شرح الهداية

كتاب شرح الهدايه المسمى بغاية البيان

عدد ٤٥

فهرست كتاب شرح الهداية المسمى بغاية البيان

للشيخ العلامة قوام الدين الأتقاني تغمده الله برحمته

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي الهاطر بين الهدايه ومبهج الدرايه والصلاة والسلام على افضل الرسل الهادي الى السبل محمد الهاشمي حبيب الخلايق وآله وصحبه تاركي العلايق والعوايق وازواجه امهات المومنين اجمعين ما تقابل اليمين والشمال وتناوح الجنوب والشمال قال يقول الفقير الى الله الكبير امير كاتب ابن امير عمر العميد المدعو بقوام الاتقاني الفارابي قضا الله مناه وجعل في قلبه غناه لما رزقني الملك العلام حجة الاسلام بقافلة العراق من مدينة السلام سنة عشرين وسبع مايه ووقعت في ديار مصر نصف المحرم في السنة الحادية والعشرين والسبعماية من الهجرة النبوية فالتمس مني من في قلبه صفا وفي جبهته وفا الذي تعصبه للمذهب الحنفي والدين الحنيفي ان اشرح كتاب الهداية في شرح البداية فقلت النهاية لكم كافية وسايلها وافية قال ليس فيها الا المنقول المحض عن السلف والمعقول عن الخلف فقلت انا من جملة الصغار والهداية كتاب الكبار كتاب الهداية درايتي وبحر عميق بلا ساحل دقيق المعاني وثيق المباني وفيها اماني يحي القايل قال انا قد عرفنا حالك اذا شاهدنا قلمك ومالك في شرح الاصول من الجواب والسوال سبشته اعرفنا من اخرم فبعد ذلك جاب السوال وجيب المقال فشرعت في الشرح حين جاوزت الاربعين بعقد النصر مع دفع الوسطى والخنصر مستعينا بالله العلي الكافي القوي بشرط ان احل مشكلات الهداية لفظا ومعنى وتدبر السوالات وتقرير الجوابات واورد الاسولة والاجوبة كما ترتضيه الاحبة وابين مزلة اقدام الشارحين وموقف اقلام المقلدين فسميته غاية البيان نادرة الزمان في اخر الاوان والله المستعان وعليه التكلان ثم ان رواية هذا الكتاب تلقيتني من طرق منها ما اخبرني به سيدي وملجاي فقيه الفقها سيد العلما منبع الزهد والتقوى معدن الفقه والفتوى المغلق الذي لم يلق احد غبار تحقيقه ولم يثر غبار تدقيقه صاحب الكرامات العليه والمقامات السنيه فخر الملة برهان الحق والدين احمد بن اسعد بن محمد المرغيناني البخاري قدس الله تعالى روحه عن شيخيه العلامتين الغايتين في البيان الاثنين على حنيفة مذهب النعمن حميد الدين الضرير علي بن محمد بن علي الرامشي البخاري وحافظ الدين الكبير محمد بن محمد بن نصر البخاري عن شيخهما العلامة المتن المتقن شمس الايمة محمد بن عبد الستار بن محمد العمادي الكردري عن شيخ الاسلام صاحب الهداية برهان الدين علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني رضي الله عنهم اجمعين فالله حسبي ونعم الوكيل المعين

الحمد لله

اعلم ان كلامنا هنا في اربع مقامات الاول في اللام والثاني في الحمد والثالث في اسم الله والرابع في اضافة الحمد الى اسم الله تعالى اما الاول فهو ان اللام موضوعة للتعريف اما لتعريف الجنس واما لتعريف العهد ثم اختلفوا اذا دخلت على الفرد او على الجمع فقال عامة اهل الاصول والعربية يفيد الاستغراق فيهما جميعا الا اذا كان ثم معهود وعن ابي علي الفسوي انه لمطلق الجنس فيهما لا للاستغراق وهو احد قولي ابي هشام من المعتزلة وقوله الاخر انه في الفرد لمطلق الجنس وفي الجمع لمطلق الجمع لا للاستغراق الا بدليل اخر وقال صاحب المعتمد في الفرد كذلك وفي الجمع للاستغراق الا بدليل وعن بعض اهل المعاني والبيان انه على ثلاثة اوجه اما ان يكون للاستغراق واما لتعريف الماهية واما لتعريف العهد فالاول كقوله تعالى ان الانسان لفي خسر الا الذين وقوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها والثاني كقولك الرجل خير من المراة والفرس اعدى من الحمار واهلك الناس الدرهم والدينار والثالث كالثاني اذا كان ثم معهود فاعرفه ومنشا الخلاف في معنى الحمد فقال اهل السنة جميع المحامد لله تعالى لان اللام للاستغراق عندهم وقالت المعتزلة ما سوى الله كل احد من الحمد عنها لا لاسم الله تعالى لان اللام عندهم لمطلق الجنس وما قيل ان هذه المسيلة بنا على مسيلة خلق الافعال فيه نظر عندي لان هذه المسيلة ابتداية للخلاف الواقع في معنى اللام لا بناية على الخلاف في خلق الافعال وعندي للقصد الى المعهود من الحمد مساغ بان يراد منه ذلك الحمد المذكور في الفاتحة على معنى ان ما اراد الله تعالى من الحمد في الفاتحة هو لله تعالى واما المقام الثاني فهو ان الحمد هو الوصف بالجميل على جهة التفضيل والتعداد احترز بهما عن القبح فان فيه حمدا واحترز بالاستهزاء واختار الحمد دون المدح لاقتضاء الاول سابقة الاحسان حرما دون الثاني واختار الحمد على الشكر لكونه ادل في اظهار الثناء لاختصاصه باللسان دون الشكر فان فيه خفاء واحتمالا لكونه واقعا بالاعتقاد والجوارح ايضا وزيادة البيان في كتابنا الموسوم بالتبيين وانما قيل بالرفع دون النصب لارادة الدوام والثبوت كما في سلام عليك او للابتدا تبركا به تعالى واما المقام الثالث فهو ان اسم الله تعالى هل هو مشتق ام لا قال الخليل ومن تابعه انه غير مشتق وهو الاصح لاستلزام الاشتقاق ان يكون الذات هو الموصوف لان ساير الاسامي المشتقة صفات وهذا اذا كان مشتقا يلزم ان يكون صفة وقيل انه مشتق من اله يوله اذا تحير وسكن وقيل من اله اي عبد وقيل من [illegible]

المرتفع عن الاوهام المحتجب عن الافهام الظاهر بالاعلام الذي يحير في صفاته الاحلام وسكنت في عبادته الاجسام وطربت اليه قلوب الانام واما المقام الرابع فهو ان اضافة الحمد الى اسم الله تعالى لما انه اسم الذات المستجمع جميع الصفات الكمال بخلاف ساير الاسامي لان كلا منها يدل على صفة دون صفة فصار هو اولى باستحقاق اضافة الحمد من ساير الاسامي قال تعالى علا معالم العلم واعلامه والمعالم مواضع اخذ العلم وهي النصوص من الكتاب والسنة ولا شك ان درجاتها مرفوعة لوجوب اتباع النصوص لقوله تعالى وما اتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا والمراد من الاعلام اسباب الاحكام الشرعية وشروطها لانها امارات على الايجاب الالهي تيسيرا على العباد حيث كان غيبا لا يطلع عليه وهي كالوقت للصلاة والملك النصاب النامي المعنى للزكاة وشهود الشهر للصوم والبيت للحج والطهارة للصلاة الى غير ذلك ورفع درجات هذه الاسباب والشروط وشرفها ظاهر لان النجاة في العقبى والسعادة فيها يحصل فيها لكونها مفضية الى احكامها التي فيها رضي الله تعالى ويجوز ان يراد من الاعلام العلما استعارة لهم عن الجبال لتشبيههم بها من حيث الصلابة والعظم والعلم الجبل ورفع العلما ظاهر ايضا لقوله تعالى يرفع الله الذين امنوا منكم والذين اوتوا العلم درجات ولانه تعالى استشهد بهم على وحدانيته وقرنهم بالملايكة بقوله تعالى شهد الله انه لا اله الا هو والملايكة واولوا العلم واي رتبة اعظم من هذا وعن عيسى صلوات الله عليه وسلامه من علم وعمل فاسمه في الملكوت الاعظم عظيم ثم اعلم ان علما المعاني يعدون الاشتقاق وما يشبه الاشتقاق والتسجيع من محاسن النظم فقول صاحب الهداية اعلى معالم من قبيل الثاني وكل واحد من المعالم والعلم والاعلام من قبيل الاول ونظير الاول من كلام رب العزة جل وعلا يمحق الله الربا ويربي الصدقات ونظير الثاني منه وجنى الجنتين دان ثم اعلم ان العلم ما هو وهل يجوز تعريفه قال بعضهم انه غني عن التعريف منهم الغزالي وفخر الدين الرازي لانه غير العلم لا يعلم الا به فلو عرف بغيره يلزم توقف الدور وجوابه لا نسلم الدور لان جهة غير العلم عليه من حيث انه ادراك له وتوقفه على غيره لا من جهة ان ذلك الغير ادراك له بل انه من جهة صفة مميزة له عما سواه وقيل كل احد يعلم وجود نفسه بالضرورة وهو جزء الضروري ضروري لان العلم من حيث هو جزء هذا العلم وجوابه لا نسلم وهذا الا انما يلزم اذا كانت تصورات القضية الضرورية ضرورية لانه يجوز ان يكون نظرية وقال بعضهم يجوز تعريفه وبينهم اختلاف كثير لا يحتمل كتابنا هذا بيانه والاصح ما قيل من تعريفه ما قال الشيخ ابو منصور الماتريدي العلم صفة يتجلى بها المذكور لمن قامت هي به قال واظهر شرايع الشرع اي علامته جمع شعيرة وهي كل ما جعل علما لطاعة الله تعالى وفي معناها الشعار وقيل المراد منها ما كان اداؤه على سبيل الشهرة كاداء الصلاة بالجماعة وصلاة الجمعة والعيدين والاذان وغير ذلك مما فيه اشتهار وقال الزجاج في تفسير قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعاير الله اي اعلام متعبداته وواحدة الشعاير شعيرة والشعاير كل ما كان من موقف او مسعى او ذبح وانما قيل شعاير لكل علم مما تعبد به لانه يقال شعرت به اي علمته فلهذا سميت الاعلام التي هي متعبدات الله شعاير الى هنا لفظ الزجاج والشرع هنا بمعنى المشروع للمناسبة والاضافة من هذا القبيل والثوب هو الخز والخاتم هو الفضة فلذا كل اضافة بمعنى من وليست الشعاير هي الشرع لانا نقول ان شعاير الشرع هو المشروع الا انها قبل الاضافة كانت تحتمل ان تكون شعاير غير المشروع كالثوب والخاتم قبل الاضافة فانقطع الاحتمال بالبيان فيها كما انقطع فيهما قال واحكامه هي جمع الحكم وهو الاثر الثابت بالشي في اصطلاح اهل الاصول وذلك نحو الحل والحرمة والجواز والفساد ولا يقال الحكم صفة قايمة بذاته تعالى ازلا وابدا فكيف يجوز ان يسمى هذه الاشيا وما شاكلها احكاما وكيف يجاز الظهور بما كان قايما بذاته تعالى وهو غيب عنا لانا نقول المراد منه المحكوم مجازا او حقيقة عرفية قال وبعث رسلا وانبيا والفرق بينهما ان الرسول من بعث لتبليغ الوحي ومعه كتاب والنبي من بعث لتبليغ الوحي مطلقا سوا كان بكتاب او بلا كتاب كيوشع عليه السلام وكان النبي اعم من الرسول ثم صاحب الهداية لم يصل على نبينا محمد صلى الله عليه وسلم نصا بل اكتفى بالصلوات على الانبيا في ضمن التحميد حيث قال الحمد لله الذي اعلى معالم العلم وعطف عليه قوله وبعث رسلا وانبيا صلوات الله عليهم اجمعين وكان ينبغي ان يصلي على محمد صلى الله عليه وسلم قصدا بذكر اسمه وصفته لان الله تعالى قد رفع ذكره قال الله تعالى ورفعنا لك ذكرك والغالب انه تميمي ولكل جواد كبوة ولكل عالم هفوة قوله هادين صفة لانبيا كذا عين صفة لعلما قال بعض الشارحين هداه الطريق اذهبه الى المقصد وذلك لا يتحقق الا من الله تعالى وهداه الى الطريق اعلمه ان الطريق في ناحية كذا وهي وظيفة الرسل وهداه الى الطريق ذهب به واوصله الى راس الطريق وفيه نظر لان صاحب الصحاح قال هديته الطريق والبيت اي عرفته ثم قال هذه لغة اهل الحجاز وغيرهم يقول هديته الى الطريق والى الدار وقال في المغرب يقال هديته كذا وهديته لكذا وهديته الى كذا فعلم ان الفرق غير صحيح لعدمه في ساير قوانين اهل اللغة قال واخلفهم علما من نوطهم خلفتهم الثوب اصلحته وجعلت موضع الخلقان خلقا اي جعل الله تعالى مواضع الانبيا علما يدعون الى دينه ويهدون الى شريعته قال للسنن ستهم السنن بفتحتين وسط الطريق ويسمى مثل هذا تجنيسا محققا وهو من انواع محاسن النظم فلو قيل بضم السين لكون تجنيسا تاما لكان احسن لا ان ذلك الرواية بالمفتوح خاصة لان المعمول في معناه قليل الاستعمال يسلكون صفة دون صفة اي يسلك العلما بما لم يوثر ايما لم يرو عن الانبيا طريق الاجتهاد وهو بذل المجهود لنيل المقصود مسترشدين حال من الضمير في يسلكون يعني يجتهدون طالبين الرشد منه اي من الله تعالى في ذلك الاجتهاد وهو ولي الارشاد اي متولي الهداية الى طريق الاجتهاد قال وخص اوايل المستنبطين عطف على قوله علا معالم العلم واراد باوايلهم الامام الاعظم ابي حنيفة وصاحبيه رضي الله عنهم والاستنباط استخراج الوصف المؤثر من النص او الاجماع لانه الحكم في موضع اخر يوجد مثل ذلك الوصف فيه قال حتى وضعوا مسايل قوله حتى بالتوفيق يعني اخرجوا واستنبطوا مسايل لا تعد ولا تحصى من كل جلي اي مكشوف ظاهر دليله ودقيق خفي فهمه لسبب الحرف فانه ذكر اوايل التوفيق الالهي والالهام الرباني قيل هي الف الف مسيلة وماية الف وسبعون الف او نحو ذلك هكذا اورد بعضهم في شرحه وفيه نظر قال الخطيب موفق بن احمد المكي في مناقب ابي حنيفة عن ابن الطيب وقد قيل انه كم قال ابو حنيفة في الاسلام قال ستين الف مسيلة ثم قال الخطيب ذكر الثقة ان ابا حنيفة قال في الفقه ثلاثة وثمانين الفا منها ثمانية وثلاثين اصلا ان

في العبادات وخمسة واربعين اصلا في المعاملات ونظير الجلي والخفي من المسايل ظاهر يعرفه ممارس الفقه وما قيل ان القياس نظير الجلي
فيه نظر عندي لانه ربما يكون القياس في غاية الدقة قال عنوان الحوادث الى آخره استيناف من قوله وضعوا جوابا
لسؤال مقدر بان يقال لما وضع المجتهدون السابقون المسايل الجليلة والخفية لا تحتاج بعدهم الى تصنيف فلا نشتغل بعدهم الى التصنيف
انت ايضا في شرح البداية فاجاب وقال نعم انهم وضعوا مسايل كثيرة لكن الواقعات اكثر من موضوعاتهم فلاجل هذا اشرعت في التصنيف
اذ المتقدمون ما كان اجتهادهم التورية والانجيل اذ لم يكونوا ملايكة او انبيا بل كان اجتهادهم لعلم ما يتعلق بالاحكام الشرعية من الكتاب
والسنة والاجماع واستنباط الاوصاف التي هي مناط الحكم منها وهذا المعنى حاصل في المتاخر كالمتقدم فلا عتاب اذن • وايضا
قد كان جرى في اول البداية وعد الشرح للطالبين ولا يجوز خلفه في الديانة فلهذا اشرعنا شرحها • واراد بالحوادث والنوازل المسايل
الواقعة متعاقبة الوقوع اي يتبع بعضها عقيب بعض يعني ان الواقعات كثيرة الوقوع • والنطاق بمعنى المنطقة فيه استعارة تخييلية لان
الموضوع لا نطاق له واراد بضيق نطاقه عدم كفاية موضوعهم جميع الحوادث واقتناص الشوارد اي اصطياد النوادر يعني الحوادث التي
يعتبر دركها ونحتاج فيها الى الاستنباط فيه استعارة تخييلية لانه صور الحوادث كالوحش الشوارد ودخل في باب الترشيح حيث اورد
صفة متلايمة للمستعار منه وهو الاقتناص والشوارد جمع شاردة اي نادرة واراد بالاقتباس من الموارد استخراج الحكم وهو من قولك
اقتبس منه علما اي استفاد وقريب من هذا قوله والاعتبار بالامثال من صنعة الرجال اي الحكم بالقياس من شان الرجال وما كان
المتقدمون الا رجالا من جنس ادم فهم رجال ونحن رجال فيسوغ لنا التصنيف والاجتهاد كما ساغ لهم وهذا كله عذر من الشيخ رحمه الله عن شروعه
في التصنيف • والاعتبار رد الشي الى نظيره والامثال جمع المثل وهو الشبه قال وبالوقوف على الماخذ يعض عليها بالنوا
جذ جواب سؤال مقدر بان يقال لو كان موضوعات المتقدمين لا يكفي جميع الحوادث لكونها متجددة وهذا المعنى يقتضي الاستنباط
والتصنيف ولكن من فيك تلك الصلاحية حتى اجترات على التصنيف فاجاب عنه وقال نعم لان السلف لم يقع عندهم على ما عليه من الحسن
والاحكام الا باعتبار وقوفهم على ماخذ الاحكام فنحن نشاركهم في هذا المعنى والسلام • والضمير في عليها راجع الى الحوادث والنواجذ
اضراس الحلم جمع ناجذ وهي اخر الاسنان والعض بالنواجذ كناية عن الاحكام والاتقان لان الشخص اذا اراد شدة الاخذ يعض بالنواجذ
وحاصل المعنى بالوقوف على ماخذ الاحكام لنستنبط احكام الحوادث بالاحكام قال شرحا ادسمه اي اعلم المعنى اسميه
فشرعت فيه اي في ذلك الشرح المسمى بكفاية المنتهي قال والوعد يسوغ بعض المساغ اي يجوز بعض الجواز وهي جملة حالية
اي شرعت في الشرح المذكور والحال ان الوعد بهذه الصفة وهي نظير قولك نيتك والجيش بادم مجاز اخلاء الجملة عن الضمير الراجع الى ذي
الحال اجراها مجرى الظرف وبعض المساغ منصوب على انه مفعول مطلق مثل قوله تعالى والله انبتكم من الارض نباتا فقرن بالفعل
غير مصدره كما في الاية والمساغ مصدر ساغ له ما فعل اي جاز وتحقيقه ان موعودي بعض الجايزات والممكنات فمن الجايز وقوع بعض
الممكنات لا كلها فلاجل هذا اشرعت في الشرح وكان ان يكون موعودي من ذلك البعض الواقع في الواقع هذا مما ظهر لي من الاسرار الربانية
والانوار الالهية وقال بعض الشارحين فيه بيان ان المصنف لو لم يتامل نفسه للشرح ثم قال يعني ان المانع وهو عدم الصلاحية
معقول الا ان الوعد يحرضني عليه ولولاه لا تسعت اول هذا فهذا كلام صادر لا عن تفكر وتميز لان سياق كلام المصنف رحمه الله من قوله
عنوان الحوادث مما ينعزل عن ذلك ويا باه الا ترى الى ما نادى باعلى صوته قوله والاعتبار بالامثال من صنعة الرجال مثبتا صلاحيته
مدعيا كماله فاذا حققت ما بينته قبل هذا عرفت منزلة قدم الشارح والله الهادي قال وحين كاد يلي عنه اتكاء
الفراغ يقال كاد يفعل كذا يكاد كودا ومكادة اي قارب ولم يفعل قال بعض الشارحين عدا الاتكاء بعن وان كان هو يتعدى
على لتضمين معنى الفراغ اقول فيه نظر لانه حينئذ يكون معناه انزع عنه فراغ الفراغ وهو كما ترى فاسد من الغباوة فلوت للصماخ
وصحته عندي من باب التقديم والتاخير اي كاد اتكاء الفراغ عنه اي عن الشرح وهو الكفاية وانما قدم انطقه عنه لرعاية السجع
واراد بمكادة اتكاء الفراغ قرب اتمام الشرح كناية عن الشرح لكونه ذكر اللازم وارادة الملزوم لان الشخص اذا اشتغل متعب وانه
يتكى عادة فيكون الاتكاء لازما اعتقاديا للاتمام فافهم قال تبينت فيه نبذا من الاطناب اي علمت في الشرح المذكور قليلا
من المبالغة في الكلام انه يجرى ان يترك لاجله اي لاجل الاطناب قال تصرفت العنان والعناية الفا للسببية اي امرت
عنان الخاطر وعناية القلب عن ذلك الشرح الى شرح اخر بسبب اني خشيت هجران الكتاب من جهة الاطناب وفيه تخييل فافهم •
قال عيون الرواية اراد بها صور المسايل من قولهم عن النبي لنفسه ومتون الدراية اراد بها الدلايل من قولهم رجل متن اي صلب لان
به المسايل لا تحصل الا بها قال تاركا حال من الضمير المستتر في اجمع ومعرضا صفة لقوله تاركا قال عن هذا
النوع من الاسهاب اشارة الى ما وقع من الاسهاب والاطناب الواقع في كفاية المنتهي وفصل بعدما اجمل مبالغة وتاكيدا للاعراض وايضا
لو ذكر مفصلا ابتداء بان قال معرضا عن الاسهاب لوقع في عقل الاوهام انه اعرض عن الاسهاب الكامل لا عن القليل منه فيعطي ذلك
الوهم بقوله عن هذا النوع لا رتبة بل ذميمة كما قالوا الاسهاب هو الاكثار في الكلام قال مع ما انه يشتمل على اصول جواب
سؤال مقدر بان يقال هذا الشرح الثاني لما خلا عن الاسهاب والاطناب احتمل ان لا يكون فيه اصل ولا فصل بل يحصل فيه طايل فيكون ادلى
بانه مجوز من الاول فاجاب عنه وقال ليس كذلك فاني صرفت عنان الى شرح اخر تارك الزوايد معرضا عن الاسهاب مع اشتماله على الاصول
المرتب عليها الفصول قال واسال الله ان يوفقني يقول سالته كذا او عن كذا القسم وسالته عن كذا وذا البحث وقيل التوفيق حسن
عناية الله تعالى لعبده وقيل التوفيق خلق قدرة الطاعة والخذلان خلق قدرة المعصية قال لاتمامها واختتامها يروى كلاهما
بتوحيد الضمير وتثنيته فهما جميعا وقد حصل الاستماع بهما عن مشايخي رحمهم الله والتوحيد يرجع الى الهداية والتثنية الى الشرحين جميعا والاول

اول

اولى عندي لكونه مقصودا بالذكر لان المصنف التفت الى الهداية معرضا عن الكفاية الا ان ابطال العمل حرام بالنص فيجوز ان
يقال انما نحا لاجل هذا وسمعت شيخي برهان الدين الخويفني قدس الله روحه ان صاحب الهداية بقي في تصنيف هذا الكتاب ثلاث عشرة سنة
وكان صايما في تلك المدة لا يفطر اصلا وكان يجتهد ان لا يطلع على صومه احدا فاذا اتى خادم بطعام كان يقول له خله وروح فاذا راح كان
يطعم لذلك الطعام واحدا من الطلبة او من الفقراء والمساكين فصار كانه مبارك ما هو لا بن العلماء ببركة زهده وورعه قال حتى ان
من سمت همته يتعلق بقوله فصرفت العنان يعني اني صرفت عنان من شرح الى شرح لمعنى دعاني اليه لكي من كانت همته عالية يرغب
في الشرح الاول الكبير • ومن كان بخلاف ذلك يرغب في الشرح الثاني الصغير وكل واحد من الكبير والصغير خير لان في الاول
زيادة الوقوف وفي الثاني سهولة الحفظ وسرعة الضبط قال اعجله وهو بمعنى عجله اواسمعه عنه اي عن مزيد الوقوف
والمزيد والزيادة بمعنى قال وللناس فيما يعشقون مذاهب من شعر ابي فراس اوله قوله
على لوم العامرية وحده • لتملي على الشوق والدمع كاتب ومن عادتي حب الديار لاهلها
ويسمى هذا تضمينا في اصطلاح علماء المعاني والبيان ومعناه ان ياتي شخص في اثناء كلامه بمصراع او بيت او بيتين استعانة بذلك على
اتمام مراده وتاكيد معناه على سبيل العارية وانما سمي ذلك لانه ادانيه عليه او كان مشهورا كيلا يتوهم السرقة قال الجموع الثاني
اي الهداية قال في تحرير ما اقاوله وتحرير الكتاب وغيره تقويمه والمقاولة التقاول من الجانبين يقال قاولته في كذا وكان
صاحب الهداية انما لم يقل لحفظ اقوله للازدواج بين اقاوله واحاوله • اليه اي الى الله تعالى والمحاولة الارادة وانما قال في التيسير لما احاوله
ولم يقل في تيسير ما احاوله بالاضافة مبالغة في البيان بالتفصيل بعد الاجمال بخلاف قوله في تحرير ما اقاوله لان المبالغة فيه حاصلة
من صيغة المقاولة قال انه الميسر وقد موضع التسهيل يعني لما افتتح املاء الهداية مستعينا بالله لانه الميسر يقال
فلان جدير بكذا اي خليق قوله

كتاب الطهارات

اعلم ان كلامنا هنا في احد عشر
موضعا • الاول في البداية بقسم العبادات • والثاني في تقديم الصلاة على ساير العبادات • والثالث في تقديم الطهارة عليها
والرابع في اختيار لفظ الكتاب • والخامس في ذكر الطهارات بالجمع • والسادس ما الطهارة لغة وشرعا • والسابع ذكر انواع الطهارات
والثامن ما سبب الوضوء • والتاسع ما شرطه • والعاشر ما ركنه • والحادي عشر ما حكمه • اما الاول فنقول انما قدم العبادات
على المعاملات والمزاجر لان العبادة هي التي يتحقق معنى وما خلق الثقلان الا لها قال الله تعالى وما خلقت الجن والانس
الا ليعبدون • واما الثاني فنقول انما قدم الصلاة على ساير انواع العبادات لانها عماد الدين بالحديث والخيمة لا تنتصب الا بعمد
عمادها او لا فكذا الدين لا يقوم الا بعماده وهو الصلاة فقدمت لهذا ولا يقال الاصل في العبادات هو الايمان وكان ينبغي ان
يذكر مقدما لان الايمان يتعلق بعلم الكلام دون الفقه فلهذا لم يذكر ولم يقدم وايضا الصلاة تالية الايمان دون ساير العبادات
كما في قوله تعالى الذين يؤمنون بالغيب ويقيمون الصلاة فقدمت على غيرها لهذا المعنى • واما الثالث فنقول انما قدمت الطهارة
على الصلاة لان الطهارة شرطها والشرط ما يتوقف على وجوده الشيء فيكون وجوده سابقا على الصلاة لا محالة وهما عليه لقوله عليه
الصلاة والسلام لا صلاة الا بالطهارة فقدمت وضعا كما اقتضاه الشرط طبعا ولا يقال لم قدمت على ساير الشروط كاستقبال القبلة
وستر العورة وطهارة الثوب لانها اولى لانها لا تسقط بالاعذار بخلاف ساير الشروط فانها تسقط بها • واما الرابع فنقول انما قال
بلفظ الكتاب ولم يقل بلفظ الباب لان الكتاب يدل على وجوه اشتقاقه على الجمع دون الباب لانه بمعنى النوع والغرض جمع انواع الطهارة
لا نوع منها وذلك لان الكاف والتاء والباء على الجمع ظاهر يقول كتبت البغلة اذا جمعت بين شفريها بحلقة او سير وكتبت القربة اذا خرزتها
كتبا والكتبة بالضم الخرزة والكتيبة الجيش وتكتبت الخيل اي تجمعت ومنه الكتب والكتاب والكتابة لانه بمعنى تصوير الالفاظ بحروف
هجايية لان فيها جمع الحروف والكلمات • واما الخامس فنقول انما ذكر الطهارات بلفظ الجمع تصريحا لارادة انواع الطهارة لانها لو ذكرت
بلفظ المفرد لكان فهم الانواع بسبيل الاحتمال لا بالنص لان الجنس واقع على الادنى مع احتمال الكل لا يقال دخول اللام في الجمع يقتضي ان يكون
للجنس ايضا فلا فايدة اذن للجمع لان صاحب الهداية يجوز له ان يريد مطلق الجمع كما هو مذهب البعض في اللام اذا دخلت في الجمع لا يجوز جمع المصدر
فكيف جاز هنا لانا لا نسلم ذلك مطلقا لانه يجوز اذا اراد النوع وقد اريد كما قلنا فلا يرد علينا ولا يقال لم لم يذكر الصلاة والزكاة
بالجمع كالطهارات لعدم العلة فيهما ووجودها فيها وهي ارادة الانواع المختلفة كما ترى من اختلاف طهارة الحدث والجنب والطهارة
بالتيمم بخلاف الصلاة فانها متحدة انواعها لانها عبارة عن الاركان المعهودة وكذا الزكاة لانها عبارة عن ايتاء ربع العشر وهو واحد
ولا يرد صلاة الجنازة لانها ليست بصلاة حقيقة انما هو دعاء ولهذا جاءت ركوعا ما ثلا احتمالا قال بعض الشارحين
ذكر الطهارة بلفظ الجمع دون الصلاة والزكاة لان اللام في الجمع يبطل معنى الجمع فكان الجمع والفرد سواء اقول سلمنا بطلان معنى الجمع على ما هو
المختار في بحث اللام لكن لا نسلم انه اذا كان كذلك يلزم جمع الطهارة دون الاخريين وايضا يلزم منه العبث لان الجمع اذا كان كالمفرد
فاي فايدة للجمع سوى تطويل اللفظ • واما السادس فنقول الطهارة في اللغة هي النظافة وفي الشرع نظافة مخصوصة والوضوء بالضم
مصدر وقيل عبارة عن الوضاءة وهي الحسن وفي الشرع عبارة عن غسل اعضاء مخصوصة ومسح مخصوص • واما السابع فنقول الطهارة
اما ان تكون حقيقية او حكمية فالاولى هي الطهارة عن النجاسة الحقيقية وهي مشتملة على ثلاثة انواع طهارة النجاسة عن البدن والثوب
والمكان والثانية وهي الطهارة عن النجس الحكمي على نوعين صغرى وكبرى فالاولى الوضوء والثانية الغسل فاذا عدم الماء فالتيمم • واما
الثامن فنقول في سبب الوضوء اختلاف قيل سببه القيام الى الصلاة للاية وقيل الحدث للدوران وجودا وعدما وعندنا الطهارة بدليل

الاضافة اليها وهي امارة السببية لما عرف في الاصول والاول فاسد لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتوضا لكل صلاة فلما
كان يوم الفتح صلى خمس صلوات بوضوء واحد فقال له عمر رضي الله عنه رايتك اليوم تفعل شيا لم تكن تفعله فقال عليه الصلاة
والسلام عمدا فعلته كي لا تحرجوا ولان الموجب للوضوء اذا كان نفس القيام لا تمنع الانسان عن الوضوء ابدا فيقع في الحرج الكبير وذلك
مدفوع شرعا لانه اذا قام وجب عليه الوضوء فتوضا ثم قام فينبغي ان يجب عليه الوضوء ثانيا لوجود القيام ثانيا فيتسلسل الامر
حينئذ الى ما لا نهاية له وذلك فاسد جدا • والجواب عن الثاني فنقول لا نسلم ان الدوران دليل العلية ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان
الدوران وجود او وجود لانه قد يوجد الحدث ولا يجب الوضوء ما لم يجب الصلاة بالبلوغ ودخول الوقت لا يقال ان تكون الصلاة سببا
لانه حينئذ تكون الطهارة حكما وشرطا للصلاة وهو فاسد لان المتقدم متاخر والمتاخر متقدم لانا نقول الطهارة شرط الجواز
والصلاة سبب الوجوب وبينهما مغايرة • واما التاسع فنقول شرطه الحدث لان الامر بالوضوء امر بالتطهير والتطهير يقتضي النجاسة
لا محالة اما حقيقة او حكما فالاول منتف بالاجماع فتعين الثاني ولا يلزم الغاء النص عن الفائدة وايضا القيام المذكور باطلاقه
يتناول كل قيام وهو غير مراد بالاجماع فتعين اخص الخصوص وهو القيام الى الصلاة وهو محدث وتقدير الاية اذن والله اعلم اذا قمتم الى الصلاة
وانتم محدثون او اذا قمتم الى الصلاة عن منامكم والنوم دليل الحدث ايضا قال حافظ الدين النسفي في كافيه وشرطه الحدث
لانه تعالى ذكر التيمم مطلقا بالحدث والنص في البدل نص في الاصل بشرطه وقد قارنه في البدء وهي شرط في التيمم دون الوضوء فعلم بهذا
ان التعليل بعدم المقارنة هنا متزلزل • وقال بعضهم لا يقارنه نسبة فاقول سلمنا ذلك لكن لا نسلم انه يلزم [illegible] المقارنة بالشرط
والشرط حدث التيمم لا سببه • واما العاشر فنقول ركنه غسل كل واحد من الاعضاء الثلاثة مرة واحدة ومسح الراس لان الركن ما لا قيام للشي
الا به وكل واحد من الغسل والمسح بهذه المثابة • واما الحادي عشر فنقول حكمه حل الصلاة لانها ما حلت وصحت بالوضوء صار الحل
حكما له لكونه اثره
قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا قمتم الى الصلاة الاية اي اقرا الاية اي واتمها على تقدير
النصب ويجوز بالرفع على معنى الاية مقروة او تقرا بتمامها او الى اخرها انما قدم الاية وان كان حق الدليل ان يوخر لاقتضاء سابقة المدلول
للتبرك بكتابه تعالى الى افتتاح الكتاب ويجوز تقديمه لكون الكتاب اصلا يستنبط منه المسائل الفرعية وقوله تعالى يا ايها الذين امنوا
الى اخره • اعلم ان يا حرف نداء واي منادى مفرد معرفة وها مقحمة للتنبيه على المنادى في الحقيقة هو الواقع بعده وانما فعلوا ذلك
كراهة ان يجمعوا بين يا واللام مثل قولك يا الرجل والذين جمع الذي وهو اسم موصول وجمع وصلة لوصف المعارف بالجمل بتقدير يا ايها القوم الذين
او يا ايها الناس الذين وقوله امنوا صلة الذين وقعت صفة لكون الموصول وهو الذين كذلك لان الاسماء الظاهرة كلها غيب وقوله قمتم
خطاب للمنادى المفرد المذكور واصاب المفصل في فتح الجزء هذا عرفت ان حافظ الدين النسفي غلط في ثلاثة مواضع الاول قوله الذين
منه لاي وليس كذلك لان صفته اي هو المقدر من القوم او الناس ثم امنوا صفة ولذلك صفة المقدرة لاي بواسطة الذين والثاني قوله فيه صنعة
التفات وليس كذلك لان الالتفات انما يكون فيما اذا كان حق الكلام بالغيبة وذكر الخطاب او على العكس لو يخرج الكلام في الاية الا في الحد
الذي اقتضاه وهذان الغلطان في المستصفى شرح النافع والغلط • الثالث قوله في المصفى شرح المنظومة في اول الباب ان الذي صلة فلا
بد من موصول وليس كذلك بل الامر على العكس وهذا كله غلط فاحش عند المخلصين ولا كلام مع المقلدين وقال لو كان اسم لا يختص بالحاضر
في عصر النبي عليه السلام وقلد النسفي فيه بعض الائمة الكردري وفيه نظر عندي لانا لا نسلم الاختصاص لان الموصوف بصفة عامة
يتعم فافهم وقد عبر بعض المتعصبين من المقلدين لفظ المصفى فقال الذي صفة فلا بد له من موصوف او يقال ذلك ليس بشي ايضا لان
الذي وضع وصلة الى وصف المعارف بالجمل وهو المذكور في كتب النحو فلا شك انه لما كان وصلة الى شي غيره لك الشي لا عينه فلا يكون الذي
صفة فافهم لا يقال لم ذكر الله تعالى في الطهارة الصغرى باذا وفي الكبرى بان ولم يعكس لان اذا تستعمل في الاشياء الغالبة الوجود والقيام
في الصلاة بالنظر الى [illegible] المسلم غالب بخلاف ان فانها تستعمل في الاشياء المترددة الوجود القليلة والجنابة كذلك لانها لا تقع كثيرا
وقولهم ان مات فلان لجهالة في وقت الموت فلا يقدح ولا يقال كيف لم يذكر المرافق بالتثنية والكعبان بالجمع وهو القياس لان لكل شخص له
مرفقان اثنان وكعاب اربعة لانا نقول لم حال المرفق والكعب كذلك لكن الجمع اذا قوبل بالجمع يقتضي انقسام الاحاد وكما في قوله
تعالى جعلوا اصابعهم في اذانهم وكما في قولهم ركب القوم دوابهم فلو قيل الكعاب بالجمع لفهم ان الواجب غسل رجل لكعب وليس المراد ذلك لان
المراد غسل كل رجل الى الكعبين ولو ذكرت المرافق بالكعبين لتنبيه لفهم ان الواجب غسل كل يد بعضين وليس المراد الامر فلا جل هذا المعنى وقع
الكلام الرباني العظيم كذلك ولا يقال مثل هذه المقابلة موجود بين المضاف والمضاف اليه في ايديكم وارجلكم فكان ينبغي ان يجب على كل
مكلف غسل يد واحدة ورجل واحدة فحسب لانا نقول يجوز ترك الاصل بالدليل الدال على تركه وقد دل الدليل وهو فعل النبي عليه الصلاة
والسلام مواظبته على اليدين والرجلين والاجماع جميعا • وقوله تعالى وارجلكم بالجر والنصب كل واحد منهما مشهور قال جار الله
الارجل تغسل بالصب وكانت مظنة للاسراف المنهي عنه فعطفت على الممسوح لا للمسح بل للتنبيه على الاقتصاد بالصب وفي قول في الكعبين
اماطة لظن المسح لان المسح لا غاية له في الشرع هذا حاصل ما ذكره في الكشاف اقول لا نسلم ان العطف للتنبيه لان الاصل في الكلام
الحقيقة وقوله اماطة لظن المسح لان المسح لا غاية له لا نسلم ايضا لان الحكم الشرعي لا يعلم بتنبيه وتنبيها الا بالشرع فيرجع الى ما لم الشارع
الحقيقة وما قاله تعليل في معارضة النص وهو فاسد وايضا لو كان لتعليله لم يقرا بالنصب وقد ظهر فساد علته لتخلف المعلول
عن العلة على تقدير قراة النصب • ثم الجواب الثاني لتحقيق المذهب ان يقال القراتان متعارضتان لحكم النصب الغسل وحكم الجر المسح
وللرجل حالتان احدهما الخفوة والاخرى التخفف فحمل قراة النصب على الحفوة وقراة الخفض على التخفف توفيقا بين الدليلين بقدر الامكان
لان الاصل في الدلائل الاعمال لا الاهمال فان قيل ينبغي ان يكون المكلف مخيرا من غسل الرجل ومسحها كما هو مذهب الحسن البصري وفيه العمل
بالقرائن ايضا وقد ذكر الخطابي في شرح السنن عن الجبائي انه ظن زعم ان المرء مخير بين غسل الرجل ومسحها قال الخطابي وحكى
ذلك عن الطبري قلت لا نسلم ان العمل بهما على وجه التمام لان احدى حالتي الرجل متروكة على ما قال الحسن فيكون ما قلناه اولى بالارادة
مما قاله وانما لم تقل بالمسح الى الكعبين لان النبي صلى الله عليه وسلم لم تقل كذلك فعلم بذلك ان الواجب فيه المسح دون الكعبين والله تعالى اعلم
قال ففرض الطهارة فيه اي في العضاء الداخلة على الحكم لما انه يعقب العلة كما في قولك ضرب فاوجع واطعم فاشبع تقديما
نحن فيه لان فرضية هذه الاشياء ثبت بالاية السابقة قبلها والفرض اصله القطع وفي الاصطلاح ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه
كالكتاب والسنة المتواترة اذا العرفية خصوص كالاجماع اذا لم ينقل بطريق الاحاد وكالقياس المنصوص عليه وقد عرف في الاصول
قال الاصمعي قصاص الشعر حيث ينتهي نبته من مقدمه ومؤخره وفيه ثلاث لغات قصاص وقصاص وقصاص والضم اعلى
قال رحمه الله تعالى وهو مشتق منها اي الوجه مشتق من المواجهة قال حافظ الدين النسفي في الكافي وخطى صاحب
الهداية في قوله وهو مشتق منها حيث جعل الثلاثي مشتقا من المشعبة والامر بالعكس ثم اجاب عنه وقال والحظى مخطى فقد
قال صاحب الكشاف اشتقاق اليم من التيمم لان المنتفعين به يقصدونه واستعمال البج من التبرج لظهوره اقول ليس هذا بجواب
بل هو تقليد محض من النسفي حيث يجوز لمانع ان يقول لا نسلم ان صاحب الكشاف مصيب ايضا ولا نسلم ان قول صاحب الكشاف
يدل على صواب صاحب الهداية فمن لجاز ان يقع عنهما الغلط لعدم العصمة بل جوابه ان يقال لا نسلم ان الثلاثي لا يكون مشتقا من
المشعبة والمراد بالاشتقاق الا الاشتراك بين اللفظين في المعنى الاصلي والحروف الاصول وهو حاصل هنا لان الوجه عبارة عما
يواجهه الانسان عادة • قال اذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل يعني لولا ذكر الغاية لاشتملت وظيفة الغسل
كل اليد وكل الرجل يعني لثبت حكم الغسل في جميع اليد وفي جميع الرجل بيانه ان الغاية على نوعين غاية اسقاط وغاية اثبات فعلم ذلك بصدر
الكلام يثبت الحكم في الغاية وما وراها قبل ذكر الاية فذكر الغاية لاسقاط ما وراء الغاية فلا يدخل ما وراها تحت حكم
المغيا ويبقى الحكم في الغاية بما يتناوله صدر الكلام كما كان وان كان صدر الكلام لا يثبت الحكم في الغاية قبل ذكر الغاية فذكر الغاية
لامتداد الحكم الى تلك الغاية فتبقى الغاية خارجة عن الحكم كما كانت لان المقصود في الصورة الاولى اسقاط الحكم عما وراء الغاية
وفي الثانية امتداد الحكم الى تلك الغاية والغاية في صورة النزاع من قبيل الاسقاط وفي المقيس عليه من قبيل الاثبات فلا يصح
القياس او يقول الغاية قد تدخل كما في حفظت القران من اوله الى اخره وقد لا تدخل كما في قوله تعالى فنظرة الى ميسرة والحدث
متيقن فلا يزول بالشك والاحتمال ولئن قال زفر نسلم انه شك واحتمال فلا يثبت الفرض بالشك والاحتمال فنقول قد زال
الشك والاحتمال ببيان النبي عليه الصلاة والسلام حيث توضا وادار الماء على مرفقيه ولم ينقل عنه ترك غسل المرفق والكعب فلو
كان تركه جائزا لفعل تعليما لامته • قال والكعب هو العظم الناتي اي في مفصل القدم • والناتي هو المرتفع مشتق
من النبي والنتو في المثل بحثره ونبتا اي ترتفع وانما فسر صاحب الهداية الكعب الثاني لانه هو المنقول عن ائمة اللغة وقال
الكعب العظم الناشز عند ملتقى الساق والقدم وانكر الاصمعي قول الناس انه في ظهر القدم وقوله هو الصحيح احترازا عما نقل عن
هشام انه في ظهر القدم عند معقد الشراك قالوا ان ذلك سهو من هشام في نقله عن محمد لان محمدا قال ذلك في مسالة
المحرم اذا لم يجد النعلين حيث يقطع خفيه اسفل الكعبين واشار محمد بيده الى موضع القطع فنقله هشام الى الطهارة • قال
ومنه الكاعب يعني وانما قلنا الكعب هو العظم الناتي لان وجوه اشتقاقه تدل على الارتفاع كالكاعب وهي الجارية التي بدا
ثديها للنهود وفي معناه الكاعب وقد كعبت تكعب بالضم كعوبا ويقال للنواشز في اطراف الرابيب كعوب ومنها الكعبة بيت الله
الحرام لارتفاعها على سائر البيوت • قال والمفروض في مسح الراس مقدار الناصية فان قلت من حكم الفرض
ان يكون جاحده كافرا وجاحد المقدار لا يكون كافرا فكيف يكون فرضا قلت نعم حكم الفرض كذلك لكن غرض المصنف ليس بيان
الفرض هنا لانه ذكر فرض الطهارة في اول الباب وعد المسح من جملته وهو داخل في الفرض لان اصل المسح قطعي وجاحده كافر فبعد
ذلك يحتاج الى بيان المقدار • فقال المقدر فيه مقدار الناصية وهو المراد من المفروض وجاحده لا يكفر لانه في حق
المقدار ظني فلا يرد السوال البساطة ملقى الكاسات مجاز عن الحطايع واصلها الكاسة تبنى على اطلاق اسم الحال على المحل
• قال فالتحق بيانا به اي بحديث المغيرة بيانا بالكتاب انما قال هذا دفعا لسوال السائل بان يقول ان حديث المغيرة
خبر الواحد فلا يجوز الزيادة به على كتاب الله تعالى لان الزيادة به نسخ على ما عرف في الاصول • فاجاب عنه بقوله هذا
يعني ان هذا الحديث لم يلتحق بالكتاب على انه زيادة بل انه بيان لان الكتاب مجمل في حق المقدار • ولا يقال يشتد الا لصاحب
الهداية على ما ادعاه وهو ربع الراس بالحديث الدال على الناصية بعينها كيف يصح لانا نقول لحديث انما ورد بيانا والبيان انما
يكون فيما فيه اجمال ولا اجمال في المحل بل الاجمال في القدر فعلم بذلك ان المقصود بالناصية هو قدرها وهو ربع الراس لا عينها
ولا يقال لا نسلم انه مجمل لان المحل لا يدرك بيانه الا من جهة المجمل ونحن لا نحتاج الى البيان اذا قلنا بالاستيعاب كما قال مالك رحمه الله او نال
ما ينطلق عليه اسم المسح • كما قال الشافعي لان في الاول عملا بالاحتياط وفي الثاني عملا بالمتيقن لانا نقول الاول انما يكون عملا بالاحتياط
اذا كان الاستيعاب فرضا عند الكل وليس فرض عند الكل حتى الاجماع • والثاني انما يكون عملا بالمتيقن اذا كان ذلك الاقل معتبرا
وقد حصل بغسل الوجه والاعتبار له فينفي الاجمال • قال وهو حجة على الشافعي الى اخره اي الحديث حجة على الشافعي وعلى
مالك لانه لما التحق بالكتاب مبينا له صار كان الكتاب ورد ابتدا كذلك فصار حجة عليهما • قال وفي بعض الروايات
قدره اصحابنا بثلاث اصابع وهو ظاهر الرواية لانه المذكور في الاصل وكان ينبغي على هذا ان يقول وعلى ظاهر الرواية لان لفظ بعض

الروايات تشتمل في غير ظاهر الرواية وفي اختلاف زفر وابو يوسف المقدار ربع الراس وهو مذهب زفر وذكر الشيخ ابو الحسن
الكرخي وابو جعفر الطحاوي مقدار الناصية • وفي قول صاحب الهداية وهو ربع الراس اشارة الى انه يجوز من اي جانب كان الربع
وكذلك في قوله بثلاث اصابع ثم على قياس ظاهر الرواية الوضع كاف ولا يشترط المد وعلى قياس رواية الربع والناصية ليس كذا
بل يمد الى ان يحصل ذلك المقدار ووجه ظاهر الرواية ان الامر بالمسح في قوله تعالى وامسحوا برؤسكم امر بالمسح ما له والة المسح هي
الاصابع فاقيم اكثرها مقام كلها للكل الحكمي مقام الكل الحقيقي **قال** وسنن الطهارة غسل اليدين الى اخره السنة
وهي ما في فعله ثواب وفي تركه عتاب لا عقاب وانما قلت في تركه عتاب احترازا عن النفل وانما قلت لا عقاب احترازا عن الواجب والفرض
هذا التعريف ابدعه خاطري في هذا المقام • وما قيل السنة الطريقة المسلوكة في الدين ففيه نظر وانما قدم الفرض على السنن
لكونه اقوى وذكر السنن بلفظ الجمع دون الفرض لما ان الفرض في الاصل مصدر يشمل القليل والكثير بخلاف السنة • ثم اعلم ان
كيفية غسل اليدين الى الرسغ ان ياخذ الاناء بشماله ان كان صغيرا ويصب الماء على يمينه فيغسلها ثلاثا وان كان كبيرا لا يمكن رفعه ياخذ
عنه الماء باناء اخر صغير ان كان معه فيصبه بشماله على يمينه والا يدخل اصابع يده اليسرى مضمومة دون الكف ويصب على يمينه
فيغسلها ثلاثا ثم يدخل اليمنى بالغة ما بلغت • وجه الاستدلال بحديث المستيقظ ان اول الحديث يقتضي وجوب الغسل للنهي
عن الغمس قبل الغسل واخره يقتضي استحبابه للتعليل بقوله فانه لا يدري اين باتت يده يعني في مكان طاهر من بدنه او نجس
فلما انتفى الوجوب لمانع في التعليل المنصوص ثبتت السنة لانها دون الوجوب ولفظ الحديث في الموطا • قال مالك اخبرنا ابو الزناد
عن الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا استيقظ احدكم من نومه فليغسل يده قبل ان يدخلها في وضوئه فان
احدكم لا يدري اين باتت يده • ثم اعلم ان هذا القيد اعني قيد الاستيقاظ من المنام اتفاقي لان غسل اليدين ابتداء الوضوء
سنة مطلقا • وقوله قبل ادخالهما الاناء وقع بناء على عادتهم لانهم كانوا يتوضؤون من الاتوار بخلاف ديارنا بخارى وسمرقند
وفاراب عمرها الله تعالى **قال** ولان اليد آلة التطهير فيسن البداية لا يقال هذا التعليل يدل على وجوب الغسل
لا على السنة لان ما يتوصل الى الواجب الا به يجب كوجوبه لانا نقول عدم النجاسة على اليد حقيقة وحكما في الوجوب اما حقيقة
فظاهر واما حكما فلانه لو ادخل يده في الاناء لا ينجس فتثبت ما دونه وهو السنة **قال** وهذا الغسل الى الرسغ اعلم
نقل هذا اولا عنه قوله وسنن الطهارة غسل اليدين ابتداء للامام القدوري لانه لم يذكر الرسغ في مختصره وقال هنا لاحتياجه
الى بيان غاية الغسل المسنون وينبغي ان تعرف ان السنة هي البداية بغسل اليدين اما نفس الغسل فيقع عن الفرض الا ترى الى ما قال محمد
في الاصل ثم يغسل ذراعيه والرسغ منتهى الكف عند المفصل **قال** وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء هذا على اختيار
القدوري لانه ما قبل الاستنجاء حال كشف العورة فلا يسمي حينئذ تعظيما لاسم الله تعالى ويسمي في ابتداء الوضوء
وقيل يسمي قبل الاستنجاء ليقع سنن الوضوء او كونه بالتسمية وقيل يسمي قبله وبعده وهو الصحيح وهو اختيار صاحب الهداية وانما
يسمي قبله لان الاستنجاء ملحق بالوضوء من حيث انه طهارة وانما يسمي بعده لانه ابتداء الوضوء • ثم اعلم ان في ذلك التسمية خلافا
بيننا وبين اصحاب الظواهر فقالوا انها من الاركان لا يجوز الوضوء الا بها للحديث • قال ابو عيسى قال احمد لا اعلم في هذا الباب
حديثا له اسناد جيد • وقال اسحاق ان ترك التسمية عامدا اعاد الوضوء وان كان ناسيا او متأولا اجزاه وعندنا قال على ما هو
المختار مستحبة كذا في الاصل وسنة على ما اختاره القدوري لقوله عليه الصلاة والسلام من توضأ وذكر اسم الله كان طهورا لجميع
بدنه ومن توضأ ولم يذكر اسم الله تعالى عليه كان ذلك طهورا لما اصابه • وجه الاستحباب ان السنة ما فعله رسول الله صلى الله
عليه وسلم على المواظبة ولم يواظب على التسمية بدليل ان عثمان وعليا رضي الله عنهما حكيا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولم ينقلا التسمية ولان قوله عليه الصلاة والسلام لا وضوء لمن لم يسم لا يخلو من احد الامرين اما ان يراد به نفي الجواز او نفي الفضيلة
والاول منتف للزوم معارضة خبر الواحد كتاب الله تعالى وهو منتف فاسد لعدم شرط المعارضة وهو المساواة فتعين الثاني
والفضيلة دليل الاستحباب • وما روي انه عليه الصلاة والسلام فنقول نعم لكن لا نسلم انها كانت باعتبار انها سنة الوضوء بل باعتبار
انها مستحبة في ابتداء جميع الافعال لقوله عليه الصلاة والسلام كل امر ذي بال لم يبدأ فيه باسم الله فهو ابتر لا يقال كيف اثبت حديث
الفاتحة الوجوب ولم يثبت حديث التسمية وهما سواء لانا نقول لا نسلم ان وجوب الفاتحة ثبت بالحديث بل بمواظبة النبي صلى الله عليه وسلم
عليها • وقال بعض الشارحين تقليدا للبرغري صاحب الطريقة ان حديث الفاتحة مشهور بخلاف حديث التسمية • فاول
هذا من الشارح خلاف مذهبه لانه لو كان مشهورا لكان تعيين الفاتحة فرضا لجواز الزيادة على النص بالمشهور **قال** وانما قال
في الكتاب اي المختصر القدوري **قال** والسواك اي استعمال السواك لان نفس الخشبة التي تسمى سواكا ومسواكا ايضا
ليست بسنة الا ان المضاف حذف واقيم المضاف اليه مقامه لاستعماله كما في قوله عليه الصلاة والسلام خير خلال
الصائم السواك اي استعماله ولا يقال مواظبة النبي صلى الله عليه وسلم دليل الوجوب فكيف استدل بها صاحب الهداية على السنية لانا
نقول نعم انها دليل الوجوب لكنه اذا لم يوجد الترك وقد وجد الترك في الجملة بدليل حديث الاعرابي فافهم وقد صحت الرواية
في الصحيح البخاري عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لولا ان اشق على امتي لامرتهم بالسواك عند كل وضوء فلما انتفى الوجوب
لانتفاء الامر لوجود المشقة ثبت ما دون الواجب وهو السنة لعدم المانع وهو المشقة لانه يبيل من ترك السنة **قال** وعند
فقده يعالج اي عند عدم السواك والاولى بالاصبع لانه عليه الصلاة والسلام فعل كذلك اي عالج باصبعه اي عند عدم السواك **قال**
فعلهما على المواظبة اي مع الترك في الاحيان فكانا واجبين والدليل على الترك ما روت عائشة رضي الله عنها وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم

ولم يذكر المضمضة والاستنشاق ولم يذكر ايضا في حديث الاعرابي الذي علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم الواجبات
قال وكيفيته الى اخره انما قال هذا احترازا عن قول الشافعي فان عنده ان ياخذ ماء بكف فيمضمض ببعضه ويستنشق
ببعضه ثم يفعل ثانيا وثالثا كذلك لما روي انه عليه الصلاة والسلام تمضمض واستنشق بكف واحد • ولنا ان الانف والفم عضوان
منفردان فلا يجمع بينهما بماء واحد كسائر الاعضاء والمراد من الحديث استعمال الكف الواحد بدون الاستعانة بالكفين كما في الوجه
قال ومسح الاذنين وهو سنة بماء الراس خلافا للشافعي فان عنده مسح الاذنين سنة لا بماء الراس بل بماء جديد نعني هذا عرفت ان قوله
خلافا يتعلق بمجموع قوله سنة بماء الراس لا بسنة وحدها ولا بماء الراس وحده كما ظن بعض الشارحين لنا قوله عليه الصلاة والسلام
الاذنان من الراس رواه صاحب السنن والترمذي في جامعه باسنادهما الى ابي امامة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم وجه
التمسك به انه لا يخلو من احد الامرين اما ان يراد به بيان الحكم او بيان الحقيقة فلا يجوز الثاني لانه عليه الصلاة والسلام مبعوث
لبيان الاحكام دون الحقائق ولكونهما من الراس مشاهدة مغنية عن البيان فتعين الاول ثم لا يخلو ان يكون المراد من الحكم كونهما
ممسوحين بماء الراس او كونهما ممسوحين كالراس لا بماء الراس فلا يجوز الثاني لان اشتراك الشيء مع الشيء في حكم لا يوجب ان يكون
ذلك الشيء الاخر كالرجل مع الوجه يشتركان في حكم الغسل ولا يقال ان الرجل من الوجه وكذا الخف مع الراس يشتركان في المسح
ولا يقال ان الخف من الراس فلا يبقى حينئذ فائدة لقوله الاذنان من الراس فتعين الاول وهو كونهما ممسوحين بماء الراس لانه لا قائل
بالثالث وما روي انه عليه الصلاة والسلام اخذ ماء جديدا فهو محمول على عدم بقاء البلة وبه نقول ونقل حافظ الدين النسفي
في مستصفاه عن الشيخ بدر الدين الكردري انه قال الراس من الحلقوم الى فوق الا ان الله تعالى جعل بعض الراس في حق الاحكام فجعل وظيفته
الوجه الغسل ووظيفة الراس بعد الوجه المسح فاشبه ان الاذنين وظيفتهما المسح او الغسل فبين عليه الصلاة والسلام ذلك وقال
الاذنان من الراس تبيينا على ان وظيفتهما المسح لا الغسل ثم قال وهذا وجه حسن واستدلال لطيف لم اسمعه من احد اول القائل ان
يقول ما فائدة ما قال بدر الدين ان وظيفتهما المسح ونحن نقول ايضا مسحهما ولكن اذا كان كذلك فمن اين يلزم كون المسح بماء الراس
ولا نسلم ذلك نعني هذا عرفت ان الجواب الثاني لاعتراض الخصم هو ما حققته اولا ولا يقال ينبغي ان يجزئ مسحهما عن مسح
الراس بمقتضى ما قلتم لانا نقول الثابت القطعي لا يتادى بالثابت بالظني كما في الصلاة الى الحطيم فافهم • واما مسح الرقبة
فلم يرد فيه رواية عن اصحابنا المتقدمين • قال في شرح الطحاوي كان الفقيه ابو جعفر يمسح عنقه اتباعا لما روي عن
ابن عمر انه كان يمسح عنقه • وقال في التحفة واختلف المشايخ في مسح الرقبة • قال ابو بكر الاعمش انه سنة • وقال ابو بكر الاسكاف
انه ادب واراد بالادب ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم مرة او مرتين **قال** امرني جبريل بذلك اي تخليل اللحية وجه
الاستدلال ان مطلق الامر يقتضي الوجوب الا انه نفي لئلا يلزم معارضة الظني بالقطعي فثبتت السنية والامر ما ذكر ابو
داود في سننه باسناده الى انس بن مالك انه عليه الصلاة والسلام كان اذا توضأ اخذ كفا من ماء فادخله تحت حنكه فخلل
به لحيته وقال هكذا امرني ربي عز وجل وانما اسند صاحب الهداية الامر الى جبريل عليه السلام لكونه مبلغ امر الله عز وجل
قال جائز عند ابي حنيفة ومحمد اي لا يكون فاعله منسوبا الى البدعة دليل ابي يوسف على السنة ما ذكر من
الحديث ودليلهما على الجواز انه عليه الصلاة والسلام ما فعله غير مرة وايضا التخليل انما يفعل مبالغة في استيفاء الفرض وباطن
اللحية لا يجب ايصال الماء اليه فلا يسن ونقل شمس الائمة السرخسي قولهما في الجواز عن كتاب شرح الاثار ثم ذكر قول ابي يوسف
في انه السنة واستدل عليه بامر جبريل ثم قال هو الاصح اي قول ابي يوسف وهذا هو المختار عندي لان المذكور في حديث انس
لفظ كان اذا توضأ ولا يفهم منه التخليل مرة واحدة بل يفهم منه غير مرة والمنقول عن مشايخنا في التخليل انه من الاسفل الى فوق يدل
عليه ما روي في شرح مختصر الكرخي عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا توضأ شبك اصابعه كانها اسنان المشط **قال**
وتخليل الاصابع اراد بها اصابع اليدين والرجلين لان الامر بالتخليل مطلق وانما لم يجب بناء على مطلق الامر لئلا يلزم المعارضة
بالكتاب او لحديث الاعرابي حيث لم يعلمه النبي عليه الصلاة والسلام التخليل وحدث ابو عيسى الترمذي باسناده الى لقيط بن صبرة
قال قال النبي صلى الله عليه وسلم اذا توضأت فخلل الاصابع قال ابو عيسى هذا حديث حسن صحيح • وذكر ابو عيسى ايضا باسناده
الى ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا توضأت فخلل اصابع يديك ورجليك وينبغي ان تعرف ان التخليل انما يكون سنة
اذا وصل الماء الى ما بين الاصابع لان الوضوء فرض **قال** ولانه اكمال الفرض في محله معناه ان المقصود من التخليل
هو اكمال الفرض في محل الفرض وايصال الماء الى ما بين الاصابع فرض فيكون التخليل مسنونا لان السنة اكمال الفرض دليل ما روي
في السنن عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان اول ما يحاسب الناس يوم القيامة من اعمالهم الصلاة • قال
يقول ربنا للملائكة وهو اعلم انظروا في صلاة عبدي اتمها ام نقصها فان كانت تامة كتبت له تامة وان كان انتقص منها شيئا
قال انظروا هل لعبدي من تطوع فان كان له تطوع قال اتموا لعبدي فريضته من تطوعه ثم يؤخذ الاعمال على ذلكم
قال فمن زاد على هذا او نقص معناه زاد على الثلاث معتقدا ان السنة لا تحصل بالثلاث او نقص معتقدا ان الثلاث
خلاف السنة اما اذا زاد لزيادة لتطيف او نقص لضيق الماء او البرد مع اعتقاد سنية الثلاث فلا يكون متعديا او ظالما وهو
معنى قول المصنف والوعيد لعدم رؤيته سنة وفي الحديث صنعة اللف والنشر لان التعدي يرجع الى الزيادة والظلم الى النقصان
وهذا الحديث رواه ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم كذا ذكره الجصاص في شرح مختصر الطحاوي **قال** فالنية في الوضوء
سنة انما قال سنة تمهيدا لان قال ويستحب لان الاستحباب على ما اختاره القدوري ما ورده بلفظه ثم ذكر ما هو المختار عنده ثم الشافعي

يتمسك في افتراض النية بالنقل والعقل • اما الاول فقوله عليه الصلاة والسلام الاعمال بالنيات • واما الثاني فلان
الوضوء عبادة لا تصح بدون النية قياسا على التيمم والعبادة فعل يؤتى به تعظيما لله تعالى بامره والوضوء بهذه الصفة ولنا النقل
والعقل • اما الاول فقوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا الاية امر بالغسل والمسح ولم يشترط النية فعلم بذلك ان النية
ليست بشرط • وقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا بدون اشتراط النية والشيء اذا خلق على اي طبع كان يوجد ذلك
الطبع فيه سواء وجدت النية او لم توجد كالنار طبعها احراق تحرق اذا وجدت محلا قابلا للاحتراق ولا يقول احد ان لحية لا تحرق
بالنار اذا لم ينو فكذا الماء يطهر بلا نية لان طبعه مطهر وهذا لا يخلو اما ان يكون الطهور بمعنى المطهر او يكون بمعنى ما يتطهر به
كالسحور اسم لما يتسحر به والفطور اسم لما يفطر به والوجور اسم لما يوجر به فيكون الطهور بمعنى المطهر ايضا فيثبت كون اسم الماء مطهرا
طبعا وذكر الزمخشري في كتابه الكشاف في سورة الفرقان عن احمد بن يحيى الطهور ما كان طاهرا في نفسه مطهرا لغيره • واما
الثاني فنقول لا شك ان الطهارة شرط للصلاة كسائر الشروط من ستر العورة واستقبال القبلة وازالة النجاسة وسائر شروط
الصلاة لا يتوقف على النية فكذا الطهارة وايضا ان الوضوء بلا نية وسيلة الى الصلاة لحصول الطهارة باستعمال المطهر في
محله والشرط هو مطلق الطهارة بقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بالطهارة • والجواب عن قوله فنقول قوله عليه الصلاة
والسلام الاعمال بالنيات لا يخلو اما ان يراد به الحقيقة او الحكم فالاول غير مراد بالاجماع لوجود كثير من الاعمال بلا نية كغسل
الثوب والبدن والمكان عن النجس وغير ذلك من الاكل والشرب فتعين الثاني ثم الحكم على نوعين حكم الدنيا وحكم الاخرة فالاول
هو الجواز والفساد • والثاني هو الثواب والعقاب والثاني مراد من الحديث بالاجماع لانه لا يحصل الثواب الا بالنية فلا يكون
الاول مرادا والا يلزم عموم المشترك في موضع الاثبات وهو فاسد ثم اما قياسه على التيمم فضعيف لانا نقول لا نسلم ان المقيس
مثل المقيس عليه وهذا لان الماء طبعه مطهر بخلاف التراب فان طبعه ملوث لا مطهر الا ان الشرع جعله مطهرا في حال ارادة الصلاة
والنية هي الارادة ايضا او التيمم يدل على القصد لغة والنية عبارة عن القصد الى الشيء **قال** لا يقع قربة ولانه يقع
مفتاحا يعني سلمنا ان الوضوء لا يقع قربة بدون النية فلاجل هذا قلنا انه مستحب لكن لا نسلم انه اذا كان كذلك لا يقع مفتاحا
للصلاة اي وسيلة تفتح بها باب الصلاة • وقال عليه الصلاة والسلام مفتاح الصلاة الطهور وقد حصل المفتاح باستعمال
المطهر كما بينا ثم النية هي ازالة الحدث او اقامة الصلاة **قال** ويستوعب راسه بالمسح عطفا على قوله ان ينوي
الطهارة اي يستحب نية الطهارة واستيعاب الراس والمنقول الى الفتاوى في كيفية الاستيعاب ان يبل كفيه واصابع يديه
ويضع بطون ثلاثة اصابع من كل كف على مقدم الراس سوى السبابتين والابهامين والكفين ويمدهما الى مؤخر الراس ثم يمسح
الفودين بالكف ويمسح ظاهر الاذنين بباطن الابهامين وباطن الاذنين بباطن السبابتين وعند مالك الاستيعاب فرض لان الباء
في الاية زائدة ولان النبي صلى الله عليه وسلم توضا ومسح بيديه جميع راسه اقبل بهما وادبر ولنا ما روي في حديث المغيرة من ترك
الاستيعاب فلو كان واجبا لما تركه ولا معنى لقوله بزيادة الباء لانه يمكن ان يكون بمعنى التعدية وحمل ما يمكن له المعنى من قبيل
ما ليس له المعنى لا معنى له ثم السنة له عندنا هو الاستيعاب للحديث الذي رويناه من قبل مالك وعند الشافعي التثليث بمياه
مختلفة لما روي عن عثمان رضي الله عنه في حكاية وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم بتثليث المسح ولنا ما روى ابو داود في سننه
عن عثمان وعلي في حكايتهما وضوءه عليه الصلاة والسلام من غير تثليث وروى ابو داود ايضا باسناده الى ابن ابي ليلى قال رايت عليا
توضا ومسح راسه واحدة • ثم قال هكذا توضا رسول الله صلى الله عليه وسلم وما يروى من التثليث فالمراد به التثليث بماء
واحد وهو مشروع على ما روي في المجرد عن ابي حنيفة وقياس الشافعي على المغسول ضعيف لان الممسوح ليس من جنس المغسول وكان
من الواجب عليه ان يقيس الممسوح على الممسوح بان يقول الممسوح لم يشرع مكررا اصلا كمسح الخف والتيمم وهذا مسح فلا يكرر
قال ولان المفروض هو المسح يعني ان المامور به في الاية هو المسح وحقيقته الاصابة لا الاسالة فلو كان المسنون هو التثليث
بمياه مختلفة كما قاله لانقلبت حقيقة المسح الى حقيقة الغسل وهو خلاف النص فلا يجوز ولهذا المعنى قال علماؤنا التثليث بدعة
وقال بعضهم مكروه ولا اجر فيهما **قال** ويرتب الوضوء عطفا على قوله ان ينوي وقوله يفيد ان الترتيب صرح في
المبسوط بان الترتيب سنة وكذا الاستيعاب وكذا النية والمصنف اختار ما قاله في المبسوط لكن ذكر اولا لفظ الندب وفيه كما هو
وقال الشافعي الترتيب فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم الاية لانه ذكر بحرف الفاء وهي للتعقيب ولا يفهم منه الا الترتيب
ولنا مدعى الاية بيانه انه تعالى امرنا بالغسل والمسح بلا قيد الترتيب والتقييد نسخ الاطلاق فلا يجوز • ودليل الخصم ما روى ابو داود
في سننه ان النبي صلى الله عليه وسلم تيمم ولم يرتب ومسح بيديه ثم وجهه وترك الترتيب في التيمم ترك في الوضوء لان الخلاف فيهما واحد
وقد روي انه عليه الصلاة والسلام نسي مسح الراس في وضوئه فتذكر بعد فراغه فمسح ببلل في كفه فلو كان الترتيب فرضا لعاد الوضوء
ويؤيد ان الشخص لو انغمس بنية الوضوء يجوز اجماعا وهذا دليل لان الركن هو التطهير وقد حصل بدون الترتيب • اما قوله
الفاء للتعقيب فنقول نعم ان التعقيب فيما دخلت هي عليه لا التعقيب غير ما دخلت هي عليه وهنا في الاية ما دخلت الا على الغسل لا في
اعضاء الوضوء وكل واحد منها معطوف بحرف الواو وهي لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة فصار تقدير الاية على هذا اذا قمتم الى الصلاة
فاغسلوا كذا وامسحوا كذا ولا يفهم منه الا ايجاب الغسل والمسح مطلقا • كقول الرجل لغيره اذا دخلت السوق فاشتر اللحم والخبز والتمر لا يفهم
منه الا الجمع بين هذه الاشياء مطلقا ايهما وقع الشراء لاجل في الشارع فيه فلا يسابق الحرب حينئذ للشافعي فلئن قال مواظبة النبي
عليه الصلاة والسلام على الترتيب يدل على وجوب الترتيب نقول لا نسلم لان المواظبة قد وجدت في المضمضة والاستنشاق ولو دل

على الوجوب ولئن قال وجد الترك ثم كما روت عائشة فنقول وجد في الشارع فيه ايضا كما بينا انما قال حافظ الدين النسفي في جواب
الشافعي في المستصفى • والجواب ان حرف الفاء انما تقتضي التعقيب اذا دخلت على غير الافعال الاختيارية اما اذا دخلت على الافعال
الاختيارية فلا فاول يا للتعقيب من خزانته فمن قال مثل هذا الكلام تقليدا وما وضع اهل اللغة الفاء الا للتعقيب سواء دخلت في
كذا او على كذا **قال** والبداية بالميامن فضيلة يعني انها مستحبة والميامن جمع ميمنة وهي نقيض الميسرة والفضيلة الدرجة
الرفيعة في الفضل **قال** حتى الشغل والترجل والتنعل لبس النعلين والترجل الامتشاط وشعر مرجل اي مسرح
والمرجل المسرح المشط كذا في الغريبين وحدث البخاري في الصحيح مسندا الى عائشة قالت كان النبي صلى الله عليه وسلم يحب التيمن
ما استطاع في شانه كله في طهوره وترجله وتنعله

فصل في نواقض الوضوء

انما اخر ذكر
النواقض لكونها من العوارض وهي جمع ناقضة لا ناقض لان الفاعل لصفة اذا لم يكن مؤنثا لا يجمع على فواعل وقولهم فوارس شاذ
ولا يقاس عليه والنقض هو الابطال وهو اما ابطال التاليف كما اذا استعمل في الاجسام البناء والحبل واما ابطال الفائدة المطلوبة
من الشيء اذا استعمل في المعاني كالوضوء لان الفائدة المطلوبة منه اباحة الصلاة وهي تبطل بالنقض والنواقض صفة موصوفها محذوف
وهي العلل لا المعاني لان النواقض جمع مؤنث لا جمع مذكر فافهم وانما قال المصنف المعاني الناقضة اتباعا وتبركا بلفظ النبي صلى الله عليه وسلم
لا يحل دم مسلم الا باحد معان ثلاثة واحترازا عن لفظ الفلاسفة وسمعت بعض مشايخي ببخارى يقول ان اصحابنا كانوا لا يطلقون لفظ
العلة اصلا احترازا عن لفظ الفلاسفة الى ان نشا الامام ابو جعفر الطحاوي فاستعملها فتبعه من بعده واهتدى به • وقوله ما يخرج من
السبيلين اي خروج ما يخرج وانما قدرنا هكذا لان الكون الجرمي من قبيل المبتدا فافهم **قال** اذا خرج من البدن اي من بدن
الحي لان الميت اذا خرج منه شيء لا يعاد غسله • ثم اعلم ان علة انتقاض الطهارة عند علمائنا الثلاثة خروج الخارج النجس من بدن الانسان
الحي كيف ما كان وعند زفر ظهوره وعند مالك والشافعي خروجه من السبيلين حتى ان دم الحيض ليس بحدث عنده وقول المصنف وكلمة
ما عامة تتناول المعتاد وغيره رد لقول مالك • وجه الاستدلال بالاية انه تعالى رتب وجوب التيمم على المجيء من الغائط حال
عدم الماء فدل ان المجيء من الغائط حدث ناقض للوضوء بيانه ان الغائط اسم للمكان المطمئن من الارض والانسان اذا اراد قضاء حاجته
يقضي في مثل ذلك المكان عادة لو عاينه الاول فالمجيء بعد ذلك يكون لازما لقضاء الحاجة عادة فاطلق اسم اللازم وهو المجيء منه واريد
به الملزوم وهو الحدث كناية لانها ذكر اللازم وارادة الملزوم **قال** الى موضع يلحقه حكم التطهير يعني يجب تطهيره
اما في الطهارة الصغرى واما في الطهارة الكبرى • فمن هذا قال اصحابنا اذا نزل دم من الراس الى قصبة الانف نقض الوضوء
لتجاوزه الى موضع يجب تطهيره في الطهارة الكبرى واذا نزل البول الى قصبة الذكر لا ينقض الوضوء لعدم تجاوزه الى موضع يجب تطهيره
قال امر تعبدي والتعبد التنسك والتعبيد الاستعباد وهو ان يتخذه عبدا يعني ان غسل الموضع الذي لم تصبه
النجاسة امر منسوب الى التعبد تعبدنا الله تعالى فيه وكلفنا من غير ان نعقل فيه معنى معقول لان المعقول ان يغسل موضع الاصابة
لا غير • فلما ثبت انه غير معقول لم يمكن ان يتعدى الحكم وهو انتقاض الطهارة على مورد الشرع والمورد هو المخرج المعتاد والشرع هو
قوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط فلا يقاس اذن ما هو الخارج من غير السبيلين على الخارج منهما **قال** عليه الصلاة والسلام
الوضوء من كل دم سائل اي واجب • وانما قدرنا الواجب ولم نقدر السنة او المستحب لئلا يلزم الكذب في خبر الشارع لان خبره يقتضي
وجود المخبر به لا محالة والوجود لا محالة انما يحصل اذا كان الوضوء واجبا لانه في سعة من ترك المستحب او السنة لعدم الاثم في الترك روى
الحديث هذا ابو بكر الرازي باسناده الى تميم الداري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في شرحه لمختصر الطحاوي وروى مالك في الموطا
عن نافع عن ابن عمر انه كان اذا رعف رجع فتوضا ولم يتكلم ثم رجع فبنى على ما صلى • وجه الاستدلال بالحديث الاخر ان النبي عليه الصلاة
والسلام امر بالوضوء مرتبا على القيء او الرعاف فعلم انهما ناقضان للوضوء روى حديث الوضوء ذكره ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي
ولا يقال يشكل هذا الترتيب وجد في البناء ايضا ولم يدل على الوجوب لانا نقول كان القياس ذلك ولكن الوجوب لم يكن مرادا بالاجماع
فخرج عما قلنا فانهم رعف يجوز بالفم والنحو وهو انفح • فان قلت قد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا وضوء الا
من صوت او ريح فهذا يدل على عدم انتقاض الوضوء بالخارج من غير السبيلين • قلت ذاك ورد في الشاك في الحدث يعني لا يخرج حتى يسمع
صوتا او يجد ريحا ولهذا اوجب الوضوء في البول والغائط بالاجماع مع ان الحديث يحصر الحكم في الصوت او الريح • وقال ابو بكر الرازي
في شرحه لمختصر الطحاوي روي وجوب الوضوء من الدم عن علي وابن عمر وابن مسعود والحسن ومجاهد والضحاك في اخرين من التابعين
قال ولان خروج النجاسة الى اخره جواب لقول الشافعي حيث قال غسل غير موضع الاصابة تعبدي ليس بمعقول بيانه ان
خروج النجاسة له اثر في زوال الطهارة بالتنافي بينهما لان النجاسة اذا وجدت في محل تنفي الطهارة عن ذلك المحل واذا زالت عنه توجد الطهارة
في ذلك المحل وهذا القدر اي ان النجاسة مؤثرة في زوال الطهارة معقول في الاصل وهو الخارج من السبيلين • لان زوال الطهارة بخروج
النجس معقول الا ان الاقتصار غير معقول ولا كلام لنا فيه وانما كلامنا في انتقاض الطهارة وهو معقول فيتعدى حكم موضع الاصابة الى
غيره من الاعضاء الاربعة كما تعدى في السبيلين كذلك وهو معنى قوله لكنه يتعدى ضرورة تعدي الاول اي لكن الخارج من غير
السبيلين يتعدى حكمه الى غير موضع الاصابة وثبت منه ضرورة تعدي الاول وهو الخارج من السبيلين لانه مدرك والا وغير الخارج
من السبيلين مدرك زمانا او نقول ان المصنف رحمه الله ذكر شيئين في التعليل الاول ولخروج النجاسة مؤثر زوال الطهارة • والثاني
قوله والاقتصار على الاعضاء الاربعة غير معقول فعلى هذا الحكم يقدر كلام المصنف لكن الاقتصار على الاعضاء الاربعة يتعدى من
صورة المنصوص عليه وان كان غير معقول الى صورة النزاع حكما للتعدي الاول من المنصوص عليه الى غيره يعني تثبت حكم الاقتصار في غير

المنصوص عليه كما في المنصوص لكن الخروج متحول في زوال الطهارة كما بينا وهذا لانه كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا
قال عبر ان الخروج الى اخره جواب سؤال مقدر وهو ان يقال سلمنا ان خروج الخارج النجس مؤثر في زوال الطهارة لكن
لم شرطتم السيلان ولم تفرقوا بين الكثير والقليل في غير السبيلين • فاجاب عنه وقال ان الخروج لا يتحقق الا بالسيلان في موضع
يجب تطهيره في الجملة او بملء الفم في القيء لان النجاسة اذا ظهرت في محلها تسمى بادية لا خارجة لعدم حقيقة الخروج وهو الانتقال
من الباطن الى الظاهر والنجس ما دام في محله لا يوجد حكم النجاسة لعدم امكان تطهيره فاشترط التجاوز الى موضع اخر اما في السبيلين
فبمجرد الظهور يحصل الخروج لان ذلك المحل ليس بمحل النجس حيث انتقل النجس اليه من محل اخر الى ذلك المحل لتيقن محل النجس حيث انتقل النجس
اليه في محل اخر واما اشتراط ملء الفم في القيء فباعتبار ان الفم له شبهان شبه الداخل والخارج فاعتبر الكثير خارجا والقليل غير خارج
عملا بشبه الفم كما هو الاصل في التردد بين الشيئين قال وملء الفم ان يكون بحال لا يمكن ضبطه الا بتكلف • قال
صاحب النهاية لم يذكر تفسير ملء الفم في ظاهر الرواية وروي عن الحسن بن زياد انه قال ان كان يعجز عن امساكه فهو ملء الفم والا فلا
قال قال زفر قليل القيء وكثيره سواء وهو القياس عندنا وفي الايضاح انه ليس بحدث حتى يسيل وهو ان يعلو فينحدر
كذا فسره ابو يوسف قال اعتبارا بالمخرج المعتاد يعني ان القليل في الخارج من السبيلين ناقض ولا يشترط
السيلان فيه لان خروج النجس مؤثر في زوال الطهارة فكذا قليل الخارج من غير السبيلين بلا اشتراط السيلان قياسا عليه لانه نجس
قال ولاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام القلس حدث رواه سوار بن مصعب عن زيد بن علي عن بعض ابائه عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم كذا ذكره ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي يعني ان اطلاقه يشمل القليل والكثير لانه لم يفصل بينهما قال
او دسعة ... ان عليا رضي الله عنه عد الاحداث وقال العاد قال او دونه
الخليل القلس ما خرج من الفم ملء الفم او دونه والدسعة القيئة يقال دسع الرجل
الوضوء من كذا وكذا ثم قال او دسعة تملأ الفم فعلم بهذا ان ما دون ملء الفم ليس بناقض والدسعة القيئة يقال دسع الرجل
اذا قاء ملء الفم واصل الدسع الدفع كذا ذكره المطرزي وذكر الناطفي في الاجناس • وقال روي زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال يعاد الوضوء من سبع من بول غالب ومن دم سائل وفي ذارع وفي قيء ذارع ودسعة تملأ الفم ودم سائل والقهقهة في الصلاة
والحدث قال واذا تعارضت الاخبار يحمل ما رواه الشافعي الى اخره وهذا لان الاصل في الدليلين المتعارضين ان يعمل
بهما ان امكن العمل وان لم يمكن يرجح احدهما ان امكن الترجيح وان لم يمكن منهما تركا فيصار الى القياس وان تعارض القياسان فيعمل
المجتهد باحدهما وهنا في مسئلتنا تعارض ما رواه زفر وهو قوله عليه الصلاة والسلام القلس حدث مع رواه الشافعي وهو انه
عليه الصلاة والسلام قاء فلم يتوضأ فامكن العمل بهما فحملنا ما رواه زفر على الكثير وما رواه الشافعي على القليل عملا بالدليلين بقدر
الامكان لان الاصل في الدلائل الاعمال لا الاهمال وحال النبي صلى الله عليه وسلم يدل ايضا على ان المراد بما رواه الشافعي هو القليل
لان كثرة القيء تنشا من كثرة الاكل وكان غالب حاله الجوع • ويدل على صحة ما قلنا ما رواه الترمذي باسناده الى معدان بن ابي
طلحة عن ابي الدرداء ان النبي صلى الله عليه وسلم قاء فتوضأ فلقيت ثوبان بمسجد دمشق فذكرت ذلك له فقال صدق انا صببت له وضوءه
قال والفرق بين المسلكين قد مر تقديمه هذا جواب لزفر عن قوله اعتبارا بالمخرج المعتاد وقد مر بيان الفرق بين الخارج من
السبيلين وهو المخرج المعتاد وبين الخارج من غير السبيلين وهو المخرج غير المعتاد عند بيان قوله غير ان الخروج فلا نعيده قال
يعتبر اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات كما في تلاوة السجدة والبيع وعند محمد يعتبر اتحاد السبب لوقوع السبب بحسبه حسا
وشرعا فالظاهر ان البيان الثاني عن الاول من المسئلة على اربعة اوجه • اما ان يتحد السبب والمجلس • او يتعددا • او يتحد الاول
دون الثاني • او على العكس ففي الاول يجمع اتفاقا وفي الثاني لا يجمع اتفاقا وفي الثالث يجمع عند الثالث وفي الرابع يجمع عند الثاني فافهم
والغثيان مصدر غثت نفسه اذا جاشت وقيل قول محمد اصح قال وهو الصحيح وهذا لان الملازمة ثابتة بين
الحدث وبين الخارج النجس لكونه علة للحدث فاذا لم يكن القليل دل على انه ليس بنجس لا اسلارا وانتفا اللازم انتفاء الملزوم فافهم
واحترز بقوله هو الصحيح عن قول محمد فانه عنده القليل نجس وان لم يكن حدثا وبعض مشايخنا عليه احتياطا ونابة الخلاف
تظهر فيما اذا اخذ بقطنة فالقاها في الماء هل ينجس ام لا وفيما اذا اصاب ثوبه او بدنه اكثر من قدر الدرهم كما لو كان لاصحاب القروح
هل يمنع جواز الصلاة ام لا فعند ابي يوسف لا ينجس ولا يمنع خلافا لمحمد ولا يلزم على قول ابي يوسف دم الاستحاضة والجرح السائل لان ذلك
نجس موجب للحدث الا ان اثره يظهر اذا خرج الوقت قال وهذا اذا قاء مرة او طعاما او ماء اي الذي قلنا من تفاصيل
الطهارة بملء الفم من القيء فيما اذا قاء هذه الاشياء اما اذا قاء بلغما فهو غير ناقض عندهما خلافا لابي يوسف في المرتقي من الجوف والمجاور
بالنجس بخلاف النازل من الراس وقالا ان الرطوبة في الحلق نجس فيكون بلغما في اعلاه ترقى فيكون بزاقا فلا يكون نجسا لعدم
مجاورته بالنجس ولئن سلمنا انه مجاوره لكنه لزج لا يتداخله النجس وما يتصل به قليل وهو عفو في غير السبيلين والقيء الزلق
قال ولو قاء دما الى اخره بيانه اذا قاء دما فلا يخلو اما ان يكون دما غليظا متجمدا وهو العلق او رقيقا سائلا ففي الاول
يعتبر ملء الفم باتفاق بين العلماء الثلاثة لانه ليس بدم على الحقيقة وانما هو سوداء محترقة وفي الثاني كذلك عند محمد اعتبارا بسائر انواع
القيء من الطعام والماء والمرة والصفراء وعندهما السائل بنفسه ينقض قل او كثر لان المعدة ليست بموضع الدم فيكون من قرحة فيها
فيعتبر الخارج منها بالخارج من القرحة الظاهرة والخارج من الجرح اذا تجاوز الى موضع يلحقه حكم التطهير ينقض الوضوء فكذا الخارج من
المعدة اما اذا خرج بالبزاق فيعتبر الغالب وان تساويا لا يجب عليه الوضوء قياسا ويجب استحسانا اخذا بالاحتياط وما قيل ان السوداء
احدى الطبائع الاربعة ففيه نظر عندي لانها احد من الاخلاط من الطبائع الا ترى ان الاطباء قالوا الاخلاط اربعة الدم والمرة

التركا والمرة الصفراء والبلغم فطبع الاول حار رطب • والثاني بارد يابس • والثالث حار يابس • والرابع بارد رطب
فعلم ان الكل واحد من الاربعة طبعا لا ان ذاته طبع قال الى ما لان من الانف اي الى المارن وهو الذي لان قلت لم قيد
بهذا القيد مع ان الرواية مسطورة في الكتب عن اصحابنا ان الدم اذا نزل الى قصبة الانف ينقض الوضوء ولا حاجة الى ان ينزل الى ما
لان من الانف فاي فائدة في هذا القيد اذن سوى التكرار بلا فائدة لان هذا الحكم قد علم في اول الفصل من قوله والدم والقيح اذا خرجا
من البدن فتجاوز الى موضع يلحقه حكم التطهير • قلت بيانا لاتفاق اصحابنا جميعا لان عند زفر لا ينتقض الوضوء ما لم ينزل
الدم الى ما لان من الانف لعدم الظهور قبل ذلك والله الهادي قال والنوم مضطجعا او متكئا او مستندا
الى شيء اراد بالاتكاء وضع راسه على ركبتيه او على يديه وبالاستناد الى شيء استناده الى جدار او الى اسطوانة والكل ناقض للوضوء وكذا
اذا نام متوركا على احد وركيه اما اذا نام متربعا او متوركا على وركيه بان يخرج قدميه من جانب ويلصق اليتيه بالارض فلا ينقض
وروي عن ابي حنيفة انه لا ينتقض وضوء المستند لان مقعده مستقر فيامن الحدث وفي الصلاة ليس بناقض في كل حال قائما
كان او راكعا او قاعدا او ساجدا في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف في الاملاء انه اذا تعمد النوم في السجود ينقض
وان غلبته عيناه فلا ينقض وفي نوم المريض اذا صلى مضطجعا اختلاف المشايخ في النقض وعدمه اما النقض فظاهر واما عدمه فلانه
اضطجاع قائم مقام القيام الصحيح • وقال في خلاصة الفتاوى وان نام راكبا في السرج او في المحمل لا ينقض الوضوء الا اذا اضطجع في المحمل ولو نام
نام على راس التنور وهو جالس قد ادلى رجليه كان حدثا لان ذلك سبب استرخاء المفاصل قال والثابت عادة
كالمتيقن الا ترى ان من شك في طهارته بعد ما دخل في المتراح يؤمر بالوضوء قال بزوال مسكة اليقظة يعني بزوال الاتكاء
التماسك الذي في حال الانتباه قال غير ان السند بمنعه جواب سؤال مقدر وهو ان يقال لا نسلم ان الاسترخاء
يبلغ غايته فلو كان كذلك لسقط فلما لم يسقط علم انه لم يبلغ غايته فاجاب عنه وقال ان السند منعه من ان يسقط فلولا ذلك لسقط
قال في الصلاة وغيرها يعني لا ينقض النوم الوضوء في هذه الحالات سواء كان في الصلاة او غيرها وهو ظاهر لوجود
بقاء الاستمساك وعن ابن شجاع انه ناقض للوضوء في غير الصلاة قال انما الوضوء على من نام مضطجعا • فان قلت
ان علماء المعاني والبيان قالوا ان انما لحصر الشيء في الحكم كما في قولك انما زيد منطلق او لحصر الحكم في الشيء كما في قولك انما المنطلق
زيد وهنا لم يحصر الحكم في النائم المضطجع • قلت لا نسلم انه للحصر ولئن سلمنا لكن نقول الحصر حاصل بمفهوم انما وثبوت الحكم في غير
المضطجع مثل المتكئ والمستند ثبت بالعلة المنصوصة في قوله عليه الصلاة والسلام فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله
والاسترخاء كما يحصل بسبيل الكمال في الاتكاء والاستناد فيعم الحكم بعموم العلة • قال ابو داود في السنن حدثنا يحيى بن معين وهناد
وعثمان ابن ابي شيبة عن عبد السلام بن حرب وهذا لفظ حديث يحيى عن ابي خالد الدالاني عن قتادة عن ابي العالية عن ابن عباس ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسجد وينام وينفخ ثم يقوم فيصلي ولا يتوضا فقلت له صليت ولم تتوضا وقد نمت فقال انما الوضوء
على من نام مضطجعا زاد عثمان وهناد فانه اذا اضطجع استرخت مفاصله وقد قيل قال شعبة لم يسمع قتادة من ابي العالية الا اربعة
احاديث ولم يذكر هذا منها قلنا من روى عن ثقة فامره محمول على السماع على انه لو كان مرسلا لم يضر ارساله عندنا قال
والجنون بالرفع لا بالجر لان الجنون مسلوب العقل لا مغلوب العقل قال لانه فوق النوم اي كل واحد من الاغماء والجنون
فوق النوم مضطجعا بدليل تنبه النائم بالتنبيه دون المغمى عليه والمجنون والنوم بتلك الصفة ناقض للاسترخاء فلذا هما
لاشتراكه في العلة بل اولى لكونه فوقه قال في الاحوال كلها اي في هيئة القائم القيام والركوع والسجود والقعود
وغير ذلك قال وهو القياس في النوم اي الحدث قياسا في النوم ايضا في جميع الاحوال لحصول الاسترخاء وزوال
المقعد عن الارض الا انا عرفنا النوم ناقضا في هذه الاحوال بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا وضوء على من نام قائما
الى اخره فتركنا القياس به قال والاغماء فوقه فلا يقاس عليه اي الاغماء فوق النوم فلا يقاس الاغماء على النوم وهذا
جواب سؤال مقدر وهو ان يقال لما ورد الحديث في النوم فانه ليس بموجب للحدث في هذه الاحوال بالحديث يقاس الاغماء عليه
لاشتراكهما في العلة وهي الاسترخاء حتى لا يكون الاغماء ناقضا ايضا فاجاب عنه وقال ان الشيء انما يقاس على غيره اذا كان مثله والاغماء
فوق النوم لما قلنا فلا يقاس على انا نقول ان الحكم في النوم ثابت بخلاف القياس بالحديث فلا يثبت الحكم في غيره لانه ثبت بخلاف
القياس قياسا الا اذا كان في معناه من كل وجه قال ولهذا الرجل حدثا ايضا القول ليس بخارج قال
وعمله بترك القياس اي بمثل هذا الحديث يعني بخبر الواحد بترك القياس لان السند في نقل الحديث لا في اصله وفي القياس في
اصله وايضا يجوز ان يكون خبر الواحد اصلا للقياس دون العكس • فان قلت الحديث مرسل فلا يعمل به قلنا بما يعني ارساله الذي
الواقع ادارسا له باعتبار انك لا تعرف اسناده والثاني مسلم لكن جهل التحمل لا يكون حجة على غيره والاول غير مسلم لانا نثبت
اسناده لان ابا حنيفة يروي هذا الحديث عن منصور بن زاذان عن الحسن عن معبد الجهني قال كان النبي صلى الله عليه وسلم
يصلي اذ اقبل اعمى فوقع في بئر او زكية فضحك بعض القوم حتى قهقه فلما فرغ عليه السلام قال الا من ضحك الحديث وروى قتادة
ايضا عن ابي العالية عن ابي موسى الاشعري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال حين وقع الاعمى فضحك بعض القوم الا من ضحك
الحديث • وذكر هذا الحديث الشيخ الامام الحافظ ابو موسى المديني في كتاب الامالي مسندا الى معبد عن النبي صلى الله عليه
وسلم في باب العلم الا ان لفظ الامالي من كان منكم قهقه فليعد الوضوء والصلاة ولئن سلمنا انه مرسل فهو حجة عندنا كالمسند
لما مر تحقيقه في شرح الاصول • فان قلت روى ابو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا وضوء الا من صوت او ريح فدل

انه لا وضوء في القهقهة قلت هذا الحديث ظاهره متروك بالاجماع لان في البول والغائط يجب الوضوء وان لم يوجد الريح والصوت
وكذا في المذي والودي اذا خرجا من المخرج المعتاد وخصوصا على مذهب الشافعي فانه يجب الوضوء في مس الذكر ومس النساء فلا صوت ولا ريح
فلما لم يدل هذا الحديث على نفي الوضوء فيما ذكرنا من الصور دل على انه لا يدل على نفي الوضوء في القهقهة ايضا على انا نقول ان هذا الحديث
ورد في حق من شك في خروج الريح والحكم فيه كذلك لما تحقق الريح والصوت ❊ قال والاثر ورد في صلاة مطلقة فيقتصر
عليها هذا الجواب عن قياس الشافعي على صلاة الجنازة وسجدة التلاوة يعني انما قضينا القهقهة في غير الصلاة ليست بحدث اما في الصلاة لانها
في الصلاة المحض والاثر والملل لانها حالة المناجاة مع رب العزة ❊ قال بخلاف الصلاة دون الوضوء وهذا احتراز من التبسم
فانه لا يفسد اصلا لا الصلاة ولا الطهارة لما روي عن جرير بن عبد الله انه قال ما رآني رسول الله صلى الله عليه وسلم الا تبسم ولو في
الصلاة ❊ قال والدابة تخرج من الدبر ناقض بخلاف الخارجة ❊ اعلم ان الدودة اذا خرجت من الدبر او البول تنقض وان خرجت من
الجرح او خرج منه العرق او لحم او سقط اللحم لا تنقض لان عين الخارج ليست بنجسة وما عليها قليل [illegible]
[illegible]
غير السبيلين [illegible] الريح [illegible] الاحتياط
[illegible]
المصنف [illegible]
[illegible] السبيلين دون غيرهما ❊ قال والمراد بالدابة الدودة [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] ومنها مسئلة الخارج من غير السبيلين ❊ قال [illegible]
في اول الفصل من مسئلة الدودة [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

فصل في الغسل

[illegible]
[illegible] قال عليه الصلاة والسلام عشر من الفطرة [illegible]
استر لحاله ثم جعلت سنة للخلقة القابلة لان التي على الخصوص وعليه الحديث المشهور كل مولود يولد على الفطرة بل خمس منها في الرأس الفرق
والسواك والمضمضة والاستنشاق وقص الشوارب وخمس في الجسد الختان وحلق العانة ونتف الابط وقص الاظفار والاستنجاء
بالماء ❊ قال امر بالتطهر بضم الماء لان اصله تطهر فادغمت التاء في الطاء لقرب المخرج فجيء بحرف الوصل ليتوصل الى النطق
فصار اطهر من لا حرج له ولا دفعة بقراءة امر بالاطهار وما ذاك الا لحرمانه من التربية والمصنف يرى من عنده وانما قال وهو تطهير
جميع البدن لان كثرة الحروف تدل على كثرة المعنى كما في التشدد والتشداد ❊ قال الا ان ما يتعذر ايصال الماء
اليه خارج اي عن قضية النص ❊ وهذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال لا نسلم ان الامر ورد بتطهير جميع البدن فلو كان كذلك لوجب
غسل العينين فاجاب عنه وقال ذاك خرج عما قلناه فان الحرج المدفوع شرعا لان فيه تعذرا الا ترى ان من تكلف لذلك كف بصره كابن
عمر وابن عباس بخلاف المضمضة والاستنشاق لانه لا حرج فيهما فيجب غسلهما بموجب الآية وانما لم يجب غسلهما في الوضوء لان الامر لم يرد
ثم بالتطهير بل ورد بغسل الوجه ولا مواجهة فيهما ❊ اما قوله عليه الصلاة والسلام عشر من الفطرة فالمراد منه انهما سنتين في الوضوء
بدليل ما روي عن ابن عباس وجابر رضي الله عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال انهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء بدليل
ما روى ما ابو داود في سننه باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تحت كل شعرة جنابة
فاغسلوا الشعر وانقوا البشر ولا شك ان في داخل الفم بشرة وداخل الانف شعرة وروى باسناده ايضا الى علي رضي الله عنه
انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك موضع شعرة من جنابة لم يغسلها فعل بها كذا وكذا من النار قال علي فمن ثم عاديت
رأسي ثلاثا اي قال هذا اللفظ ثلاثا وكان يجز شعره ❊ قال ابو بكر الرازي وكان ابو الحسن الكرخي يحكي عن ابي سعيد البردعي عن
ثعلب انه كان يقول البشرة هي الجلدة التي تقي اللحم الاذى ❊ قال ويزيل النجاسة ❊ قال الامام حميد الدين الضرير في شرح
الصحيح ان يقال نجاسة بالتنكير لان الالف واللام اما للجنس واما للعهد والمعهود منتف بدلالة ان كانت وكذا الجنس لان الجنس لا يزال على الكل

ثم احتمال الكل والادنى غير مراد والكل محال هذا خلاصة ما قاله ❊ فاقول التنكير انما يتعين اذا كان الاختصار ثابتا في التعريفين
كما قال ونحن لا نسلم الجواز ان سكون اللام لتعريف الماهية كما بيناه في اول الكتاب ❊ قال ثم يتوضأ وضوءه للصلاة اي مثل
وضوءه للصلاة ❊ وانما قال هذا كيلا يتوهم انه يريد به غسل اليدين الى الرسغين لانه قد يسمى وضوءا كما ورد في الحديث في غسل اليدين لاجل
الطعام ❊ قال عليه الصلاة والسلام الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وفيه اشارة الى انه يمسح رأسه لا كما روى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يمسح
وقوله يتوضأ بالنصب عطفا على ان يبدأ وروى ابو داود في سننه باسناده الى عائشة رضي الله عنها انها قالت كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم يتوضأ وضوءه للصلاة ثم يفيض على رأسه ثلاث مرات وحدث البخاري باسناده الى ابن عباس عن ميمونة زوج النبي صلى الله عليه
وسلم قالت توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم وضوءه للصلاة غير رجليه وغسل فرجه وما اصابه من الاذى ثم افاض عليه الماء ثم نحى
رجليه فغسلهما هذه غسله من الجنابة ❊ قال والمستنقع المجتمع قال اذا كان على لوح لا يؤخر وكذا اذا كان على حجر ونحوه
قال ويبدأ بازالة النجاسة اي قبل الوضوء والغسل انما ذكره لبيان التعليل والا ففيه تكرار ❊ قال وليس على المرأة ان
تنقض ضفائرها اي ذوائبها جمع ضفيرة بمعنى الذوابة ولا يقال بالظاء واحترز بالمرأة عن الرجل لوجوب نقض ضفيرته وتخصيص النقض
في الروايات يدل على نفي ما عداه بالاتفاق بخلاف النصوص قال فيها يدل على نفي ما عداه عندنا وانما ذكر المرأة وان كانت حال النساء تنبئ
الستر كما عرف في قوله تعالى ان المسلمين والمسلمات الآية لان المسئلة من خواص النساء ❊ قال الفقيه ابو جعفر ان كانت المرأة منقوضة الذوائب
يجب ايصال الماء اليه وهذا حسن عندي لعدم الحرج وقيل لا يجب النقض للاتراك والعلويين للاشتراك في الحرج مع النساء وفيه نظر
قال وليس عليها بل ذوائبها هو الصحيح احترازا عما قيل يجب البل والعصر ثلاثا وانما قال هو الصحيح لان في بل الضفيرة حرجا وهو مدفوع
شرعا قال يجب على المرأة غسل الفرج الخارج في الغسل لعدم الحرج وايصال الماء الى السرة في الذكر والانثى فرض ❊ قال الى اثنائها اي
الى تضاعيفها جمع ثني بقول انثنت كذا انثني كاي في طيه ❊ قال والمعاني الموجبة للغسل اي العلل الموجبة واختار لفظ المعاني
لما قلنا من قبل ❊ قال بعض الشارحين هذه معاني موجبة للجنابة لا للغسل على المذهب الصحيح من علمائنا رحمهم الله فاستقفه فكيف يوجبه
اقول لا شك ان معنى قوله المعاني الموجبة للغسل ان الغسل يجب بهذه المعاني على طريق البدل على معنى ان كل من هذه المعاني اذا وجد يجب
به الغسل فان جتمع العلة والمعلول بلا نقض ولا دفع والذي قاله الشارح انما يتوجه اذا كانت هذه المعاني موجبة لوجود الغسل لا لوجوبه
ولم يقيد المصنف بالوجود حتى يورد عليه بل ما قاله الشارح وقيل سبب وجوب الغسل ارادة ما لا يحل فعله لسبب الجنابة منقول عن مبسوط
شيخ الاسلام وفيه نظر عندي لان المسبب لا يتوقف وجوده على وجود السبب والارادة وجدت او لم توجد يجب الغسل اذا وجد احد المعاني
الثلاثة المذكورة فكيف يكون الارادة سببا موقوفا وجوب الغسل عليه وقيل السبب الجنابة وفيه نظر ايضا لوجوب الغسل في الحيض والنفاس
وهذا لانه لا يقال اذا حاضت المرأة او نفست اجنبت فاقول ان سبب وجوب الغسل الجنابة او ما في معناها وقولي ما في معناها يتناول
الحيض والنفاس لانهما في معناها من حيث عدم جواز مس المصحف وقراءة القرآن واداء الصلاة وهذا لان الاضافة امارة السببية وقد وجد
حيث يقال غسل الجنابة وغسل الحيض وغسل النفاس ❊ قال انزال المني على وجه الدفق والشهوة ❊ قال بعض الشارحين هذا مستقيم
على قول ابي يوسف لاشتراطه الدفق والشهوة حالة الخروج ولا يستقيم على قولهما لان الشهوة حالة الانفصال كافية عندهما هذا ما قاله فاقول
لم تركه ذلك بل هو مستقيم على قول الكل لان انزال المني على هذه الصفة اذا وجد يجب الغسل عند الجميع ولا يرد ما قاله من وجوب الغسل عندهما بخروج المني
عن شهوة عند الانفصال لا عند الخروج لان الحكم جاز ان يكون معلولا لعلل شتى ولم يدع المصنف الحصر في قولهما ❊ قال حالة النوم
واليقظة لا يقال خروج المني من النائم يوجب الاغتسال وان لم يكن بشهوة فكيف شرط المصنف الشهوة لانا نقول كان القياس ان لا يجب لكنهم
استحسنوا ايجابه لان الظاهر خروجه بالاحتلام ❊ قال كيف ما كان مثل ان يسقط من الحائط او يحمل حملا ثقيلا او يضرب على ظهره
فتصيبه علة فيخرج المني بدون اختياره ❊ قال والحديث يحمل على الخروج عن شهوة لان الحديث قوله عليه الصلاة والسلام الماء من الماء
والخروج خروج المني وانما حمل هذا لان العام اذا لم يمكن اجراؤه على العموم يراد اخص الخصوص لتيقنه وهنا يمتنع اجراؤه على العموم لانه لا يجب
الغسل بانزال المذي والودي والبول بالاجماع والانزال عن شهوة مراد بالاجماع فلا يكون غيره مرادا الا المني لان شهوة المراد بالماء فلنا
قال انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة اي انفصال المني عن مكان المني وهو الصلب على وجه الشهوة هو المعتبر عندهما ولا شرط
الشهوة حالة الخروج وجب الغسل اذا وجدت الشهوة حالة الانفصال سواء وجدت حالة الخروج او لم توجد ❊ قال وعند ابي يوسف ظهوره
يعني ان المعتبر في وجوب الغسل عند ابي يوسف خروج المني على وجه الشهوة اعتبارا للخروج بالانفصال ووجه الاعتبار ان الغسل لا يجب الا بهما
فاذا وجد الانفصال ولم يوجد الخروج لا يجب بالاجماع والشهوة حالة الانفصال شرط بالاتفاق فينبغي ان يشترط حالة الخروج ايضا لان وجوب
الغسل يتعلق بهما ❊ قال ولهما انه قد وجب من وجه فالاحتياط في الايجاب بيانه ان الغسل بمجرد الانفصال فاذا نظرنا الى
وجود الشهوة حالة الانفصال يجب الغسل واذا نظرنا الى عدم الشهوة حالة الخروج لا يجب فاذن وجب الغسل من وجه
دون وجه فاحتيط في الايجاب ولم يشترط الشهوة حالة الخروج وهذا معنى قوله فقد وجب من وجه فالاحتياط في الايجاب ❊ قال
بعض الشارحين الخروج على وجه الشهوة قد وجد وانما عدم الدفق لا غير فباعتبار ما وجد يجب الغسل وباعتبار ما عدم لا يجب فلا ترجح جانب
الوجود احتياطا واقول هذا الشرح من الشروح كالصحيح من اللون لان كلام المصنف انما سبق لبيان ان الشهوة لا تشترط حالة الخروج عندهما
وعند ابي يوسف تشترط وبيان التعليل من الطرفين لاجل هذا فاذن لا معنى لقول الشارح الخروج على وجه الشهوة قد وجد ولهذا
قال العلماء في كتبهم وثمرة الاختلاف تظهر في المحتلم اذا قبض رأس ذكره وسكنت شهوته ثم خرج المني وفي الغسل قبل النوم او البول
اذا خرجت بقية المني بعد سكون شهوته عندهما يجب الغسل في الصورتين وعنده لا وقيل قول ابي يوسف هو القياس وقولهما الاستحسان

للاحتياط في امر العبادة ويأخذ المحتلم بقول ابي يوسف اذا خاف من الريبة قال والتقاء الختانين من غير انزال والختان موضع القطع من الذكر والانثى ومن عادة العرب اختتان النساء ● وروى الخصاف في كتاب ادب القاضي في باب من قال لا يجوز شهادة الاقلف باسناده الى شداد بن اوس ● قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة وقيد بقوله من غير انزال احترازا عن قول الانصار فانه روي عن عمر رضي الله عنه بلغه ان زيد بن ثابت كان يفتي ان الغسل لا يجب من غير انزال فدعاه فقال له من امرك بهذا فقال سمعت عمومتي من الانصار يقولون كنا نقول على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الماء من الماء فدعا عمر بهم فقالوا كنا نقول ذلك فانفذ الى ازواج النبي صلى الله عليه وسلم فسالهن عن ذلك فروين ان فيه الغسل فقال للانصار هذا شيء سمعه رسول الله صلى الله عليه وسلم فرضيه من الحكم ام لا قالوا لا قال فلا اذا ثم قال لزيد بن ثابت يا عدو نفسه لئن عدت الى هذا لاوجعتك ضربا ● قال ابو عيسى الترمذي في جامعه باسناده الى ابي بن كعب قال انما كان الماء من الماء رخصة في اول الاسلام ثم نهي عنها ● وروي ايضا باسناده الى عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا جاوز الختان الختان وجب الغسل قال ابو عيسى وحديث عائشة حسن صحيح ● وقال ابو داود في السنن باسناده الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا قعد بين شعبها الاربع والزق الختان بالختان فقد وجب الغسل قال عليه الصلاة والسلام وغابت الحشفة فيه نفي لقول الشافعي تحاذي الفرجين وعندنا لا يجب الغسل بمجرد التلاقي من غير التواري ولكن يجب الوضوء عندهما بالمباشرة الفاحشة خلافا لمحمد والحشفة ما فوق الختان من راس الذكر قال وقد خفي عليه لقلته هذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال سلمنا ان نفس المني يغيب عن بصره ولكن لا نسلم انها لعلها الرجل بخروج المني والسبب الظاهر انما يقام مقام السبب اذا كان السبب خفيا ولا خفاء فاجاب عنه وقال قد يخفى على الرجل المني لغاية القلة او لفرط الشبق فيقام السبب الظاهر وهو الالتقاء مقام الامر الخفي وهو الانزال فيتعلق الغسل بالالتقاء وجد الانزال او لم يوجد والتقاء الختانين مستعار للايلاج بطريق اطلاق اسم السبب على المسبب بدليل قوله عليه وغابت الحشفة قال لكمال السببية وهو اللين والحرارة وضيق المحل وقيل بمحاذاة الامرد تفسد صلاة الرجل لانه محل الشهوة بالبال واليه اشار ... فان لهم شهوة كشهوة النساء وفي ظاهر الرواية لا تفسد فلا يقاس عليه غيره قال احتياطا لان الطهارة يعتبر فيها الاحتياط

قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات من اتى امراته او امته في غير ما اتاها لم يحد وان كان محرما عليه لان من الناس من يستحله بتاويل القران واتفقوا على ان الغسل يجب على الفاعل والمفعول به اذا كان من اهل وجوب الاغتسال رجلا كان او امراة بنفس الايلاج من غير انزال اما عندهما فانه مثل الزنا وعند ابي حنيفة الاغتسال بنفس الايلاج انما يجب في القبل لانه مشتهى على الكمال فالظاهر انه عند اقتضاء الشهوة قد يشتبه نزول الماء فاقيم الايلاج مقام الانزال ولا خلل في الشهوة فيهما فصار سببا للاشتباه مثل الوطء في القبل فوجب الاحتياط ولما اعتبر الايلاج دون الانزال استوى الفاعل والمفعول فيه الا ترى ان عليا قال في مسئلة الاكسال يوجبون الرجم ولا يوجبون صاعا من الماء واجمع الصحابة ان لا حد في اتيان البهيمة وروي ذلك في الكتاب عن ابن عباس وذلك لانه ناقص لا يميل اليه الا السفيه الذي تناهى سفهه وكان كالاستمناء بالكف واجمعوا انه لا يجب الغسل بنفس الايلاج لما قلنا انه في حكم الشهوة ناقص غير مرغوب فلا يصلح سببا للاشتباه فلا يقوم مقام الانزال الا ترى انه لا حرمة له بخلاف الدم من بني ادم قال بخلاف البهيمة وما دون الفرج يتعلق بقوله فيقام مقامه اي يقام سبب الانزال مقام الانزال في السبيلين في الادمي بخلاف البهيمة لا يجب الغسل بمجرد الايلاج ما لم ينزل وبخلاف ما دون الفرج وهو التبطين والتفخيذ حيث لا يجب الغسل لنقصان في السببية اذا لم ينزل قال والحيض قيل المراد منه الخروج من الحيض لان الحيض ما دام باقيا لا يجب الغسل لعدم الفائدة اقول لا حاجة الى هذا التكلف لانا اثبتنا من قبل ان نفس الحيض سبب للغسل بدليل الاضافة فلا حاجة اذن الى قوله المراد منه الخروج ومن يضاف الغسل اليه بان يقال غسل الخروج من الحيض حتى يتكلف المتكلف اما قوله لا فائدة في وجوب الغسل فلا نسلم بل فيه فائدة حيث يظهر اثر الوجوب عند وجود الشرط وهو الطهر عن الحيض وفي غاية العجب قول حافظ الدين النسفي في كافيه حيث اراد بالحيض انقطاعه وعلل بقوله لانه يلازمه اقول الملازمة اقتضاء الملزوم اللازم وامتناع وجوده بدون لازمه واعجب من هذا قوله في المستصفى ناقلا عن شيخه المراد منه الخروج من الحيض لان الخروج منه مستلزم للحيض ● اقول هذا والله من عجائب الدنيا لانه اذا كان الخروج ملزوما والحيض لازما يلزم ان يوجد الحيض حين وجوده وهو محال بحق قال لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد اي يغتسلن وجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى منع الزوج من الوطء قبل الاغتسال وقد علمنا ان الوطء تصرف واقع في ملكه بقوله تعالى فاتوا حرثكم فلو كان الاغتسال مباحا او مستحبا لم يمنع الانسان من حقه فعلم ان الاغتسال واجب واما النفاس فانما وجب الاغتسال فيه بدليل الاجماع قال وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اخره قال نص على السنة الى نفي القدوري عنه ● وقال بعض مشايخنا الاستحباب تدل على ذلك قول محمد ... غسل الجمعة حسن وقيل الغسل احد عشر نوعا خمسة فريضة الغسل من التقاء الختانين وانزال المني والاحتلام والحيض والنفاس ● واربعة سنة غسل يوم الجمعة ويوم عرفة وعند الاحرام والعيدين وواحد مستحب وهو غسل الكافر اذا اسلم هذا اذا لم يكن جنبا فان اجنب ثم اسلم اختلف المشايخ فيه وفي التحفة جعل غسل المجنون عند الافاقة وغسل الصبي عند البلوغ من قبيل المستحب لكن ينبغي ان يكون هذا اذا كان البلوغ بالسن

قال فبها ونعمت اي فبهذه الفعلة اي الخصلة ينال الفضل وتلك الخصلة هي الوضوء ونعمت اي نعمت الخصلة هي ● قال الاصمعي معناه فبالسنة اخذ ونعمت السنة وفي ذلك في سنن ابي داود وجامع الترمذي والنسائي عن سمرة بن جندب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فالغسل افضل قال وهذا اعلى ما رواه اي هذا الحديث الذي رويناه محمل الحديث الذي رواه مالك على الاستحباب توفيقا بينهما لان الامر يحتمل الندب والاستحباب او حمل على النسخ للاحاديث المعارضة ... ومما رواه مالك وهو خبر الواحد او نقول قد حدث ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى عكرمة قال سئل ابن عباس عن الغسل يوم الجمعة اواجب هو قال لا ولكنه طهور وخير فمن اغتسل فحسن ومن لم يغتسل فليس عليه بواجب وساخبركم كيف بدا كان الناس مجهودين

يلبسون الصوف ويعملون على ظهورهم وكان مسجدهم ضيقا متقارب السقف انما هو عريش فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم في يوم حار وقد عرق الناس في ذلك الصوف حتى ثارت رياح حتى اذى بعضهم بعضا فوجد النبي صلى الله عليه وسلم تلك الرياح فقال يا ايها الناس اذا كان هذا اليوم فاغتسلوا وليمس احدكم امثل ما يجد من دهنه وطيبه ● قال ابن عباس فعلم بذلك ان الغسل ليس بواجب لان الامر به كان لعلة ثم زالت قال ثم هذا الغسل للصلاة الى اخره وثمرة الاختلاف تظهر في المغتسل يوم الجمعة اذا احدث فتوضا فصلى فعند ابي يوسف لا يكون مدركا للفضيلة خلافا للحسن بن زياد وفي بعض الروايات ذكر محمد مكان الحسن وذكر في شرح الطحاوي روي عن ابي يوسف ان الغسل للصلاة واليوم جميعا ● وجه قول الحسن ان هذا اليوم له شرف على سائر الايام كما قال عليه الصلاة والسلام سيد الايام يوم الجمعة فينبغي ان يكون الغسل لاظهار شرف الوقت لا للصلاة ● ووجه قول ابي يوسف ما ذكر في المتن قال وفيهما الوضوء انما ذكر هذا للتاكيد ● وان كان يفهم هذا الحكم من قوله ما يخرج من السبيلين او لبيان حكمهما فيمن به سلس البول لان طهارته لا تنتقض بالبول في الوقت وبهما تنتقض ● فان قلت لم ذكر تعريف الودي سابقا والمني ثانيا والمذي ثالثا قلت لان المصنف ذكر المذي والودي بعد ما ذكر حكم المني سابقا واستدل على عدم الغسل في المذي بقوله عليه الصلاة والسلام كل فحل يمذي وفيه الوضوء ثم احتاج الى الدليل في الودي فذكر تعريفه ليلحقه بالبول لانه يخرج عقيبه ثم عرف سابقا ثم اراد ان يعرف المني ثانيا والمذي ثالثا قال والمني خاثر ابيض ينكسر منه الذكر وهذا التفسير روي عن عائشة كذا في المبسوط لكن يرد عليه مني المراة لان مني المراة ليس بتلك الصفة فاذا يحتاج المني الى التعريف الجامع بين مني الرجل والمراة جميعا فما وجدته فيما عندي من الكتب مثل الجامعين والزيادات والمبسوط وسائر الشروح وكتب اللغة بوجه مقنع الا انه ذكر في كتاب الاجناس ناقلا عن المجرد قال المني هو الماء الدافق الذي يكون منه الولد وهذا حسن ● فقوله الماء الدافق احتراز عن الودي والمذي لانه لا دافق فيهما ● وقوله الذي يكون منه الولد احتراز عن البول وعما يجري من الميزاب ولا يقال ماء المراة ليس بدافق لانا نقول لا نسلم لان الله تعالى اراد بالماء الدافق ماء الرجل والمراة جميعا حيث قال خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب فافهم ولا يقال كيف عرفت عائشة المني غير جامع لانا نقول يحتمل انها ارادت به تعريف مني الرجل خاصة

باب الماء الذي يجوز به الوضوء

لما فرغ عن الطهارة الصغرى والكبرى وما يوجبهما وما ينقضهما شرع في بيان ما يحصل به الطهارتان وهو الماء المطلق والمراد منه هنا ما يفهم بمجرد اطلاق اسم الماء والا فالمياه المذكورة ليست بمطلقة لتقييدها بجهته وفي اصطلاح اهل الاصول هو المتعرض للذات دون الصفات والمقيد هو المتعرض للذات والصفة قال الطهارة من الاحداث الى اخره الحدث اسم خاص للحكمي والخبث اسم للحقيقي والنجس مشترك يقع عليهما بدلا وقيد الاحداث اتفاقي لا احترازي لان المياه الطهارة من الحدث والخبث جميعا الا انه لما ذكر الطهارتين من قبل احتاج الى بيان الالة التي حصلتا بها قال لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عليه الصلاة والسلام الماء طهور لا ينجسه شيء رواه ابو سعيد الخدري في السنن وغيره ولفظ الحديث هذا المقدار فحسب وما ذكره صاحب الهداية بقوله الا ما غير لونه او طعمه او ريحه فليس بثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وجه التمسك بالاية والحديث ان الماء ذكر فيهما مطلقا من غير تقييد بواحد من هذه المياه والمطلق ينصرف الى ما هو المعتاد والمعتاد في الغسل هذه المياه المذكورة فينصرف اليها كما اذا اشترى بعشرة دراهم مطلقة ينصرف الى نقد البلد ولا يقال ماء العيون والابار ليس من السماء فلا يكون مرادا ● بقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا لانا نقول لا نسلم لان الله تعالى قال انزل من السماء ماء فسلكه ينابيع في الارض وبيان الطهور في مسئلة البئر قال ولا يجوز بما اعتصر من الشجر والثمر وان كان المدعي جواز ... لوقع في الوهم ان المراد الماء المطلق اقول لا نسلم لانه قيده بصفة الاعتصار وكيف يقع وهم الاطلاق وفي المحدود وهم جواز التوضي بما اعتصر بنفسه اقول لا نسلم ولئن سلمنا الوهم لكن لا يجوز التوضي بالمعتصر بنفسه من غير اعتصار لانه خارج بلا علاج ذكره في المستصفى قال عند فقده اي عند فقد الماء المطلق قال والوظيفة في هذه الاعضاء تعبدية او وظيفة الغسل والمسح في الاعضاء الاربعة غير معقول المعنى وهذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال لم لا يجوز ازالة الحدث بالمعتصر من الشجر والثمر قياسا على ازالة الخبث به عند ابي حنيفة وابي يوسف فاجاب عنه وقال الوظيفة فيها تعبدية فتقتصر على المنصوص عليه ولا تتعدى عنه الى غيره قال وفي الكتاب اي القدوري كالاشربة والخل الى اخره ● اعلم ان المصنف لا يخلو اما ان يريد بالشراب والخل ما اذا كانا مختلطين بالماء كالدبس والتمر المختلطين بالماء وكالخل المختلط بالماء او يريد بهما ما اذا لم يكونا مختلطين بالماء كشراب الرياس وشراب الرمان الحامض وكالخل الخالص فعلى الاول يكون كل هذه الاشياء المذكورة في المتن نظائر ما غلب عليه غيره وعلى الثاني يكون فيه صنعة اللف والنشر حيث وقع قوله كالاشربة والخل الى قوله بما اعتصر من الشجر والثمر والباقي من النظائر الى قوله بما غلب عليه غيره والباقلاء ... اذا شدد ممدود واذا خفف ● قال في المغرب الزردج ما يخرج من العصفر المنقوع ولم يذكره في الديوان والصحاح والجمهرة ... وكانه معرب قال ما تغير بالطبخ قيل عني بالتغير الثخونة لانه اذا كانت رقيقة باقية يجوز التوضي به قال فتغير احد اوصافه الى اخره فهذا الحكم فيما اذا كان الماء ... الاحتياط بان يتبين الماء منه اما اذا كان ... فلا يجوز التوضي به اذا تغير منه الوصفان لكن الظاهر عن اصحابنا انه يجوز ايضا الا ترى ما قال في شرح الطحاوي بقوله ...

تغير لونه او طعمه او رائحته اما بمرور الزمان او بوقوع الاوراق كان حكمه حكم الماء المطلق ولا شك ان الماء اذا تغير لونه تغير طعمه
ايضا ولا يبالي بشرط النبي عليه الصلاة والسلام تغير احد الاوصاف • في قوله تعالى الماء طهور لا ينجسه شيء الا ما غير طعمه او لونه او ريحه
لانا نقول ذلك الحديث ورد في المغير النجس وكلامنا في المغير الطاهر والحكم في المغير النجس هو ذاك او نقول ذلك الشرط لم يصح عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقد مر قال اجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق جعل حكمهما في مختصر القدوري واحدا حيث لا يجوز
التوضي بهما ثم قال صاحب الهداية وهو الشيخ اي المروزي عن ابي يوسف • فانا نقول لا خلاف في هذه المسئلة في الحقيقة ما الزردج اذا
كان مغلوبا لا يكون التوضي به جائزا فيكون حكمه حكم المرق لتقدم صفة الاطلاق في الماء وان لم يكن مغلوبا يجوز التوضي به لبقاء صفة
الاطلاق وكذا الحكم في الزعفران اذا غلب على الماء لا يجوز التوضي وان لم يغلب يجوز فعرفت من هذا ان معنى قول ابي يوسف انه بمنزلة
ماء الزعفران ان يكون بمنزلته في الحالتين فيما اذا لم وجدت الغلبة او لم يوجد يعني وجدت الغلبة على الماء لا يجوز التوضي بهما جميعا
واذا لم يوجد يجوز بهما جميعا فانهم قد غفل عنه الشارحون • وله كذا اختاره الناطفي وهو ابو العباس الناطفي مصنف كتاب
الاجناس وهو من كبار علمائنا العراقيين • تلميذ الشيخ ابو عبد الله الجرجاني وهو تلميذ ابي بكر الجصاص الرازي وهو تلميذ الشيخ ابي الحسن
الكرخي وهو تلميذ ابو سعيد البردعي وهو تلميذ ابو حازم القاضي وهو تلميذ عيسى بن ابان وهو تلميذ محمد بن الحسن وهو تلميذ ابي حنيفة
رضي الله عنهم اجمعين والامام السرخسي هو شمس الائمة ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي وهو من كبار علمائنا وهو صاحب الاصول
والفروع وهو تلميذ الشيخ الامام عبد العزيز بن احمد الحلواني وهو تلميذ ابي علي النسفي وهو تلميذ محمد بن الفضل البخاري وهو تلميذ
الشيخ عبد الله بن يعقوب السبذموني وهو تلميذ ابو عبد الله بن ابي جعفر الكبير وهو تلميذ ابيه وشيخه ابي حفص الكبير هو تلميذ محمد
ابن الحسن رحمهم الله • قوله واضافته الى الزعفران كاضافته الى البئر والعين يعني ان الاضافة ثم لم تكن دليل التقييد حيث يقال
ماء البئر وماء العين لما انه لم يتجدد له اسم على حدة بل يتناول بمجرد اطلاق اسم الماء اياه ولهذا جاز الوضوء به بالاتفاق فكذا ماء
الزعفران اذا لم يكن الماء مغلوبا به يجوز التوضي به لانه تم من الاطلاق واسم الماء وانما الاضافة لبيان نوع من الماء • قوله كما في اجزاء الارض
كما في الطين والجص والنورة والكبريت يعني يجوز التوضي بماء الذي اختلط به هذه الاشياء بالاتفاق اذا كان الخلط طاهرا قليلا لان
القليل عفو وكذا في الزعفران واللبن وما اشبههما اذا كان الخلط طاهرا قليلا بالقياس العجمي قوله • والغلبة بالاجزاء لا بتغير
اللون هو الصحيح اراد بغلبة الاجزاء ثخونة المخلوط حيث سلب صفة الرقة عن الماء • اعلم ان الماء اذا اختلط به شيء طاهر لا يخلو اما ان يكون
لونه كلون الماء او يخالفه فان كان مخالفا كاللبن والخل والعصير وماء الزعفران والعصفر وما اشبههما فالعبرة للون
فان غلب لون الماء يجوز الوضوء وان كان مغلوبا فلا وان كان موافقا كماء البطيخ والاشجار فالعبرة للطعم ان كان طعم الماء غالبا يجوز والا فلا
وان كان لم يكن له طعم فالعبرة لكثرة الاجزاء فان كان اجزاء الماء اكثر يجوز التوضي والا فلا وهذا فيما اذا لم يقصد به زيادة التنظيف
فان قصدت يجوز التوضي به وان تغير لون الماء وطعمه كماء الصابون والاشنان الا اذا صار غليظا لا يكن يسيل على العضو لزوال اسم
الماء عنه هذا كله خلاصة ما ذكره صاحب التحفة • قوله وكل ماء اراد به الماء الراكد الذي لم يبلغ قدر الغدير العظيم لان
حكم الماء الجاري وحكم الغدير سيجيء • قوله كانت النجاسة قليلة او كثيرة انما ذكر القليل والكثير بالتذكير لتشبيههما الفعيل بمعنى فاعل
بفعيل بمعنى مفعول • كما في قوله تعالى ان رحمة الله قريب وما قال بعضهم ان قليلا يحتمل ان يكون صفة الماء فذلك سهو منه لان كانت يقتضي
اسما وخبرا فالاسم هو النجاسة والخبر هو القليل والكثير فاذا كان كذلك فباي توجيه يكون القليل او الكثير صفة للماء هذا على ما ذكره صاحب
الهداية • واما رواية مختصر القدوري فليس فيها احتمال ايضا لانه قال كلما وقعت فيه نجاسة لم يجز الوضوء قليلا كان او كثيرا وانما قلنا
ذلك لوجهين احدهما ان القليل والكثير على روايته صفة للماء لا تحتمل النجاسة لانه لو كانت النجاسة هي المراد بالقلة والكثرة • لقال
قليلا كانت او كثيرا باثبات التاء لاسناده الى الضمير وهو ظاهر والثاني • ان القدوري صرح بكون الماء هو المراد في شرح مختصر
الكرخي • فقال لا يجوز الوضوء به قليلا كان او كثيرا وعندي ما ذكره القدوري اوجه لان قليل النجاسة اذا كان مانعا للوضوء فالكثير
اولى فكان القليل احترازا عن قول مالك والكثير احترازا عن قول الشافعي فان القلتين كثير عنده فافهم • قوله لنا ما روينا وهو قوله عليه
السلام الماء طهور لا ينجسه شيء • قوله ان كان الماء قلتين والقلتان خمسمائة رطل بالبغدادي عنده هو وقال في وجيز الاشبه
ثلاثمائة من تقريبا لا تحديدا • قوله ولنا حديث المستيقظ من منامه وهو قوله عليه السلام اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمسن
يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا وهذا الحديث دل على تاثير النجاسة لانه امر بالغسل قبل ادخال اليد في الاناء • وكذا قوله عليه السلام
لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة رواه ابو هريرة في السنن لان النهي يدل على التحريم ولا فصل بين دائم
ودائم الا ان ما قلنا خرج عن قضية النص بالاجماع ولا اجماع فيما قال مالك والشافعي فبقي تحت حكم الحديث والدائم الساكن
من دام الشيء اذا سكن ودامت القدر اذا سكن غليها • قوله ورد في بئر بضاعة هي بئر في المدينة قديمة والضم والكسر في فائها
لغة • قيل ان بئر بضاعة كان ماؤها جاريا يسقى منه خمس بساتين والحكم في الماء الجاري على حكم مذهبنا هكذا ايضا وقد حدث
الطحاوي عن ابي عمران عن محمد بن شجاع الثلجي عن الواقدي ان بئر بضاعة كانت طريقا للماء الى البساتين فكان الماء لا يستقر فيها
لا يقال المذهب الحنفي ان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب فلا يجوز تخصيص هذا الحديث ببئر بضاعة لانا نقول قد خص بدليل
ما رويته وهو ما روينا من الحديثين • قوله ضعفه ابو داود وهو ابو داود سليمان بن الاشعث السجستاني صاحب كتاب معالم
السنن امام ثقة من ائمة الحديث مقبول الرواية عند كل المذاهب • ووجه ضعف الحديث ان في سند الحديث خلافا فبعضهم
قالوا رواه محمد بن جعفر ابن الزبير عن عبد الله ابن عبد الله ابن عمر عن ابيه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوبه من

الدواب

الدواب والسباع • فقال اذا كان الماء قلتين لم يحمل الخبث وبعضهم قالوا محمد بن جعفر ابن عباد وقال بعضهم عبد الله بن عبد الله
فدل ان الحديث غير مضبوط الاسناد ولان هذا الخبر مدني ولم يقبله مالك اولى الناس بقوله • وقيل ان الشافعي قال بلغني
باسناد لا يحضرني فقال ابنه الحديث ما حضره ولم يحضره ابدا وهذا الذي قالوه حق لان المرسل عند الشافعي ليس بحجة وهذا ادنى
من المرسل فيكون اولى بالرد ولئن صح الحديث فنقول معناه لا يحتمل هذا الماء نجسا لعدم قوته بل بعد وقوع النجس قليلا كان
كان النجس او كثيرا كما اذا كان الماء دون القلتين • وهذا كما يقال فلان لا يحمل الالف رطل اي يضعف عنه فكذلك هنا اي
يضعف هذا الماء عن الخبث ولا يزيل حكمه فنقول ان القلة اسم مشترك يراد بها في اللغة على الجبل ويراد ايضا قامة الرجل ويراد ايضا
الجرة الكبيرة والاسم المشترك لا يراد به الا احد المعاني الذي دل عليه الدليل الراجح فاي دليل مرجح دل على ان المراد من القلة
ما اراده من التقدير لا غير فنحن لا نسلم وليس هذا حكما لا برهان عليه فذاك مما لا يلتفت اليه • قوله والجاري ما لا يتكرر
استعماله اختلف المشائخ في حد الجريان • قال بعضهم ان يجري بالتبن والورق فهو جار والا فلا • وقيل ان وضع رجل يده في
الماء عرضا ولم ينقطع جريانه فهو جار والا فلا وعن ابي يوسف انه قال لو اغترف الماء بكفيه لم ينحسر وجه الارض ولم ينقطع
الجريان فهو جار والا فلا وقيل ما لا يتكرر استعماله والاصح ما يعده الناس جاريا • قوله والغدير الى اخره الغدير القطعة
من الماء يغادرها السيل • فعيل بمعنى مفاعل من غادره او بمعنى مفعل من اغدره وقيل فعيل بمعنى فاعل لانه لا يعد زماها له
لانقطاعه عند شدة الحاجة اليه • اعلم ان الماء لا يخلص بعضه الى بعض بالتحريك فوقوع النجاسة في طرف لا يتحرك الطرف
الاخر ثم التحريك معتبر بالاغتسال في رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنه حتى اذا لم يتحرك الطرف الاخر
بالاغتسال الوسط في هذا الجانب فالنجاسة لا تؤثر في الجانب الاخر وجه اعتبار الاغتسال ان الحاجة اليه في الاحياض
الكبير من الحاجة الى الوضوء لان الوضوء يكون غالبا في المنازل • وفي رواية عن ابي يوسف عن ابي حنيفة يعتبر التحريك باليد توسعة على الناس
لانه اخف من التحريك بالاغتسال والتوضي وفي رواية محمد يعتبر التحريك بالوضوء لانه وسط وعن بعض مشايخنا انه يعتبر
الخلوص بالصبغ وعن بعضهم بالتكدير • وعن الكرخي انه قال لا يعتبر التقدير في الباب ولكن يتحرى فان كان اكبر رايه ان النجاسة
وصلت الى موضع الوضوء لا يتوضأ • والجواب على اليقين وفي انعكاس رايه وهذا احسن وهذا اذا كان للماء عرض اما اذا لم
يكن له عرض كثير طويل فيه ماء الذي يجوز التوضي به اذا كان طول الماء لا يخلص بعضه الى بعض وهذا عن ابي نصر محمد ابن محمد ابن سلام وقال
الجرجاني لا يجوز قال وعنه التحريك اي وعن ابي حنيفة رحمة الله عليه قال وعن محمد اي في رواية عن محمد عن ابي
حنيفة به دليل ما ذكر في التحفة • وفي رواية محمد به مما ذكر • وله وفي رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة اليه اي الى الاغتسال
فيها اي من الحاجة قال وبعضهم قدروا اي بعض علمائنا قدروا الماء الكثير الذي لا يتنجس بمجرد وقوع النجاسة بالمساحة عشرا
في عشر بذراع الكرباس وهي اقصر من ذراع المساحة لان ذراع المساحة سبع قبضات مع ارتفاع الابهام وذلك سبع قبضات لا مع ارتفاع
الابهام • وبعض علمائنا اعتبروا ذراع المساحة وهو اختيار قاضي خان لكونها اليق بالممسوحات • وبعضهم اعتبروا ذراع الكرباس وهو
اختيار صاحب الهداية توسعة للناس لكونها اقصر • وعن صاحب المحيط يعتبر كل زمان ومكان • وعندي القول ما قاله الكرخي لان
غالب الراي دليل عند عدم اليقين • ومعنى قوله قدروا بالمساحة عشرا في عشر بذراع الكرباس اي قدروا الماء الذي يقع فيه النجس
متى يجوز به الوضوء بالذرع بذراع الكرباس عشرا في عشر قال الحاكم الشهيد في الكافي قال ابو عصمة كان محمد يقول ذلك
عشرا في عشر • ثم رجع الى قول ابي حنيفة وقال اني لا اقدر في ذلك شيئا • وابو عصمة اعتبر العشر في العشر • وقال هذا
حسن قال والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر اي لا ينكشف بالاغتراف وهذا هو المنقول عن الفقيه ابي جعفر وقيل
ذراع او اكثر وقيل قدر شبر • وقيل زيادة على عرض درهم كبير مثقاله • وعن ابي سليمان ان اصحابنا اعتبروا البسط دون العمق
قال في الكتاب اي في مختصر القدوري رحمه الله ثم النجاسة لا تخلو اما ان كانت مرئية كالعذرة والجيفة او غير مرئية كقطرة خمر
او بول ففي المرئية يتنجس موضع الوقوع بالاتفاق • وفي غير المرئية كذلك ايضا عند مشايخنا العراقيين • اما عند مشايخ بلخ وبخارا
فيجوز التوضي من موضع الوقوع قال نفس سائلة والنفس الدم بظهور النجاسة فيه اي بظهور اثر النجاسة في موضع الوقوع
قال نفس سائلة والنفس الدم وقال محمد رحمه الله في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الذي لا دم له مثل العقرب
في نحوها يموت في بئر الماء قال لا يفسد الماء • قال ابو الحسن الكرخي في شرح الجامع الصغير لا اعلم فيه خلافا بين الفقهاء ممن تقدم
الشافعي • واذا حصل الاجماع في الصدر الاول صار حجة على من بعده قال ونحوها كالبق والذباب والزنابير والخنافس
قال وقال الشافعي ينجسه وقوله على الجديد كقولنا في القديم قال ولنا قوله عليه السلام فيه اي في مثل هذه
الحادثة وهو ان النبي عليه السلام سئل عن اناء فيه طعام او شراب يموت فيه ما ليس له دم سائل • وقال عليه السلام هو الحلال اكله
وشربه والوضوء منه • وقد روى ابو بكر الرازي الجصاص في شرح مختصر الطحاوي باسناده الى ابي سعيد المسيب عن سلمان
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كل طعام او شراب وقعت فيه دابة فماتت ليس لها دم فهو الحلال اكله وشربه ووضوؤه
وايضا الباقلي المطبوخ لا يخلو من ذباب يكون فيه وقد ظهر في الائمة اكله وبيعه منذ لدن السلف الى يومنا هذا من غير نكير من احد
من العلماء على اهله فصار ذلك اجماعا منهم على طهارته • لا يقال قوله تعالى حرمت عليكم الميتة عام • لانا نقول تناول ذلك عن الميتة
وما جاوزهما البر عنيته • او نقول هذا حيوان ليس له دم سائل كالجراد ودود الخل وهما لا ينجسان بما وقعا فيه فكذا هذا • لانا نقول
حيوان محرم الاكل فينجس ويتنجس كما اذا كان له دم سائل • لانا نقول لا نسلم ان الحرمة تستلزم النجاسة بدليل الادمي والطين قال

لان المجس اختلاط الماء بالدم المسفوح الى اخره • لا يقال ذبيحة المجوسي حرام وان زال الدم المسفوح • وكذا ذبيحة المسلم اذا ترك
التسمية عمدا ولم يخرج الدم ولو خرج امتلا باكل ورق العناب • لانا نقول شرط كون الحل وهو كون الذابح معتقد الملة التوحيدية لم يوجد في المجوسي
اما المسلم فقد وجد فيه الشرايط واجتناب الدم من العوارض فلا يعتبر فصار كانه حصلت الاراقة لمباشرته لسبب الاراقة في وسعه
مباشرة السبب لا ايجاد المسبب لا محالة **قال** ولا دم فيها اي في هذه الاشياء المذكورة اي في البق والبعوض والذباب ونحوهما
قال والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة جواب عن قول الشافعي ان التحريم بطريق الكرامة اية النجاسة يعني لا نسلم ان التحريم
بهذه الصفة اية النجاسة • الا ترى ان الطين ودود الخل وسوس الثمار وهذا لان كل نجس حرام ولا ينعكس كالطين اكله حرام
وليس بنجس • وقيل حرمة الشيء مع صلاحيته للغذاء لا للكرامة اية النجاسة كالكلب والخنزير وليست هذه الاشياء صالحة للغذاء وهل
احد يقول ان الخنفسا او العقرب او الزنبور او النمل يصلح للغذاء **قال** وموت ما يعيش في الماء فيه قوله في الماء ظرف قوله يعيش
وقوله فيه ظرف قوله موت **قال** وقال الشافعي يفسده الا السمك والجراد لان حكمهما واحد عنده كذا في وجيزهم **قال**
لما ثبت ان الى قوله لان التحريم لا بطريق الكرامة وكان ينبغي ان يقول الا السمك اية النجاسة يعني ان تحريم الضفدع والسرطان يجوز اكلهما
عند الشافعي لا بهذه المثابة فكونه موتهما نجسا • وفي هذا التعليل نوع اشكال وهو ان الضفدع والسرطان يجوز اكلهما عند الشافعي
على ما روي عنه في كتاب الذباح فاذا جاز اكلهما فكيف يستدل بحرمتهما فافهم **قال** ولنا انه مات في معدنه يعني ان كل
واحد من الضفدع والسرطان مات في معدنه فلا يثبت له حكم النجاسة فالبيض لا يتنجس في معدنه كبيضة حال دمها محها حتى لو صلى
تلك البيضة يجوز صلاته ولا يجوز صلاته بالقارورة المسدودة اليم اذا كان فيها دم حال اي انقلب محها اي صفرتها **قال** وفي
غير الماء اي في اللبن والخل والدبس ونحوها غير السمك وهو الضفدع والسرطان • قال في شرح الطحاوي واختلف مشايخ المتاخرون
في الضفدع والسرطان يموت في العصير والخل • قال بعضهم ينجس وقال بعضهم لا ينجس فمن اعتبر الدم قال لا ينجس لانه ليس له دم
سايل ومن اعتبر المعدن يقول ينجس لانه مات في غير معدنه ومكانه • وروي عن نصير ابن يحيى انه قال سالت ابا مطيع وابا
معاذ البلخيين عن الضفدع يموت في العصير فقالا لا يفسد • وسالت ابا عبد الله البلخي ومحمد ابن مقاتل فقالا لا يفسد وروي
عن ابي نصر محمد ابن سلام انه كان يقول يفسد • الا ترى انهم قالوا في كتاب الصلوة لان هذا مما يعيش في الماء وليكنه فيه وقيل
انه اذا مات في غير الماء افسده **قال** لانعدام الماء المفسد فيه نظر لانه لا يجوز التعليل في وجود الشيء بالعدم وقيل لا ينسل لعدم
الدم • وفيه ايضا نظر لان عدم العلة لا يوجب عدم الحكم لجواز ان يكون لعلة اخرى على وجود ها وههنا كذلك لان الدم المسفوح هو النجس
لا غير ولاءم لهذه الاشياء بدليل ان الحرارة لازمة الدم والبرودة لازمة الماء وهما ضدان فلو كان لها دم لما ماتت بدوام السكون
في الماء لان منافي اللازم مناف للملزوم • ثم الحد الفاصل بين المائي هو الذي لا يعيش الا في الماء والبري هو الذي لا يعيش الا في البر
واما الذي يعيش في الماء فيهما جميعا كالبط والاوز اذا مات في غير الماء يفسد • وفي الماء روى الحسن عن ابي حنيفة انه يفسده وهو
معنى قول المصنف وما في المعاش دون ما في المولد مفسد **قال** قوله لا يطهر الاحداث وقيد الاحداث احتراز عن تطهير
الاخباث لانه يجوز على ما روى محمد عن ابي حنيفة ان الماء المستعمل طاهر غير طهور لا ازالة النجاسة الحقيقية بالمايعات يجوز عنده
ابي حنيفة رحمه الله • قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير • فالاصل في ذلك ان محمدا روى في عامة كتبه عن اصحابنا جميعا
ان الماء المستعمل طاهر غير طهور وهو قوله وهو المختار عندنا • وقال زفر في غير المحدث • وقال في المحدث مثل قول محمد
وروى ابو يوسف والحسن عن ابي حنيفة انه نجس لكن رواية ابي يوسف ان نجاسته خفيفة مقدرة بالكثير الفاحش وهو قوله
ورواية الحسن انها غليظة كالبول الى هنا لفظ فخر الاسلام **قال** كالمقطوع فيه تسامح لان المشبه نفول من الفعل اللازم
والمشبه به هو من الفعل المتعدي الا ان المبالغة في الطهارة باب يظهر اثرها في الغير فصار بمعنى المطهر وقد مر تحقيقه في مسئلة
النية **قال** وهو احد قولي الشافعي وقوله الاخر كقول محمد وهو انه طاهر غير طهور • قال في وجيزهم المستعمل في الحدث
طاهر غير طهور في القول الجديد • وعند مالك رحمه الله طهور **قال** عملا بالشبهين بيانه ان الماء المستعمل له شبهان شبه
الطهارة وشبه النجاسة فباعتبار الشبه الاول يكون طاهرا مطهرا • وباعتبار الشبه الثاني لا يكون طاهرا اصلا • اما الشبه
الاول فلان الماء طاهر لاقى عضوا طاهرا وملاقاة الطاهر الطاهر لا توجب النجس فينبغي ان يكون الماء باقيا على ما كان طاهرا طهورا
واما الشبه الثاني فلان هذا الماء ازيلت به النجاسة الحكمية فاقتضى هذا المعنى ان يكون الماء نجسا كما اذا ازيلت به النجاسة
الحقيقية فصار طاهرا عملا بالشبه الاول وصار غير مطهر اعمالا بالشبه الثاني بخلاف ما اذا كان المرئي طاهرا حيث لا يتغير
الطهورية لكون الشبه الثاني معقودا فافهم **قال** كمال الصدقة يعني ان الزكوة في ضمن اقامة القربة تغيرت صفته
فصارت حراما على بني هاشم فلذا الماء المستعمل لما اقيمت به قربة تغيرت عن صفته الاصلية فلم يبق في معنى المنزل من السماء
لانتفاء صفة الاطلاق فلم يكن مطهرا فلا يلزم من انتفاء الطهورية انتفاء الطهارة فبقيت الطهارة على ما كانت • قال علماؤنا
في شرح الجامع الصغير ومختصر القدوري ان قول محمد هو الاصح وهو المختار لان النبي عليه السلام كان اذا توضا يبادر اصحابه الى وضوئه
فيتبركون به ويمسحون به وجوههم فلو كان نجسا لمنعهم كما منع ابا طيبة الحجام عن شرب دمه **قال** لقوله عليه السلام لا يبولن احدكم في الماء
الدائم الى اخره • قال ابو داود في السنن باسناده الى ابي هريرة • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبولن احدكم في الماء الدائم
ولا يغتسل فيه من الجنابة • وجه التمسك به ان النبي عليه السلام سوى بين النجاستين الحقيقية والحكمية حيث نهى عنهما جميعا فدل على ان الماء
بهما سواء ولان هذا الماء ماء زال به احد المانعين من الصلوة وهو النجس الحكمي فيتنجس بالقياس على ماء زال به المانع الاخر من الصلوة وهو

النجس

النجس الحقيقي **قال** ثم في رواية الحسن عن ابي حنيفة نجاسته غليظة اعتبارا بالمستعمل في الحقيقة • وفي رواية ابي يوسف
عنه وهو قوله خفيفة لمكان الاختلاف والظاهر في عنه راجع الى ابي حنيفة • وفي قوله الى ابي يوسف قال ابو بكر الرازي في شرحه
لمختصر الطحاوي • قال محمد ابن الحسن الماء المستعمل طاهر ولا يفسد الثوب حصوله فيه وان كان كثيرا فاحشا • وروي نحو ذلك عن ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله • وروى الحسن ابن زياد عن ابي حنيفة وابو يوسف ان الماء المستعمل نجس • وروى هشام
عن ابي يوسف انه لا يفسد الثوب حتى يكون كثيرا فاحشا والصحيح من قولهم انه طاهر وكذا كان يقول شيخنا ابو الحسن الكرخي
الى هنا لفظ ابي بكر الرازي **قال** والماء المستعمل هو ماء ازيل به حدث الى اخره • اعلم ان الماء انما يصير مستعملا عند
ابي حنيفة وابي يوسف باحد الامرين بازالة الحدث واقامة القربة • وعند محمد رحمه الله بالثاني لا غير • وعند زفر
والشافعي بالاول لا غير حتى ان من توضا للصلاة المكتوبة او صلوة الجنازة او دخول المسجد او مس المصحف او قراءة القران يصير
الماء مستعملا بلا خلاف لوجود الامرين • ولو اغتسل او توضا جنب او محدث للتعليم او للتبرد يصير مستعملا عند ابي حنيفة وابي يوسف
لوجود احد الامرين • وعند محمد لا لعدم القربة • ولو توضا وهو طاهر للصلوة او للقراءة او مس المصحف او الدخول في المسجد يصير
الماء مستعملا عند علمائنا الثلاثة لوجود القربة • وعلى قول زفر والشافعي لا يصير مستعملا لعدم ازالة الحدث • وعلى هذا مسئلة
البئر وهي على ما روي عن ابي على حط او حط وهو مشهور **قال** والطاهر ازال بالقرب اي وان نجاسة الذنوب تزال بارادة القربة
فينبغي ان يكون ارادة القربة معتبرة **قال** الصحيح انه كما زال العضو صار مستعملا هذا ما ذكر خلاف فخر الاسلام البزدوي وغيره
في شروح الجامع الصغير حيث شرطوا الاجتماع في كل مكان بعد المزايلة وفيما اختاره صاحب الهداية حرج عظيم على المسلمين
وقوله ولا معتبر به بعده اي بعد انفصال الماء عن العضو فلا استقرار لانه حينئذ يكون الثوب نجسا اذا رش على الماء المنفصل فالك
وهو شرط عنده اي القيد شرط عند ابي يوسف لاسقاط الفرض • لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بصب ذنوب من الماء
على بول الاعرابي الذي بال في المسجد **قال** نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل قبل الصحة انه وجل نجس نجاسة الجنابة لانه
باول الملاقاة صار الماء مستعملا والماء المستعمل لا يزيل الحدث فكيف يكون نجاسة الرجل بعد ذلك بنجاسة الماء المستعمل لكن فيه نظر لانه
باول الملاقاة كيف يصير مستعملا واحد الامرين لم يوجد وهو شرط عند ابي حنيفة لكون الماء مستعملا ولو قيل باول الملاقاة صار الماء
نجسا لكان اولى والنجس لا يفيد الطهارة فبقي الرجل على نجاسته **قال** هو اوفق الروايات عنده اي عن ابي حنيفة رحمه الله واراد
بكونه اوفق كونه اكثر موافقة لموضوع الشرع النبوي الحنيفي لكونه ارفق واسهل للمسلمين • بيانه ان الرجل في رواية انه نجس الجنابة
لا يقرأ ولا يصلي وعلى رواية انه نجس بالماء المستعمل يقرأ ولا يصلي • وعلى رواية انه طاهر يقرأ ويصلي فكان اوفق وارفق كما
ترى **قال** وكل اهاب دبغ فقد طهر الى اخره • لا يقال اذا طهر الجلد بالدباغ يجوز الصلوة فيه والوضوء منه لا محالة
لكونه طاهرا فاي فايدة في الذكر • لانا نقول انما يفهم جواز الصلوة والوضوء بالالتزام لا بالمطابقة والمطابقة هي الاصل في
الدلالات فصرح لهذا • وانما قال وجازت الصلوة فيه اي في ذلك الاهاب المدبوغ لانه وقع ظرفا فكان مجهولا لفعل الصلوة
قال الا جلد الخنزير والادمي وانما قدم الخنزير على الادمي في الذكر لان الموضع موضع عدم الطهارة فكان تاخير الانسان اولى
للتعظيم فافهم • وروي المعلى عن ابي يوسف رحمه الله ان جلد الخنزير يطهر بالدباغ ذكره القدوري في التقريب
قال وهو بعمومه حجة على مالك اي هذا الحديث بكونه عاما لجلد الميتة وغيره حجة على مالك في قوله ان جلد الميتة لا يطهر
بالدباغ الا انه يجوز استعماله عنده في الجامد دون المايع كما اذا جعل جرابا للحبوب دون السمن والزيت والخل واما قلنا
انه عام لان النكرة اذا وصفت بصفة عامة تعم كما في لا اكلم الا رجلا كوفيا والدباغ عام فيعم كل اهاب الا ما استثني بالاجماع
وقد روى مسلم في صحيحه باسناده الى ابن عباس قال تصدق على مولاة لميمونة بشاة فماتت فمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال هلا اخذتم اهابها فدبغتموه فانتفعتم به فقالوا انها ميتة فقال انما حرم اكلها • وقال محمد ابن الحسن في موطاه اخبرنا
مالك قال حدثنا زيد ابن اسلم عن ابن وعلة المصري عن عبد الله ابن عباس ان رسول الله عليه السلام قال اذا دبغ الاهاب فقد
طهر وقال محمد ايضا فيه اخبرنا يزيد ابن عبد الله ابن قسيط عن محمد ابن عبد الله ابن عبد الرحمن ابن ثوبان عن امه عن عايشة رضي الله
عنها زوج النبي صلى الله عليه وسلم ان رسول الله امر ان يستمتع بجلود الميتة اذا دبغت **قال** ولا يعارض بالنهي الوارد اي لا يعارض
هذا الحديث الذي رويناه بما روي ان النبي عليه السلام قال لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب يعني لا معارضة بين الحديثين لان
الاهاب اسم لجلد غير مدبوغ فاذا دبغ فانه اديم • كما روي عن الخليل ونحن لا ننتفع ايضا قبل الدباغ وانما ننتفع بعد الدباغ
وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم توضا من ماء في شن من جلد حمار مدبوغ **قال** وحجة على الشافعي عطف على قوله حجة
على مالك يعني ان هذا الحديث بعمومه حجة عليهما والحجة على الشافعي انه يقول ان الكلب المعلم اذا امسك صيدا اكل كله وان ترك الكلا
التسمية عمدا او ترك الارسال ثم يقول ان جلده لا يطهر بالدباغ لانه نجس العين فكيف جاز الانتفاع بنجس العين بلا ضرورة وكيف
جاز صيده ومثل هذا لا يجوز في الخنزير وهو نجس العين **قال** وليس الكلب بنجس جواب عما يقال من قبل الشافعي بان يقال
هو حيوان نجس حال حياته فصار كالخنزير • فاجاب عنه وقال لا نسلم انه كالخنزير وكيف يقال هذا والناس ينتفع به من غير ضرورة
حراسة واصطيادا ذا خلاف المقيس عليه فلا يكون الكلب نجس العين لانه ينتفع به في الحراسة والاصطياد بوجه اخر • ثم في نجاسة
العين خلاف المشايخ والاصح انه ليس بنجس العين حتى اذا وقع في البئر وخرج حيا ولم يصب فمه الماء • روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في المحيط انه لا باس به • قال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه والصحيح ان عين الكلب نجس اليه اشار محمد في الكتاب في قوله وليس

الميت بالجنس من الكلب والخنزير فاقول لا نسلم ان نجاسة العين تثبت في هذا الكلب بهذا القدر من الكلام فمن ادعى ذلك فعليه
البيان ولم يرد نص عن محمد في نجاسة العين قال اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس منصرف الضمير الى الخنزير لا الى اللحم وانما
قلنا بعود الضمير الى الخنزير لكونه اقرب ولا يقال قد يعود الضمير الى المقصود بالذكر كما في قولك رايت ابن زيد وكلمته لانا
نقول لا نسلم ان المقصود بالذكر في الآية هو اللحم فبقي مجرد الاحتمال وبينه اللحم والخنزير سوا فترجح الخنزير بالقرب هذا الجواب
مما سنح به خاطري وقيل في صرفه الى الخنزير عملا بما لا اشتماله على اللحم ولا ينعكس اقول فيه نظر لان لقائل ان يقول لا نسلم لان الجلد
على تقدير عود الضمير الى اللحم لا يكون نجسا وعلى تقدير عوده الى الخنزير يكون نجسا او في كون الجلد نجسا وعينه نجس منافاة فكيف
يكون الشمول تماما وما ظهر لي في وادي من الانوار الرحمانية والاجوبة الالهامية ان الهاء لا يجوز ان ترجع الى اللحم لان قوله تعالى فانه رجس
خرج في مقام التعليل فلو رجع اليه لكان تعليل الشي بنفسه وهو فاسد لكونه مصادرة وهذا لان نجاسة لحمه عرفت من قوله تعالى او
لحم خنزير لان حرمة الشي مع صلاحيته للغذاء لا للكرامة اية النجاسة فحينئذ يكون معناه كانه قال لحم خنزير نجس فان لحمه
نجس اما اذا رجع الضمير للخنزير فلا فساد لانه حينئذ يكون حاصل الكلام لحم خنزير نجس يعني ان هذا الجزء من الخنزير نجس
لان كله نجس هذا هو التحقيق في الباب لاولي الالباب ثم اعلم ان جلده لا يطهر بالدباغ في ظاهر الرواية وقد روي عن ابي يوسف
انه يطهر بالدباغ قال يحصل به اي بكل واحد من التشميس والتتريب فلا معنى لاشتراط غيره من القرظ والعفص والشث كما قال
الشافعي قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال كل شي منع الجلد من الفساد فهو دباغ قال خرجا عما
روينا اي خرج جلد الخنزير والادمي عن عموم قوله عليه السلام ايما اهاب دبغ فقد طهر لان الاول نجس العين والثاني مكرم فلا
يجوز ان يهان بالابتذال قال لانه يعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات وهذا لان الزكاة اقيمت مقام زوال الدم المسفوح
وذكر الضمير في لانه وان كان راجعا الى الزكاة بتاويل الذبح لانها بمعناه قال وكذلك لحمه يطهر هذا هو اختيار صاحب الهداية
حتى اذا صلى ومعه لحم الثعلب المذبوح اكثر من قدر الدرهم تجوز وقيل لا تجوز لان طهارة اللحم لا تحصل بالزكاة في غير ماكول اللحم عند
بعض مشايخنا وعند مشايخ بلخ والاول هو المنقول عن الكرخي وقال صاحب التحفة يجب الاول لما قلنا قال وشعر الميتة
وعظمها طاهر اعلم ان اجزاء الميتة لا تخلو اما ان يكون فيها دم اولا اما الاجزاء التي فيها دم كاللحم والشحم والجلد ونحوها فهي
نجسة واما الاجزاء التي ليس فيها دم ففي غير الخنزير والادمي من الحيوانات ليست نجسة اذا كانت صلبة كالشعر والصوف والريش
والقرن والعظم والسن والحافر والظلف والخف والعصب والانفحة الصلبة فلا خلاف بين اصحابنا واما الانفحة المائعة واللبن
فذلك عند ابي يوسف وعندهما نجس وعند الشافعي الكل نجس كذا ذكر في تحفة الفقهاء لكونها من اجزاء الميتة
واما في الادمي فعن اصحابنا روايتان في رواية نجس وفي رواية طاهرة وهو الاصح لعدم الدم وعدم جواز البيع لكرامته
الادمي ففي الرواية الاولى لا يجوز بيعها الصلوة معها اذا كانت اكثر من قدر الدرهم وزنا او عرضا وقال القدوري في
شرحه واما العصب ففيه روايتان احداهما انه طاهر لانه عظم غير متصلب فهو كسائر العظام والرواية الاخرى
انه نجس بدلالة ان فيه حياة والحس يقع فيه فينجس بالموت وقال في التحفة واما الكلب فمن قال منهم انه نجس
العين فهو والخنزير سوا ومن قال بانه ليس بنجس العين فهو وسائر الحيوانات سوا قال وهذا اصح ولنا ان نجاسة الميتة
لاختلاط الدم السائل والرطوبة النجسة وهذا المعنى مفقود في هذه الاشياء ولهذا حل السمك والجراد بالاجماع لعدم
الدم السائل فيهما ولا نسلم ان كونها من اجزاء الميتة يدل على نجاسة هذه الاشياء فلم لا يجوز ان يكون الميتة نجسة
ببعض الاجزاء دون البعض ولئن قال ان في هذه الاشياء حياة فيكون نجسا لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة فنقول
لا نسلم لان الميتة عبارة عما فارقته الحياة بلا زكاة وهذه الاشياء لا حياة فيها بدليل عدم الالم بالقطع فكيف يتصور
ان يكون ميتة والالم في العظم باعتبار ما يتصل به باللحم واما قوله تعالى حرمت عليكم الميتة فلا نسلم ان المراد منه
حرمة الانتفاع فلم لا يجوز ان يكون المراد منه حرمة الاكل بدليل ما روينا من حديث مولاة ميمونة ولئن قال في بعض
هذه الاشياء رطوبة فنقول نحن نقول ايضا بنجاسته اذا بقيت الرطوبة وكلامنا اذا لم يبق الرطوبة في العظم والحافر والظلف
ونحوه واذا غسل الشعر ونحوه وازيل عنه الدم المتصل والرطوبة النجسة ولئن قال ان الله تعالى قال من يحيي العظام
وهي رميم فدل على ان العظم فيه حياة فنقول لا نسلم ان المراد منه الحياة الحقيقية ولم لا يجوز ان يكون المراد منه
ردها الى ما كانت عليه رطبة في بدن حي كما ورد في التفسير ولم لا يجوز ان يكون المراد منه اصحاب العظام ولئن قال
الشعر ينمو بنماء الاصل فنقول نعم ينمو لكن لا نسلم ان النماء يدل على الحياة الحقيقية كما في النبات والشجر وقوله بنماء الاصل
غير مسلم ايضا لانه قد ينمو مع نقصان الاصل كما اذا هزل الحيوان بسبب مرض وطال شعره قال الموت زوال الحياة وقيل
معنى يزول به الحياة وقيل فساد بنية الحيوان وقيل عرض لا يصح معه احساس معاقب للحياة اعترض بعضهم على المصنف
بان زوال الحياة ليس بضد للحياة والموت ضد للحياة فكيف عرف الموت بزوالها اقول لا نسلم ان زوال الحياة ليس بضد لها
وكيف يقال هذا وزوال الحياة مع الحياة لا يجتمعان ولا معنى للتضاد الا هذا وقيل الموت امر وجودي لقوله تعالى
خلق الموت والحياة وزوال الحياة ليس بوجودي اقول لا نسلم ان زوال الحياة ليس بوجودي فمن زوال الحيوة وجودا
او لا فان قلت لم لا يكون زوال الحياة عبارة عن الحياة والله تعالى اعلم

فصل في البئر

مناسبة هذا الفصل بما تقدم ظاهرة لان المصنف رحمه الله ذكر انواع المياه الذي يجوز بها الوضوء ومن جملتها
ماء البئر وكان له الاشتراك بسائر المياه من حيث جواز التوضي به لكن له افتراق من حيث اختصاصه بتطهيره
بعد نجاسته بنوع مخصوص فذكره عقيب الفصل المتقدم لهذا قال نزحت قال الشارحون اي نزحت البئر اطلاقا
لاسم المحل على الحال وقالوا لان نزح النجاسة لا يتم الجواب اقول هذا تكلف عن عدم التبصر لان قوله نزحت ليس
بجواب وجوابه بل الجواب هو ما بعده من قوله ونزح ما فيها من الماء طهارة لان قوله عطف على قوله نزحت اي نجاسة تحت
النجاسة وكان الى اخره فيكون معنى ما قالوا من التاويل بعد تكلف بعيد هو ما قاله المصنف تحريفا لا تحريرا او ان نزحت
اي البئر اي ما فيها من النجاسة وان الماء ونحى قوله وكان نزح ما فيها من الماء زائدا فما احسن قول من قال حتم وراي
الاثر يغني الى اخر نصب اخره الى اولا قال باجماع السلف اراد بالسلف الصحابة والتابعين رضي الله عنهم فقد
روي عن علي رضي الله عنه في الفارة تقع في البئر ينزح ماؤها وهذا محمول على الانتفاخ وروي عنه ينزح منها د
دلاء وعن الشعبي والنخعي عشرون دلوا وعن ابي سعيد الخدري في الدجاجة ينزح منها اربعون دلوا وامر ابن عباس
بنزح جميع الماء حين مات زنجي في بئر زمزم وكان ذلك في خلافة ابن الزبير فانعقد الاجماع بتطهير البئر بالنزح ولا يلتفت
الى من خالف الاجماع وبعض الشافعية شنع اصحابنا وقال ان الدلو التي تطهر البئر دلو كيف يخرج الماء النجس من الطاهر وهذا د
باطل لانه تشنيعا على الصحابة والتابعين في الحقيقة لما انهم اجمعوا على الطهارة البئر بالنزح ثم نقول انه مذهبهم ان
الفارة اذا ماتت في البئر التي ماؤها قلتان ولم يتغير الماء انه طاهر فاذا نزحت منها دلو ونقص ماؤها والفارة فيها د
فما في الدلو طاهر وما في البئر نجس وما على ظاهر الدلو نجس ولو كانت الفارة في الدلو كان ماؤها نجسا وما في البئر
طاهرا وظاهر الدلو طاهر فهذا الدلو الكيسة الشافعية كيف طهرت ظاهرها مرة دون باطنها وعكست باخرى وكيف
طهرت البئر تارة ونجستها اخرى ردت الجواب بمجانستها على المشنعين علينا قال دون القياس وكان القياس
احد شيئين اما ان لا تطهر اصلا كما هو المروي عن بشر لان الطين النجس يبقى في البئر بعد نزح الماء وكذا الاحجار د
واما ان لا يتنجس اصلا لان النبع يدفع الماء النجس الى وجه الماء والنزح ياخذه وروي عن محمد هذا وقال اجتمع رايي
وراي ابي يوسف ان البئر كالماء الجاري وانها لا تنجس ثم قلنا ما علينا انه يوجب نزح بعضها ولا نخالف الاجماع قال
حاجزة اي مانعة وقوع النجاسات قال ولا ضرورة في الكبير ثم اعلم انه لم يذكر الحد الفاصل بين القليل
والكثير في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة هو ما يستكثره الناظر وما يستقله فهو قليل وعن محمد ما غطى
ربع وجه الماء وقيل ما غطى جميع وجه الماء وعن محمد ابن سلمة لا يخلو كل دلو عن بعرة او بعرتين وعن بعضهم الثلاث
كثير ولا فصل في ظاهر الرواية بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر لوجود الضرورة في الجملة لان الضرورة في د
المنكسر اشد وفي رواية النوادر ان الرطب ينجس وقيل في روث الحمار والبغل والفرس واخثاء البقر انه في موضع
يتحقق الضرورة فيها كما في البعر فالجواب سواء والا فلا يتنجس الرطب والمنكسر واختلف المشايخ في البئر ايضا اذا كانت
في المصر والصحيح عدم الفرق لشمول الضرورة في الجملة قال ويشرب اللبن لمكان الضرورة لان الغنم تبعر عند حلبها د
بلا بعر قيل هذا اذا رميت على الفور ولم يتغير لونها على اللبن قال ثم ورود الاثر بتطهيرها انه كالبئر
اي الاناء كالبئر يعني لا يتنجس الاناء بهذا القدر كالبئر قال ثم ورود الاثر بتطهيرها وهو قوله تعالى د
ان طهرا بيتي قال واستحالته لا الى نتن جواب عن قول الشافعي انه استحال الى فساد لكن لا الى نتن فلا يكون نجسا
لان النجس هو المستحيل الى نتن وفساد فاشبه الحماة لان فيها الفساد ايضا لكن لا الى نتن رائحة والى هذا لا يكون نجسه
قال لانه عليه الصلاة والسلام امر العرنيين وهو ما روي ان قوما من عرينة اتوا المدينة فمرضوا وانتفخت
بطونهم فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بشرب ابوال الابل فلو كان نجسا لما امر به واصله ما روى البخاري
في الصحيح باسناده الى انس قال قدم ناس من عكل او عرينة فاجتووا المدينة فامرهم النبي صلى الله عليه وسلم بلقاح وان
يشربوا من ابوالها والبانها فانطلقوا فلما صحوا قتلوا راعي النبي صلى الله عليه وسلم واستاقوا النعم فجاء الخبر في اول النهار فبعث
في اثارهم فلما ارتفع النهار جيء بهم فامر بقطع ايديهم وارجلهم وسمرت اعينهم فالقوا في الحرة يستسقون فلا يسقون
قال الخطابي في شرح الصحيح قال ابن سيرين انه انما كان هذا قبل تحريم المثلة وعرينة قبيلة سميت بتصغير عرنة واد بعرفات
قال لما قوله استنزهوا من البول وجه التمسك به ان البول يشمل كل بول بعمومه وقد الحق النبي صلى الله عليه وسلم
وعيد عذاب القبر لاستراه البول من غير فصل فدل على ان بول ما يؤكل لحمه نجس لان الحلال لا يلحق بمباشرته الوعيد
ولان بول ما يؤكل لحمه مستحيل الى نتن وفساد هو حقيقة النجس فيكون نجسا قال وتاول ما روي انه عرف شفاءهم
فيه وحيا اي تاويل الحديث الذي رواه محمد ان النبي صلى الله عليه وسلم عرف شفاء العرنيين في بول الابل وحيا فيكون
ذلك حكما لسبيل الضرورة وهي تبيح المحظورات اما نحن فلا نتيقن الشفا فلا نقول بجواز التداوي به لئلا يلزم د
الاعراض عن الحرمة الثابتة بالحديث والقياس او نقول كان ذلك في اول الاسلام ثم نسخ بعد ان نزلت الحدود ولان
النبي صلى الله عليه وسلم قطع ايديهم وارجلهم وسمل اعينهم اي فقاها بحديدة محماة جزاء ارتدوا واستاقوا الابل وليس حكم
المرتد الا القتل فعلم انه نسخ البول المحقق كالمثلة قال للمشقة اي قصة العرنيين قال وان مات فيها
فارة الى اخره اعلم ان الحيوان الواقع في البئر لا يخلو اما ان يكون نجس العين او لا فمن الاول ينزح ماء البئر كله حيا كان او ميتا

كالخنزير وفي الكلب اختلاف والصحيح انه ليس بنجس العين كما مر • واما الثاني فان كان ادميا لا ينزح اصلا الا اذا كان
عليه نجاسة حقيقية او حكمية او نوى الغسل او الوضوء وان كان مما لا يؤكل لحمه من السباع والطيور ففيه اختلاف المشايخ و
والاصح عدم التنجيس • وكذلك في الحمار والبغل والصحيح انه يصير الماء مشكوكا فيه وقيل ينزح ماء البئر كله وان كان يؤكل لحمه
فلا يوجب التنجس اصلا هذا كله اذا لم يتيقن ان ببدنه او بمخرجه نجاسة ولم يصل لعابه الى الماء • فان كانت النجاسة فالماء
نجس وان وصل اللعاب فحكم الماء حكمه • اما اذا اخرج الواقع ميتا فبعد الانتفاخ ينزح ماء البئر كله وفي غيره وفي الفارة ونحوها
عشرون او ثلاثون وفي الدجاجة ونحوها اربعون او خمسون • وفي الادمي ونحوه ينزح ماء البئر كله هذا ظاهر الرواية •
وعن الحسن عن ابي حنيفة في الحلمة ونحوها عشرة دلاء وفي الفارة ونحوها عشرون • وفي الحمامة ونحوها ثلاثون • وفي
الدجاجة ونحوها اربعون • وفي الادمي ونحوه كل الماء هذا اذا كان الواقع واحدا • فان وقعت فارتان فعن ابي
يوسف عشرون الى الاربع وفي الخمس اربعون الى التسع وفي العشر ينزح ماء البئر كله وعن محمد في الفارتين كذلك وفي الثلاث
اربعون • واذا كانت الفارتان كالدجاجة فاربعون • قال في شرح الطحاوي الفارة اذا وقعت هاربة من الهرة يوجب
نجس ماء البئر وان خرجت حية لانها تبول من فزعها وكذلك الهرة اذا وقعت هاربة من الكلب **قال** او صعوة
او سودانية اي سام ابرص • قال المطرزي المفهوم من العصافير الواحد صعوة والسودانية العصفور الاسود يا كل
العنب والجراد وسام ابرص من كبار الوزغ **قال** نزح منها اي من البئر **قال** بعد اخراج الفارة وغيرها والحب
بنزح السين ويكره تحاموا القدر وقيل الكبر لتتوجه النخالة ما زاد على صاع والصغير ما دون الصاع فيقدر في الصاع المد
في الصغير والكبير يزاد على العشرين في الصغير وينقص عنه في الكبير • وهو معنى قوله بحسب كبر الدلو وصغرها وقيل العشرون
ايجاب والثلاثون استحباب **قال** وهو الاظهر اي المذكور في الجامع الصغير هو الاظهر لانه صنف بعد الاصل **قال**
وقيل دلو يسع فيه صاع رواه الحسن عن ابي حنيفة • وقيل المعتبر الدلو المتوسط بين الصغير والكبير لان السلف اطلقوا ذلك و
والمطلق محمول على الاغلب **قال** جاز لحصول المقصود لان المقصود نزح المقدار الذي قدره الشرع وقد حصل • قال
في الاصل اذا وقع في البئر فارة فجاء رجل بدلو عظيم يسع عشرين دلوا فاستقى به مرة واحدة اجزاه وهو اجاب الى لان العطر الذي
يعود منه الى البئر اقل • وعن الحسن انه لا يطهر عن واحد لانه بتواتر الدلاء يصير الماء في معنى الجاري **قال** لا انتشار البلة
ولهذا قال علماؤنا ينزح جميع الماء في وقوع ذنب الفارة **قال** فان كانت البئر معينا اي ذات عين جارية لا يمكن نزحها
يعني لا يمكن سد منابعها لغلبة الماء لانه اذا امكن السد يسد فينزح جميع ما فيها من الماء وان لم يمكن ينزح بمقدار ما كان
وطريق المعرفة ما ذكر في المتن من حفر الحفيرة وارسال القصبة **قال** فينزح لكل قدر منها عشر دلاء احتياطا كان طول
الماء عشر قصبات فانتقص بعشر دلاء قصبة واحدة يعلم ان كل الماء مائة دلو فينزح تسعون دلوا اخرى **قال** في جوابه
على ما شاهد في بلده لانه كان غالب مياه ابار بغداد كذلك ولا يزيد على ثلاثمائة • ولو قال في المبسوط ومما روي عن ابي
حنيفة اذا نزح منها مائة دلو فهو يكفي تبنى على ابار الكوفة لقلة الماء فيها **قال** ولم يقدر الغلبة بشي وانما لم يقدر فيها
لانها متفاوتة والنزح الى ان يظهر العجز امر صعب في الشرع لان الطاقة بحسب الطاقة كما هو دابه اي كما هو عادته وعادته
ان يفوض مثل هذا الى راي المبتلى به كما فعل كذلك في تفسير التغير الواقع الكثير حيث قال هو ما يستكثره الناظر **قال**
وهذا اشبه بالفقه اي الاخذ بقول رجلين لهما بصارة اشبه بالفقه لان الله تعالى اعتبر قول الرجلين في جزاء الصيد
حيث قال يحكم به ذوا عدل منكم وكذا في الشهادة • قال تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وكذا قول الرجلين معتبر
في قيم الاشياء المتلفة وهذا القول اعني الاخذ بقول رجلين في النزح بقدر ما حكما مروي عن نصر محمد ابن محمد
ابن سلام **قال** ولا يدري متى وقعت اما فيد بهذا لانه اذا علم زمان الوقوع يحكم بالنجاسة من ذلك الوقت بالاتفاق
قال لان اليقين لا يزال بالشك • بيانه ان الماء كان طاهرا بيقين ووقع الشك في نجاسته فيما مضى فلا يزال اليقين
بالشك فلا يحكم بالنجاسة لا زمان اليقين بوقوع النجس لان اليقين يزول بمثله **قال** ولابي حنيفة ان للموت سببا الى
اخره • بيانه ان الموت امر حادث فلابد للحادث من سبب وذلك السبب اما الوقوع او غيره فلا يجوز ان يكون غيره لكنه
موهوم فتعين الوقوع لكونه محققا لان الموهوم في مقابلة المحقق كالمعدوم فاضيف الموت الى الوقوع الا ان الحيوان د
لا يموت بمجرد الوقوع في البئر بل يضطرب ساعات ثم يموت فقدر بيوم وليلة في غير المنتفخ لان ما دون ذلك يتعسر
دركه بالثلاث في المنتفخ لان الانتفاخ دليل بعد العهد وتقادمه وادنى التقادم ثلاثة ايام ولياليها كما لا يصلي على
المدفون اذا دفن قبل الصلوة بعد ثلاثة ايام لان الثلاث دليل التقادم وقيل الثلاث يصلي لعدم التقادم المورث
لانفساخ الميت • وكان ابو يوسف على ما قال ابو حنيفة حتى راى يوما جداه حمل فارة منتفخة فلما لمحت راى البير
وقت الفارة فيها فرجع ابو يوسف الى ما قاله محمد وما قاله ابو حنيفة احتياط في امر العبادة وما قالاه عمل باليقين د
ورفق بالناس **قال** محال به عليه اي يضاف الموت الى الوقوع **قال** واما مسئلة النجاسة فقد قال المعلى هي على الاختلاف
فهذا جواب بطريق المنع بان يقال لا نسلم انها كالمسئلة بين الثوب والبير فرق وهو ان الثوب بمراي عينه فلو كانت
النجاسة اصابته قبل ذلك لعلم بخلاف البير فانها غائبة عن بصره فلا يمتنع القياس والمعلى هو معلى ابن منصور الرازي تلميذ ابي
يوسف ومحمد روى عنهما الكتب والامالي وكان من الورع وحفظ الفقه والحديث بمنزلة الرفيعة والدرجة العالية

ولو قال المصنف اخراج الواقع لكان اولى ليتناول الفارة وغيرها ٤

١٢

وقد سكن معلى ببغداد روى عنه محمد وحماد ابن زيد روى عنه محمد ابن عبد الرحيم وعلي ابن الهيثم في تفسير الاعراب والبلوغ
في الصحيح البخاري مات ببغداد في شهر ربيع الاول سنة احدى عشر ومائتين وقد خلفا قيل سنة عشرة ومائتين
ولم يحدث عنه في الجامع بشيء وانما حدث عن رجل عنه

فصل في الآسار

وغيرها الاسار جمع سور وهي
بقية الماء التي يبقيها الشارب في الاناء مناسبته هذا الفصل بما تقدم من حيث ان بعض الاسار
مما يجوز به الوضوء فاحتاج الى ذكر الاسار لتفصيل ذلك النجس منها والحاصل ان الاسار اربعة انواع • طاهر كسور الادمي
وما يؤكل لحمه من الحيوان الا الدجاجة المخلاة وطاهر مكروه كسور الهرة والدجاجة المخلاة وسباع الطير وما يسكن د
في البيوت من الحشرات ونجس كسور الكلب والخنزير والسباع ومشكوك فيه كسور الحمار والبغل **قال** وعرق كل شي
معتبر بسوره وكان الاولى الا يقول المصنف وسور كل شي معتبر بعرقه لان الفصل لبيان السور لا للعرق معناه اذا كان
طاهرا من الحيوان فهذا طاهر منه • واذا كان ذلك نجسا فهذا نجس وكذا في الكراهة ولا يرد علينا كون سور
الحمار والبغل مشكوكا فيه مع ان عرق الحمار طاهر لان حكم العرق ثبت بالحديث المخالف للقياس وهو ان النبي صلى الله
عليه وسلم ركب الحمار معرورا والحر حر الحجاز والثقل ثقل النبوة • وانما قلنا انه مخالف للقياس لان القياس يقتضي ان د
عرقه نجسا لتولده من اللحم النجس فبقي الحكم في غيره على اصل القياس على انا نقول ان سوره طاهر ايضا على ما هو الاصح د
من الرواية **قال** لانهما يتولدان اي لان العرق واللعاب ولا يقال كيف رجع الضمير اليهما واللعاب غير
مذكور لان الشهرة قائمة مقام الذكر لان السور لما كان ممتزجا باللعاب صار ذكر السور كذكر اللعاب • د
قال ويدخل في هذا الجواب الجنب الى اخره يعني يثبت هذا الحكم وهو طهارة السور في جميع الناس لانه
قال وسور الادمي وكل واحد منهم ادمي • وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم لقي حذيفة فمد يده ليصافحه فقبض يده
وقال اني جنب فقال عليه الصلاة والسلام المؤمن ليس بنجس • ولا يقال كيف يكون سور الكافر طاهرا • قال الله تعالى
انما المشركون نجس لانا نقول المراد منه نجاسة الاعتقاد لا نجاسة الذات ولهذا لا نقول بطهارة سوره على فور شرب الخمر
قال وهذا ابتداء اي هذا الحديث تطهر بالثلاث اي بالاجماع وهو دونه اولى اي السور دون البول ولهذا
قال مالك انه سوره طاهر ولم يختلف احد في نجاسة بوله • فلما كان دونه صار اولى ان يطهر بالثلاث وكذا
سور الخنزير طاهر عند مالك وعلل في الكلب بعلة الطوف وفي الخنزير بعدم تاثير لعابه في الماء ولنا ان اللعاب
المتولد من اللحم النجس ممتزج بالماء فيتنجس لا نسلم عدم التاثير **قال** والامر الوارد بالسبع محمول على الابتداء
اي الامر الوارد عن النبي صلى الله عليه وسلم بسبع مرات محمول على ابتداء الاسلام لانه عليه الصلاة والسلام كان شدد في
امر الكلاب حتى يمتنعوا من الاقتناء واراد بالامر الوارد ما روي انه عليه الصلاة والسلام • قال اذا ولغ الكلب في د
الاناء فاغسلوه سبع مرات والثامنة عفروه بالتراب • وانما حمل ذلك على ابتداء الاسلام بدليل ما روى الطحاوي في
شرح الاثار عن اسمعيل ابن اسحاق عن ابي نعيم عن عبد السلام بن حرب عن عبد الملك عن عطا عن ابي هريرة في الاناء د
يلغ فيه الكلب او الهرة قال يغسل ثلاث مرات فعلم ان حديث السبع منسوخ والله اعلم **قال** وسور الخنزير نجس
لان الكلب نجس لانه نجس العين الضمير راجع الى الخنزير • وعند مالك سور الكلب والخنزير طاهر لان الكلب من الطوا
كالهرة والخنزير نجس لكن لعابه لا يؤثر في الماء والشرط عنده الاثر وهذا لان الماء القليل والكثير عنده سوا •
ولنا في الكلب ما مر انفا وما مر في سور البهائم وفي سور الخنزير • قوله تعالى فانه رجس • بيانه ان سوره ممتزج بلعابه
الذي يتولد من اللحم وهو نجس العين فيكون سوره نجسا ولا اعتبار لظهور الاثر لان النجاسة امتزجت بالماء وفي كل جز
من الماء احتمال النجاسة قائم فلا يحصل الطهارة بالشك والاحتمال على ان اشارة الى قوله تعالى فانه رجس **قال**
خلافا للشافعي فان عنده سور الذئب والفهد والاسد وغير ذلك من السباع طاهر سوى الكلب والخنزير له ما روى
جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل اتوضأ بما افضلت الحمر فقال نعم وبما افضلت السباع • ولنا ان سور السبع ممتزج د
بلعابه ولعابه نجس لتولده من اللحم النجس بدليل حرمته مع صلاحيته للغذاء لا للكرامة ولا بلوى في سوره فيكون سوره
نجسا والحديث مرسل فكيف يحتج به وهو ليس بحجة عنده وهذا لان رواية داود بن حصين عن جابر وداود ابن
حصين لم يلق جابرا كذا قاله الجصاص ولئن صح فنقول المراد منه حمر الوحش وسباع الطير او نقول من النمل والنحل
او نقول منه المراد الماء الكثير المعنى الوحشي وهو محمول على قبل تحريم لحومها **قال** لان لحمها اي لحم سباع البهائم
وحد اللحم ولم يجمعه لارادة الجنس ومنه اي من اللحم في الباب • اي في باب السور **قال** طاهر مكروه وفائدة
انه اذا توضا به مع وجود الكراهة ان كان يجد ماء مطلقا وان لم يجد فلا كراهة كان ينبغي ان تبل توضأه اي د
فضل سورها **قال** والمراد بيان الحكم اي المراد من قوله عليه الصلاة والسلام الهرة سبع بيان الحكم لا بيان
الحقيقة لان النبي عليه الصلاة والسلام بعث الا لبيان الحكم لان الحقيقة لا احتياج فيها الى البيان النبوي ليعلم كل احد من
الحالة والرعاع ان ذلك النبي حجر وذاك مدر وذاك شجر الى غير ذلك ونسبية الهرة حقيقة ظاهرة لمن فهم كان ف
الحشرات فصار المراد منه اذن الهرة حكمها حكم السبع وحكم سور سباع البهائم لما قلنا وكان ينبغي ان يكون
سورها نجسا ايضا الا ان النجاسة سقطت لعلة الطواف المؤثر في التخفيف الدافع للحرج لقوله عليه الصلاة والسلام

بن

الهرة ليست بنجسة انما هي من الطوافين والطوافات عليكم فنفت الكراهة لانه لا يلزم من سقوط النجاسة سقوط
الكراهة ● [illegible] قال
[illegible] وهذا اشارة الى التعليل الثاني
[illegible] يعني ان التعليل الثاني يشير الى ان سؤر الهرة كراهة تنزيه ● واليه ذهب الشيخ ابو الحسن الكرخي والتعليل
الاول وهو قوله لحرمة لحمها يشير الى ان سؤرها كراهة تحريم واليه ذهب ابو جعفر الطحاوي قال والاستثناء
[illegible]

ان النبي صلى الله [illegible]
عليه وسلم حرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر ● وعن ابن عباس ان سؤره طاهر ● وعن ابن عمر انه نجس فثبت الشك ولم تغلب الحرمة د
على الطهارة للضرورة لما ان الحمار يربط في الافنية ويحتاج اليها للركوب والحمل ويشرب في الانية وبعض اصحابنا استدل على الشك
في سؤره وقال ان عرقه طاهر ولبنها محرم ويعتبر اللعاب بكل واحد والالحاق بالاول يقتضي الطهارة وبالثاني يقتضي النجاسة
وليس احدهما اولى بالالحاق من الاخر فصار مشكلا وقد استقصينا هذه المسئلة في كتابنا الموسوم بالينبوع في شرح الاصول ثم نوضح
بيانها وما اخذنا ها قال وعن ابي حنيفة انه نجس اي ان سؤر الحمار والبغل نجس ● كذا روى الشيخ ابو الحسن الكرخي قال
ولنا ان المطهر احدهما يعني ان المطهر اما السؤر في الواقع او التراب فان كان الاول فلا فائدة لاستعمال الثاني تقدم او تاخر د
وان كان الثاني فلا يضره التقديم والتاخير فوجب الضم دون الترتيب احتياطا لاستطاع الاحتمال الا ان تاخير التيمم
افضل لكونه جائزا بالاتفاق قال وكذا عنده اي طاهر عند ابي حنيفة في الصحيح من الرواية لان كراهة لحم الفرس لاظهار
شرفه لا لنجاسته ● وقد ذكر في الاصل انه لا باس به ● وقال في الايضاح واما سؤر الفيل فقد روى محمد انه مكروه د
كسؤر السباع لانه ذو ناب وذكر ضمير الفرس ● وان كانت هي الموضع [illegible] تناول الحيوان او المذكر راعى في قوله شرفه
وانما قيد بقوله في الصحيح احترازا عما روى الحسن عن ابي حنيفة ان سؤره مكروه لان لحمه مكروه عنده كما ذكر في ذلك قال
فان لم يجد الا نبيذ التمر [illegible] ذكر النبيذ في خلال الاسار لانه مما يجوز به الوضوء عند ابي حنيفة الحديث ليلة الجن وهو ما د
ابو داود في سننه باسناده الى ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له ليلة الجن ما في اداوتك قال نبيذ قال تمرة
طيبة وماء طهور ● وعند ابي يوسف يتيمم ولا يتوضأ ● وروى نوح عن ابي حنيفة انه رجع الى هذا القول ذكره فخر الاسلام في
الجامع الصغير وبه اخذ الشافعي عملا باية التيمم وهذا لان الوضوء لو كان جائزا بالنبيذ لقال تعالى فلم تجدوا ماء او نبيذ تمر
والا دم مشف منبني الملزوم وقياسا على سائر الانبذة ايضا لان الوضوء لا يجوز بها بالاجماع خلافا للاوزاعي والحديث منسوخ

باية التيمم لان الاية نزلت بالمدينة ● وليلة الجن كانت بمكة وعند محمد يجمع بين الوضوء والتيمم احتياطا كما في سؤر الحمار وهذا
القول روي ايضا عن ابي حنيفة في الاصل ● وجه الاحتياط ان في الحديث اضطرابا بعضهم قالوا انه منسوخ وبعضهم قالوا بعدم
نسخه وبعضهم قالوا كان ابن مسعود ليلة الجن وبعضهم قالوا لم يكن فوقع الشك فوجب الضم احتياطا الا ترى الى ما روى
الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى ابراهيم عن علقمة عن عبد الله قال لم اكن مع النبي صلى الله عليه وسلم ليلة الجن ولوددت
اني كنت ● وقال محمد في الزيادات محتجا على قول ابي يوسف نبيذ التمر احق من سؤر الحمار لان عليا كان يرى الوضوء
به وفي ذلك حديث مرفوع ولم يقل احد من السلف بالوضوء بسؤر الحمار الا الحسن البصري واذا وجب الاحتياط بضم
ذلك الى التيمم فهذا اولى والمختار عندي ما قاله محمد لانه اقرب الى السلامة لان المطهر في الواقع احدهما اما النبيذ
او التراب فان كان الاول فلا يخرج عن العهدة بما قال ابو يوسف ● وان كان الثاني فلا يخرج عن العهدة بما قال ابو
حنيفة ويخرج عن العهدة بما قال محمد ايهما كان مطهرا في الواقع قال قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة قال
في التيسير فثبت ان الجن اتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم دفعتين قال عمل به الصحابة كعلي وابن مسعود وابن عباس قال
ومثله اي ومثل هذا الحديث وهو المشهور يزاد على الكتاب قال واما الاغتسال به اي بالنبيذ فلا نص عن ابي حنيفة
في الغسل به ● قال بعض مشايخنا يجوز عنده لانه لما جاز به الوضوء جاز الغسل ● وقال بعضهم لا يجوز لان الجنابة فوق
الحدث فلا يجوز الحاقها به فيما ثبت بخلاف القياس ● قال قاضي خان نص على رواية جواز التوضي بنبيذ التمر اصحابنا قالوا
لا يجوز الا بالنية لانه بدل كالتيمم ولهذا لا يجوز التوضي به عند وجود الماء المطلق قال والنبيذ المختلف
ان يكون حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء وصورة نبيذ التمر ان يلقى في الماء تميرات فيخرج حلاوتها وعند بما انما اذا اعطر التمر
فصار رديئا لا يجوز التوضي به بالاجماع قوله وان اشتد اي ان اشتد النبيذ الذي غيرته النار بان صار
مسكرا يجوز التوضي به ايضا عند ابي حنيفة لحل شربه وعند محمد لا لحرمة عنده ● قال قاضي خان في شرح الجامع الصغير وفي
المطبوخ لا يجوز التوضي به حلوا كان او مشتدا لان النار غيرته وصار شيئا اخر قوله ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة
هذا عند عامة العلماء ● وروي عن الاوزاعي انه يجوز التوضي بالانبذة كلها حلوا كان او غير حلو مسكرا كان او غير مسكر نيا كان
او مطبوخا الا الخمر خاصة والصحيح قول العامة لان جواز التوضي بنبيذ التمر ثابت بخلاف القياس بالحديث ولهذا لا يجوز عند د
القدرة على الماء المطلق فلا يقاس عليه غيره والله اعلم

باب التيمم

لما فرغ عن ذكر الطهارة بالماء شرع في التيمم لان الخلف حقه ان يعقب الاصل اعلم ان التيمم في اللغة هو القصد
قال تعالى ولا تيمموا الخبيث اي لا تقصدوا ● قال امرؤ القيس

تيممت العين التي عند ضارج ● يفيء عليها الظل عرمضها طامي ●

وقال الاعشى

تيممت قيسا وكم دونه ● من الارض من مهمه ذي شزن ●

ضارج اسم موضع والعرمض الطحلب والمهمه الارض المستوية البعيدة ● والشزن الغلظ ● وقال المثقب

وما ادري اذا يممت ارضا ● اريد الخير ايهما يليني ●
الخير الذي انا ابتغيه ● ام الشر الذي هو يبتغيني ●

وفي الشريعة هو القصد الى استعمال الصعيد الطاهر للتطهير د
والاصل في جواز التيمم قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا ● وروي ان سبب نزول الاية هو ان النبي عليه الصلاة
والسلام خرج في غزوة المريسيع وهي غزوة بني المصطلق فنزل في بعض الطريق فسقطت من عائشة قلادة
لاسماء فلما ارتحلوا ذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فبعث رجلين في طلبها واقام ينتظرهما فعدم الناس الماء وحضرت
صلاة الفجر فاغلظ ابو بكر على عائشة وقال حبست المسلمين فنزلت هذه الاية فقال اسيد بن حضير يرحمك الله يا عائشة
ما نزل بك امر تكرهينه الا جعل الله للمسلمين منه فرجا قوله او خارج المصر هذا التقييد وقع بناء على الغالب لا احترازا
عن المصر لان الغالب ان يوجد الماء في المصر فالحق عدم الماء في المصر العادم بالله تعالى يجوز التيمم ايضا لوجود الشرط
المذكور في الاية ● ولو قال المصنف بينه وبين الماء كان قوله وبين المصر لكان احسن ليشمل الشخصين المسافر والخارج عن المصر
وهذا لان المعتبر هو البعد بين التيمم وبين الماء سواء كان الماء في المصر وعدمه قوله ميل او اكثر لا يقال اذا ثبت جواز التيمم
في الميل رخصة ففي الزيادة عليه اولى فاي حاجة الى ذكره او اكثر لانا نقول مقدار بعد الماء يعلم جزما او ظنا فاذا كان
ظنه انه ميل او اقل لا يجوز حتى انه اذا تحقق انه ميل يجوز او نقول انما ذكره للتاكيد او نقول الاصل في الدلالات المطابقة
لا الالتزام فذكره ليفهم الحكم بالمطابقة او نقول تقديرات الشرع اما ان تمنع الاقل والاكثر كالحدود واما ان تمنع الاول
دون الثاني كاقل الحيض ● واما ان تمنع الثاني دون الاول كاكثر الحيض ● واما ان لا يمنعهما جميعا كقوله تعالى ان الله لا يظلم
مثقال ذرة وما في الكتاب من قبيل القسم الثاني دون الاقسام الاخر فذكره تنبيها للمصلين قوله ولو الى غير مخرج المراد
منه المبالغة لانه يجوز التيمم في اكثر من ذلك ايضا اذا لم يجد الماء قوله والميل هو المختار في مقدار البعد
ثلث الفرسخ والفرسخ اثنا عشر الف خطوة ● وجه كونه مختارا ان المسافة القريبة جدا لا تمنع جواز التيمم والبعيدة د
يجوز له فقدر البعد بالميل للحاق الحرج بالشخص بهذا القدر دفعا للعسر وتحقيقا لليسر وعن محمد قدر المسافة المجوزة بالميلين
وعن الكرخي بسماع صوت اهل الماء وعدمه فان كان يسمع فهو قريب لا يجوز التيمم وان كان لا يسمع فهو بعيد يجوز التيمم واختاره الكرساني
وعن الحسن في القدام ميلين وفي كل من سائر الجوانب ميل ● وعن ابي يوسف اذا كان الماء بحيث لو ذهب اليه تذهب القافلة وتغيب

عن البحر يجوز التيمم واستحسنه مشايخنا قوله لانه يلحقه الحرج بدخول المصر فلو قال بالنيابة الماء لكان اولى لما قلنا
قوله دون خوف الفوت هذا احتاج الى قيد اخر بان يقال دون خوف الفوت اذا كان الى خلف وانما قيدنا به لانه
اذا خاف الفوت لا الى خلف يكون خوف الفوت معتبرا كما في صلاة العيد والجنازة حتى يجوز التيمم وفي قولنا دون خوف
الفوت الى خلف احترازا عن قول زفر فان عنده يجوز التيمم لعدم فوت الوقت وان كان المرء قريبا قلنا التفريط جاء من
قبله فلا يكون عذرا والتفريط التقصير قوله يتيمم لما تلونا اراد به قوله تعالى وان كنتم مرضى لان قوله تعالى
فلم تجدوا ماء فتيمموا مرتب هذا عليه وهذا لان الله تعالى لم يقيد المرض بخوف التلف بل اطلق رخصة لعباده
ودفعا للحرج عنهم وفي اشتداد المرض حرج ظاهر فلا معنى لاشتراط خوف التلف ولان زيادة درهم على ثمن الماء اذا كانت
مبيحة للتيمم دفعا للضرر فزيادة مرض اولى ان تكون مبيحة له دفعا للضرر لان النفس اعز من المال لان المال لا يجمع الا
للنفس قوله وذلك اشارة الى المذكور في زيادة ثمن الماء قوله فهذا اولى اي الخوف من زيادة المرض اولى قوله
بان يشتد مرضه بالتحرك كمن له عرق مدني او بالاستعمال كمن له قروح كالجدري والحصبة قوله وهو مردود اي اعتبار
الشافعي مردود بظاهر النص وهو قوله تعالى وان كنتم مرضى لانه لم يفصل قوله وهذا اذا كان خارج المصر اشارة الى
جواز التيمم لمن يمرضه البرد او يقتله قوله لما بينا اراد به قوله لانه يلحقه الحرج قوله ولو كان في المصر فكذلك
اي لو كان الجنب الخائف من المرض او القتل في المصر يجوز له التيمم ايضا عند ابي حنيفة خلافا لهما له ان العجز عن استعمال الماء ثابت
حقيقة فيجوز له التيمم كما اذا عجز عن استعماله خارج المصر ولهما ان العجز ثابت لكنه نادر فلا يعتبر فنقول لا نسلم انه نادر
ولئن سلمنا انه نادر لكن لا نسلم ان العذر النادر لا يعتبر الا ترى ان الحبس والقيد اذا حال بينه وبين الماء يجوز له
التيمم مع ان عذر الحائل له نادر وقد روي ان عمرو بن العاص كان اميرا على سرية فاجنب فتيمم لاجل البرد وصلى فاخبر
النبي صلى الله عليه وسلم فقال صليت باصحابك وانت جنب فقال خفت البرد وسمعت الله يقول ولا تقتلوا انفسكم ان الله
كان بكم رحيما فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يامره بالاعادة والحديث مسند في السنن وقيل هذا الاختلاف
بين ابي حنيفة وصاحبيه اختلاف عصر وزمان لان الحمامي كان ياخذ الاجرة اولا في زمن ابي حنيفة فتحققت الضرورة
وفي زمنهما كان ياخذ بعد الخروج فلم يتحقق الضرورة قوله والتيمم ضربتان والمقصود من الضرب ان يدخل الغبار
في خلال الاصابع تحقيقا لمعنى الاستيعاب كما هو ظاهر الرواية وانما قلنا هذا لان الوضع كاف وان لم يوجد
الضرب وانما قيل هذا لما اختار لفظ الضرب لان الآثار جاءت في لفظة الضرب وفيه نظر عندي لان الله تعالى لم يقيد
بالضرب في قوله تعالى فتيمموا وكذلك سائر الآثار كقوله التراب طهور المسلم وقوله جعلت لي الارض مسجدا وطهورا
وقوله عليكم بالصعيد الا انه في بعضها جاء لفظ الضرب ولا يعارض المطلق الآثار جاءت بلفظ الضرب ثم في كيفية التيمم
اختلف مشايخنا قال في الخلاصة ضربة للوجه يمسح بها وجهه وضربة لليدين يمسح اليمنى باليسرى واليسرى باليمنى
وينفض يديه قبل المسح احترازا عن المثلة وقيل ضربة للوجه كما قلنا وضربة لليدين يمسح بباطن اصابع يده اليسرى ظاهر
يده اليمنى من رؤوس الاصابع الى المرفق ثم يمسح بباطن كفه اليسرى باطن ذراعه اليمنى الى الرسغ ويمر باطن ابهامه اليسرى
على ظاهر يده اليمنى ثم يفعل بيده اليسرى كذلك وقيل ينبغي ان يضع بطن كفه اليسرى على ظاهر كفه اليمنى ويمسح بثلاث
اصابع الى المرفق ثم يمسح باطنه بالابهام والمسبحة الى رؤوس الاصابع ثم يفعل في اليد اليسرى كذلك والاول ارفق بالناس
لكونه بلا تكلف والباقيان احوط للاحتراز عن استعمال التراب المستعمل بقدر الامكان قوله بقدر ما بينا احترازا
عما روي عن ابي يوسف انه ينفض مرتين وعما روي عن محمد انه ينفض مرة وهذا لان المقصود هو ان لا يصير مثلة وهو يكون
بالتناثر وهو حاصل بمرة او مرتين واراد بالمثلة ما مثل بالنبي واصلها قطع الاعضاء والمراد الوجه قوله لقيامه مقام
الوضوء اي لقيام التيمم مقام الوضوء وحقيقته ان في التيمم سقط العضوان رخصة كما في صلاة المسافر سقطت ركعتان
رخصة فينبغي ان يكون الباقي بصفة الكمال في التيمم كالباقي في الصلوات حتى يشترط التخليل ونزع الخاتم وروى الحسن
في المجرد عن ابي حنيفة ان الاستيعاب ليس بشرط ولو مسح اكثر الكف والذراعين يجوز وعلى هذه الرواية لا يجب التخليل ونزع
قوله والحدث والجنابة فيه سواء اي في التيمم معناه انه كما يجوز التيمم للحدث فكذلك يجوز للجنابة او عنه كان
التيمم للجنب والحائض والنفساء عينا كما روي عن عمر وابن مسعود وابن عمر انهم كانوا يجوزون التيمم للجنب لارادتهم اللمس
باليد من قوله تعالى او لامستم النساء وعلماؤنا وعامة العلماء اخذوا بقول علي وابن عباس وعائشة وكانوا يقولون ان المراد
من الملامسة الجماع والترجيح لارادة الجماع لما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى عمران بن حصين الخزاعي ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا معتزلا لم يصل في القوم فقال يا فلان ما منعك ان تصلي في القوم فقال يا رسول الله
اصابتني جنابة ولا ماء قال عليك بالصعيد فانه يكفيك وليكون البيان شافيا شاملا للطهارتين لان الله تعالى لما ذكر
الطهارتين بالماء ذكر الحدث الاصغر والاكبر جميعا بقوله اذا قمتم الى الصلوة الاية وبقوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا
وقد عرف حكم الحدث الاصغر في التيمم بقوله او جاء احد منكم من الغائط وبقي الاحتياج الى بيان حكم الحدث الاكبر
فحمل قوله تعالى او لامستم عليه حتى يكون البيان شافيا وحديث عمرو بن العاص يدل على جواز حكم التيمم للجنب كما مر ذكره
سابقا وكذا حديث ابي هريرة وهو ان رجلا سال النبي صلى الله عليه وسلم فقال انا نكون بالرمال الاشهر فلا نجد

والنفسا

والنفساء ولا نجد الماء فكيف نصنع فقال عليكم بالصعيد قوله عليكم بارضكم اي باستعمال ارضكم او بتيمم ارضكم قوله
بكل ما كان من جنس الارض فكل ما ينطبع كالحديد والذهب والزجاج ونحوهما فليس من جنس الارض وكذا كل ما يصير رمادا
بالاحتراق كالحشيش والشجر وكل ما لا ينطبع ولا يصير رمادا فهو من جنس الارض يجوز التيمم به عندهما خلافا لابي يوسف
وذلك مثل التراب والرمل والحجر والجص والزرنيخ والنورة والطين الاحمر والاصفر والكحل والحائط المطين والملح
الجبلي دون المائي والمرداسنج المعدني دون المخلوق والسبخة المنعقدة من الارض دون الماء واما الاجر فقيل يجوز لانه طين مستحجر
وقيل لا يجوز وفي الخزف ان كان من طين خالص يجوز كالاجر وان كان مخلوطا بما ليس من جنس الارض فلا وبالرماد لا يجوز لانه جزء
الخشب ونحوه وكذا باللآلي ويجوز بالياقوت والفيروزج والمرجان والزمرد والزبرجد والعقيق لانها احجار مضيئة
قوله والنورة بلا همز قوله وهو رواية عن ابي يوسف اي عدم جواز التيمم الا بالتراب رواية عن ابي يوسف رواه المعلى
عن ابي يوسف بالمتن ولنا وهو آخر قوليه وبه اخذ الشافعي لان ابن عباس فسر الصعيد بالتراب والطيب بالمنبت قوله ولنا ان الله تعالى
ذكر الصعيد مطلقا فلا يجوز تقييده والصعيد وجه الارض كذا روي عن الخليل وذكر صاحب الكشاف عن الزجاج ان الصعيد
اسم لوجه الارض وقال الزجاج في معاني القران لا اعلم بين اهل اللغة اختلافا في ان الصعيد وجه الارض وفي الصحاح
عن ثعلب الصعيد وجه الارض لقوله تعالى صعيدا زلقا اي حجرا املس واذا كان المنقول في اللغة في معنى الصعيد هو وجه
الارض فلا يجوز تقييده بالتراب لان فيه حرجا منافيا لما اشتمل عليه معنى الرخصة ويدل على صحة ما قلنا قوله عليه السلام
جعلت لي الارض طهورا ومسجدا لان الارض تشمل جميع اجزائها وقوله عليه الصلاة والسلام عليكم بارضكم لان ارضهم لم
تكن ترابا بدليل ما قالوا انا نسكن هذه الرمال والطيب يحتمل الطاهر كما في قوله تعالى حلالا طيبا وكما في قوله عليه الصلاة
والسلام ان الله طيب يحب الطيب فالحمل على الطاهر اولى من الحمل على المنبت لانه الاليق بموضع الطهارة الا ترى ان التراب المنبت
اذا كان نجسا لا يجوز التيمم به اجماعا فعلم ان الانبات ليس له في هذا الباب اصلا ويدل عليه سياق الاية وهو قوله تعالى
ولكن يريد ليطهركم حيث لم يقل يريد لتزرعوا ونقول ان الطاهر مراد من معنى الطيب بالاجماع حيث لم يجز التيمم بغيره فلا
يكون غيره مرادا والا يلزم ان يكون للمشترك عموم في موضع الاثبات وهو فاسد واما قول ابن عباس فنقول لا نسلم
ان تقييد المطلق باثر الصحابي يجوز ونحن لا نجوزه بخبر الواحد والاثر اولى ولئن قال ابو يوسف والشافعي قال الله تعالى
فامسحوا بوجوهكم وايديكم منه وهذا يدل على ان غير التراب لا يجوز به التيمم فنقول لا نسلم انه يدل على ما قلتم انما اذا
اريد التبعيض من قوله منه اما اذا اريد منه الابتداء فان قلتم بالثاني لا نسلم الدلالة على ما قلتم لان الابتداء يحصل
في كل جزء من اجزاء الارض وان قلتم بالاول فنقول يلزم ما قلتم اذا سلم لكن لا نسلم ان التبعيض هو المراد قوله عليه
غبار اي على الصعيد اي لا يشترط ان يكون على الصعيد غبار كالحجر الاملس المغسول الا عند محمد وعند ابي حنيفة لان الله تعالى
ذكر الصعيد مطلقا ولم يشترط الالتزاق التراب باليد وقال محمد يشترط ان يكون عليه غبار يلتزق باليد قوله
وكذا يجوز بالغبار وهو مثل ان يضرب يده على الثوب او على اللبد او على الحنطة فعلق الغبار لانه تراب رقيق والتراب جزء
من اجزاء الارض فيجوز التيمم بالغبار وقال ابو يوسف لا يجوز التيمم بالغبار مع القدرة على التراب والرمل لان المراد من
الصعيد التراب او الرمل به يا حديث والغبار ليس منهما فلا يجوز التيمم به الا عند الضرورة وجوابه لا نسلم ان الغبار ليس
منهما لان الغبار تراب رقيق ويجوز التيمم بالخشن منه فكذا بالرقيق قوله والنية فرض في التيمم حتى لو تيمم بلا نية
لا يجوز عندنا بالاتفاق خلافا لزفر له ان التيمم طهارة كالوضوء فلا يشترط في الوضوء النية عندنا بالاتفاق فكذا في التيمم
او هو خلف عن الوضوء فلا يجوز ان يكون الخلف مخالفا لاصله ولنا ان التيمم يدل على القصد والقصد هو النية وان الامر
بالتيمم والامر للوجوب فيشترط النية بخلاف الوضوء فان الامر ثمة ورد بالغسل والمسح ولا دلالة لهما على النية او نقول جعل
التراب طهورا في حالة مخصوصة وهي ارادة الصلاة والنية هي الارادة ايضا فاشترط النية بخلاف الماء فانه بالطبع مطهر
فلم يشترط فيه النية والتراب طبعه ملوث فافترقا فاما قوله لا يجوز الخلف ان يكون مخالفا لاصله فلا نسلم لان التراب
مخصوص ببعض بخلاف الوضوء وليس التكرار في الوضوء دونه او نقول لا نسلم ان التيمم خلف عن الوضوء بل هو خلف عند محمد
وعند ابي حنيفة وابي يوسف التراب خلف عن الماء في حصول الطهارة حتى جاز امامة المتيمم للمتوضئ عندهما وسيجيء بيانه في
باب الامامة قوله هو الصحيح احتراز عما روي عن الشيخ الامام ابي بكر الرازي وهو كان يقول الواجب نية التمييز
فينوي الحدث او الجنابة لان التيمم يقع على صفة واحدة عن الغسل وعن الوضوء فلا بد من نية التمييز كالصلاة التي هي عن الفرض
والنفل على صفة واحدة ووجه ما قال في الكتاب ان التيمم طهارة فلا يلزم منه اشتباه كما في الوضوء قوله هو منهم حتى يجوز له
الصلاة بذلك التيمم لان الاسلام قربة مقصودة فيصح نيته بخلاف ما اذا تيمم المسلم لدخول المسجد او لمس المصحف حيث لا يجوز
له ان يصلي بذلك التيمم لان الدخول او المس ليس بقربة مقصودة بخلاف ما اذا تيمم المسلم لقراءة القران حيث يجوز له ان يصلي بذلك
التيمم لان قراءة القران قربة مقصودة ولابي حنيفة ومحمد ان التراب جعل طهورا في حالة مخصوصة وهي ارادة ما هو
قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام وان كان قربة مقصودة يصح من الكافر بلا طهارة فلا يصح تيممه للاسلام
لان شرعيته للضرورة اذ انه لا يصح بدون التلاوة حيث يجوز الصلاة بذلك التيمم الطهارة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها
بخلاف ما اذا تيمم المسلم الجنب لسجدة التلاوة حيث يجوز الصلاة به لان التيمم لانه كلاهما قربة لا تصح بدون الطهارة بناء على اشتراط النية

يعني ان النية لما كانت شرطا للوضوء عند الشافعي لم يعتبر وضوء الكافر عنده لعدم الشرط وعندنا لما لم تكن النية شرطا صح د
وضوءه وان لم يعتبر بنيته ثم ارتد لم يبطل لان الحال ليست بشرط **قوله** فيستوي فيه الابتداء والبقاء ليستوي فيه في الامر المنافي د
حالة الابتداء وحالة البقاء الا ترى ان الحرمية منافية للنكاح فلا يجتمعان لا ابتداء ولا بقاء • اما الابتداء فظاهر وكذا البقا
كما رضع زوج رضيع ام زوجته الرضيعة او ارضعت في ام زوجها او ارضعتها اجنبية وهما رضيعان يفسد النكاح فكذلك
هنا يبطل التيمم به ابتداء وبقاء لا يقال هذا الخلاف كيف يصح على اصل زفر وهو لا يشترط النية في التيمم كالوضوء فحينئذ يكون د
اعتراض الكفر على التيمم كاعتراضه على الوضوء • لانا نقول روي عن زفر رواية اخرى اشترط فيها النية للتيمم **قوله** فاعتراض
الكفر لا ينافيه اي لا ينافي كونه طاهرا ولهذا لو اعترض الكفر على الوضوء لا يبطله لانه لا ينافيه فكذا التيمم ولا نسلم ان الكفر
ينافي التيمم نعم انه ينافي الاسلام ولكن لا نسلم انه يلزم من منافاته للتيمم وانما لا يصح التيمم ابتداء من الكافر وعندنا لا ينعدم د
النية المعتبرة لا لان الكفر ينافي التيمم **قوله** لانه خلف عنه اي لان التيمم خلف عن الوضوء ولا ينافي حال الخلف دون
حال الاصل فما كان مبطلا للاعلى فاولى ان يكون مبطلا للادنى **قوله** وينقضه ايضا رؤية الماء • اعلم ان رؤية الماء
التي ترتب بالقدرة على الاستعمال شرط لعمل الحدث السابق عمله عندنا والناقض في الحقيقة لا الوضوء هو الخارج النجس د
والرؤية ليست بهذه المثابة وانما اضيف النقض اليها مجازا لكونها شرط العمل بان انتهى حكم طهورية الصعيد عندها واما
شرطنا القدرة لانها هي المرادة بالوجود والمذكور في القرآن • بقوله تعالى فلم تجدوا ماء • وفي قوله عليه الصلاة والسلام
التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء نظرا الى اطلاق اسم السبب على المسبب مجازا لان الوجوب سبب القدرة • وقال
في شرح الاقطع • قال الشافعي اذا رأى الماء في الصلاة لا يبطل تيممه ولا صلاته • اقول هذا ضعيف جدا لان الشرع جعل الوجود
الذي اريد به القدرة غاية لطهورية التراب ولا معنى للتنافي بين وجود الغاية والا لا يكون الغاية وهو فاسد **قوله** لانه قادر
تقديرا لكونه مكلفا شرعا ولهذا يجب عليه القضا وقيل لا ينتقض تيممه لانه لا يراد امر على الماء بالاتفاق ذكره القاضي خان في د
فتاواه والاسبيجابي في شرح الطحاوي **قوله** اريد به الطاهر اي اريد بالطيب الطاهر في قوله تعالى صعيدا طيبا كما مر بيانه
قوله ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه ان يؤخر الصلاة اي يستحب تأخير الصلاة لعادم الماء والحال ان عادم الماء يرجوا
ان يجد الماء والواو في وهو للحال • قال الشارحون هذه المسئلة تدل على ان الصلاة في اول الوقت افضل عندنا ايضا الا
الا اذا كان في التأخير فضيلة اخرى كتكثير الجماعة والصلاة باكمل الطهارتين • واستدلوا على ما قالوا بقوله لعادم الماء
لان التخصيص بعادم الماء دل على ان الاستحباب في غيره هو التقديم • وكذا قوله كالطامع في الجماعة • دل على ان المستحب
في غير الطامع التقديم بدليل ما ذكر في السير الكبير ان التخصيص في الروايات والمعاملات يدل على نفي ما عداه اقول فهذا
سهو من الشارحين وليس مذهب اصحابنا كذلك • الا ترى الى ما صرح صاحب الهداية وغيره من المتقدمين في كتبهم بقولهم
ويستحب الاسفار بالفجر والابراد بالظهر في الصيف وتأخير العصر ما لم تتغير الشمس وتأخير العشاء الى قبل ثلث الليل اما
ما ذكروا عن السير الكبير فصحيح • الا ان صاحب الهداية احترز بقوله لعادم الماء عن قول الشافعي لا عن غير عادم الماء
لان مذهب الشافعي انه عادم الماء ان رجى ان يجده في اخر الوقت وكذا قوله كالطامع في الجماعة ليس باحتراز عن غير الطامع د
بل هو الزام على الشافعي لان مذهبه ان التأخير مستحب اذا كان طامعا في الجماعة ونظير هذه المسئلة ما ذكره القدوري
وصاحب الهداية وغيرهما في المعاني الموجبة للغسل والتقاء الختانين من غير انزال لان الحكم في التقائهما وجد الماء
الانزال اذ لم يوجد انزالا وانما احترز بغير انزال عن قول الانصار ولا عن انزال فكذا هنا لم يحترز بالطامع والعادم عن غيرهما
ولهذا قال صاحب التحفة • روى المعلى عن ابي حنيفة وابي يوسف الطامع في الماء يؤخر الى اخر الوقت المستحب ولئن قال
الشافعي فضيلة اول الوقت محققة وفضيلة الوضوء ليست بمحققة لان الماء موهوم وجوده فلا يؤخر نقول ان فضيلة اول الوقت
محققة ولئن سلمنا لكن تلك الفضيلة ليست بشرط للصلاة والوضوء شرط لها فاعتبار فضيلة ما هي شرط اولى مما ليس بشرط وقوله
فضيلة الوضوء ليست محققة لا نسلم لان كلامنا ليس في الموهوم بل فيما اذا غلب على ظنه رجاء وجدان الماء والغالب كالمحقق
الا ترى ان العمل بقول الشاهدين عمل بغالب الراي لانه يحتمل الكذب لعدم العصمة **قوله** في غير رواية الاصول والمراد من رواية
الاصول رواية الجامعين والزيادات والمبسوط والمراد من غير رواية الاصول رواية النوادر كالامالي والرقيات والكيسانيات
والهارونيات وغيرها **قوله** لانه طهارة ضرورية يعني ان التيمم جعل طهارة حالة الضرورة بالعجز عن الماء فلا يصلي بتيمم د
واحد الا فرضا واحدا ونفلا ما شاء ولنا ان التراب طهور حال عدم الماء قائم مقامه في الطهورية فيعمل عمل الماء ما لم يجد
ولم يحدث الا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء كيف تابع في بقاء الطهارة
في الاوقات ثم قال يقول للشافعي هل انتقض تيممه بعد اداء الفرض ام لا • فان قال انتقض فلم قال لا يصلي نفلا بعد ذلك لانه لا صلاة
الا بالطهارة وهو خلاف مذهبه • وان قال لم ينتقض فليصل فرضا اخر كما يصلي نفلا لان الطهارة بقيت كما كانت ولم يوجد
الحدث ولا الماء حتى يبطل تيممه ولئن قال لا يجوز الجمع بين الفرضين لانه طهارة ضرورية كما في طهارة المستحاضة فنقول لا نسلم
ان المستحاضة لا يجوز لها ان تجمع بين فرضين ولئن سلم ان هذا القياس صحيح اصلا لان طهارة المستحاضة في غاية الضعف لمقارنتها بالحدث
بخلاف التيمم لم يقارنه الحدث وقياس ما جعل طهارته بدون المنافاة على ما جعل طهارة مع المنافاة فاسد **قوله** ما بقي اي د
شرط التراب في كونه طهورا واراد بالشرط عدم الماء وعدم الحدث **قوله** ويتيمم الصحيح في المصر اذا حضرت جنازة د

والولي وغيره فخاف ان يشتغل بالوضوء ان تفوته الصلاة وهنا قيود الاول قوله الصحيح وبه احترز عن المريض لانه يجوز له التيمم
في المصر وغيره ولصلاة الجنازة وغيرها وليا كان او غيره ولو خاف الفوت ام لم يخف • والثاني قوله في المصر احترز به عن
المفازة لان فيها يجوز التيمم للصحيح وليا كان او غيره لعدم الماء فيها غالبا • والثالث قوله اذا حضرت جنازة لما ان الوجوب
بحضورها • والرابع قوله والولي غيره لان الميت اذا كان وليا يجوز له التيمم لانه لا يخاف الفوت لان له حق الاعادة والخامس
قوله فخاف ان تفوته الصلاة لانه اذا لم يخف الفوت لا يجوز له التيمم وعند الشافعي لا يجوز التيمم لصلاة الجنازة وهذه المسئلة
بناء على مسئلة اخرى وهي ان صلاة الجنازة لا يجوز تكرارها عندنا كما سيجيء فلو لم يجز التيمم يلزم الفوت وشرع التيمم
للعجز عن استعمال الماء حكما كما في خائف السبع والعدو او حقيقة كما اذا لم يجد الماء اصلا وهذا الشخص عاجز عن استعمال الماء
حكما لانه لا يقدر ان يصلي بهذا الوضوء على هذه الجنازة فيجوز التيمم لوجود العجز الحكمي وعند الشافعي لما جاز تكرارها د
لم يتحقق العجز فلم يجز التيمم وتحقيق اصل الخلاف يجيء في باب الجنائز ان شاء الله تعالى • وقوله والولي غيره جملة حالية والضمير يرجع
الى الصحيح الذي يتيمم وكذلك الخلاف بيننا وبينه في صلاة العيد حيث لا يجوز صلاة العيد بالتيمم عنده **قوله** وقوله
اي قول ابي الحسن القدوري في مختصره **قوله** وهو الصحيح رواه الحسن عن ابي حنيفة وفي ظاهر الرواية يجوز للولي ايضا د
لحديث ابن عباس اذا فجئتك جنازة وخشيت فوتها فصل عليها بالتيمم ولا فصل فيه بين الولي وغيره • وروي عن ابن عمر في صلاة العيد
مثله ووجه رواية الحسن ما ذكر في المتن مما ذكرنا **قوله** وان احدث الامام والمقتدي في صلاة العيد يتيمم ويبني
عند ابي حنيفة • قال شمس الائمة السرخسي انما وضع محمد هذه المسئلة في جبانة الكوفة لان الماء بعيد لا يصل اليه الرجل د
حتى يعود الى المصر • اما في ديارنا فالماء محيط بالمصلى فلا يتيمم للابتداء ولا للبناء لانه لا يخاف الفوت • اقول هذا ضعيف
لانا لا نسلم عدم خوف الفوت في ديارنا وان كان الماء محيطا بالمصلى لان من الجائز ان يسبقه الحدث حال قيام الامام الى الصلاة
كالرمي والرعاف ولا يتيسر له الوضوء فانه اذا اشتغل بالوضوء تفوت الصلاة ولا يبعد ان يقضي لانها لم تشرع الا بالجماعة
الا ترى انا جوزنا التيمم في صلاة الجنازة لغير الولي وان كان الماء في غاية القرب لخوف الفوت وهو قد يحصل في ديارنا د
ابتداء او بقاء **قوله** يعتريه عارض اي يعتريه عارض الى مثل ان سلم عليه احد ويرد السلام او يضيفه اخر بالعيد فيحييه وما
اشبه ذلك فلا نسلم عدم خوف فوت صلاته فيتيمم **قوله** والاصل الظهر وفي بعض النسخ اصل الظهر لان فرض الوقت د
لاداء الجمعة مجازا بالظهر لكونها خلف **قوله** وهو الظهر الضمير راجع الى الخلف وانما سمي الظهر خلفا واذا كان هو فرض الوقت
عند ابي حنيفة وابي يوسف والجمعة خلف عنه لما انه متصور بصورة الخلف لان الجمعة اذا فاتت يصلي الظهر **قوله** بخلاف
العيد يعني بخلاف صلاة العيد فانه يتيمم لها اذا خاف الفوت لانها تفوت لا الى الخلف حيث لا تقضى **قوله** وكذا اذا
خاف فوت الوقت لانها تفوت الى الخلف والفوات الى الخلف كلا فوات وهذا تكرار من صاحب الهداية لان هذا الحكم عرف في اول
الباب من قوله والمعتبر المسافة دون خوف الفوت الا ان هنا تعليل اخر وهو التعليل بغير التعليل السابق ولان هذا مما ذكره
القدوري والاول كلام صاحب الهداية **قوله** والمسافر اذا نسي الماء وانما قيد بالمسافر اقتداء بلفظ كتاب الصلاة د
والا فالحكم في المسافر وخارج المصر سواء • الا ترى الى ما قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وغيره سواء السفر لا لان قيد ذكر
المسافر في الجامع الصغير لانه قال في اصل الجامع الصغير رجل في رحله ماء قد نسيه فتيمم وصلى ثم ذكر في الوقت فقد تمت صلاته
وهو قول محمد وقال ابو يوسف لا تجزيه **قوله** او وضعه غيره بامره او بغير امره يعني وضعه غيره بغير
امره بلا علم منه • قال بعض الشارحين قيد بقوله او وضعه غيره بامره فانه لو وضعه غيره وهو لا يعلم به يجزيه بالاجماع
لان المرتبط لا يخاطب بحمل الغير • اقول دعوى الاجماع ليست بصحيحة الا ترى الى ما اورد فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
وقال قال في كتاب الصلاة في مسافر تيمم وفي رحله ماء وهو لا يعلم به والذي لا يعلم به ان يضعه غيره بغير علمه في الرحل
ثم قال ومسئلة هذا الكتاب اي الجامع الصغير فيما اذا وضع الماء في الرحل بنفسه او غيره بامره ثم نسيه فقال ثبت ان د
الخلاف في الفصلين واحد وكذا في سائر النسخ الجامع الصغير فظهر ان دعوى الاجماع سهو **قوله** سهوا خبر المبتدا وهو د
الخلاف اي الخلاف سوى **قوله** لانه واجد للماء لابي يوسف ان هذا الشخص واجد للماء فلا يجوز تيممه لان الشرط
عدم الماء بالنص ولانه ينسى ما لا ينسى لان الماء من اعز الاشياء في السفر فيكون النسيان نادرا فلا يعتبر ولان رحل المسافر
معدن الماء كالقرية العامرة فلا يجوز تيممه بدون الطلب كما في القرية ولهما ان هذا الشخص ليس قادرا على الماء فجاز تيممه د
لان القدرة هي المرادة بالوجود والمذكور بالنص ولا قدرة بدون العلم بالمحل • قوله ينسى ما لا ينسى فلا نسلم ان النسيان د
مركب بالانسان فلو كلف بالوضوء في موضع النسيان لزم التكليف بما ليس في الوسع • وقوله رحل المسافر معدن الماء فلا نسلم
لان ماء الرحل لا مادة له ويحتاج في السفر اليه للشرب الادمي والبهيمة وطبخ الطعام فلا يستعمل عن الحاجة بخلاف القرية
العامرة لان ماءها له مادة فلا يصح القياس ولا يقال كيف لا يصح قولكم لا قدرة بدون العلم والمكفر اذا كان صاحب قوم هو
انه ملكه رقبة لا يجوز صومه فعليه ان يعتق • لانا نقول الملك شرط التكفير بالاعتاق او الحمل لا يعتق بها اصلا الا ترى ان
من لا يكون عالما بالكتابة لا يكون قادرا عليها اصلا وكذا في سائر الاشياء **قوله** وهي المراد بالوجود اي القدرة هي المراد د
بالوجود المذكور في القرآن والحديث **قوله** ومسئلة الثوب على الاختلاف هذا جواب عما قاس عليه ابو يوسف بقوله كما اذا
كان في رحله ثوب فنسيه فصلى بدونه فانه لا يعيد بالاتفاق فقال لا نسلم ان مسئلة الثوب متفق عليها والخلاف فيها واقع ايضا

ولئن سلمنا انها متفق عليها لكن لا نسلم ان القياس صحيح لوجود الفارق بين المقيس والمقيس عليه وهذا لان فرض الستر فات لا الى
خلف فقلنا بالاعادة وفرض الطهارة فات الى خلف وهو التيمم فلم نقل بالاعادة قال وليس على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب
على ظنه ان بقربه ماء • وقال الشافعي الطلب شرط يمينه ويساره خطوة واديا ويقول اشربوا ان كان ثم لقوله تعالى فلم
تجدوا وعدم الوجدان لا يتحقق الا بعد الطلب فلا نسلم الا ترى الى قوله تعالى ووجدك ضالا وهذا لان الطلب لا يجوز
في حقه تعالى ونقول اريد به عدم القدرة مجازا ولا شك ان عدم القدرة لا يقتضي طلبا سابقا الطلب قال
نظرا الى الدليل وهو غلبة الظن وهذا لان غلبة الظن قائمة مقام العلم في العبادات فاذا علم بان قربه ماء لا يجوز تيممه فكذا اذا
ظن ثم يطلب مقدار الغلوة وهي مقدار رمية • وفي الاجناس عن ابي شجاع الغلوة ثلاثمائة ذراع الى اربعمائة ذراع
والميل ثلاثة الف ذراع الى اربعة الاف ذراع قال ولو تيمم قبل الطلب اجزاه عند ابي حنيفة وهكذا ذكر الخلاف
في التقريب • وفي شرح الاقطع عن ابي حنيفة وصاحبيه انه لما لم يملك الاصل لم يجب عليه الطلب من ملك الاخر بخلاف
عرض كالمكفر اذا لم يملك الرقبة • وقولهما ان الماء مبذول عادة فلا نسلم لان الماء في البادية من اعز الاشياء ومن لا يمنه
ذكر هذه المسئلة في مبسوطه بلا خلاف فقال وان لم يطلب منه حتى تيمم وصلى لم يجزه لان الماء مبذول في الناس عادة وحضرها
للطهارة • وكان الحسن بن زياد يقول السؤال ذل وفيه بعض الحرج وما شرع التيمم الا لدفع الحرج فيتيمم قبل السؤال وقول
الحسن حسن قال ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش وهو ان يباع الماء بضعف قيمته مثل ان يكون قيمته درهما واراد البايع درهمين
اما اذا اراد البايع درهما ونصفا فانه يكون غبنا يسيرا فلا يتيمم لقدرته على الماء من غير حرج وعن الحسن البصري يلزمه الشرا بجميع
ماله لانه لا يخير على هذه التجارة • فاقول هذا ضعيف لان فيه حرجا عظيما وقد رفع الله تعالى عن المسلمين الحرج • وقال
الشافعي لا يتحمل الغبن اليسير كما لا يتحمل الغبن الكثير • فنقول هذا ضعيف ايضا لان الكثير ضرر او حرجا بخلاف اليسير فلا يبيح العنا
وقيل اذا بيع الماء بثمن المثل او بغبن يسير ومعه مقدار الثمن زيادة على ما يحتاج اليه من الزاد لا يتيمم ويجب عليه الشراء والا تيمم وهذا
حسن عند الرفق بالمسلمين قال لان الضرر مسقط اي مسقط للوجوب والله اعلم

باب المسح على الخفين

لما فرغ من مناسبة هذا الباب بما تقدم من حيث الرخصة لان
المسح شرع رخصة كالتيمم او من حيث العارضية لان الاصل هو غسل الرجل كما ان الوضوء هو الاصل والمسح والتيمم عارض من حيث الت
لان كل منهما موقت او من حيث كلا منهما يكتفى به بالبعض المسح على الخفين جائز بالسنة انما قال جائز لان الشخص اذا لم يمسح اصلا ونزع خفيه
وغسل رجليه لا يأثم وانما قال بالسنة لان بمقدار المسح ثبت بالسنة زيادة بالمشهور على الكتاب وهي جايزة به وان كانت
نسخا على ما عرف في اصول الفقه وبما قلنا فيما تقدم من ان قراءة الجر يقتضي المسح على الخفين فذلك في اصل المسح لا في المقدار واما ان
المقدار ثبت بالسنة المشهورة او نقول الكتاب لم يصرح بالمسح على الخف لان فيه ذكر الرجل لا الخف فكان المسح على الخف بالسنة
لا بالكتاب قال والاخبار فيه مستفيضة اي شايعة وذلك ما روي عن النبي عليه السلام انه قال يمسح المسافر على الخفين
ثلاثة ايام ولياليها والمقيم يوما وليلة ورواه ايضا خزيمة وصفوان وانس وابو مسعود البدري وعوف بن مالك • وذكر
في الجامع الصغير للترمذي مسندا الى صفوان بن عسال قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا اذا كنا سفرا او مسافرين ان
لا ننزع خفافنا ثلاثة ايام ولياليهن الا من جنابة ولكن من غائط وبول ونوم • قال ابو عيسى هذا حديث حسن صحيح والسفر
المسافرون جمع سافر كركب جمع راكب وصاحب كذا في المغرب • وقالت عايشة ما زال رسول الله صلى الله عليه وسلم
يمسح على الخفين بعد نزول المائدة حتى قبضه الله • وعن البراء بن عازب ما زال رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على الخفين قبل
نزول المائدة وبعدها حتى قبضه الله تعالى • وقال الحسن حدثني سبعون رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه رآه
يمسح على الخفين ولا خلاف بين الصحابة في انه عليه السلام مسح على الخفين واما الخلاف في انه مسح بعد نزول المائدة او قبل نزولها
ولا يقال روي عن ابن عباس انه قال لان امسح على جلد حمار احب الي من ان امسح على الخفين لانا نقول قد انكر عطاء ذلك على
رواية • وقال كان مخالفا للناس فلم يمت حتى وافقهم وعطا تلميذ ابن عباس قال كان مبتدعا اي لمخالفته السنة المشهورة
اي من رآه اعتقده اخذا بالعزيمة اي للاخذ بما هو اصل كان ماجورا اي مثابا لان العمل بالعزيمة اولى ولا يقال يرد عليكم
القصر في السفر فانه افضل عندكم من الاتمام لان تلك الرخصة رخصة اسقاط بخلاف غسل الرجل فانه يتحقق وجوبه على تقدير
النزع بلا رخصة الترك فصار غسلا لا اسقاط قال خفه حدث اي حل الحدث في المسح قال وحدث متأخر اي
عن اللبس قال ولو جوزناه اي لو جوزنا المسح وجواب له قوله كان رافعا يعني لو جوزنا المسح على الخفين بحدث سابق على
اللبس لكان الخف رافعا للحدث الذي حل بالرجل والخف ليس برافع بل هو مانع حلول الحدث • وقوله كالمستحاضة والمتيمم
نظير الحدث السابق لان الحادث كان حاصلا ولم يعمل عمله لعدم الشرط فاذا خرج الوقت او رأى الماء عمل الحدث السابق عمله
فلا يمسح واما قيده بقوله ثم خرج الوقت لان المستحاضة يجوز لها ان تمسح ما دام الوقت باقيا فاذا خرج الوقت ففيه الخلاف
عندنا لا تمسح وعند زفر تمسح مدة المسح على حسب السفر والاقامة لان الخف منع سراية حكم الحدث فصار الخف ملبوسا على
طهارة كاملة فقول لو الحدث لو ظهر في الوقت للضرورة فجاز المسح فلما خرج الوقت ظهر اثره فلم يجز المسح قال وهو المذهب
عندنا خلافا للشافعي لانه يشترط الكمال وقت اللبس حتى اذا غسل احدى رجليه ولبس الخف ثم [illegible] حلول الحدث بالقدم فيشترط الكمال
وقت حلول الحدث ولا يشترط الكمال وقت اللبس لان النزع اثر في بطلان الرخصة ولو نزع خفه ثم لبسه ثم احدث جاز له المسح

على الاتفاق فاذا بقي على اللبس اولى لان ابتداء اللبس قبل كمال الطهارة فلا يجوز المسح كما اذا لم يغسل رجليه ثم احدث لانا نقول
كلامنا في الطهارة الكاملة لا الناقصة وقياس الكاملة على الناقصة فاسد ولهذا تجوز الصلاة بالطهارة المبتدأة بالاتفاق
دون الطهارة المقيس عليها فحينئذ علم بهذا ان الشارع فيها كاملة دون المقيس عليها وشرط اللبس في الطهارة لما روي
البخاري في صحيحه باسناده الى المغيرة قال كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر فاهويت لانزع خفيه فقال دعهما فاني
ادخلتهما طاهرتين ومعنى اهويت اي قصدت • وروى مالك في الموطأ باسناده الى عبد الله بن عمر قال له عمر بن الخطاب
اذا ادخلت رجليك وهما طاهرتان فامسح عليهما فقال له عبد الله بن عمر فان جاء احدنا من الغائط فقال عمر وان جاء احدكم
من الغائط قال لو كانت ناقصة عند ذلك اي لو كانت الطهارة ناقصة عند حلول الحدث لا يجوز المسح كما اذا لبس
خفيه بعد غسل رجليه ثم احدث ثم توضأ لانه حين يلزم ان يكون الخف رافعا وهو لم يعهد الا مانعا قال ويجوز للمقيم
وعند مالك لا يجوز المسح للمقيم لعدم الضرورة ويمسح المسافر ما بدا له وروى المسح على الخفين سعد بن ابي وقاص وجرير بن عبد الله
وحذيفة بن اليمان وسهل بن سعد وانس بن مالك وثوبان وابو عمرو ابراهيم عن ابيه وبريدة الاسلمي [illegible] عن النبي صلى الله
عليه وسلم • ذكره ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي لنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يمسح المقيم يوما وليلة
والمسافر ثلاثة ايام ولياليها • وقال في شرح مختصر الكرخي • روى ذلك عمر وعلي وجابر وخزيمة وابو هريرة وصفوان وعوف
بن مالك وابو بكرة وابن عمر وابو امامة ولا نسلم عدم الضرورة في حق المقيم وانه يحرج في النزع في كل الوضوء والحرج مدفوع
شرعا • فان قلت روي عن ابن عمارة انه قال يا رسول الله امسح على الخفين قال نعم قال يوما قال يومين قال وثلاثة قال نعم
وما شئت فهذا يدل على عدم التوقيت في المسح • قلت الحديث ضعيف ضعفه ابو داود في سننه وقال قد اختلف في اسناده
وليس بالقوي قال وابتداؤها عقيب الحدث هذا قول عامة العلماء • وقال بعضهم من وقت اللبس • وقال بعضهم من وقت
المسح بيانه فيمن توضأ عند طلوع الفجر ولبس الخف ثم احدث بعد طلوع الشمس ثم توضأ ومسح بعد الزوال فعلى قول العامة يمسح
المقيم الى وقت الحدث من اليوم الثاني وهو ما بعد طلوع الشمس من اليوم الثاني وهو وقت اللبس • وعلى القول الثالث الى ما بعد
الزوال من اليوم الثاني وهو وقت المسح والصحيح قول العامة لان الخف مانع حلول الحدث بالرجل شرعا ولا يحتاج الى المانع الا وقت
الحدث فيعتبر من لا عنه قال سراية الحدث يعني وصول الحدث الى الرجل وحلوله بها قال والمسح على ظاهرهما اي
على ظاهر الخفين هذا احتراز عن قول مالك والشافعي واحمد بن حنبل فان عندهم يمسح اسفل الخف سنة وقوله خطوطا بيان
السنة لا شرط الجواز • ولنا ما روى ابو داود في سننه باسناده الى علي رضي الله عنه انه قال لو كان الدين بالرأي لكان مسح
اسفل الخف اولى بالمسح من اعلاه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر خفيه اراد ان اصول الشرع لم
تثبت من طريق القياس وانما طريقها التوقيف وغير جائز استعمال القياس في رد التوقيف وكان القياس ان يكون باطن الخف
اولى بالمسح لانه يلاقي الارض وما عليه من طين وتراب وقذر ولا يلاقيها ظاهره الا انه لم يستعمل القياس لانه رأى
رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح ظاهر الخف دون باطنه وهذا يدل ان مراده نفي القياس مع النص كذا ذكر الجصاص في
اصوله في باب ذكر الدلالة على اثبات الاجتهاد وما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح على الخف واسفله فقد طعن ابو د
الحديث مثل ابي داود والترمذي وغيرهما وليس مع [illegible] معناه ما يلي الساق وما يلي الاصابع توفيقا بين حديث علي وبينه
قال المسح على الظاهر حتم يعني انه واجب لا يحتمل غيره وقوله مؤكد قول به عن القياس اشارة الى ما ذكرنا من حديث علي قال
والبداية من الاصابع استحباب لو بدأ من الساق جاز ايضا ووجه الاستحباب اعتبار الغسل بالمسح لان الله تعالى جعل الكعب غاية
قال وفرض ذلك مقدار ثلاث اصابع • قال في التحفة سواء كان المسح طولا او عرضا • وقال الشافعي فرض المسح ادنى ما
يتناوله اسم المسح لنا انه ورد في حديث المغيرة ان النبي عليه الصلاة والسلام مسح على ظاهر الخفين خطوطا بالاصابع واقل الجمع
ولانه بدل مسح في الطهارة فلا يكتفى بالادنى كما في مسح التيمم وانما قدر بثلاثة اصابع الرجل لكونها الة كما في مسح الراس • وقال
الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره اذا مسح ثلاث اصابع من اصابع الرجل اجزاه • وذكر ابن رستم عن محمد انه مسح ثلاث اصابع اجزاه
كان القدوري رواية ابن رستم يدل انه معتبر باصابع اليد قال ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يبدو منه قدر هذا اللفظ
بروايتين [illegible] المؤخذ التحتانية وبالثاء المنقوطة بثلاث من فوق ويراد بالاول الكمية المتصلة وبالثاني الكمية
المنفصلة والاصح هو الثاني بدلالة وان كان اقل من ذلك حيث لم يقل وان كان اصغر من ذلك وانما قال يتبين منه مقدار
ثلاث اصابع لان الخرق اذا كان كبيرا لكن لا ينفرج عند المشي يجوز المسح وان كان اكثر من ثلاث اصابع وهذا مذهبنا وهو جواب
الاستحسان والقياس ان يكون اليسير مانعا كالكثير وهو مذهب زفر والشافعي وعند مالك وسفيان لا يمنع الكثير ايضا اذا كان
الخف يمشي [illegible] بطلان اسم الخف عليه لنا ان المسح شرع رخصة للعباد ودفع الحرج فاذا اعتبر القليل مانعا يلزم الحرج بنزع الخف في
طهارة خصوصا في السفر والحرج مدفوع لاجله المسح بخلاف ما وضع ولا يعتبر القليل بخلاف الخرق الكبير فان الخفاف لا تخلو عنه عادة وكلما
تلك الصفة فلا يلزم الحرج في النزع لقلة وجود الخرق الكبير قال من اصابع القدم هو ثلاث اصابع الرجل هو الصحيح
[illegible] احتراز عما ذكر في المبسوط من رواية الحسن عن ابي حنيفة انه قال ثلاثة اصابع من اصابع اليد اعتبارا لانه الة المسح ووجه
الصحيح ما ذكر في المتن قال واعتبار الاصغر للاحتياط وعن شمس الائمة الحلواني المعتبر في الخرق اكبر الاصابع اذا كان الخرق
عند اكبر الاصابع وان كان عند اصغر الاصابع يعتبر اصغر الاصابع • وفي الخلاصة لو كان يبدو ثلاث من انامل الرجل • قال الامام

السرخسي الاصح انه لا يجوز المسح • وقال شمس الائمة الحلواني يجوز اذا كان اسفلها مستورا قال ولا يجمع في خفين لان الخرق
في احدهما لا يمنع السفر بالاخر • فان قلت علمنا ان خرق واحد منهما لا يمنع السفر بالاخر لكن لا نسلم انه اذا كان كذلك يلزم ان لا يجمع
خروق الخفين • قلت اصل التحقيق في هذا ان يقال الخرق الكبير لما كان مانعا للمشي المعتاد اشبه الخف اللفافة فلم يجز المسح عليه
كما لم يجز عليها والخرق القليل ما لم يكن مانعا للمشي المعتاد اشبه مواضع الخرز فلم يكن مانعا للمسح كما لم يمنعه مواضع الخرز فلزم اعتبار الخرق
في كل خف على حدة دون الخفين فافهم • فان قلت المقتضي للجمع موجود والمانع منتف فيجمع لان الخفين دخلا تحت خطاب واحد فصارا
كشيء واحد • قلت قولك كشيء واحد في حكم شرعي ام في حكم حسي فالاول مسلم لكن الخرق حسي لا شرعي • والثاني غير مسلم لان العقل
يأباه فلا يرد السؤال قال ولا يجوز المسح وانكشاف العورة نظير النجاسة يعني انه يجمع وان كان في مواضع كما يجمع النجاسة المتفرقة
في مواضع من بدن الانسان او ثوبه او خفه وستعرف انكشاف العورة مفصلا في باب شروط الصلاة ان شاء الله تعالى قال
ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل صورته متوضئ عليه تيمم لاجل جنابة … لبس على طهارة كاملة ولا يحتاج الى هذا
التكليف لان من وجب عليه الغسل لا يجوز مسحه اصلا لان المسح شرع رخصة دفعا للحرج الحاصل عن نزع الخف لحدث متكرر
كل يوم والجنابة لا تتكرر فلا حرج في النزع قال بخلاف الحدث اي بخلاف الحدث الاصغر لان مطلق اسم الحدث …
يتناول الجنابة ايضا لانه عبارة عن نجاسة حكمية قال وكذا مضي المدة لما روينا اي ينقض المسح انقضاء مدة المسح وهي يوم وليلة
للمقيم او ثلاثة ايام ولياليها للمسافر • لقوله عليه الصلاة والسلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة ايام ولياليها قال
واذا مضت المدة نزع خفيه لا يقال هذا تكرار حيث علم هذا الحكم مما قبله من قوله وكذا مضي المدة لانا نقول انما ذكر هذا لترتيب
حكم اخر وهو قوله وليس عليه اعادة بقية الوضوء • وقال الزهري والشافعي عليه الاعادة لنا ان المسح كان قائما مقام الغسل …
رخصة فلما زالت الرخصة صار كانه غسل سائر الاعضاء ومسح برأسه ولم يغسل رجليه فلا يجب عليه الا كما لو غسل بعض اعضاء
الوضوء ثم تيمم لعدم الماء ثم وجد الماء لا يجب عليه الا غسل ما بقي قال وكذا النزع قبل المدة معناه ليس عليه اعادة بقية
الوضوء اذا نزع قبل المدة ايضا وليس معناه اذا نزع قبل المدة ينقض المسح لان حكم النقض علم من قوله وينقضه نزع الخف
فيلزم التكرار حينئذ بلا فائدة جديدة قال لا معتبر به اي لا معتبر بالساق اذ ليس في محل المسح فصار خروج القدم الى الساق …
من الخف في حق ابطال المسح وانما قال به على تأويل المذكور او العضو او موضع الساق والا فالساق مؤنثة سماعية قال وكذا
باكثر القدم هو الصحيح اي ثبت حكم النزع بخروج اكثر القدم ايضا وهو الصحيح وهو المروي عن ابي يوسف • قال في شرح الطحاوي
روي عن ابي حنيفة اذا خرج اكثر العقب من الخف انتقض مسحه • وعن محمد اذا بقي في الخف من القدم قدر ما يجوز عليه المسح جاز
والا فلا وهذا فيما اذا قصد النزع ثم بدا له فترك اما اذا كان زوال العقب لسعة الخف فلا ينقض المسح لابي يوسف ان الاحتراز
عن خروج القليل من القدم متعذر فربما تبدو رجله اذا رفعها لان ذلك لابد ان يحصل بدون القصد كما في الخف الواسع
بخلاف الاكثر فان الاحتراز عنه ليس بمتعذر ولمحمد اعتبار محل المسح لانه خروج ما سواه كلا خروج ولابي حنيفة ان المسح انما يبقى اذا كان
محل الغسل في الخف وبزوال العقب او الاكثر من العقب لا يبقى محل الغسل في الخف فلا يبقى المسح قال مسح ثلاثة ايام ولياليها اي من
وقت الحدث لا من وقت السفر عملا باطلاق الحديث لان الحديث باطلاقه يثبت رخصة المسح في كل مسافر وهذا مسافر
فيمسح كما يمسح سائر المسافرين • وعند الشافعي اذا سافر بعد ما بدأ المسح لا يمسح الا كما يمسح المقيم يوما وليلة وقد عرفت الخلاف
وغيره قال ويعتبر فيه اخره اي يعتبر في الحكم المعلق بالوقت اخر الوقت كما يعتبر اذا طهرت فيه تجب الصلاة بخلاف الطاهر
اذا حاضت حيث تسقط وكذلك المسافر اذا اقام في اخر الوقت يتم والمقيم اذا سافر يقصر والمسح حكم متعلق بالوقت فاذا سافر قبل ان يتم
مدة الاقامة صار حكمه حكم سائر المسافرين لانه سافر قبل ان يسري الحدث الى الرجل بخلاف ما اذا استوفى مدة الاقامة ثم
سافر بعد ذلك حيث يلزمه غسل رجليه لسراية الحدث الى الرجل قال بعدها اي بعد استكمالها اي اتم مدة الاقامة
قال لان هذه مدة الاقامة اي لان هذه المدة وهي يوم وليلة مدة الاقامة وهذا الشخص مقيم فيتمها قال ومن
لبس الجرموق • قال في الصحاح والمغرب الجرموق ما يلبس فوق الخف • وعند الشافعي لا يجوز المسح على الجرموق الا اذا لبسه وحده
بلا خف وعندنا يجوز اذا لبسه على الطهارة الاولى اما اذا لبسه بعد ما احدث ومسح الخف فلا يمسح الجرموق لنا ما روي
في المبسوط عن عمر رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على الجرموقين • وقال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم
انه كان يمسح على الجرموقين ولان ما يجوز المسح عليه اذا لم يكن بينه وبين الرجل حائل جاز المسح عليه اذا كان بينهما حائل كما اذا كان تحته خرقة
او لفافة ولان الجرموق تبع للخف فيأخذ حكمه فيصير الخف معه كخف ذي طاقين بخلاف ما اذا لبس الجرموق بعد ان احدث لان حكم المسح انعقد
في الخف فلا يتحول الى غيره • وقول الشافعي البدل لا يكون له بدل • جوابه لا نسلم ان الجرموق بدل عن البدل بل هو بدل عن الرجل
لان الخف لم ينعقد فيه حكم المسح بعد ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان البدل لا يكون له بدل الا ترى ان اهل اللغة اجمعوا في حروف القسم
وقالوا ان الواو بدل من الباء والتاء بدل من الواو قال تبع للخف استعمالا وغرضا فان الناس يستعملون الجرموق تبعا للخف لا بدلا
عنه والغرض ايضا في لبسه فوق الخف صيانة الخف وكل شيء للخف لا يقال كيف يبطل المسح بنزع الجرموق ولم يبطل بنزع احد طاقي
الخف لانا نقول بالمسح ظهرت اصالة الجرموق فصار نزعه كنزع الخف بخلاف نزع احد طاقي الخف لانه جزء من الخف لم يأخذ الاصالة
اصلا كما اذا غسل رجليه ثم زال الجلد فانه لم يجب عليه غسله ثانيا قال ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفة الا ان يكونا مجلدين
او منعلين يقال جورب مجلد اذا وضع الجلد على اعلاه واسفله وجورب منعل ومنعل الذي وضع على اسفله جلدة كالنعل للقدم … قوله

لا ينشفان من نشف الثوب رق حتى رأيت ما وراءه من باب ضرب وفي الشفوف تأكيد للنجاسة • وانما ينشفان تحطا
كذا قاله المطرزي وفي بعض شروح القدوري لا ينشفان الماء بنحو اليبس من نشف الثوب العرق بالكسر ولا يسال من غيره …
الماء من نشف ثوبه اذا رق • ثم اعلم ان الجورب اذا كان منعلا يجوز عليه المسح بالاتفاق وان لم يكن منعلا فاذا كان رقيقا لا يجوز
بالاتفاق وان كان ثخينا لا يجوز عند ابي حنيفة وعند صاحبيه يجوز • وبه قال الشافعي كذا ذكره قول الشافعي في شرح الاقطع
وقال في التحفة قال الشافعي لا يجوز المسح على الجوارب • وان كانت مستعملة الا اذا كانت مجلدة الى الكعبين لهما حديث ابي موسى
الاشعري ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح على جوربين وله ان المسح على الخف شرع بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره الا اذا كان في
معناه وغير المنعل من الجورب ليس في معنى الخف لانه يشبه اللفافة وانما لم يكن في معناه لانه لا يمكن قطع مسافة السفر به بخلاف المنعل
قال وهو محمل الحديث اي المنعل من الجورب محمل الحديث الذي رواه ابو موسى ولان ابا داود قد طعن فيه • وقال ولا يروى هذا
الحديث عن ابي موسى الاشعري عن النبي صلى الله عليه وسلم وليس بالمتصل ولا بالقوي قال وعنه قوله رجع الى قولهما وعليه الفتوى
قال في المبسوط حكي ان ابا حنيفة في مرضه مسح على الجوربين ثم قال لعواده فعلت ما كنت امنع الناس منه فاستدلوا به على رجوعه
قال ولا يجوز المسح على العمامة الى اخره • قال في الصحاح القفاز بالضم والتشديد شيء يعمل لليدين يحشى بقطن ويكون له ازرار تزر على الساعدين
من البرد تلبسه المرأة في يديها وهما قفازان • وقال في الجمهرة لابن دريد هو ضرب من الحلي تتخذه المرأة ليديها ورجليها • ومن ذلك يقال
تقفزت المرأة بالحناء اذا نقشت يديها ورجليها وانما لم يجز المسح على هذه الاشياء لان الله تعالى امرنا في اية الوضوء بمسح الرأس والمفهوم
منه ظاهرا انه لا يجوز المسح على غيره ولان المسح شرع رخصة دفعا للحرج ولا حرج في نزع هذه الاشياء … فلا يجوز
المسح وكذلك المرأة تمسح على الخمار لما قلنا لا يقال انه روي ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح على عمامته لانا نقول تأويله ان بلالا كان بعيدا
عن النبي … عليه الصلاة والسلام النبي صلى الله عليه وسلم فمسح … ولم يضع العمامة عن رأسه فظن بلال انه عليه
السلام مسح على العمامة واراد بلال بالخمار اطلاقا لاسم الحال على المحل • فان قلت لا نسلم التأويل … والاصل عدمهما وقد صح عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم في صحيح البخاري انه مسح على عمامته وخفيه • وبهذا جوز الاوزاعي واحمد بن حنبل واهل الظاهر المسح على العمامة قلت نعم لان
الاصل عدمهما ولكن وجد دليل وجودهما فلم يبق الاصل على ما كان • وذلك لو انا عملنا بظاهر الحديث وهو خبر الواحد يلزم الزيادة به على
كتاب الله تعالى وهي غير جائزة لان الزيادة نسخ على ما عرف في الاصول • قال محمد بن الحسن في موطأه اخبرنا مالك قال بلغني عن جابر بن عبد الله
انه سئل عن العمامة فقال لا حتى يمس الشعر الماء • قال محمد وبهذا نأخذ وهو قول ابي حنيفة ثم قال محمد اخبرنا مالك قال حدثنا نافع قال رأيت
صفية ابنة ابي عبيد توضأ ونزعت خمارها ثم مسحت برأسها قال نافع وانا يومئذ صغير قال محمد وبهذا نأخذ لا يمسح على خمار ولا عمامة بلغنا
ان المسح على العمامة كان فترك قال ويجوز المسح على الجبائر جمع جبيرة • قال في الصحاح الجبيرة العيدان التي تجبر بها العظام والاصل
في جواز المسح على الجبائر ما روي ان عليا رضي الله عنه كسرت يده يوم احد فسقط اللواء منها فقال النبي صلى الله عليه وسلم اجعلوه في يساره
فانه صاحب لوائي في الدنيا والاخرة • فقال يا رسول الله ما اصنع بالجبائر فقال امسح عليها رواه الكرخي في مختصره باسناده الى علي ولان
المسح انما شرع على الخف لدفع الحرج والحرج هنا اكثر فصار المسح عليه اولى • قوله وان شدها على غير وضوء وانما قال لان الجبيرة انما ترتبط
حالة الضرورة واشتراط الطهارة في تلك الحالة يفضي الى الحرج فلا يعتبر • وعن الشيخ ابي بكر الرازي انه ان كان ما تحت الجبيرة لو ظهر امكن
غسله فالمسح واجب لان الفرض متعلق بالاصل فيتعلق بما قام مقامه كمسح الخف وان كان ما تحتها لو ظهر لا يمكن غسله فالمسح عليها غير واجب
لان فرض الاصل قد سقط فلا يلزم بما قام مقامه كالمقطوع القدم اذا لبس الخف • قال الشيخ ابو نصر البغدادي هذا التفصيل على قول ابي
حنيفة فاما على قول ابي يوسف ومحمد فالمسح واجب في جميع الاحوال لان النبي صلى الله عليه وسلم امر عليا بالمسح ولم يفصل قال ويكتفي
بالمسح على اكثره اي على اكثر الجبيرة وتذكير الضمير على تأويل المجبور او المذكور قال ولا يتوقت لعدم التوقيف والتوقيت من وقته اي
عرفه اياه والتوقيت بيان الوقت حيث لم يرد به اثر ولا خبر فيمتد الى وقت البرء بخلاف مسح الخف فانه مؤقت بالحديث وهذا احد وجوه
الفرق بين مسح الجبيرة وبين مسح الخف والفرق الاخر ان مسح الجبيرة يجوز وان شدها بلا وضوء ومسح الخف لا يجوز الا ان لبسه بعد غسل الرجلين
ويجب عليه غسل الرجل قال وان سقطت الجبيرة لا عن برء لا يبطل المسح خلاف السقوط وهو الصحيح وانما لم يبطل المسح لقيام المرخص وهو العذر
ولهذا لم يجب غسل ما تحتها حيث جاز شدها بلا وضوء بخلاف ما اذا سقطت عن برء حيث يبطل المسح لعدم المرخص وان كان في الصلاة استقبل
كالمتيمم اذا رأى الماء في خلال صلاته على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف

باب الحيض

والاستحاضة لما فرغ عن بيان احكام الطهارة من الاحداث اصلا وخلفا
شرع في الطهارة من الانجاس وقدم الحيض لاختصاصه باحكام على حدة او لكثرة مناسبته بالاحداث من حيث حرمة الصلاة وقراءة
القران ودخول المسجد وغير ذلك • اعلم ان الحيض في اللغة خروج الدم يقال حاضت الارنب اذا خرج منها الدم ويقال حاضت السمرة
اذا خرج منها الدود وهو شبه الدم وفي الشرع اسم لدم مخصوص … للمرأة بالبلوغ وقيل دم ينفضه رحم المرأة السليمة
عن الداء والصغر واحترز بالدم عن الرحم عن دم الاستحاضة لانه دم عرق لا دم رحم واحترز بالسليمة عن الداء عن النفساء لان حكمها
حكم المريضة حيث لا يعتبر تصرفها الا في الثلث والاستحاضة استفعال من الحيض يقال استحيضت المرأة اذا استمر بها الدم بعد ايامها
وفي الشرع اسم لما نقص عن اقل الحيض او زاد على اكثره • ثم اعلم ان دوام الدم ليس بشرط في جميع المدة اذا رأت الدم في اول ثلاثة
ايام وفيما بعدها يحسب الجميع حيضا قال اقل الحيض اي اقل مدة الحيض على حذف المضاف • واستدل ابو بكر الرازي في شرح مختصر
الطحاوي على تقدير اقل الحيض واكثره • فقال والاصل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لفاطمة بنت ابي حبيش دعي الصلاة

ايام محيضك وفي بعض الالفاظ ايام اقرائك من كل شهر • وقال المستحاضة تدع الصلاة ايام اقرائها واقل ما يتناوله اسم
الايام ثلاثة واكثره عشرة ايام فقد افادنا هذا الخبر متكررا الاقل والاكثر لان ما دون الثلاث لا يسمى اياما وتقول ثلاثة ايام الى
عشرة ايام ثم تقول احد عشر يوما • قوله وهو حجة على الشافعي اي هذا الحديث حجة عليه في تقديره بيوم وليلة وعلى ابي يوسف في
تقديره بيومين والاكثر من الثالث حيث قال بخمسة عشر اقله ثلاثة واكثره عشرة ولا يجوز ان ينقص عن تقدير الشرع قال
لما روينا اشارة الى الحديث السابق ذكره • فان قلت قال عليه الصلاة والسلام ما رايت من ناقصات عقل ودين اغلب على سلب عقول
ذوي الالباب منهن قيل يا رسول الله ما نقصان عقلهن ودينهن • قال نقصان عقلهن فشهادة امراتين بشهادة رجل • واما نقصان
دينهن قال احداهن تمكث شطر عمرها وروي نصف عمرها لا تصلي فعلم بهذا ان اكثر الحيض مقدر بخمسة عشر يوما • قلت لا نسلم
ان مكث احداهن شطر عمرها لا تصلي يدل على ما قلتم بل المكث بهذه الصفة حاصل فيما قلنا الا ترى ان المراة اذا بلغت خمس عشرة سنة
ثم حاضت من كل شهر عشرة ايام ثم ماتت بعد ستين سنة تكون تاركة للصلاة نصف عمرها لا محالة فافهم قال ثم الزائد والناقص
استحاضة الزائد على العشرة والناقص عن الثلاثة استحاضة لان هذا الدم اما ان يكون دم حيض او نفاس او استحاضة فانتفى الاولان
فتعين الثالث قال يمنع الحاق غيره به اي غير مقدر الشرع لان العقل لا اهتداء له في المقادير قال وما تراه
المراة من الحمرة الى اخره اعلم ان الوان الدماء ستة السواد والحمرة والصفرة والكدرة والخضرة والتربية وهي على لون التراب نوع من
الكدرة فحكمها حكم الكدرة • ويقال تربية بتشديد الياء وتخفيفها بغير همز وتريبة مثل ترببة وتربيه بوزن ترعية وهي لون خفي
يسير اقل من صفرة وكدرة وقيل هي من الرتبة لانها على لونها كذا قال صاحب المغرب في باب الراء مع الهمزة وكل هذه الالوان حيض
في ايام الحيض الى ان ترى البياض وعند ابي يوسف لا تكون الكدرة حيضا الا اذا راتها في اول ايام الحيض واذا راتها في اخرها
تكون حيضا لولا انها كانت دم رحم لما خرجت عن الصافي ولهما ان النساء كن يبعثن الكرسف الى عائشة لتنظر اليه فكانت تقول لا حتى ترين
مثل القصة البيضاء وذكر في الصحيحين والسنن عن ام عطية قالت كنا لا نعد الكدرة والصفرة بعد الطهر شيئا وهذا يدل على انها في ايام
الحيض حيض لانه قيد بما بعد الطهر وقد يخرج الصافي عقيب الكدر كما في العرق المفصود على انا نقول لفم الرحم منكوس فيخرج منه من الاسفل
لا من الاعلى فخروج الكدرة اولى ثم الصافي كالجرة المثقوب اسفلها والكرسف القطن والقصة الجصة • قال ابو عبيد معناه ان تخرج القطنة
او الخرقة التي تحتشي بها كانها قصة لا تخالطها صفرة ولا تربية وقد قيل ان القصة شيء كالخيط الابيض تخرج بعد انقطاع الدم كله وهذا
الذي قلنا مذهب علمائنا • وعند الشافعي ما عدا السواد فليس هو بحيض لحديث عائشة وقد حدث به مالك في موطاه عن علقمة عن ابي علقمة
عن امه مولاة عائشة ام المومنين • انها قالت كان النساء يبعثن الى عائشة بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة من دم الحيضة يسالنها عن
الصلاة فتقول لهن لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء تريد بذلك الطهر من الحيضة • فان قلت ما الجواب عن قوله عليه الصلاة والسلام دم
الحيض عبيط اسود قلت تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه وقد عرف في الاصول قال ويحمل على فساد الغذاء يعني يحمل كانما اكلت
غذاء فاسدا فتفسد دمه فصار لونه اخضر • ولهذا قال بعض مشايخنا حيث سئل عن الخضرة كانها اكلت قصيلا قال وان كانت كبيرة لا ترى
يحمل على فساد المنبت يعني يحمل ان الخضرة لم تكن من الاصل دما وحد الاياس خمس وخمسون سنة وهو المختار وقيل ستون سنة وقيل
سبعون سنة قال والحيض يسقط عن الحائض الصلاة • اعلم ان الحائض يتعلق بها احكام عشرة لا تصوم ولا تصلي وتقضي الصوم ولا تقضي
الصلاة ولا ياتيها زوجها ولا تدخل المسجد ولا تطوف بالبيت ولا تقرا القران ولا تمس المصحف بلا غلاف وتنقضي عدتها بالحيض وحكم
النفاس كذلك الا ان العدة لا تنقضي به • قوله ويحرم عليها الصوم يعني ان الاصل الوجوب ثابت للحال ووجوب الاداء متاخر بخلاف
الصلاة فان وجوبها منعدم في الحال اصلا لما ان امراة سالت عائشة فقالت ما بال الحائض تقضي الصوم ولا تقضي الصلاة فقالت عائشة
احرورية كانت النساء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضين الصوم ولا يقضين الصلاة ولان الحرج مدفوع شرعا وفي قضاء
الصلوات يلزم الحرج لكثرتها ولا حرج في الصوم لان غاية ما في الباب ان تقضي عشرة ايام من كل سنة والحرورية فرقة من الخوارج
منسوبة الى حروراء قرية بالكوفة كان بها اول تحكيمهم واجتماعهم والمراد في الحديث انها في التعمق في سوالها كانت خارجية لانهم
تعمقوا في امر الدين حتى خرجوا منه كذا ذكر صاحب المغرب في باب الحاء مع الراء قال لقوله عليه الصلاة والسلام فاني لا احل المسجد
لحائض ولا جنب اول الحديث سدوا هذه الابواب فاني وذكر في السنن مسندا الى عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال وجهوا
هذه البيوت عن المسجد فاني لا احل المسجد لحائض ولا جنب وهذا الحديث حجة على الشافعي باطلاقه والشافعي يبيح دخول المسجد على وجه
العبور • لقوله تعالى ولا جنبا الا عابري سبيل • فنقول لا احتجاج للشافعي بهذه الاية لان قوله جنبا حال عطفا على محل الجملة الحالية
وهي قوله تعالى وانتم سكارى اي لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى اي في حال سكركم وفي حال جنابتكم الا في حال السفر فانتم تعذرون
في الصلاة بلا اغتسال من الجنابة في السفر وعبور السبيل عبارة عن السفر والا يبقى غير مفيد لقوله جنبا اي لا تقربوا الصلاة جنبا
مقيمين اذ لا عذر لهم في حالة الاقامة وغير العابري سبيل هم المقيمون لان العابري سبيل هم المسافرون وهذا هو المفهوم من حقيقة
الكلام وبما قاله اصحاب الشافعي من ذكر الصلاة وارادة مواضعها وهي المساجد فهو مجاز ولا نسلم ذلك لان الاصل عدم المجاز قال
ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد • وروي انه عليه الصلاة والسلام قال لعائشة رضي الله عنها لما حاضت ارفضي عنك العمرة
وافعلي ما يفعله الحاج غير انك لا تطوفي بالبيت • فان قلت لا فائدة لقوله ولا تطوف بالبيت لان الحائض لما كانت ممنوعة عن الدخول
في المسجد لم يكن لها منعه عن الطواف لم يفهم الا بطريق الالتزام لا بطريق المطابقة والدلالة الحقيقية هي الدلالة بالمطابقة دون
الالتزام لا بطريق المطابقة ودفعا يخص حالة الشروع في الطواف بعد الدخول فيحتاج الى ذكر المنع عن الطواف قصدا او البينة من الاصحاء

الغالبة كالنجو والصعق يراد به الكناية قال ولا ياتيها زوجها رعاية للادب حيث لم يقل ولا ينكحها بصريح اللفظ
الموضوع لذلك الامر وهذا لان الاتيان والغشيان والقربان والجماع والوقاع والمباشرة والوطي والملامسة كل ذلك كناية عن
النيك والاستدلال بالاية لان الله تعالى نهى عن القربان في حالة الحيض والنهي يقتضي التحريم فلا يجوز الجماع قال ويكون حجة
على الطحاوي في اباحته اي يكون الحديث حجة على الطحاوي في اباحته ما دون الاية • لانه عليه الصلاة والسلام قال لا تقرا الحائض
والجنب شيئا من القران فدون الاية شيء من القران وقد يوخذ هذا المقدار من كلام من لا يعرف القران من الاعراب اصلا
مثل قوله الحمد لله وبسم الله الا اذا قصد التنفي بقراءة القران • قال الفقيه ابو الليث في كتاب العيون لا يقرا الجنب اية كاملة
ويجوز اقل من اية ولو انه قرا الفاتحة على سبيل الدعاء او شيئا من الايات التي فيها معنى الدعاء ولم يرد به القراءة فلا باس به وهو
المختار قال وكذا المحدث لا يمس المصحف الا بغلافه اي لا يمسه المحدث ايضا كما لا يمسه الجنب والحائض والنفساء الا بغلافه
لقوله تعالى لا يمسه الا المطهرون • وقال الشافعي لا يجوز مسه بغلافه ايضا لنا ان المنهي عنه مس المصحف والغلاف ليس من المصحف
ولهذا لا يدخل في بيعه من غير تسمية فصار كما اذا لفه في ثياب كحملة ازار له او مس الجدار الذي في باطنه المصحف كان مكروها
قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فان غسل الجنب فمه ليقرا او يديه ليمس او غسل المحدث يديه ليمس لم يطلق له المس ولا القراءة
للجنب هذا هو الصحيح لان ذلك لا يتجزى وجودا وزوالا لا اعني بالحدث والجنابة الى هنا لفظ فخر الاسلام قال ثم الحدث والجنابة
في حرمة المس واقترانهما في حكم القراءة بيانه ان الحدثين لما ثبت حكمهما في اليد لم يجز مس المصحف باليد لا للمحدث ولا للجنب ولما لم
يثبت حكم الحدث في الفم حيث لم يجب غسله وثبت حكم الجنابة حيث يجب غسله جازت قراءة المحدث دون الجنب قال مجافيا
عنه اي متباعدا عنه • قال صاحب التحفة اختلف المشايخ في تفسير الغلاف فقال بعضهم هو الجلد الذي عليه • وقال بعضهم هو الكم
وقال بعضهم هو الخريطة وهو الصحيح لان الجلد تبع للمصحف والكم تبع للحامل • واما الخريطة فليست تبعا ولهذا اذا بيع المصحف لا تدخل الخريطة
من غير شرط • وقال بعض مشايخنا المعتبر حقيقة المكتوب حتى ان مس الجلد ومس مواضع البياض لا يكره لانه لا يمس القران وهذا اقرب
الى القياس والاول اقرب الى التعظيم ولو اخذ الجنب المصحف بكمه فعن محمد في النوادر انه لا باس به • قال فخر الاسلام وذكره ذلك
بعض مشايخنا ويكره مس الفقه والسنن وما هو من كتب الشريعة للمحدث والجنب والحائض والنفساء ايضا لانه لا تخلو عن ايات ولا باس
بالكم بلا خلاف الى هنا لفظ فخر الاسلام • وذكر ذلك بعض مشايخنا قال كالجلد المشرز نظير قوله متصلا ومصحف مشرز اجزاؤه
مشدود بعضها الى بعض من الشيرازة وليست بعربية قال وهذا هو الصحيح اي دفع المصحف الى الصبيان بلا اشتراط طهارة هو الصحيح
وهذا احتراز عما روي عن بعض مشايخنا في شروح الجامع الصغير انه يكره دفع المصحف واللوح الذي كتب عليه القران الى الصبي ولم ير عامة
مشايخنا في شروح الجامع الصغير انه يكره دفع المصحف واللوح الذي كتب عليه القران الى الصبي ولم ير عامة مشايخنا كراهة في ذلك
دفعا للحرج او في التاخير تضييع حفظ القران قال واذا انقطع دم الحيض الى اخره • اعلم ان وطيها لا يحل الا ان تغتسل اذا انقطع
دمها لاقل من عشرة ايام او يمضي وقت صلاة وهي تقدر فيه على الاغتسال والتحريمة لان معاودة الدم فيما دون العشرة غالبة
فلا يومن عن الوقوع في الحرام فما اذا اغتسلت او مضى عليها ذلك الزمان تاكد جانب الانقطاع فثبت حكم الطاهرات حيث صارت
الصلاة دينا عليها فيحل وطيها لكن هذا لان العود الى العادة غالب • بيان هذا ما ذكره في شرح الطحاوي اذا كانت ايامها دون
العشرة في الحيض وفي النفاس دون الاربعين وانقطع الدم عنها فانه لا يحكم بطهارتها بنفس الانقطاع حتى تغتسل او يمضي عليها وقت
صلاة في ادنى الصلاة اليها مع القدرة على الغسل يجوز ان يكون الانقطاع في وقت صلاة فان وجدت من اول الوقت مقدار ما تغتسل
وبقي من الوقت ساعة فانه يحكم بطهارتها بمضي ذلك الوقت ويجب عليها قضاء تلك الصلاة اغتسلت او لم تغتسل عندنا • وقال
زفر لا يجوز ان يعتبر ما للاغتسال فلا يجب عليها قضاء تلك الصلاة ولا يحكم بطهارتها حتى يمضي ذلك الوقت حتى تغتسل او يمضي وقت صلاة
اخرى الى هنا لفظ شرح الطحاوي • ولهذا اذا تيممت ولم تصل فلا يحل وطيها • وقال محمد يحل قياسا على ما اذا اغتسلت
وجه قولنا ان التيمم لا استقرار له لجواز بطلانه برؤية الماء ولا كذلك الغسل قال بتخفيف الدال وكسرها اي ينبسل
قال الا انه يستحب للنهي في القراءة بالتشديد استثناء من قوله حل وطيها يعني اذا كان الانقطاع لعشرة حل الوطي لكن لا يستحب
لورود النهي من النهي عن القربان في القراءة بالتشديد لانها تقتضي حرمة القربان قبل الاغتسال • بيانه ان القراءة بالتخفيف تبيح الوطي
بعد الانقطاع قبل الغسل والقراءة بالتشديد لا تبيح الوطي الا بعد الغسل وفيها تعارض فان حملنا احدى القراءتين على ما دون العشرة والاخرى
على العشرة يرتفع من الدليلين بقدر الامكان والقراءة بالتشديد وان كانت محمولة على ما دون العشرة تحمل العشرة لان الحمل انما كان
بالراي والاجتهاد فلاجل هذا الاحتمال قلنا لا يستحب الوطي قبل الغسل وهذا الذي قلنا مذهب علمائنا الثلاثة وعند زفر والشافعي
لا يحل الوطي اصلا للقراءة بالتشديد قلنا يلزم الترك على ما قال لا باحد الدليلين وفيما قلنا عمل بهما والاصل في الدلائل الاعمال لا الاهمال
قال والطهر اذا تخلل بين الدمين في مدة الحيض فهو كالدم اي الطهر حكمه حكم الدم لانه ليس بدم ومعنى صورته مبتداة
رات يوما دما وثمانية طهرا ويوما دما فالكل حيض وهذا احدى الروايات عن ابي حنيفة وفي اخر اقواله وهو رواية ابي يوسف
عنه ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر يوما لا يعتبر فاصلا لانه ما دون خمسة عشر ليس بطهر معتبر فاذن هو فاسد فاخذ حكم ضده
كالصوم الفاسد صورته مبتداة رات يوما دما واربعة عشر طهرا ويوما دما فالعشرة من اول ما رات حيض • وروى محمد عن ابي
حنيفة ان الشرط ان يكون الدم محيطا بطرفي العشرة فعلى هذه الرواية لا يجوز بداية الحيض وختمه بالطهر وصورته معتادة
بعشرة رات قبل ايامها يوما دما وفي اول ايامها يوما دما وطهر ثمانية ايام ويوما دما في العاشر طهرا ثم يوما دما فحيضها عند محمد في الثانية

وعندهما العشرة ومن اصل محمد ان الطهر اذا تخلل لا يجعل فاصلا اذا كان اقل من ثلاثة ايام كما هو قولهما وان كان ثلاثة ايام او اكثر
ان كان مثل الدمين او الدمان اكثر لم يجعل فاصلا ثم ان امكن ان يجعل احد الجانبين حيضا يجعل والا فلا قال والاخذ بهذا القول
اليسر اي الاخذ بقول ابي يوسف على المستفتي والمستفتيات لان في قول محمد تفاصيل يشق ضبطها خصوصا على الحيض القاصرات العقل فكان
ما قاله ابو يوسف اليق بوضع الشرع المحمدي اذ ليس فيه التكاليف الشاقة التي كانت على الامم السابقة مثل الاصر والاغلال كقتل
النفس للتوبة وقطع موضع النجاسة قال واقل الطهر خمسة عشر يوما اي اقل الطهر الفاصل بين الدمين كذا روي عن ابراهيم النخعي و
والظاهر انه منقول من النبي عليه الصلاة والسلام لان العقل لا اهتداء له في المقدرات وحل منصبه عن الكذب والجزاف لان الطهر
مدة موجبة للصوم والصلاة كالاقامة وهي مقدرة بخمسة عشر يوما بالاثر نصا والحكم الوارد فيها واردا فيه دلالة ولا غاية له واما التي
فلا غاية له لان من النساء من تحيض في شهرين مرة ومنهن من تحيض في سنة او سنتين فاذن لا يدخل تحت الضبط ولا يعلم غايته
والمراد من قولنا لا غاية له لاكثره انما تصلي وتصوم ما لم تحض الا اذا استمر الدم فحينئذ يكون لاكثره غاية عند العلماء الا عند
سند ابن ... المروزي كما في نصب العادة اذا رأت مبتداة عشرة دما وستة طهرا ثم استمر الدم فعند العامة تدع الصلاة في
في عشرة من اول كل شهر كما اذا ابتدأت مع البلوغ مستحاضة وعند عصمة تدع من اوله لاستمرار عشرة لا غير فصل ... وعن محمد ابن
ابراهيم الميداني انه مقدر بستة اشهر الا ساعة وقيل انه مقدر باربعة اشهر الا ساعة وعن الحاكم الشهيد انه قدره بشهرين
وقال في الخلاصة اكثر مدة الطهر الذي يصلح لنصب العادة شهر كامل قال بحجة الاجماع ينبغي ان لا حاجة الى الاجماع
ثابت ان الدم مناف للطهارة التي هي شرط الصلاة ومع هذا لم يمنع دم الاستحاضة الصلاة فثبت المعروف بالاجماع فلان لا يمنع
الصوم والوطء والمنافاة ليست ثابتة بينهما وبينه اصلا اولى واحرى وانما قلنا بعدم المنافاة لان الصوم نتيجة الفطر لا الدم و
والوطء يتضمنه ترك الوطء لا الدم ومنافي اللازم منافي الملزوم فافهم قال فلو زاد الدم على العشرة لا انما قيد بالزيادة لان
الدم اذا لم يزد عليها يكون المجموع حيضا من عشرة والى ايامها المعهودة لانه تارة يزيد وتارة ينقص والنقصان معتبر كذا الزيادة
بخلاف ما اذا زاد على العشرة حيث يرد الى المعهودة لقوله عليه الصلاة والسلام المستحاضة تدع الصلاة ايام اقرائها والحديث مطلق
فينصرف الى المعهود لان ما رأت في معروفتها حيض يقينا وما زاد على العشرة استحاضة يقينا فحصل الشك فيما بينهما فلا تترك الصلاة
بالشك قال فيلحق به اي يلحق الزائد على العادة بما زاد على العشرة وفي هذا التعليل اعني قوله ولان الزائد على العادة يجانس ما زاد
على العشرة نظر عندي لان للقائل ان يقول كما ان المجانسة حاصلة بين الزائدين فكذا حاصلة بين ما رأت في معروفتها وبين الزائد الى العشرة
لان كل منهما في مدة الحيض بل المجانسة هنا اكثر لان احد الزائدين في مدة الحيض والاخر في غيرها قال وان ابتدأت مع البلوغ
مستحاضة ابتدأت على صيغة المبني للفاعل وروي على صيغة المبني للمفعول بضم التاء والاول اوجه عندي ومستحاضة حال يعني ان
المرأة لما استحيضت من ابتداء بلوغها صارت كانها استحاضت ابتدأت في امر الاستحاضة لا يقال لا نسلم انها مستحاضة من ابتداء البلوغ
اذ هي حائض في اول البلوغ عشرة ايام لانا نقول نعم انها حائض في اول البلوغ لكن مراد المصنف في البيان ان اراد بقوله مستحاضة مقدرة
استحاضتها فلما صارت مستحاضة بعد العشرة مستمرا ومنها سميت بهذا الاسم اذ هي كانت في ابتداء بلوغها على عرض ان تصير كذلك قال
الشيخ ... البغدادي في شرح القدوري وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وبه قال محمد وعن ابي يوسف انها تاخذ في صلاتها وصومها
وانقطاع الرجعة باقل الحيض وفي الاحكام التي بينها وبين الازواج باكثر الحيض وجه قولهما ان الثلاثة ليست بعادة لها فلا ترد
اليها لاجل الاستحاضة ووجه قول ابي يوسف ان ما زاد على ثلاثة ايام يجوز ايضا ان يكون حيضا ويجوز ان يكون استحاضة فوجب العمل على
الاحتياط كمن عادتها في شهر خمسة ايام وفي شهر ستة اذا استحيضت فانها تعمل على الاحتياط كذلك هنا قال والمستحاضة ومن
به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ يتوضؤن لوقت كل صلاة قال الجوهري استحيضت المرأة اذا استمر بها الدم
بعد ايامها واستعماله بصيغة المجهول لا لانه لا اختيار لها في ذلك فافهم وعي ويقال فلان سلس البول اذا كان لا يستمسكه والرعاف دم الانف
لا يرقأ اي لا يسكن من رقأ الدم اذا سكن وانما ذكر هذا الفصل ليذكر من في معنى المستحاضة في فصل على حدة اما المستحاضة فانها تصلي بوضوء
واحد ما دام الوقت ما شاءت من الفرائض والنوافل لقوله عليه الصلاة والسلام المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة واما غيرها ممن ذكرنا
فلان حدثهم لما دام صاروا في معنى الاستحاضة نصا والوارد فيها كالوارد فيهم وعند الشافعي تصلي المستحاضة ومن في معناها بوضوء
واحد فرضا واحدا وما شاءت من النوافل لقوله عليه الصلاة والسلام المستحاضة تتوضأ لكل صلاة جوابه ان هذا الحديث لا يصلح
حجة للشافعي لانه متروك الظاهر وهذا لان النفل ايضا صلاة داخلة تحت قوله لكل صلاة ومع هذا لا يامرها الشافعي بالوضوء لاجل
صلاة النفل والفرض والنفل لا يختلفان في حكم الطهارة ولئن قال هذه طهارة ضرورية فتقدرت بقدر الضرورة فلا يبقى
بعد اداء المكتوبة فنقول نعم انها ضرورية لكن لا نسلم ان لا ضرورة لها في حق اداء مكتوبة اخرى ولا نسلم انها تقدرت بقدر الضرورة
عندك وقد جاز اداء النوافل ما شاءت بالاتفاق على انا نقول هل بقيت طهارتها بعد المكتوبة الواحدة ام لا فان قلت نعم فلتصل
تصلي الفرائض والنوافل جميعا وان قلت لا فلا تصلي الفرائض والنوافل اصلا الا بوضوء جديد وهذا الالزام متمكن جدا قال
الكرخي في شرحه لجامع الصغير واما مالك والثوري والشافعي فيزعمون ان المستحاضة تتوضأ لكل صلاة الا الشافعي فانه قال اذا توضأت
للفرض جاز ان تتطوع وقال الاوزاعي لا تتوضأ للظهر حتى يدخل وقت العصر ثم تتوضأ وتصلي الظهر والعصر جميعا وحكى الليث عن
ربيعة انها اذا توضأت لا وضوء عليها حتى تحدث اما ببول او غائط او ريح او رعاف او نوم والا فلا وضوء عليها الى هنا لفظ الكرخي
قال وهو المراد بالاول اي الوقت مراد بالحديث الاول وهو ما رواه الشافعي توفيقا بين الحديثين بيانه ان الصلاة تذكر ويراد

لها وقتها مجازا كما في قولهم اتيتك لصلاة الظهر اي لوقتها والدليل على استعمال اللفظ للوقت قول النبي صلى الله عليه وسلم جعلت
لي الارض مسجدا وطهورا فحيث ما ادركتني الصلاة صليت فيكون خبر ما رواه الشافعي محتملا لما رواه ابو حنيفة وهو مفسر بالوقت كما
مر فيحمل المحتمل على المفسر او نقول ان الشرع اسقط اعتبار الحدث لحاجة الى الاداء والاداء مختلف في ذاته لا ينضبط ولا
يمكن اعتباره لذاته لانه قد يطول وقد ينقص وقد يتقدم وقد يتاخر وقد يستغرق كل الوقت فاقيم محله مقامه وهو الوقت
تيسيرا لاصحاب العذر فادير الحكم على الوقت وسقط اعتبار الحدث وان حصل الاداء ولان الاصول شاهدة لاعتبار الوقت
دون فعل الصلاة لانا وجدنا فيها رخصة مقدرة بالوقت وهو المسح على الخفين ولم يجد رخصة مقدرة بفعل الصلاة قال ثم
اذا خرج الوقت بطل وضوئهم الى اخره اعلم ان طهارة المستحاضة ومن في معناها تبطل بخروج الوقت عند علمائنا الثلاثة بالاتفاق
وعند ابي يوسف تبطل بالدخول ايضا وعند زفر تبطل بالدخول لا غير على رواية الشيخ الامام اسماعيل الزاهد وبالدخول والخروج
جميعا على رواية الشيخ الامام ابي عبد الله الجرجاني كما هو قول ابي يوسف ذكر الروايتين عن زفر في شرح الجامع الكبير لابي محمد
ابن الحسين البخاري المعروف بخواهر زاده لابي يوسف ان طهارة المستحاضة ومن في معناها ضرورية ولا ضرورة قبل الوقت
وبعده فينتقض بالدخول والخروج جميعا وهذا هو وجه قول زفر ووجه الاجزاء ان طهارتها قبل الوقت غير معتبرة فلم تنتقض بالخروج
قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وثمرة الاختلاف عندنا ان ابا يوسف سئل عن المستحاضة توضأت قبل طلوع الشمس فقال
تنتقض بالطلوع وسئل عنها اذا توضأت بعد الطلوع للعيد فقال انها لا تصلي الظهر حتى تجدد الوضوء بعد الزوال فجعل السائل هذا الفرق منه
على ما حكينا وليس ذلك بصحيح بل الصحيح ان تقدير الطهارة على الزوال في حق الظهر باطل عنده لان الحدث يقارنه فيبطله الا لحاجة ولا
حاجة في حق الظهر قبل الزوال لا تحقيقا ولا تقديرا فلم يصح الا اذا زالت الشمس فتحققت الحاجة الى الاداء الى هنا لفظ فخر الاسلام ولا في صحته
ولمحمد ان طهارة المستحاضة انما اعتبرت مع الحدث المنافي لها للحاجة الى التفصي عن عهدة التكليف والدخول دليل الحاجة فلا ينتقض به والخروج
دليل زوال الحاجة فينتقض به وتقدير الطهارة على الوقت لضرورة اخرى وهي ان الشرع جعل المكلف حتى يشغل كل الوقت بالاداء وهو العزيمة
فلا يجعل يشغل كل الوقت الا بتقدير الطهارة فجاز التقدير اعلم ان الخروج شرط الانتقاض والعلة هي الحدث السابق يعني تنتقض طهارة
المعذور عند خروج الوقت بالحدث السابق ولهذا لم يجز مسح المستحاضة بعد خروج الوقت على الخفين اذا لم يكن الدم سائلا وقت
الوضوء او اللبس وفائدة الاختلاف تظهر في المعذور اذا توضأ قبل طلوع الشمس فطلعت او توضأ قبل الزوال فزالت الشمس ثم
قال فلا اعتبار قبله ولا بعده لا يقال اذا كانت الطهارة لا تعتبر فكيف يتصور الانتقاض لانا نقول لا اعتبار للوقتية لعدم الضرورة
وتعتبر للنوافل لان المعذور يحتاج الى استجلاب الثواب باداء النافلة فيتصور الانتقاض قال عنده اي عند خروج الوقت
قال والمراد بالوقت وقت المفروضة اي المراد بالوقت الذي ينتقض الطهارة عند خروجه وقت الصلاة المفروضة
اي المراد بالوقت الذي ينتقض الوضوء الطهارة عند خروجه وقت الصلاة المفروضة حتى لو توضأ لصلاة العيد يصلي الظهر
بذلك الوضوء عند ابي حنيفة ومحمد وانما قال وهو الصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ قال فخر الاسلام البزدوي في
شرح الجامع الصغير فان توضأ صاحب العذر يوم العيد بعد طلوع الشمس لصلاة العيد هل يصلي به الظهر فقد قيل لا نص فيه ثم
قال لا رواية فيه وقيل بل هي صلاة الضحى في الاصل فاشبه سائر الايام قال والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة
الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه اي يوجد الحدث في ذلك الوقت بلا استيعاب قال الامام حميد الدين الضرير في شرحه
هذا حد المستحاضة بقاء اما ابتداء انها مستحاضة فالشرط ان يكون الحدث مستغرقا جميع الوقت حتى لو لم يستغرق كل الوقت لا تكون مستحاضة
فاذا استغرق مرة لا تحتاج الى الاستغراق بعد ذلك بل وجوده في الوقت مرة كاف قال هذا الذي قاله صاحب الهداية فيه
نظر عندي لان التعريف ينبغي ان يكون جامعا ومانعا وهو ليس بجامع لان حقيقة المستحاضة لا توجد بهذا القدر الذي قاله حتى يوجد
الاستغراق في الابتداء وليس بمانع ايضا لدخول الحائض فيه لان الحائض قد تكون بهذه المثابة بان لا يمضي عليها وقت صلاة الا والحدث
الذي ابتليت به يوجد فيه وقول الامام حميد الدين عجيب لانه قال حد المستحاضة بقاء الى اخر ما قال وذلك يعني لا بد حقيقة
التي وهو فائدة لما بينا في كتابنا الموسوم بالتبيين وقد ظهر في خاطري من الانوار الربانية والاسرار الالهية ان المستحاضة هي التي ترى
الدم في حال ابتدائها مستغرقا وقت صلاة في الابتداء من غير شرط استمراره في البقاء في زمان لا يعتبر من الحيض والنفاس وقولي في البقاء نعت
المستحاضة حال البقاء وقولي في زمان لا يعتبر الحيض ليدخل الصغيرة التي لم تر ... اذا رأت الدم لانها مستحاضة وليدخل ايضا البالغة
التي رأت الايام عادتها لانها مستحاضة فيما زاد الدم على العادة وقولي والنفاس احترازا عن رات النفساء الدم على الاربعين لان ذلك
استحاضة لكونه في زمان لا يعتبر النفاس قال وهو من ذكرنا اي الذي في معنى المستحاضة من ذكرنا واراد بقوله من ذكرناه
الذي به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ قال ومن به استطلاق بطن وانفلات ريح عطف على قوله
من ذكرناه واستطلاق البطن مشيه كذا قاله الجوهري والانفلات خروج الشيء فلتة كذا قاله المطرزي لان الضرورة بهذا تتحقق وهي تعم
الكل اي لان الضرورة بالحدث تتحقق والضرورة تشمل كل من ذكر فيكون حكم الكل حكم المستحاضة والله اعلم

فصل في النفاس

قوله والنفاس هو الدم الخارج عقيب الولد وفي بعض النسخ عقيب الولد وتمامه
اخر النفاس ... يعجون الحيض والاستحاضة قال المطرزي النفاس
مصدر نفست المرأة بضم النون وفتحها اذا ولدت فهي نفساء وهن نفاس ثم قال ونفست اي حاضت والضم خطأ ثم قال وقوله النفاس
هو الدم الخارج عقيب الولد تسمية بالمصدر كالحيض سواء وانما اشتقاقه من تنفس الرحم او خروج النفس بمعنى الولد فليس ذلك قال

ابتداء اي قبل خروج الولد قال وان كان ممتدا اذ هو ان ترى الدم ثلاثة ايام وقال الشافعي حيض اعتبارا بالنفاس. بيان هذا ان المراة اذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها من الولد الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف مع ان الحبل بالولد الثاني حتى يكون الاول فيما ترى الحامل من الدم اذا كان ممتدا انه حيض. وان كان الحبل موجودا اعتبارا بالنفاس الذي قالا لان كل واحد من الحيض والنفاس دم رحم فلما لم يكن الحبل مانعا للنفاس لم يكن مانعا للحيض قلنا ان الحيض دم رحم وفم الرحم ينسد بالولد لان الثقب من الحبل فلا يخرج مع وجود الانسداد بخلاف ما اذا خرج الولد الاول حيث لم يبق الانسداد فلا يصح القياس قال والسقط الذي استبان بعض خلقه الثلاث في السبي مع الولد الثاني بعض خلقه كالاصبع مثلا قال وتصير الامة ام ولد به اي بالسقط الذي استبان بعض خلقه يعني اذا وجدت الدعوة من المولى قال واقل النفاس لا حد له. قال الشيخ ابو نصر البغدادي والذي ذكره ابو موسى في مختصره ان اقل النفاس عند ابي حنيفة خمسة وعشرون يوما فانما هو اقل ما تصدق النفساء في انقضاء عدتها وليس تقديرا لاقل النفاس وكذلك ما روي عن ابي يوسف ان اقله احد عشر يوما. بيان ذلك ان الرجل اذا قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم قالت انقضت عدتها بالحيض فعند ابي حنيفة لا تصدق في اقل من خمسة وثمانين يوما خمسة وعشرون نفاس وخمسة عشر طهر وخمسة حيض ثم طهر وحيض كذلك ثم طهر وحيض كذلك وعند ابي يوسف لا تصدق في اقل من خمسة وستين يوما نفاسها احد عشر يوما وطهرها خمسة عشر ثلاث مرات والحيض ثلاث مرات وعند محمد لا تصدق في اقل من اربعة وخمسين يوما وساعة نفاسها ساعة والباقي كما قال ابو يوسف والمسئلة معروفة في المنظومة والخلف(?) قال لحديث ام سلمة وهو ما روى ابو داود في سننه عن احمد بن يونس عن زهير عن علي بن عبد الاعلى عن ابي سهل عن مسة عن ام سلمة كانت النفساء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم تقعد بعد نفاسها اربعين يوما او اربعين ليلة وانها مسنة(?) تكني ام بسة(?) وفي حديث انس وقت النفاس اربعون يوما الا ان ترى طهرا قبل ذلك. وفيه دلالة على ان اكثر النفاس لا تقدير له. قال وهو حجة على الشافعي اي حديث ام سلمة حجة عليه لان المقدرات لا تعرف بالرأي والحكم فيها على ما ورد الشرع فلا اعتبار بالستين لان الحديث ما دل الا على الاربعين قال وان لم تكن لها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما يعني اذا جاوز الدم الاربعين قال في بطن واحد اي لا اقل من ستة اشهر قال فنفاسها من الولد الاول حتى انها تترك الصلاة والصوم ولا يقربها زوجها خلافا لمحمد لان الحبل بالثاني مانع خروج الدم من الرحم فلا يكون نفاسا بالولد الاول ولهما ان ام الرحم انفتح بالولد الاول فلا يبقى الانسداد بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لم يوجد الانفتاح فلم يبق الانسداد بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لم يوجد الانفتاح اصلا ما دام الحبل باقيا ولا يصح قياس النفاس على العدة لان العدة متعلقة بوضع الحمل قال تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهي لم تضع جميع حملها فالحمل الحمل لا ينقضي العدة. ثم اعلم ان قول صاحب الهداية وان كان بين الولدين اربعون احتراز عن قول بعض المشايخ حيث قال الواجب النفاس من الولد الثاني على قول ابي حنيفة وابي يوسف اذا كان بين الولدين اربعون يوما. وقال بعضهم لا يجب النفاس من الولد الثاني ايضا على قول ابي حنيفة وابي يوسف اذا كان بين الولدين اربعون يوما. وقال بعضهم لا يجب النفاس من الولد الثاني اصلا اذا ولد في بطن واحد على قولهما وهو اختيار صاحب الهداية وهو الصحيح لان مدة النفاس اربعون لا غير وقد مضت فلا حاجة الى نفاس اخر بل تغتسل وتصلي ذكره فخر الدين(?) رحمه الله والله سبحانه وتعالى اعلم

وتطهيرها فلما فرغ من بيان الحيض والاستحاضة والنفاس وفيها يعني

باب الانجاس

الحدث شرع في بيان سائر النجاسات الحقيقية قال تطهير النجاسة واجب اي تطهير محل النجاسة. وانما قدرنا المحل لان النجاسة فيها صفة الطهارة اصلا بل تثبت في محله باز الفاعلة(?) وحذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه شايع والدليل على الوجوب. قوله تعالى وثيابك فطهر وقوله عليه الصلاة والسلام لامرأة سألته عن دم الحيض يصيب الثوب حتيه اي حكيه واقرصيه اي اغسليه باطراف اصابعك قاله الجوهري. وقال الخطابي في شرح البخاري هو ان تقبض عليه باصبعها ثم تغمزه غمزا جيدا وتدلكه بها حتى يخل ما تشربه من الدم وفي رواية الحربين(?) القارضي(?) ثم اقرصيه بالماء بالتشديد اي قطعيه والحديث في الصحيحين عن اسماء قالت جاءت امرأة النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ارأيت احدانا تحيض في الثوب كيف تصنع قال تحته ثم تقرصه بالماء وتنضحه وتصلي فيه. قال الخطابي والنضح هاهنا بمعنى الغسل فوجه الاستدلال ان الشارع امر بتطهير الثوب عن النجاسة ومطلق الامر للوجوب على ما تبين في شرح الاصول فيكون التطهير واجبا والوارد في الثوب وارد في المكان والبدن بالطريق الاولى لان المصلي مأمور بالطهارة قبل الشروع في الصلاة لكونه على احسن الحالات وارفع الهيئات حالة المناجاة مع رب العزة بان يكون طاهرا نقيا واتصاله بالمكان اقوى من اتصاله بالثوب اذ الموجود المتمكن لا يتصور بلا مكان ويتصور بلا ثوب وحال البدن اظهر فيكون تطهيرهما واجبا كالثوب بل اولى لكون اتصالهما اقوى قال لان الاستعمال في حالة الصلاة يشمل الكل لان استعمال المصلي يشمل الثوب والبدن والمكان يعني ان المصلي يستعمل هذه الاشياء الثلاثة جميعا في حال مناجاة ربه عز وجل قال ويجوز تطهيرها بالماء الى اخره. انما قال ويجوز ولم يقل ويجب استعمال غير الماء لئلا يتوهم ان التطهير واجب في مذهب ابي حنيفة وابي يوسف بل ازالة النجاسة واجبة باي مايع طاهر كان اذا امكن ازالتها به خلافا لمحمد وزفر والشافعي فان عندهم لا يجوز ازالة النجاسة الا بالماء لان الحكم في الماء ثبت بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره وهذا لان الماء يتنجس باول الملاقاة والنجس لا يفيد الطهارة لكن ترك القياس في الماء وحكم بالطهارة بالاجماع استحسانا للضرورة. ولنا ان الشارع علق الحكم على علة توجب الطهارة(?) في المحل والماء انما صار مطهرا لعلة قلع النجاسة عن المحل وهذه العلة حاصلة في الخل ونحوه بل اولى لان الخل يزيل الالوان والادهان التي لا تزول بالماء فعلم ان الخل اقلع من الماء فيحصل الطهارة بالخل ونحوه لوجود العلة حقيقة ان الثوب لم يكن نجسا لذاته بل لغيره وهو مجاورة النجس

فباستعمال

فباستعمال الماء ينفي اجزاء النجس لان الماء لرقته ولطافته يداخل اثناء الثوب ثم اذا عصر يخرج منه ويصحبه ما يلاقيه من اجزاء النجاسة وهكذا في المرة الثانية والثالثة الى ان تزول كل الاجزاء فيحكم بطهارة المحل لانتقال النجس الى الماء جزءا فجزءا لان البقاء الواحد محال ان يكون في محلين في حالة واحدة فلما قام النجس بالماء زال عن الثوب ضرورة فاذا ثبت هذا الحكم في الماء ثبت في الخل لان الخل ايضا ينفذ في اثناء الثوب وكذا ماء الورد وماء الخل بخلاف القياس غير مسلم الباقلا(?) لانما اجزاء النجس بتكرار الاستعمال كما بيناه ولا في الماء وقولهم الحكم في الماء ثبت في الخل بخلاف القياس غير مسلم لانه معقول كما بيناه ولا يقال قال عليه الصلاة والسلام اغسليه بالماء وهذا يدل على عدم جواز التطهير بغير الماء لانا نقول لا نسلم لان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه على ما عرف في الاصول فان قلت لو لا يجوز التعليل بعلة القلع لان النص يقتضي الغسل بالماء قال تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا قلت النص يقتضي الغسل بالماء لذاته ام لغيره فان قلت لذاته فلا نسلم لان المصلي اذا قرض موضع النجاسة وصلى بذلك الثوب يجوز وغاية استعمال غير الماء ليس بواجب وان قلت لغيره وهو التطهير قلنا هذا مسلم ولكن يحصل التطهير لاستعمال الخل مكررا كما يحصل بالماء على ما بيناه

قال وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب والبدن اي جواب مختصر القدوري لا يفرق بينهما لانه اطلق في قوله ويجوز تطهير النجاسة بالماء وبكل مايع طاهر ولم يقيد بالثوب بان قال ويجوز تطهير النجاسة عن الثوب. وعن ابي يوسف في رواية الحسن عن ابي مالك عنه انه فرق وقال في البدن لا يطهر الا بالماء لان غسل البدن طريقه العبادة فاختص بالماء كالوضوء وغسل الثوب طريقه ازالة النجاسة لا العبادة فلم يختص بالماء كالوضوء. وذكر في بعض نسخ القدوري الماء المستعمل فقال ويجوز تطهير النجاسة بالماء وبكل مايع طاهر يمكن ازالتها به كالخل وماء الورد والماء المستعمل. فقال الشيخ الامام ابو نصر البغدادي في الشرح الكبير للقدوري واما جوازه بالماء المستعمل فانه ظاهر على رواية ابي محمد عن ابي حنيفة بمنزلة الخل قال واذا اصابت الخف نجاسة لها جرم الى اخره وانما قيد بالخف لان الثوب لا يطهر الا بالغسل الا في المني وانما قيد بالجرم لانما لا جرم له اذا اصاب الخف لا يطهر بالدلك وان جف الا اذا التصق به من التراب او الرمل ثم جف بعد ذلك. وانما قيد بالجفاف لان ما له جرم من النجس اذا اصاب الخف ولم يجف لم يطهر بالدلك الا على رواية ابي يوسف وانما قيد بالدلك لانه بالغسل يطهر اتفاقا. وقال محمد لا يطهر بالدلك الا في المني وجه قوله ان المحل نجس فلا يطهر الا بالغسل كما في الثوب الا ان المني ثبتت طهارته بالدلك بخلاف القياس بالحديث فلا يقاس عليه غيره. ولهما قوله عليه الصلاة والسلام اذا اتى احدكم المسجد فليقلب نعليه فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور اي مزيلة نجاستهما. وذكر الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اتى احدكم المسجد فلينظر في نعليه فان كان بهما اذى او قذر فليمسحهما ثم ليصل فيهما ولان الجلد لاستحصافه لا تتداخله اجزاء النجس الا قليلا فاذا جف الجرم جذبه الى نفسه فبالدلك يزول هو وما قام به ولا يبقى الا شيء يسير وذلك معفو بخلاف ما لا جرم له حيث لا يطهر بالدلك بعد الجفاف لعدم الجاذب الا اذا التصق به من التراب فحينئذ يطهر بالدلك سوى المني لان الثوب لانفتاح اجزائه يدخله كثير من النجس فلا يخرجه الا الغسل. وعن ابي يوسف يطهر الرطب ايضا اذا دلك على سبيل المبالغة وعليه مشايخنا بما وراء النهر لعموم البلوى ولاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام وان كان بهما اذى حيث لم يفصل بين الرطب واليابس والاذى الشيء الذي يستقذر كانه يؤذي من قربه نفرة وكراهة والبلوى البلية. قال المطرزي قوله اجزاء الثوب متخلخلة اي في خلالها فرج لرخاوتها وكذا مجوفة غير مكتنزة. وفي سنن ابي داود عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا وطئ احدكم بنعله الاذى فان التراب له طهور قال والمني نجس الى اخره. اعلم ان المني نجس يجب غسل رطبه ويكفي فركه عندنا خلافا للشافعي فانه عنده طاهر لانه اصل الانبياء والاولياء ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لعائشة فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا والامر بازالته غسلا وفركا يدل على نجاسته. وقوله عليه الصلاة والسلام لعمار بن ياسر حين رآه يغسل ثوبه من النخامة ما نخامتك ودموع عينيك والماء الذي في ركوتك الا سواء انما يغسل الثوب من خمس من بول وغائط ودم وقيء ومني والنجاسة ما يخرج من الحيوان. وقوله اصل الانبياء قلنا اصل الاعداء ايضا كنمرود وفرعون وغيرهما على انا نقول العلقة اقرب الى الانسان من المني وهي ايضا اصل الانبياء ومع هذا نجسة فعلم ان كون المني اصل الانبياء لا عبرة له في الطهارة او نقول الواجب بخروج المني اكبر الطهارتين وهو الغسل والبول لا يجب بخروجه الا الوضوء فلم يكن نجاسته ادنى من نجاسة البول لم يكن حكمه اغلظ من حكمه فرضنا انه طاهر لكن مخرجه مخرج النجس لانه يخرج من حيث يخرج البول فيتنجس لاتصاله بالنجس. فان قلت ما لا يجب غسل يابسه لا يجب غسل رطبه كالمخاط. قلت لا نسلم ان القياس صحيح لان المخاط لا يتعلق بخروجه حدث ما اصلا والمني موجب لاكبر الحدثين وهو الجنابة ولا نسلم ان سقوط الغسل يدل على الطهارة الا ترى الى موضع الاستنجاء فان قلت روى ابن عباس عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال في المني امطه عنك ولو باذخرة فانما هو كمخاط او بصاق تدل على طهارته قلت لا نسلم انه دليل الطهارة بل هو دليل على النجاسة لانه امره بالاماطة فلو لم يكن نجسا لما امره بها فيحتمل اماطته ايضا غسلا او فركا انما تشبيهه بالمخاط فلحقه حكمه من حيث انه يتداخل اثناء الثوب كما تتداخل سائر النجاسات ومن حيث انه يطهر بالفرك قال اجزأه فيه الفرك عن الازهري يقول الفقهاء يقول اجزأني بمعنى كفاني(?) وعلى ذلك قوله اجزأه فيه الفرك اي الدلك والحك وتقديره اجزأ الفرك من الغسل اي ناب واغنى واجزأك بمعنى كفاك كذا ذكره المطرزي قال مشايخنا الثوب انما يطهر بالفرك اذا لم يكن المذي مختلطا بالمني واذا كان رأس الذكر طاهرا قبل الاحتلام واذا كان الثوب غسلا جديدا لان المني يطهر بالفرك لا المذي ولا البول ولا الودي ولا يتغافل عن هذه القيود قال ولو اصاب البدن

اي لو اصاب المني البدن • قال مشايخنا اراد بهم مشايخ بخارا وسمرقند لان البلوى فيه اشد اي البلية في البدن اشد من البلية في
الثوب • فلما طهر الثوب بالفرك طهر البدن بالطريق الاولى دفعا للحرج • قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط روي عن ابي حنيفة
في المني اذا اصاب البدن لا يطهر الا بالغسل لان لين البدن يمنع زوال الاثر بالحت • وروي عن محمد قال اذا كان المني غليظا جف فيطهر
بالفرك وان كان رقيقا لا يطهر الا بالغسل **قال** والنجاسة اذا اصابت الثوب المراة او السيف اكتفي بمسحهما اي لا يشترط
الغسل سواء كان النجس رطبا او يابسا • قال الشيخ رحمه الله برهان الدين الحربيني انما وضع المسئلة في المراة والسيف احترازا عن الحديد
الذي عليه صدأ فانه لا يطهر الا بالغسل وهذا مذهب علمائنا وعند زفر والشافعي لا يطهر الا بالغسل كذا في شرح الاقطع • وجه
قولهما القياس على الثوب فانه لا يطهر الا بالغسل وكذا المراة والسيف • قلنا ان النجاسة على السطح الاعلى فبالدلك تزول بخلاف الثوب
فلا يطهر بالدلك فلا يصح القياس وكان القياس ان لا يطهر الثوب بالدلك عن المني ايضا الا انا تركناه بالحديث استحسانا **قال**
تجفت بالشمس وقيد الجفاف بالشمس ليس باحتراز عن الجفاف بالنار لان الارض اذا جفت بالنار او بالريح فذهب اثر النجاسة تجوز الصلاة عليها
بل هو واقع على وفاق العادة لان الارض في الغالب تجف بالشمس **قال** وقال زفر والشافعي لا تجوز وجه قولهما ان الارض تنجست
باصابة النجاسة ولم يوجد المزيل فلا تطهر بالشمس كالثوب ولنا قول محمد ابن الحنفية ذكاة الارض يبسها اي طهارتها وقد جاء فيها الطلاق
البت على الميت لان الذكاة وهي الذبح سبب في الذبيحة للطهارة ولان الارض من طبعها ان تحيل الاشياء الى طبعها فلما لم يبق اثر
النجاسة علم ان الارض حالتها الى طبعها والاستحالة اثر في الطهارة الا ترى الى تخليل الخمر • فان قلت لا نسلم ان الارض تطهر بعد الجفاف
اذا لم يبق اثر النجاسة ولهذا لا يجوز التيمم عندكم على ذلك المكان قلت لا نسلم ان التيمم لا يجوز وقد روي عن ابي حنيفة واصحابه
جواز التيمم ايضا والرواية في شرح الاقطع ولئن سلمنا ان التيمم لا يجوز على الرواية المشهورة عن اصحابنا فنقول انما جازت الصلاة
ولم يجز التيمم لان طهارة الارض في التيمم ثبتت بنص الكتاب وهو قوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا فلا تتأدى بما ثبت بخبر الواحد كما
لا يجوز التوجه الى الحطيم وان كان ورد فيه الحديث بقوله عليه الصلاة والسلام الحطيم من البيت ولان الارض بالجفاف يزول عنها
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
وسكت النبي صلى الله عليه وسلم • فلما روي عنه ان ذكاة الارض يبسها ولم يرو عن غيره خلافه حل محل الاجماع ويعني به ان طهارتها
من النجاسة وذهاب اثرها **قال** وقدر الدرهم وما دونه الى اخره • اعلم ان النجس القليل لا يمنع جواز الصلاة غليظا كان او خفيفا
عندنا خلافا لزفر والشافعي وهو القياس الا اذا كان لا تاخذه العين او لا يمكن الاحتراز عنه كالذبان النجسة الواقعة على الثوب او كدم
البراغيث والفاصل بين القليل والكثير الدرهم الكبير فاذا كان النجس بقدره او اقل منه فهو قليل معفو وان كان اكثر منه فهو كثير لنا
ان القليل معفو بالاجماع في موضع الاستنجاء بدليل ان الغسل بالماء بعد الاستنجاء سنة عند الشافعي ولا شك ان الاستنجاء لا يستاصل
النجاسة اصلا فعلم ان القليل في ذلك الموضع معفو فاذا كان معفوا ثمة كان معفوا في سائر المواضع لان المحل لا يختلف باختلاف
المواضع • وروي عن ابراهيم النخعي انه قال ارادوا ان يقولوا مقدار المقعد فاستقبحوا ذلك فقالوا مقدار الدرهم • فان قلت لا نسلم ان
القليل معفو والنص وهو قوله تعالى وثيابك فطهر لم يفصل بين القليل والكثير قلت القليل غير مراد بالنص بالاجماع بدليل عفو دم البراغيث
وموضع الاستنجاء فيتعين الكثير **قال** ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف اي ما وراء مفاصل الاصابع و
هذا الاعتبار يروى عن الكرخي قال صاحب التحفة قال في كتاب الصلاة الدرهم الكبير المثقال فهذا اشارة الى ان العبرة للوزن و
قال الفقيه ابو جعفر الهندواني لما اختلفت عبارات محمد في هذا نوفق فنقول اراد بذكر عرض الكف تقدير المائع كالبول ونحوه
وبذكر الوزن تقدير المستجسد كالعذرة ونحوها وهذا معنى قول صاحب الهداية ان الاولى في الرقيق والثانية في الكثيف وقوله
الكبير المثقال يجوز برفع اللام على انه صفة بعد صفة اي الدرهم الموصوف بانه مثقال ويجوز بجر اللام للاضافة كما في الحسن الوجه
وكانه قال الكبير الوزن فافهم وبعض المقلدين من المتفقهة الذين لا حظ لهم ولا مس لهم الاعراب يظن ان المثقال لا يجوز جره لامتناع
لزوم دخول اللام في المضاف وهذا ليس الا من سوء فهمهم وقلة علمهم وعدم دركهم لان الاضافة اللفظية يجوز فيها دخول اللام
في المضاف وقد عرف بيانه في موضعه **قال** وان كانت نجاسته هذه الاشياء مغلظة • اعلم ان النجاسة الغليظة عند ابي حنيفة
ما ورد النص على نجاسته وعندهما الغليظة ما وقع الاجماع على نجاسته والخفيفة ما وقع الاختلاف فيه **قال** وان كانت مخففة اي
ان كان النجس مخففا • اعلم ان النجس المخفف لا يمنع جواز الصلاة ما لم يفحش وفي حد الفاحش اختلاف روي عن ابي حنيفة في رواية ابي يوسف

عنه انه قال الكثير الفاحش ما يستفحشه الناس ويستكثرونه • وروي ايضا عن ابي حنيفة ومحمد الربع • قال صاحب التحفة
وهو الاصح لان للربع حكم الكل في احكام الشرع كما في الحرم ومسح الراس • ثم اختلف المشايخ في تفسير الربع قيل ربع جميع الثوب فالبدن
وقيل ربع كل عضو وطرف اصابته النجاسة من اليد والرجل والكم • قال صاحب التحفة وهو الاصح وعن ابي يوسف شبر في شبر وعن محمد
مقدار القدمين ويروى عن ابي حنيفة ربع ادنى ثوب يجوز فيه الصلاة وهو المئزر • قال في شرح الاقطع وهذا اصح ما روي فيه عنه
قال او لتعارض النصين وهما حديث الاستنزاه من البول وحديث العرنيين فانهم **قال** على اختلاف الاصلين يعني ان بول
ما يؤكل لحمه انما صار مخففا نجاسته عند ابي حنيفة لتعارض النصين كما هو اصله في اثبات التخفيف وعند ابي يوسف لمكان الاختلاف
كما هو اصله في اثبات التخفيف **قال** واذا اصاب الثوب من الروث الى اخره • اعلم ان الارواث كلها نجسة نجاسة غليظة
عند ابي حنيفة لورود النص بنجاستها وعدم ما يعارضه • والنص هو قوله عليه الصلاة والسلام لابن مسعود حين طلب منه احجار
للاستنجاء ليلة الجن فاتي بحجرين وروثة فاخذ الحجرين ورمى الروثة وقال انها رجس اي نجس وخرج البخاري في الصحيح باسناده
الى عبد الرحمن ابن الاسود عن ابيه انه سمع عبد الله يقول اتى النبي صلى الله عليه وسلم الغائط فامرني ان اتيه بثلاثة احجار فوجدت
حجرين والتمست الثالث فلم اجده فاخذت روثة فاتيته بها فاخذ الحجرين والقى الروثة وقال هذا ركس وعندهما نجاستها خفيفة
لاختلاف العلماء فيها • فانه عند مالك الروث والبعر وخثي البقر طاهر وعند ابن ابي ليلى الروث نجس قليله وكثيره لا يمنع
الصلاة لانه يعم اهل الحرمين ولو كان نجسا لما استباحوه وانما اعتبر ابو حنيفة في اثبات التخفيف تعارض النصين لا اختلاف العلماء
لان النص حجة والاختلاف ليس بحجة • قال الله تعالى فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول وهما اعتبروا اختلاف العلماء لان
الاجتهاد كالنص • قال تعالى فاعتبروا يا اولي الابصار فلما ثبت التخفيف بالنص ثبت بالاجتهاد ايضا والركس النجس **قال**
وهي مؤثرة اي الضرورة مؤثرة في التخفيف بخلاف بول الحمار فان نجاسته غليظة عندهما ايضا لعدم الضرورة لان الارض تنشفه
قلنا الضرورة في الروث مؤثرة لامتلاء الطرق بها وكذا العذرة في المنازل وقد ثبت اثرها في اثبات التخفيف مرة حيث طهرت
بالدلك فلا حاجة الى اثبات التخفيف مرة اخرى كما في العذرة لان الضرورة قد كفيت بطهارة النعل او الخف بالدلك
ولا فرق عند علمائنا الثلاثة بين روث ما يؤكل لحمه وبين روث غير ما يؤكل لحمه فابو حنيفة يقول بغلظة نجاسته في الماكول وغيره
وهما يقولان بخفة نجاسته فيهما • اما زفر في الماكول فقد قال بالخفة موافقا لقولهما وفي غيره قال بالغلظة موافقا لابي حنيفة
لو قال حل الاكل له اثر في خفة النجاسة كما في الابوال ولنا ما قلنا **قال** وعن محمد انه لما دخل الري الى اخره • **قال**
في شرح الجامع الصغير روي ان محمدا لما قدم الري مع هارون الرشيد فراى بلوى الناس بالارواث افتى بان الكثير الفاحش ايضا
لا يمنع • قال مشايخنا على قول محمد طين بخارا لا يمنع وان فحش لما فيه من البلوى وان كان ذلك التراب مختلطا بالعذرات
قال وعند ذلك رجوعه في الخف يروى اي عند دخول محمد الري ورؤيته البلوى يروى رجوعه عن قوله في الخف بانه
لا يطهر بالدلك **قال** وان اصابه بول الفرس اي اذا اصاب الثوب او الخف لا يفسده الا اذا فحش وعند محمد هو طاهر لانه
بول ما يؤكل لحمه وتخفيف النجاسة عند ابي يوسف لمكان الاختلاف وعند ابي حنيفة لتعارض النصين انما حصل الاستنزاه من
حديث العرنيين ولا يقال التعارض بين النصين انما حصل في بول ما يؤكل لحمه ولحم الفرس عند ابي حنيفة غير ماكول فلم يوجد
التعارض فوجب ان يكون بول الفرس نجسا غليظا • لانا نقول ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير ان الفرس يؤكل لحما وهو قولهما
جميعا على هذا الجواب وانما كره للتنزيه عند ابي حنيفة لما فيه من تقليل مادة الجهاد **قال** ما لا يؤكل لحمه من الطيور وهو كا
الصقر والبازي والحداة وغيرها من سباع الطيور • وقد قيل ان الاختلاف في النجاسة يعني ان المشايخ اختلفوا على قولهما
في جواز الصلاة عندهما للطهارة او للتقدير بالكثير الفاحش فقيل ان خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور طاهر عندهما وهو المنقول
عن الشيخ ابي الحسن الكرخي وعند محمد نجس بالاتفاق لكنه خفيف عند ابي حنيفة غليظ عندهما • وهو المنقول عن ابي جعفر
الهندواني فلهذا ذكر في المنظومة والمختلف لهما على رواية الهندواني عدم عموم البلوى ولابي حنيفة ضرورة لعدم امكان الاحتراز
عنه لان الرزق يخرج من الهواء [illegible] • وقال محمد على رواية الكرخي هذا نجس غير طين الحيوان فاشبه خرء
الدجاج ولهما انه مثل خرء الماكول لحمه فيكون حكمه حكمه • ثم اعلم ان ابا يوسف مع ابي حنيفة على رواية الكرخي ومع محمد على رواية
الهندواني كما عرفت ذكرهما في المنظومة والمختلف لانه لا يفهم هذا من لفظ الهداية بل المفهوم من لفظ الهداية ان ابا يوسف
مع ابي حنيفة على الروايتين جميعا وجعل فخر الاسلام قول ابي يوسف في الجامع الصغير مع ابي حنيفة على رواية خفة نجاسة الخرء وعلى
رواية طهارته **قال** المراد الا تقدر النجاسة في حق غير ماكول اللحم خرء نجاسة غليظة ام خفيفة **قال**
وقيل لا يغسل لتعذر صون الاواني عنه ولهذا لا يفسد خرء الدجاج لانه لا ضرورة فيه حيث يمكن حفظ الاواني عنه
قال اما دم السمك فلانه ليس بدم لانه لا يبقى دما حقيقة لانه اذا ايبس يبيض وسائر الدماء تسود وايضا الحرارة خاصية
الدم والبرودة خاصية الماء فلو كان للسمك دم لم يسكن في الماء قوله وعن ابي يوسف انه اعتبر فيه الكبير الفاحش • وهو ما
روى المعلى عن ابي يوسف انه لا باس به ما لم يفحش **قال** فلا يتنجس به الطاهر اي لا يتنجس بالمشكوك فيه الثوب الطاهر فلا يمنع
جواز الصلاة وان كثر • وروي عن ابي يوسف ان لعاب البغل والحمار يمنع جواز الصلاة اذا كثر لان اللعاب متولد من اللحم النجس وانما قدر
بالكثير الفاحش للضرورة • وجه الظاهر انه مشكل فلا يتنجس الطاهر وبناء الاشكال ثم في فضل الاسار **قال** وان انتضح عليه البول
مثل رؤس الابر فذلك ليس بشيء اي ليس بشيء معتبر وانما هو نفي لكونه نجسا وانما لم يعتبر لان الاحتراز عنه متعذر خصوصا في مهب الرياح

وقيد رؤس الابر احترازا عن رؤس المسال لانها معتبرة حتى اذا زاد ما يرشش • وحكي عن زين العابدين علي بن الحسين انه رأى في الخلا ذبابا كانا يقعن على النجاسات ثم يقعن على الثوب فاتى بباب الخلاء ثم تحاذ استغفر الله تعالى ثم سئل عنه فقال احدثت ذنبا فاستغفرت له قيل بما ذا قال تعلمت شيئا لم نعمل به الفاحولت ولا اخبر به بدعة قال والنجاسة ضربان اي نوعان • اعلم ان النجس الحكمي هو الحدث الاكبر والاصغر يزول في الغسل مرة واحدة بلا اشتراط العدد • واما النجس الحقيقي فهو على نوعين اما ان يكون مرئيا بعد الجفاف كالدم والعذرة او لم يكن مرئيا كالبول ونحوه فان كان مرئيا فطهارته بزوال العين ولا يشترط العدد فيه ويبقى اثار رائحته بعد زوال العين • قال الكرخي في شرحه للجامع الصغير الثوب اذا اصابته نجاسة كثيرة فغسل حتى زالت رائحته لم يكن له حكم ذكره في مسئلة التلبن الا اذا بقي في ازالته مشقة بان لا يزول بالماء العرف كاللون فيعفى ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام في دم الحيض حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء ولا يضرك اثره ولان الحرج مدفوع شرعا واذا لم يكن مرئيا فطهارته بالغسل ثلاثا في ظاهر الرواية وعند الشافعي يطهر بالغسل مرة الا في ولوغ الكلب وقياسه على الحدث لنا ان الماء مطهر لكونه مزيلا والازالة لا تحصل بالمرة فاشترط الثلاثة ادنى الكثير ونايد ذلك بحديث المستيقظ وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمس يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا فانه لا يدري اين باتت يده فلما اشترط الثلاث في الحديث في توهم النجاسة كان اشتراطها اولى في تحقق النجاسة ثم التقدير عندنا ليس بشرط لازم وانما الاعتبار لغلبة الظن فان غلب على ظنه زوالها بما دون الثلاث حكم بالطهارة • قال الشيخ ابو نصر البغدادي والذي روي عن اصحابنا من التقدير بالثلاث فليس على وجه الاشتراط ولكن لان الغالب ان الازالة تحصل عندها ولان النبي عليه الصلاة والسلام اعتبرها في حديث المستيقظ فاعتبرناه لان الثلاث هو الحد لابلاء العذر كما في قصة العبد الصالح مع موسى حيث قال له موسى في المرة الثالثة قد بلغت من لدني عذرا قال وهذا يشير الى لفظ القدوري يشير الى عدم اشتراط الغسل بعد زوال العين لانه اثر نجاسة غير مرئية غسلت مرة كذا ذكره شمس الائمة في مبسوطه • وعن فخر الاسلام يغسل ثلاثا بعد زوال العين وقول فخر الاسلام منقول عن الجامع الكبير قال ولا يقطع بزواله يعني لا يعلم قطعا ويقينا بزوال ما ليس بمرئي فاعتبر الظن كما في القبلة اذا اشتبهت قال وانما قدروا بالثلاث لحصول غلبة الظن كما في القبلة اذا اشتبهت وانما قدروا بالثلاث يعني انما قدر اصحابنا المتقدمون بالثلاث لحصول غلبة الظن بالثلاث لا لان الثلاث شرط • قال القاشاني في شرح الجامع الكبير وروى الكرخي عن اصحابنا انه تطهر بالغسل مرة سابعة وارادوا بالسبب الظاهر الثلاث لان غلبة الظن تحصل عند الثلاث ظاهرا قال ويؤيد ذلك قال ويؤيد تقدير الثلاث بالحديث وقد مررنا به قال ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية احترز بظاهر الرواية عما روي عن محمد في غير رواية الاصول انه اذا غسل ثلاثا وعصر في الثالثة يطهر ثم اعلم ان اشتراط العصر فيما ينعصر اما فيما لا ينعصر كالحنطة اذا تنجست بماء نجس والخزف الجديد والسكين المموه بماء نجس والحصير اذا تنجس فعند ابي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة فيطهر • وقال محمد لا يطهر ابدا لانه لا يزول النجاسة بدون العصر وهو الانبات بما لا ينعصر فلا تزول النجاسة ولابي يوسف ان للتجفيف اثرا في استخراج النجاسة فيقوم مقام العصر اذ لا طريق سواه قال في الاستنجاء يعني اي مسح موضع النجو وغسله والنجو ما يخرج من البطن كذا قاله الجوهري ويجوز ان يكون السين للطلب اي طلب النجو ليزيله ولا يقال لم لا يذكر المصنف الاستنجاء وهو سنة حيث ذكر سنن الوضوء لانا نقول الاستنجاء طلب النجو للازالة بالمسح والغسل والازالة قد تكون سنة اذا لم يزد النجو على قدر الدرهم وقد تكون فريضة اذا زاد عليه فلاجل هذا ذكره في فصل على حدة اخر باب الانجاس لان النجو من الانجاس ايضا قال سنة قال في شرح الاقطع قال الشافعي واجب لنا حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من استجمر فليوتر من فعل كذا فقد احسن ومن لا فلا حرج رواه صاحب السنن مسندا ووجه الاستدلال انه لو كان واجبا لكان في تركه حرج وقد نفاه عليه الصلاة والسلام فعلم انه ليس بواجب ولا يقال قال عليه السلام فليستنج بثلاثة احجار والامر للوجوب لانا نقول ليس المراد منه الوجوب بدليل ما روينا او لا يحتمل غير الواجب فيحمل على ما روينا توفيقا بينهما قال ويجوز فيه الحجر والمدر وما قام مقامهما اي يجوز في الاستنجاء الحجر والمدر وما قام مقام كل واحد منهما في التنقية كالتراب والخزف والقطن واللبد • قال في الفتاوي الظهيرية اما الاستنجاء بالحجر مكروه وكذا بالورق والاحجار قال وليس فيه عدد مسنون يعني ان المعتبر هو التنقية دون العدد حتى اذا حصلت التنقية بالمرة الواحدة لا يحتاج الى الثانية واذا لم يحصل التنقية بثلاث مرات يزاد على الثلاث وعند الشافعي لا بد من الثلاث حتى اذا حصل الانقاء بما دون الثلاث يمسح ثلاثا لنا قوله عليه الصلاة والسلام من استجمر فليوتر يدل على الوتر وهو اعم من ان يكون ثلاثا او غيرها فلا يشترط الثلاث بل الاداء الواحد [illegible] لانه اقل ما يكون مستعملا ولا يقال المراد من الوتر ثلاث بدليل قوله عليه الصلاة والسلام فليستنج بثلاثة احجار لانا نقول لا نسلم لان المطلق لا يحمل على المقيد عندنا بل نعمل بهما جميعا فلا يكون الثلاث شرطا على انا نقول الايتار ليس بشرط ايضا بدليل قوله من فعل فقد احسن ومن لا فلا حرج ومثل هذا الكلام لا يفهم منه الا الاستحباب • وقد روى الترمذي في جامعه مسندا الى ابي عبيدة عن عبد الله بن مسعود • قال خرج النبي صلى الله عليه وسلم لحاجته فقال التمس لي ثلاثة احجار قال فاتيته بحجرين وروثة فاخذ الحجرين والقى الروثة وقال انها ركس فلو كانت الثلاثة شرطا لطلب [illegible] الاستنجاء لا سيما انا نقول ظاهر ما رواه الشافعي متروك فان الاستنجاء بحجر له ثلاثة احرف يجوز بالاتفاق ولا يجوز استدلاله به [illegible] ما رواه يحمل على الاستحباب وما رويناه [illegible] الانقاء لا بعينه الاستنجاء كالمرة الرابعة لان المقصود من الاستنجاء ازالة النجو وقد زال [illegible] الاستنجاء استعمال الحجارة في الصغار من الاحجار قال ثلاثة احرف في جمع احرف وحرف كل شيء طرفه وشفيره وحده كذا في الصحاح قال نزلت في اقوام يتبعون الحجارة الماء قال صاحب الكشاف قيل لما نزلت مشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه المهاجرون حتى وقف على باب مسجد قباء فاذا الانصار جلوس

قال المؤمنون انتم فسكت القوم ثم عادها فقال عمر يا رسول الله انهم لمؤمنون وانا معهم فقال عليه الصلاة والسلام اترضون بالقضاء قالوا نعم قال اتصبرون على البلاء قالوا نعم قال اتشكرون في الرخاء قالوا نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مؤمنون ورب الكعبة فجلس ثم قال يا معشر الانصار ان الله عز وجل قد اثنى عليكم فما الذي تصنعون عند الوضوء وعند الغائط فقالوا يا رسول الله نتبع الغائط الاحجار الثلاثة ثم نتبع الاحجار الماء فتلا النبي صلى الله عليه وسلم رجال يحبون ان يتطهروا وقبا بالضم والمد قرية من قرى المدينة قال هو ادب اي الغسل بالماء بعد استعمال المدر والحجارة ادب وقيل هو سنة في زماننا لانه في الزمان الاول كانوا يبعرون بعرا ولا يكون موضع الاستنجاء ملوثا وفي زماننا يأكلون كثيرا ويثلطون ثلطا ويكون موضع الاستنجاء ملوثا قال الا ان يكون موسوسا هو بكسر الواو وهو الذي تلقى اليه الوسوسة وهي حديث النفس ولا يقال بالفتح ولكن موسوس له وموسوس اليه كذا في الكشاف والكواشي والمغرب وقد حصل لنا السماع عن بعض مشايخنا بالكسر وهو ظاهر وعن بعضهم على تقدير حذف الصلة وهو يجوز اذا كان معلوما والموسوس هو الشيطان الذي يقال له الولهان والتقدير بالثلاث اعتبارا بنجاسة غير المرئية وبالسبع لحديث ولوغ الكلب قال وفي بعض النسخ الا بالمائع اي في بعض نسخ القدوري قال وهذا يحتمل اختلاف الروايتين يعني ان قوله الا الماء يدل على ان ازالته يجوز بالماء وبسائر المائعات التي يمكن بها ازالة النجس قال على ما مر اي في اول باب الانجاس قال وهذا لان المسح غير مزيل وهذا الذي قلنا من اشتراط المائع اذا جاوزت النجاسة مخرجها لان المسح غير مزيل الا انه حصل به الاكتفاء في موضع الاستنجاء بالضرورة فتتقدر بقدرها فلا يتعدى من موضع الاستنجاء الى غيره فلا يجوز الا المائع او الماء قال اعتبارا لسائر المواضع يعني ان في سائر المواضع قدر الدرهم عفو فاذا زاد عليه يكون مانعا فكذا في موضع الاستنجاء ينبغي ان يكون قدر الدرهم عفوا وما زاد عليه مانعا قال لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك اي عن الاستنجاء بالعظم والروث قال عليه الصلاة والسلام من استنجى بروث او رمة فقد برئ مما انزل على محمد • وروى الترمذي في جامعه مسندا الى عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تستنجوا بالروث ولا بالعظام فانه زاد اخوانكم من الجن ولو ارتكب النهي واستنجى بهما فعل يجزيه • قال في شرح الاقطع عندنا يجزيه وعند الشافعي لا يجزيه لنا ان المقصود من الاستنجاء هو التنقية وقد حصلت وانما ورد النهي لتعلق حق الغير كما بين عليه الصلاة والسلام بقوله العظم زاد اخوانكم من الجن والروث علف دوابهم وتعلق حق الغير لا يمنع التنقية كالاستنجاء بثوب غيره • لا يقال سلمنا ان التنقية تحصل بالعظم ولكن لا نسلم انها تحصل بالروث وهو نجس لانا نقول الروث يخفف نجاسته ولا يطلقها عنها لان الروث يابس ولا نداوة فيه قال لانه اضاعة اي لان الاستنجاء بالطعام اضاعة المال وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن اضاعة المال • قال اصحابنا لا يجوز استقبال القبلة عند الحاجة في البيوت والصحاري وفي الاستدبار روايتان خلافا للشافعي في الابنية لنا حديث ابي ايوب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اتيتم الغائط فعظموا قبلة الله تعالى لا تستقبلوها ولا تستدبروها ولكن شرقوا او غربوا • وقال في شرح الطحاوي لا يستنجي بعلف الحيوان مثل الحشيش وغيره والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الصلاة

لما فرغ عن الطهارات شرع في الصلاة لانها المقصودة وقدم الاوقات لانها الاسباب وهي مقدمة على الاسباب • اعلم ان الموجب للاحكام هو الله تعالى كما ان الموجد هو وحده لا شريك له الا ان الاوقات جعلها الله تعالى اسبابا للوجوب تيسيرا على العباد لان ايجاب الله تعالى غيب عنا لا نطلع عليه فجعل الاوقات امارات على ذلك الايجاب فالموجب اذن في الحقيقة هو الله تعالى الا ان الاوقات لما كانت معرفة للوجوب اضيفت الاحكام اليها فسميت اسبابا ثم الوقت سبب لنفس الوجوب اما سبب وجوب الاداء فهو الخطاب وفرق ما بينهما ان الوجوب عبارة عن شغل الذمة ووجوب الاداء عبارة عن طلب تفريغ الذمة وتمام البيان مر في شرح الاصول • اعلم ان الصلاة في اللغة بمعنى الدعاء ومنه قوله عليه الصلاة والسلام اذا دعي احدكم الى طعام فليجب فان كان مفطرا فليأكل وان كان صائما فليصل اي فليدع لهم بالخير والبركة ومنه قول الاعشى

وصهباء طاف يهوديها • وابرزها وعليها ختم • وقابلها الريح في دنها • وصلى على دنها وارتسم •

يصف الخمر ويقول دعا لها بالسلامة والبركة وفي الشريعة عبارة عن الافعال المعلومة نحو القيام والركوع والسجود وسمي فاعله مصليا كالمزكي من زكى • قال المطرزي واشتقاقها من الصلا وهو العظم الذي عليه الاليتان لان المصلي يحرك صلويه في الركوع والسجود وقيل للثاني من خيل السباق المصلي لان رأسه يلي صلوي السابق • ثم اعلم ان المأمور به نوعان مطلق عن الوقت ومقيد به فالمطلق مثل الامر بالزكاة والعشر وصدقة الفطر وقضاء رمضان والمقيد مثل الامر بالصلاة وصوم رمضان والحج وقد مر تفصيل ذلك كل واحد في شرح الاصول ثم الدليل على ان الصلاة مقيد بالوقت • قوله تعالى ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا اي فرضا موقتا يعني محدودا بالاوقات لا يجوز اخراجها عن اوقاتها لكن الاوقات مجملة بينها الرسول عليه الصلاة والسلام بقوله وفعله • وقوله تعالى اقم الصلاة لدلوك الشمس الى غسق الليل وقران الفجر ودلوك الشمس غروبها وقيل زوالها وغسق الليل ظلمته هو وقت صلاة العشاء وقران الفجر اي صلاة الفجر وسميت الصلاة قرآنا لان القرآن ركن في الصلاة كما سميت الصلاة ركوعا وسجودا • كما في قوله تعالى واسجدي واركعي • قال صاحب الكشاف وان كان الدلوك الزوال فالاية جامعة للصلوات الخمس • وان كان الغروب فقد خرجت منها الظهر والعصر وقوله تعالى واقم الصلاة طرفي النهار اي غدوة وعشية فصلاة الغدوة الفجر وصلاة العشية الظهر والعصر لان ما بعد الزوال عشي وزلفا من الليل وساعات من الليل وهي ساعاته القريبة من اخر النهار من ازلفه اذا قربه وصلاة الزلف المغرب والعشاء • ثم اعلم انه انما بدأ بوقت صلاة الفجر لانه وقت مجمع عليه لا اختلاف في اوله ولا في اخره وبجواز ان يقال وقت الفجر اول النهار فناسب ذكره اولا

وانما بدا محمد اصل الجامع الصغير بصلاة الظهر لانها اول صلاة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم وعلى امته وللناس فيما يشتغلون به
قال اذا طلع الفجر الثاني اعلم ان الفجر فجران فجر كاذب وهو المستطيل الذي يبدو كذنب السرحان ثم يعقبه الظلام ولهذا
يسمى كاذبا وحكمه انه لا يحرم شيئا على الصائم ولا يحل الصلاة وفجر صادق وهو المستطير في الافق الذي يبدو وانتشر ضوءه في الافق ولا
يعقبه الظلام وحكمه انه يحرم على الصائم المفطرات الثلاث ويحل الصلاة • روي عن ابي هريرة انه صلى الله عليه وسلم قال ان للصلاة اولا
واخرا وان اول وقت الفجر حين يطلع الفجر وان اخر وقتها حين تطلع الشمس قال منها في اليوم الاول في صلاة الفجر [illegible]
وقت لكن ولامثلة ينبغي ان لا يكون الاول والاخر وقتا لانا نقول علم بفعل جبريل عليه السلام ان الاول والاخر وقت فاحتيج الى بيان ما بينهما
فبينه عليه الصلاة والسلام بقوله او نقول فعله لبيان الجواز وقوله لبيان الاستحباب لان في رعاية الاول تضررا او في الاخر خشية الفوت
فصار ما بينهما مستحبا قال واخر وقتها عند ابي حنيفة اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى في الزوال • اعلم ان الروايات اختلفت عن ابي حنيفة
في اخر وقت الظهر روى محمد عنه اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى في الزوال يخرج وقت الظهر ويدخل وقت العصر وبه اخذ ابو حنيفة وروى الحسن
ابن زياد عنه اذا صار ظل كل شيء مثله سوى في الزوال يخرج وقت الظهر ويدخل وقت العصر وبه اخذ محمد وابو يوسف وزفر والشافعي • وروى
اسد ابن عمرو عنه اذا صار ظل كل شيء مثله يكون بين وقت الظهر والعصر وقت مهمل كما بين الظهر والفجر كذا في التحفة وهذا معنى ما ذكر في
شرح الاقطع عن المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة اذا صار الظل اقل من قامتين خرج وقت الظهر ولم يدخل وقت العصر فاذا صار الظل قامتين
دخل وقت العصر • قال ابو الحسن الكرخي وهي اعجب الروايات لموافقتها لظاهر الاخبار ووجهها ان جبريل عليه الصلاة والسلام صلى
بالنبي صلى الله عليه وسلم في اليوم الثاني حين صار ظل كل شيء مثله ذكره في السنن والجامع الترمذي ومعلوم ان فعل الصلاة ليستغرق
ما بين المثل والمثلين فدل على ان اخر وقت الظهر قبل المثلين وفعل النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك الوقت كان بيانا لاخر الوقت ولابي حنيفة
حديث سليمان ابن بريدة عن ابيه ان رجلا سال النبي صلى الله عليه وسلم عن مواقيت الصلاة فقال اجعل صلاتك معنا في هذين اليومين فامر
بلالا فاذن في اليوم الاول واقام الظهر حين زالت الشمس ثم امره فاقام العصر والشمس بيضاء مرتفعة ثم امره في اليوم الثاني فابرد
بالظهر وانعم بالابراد وهذا لا يتاتى الا بعد المثل وحديث البخاري مسندا الى ابي سعيد • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ابردوا
بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم وفيء الزوال هو الظل الذي يكون للاشياء وقت الزوال وطريق معرفته ان تغرز خشبة مستوية في ارض
مستوية قبل الزوال وتجعل لمبلغ الظل علامة فاذا قصر الظل لم تزل الزوال وان طال فقد زالت وان لم يقصر ولم يطل فهو الفيء في الزوال
وهو الظل الاصلي وعن ابي حنيفة ينظر الى قرص الشمس ما دام في كبد السماء فانها لم تزل وان انحط يسيرا فقد زالت • قال المطرزي ابرد دخل
في البرد كاصبح اذا دخل في الصباح ومنه ابردوا بالظهر والباء للتعدية والمعنى ادخلوا صلاة الظهر في البرد اي صلوها اذا انكسرت شدة الحر
حتى تبرد وفيح جهنم شدة حرها قال في اليوم الاول في هذا الوقت اي اذا صار ظل كل شيء مثله قال واذا
تعارضت الاثار لا ينقضي الوقت بالشك • بيانه ان امامة جبريل عليه السلام في صلاة العصر في اليوم الاول فيما اذا صار ظل كل
شيء مثله دلت على خروج وقت الظهر وحديث الابراد بالظهر دل على عدم خروج وقت الظهر لان شدة الحر في ذلك الوقت فاذا ثبت
التعارض قلنا ان وقت الظهر كان ثابتا بيقين فلا يخرج الا بيقين قال على القولين وذلك لما روي في حديث ابي هريرة واخر وقت
الظهر حين يدخل وقت العصر كذا في شرح ابي نصر واراد بالقولين قول ابي حنيفة في الرواية المشهورة عنه وقول ابي يوسف ومحمد • بيانه ان
اول وقت العصر عند ابي حنيفة اذا خرج وقت الظهر بان يكون ظل كل شيء مثليه سوى الظل الاصلي وعندهما اول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر
بان يكون ظل كل شيء مثله سوى الظل الاصلي يعني قوله على القولين على اعتبار القولين في خروج وقت الظهر كما قلنا وانما قيدنا قول ابي حنيفة
بالرواية المشهورة عنه احترازا عن رواية اسد عنه حيث يخرج الظهر ولا يدخل العصر فلا يكون اول العصر اذا خرج الظهر على تلك الرواية
قال مقدار ما يصلى فيها ثلاث ركعات وهذا القدر ليس بكاف عند الشافعي بدليل ما ذكره صاحب التحفة بقوله قال الشافعي
اذا مضى من الوقت ما يتطهر الانسان ويؤذن ويقيم ويصلي المغرب ثلاث ركعات يخرج وقت المغرب حتى اذا صلى المغرب بعد ذلك يكون قضاء
قال الغزالي في وقت المغرب قولان احدهما يمتد الى غروب الشفق واليه ذهب احمد ابن حنبل • والثاني انه اذا مضى بعد الغروب وقت
وضوء واذان واقامة وقدر خمس ركعات فقد انقضى الوقت كذا في الوسيط قال امر في اليومين في وقت واحد ولو كان وقت
المغرب ممتدا الى غروب الشفق لم يؤم جبريل عليه السلام في وقت واحد لانه كان يعلم اول الوقت واخره ولنا حديث ابي هريرة اول وقت المغرب
حين تغرب الشمس واخره حين يغيب الافق • وامامة جبريل عليه السلام انما كانت كذلك احترازا عن الوقوع في الوقت المكروه لان تاخير
المغرب الى اخر الوقت مكروه فسقط التعلق بامامة جبريل في وقت واحد قال وما رواه كان للتحرز اي الذي رواه الشافعي من امامة
جبريل عليه السلام قال ثم الشفق هو البياض الذي في الافق بعد الحمرة عند ابي حنيفة وهو قول ابي بكر وعمر ومعاذ وانس وابن الزبير
وروى اسد ابن عمرو عن ابي حنيفة انه الحمرة وهو قول ابن عمر وشداد ابن اوس وعبادة ابن الصامت وبه قال ابو يوسف ومحمد والشافعي
لهم ان الشفق هو الحمرة في العرف ولابي حنيفة اقم الصلاة لدلوك الشمس الى غسق الليل اي لغروب الشمس الى اجتماع ظلمة الليل والمراد به [illegible]
صلاة العشاء بالنقل عن ائمة التفسير وذا لا يكون الا بعد البياض • ويدل عليه حديث ابي هريرة ان النبي عليه الصلاة والسلام قال
واخر وقت المغرب اذا اسود الافق ولا يحصل اسوداده الا بعد زوال البياض ولان الشفق ماخوذ من الشفقة رقة القلب [illegible]
الشمس والبياض ارق ضوءا من الحمرة فصار الاسم له اولى ولان وقت المغرب كان متيقنا فلا يزول بالشك وقوله او نقول لما ادق وقولهم انه
هو الحمرة في العرف فلا نسلم لان العرف مشترك فلا يصلح مقيدا • وقد روي عن ثعلب انه البياض • قال ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي
وقد حكى لنا ابو عمر وغلام ثعلب عن ثعلب انه سئل عن الشفق ما هو قال البياض فقال السائل الشواهد على الحمرة اكثر فقال ثعلب انما يحتاج الى الشواهد

ما خفي واما البياض فهو اشهر في لغة العرب من ان يحتاج الى شاهد قال وما رواه موقوف على ابن عمر اي ما رواه الشافعي موقوف
على ابن عمر • وانما قال المصنف وما رواه ولم يقل وما روياه بصيغة الجمع وان كان ابو يوسف ومحمد ايضا يرويان هذا الحديث لانه انما الحجة
على الشافعي لان المرسل عنده ليس بحجة فكيف يحتج بما ليس بحجة على الخصم بخلاف ابي يوسف ومحمد فانهما يقولان بحجة المرسل والمسند جميعا
فاذن كونه موقوفا على الصحابي لا يكون قادحا عندهما وايضا قول الصحابي محمول على السماع عندنا وعند الشافعي لا يقلد احد منهم
اصلا فانه قد نقل عنه الشارحون قال ذكر مالك في الموطا اي ذكره مالك ابن انس في كتابه الذي سماه الموطا قيل هو
اول كتاب في الاسلام بعد كتاب الله تعالى ولم يسمع وفي هذا النقل عن الموطا نظر لان مالكا لم يذكر فيه هذا الحديث • بل قال
مالك الشفق هو الحمرة التي في المغرب فاذا ذهبت الحمرة خرج وقت المغرب قال وفيه اختلاف الصحابة اي وفي الشفق اختلاف بينهم
كما ذكرنا انفا قال واول وقت العشاء حين غاب الشفق وهذا لان جبريل عليه السلام ام النبي صلى الله عليه وسلم في صلاة العشاء
في اليوم الاول حين غاب الشفق ثم الشفق اذا غاب خرج وقت المغرب ويدخل وقت العشاء بالاتفاق لكن عندهما بزوال الحمرة وعنده
بزوال البياض كما مر قال وهو حجة على الشافعي في تقديره بذهاب ثلث الليل يعني هذا الحديث حجة على الشافعي في تقديره اخر
وقت العشاء حين يمضي نصف الليل للشافعي امامة جبريل في اليوم الثاني في ثلث الليل ولنا حديث ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه
وسلم قال واخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وما رواه يحمل على الاستحباب فيحمل عليه توفيقا بين الحديثين • ولان ما نقل [illegible] السلف فيه
كانوا يؤخرونها حتى يجب عليه صلاة العشاء فكان ما قبل الفجر صلح وقتا لها فيكون وقتا لغيرهما قال واول وقت الوتر بعد العشاء
فتواه عند ابي يوسف ومحمد وعند محمد وقته وقت العشاء لان الوتر عنده واجب والوقت اذا جمع صلاتين واجبتين يكون وقتا لهما جميعا
وان امر بتقديم احداهما كالفائتة والوقتية وانما الاخير تقديم الوتر على العشاء عند التذكر بناء على الترتيب الماثور في الحديث وهو
قوله عليه الصلاة والسلام ان الله زادكم صلاة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر اما اذا لم يتذكر بان
صلى العشاء بوضوء ثم صلى الوتر ثم علم ان العشاء كان بغير وضوء يعيد العشاء ولا يعيد الوتر عند ابي حنيفة وعندهما
يعيد الوتر بعد اعادة العشاء قال ويستحب الاسفار بالفجر لما فرغ عن ذكر اصل اوقات الصلوات شرع في الاوقات
المستحبة لان الاستحباب صفة زائدة على اصل الوقت فناسب ذكر الموصوف مقدما على الصفة • قال المطرزي اسفر الصبح اضاء
ومنه اسفر بالصلاة اذا صلاها بالاسفار والباء للتعدية • اعلم ان الاسفار بالفجر عندنا مستحب في السفر والحضر في الصيف والشتاء
الا يوم مزدلفة فان التغليس بها افضل وانما لم يذكره المصنف اعتمادا لما يجيء ذكره في كتاب الحج وفي ظاهر الرواية عن اصحابنا يبدا
بالاسفار ويختم به وكان الطحاوي يقول يبدا بالتغليس ويختم بالاسفار وهذا عندنا وعند الشافعي التعجيل في كل صلاة افضل قيل فيما
ان يكون الاداء في الصف الاول من اول الوقت لقوله تعالى وسارعوا الى مغفرة وفي التعجيل مسارعة • ولقوله عليه الصلاة والسلام
اول الوقت رضوان الله واخر الوقت عفو الله • ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر • وقوله عليه الصلاة
والسلام ابردوا بالظهر ولان فيما قلنا تكثير الجماعة فيكون اولى والمسارعة الى المغفرة تحصل بالتهيؤ بان يتوضا ويحضر المسجد وقوله عفو
الله اي فضل الله كما في قوله تعالى يسالونك ماذا ينفقون قل العفو اي الفضل • فان قلت جاء في حديث عائشة ان النساء كن ينصرفن
عن صلاة الفجر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وما يعرفن من الغلس قلت يجوز ان يكون ذلك قبل امر النساء بالقرار في البيوت ثم نسخ ويجوز ان
يكون ذلك في بعض الغزوات لمصلحة ستر النساء وانما اولنا هكذا توفيقا بين الحديثين • فان قلت روي عنه انه عليه الصلاة والسلام
افضل الاعمال الصلاة لاول وقتها فيكون التعجيل اولى قلنا المشهور الصلاة لوقتها • وقد روى الترمذي مسندا الى ابي عمرو الشيباني ان
رجلا قال لابن مسعود اي العمل افضل قال سالت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الصلاة على مواقيتها • قال الترمذي هذا حديث
حسن صحيح ولو ثبت زيادة الاول فنقول ذاك يحتمل الاول وقت الاستحباب والاول وقت الوجوب فلا يكون فيه دليل قاطع ثم حد الاسفار
ان يبدا بالصلاة بعد انتشار البياض بقراءة مسنونة فاذا ظهر له اعادة الوضوء بعد الصلاة يمكنه ان يتوضا ويصلي الفجر قبل الطلوع كذا
قال لما روينا وهو قوله اسفروا بالفجر قال وما يرويه وهو قوله وان كان في الصيف ابردها • وقوله عليه الصلاة
والسلام لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل او نصفه رواه ابو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم في الترمذي قال
لما روينا وهو ما ذكره قبل هذا الفصل من قوله عليه الصلاة والسلام ابردوا بالظهر قال لكراهة التنفل بعده اي لكراهة النوافل
بعد العصر قال وهو ان تصير بحال لا تحار فيه الاعين اي تغير القرص ان يصير بحال لا تحار الاعين بالنظر اليه لذهاب ضوئه
قال وهو الصحيح وهو قول الشعبي كذا في المبسوط احترازا عما قيل ان التغير لا يحصل الا ان تبقى الشمس للغروب قدر رمح او رمحين ويحصل اذا كان
اقل منه واحترازا عما قيل ايضا يوضع طست ماء في الصحراء فان كان القرص يبدو فيه للناظر تغيرت والا فلا • اعلم ان تاخير العصر
الى ان تتغير الشمس مكروه لما روى انس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الا اخبركم بصلاة المنافقين يؤخر احدكم العصر حتى اذا كانت
الشمس بين قرني شيطان قام فنقرها كنقرات الديك لا يذكر الله فيها الا قليلا قال والتاخير اليه مكروه اي التاخير
الى تغير القرص مكروه وانما قيد به لانه اذا شرع في العصر قبل تغير القرص ثم مدها الى ذلك الوقت لا يكره لانه لا احتراز عن الكراهة مع
الاقبال على الصلاة • قال ويستحب تعجيل المغرب لان تاخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود • فان قلت
لا نسلم ثبوت الاستحباب من نفي الكراهة قلت لانه انما انتفى احد النقيضين يتحقق وجود الاخر وهنا بالتعجيل اذا انتفت الكراهة ثبت
الاستحباب ضرورة والمكروه ماخوذ من الكراهة التي هي ضد المحبة قال تعالى وعسى ان تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى ان تحبوا شيئا وهو شر
لكم فيكون المكروه خلاف المندوب والمحبوب • فان قلت هذا اسلم لكن لم لم يلزم مثل هذا في صلاة العشاء الا ترى ان تاخيرها الى النصف

الاخير مكروه فاذا انتفى التاخير اليه لا يلزم الاستحباب جزما لان التاخير الى نصف الليل مباح • قلت انما يلزم الاستحباب للمورد
تقليل الجماعة وتعليلها مكروه وكان ينبغي ان يكون مكروها الا انه لما عارضه دليل الندب والاستحباب وهو انقطاع السمر بعده
قلنا بالاباحة • فان قلت كيف قدم صاحب الهداية الدليل العقلي على النقلي وكان حقه ان يعكس قلت وقع في خاطري بالالهام الرباني
ان صاحب الهداية انما اخر الحديث عن الدليل العقلي وذكره متصلا بمسئلة مسئلة تاخير العشاء لان الحديث فيه تاخير استحباب تاخير
العشاء ايضا فكره ان يفصل بين الحديث وبين مسئلة تاخير العشاء • فان قلت كيف يدل على الاستحباب • قوله عليه الصلاة والسلام لا تزال
لا تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء قلت لانه اثبات المستحب عبارة عما في فعله ثواب والخير المذكور انما المراد به خير الدنيا او
خير الاخرة والاول منتف بالاجماع فتعين الثاني وخير الاخرة هو الثواب فيكون تعجيل المغرب وتاخير العشاء مستحبا • فان قلت ذكر شمس
الائمة السرخسي في المبسوط • وقال كان عيسى بن ابان يقول الاولى تعجيل المغرب للاثار ولكن لا يكره التاخير مطلقا الا ترى انه بعذر المرض والسفر
يؤخر المغرب ليجمع بينها وبين العشاء فلو كان المذهب كراهة التاخير لما ابيح بعذر كما لا يباح تاخير العصر الى ان تتغير الشمس واستدل بما قرا رسول الله صلى
الله عليه وسلم سورة الاعراف في صلاة المغرب ليلة ولم يجب شمس الائمة عنه فما جوابه قلت جوابه ان تعجيل المغرب لما كان مستحبا للاثار كان تاخيرها
مكروها مطلقا لانهما نقيضان كما قلنا وعذر المرض والسفر عارض فلا يقدح في القواعد ولا نسلم ان تاخير العصر لا يباح بعذر الى ان تتغير الشمس الا
ترى ان علماءنا اوردوا في كتبهم انه يستحب لعادم الماء ان يؤخر الصلاة الى اخر الوقت اذا رجا وجدان الماء فالاستحباب فوق الاباحة واستدلاله
بقراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم سورة الاعراف لا يصح لان المدة من اول الوقت الى اخره معفو عنه والتاخير الى الوقت المكروه مكروه بان يشرع
في الصلاة في الوقت المكروه ورسول الله صلى الله عليه وسلم لم يشرع في الوقت المكروه بل مد الصلاة الى تلك الغاية ولا بين كلامنا في المد قال
وتاخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل لقوله عليه الصلاة والسلام لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل • فان قلت ما الفرق بين حديث
السواك وبين الحديث وقال الثاني السنة وهذا الاستحباب • قلت في حديث السواك لما انتفى الامر لمانع المشقة وكان مقتضاه الوجوب ثبت ما
دون الوجوب وهو السنة بخلاف ما نحن فيه لان المنفي لمانع هو التاخير ونفس التاخير لم يكن يدل على الوجوب بل يدل على الندب والاستحباب وايضا
في السواك وجدت المواظبة وهنا لا قال ولانه يقطع السمر المنهي عنه بعده اي في تاخير العشاء الى ثلث الليل قطع السمر المنهي بعد العشاء وهذا
ما روي عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا سمر بعد العشاء • وروى البخاري وغيره مسندا الى ابي برزة الاسلمي قال كان النبي صلى الله عليه
وسلم يكره النوم قبل العشاء والحديث بعدها قال وقيل في الصيف يعجل كيلا تتقلل الجماعة قال بعض الشارحين كان من حق هذا القول ان يؤخر
عن المقاسم اجمع من قوله وتاخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل • وقوله والتاخير الى نصف الليل وقوله والى النصف الاخير مكروه او يقدمه على المقاسم
اجمع اقول ليس كما قال الشارح بل كلام المصنف وقع موقعه واصاب محزه لانه لو اخره عن جميع المقاسم لتوهم ان المراد من هذا التعجيل هو التاخير الى
ما قبل ثلث الليل لانه تعجيل ايضا بالنسبة الى نصف الليل والى النصف الاخير • فلما ذكر هذا القول بعد ذكر ثلث الليل لم يتوهم منه الا التعجيل في اول
الوقت اما التقديم فلا يتمشى له الا ان المصنف انما قال بلفظ قيل في الصيف وانما يستعمل لفظ قيل اذا سبق قبله قول اخر يعني ان تاخير العشاء الى ما قبل
ثلث الليل مستحب في الصيف والشتاء وقيل في الصيف يعجل قال والتاخير الى نصف الليل مباح الى اخره • بيانه هذا الذي في
التاخير الى نصف الليل يلزم تقليل الجماعة وتعليلها دليل الكراهة وكان ينبغي ان يكون التاخير الى هذه الغاية مكروها الا انه حصل في هذا
التاخير قطع السمر المنهي املاء ورانا لانه وقت غلبة النوم وقطع السمر دليل الاستحباب فتعارض الدليلان فتساقطا فبقي امكان العمل بهما وعدم
امكان الترجيح فثبت الاباحة • قال في الجامع الترمذي اختلف اهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم في السمر بعد العشاء الاخرة
فكره قوم منهم السمر بعد العشاء ورخص بعضهم اذا كان في معنى العلم وما لا بد منه من الحوائج واكثر الحديث على الرخصة • وقد روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال لا سمر الا لمصل او مسافر الى هنا لفظ الترمذي قال وهو قطع السمر بواحد اراد به نفي السمر عن نفسه واحد بالنية في نفي السمر
على وجه العموم لان السمر اذا كان منفيا عن واحد كان منفيا عن الجميع لان النكرة اذا وقعت في موضع النفي عمت لا يقال ذكر ابا ما في شرح الاصول لكن
على هذا التقرير لو قيل عن واحد لكان اولى وفي بعض النسخ بواحدة بتاء التانيث وتلك الرواية ان صحت فهي الاولى بل الاولى على ارادة
مرة واحدة بحذف الموصوف لكن سماعنا بغيرها … عند الثقات … تاء التانيث ويجوز ان يعتمد في رواية التذكير بطور واحد
لان الطور يعني المرة الا انه قليل الاستعمال والسمر حديث الليل ويجوز ان يقدر بقطع واحد يئول معناه الى مرة واحدة قال وقد انقطع
السمر قبله اي قبل النصف الاخير يعني ان الاباحة في اخر النصف الاول لما ثبت لمعارضة دليل الندب دليل الكراهة وهنا في اخر النصف الاخير لم يوجد
دليل الندب اصلا لانقطاع السمر من قبل فلم تثبت الاباحة فثبتت الكراهة لبقاء دليلها سالما عن المعارض قال ويستحب في الوتر
لمن يالف صلاة الليل وسماعي عن بعض مشايخي برفع الراء على انه مجهول يفعول اقيم مقام الفاعل واسند اليه قوله يستحب وعن بعضهم بالنصب
على انه ظرف تقديره ان يؤخر اخر الليل وعندي الاول هو الاولى لانه في التاخير يحتاج الى التاويل والاصل عدم التاويل قال حتى
لقوله عليه الصلاة والسلام من خاف ان لا يقوم اخر الليل فليوتر اوله • وروى الترمذي باسناده الى جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم
من خاف ان لا يستيقظ من اخر الليل فليوتر من اوله ومن طمع منكم ان يقوم من اخر الليل فليوتر من اخر الليل فان قراءة القران من اخر الليل محضورة
وهي افضل واذا كان لا يوثق بالانتباه اوتر قبل النوم • قوله هذا الذي قلنا من بيان الاستحباب فيما اذا كانت السماء صحية اما اذا كانت متغيمة فالضابط
… مع الغين اعني ان كل صلاة في اول اسمها عين كالعصر والعشاء تعجل وان لم يكن يؤخر وانما تعجل العصر احترازا عن الوقوع في الوقت المكروه والعشاء
احترازا عن تقليل الجماعة والصلوات الباقية تؤخر … مع ان في تعجيل الفجر احتمال الاداء قبل الوقت وفي تعجيل الظهر كذلك وفي المغرب وفي
رواية الحسن عن ابي حنيفة التاخير افضل في جميع الصلوات يوم الغيم وهو اقرب الى الاحتياط لجواز الاداء بعد الوقت وعدم جوازه قبله

فصل

في الاوقات التي تكره فيها الصلاة • لما فرغ عن بيان الاوقات المستحبة شرع في بيان الاوقات
المكروهة لانا قد بينا قال لا تجوز الصلاة • فان قلت سوق الفصل لبيان كراهة الصلاة لا لبيان عدم الجواز فكيف قال
لا تجوز الصلاة قلت انما قاله لان المكروه اعم من ان يكون جائزا وغير جائز لتناوله اياهما لان غير الجائز مكروه ايضا لان المكروه لغة ضد المستحب
فان قلت ما المراد من قوله لا تجوز الصلاة جنس الصلاة ام نوع مخصوص قلت المراد منها نوع مخصوص وهو الفرض حتى لو صلى النوافل
في الاوقات المكروهة تجوز لانه ادى كما وجب لان النافلة تجب بالشروع وشروعه حصل في الوقت المكروه • ولهذا قال الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي ولو صلى التطوع في هذه الاوقات الثلاث فانه يجوز ويكره • وقال الكرخي يجوز واحب ان يقطع • ثم قال الامام
الاسبيجابي والافضل له ان يقطع ويقضيه في الوقت المباح • فان قلت من اين يعلم من لفظ الهداية وهو مطلق ان المراد من الصلاة الفرض
لا جنس الصلاة • قلت من قاعدة ممهدة وهي ان المطلق ينصرف الى الكامل ولا شك ان الفرض اكمل من النفل • فان قلت ما الفقه في عدم جواز
الفرائض وجواز النوافل مع الكراهة • قلت الفقه ان الصلاة مشروعة بما قلنا لوجود اركانها ولا عيب في اسمائها …
والاوقات ايضا صحيحة بما قلنا لانها من حيث انها اوقات كسائر الاوقات … منسوبة الى الشيطان فصارت الصلاة ناقصة
فلم يسقط بها الكامل وهو الفرض بخلاف النفل فلانه جاز لانه تادى كما شرع مع الكراهة لورود النهي وقد مر بيانه في البيان
قال تضيف اي تميل قال والمراد بقوله … صلاة الجنازة لان الدفن غير مكروه وارادة الصلاة من القبر كناية لانه ذكر
الرديف واراد المردوف وحديث ابو داود في كتاب الجنائز من السنن مسندا الى عقبة قال ثلاث ساعات كان رسول الله صلى
الله عليه وسلم ينهانا ان نصلي فيهن او ان نقبر فيهن موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل
وحين تضيف الشمس للغروب حتى تغرب قال والحديث باطلاقه حجة على الشافعي في تخصيص الفرائض ومكة … وفي بعض النسخ وبمكة
بالباء والصحيح ان يروى بمكة بلا باء بيانه ان الشافعي خصص الفرائض من جميع الصلاة ويقول ان النهي ورد في حق النفل لا في حق
الفرض بدليل قوله عليه الصلاة والسلام من نام عن صلاة او نسيها فليصلها اذا ذكرها فان ذلك وقتها فعلم ان الفرض ليس
بمنهي عنه حتى يجوز الفرائض في الاوقات المكروهة بلا كراهة في جميع البلدان • اما النوافل فانها تكره في هذه الاوقات الا بمكة
فان مكة مخصوصة من سائر البلدان • لما روى ابو ذر النهي عن الصلاة في هذه الاوقات مقرونا بقوله الا بمكة فادل يجوز الفرض
في جميع البلدان في مكة وغيرها لان الفرائض خصت من جميع الصلاة وتجوز النوافل بمكة خاصة لان مكة خصت من جميع البلدان فلذا
المتون لا يستقيم الا على رواية بمكة بدون الباء فانهم تركوا حديث عقبة وهو قوله ثلاث اوقات الى اخره حجة على الشافعي من حيث
ان ما رواه الشافعي وهو قوله عليه الصلاة والسلام من نام عن صلاة الى اخره عام وحديث عقبة صار مخصصا له ان قيل الحديث
الذي رواه الشافعي لبيان وجوب القضاء وحديثنا لبيان تفضيل الاوقات وكل واحد منهما حجة في بابه كما ان قضاء رمضان لا يجوز
في ايام الاوقات المكروهة لنهيه عليه الصلاة والسلام وان كان اطلاق قوله تعالى فعدة من ايام اخر يشملها ايضا وحديث ابي ذر
غريب لا يجوز زيادته على المشهور • ثم اعلم ان عند الشافعي يكره النفل في الاوقات المكروهة في غير مكة اذا لم يكن له سبب بل كان نفلا
مبتدا اما اذا كان له سبب كركعتي سنة الفجر والطواف والتحية فلا يكره في هذه الاوقات المكروهة في غير مكة اذا لم يكن له سبب بل كان
نفلا مبتدا اما اذا كان له سبب كركعتي سنة الفجر والطواف والتحية فلا يكره في هذه الاوقات لما روي عن قيس انه صلى بعد الفجر ركعتين
فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما هذا فقال … ركعتا الفجر لم اركعهما فسكت النبي صلى الله عليه وسلم ولنا حديث عقبة وما روي عن ابي
سعيد انه قال لا صلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس • ولا نسلم ان السكوت كان دليل التقرير قال
ولا صلاة جنازة لما روينا وهو قوله وان نقبر فيها موتانا قال لانها في معنى الصلاة اي لان سجدة التلاوة في معنى الصلاة من حيث
انها يشترط لها ما يشترط للصلاة من الطهارة وستر العورة واستقبال الكعبة قال الا عصر يومه استثناء من قوله في اول الفصل
ولا عند غروبها اي لا تجوز الصلاة عند غروب الشمس الا عصر يومه لادائه كما وجب وقد وجب ناقصا لان المسبب يثبت بحسب
السبب فان كان السبب ناقصا فناقص وان كاملا فكامل بيانه ان سبب الوجوب الوقت ثم هو لا يخلو اما ان يكون كل الوقت او اجزاء الوقت فلا يجوز
ان يكون كل الوقت لانه ح يلزم تقديم المسبب على السبب على تقدير الاداء في اخر الوقت وفي الوسط وكلا الشاذين فاسد … فتعين
الجزء ثم الاجزاء التي بعضها اولى من البعض فلو عين الجزء الاول للسببية لزم ان يكون المؤدي في اخر الوقت قاضيا وهو خلاف الاجماع فقلنا
السبب هو الجزء المتصل بالاداء ان اتصل بالاداء والا تنتقل السببية الى اخر جزء من اجزاء الوقت وهو مقدار ما يسع فيه التحريمة فلما كان
السبب هو الجزء الاخير من الوقت وهو ناقص في العصر جاز اداؤه كما وجب بخلاف العصر الفائت حيث لا يجوز قضاؤه في هذا الوقت
لان النقصان في الصلاة كان باعتبار وقوعها في الوقت المكروه فاذا لم يقع فيه بان فاتت بقيت واجبة على الكمال خالية عن
الفساد فلم يجز قضاؤها فيه وما قيل ان الوجوب يضاف الى كل الوقت على تقدير الفوات ففيه نظر نذكره في شرح اصول البزدوي
واراد بالجزء القائم من الوقت الجزء الباقي من اجزاء الوقت قال واذا كان كذلك اي واذا كان السبب هو الجزء القائم من الوقت
فقد اداها اي ادى صلاة العصر كما وجبت بخلاف غيرها من الصلوات اي بخلاف غير صلاة العصر اليومي من الصلاة اذا فاتت
لا يجوز اداؤها في اخر جزء من العصر لان الكامل لا يتادى بالناقص قال لما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك
وهو ما روينا قبل هذا من حديث ابي سعيد • وروى عن ابن عباس انه قال حدثني رجال مرضيون فيهم عمر وارضاهم عندي عمر ان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس وعن الصلاة بعد العصر حتى تغرب ولانه نفل يكره كما يكره ما لا سبب له
قال ولا باس بان يصلي في هذين الوقتين الفوائت واراد بالوقتين ما بعد صلاة الفجر قبل طلوع الشمس وما بعد صلاة العصر قبل غروب
الشمس ثم مرادنا بما قبل غروب الشمس غير حالة احمرار الشمس لان في تلك الحالة لا يجوز الفوائت ايضا والفرق بين هذين الوقتين حيث جازت الفوائت

بينها وبين الأوقات الثلاثة المكروهة حيث لم تجز الفوائت فيها أن الكراهة في الوقتين لا لمعنى في الوقت بل ليصير الوقت كالمشغول بالفرض فلم يجز النفل فيهما لأن الشغل التقديري بالفرض أولى من الشغل التحقيقي بالنفل بخلاف الفرض فإنه يجوز لأن الشغل التحقيقي بالفرض أولى من الشغل التقديري بالفرض أما أن الكراهة في الأوقات الثلاثة فلمعنى في الوقت وهو كونها منسوبة إلى الشيطان فلم يجز القضاء فيها لأنه وجب كاملا فلا يؤدى ناقصا **قال** فلم يظهر في حق الفرائض أي لم تظهر الكراهة في حق الفرائض فجازت الفوائت فيهما الوقتين لما كان لحق الفرض ولم تظهر الكراهة أيضا في الواجب لعينه كسجدة التلاوة فجازت فيهما لأن وجوبها ليس موقوفا على فعل العبد لدليل وجوبها بالسماع فصار كسائر الفرائض وكذلك صلاة الجنائز لأن وجوبها ليس موقوفا على فعل العبد **قال** وظهرت في حق المنذور أي ظهرت الكراهة في حق المنذور حتى لا يؤدى المنذور في هذين الوقتين لأنه لما تعلق وجوبه بسبب من جهته لا من جهة الشرع صار كالصلاة التي شرع فيها تطوعا وكذلك ظهرت الكراهة في حق ركعتي الطواف حتى لا يأتي بهما في هذين الوقتين لأن وجوبهما لغيرهما وهو ختم الطواف الحاصل بفعله وكذلك ظهرت الكراهة في النفل الذي شرع فيه ثم أفسده حتى لا يقضيه في هذين الوقتين لأن وجوبه لغيره وهو صيانة المؤدى لئلا يلزم إبطال النفل . وروي أن عمر طاف بالبيت سبعا بعد الفجر ولم يصل حتى خرج بذي طوى ثم صلى ركعتي الطواف بعدما ارتفعت الشمس وذو طوى بالضم موضع بمكة **قال** بسبب من جهته أي من جهة الناذر لأنه المنذور **قال** ويكره أن يتنفل بعد طلوع الفجر بأكثر من ركعتي الفجر لأنه عليه الصلاة والسلام كان لا يزيد على ذلك مع حرصه على النوافل فلو لم يكره لتنفل . اعلم أن الأوقات المكروهة ثلاثة عشر ثلاثة منها لمعنى في الوقت وقد مرت والعشرة الباقية لمعنى في غير الوقت اثنان منها ما بعد الفجر إلى أن تطلع الشمس وما بعد العصر إلى أن تغرب وقد مرا أيضا . والسادس ما بعد الفجر قبل الفرض . والسابع ما بعد الغروب قبل الفرض يكره التنفل فيه لئلا يلزم تأخير المغرب . والثامن ما بعد نصف الليل يكره أداء العشاء لا غير . والتاسع وقت الخطبة يوم الجمعة يكره التطوع فيه لئلا يلزم ترك استماعها . والعاشر وقت خروج الإمام للخطبة قبل الشروع فيها . والحادي عشر ما بعد الفراغ عنها إلى أن شرع في الصلاة ويكره التطوع فيه عند أبي حنيفة خلافا لهما وبه صرح صاحب التحفة . والثاني عشر ما بعد شروع الإمام في صلاة الجماعة يكره التطوع فضلا عن الجماعة إلا في سنة الفجر ونحوها إذا لم يخف فوت الجماعة . والثالث عشر ما قبل صلاة العيدين لمن حضر المصلى لحديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال يكره التنفل قبل صلاة العيدين **قال** لما فيه من تأخير المغرب ولأنه لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم مع حرصه على الصلاة . وروي أنه قال بين كل أذانين صلاة إلا المغرب والله أعلم

باب الأذان

لما فرغ عن سبب وجوب الصلاة وهو الوقت شرع فيما يكون علامة لذلك السبب وهو الأذان للمناسبة وأعاقه عن السبب لكونه أقوى لأن الوجوب يضاف إليه لا إلى العلامة . الأذان في اللغة الإعلام كقوله تعالى وأذان من الله ورسوله ومنه قول الحارث بن حلزة آذنتنا ببينها أسماء وفي الشريعة عبارة عن إعلام مخصوص في أوقات مخصوصة وسببه ما روى أبو داود في سننه قال اهتم النبي صلى الله عليه وسلم كيف يجمع الناس للصلاة فقيل له انصب راية عند حضور الصلاة فإذا رأوها آذن بعضهم بعضا فلم يعجبه ذلك فذكر له الشبور فلم يعجبه ذلك وقال هو من أمر اليهود فذكر له الناقوس فقال هو من أمر النصارى فانصرف عبد الله بن زيد وهو مهتم لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فأري الأذان في منامه فغدا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال يا رسول الله إني لبين نائم ويقظان إذ أتاني آت فأراني الأذان قال وكان عمر بن الخطاب قد رآه قبل ذلك فكتمه عشرين يوما ثم أخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال له ما منعك أن تخبرني قال سبقني عبد الله بن زيد فاستحييت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا بلال قم فانظر ما يأمرك به عبد الله بن زيد فافعله قال فأذن بلال وذكر في شرح الأقطع عن محمد ابن الحنفية أنه أنكر ذلك وقال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما عرج به بعث الله سبحانه وتعالى ملكا فعلمه الأذان وكذا ذكر جابر غير مسند وروي أن عبد الله بن زيد قال رأيت شخصا واقفا على جذم حائط من أجذام المدينة عليه ثوبان أخضران مستقبل القبلة يقول الله أكبر وذكر الأذان إلى آخره ثم صبر هنيهة ثم قال مثل ذلك إلا أنه زاد فيه بعد الفلاح قد قامت الصلاة مرتين فقال النبي صلى الله عليه وسلم لقنها بلالا

قال الأذان سنة للصلوات الخمس والجمعة دون ما سواها هذا قول عامة الفقهاء وقيل إنه واجب لما روي عن محمد أنه قال إن أهل بلدة من بلاد الإسلام إذا تركوا الأذان والإقامة فإنه يجب القتال معهم وإنما يقاتل على ترك الواجب دون السنة والصحيح أنه سنة بدليل ما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال لو أن قوما صلوا في المصر في مسجد جماعة الظهر أو العصر بغير أذان ولا إقامة فقد أخطأوا السنة وخالفوا وأثموا وأيضا الوجوب لا يثبت بخبر الواحد فيما تعم به البلوى والقولان متقاربان لأن السنة المؤكدة في معنى الواجب وقوله للصلوات الخمس إلى آخره بيان المحل الذي شرع فيه الأذان دون ما سواها أراد به صلاة الفجر والوتر وصلاة العيدين والخسوف والكسوف والاستسقاء وصلاة الجنازة والسنن والنوافل وإنما كان كذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لهذه الصلوات الخمس والجمعة وكذلك الأئمة من بعده إلى يومنا هذا ولم يؤذن عليه الصلاة والسلام ولا أحد من الأئمة لما ذكرنا من الصلوات وهذا معنى قول صاحب الهداية للنقل المتواتر **قال** وصفة الأذان معروفة وهذا بيان صفة الأذان وهو كما أذن الملك النازل أنا قال هو ولم يقل في الطرالبي الجزائي صفة الأذان مثل ما أذن الملك النازل والثابت بالظاهر الخبر يجوز أيضا كما في قوله من كانت أمك والأصل فيه ما روى أبو داود في سننه بإسناده إلى عبد الله بن زيد أنه قال طاف بي وأنا نائم رجل يحمل ناقوسا في يده فقلت يا عبد الله أتبيع الناقوس قال وما تصنع به فقلت ندعو به إلى الصلاة قال أفلا أدلك على ما هو خير من ذلك فقلت بلى فقال تقول الله أكبر الله أكبر الله أكبر الله أكبر أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن محمدا رسول الله أشهد أن محمدا رسول الله حي على الصلاة حي على الصلاة حي على الفلاح حي على الفلاح الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله . قال أبو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي ومن الناس من يقول في أوله مرتين ثم قال وحكى الطحاوي أن هذا القول قول أبي يوسف فيما روي عنه . ثم اعلم أن معنى الأذان الله أكبر الله أجل وأعظم

فما اشتغلتم به من عمل الدنيا فقد أتى الوقت الذي أوجب عليكم فيه العمل فاشتغلوا بما أوجب واتركوا أعمال الدنيا ثم كرر زيادة للتنبيه على رفعة الصلاة لأن الشيء إذا كرر تقرر . ثم ذكر الشهادة إشارة إلى أن المؤذن في هذا الأمر لا يخالفهم بل يوافقهم في طاعة الرب عز وجل كما قال تعالى وما أريد أن أخالفكم إلى ما أنهاكم عنه والتكرار هنا أيضا لتقرير البيان . ثم ذكر شهادة رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن الله تعالى رفع ذكره وقرن اسمه باسمه كما قال تعالى ورفعنا لك ذكرك أي لا أذكر إلا وتذكر معي . ثم ذكر الحيعلة لأنها مقصودة إذ المراد به الدعاء إلى الصلاة ومعنى حي أقبل يعني هذا وقت الصلاة فأسرعوا إليها إذا أتاها ولا تؤخروها عن وقتها ومعنى التكرار ما قلنا والأمر بالإقبال إلى الفلاح وعد منه لهم حتى لا يتكاسلوا حتى يقبلوا إلى ما فيه نجاتكم وهي الصلاة ثم ذكر التكبير ليكون الاختتام والافتتاح بهما أي الله أجل من أن يؤدي حقه بهذا المقدار من عبادتكم لا إله إلا الله وهو واحد لا شريك له فأطيعوا العبادة لوجهه ولا تشركوا به أحدا **قال** ولا ترجيع فيه وعند الشافعي الترجيع سنة وهو أن يخفض بالشهادتين ثم يرجع إليهما ويرفع بهما صوته لحديث أبي محذورة ولنا حديث عبد الله بن زيد الذي هو أصل الأذان ولم يذكر فيه الترجيع وهو معنى قول صاحب الهداية لا ترجيع في المشاهير وما روي عن أبي محذورة كان تعليما من النبي عليه الصلاة والسلام لأبي محذورة فظنه الشافعي ترجيعا وكان من عادته عليه الصلاة والسلام أن يتردد على من يلقنه . قال في المبسوط قيل أبا محذورة كان مؤذن مكة فلما ابتدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم خفض صوته استحياء من أهل مكة لأنهم لم يعهدوا ذكر اسم رسول الله صلى الله عليه وسلم جهرا فعرك رسول الله صلى الله عليه وسلم أذنه وأمره أن يعود فيرفع صوته ليكون تأديبا له ولأن المقصود من الأذان الحيعلة ولا ترجيع فيها فهي في غيرها أولى وذكر محمد بن سعد صاحب كتاب الطبقات الكبير مسندا إلى جابر قال كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة مؤذنين بلال وأبو محذورة وعمرو بن أم مكتوم فإذا غاب بلال أذن أبو محذورة وإذا غاب أبو محذورة أذن عمرو بن أم مكتوم فإذا غاب بلال وقال الترمذي أبو محذورة اسمه سمرة بن معير **قال** فيه ذلك أي في الأذان الترجيع **قال** هذا فعل الملك النازل من السماء أي أقام مثل ما أذن وزاد في الإقامة بعد الفلاح قد قامت الصلاة مرتين وقد مر بيانه في أول الباب **قال** ثم هو حجة على الشافعي أي فعل الملك النازل في الإقامة مثنى حجة على الشافعي في قوله إن الإقامة فرادى إلا في قوله قد قامت الصلاة فإنه مثنى عنده أيضا وإنما كان حجة لأن الأصل في الأذان هو ذاك أي فعل الملك النازل وحديث الترمذي بإسناده إلى عبد الله بن زيد قال كان أذان رسول الله صلى الله عليه وسلم شفعا شفعا في الأذان والإقامة فلو قال الشافعي في الإقامة فرادى مسارعة إلى الشروع فيكون ما قلت أولى فنقول نرد عليك قوله قد قامت الصلاة فإنه مرتين بالاتفاق فإنه أقرب إلى الشروع لا يقال إن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بلالا أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة لأنا نقول المراد منه الصوت يعني يؤذن منه بصوتين ويقيم بصوت صوت بالترسل في الأول والحدر في الثاني وعند مالك يقول قد قامت الصلاة مرة واحدة وهو ضعيف لحديث الملك النازل من السماء ولما روي عن أبي محذورة أنه قال علمني رسول الله صلى الله عليه وسلم الإقامة سبعة عشر كلمة الفرد الوتر والجمع أفراد وفرادى على غير قياس كأنه جمع فردان على ما في الصحاح **قال** ويترسل في الأذان ويحدر في الإقامة يقال ترسل في قراءته إذا لم يعجل ومنه على رسلك أي اتئد والحدر من سنن الأذان والإقامة وكذا الجهر برفع الصوت سنة إلا أن الإقامة أخفض وكذا استقبال القبلة سنة إلا في الصلاة والفلاح فإنه يحول وجهه فيهما ومن سننهما أن يكون المؤذن رجلا عاقلا صالحا تقيا عالما بالسنة وأذان الصبي العاقل يجوز بلا كراهة في ظاهر الرواية لكن أذان الرجل أفضل وأذان المرأة يكره ولا يعاد في ظاهر الرواية . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه يعاد وأذان الصبي الذي لا يعقل والمجنون لا يجوز ويعاد وكذا أذان السكران الذي لا يعقل هكذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يقع به الإعلام لأن الصلحاء لا يعتمدون على أذانهم وفي ظاهر الرواية يكره أذان السكران والمعتوه الذي لا يعقل وأحب إلي أن يعاد كذا ذكره صاحب التحفة . ثم اعلم أن المراد من الترسل أن يفصل بين كلمات الأذان بلا تغنية ولا تلحين لأن ذلك مكروه لأن ابن عمر أنكر ذلك وقال إنك تتغنى في أذانك وكذا ينبغي أن يحذف التكبير لأن بالتطويل يدخل في حد الاستفهام وهو لحن يجاوز **قال** يمنة ويسرة قيل فيه لف ونشر بأن ترجع اليمنة إلى الصلاة واليسرة إلى الفلاح وقيل كل واحد من اليمنة واليسرة ينصرف إلى الصلاة والفلاح جميعا بأن يقول حي على الصلاة يمنة ثم يقول يسرة ثم يقول حي على الفلاح يمنة ثم يقول يسرة وقيل الأصح هو الأول وإنما يحول الوجه لأن المقصود من الحيعلة الإعلام وذلك في تحويل الوجه أتم . ثم اعلم أن سامع الحيعلة لا يقول مثل ما يقول المؤذن لأنه يشبه الاستهزاء وما أشبه بعض الجهال فذاك ليس بشيء بل يقول لا حول ولا قوة إلا بالله حين يقول المؤذن حي على الصلاة ويقول ما شاء الله كان حين يقول المؤذن حي على الفلاح بخلاف سائر كلمات الأذان فإنه يقول مثل ما يقول المؤذن وكذا لا يقول مثل ما يقوله المؤذن في قوله الصلاة خير من النوم بل يقول صدقت وبررت ويقول أقامها الله وأدامها إذا قال المؤذن قد قامت الصلاة **قال** ويستدير إذا لم يستطع تحويل الوجه أي مراد محمد بن الحسن في الجامع الصغير من قوله وإن استدار في صومعته فحسن إذا لم يستطع سنة تحويل الوجه في تحويله مع ثبات القدمين يعني لا يستطيع إخراج رأسه من الصومعة بدون الاستدارة بسبب اتساع الصومعة أما إذا كانت الصومعة صغيرة بحيث يمكن تحويل الوجه وإخراج الرأس يمينا وشمالا مع ثبات القدمين فلا يستدير لعدم الحاجة وقوله إنما من غير حاجة فلا لأن الاستدارة من غير حاجة فلا يحسن وإذا لم يستدر فلا يستدبر القبلة لعدم الحاجة إليه والمراد من الصومعة ما على رأس المنارة من المئذنة **قال** بذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم بلالا وهو ما روي أنه قال لبلال اجعل إصبعيك في أذنيك فإنه أندى لصوتك أي أبعد وأشد من الندوة الرطوبة لأن الحلق إذا جف لم يمتد صوته كذا قاله المطرزي . وروى الترمذي بإسناده إلى سفيان عن عون بن أبي جحيفة عن أبيه قال رأيت بلالا يؤذن ويدور ويتتبع فاه ههنا وههنا وإصبعاه في أذنيه ثم الأفضل موافقة السنة والذي عليه أن يجعل إصبعيه في أذنيه فإن تركه فحسن ولا يقال كيف ترك السنة

حسنا لانا نترك السنة نوعان سنة الهدى وتاركها يبدع فلا يكون تركها حسنا وسنة زائدة وتركها لا يكون بدعة لان الانسان
ينال من تركها وفعلها وما لا يكون بدعة يكون حسنا وهذا معنى قوله انها ليست بسنة اصلية اي ليست من سنة الهدى لان اصل الاذان
ما روي عن عبد الله ابن زيد ولم يذكر فيه جعل الاصبع في الاذان وانما المقصود منه لامتداد الصوت فامتداده بدليل قوله عليه الصلاة
والسلام فانه اندى لصوتك حتى اذا كان لا يحتاج المؤذن اليه بان كان جهوريا ظن تركه حسنا لتراخيه الداعي ويجوز ان يقال ان الافضل
جعل الاصبعين في الاذنين وذلك يبتغي لفاعل والفاضل حسن فاذا كان فعله افضل يكون تركه فاضلا حسنا وقيل تاركه في الاذان
حسن لكن من خلاف الظاهر **قال** والتثويب في الفجر الى اخره . قال فخر الاسلام في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في التثويب الذي يثوب الناس به في الفجر بين الاذان والاقامة حي على الصلاة مرتين حي على الفلاح مرتين حسن وهذا التثويب محدث احدثه
علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لظهور التواني وتغير احوال الناس وتسمية المحدث حسنا لما روي عنه عليه الصلاة والسلام انه قال
ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن والتثويب القديم هو قوله الصلاة خير من النوم وفي موضعه كلام . قال في الاصل انه
بعد الاذان وفي رواية البلخي عن اصحابنا انه في الاذان وكذلك عن الطحاوي لقوله عليه الصلاة والسلام ما احسن هذا اجعله في اذانك
قال فخر الاسلام البزدوي والصحيح انه كان بعد الاذان لان اسم التثويب يدل عليه لانه اخذ من الرجوع وانما يتحقق الرجوع اذا فرغ من
الاذان ثم عاد اليه تاويل قوله في اذانك اي من جملة ما تعلم به الناس وقد تعارف المسلمون في بلادنا انه في الاذان . وكان الشيخ الامام
الزاهد ابو بكر محمد بن الفضل ان وجد خلوة ترك ذلك عن اذانه وان المسجد ما المريد عنه خوفا من الفتنة وتشنيع العامة **قال**
وكره في سائر الصلوات اي كره التثويب بين الاذان والاقامة في الصلوات كلها لظهور التواني في الناس في الامور الدينية ثم التثويب على حسب
التعارف اما بالتنحنح او بقوله الصلاة الصلاة او بقوله قامت قامت **قال** لما ذكرنا وهو قوله لانه وقت نوم وغفلة **قال**
واستبعده محمد اي استبعد محمد ما قال ابو يوسف وهو قوله لا ارى باسا ان يقول المؤذن للامير في الصلوات كلها السلام عليك ايها الامير حي
على الصلاة حي على الفلاح الصلاة يرحمك الله فقال محمد اف لابي يوسف حيث خص الامراء بالذكر والتثويب وما لهم وابو يوسف خص الامراء الذين
كانوا مشتغلين بمصالح المسلمين واقامة الشريعة اما الامراء الذين غرضهم من الامارة الدنيا واشتغالهم اللهو والطرب فلا تثويب لهم الا على
الامر بالمعروف والنصيحة وعلى هذا كل من يشتغل بامور المسلمين كالمفتي والقاضي يجوز التثويب لهم في كل الصلوات كيلا تفوتهم الجماعة
قال لانهما في هذا الامر سواء اي [illegible] سواء في [illegible] وهم سواء [illegible] تواسيه مثل عامة على عمر رضي الله عنه
قال ويجلس بين الاذان والاقامة الا في المغرب . اعلم ان الوصل بين الاذانين مكروه . لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لبلال اجعل بين اذانك واقامتك قدر ما يفرغ الاكل من اكله والشارب من شربه والمعتصر من قضاء حاجته ولان الاذان لاعلام
الغائبين ليستعدوا للصلاة وذا لا يحصل اذا وصل الاذان بالاقامة وكذا في المغرب لكن المغرب لما كان تاخيره مكروها لقوله عليه الصلاة
والسلام لا تزال امتي بخير ما لم يؤخروا المغرب الى اشتباك النجوم . قال ابو حنيفة يفصل بينهما بسكتة . وروى الحسن عنه في المبسوط بقدر
ما يقرأ ثلاث ايات وقال لا يجلسه كما بين الخطبتين لما انه لما لم يكن بد من الجلسة الخفيفة لكونها محققة للفصل
لان السكتة توجد بين كلمات الاذان ايضا فيصير الاذانان كشيء واحد وله ان المغرب مبناه على التعجيل والبناء اقرب الى التعجيل ولا نسلم
كون الاذانين كشيء واحد لتغير النغمة والهيئة وعند الشافعي يفصل بركعتين قياسا على سائر الصلوات ولنا الفرق بين المغرب وسائر الصلوات
وهو ظاهر والقياس مع وجود الفارق فاسد وهذا لان تاخير المغرب مكروه بخلاف سائر الصلوات **قال** والفرق قد ذكرناه
واراد بما ذكره من دليل الكراهة بتاخير المغرب في فصل الاوقات المستحبة وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب
قال يعقوب وهو ابو يوسف يعقوب ابن ابراهيم ابن حبيب ابن سعد ابن بجير ابن معوية البجلي وام سعد حبتة بنت مالك ابن
عمرو بن عوف وسعد ابن حبتة من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ممن عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم احد مع رافع بن خديج
وابن عمر وتوفي سعد بالكوفة فصلى عليه زيد بن ارقم قال ابو يوسف اتى جدي سعد الى النبي صلى الله عليه وسلم يوم الخندق فاستصغره ومسح
براسه فنالته البركة فينا الى الساعة . وانما ذكر ابو يوسف باسمه دون كنيته لانه ذكره محمد في الجامع الصغير كذلك حتى لا يكون وهم التسوية
في التعظيم بين الشيخين لان الكنية للتعظيم وكان محمد مامورا من جهة ابي يوسف بان يذكره باسمه حيث يذكر ابا حنيفة فمن هذا قال مشايخنا
بخارا ومن الادب ان لا يدعو بعض الطلبة بعضهم بلفظ مولانا عند استاذهم احترازا عن التسوية في التعظيم بين الاستاذ والتلميذ
قال وهذا يفيد ما قلنا الى اخره . اي عدم جلوس ابي حنيفة في اذان المغرب يفيد ان لا جلوس عنده في اذان المغرب ويفيد
ايضا كون المؤذن عالما وهو المستحب . لقوله عليه الصلاة والسلام يؤمكم اقرؤكم ويؤذن لكم خياركم وفي المغرب من غريب الحديث للقتيبي
عن عمر لولا الخليفى لاذنت والخليفى الخلافة **قال** غداة ليلة التعريس وهو عن ابي قتادة انه كان مع النبي عليه الصلاة والسلام
في غزاة او سرية فلما كان اخر السحر عرسنا فما استيقظنا حتى حر الشمس فجعل الرجل منا يثب فزعا ودهشا فاستيقظ النبي صلى الله عليه وسلم فامرنا
فارتحلنا حتى ارتفعت الشمس ثم نزلنا فقضى القوم حوائجهم ثم امر بلالا فاذن فصلينا ركعتين ثم اقام فصلينا الغداة وحدث البخاري في الصحيح
باسناده الى عبد الملك بن ابي قتادة عن ابيه قال سرنا مع النبي صلى الله عليه وسلم ليلة فقال بعض القوم لو عرست بنا يا رسول الله قال
اخاف ان تناموا عن الصلاة قال بلال انا اوقظكم فاضطجعوا واسند بلال ظهره الى راحلته فغلبته عيناه فنام فاستيقظ النبي صلى الله عليه
وسلم وقد طلع حاجب الشمس فقال يا بلال اين ما قلت قال ما القيت علي نومة مثلها قط قال ان الله قبض ارواحكم حين شاء وردها عليكم
حين شاء يا بلال قم فاذن الناس بالصلاة فتوضا فلما ارتفعت الشمس وابياضت قام فصلى بالناس جماعة ولانه دعا الى الصلاة فلا يسقط في الفائتة
كالاقامة والتعريس النزول في اخر الليل **قال** وهو حجة على الشافعي اي قضاء النبي صلى الله عليه وسلم باذان واقامة حجة على الشافعي

اكتفاء بالاقامة . ولا يقال قد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بلالا فاقام بدون ذكر الاذان لانا نقول الراوي ربما روى
لان القصة واحدة على انا نقول ان ابا داود اورد في سننه باسناده الى ابي هريرة في هذا الخبر انه قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم تحولوا عن مكانكم الذي اصابتكم فيه الغفلة قال فامر بلالا فاذن واقام وصلى **قال** لما روينا وهو قضاء النبي صلى الله
عليه وسلم صلاة الفجر غداة ليلة التعريس باذان واقامة . وروى الترمذي في جامعه مسندا الى ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم
فاتته يوم الخندق اربع صلوات حتى ذهب ما شاء الله من الليل فامر بلالا فاذن ثم اقام فصلى الظهر ثم اقام فصلى العصر ثم اقام فصلى المغرب
ثم اقام فصلى العشاء **قال** وعن محمد يقام لما بعدها فانه يكتفى بالاقامة لما بعد الاولى . وقال مشايخنا يجوز ان يكون ما روي
عن محمد قول علمائنا الثلاثة جميعا . قال صاحب التحفة حكي عن ابي بكر الرازي انه قال يجوز ان يكون ما قال محمد قولهم جميعا ثم قال
والمذكور في الكتاب محمول على الصلاة الواحدة فيرتفع الخلاف بين اصحابنا **قال** فان اذن على غير وضوء جاز اي جاز بلا كراهة
هذا ظاهر الرواية ووجهه ان الاذان ذكر شريف يستحب فيه الطهارة والقراءة افضل من الاذان فاذا جازت بلا طهارة فالاذان
اولى وفي رواية الحسن يكره الاذان على غير وضوء لما روى الترمذي في جامعه مسندا الى النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يؤذن الا متوضئ رواه
ابو هريرة ولدعائه الى ما لا يجيب بنفسه وهو معنى قوله ويروى انه يكره الاذان ايضا **قال** لما فيه من الفصل بين الاذان والاقامة
شرعت متصلة بالشروع في الصلاة فاذا اقام على غير وضوء لا يمكنه الشروع فيلزم الفصل فتكره وقيل لا يكره لانه احد الاذانين
فالاخر لا يكره بلا وضوء فكذا الاقامة **قال** ووجه الفرق على احد الروايتين . اي وجه الفرق بين اذان الجنب حيث يكره
رواية واحدة وبين اذان المحدث حيث لا يكره في رواية ان الاذان له شبه بالصلاة من حيث انه يشترط له دخول الوقت واستقبال
القبلة وترتيب الشروع بقوله الله اكبر ومن حيث الترتيب حتى لو قدم الكلمة بعضها على بعض يعيد الاذان لكنه ليس بصلاة حقيقة
وانما هو ذكر فقلنا ان له شبها بالصلاة قلنا باشتراط الطهارة عن اغلظ الحدثين وهو الجنابة دون اخفهما وهو الحدث الاصغر
قال اما الاول فلخفة الحدث اراد بالاول عدم اعادة الاذان والاقامة اذا كانا على غير وضوء يعني ان عدم اعادتهما
لخفة الحدث **قال** واما الثاني وهو استحباب الاعادة بسبب الجنابة ففيه روايتان في ظاهر الرواية تستحب ولا تجب
وفي رواية الحسن تجب والاشبه ان يعاد الاذان فحسب لان تكراره مشروع في الجملة كما في الجمعة ولم يشرع تكرار الاقامة
قال وكذلك المرأة تؤذن عطفا على قوله والجنب احب الي ان يعيد **قال** معناه يستحب ان يعاد اي معنى قوله
وكذلك المرأة تؤذن استحباب الاعادة ليقع على وجه السنة لانها لا تخلو اما ان رفعت صوتها في الاذان ام لا فان رفعت فهو منكر
لا يحصل به الاعلام المسنون لان صوتها عورة وفتنة وان لم ترفع لم يحصل الاعلام اصلا وقيل في ظاهر الرواية يستحب اعادة
اذان اربعة الجنب والمرأة والسكران والمعتوه الذي لا يعقل وفي غير رواية الاصول يعاد اذان هؤلاء الاربعة **قال** ويعاد
في الوقت اي يعاد الاذان في الوقت لو وقع قبله وليس معناه انه يؤذن قبل الوقت مرة ثم يؤذن له في الوقت اخرى واراد باهل الحرمين اهل
مكة والمدينة **قال** والحجة على الكل قوله عليه الصلاة والسلام لبلال الى اخره . اي الحجة على ابي يوسف والشافعي واهل
الحرمين ما روى ابو داود في سننه عن زهير ابن حرب عن وكيع عن جعفر ابن برقان عن شداد مولى عياض بن عامر عن بلال ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال له لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا ومد يده عرضا وفي حديث ابن عمر ان بلالا اذن قبل طلوع الفجر فامره
النبي صلى الله عليه وسلم ان يرجع فينادي الا ان العبد قد نام وفي المبسوط فكان بلال يبكي ويطوف حول المدينة ويقول ليت بلالا لم
تلده امه . وانما قال ذلك لكثرة معاتبة رسول الله صلى الله عليه وسلم وروي في شرح الاثار مسندا الى انس انه قال قال عليه الصلاة
والسلام لا يغرنكم اذان بلال فانه يؤذن بليل ليوقظ نائمكم ويرد قائمكم فعلم ان اذان بلال قبل الوقت لم يكن للصلاة ولان الاذان
الاعلام لوقت الصلاة فقبل الوقت يكون تجهيلا لا اعلاما فلا يجوز ولان قوله حي على الصلاة لا يخلو اما ان يكون دعاء الى الصلاة الواجبة او
الى غير الواجبة بالاجماع فعلم ان الاول قبل الوقت ولا يجوز الثاني لان الاذان لغير الواجبة بالاجماع فعلم ان الاذان قبل الوقت فاسد
ولان الانسان لا يجوز ان يدعى الى فعل لا يجوز له مباشرته ولهذا لا يجوز الاذان قبل الوقت في سائر الصلوات ولم ار احدا اذن قبل صلاة
المغرب . وروي عن ابراهيم النخعي عن علقمة انه سمع مؤذنا يؤذن قبل الصبح فقال اما هذا فقد خالف سنة اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم
لو كان نائما كان خيرا له فاذا طلع الفجر اذن **قال** والمسافر يؤذن ويقيم لقوله عليه الصلاة والسلام لابني ابي مليكة اذا سافرتما فاذنا
واقيما وروى ابو داود في سننه باسناده الى ابي قلابة عن مالك ابن الحويرث ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له ولصاحب له اذا حضرت
الصلاة فاذنا ثم اقيما ثم ليؤمكما اكبركما وهكذا اورد في شرح الاثار حيث قال قال عليه السلام لمالك ابن الحويرث ولصاحب له ويجوز ان
الذي يعني احد الاخوين صاحبا للاخر ويجوز ان يكون كنية الحويرث ابا مليكة ولكن لفظ مبسوط شمس الائمة ولفظ الجامع الصغير لفخر الاسلام
يعود الى الكتاب فالاولى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لمالك ابن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما وليؤمكما اكبركما
فعلى هذا يجوز تسمية الاثنين للابن ولابن العم في قول صاحب الهداية بطريق التغليب على اعتبار ان ابن العم يجوز ان يسمى ابنا لان العم
يجوز ان يسمى ابا مجازا . وحدث البخاري في الصحيح باسناده الى مالك ابن الحويرث قال اتى رجلان النبي صلى الله عليه وسلم يريدان السفر
فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا انتما خرجتما فاذنا ثم اقيما ثم ليؤمكما اكبركما كذا ذكره في باب الاذان ولكن ذكره
الترمذي باسناده الى ابي قلابة عن مالك ابن الحويرث قال قدمت على رسول الله صلى الله عليه وسلم انا وابن عم لي فقال لنا اذا سافرتما
فاذنا واقيما وليؤمكما اكبركما **قال** فان تركهما جميعا يكره اي فان ترك المسافر الاذان والاقامة يكره لمخالفة السنة وان ترك الاذان
وحده لا يكره لانه لاعلام الغائبين والرفقة حاضرة بخلاف الاقامة فان الرفقة محتاجة اليها لانها لاعلام الشروع بخلاف من صلى في بيته

ولا يجد من يجزيه صلاته بلا اذان واقامة بلا كراهة لان ابن مسعود كان يصلي في بيته بغير اذان ولا اقامة ويقول يجزينا اقامة
المصر حولنا واما ابن عمر اذا كنت في قرية يؤذن فيها ويقيم اجزأك ذلك اما اذا لم يكن له مسجد يجزئه تركهما كما في المسافر واذا ترك
الاذان وحده فلا يكره ● قال ابو عبيد في كتاب غريب الحديث في حديث سلمان من صلى بارض فاذن واقام الصلاة صلى خلفه من الملائكة
من لا يرى قطراه يركعون بركوعه ويسجدون بسجوده ويؤمنون على دعائه قال الفقيه والله سبحانه وتعالى اعلم

باب شروط الصلاة

التي تتقدمها لما ذكر الطهارة وهي شرط الصلاة وذكر
الاوقات عقيبها لانها اسبابها والاسباب مقدمة على الشروط وذكر
الاذان لكونه اعلاما على الاوقات شرع في بقية الشروط والشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء وهو خارج عن ماهيته والركن ما
يقوم به الشيء وهو جزء داخل في ماهية الشيء والفرض يجوز اطلاقه على الشرط والركن جميعا الا ترى ان الطهارة شرط للصلاة وهي فريضة
لكونها ثابتة بدليل لا شبهة فيه ثم الشرط على ثلاثة انواع عقلي كالحياة للعلم وشرعي كالطهارة وجعلي كالدخول المعلق به الطلاق فان
قلت كيف قال تتقدمها وهو قول احترازي عن شرط لا يتقدم ● قلت هو من الاوصاف المعرفة لا المميزة كقولهم حبشي اسود وكافور ابيض
لان الحبشي لا يكون الا اسود والكافور لا يكون الا ابيض الا ترى الى قوله تعالى الذين آمنوا والى قوله تعالى ولا طائر يطير
بجناحيه والذي لا يكون الا سفلا والطائر لا يطير الا بجناحيه قال يجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس
اي يجب عليه تقديم الطهارة من اجل الاحداث والانجاس على الصلاة قيل انما قدم الاحداث ذكرا لانها اقوى لان قليله ليس
بعفو بخلاف القليل من الانجاس وفيه نظر لان القطرة من الخمر او الدم او البول اذا وقعت في البئر نجسته والجنب والمحدث اذا ادخل يده في
الاناء لا ينجس والاولى ان يقال ليس فيه تقديم لان الواو لمطلق الجمع قال على ما قدمناه وهو ما ذكره من بيان الطهارة من الحدث
الاصغر والاكبر وما ذكره من بيان الطهارة من الحدث الاكبر والاصغر وما ذكره من بيان الطهارة من النجاسة المغلظة والمخففة
عن الثوب والبدن والمكان ● او لم يورده صاحب الهداية ● قوله تعالى وثيابك فطهر وقوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وكان
احسن للاختصار لعله ذلك من قوله على ما قدمناه وكانه من حيث اراد ان يورد الدليل على المجموع مدعاه ليكون البيان شافيا وهو
ليس كذلك لان قوله وثيابك فطهر دليل تقديم الطهارة من الحدث الاكبر وليس دليل تقديم الطهارة من الحدث الاصغر ولم يذكر
وهو آية الوضوء قال ويستر عورته بنصب الرا المعطوف على قوله ان يقدم قال اي ما يواري عورتكم عند كل
صلاة يعني اريد بالزينة ما يواري العورة وبالمسجد الصلاة بطريق اطلاق اسم الحال على المحل في الاول وبطريق اطلاق اسم المحل على الحال في الثاني
لوجود الاتصال الذاتي بين المحل والحال وهذا لان الزينة شيء وهي عرض محال قيامه بمحله وهو الثوب مجازا وكانوا يطوفون عراة ويقولون
لا نعبد الله في ثياب اذنبنا فيها فنزلت ● فان قلت اذا كان نزول الآية في الطواف فكيف يثبت الحكم في الصلاة قلت الاصل عندنا
ان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وهنا اللفظ عام لانه قال عند كل مسجد ولم يقل عند المسجد الحرام فيعمل عند العموم
بعمومه قال وقال عليه الصلاة والسلام لا صلاة لحائض الا بخمار اي لبالغة ● ذكر الترمذي في جامعه وابو داود في سننه
مسندا الى عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقبل صلاة الحائض الا بخمار وانما اورد هذا الحديث للاستدلال
على وجوب ستر العورة لان راس المرأة الحرة عورة لا يجوز كشفها في الصلاة واراد بالحائض البالغة مجازا لان حقيقتها مهجورة حيث لا يجوز
للحائض الصلاة اصلا فصير الى المجاز بطريق اطلاق اسم السبب وهو الحيض على المسبب وهو البلوغ او بطريق اطلاق اسم الملزوم على اللازم
وهذا لان الحيض مستلزم للبلوغ دون العكس لان البلوغ يوجد في الرجل ولا حيض فهو علم البنات فيكون اطلاق الملزوم على اللازم
مجازا او بالعكس كما مر قال وعورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة ليست من العورة لانه قال ما بين سرته الى ركبته والمفهوم منه ان لا يكون
السرة عورة وكذا المفهوم من قوله ما دون سرته قال والركبة من العورة وكلمة الى محمولة على كلمة مع ... حتى بيانه ان كلمة الى في قوله
عليه الصلاة والسلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته محمول على معنى مع لان كلمة الى تجيء بمعنى مع كما في قوله تعالى ولا تاكلوا اموالهم
الى اموالكم اي مع اموالكم وانما حملت لتوفيق بين هذا الحديث وبين قوله عليه السلام عورة الرجل ما دون
سرته حتى يجاوز ركبتيه او عملا بقوله عليه الصلاة والسلام ان ما فوق الركبتين من العورة فيدل على ان الركبة ليست بعورة ● قلت
نحن نقول بموجب الحديث ان ما فوق الركبة عورة لكن التخصيص بالذكر لا يدل على نفي ما عداه وقد دل الدليل على ان الركبة عورة على ما بينا
وبدن المرأة كلها عورة الا وجهها وكفيها ويروى كله عورة وهذا ظاهر لان التانيث فيها باعتبار ان البدن لما اضيف الى المرأة
اخذ حكمه كما قرأ بالتانيث في قوله تعالى يلتقطه بعض السيارة وكما في قول الاعشى

وتشرق بالقول الذي قد اذعته ● كما شرقت صدر القناة من الدم ● وكما قال جرير
لما اتى خبر الزبير تواضعت ● سور المدينة والجبال الخشع ● قال المبرد في كتاب الكامل ومن كلام العرب

ذهبت بعض اصابعه والدليل على ان الوجه والكف ليس بعورة ● قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها ● قال صاحب الكشاف المرأة
لا تجد بدا من مزاولة الاشياء بيديها ومن الحاجة الى كشف وجهها خصوصا في الشهادة والحكومة والنكاح وتضطر الى المشي في الطرقات
وظهور قدميها وخاصة الفقيرات منهن وهذا معنى قوله الا ما ظهر منها الا ما جرت العادة والجبلة على ظهوره وهذا معنى قول صاحب
الهداية للابتلاء بابدائهما اي باظهارهما بالعضوين وهما الوجه والكف ● وروي ان ام سلمة قالت للنبي صلى الله عليه وسلم اتصلي المرأة في درع
وخمار ليس عليها ازار فقال نعم اذا كان الدرع سابغا يغطي قدميها قال وهذا تنصيص على ان القدم عورة ويروى ان لفظ الشيخ ابي الحسين
القدوري في قوله وبدن المرأة الحرة كلها عورة الا وجهها وكفيها نص على ان القدم عورة لانها ليست بمستثناة ● قال في شرح الاقطع الصحيح

انها عورة لظاهر الخبر ● وقال صاحب الهداية ويروى انها ليست بعورة وهو الاصح ● وجه هذه الرواية ان القدم لا يشتهى مثل ما
يشتهى الوجه فاذا لم يكن الوجه عورة مع كثرة الاشتهاء فيه فالقدم اولى قال فان صلت وثلث ساقها او ربعها مكشوف تعيد
الصلاة عند ابي حنيفة ومحمد انما ذكر قوله فان حرف الفا اشارة الى انه فرع المسئلة وهي مسئلة الجامع الصغير ذكرها قال صاحب
الهداية من قوله يروى ان القدم ليست بعورة وهو الاصح لان الساق من القدم فاذا انكشف من اسفلها لم يخل عن انكشاف الساق وفيه
ان القدم ليست من العورة بعورة ● قال في الخلاصة وفي الاستحسان للامام السرخسي في رواية عن الحسن عن ابي حنيفة انه يباح
النظر الى قدميها وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها ● اعلم ان الكثير من انكشاف العورة مانع والقليل ليس بمانع والربع وما فوقه كثير
وما دونه قليل عندهما لان الربع قائم مقام الكل في موضع الاحتياط كما في حلق المحرم رأسه او ربعه يجب عليه الدم وفي مسح الراس اذا
اكتفى بالربع يجزيه وعند ابي يوسف ما زاد على النصف كثير مانع للصلاة وما دونه قليل ليس بمانع لان الكثرة والقلة من اسماء المقابلة
فالمركن مقابل اليه قليلا لا يسمى كثيرا وهو فيما زاد الانكشاف عن النصف وفي النصف عنه روايتان في رواية يمنع لان مقابله ليس بكثير ف
يأخذ حكم الكثير وفي رواية لا يمنع لان مقابله ليس بقليل فيأخذ حكم القليل فخرج عن حد القلة في الاول وانعدم الدخول في الكثرة
في الثاني وهو معنى قوله فاعتبر الخروج عن حد القلة وعدم الدخول في ضده فافهم ● فان قلت ما فائدة ذكر الثلث والربع اذا كان
ما فوقه كالثلث اولى ● فان قلت المانع هو القليل لا الكثير والثلث كثير لا اشد لاحاديث الوصية وهو قوله عليه الصلاة والسلام
والثلث كثير اما الربع ففي كثرته شك لثبوته بالرأي ولهذا ذكره بكلمة او وهي للشك او نقول لم يذكر محمد الثلث فيما روي عن ابي حنيفة
ولهذا لم يذكر محمد الا سلام في الجامع الصغير لفظ الثلث لعله فاية ذكر الفقيه ابو الليث في الجامع الصغير لفظ الثلث
وقال كما ذكر محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المرأة تصلي وربع ساقها مكشوف انها تعيد ● وقال الفقيه روي عن يحيى بن اكثم انه قال
سألت محمد بن الحسن فقلت من اين قلتم ان المرأة اذا صلت وربع ساقها مكشوف لا يجوز صلاتها قال من مسح الراس قد قيل ايضا ان الربع
يقوم مقام الكل لان الشيء اذا كان له اربع جوانب اذا نظر الناظر اليه فانه يرى ربعه ويحكي عن الكل كذا قاله الفقيه قال والشعر
والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الخلاف يعني اذا انكشف ربع شعر المرأة يكون مانعا للصلاة عندهما وعند ابي يوسف اذا زاد على النصف
يكون مانعا وفي النصف روايتان على ما قلنا وكذا الخلاف في البطن والفخذ على هذا الوجه واذا انكشف سدس شعرها وسدس
بطنها وسدس فخذها يجمع فاذا كان يبلغ الربع من احد هذه الاعضاء يكون مانعا عندهما والا فلا وذكر في شرح الزيادات لو كان سدس
عورتها مكشوفا وسدس ساقها وسدس فخذها وذلك يبلغ ربع الساق لا تجزيها صلاتها وكذا الحكم لو كان ينكشف من كل ساق اقل من الربع
ولو جمع يبلغ الربع قال والمراد به النازل من الراس هو الصحيح اي المراد من الشعر هو النازل منه لا ما جمع في الاصل من الشعر
والراس لان من الرأس ما عليه من الشعر فثبت ان الشعر النازل منه عورة وهو اختيار الشيخ الامام محمد بن الفضل البخاري قال
تحرزا لاسلام وهو الاصح عندنا وقد روي ان الشعر النازل ليس بعورة قال العورة الغليظة على هذا الخلاف ● اعلم ان العورة
على نوعين غليظة وخفيفة فالغليظة القبل والدبر والخفيفة غير ذلك من العورة حتى ان العورة الغليظة ايضا حكمها حكم الخفيفة والخلاف
في الكل واحد حتى اذا انكشف ربع الغليظة مكشوفا لا يكون مانعا عندهما وعند ابي يوسف اذا كان المكشوف مما زاد على النصف لا يكون
مانعا وبعض مشايخنا قدروا في الغليظة بما زاد على قدر الدرهم احتياطا كما في النجاسة الغليظة وقدروا في الخفيفة بالربع والاصح الاول واستدلوا
بمسئلة الزيادات ● قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير تكلم الناس في العورة الغليظة قال بعضهم اذا ظهر منه اكثر من قدر
الدرهم لم يجز الصلاة معه وقال بعضهم حكم العورة الغليظة والخفيفة سواء ما لم يظهر الربع لا تفسد صلاته وهو على هذا الاختلاف وذكر
عن ابي بكر ابن سعيد انه كان يقول بهذا القول ويستدل بمسئلة في كتاب الزيادات فقال لو ان امرأة صلت وقد ظهر من فخذها
السدس ومن ساقها السدس ومن عورتها السدس فلو جمع ذلك يبلغ مقدار الربع فصلاتها فاسدة فلما جمع بين الساق والفخذ والعورة
ثبت ان حكمها سواء الا ترى ان الشيء اذا كان نجسا بنفسه والماء الذي وقعت فيه النجاسة كان حكمهما سواء فلو اصاب الثوب اكثر من قدر
الدرهم لا يجوز الصلاة معه وان كان احدهما نجسا بنفسه والآخر نجسا بالغير فكذا ها هنا العورة الغليظة عورة بنفسها وسائر الاعضاء
عورة بغيرها فاستوى حكمهما ومن قال انه لا يجوز اذا كان اكثر من قدر الدرهم لان العورة عورتان غليظة وخفيفة ثم اتفقنا ان النجاسة
الغليظة لا يجوز الصلاة اذا كان اكثر من قدر الدرهم وفي الخفيفة يجوز اذا لم يكن اكثر من قدر الدرهم وفي الحقيقة يجوز اذا لم يكن اكثر
كثيرا فاحشا كذلك ها هنا وبه نأخذ الى هنا لفظ الفقيه ابي الليث قال وهذا هو الصحيح دون الضم اي اعتبار الذكر عضوا على حدة
واعتبار الانثيين وهما الخصيتان عضوا على حدة وهو الصحيح لان كل واحد يعتبر عضوا على حدة في الدية فكذا هنا للاحتياط ● وقال
بعضهم الذكر مع الانثيين عضو واحد جعلهما تبعا للذكر واذن المرأة عضو على حدة وثديها في حال النهود تبع للصدر وفي حال تكسرهما
عضوا على حدة والركبة تبع للفخذ على ما هو المختار في الفتاوى حتى ان ربع الركبة لو كان مكشوفا لا يمنع الصلاة وكعب المرأة حكمه حكم الركبة
وما بين سرة الرجل وعانته حوله جميع البدن عضو على حدة قال وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة وهذا لان حكم
العورة في الاناث اغلظ فاذا كان الشيء من الرجال عورة كان من الاناث عورة بالطريق الاولى وبطنها وظهرها عورة لانها محل الشهوة
وما سوى ذلك من بدن المرأة فليس بعورة لما روي ان عمر رأى جارية متقنعة فعلاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار
اتتشبهين بالحرائر ● وقوله يا دفار بالدال المهملة والراء المهملة المكسورة اي يا منتنة ● وروي ان عمر مر بجارية تباع فضرب بيده على
صدرها وقال استروا بارك الله لكم ولان الامة محتاجة الى الخروج في قضاء الحوائج اخذا وعطاء وتكلف الستر حرج فيوضع عنها
قال في الغريبين المهنة الخدمة بفتح الميم وخفضه خطأ قاله شمر عن مشايخه ● وقال الحجار الله في الفائق عن الاصمعي المهنة بالخدمة

ولا يقال ممصنة بكسر الميم وكان القياس لو قيل مثل جلبته وخدمته انه جاء على فعلة واحدة قال فاعتبر حالها بذوات المحارم في حق
جميع الرجال يعني يجوز ان ينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين فكذا يجوز ان ينظر
الاجنبي من الامة الى هذه المواضع دفعا للحرج قال ولو لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد انما ذكره بكلمة ما ليتناول
المائعات جميعا وقال الشافعي في احد قوليه يعيد وفي قول اخر يصلي عريانا وعندنا المسئلة على وجهين فلا يخلو اما ان كان الطاهر من ربع
الثوب او لا ففي الاول يصلي فيه ولا يجوز الصلاة عريانا لان ربع الثوب يقوم مقام الكل في حالة الاضطرار حيث لا يجوز الصلاة فكذا
طهارة ربع الثوب ينبغي ان يقوم مقام الكل في حالة الاضطرار وكذا الحكم في الثاني عند محمد لان في الصلاة فيه يلزم ترك فرض واحد
وهو ازالة النجاسة وفي الصلاة عريانا ترك الفروض وهي ستر العورة والقيام والركوع والسجود ولان الستر اقوى لوجوبه في الصلاة وغيرها
بخلاف النجاسة حيث لا يلزم ازالتها الا للصلاة ولهذا لو طاف عريانا يلزمه دم واذا طاف بثوب نجس وعند ابي يوسف وابي حنيفة انه
يتخير بين الصلاة عاريا وبين الصلاة فيه لان كل واحد من ستر العورة وازالة النجاسة شرط للصلاة كالاخر فلا مزية لاحدهما على الاخر فيكون مخيرا
بين الامرين قال وليستويان في حق المقدار اي ستر العورة والنجاسة في حق المقدار بيانه ان في كل منهما غليظة وخفيفة وكل قدر يمنع من النجاسة
يمنع من العورة وكل قدر يعفى من النجاسة يعفى منها فاذا استويا في حق المقدار استويا في حكم الصلاة فيكون مخيرا ان شاء صلى عريانا وان شاء صلى في
الثوب قال وترك الشيء الى خلف لا يكون تركا هذا جواب عما قال محمد ان في الصلاة عاريا ترك الفروض يعني لا نسلم انه فيها تارك لها لوجود
الخلف وهو الايماء قال والافضلية لما ذكرنا هذا بيانا للدليل على قوله وهو الافضل بيانه ان الصلاة في ذلك الثوب انما صارت افضل
لان ستر العورة لا يختص بالصلاة حيث يجب سترها في غيرها ايضا والطهارة تختص بالصلاة لعدم وجوبها في غير الصلاة وكانت رعايته مما كان
واجبا في حال دون حال قال ومن لم يجد ثوبا الا الثوب النجس قدمر والعريان بمعنى العاري وتفسير القعود عن ركن الاسلام
علي السعدي بان يمد رجليه نحو القبلة ليكون اقرب الى الستر قال في شرح الاقطع قال زفر يصلي قائما وبه قال الشافعي وان صلى قائما بركوع وسجود
اجزاه عندنا الا ان القعود افضل لكون الستر اكد لوجوبه في الصلاة وغيرها لحق الله تعالى وحق العباد والاركان لا تجب الا لله تعالى ولان
الستر لا خلف له فيكون تركا لا الى خلف والاركان تترك الى خلف وهو الايماء والترك الى خلف كلا ترك فان قلت ينبغي ان لا يجوز الصلاة قائما لما
قلت من دليل الافضلية قلت في حق فساد الصلاة كل واحد من ترك الركن وترك الستر على السوية حالة الاختيار فلا مزية لاحدهما على الاخر
فيميل الى اي الوجهين شاء وما روي في المبسوط عن ابن عباس وابن عمر انهما قالا العاري يصلي قاعدا بالايماء يدل على الافضلية بدليل ما قلنا
قال الا ان الاول افضل وهو الصلاة قاعدا بالايماء قال لا خلف له اي للستر قال وينوي الصلاة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها
وبين التحريمة بعمل والاصل فيه قوله تعالى وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين والاخلاص في العبادة لا يكون الا بان تكون العبادة لله تعالى
وذلك لا يكون الا بالنية وقوله عليه الصلاة والسلام الاعمال بالنيات وعمل الصلاة لا يتاتى الا بالنية لان ابتداء الصلاة بالقيام وهو موجود
كثيرا للاعتياد فاحتاج الى النية المميزة للعبادة عن العادة فاشترط النية قال والمتقدم على التكبير كالقائم عنده اي القصد المتقدم
على التكبير كالموجود عند التكبير اذا لم يوجد القاطع وهو العمل المنافي للصلاة مثل ان ينوي فيشتري الحطب مثلا قال ولا معتبر بالمتاخر
منها عنه وفي بعض النسخ لم يذكر عنه اي لا معتبر بالمتاخرة من النية عن التكبير ومعناه في بعض النسخ ولا معتبر بالنية المتاخرة من التحريمة فعلى
الاول جعل المتاخرة صفة مطلقة يعني يتناول ما اذا لم تعتبر النية المتاخرة لما قلنا من اشتراط النية وكان القياس هو ايضا الا ان فيه جوزت
للضرورة لان قران النية بوقت انفجار الصبح فيه حرج عظيم لكونه وقت نوم وغفلة بخلاف الصلاة فان الشروع فيها حالة اليقظة فيبقى الحكم على
القياس وهو ان يكون النية مقارنة بالشروع وعن الشيخ ابي الحسن الكرخي انه تجوز النية المتاخرة في الصلاة ايضا واختلفوا على قوله قيل
الى التعوذ وقيل الى الركوع وقيل الى ان يرفع راسه من الركوع قال والشرط ان يعلم بقلبه اي صلاة يصلي وهو المروي عن محمد بن سلمة قال
ان كان عند الشروع بحيث لو سئل عنه اي صلاة يصلي يجيب على البديهة فهي نية تامة ولو احتاج الى التامل لا يجوز واشترط علم القلب لان
النية عمل القلب وعمل اللسان ترجمة عن ذلك قال ولا معتبر به اي لا معتبر بالذكر باللسان يعني وجوده وعدمه سواء في حق جواز الصلاة
ولا يتوقف الجواز عليه بعد ان وجدت نية القلب وانما يحسن الذكر باللسان لاجتماع العزيمة به قال ثم ان كانت الصلاة نفلا الى
اخره اعلم ان الصلاة لا تخلو اما ان كانت فرضا او غير ذلك ففي الفرض يحتاج الى التعيين لتزاحم الفروض اداء وقضاء فيقول نويت ظهر اليوم
او عصر اليوم او فرض الوقت او ظهر الوقت فان نوى الظهر لا غير لا يجوز لاحتمال ان يكون ظهر اليوم او ظهر يوم اخر وكذا لا يجوز في الجمعة اذا نوى
فرض الوقت بل يجب عليه نية صلاة الجمعة وعند الشافعي فانه يحتاج مع نية التعيين الى نية الفرض وهو ضعيف لان الاداء في فصل التعيين
يحصل الغرض اما النفل فيجوز بنية مطلقة بان قال نويت ان اصلي وكذا التراويح وسائر السنن عند عامة المشايخ لان اصل النية انما
اشترط لتميز النفل عن غيره ولا تزاحم هنا فتعين النفل لكونه ادنى والسنة نفل ايضا لكونها زائدة على عبادة شرعت لتكميل الفرائض ولا يشترط نية
اعداد الركعات وكذا لا يشترط نية الكعبة وهو الصحيح لكن نية القبلة افضل ونية المحراب او مقام ابراهيم لا يجوز الا اذا نوى بالمقام
جهة الكعبة قال وان كان مقتديا الى اخره اعلم ان المقتدي يحتاج الى نيتين نية الصلاة ونية المتابعة اما نية الصلاة
فلما قلنا في المنفرد واما نية المتابعة فلان فساد صلاته يلزم من فساد صلاة امامه وضرر الفساد لا يجوز ان يلحقه بدون التزامه فيشترط
نية المتابعة ثم اذا نوى صلاة الامام هل يجزئه قال في الخلاصة لا يجزئه وقال في شرح الطحاوي اجزاه وقام مقام نيتين وعن شيخ
الاسلام خواهر زاده يقول شرعت في صلاة الامام وقيل يقول على هذا واقتديت به وقيل يحتاج المقتدي الى اربعة اشياء نية
الصلاة وتعيينها ونية الاقتداء ونية القبلة والصحيح ما ذكرنا اولا قال ويستقبل القبلة في الصلاة الى اخره اعلم ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم كان حين قدم المدينة يصلي نحو بيت المقدس ستة عشر او سبعة عشر شهرا وكان يتوقع من ربه ان يحوله الى الكعبة لانها

قبلة ابيه ابراهيم وادعى للعرب الى الايمان لانها مفخرتهم ومزارهم ومطافهم ثم وجه الى الكعبة حيث نزل قوله فول وجهك شطر المسجد الحرام
تلقاءه وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره اي وحيثما كنتم في بر او بحر واردتم الصلاة فولوا وجوهكم تلقاءه اي في جهته وسمته ثم من كان مشاهدا
للكعبة يفترض عليه اصابة عينها ومن كان غائبا عنها تفترض اصابة الجهة لان الطاعة بحسب الطاقة وذكر الشيخ وعن بعضهم انه
يجب اصابة عين الكعبة في حالة الاجتهاد وفي حالة البعد ايضا وذكر المسجد الحرام في القران دون الكعبة دليل على ان الواجب
مراعاة الجهة دون العين وعن بعض مشايخنا ان الكعبة قبلة من يصلي في المسجد الحرام والمسجد قبلة من يصلي في مكة ومكة قبلة
اهل الحرم والحرم قبلة العالم قوله ومن كان خائفا يصلي الى اي جهة قدر اي من خاف العدو او السبع او الغرق بان بقي على لوح بعد
انكسار السفينة يجوز له ان يصلي الى اي جهة قدر لانه لما جاز التوجه الى اي جهة قدر للمشتبه عليه القبلة بسبب العذر جاز للخائف
كذلك لوجود العذر فيه وروي ان قوله تعالى فاينما تولوا فثم وجه الله فهناك قبلة الله وجهته التي امرتم بالتوجه اليها نزل
في قوم اشتبهت عليهم القبلة في السفر فصلوا الى انحاء مختلفة بالتحري فلما اصبحوا ذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا عن عطاء
وعن ابن عمر انها نزلت في صلاة المسافر على الراحلة وقيل معناه فاينما تولوا وجوهكم للدعاء والذكر ولم يرد الصلاة قوله فان اشتبهت
عليه القبلة وليس بحضرته من يساله اجتهد وصلى انما قيد بالاشتباه لانه لو لم يشتبه لا يجوز صلاته الى جهة التحري بل يجب التوجه الى
جهة الكعبة وانما قيد بعدم من يساله عنه لانه اذا كان عنده من يساله لا يجوز صلاته بالتحري ويجب عليه الاستخبار وانما
قيد بالحضرة اشارة الى انه لا يجب عليه ان يطلب من يساله وانما قيد بقوله اجتهد وصلى لانه اذا صلى بدون الاجتهاد لا يجوز صلاته حتى ذكر في
ابو حنيفة انه يكفر باستخفافه بالدين قال في النوازل في رجل صلى الى غير القبلة متعمدا فوافق ذلك الكعبة قال ابو حنيفة هو
كافر وقال ابو يوسف جازت صلاته قال الفقيه ابو الليث القول ما قاله ابو حنيفة ان كان فعل ذلك على وجه الاعتقاد وانما جازت صلاته
بالاجتهاد لقوله تعالى فاينما تولوا فثم وجه الله ولان العمل بالدليل الراجح واجب وهو غلبة الظن عند انعدام دليل فوقه والخبر فوق الاجتهاد
اذا كان المخبر من اهل ذلك الموضع واذا كان اناسا لا يلتفت الى الخبر قال في التحفة اذا كان في المفازة والسماء مصحية وله علم
بالاستدلال بالنجوم على القبلة لا يجوز له التحري لان هذا فوق التحري قوله وقال الشافعي يعيدها اذا استدبر انما قيد به لان
في التيامن والتياسر لا يعيد اتفاقا وقاس على ما اذا تحرى بين ثوبين احدهما نجس والاخر طاهر فصلى في ثوب ثم تبين انه صلى في النجس يعيد اتفاقا قلنا
انه مامور بالتوجه الى جهة التحري عند الاشتباه وقد اتى بما امر به ولم يؤمر اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث صلوا الى انحاء مختلفة
مع علم اخطائهم وقياسه على الثوب فاسد لانه مامور بالصلاة في ثوب طاهر ولم يوجد بخلاف مسئلتنا فان المامور به موجود لان
القبلة في جهة التحري عند الاشتباه لقوله تعالى فاينما تولوا فثم وجه الله فصار كما اذا تيامن او تياسر قوله وان علم ذلك في الصلاة
استدار الى القبلة يعني ان علم خطاه في الصلاة استدار الى القبلة بالاستئناف كما فعل اهل قباء حين سمعوا تحول القبلة في صلاة الفجر فاستداروا
اليها فاستحسنهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا اذا تحول رايه الى جهة اخرى توجه اليها لان العمل بالاجتهاد واجب اذا لم يوجد دليل فوقه
لان دليل الاجتهاد بمنزلة دليل النسخ واثر النسخ يظهر في المستقبل لا في الماضي فكذا الاجتهاد وقيل يستدير من جانب الايمن لا من الايسر فينبغي ان يكون
ذلك على وجه الاستحباب لا الوجوب وقباء بالضم والمد من قرى المدينة ينون ولا ينون كذا في المغرب وقال ابو علي
اسمعيل ابن القاسم في كتاب الممدود والمقصور في قبا قال ابو حاتم من العرب من يصرفه ويجعله مذكرا ومنهم من يؤنثه فلا يصرفه وذكر
في شرح الاقطع عن ابن رستم عن محمد فيمن اجتهد بمكة فبان له الخطأ انه لا اعادة عليه ثم قال وهو الاقيس قوله ولا يعلم ما صنع
الامام لا يقال يجوز ان يعلم حال الامام بصوته لا جهره في صلاة الليل حيث قال في صلى ليلة مظلمة لانا نقول يحتمل ان يكون الصلاة قضاء
وترك الامام الجهر نسيانا او يحمل انه اجهر عن الصلاة الماموم بصوته انه قد اتم لكن لم يميز من صوته انه الى اي جهة توجه قوله
ومن علم منهم اي من القوم والله اعلم

باب صفة الصلاة

لما فرغ عن ذكر الشروط والاسباب شرع فيما هو المقصود من ذكرها وهو الصلاة اعلم ان الصفة مصدر قولك وصفت الشيء كالوصف سواء عند اهل اللغة وهو المذكور في الصحاح وبينهما فرق عند اصحابنا
المتكلمين على ما نقل عن ابي المعين النسفي هو ان الوصف قائم بالواصف والصفة قائمة بالموصوف وعند المعتزلة والاشعرية هما مترادفان
فان قلت الصفة عرض فكذا الصلاة ولا يجوز قيام العرض بالعرض فكيف قال المصنف صفة الصلاة قلت لا نسلم انه لا يجوز قيام العرض بالعرض
وعند البعض يجوز ذلك بدليل صحة قولهم سرعة الحركة وبطء الحركة ولئن سلمنا انه لا يجوز على ما هو المذهب المختار لكن لا نسلم انه من باب قيام
العرض بالعرض لجواز ان يريد المصنف اراد بالصفة ما قام بالموصوف لكن لا نسلم قيام العرض بالعرض ايضا لان الاحكام الشرعية لها حكم الجواهر حتى
توصف بالصحة والفساد والبطلان والنسخ والاقالة الى غير ذلك قوله فرائض الصلاة ستة وفي بعض النسخ ست وهو الذي يقتضيه
كلام العرب لان تانيث العدد من الثلاثة الى العشرة مخالف تانيث سائر الاسماء فيقال للمذكر بالتانيث وللمؤنث بدونه كما تقول
ثلاثة رجال وثلاث نسوة وعشرة رجال وعشر نسوة الا انه يمكن ان له وجها على تاويل الفرائض بمعنى الفروض وتانيث المذكر وتذكير المؤنث
يجوز باعتبار التاويل الاول كقوله سائل بني اسد ما هذه الصوت على تاويل الصوت بالصيحة والثاني كقوله ولا ارض ابقل ابقالها ولم يقل ابقلت
لتاويل الارض بالمكان وانما قال فرائض الصلاة ولم يقل اركان الصلاة لان الفرض اعم من ان يكون ركنا او شرطا كما قلنا فلو قال اركان
الصوم خرج منها التحريمة على قول عامة المشايخ لانها على اختيارهم شرط لا ركن ونقل عن فخر الاسلام انها ركن وكذلك ظن المشايخ في
ركنية القعدة لا يقال لا ينبغي ان يكون الفرائض ستا لان الخروج عن الصلاة بفعل المصلي فرض لانا نقول اراد بها الفرائض التي اتفق عليها اصحابنا
الثلاثة او نقول الخروج عن الصلاة بفعل المصلي ليس بفرض عند ابي حنيفة ايضا على ما نقل عن الكرخي وللمصنف اعني القدوري اختيار وسيجيء بيانه

في كتاب الحدث ان شاء الله تعالى قوله التحريمة لقوله تعالى وربك فكبر والمراد منه تكبيرة الافتتاح اي المراد بقوله تعالى وربك فكبر
تكبيرة الافتتاح بالنقل عن ائمة التفسير • وقيل معناه واختص ربك بالتكبير وهو الوصف بالكبرياء وقيل قل الله اكبر وروي انه لما نزل قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم الله اكبر فكبرت خديجة ايضا وقوله الله اكبر لا للصلاة ليس بواجب فيحمل على تكبيرة الافتتاح عملا بمقتضى مطلق الامر ويؤيد
عليه قوله عليه الصلاة والسلام مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم رواه علي في السنن وانما سميت تكبيرة
الافتتاح تحريمة لان بها تحريم من الاشياء المباحة خارج الصلاة مثل الاكل والشرب والكلام الناس الى غير ذلك ولهذا سمي التسليم
تحليلا لان به تحل تلك الاشياء المحرمة في الصلاة وايراد التحريمة وان كان شرطا على ما هو الاصح عند ذكر الاركان لما انه يتصل بالصلاة
بحيث لا ينفك عنها وليست كسائر الشروط قوله والقيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين اي مطيعين والقنوت الطاعة قوله
والقراءة لقوله تعالى فاقرؤوا ما تيسر من القرآن وجه الاستدلال به ان الامر بالقراءة لا يخلو اما ان يكون المراد به خارج الصلاة او داخل
الصلاة او كليهما فلا يجوز الاول لان القراءة خارج الصلاة ليست بواجبة بالاجماع ومطلق الامر للوجوب على ما عرف في الاصول وكذا الثالث
لاستلزام ارادة الخارج بما قلنا فتعين الثاني من القراءة المامور بها هي قراءة ما تيسر من القرآن وهي اعم من ان يكون قراءة الفاتحة او غيرها
فلا تشترط قراءة الفاتحة للجواز لان مطلق القراءة كما يوجد في ضمن الفاتحة يوجد في ضمن سائر السور وعن ابي بكر الاصم في شرح الطحاوي د
ان القراءة ليست بفرض في الصلاة فاقول هذا القول من الاصم خرق للاجماع فلا يسمع ويتعرف في فصل القراءة لان القراءة فرض في جميع الركعات
او بعضها ان شاء الله تعالى قوله والركوع والسجود قيل كان الناس اول ما اسلموا يسجدون بلا ركوع ويركعون بلا سجود فامروا ان تكون صلاتهم
بركوع وسجود فنزل قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا ربكم اي اقصدوا في عبادتكم في ركوعكم وسجودكم وجه الله كذا ذكره
في الكشاف قوله علق التمام بالفعل قرأ او لم يقرأ اي علق تمام الصلاة بفعل القعدة قرأ التشهد او لم يقرأ بما روي انه عليه السلام قال اذا قلت
هذا او فعلت هذا فقد تمت صلاتك وكلمة او لاحد الشيئين فيكون تمام الصلاة متعلقا باحدهما من قراءة التشهد او فعل القعدة لكن قراءة التشهد
ليست بمشروعة في غير القعدة فصار فعل القعدة مرادا على تقدير القعدة ايضا فثبت تعليق الصلاة بالفعل على كل التقديرين قال معناه
الى قولنا اذا قلت هذا القول اي التشهد وانت قاعد او فعلت هذا الفعل اي قعدت قدر التشهد فقد تمت صلاتك ثم لما ثبت تعليق
تمام الصلاة بفعل القعدة افترض لانا علمنا ان المعلق ينعدم قبل وجود المعلق به • فان قلت كيف ثبت الفرضية بخبر الواحد وفيه شبهة
والفرض ما ثبت بدليل لا شبهة فيه • قلت قوله تعالى واقيموا الصلاة مجمل وخبر الواحد يصلح ان يكون مبينا لما هو المراد من مجمل الكتاب فبعد
ما التحق خبر الواحد بالكتاب بيانا له صار الفرض ثابتا بالكتاب لا بخبر الواحد وجه الاجمال ان تمام الصلاة في اي وقت هو لم يكن معلوما
فتبين بالخبر انما تقديره بقدر التشهد • لما روي عن علي انه قال اذا رفع الرجل راسه من آخر السجدة وقعد قدر التشهد فقد تمت صلاته
وهما من المقدرات فيعتبر فيه التوقيف قوله وما سوى ذلك فهو سنة اي وما سوى ما ذكرنا من الفرائض فهو سنة د
قوله اطلق اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة الى آخره والمراد بالواجب ما يجوز الصلاة بدونه ويجب سجود السهو بتركه والسنة
ما واظب عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم مع وجود الترك في الجملة كالثناء والتعوذ وتكبيرات الركوع والسجود والادب ما فعله رسول الله صلى
الله عليه وسلم ولم يواظب كالزيادة على الثلاث في تسبيحات الركوع والسجود قوله ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا في كل ركعة ومراعاة
الترتيب فيه واجبة لا فريضة حتى اذا ترك سجدة من الركعة الاولى لا تفسد صلاته ويجوز قضاؤه في الثانية بخلاف ما لم يشرع مكررا كالركوع
فانه اذا تركه في ركعة لا يعتد بتلك الركعة اصلا قوله ولهذا يجب سجدتا السهو بتركها هذا هو الصحيح هذا ايضا لوجوب قراءة الفاتحة
وضم السورة وغيرهما من الاشياء التي ذكرنا في المتن بيانه ان سجود السهو لا يجب الا بترك الواجب ووجوب السجود بترك الاشياء سهوا دليل
على انها واجبة وانما قال هذا هو الصحيح اي وجوب سجود السهو بترك كل واحد منهما من هذه الاشياء المذكورة هو الصحيح احترازا عما ذكر في المبسوط
من جواب القياس من تكبيرات العيدين والقنوت اذا تركهما لا يجب سجود السهو وكذا القراءة في قراءة التشهد في القعدة الاولى لما انها
اذكار وبنى الصلاة على الافعال فلا يدخل كبير نقصان وفي الاستحسان يجب سجود السهو لانها تضاف الى الصلاة حيث يقال تكبيرات
العيد وقنوت الوتر وتشهد الصلاة فاذن يحصل النقصان بتركها فتجبر بالسجود وثناء الافتتاح لا يضاف الى الصلاة • فان قلت كيف
لم يذكر صاحب الهداية من جملة الواجبات قراءة التشهد في القعدة الاولى وهي واجبة على ما اختاره في باب سجود السهو قلت هذا لا يرد
عليه لانه ما ادعى حصر الواجبات ممن ادعى فعليه البيان فنحن لا نطول نقول اراد المصنف ذكر الواجبات التي اتفق عليها اصحابنا وفي قراءة التشهد
في القعدة الاولى اختلاف فمذهب ابي جعفر الاستروشني انها سنة وكذا الطمانينة في الركوع والسجود اختلاف عند الكرخي واجبة وعند
الجرجاني سنة وسيجيء ان شاء الله ذكرها في هذا الباب قوله وتسميتها سنة في الكتاب لما انه ثبت وجوبها بالسنة اي د
تسمية الواجبات سنة في كتاب القدوري في قوله وما سوى ذلك فهو سنة لاجل انه ثبت وجوب هذه الاشياء بالسنة فهي بطريق اطلاق
اسم السبب على المسبب مجازا • فان قلت سلمنا ان اطلاق اسم السنة على الواجب مجاز لكن يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو لا يجوز بيانه ان لفظ
السنة اذا اريد به السنة يكون حقيقة واذا اريد به الواجب يكون مجازا وهنا اراد صاحب القدوري بقوله وما سوى ذلك فهو
سنة الواجب والسنة جميعا لانه لم يرد به الواجب وحده او السنة وحدها فما الجواب عنه وقد سكت عنه الشارحون قلت
قد امضينا في التيمم ان الجمع بين الحقيقة والمجاز في محلين مختلفين يجوز على مذهب بعض العراقيين من اصحابنا والشيخ ابو الحسين القدوري د
منهم فلا يرد عليه هذا السؤال اما صاحب الهداية فقد تبعه وذكر لفظه كما ذكر لانه شارح لكتابه فلا يرد عليه السؤال ايضا قوله
واذا شرع في الصلاة كبر اي اذا اراد الشروع فيها كبر وانما اولنا هذا لان الشروع لا يكون الا بعد التكبير وهذا كقوله اذا طحنت فابدأ
بالملح اي اذا اردت الطحن • فان قلت قد صح على مذهب علمائنا في الاصول ان استعارة المسبب للسبب لا يجوز وبالعكس يجوز د

فكيف جازت هنا استعارة المسبب للسبب اذا لم يكن المسبب خاصا بذلك السبب اما اذا اختص به فيجوز لانه يصير السبب والمسبب بمنزلة
العلة والمعلول فيجوز الاستعارة من كلا الجانبين والشروع في الصلاة مختص بالارادة لا يكون بدونها فجاز ارادة الارادة منه مجازا د
قوله وهو شرط عندنا اي تكبيرة الشروع شرط عندنا خلافا للشافعي لما تلونا اراد به قوله تعالى وربك فكبر وقد بيناه
فانه عنده ركن بدليل اشتراط الشروط المشروطة لاجله مثل استقبال القبلة وستر العورة والطهارة والنية والوقت • ولنا قوله
تعالى وذكر اسم ربه فصلى • وجه الاستدلال به ان الله تعالى عطف الصلاة على ذكر اسمه والعطف يقتضي المغايرة والركن جزء د
داخل في ماهية الشيء والجزء الداخل في الماهية لا يكون مغايرا لذلك الشيء فعلم بهذا ان تكبيرة الافتتاح ليست من اركان الصلاة والمراد
من الذكر المذكور تكبيرة الافتتاح اذ ليس ذكر آخر متصل بالصلاة غير تكبيرة الافتتاح والفاء للوصل والتعقيب اما الشرائط المذكورة فلا
نسلم انها شرطت لاجل التحريمة بل اشترطت لاجل القيام الذي لا يجوز انفكاكه عن التحريمة وهذا اعني وجوب مراعاة الشرائط لما يتصل
به من القيام قوله ولهذا لا يتكرر اي ولاجل تكبير الشروع شرط لا يتكرر كما لا يتكرر الطهارة وهي شرط وكذا النية فلو كان د
ركنا لتكرر كما تكرر سائر الاركان من الركوع والسجود لا يقال القراءة ركن عندكم ولا يشترط تكرارها عندكم لانا نقول لا نسلم انها
متكررة ايضا بدليل افتراضها عندنا في الركعة الثانية كما في الاولى في الفرض وفي غيره في كل الركعات وثمرة الخلاف تظهر في اداء
النفل بتحريمة الفرض فعندنا يجوز وعنده لا كما اذا قام في النفل بلا تحريمة مبتداة بعد اداء اركان الفرض وهذا لان الشرط يشترط
وجوده • وجوده كيف ما كان لا قصدا وهنا قد وجد ولم يوجد ما يبطله من التحليل فصح شروعه به في النفل كما اذا توضأ للظهر يجوز
ان يصلي بذلك الوضوء العصر وان لم يوجد لاجل العصر قصدا • ثم اعلم ان الشيخ ابا بكر الاصم قال يصح الشروع في الصلاة بمجرد النية
بلا اشتراط التكبير لان مبنى الصلاة على الافعال لا على الاذكار بدليل وجوبها على من قدر على الافعال دون الاقوال وعدم وجوبها
في العكس لكن هذا ضعيف لان مجرد النية لا يسمى تكبيرا ولا ذكرا لاسم الرب وقد قال تعالى وربك فكبر • وقال وذكر اسم ربه فصلى
وقال عليه الصلاة والسلام تحريمها التكبير ولم يقل النية • وقال عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه
ويستقبل القبلة ويقول الله اكبر قوله وهو سنة اي رفع اليدين سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم علم الاعرابي واجبات الصلاة
ولم يذكر رفع اليد قوله وهذا اللفظ يشير الى اشتراط المقارنة اي لفظ القدوري ويرفع يديه مع التكبير يشير الى اشتراط د
مقارنة الرفع مع التكبير لان كلمة مع للقران واشتراط المقارنة مروي عن ابي يوسف محكي عن ابي جعفر الطحاوي والمروي عبارة عن القول
والمحكي عبارة عن الفعل يعني ان ابا يوسف كان يقول كذلك فيما روي عنه وما عليه عامة علمائنا هو ان يرفع قبل التكبير قيل هو الاصح لان فعل
الرفع نفي الكبرياء عن ما سوى الله تعالى والنفي مقدم على الاثبات في كلمة التوحيد فينبغي ان يكون هنا كذلك ويجاب عنه لابي يوسف بان المقدم
في كلمة التوحيد ضروري لانه لا يمكن التكلم بالنفي والاثبات معا بخلاف ما نحن فيه فان النفي بالفعل والاثبات بالقول فيمكن القران وقيل
الحكمة في رفع اليدين الاشارة به الى نبذ ما سوى الله وراء ظهره كانه يشير بيده اليمنى الى الآخرة وبيده اليسرى الى الدنيا فيلقيان خلفه
ما سوى الله تعالى الدنيا والآخرة وراء ظهري واعرضت عنهما واقبلت الى عبادة الله تعالى والله اكبر اي اعظم من ان يؤدى حق هذا المقدار
قوله ويرفع حتى يحاذي بابهاميه شحمة اذنيه • وروى البراء بن عازب حذاء اذنيه وروى الطحاوي في شرح الآثار باسناده
الى ابن ابي ليلى عن البراء بن عازب قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا كبر لافتتاح الصلاة رفع يديه حتى تكون ابهاماه قريبا من شحمتي اذنيه
وفيه ايضا باسناده الى عاصم ابن كليب عن وائل بن حجر • قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم حين كبر للصلاة رفع يديه حيال اذنيه وقال
الشافعي كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا كبر رفع يديه ولم يجاوز اذنيه وبهذا ثبت ضعف قول الشافعي في رفع اليدين الى المنكبين وضعف قول
طاوس في رفع اليدين الى فوق الراس ولا يقال جاء في حديث ابن عمر • قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا افتتح الصلاة رفع د
يديه حتى يحاذي منكبيه لانا نقول كان ذلك لعذر البرد بدليل ما قال وائل رضي الله عنه قدمت عليهم في العام الثاني فوجدتهم يرفعون
ايديهم في الاكسية من البرد وهو معنى قول صاحب الهداية وما رواه محمول على حالة العذر اي ما رواه الشافعي ثم كيفية الرفع كما قال
الفقيه ابو جعفر انه يقبض ولا الاصابع ولا يضمها كل الضم بل يتركها على حالها منشورة وقت التكبير ولا يفرج بين اصابعه كل التفريج ولا
يضمها كل الضم وانما يفرج اصابعه كل التفريج في الركوع ويضم كل الضم في السجود • قال الطحاوي في مختصره ويرفع يديه حذاء اذنيه د
ناشرا لاصابعه قوله وعلى هذا تكبيرة القنوت والاعياد والجنازة يعني على هذا الخلاف هذه التكبيرات حيث يرفع يديه الى
محاذي اذنيه عندنا والى المنكبين عنده لكن عندنا لا يرفع اليد في الجنازة الا في التكبيرة الاولى ولان رفع اليد لاعلام الاصم لانه لا يسمع تكبير الامام
فلا يعرف شروعه ولان رفع اليد لاعلام الاصم فيكون في رفع اليد الحكمة اعلامه بالشروع ايضا فيكون ما قلنا من الرفع اولى لهذا المعنى
قوله وهو الصحيح لانه استر لها • قال صاحب التحفة لم يذكر في ظاهر الرواية حكم المراة ثم قال وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ترفع
يديها حذاء اذنيها كالرجل لان كفيها ليس بعورة • وروى محمد بن مقاتل عن اصحابنا انها ترفع يديها حذاء منكبيها وقول صاحب
الهداية هو الصحيح احترازا عن رواية الحسن قوله فان قال بدل التكبير الى آخره • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره ويجوز د
افتتاح الصلاة بالتكبير والتهليل والتسبيح والثناء على الله عز وجل اي بكل ذلك يجوز افتتاح الصلاة وان شرع بالتكبير اولى لانها السنة وهو
قول ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف لا يجزيه غير التكبير اذا كان يحسنه هذا لفظ القدوري الكرخي • اعلم ان الشروع في الصلاة
يجوز بكل اسم من اسماء الله تعالى مثل قوله الله اكبر والرحمن اعظم وما شابه ذلك وعند ابي يوسف لا يجوز الا بلفظ التكبير معرفا ومنكرا وهي
اربعة الفاظ على ما نقل عنه وهي الله اكبر الله الاكبر الله كبير الله الكبير وعلى ما نقل عن فخر الاسلام ثلاثة الفاظ وقد صرح صاحب التحفة
ان الشروع في الصلاة عند ابي يوسف لا يصح الا بثلاثة الفاظ ولم يذكر الله كبيرا الا اذا كان لا يحسن التكبير فيصح بغير لفظ التكبير كما هو

قوله ولنا وعند الشافعي لا يصح الا بقوله الله اكبر او الله الاكبر ● وقال الاكبر الله فالنص انه لا يجوز كذا في وسيطهم وعند مالك لا يصح الا بقوله
الله اكبر لمالك اعتبار التوقيف وللشافعي ان المعرف ابلغ في الثناء فجاز كالمنكر ولابي يوسف ان لفظ افعل التفضيل في صفاته تعالى كالفعيل
لانه لا يراد بالافعل اثبات الزيادة بعد الاشتراك في اصل المعنى كما يراد ذلك في قولك زيد افضل من عمرو ● فلما كان حكم الافعل
في صفاته كذلك وهو جاز فجاز الفعيل ايضا ● ولنا قوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى وذكر اسم الله اعم من ان يكون باسم الله او باسم الرحمن
فجاز الرحمن اعظم كما جاز الله اكبر لانهما في كونهما ذكرا سواء ● فان قلت لا نسلم انهما سواء ● قلت الدليل على انهما سواء ● قوله تعالى قل ادعوا
الله او ادعوا الرحمن ايا ما تدعوا فله الاسماء الحسنى على انا نقول ان الذاكر باسم الرحمن ذاكر الله لا لغيره كما اذا ذكره باسم الله فعلم بذلك
انهما سواء فان قلت قال الله تعالى وربك فكبر وهو يقتضي ان لا يجوز الا بلفظ التكبير وقد تقرر في الاصول ان من جملة شروط القياس ان لا
يتغير حكم النص بعد التعليل فكيف غيرتموه ● قلت لا نسلم انه يقتضي ان لا يجوز الا بلفظ التكبير لان المامور به في النص هو التكبير ومعناه
التعظيم لغة وتعظيمه كما يحصل اذا قيل الله اكبر يحصل اذا قيل الرحمن اعظم ولا نسلم تغير حكم النص لانا ما عملنا الا بمقتضى النص
حيث عظمه وذكره بما يراد به تعظيم الله تعالى ● قال في شرح مختصر الكرخي وذكر ابن شجاع في المجرد عن ابي حنيفة قال اكره
ان يفتتح الصلاة الا بقوله الله اكبر وذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل بلفظ التكبير وداوم عليه واقل احوال المداومة الفضيلة
قوله فان افتتح الصلاة بالفارسية الى اخره ● اعلم ان الافتتاح بالفارسية او القراءة بها في الصلاة او التسمية على الذبيحة بها جائز
كلها عند ابي حنيفة عجز عن العربية او لا وعندهما لا يجوز اذا لم يعجز عن العربي الا في الذبيحة وعنه ان عجز يجوز في الكل له في القراءة
قوله تعالى انا ارسلناه قرآنا عربيا ونحن مامورون بقراءة القرآن والقرآن عربي بالنص والعربي اسم للنظم المخصوص بلسان العرب
لان المعنى لا اختصاص له بلسان دون لسان فلما كان مخصوصا بلسان العرب لم يجز القراءة بالفارسي الا اذا عجز عن العربي
تعلق بالمعنى المعرف ولهما في الافتتاح ان التعظيم بالعربي ليس كالتعظيم بالفارسي لمزية لسان العرب فلا يجوز بالفارسي بخلاف التسمية
بالفارسية حيث جازت لحصول الذكر ولابي حنيفة قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين ● وقوله تعالى ان هذا لفي الصحف الاولى ولم
يكن نظم القرآن في الزبر والصحف وانما كان معناه وذلك المعنى كما يحصل بالعربي يحصل بالفارسي فتتادى القراءة بالفارسي قراءة فيجوز
كما يجوز القراءة بالعربي والدليل على انها قراءة الجواز جوازها عند العجز فلو لم تكن قراءة لما جازت كما لا يجوز انشاد الشعر عند العجز وقد
ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير اذا كان لا يحسن العربية اجزاه بالاجماع وكذا حكي عن الشافعي في كتاب الامامة وله في الافتتاح والتسمية
قوله تعالى وذكر اسم ربه ● وقوله تعالى واذكروا اسم الله عليها صواف وذكر اسم الرب تعالى كما يحصل بالعربي يحصل بغيره اذ لم يتقيد
بلسان دون لسان ● وذكر الشيخ ابو محمد الرازي ان ابا حنيفة رجع الى قولهما في القراءة وعليه الاعتماد **قوله** فمحمد مع ابي
حنيفة في العربية كما يجوز عند ابي حنيفة ومع ابي يوسف في الفارسية يعني اذا افتتح بالفارسي لا يجوز عند محمد كما لا يجوز عند ابي
يوسف الا اذا كان عاجزا عن العربي **قوله** ولم يكن فيها بهذه اللغة اي لم يكن القرآن في زبر الاولين باللغة العربية **قوله**
ولهذا يجوز عند العجز اي ولاجل ان القرآن لم يكن في الزبر بهذه اللغة يجوز القراءة بالفارسية عند العجز بالعربية بالاتفاق **قوله**
لكن لغة السنة المتوارثة وهي القراءة بالعربية **قوله** ويجوز باي لسان كان سوى الفارسية يعني كما لا يجوز القراءة بالفارسية عند
ابي حنيفة على قوله الاول يجوز القراءة بالتركية والهندية وغير ذلك من اي لسان كان **قوله** هو الصحيح احتراز عن قول البعض لا يجوز
القراءة بغير العربية الا بالفارسية لما تلونا وهو قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين **قوله** والخلاف في الاعتداد يعني ان القراءة بالفارسية
هل تعتد بالقراءة بالعربية لا فساد الصلاة ولي فيه نظر لان القراءة بالفارسي ليست بقراءة القرآن عندهما واذا لم تكن قراءة القرآن
كانت من كلام الناس وهو مفسد للصلاة ● قال الامام الزاهد العتابي في الجامع الصغير هذا اذا قرأ بالفارسية كل لفظ بما هو في
معناه من غير ان يزيد فيه شيئا ● اما اذا قرأ على طريق التفسير تفسد صلاته بالاجماع **قوله** والخطبة والتشهد على هذا الاختلاف
اي يجوز قراءتهما بالفارسية عند ابي حنيفة خلافا لهما **قوله** وفي الاذان يعتبر التعارف يعني ان كان عرفهم عربيا فهو المعتبر وان كان
بلسان اخر فذلك المعتبر لان المقصود من الاذان الاعلام ولم يحصل الا بالمتعارف ● وقال شمس الائمة في شرح الكافي وروى الحسن عن ابي
حنيفة انه اذا اذن بالفارسية والناس يعلمون انه اذان جاز وان كانوا لا يعلمون ذلك لا يجوز **قوله** ولو قال اللهم فقد قيل
يجزيه وهو قياس اهل اللغة من البصرة لان اصله عندهم يا الله والميم عوض عن حرف النداء فكان ثناء خالصا وقيل لا يجزيه وهو قياس اهل
اللغة من الكوفة لان اصله عندهم يا الله امنا اي اقصدنا بخير اي حذف حرف النداء ونزعت الهمزة من ام ووصل الميم بالهاء
لكثرة الاستعمال واستدل الكسائي على ان الميم ليس بعوض بقول الشاعر
وما عليك ان تقولي كلما سبحت او صليت يا اللهما ● حيث جمع بين الميم وحرف النداء فلو كان عوضا لم يجمع بينه وبين المعوض فاذن لا يصير
شارعا به لكونه مشوبا بالحاجة ولو قال الله او الرحمن او الرحيم ولم يقترن به الخبر هل يصير شارعا وهو غير مذكور في ظاهر الرواية وعن
الحسن عن ابي حنيفة يصير شارعا لوجود ذكر الرب خالصا ● قال القدوري ظاهر كلام محمد في الاصل يقتضي ان الصفة شرط لانه
اذا قال الله اكبر واجل واعظم جاز ووجه ذلك ان التعظيم لا يتم بمجرد الاسم حتى يتم به الصفة والمقصود من الذكر التعظيم **قوله**
ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى ● قال في الصحاح اعتمدت على الشيء اتكأت عليه فعلى هذا معنى ما قال في الكتاب يتكي بيده اليمنى على اليسرى
بان تكون الباء للتعدية وما قيل يعتمد بمعنى يقصد والباء زائدة اي يقصد وضع يده اليمنى ففيه نظر ● ثم اعلم ان الكلام في وضع اليد
في اربعة اوجه اصل الوضع وصفته ووقته ومكانه اما الاول فمذهبنا وكذا عند الشافعي وعند مالك لا يضع بل يرسلهما وهو قول النخعي
والحسن وعند الاوزاعي هو مخير لنا ما روي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال انا معشر الانبياء امرنا ان نضع ايماننا على شمائلنا في

صلاتنا

صلاتنا وروى الترمذي في جامعه باسناده الى سماك بن حرب عن قبيصة بن هلب عن ابيه ● قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يؤمنا فيأخذ شماله بيمينه ● قال ابو عيسى حديث هلب حديث حسن واسم هلب يزيد بن قنافة ولما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان
يرفع يديه في تكبيرة الافتتاح ثم يرسل معناه يرسل عن رفع ثم يأخذ ثم الذهب عندنا ايضا ● واما الثاني فهو ان يضع بطن كفه اليمنى
على رسغه اليسرى تحت السرة فيكون الرسغ وسط الكف لما روي عن وائل بن حجر ان النبي صلى الله عليه وسلم وضع يده اليمنى على ظهر كفه
اليسرى وعن علي انه كان يفعل كذلك واستحسن مشايخنا التحليق وهو ان يحلق بالابهام والاصبع على الرسغ بعد الوضع ● واما الثالث
فهو عند ابي حنيفة وابي يوسف من اول القيام الى ان يركع وعند محمد من اول القراءة وهذا بناء على ان وضع اليد سنة قيام فيه ذكر مسنون
او سنة قيام فيه قراءة فانهم لما ان تلك القومة تشبه السجود والركوع لعدم القراءة فيها فلا يسن الوضع ولهما ان تلك القومة فيها ذكر
مسنون فاشبه القيام الذي فيه القراءة فيسن فيها الوضع كما يسن فيه ● واما الرابع فهو ان يضع تحت السرة عندنا وعند الشافعي
على الصدر له قوله تعالى فصل لربك وانحر اي ضع يدك على النحر وهو ما روي ● ولنا ما روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان من
السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة في الصلاة وعن علي ان السنة في الصلاة وضع الاكف على الاكف تحت السرة ولانه اقرب الى
الخشوع والتعظيم فيكون اولى بخلاف النساء فان مبنى امرهن على الستر فلاجل هذا اشار الوضع على الصدر فلا يفعل الرجال على ما عليه
لتقدم المبنى الجامع اما قوله وانحر يعني ضع يدك على النحر فغير مشهور وانما المشهور هو نحر الجزور بعد الصلاة والصلاة صلاة العيد كذا قال
ائمة التفسير **قوله** وهو الصحيح احتراز عن قول اصحاب الفضل كابي علي النسفي والامام ابي عبد الله الخيزاخزي وغيرهما حيث قالوا ان
انه يعتمد في كل قيام فيه ذكر مسنون او لا تحقيقا للخلاف للروافض لعنهم الله فان مذهبهم ارسال اليد من اول
الصلاة ... من اول الصلاة **قوله** ويرسل في القومة اي في القومة عن الركوع **قوله** وبين تكبيرات الاعياد
اراد بها التكبيرات الزوائد لانه يضع يديه بعد التكبيرة الاولى عندهما لان فيه ذكرا مسنونا وهو قوله سبحانك اللهم الى اخره ● بخلاف
التكبيرات الزوائد فانه لا يضع يديه بينهما بالاتفاق بين علمائنا الثلاثة لانه لا ذكر بينهما ولا قراءة على مذهبهم **قوله**
ثم يقول سبحانك اللهم الى اخره ● اي يقول سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك معناه اسبح الله
كانه قال ابرئ الله من السوء براءة ونفيه على المصدر به وهو علم للتسبيح يستعمل غير منصرف الا اذا اضيف وبحمدك معطوف على المحذوف
كانه قال سبحانك اللهم وبحمد الايك وبحمدك سبحانك وتبارك اسمك اي ما اعظم عن صفات المخلوقين وصفاتهم وتعالى جدك اي عظمتك
وانما يقول هذا الثناء بعد الشروع لما روي عن عمر وابن مسعود وعائشة وابي سعيد وجابر وانس رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان اذا افتتح الصلاة ● قال سبحانك اللهم وبحمدك الى اخره ● وذكر الشيخ ابو الحسين القدوري في شرح مختصر الكرخي ● وقد ذكر
عمرو بن ميمون عن عمر بن الخطاب انه صلى بعد الخليفة الفجر فلما كبر قال سبحانك اللهم وبحمدك الى اخره ● وروى علقمة والاسود عن ابن مسعود
مثله وروى سليمان بن موسى ان ابا بكر وعمر وابن مسعود كانوا اذا افتتحوا الصلاة قالوا ذلك وبه قال الثوري والاوزاعي ومالك في
الموطأ واما الامام فيكبر ثم يقرأ **قوله** وعن ابي يوسف انه يضم اليه قوله وجهت وجهي الى اخره ولم يصرح صاحب الهداية
ان المصلي يقول وجهت بعد الثناء او قبل الثناء بعد التكبير ● قال في المختلف والحصر يقول المصلي بعد الثناء قبل القراءة ● وقال في شرح
الطحاوي ان شاء قدم التسبيح او اخره هو قول الشافعي وذكر في شرح الاقطع حيث قال قال ابو يوسف الاولى ان يقول ذلك بين هذا وبين قوله
وجهت يعني جمع بينهما وعند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول لا يقول ذلك لا قبل القراءة ولا قبل الثناء ولا قبل التكبير
وجه قوله ما رواه انس ان النبي عليه الصلاة والسلام كان يفتتح الصلاة بسبحانك اللهم الى اخره والاخرى ووجه قوله حديث ابن عمران
النبي صلى الله عليه وسلم كان يستفتح الصلاة بوجهت وجهي الى اخره ● قال ابو يوسف فاذا روي الامران كان الجمع بينهما اولى ولنا ما رواه
فالمراد منه التهجد بالليل وفي النوافل سعة بخلاف الفرائض فلا يأتي به فيها ● وقوله جل ثناؤك لم يذكر في الثناء اي لم يذكر في الاخبار
المشهورة فلا يأتي به في الفرائض احترازا عن الزيادة فيها ما ليس منها ● قال في شرح الطحاوي وليس على المقتدي من قوله جل ثناؤك ولو قال
لا باس به فالاولى ان يأتي بالتوجه قبل التكبير ليتصل به النية هو الصحيح وفي بعض النسخ بالتوجيه واراد بالتوجيه قوله وجهت وجهي
الى اخره والغرض في به يرجع الى التكبير وانما قال هو الصحيح لان عند بعض مشايخنا المتأخرين يأتي به قبل التكبير لكونه اجمع للعزيمة وهو
اختيار الفقيه ابي الليث ويقول قبل التكبير وجهت وجهي للذي فطر السماوات والارض حنيفا وما انا من المشركين ان صلاتي ونسكي
ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا من المسلمين ● وانما يقول وانا من المسلمين لئلا يلزم الكذب فلو
قال وانا اول المسلمين قيل تفسد صلاته للكذب وقيل لا تفسد لارادته ما في القرآن وهو الاصح عندي لانه انما يقول في الصلاة على مذهب
ابي يوسف ومذهبه انه لما كان موجودا في القرآن لا تفسد الصلاة اما على مذهبنا فلا يقول اصلا لا قبل الشروع ولا بعده واما الاتيان
به قبل الشروع لئلا يؤدي الى طول المكث المفضي الى ترك المتابعة الى المغفرة **قوله** ويستعيذ بالله الى اخره ● اعلم ان الكلام
في الاستعاذة في وجوه الاول في انه يتعوذ وعند مالك لا يتعوذ لما روى انس ان النبي عليه الصلاة والسلام كان يفتتح الصلاة بالحمد لله
رب العالمين وكذا ابو بكر وعمر وعثمان ● ولنا قوله تعالى واذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم ولانه روي عن ابي سعيد
الخدري ان النبي عليه الصلاة والسلام كان يقول قبل القراءة اعوذ بالله من الشيطان الرجيم والحاجة الى دفع همزات الشيطان ووسوستهما وهذا المعنى
يحتاج اليه في الصلاة ايضا ● والثاني في كيفيتها فمذهب ابي عمرو وعاصم وابن كثير من القراء اعوذ بالله من الشيطان الرجيم وعن حفص من
طريق هبيرة اعوذ بالله العظيم السميع العليم من الشيطان الرجيم ان الله هو ... ومذهب نافع وابن عامر والكسائي رحمهم الله اعوذ بالله من الشيطان
الرجيم ان الله هو السميع ومذهب حمزة استعيذ بالله من الشيطان الرجيم وهو قول ابن سيرين ● والثالث في صفتها فعند الجمهور ...

عطا انها واجبة عند قراءة القرآن في الصلاة وغيرها لاطلاق الامر • ولنا ان هذا قول مخالف لاجماع السلف فلا يجوز • والرابع
في كيفيته هذه الصيغة عند الجمهور حنفيها وعن عمر انه جمع بينهما • ولنا ما روي عنه محمول على وقوع ذلك اتفاقا لا قصدا او تعليما د
منه للسامعين بانه مما ينبغي ان يقرأ به في الصلاة • والخامس في وقته فمذهبنا ان وقته قبل القراءة ومذهب اصحاب الظواهر
وحمزة انه بعد القراءة لظاهر مقتضى الامر • ولنا ان المراد من القراءة المذكورة في الاية ارادتها مجازا بدليل حديث ابي سعيد بانه
يوافق القراءة ان النبي عليه السلام كان يقول ذلك قبل القراءة قوله والاولى ان يقول استعيذ بالله ليوافق القرآن لان
المذكور في القرآن فاستعذ وهو امر من الاستعاذة فكذا استعيذ مضارع من الاستعاذة فيحصل موافقة القرآن بخلاف اعوذ
من العوذ لا من الاستعاذة لكنه قريب من استعيذ ايضا لحصول الاشتراك في الحروف الاصول والمعنى الاصلي واختار في خلاصة
الفتاوى اعوذ بالله من الشيطان الرجيم قوله ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند ابي حنيفة ومحمد لقوله تعالى فاذا قرأت
القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم جعل تبعا للقراءة لا للثناء وعند ابي يوسف تبع للثناء لانها شرعت بعد الثناء وثمرة
الخلاف تظهر في ثلاث مسائل • الاولى المسبوق يأتي بالتعوذ عندهما اذا قام الى قضاء ما سبق وعند ابي يوسف يأتي به حين شرع
عقيب الثناء • والثانية المقتدي لا يأتي به عندهما لانه لا قراءة عليه وعنده يأتي به لانه يثني • والثالث انه يتعوذ الامام
في صلاة العيد بعد التكبيرات عندهما وعنده يتعوذ عقيب الثناء بعد تكبيرة الافتتاح • ثم اعلم ان هذا الخلاف كما ذكره صاحب
الهداية في بعض نسخ الفقه بين ابي حنيفة ومحمد وابي يوسف قوله ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم • اعلم ان التسمية تبع فيها د
الكلام من وجوه • الاول في انها هل هي اية منزلة من اوائل السور ام لا فعند ابي حنيفة واصحابه انها انزلت اية من اوائل السور وكتابتها في
اوائل السور للفصل والتبرك بابتدائها • وروي عن محمد انها اية منزلة لكن لا من اوائل السور وهو اختيار ابي بكر الرازي • وعن الاوزاعي
ما انزل الله في القرآن بسم الله الرحمن الرحيم الا في النمل وهو مذهب مالك ايضا ومذهب قراء المدينة والبصرة والشام انها ليست باية
لا من الفاتحة ولا من سائر السور ومذهب قراء مكة والكوفة انها اية من راس كل سورة وهو مذهب الشافعي له انها لو لم تكن منها
لم تكتب في المصحف • ولنا ان اثبات التسمية من السورة لا يجوز الا بنقل متواتر ولو ثبت ذلك لم يختلف الكبار الذين نقل القرآن
عنهم الينا واذا في درجة الاختلاف المعتبرات الشبهة فبالشبهة لا يثبت كون التسمية من السورة • قوله ولو لم تكن منها لم تكتب فيه
فلا نسلم الملازمة لانه يكتب في اوائل السور سورة كذا مكية او مدنية مع ان كتابتها لا تدل على كونها من القرآن بالاتفاق وكذا كتبت
في اوائل السور عدد الايات فكذا ايضا لم يدل على كونها من القرآن فكان قول الشافعي ضعيفا جدا حتى قال في الاختلاف في انها ضعيفة في المذ
والوجه الثاني في انها هل تقرأ في الصلاة ام لا فعندنا تقرأ خلافا لمالك له حديث عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان
يفتتح القراءة بالحمد لله رب العالمين • وما روي عن انس انه قال صليت خلف النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان فكانوا يفتتحون
القراءة بالحمد لله رب العالمين • ولنا ما روى الترمذي باسناده الى ابن عباس قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يفتتح صلاته ببسم الله الرحمن
الرحيم وما روته عائشة محمول على الاخفاء وهو المذهب عندنا والامر عند الشافعي اظهر لانها لما جعلها من راس كل سورة واما ما
قرأ السورة • والوجه الثالث في انها هل يجهر بها ام لا فعندنا لا يجهر خلافا للشافعي له حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان
يجهر بها ولنا حديث ابن المغفل انه سمع ابنه يجهر بالتسمية في الصلاة فقال يا بني اياك والحدث في الاسلام فانه كل حدث بدعة وكل
بدعة ضلالة في النار فاني صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف ابي بكر وعمر وعثمان فلم ار احدا منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم وعن
ابراهيم النخعي ما ادركت احدا يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم وان الجهر بها بدعة • وما رواه الشافعي فهو محمول على وقوعه اتفاقا او تعليما بانها
مما يقرأ او على الحال الذي لم يسمعه القاري • والوجه الرابع في انها هل تكرر ام لا فمذهب ابي حنيفة في رواية الحسن عنه لا تكرر لانها
لافتتاح الصلاة والصلاة الواحدة كالفعل الواحد ولهذا يوتر القعدة الواقع في اولها في اخرها فلا ينبغي الا مرة وفي رواية ابي يوسف
عنه تكرر في اول كل ركعة وهو قول ابي يوسف لما روي انه عليه الصلاة والسلام كان يفتتح القراءة ببسم الله الرحمن الرحيم وعند محمد اذا خافت
يكرر في اول كل سورة واذا جهر ترك التكرار احترازا عن الجمع بين الجهر والمخافتة • وروى ابو حنيفة في مسنده عن ابي اسحاق عن البراء قال
كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخفي ببسم الله الرحمن الرحيم قوله ويسر بهما قال المطرزي اسر الحديث اخفاه وقوله ويسر بهما يعني
الاستعاذة والتسمية وانما يسر بهما بزيادة الباء فهو قوله ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة • اعلم ان تعيين فاتحة الكتاب وضم
السورة اليها واجبان لمداومة النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك وان قرأ ثلاث ايات من اي سورة شاء اجزأه عن ضم السورة لان اقل سورة
ثلاث ايات الا ترى الى سورة الكوثر وقراءة الفاتحة ليست بركن عندنا خلافا للشافعي فانها ركن عنده حتى لو ترك شيئا منها تفسد صلاته
لنا قوله تعالى فاقرؤوا ما تيسر من القرآن والمفهوم منه مطلق القراءة اعم من ان يكون الفاتحة او غيرها لانه لو تعين بدون دليل يجري على اطلاقه كما هو
الاصل في المطلق ثم مطلق القراءة اعم من ان يكون قراءة الفاتحة او غيرها فتجوز الصلاة باي قراءة كانت • فان قلت قال عليه الصلاة والسلام
لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وهذا يقتضي ان تكون الفاتحة ركنا • قلت لا نسلم وانما يثبت الركنية اذا كان المراد من الحديث نفي الجواز ولا نسلم ذلك
ولم لا يجوز ان يكون المراد منه نفي الفضيلة كما في قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد على انا نقول لا يجوز العمل بخبر الواحد
على وجه يعارض كتاب الله ويخالفه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا روي لكم عني حديث فاعرضوه على كتاب الله فما وافق فاقبلوه وان
لم يوافق فردوه • بيانه ان اطلاق الكتاب يقتضي ان تجوز الصلاة بمطلق القراءة من اي محل كان من القرآن وغيرها والحديث على ارادة
نفي الجواز به يقتضي ان لا تجوز الصلاة بدون الفاتحة فحملناه على نفي الفضيلة كيلا تلزم المعارضة والمخالفة • فان قلت نفي الجواز اصل فيكون
هو المراد • قلت لا نسلم انه اصل ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان الاصل مراد بالحديث لجواز ترك الاصل بدليل يقتضي الترك • فان قلت قال عليه الصلاة

والسلام كل صلاة لم تقرأ فيها بفاتحة الكتاب فهي خداج اي ذات خداج فحذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه والخداج النقصان
يعني فهي ناقصة وهذا الحديث ايضا يدل على ركنية الفاتحة • قلت لا نسلم لان هذا الحديث هو الذي يوافق مذهبنا لانه يثبت النقصان
لا الفساد ومذهبنا ان الصلاة لا تفسد بترك الفاتحة بل يحصل النقصان فيها بترك الفضيلة • فان قلت انه مما استدل على ركنية الفاتحة وضم
السورة جميعا بقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها فما جوابه • قلت جوابه هو الذي مر من ردنا على الشافعي
فلا نعيده • وروى ابو حنيفة في مسنده عن عطاء بن ابي رباح عن ابي هريرة • قال نادى منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة لا
صلاة الا بقراءة ولو بفاتحة الكتاب وهذا يدل على ان تعيين الفاتحة ليس بفرض قوله والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز لان
الزيادة على النص في معنى النسخ والنسخ لا يجوز فيها دون المنسوخ لقوله تعالى ما ننسخ من اية او ننسها نأت بخير منها او مثلها وخبر الواحد دون
نص الكتاب فلا يجوز الزيادة به عليه • فان قلت لم قلتم انها في معنى النسخ قلت لما كان مشروعا قبل الزيادة لما كان بعضا بعد الزيادة لزم
تبدله من الكل الى البعض وليس معنى النسخ الا التبديل فثبت انها في معنى النسخ قوله لكنه يوجب العمل يعني به انه اي لكن خبر الواحد يوجب
العمل فقلنا بوجوب الفاتحة وضم السورة حتى لو تركهما ساهيا يلزمه سجود السهو اذا انتهى قوله واذا قال الامام ولا
الضالين قال امين ويقولها المؤتم وامين بالمد والقصر من اسماء الافعال ومعناه استجب والمؤتم من ائتم به اي اقتدى به ويجوز ان يكون اسم
الفاعل ويجوز ان يكون اسم المفعول لان التقدير يختلف واذا كان اللفظ متحدا لان تقدير اسم الفاعل مؤتمم بكسر الميم الاول وتقدير اسم
المفعول مؤتمم بفتح الميم الاول والمراد به هنا هو الثاني وهو الامام لمناسبة الكلام والخلاف هنا في موضعين احدهما ان الامام كما يقولها
المقتدي والثاني هل يجهر بها ام لا • اما الاول فعندنا يقولها الامام كما يقولها المقتدي خلافا لمالك له قوله عليه الصلاة والسلام اذا
قال الامام ولا الضالين فقولوا امين حصر الاذكار والقسمة قاطعة للشركة • ولنا ما روى ابو داود في سننه باسناده الى ابي هريرة انه
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا امن الامام فامنوا فانه من وافق تامينه تامين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه وقد روي ايضا
في اخر ما رواه مالك فان الامام يقولها • واما الثاني فان عندنا يخفيها وعند الشافعي يجهر بها في صلاة الجهر له ما روي عن وائل بن حجر انه
قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قرأ ولا الضالين قال امين ورفع بها صوته • ولنا ما روي عن ابن مسعود انه قال يخفي الامام التعوذ
والتسمية وامين وربنا لك الحمد ولان قوله امين دعاء فكان اخفاؤها اولى لقوله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية ولقوله عليه الصلاة
والسلام خير الذكر الخفي والدليل على كونها دعاء قوله تعالى قد اجيبت دعوتكما والداعي كان موسى والمؤمن هارون عليهما السلام فعلم ان
التامين دعاء • وما روي عن وائل فقد طعنه ابراهيم النخعي فقال اشهد وائل ولم يشهد عبد الله يعني كان وائل قدم واحدا وكان عبد الله
مع النبي عليه الصلاة والسلام دائما فهو اعلم بحاله ولئن صح فمحمول على وقوعه اتفاقا لا قصدا • فان قلت قوله عليه الصلاة والسلام اذا
امن الامام فامنوا دليل على الجهر لانه علق تامينهم بتامينه • قلت لا نسلم انه دليل الجهر لانهم سمعوا او لم يسمعوا تامين الامام يؤمنون لان موضع
التامين معلوم وهو ما بعد قوله ولا الضالين ولا حاجة الى سماع تامين الامام قوله ويخفونها اي ويخفي الامام والقوم كلمة
امين والله اعلم قوله لما روينا اراد به حديث ابن مسعود وقد ذكره قبيل خمسة عشر خطا قوله والمد والقصر فيه وجهان
اي في التامين او في لفظ امين وقد بيناه قوله والتشديد خطأ اي تشديد الميم في امين خطأ قوله ثم يكبر ويركع اي بعد قراءة
الفاتحة وضم السورة يكبر ويركع اما التكبير فلما روي عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يكبر عند كل خفض ورفع رواه الترمذي مسندا الى
عبد الله بن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم واما الركوع فلقوله عليه الصلاة والسلام للاعرابي ثم اقرأ ما تيسر من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعا
قوله وفي الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط وانما ذكر المصنف لفظ الجامع الصغير اذا كان بين الروايتين نوع منافاة لان في رواية القدوري ورواية
الجامع الصغير منافاة ذلك لان السنة في التكبير ان يكبر كلما شرع في رواية القدوري اشارة الى ذلك وقيل السنة ان يكبر عند الخرور وابتداؤه
عند اول الخرور وفراغه عند الاستواء وهو رواية الجامع الصغير قوله عند كل خفض ورفع اي عند ابتداء كل ركن وانتهائه وبعض
التكبير عند الخفض والرفع اذ التسالا الله اعظم من ان يؤدي جنحه عند التقدير من العبادة • لا يقال اذا كان عليه الصلاة والسلام يكبر عند كل خفض ورفع
فلم يكبر عند رفع الراس من الركوع لانا نقول المراد من التكبيرات لا اعلام اجزاء بين اجزاء الصلاة خاليا عن الذكر فعند الركوع يسمع المصلي اذا كان اماما
ويحمد اذا كان مقتديا ويأتي بهما اذا كان منفردا فلا اخلوا ذلك الجزء من الذكر فلم يشرع التكبير لاجل هذا قوله ويحذف التكبير حذفا يعني لا يطوله
بان يمد في غير موضع المد فانه اذا مد همزة الله عامدا يكفر ولا يجوز صلاته لكونه شاكا في كبرياء الله تعالى باستفهامه وهو المراد من قوله لان المد
في اوله خطأ من حيث الدين واذا مد فتحة الباء من اكبر واخرج الالف وقال اكبار يكون خطأ من حيث اللغة ولا تفسد صلاته وهو المراد من قوله وفي
اخره لحن من حيث اللغة وعن بعض مشايخنا ان صلاته تفسد ولا يحرم بها وهو قول الفقيه ابو جعفر ذكره في شرح الطحاوي عن ابن مسعود انه قال
التكبير جزم والاذان جزم والاقامة جزم واللحن الخطأ في كلامه اذا اخطأ يقال فلان لحان ولحانة اي مخطئ قوله ولا يندب
الى التفريج الا في هذه الحالة اي لا يندب الى تفريج الاصابع اي كشفها الا في حالة الركوع قوله ولا الى الضم ولا يندب الى ضم الاصابع
في حالة السجود قوله وفيما وراء ذلك يترك على العادة اي فيما وراء الركوع والسجود وهو حالة الافتتاح يترك الاصابع على العادة يعني لا
يفرج كل التفريج ولا يضم كل الضم كما هو العادة قوله ولا ينكسه قال في الصحاح نكست الشيء انكسه نكسا قلبته على راسه ونكسته تنكيسا
والنكس من المطاطي راسه من رآسه اي خفضه وافنيه اي رفعه قوله ويقول في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثا وذلك ادناه لقوله عليه الصلاة
والسلام اذا ركع احدكم فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثا وذلك ادناه • وقال صاحب الهداية اي ادنى كمال الجمع • وقال شمس الائمة في المبسوط
المراد منه ادنى الكمال فان الركوع والسجود يجوز بدون هذا الذكر الا على قول ابي مطيع • قال الامام حميد الدين في شرح الهداية اي ادنى الجمع
المشروع فانا نقول اي الثلاث ادنى ما يسن من التسبيح في الركوع لانه اذا الرجل لا تجوز صلاته واذا انقص من الثلاث يكون تاركا للسنة واذا زاد على

الثلاث تكون اتيانا بالفضيلة والاستحباب مع مراعاة السنة فيكون الثلاث ادنى الوجه المسنون • ولا يقال كيف رجع الضمير اليها اليس ذكره بمذكور لانا نقول التسبيحة قائمة مقام الذكر وقد جاء مثل هذا في قوله عليه الصلاة والسلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت اي فبالسنة اخذ ونعمت الخصلة وعند ابي مطيع قوله سبحان ربي العظيم فرض لا يجوز تركه الا انه محجوج بما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه علم الاعرابي الواجبات ولم يعلم التسبيح في الركوع والسجود ويقول سمع الله لمن حمده يقال اسمعت له وتسمعت اليه وسمعت له كله بمعنى اي اصغيت اليه • قال تعالى لا تسمعوا لهذا القرآن وقال تعالى لا يسمعون الى الملأ الاعلى والمراد منه في التسميع مجازا بطريق تسمية السبب وهو الاصغاء على المسبب وهو القبول فالاجابة اي اجاب له وقبله قوله ولا يقولها الامام اي ولا يقول كلمة التحميد عند ابي حنيفة وعندهما يقولها في نفسه لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يقولها وغالب احواله الامامة ولان الامام يحرض غيره على التحميد فلا يجوز له ان ينسى نفسه ولابي حنيفة ما روى انس ان النبي عليه الصلاة والسلام قال انما جعل الامام اماما ليؤتم به فلا تختلفوا عليه فاذا كبر فكبروا واذا قرأ فانصتوا واذا قال ولا الضالين فقولوا آمين • واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد قسم والقسمة قاطعة للشركة ولهذا المعنى لا يقول المقتدي بالتسميع عنده ولان المقتدي يقول التحميد حين يقول الامام التسميع فاذا قال الامام التحميد تقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الامامة فلا يأتي به وما رواه فهو محمول على حالة الانفراد في صلاة النفل توفيقا بين الحديثين واما قيده بما يقولها في صلاة النفل لانه كان يواظب على الجماعة في الفرض ولا نسلم ان الامام ينسى نفسه لانه اتى بالتحميد ايضا بدلالة لان الدال على الخير كفاعله بالحديث • وروي عن ابي حنيفة ان الامام والمؤتم يجمعان بين التسميع والتحميد وبه اخذ الشافعي قوله والمنفرد يجمع بينهما في الاصح يعني ان فيه روايتا عن ابي حنيفة قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير روي عنه ان المنفرد يأتي بالتسميع لا غير • ثم قال وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه يأتي بهما كالمؤتم عندهما ثم قال وعليه الاعتماد • وقال قاضي خان في شرحه للجامع الصغير المنفرد يجمع عندهما لان عندهما الامام يجمع فالمنفرد اولى واضطرب الرواية عن ابي حنيفة روي انه يأتي بالتسميع لا غير • وروى الحسن عنه انه يجمع بينهما وبه اخذ بعض المشايخ وفي ظاهر الرواية وفي رواية ابي يوسف انه يأتي بالتحميد لا غير وبه اخذ شمس الائمة الحلواني وكثير من المشايخ الى هنا لفظ قاضي خان • قال في شرح الاقطع الصحيح انه لا يجمع بينهما لانه علامة في الرفع فلا يجمع بينه بين ذكرين • وجه الرواية الاخرى ان قوله سمع الله لمن حمده يقتضي حمد حامد وليس هناك سواه فيأتي به وقيل الاصح ان المنفرد يأتي بالتحميد لا غير وبه قال الطحاوي وجعل صاحب التحفة هذا من الرواية رواية النوادر قوله والامام بالدلالة عليه اي على التحميد وهذا جواب عن دليلهما العقلي وقد اندرج فيما ذكرناه قوله اما التكبير والسجود فلما بينا اراد به ما ذكر قبل هذا بقوله لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع وما ذكر في اول الباب من قوله اركعوا واسجدوا اعلم ان الطمأنينة في الركوع والسجود في القرار فيهما والدوام عليهما ليست بفرض عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف فرض مقدار تسبيحة وبه اخذ الشافعي وعلى هذا الخلاف القومة بعد الركوع والجلسة بين السجدتين ولقب المسئلة انه تعديل الاركان ليس بفرض عندهما خلافا لابي يوسف قال في شرح الطحاوي • قال الفقيه ابو الليث لم يذكر الاختلاف في ظاهر الرواية لكن نقلنا من الفقيه ابي جعفر وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا ترك الطمأنينة فعندهما تجوز صلاته وعنده لا تجوز لابي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام لاعرابي حين خفف الركوع والسجود قم فصل فانك لم تصل وقوله عليه الصلاة والسلام اسوأ الناس سرقة من يسرق من صلاته وفسر بالذي لا يتم صلبه في الركوع والسجود ولهما قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا والركوع في اللغة الانحناء يقال ركع الشيخ انحنى من الكبر والسجود الخضوع كذا قاله الجوهري وقد يحصل الانحناء والخضوع بدون الطمأنينة فلا يلحق بها زيادة على الكتاب بخبر الواحد لان الكتاب خاص بين في نفسه لا يحتاج الى البيان • اما قوله عليه الصلاة والسلام للاعرابي قم فصل فانه دليلنا لانه عليه الصلاة والسلام خلى تركه حتى يفرغ من صلاته فلو كانت صلاته فاسدة لامره بالقطع وانما امره بالاعادة جبرا للنقصان وزجرا عن الاعتياد بمثل تلك الصلاة ولهذا سماها عليه الصلاة والسلام صلاة في آخر الحديث الذي رواه ابو يوسف بقوله عليه الصلاة والسلام وما انتقصت من هذا شيئا فقد نقصت من صلاتك وكذا الحديث الآخر لا يدل على الفساد بل يدل على النقصان بدليل اطلاق اسم الصلاة حيث قال يسرق من صلاته قوله فتتعلق الركنية بالادنى فيهما اي بادنى الانحناء والانخفاض في الركوع والسجود لان الامر بالفعل لا يقتضي الدوام قوله وكذا في الانتقال اي كذا الطمأنينة في حالة الانتقال من ركن الى ركن يعني ليست بفرض لان الانتقال ليس بمقصود لذاته وانما المقصود اداء الركن • قال في خلاصة الفتاوى والاعتدال في الانتقال سنة بالاتفاق قوله ثم القومة والجلسة سنة عندهما اي القومة بعد الركوع والجلسة بين السجدتين سنة عند ابي حنيفة ومحمد باتفاق الروايات اما الطمأنينة في الركوع والسجود فهي واجبة عندهما ام سنة • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي واجبة حتى يجب سجدتا السهو بتركها لانها شرعت لاكمال ركن مقصود فصارت كطمأنينة القراءة • وقال الشيخ ابو عبد الله الجرجاني وهو تلميذ ابي بكر الرازي وهو تلميذ الشيخ ابي الحسن الكرخي انها سنة حتى لا يجب سجود السهو بتركها لانها شرعت لاكمال الذي ركن وما كان مشروعيته للاكمال فهو سنة لا واجب كطمأنينة الانتقال قوله بتركها عنده اي بترك الطمأنينة في الركوع والسجود عند الكرخي قوله ويعتمد بيديه على الارض في حالة السجود والراحتين جمع راحة المضمومة بعدها الجيم الساكنة وادعم اي اتكأ والراحة الكف • قال في الصحاح التجخية هو التخوية التي هي للرجل والمرأة جميعا والتجوية للمرأة خاصة • وكان صاحب الهداية استعار التجوية للتجافي اوجعل الهاء جاء تسكا للتجخية ولهذا ذكر صاحب ... في حديث البراء بن عازب فهكذا وكذا وقع في مبسوط شمس الائمة قوله لما روي انه عليه الصلاة والسلام فعل كذلك قال في شرح الاقطع روى وائل بن حجر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا سجد وضع جبهته بين كفيه والذي روي انه وضع يديه حذو منكبيه يحمل انه فعل ذلك حالة الكبر وروي كيفية السجود عن ابراهيم النخعي انه اول ما يصيب الارض ركبتاه ثم يداه ثم جبهته ثم انفه وقيل انفه ثم جبهته واذا اراد القيام يرفع رأسه اولا ثم يديه ثم ركبتيه والضابط انه ما كان اقرب الى الارض يوضع اولا وما كان اقرب الى السماء يرفع اولا ويضع وجهه ثم ... قوله ويسجد على

انفه وجبهته • اعلم ان السجود على الانف والجبهة جائز بالاتفاق وهو مستحب عندنا فان اقتصر على الجبهة يجوز وفي الاقتصار على الانف لا يجوز مطلقا الى الاقتصار على احدهما بلا عذر يكره وعندهما في الاقتصار على الجبهة يجوز وفي الاقتصار على الانف لا يجوز بلا عذر ويجوز بعذر وعند الشافعي لا يجوز الاقتصار على الجبهة بلا عذر • وروى اسد بن عمرو عن ابي حنيفة مثل قولهما لهما ما روي في الصحيحين صحيح البخاري ومسلم عن ابن عباس قال قال النبي صلى الله عليه وسلم امرت ان اسجد على سبعة اعظم على الجبهة واشار بيده على انفه واليدين والركبتين واطراف القدمين ولابي حنيفة ما روى ابو داود في سننه باسناده الى العباس بن عبد المطلب انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا سجد العبد سجد معه سبعة آراب وجهه وكفاه وركبتاه وقدماه ثم وضع كل الوجه لتعذره وتعذر غير مراد لان الطاقة تحت الطاقة فتعين البعض والخد والذقن خارج عن ارادة البعض بالاجماع فتعين الجبهة بالانف والاقتصار على الجبهة يجوز بالاتفاق لكونها بعض الوجه وسجدا فكذا الاقتصار على الانف لانها بعض الوجه مسجدا اما كونها بعضا فظاهر واما كونها مسجدا فلان حكم السجود ينتقل اليه لعذر بالجبهة فلولا ان الانف مسجد لما انتقل الحكم اليها كالخد والذقن الا انه يكره لمخالفة السنة ولئن قال الشافعي لا يجوز الاقتصار على الجبهة بلا عذر لان الحديث اثبت الجبهة والانف نقول لا نسلم انه لا يجوز بدليل تخصيص الجبهة صريحا والاشارة بيده الى الانف دليل على التابع في السجود فيجوز تركها • وقوله على سبعة اعظم اذا سبعة اعضاء ولا يجمع فيما كانت زيادة بمدح ثالثة على افعل الا المؤنث ولهذا اشكل ان يكون جمع عظم على موافقة القياس والآراب جمع ارب وهو العضو قوله ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا وانما قال عندنا احترازا عن قول زفر ان الحديث دل على اشتراط الموجود فانه عنده فرض وهو احد قولي الشافعي كذا في شرح الاقطع لزفر ان الحديث دل على اشتراط السجود لسبعة اعضاء • ولنا ان ابا حنيفة السجود يتحقق بدون وضع اليدين والركبتين فلا يشترط وضعها والسجود بسبعة اعضاء مستحب بدليل ما ذكر في آخر الحديث ولا اكف الثياب والشعر فانه اذا كف ثوبه او شعره في الصلاة لا تفسد صلاته اذا الحكم لم يكن كذا اذا ترك وضع اليدين والركبتين وهذا لان عدم الكف مامور به كالوضع وترك الاول لا يضر فكذا ترك الوضع فافهم ولان الركنية لا يتعلق بها الوضوء فلا يجب السجود على المواضع الذي لا يتعلق بها الوضوء مثل اليدين قال في الخلاصة ولو لم يضع ركبتيه على الارض يجوز وعليه فتوى مشايخنا • وقال الفقيه ابو الليث لا يجوز قوله واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري انه فريضة يعني ذكر الشيخ ابو الحسين القدوري في شرح مختصر الشيخ ابي الحسن الكرخي انه فرض لان السجود لا يتحقق بدون وضع القدمين قوله فان سجد على كور عمامته او فاضل ثوبه جاز وفيه خلاف الشافعي والكور مصدر كار العمامة على رأسه اي لافها كل دور كور كذا في الصحاح ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسجد على كور عمامته رواه ابو هريرة وفي حديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى في ثوب واحد يتقي بفضله حر الارض وبردها ولان التي اذا المرتفع للسجود اذا كان منفصلا لم يجز كان متصلا كما في الخف و هنا حكاية لطيفة عن ابي حنيفة انه كان يصلي على خرقة يتقي بها حر الارض فقال له رجل يا شيخ لا تفعل هكذا فانه مكروه فقال له من اين انت فقال من خوارزم فقال الله اكبر جاء الكبير مني ورأى اي من الصف الآخر وزاد به ان العلم يحمل من هنا الى خوارزم لا من هنا الى هنا ثم قال له في مساجدكم حشيش قال نعم قال يجوز الصلاة على الحشيش ولا يجوز على الخرقة قوله ويبدي ضبعيه لقوله عليه الصلاة والسلام وابد ضبعيك ويروى وابدد من الابداد وهو المد قال في المغرب يقال في السجود واما ما روي من الحديث ابدد انما كان اذا سجد ابدى من ضبعيه او ابد فالمراد فيما عندي من كتب الحديث والغريب • وقال في صحيح مسلم عن البراء قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجدت فضع كفيك وارفع مرفقيك وفيه ايضا باسناده الى ميمونة بنت الحرث قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد جافى حتى يرى من خلفه وضح ابطيه • قال وكيع يعني بياضهما وفيه ايضا باسناده الى ميمونة كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا سجد لو شاءت بهمة ان تمر بين يديه لمرت • وذكر البخاري باسناده الى عبد الله ابن مالك ابن بحينة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا صلى فرج بين يديه حتى يبدو بياض ابطيه والضبع بالسكون لا غير العضد وقيل وسطه وباطنه يقال جاء في عضديه اي باعدهما عن جنبيه قال في الجمهرة البهم معروف الواحدة بهمة وهي صغار الضأن والمعز جميعا وخص الضأن بذلك قوله واذا سجد احدكم بالواو عطفا على قوله عليه الصلاة والسلام اذا ركع احدكم لانهما في حديث واحد قوله وذلك ادناه والكلام فيه قد مر عند ذكر الركوع ثلاثا قوله ويستحب ان يزيد على الثلاث في الركوع والسجود بعد ان يختم بالوتر كالخمس والسبع والتسع لكن اذا كان اماما لا يطول بحيث يمل القوم كيلا يؤدي الى تنفير الجماعة وعن سفيان يقول الامام خمسا حتى يمكن القوم من الثلاث قوله فلا زيادة على النص اي لا زيادة بخبر الواحد وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا ركع احدكم الحديث على النص وهو قوله تعالى اركعوا واسجدوا قال في الكشاف لما نزلت فسبح باسم ربك العظيم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اجعلوها في ركوعكم فلما نزلت سبح اسم ربك الاعلى قال اجعلوها في سجودكم وكانوا يقولون في الركوع اللهم لك ركعت وفي السجود اللهم لك سجدت وراوي الحديث عقبة بن عامر كذا في السنن وانما لم يرد على النص بخبر الواحد لان الزيادة على النص نسخ فلا يجوز نسخ النص بمثله لما قلنا ويؤيده ان النبي صلى الله عليه وسلم علم الاعرابي الواجبات ولم يعلمه تسبيحات الركوع والسجود قوله وتلزق بطنها اي تلزق تلصق قوله لما روينا اراد به قوله ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع قوله لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الاعرابي ثم ارفع رأسك حتى تستوي جالسا ذكر مسلم تمام الحديث في صحيحه باسناده الى ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم ورسول الله صلى الله عليه وسلم دخل المسجد فدخل رجل فصلى ثم جاء فسلم على رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد رسول الله عليه الصلاة والسلام وقال ارجع فصل فانك لم تصل فرجع الرجل فصلى كما كان صلى ثم جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فسلم عليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليك السلام ثم قال ارجع فصل فانك لم تصل حتى فعل ذلك ثلاث مرات فقال الرجل والذي بعثك بالحق ما احسن غير هذا علمني قال اذا قمت الى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعا ثم ارفع حتى تعتدل قائما ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع حتى تطمئن جالسا ثم افعل ذلك في صلاتك كلها قوله وقد ذكرنا ما اراد به قوله واما الاستواء قائما فليس بفرض وكذلك الجلسة بين السجدتين قوله

ونقلوا في مقدار الرفع يعني تكلم علماؤنا في مقدار الرفع الذي يكون فاصلا بين السجدتين فعن ابي حنيفة في شرح الطحاوي اذا كان القعود
اقرب يجوز بجوده وان كان اقرب الى الارض لا يجوز ٥ وقال محمد ابن سلمة لو رفع بمقدار ما يشكل على الناظر انه رفع راسه يجوز وعن الحسن ابن
زياد اذا رفع راسه بمقدار ما تجري فيه الريح يجوز ٥ وعند القدوري ينطلق كيفما يا دني ما ينطلق عليه اسم الرفع وهو اختيار الامام
ابي بكر الزاهد المعروف بخواهر زاده ٥ قوله سجد الثانية اي السجدة الثانية وتكرار السجدة دون الركوع امر تعبدي عند الفقهاء وقيل فيه
حكمة وقيل انه الاولى لامتثال الامر والثانية لترغيم ابليس حيث لم يسجد استكبارا وقيل الاولى لشكر الايمان والثانية لبقائه وقيل الاولى
اشارة لخلق الانسان من التراب والثانية اشارة الى انه يعود اليه كما قال تعالى منها خلقناكم وفيها نعيدكم قوله وقد ذكرناه اراد
به قوله كان يكبر عند كل خفض ورفع وفي صحيح مسلم عن ابي هريرة انه كان يكبر كلما خفض ورفع ويحدث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان يفعل ذلك قوله جلس جلسة خفيفة ثم ينهض اي يقوم قال الامام حميد الدين في شرحه نا فلاخذ من الائمة الحلواني الخلاف في
الافضلية حتى اذا جلس لا باس به عندنا واذا لم يجلس لا باس به عند الشافعي لما روي في حديث مالك ابن الحويرث ان النبي عليه الصلاة
والسلام كان اذا رفع راسه من السجود قعد ثم نهض ٥ ولنا ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا قام الى الثانية قام كانه على الرضف وهي الحجارة
المحماة وفي حديث ابي هريرة ان النبي عليه الصلاة والسلام كان اذا نهض في الصلاة نهض على ركبتيه واعتمد على فخذيه وما رواه محمول
على انه عليه الصلاة والسلام فعله بعد ما كبر واسن ولان هذه القعدة فيها استراحة والصلاة لم توضع للاستراحة فلا يأتي بها ولانها لو كانت
مشروعة لاشتغل اليها بتكبيرة وعند القيام بتكبيرة اخرى كالقعود في وسط الصلاة ولانه احد الانتقالين فليس في احدهما قعدة بالاتفاق
فكذا في الاخر اعتبارا لاحدهما بالاخر ٥ بيانه انه في الانتقال من القيام الى السجود لا قعدة فينبغي ان لا يكون كذلك في الانتقال من السجود الى القيام
قوله الا انه لا يستفتح ولا يتعوذ ومراده انه لا يشتغل بقول سبحانك اللهم الى اخره ويسمى هذا الدعاء دعاء الاستفتاح لان
المصلي يفتتح صلاته به قوله ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى خلافا للشافعي في الركوع والرفع منه يعني ان عند الشافعي يرفع
يديه حين يركع وحين يرفع راسه من الركوع لما روي في حديث ابن عمر وغيره ان النبي عليه الصلاة والسلام فعل كذلك ولنا
ما روى ابو داود في سننه باسناده الى علقمة قال قال عبد الله ابن مسعود الا اصلي بكم صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فصلى فلم يرفع يديه
الا مرة وروى ايضا باسناده الى عبد الرحمن ابن ابي ليلى عن البراء ابن عازب ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه الى قريب من
اذنيه ثم لا يعود وابن ابي ليلى من كبار التابعين ادرك مائة وعشرين رجلا من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم رضي الله عنهم وروى الشيخ ابو جعفر
الطحاوي مسندا الى ابن عمر وابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ترفع الايدي الا في سبعة مواطن في افتتاح الصلاة وعند البيت وعلى الصفا
والمروة وبعرفات والمزدلفة وعند الجمرتين ٥ وروى الطحاوي ايضا في شرح الآثار مسندا الى ابراهيم النخعي قال ترفع الايدي في سبعة مواطن في
افتتاح الصلاة وفي التكبير للقنوت في الوتر وفي العيدين وعند استلام الحجر وعلى الصفا والمروة وبجمع وعرفات وعند المقامين عند الجمرتين
اراد بها الاولى والوسطى دون العقبة ذكره في باب رفع اليدين عند رؤية البيت وما رواه الشافعي فهو منسوخ بدليل ما روى مسلم في صحيحه
باسناده الى جابر ابن سمرة قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما لي اراكم رافعي ايديكم كانها اذناب خيل شمس اسكنوا في الصلاة
والشمس جمع شموس اي صعب يدل عليه ما روي عن مجاهد انه قال صحبت ابن عمر سنين وكان لا يرفع يديه الا عند تكبيرة الافتتاح يريد
المعقول وهو ان التكبيرات في الصلاة على نوعين فرض كتكبيرة الافتتاح والرفع فيها مسنون بالاجماع وسنة كتكبيرة السجود فلا يرفع
بالاجماع ايضا وتكبيرة الركوع سنة فلا يشرع فيها الرفع قياسا على تكبيرة السجود ٥ وذكر في المبسوط ان الاوزاعي لقي ابا حنيفة في المسجد الحرام فقال
ما بال اهل العراق لا يرفعون ايديهم عند الركوع وعند رفع الراس من الركوع وقد حدثني الزهري عن سالم عن ابن عمر ان النبي عليه الصلاة والسلام
كان يرفع يديه عند الركوع وعند رفع الراس من الركوع ٥ فقال ابو حنيفة حدثني حماد عن ابراهيم النخعي عن علقمة عن عبد الله ابن مسعود ان النبي عليه
الصلاة والسلام كان يرفع يديه عند تكبيرة الافتتاح ثم لا يعود فقال عجبا من ابي حنيفة احدثه بحديث الزهري عن سالم وهو يحدث بحديث
حماد عن ابراهيم فانسبا الى علو اسناده فقال ابو حنيفة اما حماد فكان افقه من الزهري واما ابراهيم فكان افقه من سالم ولولا سبق ابن عمر لقلت
ان علقمة افقه منه واما عبد الله فرجح بفقه رواته فسكت الاوزاعي قوله محمول على الابتداء اي ابتداء الاسلام يعني انه كان ثم نسخ قوله
كذا نقل عن ابن الزبير اراد به عبد الله ابن الزبير وابن الزبير من الاسماء الغالبة على فضل المسمين به كابن عمر وابن عباس وقد عرف في
المفصل قيل روي ان ابن الزبير راى رجلا يرفع يديه في الصلاة عند الركوع وعند رفع الراس من الركوع فقال له لا تفعل فانه فعل فعله
رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تركه وفيه نظر ٥ فقال محمد ابن الحسن في موطائه اخبرنا محمد ابن ابان ابن صالح عن حماد عن ابراهيم النخعي قال لا ترفع
يديك في شيء من الصلاة بعد التكبيرة الاولى قوله هكذا وصفت عائشة قعود رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلاة يعني روت
عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا تشهد يفترش رجله اليسرى وينصب اليمنى ويوجه اصابعهما الى القبلة وفيه خلاف مالك
والشافعي فانه عند مالك يتورك في القعدتين وعند الشافعي يقعد في الاولى كما قلنا وفي الثانية كما قاله مالك والحديث ونحن رجحنا
حديث عائشة لانه اشق على البدن وافضل الاعمال احمزها بالحديث وما روي من التورك فهو محمول على حالة الكبر قوله والتشهد
التحيات لله الى اخره ٥ اعلم ان في التشهد اختلافا فابن ابي ليلى وعلماؤنا اخذوا بتشهد ابن مسعود وهو ما روي في الصحيحين البخاري ومسلم مسندا الى ابن مسعود
قال في صحيح مسلم عن عبد الله قال كنا نقول في الصلاة خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم السلام على الله السلام على فلان فقال لنا رسول الله صلى
الله عليه وسلم ذات يوم ان الله هو السلام فاذا قعد احدكم في الصلاة فليقل التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي
ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين فاذا قالها اصابت كل عبد لله صالح في السماء والارض اشهد ان لا اله الا الله واشهد
ان محمدا عبده ورسوله ثم يتخير من المسألة ما شاء وفي صحيح البخاري عن ابن مسعود قال علمني النبي صلى الله عليه وسلم وكفي بين كفيه التشهد كما يعلمني

السورة من القرآن التحيات لله كما ذكر مسلم الى اخره ٥ وفي السنن عن عبد الله قال كنا اذا جلسنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قلنا السلام
على الله قبل عباده السلام على فلان وفلان فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقولوا السلام على الله فان الله هو السلام فاذا جلس احدكم فليقل
التحيات الى اخر ما رويناه ولكن ذكر في اخره ثم ليتخير احدكم من الدعاء اعجبه اليه فيدعو به واخذ احمد ابن حنبل بتشهد ابن مسعود ايضا والشافعي
اخذ بتشهد ابن عباس انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان يقول التحيات المباركات
الصلوات الطيبات لله السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد
ان محمدا رسول الله وذكر السلام محلى بالالف واللام في الموضعين في الصحيح والسنن كما ترى ولكن الفقهاء من اصحابنا ينقلون السلام بغير اللام في تشهد
ابن عباس في المبسوط وغيره فلعلهم وجدوا نقلا صحيحا كما رووا ولكن المثبت في كتب الحديث باللام وفي السنن عن مجاهد عن عبد الله ابن عمر
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في التشهد التحيات لله الصلوات الطيبات السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته قال قال ابن عمر زدت
فيها وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله قال ابن عمر زدت فيها وحده لا شريك له واشهد ان محمدا عبده
ورسوله ومالك اخذ بتشهد عمر وهو مذكور في تقريبهم وهو صورته التحيات لله الزاكيات لله الطيبات لله السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته
السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله وحده لا شريك له واشهد ان محمدا عبده ورسوله ٥ وروى احمد تشهد ابي موسى الاشعري
بان يقول التحيات الطيبات الصلوات لله السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا
الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله قال في السنن لم يقل احمد وبركاته ولا اشهد قال وان محمدا وتشهد ابي موسى في صحيح مسلم والسنن بدون لفظ
لله قبل قوله الطيبات وبدون الواو في الصلوات وتشهد سمرة في المبسوط وتشهد سمرة بن جندب التحيات الطيبات والصلوات والملك لله
ثم ليسلم الملك على اليمين كذا في السنن ٥ وروي في التشهد بعضهم شاذا ابا الزيادة في اوله بسم الله وبالله او بسم الله خير الاسماء وفي اخره
ارسله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون لمالك رحمه الله ان عمر رضي الله عنه قرأه على المنبر فكان تشهده اولى بالاخذ
وللشافعي ان ابن عباس من فتيان الصحابة يروي اواخر الامور وكان تشهده اولى بالاخذ ٥ ولنا ان في تشهد ابن مسعود ذكر الامر واقل مرتبته
الندب وكان اولى ولان فيه ذكر الواوين والواو تذكر لتجديد الكلام كما في قوله والله والرحمن والرحيم تتكرر الكفارة اذا ذكر الواو
وكان اولى لتجديد الثنا ولان التحيات تختص بالصلوات في تشهد ابن مسعود فانها تبنى على عمومها وكان تشهد ابن مسعود ولان فيه اخذ اليد
وهو يدل على شدة العناية والرعاية حيث قال ابن مسعود علمني النبي صلى الله عليه وسلم التشهد وكفي بين كفيه ولئن صح رواية ابن عباس في السلام
بدون الالف واللام ثم قال ان تشهد ابن مسعود اولى منه لان فيه زيادة اللام وهي للاستغراق فكان اولى ولان فيه تاكيد التعليم
فكان اولى من تشهد ابي موسى وهذا الدليل ليس بحجة على الشافعي لان في تشهد ابن عباس ايضا تاكيد التعليم فكان اولى من تشهد ابي موسى كما رويناه
من الصحيح اما ترجيحه بكون ابن عباس من فتيان الصحابة ورواياتهم فهو ضعيف جدا كيف يقال مثل هذا ٥ وقد روي عن ابن عباس انه قال
علمني عمر التشهد ٥ واما ترجيح مالك بقراءة عمر على المنبر فذلك ضعيف ايضا لان الناس لما اختلفوا في التشهد علمهم ابو بكر رضي الله عنه تشهد ابن
مسعود وقراه على المنبر ٥ وروي عن ابي حنيفة انه قال اخذ حماد بيدي وقال اخذ ابن مسعود بيدي وقال اخذ رسول الله صلى الله عليه
وسلم وعلمني التشهد كما يعلمني السورة من القرآن وكان ياخذ علينا بالواو والالف ٥ وحكي ان اعرابيا دخل على ابي حنيفة في المسجد فقال
ابواو ام بواوين فقال بواوين فقال بارك الله فيك كما بارك في لا ولا فتحير اصحابه وسالوه عن ذلك فقال انه سالني عن التشهد فقال
ابواو كتشهد ابي موسى ام بواوين كتشهد ابن مسعود فقلت بواوين ٥ قال بارك الله فيك كما بارك الله في شجرة مباركة زيتونة لا شرقية
ولا غربية تفسير التحيات التحية تفعلة بمعنى الاحياء والصلاة من الله الرحمة والطيبات الكلمات الدالة على الخير والمعنى ان كل احياء وتبجيل وسلام
في ملكه الله وله ومنه وكذلك كل رحمة وكل ادعية الخير قوما لكما ومسيطا وقيل التحية الملك اي الملك لله من قولهم حياك الله اي ملكك
الله وقيل البقاء لله من قولهم حياك الله اي ابقاك الله وقيل السلام على الله من قولهم حياك الله اي سلام الله عليك وفيه نظر لانه عليه الصلاة والسلام
نهى في صدر حديث ابن مسعود عن ان يقال السلام على الله قال القتبي انما قال التحيات لله على الجمع لانه كان في الارض ملوك يحيون بتحيات مختلفة
فقال لبعضهم ابيت اللعن ولبعضهم اسلم وانعم صباحا ولبعضهم عش الف سنة فقيل لنا قولوا التحيات لله اي الالفاظ الذي تدل على الملك ويكنى
بها عن الملك هي لله عز وجل ٥ قال ابو سليمان الخطابي في شرح الصحيح البخاري روي عن ابن ابي مالك في تفسير التحيات لله والصلوات والطيبات
قال هي اسماء الله السلام المؤمن المهيمن الحي القيوم الاحد الصمد قال التحيات لله بهذه الاسماء وهي الطيبات لا يحيى به غيره والصلوات الادعية
لان اصل الصلاة في كلام العرب الدعاء وعن مشايخنا الفقهاء التحيات لله اي العبادات القولية لله تعالى والصلوات اي العبادات البدنية
لله تعالى والطيبات اي العبادات المالية لله تعالى يعني ان جميع العبادات لله تعالى لا يستحقها غيره وهذا مثال من يدخل على الملوك يقدم الثناء
والثناء اولا ثم يقوم في الخدمة ثم يبذل المال قيل ان قوله السلام عليك ايها النبي حكاية ذلك السلام الذي رده تعالى على النبي عليه السلام
ليلة المعراج لا ابتداء السلام فالنبي عليه السلام لما اثنى على الله عز وجل بثلاثة اشياء رد الله عليه في مقابلتها بثلاثة اشياء السلام مقابلة التحيات
والرحمة مقابلة الصلوات والبركة مقابلة الطيبات والبركة النماء والزيادة قوله كما في القسم يعني اذا قال الرجل والله الرحمن الرحيم
يكون يمينا واحدة واذا قال بثلاث واوات يكون ثلاث ايمان وهي مسألة الجامع قوله وتاكيد التعليم اراد به قوله علمني التشهد كما يعلمني
سورة من القرآن ٥ وتاكيد من حيث التسوية بين التعليمين قوله فاذا كان الى قوله تمامه من تتمة الحديث وهذا حجة على الشافعي
في قوله يزيد الصلاة على النبي عليه السلام وما روي عن ام سلمة من حديث النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في كل ركعتين تشهد وسلام على المرسلين
وعلى من تبعهم من عباد الله الصالحين فذاك محمول على التطوع اذ كل شفع منه صلاة على حدة او على صلاة التشهد والدليل على هذا ما روي عن عائشة
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يزيد على التشهد في القعدة الاولى لان الصلاة على النبي عليه الصلاة والسلام دعا فلا ياتي به كما لا

وهو ما روي في الصحيح والسنن عن ابن عباس رض

قوله لحديث أبي قتادة رضي الله عنه وهو ما روى البخاري في صحيحه بإسناده إلى أبي قتادة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الظهر في الأوليين بأم الكتاب وسورتين وفي الركعتين الأخريين بأم الكتاب **قوله** هذا بيان الأفضل هو الصحيح قال في شرح الطحاوي والقراءة أفضل فكذا ذكر الكرخي والطحاوي في مختصريهما ثم قال ولم يذكر ظاهر الرواية أن القراءة أفضل وقيل إنما قال هو الصحيح احترازا عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أن القراءة في الأخريين واجبة يجب السجود بتركها ساهيا **قوله** لما روينا من حديث وائل وعائشة رضي الله عنهما وهو ما ذكر قبل هذا قريبا من الصفحة بقوله هكذا وصفت عائشة قعود رسول الله صلى الله عليه وسلم فافترش رجله اليسرى فقعد عليها وعن عائشة كان النبي صلى الله عليه وسلم يجلس في الصلاة وينصب قدمه اليمنى ويجلس على اليسرى **قوله** والذي يروى أنه عليه الصلاة والسلام قعد متوركا ضعفه الطحاوي والتورك أن يضع أليتيه على الأرض ويخرج رجليه من الجانب الأيمن وبيانه أن حديث التورك يرويه عبد الحميد بن جعفر عن محمد بن عمرو بن عطاء عن أبي حميد الساعدي وعبد الحميد ضعيف عند نقلة الحديث فلا يقبل وإن صح حديثه فمحمول على حالة الكبر بدليل ما روينا من حديث عائشة **قوله** وتشهد وهو واجب التشهد واجب عندنا في القعدة الأخيرة خلافا للشافعي فإنه عنده فرض له المبالغة التي صلى الله عليه وسلم في تعليمه ولهذا قالوا كان النبي عليه الصلاة والسلام إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك والمفهوم من الحديث جواز ترك قراءة التشهد لأن كلمة أو لأحد الشيئين فلو كان فرضا لم يجز تركها إلا أن تمام الصلاة معلق بالفعل لا محالة لما بينا في أوائل هذا الباب وإنما ثبت وجوب قراءة التشهد بمواظبة النبي صلى الله عليه وسلم ولا نسلم أن نفس المبالغة تدل على الفرضية لأنه عليه الصلاة والسلام كان يبالغ في ركعتي الفجر ومع هذا لم يدل على الفرضية **قوله** وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم وليس بفريضة خلافا للشافعي فيهما أي في التشهد والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم اعلم أن الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في الصلاة بعد التشهد في القعدة الأخيرة فرض عنده وعندنا سنة له قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما ولنا قوله عليه الصلاة والسلام إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك ولفظ الحديث في السنن إذا قلت هذا أو قضيت هذا فقد قضيت صلاتك إن شئت أن تقوم فقم وإن شئت أن تقعد فاقعد خاطب به النبي صلى الله عليه وسلم ابن مسعود حين علمه التشهد ولم يذكر فيه الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه لم يعلمها النبي الأعرابي حين علمه الفرائض فلو كانت فريضة لعلمها أيضا ولأنه روي في صحيح مسلم في حديث ابن أبي ليلى قال لقيني كعب بن عجرة قال ألا أهدي لك هدية خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا عرفنا كيف نسلم عليك فكيف نصلي عليك قال قولوا اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على إبراهيم إنك حميد مجيد اللهم بارك على محمد كما باركت على إبراهيم إنك حميد مجيد فلو كانت الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فرضا لبينها قبل سؤالهم كسائر الفرائض ولا نسلم أن المراد من الأمر المذكور في الآية هو الوجوب بدليل ما قلنا ولئن سلمنا لكن لا نسلم أن المراد منه حالة الصلاة والأمر مطلق فلا يجوز تقييده بحالة الصلاة لئلا يلزم بطلان صفة الإطلاق ثم الأمر لا يقتضي التكرار على ما عرف في الأصول فتجب الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في العمر مرة واحدة سواء كانت في الصلاة أو في غيرها وهو مذهب الشيخ أبي الحسن الكرخي ونحن قلنا مرات فسقط الفرض فلا يشترط في الصلاة أو نقول الصلاة على النبي واجبة كلما ذكر اسمه وهو مذهب الشيخ أبي جعفر الطحاوي ونحن نصلي عليه إذا ذكر اسمه فلا يشترط في الصلاة قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وكان الطحاوي يقول كلما ذكر النبي صلى الله عليه وسلم من غيره أو ذكره بنفسه يجب عليه أن يصلي عليه وهو قول يخالف الإجماع وعامة العلماء على أن ذلك مستحب وليس بواجب إلى هنا لفظ شمس الأئمة **قوله** فكفينا مؤنة الأمر جواب عما يقول الشافعي إن الأمر للوجوب وخارج الصلاة غير مراد فتعين الصلاة فقال نعم الأمر للوجوب ونحن نقول وهذا الوجوب أتينا بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم مرة في العمر كما قال الكرخي أو كلما ذكر اسمه صلى الله عليه وسلم كما قال الطحاوي فكفينا مؤنة الأمر وفي التحفة لم يتقيد بخارج الصلاة في قول الكرخي بل قال مطلقا في العمر مرة وصاحب الهداية قيد بخارج الصلاة في قول الكرخي على ما أورد في التحفة لا على ما أورد صاحب الهداية لما حققته قبل هذا من إطلاق الأمر وعدم اقتضائه التكرار وذكر في كتاب أحكام القرآن للطحاوي قال وفي هذه الآثار الواردة المسندة إلى ابن مسعود في التشهد عن النبي صلى الله عليه وسلم ما ينفي أن يكون على المصلي في صلاته فرض بعد التشهد والتسليم ولكن لا نرخص لمصل في ترك الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في صلاته كما علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس ولكن ذلك منه في موضع إباحة الدعاء وهذا قول أبي حنيفة وسفيان وزفر وأبي يوسف ومحمد إلى هنا لفظ الطحاوي **قوله** والفرض المروي في التشهد التقدير هذا جواب عما يقول الشافعي جاء في حديث ابن مسعود أنه قال كنا نقول قبل أن يفرض علينا التشهد السلام على الله السلام على جبريل وميكائيل فقال عليه السلام قولوا التحيات لله إلى آخره فعلم بهذا أن التشهد فرض فأجاب عنه وقال المراد من الفرض المروي التقدير كما في قوله تعالى فنصف ما فرضتم أي قدرتم أي قبل أن يقدر التشهد **قوله** ودعا بما شاء مما يشبه ألفاظ القرآن أي دعا بما يشبه ألفاظ القرآن وبما يشبه الأدعية المأثورة المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ويروى بالجر عطفا على القرآن أي ودعا بما يشبه ألفاظ الأدعية ثم المصنف ما أراد بالمشابهة حقيقة المشابهة لأن القرآن معجز لا يشابهه شيء من كلام الناس وإنما أراد كون ألفاظ الدعاء موجودة في القرآن لا على نظم القرآن أو بعينه أو أراد ما يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم اغفر لي وما أشبه ذلك أو أراد الدعوات المذكورة في القرآن ولكن أطلق اسم المشابهة لإرادته نفس الدعاء لا قراءة القرآن مثل قوله تعالى ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب ومثل قوله تعالى ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ربنا ولا تحمل علينا إصرا كما حملته على الذين من قبلنا ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به واعف عنا واغفر لنا وارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين ومثل قوله تعالى رب اغفر لي ولوالدي ولمن دخل بيتي مؤمنا وللمؤمنين والمؤمنات ولا تزد الظالمين إلا تبارا ومثل قوله تعالى ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار وما أشبه ذلك والأدعية المأثورة مثل ما روي في السنن عن ابن عباس عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه كان يقول بعد التشهد اللهم إني أعوذ بك من عذاب جهنم وأعوذ بك من عذاب القبر وأعوذ بك من فتنة الدجال وأعوذ بك من فتنة المحيا والممات ومثل

ما روي في الكشاف عن النبي صلى الله عليه وسلم سيكون قوم يعتدون في الدعاء وحسب المرء أن يقول اللهم إني أسألك الجنة وما قرب إليها من قول وعمل وأعوذ بك من النار وما قرب إليها من قول وعمل ثم قرأ إنه لا يحب المعتدين **قوله** أطيبه وأعجبه الصحيح من الرواية بتذكير الضمير لموافقته ما ورد في السنن وقد مر ولفظ ح بالتأنيث على تأويل الدعوات والأدعية لحصول الاستغراق في الدعاء بدخول اللام فيه **قوله** اللهم ارزقني من قبيل الأول أي من قبيل ما لا يستحيل سؤاله من العباد فلا يجوز الدعاء بهذه اللفظة لأنه يقال رزق الأمير الجيش فيه نظر عندي لأن ما بعد التشهد موضع الدعاء وهذا دعاء بخلاف قوله اللهم زوجني فلانة لأنه يشبه كلام الناس فإنهم يعبرون من كلامهم إنما قولهم رزق الأمير الجيش فلا نسلم أن إسناد الرزق إلى الأمير حقيقة بل هو مجاز لأن الرزاق هو الله وحده لا شريك له ألا ترى إلى قوله تعالى وكأين من دابة لا تحمل رزقها الله يرزقها وإياكم ألا ترى إلى قوله تعالى ومن يرزقكم من السماء والأرض أإله مع الله قل هاتوا برهانكم إن كنتم صادقين أما قول المتنبي خطابا لممدوحه كثير ابن قاعلة يقول بجهله مات الكرام وأنت حي ترزق فذاك من هذيانه وبرهانه ولا يستشهد به وقد روى بعض الناس بفتح الزاي وهو حسن وليس من قبيل الرزق إلى الخلق وقال فخر الإسلام في الجامع الصغير إذا دعا بما يستحيل سؤاله من العباد مثل سؤال العافية والمغفرة والرزق وما أشبه ذلك فلا تفسد صلاته فأما إذا سأل شيئا لا يمتنع سؤاله من العباد مثل قوله اللهم زوجني فلانة أو أعطني كذا وكذا درهما واكسني ثوبا فسدت صلاته **قوله** وينوي بالتسليمة الأولى من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة اعلم أن الصلاة لما كانت مناجاة العبد مع ربه عز وجل صار المصلي غائبا عن الناس بسره فلما فرغ عن المناجاة صار كأنه قدم فسلم على من كان حاضرا ثم لما قدم بني آدم في الذكر في الجامع الصغير قدم هنا أيضا لأن هذا الكتاب شرح البداية وهي جمع من مسائل الجامع الصغير والقدوري وفي الأصل قدم الحفظة على بني آدم ورواية الجامع الصغير أصح لأنه آخر التصنيفين وفي تقديم بني آدم رجحانه على أنهم أفضل من الملائكة وهو المذهب عند أهل السنة خلافا للمعتزلة وفيه بحث موضعه في الكلام والأصل أن السلام لما كان قربة من وجه لم يكن بد من النية وإنما ينوي من يخاطبه حتى لا يصير سلامه عبثا وذلك أنه فارقهم بمناجاة ربه وغاب عن البشر فإذا فرغ عن المناجاة وكان أوان تجديد العهد معهم كسائر قوم من سفره فيسلم على من حضره هكذا قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير ثم قال فيه وبهذه مسألة هذا الكتاب في القوم وكذلك مسألة الأصل وأما المنفرد فلا شك فيه والصواب أنه لا ينوي إلا الحفظة لأنه لا يخاطب الغائب وإنما يسلم على من يعود إليه من صلاته ومن الحضور **قوله** وكذلك في الثانية أي ينوي في التسليمة الثانية أيضا وعن صدر الإسلام هذا أي تركه جميع الناس لأنه قلما ينوي أحد شيئا لأن النية في الصلاة صارت كالشريعة المنسوخة ولهذا لو سألت ألوفا من الناس التي يرتب بسلامك لا يكاد يجيب أحدهم بما … إلا الفقهاء وفيهم نظر **قوله** ولا ينوي النساء في زماننا يعني هذا الذي قلنا من نية النساء كان في الزمن الأول أما في زماننا فلا ينوي النساء لأنهن لا يحضرن الجماعة لفساد أهل زماننا **قوله** ولأنه لا شركة لهن في صلاته هو الصحيح وهذا احتراز عما روي عن الحاكم الجليل أنه ينوي من شاركه ومن لا يشاركه في صلاته **قوله** نواه فيهم أي ينوي المقتدي الإمام في جملة القوم الذين في الجانب الأول يمينا أو يسارا وإن كان الإمام حذاءه لم يذكر في الجامع الصغير وعن أبي يوسف ينوي من في الجانب الأيمن ترجيحا له وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ينويه فيهما جميعا إذا ذكره الصدر الشهيد **قوله** والإمام ينوي بالتسليمتين هو الصحيح احتراز عما قال بعضهم في الجامع الصغير أنه ينوي بالتسليمة الأولى وقال بعض مشايخنا إن الإمام لا ينوي أصلا لأنه يجهر بالتسليمة وإنه فوق النية وهذا ضعيف عندي لأن الجهر لإعلام الخروج عن الصلاة فأما النية فلئلا يصير سلامه عبثا لأن الأعمال بالنيات فلا جرم ينوي الإمام كما ينوي المقتدي **قوله** ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا لأن الأخبار في عددهم قد اختلفت قال بعض مشايخنا إنما الكاتبين وقال بعضهم ينوي جميع من معه من الملائكة والأول أحق عندي لموافقته ما في كتاب الله تعالى وبيان الاختلاف في عددهم عن ابن جريج هما ملكان أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره فالذي يكتب عن يمينه يكتب بغير شهادة صاحبه والذي عن يساره لا يكتب إلا بشهادة من صاحبه إن قعد فأحدهما عن يمينه والآخر عن شماله وإن مشى فأحدهما أمامه والآخر خلفه وإن نام فأحدهما عند رأسه والآخر عند رجليه وقال بعضهم هم أربعة اثنان بالليل واثنان بالنهار وقال عبد الله ابن المبارك هم خمسة اثنان بالليل واثنان بالنهار والخامس لا يفارقه ليلا ولا نهارا وقيل مع كل مؤمن ستون ملكا وقيل مائة وستون ملكا فاسم الإيمان بالأنبياء يعني أن الشخص يقول في كلمة الإيمان آمنت بجميع الأنبياء أولهم آدم وآخرهم محمد ولا يعين عددا معلوما لئلا يلزم دخول من لم يكن منهم فيهم أو خروج من كان منهم عنهم لأن الله تعالى قال ورسلا قد قصصناهم عليك من قبل ورسلا لم نقصصهم عليك ولأن في نبوة بعض الأنبياء اختلافا كما في ذي القرنين ولقمان وقيل هما نبيان والأكثر على أنهما ليسا نبيين ولقمان حكيم وذو القرنين ملك صالح وقيل عدد الأنبياء مائة ألف وأربعة وعشرون ألفا ذكر في الكشاف في سورة الحج وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن الأنبياء فقال مائة ألف وأربعة وعشرون ألفا قيل فكم الرسل منهم قال ثلاثمائة وثلاثة عشر جما غفيرا والقرن الأول أسلم **قوله** هو تمسك بقوله عليه الصلاة والسلام تمام الحديث قوله عليه السلام مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم بيانه أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل التحليل بالسلام لا غيره فيكون إصابة لفظه فرضا ولنا حديث ابن مسعود أن النبي عليه الصلاة والسلام لما علمه التشهد قال له إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك وإن شئت أن تقوم فقم وإن شئت أن تقعد فاقعد والتخيير ينافي الفرضية وروي أن النبي عليه الصلاة والسلام صلى الظهر خمسا ولم يرو أنه أعادها وفي الحديث الذي رواه دلالة على أن التحليل يقع بالسلام وليس فيه دلالة على أن التحليل لا يقع بغيره فنزاد في ذلك بعلته الدليل فنحن نقول إنما قلنا بوجوب إصابة لفظ السلام لمواظبة النبي عليه السلام والوجوب لا يقتضي الفرضية عندنا

في القراءة لما فرغ عن بيان اركان الصلاة وفرايضها وسننها شرع في بيان الاحكام التي تتعلق
بالقراءة خاصة وهي ركن من الاركان لكي تدرك قدر الجهر والمخافتة على قدر القراءة وان كان من حق الكلام ان يكون لهذا تلك المعمة اوجبه
وقدر اربعين اية او غيره ذلك مستحب ٥ فالاول اوفي قضاها بالتعديد براولي قوله هذا هو المتوارث اي المنقول عن النبي عليه الصلاة
والسلام والصحابة والتابعين بطريق النقل وفي حديث ابي هريرة ان النبي عليه الصلاة والسلام جهر في المغرب والعشا والفجر ولم
يجهر بالظهر والعصر ٥ وفي سنن ابي داود باسناده الى ابي هريرة انه قال كل صلاة يقرا فما اسمعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم
اسمعناكم وما اخفى علينا اخفينا عليكم قوله ان شاء جهر واسمع نفسه لانه اذا جهر لا بد من ان يسمع نفسه فما قال من ذكره لا ان نقول
فايدته بينا للسنية قال ان المقصود من الجهر الاسماع وليس معه احد فلا يجهر فالجهر واسمع نفسه لانه امام في حق نفسه لانه الامام يسر ا
فكذا هذا او الامام ليس بعقيد بغيره وهذا كذلك قوله وان شا خافت لانه ليس خلفه من يسمعه فاذا لم يكن خلفه احد فلا حاجة
الى اسماع نفسه ايضا وذلك لحديث ابي هريرة كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بالليل يرفع طورا ويخفض طورا ٥ وعن ابن مسعود
ما خافت من اسمع نفسه ٥ وقال اصحابنا لا بد ان يحرك لسانه بالقراءة فان لم يحرك لسانه فكانه لم يقرا قوله ويخفيها الامام في
في الظهر والعصر وان كان بعرفة وان للوصل وفي سنن ابي داود باسناده الى معمر انه قال قلنا لخباب هل كان رسول الله صلى الله عليه
وسلم يقرا في الظهر والعصر قال نعم قال بم كنتم تعرفون قال باضطراب لحيته وفي عرفة خلاف مالك فانه عنده يجهر بها لعرفة والحجة عليه
ما روينا وهو قوله صلاة النهار عجما وجعل في الغريبين قوله صلاة النهار عجما من كلام الحسن البصري وكذا في الفائق للزمخشري واصحابنا
ملاوا كتبهم بانه من حديث النبي صلى الله عليه وسلم ولم يسندوا وكان الحق ما في الغريبين والفائق لان الحسن لما كان من قرن الوحدة
ومن ادرك اكابر الصحابة جعلوا كلامه كالمسموع من الرسول عليه السلام لتايده بحديث ابي هريرة ما اسمعنا رسول الله صلى الله عليه
وسلم اسمعناكم وما اخفى عنا اخفينا عنكم وهذا لان نقل الحديث بالمعنى جايز عندنا قوله عجما قال في المغرب معناه لا تسمع
فيها قراءة قوله لورود النقل المستفيض وهو ما روى ابو حنيفة في مسنده عن ابراهيم ابن محمد ابن المنتشر عن ابيه عن حبيب ابن سالم
عن النعمان ابن بشير ٥ قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يقرا في الجمعة بسبح اسم ربك الاعلى وهل اتاك حديث الغاشية فدل على انه جهر حتى
اسمع قراءته ٥ قال في الصحاح استفاض اي شاع وهو حديث مستفيض اي منتشر قوله ومن فاته العشا فصلاها بعد طلوع
الشمس اي فاته صلاة العشا فحذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه اي ان امر فيها جهر كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم وذلك ان
النبي صلى الله عليه وسلم صلى غداة ليلة التعريس صلاة الصبح قضا على هيئة الاداء جهرا بجماعة والتعريس النزول في اخر الليل وحديث
التعريس مذكور في باب الاذان قوله وان كان وحده خافت ولا يجهر هو الصحيح يعني ان المخافتة حتم عليه لو الجب وانما قال هو الصحيح
احترازا عما ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ان المخافتة ليست بحتم بل له ان يجهر ان شا والجهر افضل ٥ وبيان تعليل صاحب الهداية
ان الجهر سنته اما بالجماعة فذلك حتم واما الوقت وذلك فيه خيار للمنفرد بين الامرين الجهر والمخافتة والمنفرد القاضي لم يوجد في
حقه الا الجماعة ولا الوقت فلا يجهر وهذا سبيل من المنع بان يقال لا نسلم ان الجهر يختص باحدهما قال من السبب لان الحكم جاز ان يكون
معلولا بعلل شتى وكيف يقال هذا مثل والقضا على الفايت والمنفرد كان يسبيل الجهر حال الادا فكذا حال القضا لان ذلك ايه يؤدي
ويتم في القضا كما في الادا والحتم مصدر حتمت عليه اي اوجبت وارادة الواجب او الوجوب منه مجازا قالهم قوله وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد اي قضا السورة اي دون قضاء الفاتحة مذهب ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يقضي واحدة لا د
الفاتحة ولا السورة وعن الحسن عن ابي حنيفة يقضيهما وقال عيسى ابن ابان وعيسى ابن اكثم يقضي الفاتحة دون السورة لانها اهم
الامرين وجه ما روى الحسن ان الفاتحة واجبة فيقضي كالسورة ٥ ووجه قول ابي يوسف ان القضا صرف ما له الى ما عليه وليس
في الشفع الثاني سورة مشروعة حتى يصرفها الى ما عليه لا يخلوا اما ان يقراها مرة او مرتين فالاول اداء والثاني غير مشروع لان تكرار د
الفاتحة غير مشروع فلا يقضيها ايضا ٥ وجه قولنا ان الفاتحة وضم السورة اليها في الشفع الاول واجب ولهذا يلزم بحجود السهو بترك
احدهما ساهيا والواجب يقضي اذا فات بصرف ما لكان اي ما عليه واسعه في الشفع الثاني مشروعة نفلا ولهذا لو قراها فيه د
لا يلزمه سجود السهو فيقضيها بخلاف الفاتحة فانه اذا قضاها يلزم تغيير المشروع لان المشروع ان يكون قراءة الفاتحة متقدمة على السورة
وهنا اذا قضاها يلزم تاخيرها عن السورة لان السورة قرئت في الشفع الاول والفاتحة تقرا في الشفع الثاني فلاجل هذا لا يقضي الفاتحة
والجواب على ما روي عن الحسن استهل لان قراءة الفاتحة لما كانت واجبة في الشفع الثاني على تلك الرواية لم يمكن قضاء الفاتحة في الشفع الثاني
لان القضا صرف ما له الى ما عليه لا صرف ما عليه الى ما عليه ولا يقال يقراها مكررة حتى يقع احداها ادا والاخرى قضا لانا نقول
تكرارها غير مشروع قوله لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل يخصه اذا وجد دليل القضا يقضى والا فلا والدليل لان
مثل الفايت مشروع له الى صرفه الى ما عليه وهنا السورة في الشفع الثاني غير مشروعة فلا يقضيها لعدم دليل القضا كتكبيرات التشريق
اذا فاتت عن وقتها لا يقضى لانه ليس بشاد رغل مثلها في غير ايام التشريق وجوابه ان يقال لا نسلم انها غير مشروعة اعني انها غير مشروعة
بل انها واجبة او غير مشروعة على انها نفل والاول مسلم لكن لا كلام لنا فيه لانا لا نامر بصرف ما عليه الى ما عليه والثاني غير مسلم بدليل د
جواز قراءتها في الاخريين ٥ وقد ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ان السورة في الاخريين مشروعة نفلا قوله بلفظ لا بما
ما يدل على الوجوب يعني ذكر محمد في الجامع الصغير ما يدل على الوجوب لانه ذكر بلفظ الخبر والاخبار في الوجوب الذي الامر على ما عرف
يدل على ان قضاء السورة وانما قال بانه دليل الوجوب لانه ذكر بلفظ الخبر والاخبار في الوجوب الذي الامر على ما عرف يدل على ان قضا
السورة في الشفع الثاني واجب وفي الاصل لفظه الاستحباب وهو قوله احب الي ان يقضي السورة في الاخريين ٥ وجه ما ذكر في الجامع الصغير

وقد بيناه انما وجه ما ذكر في الاصل فهو ان السورة لم يمكن مراعاتها من كل وجه في القضا لانها وان كانت مؤخرة عن الفاتحة غير مؤخرة
عنها لان السورة في الثاني والفاتحة في الاولى فلما كان كذلك قال بلفظ الاستحباب دون الوجوب والاصح ما قال في الجامع الصغير لانه
الضعيفين قوله ويجهر بهما هو الصحيح اي يجهر بالفاتحة والسورة اذا قضى الشفع الثاني واحترز بقوله هو الصحيح عما روي ابن سماعة
عن ابي حنيفة وابي يوسف انه يجهر بالسورة لا الفاتحة لان السورة قضا الواجب وكان يجهر بها في حال الاداء لا يلزم الجمع والمخافتة في ركعة
واحدة لان السورة تلتحق بموضعها تقديرا لكونها قضا قال فخر الاسلام الجهر بالسورة خاصة هو الصواب ٥ وروى عن هشام عن محمد د
انه لا يجهر اصلا لان الفاتحة فيما قلنا واما السورة فلئلا يلزم الجمع بين الجهر والمخافتة وذلك غير مشروع في ركعة ٥ وجه ما ذكر في الكتاب
ان الجمع بين الجهر والمخافتة لما كان غير مشروع في ركعة صرنا الى اخف الامرين وهو تغيير صفة النفل دون تغيير صفة الواجب فقلنا يجهر
بهما جميعا بيانه ان الفاتحة في الشفع الثاني نفل وصفتها المخافتة والسورة قضا الواجب وكان الجهر من صفتها ثم لما لم يجز الجمع بين الامرين
قلنا بتغيير صفة النفل وهي المخافتة الى الجهر دون تغيير صفة الواجب وهي الجهر الى المخافتة لان تغيير صفة النفل اخف واسهل فافهم د
قوله ولتغير النفل وهو الفاتحة اولى جواب سؤال مقدر وهو ان يقال سلمنا ان الجمع بين الامرين ممتنع لكن لا نسلم ان ارتفاع الشفع
يتخصص بما قلتم لانه لا يلزم الجمع بينهما فيما قال هشام فقولوا كما قال فاجاب عنه بهذا يعني انه فيما قال هشام فقولوا كما قال تغيير الواجب
الى صفة النفل وفيما قلنا تغيير صفة النفل الى صفة الواجب وتغيير صفة النفل اخف وكان هذا التغيير اولى من ذلك التغيير قوله
وهذا عند الهندواني اي الذي قلنا من حد الجهر والمخافتة هو عند الهندواني وكذا عند الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل رحمهما الله فعندهما
ادنى الجهر ان يسمع غيره وادنى المخافتة ان يسمع نفسه وما دون ذلك مجمجة وليست بقراءة والهندواني بكسر الهاء قلعة ببلخ والشيخ الفقيه ابو جعفر
منسوب اليه وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي ادنى الجهر ان يسمع نفسه وادنى المخافتة تصحيح الحروف لان القراءة فعل اللسان دون الصماخ
والصماخ خرق الاذن ويقال الاذن نفسها ٥ قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ٥ واختلف رجلان من اصحاب ابي حنيفة في المخافتة
فتحاكما الى بشر فقال الحق ان يسمعا الوادي صماخ اذنه الى فمه فيحصل المخافتة ما يجوز ان يسمع والجهر ما هو مسموع قوله وفي لفظ الكتاب
اشارة الى هذا اي في لفظ مختصر القدوري وهو ما ذكره في اول الفصل بقوله وهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه وان شاء خافت اشارة الى
ما قال الكرخي لانه جعل ادنى المخافتة ما دون اسماع النفس كما ترى فيلزم ان تصحيح الحروف وتحصيلها كاف وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا
صحح الحروف ولم يسمع نفسه هل يجوز صلاته ام لا فعند الكرخي يجوز وعند الهندواني لا يجوز وقيل شاهد الهندواني الكتابة لا تسمى
قراءة وان وجد فيها تصحيح الحروف لان الصوت لم يوجد اول هذا لا يرد على الشيخ ابي الحسن الكرخي لانه لم يجعل مطلق تصحيح د
الحروف باللسان قراءة حتى يرد عليه الكتابة بل جعل تصحيح الحروف باللسان قراءة والكتابة تحصل بها تصحيح الحروف لا باللسان بل بالقلم فلا تسمى
قراءة لاجل هذا وقيل الكلام فعل اللسان مع الصوت واقامة الحروف اول التقييد بالصوت اصطلاح من عند هذا القايل فلا يكون حجة
على غيره فلا نسمعه على انا نقول الكلام معنا ثابت في السكوت والخرس والآفة وتصحيح الحروف يحصل هذا المعنى فلا يحتاج الى الصوت د
قوله وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق ٥ بيانه اذا قال انت طالق او انت حرة ولم يسمع نفسه يقع الطلاق والعتاق عند الكرخي
خلافا للهندواني وعلى هذا الخلاف اذا جهر بهما وخافت الاستثناء او الشرط في اخر الكلام بانه لم يسمع الاستثناء والشرط نفسه اعني لا يسمعه
عند الكرخي اما في الاستثناء فلا يتعلق اصلا واما في الشرط فالى وجود الشروط وعند الهندواني يقع في الحال لعدم الاعتبار بالاستثناء
والشرط لكونهما مجمجة وعلى هذا الخلاف اذا خافت ولم يسمع نفسه التسمية على الذبيحة ووجوب سجدة التلاوة والاقرار والبيوع فافهم قوله
وادنى ما يجزئ من القراءة في الصلاة اية عند ابي حنيفة ٥ اعلم ان ادنى ما يجزئ به الصلاة عند ابي حنيفة رضي الله عنه اية قصيرة كانت
او طويلة وعندهما ثلاث ايات قصار او اية طويلة مثل اية الكرسي وعن ابي حنيفة مثل ذلك كذا في شرح الاقطع لهما ان الامر بالقراءة مطلق
والمطلق ينصرف الى المتعارف وقارئ الاية القصيرة لا يسمى قارئا للقران عرفا فلا يجوز الصلاة بذلك القدر كما لا يجوز بما دون الاية
ولان القران معجز وامتيازه عن غيره بالاعجاز والاية القصيرة لا يتعلق بها الاعجاز مثل قوله ثم نظر فلا يجوز الاكتفاء بذلك القدر كما لا يجوز
فيما دونه ٥ وله ان المصلي مامور بقراءة القران قال تعالى فاقرءوا ما تيسر من القران والاية القصيرة مما تيسر من القران فيجوز الاكتفاء بها
بخلاف ما دون الاية لانه قد يذكر لا على وجه القراءة ٥ مثل قوله بسم الله والحمد لله فلم يتعلق بما دون الاية ولا نسلم ان قراءة الاية القصيرة
لا يسمى قاريا للقران فلو كان كذلك لجاز قراءتها للجنب والحائض كما جازت قراءة ما دونها ٥ وقد صرح بقراءة ما دون الاية للجنب في المبسوط د
والمختلف ٥ ثم اعلم ان المشايخ اختلفوا في قول ابي حنيفة في جواز الصلاة بالاية القصيرة اذا كانت كلمة واحدة فيها اسمان او حرف واحد كقوله
تعالى ص ق ن اما اذا كانت مشتملة على كلمتين نحو قوله ثم قتل كيف قدر ثم نظر فلا اختلاف بينهم على قوله حيث يجوز بالاتفاق ولو قرا اية د
قصيرة ثلاث مرات هل يجوز عندهما ٥ قال في الخلاصة قيل يجوز وقيل لا ويعتمد من نبه انه تنبيه اختلاف المشايخ قوله الا ان ما دون
الاية خارج هذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال لا نسلم انه لا يفصل بين الاية وغيرها لا يجوز الاكتفاء بما دون الاية فيحصل الفصل اذ ينبغي
ان لا يجوز الاكتفاء بالاية القصيرة كما لا يجوز بما دونها فاجاب عنه بقوله وهذا يعني ان ما دون الاية خرج عن ان يكون مراده بالنص بالاجماع
والاية ليست في معناها دون الاية فلم يلحق بها عليه قوله وفي السفر يقرا فاتحة الكتاب واي سورة شا ٥ اعلم ان المتنقل لا يخلو
اما ان يكون في السفر او الحضر والحال ايضا لا يخلو اما ان يكون حالة الاختيار بان يكون على قرار وقرار او حالة الاضطرار بان يجد السير
او يطلبه العدو وفي السفر اذا لم يكن على قرار يقرا فاتحة الكتاب واي سورة شا لما روي ان النبي عليه السلام قرا في الفجر المعوذتين وروي د
انه قرا فيها قل يا ايها الكافرون وقل هو الله احد وان كان على امن يقرا في الفجر سورة البروج والشمس وفي الحضر يقرا في حالة الضرورة بقدر
ما لا يفوته الوقت وفي حالة القرار يقرا في الفجر بالاربعين او خمسين اية في الركعتين سوى فاتحة الكتاب ٥ وروي عن ابي حنيفة من اربعين

الى ستين ۔ وروي الحسن عنه من ستين الى مائة وبكل ذلك وردت الاثار ۔ قال في التحفة روى الرخي عن المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
في مختصره وقدر القراءة في الفجر للمقيم بقدر اربعين اية الى ستين سوى الفاتحة في الاولى وفي الثانية ما بين عشرين الى ثلاثين وفي الظهر في الركعتين
جميعا سوى الفاتحة مثل القراءة في الركعة الاولى من الفجر وفي العصر والعشاء في كل ركعة يقرا قدر عشرين اية سوى فاتحة الكتاب وفي
المغرب بفاتحة الكتاب سورة من قصار المفصل وقيل هذه الرواية اصح الروايات قوله في اسية بفتح الميم اي في ابين قوله وجه
التوفيق بين الروايات ۔ قال فخر الاسلام قال مشايخنا اذا كانت الايات قصارا من الستين الى مائة واذا كانت اوساطا خمسين واذا كانت
طوالا اربعين والكسالى جمع كسلان قوله وفي الظهر مثل ذلك اي يقرا في صلاة الظهر مثل ما قرا في صلاة الفجر قوله وقال
في الاصل او دونه اي قال محمد في المبسوط يقرا في الفجر باربعين اية مع فاتحة الكتاب اي سواها وفي الظهر نحو ذلك او دونه اي يقرا في
الظهر مثل ما قرا في الفجر او اقل منه ووجه ما ذكر في الجامع الصغير حديث ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم قرا في الظهر الم تنزيل
السجدة ولان وقت الظهر اوسع كوقت الفجر فيستويان في قدر القراءة ۔ ووجه ما ذكر في الاصل ان الظهر وقت الاشتغال بخلاف الفجر
فينقص عن الفجر احترازا عن الملالة المفضية الى تقليل الجماعة قوله والاصل فيه كتاب عمر الى ابي موسى الاشعري اي الاصل في تقدير
القراءة في الصلاة كتاب عمر رضي الله عنه الى ابي موسى الاشعري ان اقرا في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء باوساط المفصل
وفي المغرب بقصار المفصل وطوال المفصل من سورة الحجرات الى سورة عبس واوساط المفصل من كورت الى والضحى والباقية الى قصار
المفصل كذا في شرح الطحاوي وابو موسى الاشعري اسمه عبد الله بن قيس مات سنة اثنتين واربعين وهو ابن ثلاث وثلاثين سنة قوله
ولهما ان الركعتين استويا في استحقاق القراءة فيستويان في حق المقدار لان القراءة ما فرضت في الاولى فرضت في الثانية فثبت استواؤهما في
استحقاق القراءة فينبغي ان يستويا في حق المقدار ايضا ولابي حنيفة ان اطالة القراءة في الركعة الاولى من الفجر لانه وقت نوم وغفلة فاستحب
الاطالة في الاولى ليدرك الناس الجماعة بخلاف غيرها من الصلوات لان الناس على علم ويقظة فلا تقاس على الفجر لوجود الفارق وما روي من حديث
ابي قتادة في اطالة الركعة الاولى في الصلاة كلها فهو محمول على اطالتها من حيث الثناء والتعوذ والتسمية وبه نقول قوله ولا
معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلاث ايات لان النبي عليه الصلاة والسلام قرا في المغرب بالمعوذتين والثانية اطول من الاولى باية ولان
في الاحتراز عن هذا القدر يلزم الحرج وهو مدفوع شرعا فجعل زيادة ما دون ثلاث ايات او نقصانه كالعدم فلا يكره وهو معنى قوله
لعدم الاحتراز عنه من غير حرج يعني ان الاحتراز عما دون ثلاث ايات وان كان ممكنا لكن لا يمكن من غير حرج هذا في الفرائض ۔ اما في
السنن والنوافل فقيل يكره زيادة احدى الركعتين على الاخرى ام لا فعن ابي يوسف في البرامكة يكره وقيل لا يكره لان التطوع سعة قوله
وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها لا يجوز غيرها يعني ليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها لجواز الصلوات بحيث لا يجوز قراءة غير
اذا لم يقرا تلك السورة وهذا احتراز عن قول الشافعي فان عنده سورة الفاتحة متعينة للجواز حيث لا يجزي غيرها اذا لم يقرا الفاتحة وعندنا
لا تتعين سورة الفاتحة للجواز بل تجوز الصلاة بغيرها من السور لاطلاق قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القران وقد بيناه قوله
ويكره ان يوقت بشيء من القران لشيء من الصلوات لما فيه من هجر الباقي معناه يكره ان يعين المصلي شيئا من القران مثل سورة السجدة وسورة
هل اتى لشيء من الصلوات مثل صلاة الفجر يوم الجمعة وهذا ايضا احتراز عن قول الشافعي فانه قال يستحب ذلك لحديث ابن مسعود ان النبي
عليه الصلاة والسلام كان يقراهما في صلاة الفجر فيكون مستحبا لا مكروها ۔ ولنا ما روي في صحيح مسلم باسناده عن جابر عن سمرة
ان النبي عليه الصلاة والسلام كان يقرا في الفجر ق والقران ۔ وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم قام بتبوك اربعين ليلة وكان يقرا
في الفجر الفاتحة واذا زلزلت فعلم بذلك ان النبي عليه الصلاة والسلام كان لا يواظب على قراءتهما وكلامنا في كراهة المواظبة اما اذا كان
قراهما احيانا تاسيا بالنبي عليه الصلاة والسلام وانما يكره المواظبة بالكراهة بل يقول بالاستحباب لتبركه بقراءة النبي عليه الصلاة والسلام
وانما يكره المواظبة للزوم هجران الباقي وايهام التفضيل ولا فضيلة لبعض السورة على البعض من حيث انها كلام الله تعالى بل الكل سواء والاصل فيه
قوله تعالى وقال الرسول يا رب ان قومي اتخذوا هذا القران مهجورا اي متروكا اعرضوا عنه والرسول هو محمد عليه الصلاة والسلام وقومه
قريش ولاشك في ان المواظبة على البعض يلزم منه هجران الباقي [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] قوله ولا يقرا المؤتم خلف الامام [illegible] الفاتحة لنا ان المقتدي
[illegible] لقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بفاتحة الكتاب ولان القران ركن في سائر الاركان [illegible]
[illegible] ولنا ما حدث ابو حنيفة في مسنده عن موسى بن ابي عائشة عن عبد الله بن شداد بن الهاد عن جابر بن عبد الله عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وذكر في كتاب المصابيح وغيره عن ابي هريرة عن النبي عليه الصلاة
والسلام انه قال انما جعل الامام ليؤتم به [illegible]
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال هل قرا معي احد منكم انفا فقال رجل نعم انا يا رسول الله قال اني اقول
مالي انازع القران قال فانتهى الناس عن القراءة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما جهر فيه بالقراءة من الصلوات حين سمعوا ذلك من رسول
الله صلى الله عليه وسلم ۔ وذكر الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار [illegible]
[illegible]
[illegible] قوله تعالى واذا قرئ القران فاستمعوا له

وانصتوا ۔ وذكر الشيخ الامام عبد الله ابن يعقوب الحارثي السندموني في كتاب كشف الاسرار ۔ قال حدثنا قبيصة قال حدثنا عثمان
عن حفص عن ابي شيبة عن الحكم ابن عتيبة عن عبد الله بن شداد قال قرا رجل خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم فغمزه ابو بكر فلم يفهم فغمزه
ثانيا فلما انصرف الرجل من الصلاة قال الرجل لابي بكر لقد اذيتني قال ابو بكر لانك قرات خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة
والسلام صدق ابو بكر قراة الامام لمن خلفه قراة ۔ وفيه ايضا عن عبد الله ابن زيد ابن اسلم عن ابيه قال كان عشرة من اصحاب النبي صلى الله عليه
وسلم ينهون عن القراءة خلف الامام اشد النهي ابو بكر الصديق وعمر ابن الخطاب وعثمان ابن عفان وعلي ابن ابي طالب وعبد الرحمن ابن عوف
وسعد ابن ابي وقاص وعبد الله ابن مسعود وزيد ابن ثابت وعبد الله ابن عمر وعبد الله ابن عباس ۔ وفي شرح الاثار ايضا باسناد
متصل الى ابن مسعود انه قال ليت الذي يقرا خلف الامام ملئ فوه ترابا وعن ابن عباس عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال يكفيك قراة
الامام جهرا او خافت ۔ وعن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام من كان له امام فقراة الامام له قراة ولان المدرك للامام في
الركوع لا يقضي تلك الركعة بالاجماع فلو لم يكن قراة الامام له قراة لقضاها والجواب عما رواه الشافعي فنقول لا نسلم ان المراد منه نفي الجواز
بل استقصاء فيما تقدم علي انا نقول قرا الامام الفاتحة وقراءته قراءة له بالحديث حكما فكون صلاته بالفاتحة اما قوله يشترك
في سائر الاركان فكذا في هذا الركن فنقول لا نسلم ان القياس صحيح لوقوعه في معارضة النص ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان المشاركة منتفية
لان الشرع جعل حظ الامام من القران القراة وحظ المقتدي الانصات والاستماع فاشتركا ايضا قوله ويستحسن على
سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد فيه نظر لانه قال محمد في موطاته لا قراة خلف الامام فيما جهر به ولا فيما لم يجهر به بذلك جاءت عامة
الاثار وهو قول ابي حنيفة هذا لفظ محمد ۔ وقال محمد في كتاب الاثار لا نرى القراة خلف الامام في شيء من الصلوات يجهر فيه او لا يجهر
فيه الى هنا لفظه قوله لما فيه من الوعيد وهو ما رويناه عن ابن مسعود ۔ وروي عن سعد ابن ابي وقاص انه قال من قرا خلف
الامام فسدت صلاته وقال محمد ابن الحسن في موطايه اخبرنا بكير ابن عامر ۔ قال حدثنا ابراهيم النخعي عن علقمة ابن قيس قال لان اعض
على جمرة احب الي من ان اقرا خلف الامام ۔ وقال فيه ايضا اخبرنا داود ابن قيس الفراء قال اخبرني بعض ولد سعد ابن ابي وقاص انه ذكر له ان
سعدا قال وددت ان الذي يقرا خلف الامام في فيه جمرة ۔ وقال فيه ايضا اخبرنا داود ابن قيس الفراء اخبرنا محمد ابن عجلان ان
عمر ابن الخطاب قال ليت في فم الذي يقرا خلف الامام حجرا قوله ويستمع وينصت فيه رعاية الادب حيث قال ولا يسال الجنة ولا
يتعوذ من النار اذا قرا الامام اية الترغيب والترهيب مثل الايات التي فيها ذكر الجنة او النار وهذا لان الاستماع او الانصات فرض بقوله
تعالى واذا قرئ القران فاستمعوا له وانصتوا ولا يجوز الاخلال بالفرض وفي السؤال والتعوذ ذلك فلا يجوز قوله وكذلك في الخطبة
يعني يستمع وينصت وفي صحيح مسلم عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا قلت لصاحبك انصت يوم الجمعة والامام يخطب فقد لغوت
وعن ابي انه سمع رجلا يقول لصاحبه والامام يخطب متى تخرج القافلة فقال له صاحبه انصت فلما فرغ قال للذي قال انصت اما انت لا
صلاة لك وانا صاحبك حمار ۔ وعن ابي يوسف جواز رد السلام وتشميت العاطس والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ۔ وعن محمد
يرد في نفسه ودراسة الفقه والنظر فيه في هذه الحالة مكروه وقيل لا باس به ۔ وعن ابي يوسف انه كان ينظر في كتابه ويصححه
بالقلم قوله واختلفوا في النائي عن المنبر اي اختلف المشايخ في البعيد عن المنبر وهو الذي لا يسمع الخطبة فعن محمد بن سلمة ان الاختيار
السكوت اقامة لفرض الانصات وكذا عن ابي يوسف وعن نصير ابن يحيى اختار قراة القران قوله والاحوط هو السكوت اقامة لفرض
الانصات قال المطرزي قوله احوط اي ادخل في الاحتياط شاذ ونظيره اخصر من الاختصار والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب الامامة

لما فرغ عن بيان قدر القراءة وصفتها وجوبا وسنة في حق الامام
وعن بيان ما يلزم على المقتدي من الانصات وعن بيان تخير المنفرد
بين الجهر والمخافتة شرع في بيان ان الامامة ما هي سنة ام واجبة وفي بيان من يصلح للامامة ومن لا يصلح لها قوله الجماعة سنة
مؤكدة يعني الخاصة في قوة الواجب وهي التي تسميها الفقهاء سنة الهدى وهي التي اخذها هدى وتركها ضلالة وتركها يستوجب اساءة
وكراهة بخلاف السنن الزوائد فان تاركها لا يستوجب الاساءة ولا الكراهة كسير النبي صلى الله عليه وسلم في قيامه وقعوده ولباسه وقد عرف
في الاصول والدليل على انها من سنن الهدى ما ذكر مسلم في صحيحه عن ابي الاحوص عن عبد الله قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم علمنا سنن الهدى
وان من سنن الهدى الصلاة في المسجد الذي يؤذن فيه وعند داود الطائي الجماعة فرض متمسكا بقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار
المسجد الا في المسجد ۔ ولنا ما ذكر البخاري ومسلم في صحيحيهما عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلاة الجماعة افضل من صلاة الفرد
بسبع وعشرين درجة والمفهوم منه ان صلاة الفرد ناقصة لا فاسدة فلو كانت الجماعة فرضا لكانت صلاة الفرض فاسدة ولا نسلم ان المراد
مما روي نفي الجواز بدليل ما رويناه ولئن سلمنا ان المراد نفي الجواز لكن لا نسلم ان الفرض يثبت بخبر الواحد ثم اعلم ان تارك الجماعة يستوجب
اساءة ولا تقبل شهادته اذا تركها استخفافا بذلك ومجانة اما اذا تركها سهوا او تركها بتاويل بان يكون الامام من اهل الاهواء او يخالف
مذهب المقتدي لا يراعي مذهبه لا يستوجب الاساءة وتقبل شهادته كذا ذكر في الاجناس قوله واولى الناس بالامامة
اعلمهم بالسنة وعند [illegible] لما ذكر مسلم في الصحيح باسناده الى اوس عن ابي مسعود الانصاري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤم القوم اقرؤهم
لكتاب الله فان كانوا في القراءة سواء فاعلمهم بالسنة فان كانوا في السنة سواء فاقدمهم هجرة وان كانوا في الهجرة سواء فاقدمهم سنا ولا يؤمن الرجل
الرجل في سلطانه ولا يقعد في بيته على تكرمته الا باذنه ثم فسر التكرمة في كتاب السنن بالفراش ۔ اعلم انا لا نقدم على الاعلم بالسنة
في الحديث ورواية الكتاب على العكس وانما كان كذلك لما كانوا يتلقون كتاب الله تعالى باحكامه فكان اقراهم اعلمهم به ثم من كان اعلم بسنة
الرسول عليه الصلاة والسلام كان اولى لانه جمع علم الكتاب الى علم السنة وفي زماننا ليس كذلك لان الشخص ربما يكون اقرا ولا يكون له علم بالكتاب

اصلا لهذا اقدم الاعلم بالسنة اي الفقه واحكام الشريعة على الاقرا وعن ابي يوسف تقدم الاقرا على الاعلم بالحديث وجوابه مرد
ولان القراءة لا بد منها بخلاف العلم فانه لا يحتاج اليه في الصلاة اذ لم تنب حادثة وجوابه ان العلم يحتاج اليه اكثر مما يحتاج الى القراءة
لتدارك اختصاصه بركن دون ركن بخلاف القراءة فان الحاجة اليها في ركن واحد وهو القيام فكان الاعلم اولى ثم الهجرة لما انتسخت بعد الفتح
بقوله عليه الصلاة والسلام لا هجرة بعد الفتح اقيم الورع مقامها لقوله عليه الصلاة والسلام المهاجر من هجر ما حرم الله **قوله**
وليؤمكما اكبركما كما ذكر في السنن باسناده الى ابي قلابة عن مالك بن الحويرث ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له ولصاحب له اذا حضرت
الصلاة فاذنا ثم اقيما ثم ليؤمكما اكبركما وقد تقدم الكلام في الحديث في باب الاذان **قوله** ولان في تقديمه تكثير الجماعة
اي في تقديم الاسن وانما كان اولى في تقديمه تكثير الجماعة لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال صلاة الرجل مع الاثنين
افضل من صلاته مع الواحد وصلاته مع الثلاثة افضل من صلاته مع الاثنين **قوله** والاعرابي عطف على قوله العبد اي يكره
تقديم العبد والاعرابي لغلبة الجهل فيهما ○ وحكي ان اعرابيا اقتدى بامام فقرأ الاعراب اشد كفرا ونفاقا فشج الاعرابي
راسه ثم اقتدى به بعد مدة وراء الامام فقرأ ومن الاعراب من يؤمن بالله واليوم الاخر فقال الاعرابي الان نفعتك العصا ليتركه
اب يثقفه اي ليقومه يعني ليس لولد الزنا اب يؤدبه ويعلمه فيبقى على ما جبل جاهلا **قوله** وان تقدموا جاز لقوله عليه الصلاة
والسلام صلوا خلف كل بر وفاجر ذكر هذا الحديث شمس الائمة السرخسي في مبسوطه وفي صحته نظر ○ وقال القدوري في شرحه
لمختصر الكرخي ○ روى مكحول ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تكفروا اهل ملتكم الصلاة خلف كل امام والجهاد مع كل امير والصلاة على
كل ميت ولان الفاسق محكوم بجواز صلاته وكل من حكمنا بجواز صلاته في نفسه حكمنا بجواز الاقتداء به كالعدل ○ وروى البخاري مسندا
الى عبيد الله بن عدي بن الخيار انه دخل على عثمان بن عفان وهو محصور فقال انك امام عامة وترى ما نرى ويصلي لنا امام فتنة ونتحرج
فقال الصلاة احسن ما يعمل الناس فاذا احسن الناس فاحسن معهم واذا اساؤوا فاجتنب اساءتهم **قوله** ولا يطول بهم الصلاة وهذا ما ذكره
ابو داود في السنن باسناده الى ابي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام قال اذا صلى احدكم للناس فليخفف فان فيهم السقيم والشيخ
الكبير وذا الحاجة وحديث معاذ مشهور حين صلى المغرب ثم قرأ البقرة فاخبر به النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا معاذ افتان
انت اقرأ سبح اسم ربك الاعلى والليل اذا يغشى **قوله** ويكره للنساء وحدهن الجماعة وهذا عندنا وعند الشافعي يستحب لنا انها لو
كانت مستحبة لبينها النبي عليه الصلاة والسلام فتكون جماعتهن بدعة مكروهة ولان الاذان لا يسن في صلاتهن وكل صلاة راتبة لا يسن فيها
الاذان لا يسن فيها الجماعة كالنافلة ولان جماعتهن لا تخلو عن ارتكاب محرم لان امامهن لا يخلو اما ان يتقدم او يتوسط ففي الاول يلزم
زيادة الكشف وهو لا يجوز لان مبنى حالهن على الستر وفي الثاني ترك مقام الامام وهو التقدم والتعليل الاخير ذكره شارح من
الشراح والمشروح والاصح نظر عندي لان لقائل ان يقول لا نسلم ان في التوسط ترك مقام الامام سلمنا انه ترك المقام في حق الرجل
اما في حق النساء فلا ولا نسلم ان قيامها وسط الصف ارتكاب محرم فلو كان كذلك لم تجز جماعتهن اصلا ○ فان قلت ان ام ورقة بنت
نوفل استاذنت النبي عليه الصلاة والسلام ان تتخذ في دارها مؤذنا فاذن لها وهذا يدل على ان جماعتهن مستحبة قلت لا نسلم ان فيه دلالة
على الاستحباب ولئن سلمنا فنقول كان ذلك في ابتداء الاسلام فنسخ بدليل ان صلاتهن لا يسن فيها الاذان بالاتفاق ○ فان قلت
صلاتهن تجوز فرادى وجماعة فلان الجماعة مستحبة كما في الرجال قلت لما كانت جماعة الرجال مستحبة صار تركها مكروها فلو كانت جماعة النساء
مستحبة لكان تركها مكروها فلما لم يكن تركها مكروها دل على ان فعلها غير مستحب **قوله** فتكره كالعراة اي تكره جماعة النساء
كجماعة العراة وهنا لان الاولى في حقهم ان يصلوا وحدانا قعودا وان صلوا بجماعة والامام متوسط او متقدم يجوز مع الكراهة
فكذا النساء يصلين وحدهن فرادى فان صلين بجماعة جازت مع الكراهة توسطت امامهن او تقدمت لكن تتوسط امامهن لئلا يكون زيادة
كشف **قوله** قامت الامام وسطهن قال المطرزي الامام من يؤتم به اي يقتدى به ذكرا كان او انثى **قوله** وحمل
فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام اي حمل فعل عائشة الجماعة على ابتداء الاسلام يعني كان ذلك ثم نسخ حين امرن بالوقار والقرار في البيوت
وهذا جواب سؤال مقدر بان يقال لما فعلت عائشة الجماعة دلت على انها مستحبة فلا يكره فاجاب عنه وقال وحمل ذلك على الابتداء
الاسلام لا يقال كيف يجوز الاسلام مستندا الى فعل عائشة وهو منسوخ على قيام امامهن وسطهن لانا نقول الجواز ليس بمنسوخ بالاجماع وانما
المنسوخ هو كون جماعتهن **قوله** لحديث ابن عباس وهو ما روي عن ابن عباس انه قال بت عند خالتي ميمونة فانتبه رسول الله صلى
الله عليه وسلم في بعض الليل فسمعته يقول نامت العيون وغارت النجوم وبقي الحي القيوم ثم نام ثم انتبه فقالها ثانيا ثم قام الى شناق
القربة فنحاها ثم توضأ وقام يصلي فوقفت عن يساره فاخذ بيده فادارني عن يمينه والشناق هو الخيط او السير الذي تعلق به القربة
قوله والاول هو الظاهر اي قيام المقتدي عن يمين الامام بدون التاخر هو ظاهر الرواية ○ وجه ما روينا من حديث ابن
عباس وعن محمد انه يضع اصابعه عند عقب الامام كما هو المشهور من عمل العامة ولا معتبر بسجود المقتدي اذا كان قدام سجود الامام
بان كان المقتدي طويلا فان الاعتبار لموضع الوقوف فلا يضره تقدمه في موضع السجود **قوله** ونقل ذلك عن عبد الله بن مسعود
اي نقل التوسط بين الاثنين عن عبد الله وهو انه توسط بينهما في الامامة وروي عن ابراهيم النخعي انه كان يفعل البيت **قوله** ولنا انه
عليه الصلاة والسلام تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما والحديث حين ذكره في الصحيحين ○ عن انس بن مالك ان جدته مليكة دعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم لطعام صنعته فاكل منه ثم قال قوموا فاصلي لكم قال انس فقمت الى حصير لنا قد اسود من طول ما لبس فنضحته بماء
فقام عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وصففت انا واليتيم وراءه والعجوز من ورائنا فصلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين
ثم انصرف وفي هذا الحديث دليل ايضا على ان صلاة الفرد من خلف الصف جائزة خلافا لما روي عن احمد بن حنبل **قوله** فمراده

للافضلية والاثر دليل الاباحة اي فعل النبي عليه الصلاة والسلام بتقدمه على الاثنين دليل الافضلية والاثر الذي رواه
ابو يوسف عن ابن مسعود دليل الاباحة وانما لم يعكس ترجيحا لفعل النبي على فعل غيره ○ قال الترمذي وروي عن ابن مسعود انه صلى بعلقمة
والاسود واقام احدهما عن يمينه والاخر عن يساره ورواه عن النبي صلى الله عليه وسلم وقيل اليتيم اخو انس لابيه اسمه عمير **قوله**
اما المرأة فلقوله عليه الصلاة والسلام اخروهن من حيث اخرهن الله ○ قال الامام العتابي في شرح الجامع الكبير في صلاة الجماعة
بيانه ان الله تعالى جعل للرجال على النساء درجة وفضيلة ○ كما قال الله تعالى وللرجال عليهن درجة فثبت بالاية تاخيرهن عن درجة
الرجال فلا يجوز اذن اقتداء الرجل بها وفي الحديث اشارة اليه لما قلنا لانه قال من حيث اخرهن الله ○ وعن القاضي ابي زيد ان الحيث
اسم مكان ولا مكان يجب على الرجل تاخيرها عنه الا مكان الصلاة فلا يجوز الاقتداء بها ○ وقال الطحاوي في شرح مختصر الكرخي قوله
صلى الله عليه وسلم اخروهن من حيث اخرهن الله الامر بتاخيرها نهي عن الصلاة خلفها والى جانبها والنهي يقتضي فساد المنهي ولان
صيانة الصلاة عن الفساد واجبة لقوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم والغالب وقوع التشويش في قلب الرجل اذا حاذته المرأة او وقفت
قدامه والغالب كالمحقق فلا يامن الرجل عن وقوع الفساد في صلاته بذلك السبب فامرنا بتاخيرها ولم يجز اقتداؤه بها صيانة لصلاته
عن الفساد **قوله** فلا يجوز اقتداء المفترض بالمتنفل وهذا لان صلاة الامام متضمنة صلاة المقتدي صحة وفسادا
لقوله عليه الصلاة والسلام الامام ضامن ولا شك ان الشيء انما يتضمن ما هو دونه لا ما هو فوقه فلم يجز اقتداء البالغ بالصبي
لهذا **قوله** وفي التراويح والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ اي جوز مشايخ بلخ اقتداء الرجل بالصبي في التراويح والسنن على
قولهما المطلقة كالسنن الرواتب قبل الفرائض وبعدها وصلاة العيد في احدى الروايتين والوتر على قولهما وصلاة الكسوف
والخسوف والاستسقاء عندهما قياسا على المظنون حيث جاز الاقتداء بمن شرع في صلاة على ظن انها عليه ولم تكن عليه ○ وجه
القياس ان المظنون غير مضمون ومع هذا صح الاقتداء فيه فكذا نفل الصبي وان كان غير مضمون يصح الاقتداء به ولم يجوزه مشايخنا
اي لم يجوزوا اقتداء الرجل بالصبي علماء بخارا وسمرقند ومن مشايخنا من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف ومحمد فقال
عند ابي يوسف لا يجوز الاقتداء وعند محمد يجوز والمختار انه لا يجوز اقتداء البالغ بالصبي في كل صلاة لان نفل البالغ مضمون حتى
يجب القضاء عليه بالفساد ونفل الصبي غير مضمون حتى لا يجب القضاء عليه بالفساد فيكون نفل الصبي دون نفل البالغ فلا يجوز ان
يكون الادنى متضمنا للاعلى او بنى القوي على الضعيف ولا نسلم ان القياس على المظنون صحيح لوجود الفارق لان الظن امر عارض فاعتبر
لكونه عارضا كانه عدم في حق المقتدي فجعل كانه مضمون في حق الامام ايضا بالنظر الى المقتدي لكونه مشتغلا فيه لانه عنده لزومه
فاتحد حال الامام والمقتدي فجاز الاقتداء بخلاف الصبا فانه امر اصلي غير عارض فلم يمكن ان يعتبر عدما فلم يتحد حال الامام
والمقتدي فلم يجز الاقتداء **قوله** ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء وهذا ما روى مسلم في صحيحه باسناده الى عبد الله بن مسعود
انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليليني منكم اولو الاحلام والنهى ثم الذين يلونهم ثلاثا وليليني امر الغايب بن المولى وهو القريب
والاحلام جمع حلم بضم الحاء وهو ما يراه النائم تقول منه حلم بفتح اللام واحتلم وتقول حلمت بكذا وحلمته ايضا والنهى جمع نهية وهي العقل واراده
باولي الاحلام البالغين مجازا لان الحلم سبب البلوغ ولحديث انس ان النبي صلى الله عليه وسلم اقامه واليتيم من ورائه والعجوز من ورائهما ولحديث
ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خير صفوف الرجال اولها وشرها اخرها وخير صفوف النساء اخرها وشرها اولها **قوله**
والقياس ان لا تفسد وهو قول زفر وبه اخذ الشافعي كذا في شرح الاقطع ان المحاذاة مشتركة بين الرجل والمرأة وصلاة المرأة لا تفسد بالمحاذاة
فينبغي ان لا تفسد صلاة الرجل ايضا لانه احد المؤتمين وهذا لان فساد الصلاة لترك الركن او لوجود ما ينافيها ولم يوجد ○ ووجه الاستحسان ان
المحاذاة تفسد صلاته كما اذا تقدم على الامام وهذا لان مقامه قدام المرأة لحديث عبد الله بن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اخروهن
من حيث اخرهن الله فلما حاذته المرأة لم يترك فرض المقام وهو تاخير المرأة عنه فتفسد صلاته لترك فرض المقام دون صلاة المرأة لان المامور بالتاخير
الرجل لا المرأة ○ فان قلت خبر الواحد لا يثبت به الفرض فكيف اثبتم به فرض المقام ○ قلت لا نسلم انه خبر الواحد بل هو مشهور كما قال صاحب الهداية
بقوله وانه من المشاهير فيجوز الزيادة به على كتاب الله تعالى ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان الفرض ثبت به ابتداء بل ثبت باعتبار انه وقع بيانا لما في
كتاب الله تعالى بقوله وللرجال عليهن درجة فالتحق بالكتاب فاخذ حكمه ○ فان قلت المحاذاة في صلاة الجنازة غير مفسد فينبغي ان لا يكون مفسدا
في سائر الصلوات قلت لا نسلم ان القياس صحيح لان صلاة الجنازة ناقصة الاركان فجاز نقصانها في هذا الشرط بخلاف سائر الصلوات فانها كاملة
الاركان قال اصحابنا لو قامت امرأة بحذاء الامام وقد نوى الامام امامتها تفسد صلاة الامام والقوم وان قامت في الصف تفسد صلاة
رجلين من جانبيها وصلاة رجل خلفها ولو تقدمت الامام لا تفسد صلاة الامام والقوم ولكن تفسد صلاتها لان الواجب عليها المتابعة وقد تركته
ولو كان صف من النساء بين الامام والرجال لا يصح اقتداء الرجال بالامام وجعلها حائلا ولو كان في صف الرجال ثنتان من النساء تفسد صلاة
رجل عن يمينهما وصلاة رجل عن يسارهما وصلاة رجلين خلفهما ولو كن ثلاثا ○ قال الفقيه ابو الليث في مختلف الرواية تفسد صلاة ثلاثة ثلاثة
الى اخر الصفوف وواحد واحد من الجانبين ○ وروي عن ابي يوسف روايتان في احدى الروايتين المرأتان تفسدان صلاة اربعة وثلاث نسوة
تفسد صلاة ستة وفي رواية اخرى المرأتان تفسدان صلاة رجلين الى اخر الصفوف وكذلك الثلاث كذا في المختلف وصير النسوة بمنزلة صف على
حدة واصله ما روي عن عمر انه قال ليس مع الامام من كان بينه وبين الامام نهر او طريق او صف من النساء **قوله** وهو المخاطب دونها
اي الرجل المخاطب بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام اخروهن دون المرأة لا يقال اذا كان الرجل مامورا بالتاخير كانت المرأة مامورة بالتاخر
لان التاخر لازم التاخير فينبغي ان تفسد صلاتها ايضا لانا نقول لا نسلم انها مامورة اي مامورة قصدا او ضمنا فالاول ممنوع والثاني مسلم لكن ما ثبت
ضمنا دون ما ثبت قصدا فتفسد صلاته دون صلاتها **قوله** لان الاشتراك لا يثبت دونها اي دون النية خلافا لزفر ينبغي ان لا يصح اقتداء

النساء وان لم ينو الامام امامتهن قياسا على اقتداء الرجال ۰ ولنا ان الامام يلزمه الترتيب في المقام ويلزمه فساد من جهتهن فتوقف اللزوم على التزامه كالمقتدي لما كان يلزمه فساد صلاته من صلاة الامام توقف لزوم الفساد على التزام المقتدي بنية الشروع في صلاة الامام وقياس زفر ضعيف لانه لا يلزمه فساد من جهة الرجل فلم تشترط نية امامة الرجال بخلاف النساء فانه يلزمه من جهتهن فساد فاشترطت نية امامة النساء لا يقال هذا اشكال اذا كانت بجنب الامام اما اذا لم تكن بجنبه فلا نسلم لزوم الفساد عليه ولا يحتاج الى نية امامة النساء لانا نقول الفساد يلزم الذي بجنبها الا انه لما كان موليا عليه من جهة امامة توقف ما يلزمه من الفساد من جهة المحاذاة على التزام امامة فاشترطت نيته قوله وان لم يكن بجنبها رجل ينظر ما اذا كان او مقتديا ففيه روايتان في رواية تشترط وله نية امامة النساء كما اذا كان بجنبها رجل حتى لا يصح اقتداؤها اذا لم ينو الامام امامتهن وفي رواية لا تشترط نية امامة النساء فيما اذا كان بجنبها رجل وفيما اذا لم يكن بجنبها رجل ان الفساد في رجل والفرق على احداهما اي على رواية انه لا تشترط نية امامة النساء فيما اذا كان بجنبها رجل وفيما اذا لم يكن بجنبها رجل ان الفساد في الاول وهو ما اذا كان بجنبها رجل لازم وفي الثاني محتمل بان يمشي خطوة او خطوتين فتحاذي الرجل الا ان الظاهر انه لا يفعل ذلك بكراهته فلذلك لم تشترط النية لعدم التيقن بلزوم الفساد قوله ومن شرائط المحاذاة ان تكون الصلاة مشتركة يعني تحريمة واداء بان يكونا خلف الامام حقيقة او تقديرا ۰ اما حقيقة فظاهر واما تقديرا فمثل رجل وامرأة خلف الامام واحد ثم نام او حصل له حدث فخرج الامام فحاذته المرأة في الاداء فسدت صلاته لانهما خلف الامام تقديرا ولهذا لم يكن عليهما قراءة ولا سهو ولانهما بانيان على راي الامام في صلاة العيد وفي عدد التكبيرات ونحوها ولو كانا مسبوقين فحاذته في قضاء ما سبقا لم تفسد صلاته لعدم الاشتراك لا حقيقة ولا حكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلان المسبوق منفرد في قضاء ما سبق ولهذا كان عليه السهو والقراءة وانه يبني على راي نفسه في صلاة العيد في التكبيرات عددا ومحلا وانما اعتبر الاشتراك لان الفساد لا يدخل على صلاة الرجل من جهة صلاة الغير الا اذا اشتركا فيها كالامام والمؤتم ثم الشركة قد تكون باتحاد الفرضين والاقتداء المتطوعة بالمتطوعة قوله وان تكون مطلقة اي من شرائط المحاذاة ان تكون الصلاة مطلقة اي معهودة هي مناجاة الله عز وجل وصلاة الجنازة مناجاة الميت لا غير حتى ان المحاذاة في صلاة الجنازة ليست بمفسدة وان لا يكون بينهما حائل اي فاصل حتى اذا كان الحائل كالاسطوانة او كارة ثوب لا تكون المحاذاة مفسدة واعتبر الحائل في المحيط بقدر ذراع حيث قال ولو كان بينهما حائط قدر ذراع كان سترة وان كان اقل من ذلك لا يكون سترة ۰ وفي حد المشتهاة كلام قدر بعضهم بتسع سنين وقدر البعض بسبع سنين والاصح انه لا يعتبر بالسن فاذا كانت عبلة ضخمة كانت مشتهاة والا فلا قوله ويكره لهن حضور الجماعة يعني الشواب منهن ۰ وعند الشافعي يباح لهن الخروج لحديث ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تمنعوا اماء الله مساجد الله ولكن ليخرجن وهن تفلات ۰ ولنا ما روي في السنن عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تمنعوا نساءكم المساجد وبيوتهن خير لهن ولان خروجهن سبب الفتنة والحرام وما يفضي الى الحرام فهو حرام قوله ولا بأس للعجوز ان تخرج في الفجر والمغرب والعشاء وعند ابي حنيفة وقد روي عن ابي حنيفة جواز خروج جميع النساء الى العيد كذا في شرح الاقطع وقالا يجوز خروج العجائز في الصلوات كلها لانه لا فتنة والجماعة مشروعة في حقهن كما في حق الرجال ولا يجوز للشابة حضور الجماعة بصلاة دون صلاة ولا فتنة لقلة الرغبة ۰ وله ما روي عن عمرة بنت عبد الرحمن انها قالت لو علم النبي صلى الله عليه وسلم ما علم عمر لما اذن لكن في الخروج ولان خروجهن سبب للفتنة فلا يؤمن على الفساد ولانه فرط الشهوة حامل عليه فلا يجوز خروجهن الا عند الامن ففي الجمعة والعيدين حصل الامن لغلبة اهل الصلاح ولان الجبانة متسعة يمكن لها ان تعتزل عن الرجال وكذا في الفجر والمغرب والعشاء لان الفسقة في هذه الاوقات يشتغلون بالنوم والطعام بخلاف الظهر والعصر فانهم ينتشرون فيها فلا يحصل الامن ۰ ثم اعلم ان في المغرب اختلاف الروايات ففي المنظومة الحق المغرب بالعشاء كما في الهداية والمبسوط لشمس الائمة وفي المختلف والحصر الحق المغرب بالظهر كما في مبسوط شيخ الاسلام ويحتمل ان ذلك بناء على ان المغرب يشترط فيه الشفق ايضا كما هو مذهب البلاد فعلى هذا كله في زمانهم اما في زماننا فيكره خروج النساء الى الجماعة لغلبة الفسق والفساد [illegible] كذا قال صاحب الاصلاح وافرط في الامر اذا جاوز فيه الحد والاسم منه الفرط بالتسكين [illegible] قوله [illegible]

[illegible] قوله ولا يصلي الطاهر خلف من به سلس البول [illegible] والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ [illegible] لان الاقتداء [illegible] فلا يجوز بناء القوي على الضعيف [illegible] الاخرس [illegible] قوله ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضئين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز [illegible] التيمم طهارة ضرورية بدليل ان القادر على الماء لا يجوز له التيمم والطهارة بالماء اصلية فلا يجوز بناء الكامل على الناقص [illegible] ولنا ما روي عن عمرو بن العاص [illegible] في ليلة باردة فتيمم وصلى بقومه [illegible] النبي صلى الله عليه وسلم [illegible] عليه الصلاة والسلام [illegible] طهارة مطلقة [illegible] التراب خلف الماء [illegible] عند محمد [illegible] التراب خلف عن الماء [illegible] المخلف التيمم خلفا عن الوضوء [illegible]

فانما جاز الاقتداء هنا لذلك وهذا التقرير اولى عندي لانه لا يلزم من كون التيمم خلفا عن الوضوء عدم جواز اقتداء المتوضي بالمتيمم لان الشيء اذا كان خلفا عن الشيء قائما مقامه ينظر الى وصف الاصل حتى يكون عاملا عمل الاصل ۰ ثم اعلم ان محمدا لم يرد بالطهارة الضرورية ما اراد به الشافعي بقوله لا يجوز بالتيمم يؤدي فرض واحد ولا يجوز قبل الوقت بل اراد ان التيمم طهارة مطلقة في حال العجز عن الاصل والدليل على انها مطلقة عنده عدم تقديرها بقدر الحاجة وانما سماها ضرورية لانها شرعت عند العجز عن الاصل ولهذا صرح في باب الرجعة ان التيمم عند محمد طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما ثبت بالاغتسال ولهذا لا تبطل رجعته بالارتداد عند علمائنا الثلاثة الا ان التيمم لما كان مشروعا عند العجز عن الاصل صار حال المتيمم انقص من حال المتوضي فلم يجز الاقتداء ما نعتمد به طهارة مطلقة ظاهر لما قلناه وجعلها طهارة اياه ضرورة اذا الصلاة كيلا تتضاعف الصلوات فلما لم توجد اذا الصلاة لم يعتبر التيمم وتنقطع الرجعة بمجرد التيمم ما لم تصل وهذا هو المعتبر الا في والبيان الثاني هنا فانه فان بعض الناس قد ظن ان هنا تناقضا من العلماء الثلاثة ۰ فمن قال هنا ان التيمم طهارة مطلقة قال في باب الرجعة ضرورية ۰ ومن قال هنا انه ضرورية قال ثم مطلقة وذكر في خلاصة الفتاوى ان اقتداء المتوضي بالمتيمم في صلاة الجنازة جائز بلا خلاف قوله بخلاف المستحاضة يعني لا يجوز امامة المستحاضة للطاهرة لان الحدث قائم حقيقة لانه لم يعتبر شرعا ضرورة المعنى عن النكليف وفي البدن ليس بمانع لمنع المانع سراية الحدث وما على الخف زال بالمسح فجاز اقتداء الغاسل بالماسح ولانه مسح ليس مبني على الضرورة فلم يمنع الاقتداء كمسح الرأس قوله ويصلي القائم خلف القاعد وهو استحسان وعند محمد لا يجوز وهو القياس والمراد بالقاعد الذي يركع ويسجد اما القاعد الذي يومي فلا يجوز اقتداء القائم به بالاتفاق له ان هذا اقتداء كامل الحال بناقص الحال فلا يجوز كاقتداء القاري بالامي ۰ ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في اخر صلاة صلاها في مرضه امر سريرها قاعدا والناس من ورائه قيام وهذا الحديث مروي بطرق كثيرة في الصحيحين عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم ۰ لكن علماء الحديث اختلفوا في ان الامام كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ام ابا بكر وقال بعضهم كان الامام ابو بكر لما روى شعبة عن الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى خلف ابي بكر ۰ وروى شعبة ايضا عن نعيم ابن ابي هند عن ابي وائل عن مسروق عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم صلى خلف ابي بكر جالسا في مرضه الذي توفي فيه وقال بعضهم كان الامام رسول الله صلى الله عليه وسلم لحديث زكريا بن يحيى عن ابن نمير عن هشام ابن عروة عن ابيه عن عائشة قالت امر رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا بكر ان يصلي بالناس في مرضه فكان يصلي بهم ۰ قال عروة فوجد رسول الله صلى الله عليه وسلم من نفسه خفة فخرج فاذا ابو بكر يؤم الناس فلما رآه ابو بكر استأخر فاشار اليه كما انت فجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم حذاء ابي بكر الى جنبه وكان ابو بكر يصلي بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يصلون بصلاة ابي بكر رضي الله عنه يعني ان ابا بكر كان يسمع تكبير رسول الله صلى الله عليه وسلم ويكبر والناس يسمعون تكبير ابي بكر رضي الله عنه فيكبرون ۰ وفي الصحيح ايضا عن احمد ابن يونس عن زائدة عن موسى ابن ابي عائشة عن عبيد الله ابن عبد الله قال دخلت على عائشة فسألتها عن مرض رسول الله صلى الله عليه وسلم وساق الحديث الى ان قال قالت عائشة وصلى ابو بكر تلك الايام ثم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وجد من نفسه خفة فخرج بين رجلين احدهما العباس وابو بكر يصلي بالناس فلما رآه ابو بكر ذهب ليتأخر فاومى اليه النبي صلى الله عليه وسلم ان لا يتأخر وقال اجلساني الى جنبه فاجلساه الى جنب ابي بكر فجعل ابو بكر يصلي وهو يأتم بصلاة النبي صلى الله عليه وسلم والناس بصلاة ابي بكر والنبي عليه الصلاة والسلام قاعد ۰ قال عبيد الله فدخلت على عبد الله ابن عباس فقلت الا اعرض عليك ما حدثتني عائشة عن مرض النبي صلى الله عليه وسلم قال هات فعرضت عليه حديثها فما انكر منه شيئا غير انه قال اسمت لك الرجل الذي كان مع العباس قلت لا قال هو علي رضي الله عنهما ثم الامام الخطابي رجح في شرح الصحيح رواية عبيد الله ابن عبد الله ابن عتبة لفقهه واتقانه وموافقة ابن عباس وقال ايضا وعروة ابن الزبير لم يسمع من عائشة بلا حجاب لانها خالته والاسود وابن مسروق وامثالهما يسمعون من وراء حجاب على انه خالف شعبة في هذا الحديث ابو معاوية وحفص بن غياث وعبد الله ابن داود فرووا عن الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة انها قالت لما ثقل رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكرت بعض الحديث ۰ قالت فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى جلس عن يسار ابي بكر فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بالناس جالسا وابو بكر قائما يقتدي به والناس يقتدون بابي بكر ۰ فلما ثبت بالروايات الصحيحة ان الامام رسول الله صلى الله عليه وسلم جوزنا اقتداء القائم بالقاعد استحسانا بالحديث وان كان القياس يأباه ولان عدم المشاركة في القيام لا يمنع الاقتداء كالمدرك في الركوع وهذا الحديث حجة على احمد ابن حنبل حيث يقول بجواز اقتداء القاعد بلا عذر خلف القاعد بعذر تمسكا بما روي في حديث انس كذلك لان هذا الحديث في اخر صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان ناسخا لما قبله قوله وفيه خلاف زفر يعني يجوز عنده امامة المومي الذي يركع ويسجد لان صاحب الخلف كصاحب الاصل ولهذا جاز امامة المتيمم للمتوضي ۰ ولنا ان الاقتداء بناء فلا يجوز اقتداء القوي على الضعيف وهذا لان حال المقتدي اقوى من حال الامام لقدرته على الركوع والسجود دون الامام ولا نسلم ان الايماء خلف ولئن سلمنا لكن لا نسلم انه في خليفة كالتيمم لان التيمم خلف يؤدى به اركان الصلاة كما شرعت وهذا لا يؤدى به كما شرعت قوله وعند الشافعي يصح في جميع ذلك يعني يصح عنده اقتداء الذي يركع ويسجد بالمومي والمفترض بالمتنفل واقتداء من يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا اخر لما روي ان معاذا كان يصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم ثم يرجع فيؤم قومه ولان الاقتداء موافقة وقد حصلت في الافعال فجاز ۰ ولنا ما روي في الصحيح عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انما جعل الامام اماما ليؤتم به فلا تختلفوا عليه وهو عام ولان الاقتداء بناء فلا يجوز بناء الموجود على المعدوم وهذا لان وصف الفرضية موجود في المقتدي معدوم في الامام سلمنا ان الاقتداء موافقة لكن لا نسلم ان الموافقة تحصل مع تغاير الفرضين ولهذا لا يجوز اقتداء مصلي الظهر خلف من يصلي الجمعة او على العكس وتأويل حديث معاذ انه كان يصلي النفل مع النبي صلى الله عليه وسلم احرازا لفضيلة الصلاة مع النبي صلى الله عليه وسلم ثم يصلي بقومه الفرض ۰ اما جواز اقتداء المتنفل بالمفترض

جاز اداؤه بنية المفترض فجاز بناؤه على تحريمته بخلاف الفرض فانه ليس يجاز اداؤه بنية الفرض النفل فلم يجز اقتداء المفترض بالمتنفل وبه قال مالك رحمه الله وان الاكثر جواز اقتداء المتنفل بالمفترض على ما ذكر في المنظومة والمخالف محجوج بما روي في السنن عن ابي ذر • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا ابا ذر كيف انت اذا كان عليك امراء يؤخرون الصلاة قلت يا رسول الله فما تامرني قال صل الصلاة لوقتها فان ادركتها معهم فصله فانها لك نافلة • وروى ابن الجلاب المالكي في كتابه عن مالك ولا باس بان يأتم المتنفل بالمفترض **قوله** متولة اي في التحريمة ومواضعة اي في الافعال **قوله** وعند ما يتضمن مراعي وهذا لما روي عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الامام ضامن والمؤذن مؤتمن • اللهم ارشد الائمة واغفر للمؤذنين • قال صاحب الغريبين يعني الضمان الحفظ والرعاية • اعلم ان كل مصل حافظ لصلاة نفسه ومراع لها وذلك معلوم لا يحتاج الى البيان لكنه عليه الصلاة والسلام اراد به ان الامام حافظ ومراع لصلاة القوم اذا اقتدوا به فيتضمن صلاته صلاتهم صحة وفسادا الاداء لا يتضمن الذي ما هو فوقه وانما يتضمن ما هو مثله او دونه فلا يجوز اذا امامة المومي للقادر على الاركان او امامة المتنفل للمفترض او امامة مفترض لمصل فرض اخر **قوله** لان الحاجة في حقه اي في حق المتنفل المقتدي وهو موجود اي اصل الصلاة وقد بينا اصل هذه المسئلة قيل هذا بالنقل والعقل ولا يقال صفة النفلية موجودة في حق المقتدي معدومة في حق الامام فيثبت التغاير فلا يجوز الاقتداء لانا نقول تلك ليست بصفة زائدة بل هي عبارة عن عدم الوجوب فيبقى اصل الصلاة وهو موجود في حق الامام فيثبت الاتحاد فيجوز الاقتداء ولا يقال ان القراءة فرض في صلاة النفل في الاخريين نفل في صلاة الفرض وقد علم ان اقتداء المفترض بالمتنفل لا يجوز فينبغي ان لا يجوز اقتداء المتنفل بالمفترض لما فيه ذلك لانا نقول القراءة في النفل انما يكون فرضا اذا كان المصلي منفردا اما اذا كان مقتديا فلا لانها محظورة **قوله** ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد وانما قيد بالعلم بعد الاقتداء لانه اذا علم حال الاقتداء ان امامه على غير طهارة لا يجوز الاقتداء بالاجماع • لنا ان من لا يجوز الاقتداء به بالعلم لا يجوز الاقتداء به بالجهل كما في الكافر والمرأة **قوله** بناء على ما تقدم وهو ان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة لا بناء على صلاة الغير وقد مر نظائره **قوله** وذلك في الجواز والفساد اي التضمن في الجواز والفساد • بيانه ان الامام ضامن بالحديث ثم هو لا يخلو اما ان يكون المراد منه ضامنا لصلاة نفسه او لصلاة القوم فلا يجوز الاول لان كل مصلي ضامن لصلاة نفسه فلا فائدة في تخصيص الامام فتعين الثاني ثم هو لا يخلو اما ان يكون ضامنا للصلاة وجوبا واداء او صحة او فسادا فالوجوب والاداء غير مراد بالاجماع فتعين الصحة والفساد على معنى انه تحمل السهو والقراءة عن المقتدي وتفسد صلاة المقتدي بفساد صلاة الامام على انا نقول روي عن سعيد بن المسيب ان النبي عليه الصلاة والسلام صلى بالناس وهو جنب فاعاد واعادوا **قوله** واذا صلى الامي • قال في المغرب الامي في اللغة منسوب الى امة العرب وهي لم تكن تكتب ولا تقرأ فاستعير لكل من لا يعرف الكتابة ولا القراءة لابي حنيفة ان الامام ترك القراءة مع القدرة عليها فتفسد صلاته وهذا لانه كان قادرا على تقديم القارئ وقراءة الامام قراءة للمقتدي بالحديث فلما لم يقدمه لم يترك القراءة مع القدرة فتفسد صلاته كما لو كان قارئا فلم يقرأ وعن الشيخ ابي الحسن الكرخي انه كان يقول القارئ والامي يستويان في فرض التحريمة ويختلفان في القراءة فاذا اقتدى القارئ صحت تحريمته • وقد التزم الامام بصحة صلاة المؤتم فصار ملتزما للقراءة التي تصح صلاة المؤتم بها وقد تركها فتبطل صلاته لا يقال كيف يلزم فرض القراءة على الامي وهو غير قادر لانا نقول يلزمه التزامه وان لم يلزمه الشرع كنذر الف حجة ولا يقال لو لم يلزم القضاء على المقتدي اذا افسد وقد صح شروعه لانا نقول لما شرع في صلاة الامي اوجبها على نفسه بغير قراءة فلم يلزمه القضاء كنذر صلاة بغير قراءة ولا يلزمها الامي رواية عن ابي يوسف كذا في الاصل وقياسهما على امامة العاري العاري وللابس ضعيف لان العاري موجود لان كسوة الامام لا تعتبر كسوة القوم لا حقيقة ولا حكما بخلاف قراءة الامام فانها تعتبر قراءة للمقتدي حكما بالحديث ثم في ظاهر الرواية لا فصل بين العلم وعدمه • وعن الشيخ ابي عبد الله الجرجاني ان صلاة الامي انما تفسد الا اذا علم ان خلفه قارئا اما اذا لم يعلم فلا **قوله** وهذا اشارة الى ترك فرض القراءة **قوله** بخلاف تلك المسئلة اراد بها مسئلة امامة العاري للعراة واللابسين واشالها اراد بها امامة الجرح لمثله والصحيح وامامة المومي لمثله والقادر على الاركان وامامة المستحاضة لمثلها والطاهرة **قوله** هو الصحيح احترازا عما روي عن ابي حازم القاضي ان على قول ابي حنيفة لا تجوز صلاته والصحيح انها جائزة لان الاصل ان لا يكون قراءة الامام قراءة المقتدي الا ان الشرع جعل قراءة الامام قراءة للمقتدي اذا اقتدى فاذا لم يقتد فلا فاذن لا يلزم ترك فرض القراءة فيجوز صلاة الامي **قوله** ثم قدم في الاخريين اي فيما بقي سبقه الحدث فقدم الامي **قوله** وقال زفر لا تفسد لتأدي فرض القراءة بناء على ان القراءة فرض في الاوليين وقد تأدى فصار الامي والقارئ فيه سواء • وروي عن ابي يوسف مثل ذلك في غير ظاهر الرواية • ولنا ان كل ركعة صلاة حقيقة فيشترط فيها القراءة بالحديث اما حقيقة ولما تعذر تقديرا فلا تعتبر في حق الامي فصار استخلاف استخلاف من لا يصلح للامامة فاشبه استخلاف الصبي والمرأة فتفسدت صلاتهم اما صلاة الامام فلانه عمل كثير واما صلاة القوم فلكونها بناء على صلاته • وانما قلنا ان القراءة منتفية في حق الامي تقديرا لعدم اهليته وهذا لان الشيء انما تعذر اذا امكن حقيقة **قوله** وعلى هذا لو قدمه في التشهد اي على هذا الاختلاف لو قدم الامي في التشهد يعني فسدت صلاتهم خلافا لزفر • ووجهه ما قلنا وهذا اذا لم يقعد قدر التشهد • اما اذا قعد قدر التشهد فصحيحة بالاجماع كذا ذكر فخر الاسلام لان هذا من فعله وهو مناف فانقطعت صلاته واما الاختلاف فيما ليس من فعله مثل طلوع الشمس وقيل تفسد صلاته عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا والصحيح هو الاول والله اعلم

باب الحدث في الصلاة

لما فرغ عن بيان صلاة المنفرد والجماعة شرع فيما يحتمل بهما من العوارض لبيان وجه الامر عنده وقوعها ارشادا للطالبين • ومن سبقه الحدث في الصلاة انصرف الى اجره ان اراد به وقوع الحدث بدون اختياره ويسمى ذلك

حدثا سماويا • اعلم ان هنا كلاما من وجوه • الاول انه ينصرف بلا توقف لانه اذا توقف يصير مؤديا جزء الصلاة مع الحدث فتبطل صلاته فلا يبني حينئذ وفي الكتاب اشارة اليه لانه قال انصرف في جزاء الشرط والجزاء لا يتراخى عن الشرط • والثاني ان البناء جائز لا صلاته استحسانا • وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لوجود المنافي وهو الحدث وجه الاستحسان ما روى ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي باسناده عن عبد الله ابن ابي مليكة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم من قاء او رعف في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم وعن ابي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن عمر وسلمان انهم قالوا مثل مذهبنا والقياس في مقابلة النص مطروح ولا يسلم ان الحدث السماوي في معنى الحدث العمد والاحتلام لانه بلا اختيار غالب وجوده والحدث العمد باختيار والاحتلام في الصلاة نادر الوجود فلا يصح القياس • فان قلت روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا احدث احدكم في الصلاة فلينصرف وليتوضأ وليعد صلاته وهذا يدل على عدم جواز البناء قلت ذلك محمول على الحدث العمد ونحن نقول موجبه بدليل انه عليه الصلاة والسلام اضاف الفعل اليه ومثل ذلك يستعمل في العمد لا في الواقع بلا اختيار • والثالث ان البناء انما يجوز اذا لم يوجد منه ما ينافي الصلاة مما له منه بد كالكلام والاكل والشرب والنوم والبول والسقوط ونحو ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام ما لم يتكلم اما ما لم يكن له منه بد كالمشي والاغتراف يعفى لاجل العذر • والرابع انه لا يستخلف ان كان اماما لما روي ان عمر استخلف في صلاة الظهر وبطلانه بحضرة الصحابة من غير نكير منهم فحل محل الاجماع • وروي ان عليا رعف في الصلاة فاستخلف • والخامس ان الاستئناف افضل لجواز صلاة بالاجماع **قوله** فاشبه الحدث العمد اي اشبه الحدث السابق وهو الحدث السماوي الحدث العمد العرق بينهما امر **قوله** رعف قال المطرزي رعف انفه سال رعافه وفتح العين هو الفصيح **قوله** وليبن على صلاته • فان قلت ان مطلق الامر للوجوب فينبغي ان يكون البناء واجبا كالامر اللوم في قلت والتعيين مراد بالاجماع لمخالفته القياس ولئن ربد فلا يضر لانه حينئذ يكون اكرا تيانا للمذكور **قوله** والبلوى فيما يسبق جواب عن قول الشافعي بقوله فاشبه الحدث العمد يعني ان الحدث السابق فيه بلوى لحصوله بغير فعله فيجعل بعذر والحدث العمد ليس فيه بلوى لحصوله بفعله فلا يجعل بعذر فلا يلحق الحدث السابق بالحدث العمد بالقياس لوجود الفارق والبلوى والبلية والبلاء بمعنى واحد **قوله** والمنفرد ان شاء اتم في منزله وان شاء عاد الى مكانه اراد بالمنزل الذي توضأ فيه بعد الانصراف واراد بالمكان الذي سبقه الحدث فيه وانما صار مخيرا بين الامرين فانه اذا اتم في منزله صار مؤديا صلاته في مكانين مع قلة المشي وجد في مكان واحد من الامرين جهة الكراهة ووجه الفضيلة فصار مخيرا • اما المقتدي فلا يجوز له ان يتم في منزله لزوال التابعية لوجود متابعة الامام بل عليه ان يعود الا اذا فرغ الامام قيل تفسد صلاته لحصول المشي بلا حاجة وهذا عن ابن سماعة في نوادره وقيل لا تفسد وهو اختيار الامام السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده لئلا يكون الاداء في مكان واحد وجواب ابن سماعة ان المشي وان كان موجودا حقيقة فمعدوم حكما لحرمة الصلاة كالقاري اية السجدة في الصلاة على الدابة مرارا لا يلزمه الا سجدة واحدة لانه في مكان واحد فكذا هنا وحكم الامام حكم المقتدي لانه صار مقتديا **قوله** او لا يكون بينهما حائل عطف على المستثنى يعني ان المقتدي يعود الى مكانه الا اذا فرغ امامه فحينئذ لا يعود او الا اذا كان لم يكن بين الامام والمقتدي حائل اي مانع لجواز الاقتداء كالطريق والنهر الكبير فحينئذ لا يعود الى مكانه وان لم يفرغ الامام عن الصلاة لجواز المتابعة من حيث هو ثم اعلم ان المقتدي اذا عاد الى مكانه قبل فراغ الامام كيف يصنع • قال في شرح الطحاوي يشتغل اولا بقضاء ما سبقه الامام في حال الاشتغال بالوضوء بغير قراءة لانه لاحق ويقوم مقدار قيام الامام ومقدار ركوعه وسجوده ولو زاد او نقص فلا يضره ولا يلزمه السهو لانه لاحق لانه اذا انتهى امامه فيتابعه في الموضع الذي يجد امامه ثم يقضي اخر صلاته ولو لم يشتغل بقضاء ما سبق او لا فتابع الامام جاز فيقضي ما سبقه الامام بعد تسليم الامام لان ترتيب افعال الصلاة ليس بشرط خلافا لزفر **قوله** وهو رواية عن محمد اي الاستقبال في الجنب رواية عن محمد وفي ظاهر الرواية لا يستقبل اذا لم يكن خرج من المسجد ولم يستخلف عند اصحابنا جميعا واذا خرج واستخلف يستقبل واما الخروج فانه اختلاف المكان من غير عذر وهو مبطل للتحريمة • واما الاستخلاف فلانه عمل كثير وانما جعل عفوا عند العذر وان لم يكن له عذر في هذه الصورة لعدم سبق الحدث واما الخروج ولا استخلف على ما روي عن محمد وهو القياس يستقبل لانه انحرف من غير عذر وعلى ظاهر الرواية وهو الاستحسان لا يستقبل لانه انحرف اصلاح صلاته لا رفضها فالحق قصد الاصلاح بحقيقة الاصلاح اعني ان الحدث المتوهم لو كان محققا كان يبني فكذا في هذه الصورة لا يقال اذا كان قصد الاصلاح ملحقا بحقيقته فينبغي ان يبني اذا كان خرج من المسجد لانا نقول هذا لا يلزم علينا لانا الحقنا قصد الاصلاح بحقيقته مطلقا بل في هذه الصورة لانه اذا خرج اختلف المكان بلا عذر وهو مبطل للتحريمة على ما قلنا **قوله** فهذا هو الحرف اي هذا هو الاصل في البناء والاستقبال يعني ان الانصراف اذا كان على قصد الاصلاح يبني ما لم يخرج او لم يستخلف واذا كان على سبيل الرفض يستقبل وان لم يخرج ولم يستخلف وعلى هذا اذا الخيل تراد نظيره هذا انا عرف قوما اذا رأى ابلا او بقرا او غنما فان لم يجاوزوا الصفوف بنوا استحسانا وان جاوزوا استقبلوا واذا ظن انه لم يمسح فانصرف ثم علم انه كان مسح فسدت صلاته وان لم يخرج من المسجد وكذلك المتيمم رأى سرابا فظنه ماء فانصرف فظهر انه سراب وكذلك اذا رأى بثوبه لونا فظنه نجاسة فانصرف ثم علم انه ليس بنجاسة لو لبس وكذا ماسح الخف اذا ظن ان المدة قد تمت فانصرف لغسل الرجلين يستقبل وان لم يخرج لانه في الجميع قصد رفض الصلاة فانقطعت صلاته **قوله** وان لم يكن ثمة مقدار الصلاة الصفوف اي ان لم تكن السترة فيعتبر مقدار الصفوف خلفه ان كان يصلي في الصحراء يعني اذا مشى قدامه بقدر ما تجاوز الصفوف لا يجوز له البناء وفي المنفرد يعتبر موضع السجود في كل طرف فاذا لم يتجاوز ذلك المقدار يبني فيما كان قصده الاصلاح والا فلا وان لم يجاوزه **قوله** فلم يكن في معنى ما ورد به النص واراد بالنص قوله عليه الصلاة والسلام من قاء او رعف في صلاته الحديث يعني انه من العوارض وهي الاحتلام والجنون والاغماء ليست في معنى ما ورد به النص وهو القيء والرعاف حتى يثبت على اصل القياس اما الاحتلام فانه حدث يوجب الغسل بخلاف القيء والرعاف فان موجبهما الوضوء واما الجنون والاغماء فان الشخص يبقى على حاله بعد حدوثهما فيصير مؤديا جزءا من الصلاة مع الحدث فيفسد بخلاف القيء والرعاف فانه ينصرف على الفور بعد وقوعهما واما القهقهة فهي في معنى الكلام فصار كانه تكلم بعد الحدث وشرط البناء ان لا يتكلم لقوله عليه الصلاة والسلام وليبن على صلاته

ما لم يتكلم فلما لم تكن هذه العوارض في معنى ما ورد به النص لم يلحق به فيستقبل الصلاة لكن هذا فيما وجدت قبل ان يقعد قدر التشهد فان وجدت بعد التشهد فلا استقبال حينئذ لانه لم يبق ركن من اركان الصلاة ولا بد بعد وجودها من الاستيناف الملك وبالملك يصير مؤديا جزاء الصلاة مع الحدث ولا داع الحدث قاطع للصلاة وهو مع منه منع الصلاة والاثر في القهقهة اظهر لانه لما كانت في معنى الكلام صار كانه تكلم بعد التشهد فتتم صلاته ولا يستقبل وانما كانت القهقهة بمنزلة الكلام لا كلاما لما نقل الحي من الصغير الحكيم الشارح د

قوله وان حصر الامام عن القراءة الى اخره يجوز حصر على فعل ما لم يسم فاعله من حصر اذا احتبس من باب نصر ومعناه منع وحبس عن القراءة بسبب خجل او خوف وبالوجهين حصل في السماع من شيخنا المحقق برهان الدين الخريفغني مما صرح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقد وردت اللغتان ايضا في كتب اللغة كالصحاح وغيره • واما ارتكاب المطرزي ضم الحاء بفكر الحبس لانه لا وجه لانه يجيء د له مفعول ما لم يسم لان فاعل لا في مفتوح العين لانه متعد يجوز بناء الفعل منه للمفعول فافهم ونقل شيخنا عن شيخ العلامة حميد الدين الضرير انه قال في شرحه صورة المسئلة اذا لم يقدر الامام القراءة لاجل خجل يعتريه اما اذا نسي القراءة اصلا لا يجوز الاستخلاف بالاجماع لانه يصير اميا واستخلاف الامي لا يجوز • **قوله** لانه نادر وجوده • بيانه ان الحصر نادر الوجود والاستخلاف بخلاف القياس في امر غالب الوجود وهو الحدث فلا يجوز الاستخلاف فيما عندهما اذا لم يستخلف كيف يصنع • قال بعض الشارحين تتم صلاته بلا د قراءة الحاقا بالامي وهذا سهو لان مذهبهما انه يستقبل وبه صرح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير لانه قال في عامة الكتب ان الحصر لما كان نادرا اشبه الجنابة وفيها تتم الصلاة فكذا بالحصر **قوله** ولنا ان الاستخلاف لعلة العجز • بيانه ان الاستخلاف في باب الحدث د ثبت معقول المعنى وهو العجز عن المضي في الصلاة صيانة للصلاة عن البطلان والعجز في القراءة الزم لانه ربما يجد الماء في المسجد فيتوضأ ويبني غير استخلاف والذي حصر بلا لم يتعلم او يتذكره وذلك بمنع الوضوء المضي غالبا • فلما جاز الاستخلاف في الحدث لعلة العجز جاز في الحصر ايضا لوجود تلك العلة **قوله** والعجز عن القراءة غير نادر جواب عن قولهما نادر وجوده يعني لا نسلم ان العجز عن القراءة نادر بل هو غير نادر ولئن سلمنا لكن لا بد من الخلف اذا وقع وهو الاستخلاف ولئن قال لا نسلم ان الخلف ما قلتم ولم لا يجوز ان يكون الاستقبال كما قلنا فنقول حينئذ يلزم ابطال العارض فهو لا يجوز بالنص وهذا الاختلاف فيما اذا لم يقرأ ما يجوز به الصلاة وبيانه فيقرأ بعده فاذا قرأ ذلك المقدار فلا يجوز د الاستخلاف بالاجماع بل يركع ويمضي في صلاته • **قوله** لان التسليم واجب وهذا عندنا وعند الشافعي • وقد مر بيانه في اول باب الصلاة ليأتي به اي بالواجب والباء للتعدية **قوله** لانه لم يبق عليه شيء من الاركان بدليل ما روى الترمذي في جامعه باسناده الى عبد الله بن عمرو • وقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا احدث يعني الرجل وقد جلس في اخر صلاته قبل ان يسلم فقد جازت صلاته د

قوله وقد مر من قبل اي في باب التيمم وهو قوله وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله • **قوله** بطل عند ابي حنيفة رحمه الله لان العمل الكثير بخروج عن الصلاة فتتم صلاته بالاتفاق • **قوله** او احدث الامام القاري فاستخلف اميا وفساد الصلاة باستخلاف الامي بعد التشهد عند ابي حنيفة على اختيار صاحب الهداية ومن رواه • اما على اختيار فخر الاسلام فلا فساد باستخلاف بعد التشهد بالاجماع وقد مر دليل هذا الباب وذلك هو الاصح لان استخلاف الامي عمل مناف للصلاة فيكون خلاف خروجا من الصلاة والذي قال ان الاستخلاف ليس بمناف للصلاة بدليل وجوده في وسط الصلاة ففيه نظر عندي لانا نقول ان مطلق الاستخلاف ليس منافيا بل المنافي هو الاستخلاف المقيد د وهو استخلاف الامي وهو لا يجوز في وسط الصلاة ايضا • **قوله** وقيل الاصل فيه ان الخروج من الصلاة بفعل المصلي فرض اي الاصل فيما ذكرنا من المسائل وهي اثنتا عشرة مسئلة من قوله فان رأى بعدما قعد قدر التشهد الى هنا وانما قلنا ان الخروج بصنع المصلي فرض لان اتمام الصلاة فرض بالاجماع واتمامها بانهائها والفراغ لا يمكن الا بانهائها لان ما كان منها لا ينهيها وتحصيل المنافي بصنع المصلي فيكون فرضا لان الاتمام م لا يحصل الا به وما لا يتوسل الى الواجب الا به يجب لوجوبه • فلما كان خروجه فرضا يتصف اعتراض العوارض المذكورة بعد التشهد كاعتراضها في خلال الصلاة فبطلت صلاته وعندهما لما لم يكن فرضا كان اعتراضها بعد التشهد كاعتراضها بعد السلام • قال الشيخ ابو نصر البغدادي وكان ابو سعيد البردعي يقول ان الخروج بفعل المصلي فرض عند ابي حنيفة بدليل انه ممنوع عن البقاء كما بعد السلام واذا ثبت ان الخروج بفعله فرض فمتى حدثت هذه المعاني وهي مفسدة للصلاة ثم بقي فرض من فروض الصلاة عليه فصار كما لو حدثت وسط الصلاة وعند ابي حنيفة ومحمد الخروج بفعله ليس بفرض لانه لو كان كذلك لتعين بما هو قربة كسائر واجبات الصلاة • فلما جاز الكلام والخروج بالحدث دل على انه ليس بواجب فاذا حدثت العوارض ولم يبق عليه فرض فصار كما بعد السلام • وكان الشيخ ابو الحسن الكرخي ينكر ذلك ويقول لا خلاف بين اصحابنا ان د الخروج بفعل المصلي ليس بفرض • لما روي انه عليه الصلاة والسلام • قال لابن مسعود اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلاتك فان شئت ان تقوم فقم وان شئت ان تقعد فاقعد • ثم قال ووجه قول ابي حنيفة ان هذه المعاني مغيرة للفرض فاستوى في حدوثها اول الصلاة وآخرها اصله نية الاقامة وهذه العلة مستمرة في جميع المسائل الا في طلوع الشمس الا انه يقيسه على بقية المسائل لعلة انه معنى مفسد للصلاة حصل بغير فعله بعد التشهد • ووجه قولهما انه معنى مفسد للصلاة فصار كالحدث والكلام **قوله** في هذه الحالة اي فيما بعد التشهد قبل السلام **قوله** ومعنى قوله تمت اي قارب التمام وهذا من تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه كما في قوله تعالى اعصر خمرا وانما حملنا عليه توفيقا بين ما قلنا من الدليل العقلي وبينه لان العقل حجة من حجج الله تعالى كالنقل **قوله** والاستخلاف ليس بمفسد هذا جواب سؤال يرد على قوله اذا احدث الامام القاري فاستخلف اميا • وجه الورود ان يقال ينبغي ان لا تفسد الصلاة عند ابي حنيفة باستخلاف الامي بعد قدر التشهد لان الاستخلاف عمل كثير مفسد للصلاة وهو صنع منه فيخرج عن الصلاة باستخلافه • فاجاب عنه وقال الاستخلاف نفسه ليس بمفسد وانما ذلك فساد الصلاة لامر اخر وهو ان الامي غير صالح للامامة • وانما قال انه ليس بمفسد بدليل ان استخلاف القاري جائز وفيه نظر عندي لانا نقول لا نسلم ان الاستخلاف ليس بمفسد • وقد صرح صاحب الهداية نفسه فيمن ظن انه احدث فاستخلف حيث قال وان كان استخلف فسدت لانه عمل

فلو لم يكن الاستخلاف مفسدا لم تفسد الصلاة في تلك المسئلة لانه استخلف القاري لا الامي والحق ما قاله فخر الاسلام رحمه الله باستخلاف الامي في هذه الحالة لكونه عملا منافيا للصلاة بالاجماع اذا قالت حذام فصدقوها فان القول ما قالت حذام • فان قيل لما كان الاستخلاف عملا كثيرا ينبغي ان لا يجوز اصلا ويجوز استخلاف القاري فيما اذا سبقه الحدث • قلنا الاصل ان لا يجوز اصلا لكونه عملا كثيرا د وهو القياس الا انا تركناه بدلالة الاجماع فيمن يصلح للامامة وهي ان عمر استخلف رجلا بانه بحضرة الصحابة فحل محل الاجماع والامي لا يصلح للامامة فبقي استخلافه على اصل القياس مفسدا او الفعل منه وهو في الذي ظن انه محدث ولم يكن محدثا فكان الاستخلاف مفسدا د

قوله ومن اقتدى بالامام بعدما صلى ركعة اي بعدما صلى الامام ركعة **قوله** لوجود المشاركة في التحريمة يعني ان صحة الاستخلاف بالمشاركة وهي حاصلة في المسبوق فيصح استخلافه **قوله** لانه اقدر على اتمام صلاته لان المدرك اقدر من المسبوق على اتمام صلاة الامام وكان المدرك اولى وهذا لان المسبوق اذا اتم صلاة الامام يحتاج الى استخلاف اخر فثبت انه اقدر من المسبوق **قوله** وصلاة القوم تامة وهذا لان الاشياء اعني القهقهة او الحدث العمد او الكلام او الخروج من المسجد اذا وجدت في هذه الحالة من القوم لنفسهم كانت لا تفسد صلاتهم فلان لا تفسد اذا وجدت من امامهم اولى واحرى وانما فسدت صلاة الامام المسبوق لوقوع المنافي في خلال الصلاة د **قوله** والامام الاول ان كان فرغ لا تفسد صلاته لانه كان كواحد من القوم وان لم يفرغ تفسد صلاته وهو الاصح لوقوع المنافي للصلاة في وسطها وقيل في رواية ابي حفص لا تفسد لانه كان كالفارغ حيث اتم الامام الثاني صلاته **قوله** فان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد ثم قهقه او احدث متعمدا فسدت صلاة الذي لم يدرك اول صلاته عند ابي حنيفة وانما قيد بالقعود قدر التشهد لانه اذا وجدت القهقهة او الحدث العمد قبله فسدت صلاته وصلاة الجميع اتفاقا وقيد بفساد صلاة المسبوق لان صلاة المدرك لا تفسد اتفاقا وفي صلاة اللاحق روايتان لهما ان صلاة المقتدي متعلقة بصلاة الامام فاذا لم تفسد صلاة الامام لم تفسد صلاة المسبوق ايضا كما في السلام والصلاة والكلام والخروج من المسجد وله ان الحدث العمد والقهقهة تفسدان الجزء الذي يلاقيانه لانهما تبطلان الطهارة وهي شرط للصوم الا انهما وجدا في حق الامام بعد اتمام الاركان فجعلا عفوا وفي حق المسبوق وجدا في خلال الصلاة فتفسد ذلك الجزء الذي يلاقيانه لان الطهارة وهي شرط للصلاة الا في حق الامام بعد اتمام الاركان فجعلا عفوا فتفسدت صلاته اصلا لعدم قدرته على البناء لان البناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام والكلام فانهما منهيان للصلاة محللان اذا وجدا في اوان التحليل ولهذا لا ينقض بهما الطهارة بخلاف القهقهة فانها ينقض الطهارة وهي مفسدة والخروج من المسجد قاطع الفعل لو فعل الا على وجه البناء فصار في معنى السلام والكلام فلم يصح قياس القهقهة عليه وهذا الخلاف فيما اذا لم يقيد المسبوق الركعة بالسجدة فان قيدها لا تفسد صلاته لتقرر حكم الانفراد **قوله** والكلام في معناه اي الكلام في معنى السلام وهذا لان السلام انما جعل منهيا باعتبار انه كلام لا باعتبار انه ثناء فعلم انه في معناه ولهذا لو حلف لا يكلم فلانا فسلم يحنث **قوله** ولا ينقض وضوء الامام وهذا استحسان وعند زفر لا ينقض وهو القياس كذا في المختلف له ان القهقهة انما تنقض الوضوء اذا افسدت الصلاة وهنا لم تفسد د صلاة الامام فلا ينقض وضوءه • ولنا انها افسدت الجزء الملاقي لها من الصلاة لوقوعها في حرمة الصلاة فتنقض الوضوء ايضا بناء على فساد د ذلك الجزء الا انها لم تؤثر في فساد باقي الصلاة لاتمام الاركان **قوله** ومن احدث في ركوعه او سجوده توضأ وبنى ولا يعتد بالتي احدث فيها بالاعادة اي لا يعتد بالسجدة التي احدث فيها وفي بعض النسخ ويعيد بالتي احدث فيها من الاعادة وهما في الحقيقة واحد وهذا لان الاداء والحدث متنافيان وعدم المنافاة في حق الاحرام بالاثر ورفع الرأس من السجود من باب الاداء لان تمامه به وبالحدث لا يصح الاداء فيه لاجل هذا وكذا في كل ركن كالركوع لانه لا يتم الا بالانتقال وبالحدث لا يصح ذلك فيعيده قال الاعادة فيما احدث الامام ولو كان اماما فقدم غيره وامر المقدم يكون المقدم على هيئته ولا يحتاج الى الاعادة فيما احدث الامام فيه بان رفع رأسه من الركوع ثم ركع بعد ذلك لان المنافي للاداء وجد في حق الامام لا في حق المقدم فامكنه الاتمام بالاستدامة **قوله** ولو ذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة الى اخره يعني لو ذكر في حالة الركوع انه كان ترك سجدة او ذكر في حال السجود انه ترك سجدة فانحط من الركوع فسجد السجدة المتروكة او رفع رأسه من السجود فسجدها يعيد الركوع الذي تذكر فيه وكذلك يعيد السجود الذي تذكر فيه حتى يقع الافعال مرتبة لان مراعاة الترتيب فيما شرع من الافعال مكررا واجب لا فرض على ما مر • بيانه في اول باب صفة الصلاة وان لم يعدهما اجزاه لانه ذكر السجود لا ينافي الركوع ولا د ينافيه فصح الاعتداد به وهذا لا اشكال اذا رفع رأسه من الركوع ثم سجد المتروكة اما اذا لم يرفع رأسه فحينئذ يلزمه الاعادة على ما روي عن ابي يوسف لان القومة عنده فرض وعندهما لا يلزمه الاعادة لان القيام بعد الركوع ليس بفرض عندهما **قوله** ومن ام رجلا واحدا د فاحدث وخرج من المسجد فالمأموم امام نوى او لم ينو وهذا لان الامامة والخلافة شرعت لمصالح الدين وفي الامامة الكبرى اذا لم يكن يصلح لها الا واحد تعين ذلك لها بخلاف ما اذا خلفه اكثر من واحد حيث يحتاج الى الاستخلاف لقطع المزاحمة **قوله** ولو لم يكن خلفه الا صبي او امرأة قيل تفسد صلاته اي صلاة الامام خاصة • بيانه ان صلاة الامام لا تفسد بالنظر الى انه لم يوجد منه عمل حقيقة لكنها صار مقتديا بذلك الواحد للامامة فسدت صلاة الامام لاقتدائه بمن لا يصلح اماما له وقيل تفسد صلاتهما جميعا لان ذلك الواحد صار متعينا فصار كانه استخلفه • وقال فخر الاسلام الاصح عندنا انه تفسد صلاة المقتدي دون صلاة الامام لان الواحد انما يتعين للاستخلاف لصحة الصلاة ومراعاة العبادة وههنا في تعيينه فساد الصلاة فلاجل هذا لم يتعين فبقي مقتديا بلا امام ففسدت صلاته دون صلاة الامام لانه صار كمنفرد احدث **قوله** وقيل لا تفسد لانه لم يوجد الاستخلاف قصدا وهو لا يصلح للامامة يعني قال بعض مشايخنا لا تفسد صلاة الامام لان الاستخلاف لم يوجد قصدا حقيقة فيما اذا كان خلفه واحد صالح للامامة بل يثبت الاستخلاف حكما لصحة الصلاة لتعينه وههنا في هذه الصورة لم يوجد الاستخلاف حكما ايضا لان فيه فساد الصلاة لكون الصبي والمرأة غير صالح للامامة فلما انتفى الاستخلاف اصلا لم تفسد صلاة د

الامام وفسدت صلاة المقتدي لانه بقي بلا امام وهو اي المحصي هو الصبي او المراة والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب بمنه وكرمه

باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها

لما فرغ عن بيان العوارض السماوية شرع في العوارض الاختيارية المكتسبة وقدم السماوية لانها اعرق في العارضية لعدم قدرة العبد على دفعها لا يقال النسيان من قبيل السماوية فكيف عد المصنف كلام الناسي في هذا الباب من قبيل المكتسبة لانا نقول لا نسلم انه عده من المكتسبة وانما ذكره في هذا الباب لمناسبته بين كلام الناسي والعامد من حيث الحكم لان كلاهما مفسد للصلاة **قوله** في الخطاء والنسيان وصورة الخطاء ان يقصد القراءة او التسبيح فيجري على لسانه كلام الناس وصورة النسيان ان ينسى الكلام ناسيا للصلاة **قوله** ويفرعه الحديث المعروف اي يحتج الشافعي وهو اسم مكان من فزع اليه اذا لجا واراد بالحديث المعروف قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه ولنا ما روي ان معاوية بن الحكم السلمي شمت عاطسا في الصلاة فلما فرغ النبي صلى الله عليه وسلم قال له ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وما روي في حديث البناء ما لم يتكلم من غير فصل بين العمد والنسيان ولان ما ينافي اداء الصلاة اذا كان عمدا ينافيه اذا كان نسيانا كما في الحدث فان قلت حديث معاوية في العمد لان المشمت غالب حاله ان يكون عامدا قلت لا كلام لنا في تسميته وانما كلامنا في قوله عليه الصلاة والسلام لا يصلح فيها شيء من كلام الناس لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لان الذي يستدل به على الحكم هو اللفظ لا السبب وذكر اللفظ عاما ظاهر لان النكرة اذا وقعت في موضع النفي تعم كما في قولك لا رجل في الدار حيث لا يجوز لك ان تقول بل رجلان لعموم النفي فان قلت ما الجواب عما تمسك به الشافعي من الحديث قلت جوابه ان نقول لا يخلو اما ان يراد به الحقيقة او الحكم فلا يجوز الاول لان الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه ليست بمرفوعة لوجودها كثيرا فتعين الثاني وهو الحكم ثم الحكم اما ان يراد به حكم الدنيا او حكم الآخرة فلا يجوز ان يراد به الاول لانه ليس بمرفوع بالاجماع الا ترى الى ان الرجل لو قتل مسلما خطاء يجب عليه الدية والكفارة بحكم نص القرآن وكذا لو ترك ركنا من اركان الصلاة ناسيا لا يكون معذورا وكذا لو اكره على الزنا ففعل يجب عليه الغسل فتعين الثاني وهو حكم الآخرة وهو الاثم فلما ثبت ان المراد منه حكم الآخرة لا حكم الدنيا كان كلام الناسي والخاطي مفسدا للصلاة لان جواز الصلاة وفسادها من احكام الدنيا فان قيل ما الناسي يعود اذا قل كلام الناسي لا يبطل الصلاة واذا كثر ففيه وجهان وقد يعني بطلانه فان قلت سلام الناسي لا يفسد الصلاة فينبغي ان يكون كلامه كذلك قلت لا نسلم ان القياس صحيح لان السلام موضوع في الصلاة غالبا لو وقع ايضا يجعل عذرا بخلاف الكلام فانه ليس بموضوع فيها اصلا فجعل منافيا للصلاة سواء كان عمدا او نسيانا اما سلام العامد فانما لم يجعل عمدا لحصوله باختياره مع منافيه من كاف الخطاب فاعتبر من كلام الآدمي

قوله فان ان فيها او تاوه اي اخره اعلم ان الانين والتاوه لا يخلو اما ان كان من ذكر الجنة او النار او اما ان كان من مصيبة فان كان من الاول فلا يفسد الصلاة بالاتفاق فانه اذا سال الجنة او تعوذ من النار صريحا لا تفسد صلاته فاولى ان لا يفسد بالدلالة وقيل في تفسير قوله تعالى ان ابراهيم لاواه حليم انه كان تاوه في صلاته وان كان من الثاني تفسد الصلاة كما لو صرح بذلك قال فخر الاسلام وعن ابي يوسف انه قال اذا قال اوه فلم يفسد واذا قال اه لم تنقطع الصلاة بحال وقال والاصل عنده ان كل كلمة على حرفين احدهما من حروف الزوائد لم تقطع وذلك مثل اخ واف وتف واذا كثرت الحروف فيقطع ما قالا وقال الشيخ ابو نصر البغدادي وقال ابو يوسف انه لكثرت الحروف فسدت صلاته في الوجهين وان لم يكثر لم تفسد لانها اذا كثرت صار كلاما مفهوما يمكن التحرز منه وان لم يكثر فهو بمنزلة التنحنح والتنفس ويحتمل ان يكون عن ابي يوسف روايتان لانه قال فخر الاسلام لا تفسد الصلاة اذا كان من ذكر الجنة والنار وان كثرت الحروف كما هو مذهبهما وعلى ما قال الشيخ ابو نصر تفسد صلاته اذا كثرت الحروف وان كان من ذكر الجنة او النار والحروف الزوائد عشرة يجمعها قولك اليوم تنساه واتاه سليمان وانما سميت زوائد على معنى ان الحروف اذا زيد في الكلمة يزاد منها لا على معنى ان هذه الحروف ابدا وقعت تكون زائدة ثم قوله اوه بسكون الواو وكسر الهاء كلمة توجع وفيها لغات تقلب واوها الفا فيقال آه وتشدد واوها وتكسر مع سكون الهاء فيقال اوه وقد تحذف الهاء اذا شددت فيقال او وقد يقال بالمد وفتح الواو والمشددة وسكون الهاء آوه وفي شرح الاقطع قال محمد في الانين اذا لم يقدر على دفعه من الوجع لم تفسد الصلاة لانه لا يمكن الاحتراز منه **قوله** وهذا عند ابي يوسف اي وهذا الذي قاله ابو يوسف ليس بقوي لان كلام الناس يحصل باتمام المعنى ويتحقق الاتمام في كلمة كلها حروف زوائد كما في شرح اليوم تنساه وفيه نظر عندي لان ابا يوسف انما جعل حرف الزيادة كان لم يكن اذا قل لتعذر الاحتراز عنه وشبهه بالتنحنح والتنفس واما اذا كثر فلا فكيف يرد عليه حينئذ قوله ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد **قوله** وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن مدفوعا اليه اي بان لم يكن مضطرا اليه ينبغي ان تفسد عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف بالحرفين لا تفسد وان تنحنح بعذر بان يكون له سعال لا تفسد وان حصل به حروف لانه جاء من قبل من له الحق فجعل عفوا كما اذا عطس او تجشا فحصل حروف وعن شيخ الاسلام ابي بكر المعروف بخواهر زاده انه قال اذا تنحنح الامام لا لاجل تحسين الصوت لا تفسد صلاته **قوله** ثم عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو في الصلاة فسدت صلاته والضمير المرفوع [illegible]

[illegible]

على الامام او على غير امامه فان كان على غير امامه تفسد صلاته لانه يعتبر جوابا لاستفتاحه فكان من كلام الناس لكن هل يشترط التكرار في الفتح ام لا ففيه اختلاف الرواية ففي الاصل شرطه لانه قال فيه اذا فتح غير مرة فسدت صلاته والمفهوم منه التكرار وفي الجامع الصغير لم يشترطه وهو الاصح لانه لما اعتبر كلاما كان مفسدا لصلاته بنفسه قاطعا للصلاة من غير فصل بين القليل والكثير وان كان الفتح على امامه فلا يخلو اما ان كان بعد ان قرا مقدار ما تجوز به الصلاة او قبل ذلك فان كان قبل ذلك لا تفسد صلاته وان كان بعد ذلك قيل تفسد صلاته والاصح انه لا تفسد استحسانا لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قرا في صلاته سورة المؤمنين فاسقط شيئا فلما فرغ قال الم يكن فيكم ابي فقال اي نعم فقال هلا ذكرتني فقال حسبت انها نسخت فقال عليه السلام لو نسخت لاخبرتكم وروي ان عمر صلى المغرب فقال ولا الضالين ثم ارتج عليه فقال نافع فقلت له اذا زلزلت فقال اذا زلزلت حدثه ابو عبيد في احاديث عائشة عن ... عليه عن ايوب عن نافع عن ابن عمر وعن علي انه قال اذا استطعمك الامام فاطعمه رواه ابو عبيد باسناده الى علي والاستطعام هو الاستفتاح مجازا ويقال للرجل اذا لم يحضره منطق ارتج عليه كانه قد اغلق عليه وجه المنطق وهذا فيما اذا لم ينتقل الامام الى آية اخرى اما اذا انتقل ففتح عليه بعد ذلك تفسد صلاتهما ان اخذ الامام وان لم ياخذ تفسد صلاة الفاتح خاصة لعدم الضرورة الى الفتح فان قلت ينبغي ان لا يجوز الفتح على الامام اصلا لما روي عن ابي اسحاق عن الحارث عن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا علي لا تفتح على الامام في الصلاة قلت ذلك حديث مطعون طعنه ابو داود في السنن وقال لم يسمع ابو اسحاق من الحارث الا اربعة احاديث ليس هذا منها **قوله** على غير امامه ينبغي ان يكون في ذلك لغيره في الصلاة او في غيرها لكن اذا اراد قراءة القرآن لا تفسد وان اراد التعليم تفسد كذا في الخلاصة لان التعليم ليس من اعمال الصلاة **قوله** هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ انه ينوي قراءة القرآن وذلك ليس بصحيح لان قراءة المقتدي محظورة وينوي الفتح لان فيه الرخصة **قوله** وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وللامام ان لا يلجئهم اليه اي الى الفتح والمراد من الالجاء ان يقف ساكتا بعد الحصر او يكرر الآية ولا ينبغي له ان يفعل كذلك بل يركع اذا كان وقت الركوع وهو ان يقرا مقدار ما تجوز الصلاة او ينتقل الى آية اخرى **قوله** ولو اجاب في الصلاة رجلا الى آخره اعلم ان المصلي اذا اخبر بما يسره فقال الحمد لله او بما يسوءه فقال لا حول ولا قوة الا بالله فعند ابي حنيفة ومحمد تفسد صلاته اذا اراد الجواب واذا اراد الاعلام بانه في الصلاة فلا وعند ابي يوسف لا تفسد صلاته سواء اراد الجواب او الاعلام لانه ثناء بصيغته فلا يكون من كلام الناس بنيته كما ان كلام الناس لا يكون ذكرا وثناء بالعزيمة ولهما انه لما خرج جوابا صار من كلام الناس لو قوعه جوابا وان كان فيه ذكر الله تعالى ولهذا لو قال الرجل الشمد يوسف يوسف اعرض عن هذا وكذا اذا قيل لمن ابي موضع موضع كذا فقال وهو في الصلاة وبئر معطلة وقصر مشيد فلو ان الثناء يتغير بالعزيمة ولهذا الرجل يشاء من ذلك شعرا فقراه في الصلاة تفسد **قوله** والاسترجاع على هذا الخلاف في الصحيح يعني اذا اخبر ان فلانا مات فاجاب في الصلاة انا لله وانا اليه راجعون فعندهما تفسد صلاته وعند ابي يوسف لا تفسد صلاته هذا على ما اختاره بعض المشايخ اما على ما ذكره فخر الاسلام وشمس الائمة في شرح الجامع الصغير فالاسترجاع قاطع للصلاة بالاتفاق اذا اراد به الجواب فان قلت يرد عن ابي يوسف ما اذا فتح على غير امامه تفسد صلاته فلو كان الثناء لا يتغير بالعزيمة لم تفسد صلاته قلت لا نسلم انه يرد عليه لانه لم يجعله متغيرا بالعزيمة ايضا وانما جعل الفتح مفسدا لا من آخر وهو التعليم والتعليم ليس من اعمال الصلاة فجعل مفسدا قال الجوهري استرجعت عند المصيبة اذا قلت انا لله وانا اليه راجعون وكذلك الترجيع **قوله** وان اراد اعلامه انه في الصلاة لم تفسد بالاجماع وهذا المروي في السنن عن ابي يوسف النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا نابكم شيء في الصلاة فليسبح الرجال وليصفق النساء قال ابو سليمان الخطابي بل في شرح الصحيح التصفيق التصفيق باليد ماخوذ من صفحتي الكف وضرب احداهما على الاخرى **قوله** ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع فقد نقض الظهر وهذا في حق من لا ترتيب عليه بكثرة الفوائت فان صاحب الترتيب لا ينعقد عصره قبل اداء الظهر والاصل في هذه المسئلة ان النية اذا صادفت ما ليس بحاصل تعمل واذا صادفت ما هو حاصل لا تعمل فيا ذا انه من صلى من ركعة اذا افتتح العصر او التطوع صح نيته فلما صحت نيته صح شروعه في العصر والتطوع فاذا صح شروعه انتقضت الركعة المؤداة من الظهر ضرورة اما اذا صلى من الظهر ركعة ولم ينو العصر او التطوع وافتتح الظهر بعينه بتكبيرة لا تصح نيته لانه نوى عين ما هو فيه فلم ترتفع نيته احرمته تلك الركعة من المؤداة من الظهر ولم تخرج عن حكمه حتى اذا صلى ثلاث ركعات اخر تقعد لا محالة واذا لم تقعد تفسد صلاته ونظيره من باع بالف درهم ثم باعه بالفين كان نقضا للبيع الاول وان باعه مرة اخرى بالف لم ينتقض البيع الاول **قوله** صح شروعه فيه اي في العصر او التطوع وفي بعض النسخ صح شروعه في غيره اي في غير الظهر واراد بالغير العصر او التطوع **قوله** ولو افتتح الظهر بعد ما صلى منها ركعة فهي هي والضمير في فهي راجع الى الظهر ومعنى قوله فهي هي اي الركعة المؤداة من الظهر بعينها باقية اي لم تنتقض بافتتاحه ثانيا لانه نوى عين ما هو فيه فلغت نيته فبقيت الركعة كما كانت معتدة من الظهر لكن هذا فيما اذا نوى بقلبه وقال نويت ان اصلي الظهر وافتتح بلسانه انتقض ما صلى ولا اعتبار لتلك الركعة وبه صرح صاحب الخلاصة وهذا لان النية باللسان كلام وهو مناف للصلاة فينتقض ما قبله ضرورة **قوله** واذا قرا الامام في المصحف فسدت صلاته عند ابي حنيفة وكذا الخلاف فيما اذا قرا في المحراب وقال في الاصل وكذلك المنفرد فعلم ان هذا الحكم غير مختص بالامام لان القراءة عبادة والنظر الى المصحف عبادة فانضمت عبادة الى عبادة وذلك لا يوجب الفساد الا ان الكراهة ثبتت للتشبه باهل الكتاب فانهم يفعلون في صلاتهم كذلك ولان العمل الكثير مفسد للصلاة اذا كان للصلاة منه بد والقراءة من المصحف بد كثير والصلاة منه بد فسدت الصلاة وهذا لانه يحتاج الى حمل المصحف وتقليب الاوراق والنظر فعلى اعتبار هذا الدليل يفترق حكم الموضوع والمحمول حتى اذا قرا في المصحف الموضوع ولم يحمله ولم يقلب اوراقه لا تفسد صلاته وكذا اذا قرا في المحراب ولان القراءة من المصحف تعلم منه والتعلم والتلقن ليس من عمل الصلاة فتفسد وعلى هذا الحكم الفصول كلها سواء

حتى اذا قرأ من الموضوع او المحمول اي من المحراب تفسد صلاته • قال الكرخي في شرحه في الجامع الصغير والعلة لابي حنيفة ان تلقن
القاري من المصحف من الحروف وتمييزه الحروف في الصلاة حرفا حرفا بعد حرف عمل كثير والعمل الكثير مفسد للصلاة • فان قلت
ان عائشة امرت ذكوان وهو مولاها بالامامة في ليالي رمضان وكان يقرا من المصحف [illegible] لاجل النسخ
الثاني كذلك فيصلي [illegible] وانا حملنا هكذا لانها مكروه [illegible] بالاتفاق ولا نظن بعائشة انها امرت بمكروه قوله اضافت اي
انضمت • قال في ديوان الادب تلقن الكلام اخذه وتلقن منه قوله وعلى هذا لا فرق اي على اعتبار هذا الدليل لا فرق لانه تلقن
من المصحف لا فرق بين الموضوع والمحمول وعلى الاول اي على اعتبار الدليل الاول وهو [illegible] المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق
عمل كثير [illegible] بين الموضوع والمحمول [illegible] قوله ولو نظر الى مكتوب وفهمه الصحيح انه لا تفسد صلاته بالاجماع
واراد بالمكتوب ما يكون مكتوبا من الفقه وغيره دون ما هو مكتوب من القران وانما قيد بالصحيح احترازا عما قال بعض مشايخنا
[illegible] تفسد صلاته عند محمد [illegible] مسالة اليمين [illegible] قال [illegible] انه لا تفسد
صلاته عند محمد [illegible] لان فساد الصلاة [illegible] بالعمل الكثير [illegible]
[illegible] الطلاق او العتاق [illegible] بعد ذلك خلاف ما
اذا علق [illegible] على ان لا تقرأ كتاب فلان فنظر اليه وفهم [illegible] لا يحنث [illegible] ولا تطلع على اسراره
[illegible] مسئلة اليمين [illegible] عند ابي يوسف [illegible]
قراة كتاب فلان حقيقة في التكلم به [illegible] المصحف
قوله وان مرت امراة بين يدي المصلي لم تقطع الصلاة [illegible] ان كان المرور بين يدي المصلي [illegible]
[illegible] الاثم [illegible] الظاهر يقطع الصلاة [illegible] في صحيح مسلم عن عروة
عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي من الليل وانا معترضة بينه وبين القبلة كاعتراض الجنازة • وروي في السنن ايضا عن ابي سعيد
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقطع الصلاة شيء وادرؤوا ما استطعتم فانما هو شيطان • فان قلت روي في السنن [illegible]
[illegible] عن ابي ذر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقطع صلاة الرجل اذا لم يكن بين يديه قيد آخرة الرحل الحمار والكلب الاسود والمراة
فقلت ما بال الاسود من الاحمر من الاصفر من الابيض • فقال يا ابن اخي سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم كما سالتني فقال الكلب الاسود
شيطان فمعنى ان يكون مرور المراة قاطعا للصلاة • قلت هذا حديث [illegible] عائشة وهو ما رواه مسلم في صحيحه عن مسروق عن عائشة
وذكر عندها ما يقطع الصلاة الكلب والحمار والمراة فقالت عائشة قد شبهتمونا بالحمير والكلاب والله لقد رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يصلي واني على السرير بينه وبين القبلة مضطجعة وكذلك روي في الصحيح البخاري قوله وان الاثم المار [illegible] في الصحيح البخاري
عن مالك عن ابي النضر عن بسر ابن سعيد ان زيد ابن خالد الجهني ارسله الى ابي جهيم يساله ماذا سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم في المار بين يدي
المصلي فقال ابو جهيم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو يعلم المار بين يدي المصلي ماذا عليه لكان ان يقف اربعين خيرا له من ان يمر بين يديه قال
ابو النضر لا ادري قال اربعين يوما او شهرا او سنة • وانه يأثم اذا مر في موضع سجوده على ما قيل • اعلم ان المار يأثم اذا كان مروره بقرب
من المصلي الا انه اختلف مشايخنا في حد القريب قال بعضهم قدر صفين وقال بعضهم موضع سجوده • وقال فخر الاسلام قال ما يحاذي
اذا صلى راميا ببصره الى موضع سجوده فلم يقع عليه بصره لم يكره • ثم قال وهذا احسن ولو كان في المسجد لا ينبغي ان يمر بينه وبين قبلة المسجد
وقال بعضهم يمر ما وراء خمسين ذراعا وقدر بعضهم بما بين الصف الاول وحائط القبلة • قال فخر الاسلام في الجامع الصغير • وان مر عن بعد
في المسجد الجامع فقد قيل بانه يكره والاصح انه لا يكره • ولا يكون بينهما حائل اي انه انما يأثم المار اذا مر في حال عدم كون
الحائل بين المصلي والمار اما اذا كان الحائل فلا بأس كالاسطوانة والجدار قوله ويحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلي على الدكان وانما
قيد بالمحاذاة لانه اذا كان الدكان بقدر قامة الرجل المار فلا يأثم لانه يعتبر سترة وكذا كل مرتفع يعتبر سترة كالسطح والسرير قالوا الراكب
اذا اراد ان يمر ولا يأثم ينزل عن دابته ويسير وراءها او يسيرها والدابة بينه وبين المصلي قوله وينبغي لمن يصلي في الصحراء ان يتخذ امامه سترة
وهذا لما روي في السنن عن ابي سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم اذا صلى احدكم فليصل الى سترة وليدن منها والاستتار بحائط
او سارية او شجرة او عود وما يجري مجراه مما لا يستر جميعه جائز ولا يأثم من يمر وراء ذلك انما قوله ومقدارها ذراع
فصاعدا لما روي عن طلحة ابن عبيد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم • قال يجزي احدكم اذا صلى ان يجعل امامه مثل مؤخرة الرحل وفي الصحيح عن
طلحة • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا وضع احدكم مثل مؤخرة الرحل فليصل ولا يبالي من مر وراء ذلك ومؤخرة الرحل لغة في آخرة
وهي الخشبة العريضة التي تحاذي رأس الراكب وتشديد الخاء خطأ كذا قاله المطرزي • وروى صاحب السنن عن زيدان علي عن عبد الرزاق
عن ابن جريج عن عطا قال آخرة الرحل ذراع فما فوقه قوله ويقرب من السترة وهذا لما روينا من حديث ابي سعيد الخدري وقد روي
في السنن ايضا عن سهل ابن ابي حثمة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا صلى احدكم الى سترة فليدن منها لا يقطع الشيطان عليه صلاته قوله
ويجعل السترة على حاجبه به ورد الاثر وهو ما روي في السنن عن المقداد انه قال ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي الى عود او عمود ولا شجرة الا جعله على حاجبه
الايمن او الايسر لا يصمد له صمدا اي لا يقابله مستويا مستقيما بل كان يميل عنه كذا ذكره صاحب المغرب قوله وسترة الامام
سترة للقوم لما روي في حديث ابي جحيفة انه اتى النبي صلى الله عليه وسلم فتوضأ واذن له بلال وهو في الابطح في قبة له حمراء
من ادم فخرج بلال بوضوئه فخرج النبي صلى الله عليه وسلم فتوضأ واذن له بلال ثم ركزت له عنزة فتقدم فصلى الظهر ركعتين والعصر ركعتين ولم يزل
يصلي ركعتين حتى رجع الى المدينة وفي الحديث طول اخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما ولم يكن للقوم سترة فعلم ان سترة الامام سترة لهم

وقوله صلى الى عنزة بالتنوين كذا في المغرب لانه اسم جنس وفي شبه العكازة وهي عصا ذات زج وما قيل في بعض الشروح ان كان
المراد بها عنزة النبي صلى الله عليه وسلم يكون غير منصرف فليس بشيء لانها لما كانت اسم جنس تناولت عنزة النبي صلى الله عليه وسلم وغيرها
فلم يلزم العلمية وقد جاءت في الصحيح البخاري مسندا الى ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يركز له الحربة فيصلي اليها • قال فخر الاسلام
لا بأس بترك السترة اذا امن المرور ولم يواجه الطريق وقد فعل ذلك في طريق مكة بغير سترة لان الداعي اليه قد عدم قوله
والمعتبر الغرز دون الالقاء والخط يعني اذا لم يمكن الغرز لصلابة الارض لا يعتبر الالقاء • قال [illegible] قال ابو حنيفة واذا خط
المصلي بين يديه في الصحراء او طرح سوطا لم يعتد به من المستور حتى ينصب شيئا كمؤخر الرحل • وقال هشام حججت مع ابي يوسف وكان
فطرح بين يديه السوط ويصلي كذا في المغرب له ان السوط يحل المكان حد للصلاة [illegible] المسجد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام
اذا صلى احدكم فليجعل بين يديه كمؤخرة الرحل وذلك لان المقصود وهو الدرء لا يحصل به فاذا لم يعتبر الالقاء فلان لا يعتبر الخط لانه
اخفى • وقال الشيخ الامام ابو بكر المعروف بخواهر زاده انه يضع طولا لا عرضا اذا القى لا الغرز قال لانه زي الوضع كما روي الغرز
وهو الدرء لا يحصل بالوضع فلا يعتبر وعن بعض مشايخنا المتاخرين اذا لم يجد ما يغرزه يخط خطا طولا وذلك كما قاله محمد ليس بشي وقد
ورد في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم فان لم يكن معه عصا فليخطط خطا [illegible] لم يجد شيئا [illegible]
هذا الحديث قوله ويدرأ المار وهو ما روينا من حديث ابي سعيد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقطع الصلاة شيء
وادرؤوا ما استطعتم فانما هو شيطان وفي الصحيح البخاري مسندا الى ابي صالح السمان قال رايت ابا سعيد الخدري في يوم جمعة يصلي الى
شيء يستره من الناس فاراد شاب من بني ابي معيط ان يجتاز بين يديه فدفع ابو سعيد في صدره فنظر الشاب فلم يجد مساغا الا بين
يديه فعاد ليجتاز فدفعه ابو سعيد اشد من الاولى فنال من ابي سعيد ثم دخل على مروان فشكى اليه ما لقي من ابي سعيد ودخل ابو سعيد
خلفه على مروان فقال ما لك ولابن اخيك يا ابا سعيد قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول اذا صلى احدكم الى شيء يستره من الناس فاراد احد
ان يجتاز بين يديه فليدفعه فان ابى فليقاتله فانما هو شيطان • قال الشيخ ابو سليمان الخطابي ان الشيطان هو الذي يحمله على ذلك ومعنى
المقاتلة الدفع العنيف ويجوز ان يراد بالشيطان دفع المار لان الشيطان هو المارد الخبيث من الجن والانس • وفي شرح الجامع الصغير
لفخر الاسلام عن ابي سعيد انه دفع ابنا لمروان فلطمه فشكى الى ابيه فعاتبه فقال انما لطمت الشيطان ومروان كان يومئذ خليفة والدرء الدفع
قوله كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بولدي ام سلمة وكان لام سلمة ولدان من زوج لها غير النبي صلى الله عليه وسلم اسم احدهما
زينب والاخر عمر وكان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي في بيت ام سلمة فقام عمر ليمر بين يديه فاشار النبي صلى الله عليه وسلم بيده ان قف
فوقف ثم قامت زينب لتمر فاشار اليها ان قفي فابت ومرت فلما فرغ من صلاته قال هن اغلب • وقيل ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ناقصات
العقل ناقصات الدين صواحب يوسف صواحب كرسف يغلبن الكرام ويغلبهن اللئام وكرسف اسم عابد في بني اسرائيل فتنته النساء • ورايت
في كتاب المجمل لابن فارس انه قال قالوا يا رسول الله من كرسف قال رجل كان يعبد الله على ساحل البحر ثلاثين عاما فكفر بالله بسبب امراة
عشقها ثم تداركه الله تعالى بما سلف منه فتاب عليه قوله او يدفع بالتسبيح لما روينا واراد به ما روي قبل هذا من قوله عليه
الصلاة والسلام اذا نابت احدكم نائبة فليسبح وهذا في حق الرجال فاما النساء فانهن يصفقن لقوله عليه الصلاة والسلام فانما التصفيق
للنساء والتصفيق والصفح بمعنى وهو ضرب اليد على اليد وكيفيته ان يضرب بظهور اصابع اليمنى على صفحة الكف من اليسرى ولانه
في صوتهن فتنة فكره لهن التسبيح

باب ما يكره فيها

لما فرغ عن بيان ما يفسد الصلاة شرع في
بيان ما يكره فيها لان الكراهة من العوارض لانه قدر المفسد لقوته قوله ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه او بجسده لقوله عليه الصلاة
والسلام ان الله كره لكم العبث في الصلاة والرفث في الصيام والضحك عند المقابر • ولقوله عليه الصلاة والسلام كفوا ايديكم في
الصلاة • وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا يعبث بلحيته في الصلاة فقال لو خشع قلبه لخشعت جوارحه • اعلم ان
العبث عبارة عما لا فائدة فيه ولا مصلحة ولا حكمة تقتضيه كفعل الغافل الساهي والمراد بالعبث في الصلاة فعل ما ليس مما [illegible] الخشوع
والرفث الفحش بذكر الجماع • وقال الازهري الرفث كلمة جامعة لكل ما يريده الرجل من المراة • وقال ابن عرفة الرفث الجماع في
قوله تعالى احل لكم ليلة الصيام الرفث • وكراهة الضحك عند المقابر لانها مواضع الاعتبار والاتعاظ وذكر الآخرة والتيقظ للرب
وانما قيد المصنف هذه المسألة لانها كالظل لما بعدها فافهم • فان قلت العبث حرام فينبغي ان يكون مفسدا للصلاة كالقهقهة
قلت لا نسلم ان القهقهة مفسدة للصلاة باعتبار انها حرام بل باعتبار انها تنقض الطهارة وهي شرط الصلاة ولهذا لا يفسد النظر الى
الاجنبية في الصلاة وان كان حراما اللهم الا اذا كان العبث كثيرا فانه يفسد الصلاة لانه عمل كثير وليس كالاول قوله
ولا يقلب الحصى لانه نوع عبث • وروي في الصحيح عن معيقيب • انه ذكر النبي صلى الله عليه وسلم المسح في المسجد يعني الحصى قال ان كنت لا بد
فاعلا فواحدة وفي السنن عن ابي الاحوص انه سمع ابا ذر يرويه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا قام احدكم الى الصلاة فان الرحمة تواجهه
فلا يمسح الحصى • وعن شمس الائمة الكردري انه قال سال ابو ذر [illegible] عن تسوية الحجر فقال [illegible] يا ابا ذر مرة او دع
قوله ولا يفرقع اصابعه لقوله عليه الصلاة والسلام لعلي اني احب لك ما احب لنفسي لا تفرقع اصابعك وانت تصلي وذكر
في المبسوط [illegible] عن مجاهد كره ان يفرقع الرجل اصابعه في الصلاة قال نعم ويفرقع اذا اعتصر اصابعه يغمز بعضها ببعض قوله ولا يتخصر
وهذا لما روي في السنن عن ابي هريرة انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الاختصار في الصلاة والاختصار وضع اليد على الخاصرة
وفيه تفسير اخر وهو ان يمسك بيده مخصرة او عصا يعتمد عليه في الصلاة كذا عن ابي سليمان الخطابي قوله ولا يلتفت لحديث
عبد الله ابن سلام ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تلتفتوا في صلاتكم فانه لا صلاة للملتفت هذا اذا لوى عنقه اما اذا نظر بمؤخر عينيه فلا بأس به

لانه عليه الصلاة والسلام كان يفعل كذلك والموق موخر العين كذا في المغرب وموخر العين بضم الميم وسكون الثاء وكسر الخاء طرفها الذي يلي الصدغ قوله ان ينقر نقر الديك والمراد به تخفيف الركوع والسجود كالتقاط الديك الحب بمنقاره وافتراش راعيه افتراشهما على الارض كذا قاله المطرزي قوله ولا يقعى ان يضع اليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح قال الناطفي في كتاب الاجناس وذكر الطحاوي ان الاقعاء هو قعوده بالارض على اليتيه ونصب فخذيه كاقعاء السباع ثم قال وكان شيخنا ابو عبد الله الجرجاني يقول الاقعاء عندنا الفقها ان يجعل يديه على الارض ويقعد على اطراف اصابع رجليه وكل ذلك مكروه في الصلاة وروى صاحب الغريبين ان النبي عليه الصلاة والسلام اكل مقعيا قال ابن شميل هو ان يجلس على وركيه قال الجوهري الالية بالفتح الية الشاة ولا يقال لية ولا ليه فاذا ثنيت قلت اليان فلا تلحقه التا قال ثم الباء ارتجاج الوطب قلت جا اليتان ايضا بالحاق التا كما في قوله وانت البتك وتستطار قوله ولا يرد السلام بلسانه لانه كلام ولهذا لو حلف لا يتكلم فلانا فسلم حنث روي في الصحيح عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله قال كنا نسلم على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يرد علينا فقلنا يا رسول الله ان كنا نسلم عليك وهو في الصلاة فيرد علينا فلما رجعنا من عند النجاشي سلمنا عليه فلم يرد علينا فقال يا رسول الله كنا نسلم عليك في الصلاة فترد علينا فقال ان في الصلاة شغلا قوله ولا بيده لانه سلام معنى قيل التسليم باليد والاشارة بالاصابع وتسليم النصارى الاشارة بالكف فكره رد السلام بالاشارة لهذا المعنى قوله الا من عذر ويكره التربع من غير عذر لا [illegible] لانه يتم ترك الواجب فاولى ان يجوز بترك المسنون قوله ولا يعقص شعره وهو ان يجمعه وسط راسه ثم يشده وقيل تفسير العقص ان يلف ذوائبه حول راسه كما يفعله النسا وقيل ان يجمعه النسا من قبل القفا ويمسكه بخيط او خرقة وذلك مكروه لما روي في الصحيح عن طاوس عن ابن عباس عن النبي عليه الصلاة والسلام قال امرت ان اسجد على سبعة اعظم ولا الف ثوبا ولا شعرا وفي الصحيح ايضا عن كريب مولى ابن عباس انه راى عبد الله ابن الحرث يصلي وراسه معقوص من ورائه فجعل يحله فلما انصرف اقبل الى ابن عباس فقال ما لك وراسي فقال اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول مثل هذا مثل الذي يصلي وهو مكتوف والمائة الراس وتلبيد اي ضم كذا في الصحاح قوله ولا يسدل ثوبه لما روي في السنن عن ابراهيم عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السدل في الصلاة وان يغطي الرجل فاه قال الشيخ ابو نصر البغدادي قال مالك لا باس وقال الشافعي يكره للتكبر واما لغيره فلا وصفة السدل ان يجعل ثوبه على راسه او على كتفيه ثم يرسل اطرافه من جوانبه قوله وحالة الصلاة مذكرة وهذا جواب سوال مقدر وهو ان يقال ينبغي ان يكون اكل الناسي وشربه معفوا في الصلاة كما في الصوم فاجاب عنه بهذا يعني لا نسلم ان القياس صحيح لوجود الفارق وهذا لان حالة الصوم ليست بمذكرة فجعل النسيان عذرا بخلاف حالة الصلاة فانها مذكرة فلم يجعل عفوا على انا نقول القياس انما يصح اذا كان الاصل معقول المعنى والا فلا والاصل ليس بمعقول فلم يصح القياس قوله ولا باس ان يكون مقام الامام في المسجد اي جزء والمراد من الطاق هو المحراب اعلم انه اذا قام في المسجد وسجد في الطاق لا يكره وان قام بجميعه في الطاق يكره تخصيص الامام بمكان على حدة صنع اهل الكتاب [illegible] قيامه بالطاق لان الطاق شبيه بيت اخر بخلاف ما اذا كان قدماه في المسجد لان الاعتبار بموضع القيام لا بموضع السجود الا ترى الى ان تقدم المقتدي اذا كان [illegible] يجوز صلاته واذا كان المقتدي بقدمه عن قدم الامام فلا يجوز صلاته والا ترى الى ان الطير اذا كان رجله في الحرم وراسه خارج يكون من صيد الحرم حتى يجب الجزا بقتله والا ترى الى من حلف لا يدخل دار فلان فادخل جميع اعضائه دون رجليه [illegible]

كما اذا كان بين يديه موضوعا واما السيف فانه سلاح فلا يكره التوجه الى السلاح في الصلاة الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى الى عنزة وهي سلاح ولانهما لا يعبدان وكراهة التوجه الى الشي باعتبار انه مما يعبد فلا يكره التوجه اليهما ولان القتال في الحرب بالسيف يكره تقديمه في مقام الفزع لانا نقول كما ادنيه باشارة الحق لا نسلم انه اذا كان كذلك يكره تقديمه والموضع موضع الحرب ولذلك سمي ايضا المحراب محرابا فيناسب تقديم الة الحرب وكيف يقال بالكراهة وقد صلى عليه الصلاة والسلام في عنزة على انا نقول قد ورد الامر بالاسلحة في صلاة الخوف قال تعالى وليأخذوا اسلحتهم وتعليق السيف قدام المصلي امكن من الاخذ فلا يكره قوله ولا باس ان يصلي على بساط فيه تصاوير اعلم انه اذا صلى على بساط ذي صورة لا يخلو اما ان يسجد على الصورة او على غيرها فالاول يكره لانه يشبه بالكفار العبدة للاصنام وكذا الثاني على رواية الاصل لان المصلي معظم وعلى رواية الجامع الصغير لا يكره لانه اذا كانت الصورة تحت القدم او في موضع القعود يكون احتقارا واستهانة للصورة لا تعظيما لها فلا يكره لانه خلاف المعنى قوله يشبه عبادة الصنم قال ابو المنذر هشام ابن محمد الكلبي في كتاب الاصنام ما كان معمولا من خشب او ذهب او فضة صورة انسان فهو صنم فاذا كان من حجارة فهو وثن قوله واطلق الكراهة في الاصل يعني لم يفصل بين ان يكون الصورة في موضع السجود او غيره فانه قال فان صلى على البساط فيه تماثيل يكره والمراد من التصاوير المذكورة في المتن التماثيل لان مطلق الصورة ليس بمكروه وانما المكروه صورة ذي روح وفي التمثال وقد خصص المطرزي التمثال بذي الروح دون الصورة وقال واما تماثيل شجر فمجاز [illegible] قوله ويكره ان يكون فوق راسه في السقف او بحذائه تصاوير او صورة لحديث جبريل عليه السلام وهو ما روي في صحيح مسلم عن عائشة انها قالت واعد رسول الله صلى الله عليه وسلم جبريل في ساعة ياتيه فيها فجاءت تلك الساعة ولم ياته وفي يده عصا فالقاها من يده وقال ما يخلف الله وعده ولا رسله ثم التفت فاذا جرو كلب تحت سريره فقال يا عائشة متى دخل هذا الكلب هاهنا فقلت والله ما دريت فامر به فاخرج فجاء جبريل صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم واعدتني فجلست لك فلم تات فقال منعني الكلب الذي كان في بيتك انا لا ندخل بيتا فيه كلب ولا صورة وفي السنن عن ابي طلحة الانصاري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تدخل الملائكة بيتا فيه كلب ولا تمثال قوله ان الصغار جدا لا تعبد يعني ان الكراهة باعتبار شبه العبادة فاذا كانت الصورة لا تعبد لصغرها جدا فلا تكره وقد روي ان ابا هريرة كان اتخذ خاتما عليه ذبابتان وقد كان على خاتم دانيال النبي صلى الله عليه وسلم اسد ولبوة بينهما صبي يلحسانه فلما نظر اليه عمر اغرورقت عيناه ودفعه الى ابي موسى الاشعري واصل ذلك انه القي في غيضة [illegible] الله تعالى له اسدا يحفظه ولبوة ترضعه وهما يلحسانه فاراد بهذا النقش ان يحفظ منه في شرح الجامع الصغير قوله واذا كان التمثال مقطوع الراس اي ممحو الراس ليس بتمثال يعني لا يكره واما قطعه بخط ما بين الراس والجسد لا يرتفع الكراهة لانه يصير كالطوق له فيشبه حيوانا مطوقا قوله وصار كما اذا صلى الى شمع او سراج على ما قالوا يعني ان التوجه اليهما لا يكره لانهما لا يعبدان فكذا الصورة الصغيرة جدا والصورة الممحوة الراس لانها لا تعبد بخلاف التوجه الى تنور او كانون فيه نار تتوقد فانه يكره لانه يشبه العبادة وانما قالوا اشارة الى ان فيه اختلاف المشايخ حيث قيل يكره التوجه الى الشمع او السراج والمختار انه لا يكره لما قلنا [illegible] قوله وتعاد الى وجه غير مكروه اي تعاد الصلاة للاحتياط على وجه ليس فيه كراهة قوله ولا يكره تمثال غير ذي الروح لانه لا يعبد وقد جاء في صحيح مسلم عن ابن عباس انه قال ان كنت لا بد فاعلا فاصنع الشجر وما لا نفس فيه قوله ولا باس بقتل الحية والعقرب في الصلاة لما روي في سنن ابي داود وجامع الترمذي والنسائي عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اقتلوا الاسودين في الصلاة الحية والعقرب وقال في كتاب الصلاة ان قتل الحية والعقرب لا يقطع الصلاة ولم يذكر الاباحة وذكرها في الجامع الصغير وقال بعض مشايخنا لا يباح قتل الحية في الصلاة لوجهين احدهما انه يحتاج الى عمل كثير بخلاف قتل العقرب فان قتلها يحصل بعمل يسير والثاني ان الحيات على نوعين جنية وغير جنية فعلامة الجنية ان يكون بيضا تمشي مستوية لها ضفيرتان [illegible] والاخرى بخلاف ذلك تمشي ملتوية وقد قال عليه الصلاة والسلام اقتلوا ذا الطفيتين والابتر فدل الحديث ايضا على الخصوص وقال الطحاوي لا باس بقتل الكل لان النبي صلى الله عليه وسلم عاهد الجان ان لا يدخلوا بيوت امته فاذا دخلوا فقد نقضوا العهد [illegible] فلا ذمة والاولى هو الاعذار والانذار ان يقول ارجعي باذن الله وباذن رسوله ثلاثا فان ابت وجب قتلها ولهذا ما روي مالك في الموطا عن صيفي مولى ابن افلح عن ابي السائب مولى هشام ابن زهرة انه قال دخلت على ابي سعيد الخدري فوجدته يصلي فجلست انتظره حتى قضى صلاته فسمعت تحريكا تحت سرير في بيته فاذا حية فقمت لاقتلها فاشار ابو سعيد ان اجلس فلما انصرف اشار الى بيت في الدار فقال اترى هذا البيت قلت نعم قال انه قد كان فيه فتى حديث عهد بعرس فخرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الخندق فبينا هو به اذ اتاه الفتى يستاذنه فقال يا رسول الله ائذن لي احدث باهلي عهدا فاذن له رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال خذ عليك سلاحك فاني اخاف عليك بني قريظة فانطلق الفتى الى اهله فوجد امراته قائمة بين البابين فاهوى اليها بالرمح ليطعنها وادركته غيرة فقالت لا تعجل حتى تدخل وتنظر ما في بيتك فدخل فاذا هو بحية منطوية على فراشه فركز فيها رمحه ثم خرج بها فنصبه في الدار فاضطربت الحية في راس الرمح وخر الفتى ميتا فما يدرى ايهما كان اسرع موتا الفتى او الحية فذكرنا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان في المدينة جنا قد اسلموا فاذا رايتم منها شيئا فآذنوه ثلاثة ايام فان بدا لكم بعد ذلك فاقتلوه فانما هو شيطان والصحيح ما قاله الطحاوي لانه لا يفصل في حديث ابي هريرة بين حية وحية فيعمل في الجميع وقد صح في السنن عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك الحيات مخافة طلبهن فليس منا ما سالمناهن منذ حاربناهن يريد نقضة ادم حين اعانت الحية ابليس على ادم وما روي في الحديث الغريب فذلك لا يدل على التخصيص [illegible] لا يدل على نفي ما عداه واما قوله في قتلها يحتاج الى عمل كثير فاقول لا نسلم ذلك لكن سلمنا لكن لا نسلم انه لا يعذر اذا كان مرخصا الا ترى ان النبي

بعد سبق الحدث وان كان عملا كثيرا لا يقطع الصلاة • وقد روي عن بعض الائمة السرخسي انه قال لما تحمل كثير مرخص • قال فخر الاسلام
هذا اذا لم يرجع في قبل المغرب الى ميني وعلاج وكلما ادلت نحوه فاما ان يتبعها ارتطها وتسيلها فلا **قوله** لان فيه ازالة الشغل
فاشبه دفع المار لانه في قتل الحية والعقرب ازالة شغل القلب فاشبه فعلهما دفع المار فلذلك تحوز لازالة الشغل فكذا هذا د
قوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا فانهم ذكروا هو امثل الحي واباحوا امثل غيره لما قلنا **قوله** لاطلاق ما روينا وهو
قوله عليه الصلاة والسلام اقتلوا الاسودين • قال ابو عبيد الاسود العظيم من الحيات وفيه سواد وانما سميت الحية والعقرب اسودين
لما انهما مثلا زمان وبحاثان في كونهما موذيين والعرب تفعل مثل ذلك كثيرا في مثل ذلك كما في القمرين والابوين والعمرين **قوله** وعن ابي يو
سف لا باس بذلك اي لا باس بالعد باليد في الصلاة للسورة والاي والتسبيحات وفي كلمه من اشارة الى انه يكره عندهما ايضا في ظاهر
الرواية وقيد اليد احتراز عن الغمز برؤس الاصابع والحفظ بالقلب فان ذلك لا يكره اتفاقا واحتراز عن العد باللسان ايضا فان ذلك يفسد
الصلاة وقيد الصلاة احتراز عن خارج الصلاة لما ذكر فخر الاسلام ان عد التسبيح في غير الصلاة بدعة وكان السلف يقولون نحن نذنب ولا
نحصي ونسبح ونحصي وقيد التسبيح والاي احتراز عن عد الناس وغيرهم فان ذلك يكره بالاتفاق • ثم قيل هذا الاختلاف في الفرائض
والنوافل جميعا وقيل الخلاف في المكتوبة ولا خلاف في النوافل انه لا يكره وقيل الخلاف في النوافل ولا خلاف في المكتوبة انه يكره لهما ان المصلي
قد يحتاج الى ذلك في تسبيحها عشرا عشرا لما هو السنة وهو اربعون اية او ستون اية وعملا بما جاءت به السنة في صلاة التسبيح في تسبيحها
عشرا عشرا • ولابي حنيفة ان عد التسبيح في خارج الصلاة بدعة فلم يكن من عمل الصلاة ولان فيه اخلالا بالوضع والاخذ لليد فكره اما د
معرفة عدد الاي فيحصل بالنظرية قبل الشروع في الصلاة فلا ضرورة اذن في العد • واما في صلاة العد التسبيح فلا ضرورة ايضا الى العد
باليد لان ذلك يحصل بغمز رؤس الاصابع • ولهذا قال فخر الاسلام قال مشايخنا ان احتاج المرء الى العد عد اشارة لا افصاحا وصورة د
صلاة التسبيح ما روي صاحب السنن باسناده الى عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم • قال للعباس بن عبد المطلب يا عباس يا عماه •
الا اعطيك الا امنحك الا اخبرك الا احبوك الا افعل بك عشر خصال اذا انت فعلت ذلك غفر الله لك ذنبك اوله واخره قديمه وحديثه
خطاه وعمده صغيره وكبيره سره وعلانيته عشر خصال ان تصلي اربع ركعات تقرا في كل ركعة فاتحة الكتاب وسورة فاذا فرغت من
القراءة في اول ركعة وانت قائم قلت سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله اكبر خمس عشرة مرة ثم تركع فتقولها وانت راكع عشرا ثم ترفع راسك
من الركوع فتقولها عشرا ثم تهوي ساجدا فتقولها وانت ساجد عشرا ثم ترفع راسك من السجود فتقولها عشرا ثم تسجد فتقولها عشرا ثم ترفع راسك
فتقولها عشرا فذلك خمس وسبعون في كل ركعة تفعل ذلك في اربع ركعات ان استطعت ان تصليها في كل يوم مرة فافعل فان لم تفعل ففي كل شهر
مرة فان لم تفعل ففي كل سنة مرة فان لم تفعل ففي عمرك مرة

فصل

لما فرغ عن بيان الكراهة في الصلاة شرع
في بيانها خارج الصلاة **قوله** ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لانه عليه الصلاة والسلام
نهى عن ذلك • ومما روي في السنن عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما انا لكم بمنزلة الوالد اعلمكم فاذا اتى احدكم الغائط
فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها ولا يستطب بيمينه • ولحديث سلمان قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نستقبل القبلة بغائط او د
بول • ولحديث معقل بن ابي معقل الاسدي قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نستقبل القبلة ببول او غائط ولان فيه استهانة للقبلة د
قوله والاستدبار يكره في رواية لما فيه من ترك التعظيم وهي في رواية عن ابي حنيفة وهو الاصح لاطلاق ما روينا وفي رواية عن
ابي حنيفة لا يكره لان الاستقبال انما يكره لما انه يكون محاذيا للكعبة اما الاستدبار فليس كذلك لان الذي يخرج منه ينزل الى الارض غير محاذ د
للكعبة • وقال الشافعي انما يكره ذلك كله في الفضاء فاما في الابنية فلا لما روي عن ابن عمر انه سئل عن ذلك فقال انما ذلك في الفضاء • قلنا
هذا ضعيف لان الاحاديث التي وردت في الباب لا تفصل بينهما ولان المصلي يستر مستقبلا للكعبة ولا يجعل الحائط حائلا فكذا اذا انكشف عورته د
في البيت لا يجعل الحائط حائلا **قوله** ويكره المجامعة فوق المسجد الى اخره • بيانه ان حكم المسجد ثابت في العرصة والهوى جميعا • فلما كان كذلك
كره الجماع والبول والتغوط فوقه وهذا لان المعتكف لا يبطل اعتكافه بالصعود عليه ويصح اقتداء من فوقه بمن تحته اذا كان يعلم حال الامام ولا د
يحل وقوف الجنب والحائض والنفساء عليه فعلم ان حكم المسجد ثابت في الهواء كما في العرصة • فاذا ثبت هذا قلنا ان الله تعالى امر بتطهيره كما قال
تعالى ان طهرا بيتي • وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم الحائض والجنب عن المسجد فلاجل الجماع وقضاء الحاجة فوق المسجد • اما البيت
الذي فيه موضع معد للصلاة فلا باس بالبول فوقه لانه لم ياخذ حكم المسجد لانه لم يخلص لله تعالى لان طريق الدخول له ولانه فلا يخلو بيوت
المسلمين عن هذا الا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام صوامع المسلمين بيوتهم وقد ندبنا اليه والا ترى الى قوله تعالى في قصة موسى عليه السلام
واجعلوا بيوتكم قبلة واقيموا الصلاة فلما لم ياخذ حكم المسجد ثبت حرمته فيه والتخلي لمعرفة من الخلاء المذكور هو المتوضا **قوله** والمراد ما اعد
للصلاة اي المراد من المسجد المذكور في قوله فوق بيت فيه مسجد هو الموضع الذي اعد للصلاة في البيت **قوله** ويكره ان يغلق باب المسجد وهذا لانه
لا يجوز منع المسلمين عن الصلاة في المسجد والذكر فيه لقوله تعالى ومن اظلم ممن منع مساجد الله ان يذكر فيها اسمه والاغلاق يشبه المنع فيكره • قال
مشايخنا هذا في زمانهم اما في زماننا فلا باس بالاغلاق في غير اوان الصلاة لانه لا يؤمن على متاع المسجد من السرقة فالاحتياط حسن • د
قوله ولا باس بان ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب وهذه المسئلة من خواص مسائل الجامع الصغير • قال فخر الاسلام البزدوي
ولفظ لا باس دليل على ان المستحب غيره وهو الصرف الى الفقراء • وقال بعضهم هو مستحب وقيل هو مكروه لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ان من
اشراط الساعة تزيين المساجد • ومر علي رضي الله عنه بمسجد مزوق بالالوان فقال لمن هذه البيعة فقيل انه قال هذا المصلي المسلمين فقال ما هذا الكنس د
مصلى المسلمين فعلم ان تزيينه مكروه • وقال البخاري في الصحيح • قال ابن عباس لتزخرفنها كما زخرفت اليهود والنصارى • وقال البخاري ايضا
باسناده الى نافع ان عبد الله اخبره ان المسجد كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مبنيا باللبن وسقفه الجريد وعمده خشب النخل فلم يزد

فيه شيئا وزاد فيه عمر وبناه على بنيانه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه زيادة كثيرة وبنى جداره بالحجارة المنقوشة والفضة
وجعل عمده من حجارة منقوشة وسقفه بالساج ووجه الاستحباب ما روي ان العباس زين المسجد الحرام في الجاهلية والاسلام • وقد روي
ان داود عليه السلام بنى مسجد بيت المقدس من الرخام والمرمر ووضع فيه على راسها كبريتا احمر يضيء من اثني عشر ميلا وكذا الكعبة باطنها
مزخرف بماء الذهب وظاهرها مستور بالديباج وكساها عمر ايضا وفي تزيين المسجد ترغيب الناس في الجماعة وتعظيم بيت الله والدخول في
زمرة من مدحه الله تعالى بقوله انما يعمر مساجد الله من امن بالله واليوم الاخر • وانما اصحابنا قالوا بالجواز لما ذكرنا في وجه الاستحباب
ولم يقولوا بالاستحباب لما ذكرنا في وجه الكراهة ولان مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مسقفا من جريد النخل وكان يكف اذا جاء
المطر كان كذلك الى زمن عثمان ثم زخرفه عثمان وبناه وبسط فيه الحصباء كما هو اليوم • وروي ان عمر بن عبد العزيز قال في مال بعث
الى المسجد الحرام المساكين احوج اليه من الاساطين • فثبت ان ترك التزيين افضل • وما روي انه من اشراط الساعة فذلك لا يدل على د
البطلان • الا ترى الى نزول عيسى عليه السلام هو من اشراط الساعة ولا يدل على البطلان **قوله** لا يؤجر عليه اي لا يثاب عليه
قوله وهذا اذا فعل من مال نفسه اشارة الى قوله لا باس يعني انما لا يكره النقش اذا فعله من مال نفسه • اما المتولي فليس له ان د
يفعل من مال الوقف الا ما يرجع الى الاحكام مثل التجصيص • فاذا فعل ما يرجع الى النقش يضمن • وعن الشيخ ابي بكر الزرنجري انه كان يقول هذا
في زمانهم اما في زماننا فالصرف ما فضل من العمارة الى النقش يجوز قطعا للاطماع الناس من الظلمة والله سبحانه وتعالى اعلم بما ذكره

باب الوتر والنوافل

لما فرغ من بيان الفرائض وتعلقاتها شرع في بيان الوتر
وهو واجب عند ابي حنيفة وقدمه على باب النوافل لما ان الواجب
فوق النفل دون الفرض • وكان ذكره بينهما مناسبا **قوله** الوتر واجب الى اخره • اعلم ان الوتر ثلاث روايات عن ابي حنيفة
روى حماد بن زيد عن ابي حنيفة ان الوتر فرض وبه اخذ زفر • ثم رجع وقال انه سنة وهي رواية اسد بن عمرو عنه وبه اخذ ابو يوسف ومحمد
والشافعي ثم رجع وقال انه واجب وهو الظاهر من مذهبه رواه يوسف بن خالد السمتي عن ابي حنيفة وتاويل ما روي انه فرض اي عملا لا اعتقادا
واعتقادا وتاويل قوله سنة اي ثبت وجوبه بالسنة لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث كتبت علي ولم تكتب على احد عليكم الوتر والضحى
والاضحى • ولانه لا يكفر جاحده ولا اذان فيه ولا اقامة فعلم ان الوتر سنة لا واجب • ولابي حنيفة ما روي خارجة بن حذافة عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال ان الله زادكم صلاة وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر • وروي في السنن عن علي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم د
يا اهل القران اوتروا فان الله وتر يحب الوتر • وفي جامع الترمذي عن ابي سعيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من نام عن
وتره فليصل اذا اصبح • وفي السنن عن ابي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم من نام عن وتره او نسيه فليصله اذا ذكره وجه الاستدلال
ان النبي صلى الله عليه وسلم اضاف زيادة الوتر الى الله تعالى فدل على انه واجب ولانه امر والامر للوجوب وكذا التوقيت يدل على الوجوب وفي
حديث ابي سعيد ايضا دلالة على انه واجب لانه عليه الصلاة والسلام امر بالقضاء وعلم ان السنة لا تقضى والجواب عن الحديث الذي تمسكوا
فنقول عن نقول بموجبه ايضا لان الوتر ليس من المكتوبات بل من الواجبات وليس كل واجب مكتوب • الا ترى ان صلاة العيدين واجبة ليست
مكتوبة وليس وجوبها لوجوب صلاة الجمعة وغسل الميت واجب ليس كغسل الجنابة وصدقة الفطر واجبة ليست كالزكاة وسجدة السهو واجبة
ليست كسجود الصلاة لان طرق الواجبات مختلفة بعضها بالقران وبالمتواتر والمشهور وبالاحاد والوتر ثبت وجوبه بطريق الاحاد فلم يكن كالمكتوبة
وانما لم يكفر جاحده لما انه ثبت وجوبه بالسنة والواجب لا يقتضي الاذان لذاته وانما هو من شعار الشرائع الا ترى ان الاذان لم يشرع
في صلاة النساء والوتر لما كان يؤدى في وقت العشاء اكتفى باذان العشاء ووجوب القراءة في كل ركعة من الوتر احتياط لاختلاف الحديث في د
وجوبه **قوله** حيث لا يكفر يكون الكافر مثل لا اكفار اي لا ينسب الى الكفر وهذا دليل لظهور اثار السنن فيه وكذا قوله ولا يؤذن له
قوله ولهذا وجب القضاء بالاجماع اي باجماع اصحابنا • قال الامام حميد الدين الضرير في شرحه روي عن ابي يوسف انه لا يقضي
لا يقضي بعد خروج الوقت على هذه الرواية لا يصح الاستدلال على وجوبه بوجوب قضائه بالاجماع **قوله** وانما لا يكفر جاحده لان د
وجوبه ثبت بالسنة اراد بالسنة خبر الواحد لان جاحد المتواتر يكفر **قوله** الوتر ثلاث ركعات لا يفصل بينهن بسلام وهذا عندنا وعند
الشافعي ان شاء اوتر بركعة او بثلاث وهو افضل او بخمس او بسبع او باحدى عشرة كذا ذكر الشيخ ابو الحسين القدوري في شرح مختصر الشيخ ابي الحسن
الكرخي لنا ما روي عن ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم اوتر بثلاث ركعات وقنت قبل الركوع • قالت العالية اعدت ابي براعي
صلاته فاوتر كذلك وفي حديث عائشة ان النبي عليه الصلاة والسلام كان يصلي بالليل اربعا ثم اربعا ثم يوتر بثلاث وعن ابن عباس كان النبي
عليه الصلاة والسلام يصلي من الليل ثماني ركعات ويوتر بثلاث • قال الحسن البصري اجمع المسلمون ان الوتر ثلاث لا يسلم الا في د
اخرهن وهو معنى ما قال في المتن • وحكى الحسن اجماع المسلمين على الثلاث • فان اوتر بسجدة بركعة انكر عليه ابن مسعود وقال ما هذه البتيراء
التي لم تكن تعرفها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الوتر ان كان واجبا فالرابع كما قلنا فلا خيار للمصلي في اعداد ركعات الواجبات
فكذا فيه وان كان في الرابع سنة كما قال الخصم فلا خيار في اعداد ركعات السنن الرواتب ايضا فلا يعني اذن لما قال الخصم من خيار المصلي
ولان الوتر صلاة وتر فلا يجوز الاقتصار فيها على ركعة كصلاة المغرب • فان قلت قد ورد الحديث بالخيار للمصلي كما قال الشافعي • قلت ذلك د
ضعيف لانكار ابن مسعود على ايتار سعد بركعة ولمخالفته الاجماع والقياس وهو ان الخيار لم يرد للمصلي كما في الواجبات ولا في السنن الراتبة
او يحمل على النسخ توفيقا بينه وبين ما رويناه • فان قلت قد ورد في حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال صلاة الليل مثنى مثنى فاذا د
خشي احدكم الصبح فليوتر بواحدة توتر له ما قد صلى • قلت هذا الحديث ليس فيه دليل على ان الوتر يجوز بركعة واحدة لانه عليه الصلاة والسلام
قال توتر له ما قد صلى وشيء منه لا يكون الا في الركعة المتصلة يعني انه صلى ركعتين ثم لما اراد ان يوتر فاذا صلى ركعة اخرى متصلة بهما تجعل هذه

الركعة الاولى الشفعين السابقين وتسمى البتيراء وترا لان الثلاث وتر لا شفع فعلى ما قال الشافعي لا يصح قوله يوتر له ما قد صلى لان الركعة اذا كانت منفصلة عن الركعتين كيف يجعلها وترا وهما شفع **قوله** ما روينا اراد به رواية عائشة **قوله** ويقنت في الثالثة قبل الركوع • وقال الشافعي بعده لنا ما روي عن علي وابن مسعود وابن عباس ان كل واحد منهم رأى صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بالليل فقنت قبل الركوع • وقد روى صاحب السنن بسنده الى ابي بن كعب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قنت في الوتر قبل الركوع • فان قلت روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قنت في آخر عمره فينبغي ان يكون الركوع قبل القنوت بعد الركوع لانه هو الآخر • قلت اي شيء تعني بالآخر آخر حقيقة ام ما هو آخر حكما فالاول ممنوع لان الآخر الحقيقي هو ما بعد التشهد وليس بمراد بالاجماع • والثاني مسلم لكن ما قلنا آخر حكما لانه في نصف الثاني يعتبر آخرا لكن هو المراد لنا بدء بما ورد في الحديث • فان قلت روي ان النبي عليه الصلاة والسلام لما رفع رأسه في صلاة الفجر من الركوع • قال اللهم انج الوليد بن الوليد وسلمة بن هشام والمستضعفين بمكة فينبغي ان يكون القنوت بعد الركوع • قلت لا نسلم لان هذا الحديث في الفجر وكلامنا في الوتر على انا نقول القنوت في الفجر منسوخ عندنا على ما يجيء فلا يجوز الاستدلال به **قوله** ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي في غير النصف الاخير من رمضان يعني ان الشافعي خالفنا في غير النصف الاخير من رمضان حيث يقول لا يقنت الا في النصف الاخير منه لنا قوله عليه الصلاة والسلام للحسن حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك فدل على القنوت في جميع السنة لانه لم يقيد بوقت دون وقت • فان قلت ان ابي بن كعب كان يؤمهم في رمضان وكان لا يقنت الا في النصف الآخر • قلت تقليد الصحابي عند الشافعي لا يجوز فكيف يجعل فعل ابي حجة علينا • فان قلت لا نعتمد ايضا بل نثبته بالاجماع لان ابيا كان يؤم بمحضر الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع • قلت لا نسلم الاجماع الا ترى الى ما ذكره الطحاوي من ان هذا القول لم يقل به احد الا الشافعي ولا يخفى عليك وعما يؤيد ما يجيء الاثر الى خلاف ابن عمر حيث قال لا اعرف القنوت الا طول القيام ومع خلافه كيف ينعقد الاجماع **قوله** ويقرأ في كل ركعة من الوتر فاتحة الكتاب وسورة وانما نقرأهما في كل ركعة بالاجماع اما عند من يقول انه سنة فظاهر لان القراءة فرض في كل ركعة في السنن والنوافل واما عند ابي حنيفة فلان الوتر يثبت وجوبه بخبر الواحد وفي ثبوته شبهة فاحتاط فقال تجب القراءة في الكل لاحتمال السنية واستدل صاحب الهداية بالاية وهي قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن على قراءة مطلق السورة لا على ضم السورة بالفاتحة لان الاية لا دليل فيها على الضم يعني لا يتعين سورة في الوتر لاطلاق الاية لكن لو تبرك بما ورد في الحديث انه عليه الصلاة والسلام قرأ في الركعة الاولى سبح اسم ربك الاعلى • وفي الثانية قل يا ايها الكافرون • وفي الثالثة قل هو الله احد يكون حسنا اذا لم يفعل ذلك بطريق المواظبة وهذا الحديث فيه دليل ايضا على ضم السورة ويجهر في جميع ركعات الوتر بالقراءة اذا كان اماما لوجوب القراءة في الجميع **قوله** لان الحالة قد اختلفت يعني ان التكبير في الصلاة عند اختلاف الحالة مشروع كما في حالة الانتقال من القيام الى الركوع ومن القومة الى السجود وههنا قد اختلفت الحالة لانه انتقل من قراءة القرآن الى قراءة القنوت ويرفع يديه وقت لقوله عليه الصلاة والسلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وانما حذف التاء من السبع وان كان المواطن جمع موطن وهو مذكر لورود القياس ان يقال بالتاء على تأويل البقاع ولان الاصم يحتاج الى رفع اليد في الاعلام والاعمى يحتاج الى رفع الصوت بالتكبير فيأتي بما يحصل اعلامهما جميعا • وبيان سبع مواطن تقدم في باب صفة الصلاة والمراد من نفي رفع الايدي ان لا ترفع على وجه السنة المؤكدة الا في سبع مواطن لا نفيه مطلقا لان رفع الايدي وقت الدعاء مستحب وعليه بعض مشايخنا ليس فيه دعاء موقت بعد قوله اللهم انا نستعينك الى قوله ان عذابك بالكفار ملحق وهو يجوز بكسر الحاء على معنى لاحق وهو الاصح كذا في شرح الطحاوي ويجوز بفتحها ايضا وعن محمد التوقيت في الدعاء يذهب برقة القلب واي دعاء دعا به جاز بعد ان يكون مما لا يسأل من العباد وقيل الافضل ان يكون الدعاء موقتا لان الداعي ربما يكون جاهلا فيدعو بما يفسد الصلاة ولا يعلمه وعن الحسن بن علي • قال علمني رسول الله صلى الله عليه وسلم كلمات اقولهن في قنوت الوتر • اللهم اهدني فيمن هديت وعافني فيمن عافيت وتولني فيمن توليت وبارك لي فيما اعطيت وقني شر ما قضيت انك تقضي ولا يقضى عليك انه لا يذل من واليت ولا يعز من عاديت تباركت ربنا وتعاليت • وفي الخلاصة في آخر الفصل الثاني من كتاب الصلاة من لا يحسن القنوت يقول ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار وعن الفقيه ابي الليث اللهم اغفر لي ثلاث مرات **قوله** ولا يقنت في صلاة غيرها اي غير الوتر • قال الشيخ ابو نصر البغدادي قال الشافعي القنوت في الفجر سنة وفي بقية الصلوات ان حدثت حادثة بالمسلمين وان لم تحدث فله قولان • لنا ما روي عن ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقنت في الفجر الا شهرا ولم يقنت لا قبله ولا بعده • وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يدعو على رعل وذكوان وعصية شهرا اربعين يوما • ثم تركه لما نزل قوله تعالى ليس لك من الامر شيء او يتوب عليهم او يعذبهم فانهم ظالمون • ووجه الاستدلال ان الترك دليل النسخ لان القنوت في الفجر لو كان مشروعا لا منسوخا لم يتركه بعده • وروي عن الطحاوي انه قال ان السلف اختلفوا والفقهاء بعدهم • فمنهم من اثبت القنوت في بعض الفرائض • ومنهم من نفاه ولم يقل احد منهم بالقنوت في جميع الصلوات الا الشافعي فلا يعتد بخلافه على الاجماع • فان قلت روي عن انس كان النبي صلى الله عليه وسلم يقنت في الفجر الى ان فارق الدنيا فدل على ان القنوت فيه ليس بمنسوخ قلت روي عن انس خلاف ذلك حيث قال قنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاة الفجر شهرا او اربعين يوما يدعو على رعل وذكوان ثم تركه فتعارضت روايتاه فتساقطتا وما رويناه سالم عن المعارض فثبت انه منسوخ **قوله** فان قنت الامام في صلاة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يتبعه وهذا لان الاصل هو المتابعة والقنوت مجتهد فيه فلا يترك بها الشك وانما قلنا انه مجتهد فيه لانه روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قنت في الفجر الى ان فارق الدنيا واخذ به بعض العلماء • وروي انه قنت شهرا ثم تركه ولهذا لا يترك المقتدي متابعة الامام اذا زاد تكبيرة في تكبيرات العيد ولهما انه منسوخ لما ذكرنا ولا اتباع في المنسوخ باطل **قوله** ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما يجب متابعته وهو القيام وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي الا ترى ان المقتدي وان كان لا ياتي بالقراءة شريك الامام

ولا يقال كيف يقعد تحقيقا للمخالفة وهو مفسد للصلاة لانا نقول المخالفة فيما هو من اركان الصلاة وشرائطها مفسدة فاما في غيره فلا ولا يقال الساكت اذا كان شريك الداعي ينبغي ان لا يقعد لان السكوت موجود في القعود ايضا لان السكوت انما كان دليل الشركة اذا لم يوجد المخالفة وقد وجدت لانه قاعد وامامه قائم **قوله** ودلت المسألة الى آخره • اي هذه المسألة دلت على ان الاقتداء بمن يجوز الاقتداء بمن يخالف مذهب الشافعي لانه لو لم يجز الاقتداء به لما صح اختلاف علمائنا بان المقتدي يسكت خلفه او يتابعه • والثاني متابعة المقتدي الامام في قراءة القنوت في الوتر لان ابا حنيفة ومحمدا انما لم يقولا بالمتابعة في قنوت الفجر لانه منسوخ وقنوت الوتر ليس بمنسوخ فيتابعه فيه **قوله** بالشفعوية ليس بشيء لان القياس في النسبة ان يقال الشافعي ايضا كما علم في علم التصريف وحقه ان يقال على قياس الشافعي المذهب ولد منه اي من شافعي المذهب **قوله** كالفصد وغيره يعني لا اقتداء بالشافعي المذهب انما يجوز اذا لم يوجد منه ما يفسد صلاة المقتدي فاذا وجد لا يجوز الاقتداء كما اذا لم يتوضأ في الفصد وخروج الخارج النجس من غير السبيلين • وكما اذا قال بكلمة التشكيك في الايمان بان قال انا مؤمن ان شاء الله • وكما اذا كان متوضيا من القلتين • وكما اذا كان يرفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس من الركوع وكما اذا لم يغسل ثوبه من المني او لم يفركه • وكما اذا انحرف عن القبلة الى اليسار • وكما اذا صلى الوتر ثلاثا بتسليمتين او اقتصر على ركعة او لم يصل الوتر اصلا وكما اذا قهقه في الصلاة ثم لم يتوضأ وكما اذا صلى فرض الوقت مرة ثم ام القوم فيه ففي جميع هذه الصور لا يجوز الاقتداء به وقول من قال انا مؤمن ان شاء الله باطل لان التعليق ينافي الوقوع الا ترى الى قول الرجل لامرأته او امته انت طالق ان شاء الله او انت حرة ان شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق • ثم لا يخلو اما ان يكون ايمان المتكلم بهذه الكلمة حاصلا بقيد التعليق ام لا فان كان حاصلا فلا يجوز التعليق لان التعليق انما يكون بمعدوم على خطر الوجود الا ترى ان احدا من العقلاء لا يقول هذه اسطوانة ان شاء الله ولا هذا جبل ان شاء الله وهذا عمرو ان شاء الله وهذا زيد ان شاء الله لا غير الى غير ذلك لان الله تعالى قد شاء قبل ذلك ولا حاجة الى ان يقال ان شاء وان لم يكن حاصلا ايضا تعليقه ولا يصح ايمانه وانما يصح التعليق لوجود شرطه وهو معدوم على خطر الوجود وانما لم يصح ايمانه لان العقد ينعقد بعد وجود حصوله ولئن قال قائل عن لا يريد تعليقه وانما يريد التبرك كما في قوله تعالى لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين • فاقول لا نسلم ان التعليق ليس بمراد في الاية بل التعليق مراد بعينه لان التعليق عبارة عن توقف امر على امر سيكون وكان دخولهم المسجد الحرام بصفة الامن موقوفا على مشيئة الله تعالى كما ان الطلاق موقوف على مشيئة الله تعالى في قوله انت طالق ان شاء الله لان الطلاق لا يقع بعدم العلم بوجود مشيئة الله تعالى بخلاف دخول المسجد الحرام فانهم لما دخلوا علمنا ان مشيئة الله تعالى قد وجدت قطعا ايضا ويقينا لان وجود المشروط يدل على وجود الشرط لانه لا وجود له بدون الشرط فاذن لا معنى لما قال الخصم سوى التعصب الفاسد والتمسك الكاسد **قوله** والمختار في القنوت الاخفاء لانه دعاء والمسنون في الدعاء الاخفاء • قال تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية • وقال عليه الصلاة والسلام خير الذكر الخفي ولم يذكر هذه المسألة في ظاهر الرواية • وعن ابي يوسف يجهر الامام بالقنوت والمقتدي بالخيار ان شاء امن وان شاء قرأ جهرا او مخافتة • وعن الشيخ ابي بكر ابن محمد ابن الفضل يخفي الامام والمقتدي بالقنوت لانه ذكر كسائر الاذكار كثناء الافتتاح وتسبيحات الركوع والسجود • وقال بعضهم يجهر الامام عند المقتدي كالقراءة والله اعلم

باب النوافل

وجه مناسبة هذا الباب بما تقدم من حيث ان الزيادة تكون بعد ثبوت الاصل والنفل زيادة عبادة شرعت لنا لا علينا ووجه اشتقاقه يدل على الزيادة ولهذا سمي ولد الولد نافلة لانه زيادة على الولد الصلبي • وكذا سمي الغنيمة نفلا لانها زيادة في المال • قال لبيد ان تقوى ربنا خير نفل وباذن الله ريثي والعجل **قوله** السنة ركعتان قبل الفجر انما ذكر السنة في باب النوافل لان النفل اعم من السنة الا انه قدم ذكر السنة على النوافل المطلقة لشرفها لان تاركها يلام دون تاركه وانما بدأ بسنة الفجر لكونها اقوى ولهذا قال في الصحيح عن عائشة قالت لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم على شيء من النوافل اشد تعاهدا منه على ركعتي الفجر • وفي السنن ايضا عن عائشة قالت ان رسول الله لم يكن على شيء من النوافل اشد معاهدة منه على الركعتين قبل الصبح • وقال في السنن ايضا عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تدعوهما وان طردتكم الخيل **قوله** والاصل فيه اي الاصل في عدد ركعات السنن ولا يقال العدد بمذكور فكيف رجع الضمير اليه لان المذكورة قائمة مقام الذكر • او نقول لا نسلم انه ليس بمذكور بل هو مذكور معنى ورجوع الضمير بحسب المعنى يجوز قال الشاعر على النبي اذا دام عليه وفي السنن عن عبد الله بن شقيق قال سألت عائشة عن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم من التطوع فقالت كان يصلي قبل الظهر اربعا في بيتي ثم يخرج فيصلي بالناس ثم يرجع الى بيتي فيصلي ركعتين وكان يصلي بالناس المغرب ثم يرجع الى بيتي فيصلي ركعتين وكان يصلي بهم العشاء ثم يدخل بيتي فيصلي ركعتين وكان يصلي من الليل تسع ركعات فيهن الوتر وكان يصلي ليلا طويلا قائما وليلا طويلا جالسا فاذا قرأ وهو قائم ركع وسجد وهو قائم واذا قرأ وهو قاعد ركع وسجد وهو قاعد وكان اذا طلع الفجر صلى ركعتين ثم يخرج فيصلي بالناس صلاة الفجر **قوله** وفسر [illegible] فعلى الثاني يكون المفسر غير النبي صلى الله عليه وسلم كما فسرت عائشة في حديث السنن • وعلى الاول يكون المفسر هو النبي عليه الصلاة والسلام كما روي في حديث ام حبيبة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من صلى ثنتي عشرة ركعة في اليوم والليلة بني له بيت في الجنة ركعتان بعد طلوع الفجر واربع قبل الظهر وركعتان بعدها وركعتان بعد المغرب وركعتان بعد العشاء • وقال الترمذي في جامعه حدثنا محمد بن رافع النيسابوري قال ثنا اسحاق بن سليمان الرازي قال ثنا المغيرة بن زياد عن عطاء عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ثابر على ثنتي عشرة ركعة من السنة بنى الله له بيتا في الجنة اربع ركعات قبل الظهر وركعتين بعدها وركعتين بعد المغرب وركعتين بعد العشاء وركعتين قبل الفجر واراد بالكتاب مختصر القدوري **قوله** فلهذا سماه في الاصل حسنا اي فلاجل انه لم يذكر الاربع قبل العصر في تفسير الحديث سماه اذ الاربع قبل العصر حسنا في كتاب الاصل وهو المبسوط وانما سماه اصلا لانه صنفه اولا ثم صنف كتاب الجامع الصغير ثم كتاب الجامع الكبير ثم كتاب الزيادات • قال ابو سليمان الجوزجاني في المبسوط • قلت لمحمد فصل قبل العصر تطوع قال ان فعلت فحسن قلت فلم التطوع

قبلها قال الاربع ركعات **قوله** وخير لاختلاف الآثار اي خير المصلي بين اداء الاربع وبين اداء الركعتين قبل العصر لاختلاف الآثار ❁ وهو انه ذكر في السنن مسندا الى ابن عمر ❁ انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم رحم الله امرأ صلى قبل العصر اربعا ❁ وذكر في السنن ايضا مسندا الى علي بن ابي طالب ❁ انه قال ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي قبل العصر ركعتين والافضل هو الاربع لان افضل الاعمال احمزها **قوله** وذكر فيه ركعتين اي في الحديث المذكور وهو قوله عليه الصلاة والسلام من ثابر على ثنتي عشرة ركعة ذكر النبي عليه الصلاة والسلام ركعتين بعد العشاء وفي الحديث ذكر الاربع بعد العشاء وهو ما ذكر في شرح الاقطع ❁ قد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى العشاء ودخل حجرته فصلى اربع ركعات قبل ان يجلس فخير ان شاء صلى اربعا وان شاء ركعتين **قوله** والاربع قبل الظهر بتسليمة لخبر ورد عنده ابو داود صاحب السنن باسناده الى ابي ايوب عن النبي صلى الله عليه وسلم ❁ قال الاربع قبل الظهر ليس فيهن تسليم تفتح لهن ابواب السماء ❁ وذكر في شرح الآثار مسندا الى ابي ايوب الانصاري ايضا قال ادمن رسول الله صلى الله عليه وسلم اربع ركعات بعد زوال الشمس فقلت يا رسول الله انك تدمن هؤلاء الاربع ركعات فقال يا ابا ايوب اذا زالت الشمس فتحت ابواب السماء فلم ترتج حتى يصلي الظهر فاحب ان يصعد لي فيه عمل صالح قبل ان ترتج ❁ قلت يا رسول الله في كلهن قراءة قال نعم قلت بينهن تسليم فاصل قال لا الا التشهد ❁ وفي شرح الآثار ايضا عن ابراهيم كان ابن مسعود لا يصلي اربع ركعات قبل الظهر واربع ركعات بعد الجمعة واربع ركعات بعد الفطر والاضحى ليس بينهن تسليم فاصل وفي كلهن القراءة **قوله** وفي نوافل النهار الى آخره ❁ اي قال القدوري اعلم ان التطوع في النهار يجوز ركعتين واربعا بلا كراهة لما روينا من حديث ابي ايوب وتكره الزيادة على الاربع لعدم ورود الاثر به ❁ اما التطوع في الليل فيجوز ركعتين بتسليمة وان شاء اربعا وان شاء ستا على رواية الجامع الصغير ❁ وفي كتاب الصلاة التطوع ركعتان بالليل او اربع او ست او ثمان وتكره الزيادة على ذلك ❁ وقال ابو يوسف ومحمد لا يزيد بالليل على ركعتين وهو قول ابن ابي ليلى وجه الروايتين ما ذكره فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير بقوله اصل ذلك حديث عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي من الليل احدى عشرة ركعة ثلاث منها الوتر وركعتا الفجر فبقي التطوع ستة ❁ وروي عنها ثلاث عشر فبقي التطوع ثمانية ❁ والامام ابو جعفر الطحاوي رد الاستدلال بحديث عائشة وقال هذا لا يدل لانه روى الزهري عن عروة عن عائشة انه كان يسلم من كل اثنتين منهن وهذا الباب يؤخذ من جهة التوقيف والحق ما قال ابو جعفر لان الاستدلال لا قال فخر الاسلام استدلال بالمحتمل فلا يكون حجة وهذا لانه يحتمل انه عليه الصلاة والسلام كان يصلي اربع ركعات فرض العشاء واربع ركعات سنة العشاء وثلاث ركعات الوتر فيكون المجموع احدى عشرة ركعة وليس في حديث عائشة قيد التطوع حتى يدل على اباحة الثماني على انا نقول ان عائشة في رواية الزهري عن عروة عنها فسرت الاجمال وزالت الاحتمال فلم يدل على اباحة ثماني ركعات بتسليمة **قوله** والافضل في الليل عند ابي يوسف ومحمد مثنى مثنى اي الافضل في تطوع الليل وانما ذكر بلفظ مثنى مكررا تاكيدا والا فلا حاجة الى ذكره ثانيا لان معنى قوله مثنى اثنين اثنين ❁ ثم اعلم ان الفضل في نفل الليل والنهار اربع بتسليمة وعندهما في النهار كذلك وفي الليل الافضل مثنى ❁ وعند الشافعي في النهار ايضا كما في الليل للشافعي حديث ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الليل والنهار مثنى مثنى ❁ ولهما ان الافضل في التراويح مثنى مثنى بالاجماع وهي نفل الليل فينبغي ان يكون نوافل الليل كذلك بخلاف نفل النهار فانه ورد فيه حديث ابي ايوب على مداومة النبي صلى الله عليه وسلم على الاربع قبل الظهر وما كان يداوم رسول الله صلى الله عليه وسلم الا على ما هو الافضل ولابي حنيفة وجهان احدهما الاعتبار بالفرض وهو العشاء فلو كان الاربع بتسليمة افضل لكان الفرض كذلك لان حال الفرض اقوى وهو بالفضيلة اولى ❁ والثاني ان في الاربع بتسليمة واحدة مداومة على الطاعة وفيها مشقة على النفس وفيما قالوا استراحة للنفس فلان ما قلناه اولى ❁ والدليل على افضلية الاربع بتسليمة زيادة الوقوف ولهذا لو نذر ان يصلي اربع ركعات بتسليمة فصلاها بتسليمتين لم يخرج عن نذره ولو نذر ان يصلي بتسليمتين فصلاها بتسليمة خرج عن نذره وهذا يعني قوله وعلى القلب يخرج واختيار البعض في التراويح للتخفيف لانها تؤدى بجماعة وكلامنا في نفل المنفرد لا في نفل الجماعة ❁ اما حديث ابن عمر فقد روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى نافع عن ابن عمر انه كان يصلي بالليل ركعتين وبالليل اربعا ❁ وذكر الطحاوي فيه ايضا مسندا الى عبد الله ابن عمر انه كان يصلي قبل الجمعة اربعا لا يفصل بينهن بسلام ثم بعد الجمعة ركعتين ثم اربعا فمحال ان يروي ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا ثم يخالف ذلك فعلم بهذا ان هذا الحديث ضعيف ولئن صح فمعناه شفعا لا وترا بدليل اطلاق اسم المزدوج على الاربع مجازا وانما حملنا على المجاز توفيقا بين ما روينا وبين ما رواه الخصم **قوله** ومعنا ما رواه شفعا اي معنى ما رواه الشافعي وهو قوله عليه الصلاة والسلام صلاة الليل والنهار مثنى مثنى شفعا يعني يصلي شفعا لا وترا لان الوتر في النفل منهي وليس معناه انه يسلم من كل ركعتين والله تعالى اعلم

فصل في القراءة

لما فرغ عن بيان الصلوات فرضها وواجبها ونفلها شرع في بيان القراءة لانها تختلف باختلاف الصلوات **قوله** القراءة في الفرض واجبة في الركعتين واراد بالوجوب الفرض اعلم ان القراءة في الفرض واجبة عندنا في الركعتين ❁ وعند الحسن البصري في ركعة واحدة وعند مالك في ثلاث ركعات وعند الشافعي في الجميع كما في النفل ❁ وعند ابي بكر الاصم وابن علية ليست بواجبة اصلا لاحتمال الامر وجوها ❁ وجه الحسن ان الامر بالشيء لا يقتضي التكرار كما عرف في الاصول فلا يفترض الا في ركعة ❁ ولمالك قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بقراءة فيفترض في ثلاث ركعات لان للاكثر حكم الكل ❁ وللشافعي ما رواه مالك وكل ركعة صلاة فلا تجوز صلاة ولا عن القراءة ولنا ان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار لان صيغة افعل لطلب الفعل والفعل عرض لا يتصور بقاؤه فلا يتصور تكراره لان التكرار اعادة الشيء بعينه لاعادة مثل الشيء الا انا اثبتنا وجوب القراءة في الثانية لا بصريح مفهوم النص وهو قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن بل بدليل الدلالة لان الثانية تماثل الاولى سقوطا ووجوبا وصيغة وقدرا فكل من وجبت عليه الاولى وجب الثانية واذا اسقطت سقطت بخلاف الثالثة والرابعة حيث لا يلزم وجوبهما على كل من وجبت عليه الاولى كالمسافر ❁ والثالثة لا تماثل الاوليين في الصفة يعني الجهر والاخفاء ❁ ولا تماثلهما في القدر يعني ضم السورة مع الفاتحة ولا يقال لا مماثلة بينهما

ايضا لان في الاولى الثناء والتعوذ والتسمية وليست في الثانية لانا نقول ذلك امر زائد ليس بفرض فلا يعترض ❁ والجواب عن الحديث الذي رواه مالك والشافعي فنقول المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بقراءة فنحن نقول بموجب ذلك حيث نقول بفرضية القراءة في الصلاة وليس المراد منه ان لا تخلو كل جزء من الصلاة عن القراءة حقيقة ولهذا لا يقرأ في الركوع والسجود والقعدة بالاجماع مع انها من اجزاء الصلاة ❁ وقد روي عن علي وعبد الله بن مسعود انهما كانا لا يقرآن في الاخريين وكانا يسبحان فيهما فمحال ان يخفى عليهما مثل امور الدين ولا يخفى على مالك والشافعي ❁ فان قلت لما كانت القراءة فرضا في ركعة لزم ان تكون فرضا في كل ركعة ❁ قلت لا نسلم الملازمة الا ترى ان القعدة في آخر الصلاة فرض عند الخصم عندنا ولم تكن فرضا في كل ركعة وكذا الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في القعدة الاخيرة فرض عنده وليست بفرض في جميع الركعات وقول الحسن ضعيف لانه لم ينقل الاكتفاء بالقراءة في ركعة عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن احد من الصحابة وقول الاصم اضعف لخرقه الاجماع ❁ ثم اعلم ان القراءة واجبة في الركعتين عندنا لكن ما عينهما او لا تعينهما فيه كلام ❁ قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي قال اصحابنا القراءة فرض في ركعتين بغير اعيانهما ان شاء في الاوليين وان شاء في الاخريين وان شاء في الاولى والرابعة وان شاء في الثانية والثالثة وافضلها في الاوليين ❁ وكذا قال ابو الحسين القدوري في شرح مختصر الكرخي حيث قال فالافضل ان يقرأ في الاوليين وان قرأ في الاخريين او في الثانية والثالثة جاز ❁ ولهذا قال في المتن القراءة في الفرض واجبة في الركعتين ولم يقيد في الاوليين وقال في خلاصة الفتاوى واجبات الصلاة عشرة وذكر منها تعيين القراءة في الركعتين الاوليين **قوله** بخلاف ما اذا حلف لا يصلي حيث اذا قام وقرأ وركع وسجد **قوله** قال وهو مخير في الاخريين ❁ اي قال القدوري وانما خير بين الامور الثلاثة لان القراءة لما لم تجب في الاخريين جاز احد الامور الثلاثة ❁ ولان عليا وعبد الله كانا يسبحان في الاخريين الا ان الافضل عندنا ان يقرأ ❁ لما روي عن سفيان انه قال الافضل ان يسبح وانما كان القراءة افضل لان النبي صلى الله عليه وسلم داوم عليه في اغلب الاحوال **قوله** ولهذا لا يجب السهو في تركهما ايضاح لقوله ان الافضل ان يقرأ وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عما روى الحسن عن ابي حنيفة ان لم يقرأ في الركعتين الاخريين من الظهر او العصر فاتحة الكتاب وسبح في كل ركعة ثلاث تسبيحات اجزأه ذلك وان قرأ فيهما فاتحة الكتاب فهو افضل وان لم يقرأ في شيء من ذلك ولم يسبح اجزأه صلاته وكان مسيئا ان كان متعمدا وان كان ناسيا فعليه سجدتا السهو ❁ وروى ابن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه ان كان لا يجب على تارك التسبيح سجدتي السهو وهو الصحيح كذا ذكره القدوري في شرح مختصر الطحاوي الكرخي **قوله** والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر ❁ اما وجوب القراءة في جميع النفل فلان عزيمة النفل لا توجب الا ركعتين في الظاهر من مذهب اصحابنا وان نوى اكثر من ذلك لما ان ايجاب العبد فلا يلزم الا ادنى ما يتقرب به من جنس تلك العبادة ولا يعتبر بالنية كمن دخل في الصوم ينوي صوم ايام وكمن دخل في الحج ينوي حججا وروي عن ابي يوسف يلزمه جميع ما نواه اعتبارا للشروع في النذر وفي رواية اخرى عنه يلزمه اربع ركعات ولا يلزمه اكثر من ذلك اعتبارا للنفل بالفرض ❁ واما الوتر فانما وجب القراءة في جميع ركعاته احتياطا لان فرضية الوتر ما ثبت الا بدليل فيه شبهة وكان اثار السنن فيه ظاهرة حيث لا يؤذن له ولا يكفر جاحده فاحتيط في ايجاب القراءة في ابا به او لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ في الركعة الاولى سبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية قل يا ايها الكافرون وفي الثالثة قل هو الله احد **قوله** ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة هذا ايضاح لقوله ان القيام الى الثالثة كتحريمة مبتداة واراد بالاستفتاح قراءة سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره ❁ قال الكرخي في شرحه للجامع الصغير لو ان رجلا دخل في صلاة الامام والامام يريد ان يصلي اربع ركعات تطوعا فصلى معه ركعتين ثم سلم اذ خرج من الصلاة لكان خارجا يلزمه الاخريان لانه لم يدخل فيه كان قاما مع الامام الى الثالثة لزمته الركعتان الاخريان **قوله** واما الوتر فللاحتياط عطف على قوله اما النفل يعني واما الوتر فانما وجب القراءة في جميع ركعاته للاحتياط وقد بيناه **قوله** ومن شرع في نافلة ثم افسدها قضاها الى آخره للشافعي انه متبرع ولا لزوم عليه لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل فصار كالمظنون ❁ ولنا ان ابطال العمل حرام بقوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم فيلزمه الاتمام لان الاحتراز عن ابطال العمل فيما لا يحتمل الوصف بالتجزي لا يكون الا بالاتمام ولان النذر لما اوجب ابتداء الفعل فيه لصيانته من حيث انه صار لله تعالى تسمية فلان يجب بقاء الفعل لصيانة ابتداء الفعل في صورة الشروع لانه صار لله تعالى اولى واحرى لان البقاء اسهل من الابتداء ومن الدليل على ان الشروع ملزم كالنذر الشروع في الحج لانه ملزم بالاتفاق وقياسه على المظنون فاسد لانه شرع مسقطا لا ملزما وكلامنا فيما اذا شرع ملزما **قوله** المؤدي وقع قربة بدليل انه لو مات بعد هذا القدر من المؤدى يثبت ثوابا **قوله** وان صلى اربعا اي اراد ان يصلي اربعا **قوله** هذا اذا افسد الاخريين بعد الشروع فيهما اي قضاء الركعتين الاخريين فيما اذا افسدهما بعد الشروع فيهما بان قام في الاخريين فافسدهما اما اذا افسدهما قبل الشروع فلا يقضيهما عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يقضي كما في النذر ولنا ان الشروع ملزم للشروع فيه والملزم لما لا صحة للشروع فيه الا به كالركعة الثانية حيث لا صحة للاولى بدونها والشروع في الاولى كما يلزمه الركعة الثانية بخلاف الشفع الثاني فان صحة الشفع الاول لا يتوقف عليه فلا يلزم من لزوم الشفع الاول بسبب الشروع فيه لزوم الشفع الثاني **قوله** وعلى هذا سنة الظهر اي على ما قلنا في النفل المطلق يعني لو افسد الاخريين من سنة الظهر فعند ابي يوسف يقضيهما سوى افسدهما قبل الشروع فيهما او بعد الشروع وعندهما يقضي اذا افسدهما بعد الشروع لا قبله لكن يقضي ركعتين لانها نافلة وقيل يقضي اربعا لان سنة الظهر بمنزلة صلاة واحدة بدليل ان الشفيع اذا اخبر بالبيع وهو في الشفع الاول من سنة الظهر فانتقل الى الشفع الثاني لا تبطل شفعته وكذا لا تمنع صحة الخلوة **قوله** وتفسير المسئلة على ثمانية اوجه وعندنا لا يخلو اما ان لم يقرأ اصلا او قرأ فان لم يقرأ اصلا فهو الوجه الاول فعندهما يقضي ركعتين وعند ابي يوسف يقضي اربعا وان قرأ فلا يخلو اما ان قرأ في الكل او في البعض فان قرأ في الكل فلا كلام فيه وان قرأ في البعض فلا يخلو الثاني ان قرأ في الاوليين فحسب وهو وجه لما في فيه قضاء الاوليين وهو الوجه الثالث ففيه قضاء الاخريين بالاجماع او قرأ في الاخريين فقط وفي واحدة الاخريين وهو الوجه الرابع ففيه قضاء الاخريين بالاجماع او قرأ في الاخريين واحدى الاوليين وهو الوجه الخامس ففيه قضاء الاوليين بالاجماع او قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين وهو الوجه السادس فعند ابي يوسف

يلزمه الاربع ولذا عند ابي حنيفة فيما روي محمد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وعند محمد يلزمه ركعتان وانكر ابو يوسف الرواية وقال محمد
رويت لك عن ابي حنيفة انه يلزمه عند تفسار ركعتين لا قضا الاربع ومحمد لم يرجع عن روايته او قرا في احدي الاوليين لا غير وهو الوجه
السابع فعليه قضا الاربع عندهما وعند محمد قضا ركعتين او قرا في احدي الاخريين لا غير وهو الوجه الثامن فعليه قضا الاربع عند ابي يوسف
وعندهما قضا ركعتين قوله لانها تعقد للافعال اي لان التحريمة انما تعقد للافعال يعني ان المقصود من التحريمة الافعال
ولهذا لا تسقط الصلاة عن العاجز عن القراءة اذا قدر على الافعال وتسقط عن العاجز عن الافعال وان قدر على الاذكار فلما ثبت
ان المقصود منها الافعال قلنا ان التحريمة انقطعت لفوات ما هو المقصود منها وهو الافعال وانما قامت الافعال لفوات شرطها الثابت
بالحديث وهو القراءة قال عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بقراءة قوله الا ترى ان للصلاة وجودا بدونها اي بدون القراءة
يعني بدون القراءة حقيقة كما في الامي والمقتدي قوله وفساد الاداء لا يزيد على تركه اي على ترك الاداء يعني ان الفساد ليس باقوى
من الترك لما ان الفساد عبارة عن زوال الوصف دون الاصل وزوال الاصل اقوى من زوال الوصف فترك الاداء لم يوجب بطلان
التحريمة ففساد الاداء اولى ان لا يجب وصورة ترك الاداء ان يحرم للصلاة ثم قام طويلا ولم يات بشي قوله وفسادها بترك القراءة في
ركعة واحدة مجتهد فيه يعني ان فساد الصلاة بترك القراءة في احدي الركعتين مجتهد فيه اي اجتهد فيه العلماء واختلفوا فمذهب زفر
الحسن البصري انه لا يفسد فانه لما كان كذلك حكمنا بالفساد في حق وجوب قضا الشفع الثاني الاول بالنظر الى دليلنا وحكمنا ببقاء
التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني بالنظر الى دليل الحسن احتياطا قوله لان عندهما لم يصح الشروع في الشفع الثاني صلاة عندهما وعند ابي
يوسف صح وثمرة الاختلاف تظهر في الاقتداء في الشفع الثاني هل يصح ام لا وفي القهقهة هل يكون ناقضة للوضوء ام لا قوله فقد انكر ابو
يوسف هذه الرواية عنه اي عن ابي حنيفة قال فخر الاسلام البزدوي في اول شرح الجامع الصغير كان ابو يوسف يتوقع من محمد ان يروي
كتابا عنه فصنف محمد هذا الكتاب اي كتاب الجامع الصغير واسنده عن ابي يوسف الى ابي حنيفة فلما عرض على ابي يوسف استحسنه وقال
حفظ ابو عبد الله الا مسايل خطاه في روايتها عنه فلما بلغ ذلك محمدا قال بل حفظها ونسي وهي ست مسايل مذكورة في شرح الجامع الصغير
منها رجل صلى التطوع اربعا وقرا في احدي الاوليين واحدي الاخريين لا غير روي محمد انه يقضي اربعا وقال ابو يوسف انما رويت لك ركعتين
وقال فخر الاسلام واعتمد مشايخنا رواية محمد وقال ايضا يحتمل ان يكون ما حكى ابو يوسف من قول ابي حنيفة قياسا وما ذكر محمد استحسانا
وذكر القياس والاستحسان في الاصل ولم يذكر في الجامع الصغير قوله قال وتفسير قوله عليه الصلاة والسلام لا يصلي بعد صلاة مثلها
الى اخره اي قال محمد في الجامع الصغير هذا حديث حمل بعضه البعض لانه يصلي سنة الفجر ثم الفرض وهما مثلان وكذا يصلي سنة الظهر
مثلا ادبعا ثم يصلي الفرض اربعا وهما مثلان وكذا يصلي فرض الظهر ركعتين في السفر ثم يصلي سنته ركعتين فلما لم يمكن اجراوه على العموم وجب حمله
على اخص الخصوص كما هو الحكم في العام اذا لم يمكن العمل بعمومه فقال محمد والمراد به ان لا يصلي بعد اداء الظهر نافلة ركعتان بقراءة وركعتان
بغير قراءة يعني لا يصلي النافلة كذلك حتى لا يكون مثلا للفرض بل يقرا في جميع ركعات النافلة فيكون الحديث بيانا لفرضية القراءة في جميع ركعات
النفل قال بعض مشايخنا المراد منه النهي عن تكرار الجماعة في المساجد قال فخر الاسلام هذا تاويل حسن فيكون حجة على الشافعي وقال بعضهم
المراد منه لا ينبغي للمرء اداء الفريضة مرتين قال الامام حميد الدين الضرير في شرحه هذا الحديث منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم ومنقول عن عمر وعلي
وابن مسعود ايضا وعندنا انه ليس بثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بل هو كلام عمر بدليل ان الشيخ ابا جعفر الطحاوي ذكر في شرح الاثار في باب
التطوع بعد الجمعة باسناده الى عمر انه كان يكره ان يصلي بعد صلاة مثلها ولم يذكر في سائر كتب الحديث وبجوز ان عمر وعليا سمع من رسول الله
صلى الله عليه وسلم لعيانه عمر عن الجراف والكذب وقد قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير هذا الخبر روي عن عمر وعبد الله
ابن مسعود وزيد بن ثابت وغيرهم من الصحابة انهم قالوا لا صلاة يصلي بعد صلاة مثلها ولا يقال هذا الحديث مخصوص وخبر الواحد اذا لم يكن
مخصوصا لا يثبت الفريضة فكيف اذا كان مخصوصا لانا نقول ما ثبت به الا بيان ان الاربع من النفل محل القراءة وخبر الواحد يصلح ان يكون مبينا
لمحل الكتاب ثم الفريضة تثبت بقوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القران قوله ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة على القيام وهذا لانه روي
عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يصلي بعد الوتر ركعتين قاعدا وروي انه صلى الله عليه وسلم قال صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم
سيما اما صلاة فعلم ان صلاة القاعد يجوز ثم لا يخلو اما ان يكون المراد منهما فرضا او نفلا فلا يجوز الاول فتعين الثاني لان اداء الفرض قاعدا لا يخلو
اما ان يكون بعذر او بغير عذر والثاني لا يجوز بالاجماع واذا كان بعذر يكون ثوابه مثل ثواب القائم فلا يكون على النصف منه فتعين النفل فجاز
اداء النفل قاعدا بلا عذر لانه قال على النصف فانه اذا قعد بعذر يكون ثوابه مثل ثواب القائم ولان الصلاة خير موضوع فيداوم الانسان على
النوافل تحصيلا للخير وربما يشق عليه القيام فجاز القعود دفعا للحرج قوله عنه اي عن الخبر الموضوع قوله واختلفوا في كيفية
القعود اي في حال القراءة قال في خلاصة الفتاوى عن ابي حنيفة ثلاث روايات في رواية يجلس كما يجلس في التشهد وفي رواية يتربع وفي
رواية يحتبي وقال ابو سليمان الجوزجاني في مبسوطه قلت لمحمد ارايت الرجل اذا صلى تطوعا قاعدا ايتربع ويسجد كيف شا ويصلي محتبيا قال نعم
قال في شرح الطحاوي وفي قول زفر يجلس كما يجلس في التشهد يجلس كما يجلس في التشهد بالاجماع وتفسير الاحتباء ان ينصب ركبتيه ويجمع
يديه عند ساقيه قوله واذا افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز اي افتتح النافلة وانما قيد بقوله من غير عذر لانه اذا قعد بعذر
يجوز بالاتفاق وقوله استحسان وقولهما قياس لهما ان الشروع يلزم كالنذر ثم اذا نذر ان يصلي قائما لا يجوز له ان يصلي قاعدا فكذا اذا شرع
قائما لا يجوز له ان يتم قاعدا ولابي حنيفة ان الشروع ملزم لما شرع فيه ولما هو من لوازم ما شرع فيه والقيام ليس من لوازم الصلاة بدليل
انه اذا قعد بعذر يجوز واذا شرع في النفل قاعدا بلا عذر يجوز فعلم انه من لوازم الصلاة فلا يلزم القيام في الثانية من مباشرة القيام في الاولى
لان لما باشر من القيام في الاولى صحة بدون القيام في الثانية بخلاف الركعة الثانية حيث يلزم من الشروع في الركعة الاولى لان الركعة
الاولى لا صحة بدون الثانية لورود النهي عن البتيرا قوله ولو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ اراد به فخر الاسلام
ومن وافقه قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير واذا نذر ان يصلي مطلقا لم يلزمه القيام ثم قال وهو الصحيح من الجواب قوله
ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته الى اي جهة توجهت يومي ايماء وهذا ما روي في السنن مسندا الى عبد الله ابن عمر انه قال رايت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر وروي في السنن ايضا مسندا الى جابر انه قال بعثني رسول الله صلى الله
عليه وسلم في حاجة فجئته وهو يصلي على راحلته نحو المشرق والسجود اخفض من الركوع ولان النافلة ليست مختصة بالوقت فيجوز في اي
وقت اراد المصلي سوى الاوقات المكروهة فان فيها تكره فلما لم تختص بالوقت قلنا لو لزم النزول واستقبال القبلة لا يخلو اما ان ترك او لا يترك
ففي الاول يلزم انقطاعه عن النافلة وهو حرج وعلى الثاني يلزم انقطاع ثواب النافلة عنه لانه اذا لزم النزول لا يقدر ان يتطوع راكبا
قوله اما الفرائض فمختصة بوقت يعني ان الفرائض لما كانت مختصة بوقت لم يجز ان تؤديها راكبا لعدم لزوم الحرج في النزول
قال في خلاصة الفتاوى اما صلاة الفرض على الدابة بالعذر فجائزة ومن الاعذار المطر عن محمد اذا كان الرجل في سفر فامطرت السماء فلم
يجد مكانا يابسا ينزل للصلاة فانه يقف على الدابة مستقبل القبلة ويصلي بالايماء اذا امكنه ايقاف الدابة فان لم يمكنه يصلي مستدبر
القبلة وهذا اذا كان الطين بحال يغيب وجهه فان لم يكن بهذه المثابة لكن الارض ندية صلى هنالك ثم قال وهذا اذا كانت الدابة تسير
بنفسها اما اذا سيرها صاحبها فلا يجوز لا التطوع ولا الفرض ومن الاعذار ان تكون الدابة جموحا لو نزل لا يمكنه الركوب ومن الاعذار
اللص والمرض وامافي البادية فجوز ذلك كذا ذكر صاحب الخلاصة قوله والسنن الرواتب نوافل حكمها حكم النوافل في جواز الاداء
على الدابة الى اي وجه توجهت قوله والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر لانه اعم من ان يكون مسافرا وغير مسافر وينفي ايضا
جواز التنفل على الدابة في المصر لانه قيد بخارج المصر وتخصيص الشي بالذكر في الروايات يدل على نفي ما عداه وعن ابي يوسف انه يجوز في
المصر استحسانا المبادري انه قال كان يتنفل على حماره في سكك المدينة فترك القياس لاجله وجه الظاهر ان الصلاة على الدابة بالايماء مع
القدرة على الركوع والسجود خلاف القياس فانما جوزناها على مورد النص وهو خارج المصر فبقي الحكم في المصر على اصل القياس قوله
يتنفل على دابته الى اي جهة توجهت ينفي اشتراط القبلة في الابتداء لانه لما جاز الصلاة الى جهة الكعبة جاز الافتتاح الى غيرها ايضا
وروي عن بعضهم انه يستقبل في الابتداء ثم يحول وجهه اذا ابدا له واذا حول وجهه او ضرب دابته فلا باس به اذا لم يصنع شيئا كثيرا
قوله فان افتتح التطوع راكبا ثم نزل بنى وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل وقيل في الفرق بان النزول عمل قليل والركوب
عمل كثير ونسخ بانه لو رفع ووضع على السرج لا يبني مع ان العمل لا يوجد فضلا عن العمل الكثير والفرق الصحيح ان احرام الراكب انعقد مجوزا
للركوع والسجود على معنى ان الراكب بالخيار ان شا نزل واتيهما بركوع وسجود وان شا اتيهما على الدابة بخلاف احرام النازل فانه انعقد موجبا
للركوع والسجود في اثناء الصلاة ويجوز ان يقال في الفرق بينهما بان يقال ان احرام المريض لم ينعقد مجوزا الا انه اذا قدر على الركوع والسجود لا يجوز
ترك ما وجب بغير عذر قوله وعن ابي يوسف انه يستقبل اذا نزل ايضا ووجهه ان مبنى القوي على الضعيف فصار كالمريض المومي اذا
قدر على الركوع والسجود في اثناء الصلاة ويجوز ان يقال في الفرق بينهما بان يقال ان احرام المريض لم ينعقد مجوزا لانه اذا قدر على الركوع
والسجود لا يجوز صلاته بالايماء اما الراكب فيجوز له ان يتطوع موميا وان كان قادرا على الركوع والسجود بالنزول قوله والاصح هو
الظاهر اي ظاهر الرواية وهو ان الراكب المتطوع اذا نزل بنى قوله في قيام رمضان لما فرغ عن ذكر القراءة عقيب باب النوافل وكان
للقراءة زيادة تعلق بالنافلة من حيث وجوبها في جميع ركعاتها شرع في التراويح لانها نوافل الا ان لها خصائص ليست لسائر النوافل وهي الاداء
بالجماعة وكونها مقدرة بعشرين ركعة وكون الختم فيها سنة والاضافة بمعنى في اي القيام في رمضان مثل قولهم ضرب اليوم يعني في قيام
في ليالي رمضان وجاء في الحديث ايضا هذا اللفظ وهو ما روي في السنن عن ابي هريرة قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يرغب في قيام
رمضان من غير ان يامرهم بعزيمة ثم يقول من قام رمضان ايمانا واحتسابا غفر له ما تقدم من ذنبه قال ابو سليمان الخطابي معنى الايمان
به التصديق بوجوبه والتعظيم لحقه ومعنى الاحتساب فيه ان يلقى الشهر بطيبة نفس وان لا يستطيل زمانه ولا يستثقل طول ايامه وامتداد
ساعاته لما يحصل من الاجر والثواب قوله يستحب الى اخره قال الامام حميد الدين الضرير نفس التراويح سنة اما اداوها بالجماعة
فمستحب وقال شمس الايمة السرخسي في كتاب التراويح ذكر الطحاوي في اختلاف العلماء عن المعلى عن ابي يوسف وذكر ايضا عن مالك انهما قالا
ان امكنه اداوها في بيته مثل ما يصلي في المسجد من مراعاة سنة القراءة واشباهها فليصلها في بيته وقال الشافعي في قوله القديم اداء التراويح
على وجه الانفراد احب الي لما فيها من الاخفاء وقال عيسى بن ابان وبكار بن قتيبة واحمد بن ابي عمران والمزني الجماعة احب وافضل وهو الاصح
والتراويح جمع ترويحة وهي في الاصل اسم للجلسة وسميت بالترويحة لاستراحة الناس بعد اربع ركعات بالجلسة ثم سميت كل اربع ركعات ترويحة
مجازا لما في اخرها من الترويحة قوله ويجلس بين كل ترويحتين ثم هو مخير ان شاء سبح وان شاء قرا وان شاء صلى وان شاء سكت
اي ذلك فعل فهو حسن لقوله عليه الصلاة والسلام المنتظر للصلاة في الصلاة كذا قاله قاضي خان قوله النبي عليه الصلاة والسلام
بين العذر في ترك المواظبة وهو ما روي صاحب السنن المغني عن مالك بن ابن شهاب عن عروة عن عايشة زوج النبي عليه الصلاة والسلام
ان النبي عليه الصلاة والسلام صلى في المسجد فصلى بصلاته ناس ثم صلى من القابلة فكثر الناس ثم اجتمعوا من الليلة الثالثة فلم يخرج اليهم رسول
الله صلى الله عليه وسلم فلما اصبح قال قد رايت الذي صنعتم فلم يمنعني من الخروج اليكم الا اني خشيت ان يفرض عليكم وذلك في رمضان وقالوا كان
الناس يصلون فرادى الى ايام عمر ثم قال عمر اني اري ان اجمع الناس على امام واحد فجمعهم على ابي بن كعب وكان يصلي بهم خمس ترويحات يجلس بين كل
ترويحتين مقدار ترويحة وكان ذلك سنة ارتم عشرة من الهجرة وعند مالك التراويح ست قوله لما رآه اهل الحرمين اراد به اهل مكة والمدينة
قوله يشير الى ان وقته اي وقت اداء التراويح بعد العشاء قبل الوتر وقال صاحب الخلاصة قال اسمعيل الزاهد وجماعة من ايمة بخارى

ان الليل كله وقت قبل العشاء وبعدها • ثم قال وقال عامة مشايخ بخارا وقتها ما بين العشاء والوتر ثم قال وهو الصحيح • وقال صاحب الهداية
والاصح ان وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبعده والاصح عندي ما قاله عامة مشايخ بخارا لان الحديث ورد كذلك وقال اي يصلي بهم التراويح كذلك
قوله فلا يترك لكسل القوم اي لا يترك ختم القران مرة في التراويح بكسل القوم بخلاف الدعوات بعد التشهد حيث تركها لكسل القوم لانها
ليست بسنة قال في التجنيس ثم بعضهم اعتادوا قراءة قل هو الله احد في كل ركعة وبعضهم اختاروا قراءة سورة الفيل الى اخر القران وهذا احسن
لانه لا يشتبه عليه عدد الركعات ولا يشتغل قلبه بحفظه فيتفرغ للتدبر والتذكر • وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الامام يقرا في كل ركعة
عشر ايات ونحوها لان السنة في التراويح الختم مرة وعدد ركعات التراويح في جميع الشهر ستمائة وعدد اي القران ستة الاف وشيء فاذا
قرا في كل ركعة عشر ايات يحصل الختم فيها قوله ولا يصلي الوتر بجماعة في غير رمضان عليه اجماع المسلمين ولهذا لم يصل الوتر بجماعة في
غير شهر رمضان في سائر الامصار ولو فعلوا بالليل والنهار جاز نقله صاحب التتمة عن زيادات الزيادات والله تعالى اعلم

باب ادراك الفريضة

لما فرغ عن بيان انواع الصلوات فرضها وواجبها ونفلها شرع في بيان الاداء الكامل وهو الاداء
بالجماعة قوله ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت الى اخره • والاصل ان الصلاة نقضها لغير عذر حرام لانه ابطال العمل لا لاتمام صلاة
الفرض الا ان النقض اذا كان للاكمال يجوز لانه وان كان نقضا صورة اكمال معنى وصلاة الجماعة تفضل على صلاة الفرد بسبع وعشرين درجة
بالحديث فلهذا جاز للمنفرد نقض صلاته ما لم يقيد بالسجدة احرازا لتلك الفضيلة واذا قيد بالسجدة ثم ركعتين ثم تقطع وانما يفعل ذلك صيانة
لما اداه عن البطلان لورود النهي عن البتيرا وهذا كله قبل السجدة فانه لا يجوز اذا كان الاحكام سابقه فيجوز وانما قيد بنقض للاكمال لان الاداء
حكم الفراغ بان ادى الاكثر من الركعات وهي الثلاث فاذا ثبت فلا ينقض وقوله اقيمت اي الصلاة وليس المراد منه اقامة المؤذن لانه لو شرع
صلاته اذا قام المؤذن ولم يقيد بالسجدة بل يتمها ركعتين قوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ انه لا يقطعها اذا كان قائما
في الركعة الاولى او راكعا وان لم يقيدها بالسجدة • قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير كان يختلف فتوى الشيخ الامام محمد بن ابراهيم الميداني
في هذا ولا شبهة ان يقطع قوله لانه بمحل الرفض اي لان ما دون الركعة بمحل الرفض يعني له ولاية الرفض ما لم يقيد بالسجدة لانه ليس له
الصلاة ولهذا لو حلف لا يصلي لا يحنث بهذا القدر بخلاف ما اذا كان في النفل يتعلق بقوله يقطع في الفرض ما لم يقيد بالسجدة ولا يقطع في النفل
لان القطع في النفل لا لاكمال الفرض والقطع في النفل ليس لاكمال له فلا يقطع قوله ولو كان في السنة قبل الظهر او الجمعة يعني او كان
في السنة قبل الجمعة يقطع على راس الركعتين فاذا قطع قضى ركعتين عند ابي حنيفة ومحمد في ظاهر الجواب وعلى قياس ما روي عن ابي يوسف
انه يقضي اربعا في كل تطوع يعني هذه اربعا • قال فخر الاسلام وكان الشيخ الامام محمد بن الفضل البخاري يفتي بانه يقضي اربعا لانه بمنزلة صلاة
واحدة واجبة حتى ان الشفيع اذا اخبر بالشفعة فقام الى الشفع الثاني لم تبطل شفعته وان ذلك يمنع صحة الخلوة فاشبه فرض الظهر كذلك روي في
النوادر قوله وقد قيل يتمها ووجهه ما قلنا انها بمنزلة صلاة واحدة قوله ويخير ان شاء عاد وسلم وانما يفعل كذلك ليكون
خروجه من صلاته على الوجه المشروع لكن يسلم تسليمة واحدة لان ذلك هو المروي وبه صرح في شرح الجامع الصغير وان شاء كبر قائما لانه يختم صلاته
قال فخر الاسلام وهذا اصح فاذا كبر قائما ينوي الشروع في صلاة الامام يقطع الاولى في ضمن شروعه في صلاة الاولى ثم هو مخير فيه وذكر في
ان شاء وان شاء لم يرد كذا قاله حميد الدين الضرير في شرحه وعن شمس الائمة الحلواني انه لو لم يعد الى التشهد تفسد صلاته ونقله عن النوادر لانه
ما اداه من القعود لم يكن فرضا وقد انقلبت فرضا فلم يكن له بد منها قوله واذا اتمها يتعلق بقوله وان كان قد صلى ثلاثا من الظهر يتمها
يعني انه لا يقضي صلاته اذا اتصل بشبهة الفراغ بان ادى الاكثر كما لا يقضيها اذا اتصلت حقيقة الفراغ لان حقيقة الفراغ تمنع نقضها فكذا
لشبهة الفصل الذي يحصل بالجماعة فاذا لم يقطعها يتمها ثم يدخل في صلاة القوم والتي اداها معهم نافلة لعدم ورود تكرار الفرض في وقت
واصل ذلك ما روى صاحب السنن عن ابي ذر • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا ابا ذر كيف انت اذا كانت عليك امراء يؤخرون الصلاة
قلت يا رسول الله فما تامرني قال صل الصلاة لوقتها فان ادركتها معهم فصله فانها لك نافلة • وروى فيه ايضا عن جابر بن يزيد بن الاسود عن
ابيه انه صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو غلام شاب فلما صلى اذا رجلين لم يصليا في ناحية المسجد فدعا بهما فجيء بهما ترعد فرائصهما
فقال ما منعكما ان تصليا معنا قالا قد صلينا في رحالنا فقال لا تفعلوا اذا صلى احدكم في رحله ثم ادرك الامام ولم يصل فليصل معه فانها له
نافلة قوله والذي يصلي معهم نافلة وانما اتت الجرثا ولو النفل لاتصال صلاة التطوع بالجماعة خارج رمضان مكروه لانا نقول ذلك فيما
اذا كان الامام متطوعا ايضا قوله وكذا اذا قام الى الثالثة اي يقطع قوله لما قلنا اشارة الى ما قال من كراهية التنفل
قوله وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية يعني اذا اتم المغرب لا يشرع بعده في صلاة الامام لانه اذا شرع لا يخلو اما ان يصلي ثلاثا او اربعا
ففي الاول مخالفة السنة لورود النهي عن البتيرا وفي الثاني مخالفة الامام وكل ذلك بدعة • قال فخر الاسلام فان شرع مع ذلك يصلي
اربعا لان هذا الوجه احوط لما فيه من زيادة الركعة وموافقة السنة وهو احق واحرز بقوله في ظاهر الرواية عما روي عن ابي يوسف
انه يدخل مع الامام ويشفع بالرابعة وهذا ايضا اذا اتم المغرب اما اذا صلى منه ركعة فقطع وشرع مع الامام وكذا اذا كان في الثانية ما لم
يقيدها بالسجدة فاذا قيدها بالسجدة يتمها لحصول شبهة الفراغ باداء الاكثر قوله ومن دخل مسجدا قد اذن فيه يكره له ان يخرج وهذا
من خواص الجامع الصغير وهذا لما قال في السنن خرج رجل بعد ما اذن المؤذن بالعصر فقال ابو هريرة اما هذا فقد عصى ابا القاسم صلى الله عليه وسلم
ولانه يلزمه طاعة الله تعالى عند سماع النداء بالاجابة لكن هذا فيما اذا لم يصل مرة فاذا صلى مرة فلا باس بالخروج لحصول الاجابة مرة الا
اذا كان رجلا له حاجة في الخروج فيخرج مثل ان يكون اماما في موضع اخر او مؤذنا او رجلا تتفرق الجماعة ويتفرق الناس بسبب غيبته وهو معنى قوله
الا اذا كان ممن ينتظم به امر جماعة لان ذلك من الحاجة التي لا بد منها لانه تكميل الجماعة يعني وان كان تركا لها صورة فاما اذا كان وقت الاقامة

فلا يعجل الى ان يخرج ولو كان صلى مرة او كان رجلا له حاجة ويكون مسيئا في الخروج الا اذا كان في الفجر والعصر والمغرب فيخرج اذا صلاها
لكراهة التنفل بعدها قضاء وعذرا في الخروج ولان في المقام في المسجد من غير ان يشرع في صلاة الامام تحقيق الخلاف وعند الشافعي لا باس
بذلك اي لا باس بالشروع في صلاة الفجر والعصر والمغرب وان كان صلاها مرة لحديث السبحة وهو ما روي ان النبي عليه الصلاة والسلام
اذا صلى احدكم في رحله ثم ادرك الامام ولم يصل فليصل معه فانها له نافلة كذا في السنن لحديث السبحة ونحن نحمله على غير هذه الصلوات
فلا يلزم التعارض بينه وبين حديث النهي عن الصلاة بعد العصر والفجر وحديث البتيرا قوله الا اذا اخذ المؤذن في الاقامة
اي شرع فيها وهذا استثناء من قوله فلا باس بان يخرج قوله فان كانت صلاة العصر اي ان كانت الصلاة العصر اي صلاة
العصر ومن انتهى الى الامام في صلاة الفجر الى اخره • اعلم ان الرجل اذا دخل المسجد والقوم في صلاة الفجر وهو لم يصل سنة الفجر ان كان
بحيث يدرك مع الامام ركعة يصلي السنة ثم يشرع مع الامام وهذا لان سنة الفجر مؤكدة كالجماعة فامكن الجمع بينهما فياتي بهما وان كان
لا يدرك مع الامام ركعة يترك السنة ويشرع مع الامام لان ثواب الجماعة اعظم من ثواب السنة الا ترى الى ما روى مسلم في صحيحه
عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان صلاة الجماعة افضل من صلاة الفرد بسبع وعشرين درجة ولان في ترك الجماعة وعيدا وهو
ما روي في السنن باسناده الى ابي يزيد بن الاصم قال سمعت ابا هريرة يقول • قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد هممت ان
امر فتيتي فيجمعوا الى حزم من حطب ثم اتي قوما يصلون في بيوتهم ليست بهم علة فاحرقها عليهم وهذا عندنا وعند الشافعي يشتغل
بالجماعة لانه لا يخاف الفوت على مذهبه • ولانه قال عليه الصلاة والسلام فلا صلاة الا المكتوبة وتاويله عندنا ما اذا صلى مخالطا
للجماعة اما اذا صلى في ناحية من المسجد فلا يكره بدليل انه اذا علم شروع الامام في صلاة الفجر وهو في بيته يصلي سنة الفجر بالاتفاق وقد
روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى ابي الدرداء انه كان يدخل المسجد والناس صفوف في صلاة الفجر فيصلي الركعتين
في ناحية المسجد ثم يدخل مع القوم في صلاته • وذكر فيه ايضا عن عبد الله بن مسعود انه كان يفعل ذلك وتخصيص الركعة لما ان النبي صلى الله عليه
وسلم جعل ادراك الركعة مع الامام عند العذر بمنزلة ادراك الكل في ادراك ثواب الجماعة حتى لو تم صلاة الخوف ركعة ركعة فاذا كان يدرك
الامام في التشهد فظاهر ما ذكر في الكتاب يدل على انه يدخل مع الامام لانه قال ان خاف انه يفوته الركعتان دخل مع الامام كذا قال
شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير • ثم قال وكان الفقيه ابو جعفر يقول يصلي سنة الفجر ثم يشرع مع الامام عندهما وعند
محمد يترك السنة وهذا فرع اختلافهم في المدرك في التشهد في صلاة الجمعة • ثم قال شمس الائمة وحكي عن الفقيه اسمعيل الزاهد
انه كان يقول ينبغي ان يشرع في ركعتي الفجر ثم يقطعها ويدخل مع الامام حتى يلزمه بالشروع فيتمكن من القضاء بعد الفجر ولكن ليس هذا
بقوي فانما وجب بالشروع لا يكون اقوى مما وجب بالنذر • وقد نص في زيادات الزيادات ان المنذورة لا تؤدى بعد الفجر
قبل طلوع الشمس • قال فخر الاسلام على درجات فافضل ذلك ان يؤدي في المنازل ثم في مواضع الوضوء ثم خارج المسجد عند الباب
او في الداخل والناس في الخارج فان تردد خلف سارية واشدها كراهية ان يصليه مخالطا للصف والذي يلي ذلك التخلف عن الصف من
غير حائل بينه وبين الصف قوله بين الفضيلتين فضيلة السنة والجماعة قوله خلاف سنة الظهر حيث تركها في الحالين اي يتركها
سواء خشي الفوت او لم يخش قوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ ان سنة الظهر لا يقضى اذا فاتت لان في سنة الفجر ورد الشرع
بالقضاء غداة ليلة التعريس ولم يرد مثل ذلك في سنة الظهر وهذا القول صحيح لورود الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد في انه هل يقدم
الاربع او الركعتين • قال ابو يوسف يقدم الركعتين ثم يقضي الاربع • وقال محمد يقدم الاربع ثم الركعتين كذا ذكر اختلافهما في الجامع
الصغير الحسامي وفي الجامع الصغير العتابي والمنظومة وشروحها ذكر الاختلاف على العكس ويحتمل ان يكون عن كل واحد منهما روايتان
قوله ولا كذلك سنة الفجر يعني ليس سنة الفجر مثل سنة الظهر لان سنة الفجر لا يمكن اداؤها بعد الفرض بحال الفرق بين
السنتين قوله والافضل في عامة السنن والنوافل المنزل وهذا لما روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم خير صلاة المرء في بيته الا المكتوبة ولان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي السنن في بيته روته عائشة مر ذلك في باب
النوافل قوله غداة ليلة التعريس والتعريس النزول في اخر الليل ذكر في صحيح البخاري عن عبد الله بن قتادة عن ابيه قال سرنا مع
النبي صلى الله عليه وسلم ليلة فقال بعض القوم لو عرست بنا يا رسول الله قال اخاف ان تناموا عن الصلاة فقال بلال انا اوقظكم فاضطجعوا واسند
بلال ظهره الى راحلته فغلبته عيناه فنام فاستيقظ النبي صلى الله عليه وسلم وقد طلع حاجب الشمس فقال يا بلال اين ما قلت قال ما القيت
علي نومة مثلها قط قال ان الله قبض ارواحكم حين شاء وردها عليكم حين شاء قم يا بلال فاذن في الناس بالصلاة ثم رضا فلما ارتفعت الشمس وابيضت
قام وصلى وفي السنن عن ابي قتادة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في سفر له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم وملت معه فقال انظر
فقلت هذا راكب هذان راكبان هؤلاء ثلاثة حتى صرنا سبعة فقال احفظوا علينا صلاتنا يعني صلاة الفجر فضرب على اذانهم فما ايقظهم
الا حر الشمس فقاموا فساروا هنيهة ثم نزلوا فتوضؤوا واذن بلال فصلوا ركعتي الفجر • قال محمد بن الحسن قد قضى رسول الله صلى الله عليه
وسلم سنة الفجر غداة تلك الليلة فيما قبل الزوال فاستحسن لاجل هذا قضاءها فيما قبل الزوال لا بعده لما ان القضاء من خواص الواجب
فكان الاصل ان لا يقضى السنة اصلا الا ان الحديث لما ورد بقضائها تبعا قلنا بقضائها فبقي الحكم في غير المنصوص على اصل القياس وهو
عدم قضاء السنة ولهذا لا يقضي بعد الزوال بالاتفاق قوله وفيما بعده اختلاف اي فيما بعد الزوال اختلاف مشايخ ما وراء
النهر في انه هل يقضي سنة الفجر ام لا قال بعضهم يقضيها تبعا ولا يقضيها مقصودة وقال بعضهم لا يقضيها تبعا اصلا لان النص ورد في الوقت
المهمل خلاف القياس فلا يستحسن ان يقاس عليه وقت فرض اخر وهو الصحيح قوله واما سائر السنن سواها لا يقضى بعد الوقت وفي بعض النسخ
سواهما بافراد الضمير فالاول يعني سوى ركعتي الفجر • والثاني يعني سنة الفجر قوله واختلف المشايخ في قضائها تبعا للفرض قال

بعضهم يقضيهما تبعا لانه كم من شي يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا • وقال بعضهم لا يقضيهما تبعا كما لا يقضيهما مقصودة وهو الاصح
لاختصاص القضا بالواجب قوله وقال محمد قد ادرك فضل الجماعة وانما حكم محمد بادراك فضل الجماعة وان كان لم يدرك
ثواب الجماعة عند صاحبيه ايضا لان الشبهة وردت على قوله ان مدرك الامام في التشهد في صلاة الجماعة لا يكون مدركا للجمعة
فيتمها اربعا وكان مقتضى قوله ان لا يدرك فضيلة الجماعة في هذه المسئلة لانه مدرك للاقل كما في الجمعة فازال ذلك الوهم بقوله
قال محمد قد ادرك فضل الجماعة • اصل هذه المسئلة مسئلة الجامع الكبير اذا قال عبده حر ان صلى الظهر في جماعة فسبق ببعضها لم يحنث
لانه لم يصل معهم لانفراده ببعض الصلاة ولو قال ان ادرك الظهر يحنث وان ادركهم في التشهد لان الواصل الى اخر الشي مدرك لذلك
الشي فلما كان مدركا للجماعة بادراك ركعة صار مدركا لثوابها لكن لا يكون ثوابه مثل ثواب من ادرك اول الصلاة مع الامام لفوات
التكبيرة الاولى والدليل على انه يكون مدركا ثواب الجماعة بادراك ركعة ما روى صاحب الصحيح البخاري عن عبد الله بن مسلمة عن
مالك وصاحب السنن عن القعنبي عن مالك ايضا ومالك عن ابن شهاب عن ابي سلمة عن عبد الرحمن عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال من ادرك ركعة من الصلاة فقد ادرك الصلاة • قال فخر الاسلام في صلاة الجمعة والاشبه ان يدرك ثوابها بالاجماع
لان محمدا احتاط في الاداء اتباعا للاثار فاذا عمل بالاحتياط كيف لا ينال الثواب بل ذلك احق على قوله والله اعلم قوله ومراده
اذا كان في الوقت سعة اي مراد محمد بن الحسن بقوله في الجامع الصغير لا باس بان يتطوع قبل المكتوبة فيما اذا كان الوقت متسعا
واذا ضاق الوقت ترك التطوع قوله ثم قيل هذا لا باس في غير سنة الفجر والظهر يعني قال بعض مشايخنا اراد بقوله لا باس بان يتطوع
التطوع قبل العصر والعشاء دون التطوع قبل الفجر والظهر لان التطوع قبل العصر والعشاء مندوب اليه والتالي في خيرة من اتيانه
وتركه فاذن لا باس بان يتطوع قبلهما او لا يتطوع بخلاف التطوع قبل الفجر والظهر فان في تطوع الفجر امرا وتاكيدا وفي تطوع الظهر
وعيدا شديدا • قال عليه الصلاة والسلام صلوهما في سنة الفجر صلوهما وان طردتكم الخيل • وقال عليه الصلاة والسلام في سنة
الظهر من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي قوله والاصح انه يتناول الجميع يعني قال بعض مشايخنا قول محمد لا باس بان
يتطوع عام في جميع السنن وللمصلي الخيار بين ان يتطوع وبين ان لا يتطوع لان السنة لا تثبت الا بمواظبة النبي صلى الله عليه وسلم عليها وكانت
مواظبة النبي صلى الله عليه وسلم على السنن قبل المكتوبات عند ادا المكتوبات بالجماعة وهنا في مسئلتنا الجماعة منتفية لان العبد من في
مسجد قد صلى فيه فلا يكون في حقه اتيان السنة سنة فبقي تطوعا مطلقا فكان على خيرة من اتيانه وتركه والا القول الاول احوط قوله
والاولى ان لا يتركها في الاحوال كلها اي الاولى ان لا يترك السنن الرواتب في جميع الاحوال سوا كان مؤديا بالجماعة او منفردا او مقيما او مسافرا لانها
شرعت جبرا للنقصان يقع في الفرائض الاداء كما الصق الوقت قد مر تفصيل منه وشطر منها في حديث ابي هريرة في كتاب الطهارات عند قوله ولانه
لا يكمل الفرض في محله قوله ومن انتهى الى الامام اي وصل اليه • قوله ادرك الامام فيما له حكم القيام اي في الركوع وهذا لان الركوع
يشبه القيام لوجود استواء النصف الاسفل الذي به يمتاز القائم من القاعد لان استواء النصف الاعلى موجود في القاعد ايضا ولهذا لو شارك
في الركوع صار مدركا • ولنا ان الاقتدا شركة ولا شركة في الاحرام وانما الشركة في الفعل ولم توجد لا من كل وجه ولا من وجه لان القيام
فلا يصير مدركا لتلك الركعة ليس من جنس الركوع ولا الركوع من جنس القيام فلا يصير مدركا لتلك الركعة قوله ما اتى به قبل الامام غير
معتد به فكذا ما يبتنيه عليه يعني ان الذي اتى به قبل الامام غير معتبر بدليل انه لو رفع راسه قبل ان يركع امامه تفسد صلاته فكذا الركوع
الذي اتى به مع الامام لانه بنى على الفاسد والبنا على الفاسد فاسد • ولنا ان شرط اجزا المشاركة في جزء واحد وقد وجدت ولهذا لو شارك
مع الامام في اول الركوع ثم رفع راسه قبل الامام صحت صلاته بالاتفاق فكذا اذا شاركه معه في اخر الركوع لان المشاركة في جزء واحد قد وجد
ولا نسلم انه بنا على الفاسد لان ما اتى به قبل الامام صار كانه لم يكن فصار كانه ركع ابتدا حين ركع امامه قوله كما في الطرف الاول يعني
كما في الجزء الاول من الركوع يعني كما في الجزء الاول من الركوع وقد مر بيانه الساعة • والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب بمنه وكرمه • د

باب قضاء الفوائت

والفوائت جمع فائتة اي قضاء الصلوات الفوائت • لما فرغ عن
ذكر الاداء وهو الاصل شرع في ذكر القضاء وهو الفرع لان القضاء
يحكي بالفائت من المامور به على نوعين ادا وقضا فالادا التسليم عين الواجب بسببه الى مستحقه والقضاء اسقاط الواجب بمثل من عند المامور
هو حقه هذا اختيار شمس الائمة السرخسي وعبارة فخر الاسلام البزدوي الادا اسم لتسليم عين الواجب بالامر والقضاء اسم لتسليم مثل الواجب
به وقد يستعمل احدى العبارتين مكان الاخرى • مثل قوله تعالى فاذا قضيت الصلاة اي اديت ومثل قولهم اديت فلان دينه اي قضيت ثم اختلف اصحابنا
في وجوب القضا فقال عامتهم يجب بالسبب الذي يجب به الادا ولهذا يجهر الامام بالقراة اذا قضى صلاة الليل بالنهار ويخافت اذا قضى صلاة النهار
بالليل ويصلي صلاة السفر ركعتين اذا قضاها في الاقامة ويصلي صلاة الاقامة اذا قضاها في السفر وقيل يجب بسبب جديد وفيه بحث
قد عرف في الاصول قوله ومن فاتته صلاة فيه رعاية الادب حيث لم يقل ومن تركها لان ترك الصلاة لا يليق بحال المسلم قوله
والاصل ان الترتيب بين الفوائت وبين فرض الوقت عندنا مستحق وعند الشافعي مستحب • وجه قوله ان الترتيب اذا كان فرضا يلزم ان يكون اداء
الفائتة شرطا لصحة الوقتية فلا يجوز لان شرط الشي تبع له فالشي يكون وكل صلاة اصل بنفسه فيكون التبع اصلا وتبعا وهو تناقض يرد عليه الايمان فانه
اصل جميع العبادات شرط لصحتها • ولنا ما روى ابو داود في سننه باسناده الى ابي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام قال من نسي صلاة
فليصلها اذا ذكرها فان الله تبارك وتعالى قال اقم الصلاة لذكري • وروي فيه ايضا عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من نسي صلاة فليصلها
اذا ذكرها لا كفارة لها الا ذلك يعني لا يلزمه الا قضاؤها • وروي ان النبي عليه الصلاة والسلام لما فاته اربع صلوات يوم الخندق فقضاهن
من الليل على الترتيب فدل على وجوب الترتيب لان فعله ورد مورد البيان لان الصلاة مجمل • وروي انه قال صلوا كما رأيتموني اصلي وهذا ايضا دل

على الترتيب • وروى الشيخ ابو جعفر الطحاوي عن ابن مرزوق عن ابي عامر عن مالك بن انس عن نافع عن ابن عمر قال من نسي صلاة من الامام
فليصل معه ثم ليصل التي نسي وليصل الاخرى بعد وحدث البخاري في الصحيح باسناده الى جابر قال جعل عمر يوم الخندق يسب كفارهم
فقال ما كدت اصلي العصر حتى غربت فنزلنا بطحان فصلى بعد ما غربت الشمس ثم صلى المغرب • فان قلت خبر الواحد لا يوجب العلم
فكيف يثبت الفرض قلت لما ورد بيانا لمجمل الكتاب التحق به فصار كان فرض الترتيب ثبت بالكتاب • فان قلت يرد عليكم سقوط الترتيب
اذا كثرت الفوائت • قلنا لا نسلم لان فعله صلى الله عليه وسلم ورد فيما كان اقل من يوم وليلة فان قلت يرد عليكم سقوط الترتيب
بالنسيان قلت لا نسلم ايضا لان النبي صلى الله عليه وسلم شرط الذكر • فان قلت يرد عليكم سقوط الترتيب اذا ضاق الوقت قلت لا نسلم
لان الترتيب انما ثبت بخبر الواحد وجب العمل به على وجه لا يلزم منه ترك العمل بالكتاب فاذا قلنا يوجب الترتيب عند ضيق الوقت
يلزم منه ترك العمل بكتاب الله تعالى فلا يجوز ولانا نقول الترتيب فرض وفعل الصلاة في الوقت فرض فعند ضيق الوقت لم يمكن الجمع بينهما
احتجنا الى ترجيح احدهما وقد علمنا ان فرض الوقت اكد من فرض الترتيب لان الترتيب يسقط بعذر النسيان ولا يسقط فرض الوقت بعذر النسيان
فرجح فرض الوقت فسقط الترتيب والمعقول لنا في المسئلة ان الفائتة والوقتية صلاتان واجبتان غير متعاقبتين على وجه التوالي فيجب
الترتيب بينهما كما في صلاتي عرفة وصلاتي المزدلفة ولان كل ترتيب وجب مع بقاء الوقت وجب بعده وفاته كترتيب الركوع والسجود د
فان قلت الترتيب يسقط مع النسيان فوجب ان يسقط مع الذكر كما اذا فاته يومان من رمضان • قلت لا نسلم ان القياس صحيح وهذا لان
النسيان عذر بخلاف الذكر ولا يصح ان يقاس ما ليس بعذر على ما هو عذر وقضاء رمضان فرض متكرر ولا كلام لنا في المتكرر لان الصلوات
اذا تكررت سقط الترتيب فيها ايضا قوله لان الترتيب يسقط بضيق الوقت وانما يسقط بضيق الوقت لئلا يلزم ترك العمل بكتاب
الله تعالى ولان فرض الوقت اكد من فرض الترتيب وقد بيناه قبل هذا • وقال صاحب المحيط اختلف المشايخ فيما بينهم ان العبرة لاصل الوقت
ام للوقت المستحب الذي لا كراهة فيه • قال بعضهم العبرة للوقت المستحب • بيانه اذا شرع في العصر وهو ناس للظهر ثم تذكر الظهر في وقت
لو اشتغل بالظهر يقع العصر في وقت مكروه فعلى قول من قال العبرة لاصل الوقت يقطع العصر ويصلي الظهر ثم يصلي العصر وعلى قول من قال العبرة
للوقت المستحب يمضي في العصر ثم يصلي الظهر بعد غروب الشمس وفي المنتقى في نوادر الصلوات اذا افتتح العصر في اول وقتها وهو ناس للظهر
ثم احمرت الشمس ثم ذكر الظهر يمضي في العصر وهذا نص على ان العبرة للوقت المستحب قوله وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت اي يسقط
الترتيب بهما كما يسقط بضيق الوقت • وقوله كيلا يؤدي الى تفويت الوقتية دليل لكثرة الفوائت لا للنسيان وانما يسقط بالنسيان لان الحديث شرط
الذكر ولانه مع النسيان عاجز عن مراعاة الترتيب ولا يكلف الله نفسا الا وسعها وانما يسقط بكثرة الفوائت لان فعل النبي صلى الله عليه وسلم
كان فيما اذا لم يدخل حد التكرار بكثرة الفوائت ولان كثرة الفوائت في معنى ضيق الوقت • بيانه انه لو لزمه مراعاة الترتيب مع كثرة الفوائت
تفوت الوقتية فيلزم منه ترك العمل بكتاب الله تعالى وهو لا يجوز وعند زفر لا يسقط الترتيب الا الى شهر حتى اذا تركه قضيت صلاة الشهر
كلها وهو المذكور في شرح الطحاوي والمنظومة والمختلف • وقال في شرح الاقطع قال زفر لا يسقط الترتيب ابدا • وقال في المحيط
قال زفر الترتيب لا يسقط بكثرة الفوائت اذا كان الوقت يسع لها وللوقتية وان كانت الفوائت عشرا او اكثر من مراعاة الترتيب حكم استفيد
بخبر الواحد وليس في العمل به ترك حكم الكتاب فان الوقت يسع للكل فيجمع بينهما اذا كان الوقت لا يسع للكل فالعمل بالخبر يؤدي الى ترك العمل د
بالكتاب فيقدم حكم الكتاب على حكم الخبر وهذا حسن وعمل انه يكون عن زفر اخر روايات كما ترى وعند ابن ابي ليلى لا يسقط الترتيب الى
سنة وعند بشر بن غياث لا يسقط في جميع عمره لتقدم الفصل في دليل وجوب الترتيب وجوابه ما مر قوله ولو قدم الفائتة
جاز عطف على قوله ولو خاف فوت الوقتية يقدم الوقتية يعني الواجب عليه تقديم الوقتية ولو قدم الفائتة عليها عند ضيق الوقت
جاز ايضا لان النهي عن تقديم الفائتة على الوقتية عند ضيق الوقت لا لمعنى في الفائتة بل لمعنى في غير الفائتة وذلك المعنى فوات الوقتية
والنهي الوارد لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية كما في الصلاة في الارض المغصوبة بخلاف ما اذا قدم الوقتية عند سعة الوقت على الفائتة
حيث لا يجوز لان وقت التذكر وقت الفائتة بالحديث فيلزم من تقديم الوقتية اداؤها قبل وقتها الثابت بالحديث فلا يجوز ولا يقال ان
ورد النهي عن الفائتة عند ضيق الوقت لانا نقول لما كان الوقت لا يسع الفائتة والوقتية جميعا وهو مامور باداء الوقتية كان منهيا عن د
ادا الفائتة ضرورة وفي كون الامر بالشي نهيا عن ضده كلام قد مر في شرح الاصول قوله يوم الخندق اي يوم حفر الخندق في
المدينة والحديث رويناه عن ابن مسعود في باب الاذان قوله الا ان تزيد الفوائت على ست صلوات استثنا من قوله رتبها
في القضاء • فان قلت لا شك ان المزيد غير المزيد عليه والفوائت جمع اقله ثلاثة فيقتضي هذا الترتيب ان تكون الفوائت تسعا حتى
يسقط الترتيب وهو خلاف ما ذكره اصحابنا • قلت اراد المصنف بالفوائت الاوقات مجازا كما في قوله عليه الصلاة والسلام الصلاة امامك
فصار كانه قال الا ان تزيد الاوقات على ست صلوات فحاصله الا ان تفوت ست صلوات بدخول وقت السابعة ايضا وهو خلاف الرواية
لان وقت السابعة ليس بشرط لسقوط الترتيب • وقال بعضهم اراد به اوقات الفوائت بطريق حذف المضاف وفيه نظر ايضا لان اوقات الفوائت
لا تزيد على ست صلوات الا اذا فات وقت السابعة وهو ظاهر وذلك ليس بمراد المصنف لكونه خلاف مذهب اصحابنا • فان قلت اليس
يرد عليك الاعتراض الثاني قلت لا يرد اصلا لاني استعرت الفوائت للاوقات تشبيها للاوقات بالفوائت وزيادة الاوقات يحصل بمجرد
دخول وقت السابعة ولا حاجة الى فوات وقت السابعة فافهم قوله فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت نفسها وهذا لان
كثرة الفوائت لما كانت مسقطة للترتيب في غيرها كانت مسقطة له في نفسها بالطريق الاولى لان العلة اذا كانت لها اثر في غير محلها
فلان يكون لها اثر في محلها اولى قوله وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير اي كون الفوائت ستا بخروج وقت الصلاة السادسة وهو
المراد بالمذكور في ذلك الكتاب بقوله وان فاته اكثر من صلاة يوم وليلة اجزاته التي بدا بها لانه تعين الفوائت ستا ح

والأول هو المختار اي المذكور في الجامع الصغير هو الصحيح لان المعتبر الزيادة على يوم وليلة بالصلوات حتى تصير الصلوات مكررة وذلك لا يحصل الا بخروج وقت السادسة ۰ قوله ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة اي الى اخره ۰ صورة الفوائت القديمة ان يترك الشخص صلاة شهر او سنة فسقا ثم يقبل على الصلاة نادما على سوء صنيعه ثم ترك اقل من صلاة يوم وليلة فهل يجوز له الوقتية مع تذكرها فات قبل من يوم وليلة ۰ قال بعض مشايخنا المتاخرين يجوز وهو القياس لان الحديثة لئن اداها باحق من القديمة فتحقق كثرة الفوائت وهي مسقطة للترتيب وقال بعضهم لا يجوز الوقتية وهو الاستحسان مع تذكر الحديثة زجرا له عن التهاون بالصلاة وجعل القديمة كان لم تكن بل يجعل كان الحديثة في الفائتة تجنب فلا يتحقق الكثرة فلا يسقط الترتيب لما قلنا ۰ قوله ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر اراد بالبعض بعض المشايخ وهذا الذي اختاره صاحب الهداية من عود الترتيب بعد سقوطه خلاف ما اختاره شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام البزدوي حيث قالا ومن سقط الترتيب لم يعد في اصح الروايتين ۰ وذلك مذكور في مسائل الشيخ ابي حفص الكبير البخاري وتفسير ذلك في رجل ترك صلاة شهر فقضاها الا صلاة او صلاتين ثم صلى صلاة دخل وقتها وهو ذاكر لها فذلك جايز لان الترتيب قد سقط والساقط لا يعود كالماء القليل اذا تنجس فدخل عليه الماء الجاري حتى كثر وسال ثم عاد الى القلة لا يعود نجسا ۰ ووجه ما اختاره صاحب الهداية ما روى ابن سماعة عن محمد في رجل ترك صلاة يوم وليلة ثم صلى من الغد مع كل صلاة صلاة ان الفوائت كلها جائزة قدمها او اخرها والوقتيات فاسدة كلها اذا قدمها لان كل واحدة منها صارت سادسة المتروكات الا انه اذا قضى متروكه بعدها عادت خمسا ثم لا يزال كذلك فلا يعود الى الجواز ۰ فاما اذا اخر الوقتيات فتفسد كلها الا العشاء الاخيرة لانه صلاها وقد صلى جميع ما كان عليه قضاء وكان الناسي واصل ذلك من ترك صلاة ثم صلى اخرى وهو ذاكر لها لم تجزه وان وقع عنده ان ذلك يجزيه خلافا لزفر لان المتروك متروك بيقين فلزم العمل بخبر الواحد في وجوب الترتيب ولم يعذر بالجهل ۰ فاما اذا وقعت الشبهة في المتروك فيعذر كما ذكر في الاصل في رجل صلى الظهر بغير وضوء ثم صلى العصر وهو يظن ان العصر اجزاه لم يجزه العصر فان اعاد الظهر ولم يعد العصر حتى صلى المغرب وهو ذاكر للعصر فان المغرب تجزيه لان العصر غير متروكه بيقين وانما صارت متروكه بخبر الواحد وذلك لا يوجب العلم وانما كانت السنة في العمل بالترتيب في متروك بيقين علما وعملا فاذا الترتيب لم يوجب العمل بخبر الواحد كذا ذكره فخر الاسلام ۰ قوله مع كل وقتية فائتة يعني قضى الفجر بالفجر والظهر بالظهر والعصر بالعصر على هذا الترتيب ۰ قوله لدخول الفوائت في حد القلة لانه لما قدم الوقتية وصارت الفوائت ستا ثم قضى الفائتة عادت الفوائت خمسا ودخلت في حد القلة ۰ قوله لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها اي حال اداء العشاء الاخيرة الوقتية وانما اعتبر ظنه لوقوعه في موضع الاجتهاد وكون المتروك كغير المتروك بيقين لان عند الشافعي مراعات الترتيب ليست بشرط وقيل انما تصح العشاء الاخيرة اذا اخر الوقتيات اذا كان المصلي جاهلا فاما اذا كان عالما فلا لانه صلى العشاء واعتقد ان عليه اربع متروكات ۰ قوله واذا فسدت الفريضة لا يبطل اصل الصلاة عند ابي حنيفة وابي يوسف يعني يكون نفلا لكن عند ابي حنيفة بسبيل التوقف حتى لو ادى ست صلوات انقلب الكل فرضا وعند ابي يوسف يكون عصرا بعد ما فسدت نفلا لا يبطل الثبات لمحمد ان التحريمة ما انعقدت الا للفرض ولو بطل بطلت التحريمة التي انعقدت لاجله ولهما ان التحريمة انعقدت لصلاة موصوفة بصفة الفرضية والفارض نافى صفة الفرضية لا اصل الصلاة فلا يلزم من انتفاء صفة الفرضية انتفاء اصل الصلاة ۰ قوله وقد عرف ذلك في موضعه وهو ما ذكر في كتاب الصلاة اذا ترك صلاة ثم صلى بعدها واحدة وثانية وثالثة ورابعة وخامسة فسدت الخمس كلها عندهما وعند ابي حنيفة في توقف فان صلى السادسة انقلبت هذه الخمس صحيحة والقياس قولهما لان سقوط الترتيب حكم والكثرة علة لهذا الحكم فانما يثبت الحكم اذا ثبتت العلة في حق ما بعد فاما في حق نفسها فلا وهذا لان العلة ما تحل بالمحل فيستغني بحلوله المحل فلا يجوز ان يكون نفس العلة محلا للعلة للاستحالة ولابي حنيفة ان الكثرة صفة لهذه الجملة من الصلوات فاذا ثبتت صفة استندت الى اولها حكمها وهو سقوط الترتيب فسقط الترتيب على احادها كما سقط في اعتبارها وهذا كرجل المرض لما ثبت له هذا الوصف باتصاله بالموت استند الى اوله حكمه ۰ وقال في باب المتاخر في المبسوط هذه المسالة التي يقال واحدة تصحح خمسا وواحدة تفسد خمسا فالواحدة المصححة الخمس هي السادسة قبل قضاء المتروكة والواحدة المفسدة للخمس هي المتروكة تقضى قبل السادسة ۰ قوله ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن يعني ان وجوب الترتيب فيما بين فرض وفرض لا فيما بين فرض وسنة فلما ثبت هذا فالاجماع ۰ قوله وعلى هذا اي وعلى هذا الاختلاف وهو ان الوتر واجب عنده سنة عندهما لا يعيد اذا الفجر مع تذكر الوتر لانه سنة عندهما […] الوتر عنده اذا اعتقد انه […] كانت بغير طهارة واعادها بجمل كانه صلى فرضا ثم صلى فرضا اخر وعندهما يعيد الوتر […] الصلاة لانه عندهما والله اعلم

باب سجود السهو

لما فرغ عن ذكر القضاء والاداء شرع في بيان جابر نقصان يقع فيهما وهو السجود ثم […] الاضافة اضافة المسبب الى السبب وهي الاصل في الاضافات ۰ اعلم ان العلماء اختلفوا في سجود السهو قال علماؤنا انه بعد السلام سواء كان للزيادة او للنقصان ۰ وقال مالك هو للزيادة بعد السلام وللنقصان قبل السلام والضابط لمذهبه القاف مع القاف والدال مع الدال وقال الشافعي هو قبل السلام في الحالين لحديث عبد الله ابن بحينة ان النبي صلى الله عليه وسلم سجد للسهو قبل السلام ولانه جبر للفائت والفائت قبل السلام فكذا ما قام مقامه ۰ ولمالك في النقصان حديث المغيرة ابن شعبة انه عليه السلام سجد للسهو قبل السلام وكان سهوه في نقصان وفي الزيادة حديث عبد الله ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر خمسا فسجد سجدتي السهو بعد السلام ولانه اذا نقص كان سجود السهو جبرا للنقص وجبران لا يفعل خارجا عنها اما السجود للزيادة فانما لترغيم الشيطان فيفعل خارجا عنها ۰ ولنا ما ذكر ابو داود في سننه عن احمد ابن ابراهيم بن حجاج عن ابن جريج قال اخبرني عبد الله ابن مسافع ان مصعب ابن شيبة اخبر عن عتبة ابن محمد ابن الحرث عن عبد الله ابن جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعد ما سلم اطلق عليه الصلاة والسلام ولم يفصل

بين ما اذا شك للزيادة او للنقصان ۰ وذكر ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي باسناده الى ثوبان انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لكل سهو سجدتان بعد السلام ۰ وفيه ايضا باسناده الى ابراهيم عن علقمة عن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا شك احدكم في صلاته فليتحر الصواب ثم ليسلم ثم يسجد سجدتين ۰ وذكر الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار عن عبد الله ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير وانس ابن مالك انهم يسجدون للسهو بعد السلام ولان السلام من افعال الصلاة فيجب تاخيره عنه كما يجب تاخيره عن سائر الافعال ولان الاصل في الاحكام الشرعية ان لا تؤخر عن زمان علتها فاذا جاز التاخير عن زمان العلة وهو السهو فلان يؤخر عن غير زمان العلة اولى واحرى ولانه سجود لا يشتغل عقيب السبب فلا يفعل في نفس الصلاة كالسجود المتروك والجواب عما تمسك المخالف اما حديث ابن بحينة فالمراد منه قبل السلام الاخير وفايدته انه لو سجد للسهو لم يتم لكنه يتشهد ويسلم ۰ وانما قلنا ذلك توفيقا بينه وبين ما ذكرنا او نقول لما تعارض الفعلان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تركناهما جميعا وعملنا بقوله السالم عن المعارض وهو ما روي في حديث ثوبان وفرق مالك بين الزيادة والنقصان لا معنى له فان الزيادة على الكمال نقصان كالاصبع الزائدة والسن الشاغية […] نقص وان كان زائدا ۰ وههنا حكاية لطيفة ذكرها شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال روي ان ابا يوسف كان مع هارون الرشيد فجاء مالك فسأله عن هذه المسالة فقال انه كان عن نقصان يسجد قبل السلام وان كان عن زيادة يسجد بعد السلام فقال له ابو يوسف ما قولك لو وقع السهو في الزيادة والنقصان جميعا […] مالك فقال ابو يوسف الشيخ تارة يخطي وتارة لا يصيب ۰ فقال مالك على هذا ادركنا مشايخنا فقال ان ابا يوسف قال الشيخ تارة يخطي وتارة يصيب ۰ قوله ولان سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام ۰ بيانه ان سجود السهو كان لا يتاخر عن زمان وجود العلة وهي السهو الا انه تاخر ضرورة ان لا يتكرر ولانه اذا سجد وسها بعد ذلك فلا يخلو اما ان يسجد ثانيا او لا فان لم يسجد بقي نقص لا جبر له وان سجد يلزم التكرار وسجود السهو ليس بمكرر بالاجماع فلاجل هذا المعنى اخر عن زمان العلة وهذا المعنى الذي اقتضى التاخير عن زمان العلة اقتضى التاخير عن السلام حتى لو سها عن السلام بان قام الى الخامسة ساهيا يلزمه سجود السهو فلو لم يؤخر عن السلام ربما يقع به النقصان المتمكن بتاخير السلام ثم هذا السلام قبل سجود السهو […] حتى يسجد بعد موضع الجبر لا موضع وجوب الجبر […] باب وجوب الجبر […] ولهذا لو سها بعد السلام لا يلزمه السجود لانه يؤدي الى ما لا يتناهى وما لا نهاية له […] في بدايته ۰ وقد روي عن محمد ابن الحسن انه سأل الكسائي هل للسهو سهو فقال لا فقال محمد لم فقال لان المصغر لا يصغر ۰ قوله وهذا الخلاف في الاولوية اي الخلاف بيننا وبين الشافعي في الاولوية لا في الجواز يعني ان الاولى عندنا ان يسجد للسهو بعد السلام ولو سجد قبل السلام يجوز عندنا ايضا والاولى عنده قبل السلام وبعد السلام يجوز ايضا وهذا الذي ذكره صاحب الهداية هو جواب ظاهر الرواية ۰ وقد ذكر في النوادر انه اذا سجد للسهو قبل السلام لا يجزيه لانه اتى به في غير محله فلا يعتد به كما لو سجد قبل القعود فعليه الاعادة ۰ وجه ظاهر الرواية ان هذا فصل مجتهد فيه فانه اذا اتى به اجزاه لوقوعه في محل الاجتهاد بخلاف ما قبل القعود لانه ليس محل الاجتهاد فلم يعتد بما اتى به ۰ قوله ويأتي بتسليمتين هو الصحيح انما قال هو الصحيح لان في السلام قبل سجود السهو اختلاف المشايخ قال عامتهم انه يسلم تسليمتين ثم يسجد للسهو وقال بعضهم يسلم تسليمة تلقاء وجهه وعليه فخر الاسلام ۰ وجه قول العامة ان السلام ورد مطلقا فيما روي انه عليه الصلاة والسلام سجد للسهو بعد السلام فينصرف الى ما هو المتعارف وهو السلام من الجانبين ۰ ووجه قول فخر الاسلام ان السلام […] بحكم التحية للقوم وحكم التحليل والحكم الاول ليس بمراد في سلام السهو لانه قاطع للاحرام والتحليل لا يتكرر فلا حاجة الى تكرار السلام لكونه عبثا ۰ قال فخر الاسلام ولو سلم فاعل قطع الاحرام فلما بطل في هذا السلام معنى التحية لا يخرف بل يسلم تلقاء وجهه ولا شك ان المتعارف في سلام السهو هو السلام من الجانبين وانما هو في السلام الاخير فكيف ينصرف ما ورد في سلام السهو مطلقا الى ما ورد في السلام الاخير ۰ قوله ويأتي بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح ۰ قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير من مشايخنا من اختار الدعاء قبل السلام وبعده ثم قال وهو قول الطحاوي لان كل واحد […] في اخر الصلاة ثم قال ومنهم من اخر الدعاء الى ما بعد سجدتي السهو وهو اختيار الكرخي وعامة اهل النظر من مشايخنا ثم قال وهو المختار عندنا لان الدعاء مشروع بعد الفراغ من الاداء ولا فراغ قبل الختم ۰ وقال الفقيه ابو الليث في كتاب النوازل قال بعضهم انه في قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف يتشهد ويدعو في السلام الاول لانه يخرج من حرمة الصلاة بالتسليم وفي قياس قول محمد يؤخر الدعاء الى القعدة الاخيرة بعد السلام لان من اصله انه لا يخرج من حرمة الصلاة ۰ قوله ويلزمه السهو اذا زاد في صلاته فعلا من جنسها ليس منها كما اذا ركع ركعتين او سجد ثلاث سجدات ساهيا لان الركوع الزائد والسجود الزائد من جنس الصلاة من حيث انهما ركوع وسجود لكنهما ليسا من الصلاة لكونهما زيادة والاصل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قام الى الخامسة فسبح به فرجع وسجد للسهو ۰ قوله وهذا يدل على ان سجدتي السهو واجبة هو الصحيح اي قول القدوري ويلزمه السهو يدل على وجوب سجود السهو واليه ذهب الشيخ ابو الحسن الكرخي وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي وكان غيره من اصحابنا يقول انه سنة والاول هو الصحيح من المذهب لان محمدا ذكر انه اذا سها الامام وجب على المؤتم ان يسجد يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعد ما يسلم ومطلق الامر للوجوب على ما عرف في الاصول ولانها شرعت لرفع نقص لعارض في الصلاة فكانت واجبة كسجدة التلاوة ولانها شرعت لجبر النقص الداخل في العبادة فكانت واجبة كدماء الحج ۰ قوله فهذا هو الاصل يعني ان الاصل في وجوب سجدة السهو ما ترك الواجب او تاخير الواجب او تاخير الركن ساهيا فاذا وجد واحد منها تحقق سبب الوجوب فيجب سجود السهو نظير ترك الواجب ما اذا ترك القعدة الاولى او القراءة فيها وقام الى الثالثة ساهيا ونظير تاخير الواجب ما اذا قام الى الخامسة ساهيا لانه اخر به لفظ السلام وهو واجب او نقول قاعدا على ظن انه سلم ثم تبين انه لم يسلم يجب عليه سجود السهو ونظير تاخير الركن ما اذا اتى بثلاث سجدات او دعا في القعدة الاولى لان القيام

ركن بتأخيره بزيادة التشهد او الدعاء **قوله** فانما وجب بالزيادة جواب سؤال مقدر وهو ان يقال لو قلتم ان الاصل في جواب سجود السهو ترك الواجب او تأخير الواجب او تأخير الركن ساهيا وقد وجب بسبب الزيادة ساهيا فيقال في جوابه انما وجب السجود بالسهو بالزيادة لانه لا تعرى عن تأخير ركن كما في زيادة السجود اذ لا تعرى عن ترك واجب كما في زيادة القيام بان قام الى الخامسة ساهيا لانه خرج بلزم ترك الواجب وهو اصابة لفظ السلام **قوله** وقال يلزمه اذا ترك فعلا مسنونا كانه اراد فعلا واجبا ● اي قال الشيخ ابو الحسن القدوري وتسمية الواجب بالمسنون لثبوته بالسنة ● اعلم ان الصلاة تشتمل على الافعال والاذكار فاذا وقع السهو في الافعال يجب عليه سجدتا السهو كما اذا وقع فقعد في موضع القيام او قام في موضع القعود او ركع في موضع السجود او سجد في موضع الركوع او ركع ركوعين او سجد ثلاث سجدات او ترك سجدة من ركعة فذكر في اخر الصلاة فسجدها او قام من الرابعة الى الخامسة قبل ان يقعد قدر التشهد ثم قام او ترك القعدة الاولى ● واما اذا سهى عن الاذكار فلا يجب عليه السجود كالسهو عن الثناء والتعوذ وتكبيرات الركوع والسجود وتسبيحاتهما الا في خمس مواضع تكبيرات الاعياد والقنوت والتشهد والقراءة وتأخير السلام اما تكبيرات الاعياد فانه يجب عليه السجود بالسهو عنها كما اذا زاد او نقص او اتى بها في غير موضعه ● واما القنوت فاذا سهى عنه فتذكر بعد رفع الرأس من الركوع يجب عليه سجود السهو ولا يعود واذا تذكر في الركوع ففيه روايتان عن ابي حنيفة واما التشهد فانه اذا سهى عن قراءته في القعدة الاولى او الاخيرة يجب السجود واما القراءة فانه اذا سهى عن السورة في الركعة الاولى او الثانية فتذكر في الركوع او بعده قبل السجدة فانه يعود الى قراءة السورة ويركع ثم يسجد للسهو وكذا اذا سهى عن الفاتحة فانه يعود ويقرأها ويعيد السورة ثم يسجد للسهو ولو تذكر الفاتحة في الاخريين لا يقضيها للزوم تكرار الفاتحة ولو تذكر السورة في الاخريين يقضيها فيهما وذكر في العيون عن محمد اذا قرأ الحمد مرتين في احدى الاوليين فعليه السهو لانه اخر السورة ولو قرأ الحمد ثم السورة ثم الحمد لم يجب عليه السهو وصار كانه قرأ سورة طويلة ولو قرأ الحمد مرتين في احدى الاخريين فلا سهو عليه واذا تشهد مرتين فلا سهو عليه ايضا وان قرأ القرآن في ركوعه وسجوده فعليه السهو لانه ليس بموضع القراءة ولو تشهد في ركوعه او في سجوده او في حال قيامه لا سهو عليه لان هذا ثناء والقيام والركوع والسجود موضع الثناء كذا ذكره الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واما تأخير السلام فانه اذا بقي قاعدا على ظن انه سلم ثم بان انه لم يسلم لم يجب عليه السجود **قوله** وهي امارة الوجوب اي مواظبة النبي صلى الله عليه وسلم من غير ترك ملازمة الوجوب ● والامارة بفتح الهمزة هي العلامة قالوا اطلقت على امارة تلك مبالغة ● امارة تستلزم عليك فلم **قوله** ولانها تضاف الى جميع الصلوات فدل انها من خصائصها والاختصاص انما يكون بالوجوب اي لان القنوت والتشهد من تكبيرات العيدين تضاف الى الصلاة والاضافة دليل الاختصاص والاختصاص انما يكون بالوجوب لان السنة حكم من وجه وهذا اعلم النبي صلى الله عليه وسلم الاعرابي الواجبات دون السنن والخصائص جمع الخصيصة بتأنيث الخصيص وهي الخاص كالشريك والنديم بمعنى المشارك والمنادم **قوله** وكل ذلك واجب اي كل المذكور من القعدة الاولى والثانية والقراءة فيها واجب لا يعاد القعدة الثانية من يكف قال كل ذلك واجب لان المصنف اراد بوجوبها انه اذا سهى عنها بان قام الى الخامسة ثم عاد الى التشهد يلزمه سجود السهو لترك الواجب لانه كان يجب عليه ان لا يؤخر الركن وهو القعدة الاخيرة فلما سهى عنها ترك الواجب **قوله** هو الصحيح اي وجوب سجدتي السهو في كل ذلك هو الصحيح وانما قيد بالصحيح احترازا عما قال الامام القاضي ابو جعفر الاستروشني ان قراءة التشهد في القعدة الاولى سنة لان القعدة الاخيرة لما كانت فريضة كانت القراءة فيها واجبة والقعدة الاولى كانت واجبة فالقراءة فيها كانت يجب فيها ان يكون سنة ● او لم الملازمة ممنوعة لانا نقول لا نسلم ان القراءة في التشهد الاخير انما وجبت لكون القعدة فرضا بل وجوبها ثبت بمواظبة النبي صلى الله عليه وسلم ومواظبته حاصلة على قراءة التشهد في الاولى كالثانية ولئن سلمنا لكن لا نسلم الملازمة الثانية وهي ان يكون قراءة التشهد في القعدة الاولى سنة لكون القعدة واجبة ● فان قلت القراءة في القعدة الاولى تابعة لها فليس يفرض فيكون حالها ادنى من حال متبوعها فيلزم ان يكون سنة ● قلت لا نسلم ان قراءة التشهد بسبيل التبعية حتى يلزم هذا بل هي ذكر مشروع في حالة مخصوصة داوم عليه النبي صلى الله عليه وسلم **قوله** واختلف الرواية في المقدار اي اختلفت الرواية عن اصحابنا في مقدار ما يتعلق به السهو من الجهر فيما يخفى والاخفاء فيما يجهر فذكر الحاكم الجليل ● فقال اذا جهر بمقدار ما تجوز به الصلاة يجب والا فلا ● وروى عن ابن سماعة عن محمد انه قال اذا جهر باكثر الفاتحة يجد ثم رجع ● وروى ابو سليمان عن محمد اذا جهر باكثر الفاتحة يجد وان جهر باقل الفاتحة فاية طويلة ● وروى المعلى عن ابي يوسف ان جهر بحرف فعليه سجود السهو ● كذا ذكره الشيخ ابو الحسين القدوري في شرح مختصر الكرخي وغيره من شايخنا ● وجه قول محمد ان الجهر اليسير لا يمكن الاحتراز عنه وكذا الاخفاء فاعتبر اكثر الفاتحة ● ووجه القول الثاني ان ما يجزي به الصلاة ركن فترك هيئته يوجب السجود ● ووجه رواية ابي سليمان ان الفاتحة وان كانت قرآنا من حيث الحقيقة الا انه اقيم مقام الدعاء في الاخريين وهي دعاء وثناء ايضا فلو كانت دعاء على الحقيقة لم توجب تغيير صفة من اوصافها تغيير صفة من اوصافها سجدتي السهو كما اذا جهر بقراءة التشهد ولو كانت قرآنا حقيقة وحكما لوجوب السهو بتغيير صفة من اوصافها من حيث الجهر والمخافتة فاذا كان فيها جهتان جهة الدعاء حكما وجهة القراءة حقيقة وفرقنا على الجهتين حظهما بخلاف غيرها من السور لانا لم نعط لها حكم الدعاء فاعطي ما يتعلق به جواز الصلاة وهي ثلاث ايات او اية طويلة بالاتفاق واية قصيرة على مذهب ابي حنيفة ● ووجه رواية المعلى ان ما وجب السهو في كثيره وجب في قليله كالافعال ● ثم ان الطرفان وجوب سجود السهو بسبب الجهر والاخفاء مذهبنا ● وذكر في شرح الاقطع عن الشافعي انه لا سجود عليه ● لنا قوله صلى الله عليه وسلم لكل سهو سجدتان ولان الجهر مقصود في القراءة فصار كترك السورة ● وله انه هيئة لركن فاذا تركه لم يلزم الجبران كترك الافتراش وعن قتادة انه روي في حديث ابي قتادة انه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يسمعنا الاية والايتين احيانا في صلاة الظهر فلو كان ذلك على وجه السهو لسجد **قوله** لا يجب به في الفصلين اراد بما جهر الامام فيما يخفى والاخفاء فيما يجهر **قوله** وهذا في حق الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة

قال في تحفة الفقهاء وفي شرح الكرخي المنفرد اذا جهر في موضع الاخفاء لا سهو عليه لان الاخفاء ليس بواجب بل هو مخير بين ان يجهر ويسمع نفسه وبين ان يسمع غيره وبين ان يسر بالقراءة ولا يسمع نفسه ولا غيره والاخفاء في صلاة الجهر فلا سهو عليه ايضا لانه مخير ان شاء جهر وان شاء اخفى فلم يدخل عليه بالاخفاء نقص ● ونقل في شرح الطحاوي في كتاب الصلاة اذا جهر المنفرد فيما يخافت فيما يجهر لا يجب عليه سجدتا السهو وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه المنفرد بالصلاة التي يخافت فيها بالقراءة لا يخير بين الجهر والمخافتة بل يخافت ● فعلى ما ذكره شيخ الاسلام ينبغي ان يجب على المنفرد سجدتا السهو اذا جهر فيما يخافت وعلى الجهر والمخافتة من فصل القراءة **قوله** وقال سهو الامام موجب على المؤتم السجود لتقرر السبب الموجب في حق الاصل واراد بالسبب السهو وبالاصل الامام ● اعلم ان سهو الامام يوجب السجود على الامام وعلى المؤتم وسهو المؤتم لا يوجبه لا عليه ولا على الامام اما سهو الامام فانما يوجب السجود عليه لانه اوجب نقصانا في صلاته فوجب جبرانه بالسجود كما لو كان منفردا فلما وجب عليه وجب على من خلفه لان النقصان المتمكن في صلاة الامام متمكن في صلاة القوم لان صلاتهم متعلقة بصلاته صحة وفسادا فاذا وجب عليهم السجود لا عن سهو للامام فلما وجب عليه وجب عليهم بحكم التبعية وان لم يوجد السبب منهم حقيقة كما اذا نوى الامام في وسط صلاته الاقامة يصير فرضهم اربعا وان لم يوجد منهم النية ● واما سهو المؤتم فانما لم يوجب السجود على الامام فانه بمنزلة المنفرد لا يجب على المنفرد بسهو غيره ولان صلاته ليست بمبنية على صلاة القوم صحة وفسادا فالنقص في صلاتهم لا يوجب نقصا في صلاته فلما لم يجب على الامام لسهو المؤتم لم يجب على المؤتم ايضا تحقيقا للتبعية ولانه لو وجب لا يخلو اما ان يسجد وحده او يسجد معه الامام فلا يجوز الاول لمخالفته امامه لانه صار منفردا في موضع الاقتداء ● وقد قال عليه الصلاة والسلام لا تختلفوا على ائمتكم ولا يجوز الثاني لانه يلزم ان يكون المتبوع تبعا وهو قلب الموضوع وعكس المشروع **قوله** وان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم الا اذا لم يلتزم المؤتم وهو المقتدي اداء الصلاة الا متابعا لامامه فلما لم يسجد امامه لم يسجد هو ايضا تحقيقا للمتابعة وفيه خلاف الشافعي حيث قال يسجد المؤتم اذا سهى امامه ولم يسجد لانه ما بينا ولان سهو الامام ليس باكثر من سهو المؤتم نفسه فاذا لم يكن له ان ينفرد بسجود سهوه لم يكن له ان ينفرد بسهو امامه **قوله** ومن سهى عن القعدة الاولى ثم تذكر اعلم ان الرجل اذا سهى عن القعدة الاولى فقام قبل ان يقعد مقدار التشهد فانه لا يخلو اما ان استوى قائما او لا فان استوى لا يعود الى القعدة ويلزمه السهو لما روى المغيرة ابن شعبة ان النبي صلى الله عليه وسلم قام الى الثالثة فسبح به فلم يعد وسجد بعد في السهو والفقه فيه ان القعدة الاولى واجبة والقيام الى الثالثة فرض فلا يجوز رفض الفرض لاجل الواجب فان قلت يرد عليكم ما اذا تلى اية السجدة في القيام فانه ياتي بها وفيه ترك الفرض ● قلت لا نسلم ان فيه ترك الفرض لان سجدة التلاوة جاز اتيانها في جميع الصلاة فاتيان السجدة لا يرفض القيام بخلاف القعدة فانه لو اتى بها عاد اليها برفض القيام الذي اتى به لان القعدة موضعها قبل القيام فلم يجز رفض الفرض بعد التمام وان لم يستو قائما فلا يخلو اما ان يكون الى القعود اقرب وهو فيما اذا لم يرفع ركبتيه من الارض او الى القيام اقرب وهو فيما اذا رفع ركبتيه من الارض ففي الاول يعود الى القعود لانه لما كان الى القعود اقرب صار كالقاعد والحكم في القاعد انه يقعد مقدار التشهد ثم يقوم فلذا هذا ثم هل يلزمه سجود السهو ● قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه اختلف فيه المشايخ ● وكان الشيخ ابو بكر محمد ابن الفضل يقول بانه لا يسجد لانه اذا كان الى القعود اقرب فكانه لم يقم ولهذا يقعد ● وقال غيره يلزمه السجود لانه بهذا القدر من القيام صار مؤخرا واجبا عن وقته وفي الثاني لا يعود يعني في صلاته لانه لما كان الى القيام اقرب صار كانه قائم فاذا استوى قائما لا يعود فكذا هذا ويلزمه السهو لترك القعدة ساهيا صار كانه قائم **قوله** وان سهى عن القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة ● اعلم ان المصلي اذا سهى عن القعدة الاخيرة في ذوات الاربع كالظهر والعصر والعشاء فقام الى الخامسة او في ذوات الثلاث كالمغرب والوتر فقام الى الرابعة او في ذوات الثنتين كالفجر فقام الى الثالثة فانه يعود الى القعدة ويسلم ويسجد سجدتي السهو ثم تشهد ويسلم لان ما اتى به فليس بصلاة لانه دون الركعة فلما لم يكن صلاة كان محل الرفض فيرفضه بالعود الى القعدة وهذا اذا تذكر قبل ان يقيد الزيادة بالسجدة فان قيدها بالسجدة بطل فرضه عندنا سواء كان القيام الى الخامسة عمدا او سهوا ● وعند الشافعي اذا كان قيامه سهوا لا يبطل فرضه ولكن يعود الى القعدة ويتشهد ويسجد للسهو وان كان عمدا تفسد صلاته كما قام الى الخامسة وانما بطل فرضه عندنا لانه زاد على الفرض ما هو صلاة قبل تمام الفرض فتفسد صلاته قياسا على ما لو صلى ركعتين ولا يقال لا نسلم انه زاد على الفرض ما هو صلاة لانا نقول زاد عليه ركعة والركعة الواحدة صلاة حقيقة وحكما اما حقيقة فلوجود اركانها من القيام والقراءة والركوع والسجود واما حكما فلانه لا يحنث في يمينه لا يصلي اذا صلى ركعة عندنا وعند الوتر ركعة واحدة صلاة نحو قولنا انه زاد على الفرض ما هو صلاة فيوجب فساد الفرض وان لم يكن تاما كما لو صلى ركعتين ولم يقعد ● فان قلت القيام الى الخامسة لا يفسد الفرض اذا كان ساهيا بدليل ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر خمسا ولم يرد انها فسدت قلت ذلك فيما اذا قعد بدليل انه صلى الظهر ولا ظهر دون القعدة الاخيرة وكلامنا فيما اذا لم يقعد ● فان قلت لم لا تفسد زيادة ما دون الركعة قلت لانه ليس بصلاة حقيقة وحكما بل هو بعض الصلاة وبعض الشيء يوجد بوجوده كعدمه كاحد شطري البيع واحد الشاهدين فلم يكن يخرجه صلاته فلذا هذا **قوله** لانه رجع الى شيء محله قبله اي رجع الى القعود الذي محله قبل القيام الى الخامسة فيرتفض قيامه الى الخامسة ليكون اتيان القعود في محله **قوله** لانه اخر واجبا لان الواجب عليه ان ياتي بالقعدة الاخيرة قبل القيام الى الخامسة **قوله** وخرج عن ذلك بخروجه من الفرض ● اي من ضرورة الشروع في النفل خروجه عن الفرض لانهما متنافيان **قوله** وتحولت صلاته نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف يعني اذا لم يقعد في الرابعة قدر التشهد وقيد الخامسة بالسجدة بطل فرضه وتحول نفلا

عندهما خلافا لمحمد وهذا بناء على ما مر بتقيل هذا الباب ان بطلان الوصف لا يوجب بطلان الاصل عندهما خلافا لمحمد **قوله**
لانه مظنون وهذا لانه قام على ظن انها ثالثة وشروع المظنون ليس بملزم عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر وقد عرف **قوله** ثم انما
بطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف الى اخره • اعلم ان الانتقال عن الفرض الى النفل لا يتحقق ما لم يسجد في الخامسة لان ما دون عن
الفرض انما يكون محكما بالشروع في النفل منافيا لهما وقبل النفل لا يحصل بدون القيام والقراءة والركوع والسجود حتى اذا تذكر القعدة
وهو قائم او راكع يعود الى القعدة لكن الانتقال هل يحصل بمجرد وضع الجبهة ام لا فقال ابو يوسف يحصل لان وجود السجدة بوضع الجبهة
على الارض لا بالرفع • وقال محمد لا يحصل الانتقال بمجرد الوضع وانما يحصل بالرفع لان تمام كل شيء بآخره وآخر السجود والسهو الرفع
وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا احدث في السجود فانصرف وتوضأ ثم تذكر انه لم يقعد في الرابعة هل يعود الى القعدة ويبني على صلاته
قال ابو يوسف لا يعود لان ظهره فسد لانه تحقق الانتقال عن الفرض الى النفل بمجرد الوضع • قال محمد يعود ويتم ظهره لان تمام السجدة بالانتقال
والانتقال حصل مع الحدث فلا يصح وبدون الانتقال لا يتم السجدة فصار كانه لم يسجد اصلا فيعود الى القعود قالوا احتج ابو يوسف بجواب
محمد فقال الشيخ • صلاة فسدت يصلحها الحدث يعني هذه الصلاة على قول محمد • قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير والمختار
للفتوى قول محمد لانه ارفق واقيس وهذه كلمة استجهال عند اهل العراق وانما قالها ابو يوسف تهكما وقيل الصواب ث • بالضم د
والراي ليست بخالصة كذا قال صاحب المغرب **قوله** ولو قعد في الرابعة الى اخره • اعلم انه اذا قعد في الرابعة
فقام الى الخامسة على ظن انها القعدة الاولى يعود الى القعدة ما لم يسجد في الخامسة • لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قام الى د
الخامسة فسبح بها فعاد وسلم وسجد سجدتي السهو ولان السلام في حالة القيام ليس بمسنون فامكنه اقامته على الوجه المسنون بان
يعود الى القعدة فيعود لان ما دون الركعة بمحل الرفض على ما مر بيانه ولو سلم قائما على ما هو جازت صلاته كذا ذكر صاحب خلاصة د
الفتاوي **قوله** وامكنه الاقامة على وجهه اي اقامة التسليم على وجه التسليم يعني على ما هو الوجه في التسليم وهو الوجه المسنون
الواقع في حالة القعود **قوله** وانما يضم اليها ركعة اخرى الى اخره • اعلم انه اذا قيد الخامسة بالسجدة لا يعود الى القعدة
ويجزيه الفرض لكن في الظهر والعشاء يضيف اليها السادسة لتكون الاربع الاول فرضا والاخريان نفلا • وعند الشافعي يعود الى القعدة
ولا يضيف السادسة فان اضاف فسدت صلاته لانه انتقل الى صلاة اخرى وعليه ركن لان اصابة لفظة السلام ركن عنده وعندنا
لا تفسد ظهره لانه انتقل الى صلاة اخرى وليس عليه ركن لان اصابة لفظة السلام ليس بركن عندنا • بيانه في اخر باب صفة الصلاة
وانما قيد السادسة للاحتراز عن البتيراء المنهية وهي تصغير البتراء تأنيث ابتر وتفسيرها ان يصلي الشخص ركعة ولا يضيف السادسة د
في العصر لان التنفل بعد العصر مكروه • وعن هشام عن محمد انه لا بأس به لان التنفل بعد العصر انما يكره اذا قصده اما اذا وقع فيه لا بقصد
فلا يكره لانه لا عصيان الا عن اختيار ولهذا ذكر العذر المشيد في الجامع الصغير **قوله** ثم لا تنوبان عن سنة الظهر هو
الصحيح • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ان هاتين الركعتين لا تجزيان عن سنة الظهر بذلك كان يفتي مشايخنا وكان
ويحكي ذلك عن الشيخ ابي عبد الله الجرجاني وهو الصواب لان المشروع صلاة كاملة على وجه السنة فلا يتأدى بما هو مظنون ناقص
غير مضمون • وروى ابن سماعة عن محمد انهما تنوبان عن سنة الظهر **قوله** ويسجد للسهو استحسانا • اعلم ان سجود السهو فيه د
اختلاف قال ابو يوسف لنقص في النفل وقال محمد لنقص في الفرض بيان الاول ان مراعاة حدود النفل على المباشر واجبة وان
لم يكن النفل واجبا كالنكاح وقد ترك ذلك لم يشرع فيه بتحريمة مبتدأة قيل فائدته انه لو اقتدى به انسان في هاتين الركعتين يصلي د
ركعتين • وبيان الثاني ان اصابة لفظة السلام واجبة وقد ترك ذلك فيكون نقصا في الفرض وفائدته لو اقتدى به انسان يصلي
ستا وحاصله ان احرام الفرض هل انقطع ام لا • قال ابو يوسف انقطع وقال محمد لا وجه قول ابي يوسف ان الانتقال الى النفل يتحقق لا محالة
فلزم من ضرورة ذلك انقطاع احرام الفرض • ووجه قول محمد ان احرام الفرض اشتمل على الوصف والاصل فلم يلزم من الانتقال الى د
النفل الا انقطاع وصف الفرض للمنافاة بين وصفي الفرض والنفل فبقي الاحرام في حق الاصل على ما كان تحقيقه ان هذا الشخص شرع في
الخامسة من غير تكبيرة الافتتاح فلو كان احرام الفرض منقطعا لاحتيج الى تكبيرة الافتتاح باحرام جديد لان الاحرام الجديد لا ينعقد
الا بتكبيرة الافتتاح فعلم ان الاحرام الاول باق حتى صح بناء النفل عليه والمختار للفتوى قول محمد **قوله** ولو قطعها لم يلزمه
لانه مظنون اي لو قطع الخامسة بان لم يضف اليها السادسة لم يلزمه شيء عندنا • وقال زفر عليه القضاء وهذا لان الشروع في الصلاة
او في الصوم على وجه الظن ليس بملزم عندنا خلافا له **قوله** ولو اقتدى به انسان فيما يصلي ستا عند محمد لانه هو المؤدي تحريمة
التحريمة وعندهما ركعتين اي عند ابي حنيفة وابي يوسف • وذكر صاحب خلاصة الفتاوي الخلاف بين محمد وصاحبيه كما ذكره
صاحب الهداية • ولكن المذكور في شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد وشرح الطحاوي والمنظومة وشروحها انه يصلي ستا عند محمد
وركعتين عند ابي يوسف ولم يذكر قول ابي حنيفة وهو الصحيح لانه ذكر الناطفي في الاجناس قول ابي يوسف عن نوادر المعلى وقول
محمد عن نوادر ابن سماعة ولم يذكر قول ابي حنيفة في كتب المتقدمين **قوله** ولو افسد المقتدي لا قضاء عليه عند محمد اي لو افسد
المقتدي ما شرع فيه لا شيء عليه • والاصل فيه ما ذكر فخر الاسلام نقلا عن النوادر انه اذا شرع في صلاة مظنونة هل تكون مضمونة في حق المقتدي
ام لا قال ابو يوسف هي مضمونة وقال محمد غير مضمونة وجه قول محمد ان هذه الصلاة غير مضمونة في حق الامام فلو صارت مضمونة
في حق المقتدي لصار بمنزلة اقتداء المفترض بالمتنفل وهو باطل • ووجه قول ابي يوسف ان الصلاة مضمونة في الاصل وانما سقط
وصف الضمان في الامام بسبب عارض مختص بالامام وهو شروعه ساهيا على عزم اداء الواجب ولم يوجد هذا العارض في حق المقتدي
فيلزمه القضاء دون الامام لكن يقضي ركعتين لانقطاع احرام الفرض عند ابي يوسف اذا كان قصدا كاملا لاطلاق النهي والمعنى

فان شروعهما ليس بملزم لقصور قصدهما فلما فقد هذا الشخص بسبب شروعه ساهيا التحق بهما بخلاف المقتدي فانه شرع عامدا
فلم يعجز الحاقه بهما • وفتوى فخر الاسلام هنا على قول ابي يوسف **قوله** قال ومن صلى ركعتين تطوعا اي قال محمد في الجامع د
الصغير ومن صلى ركعتين تطوعا فسها فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان يبني ركعتين ليس له ذلك لانه على تقدير البناء لا يخلو اما ان يبطل سجوده
او لا وكل ذلك غير مشروع • اما الاول فلانه ابطال العمل وهو حرام بالنص • واما الثاني فانه يلزم ان يقع السجود في خلال د
الصلاة وسجود السهو لم يشرع الا في اخر احرام الصلاة ومع هذا لو بنى صح بناؤه لبقاء التحريمة وهو غير مذكور في ظاهر الرواية • كذا
قال خواهر زاده في مبسوطه • قال وينبغي ان يعيد سجدتي السهو ثانيا لان سجود السهو في وسط الصلاة لا يعتد بها **قوله**
بخلاف المسافر يعني ان المسافر اذا سها فسجد لسهوه ثم نوى الاقامة يتم وان كان يلزم ابطال سجود السهو لانه لو لم يبن بطلت صلاته اصلا د
لانه صار فرضه اربعا بنية الاقامة وابطال السجود اهون من بطلان الصلاة فلاجل هذه الضرورة شرع البناء في حق المسافر
دون المتطوع حيث لا ضرورة في بنائه **قوله** ويبطل سجود السهو هو الصحيح وانما يبطل لوقوعه في وسط الصلاة وبقيد الصحيح
احترازا عن قول ابي بكر الاعمش انه يجوز سجود السهو اذا وقع في وسط الصلاة يعتد به وبه اخذ الفقيه ابو جعفر كذا في الفتاوي الصغرى
ثم لما ابطل سجوده على ما هو الصحيح من المذهب يعيد في اخر الصلاة **قوله** ومن سلم وعليه سجدتا السهو الى اخره •
اعلم ان سلام من عليه السهو لا يخرجه من حرمة الصلاة عند محمد وهو قول زفر كذا في المختلف وعند ابي يوسف وابي حنيفة
يخرجه خروجا موقوفا فاذا سجد للسهو كان في حرمة الصلاة والا فلا • لمحمد ان هذا السلام لا اثر له في التحليل لان سجود السهو شرع
جبرا للنقصان فلا بد للجابر من ان يكون في احرام الصلاة فيسقط معنى التحليل عن السلام ولهذا لو سجد يسقط معنى التحليل بالاتفاق ولهما ان
العلة الموضوعة للحكم يثبت حكمها متى انعدم المانع والمانع هنا الحاجة الى الحاق الجبر بالاصل فان سجد يسقط معنى التحليل عن السلام لتحقق
الحاجة وان لم يسجد ثبت التحليل لكونه محللا للسلام ولا مانع يمنع ثبوته كوجوب الغسل بالوطء وغيره • الخلاف يظهر في مسائل
منها صحة الاقتداء فعند محمد سواء سجد الامام او لم يسجد ما لم يخرج عن القبلة وعندهما يكون الامر موقوفا فاذا
سجد الامام يصح اقتداؤه والا فلا • ومنها ان وضوءه بالقهقهة هل ينتقض ام لا فعند محمد ينتقض وعندهما ان سجد د
للسهو ينتقض والا فلا • ومنها ان فرضه بنية الاقامة هل يتغير ام لا فعند محمد يتغير سواء سجد او لم يسجد وعندهما لا يتغير
الا اذا سجد • والرابعة انه اذا اقتدى به انسان في هذه الحالة ثم وجد منه ما ينافي الصلاة قصدا هل ينتقض ام لا فعند
محمد ينتقض سجد الامام او لم يسجد لصحة الاقتداء وعندهما لا ينتقض لعدم صحة الاقتداء **قوله** لا يخرجه من الصلاة
اصلا يعني لا خروجا موقوفا ولا خروجا باتا • وعندهما لا يخرجه خروجا باتا ولكن يخرجه خروجا موقوفا **قوله** لانه
محلل الى اخره • اي لان السلام محلل في نفسه وانما لا يعمل السلام عمله وهو التحليل لحاجة المصلي الى اداء السجدة فلا تظهر الحاجة
دون السجود فلو اذا لم يسجد للسهو يتحقق الحاجة فيسقط معنى التحليل عن السلام للحاجة ولا تتحقق الحاجة اذا لم يعد الى سجود السهو
فيثبت التحليل **قوله** ويظهر الاختلاف في هذا اي تظهر فائدة الخلاف فيما اذا دخل رجل في صلاته بعد التسليم هل يكون د
داخلا ام لا فعند محمد يكون داخلا سواء سجد للسهو ام لا وعندهما ان سجد يكون داخلا والا فلا **قوله** لان هذا السلام
غير قاطع يعني ان سلام من عليه السهو غير قاطع لحرمة الصلاة اما عند محمد فظاهر لانه لا يخرجه عن حرمة الصلاة اصلا
واما عندهما فلا يخرجه خروجا باتا فلا يقطع الاحرام مطلقا فلما نوى القطع تكون نيته مبدلة للمشروع وليس للعبد تبديل
المشروع فتلغو نيته كما اذا نوى الابانة بصريح الطلاق لا تصح نيته فيكون رجعيا **قوله** وذلك اول ما عرض له استقبل
الصلاة قيل معناه اول ما سها في عمره هكذا فسره صاحب الاجناس قول محمد وعلل وقال انه قد ذكر في صلاة الاثر ان شك بعد ذلك
في مسألة من الصلاة في خليفة بنى على اكبر ظنه • وقال شمس الائمة السرخسي يعني قوله اول ما سها ان السهو ليس بعادة له لا انه د
لم يسه قط • قال فخر الاسلام اي في هذه الصلاة وكلاهما قريب • اعلم انه اذا سها في صلاته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا فينظر د
ان كان السهو وقع له اول مرة يستقبل الصلاة عند علمائنا • وقال الشافعي يبني على الاقل لما روى ابو داود في سننه باسناده
الى ابي سعيد الخدري انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا شك احدكم في صلاته فليلق الشك وليبن على اليقين ولنا
ما روى خواهر زاده وغيره في المبسوط عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا شك احدكم في صلاته انه كم صلى فليستقبل الصلاة
وقال صلى الله عليه وسلم دع ما يريبك الى ما لا يريبك وروى عامر الشعبي عن ابن عباس انه قال اذا شك الرجل في الصلاة استقبل
الصلاة ولانه قادر على اسقاط الفرض بيقين من غير مشقة تلحقه فيلزمه الاستقبال كما اذا شك في اصل صلاته انه صلى ام لا
وكما اذا ترك صلاة واحدة من يوم وليلة ولا يدري انها اي صلاة فانه يصلي خمس صلوات حتى يخرج عن العهدة بيقين بخلاف ما اذا
كان يسهو كثيرا حيث لا نقول بالاستقبال للزوم الحرج لان الحرج له اثر في الاسقاط • والجواب عن حديث ابي سعيد ان القاء
الشك كما يكون بالبناء على الاقل يكون بالاستيناف بل الاستيناف اولى لانه ابعد من الشك لكونه خروجا عن العهدة **قوله** وان
كان يعرض له كثيرا بنى على اكبر رايه يعني على غالب سؤاله وهو الظن اعلم انه اذا كان السهو يعرض له كثيرا تحرى ان كان له ظن بنى
على ما وقع تحريه عليه • وقال الشيخ ابو الحسن القدوري في شرح مختصر ابي الحسن الكرخي كان ابو الحسن يقول معناه ان يعاوده د
حتى يكون غالب احواله فكلما اعاد شك ولا يتوصل الى اداء فرضه باليقين الا بمشقة فجاز ان يرجع الى الاجتهاد ثم قال في رواية
الاصول يبني على التحري • وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يبني على اليقين وهو قول الشافعي والتحري طلب ما هو الاحرى وهو الصواب
ولنا ما روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار عن ربيع المؤذن عن يحيى بن حسان عن وهيب عن منصور عن ابراهيم عن علقمة

عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا صلى احدكم فلم يدر اثلاثا ام صلى اربعا فلينظر احرى ذلك الى الصواب
فليتمه ثم ليسلم ثم يسجد سجدتي السهو ويتشهد ويسلم ولان عدد الركعات شرط من شرائط الصلاة فجاز التحري عند الاشتباه
كما في التوجه الى القبلة ● فان قلت ما الجواب عن حديث ابي سعيد وليس فيه فصل بينما اذا وقع السهو اول مرة او كثيرا ونحوه
امر فيه بالبناء على اليقين وتمسك به الشافعي ● قلت المذكور في حديث ابي سعيد الشك وهو عبارة عن تساوي الطرفين و
فاذا كان الامر كذلك فنحن نقول ايضا بالبناء على الاقل وليس كلامنا فيه وانما هو في الظن وهو عبارة عن رجحان احد الطرفين
فان قلت حديث عبد الله ايضا مطلق فكيف حملتموه على ما اذا كان السهو يعرض له كثيرا قلت توفيقا بين حديثي عبد الله وابي سعيد ولان
في السهو اذا كان له عادة حرجا بينا في الاستقبال بخلاف ما اذا لم يكن له عادة قوله وان لم يكن له راي بنى على اليقين
اي على الاقل وهذا الذي روي عن ابي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا شك احدكم في صلاته فليلق الشك وليبن على
اليقين وهو محمول على ما اذا لم يكن له ظن لان الشك عبارة عن تساوي الجهتين قوله والاستقبال بالسلام اولى وعند
مشايخ بقوله استأنف الصلاة ينبغي اذا استأنف الصلاة فيما اذا عرض له السهو اول مرة استأنف بالسلام لان المحلل المشروع دون
الكلام فان استأنف بالكلام ايضا لانه قاطع للصلاة كالسلام اما اذا استأنف بمجرد النية فلا اعتبار له قوله وعند
البناء على الاقل يقعد في كل موضع يتوهم آخر صلاته كيلا يصير تاركا فرض القعدة ● بيانه فيما ذكر الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي انه اذا لم يقع تحريه على شيء بنى على الاقل كما اذا وقع له الشك في الركعة والركعتين فانه يجعله ركعة واحدة
ولو وقع الشك في الركعتين او الثلاث جعلها ركعتين وان كان بين الثلاث والاربع جعلها ثلاثا فتتم صلاته وعليه ان يتشهد عقيب
الركعة التي يقع الشك انها آخر صلاته احتياطا ثم يقوم فيضيف اليها ركعة اخرى وهذا الذي قلنا فيما اذا سها انه صلى ثلاثا ام
اربعا اما اذا سها في الفجر انه صلى ثنتين او ثلاثا او سها في ذوات الاربع انه صلى اربعا او خمسا فانه يؤمر بالتحري فيعمل بتحريه
على ما وقع الاية اذا كان قائما يعود الى القعدة اذا وقع تحريه على انها خامسة لاحتمال فساد الصلاة بتركها وان كان قاعدا
يتحرى في اعداد الركعات اولا فان وقع تحريه على انها ثانية في صلاة الفجر او رابعة في ذوات الاربع اجزأته من القعدة وان وقع
تحريه على انه زاد ركعة يتحرى انه هل قعد على رأس الثانية في الفجر او على رأس الرابعة في ذوات الاربع ام لا فان وقع انه قعد فانه
يجزيه وان وقع انه لم يقعد فانه لم يجزه وان لم يقع تحريه على شيء تفسد صلاته ولا يبني على الاقل كذا ذكره خواهر زاده في مبسوطه
لان البناء على الاقل فيما اذا لم يكن احتمال الفساد كما اذا شك انه صلى ثلاثا او اربعا وقد ثبت الاحتمال هنا لجواز ترك القعدة الاخرة
والصلاة اذا دارت بين الفساد والجواز حكم بفسادها وبتسليم هذا الاحتمال الاعتبار لم يعتبر التحري كما في باب القبلة والله اعلم بالصواب

باب صلاة المريض

لما ذكر صلاة الساهي وهي صلاة مع قصور ولها
جابر شرع في صلاة المريض لانها صلاة مع قصور ولها
جابر وهو تقدير الامكان ولان كلا من السهو والمرض من العوارض السماوية فتناسبا بان يذكر احدهما عقيب الآخر لكن تقديم السهو
لكثرة وقوعه قوله اذا عجز المريض عن القيام الى آخره ● اعلم انه لا يشترط العجز عن القيام بحيث لا يمكنه القيام اصلا بان يصير
مقعدا حتى اذا خاف زيادة المرض او ابطاء البرء كان كالعاجز عن القيام كذا ذكره خواهر زاده في مبسوطه وجملة القول فيه ان المريض
اذا قدر على اداء المكتوبة قائما بركوع وسجود يلزمه ذلك ولا يجزيه غيره كالصحيح وان عجز عن القيام وقدر على الركوع والسجود قاعدا اجزأه
اداؤه كما قدر وان قدر على القعود ولم يقدر على الركوع والسجود يومي بهما قاعدا فان لم يقدر على القعود ايضا فانه يومي بهما مضطجعا
لان الطاعة بحسب الطاقة ويجعل سجوده اخفض من الركوع ● والاصل فيه قوله تعالى فاذكروا الله قياما وقعودا وعلى جنوبهم
والمراد منه الذكر في الصلاة لان الامر للوجوب ولا ذكر يجب خارج الصلاة فتعينت الصلاة ثم صلاة الصحيح لا تنخفض عن الصفة
فتعينت صلاة المريض ● قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه روي عن عبد الله ابن مسعود انه خرج فرأى اقواما يذكرون الله
قياما فقال ما هذه البدعة فقالوا سمعنا الله تعالى يقول فاذكروا الله قياما وقعودا وعلى جنوبكم فقال انما قال هذا في الصلاة ● وروى
ابو داود في سننه باسناده الى عمران ابن حصين انه قال كان بي الناصور فسألت النبي صلى الله عليه وسلم فقال صل قائما فان لم تستطع فقاعدا
فان لم تستطع فعلى جنب والحديث مسند في الصحاح ايضا الا انه قال في الصحيح كانت بي بواسير فسألت النبي صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فقال
صل قائما الى آخره قوله يومي ايماء ان يصلي قاعدا ● قال صاحب التحفة اختلفت الروايات عن اصحابنا في انه كيف يقعد ● وروى محمد
عن ابي حنيفة انه اذا افتتح الصلاة يتربع واذا ركع يفترش رجله اليسرى في جميع صلاته والصحيح قول محمد لان عذر المريض يسقط عنه
الاركان فلان يسقط عنه الهيئات اولى قوله لانه وسع مثله اي لان الايماء بالركوع والسجود قاعدا وسع مثل هذا الرجل
الذي لا يقدر على القيام والركوع والسجود فتحسب الطاقة فيجزيه ايماؤه لعدم قدرته على ازيد من ذلك قوله ولا
يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه وهذا لما روي عن ابن مسعود انه دخل على مريض يعوده فرآه يسجد على عود فانتزعه ورمى به وقال هذا شيء عرض
لكم الشيطان ● قال الشيخ ابو الحسين القدوري كان ابن عمر ينهى المريض ان يسجد على عود او على وسادة ولان هذا تكلف لا يحتاج
اليه المريض فلا يشتغل بذلك ولو فعل فلا يخلو اما ان عمل سجوده على ذلك الشيء بالايماء او لا فان كان بالايماء يجزيه والا فلا لانه ترك الفرض
الايماء كذا ذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي وهو ينفي قول صاحب الهداية وان وضع ذلك على جبهته لا يجزيه لانعدام الايماء ان وضع ذلك الشيء على جبهته
المريض كي يسجد عليه لا يجزيه لانعدام الايماء قوله وان لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه الى القبلة واومأ
قال الامام حميد الدين الضرير وغيره في شرحهم يوضع وسادة تحت رأسه حتى يكون شبه القاعد ليتمكن من الايماء بالركوع والسجود اذ حقيقة

الاستلقاء يمنع الاصحاء عن الايماء فكيف المرضى ثم اختلفت الروايات عن اصحابنا في كيفية الاستلقاء ● فقال في ظاهر الرواية يصلي
مستلقيا على قفاه ورجلاه الى القبلة ● وروى ابن كاس عنهم انه يصلي على جنبه الايمن ووجهه الى القبلة فان عجز عن ذلك
استلقى على قفاه وهو قول الشافعي ● وروى الطحاوي عن ابي حنيفة انه يصلي على جنبه الايمن ووجهه الى القبلة كذا في شرح الاقطع
وغيره وجه المشهور ما روي عن ابن عمر انه قال يصلي المريض مستلقيا على قفاه يلي قدماه القبلة ولان من نام على جنبه فهو منحرف عن
القبلة واحوال الصلاة يجب فيها التوجه دون الانحراف فكان الاستلقاء على الظهر اولى لان اشارة المستلقي على الجنب تقع الى
رجليه لا الى القبلة ● ووجه رواية ابن كاس ما روي عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في المريض فان لم يستطع على
جنبه فعلى ظهره ● ووجه ما روى الطحاوي حديث عمران وهو قوله عليه الصلاة والسلام فان لم يستطع فعلى جنب والجواب عن
هذا بان المراد منه الاضطجاع يقال لمن استلقى على ظهره انه على جنبه يدل عليه قول عمر ابن ابي ربيعة ان جنبي عن الفراش لناب
كتجافي الاسيوف عند ضراب ومعلوم انه اخبر بعدم استقرار النوم واراد به ترك الاضطجاع قوله جاز لما روينا اشارة
الى حديث عمر قوله ان الذي ذكر في اول الباب الاداء الاولى اي الاحرى هو الاول وهو الاستلقاء على الظهر
قوله وبه تتأدى الصلاة اي بوقوع الاشارة الى هواء الكعبة تتأدى الصلاة قوله وان لم يستطع الايماء
برأسه اخرت الصلاة عنه ● اعلم ان المريض اذا عجز عن الايماء بالرأس هل يلزمه الايماء بالعينين والحاجبين ام لا ولم
يذكر هذا في ظاهر الرواية ● وروي عن ابي حنيفة في غير رواية الاصول ● انه قال لا يومي المريض بحاجبيه ولا
بعينيه ولا بقلبه في الصلاة وهكذا روي عن ابي يوسف ايضا ● وروى محمد ابن الحسن انه قال لا يومي بقلبه ولم يذكر الحاجب
والعينين ● وعن زفر انه يومي بالحاجبين او لا فان عجز فبالعينين فان عجز فبقلبه ● وقال الحسن ابن
زياد يومي بعينيه وبحاجبيه ولا يومي بقلبه ● وقال الحسن ابن زياد يومي بحاجبيه وبقلبه ويعيد متى قدر على الاركان ● وقال
الشافعي يومي بعينيه وقلبه ● وجه قول الحسن ان الصلاة شرعت بافعال توجد من الاعضاء الظاهرة لا الاعضاء الباطنة
ولهذا تجوز الصلاة اذا لم يحضر قلبه في الصلاة فلا يجوز الايماء بالقلب فما دام يقدر على الافعال بالاعضاء الظاهرة يخاطب بالصلاة
فاذا عجز سقطت عنه الصلاة ● ووجه قول زفر ان الايماء بالرأس يجوز بالاتفاق وفي الايماء بالرأس ايماء بالعينين والحاجبين
فاذا عجز عن الايماء بالرأس وقدر على الايماء بالعينين والحاجبين يلزمه ما قدر عليه ويسقط عنه ما عجز عنه لان الطاعة بحسب
الطاقة فاذا عجز عن ذلك يومي بالقلب لان للقلب حظا في الصلاة وهي النية ● ولنا ان فرض السجود يتأدى بالرأس فجاز الايماء به
عند العجز ولم يتعلق ركن من اركان الصلاة بالعينين والحاجبين والقلب فلم يجز الايماء بها عند العجز كما لم يجز باليد ولان الايماء
بالقلب مجرد الاعتقاد والصلاة من افعال الجوارح الظاهرة فلم يجز ان ينوب منابها كما في الحج والصوم قوله لما روينا
من قبل اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم برأسك قوله ولا
قياس على الرأس يعني لا يصح قول زفر الايماء بالحاجبين والعينين والقلب على الرأس لان بالرأس يتأدى ركن الصلاة وهو السجود
بخلاف المقيس والقياس مع وجود الفارق لا يصح قوله وقوله اخرت عنه اشارة الى انه لا تسقط الصلاة وان كان العجز
اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا هو الصحيح وهذا اختيار بعض المشايخ ● وقال بعضهم تسقط عنه الصلاة وان كان العجز اكثر من يوم
وليلة وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام خواهر زاده حتى لو قدر على الايماء بالرأس لا يلزمه القضاء وان كان العجز
دون يوم وليلة لا تسقط بالاتفاق ● وجه الاول انه لا يعجز عن فهم الخطاب فلم تسقط عنه الصلاة بل يدخل في حد التكرار ووجه
الثاني ان العجز عن الايماء بالرأس سبب يعجز عن الاداء كالاغماء فسقطت عنه الصلاة كما سقطت عن المغمى عليه لكن علة سقوط الصلاة
عن المغمى عليه اذا زاد على يوم وليلة موجودة في العاجز عن الايماء بالرأس وهي الحرج على تقدير العجز عن الاداء فثبت الحكم هنا كما ثبت ثمه
قوله وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويجوز ان يصلي قائما يومي وان شاء صلى قاعدا بالايماء
وهو المستحب ● وقال زفر والشافعي يصلي قائما لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعمران ابن حصين صل قائما فان لم تستطع فقاعدا
وقد نقل الحكم من القيام الى القعود ولانه اذا كان قادرا على القيام والركوع والسجود كان يلزمه ان يأتي بالكل فاذا قدر على البعض وعجز
عن البعض لزمه ما قدر عليه وسقط عنه ما عجز عنه ● ولنا ان فرض الركوع والسجود اذا سقط عن الانسان يسقط فرض القيام ايضا كما في
الراكب ولان العاجز عن الركوع والسجود عاجز عن القيام غالبا لان الانتقال من الركوع الى السجود والقعود الى القيام اشق من
الانتقال من القيام الى الركوع فاذا كان الغالب كذلك لم يعتبر بالنادر وجعل كالعاجز عن الامرين ولان ركنية القيام لكونه وسيلة
الى السجدة لما في السجدة من غاية التعظيم فلما سقطت عنه السجدة وهي الاصل سقط عنه القيام وهو الوسيلة كمن سقطت عنه الصلاة
سقطت عنه الطهارة وانما اجزاه القيام لانه تكلف ما لم يلزمه فصار كما لو تكلف الركوع والجواب عن الحديث قلنا ذلك في
المريض الذي يقدر على الركوع والسجود ولا كلام لنا فيه وكلامنا فيما اذا لم يكن قادرا عليهما قوله لما فيها اي في السجدة
قوله واذا كان لا يعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير اي اذا كان لا يتعقب القيام السجود ولا يكون ركنا فيتخير المصلي بين ان
يصلي قائما بالايماء وبين ان يصلي قاعدا بالايماء لكن الافضل ان يومي قاعدا لانه اشبه بالسجود لكن القعود اقرب الى السجود من القيام
لا يقال يرد عليكم صلاة الجنازة حيث لم يلزمه منه سقوط القيام بسبب سقوط السجدة لانا نقول صلاة الجنازة ليست بصلاة حقيقة
بل هي دعاء قوله وان صلى الصحيح بعض صلاته قائما ثم حدث به مرض الى آخره ● يعني ان الصحيح اذا صلى بعض صلاته ثم عرض له مرض
بنى على حسب امكانه وهذه رواية الاصول ● وروى بشر ابن الوليد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه يستقبل الصلاة اذا صار على حال

الايماء ٭ وجه المشهور انه اذا بنى كانت صلاته بعضها كاملة وبعضها ناقصة واذا استقبل كان كلها ناقصة وكان البناء اولى
ولانه بنى صلاة الايماء على تحريمة بركوع وسجود فصار كاقتداء المومي بالراكع والساجد ووجه الرواية الاخرى انهما فرضان
مختلفان فلا يبني احدهما على الاخر كالظهر والعصر قوله فصار كالاقتداء اي صار بناء المريض في اول صلاته كالاقتداء
اي يجوز هذا كما يجوز ذاك اذ يجوز اقتداء القاعد بالقائم والمومي بالراكع والساجد والاصل في المسئلة ان كل موضع يصح الاقتداء
يصح البناء والا فلا كما اذا شرع في الصلاة ثم عرض له مرض بحسب ما يمكنه لان اقتداء القاعد او المومي بالقائم يصح
بالاتفاق ٭ اما اذا ابتدأها قاعدا يركع ويسجد ثم قدر على القيام فانه يبني ٭ قال ابو حنيفة وابو يوسف يبني لان من اصلهما ان
اقتداء القائم بالقاعد يجوز وكذلك البناء ٭ وقال محمد لا يبني لان من اصله ان اقتداء القائم بالقاعد لا يصح فكذلك البناء
قوله وقد تقدم بيانه اي بيان اختلافهم في الاقتداء مر في باب الامامة قوله وان صلى بعض صلاته
بايماء ثم قدر على الركوع والسجود استانف عندهم جميعا اي عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وعند زفر والشافعي يبني وهذا لان
اقتداء الراكع والساجد بالمومي يجوز عندهما فكذا البناء وعندنا لا يجوز امامة المومي للراكع والساجد فلم يجز بناء الركوع والسجود على
تحريمة انعقدت ايماء وقد مر تحقيق مسئلة الايماء مذكورا في باب الامامة قوله ومن … لا يكره عند ابي حنيفة وهذا لان الاتكاء
ادنى حالا من القعود لانه لا ينافي القيام بخلاف القعود فانه ينافيه فلما كان القعود بغير عذر يقطع الصلاة عندهما جاز ان
مكروها عنده كان الاتكاء غير مكروه وعندهما يكره الاتكاء بغير عذر لان القعود بغير عذر لم يقطع الصلاة عندهما والاتكاء دون
القعود باعتبار انه لا ينافي القيام فكان مكروها اشارة في الادب قوله وان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق اي وان قعد
في صلاة التطوع بغير عذر بعد ما شرع قائما يكره بالاتفاق ثم هل يجوز الصلاة ام لا فعند ابي حنيفة يجوز وعندهما لا يجوز ٭ وقد
مر بيانه في فصل القراءة وقوله وقد مر في باب النوافل فيه نظر لانه لم يذكره في باب النوافل قوله ومن صلى في السفينة قاعدا
من غير عذر اجزاه عند ابي حنيفة وحاصل القول في هذا ان المصلي لا يخلو اما ان يكون عاجزا عن القيام اولا والسفينة جارية اولا
فان كان عاجزا عن القيام يجوز له الصلاة قاعدا بالاتفاق وان لم يكن عاجزا عن القيام والسفينة راسية لا يجزيه الصلاة قاعدا بالاتفاق
فاذا كانت جارية يجوز عند ابي حنيفة وقد اساء وعندهما لا يجوز وبه اخذ الشافعي لان ترك القيام في المكتوبة مع القدرة عليه فصار
كما لو كان على الارض حيث لا يجوز له ترك القيام مع القدرة عليه ٭ وله ما روي عن ابن سيرين انه قال صلى بنا انس في السفينة قعودا
ولو شئنا لخرجنا ولان الغالب من حال الراكب دوران الراس واسوداد العين والعجز عن القيام فكان الغالب كالمتحقق
كما في السفر لما كان الغالب فيه المشقة جعلت المشقة كالمتحققة بخلاف ما لو كان على الارض لان الغالب ان لا يدور الراس
ولا تحار الاعين وايضا ان السفينة لما اشبهت الارض من حيث انه يباح الجلوس عليها للقراءة ولهذا لم يجز ان يترك القراءة
والركوع والسجود في التطوع وتكفيه سجدة واحدة اذا تلا اية السجدة مرتين ويلزمه التوجه الى القبلة كلما دارت وشبه بالدابة
لان السفينة مركب البحر والدابة مركب البر فوفرنا على الشبهين حظه فقلنا لا يسقط الركوع والسجود كما لو كان على الارض ويسقط القيام
كما في صلاة الراكب على الدابة قوله والخروج افضل ان امكنه اي الخروج من السفينة افضل اذا كان يقدر على الخروج الى الشط
ليتحرز به عن الخلاف قوله والمربوطة بالشط يعني ان حكم السفينة اذا كانت مربوطة اي مشدودة حكم الشط حتى لا يجوز الصلاة
فيها قاعدا مع القدرة على القيام كما لو كان في الشط ٭ قال شيخ الاسلام خواهر زاده لم يفصل في الكتاب يعني المبسوط على قول ابي
حنيفة بين ان تكون السفينة جارية وبين ان تكون راسية بل اطلق الجواب اطلاقا ٭ ثم قال بعض مشايخنا على قول ابي حنيفة يصلي
قاعدا اذا كانت السفينة جارية لان الغالب دوران الراس ٭ فاذا كانت راسية لا يجزيه الصلاة قاعدا ٭ وقوله في الهداية احتراز
عن قول عامة المشايخ ان على قول ابي حنيفة يجوز الصلاة قاعدا في السفينة جارية كانت او راسية لاطلاق ما ذكره في المبسوط والجامع
الصغير والصحيح ان الخلاف في الجارية لا في الراسية كما قال بعض مشايخنا قوله ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضى اذا
افاق ٭ المريض اذا اغمي عليه يوما وليلة او اقل ثم افاق يقضي استحسانا وكان القياس ان لا يقضي اذا اغمي عليه وقت صلاة كاملا كما اذا
كان الاغماء اكثر من يوم وليلة ٭ قال الشافعي لا الا انه يقول اذا اغمي عليه قبل الزوال فاذا افاق قبل غروب الشمس يلزمه قضاء الظهر
والعصر لانه يجعل الوقتين بمنزلة وقت واحد حتى جوز اداءهما في وقت للمريض والمسافر وكذا اذا اغمي عليه قبل غروب الشمس ثم افاق
قبل طلوع الفجر يجب عليه قضاء المغرب والعشاء ٭ وجه القياس ان الاغماء عذر يعجزه عن فهم الخطاب وكثيره يمنع الوجوب فكذا قليله كالجنون
بخلاف النوم فان كثيره لا يمنع الوجوب لندرته فكذا قليله ٭ ووجه الاستحسان ما روي ان عليا اغمي عليه يوما وليلة فقضى وعن
عمار بن ياسر انه اغمي عليه اربع صلوات فقضاهن ٭ وعن ابن عمر انه اغمي عليه اكثر من يوم وليلة فلم يقض والفقه في المسئلة انه
عذر يعجزه عن فهم الخطاب فلا ينافي الوجوب في الذمة ما لم يؤد الى الحرج لانه لم يتحقق عليه قضاؤه ٭ الا ترى ان الحائض تقضي الصوم
لانه لا يستوعبه ولا تقضي الصلاة لانه يحرجها تستوعبه ٭ واما القياس على الجنون فغير مسلم لان الجنون عندنا كالاغماء في تداخل
الصلاة ان الجنون اذا كان اكثر من يوم وليلة يسقط القضاء وان كان اقل من ذلك فلا يسقط قوله وهذا استحسان اي قضاء
المغمى عليه خمس صلوات وما دونها استحسان قوله بخلاف النوم يعني اذا زاد النوم على يوم وليلة لا يسقط القضاء لان امتداد
النوم اكثر من يوم وليلة نادر فلا عبرة بالنادر فالحق بما دونه قوله ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد اي
من حيث اوقات الصلوات يعني ان محمدا اعتبر اوقات الصلوات حتى لا يسقط عنه القضاء ما لم يصر الفوائت ستا وان زادت الساعات على
يوم وليلة كما اذا اغمي عليه قبل الزوال ثم افاق من اليوم الثاني وقت الظهر يجب عليه القضاء عند محمد خلافا لهما لمحمد ان حقيقة التكرار

عمل بفوات الست فيعتبر بالاوقات ٭ ولهما ما روي عن ابن عمر انه اغمي عليه اكثر من يوم وليلة فلم يقض الصلوات والحرج في
المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى والله اعلم ٭ ثم اعلم ان الخلاف في مبسوط خواهر زاده ٭ وفي اصول فخر الاسلام البزدوي
في باب الامور المعترضة على الاهلية كما ذكر صاحب الهداية بين ابي حنيفة وابي يوسف وبين محمد والفقيه ابو الليث جعل اعتبار
الساعات رواية عن ابي حنيفة ٭ وذكر شمس الائمة السرخسي ان اعتبار الساعات رواية عن ابي حنيفة والصحيح ان العبرة لعدد
الصلوات ٭ كذا قال في شرح الكافي وفي المنظومة والمختلف وشرح الطحاوي ذكر الخلاف بين ابي حنيفة ومحمد ولم يذكر قول
ابي يوسف ومحمد رحمهم الله سبحانه وتعالى اعلم

باب في سجود التلاوة

كان من حق الباب ان يذكر عقيب سجود السهو
لمناسبة بينهما من حيث بيان السجود الا ان المصنف لما قدم باب صلاة المريض لكون المرض من العوارض السماوية كالسهو تاخر هذا
الباب ضرورة وهو في الحقيقة ملحق بباب سجود السهو ايضا ثم الاضافة اضافة الحكم الى سببه ٭ فان قلت التلاوة سبب
في حق التالي والسماع في حق السامع ٭ قلت لا نسلم ان السماع سبب في حق السامع بل السبب في حقه التلاوة ايضا كما هو مذهب
بعض مشايخنا ولئن سلمنا انه سبب في حقه لكن انما لم يذكره لكون التلاوة اصلا في الباب لان التلاوة اذا لم توجد لا يوجد
السماع ثم اعلم ان الكلام هنا يقع في مواضع الاول في انها واجبة ام سنة والثاني في سبب وجوبها والثالث في شرطها
والرابع في ركنها ٭ اما الاول فنقول قال علماؤنا انها واجبة ٭ وقال الشافعي انها سنة لما ان زيد بن ثابت قرأ سورة والنجم بين
يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يسجد فيها ولم يسجد لها النبي صلى الله عليه وسلم فدل على انها غير واجبة ولاصحابنا قوله تعالى فما لهم
لا يؤمنون واذا قرئ عليهم القران لا يسجدون فقد ذمهم على ترك السجود وانما يستحق الذم بترك الواجب وقوله تعالى في سورة والنجم
فاسجدوا وقوله تعالى في سورة اقرأ واسجد مطلقا والامر للوجوب ٭ وقد روي عن علي انه قال عزائم السجود الم تنزيل
وحم والنجم واقرأ باسم ربك والعزيمة عبارة عن الواجب ٭ وروي عن ابن عباس انه قال السجدة على من سمعها وعن ابن عمر انه قال السجدة
على من سمعها وكلمة على للايجاب ولانها في بعض ذلك طاعة الانبياء والاولياء وفي بعضها استنكاف الكفار وموافقة
الانبياء والاولياء واجبة لقوله تعالى فبهداهم اقتده وكذا مخالفة الاعداء ولو لم تكن واجبة لما جاز اداؤها في الصلاة لان
زيادة سجدة في تطوع توجب الفساد عنده اذا كان عمدا وعندنا يكره ولانه ركن مفرد عن اركان الصلاة الاصلية شرعت
قربة خارج الصلاة فيجب ان تكون واجبة قياسا على القيام في صلاة الجنازة ٭ واما الجواب عن حديث زيد فنقول انه يحتمل انه كان
على غير طهارة او كان في وقت يكره السجود فيه ويحتمل انه اخر لان وجوبه ليس على الفور والاحتجاج بالحديث انما يستقيم اذا روي انه
صلى الله عليه وسلم لم يسجد حتى خرج من الدنيا ٭ فان قلت لما كانت مفردة عن الصلاة فلا يجب قياسا على القيام والركوع ٭ قلت القياس
ليس بصحيح لانها مسنونة عنده مع ان القيام والركوع خارج الصلاة ليس بمسنون ٭ فان قلت جاز اداؤها على الدابة ايماء اذا تلا الاية
راكبا ولو كانت واجبة لم يجز كالوتر والمكتوبات ٭ قلت لما كان يكثر وجوبها بكثرة القراءة جاز اداؤها راكبا دفعا للحرج بخلاف
الوتر وسائر المكتوبات فانها شرعت في اوقات مخصوصة فلا حرج في النزول ٭ واما الثاني فنقول ان سبب وجوبها التلاوة
الصحيحة او السماع لتلاوة صحيحة اما التلاوة فظاهر لانها تضاف اليها حيث يقال سجدة التلاوة والاضافة دليل السببية واما السماع فلان
النبي صلى الله عليه وسلم كان يسجد لسماع تلاوة غيره كما يسجد لتلاوة نفسه وعن الصحابة انهم قالوا السجدة على من سمعها كما قالوا على من تلاها ٭
واما الثالث فنقول شروطها اربعة الطهارة عن الحدث والطهارة عن الخبث واستقبال القبلة وستر العورة وهذا لان السجود
ركن من اركان الصلاة فاشترط لادائه بعض ما يشترط لاداء كلها ٭ واما الرابع فنقول ان ركنها وضع الجبهة على الارض لان ركن الشيء ما
يقوم به ذلك الشيء والسجدة لا توجد الا بوضع الجبهة على الارض ٭ قال في النوازل اذا قرأ الرجل اية السجدة بالهجاء لا يجب عليه السجدة لانه لا يقال
قرأ القران وانما يقال هجا القران ولو فعل ذلك في الصلاة لا تفسد صلاته لان ذلك من القران لان الهجاء موجود في القران قوله قال
سجود التلاوة في القران اربعة عشر اعلم انه لا خلاف بيننا وبين الشافعي ان السجود في اربعة عشر موضعا الا انه لا يقول بالسجدة في سورة
ص ويقول بالسجدتين في سورة الحج وقال مالك لا سجود في المفصل في سورة والنجم وفي سورة اذا السماء انشقت وفي اقرأ باسم ربك وبه
قال الشافعي في القديم فيكون على قول مالك احد عشر سجدة والمفصل عنده ما دون الحواميم من سورة الحجرات وعند بعضهم ما دون سورة
الحجرات كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه الاختلاف في المفصل ٭ قال اصحابنا السجدة الثانية في الحج ليست بسجدة تلاوة بل هي سجدة
صلاة بدليل قرانها بالركوع ولان هذه سورة واحدة فلا يجتمع فيها سجدتان قياسا على سائر السور ٭ فان قلت روى ابو داود في سننه
عن عقبة بن عامر انه قال قلت لرسول الله صلى الله عليه وسلم افي سورة الحج سجدتان قال نعم ومن لم يسجدهما فلا يقرأهما قلت نقول يجوز
ذلك لكن الاولى للتلاوة والثانية للصلاة ٭ قال اصحابنا ان سجدة ص سجدة تلاوة ٭ وقال الشافعي انها سجدة شكر وثمرة الخلاف في انها
هل تسن في الصلاة ام لا ٭ لنا ما روى ابو داود في سننه عن ابي سعيد الخدري انه قال قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو على
المنبر فلما بلغ السجدة نزل فسجد وسجد الناس معه وكان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد ولو كانت سجدة شكر ما جاز ادخالها في
الصلاة ٭ فان قلت روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في سجدة ص سجدها داود توبة ونحن نسجدها شكرا قلت هذا لا يصلح به الاحتجاج
للشافعي لانه مرسل وهو ليس بحجة عنده الا مراسيل سعيد بن المسيب ولئن صح انه مسند فنقول يجوز ان يكون سجدة تلاوة وسببها الشكر ٭
وقال علماؤنا في المفصل ثلاث سجدات بدليل ما روى ابو داود في سننه عن عمرو بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اقرأه خمس عشرة
سجدة في القران منها ثلاث في المفصل وفي سورة الحج سجدتان الا انا نقول السجدة الثانية في الحج هي سجدة الصلاة روى البخاري في الصحيح

عن الاسود عن عبد الله قال قرأ النبي صلى الله عليه وسلم النجم فسجد فيها وسجد من معه غير شيخ اخذ كفا من حصا او تراب فرفعه الى جبهته
وقال يكفيني هذا قال فرأيته بعد قتل كافرا وفي الصحيح ايضا عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم سجد بالنجم وسجد معه المسلمون والمشركون والجن
والانس وفي السنن عن ابي رافع قال صليت مع ابي هريرة العتمة فقرأ اذا السماء انشقت فسجد قلت ما هذه السجدة قال سجدت بها
خلف ابي القاسم صلى الله عليه وسلم فلا ازال اسجد بها حتى القاه ۞ وقال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الآثار حدثنا ابن مرزوق قال
حدثنا ابن وهب قال حدثنا شعبة عن عاصم بن بهدلة عن زر عن علي قال العزائم اربع الم تنزيل وحم والنجم واقرأ باسم ربك
وذكر في شرح الآثار ايضا باسناده الى ابي هريرة قال سجدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في اذا السماء انشقت واقرأ باسم ربك الذي خلق
سجدتين ۞ فان قلت روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لم يسجد في شيء من المفصل منذ تحول الى المدينة ۞ قلت معناه انه لم يسجد عقيب التلاوة
بدليل ما روينا من الاحاديث او نقول انه مرسل رواه عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم والمرسل ليس بحجة عند الخصم فكيف يحتج به علينا قوله
وموضع السجدة عند قوله لا يسأمون في قول عمر اعلم ان مواضع السجدة في آخر الاعراف عند قوله ان الذين عند ربك لا يستكبرون عن عبادته
ويسبحونه وله يسجدون وفي الرعد عند قوله ولله يسجد من في السموات والارض طوعا وكرها وظلالهم بالغدو والآصال وفي النحل عند
قوله ولله يسجد ما في السموات وما في الارض من دابة والملائكة وهم لا يستكبرون يخافون ربهم من فوقهم ويفعلون ما يؤمرون وفي
بني اسرائيل عند قوله ويخرون للاذقان يبكون ويزيدهم خشوعا وفي مريم عند قوله واذا تتلى عليهم آيات الرحمن خروا سجدا وبكيا وفي
الحج عند قوله الم تر ان الله يسجد له من في السموات ومن في الارض والشمس والقمر والنجوم والجبال والشجر والدواب وكثير من الناس وكثير
حق عليه العذاب ومن يهن الله فما له من مكرم ان الله يفعل ما يشاء وفي الفرقان عند قوله واذا قيل لهم اسجدوا للرحمن قالوا وما الرحمن انسجد
لما تأمرنا وزادهم نفورا وفي النمل عند قوله ويعلم ما تخفون وما تعلنون على قراءة العامة وعند قوله الا يسجدوا عند قراءة الكسائي وفي الم
تنزيل عند قوله انما يؤمن بآياتنا الذين اذا ذكروا بها خروا سجدا وسبحوا بحمد ربهم وهم لا يستكبرون وفي ص عند قوله فاستغفر ربه وخر
راكعا واناب وفي حم عند قوله فان استكبروا فالذين عند ربك يسبحون له بالليل والنهار وهم لا يسأمون فان كان عند الاول يجوز
على مذهبنا وهو المروي عن ابن عباس وهو المأخوذ للاحتياط لانه لا يخلو اما ان يكون موضع السجدة في الواقع عند قوله ان كنتم اياه
تعبدون ۞ كما قال الشافعي او عند قوله لا يسأمون فان كان عند الاول يجوز اداء السجدة عند الثاني لانه لا يضره التأخير وان كان عند
الثاني فلا يجوز اداؤها عند الاول لانه يلزم تقديم المسبب على السبب وهو فاسد ولان تمام الكلام يتم بما قلنا والسجود عند تمام الكلام
اولى وفي النجم عند قوله فاسجدوا لله واعبدوا وفي اذا السماء انشقت عند قوله فما لهم لا يؤمنون واذا قرئ عليهم القرآن لا يسجدون وفي اقرأ
باسم ربك عند قوله واسجد واقترب والله اعلم قوله والسجدة واجبة في هذه المواضع وقد بينا ذلك فلا نعيده قوله
وهو غير مقيد بالقصد الصحيح الذي يرجع الى قوله عليه الصلاة والسلام ويجوز ان يرجع الى الايجاب مطلق عن قيد القصد فيجب السجود
على كل سامع سواء كان قاصدا للسماع او لم يكن قوله واذا تلا الامام السجدة اي آية السجدة على حذف المضاف واقامة المضاف
اليه مقامه سجدها وسجدها المأموم معه ۞ لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قرأ آية سجدة في صلاة الفجر فسجد وسجد الناس معه ولانه لو لم
يسجد المقتدي لزمته المخالفة بين الاصل والتبع فلا يجوز قوله واذا تلا المأموم الى آخره المقتدي لو قرأ آية السجدة لم يسجد
الامام والقوم لا يسجدونها في الصلاة بالاتفاق وبعد الفراغ هل يسجدونها قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يسجدونها وقال محمد يسجدونها
واما لا يسجدونها في الصلاة لانه لا يخلو اما ان يسجد الامام ويتابعه التالي او يسجد التالي ويتابعه الامام ففي الاول خلاف موضوع
التلاوة فلا يجوز لانه عرف ان التالي كنت امامنا فاذا سجدت سجدنا معك ۞ وفي الثاني خلاف موضوع الامامة فلا يجوز ايضا لانه يصير
منفردا باداء السجدة في موضع الاقتداء وتحريمته انعقدت على ان يؤدي مع الامام فلا يجوز ان ينفرد مع بقاء الحال وجه محمد ان السبب وهو السجدة
التلاوة الصحيحة او السماع التلاوة صحيحة وقد وجد السبب لان التالي من اهل المعرفة والتمييز يدل على هذا وجوب السجدة على من هو خارج الصلاة
فلو كانت تلاوته فاسدة لم يجب عليه كما لم يجب على من سمع من المجنون وتلاوة الجنب والحائض والصبي والكافر يوجب السجدة فهذا اولى
الا انه لم يجب اداؤها في الصلاة لمانع ولا مانع بعد الفراغ فيسجدون ولهما ان سبب وجوب السجدة قد وجد في الصلاة وكانت السجدة من
اجزائها والسجدة الصلاتية اذا لم تؤد في الصلاة لم تؤد خارج الصلاة كما لو كان الامام تلا ولم يسجد في الصلاة لان الصلاتية
تؤدى بتحريمة الصلاة ولا تحريمة بعد الصلاة وهؤلاء لما لم يقدروا على الاداء في الصلاة لما قلنا لم يكن في الوجوب فائدة لانه
لا يؤدي الصلاة خارج الصلاة الا ترى ان المريض اذا سمعها ولم يقدر على ادائها بالايماء لم يجب عليه بخلاف ما اذا سمعها من ليس في
الصلاة لان هذه السجدة ليست بصلاتية في حقه فيقدر على ادائها خارج الصلاة وبخلاف من سمعوا من ليس في صلاتهم لانها ليست من افعال
صلاتهم فلم تكن صلاتية امكنهم الاداء خارج الصلاة ومن سلك هذه الطريقة من اصحابنا يقول بوجوب السجدة على السامع خارج الصلاة
وطريقة اخرى ان تلاوة المقتدي فاسدة شرعا فلا تكون سببا للوجوب كتلاوة المجنون وهذا لان الشرع حجره عن القراءة خلف الامام
وتصرف المحجور لا حكم له الا ترى ان تصرف الامام ينفذ عليه في حق القراءة بخلاف الجنب والحائض فانه لا حجر في حقهما في قدر ما يتعلق
به وجوب السجدة وهو ما دون الآية بخلاف المقتدي فانه محجور عن قراءة الآية وما دونها فلا يتعلق بالمحجور حكم يؤمر به ولئن سلمنا
انهما منهيان لكن النهي غير الحجر فانه بعدهما لا يلزم النهي عما لا يتأتى الا ترى ان الطلاق حالة الحيض نهي عنه وانه كان سببا
لا يعدم المشروعية بخلاف الحجر فانه يعدمها وبخلاف الصبي والكافر فانهما ليسا بمحجورين ولا منهيين لان الصبي ليس بمحجور عما ينفعه ولانه
ومن سلك هذه الطريقة لا يقول بوجوب السجدة على السامع خارج الصلاة بل المحجور الممنوع من التصرف على وجه ينفذ مثل ذلك التصرف
عليه من جهة غيره كالصبي والعبد والمجنون الا ترى ان تصرف الولي والمولى ينفذ على مولاه قوله هو الصحيح لان الحجر

في حقهم فلا يعدوهم يعني ان كون المقتدي محجورا ثبت في حق المقتدين فلا يتجاوز الحجر عنهم فلا جرم يجب السجود بقراءة المقتدي
على من هو خارج الصلاة ۞ واحترز صاحب الهداية بقوله هو الصحيح عن قول بعض المشايخ الذين سلكوا الطريقة الثانية حيث
قالوا بعدم الوجوب وهذا الذي قاله صاحب الهداية ضعيف لانه لما سلم ان المقتدي محجور وجب عليه ان يقول بعدم وجوب السجود
على السامع خارج الصلاة لانه قد ثبت من اصولنا ان تصرف المحجور لا حكم له قوله وان سمعوا وهم في الصلاة الى آخره الواو في
وهم للحال ۞ المصلي اذا سمع السجدة من غيره ليس في الصلاة يجب ان يسجدها بعد الفراغ في قولهم لان السبب وهو التلاوة الصحيحة او السماع لتلاوة صحيحة
قد وجد الا انه لا يسجدها في الصلاة لان سماع هذه السجدة ليس من افعال هذه الصلاة لما ان التالي ليس بامام ولا مؤتم وسماعه ليس بواجب
ولا فرض فلا يأتي بها فيها لا يجزيه ولا تفسد صلاته في رواية الاصول واما انه لا يجزيه لانه فعل في الصلاة ما نهي عنه فاذا فعلها وقعت
ناقصة فلا يتأدى بها ما وجب كاملا ۞ قال القدوري وروى ابن سماعة عن ابي حنيفة وابي يوسف ان صلاته تفسد ۞ وقال
محمد لا تفسد كذا في شرح الاقطع ايضا وهذا على خلاف ما ذكره صاحب الهداية بقوله وقيل هو قول محمد اي الفساد قول محمد وفي مبسوط
خواهر زاده ذكر الفساد على قول محمد ثم قال والصحيح انه لا تفسد صلاته عند الكل ثم قال على التقدير انما تفسد الصلاة على رواية
ابن سماعة لانه اشتغل في صلاته بما حكمه ان يفعل بعد الصلاة فصار رافضا للصلاة كمن صلى النفل في خلال الفرض ووجه رواية
الاصول ان سجدة التلاوة عبادة والصلاة لا تنافيها فصار كمن اتى بسجدة زائدة تطوعا فلا تفسد بخلاف من صلى النفل في خلال الفرض
لان احرام صلاة اخرى ينافي الصلاة قوله فان قرأها الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلاة الى آخره ۞ اذا سمع رجل
اماما يقرأ آية السجدة فاقتدى به فلا يخلو اما ان يكون اقتداؤه قبل سجود الامام للتلاوة او بعد السجود فان سجد مع الامام لانه
لو لم يقتد به كان يسجد لوجود السبب فمع الامام اولى فلما سجد مع الامام سقط عنه ما يلزمه بسماعه قبل الاقتداء لان قراءة الامام كقراءته
من حيث ان الامام يحمل عنه القراءة وان كان اقتداؤه بعد سجود الامام سقط عنه ما وجب بالسماع لانه لما ادرك الامام في تلك
الركعة صار مدركا للقراءة فصار مدركا لما يتعلق بالقراءة ۞ وقال شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر في زيادات الزيادات انه لا يسقط
عنه ما لزمه بالسماع ويسجد بعد الفراغ ثم قال ذلك قياس ما ذكر في نوادر الصلاة لابي سليمان ووجه ما ذكر في زيادات الزيادات
ان التلاوة في الصلاة فرض وفي خارج الصلاة ليست بفرض فجعلت تلاوته ابتداء حكما لا اعادة وتكرارا للاولى فصار كانه تلا تلاوة
اخرى فلا يسقط الاولى فهذا ايضا اذا ادرك الامام في تلك الركعة اما اذا ادرك الامام في الركعة الاخرى قال ينبغي ان يسجدها خارج
الصلاة ۞ وقال الامام الصابوني واشار في بعض النسخ الى انها تسقط عنه لانها صارت صلاتية قوله لانه لم يصر مدركا لها اذا لم
يسمع المقتدي آية السجدة بان اخفاها الامام يسجدها فاذا سمع في هذه الصورة قد سمعها فيسجدها بالطريق الاولى قوله لتحقق
السبب وهو التلاوة الصحيحة او السماع لتلاوة صحيحة على اختلاف المشايخ قوله لم تقض خارج الصلاة لانها صلاتية وهذا لان
السجدة المتلوة في الصلاة افضل من غيرها لان قراءة القرآن في الصلاة افضل منها في غيرها فلو جاز اداؤها خارج الصلاة لان الكامل
لا يتأدى بالناقص قوله ومن تلا سجدة فلم يسجدها حتى دخل في صلاة فاعادها وسجد اجزأته السجدة عن التلاوتين اي اذا
اعاد في الصلاة تلك الآية التي قرأها خارج الصلاة وهذا فيما اذا لم يختلف المجلس بان شرع في الصلاة في مكانه ذلك قبل ان يشتغل
بعمل آخر فاذا اختلف يسجد بعد الفراغ لما تلا خارج الصلاة لما ان المتلوة في الصلاة افضل من المتلوة في غيرها عن تلاوته في الصلاة
وعن تلاوته خارج الصلاة فقامت السجدة المفعولة فيها مقام السجدتين لدفع الحرج فان لم يسجد في الصلاة لم يبق عليه الا المأثم
لانه تلاها خارج الصلاة صارت صلاتية والصلاتية لا تقضى وهذا يعني استتباع المفعولة في الصلاة ما وجب خارج الصلاة
على رواية الجامع الكبير والمبسوط ونوادر الصلاة التي رواها ابو حفص ۞ واما على رواية نوادر الصلاة التي رواها ابو سليمان
لا يستتبع احداهما الاخرى وجه ما روى ابو سليمان ان المجلس تبدل حكما لان مجلس التلاوة غير مجلس الصلاة فيتعلق بكل تلاوة حكما
الا ترى ان المجلس قد يتبدل بالافعال لانه لو كان مجلس عقد لم يكن مجلس مذاكرة ثم تغير مجلس كل فيعتبر التعدد الحكمي كما يعتبر
الحقيقي ولان للاولى قوة السبق وللثانية قوة الصلاتية فاستويا في الوجوب فلا يستتبع احداهما الاخرى ۞ ووجه الظاهر ان المجلس
واحد حقيقة وحكما فلا يتعدد الوجوب اما الحقيقة فظاهر لانه شرع في الصلاة في مكانه ذلك واما الحكم فلان التلاوتين من جنس واحد
من حيث ان كل واحد منهما عبادة بخلاف الاكل لانه ليس من جنس التلاوة قوله قلنا للثانية قوة اتصال المقصود وهو اداء السجدة
لان المقصود من وجوب السجدة اداؤها واطلق في المتن النوادر والمراد نوادر ابي سليمان وبه صرح الشيخ ابو المعين في شرح الجامع
الكبير قوله وان تلاها فسجد ثم دخل في الصلاة فتلاها سجد لها هذا على الروايات كلها اما على رواية النوادر فظاهر واما على
رواية الجامع والمبسوط فلان المتلوة في الصلاة مستتبعة لقوتها للمتلوة في غير الصلاة لضعفها فان قلنا بعدم تعدد الوجوب بالحاق
الثانية بالاولى يلزم استتباع التابع المتبوع فلا يجوز قوله ولا وجه الى الحاقها بالاولى لانه يؤدي الى سبق الحكم على
السبب بيانه انا لو الحقنا المتلوة في الصلاة بالمتلوة في غيرها بان قلنا السجدة المفعولة خارج الصلاة تجزي عن التلاوتين جميعا يلزم تقدم
الحكم وهو السجدة على السبب وهو التلاوة وتقدمه عليه لا يجوز وفي هذا التعليل نظر عندي لانا لا نسلم تقدم الحكم على السبب لان
مبنى السجدة على التداخل في السبب على تقدير الحاق الثانية بالاولى لا يلزم ما قال لانه يكون السبب هو الاولى وحدها وقد تقدم
السبب فلا حكمه الا ترى الى ما قال محمد في الجامع الصغير رجل قرأ آية السجدة فسجدها ثم قرأها في مجلسه فليس عليه ان يسجدها فهذا
انه لم يتقدم الحكم على السبب والمعول هو الذي حققته اولا والله اعلم قوله ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد
اجزأته سجدة واحدة سجد للاولى او لم يسجد وبه صرح في الجامعين والمبسوط والمراد من قوله وان لم يكن سجد للاولى تعليله بجداله انما اذا

ذهب عن مجلسه ثم رجع اليه فقرأها ثانيا والاصل هنا ان لا تتكرر السجدة عند اتحاد المجلس بتكرار اية السجدة وكان القياس ان تتكرر لان التلاوة
سبب للوجوب كالنذر الا انا استحسنا لان جبريل عليه السلام كان يقرأ على النبي صلى الله عليه وسلم ويقرأ النبي صلى الله عليه وسلم على اصحابه
ويسجد مرة واحدة ولان ابا موسى رضي الله عنه كان يلقن الناس القران في مسجد البصرة ويكرر السجدة ويسجد مرة واحدة وقد روي عن ابي
عبد الرحمن السلمي وهو معلم الحسن والحسين رضي الله عنهم انه كان يعلم الاية الواحدة مرارا ولا يزيد على سجدة واحدة وقد اخذ التلاوة
عن الصحابة فالظاهر انه اخذ حكمها عنهم ولان المعلم يبتلى بتكرار الاية لتعليم الصبيان وفي ايجاب السجدة متكررة حرج وهو مدفوع بخلاف
ما اذا اتحد واحدة في مجلس واثنين في مجلس واحد حيث يجب السجدة متكررة لانه لو اعتبر القياس في الاية الواحدة في مجلس واحد
فبقي ما سواها على اصل القياس ولانه لا يلزم الحرج ثم التداخل في السبب وهو ان يجعل التلاوات المتعددة حقيقة متحدة حكما لا في
الحكم لانا لو قلنا بالتداخل في الحكم دون السبب يلزم ترك الاحتياط في امر العبادة لانه يلزم الاسقاط بعد وجوب سببه لاثبات
فلا يجوز لان العبادة يحتاط في اثباتها لا في اسقاطها ولهذا قلنا اذا كرر اية سجدة في مجلس واحد لا يلزمه الا سجدة واحدة سواء سجد
للاولى او لم يسجد لاتحاد السبب بخلاف التداخل في العقوبات فانه في الحكم دون السبب ولهذا اذا زنى ولم يحد ثم زنى يحد ثم زنى
يحد ثانيا لتجدد السبب بخلاف ما اذا زنى ولم يحد ثم زنى يحد مرة واحدة لتداخل الحكم درا للعقوبة قوله
ولا تختلف بمجرد القيام اي لا تختلف المجلس بمجرد القيام حتى اذا قرأها وهو قاعد ثم قام فقرأها لا يجب الا سجدة واحدة بخلاف
المخيرة وهي التي قال لها زوجها اختاري فقامت فقالت اخترت نفسي لا يقع الطلاق لوجود دليل الاعراض لا لتبدل المجلس لان
القعود اجمع للرأي قوله وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ان كان
بين يدي الكرباس ويقرأ اية واحدة مرارا اختلف المشايخ قال بعضهم يكفيه سجدة واحدة لان المجلس واحد من حيث الاسم وقال
بعضهم يلزمه لكل تلاوة سجدة لان المجلس تبدل حقيقة بتبدل المكان ولا يعتبر اتحاد العمل كما في سير الدابة وهو الاصح قوله
وفي المنتقل من غصن الى غصن كذلك في الاصح اذا تلى اية على غصن ثم انتقل الى غصن اخر فتلاها قال بعض مشايخنا يكفيه سجدة واحدة
لاتحاد المجلس باعتبار اصل الشجرة واصل الشجرة في الحل يجب عليه الجزاء اعتبارا للمكان المعين وقد اختلف المعنى هنا قوله
وكذا في الدياسة اي يتكرر الوجوب في الدياسة ايضا وفيه اختلاف المشايخ ايضا ذكره خواهر زاده وغيره اذا تلى اية واحدة مرارا
على الدوارة التي تسمى بالفارسية جرح قال بعضهم يكفيه سجدة واحدة لان العمل واحد فاتحد المجلس وقال بعضهم يتكرر الوجوب لان
المكان متبدل حقيقة ولم يوجد ما يجمعه حكما فان الجامع للامكنة المختلفة حرمة الصلاة لا عمل من اعمال الدنيا فصار كما لو كان راكبا
على الدابة وفي تراب الارض اختلف المشايخ ايضا ذكره الامام العتابي في شرح الجامع الصغير الكبير والقيام والقعود والاتكاء
والركوب والنزول والخطوة والخطوات لا توجب اختلاف المجلس لان المعلم قد يحتاج الى هذا القدر وكذلك الاكل لقمة او شربة
وكذلك الدوران في البيت والانتقال من زاوية الى زاوية في المسجد وقيل اذا كان البيت كبيرا او المسجد عظيما كالجامع يختلف المجلس
وفي الكرم والارض يختلف المجلس والسير على الدابة في الصلاة لا يوجب اختلاف المجلس حكما لجواز الصلاة يوجبه من العجز كذا ذكره الامام
العتابي وفي السفينة لا يختلف المجلس لان سيرها مضاف اليها لا الى الراكب الا ترى الى قوله تعالى وهي تجري بهم وكما قوله تعالى
وجرين بهم واذا تكررت التلاوة في ركعتين فالقياس ان تلزمه سجدة واحدة وهو قول ابي يوسف الاخر وفي الاستحسان تلزمه لكل
تلاوة سجدة واحدة وهو قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد ذكره الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير والقدوري في شرحه وهذه
من المسائل الثلاث التي رجع فيها ابو يوسف من الاستحسان الى القياس احدها هذه والثانية ان الرهن بمهر المثل لا يكون رهنا بالمتعة
قياسا وهو قول ابي يوسف الاخير وفي الاستحسان يكون رهنا وهو قول محمد والثالثة ان العبد اذا جنى جناية فيما دون النفس
واختار المولى الفداء ثم مات المجني عليه فالقياس ان يخير المولى ثانيا وهو قول ابي يوسف الاخير وفي الاستحسان لا يخير وهو قول ابي يوسف
الاول وهو قول محمد وجه القياس ان التحريمة تجمع افعال الصلاة فيصير كالمجلس الواحد ووجه الاستحسان ان المجلس وان اتحد لكن
لا يجوز الحاق التلاوة في الركعة الثانية بالتي حصلت في الركعة الاولى لانه لو التحقت خلت هذه الركعة عن القراءة فيلزم فساد
الصلاة بخلاف التلاوة المتكررة في ركعة حيث يكتفى بسجدة لانه لا يلزم الفساد والجواب عن قول محمد ان حكم جواز الصلاة مع حكم
وجوب السجدة امران متغايران يتصور الانفكاك بينهما الا ترى ان تلاوة اية السجدة في غير الصلاة يتعلق بها حكم وجوب السجدة
دون جواز الصلاة وتلاوة غير اية السجدة في الصلوة يتعلق بها حكم جواز الصلاة ولا يتعلق بها وجوب السجدة فلما ثبت هذا قلنا لا يلزم
من عدم التحاق التلاوة في الثانية بالتلاوة في الاولى في حق جواز الصلاة بان كانت مقتصرة على الثانية عدم التحاقها في حق وجوب السجدة
والله اعلم قوله ولو تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب اي يتكرر الوجوب على السامع باتفاق المشايخ وبه صرح الامام
الزاهد العتابي اما على قول من يقول ان السبب في حق السامع هو السماع فظاهر لانه اختلف مكان السماع واما على قول من يقول ان السبب
في حق السامع هو التلاوة ايضا فكذلك لان الشرع اعطى تعدد التلاوة المتكررة في حق التالي حكما لاتحاد مجلسه لا حقيقة فلم يظهر ذلك
في حق السامع فاعتبر حقيقة التعدد فتكرر الوجوب عليه قوله وكذا اذا تبدل مجلس التالي دون السامع على ما قيل اي يتكرر الوجوب
على السامع على قول بعض المشايخ لان السبب في حق السامع هو التلاوة في قولهم وقد تكررت والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع
لما قلنا وهذه اشارة لقوله لان السبب في حقه السماع ومكان السماع متحد فلا يتكرر الوجوب وهذا قول القاضي الاسبيجابي صاحب
شرح الطحاوي قوله ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه اما التكبير فلما روى ابو داود في سننه باسناده الى ابن عمر قال
كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ علينا القران فاذا مر بالسجدة كبر وسجد وسجدنا وانما لا يرفع يديه عند التكبير لان هذا التكبير

منقول لاجل الانحطاط لا للتحريمة كما في سجود الصلاة فلا يرفع يديه وكذا يكبر عند رفع الرأس لا يرفع اليدان فيه ايضا
لان ذلك للرفع كما في سجود الصلاة وهو المروي عن عبد الله بن مسعود ولا تشهد فيه لان التشهد لم يشرع الا في صلاة ذات
ركوع وسجود الا ترى ان صلاة الجنازة ليس فيها تشهد ولا سلام فيه لانه يقتضي سابقة التحريمة والتحريمة منعدمة
وكذا الاعتبار بسجود الصلاة لا يشرع السلام وعن مالك فيها تسليم وقال خواهر زاده قال الشافعي ليس فيها تسليم ولا
تشهد وبه اخذ بعض اصحابه ومن اصحابه من لم يأخذ بما قال الشافعي لكن قال فيها تشهد وتسليم وقال ابن سريج من اصحاب
الشافعي فيها تسليم لكن لا يحتاج فيها الى التشهد ثم اختلف اصحابنا في انه ماذا يقول في السجود قال بعضهم يقرأ فيها رب
اني ظلمت نفسي فاغفر لي وقال بعضهم يقول سبحان ربنا ان كان وعد ربنا لمفعولا حتى يكون موافقا للاية وقال ابو بكر
الاسكاف يقول سبحان ربي الاعلى لان سجدة الصلاة افضل من سجدة التلاوة ويقول فيها ذلك لذلك هكذا قال الفقيه ابو
الليث وبه نأخذ وفي السنن عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في سجود القران بالليل في السجدة مرارا
سجد وجهي للذي خلقه وصوره وشق سمعه وبصره بحوله وقوته ويستعمل في سجود التلاوة التسبيح اعتبارا بسجود الصلاة
قوله ويكره ان يقرأ السورة في صلاة او غيرها ويدع اية السجدة قال محمد في الجامع الصغير قال واكره ان يقرأ
السورة ويدع السجدة في غير الصلاة لانه في ترك اية السجدة يجري مجرى هجر القران وذلك ليس من اعمال المسلمين قال تعالى وقال
الرسول يا رب ان قومي اتخذوا هذا القران مهجورا ولانه فرار من التزام السجدة وذلك ليس من اخلاق المؤمنين وقوله في غير الصلاة
لبيان ان هذه الكراهة في الصلاة اشد قوله ولا بأس بان يقرأ اية السجدة ويدع ما سواها ولا يستحب قراءة اية السجدة وترك ما
سواها لما فيها من تفضيل بعض الايات على البعض فلاجل هذا قال محمد في كتاب الصلاة احب الي ان يقرأ معها اية او ايتين معها
قوله واستحسنوا اخفاءها شفقة على السامعين وهذا لان السامع ربما لا يؤديها في الحال لمانع فلا يؤديها بعد ذلك
بسبب النسيان فيبقى الواجب في ذمته والله اعلم

باب صلاة المسافر

قيل لما في وجه المناسبة لما وقع المصنف في بيان
العوارض من السهو والمرض وكانت سجدة التلاوة منها لانها انتصار على ذكر احد من الصلاة اعقبه السفر لان صلاة المسافر شطر
صلاة المقيم الا ان سبب السجدة وهو التلاوة لما كان عبادة من امور الدين وسبب قصر صلاة المسافر لما كان مباحا من الافعال
المباحة قدم باب السجدة على هذا الباب ثم المشروعات على نوعين عزيمة وهي ما تقرر على الامر الاول ورخصة وهي ما تغير من عسر
الى يسر وهي على نوعين رخصة اسقاط كقصر الصلاة ورخصة ترفيه كالفطر وقد عرف في الاصول قوله السفر الذي
يتغير به الاحكام ان يقصد الانسان موضعا بينه وبين ذلك الموضع مسيرة ثلاثة ايام ولياليها بسير الابل ومشي الاقدام اراد
بتغير الاحكام قصر الصلاة والافطار والمسح ثلاثة ايام ولياليها وسقوط الجمعة والعيدين وسقوط الاضحية وحرمة الخروج على الحرة
بغير محرم والصبي في خيمة راجع الى الانسان ثم الكلام يقع هنا في فصول منها بيان الشرط الذي يتعلق به رخصة المسافر وذلك
قصد مدة السفر ومجاوزة بيوت المصر وهذا لانه اذا جاوز بيوت المصر غير قاصد لمدة السفر لا يكون مسافرا وكذا اذا جاوزها
وهو يقصد ما دون مدة السفر لا يكون مسافرا لان الانسان قد يخرج الى بعض القرى فلا يسمى ذلك سفرا وكذا اذا قصد مدة السفر
ولم يجاوز بيوت المصر لا يكون مسافرا لان بمجرد العزم لا يثبت ما لم يتصل بالفعل فمن هذا عرفت ان صاحب الهداية تسامح حيث لم يذكر
قيد مجاوزة بيوت المصر ومنها ان مدة السفر مؤقتة خلافا لنفاة القياس فانه عندهم قليله وكثيره سواء وهو باطل باجماع السلف
وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان اقل ما يقصر فيه الصلاة يوم تام وبه قال الزهري والاوزاعي وعن ابن عباس اذا زاد على
يوم وليلة قصر وعن الحسن ليلتان وعن انس خمس فراسخ وعن ابن عمر في رواية ثلاثة ايام وعن الشعبي والنخعي وابن جبير من
المدائن الى الكوفة وهو مسيرة ثلاثة ايام وعن سويد بن غفلة ثلاثة ايام كذا ذكره الشيخ ابو الحسن القدوري وغيره فدل على ان اقل
مدة السفر مقدر ومنها انه مقدر بثلاثة ايام ولياليها عندنا على رواية الاصول وروى الحسن عن ابي حنيفة انه اذا سافر في
موضع يكون مسيرة يومين واكثر اليوم الثالث قصر وروى ابن سماعة عن ابي يوسف ومحمد ان السفر اذا كان يومين واكثر اليوم
الثالث قصر وكذلك رواية المعلى عن ابي يوسف وروى المعلى عن محمد ان السفر لا يكون اقل من ثلاثة ايام كاملة وقال مالك اربعة
برد والبريد اربعة فراسخ والفرسخ ثلاثة اميال وبه قال الشافعي وعن الشافعي في قول يوم وليلة وفي قول يوم وليلتان
ولنا ما روي في حديث علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال يمسح المسافر ثلاثة ايام ولياليها والمقيم يوما وليلة بيانه
ان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر المسافر بالالف واللام فلا يخلو اما ان يكون المراد المعهود او الجنس والمعهود منتف فتعين الجنس واذا
يكون المسافر شاملا لجميع المسافرين فلا يكون القاصد لما دون ثلاثة ايام ولياليها مسافرا اذ لو كان مسافرا يلزم ان لا يكون اللام للجنس وهو
فاسد لان التقدير تقدير الجنس فثبت ان اقل مدة تثبت به رخصة السفر ثلاثة ايام ولياليها قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر
الطحاوي ان طريق هذا الضرب من المقادير التوقيف او الاتفاق وقد حصل الاتفاق في الثلاث ولم يرد توقيف فما دونها ولا اتفاق فلم يثبت
فان قلت روي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يا اهل مكة لا تقصروا في ادنى من اربعة برد من مكة الى عسفان قلنا هذا خبر
رواه عبد الوهاب بن مجاهد عن ابيه قال الدارقطني عبد الوهاب ليس بالقوي وقال غيره كان عبد الوهاب يروي عن ابيه ولم يره
ويحلف في كل ما يسأل عنه وانه لم يحفظ وكان سفيان يرميه بالكذب وقال يحيى بن معين ليس بشيء وقال احمد بن حنبل هو ضعيف ثم ذكر انها
ثلاثة ايام ولياليه الى الليالي ليلا ونهارا ولكن جعل النهار للمشي والليل للاستراحة وبه صرح في شرح الطحاوي ومنها اعتبار سير الابل

ويمشي الاقدام وهذا لانه اوسط انواع السير وخير الامور اوسطها فان سير الفرس والبريد سريع جدا وسير العجلة بطيء جدا وسير الابل متوسط وكذا سير الاقدام ويعني به سير القافلة **قوله** عم الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير ٭ بيانه ان اللام في قوله عليه الصلاة والسلام يمسح المسافر ثلاثة ايام ولياليها للجنس لعدم المعهود فتعم رخصة المسح ثلاثة ايام ولياليها جميع المسافرين ومن ضرورة عموم الرخصة جنس المسافر تلزم عموم تقدير مدة السفر حتى تثبت هذه المدة في حق كل مسافر فلا تكون اليوم والليلة مدة يترخص فيها المسافر لانه يلزم الكذب في خبر الرسول صلى الله عليه وسلم وهو لا يجوز لعدم ارادة معنى الجنس من الجنس فافهم ولا يقال عموم التقدير في المدة انما يلزم من عموم الرخصة جنس المسافر اذا كان قوله ثلاثة ايام ظرفا للفعل يمسح لا للمسافر لانا نقول لو جاز ذلك جاز في قوله يوما وليلة ان تقع ظرفا للمقيم لا لقوله يمسح لان التركيبين على نسق واحد فيفسد المعنى لانه يكون معناه المقيم يوما وليلة يمسح وغيره لا كما اذا اقام شهرا او سنة او سنتين مثلا فاذا كان كذلك ٭ قلنا الظرف للفعل لا للفاعل في الموضعين **قوله** وقدر ابو يوسف بيومين والاكثر من اليوم الثالث وهذا بان يبلغ مقصده في اليوم الثالث بعد الزوال وهذه رواية المعلى عن ابي يوسف وقد مرت وجه هذه الرواية ان الانسان قد يسافر مسيرة ثلاثة ايام فيستعجل السير فيبلغ قبل الوقت بساعة ولا يعتد بذلك **قوله** وكفى بالسنة حجة علينا والباء زائدة اي كفى السنة حجة علينا اي على ابي يوسف والشافعي **قوله** وهو قريب من الاول اي التقدير بالمراحل قريب من التقدير بثلاثة ايام لان الغالب سير مرحلة في كل يوم لا سيما في الشتاء لان ايامه قصيرة **قوله** ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح وهذا احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي عن بعض مشايخنا العراقيين انه اذا كان مقصده خمسة عشر فرسخا فانه يكون مسافرا وجعل لكل يوم خمسة فراسخ **قوله** ولا يعتبر السير في الماء معناه لا يعتبر به السير في البر والضمير في به راجع الى السير في الماء يعني لا يعتبر سير البر بسير الماء ٭ بيانه فيما اذا قصد الى موضع له فيه طريقان احدهما في البر والاخر في البحر ومن طريق البر ثلاثة ايام ومن طريق البحر اقل من ذلك فلو سلك طريق البر يترخص المسافر ولو سلك طريق البحر لا يترخص ولا يعتبر احدهما بالاخر وسير البحر يعتبر فيه ان يكون الريح مستوية لا ساكنة ولا شديدة وهذا اذا كان له طريقان احدهما في الجبل والاخر في السهل واحدهما مسيرة ثلاثة ايام والاخر اقرب من ذلك لا يعتبر احدهما بالاخر فان سلك الطريق الذي هو مسيرة ثلاثة ايام ترخص والا فلا **قوله** وفرض المسافر في الرباعية ركعتان قيد الفرض احتراز عن السنة لانه لا تنصيف فيها وقيد الرباعية احتراز عن الفجر والمغرب والوتر فانها لا تنتصف ٭ اعلم ان القصر في الصلاة هل هو عزيمة او رخصة فيه اختلاف المشايخ فعامتهم على انه رخصة ٭ وقال صاحب التحفة هو عزيمة والاتمام مكروه ٭ وقال الشافعي انه يخير بين القصر والاتمام لكن الاتمام افضل ٭ لنا ما روى ابو داود في السنن باسناده الى عائشة انها قالت فرضت الصلاة ركعتين ركعتين في الحضر والسفر فاقرت صلاة السفر وزيدت صلاة الحضر ٭ وفي الصحيح البخاري باسناده الى يحيى بن اسحاق قال سمعت انسا يقول خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم من المدينة الى مكة فكان يصلي ركعتين ركعتين حتى رجعنا الى المدينة ٭ وعن عمر انه قال صلاة الجمعة ركعتان وصلاة الفجر ركعتان وصلاة المسافر ركعتان تمام غير قصر على لسان نبيكم وفي شرح الاثار للطحاوي باسناده الى يعلى بن امية قال قلت لعمر بن الخطاب ٭ انما قال الله عز وجل فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة ان خفتم ان يفتنكم الذين كفروا ٭ وقد امن الناس فقال لي عجبت مما عجبت منه فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته ٭ وذكر الشيخ ابو بكر الجصاص الرازي عن عمران بن حصين ٭ قال ما رايت النبي صلى الله عليه وسلم يصلي في السفر الا ركعتين وصلى بمكة ركعتين ٭ ثم قال اتموا فانا قوم سفر وفي الصحيح البخاري ايضا صلى عثمان بن عفان بمنى اربع ركعات فقيل ذلك لعبد الله بن مسعود فاسترجع ثم قال صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنى ركعتين وصليت مع ابي بكر الصديق بمنى ركعتين وصليت مع عمر بن الخطاب بمنى ركعتين متقبلتان ٭ قال ابو بكر الرازي اعتذر عثمان على اتمامه بانه تاهل بمكة ٭ وعن الزهري انما اتم عثمان لانه ازمع الاقامة وهذا كله يدل على ان فرض المسافر ركعتان وهذا لان فرض الصلاة في الكتاب مجمل وفعل النبي صلى الله عليه وسلم ورد على وجه البيان والمعقول في المسئلة ان هذه رخصة اسقاط فلا يكون فرضه اربعة ومعنى انه يسقط لا الى بدل الا ترى ان المسافر اذا لم يصل الشفع الثاني لا يقضيه ولا يكون اثما على تركه كالنفل بخلاف رخصة الصوم فانها رخصة ترفيه ويعني بها سقوط وجوب الاداء في الحال على وجه يترتب عليه القضاء ولهذا اذا لم يصم في السفر يقضي في الحضر ٭ فان قلت روي عن عائشة قالت قصر رسول الله صلى الله عليه وسلم في السفر واتم فهذا يدل على التخيير قلت معناه قصر في الفعل واتم في الحكم ولا يقال كانت عائشة تتم ٭ وقد روي عن عائشة انها قالت المسافر بالخيار ان شاء اتم وان شاء قصر لانا نقول الحاصل عن ذلك فقالت انا ام المؤمنين فحيث حللت فهو داري ومعنى قولها ان شاء اتم اي نوى الاقامة فصلاة المقيم فيتم ٭ فان قلت قوله تعالى فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة يدل على التخيير ٭ قلت لا نسلم بل فيه جواز القصر ولا يدل على نفي الوجوب الا ترى الى قوله تعالى فلا جناح عليه ان يطوف بهما والمراد وجوب السعي بينهما وايضا القصر المذكور في الاية مقصود بشرط الخوف بالاتفاق اذ الخائف وغيره سوا في قصر السفر ونقول ليس المراد منه قصر اعداد الركعات عندنا وهو احد وجهين انما اباحة الصلاة بالايماء في حال الخوف فيكون قصرا في اوصاف الصلاة او اباحة الاختلاف والمشي في صلاة الخوف لانه مسلة في غيرها يفسد الصلاة فسماه قصرا واباح الصلاة معه **قوله** وهذا اية النافلة اي عدم القضاء وعدم التاثيم علامة النافلة **قوله** وان صلى اربعا الى اخره المسافر اذا صلى اربعا فلا يخلو اما ان يأتي بالقعدة الاولى او لا فان اتى بها اجزأه الشفع الاول عن فرضه ٭ والثاني نفل لان فرض المسافر ركعتان وقد تم فرضه بالقعود عقيب الشفع الاول وبناء النفل على تحريمة الفرض يجوز فيقع الاخر نفلا لكنه يكون مسيئا لترك السلام وان لم يات بالقعدة الاولى فسد فرضه لاختلاط النافلة به قبل اكماله لانه ترك القعدة عقيب الركعتين وهي فرض في صلاة المسافر لانها هي الاخيرة فيما يقصر من الصلاة كما في صلاة الفجر اذا صلاها اربعا فان ترك القعدة الاولى لم تجزئه صلاته والا فلا ٭ ثم اعلم ان المسافر اذا افتتح الظهر وهو ينوي ان يصليها اربعا ترتد الى الفعلي

ركعتين تجوز صلاته كالمقيم اذا نوى ان يصلي الظهر اربعا ثم صلى ركعتين حيث لا تجوز صلاته لانه ادنى فكذا المسافر اذا نوى اربعا وهو مرخص في مبسوط خواهرزاده ٭ وقد ظن بعض المخبطين ان المسافر اذا افتتح الظهر وهو ينوي اربعا لا يخرج عن عهدة الفرض وان قعد عقيب الركعتين وان الظن لا يغني من الحق شيئا **قوله** واذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين اعلم ان المسافر متى يقصر قال محمد في الاصل ولا يصلي المسافر ركعتين حتى يخلف المصر ٭ وعن الحسن عن ابي حنيفة من خرج من الكوفة يريد سفرا فاذا جاوز الفرات وهو يريد بغداد قصر وان كان يريد مكة فحين يجاوز الابيات وان كان في سفينة فحين يركبها الا ان تكون في وسط المصر فيعتبر ان يجاوز البيوت والاصل في ذلك ما روي عن علي انه خرج يريد الكوفة فصلى بالناس اربعا وقال لولا الخص الذي بين يدي لصليت ركعتين ٭ وفي السنن عن انس بن مالك قال صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر بالمدينة اربعا والعصر بذي الحليفة ركعتين ولان توابع المصر موطن الاقامة فلا تقصر حتى يجاوزها فصارت كداره ولانه لو صار الى هذا الموضع من مصر الى من السفر تثبت له حكم الاقامة فلا تثبت له حكم السفر ما لم يجاوز فلا تقصر وهذا لان الاقامة ضد السفر والشيء اذا كان متعلقا بشيء يكون ضده متعلقا بضد ذلك الشيء فحكم الاقامة وهو الاتمام لما تعلق بهذا الموضع تعلق حكم السفر وهو القصر بالمجاوزة بذلك والخص بيت من قصب **قوله** ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر يوما فصاعدا ٭ انما قال ذلك لانه اذا سار ثلاثة ايام ثم نوى الاقامة قبل ان سار ثلاثة ايام وعزم الرجوع الى وطنه فانه يكون مقيما وان كان في المفازة وبه صرح في شرح الطحاوي للاسبيجابي والتقدير بخمسة عشر يوما مذهبنا وهو قول سعيد بن المسيب وان كذا ذكر الشيخ ابو الحسن القدوري ٭ وعند مالك والشافعي والليث اذا اقام اربعا اتم الصلاة ٭ لنا ما روي عن ابن عباس انه قال اذا نوى اقامة خمسة عشر يوما اتم الصلاة ومثله عن ابن عمر وعن سعيد بن جبير وسعيد بن المسيب كذا ذكر محمد بن الحسن في موطاه ولان مدة الاقامة مدة موجبة للصلاة والصوم فاشبهت مدة الطهر فتقدرت بمدتها ولا يقال روي عن عثمان خلاف ذلك فلا يصح الاحتجاج **قوله** ان السفر يجامعه اللبث يعني ان المسافر قد يلبث في بعض المواضع لمصلحة له كانتظار الرفقة او شراء السلعة فلا يعتبر ذلك فلابد ان يعتبر اللبث بمدة فقدرنا بمدة الطهر لان كلا من مدة الاقامة ومدة الطهر موجبة **قوله** والاثر في مثله كالخبر يعني اثر الصحابي في مثل ما ذكرنا وهو ان يكون الشيء يحتاج فيه الى السماع كالخبر يعني كالخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم لانه لا مدخل للراي فيه فالظاهر ان الصحابي رواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخبر موجب فكان الاثر كذلك **قوله** وهو الظاهر احتراز عما روي عن ابي يوسف ٭ قال في الاعراب اذا نزلوا بجماعتهم في موضع ينوون الاقامة خمسة عشر يوما صاروا مقيمين وانما لا يعتبر نية الاقامة في المفازة لانه حاله مبطل عزيمته **قوله** ولو دخل مصرا على عزم ان يخرج غدا او بعد غد ولم ينو مدة الاقامة وعنده اذا اقام اكثر من اربعة ايام حتى بقي على ذلك سنين قصر وهذا مذهبنا ٭ وعند الشافعي اذا اقام سبعة عشر يوما اتم وان لم ينو الاقامة ٭ وعنه اذا اقام اكثر من اربعة ايام اتم ٭ لنا ما روي في السنن مسندا الى عمران بن حصين قال غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم وشهدت معه الفتح فاقام بمكة ثماني عشرة ليلة لا يصلي الا ركعتين ثم يقول يا اهل البلد صلوا اربعا فانا سفر فحمل الثمانية عشر على نية السفر ٭ وفي السنن ايضا مسندا الى جابر بن عبد الله قال اقام رسول الله صلى الله عليه وسلم بتبوك عشرين يوما يقصر الصلاة وفيه ايضا عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اقام سبعة عشر بمكة يقصر الصلاة وفيه ايضا عن يحيى بن ابي اسحق عن انس بن مالك ٭ قال خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم من المدينة الى مكة فكان يصلي ركعتين حتى رجعنا الى المدينة فقلنا هل اقمتم بها شيئا قال اقمنا عشرا ٭ وعن ابن عمر انه اقام باذربيجان ستة اشهر يصلي ركعتين ٭ وعن انس انه اقام بنيسابور سنة او سنتين يصلي بالناس ركعتين ٭ وعن انس ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اقاموا بالسوس تسعة اشهر يقصرون الصلاة ٭ وعن علقمة انه اقام بخوارزم سنتين يصلي بالناس ركعتين ٭ وعن سعد بن ابي وقاص انه اقام بمكان شهرين يقصر الصلاة ولان هذا الشخص منفرد بنفسه في غير وطن فلم يبطل سفره بنية الاقامة لا يتم ولا يقال قال تعالى واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة وقد شرط الضرب في الارض وهذا ليس بضارب فيها فيتم لانا نقول المراد منه قصر الصفات لا قصر الركعات بدليل قران الشرط الخوف واثره في قصر الصفات لا الافعال **قوله** واذا دخل العسكر ارض الحرب الى اخره امير الجيش او الامام اذا نوى اقامة خمسة عشر يوما في ارض الحرب لا يصح ويقصرون الصلاة ٭ وعن ابي يوسف يتمون وعنه ان غلبوا على بعض البيوت يتمون والا فلا وهو معنى قوله في الهداية ٭ وعند ابي يوسف يصح اذا كانوا في بيوت المدر وعند زفر يصح اذا كانوا يامنون على انفسهم بان تكون الشوكة للعسكر وجه قول ابي يوسف انهم اذا غلبوا على بعض البيوت والظاهر الغلبة فيصح نية الاقامة بخلاف ما اذا كانوا في الخيام والفساطيط لان الظاهر عدم الغلبة فلا يصح نيتهم ٭ ووجه الظاهر ان حالهم مبطل عزيمتهم لانهم ان اقاموا الفرض فاذا حصل ذلك انزعجوا فلم تصادف النية محلها ولان دار الحرب ليست بموضع اقامة المسلمين لكان اخراب ثم تصح نيتهم كما في المفازة ولان الاقامة اذا لم تكن باختيار لا تعمل نيتها حكم لا تعمل قرار وفرار لانهم اذا غلبوا اقاموا وان انهزموا فروا كالعبد لا تثبت بنية اقامته اذا كان مع مولاه وكذلك الخلاف فيما اذا حاصروا اهل البغي في غير مصر وهم الذين خرجوا على السلطان **قوله** وعند زفر يصح في الوجهين اي فيما اذا دخل العسكر ارض الحرب فنووا الاقامة وفيما اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام في غير مصر **قوله** ونية الاقامة من اهل الكلاء وهم اهل الاخبية قيل لا تصح والاصح انها تصح وهم الاعراب والتركمان والاكراد الذين يسكنون في المفازة ٭ وعن ابي يوسف انها تصح لانها معتادهم المفاوز عادة ولان الاقامة اصل وانتقالهم الى مرعى اخر عارض فلا يبطل الاصل بالعارض والكلا العشب والاخبية جمع الخباء وهو بيت من وبر او صوف **قوله** فاذا اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت اتم اربعا ٭ قال الشيخ ابو الحسن القدوري في قال مالك ان ادرك منه ركعة اتمها اربعا وان ادرك اقل من ذلك صلى ركعتين ومن الناس من قال لا يلزمه الاتمام في جميع الاحوال وانما يتمها

اربعا اذا افسد الامام صلاته فانه اذا افسد ها هنا على المسافر ان يصلي ركعتين عندنا خلافا للشافعي لان اصل فرضه ركعتان وانما
وجبت الزيادة بالمتابعة فلما افسد الامام صلاته زالت المتابعة وانما قلنا انه يتم اربعا لان المقتدي تابع لامامه ولهذا يتغير فرضه لامامه
عليه في السهو وغيره ولهذا يترك رايه لراي الامام في تكبيرات العيد فلما كان تبعا للامام وجب عليه الاربع كالعبد لما ثبتت اقامته
تبعا لاقامة مولاه بخلاف ما اذا خرج الوقت ثم اقتدى بالمقيم حيث لا يجوز لانه لا يتغير فرضه عن قصر لحاله لعدم اتصال المغير
وهو الاقتداء بالسبب وهو الوقت كما في نية الاقامة بعد خروج الوقت فلما لم يتغير فرضه لم يجز اقتداؤه لانه لو جاز لا يخلو اما ان يقتدي
في الشفع الاول او في الشفع الاخر ففي الاول يلزم اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة لان القعدة الاولى فرض في حق المسافر
ونفل في حق المقيم • وفي الثاني يلزم اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القراءة لان القراءة فرض في حق المقتدي دون الامام واقتداء
المفترض بالمتنفل لا يجوز عندنا خلافا للشافعي وبخلاف ما اذا اقتدى المقيم بالمسافر حيث يجوز في الوقت وبعده لان فرضه لا يتغير
في الحالين • الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى بمكة صلاة المسافرين ثم قال يا اهل البلد صلوا اربعا فانا سفر فلما بقي فرضه اربعا بدليل
شرعي كانت القعدة الاولى في حقه نفلا وفي حق الامام فرضا فكان اقتداء المتنفل بالمفترض وذلك جائز عندنا خلافا لمالك وفي
معروفه ولا ينبغي ان يفرق مالك بين الركعة وما دونها لان مشاركة الامام لما اوجبت الاكمال صار اول الصلاة واخرها سواء كنية الاقامة
فان قلت ما الفرق بين ما اذا اقتدى متطوعا بالامام الذي يصلي الظهر ثم افسد الامام صلاته حيث يجب على المقتدي قضاء اربع
ركعات وبين ما اذا اقتدى المسافر بالمقيم بالظهر ثم افسد المقيم صلاته حيث لا يلزم على المسافر الا ركعتان قلت هو ما ذكره شيخ الاسلام
خواهر زاده في مبسوطه من ان الاقتداء كالنذر من حيث الالتزام حيث التزم ما التزم امامه ولو نذر المسافر ان يصلي التطوع اربع
ركعات لزم الاربع لان النذر بالتطوع ملزم وبالفرض ليس بملزم **قوله** وان صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم ثم اتم المقيمون
صلاتهم وهذا فيما سوى المغرب والوتر لان المسافر لا يسلم فيهما على راس ركعتين • لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم في السفر
كان يصلي المغرب ثلاثا فيسلم وانما يتم المقيمون صلاتهم اذا سلم المسافر • لما روي في حديث عمران بن حصين ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي
بمكة ركعتين ثم يقول يا اهل البلد صلوا اربعا فانا سفر ولان المقيم لا يتغير فرضه الى قصر بدخوله في صلاة المسافر لانه لو نوى النفر وعزم
عليه كانت اقامته ثابتة لانه يدخل في حكم المسافر فكذلك دخوله في صلاة المسافر وليس كالمسافر يدخل في صلاة المقيم • وحكي ان
ابا يوسف حج مع الرشيد فصلى الرشيد بمكة ركعتين فلما سلم قام ابو يوسف فقال اتموا يا اهل مكة فانا قوم سفر فقال له رجل من اهل مكة
نحن افقه منك واعلم بهذا منك فقال ابو يوسف لو كنت فقيها ما تكلمت في الصلاة **قوله** الا انه لا يقرأ في الاصح لانه مقتد تحريمة
لا فعلا • بيانه ان المقيم المقتدي بالمسافر كالمسبوق لانه مقتد تحريمة لا فعلا لان الشفع الثاني ليس على الامام وكذلك المسبوق
مقتد تحريمة لا فعلا لان اول الصلاة فات عنه الا ان المقيم المقتدي لا ياتي بالقراءة في باقي الصلاة لان فرض القراءة صار مؤدى بخلاف
المسبوق الذي ادرك في الشفع الثاني حيث ياتي بالقراءة لانه ادرك قراءة نافلة وانما قال فيتركها احتياطا لانه بالنظر الى كونه مقتديا
لا ياتي بالقراءة لانها حرام وبالنظر الى كونه منفردا ياتي بها استحبابا فيتركها احتياطا لان المحرم والمبيح اذا اجتمعا فالغلبة للمحرم
اما المسبوق فانه لما لم يتاد فرضه صار جعله منفردا اولى من جعله مقتديا فياتي بالقراءة **قوله** لانه عليه الصلاة والسلام
قال حين صلى باهل مكة وهو مسافر روى صاحب السنن باسناده الى عمران ابن حصين قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وشهدت
معه الفتح فاقام بمكة ثماني عشرة ليلة لا يصلي الا ركعتين يقول يا اهل البلد صلوا اربعا فانا قوم سفر **قوله** واذا دخل المسافر مصره
اتم الصلاة وان لم ينو الاقامة فيه المقام بالعزم الاقامة وهذا لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسافر فيقصر فاذا عاد الى المدينة
كان يتم بلا عزم جديد ولان المرخص للقصر هو السفر وقد زال بدخول الوطن فزال حكمه ثم لا تفاوت الجواب بين ما اذا دخل مصره مجتازا
او لقضاء حاجة حدثت مع نية الخروج او بعد الدان يترك السفر لان مصره متعين للاقامة فلا يحتاج فيه الى النية وبه صرح صاحب
التحفة **قوله** ومن كان له وطن فانتقل عنه واستوطن غيره ثم سافر ودخل وطنه الاول قصر • اعلم ان الاوطان ثلاثة
وطن اصلي ويسمى الوطن الحادث والوطن المستعار للقرار وهو ما يكون بالتوطن بالاهل او بالمولد والثاني وطن الاقامة ويسمى الوطن
الحادث والوطن المستعار وهو ان ينوي المسافر الاقامة في بلد اقل من خمسة عشر يوما والوطن الاصلي يبطل بمثله ولا يبطل
بالسفر ولا بوطن الاقامة ولا بوطن السكنى لان الشيء انما ينتقض بمثله او بما هو اقوى منه لا بما دونه ووطن الاقامة يبطل بالاصلي
لانه اقوى منه وبالسفر لانه ضد الاقامة وبوطن الاقامة لانه مثله والثاني اقوى من الاول لان الاول بنقض النقل انتقض حقيقة
وانما بقي حكمه وهو ان يصير مقيما متى عاد اليه قبل ان يصير مسافرا • والثاني ثابت حقيقة وحكما فكان فوق الاول فرفع الاول
ولا يبطل وطن الاقامة بوطن السكنى لانه دونه واما وطن السكنى فيبطل بهذه الاشياء كلها لضعفه نظير الوطن الاصلي • رجل وطنه
بالكوفة انتقض باستيطانه بمكة واتخذها دارا فاراد ان لم يتوطن بمكة ثم بدا له ان يرجع ويتخذ خراسان دارا فمر بالكوفة يصلي بها
اربعا لان الوطن الاصلي لا يبطل بالوطن الحادث • وفي الاول كان وطنه مثل الوطن الاصلي لذلك ابطل وطنه بالكوفة
ولو ان هذا الكوفي باع داره وتحول عياله وخرج يريد ان يتوطن مكة فلما انتهى الى الثعلبية بدا له ان لا يتوطن مكة ويتوطن
خراسان فمر بالكوفة صلى بها اربعا ونظير الوطن الحادث وهو وطن الاقامة • خراساني قدم الكوفة ثم اقام بها واتم الصلاة ثم
خرج الى الحيرة فوطن نفسه على اقامة خمسة عشر يوما فاقام بالحيرة اياما على تلك النية ثم خرج منها يريد خراسان ومر بالكوفة فانه
يقصر الصلاة لانه انتقض وطنه بالكوفة بوطنه الحادث بالحيرة فان لم ينو المقام بالحيرة خمسة عشر يوما الا انه كان
يتم الصلاة ثم خرج الى خراسان فمر بالكوفة فانه يتم الصلاة لان وطن الاقامة لا يبطل بوطن السكنى فان نوى ان يقيم بالكوفة خمسة

عشر يوما ثم خرج يريد مكة فلما اتى القادسية ذكر حاجة له بالكوفة فرجع الى الكوفة فانه يقصر الصلاة بالكوفة فانه انتقض وطنه
الحادث بالكوفة بوجود سفره الى مكة سفرا تاما ولا كذلك خروجه الى الحيرة لان بين الكوفة والحيرة لا يوجد مدة سفر تام فان اتخذ بلدة
اخرى دارا فانه يقصر الصلاة بالكوفة لان الوطن الحادث يبطل بالوطن الاصلي ونظير الوطن السكنى • رجل خرج من النيل وهي
سواد الكوفة وبينهما اقل من مسيرة ثلاثة ايام وترك بالكوفة ثقله ثم خرج من الكوفة الى القادسية يريد الشام ويريد ان يمر
بالكوفة فانه يصلي بالكوفة ركعتين لان وطن سكناه بالقادسية ابطل سكنى وطن سكناه بالكوفة لان وطن السكنى يبطل بوطن
الاقامة وكذلك اذا انتقل الى القادسية باهله ومتاعه يصلي بالكوفة ركعتين لان وطن السكنى يبطل بالسكنى الاخر
قوله لانه لم يبق وطنا له • قال الشيخ ابو نصر البغدادي هذا انما يكون اذا انتقل اهله عن الاول فاما اذا استحدث
وطنا اصليا في بلد اخر واهله في البلد الاول وكل واحد منهما وطن اصلي لا يبطل احدهما بالاخر **قوله** عد نفسه بمكة من المسافرين
ولهذا كان يقول يا اهل البلد صلوا اربعا فانا سفر **قوله** وهذا لان الاصل ان الوطن الاصلي يبطل بمثله اشارة الى ما ذكر من
قصر الداخل وطنه الاول وطنا له لاجل ان الوطن الاصلي يبطل بمثله **قوله** واذا نوى المسافر ان يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما
لم يتم الصلاة وهذا لانه لم ينو الاقامة في كل واحد منهما خمسة عشر يوما وانما نوى اقل من ذلك وبه لا يصير مقيما
ولا يعتبر نية الاقامة خمسة عشر في موضعين لا يجمعهما مصر واحد او قرية واحدة لانه حينئذ يلزم اعتبارها في ثلاثة امصار الى خمسة
عشر او اربعة امصار الى خمسة عشر فيؤدي الى ان لا يكون الشخص مقيما بنفس النزول وذلك فاسد لان السفر لا يخلو عن ذلك القدر
الا اذا نوى الليلة باحدهما فح يكون مقيما بدخوله فيه وانما جعل منى بمنزلة محلة من مكة • لما روي عن عبد الله ابن عمر انه كان
يكمل الصلاة بمكة واذا خرج الى منى قصر فعلم ان منى بمنزلة قرية من قرية مكة **قوله** ومن فاتته صلاة في السفر قضاها في
الحضر ركعتين ومن فاتته صلاة في الحضر قضاها في السفر اربعا لان القضاء بحسب الاداء اعلم ان المسافر اذا خرج وقد بقي من الوقت
مقدار ما يمكنه اداء ركعتين فانه يقصر بلا خلاف بين اصحابنا واذا خرج وقد بقي من الوقت مقدار ما يمكنه اداء ركعة او مقدار التحريمة
فانه يقصر عندنا خلافا لزفر • وقال بعض اصحاب الشافعي اذا بقي من الوقت مقدار ما يمكن من اداء الاربع فانه يجب عليه الاتمام
واذا مضى من الوقت ما لا يسع الاربع ركعات فانه يقصر وهذا بناء على ان الصلاة تجب في اول الوقت عندهم وعندنا السبب هو الجزء القائم
من الوقت وقد مر تحقيق الكلام فيه في فصل الاوقات التي تكره فيها الصلاة • ولنا انها صلاة يجوز تاخيرها عن هذا الوقت اعني اول الوقت
من غير عذر فلم تكن واجبة كالعصر في وقت الظهر يوم عرفة فاذا ثبت ان الوجوب يتقرر باخر الوقت وقد حصل هو مسافر فيه كان عليه
اداؤها في بعض السفر اداء وقضاء لان القضاء على الغالب وكذلك اذا اقام وقد بقي من الوقت مقدار التحريمة يجب عليه الاربع لانه
كان مقيما وقت الوجوب وكان عليه فرض الاقامة اداء وقضاء وهذا معنى قوله والمعتبر في ذلك اخر الوقت وهو الذي يسع فيه التحريمة
ثم صلاة الحضر تقضى في السفر اربعا بلا خلاف وصلاة السفر تقضى في الحضر ركعتين عندنا • وقال الشافعي يقضيها اربعا وهذا بناء على ان
المسافر فرضه ركعتان عندنا فاذا صلى اربعا كانت الاخريان نافلة وعند الشافعي فرض المسافر اربع ما لم ينو القصر وقت الشروع فاذا كان من
مذهبنا ان فرضه ركعتان وقد استقر به دينا في ذمته بمضي الوقت فلا يجب عليه الا ركعتان كما لو فاتته صلاة الفجر • وقد بينا ان
فرض المسافر ركعتان شيئا في اول الباب • فان قلت ما الفرق بين هذه المسئلة حيث يعتبر حال الاداء دون القضاء فانه كان المكلف مسافرا
حال تقرر الوجوب يقضيها ركعتين وان كان مقيما يقضيها اربعا وبين ما اذا فاتته صلاة في المرض حيث يقضيها في الصحة قائما بركوع وسجود
وكذلك اذا فاتته صلاة في الصحة يقضيها في المرض بالايماء فيعتبر حال القضاء • قلت الفرق بينهما ان المرض لا تاثير له في اصل الصلاة بل في
الوصف حتى يتم الاداء بحسب القدرة ثم المريض اذا كلف بقضاء صلاة الصحة كان تكليفا بالمحال او تكليف ما ليس في الوسع وذلك لا يجوز
بالنص والصحيح اذا صلى صلاة المرض مثل ما يصليها المريض يلزم ترك الكل بالنص • وهو قوله تعالى وقوموا لله وقوله تعالى واركعوا واسجدوا وهو
لا يجوز ايضا بخلاف السفر فانه له تاثير في اصل الصلاة حيث يتغير الحكم من الاكمال الى القصر • فلما تحقق القصر في اخر الجزء وصار ذلك دينا
لم يتغير بعد ذلك ولهذا لا يجوز اقتداء المسافر بالمقيم في القضاء وكذلك اذا فاتت صلاة الاقامة يقضيها في السفر اربعا لان الوجوب تقرر
باخر الوقت وصار دينا لم يتغير بذلك **قوله** والمعتبر في ذلك اخر الوقت لانه المعتبر في السببية عند عدم الاداء • فان قلت
قد قال في اصول الفقه ان الوجوب يضاف الى كل الوقت اذا خلا الوقت لا الى جزء • فكيف قال صاحب الهداية المعتبر في السببية
اخر الوقت عند عدم الاداء • قلت الذي قاله صاحب الهداية هو الصواب لان الوجوب يضاف الى الوقت الذي يتصل به الاداء اذا وجد
الاداء فاذا لم يوجد الاداء انتقلت السببية من جزء الى جزء الى اخر الاجزاء فكان الاخر معتبرا في السببية حيث يتقرر فيه الوجوب لانه لم
يبق بعده ما يحتمل انتقال السببية اليه بدليل وجوب الصلاة على من اسلم في اخر الجزء او بلغ فيه او طهرت عن الحيض فيه وانما لم يجز قضاء العصر
الامس اذا اسلم في ذلك الجزء اذا قضاها في الجزء الاخير من هذا اليوم لان فساد الصلاة باعتبار اتصال الصلاة بذلك الوقت فاذا لم يوجد
فيه وجبت كاملة خالية عن الفساد فلم يجز قضاؤها في الوقت الناقص ويجيء تمام الكلام في شرح اصول فخر الاسلام **قوله** والعاصي
والمطيع في سفره في الرخصة سواء وفي بعض النسخ في سفرهما والعاصي هو الذي يخرج لقطع الطريق والاباق والمطيع هو الذي يخرج للحج والجهاد
اعلم ان مطلق السفر سبب الرخصة من القصر والافطار واستكمال مدة المسح وتناول الميتة عند المخمصة سواء كان السفر سفر طاعة كالحج
والجهاد او سفر اباحة كالخروج الى التجارة او سفر معصية كقطع الطريق والاباق • وقال الشافعي اذا انشأ السفر للمعصية لم يترخص
وان طرأ المعصية في حال السفر ففيه وجهان • لنا ان النصوص المقتضية للقصر والافطار وغير ذلك من الرخصة مطلقا لا تفصل بين
سفر وسفر فيثبت الحكم في العاصي والمطيع سواء لا يقال الرخصة للتخفيف والمعصية سبب التغليظ فلا يستحق بالمعصية لانا نقول كل ما له جاز

الرخص بنيها للمطيع جاز للعاصي ايضا • الا ترى ان المريض المطيع يجوز له الافطار فكذلك المريض العاصي ولان المقيم العاصي يجوز له
الرخص مسح يوم وليلة فكذا المسافر العاصي ولان العصيان ليس في ذات السفر لانه في نفسه مباح وانما العصيان بما يجاوره
بانه خرج لما قاله الوالدين او خرج على الامام او بما يحصل بعد الخروج من السفر بان خرج للحاج او الجهاد ثم قطع الطريق والقبح المجاور لا يعدم المشروعية
كالصلاة في ارض مغصوبة والبيع وقت النداء فصلح السفر مناطا للرخصة والله اعلم

باب صلاة الجمعة

قيل في وجه المناسبة بين البابين ان صلاة السفر تنصف بواسطة السفر وصلاة
الجمعة تنصف عنه بواسطة الخطبة قوله لا تصح الجمعة الا في مصر جامع او في مصلى المصر اعلم ان الجمعة لها شروط
ساير الصلاة • منها ما هي في ذات المصلي الذكورة والحرية والاقامة والصحة وسلامة الرجلين وسلامة العينين حتى لا تجب الجمعة
على النسوان والعبيد والمسافرين والمرضى والزمنى والعميان • ومنها ما هي خارج ذات المصلي المصر الجامع والسلطان والخطبة والوقت
والجماعة • والسادسة الشهرة ذكرها محمد في نوادر الصلوات حتى ان اميرا لو جمع جنوده في الحصن واغلق الابواب وصلى بهم الجمعة فانه
لا يجزيهم واقتبست هذه الشرايط من قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع
لانه قال نودي وانه لتشهير وقال من يوم الجمعة وفهم منه الوقت مطلقا وتقيد بوقت الظهر بفعل النبي صلى الله عليه وسلم فيه او فيه
باشارة قوله وذروا البيع لانه انما يكثر البيوع وتلتهب سوق التجارة وقت الظهيرة عند انصباب القرى وهبوط الناس من كل
اوب في مجتمعهم • وقال الى ذكر الله وفهم منه الخطبة لانه لا ذكر هناك يجب السعي اليه بعد الاذان الا الخطبة وفهم منه السلطان
ايضا لانه لا بد ان يكون الذاكر من له ولاية الاقامة وشرط الجماعة فهم من قوله الى ذكر الله وقوله فاسعوا لان الذكر يدل على
الذاكر وهو الامام وقوله فاسعوا جمع يدل على ثلاثة سوى الامام • وقال وذروا البيع وفيه اشارة الى شرط المصر لان البيع الذي
يحتاج الى المنع يكون في الامصار التي هي مصب النواحي ومهبط القرى • وقوله فاسعوا الى ذكر الله يدل على ساير الشروط لانه لا يقدر
المرضى والزمنى والعميان على السعي فالطاعة بحسب الطاقة والنسوان امرن بالقرار بقوله وقرن في بيوتكن فلا يكن مامورات بالسعي
وكذا شرط الحرية والاقامة لان العبد مشغول بخدمة المولى والمسافر بتنقله والله اعلم • قيل المراد بالسعي القصد دون العدو والسعي
التصرف في كل عمل • ومنه قوله تعالى فلما بلغ معه السعي وان ليس للانسان الا ما سعى • كذا قال صاحب الكشاف والبيع وان كان
مخصوصا بالذكر ليس هو المراد وحده دون غيره من الامور الشاغلة وانما ذكر البيع لان الشرى كان يتخلف عنها لاجل البيع وكان البيع من معظم
منافعهم ومقاصدهم فنص على البيع وعقل النهي دونه من الامور الشاغلة عنها اولى بكونه منهيا عنه كقوله تعالى ولا تقل لهما اف • وفي
المصر الجامع خلاف • ذكر خواهر زاده في مبسوطه روي عن ابي حنيفة انه قال المصر الجامع ما يجتمع فيه مرافق اهله دينا ودنياويه
ايضا • وقد روي عن ابي يوسف في الاملا كل موضع فيه منبر وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود فهو مصر يجب على اهله الجمعة
وكذا روى الحسن عن ابي حنيفة في كتاب صلاته وفيه يتعين ايضا قال سفيان الثوري المصر الجامع ما يعده الناس مصرا عند ذكر الامصار
المطلقة كبخارا وسمرقند • وقال الكرخي المصر الجامع ما اقيمت فيه الحدود ونفذت فيه الاحكام وهو اختيار صاحب الكتاب
وعن ابي عبد الله البلخي انه قال احسن ما سمعت اذا اجتمعوا في اكبر مساجدهم لم يسعهم فهو مصر جامع • وروي عن ابي حنيفة
هي بلدة كبيرة فيها سكك واسواق ولها رساتيق وفيها وال يقدر على انصاف المظلوم من الظالم بحشمته وعلمه او علم غيره يرجع
الناس اليه فيما وقعت لهم من الحوادث وهو اختيار صاحب التحفة • وقال ابو يوسف في نوادر ابن شجاع اذا كان في القرية
عشرة الاف فهو مصر • ومن مشايخنا من قال المصر ما يعيش كل صانع بصنعته قوله ولا تجوز في القرى لقوله عليه الصلاة
والسلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع وهذا مذهبنا • وعند الشافعي اذا كان في القرية اربعون رجلا
حرا مقيما يلزمهم اقامة الجمعة له قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله لانه عام وقوله عليه الصلاة والسلام الجمعة على من سمع النداء • وروي
عن ابن عباس انه قال ان اول جمعة جمعت في الاسلام بعد جمعة جمعت في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة لجمعة جمعت بجواثا
قرية من قرى البحرين • قال الشافعي ودخلتها فوجدتها قرية • ولنا قوله تعالى وذروا البيع وهذا انما يكون في الامصار التي لها اسواق
واشتغال بالتجارات دون القرى • وروى سعيد ابن المسيب عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا جمعة ولا تشريق ولا فطر
ولا اضحية الا في مصر جامع لا يقال انه على قول علي لا نرى ان ابا عبيد ذكر في كتابه وقال حدثنا حجاج عن منصور عن سعيد ابن عبيدة عن
ابي عبد الرحمن السلمي عن علي لان شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر في مبسوطه وقال ذكره ابو يوسف في الاملاء مسندا مرفوعا الى النبي صلى
الله عليه وسلم اما قوله تعالى فاسعوا فليس على عمومه لانه خص منه العبد والمسافر بالاتفاق وما دون اربعين فخص المتنازع بما تلونا وما رويناه
وكذا الحديث مخصوص لانه لا يجب على كل سامع على ان فيه طعنا من ايمة الحديث قال ابو داود في السنن انه مقصور على ابن عمر ولئن سلمنا
انه مرفوع فنقول معناه من سمع نداء الجمعة وبه نقول ولكن لا جمعة الا في المصر لما بينا واما تسمية جواثا قرية لا يدل على انها ليست بمصر
لان العرب قد تسمي المصر قرية الا ترى الى قوله تعالى من قريتك التي اخرجتك والى قوله تعالى ولتنذر ام القرى • وقول الشافعي دخلتها
فوجدتها قرية لم يدل على انها لم تكن بلدة كبيرة لجواز نقضت عما كانت قوله اذا اجتمعوا في اكبر مساجدهم يعني به اجتماع
من يجب عليهم الجمعة لا اجتماع كل من يسكن في المصر قوله والحكم غير مقصور على المصلى بل يجوز في جميع افنية المصر وانما تجوز الجمعة
في المصلى لانه من توابعه وكان في حكمه وكذا ساير افنيته لانها بمنزلة المصر في حوائج اهله • قال في الفتاوى الصغرى يجوز صلاة
الجمعة والعيدين في فناء المصر وهو ان يكون على قدر غلوة متصل بربض المصر كما هو المعتاد في صلاة العيد ولو اخرج رجل من المصر بنية السفر
فيصلي في هذا الموضع صلاة المسافرين وكذا الواصل المسافر الى هذا الموضع نقله الى اخر باب الجمعة من نوادر شمس الايمة الحلواني وتفسير

فنا المصر ما اعد لحوائج المصر وفنا الدار وفنا كل شي كذلك • قال شمس الايمة الحلواني في نوادره اختلفوا في فنا المصر وتقدير
الحد فيه وقدره محمد هنا بغلوة وبعضهم بفرسخ وبعضهم بفرسخين وبعضهم بمنتهى حد صوت المؤذن اذا اذن كذا في تتمة الفتاوى • وفي
شرح الطحاوي عن ابي يوسف ان الامام اذا خرج يوم الجمعة مقدار ميل او ميلين فحضرته الصلاة فصلى جاز • وقال بعضهم لا تجوز الجمعة
خارج المصر منقطعا عن العمران • وقال بعضهم على قول ابي حنيفة وابي يوسف يجوز وقال محمد لا يجوز كما اختلفوا في منى كذا ذكره
الاسبيجابي في شرح الطحاوي قوله وتجوز بمنى ان كان الامام امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا عند ابي حنيفة
وابي يوسف • وقال محمد لا جمعة بمنى • وفي شرح الطحاوي ان كان الامير امير الحجاز او امير العراق او امير مكة او الخليفة
فيهم مقيمين كانوا او مسافرين جاز اقامة الجمعة عندهما وان كان امير الموسم ان كان مقيما جاز وان كان مسافرا لم يجز لان المسافر
لا جمعة عليه ابتدا • وذكر فخر الاسلام ان امير الموسم ليس له حق اقامة الجمعة انما له سياسة الحاج • وقال في المختلف امير
الحاج ليست له ولاية اقامة الجمعة الا اذا ولاه الخليفة او من له ذلك وهو مقيم • وجه قول محمد ان منى قرية ولا جمعة في القرى
او هو منزل من منازل الحاج فصار كعرفات ولهذا لا يصلون بمنى صلاة العيد ووجه قولهما ان بمنى جامعا واسواقا وسلطانا وقاضيا
في ايام الموسم تقيم الحدود فيجتمع فيه مصالح الدين والدنيا فيكون كساير الامصار بخلاف عرفات لانها مفازة وانما لا يصلون صلاة العيد
يوم النحر بمنى طلبا للتخفيف لان الناس مشغولون بامور المناسك ولان منى من افنية مكة وقيل انها لانها في الحرم وتوابع الشي تقوم
مقام ذلك الشي الا ترى ان امير مصر لو خرج من المصر لحاجة مع اهل المصر لحرب او لغير ذلك مقدار ميل او ميلين جاز له ان يصلي
الجمعة هناك هكذا قاله ابو يوسف في الامالي • قال الفقيه ابو الليث قوله وعدم التعييد للتخفيف جواب عن قول محمد حتى لا يعيد بها
واثبات المصر في قوله لانها وفي قولهما يتناول القرية او البلدة او البقعة قوله ولا يجوز اقامتها الا للسلطان او لمن
امره السلطان وهذا عندنا حتى اذا اقيمت الجمعة بغير امر امير البلدة او بغير قاض فانه لا يجوز عندنا • ذكره خواهر زاده • وقال الشافعي
اذا اجتمع جماعة من الناس صلوا بانفسهم لما روي عن علي صلى بالناس الجمعة وعثمان كان محصورا وكانت الولاية في يد عثمان
ولانه فرض صلاة مكتوبة فلا يشترط لاقامتها السلطان كساير الصلوات • ولنا ما روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته
فاعلموا ان الله كتب عليكم في يومي هذا في مقامي هذا في شهري هذا فريضة واجبة الى يوم القيمة فمن تركها جحودا لها واستخفافا بحقها
في حياتي او بعد موتي وله امام عادل او جاير فلا جمع الله شمله ولا بارك له في امره الا لا صلاة له الا لا زكاة له الا لا حج له الا لا صوم له
الا ان يتوب ومن تاب تاب الله عليه وهذا يدل على انها لا تقام الا بالسلطان لانه الحق الوعيد اذا كان له سلطان ولان الجمعة تقام
بجمع عظيم فلو لم يكن السلطان شرطا تقع المنازعة في التقديم بان تقول طايفة نصلي بالناس فلان نصبناه له وتقول الاخرون
يصلي بنا فلان الاخر وتقع المنازعة في التقدم بان يقول واحد انا اصلي بالناس ويقول اخر انا اصلي بهم وقد تقع المنازعة
في غير ذلك بان تقول طايفة نصلي في مسجدنا وتقول الاخرون نصلي في مسجدنا فاشترطنا سلطانا يقيم رجلا بعينه لقطع التنازع
وحسم الخلاف • واما تعلقه بحديث عثمان فساقط فانه يحتمل ان عليا فعل ذلك بامره او لم يتوصل الى اذن عثمان • وعندنا
اذا لم يتوصل الى اذن الامام فللناس ان يجتمعوا ويقدموا من يصلي بهم كذا ذكر الشيخ ابو نصر البغدادي فمن اين يعلم ان عليا فعل ذلك
بلا اذن عثمان وهو يمكنه ان يتوصل الى اذنه وقياسه على ساير الصلوات فاسد لان للجمعة شرطا ما لم يشترط لغيرها من الصلوات الا
ترى ان الخطبة ليست بشرط لساير الصلوات وهي شرط للجمعة وكذا الجماعة شرط للجمعة دون غيرها من الصلوات ولهذا يجوز
فعل كل واحد منفردا في ساير الصلوات ولا يجوز ان ينفرد الواحد بالجمعة ولا يقال انها عبادة على البدن فلا يكون السلطان فيها
شرطا كما في الحج والصوم لانا نقول هذا يبطل باقامة الحدود ولان الحج اذا انفرد به الواحد لم يفوته على غيره وفي الجمعة اذا انفرد
باقامتها طايفة فات الباقين فافترقا • ونقل صاحب الاجناس عن نوادر ابن سماعة عن محمد لو تغلب على مصر متغلب فصلى بهم الجمعة
جازت فكذلك اذا اجتمع الناس على رجل يصلي بهم الجمعة جازت قوله تتميما لامره • الضمير يرجع الى الجمعة على تاويل المذكور
يعني انما فوض اقامة الجمعة الى الامام كيلا تقع المنازعة المبطلة للجمعة فيتم امرها قوله ومن شرايطها الوقت فتصح في وقت
الظهر ولا تصح بعده وهذا مذهبنا • وقال مالك تصح في وقت العصر كذا في شرح الاقطع • لنا ان فرض الجمعة مجمل في كتاب الله تعالى
مفتقر الى البيان ولم يرد • عن النبي صلى الله عليه وسلم فعلها الا في وقت الظهر فدل على الوجوب • وروى البخاري في صحيحه
عن انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي الجمعة حين يميل الشمس وقال عليه الصلاة والسلام صلوا كما رايتموني اصلي ولانها
لو جازت في وقت العصر لجازت في وقت المغرب لان فعلها في الوقتين تنافر لانها صلاة وضعت لها خطبة فكان من شرطها
الوقت كالعيد • قال الشيخ ابو الحسن القدوري والذي روي عن ابن مسعود انه صلى الجمعة ضحى فمعناه ما قرب من ذلك
قوله لاختلافهما اي لاختلاف الظهر وهذا لان الظهر اربعة والجمعة ركعتان وتختص الجمعة بشروط لا تشترط للظهر والظهر
يختص فيها والجمعة بشرطها وانما احدهما ظهر والاخر جمعة فثبت اختلافهما [illegible] وانما لا يبنى الظهر عليها
اذا خرج الوقت وهو فيها اتمها اربعا • وعند الشافعي
قوله ومنها الخطبة • اعلم ان الخطبة شرط الجواز بدليل ان الجمعة تتوقف صحتها
على وجود الخطبة بالاجماع فكانت شرطا وهذا لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله والمراد منه الخطبة بالنقل عن ايمة التفسير وقد سمى
النبي الى الخطبة فدل انها لا بد منها لان النبي لا يتعرض الى ما ليس بفرض ولان سقوط الظهر بالجمعة ولا مماثلة بينهما عرف بخلاف القياس
فيراعى جميع ما ورد به النص والشرع ما اقام الجمعة الا بالخطبة فدل على كونها شرطا • فان قلت لم لا تجوز الخطبة ان تكون ركنا لا شرطا وقد
قامت مقام الركعتين من الظهر والركعتان من الظهر ركن فينبغي ان تكون الخطبة كذلك • قلنا انا لا نجوز ان تكون الخطبة ركنا لان وجود

الجمعة باركانها لا بالخطبة ولو كانت ركنا لاشترط لها شرائط سائر الاركان من نحو استقبال القبلة فدل انها شرط • فان قلت لو كانت شرطا لكانت شرطا حالة الاداء اذا قلت لانسلم الملازمة لان الشرط وجوب الخطبة لا فعلها حالة الاداء الجمعة كالطهارة وستر العورة فان الشرط حصولها لا فعلها حالة الاداء **قوله** به جرى التوارث يعني هكذا نقل النبي صلى الله عليه وسلم والائمة من بعده الى يومنا هذا • روي في السنن عن نافع عن ابن عمر قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يخطب خطبتين كان يجلس اذا صعد المنبر حتى يفرغ المؤذن ثم يقوم فيخطب ثم يجلس فلا يتكلم فيقوم فيخطب **قوله** ويخطب قائما على الطهارة اما ذكر اعتبار القيام فلما روينا من حديث ابن عمر وذلك سنة لا شرط لما روي ان عثمان كان يخطب قاعدا لما اسن كذا ذكره الشيخ ابو نصر البغدادي ولانه ذكر يتقدم التحريمة فلم يكن من شرطه القيام كالاذان ولانه ذكر لا يعتبر فيه استقبال القبلة بحال فلا يجب فيه القيام كالتشهد وعند الشافعي لا تصح الخطبة قاعدا واما الطهارة فهي سنة عندنا لا شرط خلافا لابي يوسف والشافعي حتى اذا خطب على غير طهارة يجوز عندنا ويكره وعندهما لا يجوز • لنا انه ذكر يتقدم الصلاة فلا يشترط فيه الطهارة كالاذان ولان ما لا يبطله كلام العامة لا يكون الوضوء من شرطه كالصوم وغيره ولابي يوسف ما روي عن عمر وعائشة انما قصرت الصلاة لاجل الخطبة والطهارة تشترط في الصلاة فكذا في الخطبة التي قامت مقام بعض الصلاة فنقول لا نسلم انها قامت مقام الركعتين الا ترى ان استقبال القبلة لا يشترط فيها ولا يبطلها الكلام وانما كرهت الخطبة على غير طهارة لان المحدث اذا خطب يلزم الفصل بين الخطبة والصلاة والسنة للخطبة ثم هي شرط الصلاة وليس كذلك فيستحب فيه الطهارة كالاذان فيه نظر لانه يفهم من هذا التركيب ان الاذان شرط الصلاة وليس كذلك لانه سنة • وبه صرح صاحب الهداية نفسه في باب الاذان وايضا فيه تكرار لانه لو قال شرطها ثم من قوله ومنها الخطبة فلو قال ثم هي ذكر تتقدم الصلاة فيستحب فيه الطهارة كالاذان لوقع الكلام محررا **قوله** الا ان فيه التوارث يتعلق بقوله خطب قاعدا وقوله وللفصل بينهما وبين الصلاة يتعلق بقوله او على غير طهارة وتقدير بيانه **قوله** وان اقتصر على ذكر الله جاز عند ابي حنيفة اعلم ان الخطبة تجوز عند ابي حنيفة بالاقتصار على الحمد لله او على سبحان الله او على لا اله الا الله وقالا لا يجوز حتى ياتي بذكر طويل يسمى خطبة لكن هذا فيما اذا قال الحمد لله بنية الخطبة اما اذا عطس فقال الحمد لله لاجل العطاس لا تجزيه عن الخطبة بالاجماع كذا في الفتاوى • وقال الشافعي لابد من خطبتين فيهما اربعة اجناس حمد الله والصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم والعظة والقران للشافعي ان ذكر الله مجمل لا يدري اي ذكر هو وقد فسره رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبتين بفعله فصار بيانا للكتاب • ولهما ان الجواز معلق بالخطبة والقدر القليل لا يسمى خطبة فلا يجزيه • ولنا قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله • بيانه ان المامور به ذكر الله والمراد منه الخطبة بالنقل وهذا القدر القليل ذكر الله فيجزيه عن الخطبة • وروي ان عثمان خطب في اول جمعة ولي فقال الحمد لله ثم ارتج عليه فقال الحمد لله انكم الى امام فعال احوج منكم الى امام قوال وان ابا بكر وعمر كانا يعدان لهذا المقام مقالا وستاتيكم الخطب من بعد واستغفر الله لي ولكم فنزل وصلى وكان ذلك بحضرة من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع ولان الخطبة عبارة عما يخاطب به ماخوذ من الخطاب وقد وجد ذلك في القدر القليل فيجزيه ولا نسلم ان ذكر الله تعالى مجمل لان المجمل لا يمكن العمل به الا ببيان من المجمل والعمل بالاية يمكن قبل البيان ولان ما يسمى ذكر الله تعالى معلوم عند الناس ونقل النبي لبيان السنة ولا نسلم ان الجواز معلق بالخطبة بل الجواز معلق بذكر الله وقد حصل • ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان القدر القليل لا يسمى خطبة وكيف لا يسمى وحقيقة الخطبة موجودة في ذلك القدر • فان قلت ذكر راتب مقدم على الصلاة فوجب ان لا ينقض على كلمة واحدة كالاذان • قلت لا نسلم ان القياس صحيح لان المقصود من الاذان الاعلام وهو لا يحصل بكلمة واحدة بخلاف الخطبة فان المقصود منها ذكر الله وهو يحصل بكل ما يسمى ذكر الله • قال الكرخي في شرحه للجامع الصغير ان الخطبة في الجمعة اقيمت مقام الركعتين في الحكم وكان من اصل ابي حنيفة انه يجوز القراءة في الصلاة بمقدار قوله مدهامتان واية فكذلك في الحكم الخطبة اذا ذكر ذكرا واثنا على الله بمقدار اية وقوله مدهامتان جاز ذلك وابو يوسف ومحمد ذهبا في الخطبة كما ذهبا في القراءة لانهما يقولان لا يجوز القراءة في الصلاة الا ان يكون مقدار ثلاث ايات فكذلك الخطبة يحتاج ان ياتي الى مقدار ثلاث ايات او ما يسمى ذلك خطبة الى هنا لفظ الكرخي • وقال الامام حميد الدين الضرير واقل ما يسمى خطبة عندهما مقدار قوله التحيات الى قوله عبده ورسوله وفيه نظر **قوله** من غير فصل اي من قبل الذكر وكثيره ارتج عليه اي استغلق عليه الكلام وفي السنن عن عمار بن ياسر • قال امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم باقصار الخطب وفيه ايضا عن جابر بن سمرة • قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يطيل الموعظة يوم الجمعة انما هي كلمات يسيرات **قوله** واقلهم عند ابي حنيفة ثلاثة سوى الامام قال والاصح ان هذا قول ابي يوسف وحده • اعلم ان الجمعة لا تنعقد بدون الجماعة لكن اختلفوا في عدد الجماعة • قال في ظاهر الرواية لا تقوم الجماعة الا بثلاثة سوى الامام كلهم يصلح للامامة امرتان اجزاتهم الجمعة • قال الطحاوي هذا قول ابي يوسف اجزا • وقال ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي الذي حكاه الطحاوي عن ابي يوسف فانه غير مشهور ولم يسمه احد احكيه غيره • وقال في مختصر الاسرار هي رواية عن محمد • وقال الشافعي لا تنعقد الا باربعين حرا سوى الامام • لنا قوله تعالى اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله • بيانه ان هذا الخطاب الجمع فيقتضي جواز الجمعة بكل ما يسمى جمعا وادنى الجمع الصحيح ثلاثة فيجوز اقامتها بالثلاثة فبطل شرط الاربعين • وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى مصعب ابن عمير الى المدينة فصلى في بيت سعد

ابن

ابن معاذ الجمعة في اثني عشر رجلا ومثله لا يخفى على رسول الله صلى الله عليه وسلم • وروى البخاري في الصحيح باسناده الى جابر ابن عبد الله قال بينما نحن نصلي يعني الجمعة مع النبي صلى الله عليه وسلم الا اثني عشر رجلا فنزلت هذه الاية واذا راوا تجارة او لهوا انفضوا اليها وتركوك قائما ولهذا ايضا يدل على بطلان شرط الاربعين ولا تنا صلاة اختلف في اعتبار اذن الامام فيها فلا يشترط فيها الاربعين كما في العيد • وجه ما روي عن ابي يوسف ان الاثنين في حكم الجماعة بدليل انه يجوز تقدم الامام وجوابه لا نسلم ان الاثنين جمع لانه مختص بلفظ التثنية والمذكور في الاية جمع لا تثنية وتقدم الامام على الاثنين مختلف فيه • قال ابو بكر الرازي كان عبد الله ابن مسعود اذا كان معه رجلان اقام احدهما عن يمينه والاخر عن يساره **قوله** وهي مشتقة منه اي الجمعة مشتقة من الاجتماع **قوله** والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم هذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال من طرف ابي يوسف سلمنا ان الجمع الصحيح ثلاثة لكن لا نسلم ان الثلاثة ليست بحاصلة فيما قاله ابو يوسف لان الاثنين مع الامام ثلاثة • فقال في جوابه كل واحد من الامام والجماعة شرط على حدة فلا يعتبر ان يكون الامام معدودا من الجماعة فيشترط ان يكون الثلاثة سوى الامام **قوله** وان نفر الناس الى اخره • اعلم ان الناس اذا نفروا من الخطبة فلا يخلوا اما ان يكون ذلك قبل شروع الامام فيهم في الصلاة وبعد الشروع فان كان قبل الشروع فلا يصلي الجمعة بالاجماع ويصلي الظهر وان كان بعد الشروع فلا يخلو اما ان يكون ذلك قبل تقييد الركعة بالسجدة او بعده فان كان قبل قيد السجدة ففيه اختلاف • قال ابو حنيفة يستقبل الظهر وقالا يصلي الجمعة وان كان بعد قيد السجدة يصلي الجمعة بالاتفاق خلافا لزفر فان عنده ان نفروا قبل القعود قدر التشهد تبطل جمعته نقلا كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه ثم ان رجع الناس صلى بهم الجمعة ثانيا والا صلى الظهر وان نفروا بعد القعود تجزيه جمعته لزفر ان الجماعة شرط فيشترط دوامها كما في سائر الشروط مثل الوقت والطهارة وستر العورة واستقبال القبلة ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد كالخطبة لا شرط الاداء فلا يشترط دوامها والدليل على انها شرط الانعقاد ان المقتدي اذا ادرك ركعة من الجمعة يقضي الجمعة بالاتفاق وكذا اذا ادرك التشهد عندهما خلافا لمحمد ثم حاجة المقتدي اكثر لان الى الامام فوق حاجة الامام الى المقتدي لان الامام اصل والمقتدي تبع ودوام الامام لم يجعل شرطا لصحة صلاة المقتدي حتى صح صلاة المسبوق في الجمعة مع ان حاجة المقتدي اكثر فلان لا يجعل دوام المقتدي شرطا لصحة صلاة الامام اولى • ولابي حنيفة ان الجماعة شرط الانعقاد لا شرط الاداء كما قالا الا ان مشاركة المقتدي الامام لا يثبت بنفس التكبيرة لانه لا يصح شروعه لا بمثابة بنفس الشروع ومشاركة الامام القوم لا يثبت بنفس التكبيرة لانه يصح شروعه وحده في الجمعة اذا كان عنده قوم منتهيون ومرون الشروع عن المقارنة لا محالة وانما تثبت مشاركته حكما لا داء الفعل تام وهو فعل الصلاة وذلك تم بالقيام والركوع والسجود والاصل ان ما تعلق بالشروع ثبت بنفس التكبيرة وما تعلق بالاداء لا يثبت ما لم يكن المؤدي ركعة ولهذا اذا قام الى الخامسة من الظهر ولم ينو الشروع في التطوع يصير شارعا فيه بنفس التكبير حتى يبطل فرضه اذا لم يقعد في الرابعة ولو قام الى الخامسة ولم ينو الشروع في التطوع لا يصير شارعا فيه ما لم يقيد بالسجدة **قوله** ولا تتم ذلك اي الشروع في الصلاة **قوله** فلا بد من دوامها اليها اي من دوام الجماعة الى الركعة يعني الى تمام الركعة **قوله** بخلاف الخطبة يتعلق بقوله فلا بد من دوامها اليها وهو جواب سؤال مقدر وجه السؤال ان يقال سلمنا ان الجماعة شرط الانعقاد كالخطبة لكن كيف شرط ابو حنيفة دوام الجماعة الى تمام الركعة ولم يشترط دوام الخطبة الى تلك الغاية فى جوابه بخلاف الخطبة يعني ان الخطبة تنافي الصلاة فلاجل هذا لم يشترط دوامها الى الركعة والمنافاة بين الشيئين عبارة عن عدم الاجتماع بينهما في محل واحد في زمان واحد والخطبة مع الصلاة في هذه المثابة لانه حين توجد الخطبة لا توجد الصلاة وحين توجد الصلاة لا توجد الخطبة ولا يعتبر بقاء النسوان يتعلق بقوله الا انها يعني انما لم يعتبر بقاء النسوان وكذا لا يعتبر بقاء الصبيان لانه لا تنعقد بهما وهو لاء الجمعة فلا تتم بهم الجماعة بخلاف ما اذا بقي خلفه من العبيد والمسافرين ثلاثة حيث يصلي الجمعة عندنا خلافا للشافعي فان عنده يصلي الظهر لانه يشترط اربعين رجلا احرارا مقيما **قوله** ولا تجب الجمعة على مسافر ولا امراة ولا مريض ولا عبد ولا اعمى وهذا لما روى ابو داود في السنن باسناده الى طارق ابن شهاب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الجمعة حق واجب على كل مسلم في جماعة الا اربعة عبد مملوك او امراة او صبي او مريض • قال ابو داود طارق قد راى النبي صلى الله عليه وسلم وهو يعد من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم • وقال ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي روى ابو حنيفة عن ايوب ابن عايذ عن محمد ابن كعب عن النبي صلى الله عليه وسلم • قال اربعة لا جمعة عليهم المراة والعبد والمريض والمسافر • وعن ام عطية قالت نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ناتي الجمعة وفي السنن عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تمنعوا نساءكم المساجد وبيوتهن خير لهن ولانه عليه الصلاة والسلام كان يسافر ولم ينقل انه فعل الجمعة في سفره ولان المسافر يلحقه مشقة في الحضور وفيما خرج وهو مدفوع شرعا وكذا المريض يلحقه الحرج والعبد يلحقه في خروجه وحضوره الى الجمعة اضرار بالمولى بترك خدمته فصار كالحج والجهاد بخلاف الصلاة المفروضة فانه يؤديها بنفسه في زمان يسير فلا يلزم الضرر بالمولى وكذا الصوم لانه قادر على الجمع بينه وبين خدمة المولى واما الاعمى اذا لم يجد قائدا فلا يجب عليه الجمعة بالاتفاق وان وجد قائدا ففيه اختلاف • قال ابو حنيفة لا يجب وقالا يجب لانه قدر على السعي فيلزمه وله انه غير قادر بنفسه فلا يلزمه لان الاقتدار

انما يكلف بفعل نفسه لا بفعل غيره فصار كالزمن والخلاف في الحج على هذا • وقال الفقيه ابو الليث في العيون روى الحسن
ابن زياد عن ابي حنيفة ان على الجمعة والحج اذا كان له من يقوده وله مال يبلغ به الحج ومن يحج معه **قوله** فان حضروا وصلوا مع
الناس اجزاهم عن فرض الوقت يعني ان حضر هؤلاء المذكورون المسافر والمراة والمريض والعبد والاعمى فصلوا الجمعة اجزاتهم
وكانت فرض الوقت • وعن الحسن قال كان نساء المهاجرين يصلين الجمعة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتسبن من
الظهر ولانهم من اهل الفرض والرخصة اثر في ترك السعي للعذر فلما حضروا زال العذر وسقط الفرض كالمسافر اذا صام
في رمضان ليسقط عنه الفرض **قوله** ويجوز للمسافر والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة الى اخره • اعلم ان امامة المسافر
والعبد والمريض في سائر الصلوات جائزة بالاتفاق وكذلك في الجمعة خلافا لزفر • وقال الشافعي يجوز امامتهم ولكن
لا يعتد بهم في العدد الذي تنعقد به الجمعة لزفر ان هؤلاء لا تفترض عليهم الجمعة فلم يجز امامتهم فيها كالصبي والمراة
ولنا ان من جازت امامته في سائر الصلوات المفروضات جازت في الجمعة كالحر المقيم وانما لم يجب عليهم الجمعة
للترفيه فاذا حضروا وصلوا كانت من فرضهم بخلاف الصبي والمراة حيث لم يجز امامتهما لان الصبي لا اهلية له لعدم البلوغ
والمراة ليست بصالحة لامامة الرجال وقول الشافعي ضعيف لان من جازت امامته في الجمعة يعتد به في العدد كالحر
المقيم ولان الامامة يبنى فيها من الاحتياط ما لا يعتبر في الائتمام فلما اعتدت امامتهم وجب ان يعتد بهم في العدد
قوله فهي رخصة اي سقوط فرض الجمعة رخصة والتانيث باعتبار الخبر **قوله** على ما بينا اشارة الى قوله
لانهم تحملوه وتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة جواب عن قول الشافعي مقدرا لان قوله ليس بمذكور في الهداية
وبيانه ما مر آنفا **قوله** ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلاة الامام ولا عذر له كره له ذلك وجازت
صلاته • وقال زفر لا يجزيه انما قيد بقوله قبل صلاة الامام لانه اذا صلى الظهر في منزله بعد ما صلى الامام الجمعة
يجوز بالاتفاق بلا كراهة • وانما قيد بقوله ولا عذر له لان المعذور اذا صلى الظهر قبل صلاة الامام يجوز بالاتفاق
ولا يكره والمعذور كالمسافر والعبد والمريض والمراة وهذا بناء على ان فرض الوقت ما هو فعند ابي حنيفة وابي يوسف
فرض الوقت الظهر والجمعة بدل عنه لكن الحر الصحيح المقيم مامور باسقاط الفرض عن ذمته لاداء الجمعة وهكذا عن محمد
في قوله الاول وعن هذا • قال صاحب الهداية هذا هو الظاهر اي ظاهر الرواية عن اصحابنا الثلاثة • وفي قوله
الاخر فرض الوقت الجمعة وله ان يسقط بالظهر ذكره ابو بكر الرازي والقدوري وغيرهما • وروي عن محمد انه قال لا اعلم
فرض الوقت ما هو وانما الفرض ما يستقر عليه فعله وعند زفر وقت الفرض الجمعة والظهر بدل عنه • وقال الشافعي
الجمعة ظهر قاصر وعندنا هما فرضان مختلفان حتى لا يبني احدهما على الاخر اذا خرج الوقت وتظهر ثمرة الخلاف فيمن
تذكر ان عليه فجر يومه وخاف فوت الجمعة ان اشتغل بالفجر • قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يجزيه الجمعة لان فرض الوقت
هو الظهر فاذا ترك الجمعة امكنه فعل الظهر من غير فوات • وقال محمد يصلي الجمعة لان فرض الوقت هي الجمعة فصار كالذي
تذكر فجر يومه في اخر وقت الظهر حيث يصلي الظهر لئلا يفوت فرض الوقت ثم عند محمد رحمه الله لما كان فرض الوقت الجمعة
في قول لكن له ان يسقطه بالظهر جاز اداء الظهر من غير المعذور • وفي قول الفرض احدهما وانما يتعين بالفعل وقد عين
الظهر فجاز • وعند زفر لما كان فرض الوقت هو الجمعة والظهر بدل عنها لم يجز له اداء الظهر لان اداء البدل مع القدرة
على الاصل لا يجوز ولا اثر عندهما الظهر لانه اي بفرض الوقت مجاز لجدوان الجمعة مامور بها والظهر منهي عنه فدل على ان
الجمعة فرض وقت الا انه اذا فات الوقت كان له ان يسقط الفرض بالفرض فلذلك في الوقت وجه قوله الاخر ان الفرض
يسقط بفعل كل واحد منهما فدل على ان الفرض احدهما • ولهما انه امر بالجمعة ونهي عن الظهر وانما يؤمر بالظهر بعد فوت
الجمعة وما نهي عنه مع القدرة على غيره وامر به بعد العجز عنه فهو بدل ولابي حنيفة وابي يوسف قوله عليه السلام
اول وقت الظهر حين تزول الشمس ولم يفصل بين يوم الجمعة وسائر الايام ولان الجمعة اذا لم يصل حتى خرج الوقت يقضي الظهر
لا الجمعة فلو لم يكن فرض الوقت الظهر لم يقض الظهر بل الجمعة ولان فعل الجمعة متعلق بشرائط من الامام والخطبة
والجماعة والمصر وليس يقدر المخاطب على تحصيل تلك الشرائط بنفسه ويمكنه فعل الظهر وحده ومدار التكليف على الوسع فيعلم
بذلك ان الظهر هو فرض الوقت لكن عليه اسقاطه بالجمعة اذا وجدت شرائطه **قوله** فان بدا له ان يحضرها الى اخره
اي ان بدا للذي صلى في منزله يوم الجمعة قبل صلاة الامام ولا عذر له ان يحضر الجمعة فتوجه والامام فيها بطل ظهره عند ابي
حنيفة بالسعي وانقلب نفلا كذا ذكره خواهر زاده حتى يجب عليه اعادة الظهر اذا لم يصل الجمعة وقالا لا يبطل حتى يدخل
مع الامام كذا ذكره في شرح الجامع الصغير • وكذا ذكره ابو بكر الرازي والاسبيجابي في شرحهما لمختصر الطحاوي وكذا
ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي حيث قال وقالا لا يبطل الظهر حتى يكبر للجمعة فهذا كله يدل على ان الظهر ينتقض عندهما
بمجرد الشروع مع الامام • وذكر خواهر زاده في مبسوطه ان على قولهما لا ينتقض الظهر ما لم يؤد الجمعة كلها حتى اذا شرع
في الجمعة مع الامام ثم انه تكلم قبل ان يتم الجمعة فانه ينتقض عند ابي حنيفة وعندهما لا ينتقض ثم قال فهكذا ذكر الحسن
صلاته وانما قيد بقوله فان بدا له ان يحضرها لانه اذا خرج لا يريد الجمعة لا ينتقض ظهره بالاتفاق وانما قيد بقوله فتوجه والامام
فيها لانه اذا توجه بعد فراغ الامام لا ينتقض ظهره بالاتفاق ايضا لانه ليس بسعي الى الجمعة وانما ينتقض الظهر بالجمعة لانه مامور
باسقاطه بها اذا ادركها وقد قدر وهذا لانه لا يتصور الجمعة مع قيام الظهر فيبطل الظهر ضرورة اما السعي فانه لما كان سعيا

من اسباب الصلاة كالطهارة وستر العورة لم يبطل الظهر به عندهما لانه ليس بمقصود بنفسه والظهر مقصود بنفسه فلا
ينتقض الاعلى بالادنى بخلاف الجمعة حيث يبطل الظهر بها لانها فوقه حيث امر باسقاطه بها ولابي حنيفة ان السعي من الفروض
المختصة بالجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وقد نهي عن السعي في سائر الصلوات • الا ترى الى ما روى صاحب السنن
باسناده الى ابي هريرة • قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا اقيمت الصلاة فلا تاتوها تسعون واتوها
تمشون وعليكم السكينة فما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاتموا والمختص اذا اشتغل بالفرض المختص بالجمعة بطل الظهر كتحريمة الجمعة
فان قيل كيف لا يبطل الظهر اذا توضا يريد الجمعة والطهارة من فروضها قلت سلمنا انها من فروضها لكن لا نسلم انها من الفروض
المختصة بها • فان قلت ما الفرق بين هذا وبين القارن اذا احرم بالعمرة والحج فانه لا يكون رافضا لعمرته بمجرد التوجه
الى عرفات بل يكون رافضا لها اذا وقف بها • قلت في القارن روايتان ذكرهما ابو بكر الرازي احداهما انه يكون رافضا
لعمرته بمجرد التوجه كما في السعي في الجمعة فلا يرد السؤال والاخرى انه لا يكون رافضا لعمرته حتى يقف بها وهي الرواية المشهورة
ووجه الاخرى ان رفض الظهر بخلاف رفض العمرة فانه حرام فلم يجز اقامة التوجه مقام الوقوف هذا الذي قلنا في غير
المعذور وكذا الخلاف في المعذور كذا ذكره القدوري خلافا لزفر والشافعي فان عندهما لا ينتقض ظهره وكان ما ادى
من الجمعة يكون نفلا كما في سائر الايام لو صلى الظهر في بيته ثم صلى بجماعة فانه لا ينتقض ظهره • ولنا ان ما ادى من الجمعة وقع
فرضا لان سبب الوجوب وجد في حقه وهو زوال الشمس يوم الجمعة وسقوط السعي رخصة نظرا له فاذا ادى الجمعة
وقع فرضا فلابتناء الموضوع فانتقض الظهر ضرورة بخلاف ما اذا ادى الظهر مرة اخرى بجماعة لان اقامة الظهر بجماعة
سنة ولا ينتقض الفرض بالسنة والله اعلم **قوله** ولا ينتقض بعد تمامه اي لا ينتقض السعي الظهر بعد تمام الظهر
قوله والجمعة فوقها اي فوق الظهر وانما انث الضمير لانه اول الظهر بالصلاة **قوله** ويكره ان يصلي المعذورون
الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن هذا مذهبنا وعند الشافعي لا يكره لهم الصلاة • لنا ان المصر لا يخلو عن
معذور في كل عصر ولم ينقل عن احد من السلف فعل الظهر بجماعة فدل على الكراهة ولانه ربما يقتدي غير المعذور بالمعذور
فيؤدي الى ترك الجمعة فيكره **قوله** بخلاف السواد يتعلق بقوله ويكره ان يصلي المعذورون الظهر بجماعة يعني ان صلاة
الظهر بجماعة في السواد لا تكره لانه لا جمعة على اهل السواد فلا يلزم الاخلال بالجمعة فلا يكره **قوله** ولو صلى قوم اجزاهم
يعني لو صلى قوم الظهر بجماعة في المصر اجزاهم وان كان يكره لوجود شرائطه **قوله** ومن ادرك الامام يوم الجمعة صلى
معه ما ادرك وبنى عليها الجمعة الى اخره • اعلم ان المدرك للامام يوم الجمعة في ركوع الركعة الثانية يتمها ركعتين بالاتفاق وان
ادركه بعد ما رفع راسه من الركوع في التشهد او في سجود السهو فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر والشافعي
يصلي اربعا الا ان الاربع ظهر محض على قول الشافعي حتى لا يفترض القعدة على راس الثانية للظهر وعلى قول محمد جمعة من وجه باعتبار
ما وجد من شرائط الجمعة فيما ادرك كالتحريمة والجماعة والامام وظهر باعتبار ما عدم من الشرائط فيما بقي كالجماعة والامام فافترض
القعدة على راس الثانية وكذا القراءة في الكل احتياطا لانه باعتبار الجمعة يفترض القعدة وباعتبار الظهر لا والشفع الثاني باعتبار
الجمعة تطوع يفترض القراءة فيه وباعتبار الظهر لا فيفترض احتياطا لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام من ادرك ركعة من الجمعة
اضاف اليها اخرى وان ادركهم جلوسا صلى اربعا • وروي في بعض الالفاظ ومن ادرك ما دونها صلى اربعا ولان اقامة الجمعة مقام
الظهر خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص من الشرائط وقد عدم بعض الشرائط فيما يقضي المسبوق كالامام والجماعة
فلا يكون مدركا للجمعة وكان القياس ان لا يكون مدركا لها اذا ادرك في الركوع ايضا الا ان ذلك ترك بالنص ولابي حنيفة وابي
يوسف قوله عليه الصلاة والسلام ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاتموا ويروى فاقضوا ومعلوم ان المراد ما فاتكم من صلاة الامام
بدليل قوله ما ادركتم فصلوا معنا من صلاة الامام والذي فات من صلاة الامام هو الجمعة لا الظهر ولو امر بالاربع لكان قاضيا
لما لم يفته من صلاة الامام • وروى خواهر زاده في مبسوطه عن ابي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من ادرك
الامام في التشهد يوم الجمعة فقد ادرك الجمعة • وقال الشيخ ابو نصر البغدادي ذكر الدارقطني ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال من ادرك الامام جالسا قبل ان يسلم فقد ادرك الصلاة ولانه شارك الامام في تحريمة الجمعة فيصير مدركا للجمعة قياسا
على ما لو ادركه في الركوع وقياسا على سائر الصلوات وقياسا على صلاة العيد • الا ترى ان المسافر اذا ادرك في هذه الحالة
يتغير فرضه الى اربع فصار ادراكه في اخر الصلاة كادراكه في اولها والجواب عما تعلقوا من الحديث قلنا ذاك ضعيف نقله
عن الزهري ضعفاء اصحابه واما الثقات من اصحابه كمعمر والاوزاعي ومالك رووا عن الزهري عن ابي سلمة عن ابي هريرة
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ادرك ركعة من الصلاة فقد ادرك الصلاة والحديث مذكور في السنن فهذا هو المنقول
عن الزهري ما ادري الجمعة الا من الصلاة ان ادرك منها ركعة فقد ادركها وان ادرك ما دونها صلى اربعا ولو كان نقله
نص في الجمعة لم يرجع الى الراي ولئن صح عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله وان ادركتم جلوسا معناه ادركتم جلوسا بعد الصلاة
قبل الانصراف لانه لم يبق في الصلاة واما قولهم تركنا القياس فيما ادرك في الركوع بالنص فنقول نحن تركناه ايضا في التشهد بما
روينا من النصوص وقول محمد ضعيف لان بنا الظهر على الجمعة وهما فرضان مختلفان فعندنا لا يجوز على مذهب اصحابنا ولهذا لا
يبنى الظهر على الجمعة اذا خرج الوقت وهو فيها **قوله** ان ادرك معه اكثر الركعة الثانية اراد به الادراك في الركوع
لان الاصل في الصلاة الافعال فلما ادرك الركوع صار مدركا للركعتين وقد بقي القيام **قوله** ويعتقد لا محالة على

الركعتين في القعود روايتان عن محمد • قال الفقيه وروى الطحاوي عنه وجوب القعدة الاولى لوجوبها على الامام وحكي المعلى عنه انها لا تجب لانه صار في حال البناء مصليا للظهر قوله وإذا خرج الامام يوم الجمعة ترك الناس الصلاة والكلام حتى يفرغ من خطبته • اعلم انه يكره ان يصلي الرجل او يتكلم من حين خرج الامام اي انه يشرع عن الصلاة وقالا لا بأس ان يتكلم قبل الخطبة وبعدها ما لم يدخل الامام في الصلاة • وعند الشافعي يصلي تحية المسجد اذا جاء والامام يخطب ولم يذكر الكلام بين الخطبتين انه هل يكره او لا في ظاهر الرواية وذكر في صلاة الاثر اذا قعد الامام بين الخطبتين لا ادرا باسا بالكلام ما دام الامام جالسا في قول ابي يوسف • وقال محمد اكره ذلك للشافعي ما روي في السنن عن ابي هريرة قال جاء سليك الغطفاني ورسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب فقال له اصليت شيئا قال لا قال صل ركعتين ولابي يوسف ومحمد ما روي عن عمر وعثمان انهما اذا كانا اذا قعدا المنبر نهيا لان الناس عن اشعار السوق ولان الكلام انما يكره حال الخطبة لانه يلزم الاخلال بفرض الاستماع انما في هذه الحالة فلا يلزم ذلك لا في الحال ولا في الثاني لان الكلام لا يمتد فيقطعه اذا شرع الامام في الخطبة بخلاف الصلاة في هذه الحالة حيث تكره لانها تمتد ولابي حنيفة ما روي خواهر زاده في مبسوطه عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام ولان من كان قاعدا في المسجد لا يصلي تحية المسجد اذا ابتدأ الامام الخطبة فكذلك الداخل والعلة كونه مامورا بالاستماع • وروي قوله تعالى واذا قرئ القران فاستمعوا له وانصتوا نزلت في الخطبة وانما كره الكلام بين الخطبة والصلاة لما ان الخطبة قائمة مقام الشفع من الظهر فكما كان ما بين الخطبة والصلاة بمنزلة ما بين الشفعين حكما فلو كان حقيقة لكره حرم الكلام فاذا كان حكما كره ولا نسلم ان الكلام لا يمتد وقد يمتد طبعا فاشبه الصلاة وحديث سليك محمول على ما قبل النهي عن الكلام في الخطبة • وكذا ما روي عن عمر وعثمان بدليل ما روي في السنن مسندا الى ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم • قال اذا قلت انصت والامام يخطب فقد لغوت • وبيانه ان قول الرجل انصت اذا كان لغوا كان قول الامام لرجل قم فصل لغوا ايضا فثبت انه كان قبل النهي وعن ابي عمر انه سمع رجلا يقول لصاحبه والامام يخطب متى يخرج القافلة فقال له صاحبه انصت فلما فرغ قال ابن عمر للذي قال انصت اما انت فلا صلاة لك واما صاحبك فحمار واختلف مشايخنا المتاخرون فيمن كان بعيدا عن المنبر لا يسمع الخطبة فاختار محمد بن سلمة السكوت واختار نصر بن يحيى قراءة القران وبعضهم اختار النظر في الفقه كذا ذكره القدوري في شرحه ونقل الناطفي عن كتاب الصلاة لعلي الداري • قال ابو حنيفة ومن خرج ينبغي له ان ينصت عند سماع الخطبة او لم يسمع ولا يشتغل بذكر الله ولا غيره • ثم صاحب الهداية لو قال حتى يفرغ من صلاته مكان قوله حتى يفرغ من خطبته لكان حسن لان الرواية عن ابي حنيفة محفوظة في المبسوط وغيره ان الكلام يكره عنده بين الخطبة والصلاة

قوله ولم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا هذا الاذان اي الاذان الذي بين يدي المنبر حين صعد الامام المنبر وكانت الاقامة حين فرغ الامام من الخطبة وهذا ما روى البخاري في صحيحه باسناده الى السائب ابن يزيد قال كان النداء يوم الجمعة اوله اذا جلس الامام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر فلما كان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء • قال البخاري الزوراء موضع بالسوق بالمدينة واختلف مشايخنا في المعتبر هو الاذان الاول او الثاني في حق السعي وكراهية البيع والشراء قال بعضهم المعتبر هو الثاني لانه الاذان الاول اذا كان بعد الزوال لان المقصود هو الاعلام وقد حصل

قوله في وجوب السعي وحرمة البيع فيه نظر لان البيع وقت الاذان جائز لكنه يكره وبه صرح في شرح الطحاوي وهذا لان النهي لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية وقد عرف في الاصول • قال هو الاذان اي الاذان الاول والله اعلم بالصواب

باب صلاة العيدين

وفي بعض النسخ باب العيدين وهو على حذف المضاف لعدم اللبس والاصل في العيدين ما روي صاحب السنن باسناده الى انس قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة ولهم يومان يلعبون فيهما فقال ما هذان اليومان قالوا كنا نلعب فيهما في الجاهلية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله قد ابدلكم بهما خيرا منهما يوم الاضحى ويوم الفطر ثم وجه المناسبة بين البابين ظاهر وهو ان كلا منهما يفعل بجمع عظيم ويجهر فيهما ويشترط لاحدهما ما يشترط للاخر الا الخطبة فانها شرط في الجمعة لا تجوز الصلاة بدونها مستحبة في العيد يجوز صلاة العيد بدونها لكن يشبه الى الاساءة بتركها لانها سنة وايضا خطبة الجمعة تقدم على الصلاة وتوخر خطبة العيد عن الصلاة فلو قدمت جاز ولا تعاد بعد الصلاة وايضا ليس في العيدين اذان ولا اقامة كذا السنة قوله قال وتجب صلاة العيد على كل من تجب عليه صلاة الجمعة • اعلم ان صلاة العيد اختلف الروايات فيها عن اصحابنا روي الحسن عن ابي حنيفة انها تجب على اهل الامصار كما تجب الجمعة وذكر محمد في الاصل ولا يصلى نافلة في جماعة الا قيام رمضان وصلاة الكسوف وهذا يدل على الوجوب وذكر محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في العيدين يجتمعان في يوم واحد قال يشهدهما جميعا ولا يترك واحدا منهما الاول منهما سنة والاخرى فريضة وهذا الظاهر • وعن ابي موسى الضرير انها فرض كفاية • وجه الوجوب مواظبة النبي صلى الله عليه وسلم على صلاة العيد ولانها صلاة يختص بجماعة وشرع لها خطبة وكانت واجبة كالجمعة • ووجه السنة ما روي في الصحيح البخاري مسندا الى طلحة ابن عبد الله قال جاء رجل من اهل نجد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثائر الراس يسمع دوي صوته ولا يفقه ما يقول حتى دنا فاذا هو يسأل عن الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس صلوات في اليوم والليلة قال هل علي غيرها قال لا الا ان تطوع قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وصيام رمضان قال هل علي غيره قال لا الا ان تطوع قال وذكر له رسول الله صلى الله عليه وسلم الزكاة قال هل علي غيرها قال لا الا ان تطوع قال فادبر الرجل وهو يقول والله لا ازيد على هذا ولا انقص قال رسول الله صلى الله عليه وسلم افلح ان صدق

نزل الحديث ان صلاة العيد سنة لانه عليه السلام نفى الوجوب عما سوى خمس صلاة • ووجه ما ذكر ابو موسى انها تسقط في حق من يفعلها كصلاة الجنازة قوله وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد وانما سميت الجمعة عيدا لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لكل مؤمن في كل شهر اربعة اعياد او خمسة اعياد • وقد روى مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن ابن السباق ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في جمعة من الجمع يا معشر المسلمين ان هذا يوم جعله الله عيدا فاغتسلوا ومن كان عنده طيب فلا يضره ان يمس منه وعليكم بالسواك • قال فخر الاسلام ومن الناس من قال بانه من شهد الاولى منهما لا يلزمه شهود الاخرى لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في يوم عيد وجمعة الا يا اهل العوالي شهدتم معنا عيدا وانا مجمعون فمن شاء يرجع والجواب ان قوله وانا مجمعون دليل على ان تركها لا يحل وانما اطلق لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لانهم اهل ابعد قرى المدينة واذا رجع اهل القرى قبل صلاة الجمعة لا بأس فيه ولانه لا منافاة بينهما فلا يلزم من شهود واحد منهما سقوط الاخرى قوله وهذا منصوص على السنة اي قوله عيدان اجتمعا في يوم واحد فالاول سنة والثاني فريضة وهو قول الثاني قوله والاول على الوجوب اي قوله وتجب صلاة العيد قوله ويستحب في يوم الفطر ان يطعم الانسان قبل الخروج الى المصلى وهذا لما روى البخاري في صحيحه عن انس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يغدو يوم الفطر حتى ياكل تمرات وكذا يستحب الاغتسال والاستياك والتطيب وهذا لما روي انه عليه السلام كان يغتسل في العيد ولان العلة التي لاجلها ندب الى الاغتسال والسواك والتطيب في الجمعة موجودة في صلاة العيد وهي ما روي ان الناس كانوا عمال انفسهم فيعرقون ثم يحضرون الجمعة فيتاذى الناس فندب الى الغسل والسواك ومس الطيب ليلا يتاذى البعض بالبعض • وقد روي في السنن عن ابي سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الغسل يوم الجمعة على كل محتلم والسواك ويمس من الطيب ما قدر له وكذا يستحب له لبس احسن ثيابه جديدا كان او غسيلا لما روي انه عليه الصلاة والسلام كان يفعل كذلك وكذا يستحب اخراج صدقة فطره قبل الخروج الى المصلى وهذا لما روي صاحب السنن عن ابن عمر قال امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بزكاة الفطر ان تودى قبل خروج الناس الى الصلاة وكان ابن عمر يؤديها قبل ذلك باليوم واليومين وكذا يستحب له ان يخرج من طريق ويرجع في اخرى • لما روي صاحب السنن باسناده الى ابن عمر ايضا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذ يوم العيد في طريق ثم رجع في طريق اخرى والثعلب اسم حيوان ليس بالثعلب وهو معروف قوله وتودي صدقة الفطر بالنصب عطفا على قوله ان يطعم قوله ويتوجه الى المصلى اي الوقوع لا بالنصب قوله ولا يكبر عند ابي حنيفة في طريق المصلى وعندهما يكبر والمراد بهذا التكبير صفة الجهر لان التكبير خير موضوع لا خلاف في جوازه بصفة الاخفاء • اعلم ان الطحاوي ذكر انه يغدوا الى مصلاه جاهرا بالتكبير في العيدين حتى ياتي مصلاه ولم يذكر الخلاف • وقال ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي • ويحكى عن ابي حنيفة انه كان يكبر في الاضحى دون الفطر وعليه مشايخنا بما وراء النهر وجه ما ذكره الطحاوي قوله تعالى ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم وليس بعد كمال العدة تكبير الا هذا التكبير ولان يوم الفطر يوم عيد كيوم النحر فيكبر هاهنا كما يكبر ثم وجه ما قال ابو بكر الرازي حكاية عن ابي حنيفة ان الاصل في الثناء الاخفاء لقوله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية ولقوله عليه الصلاة والسلام خير الذكر الخفي والشرع ورد بالجهر في الاضحى فلا يقاس عليه الفطر لان الجهر على خلاف الاصل • قال في الصحيح البخاري وكان ابن عمر وابو هريرة يخرجان الى السوق في الايام العشر يكبران ويكبر الناس بتكبيرهما وقد قيل في قوله تعالى ويذكروا اسم الله في ايام معلومات انها ايام العشر ويوم النحر كذا قاله ابو بكر الرازي • وقال في الكشاف الايام المعلومات ايام العشر عند ابي حنيفة وهو قول الحسن وقتادة • وعند صاحبيه ايام النحر وعند الشافعي يكبر ليلة الفطر في طول الليلة وفي طريق المصلى والتكبير عنده مسنون بعد المغرب والعشاء والفجر ويقطع التكبير في احد قوليه اذا افتتح صلاة العيد وفي قوله الاخر اذا فرغ من الصلاة والخطبتين قال في شرح الاقطع ما قاله الشافعي من التكبير عقيب الصلوات فقول لم يقل به احد فلا يعتد به ولانه لو كان سنة لم يختص بثلاث صلوات كالاضحية قوله ولا يتنفل في المصلى قبل العيد اي قبل صلاة العيد قال ابو جعفر الطحاوي وغيره لا يصلي قبل صلاة العيد وان شاء صلى بعدها اربعا • قال القدوري بعد الفراغ من الخطبة لان خطبة العيد لا يجوز ان يتشاغل عنها بالصلاة كخطبة الجمعة فاذا فرغ من الخطبة فقد ارتفعت بيع اوقات الكراهة ولا يكره فيها الصلاة فله ان يتنفل فيه ولا تعلق لهذه النافلة بالعيد • وقال الشافعي يكره للامام ولا يكره للمؤتم لنا ما روى البخاري في صحيحه عن ابي المعلى قال سمعت سعيد ابن جبير عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج يوم الفطر فصلى ركعتين لم يصل قبلها ولا بعدها ومعه بلال • وروي ان عليا خرج الى المصلى فراى قوما يصلون فقال ما هذه الصلاة التي لم نكن نعرفها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل له الا تنهاهم فقال اكره ان اكون الذي ينهى عبدا اذا صلى وروى جرير ابن عبد الله قال كنت اخر الناس اسلاما ما حفظت من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا اقول لا صلاة في العيدين قبل الامام • وقال ابو بكر الجصاص الرازي روي ان ابن مسعود وعلي الكوفة خرج يوم العيد فراى اناسا يصلون فقال يا ايها الناس ليس من السنة ان يصلى قبل العيد ولان كل صلاة لا يتنفل قبلها الامام لا يتنفل قبلها المأموم ايضا كالمغرب واختلف مشايخنا في التطوع قبل الخروج الى المصلى والاصح انه يكره ايضا كما يكره في المصلى لانه عليه الصلاة والسلام لم يفعله قوله واذا حلت الصلاة بارتفاع الشمس دخل وقتها الى الزوال فاذا زالت الشمس خرج وقتها وانما قيد بارتفاع الشمس نفيا لوقت الطلوع وانما تحل اذا ارتفعت الشمس فاذا ارتفعت دخل وقت صلاة العيد الى الزوال لان التوارث هكذا وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد روي

اذ رمحين وانما يخرج وقتها بعد الزوال لما روي في السنن ان ركبا جاؤا الى النبي صلى الله عليه وسلم يشهدون انهم راوا [illegible]
جاز فعلها بعد الزوال لم يكن للتاخير الى الغد معنى [illegible] قوله امر بالخروج الى المصلى اي امرهم
النبي عليه الصلاة والسلام وهو ما روينا من حديث السنن قوله ويصلي الامام بالناس ركعتين الى اخره اعلم ان
الصلاة اذا حلت بارتفاع الشمس يصلي الامام ركعتين صلاة العيد يكبر تكبيرة الافتتاح فيستفتح فيتعوذ ويكبر ثلاث تكبيرات
يرفع يديه في كل التكبيرات ثم يقرا فاتحة الكتاب وسورة ويجهر بالقراءة لان النبي عليه الصلاة والسلام جهر بها ثم يكبر
للركوع ولا يرفع يديه ثم يركع ويسجد فاذا قام الى الثانية قرا فاتحة الكتاب وسورة ثم كبر ثلاث تكبيرات يرفع يديه في كل تكبيرة ثم يكبر
اخرى للركوع ولا يرفع يديه وهذا المذهب علمائنا الا ان محمدا قال يتعوذ بعد التكبيرات لانه استفتاح للقراءة ويفعل
عند الابتداء بالقراءة وجه قول ابي يوسف ان التعوذ احد الاستفتاحين فيفعل عقيب الاخر • قال ابو الحسن القدوري
قال الحسن يفصل بين كل تكبيرة بقدر ثلاث تسبيحات لانه متى لم يفصل اختلط الامر على المؤتمين فاما لا ياتي بذكر فيما بين ذلك لان
قيام الصلاة لا ياتي فيه الدعا قبل القراءة ثم لا بد من معرفة اقاويل الصحابة في تكبيرات العيد وقد اختلفوا فيها فمذهب عمر وعبد
الله ابن مسعود وابي موسى الاشعري وحذيفة ابن اليمان وابي هريرة وابي مسعود الانصاري تسع تكبيرات خمس في الاولى واربع في الثانية
منها تكبيرات الركوع والافتتاح ويوالي بين القراءتين وعن علي في رواية يكبر احد عشر تكبيرة في العيد والاضحى جميعا ثلاث اصليات وثمان
زوايد اربعة في الاولى واربعة في الثانية • وروي انه يكبر ثمانيا ثلاث منها اصليات وخمس زوايد ثلاث في الاولى واثنان في الاخرى
وعنه في رواية مشهورة عنه انه فرق بين العيدين فقال يكبر في الفطر احد عشر تكبيرة ثلاث اصليات وثمان زوايد في كل ركعة اربع
منها وفي الاضحى خمس تكبيرات ثلاث اصليات واثنان زوايد فاذا في كل ركعة تكبيرة وعنه انه يقدم القراءة على التكبيرات في الركعتين وهو
قول ابن ابي ليلى وشريك وابن حي وعن ابن عباس تسع وخمس وعنه سبع وست وهو قول الشافعي وحاصله في المروي عن ابن عباس ان الا[illegible]
فصارت التكبيرات خمس عشرة او ست عشرة • وقال الجصاص منهم من قال بعد تكبيرة الركوع منها فصارت التكبيرات اثنتا
عشرة او ثلاث عشرة • وروي عن ابن عباس انه يكبر سبعا ثلاث اصليات واربع زوايد في كل ركعة تكبيرتان وعنه يقدم
التكبيرات في الركعتين جميعا على القراءة ولا فرق بين العيدين • وعن ابي بكر الصديق في رواية عنه يكبر خمس عشرة تكبيرة ثلاث
اصليات واثني عشرة تكبيرة زايدة في كل ركعة ست منها وعنه في رواية عشرة تكبيرة ثلاث اصليات وثلاث عشرة زوايد
سبع في الاولى وست في الثانية وعن جابر ومسروق والحسن وسعيد ابن المسيب وقتادة عشر تكبيرات مع تكبيرتي الركوع وكذا ذكر
ابو بكر الجصاص الرازي والشيخ ابو المعين النسفي وعزيمة اثر الاختلاف محمول على ان كل ذلك فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاحوال
المختلفة لان القياس لما لم يدل عليه حمل على كل واحد من الصحابة • وروي ولدنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان اصحابنا رجحوا
قول ابن مسعود • ولما روى ابو داود في السنن مسندا الى مكحول قال اخبرني ابو عايشة جليس لابي هريرة ان سعيد ابن العاص
سال ابا موسى الاشعري وحذيفة ابن اليمان كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر في الاضحى والفطر فقال ابو
موسى كان يكبر اربعا تكبيره على الجنايز فقال حذيفة صدق فقال ابو موسى كذلك كنت اكبر في البصرة حيث كنت عليهم • وقال
ابو عايشة وانا حاضر سعيد ابن العاص • وقال ابو بكر الرازي حدث الطحاوي مسندا الى النبي صلى الله عليه وسلم انه عليه السلام
صلى يوم عيد وكبر اربعا ثم اقبل بوجهه حين انصرف فقال لا تنسوا كتكبير الجنايز واشار باصابعه وقبض ابهامه وفيه قول وفعل
واشارة الى التاكيد فصار الاخذ به اولى ولان الاخذ بالاقل اولى ولان اربع تكبيرات متواليه ولان ابن مسعود لم يضطرب قوله
وقد ساعده جميع من الصحابة بخلاف قول علي وقول ابن عباس فان فيهما اضطرابا كما بينا فصار الاخذ بقول ابن مسعود
اولى وانما يوالي بين القراءتين لان التكبير ذكر مسنون يتقدم على القراءة في الركعة الاولى كدعاء الاستفتاح وفي الثانية
يتاخر عن القراءة كالقنوت ثم موضع الاستفتاح عندنا عقيب التكبيرة الاولى وعند الاوزاعي بعد التكبيرات
وذاك ضعيف لانه موضوع لافتتاح الصلاة فيفعل في ابتدائها قوله وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس
لامر بنيه الخلفاء يعني ان الناس اليوم يعملون بقول ابن عباس في زماننا لان الخلافة انتقلت الى اولاد ابن عباس فامروا ولاة
الخلاف بذلك الولاة وطاعة الامام في المجتهدات واجبة واما المذهب عندنا فما روي ابن مسعود قوله
بعمدات الضمير بتاويل التكبيرة قوله وفي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها يعني انما لم يوخر
تكبيرات العيد في الركعة الاولى عن القراءة الحاقا بتكبير الركوع كما هو في قول علي بل قدمت على القراءة الحاقا لها بتكبيرة الافتتاح
اقوى من حيث الفرضية والسبق وانما لم يقدم تكبيرات العيد في الركعة الثانية على القراءة كما قال ابن عباس بل اخرت عنها لانه
لم يوجد التكبير فيها سوى تكبير الركوع فالحقت به قوله الا انه حمل المروي على الزوايد اي حمل الشافعي التكبير
المروي عن ابن عباس على الزوايد فصارت التكبيرات خمس عشرة تكبيرة • وروي عنه سبع وست يعني مع تكبيرة الافتتاح و
وتكبيرتي الركوع ست عشرة تكبيرة اي يريد الشيخ ابو الحسين القدوري بالتكبير الذي يرفع فيه اليدين ما سوى
تكبيرتي الركوع لا يرفع فيه اليد عندنا • قال الامام حميد الدين لم يرو عن ابي يوسف رواية شاذة انه لا يرفع
في تكبيرات العيد وفيه نظر لانها ليست برواية شاذة • الا ترى ان ابا الحسن الكرخي قال في مختصره • قال ابو حنيفة
ومحمد يرفع يديه في التكبيرات الزوايد في العيدين • وقال ابن ابي ليلى لا يرفع يديه وهو قول ابي يوسف كذا ذكره الامام القدوري
في شرح مختصر الكرخي ايضا وكذا ذكر الشيخ الرازي والشيخ ابو نصر البغدادي وصاحب التحفة • وقد ذكر الحاكم الجليل الشهيد

الهلال بالامس فامرهم ان يفطروا واذا اصبحوا ان يغدوا الى مصلاهم

في مختصر الكافي في حكاية ابي عصمة عن ابي يوسف انه لا يرفع يديه في شي منها • قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي وابو يوسف
لا يرى رفع اليدين في شي من تكبيرات العيد بعد افتتاح الصلاة وهو قول ابن ابي ليلى هذا لفظ ابي بكر الرازي ولكن الصحيح الرواية
مشهورة • وقد روي عنه [illegible] • وجه قولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه [illegible] عن النبي صلى الله
عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر فيها العيدين ولانه يعقبها حال الاستقرار في القيام وهذا حكم الركعة
فاشبهت تكبيرة الافتتاح ويفارق تكبيرات الجنازة لان كل واحدة من التكبيرات الثلاث بعد التكبيرة
الاولى حكم الركعة وقاسها ابو يوسف على سائر التكبيرات المفعوله بعد الافتتاح كتكبير الركوع والسجود وتكبير الجنازة واما
[illegible] وقد مر ذكر الحديث في باب صفة الصلاة قوله ثم يخطب الامام بعد الصلاة
خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض • وروى البخاري باسناده في صحيحه الى ابن عباس قال شهدت العيد مع رسول الله صلى الله
عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان فكلهم كانوا يصلون قبل الخطبة وفي الصحيح ايضا عن ابن عمر قال كان النبي صلى الله عليه وسلم
وابو بكر وعمر يصلون العيدين قبل الخطبة • وذكر صاحب السنن باسناده الى طارق ابن شهاب قال اخرج مروان المنبر في يوم
عيد فبدا بالخطبة قبل الصلاة فقام رجل فقال يا مروان خالفت السنة اخرجت المنبر في يوم عيد وبدات بالخطبة قبل الصلاة فقال ابو سعيد
الخدري من هذا قالوا فلان فقال اما هذا فقد قضى ما عليه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من راى منكرا فاستطاع
ان يغيره بيده فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان قوله [illegible]
[illegible] قوله ومن فاتته صلاة العيد مع الامام لم يقضها [illegible]
[illegible]
[illegible] وقال في شرح الكرخي قال الشافعي يصلي وحده [illegible] كذا ذكره الشيخ ابو نصر
لنا ان صلاة العيد لم تشرع الا بالشرائط التي ذكرنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان اصحابه الجماعة كالجمعة فلا يجوز للمنفرد فعلها
اذا فاتت قوله لان الصلاة بهذه الصفة اي بالتكبيرات المخصوصة قوله فان غم الهلال الى اخره • اعلم
ان هلال الفطر اذا غم وشهدوا بعد الزوال برؤيته يصلي من الغد لما روي ان ركبا شهدوا عند الرسول صلى الله عليه وسلم انهم
راوه بالامس فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخروج الى المصلى من الغد وهو المراد من قوله وقد ورد فيه الحديث • وقد
روينا عن السنن عند قوله واذا حلت الصلاة بارتفاع الشمس ثم اذا تركوا الصلاة في اليوم الاول بغير عذر فلا يجوز لهم ان
يصلوا من الغد وبه صرح الشيخ ابو الحسين القدوري وصاحب التحفة وهذا لان القياس في صلاة العيد ان لا تقضى
لانها صلاة مخصوصة بجماعة كالجمعة الا ان القياس ترك فيما اذا تركت بعذر بالحديث بخلاف القياس فبقي ما تركت بلا عذر
على اصل القياس ولم يجز قضاؤها في اليوم الثالث اذا تركت في اليوم الثاني ايضا بعذر لان الحديث ورد بالتاخير الى اليوم
الثاني بخلاف القياس فاقتصر على مورد النص قوله ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب لما ذكرنا اراد به
قوله وكان يغتسل في العيدين اي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم • وقوله ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والتطيب كما في
الجمعة قوله ويوخر الاكل منصوب الراء عطفا على قوله ان يغتسل اي يستحب تاخير الاكل يوم الاضحى الى ان يفرغ الامام
من الصلاة • لما روي انه عليه الصلاة والسلام كان لا ياكل شيئا حتى يرجع من الصلاة فياكل من الاضحية ولان الناس اضياف
الله في هذا اليوم فيستحب ان يكون تناولهم من لحوم الاضاحي التي هي ضيافة الله تعالى فاستحب تاخير الاكل الى ما بعد
الصلاة وهذا في حق المصري اما القروي فانه يذوق من حين اصبح ولا يمسك كما في عيد الفطر لان الاضاحي تذبح في القرى
من الصباح بخلاف المصر حيث لا يذبح فيه الى الفراغ من الصلاة قوله ويتوجه الى المصلى وهو يكبر يرفع الصوت اراد به التكبير
جهرا وقت ذهابه الى المصلى فاذا انتهى اليه يترك وبه صرح صاحب التحفة وهذا لما روى البخاري في الصحيح وقال كان ابن عمر
وابو هريرة يخرجان الى السوق في الايام العشر يكبران ويكبر الناس بتكبيرهما • وروي عن ابن عباس في قوله تعالى ويذكروا
اسم الله في ايام معلومات انها ايام العشر قوله ويصلي ركعتين كالفطر كذلك نقل وهو ما روينا من قبل عن عمر وابن مسعود
وابي موسى وحذيفة وغيرهم قوله ويخطب بعدها خطبتين لانه عليه الصلاة والسلام كذلك فعل وقد روينا فيه الاحاديث
عن الصحيح والسنن قبل هذا عند ذكر الخطبة عند الفطر فلا نعيده قوله فان كان عذر يمنع من الصلاة في يوم الاضحى الى
الى اخره • اعلم ان يوم الاضحى اذا حدث فيه عذر يصلي من الغد فان حدث عذر في الغد يصلي بعد الغد وكذا يجوز فعلها في اليوم
الثاني والثالث اذا تركت في اليوم الاول بلا عذر وهذا لانها قربة متعلقة بايام النحر فجازت في ايامه وهي ثلاثة كالاضحية الا
انه ينسب الى الاساءة بتاخير الصلاة عن اليوم الاول بلا عذر لان المسلمين في سائر بلاد الاسلام لم يتسارعوا في غير اليوم الاول
بلا عذر ولولا الاساءة لفعلت كالاضحية قوله والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء والتعريف الوقوف بعرفات
يقال عرف القوم [illegible] من صبيحة يوم النحر من حيث عرفوا واراد به هنا وقوف الناس يوم عرفة في غير عرفة
تشبها بالواقفين بعرفات ومعنى قوله ليس بشيء اي ليس بشيء في حكم الدماء وهذا لانه في حقيقته لم يكن موجودا الا انه لم يكن معتبرا
في عند اسم الشيء • وانما لم يعتبر التعريف لان الوقوف لما كان عبادة مخصوصة بمكان لم يجز فعله الا في ذلك المكان كالطواف
وغيره • الا ترى انه لا يجوز الطواف حول سائر البيوت تشبها بالطواف حول الكعبة قوله تشبها بالواقفين
بعرفة وحقه ان يقال بعرفات لان عرفة اسم اليوم • وعرفات اسم المكان قوله فلا يكون عبادة دونها اي

لا يكون الوقوف عبادة دون عرفات

فصل في تكبيرات التشريق

لما فرغ عن بيان صلاة عيد الأضحى شرع في تكبير شرع في أيام الأضحى وإضافة التكبير إلى التشريق وتحت على قولهما لأنه لا تكبير في أيام التشريق عند أبي حنيفة رح د

قوله ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلاة الفجر من يوم عرفة إلى آخره • اعلم أن السلف اختلفوا في مبدأ تكبير التشريق وفي ختمه فأما المبدأ فقال عمر وعلي وعبد الله ابن مسعود من صلاة الفجر يوم عرفة وهو المشهور من مذهب أصحابنا • وقال ابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت إنه من صلاة الظهر يوم النحر ويروى ذلك عن أبي يوسف وهو أحد قولي الشافعي وأما الختم فقال عمر في أحد قوليه وعلي وزيد بن ثابت بعد العصر من آخر أيام التشريق وهو مذهب أبي يوسف ومحمد وهو أحد أقوال الشافعي وعن عمر أنه بعد الظهر من آخر أيام التشريق • وقال ابن مسعود إنه بعد العصر من يوم النحر وهو مذهب أبي حنيفة • وقال ابن عباس بعد صلاة الفجر من آخر أيام التشريق وهو أحد أقوال الشافعي ثم أخذ الشافعي بقول الأحداث من الصحابة كما هو أصله لوقوفهم على ما استقر من الشرائع ولأبي يوسف ومحمد قوله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات والمراد منها أيام التشريق بالنقل عن أئمة التفسير ولأنها آخر من أيام الذي تكبير ابن مسعود والعبادات يحتاط فيها بالأخذ بالأكثر ولا يلزمهما تكبيرات العيد لأنه لم ذلت قواعد الأصول على ترجيح قول ابن مسعود بخلاف تكبير التشريق فإن الترجيح لما لم يكن لاستواء مذهب الصحابة في الثبوت وفي الرواية عن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ بالأكثر احتياطا ولأبي حنيفة قوله تعالى ويذكروا اسم الله في أيام معلومات والمراد منها أيام العشر بالنقل عن أهل التفسير وكان ينبغي أن يكون التكبير في جميع أيام العشر إلا أنه ما قبل يوم عرفة خص بالإجماع من الصحابة وفيما بعد يوم الأضحى لا نص ولا إجماع فكان الاقتصار على تكبير ابن مسعود أولى لأن الجهر بالتكبير بدعة لقوله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية والاقتصار على الأقل أولى ولأن رفع الصوت وذكر الشيء عند العظماء والأكابر من سوء الأدب وفيه اجتناب من الدليل والشرع فكيف في دعاء الله تعالى فكان الامتناع عن مثله في محل عدم فيه النص والإجماع ه واجبا • فإن قلت لا نسلم عدم النص في أيام التشريق • ألا ترى إلى قوله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات • قلت لا نسلم أن المراد منه الذكر المعمول عقيب الصلوات بل المراد منه الذكر عند رمي الجمار بدليل سياق الآية فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه لأن ذلك الحكم يختص برمي الجمار

قوله والتكبير أن يقول مرة واحدة رح في تكبير التشريق اختلاف قيل إنه سنة والأصح أنه واجب لقوله تعالى ويذكروا اسم الله في أيام معلومات وأصله أن جبريل عليه الصلاة والسلام لما جاء بالقربان خاف العجلة على إبراهيم عليه السلام فقال الله أكبر الله أكبر فلما رآه إبراهيم عليه السلام قال لا إله إلا الله والله أكبر فلما علم إسماعيل الفداء قال الله أكبر ولله الحمد فبقي سنة واجبة في الأخرى وذلك مرة واحدة من المأثور عن الخليل أي المروي عن إبراهيم الخليل وهذا الذي ذكرناه من التكبير نقل الأمة في سائر بلاد المسلمين وهو مروي عن علي وابن مسعود • وروي عن ابن عباس الله أكبر الله أكبر كبيرا الله أكبر الله أكبر كبيرا الله أكبر وأجل الله أكبر ولله الحمد • وعن ابن عمر الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير وعند الشافعي يذكر التكبيرات ثلاث مرات وفي ذكر التهليل بعد قولان • قال الشيخ أبو نصر البغدادي

قوله وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الأمصار في الجماعات المستحبة الضمير يرجع إلى التكبير وإنما قيد بقوله عقيب الصلوات لأنه مشروع بعد الصلوات بشرط أن لا يتخلل ما يقطع حرمة الصلاة حتى لو قام وخرج من المسجد أو تكلم فإنه لا يكبر ولو قام ولم يخرج من المسجد فإنه يكبر وبه صرح صاحب التحفة وإنما قيد بالصلاة المفروضة احترازا عن الوتر والنافلة وصلاة العيد فإنه لا يكبر عقيبها وإنما قيد بالإقامة لأن المسافر لا يكبر إلا إذا اقتدى بالمقيم وإنما قيد بالمصر احترازا عن القرى فإنه لا تكبير على أهلها وإنما قيد بالجماعة لأنه لا تكبير على المنفرد وإنما قيد بالجماعة المستحبة لأنه لا تكبير على النساء إذا صلين وحدهن جماعة لأن جماعتهن مكروهة إلا إذا صلين مع الرجال وهذا د مذهب أبي حنيفة حتى إذا رفع الصوت بالتكبير المنفرد والمسافر أو القروي أو المسفل أو النساء اللاتي صلين جماعة يكون بدعة وعندهما يجب التكبير على كل من صلى فرضا في أي مكان كان وعلى أي وجه صلى منفردا كان أو بجماعة • وقال مجاهد والشعبي يكبر عقيب النافلة وهو أحد قولي الشافعي لما إطلاق الأمر في الآية ولأن التكبير جعل تبعا للمكتوبة فيكبر كل من صلاها ولأبي حنيفة ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع والتشريق جاء بمعنى التكبير وبمعنى صلاة العيد وبمعنى تقديد اللحم وبه سمي أيام التشريق لأن لحوم الأضاحي تقدد فيها وتشرق أي تقدد • وقال أبو عبيد قال الأصمعي التشريق صلاة العيد من شروق الشمس لأن ذلك وقتها • قال في الفائق كأنه على معنى شرقوا إذا صلوا وقت الشروق ومنه المشرق المصلى وعن الخليل أن التشريق هو التكبير ثم لا يجوز أن يكون المراد من التشريق في الحديث تقديد الأضاحي لأن ذلك لا يختص بمكان دون مكان بالإجماع ولا يجوز أن يكون المراد منه صلاة العيد لأن ذلك مستفاد من قوله ولا فطر ولا أضحى فتعين التكبير ولو كان الحديث كما روي عن علي في غريب الحديث لا جمعة ولا تشريق إلا في مصر جامع فنقول إن العموم المستفاد من قوله ولا تشريق يتناول نفي الجميع في غير مصر فيشترط د المصر للتكبير وصلاة العيد جميعا سوى أن التقييد بحض بالإجماع فإذا ثبت شرط المصر وجب أن يكون مخصوصا بالجماعة ومن تلزمه الجمعة كما ولأن التكبير لما تعلق بالوقت بحيث يسقط بفواته أشبه الجمعة فاشترط المصر ولأن الجهر بالتكبير خلاف السنة لأن الأصل في الدعاء الإخفاء فلا يكون سنة إلا في موضع السنة النص أو الإجماع فاتبعنا ما فيهما قالوا وفي وجوبه على العبيد إذا صلوا بجماعة روايتان قال فخر الإسلام والصحيح أنه يجب

قوله ما رويناه من قبل أراد به ما ذكر في أول باب الجمعة وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع

قوله قال يعقوب صليت بهم المغرب يوم عرفة فسهوت أن أكبر فكبر أبو حنيفة وقوله يوم عرفة مجاز القرب المغرب من النهار ولأن ليلة النحر ملحقة باليوم الذي قبله في حكم الوقوف د

لأن مدرك كما مدرك لحج ومن المسألة تدل على أشياء منها أن الإمام إذا ترك التكبير لا يتركه المقتدي كالذي يتلو آية السجدة إذا تركها وهو إمام المأمومين لا يترك المأمومون وهذا لأن التكبير لا يؤدي في حرمة الصلاة بل في آثارها ألا ترى أنه لا يصح الاقتداء د باعتبار التكبير ويصح أداؤه مع الحدث الساوي ويسقط بالحدث العمد والكلام فكان الإمام فيه مستحبا لا واجبا ومنها أنه تعظم الأستاذ في طاعته لا فيما يفسد طاعته لأن أبا يوسف تقدم بأمر أبي حنيفة ومنها أن الأستاذ إذا تفرس في بعض أصحابه الخير ينبغي أن يقدمه ويعظمه عنده حتى يظهره كما فعل أبو حنيفة ومنها أن التلميذ لا ينبغي أن ينسى حرمة أستاذه وإن قدمه أستاذه وعظمه لأن أبا يوسف شغله ذلك حتى سهى ويعقوب اسم أبي يوسف القاضي وهو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعيد بن حبتة البجلي وكان سعد بن حبتة استصغر يوم أحد وترك الأوبة ومات فصلى عليه زيد بن أرقم وكبر عليه خمسا وتوفي أبو يوسف سنة اثنين وثمانين ومائة في خلافة هارون ومما يليق ذكره آخر هذا الباب مما ذكره في الجامع الكبير إذا فاتته صلاة في غير أيام التشريق فقضاها في أيام التشريق وعلى العكس وقضاها في أيام التشريق من العام القابل لا يكبر لأن الجهر بالتكبير بدعة فيقتصر على ما وردت به السنة ولو قضاها في أيام التشريق من هذه السنة يكبر لأن هذه الأيام في حق التكبير كوقت واحد والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب

باب صلاة الكسوف

وجه المناسبة بين البابين أن كلا منهما صلاة النهار ويؤدى بجماعة إلا أن صلاة العيد لما كانت أقوى من صلاة الكسوف قدمها عليها ولهذا قيل في صلاة العيد إنها فرض كفاية وقيل واجبة وقيل سنة ولم يقل أحد أن صلاة الكسوف واجبة أو فريضة بل قالوا هي سنة والأصل في صلاة الكسوف ما روى البخاري في الصحيح بإسناده إلى قيس قال سمعت أبا مسعود يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الشمس والقمر لا ينكسفان لموت أحد من الناس ولكنهما آيتان من آيات الله فإذا رأيتموهما فقوموا د فصلوا وفي الصحيح أيضا عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أن الشمس والقمر لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته ولكنهما آيتان من آيات الله فإذا رأيتموهما فصلوا وفيه أيضا عن المغيرة بن شعبة كسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الناس كسفت الشمس لموت إبراهيم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الشمس والقمر لا ينكسفان لموت أحد ولا لحياته فإذا رأيتموه فصلوا وادعوا ومعنى الكلام في الحديث أن أهل الجاهلية كانوا يزعمون أن كسوف الشمس والقمر يوجب حدوث تغيرات في العالم من موت وضرر ونقص ونحو ذلك كما تعتقد أهل النجوم على أن هذه الأجسام السفلية مربوطة بالنجوم وأن د لها تأثيرا في ذلك فأعلمهم النبي صلى الله عليه وسلم أن زعمهم باطل وأن الشمس والقمر آيتان من آيات الله تعالى يريهما عباده ليعلموا أنهما مسخرات لله عز وجل ليس لهما سلطان في غيرهما ولا قدرة الدفع عن أنفسهما وأنهما لا يستحقان أن يعبدا • قال تعالى ومن آياته الليل والنهار والشمس والقمر لا تسجدوا للشمس ولا للقمر واسجدوا لله الذي خلقهن إن كنتم إياه تعبدون فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بالفزع إلى الصلاة والسجود لله والتضرع إليه عندهما تحقيقا لإضافة الحوادث كلها إلى الله تعالى ونفيا لها عن الشمس والقمر وإبطالا لأحكامهما ويجوز أن يقال إنما يخوف الله تعالى بكسوفهما عباده ليفزعوا إلى التوبة والاستغفار من د الزلل والخطأ • كما قال الله تعالى وما نرسل بالآيات إلا تخويفا ويؤكد ذلك ما روى البخاري عن أبي بكرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا ينكسفان لموت أحد ولا لحياته ولكن يخوف الله بهما عباده • وفيه دليل أن د الصلاة مستحبة عند حدوث كل آية من الآيات كالزلزلة والريح العاصف والظلمة ونحوها

قوله إذا انكسفت الشمس صلى الإمام بالناس ركعتين كهيئة النافلة يعني بلا أذان ولا إقامة • قال أبو جعفر الطحاوي وصلاة كسوف الشمس ركعتان كسائر التطوع ولا بأس أن يصليها الإمام بالناس جماعة أما الجماعة فلأن النبي صلى الله عليه وسلم صلاها في جماعة • وأما الانفراد د فلأنها نافلة والأصل في النوافل الانفراد • وقال الشافعي يصلي ركعتين في كل ركعة ركوعان يقرأ ثم يركع ثم يقرأ ثم يركع د ثم يسجد له ما روي في الصحيح البخاري عن ابن عباس وعائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم ركع ركوعين في ركعة • ولنا ما روى صاحب السنن بإسناده إلى عبد الله بن عمرو قال انكسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكد يركع ثم ركع فلم يكد يرفع ثم رفع فلم يكد يسجد ثم سجد فلم يكد يرفع ثم رفع وفعل في الركعة الأخرى مثل ذلك • وذكر الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى سمرة بن جندب قال انكسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى بهم مثل ذكر عبد الله بن عمرو سواء • وفي شرح الآثار أيضا بإسناده إلى النعمان بن بشير أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى في الكسوف نحوا من صلاتكم هذه يركع ويسجد وأيضا مسندا إلى أبي إسحاق قال انكسفت الشمس فصلى المغيرة بن شعبة بالناس ركعتين وأربع سجدات والمعقول في المسألة أن الروايات لما اختلفت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ما وافق الأصول أولى وهذا لأنا لم نجد في شيء من الصلوات في ركعة إلا ركوعا واحدا فيجب أن تكون صلاة الكسوف كذلك وما روي في حديث عائشة أنه عليه الصلاة والسلام ركع ركوعين في كل ركعة يجوز أنه لم يكن بينهما سجود لم يشعر به عائشة بدليل ما روينا من السجود د بعد الركوع على أنا نقول قد روي عن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام ركع ثلاثا في كل ركعة فإن صح الركوعان صح الثلاث د

قوله والحال أكشف على الرجال لقربهم يعني أنا تمسكنا برواية الرجال من الصحابة والشافعي تمسك برواية عائشة والحال أكشف على الرجال من النساء لقرب الرجال من النبي صلى الله عليه وسلم لأنهم يقومون قبل صف النساء وفيه نظر لأن الشافعي لا يتمسك بما روت عائشة وحدها حتى يلزم ترجيح رواية الرجال على رواية النساء بل يتمسك بروايتها ورواية ابن عباس فلا بد في الترجيح إلا بما قلنا من القياس وقوله لنا رواية ابن عمر فيه نظر أيضا لأن الصحيح من الرواية في كتب الحديث هو عبد الله بن عمرو د

وبفتح الياء وقيل الميم الساكنة لا بضم الياء وفتح الميم المفتوحة وحديث ابن عمرو ذكرناه في اول الباب عن الصحيح وليس فيه ذكر الركوع وانما
هو في حديث عبد الله بن عمرو **قال** ويطول القراءة فيهما اي في الركعتين وهذا ما روي انه عليه الصلاة والسلام قام قدر
في الاولى بقدر البقرة وفي الثانية بقدر آل عمران ولان المسنون ان يأتي بالصلاة والدعاء حتى تنجلي الشمس فاذا طول الصلاة قصر الدعاء
وان قصر الصلاة طول الدعاء • وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة في كسوف الشمس انهم ان شاؤوا صلوا ركعتين وان شاؤوا اربعا وان شاؤوا
اكثر من ذلك وان شاؤوا صلوا في كل ركعتين وان شاؤوا في كل اربع لانها نافلة **قوله** ويخفي عند ابي حنيفة وقالا يجهر وعند
محمد مثل قول ابي حنيفة لهما ما روي في السنن عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ قراءة طويلة وجهر بها يعني في صلاة الكسوف
وبه اخذ احمد بن حنبل • ولابي حنيفة ما روى الطحاوي باسناده الى عكرمة عن ابن عباس قال ما سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم
في صلاة الكسوف حرفا • وروى الطحاوي ايضا باسناده الى سمرة بن جندب قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الكسوف لا نسمع له صوتا
وعلى هذا مالك والشافعي ولان الاخبار لما اختلفت كان ما وافق الاصول اولى بالاستعمال وقولنا يوافق الاصول لان صلاة النهار عجماء بالحديث
اي ليس فيها قراءة مسموعة ولان الحال اكشف للرجال فترجحت رواية ابن عباس وسمرة على رواية عائشة **قوله** والترجيح قد مر من
قبل الا انه قوله والحال اكشف على الرجال لقربهم **قوله** ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس وهذا ما روينا في اول الباب من حديث
المغيرة **قوله** ويصلي بهم الامام الذي يصلي بهم الجمعة وهذا لان صلاة الكسوف جامعة للجماعات كالجمعة فيصليها من يصلي الجمعة
فان لم يحضر صلوا منفردين تحرزا عن وقوع الفتنة في التقديم والتقدم **قوله** وليس في كسوف القمر جماعة ظن بعضهم في استعمال
لفظ الكسوف في القمر على محمد وذلك منهم ظن فاسد لان الخسوف والكسوف يستعمل كل واحد منهما في الشمس والقمر • الا ترى الى ما روينا في
الصحيح في اول الباب في حديث ابن مسعود ان الشمس والقمر لا ينكسفان لموت احد وفي حديث ابن عمر ان الشمس والقمر لا يخسفان لموت احد الا
ان من الناس من يغلب لفظ الخسوف في القمر ولفظ الكسوف في الشمس وانما يصلون فرادى في كسوف القمر لانه كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم
كسوف القمر كما كان كسوف الشمس فلو كان فيه جماعة كما كان في كسوف الشمس لنقل انما سن الصلاة فيما روي في الصحيح في حديث عائشة عن
النبي صلى الله عليه وسلم قال في كسوف الشمس والقمر انهما آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت احد ولا لحياته فاذا رأيتموهما فافزعوا الى
الصلاة اي فالتجئوا اليها • وروى ابو سليمان في كتاب الصلاة عن محمد عن ابي يوسف عن ابان بن ابي عياش عن الحسن البصري عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال اذا رأيتم من هذه الافزاع شيئا فافزعوا الى الصلاة **قوله** وليس في الكسوف خطبة • قال الشيخ ابو
الحسين القدوري وليس في ذلك خطبة ولا صعود منبر ولا خروج • وكان ابو حنيفة يرى الصلاة في المسجد لان هذه الحالة يخشى
فيها الضرر كما في الزلازل والظلمة فيسن فيها الصلاة دون الخطبة وعن الشافعي انه يخطب بعد الصلاة خطبتين كذا ذكره ابو نصر البغدادي
لانه عليه الصلاة والسلام خطب وتأويله عندنا انه ما كانت للكسوف بل كان لرد ما اعتقدوه من ان الشمس كسفت لموت ابراهيم ولهذا
لم يشتغل في شيء من الاخبار خطبتان املا

باب صلاة الخسوف (الاستسقا)

مناسبته هذا الباب بما تقدم من حيث
ان كلا منهما يؤدى لحاج عظيم الا ان صلاة الكسوف لما كانت اقوى لانها تؤدى بجماعة بخلاف قدمها على صلاة الاستسقا لانه لا
جماعة خلافا **قوله** قال ابو حنيفة ليس في الاستسقاء صلاة مسنونة في جماعة • قال ابو بكر الرازي ذكر محمد عن ابي حنيفة في الاصل
والمعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه ليس فيه صلاة جماعة ولكن الدعاء والاستغفار ومراده ان الصلاة ليست بواجبة ولا مسنونة كصلاة
العيدين والكسوف ولان الامام مخير ان شاء صلى وان شاء ترك ذكره في شرح مختصر الطحاوي وقالا يصلي الامام بالناس ركعتين يجهر فيهما بالقراءة
ثم يخطب وبه اخذ الشافعي لما روي في السنن عن الزهري عن عباد بن تميم عن عمه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج بالناس يستسقي فصلى
بهم ركعتين جهر بالقراءة فيهما وحول رداءه ورفع يديه فدعا واستسقى واستقبل القبلة • وفي حديث ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام
صلى في الاستسقاء ركعتين كما يصلي في العيد • ولابي حنيفة قوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا علق نزول الغيث
بالاستغفار لا بالصلاة فكان الاصل فيه الدعاء والخروج دون الصلاة • وروي في الصحيح عن انس بن مالك ان رجلا شكا الى النبي صلى الله عليه
هلاك المال وجهد العيال فدعا الله يستسقي ولم يذكر انه حول رداءه ولا استقبل القبلة وفي هذا الحديث دليل على ان الصلاة ليست بمسنونة
لانها لم يذكر فيه • وروي عن عمر انه خرج يستسقي فما زاد على الاستغفار فقيل له في ذلك فقال لقد استسقيت بمجاديح السماء التي يستنزل بها الغيث
ثم تلا استغفروا ربكم انه كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا ولو كانت الصلاة مسنونة لما خفي امرها على عمر
ومجاديح السماء انواؤها جمع مجدح وهو كل نجم كانت العرب تنسبه والمجدح عند العرب من الانواء • قال في كتاب الصلاة قال بلغنا
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه خرج فدعا وبلغنا عن عمر انه صعد المنبر فدعا واستسقى ولم يبلغنا في ذلك صلاة الا حديث واحد شاذ
لا يؤخذ به والجواب عما روي انه عليه الصلاة والسلام صلى كما صلى في العيد ثم لئن روي عنه ذلك ايضا لم يدل على السنة اذ لم توجد
المواظبة في اغلب الاحوال انما قوله صلى كما صلى في العيد وعند الشافعي يصلي ركعتين يكبر في الاولى سبعا وفي الثانية خمسا كما في العيد وذلك
ضعيف لانه لم ينقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها التكبيرات تعلقا بالعيد **قوله** ولا خطبة عند ابي حنيفة وهذا ما روي
في السنن عن ابن عباس قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم متبذلا متواضعا متضرعا حتى اتى المصلى فرقي على المنبر فلم يخطب خطبتكم هذه ولكن
لم يزل في الدعاء والتضرع والتكبير **قوله** ويقلب رداءه لما روينا المراد به قوله روي انه عليه الصلاة والسلام استقبل القبلة وحول
رداءه • قال في التحفة كيفية تقليب الرداء عندهما ان كان مربعا جعل اسفله اعلاه واعلاه اسفله وان كان مدورا جعل الجانب الايمن على الايسر
على الايمن **قوله** اما عند ابي حنيفة لا يقلب وهذا لما ذكرنا من حديث انس انه لم يذكر انه حول رداءه ولان الاستسقاء دعاء ولان الاستسقا

دعاء فلا يسن فيه تحويل الرداء كسائر الادعية اما تحويل النبي صلى الله عليه وسلم رداءه وكان ذلك للتفاؤل لينقلب حالهم من الجدب
الى الخصب فلم يكن لبيان السنة • ولهذا قيل لابن لهيعة لم قلب رداءه فقال ليقلب القحط الى الخصب
قيل كيف قلبه قال جعل ظهره لبطنه قيل كيف قال حول الايسر على الايمن والايمن على الايسر **قوله** ولا يقلب القوم ارديتهم
وهذا بالتشديد لانه للتكثير بخلاف قوله ويقلب رداءه فانه بالتخفيف لانه لا تكثير وهذا مذهب عامة العلماء وهو قول
سعيد بن المسيب والثوري وعروة بن الزبير • وقال مالك يقلب القوم ارديتهم وهو ضعيف لانه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه امرهم بذلك فلانه من هيئة الخطبة والقوم لا يشاركون الامام في الخطبة فكذا في هيئتها ويستحب رفع اليدين نحو السماء
وقت الدعاء وان ترك ذلك واشار بالمسبحة فكذلك وهذا لان السنة في الدعاء بسط اليدين وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه كان يدعو بعرفات كالمستطعم ويستحب ان يخرج الامام بالناس في الاستسقاء ثلاثة ايام متتابعات ويدعو الامام قائما والناس
قعود مستقبل القبلة **قوله** ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء وذلك لقوله تعالى وما دعاء الكافرين الا في ضلال وكان
شأنهم ان يحضروا لانهم اهل السخط واللعنة والمطلوب ضد ذلك فلا يحضرون • وروي عن مالك انهم لا يمنعون لان الكفار
اذا دعوا في الشدة تزول عنهم قال الله تعالى فاذا ركبوا في الفلك دعوا الله مخلصين له الدين وجوابه لا نسلم ان ذلك الدعاء كان حالة الكفر
بل قوله مخلصين له الدين والله اعلم

باب صلاة الخوف

وجه المناسبة بين البابين ان شرعية
كل منهما لعارض خوف وقدم الاستسقاء لان العارض ثم وهو انقطاع المطر سماوي وهنا اختياري وهو الجهاد الذي سببه كفر
الكافر **قوله** اذا اشتد الخوف الى آخره • اعلم ان صلاة الخوف اختلف فيها الائمة لتعارض الاخبار وقد ورد فيها اخبار مختلفة
في السنن وغيرها وفي ذكر ذلك اطالة فقال ابو حنيفة ومحمد اذا كانت الصلاة ركعتين كصلاة الفجر وصلاة السفر وصلاة الجمعة
جعل الامام الناس طائفتين احداهما الى وجه العدو ويصلي بالاخرى ركعة وسجدتين فاذا رفع رأسه من السجدة الثانية مضت التي خلف
الامام الى وجه العدو وجاءت تلك فشرع في صلاة الامام فيصلي بهم ركعة وسجدتين ويتشهد ويسلم فينصرفون الى مقامهم و
بازاء العدو فتجيء الطائفة الاولى ويصلون ركعة وسجدتين بغير قراءة لانهم لاحقون ويتشهدون ويسلمون وينصرفون الى وجه
العدو وتجيء الطائفة الثانية فيقضون ركعة وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون يقرؤون ويتشهدون ويسلمون ثم انهم لا يستقبلون حتى
اذا ركبوا فسدت صلاتهم لان الركوب منه بد فلم يكن عفوا والمشي لا بد منه فصار عفوا • وذكر ابو بكر الرازي عن ابي يوسف ثلاثة
اقاويل احدها مثل قول ابي حنيفة ومحمد والثاني ما حكى ابو سليمان عنه انه لا يصلي بعد النبي صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف بامام
واحد ولكن يصلي بامامين لئلا يكون المشي والاختلاف في تلك الصلاة لان ذلك كان مخصوصا به النبي صلى الله عليه وسلم ليدرك الجميع
فضيلة الصلاة خلفه • والثالث انما يصلي بامام واحد الا ان العدو اذا كان في القبلة يقوم الصفان جميعا خلف الامام فيفتتح
بهم الصلاة جميعا ويركع ثم يسجد بالصف الذي يليه سجدتين والصف المؤخر قيام يحرسونهم ثم يرفع هؤلاء رؤوسهم ويسجد الاخر
بالذي يليه سجدتين والصف الاخر يحرسهم ثم يسجد الصف المؤخر سجدتين ويتشهد ويسلم بهم جميعا وهو مذهب ابن ابي ليلى
وسفين كذا ذكر صاحب السنن حديث ابي العباس عياش الزرقي • وقال صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعسفان يوم بني
سليم واذا لم يكن العدو في القبلة يصلي كما قال ابو حنيفة وهو مروي عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم • وقال مالك يصلي
بالطائفة الاولى ركعة وسجدتين ثم ينتظر الامام قائما حتى يتموا صلاتهم ثم ينصرفون الى وجه العدو وتجيء الطائفة الاخرى فيصلي بهم
ركعة وسجدتين فيسلم فيقومون ويتمون صلاتهم • وبه قال الشافعي الا انه قال ينتظر الامام حتى تتم الطائفة الثانية صلاتهم
فيسلم بهم • وقال الحسن بن زياد لا تجوز صلاة الخوف بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قول ابي يوسف اولا • قال الشيخ
ابو الحسين القدوري قد روى ابو عياش الزرقي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف كما قال ابن ابي ليلى وروى صالح بن خوات
ان النبي صلى الله عليه وسلم صلاها كما قال الشافعي وروى ابن مسعود مثل قولنا فدل ذلك على جواز الجميع وانما الكلام في الاولى والاولى
من ظاهر القرآن قولنا اولى لقوله تعالى واذا كنت فيهم فاقمت لهم الصلاة فلتقم طائفة منهم معك وهو خلاف قول ابن ابي ليلى لان الامام
عنده يفتتح بالطائفتين لا بطائفة واحدة • وكذا قوله تعالى ولتأت طائفة اخرى لم يصلوا فليصلوا معك على خلاف قوله لانهم قد صلوا على مذهبه
وقوله تعالى فاذا سجدوا فليكونوا من ورائكم يدل على خلاف قول مالك والشافعي لانه امر بان يصيروا بعد السجود من وراء القوم ويأتي
الطائفة الاخرى في تلك الحال لان الفاء للتعقيب وعلى مذهبهما لا يكونون من ورائهم ولكن يتمون صلاتهم وعلى مذهب مالك والشافعي يلزم
فراغ المقتدي من الصلاة قبل فراغ الامام وذلك لا يجوز في غير صلاة الخوف فكذا فيها وايضا يلزم انتظار الامام فراغ المقتدي
وذلك لا يجوز وايضا قد ثبت ان سهو الامام لازم على المقتدي فمن الجائز ان يلحق الامام سهو ولا يلحق ذلك الطائفة الاولى لانهم قد
فرغوا عن صلاتهم قبل الامام وهو لا يجوز لا يقال يلزم على قولكم المشي الكثير واستدبار القبلة لانا نقول المشي في غير حال الخوف يجوز
لمن سبقه الحدث او اصابته نجاسة فكذا في حال الخوف واستدبار القبلة يجوز ايضا في حال الخوف ومخالفة سائر المسابقة في صلاة
الخوف مسلم ان قولنا يخالف للاصول والحجة على الحسن بن زياد ما روي ان سعيد بن العاص اراد ان يصلي صلاة الخوف مع رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقام حذيفة ووصف له صلاة الخوف فصلى بهم فكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير • وقد روي في السنن ان عبد الرحمن
بن سمرة كان يصلي صلاة الخوف فعلم انها شرع بعد النبي صلى الله عليه وسلم وحدث الطحاوي عن احمد بن ابي عمران انه سمع ابا عبد الله
محمد بن شجاع يعيب قول ابي يوسف هذا ونقول ان الصلاة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وان كان افضل من الصلاة مع الناس جميعا فانه ذلك

لا يجوز لاحد ان يتكلم او يمشي او يفعل فعلا يفسد الصلاة فلما كانت الصلاة خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخوف لا يفسدها الذهاب والمجيء والاستدبار للقبلة كانت خلف غيره كذلك ايضا لا يقال قوله تعالى واذا كنت فيهم يدل على انها لا يجوز بعد النبي صلى الله عليه وسلم لانه شرط كون النبي صلى الله عليه وسلم فيهم لانا نقول قد حققنا في شرح الاصول ان الشرط لا يوجب وجود الحكم عند وجوده ولا يوجب عدم الحكم عند عدمه **قوله** وابو يوسف وان انكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج عليه بما روينا وهذا الذي قاله صاحب الهداية في غاية البعد عن التحقيق لان ابا يوسف لا ينكر مشروعية صلاة الخوف في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم بل ينكر مشروعيتها بعد الرسول فكيف يكون رواية ابن مسعود صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخوف حجة على ابي يوسف وانما الحجة على ابي يوسف ما روينا عن سعيد بن العاص وعبد الرحمن بن سمرة قبل هذا وان كان الامام مقيما صلى بالطائفة الاولى ركعتين وبالطائفة الثانية ركعتين يعني في ذوات الاربع وهذا لان حكم الصلاة ان يتنصف بينهم فيصلي بالاولى ركعتين وبالثانية ركعتين • وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه صلى الظهر في الخوف ركعتين بالاولى وركعتين بالثانية **قوله** ويصلي بالطائفة الاولى ركعتين من المغرب وبالثانية ركعة واحدة وقال سفيان الثوري يصلي بالاولى ركعة وبالثانية ركعتين • وقال الشافعي الامام بالخيار وجه قول سفيان ان القراءة واجبة في الاوليين فاذا صلى بالطائفة الاولى حصل القراءة الواجبة في كليهما للاولى فينقسمها بين الطائفتين • قلنا ان الطائفة الاولى لما استحقت ركعة ونصفا لما قلنا من وجوب تنصيف الصلاة بينهم فقد استحقت ركعتين جميعا لما ان الركعة لا تتجزى وبعض ما لا يتجزى اذا ثبت ثبت جميعه كايقاع نصف تطليقة وعفو احد الوليين عن عدد [illegible] الزيادات فان اخطأ الامام فيصلي بالطائفة الاولى ركعة وبالطائفة الثانية ركعتين فسدت صلاتهم جميعا الا الامام اما الطائفة الاولى فلانهم انصرفوا في اوان عودهم بعد ركعتين وقد اخطاوا واما الطائفة الثانية فهي من الطائفة الاولى لانهم ادركوا الركعة الثانية لانهم مسبوقون بركعة فلما صلوا الثانية كان ينبغي ان يخرجوا فحين انصرفوا الى الثالثة لا تفسد فلما صلوا الثالثة وانصرفوا فسدت صلاتهم لان هذا اوان رجوعهم من العدو الى الصلاة لا اوان الانصراف عن الصلاة فانصرافهم حصل في غير اوانه ففسدت صلاتهم • ولو انهم صلوا بالاولى الاولى فانصرفوا وبالثانية الثانية فانصرفوا وبالاولى الثالثة فانصرفوا فصلاة الاولى فاسدة لانصرافهم في غير اوانه وصلاة الثانية جائزة لانصرافهم في اوانه ويقضون ركعة بقراءة بغير قراءة • وقال في السير الكبير ولكنهم يبدون اولا بالركعة الثالثة لانهم في حق الركعة الثالثة مدركون لها لانهم كانوا خلف الامام والمدرك للصلاة يقضي اولا ما فاته مع الامام ثم يشتغل بقضاء ما سبق به • فلو انه لم يجعل الناس طايفتين ولكنه جعل الناس ثلاثة طوايف فصلى بالطائفة الاولى ركعة ثم انصرفوا وصلى بالطائفة الثانية ركعة ثم انصرفوا ثم صلى بالطائفة الثالثة الركعة الثالثة ثم انصرفوا وجاءت كل طائفة وقضت ركعتين فان صلاة الطائفة الاولى فاسدة لما ذكرنا وصلاة الطائفة الثانية والثالثة جائزة لان الطائفة الثانية في الطائفة الاولى وقد انصرفوا في موضع الانصراف لانهم انصرفوا بعد الركعة الثانية فتجوز صلاتهم وكذلك الطائفة الثالثة صلاتهم تامة لانهم انصرفوا بعد الركعة الثانية فتجوز صلاتهم وكذلك الطائفة الثالثة صلاتهم تامة لانهم انصرفوا في موضع الانصراف لان الطائفة الثالثة في الطائفة الثانية وقد انصرفوا بعد فراغ الامام من الصلاة وهكذا كان ينبغي ان ينصرفوا فتجوز صلاتهم كذا في السير الكبير **قوله** ولا يقاتلون في حالة الصلاة • وقال الشافعي يقاتلون وعليهم الاعادة وقال ابن سريج يقاتلون ولا اعادة عليهم • لنا ما روي في الصحيح البخاري عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال يوم الخندق ملأ الله بيوتهم وقبورهم نارا كما شغلونا عن صلاة الوسطى حتى غابت الشمس • وفيه ايضا عن جابر بن عبد الله ان عمر بن الخطاب جاء يوم الخندق بعدما غربت الشمس جعل يسب قريشا وقال يا رسول الله ما كدت ان اصلي حتى كادت الشمس تغرب قال النبي صلى الله عليه وسلم والله ما صليتها فنزلنا مع النبي صلى الله عليه وسلم بطحان فتوضأ للصلاة وتوضأنا لها فصلى العصر بعدما غربت الشمس ثم صلى بعدها المغرب وفيه دليل ان الصلاة لا تجوز مع القتال فلو جازت لما تركها رسول الله صلى الله عليه وسلم عن وقتها • وقد روي ابن اسحاق والواقدي ان غزوة ذات الرقاع كانت بعد غزوة الخندق وقد صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف في غزوة ذات الرقاع فثبت ان صلاة الخوف كانت نزلت قبل الخندق فلما ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة يوم الخندق لاجل القتال دل ان القتال يمنع الصلاة ولان ما ينافي الصلاة في غير الخوف ينافيها في الخوف كالكلام وساير الاعمال • فان قلت قتل الحية والعقرب في الصلاة جائز وذا لا يكون الا بالضرب فلما جاز الضرب ثم جاز هنا • قلنا القدر الذي يحصل به قتل الحية والعقرب قليل فافترقا فاذا كثرت المعالجة تفسد ذلك ايضا فلا فرق بينهما • قال في السير الكبير ولو ان اماما من المسلمين حضره عدو ولا لكنه يخاف ذلك لم ينبغ له ان يصلي بالناس صلاة الخوف لانه لا يجوز عند خوف العدو وانما يجوز اذا كان العدو واقفا حاضرا وذلك لان القياس ينفي جواز صلاة الخوف غير انهم استحسنوا واجازوا ذلك بالاثر والاثر انما جاء في جوازها عند حضرة العدو ولم يجئ جوازها عند خوف العدو فمردود الى ما يوجبه القياس **قوله** يوم الاحزاب اراد به يوم حفر الخندق في المدينة وغزوة الخندق كانت في شوال سنة اربع كذا قال صاحب الصحيح والاحزاب هم الذين ذكرهم الله في قوله اذ جاؤكم من فوقكم ومن اسفل منكم وذلك ان اهل مكة جموا الاعراب واتوا المدينة من فوق الوادي من قبل المشرق بنو غطفان ومن اسفل الوادي من قبل المغرب قريش فتحزبوا وقالوا سنكون جملة واحدة حتى نستاصل محمدا فارسل الله عليهم ريح الصبا في ليلة شاتية فسفت التراب في وجوههم وقطعت الملائكة الاوتاد وقلعت الاطناب واطفأت النيران واكفأت القدور وماجت الخيل بعضها في بعض وقذف في قلوبهم الرعب وكبرت الملائكة في جوانب عسكرهم فانهزموا من غير قتال وحين سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم باقبالهم ضرب الخندق على المدينة اشار عليه بذلك سلمان الفارسي واشتد الخوف وظن المؤمنون كل ظن • وقال بعض المنافقين يعدنا كنوز كسرى وقيصر ولا يقدر ان يذهب الى الغائط وكانوا قريبا

من شهر حتى انزل الله النصر وذلك قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذكروا نعمة الله عليكم اذ جاءتكم جنود الاية الى قوله وكفى الله المؤمنين القتال اي بالريح والملائكة قال عليه الصلاة والسلام نصرت بالصبا واهلكت عاد بالدبور **قوله** فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومون بالركوع والسجود يعني اذا كان الخوف اشد من الاول بحيث لا يتهيأ لهم النزول عن الدابة صلوا عليها يومون ايماء حيث كانت وجوههم اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة ويجعلون السجود اخفض من الركوع وهذا القوله تعالى فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة ان خفتم والمراد منه القصر في الصفات وهو الايماء لا القصر في اعداد الركعات لان ذلك ليس يتعلق بالخوف ولقوله تعالى فان خفتم فرجالا او ركبانا • قال فايتما تولوا فثم وجه الله والمراد منه حال العذر والخوف عذر فيجوز له ترك القبلة في الخوف وهذا هو جواب ظاهر الرواية • وعن محمد انهم يصلون جماعة وهم ركبان • وبه قال الشافعي وذا ضعيف لانه يلزم الفصل بين المقتدي وبين الامام من الطريق كان للصلاة فلا يجوز كما لو يكون بينهما نهر او حائط او طريق والاية محمولة على الصلاة وحدانا ثم اذا صلوا ايماء ثم زال الخوف في الوقت او بعده لم يكن عليهم الاعادة لان العذر زال بعد اسقاط الفرض فصار كوجود الماء بعد الصلاة بالتيمم والخوف من العدو ومن السبع سواء لان صلاة الخوف انما جازت عند خوف العدو ولدفع الضرر وهو موجود في خوف السبع وبه صرح في شرح مختصر الكرخي وعند الفقهاء الخائف من السبع اذا لم يستطع النزول عن دابته يصلي بالايماء كالخائف من العدو وذكره في كتاب الصلاة ولا يصلي وهو يمشي وكذلك السابح في البحر لانه يعمل عملا ليس في الصلاة فصار كالاكل والراكب لا يصلي في حالة السير اذا كان طالبا للعدو والمطلوب واذا كان مطلوبا يصلي للضرورة واذا راوا سوادا ظنوه عدوا فصلوا صلاة الخوف فاذا هو ابل او بقر او غنم فعليهم الاعادة لانهم صلوا صلاة العذر بغير عذر وصلاة الفرض على الدابة بعذر اللص والمطر وفي البادية تجوز وقد مر ذلك في اخر فصل القراءة

باب صلاة الجنائز

لما كان الموت اخر العوارض ذكر صلاة الجنازة اخر المناسبة قال صاحب المغرب الجنازة بالكسر السرير وبالفتح الميت وقيل هما لغتان • وعن الاصمعي لا يقال بالفتح **قوله** واذا احتضر الرجل وجه الى القبلة اعتبارا بحال الوضع في القبر احتضر الرجل مات لان الوفاة حضرته او ملائكة الموت ويقال فلان محتضر اي قريب من الموت والمراد منه هنا الذي قرب من الموت وحكى شيخنا العلامة برهان الدين الخريفيني عن شيخه الامام حميد الدين الضرير ان الشيخ ابا بكر ابن اسحاق الكلاباذي كان يقرأ على الامام ابا بكر محمد ابن الفضل البخاري باب الجنايز فلما قال اذا احتضر غشي عليه فلما افاق قال له اذهب الى خراسان فان هناك اصحاب القلوب فذهب حتى بلغ امره ما بلغ وانما يوجه على شقه الايمن لانه السنة ولان الشيء اذا قرب من الشيء يأخذ حكمه وهذا لانه قريب من الموت يوضع في اللحد كذلك فكذا في هذه الحالة واختار مشايخنا وراء النهر الاستلقاء على قفاه لانه ايسر لخروج الروح والشق الايمن والمراد به الجانب **قوله** ولقن الشهادة اي قوله اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا رسول الله ولا يقال له قل ولكن يقال عنده وهو يسمع حتى يتلقن وهذا لما روى ابو داود في السنن باسناده الى معاذ بن جبل • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان اخر كلامه لا اله الا الله دخل الجنة • وفيه ايضا عن ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقنوا موتاكم قول لا اله الا الله والمراد بالميت الذي قرب من الموت سماه بما يؤول اليه كقوله تعالى انك ميت وانهم ميتون • وقوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه **قوله** فاذا مات شد لحياه وغمض عيناه وانما يفعل ذلك لانه لو بقي بعد موته ترك الشد والتغميض يبقى مفتوح الفم والعينين ويصير كريه المنظر ويقبح في اعين الناس وفي ذلك مثلة فلا يجوز وقد توارثت الامة على ذلك وما رواه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن • وقد روي في السنن عن ام سلمة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على ابي سلمة وقد شق بصره فاغمضه ثم المستحب تعجيل جهازه واعلام جيرانه واصدقايه حتى يؤدوا حقه بالصلاة والدعاء كذا ذكر الفقيه ابو الليث **قوله** ثم في تغسيله اي في كل واحد من الشد والتغميض تحسين الميت

فصل

في الغسل وفي بعض النسخ في غسل الميت قدم الغسل لانه اول ما يفعل بالميت ثم التكفين ثم الصلاة ثم الدفن فرتب الفصول لذلك قال الشيخ ابو نصر البغدادي الاصل في وجوب غسل الميت ان الملائكة عليهم السلام غسلت ادم وقالوا لولده هذه سنة امواتكم وغسل النبي صلى الله عليه وسلم حين مات وفعلوا ذلك المسلمون بعده **قوله** واذا ارادوا غسله وضعوه على سرير لم يرو في كيفية الوضع عن اصحابنا المتقدمين واختلف المشايخ فقال بعضهم يوضع طولا وقال بعضهم يوضع عرضا • قال الامام حميد الدين الضرير والاصح انه يجوز على اي وجه وضع تيسيرا للناس وانما يوضع على السرير ليكون اقرب الى الطهارة بنزول الماء عنه ثم الجنس يغسل الجنس كالذكر للذكر والانثى للانثى ولا يغسل خلافا لجنس الا اذا كانت معتدة عن وفاة ولم يحدث في عدتها ما يوجب الفرقة كالردة وتقبيل ابن الزوج والوطء عن شبهة فاذا احدث ذلك فلا تغسله في رواية عن ابي يوسف لانها عادت الى حال لو كان حيا لم تغسله وفي رواية عنه تغسله لان فيه المعاني تحرم الوطء وذلك لا يمنع الغسل والمعتدة من طلاق باين لا تغسل زوجها والزوج لا يغسل الزوجة خلافا للشافعي وام الولد لا تغسل مولاها خلافا لزفر لانها معتدة عن فراش صحيح كالزوجة • ولنا ان موته سببا لزوال ملكه عنها فصارت معتقة والصبي اذا لم يكن من اهل الشهوة تغسله النساء والصبية اذا كانت لا تشتهى يغسلها الرجال والخنثى يتيمم ولا يغسل اذا كان بالغا بالسن او مراهقا والاجنبية تيممها الاجنبي بخرقة اذا لم يوجد النساء فان وجد ذو رحم تيممها بلا خرقة **قوله** وجعلوا على عورته خرقة وهذا لما روي صاحب السنن باسناده الى علي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تبرز فخذك ولا تنظر الى فخذ حي ولا ميت **قوله** ويكفي بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا واحترز بقوله الصحيح عما قال القدوري في شرح مختصر الطحاوي الكرخي انها توضع بالسرة الى الركبة لان عورة الميت لا يجوز النظر اليها لكون الحي وهذا الاصح بدليل ما ذكرنا من حديث علي **قوله** ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف اي

اي يتعطف الميت ● وقال الشافعي السنة ان يغسل في قميص يكون كمه واسعا حتى يدخل يده فيغسل بدنه فان كان ضيقا جرده كذا ذكره الشيخ ابو نصر ● لنا ما روي في السنن مسندا الى عباد بن عبد الله ابن الزبير ● قال سمعت عايشة تقول لما ارادوا غسل النبي صلى الله عليه وسلم قالوا والله ما ندري انجرد رسول الله صلى الله عليه وسلم من ثيابه كما نجرد موتانا او نغسله وعليه ثيابه فلما اختلفوا القى الله عليهم النوم حتى ما منهم رجل الا ذقنه في صدره ثم كلمهم مكلم من ناحية البيت لا يدرون من هو ان اغسلوا النبي وعليه ثيابه فقاموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فغسلوه وعليه قميصه يصبون الماء فوق القميص ويدلكونه فوق القميص دون ايديهم وكانت عايشة تقول لو استقبلت من امري ما استدبرت ما غسله الا نساؤه ● فدل الحديث على ان السنة في غسل الموتى تجريدهم سوى الرسول عليه الصلاة والسلام فانه لم يجرد لتعظيمه ولان الغسل في حالة الممات كالغسل في حالة الحياة فيجرد الشخص فيه كما يجرد فيه ولان التجريد هو الامكن من النظافة

قوله ويوضأ من غير مضمضة واستنشاق وانما بدأ بالوضوء قبل الغسل لان الغسل حالة الحياة يتقدم عليه الوضوء فكذا حالة الممات وهو معنى قوله اعتبارا بحالة الحياة وعند الشافعي يمضمض ويستنشق ليس بعبارة عن مجرد حصول الماء في فيه وفي الانف الا ترى انه اذا شرب الماء لا يكون مؤديا سنة الطهارة من جهة المضمضة وانما المضمضة ادارة الماء في فيه ومجه والاستنشاق جذب الماء بالنفس الى الانف ولا يحصلان في الميت فيسقطان ولا يمسح راسه لان المقصود من غسل الميت الطهارة ولا يوجد ذلك في المسح ولا يؤخرون غسل رجليه بخلاف الجنب لانه قايم على رجليه في مستنقع الماء والميت رجلا وساير جسده سواء لانه ليس بقايم

قوله ويجمر سريره وتراً اي الثياب عطرها واجمرها بالبخور كذا ذكره المطرزي والمراد منه ادارة المجمر حول السرير وتر الدفع الرايحة الكريهة وقت الغسل وتعظيم الميت وانما يوتر لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله وتر يحب الوتر رواه علي كرم الله وجهه في السنن قوله ويغلي الماء في السدر او بالحرض مبالغة في التنظيف ذكر صاحب السنن باسناده الى محمد ابن سيرين عن ام عطية قالت دخل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفيت ابنته فقال اغسلنها ثلاثا او خمسا او اكثر من ذلك ان رايتن ذلك بما وسدر واجعلن في الاخرة كافورا والسدر شجر حمله النبق وورقه غسول والحرض هو الاشنان قوله فان لم يكن فالماء القراح اي ان لم يكن السدر او الحرض فيستعمل الماء القراح وهو الخالص لحصول المقصود وهو النظافة قوله وازالة الوسخ قوله ويغسل راسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف له اي للميت وهذا استحباب لجميل السورة واعلا الماء بالسدر والحرض قوله ثم يضجع على شقه الايسر والشق الجانب وانما يضجع كذلك ليكون بداية الغسل من ميمنته لان هاي السنة الا ترى الى ما روي في السنن عن ام عطية ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهن في غسل ابنته ابدان بميامنها ومواضع الوضوء منها ● قال ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي يغسل اولا وهو على جنبه ثم يغسل وهو على جنبه الايمن ثم يغسل وهو على جنبه الايسر ليحصل الغسل ثلاثا وهذا ما روينا في حديث ام عطية من قوله عليه الصلاة والسلام اغسلنها ثلاثا او خمسا ● وقال ابو بكر الرازي ايضا ويمسح بطنه في الثانية مسحا خفيفا فان خرج منه شي غسله في الثالثة ولم يذكر المصنف الغسل مرة ثالثة وهي كما ذكره الرازي سنة قوله مسحا رفيقا اي لينا قوله فان خرج منه شي غسله ولا يعيد غسله اي فان خرج من الميت شي غسل ذلك الشي ولا يعيد غسل الميت قالوا لا يجب اعادة الغسل ولا الوضوء لخروج ما يخرج منه ● وقال الشيخ ابو نصر قال الشافعي يعاد الغسل ومن اصحابه من قال يعاد الوضوء وهو ضعيف لان الغسل ما كان يجب بالحدث حال الحياة فكذا حال الممات واما الوضوء فلان الموت حدث كالخارج فلما لم يؤثر الموت في الوضوء وهو موجود لم يؤثر الخارج ايضا قوله ثم ينشفه بثوب وذلك لانه لو وضع في الاكفان قبل ان ينشف بثوب ابتلت الاكفان وذلك مثله قوله ويجعل الحنوط على راسه ولحيته والكافور على مساجده لان التطيب سنة ● قال ابو بكر الرازي هو استحباب والمراد بالمساجد مواضع السجود وهي جمع مسجد بفتح الجيم لا غير وهي الجبهة والانف واليدان والركبتان والقدمان هكذا ذكر شمس الايمة السرخسي في مبسوطه ● وقال ابو الحسين القدوري في شرح مختصر الكرخي المساجد هي الجبهة واليدان والركبتان ولم يذكر الانف والقدمين فيوضع عليها الكافور لشرفها وفضيلها وان لم يكن لم يضر لان المغتسل في حال الحياة قد يتطيب وقد لا يتطيب فكذا حال الممات ولا باس بساير الطيب في الحنوط غير الزعفران والورس لان ما جاز التطيب به في الحياة جاز حال الممات والزعفران والورس يكره حال الحياة فكذا بعد الموت وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى الرجال عن المزعفر كذا ذكره القدوري والحنوط عطر مركب من اشيا طيبة

قوله ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره وفي كل ذلك خلاف الشافعي ● لنا ما ذكر ابو عبيد في حديث عايشة سالت عن الميت يسرح راسه فقالت علام تنصون ميتكم رواه ابراهيم عن عايشة قال نصوته اخذته اذا اخذت بناصيته فارادت عايشة ان الميت لا يحتاج الى تسريح الراس ولان هذه الاشيا تفعل للزينة والميت لا يحتاج اليها ولان من الحكم حكم الميت ان يدفن بجميع اجزايه فلا معنى لفصل بعض اجزايه ثم دفنه معه ● وقوله عليه السلام اصنعوا بموتاكم ما تصنعون بعرايسكم ان صح فمعناه التطيب والتنظيف لا كل ما يفعل بالعروس بدلالة ما روي عن عايشة وصار كالختان يعني ان الختان سنة في حق الاحيا دون الاموات فكذا قص الظفر والشارب وشعر الابط

فصل

في التكفين السنة ان يكفن الرجل في ثلاثة اثواب ● اعلم ان الكفن على ثلاثة اقسام كفن السنة وكفن الكفاية وكفن الضرورة فكفن السنة في حق الرجل ثلاثة اثواب لفافة وهي الردا طولا وازار وقميص والقميص من اصل العنق الى القدم لكن بلا جيب ولا دخريص ولا باس بالزيادة على الثلاث في كفن الرجل ذكره في كفن الحنفي وهذا ما روي البخاري في الصحيح مسندا الى عايشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة اثواب بيض سحولية والسحول بفتح السين قرية باليمن وكفن الكفاية في حق الرجل ثوبان رداء وازار وهذا ما روي في حديث ابي بكر انه اوصى في مرضه فقال ادفنوني في ثوبي هذين فانما هما للمهل والتراب وقال ابو عبيدة ● قال ابو عبيد والمهل في هذا الحديث الصديد والقيح والمهل في غير هذا كل فلز اذيب ● قال والفلز جواهر الارض من الذهب والفضة والنحاس واشباه ذلك وكفن الضرورة ما تيسر وهذا ما روي في السنن مسندا الى خباب ● قال مصعب ابن عمير قتل يوم احد ولم يكن له الا نمرة كنا اذا غطينا راسه خرجت رجلاه واذا غطينا رجلاه خرج راسه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم غطوا بها راسه واجعلوا على رجليه شيا من الاذخر والنمرة كساء ملون والاذخر حشيش بمكة واما كفن السنة في حق المراة فهو خمسة اثواب ازار ولفافة ودرع وخمار وخرقة يربط بها ثدياها وفوق الاكفان عند الصدر تحت اللفافة وهذا ما روي في حديث ام عطية ان النبي صلى الله عليه وسلم ناولهن في غسل ابنته ام كلثوم ثوبا ثوبا اخرهن خرقة تربط بها الثديان وكفن الكفاية في حق المراة ثلاثة اثواب ازار ورداء وخمار لان الثلاثة ادنى ما تستر به المراة حالة الحياة اذا خرجت فكذلك بعد الممات وكفن الضرورة وهو ما تيسر كما في حق الرجال ● قال فخر الاسلام وذكر الجصاص في كتاب التجهيز انه ينبغي ان يجتزي بالذي هو كفن الكفاية اذا كثرت الورثة وقل المال توسعة على الورثة وهذا احسن عند مشايخنا وان لم يتركوا ذلك عن الثلث قوله والازار من القرن الى القدم واللفافة كذلك والقرن هنا يعني الشعر واللفافة في الردا طولا كذا ذكره ابو بكر الرازي قوله فاذا ارادوا لف اللفافة اذا اخر اذا ارادوا التكفين عطف الاكفان اولا وترا ثم يلبس القميص ثم يبسط اللفافة ثم الازار فوقها ثم يوضع الميت في الازار على الميت من قبل الايسر على راسه وساير جسده ليعطف من قبل شقه الايمن لذلك ثم يعطف اللفافة وفي الرداء كذلك وهذا لان الافضل ان يكون الظاهر من كفنه الجانب الايمن ويعطف الايسر اولا حتى يعلو الايمن عليه والمراة تلبس الدرع او الازار والخمار فوق كذلك ثم تبسط اللفافة ثم تبسط الازار وتوضع المراة في الازار وتكون الازار تحت اللفافة وتربط الخرقة فوق اللفافة عند الصدر ويرسل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع تحت اللفافة والازار والخمار ولا هذا لان شعر المراة يرسل على ظهرها حالة الحياة للزينة وبعد الموت لا يقصد الزينة ويكره تكفين الحرير والابريسم بخلاف النسا اعتبارا بحالة الحياة والدرع المراة قميصها وهو مذكر بخلاف درع الحديد فانها مؤنثة قوله لحديث ام عطية هي ام عطية الانصارية تعرف بالكنية واسمها نسيبة ذكرها في باب النون في كتبهم في معرفة اسامي الصحابة قوله قبل ان يدرج اي قبل ان تدخل الميت في الاكفان قالوا اذا لم يكن للميت مال يجب كفنه على من يجب عليه نفقته حال حياته الا المراة عند محمد فان كفنها لا يجب على زوجها خلافا لابي يوسف وجه قول ابي يوسف ان الكفن كسوة فيجب على من يجب عليه الكسوة حال الحياة ووجه قول محمد ان الموت انقطع ما بينهما فصار كالاجنبي واذا لم يكن للميت من ينفق عليه فكفنه في بيت المال اعتبارا لحالة الحياة

فصل

في الصلاة على الميت اعلم ان الصلاة على الميت واجبة على سبيل الكفاية فاذا اقامها البعض سقط عن الباقين ● اما الوجوب فلمواظبة النبي صلى الله عليه وسلم والايمة بعده الى يومنا ● واما وجوبها على سبيل الكفاية فلان الغرض من الصلاة قضاء حق الميت المسلم وقد حصل ذلك بالبعض ولانه لو وجب على جميع الناس حرجا عظيما وهو مدفوع شرعا فاكتفى بالبعض كالجهاد قوله واولى الناس بالصلاة عليه السلطان ان حضر الى اخره هذا هو المشهور عن اصحابنا ● وروي عن ابي يوسف ان الولي اولى وبه اخذ الشافعي لنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يؤمن الرجل الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته الا باذنه وقد تقدم الحسين ابن علي سعيد ابن العاص لما مات الحسن وقال لولا انها السنة لما قدمتك لا يقال انها امر يتعلق بالميت فكان الولي اولى كالغسل والتكفين والدفن لانا نقول يلزم في التقدم على السلطان في مباشرة الصلاة اسقاط هيبته وفيه افساد امر العامة فلا يجوز بخلاف هذه الامور لانه لا تعظيم في مباشرتها للسلطان فيه الازدراء والاستخفاف قوله فان لم يحضر فالقاضي اذا لم يحضر السلطان فالقاضي اولى لانه له ولاية فان لم يحضر فيستحب تقديم امام حيه الحي وهذا ما روي الشيخ ابو الفضل البغدادي ان عمر لما مات تقدم عثمان بن حايب وعلي بن ابي طالب فقال عبد الرحمن كل هذا رغبة في الولاية امير المؤمنين ان يصلي بالناس صهيب ثلاثة ايام ومن صلى بالاحيا فهو الذي يصلي على الموتى وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير واما قال والتقديم مستحب لان في التقدم لا يلزم افساد امر العامة بخلاف التقدم على السلطان حيث يلزم ذلك فلهذا اوجب تقديمه قوله ثم الولي اي قال القدوري ثم الولي احق بالصلاة فيعتبر الاقرب فالاقرب من ذوي الانساب لان الاقرب اولى به في حياته فكذلك في مماته فان تساويا في القرابة فاسنهما اولى مثل ولدين او اخوين لاب وام او لاب وهما متساويان في القرابة او احدهما اكبر سنا من الاخر والثاني لاحدهما ان يتقدم بغير شريكه الا باذنه الا انه لما اراد الاستخلاف رضي باسقاط حقه فلا يسقط بذلك حق شريكه بخلاف ما اذا كان احدهما اقرب حيث يتقدم من شا لتقدم ولاية البعيد فصار كالاجنبي ● قال القدوري في شرح مختصر الكرخي في امراة ماتت وتركت زوجها وابنها منه انه يكره للابن ان يتقدم اباه لان الزوج لم يبق ولانه لانقطاع النسب بالموت وانما يقدم اباه لئلا يلزم الاستخفاف به قال ابو يوسف وله ان يقدم غير ابيه لانه هو الولي وانما منع من التقدم لمعنى الاستخفاف وذلك لا يسقط ولايته الابن في التقديم وان كان لها ابن من غير الزوج كان تقدمه على الزوج بلا كراهة لانه لم يتقدم على ابيه وساير القرابات اولى بالصلاة من الزوج وكذا مولى العتاقة وابن المولى لانقطاع الزوجية بالموت ومولى الموالات اذا لم يوجد غيره احق من الاجنبي واذا كان له وليان اقربهما غايب فالاخر اولى بالصلاة واذا كان الاقرب مريضا في المصر فله ان يقدم من شا قوله فاذا صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي يعني ان شا اذا صلى امام الحي على الميت بلا اذن الولي لعذرنا للولي ان يعيد لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على قبر مسكينة ماتت بالمدينة ليلا فكرهوا ان يعوده

وجه الاستحسان لان النبي صلى الله عليه وسلم كان اولى بالصلاة عليها وعلى غيرها • الا ترى الى قوله تعالى النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم وقد اعاد الصلاة لانه اولى فكذلك الولي يعيد لكونه اولى الا انه لا يعيد اذا صلى السلطان لانه في الاعادة يلزم الازدراء بالسلطان وذلك لا يجوز قوله وان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده هذا على سبيل اللزوم حتى لا يجوز الاعادة لا للسلطان ولا لغيره • وعند الشافعي يجوز صلاة الجنازة مرة بعد مرة • لنا ان التكرار لو جاز لصلي على قبر النبي صلى الله عليه وسلم وعلى اصحابه وحيث لم يفعلوا دل على انه لا يجوز ولان الفرض سقط بالاولى ولا يبقى للثانية لانها نافلة ولم يرد الشرع بالتطوع فيها ولا يرد علينا صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على قبر المسكينة لان النبي عليه الصلاة والسلام كان اولى بالصلاة على من مات بالمدينة فاعاد الصلاة الا ان الفرض لم يسقط بفعل غيره فان قلت الاقتصار على صلاة غير الولي والسلطان جائز وذا دليل على سقوط الفرض ومع هذا لو اعاد الولي جاز فعلم ان التنفل بها مشروع قلت حكم الصلاة التي صلاها امام الحي بلا اذن الولي مراعى فان اعاد الولي لا يعتبر ما صلى امام الحي فيكون الفرض ما صلى الولي وان لم يعد تزول المراعاة ويسقط الفرض بالاولى • فان قلت صلى النبي صلى الله عليه وسلم على حمزة سبعين مرة قلت تاويله عندنا انه عليه الصلاة والسلام صلى على سبعين نفسا من قتلى احد واحدا بعد مرة وكان حمزة موضوعا [illegible] فكيف يتمسك بصلاة النبي صلى الله عليه وسلم على حمزة قوله وهو اليوم كما وضع اي النبي صلى الله عليه وسلم اليوم كما وضع في قبره بدليل ما روي في السنن مسندا الى اوس بن اوس في باب الجمعة • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله حرم على الارض اجساد الانبياء قوله وان دفن الميت ولم يصل عليه صلى على قبره ولا يشترط كونه بعد الغسل على ما روى ابن سماعة عن محمد لان الطهارة انما شرطت عند القدرة وبالدفن ثبت العجز والصحيح انه لا يصلى على قبره اذا دفن قبل الغسل لان الصلاة بدون الغسل الميت غير مشروعة ولا يؤمر بالغسل لتضمنه امرا حراما وهو نبش القبر فسقطت الصلاة ذكره القدوري وصاحب التحفة وانما يصلى على قبره • لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على قبر المسكينة • وفي البخاري عن ابي هريرة ان اسود رجلا او امراة كان يكون في المسجد يقم المسجد فمات ولم يعلم النبي صلى الله عليه وسلم بموته فذكره ذات يوم فقال ما فعل ذلك الانسان قالوا مات يا رسول الله قال افلا اذنتموني فقالوا انه كان كذا وكذا قصته فحقروا شانه قال فدلوني على قبره فاتى قبره فصلى عليه قوله ويصلى عليه قبل ان يتفسخ والمعتبر في ذلك اكبر الراي هو الصحيح اي المعتبر في التفسخ غالب الظن فاذا كان غالب الظن انه تفسخ لا يصلى عليه واذا كان غالب الظن انه لم يتفسخ يصلى عليه واذا شك لم يصل عليه رواه ابن رستم عن محمد وهذا لان حال الميت والزمان والمكان مختلفة اما الحال فان الميت اذا كان سمينا يتفسخ عن قريب واذا كان على ضده فلا يتفسخ عن قريب • واما الزمان فانه يتفسخ في الشتاء عن قريب لحرارة ما تحت الارض في الشتاء وفي الصيف لا يتفسخ عن قريب لبرودة ما تحت الارض • واما المكان فان الميت يبقى في الارض الصلبة اكثر مما يبقى في الارض الرخوة فلما اختلف هذه الاشياء فوض الامر الى راي المبتلى به وانما قال هو الصحيح احترازا عما ذكر الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي • قال قال ابو يوسف في الاملاء يصلى عليه الى ثلثة ايام فان مضت الثلاثة قبل ان يصلى عليه ثم قال الحاكم واظنه قول ابي حنيفة وهذا لان الغالب انه يتغير بعد ثلاثة ايام فلا يصلى عليه كما لا يصلى على من مضت عليه السنون قوله والصلاة ان يكبر تكبيرة يحمد الله عقيبها يقول سبحانك اللهم وبحمدك الى اخره اعلم ان الصلاة على الميت اربع تكبيرات يكبر الاولى ويرفع يديه فيها ينوي صلاة الجنازة ويقول سبحانك اللهم الى اخره والمقتدي ينوي الاقتداء ايضا ويكبر الثانية ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم عقيبها ويكبر الثالثة ويدعو للميت ولاموات المسلمين ثم يكبر الرابعة فلا يدعو بعدها ويسلم عن يمينه وعن يساره ولا يرفع يديه بعد التكبيرة الاولى قياسا على سائر الصلوات خلافا للشافعي وفي عدد التكبيرات خلاف بين السلف وقد روي عن ابن عباس وانس وجابر بن زيد ثلاث تكبيرات وعند عمر وزيد بن ثابت وابن عمر والحسن بن علي وابن الحنفية وغيرهم اربع تكبيرات • وعند زيد بن ارقم خمس وعن علي انه صلى على سهل بن حنيف فكبر عليه ستا وكبر على ابي قتادة سبعا والاولى ما قلنا لما روى البخاري في صحيحه عن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على اصحمة النجاشي فكبر اربعا • وقد روى الطحاوي باسناده الى عبد الله قال التكبير في العيدين اربع كالصلاة على الميت • وقد روي في شرح الاثار ايضا مسندا سعيد بن المسيب قال قال عمر كل ذلك قد كان اربعا وخمسا فامر عمر الناس باربع يعني في الصلاة على الجنازة • وعن عمر انه قال انكم معاشر اصحاب محمد ائمة يقتدى بكم من بعدكم فاذا اختلفتم في شيء كان من بعدكم اشد اختلافا فاجمعوا على شيء يرجعون اليه في صلاة الجنازة فاجمعوا الى الرجوع الى اخر الصلاة التي صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت اربع تكبيرات • وعن عبد الله بن مسعود قال كل ذلك قد كان ولكن رايت الناس قد اجمعوا على اربع تكبيرات وانما يستفتح بعد التكبيرة الاولى لان ذلك موضعه في سائر الصلوات فكذا في هذه الصلاة وانما يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم بعد الثانية • لقوله تعالى ورفعنا لك ذكرك اي لا اذكر الا وتذكر معي وانما يدعو بعد الثالثة للميت لان الغرض هو الدعاء للميت وسائر الاموات لما ان المسلمين كالبنيان يشد بعضهم بعضا • وذكر صاحب الهداية يدعو فيها لنفسه وللميت وذلك لان دعاء المغفور اقرب الى الاجابة فيستغفر لنفسه اولا حتى يكون مغفورا ولا يدعو بعد الرابعة لانه لم يرد بعد ما ذكر فلا يعني لو فيه عن السلام • والقاء الاعجمي يبني من الاستفتاح والدعاء لان السنة في الدعاء الاخفاء • قال ابو الحسن الكرخي وليس فيما ذكرت من الثناء على الله تعالى ولا في الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ولا في الدعاء على الميت شيء موقت يقرا من ذلك ما حضره وتيسر عليه وذلك لما روي عن عبد الله بن مسعود انه قال ما وقت لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاة الجنازة قولا ولا قراءة كبر ما كبر الامام واختر من اطيب الكلام ما شئت وقد اختلف المنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم في الدعاء على الميت روى صاحب السنن مسندا الى ابي هريرة قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة فقال اللهم اغفر لحينا وميتنا وصغيرنا وكبيرنا وذكرنا وانثانا وشاهدنا وغائبنا اللهم من احييته منا فاحيه على الايمان ومن توفيته منا فتوفه على الاسلام اللهم لا تحرمنا اجره ولا تضلنا بعده وفي السنن ايضا سال مروان ابا هريرة كيف سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على الجنازة قال ابو هريرة اللهم انت ربها وانت خلقتها وانت هديتها الى الاسلام وانت قبضت روحها وانت اعلم بسرها وعلانيتها جئنا شفعاء فاغفر له وفي السنن ايضا عن واثلة ابن الاسقع قال صلى بنا

رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل من المسلمين فسمعته يقول اللهم ان فلان ابن فلان في ذمتك فقه فتنة القبر • وقال الشيخ ابو نصر البغدادي روي انه عليه الصلاة والسلام قال اللهم اغفر لاحيائنا وامواتنا واصلح ذات بيننا والف بين قلوبنا واجعل قلوبنا على قلوب اخيارنا اللهم ان كان زاكيا فزكه وان كان خاطئا فاغفر له وارحمه واجعله في خير مما كان فيه واجعله [illegible] عليه اللهم لا تحرمنا اجره ولا تفتنا بعده • فلما اختلف المنقول علم انه ليس في ذلك ذكر معين فان دعا ببعض ما جاءت به السنة فحسن وان دعا بما حضره فحسن وليس في صلاة الجنازة قراءة القران لما روينا من حديث ابن مسعود • وقال الشافعي لا بد من قراءة الفاتحة • فان قلت روي في حديث طلحة ابن عبد الله ابن عوف قال صليت مع ابن عباس على جنازة فقرا بفاتحة الكتاب فقال انها من السنة قلت سلمنا انه قال انها من السنة لكن لا نسلم انها سنة النبي عليه الصلاة والسلام وقد تكون السنة لغير النبي صلى الله عليه وسلم • الا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام من سن سنة حسنة فله اجرها واجر من عمل بها الى يوم القيمة • فان قلت قد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا صلاة الا بفاتحة الكتاب • قلت لا نسلم ان مطلق الصلاة يدل على صلاة الجنازة لانها صلاة مقيدة والمطلق لا يدل على المقيد ومن جهة النظر انها لو كانت مسنونة لجازت قراءتها بعد كل تكبيرة كما جازت في كل ركعة لان كل تكبيرة بمنزلة ركعة قوله ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا لزفر • وجه قول زفر ان التكبير الخامس مجتهد فيه لان على مذهب ابن ابي ليلى ان تكبيرات الجنازة خمس فيلزم متابعة الامام في المجتهد فيه كما اذا زاد في التكبيرات العيد على ما يعتقده المقتدي ولنا انه خطا بيقين لكونه منسوخا باجماع الصحابة وقد تشاوروا فرجعوا الى اخر صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجدوها اربع تكبيرات ثم فيما فعلوا مأمونون كالخبر مأمونون فيما رووا فصار اجماعهم حجة ناسخة لما قبلها فلم يجز الاقتداء في التكبير الزائد على الاربع كما لو يجز الاقتداء في تكبيرات العيد اذا زاد الامام خارجا عن اقاويل الصحابة رضي الله عنهم قوله وينتظر تسليم الامام في رواية وهو المختار • قال في شرح الطحاوي فيه روايتان عن ابي حنيفة في رواية يسلمون ولا ينتظرون تحقيقا للمخالفة وفي رواية ينتظرون ولا يسلمون حتى يسلم الامام قوله والاتيان بالدعوات استغفار للميت اي بعد التكبير الثالث قوله ولا يستغفر للصبي لانه لا ذنب له في الجامع الصغير اذا كان الميت صبيا او مجنونا يقول اللهم اجعله لنا ذخرا وفرطا اللهم اجعله لنا شافعا مشفعا • قال الاصمعي الفرط والفارط المتقدم في طلب الماء والمراد هنا المتقدم في امر الاخرة • وقال المبرد في كتاب الكامل في تفسير قوله عليه الصلاة والسلام انا والنبيون على الحوض فراط لقادمين الفارط الذي يتقدم القوم فيصلح لهم الحوض والدلاء والارشية وما اشبه ذلك من امرهم حتى يردوا • ومن ذلك قول المسلمين في الصلاة على الطفل اللهم اجعله لنا سلفا وفرطا مشفعا اي شفيعا يقبل شفاعته قوله ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين الى اخره • اعلم ان الامام اذا كبر التكبيرة الاولى ولم يكن الرجل واقفا مع القوم في الصف اذ حتى يجزئه الدخول مع الامام فانه ينتظر حتى يكبر الامام الثانية فيكبر معه في قول ابي حنيفة ومحمد فاذا فرغ الامام كبر الرجل ما فاته قبل ان ترفع الجنازة وكذلك اذا جاء بعدما كبر الامام اثنتين او ثلاثا وقال ابو يوسف حين جاء يكبر بلا انتظار كما اذا كان حاضرا ولم يكبر مع الامام فانه يكبر بلا انتظار الى تكبير اخر لابي يوسف ان الاولى للافتتاح والمسبوق ياتي بتكبيرة الافتتاح بلا انتظار في سائر الصلوات ولهما ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة ولا يجوز قضاء المسبوق الفائت قبل ان يشرع مع الامام ويصلي ما ادركه مع الامام لان ابتداء المسبوق بالفائت منسوخ بخلاف ما اذا كان حاضرا حين كبر الامام لانه يكون كالمدرك لتلك التكبيرة لضرورة العجز عن المقارنة لا محالة فيكبر بلا انتظار وانما شرط في قضاء المنتظر التكبير ما لم ترفع الجنازة لان الصلاة لا تجوز بعد رفع الجنازة فان كبر الامام اربعا والرجل حاضر يكبر الرابعة ما لم يسلم الامام ويقضي الثلاث قبل سلام الامام لانه كالمدرك للتكبير حكما • وعن ابي حنيفة انه لا يدخل بعد ان كبر اربعا لان المؤتم يدخل بتكبير الامام وقد فرغ الامام عن التكبيرات • وعن ابي يوسف انه يدخل معه لان المسبوق على اصله يتقدم بتكبيرة فاذا كبر والامام بعد لم يسلم شارك فيقضي ما فاته قوله ويقوم الذي يصلي على الرجل والمراة بحذاء الصدر • اعلم ان الامام يقوم على الجنازة بحذاء الصدر سوا كان الميت رجلا او امراة في ظاهر الرواية • وذكر ابو جعفر الطحاوي عن ابي يوسف انه يقوم من الرجل عند راسه ومن المراة عند وسطها قال الطحاوي وهذا قوله الاخر • وذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير رواية الحسن عن ابي حنيفة كما ذكر الطحاوي عن ابي يوسف وذكر ابو الحسن الكرخي رواية الحسن عن ابي حنيفة انه يقوم بحذاء وسطه وان كانت امراة فبحذاء وسطها الا انه يكون الى راسها اقرب وهذا كله استحباب لاحتم الا ترى الى ما قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي واحسن مواقف الامام من الميت في الصلاة بحذاء صدره وان وقف في غير حذائه اجزاه اما اعتبار الوسط • فما روى البخاري في الصحيح باسناده الى سمرة ابن جندب قال صليت وراء النبي صلى الله عليه وسلم على امراة ماتت في نفاسها فقام عليها وسطها فاذا كان ذلك سنة القيام في حق المراة فكذلك في حق الرجل لانهما لا يختلفان في احكام الصلاة ولان النظر الى عورة المراة اشد من النظر الى عورة الرجل فاذا كانت السنة الوسط من المراة كان بالطريق الاولى ان يكون ذلك من الرجل واما اعتبار ما ذكر الطحاوي • فما روى صاحب السنن في حديث ابي غالب ان انسا قام عند راس الرجل وعند عجيزة المراة فقيل له هكذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على الجنازة كصلاتك يكبر عليها اربعا ويقوم عند راس الرجل وعجيزة المراة قال نعم فقيل في تاويله لانه لم يكن النعوش فكان يقوم الامام حيال عجيزتها يسترها من القوم واما اعتبار الصدر فانه هو الوسط اذا سقطت الاطراف ولان الصدر موضع الاسلام • قال الله تعالى فمن شرح الله صدره للاسلام وفي الصدر موضع القلب الذي فيه نور الايمان قال الله تعالى اولئك كتب في قلوبهم الايمان فيقف بحذاء الصدر اشارة الى انه شفيع لايمانه قوله لم يكن نعوشا قال في المغرب في حديث فاطمة تسجى قبرها ونعش على جنازتها اي اتخذ لها نعش وهو شبه المحفة مشبك يطبق على المراة اذا وضعت على الجنازة قوله فان

فان صلوا على جنازة ركبانا اجزاهم في القياس • اعلم ان صلاة الجنازة راكبا او قاعدا بلا عذر لا يجوز استحسانا وفي القياس يجوز لانها
ذكر مفرد فجاز ترك القيام قياسا على سجدة التلاوة ولان القعود فلا يشترط فيه وجه الاستحسان انها صلاة واجبة فلم يجز ترك القيام
بلا عذر كسائر الواجبات ولانها ليست الا تكبير القيام فاذا ترك القيام انعدمت اصلا فلم يجز ترك القيام والاركان جميعا كذا
ذكره في ديوان الادب قوله فلا يجوز تركها اي ترك القيام لشبهها بالصلاة لانها بمنزلة الذكر قوله ولا باس
بالاذن في صلاة الجنازة • اي باذن الولي لغيره وهذا لان الصلاة على الميت حق الولي فيأذن الولي لغيره بالامامة • وفي بعض
نسخ الجامع الصغير لا باس بالاذان اي الاعلام وهو ان يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حق الميت بالصلاة عليه وينادي في بعض الجامع ولكن
ليشترط الاحتراز عن افعال الجاهلية وهذه من خواص مسائل الجامع الصغير قوله ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة • قال في شرح
الاقطع انما قال في مسجد جماعة لانه لا يكره في المساجد التي بنيت لصلاة الجنازة • وقال في شرح الطحاوي للاسبيجابي وتكره صلاة الجنازة في
المسجد الا ان يكون اعد لذلك فلا باس وعند الشافعي لا يكره صلاة الجنازة في المسجد لما روي في السنن مسندا الى عائشة قالت ما صلى
رسول الله صلى الله عليه وسلم على سهيل ابن البيضاء الا في المسجد • ولنا ما روي في السنن ايضا مسندا الى ابي هريرة قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم من صلى على جنازة في المسجد فلا شيء له ولانه لا يؤمن من خروج ما يلوث المسجد • وقيل ما روي عن عائشة
انما صلى عليه الصلاة والسلام في المسجد لعذر المطر وقيل لعذر الاعتكاف • قال محمد في موطائه لا يصلى على جنازة في المسجد وكذا
بلغنا عن ابي هريرة وموضع الجنائز بالمدينة خارج من المسجد وهو الموضع الذي كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي على الجنازة فيه الى
هنا لفظ محمد • وما روي ان عمر صلى على ابي بكر في المسجد وصهيب صلى على عمر في المسجد فلا حجة فيه للخصم لاحتمال ان يكون ذلك المسجد
الذي بني لصلاة الجنازة او كان ذلك لعذر قوله وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ • ذكر في فتاوى
الفتاوي نافلا عن فتاوى الامام نجم الدين اذا كانت الجنازة والقوم والامام في المسجد فالصلاة مكروهة باتفاق اصحابنا واذا كانت
الجنازة والامام وبعض القوم خارج المسجد وباقي القوم في المسجد فالصلاة غير مكروهة بالاتفاق وان كانت الجنازة وحدها خارج
المسجد فقد اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا يكره منهم الامام ابو شجاع لما ان المسجد بني لاداء المكتوبات • وقال بعضهم لا يكره لان
المعنى الموجب للكراهة وهو احتمال تلويث المسجد مفقود ولا يقال يلزم على ما ذهب اليه السيد ابو شجاع ان لا يجوز التطوع في المسجد لانا
نقول ان التطوع تبع للمكتوبة فالحق بها بخلاف صلاة الجنازة لانها جنس اخر قوله ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل وصلي عليه
قال القدوري الاستهلال ما يكون من الصبي مما يدل على حياته من بكاء او تحريك او رجل ان يطرف بعينه • اما التسمية فلاكرامه
لانه من بني آدم ويجوز ان يكون له مال فيحتاج ابوه الى ان يذكر اسمه عند القاضي في دعوى ذلك المال واما الغسل والصلاة
فلانه سنة الموتى اما اذا لم يستهل فلا يسمى ولا يغسل ولا يصلى ولا يورث ولا يرث • اما التسمية فلانها من علامات الاحياء وهو ميت
واما الغسل ففيه اختلاف الرواية فقد ذكر في ظاهر الرواية انه لا يغسل وجه الظاهر ان الغسل شرع للصلاة فاذا سقطت الصلاة
سقط الغسل ايضا • ووجه رواية الطحاوي انه قد ثبت له حرمة بني آدم بدليل ثبوت الاستيلاد وانقضاء العدة به ولا يلزم من سقوط
الغسل كما في الكافر واما الارث فلانه لما لم تعلم حياته لم يصح انتقال الملك اليه قوله لما روينا اشارة الى قوله عليه
الصلاة والسلام اذا استهل المولود صلي عليه وان لم يستهل لم يصل عليه قوله ويغسل في غير الظاهر من الرواية اي فيما اذا لم
يستهل واراد بغير الظاهر ما ذكرنا من رواية الطحاوي قوله لم يصل عليه لانه تبع لهما اي تبع للابوين وفي بعض النسخ تبع له اي تبع
لاحد ابويه الذي سبي الصبي معه لا يقال ينبغي ان يصلى عليه تبعا للدار الاسلام لانا نقول تبعية احد الابوين اولى لان الولد جزؤه
قوله الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل استثناء من قوله لم يصل عليه يعني لم يصل على الصبي المسبي مع احد ابويه الكافرين الا اذا
اقر الصبي بالاسلام فحينئذ يصلى عليه لصحة اسلامه استحسانا • وقوله او يسلم احد ابويه عطف على قوله ان يقر يعني يصلى على
الصبي اذا اسلم احد ابويه وان لم يقر الصبي بالاسلام • قال قاضي خان في شرحه للجامع الصغير ان الدين يثبت بطريق التبعية وهي
على مراتب فاقواها تبعية الابوين لقوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة الحديث ولانه سبب لوجوده والدار موضع
والدار مع احدى ابويه بمنزلة الشرط مع العلة ولهذا كانت الحضانة لهما ثم تبعية الدار لان الحضانة بعد الابوين لاهل الدار
ثم تبعية صاحب اليد حتى ان صبيا لو وقع في الغنيمة في يد رجل فمات في دار الحرب يصلى عليه ويجعل مسلما تبعا لصاحب اليد قوله
وان مات الكافر وله ولي مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه وذلك روى ابو بكر الرازي ان عليا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره ان ابا طالب
مات فامره بغسله ودفنه • وذكر صاحب السنن باسناده الى علي قال قلت للنبي صلى الله عليه وسلم ان عمك الشيخ الضال قد مات قال
اذهب فوار اباك ثم لا تحدثن شيئا حتى تاتيني فذهبت فواريته ثم جئته فامرني فاغتسلت ودعا لي ولان حالة الحياة معتبرة بحالة
الحياة فكان يجوز ان يغسله حالة الحياة فكذا حالة مماته وكان يكسوه حال حياته فيكفنه بعد مماته واما برك ذلك لانه او قريبه لقوله
تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ومن الاشياء التي الخاصة التكفين والدفن من حقوق الاحياء فيتولاها قريبه ولكن يغسل غسل الاشياء
من غير مراعاة السنة فيها يغسل كما يغسل الثوب النجس ويلف في ثوب بلا اعتبار عدد ولا حنوط ولا كافور ويلقى في حفرة بلا وضع
في لحد ولا يصلى عليه لقوله تعالى ولا تصل على احد منهم مات ابدا ولان المقصود من الصلاة الاستغفار ولا يجوز ذلك للكافر • قال تعالى
ان تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم • وقال تعالى وما كان استغفار ابراهيم لابيه الا عن موعدة وعدها اياه فلما تبين له انه عدو
لله تبرأ منه فان لم يكن له ولي مسلم دفع الى اهل دينه • قال في الفتاوى الصغرى اما الكافر فلا يدفن ذا رحم محرم مسلم لانه نزل عليه
اللعنة والمسلم يحتاج الى الرحمة خصوصا في هذه الحالة

فصل في حمل الجنازة

قوله واذا حملوا الجنازة

الميت على سريره اخذوا بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة وبحمله جنازة باليد لا وضعا على العنق كما تحمل الاثقال • كذا قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير • واراد بالسنة ما ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير عن ابن مسعود انه قال من السنة ان
تحمل الجنازة من جوانبها الاربعة وفيه ايضا من حمل الجنازة من جوانبها الاربع غفر له مغفرة موجبة وفيما قلنا تخفيف للامر على الحاملين وصون
الموت عن السقوط وتعظيمه والزامه حيث لم يحمل كما يحمل الاحمال وفيه تكثير الجماعة ايضا حتى لو لم يجتمعا احد كان هو لا جماعة وعند
الشافعي السنة ان يحمل من العمودين لان جنازة سعد بن معاذ حملت هكذا وجوابه انما كان كذلك بسبب الطريق بازدحام الملائكة حتى كان
النبي صلى الله عليه وسلم يمشي على رؤوس اصابعه قوله ويمشون به مسرعين دون الخبب • وذلك لما روى البخاري في الصحيح باسناده
الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اسرعوا بالجنازة فان تك صالحة فخير تقدمونها وان تك سوى ذلك فشر تضعونه عن
رقابكم • وذكر صاحب السنن مسندا الى ابن مسعود • قال سألنا النبي صلى الله عليه وسلم عن المشي مع الجنازة فقال ما دون الخبب • قال
الجوهري الخبب ضرب من العدو وتقول خب الفرس يخب وقال في حال الجلوس فلا يجوز له الجلوس قبل وضع الجنازة جاوحينا
قوله فالقيام امكن منه اي من الجلوس يعني ان التعاون في حال القيام امكن من التعاون في حال الجلوس فلا يجوز له الجلوس قبل
وضع الجنازة عن اعناق الرجال قوله وكيفية الحمل ان تضع مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على
يسارك ثم مؤخرها على يسارك • قال في الفتاوى الصغرى ويبدأ في حمل الجنازة بالميامن والمراد بالميامن يمين الميت لا يمين الجنازة لان
يمين الميت من يسار الجنازة ويساره على يمين الجنازة ومعنى ما ذكره المصنف فيما اذا رفعها اربعة فيضع احدهم في ابتداء النوبة
مقدم الجنازة على يمينه وهو يمين الميت ايضا ثم يدفع ذلك الى غيره فيضع المؤخر من الجنازة على يمينه وهو يمين الميت ايضا ثم يدفع ذلك الى غيره
فيضع المقدم الايسر من الجنازة على يساره وهو المراد من قوله وهذا في حالة التناوب وانما يبدئ بالمقدم لان المقدم اول والابتداء
بالاول اولى وانما يبدئ بالميامن لان الله يحب التيامن

فصل في الدفن

قوله ويحفر القبر ويلحد
وذلك لما روى صاحب السنن باسناده الى ابن عباس قال قال النبي صلى الله عليه وسلم اللحد لنا والشق لغيرنا ولان الشق فعل اليهود وتحاشيهم
واجب وصفة اللحد ان يحفر حفرة في القبر من جانب القبلة ويوضع الميت فيها والمراد من الشق ان يحفر حفيرة في وسط القبر ويوضع
فيها الميت واستحسنوا الشق فيما اذا كانت الاراضي رخوة الضرورة تعذر اللحد • قال في شرح الطحاوي اذا كان في موضع فيه العتبر لا
يمكن ان يجعل اللحد فلا باس بان يجعل الشق • وقال فخر الاسلام في الجامع الصغير وان تعذر اللحد فلا باس بتابوت يتخذ للميت ان يفرش فيه
التراب قوله ويدخل الميت مما يلي القبلة وهو ان يوضع الميت من جانب القبلة فيرفع ويدخل في القبر وعند الشافعي يسل من
عند راسه وتفسيره ان يوضع عند آخر القبر ورأسه بازاء موضع قدميه من القبر ثم يسل الى القبر والسل اخراج الشيء من الشيء بجذب
واريد هنا اخراج الميت من الجنازة الى القبر • لنا ان استقبال القبلة يستحب في سائر الاحوال فكذا في هذه الحالة وقد صح في
حديث ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل في قبر عبد الله ذي البجادين ومعه ابو بكر وعمر وادخل من ناحية القبلة فان قلت
روي ان النبي صلى الله عليه وسلم ادخل الى القبر من ناحية القبلة ولئن سلمنا لكن انما نقول انما سل لتعذر السنة لان القبر كان ملاصقا
ملاصق الحائط فلم يمكن ادخاله من ناحية القبلة قوله فاضطربت الرواية في ادخال النبي عليه الصلاة والسلام وهو من
اضافة المصدر الى المفعول • اي في ادخال الناس النبي عليه الصلاة والسلام وجه الاضطراب ما روي انه سل سلا وما روي انه
ادخل من قبل القبلة فلما تعارضت الرواية لم يكن المحتمل حجة للخصم قوله يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله صلى الله عليه
قال شمس الائمة السرخسي اي باسم الله وضعناك وعلى ملة رسول الله سلمناك قوله كذا قاله صلى الله عليه وسلم حين وضع ابا
دجانة هذا لا يصح لانه قتل شهيدا يوم اليمامة سنة اثنتي عشرة وهو قبل مسيلمة كذا قاله ابن سعد وهو سماك بن خرشة ولكن
قال في السنن مسندا الى ابن عمر قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا وضع الميت في قبره قال بسم الله وعلى ملة رسول الله قوله
ويحل العقدة اي عقدة الكفن اذا وضع الميت في اللحد لحصول الامن عن انتشار الكفن قوله ويسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على
اللحد ولا يسجى على قبر الرجل وهذا عندنا وعند الشافعي يسجى قبر الرجل ايضا • لما روي ان عليا حضر جنازة يزيد بن المكفف وقد سجي قبره
بثوب فاخذه على والقاه وقال انه لبن بامرأة ولان بدنها عورة دون بدنه فلا يؤمن ان ينكشف فينبغي ان يسجى قبرها دون قبره ولان
المرأة اشتر وقت الحمل بنعش بخلاف الرجل فكذلك وقت الدفن • فان قلت ان النبي صلى الله عليه وسلم سجى قبر ابن معاذ • قلت تأويله عند
اصحابنا ان الكفن ما كان يستر عامة بدنه فسجي قبره كيلا ينكشف ويجوز ان يسجى قبر الميت عندنا العذر كالمطر ونحوه • ذكره فخر الاسلام
في الجامع الصغير ويقال سجى الميت بثوب اي غطاه قوله ويكره الاجر والخشب يعني في داخل اللحد بدليل ما ذكره فخر الاسلام
في الجامع الصغير ولا يكره الاجر على الظاهر لما روي ان النبي عليه الصلاة والسلام وضع على قبر ابي دجانة حجرا وقال هذا لا اعرف به قبر
اخي انما اذا جعل اللبن خلف الاجر على اللحد فقد رخص فيه بعض مشايخنا وبه اخذ الشيخ اسماعيل الزاهد وعند الشافعي لا يكره
الاجر لنا ان الاجر يستعمل لاحكام البناء ويقصد به البقاء والقبر ليس بموضع البقاء وفي حديث ابي دجانة نظر على ما مر • قال فخر الاسلام
فاما حجر الكتابة حتى لا يذهب الاثر ولا يمتهن فلا باس به ايضا قوله ولا اثر النار • قال الامام حميد الدين الضرير
في هذه النكتة نوع وهاء لان الماء يسخن بالنار ومع ذلك استعماله غير مكروه اثر النار لا يضر • قلت جوابه ان اثر النار في الاجر محسوس
بالمشاهدة مستغرق فيه وفي الماء ليس بمشاهد وليس بمستغرق لان الماء يعود الى خاصيته اذا وضع على النار بعد ساعة • وقال شمس الائمة
السرخسي في شرح الجامع الصغير • وحكي عن الامام محمد بن الفضل البخاري انه كان يقول لا باس بذلك كله في ديارنا ببخارى لان الغالب
على الاراضي النزوز والرخاوة فيها والبناء بالاجر فيه ذلك وكان يجوز اتخاذ التابوت للميت ويقال اتخذوا تابوتا من حديد لم ار به باسا

قوله وفي الجامع الصغير ويستحب اللبن والقصب بيني بواو العطف • وذكر في الاصل والقصب بلفظ او وما ذكر في الجامع الصغير يدل انه لا باس بالجمع بينهما واما الذي بالقصب فلا باس لانه شرعا انه ليس يقصد بها البقاء بعد الموت من قصب اي حزمة قوله ثم يهال التراب • وذلك لانه فعل المسلمين في سائر الاعصار قوله ويسنم القبر ولا يسطح اي لا يربع وفي ديوان الادب تسنيم اي غير مسطح وفيه خلاف الشافعي • لنا ما روي عن ابراهيم انه قال اخبرني من شاهد قبر النبي صلى الله عليه وسلم وقبر ابي بكر وعمر انها مسنمة ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الجلوس على القبر والتسنيم يمنع الجلوس عليه • وقد ذكر في السنن مسندا الى ابي مرثد الغنوي انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجلسوا على القبور ولا تصلوا اليها

باب الشهيد

انما ذكر الشهيد في باب على حدة لان حكمه خالف حكم سائر الموتى في حق التكفين والغسل فانه يكفن في ثيابه التي عليه وينزع عنه الفرو والخف وما لا يصلح للكفن ولا يغسل وقد اختلفوا في تسمية الشهيد قيل انما سمي به لان الملائكة يشهدون موته فكان مشهودا فهو اذن فعيل بمعنى مفعول وقيل انما سمي به لانه مشهود له بالجنة • الا ترى الى ما ذكر صاحب السنن عن جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يجمع بين الرجلين من قتلى احد ويقول ايهما اكثر اخذا للقرآن فاذا اشير الى احدهما قدمه في اللحد فقال انا شهيد على هؤلاء يوم القيمة وقيل انما سمي به لانه حي عند الله حاضر فهو على هذا فعيل بمعنى فاعل قوله الشهيد من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل وهذه الجملة تشتمل على مسائل الاولى من قتله المشركون فهو شهيد يصلى عليه ولا يغسل لانه عليه السلام فعل باهل احد هكذا • ومنها ان من وجد في المعركة وبه اثر الجراحة فهو شهيد عندنا خلافا للشافعي لانه لما لم يكن به اثر فالظاهر انه مات حتف انفه فلا يسقط عنه الغسل بالشك • ومنها ان من قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فهو شهيد وذلك اذا كان قاتله معلوما لم يجب عليه القصاص مثل من قتله قطاع الطريق والبغاة او قتل دون نفسه او اهله او ماله او قتل مدافعا عن مسلم او ذمي لقوله عليه الصلاة والسلام من قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون اهله فهو شهيد اما اذا لم يكن القاتل معلوما ووجد القتيل في محلة يجب فيه الدية والقسامة فلا يكون شهيدا والمراد من قوله ولم يجب بقتله دية عند وجوب القتل لان الولد اذا قتله ابوه يكون شهيدا لان انه يجب فيه الدية لكن بعد سقوط القصاص لعارض الابوة وكذا اذا كان القتل يوجب القصاص ثم انقلب مالا بالصلح فانه لا يبطل شهادته • ومنها ان الشهيد لا يغسل خلافا للحسن البصري لما روي في السنن عن ابن عباس قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلى احد ان ينزع عنهم الحديد والجلود وان يدفنوا بدمائهم وثيابهم قال الحسن انما لم يغسل شهداء احد لانهم كانوا جرحى قال مشايخ الائمة هذا ليس بصحيح لانه لو كان عدم الغسل باعتبار الجراحة لكان التيمم مشروعا • ومنها ان الشهيد يصلى عليه خلافا للشافعي لنا ان النبي عليه الصلاة والسلام صلى على حمزة وغيره يوم احد • وروى البخاري عن عقبة بن عامر قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على قتلى احد بعد ثمان سنين ولا يقال المراد بها الدعاء بالنص فلا يصلى على الحي لانا نقول ذلك في حق الآخرة لا في حق الدنيا الا ترى انه قسمت مواريثهم وبانت ازواجهم ووجبت عليهن العدة ولا يقال انه مغفور فلا حاجة الى الصلاة لانها للاستغفار لانا نقول يستغفر لذلك بالنبي والصبي والاصل في الباب شهداء احد ومن كان في معناهم فهو شهيد ومن لا فلا وصفة شهداء احد انهم قتلوا ظلما ولم يرتثوا ولم يجب بقتلهم دية اما اذا اوجب الدية حال القصاص فلا يكون المقتول خطأ او شبه عمد لا يكون شهيدا وصورة الخطأ اذا قصد شيئا فاصاب محذورا وصورة شبه العمد ما اذا قتله بعصا صغيرة او سوط او وكزه باليد او لكزه بالرجل فمات فاما اذا قتله بعصا كبيرة او بمدقة القصارين او بحجر كبير او بخشبة عظيمة او خنقه او غرقه في الماء او القاه من شاهق الجبل فان هذا كله شبه عمد يجب فيه الدية دون القصاص ولا يكون المقتول شهيدا عند ابي حنيفة خلافا لهما كذا ذكر في شرح الطحاوي قوله زملوهم بكلومهم اي لفوهم بجراحاتهم • قال في كتاب الجهاد من الموطا مسندا الى ابي هريرة • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده لا يكلم احد في سبيل الله والله اعلم بمن يكلم في سبيله الا جاء يوم القيمة وجرحه يثعب دما اللون لون الدم والريح ريح المسك قوله وكل من قتل ظلما بالحديد وهو طاهر بالغ ولم يجب بعوض مالي فهو في معناهم اي في معنى شهداء احد وكان ينبغي ان يزاد في هذا الكلي الاسلام والارتثاث وترك لفظ الحديد بان يقال كل من قتل ظلما وهو مسلم طاهر بالغ ولم يجب به عوض مالي ولم يرتث فهو في معناهم وهذا لانه لا يشترط القتل بالحديد في قتيل اهل البغي واهل الحرب وقطاع الطريق حيث يكون شهيدا باي شيء قتل لا يقال احترز بالحديد عن القتل بالمثقل فلا حاجة الى قيد الحديد • اما قيد الاسلام فانه شرط لان الكافر لا يسمى شهيدا واراد بقوله وهو طاهر بالغ ان لا يكون القتيل جنبا ولا حائضا ولا صبيا قوله والمراد بالاثر جراحة لا بد لا له القتل • قال في الزيادات ودلالة القتل جراحة توجد او دم يخرج من عينه او اذنه او يصعد من جوفه الى فيه فاما ما يخرج من انفه او دبره او ذكره او ينزل من راسه الى فيه فلا يصلح دليلا على القتل لانه قد يوجد من غير ضرب عادة قوله ومن قتله اهل الحرب او اهل البغي او قطاع الطريق فباي شي قتلوه لم يغسل • قال فخر الاسلام البزدوي والاصل فيه ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يغسل شهداء احد ولم يكن كلهم قتيل السيف والسلاح خصوصا في ذلك الزمان فقد كانوا يقتلون بكل شي حتى الى ما ليس بسلاح ولان القتل ترك بحجة على خصمه وانما يصح ذلك عند كمال الظلم وذلك انه لا تتخذ شيئا من عوض الدنيا فكذلك قتيل اهل البغي لانهم في حكم القتال كاهل الحرب حتى لا يضمنون ما اتلفوا وكذلك قطاع الطريق يحاربون قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية • ومن مسائل ذكرها في الزيادات نذكرها تكثيرا للفائدة وهي ان كل من صار قتيلا بوطء دابة عليها اصحابها المشركون بنخسة دفع او رجل فهو شهيد لان الكافر متسبب وصار قاتلا وكذلك لو نفروا دواب المسلمين بنخس او ضرب فوثبت دابة وراكبها المسلم فمات منه او رموا مسلما في ماء او نار او رمى من سور او نقبوا حائطا فوقع على مسلم فقتله وكذلك لو رموا بنار فاحترق بها الخيام واحرق بعض المسلمين كانوا شهداء الا انهم علموا اشتعل الكفار بمحاربتهم ومحاربه وكذلك لو جعلوا النار في حشب

الطرائق عند المسلمين فاحرقت بعضهم وكذلك لو رموا النار فذهبت بها الريح حتى احرق بها بعضهم لانه هذا من الحرب • الا ترى انه يجاري في ذلك فبها الريح وكذلك لو رموا النيران في البحر الى سفن المسلمين فوقعت في الماء ثم ذهبت بها الموج الى سفن المسلمين فاحترق مسلمها كان شهيدا ولو ان قتل من منهزما لان القتال لا يخلو عن ذلك اما اذا انفلتت دابة مشرك فوطئت مسلما فقتلته او رماه دواب المسلمين او ثابت الكفار فنفرت او وقع مسلم فمات او قام مسلم على سور فيرمي العدو فزلت رجله فمات او نقب المسلمون حائطا فوقع عليهم فلم يكن شهيدا لان فعل الكفار لم يتصل بهم • وكذا الراجع لو حمل مسلم الينا او نارا ولم يجد مامنا من فوقع فهلك لم يكن شهيدا لان ذلك من فعل نفسه وكذا لو حضر المشركون خندقا او القوا الحسك فاتاهم المسلمون ليلا فاقحموا او نزلوا في الخندق او عقرهم الحسك لم يكونوا شهداء لان ذلك يراد به الدفع لا القتل وكذا لو قتل المسلمون مسلما على ظن انه كافر لانه مضمون بالدية فلا يكون شهيدا قوله واذا استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفة وقالا لا يغسل وبه قال الشافعي وجه قولهما ان بالجنابة وجب عليه الغسل فسقط بالموت للعجز عنه ولم يجب عليه غسل اخر فلا يغسل كالمحدث ولابي حنيفة ان اثر الشهادة في منع حلول نجاسة الموت لا في رفع ما كان قبل الشهادة ولهذا يغسل النجاسة الحقيقية • وقد روي ان حنظلة ابن ابي عامر استشهد يوم احد وهو جنب فغسلته الملائكة فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم اهله عن حاله فقالت انه اصاب مني ثم سمع الصيحة فاعجلته تلك عن الاغتسال فاستشهد وهو جنب فقال عليه الصلاة والسلام لذلك غسلته الملائكة ايماء يبين بعد ... لتعليم بني آدم ان الجنب يغسل اذا استشهد الى هنا لفظ المحيط الاية على انا نقول الجنابة لما كانت مانعة من دخول المسجد كانت مانعة من دخول الغير وفيه الغرض على الله تعالى بالطريق الاولى قوله وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء اذا طهرتا يعني ان الحائض والنفساء اذا قتلتا بعد انقطاع الدم فيغسلان كالجنب عند ابي حنيفة لان الغسل وجب عليهما قبل الموت بالشهادة لا يرتفع ما وجب قبلها اما اذا قتلتا قبل انقطاع الدم فروى المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انهما لا يغسلان لانه لم يكن الغسل واجبا حال الحياة قبل الانقطاع فلم يجب بالموت غسل اخر • وروى الحسن عن ابي حنيفة انهما يغسلان لان انقطاع حكم الحيض بالموت فصار كان انقطاع الدم كان قبل الموت وعندهما لا يغسلان بكل حال قوله وعلى هذا الخلاف الصبي يعني ان الصبي اذا استشهد يغسل عند ابي حنيفة خلافا لهما وللشافعي وذكر في المختلف والحصر الخلاف في المجنون كما في الصبي لهما ان الغسل في الموتى سنة لما عرف في قصة ادم الا انه سقط في حق الشهيد كرامة له حتى حكم بطهارة دمه والصبي اولى بالكرامة لعدم الذنب ولابي حنيفة ان الغسل انما ترك في حق شهداء احد ليكون الدم امارة على طهارتهم عن الذنوب بالسيف وقد عرفت طهارة الصبي والمجنون عن الذنب فلا يحتاج الى امارة والصبي والمجنون ليسا في استحقاق الكرامة مثل البالغ والعاقل قوله لما روينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم وهذا يدل على عدم غسل الدم عن الشهيد ولا يدل على عدم نزع الثياب وانما الدليل على ذلك ما روي في السنن عن ابن عباس • قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلى احد ان ينزع عنهم الحديد والجلود وان يدفنوا بدمائهم وثيابهم قوله ويزيدون وينقصون ما شاؤوا اي ان اولياء القتيل بالخيار ان شاؤوا زادوا كفنا ان كان ما عليه من الثياب ناقصا عن كفن السنة وان شاؤوا انقصوا عنه ان كان ما عليه زائدا على كفن السنة قوله ومن ارتث غسل والمرتث من صار خلقا في الشهادة في حكم لنيل مرافق الحياة والارتثاث من الرث وهو الشيء البالي والمراد منه ما روي عن ابي يوسف وهو ان ياكل او يشرب او ينام او يتداوى او ينقل من المعركة قبل ان يموت او او يوصي بدينه او بشيء طال الكلام او قل ويصلى او يغمى عليه وقت صلاة وهو يعقل ويقدر على قضاء الصلاة بالايماء حتى يجب عليه القضاء بالترك او يبقى حيا يوما وليلة في المعركة وان كان لا يعقل على الصلاة تعذرا كان عاقلا فهو مرتث وان كان بقي حيا يوما وليلة وهو عاقل فلم يمت كذا في التحفة وكذا ان باع او ابتاع فهو مرتث وذلك لان الشهيد الذي لا يغسل هو الذي يموت على الحالة التي خرج فيها لان عمر ابن الخطاب وعلي ابن ابي طالب قتلا شهيدين وغسلا لانهما لم يموتا على الحالة التي وقعت فيها الجراحة حتى صارا الى حالة المريض في الاكل والشرب ونحوهما من امور الدنيا فخرج الجرح عن حاله الى حال فلا يكون الجرح في معنى شهداء احد لانهم ماتوا على الحالة التي وقعت فيها الجراحة حتى قالوا انهم ماتوا عطاشا والكاس يدار عليهم خوفا من نقصان الشهادة ثم المرتث شهيد لكنه ناقص في الشهادة بدلالة ان عمر كان شهيدا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه دخل الى بيته بعدما طعن فعاش يومين وغسل وعلي حيا بعد الطعن فغسل وكان شهيدا • قال الشيخ ابو نصر اذا ما تنقل ان يصير الى شي من امر الدنيا فليس بمرتث لان المنقول قد يتطرف في مكانه وقد يتكلم في الغالبة فلم يعتد بذلك • قال في الزيادات اذا تكلم لا يبطل شهادته لان ذلك ليس من راحة الدنيا الا حيا ولا بد للميت منه قوله الا اذا حمل من مصرعه كيلا تطاه الخيول لانه ما نال شيئا من الراحة استثنا من قوله ومن ارتث غسل وفيه نظر لانا لا نسلم ان الحمل من المصرع ليس من راحة قوله ولو اواه فسطاط او خيمة كان مرتثا المراد به قوله لانه نال مرافق الحياة والفسطاط الخيمة العظيمة • وقال في الفائق هو ضرب من الابنية في السفر دون السرادق قوله ولو بقي حيا حتى مضى وقت الصلاة وهو يعقل فهو مرتث انما قيد بقوله وهو يعقل احترازا عما اذا بقي مغمى عليه حتى مضى وقت الصلاة وهو يعقل لانه لا يكون مرتثا لما روي عن ابي يوسف وان زاد على يوم وليلة • وروي عن محمد مثل قول ابي يوسف في جميع ذلك الا انه قال ان عاش في مكانه يوما كان مرتثا كان عاقلا او لم يكن وان كان اقل من ذلك لم يكن مرتثا وكذلك لو حمل بعد الوصية بامور الدنيا او الاخرة قل ذلك او كثر كذا في التحفة قوله ولو اوصى بشي من امور الاخرة كان ارتثاثا عند ابي يوسف • قال الصدر الشهيد في الجامع الصغير قيل الاختلاف فيما اذا اوصى بامور الدنيا كان ارتثاثا بالاجماع • وقال في شرح الطحاوي قيل انه لا اختلاف بينهما في الحقيقة فجواب ابي يوسف خرج في الذي اوصى بامور الدنيا وجواب محمد خرج في الذي اوصى بامور الاخرة لابي يوسف ان الوصية من امور الاحياء ولمحمد ان امر الميت لانه قد اوصى بما يتعلق بموته او بدخوله في الاخرة • قال ابو بكر الرازي وان كثر من كلامه في الوصية فطال فغسل لان الوصية في امر الموت فاذا طال اشبه امور الدنيا

قوله ومن وجد قتيلا في المصر غسل وهذا لان ترك الغسل في الشهيد انما كان لاثر الظلم حتى يكون الدم شاهدا له على خصمه فلما خف الظلم بوجوب القسامة والدية لم يكن في معنى شهداء احد فيغسل **قوله** الا انه اذا علم انه قتل بحديدة ظلما استثنا من قوله غسل يعني لا يغسل القتيل في المصر اذا علم انه قتل بحديدة ظلما لكن هذا فيما اذا عرف قاتله لوجوب القصاص اما اذا لم يعلم قاتله فيغسل وان قتل بحديدة لانه ليس في معنى شهداء احد لانه اذا لم يعلم قاتله تجب القسامة والدية والاصل ان كل مقتول ظلما لم يجب عن نفسه بدل هو مال فانه لا يغسل وان وجب عن نفسه بدل هو مال فانه يغسل كما يغسل من قتل خطأ. وعند الشافعي يغسل القتيل في المصر اذا قتل بحديدة وان عرف قاتله لوجوب القصاص وهو بدل الدم كالدية. ولنا ان القصاص عقوبة اما في الدنيا ان وجد واما في الاخرة ان لم يوجد فلم يكن وجوبه مثل الحقوق فلم يخل في شهادته قتل احد فكذا فيما نحن فيه **قوله** وعند ابي يوسف ومحمد ما لا يلبث بمنزلة السيف يعني لا يشترط في قتيل وجد في المصر ان يقتل بالحديد عندهما بل المثقل من الحجر والخشب مثل السيف حتى لا يغسل القتيل ظلما في المصر اذا عرف قاتله وعلم انه قتله اما ان يقتص في ذلك او جرحا فلا يجوز الاول لقوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف ولا يجوز الثاني للزوم الزيادة والقصاص مبناه على المماثلة **قوله** ومن قتل في حد او قصاص غسل وصلي عليه. وهذا لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما رجم شراحة الهمدانية قال لاهلها اصنعوا بها ما تصنعون بموتاكم والمعنى فيها قتلها بحق كالقصاص ولان المرجوم والمقتص منه ليسا في معنى شهداء احد لانهم بذلوا ارواحهم لرضاء الله تعالى خالصا فانهما بذلا لا روحهما لا بفاء حق واجب عليهما فلم يلحقا بهم في ترك الغسل **قوله** ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه. وقال الشافعي يصلي عليه والبغاة هم الذين خرجوا على الامام. لنا ما ذكر الشيخ ابو الحسين القدوري ان عليا رضي الله عنه لم يصل على قتلى نهروان وغيرهم من الخوارج ولم ينكر عليه احد من الصحابة فحل محل الاجماع وقطاع الطريق بمنزلة البغاة لانهم لما قطعوا سبل المسلمين وباينوا جماعتهم وخرجوا عن طاعة الامام صاروا في العصيان مثلهم ثم لا فرق بينهما اذا قتلوا في حال الحرب او اخذوا وقتلوا حدا حيث لا يصلى عليهم. كذا روي عن محمد في النوادر وفرق بين الصدر الشهيد في الواقعات وقال ان اهل البغي ان قتلوا في الحرب لا يصلى عليهم وان قتلوا بعدما وضعت الحرب اوزارها يصلى عليهم وكذلك قطاع الطريق وفي الغسل اختلاف المشايخ قيل يغسلون وقيل لا والمكابرون في المصر بالسلاح ليلا بمنزلة قطاع الطريق والقاتل نفسه بحديدة ظلما يغسل ويصلى عليه عند ابي حنيفة ومحمد ذكره في التتمة. وذكر في شرح السير اختلاف المشايخ قال شمس الائمة الحلواني يصلى عليه وقال القاضي علي السغدي الاصح انه لا يصلى عليه لانه باغ على نفسه والله تعالى اعلم بالصواب عنده [illegible]

باب الصلاة في الكعبة

قال الامام حميد الدين الضرير لما كان الشهيد معدودا من جملة من الموتى سقط الغسل عنه وسقط الصلاة عند البعض ناسب ان يذكر الصلاة في الكعبة عقيب ذلك لان الصلاة فيها معدولة عن سائر المساجد من جعل الظهر الى الظهر فانه يجوز فيها وفي غيرها لا يجوز **قوله** الصلاة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها خلافا للشافعي فيهما ومالك في الفرض يعني ان الشافعي لا يجوز الصلاة في الكعبة اصلا لا الفرض ولا النفل وفيه نظر وعند مالك يجوز النفل ولا يجوز الفرض للشافعي ما روي في حديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل البيت وكبر في نواحي البيت وخرج ولم يصل فيه. ولنا قوله تعالى وطهر بيتي للطائفين والقائمين والركع السجود وحدث ابو جعفر الطحاوي عن يونس عن ابن وهب عن مالك عن نافع عن عبد الله ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة هو واسامة ابن زيد وبلال وعثمان بن طلحة الحجبي فاغلقها عليهم ومكث فيها قال ابن عمر فسألت بلالا حين خرج ماذا صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جعل عمودا على يساره وعمودين عن يمينه وثلاثة اعمدة وراءه وكان البيت يومئذ على ستة اعمدة ثم صلى وجعل بينه وبين الجدار نحوا من ثلاثة اذرع وذكر هذا الحديث ابو داود في السنن عن القعنبي عن مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي السنن ايضا عن مسندا الى عبد الرحمن ابن صفوان قال قلت لعمر ابن الخطاب كيف صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم حين دخل الكعبة قال صلى ركعتين ولان الصلاة تمت بشروطها فجازت كما لو صلى خارج البيت في المسجد وهذا لانه استقبل جزءا من الكعبة وذا هو الشرط لان استيعابها ليس بممكن لانه كل بقعة جازت النافلة فيها جاز الفرض ايضا فلذا قلنا **قوله** فيها اي في الكعبة **قوله** لانه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطأ وهذا التعليل ليس بكاف لجواز صلاة من جعل ظهره الى ظهر الامام لان علة الجواز وهي توجه القبلة وعدم اعتقاد خطأ الامام حاصلة فيما اذا جعل ظهره الى وجه الامام ومع هذا صلاته فاسدة وكان ينبغي ان يزاد فيه قيد آخر بان يقال لانه متوجه الى القبلة غير متقدم على امامه ولا يعتقد امامه على الخطأ **قوله** بخلاف مسألة التحري يعني اذا صلوا في ليلة مظلمة بجماعة بعضهم ظهرهم الى ظهر الامام وقد علم حال امامه لا يجوز صلاته لانه اعتقد امامه على الخطأ وقد مر في اخر باب شروط الصلاة **قوله** ومن جعل منهم ظهره الى وجه الامام لم يجز صلاته لتقدمه لانه اذا كان متوجها الى وجه الامام جازت. ذكره الحاكم ولكنه يكره **قوله** لما فيه من استقبال الصورة **قوله** وصلوا بصلوته اي بصلاة الامام يعني اقتدوا به. اعلم ان الناس اذا استداروا حول الكعبة فصلوا بجماعة جاز لفعل المسلمين بمكة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير فمن كان منهم اقرب الى الكعبة من الامام لم يكن في جهة الامام جاز لانه مستقبل لجزء من الكعبة ليس بمتقدم على امامه فصار كمن صلى خلفه وهذا لان التقدم والتأخر من الاسماء الاضافية فلا يظهر الا عند اتحاد الجهة بخلاف الامام لانه حينئذ يكون مستدبرا للامام متقدما عليه وذلك يخرجه من حكم الائتمام **قوله** ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلاته. اعلم ان الصلاة فوق الكعبة جائزة بمنزلة الصلاة في جوفها الا عندنا وقال الشافعي لا يجوز الصلاة فوقها الا اذا كان بين يديه سترة وهذا بناء على ان الكعبة هي البقعة الى عنان السماء عندنا دون البناء فيستقبل هواها كما يستقبل بناءها. الا ترى ان من صلى على جبل ابي قبيس جازت صلاته مع انه اعلى من بناء الكعبة فكيف يعتبر البناء وهو

ما ينقل ويرفع فلو نقل البناء الى غيرها لم يجز الصلاة اليه وقد بناها قريش قبل مبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم بخمس سنين وبناها ابن الزبير بعدما بويع له بالخلافة. فلما قتل ابن الزبير نقض الحجاج بناء ابن الزبير وبناها على الاساس الاول. وقال صاحب ديوان الادب العنان السحاب **قوله** الا انه يكره استثناء من قوله جازت صلاته وتذكير الضمير في انه على تأويل فعل الصلاة او اداؤها **قوله** ورد النهي عنه اي عن ترك التعظيم للكعبة والله اعلم

كتاب الزكاة

لما فرغ عن الصلاة شرع في الزكاة اقتداء بما ذكر الله تعالى في كتابه العزيز لقوله اقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ثم الزكاة في اللغة عبارة عن النماء يقال زكا الزرع يزكو اذا نما وفي الشريعة عبارة عن حق يجب لاجل المال يعتبر في وجوده الحول والنصاب والاسم شرعي فيه معنى اللغة لانه يحصل بالزكاة النماء من الثواب والاصل في وجوب الزكاة الكتاب والسنة والاجماع. قال تعالى اقيموا الصلاة وآتوا الزكاة. وذكر البخاري مسندا الى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى اليمن فقال ادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله واني رسول الله فان هم اطاعوا لذلك فاعلمهم ان الله قد افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة فان هم اطاعوا لذلك فاعلمهم ان الله قد افترض عليهم صدقة في اموالهم تؤخذ من اغنيائهم وترد في فقرائهم. وفي الصحيح ايضا مسندا الى ابي هريرة من اتاه الله مالا فلم يؤد زكاته مثل له ماله يوم القيامة شجاعا اقرع له زبيبتان يطوقه يوم القيامة ثم يأخذ بلهزمتيه يعني شدقيه. ثم يقول انا مالك انا كنزك ثم تلا لا يحسبن الذين يبخلون الآية. قال ابو عبيد الشجاع الحية والاقرع الذي لا شعر له على رأسه لانه يقري السم ويجمعه في رأسه حتى يتمعط شعره والزبيبتان النكتتان السوداوان فوق عينيه وهو اوحش ما يكون من الحيات واخبثه ويقال هما الزبدتان في شدقيه **قوله** الزكاة واجبة اراد وصف الزكاة بالوجوب وان كانت ثابتة بدليل لا شبهة فيه كالكتاب لمعنيين اما انه اراد بالوجوب الثبوت والتحقق واما لان مقدار الزكاة ثبت باخبار الآحاد وان كان اصلها ثابتا بالكتاب. ثم وجوب الزكاة ثمان شرائط خمس في المالك وثلاث في المملوك اما في المالك فكونه حرا بالغا عاقلا مسلما وان لا يكون عليه دين. واما في المملوك فكمال النصاب وحولان الحول وكونه سائمة والتجارة واشتراط كل منها يعلم من بعد ان شاء الله تعالى ثم الحقوق المتعلقة بالمال على ثلاثة انواع نوع يجب على المال في الملك كالزكاة وثمرته تظهر فيما اذا لم يكن للمال مالك كسوائم الوقف والخيل المسبلة او كانت لمالك ولكن لم يكن من اهل وجوب الزكاة كالصبي والمجنون لا يجب الزكاة ونوع يجب على المالك بسبب الملك كالحج وصدقة الفطر والاضحية وفائدته اذا وجب منع الاشياء ثم هلك المال بعد الوجوب لا يسقط ويبقى دينا في الذمة ولكن لا يؤمر بادائه الدم لمعنى الوجوب ونوع يجب في المال لا باعتبار المالك كالعشر والخمس حتى يجب العشر في ارض الوقف ثم ان الزكاة تجب في الذمة او في العين. قال اصحابنا انها تجب في عين المال خلافا للشافعي رحمه الله حيث قال في احد قوليه تجب في الذمة. لنا قوله عليه الصلاة والسلام في كل خمس ذود شاة وذلك يقتضي تعلق الوجوب بعين المال **قوله** على الحر العاقل البالغ. انما شرطت الحرية لما ذكر الشيخ ابو بكر الجصاص الرازي في شرح الطحاوي باسناده الى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس في مال المكاتب زكاة حتى يعتق وانما شرط العقل والبلوغ خلافا للشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاث النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يحتلم فدل الحديث على نفي الوجوب لان ايجاب الزكاة ينافي رفع القلم ولان الزكاة احد الامور اركان الشرعية. الا ترى الى ما ذكر في الصحيح البخاري مسندا الى ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم بني الاسلام على خمس شهادة ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله واقام الصلاة وايتاء الزكاة والحج وصوم رمضان ثم لا يجب سائر الاركان على الصبي والمجنون فلا يجب الزكاة ايضا ولانه حكم يعتبر في وجوده الحول فلا يجب عليهما كالعقل والحرية. فان قلت سلمنا انها لا يجب عليهما بالحديث ولكن لم لا يجوز اخراج الولي عنهما. قلت يلزم حينئذ اداء زكاة غير واجبة على مالك وذلك فاسد على انا نقول قول ابي بكر الصديق بحضرة الصحابة من غير نكير عليه يدل على عدم وجوب الزكاة على الصبي والمجنون فقال والله لاقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة وهذا لانه اذا اوجبت الزكاة دون الصلاة يلزم التفريق بين الامرين. قلت عدم وجوب الزكاة على المكاتب فانه يجب عليه الصلاة دون الزكاة. انا قلنا اذا كانت الزكاة لا يجب على من يجب عليه الصلاة وهو المكاتب فلان لا يجب على من لا يجب عليه الصلاة وهو الصبي والمجنون اولى واحرى. فان قلت الزكاة حق في مال فيلزمهما كالمغصوب والنفقات. قلت هذا ينتقض بالحج فانه حق في مال فلا يجب عليهما وبالذي ايضا فانه يلزمه المغصوب والنفقات ولا يلزمه الزكاة ولا يقال يرد عليكم صدقة الفطر والعشر حيث يشترى فيه الصغير والكبير لانا نقول لا نسلم وهذا لان صدقة الفطر يجري حقوق الآدميين بدليل انها تلزم الانسان عن غيره. الا ترى انها تلزم عن عبده والصغير والكبير يستويان في حق الآدمي والعشر لا يعتبر فيه المالك بدليل وجوبه في ارض الوقف وانما شرط الاسلام لما ذكر في الصحيح والسنن مسندا الى ثمامة بن عبد الله ابن انس ان انسا حدثه ان ابا بكر كتب له هذا الكتاب لما وجهه الى البحرين بسم الله الرحمن الرحيم هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم على المسلمين والتي امر الله بها رسوله فمن سئلها من المسلمين على وجهها فليعطها ومن سئل فوقها فلا يعط والحديث فيه طول **قوله** اذا ملك نصابا ملكا تاما احترازا عن الملك الناقص حيث لا يجب فيه الزكاة كالمبيع قبل القبض لا زكاة فيه لان تمام الملك لم يوجد بدليل ان المشتري لا يجوز تصرفه قبل القبض ومن ذلك المال المغصوب والعبد الآبق والمال المجحود اذا عاد الى صاحبه لا زكاة فيه عندنا لما مضى خلافا لزفر والشافعي. لنا ان الملك فيه ناقص بدليل عدم الانتفاع به فصار كالمكاتب اذا رجع الى مولاه بعد العجز ومن ذلك الدية على العاقلة لان الملك فيها ناقص حتى لو مات احد من العاقلة سقط ما عليه ومن ذلك المهر اذا كان دينا وبدل الصلح عن دم العمد وبدل الخلع لان ذلك بدل ما ليس بمال كالدية على العاقلة اما المهر اذا كان عينا وحال عليه الحول في يد الزوج فلا زكاة فيه عندي [illegible]

على المرأة خلافا لصاحبيه والشافعي وجه قول ابي حنيفة ما قلناه • ووجه قولهما ان الملك فيه تام بدليل ان تصرفها يجوز فصار كالمقبوض
وكذلك بدل الكتابة لا زكاة فيه على المولى الماضي لانه لا يجب للمولى على عبده دين صحيح ونقصان الملك مانع لوجوب الزكاة ثم الدين اذا كان بدلا
عن مال فهو على وجهين اما ان يكون بدلا عن مال لو بقي ذلك المال في يده لا يجب فيه الزكاة للماضي وفي الرواية الاخرى تجب الزكاة اذا
قبض المائتين • واما ان يكون بدلا عن مال لو بقي ذلك المال في يده تجب فيه الزكاة كبدل عروض التجارة فلا خلاف بين اصحابنا في وجوب
الزكاة فيه واختلافهم في نصاب الادا فقال ابو حنيفة يتقدر ذلك باربعين وعندهما يجب في قليل المقبوض وكثيره الا الدية
على العاقلة وبدل الكتابة فانما اشترطنا فيهما حولان الحول بعد قبض المائتين لان كل الديون عندهما صحيحة سوى هذين من الديون
الضعيفة التي تجب فيها الزكاة اختلفوا انها فقال اصحابنا لا يجب اخراج الزكاة قبل القبض • قال الشافعي في الجديد اذا كان الدين حالا
على ملي معترف به في الظاهر والباطن وجب اخراج زكاته وان لم يقبضه لنا انه لو وجب التعجيل يلزم اخراج الكامل عن الناقص وذلك
لا يجوز • فان قلت دين مقدور على تسليمه كالزام اخراج البيض عن السود وهذا لان الدين انقص من العين بدليل ان ادا الدين عن العين
لا يجوز • فان قلت دين مقدور على تسليمه لاعتراف المديون فيجب الاخراج كالوديعة • قلت لا نسلم ذلك في المقيس عليه ولئن سلمنا
فالفرق ظاهر لان ذلك اذا الدين عن العين فبطل القياس **قوله** وعليه اجماع الامة اي على وجوب الزكاة **قوله** لما ذكره
اراد به ما ذكره من الدليل لقوله وليس على الصبي والمجنون زكاة عندنا **قوله** لانه عليه الصلاة والسلام قدر النصاب اي
قدر النبي صلى الله عليه وسلم سبب وجوب الزكاة بالنصاب وهو ما ذكر في الصحيح البخاري عن ابي سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال ليس فيما دون خمسة اوسق من التمر صدقة وليس فيما دون خمس اواق من الورق صدقة وليس فيما دون خمس ذود صدقة • وفي السنن
عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال هاتوا ربع العشر من كل اربعين درهما درهم وليس عليكم شيء حتى تتم مائتي درهم فاذا كانت مائتي درهم
ففيها خمسة دراهم **قوله** لقوله عليه الصلاة والسلام لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول ولفظ الحديث في السنن ليس
في مال زكاة حتى يحول عليه الحول رواه علي **قوله** لاشتماله على الفصول المختلفة الضمير راجع الى الحول واراد بالفصول فصول
السنة وهو الربيع والصيف والخريف والشتاء والضمير في فيها راجع الى الفصول وفي اليه على الغالب **قوله** ثم قيل هو واجب على
الفور اي ادا الزكاة واجب على الفور والمراد به ان يجب فيه الفعل في اول اوقات الامكان وهو قول عامة اهل الحديث • وبه
قال الشيخ ابو الحسن الكرخي وفي المنتقى عن محمد اذا كان له مائتا درهم فحال عليها الحول حولان ولم يزك فقد اسا ولا يحل له ما صنع وعليه
زكاة حول واحد • وقال محمد من لم يؤد زكاته لا تقبل شهادته • وروي عنه ان التاخير لا يجوز وذكر محمد بن شجاع البلخي عن اصحابنا
انه على التراخي • وعن ابي بكر الجصاص الرازي كذلك وهذا بناء على ان الامر المطلق عن الوقت موجب للادا على الفور او على التراخي فيه
اختلاف بين مشايخنا على ما عرف في اصول الفقه • ووجه قول الكرخي ان اول اوقات امكان الادا مراد بالاتفاق فلا يكون ما بعده مرادا
الا بدليل ولهذا اذا ادى في اول اوقات الامكان يخرج عن العهدة • ووجه قول من قال بالتراخي ان الامر مطلق عن الوقت فلا يجوز
تعيينه باول اوقات امكان الادا ولهذا لا يضمن بالتاخير فلو كانت واجبة على الفور لوجب الضمان به كما في قضاء رمضان • قال
في المغرب قول الفقهاء الامر على الفور لا على التراخي اي على الحال وهو في الاصل مصدر فارت من فورة القدر اذا غلت فاستعير للسرعة
ثم سمي به الحالة التي لا ريث فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج من فوره اي من ساعته **قوله** ولهذا لا يضمن بهلاك
النصاب بعد التفريط اي بعد التقصير في ادا الزكاة بعد التمكن فهلك المال لا ضمان عليه وتسقط عنه الزكاة وهذا
عندنا وقال الشافعي لا تسقط عنه الزكاة كما في الاستهلاك لانه صار دينا في ذمته • ولنا ان الواجب جزء من النصاب فلا يبقى بقاء الجزء
بعد هلاك النصاب بخلاف ما اذا استهلكه لانه دخل في ضمانه فبقي دينا على ذمته **قوله** وليس على الصبي والمجنون عند الشافعي
لكن يؤمر الولي بالادا الى الفقراء كانه لهما ولي وان لم يكن لهما ولي يأخذها السلطان ويصرفها الى مصارفها ويبعث ولي يؤدي
عنهما • ويحكى عن ابن شبرمة انه قال لا يزكي الذهب والفضة من مال اليتيم ويزكي الابل والبقر والغنم • وجه قول الشافعي ان الزكاة
مؤنة مالية فيجب عليه كما يجب سائر المؤن كالمغصوب والنفقات والعشر وصدقة الفطر • ولنا ان ادا الزكاة عبادة لانه
الاسلام وبني عليه كما ورد في الحديث ولا تتحقق العبادة الا باختيار صحيح او باختيار نائب تثبت نيابته عن اختيار صحيح ليتحقق الابتلاء
ولا اختيار للمجنون والطفل اصلا ولا صحة لاختيار الصبي العاقل فلا يجب عليهما الزكاة ولهذا لو ادى الصبي العاقل بنفسه لا يصح
عند الخصم فعلم ان اختياره ليس بصحيح • فان قلت سلمنا ان ادا الزكاة عبادة لكن تجري فيها النيابة فلم لا يجوز ادا الولي عنهما
بسبيل النيابة • قلت انما لا يجوز ادا الولي لان النيابة انما تثبت باختيار المنوب عنه او باقامة الشرع النائب مقام المنوب عنه
جبرا وقد قام الشرع الولي مقام الصبي في بعض الاحكام وههنا اقامته مقامه ... ولا اختيار للصبي اصلا
اذ لا صحة له فلا ... اما صدقة الفطر فان القياس ان لا يجب وهو قول محمد وفي الاستحسان يجب وهو قولهما لان فيها معنى المؤنة
ومعنى العبادة فيها تابع وكذا العشر والامر في الخراج اظهر لانه مؤنة فيها معنى العقوبة على ما حققنا في شرح اصول الفقه
والصبي من اهل المؤن كالنفقات وغيرها • فان قلت لا نسلم ان نيابة الولي عن الصبي لم تثبت شرعا • الا ترى الى قوله عليه الصلاة
والسلام من ولي يتيما فليتجر في ماله ... فلم يؤد زكاته قلت لا نسلم ان هذا الحديث صحيح بدليل ان الصحابة اختلفوا في
وجوب الزكاة في مال اليتيم • وروي عن عبد الله بن مسعود وابن عباس وغيرهم من الصحابة مثل قولنا • وروي عن عمر
وعلي وابن عمر وعائشة مثل قول الخصم ولم ينقل عن احد منهم الاحتجاج بالحديث فدل انه ليس بثابت ولئن سلمنا انه ثابت فنقول
ان المراد من الرواية الاولى النفقة لان التزكية عبارة عن التنمية وذلك يكون بالنماء والاسترباح والمراد من الرواية الثانية

الراس وهي صدقة الفطر بدليل اضافة الزكاة الى الصبي دون المال وقد مر ما في التقرير فيما مضى اول كتاب الزكاة **قوله** ولو افاق
في بعض السنة فهو بمنزلة افاقته في بعض الشهر في رمضان يعني تجب الزكاة كما يجب الصوم • ثم ان المجنون على نوعين اصلي وهو ان يدرك مجنونا
وعارضي وهو ان يدرك مفيقا ثم يجن اما الاصلي فحكمه حكم الصبي سواء ويعتبر ابتداء الحول من حين الافاقة لان التكليف لم يسبق هذه
الحالة فصارت الافاقة كالبلوغ • واما العارضي فحكمه انه اذا افاق في شيء من السنة وان قلت تجب الزكاة لتلك السنة • كذا ذكر
محمد في نوادر الزكاة لان المعتبر اول الحول لانه وقت الانعقاد واخره لانه وقت الوجوب وكان مكلفا فيهما ولا يضر زوال العقل فيما
بين ذلك وان استمر ذلك سنة لا يجب عليه الزكاة كما في الاصلي • وروى هشام عن ابي يوسف انه اعتبر الافاقة اكثر السنة فان كان
مفيقا في اكثر السنة يجب والا فلا • وروى ابن سماعة عنه انه اذا افاق ساعة من الحول في اوله او وسطه او اخره وجبت الزكاة
وهو قول محمد • وجه رواية هشام ان الاكثر يقوم مقام الجميع فاذا كان مفيقا في الاكثر فقد غلبت الصحة الجنون فصار كجنون ساعة
فوجبت الزكاة واذا كان مجنونا في الاكثر صار كانه جن في جميع السنة • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي والذي يجن ويفيق
بمنزلة الصحيح لان هذا الجنون لا يستحق به الحجر فهو كالنوم • واما المغمى عليه فهو كالصحيح لان الاغماء لا يؤثر في العبادات
التي ليس من شرطها الطهارة بدلالة الصوم والحج **قوله** ولا فرق بين الاصلي والعارضي يعني في ظاهر الرواية يعني تجب
الزكاة اذا افاق في بعض السنة ولا يعتبر ابتداء الحول من حين الافاقة لان الحول مدة للعبادة فاذا افاق في جزء منه تعلق
به الوجوب كما في رمضان واما في غير ظاهر الرواية فبين الاصلي والعارضي فرق وقد ذكرناه **قوله** لانه ليس بمالك من كل
وجه وهذا لان المكاتب مالك يدا لا رقبة لان رقبته للمولى لانه عبد ما بقي عليه درهم للحديث وانما خرج عن ملك المولى يدا
لتحقيق معنى الكتابة وهو ادا بدل الكتابة وستعرف في بابه **قوله** ومن كان عليه دين يحيط بماله فلا زكاة عليه • اعلم ان
الدين اذا كان يطالب به من جهة العباد يمنع الزكاة بقدر الدين ويزكي الفاضل على الدين اذا بلغ نصابا • وقال الشافعي يجب الزكاة
على المديون لعموم النصوص ولملك النصاب النامي وهو سبب الوجوب • ولنا ان المديون محتاج الى ما في يده ... فلم يجب عليه
الزكاة كالمكاتب ولان الدين يوجب نقصان الملك ولهذا يأخذه الغريم بحقه من غير قضا ولا رضا فلا يجب كما في مال المكاتب ولانه
مشغول بالحاجة الاصلية وهي دفع الحبس والاسر فلا تجب فيه الزكاة تحقيقه ان الزكاة انما تجب في المال الفاضل
عن الحاجة لانها تجب على الاغنيا والغنى انما يتحقق بالمال الفاضل ومال المديون ليس بفاضل فلا يجب فيها الزكاة كما في ثياب
البذلة والمهنة وغيرهما اما عموم النصوص فقد خص منها اشيا كثياب البذلة والمهنة ومال المكاتب فيخص المتنازع بالقياس وانما
شرطنا ان يكون الدين يطالب به من جهة العباد مثل ثمن المبيع والاجر والمهر لانه يؤثر في نقصان الملك بخلاف ما اذا لم يكن
يطالب به من جهة العباد كدين النذور والكفارات وصدقة الفطر ووجوب الحج فانها عبادة لا يطالب بها ادمي كالصلاة ثم لا فرق
بين ان يكون الدين حالا او مؤجلا • وقال بعض مشايخنا ان كان المهر مؤجلا لا يمنع وجوب الزكاة لانه غير مطالب به عادة وان كان
معجلا يمنع لانه يطالب به عادة • وقال بعض مشايخنا ان كان الزوج على عزم الادا يمنع والا فلا لانه لا يعد دينا • وقد قال اصحابنا
ان النفقة ما لم يقض بها لا تمنع الزكاة لانها ليست في حكم الدين فاذا قضى بها القاضي منعت الزكاة كذا ذكر الشيخ ابو الحسين القدوري وقال
ايضا ... فاستحق المبيع بعد الحول لم تسقط الزكاة لان الدين انما وجب عليه عند الاستحقاق **قوله** كالماء المستحق
بالعطش اي بعطش نفسه او دابته يعني ان الماء المستحق بالعطش يعد معدوما حتى يجوز التيمم مع وجوده فكذا مال المديون يعد معدوما
حتى لا يجب الزكاة فيه والمهنة بفتح الميم وكسرها الخدمة والابتذال وانكر الاصمعي الكسر **قوله** ودين الزكاة مانع اي لوجوب
الزكاة • اعلم ان وجوب الزكاة يمنع الزكاة عند ابي حنيفة ومحمد في الاموال الظاهرة والباطنة سواء كانت الزكاة في العين
او في الذمة • وقال زفر الزكاة لا تمنع الزكاة وقال ابو يوسف اذا كانت الزكاة في العين منعت الزكاة استحسانا وان كانت في الذمة
لا تمنع الزكاة كما اذا وجبت عليه الزكاة فاتلف مال الزكاة ثم ملك مالا اخر فان وجوبها في الذمة • وجه قول زفر ان الزكاة واجبة
عبادة ونحوها ليس بمانع للزكاة كالنذور والكفارات • ووجه قول ابي يوسف ان القياس ما قاله زفر الا ان الزكاة اذا كانت في
العين ... ما يستحق بها فكان النصاب ناقصا وهذا المعنى لا يوجد فيما في الذمة فبقي على اصل القياس فلا يمنع وجوب الزكاة
ولنا ان الاموال الظاهرة يطالب بها الامام والحقوق التي يطالب بها الادمي تمنع الزكاة كالدين • واما الاموال الباطنة فانه
حق لاخذها ايضا للسلطان ولهذا كان يأخذها الامام الى زمن عثمان ثم فوض الى اربابها باجماع الصحابة لمصلحة راوها فصاروا
كالوكلاء عن الامام ولهذا اذا علم الامام من اهل بلدة ترك الزكاة يطالبهم بها فصارت كالاموال الظاهرة وقيل لابي يوسف
ما حجتك على زفر فقال ما حجتي على من قال يجب في مائتي درهم اربع مائة درهم • بيانه ان الرجل اذا كان له مائتا درهم ولم يؤد زكاته
حتى مضى ثمانون سنة فعلى قول زفر يجب لكل سنة خمسة دراهم فيكون اربع مائة درهم وهذا قبيح لان الزكاة اذا لم تمنع الزكاة وجبت في المال
الكثير • صورته ما ذكر في شرح الطحاوي ان الرجل اذا كان له خمس من الابل فلم يؤد زكاتها سنتين فانه يزكي للسنة الاولى ولا شيء عليه
للسنة الثانية وان كانت عشرة فللسنة الاولى شاتان وللثانية شاة وان كانت خمسا وعشرين فللسنة الاولى بنت مخاض وللثانية اربع
شياه ولو كانت له ثلاثون من البقر ... فللسنة الاولى ... وللسنة الثانية تبيع ولو كانت له اربعون من الغنم فللسنة الاولى شاة
ولا شيء للسنة الثانية ولو كانت مائة واحدى وعشرين فللسنة الاولى شاتان وللثانية شاة وكذلك في الدراهم والدنانير
واموال التجارة عندنا وعند زفر يجب لكل سنة زكاتها **قوله** خلافا لزفر فيهما اي في دين الزكاة والاستهلاك يعني ان دين
الزكاة ودين الاستهلاك لا يمنع وجوب الزكاة عنده وقد مر بيانه **قوله** في الثاني اي في الاستهلاك يعني انه ...

تخالفنا في دين الاستهلاك دون دين الزكاة حيث تقول ان الزكاة تمنع الزكاة ودين الاستهلاك لا تمنع الزكاة • وقد مر بيانه ابضا د
قوله وليس في دور السكنى وثياب البدن واثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكاة
والاصل في ذلك ان الزكاة انما تجب فيما سوى الاثمان اذا وجد في الملك طلب النما بالتجارة او بالسوم ولم يوجد واحد منهما في هذه
الاشيا فلا تجب فيها الزكاة والدليل على ذلك ما وجد في السنن عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث فيه طول وليس على العوامل
شي وقد ذكر البخاري في الصحيح مسندا الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على المسلم صدقة في عبده ولا في فرسه وفيه
ايضا في حديث ابي بكر فاذا كانت سائمة الرجل ناقصة من اربعين شاة واحدة فليس فيها صدقة الا ان يشا ربها فدلت هذه الاخبار
على ان الزكاة فيما لا يوجد فيه النما قوله وعلى هذا كتب العلم لاهلها اي لا زكاة فيها وانما قيد بقوله لاهلها لانها اذا كانت
للبيع يكون فيها الزكاة لوجود النما بالتجارة قوله والات المحترفين لما قلنا اشارة الى قوله لانها مشغولة بالحاجة د
الاصلية وليست بنامية والات المحترفين مثل قدور الطباخين والصباغين وفاس النجار وقوارير العطارين ونحوها • وقال
في النوازل سئل ابو بكر عن رجل اشترى جوالق بعشرة الاف يواجرها من الناس فحال عليها الحول قال لا تجب عليه الزكاة قيل له د
فان كان من نيته ان يبيع اخرا قال لا اعتبار بهذا لانه اشتراها للاجارة وفي خلاصة الفتوى صباغ اشترى عصفرا او زعفران
ليصبغ ثياب الناس بالاجر فحال الحول على ماله زكى مع ماله ولو اشترى صابونا او حرضا لا زكاة فيه • قال وتاويله صابون
الغسال الذي يغسل ثياب الناس اما البقال اذا كان له صابون قدر النصاب تجب فيه الزكاة قوله ونزله على اخرين مجحدة
سنين ثم قامت له بينة لم يزكه لما مضى بمعناه صادقت له بينة بان اقر عند الناس يعني لم يكن له بينة ثم صادقت بان اقر المديون
عند الناس وانما قيد بقوله صادقت له بينة لانه اذا كانت له بينة تجب عليه الزكاة • وهذه مسئلة المال الضمار والمال الضمار الغايب
الذي لا يرجى فاذا رجي فليس بضمار كذا نقل المطرزي عن ابي عبيد واصله الاضمار وهو التغييب والاخفا ومنه اضمر في قلبه شيا
ونظيره في الصفات رجل هدان اي احمق وناقة كناز سمينة • وروى ابو سعيد السيرافي عن صاحب الازهري عن بندار قال قال
الراعي وايضا انحى لي سعيد ظلوما ثم عجلن ابكارا • حمدن مزاره ولعين منه عطا لم يكن عدة ضمارا • ثم المال الضمار والدين المجحود
والمغصوب اذا لم يكن عليها بينة والمفقود والابق والمال الساقط في البحر والمدفون في الصحرا المنسي مكانه ففي كل ذلك لا زكاة لما
مضى عندنا خلافا لزفر والشافعي لهما اطلاق النصوص المقتضية للزكاة من غير فصل بين المال الضمار وغيره ولان سبب الوجوب وهو
ملك النصاب النامي قد تحقق غايته ما في الباب ان اليد فاتت وفواتها لا يخل بالوجوب كمال ابن السبيل • ولنا ان السبب هو ملك
النصاب النامي ولم يوجد النما فلا وجه الى الاول لانه لم يوجد حقيقة النما وكان شاينه ولا وجه الى الثاني ايضا لان دليل
النما هو التجارة ودليل التجارة هو كون المال بحيث تحصل التجارة عند القدرة على التجارة ولم توجد القدرة لانها تفوت بفوات
اليد فثبت ان النما معدوم في المال الضمار فلا يجب فيه الزكاة لعدم انعقاد السبب بفوات النما اما الجواب عن النصوص د
فنقول خصت منه اشيا مثل ثياب البذلة والمهنة وبدل الكتابة ومال المكاتب فنحمل المتنازع بالقياس • فان قلت لانسلم
ان النما معتبر في انعقاد السبب قلت لا وجه الى منع هذا لان الزكاة ملازمة للنما وجودا وعدما على انها عند وجوده د
ولا تجب عند عدمه الا ترى الى العروض اذا كانت للتجارة تجب فيها الزكاة والابل والاغنام اذا كانت سائمة تجب فيها
الزكاة والا فلا اذا كانت سائمة والاسامة والتجارة مؤثرتان في كون المال ناميا فكانت الزكاة ملازمة لكون المال ناميا
فثبت ان المعتبر هو المال النامي قوله والذي اخذ السلطان مصادرة عطف على قوله المال المفقود قال في ديوان
الادب صادره على ماله اي فارقه قوله ووجوب صدقة الفطر بسبب الابق والضال والمغصوب على هذا د
الخلاف يعني لا يجب عندنا خلافا لزفر والشافعي قوله وابن وابن السبيل يقدر بنائبه جواب عن قول زفر والشافعي
حيث قاسا المال الضمار على مال ابن السبيل قوله والمدفون في البيت نصاب وقيد بالبيت احترازا لان المدفون في الحرز اذا نسي مكانه
ثم علم بعد الحول تجب فيه الزكاة سواء كان مدفونا في البيت او في الدار ونحوه لان القدرة ثابتة عليه لتيسر الوصول اليه د
قوله وفي المدفون في ارض وكرم اختلاف المشايخ اي اختلاف مشايخ بخارى واراد بالارض المملوكة لان حكم المدفون
في المفازة قد علم بقوله هذا قوله ولو كان الدين على مقر ملي او معسر تجب الزكاة والملي الغني المعتمد كذا في المغرب وهذا
لانه اذا كان مقرا بالدين يمكن الوصول اليه لكن امكان الوصول في الغني ابدا بلا واسطة وفي المعسر بواسطة الكسب • وقال الحسن ابن زياد اذا كان
الدين على معسر مقر به فمضى عليه حول ثم قبضه فلا زكاة • وجه قول الحسن ان الدين على المعسر لا يمكن الانتفاع به فهو كالتاوي د
ذكره الشيخ ابو الحسن القدوري قوله وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلنا اي تجب الزكاة
لما مضى لامكان الوصول • وروى هشام عن محمد ان الدين المجحود اذا كان لصاحبه بينة فلم يقمها حتى مضى حول فلا زكاة فيه • قال
في تحفة الفقها والصحيح رواية هشام لان البينة قد تقبل وقد لا تقبل فلم يمنع ذلك من توي المال اما اذا علم القاضي بالدين او
بالنصب فانه تجب الزكاة لان القاضي يقضي بعلمه في الاموال فصاحبه قصر في الاسترداد فلا يعذر • وروى المعلى عن ابي يوسف
ان الغريم اذا كان يقر في السر ويجحد في العلانية فلا زكاة في الدين لعدم الانتفاع به فصار كالجحود في الحالين • وروى ابن رستم
عن محمد فيمن اودع رجلا لا يعرفه مالا ثم ظفر به بعد سنين قال لا زكاة فيه بمنزلة المدفون في المفازة وان اودع رجلا يعرفه فنسيه
سنين ثم تذكره ففيه الزكاة • قال الشيخ ابو الحسين القدوري وهذا صحيح لانه اذا لم يعرفه فما في يده تاوي ولمن يعرفه في يده
قايمة مقام يده وانما فرط في النسيان فلا يسقط الزكاة قوله ولو كان على مقر مفلس فهو نصاب عند ابي حنيفة د

والروا

والرواية بفتح اللام وتشديد اللام المفتوحة وهو الذي فلسه الحاكم اي نادى بافلاسه لان حكم المقر المفلس اذا لم يفلس القاضي د
بافلاسه قد ذكر قبل هذا اعلم ان الدين اذا كان على المعسر وقد فلسه الحاكم ففيه الزكاة عند ابي حنيفة وابي يوسف لما مضى خلافا لمحمد
اما ابو حنيفة فمن اصله ان تفليس القاضي لا يتعلق لان مال الله غاد ورائح فلم يمنعه بعد التفليس صحيحا كما في قبله • واما ابو يوسف فانه يصح
التفليس عنده لكنه يقول ان الدين يكون بمنزلة الدين المؤجل في سقوط المطالبة الى وقت اليسار فلا تسقط الزكاة • واما محمد فانه لما صح د
التفليس عنده جعله بمنزلة المال التاوي والمجحود وبمنزلة ما ضاع من ماله بحيث لا يقدر عليه كذا ذكر الجصاص وغيره قوله وابو يوسف
مع محمد في تحقق الافلاس حتى تسقط المطالبة مع اليسار قوله ومع ابي حنيفة في حكم الزكاة يعني تجب الزكاة لما مضى اذا قبض عند
ابي حنيفة وابو يوسف رعاية لجانب الفقرا والمساكين قوله ومن اشترى جارية للتجارة فنواها للخدمة د
بطلت عنها الزكاة • اعلم انه ما كان للتجارة فانه يصير للخدمة والقنية بمجرد النية حتى ينضم اليها عمل التجارة وهو البيع • ولهذا قال محمد
في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل اشترى جارية فنواها للخدمة بطلت عنها الزكاة وان نواها بعد ذلك للتجارة لم
يكن للتجارة حتى يبيعها فيكون في الثمن زكاة مع ماله وهذا لان التجارة تصرف فلا يحصل الا بالفعل بخلاف الخدمة والقنية فان ترك
التصرف فتحصل بمجرد النية نظيره السفر والاقامة فان المقيم لا يصير مسافرا الا بالنية والفعل والمسافر يصير مقيما بمجرد النية لان د
الاقامة ترك السفر فيوجد ذلك بمجرد النية ثم اعلم ان ما يدخل في ملك الرجل على ضربين نوع يدخل بغير صنعه كالارث ونوع يدخل د
بصنعه وهو على ضربين مع بدل وغير بدل فالذي هو بغير بدل على ضربين ايضا اما ان يكون بتاد له مال بمال كما في الشرا والاجارة
او اما ان يكون كالهبة والصدقة والوصية ثم الميراث لا يكون للتجارة حتى يتصرف فيه الا اذا كان الموروث ذهبا او فضة وهذا
لان التجارة تصرف والميراث لم يدخل في ملكه لم يتصرفه وقبوله بخلاف ما اذا دخل في ملكه بالشرا والاجارة لانه يكون للتجارة اذا
نواها لاقتران النية بالعمل وفي الهبة والصدقة والوصية والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد اختلاف بين ابي يوسف ومحمد ذكره
الطحاوي فعند ابي يوسف يكون للتجارة اذا نواها لانها دخلت في ملكه بتصرفه وقبوله فاذا انضافت النية اليه كانت للتجارة كالمشتراة د
وعند محمد لا يكون شي من ذلك للتجارة كالموروثة لان هذه العقود ليست من عقود التجارة • الا ترى ان الاذن في التجارة لا يتضمن
هذه العقود ولا يملكها المضارب ولا العبد الماذون وهما يملكان التصرف في عقود التجارات • قال الحاكم الشهيد في الكافي
واذا اشترى ارض عشر او خراج للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة انما عليه حق الارض من العشر والخراج هذا لفظه وذلك لان
الجمع بين الزكاة وبين العشر والخراج متعذر فكان العشر والخراج اقوى فانهما يجبان من غير اعتبار حول وان كان على صاحب الارض
دين ولا يخلوا ارض عنهما في دار الاسلام الا نادرا قوله بعد ذلك اي بعد نية الخدمة قوله وقيل الاختلاف
على عكسه وهو ما نقل الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي عن القاضي الشهيد انه ذكر في مختلفه هذا الاختلاف على قلب هذا اه
في قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يكون للتجارة وفي قول محمد يكون للتجارة قوله ولا يجوز اداء الزكاة الا بنية مقارنة
للادا او مقارنة لعزل مقدار الواجب وهذا لان الزكاة فرض مقصود لعينه فلا بد من النية كالصلاة والصوم ثم اذا وجدت النية
مقارنة للادا جاز بلا اشكال • اما اذا وجدت مقارنة عزل مقدار الواجب ولم تحضره النية عند الدفع جاز ايضا رواه هشام
عن محمد كذا ذكره ابو بكر الجصاص الرازي وهذا لان اشتراط النية مع تفرق الدفع في كل مرة فيه حرج وذلك مدفوع شرعا فاكتفي
بالنية عند العزل لانها لا ترد عليكم ما ذكره ابو جعفر الطحاوي اي من امتنع اداها فاخذها الامام منه كرها فوضعها في اهلها
اجزأت عنه وفي تلك الصورة لم توجد النية اصلا لانا نقول للامام ولاية اخذ الصدقات فقام دفعه مقام دفع المالك د
كالاب مع ما تقدم النظر جازت مع نية الصبي لوجود من له الولاية في الاعطا قوله ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكاة د
سقط فرضها استحسانا والقياس انه لا يسقط وهو قول زفر كذا ذكر الشيخ ابو نصر وجه القياس ان الفرض انما يسقط اذا وجدت النية ولم توجد
فلا يسقط • ووجه الاستحسان ان نية وجه العبادة قد وجدت وانما كان تشترط نية التعيين لمزاحمة سائر الاجزاء فلما ادى الجميع على وجه القربة
زالت المزاحمة فسقط الفرض لوجوب ادا الجزء الواجب ورده وهذا كالصوم في رمضان فانه يصاب بمطلق الاسم والنية ولا يحتاج الى
التعيين قوله ولو ادى بعض النصاب سقط زكاة المودى عند محمد لان الواجب شايع في الكل فلو تصدق بالجميع اجزاه عن زكاته
فاذا تصدق بالبعض اجزاه عن قدره وعند ابي يوسف لا يسقط لمزاحمة سائر الاجزاء لانها محل للواجب بخلاف ما اذا تصدق بالجميع د
لا ينوي الزكاة حيث يسقط الفرض لعدم المزاحمة اذا لم يبق محلا للواجب اصلا والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب بمنه وكرمه

باب صدقة السوائم

قوله فصل في الابل ذكر الصدقة واراد بها الزكاة اقتدا بكتاب الله تعالى بقوله د
انما الصدقات للفقرا والسوائم جمع سائمة وهي المال الراعي • كذا قال صاحب الديوان من قولهم سامت الماشية اذا رعت والبداءة
بصدقة المواشي لكونها تاليه هذه الامر من العرب وهم ارباب المواشي والبداءة بذكر الابل لان كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي
كتبه لابي بكر وكتبه ابو بكر لانس هكذا قوله ليس في اقل من خمس ذود صدقة وخمس ذود بالاضافة كما في تسعة رهط الذود د
ما بين الثلاث الى العشر وقيل من الثنتين الى التسع وهذا الماوردي صاحب السنن ان ابا بكر رضي الله عنه كتب لانس فيما دون خمس وعشرين
من الابل الغنم في كل خمس ذود شاة • وذكر في الحديث ومن لم يكن عنده الا اربع فليس فيها شي الا ان يشا ربها ثم ان الابل التي تجب في
الزكاة او لها بنت مخاض وهي التي طعنت في الثانية وانما سميت بها لان امها حملت بعدها وهي ماخض اي حامل تقال مخضت الحامل مخاضا اي
اخذها وجع الولادة • ومنه قوله تعالى فاجاءها المخاض الى جذع النخلة ولان امها تخصصت بالمخاض من النوق والمخاض اسم النوق الحوامل

واحدهما خلفة ثم بنت اللبون وهي التي طعنت في الثالثة سميت بها لأن امها حملت بثلثها وولدت وهي ذات لبن ثم حقة وهي التي طعنت في الرابعة سميت بها لانها استحقت الضراب او لانها استحقت ان يحمل عليها ثم جذعة وهي التي طعنت في الخامسة سميت بها لانها اجذت اي يقال جذع الدابة اي اجتها على غير علف وبعدها اسنان لم يذكرها الفقهاء لانه لا مدخل لها في الزكاة قوله هذه النصب [illegible] كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وسلم • روى صاحب الصحيح البخاري مسندا الى ثمامة بن عبد الله بن انس ان انسا حدثه ان ابا بكر كتب له هذا الكتاب لما وجهه الى البحرين • بسم الله الرحمن الرحيم هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم على المسلمين والتي امر الله بها رسوله فمن سئلها من المسلمين على وجهها فليعطها ومن سئل فوقها فلا يعط في اربع وعشرين من الابل فما دونها الغنم من كل خمس شاة اذا بلغت خمسا وعشرين الى خمس وثلاثين ففيها بنت مخاض انثى فاذا بلغت ستة وثلاثين الى خمس واربعين ففيها بنت لبون انثى فاذا بلغت ستة واربعين الى ستين ففيها حقة طروقة الجمل فاذا بلغت واحدة وستين الى خمس وسبعين ففيها جذعة فاذا بلغت يعني ستة وسبعين الى تسعين ففيها بنتا لبون فاذا بلغت احدى وتسعين الى عشرين ومائة ففيها حقتان طروقتا الجمل فاذا زادت على عشرين ومائة ففي كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة قوله ثم اذا زادت على مائة وعشرين تستانف الفريضة ولا خلاف من الفقهاء الى مائة وعشرين الا ما روي عن علي انه قال في خمس وعشرين من الابل خمس شياه • قال سفيان الثوري كان علي افقه من ان يقول ذلك وانما هو من غلط الرجال • قال ابو بكر الرازي يحتمل ان يكون علي اخذ من خمس وعشرين خمس شياه على جهة القيمة عن بنت مخاض فظن الراوي انه رآها فرضا واختلفوا في الزيادة على مائة وعشرين فقال اصحابنا تستانف الفريضة فيكون في خمس شاة مع الحقتين وفي عشر شاتان هكذا الى مائة وخمس واربعين ففيها حقتان وبنت مخاض الى مائة وخمسين ففيها ثلاث حقاق ثم تستانف الفريضة فقلنا في كل ما اذا بلغت مائة وخمسة وسبعين ففيها ثلاث حقاق وبنت مخاض الى مائة وستة وثمانين ففيها ثلاث حقاق وبنت لبون الى مائة وستة وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم تستانف الفريضة ابدا كما استونف من مائة وخمسين الى مائتين • وقال مالك اذا زادت الابل على مائة وعشرين واحدة فالمصدق بالخيار ان شاء اخذ منها ثلاث بنات لبون وان شاء ترك كما هي حتى تبلغ مائة وثلاثين ثم يوخذ منها بنتا لبون وحقة • وقال الشافعي اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون وهو احد قولي مالك كذا في [illegible] لنا ما روى ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي عن عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن ابي بكر عن ابيه عن جده عن عمرو بن حزم عن النبي صلى الله عليه وسلم قال فاذا كانت الابل مائة وعشرين ففيها حقتان فاذا كانت اكثر من ذلك فاعدد في كل خمسين حقة وما كان اقل من خمسة وعشرين ففي كل خمس شاة • فان قلت ان الشافعي يتمسك بما روي في الصحيح فاذا زادت على عشرين ومائة ففي كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة فما جوابه قلت نعمل به ايضا • الا ترى ان في تسعين ومائة يجب ثلاث حقاق وبنت لبون وكذا في المائتين اربع حقاق عندنا فيحمل حديث الخصم عليه لان ظاهره يدل على زيادة فيها اربعون وفيها خمسون لكن نحمل الغنم بحديث عمرو بن حزم • وقد ورد القول بالاستئناف عن علي وابن مسعود لانه كل حيوان وجب في الخمس الاولى جاز ان يعود بعد المائة والعشرين كبنات اللبون والحقاق فدل على جواز عود الغنم وابنة المخاض قوله ثم يدور الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب في مائة واربعين حقتان وبنت لبون وفي مائة وخمسين ثلاث حقاق قوله من غير شرط عود ما دونها اي ما دون بنت اللبون واراد بما دونها الشاة وبنت المخاض في كتاب عمرو بن حزم هو عمرو بن حزم الانصاري استعمله رسول الله صلى الله عليه وسلم على نجران اليمن ليعلمهم السنة وياخذ منهم صدقاتهم وكتب له كتابا مشهورا اعتمد اهل العلم عليه فيه وكان هو عاملهم الى وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله والبخت والعراب سواء في وجوب الزكاة والبخت جمع بختي وهو الذي تولد بين العربي والعجمي منسوب الى بخت نصر والعراب جمع عربي وانما كان سواء لان مطلق اسم الابل المذكور في الحديث يتناولهما واختلافهما في النوع لا يخرجهما من الجنس والله اعلم

فصل في البقر

ذكر فصل البقر عقيب فصل الابل للمناسبة بينهما من حيث الضخامة والتبيع الحولي الذي تم له حول وطعن في الثانية سمي بذلك لانه يتبع امه والمسن هو الذي تم له سنتان وطعن في الثالثة والاصل فيها ما اورده الشيخ ابو بكر الرازي وغيره من مشايخنا في كتبهم عن معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم • انه قال في كل ثلاثين من البقر تبيع او تبيعة واختلفت الرواية فيه عن ابي حنيفة روى ابو يوسف ان ما زاد على الاربعين يحسب بذلك كذا ذكره ابو بكر الجصاص الرازي وهو ظاهر الرواية معناه ان كانت الزيادة واحدة يجب فيه ربع عشر مسنة او جزء من اربعين جزءا من مسنة وفي اثنين يجب مسنة وجزءان من اربعين جزءا من مسنة على هذا الاعتبار الى ستين • وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه لا يجب في الزيادة على الاربعين حتى تبلغ عشرة وهي ثلث تبيع وربع مسنة [illegible] الى ستين • وروى اسد بن عمرو عن ابي حنيفة انه لا شيء في الزيادة الى ستين ثم في الستين تبيعان او تبيعتان وهو قول ابي يوسف ومحمد والشافعي وجه رواية ابي يوسف وهي رواية الاصل ان عموم قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة يدل على الوجوب فيما زاد على الاربعين الا في موضع قام دليل التخصيص نصا ولا نص هنا ولا يثبت العفو هنا بخلاف ما بين كل عقدين من ستين الى ما فوقها فان ذلك وقص بالنص والاجماع وكذلك ما بين الثلاثين والاربعين فان ذلك وقص ايضا بالنص والاجماع ولا نص فيما بين الاربعين والستين ولا اجماع • ووجه رواية الحسن انه وقص مرتب على نصاب البقر فلا يزاد على تسعة امثاله ما بعد الستين • ووجه رواية اسد ما ذكر ابو الحسين القدوري في شرح الكرخي ان معاذا سئل عما بين الاربعين والستين فقال تلك الاوقاص لا شيء فيها والوقص عند الفقهاء ما بين الفريضتين كالشنق وقيل الاوقاص في البقر والاشناق في الابل كذا في المغرب قوله تجب في الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وذلك جزء من اربعين جزءا من مسنة لان الاربعة عشر الاربعين وربع الاربعة واحد فيكون ربع العشر جزءا من اربعين جزءا ونصف عشر مسنة يكون جزءين من اربعين جزءا لان عشر الاربعين اربعة ونصف الاربعة اثنان

فصل في الغنم

قدم فصل الغنم على فصل الخيل لان زكاة الغنم متفق عليه وزكاة الخيل فيها اختلاف قال ليس في اقل من اربعين شاة صدقة فاذا كانت اربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلاث شياه فاذا بلغت اربعمائة ففيها اربع شياه ثم في كل مائة شاة ولا خلاف في هذه الجملة بين اهل العلم الا ما حكي عن الحسن بن صالح بن حي من انه اذا زادت على ثلثمائة واحدة ففيها اربع شياه وفي اربعمائة خمس شياه والاصل ما روي في الصحيح البخاري في كتاب ابي بكر لانس وفي صدقة الغنم في سائمتها اذا كانت اربعين الى عشرين ومائة شاة فاذا زادت على عشرين ومائة الى مائتين شاتان فاذا زادت على مائتين الى ثلثمائة ففيها ثلاث فاذا زادت على ثلثمائة ففي كل مائة شاة فاذا كانت سائمة الرجل ناقصة من اربعين شاة واحدة فليس فيها صدقة الا ان يشاء ربها والمراد من الزيادة اللاحقة بالثلثمائة هي المائة الكاملة لا ما دونها وهو مذهب عامة الفقهاء يؤيده ما روي في شرح الكرخي عن ابن انس بن مالك ان ابا بكر كتب له الكتاب الذي كتب له رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال فيه وليس في سائمة الغنم صدقة حتى تبلغ اربعين ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلاث شياه الى ثلثمائة فاذا زادت واحدة وثلثمائة فليس فيها شيء حتى تبلغ اربعمائة فيكون اربع شياه ثم في كل مائة شاة قوله والنص ورد به اي بلفظ الغنم وهو ما روي في حديث ابي بكر وفي صدقة الغنم في سائمتها اذا كانت اربعين الى عشرين ومائة شاة ثم لفظ الغنم لما كان شاملا للضان والمعز ولفظ الحديث وارد به استوى الضان والمعز في وجوب الزكاة قوله ويوخذ الثني في زكاتها ولا يوخذ الجذع والثني منها ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها • وذكر في اجناس الناطفي عن ابي علي الدقاق انه قال الجذع من الضان ما تمت له ثمانية اشهر وطعن في الشهر التاسع • وفي الاجناس ايضا عن عبد الله الزعفراني انه ما تمت له سبعة اشهر والثني ابن سنة وطعن في الثامن • وفي شرح الاقطع قال الفقهاء الجذع من الغنم ما له ستة اشهر والثني ابن سنة والجذع من البقر ابن سنة والثني ابن سنتين والجذع من الابل ابن اربع سنين والثني ابن خمسة هذا على مذهب الفقهاء • وقال اهل اللغة الجذع من الابل ما قبل الثني الا انه من الابل في السنة الخامسة ومن البقر والشاة في السنة الثانية ومن الخيل في الثالثة والجمع جذعان وجذاع وعن الازهري الجذع من المعز لسنة ومن الضان لثمانية اشهر والثني الذي القى ثنيته وهو من الابل ما استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة ومن الغنم والبقر ما استكمل الثانية ودخل في الثالثة ومن الفرس والبغل والحمار ما استكمل الثالثة ودخل في الرابعة وهو في كلها بعد الجذع وقبل الرباعي والجمع ثنيان وثناء ثم في ظاهر الرواية لا يجوز في زكاة الغنم الا الثني • وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز الجذع من الضان وهو قول ابي يوسف ومحمد والشافعي • وجه الظاهر ما ذكره الشيخ ابو الحسين القدوري عن علي انه قال لا يجزئ في الزكاة الا الثني فصاعدا ولانه ما لا يجوز في الزكاة من المعز لا يجوز من الضان كما دون الجذع ولان الماخوذ هو الوسط نظرا للجانبين والجذع من الصغار فلا يجوز الجذع من الضان كما لا يجوز من المعز • ووجه رواية الحسن قوله عليه الصلاة والسلام انما حقنا في الجذعة والثني ولان الاضحية لما جازت من الجذع من الضان فلان تجوز الزكاة من الجذع اولى لان الاضحية يشترط لها ما لا يشترط للزكاة • وتاويل الحديث الجذع من الابل توفيقا بينه وبين ما روي عن علي رضي الله عنه قوله وجواز التضحية به عرف نصا جوابا عن قوله ولانه يتادى به الاضحية فكذا الزكاة لكن فيه نظر لان جواز التضحية بالجذع من الضان نصا لا يمنع قياس جواز الزكاة عليه قوله ويوخذ في زكاة الغنم الذكور والاناث وعند الشافعي لا يجوز الذكر الا اذا كانت كلها ذكورا كذا في شرح مختصر الكرخي وشرح ابي نصر • لنا ان الشاة تتناول الذكر والانثى والشرع اوجب الشاة في صدقة الغنم فيجوز الذكر والانثى ولان كل نصاب جاز اخذ الانثى منه اذا كان كله ذكورا جاز اخذ الذكور منه اذا كان كله اناثا كالبقر • قال الشيخ ابو الحسين القدوري قال الشافعي الشاة اسم للذكر والانثى وانما حكى قوله ليكون راجعا عليه والله تعالى اعلم

فصل في الخيل

قوله اذا كان الخيل سائمة ذكورا واناثا فصاحبها بالخيار ان شاء اعطى عن كل فرس دينارا وان شاء قومها واعطى من كل مائتي درهم خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة وهو قول زفر • اعلم ان الخيل اذا كانت سائمة ذكورا واناثا وحال عليها الحول يجب فيها الزكاة عند ابي حنيفة رواية واحدة وان كانت اناثا ففيها روايتان عن ابي حنيفة وان كانت ذكورا منفردة فالمشهور عن ابي حنيفة انه لا يجب فيها شيء وروي عنه انه يجب فيها ايضا وان كان علوفة او سائمة للحمل والركوب والجهاد فلا تجب الزكاة فيها كذا في التحفة وان كانت للتجارة يجب فيها الزكاة سواء كانت تعلف في المصر او تسام في البراري كذا في التحفة ايضا • وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا زكاة في الخيل على حال اذا لم تكن للتجارة لهم ما روي في الصحيح البخاري عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على المسلم صدقة في عبده ولا في فرسه وفيه ايضا عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ليس على المسلم في فرسه وغلامه صدقة وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق لان في الرقيق صدقة الفطر ولانه ليس لها نماء [illegible] فلا يجب فيها الزكاة كالحمير ولابي حنيفة ما ذكر ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي • قال روى ابو يوسف عن غورك السعدي عن جعفر بن محمد عن ابيه عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في كل فرس سائمة دينار وليس في الرابطة شيء فان قيل غورك مجهول قلنا لا نسلم بل هو معروف تولى جعفر بن محمد يعرفه اهل المعرفة بالرجال ولان الرقيق اذا كان للتجارة يجب فيه الزكاة فكذا الخيل اذا كانت سائمة تجب فيها الزكاة لان التجارة والاسامة يؤثران في معنى النماء وتب وجوب الزكاة في المال

النامي وتناول الحديث الذي رواه الخصم ان المراد من الفرس فرس الغازي او غيرالسايمة بدليل قوله في عبده لان العبد اذا
كان للتجارة يجب فيه الزكاة وكذا الفرس اذا كانت للتجارة تخلو هذا انه عليه الصلاة والسلام لم ينف الزكاة عن الفرس
كيف ما كانت ثم الاناث المنفردة على احدى الروايتين لا يجب فيها الزكاة لعدم النما بالتوالد وعلى الرواية الاخرى يجب
لانه يوجد فيها النما بفحل مستعار فيكون النما لصاحبها • اما الذكور المنفردة فعلى المشهور من الرواية الاخرى يجب فيها شي
لعدم النما بالتوالد ولحمها غير مقصود لان اكله مكروه عنده وعلى الرواية الاخرى يجب فيها ايضا لاطلاق الحديث ولان زكاة
السوم لا تختلف بالذكور والانوثة ولهذا لا يختلف في الابل والبقر والغنم **قوله** والتخيير بين الدنيا والقيم مما ثور عن عمر رضي
الله عنه • وهو ما ذكره الشيخ ابو الحسين القدوري في شرح الكرخي كتب عمر بن الخطاب الى ابي عبيدة في صدقة الخيل خيّر اربابها
فان شاووا ادوا عن كل فرس دينارا والا فقوموها وخذ من كل مايتي درهم خمسة دراهم • قال الشيخ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
الاختيار الى المصدق وليس كذلك وانما الخيار الى صاحب المال ان شا ادى دراهم وان شا ادى دنانير وليس للمصدق لامتناع د
وانما كان حق الاخذ الى السعاة لانها سايمة ترعى في البرية والمفازة وتحتاج الى حماية السلطان **قوله** ولا شي في البغال
والحمير قال في شرح الطحاوي للاسبيجابي ان الحمير والبغال لا شي فيها بالاجماع ولهذا قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الجبهة ولا في
الكسعة ولا في النخة صدقة • قال في ديوان الادب الجبهة الخيل والكسعة الحمير والنخة البقر العوامل واصله من النخ وهو السوق
الشديد ثم اذا لم يجب في الحمير لم يجب في البغال ايضا لان البغل من نسل الحمار فيكون النص الوارد في الحمار كالوارد في البغل اما اذا كا
الحمير والبغال للتجارة فيجب فيها الزكاة لوجود النما بالتجارة كما في عروض التجارة **قوله** وليس في الحملان والفصلان والعجاجيل
صدقة العجاجيل جمع عجول بمعنى عجل كما بابيل في جمع ابول على ما حكى عن الكسائي لما ذكر حكم الكبار من السوايم شرع في بيان حكم
الصغار منها ما ذكر في الاجناس عن ابن شجاع عن الحسن ان ابا مالك عن ابي يوسف قال سالت ابا يوسف حنيفة عن اربعين حملا فقال
فيها شاة مسنة قال ابو يوسف فقلت له ان كانت المسنة تاتي قيمتها من الحملان اوجب اكثر من قيمة المال الذي فقال لا يوخذ
منها فقلت له يوخذ الحمل في الزكاة فاطرق رأسه ثم قال لا شي فيها فقوله الاول اخذ به زفر وقوله الثاني اخذ به ابو يوسف وقوله
الثالث اخذ به محمد بن الحسن كذا في الاجناس • وقول مالك مثل قول زفر وقول الشافعي مثل قول ابي يوسف كذا ذكره الشيخ ابو
الحسين القدوري • قال صاحب التحفة تكلم الفقها في صورة المسيلة فانها مشكلة لان الزكاة لا تجب بدون مضي الحول
وبعد الحول لم يبق اسم الحملان والفصلان والعجلان • قال بعضهم الخلاف في هذا ان الحول هل ينعقد على الحملان والفصلان د
والعجاجيل ام لا ويعتبر انعقاد الحول من حين الكبر • وقال بعضهم الخلاف فيمن كانت له امهات فمضت ستة اشهر فولدت اولادا
ثم ماتت الامهات وبقي الاولاد ثم تم الحول وهي صغار وعلى هذا اذا استفاد صغارا في وسط الحول ثم هلكت المسان اما الحجة
على زفر فما روى البخاري في الصحيح باسناده الى ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذا على اليمن قال انك تقدم
على قوم اهل الكتاب وليكن اول ما تدعوهم اليه عبادة الله فاذا عرفوا الله فاخبرهم ان الله قد فرض عليهم خمس صلوات في يومهم د
وليلتهم فاذا فعلوا فاخبرهم ان الله فرض عليهم زكاة اموالهم وترد على فقرائهم فاذا اطاعوا بها فخذ منهم وتوق كرايم اموال
الناس وحدث الطحاوي باسناده الى هشام ابن عروة عن ابيه عن عايشة قالت بعث النبي صلى الله عليه وسلم مصدقا في اول
الاسلام فقال لا تاخذ من حزرات الناس ونهى عليه الصلاة والسلام عن اخذ الماخض والربا وفحل الغنم وكرايم اموال الناس
خيارها على الحجاز وحزرة المال خياره والحزرات والماخض التي في بطنها ولد والربا التي معها ولدها والفحل ظاهر ولا د
شك ان لو اخذ مسنة من اربعين حملا كان اخذا من خيار المال وذلك خلاف السنة فلا يجوز ولان الكبير انما يكون اكثر قيمة من
قيمة مجموع الصغار او من قيمة اكثرها وذلك اجحاف فلا يجوز لان وضع الزكاة على وجه اليسر • واما الحجة على ابي يوسف فما
حدثنا ابو بكر الرازي عن الشيخ ابو الحسن الكرخي باسناده الى سويد بن غفلة قال اتانا مصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم فاتيته
فجلست اليه فسمعته يقول في عهدي ان لا اخذ من راضع لبن شيا ودليل العرض تارة يتغير بزيادة العدد وتارة بزيادة العمل
السن فيكون لنقصان السن تاثير في منع وجوب الزكاة كنقصان العدد فيكون اربعون حملا كتسعة وثلاثين مسنة فلا فيها شي
ولان النبي صلى الله عليه وسلم اوجب الزكاة باسم الشاة وعدده وكذلك في الابل والبقر فلو وجد الاسم وعدم العدد د
لا تجب الزكاة فكذا اذا وجد العدد وعدم الاسم لان الحمل لا يسمى شاة • فان قلت اسم الابل والبقر والغنم يتناول الصغا
والكبار فيجب في الصغار كما يجب في الكبار • قلت لا نسلم ان الاسم يتناول الصغار منفردة بخلاف ما اذا كان معها كبير حيث د
يتناولها الاسم بسبيل التبعية وهذا كلفظ المذكر يقع في الاناث عند الاجتماع ولا يقع عليها منفردة • فان قلت
قد روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه قال لو منعوني عناقا مما كانوا يؤدونه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم
عليه وهذا يدل على جواز اخذ الصغار • قلت معناه لو كان العناق مما يجب ثم منعوني لقاتلتهم كقوله تعالى لو كان فيهما د
الهة الا الله لفسدتا وايضا ان السعاة كانوا ياخذون الصدقات فيجمعونها في ايديهم فتوالد في ايديهم فيكون معناه د
لو منعوني عناقا مما ولد في ايديهم لقاتلتهم وقيل الصحيح من الرواية لو منعوني عقالا • قال الكسائي العقال صدقة
عام فيقال قد اخذ منهم عقال هذا العام اذا اخذت منه صدقته وقيل العقال الحبل • قال ابو عبيد ويروى ان عمر بن الخطاب
كان ياخذ مع كل فريضة عقالا فاذا جاءت الى المدينة باعها وتصدق بالعقال فالعقال ليس بواجب في الصدقة فكذا
العناق **قوله** وهذا آخر اقوال ابي حنيفة لانه له اقوال الثلاثة كما ذكرنا **قوله** وكان يقول اولا

اي كان يقول ابو حنيفة **قوله** وجه قوله الاول وهو قوله يجب فيها ما يجب في المسان اي في الكبار ان الاسم د
المذكور في الخطاب ينتظم الكبار والصغار لان الابل والبقر والغنم اسم جنس فنقول لا نسلم ان الاسم لا يتناول الصغار د
اذا كانت وحدها **قوله** ووجه الثاني اي القول الثاني وهو قوله فيها واحدة منها تحقيق النظر من الجانبين اي من
جانبي الفقير والغني وهذا لان في ايجاب الكبير اضرارا بالغني في عدم ايجاب شي اضرارا بالفقير فوجب واحد من الصغار
قوله ووجه الاخير اي القول الاخير وهو قوله ليس في الحملان والفصلان والعجاجيل صدقة ووجهه ان المقدرات
لا تثبت بالقياس والذي ورد به الشرع في زكاة الغنم الثني فهو ممتنع لان اخذ من الصغار اخذ خيار المال ولا يجوز فلما د
امتنع ما ورد به الشرع امتنع الزكاة في الصغار اصلا لعدم ثبوت المقادير بالقياس **قوله** دون تاديه الزكاة يعني
جعل الصغار تبعا للمسن في انعقاد النصاب دون تاديه الزكاة حتى اذا تم واحد من الصغار فلا يجوز لما روي عن عمر انه قال
لسعاته عدوا عليهم السخلة ولو راح بها الراعي على يده وشكى اليه الناس فقالوا ان سعاتك يعدون علينا السخلة ولا ياخذونها في
الصدقة فقال الساعي عفونا لكم عن الربا والماخض والاكلة وفحل الغنم والاجلة التي يتمنها صاحبها لبا كلها وتفسيرها في الالفاظ
مر به • قال في الزيادات رجل له تسعة وثلاثون حملا ومسنة واحدة فان كانت المسنة وسطا اخذت وان كانت جيدة لم يوخذ ويؤدي
صاحب المال شاة وسطا وان كانت دون الوسط لم يجب الا هي فان هلكت الكبيرة بعد الحول بطل الواجب كله عند ابي حنيفة
ومحمد لان الصغار كانت تبعا للكبار عندهما وعند ابي يوسف يجب في الباقي تسعة وثلاثون جزءا من اربعين جزءا من حمل لان الفضل
على الحملان انما وجب باعتبار الكبيرة فيبطل بهلاكها واذا هلك الكل الا الكبيرة فان فيها جزءا من اربعين جزءا من شاة مسنة لان كل الواجب
لم يكن فيها بل كان فيها وفي الصغار تبعا فكانت الصغار كانها كبار فاذا هلكت الصغار بقيت الكبار بقسطها وكذلك رجل له ارجل لحمي
اربعة وعشرون فصيلا وبنت مخاض سمينة او وسط وكذلك تسعة وعشرون عجولا وفيها مسنة او تبيعة ثم الاصل الذي
يعتبر في حال اختلاط الصغار والكبار ان يكون العدد الواجب في الكبار موجودا كما اذا كان له مسنان ومائة وتسعة عشر حملا
فانه يجب مسنتان في قولهم اما اذا كان له مسنة ومائة وعشرون حملا يجب مسنة واحدة عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
يجب مسنة وحمل وكذا تسعة وخمسون عجولا وتبيع حيث يوخذ التبيع فحسب عندهما لانه ليس فيها ما يجزي في الوجوب غيره وقال
ابو يوسف يوخذ التبيع وعجل معه وكذلك خمس وسبعون فصلان وبنت لبون تعتدهما يوخذ بنت لبون وفصيل كذا
ذكر الشيخ ابو الحسين القدوري وغيره من اصحابه **قوله** ويجب في كل خمس وعشرين واحد الى اخره • قال صاحب
الاجناس قد اختلفت الروايات عن ابي يوسف في كيفية اداء الزكاة عن الفصلان فقال في املا محمد ابن الحسن رواية د
بشر ابن سماعيل قال ابو يوسف اذا بلغ الفصلان عددا يجب واحدا منها لو كانت كلها كبارا يجب فيها فصيل وهو قدر خمسة
وعشرين ثم لا يجب شي اخرى حتى يبلغ عدد الفصلان ستة وسبعون فيجب فيها فصيلان لان يبلغ ستة وسبعين شي د
الواجب فيه في الكتاب حيث يجب بنتا لبون ثم لا يجب شي اخرى حتى يبلغ مايه وخمسه واربعين فيجب فيها ثلاثة من الفصلان
لانه يبلغ بتلك الواجب فيه في الكبار حيث يجب حقتان وبنت مخاض وقد اعترض محمد على ابي يوسف فقال انما اوجب
رسول الله صلى الله عليه وسلم الزكاة في جنس الابل بصفة مخصوصة وهو وجوب الزكاة من خمس الى خمسة وعشرين ومن خمسة
وعشرين الى ستة وسبعين وما لا يجب في هذين الوضعين كذلك في غيره ولا تحد لابي يوسف ان الفرض يتغير بالسن د
والعدد في الابل ولا سن في الفصلان فوجب اعتبار التغير بالعدد وفي كتاب الزكاة لحسن ابن زياد عن ابي يوسف في الفصلان
المنفردة في الخمس الاقل من واحدة ومن شاة وفي العشر الاقل من ثنتين منها ومن شاتين وفي خمسة عشر الاقل من ثلاثة منها ومن
ثلاث شياه في العشرين الاقل من اربعة منها ومن اربع شياه وفي خمسة وعشرين فصيل منها وفي ستة وثلاثين واحد منها
وفي ست واربعين واحد منها وفي احدى وستين واحد منها وفي ستة وسبعين اثنان منها • ووجه هذه الرواية ما قال القدوري
ان الكبار في خمسة منها شاة ويجزي واحد منها فكذلك الصغار يجزي واحد منها الا ان يعطي شاة فيجزي كما يجزي من الكبار وفي العشرة
من الكبار ضعف ما في الخمسة فوجب ان يكون في الصغار الاقل من ثنتين منها ومن شاتين وروي ان بكر العمي ايضا ولما سمع بذلك ابن ابي د
مالك ضحك فقال كيف يقول ابو يوسف في عشرين اربعة منها وفي خمسة وعشرين واحد فقيل له كانك تنكر الرواية فقال لا د
ولكن كان قولا لابي يوسف ثم رجع عنه • وروي الحسن ابن مالك عن ابي يوسف ان العشر منها الاقل من واحد منها ومن شاتين وهو
هو الصحيح لان الكبار يجزي في العشرة واحد منها فالصغار اولى وكذا في خمسة عشر ينظر الى قيمة ثلاث شياه والى قيمة فصل واحد
فيجب الاقل وفي العشرين يجب الاقل من اربع شياه ومن فصيل واحد وفي خمسة وعشرين يجب واحد منها كذا في شرح الطحاوي للاسبيجابي
وعن ابي يوسف يجب في الخمسة خمس فصيل وفي العشرة خمسا فصيل وفي خمسة عشر ثلاثة اخماس فصيل وفي عشرين اربعة اخماس
فصيل وفي خمسة وعشرين واحد منها وهذا معنى قوله في المتن على هذا الاعتبار وهذا لانه لما وجب في الخمسة والعشرين فصيل
يجب في الخمسة خمس الفصيل لان الخمسة خمس الخمسة والعشرين • وعن ابي يوسف انه ينظر في خمسة فصلان الى قيمة خمس فصيل
والى قيمة شاة فيجب الاقل منهما وفي العشر يجب الاقل من قيمة شاتين ومن قيمة خمسي فصيل وفي خمسة عشر يجب الاقل من قيمة ثلاث شياه ومن قيمة
ثلاثة اخماس فصيل وفي العشرين يجب الاقل من اربع شياه ومن اربعة اخماس فصيل وفي الخمس والعشرين يجب واحد منها ثم لا يجب في الزيادة
في كل الروايات كلها حتى تبلغ عددا لو كان الواجب فيه في الكبار فيجب فصيلان ثم لا شي حتى تبلغ عددا يبلغه الواجب فيه في الكبار فيجب
ثلاثة فصلان وبيان ذلك مر **قوله** ومن وجب عليه سن فلم يوجد الى اخره • والسن هي المعروفة وارادبها ذات سن ععرف

المضاف واقامة المضاف اليه مقامه او سمي بها صاحبها كما سمي المسنة من النوق بالناب لان الناب مما يستدل به على عمر الدابة • اعلم ان الابل اذا وجبت فيها الزكاة الفريضة كبنت مخاض وبنت لبون او حقة او جذعة فلم يوجد ذلك الواجب اخذ المصدق اعلى من الواجب ورد فضل القيمة او اخذ ادنى منه واخذ ما يتم به قيمة الواجب من الدراهم وقد جعل محمد الخيار في المصدق وقد قيل ينبغي ان يكون الخيار الى صاحب المال ان شاء دفع القيمة وان شاء دفع الاعلى واسترد الفضل من الدراهم وان شاء دفع الادنى وما يتم به قدر الواجب من الدراهم لان دفع القيم في الزكاة جائز عندنا وذلك الى رب المال دون المصدق واما الخيار للمصدق في فصل واحد وهو فيما اذا اراد ان يدفع لاجل الواجب بعض العين من سن اخر بطريق القيمة ان شاء اخذ المصدق وان شاء لم ياخذ كما اذا لم يجد وجبت بنت لبون فاراد صاحب المال دفع بعض الحقة او كان الواجب الحقة فاراد رب المال دفع بعض الجذعة لان التشقيص في العين عيب وهذه المسئلة مبنية على ان اخذ القيمة في الزكاة جائز عندنا والاصل في ذلك ما روى البخاري في الصحيح بقوله حدثنا محمد ابن عبد الله حدثنا ابي حدثنا ثمامة ان انسا حدثه ان ابا بكر كتب له فريضة الصدقة التي امر الله بها رسوله من بلغت عنده من الابل صدقة الجذعة وليست عنده جذعة وعنده حقة فانها تقبل منه الحقة ويجعل معها شاتين ان استيسرتا له او عشرين درهما ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده الحقة وعنده الجذعة فانها تقبل منه الجذعة ويعطيه المصدق عشرين درهما او شاتين ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده الا بنت لبون فانها تقبل منه بنت لبون ويعطي شاتين او عشرين درهما ومن بلغت صدقته بنت لبون وعنده حقة فانها تقبل منه الحقة ويعطيه المصدق عشرين درهما او شاتين ومن بلغت صدقته بنت لبون وليست عنده وعنده بنت مخاض فانها تقبل منه بنت مخاض ويعطي معها عشرين درهما او شاتين • وقد ذكر في السنن في حديث ابي بكر رضي الله عنه فان لم يكن فيها بنت مخاض فابن لبون ذكر وانما امر بابن لبون مقام بنت مخاض لان قيمته حينئذ كانت مثل قيمتها ثم المعتبر ما بين القيمتين في الزيادة والاسترداد التركان لان القيمة تتفاوت باختلاف الرخص والغلاء وتقدير العشرين في الحديث ليس بلازم لانه كان بحسب الغالب في ذلك الزمان المصدق اخذ الصدقة من قولهم صدقته اذا اخذ الصدقة كذا في ديوان الادب قوله الا ان في الوجه الاول له ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه شراء واراد بالوجه الاول • قوله اخذ المصدق اعلى منها ورد الفضل فيه نظر عندي لانهم قالوا الخيار الى صاحب المال حتى يكون رفقا به لان الزكاة وجبت بطريق اليسر فاذا كان للمصدق ولاية الامتناع من قبول الاعلى يكون العسر في ذلك فالعود على الموضوع بالنقض فلا يجوز وفيه ايضا خلاف السنة لان من لزمته الحقة يقبل منه الجذعة اذا لم يكن عنده حقة وكذلك من لزمته بنت لبون وعنده حقة يقبل منه الحقة ويعطي المصدق عشرين درهما او شاتين • وقد ذكرنا حديث الصحيح قبل هذا واردنا بالوجه الثاني قوله او اخذ دونها واخذ الفضل • وقوله ويجوز دفع القيم في الزكاة عندنا • اعلم ان دفع القيمة في باب الزكاة والعشر والخراج والنذر والكفارة وصدقة الفطر يجوز عندنا خلافا للشافعي له النصوص والقياس على الهدي والاضحية • ولنا ما ذكرنا قبل هذا من حديث الصحيح والسنن لان جواز اخذ الجذعة عن الحقة واخذ الحقة عن بنت لبون ورد شاتين او عشرين درهما ليس الا بطريق القيمة ولان اداء البعير عن خمس من الابل جائز بالاتفاق كذا ذكره ابو بكر الرازي وغيره والشرع لم يوجب في الخمسة منها الا شاة فدل ان البعير قام مقام الشاة بطريق القيمة لان ذلك غير المنصوص • وقد روى ابو عبيد في حديث معاذ ابن جبل انه كان يقول باليمن ائتوني بخميس او لبيس اخذه منكم في الصدقة فانه ايسر عليكم وانفع للمهاجرين بالمدينة • قال الاصمعي الخميس الثوب الذي طوله خمس اذرع كانه يعني الصغير من الثياب واللبيس الخلق فدل هذا على جواز القيمة لان اخذ الثياب عن الذهب والفضة والطعام والماشية في الصدقة لم يكن الا بطريق البدل ولان الامر بالاداء الى الفقير ايصال للرزق الموعود الى الفقير فيخرج عن عهدة الامر بقيمة الشاة كما يخرج عنه بعين الشاة • بيانه ان الله تعالى وعد الرزق لعباده بقوله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها ثم لما امر الله تعالى الغني باداء الزكاة التي هي حق الله تعالى خالصا الى الفقير الذي له حق بحكم الوعد علم ان المقصود من الامر باداء الزكاة ايصال ذلك الرزق الموعود بكفاية الفقير فصار كان الشرع قال للغني ادما علمك من حق للفقير الذي له الحق بحكم الوعد ثم كما يحصل رزق الفقير وكفايته بعين الشاة تحصل بقيمتها ايضا بل اولى لان الفقير بعين الشاة يتوسل الى نوع من الكفاية وهو الاكل وبقيمتها الى انواع من الكفاية فيخرج عن العهدة بالقيمة بالطريق الاولى وانما لم يجز اعطاء القيمة عن الهدايا والضحايا والرقاب لان معنى القربة اراقة الدم وذلك لا يتقوم فلم يقم شيء اخر مقام ذلك وكذلك الاعتاق لان معنى القربة اتلاف الملك ونفي الرق وذلك لا يتقوم • فان قلت لا نسلم ان المقصود كفاية الفقير ولهذا لا يجوز اداء الزكاة الى الفقير الكافر والى الوالدين والولد وان كانوا فقراء • قلت انما لم يجز اداؤها اليهم لان الشرع لم يامر باداءها اليهم • فان قلت لو كان المقصود كفاية الفقير فلا يخلو اما ان يكون كفاية العمر وكفاية الحال فالاول ممنوع لانها تحصل عن قدر الزكاة وكذا الثاني لان اداء الزكاة يجوز الى من له كفاية الحال كمن كان له خادم ودار وما يساوي ذلك من الدراهم • قلت المقصود لا ذاك ولا ذا بل المقصود الكفاية الحاصلة بقدر الزكاة فلا يرد السؤال قوله كالجزية يعني ان اداء الزكاة بالقيمة في الجزية يجوز بالاتفاق لانه ادى ما لا متقوما عن الواجب فكذا يجوز القيمة في الزكاة لهذا المعنى قوله وليس في العوامل والعلوفة صدقة خلافا لمالك والعلوفة بفتح العين ما يعلف من الغنم وغيرها الواحد والجمع سواء والعلوفة بالضم جمع علف كذا قاله المطرزي يقال علفت الدابة ولا يقال اعلفتها والدابة معلوفة وعليف كذا في الجمهرة • وجه قول مالك ان النصوص المقتضية للزكاة عامة تشمل السائمة وغيرها كقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة وقوله عليه الصلاة والسلام في كل خمس ذود شاة • ولنا ما روى ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي

باسناده الى علي ابن ابي طالب عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على العوامل شيء • وروى محمد في الاصل عن ابي حنيفة عن الهيثم عن حدثه عن علي ابن ابي طالب انه قال ليس في الابل العوامل والحوامل صدقة • وروى ابو بكر الرازي ايضا فيه باسناده الى الليث عن طاوس عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس في البقر العوامل صدقة وقد صح الحديث في الصحيح البخاري وغيره في كتاب ابي بكر الصديق لانس في فريضة الصدقة التي فرض رسول الله على المسلمين والتي امر الله به رسوله فمن سئلها من المسلمين على وجهها فليعطها ومن سئل فوقها فلا يعط • قال في اخر الحديث وفي صدقة الغنم في سائمتها اذا كانت اربعين الى عشرين ومائة شاة • فعلم من هذا الحديث ان لا زكاة في العلوفة لانه ذكر السائمة وبقي الجواب عما سواها حيث قال ومن سئل فوقها فلا يعط ولان الزكاة تجب بوصف النماء • الا ترى ان العروض اذا كانت لغير التجارة لا تجب فيها الزكاة ولا نماء في العوامل والعلوفة فلا تجب الزكاة وعموم النصوص خص منه اشياء كثيرة كثياب البذلة والمهنة وما دون النصاب فخص الشافعي بما ذكرنا وبالقياس ودليله الاسامة او الاعداد للتجارة اي دليل المال النامي يعني ان الحكم يدار على الدليل فلما لم يوجد الدليل لم تجب الزكاة قوله ولا ياخذ المصدق اي اخذ الصدقة يقال اذا صدق اذا اخذ الصدقة كذا في الديوان قوله لقوله عليه السلام لا تاخذوا من حزرات اموال الناس اي كرائمها وفي هذا التفسير نظر عندي لان تفسير النبي بلفظ الجمع غير لان حزرة المال خياره والكرائم تستعمل في خيار الاموال وتفسيرهما على المجاز • قال ابو عبيدة الحزرة خيار المال ويقال الحزرات وحزرات • قال بعضهم سميت حزرة لان صاحبها لا يزال يحزرها في نفسه وسميت حزرات لان صاحبها يحرزها كذا في الغريبين • وقوله من حواشيها اي اوساطها وفيه نظر ايضا لان الحواشي جمع حاشية ولم يجئ بمعنى الوسط بل معناه خذوا من جانب من جوانبها من غير الخيار وهي في الاصل جمع حاشية الثوب وغيره لجانبه كذا في المغرب ورذال المال رديه قوله ولان فيه نظرا من الجانبين اي لان في الوسط نظرا من الجانبين اي من جانبي الفقير والغني وهذا الانه فوق الهزيل ودون السمين ففي الاول نظر للفقير وفي الثاني نظر للغني فافهم قوله ومن كان له نصاب فاستفاد في اثناء الحول من جنسه ضمه الى ماله وزكاه به • اعلم ان الفائدة على ضربين من جنس الاصل او من غير جنسه • والثاني لا يضم الى الاصل بالاتفاق بل يستانف له حول اخر كما اذا كانت له ابل فاستفاد بقرا وغنما في اثناء الحول والاول لا يخلو اما ان كان حاصلا بسبب الاصل كالاولاد والارباح وذلك يضم بالاجماع وان كان حاصلا بسبب مقصود في نفسه كالموروث والمشتري والموهوب ونحوها يضم عندنا خلافا للشافعي • لنا ان النبي صلى الله عليه وسلم اوجب في خمس وعشرين من الابل بنت مخاض الى خمس وثلاثين فاذا زادت واحدة ففيها بنت لبون ولم يفصل بين الزيادة في اول الحول او في اثنائه • وقد روي عن عمر انه قال للساعي عد عليهم السخلة وان راح بها الراعي على كفه ولم يفرق بين ان يكون السخلة من الاصل او من غيره ولان كل زيادة في اول الحول اذا حدثت وجب ضمها اليه فاذا حدثت في اثناء الحول جاز ان يضمها كالسخال ولان الحول والنصاب شرط في حق الاصل للتيسير ثم اشتراط النصاب شرط في الفائدة بالاتفاق فيسقط اشتراط الحول ايضا لان اعتبار الحول في كل مستفاد واسبابه كثيرة كالتجارة والكسب والارث والهبة والصدقة والوصية يفضي الى العسر وهو خلاف موضوع الزكاة فلا يجب والمراد بالضم ان تجب الزكاة في الفائدة عند تمام الحول على الاصل • فان قلت قد صح في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول فعلى تقدير الضم يجب القول بايجاب الزكاة من غير اشتراط الحول • قلت لا نسلم لانا جعلنا حولان الحول على الاصل حولا للحول على الفائدة ولهذا لا يعتبر في السخال حول على حدة • فان قلت العلة في السخال كونها حاصلة من الامهات فتجب الحق بطريق التراية • قلت لا نسلم ان الحق في السخال بطريق السراية لانه لو كان كذلك لم يجب في السخال حتى عند تمام الحول على الاصل لان السخالة الباقية باقية من الامهات في ذلك الوقت والحق الواجب في الاصل لا يسري في الاولاد الباقية كالعتق وسائر الحقوق وايضا قد تجب الزكاة في الامهات لاجل الاجل الاولاد • الا ترى ان من كانت له مائة وعشرون شاة فولدت واحدة قبل الحول فتم الحول يجب فيها شاتان فصار حدوث الولد موجبا للحق في الام وفي سائر الغنم التي ليس هو منها فعلم ان القول بالسراية من الامهات الى الاولاد فاسد ثم انما قيد بقوله فاستفاد في اثناء الحول لان المستفاد في اول الحول فذلك بعينه يضم بالاتفاق والمستفاد بعد الحول لا يضم بالاتفاق ثم اذا كان له نصاب في اول الحول فهلك بعضه بعضه في اثناء الحول فاستفاد تمام النصاب او اكثر يضم ايضا عندنا لان نقصان النصاب كالمستفاد مع كماله قوله والزكاة عند ابي حنيفة وابي يوسف في النصاب دون العفو الى اخره • اعلم ان المال اذا اجتمع فيه نصاب وعفو يتعلق الوجوب بالنصاب دون العفو عند ابي حنيفة وابي يوسف حتى اذا هلك قدر العفو لا يسقط شيء من الزكاة • وقال محمد وزفر الوجوب يتعلق بهما وما هلك يهلك منهما وهو احد قولي الشافعي • وجه قول محمد وزفر ان ما يتعلق به الوجوب ليس بعين لان الواجب لا يتعلق بالاربعين المعين من ثمانين شاة فاذا هلك اربعون من الثمانين شاة يشيع الهلاك في النصاب والعفو جميعا كما لو اختلط النصاب بمال اخر ثم هلك البعض يشيع الهلاك كما اذا كان له الف ما بين درهم فحال الحول ثم ورث مائتي درهم فخلطها بالمائتين فهلك النصف يسقط نصف الزكاة فكذا هنا ولان الاربعين ادنى نصاب تتعلق به الزكاة فاذا زاد عليه يتعلق الواجب بالكل كما ان ادنى الفرض في القراءة اية عند ابي حنيفة وعندهما ثلاث ايات فاذا قرا مائة اية يتعلق الفرض بالكل فاذا كان كذلك يسقط الوجوب بقدر الهالك ويبقى بقدر الباقي ولان الزكاة وجبت شكرا لنعمة المال والكل نعمة فيتعلق الوجوب بالكل • وجه قول ابي حنيفة ان النبي عليه الصلاة والسلام اوجب في اربعين شاة شاة وجعل ما زاد عفوا الى مائة

وعشرين فثبت ان الوجوب لا يتعلق بالعفو ولان هذه زيادة لا يتبدل بها الوجوب فلا يتعلق بها الوجوب كالزيادة المستفادة
من غير الجنس ولان العفو تابع للنصاب بدليل انه لا يثبت الا بعد وجوب النصاب فيصرف الهلاك اليه اولا كالربح في د
باب المضاربة وابو يوسف يقول الاثر في العفو كذلك اما النصب فيشيع الهلاك فيها لان كل واحد اصل وليس احد النصب
اولى بصرف الهلاك اليه اولا كالربح في باب المضاربة وابو يوسف يقول الاثر في العفو كذلك اما النصب فيشيع الهلاك فيها
لان كل واحد اصل وليس احد النصب اولى بصرف الهلاك اليه من الباقي • وقال ابو حنيفة النصاب الزايد تبع من وجه لوجوده
بعد النصاب الاول فيصرف الهلاك الى النصاب الزايد اولا • بيانه فيما قال في الجامع الكبير رجل له ثمانون شاة فحال الحول
فهلك اربعون بقي الشاة الواجبة عند ابي حنيفة وابي يوسف صرفا للهلاك الى العفو • وعند محمد وزفر يبقى نصف الواجب
صرفا للهلاك الى الكل شايعا ولو هلك ستون شاة بقي من الواجب شاة كامله لما ثبت وعشرون فهلك ثمانون بقي الشاة الواجبة عندهما
وعند محمد وزفر يبقى ثلث شاة ولو كان له مائة واحد وعشرون شاة وهما نصابان فهلك احد وثمانون بقي من الواجب شاة
عند ابي حنيفة صرفا للهلاك الى النصاب الزايد عنده وعند ابي يوسف ومحمد وزفر يجب اربعون جزا من مائة واحد د
وعشرين جزا من شاتين بصرف الهلاك الى الكل شايعا ولو هلك شاة بقي من الواجب شاة عنده صرفا للهلاك الى النصاب الزايد
فصار كانه لم يملك الا مائة وعشرين شاة وعند ابي حنيفة يوسف ومحمد وزفر يسقط جزء واحد من مائة واحد وعشرين جزا
من شاتين ويبقى الباقي واذا كان له اربعون من الابل فهلك منها عشرون بعد الحول بقي الباقي اربع شياه عند ابي حنيفة لان
الهالك كان لم يكن بدليل انه لا يغير زكاته فصار كان الحول حال على عشرين • وعند ابي يوسف عشرون جزا من ستة وثلاثين
جزا من بنت لبون كان الاربعة الزايدة على الستة والثلاثين عفو فيصرف الهلاك الى الاربعة اولا ثم الهلاك شايع في الكل
فيسقط بقدر الهالك • وعند محمد نصف بنت لبون لان اصله ان الواجب يتعلق بالنصاب والعفو فيجب عنده بنت د
لبون في الاربعين فاذا هلك النصف سقط نصف الواجب واذا كان الابل خمسا وعشرين فهلك منها عشره • قال الشيخ ابو
الحسين القدوري قياسه على ما روى محمد عن ابي حنيفة ان في الباقي ثلاث شياه لانه يجعل الهالك كان لم يكن وفي قولهما
وقول زفر ثلاثة اخماس بنت مخاض والله اعلم • ثم ينبغي لك ان تعلم ان العفو عند ابي حنيفة في جميع الاموال وعند زفر
لا يتصور العفو الا في السوايم لان ما زاد على مائتي درهم لا عفو فيه عندهما **قوله** وعند ابي يوسف يصرف في العفو د
اولا ثم الى النصب شايعا • قال الامام الزاهد العتابي • قال بعضهم ان ابا يوسف مع ابي حنيفة في النصب كما في العفو ثم قال
وهو الاصح **قوله** واذا اخذ الخوارج الخراج وصدقة السوايم لا يثنى عليهم • اعلم ان اهل البغي اذا ظهروا فاخذوا خراج الارض
وصدقة السوايم من الابل والبقر والغنم لا يوخذ الصدقة والخراج من اربابها اما الخراج فلانهم مستحقون له لانهم د
يذبون عن الاسلام ويقرونه يوصل الحق الى المستحق لان مصرف الخراج المقاتلة وهم يقاتلون اهل الحرب واما الصدقة
حيث لم يحمهم عن اهل البغي فلا توخذ صدقتهم ثانية لكن يفتى على اصحاب السوايم اخراج الصدقة مرة ثانية فيما بينهم وبين
الله تعالى لانا نعلم انهم لا يصرفون الصدقة مصارفها • قال فخر الاسلام ثم قال بعض مشايخنا اذا نووا عند اخراج الخراج د
الصدقة عليهم وكذلك كل سلطان ظالم لا يودي ما ياخذ من الصدقات الى اربابها ومصارفها وذلك ان هولاء لو حوسبوا د
بما لهم عليهم لكانوا افقر • وقال بعضهم لا يجزيهم هذا لان علم ما يوخذ شرطا لاحوط ان تعاد **قوله** من د
التبعات يعني من الحقوق التي عليهم كالديون والمغصوب والتبعة ما اتبع به **قوله** والاول احوط اي القول الاول
وهو اعادة الصدقة دون الخراج هو الاحوط لما ان فيه الخروج عن العهدة بيقين **قوله** وليس على الصبي
من بني تغلب في سايمته شي • اعلم ان الصبي التغلبي اذا كان له سايمة من الابل والبقر والغنم لا يجب عليه فيها شي واختلفوا في المراة
التغلبية • قال ابو حنيفة وصاحباه يجب عليها ما يجب على رجالهم اي الصدقة المضاعفة • وقال زفر لا شي عليها كما لا شي على د
الصبي واصل ذلك ما ذكر فخر الاسلام البزدوي ان ابا تغلب من نصارى العرب وكان لهم شوكة وقوة فطالبهم عمر بالجزية فابوا وخاف
عمر ان يلحقوا بالروم قيصر واعوانهم وطلبوا ان يوخذ منهم ما ياخذ واهل المسلمين فابى ذلك عمر فكلم فيما بينهم وبينه داود بن
كردوس التغلبي او كردوس بن داود التغلبي فوقع الصلح على تضاعف ما يوخذ من المسلمين من الصدقات الواجبة ثم الصدقة توخذ
في سايمة المراة من اهل الاسلام دون سايمة الصبي فكذا في بني تغلب • وجه قول زفر ان الجزية هي الواجبة عليهم بالكتاب فاذا
وقع الصلح على بني جعل ذلك واقعا عما كان عليهم والجزية لا تجب على المراة كما لا تجب على الصبي لانها بدل عن القتل ولو كان خراجا لوجب
صبيانهم • ولنا ان الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والتضعيف لا يقتضي تبديل اصل الحق فيكون الماخوذ زكاة في حقهم ولهذا
لا يجب عليهم لشرايط الزكاة واسبابها والزكاة لا تنافي الانوثة فيجب على المراة دون الصبي والماخوذ خراج في حقنا لانه مال د
متعلق بالمال والحق الواجب عليهم المتعلق بالمال هو الخراج دون الجزية لان الجزية متعلقة بالروس فصار واجبا على المراة دون د
الصبي لهذين الوصفين وما قاله زفر قياس عندي لقول عمر هذه جزية فسموها ما شئتم وقد رواه الحسن عن ابي حنيفة مثل ذلك
ولكن ظاهر الرواية هو الاول **قوله** وان هلك المال بعد وجوب الزكاة سقطت الزكاة • اعلم ان من عليه الزكاة اذا
فرط في اداء الزكاة حتى هلك النصاب سقطت عنه الزكاة • وقال الشافعي لا تسقط ولو هلك قبل التمكن من الاداء تسقط وله
فيه قولان وعلى هذا العشر والخراج ذكره علاء الدين الامام العالم السمرقندي وغيره في طريقة الخلاف وهذا بنا على ان الزكاة
تجب في العين او في الذمة فعندنا تجب في العين وهو المشهور من قول الشافعي وفي قول اخر تجب في الذمة والعين مرهونة بها لنا

قو

قوله عليه الصلاة والسلام في كل خمس ذود شاة • وقوله عليه الصلاة والسلام في اربعين شاة شاة وقوله عليه الصلاة والسلام د
في الرقة ربع العشر ظرفا والنصاب ظرفا فيتعلق الواجب بعين النصاب لا بالذمة ثم لما تعلق الواجب بالنصاب سقط بهلاكه ولانه
مال هلك من غير فعله فلا يلزمه ضمانه كما اذا هلك قبل امكان الاداء ولان ما لا يكون مضمونا قبل امكان الاداء لا يصير مضمونا بالتاخير عن امكان
الاداء كالوديعة ولانه حق لمستحق غير معين دفعه اليه فلا يضمن بالتاخير كما اذا قال صاحب الوديعة للمودع سلم الوديعة الى اي
فقير شئت وهذا لان المستحق غير معين صاحب المال ولم يوجد منه الطلب فلا يكون الهلاك بعد طلب المستحق فلا يكون تعديا
فلا يضمن بخلاف ما اذا استهلكه لانه دخل في ضمانه بالاستهلاك فيبقى دينا في ذمته فلا يسقط وفيما اذا هلك بعد طلب الساعي
اختلف اصحابنا المتاخرون • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي يضمن • وقال ابو طاهر الدباس وابو سهل الزجاج لا يضمن وجه
قول الكرخي انها امانة عنده وقد هلكت بعد طلب من يملك المطالبة فيضمن كما اذا طلب صاحب الوديعة فمنعها المودع بعد امكان
الاداء وجه قول ابي طاهر وابي سهل ان المالك مخير في اعطاء العين او قيمتها فله ان يوخر الدفع لتحصيل العوض د
قوله منعه بعد الطلب وهذا لان الزكاة حق الله تعالى فيكون الطلب منه موجودا والهلاك بعد طلب صاحب الحق موجب
للضمان ومنع هذا ولا نسلم ان الهلاك بعد الطلب من صاحب الحق والمستحقون للزكاة هم الفقراء الذين ذكروا في قوله
تعالى انما الصدقات للفقراء الاية لا المولفة قلوبهم ولا يتعين من يدفع اليه الزكاة الا بتعيين صاحب المال ولا تعيين فلا يثبت الطلب
فيكون الهلاك قبل طلب صاحب الحق فلا يضمن **قوله** اعتبارا له بالكل يعني اذا هلك كل النصاب سقط كل الواجب عندنا
فاذا هلك بعض النصاب سقط بعض الواجب بقدر الهالك اعتبارا للبعض بالكل **قوله** ولو قدم الزكاة على الحول وهو مالك
للنصاب جاز • قال اصحابنا يجوز تعجيل الزكاة قبل ان يحول الحول في جميع الاموال اذا كان مالكا للنصاب في اول الحول واخره ومنه
في وسط الحول نصاب او بعضه • وقال مالك لا يجوز لنا ما روى الشيخ ابو الحسين القدوري ان النبي صلى الله عليه وسلم د
استسلف من العباس زكاة عامين ولانه حق موجل فاذا عجل فقد عجل حقا كالدين الموجل بخلاف ما اذا لم يكن عنده نصاب
حيث لا يجوز التعجيل لانعدام سبب الوجوب وبخلاف ما اذا عجل زكاة المائتين ثم هلك كل المائتين ثم استفاد مائتين اخريين
لم يعن المعجل عن المستفاد لانه عجل عن مال لا زكاة فيه والذي استفاده لم يعجل زكاته وكذا يجوز التعجيل لاكثر من سنة لما قلنا
قوله ويجوز لنصب اذا كان في ملكه نصاب واحد • اعلم ان تعجيل الزكاة لنصابين او لاكثر يجوز عندنا خلافا لزفر لنا
ان النصاب الاول اصل والزايد عليه تابع بدلالة الضم واذا كان كذلك كان وجود النصاب الاول شيئا لوجوب الزكاة
في المستفاد فجاز التعجيل للنصب لوجود سبب الوجوب وله انه عجل زكاة ما ليس في ملكه فلا يجوز اذا لم يكن عنده نصاب اصلا
وفيه نظر لان النصاب الاول اذا لم يوجد لا يوجد سبب الوجوب فلا يصح قياس المتنازع عليه • وقال اصحابنا اذا عجل
ثم هلك المال لا يرجع على الفقير • وقال الشافعي يرجع عليه اذا قال انها معجلة • لنا انه مال وصل الى الفقير بنية الزكاة فلا يجوز
الرجوع عليه كما اذا اطلق في الدفع بخلاف ما اذا هلك المال والمعجل في يد الساعي حيث يرد لان المقصود لم يتم وهنا قد تم المقصود
لانه وصل الى يد الفقير فلا يجوز الرجوع والله اعلم

باب زكاة المال

قوله في الفضة لما فرغ عن زكاة المال
ذكر زكاة السوايم شرع في بيان زكاة ساير الاموال من الفضة والذهب وعروض التجارة واراد بالمال مال التجارة كالنقد
وعروض التجارة وعقار التجارة وغيرها من اموال التجارة وان كان اسم المال يشمل السوايم وغيرها • وقد روي عن محمد ان المال
كل ما يملكه الانسان من دراهم او دنانير او ذهب او فضة او حنطة او خبز او حيوان او ثياب او سلاح او غير ذلك • وعن العرب
المال النصاب • وعن الليث مال اهل البادية النعم كذا ذكره المطرزي • والمال في اصطلاح اهل الحرز المقابلة ما يجتمع من
ضرب عدد في مثله كالتسعة من ضرب الثلاثة في الثلاثة وهم يسمون الثلاثة شيا اذا كان مجهولا واصحاب المساحة د
يسمون الثلاثة ضلعا والتسعة مربعا وساير الحساب يسمون الثلاثة جذرا والتسعة مجذورا وقد عرف في موضعه وتقديم
النقدين على عروض التجارة باعتبار انهما اصلان لساير الاموال في معرفة القيم • الا ترى انها تقوم باحدهما ثم تقديم
الفضة على الذهب لكثرة تداولها في الايدي **قوله** ليس فيما دون مائتي درهم صدقة وهذا لما روي في السنن د
مسندا الى علي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال هاتوا ربع العشر من كل اربعين درهما درهم وليس عليكم شي حتى تتم مائتي درهم
فاذا كانت مائتي درهم ففيها خمسة دراهم فما زاد فعلى حساب ذلك وبلغه فما زاد فعلى حساب كل اربعين درهما درهم د
قوله لقوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمس اواق صدقة تمام الحديث • ما ذكره البخاري مسندا الى ابي
سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس فيما دون خمس ذود صدقة من الابل وليس فيما دون خمس اواق صدقة
وليس فيما دون خمسة اوسق صدقة **قوله** وليس في الزيادة شي حتى تبلغ اربعين درهما وهذا قول ابي حنيفة • وقال
صاحباه ما زاد على المائتين فزكاته بحسابه وهو قول الشافعي • وجه قولهم ما روي في حديث علي فما زاد فعلى حساب ذلك ولانها
زيادة من جنس الاثمان فيها الزكاة كالاربعين درهما ولان الزكاة وجبت شكرا لنعمة المال والكل نعمة فيجب فيها الزكاة وانما د
اشترط النصاب الاول حتى يثبت الغنا لانه لا صدقة الا عن ظهر غنى واشتراط النصب بعد النصاب الاول في السوايم للاحتراز
عن التشقيص لان فيه ضرر الشركة • وجه قول ابي حنيفة ما روى ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي مسندا الى معاذ بن جبل
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امره حين وجهه الى اليمن ان لا ياخذ من الكسور شيا فاذا بلغ الورق مائتي درهم اخذ منها خمسة دراهم ولا

ولا ناخذ مما زاد حتى يبلغ اربعين درهما فناخذ منها درهما • وروي في حديث عمرو بن حزم فاذا بلغت مائتين ففيها خمسة دراهم
ثم في كل اربعين درهم وليس فيما دون الاربعين صدقة ومعنى فما زاد فعلى حساب ذلك اي في كل اربعين درهما درهم بدلالة الثاني
وقوله عليه الصلاة والسلام ولا ناخذ مما زاد حتى يبلغ اربعين درهما درهم ولان كل مال له نصاب كان له عفو بعد النصاب
كما في السوائم ولان كل حالة يعتبر فيها عفو النصاب يعتبر فيها عفو الاثمان كما في الابتداء ولان في ايجاب الكسور حرجا وهو المدفوع
شرعا ولا يجب فيما زاد على المائتين حتى يبلغ الاربعين • الا ترى ان من كان له مائتا درهم وسبعة دراهم تجب عليه في السنة الاولى خمسة
دراهم وسبعة اجزاء من اربعين جزءا من درهم على قولهما وفي السنة الثانية تجب خمسة دراهم وجزء واحد من اربعين جزءا من درهم صحيح
وجزء من اربعين جزءا من ثلاثة وثلاثين جزءا من اربعين جزءا من درهم وهذا لا يفهمه كثير من الفقهاء فكيف العامي الذي لا خبرة له
اصلا قوله والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو ان تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل • اعلم ان الدراهم كانت مختلفة
في زمن عمر وكانت على ثلاثة اصناف على ما ذكر في الفتاوى الصغرى صنف منها كل عشرة منها مثاقيل كل درهم عشرون قيراطا وصنف منها
كل عشرة ستة مثاقيل كل درهم اثنى عشر قيراطا وهو ثلاثة اخماس المثقال وصنف منها كل عشرة خمسة مثاقيل كل درهم نصف مثقال
عشرة قراريط وكان المثقال نوعا واحدا وهو عشرون قيراطا وكان عمر يطالب الناس في استيفاء الخراج باكبر الدراهم ويشق عليهم
ذلك والتمسوا منه التخفيف فشاور عمر اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجمع رايهم على ان ياخذ من كل نوع ثلاثة فاخذ فصار الدرهم
يوزن اربعة عشر قيراطا فاستقر الامر عليه في ديوان عمر وتعلق الاحكام به كالزكاة والخراج ونصاب السرقة وتقدير الديات ومهر
النكاح وهذا لان ثلث العشرين قيراطا ستة وثلثان وثلث الاثني عشر اربعة وثلث العشرة ثلاثة وثلث فالمجموع اربعة عشر قيراطا فكل
عشرة دراهم مثل وزن سبعة مثاقيل لان سبعة مثاقيل مائة واربعون قيراطا فكذا عشرة دراهم مائة واربعون قيراطا ومائتا درهم
مثل مائة واربعين مثقالا لان قدر الدرهم الواحد سبعة اعشار المثقال الواحد لان اربعة عشر قيراطا سبعة اعشار عشرين قيراطا
والمثقال الواحد مثل الدرهم الواحد ومثل ثلاثة اسباعه فاعرفه الدينار الواحد ستة دوانق وهو عشرون قيراطا وهو ستون حبة وهو
اربعة وعشرون طسوجا وهو مائة وعشرون شعيرة وهو مائتان واربعون ارزة والارزة خردلتان حديثتان من الخردل البري وكل شعيرة
ارزتان وكل حبة من الشعير شعيرتان وربع لان الدانق اربع ارزات وكل طسوج خمس شعيرات وكل قيراط اثني عشر ارزة ومن الحبات ثلاث حبات
ومن الشعير ست شعيرات وثلثا الدينار اربعون حبة ونصفه ثلاثون حبة وثلثه عشرون حبة وربعه خمسة عشر حبة وخمسه اثنى عشر حبة
وسدسه عشر حبات وثلثا حبة سبعه ثماني حبات واربعة اسباع حبة وثمنه سبع حبات ونصف وتسعه ست حبات وثلثا حبة وعشره
ست حبات • قال في خلاصة الفتاوى قيل القيراط في كل بلدة وزن تلك البلدة • وعن الامام ابي بكر محمد بن الفضل انه كان يوجب في كل مائتي
درهم بخارية خمسة بهاوية اخذ الامام شمس الائمة السرخسي قوله واذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة • قال الشارح
المغرب الورق بكسر الراء المضروب من الفضة وكذا الورقة • اعلم ان الورق اذا لم يكن خالصا وكان مختلطا بالغش فان كان الغالب هو الفضة
فيجب في المختلط ما يجب في الخالص من غير نية التجارة وان كان الغالب الغش وهي الستوقة فلا زكاة فيه اذا لم تكن معدة للتجارة الا ان يبلغ ما
فيه من الفضة نصابا فحينئذ يجب فيه الزكاة اما اذا كان معدا للتجارة فيعتبر ان تبلغ قيمته نصابا كما في سائر السلع وذلك لان الغش اذا
كان قليلا لا يعتبر به لان الفضة لا تنطبع الا بقليل غش فجعل القليل عفوا دون الكثير فجعل الفاصل بين القليل والكثير الغلبة فايهما كان اغلب
من الفضة او الغش كان الورق في حكمه قوله اعتبار الحقيقة يعني انما جعلنا الغلبة فاصلة بين القليل والكثير اعتبارا للحقيقة • بيانه
ان القلة والكثرة من اسماء المقابلة فالمراد به على النصف لا يتحقق الكثير والقليل لان الكثير ما يقابله قليل والقليل ما يقابله كثير
قوله الا ان في غالب الغش لا بد من نية التجارة هذا استثناء من قوله فهو في حكم العروض يعني ان الغش اذا كان غالبا في الورق كان
في حكم العروض فلا بد من نية التجارة لوجوب الزكاة قوله الا اذا كان يخلص منها فضة تبلغ نصابا هذا استثناء من قوله لا بد من نية
التجارة يعني ان الورق الغالب الغش انما يشترط فيه نية التجارة لوجوب الزكاة اذا لم يكن فيه فضة تبلغ نصابا فلا حاجة الى نية التجارة
لان في الفضة لا يشترط نية التجارة ثم الظاهر ان خلوص الفضة من الدراهم ليس بشرط بل المعتبر ان يكون في الدراهم فضة بقدر النصاب
بدليل ما ذكره الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره بقوله فان كانت ستوقة فلا زكاة فيها الا ان يكون يبلغ ما فيها من الفضة مائتين لان
الغالب على الستوقة الغش فاسم الدراهم لا يتناولها فاعتبر ما فيها من الفضة مائتين لان الغالب قوله لانه لا يعتبر في عين الفضة القيمة
ولا نية التجارة فيه نظر لانه لا حاجة الى ذكر القيمة وكان ينبغي ان يقول لا يعتبر في عين الفضة نية التجارة بخلاف العروض حيث يشترط فيها
نية التجارة على ما يجي بيانه

فصل

قوله في الذهب مروجه المناسبة لما روينا اشارة لما ذكر في فصل
الفضة انه عليه الصلاة والسلام كتب الى معاذ ان خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من الذهب نصف
مثقال قوله والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف فيه نظر لانه عرف المثقال بان يكون كل سبعة من الدنانير
وزن عشرة دراهم • وقد ذكر قبل هذا اعتبار الدراهم بان يكون كل عشرة منها سبعة مثاقيل فاحصل التعريف اصلا لا للدينار ولا
للدراهم لتوقف معرفة كل منهما على الاخر وقوله وهذا المعروف ليس بخبر عن الشيخ فلو قال والمثقال هو المعروف لكان الامر هو ما لكن
البيان للدراهم والدينار وهو ما حققته قبل هذا في فصل الفضة فاعرفه • وقد ذكر بعضهم في شرحه في هذا الموضع ما يكون عن التحقيق بعيد
الفرح منها اي من المثاقيل او من الدنانير قوله وذلك فيما قلنا اي ربع العشر فيما قلنا وهو ان في كل اربعة مثاقيل قيراطين لان القيراطين
من اربعة مثاقيل ربع العشر لان عدد المثاقيل وهي اربعة اذا ضرب في عدد قراريط المثقال وهو عشرون يكون ثمانين وعشر الثمانين ثمانية وربع
الثمانية اثنان فيكون القيراطان ربع عشر اربعة مثاقيل فاعرفه قوله وهي مسئلة الكسور اي هذه المسئلة هي وجوب الزكاة فيما

دون اربعة مثاقيل عندهما وعدم وجوبها فيه عند ابي حنيفة مسئلة الكسور يعني ان الكسور لا زكاة فيها عند ابي حنيفة وتجب
عندهما بحساب ذلك وقد مر التحقيق في فصل الفضة من الجانبين فيكون الكلام هنا كالكلام ثم لان الخلاف في الموضعين قوله وكل
دينار عشرة دراهم في الشرع فيكون اربعة مثاقيل في هذا كاربعين درهما وفيه نظر لانه اراد بهذا التقدير ان الدينار والمثقال سواء وقد
قرر هذا ان عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل لا وزن دينار واحد فكيف يكون الدينار مثل عشرة دراهم نعم قد كانت الدراهم كذلك في
الابتداء ولذلك قدر الدية من الذهب الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم • وعن علي لا قطع في اقل من دينار او عشرة دراهم وضرب
عمر الجزية على من بلغ الحلم اربعين درهما او اربعة دنانير وكل دينار في الزكاة عدل بعشرة دراهم • الا ترى ان عشرين مثقالا من الذهب يقابل
بمائتي درهم فثبت ان قيمة الدينار كانت يومئذ عشرة دراهم • كذا ذكره ابو بكر الرازي في كتاب الديات من شرح الطحاوي ثم جعل
عمر كل عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل فاستقر الامر على ذلك في تقدير نصب الزكاة والديات والمهور ونصاب السرقة وغير ذلك
قوله فيكون اربعة مثاقيل في هذا كاربعين درهما وهذا مسلم لان اربعة مثاقيل خمس عشرين مثقالا كما ان اربعين درهما خمس
المائتين ثم الواجب في باب الزكاة ربع العشر بالحديث وذلك قيراطان من اربعة مثاقيل ودرهم واحد من اربعين درهما قوله وفي
تبر الذهب والفضة وحليهما واوانيهما الزكاة • وقال الشافعي لا يجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال التبر ما كان من الذهب
والفضة غير مضروب • اعلم ان الزكاة عندنا واجبة في حلي الذهب والفضة سواء كانت حليا يحل استعمالها او لا • لنا ما روي في السنن
او لا وعند الشافعي لا زكاة في الحلي الذي يحل استعمالها وله في الحلي الذي لا يحل استعمالها قولان • لنا ما روي في السنن مسندا الى عطاء
عن ام سلمة قالت كنت البس اوضاحا من ذهب فقلت يا رسول الله اكنز هو فقال ما بلغ ان تؤدى زكاته فزكي فليس بكنز • وروي في السنن
ايضا مسندا الى عبد الله بن شداد بن الهاد انه قال دخلنا على عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فقالت دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقالت دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فراى في يدي فتخات من ورق فقال ما هذا يا عائشة قلت صنعتهن اتزين لك يا رسول الله قال
اتؤدين زكاتهن قلت لا او ما شاء الله قال هو حسبك من النار قيل لسفيان كيف يزكيه قال تضمه الى غيره • وفي السنن ايضا عن عمرو بن شعيب عن
ابيه عن جده ان امراة اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعها ابنة لها وفي يد ابنتها مسكتان غليظتان من ذهب فقال لها اتعطين زكاة
هذا قالت لا قال ايسرك ان يسورك الله بهما يوم القيامة سوارين من نار قال فخلعتهما فالقتهما الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت هما لله
ورسوله والوضح الحلي وجمعه اوضاح والفتخات جمع فتخة وهي الخاتم الذي لا فص له والمسك بفتح الميم والسين المهملة السوار ولان الزكاة
حكم متعلق بوصف لازم لعين الذهب والفضة وهو وصف الثمنية فيبقى ما بقي العين كالانحلال لما كان متعلقا بوصف لازم لعين
الذهب والفضة وهو الوزن عندنا والثمنية عند الخصم بقي ما بقي العين فان قلت قيل لا نسلم ان الزكاة متعلق بوصف الثمنية ولئن سلمنا ذلك
لكن لا نسلم ان الثمنية ملازمة لعين الذهب والفضة • قلت اما الجواب عن الاول فنقول ان سبب وجوب الزكاة المال النامي بدليل ان
العروض اذا كانت للتجارة تجب فيها الزكاة والانعام والابل اذا كانت سائمة تجب فيها الزكاة والانعام والاسامة والتجارة يوثران في النما
الا ان حقيقة النما ليست بمتبع لانه قد يحصل بالتجارة والنما بالاسامة وقد لا يحصل وقد يقل وقد يكثر ويختلف ذلك باختلاف الاشخاص
والازمان فاعتبر الدليل وهو التجارة والاسامة لكن التجارة لا يمكن اعتبارها حقيقة ايضا لانها قد تكون وقد لا تكون وقد تقل
وقد تكثر وقد تكون رابحة وقد تكون خاسرة ويختلف ذلك باختلاف الاشخاص والازمان فاعتبر الدليل وهو التجارة والاسامة
لكن التجارة لا يمكن اعتبارها حقيقة ايضا لانها قد تكون وقد لا تكون وقد تقل وقد تكثر وقد تكون رابحة وقد تكون خاسرة ويختلف ذلك
باختلاف الاشخاص والازمان فاعتبر دليل التجارة ودليلها في الذهب والفضة الثمنية لانها داعية الى التجارة وكانت الزكاة متعلقة
بوصف الثمنية واما الجواب عن الثاني فنقول ان المراد من الثمنية ان تكون الذهب والفضة بحال يقدر بهما مالية الاشياء ويتوصل به اليها
والذهب والفضة بهذه الصفة قبل الصياغة وبعدها فثبت ان الثمنية ملازمة للذهب او الفضة فيتعلق الحكم المتعلق وهو الزكاة ما بقي
عين الذهب والفضة ولئن كان عين لو لم يكن معدا للاستعمال وجبت فيها زكاتها فان الزكاة تجب فيها وان كانت معدة للاستعمال كالخاتم
والاواني ولا يرد علينا العروض اذ لا زكاة فيها اذا لم يكن معدة للاستعمال ما لم ينو بها نية التجارة • فان قلت حلي معدة للاستعمال المباح فلا
تجب فيها الزكاة قياسا على حلي اللالي والجواهر وعلى ثياب البذلة قلنا اما ثياب البذلة فلم يوجد فيها دليل النما الذي هو سبب وجوب الزكاة
لانا لا اعداد للنما اما باصل الخلقة او باصطلاح الناس فلم يوجد لا هذا ولا ذاك وكذلك اللالي والجواهر فانها لا تتعين للثمنية الا
بالاصطلاح ولم يوجد قوله بخلاف الثياب اي ثياب البذلة وهو جواب عن قول الشافعي وبيانا نذكره والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

في العروض وانما اخر هذا الفصل عن النقدين لكونهما ثابتا عليهما من حيث انما يقوم بهما والعرض بفتح
العين وسكون الراء ما ليس بنقد كذا في ديوان الادب والمراد به المتاع القيمي والجمع عروض
قوله الزكاة واجبة في عروض التجارة كائنة ما كانت يعني من اي جنس كانت • اعلم ان عروض التجارة تجب فيها الزكاة وقال
مالك اذا نضت زكاها لحول واحد • وقال نفاة القياس لا زكاة فيها كذا ذكره القدوري • لنا ما قال ابو بكر الرازي في شرحه
لمختصر الطحاوي روي عن عمر انه قال لحماس ابن عمرو اد زكاة العروض ولم يروه مالك قال انما مالي الجعاب والادم قال قومها وادي زكاتها وروي
عن ابن عمر وابن عباس زكاة العروض ولم يعرف عن غيرهم من السلف خلافه فصار اجماعا ولانه مال يطلب منه النما الامر بدل منافعه فيجب
الزكاة كما في السوائم لكن مالك لم يكن في العروض ويحتج على مالك بانه ما وجبت زكاته لحول من قيمتها لا عن الثمنية المعدودة من اعيان العروض
الحد وجب لكل حول كالسوائم والدراهم ثم الزكاة تجب في العروض في عينها حتى اذا هلكت بعد الحول سقطت الزكاة • وقال الشافعي
في قيمتها لنا العين فلا تجب الزكاة في قيمتها كما في السوائم وانما اعتبر التقويم ليعلم قدر النصاب كما اعتبر الوزن والعدد في الدراهم والدنانير

ليعلم بما قدر النصاب قوله لقوله عليه الصلاة والسلام فيها اي في عروض التجارة قوله ويشترط نية التجارة ليثبت الاعداد
اعلم ان نية انما تكون كافية في وجوب الزكاة في العروض اذا وجدت النية في حال الشرا لاقتران النية بعمل التجارة اما اذا حصل
الملك في العروض ثم وجدت نية التجارة فلا يكون للتجارة ولا يجب فيها الزكاة ما لم يوجد البيع لعدم اقتران النية بالعمل وقد مر بيانه من
قبل باب صدقة السوائم قوله تقومها بما هو الانفع للمساكين • قال الشيخ ابو نصر البغدادي وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو
يوسف يقومها بالثمن الذي اشتراها به دراهم كان او دنانير فان كان اشتراها بالعروض قومها بغالب نقد البلد وذكر ابن سماعة عن
محمد انها تقوم بالنقد الغالب في ذلك الموضع • وقال في زكاة كتاب زكاة الاصل ان شاء قومها بالدراهم وان شاء قومها بالدنانير
قال صاحب التحفة ومشايخنا حملوا رواية كتاب الزكاة على ما اذا كان لا تتفاوت النفع في حق الفقرا بالتقويم بايهما كان حتى
يكون جمعا بين الروايتين وجه قول ابي حنيفة ان المالك نظر له من حيث تقدير النصاب واعتبار الحول فوجب النظر للفقير باعتبار
الانفع وهو ان يقوم بما يبلغ نصابا حتى اذا قومت بالدراهم تبلغ نصابا واذا قومت بالدنانير لا تبلغ نصابا تقوم بالدراهم وان كانت تبلغ
نصابا على تقدير التقويم بالدنانير دون الدراهم تقوم بالدراهم • ووجه قول ابي يوسف ان المبدل له حكم المبدل ولهذا يبني حوله عليه
فصادف كان الثمن كان في يده • ووجه قول محمد ان كل ما يحتاج فيه الى التقويم يعتبر فيه النقد الغالب كما في المستهلكات د
قوله على كل حال سوا اشتري بالفضة او بالذهب او بالعروض قوله كما في المغصوب والمستهلك اراد بالمستهلك ما اذا
استهلكه من غير ان يغصبه قوله واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكاة • اعلم ان
كمال النصاب في ابتداء الحول وانتهائه شرط اما فيما بين ذلك فهل هو شرط • قال علماؤنا ليس بشرط • وقال زفر شرط كمال النصاب
من اول الحول الى اخره والنقصان فيما بين ذلك يقطع حكم الحول كذا في التحفة • وقال الشافعي يعتبر في السائمة والاثمان كمال النصاب
من اول الحول الى اخره كذا في شرح ابي نصر لنا ان النصاب انما اشترط في اول الحول لانه وقت الانعقاد والحول لا ينعقد على ما ليس بنصاب
واشترط في اخر الحول لانه وقت الوجوب وما بينهما ليس بوقت الوجوب ولا بوقت الانعقاد فلم يشترط كمال النصاب فيه كما في عروض التجارة
ولان اعتبار النصاب في اثناء الحول فيه تدقيق ولانه قد يزيد وقد ينقص واعتبار الزيادة او النقصان في كل ساعة يفضي الى الحرج والحرج مدفوع
شرعا وهذا كما في تعليق الطلاق والعتاق بدخول الدار حيث لا يعتبر حالة البقا ويشترط قيام الملك وقت اليمين لانه حال الانعقاد وكذا
وقت الدخول لانه وقت نزول الجزاء ولا يعتبر زواله فيما بين ذلك فان قلت الزكاة انما تجب بقدر معلوم وصفة معلومة فزوال الصفة
اعني صفة الاسامة فيما بين الحول يبطل الوجوب فلان يبطل زوال القدر اولى قلت ينتقض هذا بعروض التجارة فانه لا خلاف بين العلما ان
نقصان العروض التي للتجارة في اثناء الحول لا يوجب استيناف الحول فكذلك الدراهم والجامع بينهما بقاء بعض النصاب وليس النقصان كهلاك
الاصل فالمزكى نقصان العروض في اثناء الحول كهلاك الاصل قوله ويضم قيمة العروض الى الذهب والفضة وهذا لان
العروض انما تعتبر نصابا باعتبار القيمة فاذا قومت صارت قيمتها من جنس الدراهم والدنانير فيضم لوجود المجانسة والدليل على ان انعقاد
النصاب فيها باعتبار القيمة انها تقوم في ابتداء الحول للانعقاد وعند تمام الحول للوجوب فيكون الواجب جزا من النصاب باعتبار القيمة د
حتى يتخير بين ادا الجزء وادا القيمة ثم لا خلاف في الضم ولكن الخلاف في كيفية الضم • قال ابو حنيفة ان شا قوم العروض فضم قيمتها
الى الذهب والفضة بالقيمة ولكن تقوم العروض • وقال ابو يوسف ومحمد لا يضم الذهب والفضة بالقيمة ولكن تقوم العروض فيضم باعتبار
الاجزا وليس عندهما تقوم الدراهم والدنانير اصلا في باب الزكاة قوله لان الوجوب في الكل باعتبار التجارة وان افترقت جهة
الاعداد بيانه ان سبب وجوب الزكاة ملك النصاب النامي الفاضل عن الحاجة والنما اما بالاسامة واما بالتجارة ومال التجارة اما ان
باعداد الله تعالى وهو الذهب والفضة واما باعداد العبد وذلك بنية التجارة والتجارة جميعا فلما حصل النما بالتجارة ضمت فيه العروض
الى الذهب والفضة وان افترقت الجهتان في الاعداد والمراد باعداد الله تعالى خلق الذهب والفضة للتجارة قوله ومن هذا الوجه
صار سببا لوجوب الزكاة وتحقيقه مر قبل هذا الفصل • اعلم ان الذهب والفضة يضم احدهما الى الاخر عندنا لكن بالقيمة عند
ابي حنيفة وبالاجزا عندهما حتى اذا كان النصف من احدهما والنصف من الاخر والثلث من احدهما والثلثان من الاخر والربع من احدهما
والثلاثة ارباع من الاخر يضم بالاتفاق واما اذا كان من احدهما النصف ومن الاخر الربع يساوي قيمته النصف من الاخر يضم عند ابي حنيفة خلافا
لهما فيودي الزكاة من اي النوعين شا او يودي من الدراهم حصتها ومن الدنانير حصتهما • وجه قولهما ان المعتبر في الذهب والفضة
اعيانهما لا قيمتهما ولهذا لا يتعلق الزكاة بقيمة الذهب والفضة حالة الانفراد • الا ترى ان الابريق اذا كان وزنه مائة وخمسين
درهما وقيمته مائتي درهم لا زكاة فيها بالاتفاق ولابي حنيفة ان كل ما وجب ضم احدهما الى الاخر وجب بالقيمة كما في العروض ولان
علة الضم المجانسة وهي بالقيمة لا بالصورة كما في العروض • والجواب عن مسئلة الابريق انا لا نعتبر القيمة للايجاب وانما نعتبرها
للضم فاذا انفرد احد الجنسين فلا يتحقق الضم فلا نعتبر القيمة للايجاب او نقول انما لم نعتبر زيادة القيمة عند الانفراد لان ذلك انما يكون
بالجودة والجودة في الاموال الربوية ساقطة العبرة الا عند المقابلة بخلاف جنسها وعند الشافعي لا يضم الذهب الى الفضة د
لاختلاف الجنس كالابل مع الغنم الى الابل قلنا هذا ينتقض بضم العروض الى العروض والى الدراهم ولا يقال يرد عليكم السوائم حيث لا تضم
لانا نقول ان علة الضم هي المجانسة وذلك ظاهر من الذهب والفضة لانهما يقوم بهما الاشيا وكذا في عروض التجارة والذهب
والفضة لان الكل للتجارة بخلاف السوائم لانها لا مجانسة بينهما عند اختلاف الجنس فلا يضم بعضها الى بعض وكذا لا مجانسة بينها وبين الذهب
والفضة لانها ليست للتجارة ولان الاتفاق قد وجد بين الذهب والفضة حيث يجب في كل منهما ربع العشر وكذا الواجب في عروض
التجارة ربع العشر فوجب الضم ولا اتفاق بين السوائم والذهب والفضة اذ لا يجب في السوائم ربع العشر فلم يضم قوله وهو رواية

عنه اي الضم بالاجزا رواية عن ابي حنيفة رواه الحسن عنه في مصوغ اي مصوغ الشي كالابريق والسوار ونحوهما وقد حذف الموصوف
كما في قوله تعالى فيهن قاصرات الطرف اي نسا قاصرات الطرف قوله وقيمته فوقها اي قيمة مصوغ فوق المائتين قوله
فيضم بها اي يضم الذهب الى الفضة بالقيمة يعني باعتبارها

باب فيمن يمر على العاشر

على العاشر الحق هذا الباب بكتاب الزكاة كما في المبسوط
وشروح الجامع الصغير المرتب لمناسبة بينهما وهي ان الماخوذ من المسلم ربع العشر وهو الزكاة بعينها وان الماخوذ من الذمي لما كان د
نصف العشر ومن الحربي العشر وذلك ليس بزكاة قدم كتاب الزكاة على هذا الباب وكذا على ما بعده من الابواب لان الزكاة احد
اركان الدين عبادة محضة ليس فيها شائبة الضعف والجنايات والخمس وسمي عاشرا وان كان لا ياخذ العشر من الحربي والاصل فيه د
ما ذكر الشيخ الامام ابو الحسن الكرخي في شرحه لمختصر الكرخي ان عمر بن الخطاب نصب العشار • وقال لهم خذوا من المسلم ربع العشر
ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير خلاف • وروي عن عمر بن عبد العزيز كتب الى عماله بذلك
وقال اخبرني بها من سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الزكاة في المال الباطن يتعلق بها حق الامام كالمال الظاهر واما راي د
عثمان ان الاموال قد كثرت وان تتبعها يشق على الائمة فوض ذلك الى اربابها فاذا اجتاز بها على المصدق فقد ظهرت فصارت
كالسوائم واذا ثبت ان الماخوذ زكاة تشترط فيه ما يشترط في الزكاة من الاهلية وكون المال ناميا فاضلا عن الحاجة حتى لا ياخذ من مال د
الصبي والمجنون وكذا اذا لم يحل عليه الحول واذا كان عليه دين ولا ياخذ اذا كان المال للتجارة قوله اصبته منذ شهر يريد انه لم يحل
عليه الحول قوله او علي دين اراد به دينا يحيط بماله قوله وضع الامانة اي الزكاة قوله وكذا اذا قال اديتها
انا يعني الى الفقرا في المصر ومراده ان المسلم اذا قال اديت الزكاة الى المساكين يصدق مع اليمين وهذا لانه كان يملك الادا الى الفقرا في
المصر ويستحلف عند ابي حنيفة ومحمد لان من جعل القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة والتي مما يستحلف فيه فالقول قوله مع يمينه كالمدعا
عليه الدين • وروى ابن سماعة عن ابي يوسف انه لا يستحلف لانه عبادة فالقول قوله في ادائها من غير يمين كذا ذكره القدوري
وقال ابو يوسف في كتاب الخراج الذي صنفه اذا مر التاجر على العاشر بمال او متاع فقال قد اديت زكاته وحلف على ذلك يقبل منه د
ويكف عنه ولا يقبل في مثل هذا من الذمي والحربي لانه لا زكاة عليهم قوله اليه فيه اي الى صاحب المال في المصر • قال وكذا
الجواب في صدقة السوائم في ثلاثة فصول يعني ان المسلم اذا قال للعاشر الابل لم يقر والبقر اصبتها منذ شهر او علي دين او اديت
الى عاشر اخر في تلك السنة عاشرا اخر وحلف على ذلك صدق اما اذا قال اديت زكاة السائمة في المصر الى الفقرا لا يصدق وان حلف خلافا
للشافعي لانه اسقط الرحمن الساعي حيث اوصل الحق الى المستحق • ولنا ان حق الاخذ في السائمة للسلطان فلا يملك صاحب المال ابطاله
فيضمن فيوخذ بالادا ثانيا • ثم قال بعض مشايخنا الزكاة هو الاول الا ترى انه لو جيء بما دفع الساعي كان اذا صاحب المال صحيحا
وانما الثاني في سياسة ماليه • وقال بعضهم الذي اخذه الساعي هو الفريضة والاول ينقلب نفلا كالعشاء والغرض يجوز ان ينقلب نفلا
كمن صلى في منزله الظهر ثم سعى الى الجمعة ينقلب ظهره نفلا قوله ثم فيما يصدق في السوائم واموال التجارة لم يشترط اخراج البراءة
اي خط البراءة في الجامع الصغير يعني فيما اذا قال اديت الى عاشر اخر وفي تلك السنة عاشرا اخر لم يشترط احضار المسلم والذمي
خط براءة العاشر الاخر لان الخط يشبه الخط والتزوير يدخله وقيل لانه امين فيقبل قوله من غير حجة وشرطه في الاصل وهو المبسوط
على رواية الحسن بن زياد عن ابي حنيفة لان العادة لان العاشر اذا اخذ كتب بذلك براءة فاذا لم يكن معه براءة فالظاهر يكذبه د
فلم يقبل قوله من غير براءة وفيما قاله صاحب الهداية نظر لانه ما يصدق في السوائم الفصول الثلاثة وما يصدق في اموال التجارة الفصول
الاربعة ولا يتاتى كلامه في جميع الفصول المذكورة لانه اذا قال علي دين او اصبته منذ شهر او اديتها الى الفقرا في المصر لم يات بخط براءة
العاشر على رواية الاصل وليس ثم عاشر اللهم اذا قال اديت بالعام الخاص مجازا وهو ما اذا قال اديت الى عاشر اخر وقد كان في تلك
السنة عاشر اخر قوله وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي الى اخره • اعلم ان المسلم اذا قال علي دين او لم يحل عليه الحول
او اديته الى عاشر اخر او هو ليس للتجارة او نحو ذلك مما عندي صدق في ذلك كله اذا حلف وكذا الذمي ولا يصدق الحربي في شي
من ذلك الا اذا قال في الجواري هن امهات اولادي او قال في غلمان معه هم اولادي فيصدق في ذلك وهذا لان اهل الحرب د
لا عبرة لديونهم ولهذا لا ينظر قاضينا في خصومتهم فيما داين بعضهم بعضا فلا يعتبر دعوى الدين بخلاف الذمي فان دينه معتبر محكوم
به وكذا اذا قال الحربي لم يحل عليه الحول لا يلتفت اليه لان اعتبار الحول في حق الذمي لتمام الحماية بنفس الامان او لم يمكن تحصيل له
استنما الا اذا حال زمان الاستنما شرعا وعادة والحربي تم له الحماية بنفس الامان اذ لو لم يكن الامان لصار فيئا مع امواله د
ولانه لا يمكن في دارنا حولا فلم يعتبر الحول فلا يلزم المناقضة وكذا اذا قال اديت الى عاشر اخر لا يلتفت اليه لان الماخوذ اجر الحماية
وقد وجدت بنفس الامان بخلاف الذمي حيث لا تتم الحماية الا بعد الحول وكذا اذا قال ليس للتجارة لا يعتبر لانه لا يمكنه الانتقال
الى غيره الا بالتجارة ظاهرا فاذا ادعى انه ليس للتجارة فالظاهر يكذبه بخلاف الذمي فانه من اهل دارنا وقد يتردد بما ليس بمال التجارة
فالظاهر لا يصدق في دعواه والحكم في البقاء فهذا المعنى ولانه ليس كالمسلم في احكامنا بخلاف الذمي فيصدق الذمي ولا د
يصدق الحربي بخلاف ما اذا قال هن امهات اولادي حيث لا يوخذ منه شي لان من لم يستيقن تما لا بما قراره فلا يوخذ الا من المال وكذا اذا
قال هم اولادي لهذا المعنى ولانه لا يتم حربيا الا في الاستيلاد فيصدق قوله بنسب من في يده منه اي من الحربي قوله لانه د
يبتني عليه الا اي لان النسب يبتني عليه امية الولد وعلى النسب قوله يعني اي في امهات الاولاد قوله وهكذا امر عمر سعاته وهنا
لما مر بيانه في اول الباب ولان الذمي لا زكاة عليه في الحقيقة الا ان السلطان لما حمى ماله وجب الاخذ لاجل الحماية ولما وجب الاخذ وجب

ضعف ما على المسلم اعتبارا ابنى تغلب وتحقيقا لذلك الكفر فما ثبت الضعف في الذمي من المسلم • الا ترى انه لا تقبل شهادة الحربي على الذمي كما لا تقبل شهادة الذمي على المسلم ثم ما يوخذ من الذمي ليس بزكاة ولكنه يوخذ على شرائط الزكاة لكنه يصرف الى مصارف الجزية والخراج ولا يسقط عنهم جزية رؤسهم في تلك السنة غير نصارى بنى تغلب فان عمر صالحهم على الصدقة مضاعفة مكان الجزية فاذا اخذ العاشر منهم سقطت الجزية كذا في شرح الطحاوي وكذا ما يوخذ من الحربي يصرف الى مصارف الجزية **قوله** وان مر حربي بخمسين درهما لم يوخذ منه شيء الا ان يكونوا ياخذون منا من مثلها وهذا لان الماخوذ من الذمي ضعف ما يوخذ من المسلم والماخوذ من الحربي ضعف ذلك والنصاب شرط في الاصل فكذا في الاصل المضاعف فلا يوخذ من القليل الا ان ياخذوا من القليل من تجارنا فح ناخذ مثل ذلك بطريق المجازاة وذلك غاية الانصاف اذ لا عصمة لاموال الحربي في الاصل وهذا كما ذكر الحاكم الشهيد في مختصر الكافي ان العاشر لا ياخذ العشر من مال الصبي الحربي الا ان يكونوا ياخذون من اموال صبياننا شيا **قوله** لقوله عليه السلام فان اعياكم فالعشر فالحربي يوخذ منه كما ياخذون منا فان اعياكم فالعشر يعني اذا اشتبه الحال بان لم يعلم العاشر ما ياخذون من تجارنا يوخذ منهم العشر **قوله** لانه غدر وانما يكون اخذ الكل غدرا لوقوعه بعد الحماية **قوله** وان مر الحربي على عاشر فعشره ثم مر مرة اخرى لم يعشره حتى يحول الحول وهذا لانه في الامان الاول لما لم يحل الحول او لم يرجع الى دار الحرب فاذا حال الحول او رجع الى دار الحرب تجدد الامان وينتهي الامان الاول فيعشره ثانيا لان الحربي لا يمكن في دارنا سنة بل يجعل ذميا فاذا مر ثانيا بعد الحول يعشره كالذمي لان اخذ العشر يختلط المال وفي اخذه في كل مرة افناؤه لاحفظه فلا يعشر لئلا يلزم العود على الموضوع بالنقض بخلاف ما اذا رجع الى دار الحرب فخرج من يومه ذلك حيث يعشره لانه لا يلزم افناء المال لانه يحصل له الربح بدخوله في دار الحرب غالبا وفي قول صاحب الهداية لانه لا يمكن من المقام الا حولا نظر لان الحربي لا يمكن من اقامة سنة في دارنا الا باشتراط الجزية والرواية مسطورة في كتاب السير وقد تكلف بعضهم في تصحيح هذا اللفظ وقال المراد منه الا بحول الحول وهذا تكلف بعيد خارج عن العربية فلعل المشهور وقع من الكاتب لانه يجوز ان يكون كلام صاحب الهداية لانه لا يمكن من المقام حولا بدون حرف الاستثناء بل قوله حولا اويجوز ان يكون لانه يمكن من المقام حولا بدون حرف النفي قبل قوله يمكن والله اعلم بالسرائر **قوله** فان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير يعني ينظر الى قيمة الخمر فياخذ نصف عشر القيمة وهذا مذهب ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ان مر بكل واحد منهما على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير ايضا • وقال زفر يعشرهما جميعا كيف كان • وقال الشافعي لا يعشر واحدا منهما وجه قول الشافعي انه لا مالية ولا قيمة لواحد منهما • ووجه قول زفر انهما سواء في المالية والتقوم في حق اهل الذمة ولهذا يجب الضمان على متلف خنزير الذمي كما يجب على متلف خمره فيعشرهما جميعا • ووجه قول ابي يوسف ان الخنزير يجعل تبعا للخمر اذا انضما كما ان ابا حنيفة لا يقسم الرقيق فاذا انضمت الى سائر الاموال قسمها تبعا • ووجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الاخذ بسبب الحماية والحماية بالولاية والاصل في الولايات ولاية المرء على نفسه ثم يتعدى الى غيره والمسلم له ولاية حماية الخمر ولا يحميه الا ترى ان المسلم اذا اسلم وله خمر او خنزير يكون له ولاية الخمر لتخليله وتخليل دون الخنزير فاذا كان كذلك عشر الخمر دون الخنزير ولان القيمة في ذوات القيم يعطى لها حكم العين ولهذا اذا غصب شيا من ذوات القيم واتى بالقيمة يجبر على القبول كما اذا اتى بالعين بخلاف ما اذا غصب شيا من ذوات الامثال واتى بالقيمة لا يجبر على القبول وكذا اذا تزوج على فرس واتى بالقيمة يجبر المراة على القبول بخلاف ما اذا تزوج على دن من الدبس واتى بالقيمة حيث لا يجبر المراة على القبول واذا كان كذلك عشر الخمر لانه ليس لقيمتها حكم عينها لكونها من ذوات الامثال ولا يعشر الخنزير لان قيمته لها حكم عينها لكونه من ذوات القيم وليس للمسلم ملك الخنزير • وفرقوا بين الخمر والخنزير ان الخمر كانت مالا للمسلمين قبل ان تصير خمرا وتصير مالا لهم اذا تخللت وفيما بين ذلك مال لاهل الذمة فغلب عليها معنى المالية بخلاف الخنزير حيث لم يكن مالا للمسلمين فلا تصير مالا لهم فعشرت الخمر دون الخنزير • فان قلت لا نسلم ان القيمة لها حكم العين في ذوات القيم • الا ترى ان الذمي اذا باع داره من خنزير وشفيعها مسلم ياخذها بقيمة الخنزير فلو كان لها حكم العين لما اخذ بالقيمة كما لا ياخذ بعين الخنزير • قلنا انما اقيمت القيمة مقام العين حكما لا حقيقة فصار لها شبهة العين ومع شبهة لم يعتبر في حق العباد لاحتياجهم بخلاف العشر فهو حق الله تعالى حيث اعتبرت فيه الشبهة لاستغنائه تعالى وايضا لم ناخذ الشفيع بالقيمة ولا ياخذ بعين الخنزير لترتفع في العروض وترافع الضرر مستثنا من قواعد الشرع والجواب عما قال ابو يوسف ان التبعية باطلة اذ ليس احدهما باولى من الاخر انما ابو حنيفة لم يقسم قسمة الرقيق اذا انضمت الى سائر الاموال بالتبعية وانما كان يابى القسمة في الجنس للتفاوت وعدم التمييز فاذا انضمت الى سائر الاموال تحقق التمييز الى سائر الاموال الى مواضع التفاوت **قوله** والخنزير منها اي من ذوات القيم فهذا الحكم اي حكم العين والخمر منها اي من ذوات الامثال **قوله** ومن مر على العاشر بمائة درهم واخبر بان له في منزله مائة اخرى قد حال عليها الحول لم يزكِّ المائة التي مر بها وهذا لان الاخذ بالحماية التي مر بها وهذا لان الاخذ بالحماية والمائة التي مر بها قليل لا يستحق حماية عرفا وشرعا لا اذا دنى ما يستحق حمايته هي هو النصاب والذي في البيت لم يدخل تحت الحماية فلا يعتبر ما مر به الى ما في بيته فلا يعشر **قوله** فلو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها الا جر وكذا لو كانت بضاعة بالجر على المخاصمة لما قبلها • اعلم ان المستبضع والمضارب او العبد الماذون له في التجارة اذا مر بمائتي درهم على العاشر لم يعشر واحد منهم لا عشر في حق اداء الزكاة لسوابه الكلي ولا نائبين عن صاحب المال لانهم ما امروا الا بالحفظ والتصرف دون اداء الزكاة وكان ابو حنيفة يقول اولا في المضارب يعشره لانه بمنزلة المالك لانه لا يملك منعه من رب المال ولا ينهى رب المال عن التصرف في مال المضاربة بعد ان صار عروضا ثم رجع عن هذا وقال لا يعشره لانه في حكم الزكاة غير مالك الا ان يكون نصيبه من الربح يبلغ نصابا فح يوخذ منه العشر في نصيبه وقال ابو يوسف في الجامع الصغير قال ابو حنيفة في الماذون له في التجارة يعشره ثم قال لا ادري رجع ابو حنيفة عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة ان لا يعشر ولين الفرق فلان الماذون له بمنزلة المالك حتى لا يرجع بالعهدة على المولى فكان هو المحتاج الى الحماية بخلاف المضارب فانه يرجع بالعهدة على رب المال ولهذا اذا اشترى وهلك الثمن يرجع على رب المال • قال الصدر الشهيد في الجامع الصغير والاصل ان

لا يوخذ من مولاه كلهم • ثم قال فالحاصل ان لا عشر في الفصول الثلاثة عندهم **قوله** وكذا المضاربة اي المضاربة كالبضاعة **قوله** ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب اي رجع الى ما ذكر في كتاب الجامع الصغير وهو ان المضارب اذا مر بمائتي درهم لم يعشرها **قوله** لانه مالك له اي لان المضارب مالك لنصيبه من الربح **قوله** ورجوعه اي رجوع ابي حنيفة يعني ان رجوعه في المضارب لم يكن رجوعا في العبد الماذون فلاجل هذا اعتبر في العبد الماذون دون المضارب قوله وان كان مولاه معه ياخذ منه وان كان مولى العبد الماذون معه يوخذ من المولى لان الملك له الا اذا كان على العبد دين محيط بماله فح لا يوخذ من المولى ايضا لان المولى لا يملك ما في يده على اصل ابي حنيفة ولهذا اذا اعتق عبدا من عبيد الماذون لا يصح عند ابي حنيفة وعندهما لا يوخذ ايضا وان كان يملك المولى ما في يده لكون كسب العبد مشغولا بالدين ويكون قوله لانعدام الملك في المتن على اصل ابي حنيفة والتعليل على قولهما فافهم **قوله** لان التقصير من قبله حيث مر عليه وهذا لانه لما مر على عاشر اهل البغي بعد وجود حماية السلطان وقع التقصير من قبل نفسه فيعشر ثانيا اذا مر على عاشر اهل العدل اما اذا غلب اهل البغي فاخذوا العشر لا يوخذ ثانيا لان التقصير ما جاء من قبل السلطان حيث ضيعهم فلم يحمهم والاخذ بالحماية والله اعلم

باب زكاة المعادن

اخر باب المعادن عن باب العاشر لما ان العشر اكثر وجودا من الخمس الذي يوخذ من المعادن او لان العشر اقل ذاتا من الخمس • الا ترى ان خمس العشرة اثنان وعشرها واحد والقليل يتقدم على الكثير ذاتا فتقدم بيانا • قال في شرح الطحاوي المال المستخرج من الارض له اسامي الكنز والمعدن والركاز فالكنز اسم لمال دفنه بنو ادم والمعدن اسم لما خلقه الله تعالى في الارض يوم خلق الارض والركاز اسم لهما جميعا فقد يذكر ويراد به الكنز وقد يذكر ويراد به المعدن وهو ماخوذ من الركز وهو الاثبات يقال ركز رمحه اي اثبته وهذا المعنى في المعدن حقيقة لانه خلق فيه مركبا وفي الكنز مجازا بالمجاورة كذا قال فخر الاسلام **قوله** قال معدن ذهب او فضة او رصاص او حديد او صفر وجد في ارض خراج او عشر ففيه الخمس عندنا اي قال محمد في الجامع الصغير • اعلم ان الخارج من الارض على ثلاثة اضرب • منها ما يذوب وينطبع بالحيلة كالذهب والفضة والنحاس والرصاص وما اشبه ذلك ففيه الخمس عندنا اذا وجد في ارض غير مملوكة قل ذلك او كثر واربعة اخماسه للواجد كائنا من كان غير الحربي المستامن فانه يسترد منه ما وجد الا اذا قاطعه الامام فح يكون له المشروط • وقال الشافعي يجب في معادن الذهب والفضة ربع العشر وفيما ينطبع من غير الذهب والفضة الخمس وفي الذهب والفضة اشتراط الحول في قول ولم يشترطه في قول لنا ما روى صاحب الصحيح البخاري باسناده الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العجماء جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس وروى ابو بكر الجصاص الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يوجد في الخرب العادي فقال النبي صلى الله عليه وسلم فيه وفي الركاز الخمس يدل على ان الركاز هو المعدن لانه اخبر اولا بالمدفون ثم عطف عليه الركاز والعطف للمغايرة ولان الركاز لما كان يتناول المعدن والكنز والمعدن حقيقة كما بينا كان المعدن احق بالارادة ولانه مال وصل اليه بايدينا غلبة على ايدي اهل الشرك عنه فوجب فيه الخمس كالمدفون ثم اسم الركاز لما كان يتناول ما سوى الذهب والفضة من الحديد والنحاس والرصاص وما اشبه ذلك وجب فيه الخمس كما وجب فيهما ولانه منطبع مستفاد من المعدن فوجب فيه الخمس كالذهب فان قيل حجر لا تجب الزكاة في عينه فلا يجب في المعدن كالفيروزج • قلت لا نسلم ان القياس صحيح اذ الفارق موجود لان الفيروزج لا ينطبع فصار كالتراب • والنوع الثاني ما كان مائعا كالقير والنفط ونحو ذلك فلا شيء فيه لانه ماء خارج من الارض فصار كالماء • والنوع الثالث ما لا ينطبع وليس بمائع كالجص والكحل والزرنيخ والياقوت والفصوص والفيروزج ونحوها فلا شيء فيه لقوله عليه الصلاة والسلام لا زكاة في الحجر وللقياس على التراب ومعلوم ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يرد به زكاة المال لانه واجبة فيه كوجوبها في غيره فتعين الخمس **قوله** بخلاف الصيد جواب عن قول الشافعي حيث قال لا شيء في المعدن لانه مباح كالصيد فنفرق بينهما فقال المعادن كانت في ايدي ملوك الكفرة ثم ظهروا الاسلام فحوته ايدي ملوك الاسلام عليه وهي اخلاف الصيد حيث لم يكن في ايدي احد فلم يدل عدم الوجوب في المعدن **قوله** الا ان للغانمين يدا حكمية هذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال الواجب في المعدن الخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل وجب ان يكون اربعة الاخماس للغزاة لا للواجد فقال في جوابه يد الغزاة على ما في باطن الارض حكمية لا حقيقية لا الغزاة لما ثبت ايديهم على ظاهر الارض حقيقة ثبتت على باطنها حكما فصار ما في باطنها غنيمة حكما لا حقيقة فباعتبار الحكم اوجبنا الخمس عاملا بجانب الغنيمة وباعتبار الحقيقة لم يكن اربعة الاخماس للغزاة بل كانت للواجد عملا بالجهتين • قال في التحفة وعلى هذا الخمس يجب في الركاز والمولودين ويتم تم كالغنائم ويجوز للواجد ان يصرف الى نفسه اذا كان محتاجا ولا يعطيه اربعة الاخماس خلافا للشافعي **قوله** ولو وجد في داره معدنا فليس فيه شيء عند ابي حنيفة الى اخره لهما اطلاق قوله عليه الصلاة والسلام وفي الركاز الخمس وله ان صاحب الدار ملكه بجميع اجزائها والمعدن من اجزائها والمؤنة في سائر اجزائها فكذا في هذا الجزء بخلاف الكنز لانه ليس من اجزاء الارض لانه ليس مركبا فيها والجواب عن الحديث انه عام مخصوص منه الاحجار فيخص المتنازع وفي الارض المملوكة روايتان عن ابي حنيفة على رواية الاصل لا فرق بين الارض والدار حيث لا شيء فيها لان الارض لما انتقلت اليه انتقلت بجميع اجزائها والمعدن من تربة الارض فلم يجب فيه الخمس لما ملكه كالغنيمة اذا باعها الامام من انسان يسقط عنها حق سائر الناس لانه ملكها ببدل كذا قال الجصاص وعلى رواية الجامع الصغير بينهما فرق ووجهه ان الدار لا مؤنة فيها اصلا فلم يخمس فصار الكل للواجد بخلاف الارض فان فيها مؤنة الخراج والعشر فيخمس **قوله** فان وجد ركازا اي كنزا وجب الخمس عندهم لما روينا اي يجب الخمس في الكنز بلا خلاف لقوله عليه الصلاة والسلام وفي الركاز الخمس اعلم ان الكنز اما ان يكون عليه علامة الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة واما ان يكون عليه علامة الكفر كالمنقوش عليه الصنم واما ان لا

يكون عليه علامة اصلا والذي عليه علامة الاسلام فحكمه حكم اللقطة من التعريف والتصدق على نفسه ان كان فقيرا او على غيره ان كان غنيا والذي عليه علامة الكفر ان وجد في ارض مباحة كالمفاوز والجبال وغيرها ففيه الخمس بلا خلاف لانه دفين الكفار فحكمه حكم الغنيمة واربعة اخماسه للواجد سوا كان حرا او عبدا مسلما او ذميا صغيرا او كبيرا غنيا او فقيرا الا الحربي من اهل الضمة الا الحربي المستامن فانه يسترد منه ما اخذ الا اذا عمل في المفاوز باذن الامام على شرط فله المشروط وان وجد في الارض المملوكة ففيه الخمس ايضا واربعة اخماسه للمختط له وهو الذي خصه الامام بتمليك هذه البقعة حين فتح اهل الاسلام تلك البلدة ولورثته ان عرفوا والا فلاقصى مالك الارض او ورثته والا فلبيت المال كذا قال صاحب الهداية التحفة وهذا قول محمد وعند ابي يوسف اربعة الاخماس للواجد لان الواجد اظهر المختط له فكان الباقي له كالموجود في الصحرا ولهما ان صاحب الخطة هو الذي ملكه يدا وانه الاكثر ملك باليد والحيازة كالغنيمة ثم لا ينتقل ملكه عند انتقال الارض لانه ليس من نزبة الارض فصار كمتاع موضوع في الارض فلا ينتقل بانتقال الارض الى المشتري فاذا اظهر كان لصاحب الخطة كمن اشترى سمكة وفي بطنها درة فتباع السمكة لا يخرج الدرة عن ملك الصايد بخلاف المعدن فانه ينتقل بانتقال الارض الى المشتري لانه من عروق الارض • واما الذي ليس عليه علامة اصلا فعلى ظاهر المذهب يعتبر جاهليا لان الكنوز غالبا من الكفرة وقيل في زماننا حكمه حكم اللقطة لانه تدرطال عهد الاسلام **قوله** على كل حال اي سوى وجد في الارض المباحة والمملوكة او الدار المملوكة اي لقوله عليه الصلاة والسلام وفي الركاز الخمس **قوله** على كل حال اي سوى وجد في الارض ما قاله الراي المتاخرون **قوله** ومن دخل دار الحرب بامان فوجد في دار احد منهم ركازا رده عليهم تحرزا عن الغدر • اعلم ان الداخل في دار الحرب اذا وجد ركازا كنزا او معدنا فان وجده في الصحراء فهو له بلا خمس سوا دخل بامان او بغير امان وانما كان له لانه ليس بيد على مال مباح واما عدم الخمس لانه اخذه متلصصا غير مجاهد حتى لو دخل جماعة ممتنعون وظفروا على كنز وثم يجب فيه الخمس وان وجد في ارض مملوكة يرده الى صاحب الارض ان دخل بامان لئلا يؤدي الى الغدر والخيانة وان لم يرده واخرجه الى دار الاسلام يكون ملكا له ولا يطيب له كالملك بشرا فاسد ولو باعه يصير ملكا للمشتري وان دخل بغير امان حل له ولا خمس فيه لانه متلصصا **قوله** وفي الزيبق الخمس في قول ابي حنيفة اخرا خلافا لابي يوسف • قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي في الزيبق اذا اخذ من معدنه فيه الخمس في قول ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف لا شي فيه وكنت اقول فيه الخمس فلم ازل به حتى قال فيه الخمس ورايت انه لا شي فيه قال ابو بكر الجصاص وهذا يوجب ان لا يكون بينهما خلاف في المعنى لان ابا حنيفة لم يوجب فيما فيه الخمس لانه كان عنده لا ينطبع وانه بمنزلة القير والنفط فلما قيل انه ينطبع كالرصاص اوجب فيه فحصل جواب المسئلة موقوفا على انه ينطبع او لا ينطبع عندهما جميعا والزيبق كلمة بالفارسية بعد الهمزة الساكنة كذا في ديوان الادب **قوله** ولا خمس في العنبر واللؤلؤ عند ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف فيهما وفي كل حلية تستخرج من البحر خمس لما روي ان يعلى بن امية كتب الى عمر بن الخطاب في عنبرة وجدت على ساحل البحر فكتب اليه ذاك سيب من سيب الله يوتيكها فيها وفيما دسر البحر الخمس ولهما ان باطن البحر ليس في استيلاء احد فلا يكون الماخوذ منه في معنى الغنيمة • ولهذا قالوا اذا استخرج الذهب او الفضة من البحر لا شي فيه ولان العنبر اما ان يكون حشيش البحر ولا خمس في الحشيش • واما ان يكون روث دابة في البحر على حسب ما قيل فيه ولا خمس في الروث ايضا وقيل في بيع الاجناس عن املاء ابن رستم او اشترى سمكة في بطنها عنبر فانه للمشتري لانه طعامه وهو حشيش فاكله السمكة فقد صح ان العنبر حشيش واللؤلؤ يتولد من مطر الربيع ولا خمس في المطر او يتولد من الصدف وهو حيوان ولا خمس في الحيوان والصحابي لا يجوز تقليده فيما يدرك بالقياس على ما هو اختيار الشيخ ابي الحسن الكرخي او نقول حديث عمر فيما وجد في ساحل البحر فكان فيما هو في ايدي الكفار ولا خمس في السمك اتفاقا اتفاقا **قوله** متاع وجد ركازا اي كنزا يعني اذا وجد كنز متاع في ارض غير مملوكة يجب فيه الخمس واربعة اخماسه للواجد لانه هو الذهب سوا في كونه غنيمة والله اعلم بالصواب

باب زكاة الزرع

والثمار المراد من الزكاة هو العشر او خرجت تسمية الزكاة على مذهبهما لانهما يشترطان النصاب والبقاء وانما الحق هذا الباب بكتاب الزكاة لكونهما من الطوايف المالية وتأخير العشر لانه تؤدي فيها معنى القربة والزكاة قربة محضة على ما عرف في الاصول **قوله** قال ابو حنيفة في قليل ما اخرجته الارض وكثيره العشر سوا سقي سيحا او سقته السما الى اخره والمراد من السيح الما الجاري ومن السما المطر • اعلم ان الخلاف هنا في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء • قال ابو حنيفة لا يشترط واحد منهما وقالا كلاهما شرط والمراد من الثمر الباقية ما تبقى الى سنة من غير تكلف كالحنطة والشعير لهما في الاول • ما روي في الصحيح البخاري مسندا الى ابي سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس فيما دون خمسة اوسق من التمر صدقة وليس فيما دون خمس اواق صدقة وليس فيما دون خمس ذود من الابل صدقة وفي السنن مسندا الى ابي سعيد الخدري يرفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة • وفي الثاني قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الخضراوات صدقة والزكاة ليست بمرادة فتعين العشر ولابي حنيفة قوله تعالى يا ايها الذين امنوا انفقوا من طيبات ما كسبتم ومما اخرجنا لكم من الارض • وقوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده وروى في الصحيح البخاري مسندا الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال فيما سقت السما والعيون او كان عثريا العشر وما سقي بالنضح نصف العشر رواه ابن عمر قال ابو سليمان الخطابي العثري الذي يشرب بعروقه من غير سقي ولا سما ولم يفرق في الكتاب والسنة بين القليل والكثير والباقي وغير الباقي فوجب في الكل الا ما قام عليه دليل التخصيص كالحطب والقصب والحشيش على ما ياتي بيانه ولان الحول والنصاب يشترط في وجوب الزكاة ولم يعتبر الحول في العشر فكذا النصاب ولان النصاب انما يشترط لتصير عليه الواجب اهلا للوجوب بالغنا ولا يحتاج الى الغنا في العشر لانه مونة ولهذا يجب في ارض المكاتب والوقف وارض الصبي والمجنون والمديون ولان الاعتبار بالخراج يوجب في القليل ايضا لانهما نظيران من حيث ان كل واحد منهما يتعلق وجوبه بالارض النامية والخراج يجب في قليل الخراج فكذا العشر والجواب عن قولهما ان المراد بالصدقة الزكاة كما في قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة والمراد بالاوساق تقدير النصاب بما في درهم لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة كل وسق كانت اربعين درهما • واما الجواب عن قوله عليه

الصلاة والسلام ليس في الخضراوات صدقة • قلنا قال الشيخ ابو بكر الرازي قد روي ذلك من وجه ضعيف مرسلا لا يلتفت الى مثله اهل المعرفة بالحديث ولئن صح فمعناه ما يرد به على العاشر من الخضراوات عندنا كالبقول والرطاب والقثا والخيار والفواكه ونحو ذلك ثم الوسق ستون صاعا وكل صاع اربعة امنا فيكون مايتين واربعين منا فاذا ضربت الخمسة الاوساق في مايتين واربعين يصير الف ومايتين من هذا قول اهل الكوفة وقال اهل البصرة الوسق ثلاثمائة من **قوله** لهما في الاول اي في اشتراط النصاب **قوله** من غير فصل اي بين القليل والكثير **قوله** ولا معتبر بالمالك فيه اي في العشر ولهذا يجب في الارض الموقوفة وارض المكاتب كذا ذكر فخر الاسلام فلما لم يكن المالك معتبرا لم يعتبر صفة المالك وهو الغني الحاصل بالنصاب **قوله** ولهما في الثاني اي في اشتراط النصاب **قوله** لهما ما روينا وهو قوله عليه الصلاة والسلام ما اخرجته الارض ففيه العشر **قوله** وبما اخذ ابو حنيفة فيه اي في الحديث الذي رواه وهو قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الخضراوات صدقة **قوله** واما الحطب والقصب والحشيش لا يستنبت في الجنان عادة اي في البساتين • بيانه ان الحطب والقصب والحشيش الطرفا ونحوها لا يستنبت في الارض لا عشر فيها لانه يستنبت وجوبه لعشر الارض النامية وهذه الاشيا اذا غلبت على الارض افسدتها ولا يعمل بها النامي ان صاحب الارض لو استنمى ارضا له ... بقوائم الخلاف وما اشبه ذلك او بالقصب او بالحشيش وكان يقطع ذلك ويبيعه كان فيه العشر عند ابي حنيفة كذا ذكره الفقيه ابو جعفر الهندواني • قال في خلاصة الفتاوى ولا عشر في الطرفا وشجر القطن والباذنجان ولا عشر في الادوية كالهليلج ولا في الكندر والصمغ **قوله** وقصب الذريرة وهو نبت بالهند واجوده الياقوتي اللون المتقارب العقد والانبوبة محشو من شيء ابيض مثل نسج العنكبوت وفي مضغه حرافة وقبض من افضل الادوية لحرق النار مع دهن ورد وخل وينفع من اورام المعدة والكبد مع العسل ومن الاستسقاء مما ذا وبما في فوايد يعرف في كتب الطب ان شا الله تعالى **قوله** بخلاف السعف والتبن اي لا يجب فيهما العشر لان المقصود بالعشر والزراعة الثمر والحب دونهما والسعف غصون النخل منه قول بعضهم

يواري الغراب الذنب في صيده • وما صادت الغربان في سعف النخل

قوله على القولين اي على اعتبار القولين قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف ومحمد فان عند ابي حنيفة يجب نصف العشر فيما سقي بغرب او دالية من غير شرط النصاب والبقاء وعندهما يجب نصف العشر ايضا لكن مع اشتراط النصاب والبقاء كما بينا والغرب الدلو العظيم والدالية المجنون كذا في ديوان الادب **قوله** قال ابو يوسف فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر اذا بلغت قيمته قيمة خمسة اوسق الى اخره • اعلم ان ابا يوسف ومحمدا اتفقا على اشتراط النصاب في العشر وهو خمسة اوسق لكن اختلفا فيما لا يدخل في الوسق كالزعفران والقطن قال ابو يوسف تعتبر القيمة فاذا بلغت قيمته ما لا يوسق قيمة خمسة اوسق من ادنى شي يدخل في الوسق كالذرة يجب العشر والا فلا • وقال محمد اذا بلغ الخارج خمسة اعداد من اعلى ما يقدر به نوعه يجب العشر فاعتبر في القطن خمسة احمال وفي الزعفران خمسة امنا وكل حمل ثلثمائة من بالعراقي كذا قال ابو بكر الجصاص الرازي وجه قول محمد ان النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر الوسق وهو في زمانه على ما يقدر به المكيلات فيجب على هذا ان يعتبر في كل نوع اعلى ما يقدر به ثم اعلى ما يقدر به القطن الحمل فانه يقدر اولا بالاساتير ثم بالامنا ثم بالحمل ثم ما بعد تضعيف الحمل • واما الزعفران فانه يقدر اولا بالاساتير ثم بالرطل ثم بالمن ثم ما بعده تضعيف المن • ووجه قول ابي يوسف ان التقدير الشرعي وهو خمسة اوسق لما لم يمكن اعتباره فيما لم يوسق اعتبرت القيمة دون الصورة لان المعاني اقوى بالاعتبار ولهذا ترد العروض الى نصاب الدراهم بالقيمة الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل في العسل حيث قال اذا بلغ عشرة ارطال يجب فيه رطل وهو رواية الاملا ذكره الحاكم الشهيد الحديث رواه فيه • قال ابو بكر الرازي انما اعتبر اذا خرج من قرطم خمسة اوسق يجب العشر في القرطم وفي عصفره واذا كان القرطم اقل من خمسة اوسق لم يجب في واحد منهما شي • وقال محمد العصفر تبعا للقرطم ويعتبر النصاب بالقرطم دون العصفر **قوله** وفي العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر واذا كان في ارض الخراج فليس فيه شي واذا كان في المفاوز والجبال على الاشجار والكهوف فلا شي فيه وهو بمنزلة الثمار تكون في الجبال والاودية لا خراج عليها ولا عشر الى هنا لفظ ابي يوسف في كتاب الخراج • اعلم ان الاراضي نوعان عشرية وخراجية فالعشرية خمسة انواع فارض العرب كلها عشرية وتحد من اول العذيب والقادسية الى اخر حجر باليمن بمهرة طولا ومن يبرين والدهنا ورمل عالج الى مشارق الشام عرضا والثاني كل ارض اسلم اهلها طوعا • والثالث الاراضي التي فتحت عنوة وقهرا وقسمت بين الغانمين لان الارض لا تخلو عن المؤنة والعشر بالابتداء اولى في حق الغانمين المسلمين • والرابع المسلم اذا اتخذ داره بستانا • والخامس المسلم اذا احيا الارض الميتة باذن الامام وهي من توابع الاراضي العشرية او يسقى بما العشر وهو ما السما وما العيون المستنبطة في الاراضي العشرية او يسقى بما العشر وهو ما • واما ارض الخراج فسواد العراق كلها خراجية وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان عرضا ومن العلث الى عبادان طولا وكل ارض فتحت عنوة وقهرا وتركت على ايدي اهلها ومن عليهم الامام فانه يضع الجزية على اعناقهم اذا لم يسلموا والخراج على اراضيهم اسلموا او لم يسلموا وكذلك الجلا عن د ونقل اليها اخرين وكذلك المسلم اذا احيا مواتا وسقاه بما الخراج وكذلك الذمي اذا احيا وكذلك اذا ارضخ له الامام او رضخ له من الغنيمة اذا قاتل مع المسلمين وكذلك الذمي اذا اتخذ داره بستانا فانه يكون خراجيا كذا ذكره صاحب التحفة ثم ان عند اصحابنا العشر في العسل اذا اخذ من ارض العشر • وقال الشافعي لا شي فيه لان العشر يتعلق بالخراج من الارض وهذا خارج من الحيوان فلا يكون فيه شي كالقز المتولد من الدود • ولنا ما روى الشيخ ابو الحسين القدوري والشيخ ابو نصر البغدادي في حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان بني شبابة كانوا يؤدون الى النبي صلى الله عليه وسلم العشر من نحل كان عندهم من عسل فكان يحمي لهم واديين فلما كان عمر استعمل على ذلك سفيان بن عبد الله الثقفي فابوا ان يؤدوا اليه شيئا وقالوا انما كنا نؤدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكتب سفيان الى عمر فكتب اليه عمر انما النحل ذباب غيث يسوقه الله الى من يشا فان ادوا اليك ما كانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحم لهم واديهم والا فخل بينه وبين الناس

اليك ما كانوا يؤدونه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحم لهم واديهم والا فخل بينهم وبين الناس فادوا اليه ذلك وحمى لهم واديهم كذا
الحديث في السنن ايضا والجواب عما قاله الشافعي قلنا العسل متولد من الارض لان النحل ياكل من ثمرات الارض ثم ان اصحابنا اختلفوا
فيما بينهم فقال ابو حنيفة يجب في قليله وكثيره وقال ابو يوسف اذا بلغ قيمته خمسة اوسق ففيه العشر هذا ظاهر الرواية عنه
كذا قاله الامام الاسبيجابي وفي رواية كتاب الاملاء والهاروني اذا بلغ عشرة ارطال ففيه العشر كذا ظاهر الرواية عنه كذا قاله
الحاكم الشهيد وعنه لا شيء فيه حتى يبلغ خمسة امناء عشر قرب وكل قربة خمسون منا لحديث بني شبابة وعنه لا شيء عليه حتى يبلغ خمسة
امناء ذكره في الايضاح وقال محمد في نوادر هشام اذا بلغ العسل خمسة افراق والفرق ستة وثلاثون رطلا بالعراقي ففيه العشر
ذكره الحاكم الشهيد وهذا لانه يباع بالافراق والفرق ثمانية عشر منا وخمسة الافراق تسعون منا وذكر الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي في بيان قول محمد في العسل ثلاث روايات في رواية كما بينا عن نوادر هشام وفي رواية لا يجب حتى تبلغ خمس قرب وفي رواية
لا يجب حتى تبلغ خمسة امناء والفرق في اللغة مكيال يسع ستة عشر رطلا قوله بخلاف دود القز جواب عن قول الشافعي فانه
الابريسم بان يقال لا نسلم ان القياس صحيح لان النحل ياكل النور والثمر وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما وهو العسل ودود القز ياكل
الورق ولا عشر في الورق فكذا فيما يتولد منه وهو الابريسم قوله لحديث بني شبابة قال صاحب المغرب بنو شبابة قوم بالطائف
من خثعم كانوا يتخذون النحل حتى نسب اليهم العسل فقيل عسل شبابي وشبابة تصحيف وذكر جار الله في فوائد الكلم ابا سيارة على بني
شبابي وذكر الشيخ ابو الحسين القدوري في شرح مختصر الكرخي المروزي بنو فهم قوله وعن محمد خمسة افراق فيه نظر لانه
لم يذكر اعتبار قول محمد قبل هنا في المتن حتى يقول وعن محمد وكان من حق الكلام ان يقول وقال محمد اللهم الا اذا قيل ثم خمسة امناء او خمس
قرب من قوله في المتن وقال محمد يجب العشر اذا بلغ العسل خمسة افراق الى اخره والفرق ستة وثلاثون رطلا ذكره محمد
في نوادر هشام قال صاحب المغرب لم تثبت هذا فيما عندي من اصول اللغة وكذا اما في المحيط انه ستون رطلا قوله وكذا
في قصب السكر يعني ان في السكر يعتبر خمسة امناء عند محمد وقيمة خمسة اوسق عند ابي يوسف كما في الزعفران كذا ذكر الحاكم الشهيد
والجصاص والامام الاسبيجابي وغيرهم مذهب ابي يوسف ومحمد في السكر وهو على هذا البيان عطف على قوله كالزعفران والقطن اي
حكم الخلاف عن ابي يوسف ومحمد في قصب السكر كما في الزعفران والقطن قوله وما يوجد في الجبال من العسل والثمار ففيه
العشر وفي رواية اسد بن عمرو عن ابي يوسف والحسن بن زياد انه لا شيء فيهما لان وجوب العشر بسبب ملك الارض ولم يوجد ملك
الارض وجه رواية انه ان المقصود من ملك الارض النامية وهو النماء قد حصل قوله وكل شيء اخرجته الارض مما فيه
الارض العشر لا يحتسب اجر العمال ونفقة البقر اعلم ان المؤن لا ترفع في العشر مثل اجر العمال ونفقة البقر وكري الانهار وغير
ذلك بل يجب العشر في كل الخارج قال فخر الاسلام ومن الناس من قال ينظر الى قدر قيمة المؤن من الخارج فيسلم بلا عشر ثم يعشر
الباقي لان قدر المؤن بمنزلة السالم بعوض كانه اشتراه الا ترى ان من زرع في ارض مغصوبة ثم سلم له من الخارج قدر
ما غرم وطاب له كانه اشتراه ووجه قولنا هو ان الحكم ان النبي صلى الله عليه وسلم اوجب العشر على سبيل التفاوت فيما سقته
السماء او سقي بغرب لتفاوت المؤنة فالمعنى لا برفع المؤنة لانها اذا رفعت المؤنة يبقى الواجب عشر الاعشار وهو خلاف الخبر
والقياس في معرض النص باطل ولانه حق لا يتكرر في خارج واحد فلا يعتبر فيه سواء ابدا برفع المؤنة كما في نصاب الزكاة بل اولى
لان الحول في الزكاة شرط وهنا ليس بشرط على قول ابي حنيفة قوله قال تغلبي له ارض عشر عليه العشر مضاعفا وتغلب
قبيلة من نصارى العرب وهو بكسر اللام اما في حالة النسبة يجوز فتح اللام وكسرها والافصح الكسر وقد علم في علم التصريف ثم ان عمر
صالحهم على التضعيف حيث قالوا الحقنا العار باداء الجزية فخاف ان يلحقوا بالروم ويصيروا عونا لهم وكان بمحضر من الصحابة فاستقر
الامر عليه وكان بنو تغلب قوما ذوي شوكة وكانوا بقرب من الروم واصل ذلك ما قال ابو يوسف في كتاب الخراج حدثني بعض المشايخ عن
السفاح عن داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال لعمر بن الخطاب يا امير المؤمنين ان بني تغلب من قد علمت شوكتهم وانهم
بازاء العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتدت مؤنتهم فان رأيت ان تعطيهم شيئا فافعل قال فصالحهم عمر على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم
في النصرانية ويضاعف عليهم الصدقة وعلى ان تسقط الجزية عن رؤسهم وكل نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتى تبلغ اربعين
فاذا بلغت اربعين سائمة ففيها شاتان الى عشرين ومائة فاذا زادت شاة ففيها اربع من الغنم وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم
وكذلك البقر والابل اذا اوجب على المسلم شيء في ذلك فعلى التغلبي مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم في الصدقة واما الصبيان فليس عليهم شيء
كذا في كتاب الخراج قوله فان اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم اي فان اشترى الارض العشرية من التغلبي ذمي فالارض
على حالها من التضعيف عندهم لانه يجوز التضعيف على ذمي غير تغلبي في الجملة كما اذا مر على العاشر فانه يؤخذ منه نصف العشر ومن المسلم ربع
العشر والنصف ضعف الربع قوله وكذا اذا اشتراها منه مسلم او اسلم التغلبي عند ابي حنيفة يعني تكون الارض العشرية على حالها
من التضعيف اذا اشتراها من التغلبي مسلم او اسلم التغلبي عند ابي حنيفة وسواء ان يكون التضعيف اصليا بان ورثها التغلبي عن ابائه كذلك
او تداولته الايدي في الشراء كذلك او عارضا بان اشتراها من مسلم لان التضعيف صار وظيفة للارض فينتقل الى المسلم كالخراج وقد
روي عن الحسن بن علي وابي هريرة وابن مسعود وغيرهم رضوان الله عليهم انهم اشتروا اراضي في سواد العراق وكانوا يؤدون عنها الخراج ولانه
فيه ما يشبه العقوبة والاسلام لا ينافي العقوبة كما في الحدود والقصاص فوجب القول بالبقاء وعند ابي يوسف يعود الى عشر واحد
لان الداعي الى التضعيف كان كفر الكافر وقد زال وقال محمد ان كان التضعيف اصليا يبقى لانه صار كالخراج وان كان عارضا عاد الى
الاصل عند زوال العارض قال فخر الاسلام والصحيح عند محمد ان التغلبي اذا اشترى ارضا عشرية يبقى العشر كذلك فلا يتصور التضعيف

عارضا

عارضا قوله قال في الكتاب وهو قول محمد فيما صح عنه اي قال في كتاب الزكاة من المبسوط وهو قول محمد يعني العود الى عشر واحد
قول محمد في القول الصحيح عنه اي عن محمد قوله قال اختلف النسخ في بيان قول محمد والاصح انه مع ابي حنيفة في بقاء التضعيف
اي قال صاحب الهداية اختلف النسخ في بيان قول محمد والاصح ان محمدا مع ابي حنيفة لكن قول محمد لا يتاتى الا في التضعيف الاصلي
لان الحادث لا يتصور عنده ولهذا يجب على التغلبي عشر واحد عند محمد اذا اشتراها من مسلم قوله ولو كانت الارض لمسلم
اشتراها منه نصراني اعلم ان الارض العشرية اذا اشتراها من المسلم نصراني غير تغلبي بطل العشر ويجب الخراج عند ابي حنيفة وعند
ابي يوسف يضاعف عليه العشر ويوضع موضع الخراج وقال محمد هي عشرية كما كانت وقال مالك لا يجوز البيع وهو اختيار القاضي
ابو خازم كذا ذكره القدوري ووجه جواز البيع ان العشر يتعلق بالمال فلا يمنع تملك الكافر كزكاة السائمة ثم وجه قول محمد ان العشر فيه
معنى العبادة فلا يجب على الكافر ابتداء ولا يبطل عنه بقاء كما في الخراج على المسلم ووجه ابي يوسف ان الكافر ليس باهل للعبادة اصلا
وفي العشر معنى العبادة فلم يبق عليه العشر ولا سبيل الى تبديل الارض العشرية الى الخراج فاوجب التضعيف لانه امر مشروع كما في بني
تغلب ووجه قول ابي حنيفة ان الكفر ينافي اداء العبادة فبطل العشر بخلاف الخراج فان الاسلام لا ينافي اداء المؤنة فلما بطل
العشر تعين الخراج فانه اللائق بحال الكافر قوله ثم في رواية الى اخره يعني عن محمد روايتان في مصرف هذا العشر في رواية يصرف
الى مصارف الصدقات وفي رواية يصرف الى مصارف الخراج اي الى ارزاق المقاتلة ورصد الطريق ونحو ذلك على ما نذكر من بعد ان
شاء الله تعالى قوله فان اخذها منه مسلم بالشفعة الى اخره اي ان اخذ الارض العشرية مسلم من النصراني الذي اشتراها من مسلم
بالشفعة او ردت الارض على البائع وهو المسلم لفساد البيع فالارض عشرية كما كانت ويبطل الخراج او التضعيف اما في صورة الاخذ
بالشفعة فلان الصفقة تحولت من المشتري وهو النصراني الى الشفيع وهو المسلم فصار كان المسلم اشتراها ابتداء واما في صورة الرد
بالفساد فلان البيع لما انفسخ صار كان لم يكن ولان حق المسلم وهو البائع لم ينقطع بهذا الشراء لانه كان مستحقا للرد فاسترداد
فلا خراج ولا تضعيف اذا قوله واذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر والمراد اذا سقي بماء العشر كبئر او عين
ونحوه فاما اذا سقي بماء الخراج كانهار الاعاجم فهو خراجي وان سقي بسيحون وجيحون ودجلة والفرات فعند ابي يوسف خراجي وعند
محمد عشري لان الوظيفة تدور مع الماء لان النماء يحصل به قال الامام العتابي وهذا مشكل لان هذا ايجاب الخراج على المسلم ابتداء
وذكر شمس الائمة السرخسي في كتاب الجامع الصغير ان عليه العشر بكل حال وهو الاظهر فان سقاه مرة من ماء العشر ومرة من ماء الخراج
فعليه العشر لانه احق بالمسلم من الخراج والجواب عن اشكال العتابي فنقول ان وضع الخراج على المسلم ابتداء بطريق الجبر لا يجوز اما اذا اختار
المسلم فيجوز ذلك وقد اختاره حيث سقاه بماء الخراج الا ترى ان المسلم اذا احيى ارضا ميتة باذن الامام وسقاها بماء الخراج يجب عليه
الخراج كذا هذا قوله وليس على المجوسي في داره شيء قال فخر الاسلام اصل ذلك ان الدور قد وقع فيها التسليم على انه لا مؤنة فيها
باتفاق الاثار واجماع المسلمين الا ترى انه هذه احرار وجب في الشرع بارض نامية فيها ما يتفق الاثار والدور ارض غير نامية فاذا جعلها
بستانا فصارت نامية كما اذا جعل العلوفة سائمة ثم عليه الخراج سواء سقاها بماء العشر او بماء الخراج لان الكفر ينافي العبادة بخلاف المسلم
اذا جعل داره بستانا فانه يعتبر الماء لان الاسلام لا ينافي العقوبة فاستقام توظيف الخراج عليه قوله وعلى قياس قولهما يجب العشر
في الماء العشري يعني ان ايجاب العشر على الكافر في الارض العشرية يجوز عند ابي يوسف ومحمد كما اذا اشترى الذمي ارضا عشرية
من المسلم فعلى هذا القياس يجب ان يؤخذ العشر من المجوسي الذي جعل داره بستانا وسقاه بماء العشر لكن عند ابي يوسف يضاعف عليه العشر
وعند محمد عشر واحد ثم في رواية يصرف الى مصارف الخراج وفي رواية يصرف الى مصارف العشر كما في الذمي اذا اشترى ارضا عشرية
قوله ثم الماء العشري ماء السماء والابار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية احد والماء الخراجي الانهار التي شقها الاعاجم
وهي عين الانهار الصغار التي في بلاد الاعاجم وقد صارت في ايدي المسلمين على سبيل الغنيمة اما الانهار الكبار مثل جيحون وسيحون ودجلة
والفرات ففي خراجية عند ابي يوسف وعشرية عند محمد وهذا بناء على انه هل يثبت عليها الايدي وهل تدخل تحت ولاية احد فعند ابي
يوسف يثبت عليها الايدي وعند محمد لا ووجه قول محمد ان اثبات اليد على هذه المياه وادخالها تحت ولاية احد لا يمكن فاشبهت البحار وماء العيون والامطار ووجه
قول ابي يوسف ان هذه المياه تدخل تحت اليد الكبار وقد صارت للمسلمين فاشبهت الانهار التي شقها الاعاجم ويمكن اثبات اليد عليها باتخاذ السفن والقناطر عليها
ثم اعلم ان جيحون اسم نهر بلخ وسيحون اسم نهر الترك ودجلة اسم نهر بغداد والفرات اسم نهر الكوفة وهذا هو المشهور وقال صاحب الكشاف
سيحون اسم نهر الهند فاقول لا مشاحة في التسمية ويحتمل انه مشترك وذكر في صحيح مسلم عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم سيحان وجيحان والفرات والنيل كل من انهار الجنة وقد روى مسلم سيحان وجيحان على وزن فعلان قوله وهذا يكون عليها
اي اتخاذ القناطر من السفن على هذه المياه ثم اعلم ان الخراج على نوعين خراج مقاطعة ويسمى خراج وظيفة والثاني خراج مقاسمة اما
الاول فهو ما ثبت بتوظيف عمر باجماع الصحابة في كل جريب ارض بيضاء تصلح للزراعة قفيز مما يزرع فيها ودرهم والقفيز هو الصاع والدرهم هو
الفضة الخالصة وزنه وزن سبعة والجريب ارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى وهي سبع قبضات تزيد على ذراع
العامة بقبضة وفي جريب الرطبة خمسة دراهم وفي جريب الكرم عشرة دراهم واما الجريب الذي فيه اشجار مثمرة ولا يصلح للزراعة لم
يذكر في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف اذا كانت النخيل ملتفة جعلت عليه الخراج بقدر ما تطيق ولا ازيد على جريب الكرم وفي جريب
الزعفران بقدر ما تطيق وينظر الى غلتها فان كان تبلغ غلة الارض المزروعة يؤخذ منها قدر خراج الزرع وان كان تبلغ غلة الرطبة يؤخذ
خمسة واما خراج المقاسمة فهو ان الامام اذا فتح بلدا ومن على اهلها جعل على اراضيهم الخراج مقدار خمس الخارج وغيره مثل الربع والثلث والنصف
وهذا جائز كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم باهل خيبر ويكون حكمه حكم العشر ويتعلق بالخارج الا انه يوضع في مواضع الخراج لانه في الحقيقة

خراج كذا ذكره صاحب التحفة وغيره ● قوله لان الصلح جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة اراد بالمؤنة المحضة الخراج لانه مؤنة
ليس فيه معنى العبادة ● يعني ان صلح عمر رضي الله عنه مع بني تغلب في تضعيف الصدقة دون الخراج فلهذا يؤخذ من صبيانهم ونسائهم صدقة مضاعفة وخراج
واحد ● فان قلت الصبي التغلبي والمراة التغلبية اذا مرا الى العاشر يأخذ من المراة دون الصبي فكيف يؤخذ ها هنا من الصبي التغلبي في ارضه صدقة
مضاعفة ● قلت لا تعتبر الاهلية والمالك في العشر والخراج حتى يجب في الاراضي الموقوفة وارض الصبيان والمجانين بخلاف الزكاة حيث
يعتبر فيها الاهلية والمالك والعاشر يأخذ الزكاة ولا زكاة على الصبي ● قوله فيضعف ذلك اذا كان لهم اي يضعف العشر اذا كان
الصبي والمراة من تغلب ● قوله وليس في عين القير والنفط في ارض العشر شيء يعني لا يجب العشر لانه عين فوارة كعين الماء ولا عشر
في الماء فكذا في القير والنفط اما اذا كانت في ارض الخراج يجب الخراج اذا كان حريم موضع القير والنفط ارض فارغة صالحة للزراعة لان
سبب وجوب الخراج الارض النامية باعتبار التمكن من طلب النماء بالزراعة ثم العشر والخراج لا يجتمعان في ارض واحدة خلافا للشافعي لنا
ما روى ابو حنيفة في مسنده عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع على مسلم عشر وخراج في ارض واحدة
ولان السواد فتح ولم ينقل عن احد من ائمة العدل وولاة الجور انهم جمعوا بينهما فصار كالاجماع ● قوله لانه ليس من انزال الارض
هي جمع نزل ونزل الارض ريعها وهو ما يحصل منها ويعني به الارزاق كالحنطة ونحوها والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

لما ذكر الزكاة وما يلحقها من خمس المعادن والعشر احتاج الى بيان المصرف فشرع في بيانه والاصل في هذا الباب ● قوله تعالى انما الصدقات
للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم ● قال علماء
المعاني والبيان انما لحصر الشيء في الحكم كقوله انما زيد منطلق او لحصر الحكم في الشيء كقولك انما المنطلق زيد لان كلمة ان للاثبات وما للنفي
فيقتضي اثبات المذكور ونفي ما عداه والمعنى في الآية والله اعلم الصدقات للاصناف المذكورين لا لغيرهم كقولك انما الخلافة لقريش اي
لهم لا لغيرهم والعدول في الآية عن اللام الى في في الاربعة الاخيرة للايذان بانهم ارسخ في استحقاق الصدقة ممن سبق ذكره ● كذا قال
صاحب الكشاف وقوله فريضة من الله في معنى المصدر المؤكد يعني قوله انما الصدقات فرض الله الصدقات لهم ● قوله فهذه ثمانية
اصناف وقد سقطت المؤلفة قلوبهم في خلافة ابي بكر وانعقد على ذلك الاجماع وهم ثلاثة عشر رجلا ذكرهم الحافظ ابو موسى المديني
في اماليه عنه ذكر عدي ابن قيس منهم ابو سفيان ابن حرب من بني امية والحرث ابن هشام وعبد الرحمن ابن يربوع من بني مخزوم وحكيم ابن حزام
ابن خويلد من بني اسد ابن عبد العزى وصفوان ابن امية من بني جمح وعدي ابن قيس من بني سهم وسهيل ابن عمرو وحويطب ابن عبد العزى من
عامر ابن لؤي والعلاء ابن حارثة من ثقيف والعباس ابن مرداس من بني سليم وعيينة ابن حصن من بني فزارة ومالك ابن عوف من بني حنظلة
والاقرع ابن حابس فاعطاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة من الابل الا حويطب ابن عبد العزى وعبد الرحمن ابن يربوع اعطاهما خمسين
خمسين من الابل ● وذكر فخر الاسلام ربيعة الحبل وعلقمة ابن علاثة منهم ● قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم يعطيهم ليؤلفهم على الاسلام فلما قبض الرسول عليه الصلاة والسلام جاؤوا الى ابي بكر فاستبدلوا ابنه خطا لسهامهم فبذل لهم الخط
ثم جاؤوا الى عمر فاخبروه بذلك فاخذ الخط من يديهم ومزقه وقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعطيكم ليؤلفكم على الاسلام
فاما اليوم فقد اعز الله دينه فليس بيننا وبينكم الا السيف او الاسلام فانصرفوا الى ابي بكر فقالوا انت الخليفة ام هو فقال هو ان شاء ولم
ينكر عليه فبطل حقهم من ذلك اليوم وبقي سبعة ● فان قلت ذكر صاحب الكشاف رواية عن عكرمة ان الصدقات تفرق على الاصناف
الثمانية ● وكذا عن الزهري فكيف انتسخت المؤلفة قلوبهم ولا يجوز النسخ بالاجماع على ما عليه جمهور العلماء قلت هذا ليس من باب النسخ بل من انتهاء الحكم
بانتهاء العلة الداعية اليه وقد كانوا يعرفون الداعي الى الحكم فلما زال الداعي اجمعوا على خلاف ذلك الحكم ● فان قلت كيف كان يعطيهم
رسول الله صلى الله عليه وسلم ليؤلفهم على الاسلام وهم كفار والانبياء عليهم السلام لا يخافون احدا سوى الله تعالى قلت ما كان يعطيهم خوفا
منهم بل كان يعطيهم خشية ان يكبهم الله على وجوههم في نار جهنم كما جاء في الحديث وقيل هم كانوا ثلاثة اقسام قسم كان يعطيهم ليسلموا وقسم
وهم كانوا اسلموا ولكن كان يريد تقريرهم على الاسلام لضعف قلوبهم وقسم كان يعطيهم لدفع شرهم عن المسلمين والاستعانة بهم على
عدوهم من الكفار حين كان في الاسلام قلة ● قوله وعلى ذلك انعقد الاجماع اي على سقوط المؤلفة قلوبهم انعقد الاجماع من الصحابة
رضي الله عنهم ● قال صاحب التحفة اختلف المشايخ اصحاب الشافعي في سهم المؤلفة قلوبهم بعضهم قالوا انتسخ بالاجماع وبعضهم قالوا رجع
الى كل من كان حديث العهد بالاسلام من موسر ظاهر في الشوكة والقوة حتى يكون حاملا لهم على الدخول في دين الاسلام ● قوله والفقير
من له ادنى شيء والمسكين من لا شيء له وهذا مروي عن ابي حنيفة وقد قيل على العكس يعني ان المسكين من له ادنى شيء والفقير من لا شيء له ● قال الشيخ
ابو جعفر الطحاوي الفقراء الذين ذكرهم الله تعالى في اية الصدقات هم اهل المسكنة ليس المساكين الذين ليسوا فقراء ● وقال الشيخ ابو بكر
الجصاص الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ● روى ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان الفقير الذي لا يسال والمسكين الذي يسال
وهذا يوجب ان يكون المسكين اضعف حالا من الفقير ثم قال وكان شيخنا ابو الحسن الكرخي يقول المسكين هو الذي لا شيء له والفقير الذي له
ادنى بلغة وحكي ذلك عن ابي العباس ثعلب ● ثم قال قال ابو العباس حكى بعضهم انه قال قلت لاعرابي افقير انت قال لا بل مسكين وانشد عن ابن
الاعرابي قوله اما الفقير الذي كانت حلوبته وفق العيال فلم يترك له سبد
فسماه فقيرا مع وجود الحلوبة وهي الناقة التي تحلب يقال ما له سبد ولا لبد اي شيء ● ثم قال ابو بكر الرازي وحكى محمد ابن سلام عن يونس النحوي
قال الفقير الذي يكون له بعض ما يقيمه والمسكين الذي لا شيء له ويدل عليه قوله تعالى او مسكينا ذا متربة والمسكين الذي لا شيء له جاء في التفسير

٨٢

انه الذي قد لزق بالتراب وهو جائع عار لا يواريه عن التراب شيء فدل ذلك على ان المسكين في غاية الحاجة والعدم ● فان قلت قال الله تعالى
اما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر سماهم مساكين مع وجود السفينة لهم فكيف لا يكون للمسكين شيء ● قلت قد ذكرت تفسير الآية المتقدمة وقول
ائمة اللغة كابي العباس ويونس ان المسكين لا شيء له واما اضافة السفينة اليهم في الآية الاخرى فلا نسلم انها بسبيل الحقيقة بان كانت ملكا
لهم فلم لا يجوز ان تضاف اليهم بسبيل المجاز لكونها في ايديهم عارية او اجارة كما ورد في التفسير ● الا ترى انهم يقولون هذا منزل فلان
وان لم يكن ملكا له اذا كان المنزل مستعارا او مستاجرا وكذا يقال مسجد فلان ولا يراد به الملك ● قوله ولكل وجه اي ولكل واحد
من الوجهين وجه ● قوله ثم هما صنفان او صنف واحد اي الفقير والمسكين صنفان او صنف واحد ● قال فخر الاسلام في شرح الجامع
الصغير ● وعن ابي يوسف انهما صنف واحد حتى قال فيمن اوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين ان لفلان نصف الثلث
وللفريقين جميعا نصف الثلث كانهما صنف واحد ● وقال ابو حنيفة لفلان ثلث الثلث جعلهما صنفين فما قال هذا هو الصحيح لان العطف
للمغايرة وقد عطف احدهما على الاخر في الآية ● قوله والعامل يدفع اليه الامام ان عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه واعوانه
غير مقدر بالثمن خلافا للشافعي ● اعلم ان العاملين على الصدقات هم الذين يبعثهم الامام ليجمعوا الصدقات وهي الزكاة والعشور ويعطيهم
الامام من الصدقات ما يكفيهم ويكفي اعوانهم مدة ذهابهم ومجيئهم وذلك لان كل من قام بشيء من امور المسلمين يستحق كفايته رزقا كالقضاة
والمقاتلة وليس ذلك على وجه الاجارة لانها لا تجوز الا على عمل معلوم او مدة معلومة واجر معلوم وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده
يبعثون عمالا على الصدقات وغيرها فلم يرو عن احد منهم انه استاجر العمال عليه ثم العامل اذا كان غنيا تحل له العمالة بالاجماع وان كان
هاشميا لا يجوز له عندنا خلافا للشافعي له ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عليا الى اليمن مصدقا وفرض له فالظاهر انه فرض له مما ياخذ ولا
ياخذ مقابلة عمله والمقابل بالعمل اجرة والاجر يحل للهاشمي كما يحل للغني ● ولنا ما روى صاحب السنن مسندا الى ابي رافع وهو مولى رسول الله صلى
الله عليه وسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث رجلا على الصدقة من بني مخزوم فقال لابي رافع اصحبني فانك تصيب منها قال حتى اتي النبي صلى الله
عليه وسلم فاسأله فاتاه فسأله فقال مولى القوم من انفسهم وانا لا تحل لنا الصدقة ولان العامل في جمع الصدقات يعمل لله تعالى لان
الصدقة عبادة ومستحق العبادة هو الله تعالى فصار العامل في الصدقات عاملا لله تعالى واستعمله بذلك من اسباب الحاجة فصار مصرفا
للصدقة ومستحقا لها اذا عمل لكنه يحل للغني من وجه لانه بمنزلة ابن السبيل فلما صار عاملا لهم من وجه استوجب اجرا عليهم فلما صار ما
استحقه صدقة من وجه واجرة من وجه حل للعامل الغني دون الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول عن شبهة الوسخ ولم يعتبر هذه الشبهة في حق
الغني لان تحريم الصدقة على الغني لا لكرامته ولهذا تحرم الصدقة على مولى الهاشمي دون مولى الغني والجواب عن حديث علي ان نقول ليس فيه
بيان انه عليه الصلاة والسلام فرض له من الصدقات وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم فوض اليه امر الحرب فالظاهر انه فرض
له من الفيء لا من الصدقات ثم لا تتقدر عمالته بالثمن ● وقال الشافعي يعطى له الثمن لانه واحد من الاصناف الثمانية ● ولنا ان ما ياخذ العامل
صدقة من وجه واجرة من وجه كما بينا فالصدقة لا توجب التقدير والاجرة توجب التقدير بالكفاية فاوجبنا رزقه على حسب الكفاية
سواء كان اقل من الثمن او اكثر ● الا ترى ان عمر بعث عمارا اميرا على العراق وبعث عبد الله ابن مسعود خازنا وبعث حذيفة ابن اليمان وعثمان ابن
حنيف ليمسحا سواد العراق وفرض لهم كل يوم شاة وجرابا من دقيق نصفها لعمار واعوانه ونصفها للباقين ثم قال ان قرية يؤخذ منها كل يوم
شاة وجراب من دقيق لسريع خرابها وكان يومئذ ارتفاع السواد الف الف ثم في الكفاية يعتبر الوسط لا الشهوة لانها حرام لكونها اسرافا محضا
وعلى الامام ان يبعث من يرضى بالوسط من غير اسراف ولا تقتير ● وذكر في الايضاح ان العامل اذا اخذ الصدقة وضاعت في يده بطلت
عمالته ولا يعطى من بيت المال شيء ونقله من الزيادات ● قوله وفي الرقاب يعان المكاتبون منها في فك رقابهم هو المنقول اي هو المنقول
عن ائمة التفسير والعبير في منهاج الى الصدقات ● اعلم ان المراد من الرقاب هم المكاتبون عندنا وهذا مذهبنا وقد فسره بذلك
ائمة التفسير ● وقال بعضهم نصيب الرقاب يعتق وهذا مذهب مالك فيكون ولاؤهم على مذهب مالك لجماعة المسلمين دون المعتقين كذا
قال ابو بكر الرازي ● وقال بعضهم المراد منها الاسارى ● وذكر البخاري في الصحيح عن ابن عباس انه يعتق من زكاة ماله ● وذكر اسماعيل عن الحسن
البصري ان اشترى اباه من الزكاة جاز والصحيح ما ذهب اليه اصحابنا ● لما روي عن البراء ابن عازب ان رجلا قال يا رسول الله دلني على عمل يدخلني الجنة
قال اعتق النسمة وفك الرقبة قال او ليسا سواء قال لا عتق النسمة ان تنفرد بعتقها وفك الرقبة ان تعين في ثمنها كذا ذكر ابو بكر
الجصاص الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي فجعل عليه السلام عتق النسمة غير فك الرقبة فدل ذلك على ان المراد من قوله تعالى وفي الرقاب هو
المعونة في فك الرقبة بما ذكرناه الكتابة وما ذهب اليه مالك ضعيف لما روي عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انما الولاء لمن اعتق فيكون
الولاء على مذهبه لغير المعتق وهو فاسد ولان شرط الزكاة التمليك لقوله تعالى واتوا الزكاة والاعتاق اتلاف المال لا تمليك ولان الزكاة
اما ان تكون مصروفة الى المولى او الى العبد فلا يجوز الاول لان ما ياخذ المولى عوض عن ملكه والزكاة لا تعطى عوضا عن شيء ولا يجوز الثاني
ايضا لان الزكاة تمليك ولا ملك العبد قبل الاعتاق اما المال ولا الرق اما المال فقد ملكه المولى واما الرق فانه تلف على ملك المولى ويعتبر
في الزكاة التمليك لا الاتلاف ● قوله والغارم من لزمه دين ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه ● قال القتبي الغارم من عليه الدين ولا
يجد قضاء واصل الغرم الخسران ● ومنه قيل في الرهن له غنمه وعليه غرمه اي ربحه له وخسرانه عليه فكان الغارم هو الذي خسر ماله
والخسران النقصان ثم الغارم يجوز دفع الزكاة اليه اذا لم يملك نصابا فاضلا عن دينه لان ما في يده مستحق بالدين فصار وجوده وعدمه
سواء بخلاف ما اذا ملك نصابا فاضلا عن دينه حيث لا يجوز دفع الزكاة اليه لانه غني وتصرف الزكاة للفقير لا الغني ● الا ترى الى ما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم ● قوله وقال الشافعي من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفاء النائرة
اي العداوة من تحمل غرامة بين القبيلتين اي عداوة وشحنا كذا ذكره ابراهيم ابن اسحاق الفارابي ● قوله وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند ابي

فيه خلافا لابي يوسف ومحمد فقال ابو يوسف هم اهل الجهاد من اهل الفقراء • وقال محمد الحاج المنقطع هو • وجه قول محمد ما روى البخاري في الصحيح عن ابي لاس • انه قال حملنا النبي صلى الله عليه وسلم على ابل الصدقة للحج فعلم بذلك ان سبيل الله منقطع الحج لان النبي صلى الله عليه وسلم صرف الصدقة اليه • وروى الشيخ ابو نصر عنه ان رجلا جعل بعيرا له صدقة في سبيل الله فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يحمل عليه الحاج • ووجه قول ابي يوسف ما روى البخاري ايضا في الصحيح ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان خالدا احتبس ادرعه في سبيل الله ولا شك ان الدرع للحرب لا للحج فعلم بذلك ان المراد من سبيل الله الجهاد لا الحج لان سبيل الله عبارة عن جميع القرب لكن عند الاطلاق ينصرف الى الجهاد كما في قوله تعالى وانفقوا في سبيل الله • وما قاله ابو يوسف هو الاظهر وعندي يجوز ان يصرف الصدقة الى الفريقين جميعا لان كل واحد من الحج والجهاد سبيل الله وقد دل الدليل على ارادة كل واحد منهما كما بينا • ثم عند الشافعي يجوز الصرف الى اغنياء الغزاة وذلك ضعيف لما روى البخاري في حديث معاذ ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تؤخذ من اغنيائهم وترد في فقرائهم فعلم بذلك ان الصرف الى فقراء الغزاة لا غير • فان قلت روي في السنن عن ابي سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تحل الصدقة لغني الا في سبيل الله وابن السبيل او جار فقير يتصدق عليه فيهدي لك او يدعوك فعلم بهذا ان الغازي يجوز دفع الصدقة اليه وان كان غنيا قلت معناه الغني بكسبه اي المستغني بكسبه عن السؤال • بيانه ان المستغني بالكسب لا يحل له طلب الصدقة الا اذا كان غازيا فيحل له لاشتغاله بالجهاد عن الكسب **قوله** وابن السبيل من كان له مال في وطنه وهو في مكان لا شيء له فيه • اعلم ان ابن السبيل غني بالنظر الى حصة ماله وفقير بالنظر الى حيث جواز اخذ الزكاة لكونه فقيرا في الحال لعدم انتفاعه بماله وسمي المسافر ابن السبيل لكثرة ملازمته السبيل لانه لما حصل منه كثرة الملازمة صار كانه ولد الطريق ومنه قولهم العبد ابن الوقت • **قوله** فهذه جهات الزكاة اي الاصناف السبعة المذكورة غير المؤلفة فانهم جهات الزكاة يجوز ان يدفع صاحب المال زكاته الى اي صنف شاء منهم • وعند الشافعي لا بد ان يصرف الرجل صدقته على سبعة اصناف من كل صنف ثلاثة فلا بد فذلك احد وعشرون • كذا قال فخر الاسلام والصدر الشهيد والشيخ نصر • وقال صاحب التحفة • قال الشافعي يجب الصرف الى ثمانية اصناف الى ثلاثة من كل صنف وهذا بناء على اختلاف اصحاب الشافعي في سهم المؤلفة قلوبهم هل هو ساقط ام لا • وجه قول الشافعي ان الله تبارك وتعالى اضاف الصدقات اليهم بحرف اللام واللام تقتضي الملك اذا اضيف به الى من يصح له الملك كقولهم المال لزيد • ووجه قولنا ما روى البخاري في الصحيح مسندا الى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه بعث معاذا الى اليمن فقال ادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله واني رسول الله فان هم اطاعوا لك بذلك فاعلمهم ان الله قد افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة فان هم اطاعوا لذلك فاعلمهم ان الله قد افترض عليهم صدقة في اموالهم تؤخذ من اغنيائهم وترد في فقرائهم وهذا خبر مشهور تلقته العلماء بالقبول ولم يذكر فيه سوى الفقير فعلم ان سبب الاستحقاق هو الفقر والحاجة فجاز الصرف الى صنف واحد باعتبار الحاجة ولا يرد علينا العامل الغني حيث يجوز الصرف اليه بقدر الكفاية لان ما يأخذه من العمالة اجرة من وجه كما مر بيانه فجاز اخذه وان كان غنيا • ويدل على صحة مذهبنا ان الله تعالى قال ان تبدوا الصدقات فنعما هي وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم • بيانه ان الضمير المنصوب في وتؤتوها راجع الى الصدقات وذلك عام في جميع الصدقات لكونها محلاة باللام فتضمنت الاية جواز اعطائها للفقراء وهم صنف من الاصناف المذكورين في الاية الاخرى فعلم من هذا المجموع ان الله تعالى اوجب صرفها الى المحتاجين في اية ومن اسباب الحاجة في اية اخرى فصار واحد باعتبار الحاجة كصنف واحد ثم يجوز صرفها الى واحد من صنف واحد لان الجمع صار مستعارا للجنس لدخول اللام عليه ولان الصدقة لا تخلو اما ان تكون مستحقة بالاسم او بالحاجة او بهما جميعا فلا يجوز استحقاقها بالاسم لمعنيين احدهما انه لو كان كذلك لاستحقها كل غارم وكل ابن السبيل وان كان غنيا وليس كذلك والثاني انه يجب استحقاق سهمين على ذلك التقدير ان كان الشخص فقيرا وابن السبيل وان كان كذلك فقد بطل الاستحقاق بالاسم فتعين الاستحقاق بالحاجة فعلم ان المقصود سد خلة المحتاج وذلك حاصل في صرف واحد فصار الكل صنفا واحدا باعتبار الحاجة ثم جملتها للزكاة مثل الكعبة للصلاة وكل جزء من الكعبة قبلة للصلاة فكذلك كل صنف من الاصناف السبعة مصرف للزكاة • والجواب عن قول الشافعي ان اللام في اللغة للاختصاص كقوله تعالى ان لهم النار وقوله تعالى لهم عذاب اليم ونحن نقول بموجب ذلك حيث يجوز الصرف الى الاصناف السبعة ولا يجوز التعدي عنهم الى غيرهم ولكن لا نسلم ان جواز الصرف اليهم يقتضي الصرف اليهم جميعا والقسمة عليهم حتما او نقول لا نسلم ان الاية لبيان انهم مستحقون الصدقة لانها عادة لا يستحقها الا الله تعالى لبيان انهم مصارف للصدقة باعتبار الفقر والحاجة فصار المقصود دفع الحاجة فلا يبالي باختلاف الاسباب عند اتحاد المقصود فجاز وضع الصدقة في صنف واحد **قوله** والذي ذهبنا اليه مروي عن عمر وابن عباس اي الاقتصار على صنف واحد في دفع الصدقات مروي عنهما • قال ابو بكر الجصاص الرازي في شرح مختصر الطحاوي روي ذلك عن عمر بن الخطاب وحذيفة وابن عباس وعن سعيد ابن جبير وابراهيم وابي العالية ولا يروى عن احد من الصحابة خلاف ذلك فصار اجماعا لا يسع خلافه • ثم قال وروى الثوري عن ابراهيم ابن ميسرة عن طاوس عن معاذ بن جبل انه كان يأخذ من اهل اليمن العروض في الزكاة ويجعله في صنف واحد من الناس • قال الامام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي ثم جملة ما يجيء ويجمع في بيت المال من الاموال اربعة انواع نوع منها الصدقات وهي زكاة السوائم والعشور وما اخذ العاشر من المسلمين الذين يمرون عليه من التجار ونوع اخر وهو ما اخذ من خمس الغنائم والمعادن والركاز ونوع اخر ما اخذ من خراج الارض وجزية الرؤس وما صولح عليه من بني نجران من الحلل ومن بني تغلب من الصدقة المضاعفة وما اخذ العاشر من المستأمنين من اهل الحرب وما اخذ من تجار اهل الذمة ونوع اخر ما اخذ من تركة الميت الذي مات ولم يترك وارثا او ترك زوجا او زوجة فجملة هذا المال تحل للنوع الاول وهي الصدقات ما ذكرنا ومحل النوع الاخر وهو الخمس الاصناف التي ذكرها الله تعالى في كتابه وهو قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل فسهم الله وسهم رسوله واحد وانما ذكر تبركا وافتتاحا للكلام واظهارا لفضيلة هذا المال وسهم الرسول سقط بموته صلى الله عليه وسلم وسهم ذوي القربى ساقط عندنا وسهم قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم تصرف اليوم الى ثلاثة اصناف

اليتامى والمساكين وابن السبيل وعند الشافعي سهم ذوي القربى ثابت • وقال بعضهم يصرف الى الاصناف التي ذكرها الله تعالى في كتابه فسهم الله تعالى يصرف الى عمارة المسجد الحرام وسهم الرسول يصرف الى الخليفة لانه قائم مقامه وسهم ذوي القربى الى قرابته واليتامى والمساكين وابن السبيل • النوع الثالث وهو الخراج والجزية ونحوهما يصرف الى عمارة الرباطات والقناطر والجسور وسد الثغور وكري الانهار العظام التي لا ملك فيها لاحد كجيحون والفرات ودجلة ويصرف الى ارزاق القضاة والولاة والمحتسبين والمفتين والمعلمين وارزاق المقاتلة ويصرف الى رصد الطريق في دار الاسلام عن اللصوص وقطاع الطريق وحاصله ان هذا النوع من المال يصرف الى عمارة الدين وصلاح دار الاسلام والمسلمين • والنوع الرابع يصرف الى نفقة المرضى في ادويتهم وعلاجهم وهم فقراء والى كفن الموتى الذين لا مال لهم والى نفقة اللقيط والى جنايته والى نفقة من هو عاجز عن الكسب وليس له من تجب عليه نفقته وما اشبه ذلك والواجب على الائمة والولاة والسلاطين ايصال الحقوق الى اربابها وان لا يحبسوها عنهم على ما يرون من تفضيل والتسوية من غير ميل في ذلك الى هوى ولا يحل لهم منها الا مقدار ما يكفيهم ويكفي اعوانهم وما لابد لهم منه وينبغي لهم اذا اجتمع المال عندهم ان يوصلوها الى اربابها ويصرفوها اليهم ولا يجعلوها كنوزا وان فضل من بيت المال شيء بعد ايصال الحقوق الى اربابها قسموها بين المسلمين وان قصروا في ذلك فوباله عليهم واستحقوا اسم الظلم الظلمة **قوله** ولا يجوز ان يدفع الزكاة الى ذمي الى اخره • اعلم ان دفع جميع الصدقات الى المسلم يجوز اتفاقا والى الحربي لا يجوز دفع صدقة ما اتفاقا اما الذمي فيجوز دفع التطوع اليه اتفاقا ولا يجوز دفع الفريضة اليه كالزكاة والعشر اتفاقا اما سائر الصدقات الواجبة كصدقة الفطر والكفارات والصدقة المنذورة فعند ابي حنيفة ومحمد جائز ولكن الصرف الى المسلمين اولى • وروي عن ابي يوسف انه لا يجوز وهو قول زفر كذا ذكره فخر الاسلام واخذ الشافعي • وجه الاعتبار بالزكاة بانها صدقة واجبة فلا يجوز دفعها الى الذمي كمال الزكاة • ولنا قوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم قال الواحدي في سبب نزول هذه الاية قدمت قتيلة بنت عبد العزى على ابنتها اسماء بنت ابي بكر بهدايا وضباب وسمن واقط فلم تقبل هداياها ولم تدخلها منزلها فسألت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم الاية فادخلتها منزلها وقبلت هداياها فعمومها يجوز دفع الصدقات الى الذمي الا الزكاة والعشر خصا بحديث معاذ وهو قوله عليه الصلاة والسلام تؤخذ من اغنيائهم وترد في فقرائهم وهو مشهور فيخص به الاية وانما يراد الزكاة والعشر على عمومها • وروى الواحدي ايضا في كتاب اسباب نزول القرآن باسناده الى سعيد بن جبير • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تصدقوا الا على اهل دينكم فانزل الله تعالى ليس عليك هداهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا على اهل الاديان ورواه ايضا عن ابن الحنفية قال كان المسلمون يكرهون ان يتصدقوا على فقراء المشركين حتى نزلت هذه الاية فامروا ان يتصدقوا عليهم • وقال الكلبي اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرة القضاء وكانت معه في تلك العمرة اسماء بنت ابي بكر فجاءتها امها قتيلة وجدتها يسألانها وهما مشركتان وقالت لا اعطيكما شيئا حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانكما لستما على ديني فاستأمرته في ذلك فانزل الله هذه الاية فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد نزول هذه الاية ان تتصدق عليهما فاعطتهما ووصلتهما ومن الحجة لابي حنيفة ومحمد قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين • وقوله تعالى فاطعام ستين مسكينا • بيانه ان اطلاق المسكين يتناول المسلم والذمي فيجوز اعطاء الكفارة لهما جميعا • ويدل عليه قوله تعالى ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما واسيرا وهذا لان الاسير في دار الحرب لا يكون الا كافرا فدل على ان الصدقة على اهل الذمة قربة ومن جهة النظر ان صدقة الفطر والكفارات لما لم يكن اخذها مفوضا الى الامام جاز دفعها الى اهل الذمة كالتطوع • فان قلت يرد عليكم زكاة الاموال الباطنة لان اخذها ليس مفوضا الى الامام فكان ينبغي ان يجوز دفعها الى الذمي كالتطوع • قلت لا نسلم ليس بمفوض الى الامام بل حق الامام متعلق بها في الاخذ ولم يسقط عنها كالمال الظاهر لكن لما راى عثمان ان الاموال كثرت وان تتبعها يشق على الائمة فوض ذلك الى اربابها فصاروا ابدالا له عن الامام في ادائها **قوله** ولا يبنى بها مسجد الى اخره والمعنى الجزء راجع الى الزكاة وهذا لان الركن في الزكاة هو التمليك من الفقير ولم يوجد ذلك في بناء وكذا لم يوجد في كفن الميت وكذا في قضاء دينه لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك من ذلك الغير فلان لا يقتضي التمليك من الميت اولى • الا ترى انه لو قضى دين الغير ثم تصادق الدائن والمديون ان لا دين له عليه يرجع المتبرع على الدائن لا على المديون فلو كان قضاء الدين تمليكا من المديون لرجع على المديون لا على الدائن • قال في شرح الطحاوي فان قضى دين حي ان قضاه بغير امره يكون متبرعا ولا يجوز عن زكاة ماله وان قضى بامره جاز ويكون القابض كالوكيل له في قبض الصدقة **قوله** يماثل الميت وهذا على خلاف استعمال العرب لان قياس كلامهم ان يقال لا سيما ذي من كلمات الاستثناء التي تنزل في اهل اللغة • قال صاحب المقصد واما لا سيما فله وجهان احدهما ان تقول جاءني القوم لا سيما زيد فخفض زيد وجعل ما زائدة كانك قلت لا سي زيد بمنزلة لا مثل زيد والوجه الثاني ان تقول لا سيما بجعل ما بمعنى الذي وزيد خبر مبتدأ محذوف كانك قلت لا سي الذي هو زيد كقراءة من قرأ ان الله لا يستحيي ان يضرب مثلا ما بعوضة بالرفع لان التقدير ما هو بعوضة اي يضرب الذي هو بعوضة فما فوقها مثلا وتقول الجر بعد لا سيما اكثر والرفع قليل وقد يجوز النصب وهو الاقل وهو على مذهب من يجعل هذه الكلمة بجملتها بمنزلة الا وحده وبيت ولا سيما في بيت امرئ القيس • ولا سيما يوم بدارة جلجل • وكان قياس التركيب على هذا في الهداية ان يقال لا سيما الميت او يقال لا سيما التمليك من الميت على معنى ان قضاء الدين من الغير لا يقتضي التمليك من الغير لا سيما الميت اذ لا يقبل التمليك لانه قدم اقتضاء التمليك في الميت اكثر **قوله** ولا يشتري بها رقبة تعتق خلافا لمالك وقد ذكرنا تحقيق ذلك في تاويل قوله تعالى وفي الرقاب في هذا الباب **قوله** ولا تدفع الى غني لقوله عليه الصلاة والسلام لا تحل الصدقة لغني وهو باطلاقه حجة على الشافعي في غني الغزاة ذكر هذا الحديث صاحب السنن مسندا الى عبد الله ابن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي • وذكره الطحاوي ايضا في شرح الاثار بطرق مختلفة مسندا الى النبي صلى الله عليه وسلم وكذا حديث معاذ حجة على الشافعي وقد رويناه فيما تقدم من الصحيح البخاري • فان قلت قد جاء في السنن ايضا

مسندا الى ابي سعيد الخدري • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لغني الا في سبيل الله او ابن السبيل او جار فقير تصدق
عليه فيهدي لك او يدعوك فدل على جواز دفع الصدقة الى الغازي وان كان غنيا • قلت قد مر جوابه في شرح قوله وفي سبيل الله ثم اعلم
ان صدقة التطوع يجوز صرفها الى الغني ويحل له فاما صدقة الاوقاف فيجوز صرفها الى الاغنياء ان سماهم الواقف او لم يسمهم فلا يجوز لانها
صدقة غير واجبة كذا قال صاحب التحفة • ثم الغنا ثلاثة انواع احدها الغنى الذي يتعلق بوجوب الزكاة وهو ان يملك نصابا
من المال النامي الفاضل عن حاجته • والثاني الغنى الذي يحرم به الصدقة ويجب الفطرة والاضحية وهو ان يملك ما يساوي مائتي
درهم فاضلا عن ثيابه واثاث بيته وخادمه ومسكنه وفرسه وسلاحه وكتب العلم ان كان من اهله اذا لم يكن له فضل عن ذلك • والثالث
الغنى الذي يحرم به السؤال لا الاخذ وهو ان يملك قوت يومه وما يستر به عورته اما القوي المكتسب تحل له الاخذ ولا يحل له السؤال وعليه
العامة وقال بعضهم اذا ملك خمسين درهما لا يحل له السؤال وعند الشافعي لا يحل للقوي المكتسب اخذ الصدقة • وقد روي في هذا
الباب اخبار مختلفة روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى كبشة السلولي عن سهل ابن الحنظلية قال سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول من سال الناس عن ظهر غنى فانما يستكثر من جمر جهنم قلت يا رسول الله وما ظهر غنى قال ان يعلم ان عند اهله ما يغديهم وما يعشيهم
وروى ايضا باسناده الى ابي سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من سال وله قيمة اوقية فهو ملحف • وروى ايضا باسناده
الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سال الناس اموالهم تكثرا فانما هو جمر فليستقل منه او ليكثر • وروى ايضا باسناده
الى عطاء ابن يسار عن رجل من بني اسد انه ذهب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسمعه يقول من سال منكم وعنده اوقية او عدلها فقد سال
الحافا • قال الطحاوي والاوقية اربعون درهما فاقول الكراهة في هذه الاخبار كراهة السؤال ونحن نكرهه ولم يلزم من كراهة السؤال كراهة
الاخذ فلا يكره الاخذ اذا لم يملك ما يساوي نصابا لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل في حديث معاذ الناس صنفين اغنياء وفقراء من لم يملك
نصابا لا يجب عليه الزكاة لانه ليس بغني فيكون من جملة الفقراء فيجوز له اخذ الصدقة • وقال الشيخ ابو بكر الرازي وقد كانت الصدقات تحمل
الى النبي صلى الله عليه وسلم فيعطيها اهل الصفة وهم اولياء يحضرون الغزوات مع النبي صلى الله عليه وسلم ويقاتلون ومنذ عصر النبي صلى الله عليه وسلم
الى يومنا هذا يتصدق على الفقرا الاصحا ويعطونهم زكوات اموالهم من غير نكير من احد من السلف والخلف على فاعله فصار اجماعا والحاصل
في حل الزكاة انها لا تحل عند بعضهم لمن كان عنده غدا وعشا وعند بعضهم لا تحل للصحيح البدن وعند بعضهم لا تحل لمن ملك اربعين درهما وعند
بعضهم لا تحل لمن ملك خمسين درهما وعندنا تحل لمن ملك ما دون المائتين قوله ولا يدفع المزكي زكاته الى ابيه وجده وان علا ولا الى
ولده وولد ولده وان سفل • اي قال الشيخ ابو الحسين القدوري ولا يدفع المزكي زكاته الى هؤلاء • قال الحاكم الشهيد ويعطى كل من
سواهم من القرابة وهذا لان الواجب عليه الاخراج الصحيح عن ملكه وفي الدفع الى هؤلاء لم يوجد الاخراج الصحيح لان ملك هؤلاء اجري مجرى
ملك نفسه ولهذا لا تقبل شهادته لهم فصار دفع الزكاة اليهم كوضعها في نفسه فلا يجوز وقد دل على هذا قوله عليه الصلاة والسلام انت
ومالك لابيك قوله ولا تدفع المراة الى زوجها عند ابي حنيفة • اعلم ان دفع الزوج زكاة ماله الى المراة لا يجوز اجماعا اما دفع المراة
الى زوجها فقال ابو حنيفة لا يجوز ايضا • وقال ابو يوسف ومحمد يجوز وبه اخذ الشافعي • وجه قولهما ما روى البخاري في الصحيح مسندا الى
زينب امراة عبد الله ابن مسعود قالت كنت في المسجد فرايت النبي صلى الله عليه وسلم فقال تصدقن ولو من حليكن وكانت زينب تنفق على عبد الله
وايتام في حجرها فقالت لعبد الله سل رسول الله صلى الله عليه وسلم ايجزي عني ان انفق عليك وعلى ايتام في حجري فقال سلي انت رسول الله صلى
الله عليه وسلم فانطلقت الى النبي صلى الله عليه وسلم ايجزيني ان انفق على زوجي وايتام لي فوجدت امراة من الانصار على الباب حاجتها مثل
حاجتي فمر علينا بلال فقلنا سل النبي صلى الله عليه وسلم ايجزي عني ان انفق على زوجي وايتام لي في حجري وقلنا لا تخبر بنا فدخل فساله فقال من هما
قال زينب قال اي الزيانب قال امراة عبد الله فقال نعم لها اجران اجر القرابة واجر الصدقة • ورواه الطحاوي ايضا في شرح الاثار ووجه
قول ابي حنيفة ان المنافع بين الزوجين متصلة • الا ترى ان دفع الزوج اليها لا يجوز بالاتفاق فكذا لا يجوز دفعها اليه لانه لا يوجد الاخراج
الصحيح ولهذا لا يجوز شهادة احدهما للاخر • فان قلت انما لم يجز دفع الزوج اليها لان نفقتها واجبة عليه ولا تجب نفقة الزوج على المراة فينبغي
ان يجوز دفعها اليه قلت لا نسلم ان علة منع الجواز وجوب النفقة • الا ترى ان نفقة الاخت تجب على الاخ ومع هذا يجوز دفع الزكاة منه اليها
والجواب عن الحديث ان زينب كانت صناع اليدين ولم يكن لها مال تجب عليها منه الزكاة فكانت صدقتها على عبد الله نافلة لا فريضة الا ترى
انها سالت عما كانت تنفق على عبد الله وايتام لها في حجرها ومعلوم ان صدقة الشخص اذا كانت فريضة لا يجوز وضعها في ولده فعلم بذلك
انها كانت نافلة وقد دل على هذا ما روى الطحاوي في شرح الطحاوي باسناده الى رائطة امراة عبد الله ابن مسعود وكانت امراة
صناعا وليس لعبد الله ابن مسعود مال فكانت تنفق عليه وعلى ولده منها فقالت لقد شغلتني والله انت وولدك عن الصدقة فما استطيع ان اتصدق
معكم بشي فقال لها ما احب ان لم يكن لك في ذلك اجر ان تفعلي فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم هي وهو فقالت يا رسول الله اني امراة ذات صنعة
ابيع منها وليس لولدي ولا لزوجي شي فيشغلوني فلا اتصدق فهل لي فيهم اجر فقال لك في ذلك اجر ما انفقت عليهم فانفقي عليهم ففي هذا الحديث ان
تلك الصدقة مما لم يكن فيه زكاة • قال الطحاوي ورائطة هذه هي زينب امراة عبد الله لا نعلم ان عبد الله كانت له امراة غيرها في زمن
رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله للاشتراك في المنافع يعني ان المنافع مشتركة بين الزوجين عادة
فلا يجوز دفع المراة زكاتها اليه كما لا يجوز دفعه اليها قوله ولا يدفع الى مكاتبه ومدبره وام ولده وانما لا يدفع الى هؤلاء لعدم
الاخراج الصحيح لان كسب المملوك لسيده فصار كانه دفع الى نفسه فلم يجز وكسب المكاتب موقوف عليه وعلى سيده فلم يوجد الاخراج الصحيح
اما اذا دفع الى مكاتب غيره يجوز وان كان مولاه غنيا لان اداء الزكاة الى الغني يجوز في الجملة كالعامل الغني وابن السبيل اذا كان له مال في
وطنه والى مال عبد قد اعتق بعضه عند ابي حنيفة اذا كان العبد بين اثنين فاعتق احدهما وهو معسر نصيبه فلا يجوز للشريك الاخر دفع زكاته

الا لانه ليس بفقير كالمكاتب [illegible] قوله ولا الى ولد الغني اذا كان صغيرا • قال في شرح الطحاوي
ويجوز صرف الصدقة الى ولد الغني اذا كان كبيرا فقيرا [illegible] ولا يجوز صرفها الى ابنه الصغير لانه يعد غنيا بغنى ابيه [illegible]
[illegible] امراة الغني [illegible] • وقال في التحفة يجوز الدفع الى امراة الغني اذا
كانت فقيرة وكذلك الى البنت الكبيرة الفقيرة [illegible] لان الزوج [illegible]
قوله ولا يدفع الى بني هاشم والدليل على حرمة الصدقة عليهم ما روى صاحب السنن باسناده الى ابي رافع ان النبي صلى الله عليه وسلم
بعث رجلا على الصدقة من بني مخزوم فقال لابي رافع اصحبني كيما تصيب منها فقال لا حتى اتي النبي صلى الله عليه وسلم فاساله فانطلق
الى النبي صلى الله عليه وسلم فساله فقال ان الصدقة لا تحل لنا وان موالي القوم من انفسهم • وروى صاحب السنن ايضا باسناده [illegible]
[illegible] لا تحل لنا الصدقة • وروى ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى ابن عباس [illegible]
[illegible] النبي صلى الله عليه وسلم [illegible] ان الصدقة حرام على محمد وعلى آل محمد وان مولى القوم من
انفسهم وفي شرح الاثار باسناده الى ابي هريرة • قال اخذ الحسن بن علي رضي الله عنهما تمرة من تمر الصدقة فادخلها في فمه فقال له النبي
صلى الله عليه وسلم كخ كخ القها اما علمت انا لا ناكل الصدقة • وفي شرح الاثار [illegible] قال كان النبي
صلى الله عليه وسلم اذا اتي بشي سال عنه اهدية ام صدقة فان قالوا هدية بسط يده وان قالوا صدقة قال لاصحابه كلوا • وفي شرح الاثار ايضا
باسناده الى [illegible] فهذه الاخبار تدل على ان الصدقة لا تحل لال محمد وهم
بنو هاشم ومواليهم قوله وهم آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحرث ابن عبد المطلب ومواليهم • اما الحرث
والعباس فعمان للنبي صلى الله عليه وسلم وجعفر وعقيل اخوان لعلي ابن ابي طالب وكلهم ينسبون الى هاشم ابن عبد مناف لان رسول الله صلى
الله عليه وسلم هو محمد ابن عبد الله ابن عبد المطلب ابن هاشم ابن عبد مناف وابو طالب عم النبي ايضا [illegible]
قال الى علي وال جعفر وال عباس وال عقيل قال في شرح الطحاوي وتحل الصدقة لاوقاف اذا سماهم • وقال الشيخ ابو نصر كل صدقة
واجبة تحرم عليهم ولا تحرم عليهم صدقة النفل • ثم قال اصحابنا تحل الصدقة لبني المطلب وليس كبني هاشم بل هم كسائر قريش • وقال
الشافعي تحرم على بني المطلب ايضا وذلك لانه لا خلاف ان بني امية ابن عبد شمس ابن عبد مناف تحل لهم الصدقة وهم ابناء اخ ال النبي
صلى الله عليه وسلم فلذلك بنو المطلب لانهم جميعا في القرب من النبي صلى الله عليه وسلم سوا لان عبد مناف كان له اربعة بنين هاشم والمطلب
ونوفل وعبد شمس ويقال قريش اي لان النضر كانه احدث من التقرش وهو التكسب • فان قلت ان النبي صلى الله عليه وسلم ادخل بني
المطلب في سهم ذي القربى كبني هاشم ولم يدخل سائر بطون قريش قلت نعم لكن لا للنسب بل للنصرة • الا ترى ان عثمان ابن عفان وهو
من بني عبد شمس جاء مع جبير ابن مطعم وهو من بني نوفل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالا هؤلاء بنو هاشم فضلهم الله بك فما بال بني المطلب وانما نحن
وهم في النسب شي واحد فقال انهم لم يفارقوني في جاهلية ولا اسلام فدل على انه عليه الصلاة والسلام اعطاهم للنصرة بخلاف تحريم
الصدقة فانه يختص بالقرابة من هاشم لا بالنصرة • الا ترى ان من كان مفارقا لرسول الله صلى الله عليه وسلم في الجاهلية والاسلام وهم ابو لهب
وولده في زمن النبي صلى الله عليه وسلم قد دخل من اسلم منهم في حرمة الصدقة لكونه هاشميا قوله بخلاف ما اذا اعتق القرشي عبدا
نصرانيا حيث تؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق وهذا جواب سؤال مقدر بان يقال كيف الحق مولى بني هاشم في حرمة الصدقة ولم
يلحق مولى القرشي ويجوز دفعها به في منع اخذ الجزية ولا يجوز وضع الجزية على القرشي ويجوز وضعها على عبده النصراني اذا اعتقه فقال في
جوابه اعتبار حال المعتق هو القياس وانما ترك القياس في مولى الهاشمي حيث الحق بالهاشمي بالنص • وقد ورد النص خاصا في الصدقة فاقتصر
على مورد النص لوروده على خلاف القياس وليس معنى كلام المصنف ان القرشي لا تحل له الصدقة وكذا المولى ولا يجوز وضع الجزية عليه فكان
ينبغي ان لا توضع على عبد النصراني اذا اعتقه لان القرشي تحل له الصدقة وكذا المولى • الا ترى ان بني عبد شمس وبني نوفل تحل لهم الصدقة بالاتفاق
وفي بني المطلب خلاف وكونهم صدقنا نحل وهم قريش وانما حرمت الصدقة على بني هاشم لمكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اكراما لهم لانها اوساخ
الناس • ولو قال المصنف بخلاف ما اذا اعتق الهاشمي مكان القرشي لكان اولى ولم يبق الخلل في قلوب المحصلين قوله قال ابو حنيفة
اذا دفع الزكاة الى رجل يظنه فقيرا ثم بان انه غني او هاشمي او كافر او دفع في ليلة مظلمة فبان انه ابوه او ابنه فلا اعادة عليه • وقال ابو يوسف
عليه الاعادة واخذ قولي الشافعي مثل قول ابي حنيفة والاخر مثل قول ابي يوسف كذا قال الشيخ ابو نصر البغدادي والمراد من الكافر النصراني
الذمي وبه صرح الشيخ ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي • قال صاحب التحفة واجمعوا انه اذا ظهر انه حربي او حربي مستامن لا يجوز
وقال الشيخ ابو بكر الرازي روى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه لا يجزيه في الكافر والابن • ثم قال والصحيح من قوله هو الاول
اي الصحيح من قول ابي حنيفة هو عدم الاعادة ومعنى قول ابي يوسف عليه الاعادة اي يجب عليه اداء الزكاة ثانيا ولا يخرج بالاول
عن الزكاة وليس معناه انه يجب استرداد ما ادى لانه لا يرد بالاتفاق لانه وقع صدقة لا تقع زكاة لانتفاء الاداء • ووجه قول ابي يوسف ان
من لا يجوز الدفع اليه مع العلم بحاله لا يجوز الدفع اليه اذا جهل حاله كالعبد والمكاتب • ووجه قولهما ما روى البخاري في الصحيح باسناده
الى معن ابن يزيد قال بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم انا وابي وجدي وخطب علي فانكحني وكان ابي يزيد اخرج دنانير يتصدق بها
فوضعها عند رجل في المسجد فجئت فاخذتها فاتيته بها فقال والله ما اياك اردت فخاصمته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لك ما
نويت يا يزيد ولك ما اخذت يا معن والدليل على صحة مذهبهما ان الصدقة هو لا تقع صحيحة بحال من الاحوال من غير ضرورة كما في التطوع بجاز ان
مع صحة اداها باجتهاد كالصلاة الى غير جهة الكعبة لما وقعت صحيحة بحال من الاحوال من غير ضرورة جاءت اذا اداها باجتهاد فتبين انها كانت
الى غير جهة الكعبة • فان قلت الصلاة في الثوب النجس حال عدم الماء يجوز ولو صلى باجتهاد ثم انه طاهر ثم تبين انه نجس يلزمه الاعادة فينبغي

ان يلزمه الاعادة في الصدقة على مولاه اذا تبين حاله. قلت هذا لا يرد على تعليلنا لانا قلنا الصدقة على مولاه تقع صحيحة من غير ضرورة
والصلاة في الثوب النجس لا يجوز الا اداؤها وقت ضرورة عدم الماء فلما تبين انه نجس لا يجزيه لعدم الضرورة بخلاف صدقة التطوع لانها يجوز اداؤ
ها في الاموال من غير ضرورة كما ان الصلاة على الراكب تطوعا الى الجهة الكعبة يجوز من غير ضرورة قوله وصار كالاواني والثياب
اي صار الحكم في هذه المسئلة كالحكم في الاواني والثياب يعني اذا توضأ بماء نجس على اجتهاد انه طاهر او صلى في ثوب نجس على انه طاهر ثم تبين
انه نجس يلزمه الاعادة قوله فيها اي في هذه الاشياء عنده اي عند الرابع قوله وعن ابي حنيفة في غير الغني انه لا يجزيه
اي فيما اذا بان انه هاشمي او كافر او انه او ابوه او ابنه قوله والظاهر هو الاول اي ظاهر الرواية عن ابي حنيفة هو الاجزاء في الكل
قوله وهذا اذا تحرى فدفع وفي اكبر رأيه انه مصرف اي هذا الحكم وهو عدم لزوم العبادة والاعادة على الدافع فيما اذا اجتهد وغلب
رأيه على ان المدفوع اليه مصرف لانه قال دفع الزكاة الى رجل يظنه فقيرا والظن عبارة عن غلبة الرأي اما اذا وقع الشك ولم يجتهد انه غني ام
فقير فدفع لا يجزيه الا اذا ظهر صوابه يقينا او باكبر رأيه فحينئذ يجوز وبه صرح في شرح الطحاوي وكذا اذا تحرى ووقع اكبر رأيه انه ليس
بمصرف فدفع مع ذلك لا يجزيه الا انه اذا ظهر انه فقير اجزأ بتعين او بدليل غالب وذلك لان الواجب عليه الصرف الى فقير تم عليه
بحرية فاذا ترك التحري او اكثر رأيه انه ليس بمصرف فسد الدفع لترك المامور به ظاهرا الا اذا تبين صوابه فحينئذ يجوز لبطلان الظاهر
بالحقيقة قوله ولو دفع الى شخص ثم علم انه عبده او مكاتبه لا يجزيه وكذا اذا ظهر انه مدبره او ام ولده وبه صرح في شرح الطحاوي وهذا
لانه لم يوجد الاخراج عن ملكه فصار كانه عزله عن سائر امواله ولم يدفع لان العبد وما في يده لمولاه والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم بخلاف
المسئلة الاولى حيث وجد الاخراج عن ملكه وهذا هو الجواب عن قياس ابي يوسف في المسئلة الاولى بقوله كالعبد والمكاتب قوله على ما
اشار اليه قوله لفقدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك قوله ولا يجوز دفع الزكاة الى من
يملك نصابا من اي مال كان يعني سوى كان من النقدين او من العروض او من السوائم لا هذا لان مصرف الزكاة هو الفقير ومالك النصاب
فاضلا عن حاجته الاصلية غني فلا يكون مصرفا ولا يشترط كون المال ناميا لحرمان الصدقة لان الحرمان بالغنى وهو يحصل بالنامي وغير
النامي ولهذا تجب عليه الصدقة صدقة الفطر والاضحية وانما الشرط النماء لوجوب الزكاة وليس كلامنا فيه وانما اشترطنا كون النصاب
فاضلا عن حاجته الاصلية لما روى الحاكم الشهيد في مختصر الطحاوي الكافي عن الحسن البصري قال ان الصدقة تحل للرجل وهو صاحب عشرة
الاف درهم قيل وكيف ذاك قال يكون له الدار والخادم والكراع والسلاح وكانوا ينهون ذلك ان يبيع فحمل ذلك على اعتبار النصاب فيما
سوى ذلك فصار وجود الاشياء وعدمها سوى وباقي التقرير مشروح عند قوله ولا يدفع الى غني قوله فتقدير اي
بالنصاب اي بمن النصاب على دليلها اي على دليل الحاجة وهو فقد النصاب اي دليل الحاجة فقد النصاب وعند الشافعي لا يحل
الى العجز المكتسب وقد مر بيانه قوله ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا وان دفع جاز. وقال زفر لا يجوز
وشرح الطحاوي الكراهة فيما اذا لم يكن عليه دين او لم يكن صاحب عيال اذا كان مديونا يجوز له ان يعطي قدر دينه وزيادة على دينه
دون المائتين وكذا اذا كان صاحب عيال يحتاج الى نفقتهم وكسوتهم. وجه قول زفر ان الزكاة وقعت في الغني فلا يجوز وهذا لانه
كما حصل الاداء حصل الغنى. ولنا ان الغنى لا في كل تقرير يجاز لان وقت الاداء فقير وانما حصل الغنى بعد الاداء حكما فلا يكون
الغنى اللاحق مانعا من جواز الاداء لان المانع يكون سابقا لا لاحقا وانما كره لقرب الغنى من الاداء كما اذا صلى بقرب النجاسة يجوز صلاته
مع الكراهة قوله فتغنيه الضمير المستتر هو ضمير الفاعل راجع الى الغني والبارز الى الاداء يعني يجب الغني لاداء قوله وان
تغني به انسانا احب الي اي قال محمد في الجامع الصغير والغناء الواحد احب الي والمراد منه الاغناء عن السؤال في ذلك يومه لا ان يجعله
غنيا مالكا للنصاب لانه مكروه كما مر في المسئلة المتقدمة وانما كان ذلك احب لان اداء الزكاة للاغناء عن السؤال. الا ترى الى
قوله عليه الصلاة والسلام اغنوهم عن المسئلة في مثل هذا اليوم. قال فخر الاسلام من اراد ان يتصدق بدرهم فاشترى به فلوسا
فتفرقها فقد قصر في امر الصدقة لان الجمع كان اولى من التفريق قوله ويكره نقل الزكاة من بلد الى بلد وانما يفرق صدقة كل قوم
فيهم الى اخره. اي قال الامام القدوري ويكره نقل الزكاة الى بلد اخر وهذا اذا لم ينقل الى قرابته والى قوم هم احوج من اهل بلد
اما اذا نقل اليهم جاز بلا كراهة اما الجواز في الصورة الاولى فلان المصرف مطلق الفقراء واما الكراهة فلما روي في حديث معاذ عن النبي
صلى الله عليه وسلم قال توخذ من اغنيائهم وترد الى فقرائهم ولان في النقل ترك رعاية حق الجوار واما عدم الكراهة فيما اذا نقل الى قرابته
لما فيه من اجر الصدقة واجر الصلة واما اذا نقل الى قوم هم احوج من اهل بلد فلان المقصود سد خلة الفقير فمن كان احوج كان اولى وقد صح
عن معاذ بن جبل انه كان يقول باليمن ايتوني بخميس او لبيس اخذه منكم في الصدقة فانه ايسر عليكم وانفع للمهاجرين بالمدينة ثم انه لا يخلو اما ان
كان نقله في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم او في زمن ابي بكر فان كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فاقراره حجة وان كان في زمن ابي بكر
فلا الاجماع لسكوتهم عنه قال ابو عبيد قال الاصمعي الخميس الثوب الذي طوله خمس اذرع كانه يعني الصغير من الثياب قوله الا ان
ينقلها الانسان استثناء من قوله ويكره نقل الزكاة والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب بمنه وكرمه

باب صدقة الفطر

اعلم ان صدقة الفطر لما كانت مناسبة بالزكاة والصوم جميعا ولهذا
أورد القدوري هذا الباب بينهما اتباعا للشيخ ابي الحسن الكرخي اما وجه مناسبتها بالزكاة فلانها عبادة مالية كالزكاة واما
وجه مناسبتها بالصوم فلان شرطها الفطر والفطر بعد الصوم فينبغي ان يكون صدقة الفطر بعده ايضا كما هو وضع المبسوط والاتقن عندي
ما وضعه الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره وقدم هذا الباب قبل باب مصارف الصدقات لان وجود الصدقة مقدم على المصرف

الا ترى ان صاحب المال يخرج الصدقات اولا ثم يضعها في المصرف والصدقة هي العطية التي يراد بها المثوبة عند الله تعالى وسميت
بها لانها تظهر صدق الرجل قوله قال صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم اذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيا
به واثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده اي قال الشيخ ابو الحسين القدوري صدقة الفطر واجبة على الحر الموصوف بالصفة المذكورة والمراد
من العبيد عبيد الخدمة لانهم مشغولون بالخدمة بالحاجة الاصلية فاعتبروا كالعدم وليس كذلك عبيد التجارة فلم يشترط ملك النصاب
فاضلا عنهم وفي عبيد التجارة لا يجب صدقة الفطر عندنا بل يجب فيها الزكاة والاصل في وجوب صدقة الفطر ما روى صاحب السنن
باسناده الى ابن عباس قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر طهرة للصيام من اللغو والرفث وطعمة للمساكين من اداها قبل
الصلاة فهي زكاة مقبولة ومن اداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات ثم يحتاج هنا الى معرفة اشياء الى معرفة من يجب عليه ووقت
الوجوب والى معرفة وقت الوجوب والى معرفة وقت الاداء اما الاول فنقول ان صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم المالك لمقدار النصاب
من اي مال كان فاضلا عن حاجته الاصلية وهي ما ذكرنا من الاشياء ولم يكن عليه دين وقال في شرح الطحاوي عن العيون اذا كان له متاع
بيت وهو عنه مستغن وقيمته مائتا درهم وجب عليه صدقة الفطر ولم تحل له الصدقة ولو كانت له دور وحوانيت للغلة وهي لا تكفي
عياله فهو من الفقراء على قول محمد وتحل له الصدقة خلافا لابي يوسف وعلى هذا الكرم والارض اذا كانت غلتها لا تكفي واذا كانت له كتب
العلم وقيمتها تساوي مائتي درهم وهو يحتاج اليها للحفظ والدراسة والتصحيح. ذكر في خلاصة الفتاوي انه لا تكون نصابا وتحل له اخذ
الصدقة فقيها كان او حديثيا او ادبيا ككتاب البدلة والمنية والمصحف على هذا وان كان زائدا على قدر الحاجة لا تحل له اخذ الصدقة وان كان
له نسختان من كتاب النكاح او الطلاق فان كان كلاهما من تصنيف مصنف واحد فاحدهما تكون نصابا هو المختار يعني نصاب حرمان
الصدقة ووجوب الفطرة وان كان كل واحد من تصنيف مصنف لا زكاة فيها. واما الثاني فنقول ان وقته طلوع الفجر الثاني من يوم الفطر
عندنا وعند الشافعي وقته ليلة الفطر حتى اذا اسلم بعد الطلوع او ايسر او ولد له ولد بعده لا يجب الفطرة عندنا وعند الشافعي اذا
وجد هذه الاشياء قبل غروب الشمس من ليلة الفطر يجب والا فلا. واما الثالث فنقول ان وقت الاداء يوم الفطر من اوله الى اخره فعند
سقط الاداء ويجب القضاء عند بعض اصحابنا وعند بعضهم يجب وجوبا موسعا ولكن المستحب ان يؤدي قبل الخروج الى المصلى. واما الرابع
فنقول ان الفطرة يجب من الحنطة والشعير والتمر والزبيب ودقيق الدقيق عندنا خلافا للشافعي. واما الخامس فنقول ان الفطرة من هذه
الاشياء صاع بالاتفاق سوى الحنطة والزبيب اما الحنطة فيها نصف صاع عندنا وعند الشافعي صاع واما الزبيب ففيه نصف صاع
عند ابي حنيفة على رواية ابي يوسف عنه وروى اسد بن عمرو والحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان الزبيب في ذلك كالشعير وهو قولهما
واما السادس فقد روي عن محمد انه قال زكاة المال تجب في المال وصدقة الفطر عن نفسه وعن عبيده حيث هو. وروي عن ابي يوسف
انه يؤدي عن نفسه حيث هو وعن عبيده حيث هم ثم ان صاحب الهداية لم يقيد من يجب عليه بالعقل والبلوغ لانهما ليسا شرط للوجوب عند
ابي حنيفة وابي يوسف ولهذا تجب على الصبي والمجنون اذا كان لهما نصاب وليس لابيهما مال فاذا ادى الاب او الوصي من مالهما عنهما
لا يضمنان عليهما وعند محمد وزفر لا تجب عليهما لانه يتمحض عبادة والجواب انها وجبت على الصبي والمجنون باعتبار معنى المؤنة في الفطرة وهما
اهل للمؤنة قوله صغيرا او كبيرا هما صفتان للعبد لانه لا يجب عليه صدقة الفطر عن ولده الكبير قوله رواه ثعلبة
ابن صعير العدوي او صعير العذري. قال الامام حميد الدين الضرير العذري اصح منسوب الى بني عذرة قبيلة والعدوي منسوب الى عدي
وهو خطأ فاقول المذكور في كتب الحديث مثل السنن وشرح الاثار ثعلبة ابن ابي صعير بالكنية وفي كتب الفقه لم يذكروا صعيرا بالكنية كما في
مختصران شامين لم يجيبه اصلا وانما قال ثعلبة ابن صعير. وقال ابو علي الغساني الجياني في كتاب تقييد المهمل العذري بضم
العين والذال المعجمة والراء هو عبد الله بن ثعلبة ابن صعير العذري ابو محمد حليف بني زهرة رأى النبي صلى الله عليه وسلم وهو صغير والعدوي
تصحيف احدان صالح قوله وبمثله يثبت الوجوب لعدم القطع اي بمثل هذا الحديث وهو خبر الواحد يثبت الوجوب لا الفرض لانه
ليس بدليل قطعي قوله وشرط الحرية ليتحقق التمليك اي شرط الامام القدوري الحرية في قوله صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم
ليتحقق التمليك لان العبد لا يملك المال فكيف يملكه غيره وكذا شرط الاسلام لان الصدقة قربة وفعل الكافر لا يقع قربة وشرط اليسار بقوله
اذا كان مالكا لمقدار النصاب لما روى البخاري في الصحيح باسناده الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال خير الصدقة ما كان عن ظهر
غنى وابدا بمن تعول. وروى صاحب السنن باسناده الى جابر بن عبد الله الانصاري قال كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ جاء رجل بمثل
بيضة من ذهب فقال يا رسول الله اصبت هذه من معدن فخذها فهي صدقة ما املك غيرها فاعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اتاه من قبل
ركنه الايمن فقال مثل ذلك فاعرض عنه ثم اتاه من ركنه الايسر فاعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اتاه من خلفه فاخذها رسول
الله صلى الله عليه وسلم فحذفه بها فلو اصابته لاوجعته او لعقرته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ياتي احدكم بما يملك فيقول هذه صدقة
ثم يقعد يتكفف الناس خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى فدل الحديث على ما قلنا. وجوب الصدقة على الغير لا هاد لكن مؤنته بالاولوية
مقتضيه للجنس ولان النبي صلى الله عليه وسلم من الله في تقديم تنوله وفي كون المتصدق بعد الصدقة محتاجا في الناس وهذا المعنى موجود في
صدقة الفطر فاقتضى وجوبها على الفقير وهذا بين ضعف قول الشافعي فانه اوجبها على من ملك قوت يومه لنفسه وعياله وزيادة صاع
والطهرة في الحديث محمول اي زائد لان المعنى يستقيم بدونه وهو كالاسير في قوله الى الحول قيل اسلام تليكا قوله ولا يشترط فيه النماء
اي في مقدار النصاب يعني لا يشترط ان يكون النصاب ناميا لوجوب صدقة الفطر لانها تجب بالقدرة الممكنة لا الميسرة. الا ترى انها
تجب على من ملك من ثياب البذلة ما يساوي مائتي درهم فاضلا عن حاجته الاصلية ولا يتحقق النماء في ثياب البذلة ولهذا لا تسقط صدقة الفطر
اذا هلك المال بعد الوجوب بخلاف الزكاة فان وجوبها بالقدرة الميسرة فيشترط في النصاب النماء ليتحقق اليسر ولهذا اذا هلك المال بعد الوجوب

تسقط عنه الزكاة وقد مر بيانه في شرح الاصول **قوله** ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب الاضحية والفطر
اي تتعلق بالنصاب الفاضل عن الحاجة الاصلية بدون شرط النماء هذه الاشياء الثلاثة يعني لها سبب به ويتعلق به ايضا وجوب نفقة
المحارم عليه **قوله** قال يخرج ذلك عن نفسه لحديث ابن عمر قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الذكر والانثى
الحديث اي قال الشيخ ابو الحسين القدوري وذكر الحديث في الصحيح البخاري عن نافع عن ابن عمر قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر
على الذكر والانثى والحر والمملوك صاعا من تمر او صاعا من شعير فعدل الناس به نصف صاع من بر والاصل فيها ان كل من يستحق الولاية على
غيره بنفسه تلزمه ان يؤدي عنه اذا لم يكن للمولى عليه مال كالولد الصغير والعبد للخدمة ولهذا لا يلزم على الجد ان يؤدي عن ابن ابنه
لانه لا يستحق الولاية عليه بنفسه بل من جهة الابن فصار كالوصي • وروى الحسن عن ابي حنيفة ان عليه ان يؤدي من ابن ابنه اذا لم يكن للابن
مال للاب وعند الشافعي لا يؤدي عن عبده الكافر لما روي في حديث ابن عمر بقيد الاسلام والمرابعة عنه قلنا ورد حديث ابن عمر
مطلقا عن قيد الاسلام كما روينا ومقيدا كما رواه الشافعي فنعمل بهما جميعا لان المطلق يتناول المسلم والكافر والمقيد يثبت وجوب الصدقة
عن العبد المسلم والابق وجوبها عن الكافر ولان المخاطب بالاداء لما كان المولى دون العبد وجب اعتباره دون العبد كما في الزكاة
يؤدي عن عبيده المسلمين للكفار جميعا اذا كانوا للتجارة **قوله** مؤنته اي بقوته من مانه اذا قام به وعنى بي عبيده موت الحاصل
اي قمت بكفايته واحتملت مؤنته اي ثقله **قوله** لانها تضاف اليه اي لان الصدقة تضاف الى الرأس بان يقال زكاة الراس
قوله وهي امارة السببية لا امارة تبع الثمرة العلامة • قال الشاعر

اذا طلعت شمس النهار رفانها • امارة تسليمي عليك فسلمي

اي الاضافة علامة السببية وهذا لان الاضافة للاختصاص واضافة المسبب الى سببه كقوله كتب فلان وعمل فلان الى غير ذلك
قوله والاضافة الى الفطر باعتباره وهذا جواب سؤال مقدر بان يقال كيف قلتم ان الاضافة دليل السببية وقد يضاف
الفطر ويقال صدقة الفطر وهو ليس بسبب عندكم فقال في جوابه الاضافة وان لم يتكرر الفطر كما في لا اداعي الا لطفل لا يجز لا يخبرهم فلا
نظر • فان قلت يتكرر الوجوب الى الراس الواحد في السنين لتكرر الفطر وان لم يوجد تكرر الراس فينبغي ان يكون الفطر هو السبب لا الراس
قلنا ذاك باعتبار معنى وهو ان الراس انما جعل سببا بوصف المؤنة وتكرر المؤنة بمضي الزمان فصار الراس يتكرر وصفه كالمتكرر بنفسه حكما
وتحقيق ذلك مر في كتابنا الموسوم بالتبيين في شرح اصول الاخسيكثي **قوله** ومماليكه بالجر عطفا على قوله عن اولاده الصغار
قوله فان كان لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف اي فان كان للاولاد الصغار مال يؤدي الاب عنهم
من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وقول زفر كقول محمد لمحمد ان الصدقة عبادة فلا تجب على الصغير ولهما ان الشرع اوجب
صدقة الفطر بحرى المؤنة بقوله ادوا عمن تمونون فيتحملها الاب عن ابنه الصغير اذا كان فقيرا واذا كان غنيا تلزمه في ماله كالنفقة لانه
طهرة تلزم الاب عنه اذا كان فقيرا فيجب في ماله واذا كان غنيا كنفقة الختان **قوله** قال ولا يؤدي عن زوجته • اي قال القدوري
ولا يؤدي صدقة الفطر عن زوجته • وقال الشافعي عليه فطرتها • لنا ما روي في حديث ابن عمر فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم
صدقة الفطر على الذكر والانثى وهذا الحديث يدل على وجوب صدقة الفطر عليها لا على زوجها ولان من يلزمه فطرة مماليكه تلزمه
فطرة نفسه كالتي لا زوج لها واذا ثبت الوجوب عليها لم يتحمله الزوج كزكاة المال ولان من يجب عليه فطرة غيره لم يجب نفقته على غيره
كما في الرجل • فان قلت روى الشافعي ان النبي صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر في رمضان على الصغير والكبير والحر والعبد والذكر والانثى
ممن يمونون قلت معنى الخبر اذ صح يمونون بالولاية بدليل ان الفطرة لا تلزمه عن اخيه وذوي قرابته والاجانب اذا مانهم وكذا العبد
والمكاتب يلزمه نفقتهما بيتا ولا يلزمه الفطرة عنهما وكذا الامام يجب عليه نفقة الفقير من بيت المال ولا يجب عنه الفطرة فعلم ان
المعتبر هو الولاية ولا ولاية للزوج على الزوجة في غير حقوق النكاح ولا يمونها ايضا في غير الرواتب من النفقة والكسوة والسكنى • الا ترى
انه لا يلزمه مداواتها اذا مرضت والرواتب جمع راتبة اي ثابتة من رتب اذا ثبت **قوله** ولا عن اولاده الكبار وان كانوا في عياله بان كانوا
فقراء زمنى وهذا لانه لا يستحق عليهم ولاية فصاروا كالاجانب وكذلك الاب الفقير لا يجب فطرته على الابن اما الاب الفقير اذا كان مجنونا
يجب على الابن فطرته لوجود الولاية والمؤنة جميعا ولا يجب على الاب فطرة الجنين لعدم الولاية الكاملة ولانه لا يعرف حياته • وقال
الشافعي في احد قوليه يلزمه فطرة ولده الكبير كذا قال في شرح الاقطع والعيال جمع عيل كجيد وجياد وعيال الرجل عياله اذ ما هم كذا في المجمل
وقال في الفائق هو من عال يعول اذا احتاج **قوله** ولو ادى عنهم او عن زوجته بغير امرهم اجزاهم استحسانا والقياس عنهم يرجع الى الاولاد
الكبار ثم الاستحسان اربعة انواع ما ثبت بالاثر كالسلم وبالاجماع كالاستصناع وبالضرورة كتطهير الحياض والآبار والاواني والقياس الخفي
وهو كثير النظير في الفقه كما اذا اختلفا في الثمن قبل قبض المبيع لا يجب اليمين على البائع قياسا لانه المدعي لا المنكر وتجب استحسانا لانه منكر وجوب
التسليم بما ادعاه المشتري من الثمن وههنا المراد النوع الثاني انه يجوز عندنا وعند الشافعي **قوله** ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية
قال صاحب التحفة المكاتب والمكاتبة والمستسعى لا يجب عليهم صدقة فطرهم لانه لا يجب عليه نفقتهم ولا يجب عليهم ايضا لانه لا ملك لهم والمدبر
وام الولد يجب عليه صدقة الفطر عنهما لوجود المؤنة والولاية جميعا **قوله** ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي لنا ان صدقة الفطر
والزكاة حقان لله تعالى فلا يجتمعان في مال واحد كزكاة السوم والتجارة فلو اجتمعا يلزم الثني في الصدقة وهو لا يجوز بالحديث • فان قلت ان
سببهما مختلف فلا تنافي في وجوبهما • قلت لا نسلم اختلاف السبب لان سبب الوجوب هو العبد في الزكاة والفطرة جميعا ولا يقال وجوب الفطرة
على العبد ثم يتحملها المولى ووجوب الزكاة على المولى لانا نقول لا نسلم وجوبها على العبد لان فائدة الوجوب الاداء والعبد لا يقدر على الاداء لعدم
الملك فلا يجب عليه فلم يبق للتحمل معنى بعد ذلك والثني بكسر الثاء قبل النون بمعنى الثنية وهو مقصور لا ممدود **قوله** والعبد

بين شريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة • وقال الشافعي على كل منهما يجب بقدر نصيبه لنا ان الولاية لكل واحد منهما ما كملت
وكذا المؤنة فلم يجب على واحد نائبه المكاتب ولانه لما لم تلزم جميع الفطرة على كل واحد لم يلزم بعضها كالوصي • فان قلت قوله عليه الصلاة
والسلام ادوا عن كل حر وعبد عام يشمل العبد الخاص والمشترك جميعا قلت المامور به في الحديث هو الاداء عن عبد كامل لا عن نصف عبد
فاذا وجب على الشريكين يؤدي كل واحد عن نصف العبد وهو خلاف الحديث فان قيل حق يلزم لاجل المال فلزم في الخاص والمشترك كالنفقة
قيل كالنفقة اذا وجبت لاجل القرابة جاز ان يتبعض كذا اذا وجبت لاجل الملك والفطرة بخلافه **قوله** وكذا العبيد بين اثنين عند
ابي حنيفة اي لا فطرة في العبيد بين اثنين عند ابي حنيفة كما لا فطرة في العبد الواحد بينهما بالاتفاق • ثم قول ابي يوسف مثل قول محمد
في بعض كتب اصحابنا كمختصر الكافي والهداية والشامل والمنظومة والمختلف في شرح الطحاوي وفي بعضها مثل قول ابي حنيفة كمختصر الكرخي
والاجناس والحيرة والتحفة وهو الاصح وعند محمد ان كان العبيد بحال لو اقتسما اصاب كل منهما عبد كامل يجب على كل واحد منهما فطرته
والا فلا يعني لا لانه يجب لاجل العبيدين وفي الخمسة يجب لاجل الاربعة وهذا معنى قوله كل واحد منهما ما يخصه من الرؤوس دون الاشقاص
وهذا بناء على ان ابا حنيفة لا يرى قسمة الرقيق للتفاوت الفاحش فلا يحصل لواحد من الشريكين ولاية كاملة في كل عبد فلا يجب
الفطرة ومحمد يراها قياسا على الغنم والبقر والابل لكن ابو يوسف لم يوجب الفطرة لعدم الولاية الكاملة قبل القسمة • وقال محمد كل واحد
من الشريكين يملك في المعنى عبدا تاما فتجب الفطرة **قوله** وقيل هو بالاجماع اي عدم وجوب الفطرة في العبيد بين اثنين باجماع
بين علمائنا الثلاثة لانه لا يصيب كل واحد من الشريكين قبل القسمة فلا يتم الرقبة لكل واحد منهما فلا يجب الفطرة • بيانه ان العبدين
اذا اقتسما واخذ كل واحد من الشريكين واحدا منهما يكون كل واحد اخذا عبدا بحصته من العبد المأخوذ وبحصته من العبد الذي اخذه
شريكه فيجمع نصيبه في العبد الواحد اما قبل القسمة فلا • قال في شرح الطحاوي لو كانت جارية بينهما جاءت بولد فادعياه معا فيكون الولد
ولدهما والجارية ام ولد بينهما ولا يجب عليهما صدقة فطر الجارية ولكن يجب عليهما صدقة فطر الولد الا ان في قول ابي يوسف على كل واحد
منهما صدقة كاملة • وقال محمد عليهما صدقة واحدة ونقل في الاجناس لابي يوسف من قبل انه ابن تام لكل واحد يحرز ميراثه • ونقل
صاحب الاجناس قول ابي يوسف عن كتاب الكفالات املا رواية بشر ابن الوليد ونقل فيه قول محمد عن نوادر هشام ونوادر ابن سماعة وقال
على كل واحد ربع صاع من حنطة وان مات احدهما فعلى الاخر كله وقول ابي حنيفة مثل قول ابي يوسف **قوله** ويؤدي الفطرة عن عبده
الكافر لاطلاق ما روينا اراد به ما روي من حديث ثعلبة في اول الباب وهو قوله عليه الصلاة والسلام ادوا عن كل حر وعبد الحديث والخطب
صدقة الفطر كذا عن صاحب المغرب وهذه المسئلة مشروحة قبل هذا في شرح قوله يخرج ذلك عن نفسه **قوله** ولانه السبب
قد يحقق وهو راس يمونه ويلي عليه من اهله اي من اهل الوجوب لا يقال الاضمار قبل الذكر لا يجوز لان الشهرة قائمة مقام الذكر
قوله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق اي لو كان المولى كافرا والعبد مسلما فلا تجب الفطرة باتفاق بيننا وبين الشافعي
اما عندنا فلان الصدقة عبادة والكافر ليس من اهلها فلا تجب عليه واما عند الشافعي فلان المخاطب بالاداء هو المولى وان كان
الوجوب على العبد عنده والكافر ليس بمخاطب باداء العبادة **قوله** قال ومن باع عبدا واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له اي
قال محمد في الجامع الصغير • وقد ذكر محمد هذه المسئلة في فروع الجامع الصغير • قال فخر الاسلام معنى قوله يصير له اي يبقى له
لان الخيار اذا كان للبائع فنقض البيع لا يصير له بل يبقى له • قال صاحب الهداية معناه اذا مر يوم الفطر في مدة الخيار • قال الامام
حميد الدين الضرير في شرحه هذا من قبيل اطلاق اسم الكل وارادة البعض لان مضي كل يوم الفطر ليس بشرط اول يعني قوله
على من يصير له ان صدقة الفطر موقوفة فان تم البيع فعلى المشتري وان فسخ فعلى البائع وعند زفر الفطرة على من له الخيار ان كان للبائع وان
كان للمشتري فعلى المشتري فان كان الخيار لهما جميعا او شرط البائع لغيره فعلى البائع ايضا سواء تم البيع او انفسخ وعند الشافعي على من له
الملك وكذا في شرح الجامع الصغير قول زفر كما ذكر صاحب الهداية وقول الشافعي ذكرناه القياس ان تكون الفطرة على من له الملك
يومئذ ثم قالوا وهو قول زفر • وجه قول الشافعي ان الفطرة من وظائف الملك كالنفقة وهي في مدة الخيار على من له الملك يومئذ
يومئذ فكذا الفطرة • ووجه قول زفر ان الولاية لمن له الخيار ولهذا اذا اجاز البيع تم وان فسخ انفسخ والفطرة تجب بالولاية والمؤنة
فتجب الفطرة على من له الخيار ولان الخيار لا يخلو من احد الامرين اما ان كان للبائع والمشتري او لهما وان كان للبائع فالملك له وكذا ان
كان لهما وان كان للمشتري فكذلك عندهما لان الملك للمشتري وعند ابي حنيفة ان لم يكن الملك للمشتري فهو كالمالك في حق استحقاق
الشفعة في الدار المشتراة بجنب هذه الدار ومن هو المالك او كالمالك يجب عليه الفطرة • ولنا ان الفطرة مبنية على الملك وهو موقوف
ان اجيز ثبت للمشتري والا فللبائع فيتوقف ما ينبني على الملك ايضا بخلاف الشفعة فان الخيار يبطل بها فيملكه حينئذ لانه كالملك قبل
الشفعة وبخلاف النفقة فانها لا تقبل التوقف لثبوت الحاجة الناجزة فيبطل قياس ما يقبل التوقف على ما لا يقبل التوقف والمراد من الحاجة
الناجزة الحاجة الواقعة في الحال من نجز الشي بالكسر اذا تم وانقضى **قوله** وزكاة التجارة على هذا الخلاف هو رواية ما قال شيخنا
برهان الدين المرغيناني البخاري عن شيخه حميد الدين الضرير • رجل له عبد للتجارة فباعه بعروض التجارة بشرط الخيار ثم تم الحول في مدة
الخيار فزكاته على الاختلاف المذكور على من يصير له الملك او على من له الخيار او على من له الملك يومئذ لان العروض بدل العبد وحولان
الحول على المبدل كحولانه على المبدل • قال في شرح الطحاوي وان اشتراه بعقد بات ثم مر يوم الفطر قبل القبض فعلى المشتري الفطرة
ان قبض وان مات قبل القبض لا يجب على واحد منهما اما البائع فقد خرج عن ملكه بالبيع ولا يجب على المشتري ايضا لان البيع انفسخ قبل تمامه ولو رده
المشتري بخيار رؤية او عيب ان رده قبل القبض يجب على البائع وان رده بعد القبض فعلى المشتري وان اشتراه شراء فاسدا فان كان عند
البائع وقت طلوع الفجر فالفطرة على البائع لانه لا يوجب الملك للمشتري قبل القبض وان كان عند المشتري فان رده على البائع

على البائع وان تصرف فيه باعتاق او بيع فعلى المشتري
وبعد وجوب الفطرة وشرطها شرع في بيان

فصل في مقدار الواجب

ما يؤدي به الواجب وفي بيان وقته **قوله** الفطرة نصف صاع من بر او دقيق او زبيب او صاع من تمر او شعير • وقال ابو يوسف
ومحمد الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن ابي حنيفة رواها اسد ابن عمرو والحسن ابن زياد في رواية الجامع الصغير الزبيب مثل البر عند
ابي حنيفة قال في شرح الطحاوي دقيق الحنطة وسويقها سواء اي بالحنطة وكذا دقيق الشعير وسويقه سواء بالشعير • وقال الشافعي من كل
نوع صاع • له ما روى البخاري في الصحيح مسندا الى ابي سعيد الخدري قال كنا نخرج زكاة الفطر صاعا من طعام او صاعا من شعير
او صاعا من تمر او صاعا من اقط • ولنا ما روى صاحب السنن باسناده الى عبد الله ابن ثعلبة ابن ابي صعير عن ابيه قال قام رسول الله صلى الله عليه
وسلم خطيبا فامر بصدقة الفطر صاع تمر او صاع شعير عن كل راس او صاع بر او قمح بين اثنين الصغير والكبير والحر والعبد • وفي السنن ايضا مسندا
الى الحسن قال خطب ابن عباس في اخر رمضان على منبر البصرة فقال اخرجوا صدقة صومكم وكان الناس لم يعلموا فقال من ههنا من اهل المدينة قوموا الى
اخوانكم فعلموهم فانهم لا يعلمون فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه الصدقة صاعا من تمر او شعير او نصف صاع من قمح على كل حر او مملوك
ذكر او انثى صغير او كبير • واخبر محمد ابن الحسن في الاصل عن ابي يوسف عن الحسن ابن عمارة عن الزهري عن عبد الله ابن ثعلبة ابن صعير العذري
قال خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير الى اخر
الاصل • وروى ثعلبة ابن ابي صعير بالجيم وثعلبة ابن صعير بلا كنية ايضا • وروى الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى
الزهري عن ثعلبة ابن ابي صعير عن ابيه • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم صاع من بر او قمح عن كل اثنين حر او عبد ذكر او انثى اما غنيكم
فيزكيه الله واما فقيركم فيرد عليه اكثر مما اعطى • وفي شرح الاثار ايضا باسناده الى اسماء بنت ابي بكر قالت كنا نؤدي زكاة الفطر في
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مدين من قمح • وروى البخاري في الصحيح باسناده الى نافع عن ابن عمر قال فرض النبي صلى الله عليه وسلم
صدقة الفطر على الذكر والانثى والحر والمملوك صاعا من تمر او صاعا من شعير فعدل الناس به نصف صاع من بر • وروى الطحاوي
باسناده الى ابن عمر قال امر النبي صلى الله عليه وسلم بصدقة الفطر عن كل صغير وكبير حر وعبد صاعا من شعير او صاعا من تمر فعدله
الناس مدين من حنطة • قال الطحاوي انما يريد ابن عمر بالناس اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين يجوز تعديلهم ويجوز الوقوف
عند قولهم • وفي شرح الاثار ايضا باسناده الى ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب وعبيد الله ابن عبد الله ابن عتبة والقسم وسالم قالوا امر رسول
الله صلى الله عليه وسلم في صدقة الفطر بصاع من شعير او مدين من قمح • وفي شرح الاثار ايضا باسناده الى ابي قلابة قال اخبرني من ادى الى ابي بكر
رضي الله عنه صاع بر بين اثنين • وفيه ايضا مسندا الى عبد الله ابن عمر عن نافع ان اباه سال عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فقال اني رجل مملوك فهل
في مالي زكاة فقال عمر انما زكاتك على سيدك ان يؤدي عنك عند كل فطر صاع شعير او تمر او نصف صاع بر • وفيه ايضا مسندا الى ابي قلابة
عن ابي الاشعث قال خطبنا عثمان ابن عفان رضي الله عنه وقال في خطبته ادوا زكاة الفطر مدين من حنطة • وفيه ايضا باسناده الى
عطاء عن ابن عباس قال امرت اهل البصرة اذ كنت فيهم ان يعطوا عن الكبير والصغير والحر والعبد المملوك مدين من حنطة • وذكر في البخاري
عن عمر ابن عبد العزيز وابراهيم ومجاهد مثله مسندا اليهم وقال كل ما روينا في هذا الباب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن اصحابه
بعده وتابعيهم من بعدهم ان صدقة الفطر من الحنطة نصف صاع ولا اعلم روي عن احد منهم خلاف هذا ولا ينبغي لاحد ان يخالف ذا صار اجماعا
في زمن ابي بكر وعمر وعثمان وعلي الى زمن من ذكرنا من التابعين والجواب عما تمسك به الشافعي رحمه الله فنقول لا نسلم ان خبر ابي سعيد رضي
عنه حجة علينا لانه اخبر بنفسه حيث قال كنا نخرج وفعل النبي صلى الله عليه وسلم ليس يوجب على ما عرف في الاصول ففعل الصحابي اولى واحرى
بان لا يكون موجبا او نقول ان خبره معارض بخبره لانه روى البخاري في الصحيح ايضا باسناده الى ابي سعيد قال كنا نخرج في عهد
النبي صلى الله عليه وسلم يوم الفطر صاعا من طعام وكان طعامنا الشعير والزبيب والاقط والتمر لم يذكر فيه الحنطة والعجب من الشافعي انه
لا يرى تقليد الصحابي واجبا فكيف قلد ابا سعيد في هذه المسئلة ولم يرو عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا ولئن صح خبر ابي سعيد في صاع
من حنطة فيحمل بعضه على الوجوب وبعضه على التطوع بدليل ما روينا عن خبر اسماء وغيرها توفيقا بين الاخبار بقدر الامكان ثم عند
اصحابنا رضي الله عنهم يجوز دقيق الحنطة وسويقها وكذلك دقيق الشعير وسويقه • وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز لنا ما روى
سفيان باسناده الى ابي سعيد قال كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاع تمر او شعير او اقط او زبيب او صاعا
من دقيق ذكره في السنن • وذكر ابو نصر حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ادوا قبل الخروج زكاة
الفطر فان على كل مسلم مدين من قمح او دقيق ولانه اذا اخرج الدقيق فقد عجل منفعة الفقير واسقط عنه المؤنة واما الزبيب فادى
نصف صاع منه في الرواية المشهورة عن ابي حنيفة رضي الله عنه لان نصف صاع لما وجب من البر فمن الزبيب اولى لانه اعلى قيمة
في الرواية وفي الرواية الاخرى عنه وجب صاع منه كما هو قولهما لما روي في حديث ابي سعيد الخدري كذلك وقال اصحابنا الاعتبار
في الفطرة على وجه القيمة وقد قال مالك يجزئ لاهل البادية وهو احد قولي الشافعي رحمه الله وان ادى من غير الاشياء المنصوص عليها
على اعتبار القيمة عندنا لنا ان الاقط متولد من الحيوان فلم يجز الا على وجه القيمة كاللحم او يتخذ من اللبن فاشبه الجبن فاجاب اصحابنا
عما ورد من صاع من اقط في حديث ابي سعيد رضي الله عنه بقولهم يحتمل ان يكون ذلك مثلا ويحتمل ان يكون قيمة والمحتمل لا يكون حجة قال
هذا الجواب ليس بشان لان مجرد الاحتمال لا اعتبار له والجواب عندي تقليد الصحابي لا يجوز فيما يدرك بالقياس وهو اختيار الشيخ
ابي الحسن الكرخي وهذا الحكم مما يدرك بالقياس وهو انه قاس الاقط على اللحم واللبن لا يجوز اداء عينه **قوله** ولنا ما روينا اراد به حديث
ثعلبة الذي رواه في اول الباب وما رواه اي الشافعي وبهذا اظهر التفاوت بين البر والتمر اي يكون البر ما لا عند كله ويكون التمر

مالي منه وانما ظهر التفاوت بينهما لوجوب الفطرة من التمر صاعا ومن البر نصف صاع والاولى ان يراعى فيها القدر
والقيمة احتياطا اي في الدقيق والسويق **قوله** والخبز يعتبر فيه القيمة هو الصحيح يعني اذا ادى منوين من خبز
الحنطة بلا اعتبار القيمة لا يجوز على قول بعض المشايخ وعلى قول بعضهم يجوز **قوله** ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا
فيما يروى عن ابي حنيفة وهذا لان المعتبر هو الوزن ولهذا اقدر المختلفون في الصاع بالوزن وعن محمد انه يعتبر كيلا لان
الشرع يعتبر ورده بالصاع وهذا مكيال فكان المعتبر الكيل • وقال الطحاوي الصاع ثمانية ارطال مما يستوي كيله ووزنه
كالعدس والماش والزبيب فان كان يسع هذا الصاع فهو الصاع الذي يكال به الحنطة والشعير والتمر **قوله** وهذا اختيار
الفقيه ابي جعفر رحمه الله اي لان الدقيق اولى من البر وكون الدراهم اولى من الدقيق كما روي عن ابي يوسف هو اختيار الفقيه ابو
جعفر رحمه الله وهذا الذي ذكره في الهداية خلاف ما ذكره الفقيه ابو الليث في نوازله حيث قال وكان الفقيه ابو جعفر يقول
دفع الحنطة افضل في الاحوال كلها لان فيه موافقة السنة واظهار الشريعة • وقال ايضا في النوازل عن محمد ابن سلمة انه كان يقول
في ايام السعة دفع القيمة احب الي وفي ايام الشدة دفع الحنطة احب الي **قوله** وعن ابي بكر الاعمش تفضيل الحنطة لانه ابعد من
الخلاف روي عنه تفضيل الحنطة على قيمتها من الدراهم وعلى الدقيق لان الحنطة يجوز بالاتفاق ولا يجوز الدقيق والقيمة
عند الشافعي رحمه الله وقد بيناه على وجه فيه شفاء لاولي الالباب في فصل الحملان والفصلان عند قوله ويجوز دفع القيم في الزكاة
عندنا **قوله** قال والصاع عند ابي حنيفة رحمه الله ثمانية ارطال بالعراقي • وقال ابو يوسف رحمه الله خمسة ارطال
وثلث رطل وقول زفر مثل قولنا • كذا قاله ابو بكر الجصاص الرازي رحمه الله • وقول الشافعي مثل قول ابي يوسف قال ابو بكر الرازي
كان ابو يوسف يقول ثم مثل ما قالا الا انه رجع وقال هو خمسة ارطال وثلث رطل وجه قول ابي يوسف رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام
صاعنا اصغر الصيعان ولا شك ان الصاع الذي هو خمسة ارطال وثلث رطل اصغر من الصاع الذي هو ثمانية ارطال • وقد روى الطحاوي
عن عمر قال حدثنا علي ابن صالح وبشر ابن الوليد جميعا عن ابي يوسف قال قدمت المدينة فاخرج الي من اثق به صاعا فقال هذا صاع
النبي صلى الله عليه وسلم فقدرته فوجدته خمسة ارطال وثلث رطل • ووجه قولنا ما روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي رحمه الله عن ابن عون
باسناده الى مجاهد قال دخلنا على عائشة فاستسقى بعضنا فاتي بعس فقالت عائشة كان النبي صلى الله عليه وسلم يغتسل بمثل هذا قال
مجاهد فحزرته ثمانية ارطال تسعة ارطال عشرة ارطال فلم يشك مجاهد في الثمانية وانما شك فيما فوقها • وروى الطحاوي باسناده
الى ابراهيم عن علقمة عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغتسل بالصاع وروى ايضا عن موسى الجهني باسناده
الى ابن عبد الله قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضا بالمد ويغتسل بالصاع • وروى ايضا في السنن عن احمد ابن محمد ابن حنبل
باسناده الى جابر رضي الله عنه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يغتسل بالصاع ويتوضا بالمد وفي السنن ايضا باسناده الى انس رضي الله
قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضا باناء يسع رطلين ويغتسل بالصاع • ثم وجه الاستدلال بهذه الاثار ان الصاع ثمانية ارطال
ان نقول قد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يغتسل بالصاع ولكن كان مقداره ليس بمعلوم فعلم ذلك من حديث مجاهد عن عائشة رضي الله
عنها حيث قدرته ثمانية ارطال ولان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتوضا بالمد فعلم من حديث انس رضي الله عنه ان مقدار المد رطلان
فاذا ثبت ان المد رطلان يلزم ان يكون صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم اربعة امداد وهي ثمانية ارطال لان المد ربع الصاع بالاتفاق • قال
ابو بكر الرازي رحمه الله قال ابن عمر رضي الله عنه كنا نخرج صدقة الفطر بالصاع الاول • قال الحاكم الشهيد رحمه الله الصاع الاول ثمانية ارطال
وهو مختوم الحجاجي وهو ربع الهاشمي وهو صاع عمر رضي الله عنه كان فقد وطلبه الحجاج سنة حتى وجده وكان يمن به على اهل العراق فيقول
في خطبته يا اهل العراق ويا اهل النفاق والشقاق ومساوي الاخلاق الم اخرج لكم صاع عمر وصاع عمر صاع رسول الله صلى الله عليه
وسلم لانه كان يقدر به الكفارات بحضرة الصحابة من غير نكير من احد منهم فعلم انه كان صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم لان في الزيادة
والنقصان ابطال تقدير النبي صلى الله عليه وسلم فلا يجوز • فان قلت احتج مالك ابن انس رحمه الله باولاد المهاجرين والانصار مع كل
واحد منهم صاع يقول اخبرني ابي عن ابيه انه كان يؤدي الى النبي صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر بهذا فقدره ابو يوسف فوجده خمسة
ارطال وثلث رطل • قلت قال الطحاوي رحمه الله سمعت ابا خازم يقول انما الكاسل عن ذلك فقال الي تحري عبد الملك بصاع عمر ابن
الخطاب رضي الله عنه فلو كان عند اهل المدينة صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنقل المستفيض لما احتاج عبد الملك الى التحري عما اداه
قول العيان ادنى من التحري لان التحري لا حقيقة معه بخلاف العيان • وقد ذكر الطحاوي باسناده الى موسى ابن طلحة وابراهيم قالا
عيرنا الصاع فوجدناه حجاجيا والحجاجي ثمانية ارطال وذاك اثنان وثلاثون رطلا وقالوا كل رطل عشرون استارا ثم التقدير
بالارطال دون الامنا لعزة الطعام عندهم • قال ابو عبيد وزنه ثمانية درهم وثمانية وعشرون درهما وزن سبعة كذا في المغرب
قوله قال ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر اي قال الشيخ ابو الحسين القدوري رحمه الله ووجوب الفطرة يتعلق
بطلوع الفجر من يوم الفطر يعني ان وقت الوجوب يثبت بطلوع الفجر الثاني من يوم الفطر وبه اخذ الشافعي في القديم • وقال في الجديد
وقته غروب الشمس من اخر يوم من رمضان له ان هذه صدقة الفطر فكما يدخل الليل من شوال تحصل وقت الفطر لا صوما ووجوب
الصوم حينئذ • ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه في السنن قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان صاعا من تمر او صاعا
من شعير والفطر من رمضان بطلوع الفجر الثاني من يوم الفطر لان الصوم والفطر متضادان فمحل الصوم اليوم فيلزم ان يكون محل
الفطر اليوم ايضا لان شرط التضاد اتحاد المحل ولانه يوم يضاف الى الفطر الشرعي فيقال يوم الفطر كما يضاف الى الجمعة والاضحى فيقال
يوم الجمعة ويوم الاضحى ثم الجمعة والاضحى في اليوم فينبغي ان يكون الفطر في اليوم ايضا • ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام فطركم يوم

يوم تنطرون اي وقت فطركم يوم تنطرون وهذا لانه عليه الصلاة والسلام اضاف اليوم الى الفطر فعلم بهذا ان الفطر المعتبر في اليوم لا في الليل ● الا ترى انه كان لو جاء الفطر في كل ليلة من رمضان ثم لا يتعلق الوجوب به اذا ثبت ان وقت الوجوب بعد طلوع الفجر ثم مات قبل ذلك سقطت فطرته لانه لم يدرك وقت الوجوب ومن اسلم او ولد له بعد طلوع الفجر لم تجب فطرته لانه لم يكن وقت الوجوب من اهل المعطي قوله وعلى عكسه اي عكس الحكم المذكور اي لا تجب عندنا خلافا للشافعي فيهما اي في ليلة الفطر

قوله والمستحب ان يخرج الناس الفطرة قبل الخروج الى المصلى ● لهذا المروي في السنن عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه قال امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بزكاة الفطر ان تؤدي قبل خروج الناس الى الصلاة وكان ابن عمر رضي الله عنه يؤديها قبل ذلك باليوم واليومين ● وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج الفطرة قبل الخروج الى المصلى وحدث محمد بن الحسن في الاصل عن ابي معشر عن نافع عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يامرهم ان يؤدوا زكاة صدقة الفطر قبل ان يخرجوا الى الصلاة وقال اغنوهم عن المسألة في مثل هذا اليوم الى هنا لفظ الاصل وانما امر بالاغناء ليلا يشتغل الفقير بالسؤال عن الصلاة وانما يحصل الاغناء بتقديم الفطرة فيستحب التقديم قوله وذلك بالتقديم اي الاغناء عن السؤال او عدم الاشتغال عن الصلاة يحصل بتقديم الفطرة

قوله ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح اي تفصيل في جواز تقديم الفطرة بين مدة ومدة بل يجوز التقديم مطلقا ● وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي ان عجل قبل يوم العيد بيوم او بيومين يجوز وروى ابراهيم بن رستم في النوادر عن محمد رحمه الله قال لو اعطى صدقة الفطر قبل الوقت لسنتين جاز وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة قال في الخلاصة وذكر السنة والسنتين وقع اتفاقا فيجوز مطلقا لو ادى عن عشر سنين او اكثر قال في النوازل قال الحسن بن زياد لو قدم صدقة الفطر على يوم الفطر او اخرها عنه لا يجوز لانه نوع متعلق بيوم العيد كالاضحية وقال في النوازل ايضا قال خلف بن ايوب اذا اعطى في خمس رمضان ارجو ان يجوز وبه قال ابو القسم الصفار وسعيد بن خلف ● قال في الخلاصة وهكذا ذكر الامام محمد بن الفضل ● وقال بعضهم لا يجوز التاخير الا في العشر الاخير من رمضان والصحيح رواية الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه لان السبب راس يمونه ويلي عليه فجاز التعجيل مطلقا لوجود الاداء بعد وجوب السبب كالتعجيل في الصلاة الا كاه ● قوله وان اخروها عن يوم الفطر لم تسقط ● وقال الحسن بن زياد تسقط قياسا على الاضحية ولنا ان وجه القربة في الفطرة معقول المعنى فلا تسقط بمضي وقتها فيقضيها [illegible] وتقدير الصدقة غناء عائد الى الفقير يتقرب الى الله تعالى وهو دار على ذلك في جميع الاوقات بخلاف الاضحية لانها ناسخة وهنا تسقط الامر اذا فاتت عن وقته ولا سبيل الى [illegible] عند المكلف يسقط لفوات الوقت [illegible] الحاج والاضحية لكن لا تعقل الا بارادة الدم [illegible] القرب بالدم [illegible] ليس معقول المعنى فيسقط بعد فوات [illegible] لانها لم تشرع قربة الا في ايام [illegible] في سائر الايام [illegible] مثله فسقطت والله اعلم

كتاب الصوم

اعلم ان [illegible] ان يكون الصوم قبل كتاب الزكاة كما فعل محمد في الجامع الصغير لان الصوم عبادة بدنية كالصلاة بخلاف الزكاة لانها عبادة مالية الا ان الزكاة لما كانت تالية الصلاة في قوله تعالى اقيموا الصلاة واتوا الزكاة قدمها على الصوم ● ثم ذكر الصوم قبل الحج [لان الحج] عبادة مركبة من البدني والمالي والصوم عبادة بدنية لا تعلق لها بالمال اصلا والمفرد قبل المركب [illegible] ثم الصوم في اللغة هو الامساك ● قال الله تعالى اني نذرت للرحمن صوما اي صمتا كذا قاله القتبي وفي اصطلاح الشرع عبارة عن امساك مخصوص من شخص مخصوص بنية ويعني بالامساك النهار وهو من طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس ويعني بالشخص المخصوص المسلم الطاهر عن الحيض والنفاس ثم الاصل في وجوب الصوم الكتاب والسنة والاجماع ● اما الكتاب فقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه ● واما السنة فما رواه البخاري في الصحيح باسناده الى ابن عمر رضي الله عنه ● قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم بني الاسلام على خمس شهادة ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله واقام الصلاة وايتاء الزكاة والحج وصوم رمضان ● واما الاجماع فقد اجمع المسلمون من عهد النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على ذلك ● وذكر في الكافي للحاكم الشهيد عن محمد بن الحسن عن طلحة بن عمرو عن مجاهد انه كان يكره ان يقول جاء رمضان وذهب رمضان وقال لا ادري لعل رمضان اسم من اسماء الله تعالى فاقول كما قاله مجاهد فهو ضعيف لان البخاري روى في الصحيح مسندا الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا جاء رمضان فتحت ابواب الجنة وفي الصحيح ايضا مسندا الى ابي هريرة قال قال النبي صلى الله عليه وسلم اذا دخل رمضان فتحت ابواب السماء وغلقت ابواب جهنم وسلسلت الشياطين وفي الصحيح ايضا مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من قام ليلة القدر ايمانا واحتسابا غفر له ما تقدم من ذنبه ومن صام رمضان ايمانا واحتسابا غفر له ما تقدم من ذنبه ولان رمضان لا يخلو اما ان كان اسما خاصا للشهر او مشتركا يجوز اطلاقه على الشهر وعلى الله تعالى فان كان الاول فلا شك في جواز قولهم جاء رمضان وذهب رمضان ● وان كان الثاني فكذلك لان المشترك لا عموم له في موضع الاثبات وقد اريد به الشهر في قولهم جاء رمضان ولا يراد غيره نفيا للعموم وهذا كالحليم والحميد يجوز اطلاقهما على المخلوق وان كان يجوز اطلاقهما على الله تعالى ثم لصوم رمضان سبب وشرط وركن وحكم اما السبب فالشهر بدليل الاضافة بانه يقال صوم رمضان وكذا تكرر الصوم بتكرر الشهر دليل على السببية الا ان الليل خرج عن ان يكون محلا للصوم بقوله تعالى فالان باشروهن الاية فبقي كل يوم سببا للصوم ● واما الشرط فانواع شرط الوجوب وهو الاسلام والبلوغ ولا يشترط العقل لا للوجوب ولا للاداء ولهذا اذا جن في بعض الشهر ثم افاق يلزمه القضاء خلافا للشافعي بخلاف استيعاب الشهر حيث لا يلزمه القضاء للحرج وشرط وجوب الاداء وهو الصحة والاقامة وشرط صحة الاداء وهو النهار والنية والطهارة عن الحيض والنفاس والطهارة منهما ليست بشرط للوجوب ولهذا يجب على الحائض والنفساء القضاء لكن لا يصح اداؤهما في رمضان

واما الركن فهو الامساك عن المفطرات الثلاث اعني الاكل والشرب والجماع ● واما الحكم فهو سقوط الواجب عن الذمة قوله قال الصوم ضربان واجب ونفل ● اي قال الشيخ ابو الحسن القدوري واراد بالواجب الفرض لان الصوم في رمضان ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه والواجب هو الذي ثبت بدليل فيه شبهة كخبر الواحد لكن اراد به الفرض مجازا قوله فالواجب ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين والضمير في منه راجع الى الواجب والنذر المعين مثل ان يقول يوما بعينه بان قال لله علي ان اصوم غدا او قال لله علي ان اصوم يوم الخميس هذا او على ان اصوم هذا اليوم او هذا الشهر قوله فيجوز بنية من الليل اي يجوز صوم الواجب المتعلق بزمان بعينه بنية من الليل ● اعلم ان الصوم يحتاج الى النية ولا يصح بدونها ● وقال زفر لا حاجة اليها اذا كان صحيحا مقيما ● قال القدوري في كتاب التقريب ● قال ابو الحسن الكرخي من حكى هذا فقد غلط وانما قال زفر انه يجوز بنية واحدة وجه ما روي عن زفر ان النية لتمييز العبادة فلا حاجة الى التمييز لان يوم رمضان للصوم فيحصل بمجرد الامساك ● ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الاعمال بالنيات ولانه ركن مقصود لعينه فصار النية من شرطه كالصلاة والزكاة والحج بخلاف الوضوء والغسل حيث لا تشترط النية لانهما ليسا بفرضين مقصودين ● ثم ان النية عندنا يحتاج اليها الصوم كل يوم ● وقال مالك يصح بنية واحدة في اول ليلة من الشهر دون سائر الايام لان صوم رمضان عبادة واحدة يكفيها نية واحدة كالصلاة ● ولنا ان صوم كل يوم مقصود بنفسه ● الا ترى ان الفساد في صوم يوم لا يؤثر في صوم يوم اخر فاحتيج الى النية وقياسه على الصلاة ضعيف لان الصلاة لا تخلل بين ابعاضها فكانت النية الواحدة كافية بخلاف الصوم فان ايام رمضان تتخللها الليالي وهي ليست بمحل للصوم فاذا تم صوم يوم مضى الليل احتيج الى النية في صوم اخر يوم حتى يصير شارعا فيه كصوم القضاء اعلم ان صوم رمضان وصوم النذر المعين يصح بنية قبل الزوال ● وقال الشافعي لا يصح الا بنية من الليل ● ولنا ما روي في كتاب الاستحسان ان اعرابيا شهد بهلال رمضان بعد الصبح فقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادته وامر الناس بالصوم ● وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم جوز صوم عاشورا بنية من النهار وكان صوم رمضان فما شابهه لانه كان مستحقا اليوم كصوم رمضان لان النية لما جازت في الليل وهو ليس بوقت في الصوم فلان يجوز في النهار وقت وهو وقت الصوم اولى واحرى كالنفل بخلاف ما ثبت دينا ● فان قال عليه الصلاة والسلام من لم يبيت الصيام قبل الفجر فلا صيام له فهذا يدل على اشتراط النية من الليل ● قلت هذا الحديث في سنده اضطراب لا يصح الاحتجاج به وقد طعن فيه ابو جعفر الطحاوي لان راوي الحديث هو الزهري والمعتبرون من اصحابه مالك ومعمر وابن عيينة قد رووا عنه هذا الحديث واوقفوا على حفصة ولم يرفعوه الى النبي صلى الله عليه وسلم ولئن صح فنقول انه عام خص منه البعض وهو النفل فيخص منه المتنازع فيه ايضا او نقول ان المراد به نفي الفضيلة والكمال كقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد اي لا صيام تام كامل بدليل ان صوم النفل يجوز بنية من النهار بالاجماع فان كان يشمله عموم النفي فعلم ان المراد به ليس نفي ذات الصوم وهو الجواب عن قوله لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل وقال الواقعة لا صيام لمن لم ينو صياما من الليل بل نوى ان صيامه من وقت وجود النية في النهار ردا لما نعم قوله ولهذا يكفر جاحده لكون صوم رمضان فريضة ويكفر بضم الياء وسكون الكاف يعني يحكم بكفر جاحده ● قال صاحب ديوان الادب يقال لا يكفر اهل قبلتك اي لا تدعهم كفارا قوله وسببه الاول الشهر اراد بالاول صوم رمضان قوله وكل يوم سبب وجوب صومه هذا الذي قاله مذهب القاضي ابي زيد الدبوسي وفخر الاسلام البزدوي ● وقال شمس الائمة السرخسي هذا غلط عندي بل في السببية للوجوب الليالي والايام لان الشهر اسم لجزء من الزمان يشتمل على الايام والليالي وانما جعله الشرع سببا لاظهار هذا الوقت ونعني الفضيلة لليالي والايام جميعا والرواية محفوظة في ان من كان مفيقا في اول ليلة من الشهر ثم جن قبل ان يصبح ومضى الشهر وهو مجنون ثم افاق يلزمه القضاء ولم يشهر السبب في حقه حيث باشره من الشهر في حال الافاقة لم يلزمه القضاء والحق عندي ما قال القاضي ابو زيد لان الله تعالى لما اباح الجماع والاكل والشرب في ليالي رمضان بقوله تعالى فالان باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر خرجت الليالي عن محلية الصوم فمحال ان يكون سببا لوجوب الصوم ما ليس بمحل لاداء الصوم ● الا ترى ان الصوم لا يصح في الليالي اصلا لا اداء ولا قضاء ولا نفلا ولهذا يجب الصوم ما اشبه الاداء الصوم على الصبي اذا بلغ اول الليل ثم انه لم يشهد الصوم ما لنا ● فان قلت قال الله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه اي فليصم الشهر وهو لليالي والايام جميعا فدل على ان الشهر هو السبب لا الايام وحدها ● قلت لا نسلم انه دليل على ما قلتم لان شهد من قوله فليصمه فليصم فيه اي في الشهر لانه مفعول فيه اجري مجرى المفعول به اتساعا كما في قولك الذي سرته يوم الجمعة اي سرت فيه اي وكما في قول الشاعر:

ويوم شهدناه سليما وعامرا

اي شهدنا فيه ثم لما كان الشهر ظرفا للصوم لم يستلزم استيعاب المظروف ظرفه فدل على ان مجموع الشهر ليس بسبب بل الايام اسباب لوجوب صومها لا الليالي لما قلنا فاذن كل يوم معيار لصومه حيث يطول بطوله ويقصر بقصره ● والجواب عن الرواية التي ذكرها شمس الائمة فما قولكم ان ذلك منقوض بما ثبت من اصول اصحابنا ان المجنون اذا ابتدأ فصار مستوعبا للشهر في الصوم ودليلا على اليوم والليالي في الصلاة لا يلزمه القضاء لدفع الحرج ● وقد قال شمس الائمة نفسه ايضا في اجزاء اصوله في باب اهلية الادمي بعد لزوم القضاء على المجنون اذا استوعب جنونه الشهر والمعنى فيه لدفع الحرج بالقضاء وذلك حاصل سوى ما اذا افاق اول الليل من الشهر او لم يفق قوله وسبب الثاني النذر اراد بالثاني صوم النذر المعين قوله والنية من شرطه اي من شرط الصوم قوله وسنبينه وتفسيره اي سنبين شرط الصوم وهو النية وسنبين تفسير ذلك الشرط واراد ببيان النية ما ذكره بعد هذا عند قوله ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتاخرة المقترنة بالاكثر واراد ببيان التفسير ما ذكره بقوله والنية للتمييز لله تعالى لان النية عبارة عن تعيين احد المحتملات فكان ما ذكره تفسير النية قوله في الخلافية اي في مسئلة الخلافية وهي ان النية بعد العجز

قبل الزوال يجوز عندنا خلافا للشافعي **قوله** لانه يجزي عنه اي لان الصوم النفل يجزي عند الشافعي فلما كان مجزيا
لا يستند بتعقد النية في اول النهار ويكون له ثواب من وقت وجوب النية لا من اول النهار لكن هذا اذا لم يأكل في يومه ذلك وصحح بعض د
الشارحين النية بعد الزوال في النفل عند الشافعي على احد قوليه وهو صحيح لانه قال في وجيزه ويجوز نية التطوع قبل الزوال وبعده في قول لان د
لكن الامام علاء الدين العالم السمرقندي قال في طريقة الخلاف اجمعوا على ان صوما لا يتادى بنية بعد الزوال ويجوز ان يريد به اجماع
الصحابة والتابعين **قوله** محمول على نفي الفضيلة وقد بيناه **قوله** او معناه ان لم ينو انه صوم من الليل اي معنى قوله عليه الصلاة
والسلام لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل لا صيام لمن لم ينو ان صيامه من الليل اي بل نوى ان صيامه من وقت النية **قوله** وهذا
لان الصوم ركن واحد ممتد الى اخره وهو اشارة الى توقف الامساك عن المفطرات الثلاث في النهار وانما شرطنا النية لتعين ذلك الامساك لله
تعالى ممتازا عن الحمية والعادة فلما وجدت في اكثر النهار وصارت كانها وجدت في جميع النهار لرجحان جانب الوجود بالكثرة لان الاكثر
من باب الوجود كما في النفل لان كل واحد منهما عبادة امساك تفتقر الى النية فلما جاز في النفل بالاجماع لما قلنا من الرجحان بالكثرة جاز هنا
بالقياس الصحيح وما قاله الشافعي من فساد الصوم بتعقد النية في اول النهار لانه صوم فرض فلم يتوقف الى شيء في الحال لان الفرضية في حال
معترض على ذات الصوم والترجيح بالذات اولى من الترجيح بالحال وهذا بخلاف الصلاة والحج حيث يشترط اقتران النية بحالة الشروع د
فيها ولا يعتبر بعد الشروع ولا يجعل الاكثر مقام الكل لان لهما اركانا مختلفة مثل الركوع والسجود والوقوف والطواف وليس كذلك الصوم
فانه ركن واحد وهو الامساك في جميع النهار فحلت النية الموجودة في اكثر الامساك كالموجودة في جميع الامساك ولا يرد علينا القضاء حيث
يشترط النية فيه من الليل لان يوم القضاء متوقف على صوم النفل لكونه هو المشروع الاصلي فيه فلا يتعين للقضاء الا بتعيينه بالنية **قوله**
جنبة الوجود يعني بالجنبة يعني الطلب **قوله** قال في المختصر ما بينه وبين الزوال اي قال في مختصر القدوري وان لم ينو حتى اصبح
اجزأته النية ما بينه وبين الزوال والمذكور في مختصر الكرخي ومختصر الطحاوي وفي الشرحين لمختصر الطحاوي ولابي بكر الرازي والامام د
الاسبيجابي في القدوري وشرط في الجامع الصغير ان تقع النية قبل نصف النهار وهو الاصح لان النية انما تعتبر اذا وقعت في الليل او في اكثر
النهار والنية اذا وقعت قبل نصف النهار تكون واقعة في اول النهار بخلاف ما قال صاحب المختصر حيث لا تقع النية في اكثر النهار لان النهار
عبارة عن زمان ممتد من طلوع الفجر الصادق الى غروب الشمس وهو قول اصحاب الفقه واللغة • ولهذا قال صاحب ديوان الادب
النهار ضد الليل بطلوع الفجر ومبنى الليل بطلوع الصبح الصادق ونصفه من الفجر الصادق الى الضحوة الكبرى فلا بد من وقوع النية
قبل الضحوة الكبرى لتكون في اكثر النهار **قوله** قلنا اي قبل الضحوة **قوله** ولا فرق بين المسافر والمقيم خلافا لزفر اي لا فرق
في جواز النية من اليوم قبل نصف النهار بين المسافر والمقيم عندنا • وقال زفر لا يحتاج المقيم الصحيح في رمضان الى النية فالمسافر يحتاج اليها لانه
ينوي من الليل فاذا نوى بعد الصبح فلا يجوز وهذا لان النية للتعيين والصوم متعين في حق المسافر الصحيح المقيم فلا حاجة الى النية لما الصوم
ليس متعين في حقه لعدم وجوب الاداء في الحال • ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الاعمال بالنيات وحديث الاعرابي الذي شهد د
برؤية الهلال بعد الصبح والقياس على النفل **قوله** ولا فصل وهو بالصاد المهملة فيما ذكرنا من الدليل اراد به ما ذكره بقوله لانه
يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله الى ان قال فيترجح بالكثرة جنبة الوجود وقد حققناه قبل هذا **قوله** وهذا الضرب من الصوم
يتادى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب اخر اراد بهذا الضرب من الصوم ما كان متعلقا بزمان بعينه مثل صوم رمضان والنذر
المعين الا انه اذا نوى واجبا اخر في النذر المعين يقع عما نوى وهذا مذهبنا وعند الشافعي لا يصح حتى ينوي ان يصوم غدا عن رمضان فرضية
وان نوى النفل او نوى واجبا اخر يصير لاغيا عابثا وان نوى مطلقا فله فيه قولان • ولنا ان الصوم المفروض متعين بقوله تعالى ثم اتموا
الصيام الى الليل والمتعين في الزمان كالمتعين في المكان يصاب باسم جنسه ونوعه ومع الخطا في الوصف كما اذا نادت زيدا وهو متوحد في
الدار وقلت يا انسان او يا رجل او يا اسود وهو احمر فكذا هنا يصاب الصوم الفرض بمطلق النية بان قال اصوم غدا او اصوم اليوم وان نوى
بعد الصبح ويصاب ايضا مع الخطا في الوصف بان قال اصوم نفلا او واجبا اخر لعدم مزاحمة غيره • فان قلت ما الفرق بين الصوم المنذور
المعين حيث يقع عن واجب اخر اذا نواه وبين صوم رمضان حيث يقع عن رمضان وان نوى واجبا اخر وكلاهما متعلق بزمان بعينه والرواية في د
اصول اصحابنا مسطورة • قلت الفرق بينهما ان يوم رمضان متعين لصوم رمضان بتعيين الله تعالى وليس للعبد تغيير ذلك بنية واجب
اخر اما يوم النذر فانما تعين للصوم المنذور بتعيين العبد وولاية العبد تعتبر في حقه لا في حق غيره وقد كان اليوم الذي نذر فيه محلا لاداء
صوم القضاء والكفارة قبل النذر وذلك الصلاحية لم تنعدم بعد النذر لان ولاية العبد لا تتجاوز حقه فوقع صومه عن واجب بخلاف
ما اذا نوى النفل في يوم النذر حيث يقع عن المنذور لان تعيين العبد ذلك اليوم لصوم النذر اعتبر في حقه وهو النفل ثم النية معرفته بقلبه
ان يصوم كذا في شرح الطحاوي والذكر باللسان احوط **قوله** ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف ومحمد يعني
صوم مولاه عن رمضان على كل حال سواء اطلق النية او اخطأ في الوصف وهذا لان المريض والمسافر انما رخص لهما ليلا يلزمهما مشقة فلما صاما
وتحملا المشقة صار كغير المعذور **قوله** وعند ابي حنيفة اذا صام المريض والمسافر بنية واجب اخر • اعلم ان المريض اذا صام رمضان بنية
القضاء او الكفارة او النذر جاز عما نواه في قول ابي حنيفة نقله الامام الناطفي عن الهاروني وهو صاحب الهداية والصحيح انه يقع عن رمضان لانه
نوى من واجب اخر وهو اختيار اهل الاصول من اصحابنا لان رخصة الافطار للمريض تتعلق بحقيقة العجز فلما صام علم انه ليس بعاجز عن الصوم فصار
كالصحيح فوقع صومه عن رمضان بخلاف صوم المسافر فان الرخصة في حقه تعلقت بعجز مقدر وهو السفر قائم مقامه فبالصوم لم ينتف السفر
فيقع صومه عن واجب اخر رواية واحدة عن ابي حنيفة والتحم الوجوب **قوله** وعنه في نية التطوع روايتان اي عن ابي حنيفة روايتان
فيما اذا نوى المسافر التطوع في رواية يقع عن رمضان لانه شغل الوقت بالاهم لعدم المؤاخذة بالنفل على تقدير الترك بخلاف نية الواجب حيث

تقع عنه لانه صرف الوقت الى الاهم لان شغل الوقت بالواجب الاخر هو الاهم لانه يحتمل في الحال وصوم رمضان يتاخر الى عدة من ايام
اخر وفي رواية اخرى عن ابي حنيفة يقع عن النفل لانه لما كان له صرف هذا اليوم الى حاجته الدنيوية كان له صرفه الى حاجته د
الدينية بالطريق الاولى اما المريض اذا نوى عن التطوع فان صومه يقع عن الفرض وهو الظاهر • وقال الناطفي في التسوية بين
المريض والمسافر على رواية نوادر ابي يوسف يوجب ان يكون في المرض جائزا عن التطوع **قوله** والفرق على احدهما اي الفرق بين
الواجب والنفل حيث يصح نية واجب اخر من المسافر عند ابي حنيفة ولا يصح نية النفل على احدى الروايتين عنه وقد بينا الفرق فلا د
نعيده **قوله** قال والضرب الثاني ما ثبت في الذمة كقضاء رمضان وصوم الكفارات فلا يجوز الا بنية من الليل • اي قال الشيخ
ابو الحسين القدوري واراد بثبوته في الذمة لانه يستحق في الذمة بحيث لا اتصال له بالوقت قبل الشروع على صرف ماله الى ما عليه فلما
كان كذلك الا بنيته لم يجز الا بنية من الليل لان ذلك اليوم الذي ينفى فيه لا يتعين للصوم الا بالنية فلا بد من النية من ابتداء الامساك
حتى يصير صوم القضاء متعينا وكذا صوم الكفارات والنذر المطلق **قوله** والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال وهذا عندنا • وقال
مالك لا يجوز الا بنية من الليل لقوله عليه الصلاة والسلام لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل • ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يصبح غير صائم ثم يصوم • وقد روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى عائشة رضي الله عنها قالت كان النبي صلى الله عليه
وسلم يجيء لنا فما لنا يوما فيقال هل عندكم من ذلك الطعام فنقلت لا فقال فاني صائم • وقد روي ايضا جوازه عن علي وابن مسعود وابن
عباس رضي الله عنهم • وروي ايضا باسناده الى قتادة عن انس بن مالك رضي الله عنه ان ابا طلحة كان يأتي اهله من الضحى فيقول هل عندكم
غداء فان قالوا لا صام ذلك اليوم • ولان المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك الموجود في اول النهار على النية المقترنة بالاكثر
كما ذكرنا في صوم رمضان اما الحديث الذي رواه مالك فالمراد به نفي الفضيلة وقد مر بيانه **قوله** ولو نوى بعد الزوال لا يجوز يعني د
في صوم النفل • وقال الشافعي في احد قوليه يجوز لا عتبار شرط الجواز الامساك في اول النهار • ولنا ان ما لا يكون محلا لنية صوم النفل
كما عند الغروب لان الامساك من نية تارة الامساك يصح ما قبل الزوال لانا نقول الفارق بين المقيس والمقيس عليه موجود وهو مبطل القياس
وهذا لان في المقيس وجدت النية في اكثر النهار بخلاف المقيس والاكثر يقوم مقام الجميع في كثير من الاحكام **قوله** باسنا لتعدد
اي يصوم ... وينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان راوه صاموا وان غم عليهم الهلال اكملوا
عدة شعبان ثلاثين يوما ثم صاموا اي قال الشيخ ابو الحسين القدوري وهذا ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى نافع عن عبد الله بن عمر
رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر رمضان فقال لا تصوموا حتى تروا الهلال ولا تفطروا حتى تروه فان غم عليكم فاقدروا له د
قوله غم عليكم اي ذكركم السحاب وغيره من قولك غمت الشيء اذا غطيته فهو مغموم وقوله فاقدروا له اي قدروا عدده باستكمال
عدد الثلاثين يقال قدرت الشيء وقدرته بالتخفيف والتثقيل بمعنى واحد • وروى صاحب السنن عن احمد بن حنبل باسناده الى عبد الله بن
ابي قيس قال سمعت عائشة تقول كان رسول الله صلى الله عليه يتحفظ من شعبان ما لا يتحفظ من غيره ثم يصوم لرؤية رمضان فان غم عليه عده
ثلاثين يوما ثم صام وفيه ايضا مسندا الى حذيفة رضي الله عنه • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقدموا الشهر حتى تروا الهلال او تكملوا
العدة ثم صوموا حتى تروا الهلال او تكملوا العدة وفيه ايضا مسندا الى ابن عباس رضي الله عنه • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تصوموا
الشهر بصوم يوم ولا يومين الا ان يكون شيء يصومه احدكم فلا تصوموا حتى تروه ثم صوموا حتى تروه فان حال دونه غمامة فاتموا العدة
ثلاثين ثم افطروا والشهر تسعة وعشرون • ثم المعتبر في كل قوم مطلع بلادهم لا بلاد غيرهم فان البلاد تختلف اقاليمها في الارتفاع والانخفاض
فربما يرى في بعضها ولم ير في بعض • وقيل لا اعتبار باختلاف المطالع حتى لو راى اهل المغرب هلال رمضان يجب برؤيتهم على اهل المشرق وعليه
فتوى الفقيه ابي الليث ولا مناقض لما روى الترمذي في جامعه • قال حدثنا علي بن حجر قال حدثنا اسمعيل بن جعفر قال حدثنا محمد بن ابي حرملة
قال اخبرني كريب ان ام الفضل بنت الحرث بعثته الى معاوية بالشام قال فقدمت الشام فقضيت حاجتها واستهل علي هلال رمضان وانا
بالشام فراينا الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة في اخر الشهر فسالني ابن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رايتم الهلال فقلت رايناه ليلة الجمعة
فقال انت رايته ليلة الجمعة فقلت رآه الناس وصاموا وصام معاوية فقال لكنا رأيناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين
يوما او نراه فقلت الا تكتفي برؤية معاوية وصيامه فقال لا هكذا امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابو عيسى حديث ابن عباس حديث حسن
صحيح غريب قال والعمل على هذا الحديث عند اهل العلم لان لكل اهل بلد رؤيتهم **قوله** لقوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤيته
وافطروا لرؤيته رواه البخاري عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم **قوله** ولان الاصل بقاء الشهر يعني ان الاصل بقاء شعبان لان د
الاصل في كل ثابت بقاؤه فلا ينتقل عن الاصل الا بدليل والدليل اما الرؤية او اكمال العدة ولم توجد الرؤية فيما اذا غم الهلال فتعين اكمال
العدة • ثم اعلم انه لا يعتبر في هلال رمضان قول المنجمين ومن قال يرجع فيه الى قولهم فقد خالف الشرع لانه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال من اتى كاهنا او منجما فصدقه فيما قال فقد كفر بما انزل على محمد **قوله** يصومون يوم الشك الا تطوعا وهذا ما روى صاحب السنن
باسناده الى صلة قال كنا عند عمار في اليوم الذي يشك فيه فاتى بشاة فتنحى بعض القوم فقال عمار من صام هذا اليوم فقد عصى ابا القاسم
صلى الله عليه وسلم فاتى بشاة فلا كل فتنحى بعض القوم عن الاكل وانما لم يكره التطوع لما روي في السنن مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تقدموا صوم رمضان بيوم ولا يومين الا ان يكون صوم يصومه رجل فليصم ذلك اليوم فعلم بهذا الحديث
ان المراد من كراهة الصوم يوم الشك في حديث عمار هو الصوم على انه من رمضان • فان قلت كيف يكون اليوم الثلاثون من شعبان د
يوم الشك وكونه من شعبان راجح وهذا لان الشك هو تساوي الطرفين فان كان راجحا فهو الظن وان كان مرجوحا فهو الوهم فان كان د
متساويا فهو الشك ولا مساواة هنا لان الاصل في كل ثابت بقاؤه • قلت لا نسلم انه لا مساواة هنا لانا لا نعني باليوم الثلاثين يوم الشك الا اذا غم

الهلال فعلى ذلك التقدير كلا الطرفين متساو اذ لا يحكم ان ذلك اليوم من شعبان جزما ولا يحكم ايضا انه من رمضان جزما لاحتمال انه يكون
من شعبان لان الشهر قد يكون ثلاثين وقد ينقص عن ثلاثين بخلاف ما اذا كانت السماء مصحية ولم يكن في مطلع الهلال مانع الروية لانا حينئذ لا نجد
الشك ولا الظن اصلا لوجود القصد بين لجازم للواقع المطابق وهو العلم قوله ويصوم المتنفلة على وجوه اي يتأدى يوم صوم الشك
قوله وهو مكروه لما روينا اراد به قوله عليه الصلاة والسلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا وقد روينا
حديثا يدل على الكراهة من كتاب السنن من حديث ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تقدموا صوم رمضان بصوم يوم ولا يومين
قوله وان افطر لم يقضه لعدم اداة اليوم الشك من رمضان ثم ظهر من شعبان فافطر لا قضاء عليه لانه في معنى المظنون لانه شرع فيه
مسقطا لا ملزما قوله والثاني ان ينوي عن واجب اخر اي الوجه الثاني ان ينوي عن واجب اخر مثل القضاء او الكفارة والنذر
قوله وهو مكروه ايضا لما روينا اي لقوله عليه الصلاة والسلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا قوله
الا ان هذا دون الاول في الكراهة يعني ان نية واجب اخر في يوم الشك ادنى في الكراهة من نية صوم رمضان لكون النهي مرتقبا في صوم رمضان
بقوله عليه الصلاة والسلام لا تقدموا رمضان بصوم يوم او يومين قوله ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه لوجود اصل النية
في الصوم بالاتفاق وفي الشافعي يعني ان نية واجب اخر على مذهب ابي حنيفة كما عرفت من مذهبه قوله وان ظهر انه من شعبان فقد
قيل يكون تطوعا لانه نهي عنه يعني اذا نوى عن واجب اخر يوم الشك ثم ظهر ذلك اليوم من شعبان اختلف مشايخنا فيه قال بعضهم يكون
تطوعا وان افطر فلا قضاء عليه اعتبارا بصوم يوم العيد لان الصوم الواجب منهي عنه يوم الشك ويوم العيد جميعا ثم اذا صام يوم العيد عن واجب
اخر لا يجوز فكذا اذا صام يوم الشك • وقال بعضهم يجزيه عن الذي نواه لانه تبين ان ذلك اليوم من شعبان لم يبق ذلك اليوم يوم الشك فحصل
اداء الواجب في شعبان لان المنهي هو التقدم على رمضان بصوم رمضان لا بكل صوم بخلاف صوم يوم العيد لان النهي ثم مطلق الصوم فلم يجز اداء
واجب اخر لان ترك اجابة الدعوة يحصل بكل صوم ثم اذا لم يظهر صوم حال ذلك اليوم لم يخرج عن الواجب لاحتمال انه شرع من رمضان فان افطر
لم يقض شيئا والواجب عليه كما كان قوله والكراهة هنا اي الصورة الثانية في الكراهة فيما اذا نوى واجبا اخر يوم الشك بصورة النهي لحقيقته
النهي لان النهي ورد في التقدم بصوم رمضان قوله والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه • لما روينا اي الوجه الثالث نية
التطوع يوم الشك وذلك ليس بمكروه لقوله عليه الصلاة والسلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا • وحديث
ابي هريرة يدل على عدم كراهة التطوع ايضا • وقد ذكرنا قبل هذا وعند الشافعي يكره التطوع على سبيل الابتداء يوم الشك وعندنا لا يكره
ثم اذا وافق صوما كان يصومه او صامه ابدا لان النهي في قوله عليه الصلاة والسلام لا تقدموا رمضان الحديث معارض بحلة وهو ادا النهي م
قبل اوانه ولا يوجد ذلك في التطوع فلا يكره قوله ثم ان وافق صوما كان يصومه فالصوم افضل بالاجماع وتفسيره انه اذا اعتاد
صوم يوم الجمعة او الخميس او الاثنين ثم وافقه صوم الشك وكذا اذا صام شعبان كله او نصفه الاخير او عشرة من اخره وهذا لقوله عليه
الصلاة والسلام لا تقدموا صوم رمضان بيوم او يومين الا ان يكون صام صومه رجل فليصم ذلك الصوم قوله وان افرده فقد
قيل الفطر افضل اي وان افرد صوم التطوع يوم الشك ولم يوافق يوم صوم كان يصومه في ذلك اليوم اختلف مشايخنا فيه • قال محمد بن
سلمة الفطر افضل لعموم الوعيد في قول عمار رضي الله عنه من صام يوم الشك فقد عصى ابا القاسم • وقال نصر بن يحيى الصوم افضل لان التطوع ليس
بمنهي عنه بدليل الاستثناء في حديث ابي هريرة وكان علي وعائشة رضي الله عنهم يصومان يوم الشك تطوعا • وروي عن عائشة انها
قالت لان اصوم يوما من شعبان خير من ان افطر يوما من رمضان • وقال ابن مسعود لان افطر من رمضان واقضي يوما مكانه احب الي من ان اتم يوما ليس
من رمضان • قال الشارح رضي • وقد قال عليه الصلاة والسلام خذ ما ذلك ... قال ابن مسعود هذا الحكم في الشك لاي التلبس
قوله والمختار ان يصوم المفتي بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت الزوال ثم بالافطار نفيا للتهمة وانما فرق بين المفتي
والعامة لان المفتي يعلم ان الزيادة على رمضان لا تجوز فلاجل هذا يصوم احتياطا احترازا عن وقوع الفطر في رمضان بخلاف العامة فانه قد يقع
في وهمهم الزيادة على رمضان فلاجل هذا كان تطويلهم افضل بعد الانتظار الى وقت الزوال • وقد روي عن اسد بن عمرو انه قال اتيت باب الرشيد
فاقبل يوم ابو يوسف القاضي عليه عمامة سوداء ومدرعة سوداء وخف اسود وهو راكب فرسا اسود وعليه سرج اسود ولبد اسود وما عليه شيء من الثياب
الا لحيته البيضاء وهو يوم الشك فدخل على هارون ثم خرج واراد امير ان ينادي بالفطر فافتى الناس بالفطر فقلت له افطرت فقال ادن الي فدنوت
منه فقال في اذني انا صائم فيعمو التلوم الانتظار والتهمة بجوز فتح هائها واسكانها قوله والرابع ان يضجع في اصل النية بان ينوي
ان الامر اذا افطر والمراد منه الترديد في اصل النية كما اذا نوى انه صائم من رمضان والا فلا ففي هذا الوجه لا يصير صائما لعدم القطع في النية كما اذا
نوى انه صائم ان وجد سحورا والا فلا وكما اذا وجد غدا الفطر والا صام قوله والخامس ان يضجع في وصف النية بان يتردد في وصف الصوم
وقال اصوم عن رمضان ان كان منه والا فعن واجب اخر يكره فانه يوم الشك ثم اذا ظهر من رمضان اجزاه لانه لا تردد في اصل النية وهو كاف لصحة
صوم رمضان وان ظهر ان الشك من شعبان لا يقع عن واجب اخر لان جهة الوجوب لم تثبت للتردد فيها واصل النية ليس بكاف لكنه يكون تطوعا
فاذا افطر لا قضاء عليه لانه في معنى المظنون لشروعه فيه مسقطا لا ملزما وان نوى ان يصوم عن رمضان ان كان منه وعن التطوع ان كان من شعبان
يكره لنية الفطر الفرض كما اذا ظهر من رمضان اجزاه لوجود اصل النية واذا ظهر من شعبان جاز عن النفل لان اصل النية يكفيه لكنه اذا افطر
لا يقضيه لعدم الالتزام لانه ادخل الاسقاط في نيته من وجه قوله في عزيمته اي في نيته قوله ومن راى هلال رمضان
وحده صام وان لم يقبل الامام شهادته لقوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤيته وهذا لان الخطاب اذا ورد بصيغة الجمع يراد به كل واحد
كما في قوله تعالى اقيموا الصلاة واتوا الزكاة ثم انه لما راى ظاهرا لزمه الصوم لانه مأمور ولانه مكلف متعبد بما علمه وان لم يثبت ذلك عند
غيره ثم ان افطر المتفرد بالرؤية لا كفارة عليه • وقال الشافعي عليه الكفارة ان افطر بالجماع لجماع لنا ان تفرده بالرؤية يوهم الغلط فيه

مع الشبهة والكفارة تندرئ بالشبهات لما فيها من معنى العقوبة ولانه يوم مختلف في وجوب صومه لان الحسن البصري وابن سيرين وعطا
يقولون انه لا يصوم الا مع الامام وادنى درجة الاختلاف المعتبر اثارة الشبهة وبها تسقط الكفارة فان قيل يوم ملزمه صومه عن رمضان
فيلزمه بهتك حرمته الكفارة كما اذا حكم به الحاكم • قلت لا نسلم ان القياس صحيح لوجود الفارق لان الشبهة زالت بالمقيس عليه بحكم الحاكم
بخلاف ما اذا لم يحكم الحاكم لان الشبهة باقية قوله وهو تهمة الغلط اي الدليل الشرعي تهمة الغلط قوله فاورثت شبهة اي
اورثت رد الشهادة شبهة قوله ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ فيه يعني لو افطر المنفرد برؤية الهلال قبل رد الامام
شهادته لا رواية فيه عن اصحابنا المتقدمين لكن المشايخ اختلفوا في وجوب الكفارة • قال صاحب المحيط والصحيح انه لا تجب الكفارة
وقول صاحب المحيط هو الصواب لما بينا من ثبوت الشبهة قوله ولو اكمل هذا الرجل ثلاثين يوما لم يفطر الا مع الامام اي لو كمل المنفرد
بالرؤية ثلاثين يوما من حين راى الهلال لم يفطر الا مع الامام لان وجوب الصوم عليه في الابتداء كان للاحتياط وهنا الاحتياط في
تاخير الافطار لانه يحتمل ان الهلال اشتبه عليه ولكن مع هذا لو افطر بعد الثلاثين لا قضاء عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده • بيانه انه لا
يجب عليه الكفارة اذا افطر يوم راى هلال رمضان للشبهة الواقعة من جهة رد الشهادة فلان لا يجب عليه رد الكفارة بعد الثلاثين اولى واحرى
لانها بعد الثلاثين ليس من رمضان حقيقة قوله قال واذا كان بالسماء علة قبل الامام شهادة العدل الواحد في رؤية الهلال رجلا كان
او امراة حرا كان او عبدا • اي قال الشيخ ابو الحسين القدوري اذا كان في السماء علة كالسحاب والدخان والغبار قبل الامام شهادة
الواحد العدل ولا يشترط فيه الذكورة والحرية • وقال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره وتقبل في الشهادة على رؤية هلال رمضان
رجل واحد مسلم او امراة واحدة مسلمة عدلا كان الشاهد بذلك او غير عدل بعد ان يكون انه راه خارج المصر او انه راه في المصر وفي السماء علة
تمنع العامة من التساوي في رؤيته • قال ابو بكر الجصاص الرازي في شرح مختصر الطحاوي قوله في الشاهد انه يقبل شهادته على رؤية الهلال
عدلا كان او غير عدل ليس بمذهب لان مذهب اصحابنا انه لا يقبل في ذلك الا شهادة عدل في نفسه • وقال ايضا وقول ابي جعفر بعد ان
يكون راه خارج المصر لا معنى له لانه من اصلهم انه لا يختلف قبول ذلك اذا لم يكن بالسماء علة سواء كان في مصر او غيره ثم الدليل على قبول خبر الواحد
فيه ما روى صاحب السنن باسناده الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال جاء اعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني رايت الهلال
يعني هلال رمضان فقال اتشهد ان لا اله الا الله قال نعم قال اتشهد ان محمدا رسول الله قال نعم قال يا بلال اذن في الناس ليصوموا
غدا وهذا الحديث يدل على معنيين احدهما قبول خبر الواحد في رؤية الهلال اذا كان بالسماء علة • والثاني ان ظاهر الاسلام يوجب
العدالة وقبول الشهادة ما لم يظهر منه ما يسقطها ولانه امر ديني فصار كالاخبار في الاخبار عن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يشترط
فيه الاناث ولا الذكورة والحرية بخلاف الالزامات حيث يشترط الاثنين في احد قوليه ولهذا لا يشترط في رؤية الهلال
لفظة الشهادة والثاني يشترط الاثنين في احد قوليه وهو مجموع حديث ابن عباس قوله غير مقبول لان الفاسق مردود لان
قول الفاسق موقوف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا قوله وتاويل قول الطحاوي عدلا او غير عدل ان يكون مستورا
قال الشيخ ابو نصر يجوز ان يكون اراد به الطحاوي وان لم يكن عدلا في الباطن ثم الشيخ ابو جعفر الطحاوي احمد بن محمد بن سلامة
الازدي من طحاوي وهي من قرى مصر كان اماما في الفقه والاخبار ولد سنة تسع وثلاثين ومائتين وتوفي في سنة احدى
وعشرين وثلاثمائة قوله ارجو اراد به الدخان قوله وفي اطلاق جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف
بعدما تاب اي وفي اطلاق جواب كتاب القدوري وهو قوله قبل الامام شهادة الواحد العدل يدخل فيه المحدود في القذف
يعني قبل شهادته في رؤية الهلال اذا كان عدلا في دينه وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا وعن ابي حنيفة انها لا تقبل لانها شهادة
من وجه • الا ترى انه يلزمه الحضور في مجلس القاضي فلما كان كذلك لم يقبل لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا • وجه الظاهر
ان المراد من النص شهادة من كل وجه وهذا خبر لا شهادة ولهذا لا يشترط الذكورة والحرية فيقبل خبره بعدما تاب قوله لا يشترط المثنى
وهو بفتح الثاء اراد به الاثنين قوله والحجة عليه ما ذكرنا اي الحجة على الشافعي ما ذكره بقوله انه امر ديني فاشبه
رواية الاخبار قوله ثم اذا قبل الامام شهادة الواحد وصاموا ثلاثين يوما لا يفطرون يعني اذا لم يروا هلال شوال وقد جعل
القدوري هذه الرواية رواية الحسن عن ابي حنيفة وعن محمد انهم لا يفطرون رواه ابن سماعة • وجه رواية الحسن انهم لو افطروا لزم
الافطار بشهادة الواحد وهو لا يجوز • وجه قول محمد وهو الاصح ان الفطر ما ثبت بقول الواحد ابتداء بل بناء وتبعا فكم من شيء يثبت ضمنا
ولا يثبت قصدا بيانه ان قول الواحد لما قبل في هلال رمضان قبل ايضا في الفطر بناء على ذلك وان كان قوله في الفطر ابتداء لا يثبت
بشهادة الواحد ابتداء ويثبت بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة وقيل محمد من ثبوت الفطر بقول الواحد فقال يثبت الفطر بحكم
القاضي لا بقول الواحد يعني لما حكم في هلال رمضان بقول الواحد يعني لما حكم في هلال رمضان بقول الواحد ثبت الفطر بناء على ذلك بعد
تمام الثلاثين • قال شمس الائمة في شرح الكافي وهو نظير شهادة القابلة على النسب فانها تكون مقبولة ثم يفضي ذلك الى استحقاق
الميراث والميراث لا يثبت بشهادة القابلة ابتداء قوله واذا لم يكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم
بخبرهم يعني في هلال رمضان واراد بالعلم علم غالب الظن • قال الامام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي وروى الحسن بن زياد
عن ابي حنيفة انه قال تقبل على رؤية هلال رمضان شهادة الواحد العدل سواء كان بالسماء علة او لم تكن علة وفي الفطر تقبل شهادة رجلين
او رجل وامراتين سواء كان بالسماء علة او لم تكن علة • وقال الشيخ ابو نصر قال المشايخ يقبل شهادة الرجل فيما اذا لم يكن بالسماء علة في احد
قوليه وفي قول اخر لا يقبل الا شهادة اثنين • وجه الظاهر ان اعراض المسلمين في طلب الهلال متفقة والمانع من رؤية الهلال منتف
لا تفاوت في الابصار ولا علة بالسماء فاذا اجتمعوا في طلب الهلال واختص البعض بالرؤية دون الباقين لا يلتفت اليه لان الظاهر انه غلط

الا اذا اخبر جماعة كثيرة يحصل علم غالب الظن بخبرهم وهذا لان الاخبار والاحاديث شرط قبولها حسن الظن بخبرها الا ترى
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرجع في خبر ذي اليدين الى ابي بكر وعمر رضي الله عنهما فقال احق ما يقول ذو اليدين ثم لا يتم فاعتبر اخبار جماعة
لانه اخبر عما شاهد مع الجماعة ● فان قيل قبل شهادة جاءت اذا وجد فيها اذا كانت السماء غير مصحية قياسا على سائر الشهادات قلنا سائر
الشهادات اذا وجد فيها ما يوجب التهمة لا تقبل وقد وجد هنا ذلك لان المتفرد برؤية الهلال مع اتفاق الاغراض وانتفاء المانع يوجب
تهمة الغلط فلا تقبل شهادة الواحد وما فوقه الى ان يخبر جماعة كثيرة يقع العلم بخبرهم ثم لم يروا في ظاهر الرواية التقدير في الجمع الكثير وعن
ابي يوسف انه قدره بخمسين مثل عدد رجال القسامة وعن خلف ابن ايوب انه قال خمسمائة ببلخ قليل وقال بعضهم ينبغي ان يكون من كل جامع
واحد او اثنان وقال بعضهم ذلك موكل الى راي القاضي فان سكن قلبه الى ذلك قبل والا فلا كذا ذكره الامام الاسبيجابي في
مختصر الطحاوي وعن محمد انه اعتبر تواتر الخبر من كل جانب كذا في خلاصة الفتاوي قوله فيجب التوقف فيه اي في المتفرد
بالرؤية قال بخلاف ما اذا كان بالسماء علة يعني ان المتفرد بالرؤية حينئذ لا يوهم الغلط لانه قد يحصل الرؤية للبعض
حال انشقاق الغيم قال واليه الاشارة في كتاب الاستحسان اي الى ما قال الطحاوي من قبول شهادة الواحد اذا جاء
من خارج المصر اشار في كتاب الاستحسان من الاصل لمحمد بن الحسن لانه قال اذا جاء من كان اخر رجل فاخبر بذلك وهو ثقة فينبغي
للمسلمين ان يصوموا بشهادته قال وكذا اذا كان من مرتفع في المصر يعني تقبل شهادة الواحد في المصر اذا كان على موضع عال ولكن هذا
على ما ذكره الطحاوي اذ لا فرق على ظاهر الرواية عن اصحابنا بين المكان المرتفع وغير المرتفع حيث لا تقبل الشهادة الا ان يراه جمع يقع العلم
بخبرهم قال ومن راى هلال الفطر وحده لم يفطر احتياطا وهذا لما روي في السنن مسندا الى محمد بن المنكدر عن ابي هريرة
رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال فطركم يوم تفطرون واضحاكم يوم تضحون ● بيانه ان هذا اليوم كان محكوما عند الناس
بانه من رمضان لا يجوز للمتفرد بالرؤية الافطار لانه ما افطر عنه وانما اجاز له الشرع الافطار يوم يفطر الناس ● فان قلت قد جاء
فيما روى ابو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته وقد اوجبتم الصوم على المتفرد برؤية هلال رمضان بذلك
الحديث وكيف لا تجوزون الفطر بذلك الحديث ● قلت كان القياس ذلك لكن خص ذلك الحديث بدلالة ما ذكرنا من قوله عليه الصلاة والسلام
فطركم يوم تفطرون فترك القياس ولان الاحتياط في هلال رمضان في ايجاب الصوم على المتفرد بالرؤية وهنا الاحتياط في عدم
الافطار قال واذا كان بالسماء علة لم يقبل في هلال الفطر الا شهادة رجلين او رجل وامراتين ● قال الامام الاسبيجابي في شرح
مختصر الطحاوي واما في هلال الفطر والاضحى فانه لا يقبل فيه الا شهادة رجلين او رجل وامراتين عدول احرار غير محدودين كما في سائر الاحكام
وهذا لان في هلال الفطر والاضحى منفعة العباد من الافطار والتوسع بلحوم الاضاحي والاحلال من الحج فاشبهت الشهادة على حقوق
الناس بخلاف شهر رمضان فانه لا يتعلق به حقوقهم بل يلزمهم فيه فرض فقبلت شهادة الواحد ● وروي عن ابي حنيفة ان هلال
الاضحى كهلال رمضان ذكره في الخلاصة عن النوادر ووجهه انه جعله من باب الخبر حيث يلزمه وجوب الاضحية ثم يتعدى منه
الى غيره قال وهو الفطر الضمير راجع الى نفع العبد قال والاضحى كالفطر في هذا في ظاهر الرواية اي هلال
الاضحى كهلال رمضان الفطر اي فاشبه الفطر بسائر حقوق العباد قال والاضحى كالفطر في هذا في
ظاهر الرواية اي هلال الاضحى كهلال الفطر في قبول الشهادة يعني يشترط في كل منهما شهادة رجلين او رجل وامراتين كذا ذكره الحاكم
الشهيد في مختصر الكافي قال يروى عن ابي حنيفة انه كهلال رمضان يعني ان هلال الاضحى كهلال رمضان في رواية النوادر فتقبل
فيه شهادة الواحد اذا كان بالسماء علة قال لانه تعلق به نفع العباد دليل قوله وهو الاصح قال واذا لم تكن بالسماء
علة لم تقبل الا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا وهو اشارة الى قوله لان المتفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط قوله
كان وقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس ● اعلم ان الفجر فجران فجر كاذب يبدو كذنب السرحان ثم تعقبه الظلمة
فلذلك سمي كاذبا لا يخرج به وقت العشاء ولا يثبت به شيء من احكام النهار وفجر صادق وهو البياض الذي ينتشر مستطيرا ويعترض في
الافق لا يزال يزداد حتى ينتشر فلذلك سمي صادقا ومستطيرا ويثبت به احكام النهار من حرمة الطعام والشراب والجماع للصائم وجواز اداء
الفجر والدليل على ان وقت الصوم ما ذكره من طلوع الفجر الى غروب الشمس ● قوله تعالى فالان باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا
حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر ثم اتموا الصيام الى الليل ● وروى البخاري في الصحيح باسناده الى الشعبي عن
عدي بن حاتم قال لما نزلت حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود عمدت الى عقال اسود والى عقال ابيض فجعلتهما تحت وسادتي فجعلت انظر
في الليل فلا يستبين لي فغدوت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال انما ذلك سواد الليل وبياض النهار ● وروى البخاري ايضا
باسناده الى سهل بن سعد رضي الله عنه قال انزلت وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود ولم ينزل من الفجر وكان رجال
اذا ارادوا الصوم ربط احدهم في رجليه الخيط الابيض والخيط الاسود ولا يزال ياكل حتى يتبين له رؤيتهما فانزل الله بعد من الفجر فعلموا انما يعني الليل
والنهار ● وروي في السنن مسندا الى سمرة بن جندب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يمنعن من سحوركم اذان بلال ولا بياض الافق الذي
هكذا حتى يستطير وفي السنن ايضا مسندا الى ابي عبد الله بن ابي اوفى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رايتم الليل قد اقبل من ههنا فقد
افطر الصائم واشار باصبعه قبل المشرق فعلم بما تلونا وما روينا اول وقت الصوم واخره واريد الليل والنهار من الخيطين في الاية تشبيها لا استعارة
وقد عرف في الكشاف وقوله من الفجر بيان لقوله من الخيط الابيض ويجوز ان تكون من للتبعيض لانه بعض الفجر واوله قال والصوم هو
الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا مع النية ● قال في شرح الاقطع هذا اجماع لا خلاف فيه قلت فيه نظر لان زفر لا يشترط النية
للصحيح المقيم في صوم رمضان على ما ذكرناه ● وقال الامام زيد الدين يرد عليه اكل الناسي فان صومه باق مع ان الامساك فائت ويرد

ايضا الاكل بعد طلوع الفجر الصادق قبل طلوع الشمس فان صومه فاسد مع ان الامساك في النهار باق فان النهار من طلوع الشمس الى غروبها
ويرد ايضا الحائض والنفساء فان صومهما لا يصح وان وجد منهما الامساك والنية لان الامساك اكل الناسي نادر لان الشرع جعل اكله كلا اكل
والنائم مع الولاية فاذا كان كذلك يكون الامساك الشرعي موجودا او كالا اكل ممن فيه لان الامساك الحسي والا شك ان النهار من طلوع
الفجر الشرعي لان النهار الشرعي من طلوع الفجر الصادق الى غروب الشمس بدليل ان الله تعالى اباح المفطرات الثلاث في الليل الى الخيط الاسود
الابيض وهو الصبح الصادق ثم امر باتمام الصوم الى الليل ويرد الحائض والنفساء لان كلامنا في الامساك الشرعي لا الحسي والشرع لم يجعل امساكهما
صوما وقال في التعريف الصوم هو الامساك لله تعالى باذنه في وقته بالنية قال لانه في حقيقة اللغة هو الامساك عن
الاكل والشرب والجماع ● قال ابو عبيد القسم بن سلام في كتاب غريب المصنف الصائم من الخيل القائم الذي لا يطعم شيئا ومنه
قوله خيل صيام وخيل غير صائمة تحت العجاج واخرى تعلك اللجما والعجاج الغبار قال فاختص بالنهار لما تلونا اي لقوله تعالى ثم اتموا
الصيام الى الليل قال وعليه مبنى العبادة اي على خلاف العادة مبنى العبادة قال والطهارة عن الحيض والنفاس
شرط لتحقق الاداء اراد بالطهارة انقطاع الدم لانه لا يتصور طهارتهما قبل انقطاع الدم وانما قيد بقوله شرط لتحقق الاداء لان نفس
الوجوب ما يستحاله الحيض والنفاس كما في الغائب وجوب الاداء بخلاف الصلاة فان الوجوب ايضا ساقط دفعا للحرج وقيد بالحيض والنفاس
لان الجنابة لا تنافي اداء الصوم ولم يلحق الجنابة بالحيض والنفاس لانه دونهما لان الجنب يقدر على ازالة الجنابة دون الحيض والنفاس ثم الدليل
على وجوب قضاء الصوم ما روت معاذة العدوية عن عائشة قالت كنا نحيض عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فنؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر
بقضاء الصلاة

باب ما يوجب القضاء والكفارة

لما فرغ عن بيان
انواع الصوم وتفسيره لغة وشرعا شرع في بيان ما يوجب القضاء والكفارة لان وجوبهما امر عارض على الصوم فناسب ان يذكر الاصل
سابقا والعارض لاحقا قال واذا اكل الصائم او شرب او جامع ناسيا لم يفطر اي قال الشيخ ابو الحسن القدوري في شرح مختصر
الكرخي يعني قوله ناسيا اي ناسيا للصوم لانه ليس بناس للاكل ● اعلم ان في هذه المسئلة خلافا فالذي ذكره مذهب علمائنا رضي الله عنهم
وقال مالك يفطر في الفرض ولا يفطر في النفل ● وقال ربيعة يقضي بكل حال كذا ذكره الشيخ ابو الحسن القدوري في شرح مختصر الكرخي
ولم يفرق صاحب الهداية بين النفل والفرض على مذهب مالك ويجوز ان يكون عنه روايتان والصحيح هو الاول لان ابن الجلاب قال
في كتاب التفريع ومن تطوع بالصيام لزمه الاتمام فان افطر متعمدا كان عليه القضاء وان افطر بعذر من مرض او حيض او نسيان فليس
عليه القضاء ثم قال ومن افطر في رمضان ناسيا او ساهيا فعليه القضاء وان افطر متعمدا باكل او شرب او جماع فعليه القضاء وان افطر
متعمدا باكل او شرب او جماع فعليه الكفارة الى هنا ناسيا فعنهما روايتان احداهما ان عليه القضاء والكفارة والاخرى ان عليه القضاء
بلا كفارة الى هنا لفظ كتاب التفريع ● ولنا ما روى البخاري في الصحيح مسندا الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا نسي فاكل
وشرب فليتم صومه فانما اطعمه الله وسقاه ● وقد روى الشيخ ابو الحسين القدوري عن علي وابن عمر وابي هريرة وزيد وسعيد بن جبير
والنخعي مثل قولنا وذكر في مبسوط خواهر زاده عن ابي حنيفة انه قال لولا قول الناس لقلت يقضي يعني لولا رواية الناس الاخبار
انه لا يفسد والا لقلت يقضي فان قلت قبل الحديث في الاكل والشرب ورد خلاف القياس فلم تقيس عليه الجماع قلنا لا نسلم ان الحكم في الجماع
بالقياس بل الحكم فيه ثابت دلالة لان ترك الكف عن كل منهما يوجب الفساد وهذا لان الصوم هو الكف عن المفطرات الثلاث جميعا
قال لوجود ما يضاد الصوم وهذا لان الصوم هو الكف عن المفطرات جميعا فاذا وجد ترك الكف عن واحد منها يوجد ضد الصوم
لا محالة ولانتفاء الشيء بوجود منافيه سواء وجد الضد عن قصد او عن غير قصد كما في الصلاة والاحرام وهذا هو القياس لكنا تركنا القياس
استحسانا بالسنة قال تم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك تم على صومك كذا في المغرب قال واذا ثبت هذا في الاكل
والشرب ناسيا ثبت في الوقاع ناسيا دلالة لان الكف عن هذه الاشياء هو ركن الصوم فصار ترك الكف عن واحد مثل الترك عن الاخر
سواء قال بخلاف الصلاة هذا الفرق بين الاكل ناسيا في الصوم حيث لا يفسد الصوم عندنا وبين كلام الناسي في الصلاة
فانه يفسد ● وجه الفرق انما يكون النسيان معفوا اذا كان غالبا ملازما للطاعة والا فلا واكل الصائم ناسيا غالب لوجود حث لا مذكر
في هيئة الصيام بخلاف حالة الصلاة والاحرام فان هيئة المصلي والمحرم مذكرة فلا يحصل النسيان غالبا ● قوله ولو كان مخطئا او مكرها
فعليه القضاء خلافا للشافعي والفرق بين صورة الخطأ والنسيان ان الخاطئ ذاكر للصوم لكنه غير قاصد للشرب والناسي قاصد للشرب
لكنه ليس ذاكرا للصوم وتمامه على طرفي نقيض ● اعلم ان الصائم اذا تمضمض فوقع الماء في حلقه خطأ فسد صومه عندنا خلافا للشافعي
وكذا الخلاف فيما اذا صب الماء في حلقه وهو نائم او اكره على الشرب فشرب ● وعن ابن ابي ليلى ان كان الوضوء فرضا لا يفسد صومه وان كان
نفلا يفسد ● وجه قوله في الاول ان الفساد … من عمل ما مور به فالمتولد منه لا يكون مضمونا كالامام اذا … قطع يد السارق
فسرى الى النفس وكاجراء الحد اذا ادى الضرب … وفي الثاني انه متولد من عمل مباح فيكون مضمونا كما اذا رمى الى صيد
فاصاب انسانا ● ووجه قول الشافعي رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ● بيانه
ان حقيقة الخطأ والنسيان ليست مرفوعة بوجودهما حسا فيكون المراد الحكم فلا يفسد الصوم بهما ولان الناسي قاصد الى الاكل والشرب
غير قاصد الى الفطر والخاطئ ليس بقاصد اصلا لا الى الشرب ولا الى الفطر واما فصل اقامة السنة فاذا كان الناسي معذورا مع
وجود القصد فالخاطئ اولى لعدم القصد وكذا المكره ولانه مغلوب في وصول الماء الى الجوف فصار معذورا كما اذا دخل الذباب في حلقه
او دخل الغبار ● ووجه قول علمائنا ما روي في السنن مسندا الى لقيط ابن صبرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اسبغ الوضوء وخلل

بين الاصابع وبالغ في الاستنشاق الا ان تكون صايما • بيانه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى الصايم عن المبالغة بالاستنشاق فلو
كان الوصول الى جوف الراس او الى جوف البطن في صلب مامة السنة مما لا يوجب الفساد لم يكن للنهي فايده ولان النبي لا يقاله مع صلب بنوا
وجد عن فقد او عن غير قصد ككلام المصلي ناسيا او اكله ناسيا • والجواب عن قول ابن ابي ليلى ان المتولد عن الغرض انما يكون معفوا
اذا لم يمكن الاحتراز كما في السراية فانه ليس بتعدد الامام على قطع لا يسري وهنا الاحتراز ممكن • الا ترى ان استثناء الرسول عليه الصلاة
والسلام بقوله الا ان يكون صايما • والجواب عن الحديث الذي يتعلق به الشافعي فنقول ان المراد منه حكم الخطا في الاكراه في الحديث
بعث العقبا فنزوه صحة الكلام لا عن الخطا والاكراه بنوع فانبت متقضى والنابت بالاقتضاء ويدعو يتعدد يعيد المزوو والفرون
فزنعهم بان يراد حكم الاخر فلا حاجة الى ارادة حكم الدنيا • الا ترى الى قوله تعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة ودية
مسلمة الى اهله كيف اوجب الكفارة والدية فعلم بذلك ان حكم الدنيا ليس بمرتفع على الخاطى فقياسه على الناسي ضعيف لان كل ما ثبت
خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس وقياسه على الذباب والغبار ضعيف ايضا لوجود الفارق بين المقيس والمقيس عليه لا يمكن
الاحتراز خلاف القياس حيث لا يمكن الاحتراز فاما وقع الماء في جوف الخاطي لحرقه وعدم احترازه ايضا الصفة الصوم الاكل صورة او
معنى او احدهما ولم يوجد واحد منهما في المقيس عليه اما الاول فلعدم الابتلاع • واما الثالث فلعدم وصول المغذي الى
الجوف فلم يفسد الصوم بخلاف المقيس ولم يوجد المعنى او لم يوجد الصورة فبطل القياس للفارق قوله ولان النسيان جا من
قبل من له الحق والاكراه من قبل غيره فيفترقان هذا جواب يطريق التسلم بان يقال لا نسلم ان قياس الخاطى والمكره على الناسي صحيح لثبوت
الحكم في الناسي بخلاف القياس وما ثبت بخلاف القياس تغيره عليه لا يقاس ولئن سلمنا ان الحكم في الاصل على وفاق القياس لكن لا نسلم
ان القياس ايضا لوجود الفارق بين المقيس والمقيس عليه • بيانه العذر في المقيس عليه وهو النسيان جا من قبل من له الحق وهو
الله تعالى وفي المقيس وهو الخطا والنسيان جا من قبل من ليس له الحق ولصاحب الحق اسقاط الحق دون من ليس له الحق فافترقا اعني المقيس
والمقيس عليه فلم يصح القياس وهذا كالمقيد والمريض اذا صليا قاعدين لعذر القيد والمرض يقضي المقيد ولا يقضي المريض لهذا المعنى
قوله فان نام فاحتلم لم يفطر وهذا لما روى صاحب السنن مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لا يفطر من قا ولا من
احتلم ولا من احتجم ولانه لم يوجد الجماع لا صورة ولا معنى • اما الاول فلعدم الايلاج الفرج في الفرج • واما الثاني فلعدم الانزال
عن شهوة بالمباشرة اعني بمس الرجل المراة وكذا اذا نظر الى وجه امراة او فرجها فانزل لا يفطر لانه لم يوجد الجماع لا صورة ولا معنى
قوله كالمتفكر اذا امنى يعني اذا تفكر في امراة حسنا فانزل المني لا يفطر قوله وكالمستمني بالكف على ما قالوا يعني ان الصايم
اذا عالج ذكره حتى امنى فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله • قال بعضهم يفسد وعليه القضا وهو قول محمد ابن سلمة وهو اختيار الفقيه ابي الليث
في النوازل • وقال بعضهم لا يفسد وهو قول ابي بكر الاسكاف وقيل الداخل للرجال ان يفعل هذا قال ان لم يرد به الشهوة واراد تسكين
ما به من الشهوة فلا باس به وهو ما جوز فيه • وقال الفقيه ابو الليث وروي عن ابي حنيفة انه قال انا لحقيقة ان يتجو راسا براس
والاصح عندي قول ابي بكر لان الجماع لم يوجد صورة ولا معنى لعدم الايلاج والانزال بالمس لا انما نكره احتياطا • وقول
صاحب الهداية في التجنيس انه وجد الجماع معنى فيه نظر • قال في النوازل سيل ابو بكر يعني الاسكاف عن رجل اتى بهيمة في شهر رمضان
فامنى قال لا قضا عليه وهو بمنزلة الخصص الخضخضة • قال الفقيه ابو الليث هذا القول منه دله في قياس قول اصحابنا يجب القضاء
ولا يجب الكفارة وفي قول اهل المدينة يجب القضا والكفارة قوله ولو ادهن لم يفطر لعدم المنافي يعني ان دهن الشعر او الشارب
ليس بمنافي للصوم فلا يحصل به الافطار وهذا لان المنافي للصوم هو الاكل والشرب او الجماع فلم يوجد واحد منهما لا صورة ولا معنى
قوله وكذا اذا احتجم لهذا ولما روينا اي وكذا اذا احتجم لا يفطر الحجم لعدم المنافي للصوم ولقوله عليه الصلاة والسلام ثلث د
لا يفطرن الصايم الحجامة والقي والاحتلام رواه الترمذي مسندا الى ابي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
وهو مذهبنا • وقال الاوزاعي ومن تابعه بانه يفسد صومه لما روى صاحب السنن مسندا الى ثوبان رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه
قال افطر الحاجم والمحجوم ورواه ابو الاشعث الصنعاني عن شداد بن اوس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم • ولنا ما روى صاحب
السنن مسندا الى النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يفطر من قا ولا من احتلم ولا من احتجم • وروى البخاري في الصحيح مسندا الى ابن عباس ان
... عن ابي ... رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وهو محرم واحتجم وهو صايم • وروي ايضا ابن عباس ان ...
ابي ارقم وام سلمة احتجموا صياما • وقال الشيخ ابو جعفر الطحاوي وقد روي عن الاشعث الصنعاني وهو احد من روى ذلك
الحديث يعني حديث الاوزاعي انه قال انما قال النبي صلى الله عليه وسلم افطر الحاجم والمحجوم لانهما كانا يغتابان يعني انه اجر عما حبط
بالغيبة فصارا كالمفطرين من حيث حرمان الثواب • وروى الطحاوي ايضا في شرح الاثار باسناده الى ابي سعيد الخدري انه
قال انما كرهنا الحجامة للصايم من اجل الضعف • وروى ايضا فيه باسناده الى شعبة عن حميد قال سال ثابت البناني انس بن مالك
رضي الله عنه هل كنتم تكرهون الحجامة للصايم قال لا الا من اجل الضعف فدلنا الاخبار والاثار وباسناده ايضا الى مجاهد عن ابن عباس
انما كرهت الحجامة للصايم مخافة الضعف فدلت الاخبار والاثار ان الحجم لا يفطر وانما المكروه الضعف الذي يلحق الصايم فيفطر بسبب
بالاكل والشرب والفقه في المسلة ان هذا خارج لا يتعلق بخروجه الطهارة الكبرى فلا يتعلق به فساد الصوم قياسا على الرعاف د
والافتصاد والغايط والبول ولا يلزم الاستقاء لورود ... بخلاف القياس ولا يلزم الحيض ايضا لتعلق الطهارة الكبرى بخروجه
يؤيده ان الحاجم لا يفطر بالاجماع فكذا المحجوم لهما على نسق واحد فعلم بهذا ان المراد ذهاب الثواب بالغيبة لا الافطار الحقيقي
الذي يجب به القضا • وقال الشيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه • روى ابن ... ان النبي صلى الله عليه وسلم

قال افطر الحاجم والمحجوم ثم نسخ فعند ... ثم يتشكى اليه الناس من الحجامة ثم رخص للصايم ان يحتجم فهذا كان ثم نسخ ثم عند ما نكره الحجامة
اذا كان يخاف الضعف لانه تعريض الصوم على الفساد اما اذا كان لا يخاف فلا باس بها عاما روينا قوله ولو اكتحل لم يفطر وهذا
مذهبنا • وقال مالك انه وجد طعم الكحل في حلقه يفسد صومه • وقال ابن ابي ليلى يفسد صومه في الحالين وهو احدى الروايتين عن
مالك رحمه كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه • وقال الحاكم الشهيد ذكر في اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى
قال ابو حنيفة لا باس ان يكتحل الصايم وكرهه ابن ابي ليلى • قال ابو عيسى الترمذي كرهه سفين وابن المبارك واحمد واسحق • ووجه قول
من قال بالفساد في الحالين ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا نام احدكم فليكتحل بالاثمد وليتقه الصايم • بيانه انه عليه
الصلاة والسلام امر الصايم بالاتقا عن الاكتحال فلو لم يكن الاكتحال مفسدا للصوم لم يكن للامر معنى ولان المنفذ للبدن قد وصل
الى الجوف فيفسد صومه كما في الاسقاط • ولنا ما روى ابو بكر الجصاص الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي عن عبد الباقي ابن نافع
عن عبد الله ابن احمد عن محمد ابن سليمان عن حبان ابن علي عن محمد ابن عبد الله بن ابي رافع عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم كان
يكتحل بالاثمد وهو صايم • وقال الشيخ ابو الحسين القدوري في شرح مختصر الكرخي • قال ابن مسعود خرج رسول الله صلى الله عليه د
وسلم في رمضان وعيناه مملوة بالكحل كحلته ام سلمة ولان فساد الصوم انما يكون بالوصول الى الجوف وليس بين العين والجوف منفذ فلا
يصل عين الكحل من العين الى الجوف وانما وصل اليه اثر الكحل وهو الطعم وقد وصل من المسام فلا يعتد به كما لو اغتسل بالماء البارد فوجد برودته
في الباطن • والجواب عن حديث الخصم قيل انه ذلك للشفقة على الامة وهذا لان الصوم موجب للاثمد ... فاذا
اجتمعا اضطر الصايم والدليل عليه ان الامة اجمعت على الاكتحال يوم عاشورا مع ان صومه مندوب فعلم بذلك ان الاكتحال
لا باس به ومسئلة الكحل من خواص الجامع الصغير • قال فخر الاسلام اطلق الكحل في الكتاب اي في الجامع الصغير دليل على انه لا باس
للرجال بالكحل الاسود اذا كان غرضه التداوي فاما للزينة فلا قوله والدمع يترشح جواب سوال بان يقال لا نسلم انه ليس د
بين العين والدماغ منفذ وخروج الدمع دليل على ان بينهما منفذا فاجاب فقال خروجه من المسام بالترشح كالعرق فلا يعتد به د
قوله والداخل من المسام • قال المطرزي المسام المنافذ من عبارات الاطبا وقد ذكرها الازهري في قوله يريد بالمنافذ
العروق لا المنافذ التي هي الخارق المعتاد قوله ولو قبل لا يفسد صومه يريد اذا لم ينزل لعدم المنافي صورة ومعنى وهذا
لان المنافي للصوم في باب الجماع هو ايلاج الفرج في الفرج وهو المراد بالصورة او الانزال بالمس عن شهوة وهو المراد بالمعنى فلم يوجد
واحد منهما فلا يفسد الصوم وقد صح في الصحيح البخاري والسنن مسندا الى عايشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل وهو صايم
ويباشر وهو صايم ولكنه كان املك لاربه • وروى صاحب السنن باسناده والي جابر ابن عبد الله باسناده الى جابر ابن عبد الله د
قال قال عمر ابن الخطاب هششت فقبلت وانا صايم فقلت يا رسول الله صنعت اليوم امرا عظيما قبلت وانا صايم قال ارايت لو تمضمضت
بالماء وانا صايم قلت لا باس به قال فقيم فان قلت روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي مسندا الى ميمونة بنت سعد قالت سيل النبي صلى الله
عليه وسلم عن القبلة للصايم قال افطرا جميعا فينبغي ان لا يجوز القبلة للصايم قلت المراد الذي انزل بالقبلة توفيقا بين الحديثين فان
قلت روى ابو جعفر الطحاوي باسناده الى ابن عمر قال قال عمر رضي الله عنه رايت النبي صلى الله عليه وسلم في المنام فرايته لا ينظر
الي فقلت يا رسول الله ما شاني قال الست الذي تقبل وانت صايم فقلت والذي بعثك بالحق لا اقبل بعدها وانا صايم فهذا ايضا
يدل على عدم جواز القبلة للصايم • قلت الاحكام الثابتة حال حياة الرسول صلى الله عليه وسلم لا تبطل النسخ ورواية عمر في اليقظة حال
حياة الرسول عليه الصلاة والسلام اولى من روايته في المنام بعد موته عليه الصلاة والسلام • فان قلت الصايم ممنوع عن الجماع د
فينبغي ان يمنع عن القبلة ايضا لانها من دواعيه كالمحرم • قلت هذا السوال ساقط لان المحرم ممنوع عن الطيب والصايم ليس قلت
هذا السوال ساقط لان المحرم ممنوع عن الطيب والصايم ليس بممنوع عنه والطيب من دواعي الجماع فعلم ان الصايم ليس بممنوع
عن دواعي الجماع قوله بخلاف الرجعة والمصاهرة لان الحكم هنالك ادير على السبب يعني ان الصوم لا يفسد بالقبلة د
والمس عن شهوة اذا لم ينزل بخلاف الرجعة والمصاهرة يثبتان بالقبلة والمس عن شهوة وان لم ينزل لان حكم الرجعة والمصاهرة
كما يثبت بالجماع يثبت بسبب الجماع ولهذا يتعلق بعقد النكاح لان مبناهما على الاحتياط اما فساد الصوم فانه يتعلق بالجماع اما د
صورة او معنى ولا يتعلق بسبب الجماع ولهذا لا يفسد الصوم بعقد النكاح وفيما نحن فيه لم يوجد الجماع لا صورة ولا معنى
فلم يفسد الصوم بخلاف المس والنظر عن شهوة حيث لا يثبت الرجعة والمصاهرة بهما لانه نزل بدون النكاح كما في المسالة د
والطيب والتاميني والشهود قوله في موضعه اي في باب الرجعة قوله وان انزل بقبلة او لمس فعليه
القضا دون الكفارة وانما وجب القضا ولم يجب الكفارة لان القضا يجب بمجرد الافساد وذلك كما يحصل بالمنافي صورة د
يحصل بالمنافي معنى اما الكفارة فلا يجب الا بكمال الجناية لانها تسقط بالشبهات لكونها دايرة بين العبادة والعقوبة وعدم صورة
الجماع هنا شبهة فلم يجب الكفارة فان قلت لا نسلم ان كمال الجناية شرط لوجوب الكفارة الا ترى انها تجب بنفس الايلاج ولهذا
يجب الغسل انزل او لم ينزل اما الانزال فامر زايد على الجماع ولهذا لا يشترط الانزال في تحليل الثاني عدد وان لم يحصل الانزال والاثار
الا انه قلنا لكمال يحصل بنفس الايلاج الثاني لا يوشح وبنا المنه دفعه قوله ولا باس بالقبلة اذا امن على نفسه اي الجماع
او الانزال ويكره اذا لم يامن صحت الرواية عن مشايخنا ما وراء النهر بكلمة او والوجه عندي ان يذكر الواو لان الامان عن احدهما
لئن كان لعدم الكراهة بل الامان عنهما جميعا شرط لعدم الكراهة حتى اذا امن الجماع ولم يترك الى حصل الانزال يكره له القبلة
لتعريض الصوم عن الفساد وينبغي ان يقال بكلمة او ... قوله ويكره اذا لم يامن من قوله اي الجماع او الانزال لان احدهما كاف للكراهة

ثم الفرق بين ما إذا أنشر على نفسه وبينما إذا لم ير أمر حصل بما روى صاحب السنن بإسناده إلى أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلا
سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن المباشرة للصائم فرخص له وأتاه آخر فسأله فنهاه فإذا الذي رخص له شيخ وإذا الذي نهاه
شاب • وقد روى الشيخ أبو جعفر الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى عائشة رضي الله عنها قالت قبلني رسول الله صلى الله عليه وسلم
وأنا صائم وأنا أتم فلا يأمن به للشيخ الكبير الضعيف • وقد روينا أيضا بسند لهما في الصحيح والسنن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان
يقبل ويباشر وهو صائم وكان أملككم لإربه فعلم أن القبلة والمباشرة لا بأس بهما إذا أمن على نفسه مما يؤدي ذلك ولأن القبلة
ليست بمفطرة بنفسها وإنما تصير مفطرة باعتبار المآل بوجود الجماع أو الإنزال فإذا أمن على نفسه يعتبر نفس القبلة فلا يكره وإذا لم
يأمن يعتبر جهة المآل فتكره • قال في الإيضاح روى الحسن عن أبي حنيفة أنه كره المعانقة والمباشرة والمصافحة لأنه لا يأمن الفطر
قال والشافعي أطلق فيه في الحالين أي جوز القبلة فيما إذا أمن على نفسه أو لم يأمن وفيه نظر لأنه قال في وجيزه ويكره القبلة
للشاب الذي لا يملك إربه قال والحجة عليه ما ذكرناه أراد به قوله لأن عينه ليس بمفطر إلى آخره قال وعن محمد أنه كره المباشرة
الفاحشة والمرأة ونحوها متعانقين وهما متجردان وهي ظاهر مذهب إلا الجماع لأنه حرام في جميع الروايات للصائم قال ولو دخل
حلقه ذباب وهو ذاكر الصوم لم يفطره وفي القياس يفسد صومه • قال في الأجناس قال محمد في نوادر ابن سماعة في القياس يفطره
وفي الاستحسان لا يفطره وبه أخذ • وقال في مبسوط خواهر زاده هذا مذهب علمائنا الثلاثة • وقال زفر يفسد صومه • وجه
القياس أن الفطر لا يختلف بالمأكول وغير المأكول كما لو أكل حصاة أو نواة ولأنه يمكن التحرز عنه بطرده بالمروحة وغيرها
وقت الكلام • وجه الاستحسان أنه لم يوجد صورة الفطر لعدم الابتلاع لأن كلامنا فيما إذا دخل الذباب بنفسه وكذا لم يوجد
معناه لعدم وصول المغذي والمروي بخلاف المطر إذا وقع في الحلق حيث يفسد الصوم لوجود المروي ولأنه مغلوب في دخول
الذباب إلى جوفه فلا يفسد صومه كما في الغبار والدخان وإنما قلنا إنه مغلوب لأنه لا بد له من الكلام وذلك لا يحصل إلا
بأن يفتح فاه وإذا فتح فاه للكلام يدخل الذباب حلقه من حيث لا يعلم ولا يقدر على التحرز وهو لا يجد موضعا لا يكون فيه ذباب
بخلاف المطر والثلج فإنه يمكن التحرز عنه بأن يدخل خيمة أو بيتا فلا يقع في حلقه المطر والثلج وقياسه على الحصاة والنواة
ضعيف لأن في المقيس لم توجد صورة الفطر وقد وجدت في المقيس عليه لوجود الابتلاع • أما قوله يمكن التحرز عنه بطرده بشدة
وقت الكلام فضعيف أيضا للزوم الحرج بطرده في كل ساعة والحرج مدفوع شرعا قال فأشبه الغبار والدخان
وطعم الأدوية إذا وجده في حلقه فإنه لا يفطره لأن هذا لا يخلو الصائم عنه ولا يمكنه الاحتراز قال واختلفوا في المطر
والثلج أي اختلف المشايخ قال بعضهم المطر يفسد والثلج لا يفسد وقال بعضهم على العكس وقال عامتهم بإفساد بهما وهو الصحيح لحصول
الفطر معنى ولإمكان الاحتراز كما بينا وقد ذكرنا اختلافهم في نصاب الفتاوى قال أراد خيمة أي ضمه خيمة قال ولو أكل لحما
بين أسنانه لم يفطره وإن كان كثيرا يفطره • وقال زفر يفطره في الوجهين أي في القليل والكثير • قال فخر الإسلام وأما معناه أي معنى ما قاله
محمد في الجامع الصغير أنه ابتلعه فأما إذا استخرجه فأخذ بيده ثم ابتلعه يجب أن يفسد صومه • وقال في المبسوط والكافي للحاكم الشهيد
وإن كان بين أسنانه شيء فدخل جوفه وهو ذاكر لم يفطره في ظاهر الرواية إذا قصد إدخاله في الجوف يفسد صومه وإنما لا يفسد إذا
دخل جوفه مع الريق من غير قصد كذا ذكر خواهر زاده ومنهم من قال لا يفسد صومه سواء قصد ابتلاعه أو لم يقصد • إلا ترى إلى
ما قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الصائم يكون بين أسنانه اللحم فيأكل منه عمدا قال ليس عليه قضاء ولا كفارة ووجه
الفرق بين الحالين أن الباقي بين الأسنان شيء متغير ليس بغذاء ولهذا إذا اختلط بريقه فصار كالذباب حيث لا يفسد الصوم إذا دخل من
غير قصد وإذا ابتلعه يفسد • ووجه قول زفر أن المغذي وصل إلى الجوف لأنه طعام متغير فيفسد صومه كما في الكثير • ووجه قول علمائنا
الثلاثة ما قال محمد في المبسوط بقوله لأنه ليس بطعام ولأنه مغلوب فيه ويعني قوله ليس بطعام أي ليس بطعام يقصد به الأكل عادة
فصار بمنزلة ما لا يتغذى فإذا دخل الجوف من غير قصد لا يفسد الصوم لأنه لم يوجد الأكل لا صورة ولا معنى كما في الذباب والغبار
لكن هذا التعليل إنما يصح فيما إذا لم يقصد الابتلاع فالمعول عليه التعليل الآخر • بيانه أن الباقي بين الأسنان إذا كان قليلا لا يمكن التحرز
عنه إلا بحرج وذلك مدفوع شرعا فيعتبر تبعا للريق فإذا دخل الريق الجوف بغير قصد أو بغير قصد لا يفسد الصوم فكذا هذا بخلاف
الكثير لأن التحرز عنه يمكن بلا حرج لأن الكثير لا يبقى غالبا فيما بين الأسنان فيفسد الصوم به • ثم اعلم أن محمدا لم يذكر في المبسوط
والجامع الصغير حدا للقليل والكثير • وقد ذكر في شرح اختلاف زفر ويعقوب لابن شجاع وهو الشيخ أبو عبد الله الثلجي قال أخبرني ابن أبي
مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ما كان بين أسنانه دون قدر حمصة فلو جعل الحمصة كبيرا لأنه لا يبقى بين الأسنان غالبا وما دونه يبقى
وقال الصدر الشهيد الحمصة فصاعدا كثير وما دون ذلك قليل • وقال أبو نصر الدبوسي إنما أراد أن جعله مما يمكن أن يبتلعه بغير ريق فهو كبير
وإن لم يمكنه ذلك بغير استعانة بالريق فهو قليل وهذا لأنه إذا أمكنه ابتلاعه بغير استعانة بالريق فذاك علامة كثرته وإن لم يمكنه
بغير استعانة فذاك علامة قلته واستحسنه في تتمة الفتاوى والفتاوى الصغرى قال والفاصل مقدار الحمصة وما دونها
قليل أي الأمر المميز بين القليل والكثير هذا الذي أوله وهو مقدار الحمصة يعني أن مقدار الحمصة كثير وما دونها قليل وليس معناه أن
قدر الحمصة وقع فاصلا بينهما لا قليل ولا كثير لأنه قد اعتبر كثيرا على ما روى البلخي قال ولو أكله ابتداء أي لو تناول
سمسمة من الخارج يفسد صومه وهذا إذا لم يمضغه وفي وجوب الكفارة اختلاف المشايخ قيل لا يجب لأنه نص عليه فخر الإسلام
البزدوي • وقال الصدر الشهيد المختار أنه يجب الكفارة لأنه من جنس ما يتغذى بها أما إذا مضغه فلا يفسد صومه لأنها تلاشت بالمضغ
قال وفي مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند أبي يوسف وعند زفر عليه الكفارة أيضا • وجه قول زفر أن الفطر حصل
بسبب الكمال لأنه أكل طعاما فيجب عليه الكفارة لكمال الجناية غاية ما في الباب أنه طعام متغير فلا يمنع ذلك وجوب الكفارة كما إذا
أكل اللحم المنتن • ووجه قول أبي يوسف أنه لما بقي بين الأسنان دخل في معنى العدم استحسانا ولهذا إذا تخلل بريقه وربما يكون لدى كلية لرفعه
يكره الطبع فلما دخل في معنى العدم انتقصت صورة الجناية ومع قصور الجناية لا يجب الكفارة كما لو ذرعه القيء وكان ملء الفم ثم أعاد
تفسد الصوم ولا يجب الكفارة قال يعافه الطبع أي يكرهه قال ذرعه القيء سبقه إلى فيه وغلبه في الخروج • ذكره
صاحب المغرب وإنما لا يفسد لقيء الصوم لما روى صاحب السنن بإسناده إلى أبي هريرة • قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم من ذرعه القيء وهو صائم فليس عليه قضاء وإن استقاء فليقض ولأن سائر ما يخرج من البدن لا يفسد الصوم كالبول والغائط
وغيرهما فكذا القيء وكان هذا أمر القياس في الاستقاء إلا أنا تركنا القياس بالحديث • فإن قلت قد أورد صاحب السنن والشيخ أبو جعفر
الطحاوي في شرح الآثار مسندا إلى أبي الدرداء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فأفطر فينبغي أن يكون القيء مفطرا كما ذكر في شرح
الآثار وعن مذهب البعض قلت معناه قاء فضعف فأفطر توفيقا بين الحديثين لأن الأصل في التعارض الجمع قال ويستوي فيه
ملء الفم فما دونه أي قليله تمام الحديث الذي رواه قال ويستوي ملء الفم وما دونه يعني إذا ذرعه القيء لا يفطره سواء كان ملء
الفم أو أقل منه لأن الحديث لم يفصل بين القليل والكثير • قوله فلو عاد وكان ملء الفم فسد عند أبي يوسف أي لو عاد القيء ملء الفم
بنفسه فيما إذا ذرعه القيء ملء الفم فسد الصوم عند أبي يوسف لتحقق الخروج بدليل أنه ينتقض به الطهارة وقد دخل الخارج فيفسد الصوم
فإن قلت سلمنا أنه ينتقض الطهارة إذا قاء مرة أو طعاما أو ماء إذا قاء بلغما ملء الفم فليس بناقض عندهما خلافا لأبي يوسف فكيف
يحتج أبو يوسف على محمد في تحقق الخروج بانتقاض الطهارة • قلت قال صاحب المختلف قبل جوابه في المرتقي من الجوف وما إذا نزل من
الرأس فجوابهما في المنحدر من الرأس وهو لا يخالفهما فيه فعلى ظاهر الرواية يكون في البلغم ناقضا للوضوء بالاتفاق قال وعند محمد لا يفسد
فإنما يفسد الصوم عند محمد إذا عاد إلى الجوف فيما إذا ذرعه ملء الفم لعدم الفطر صورة أو معنى أما الأول فلعدم الابتلاع • وأما الثاني
فلعدم وصول المغذي أو المروي إلى الجوف • وقول محمد هو الصحيح كذا قال فخر الإسلام • فإن قلت لا نسلم أنه لم يحصل الفطر معنى • ألا يرى
أن بالقيء يندفع الصفراء والبلغم وفيه صلاح البدن قلت صلاح البدن إذا كان بالخارج لا يؤثر في بقاء الصوم ولهذا لا يفسد الصوم
بالفصد وفيه صلاح البدن أيضا ولهذا التمسه الأطباء الاستفراغ الكلي لنقصان في من كل خلط بشيئه إلا أنه ترك القياس في الاستقاء
بالحديث قال وإن أعاده فسد بالإجماع أي إن أعاد القيء فيما إذا ذرعه ملء الفم فسد صومه بلا خلاف من أصحابنا لتحقق صورة الفطر
بدخول الخارج في الجوف بصنعه قال وإن كان أقل من ملء الفم فعاد بنفسه إلى الجوف لم يفسد صومه بالإجماع لأن الدخول
مترتب على الخروج ولم يوجد الخروج فلا يوجد الدخول أما إذا أعاده فلا يفسد أيضا عند أبي يوسف لهذا المعنى وعند محمد يفسد لوجود
الفعل وهو الإدخال والنص اعتبر الفعل • قال فخر الإسلام والصحيح قول أبي يوسف لأن محمدا غير الفعل الذي اعتبره النص قال
فإن استقاء عمدا ملء فيه فعليه القضاء وذكر العمد تأكيدا لأن الاستقاء استفعال من القيء وهو التكلف فيه ولا يكون التكلف إلا بالعمد
في وجوب القضاء إذا استقاء ملء الفم بالاتفاق والقياس على سائر ما يخرج من البدن أن لا يفسد الصوم إلا أن القياس ترك بالحديث
أما إذا استقاء أقل من ملء الفم فعليه القضاء أيضا عند محمد لأن الحديث لم يفصل بين القليل والكثير وعند أبي يوسف لا يفسد صومه
لعدم الخروج حكما حيث لا ينتقض الطهارة وقول أبي يوسف ضعيف عندي لأنه تعليل في معارضة النص ثم إذا عاد إلى الجوف بنفسه
فيما إذا استقاء أقل من ملء الفم لا يفسد صومه أيضا عند أبي يوسف لأن الخروج لم يوجد حكما والدخول مترتب عليه فلا يوجد أيضا أما إذا
أعاده فعن أبي يوسف روايتان في رواية لا يفسد لعدم سبق الخروج وفي رواية يفسد لكثرة الصنع وهو الاستقاءة والإعادة قال مثل ملء الفم
قال ومن ابتلع الحصاة أو الحديد أفطر لوجود صورة الفطر أراد بصورة الفطر الابتلاع وهذا لأن الصوم عبارة عن الإمساك
وابتلاع الحصاة ونحوها ينافي الإمساك فيفطر صورة لكن لا كفارة عليه لعدم معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن لأن الكفارة عليه لعدم المغذي
أو المروي إلى البدن وإنما لم يقل أكل الحصاة لأن الأكل عبارة عن المضغ والابتلاع جميعا والمضغ لا يحصل في الحصاة ونحوها بخلاف الابتلاع
فإنه يحصل لأنه عبارة عن إدخال الشيء في الحلق قال ومن جامع عامدا في أحد السبيلين فعليه القضاء استدراكا للمصلحة الفائتة
إنما قيد بالعمد لأن في النسيان لا يجب القضاء أيضا وإنما وجب القضاء في العمد لأن الحكيم إذا أمر بشيء أمر بحكمة ومصلحة اقتضته
وتلك المصلحة هي قهر النفس الأمارة بالسوء فبالجماع يفوت قهر النفس المنافي بينهما فيجب القضاء استدراكا لتلك المصلحة الفائتة ولأن
القضاء لما وجب على المعذور وهو المريض والمسافر • قال تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر فعلى غير المعذور
أولى وكذا يجب الكفارة لكمال الجناية بإيلاج الفرج في الفرج ولهذا يجب الغسل بمجرد الإيلاج وإن لم ينزل ويجب الحد أيضا بدون
الإنزال فلو كانت الجناية قاصرة لما وجب الحد لأنه يندرئ بالشبهات • وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجب الكفارة بالجماع
في الموضع المكروه أعني في الدبر لأن المحل قاصر في معنى اقتضاء الشهوة فصار كالميتة ولهذا لا يجب الحد عنده وفي رواية أبي
يوسف عن أبي حنيفة وهو قولهما يجب الكفارة وهو الأصح لأن الكفارة يجب بفوت القهر وقد وجدها هنا على سبيل الكمال
قال أبو بكر الرازي ومن الناس من لا يرى إيجاب الكفارة في شهر رمضان وإنما هم ابن علية وغيره • وقال في الصحيح البخاري قال سعيد
ابن المسيب والشعبي وابن جبير وإبراهيم وقتادة وحماد يقضي يوما مكانه • قال أبو بكر الرازي إنما يرى هؤلاء ورود هما من جهة أخبار
الآحاد وليس من حكم تقرها وقد بعون ردوها أيضا من جهة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمفطر أطعمه طعام الكفارة فشكى
الحاجة فقال كله أنت وعيالك فلو كانت الكفارة واجبة ما جاز أن يأكلها • قال في السنن قال الزهري إنما كان هذا رخصة له خاصة
فلو أن رجلا فعل ذلك اليوم لم يكن له بد من التكفير وفخر الإسلام ادعى الإجماع في وجوب الكفارة في شرح الجامع الصغير لأنه قد

نظر لان الاجماع كيف يثبت مع وجود الخلاف من كبار التابعين كسعيد ابن المسيب وغيره لانهم لم يثبتوا الكفارة في الجماع ق ل
ولا يشترط الانزال في المحلين يعني يجب الكفارة على الرجل بدون شرط الانزال سوى في قبل المراة او في دبرها دونه اي دون الانزال
ذلك تشبع اي الانزال تشبع ومبالغة ولهذا يجب الغسل ويحصل تحليل الزوج الثاني بمجرد الايلاج ق ل ومن جامع ميتة او
بهيمة فلا كفارة عليه انزل او لم ينزل يعني امراة ميتة انما نفى الكفارة احترازا عن القضاء حيث يجب اذا انزل كذا في الايضاح وهذا لان الصوم
الكف قد فات فصار كالجماع فيما دون الفرج وانما لم يجب الكفارة لانها تستدعي كمال الجناية وقد عدم لكون المحل غير مشتهى الا يرى
ان الطباع السليمة تنفر عن ذلك ق ل ثم عندنا كما يجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المراة هذا اذا كانت مطاوعة اما اذا
غلبها على نفسها فعليها القضاء دون الكفارة كذا قاله الحاكم الجليل الشهيد في كتابه الموسوم بالكافي • وقال الشافعي لا كفارة عليها وهو
قول زفر وفي قول يلزمها ويتحملها الزوج • قال في قول اخر مثل مذهبنا وجه الاول ان الكفارة تجب بسبب فعل الجماع وفعل وجد من
الرجل دون المراة وانما هي محل الفعل فلا يجب الكفارة عليها • ووجه الثاني ان الكفارة مؤنة الوطي فيتحملها الزوج لانه اوقعها في هذه
المؤنة فكانت كثمن ماء الاغتسال • ولنا ما روى اصحابنا رضي الله عنهم في كتبهم عن النبي عليه الصلاة والسلام من افطر في رمضان
متعمدا فعليه ما على المظاهر وكلمة من بعمومها تتناول الاناث ايضا ولان الكفارة انما وجبت على الرجل بسبب افساد الصوم لا بسبب
نفس الوقاع ولهذا اذا حصل الوقاع ولم يوجد الافساد لا يجب الكفارة كما في الوقاع في ليالي رمضان فلما كان كذلك قلنا ان المراة
شاركت الرجل في افساد الصوم الذي هو سبب الكفارة فتشاركه في وجوب الكفارة وثمن ماء الاغتسال عن مشايخنا انه لا يجب على الزوج
اذا كانت المراة غنية واذا كانت فقيرة فيقال للزوج اما ان تدعها الى ان تنتقل الى الماء او تنقل الماء اليها • وقال ابو الليث يجب ذلك على
الزوج كالشرب لانه مما لا بد منه كذا في اوائل شرح الطحاوي ق ل ولا تتحمل لانها عبادة او عقوبة هذا جواب عن قول الشافعي
بيانه ان الكفارة لا تخلو اما ان تكون عبادة او عقوبة فلا يجوز التحمل فيهما جميعا لان العبادة فعل اختياري فلو جاز التحمل لحصل الجزء اللازم
منتف فينتفي الملزوم وهذا لان الكفارة اذا وجبت عليها ثم تحمل عنها الزوج واداها بدون ان يوجد منها فعل اختياري يحصل الجزء
لا محالة ولا يجوز التحمل في العقوبة ايضا لان العقوبة جزاء على الجاني لا على غيره ق ل ولو اكل او شرب ما يتغذى به او ما يتداوى
فعليه القضاء والكفارة اما القضاء فللجبر واما الكفارة فللزجر • وقال الشافعي لا كفارة عليه لان الكفارة شرعت في الوقاع بخلاف
القياس وما ثبت بخلاف القياس فغيره عليه لا يقاس فلا يجوز اثبات الكفارة في الاكل والشرب بالقياس • بيانه ان الاعرابي جاء الى
النبي صلى الله عليه وسلم تائبا نادما والتوبة رافعة للذنب بالنص ومع هذا اوجب النبي صلى الله عليه وسلم الكفارة فعلم انها ثبتت
غير معقول المعنى • لنا ان وجوب الكفارة في الوقاع تعلق بجنايته افساد الصوم على وجه الكمال لا بنفس الوقاع وقد حصل هذا المعنى
في الاكل والشرب فوجب القول بوجوب الكفارة بالطريق الاولى لان الكفارة وردت بالنظر توجيه الزجر والزجر انما يحتاج اليه
في اتيان حرام تدعو اليه النفس ولهذا لم يرد الزاجر في شرب البول وان كان حراما لعدم داعية النفس لان النفس تمتنع عنه بلا
زاجر بخلاف شرب الخمر • فلما ثبت هذا قلنا ان داعية النفس الصوم الى الاكل والشرب اكثر منها الى الجماع وهذا ظاهر فلما وجب
الكفارة في الجماع للزجر فلان تجب في الاكل والشرب اولى واحرى • فان قلت لا نسلم ان الكفارة ما تعلقت بنفس الوقاع وهذا لان
نفس الوقاع حرام في الصوم قلت وقاع الحليلة من حيث هو ليس بحرام • لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم فعلم ان
الكفارة تعلقت بافساد الصوم فان قلت لا نسلم انها متعلقة بافساد الصوم والافساد حاصل في الافطار بالحصاة والنواة لكن لا
لا على وجه الكمال لانه لا يفوت به معنى الصوم وهو قهر النفس بالتجويع وافطار المريض والمسافر ليس بجناية اصلا لثبوته رخصة فلا
علينا الجواب من قوله لا يجوز اثبات الكفارة في الاكل والشرب القياس قلنا نحن لا نثبتها بالقياس بل بالدلالة وفيه فرق عرف
في اصول الفقه • والجواب عن قوله ان الكفارة ثبتت غير معقول المعنى قلنا لا نسلم وهذا لان التوبة كما تصلح رافعة للذنب كذلك
الاعتاق يصلح ان يكون رافعا للذنب بالشرع فتعين الاعتاق في هذه الجناية علم انه هو المتعين في رفع هذه الجناية لا التوبة
وحدها • فان قلت الاكل والشرب افساد للصوم واحد والوقاع افساد لصومين صوم الرجل وصوم المراة فكيف يثبت الاكل والشرب
بطريق الدلالة قلت هذا ابطل بوطي الصبية والمجنونة والمسافرة والحائض والناسية على انا نقول الكفارة تجب على الرجل بافساد صومه
لا بافساد صومها لان افساد صومها بانقضاء الشهوة وذلك حاصل بفعلها وفعل الرجل شرط والحكم لا يضاف الى صاحب الشرط وجود
صاحب العلة ق ل وقد تحققت اي تحققت جناية الافطار في الاكل والشرب وقوله وبما يقابل الاعتاق تكفير اعرف
ان التوبة غير مكفرة لهذه الجناية هذا جواب عن قول الشافعي ان الكفارة شرعت في الوقاع خلاف القياس لانه رافع الذنب د
بالتوبة • بيانه ان الشرع لما اوجب الاعتاق علم ان الاعتاق كان جناية افساد الصوم علم ان التوبة وحدها ليست برافعة لهذه الجناية
كجناية السرقة والزنا [illegible] الحد ق ل الكفارة مثل كفارة الظهار [illegible] لما روينا [illegible]
عليه الصلاة والسلام من افطر في رمضان فعليه ما على المظاهر • بيانه انه يعتق رقبة يجزي فيها المؤمنة وغير المؤمنة فان لم يجد
فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير والاصل في هذا الباب
ما روي في الصحيح البخاري [illegible] باسناده الى ابي هريرة قال بينما نحن جلوس عند النبي صلى الله عليه وسلم اذ جاءه رجل فقال يا رسول الله
هلكت قال ما لك قال وقعت على امراتي وانا صائم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل تجد رقبة تعتقها قال لا قال فهل تستطيع ان
تصوم شهرين متتابعين قال لا قال فهل تجد اطعام ستين مسكينا قال لا فمكث النبي صلى الله عليه وسلم فبينا نحن على ذلك اتي النبي صلى
الله عليه وسلم بعرق فيه تمر والعرق المكتل قال اين السائل فقال انا قال خذ هذا فتصدق به فقال الرجل اعلى افقر مني يا رسول الله فوالله

ما بين لابتيها يريد الحرتين افقر من اهل بيتي فضحك النبي صلى الله عليه وسلم حتى بدت انيابه ثم قال اطعمه اهلك • قال في السنن قال الزهري
انما كان هذا رخصة له خاصة فلو ان رجلا فعل ذلك اليوم لم يكن له بد من التكفير وفي السنن ايضا باسناده الى ابي هريرة قال
جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم افطر في رمضان بهذا الحديث قال فاتي بعرق فيه تمر قدر خمسة عشر صاعا وقال فيه كله انت
واهل بيتك وصم يوما واستغفر الله تعالى • قال صاحب ديوان الادب العرق الزبيل وهو منسوج من نسائج الخوص وهو المذكور في
كتب الحديث • واما الفرق الذي اورده صاحب الهداية بالفاء فهو مكيال يسع ستة عشر رطلا • وقال ابو عبيد قال الاصمعي اللابة
الحرة وهي الارض التي قد البستها حجارة سود وجمعها لابات ولوب وانما وجب الاطعام بنصف صاع من بر او صاع من تمر اعتبارا
بصدقة الفطر لانها صدقة مقدرة من الطعام ولان المعتبر دفع حاجة اليوم عن كل مسكين فاعتبر بصدقة الفطر ق ل
وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله يخير • بيانه ان عند الشافعي يجب احد الاشياء من الاطعام والاعتاق والصوم مطلقا مخير
المكلف فايها ادى خرج عن العهدة وعندنا يجب على الترتيب كما ورد في الحديث فان قدر على الاعتاق اعتق والا صام فان لم يقدر اطعم
الحديث حجة ايضا على مالك لانه يجوز الصوم مطلقا متتابعا او متفرقا والحديث شرط فيه التتابع ق ل ومن جامع فيما دون
الفرج فانزل فعليه القضاء اراد به الاستعمال في فخذ المراة او في بطنها لا اللواطة لان فيها تجب الكفارة وقد مر بيانه د
وانما وجب القضاء لوجود معنى الجماع بالانزال عن المس بشهوة ولم يجب الكفارة لعدم صورة الجماع وهو ايلاج الفرج في الفرج
ق ل لان الافطار في رمضان ابلغ في الجناية وهذا لانه يلزم هتك حرمة الشهر فلا يلحق غيره اي غير صوم رمضان في
ايجاب الكفارة وهذا بخلاف الكفارة في الحج حيث يستوي فيه الفرض والنفل لان وجوبها لحرمة العبادة وفي رمضان لحرمة
الزمان لا لنفس العبادة فافترق فيه صوم رمضان وغيره ق ل ومن احتقن او استعط كلاهما بالفتح كذا الرواية او قطر
في اذنه بالضم احتقن اي وضع الحقنة في الدبر واستعط اي صب السعوط في الانف وبيان الحقنة والسعوط مشروح في كتب
الطب كل واحد منهما في باب واحد على حدته وهذا في اقطار الدهن او الدواء في الاذان لان في اقطار الماء لا يفسد الصوم اصلا كما
ذكره عقيب هذا • قال في الاجناس الحقنة توجب الفطر ولا يقع به الرضاع ونقله عن نوادر هشام وفرق بينهما في شرح الجامع
الصغير ان الاكل والشرب بمعنى اصلاح البدن افسد الصوم والدواء مثله في اصلاح البدن والحقنة مثل الدواء فاما حرمة الرضاع فانما
تثبت باللبن الذي يثبت به النماء يعني اللحم والنشوز والتغذية • الا ترى انه في حال الكبر لا يوجب والحقنة مفارقة للشرب في
هذا المعنى وان كان اللبن معنيا بحل حقنة ثم وجوب القضاء في هذه الصورة لوصول ما فيه صلاح البدن الى جوف الراس او الى البطن
وهو المولد معنى الفطر لكن لم تجب الكفارة لعدم صورة الفطر وهو الاكل والشرب من المنفذ المعهود وهو الفم ق ل
لانعدام المعنى والصورة واراد بالمعنى صلاح البدن وهو منتف وهو لان الماء الذي يدخل في الاذن يضر ولا ينفع واراد بالصورة
الوصول الى الجوف من المنفذ المعهود وهو الفم بخلاف ما اذا ادخله الدهن يعني يفسد صومه حينئذ لوجود صلاح البدن وقد مر د
بيانه ق ل وان داوى جائفة او امة بدواء يصل الى الجوف او دماغه افطر عند ابي حنيفة والجائفة هي الطعنة
التي تبلغ الجوف والامة الشجة التي تبلغ ام الراس • اعلم ان الدواء اذا كان رطبا فيه اختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه واذا كان
يابسا لا يفسد صومه بالاجماع كذا في المبسوط والكافي للحاكم الشهيد وشرح الطحاوي وتحفة الفقهاء وغيرها هذا هو ظاهر
الرواية • قال شمس الائمة السرخسي فرق في ظاهر الرواية بين الرطب واليابس واكثر مشايخنا على ان العبرة للوصول حتى اذا علم ان
اليابس وصل الى جوفه فسد الصوم واذا علم ان الرطب لم يصل لا يفسد • وقال الشيخ ابو العباس الناطفي في كتاب الاجناس لا فرق بين
الرطب واليابس واكثر مشايخنا على ان العبرة للوصول حتى اذا علم ان الرطب لم يصل لا يفسد • وقال الشيخ ابو العباس الناطفي في كتاب
الاجناس لا فرق بين الرطب واليابس اذا وصل الى الجوف فطر واذا لم يصل لم يفطر ثم قال هكذا اشار محمد بن شجاع في تفسير المجرد
وما ذكره في الاصل مطلقا في الرطب انه يفطر فمبني على الغالب لانه يصل الى الجوف غالبا ثم قال نص على هذا الشرط في تفسير المجرد
وقال الرازي ابن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان كان الرطب يصل الى جوفه نظره ولم يفرق القدوري بين الرطب واليابس د
في كتاب التقريب بل حقق الخلاف فيهما جميعا بين ابي حنيفة وصاحبيه لهما ان الوصول ما تحقق لانضمام المنفذ مرة واتساعه اخرى
ولئن سلمنا ان الوصول تحقق لكنه لم يتحقق من المنفذ الاصلي والمنافي للصوم هو الواصل الى الجوف من المخارق المعتادة التي خلق
الله تعالى في البدن والجراحة ليست بمنفذ معتاد فلم يفسد به الصوم كما اذا طعن برمح ووصل الى الجوف سنانه ولهذا ان المعلم للبدن
قد وصل الى جوف الغاير في حال الذكر فيجب عليه القضاء لكن لا كفارة عليه لعدم صورة الفطر ومسئلة الطعن بالرمح ممنوعة لان د
صاحب الاجناس نقل عن محمد انه قال لو طعن انسان برمح لم لا تفطره • وقال ثم صاحب التحفة وهذه مسئلة ما اخرجه وبقي الزج في
جوفه وان جذبه مع الرمح او اخرجه مع الزج لا يفطره • وقال صاحب التحفة انما لم يفسد صومه لانه لم يستقر في
محل الطعام ولهذا قالوا لو ان من ابتلع لحما مربوطا على خيط ثم انتزعه من ساعته انه لا يفسد صومه لانه لم يستقر في محله د
حتى يعمل عمله في دفع الجوع والجواب عما قالا ان الوصول ما تحقق فنقول لا نسلم لان الوصول هو الغالب لان رطوبة الدواء
اذا اجتمعت مع رطوبة الجراحة تزداد قوة الرطوبة فتنزل الى الجوف الاسفل فيصل الى الجوف ق ل ولو اقطر في
احليله لم يفطر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يفطر وقول محمد وفي قول ابي حنيفة مضطرب الاحليل مخرج البول من الذكر
قال في الاصل والكافي للحاكم الشهيد ان صب في احليله لا يفطره في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يفطر وهذا هو
ظاهر الرواية • وحكى ابن سماعة عن محمد انه وقف فيه وذكر الطحاوي في مختصره قول محمد مع ابي يوسف وقال ابو يوسف ان د

ابو سليمان الجوزجاني في الاصل بعد ما ذكر قول محمد مع ابي حنيفة ثم ان محمدا شك في ذلك وتوقف فيه • وحكى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه قال ان صب في احليله دهنا فوصل الى المثانة فعليه القضاء فحصل عن ابي حنيفة روايتان قال في خلاصة الفتاوى قال الفقيه ابو بكر البلخي الخلاف فيما اذا وصل الى المثانة اما ما دام في قصبة الذكر فلا يفسد صومه بالاتفاق وذكر المشايخ في الافطار في قبل النساء • منهم من قال على الخلاف ومنهم من قال يفسد بلا خلاف وهو الصحيح • وجه قول ابي يوسف انه وصل المفطر الى الجوف من منفذ اصلي فيفسد الصوم ولو لم يكن المنفذ لم يخرج البول والمثانة جوف في نفسها فلا يشترط ان يصل منها الى الجوف كالدماغ • ووجه قول ابي حنيفة على ظاهر الرواية ان المثانة لا منفذ منها الى الجوف كالدماغ فلو كان المنفذ لحصل الوصول دفعة واحدة فصارت المثانة كظاهر البدن ووصول البول من المعدة الى المثانة بطريق الترشح كما ان الدمع في العين يخرج من العين بطريق الترشح ثم الاقطار في العين لا يفسد الصوم فكذا الاقطار في المثانة كظاهر البدن ووصول البول من المعدة الى المثانة بطريق الترشح وانما توقف محمد على رواية ابن سماعة لانه لا شك في ان المنفذ من المثانة الى المعدة قائما ام لا قال المثانة بينهما حائل اي بين الاحليل والجوف فاصل قال والبول يترشح منه جواب لقوله يخرج البول قال وهذا ليس من باب الفقه يعني ان معرفة المنفذ من المثانة الى الجوف هل هو حاصل ام لا يتعلق بالطب لا بالفقه ولهذا اضطرب قول محمد فيه قال ومن ذاق شيئا بفمه لم يفطر الذوق معرفة الشيء بفمه من غير ادخال عينه في حلقه وانما لا يفطر الذوق بالفم لانعدام الفطر صورة ومعنى اما الاول فلانه لم يصل الى الجوف شيء من المنفذ المعهود • والثاني فلانه لم يصل الى البدن ما يصلحه لكنه يكره لانه لا يامن ان يصل الى جوفه ولانه عرض الصوم على الفساد بسبيل التسبب وقد صحت الرواية في الصحيح البخاري عن النعمان بن بشير قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحلال بين والحرام بين وبينهما امور مشتبهة فمن ترك ما يشتبه عليه من الاثم كان لما استبان اترك والمعاصي حمى الله من يرتع حول الحمى يوشك ان يواقعه قال منه بد اي من المضغ قال لما فيها اشارة الى قوله لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ومضغ العلك لا يفطر الصائم وانما لا يفطر لعدم وصوله الى الجوف لكن يكره لعرض الصوم على الفساد ولتهمة الافطار لانه لا يومن ان يصل منه الى الجوف شيء ولا فرق في ظاهر الرواية من اصحابنا بين علك وعلك • وقال فخر الاسلام وقد قيل انما اراد به محمد اذا علك مرة فاما اذا كان لم يعلك فينبغي ان يفني لانه لا يومن ان يدخل في جوفه ماوه وان كان اسود فالواجب ان يفني وان كان محلوكا لانه قد تقطعت لا يومن ان يدخل في الجوف شيء • ثم قال فخر الاسلام وعموم هذا اي عموم ما قال في الجامع الصغير اشارة الى انه لا يكره العلك لغير الصائم ولكن يستحب للرجال تركه الا من عذر مثل ان يكون في فمه بخر قال اذا لم يكن مليئا اي اراد به اذا لم يكن مصلحا بالمضغ لانه اذا تركه الا من عذر واذا مضغ ثم يكون مصلحا لا ينفصل منه شيء قال لقيامه مقام السواك اي جعل في حق النساء العلك في حق النساء مقام السواك في حق الرجال لضعف اسنانهن قال ولا باس بالكحل ودهن الشارب الرواية بفتح الكاف والدال وهما مصدران واذا اريد الاسم يضم وهما الكحل والادهان مرت في اوائل هذا الباب مشروحة قال ولا باس بالاكتحال للرجال اذا قصد به دون الزينة يعني ان اكتحال الرجل بالكحل الاسود مباح اذا قصد به التداوي فاما الزينة فلا قال ويستحسن دهن اذا لم يكن من قصد الزينة قال فخر الاسلام اصله ان الصوم كف عن الشهوات وليس في دهن الشارب شهوة لا صورة ولا معنى فلم يكن محظورا بالصوم والطيب لا يحرم بالصوم بالاتفاق ولا عيب به التسبب بخلاف الاحرام فانه يحرم به دهن الشارب وقد دل هذا على انه يستحب دهن شعر الوجه بذلك جاءت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واخرجه عمر بن الخطاب • قال ولا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت بالقدر المسنون وهو القبضة والاصل فيه ما روى ابو داود في سننه باسناده الى مروان قال رأيت ابن عمر يقبض على لحيته فيقطع ما زاد على الكف ذكره في كتاب الصوم في باب القول عند الافطار • وذكر محمد في اخر كتاب الآثار ابو حنيفة عن الهيثم عن ابن عمر انه كان يقبض على لحيته ثم يقص ما تحت القبضة قال ولا باس بالسواك الرطب بالغداة والعشي • اعلم ان استعمال السواك للصائم رطبا كان او يابسا مبلولا بالماء او غير مبلول اول النهار او اخره يجوز • وقال الشافعي يكره اخر النهار • وقال ابو يوسف يكره اذا كان مبلولا بالماء كذا قال في التحفة والايضاح • وجه قول الشافعي ما روي في الصحيح البخاري عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم لخلوف فم الصائم اطيب عند الله من ريح المسك فيكره الاستياك اخر النهار لئلا يلزم ازالة الاثر المحمود فيكره فاشبه ازالة دم الشهادة • ولنا ما روي في السنن مسندا الى عبد الله بن عامر بن ربيعة عن ابيه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستاك وهو صائم ما لا اعد ولا احصي ورواه ايضا في الصحيح عن عامر بن ربيعة عن النبي صلى الله عليه وسلم وروي في الصحيح البخاري عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم السواك مطهرة للفم مرضاة للرب وفيه ايضا عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لولا ان اشق على امتي لامرتهم بالسواك عند كل وضوء فدل اطلاق الحديث على الاستياك مطلقا لانه لم يخص الصائم من غيره ولا الغداة من العشي عن مسروق عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من خير خصال الصائم السواك ولانه طهر فجازت كالمضمضة ولان السواك من سنن الاسلام فلا يجوز نفيه بالرأي • قال الله تعالى واذ ابتلى ابراهيم ربه بكلمات فاتمهن وهي عشر خصال • قال صاحب الكشاف خمس في الراس الفرق وقص وتقليم الاظفار ونتف الابط انما فيه ازالة الاثر المحمود فنحن لا نسلم ذلك لان الخلوف انما يكون من الجوع والاستياك يزيد في هذا المعنى وقياسه على دم الشهيد ضعيف لان ذلك اثر الظلم فلا يؤمر بازالته قال الله تعالى لا يحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم وهذا اثر العبادة فالاليق به الاخفاء قال خير خلال الصائم السواك الخلال جمع الخلة وهي الخصلة قال من غير فصل يعني ان الحديث مطلق لم يفصل فيه بين حال وحال قال وهو الخلوف اي الاثر المحمود هو الخلوف وهو بضم الخاء لا غير قال ابو سليمان الخطابي في شرح

غريب الحديث ان اصحاب الحديث يقولون بفتح الخاء وانما هو خلوف مضموم الخاء مصدر خلف فمه يخلف خلوفا اذا تغير واما الخلوف بفتح الخاء فهو الذي يعد ثم يخلف قال ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول وهو نفي لقول ابي يوسف وقد بيناه واراد بالرطب الخشب الاخضر قال لما روينا اراد به قوله خير خلال الصائم السواك قال ومن كان مريضا في رمضان فخاف ان صام ازداد مرضه افطر وقضى • اعلم ان المرض معنى يزول بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع الاربع ثم اعلم ان المرض المبيح للافطار اختلفوا فيه فقال علماؤنا رضي الله عنهم هو المرض الذي يخاف منه الموت او زيادة العلة مثل ان يزداد عينه وجعا او يزداد حماه شدة • وقال الشافعي لا يفطر الا اذا خاف الهلاك على نفسه او على عضو وسئل مالك عن الرجل يصيبه الرمد الشديد والصداع المضر وليس به مرض يضجعه فقال انه في سعة من الافطار • لنا قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر فانه يبيح باطلاقها الافطار لكل مريض لا انها المرخص مريضا دون مريض وقد دخلوا على ابن سيرين في رمضان وهو ياكل فاعتل بوجع اصبعه الا ان اهل العلم لما اجمعوا على ان المرض الذي لا يضر معه الصوم لا يبيح الافطار خص ذلك من الظاهر فبقي حكم الآية فيما عداه على حاله ولان الحامل والمرضع يباح لهما الافطار اذا خافتا على اولادهما فالخوف عنهما للضرر بنفس المريض اولى باباحة الافطار قوله كما في التيمم يعني عند الشافعي لا يجوز ترك استعمال الماء للمريض الا اذا خاف على نفسه او على عضو منه فحينئذ يجوز له التيمم وعندنا يجوز التيمم بمجرد زيادة المرض فيجب الاحتراز عنه اي عن الانتهاء الى الهلاك قال وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه افضل اعلم ان المسافر يجوز له الصوم كيف ما كان لكن اذا لحقته المشقة من الصوم فالافطار افضل بالاتفاق واذا لم تلحقه المشقة فعندنا الصوم افضل وعند الشافعي الافطار الافضل اما جواز الافطار فلما روي في الصحيح البخاري مسندا الى انس قال كنا نسافر مع النبي صلى الله عليه وسلم فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم له ما روي في الصحيح ايضا مسندا الى جابر بن عبد الله قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فراى زحاما ورجلا قد ظلل عليه فقال ما هذا فقالوا صائم فقال ليس من البر الصوم في السفر • ولنا ما روي في الصحيح والسنن مسندا الى ابي الدرداء قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض غزواته في حر شديد حتى ان احدنا ليضع يده على راسه او كفه على راسه من شدة الحر وما فينا صائم الا رسول الله صلى الله عليه وسلم وعبد الله بن رواحة فعلم ان الصوم افضل لانه اختيار رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الصوم عمل بالعزيمة والافطار رخصة فالعمل بالعزيمة اولى مع اعتقاد الرخصة كما في غسل الرجل مع المسح ولا يرد علينا القصر في الصلاة فانه من افضل من الاكمال لان ذلك رخصة اسقاط وهذا رخصة ترفيه وقد مر بيانه في شرح الاصول وما رواه الشافعي فليس بحجة علينا اصلا لانا نقول بموجبه ايضا لانه ورد في حق من لحقته المشقة قوله يجعل نفسه عذرا اي نفس السفر • بيانه ان الرخصة في السفر متعلقة بالعجز مقدرا باقامة السفر مقامه لان المشقة امر باطن كما عرف في الاصول فلما كان كذلك جاز له الافطار بمجرد السفر لحقته المشقة او لا بخلاف المرض لان الرخصة ثمة متعلقة بحقيقة العجز لان المرض الذي ينفعه الاحتما لا يبيح الافطار فلهذا لم يجز الافطار بمجرد المرض ما لم يكن صومه مفضيا الى الحرج قوله افضل الوقتين اراد بهما خارج رمضان وداخل رمضان قوله وما رواه محمول على حالة الجهد الذي رواه الشافعي محمول على حالة المشقة والجهد بفتح الجيم المشقة قوله وان مات المريض والمسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء اي مات المريض في حال المرض والمسافر في السفر وانما لم يلزمهما القضاء لان شرط وجوب الاداء ادراك عدة من ايام اخر بالنص فلم يحصل الادراك فلم يحصل القضاء قوله ولو صح المريض واقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء بقدر الصحة والاقامة وهكذا الجواب في الاصل ايضا لان وجوب القضاء مشروط بشرط ادراك العدة فوجب بقدر الادراك وهذا هو ظاهر الرواية عن اصحابنا ذكر الطحاوي في هذه المسئلة خلافا فقال لو زال عنه العذر وقدر على قضاء البعض دون البعض فانه ينظر ان قضى فيما قدر ولم يفرط فيه ثم مات فلا يلزمه قضاء ما بقي لانه لم يدرك من وقت قضائه الا قدر ما قضى وان لم يصم فيما قدر عليه حتى مات وجب عليه قضاء الكل في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان ما قدر يصلح قضاء اليوم الاول واليوم الوسط واليوم الاخر فلما قدر على بعض قضاء البعض وكانه قدر على قضاء الكل ولم يصم وليس كذلك اذا صام فيما قدر لانه بالصوم تبين انه لا يصلح فيه قضاء يوم اخر • وقال محمد لا يلزمه القضاء الا بمقدار ما قدر عليه لانه تدارك مقدار ذلك فلم يلزمه غيره ولم يذكر الاختلاف في المبسوط واجاب على الاتفاق مثل قول محمد رحمه الله كذا قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واثبت الطحاوي الاختلاف بينهم وانكر كثير من اصحابنا صحة الخلاف بينهم قال ابو بكر الجصاص الرازي هذا الخلاف الذي ذكره ابو جعفر الطحاوي لا نعرفه عنهم بل المشهور من قولهم جميعا انه لا يلزمه الا قضاء ما ادرك • وقال صاحب التحفة ذكر الطحاوي هذه المسئلة على الاختلاف ثم قال وهذا غلط وقال صاحب الهداية ذكر الطحاوي فيه خلافا ثم قال وليس بصحيح • وقال صاحب الايضاح الصحيح انه لا خلاف فيها وانما الخلاف في النذر فان المريض اذا قال لله علي ان اصوم شهرا فمات قبل ان يصح لم يلزمه وان صح يوما واحدا لزمه ان يوصي بجميع الشهر في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يلزمه بقدر ما صح لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فصار كقضاء رمضان وابو حنيفة وابو يوسف يقولان بان وجوب الاداء مضاف الى وقت الصحة فصار كالصحيح اذا قال لله علي صوم شهر يلزمه ان يوصي به لان الكل وجب في ذمته بالخلف وهو الفدية اذا عجز عن التعريض بالاصل فاما في صوم رمضان فالوجوب مؤجل الى حين القدرة فيتقدر بما يتقدر نظير الوجوب فاقول لا معنى لانكارهم على الشيخ ابي جعفر الطحاوي لانه ممن لا يتهم في غزارة علمه واجتهاده وورعه وتقدمه في معرفة المذاهب وقد ولد في سنة ثمان وثلاثين ومائتين وتوفي سنة احدى وعشرين وثلاثمائة كذا قال ابن الجوزي في كتاب الانتصار وانه لا شك قد ذكر الخلاف بينهم بعد ان تتبعه وتدبر وجه الخلاف ايضا ثم اذا انكر الخلاف جماعة فقد اثبته الشيخ ابي جعفر الطحاوي

بكثير من الزمان باعتبار ان الخلاف لم يبلغهم فذاك ليس بحجة لهم عليه لان جهل الانسان لا يعتبر حجة على غيره فان شككت في امر الشيخ
ابي جعفر فانظر في كتاب شرح الاثار هل ترى له نظيرا في سائر المذاهب فضلا عن مذهبنا فما اصدق من قال مثل ابن الشيخ لم ترى
عينين **قوله** وفايدته وجوب الوصية بالاطعام يعني اذا اوصى يؤدي الوصي من ثلث ماله لكل يوم مسكينا بقدر ما يجب في
صدقة الفطر وان لم يوص وتبرع الورثة جاز وان لم يتبرعوا لم يلزم ثم الاداء انما يسقط في حق احكام الدنيا وهذا عندنا خلافا
للشافعي كما يجيء بعد هذا **قوله** في حق الخلف وهو الفدية بالاطعام **قوله** وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان
شاء تابعه لاطلاق النص • وهو قوله تعالى فعدة من ايام اخر وهذا لان الله تعالى لم يقيده بالتتابع بل اطلق فجاز التتابع والتفريق
بحكم الاطلاق لكن يستحب التتابع للمسارعة في اسقاط الواجب ولا يقال ينبغي ان لا يجوز التفريق اصلا لقراءة ابي فعدة من ايام اخر
متتابعات كما لم يجز التفريق في كفارة اليمين لقراءة ابن مسعود رضي الله عنه لانا نقول قراءة ابي لما لم تشتهر كما اشتهرت قراءة
ابن مسعود صارت كخبر الواحد فلم يجز الزيادة على النص لانه نسخ وقد بيناه في شرح الاصول • وروى الشيخ ابو الحسن
الكرخي عن جابر ان رجلا سال النبي صلى الله عليه وسلم عن تقطيع قضاء رمضان فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك اليك ارايت لو كان
على احدكم دين فقضاه الدرهم والدرهمين الم يكن قضاء قال نعم قال فالله احق ان يعفو ويغفر • **قوله** وان اخره حتى دخل رمضان
اخر صام الثاني اذ يبتدئ بتنوين النون من قوله رمضان اخر لانه صار منصرفا بكونه نكرة • الا ترى انه وصفه بالنكرة الا ترى
انه وصفه بالنكرة ولهذا اذا قلت جاني عمرو ورايت عمرا اخر كان الثاني منصرفا لانك نكرته وقد عرف في النحو وانما يشتغل
بصوم رمضان الثاني اولا لقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وكان الوقت للثاني فيصومه وانما يقضي الاول بعده لانه
وجب في ذمته فلا بد من الاسقاط بالقضاء كما في سائر العبادات ولا فدية عليه وهذا عندنا وعند الشافعي عليه الفدية لنا قوله
تعالى فعدة من ايام اخر وهذا لان الله تعالى اوجب القضاء خاصة لا الفدية فلا يجوز زيادة الفدية ولان كل من لزمه القضاء لا يلزمه
الفدية لانه ليس بعاجز عن القضاء ولان الله تعالى اوجب القضاء مطلقا عن الوقت والامر المطلق لا يوجب الفور بل يوجب التراخي
على ما هو الصحيح من مذهب اصحابنا خلافا للشيخ ابي الحسن الكرخي فكل وقت قضا فيه يخرج عن العهدة لاطلاق الامر ولهذا كان له ان
يتطوع فلو كان موجبه الفور لم يجز التطوع لانه يلزم التاخير حينئذ **قوله** والحامل والمرضع اذا خافتا على انفسهما او ولدهما
افطرتا وقضتا فالحامل هي التي في بطنها ولد والمرضع هي التي لها لبن ولا يجوز ادخال التاء في اخرهما كما في حائض وطالق لان
ذلك من باب الصفة الثابتة لا الحادثة وللبصريين في نحو ذلك مذهبان مذهب الخليل يعني النسب كلابن وتامر يعني ذات حمل وذات
ارضاع وذات حيض وذات طلاق ومذهب سيبويه التاويل بانسان او شيء حامل او حائض وكذا في الباقي واذا اريد الحدوث يجوز
ادخال التاء بان يقال حائضة الان او غدا فافهم وفي كتاب الاصلاح عن الفراء يقال هذه امراة حامل اذا كان في بطنها ولد فمن قال
حامل قال هذا نعت لا يكون الا للمونث ومن قال حاملة بناه على حملت وانما جاز لهما الافطار لدفع الحرج قال الله تعالى وما جعل عليكم في
الدين من حرج واما لم يجب الكفارة لانهما معذورتان في الافطار ويرجى لهما القضاء فاشبهتا المريض والمسافر **قوله** ولا كفارة
عليهما لانه افطار بعذر جواب سؤال بان يقال ينبغي ان يجب على الحامل الكفارة على قياس مذهبكم لانكم توجبون الكفارة في الاكل والشرب
عمدا فقال في جوابه نحن لا نوجبها الا اذا كان الافطار بغير عذر وهما افطرتا بعذر فلا يجب الكفارة **قوله** ولا فدية خلافا للشافعي
فيما اذا خافت على الولد فافطرت يجب القضاء والفدية عند الشافعي • قال في شرح الاقطع قال الشافعي الفدية ولا واحدا في المرض
وله قولان في الحامل له ان منفعة الافطار حصلت للشخصين للام والولد فالقضاء لنفع الام والفدية لنفع الولد والولد عاجز عن الصوم
فيجب الفدية كما يجب على الشيخ الفاني • لنا ان الفدية ما قامت مقام كقوله تعالى وفديناه بذبح عظيم يعني اقمناه مقامه في الذبح
وقال تعالى ففدية من صيام اي قايم مقام الحلق حتى يصير كانه لم يكن فاذا عرفنا هذا قلنا لا يجوز الجمع بين القضاء والاطعام لان
الفدية قايمة مقام الشيء والاطعام انما يكون قايما مقام الصوم اذا لم يمكن القضاء كما في الشيخ الفاني وههنا يجب عليهما القضاء فكيف
يجب الاطعام وقياس الشافعي على الشيخ الفاني ضعيف لوجود الفارق بين المقيس والمقيس عليه وهذا لان الشيخ الفاني وجب عليه الصوم ثم عجز
فوجبت الفدية والولد لا وجوب عليه اصلا فكيف يجب عنه الفدية **قوله** والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم
لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارة يعني يطعم لكل مسكين نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير لانها صدقة مقدرة فلا يجوز النقصان عن
نصف صاع كما في كفارة الاذى واراد بالفاني الذي فنيت قواه **قوله** والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية طعام
مسكين • قال في الايضاح وشرح الاقطع اجمع السلف على ان المراد بالاية الشيخ الفاني وفي دعوى الاجماع نظر عندي لان الرجل في بدء
الاسلام كان يخير ان شاء صام وان شاء افطر مكان كل يوم مسكينا لانه كان يشق عليهم الصوم لعدم اعتيادهم بذلك فرخص لهم الافطار
والاطعام ثم نسخت الاية التي بعدها وهو قوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه • الا ترى الى ما روى البخاري عن ابن نمير
عن الاعمش عن عمرو بن مرة قال حدثنا ابن ابي ليلى قال حدثنا اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم نزل رمضان فشق عليهم فكان من اطعم
كل يوم مسكينا ترك الصوم ممن يطيقه ورخص لهم في ذلك فنسختها شهر رمضان وان تصوموا خير لكم فامروا بالصوم • وروى البخاري
ايضا عن ابن عمر وسلمة بن الاكوع قالا نسختها شهر رمضان الذي انزل فيه القران الى قوله تعالى على ما هداكم ولعلكم تشكرون وكذا روي
في السنن ايضا مسندا الى عكرمة عن ابن عباس فعلى هذا كيف يكون وجوب الفدية على الشيخ الفاني بالاجماع • وروي في السنن ايضا مسندا
الى سعيد بن جبير عن ابن عباس وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين قال كانت رخصة للشيخ الكبير والمراة الكبيرة وهما يطيقان
الصوم ان يفطرا ويطعما مكان كل يوم مسكينا والحبلى والمرضع اذا خافتا يعني على اولادهما افطرتا واطعمتا ومعنى الاية على المطيقين الصيام رد

الذين لا عذر لهم ان افطروا فدية طعام مسكين نصف صاع من بر او صاع من غيره عند اهل العراق وعند اهل الحجاز مد
كذا في الكشاف وقرا نافع وابن عامر باضافة الفدية وجمع الطعام وجمع مساكين وقرا الباقون فدية بالتنوين والرفع وطعام
بالرفع والاضافة اي مسكين مفردا **قوله** قيل معناه لا يطيقونه يعني حذف لا وانما قالوا هكذا لان القادر على الصوم ليس عليه
الفدية وفيه نظر عندي لان الله تعالى رخص على المطيقين بالافطار والفدية في بدء الاسلام ثم نسخ ذلك الحكم كما بيناه • قال الامام
الزاهد علاء الدين العالم صاحب شرح التاويلات هذا التاويل غير صحيح يعني لا يطيقونه لانه تعالى قال وان تصوموا خير لكم اي وان
الصيام ومثل هذا الندب لا يرد في حق العاجز وقيل وعلى الذين يطيقونه ثم عجزوا فدية طعام مسكين وهذا ايضا غير صحيح لقوله
تعالى وان تصوموا خير لكم وعلى الذين يطيقونه الفدية وهذا ايضا غير صحيح لانه لو كان كذلك لوجب ان يقال يطيقونها • وقال
المطرزي من قال المراد لا يطيقونه فقد ابعد ولو قدر على الصوم يبطل حكم الفداء يعني لو قدر الشيخ الفاني على الصوم بعدما ادى
الفدية يبطل حكمها ويجب عليه قضاء الصوم لان شرط كون الفدية خلفا عن الصوم في حق الشيخ الفاني دوام العجز فلما قدر على الصوم
انتفى شرط الخليفة ومثل هذا المسئلة في التيمم لئلا يلزم الحرج بقضاء الصلوات وهذا لانه لو صلى صلوات كثيرة بالتيمم ثم قدر
على الماء فلو قلنا باعادة تلك الصلوات يلزمه الحرج لا محالة ولقائل ان يقول يلزم الحرج في مسئلتنا ايضا فينبغي ان لا يبطل حكم الفداء
كما في التيمم • بيانه ان الشيخ اذا اطعم لكل يوم مسكينا نصف صاع ثم قدر على الصوم فامر بقضاء الصوم وبطلان الفدية يلزم الحرج
لانه يشبه ما لا نهاية وهو حرج ومما يليق ذكره ههنا ما اورده فخر الاسلام رحمه الله في زياداته ان وجوب الفدية معدول به عن
القياس فلا يجب الا بما وافق النص من جميع الوجوه وانما وجبت بدلا لا يخصا عند كمال العجز عن صوم هو اصل فاذا عدم منه لم يجب • بيانه
ان من عجز عن صوم رمضان لمرض حادث او لحمل او لولد رضيع خيف عليه لم تجزه الفدية لعدم العجز الكامل فاذا اهم الوقت على نحو فان حل
له ان يفدي وكذلك من افطر بعذر وعيش ثم صار فانيا حل له الفدا لما قلنا وكذلك من مات وعليه قضاء رمضان وقد افطر بعذر الا
انه فرط في القضا حتى مات فان العجز بالموت فوق العجز بالكبر فتجزيه الفدا الا انه اذا اوصى جاز اطعامهم ان شاء الله وعلق بالمشية
لان النص ورد في هذا وان لم يوص فلهم ان يطعموا ايضا لكل يوم نصف صاع ولا بد من التقييد بالمشية وفي كفارة اليمين والقتل اذا
كان الرجل معسرا وكان فانيا ايضا لم يجز ان يطعم عن الصوم لان الصوم جعل خلفا عن غيره وكذلك الذي يحلق راسه وهو محرم عن
اذى فلا يجد نسكا يذبحه ولا مالا اصع حنطة يفرقها على ستة مساكين وهو فان لا يستطيع الصيام فاطعم عن الصيام لم يجز لان
الصيام ههنا بدل يجب مراعاته فيكون واجب الوجود لا محالة حتى يصار بدله ضروري لكنه انتقل الى النسك والصدقة ولم يجز
قياسه على فرض عين لازم الوجود لا محالة **قال** ومن مات وعليه قضاء رمضان فاوصى به اطعم عنه وليه وهذا لان العجز بالموت
فوق العجز بالكبر وفي العجز بالكبر تجوز الفدية فكذا في العجز بالموت وهو الفدية معنى قوله فصار كالشيخ الفاني اي صار الذي مات
وعليه قضاء رمضان كالشيخ الفاني في جواز الفدية عنه بسبب العجز الكامل **قال** لكل مسكين نصف صاع من بر او صاع
من تمر او شعير وهذا عندنا وعند الشافعي لكل يوم مد وهذا مبني على تقدير الطعام في الكفارات **قال** ثم لا بد من
الايصاء عندنا خلافا للشافعي يعني اذا اوصى يلزم الاطعام عنه على الولي فيجزيه ان شاء الله تعالى وان لم يوص لا يلزم على الولي الاطعام
ومع هذا لو اطعم جاز ان شاء الله تعالى وعند الشافعي لا حاجة الى الايصاء بل يلزم على الولي الاطعام عن الميت اوصى او لم يوص وعلى هذا الخلاف
الزكاة وصدقة الفطر اعني ان الميت اذا كان اوصى بذلك يلزم على الولي اخراج الزكاة والفطرة عن التركة والا فلا لكن اذا تبرع الولي باخراج
الزكاة والفطرة جاز وعند الشافعي يجب الاخراج وان لم يوص له الاعتبار بديون العباد • بيانه ان الاطعام عن الميت واخراج الزكاة
عن تركته دين الله تعالى فيلزم على الولي الادا بلا ايصا • ولنا ان ما كان طريقه العبادة يسقط بالموت في حق احكام الدنيا لان العبادة
مبناها على الاختيار ولم يبق الاختيار بالموت فاشترط الايصا ليوجد الاختيار ثم لما كان الموت مسقطا للعبادة في حق احكام الدنيا
واشترط الايصا جاز ذلك في الثلث لكونه تبرعا ابتداء بخلاف ديون العباد لانها ليست من العبادات فلم يلتفت فيها الى الايصاء
والثلث **قال** اذ كل ذلك حق مالي يعني انما اعتبر الشافعي حق الله تعالى بديون العباد لان كل واحد من الدينين يجري فيه
النيابة لكن هذا ينتقض بحالة الحياة لان فيها ما كان يجوز الاطعام عنه واخراج الزكاة الا بامره فكذا في حالة الممات والضمير في انه
يرجع الى الاطعام المدلول في قوله اطعم عنه وليه وكذا في قوله فيه وذلك اشارة الى الاختيار لا خاجيته اي لان الوارث جرينة تحمل
الشيخ لتحصيل الاختيار **قوله** والصلاة كالصوم باستحسان المشايخ يعني ان القياس ان لا يجوز الفدية عن الصلاة لان الفدية
في الصوم في حق الشيخ الفاني بخلاف القياس لانه لا مماثلة بين الفدية والصوم كما بيناه في شرحنا الموسوم بالتبيين وما ثبت بالقياس
فغيره عليه لا يقاس لكنهم جوزوا الفدية عن الصلاة استحسانا لان كل واحد منهما من الصوم والصلاة عبادة بدنية يعني لا تعلق لوجودها
ولا لادائها بالمال والباقي يعرف في الاصول **قال** وكل صلاة تعتبر بصوم يوم هو الصحيح احتراز عن قول محمد بن مقاتل حيث يقول
يجب للصلوات يوم نصف صاع فعلى مذهب ابي حنيفة يجب اثنا عشر منا لان الوتر فرض فيؤدي عن الوتر نصف صاع • قال في النوازل
روي عن محمد [illegible] قال يتصدق لكل صلاة منوين من حنطة وبه قال محمد ابن الازهري ومحمد ابن سلمة واستاذ ابن عمرو
قال ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي وهذا مذهبنا وعند الشافعي اذا مات انسان وعليه صوم او صلاة يصلي الان ان يصلي ويصوم
عنه له ما روي في صحيح البخاري والسنن عن عروة عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من مات وعليه صيام صام عنه وليه
وروى البخاري ايضا باسناده الى مسلم البطين عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان امي
ماتت وعليها صوم شهر افاقضيه عنها قال ارايت لو كان على امك دين اكنت قاضيه عنها قال نعم قال فدين الله احق ان يقضى • ولنا ما روي في

في السنن باسناده الى ابن عباس قال اذا مرض الرجل في رمضان ثم مات ولم يصم اطعم عنه ولم يكن عليه قضا • وروى ابو بكر الرازي
في شرحه لمختصر الطحاوي • قال حدثنا ابن نافع قال حدثنا احمد بن بشير عن محمد بن عبد الله بن سعيد الشمل عن اسحاق الازرق عن شريك عن ابن
ابي ليلى عن نافع عن ابن عمر • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من مات وعليه رمضان فلم يقضه فليطعم عنه مكان كل يوم نصف صاع
وروى الشيخ ابو الحسين القدوري في شرح مختصر الكرخي عن ابن عمر انه قال لا يصوم احد عن احد ولا يصلين احد عن احد • وقال في الاصل
قلت فان صام عنه ابنه يجزيه ذلك قال لا قلت لم قال للاثر الذي جاء عن عبد الله ابن عمر وعن ابراهيم النخعي انهما قالا لا يصلي احد عن احد
الصوم عبادة بدنية فاشبه الايمان فلم تجز النيابة فيه كما في الايمان • فان قلت يرد عليكم الحج حيث يقضى الى الميت قلت لا نسلم انه يرد
علينا لانه عبادة تتعلق بالبدن والمال جميعا وكلامنا في العبادة البدنية خاصة • والجواب عما رواه الشافعي اما حديث ابن عباس
ففي متنه اضطراب لانه في رواية عطاء ومجاهد عن ابن عباس • قالت امراة للنبي صلى الله عليه وسلم ان اختي ماتت كذا في الصحيح وفي رواية
الحكم عن سعيد ابن عباس قالت امراة للنبي صلى الله عليه وسلم • ان امي ماتت وعليها صوم نذر كذا في الصحيح ايضا فلا يصح الاحتجاج به على انه
اراد بقضيته القضا وذلك يحصل بالاطعام فلا يراد الصيام • واما حديث عايشة فالمراد منه الاطعام الذي يقوم مقام الصوم مجازا
بدليل ما روينا

فصل

قال ومن دخل في صوم التطوع او في صلاة التطوع ثم
افسده قضاه
خلافا للشافعي • اعلم ان الشروع في النفل على وجه الالتزام ملزم
منه وملزم للقضا بالافساد عندنا خلافا للشافعي فاختلف اصحابنا في لزوم المضي وظاهر مذهبه انه لا يلزمه ثم عندنا لا يلزم الخروج منه
الا بعذر • وروي عن محمد ابن الحسن انه قال في التطوع بالصوم اذا دخل على اخ له فدعاه الى طعامه افطر وقضى ويحمل هذا العذر وانه
روي كراهة الافطار عن ابن عمر ومكحول والنخعي وذكر محمد في بعض نسخ الاصل كره له ذلك كذا ذكر الشيخ ابو الحسين القدوري في شرح مختصر
الطحاوي للكرخي القدوري له ما روي في السنن عن عبد الله ابن الحرث عن ام هاني قالت لما كان يوم الفتح فتح مكة جات فاطمة فجلست
على يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم وام هاني عن يمينه قالت فجات الوليدة باناء فيه شراب فناولته فشرب منه ثم ناوله ام هاني
فشربت منه فقالت يا رسول الله لقد افطرت وكنت صايمة فقال لها اكنت تقضين شيا قالت لا قال لا يضرك ان كان تطوعا • ولنا ما روي
في السنن باسناده الى عروة عن عايشة قالت اهدي الى حفصة طعام وكنا صايمتين فافطرنا ثم دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقلنا يا رسول الله انا اهديت لنا هدية فاشتهيناها فافطرنا فقال لا عليكما صوما مكانه يوما اخر • وروى الشيخ ابو جعفر الطحاوي
باسناده الى عايشة قالت اصبحت انا وحفصة صايمتين متطوعتين فاهدي لها طعام فافطرنا عليه فدخل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم
فسالناه فقال اقضيا يوما مكانه فهذا دليل على ان الافطار من صوم التطوع موجب للقضا • وذكر في شرح الكرخي ان عمر ابن الخطاب سال
الصحابة فقال اني اتيت امرا عظيما كنت صايما متطوعا فوقعت على جاريتي فقالوا لقد اتيت امرا عظيما فقال علي اتيت حلالا فيوما مكانه
اتت اجمعهم سوى وعن ابن سيرين انه صام يوما عرفة فعطش عطشا شديدا فسال عنه بضعة عشر نفسا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقالوا افطر واقض يوما مكانه والدليل المعقول انه لو لم يلزم القضا • بيانه ان الجزء المودي في اول اليوم موجب للثواب للثواب
لكونه صوما عرفا وشرعا فاذا نوى نفلا لانه صايم قبل الامتناع عن البقية • وقال عليه الصلاة والسلام من صام يوما فله الحق اسم الصوم
قبل الاتمام والصوم موجب للثواب لقوله تعالى والصايمين والصايمات الى قوله اعد الله لهم مغفرة واجرا عظيما ولقوله الصوم لي وانا اجزي
به فاذا امتنع عن الباقي يكون ابطالا الى العمل لانا لا ابطال في العرف تفويت الغرض المبتغى بالعمل الا ترى ان من احسن الى غيره احسانا ثم اتبعه
اذى ثمة يقال ابطل صنيعه واحسانه ولهذا سميت الردة ابطالا لان ابطال العمل لفوات الغرض المبتغى بالعبادة وهو الثواب • فان قلت لا نسلم
ان ابطال العمل متصور فضلا ان يكون حراما لانه لا يخلو اما ان يكون قبل وجود العمل او بعد وجوده او حال وجوده فقبله عدم وبعده
لانه عرض وحال الوجود غير موجود على التمام فلا يتصور الابطال وايضا ان الابطال اذا ورد على الموجود يرفعه واذا فارقه يبقيه والمرفوع
الوجود لا يسمى ابطالا • قلت لو لم يتصور ابطال العمل لم يرد به النهي وقد قال تعالى ولا تبطلوا اعمالكم والنهي يقتضي التصور لا محالة وبطلانه
التجويز على ما عرف في الاصول وقد تايد بهذا العرف حيث يقال بعض امر فلان ثم ابطل صنيعه واحسن الى فلان ثم ابطل احسانه وهذا
دليل التصور والترديد المذكور لا يرد علينا لان البطلان في اللغة هو الذهاب والتلاشي فاذا اضيف الى العمل لا يراد به ذهاب ذاته
وتلاشيه بل يراد به ثواب الغرض المتعلق به وهو الثواب منا • والجواب عن الحديث نقول معنى قوله فلا يضرك اي انك لست باثمة في
افطارك وليس نفي ذلك قضا يوم مكانه • فان قلت قد ورد في حديث ام هاني عدم وجوب القضا على الفور بدليل ما روينا من قوله في
الشاذروين قوله في احدى الروايتين اي عن محمد وقد بينا مما قبل هذا قوله لقوله عليه الصلاة والسلام افطر واقض يوما مكانه
وهذا ليس بحديث للنبي صلى الله عليه وسلم بل هو كلام الصحابة كما بيناه قوله واذا بلغ الصبي واسلم الكافر في رمضان امسكا بقية يومهما
وجملة هذه المسايل ما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي اذا بلغ الصبي او اسلم الكافر او طهرت الحايض والنفسا او افاق المجنون او برا
المريض واقام المسافر في يوم من شهر رمضان يحكم بهم لا كلهم في الامساك عن الفطر بقية والاصل ان كل من صار على حالة في اخر النهار لو كانت
عليها في اول النهار يلزمه الصوم فيلزمه الامساك كما لو شهد الشهود برؤية الهلال في بعض اليوم ولا يجب قضا اليوم الذي اسلم فيه عنده
وقال مالك يقضي كذلك قال في شرح مختصر الكرخي وهذا لان الكافر ليس في الصوم فصار كالصغير قوله قضا لحق الوقت بالتشبه يعني انما
يمسك الصبي الذي بلغ والكافر الذي اسلم القضا لحق الوقت بالتشبه بالصايمين لانهما لو كانا عند وجوب السبب وهو الجزء الاول على صفة الاهلية
لوجب عليهما الصوم تعظيما للوقت لكنهما لم يوجد فيهما الاهلية عند وجود السبب ووجدت بعده والصوم غير متجزي وجب عليهما التشبه بعد
الامكان قال عليه الصلاة والسلام من تشبه بقوم فهو منهم قوله ولو افطر فيه اي في اليوم الذي اسلم فيه الكافر وبلغ الصبي لا قضا عليه

لعدم الوجوب وقد مر فيه خلاف مالك قوله وصار ما بعده لتحقق السبب والاهلية اما تحقق السبب فلقوله تعالى فمن شهد
الشهر فليصمه وقد مر بيان السبب في اول كتاب الصوم • واما الاهلية فهي نوعان اهلية الوجوب واهلية الاداء اما اهلية الوجوب
فهي بالذمة الصالحة للوجوب ولهذا اختص الادمي به واما اهلية الادا فهي نوعان قاصرة وكاملة فالقاصرة باعتبار قوة البدن كما في
الصبي المميز قبل البلوغ وفي المعتوه بعد البلوغ والكاملة باعتدال الحال بالبلوغ عن عقل وقد عرف في الاصول ومراد المصنف
الاهلية الكاملة والاسلام شرط الوجوب وقد مر قوله ولم يقضيا يومهما لانه لعدم الخطاب • اما الكافر الذي
فلقوله عليه الصلاة والسلام الاسلام يجب ما قبله • واما الصبي الذي بلغ فلقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى
يحتلم فعلم بهذا ان الخطاب متوجه اليه قبل البلوغ قوله وهذا بخلاف الصلاة اي هذا الحكم الذي ذكرناه وهو عدم وجوب
قضا صوم ذلك اليوم الذي بلغ فيه ذلك الصبي او اسلم الكافر بخلاف الصلاة حيث يجب قضاوها اذا بلغ او اسلم في بعض الوقت لان سبب وجوب
الصلاة الجز المتصل بالادا وقد وجدت الاهلية عند ذلك الجز اما الصوم فسبب الوجوب فيه الجز الاول وقد انعدمت الاهلية عنده
وروى ابن سماعة عن ابي يوسف اذا بلغ قبل الزوال او اسلم ان عليه القضا وان كان بعده فلا قضا عليهما وان صاما ذلك اليوم اجزاهم وذلك
لانهما ادركا وقت النية فصار كانهما ادركا الليل وهذا خلاف المشهور عن اصحابنا لان عدم التكليف اذا حصل في اول النهار اسقط فرض
جميعه لانه لا يتبعض قوله الا ان للصبي ان ينوي التطوع يعني لانه اهل له قبل البلوغ دون الكافر على ما قالوا يعني ان الصبي اذا بلغ
قبل الزوال ونوى التطوع يصح لانه اهل له قبل البلوغ والكافر اذا اسلم قبل الزوال ونوى التطوع لا يصح لعدم اهلية الادا
ما عليه عامة مشايخنا كذا في شرح الطحاوي واستدل لو لم يشبه الجامع الصغير حيث قال في الفرق اذا اسلم هو بمنزلة الصبي يبلغ
سوا فنية التطوع من الصبي اذا بلغ يصح فكذا نية الكافر اذا اسلم وجوابه انه بمنزلته في حق الامساك • وفي المنتقى عن ابي يوسف
انه سوا بينهما وقال لا يكون تطوعا منهما جميعا • قال واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم اجزاه • وفي الجامع
الصغير لفخر الاسلام البزدوي قبل انتصاف النهار وذلك لان النية ينبغي ان تكون موجودة في اكثر النهار او في الليل فان صوم واما
اجزا صومه لان السفر لا ينافي وجوب الصوم ولهذا اصح اداوه في السفر واما تراخي وجوب الادا فلما زال السفر ووقت العزيمة توجه
خطاب الادا فصح اداوه وهذا معنى قوله لان السفر لا ينافي وجوب الصوم ولهذا اصح اداوه في السفر واما تراخي وجوب الادا
فلما زال السفر ووقت العزيمة باق توجه خطاب الادا فصح اداوه وهذا معنى قوله لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب ولا صحة الشروع
وان كان في رمضان فعليه ان يصوم لزوال المرخص في وقت النية اي ان كان المسافر الذي نوى الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال
وهذا تكرار من المصنف لانه قاله ايضا في مسافر قدم المصر قبل الزوال في رمضان بدلالة التعليل بقوله لان المسافر لا ينافي
اهلية الوجوب ومثل هذا الكلام لا يستعمل في النفل قال فهذا اولى يعني ان المقيم اذا سافر في بعض النهار لا يحل له الفطر
بالطريق القطع مع ان المرخص موجود وهو السفر واذا اقام المسافر في بعض النهار لا يحل له الفطر بالطريق الاولى لزوال المرخص لما اذا كان
يرى دخول المصر لا ينقوله حتى تغيب الشمس فلا باس بان يفطر ذلك اليوم في السفر لانه مسافر فيه ولم يجتمع له حكم الاقامة والسفر حتى تغلب
الاقامة السفر وبه صرح في مختصر شرح الكرخي قال الا انه اذا افطر في المسلتين لا يلزمه الكفارة لان كفارة شهر رمضان تنتفي بما
كان مقيما ثم سافر في بعض النهار او كان مسافرا ثم اقام في بعض النهار وانما لا يلزمه الكفارة لان كفارة شهر رمضان تسقطها الشبهة
كالحدود وهذا الا انها لا تستحق الا بالماثم كالحدود والتحقيق في المسئلة ان السفر لما كان سببا لاباحة الفطر في الاصل كان وجوده شبهة
في اسقاط الكفارة وان لم توجد اباحة الفطر في المسلتين كالملك والنكاح لما كانا سببين لاباحة الوطي كان وجودهما مسقطا للحد
وان لم توجد اباحة الوطي في الحيض والنفاس • قال في شرح الطحاوي ولو وجب الكفارة عليه او عليها ثم سافرت وسافر في اخر
النهار لم تسقط الكفارة عنه وان مرض في ذلك اليوم مرضا يبيح له الافطار سقطت عنه الكفارة وكذلك اذا افطرت المراة ثم حاضت
في ذلك اليوم او نفست سقطت عنها الكفارة • وقال في خلاصة الفتاوى ولو افطر في اول النهار متعمدا ثم اكرهه السلطان على السفر
لا تسقط عنه الكفارة في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة تسقط وعندهما لا تسقط وقالوا لو خرج بنفسه فمرض مرضا يبيح
له الافطار اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تسقط وقال بعضهم لا تسقط ولو افطر في قضا رمضان او في غير رمضان لم يجب عليه الا الكفارة
قال ومن اغمي عليه في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغما وهذا لان صومه في ذلك اليوم صحيح بنا على وجود النية
منه ظاهرا اذ الظاهر من حال المسلم ان ينوي الصوم حالة الافاقة وقضا ما بعد ذلك اليوم الذي حدث فيه الاغما لان الاغما يمنع وجود
النية ولا يصح الصوم بدونها • وقال الشافعي يلزمه قضا اليوم الذي حدث فيه الاغما لان الاغما معنى يوثر في اسقاط الصلاة فابطل حدوثه
الصوم كالحيض • قلنا الحيض معنى يوجب الغسل فنافى الصوم كالانزال والاغما معنى يوجب الفطر الوضو فلا ينافي الصوم كالاحداث
قال لوجود فعله اي وجود النية من المغمى عليه قال وان اغمي عليه في اول الليل منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا
وهذا اشارة الى قوله لوجود الصوم فيه وهو الامساك المقرون بالنية وقضى ما بعده لانعدام النية وانما اجزا صوم يوم الليلة التي حدث
فيها الاغما لان المسلم لا يخلو عن عزيمة الصوم في ليالي رمضان • وقال مالك لا يقضي ما بعد اليوم الذي حدث في ليلة الاغما لان صوم
رمضان عنده يتادى بنية واحدة كما في الاعتكاف والفرق بينهما ظاهر لان الليل ينافي الصوم دون الاعتكاف فلهذا احتيج الى النية
في صوم كل يوم دون الاعتكاف قال ومن اغمي عليه رمضان كله قضاه لانه نوع مرض يضعف القوي ولا يزيل الحجي اي العقل
قال في شرح الطحاوي الدليل على ان الاغما بمنزلة المرض ان الانبيا عليهم السلام كانوا يبتلون بالاغما والجنون منفي عنهم • وحاصله ان
ما نقل فخر الاسلام البزدوي عن الشيخ الامام ابي عبد الله البلخي ان الاعذار اربعة انواع نوع منه غير ممتد لوقت الصلاة لا لوقت الصوم

غالبا وهو نوع منه يمتد لوقت الصوم والصلاة جميعا ويحل الاختيار وهو الجنون • والنوع الرابع يمتد حكمه في كل باب وهو الصبا د
فاما النوم فانه لا يسقط شيئا من العبادات لعدم لزوم الحرج في غالب الصبا • واما الاغماء فانه عذر في حق الصلاة اذا امتد بان زاد على
اليوم والليلة دفعا للحرج وليس بعذر في الصوم لان امتداده نادر الى الشهر فلا يلزم الحرج فلم يسقط • واما الجنون اذا امتد بان زاد
على يوم وليلة في الصلاة وباستغراقه شهرا في الصوم فانه يسقطهما جميعا دفعا للحرج وليس بعذر لان امتداده ليس بنادر الحرج فلم يسقط د
واما الجنون اذا امتد بان زاد على يوم وليلة في الصلاة وباستغراقه شهرا في الصوم فيلزم الحرج واما اذا لم يمتد وفرض عن الشهر لم يسقط
كالاغماء • واما الصبا فهو مسقط لامتداده من اول الشهر الوجود قوله ومن جن رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك وجه
قوله ان الجنون المستوعب لا ينافي اهلية الوجوب فيما شا على الاغماء اذا استوعب فلا ينافي الوجوب كغير المستوعب ووجه قولنا ان
المسقط للوجوب لزوم الحرج وذلك يحصل في المستوعب دون غيره بخلاف الاغماء اذا استوعب حيث يلزمه القضاء لان استيعابه شهرا
نادر ولان المغمى عليه لا ياكل ولا يشرب وحياته بلا اكل بلا شرب نادر فلا يلزم الحرج في القضا قال وان افاق المجنون في بعض د
رمضان قضى ما مضى خلافا لزفر والشافعي ومذهبنا استحسان ومذهبهما قياس كذا ذكر الامام علاء الدين العالم السمرقندي في طريقة
الخلاف • قال الامام حميد الدين الضرير اذا افاق في اخر يوم من رمضان قبل نصف النهار يجب كل الشهر اما اذا افاق بعد الزوال
في اخر يوم من رمضان لا يجب اصلا لهما ان المجنون مرفوع القلم لقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن
النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولان الاداء لا يجب عليه بالاتفاق لعدم اهليته للاداء فلا يجب القضاء ايضا لترتبه على الاداء
فصار المجنون غير المستوعب كالمستوعب في عدم وجوب القضاء • ولنا ان سبب الوجوب تحقق في حقه وهو الشهر لقوله تعالى فمن شهد
منكم الشهر فليصمه • وقوله تعالى يا ايها الذين امنوا كتب عليكم الصيام وكل من كان موصوفا بصفة الايمان يلزمه الصوم الا ان الحرج مسقط
للوجوب فلم يلزمه اذا امتد وكذا نقول في الصبي حيث يسقط عنه الوجوب للزوم الحرج لامتداده فلما ثبت هذا قلنا انه اهل لاصل د
الصوم بخروجه عن الفرض الوجوب وان لم يكن اهلا لوجوب الاداء • الا يرى انه لو افاق قبل نصف النهار ولم يكن منطرا ونوى
الصوم يجزيه عن الفرض • ولو نوى في الليل وهو مفيق ثم جن يجزيه صوم ذلك اليوم واهلية الوجوب بالذمة
وذمة المجنون صالحة للايجاب الا يرى انه يجب عليه الصلاة اذا كان اقل من يوم وليلة بخلاف ما اذا زاد على يوم وليلة
حيث لا يجب عليه الصلاة باعتبار الحرج ولهذا يجب العشر والخراج ونفقة الخادم والمعاملات كلها وفي الايجاب فائدة وهو
كونه مطلوبا بالقضاء على وجه لا يلزم الحرج وذلك فيما اذا لم يمتد الجنون بخلاف ما اذا امتد حيث لا يجب للزوم الحرج
ولهذا قلنا في النائم والمغمى عليه يجب عليهما القضاء وان استوعب النوم والاغماء شهرا لعدم الحرج والجواب عن الحديث قلنا
ان المراد منه رفع تكليف الاداء لا نفي اصل الوجوب ولهذا يجب على النائم القضاء وقولهما ان الاداء لا يجب عليه لانعدام الاهلية
فلا يجب القضاء قلنا سلمنا ان اهلية القضاء الاداء متعلقة ولا نسلم لنا فيه ولا نسلم ان اهلية الوجوب منعدمة وهي حاصلة
كما بينا قال والاهلية بالذمة والذمة في الاصل بمعنى العهد ولهذا يسمى قابل الجزية ذميا لكونه معاهدا وهي محل التزام العهد
وهي الرقبة بالذمة مجازا اطلاقا لاسم الحال على المحل ثم لا فرق بين الاصلي والعارضي اي بين الجنون الاصلي والعارضي د
والجنون الاصلي انه بلغ مجنونا والعارضي ان بلغ مفيقا ثم جن ولا فرق بينهما حيث يلزمه قضاء ما مضى على ظاهر الرواية وقال
في شرح الطحاوي فرق اصحابنا بين الجنون الاصلي والعارضي فقالوا في الجنون الاصلي اذا افاق في بعض الشهر يلزمه قضاء ما ادرك ولا د
يلزمه قضاء ما مضى كالكافر اذا اسلم والصبي اذا ادرك وفي الجنون العارضي اذا ادرك شيئا من الشهر اما من اوله او من اخره او من
وسطه لزمه قضاء جميع الشهر حتى ان يكون مفيقا في الليلة التي اهل هلال رمضان ثم جن فلم يفق الا بعد مضي الشهر كله فعليه ان يقضي
جميع الشهر الا بعد اليوم الاول ولو اذا عزم على الصوم قبل جنونه ولم يفطر فيه وكذلك لو جن قبل رمضان ثم افاق في اخر يوم وكذلك
لو جن في طرفي الشهر غير انه افاق في وسطه • وروي عن محمد مثل ذلك قال في الايضاح • وروي عن ابي يوسف انه قال في الاستحسان
انه قال القياس هكذا الا اني استحسن بان يقضي ما مضى في الجنون الاصلي اذا افاق في بعض الشهر كما في الجنون العارضي وهذا البعض مختار
بعض المتاخرين اي الفرق بين الجنون الاصلي والعارضي مختار بعض المتاخرين من مشايخنا قال ومن لم ينو في رمضان كله
صوما ولا فطرا فعليه قضاؤه وهذه المسئلة من خواص مسائل الجامع الصغير وفيه خلاف زفر فان صوم رمضان يجوز عنده من الصحيح
المقيم بلا نية كذا اخبره القدوري • قال الامام ابو الحسن القدوري الكرخي من حكى مذهبه فقد غلط وانما قال زفر انه يجوز بنية واحدة كذا
نقله القدوري في تقريبه وقد مران المغمى عليه لا يقضي اليوم الذي حدث الاغماء في ليلته لوجود النية منه ظاهرا فلا بد من التاويل
لهذه المسئلة وتاويلها ان يكون مريضا او مسافرا لا ينوي شيئا او متهتكا اعتاد الاكل في رمضان فلم يكن حاله دليلا على عزيمة الصوم
وجه قول زفر ان الامساك مستحق عليه متعين باصله ووصفه بتعيين الله تعالى اذا لم يكن مريضا او مسافرا فلما لم يلزمه تعيين الوصف
لم يلزمه تعيين الاصل لتعيينه كما اذا وهب نصاب الزكاة من الفقير • ووجه قولنا ان العبادة لا تتادى الا بالنية لقوله تعالى د
وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين وقوله عليه الصلاة والسلام الاعمال بالنيات ولان الصوم عبادة خالصة لله تعالى
فاذا حصلت بدون النية يلزم الجبر فلا يجوز بخلاف ما اذا اطلق النية حيث يجوز ذلك عندنا على انه تعيين اذا التعيين موضوع عنه
وقوله ان الامساك مستحق عليه فنقول ان المستحق عليه هو الامساك لله تعالى لا مطلق الامساك وذلك لا يحصل بدون النية • واما مسئلة
الزكاة فان نوى الصدقة فقد صح ووقع عن الزكاة وصار طلاقه ابتيتا كما في مسئلتنا وان نوى الهبة ذكرنا ما وقع عن الزكاة استحسانا لان
الهبة من الفقير صدقة مجازا لا الظاهر لان الفقير محل الصدقة • واما في مسئلتنا فقد انعدم ما عليه وهو الامساك لله تعالى لا صح

انه

اه الحد مستعار للموجود قال ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل لا كفارة عليه عند ابي حنيفة • المراد انه اذا اصبح د
يوما من شهر رمضان ولم يكن نوى الصوم ثم اكل او شرب او جامع متعمدا فلا كفارة عليه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف رحمه
ان كان ذلك منه قبل الزوال فعليه القضاء والكفارة وان كان بعد الزوال فعليه القضاء بلا الكفارة • وقال زفر عليه الكفارة د
في الصورتين لان صوم رمضان يحصل عنده بمجرد الامساك في حق الصحيح المقيم بلا نية • قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي
المشهور عن محمد انه مع ابي حنيفة • واما ما روي ما ذكره عن ابي يوسف رحمه هشام ووجه قول ابي يوسف ان الصوم مراعي قبل الزوال
لانه على عرضية ان يصير صوما فلما افطر فوت امكان تحصيل الصوم وامكان تحصيل الصوم بمنزلة تحصيل ذلك الشيء كما في غاصب الغاصب
يضمنه المغصوب منه ابتداء ان شاء او لتستقر الضمان عليه لانه لو لم يغصب كان يمكن للغاصب ان يرد المغصوب على المغصوب
منه وغاصب الغاصب فوت ذلك لامكان فصار ضامنا • ووجه قول ابي حنيفة الكفارة انما تجب بافساد الصوم ولا صوم
هنا لعدم النية فلا تجب الكفارة ولهذا اذا لم يفطر ذلك اليوم لا يعتبر صائما لعدم النية ولا يجب عليه الكفارة ايضا لترك الصوم
وهذا تارك للصوم وليس بمفسد له والقياس الجواب عن قياس قول ابي يوسف ان امكان تحصيل الشيء انما يجعل بمنزلة ذلك الشيء
فيما لا يسقط بالشبهة كما في العدوان بخلاف الكفارة فانها تسقط بالشبهة لانه جعل تفويت امكان الصوم بمنزلة تفويت الصوم
شبهة قوله وهذا الشاع اي الاكل فيما اذا اصبح غير ناو للصوم اشاع عن الصوم لا افساد له قوله وقد مر بيان د
الفرق بين الصوم والصلاة في وجوب قضاء الصوم دون الصلاة في باب الحيض قوله واذا قدم المسافر او طهرت الحائض في
بعض النهار امسكا بقية يومهما والاصل فيما قال الكرخي ان كل من يتعلق عنه فرض الصوم في رمضان في اول النهار لعذر ثم زال
العذر بعد طلوع الفجر فان كان بحال لو كان فيها بعد طلوع الفجر لزمه الصوم فانه يؤمر بالامساك كما يمسك الصائم وذلك مثل
الحائض تطهر في بعض النهار او يسلم الكافر او يبلغ الصبي او يفيق المجنون او يقدم المسافر مصره فانهم يؤمرون بالامساك عن كل
ما يمسك عنه الصائم وان صار الى حال لو كان عليه قبل طلوع الفجر لم يلزمه الصوم فانه لا يلزمه الامساك وذلك مثل الصائمة
اذا حاضت • وقال الشافعي في الحائض اذا طهرت لا يلزمها الامساك • وقال في شرح الاقطع قال الشافعي في احد قوليه في جميع من
ذكرنا لا يلزمه الامساك له ان التشبه لو كان واجبا لوجب في الابتداء واللازم منتف فينتفي الملزوم فان التشبه خلف عن د
الصوم فلا يجب الا على من يجب عليه الصوم كالذي تعمد الفطر يجب عليه التشبه وكالذي اخطا بان افطر يوم الشك ثم بان بعد ذلك
ان ذلك اليوم كان من رمضان او تسحر على ظن انه ليل فبان ان الفجر طالع او افطر على ظن الغروب فاذا الشمس طالع • ولنا قوله عليه الصلاة
والسلام في يوم عاشوراء الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ولان تعظيم الوقت واجب اما بالصوم اذا قدر عليه واما بالتشبه اذا عجز
عنه وهو اما لعذر كالمفطر عمدا او سهوا بخلاف الطاهرة اذا حاضت حيث لا يجب عليها التشبه لانها خرجت من ان تكون اهلا له كالمفطر
عمدا وسهوا بخلاف الاداء والجواب عما قال الشافعي فنقول لا نسلم الملازمة وقوله التشبه خلف عن الصوم لا نسلم ايضا لان التشبه
يجب قضاء لحق الوقت بسبيل الاصالة لا بسبيل الخلفية لان بعض الشيء لا يكون خلفا عنه قوله بخلاف الحائض والنفساء والمريض
والمسافر حيث لا يجب عليهم التشبه عند وجود هذه الاعذار لان المانع من التشبه يحقق كان المانع من الصوم يحقق وهذا لان كل ما
كان حراما كان ما يشبهه حراما كعبادة الصنم فانها حرام والصلاة بين يديه ايضا مكروه ولما صار عبادة الصنم ولا يجب الصوم
على الحائض والنفساء فكذا لا يجب التشبه اما المريض والمسافر فلا يجب عليهما الاداء فلا يجب التشبه ايضا قوله واذا
تسحر الى الجزء • اي قال الامام ابو الحسين القدوري قوله وهو يرى بضم الياء وفتح الراء بمعنى يظن والمراد من الظن غلبة الظن
حتى لو كان شاكا تجب الكفارة لما ذكر الامام حميد الدين الضرير وحافظ الدين النسفي في مستصفاه وذلك لا يصح على اطلاقه لانه د
رواية في المتسحر الشاك بخلاف ذلك الا ترى الى ما ذكر في شرح الطحاوي لو شك في طلوع الفجر فالافضل له ان لا يتسحر فان تسحر د
الشاك لم يفسد صومه ولا قضاء عليه لانه في يقين من الليل وشك من النهار والاصل ان اليقين لا يزول بالشك الا اذا تسحر واكبر رايه ان
الفجر طالع وقت التسحر فاحب الينا ان يقضي ذكره في كتاب الصوم وقال لو افطر وهو شاك في غروب الشمس لزمه القضاء
واختلف المشايخ في وجوب الكفارة لانه متيقن للنهار وشاك في غروب الشمس • وقال بعضهم عليه القضاء والكفارة
عليه لانه قصد بذلك اقامة السنة لان تعجيل الافطار من السنة • وقد ذكر الحاكم الجليل الشهيد في مختصره الموسوم بالكافي
وصاحب تحفة الفقهاء وصاحب خلاصة الفتاوي والامام القدوري في شرح مختصر الكرخي مثل ما ذكر في شرح الطحاوي
ايضا في المسئلة تضمنت خمسة احكام • احدها انه يفسد صومه • والثاني ان عليه القضاء • والثالث انه لا كفارة عليه
والرابع انه يمسك بقية يومه تشبها بالصائمين او نفيا للتهمة حتى لا يقول الناس انه يا كل في رمضان • والخامس اذا كان اكل
بعد ذلك لا كفارة عليه اما فساد الصوم فلفوات ركنه واما القضاء فلانه حق مضمون بالمثل وخطاؤه لا يجعل عفوا
لانه وقع فيه بتقصير بخلاف النسيان واما عدم وجوب الكفارة فلقصور الجناية الا ترى الى قوله تعالى وليس عليكم جناح
فيما اخطاتم به واما الامساك فلقضاء حق الوقت بقدر الامكان قوله ومنه قال عمر رضي الله عنه اي ومن مثل ما قلنا قال
عمر رضي الله عنه ما تجانفنا لاثم اي ما ملنا اليه واصله ما روي ابو عبيد في كتاب غريب الحديث عن ابي معاوية عن الاعمش عن
زيد ابن وهب عن عمر انه افطر في رمضان وهو يرى ان الشمس قد غربت ثم نظروا فاذا الشمس طالعة فقال عمر لا نقضيه ما تجانفنا
فيه لاثم اي ما ملنا اليه ولا تعمدناه وعن علي وكل مائل متجانف وجنف قال الله تعالى فمن خاف من موص جنفا اي ميلا اما قوله لا نقضيه
فتاويله قال قايل كان الشمس طالعة وقد اتممنا فقال له عمر رادا عليه لا اي ليس الامر كما ظننت نقضيه اي نقضي يوما ما كان يوما ليس علينا

غيره ومثله قوله تعالى لا اقسم بيوم القيامة فلا رد على من انكر البعث ومثله قوله تعالى فلا وربك لا يؤمنون وهذا الذي ذكره
عن عمر هو الصحيح من الرواية عند الثقات وما ورد في بعض نسخ الهداية بعثناك داعيا لا راعيا فليس بذاك ليس بصحيح وقد اورده بعضهم في شرح
الهداية ان عمر حين افطر مع اصحابه يوما صعد المؤذن المئذنة وقال الشمس يا امير المؤمنين فقال عمر بعثناك داعيا لا راعيا اي داعيا الى الاذان
واعلام الناس لا حافظا للاحوال ثم قال ما تجانفنا الاثم فهذا من الموضوعات فلا يلتفت **قوله** والمراد بالفجر الفجر الثاني اي د
المراد من الفجر المذكور في قوله يتسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع هو الفجر الثاني وهو الفجر الصادق وهو المعتبر في الصلاة والصوم لا الفجر
الكاذب وقد مر بيانه في اول كتاب الصلاة **قوله** ثم التسحر مستحب السحر اكل السحور بفتح السين وهو ما يؤكل في وقت السحر
وجه الاستحباب ما روي في الصحيحين مسندا الى انس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تسحروا فان في السحور بركة وروي في د
السنن مسندا الى عمرو بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان فصل ما بين صيامنا وصيام اهل الكتاب اكلة السحور وذكر مالك
في الموطا باسناده الى ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان بلالا ينادي بليل فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن ام مكتوم وذكر
في السنن ايضا مسندا الى العرباض بن سارية قال دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى السحور في رمضان فقال هلم الى الغداء المبارك وروي
عن الحسن البصري انه قال ثلاثة من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور ووضع اليمين على الشمال في الصلاة ذكره الامام الحدادي
عن الحسن قال مالك في الموطا ايضا انه سمع عبد الكريم يقول من عمل النبوة تعجيل الفطر والاستيناء بالسحور والبركة في اللغة الزيادة
والنماء الزيادة في السحور على وجوه زيادة في القوة على اداء الصوم وزيادة في اباحة الاكل والشرب وزيادة في الرخصة التي يحب
الله اتيانها وزيادة في الحياة وزيادة في الرفق فيها وزيادة في اكتساب الطاعة وزيادة على الاوقات التي يستجاب فيها الدعاء كذا
ذكره الامام ابو بكر محمد بن ابي اسحاق الكلاباذي اما الاول فظاهر وقد ورد في بعض الروايات عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال تسحروا فان في السحور بركة وقوة واما الثاني فان الصائم اذا نام كان يحرم عليه الطعام ثم ابيح الاكل والشرب الى د
طلوع الفجر لقوله تعالى وكلوا واشربوا الاية فالاكل بعد النوم وهو السحور زيادة على اباحة الاكل وقت الافطار واما الثالث فانه د
رخصة من الله عز وجل لقوله تعالى علم الله انكم كنتم تختانون انفسكم فتاب عليكم الاية وقال عليه الصلاة والسلام ان الله يحب ان تؤتى د
برخصه كما يحب ان تؤتى عزائمه فالترغيب في السحور ترغيب في قبول الرخصة التي يحب الله تعالى اتيانها واما الرابع فان العمر الحياة الى الاجل
الموقت الذي اذا جاء لا يستاخرون ساعة ولا يستقدمون وهذه المدة فيها نوم ويقظة والنوم موت لقول الله تعالى الله يتوفى الانفس حين موتها
والتي لم تمت في منامها وقال تعالى وهو الذي يتوفاكم بالليل يعني الموت النوم موتا فاذا كان النوم موتا تكون اليقظة زيادة في
الحياة لا محالة واما الخامس فان في مدة الحياة تعيين اكتساب الطاعة للمعاد واقتناء المرافق للمعاش ومن المرافق الاكل والشرب
قال تعالى يا ايها الرسل كلوا من الطيبات واعملوا صالحا فيكون السحور زيادة في مرافق الحياة واما السادس فان من اراد السحور ربما د
تطهر وصلى فان قصر يحمد الله ويدعو فان غفل عن الذكر فاكله بنية الصوم والاعمال بالنيات فيكون زيادة في اكتساب الطاعة واما
السابع فان وقت السحور زيادة على الاوقات الفاضلة التي هي وقت الصلوات المفروضات اوقات تفتح فيها ابواب السماء وتنزل الرحمة
ويستجاب الدعاء ووقت السحور كذلك قال تعالى والمستغفرين بالاسحار وقال تعالى وبالاسحار هم يستغفرون وقال النبي صلى الله
عليه وسلم اذا كان الثلث من الليل ينزل الله تعالى هل من داع فاستجيب له هل من مستغفر فاغفر له هل من سائل فاعطيه وقال تعالى حكاية
ليعقوب مع بنيه [illegible] وقت السحور وقت البكاء وفيه بركة البكور ايضا قال عليه الصلاة والسلام اللهم بارك لامتي في بكورها
فان قلت كيف يكون السحور من اخلاق المرسلين والاكل في الليل حراما في الامم الماضية قلت يحتمل ان يكون ذلك حراما في البعض دون البعض
او يجوز ان يكون حلالا في الامم الماضية الى عهد نبينا محمد صلى الله عليه وسلم ثم ورد النسخ على الحرمة **قوله** الا انه اذا شك في الفجر
استثناء من قوله التسحر مستحب يعني ان التسحر مستحب الا اذا شك في الفجر فحينئذ اذا ترك التسحر المستحب للاحتراز عن الوقوع في الحرام هذا
لا عيب عليه ذلك اعني لا يجب عليه ترك السحور وان كان شاكا فان اكل فصومه تام لان اليقين لا يزول بالشك **قوله** [illegible]
[illegible] اي يعني الشك تساوي الطرفين **قوله** وعن ابي حنيفة [illegible] الفجر [illegible]
[illegible] كذا في شرح مختصر الطحاوي للكرخي [illegible]
قوله وان كان اكبر رايه انه اكل والفجر طالع فعليه اي قضاء ذلك اليوم قال الحاكم الشهيد في كتابه الموسوم بالكافي وان
اكبر رايه انه اكل والفجر طالع فاحب الي ان يقضي ذلك اليوم وقال في خلاصة الفتاوى ولو تسحر واكبر رايه ان الفجر طالع قال
مشايخنا رحمهم الله عليه ان يقضي ذلك اليوم وقال في تحفة الفقهاء ولو كان في اكبر رايه ان الفجر طالع فاكل عن الحسن عن ابي حنيفة
انه يلزمه القضاء ثم قال وروي عن ابي يوسف انه لا يلزمه القضاء لان الاصل هو الليل فلا يثبت عنه الا بيقين ثم قال والصحيح هو الاول
لان غالب الراي دليل واجب العمل وقال صاحب الايضاح والصحيح انه لا قضاء عليه وتمام صاحب الهداية ظاهر الرواية حيث قال
وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه والاصح عندي رواية الحسن عن ابي حنيفة **قوله** ولو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه اي لو ظهر
طلوع الفجر فيما اذا اكل وفي اكبر رايه ان الفجر طالع لانه بنى الامر على الاصل لان الليل هو الاصل فلا يتحقق العمد به اي لا يتحقق
القصد على الافطار في رمضان بظهور طلوع الفجر فلا يجب الكفارة **قوله** وان كان اكبر رايه انه اكل قبل الغروب فعليه
القضاء رواية انا فقد يقول لم رواية واحدة واحترز به عما اذا اكل وفي اكبر رايه ان الفجر طالع لان في وجوب القضاء ثم روايتين
كما بينا ولم يتعرض صاحب الهداية على وجوب الكفارة فيما اذا كان اكبر رايه انه اكل قبل الغروب قال صاحب التحفة لا كفارة عليه
لان احتمال الغروب قائم وانما تكفي بشبهة خلافا لما قال بعض الفقهاء انه يجب عليه الكفارة لانه متيقن بالنهار **قوله** ولو كا

شاكا

ولو كان شاكا فيه اي في غروب الشمس فينبغي انه يجب عليه الكفارة اما لو تقرب يعني ان يجب الكفارة وانما قال بلفظ ينبغي لان في
وجوب الكفارة اختلاف المشايخ وقد ذكرناه قبل هذا **قوله** ومن اكل في رمضان ناسيا الى اخره قال فخر الاسلام البزدوي د
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة فيمن اصبح في رمضان صائما فاكل او شرب او جامع ناسيا فظن ان ذلك يفطره فاكل
بعد ذلك متعمدا قال عليه القضاء ولا كفارة عليه قال في شرح الكرخي قال محمد الا ان يكون بلغه الخبر فاكل الناسي لا يفطر يعني
حينئذ يجب عليه الكفارة وههنا ثلاثة فصول احدها هذا والثاني اذا احتجم فافطر بعد ظن ان الحجامة تفطره والثالث انه اذا
اغتاب فظن انه يفطره ثم افطر عامدا والفصلان الاخران بينهما عقيب هذا ان شاء الله تعالى اما الفصل الاول فانما لم يجب فيه الكفارة
لما ان الكفارة تؤثر فيها الشبهة اذا استندت الى الاصل تعلق بها الحكم الا لم يتعلق والقياس في اكل الناسي انه يفسد الصوم كما قال مالك
وزفر لما بينهم وبين الا انه ترك بحديث ابي هريرة فاذا ظن انه افطر فالشبهة مستندة الى الاصل وهو القياس فلا يجب عليه الكفارة د
قوله وان بلغه الحديث وهو ما روي في الصحيح مسندا الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا نسي فاكل او شرب فليتم صومه
فانما اطعمه الله وسقاه **قوله** فكذلك في رواية عن ابي حنيفة انه قال اي لا يجب الكفارة **قوله** وعنه انه يجب وكذا عنهما
روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه قال انه بلغه الحديث لزمته الكفارة لانه لما علم ان القياس متروك بالحديث لم تبق شبهة فله الحال
فانتفت الشبهة المؤثرة في اسقاط الكفارة **قوله** وجه الاول اي وجه المذكور الاول وهو ما روي عن ابي حنيفة انه لا يجب
الكفارة وان بلغه الحديث وعلمه قيام الشبهة الحكمية اي الشرعية وهي شبهة المحل وهو الصوم بالنظر الى القياس ولهذا قال مالك
وزفر يفسد صومه كذا قال الامام العتابي وهذا لان تفويت الركن يفسد وقد حصل التفويت بالاكل فينبغي ان يفسد الصوم كما اذا فات
ركن الصلاة فلا ينتفي هذه الشبهة بالعلم بالحديث لان هذه شبهة المحل فيستوي فيها العلم وعدمه كما اذا وطئ الاب جارية ابنه حيث لا يجب الحد د
لان ملك الاب لكن ابني ذلك بدليل اخر فبقيت الاضافة مورثة للشبهة وهي شبهة المحل فاستوي فيها العلم والجهل به وعدمه فلم يجب الحد
لاستناد الشبهة الى الاصل **قوله** ولا ينتفي ذلك بالعلم كذا برز التانيث فالاول لاستناده الى ضمير القياس والثاني لاسناد د
الى ضمير الشبهة **قوله** ولو احتجم وظن ان ذلك يفطره ثم اكل متعمدا عليه القضاء والكفارة لان الظن ما استند الى الدليل الشرعي
وهذا لان الحجامة ليست بمنافية للصوم لان الفطر مما يدخل فاذا الحق انها تفطره فشبهته ما استندت الى دليل شرعي فتجب الكفارة وقد صح
في الصحيح البخاري ان النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وهو محرم واحتجم وهو صائم رواه ابن عباس وروى صاحب السنن باسناده الى ابن عباس
عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم صائما محرما وذكر الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى ابن عباس
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه احتجم وهو صائم محرم بين مكة والمدينة وذكر فيه ايضا باسناده الى ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه احتجم وهو صائم محرم بين مكة والمدينة الى ان قال طيبة حجم النبي صلى الله عليه وسلم وهو صائم فاعطي الحجام فلو كان حراما ما د
اعطاه فدل فعله على ان الحجامة لا تفطر الصائم والمعقول ايضا يدل على ان الحجامة لا تفطر الصائم لان الدم انما هو الداء فلان يكون خروجه ينقض
به الطهارة كالغائط والبول ثم انهما لا يفطران الصوم فكذا الدم ولان الدم الذي يخرج بالفصد لا يفطر وهو دم عرق **قوله** الا
اذا افتاه فقيه بالفساد يعني لا يجب الكفارة على المحتجم اذا اكل بعد ما افتاه فقيه بفساد صومه بالحجامة لان العامي يلزمه الرجوع
الى فتوى الفقيه وقد افتاه بما اختلف فيه الفقهاء فصار ذلك عذرا **قوله** ولو بلغه الحديث واعتمده فكذا عند محمد اي لا يجب
الكفارة والمراد بالحديث ما روي في السنن وشرح الاثار عن ثوبان عن النبي صلى الله عليه وسلم قال افطر الحاجم والمحجوم وقد روى الحسن د
ابن زياد عن ابي حنيفة ايضا انه لا كفارة عليه لانه يجب عليه الاخذ بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فيكون شبهة مستندة الى
الى دليل **قوله** وعن ابي يوسف خلاف ذلك اي خلاف الحكم المذكور عند محمد وهو ما روى ابن سماعة وبشر عن ابي يوسف اذا افطر
المحتجم بحديث فعليه القضاء والكفارة لان العامي اذا سمع خبرا لا يجوز له العمل به لانه لا يامن ان يكون منسوخا او ظاهره متروكا يجب عليه الرجوع الى د
ما لا يجوز له العمل به لا يكون عذرا **قوله** فان عرف تاويله يجب الكفارة يعني اذا بلغه الحديث وعرف تاويله ولم يعتمده فاكل بعد ذلك عمدا
يجب الكفارة لعدم الشبهة وتاويله ما ذكره الشيخ ابو جعفر الطحاوي باسناده الى ابي الاشعث الصنعاني قال انما قال النبي صلى الله عليه وسلم
افطر الحاجم والمحجوم لانهما كانا يغتابان يعني خلط اجرهما بالغيبة فصارا كالمفطرين لا انهما افطرا حقيقة **قوله** وقول الاوزاعي د
لا يورث الشبهة لمخالفة القياس وبيان المخالفة ذكرناه انفا قال العيني الاوزاعي اسمه عبد الرحمن بن عمرو وبنو الاوزاع بطن من همدان
وقال الواقدي كان يسكن بيروت ومولده بالسامة ومات ببيروت سنة سبع وخمسين ومائة وهو يومئذ ابن اثنين وسبعين سنة وقول
احمد في الاحتجام مثل قول الاوزاعي انه يفطره **قوله** ولو اكل بعد ما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيف ما كان يعني د
سواء ظن ان الغيبة فطرته او استفتى فقيها فافتى بفساد صومه بالغيبة او تاول الحديث بانها تفطره فاكل بعد ذلك عمدا يجب عليه القضاء
والكفارة لان الفطر بالغيبة يخالف القياس والحديث الوارد في هذا الباب وهو قوله عليه الصلاة والسلام الغيبة تفطر الصائم مؤول
بالاجماع يعني لا يذهب ثواب صومه بالغيبة فلا يكون شبهته باطلة لان احدا من العلماء لا يأخذ بظاهر الحديث **قوله** واذا جومعت
النائمة والمجنونة وهي صائمة عليها القضاء دون الكفارة وقال زفر والشافعي لا قضاء وكذا الخلاف اذا صب الماء في حلق النائم ثم
قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قال صاحب الكتاب عندهما وفوق عذر الناسي فينبغي ان لا يلزمها شيء وكيف يلزم د
المجنونة قضاء والجواب ان الصوم لم يفسد بفعل الناسي استحسانا بالاثر والنائم ليس في معنى الناسي لان المواقعة في حالة النوم من غير
ان تنتبه النائمة امر يحصل قلما يوجد لم يعتبر شبهة والنسيان امر واقع غالب الوجود واما مسئلة الجنون فمتاوله ان تفيق المجنونة
ولا يستوعب جنونها الشهر فصيرت بمنزلة النوم والاغماء فلا يبطل القضاء ما زاد لا يجب الحرج بخلاف النسيان لانه يوجب الحرج والعذر

هنا المغمى اي العذر في النوم والجنون المغمى عليه لعذر في النسيان لان الناسي قاصد للاكل والنائمة والمجنونة لا قصد منهما اصلا
قوله وهذا نادر اي جماع النائمة والمجنونة امر نادر فلا يلحق بالنسيان لانه غالب الوجود وانما لم يجب الكفارة لانعدام الجناية
لعدم الفعل

فصل

فيما يوجبه على نفسه لما فرغ عن بيان ما يجب على الانسان من الصوم
بايجاب الله تعالى اداء وقضاء واتبعهما ببيان العوارض من المرض والجنون والاغماء وغير ذلك
شرع في بيان ما يجب عليه بايجابه قوله واذا قال لله علي صوم يوم النحر افطر وقضى فهذا النذر صحيح عندنا خلافا لزفر
والشافعي قال ابو الحسن الكرخي اختلف الرواية عنهم في كراهة الصوم في سنة العيد وايام التشريق واليوم الذي يشك فيه انه من
ان يصام تحريا من رمضان واذا صام في هذه الايام كان صائما ويكره له ذلك وقال الشافعي لا ينعقد فيها الصوم واذا نذر صوم هذه
الايام صح نذره في رواية محمد عن ابي حنيفة وكذلك روى بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه لا يلزمه بالنذر شيء وهو رواية ابن المبارك
عن ابي حنيفة وهو قول زفر كذا قال القدوري في شرحه لزفر ما روي في الموطا عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن
صوم يومين يوم الفطر ويوم الاضحى وروي في السنن مسندا الى ابي سعيد الخدري انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيام
يومين يوم الفطر ويوم الاضحى وعن الشملة الصماء وان يحتبي الرجل في الثوب الواحد وعن الصلاة ساعتين بعد الصبح وبعد العصر وروي
في السنن ايضا مسندا الى عقبة بن عامر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق عيدنا اهل الاسلام
وهي ايام اكل وشرب فلما كان صوم هذه الايام منهيا لم يكن النذر بصومها نذرا بالمعصية فلا يصح ولان صوم هذه الايام ليس بقربة
ونذر ما ليس بقربة ما يتعلق به الوجوب كنذر صوم اليوم الذي اكل فيه ونذر يوم الحيض ولنا ان النهي بمعنى في غيره فلا يعدم ذلك
المشروعية وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى لان الناس اضياف الله تعالى في هذه الايام فيصح النذر لان صوم هذه الايام مشروع
باصله وهو قمع النفس عن هواها وذلك حسن غير مشروع بوصفه وهو ترك الاجابة فلهذا قلنا انه يفطر احترازا عن مجاورة المعصية
ويكمله يقضي اسقاطا لما وجب عليه او نقول انه نذر بالصوم وانه على وجه معين فيلزم بتعلقه لا على وجه ارجح على نفسه لانه لم يلتزم
شيئا اخر فان صام في هذه الايام سقط نذره لانه اداه والباقي يعرف في الاصول قال في الفتاوى يكره صوم يوم عرفة بعرفات
وكذا صوم يوم التروية لانه يعجزه عن اداء افعال الحج اما اذا كان لا يضعفه عن اداء الافعال او كان غير حاج فهو مستحب لما في
الحجة وصوم يوم السبت مفردا مكروه للتشبه باليهود وكذا صوم يوم عاشوراء مفردا مكروه للتشبه باليهود وصوم الصمت
مكروه ايضا وهو ان يصوم ويمسك عن الكلام لان ذلك من فعل المجوس كذا في شرح مختصر الكرخي ويكره صوم النيروز والمهرجان
اذا تعمد فاذا وافق صومه فلا باس لانه اراد في هذه الايام بالصوم تعظيم لما قد نهينا عن تعظيمها قال في شرح مختصر الكرخي
قال ابو يوسف بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن صوم الوصال ومعنى ذلك ان يصوم اياما لا يفطر فيهن وروي
انه عليه الصلاة والسلام كان يواصل ونهى عن الوصال ويقول اني لست كاحدكم اني اظل عند ربي يطعمني ويسقيني وقال
في الايضاح لا باس بصوم يوم الجمعة في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف قد جاء حديث في كراهته الا ان يصوم قبله
يوما وبعده يوما وفي جوامع ابي يوسف انه قال كانوا يستحبون صيام ايام البيض وليس بواجب وكان بعضهم يصوم يوم الاثنين
والخميس وكره بعضهم توقيت الصوم في يوم ومن صام يوما وافطر يوما فحسن قيل انه صوم داود عليه الصلاة والسلام قوله
وان صام فيه اي في يوم النحر قوله وهذه المسئلة على وجوه ستة الوجه الاول عدم النية والثاني نية النذر
فحسب والثالث نية النذر ونية ان لا يكون يمينا ففي الوجوه الثلاثة يكون نذرا لان هذا الكلام نذر بصيغته فتعين النذر في
الوجه الاول بلا نية لكونه حقيقة كلامه وفي الوجه الثاني تعين الطريق الاولى لانه قرر النذر بعزيمته وفي الثالث اولى واحرى
بكونه مرادا لانه قرر النذر بعزيمته ونفى ان يكون غيره مرادا والوجه الرابع نية اليمين ونية ان لا يكون نذرا ففي هذه الصورة
يكون يمينا بالاجماع لان اليمين محتمل كلامه لان اللام تجيء بمعنى الباء لقوله تعالى امنتم له اي به الا ترى الى قول ابن عباس دخل ادم الجنة
فلله ما غربت الشمس اي فبالله وقد عين المحتمل بنيته ونفى غيره فصار المحتمل هو المراد والغي غيره لانه لم يلتزم غيره حيث نفاه والوجه
الخامس نية النذر واليمين ففي هذه الصورة يكون نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد حتى لو لم يصم يجب القضاء والكفارة القضاء
باعتبار النذر والكفارة باعتبار اليمين ويكون عند ابي يوسف يكون نذرا له ان قوله لله علي صوم كذا يراد به النذر حقيقة
لعدم توقفه على النية ويراد به اليمين مجازا لتوقفه على النية فلما كان احدهما مرادا لم يجز ان يراد الاخر ولا يلزم الجمع بين الحقيقة
والمجاز بلفظ واحد وهو لا يجوز ولهما انه نذر بصيغته يمين بموجبه وهو الايجاب فلا يجتمع الحقيقة والمجاز بلفظ واحد وهذا لان
ايجاب المباح يمين كتحريم المباح يمين بقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فكذا ايجاب
المباح لان في ايجاب المباح تحريم المباح بيانه ان من قال والله لاصومن هذا اليوم يجب عليه صوم ذلك اليوم بعد ان كان
مباحا وفيه تحريم المباح لان ترك الصوم كان مباحا قبل الايجاب وبعده صار حراما فثبت ان ايجاب المباح يمين قلنا لا تنافي بين
الجنسين فيجتمعان قوله الا ان النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره استثناء من قوله لا تنافي بين الجهتين يعني لا تنافي بين النذر
واليمين في انهما يقتضيان الوجوب وانما الفرق بينهما في ان احدهما وهو النذر موجب لعينه ولهذا يقتضي القضاء بترك الفعل والاخر
وهو اليمين موجب لغيره ولهذا لا يقتضي القضاء وانما يوجب الكفارة فجمعنا بين النذر واليمين عملا بالدليلين او نقول العدول عن
الحقيقة الى المجاز يصح في ايجاب ما لزمه لا في اسقاط ما عليه والوجه [illegible] فلم يعتبر نيته في الاسقاط قوله كما جمعنا بين جهتي
التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض يعني ان الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء حتى انها ولهذا صح الرجوع قبل القبض باعتبار التبرع
وتثبت الشفعة بعد القبض اعتبارا بالبيع فلم يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز لاختلاف الجهة فكذا فيما نحن فيه قوله ولو
قال لله علي صوم هذه السنة افطر يوم الفطر ويوم النحر وايام التشريق وقضاها لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الايام المنهية
صحيح عندنا لان النهي لا يعدم المشروعية وقد حققناه قبل هذا قوله وكذا اذا لم يعين لكنه شرط التتابع يعني يفطر
الايام المنهية ويقضيها بعد هذه الايام موصولة بها تحقيقا للتتابع والله اعلم قوله لان المتتابعة اي السنة المتتابعة
قوله لا تعرى عنها اي عن الايام المذكورة وهي يوم الفطر ويوم النحر وايام التشريق قوله ويتاتى في هذا
خلاف زفر والشافعي اي يتاتى في قضاء صوم هذه الايام خلافهما فانه لا ينعقد عندهما لعدم صحة النذر لورود النهي وقد مر جوابهما
قوله وقد بينا الوجه فيه والعذر عنه اي عن النهي وهو ما ذكر عند قوله ولنا انه نذر بصوم مشروع
والنهي لغيره قوله بخلاف ما اذا عينها متصل بقوله لم تجزه صوم هذه الايام يعني اذا لم يشترط التتابع بان
قال لله علي صوم سنة متتابعة بل قال لله علي صوم سنة فصام هذه الايام لم يجزه لانه لما لم يعين السنة وجب عليه صوم السنة
بسبيل الكمال لان الاصل هو الكامل فيما يلزمه فلا يتادى بالناقص بخلاف ما اذا عين السنة حيث يجوز صوم هذه الايام لانه اداه
كما التزمه وكذا اذا اشترط التتابع قوله وقد سبقت وجوهه اي وجوه ما اذا قال لله علي صوم هذه السنة قد سبقت
عند قوله لله علي صوم يوم النحر واراد بها الوجوه الستة التي ذكرناها قوله ومن اصبح يوم النحر صائما ثم افطر لا شيء عليه
اعلم انه اذا شرع في صوم النحر وايام التشريق بنية التطوع ثم افسد لا قضاء عليه وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا وروى
ابن سماعة عن ابي يوسف ومحمد في النوادر ان القضاء يجب عليه قياسا على النذر بصوم هذه الايام وقياسا على الشروع في الصلاة في
الاوقات المكروهة اعني عند الطلوع والزوال والغروب وذكر صاحب الاسرار يجب عليه القضاء عند ابي يوسف خاصة
في رواية الامالي كذا في المختلف وجه الظاهر ان الشروع انما صار ملزما لصون ما ادى والشارع في هذا الصوم لا يجب
عليه صون ما ادى لانه بمجرد الشروع في الصوم يصير مباشرا للمنهي عنه ولهذا يسمى صائما بالشروع في الجزء الاول الا ترى
انه يحنث اذا حلف انه لا يصوم فلما لم يجب عليه صون المودي لمباشرة المنهي لم يجب عليه القضاء لان وجوب القضاء ينبني على
وجوب الاداء بخلاف النذر حيث لزمه القضاء لعدم مباشرة المنهي لان العصيان يلزم من ضرورات المباشرة لا من ايجاب المباشرة
نفس النذر والايجاب التزام قربة خالصة فيصح نذره فوجب القضاء بخلاف الشروع في الصلاة في الاوقات الثلاثة حيث يجب القضاء
اذا افسدها لان الشروع في الصلاة ليس بملزوم لمجاورة المعصية لان التحريمة عقد على اداء الصلاة وليست باداء الصلاة لان اداءها
لا يكون الا بالتقييد بالسجدة ولهذا لا يحنث في يمينه لا يصلي ما لم يقيدها بالسجدة فلما كان الشروع صحيحا وجب عليه صون المودي
وكان مضمونا بالقضاء وهذا هو المشهور من اصحابنا رحمهم الله وروي عن ابي حنيفة انه لا يجب عليه القضاء اذا قطع الصلاة
قبل الزوال تراقدها لانه ممنوع عن الدخول فيما الزمه نافلة قوله ووجوب القضاء ينبني عليه اي على صيانة المودي وانما
ذكر الضمير وان كان راجعا الى الصيانة بتاويل الصون لانها في معناه قوله ولا يصير به مخالفا للنهي بنفس النذر
جواب عن قوله كالنذر وقد مر بيانه قوله والاظهر هو الاول اي الاظهر والاشهر من الرواية عن اصحابنا هو
المذكور الاول وهو وجوب القضاء بالشروع في الصلاة في الاوقات الثلاثة اذا افسدها وقد بينا وجهه والله تعالى اعلم

باب الاعتكاف

ذكر الاعتكاف بعد الصوم لما ان الصوم شرطه والشرط مقدم على المشروط
طبعا فقدم وضعا للمناسبة كالطهارة والصلاة ولان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعتكف العشر الاخير من رمضان فناسب
ذكر الاعتكاف اخر الصوم قوله قال الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة اي قال الامام القدوري في مختصره الاعتكاف
مستحب وقال صاحب الهداية الصحيح انه سنة مؤكدة لان النبي [illegible] والاصل فيه قوله
تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد تدل على كونه مشروعا وكونه قربة وروى البخاري في الصحيح باسناده الى ابن عمر
قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتكف العشر الاواخر من رمضان وروي فيه ايضا مسندا الى ابن ابي شهاب
الزهري عن عروة عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يعتكف في العشر الاواخر من رمضان حتى توفاه الله ثم اعتكف ازواجه من بعده
وروى ابو داود في سننه باسناده الى عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعتكف العشر الاواخر من رمضان حتى
قبضه الله عز وجل ثم اعتكف ازواجه من بعده وفي السنن ايضا مسندا الى ابي هريرة قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يعتكف
في كل رمضان عشرة ايام فلما كان العام الذي قبض فيه اعتكف عشرين يوما وذكر في شرح مختصر الكرخي والايضاح وشرح الاقطع
عن الزهري قال عجبا للناس كيف تركوا الاعتكاف وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل الشيء ويتركه ولم يترك الاعتكاف منذ دخل
المدينة الى ان مات وقال عطاء الخراساني مثل المعتكف مثل عبد القى نفسه بين يدي الله عز وجل ويقول لا ابرح حتى تقضي حاجتي
قوله وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف الضمير راجع الى الاعتكاف لما ان اللبث ركن الاعتكاف لانه ينبئ عن اللبث
فكان وجود اللبث الاعتكاف لانه لا وجود للشيء الا بركنه وهذا لان الاعتكاف ماخوذ من عكف على الشيء عكوفا اذا دام وانما اشترط
المسجد لان النبي صلى الله عليه وسلم يعتكف في المسجد وقد نطقت به الاية وهو قوله تعالى وانتم عاكفون في المساجد ولنا الصوم فلما
روى ابو داود في سننه مسندا الى عائشة انها قالت السنة على المعتكف ان لا يعود مريضا ولا يشهد جنازة ولا يمس امراة ولا يباشرها
ولا يخرج لحاجة الا لما لا بد منه ولا اعتكاف الا بالصوم ولا اعتكاف الا في مسجد جامع وفيه ايضا مسندا الى ابن عمر ان عمر رضي الله

جعل عليه ان يعتكف في الجاهلية ليلة او يوما عند الكعبة فقال النبي صلى الله عليه وسلم فقال اعتكف وصم • واما النية فلان الاعمال
بالنيات بالحديث قوله هو يقول ان الصوم عبادة وهو اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره والقياس مع الشافعي لانه لو كان شرطا ينبغي
ان يكون بتفاوت بين الاصل والشرط منافاة ولكنا تركنا القياس استحسانا بما روي عن عائشة انها قالت لا اعتكاف الا بصوم • فان قلت لا نسلم
ان الصوم شرط الاعتكاف ويصح الاعتكاف في الليل ولا يصح الصوم فيه • قلت يوجد الصوم في الليل تقديرا وحكما وان لم يوجد حقيقة
الا ترى ان الاعتكاف في الليل لا يصح ايضا اذا لم يكن تقدير الصوم فيه حكما كما اذا نذر ان يعتكف ليلة لان الليلة لا ينتظم ما بازائها من اليوم
واذا نذر ان يعتكف ليلتين يلزمه اعتكافهما بيوميهما لا اسما لهما بيوميهما لوجود الصوم في الليلتين حكما تبعا ليوميهما فكم من شيء ثبت ضمنا ولا
يثبت قصدا • وقال الكرخي في مختصره • وروى ابن سماعة عن ابي يوسف في قوله لله علي اعتكاف ليلة قال ان اراد اليوم لزمه وان لم يكن له
نية لم يلزمه قوله ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه اي من الاعتكاف • اعلم ان الاعتكاف نوعان واجب وهو ان يقول لله
علي ان اعتكف يوما او شهرا او يعلقه بشرط بقوله ان شفى الله مريضي والنفل ان يشرع فيه من غير ايجاب بالنذر ثم الصوم شرط لصحة الاعتكاف
الواجب رواية واحدة وليس بشرط لصحة الاعتكاف النفل على ظاهر الرواية عن اصحابنا وعلى رواية الحسن عن ابي حنيفة شرط الصوم له
وعلى هذه الرواية لا يجوز الاعتكاف اقل من يوم لان الصوم مقدر باليوم • ووجه ظاهر الرواية ما روي عن ابن عباس انه قال ليس على
المعتكف صيام الا ان يجعله على نفسه اي يجعل الاعتكاف بالنذر ولان الاعتكاف لبث في مكان فلا يتقدر بوقت كالوقوف بعرفة
فاذا لم يتقدر بوقت يكون معتكفا بقدر ما اقام وله ثواب المعتكفين ما دام في المسجد بنية الاعتكاف فاذا خرج انتهى اعتكافه
وهو قول محمد وعن ابي يوسف انه قدر اقل الاعتكاف باكثر اليوم اقامة للاكثر مقام الكل قوله لظاهر ما روينا وهو قوله لا
اعتكاف الا بالصوم قوله وعلى هذه الرواية اي على رواية الحسن عن ابي حنيفة وفي رواية الاصل وهو قول محمد اقله ساعة
اي اقل الاعتكاف النفل ساعة واكثره ما شاء وزاد في الاصل المبسوط قوله ولو شرع فيه اي في الاعتكاف النفل ثم
قطعه لا يلزمه القضاء قوله ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد الجماعة واراد به مسجدا يصلى فيه الصلوات كلها لان الاعتكاف
عبادة انتظار الصلاة فلابد من اختصاصه بمسجد يصلى فيه الصلوات الخمس الصحيح عندي انه يجوز في كل مسجد لاطلاق قوله تعالى وانتم
عاكفون في المساجد • قال في الفتاوى يجوز الاعتكاف في الجامع وان لم يصلوا فيه بالجماعة اما اذا كان يصلى فيه الصلوات الخمس بالجماعة
فالاعتكاف فيه افضل • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي افضل الاعتكاف ان يكون في المسجد الحرام ثم في مسجد المدينة
وهو مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم في مسجد بيت المقدس ثم في المساجد الكبار التي كثر اهلها قوله اما المراة تعتكف في مسجد
بيتها لانه هو الموضع لصلاتها • قال في شرح الطحاوي المراة كالرجل لا تعتكف الا في مسجد جماعة هذا رواية
في ظاهر الرواية • وذكر الكرخي في مختصره اذا المراة ان اعتكفت في مسجد بيتها وان شاءت اعتكفت في مسجد جماعة والاول
افضل من مسجد جماعة افضل من المسجد الاعظم ولا تعتكف المراة في بيتها بغير مسجد ولا تخرج من مسجد بيتها اذا اعتكفت كالرجل
ولا يأتيها زوجها فكان لها في الاعتكاف ولا ينبغي لها ان تعتكف الا باذنه والمراد من مسجد بيتها هو المكان المعد للصلاة قوله
ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة • اعلم ان المعتكف لا يخرج من معتكفه ليلا ولا نهارا الا لما لا بد منه من الغائط
والبول وحضور الجمعة والاصل فيه ما روي في الصحيح عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اعتكف لا يدخل البيت الا
لحاجة الانسان ولانه لا يمكن فعلها في المسجد فلابد من الخروج لتحقق الغرض بخلاف الاكل والشرب فانه يمكن فعلهما في المسجد للاعتكاف
عندنا وعند الشافعي ان اوجب اعتكافا متتابعا ثم خرج الى الجمعة بطل اعتكافه واستأنف في الجامع • لنا ان الاعتكاف يصح في كل
مسجد والجمعة معلوم وقوعها ولا يصح اداؤها في كل مسجد فلابد من الخروج اليها كحاجة الانسان وكذا لا يخرج الى عيادة المريض وصلاة
الجنازة لعدم الضرورة المطلقة للخروج وفي الاعتكاف النفل لا باس بان يعود المريض ويشهد الجنازة على الرواية التي لا يتقدر
الاعتكاف بيوم اما على الرواية التي يتقدر فيها بيوم اذا خرج الى عيادة مريض فسد اعتكافه كذا في شرح مختصر الكرخي ولا يلبث بعد
فراغه من قضاء الحاجة لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قوله ويخرج حين تزول الشمس اي يخرج المعتكف الى الجمعة وقت
سماع الاذان حين زالت الشمس لان الخطاب يتوجه بعد زوال الشمس فيكون في المسجد مقدار ما يصلي قبلها اربعا الاربع سنة الجمعة
والركعتان تحية المسجد ويصلي بعدها اربعا او ستا على الاختلاف في سنة الجمعة قال ابو حنيفة ومحمد يصلي اربعا • وقال ابو يوسف يصلي
ستا • وقال في شرح مختصر الكرخي قال محمد اذا كان منزله بعيدا خرج حين يرى انه يبلغ المسجد عند النداء وهذا صحيح لان الغرض ادراك
الجمعة فوجب ان يقدر الوقت الذي فيه الجمعة وتوابعها تبعا لها فصارت كاذكارها المسنونة وذلك يختلف ببعد المنزل وقربه
فيقدر بذلك قوله بعيدا عنه اي عن الجامع قوله اكثر من ذلك اي اكثر من صلاة الجمعة وسنتها قوله الا انه لا
يستحب استثناء من قوله لا يفسد اعتكافه باقامة المعتكف في الجامع اكثر من صلاة الجمعة وسنتها الا انه لا يستحب بعد الفراغ لانه
يكره له ذلك لما انه التزم اداء الاعتكاف في المسجد المعين فيلزمه رعاية ذلك بقدر الامكان قوله ولو خرج من المسجد ساعة
بغير عذر فسد اعتكافه عند ابي حنيفة والعذر الخروج لغائط او بول او جمعة فانه لا بد منه وكذا اذا انهدم المسجد فهو عذر يخرج منه
الى اخر وكذا لو اخرجه سلطان او غير سلطان فدخل مسجدا اخر من ساعته صح اعتكافه استحسانا لانه معذور في الخروج والقياس ان
يفسد لزوال اللبث وكذلك لو اطمأن عن حاجته ساعة ثم خرج لغائط او بول • ذكره الحاكم الجليل في كافيه ثم الخروج من المسجد بغير عذر
يفسد الاعتكاف وان كان قليلا سواء كان عامدا او ناسيا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا يفسد حتى يخرج اكثر من نصف
يوم • قال محمد قول ابي حنيفة اقيس وقول ابي يوسف اوسع وجه قولهما ان القليل عفو وان كان بغير عذر ولهذا اذا خرج لحاجة الانسان

فاتى في البقاء لا يفسد الاعتكاف وان كان لا يحتاج الى الثاني في البقاء لانه في حكم اليسير والكثير ليس بعذر قوموا وادنى القدر
فقدر الخروج باكثر النهار • ووجه قول ابي حنيفة ان ترك اللبث مناف للاعتكاف وان كان لا يحتاج الى الثاني لانه لبث فيستوي
قليله وكثيره كالاكل في باب الصوم ولان الاعتكاف لبث فما يضاده لا يتقدر بالوقت كالوقوف بعرفة قوله الا انه الاكل
والشرب يكون في معتكفه بفتح الكاف موضع الاعتكاف وهذا لان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يخرج من معتكفه لاجل الاكل ولان الاكل ليس
بمناف للبث فلا يفسده واذا خرج للاكل يفسد اعتكافه بخروجه بلا ضرورة قوله الا انه يكره احضار السلعة
استثناء من قوله لا باس بان يبيع يعني لا باس بالبيع والشراء للمعتكف في المسجد لحاجته الى ذلك الا انه يكره احضار السلعة لقوله عليه الصلاة
والسلام جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وبيعكم وشراءكم ورفع اصواتكم ولهذا لا يجوز ان يقعد الخياط في المسجد ويخيط اما الغير المعتكف
فيكره البيع والشراء دون احضار السلعة لانه شغل المسجد بغير العبادة قوله ولا يتكلم الا بخير وهذا لقوله تعالى وقل
لعبادي يقولوا التي هي احسن والنص بعمومه يقتضي ان لا يتكلم خارج المسجد الا بخير ففي المسجد اولى ويكره له الصمت اي ترك التحدث مع الناس
لانه نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا ان صوم الصمت من فعل المجوس لعنهم الله • وقال الامام حميد الدين الضرير انما
يكره الصمت اذا اعتقده قربة اما اذا لم يعتقده قربة فلا يكره لقوله عليه الصلاة والسلام من صمت نجا رواه عبد الله ابن عمر
قوله لكنه يتجانب ما كان مأثما متصل بقوله يكره له الصمت يعني يتحدث بما شاء بعد ان لا يكون مأثما في كلامه والمأثم الاثم
قوله ويحرم على المعتكف الوطء وكذا يحرم عليه دواعي الوطء اعني اللمس والقبلة بخلاف الصائم حيث يحرم عليه الوطء ولا
يحرم عليه اللمس والقبلة والفرق بين الاعتكاف والصوم ان الوطء في باب الاعتكاف محظور بالنهي عنه بقوله تعالى ولا
تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد ومحظور الشيء يوجد بعد تمام ماهيته ذلك الشيء وهنا كذلك لان حقيقة الاعتكاف
هو اللبث في المسجد مع النية ثم لما وجد صار الجماع حراما بصريح النهي فيتعدى من الوطء الى دواعي الوطء لان المنهيات في
باب المحرمات ملحقات بالحقيقة كما قلنا في الاحرام ان حقيقته التلبية باللسان والنية بالقلب ثم بعده صار الجماع حراما
بقوله تعالى ولا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فتعدت الحرمة الى اللمس والقبلة بخلاف الصوم فان الكف عن الوطء ركن
الصوم لا محظوره الذي وجد بعد وجود الركن وصار الجماع حراما لا بصريح النهي بل بالضرورة انه لا يفوت ركن الصوم والثابت
بالضرورة يتقدر بقدرها فلم يتعد الحرمة الى الدواعي لهذا المعنى • فان قلت ورد صريح النهي في باب الحيض • قال تعالى
فلا تقربوهن حتى يطهرن مثل ما ورد في الاعتكاف وكان ينبغي ان تحرم الدواعي ثمة • قلنا انما تحرم اللمس والقبلة في باب الحيض
لانه يكثر الوقوع فلو حرم الدواعي لزم الحرج وهو مدفوع شرعا بخلاف الاعتكاف فانه قليل الوقوع يوجد احيانا او نقول في
النص دليلا على عدم حرمة اللمس والقبلة لان الحيض معلول بالاذى قال تعالى قل هو اذى وذلك لا يوجد فيهما فافهم قوله
وكذا اللمس والقبلة اي يحرم اللمس والقبلة كما يحرم الوطء قوله لانه من دواعيه اي لان كل واحد من اللمس والقبلة من
دواعي الوطء قوله هو محظوره اي الوطء محظور الاعتكاف لان الكف ركنه لا محظوره اي لان الكف عن الوطء ركن الصوم
لا محظور الصوم قوله فلم يتعد الى دواعيه اي فلم يتعد حكم الحرمة من الوطء الى دواعي الوطء قوله فان جامع ليلا
او نهارا عامدا او ناسيا بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف اعلم ان كل ما كان من محظورات الاعتكاف فلا يختلف حكم السهو والعمد
والليل والنهار ولهذا لو اكل او شرب اذا جامع يفسد اعتكافه ولو جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا وكذا اذا خرج بعذر
بغير عذر وناسيا فسد اعتكافه وكل ما كان من محظورات الصوم يختلف حكم السهو والعمد والليل والنهار ولهذا اذا اكل او شرب
ليلا عامدا او ناسيا لا يفسد ولذا اذا جامع في النهار ناسيا لا يفسد صومه وان فسد الاعتكاف ولو اكل في النهار عامدا يفسد
اعتكافه لفساد صومه وانما صار النسيان عذرا في الصوم دون الاعتكاف لان المفسد لا يستغني عنه بالنسيان والذكر لكن
الصوم خص بالنص الخاص ولان هيئة المعتكف مذكرة فلم يعذر بالنسيان بخلاف الصوم فانه لا مذكر له فصار النسيان عذرا
قوله بخلاف الصوم متصل بقوله بطل اعتكافه يعني اذا جامع ناسيا يبطل اعتكافه ولا يبطل صومه وقد بيناه قوله
ولو جامع فيما دون الفرج فانزل او قبل او لمس يبطل اعتكافه يعني لانه انزل بمباشرة فصار كما لو انزل بالوطء من حيث قضاء الشهوة
قال في شرح الاقطع لا يبطل في بعض اقوال الشافعي فاما اذا قبل او لمس ولم ينزل لا يبطل اعتكافه وان كان حراما لان اللمس بلا
انزال او القبلة بلا انزال ليس في معنى الجماع والمفسد هو الجماع • وقال الشافعي في احد قوليه يبطل كذا في شرح الاقطع فان
قيل مباشرة محرمة بالاعتكاف فوجب ان يفسد بها الاعتكاف كالوطء قلنا لا نسلم ان القياس صحيح لان المقيس عليه وهو الجماع
اذا وقع عمدا يفسد الصوم ما فسد الاعتكاف والمقيس وهو القبلة اذا وقع عمدا لا يفسد الصوم فلا يفسد الاعتكاف والمقيس
وهو القبلة اذا وقع عمدا لا يفسد الصوم فلا يفسد الاعتكاف ثم لما بطل اعتكافه اذا كان اوجبه لوقت لم يقض بعض استيفائه
وبه صرح الشيخ ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي لان الجماع يفسد الاعتكاف كما يفسد الصوم بالنهار فيستقبل استقبالا
صحيحا كما يستقبل صحيحا اذا جامع بالنهار قوله ومن اوجب على نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها وهذا كما اذا
قال لله علي ان اعتكف ثلاثة ايام او قال ثلاثين يوما يلزمه الاعتكاف بلياليها لان ذكر احد العددين على طريق الجمع ينتظم ما بازائه
من العدد والاصل فيه قصة زكريا صلوات الله وسلامه عليه قال آيتك الا تكلم الناس ثلاثة ايام الا رمزا اي ثلاثة ايام
ولياليهن • وقال في موضع اخر قال آيتك ان لا تكلم الناس ثلاث ليال سويا والقصة واحدة فعلم ان ذكر الايام ذكر الليالي
وبالعكس فلا يلزم الحلف في خبر الله تعالى وذلك لا يجوز ولا بد من التتابع في الاعتكاف لان الاصل في الاعتكاف هو

التتابع لوجوده في اليوم والليلة ولو نوى الايام خاصة صحت نيته لانه نوى حقيقة كلامه بخلاف ما اذا نذر ان يعتكف شهرا و
ونوى الشهر خاصة في الاعتكاف لا تصح نيته لانه اسم لعدد مقدر يشتمل على الايام والليالي فلا يحتمل ما دونه والمسئلة في الجامع الكبير و
بخلاف ما اذا نذر ان يصوم شهرا حيث يكون له الخيار ان شاء فرق وان شاء تابع لان التفريق فيه اصل لوجوده في النهر خاصة الا اذا نص على
التتابع فحينئذ يلزمه قوله يقال ما رايتك منذ ايام والمراد بلياليها هذا استدلال بالعرف على ان ذكر الايام ذكر الليالي
قوله وكانت متتابعة وان لم يشترط التتابع اي كانت الايام متتابعة في الاعتكاف • قال في شرح الاقطع قال زفر هو بالخيار ان
فرق وان شاء تابع وقاس على ما اذا نذر بالصوم والفرق ظاهر لان الاصل في الاعتكاف التتابع وفي الصوم التفريق وقد بيناه قوله
لان الاوقات كلها قابلة له اي للاعتكاف وكلها بالنصب على انها تاكيد الاوقات قوله ومن اوجب على نفسه اعتكاف يومين لزمه
بليلتيهما • اعلم انه اذا نذر اعتكاف ليلة لا يصح لانه لا يتناول نهارها والليلة محل للصوم واذا نذر اعتكاف ليلتين يصح في ظاهر الرواية
لانه يتناول يوميهما عرفا يقال لم ارك منذ ليلتين فيدخل المسجد قبل الغروب ثم يخرج بعد الغروب من اليوم الثاني وعن ابي يوسف انه
لا يصح اعتكاف ليلتين لان العرف والاستعمال في الايام والليالي دون التثنية واذا نذر ان يعتكف يومين صح اعتكافه بالاجماع وفي
مسئلة الهداية لكن عند ابي يوسف يدخل اليوم الاول والليلة المتوسطة ضرورة التتابع واليوم الثاني وفي ظاهر الرواية يتناول الليلتين
فيدخل المسجد قبل غروب الشمس ويخرج بعد الغروب من اليوم الثاني كذا ذكر الامام العتابي رحمه الله في شرح الجامع الكبير قيل ان ابا يوسف ترك
اصله لان المثنى له حكم الجمع عنده كما في سد الطريق ومحاذاة النساء • وجوابه يحتمل ان يكون عن ابي يوسف روايتان في ان المثنى له حكم الجمع
ام لا وقيل ان ابا حنيفة ومحمدا تركا اصلهما ايضا لان المثنى ليس له حكم الجمع عندهما وجوابه ان يقال نعم لكنهما احتاطا في امر العبادة فاعطيا
المثنى حكم الجمع فيها لا الليلة الاولى تدخل في المثنى كما في الجمع والله اعلم قوله وجه ظاهر الرواية ان في ايراده ان يلزمه الاعتكاف يومين
بليلتيهما لان ما ذكره عن ابي يوسف خلاف الظاهر كما ذكرنا

كتاب الحج

انما ذكر الحج اخرا لان العبادات بعد الايمان والفروع نوعه
وقدم من فروعه الصلاة لانها عماد الدين واتبعها ذكر الزكاة لانها تالية لها بالنص وذكر الصوم بعدهما لانه عبادة متعلقة بالبدن خاصة
كالصلاة والحج مركب من البدني والمالي جميعا والمفرد قبل المركب فناسب ذكر الحج من الاركان الخمسة للاسلام في وجه المناسبة في هذا
المقام وتقديم الحج على النكاح ظاهر لما ان الحج من الاركان الخمسة للاسلام بخلاف النكاح فانه من المعاملات وبعض اصحابنا سمى هذا الكتاب
كتاب المناسك مثل الشيخ ابي جعفر الطحاوي والشيخ ابي جعفر الكرخي وصاحب الايضاح وبعضهم سماه كتاب الحج والمناسك جمع المنسك بكسر
السين بمعنى النسك وهو كل ما يتقرب به الى الله تعالى لكنه اختص في العرف بافعال الحج والعمرة والحج في اللغة القصد وقيل يحجون اي يقصدون
قال المخبل السعدي يحجون سب الزبرقان المزعفرا والسب بكسر السين المهملة العمامة والزبرقان لقب حصين بن بدر التميمي سمي به لصفرته شبه
بالقمر لان الزبرقان هو القمر وفي الشريعة عبارة عن قصد مخصوص في وقت مخصوص فالاسم الشرعي فيه معنى اللغة لما ان القصد المخصوص ثم
قصد الحرم واما المكان المعلوم فهو الكعبة وعرفات عظم الله بركاتها واما الوقت المخصوص فهو اشهر الحج • ثم اعلم ان الفرائض على مراتب
منها ما يفترض على الانسان في عمره مرة واحدة وهي حجة الاسلام ومنها ما يفترض عليه في كل سنة مرة واحدة وهي الزكاة وصوم رمضان
وكذا وجوب صدقة الفطرة والاضحية اذا اجتمعت شرائطها ومنها ما يفترض في كل يوم خمس مرات وهي الصلوات الخمس ومنها ما يفترض
عليه ابدا وهي معرفة الله تعالى والايمان به والايمان بالانبياء والاستمرار على ذلك كذا ذكر الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي قوله
الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الاصحاء اذا قدروا على الزاد والراحلة انما وصف الحج بالوجوب وان كان فرضا لان الوجوب اعم
من الفرض حيث يصح اطلاقه على الفرض لان الوجوب عبارة عن الثبوت ولان بعض احكامه ثبت بخبر الواحد ثم المصنف ذكرها بلفظ
الجمع • فقال على الاحرار البالغين وفي الزكاة بلفظ الواحد فقال الزكاة واجبة على الحر العاقل البالغ المسلم اذا ملك نصابا على عادات
الناس لانهم يؤدون الحج في الغالب بجمع عظيم ويؤدي كل واحد زكاة ماله بلا اجتماع ثم الاصل في وجوب الحج • قوله تعالى ولله على الناس
حج البيت من استطاع اليه سبيلا وقوله من استطاع بدل من الناس وقال في الكشاف عن سعيد بن المسيب نزلت في اليهود فانهم قالوا
الحج الى مكة غير واجب • وروي انه لما نزل قوله تعالى ولله على الناس حج البيت جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل الاديان كلهم فخطبهم
فقال ان الله كتب عليكم الحج فحجوا فامنت به طائفة واحدة وهم المسلمون وكفرت خمس ملل قالوا لا نؤمن به ولا نصلي اليه ولا نحجه فنزل ومن
كفر • وروى البخاري في الصحيح مسندا الى ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم بني الاسلام على خمس شهادة ان لا اله الا الله وان محمدا
رسول الله واقام الصلوة وايتاء الزكاة والحج وصوم رمضان وفي الصحيح ايضا عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حج هذا
البيت فلم يرفث ولم يفسق رجع كما ولدته امه وفي رواية كيوم ولدته امه • وقال في الكشاف من مات ولم يحج فليمت ان شاء يهوديا او نصرانيا
وحكي عن ابي حنيفة انه كان يفاضل بين العبادات قبل ان يحج فلما حج فضل الحج على العبادات كلها لما شاهد من تلك الخصائص وقوله
يهوديا او نصرانيا تشديد وتغليظ وليس بحتم وذلك لانهم لا يعدون الحج من شرائع دينهم ولا يتعبدون لله به ولا يتقربون اليه ويجحدون
ان يكون الحج من فروض الله تعالى التي اوجبها على خلقه بخلاف الصوم والصلاة والصدقة وغيرها من شرائع الاسلام فانهم لا ينكرونها فكان
من اقام من المسلمين سائر الشرائع وترك الحج من غير عذر اشتبه باليهود والنصارى والباقي تعرفه في بحر الفوائد للكلاباذي • وروي في
السنن مسندا الى ابن عباس • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا صرورة في الاسلام والصرورة بالصاد المهملة الرجل الذي لم يحج وفي
السنن ايضا عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اراد الحج فليتعجل قوله ولا يجب في العمر الا مرة واحدة وهكذا
روى الامام ابو داود في سننه مسندا الى ابن عباس رضي الله عنهما ان الاقرع بن حابس سال النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله الحج في

كل سنة او مرة واحدة قال بل مرة واحدة فمن زاد فهو تطوع ولان البيت سبب بدليل الاضافة حيث يقال حج البيت وهذا لان الاصل في
الاضافة اضافة الشيء الى سببه لان الاضافة الى الاختصاص واضافة المسبب الى سببه كما يقال كسب فلان وقيل فلان وصلاة الظهر
وصوم رمضان فلما ثبت ان البيت سبب وهو واحد لا يتعدد ولا يتكرر الوجوب ايضا لان المسبب يثبت بثبوت السبب قوله
ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف والمراد من الفور ان يلزم المامور فعل المامور به في اول اوقات الامكان فيستعار للسرعة من فارت القدر
فورا اذا غلت • اعلم ان اصحابنا اختلفوا في كيفية وجوب الحج • فذكر ابو سهل الزجاجي انه على الفور عند ابي يوسف وهو مذهب الشيخ
ابي الحسن الكرخي من اصحابنا • وقال محمد هو على التراخي • وقال ابن شجاع كان ابو حنيفة يقول من كان عنده ما يحج به وكان يريد التزوج
فانه يبدا بالحج لانه فريضة اوجبها الله تعالى وهذا يدل على انه على الفور وهذا بناء على ان المطلق عن الوقت هل يوجب الاداء على الفور ام على
المهلة • وجه قول محمد ان النبي صلى الله عليه وسلم فتح مكة سنة ثمان من الهجرة وحج سنة عشرة فلو كان على الفور لما اخر ولان الحج وظيفة
العمر فكان العمر له بمنزلة وقت الصلاة لها فاذا اخر الصلاة الى اخر الوقت يجوز فكذا اذا اخر الحج الى اخر الوقت الا بشرط ان لا يفوته وجه
قول ابي يوسف ان اداء الحج يفوت بفوات وقته لا محالة وانما يرتفع الفوات بادراك سنة اخرى وادراكها موهوم لان موت الانسان في
سنة ليس بنادر فيضيق الوجوب احتياطا بخلاف الموقت الصلاة فان الوجوب لا يتضيق فيه لان موت الانسان في وقت الصلاة
فجاة نادر ولان المامور لو ادى في اول الاوقات لا محالة يكون مؤديا للواجب ولو لم يدل على الفور لم يكن مؤديا للواجب ولان الامر المطلق
في المتعارف يدل على الفور • الا ترى انه لو قال لعبده اسقني او افعل كذا يدل على الفور فينبغي ان يدل امر الشارع كذلك لان الله تعالى خاطبنا
بالمتعارف • قال الله تعالى وما ارسلنا من رسول الا بلسان قومه • وقال الشيخ ابو بكر الرازي في هذا المقام في اصول الفقه سؤالا وجوابا فقال
فان قال لو كان لزوم الامر على الفور لكان فعله بعد ذلك واقعا على وجه القضاء كالظهر اذا فات وقتها فلما لم نسمها اياه قضاء انما هو كلام
في العبارة وقد قلنا ان المفعول في الوقت الثاني غير المفعول في الوقت الاول وانه فرض اخر غيره فبعد ذلك ان شئت ان تسميه قضاء لم نمتنع منه • اما
الجواب عن تاخير رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج فنقول لا نسلم ذلك لان الشيخ ابا بكر الرازي قال في اصول فقهه قد قيل ان فرض الحج نزل في سنة
عشر وفي السنة التي حج النبي صلى الله عليه وسلم فيها فبطل هذا فسقط الاحتجاج بتاخير الرسول عليه الصلاة والسلام ولئن سلمنا ان الرسول اخر الحج فهو
انما اخره لعذر وهو ما قال الشيخ ابو الحسن الكرخي ان المشركين كانوا يحجون البيت عراة الرجال والنساء فصان الله نبيه عن مشاهدة ذلك
وامره بتاخير الحج الى السنة الاخرى لينبذ الى المشركين عهودهم في السنة الاولى التي بعث فيها ابا بكر رضي الله عنه فقال لا يحج بعد العام
ولا يطوف بالبيت عريان ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك كغيره لان من كشف عورته بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم استخفافا كان
كافرا وان لم يكن كذلك او فعله بحضرة غيره • وانما شرط الحرية والبلوغ • اعلم ان شرائط الوجوب بعضها عام في جميع العبادات
هو البلوغ والعقل والاسلام حتى لا يجب على الصبي والمجنون فظاهر واما الكافر فلانه لا يخاطب بالشرائع عندنا خلافا للشافعي والمعتزلة
لانه لو خوطب فلا يخلو اما ان يثبت وجوب الاداء حالة الكفر او بعد الاسلام فلا يجوز الاول لعدم امكان الاداء لان الكفر
مانع من وقوع العبادة ولا يجوز الثاني ايضا لان الاسلام يجب ما قبله فالالزام يستغني الملزوم وقد مر تحقيقه في شرح الاصول ولم
يتعرض صاحب الهداية لكون الاسلام شرطا بدليله • واما الشرائط الخاصة فمنها الحرية حتى لا يجب الحج على العبد وان اذن له مولاه لان
منافعه لمولاه فاذا اذن له فقد اعاره منافع بدنه والحج لا يجب بقدرة عارية وهذا اذا اعار الاجنبي الراحلة لمن لا يملكها لا يجب الحج عليه بخلاف
الفقير اذا تكلف ومشى الى مكة يقع عن حجة الاسلام لانه مالك لمنافع بدنه • ومنها صحة البدن وزوال المانع الحسي عن الذهاب الى الحج حتى
لا يجب على المقعد والزمن والمريض والمحبوس والخائف من السلطان • وكذا الاعمى وان وجد قائدا عند ابي حنيفة ولكن لو تكلفوا في المشي
وحجوا يسقط عنهم الحج لانه انما لم يجب عليهم دفعا للحرج فلو لم يسقط عنهم الحج بعدما تكلفوا في المشي يعود الامر على موضوعه بالنقض فلا يجوز كالعبد
تسقط عنه الجمعة فاذا حضر وادى جاز • ومنها ملك الزاد والراحلة حتى لا يجب الحج على من قدر على الزاد بطريق الاباحة سواء كانت الاباحة
من جهة من لا منة له عليه كالوالدين والولد او من جهة من له عليه منة كالاجانب وعند الشافعي في الصورة الاولى يجب وفي الثانية له قولان
واما اذا وهبه الانسان مالا يحج به لا يجب عليه القبول عندنا وللشافعي قولان في الوجوب وعدمه • ومنها امن الطريق لانه لا يتاتى الزاد
والراحلة الا بامن الطريق اما المراة فيشترط في حقها شرطان اخران مع هذه الشرائط احدهما الزوج او المحرم وهو من لا يجوز مناكحته على وجه
التابيد بسبب القرابة والرضاع والمصاهرة • والثاني ان لا تكون معتدة من طلاق بائن او رجعي او وفاة لقوله تعالى ولا تخرجوهن والحج
يمكن اداؤه في وقت اخر حتى اذا كان قادرا على الزاد والراحلة في ذلك الوقت ثم لم يبق ولم يكن قادرا وقت خروجهم لا يجب عليه الحج وعلى
العكس يجب ثم اعلم ان الركن في الحج شيئان الوقوف وطواف الزيارة اما واجباته فخمسة السعي بين الصفا والمروة والوقوف بمزدلفة ورمي الجمار
والخروج عن الاحرام بالحلق او التقصير وطواف الصدر وما سوى ذلك فهو سنة او مستحب او ادب اما الاحرام فانه شرط الاداء على ما يجيء
بيانه قوله لقوله ايما عبد حج عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام على كل من استطاع اليه سبيلا وقد صح عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قال رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق • وذكر في شرح الاثار باسناده
الى ابن عباس انه سئل عن المملوك اذا حج ثم عتق بعد ذلك قال عليه الحج ايضا وعن الصبي يحج ثم يحتلم قال الحج ايضا واما قوله في الحديث العشر
لبيان الكثرة فانها تستعمل للاحاد لا لبيان اختصار الحكم عليه قوله والاصحة الجوارح معطوف على قوله والعقل شرط اي صحة
الجوارح شرط لان العجز لازم بلا صحة الجوارح فلا تكليف بدون الوسع ولهذا قلنا لا يجب الحج على المريض والمقعد والمفلوج والزمن الذي
لا يستطيع الثبوت على الراحلة بنفسه لكن يجب عليهم في مالهم اذا كان لهم استطاعة ان يحج بغيرهم فيحجون عنهم فيجزي عن حجة الاسلام اذا مات
المريض قبل زوال العلة اما اذا زال وقدر على الحج كان عليه حجة الاسلام ويكون ما حج عنه تطوعا كذا اورده الامام الاسبيجابي وغيره

قوله والاعمى الى آخره • قال في شرح مختصر الكرخي اختلف المشايخ في الاعمى فقال في الاصل عن ابي حنيفة انه لا حج عليه • وروى الحسن عن ابي حنيفة في الاعمى والمقعد والزمن ان عليهم الحج • وقال ابو يوسف ومحمد الحج لازم على الاعمى اذا وجد زادا وراحلة ومن يكفيه مؤنة سفره وخدمته وبه قال الشافعي كذا في شرح الاقطع • وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي المشهور من قول ابي حنيفة ان فرض الحج ساقط عن الاعمى بنفسه كالمقعد وجه قولهما ان الاعمى قادر على المشي والركوب والنزول لكنه يحتاج الى المرشد فصار كالذي لا يهتدي الى الطريق فاذا وجد من يرشده وجب عليه الحج بخلاف المقعد لانه ليس بقادر على المشي والركوب والنزول وان ارشد • ووجه قول ابي حنيفة ان الاعمى بمنزلة المقعد لانه لا يستطيع المشي والركوب والنزول بنفسه لان المشي حايل بخلاف الجاهل بالطريق لانه اذا ارشد يحصل له القدرة بنفسه والاعمى لا يحصل له القدرة بنفسه وان ارشد فصار كالمقعد والقايد يحتمل ان يابق او يموت فلا يعتد بوجوده • **قوله** وتقدم في كتاب الصلاة اي في باب صلاة الجمعة **قوله** واما المقعد فعن ابي حنيفة انه يجب اي يجب الحج وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة بخلاف ذلك وقد بيناه آنفا **قوله** وعن محمد انه لا يجب الحج وهو ما روى الامام ابو الحسين القدوري في شرح مختصر الكرخي • وقال قال محمد المقعد والمقطوع اليد والرجل اذا لم يرشد ان يمشي فالحج عنه ساقط ووجهه انه لا يقدر على فعل العبادة بنفسه فتسقط بخلاف الاعمى فانه قادر على الاداء بنفسه فوجب عليه على مذهبه وجوابه مر آنفا **قوله** فاشبه الضال عنه اي اشبه الاعمى الضال عن الطريق اي لا يسقط الحج عنه كما لا يسقط عن الضال **قوله** ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة • اعلم ان اصحابنا شرطوا الزاد والراحلة فاضلا عن مسكنه وخادمه وثياب بدنه وفرسه وسلاحه وطعام عياله سنة كذا قال ابو يوسف في رواية ابن سماعة وبشر وعلي ابن الجعد • وقال بشر في حكايته او شهرا واذا كان عنده فضل على هذه الاشياء ما يكتري شق محمل او ركب زاملة وتفضل له من النفقة ذاهبا وجائيا فعليه الحج وان لم يكفه ذلك الا ان يمشي ويكتري عقبة فليس عليه الحج اصلا • وقال مالك القادر على المشي يجب عليه الحج وان لم يجد الراحلة والمراد من النفقة المذكورة الوسط بلا اسراف ولا تقتير والاصل فيه قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا اي من قدر واطاق ووجد سبيلا الى الذهاب الى الحج وذكر في الجامع الترمذي مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما قال قال قام رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال من الحاج يا رسول الله قال الشعث التفل فقام رجل آخر فقال اي الحج افضل قال العج والثج فقام رجل آخر فقال ما السبيل يا رسول الله قال الزاد والراحلة • وتفسير رسول الله صلى الله عليه وسلم السبيل حجة على مالك ولانه اذا فقد الراحلة يلحقه الحرج بتحمل المشقة الزايدة فيسقط عنه الحج بفقدها دفعا للحرج كفقد الزاد وكذا اذا قدر ان يكتري عقبة لا يجب عليه الحج لانعدام القدرة على الراحلة في جميع السفر وانما شرطنا الزاد والراحلة فاضلا عن الاشياء المذكورة لانها من الحاجة الاصلية فاعتبرت عدما كالماء المستحق للعطش في السفر ولان المسكن والخادم والثياب والاثاث كانوا يمنعون عن بيعها فاشترط الفاضل عنه واما نفقة الاهل والعيال فهي واجبة لحق الآدمي وحقه مقدم على حق الله تعالى في احكام الدنيا لحاجة العبد الى نفقة الاهل والعيال الى حين انصرافه معتبر قدرته على النفقة الى ذلك الوقت وذكر ابن شجاع فقال اذا كان له دار لا يسكنها ولا يواجرها او متاع لا يمتهنه او عبد لا يستخدمه وجب عليه ان يبيعه ويحج به ويحرم عليه اخذ الزكاة اذا كان بمقدار المايتين لانها فاضلة عن حاجته فيحصل بها الاستطاعة بخلاف ما اذا كان له منزل يسكنه لكن يمكنه ان يبيع ويشتري بثمنه منزلا آخر دونه ويحج بالفضل منه لا يجب عليه الحج لانه مشغول بالحاجة فصار كالعدم **قوله** شق محمل اي نصف هودج وهو بفتح الميم الاول وكسر الثاني والزاملة والبعير الذي يحمل عليه المسافر طعامه ومتاعه وهي بالزاي المعجمة كذا في ديوان الادب وان امكنه ان يكتري عقبة او نوبة والكرا العقبة ان يكتري رجلان بعيرا واحدا يتعاقبان في الركوب كل واحد منهما مرحلة **قوله** كالخادم واثاث البيت قال في الصحاح المتاع اثاث البيت **قوله** وليس من شرط الوجوب على اهل مكة ومن حولهم الراحلة • اعلم ان اصحابنا شرطوا الراحلة في حق من يبعد من مكة واما في حق من كان بمكة او حولها فلم يشترطوا الراحلة قال بعضهم يجب عليه الحج اذا كان قادرا على المشي لانه لا يلحقه مشقة زايدة لان بين مكة وعرفات اربعة فراسخ بخلاف ما اذا كان ضعيفا لا يمكنه المشي وقال بعضهم لا يجب عليه الحج ما لم يقدر على الراحلة لان كل احد لا يقدر على مشي اربعة فراسخ فيلحقه الحرج لا محالة وهو مدفوع شرعا • قال في الايضاح انما يشترط الراحلة في وجوب الحج على من يبعد من مكة واما اهل مكة ومن حولها يجب عليه اذا قدر بغير راحلة لانه لا يلحقه مشقة زايدة في الاداء فنزل ذلك في حق الحج منزلة السعي الى الجمعة **قوله** ثم قيل هو شرط الوجوب اختلف اصحابنا في امن الطريق • قال بعضهم انه شرط الوجوب لانه لا بد من الزاد والراحلة فلم يبن الامن فلو كان من شرط الوجوب لم يخرج عن وقت البيان ومع الخلاف في وجوب الوصية فمن جعله شرط الوجوب قال لا تجب الوصية لانه لم يجب عليه الحج لعدم شرطه وهو الامن ومن جعله شرط الاداء قال تجب الوصية لان الحج كان واجبا عليه لقدرته على الزاد والراحلة **قوله** وهو مروي عن ابي حنيفة اي كون امن الطريق شرطا للوجوب مروي عن ابي حنيفة وهو ما قال ابن شجاع من كان له زاد وراحلة وهو يخاف من سلطان فان المنع بالخوف كالمنع بعدم الزاد والراحلة قال وهذا قول ابي حنيفة **قوله** ويعتبر للمرأة ان يكون لها محرم تحج به او زوج • اي قال الامام القدوري ثم اعلم ان في وجوب الحج على المرأة تشترط وجود المحرم او وجود الزوج ولا يجوز لها الخروج بلا زوج او محرم سوى كانت شابة او عجوزا • وقال الشافعي يجوز اذا خرجت مع نساء ثقات • لنا ما روي في الصحيح البخاري مسندا الى ابن عباس قال قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تسافر المرأة الا مع ذي محرم ولا يدخل عليها رجل الا ومعها محرم • وروي في السنن مسندا الى نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تسافر امرأة ثلاثا الا ومعها ذو محرم • وروى الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرأة ان تسافر ثلاثة ايام الا مع ذي محرم • وفي شرح الآثار ايضا مسندا الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة

ان تسافر

ان تسافر مسيرة ليلة الا ومعها رجل يحرم عليها نكاحه وفيه ايضا مسندا الى ابي سعيد الخدري • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافر المرأة سفر ثلاثة ايام فصاعدا الا ومعها زوجها او ابنها او اخوها او ذو محرم منها • وذكر الدارقطني حديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تحجن امرأة الا ومعها محرم وهذه الاحاديث كلها حجة على الشافعي ولان المرأة لا يؤمن عليها من الوقوع في الفساد اذا كانت وحدها وهذا المعنى يزداد بانضمام غيرها اليها كالخلوة بالاجنبي حيث لا يجوز للمرأة وان كانت عندها اخرى • فان قلت فسر النبي صلى الله عليه وسلم السبيل بالزاد والراحلة ولم يذكر المحرم فلو كان شرطا لذكره • قلت انما لم يذكره لان السائل كان رجلا وقد رويناه عن الجامع الترمذي • فان قلت جاء في الحديث لا تمنعوا اماء الله مساجد الله قلت اريد به حضور الجماعة ولم يرد الحج بدليل سياق الحديث وهو وليخرجن تفلات • فان قلت جاز لها المجيء الى دار الاسلام بلا محرم فينبغي ان يجوز الحج قلت القياس فاسد لوجود الفارق • الا ترى ان المعتدة يجوز لها ان تخرج الى دار الاسلام ولا يجوز للمعتدة ان تخرج الى الحج لانها اذا لم تهاجر يخاف عليها الوقوع في الفتنة وفي الحج اذا خرجت اليه يخاف عليها الفتنة فافترقا وكذا المعتدة يجوز اخراجها للحد اذا اثبت بفاحشة ولا يجوز خروجها للحج في حالة العدة **قوله** بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة اقل من ثلاثة ايام متصل بقوله ولا يجوز لها ان تحج بغير محرم يعني لا يجوز للمرأة ان تحج بغير المحرم او الزوج في مدة السفر اما في اقل من ذلك فيباح لها الخروج بدونهما لانه خروج الى ما دون السفر بغير محرم لا يحرم • قلت الاحاديث التي نصت على الثلاث تنفي اباحة ما دون الثلاث ثم لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون خبر ما دون الثلاث او مؤخرا فان كان مؤخرا لم ينسخ خبر ما دون الثلاث للتنصيص على الثلاث فيكون خبر الثلاث معمولا لا دون خبر ما دون الثلاث وان كان مقدما ما بقي خبر الثلاث معمولا ايضا لان خروج المرأة بغير محرم او الزوج الى ما دون الثلاث لخوف الفتنة فاولى ان لا يجوز الى الثلاث لان الفتنة في الثلاث اكثر بخلاف خبر ما دون الثلاث حيث يكون معمولا في الوجهين اولى بالاخذ من الخبر الذي يكون معمولا اذا كان متقدما فالخبر الذي يكون معمولا في الوجهين اولى بالاخذ من الخبر الذي يكون معمولا في وجه دون وجه **قوله** واذا وجدت محرما لم يكن للزوج منعها اعلم ان الزوج او المحرم اذا امتنع من الخروج معها لا يجبر على ذلك كذا في شرح الطحاوي واذا لم تجد محرما ولا زوجا لا يجب عليها ان تتزوج من يحج بها كذا في شرح مختصر الكرخي اما اذا وجدت محرما فللزوج منعها في النفل ثبت بالاتفاق وفي الفرض ليس له ذلك خلافا للشافعي له ان حقه يفوت فيمنعه كما في النفل • ولنا ان حجة الاسلام من اركان الاسلام فلا يجوز ان يمنعها الزوج كما في صلاة الفرض بخلاف ما اذا كان الحج نفلا حيث يمنعها لانه ليس من اركان الاسلام ولها ان تخرج مع كل محرم يعني سواء كان المحرم حرا او عبدا او مسلما او ذميا لان الذمي يحفظ محارمه وان لم يسلم الا اذا كان المحرم مجوسيا او فاسقا غير مامون او صبيا لم يحتلم او مجنونا لا يفيق فحينئذ لا يجوز خروجها اما المجوسي فانه يعتقد اباحتها ولا يؤمن عليها وكذا الفاسق لاحتمال الزنا منه مع المحرم • واما الصبي والمجنون فيعتبر وجودهما كالعدم لانه لا يتاتى منهما الحفظ **قوله** والصبية التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا يسافر بها من غير محرم كذا ذكره القدوري في شرحه **قوله** ونفقة المحرم عليها • قال صاحب التحفة اذا لم يخرج المحرم الا بنفقة منها هل يجب عليها نفقته • ذكر في شرح القدوري انها تجب لانها لا تتمكن من الحج الا بالمحرم كما لا تتمكن الا بالزاد والراحلة • وذكر في شرح الطحاوي انه لا يجب عليها لانه من الطريق وفائدة الخلاف تظهر في وجوب الوصية فافهم **قوله** واذا بلغ الصبي بعدما احرم او اعتق العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام • اعلم ان الاحرام في حال الصغر او الرق لم ينعقد الا للنفل فمحال ان ينقلب فرضا كما اذا احرم الصبي للظهر ثم بلغ بالسن في خلال صلاته لا ينوب عن الفرض ثم لو جدد الصبي الاحرام بعد البلوغ قبل الوقوف بعرفة ونوى حجة الاسلام جاز ولو جدد العبد بعد الاعتاق لا يجوز ولا يقع عن حجة الاسلام والفرق بينهما ان احرام العبد لازم لانه من اهل اللزوم لتكامل الاهلية فلم يمكن احرامه للنفل الانفساخ اما احرام الصبي فانه ليس بلازم لعدم الاهلية ولهذا الصبي لا يلزمه قضاء ولا دم وان ارتكب محظورا لم يلزمه شيء فلما كان احرام الصبي غير لازم للنفل امكن تجديد الاحرام له للفرض فيكون محتملا للفسخ كمن باع عبدا بالف ثم باعه بالفين فانه ينفسخ الاول لانه لا ضرورة في تجديد الثاني لان البيع الاول كان محتملا للفسخ كذا هنا

فصل

والمواقيت التي لا يجاوزها الانسان الا محرما خمسة لاهل المدينة ذو الحليفة ولاهل العراق ذات عرق ولاهل الشام الجحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم

المواقيت جمع ميقات وهو موضع الاحرام كذا قال الجوهري او اريد به هنا مكان الاحرام مجازا كما اريد من المكان الزمان في قوله تعالى هنالك دعا وجحفة اسمها في الاصل مهيعة وسميت بالجحفة لان السيل جحف اهلها اي استاصلها وقرن بسكون الراء جبل مشرف على عرفات ويروى في يلملم الملم ايضا ومما قالته في المواقيت ذات عرق عراقي يلملم اليماني ذو الحليفة مدني جحفة للشام داني ثم قرن اهل نجد منه للاحرام يا فتى فادر الجواب والقافي • وقيل ذو الحليفة بسكون الحاء وقرن بالتحريك والاصل فيها ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى ابن عباس قال ان النبي صلى الله عليه وسلم وقت لاهل المدينة ذا الحليفة ولاهل الشام الجحفة ولاهل نجد قرن المنازل ولاهل اليمن يلملم هن لهن ولمن اتى عليهن من غيرهن ممن اراد الحج والعمرة ومن كان دون ذلك فمن حيث انشأ حتى اهل مكة من مكة • وروى ابو داود في سننه مسندا الى عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقت لاهل العراق ذات عرق • فان قلت كيف صح ذات عرق لاهل العراق بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد كان علم رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق الوحي ان العراق سيكون دار الاسلام كما علم بطريق الوحي ان الشام سيكون دار الاسلام **قوله** وفائدة التاقيت المنع عن تاخير الاحرام عنها اي عن هذه المواقيت والتاقيت بالحرم لهذا التوقيت وهو تحديد الاوقات وهذا لان التوقيت لا بد له من فائدة اما المنع من التقدم واما المنع عن التاخر والتقدم ليس بممنوع بالاتفاق فتعين المنع عن التاخر والا لا يبقى للتنصيص على الوقت فائدة لكن هذا فيما اذا قدم الاحرام في اشهر الحج اما اذا احرم قبل اشهر الحج يكون مسيئا عندنا وعند الشافعي لا يجوز وبه صرح في شرح الطحاوي **قوله** ثم الآفاقي اذا انتهى اليها اي الى هذه المواقيت على قصد دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج او العمرة او لم يقصد عندنا وعند الشافعي لا يلزمه بمجاوزة الميقات بالاحرام اذا لم يرد النسك • لنا ما روي

عن ابن عباس انه قال لا يحل لاحد ان يدخل مكة الا باحرام ورخص للحطابين وقد دخل عليه الصلاة والسلام يوم فتح مكة حين دخلها بغير احرام وعلى راسه مغفر انها لم تحل لاحد قبلي ولا تحل لاحد بعدي وانما احلت لي ساعة من نهار ومعلوم انه لم يرد القتال لانه لا يحل له اذا التجأ اليه فدل انه اراد دخولها بغير احرام لما ذكرنا انتهى ولان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما وقت هذه المواقيت دل على منع المجاوزة عنها بغير احرام لما ذكرنا تعظيما للبيت ثم اعلم ان الناس في المواقيت ثلاثة اصناف ثلاثة اهل الافاق وهم الذين كانوا خارج المواقيت وحكم كل واحد منهم انه وهم كاملون وكونه وغيرهم ومواقيتهم في الحج والعمرة هي الخمسة المذكورة • والصنف الثاني من كان داخل المواقيت خارج الحرم كاهل بستان بني عامر وغيرهم فميقاتهم للحج من دويرة اهلهم او من حيث شاؤوا من الحل • والصنف الثالث من كان داخل الحرم فان احرامهم للعمرة من الحل كالتنعيم وغيره • وقد قال ابو حنيفة في غير اهل المدينة اذا مروا على المدينة فجاوزوها الى الجحفة فلا باس بذلك واحب الي ان يحرموا من ذي الحليفة لانهم اذا حصلوا الى الميقات ثبت حرمته في حقهم كذا ذكر القدوري في شرحه قوله ومن كان داخل الميقات له ان يدخل مكة بغير احرام وكذا الذين هم اهل الميقات يجوز لهم دخول مكة بغير احرام والاصل في ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم رخص للحطابين دخول مكة بغير احرام والمعنى لزوم الحرج بالاحرام في كل مرة وهذا المعنى شامل لمن كان داخل الميقات او كان من اهل مكة فانه يكثر دخولهم لحاجتهم فيلزمهم الحرج اذا لم يجز دخولهم بغير احرام بخلاف ما اذا قصد الحج او العمرة حيث لا يجوز لهم مجاوزة الميقات بغير احرام قوله فان قدم الاحرام على هذه المواقيت جاز لقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله وقد قيل في احد الاقاويل في اتمامهما انه يحرم بهما من دويرة اهله وتقديم الاحرام على الميقات هو الافضل عندنا بخلاف تقديم الاحرام على اشهر الحج فانه يكره • قال الكرخي في مختصره لا ينبغي لاحد ان يلبي قبل اشهر الحج فان فعل لزمه وقد اساء • وقال الشافعي الاحرام من الميقات هو الافضل لان الاحرام عنده من الاداء ولنا ما تلونا • وروي عن ام سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من اهل بحجة او عمرة من المسجد الاقصى الى المسجد الحرام غفر له ما تقدم من ذنبه وما تاخر ووجبت له الجنة رواه في السنن ولان الثواب بقدر المشقة ولا شك انها اكثر في التقديم على الميقات وعن ابي حنيفة ذلك افضل اذا كان يملك نفسه ان يقع في المحظور كذا في الايضاح وغيره • وقال صاحب الكشاف في تفسير الاية ائتوا بهما تامين كاملين بمناسكهما وشرائطهما لوجه الله تعالى من غير توان ولا نقصان يقع منكم فيهما وقيل اتمامهما ان تحرم بهما من دويرة اهلك وروي ذلك عن علي وابن عباس وابن مسعود وقيل ان تفرد لكل واحد منهما سفرا كما قال محمد حجة كوفية وعمرة كوفية افضل وقيل ان تكون النفقة حلالا وقيل ان تخلصوهما للعبادة ولا تشوبوهما بشيء من التجارة والاغراض الدنيوية قوله ومن كان داخل الميقات فوقته الحل اي موضع احرامه الحل الذي بين الميقات وبين حرم مكة وكذا موضع احرام من كان من اهل الميقات فهو داخل المذكور لانه يجوز له الاحرام من دويرة اهله جاز له ان يحرم من حيث شاء الى الميقات قوله من دويرة اهله اشار الى التصغير لان كل دار وبيت بمكة حرمه الله تعالى صغير قوله ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل اي موضع احرامه الحرم فيما اذا قصد الحج وموضع احرامه الحل فيما اذا قصد العمرة • اما الاول فلما روينا عن ابن عباس في اول الفصل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن كان دون ذلك فمن حيث انشا حتى اهل مكة • واما الثاني فلما روى صاحب السنن مسندا الى حفصة بنت عبد الرحمن ابن ابي بكر عن ابيها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعبد الرحمن اردف اختك عائشة فاعمرها من التنعيم فاذا اهبطت بها من الاكمة فلتحرم فانها عمرة متقبلة والتنعيم اسم موضع خارج الحرم ولان الحج عبادة سفر فالمحرم للحج من مكة يكون وقوفه في عرفات وهي خارج الحرم والمحرم للعمرة من التنعيم يقع احرامه من الحل فيجتمع الحل والحرم في الحج والعمرة فيكون نوع سفر قوله ولان اداء الحج في عرفة وهي في الحل وفيه نظر لان اسم الموقف عرفات وهي علم كاذرعات كذا في الكشاف ويوم عرفة اسم اليوم التاسع من ذي الحجة والذي في الحل هو الموقف لا اليوم وقول الناس نزلنا بعرفة ليس بعربي محض كذا نقل صاحب الاقليد عن الفراء • وقال ابن الحاجب في شرح المفصل ان عرفة وعرفات جميعا علمان لهذا المكان المخصوص والله اعلم بصحته قوله لهذا اي ليتحقق نوع سفر قوله الا ان التنعيم افضل استثناء من قوله وفي العمرة الحل يعني ان احرام المكي في العمرة الحل يجوز له ان يحرم من حيث شاء من الحل الا ان احرامه من التنعيم افضل لورود الخبر وهو المراد بالاثر المذكور • وقد قال اصحابنا اذا حج في البحر او قصد مكة على طريق غير مسلوك لزمه ان يهل اذا حاذى ميقاتا من المواقيت الخمسة لانه في حكم ما حاذيه في القرب الى مكة والله سبحانه وتعالى اعلم

فصل

لما ذكر المواقيت شرع في بيان ان الاحرام كيف يفعل عند المواقيت والاحرام مصدر قولهم احرم الرجل اذا دخل في حرمة لا تهتك وهذا لانه بالاحرام يحرم عليه الرفث والفسوق والجدال وقتل الصيد والجماع وغير ذلك وصورة الاحرام بالحج ان يلبي بلسانه وينوي بقلبه الحج والافضل ان يذكر النية باللسان مع القلب ثم المحرمون انواع اربعة مفرد بالحج ومفرد بالعمرة وقارن ومتمتع وبيان الكل ياتي في الكتاب ان شاء الله تعالى • ثم الاحرام شرط الاحرام عندنا حتى لا يصح الحج عندنا كتقديم الطهارة على وقت الصلاة وعند الشافعي ركن ولهذا جاز تقديم الاحرام على اشهر الحج عندنا كتقديم الطهارة على وقت الصلاة واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل • لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اغتسل لاحرامه وحدث ابن مالك ان الشيخ في كتاب الموطا عن نافع ان عبد الله ابن عمر كان يغتسل لاحرامه ولدخوله مكة ولوقوفه عشية عرفة وحدث فيه ايضا عن عبد الرحمن ابن القاسم عن ابيه عن اسماء بنت عميس انها ولدت محمد ابن ابي بكر بالبيداء فذكر ذلك ابو بكر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال مرها فلتغتسل ثم لتهل وذكر في سنن ابي داود مسندا الى عائشة قالت نفست اسماء بنت عميس بمحمد ابن ابي بكر فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا بكر ان تغتسل وتهل وفيه ايضا مسندا الى مجاهد وعطاء عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال النفساء والحائض اذا اتتا على الوقت تغتسلان وتحرمان وتقضيان المناسك كلها غير الطواف بالبيت وهذا الغسل اعني غسل الاحرام ليس بواجب ولكنه من باب التنظيف كما في الجمعة حتى لا يجب اغتسال الحائض والنفساء كل غسل يكون المعنى النظافة فالوضوء يقوم مقامه كما في الجمعة والعيدين كذا ذكره القدوري في شرحه قوله

ولبس ثوبين جديدين او غسيلين ازارا ورداء • قال الشيخ ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الشيخ ابي جعفر الطحاوي انما ذكر جديدين او غسيلين لانه روي عن بعض السلف كراهة لبس الجديد عند الاحرام فاعلم انه لا فرق بينهما وانما يلبس ازارا ورداء لانه عليه السلام فعل كذلك عند الاحرام ولانه لما كان ممنوعا من لبس المخيط ولم يكن له بد من لبس ما يستر عورته ويدفع عنه الحر والبرد وذلك يحصل بما ذكرنا ولا يزره ولا يعقده ولا يخلله ويكره له ذلك فان فعل فلا شيء عليه كذا ذكر الكرخي في مختصره قوله ائتزر وارتدى بالهمزة ويجوز بالياء ولكن لا يجوز ان يقال اتزر بالادغام كما يجوز اتخذ والفرق علم في باب الاعلال في علم التصريف ومعناه لبس الازار قوله وذلك فيما عنينا اشارة الى ستر العورة ودفع الحر والبرد واشار بقوله ما عنيناه الازار والرداء قوله ومس طيبا ان كان له قال في شرح الطحاوي ويمس طيبا ان شاء ويدهن باي دهن شاء ويتطيب باي طيب شاء سواء بقي عينه بعد الاحرام او لا • وقال في الايضاح هو قول اصحابنا في المشهور من الرواية • وروي عن محمد انه كره ذلك قال القدوري في شرحه ويتطيب ويدهن بما شاء في قول ابي حنيفة وابي يوسف وهو قول محمد في الاصول • وروى المعلى عن محمد انه قال كنت لا ارى به باسا حتى رايت قوما احضروا طيبا كثيرا ورايت امرا شنيعا فكرهته وهو قول مالك وقول زفر مثل قول محمد كذا في شرح الطحاوي وجه قول محمد ما روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى صفوان ابن يعلى ابن امية عن ابيه ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم بالجعرانة وعليه جبة وهو مصفر لحيته وراسه فقال يا رسول الله اني احرمت وانا كما ترى فقال انزع عنك الجبة واغسل عنك الصفرة • وروى مالك في الموطا عن نافع عن اسلم ان عمر ابن الخطاب وجد ريح طيب فقال ممن ريح هذا الطيب فقال معاوية مني يا امير المؤمنين فقال عمر لعمري منك عليك فلترجعن فلتغسلنه ولانه بعد الاحرام ممنوع من الطيب وممنوع عنه لان للبقاء حكم الابتداء كلبس الثوب • ولنا ما روى مالك في الموطا والبخاري في الصحيح وابو داود في السنن مسندا الى عائشة • قالت كنت اطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل ان يحرم ولحله قبل ان يطوف بالبيت • وفي السنن ايضا مسندا الى عائشة قالت كاني انظر الى وبيص الطيب في مفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محرم ولان الممنوع هو التطيب ابتداء وما بقي في بدنه بعد الاحرام صار كالتابع له لاتصاله بالبدن ولا حكم للتبع فيكون بمنزلة العدم بخلاف ما اذا لبس ثوبا قبل الاحرام وبقي على ذلك بعد الاحرام حيث يمنع منه لانه لم يجعل تبعا لكون الثوب مباينا عن البدن والجواب عن حديث يعلى قلنا انما كان ذلك لان الطيب كان خلوقا وهو مكروه للرجال لا للاحرام • واما حديث معاوية بالغسل فلعله ظن انه فعله بعد الاحرام قوله وصلى ركعتين لما روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه • وروى البخاري في الصحيح باسناده الى ابن عباس قال سمعت ابن عمر يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بوادي العقيق يقول اتاني الليلة ات من ربي فقال صل في هذا الوادي المبارك وقل عمرة في حجة واعلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتمر اربع عمرات وحجة واحدة وهي حجة الوداع في السنة التي قبض فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي السنة العاشرة من الهجرة اعتمر عمرته من الحديبية ومن العام المقبل ومن الجعرانة حيث قسم غنائم حنين وعمرة مع حجته كذا ذكر صاحب الصحيح قوله وقال اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني • اي قال الشيخ ابو الحسين القدوري وقال الذي يريد الحج هذا الدعاء بعدما صلى ركعتين وهذا استحسان الا ترى الى ما قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في الاصل انه يقال اذا اراد العمرة ذكرها وان اراد الحج ان يبتدئ الاحرام اللهم اني اريد الاحرام بالحج فيسره لي وتقبله مني وكذلك اذا اراد العمرة ذكرها وان اراد الجمع بينهما كذلك ايضا وهذا لان الحج يمتد ويقع فيه العوارض والموانع وهو عبادة عظيمة تحصل بافعال شاقة فاستحب طلب التيسير والتسهيل من الله تعالى ولم يشرع مثل هذا الدعاء في الصلاة لان اداءها في وقت يسير قوله ثم يلبي عقيب صلاته اي قال الشيخ ابو الحسين القدوري ثم يلبي عقيب صلاته ويجوز ان يلبي بعدما استوت به راحلته ثم الكلام في التلبية يقع في مواضع منها ان التلبية عقيب الصلاة افضل عندنا وعند الشافعي الافضل ان يلبي اذا انبعثت به راحلته كذا في شرح الاقطع لما روي عن عبد الله ابن عمر انه كان يصلي في مسجد ذي الحليفة ثم يخرج ويركب فاذا استوت به راحلته احرم • وروى مالك في الموطا عن هشام ابن عروة عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي في مسجد ذي الحليفة يخرج فاذا استوت به راحلته احرم • ولنا ما روى مالك في الموطا عن موسى ابن عقبة عن سالم ابن عبد الله انه سمع اباه يقول بيداؤكم هذه التي تكذبون على رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها ما اهل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا من حين استوت به راحلته • اعلم ان الاحاديث اختلفت في تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بعضهم اهل حين صلى وقال بعضهم اهل حين استوت به راحلته • وقال بعضهم اهل حين اشرف على البيداء ووجه الاختلاف في شرح الاثار مسندا الى سعيد ابن جبير • قال قيل لابن عباس كيف اختلف الناس في اهلال النبي صلى الله عليه وسلم فقال ابن عباس ساخبركم عن ذلك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل في مصلاه فشهده قوم فاخبروا بذلك فلما استوت به راحلته اهل فشهده قوم لم يشهدوه في المرة الاولى فقالوا اهل رسول الله صلى الله عليه وسلم الساعة وانما كان اهلال رسول الله صلى الله عليه وسلم في مصلاه ولانه ذكر امر بتقديم الصلاة عليه وكان الافضل فيه ان يكون عقيب الصلاة كتكبير التشريق • ومنها ان التلبية واجبة عندنا خلافا للشافعي كذا ذكره القدوري في شرحه • لنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اتاني ات من ربي فقال صل في هذا الوادي المبارك وقل لبيك بحجة وعمرة وفي بعض الروايات وقل لبيك بحجة وعمرة ومطلق الامر للوجوب على ما عرف في الاصول ولان الحج عبادة لها تحليل وتحريم فيجب في ابتدائها ذكر كالصلاة • ومنها ان الشروع في الاحرام لا يحصل بمجرد النية وسيجيء بيان ذلك قوله لما روينا اشارة الى قوله في دبر صلاته قوله والتلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك كذا روى البخاري في الصحيح باسناده الى عائشة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ابو سليمان الخطابي في شرح الصحيح الاختيار فان الكسر لا اجماع واوسع ثم قال احمد ابو عمر قال من قال

ان تقدم ومن قال بالفتح فقد خص ومعنى لبيك انا مقيم على طاعتك وهو منصوب على المصدر من قولهم لب بالمكان ولب به اذا اقام
به ولزمه وانما كان حقه ان يقال لبالك كقولهم حمدا لله وثني للتاكيد اي الباباك بعد الباب وزاد صاحب الهداية بقوله اذا الحمد
بنصه الاولى لصفة الحقيقية وفي المبني لقابر بالذات لا الصفة النحوية وتقديره التي ان الحمد لك **قوله** وهو اجابة الدعا
الخليل صلوات الله عليه وسلامه اي ذكر التلبية اجابة لدعا ابراهيم الخليل صلى الله عليه وسلم • وروى ان ابراهيم لما امره الله تعالى
ببنا البيت بناه من خمسة اجبل طور سينا وطور زيتا ولبنان والجودي واسسه من حرا فوقف في المقام ونادى عباد الله حجوا بيت الله
واجيبوا داعي الله فابلغ صوته اهل المشرق والمغرب حتى اسمع النطف في الاصلاب فاجاب ابراهيم كل من كتب له الحج • ومنهم من
لبى مرة • ومنهم من زاد في التلبية فزاد في الحج على حسب الزيادة • فذلك قوله تعالى واذن في الناس بالحج ياتوك رجالا الاية
كذا ذكره اهل التفسير **قوله** ولا ينبغي ان يخل بشي من هذه الكلمات اي لا ينقص من التلبية المذكورة المشهورة لانه
الرواة عليها **قوله** وان زاد فيها جاز اي لو زاد في التلبية وذكر القدوري في شرحه فان زاد عليها فهو مستحب واختلف اصحاب الشافعي
قال بعضهم انه مباح وهو رواية المزني عنه • وقال بعضهم يكره وهو رواية الربيع عن الشافعي لهذا الاعتبار بالاذان والتشهد • ولنا ان
اجلا الصحابة رضي الله عنهم قد صحت عنهم الزيادة وقد صح في شرح الاثار مسندا الى ابي هريرة انه كان يقول كان من تلبية رسول الله صلى الله
عليه وسلم لبيك اله الحق لبيك وفيه ايضا مسندا الى نافع قال كان ابن عمر يزيد في التلبية لبيك لبيك لبيك وسعديك والخير بيديك
والرغبة اليك • وذكر الحاكم الشهيد الجليل في كتابه الموسوم بالكافي بلغنا ان عبد الله ابن مسعود انه خرج من مسجد الخيف يلبي ويقول
اجهل الناس ام طال عليهم العهد لبيك عدد التراب لبيك وفيه ايضا وبلغنا عن عمر انه كان يزيد في التلبية لبيك والخير في يديك والرغبة
اليك لبيك اله الحق لبيك ولان المقصود الثنا فيستحب الزيادة فيه بخلاف الاذان لان المقصود منه الاعلام فيخل في الاعلام
بالزيادة فلا يزاد او يقول انه ذكر يقصد به تمجيد الله تعالى والثنا عليه فيستحب الزيادة فيه بعد الاكمال كما في التشهد • فان قلت ان
سعدا انكر على من يقول في تلبيته لبيك ذا المعارج لبيك قلت يحتمل انكاره باعتبار انه اخل بالتلبية المشهورة ونحن نقول بذلك ولا نجد من
الاحتمال **قوله** قال واذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى لان العبادة لا تتادى الا بالنية الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في
قوله اللهم اني اريد الحج والعجب من صاحب الهداية مع جلاله قدره تكلم في هذا الموضع بلا تامل حيث فسر قول القدوري بقوله يعني اذا نوى
وقال لانه لم يذكر ما تقدم الاشارة اي لم يذكر القدوري الاحالة اليه لسبق الاشارة • بيانه ان القدوري ذكر اولا انه يلبي عقيب
صلاته ثم قال فان كان مفردا بالحج نوى بتلبيته الحج وصرح النية بعد ذلك ثم قال فاذا لبى فقد احرم وقع التصريح بالنية كيف يجوز ان يقال
لم يذكر النية وكيف يجوز ان يقال اشار اليها وكيف يحتاج مثله مثل هذا الى تفسير ذلك بقوله يعني اذا نوى ولقد صدق وانى وابن لكل جواد كبوة
سبحان الله العظيم العليم الذي لا يضل ولا ينسى **قوله** ولا يصير شارعا في الاحرام بمجرد النية ما لم يضم التلبية او سوق الهدي وعن ابي
يوسف انه يصير محرما بمجرد النية • وقال الشافعي يصير محرما بمجرد النية كذا في الايضاح وعندي لان الاحرام مشروع في الاداء فمجرد
النية كاف كما في الصوم • ولنا ان الاحرام عقد على الادا فلا بد فيه من ذكر كما في تحريمة الصلاة ولان الحج عبادة لها تحليل وتحريم فيشترط الذكر في
ابتدائها كما في الصلاة ولا يقال الحج عبادة لا يشترط الذكر في انتهائها فلا يشترط في ابتدائها كالصوم لانا نقول القياس فاسد لوجود الفارق
لان الصوم فعل واحد فلم يشترط في ابتدائه كما في الاعتكاف بخلاف الحج فانه يشتمل على افعال مختلفة فيشترط في ابتدائه الذكر كما في الصلاة
واما سوق الهدي فقال الشافعي فاذا جلل البدنة او اشعرها او قلد الغنم وتوجه معها لم يصر محرما فكذا اذا قلد البدنة او ساقها ان تقليد
البدنة من خصائص الاحرام وكذا سوقها فكذا النائبة بخلاف تقليد الغنم وتجليل البدنة او اشعارها لانها ليست من خصائص الاحرام
قوله ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت او عربية هذا هو المشهور عن اصحابنا • قال القدوري
في شرحه هو المشهور عن ابي يوسف رواه ابن ابي مالك وبشر ومعلى وروى الحسن ابن زياد عنه انه لا يكون محرما الا بالتلبية وقال في
التحفة ولو ذكر مكان التلبية التسبيح والتهليل او التحميد ونوى به الاحرام يصير محرما سوى كان يحسن التلبية او لا وكذا لو اتى بلسان اخر
اجزاه سوى كان يحسن العربية او لا يحسنها هذا جواب ظاهر الرواية • وروى الحسن عن ابي يوسف انه ان كان لا يحسن التلبية جاز والا فلا
كما في الصلاة اما ابو حنيفة فانه مر على اصله وهو ان الذكر الموضوع في ابتداء العبادة لا يختص بعبادة بعينها ولا بلفظ كتكبير الصلاة
واما ابو يوسف ومحمد فقد فرقا بين الاحرام والصلاة على ما هو المشهور منهما فقال ابو يوسف لا يجوز تحريمة الصلاة الا بالتكبير ويجوز الاهلال
بكل ذكر • وقال محمد لا يجوز الشروع في الصلاة بغير العربية ويجوز الاهلال بغير العربية مع القدرة على التلبية • وجه الفرق ان باب الحج
اوسع الا ترى انه يصير شارعا بسوق الهدي بخلاف افعال الصلاة حيث لا يقوم غيرها مقامها • ووجه رواية الحسن عن ابي يوسف انه ذكر يقصد
به الدخول في العبادة فاختص بما ورد به الشرع كتكبير الصلاة واتفقوا في الذكر على الذبيحة على انه يجوز باي لسان كان وباي ذكر كان
لحصول المقصود وهو مخالفة المشركين **قوله** ويتقي ما نهى الله عنه من الرفث والفسوق والجدال والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث ولا
فسوق ولا جدال في الحج قرا اهل الكوفة بالنصب فيها وقرا ابن كثير وابو عمرو فلا رفث ولا فسوق بالرفع والتنوين وقرا ابو جعفر وعاصم وابن جابر واحمد
والكسائي فلا رفث ولا فسوق بالنصب بدون التنوين وكلهم اتفقوا على نصب اللام من جدال دون التنوين يعني قوله فلا رفث والله تعالى اعلم
اي فلا جماع ولا فحش من الكلام ومعنى ولا فسوق ولا خروج عن حدود الشريعة وهو قيل هو السباب والتنابز بالالقاب ومعنى قوله ولا
جدال اي ولا مراء مع الرفقاء والخدم والمكارين • قال في الكشاف وانما امر باجتناب ذلك وهو واجب الاجتناب في كل حال لانه مع الحج اسمج
كلبس الحرير في الصلاة والتطريب في قراءة القرآن ومعنى قراءة الرفع حمل على معنى النهي كانه قيل فلا يكونن رفث ولا فسوق • وقال الجوهري
قيل لابن عباس حين انشد • ان تصدق الطير ننك لميا ارفثت وانت محرم فقال انما الرفث ما وجه به النساء والمنهي على وزن فعيل

امراة كذا ذكره في ديوان الادب **قوله** فهذا نهي بصيغة النفي اي قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ونهي على صورة النفي اي لا
يرفثوا ولا يفسقوا اي هذا على تقدير قراءة النصب لان قراءة الرفع بمعنى النهي كما بينا وانما حمل على النهي لئلا يلزم الكذب في خبر الباري عز
وجل بيانه انه لو كان المراد منه النفي حقيقة لا يوجد الرفث والفسوق اصلا لان النفي يقتضي عدم المنفي لا محالة وقد يوجدان حينا فعلم
ان المراد منه النهي مجازا وهو يقتضي تصور المنهي عنه ولهذا لا يقال للادمي لا تطر ولا للاعمى لا تبصر لعدم تصور المنهي عنه لكن حيث يكون
النفي لانه اكد من النهي والباقي يعرف في الاصول **قوله** والجدال ان يجادل رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت الحج
وتاخيره • قال في الكشاف ان قريشا كانت تخالف سائر العرب فتقف بالمشعر الحرام وسائر العرب يقفون بعرفة وكانوا يقدمون
الحج سنة ويؤخرونه سنة وهو النسي فرد الى وقت واحد ورد الوقوف الى عرفة فاخبر الله انه قد ارتفع الخلاف في الحج **قوله** ولا يقتل صيدا يعني لا يذبح
وانما قال ولا يقتل لان القتل يستعمل في الحرام غالبا وذبح المحرم الصيد حرام والاصل فيه قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم • وقوله
تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما والحرم جمع حرام وهو المحرم كذا قال صاحب الكشاف • اعلم ان صيد البحر حلال للمحرم وصيد
البر حرام عليه الا ما استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم من الخمس الفواسق والصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش في اصل الخلقة وصيد
البر ما كان توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما كان توالده ومثواه في البحر اما الذي يكون في البحر وتوالده في البر فهو من صيد البر والذي
توالده في البحر ويكون في البر فهو من صيد البحر كالضفدع لان الاصل هو التوالد والكينونة عارض فيعتبر الاصل دون العارض واذا
ذبح المحرم الاهلي من الحيوان كالشاة والابل فذبيحته حلال واذا ذبح الصيد فذبيحته ميتة ويجي بيانه في باب الجنايات من كتاب الحج
قوله ولا يشير اليه ولا يدل عليه والاشارة ان يشير الى الصيد باليد والدلالة ان يقول ان في مكان كذا صيدا فالاشارة
تكون في الحضور والدلالة تكون في الغيبة والاصل فيه ما روى البخاري في الصحيح مسندا الى عبد الله ابن ابي قتادة ان اباه اخبره ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم خرج حاجا فخرجوا معه فصرف طائفة منهم فيهم ابو قتادة • فقال خذوا ساحل البحر حتى نلتقي فاخذوا ساحل البحر فلما
انصرفوا احرموا كلهم الا ابا قتادة لم يحرم فبينما هم يسيرون اذ راوا حمر وحش فحمل ابو قتادة على الحمر فعقر منها اتانا فنزلوا فاكلوا من لحمها
فقالوا انا كل لحم صيد ونحن محرمون فحملنا ما بقي من الاتان فلما اتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا يا رسول الله انا كنا احرمنا وقد كان
ابو قتادة لم يحرم فراينا حمر وحش فحمل عليها ابو قتادة فعقر منها اتانا فنزلنا فاكلنا من لحمها ثم قلنا انا كل لحم صيد ونحن محرمون فحملنا
ما بقي من لحمها قال منكم احد امره ان يحمل عليها او اشار اليها قلنا لا قلنا قال فكلوا ما بقي من لحمها • وفي السنن مسندا الى جابر ابن عبد الله قال
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول صيد البر لكم حلال ما لم تصيدوه او يصد لكم ثم الدال يجب عليه الجزا اذا قتله المدلول لانه لما
ازال امن الصيد صار كانه اتلفه ويجي بيانه في باب الجنايات **قوله** ولا يلبس قميصا ولا سراويل الى اخره اختلف اهل النحو في
السراويل قال بعضهم انه منصرف وقال بعضهم انه غير منصرف وهي تعرف في كتب النحو والاصل فيه ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى
سالم عن عبد الله سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يلبس المحرم من الثياب قال لا يلبس القميص ولا العمائم ولا السراويلات ولا البرنس
ولا ثوبا مسه زعفران ولا ورس وان لم يجد نعلين فليلبس الخفين وليقطعهما حتى يكونا اسفل من الكعبين **قوله** والكعب هنا المفصل
الذي في وسط القدم عند معقد الشراك وانما قال هنا لان الكعب في باب الوضوء هو العظم الناتي في الساق وقد مر بيانه في اول الكتاب
قوله ولا يغطي وجهه ولا راسه وقال الشافعي يجوز للرجل تغطية الوجه لما روى البخاري في الصحيح باسناده الى ابن عباس ان رجلا
كان مع النبي صلى الله عليه وسلم فوقصته ناقته وهو محرم فمات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اغسلوه بماء وسدر وكفنوه في ثوبين
ولا تمسوه بطيب ولا تخمروا راسه فانه يبعث يوم القيمة ملبيا • ولنا ما روي في السنن وغيره مسندا الى ابن عمر • قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم المحرمة لا تنتقب ولا تلبس القفازين فاذا لم يجز للمراة تغطية وجهها مع ان كشفه موجب للفتنة فاولى ان لا يجوز للرجل تغطية
الوجه لان خطر الاحرام في الرجل اكثر في المراة • الا ترى ان المراة يجوز لها لبس الثوب المخيط والخفين وتغطية الراس ولا يجوز ذلك في الرجل اما
الجواب عن قوله ولا تخمروا راسه فنقول تخصيص الشي بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فلم يدل على تخمير الوجه وهو تغطيته والموقص كسر العنق يقال
كيف استدل صاحب الهداية على عدم تغطية المحرم وجهه وراسه خلافا للشافعي لانا نقول المحرم اذا مات انقطع احرامه بدليل ما روي مسندا
الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا مات ابن ادم انقطع عمله الا من ثلاثة اشيا من صدقة جارية او علم ينتفع به او ولد صالح
يدعو له ولهذا لا يبنى المامور بالحج على احرامه بالاتفاق فدل على انقطاع الاحرام فصار المحرم وغيره سوا بعد الموت يؤيده ما روى اصحابنا في
المبسوط عن عطا ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن محرم مات فقال خمروا راسه ووجهه ولا تشبهوه باليهود والجواب عن قوله عليه الصلاة
والسلام احرام الرجل في راسه واحرام المراة في وجهها الفرق بين احرامي الرجل والمراة حيث يجوز للمراة تغطية الراس ولا يجوز للرجل ذلك
لان الرجل يغطي وجهه في الاحرام • وبيانه ان وجه المراة مستور عادة فاذا كشفته في الاحرام يظهر اثر الاحرام • قال في الايضاح
روي عن محمد ان المحرم اذا حمل على راسه شيا قال ان كان من لباس الناس فهو بمنزلة المحرم يغطي راسه لانه وجد التغطية بما يقصد به التغطية
وان كان لا يلبس كاجانة او عدل فلا شي عليه لانه حامل وليس بلابس **قوله** ولا يمس طيبا لقوله عليه الصلاة والسلام
الحاج الشعث التفل • اي قال الشيخ ابو الحسين القدوري وتمام الحديث ذكرناه عند قوله ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة الشعث
متغير الراس والتفل تارك الطيب **قوله** وكذا لا يدهن لما روينا اي لقوله عليه الصلاة والسلام الحاج الشعث التفل وهذا لان الادهان
الادهان يزيل الشعث **قوله** ولا يحلق راسه ولا شعر بدنه اعلم ان المحرم يحرم عليه اخذ شعره كحلق راسه ولحيته وابطه وعانته
واخذ شاربه كذا قص ظفره لقوله تعالى ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي محله ولقوله تعالى ثم ليقضوا تفثهم قال ابو اسحاق الزجاج في تفسيره
التفث جاء في التفسير واهل اللغة لا يعرفونه الا من التفسير ثم قال انه في التفسير التفث الاخذ من الشارب وتقليم الاظفار

ونتف الابط وحلق العانة والاخذ من الشعر ثم قال كانه الخروج من الاحرام الى الاحلال • وقال الجوهري في الصحاح قال ابو عبيدة ولم يجئ فيه شعر يحتج به • وقال المطرزي في الايضاح شرح المقامات التفث الوسخ عن قطرب والمراد قضاء ازالة التفث وقيل في قضاء الاحرام وتمامه بحلق الراس والاغتسال • قال ولا يلبس المحرم ثوبا مصبوغا بورس ولا زعفران • اي قال القدوري وكذا لا يلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا طيب وبه صرح في مختصر الكرخي والورس صبغ اصفر وقيل نبت طيب الرائحة وهذا المار ويا قبل هذا من الصحيح البخاري عن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ولا ثوبا مسه زعفران ولا ورس ولانه ممنوع من الطيب فاذا استعمل الثوب المصبوغ بالطيب فقد استعمل الطيب قوله الا ان يكون غسيلا لا ينفض • قال الامام الاسبيجابي وتكلموا في المنفض قال بعضهم هو ان لا تخرج رائحته وقال بعضهم هو ان لا يتناثر صبغه على البدن • ذكره في شرح الطحاوي وقال القدوري في شرحه معناه انه لا ينفض على بدنه او لا يوجد ريحه وعليه صاحب الهداية لان المنع للطيب لا للون • وروي عن ابي يوسف انه قال لا ينبغي ان يلبس ثوبا قد صبغ لون الهروي لان ذلك فيه ادنى صفرة فلا يوجد منه رائحة وذكر الامام ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار وقال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه استثنى مما حرمه على المحرم من ذلك فقال الا ان يكون غسيلا رواه باسناده عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي شرح الاثار ايضا باسناده الى ابي سعيد ابن المسيب انه اتاه رجل فقال اني اريد ان احرم وليس لي الا هذا الثوب ثوب مصبوغ بزعفران فقال اغسله واحرم فيه وفي شرح الاثار ايضا باسناده الى طاوس قال اذا كان في الثوب زعفران او ورس فغسل فلا باس ان تحرم فيه واعترض بعضهم في هذا المقام على لفظ القدوري • فقال الان الفقهاء يقولون صبغه المبني للفاعل بفتح الياء وضم الفاء وهو خطأ وانما هو ينفض على ما لم يسم فاعله يقال نفضت الثوب انفضه نفضا اذا حركته ليسقط ما عليه ومعناه الا ان يكون غسيلا لا يسقط منه شيء من الصبغ بالنفض فاقول يجوز ان يروى كما ذكره المعترض بصيغة المبني للمفعول ولكن لا معنى لتخطئته لانه جاز ان يراد به الاسناد المجازي بان يسند الفعل الى الثوب وان كان في الحقيقة لصاحب الثوب الا ان يكون الثوب غسيلا لا ينفض الثوب صبغه فافهم قوله وقال الشافعي لا باس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له ولنا ما روي عن عائشة انها كرهت المعصفر وقد صح في الموطا انكار عمر في المعصفر حالة الاحرام ولانه له رائحة مستلذة يصبغ به الثوب فيمنع منه المحرم كما يمنع من الزعفران لان الحاج الشعث التفل بالحديث بخلاف ما اذا كان غسيلا وقد مر وقال اصحابنا ولا يزر المحرم عليه الطيلسان لانه يشبه استعمال المخيط الا انه لا شيء عليه لانه ليس بمخيط كذا ذكر القدوري في شرحه وقال اصحابنا اذا ادخل منكبيه ولم يدخل يديه في كميه جاز وقال زفر لا يجوز لنا انه يتكلف حفظه فلا يمنع منه كما اذا التحف بالازار بخلاف ما اذا ادخل اليدين ......

فصل

ولا باس بان يغتسل ويدخل الحمام واصله ما روي في الموطا والصحيح البخاري وسنن ابي داود مسندا الى ابراهيم ابن عبد الله ابن حنين عن ابيه عن عبد الله ابن عباس والمسور بن مخرمة اختلفا بالابواء فقال عبد الله ابن عباس يغسل المحرم راسه • وقال المسور لا يغسل المحرم راسه فارسلني ابن عباس الى ابي ايوب الانصاري فوجدته يغتسل بين القرنين وهو يستتر بثوب فسلمت عليه فقال من هذا فقلت ارسلني اليك عبد الله ابن عباس يسالك كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل راسه وهو محرم فوضع ابو ايوب يده على الثوب فطأطأه حتى بدا لي راسه ثم قال لانسان يصب اصبب فصب على راسه ثم حرك راسه بيديه فاقبل بهما وادبر وقال هكذا رايته صلى الله عليه وسلم يفعل وفي رواية الموطا هكذا رايت النبي صلى الله عليه وسلم يغتسل قوله ولا باس بان يستظل بالبيت والمحمل وكذا الاستظلال بالخيمة والثوب المرفوع على عود وقال مالك يكره الاستظلال بالفسطاط وما اشبهه من الاستظلال بالنطع والثوب لانه يشبه تغطية الراس • ولنا ما روى ابو داود في سننه مسندا الى ام الحصين قالت حججنا مع النبي صلى الله عليه وسلم فرايت اسامة وبلالا احدهما اخذ بخطام ناقة النبي صلى الله عليه وسلم والاخر رافع ثوبه يستره من الحر حتى رمى جمرة العقبة • وروي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه انه كان يلقي على شجرة ثوبا او نطعا يستظل به وضرب لعثمان رضي الله عنه فسطاطا بمنى ولان الاستظلال ليس لابسه كالاستظلال بالسقف وليس ذلك بممنوع بالاتفاق فكذا هذا الا ترى انه يجوز له دخول المسجد والبيت وهذا لان الاحرام هو اللبس ولم يوجد والفسطاط الخيمة الكبيرة قوله ولو دخل تحت استار الكعبة الى جوفه • وقال الحاكم الشهيد في كافيه وان دخل تحت استار الكعبة حتى غطاه فان كان الستر يصيب وجهه وراسه كرهته له وان كان متجافيا عنه فليس عليه شيء وذلك لانه اذا تجافى يكون كالاستظلال بالثوب فلا باس به قوله ولا باس بان يشد في وسطه الهميان الهميان بكسر الهاء ما يوضع فيه الدراهم والدنانير وهو معروف قال في شرح الطحاوي للامام الاسبيجابي ولا باس وقال لا باس للمحرم ان يشد الهميان والمنطقة ولا باس بان يكون فيه نفقته فلا باس به وان فيه نفقة غيره • ولنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها انها سئلت عن الهميان فقالت اوثق عليك نفقتك • وعن ابن عباس انه قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم للمحرم في الهميان ان يشده في حقوه اذا كان فيه نفقته • قال القدوري وهو قول سعيد ابن جبير وطاوس وعطا ولان المحرم لو منع من شد الهميان لاستوى فيه الحالتان نفقته ونفقة غيره كالمخيط ولان المحظور هو اللبس وهذا ليس بلبس فصار كاشتمال الازار وعن ابي يوسف انه كره المنطقة اذا كانت ابريسما قوله ولا يغسل راسه ولا لحيته بالخطمي • قال في شرح الطحاوي اذا غسل راسه او لحيته بالخطمي يجب عليه الدم في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يجب عليه الصدقة • وروي عن ابي يوسف روايتان احداهما انه لا شيء عليه جعله بمنزلة الاشنان • وروي عنه انه يجب عليه صدقة لانه طيب ودم لانه يقتل هوام الراس وقيل ان الخلاف في خطمي العراق لان له رائحة طيبة واجمعوا انه لو غسله بالحرض او بالصابون او بالماء القراح فلا شيء عليه والهوام بالتشديد جمع هامة وهي دابة من دواب الارض واريد بها القمل قوله قال ويكثر التلبية عقيب الصلاة وكلما علا شرفا او هبط

واديا او لقي ركبا وبالاسحار وعلا شرفا اي صعد مكانا مرتفعا وبالاسحار معطوف على قوله عقيب الصلوات اي يكثر من التلبية بالاسحار والاصل فيه ما روي الاعمش عن خيثمة انه قال كانوا يستحبون التلبية عند ست مواضع عند دبر الصلاة واذا استقبلت بالرجل راحلته واذا صعد شرفا واذا هبط واديا واذا التقى بعضهم ببعض وبالاسحار ولان التلبية ذكر يشتغل في ابتداء العبادة ويتكرر في اثنائها فيشتغل بها في اختلاف الاحوال كالتكبير في الصلاة ويرفع صوته بالتلبية وهذا لما روى صاحب السنن باسناده الى خلاد ابن السائب الانصاري عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اتاني جبريل فامرني ان امر اصحابي ومن معي ان يرفعوا اصواتهم بالاهلال او قال بالتلبية • وروى الترمذي في جامعه باسناده الى عبد الرحمن ابن يربوع عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل اي الحج افضل قال العج والثج • قال الترمذي وفي الباب عن ابن عمر وجابر قال في الصحاح العج رفع الصوت وقد عج يعج عجيجا وعجعج اي صوت ومضاعفته دليل على التكرير وثججت الماء اثجه ثجا اذا اسلته واتاني الوادي بثجيجه اي بسيله ومطر ثجاج اذا انصب جدا والثج سيلان دماء الهدي ثم رفع الصوت بالتلبية هو السنة ولا يقال ينبغي ان يكون واجبا لورود الامر به في حديث خلاد لانا نقول الامر وان كان الامر مطلقه يقتضي الوجوب لكن ترك ذلك اذ لا دليل وقد دل الدليل في حديث ابن عمر لان الانضباط ينفي الوجوب فثبت ما دون الوجوب وهو السنة • وقال اصحابنا ان الاذكار والادعية يستحب فيها الاخفاء الا ما تعلق بالجهر كالاذان الذي يقصد به الاعلام والخطبة التي يقصد بها وعظ الناس وتعليمهم والتكبير التي جعلت علامة للدخول في الصلاة والانتقال والقراءة التي امر المؤتم باستماعها واما التلبية فلانها من علامة العبادة او لانها في حكم ما تعلق بالجهر لانها اجابة الدعاء الجليل كما مر ذكره وليس علينا ان البيان فيها الاخفاء لكن ترك ذلك بالحديث خلاف العادة قوله واذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد يعني لا يشتغل بعمل اخر قبل ان يدخل المسجد الحرام لان المقصود زيارة البيت الذي في الكعبة والبيت في المسجد قوله ولا يضره ليلا دخلها او نهارا • وروي في الصحيح البخاري والسنن عن نافع عن ابن عمر قال بات النبي صلى الله عليه وسلم بذي طوى حتى اصبح ثم دخل مكة وكان ابن عمر يفعله • وروي عن ابن عمر انه دخل في رمضان لعمرة والناس يصلون التراويح فصلى معهم وكذا روى الحسن رضي الله عنهما انهما دخلا مكة ليلا ونهارا ولانه دخول بلدة فيستوي فيه الليل والنهار واما دخول النبي صلى الله عليه وسلم فمخافة الشرقة ولا التباس على الناس ان ينزل وكيف ينزل قوله واذا عاين البيت كبر وهلل اي قال الله اكبر اي من هيبة الكعبة المعظمة وهلل اي قال لا اله الا الله ومعناه التبري عن توهم عبادة البيت وقد قيل ان الدعا مستجاب عند رؤية البيت فلا يغفل عنه وعن الحسن لم يعين في الاصل اي المبسوط لمشاهد الحج من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة بل اي دعا دعا جاز وان تبرك بالمنقول من الدعوات فحسن • وقد روي عن ابن عمر انه قال بسم الله والله اكبر وروي عن مكحول ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا نظر الى البيت قال اللهم زد بيتك هذا تعظيما وتشريفا وتكريما ومهابة وبرا وقال عطا كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا لقي الحجر قال اعوذ برب هذا الحجر من الدين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر • وقال في النوازل اذا دخل الحرم يقول اللهم هذا البيت بيتك والحرم حرمك والعبد عبدك فوفقني لما تحب وترضى واذا وقع نظره الى البيت يقول اللهم انت السلام ومنك السلام حينا ربنا بالسلام اللهم زد بيتك هذا تعظيما وتشريفا ومهابة والمشاهد موضع الحضور من شهد المكان اذا حضره جمع مشهد قوله ثم ابتدأ بالحجر الاسود اي بعد ما كبر وهلل عند معاينة البيت ابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر ورفع يديه وبطون كفيه الى الحجر وهلل كذا في شرح الطحاوي وهلل • وقال في النوازل ويستحب اذا دخل المسجد ان يبدأ بالحجر ولا بتحية المسجد الا ان يكون القوم في الصلاة فيدخل معهم • وقال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي • قال ابو يوسف في الامالي يستقبل بباطن كفيه القبلة عند افتتاح الصلاة واستلام الحجر والقنوت والوتر وتكبير العيدين ويستقبل بباطن الكف كفيه الى السما عند رفع الايدي على الصفا والمروة وبعرفات وجمع وعند الجمرتين ذكره في باب القيام في الفريضة اما الابتداء بالحجر الاسود والاستقبال والتكبير والتهليل فلما روي عن مكحول ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا دخل المسجد بدا بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل • واما رفع اليدين فلما روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى ابن عمر وابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ترفع الايدي في سبعة مواطن في افتتاح الصلاة وعند البيت وعلى الصفا والمروة وبعرفات وبمزدلفة وعند الجمرتين وفي شرح الاثار مسندا الى ابراهيم النخعي قال ترفع الايدي في سبعة مواطن في افتتاح الصلاة وفي التكبير للقنوت في الوتر وفي العيدين وعند استلام الحجر وعلى الصفا والمروة وجمع وعرفات وعند المقامين عند الجمرتين ولان هذا التكبير يفتتح به الطواف فيسن فيه الرفع كالتكبير الذي يفتتح به الصلاة ولان الطواف بالبيت صلاة فيسن في ابتدائه رفع اليدين وقد حدث الطحاوي مسندا الى طاوس عن ابن عباس عن النبي عليه الصلاة والسلام قال الطواف بالبيت صلاة الا ان الله تعالى قد احل لكم المنطق فمن نطق فلا ينطق الا بخير • وقال في الجامع الترمذي مسندا الى سعيد ابن جبير عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل الحجر الاسود من الجنة وهو اشد بياضا من اللبن فسودته خطايا بني ادم قوله واستلمه اي القدوري واستلم الحجر قال في ديوان الادب استلم الحجر اذا لمسه اما بالقبلة واما بيده تناولا وعند الفقها الاستلام ان يضع كفيه على الحجر ويقبله بفمه والاصل في استلام الحجر ما روي في الصحيح البخاري والسنن مسندا الى عمر انه جاء الى الحجر فقبله فقال اني لاعلم انك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا اني رايت النبي صلى الله عليه وسلم يقبلك ما قبلتك واما قوله ان استطاع من غير ان يؤذي احدا فلما روى ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى ابي يعفور قال سمعت اميرا كان على مكة يقول منصرف الحاج سنة ثلاث وسبعين يقول كان عمر رجلا قويا وكان يزاحم على الركن فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا ابا حفص انك رجل قوي وانك تزاحم الناس على الركن فتؤذي الضعيف فاذا رايت خلوة فاستلمه والا فكبر وامض وقيل ان المعنى في استلام الحجر ما روي عن علي رضي الله عنه ان الله تعالى لما اخذ الميثاق من ذرية ادم كتبه في رق

ثم اتقد الحجر فهو يمين الله فمن قبله فقد عاهد الله تعالى والحجر يشهد بالوفا بالعهد يوم القيمة وسبيل المشهود له ان يكرم الشاهد • وقال القتيبي في كتاب غريب الحديث الذي صنفه في حديث ابن عباس انه قال الحجر الاسود يمين الله في الارض يصافح بها عباده • ثم قال هذا تمثيل اصله ان الملك اذا صافح رجلا قبل الرجل يده وكان الحجر بمنزلة اليمين للملك يستلم • وقال في النوازل ويقول عند استلام الحجر بسم الله الرحمن الرحيم اللهم اغفر لي ذنوبي وطهر لي قلبي واشرح لي صدري ويسر لي امري وعافني فيما عافيت فان لم يقدر على استلامه يقوم بحياله ويرفع يديه ويقول الله اكبر الله اكبر اللهم ايمانا بك وتصديقا بكتابك ووفاء بعهدك واتباعا لسنة نبيك اشهد ان لا اله الا الله وحده لا شريك له وان محمدا عبده ورسوله امنت بالله وكفرت بالجبت والطاغوت **قوله** انك رجل ايذاي قوي **قوله** ان وجدت فرجة اي فرجا اي انكشافا **قوله** فان امكنه ان يمس الحجر بشيء في يده كالعرجون وغيره ثم قبل ذلك فعل وقوله جواب الشرط والاصل فيه ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى ابن عباس قال طاف النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع على بعير يستلم الركن بمحجن وعن ابي الطفيل قال رايت النبي صلى الله عليه وسلم يطوف بالبيت على راحلته يستلم الركن بمحجنه ثم يقبله رواه في السنن المحجن بكسر الميم وفتح الجيم بعدها الحاء المهملة العصا المعوج والعرجون عود العذق ما بين شماريخه الى منبته من النخلة كذا في الكشاف • وقال الزجاج هو فعلون من الانعراج اي الانعطاف **قوله** وان لم يتمكن من شيء من ذلك اي من استلام الحجر او امساس العرجون وغيره استقبله وكبر وهلل وحمد الله تعالى وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم وهو رافع يديه قال اصحابنا ان استقبال الحجر عند افتتاح الصلاة سنة وليس بواجب لانه وجب الاستقبال في ابتداء العبادة لم يجب في اثنائها كالصلاة **قوله** ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه فيطوف بالبيت سبعة اشواط • اي قال القدوري ثم اخذ الطائف او الحاج عن يمينه بعد البداءة بالحجر الاسود فيطوف سبعة اشواط اي سبع مرات جمع شوط يقال عدا شوطا اي طلقا والطلق شحيتين ثم الشاوثم الاصل فيه ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى ابن جريج عن ابن يعلى عن يعلى قال كان النبي صلى الله عليه وسلم مضطبعا وفي السنن ايضا مسندا الى ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه اعتمروا من الجعرانة فرملوا في البيت وجعلوا ارديتهم تحت اباطهم ثم قذفوها على عواتقهم اليسرى ثبت بما روينا الاضطباع في الطواف والرمل والتقدير بالسبعة لان الحكم الشرعي لا يعلم كميته ولا كيفيته الا من جهة الشرع والاضطباع بالرداء ان يدخله تحت يده اليمنى فيلقيه على منكبه الايسر • وقال في النوازل ويقول في طوافه اللهم اني اعوذ بك من الكفر والفقر ومواقف الخزي في الدنيا والاخرة ربنا اتنا في الدنيا حسنة وفي الاخرة حسنة وقنا عذاب النار وكلما اتى الركن اليماني يقول مثل ذلك **قوله** ويجعل طوافه من وراء الحطيم اي من خارج الحطيم الحطيم بكسر الحاء المهملة وهذا لان الحطيم من البيت بدليل ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى عبد الله بن عمر عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها الم تري ان قومك حين بنوا الكعبة اقتصروا على قواعد ابراهيم عليه السلام فقلت يا رسول الله الا تردها على قواعد ابراهيم قال لولا حدثان قومك بالكفر لفعلت وفي الصحيح مسندا الى عروة عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لها يا عائشة لولا ان قومك حديث عهد بجاهلية لامرت بالبيت فهدم فادخلت فيه ما اخرج منه والزقته بالارض وجعلت له بابين بابا شرقيا وبابا غربيا فبلغت به اساس ابراهيم فذلك الذي حمل ابن الزبير على هدمه • وروى ابو داود في سننه باسناده الى علقمة عن امه عن عائشة انها قالت كنت احب ان ادخل البيت فاصلي فيه فاخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي فادخلني في الحجر فقال صلي في الحجر اذا اردت دخول البيت فانما هو قطعة من البيت فان قومك اقتصروا حين بنوا الكعبة فاخرجوه من البيت وحدث الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى الاسود بن يزيد عن عائشة قالت سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحجر فقال هو من البيت فقلت ما منعهم ان يدخلوه فيه فقال عجزت بهم النفقة فلما ثبت بما روينا ان الحطيم وهو الحجر من البيت يجعل الطواف من ورائه حتى لو طاف مما بينه وبين البيت لا يجزئ والحطيم من يسار الكعبة وعليه نصب ميزاب الكعبة وفيه قبر هاجر واسمعيل عليهما السلام كذا ذكر صاحب الجمهرة • وقال في النوازل ويقول تحت الميزاب اللهم اظلني تحت ظلك يوم لا ظل الا ظلك ولا باقي الا وجهك يا ارحم الراحمين **قوله** الا انه اذا استقبل الحطيم وحده لا تجزيه الصلاة وهو استثناء من قوله وهو من البيت جواب سؤال مقدر وان يقال لو كان الحطيم من البيت لجازت الصلاة اذا توجه المصلي اليه فاجاب عنه انما لا تجزيه الصلاة اذا توجه اليه دون البيت لان التوجه الى البيت فرض بنص الكتاب • قال تعالى فولوا وجوهكم شطره وما ثبت بالنص القطعي لا يتادى بما ثبت بخبر الواحد احتياطا لان فيه شبهة والاحتياط في الطواف ان يكون خارج الحطيم ليستغرق طوافه البيت **قوله** ويرمل في الثلاث الاول من الاشواط والرمل هو ان يهز اي يحرك في مشيه الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع الاضطباع • اعلم ان الرمل في الاشواط سنة من الحجر الى الحجر الاسود • وقال ابن عباس الرمل ليس بسنة وذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم اضطبع ورمل لعلة وذلك ان المشركين اخلوا له مكة في عمرة القضاء وصعدوا الى جبل قعيقعان وقالوا ان حمى يثرب قد اوهنتهم فاضطبع رسول الله صلى الله عليه وسلم ورمل وقال رحم الله امرا ابدى من نفسه جلدا وهذا المعنى قد زال وهذا ضعيف لان النبي صلى الله عليه وسلم رمل في حجة الوداع وهي بعد الفتح بدليل ما روى البخاري في الصحيح مسندا الى سالم عن ابيه قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين يقدم مكة اذا استلم الركن الاسود اول ما يطوف يخب ثلاثة اطواف اشواط من السبع وفيه ايضا مسندا الى نافع عن ابن عمر قال سعى النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة اشواط ومشى اربعة في الحج والعمرة وحدث الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى جابر قال طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع سبعا رمل منها ثلاثا ومشى اربعا فعلم بهذه الاحاديث ان الرمل من سنن الحج التي لا ينبغي تركها ولئن صح ان السبب في الاصل ما قال ابن عباس ولكن بقي الحكم بعد السبب كما في رمي الجمار سببه طرد الشيطان من ابراهيم صلوات الله عليه وسلامه ثم بقي ذلك الحكم وان زال السبب • وقال سعيد بن جبير وعطاء وطاوس ومجاهد لا يرمل فيما بين الركن اليماني والحجر وانما يرمل من الجانب الاخر وهذا ليس بصحيح لما حدث الطحاوي الى ابي الطفيل قال رمل رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحجر الى الحجر • وروى ابو داود في سننه باسناده الى نافع ان ابن عمر رمل من الحجر الى الحجر وذكر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل ذلك **قوله** اشتاء حمى يثرب يقال اشتاء المضاء اي اشتد ويثرب مدينة الرسول عليه السلام كذا ذكره في ديوان الادب **قوله** ويمشي في الباقي على هينته اي في الباقي من الاشواط من الهينة الرفق والسكون **قوله** والرمل من الحجر الى الحجر هو المنقول من رمل رسول الله صلى الله

عليه وسلم وقد بيناه انفا **قوله** فان زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد فرجة رمل بخلاف استلام الحجر الاسود لانه لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه السنة فاذا وجد فرجة بخلاف استلام الحجر الاسود لانه لا يقف اذا زحم لان له بدلا وهو الاستقبال مكتفيا بالاستقبال اذا تعذر الاستلام **قوله** ويستلم الحجر كلما مر به ان استطاع وذلك لانه في كل شوط متمم للطواف فصار كالشوط الاول فان لم يستطع الاستلام فعل كما فعل في افتتاح الطواف اذا لم يستطع وقد مر بيانه **قوله** ويستلم الركن اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية وعن محمد انه سنة • قال ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي اما الركن اليماني فان استلمه فحسن وان تركه لم يضره في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يستلم الركن اليماني ويفعل كما يفعل بالحجر الاسود • وقال القدوري في شرحه قال محمد يستلمه ولا يتركه وقال الشافعي يستلمه ويقبل يده ولا يقبله • وجه ما قال محمد ما روى ابو داود في سننه باسناده الى نافع عن ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدع ان يستلم الركن اليماني والحجر في طوافه قال وكان عبد الله بن عمر يفعله • ووجه ظاهر الرواية انه ليس بسنة فلذا استلامه كالركن الشامي والاصل في السنة الى اليمن والشام يمني وشامي ثم خففوا الحذف باي النسب وعوضوا منها الالف فقالوا اليماني والشامي **قوله** ولا يستلم غيرهما اي لا يستلم غير هذين الركنين اعني الذي فيه الحجر الاسود والركن اليماني وذلك لان الاخرين ليسا من اركان البيت لان بعض الحطيم من البيت فتكون الركنان اذن من وسط البيت وليسا بركنين في الحقيقة ولهذا يجعل الطواف من وراء الحطيم ولان القياس نفي الاستلام لان شرف المكان لا يقتضي الاستلام كسائر البقاع الا ان القياس ترك بالنص لان النبي صلى الله عليه وسلم الركن فبقي الحكم في الركنين الاخرين على اصل القياس • وروي عن جابر قال كنا نستلم الاركان كلها وقال في الصحيح البخاري كان معاوية يستلم الاركان وهو ضعيف لما روى البخاري في الصحيح وابو داود في سننه مسندا الى سالم بن عبد الله عن ابيه قال لم ار النبي صلى الله عليه وسلم يستلم من البيت الا الركنين اليمانيين وحدث الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يستلم من الركنين الا الاسود واليماني الا استلمها في كل طواف ولا يستلم هذين الاخرين فلما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يستلم غير الركن الاسود والركن اليماني لا يجوز استلام غيرهما لان الله تعالى لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة **قوله** ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام الحجر لان النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك في حجة الوداع **قوله** ثم ياتي المقام الى اخره • اي قال القدوري ثم ياتي بعد فراغه من سبعة الاشواط مقام ابراهيم فيصلي عنده ركعتين او حيث تيسر من الحرمين المسجد ومقام ابراهيم عليه الحجر الذي فيه اثر قدميه والموضع الذي فيه الحجر حين وضع عليه قدميه كذا قال في الكشاف والاصل فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع في السنن في حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم استلم الركن فرمل ثلاثا ومشى اربعا ثم تقدم الى مقام ابراهيم فقرا واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى وفي الجامع الترمذي مسندا الى انس ان عمر قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم لو صلينا خلف المقام فنزلت واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى اما قوله او حيث تيسر من المسجد لان الصلاة لا تختص بمكان دون مكان وحدث الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى عبد الرحمن بن عبد القاري قال طاف عمر بالبيت بعد الصبح فلم يركع فلما صار بذي طوى وطلعت الشمس صلى ركعتين • وروي في الكشاف عن النخعي قال الحرم كله مقام ابراهيم وقال في شرح الطحاوي يصلي ركعتي الطواف في وقت يباح له التطوع ويدل على صحة هذا ما روى ابو جعفر الطحاوي ان عمر صلى ركعتين بذي طوى بعد طلوع الشمس كان ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع فان قلت قد ذهب قوم الى اباحة الصلاة للطواف في جميع الاوقات لانه روي عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال يا بني عبد مناف ان وليتم هذا الامر فلا تمنعوا احدا طاف بهذا البيت وصلى اي ساعة شاء من ليل او نهار فما الجواب عنه قلت انما اباح رسول الله صلى الله عليه وسلم الطواف والصلاة على سبيل ما ينبغي ان يطاف ويصلى ولهذا لو طاف عريانا او محدثا او منكوسا لا يجوز عند الخصم اصلا وعندنا يكون ناقصا ويجبر بالدم ان لم يمكن اعادته وكذا اذا صلى ينبغي ان يراعي الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والوقت الذي لم ينه عنه وقد صح النهي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة عند الطلوع وعند انتصاف النهار وعند الغروب والحجة في هذا الباب ايضا ان النهي عن صيام يوم الفطر ويوم النحر استوى فيه مكة وغيرها من البلدان فكذا النهي عن الصلاة في الاوقات المكروهة ينبغي ان يستوي فيه مكة وسائر البلدان **قوله** وهي واجبة عندنا اي الصلاة عند المقام واجبة عندنا وعند الشافعي سنة • لنا قوله تعالى واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى قرا ابن كثير وابو عمرو وعاصم وحمزة والكسائي بكسر الخاء على صيغة الامر ومطلقه للوجوب على ما عرف في اصول الفقه ولان عمر قضى ركعتي الطواف بذي طوى والقضاء يدل على الوجوب ولان الصلاة ترتيب لا يجوز تقديمها على الطواف فصارت واجبة كالسعي • قال في النوازل يصلي عند المقام ركعتين ويقرا في الركعة الاولى قل يا ايها الكافرون وفي الثانية قل هو الله احد وان قرا غير ذلك جاز ويدعو بعد فراغه من الصلاة للمؤمنين والمؤمنات ثم يقول اللهم وفقني لما تحب وترضى وجنبني عما تسخط وتكره وثبتني على ملتك وملة خليلك ابراهيم عليه الصلاة والسلام **قوله** ثم يعود الى الحجر فيستلم وهذا ما روي في السنن في حديث جابر ان النبي صلى الله عليه لما صلى رجع الى البيت فاستلم الركن ثم خرج من الباب الى الصفا وقال اصحابنا كل طواف بعده سعي يعود لبعد الصلاة الى الحجر وذلك لان السعي لما كان بعد الطواف كان السعي متصلا بالاشواط والسنة في استلام الحجر في كل شوطين فكذا يستلم الحجر بين الطواف والسعي اما اذا لم يكن الطواف بعده السعي فلا يستلم لان الاشواط انتهت بخروج من الباب **قوله** وهذا الطواف طواف القدوم ويسمى طواف التحية • اعلم ان الطواف في الحج ثلاثة طواف القدوم ويقال له طواف التحية وطواف اللقاء وطواف احداث العهد بالبيت • والثاني طواف الزيارة ويسمى طواف الافاضة وطواف يوم النحر • والثالث طواف الوداع ويسمى طواف الصدر • فالاول سنة • والثاني فرض • والثالث واجب وهذا في حق الافاقي اما المكي فلم يشرع في حقه الا طواف الزيارة لانعدام القدوم والصدر ثم طواف القدوم سنة عندنا • وقال مالك انه واجب كذا ذكر القدوري في شرح الكرخي له قوله عليه الصلاة والسلام من اتى البيت فليحيه بالطواف ومطلق الامر للوجوب • ولنا ان هذا الطواف مفعول في الاحرام

فلا يرد علينا نقضا • ثم اعلم ان صاحب الهداية استدل على هذا الموضع وقال لنا ان الله تعالى امر بالطواف والامر المطلق لا يقتضي
التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع بيان كلامه ان الله تعالى امر بالطواف في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق والامر المطلق لا يقتضي
التكرار لا يراد به الا الواحد وقد اريد طواف الزيارة بالامر فلا يبقى غيره مرادا ولا يلزم التكرار فلا يجوز • قلت هذا الاستدلال ضعيف
لان لقائل ان يقول سلمنا ان الامر المطلق لا يقتضي التكرار ايضا وسلمنا ايضا ان طواف الزيارة هو المراد بقوله تعالى وليطوفوا ولكن لا نسلم ان لا يراد
طواف السنة واجبا بدليل اخر يوجبه ولهذا قلنا يوجب طواف الصدر وان كان قوله تعالى وليطوفوا لا يقتضي التكرار على انا نقول انما لم يكن الا في
في طواف القدوم بل نقول انه واجب بدليل اخر وبين الفرض والواجب فرق فلا يثبت التكرار ثم نسلم ان الحجة على مالك ما بينه اولا اما الجواب عن الحديث
فنقول لا نسلم انه مسند لان المرسل عند ابن نجيه فكيف يحتج به على غيره ولئن سلمنا انه مسند فنقول لا نسلم ان الوجوب مراد ثم قرينة من الادب
وهو دليل القرينة هنا لانه تمامه تحية وهي تدل على السنية لا على الوجوب **قوله** ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه ويستقبل البيت و
يكبر ويهلل ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويرفع يديه ويدعو الله تعالى لحاجته يعني يخرج الى الصفا بعد ركعتي الطواف واستلام الحجر
بعدهما فيصعد على الصفا حتى يشاهد الكعبة وذلك لما روى جابر في السنن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من الباب الى الصفا
فرقا عليه حتى راى البيت فكبر الله وحده وقال لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير
لا اله الا الله وحده انجز وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده وحديث مالك في الموطا عن جعفر بن محمد عن ابيه عن جابر بن عبد الله
قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا وقف على الصفا يكبر ثلاثا ويقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك له الحمد وهو على
كل شيء قدير يصنع ذلك ثلاث مرات ويصنع على المروة مثل ذلك وقد مر شرح الدين عند الصفا والمروة والحديث الوارد فيه عند قوله ثم
ابتداء الحجر الاسود • وقال في النوازل ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليها ويستقبل الكعبة ويرفع يديه ويكبر ثلاث تكبيرات ويقول بين كل
تكبيرتين لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شيء قدير لا اله الا الله
وحده لا شريك له ولا نعبد الا اياه مخلصين له الدين ولو كره الكافرون ثم يلبي ويقول لبيك اللهم لبيك الى اخره **قوله** ويصير البيت
بمراي بمنظر من الحاج **قوله** ويخرج الى الصفا من اي باب شاء وقد قال عطا ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج الى الصفا من باب بني مخزوم
وهو الذي يسمى باب الصفا وليس ذلك بسنة عندنا وانما خرج النبي صلى الله عليه وسلم من ذلك لقربه من باب الصفا لا لكونه سنة **قوله**
ثم ينحط نحو المروة ويمشي على هينته الى اخره • اي قال القدوري ثم ينحط اي ينزل من الصفا فيتوجه نحو المروة ويمشي على هينته على سكونه ووقاره فاذا
بلغ بطن الوادي سعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي على هينته حتى ياتي المروة فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا من استقبال الكعبة وذكر
الدين والدعا بحاجته والاصل فيه ما روى ابو داود في سننه عن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم نزل الى المروة حتى اذا انصبت قدماه في بطن
الوادي رمل حتى اذا صعد مشى حتى اتى المروة فصنع على المروة مثل ما فعل على الصفا وفي الموطا مسندا الى جابر ايضا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان
اذا نزل من الصفا مشى حتى اذا انصبت قدماه في بطن الوادي سعى حتى يخرج منه • وقال في النوازل واذا نزل من الصفا يقول اللهم استعملني بسنة
وسنة نبيك واعذني من مضلات الفتن برحمتك يا ارحم الراحمين ويقول في سعيه رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم انك انت الاعز الاكرم واهدني
للتي هي اقوم فانك تعلم ولا نعلم قيل ان بطن الوادي لا يسمى السيول ولم يبق له اثر الا انه جعل له ميلان اخضر واصفر ليعلم انه بطن الوادي فيسعى الحاج
فيما بينهما كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه وقيل اصل هذا السعي ان ابراهيم صلوات الله عليه وسلامه لما جاء من الشام مع ابنه اسمعيل وزوجته هاجر
الى واد غير ذي زرع وتركهما عند البيت المحرم ولا زاد لهما فعطش اسمعيل وامه هاجر وقد اشتد الحر عليهما وكانت هاجر لا تدري ما تصنع وكانت
تصعد على الصفا مرة وعلى المروة اخرى في طلب الماء الا انها اذا نزلت من الصفا كانت تمشي على هينتها ناظرة الى ولدها فاذا بلغت بطن الوادي كانت
تسعى لان ولدها اسمعيل كان يغيب عن نظرها فاذا خرجت كانت تمشي على هينتها الى ان بدا لها نظرت الى ولدها وكانت تقول يا الهنا لا تهلكنا عطشا ثم كانت
تصعد على المروة ثم اذا نزلت كانت تمشي على هينتها وكانت تسعى في بطن الوادي فصنعت هكذا من الصفا الى المروة ومن المروة الى الصفا سبعا
فلما ايست من الماء جاءت الى ولدها فراته ما نبع من تحت قدم ولدها ووضعت حوله احجارا لئلا يضيع الماء وفي ذلك جاء الحديث لولا ام اسمعيل
لكان ماء زمزم ماء معينا الى يوم القيمة وصار ذلك سنة باقية الى يوم القيمة ليتذكروه **قوله** وهذا شوط يطوف سبعة اشواط يبدا
بالصفا ويختم بالمروة • قال ابو جعفر الطحاوي يفعل ذلك سبع مرات يبتدي في كل مرة بالصفا ويختم بالمروة • وقال ابو بكر الرازي في شرحه
لمختصر الطحاوي قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم نحو ما ذكره الا قوله يبتدي في كل مرة بالصفا ويختم بالمروة فان هذا غلط ويجيء على هذا اربعة عشر
شوطا وانما عليه سبعة اشواط فمضيه من الصفا الى المروة شوط ورجوعه من المروة الى الصفا شوط اخر • ثم قال وعندي انه يكون اراد به يبدا بالصفا
اول مرة ويختم بالمروة في اخره وكذلك قال محمد ابن الحسن في كتاب المناسك • وقال الامام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي يبدا بالصفا ويختم
بالمروة ويعد المبدا شوطا والعود شوطا اخر • ثم قال قال بعضهم يعد البداية والشوط والعود شوطا واحدا ثم قال وهذا ذكر الطحاوي لانه قال
يبتدي في كل مرة منها بالصفا ويختم بالمروة ثم قال والصحيح هو الاول وقد ضعفوا قول الطحاوي في عامة كتب اصحابنا بعضهم قالوا انه غلط وبعضهم
قالوا ليس بصحيح وعندي لما قاله الطحاوي وجه لان النبي صلى الله عليه وسلم لما رقا على الصفا قال نبدا بما بدا الله به رواه جابر في السنن واراد به
قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله فيفهم منه انه يبدا بالصفا في كل شوط لان الحديث مطلق يشمل ابتداء كل شوط فاذا كانت البداءة في كل شوط من الصفا
يكون المشي الى الصفا من المروة والعود من المروة الى الصفا شوطا واحدا لا محالة على انا نقول ان اهل الحديث اوردوا في عامة كتبهم ان النبي صلى الله عليه وسلم
سعى بين الصفا والمروة سبعا ولم يذكروا ان البداية من الصفا شوط والعود من المروة شوط ويحتمل ان يكون طواف النبي صلى الله عليه وسلم على ما قاله الطحاوي
ويحتمل ان يكون على ما قاله سائر الفقهاء وعلى ما قاله الطحاوي يحصل الخروج عن العهدة بيقين فكان الاحتياط لكل ذلك ونقول ان المفعول في قوله عليه
الصلاة والسلام نبدا محذوف والمفعول اذا كان محذوفا تقدر اعم الاشيا بما بدا الله به اي بالصفا فيكون الامر على ما قاله الطحاوي فافهم **قوله**

ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن • وقال الشافعي انه ركن لقوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله والشعائر جمع الشعيرة وهي العلامة
وانما كان من شعائر الله اذا كان السعي بينهما فرضا علما من اعلام الدين • وروي في الحديث اسعوا فان الله كتب عليكم السعي ولنا قوله تعالى فلا جناح
عليه ان يطوف بهما ومثل هذا اللفظ لا يستعمل في الفرض والواجب الا انا اثبتنا الوجوب بخبر الواحد لانه نسك وعدد ولا يختص بالمسجد فلم
يكن ركنا كرمي الجمار ولو نقول انه يجوز اداؤه بعد طواف الزيارة وبعد الطواف يحل له كل شي ولو كان ركنا لجاز اداؤه بعد الاحلال فصار رمي الجمار ك
كطواف الصدر وكونه من الشعائر لا يدل على كونه ركنا لانه يحتمل تعلق الواجب به وقوله عليه الصلاة والسلام كتب عليكم السعي لا يدل على انه ركن
لانه خبر الواحد وفيه شبهة والركن لا يثبت الا بدليل مقطوع على انا نقول ان معناه كتب وجوبا لا ركنا وقوله بمعنى ما روي اي روى الشافعي
استحبابا كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية فيه نظر لان الوصية للوالدين والاقربين كانت واجبة لا مستحبة ثم
نسخت الوصية لهم بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام الا لا وصية لوارث وسبب نزوله لانه ما ذكره الواحدي عن ابن عباس قال
كان على الصفا صنم على صورة رجل يقال له اساف وعلى المروة صنم على صورة امراة تدعى نائلة زعم اهل الكتاب انهما زنيا في الكعبة فمسخهما
الله حجرين ووضعا على الصفا والمروة ليعتبر بهما الناس فلما طالت المدة عبدا من دون الله فكان اهل الجاهلية اذا طافوا بهما مسحوا الوثنين فلما جاء
الاسلام وكسرت الاصنام كره المسلمون الطواف بينهما لاجل الصنمين فانزل الله تعالى هذه الاية **قوله** ثم يقيم بمكة حراما اي محرما
لا يحلق ولا يقصر وذلك لانه محرم بالحج فلا يجوز له التحلل قبل الفراغ من افعاله فيقيم حراما الى يوم النحر وهو وقت التحلل **قوله** ويطوف
بالبيت كلما بدا له اي كلما بدا له ان يطوف وذلك لان صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلوا ذلك ولان الطواف بالبيت صلاة لما روي د
عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الطواف بالبيت صلاة الا ان الله تعالى قد احل لكم المنطق رواه ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار د
مسندا فلما كان الطواف بالبيت صلاة بالحديث والصلاة خير موضوع ياتي بها كلما بدا له الا انه ليس عليه السعي بعد هذه الاطوفة لان
السعي لا يتكرر وجوبه والتنفل به ليس بمشروع **قوله** ويصلي لكل اسبوع ركعتين وهي ركعتا الطواف على ما بينا اراد به ما رواه من النبي
صلى الله عليه وسلم وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين عند قوله ثم ياتي المقام فيصلي ركعتين يقال طاف اسبوعا اي سبع مرات كذا في ديوان الادب
قوله قال فاذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب الامام خطبة يعلم الناس فيها الخروج الى منا والصلاة بعرفات والوقوف والافاضة
اعلم ان يوم التروية هو اليوم الثامن من ذي الحجة وانما سمي بذلك لما روى صاحب الكشاف في سورة والصافات ان ابراهيم صلوات الله عليه وسلامه
راى ليلة التروية كان قائلا يقول له ان الله يامرك بذبح ابنك هذا فلما اصبح روى اي فكر في ذلك من الصباح الى الرواح امن الله هذا الحلم ام من الشيطان
فمن ثم سمي يوم التروية فلما امسى راى مثل ذلك فعرف انه من الله تعالى فمن ثم سمي يوم عرفة ثم راى مثله في الليلة الثالثة فهم بنحره فسمي اليوم يوم
النحر • وقال ابو بكر الانباري في كتاب الزاهر انما سمي التروية تروية لان الناس يتروون من الماء من العطش في هذا اليوم ويحملون الماء بالروايا
الى عرفة ومنا والثاني يوم عرفة لان جبرئيل علم ابراهيم صلوات الله عليهما وسلامه المناسك كلها يوم عرفة فقال اعرفت في اي موضع تطوف وفي اي
موضع تسعى وفي اي موضع تقف وفي اي موضع تنحر وترمي فقال عرفت فسمي يوم عرفة ويسمى يوم الاضحى لان الناس يضحون فيه بقرابينهم وقيل ان ادم
عليه الصلاة والسلام لما اهبط الى الارض وقع بالهند وامراته حوا وقعت بالشام فلم يلتقيا الا عشية عرفة فسمي يوم عرفة لمعرفة كل منهما الاخر
وقيل انما سمي منا لان جبرئيل عليه السلام لما اراد ان يفارق ادم عليه السلام قال له ما ذا تتمنى قال له ادم الجنة فسمي ذلك الموضع منا والحاصل ان في الحج
ثلاث خطب • قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي وفي الحج ثلاث خطب اولها قبل يوم التروية بمكة بعد صلاة الظهر خطبة واحدة ولا
يجلس فيها • والثانية يوم عرفة بعرفات قبل الصلاة اي قبل صلاة الظهر وهي خطبتان يجلس بينهما جلسة خفيفة فقال ابو حنيفة يبتدي بالخطبة اذا
فرغ المؤذن من الاذان بين يديه كخطبة الجمعة • وقال ابو يوسف يخطب الامام قبل الاذان فاذا مضى صدر من خطبته اذن المؤذن والخطبة د
الثالث بعد النحر بيوم بمنى كالخطبة التي قبل التروية وهي خطبة واحدة بعد صلاة الظهر • اما الخطبة فيها فيعلم الاولى يعلم فيها الخروج الى منى
من غد ذلك اليوم لانه يوم التروية يحتاجون ان يغدوا الى منا • واما خطبة يوم عرفة فيعلم فيها ما عليهم في غد من الحلق والتقصير والرمي
والطواف • واما الخطبة الثالثة فيعلم فيها النفر وطواف الصدر ولا يحتاج يوم النحر الى خطبة لانه قد علموا ما يحتاجون اليه في خطبة يوم عرفة
وما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب يوم النحر فانما لم يكن من خطب الحج وانما كانت خطبة الوداع علمهم الاحكام لما علم انه لا يتفق مثله بعد من الاجتماع
لكثرة وخطبة عرفة يجلس فيها لانها تؤدى معها الصلاة كخطبة الجمعة والخطبتان الاخريان لا يجلس فيها لانها للتعليم وليس عقيبها صلاة فصار كسائر
الخطب التي تخطب للحوادث وبيان الاحكام وهذا مذهبنا • وعند زفر يخطب ثلاث خطب متواليات يوم التروية ويوم عرفة ويوم النحر لان المقصود
تعليم ما يقع في هذه الايام فيجب ان يكون الخطب فيها • ولنا ان يوم التروية يوم شغل الحاج بالخروج الى منا وكذا يوم النحر لاشتغالهم بالحلق والرمي
والطواف فلا يجتمع الخطبة فيها في القلوب **قوله** وكان ما ذكرنا انفع وفي القلوب انجع اي انفع بما قاله زفر وابلغ مما قاله يجمع خطبتهما
في القلوب **قوله** وكان ما ذكره انفع وفي القلوب انجع اي ابلغ مما قاله زفر وانجع مما قاله هو فيما ينجع فيه الخطاب والوعظ اذا اثر
قوله فاذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج الى منا فيقيم بها حتى يصلي الفجر من يوم عرفة يعني يصلي خمس صلوات يعني الظهر والعصر والمغرب
والعشاء من يوم التروية والفجر من يوم عرفة وهذا لما روى ابو داود في سننه باسناده الى مقسم عن ابن عباس قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم
الظهر يوم التروية والفجر يوم النحر وفي رواية بعرفة بمنا وحديث مالك في الموطا عن نافع ان ابن عمر كان يصلي الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح بمنى ثم
يغدو اذا طلعت الشمس الى عرفات **قوله** ثم يتوجه الى عرفات عطف على قوله فيقيم بها حتى يصلي الفجر من يوم عرفة يعني
بمنى يوم التروية فيصلي الظهر والمغرب والعصر والعشاء من يوم التروية والفجر من يوم عرفة ثم يتوجه الى عرفات فيقيم بما رويناه اي لما ان النبي
صلى الله عليه وسلم راح الى عرفات بعدما صلى خمس صلوات بمنا **قوله** وهذا بيان الاولوية • قال الامام حميد الدين الضرير وغيره في
شرحهم اي الذهاب الى عرفة بعد طلوع الشمس هو الاولى ولو دفع قبله جاز • قلت هذا حسن ولكن بقي في كلام صاحب الهداية شي لانه كان من الواجب

ان يعيد بطلوع الشمس عند قوله ثم يتوجه الى عرفات بان قال ثم يتوجه الى عرفات بعد طلوع الشمس حتى يتاول له وهذا بيان الاولوية وكان هذا التقدير تركه بهذا الكتاب ولهذا صرح به في شرح الطحاوي وشرح الكرخي والايضاح وغيرها • قال في الايضاح واذا طلعت الشمس يوم عرفة خرج الى عرفات لان النبي صلى الله عليه وسلم فعل كذلك ثم قال وان دفع قبله جاز والاول اولى وعلى هذا شرح الكرخي قال وذلك لما بينا ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج اليها بعد طلوع الشمس فلو سبق عليه كان يعجله يجوز ذلك **قوله** قال في الاصل ويترك بمائع الناس اي قال محمد في المبسوط ثم يغدوا الى عرفات فيترك بمائع الناس وانما قال فيترك بمائع الناس لحينئذ لان الانتباذ وهو العزلة تجبر وتكبر فيتحامى عنه ولان الحال حال تضرع ومسكنة وانما ليضيق الطريق على المارة **قوله** واذا زالت الشمس الى اخره اعلم انه اذا زالت الشمس من يوم عرفة اغتسل انه احب وليس ذلك بواجب بل هو سنة وذلك لان ذلك اليوم يوم يجتمع فيه الناس فيستحب الاغتسال للنظافة كما في الجمعة والعيدين ثم يخطب خطبتين بعد الزوال قبل الصلاتين قائما يجلس بينهما جلسة خفيفة ويصلي الامام الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين ويخفي الامام القراءة فيهما لانهما ظهر وعصر كما في سائر الايام وذلك لما روى البخاري في الصحيح باسناده الى سالم بن عبد الله قال كتب عبد الملك الى الحجاج ان لا يخالف ابن عمر في الحج فجاء ابن عمر وانا معه يوم عرفة حين زالت الشمس فصاح عند سرادق الحجاج فخرج وعليه ملحفة معصفرة فقال ما لك يا ابا عبد الرحمن فقال الرواح ان كنت تريد السنة قال هذه الساعة قال نعم قال فانظرني حتى افيض على راسي ثم اخرج فنزل حتى خرج الحجاج فسار بيني وبين ابي فقلت ان كنت تريد السنة فاقصر الخطبة وعجل الوقوف فجعل ينظر الى عبد الله فلما راى ذلك عبد الله قال صدق • ولان المقصود من الخطبة بعد الزوال **قوله** في شرح الطحاوي ولو ترك الخطبة وجمع بين الصلاتين او خطب قبل الزوال اجزاه وقد اساء اذا فعل ذلك يعني بخلاف الجمعة فانه اذا ترك الخطبة او خطب قبل الزوال لم تجز الجمعة وانما تقديم الخطبة على الصلاة فلان النبي صلى الله عليه وسلم قدمها ولانهم يشتغلون بعد الصلاة بالرواح الى الموقف فلا يحصل المقصود من الخطبة وهو تعليم المناسك لانهم لا يسمعونه وانما القيام في الخطبة فلان المقصود تبليغ الناس وذلك في القيام ابلغ وانما الجلوس بين الخطبتين فلانه هو السنة في الخطب المتعلقة بالصلاة ويؤذن المؤذنون بين يدي الامام اذا صعد المنبر لان هذه الخطبة متقدمة على الصلاة فصارت كخطبة الجمعة وصفة الخطبة ما ذكره الشيخ ابو الحسن الكرخي وهو ان الامام يحمد الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر ويعظ الناس ويامرهم بما يجب عليهم وينهاهم عما نهاهم الله عنه ويخبر الناس بما امرهم ويسلم ثم يدعو الله تعالى بحاجته ثم ينزل وذلك ان الخطبة موضوعة لتعظيم الله تعالى وذكره والوعظ والتعليم وهذه الخطبة يحتاج اليها لتعليم الوقوف والوقوف بمزدلفة فيجب ان يتوفى ذلك وانما الجمع بين الصلاتين باذان واقامتين فلما روي في حديث جابر قال ثم اذن بلال ثم اقام فصلى الظهر ثم اقام فصلى العصر لم يصل بينهما شيئا رواه في السنن ولان العصر يقدم على وقتها فلا بد من الاعلام لاعادة الاقامة **قوله** وقال مالك يخطب بعد الصلاة لانها خطبة وعظ كخطبة العيد • ولنا ما روى ابو داود في سننه ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اغتسل الشمس امر بالقصوى فرحلت له فركب حتى اتى بطن الوادي فخطب الناس ثم اذن بلال ثم اقام فصلى العصر رواه عن جابر ولان المقصود تعليم المناسك فيتقدم الخطبة لان الجمع بين الصلاتين من جملة المناسك **قوله** والجمع بما بالرفع عطفا على قوله تعليم المناسك اي الجمع بين الصلاتين الظهر والعصر من المناسك **قوله** وعن ابي يوسف انه يؤذن قبل خروج الامام • قال في شرح الطحاوي وعن ابي يوسف انه قال يؤذن المؤذن والامام في الفسطاط ثم يخرج بعد فراغه من الاذان ويصعد المنبر • وجه هذه الرواية الاعتبار بسائر الصلوات لان المؤذن يؤذن فيها قبل خروج الامام وكذا ما عن ابي يوسف انه يؤذن بعد الخطبة قبل الصلاة وهذا اصح عندي وان كان ظاهر الرواية عن اصحابنا بخلاف ذلك لما صح في حديث جابر ان بلالا اذن بعد الخطبة ثم اقام وقد مضى انفا **قوله** ولا يتطوع بين الصلاتين [illegible] المقصود الوقوف • قال في تحفة الفقهاء ولا يشتغل الامام بالتنفل ولا التطوع فيما بينهما • وقال القدوري في شرحه ولا يتطوع احد بينهما لا الامام ولا ماموم فان تطوع الامام فقد فعل مكروها واعاد الاذان للعصر [illegible] وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف • وقال محمد [illegible] الاذان والاقامة • وكذلك [illegible] بين الصلاتين [illegible] وذلك لما روى البخاري [illegible] ان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بينهما ولم يسبح بينهما شيئا [illegible] • وروي [illegible] عن جابر [illegible] باذان واحد واقامتين [illegible] • وروي عن زفر [illegible] بين الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين [illegible] في حجة الوداع عن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم [illegible] باذان واقامتين [illegible] **قوله** ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى العصر في وقتها عند ابي حنيفة [illegible] قال الامام القدوري [illegible] في ديوان الادب [illegible] والعصر [illegible] الامام [illegible] في شرح الاقطع وقال الشافعي [illegible] وجه قولهما ان [illegible] الوقوف [illegible] بالدعاء [illegible] ولابي حنيفة ان الجمع بين الظهر والعصر يوم عرفة ثابت بالنص على خلاف القياس لان المحافظة على الوقت فرض بالنصوص • قال الله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى وقال ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا [illegible] وهو الجمع مع الامام [illegible] لاجل الامام [illegible] لاجل الوقوف [illegible] ان تكون لاجل الامام • [illegible] صون الجماعة عن الفوات والامام هو [illegible] **قوله** [illegible] اي بين الصلاتين والوقوف [illegible] **قوله** شرط عند ابي حنيفة الامام شرط في الصلاتين جميعا لانه عند ابي يوسف ومحمد الامام ليس بشرط الا في العصر • وجه قول زفر ان الامام انما صار شرطا لاسقاط فرض وقت العصر لان الظهر يفعل في وقته فجاز له ان يفعل العصر مع الامام وان صلى

الظهر في منزله ولابي حنيفة ان الجمع بينهما لم يثبت في الشرع الا مع الامام وهو حلال من اهل مكة محرم بالحج فانه يصلي العصر لوقتها ولا يجوز له تقديمها كما ذكر في نوادر الصلاة • وروي عن ابي حنيفة في غير رواية الاصول انه يجوز وهو قول زفر كذا في شرح الطحاوي وجه قول زفر ان المغير عن وقته هو العصر لا الظهر وهذا ظاهر فيعتبر الشرط الزائد وهو الاحرام في حق المتغير لا في حق المنفرد ولابي حنيفة ان الجمع بينهما ثبت بخلاف القياس فيراعي جميع ما ورد به الشرع وهو الجمع مع الامام والاحرام فيهما جميعا فاذا لم توجد الاحرام فيهما لا يجوز **قوله** فيقتصر عليه اي يقتصر تقديم العصر على ما اذا كانت العصر مرتبة على ظهر يؤدى بالجماعة مع الامام في حالة الاحرام بالحج وتقييد الاحرام بالحج لما روى محمد عن ابي حنيفة انه ان كان حين صلى الظهر مع الامام محرما بالعمرة ثم احرم بالحج قبل العصر لم يجزه لان احرام العمرة لا تاثير له في جواز الجمع وجوده وعدمه سوا **قوله** ثم لا بد من الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية وجه هذه الرواية ان سبب الجمع انما يتحقق اذا زالت الشمس ولهذا لا يجوز الجمع قبل الزوال فلما كان كذلك قلنا اذا زالت الشمس وهو ليس بمحرم فلا يثبت له حكم الجمع لعدم الاحرام حال تحقق السبب فلا يجوز له الجمع بعد ذلك وفي الرواية الاخرى يكتفي بالاحرام قبل الصلاة لان المقصود من شرط الاحرام هو الجمع بين الصلاتين وقد حصل **قوله** قال ثم يتوجه الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه اي قال القدوري ثم يتوجه الامام عقيب الجمع بين الصلاتين الى الموقف الذي بقرب الجبل فهو الذي يسمى جبل الرحمة والموقف يسمى الموقف الاعظم وجبل الرحمة في عرفات وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر والعصر في وقت الظهر ثم ركب القصوى حتى اتى الموقف ولانه قدم العصر ليتصل الوقوف فلا ينبغي له التاخير ثم وقت الوقوف بعرفة بعد زوال الشمس من يوم عرفة الى طلوع الفجر من يوم النحر فمن حصل في هذا الوقت فيها وهو عالم بها او جاهل او نائم او يقظان مغيق او مغمى عليه فوقف بها او مر بها ولم يقف صار مدركا للحج ولا يرد عليه الفساد بعد ذلك غير انه ان ادرك بالنهار فانه يقف الى غروب الشمس فان لم يقف ولكنه مار مارا بعد الزوال قبل الغروب فعليه الدم فان ادركها بعد غروب الشمس لم يقف بما ذكرنا فلا شي عليه ويكون مدركا للحج • كذا قال الامام الاسبيجابي **قوله** وعرفات كلها موقف الا بطن عرنة • قال في الديوان عرنة واد في عرفات وقال في احكام القران لابي الفضل بكر بن محمد البصري القشيري والمسجد الذي يصلي فيه الامام فاذا خرج الانسان من البطن يريد الموقف بعرفة فقد صار بعرفة من حين يخرج من البطن والاصل فيه ما روي في الموطا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر قيل ان المعنى في ذلك ان النبي عليه الصلاة والسلام راى فيها الشيطان فنهى عن الوقوف في ذلك المكان وقيل ان بعضهم كانوا يجيزون وينزلون معتزلين عن الناس في بطن عرنة وبطن محسر فامر الشرع بمخالفتهم وقد اعلم **قوله** وينبغي للامام ان يقف بعرفة على راحلته وذلك لما روى البخاري في الصحيح باسناده الى ام الفضل بنت الحرث ان ناسا اختلفوا عندها يوم عرفة في صوم النبي صلى الله عليه وسلم فقال بعضهم هو صائم وقال بعضهم ليس بصائم فارسلت اليه بقدح لبن وهو واقف على بعيره فشرب **قوله** والاول افضل اي وقوف الامام على راحلته افضل من وقوفه على قدميه اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم ولان الامام يدعو الله ويتضرع والناس يدعون بدعائه فاذا كان على راحلته كان ابلغ في مشاهدتهم له **قوله** وينبغي ان يقف مستقبل القبلة وهذا المروي في السنن في الحديث الطويل انه عليه الصلاة والسلام استقبل القبلة فلم يزل واقفا حتى غربت الشمس **قوله** ويدعو ويعلم الناس المناسك وكلام المصنف بالنصب عطفا على قوله ان يقف **قوله** ويدعو بما شاء وان الاثار بعض الدعوات وحديث الترمذي في جامعه مسندا الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال خير الدعاء دعاء يوم عرفة وخير ما قلت انا والنبيون من قبلي لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شي قدير • وذكر في الموطا في فضله يوم عرفة مسندا الى طلحة ابن عبيد الله ابن كريز قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما رئي الشيطان يوما هو فيه اصغر ولا ادحر ولا احقر ولا اغيظ منه في يوم عرفة وما ذاك الا لما يرى من تنزل رحمة الله وتجاوز الله عن الذنوب العظام الا ما روي يوم بدر قيل وما راى في يوم بدر قال اما انه قد راى جبريل صلى الله عليه وسلم وهو يزع الملائكة • قال في النوازل ولكن عامة دعائه بعرفة لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك الى اخره ثم يقول لا اله الا الله ولا نعبد الا اياه لا اله الا الله مخلصين له الدين ولو كره الكافرون اللهم انت قلت ادعوني استجب لكم وانك لا تخلف الميعاد اللهم وهذا مقام المستجير العايذ من النار اجرني من النار بعفوك وادخلني الجنة برحمتك اللهم اذ هديتني للاسلام فلا تنزعه عني حتى تتوفني وانا عليه • قال الكرخي في مختصره ويدعو الناس بما احبوا ويرفع الايدي بسطا يستقبل الداعي بطن وجهه **قوله** ضعوا اي يتخلطوا ويخلطوا الوزن علامة المنصب لانه معطوف على قوله ان يقفوا في قوله وينبغي للناس ان يقفوا بقرب الامام **قوله** وهذا بيان الافضلية اي وقوف الناس بقرب الامام خلفه هو الافضل لان عرفات كلها موقف على ما ذكرنا انه الى قوله عليه الصلاة والسلام عرفة كلها موقف **قوله** انما الاجتهاد اي المبالغة في الدعاء فلانه عليه السلام اجتهد في هذا الموقف اي بعرفات فاستجيب له الا في الدماء والمظالم وقيل توقف دعاء النبي صلى الله عليه وسلم بعرفات في الدما والمظالم الى المزدلفة فاستجيب له فيها في الدماء والمظالم ايضا • وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ويده في نحره كالمستطعم المسكين **قوله** ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة اعلم ان الحاج يقطع التلبية مع اول حصاة من جمرة العقبة وعند مالك اذا وقف بعرفات قطع التلبية لان التلبية الاجابة باللسان قبل الاشتغال بالاركان فتنتهي التلبية انما يكون قبل الاشتغال بافعال الحج فاذا ابتدا بافعال الحج قطع التلبية • ولنا ما روى البخاري باسناده الى عبيد الله بن عبد الله عن ابن عباس ان اسامة كان ردف النبي صلى الله عليه وسلم من عرفة الى المزدلفة ثم اردف الفضل من المزدلفة الى منى قال وكلاهما قال لم يزل النبي صلى الله عليه وسلم يلبي حتى رمى جمرة العقبة ولان التلبية ذكر معقول في افتتاح العبادة ويتكرر في اثنائها وكان القياس ان يكون الى اخرها كالتكبير في الصلاة الا ان القياس ترك

فيما بعد الرمي بالاجماع فبقي ما رواه على اصل القياس والقارن مثل المفرد بالحج في قطع التلبية • وقال ابو الحسن الكرخي انه يقطع
التلبية مع اول حصاة في الحج الفائت لان اعماله اعمال العمرة فتساويا اما المحرم بالعمرة فانه يقطع التلبية حين يستلم الحجر الاسود وعند
مالك اذا رأى البيت • لنا ما روى ابو داود في سننه مسندا الى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال يلبي المعتمر حتى يستلم الحجر ولان
قطع التلبية يتعلق بتحلل من نسك كالحج واستلام الحجر نسك ورد به الشرع لبيته بنسك • وقال محمد والذي يفوته الحج يحلل بعمل
عمرة ويقطع التلبية حين يأخذ في الطواف الذي يتحلل به لان افعال الحج سقطت عنه فصار كالمعتمر ويقطع المحصر التلبية اذا ذبح هديه
لانه ابيح له التحلل • قال القدوري في شرحه فان حلق الحاج قبل ان يرمي جمرة العقبة قطع التلبية لانه تحلل من الاحرام والتلبية لا تبقى
مع التحلل وقالوا فان زار البيت قبل ان يرمي او يذبح او يحلق قطع التلبية في قول ابي حنيفة ومحمد رواه هشام • وروى محمد عن ابي يوسف
انه قال يلبي ما لم يحلق او تزول الشمس من يوم النحر • وجه قولهما انه اذا طاف قبل الرمي والذبح فقد تحلل لانه لو جامع لم يلزمه
بدنة فصار التحلل بالطواف كالتحلل بالحلق • ووجه قول ابي يوسف ان احرامه بحاله بدليل انه لا يجوز له الطيب واللبس فصار كمن لم يطف
وليس كذلك اذا حلق او تحلل لانه قد تحلل بدلالة اباحة الطيب واللبس فاما ازالة الشمس فلان من اصل ابي يوسف ان وقت رمي جمرة العقبة
يفوت بالزوال فلم يفعل بعده فصار فواتها كفعلها • وروى ابن سماعة عن محمد ان من لم يرم قطع التلبية اذا غربت الشمس يوم النحر • وروى هشام
عنه انه يقطع التلبية اذا مضت ايام النحر فاما اذا ذبح قبل ان يرمي فقد ذكر ابو الحسن الكرخي فيما روي عن ابي حنيفة ومحمد انه يقطع
التلبية لانه تحلل بالذبح فهو كما لو تحلل بالحلق وروى ابن سماعة عن محمد لا يقطع التلبية لانه تحلل بالذبح فهو كما لو تحلل بالحلق • وروى ابن سماعة
عن محمد في قطع التلبية وان ذبح ما لم يرم او يحلق لانه لا يخرج عن الاحرام بالذبح وقال الحسن عن ابي حنيفة انما يقطع التلبية بالذبح القارن
والمتمتع فاما اذا ذبح المفرد لم يقطع التلبية لان القارن والمتمتع ذبحهما يتعلق به التحلل فهو كالحلق واما المفرد فتحلله لا يتوقف على ذبحه
فلا يقطع عنه التلبية كذا قاله القدوري في شرحه **قوله** واذا غربت الشمس افاض الامام والناس على هينتهم حتى يأتوا
المزدلفة وانما يفيضون من عرفات بعد غروب الشمس • لما روى ابو داود في سننه باسناده الى اسامة بن زيد قال كنت ردف النبي
النبي صلى الله عليه وسلم فلما وقعت الشمس دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان فيه مخالفة المشركين لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب
عشية عرفة فقال اما بعد فان هذا يوم الحج الاكبر وان اهل الشرك والاوثان كانوا يدفعون في هذا اليوم قبل غروب الشمس حين تكون
الشمس على الجبال كانها عمائم الرجال في وجوههم وانا ندفع فلا تعجلوا ادفع بعد غروب الشمس • واما الافاضة على هينتهم فلما روى البخاري
في الصحيح باسناده الى ابن عباس انه دفع مع النبي صلى الله عليه وسلم يوم عرفة فسمع النبي صلى الله عليه وسلم وراءه زجرا شديدا وضربا للابل
فاشار بسوطه اليهم وقال ايها الناس عليكم بالسكينة فان البر ليس بالايضاع والايضاع الاسراع • وروى ابو داود في سننه مسندا
الى ابن عباس ايضا قال افاض رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرفة وعليه السكينة ورديفه اسامة وقال ايها الناس عليكم بالسكينة فان البر
ليس بايجاف الخيل والابل عليكم بالسكينة والايجاف الاسراع ايضا • وروى البخاري ايضا باسناده الى هشام عن عروة عن ابيه قال
سئل اسامة وانا جالس كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسير في حجة الوداع حين دفع قال يسير العنق فاذا وجد فجوة نص قال هشام النص
فوق العنق • قال في الديوان العنق السير الفسيح وهو منتصب • وقال ابو سليمان الخطابي في شرح الصحيح العنق السير الواسع ودابة معناق والنص
فوق العنق وهو ارفع السير والفجوة المتسع بين الشيئين والرفع من عرفات من الافاضة **قوله** فان خاف الزحام الى اخره • قال القدوري
في شرحه ان خاف بعض القوم الزحام او كانت به علة فتقدم قبل الامام قليلا ما لم يجاوز حدود عرفة ولم يخرج من عرفة فلا بأس به وان ثبت مكانه
بعد ما حتى يدفع الامام فهو افضل وذلك لانه اذا تقدم ولم يجاوز من موضع الوقوف ودفع عن نفسه ضرر الزحمة وكان في حكم الواقف وان تأخر
مكانه فهو افضل لانه لا يكون احدا في الافاضة قبل وقتها • وروي عن عائشة انها افاضت مكانها حتى افاض الناس ثم دعت بشراب فافطرت
ثم افاضت فان ابطأ الامام بالدفع وتبين للناس الليل دفعوا قبل الامام لان وقت الدفع قد دخل بغروب الشمس فاذا ترك الامام السنة في الدفع
فلا يجوز للناس تركها • وان دفع قبل غروب الشمس حتى جاوز عرفات لزمه الدم عندنا خلافا للشافعي لان الوقوف في جزء من الليل واجب لان
رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يزل واقفا الى ان غربت الشمس ثم دفع وفعله بيان للواجب ثم ان عاد الى عرفات بعد الغروب وان ادرك مع الامام
بعد الغروب سقط عنه الدم خلافا لزفر وان عاد الى عرفات بعد الغروب سقط عنه الدم بالاتفاق **قوله** واذا اتى مزدلفة فالمستحب
ان يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة يقال له قزح اي يقال لذلك الجبل قزح • قال في الصحاح قزح اسم جبل بالمزدلفة وقال في الكشاف
المشعر الحرام ما بين جبل المزدلفة قزح وهو الجبل الذي يقف عليه الامام وعليه الميقدة ثم قال وقيل المشعر الحرام ما بين جبلي المزدلفة من مأزمي
عرفة الى وادي محسر وليس المأزمان ولا وادي محسر من المشعر الحرام ثم قال والصحيح انه الجبل اي ان المشعر الحرام هو الجبل الذي يقال له قزح
لما روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم لما صلى الفجر يعني بالمزدلفة بغلس ركب ناقته حتى اتى المشعر الحرام فدعا وكبر وهلل ولم يزل واقفا حتى اسفر
قال في المغرب الميقدة موضع كان اهل الجاهلية يوقدون عليه النار وقيل انها كان آدم عليه السلام يوقدها وانما كان المستحب ان ينزل بقرب قزح لما
روى ابو داود في سننه باسناده الى علي رضي الله عنه قال لما اصبح النبي صلى الله عليه وسلم ووقف على قزح فقال هذا قزح وهو الموقف وجمع كلها
موقف الى هنا لفظ الحديث **قوله** وكذا اعرابي وقف عمر رضي الله عنه عند قزح وعن سنية النزول عن الطريق • قال ابو الحسن الكرخي واذا
جاء الامام المزدلفة وهي المشعر الحرام وهي الذي اذا افضت من وادي عرفات الى بطن محسر نزل بها حيث شاء عن يمين الطريق وعن يساره ولا
ينزل على جادة الطريق فيؤذي المارة وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام مزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر فاما النزول على الطريق فهو
ممنوع بالمزدلفة وغيرها لانه يقطع الناس عن الاختيار • وقال في احكام القرآن لابي الفضل بكر بن محمد القشيري القاضي وبطن محسر
بين مزدلفة وبين منى اذا خرج الانسان من مأزمي المزدلفة هبط في بطن محسر فاذا خرج منه برز فهو في مزدلفة قال **قوله** ويستحب

ان رأى الامام اي خلف الامام لما بينا في الوقوف بعرفة اشارة الى قوله لانه يدعو ويعلم فيعوا ويتبعوا **قوله** ويصلي الامام بالناس
المغرب والعشاء باذان واقامة واحدة • اي قال الامام القدوري في المختصر ان الامام يجمع بين المغرب والعشاء اذا غاب الشفق ودخل وقت
العشاء باذان واحد واقامة واحدة • وقال زفر باذان واقامتين وهو احد قولي الشافعي وفي قوله الاخر باقامتين من غير اذان كذا في شرح
الاقطع لزفر ما روى ابو داود في سننه في الحديث الطويل في حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم اتى المزدلفة فجمع بين المغرب والعشاء باذان واحد
واقامتين ولم يسبح بينهما شيئا يعني لم يتطوع ولانه جمع مشروع للحاج فيكون باذان واقامتين كما في الجمع بعرفات وللشافعي على قوله الاخر ما روي
عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بينهما باقامة واحدة لكل صلاة ولم يناد في الاولى • ولنا ما روى ابو جعفر الطحاوي في شرح الآثار
باسناده الى ابي ايوب الانصاري قال صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم المغرب والعشاء باقامة واحدة • وروى ابو داود في سننه
باسناده الى عبد الله بن مالك بن الحرث ما هذه الصلاة فقال صليتهما مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا المكان باقامة واحدة وفي سنن ايضا
مسندا الى ابي سعيد بن جبير وعبد الله بن مالك قال صلينا مع ابن عمر بالمزدلفة المغرب والعشاء باقامة واحدة وفي السنن ايضا مسندا الى جعفر
ابن محمد عن ابيه عن جده جابر قال فصلى النبي صلى الله عليه وسلم المغرب والعتمة باذان واقامة • والترجيح لقولنا بان نقول ان حديث جابر مضطرب
كما ترى لانه حدث في رواية باذان واقامتين وفي رواية باذان واقامة وكذا حديث ابن عمر لانه خالف روايته ومخالفة الراوي دليل على عدم
صحة الحديث فبقي رواية ابي ايوب الانصاري سالمة عن المعارض ولئن صح الحديث فنقول انما كان ذلك لان الناس كانوا تفرقوا بعد المغرب
لاجل العشاء وعندنا كذلك اذا تفرق الناس عن الامام لعشاء او غيره حيث يقام للصلاة العشاء مرة اخرى والدليل على صحة هذا ما روى البخاري
في الصحيح باسناده الى اسامة بن زيد قال دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرفة فنزل الشعب فبال ثم توضأ ولم يسبغ الوضوء فقلت
له الصلاة قال الصلاة امامك فجاء المزدلفة فتوضأ فاسبغ الوضوء ثم اقيمت الصلاة فصلى المغرب ثم اناخ كل انسان بعيره في منزله ثم اقيمت
الصلاة فصلى ولم يصل بينهما فعلم بهذا الخبر انهم تفرقوا واشتغلوا بانزال الاثقال واناخة البعير وغيره ولانهما صلاتان يجمعهما وقت واحد فيكتفى
باقامة واحدة كما في العشاء والوتر ولا يرد علينا الجمع بعرفة لان العصر يفعل في غير وقتها فاحتيج الى زيادة الاعلام اما الجمع بالمزدلفة فليس كذلك
لان العشاء مفعولة في وقتها فلا حاجة الى زيادة الاعلام فان قلت يرد عليكم الفوائت فانه ان شاء اذن واقام لكل صلاة وان شاء اقتصر على
الاقامة فينبغي ان يكون هنا كذلك • قلنا الفوائت كل صلاة منها صلاة على حدة فتفرد كل منها بالاقامة اما الصلاتين بالمزدلفة فانهما صارتا
كصلاة واحدة بدليل انه لا يجوز التطوع بينهما فلاجل هذا لم يشرع لكل واحدة **قوله** فان رد بما روي على المبني للمفعول وعلى المبني للفاعل
فعلى الاول يكون مسندا الى الجار والمجرور وعلى الثاني يكون مسندا الى الضمير الراجع الى الامام اي اوتر الامام بالاقامة **قوله** ولا
يتطوع بينهما وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يتطوع بينهما فان تطوع بينهما او تشاغل بشيء بينهما اعاد الاقامة للعشاء لانه انقطع الاعلام
الاول والفرق لابي حنيفة بين الجمع بعرفات حيث لا يجوز بالتشاغل فوجب الاعلام ثانيا **قوله** ثم يعني اي كل العشاء **قوله** ولا
يشترط الجماعة لهذا الجمع عند ابي حنيفة يعني اذا صلى المغرب والعشاء وحده جاز ولكن السنة ان يصليهما مع الامام والا الفرق لابي حنيفة
بين الجمع بعرفات حيث لا يجوز الجمع بلا امام وبين الجمع بمزدلفة حيث جاز له ان يجمع بينهما وحده ان الجمع بعرفات ثابت بخلاف القياس لكون
العصر متقدمة على وقتها فروعي فيه جميع ما ورد النص وهو الاداء مع الامام في حالة الاحرام اما الجمع بالمزدلفة فلم يخالف القياس لان
المغرب مؤخرة عن وقتها وقضاء الصلاة بعد وقتها امر معقول لوجود المسبب بعد وجود السبب فلم يشترط فيه مراعاة ما ورد له النص
وهو الامام **قوله** ومن صلى المغرب في الطريق لم يجزه عند ابي حنيفة ومحمد وقول زفر والحسن بن زياد مثل قولهما كذا
ذكر القدوري في شرحه وقال ابو يوسف يجزيه وقد اساء • وذكر الطحاوي للامام الاستحباب ولو صلى المغرب بعد غروب الشمس قبل ان يأتي
المزدلفة فعليه ان يعيدها اذا اتى المزدلفة في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعيدها وقد اساء كذا ذكر في الايضاح ثم قال
في شرح الطحاوي وكذلك لو صلى العشاء في الطريق بعد دخول وقتها فهو على الاختلاف • وذكر في شرح الطحاوي للشيخ ابي بكر الرازي
ان صلاهما دونها لم يجز في قول ابي حنيفة ومحمد اي ان صلى المغرب والعشاء دون المزدلفة يعني قبل ان يصل الى المزدلفة لم يجز في قولهما
كذا ذكر في المنظومة في باب ابي يوسف خلافا لهما وجه قول ابي يوسف انه ادى صلاة المغرب في وقتها فلا يجب عليه اعادتها
كما اذا ادى في غير ليلة المزدلفة في وقت المغرب ولهذا لا يجب الاعادة بالاتفاق بعد طلوع الفجر ولانه انما رخص له تأخير المغرب عن وقتها
ليتصل السير فاذا لم يترخص جاز اخذه بالعزيمة • ووجه قولهما ما روى البخاري في الصحيح عن كريب مولى ابن عباس عن اسامة بن زيد
ان النبي صلى الله عليه وسلم حين افاض من عرفة مال الى الشعب فقضى حاجته فتوضأ فقلت يا رسول الله اتصلي قال الصلاة امامك اي موضع
الصلاة بالمزدلفة وذلك ان الصلاة لا يجوز اداؤها في الطريق ولانه اخر المغرب ليلة المزدلفة عن وقتها افضل بالاتفاق ثم التأخير اما
ان يكون لاتصال السير او لانه لا يجوز تقديمها على المزدلفة فلا يجوز الاول لان اتصال السير ليس بفرض ولا سنة ولهذا مال
رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الشعب فقضى حاجته فتعين الثاني فيجب عليه الاعادة ثم انه لم يجز تقديم المغرب على المزدلفة ليمكنه
الجمع بين الصلاتين بالمزدلفة في وقت العشاء فيكون الجمع بينهما ما دام وقت العشاء باقيا فاذا طلع الفجر لم يمكن الجمع فسقطت الاعادة
قال القدوري اذا كان يخشى ان يطلع الفجر قبل ان يصل الى المزدلفة صلى المغرب لانه اذا طلع الفجر فات وقت الجمع وكذا اذا صلى العشاء
الاخرة في الطريق بعد دخول وقتها لم يجزه الا على ما ذكر من خوف طلوع الفجر **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا صلى بعرفات
اي اذا صلى المغرب بعرفات بعد غروب الشمس لم يجز عندهما خلافا لابي يوسف والله اعلم **قوله** كما بعد طلوع الفجر يعني
لا يجب عليه اعادة المغرب بعد طلوع الفجر بالاتفاق لانه اداها في وقتها قلنا لا يجب عليه الاعادة بالمزدلفة قبل الطلوع لهذا
المعنى • قال في شرح الطحاوي ولو طلع الفجر قبل ان يعيدهما بالمزدلفة عاد الى الجواز في قولهم جميعا اي جاز ان يعيد المغرب والعشاء

قوله الصلاة امامك معناه وقت الصلاة وهذا لان الصلاة توجد بفعل المصلي فلا يتصور ان يكون امامه فاريد الوقت اطلاقا لاسم
المفعول على العلة لان الوقت سبب وجوب الصلاة او اريد الوقت بحذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه او اريد موضع الصلاة بحذف
الطريق قوله واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس اي يصلي الامام الفجر من يوم النحر بغلس والغلس اخر ظلمة
ظلمة كذا في الديوان والاصل فيه ما روى ابو داود في سننه باسناده الى عبد الرحمن ابن يزيد عن ابن مسعود قال ما رايت رسول الله
صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الا لوقتها الا بجمع فانه جمع بين المغرب والعشا وصلى صلاة الصبح من الغد قبل وقتها وحدث البخاري ايضا في
الصحيح باسناده الى عبد الله قال ما رايت النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة لغير ميقاتها الا صلاتين جمع بين المغرب والعشا وصلى الفجر قبل ميقاتها
قلت ان عامة كتب اصحابنا مثل شرح الطحاوي وشرح الكرخي والايضاح وشرح الاقطع والتحفة والكافي للحاكم الشهيد والنوازل لابي
الليث وغير ذلك ناطقة بان صلاة الفجر بالمزدلفة اذا طلع الفجر بغلس وبعد طلوع الفجر يدخل وقت صلاة الفجر فكيف يصح تمسكهم بحديث
عبد الله ابن مسعود وقد ذكر في حديثه انه عليه الصلاة والسلام صلى الفجر قبل ميقاتها قلت اراد به قبل وقتها المستحب بدليل ما روى البخاري
في الصحيح باسناده الى عبد الله بن يزيد قال خرجت مع عبد الله الى مكة ثم قدمنا جمعا فصلى الصلاتين ثم صلى الفجر حين طلع الفجر قائل يقول طلع
الفجر وقائل يقول لم يطلع الفجر فدل على ما قلنا لانه لو كان المراد من ذلك الحديث انه صلى قبل وقتها الذي يتعلق جواز الصلاة به لم يفعل ابن مسعود
نفسه وهو الراوي حين طلع الفجر لئلا يكون فعله على خلاف روايته فعلم ان المراد منه انه صلى قبل وقتها المستحب ولانه اذا قدم الصلاة
استدرك فضيلة الوقوف وذلك لا يستدرك في غير هذا اليوم فكان افضل من فضيلة الاسفار التي تستدرك في كل يوم ثم وقت
الوقوف بالمزدلفة بعد طلوع الفجر يوم النحر الى ان يسفر جدا فمن مر بها بعد طلوع الفجر يوم النحر او حصل في جزء من اجزائها حتى اي الوقوف
ولا شيء عليه غير ان السنة ان يقف الى ان يسفر جدا ويتضرع في الدعاء والتغليس اداء الصلاة بالغلس قوله ثم وقف ووقف
الناس معه يدعو اي وقف الامام بعد صلاة الفجر يدعو ووقف الناس معه قال الشيخ ابو الحسن الكرخي فان استطاعوا ان يكون موقفهم على الجبل الذي عليه
الميقدة الذي يقال له قزح فليفعلوا وليقفوا ويدعوا الله ويرفع يديه ويستقبل بهما وجهه بسطا وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم
فعل ذلك وقال في النوازل ويدعو بالمزدلفة نحو ما دعا بعرفة ويقول اللهم حرم لحمي وشعري ودمي وعظمي وجميع جوارحي على النار يا ارحم الراحمين
قوله واستجيب له دعاؤه لامته حتى الدما والمظالم يجوز ان يروى الدما والمظالم بالجر والرفع اما الرفع فلكون حتى للعطف
لقولهم مات الناس حتى الانبيا بالرفع واذا كانت عاطفة يكون لها التعظيم كالتحقير الا ترى انك تقول […] وانما التحقير كقولهم قدم الحاج
حتى المشاة ويجب ان يكون ما بعدها مجانسا لما قبلها فلا يجوز ضربت القوم حتى حمارا وضربت الرجال حتى امراة وبه صرح عبد القاهر في
مقتصده ولكن بقي هنا كلام وهو ان يقال المعطوف فيما نحن فيه ليس بمجانس للمعطوف عليه لان الدما والمظالم ليسا من جنس الدعا
فلا بد من التاويل حتى يصح الكلام فنقول معناه استجيب له كل ذنب لامته حتى استجيب له الدما والمظالم واما الجر فلكون حتى للجر
وحتى اذا كانت جارة يكون المجرور انما ينتهي به الشي كقولهم سهرت البارحة حتى الصباح لانه تنتهي الليلة عنده او لجزء من الصباح
وما نحن فيه من قبيل الاول لانه يعد حتى داخل فيما قبلها كادخل الراس في اكلت السمكة وتقدير الكلام استجيب له في الدما والمظالم
ايضا وهذا بخلاف كلمة الى فان مجرورها لا يدخل فيما قبلها والباقي في البحث يعرف في موضعه وليس كتابنا لبيان ذلك قوله
ثم هذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن وقال الشافعي انه ركن وفائدة كونه واجبا تظهر فيما اذا جاوز حد مزدلفة قبل طلوع
الفجر فعليه دم لترك الوقوف بها الا اذا تركه لعذر بسبب علة او ضعف او زحام فلا شيء عليه وجه قول الشافعي قوله تعالى فاذكروا
الله عند المشعر الحرام والنص قطعي فيدل على ركنيته الوقوف بالمزدلفة وقد ذكر في وجيزه ان وقوف المزدلفة […] قال صاحب الهداية
وحديث […] الشافعي انه ركن ولنا ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى عبيد الله ابن ابي يزيد سمع ابن عباس يقول انا ممن قدم
النبي صلى الله عليه وسلم ليلة المزدلفة في ضعفة اهله وحدثنا ايضا ابو داود في سننه عن ابن عباس فعلم ان الوقوف بالمزدلفة ليس
بركن ولو كان ركنا لم يجز تركه للضعفا كالوقوف بعرفات وروى الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الآثار والامام ابو داود في السنن
مسندا الى عبد الرحمن ابن يعمر الديلي قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم واقفا بعرفات فاقبل اناس من اهل نجد فسالوه عن الحج فقال
الحج يوم عرفة فعلم بهذا ان ركن الحج هو الوقوف بعرفات لا غير وروى مالك في الموطا عن نافع ان عبد الله ابن عمر كان يقول من لم يقف
بعرفة من ليلة المزدلفة قبل ان يطلع الفجر من ليلة المزدلفة فقد فاته الحج ومن وقف بعرفة ليلة من المزدلفة قبل ان يطلع الفجر فقد ادرك
الحج وفي الموطا ايضا عن هشام ابن عروة عن ابيه قال من ادركه الفجر من ليلة المزدلفة ولم يقف بعرفة فقد فاته الحج ومن وقف بعرفة قبل ان يطلع
الفجر فقد ادرك الحج فعلم بهذا ان المعتبر في الركنية هو الوقوف بعرفات وانما كون الوقوف واجبا فلما روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي
باسناده الى الشعبي قال سمعت عروة ابن مضرس الطاي يقول رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمزدلفة فقلت يا رسول الله جئت
من جبلي طي والله ما جئت حتى اتعبت نفسي واتعبت راحلتي وما تركت جبلا من هذه الجبال الا وقد وقفت عليه فهل لي من حج فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم من شهد معنا هذه الصلاة صلاة الفجر بالمزدلفة وقد كان وقف بعرفة قبل ذلك ليلا او نهارا فقد تم حجه
وجاء في بعض الروايات من وقف معنا هذا الموقف وصلى معنا هذه الصلاة وقد كان وقف قبل ذلك بعرفة فقد تم حجه فعلم
هذا ان هذا الوقوف واجب لانه عليه الصلاة والسلام علق تمام الحج به ولنا الجواب عن الاية فنقول ان المذكور فيها الذكر
لا الوقوف والذكر بالمزدلفة ليس بركن ولا واجب بالاجماع ولهذا اذا وقف ولم يذكر اصلا لا يلزمه شي فاولى ان لا يكون غير المذكور
وهو الوقوف ركنا قوله تعالى عند المشعر الحرام اي قريبا منه وذلك للفضل كالقرب من جبل الرحمة والا فالمزدلفة كلها موقف الا وادي
محسر وقد مر ذكره والمشعر المعلم لانه معلم كذا في الكشاف والمشعر الحرام جبل قزح او ما بين جبلي المزدلفة من مازمي عرفة الى وادي محسر

وقد مر ذكره والمشعر المعلم لانه معلم العبادة ووصف بالحرام لحرمته قوله ومثله ثبتت الركنية اي ومثل هذا النص وهو
النص القطعي قوله وقد كان افاض قبل ذلك من عرفات جملة حالية معترضة بين الشرط والجزا اي من وقف معنا هذا
الموقف والحال ان هذا الواقف افاض من عرفات قبل ذلك ثم اتى بالمزدلفة فقد تم حجه قوله علق به تمام الحج اي علق رسول الله
صلى الله عليه وسلم بالوقوف بالمزدلفة في قوله من وقف معنا هذا الموقف تمام الحج لانه قال فقد تم حجه قوله وهذا يصلح
امارة الوجوب تعليق الحج بالوقوف مشكل لان علامة الوجوب والامارة بمعنى العلامة غير انه اذا تركه بعذر استثنى من قوله
وهذا يصلح امارة الوجوب يعني ان الوقوف بالمزدلفة واجب الا انه اذا تركه بعذر لا شيء عليه لما روينا ان النبي صلى الله عليه
وسلم قدم ضعفة اهله ليلا وقد روى البخاري في الصحيح باسناده عن القسم عن عايشة قالت استاذنت سودة النبي صلى الله
عليه وسلم ليلة جمع وكانت ثقيلة ثبطة فاذن لها وقال في شرح الصحيح الثبطة البطيئة يقال ثبطت الرجل عن حاجته اذا
حبسته عنها قوله والمزدلفة كلها موقف الا وادي محسر اي قال القدوري وقال في الكشاف سميت المزدلفة وجمعا
لان ادم صلوات الله عليه وسلامه اجتمع فيها مع حوا وازدلف اليها اي دنا منها وعن قتادة لانه يجمع فيها بين الصلاتين ويجوز ان يقال
وصفت بفعل اهلها لانهم يزدلفون الى الله اي يتقربون بالوقوف اليها قوله لما روينا من قبل وهو قوله عليه الصلاة والسلام
المزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر قوله محسر بكسر السين المهملة وتشديدها واد في منعرف على يسار المزدلفة
قال واذا طلعت الشمس افاض الامام والناس حتى ياتوا منى قال هكذا وقع في نسخ المختصر وهذا غلط والصحيح اذا اسفر افاض الامام والناس
لان النبي صلى الله عليه وسلم دفع قبل طلوع الشمس اي قال الامام القدوري واذا طلعت الشمس من يوم النحر افاض الامام من المزدلفة
والناس معه حتى ياتوا منى ثم قال صاحب الهداية هكذا وقع في مختصر القدوري وهو غلط لان النبي صلى الله عليه وسلم دفع قبل الطلوع
فان قلت هذا الذي قاله صاحب الهداية صحيح لكن الغلط وقع من الكاتب لا من القدوري بنفسه الا ترى ان الشيخ ابا نصر البغدادي وهو من تلامذة
الشيخ ابي الحسين القدوري قد اثبت لفظ القدوري في هذا الموضع في شرحه بقوله قال ثم يفيض الامام من مزدلفة قبل طلوع الشمس والناس
معه حتى ياتي منى واثبت الامام ابو الحسين القدوري في شرحه لمختصر الكرخي مثل هذا ايضا فقال ويفيض الامام قبل طلوع الشمس فياتي منى
فعلم ان ما ذكره صاحب الهداية سهو لا من مختصر القدوري فذاك سهو من الكاتب لا من القدوري والشيخ ابو الحسين القدوري اجل منصبا
من ان يزل قدمه في هذا القدر وهو عمدة في الفقه وعيشه مدار في الحديث وناهيك به […] على شرحه لمختصر الكرخي فاذا التقيه
فرسان محله في الفقه كان عنده البيوت لا يا له بدكل احد وترجع طرف الناظر الى منزلة عن كلاله والاصل في الافاضة من مزدلفة
ما روى صاحب السنن باسناده الى عمرو بن ميمون قال قال عمر بن الخطاب كان اهل الجاهلية لا يفيضون حتى يروا الشمس على ثبير فخالفهم
النبي صلى الله عليه وسلم فدفع قبل طلوع الشمس وثبير اسم جبل وكانوا يقولون اشرق ثبير كيما نغير والاغارة بالغين المعجمة الاسراع قوله
فيبتدي بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات مثل حصى الخذف اي قال الامام ابو الحسين القدوري يبتدي بجمرة العقبة
بعد ما افاض من المزدلفة والجمرة الحصى الصغير وربما يجي للمواضع التي ترمى جمارا وجمرات لما بينهما من الملابسة والخذف بالخاء المعجمة
الرمي برؤس الاصابع يقال الخذف بالحصا والحذف بالعصا وحذف الارنب بالعصا رميها بها وهو بالحاء المهملة ومثل حصى الخذف بالجر لكونه صفة
لما قبله قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي لو رمى جمرة العقبة بعد طلوع الفجر قبل طلوع الشمس جاز عندنا وقال الشافعي لا يجوز
الا بعد طلوع الشمس والافضل عندنا ان يرمي بعد طلوع الشمس حتى يجوز بالاتفاق وقال في شرح الكرخي وقت الرمي يوم النحر يدخل بعد
طلوع الفجر وقال الشافعي يدخل وقت الجواز بنصف الليل ويجب الرمي اذا طلعت الشمس وقال في شرح الآثار لا ينبغي لهم ان يرموها
حتى تطلع الشمس فان رموها قبل ذلك اجزاهم وقد اساءوا ثم قال وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ووجه قول الشافعي ما روي في
شرح الآثار وغيره في حديث اسماء انها رمت ثم رجعت الى منزلها فصلت الفجر ووجه ما روي عن اصحابنا ان الافضل بعد طلوع
الشمس هو ما روي في السنن وشرح الآثار وغيرهما باسناده الى جابر قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمي يوم النحر ضحى واما بعد ذلك
فبعد زوال الشمس وروي في السنن ايضا مسندا الى ابن عباس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقدم ضعفا اهله بغلس ويامرهم لا يرمون
الجمرة حتى تطلع الشمس ووجه ما روي عن اصحابنا انه يجوز بعد الفجر قبل الطلوع ما حدث الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الآثار باسناده
الى كريب الى ابن عباس قال ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يامر نساءه وثقله صبيحة جمع ان يفيضوا مع اول الفجر سوادا ولا يرموا الجمرة الا مصبحين
وفيه ايضا باسناده الى كريب عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه في الثقل وقال لا ترموا الجمار حتى تصبحوا والجواب عن حديث اسماء
متروك لانه لم يعلم انها رمته قبل الفجر لانه يحتمل انها رمته بعد طلوع الفجر ثم صلت بعد طلوع الفجر ولئن سلمنا انها رمته قبل طلوع الفجر نقول ذلك
كان رخصة للضعفا بدليل ما روي في ذلك الحديث انها قالت رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم للظعن فدل على انه لا يجوز في حق غير الضعفا
واما الاتيان بعد طلوع الفجر فعلى خلاف السنة لان النبي صلى الله عليه وسلم رمى جمرة العقبة بعد طلوع الشمس وقد مر انفا في حديث جابر واما
الرمي مثل حصى الخذف فلما روى ابو داود في سننه باسناده الى سليمان ابن عمرو بن الاحوص عن امه قالت رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يرمي الجمرة من بطن الوادي وهو راكب يكبر مع كل حصاة ورجل من خلفه يستره فسالت عن الرجل فقالوا الفضل ابن العباس وازدحم الناس فقال
النبي صلى الله عليه وسلم يا ايها الناس لا يقتل بعضكم بعضا واذا رميتم الجمرة فارموا بمثل حصى الخذف قوله لم يعرج على شي منه لم يوقف
قال في الديوان عرج على الشي اي اقام قوله ولو رمى باكبر منه جاز لحصول الرمي اي باكبر من حصى الخذف الا انه يحترز عن الرمي بالحجر
الكبير كيلا يتاذى به غيره قوله والافضل ان يكون من بطن الوادي اي الافضل ان يكون الرمي من اسفل الوادي الى اعلاه وقد مر ما روى
البخاري في الصحيح باسناده الى عبد الرحمن ابن يزيد قال رمى عبد الله من بطن الوادي فقلت يا ابا عبد الرحمن ان ناسا يرمونها من فوقها فقال والذي

لا إله غيره هذا مقام الذي أنزلت عليه سورة البقرة أي مقام الذي أنزلت عليه سورة البقرة تدل على أن الرمي من بطن الوادي أفضل لأنه
مقام النبي صلى الله عليه وسلم في الرمي ولو رماها من فوق العقبة جاز لأن بعض الصحابة كانوا يرمونها من فوق العقبة في الرمي الأخرى
أن عبد الرحمن بن يزيد قال إن ناسا يرمونها من فوقها وأراد بالناس الصحابة والتابعين • وحدث البخاري أيضا بإسناده إلى عبد الرحمن بن
يزيد أنه حج مع ابن مسعود فرآه يرمي الجمرة الكبرى بسبع حصيات وجعل البيت عن يساره ومنى عن يمينه ثم قال هذا مقام الذي أنزلت عليه
سورة البقرة **قوله** ويكبر مع كل حصاة كذا روي عن ابن مسعود وابن عمر وقد روى بإسناده حديث سليمان بن عمرو بن الأحوص عن أمه أنها قالت
قال الناطفي في كتاب الأجناس ذكر في مناسك الحج للحسن بن زياد يقول عند كل حصاة يرميها بسم الله والله أكبر يرمي بيده واحدة بيده اليمنى • وقال في
النوازل يكبر مع كل حصاة ويقول اللهم اجعله حجا مبرورا وسعيا مشكورا وذنبا مغفورا • اعلم أن الرمي بسبعين حصاة ففي اليوم الأول وهو يوم
النحر سبع حصيات بعد طلوع الشمس عند جمرة العقبة وفي اليوم الثاني إحدى وعشرون بعد الزوال سبع عند الجمرة الأولى التي تلي مسجد الخيف وسبع عند
الجمرة الأولى الوسطى وسبعة عند العقبة وكذلك في اليوم الثالث والرابع بعد الزوال ثم وقت جمرة العقبة من وقت طلوع الشمس من يوم النحر
إلى غروب الشمس وعند أبي يوسف إلى الزوال وبعد الزوال يكون قضاء عنده ولا يرفع يديه إلا في الجمرتين دون العقبة **قوله** وهو من
آداب الرمي أي التكبير من آداب الرمي ولهذا لو سبح مكان التكبير ولم يكبر أجزأه لحصول المقصود وهو الذكر **قوله** ولا يقف عندها
أي عند جمرة العقبة ولهذا ما روي عن ابن عمر في الصحيح أنه كان يرمي جمرة العقبة من بطن الوادي ولا يقف عندها ثم ينصرف ويقول هكذا
رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يفعله • قال الشيخ أبو العباس الناطفي في كتاب الأجناس والجمرة التي لا يقف عندها بعد الرمي للدعاء هي جمرة العقبة
لا يقف عندها بحال في أي حال كان سواء يوم النحر أو ثلاثة أيام بعدها • وأما الجمرة الثانية والأولى التي يرميها في أيام التشريق
فيقف للدعاء عند كل واحدة من الجمرتين • وأما اليوم الثالث من أيام التشريق فيقف عند ثمانية من رميه الرمي في يومه وجملته كل جمرة
بعدها جمرة ترمى في يومه فإنه يقف عندها للدعاء لأنه في أثناء العبادة وكل جمرة ليس بعدها جمرة ترمى في يومه فإنه لا يقف عندها للدعاء لأنه
في أثناء العبادة **قوله** ويقطع التلبية مع أول حصاة لما روينا عن ابن مسعود الأديب ما ذكره عند قوله ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة
بقوله • ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم ما زال يلبي حتى أتى جمرة العقبة وفي العمرة يقطع التلبية إذا افتتح الطواف وقد حققنا ذلك
من قبل **قوله** ثم كيفية الرمي أن يضع الحصاة على ظهر إبهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة أي بالسبابة وهي التي تلي الإبهام قيل إن المسبحة اسم
إسلامي والسبابة اسم جاهلي • قال في الأجناس ثلاثة من مناسك الحج حصى الرمي لا كبيرة ولا صغيرة تكون مثل النواة وأصغر منها وأستحب له أن
يمشي إلى الجمار إذا أراد أن يرميها أو ركبها فلا بأس والمشي أفضل ثم قال هذا لفظ كتابه وحكى محمد بن شجاع عن إبراهيم بن الجراح قال دخلت على أبي يوسف
في مرضه الذي مات فيه ووجدته مغمى عليه ففتح عينيه فرآني فقال يا إبراهيم أيما أفضل للحاج أن يرمي راجلا أو راكبا فقلت راجلا فخطأني فقلت
راكبا فخطأني ثم قال ما كان يوقف عندها فالأفضل أن يرميها راجلا وما لا يوقف عندها فالأفضل أن يرميها راكبا قال فخرجت من عنده
فلما أتيت الباب حتى سمعت صياح الصالحة إنه قد توفي فأول هذا من تمام حرص أبي يوسف في العلم ينبغي لكل واحد أن يكون حريصا في استماع
العلوم حتى يأتيه الموت كما كان أبو يوسف ولهذا أصل وقت التحصيل من المهد إلى اللحد **قوله** ولو طرحها طرحا أجزأه قال الحاكم الشهيد
في الكافي وإن وضع الحصاة عند الجمرة لم يجزه وإن طرحها طرحا أجزأه وإن رماها من بعيد فلم تقع الحصاة عند الجمرة ولا قريبا منها لم يجزه وإن
وقعت قريبا منها أجزأه **قوله** ولو رمى بسبع حصيات جملة فهي واحدة لأن المنصوص عليه تفرق الأفعال يعني أن المنصوص هو فعل الرمي
بسبع حصيات متفرقات لا عين الحصيات فعليه أن يرمي ست حصيات أخر • قال الحاكم الشهيد في الكافي وإن رماها بأكثر من سبع حصيات لم يضره
تلك الزيادة وإن نقص حصاة لا يدري من أيتهن نقص أعاد على كل واحدة منهن حصاة حصاة يعني لم يدر من أية الجمار الثلاث نقص **قوله**
ويأخذ الحصى من أي موضع شاء إلا من عند الجمرة فإن ذلك يكره • قال الإمام الحاكم الشهيد في الكافي فإن رماها بحصاة أخذها من عند الجمرة
أجزأه وقد أساء • وقال القدوري في شرحه فإن رمى بحجر من الحرم جاز • وقال مالك لا يجوز لنا أن الرمي لا يغير صفة الحجر فجاز الرمي به كما
جاز في الابتداء بخلاف الماء المستعمل عندنا حيث لا يجوز استعماله ثانيا لأنه انتقلت النجاسة إليه بالاستعمال • قال القدوري في التجريد قال مالك
وإن كان الرمي لا يغير صفته • وقال في التحفة وينبغي أن يأخذ كل واحد حصى الجمار من المزدلفة أو من الطريق ولا يأخذ من الجمار التي رميت
عند الجمرة لما قيل إن حصى من لم يقبل حجه فإن من قبلت حجته رفعت حجارته • وقد روي عن جبير بن سعيد أنه قال لابن عباس
ما بال هذه الجمار ترمى من وقت الخليل عليه الصلاة والسلام ولم تصر هضابا فقال ابن عباس أما علمت أن من قبل حجه رفع حصاه **قوله**
ويجوز الرمي بكل ما كان من أجزاء الأرض سواء كان مدرا أو طينا يابسا أو قبضة تراب كذا في المختلف • وقال الشافعي لا يجوز إلا بالحجر لأنه هو المأثور
ولنا ما روي عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن أول نسكنا في يومنا هذا الرمي ثم الذبح ثم الحلق ولم يفصل لأن كل حكم تعلق بالحجر
تعلق بغيره كما في الاستنجاء ولأن المقصود من الرمي إهانة الشيطان وهذا المعنى يحصل بكل ما كان مهانا في نفسه من أجزاء الأرض بخلاف الرمي
بالذهب والفضة حيث لا يجوز أيضا لأنه ليس من أجزاء الأرض **قوله** ثم يذبح إن أحب ثم يحلق أو يقصر قال الإمام القدوري
ثم يذبح بعد رمي جمرة العقبة إن أحب وتعليق الذبح بالمحبة باعتبار أن الدم على المفرد مستحب لا واجب والكلام في المفرد لأن القارن والمتمتع
فإن الدم على كل واحد منهما واجب وإنما لم يعلق الحلق أو التقصير لأن أحدهما واجب على المحرم سواء كان مفردا أو قارنا أو متمتعا لكن الحلق أفضل
وإنما وجب هذا الترتيب بما روى أبو داود في سننه بإسناده إلى ابن سيرين عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى جمرة العقبة
يوم النحر ثم رجع إلى منزله بمنى فدعا بذبح فذبح ثم دعا بالحلاق فأخذ بشق رأسه الأيمن فحلقه ثم علاه قال منها أبو طلحة ثم دفعه إلى أبي طلحة
والضابط فيه أن يقال يوم النحر رذح فالراء للرمي والذال للذبح والحاء للحلق وإنما كان الحلق أفضل لما روي في الموطأ عن نافع عن عبد الله
ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم اغفر للمحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله قال اللهم اغفر للمحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله

قال والمقصرين • وفي السنن الصحيح مسندا إلى عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا يا رسول الله
والمقصرين قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين قال والمقصرين ولأن في الحلق اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم فيكون أفضل من التقصير
ولهذا كان الحلق حلق الكل أولى لهذا المعنى وإن كان يجزي ربع الرأس إقامة للربع مقام الكل كما في مسح الرأس **قوله** وكذا الذبح
أي الذبح من أسباب التحلل كالحلق ولهذا يتحلل به المحصر وليس عليه حلق ولا تقصير في قول أبي حنيفة ومحمد وسيجيء بيانه في باب الإحصار
لما كان كل واحد من الحلق والذبح من أسباب التحلل قدم الرمي عليهما ثم تقدم الذبح على الحلق لما أن الحلق من محظورات الإحرام فلهذا
قال في النوازل ويقول إذا أراد ذبح هديه للذبح وجهت وجهي للذي فطر السماوات والأرض حنيفا وما أنا من المشركين إن صلاتي ونسكي ومحياي
ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين اللهم هذا منك ولك وإليك اللهم تقبله مني كما تقبلته من إبراهيم
بفضلك وجودك يا أرحم الراحمين **قوله** الحديث ظاهر الترحم عليهم وهو يعلم من بين طلعه يقال ظاهره أي عاونه
وتابعه **قوله** ويحل له كل شيء إلا النساء والرواية بنصب النساء لأنه استثناء من الموجب • اعلم أن المحرم بالحج إذا رمى وحلق
يحل كل شيء حرم بالإحرام إلا النساء • وقال مالك إلا النساء والطيب • وقال الليث إلا النساء والصيد كذا ذكر في شرح مختصر الكرخي • ولنا ما
روى الشيخ أبو جعفر الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا رميتم وحلقتم فقد حل لكم الطيب
والثياب وكل شيء إلا النساء وفيه أيضا مسندا إلى عائشة قالت طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي ما بين حل إحرامه وحله حين أحل قبل
أن يطوف وبسطت يديها ولأن اللباس يحل له بعد الحلق فكذا الطيب والصيد لأن كلاهما لا يفسد الإحرام ولا هو من دواعي ما يفسد الإحرام
بخلاف الجماع لأنه إذا وجد قبل أن يقف بعرفات فسد حجه فلم يحل الجماع بعد الحلق إلى أن يفرغ من أركان الحج بطواف الزيارة وكذا القبلة
واللمس لا يجوز أن يفعلهما إلى أن يطوف بالبيت لأنهما من دواعي ما يفسد الإحرام وهو الجماع **قوله** وهو معتمد على القياس
إلى الحديث معتمد على القياس الذي قاسه مالك حيث لم يجوز الطيب باللباس وقال الجماع لا يحل إلا بعد الطواف فكذا الطيب لأن الطيب
من دواعي الجماع فنقول في جوابه لا نسلم أن الطيب من دواعي الجماع وليس سلمنا لكن نقول لما جاز الواحد دليل من العمل بالقياس لأن الشبهة
في القياس في أصله وفي خبر الواحد في نقله لا في أصله على أنا نقول الحديث الذي روينا مؤيد بالقياس أيضا حيث جوزنا الطيب قياسا
على اللباس لما مر آنفا **قوله** ولا يحل الجماع فيما دون الفرج قال الشافعي في أحد قوليه إنه يحل له بالحلق الوطء فيما دون الفرج
والمباشرة وهو ضعيف بيانه لما أن النبي صلى الله عليه وسلم استثنى النساء بقوله إلا النساء وهو عام يتناول الفرج وما دونه فيكون ما دونه
حراما كالفرج ولأن الجماع في الفرج حرام بالإجماع إلى أن وجد طواف الزيارة فكذا الجماع فيما دون الفرج بالقياس على الفرج بالقياس عليه لأن كلا
منهما قضاء الشهوة بالنساء ولأن كل معنى حرم معه فيما دون الفرج أيضا كالظهار **قوله** ثم الرمي ليس من أسباب التحلل عندنا
اعلم أنه إذا فرغ من رمي جمرة العقبة لا يحل عندنا قبل الحلق • وقال الشافعي يحل وحل كل شيء إلا النساء كما بعد الحلق عنده لأن الحلق
يحل له بعد الرمي والحلق محظور الإحرام فلما حل بعد الرمي دل أن الرمي محلل • ولنا ما روى الشيخ أبو جعفر الطحاوي في شرح الآثار عن عائشة
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا رميتم وحلقتم فقد حل لكم الطيب والثياب وكل شيء إلا النساء ثم إن الحلق شرط التحلل لأن الرمي نسك
محض فلا يصلح أن يكون محللا لأن ما يكون محللا يكون فيه صفة الحظر قبل أوانه كالسلام في الصلاة والحلق بهذه المثابة والرمي إذا وجد في
غير أوانه لا يعتبر جناية ولا يرد علينا طواف الزيارة بأن يقال إنه محلل للنساء ومع هذا ليس فيه صفة الحظر أصلا لأنا نقول حل النساء
حصل بالحلق السابق لا بالطواف إلا أن الحلق قد تراخى بعض حكمه وذلك في حق النساء لكون الطواف مؤديا في الإحرام ليظهر كونه ركنا
بخلاف طواف الصدر ولم تفعل سائر الإحرام بحاله لعلمه أنه ليس بمنزلة الوقوف بعرفات • فإن قلت إن الشافعي تمسك بما روي
في السنن عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا رمى أحدكم جمرة العقبة فقد حل له كل شيء إلا النساء فما الجواب عنه
قلت جوابه قال صاحب السنن بقوله هذا حديث ضعيف فلما كان ضعيفا لم يجز أن يحتج به على الخصم **قوله** ثم يأتي مكة من
يومه ذلك أو من الغد أو من بعد الغد فيطوف بالبيت طواف الزيارة سبعة أشواط • أي قال الإمام القدوري ثم يأتي مكة بعد
الحلق من يومه ذلك يعني يوم النحر وهو اليوم العاشر من ذي الحجة أو من الغد وهو اليوم الحادي عشر من ذي الحجة أو من بعد الغد
الغد وهو اليوم الثاني عشر من ذي الحجة فيطوف بالبيت سبعة أشواط وهذا هو الطواف المفروض في الحج ويسمى طواف الزيارة وطواف
الإفاضة وطواف يوم النحر وطواف الركن والأصل في ذلك ما روي عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أفاض وطاف ثم عاد إلى منى
وصلى الظهر ووقته أيام النحر أي وقت طواف الزيارة أيام النحر وهي ثلاثة أيام العاشر والحادي عشر والثاني عشر وقيل [illegible]
أيام يعني في أربعة أيام ولهذا لأن أيام النحر ثلاثة ذكرنا وأيام التشريق أيضا لأنه في الحادي عشر والثاني عشر والثالث
عشر فالعاشر يوم النحر خاصة • والثالث عشر يوم التشريق خاصة • والحادي عشر والثاني عشر لهما حظ من النحر والتشريق فإنما كان
وقت الطواف أيام النحر لأن الله تعالى عطف الطواف على الذبح ثم الذبح مؤقت بأيام النحر فكذا الطواف لأن العطف يقتضي المشاركة
في الحكم بين المعطوف والمعطوف عليه إذا كان بحرف الواو كما في قولك جاءني زيد وعمرو هو الأصل • بيانه أن الله تبارك وتعالى
قال ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا
نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق ثم المراد من الذكر والله أعلم التسمية على ما نحر لقوله تعالى على ما رزقهم من بهيمة الأنعام وقوله
تعالى فكلوا منها أمر إباحة لأن من شاء أكل من أضحيته ومن شاء لم يأكل وهو كقوله تعالى وإذا حللتم فاصطادوا والبائس الذي ناله
بؤس والبؤس شدة في الفقر يقال بئس الرجل وبئس إذا صار ذا بؤس والتفث الأخذ من الشارب وتقليم الأظفار ونتف الإبط
وحلق العانة والأخذ من الشعر وكأنه الخروج من الإحرام إلى الإحلال والعتيق القديم لقوله تعالى إن أول بيت وضع للناس للذي ببكة

مباركا وقيل سمي به لانه اعتق من الغرق ايام الطوفان وقيل انه اعتق من الجبابرة فلم يغلب عليه جبار وقيل لانه لم يدعه احد من الناس
وكل ذلك حسن ثم اعلم ان اصحابنا قالوا ان اول وقت الطواف للزيارة طلوع الفجر من يوم النحر • وقال الشافعي اذا انتصف الليل من ليلة النحر
لنا ان النصف الثاني من ليلة النحر وقت للوقوف بعرفات فلا يجوز ان يكون وقتا للطواف كالنصف الاول او لانه وقت لركن في الحج فلا
يجوز ان يكون وقتا لركن اخر في الحج غير تابع له كيوم النحر وانما اخر وقت الطواف فاخر ايام التشريق فانه اخره عنها فعليه دم عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء عليه • وقال الشافعي اخره ليس بموقت كذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي وابو نصر البغدادي
في شرح مختصر القدوري • وقال في الايضاح هو خلاف رواية الاصل وقال الحاكم الشهيد في الكافي يجوز ورمى ذلك اليوم البيت
ان استطاع او من الغد او من بعد الغد ولا يؤخره الى ما بعد ذلك والى هذا ذهب صاحب التحفة وصاحب الهداية وكثير من اصحابنا لنا ان
الطواف ركن الحج فيجب ان يكون اخره موقتا كالوقوف بعرفات ولانه نسك يفعل في احرام الحج فيوقت اخر فعله كالوقوف والرمي ثم
يثبت اخره موقت لزمه دم بالتاخير كرمي الجمار وهذا لانه دخل بالتاخير نقصان فاحتيج الى الجبران كما في تاخير الاحرام عن الميقات
ووجه قولنا ما روي النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عمن قدم او اخر الا قال افعل ولا حرج [قوله] والطواف مرتب عليها اي
الوقوف [قوله] والافضل هذه الايام اولها كما في الاضحية يعني ان الافضل ان يطوف طواف الزيارة في اول ايام النحر لان النبي
صلى الله عليه وسلم طاف في اليوم الاول [قوله] فان كان سعى بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطوا
ولا سعي عليه وان كان لم يقدم السعي رمل في هذا الطواف وسعى بعده والاصل هنا ان السعي الواجب في الحج موضعه عقيب طواف الزيارة
لانه ركن في الحج فيتبعه ما هو الواجب بخلاف طواف القدوم فانه سنة فلا يتبعه ما هو الواجب لانه اعلى من السنة فلا يصح ان يكون تبعا
لها الا انه جاز تقديم السعي فعلية عقيب طواف القدوم رخصة وطلبا للتخفيف لان يوم النحر يوم الاشتغال بالافعال فاذا لم يرخص تقديم السعي
عقيب طواف الزيارة لانه هو العزيمة ثم الاصل في الرمل ان كل طواف بعده سعي ففيه الرمل وكل طواف ليس بعده سعي فلا رمل فيه [قوله]
ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف اي بعد طواف الزيارة لما بينا اي في طواف القدوم وهو قوله عليه الصلاة والسلام و
ليصل الطايف لكل اسبوع ركعتين وقد مر التحقيق في بيان ركعتي الطواف [قوله] قال وقد حل له النساء اي قال القدوري وقد حل له
النساء بعد الطواف لكن بالحلق السابق لا بالطواف لانه ما كان محللا لكن فيه صفة الحظر والحلق كذلك الا انه تراخي عمله وهو حل النساء
ليكون طواف الزيارة مؤدى في الاحرام وقد حققناه ويكره تاخيره عن هذه الايام اي يكره تاخير طواف الزيارة عن ايام النحر لما بينا انه مو
قت بما ذكره بقوله ووقته ايام النحر وان اخر الطواف عن ايام النحر لزمه دم وقد بيناه وسنبين في الجنايات بيانا ان شاء الله تعالى [قوله]
كما رويناه وهو ما ذكره مثل هذا بقوله روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما حلق اتى الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر بها قال
في شرح الطحاوي ويكره له ان يبيت في غير منى في ايام منى • وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي قال اصحابنا اذا بات بمكة متعمدا لا
شيء عليه وقال الشافعي اذا بات ليلة فعليه مد وان بات ليلتان فعليه مدان وان بات ثلاث ليال فعليه دم لنا ان البيتوتة ليست مقصودة
لنفسها فانما تفعل ذلك لما يفعل في الغد من النسك فاذا تركها لم يلزمه كفارة كالبيتوتة بمنى ليلة العيد [قوله] فاذا زالت الشمس من اليوم الثاني
من ايام النحر رمى الجمار الثلاث مبتدئا بالتي تلي مسجد الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ثم يرمي جمرة العقبة كذلك و
يقف عندها هكذا روى جابر فيما نقل من نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرا اي يبدأ بالجمرة التي تلي مسجد الخيف قال في الديوان الخيف
ما انحدر من غلظ الجبل وارتفع عن مسيل الماء ومنه سمي مسجد الخيف والخيف خيفان خيف منى وخيف بني كنانة والمراد من الجمرة موضعها بدليل قوله
فيرميها بسبع حصيات اي يرمي الجمرة اي موضعها بسبع حصيات • وقد روينا عن الصحيح البخاري عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يقف
عند جمرة العقبة وقوله مفسرا حال من قوله هكذا لانه مفعول روى ويجوز ان يكون حالا من الموصول في قوله فيما نقل اي نقله ويجوز حذف
الراجع الى الموصول لما كان مفعولا [قوله] ويدعو لحاجته ويرفع يديه يعني عند الوقوف عند الجمرتين الاولى والوسطى وهو المراد من
قوله تعالى واذكروا الله في ايام معدودات كذا في شرح الاقطع واما رفع يديه عند الدعاء لما روينا في شرح الاثار عند قوله ثم ابتدأ بالحجر الاسود
عن ابن عمر وابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ترفع الايدي في سبعة مواطن وذكر فيها الجمرتين وذكر في مناسك الاصل يدعو ويتحرى الاستنا
سنة ولكن الفقهاء ذكروا بقي الفعل وحرف الاستثناء وقالوا لا ترفع الايدي الا في سبعة مواطن ولم يصح ما روى الفقهاء فهو الملح وحدث البخاري
في الصحيح باسناده الى سالم بن عبد الله ان عبد الله بن عمر كان يرمي الجمرة بسبع حصيات يكبر على اثر كل حصاة ثم يتقدم فيسهل فيقوم مستقبل القبلة
قياما طويلا فيدعو ويرفع يديه ثم يرمي الجمرة الوسطى كذلك فيأخذ ذات الشمال فيسهل ويقوم مستقبل القبلة قياما طويلا فيدعو ويرفع يديه
ثم يرمي الجمرة ذات العقبة من بطن الوادي ولا يقف عندها ويقول هكذا رايت النبي صلى الله عليه وسلم يفعله وقوله فيسهل اي ينزل الى السهل من الارض
يقال اسهل القوم اذا نزلوا من الجبل الى السهل [قوله] قال فاذا كان من الغد رمى الجمار الثلاث بعد زوال الشمس كذلك اي قال القدوري
واذا كان من الغد وهو اليوم الثالث من ايام النحر يعني اليوم الثاني عشر من ذي الحجة رمى الجمار الثلاث بعد زوال الشمس كما رمى في اليوم الحادي عشر يرمي
بالتي تلي مسجد الخيف فيرميها ثم يرمي الجمرة الوسطى ويقف عند الجمرتين ويدعو لحاجته ويرفع يديه ثم يرمي جمرة العقبة ولا يقف عندها ولا يرفع
لما روينا [قوله] وان اراد ان يتعجل النفر نفر الى مكة وان اراد ان يقيم رمى الجمار الثلاث اليوم الرابع بعد زوال الشمس اي في اليوم الثاني عشر
من ذي الحجة بعد ما رمى الجمار الثلاث بعد زوال الشمس نفر الى مكة وان اراد ان يقيم بمنى رمى الجمار الثلاث بعد زوال الشمس اليوم الرابع وهو الثالث عشر
من ذي الحجة والثالث من ايام التشريق والرابع من يوم النحر وله ان ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع وهو اخر ايام التشريق فاذا طلع الفجر لم يكن له ان
ينفر حتى يرمي عندنا • وقال الشافعي لا يجوز له النفر اذا غربت الشمس من اليوم الثاني عشر حتى يرمي الجمار الثلاث اليوم الرابع ولنا انه وقت لا يجوز فيه
الرمي عن اليوم الرابع فجاز النفر فيه كما قبل غروب الشمس ثم الاصل فيه قوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تاخر حتى رمى في الثالث من ايام

التشريق فلا اثم عليه وهذا هو النفر الاول والنفر الثاني في اليوم الثالث وهو اخر ايام التشريق والحاصل انه لا اثم عليه في التعجل والتاخر
لانه مخير فيهما ويجوز التخيير بين التعجل والتاخر وان كان التاخر افضل لانه يجوز التخيير بين الفاضل والافضل كالخيار بين الصوم والافطار
وان كان الصوم افضل • قال صاحب الكشاف قيل ان اهل الجاهلية كانوا فريقين منهم من جعل المتعجل اثما ومنهم من جعل المتاخر اثما فورد القران بنفي
الماثم عنهما وتعجل بمعنى تعجل مطاوعا ومتعديا والاول اولى بدليل قوله ومن تاخر [قوله] وان قدم الرمي في هذا اليوم يعني اليوم الرابع
قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان وقالا لا يجوز الا بعد الزوال وبه قال الشافعي وجه قولهما انه لا يجوز تقديم
الرمي على الزوال في اليوم الثاني والثالث فكذا في اليوم الرابع ولان النبي صلى الله عليه وسلم رمى في اليوم الرابع بعد الزوال فلا يقاس على الباب
ان له رخصة النفر قبل طلوع الفجر فاذا لم يترخص صار هذا اليوم وما قبله سواء ولابي حنيفة ما روي عن ابن عباس انه قال اذا انتفخ النهار
من اخر ايام التشريق جاز الرمي ولانه لما جاز له ترك الرمي اصلا في هذا اليوم بالترخص بالنفر مخففا له جاز له الرمي في الاوقات كلها بعد الزوال
وقبل الزوال وفعل النبي صلى الله عليه وسلم محمول على الافضل بدليل انه جواز النفر بخلاف الاول وقياسهما على اليوم الثاني والثالث ضعيف لانه
لا يجوز ترك الرمي فيهما اصلا فلا يجوز التقديم ايضا على الزوال بخلاف اليوم الرابع فانه يجوز ترك الرمي فيه اصلا فجاز التقديم ايضا
على الزوال [قوله] لا يجوز الرمي فيهما الا بعد الزوال في الرواية اي لا يجوز الرمي في اليوم الاول والثاني من ايام التشريق وهما الحادي
عشر والثاني عشر الا بعد الزوال وانما قيد بالمشهور من الرواية احترازا عما ذكر الحاكم في المنتقى فقال كان ابو حنيفة يقول الافضل ان يرمي في
اليوم الثاني والثالث بعد الزوال يعني في اليوم الثاني والثالث من ايام النحر فان رمى قبله جاز وجه تلك الرواية انه يوم من ايام الرمي فصار
كيوم النحر • ووجه الرواية المشهورة ما روي في حديث جابر قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى يوم النحر ضحى فاما بعد ذلك فبعد زوال
الشمس [قوله] فبني على اصل المروي اي بني حكم الرمي في اليومين على اصل المروي يعني لم يجز الا بعد الزوال واراد بالمروي ما روي عن جابر
وهو ما ذكرناه قبل هذا واراد باصل المروي ان لا يتغير حكم المروي عما كان [قوله] فاما يوم النحر فاول وقت الرمي فيه من وقت طلوع الفجر
وهذا وقت الجواز والافضل ان يرمي بعد طلوع الشمس وقد حققناه عند قوله ثم يبتدي بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات فلا نعيده
[قوله] رخص للرعاء وهو بكسر الراء المهملة وهو على وزن فعال جمع راع كذا في الديوان [قوله] فيثبت اصل الوقت بالاول والافضلية
بالثاني واراد بالاول قوله عليه الصلاة والسلام لا ترموا جمرة العقبة الا ضحى واراد بالثاني قوله عليه الصلاة والسلام لا ترموا جمرة العقبة حتى
تطلع الشمس [قوله] وتاويل ما روي الليلة الثالثة والثانية اي تاويل ما روي الشافعي وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم رخص للرعاء ان
يرموا ليلا الليلة الثانية والثالثة توفيقا بين الحديثين ولئن سلمنا ان المراد به ليلة العيد فنقول لا حجة له فيه علينا لانه ثبت رخصة للرعاء
والضعفاء لا بعذر ولان الرمي ثابت بخلاف القياس [قوله] ثم عند ابي حنيفة يمتد هذا الوقت الى غروب الشمس اي يمتد وقت رمي جمرة
العقبة عند ابي حنيفة من وقت طلوع الفجر الى وقت غروب الشمس روى ذلك الحسن عنه كذا ذكر القدوري • وقال ابو يوسف ان النصف
الاول لما كان وقتا للرمي يوم النحر ولم يكن النصف الثاني وقتا له كما ان في سائر الايام لما كان النصف الثاني وقتا للرمي يوم النحر لم يكن النصف
الاول وقتا له ولابي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام ان اول نسكنا في يومنا هذا الرمي جعل كل الوقت ظرفا للرمي فجاز كاخر من اجزائه الى غروب
الشمس ولان يوم النحر من ايام الرمي فجاز ان يمتد الرمي فيه الى الغروب كسائر الايام [قوله] وان اخر الى الليل رماه ولا شيء عليه لحديث الرعا
اي وان اخر رمي جمرة العقبة الى الليل رماه في الليل ولا شيء عليه لحديث رعاة الابل يعني ان الليل في باب الرمي في حكم اليوم الذي قبله لان النبي صلى
الله عليه وسلم رخص لرعاء الابل ان يرموا ليلا وان اخره الى الغد رماه وعليه دم لانه اخر النسك عن وقته فوجب الدم عند ابي حنيفة وهو المراد ب
قوله كما هو مذهبه وهذا لان التاخير يوجب النقصان ونقايص الحج تجبر بالدم كما ان نقصان بعض نقايص الصلاة تجبر بالسجود [قوله] وبيان
الافضل مروي عن ابي يوسف اي بيان الافضل في الرمي ماشيا او راكبا مروي عن ابي يوسف وهو ان كل رمي بعده رمي فالافضل ان يرمي ماشيا
وكل رمي ليس بعده رمي كرمي جمرة العقبة فالافضل ان يرمي راكبا وقد ذكرناه فيما تقدم عند قوله كيفية الرمي ان يضع الحصاة على ظهر ابهامه ا
[قوله] ولو بات في غير منى متعمدا لا يلزمه شيء عندنا يعني ان البيتوتة بمنى سنة في ايام منى وان تركه لكن لا يجب بترك البيتوتة بمنى شيء خلافا
للشافعي فانه يوجب المد بترك البيتوتة ليلة ويوجب المدين بليلتين ويوجب الدم بثلاث ليال لنا ان المقصود من البيتوتة غيرها وهو ان يسهل عليه
ما يقع في الغد من النسك وهو الرمي فلما لم تكن مقصودة لنفسها لم تكن من افعال الحج فلم يوجب تركها الجابر كالبيتوتة بمنى ليلة العيد [قوله]
ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة ويقيم حتى يرمي والثقل بفتحتين متاع المسافر وحشمه كذا في الديوان وانما كره تقديم الرجل ثقله الى مكة ويقيم
هو بمنى حتى الرمي لما روي عن عمر انه قال من قدم ثقله فلا حج له ولان قلب الرجل يكون مشغولا بما هو ذاهب منه فصار كانه خرج بنفسه ويكره
يدل على هذا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لما سال القوم من الانصار ان ينزل عندهم حين قدم المدينة وقد كان ابو ايوب حط رحله صلى الله
عليه وسلم انه لما سال القوم من الانصار ان ينزل عندهم حين قدم المدينة وقد كان ابو ايوب احد رحله صلى الله عليه وسلم وحوله الى منزله فال صلى
الله عليه وسلم المرء حيث رحله فعلم ان تقديم الرجل بمنزلة الخروج [قوله] واذا نفر الى مكة نزل بالمحصب وهو الابطح وهو اسم موضع
ذات حصا بين منى ومكة ويقال له الابطح • قال ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي ولا بأس بان ينزل بالابطح فيقيم به ساعة قبل ان يمضي الى مكة
للطواف لوداعه • وقال الامام الاسبيجابي واذا اراد ان ينفر في النفر الاول او في النفر الثاني فانه يحمل ثقله معه ويكره تقديمه وينزل بالابطح
ساعة ويقال له المحصب • قال في التحفة ويستحب ان ينزل بالابطح ساعة • وقال صاحب الينابيع قالوا التحصيب ليس بنسك • وقال في شرح الكرخي
قال اصحابنا ان الافضل ان ينزل الرجل بالمحصب وذهب كثير من اصحابنا الى هذا وقال بعضهم النزول بالمحصب ليس بسنة • وقال في المبسوط
التحصيب سنة واليه ذهب صاحب الهداية • وقال في شرح الاقطع اذا نفر الى مكة نزل بالمحصب ثم قال وهذا عندنا نسك • وقال الشافعي هو
منزل وليس بنسك • وجه ما روي انه ليس بسنة ما روي في الصحيح البخاري عن عطاء عن ابن عباس قال ليس التحصيب بشيء انما هو منزل نزله رسول الله صلى الله عليه وسلم

زوجه السنة وهو الاصح ما اخرجه مالك في الموطا عن نافع عن عبد الله ابن عمر انه كان يصلي الظهر والعصر والمغرب والعشا بالمحصب ثم يدخل مكة من الليل ثم يطوف بالبيت • وقد روى صاحب السنن باسناده الى اسامة بن زيد قال قلت يا رسول الله اين تنزل غدا قال هل ترك لنا عقيل منزلا ثم قال نحن نازلون بخيف بني كنانة حيث قاسمت قريش على الكفر يعني المحصب وذلك ان بني كنانة حالفت قريشا على بني هاشم ان لا يناكحوهم ولا يبايعوهم ولا يؤووهم • قال الزهري والخيف الوادي فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل بالمحصب [illegible] المخالفة للمشركين اراد ليريهم لطيف صنع الله وما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في وجه المخالفة فصار سنة كالرمل قوله حيث خيف بني كنانة فالصحيح في الرواية كما ذكرنا من المتن بلا تكرار الخيف وعلى ما ذكره صاحب الهداية بتكرار الخيف الثاني عطف بيان لان الخيف خيفان احدهما خيف منى وهذا هو الذي فيه مسجد وهو مشهور والثاني خيف بني كنانة وهو المحصب ويسمى خيف بني كنانة لاجتماعهم وتقاسمهم فيه في ذلك الموضع على بني هاشم كما ذكرنا على شركهم اي مع شركهم كما في قوله في الادب على صغر سنه قوله فصار سنة اي فصار النزول بالمحصب سنة قوله قال ثم دخل مكة وطاف بالبيت سبعة اشواط لا يرمل فيها • اي قال الامام القدوري ثم دخل مكة بعد نزوله بالمحصب وطاف بالبيت سبع مرات ويسمى هذا الطواف طواف الصدر لانه يصدر به عن مكة اي يرجع والصدر بفتحتين هو الرجوع ويسمى طواف الوداع لانه يودع البيت [illegible] به ويسمى ايضا طواف اخر عهد بالبيت قوله وهو واجب عندنا اي طواف الصدر واجب عندنا خلافا للشافعي لنا ما روى البخاري في الصحيح باسناده ايضا الى [illegible] ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر والعصر والمغرب والعشا ثم رقد رقدة بالمحصب ثم ركب الى البيت فطاف به • وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حج هذا البيت فليكن اخر عهده به الطواف • وحدث مالك في الموطا عن نافع عن عبد الله ابن عمر ان عمر ابن الخطاب قال لا يصدرن احد من الحاج حتى يطوف بالبيت فدل على ان طواف الصدر واجب لان مطلق الامر للوجوب على ما بيناه في التبيين ولانه رخص للحائض في التخفيف عنها دل على انه واجب على غيرها والا فلا فائدة في تخصيص التخفيف وهذا معنى قوله ورخص للنساء الحيض اي رخص النبي صلى الله عليه وسلم للحيض في ترك طواف الصدر • فان قلت لو كان واجبا لوجب على اهل مكة وعلى من دون المواقيت او من اهلها ولا يجب عليهم بالاتفاق قلت لا نسلم الملازمة لان الافاقي يجب عليه طواف الصدر لمفارقة البيت وتوديعه وهذا المعنى لا يحصل في حق المكي لانه لا يفارق البيت اما اهل المواقيت ومن دونها فهم كاهل مكة في باب الاحرام والقياس مع وجود الفارق • فان قلت ينبغي ان يجب طواف الصدر على المعتمر الافاقي لوجود المعنى الذي قلتم وهو توديع البيت فلم لم يجب عليه مع ان الحكم يتبع علته فانه تخلف المعلول عن العلة قلت لا نسلم انه لا يجب عليه طواف الصدر • وقد روى الكرخي عن الحسن ابن زياد انه يلزمه ذلك ولئن سلمنا انه لا يلزمه ذلك على ما هو المشهور من اصحابنا فنقول انما لا يلزمه لان المعظم هو الطواف والسعي فلو اوجبنا طواف الصدر لكان التابع مثله فلا يصح بخلاف الحج فان معظم اركان الحج الوقوف بعرفات وطواف الصدر ليس مماثلا له ولان المعتمر لا يسن في حقه طواف القدوم فلا يجب في حقه طواف الصدر ايضا لان كل واحد منهما طواف يتعلق بالحج وليس بركن قوله الا على اهل مكة استثناء من قوله وهو واجب اي طواف الصدر واجب الا على اهل مكة فانه ليس بواجب عليهم قوله ويصلي ركعتي الطواف بعده لما قدمنا اي يصلي ركعتي الطواف عند المقام بعد طواف الصدر لما قدمنا في اوائل هذا الباب وهو قوله عليه الصلاة والسلام وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين قوله ويأتي زمزم فيشرب من مائها اي يأتي زمزم بعد ركعتي الطواف فيشرب من مائها • قال في شرح الطحاوي وشرح القدوري ويصب على وجهه وراسه • وقال في الايضاح روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه استقى دلوا بنفسه فشرب ثم افرغ باقي الدلو في البير • وقال المفيد في شرحه اتى زمزم وشرب من مائها ثم اتى الملتزم [illegible] ابن زياد عن ابي حنيفة ينبغي للانسان اذا اراد ان يطوف طواف الصدر حين يريد ان ينفر ويأتي البيت فيستلم الحجر فيطوف به سبعا ثم يأتي المقام فيصلي عنده ركعتين ثم يأتي زمزم فيشرب من مائها ويصب على وجهه وراسه ثم يأتي الملتزم وهو بين الحجر الاسود وبين الباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة ويدعو ولينبغي ذلك دعا موقت ثم يخرج فيمضي الى اهله الى هنا لفظ الكرخي • وقال في النوازل ويشرب من ماء زمزم ويقول اللهم اجعله رزقا واسعا وعلما نافعا وشفاء من كل داء يا ارحم الراحمين والهاء [illegible] لضمير الراجع الى زمزم في مائها [illegible] البير ومعنى افرغ اي صب قوله ويستحب ان يأتي الباب ويقبل العتبة اي عتبة الكعبة قوله ويأتي الملتزم وهو بالنصب عطفا على قوله ان يأتي الباب والملتزم ما بين الحجر الاسود والباب • قال في شرح مختصر الكرخي ويتشبث بالاستار ساعة ويدعو [illegible] وكان صلى الله عليه وسلم يصلي ثم يلصق صدره بالملتزم ويتعلق بالاستار اي استار الكعبة وهو جمع ستر ولينبغي ذلك دعا موقت لان الادعية [illegible] يفعل ما احب ولان التوقيت يذهب بالاخلاص قوله ثم يعود الى اهله اي يرجع وهذا لانه فرغ من افعال الحج فان شاء عاد الى اهله وان شاء اقام • وقال في النوازل ويقول اذا رجع ايبون تائبون عابدون لربنا حامدون صدق وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله اللهم يا ارحم الراحمين ويقول عند قبر النبي صلى الله عليه وسلم اللهم رب البلد الحرام والركن والمقام والمشعر الحرام بلغ روح محمد صلى الله عليه وسلم منا في هذا اليوم التحية والسلام اللهم اعط محمدا الدرجة والوسيلة والفضل والفضيلة اللهم اوردنا حوضه واسقنا بكاسه مشربا سائغا [illegible] يوم القيامة • وقال في الصحيح البخاري عن عبد الله ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا قفل من حج او غزو او عمرة يكبر على كل شرف من الارض ثلاث تكبيرات ثم يقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ايبون تائبون عابدون ساجدون لربنا حامدون صدق الله وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده قوله قالوا وينبغي ان ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه الى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد اي قال المشايخ ينبغي ان ينصرف الحاج الى بيته [illegible] وهو ينكص على عقبيه يرى من نفسه البكاء متحسرا اي متاسفا على مفارقة البيت حتى يخرج من المسجد الحرام قوله فهذا بيان تمام الحج اي تمام الحج الذي فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم

فصل

قوله فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات ووقف فيها على ما بينا سقط عنه طواف القدوم وفي بعض النسخ وقف

وانما سقط طواف القدوم لفوات وقته لان وقته في ابتداء الحج قبل الشروع في الافعال والسنن اذا فات عن وقتها لا تقضى لا يجب بتركها الجابر كما في الصلاة قوله فلا يكون الاتيان به على غير ذلك الوجه سنة اي لا يكون الاتيان بطواف القدوم على غير ذلك الوجه بان لا يترتب عليه سائر الافعال سنة [illegible] قوله ومن ادرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها الى طلوع الفجر من يوم النحر فقد ادرك الحج • اعلم ان الوقوف بعرفات موقت فاول وقته من حين زوال الشمس من يوم عرفة واخر وقته قبيل طلوع الفجر من يوم النحر اما اوله فما روي في حديث جابر في السنن ان النبي صلى الله عليه وسلم وقف بعدما زاغت الشمس فيكون ذلك بيانا لاول الوقت لان الكتاب مجمل فالحق فعل النبي صلى الله عليه وسلم بيانا كما في الصلاة [illegible] اول الوقت واخره فهذا التبيين باخر الوقت بالاجماع [illegible] الاول [illegible] الحاجة واما اخر الوقت فلما ذكرنا من قبل ان الشيخ ابا جعفر الطحاوي روى باسناده الى الشعبي قال سمعت عروة ابن مضرس الطائي يقول اتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمزدلفة فقلت يا رسول الله جئتك من جبل طي والله ما جئت حتى اتعبت نفسي وانضيت راحلتي وما تركت جبلا من هذه الجبال الا وقد وقفت عليه فهل لي من حج فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من صلى معنا هذه الصلاة صلاة الفجر بالمزدلفة وقد كان وقف بعرفة قبل ذلك ليلا او نهارا فقد تم حجه فعلم بذلك ان وقت الوقوف قبيل طلوع الفجر من يوم النحر • وذكر عن عمر ابن الخطاب وابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل ذكره الدارقطني • وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه ومالك يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس من يوم عرفة فيحتج عليه بفعل النبي صلى الله عليه وسلم بعد الزوال ويقول مالك ايضا لا يجزيه الوقوف اذا لم يقف في اليوم وجزء من الليل فيحتج عليه بحديث عروة ابن مضرس لانه روي بكلمة او وهي للتخيير فتجزيه الوقوف اذا حصل في يوم او ليلة • فان قلت ينبغي ان يجوز الوقوف اذا حصل في جزء من النهار من يوم عرفة وان كان قبل الزوال بعد طلوع الفجر لانه من النهار قلنا انما لم يجز قبل الزوال لان فعل النبي صلى الله عليه وسلم بعد الزوال لما كان بيانا للمجمل صار بعد البيان كالمحكم فحمل المحتمل عليه لانه كان يحتمل ان يراد بالنهار ما قبل الزوال وما بعده فحمل على ما بعد الزوال [illegible] قوله وهذا بيان اول الوقت اي وقوف النبي صلى الله عليه وسلم بعد الزوال بيان اول وقت الوقوف بعرفات قوله ومالك كان يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما رويناه اي مالك محجوج عليه بما رويناه ان النبي صلى الله عليه وسلم وقف بعد الزوال ولكن في هذا النقل عن مالك نظر لان ابن الجلاب المالكي ذكر في كتاب التفريع وقال لا يجزي الوقوف بعرفة قبل الزوال قوله ثم اذا وقف بعد الزوال وافاض من ساعته اجزاه عندنا والمراد من المجزي ما هو الكافي في الخروج عن العهدة ثم اعلم انه اذا وقف بعد الزوال ودفع قبل غروب الشمس كما ذكرنا يجب عليه الدم اذا جاوز عرفات قبل غروب الشمس خلافا للشافعي لترك الواجب وقد بيناه عند بيان قوله واذا غربت الشمس افاض الامام والناس معه على هينتهم حتى يأتوا المزدلفة قوله ولكن الحجة عليه ما رويناه اي الحجة على مالك ما رويناه وهو قوله عليه الصلاة والسلام الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه قوله ومن اجتاز بعرفات نائما او مغمى عليه او لا يعلم انها عرفات جاز عن الوقوف وذلك لما روينا في حديث عروة ابن مضرس لان الحديث لم يشترط لصحة الوقوف العلم بالموضع فالعالم والجاهل بالموضع ومعرفته سواء وكذلك اذا نوى الوقوف او لم ينو فقد صرح القدوري ان النية وعدمها سواء ولان الركن الاعظم في الحج هو الوقوف بعرفات فيصح من المغمى عليه والنائم كما يصح صومهما بخلاف الصلاة حيث لا تصح مع الاغماء لان شرط الصلاة اعني الطهارة تنتفي بالاغماء فينتفي المشروط وهو الصلاة قوله والجهل يخل بالنية هذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ينبغي ان لا يجوز الوقوف بعرفات اذا اجتازها وهو لا يعلم لعدم النية فاجاب عنه وقال سلمنا ان الجهل يخل بالنية ولكن ليست بشرط لكل ركن بعد ما وجدت في اصل الاحرام كما في الصوم والصلاة فلاجل هذا جاز الوقوف وان كان جاهلا بالموضع بخلاف ما اذا طاف حول البيت خلف غريم له طالبا له فانه لا يجزيه عن الطواف وان وجدت في اصل الاحرام لوجود المنافي منه وعدمه في الوقوف ولان الطواف اذا فات يمكن تداركه بخلاف الوقوف فلاجل هذا اعتبرت النية الموجودة حالة الاحرام كافية حكما في الوقوف دون الطواف ولان الوقوف يحصل في الاحرام فاشتمل عليه نية الحج اما الطواف فانه يكون بعد التحلل [illegible] فاشترطت النية قوله ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز وهذه من مسايل الجامع الصغير وانما قيد باهلال الرفقاء عنه وهو احرامهم عنه لانه اذا احرم عنه واحد من غير الرفقاء اختلف المشايخ فيه على قول ابي حنيفة وقال بعضهم جواز احرام الرفقاء عنه على قول ابي حنيفة انه اذا افاق واتى بافعال الحج جاز فاما اذا لم يفق بعد احرام الرفقاء عنه فقضوا به المناسك جاز عند ابي حنيفة كذا قال صاحب المختلف وهذا فيما اذا وجد الاغماء قبل الاحرام اما اذا احرم فاغمي عليه بعد ذلك فقضوا به المناسك جاز عند ابي حنيفة كذا قال صاحب المختلف وهذا فيما اذا وجد الاغماء قبل الاحرام اما اذا احرم فاغمي عليه بعد ذلك به المناسك فانه يجزيه عند اصحابنا لانه هو الفاعل لما قد سبقت النية وبه صرح فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ثم موضع الخلاف فيما اذا لم يوجد الاذن بالاحرام من المغمى عليه صريحا اما اذا وجد صريحا بان قال لانسان احرم عني اذا اغمي علي او نمت عند الميقات فاحرم عنه المامور جاز بالاتفاق والاصل هنا ان الاحرام عندنا شرط بمنزلة الوضوء وستر العورة وليس بركن [illegible] الاذن [illegible] احد الامرين اما ان يكون اذنا صريحا او دلالة فالاول منتف لان الكلام في عدم التصريح بالاذن وكذا الثاني لان الدلالة تتوقف على العلم بجواز الاحرام عن المغمى عليه والعلم مفقود لان كثيرا من الفقهاء لا يعرفه فكيف العامي فلما انتفى العلم انتفى دلالة الاذن التي توقفت على العلم فلم يجز احرام الرفقاء عنه ولابي حنيفة ان المرافقة استعانة بامور السفر والاحرام امر مقصود في سفر الحج فاذا عجز عنه بنفسه جاز ان يحرم عنه رفقاؤه لوجود الاذن دلالة وان لم يوجد صريحا لان الثابت دلالة كالثابت صريحا كمن نصب القدر على كانون وجعل فيها اللحم واوقد تحته النار وجاء اخر فطبخه لا يضمن لوجود الاذن دلالة فكذا هنا فاذا ثبت الاذن جاز احرام الرفقاء كما اذا صرح بالاذن ولا نسلم ان الدلالة متوقفة على العلم ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان العلم منتف بل العلم ثابت نظرا الى الدليل وهو عقد الرفقة لانه ما خرج مع الرفقة

كان مستغنيا بكل واحد منهم في تحقيق ما قصدته اذا عجز هو بنفسه **قوله** والدلالة تتفق على العلم بكل واحد منهم اي لان الدلالة لا تقف على العلم بجواز فكذلك الاذن الاحرام عن المغمى عليه **قوله** وجواز الاذن به اي بالاحرام **قوله** بذلك اي بالاحرام **قوله** فكان الاذن به ثابتا اي الاذن باحرام الرفقاء عن المغمى عليه **قوله** والحكم يدار عليه اي على الدليل كما في مسئلة شبهة القعود وتركه لو على

قوله والمراة في جميع ذلك كالرجل الى اخره اي المراة في جميع مناسك الحج كالرجل تفعل المراة مثل ما يفعل الرجل الا في اشياء منها انها تلبس من المخيط ما شاءت الا المصبوغ بورس او زعفران او عصفر الا ان يكون غسيلا ومنها انها لا ترفع صوتها بالتلبية ومنها انها لا تكشف راسها وتكشف وجهها ولو غطت وجهها وجافته عن وجهها ومنها انها لا ترمل في الطواف ولا تسعى في بطن الوادي بين الصفا والمروة ومنها انها لا تحلق راسها ولكن تقصر فتاخذ في اطراف شعرها قدر انملة ومنها انها لا تستلم الحجر الاسود اذا كان عند الحجر جمع ومنها ان طواف الصدر يسقط عنها في الحج اذا حاضت او نفست ومنها انها لا يجب عليها شيء بتاخير طواف الزيارة عن ايام النحر بسبب الحيض والنفاس وانما كانت كالرجل في افعال الحج لانها مخاطبة كالرجل لقوله تعالى ولله على الناس حج البيت وهو عام يدخل فيه الرجال والنساء الا فيما خصه الدليل وانما تلبس المخيط احترازا عن كشف العورة ولا تكشف راسها لهذا المعنى ايضا ولا ترفع صوتها لانه حرام لما فيه من وقوع الفتنة ولا ترمل ولا تسعى لانها اذا رملت او سعت لا يؤمن من كشف بدنها وهو حرام لان الرمل لاظهار الجلادة حيث قال المشركون اضناهم حمى يثرب فقال عليه الصلاة والسلام رحم الله امرأ اظهر الجلادة من نفسه والمراة ليست من اهل القتال فلا يثبت الرمل حقها وانما لا تحلق لان الحلق مثلة في حقهن وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المثلة وهي لما تمثل به في الشعر والتقصير يجاري في حقها كما في حق الرجل وانما لا تستلم الحجر اذا كان عنده جمع لانها ممنوعة من مماسة الرجال وهي لا تامن من ذلك في هذه الحالة وكان الاولى تركه وانما لم يجب عليها طواف الصدر لان النبي صلى الله عليه وسلم رخص للنساء الحيض في ترك ذلك وانما لم يجب بتاخير طواف الزيارة عن ايام النحر لانها اخرته عن ايامه بعذر فلم تعتبر جنايه ولم تجب الكفارة **قوله** ولو سدلت شيئا اي ارخت **قوله** وجافته عنه اي ابعدت الشيء عن وجهها **قوله** هكذا روي عن عائشة وهو ما روي في السنن عن عائشة قالت كان الركبان يمرون بنا ونحن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرمات فاذا جاذوا بنا سدلت احدانا جلبابها من راسها على وجهها فاذا جاوزنا كشفناه **قوله** ولانه بمنزلة الاستظلال به يعني اذا لان تستظل يجوز لها فكذا السدل على وجهها **قوله** قالوا ولا تستلم الحجر اي قال اصحابنا المتاخرون **قوله** قال ومن قلد بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد او شيئا من الاشياء وتوجه معها يريد الحج فقد احرم وهذا من مسائل الجامع الصغير وكان حقها ان تذكر عند ذكر الاحرام عند قوله ولا يصير شارعا في الاحرام بمجرد النية وقوله او نذرا بان نذر ان يهدي بها الى مكة وقوله او جزاء صيد بان قتل الحرم صيدا حتى وجب عليه قيمته فاشترى بتلك القيمة بدنة وقوله او شيئا من الاشياء اراد به دم المتعة والقران والدماء الواجبة بسبب الجنايه كالحلق وغيره وكان ينبغي ان يقول او لشيء من الاشياء كما في نسخ الجامع الصغير لان شيئا معطوف له بالعطف على ما قبله واحدى شرائطه ان يكون مصدرا فان فعل المصدر فلا بد من اللام كما في قولك جئتك للسمن ثم اعلم انه اذا قلد بدنة وتوجه معها يريد الحج يكون محرما اما اذا قلدها ولم يبعثها ولم يتوجه ثم توجه بعد ذلك لم يكن محرما حتى توجه معها او قلد الشاة بمثل الحج اما اذا جلل البدنة لا يكون محرما وان توجه معها وكذا اذا اشعر البدنة وتوجه معها او قلد الشاة وتوجه معها لا يكون محرما واصل ذلك ان الشروع في الحج لا يحصل بمجرد النية عندنا خلافا للشافعي في الروايات بالتلبية او بفعل هو من خصائص الحج وهو تقليد البدنة مع السوق كما في الصلاة والصوم لا يحصل الشروع فيهما بمجرد النية ما لم تصادفها فعلا وهو الامساك في الصوم ثم اذا قلد البدنة ولم يتوجه معها لا يصير بنفسه محرما وان نوى الحج لان التقليد يحمل فاذا توجه مع البدنة بعد تقليدها يصير محرما اذا نوى الحج لان التقليد بالوجه تعين انه من شعاير الحج بخلاف التلبية فان نفسها من شعاير الحج فلا حاجة الى سوق الهدي والدليل على ان مجرد التقليد ليس من خصائص الحج بدون السوق ان الانسان قد يبعث هديا الى مكة ويقلدها ولا يذهب الى الحج وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك كثيرا ولا يجتنب عما يجتنبه المحرم اما في بدنة المتعة فانه يصير محرما بالتوجه قبل اللحاق اذا نوى الاحرام لانه نسك من مناسك الحج وضعا فجعل الاقبال عليه بمنزلة اللحاق فاما غير هذه البدنة فليس بنسك وضعا فتوقف الاحرام على حقيقة الفعل وتجليل البدنة ليس من خصائص الحج فلا يكون به محرما الا ترى انه قد يكون للزينة او لدفع الحر والبرد ودفع الذباب وكذا لا يكون محرما بالاشعار عند ابي حنيفة فظاهر لانه بدعة عنده فلا يكون نسكا وعندهما وان كان سنة لكنه يحتمل ربما يكون للسنة وربما يكون للمعالجة فلم يكن فعلا من خصائص الحج واما تقليد الشاة فانه ليس من خصائص الاحرام لان المحرمين لا يقلدون الشاة وليس هو مسنون ايضا **قوله** ولان سوق الهدي في معنى التلبية في اظهار الاجابة اي اجابة دعوة الخليل صلوات الله عليه وسلامه **قوله** بفعل هو من خصائص الاحرام اراد به التقليد مع السوق **قوله** وصفة التقليد ان يربط على عنق بدنته قطعة نعل او عروة مزادة او لحا شجرة والمزادة المطهرة واللحا القشر وفي المثل لا يدخل بين العصا ولحاها **قوله** لما روي عن عائشة وهو ما روي في السنن مسندا الى المسور عن عائشة قالت فتلت قلايد بدن رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي ثم اشعرها وقلدها ثم بعث بها الى البيت واقام بالمدينة فما حرم عليه شيء كان حل وفيه ايضا مسندا الى عروة الى عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يهدي من المدينة فاقتل قلايد بدنه ثم لا يجتنب شيئا مما يجتنبه المحرم **قوله** فان توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها اي ان توجه بعد ما بعث بها لم يصر محرما حتى يلحق البدنة **قوله** فاذا ادركها وساقها او ادركها وانما ردد بين السوق والادراك لان على رواية الجامع الصغير شرط الادراك فحسب لانه قال لم يصر محرما حتى يلحق البدنة وعلى رواية الاصل شرط الادراك والسوق جميعا لانه قال لم يصر محرما حتى يلحق الهدي ويسوقه ويتوجه معه قال فخر الاسلام فذلك امر اتفاقي وانما الشرطان يلحقه ليصير فاعلا فعل المناسك على الخصوص **قوله** الا في بدنة المتعة اي قال محمد في الجامع الصغير الا في بدنة المتعة وهو استثنا

من قوله فان توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها يعني ان في بدنة المتعة يصير محرما بمجرد التوجه **قوله** معناه اذا نوى الاحرام اي معنا قوله فانه محرم حين توجه اذا وجدت نية الاحرام فاذا لم توجد النية فلا يصير محرما **قوله** وهذا استحسان لكونه محرما في بدنة المتعة بمجرد التوجه قبل اللحاق استحسان والقياس ان لا يصير محرما بمجرد التوجه وجه الاستحسان ما بيناه بانه نسك وضعا واريد بالوضع ان هذا الهدي جعل في موضع الشرع نسكا من مناسك الحج مخصوصا بمكة شكرا لاداء النسك وغيره وقد يجب وان لم يصل الى مكة فدل على انه هدي لم المتعة من خصائص الحج **قوله** فلهذا اكتفى فيه بالتوجه اي في هذا المتعة **قوله** فان جلل بدنة اي التي عليها الجل **قوله** والاشعار مكروه عند ابي حنيفة قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة انه كره الاشعار وقالا انه حسن لهما انه من حيث يوكد التقليد يشبه ان يكون التقليد سنة لان التقليد قد يستعمل في غير الحج وهو غير لازم لانه يحتمل الانقطاع والاشعار لازم فصار هو كذا الاعلام انه من الشعائر وان صار قربانا من حيث انه جرح ومثله لا يصلح ان يكون سنة فحمل على معنى السنة وغيرها فقيل انه حسن انه فعل وان ترك فلا باس به وذكر الاستحسان عند بعض الخواص ولابي حنيفة انه مثله وقد روي في حديث عمران بن حصين قال ما قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فينا خطيبا الا حثنا على الصدقة ونهانا عن المثلة فصار الاشعار مكروها وما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه اشعر البدنة فقالوا كان ذلك في ابتداء الاسلام ثم نسخ بحديث المثلة وذلك ان المشركين كانوا يتعرضون كل مال سوى الهدي فاشعر رسول الله صلى الله عليه وسلم البدن صيانة لها على ان يناله ايدي المشركين لان التقليد كان معتادا في غير القرابين ايضا وقد روي عن ابن عباس وعائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم انما فعل ذلك صيانة للبدن لما على الله تعالى كلمته وقطع دابر الكافرين زال العذر وبطل ذلك الحكم ونسخ ولما في دعوى النسخ نظر سيجيء بيانه في باب التمتع وقال الشيخ ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي قد اتفقوا على ان سائر البدن من جزاء الصيد والاحصار وغيره لا يشعر فوجب ان يكون كذلك بدن المتعة والقران والتطوع وعندهما لا يشعر البدن الا في التطوع والقران والمتعة لانه لم يرد السنة في غيرها وقال الشيخ ابو منصور الماتريدي يحتمل ان ابا حنيفة كره الاشعار المحدث فاما الذي جاءت به السنة فلا يبتغي انه كره اشعار اهل زمانه وهو المبالغة في الوجا منه السراية منه الباب عليهم بالكرامة فاما اذا المريبا لغوا فلا باس بذلك وقيل انه كره ايثاره على التقليد كما كره ايثار نكاح الكتابية على نكاح المسلمة وتفسيره عند ابي يوسف الطعن بالرمح في اسفل السنام من قبل اليمين وفي كلام العرب الاشعار هو الادماء بالجرح وقال فخر الاسلام الاشبه ان الاشعار من قبل اليسار وذلك ان الهدايا كانت مقبلة على رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يدخل من كل بعيرين من قبل الرؤس وكان الرمح بيمينه لا محالة وكان يقع الطعن عادة اولا على يسار البعير الذي هو عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم كان يعطف على يمينه فيشعر الاخر من قبل يمين البعير اتفاقا لا قصدا فصار الايسر الاصل احق بالاعتبار في الهدي الواحد **قوله** وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة ايضا وعند الشافعي تقليد الشاة سنة لما روي عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اهدى غنما مقلدة ولنا ان التقليد ورد به الشرع في البدن دون الغنم قال تعالى لا تحلوا شعائر الله ولا الشهر الحرام ولا الهدي ولا ذوات القلائد من الهدي وهي البدن وتخصيصها بعد ذكر الهدي والله اعلم لزيادة فضيلتها وروي عن ابن عباس انه قال لا تقلد الغنم **قوله** والبدن من الابل والبقر اي قال محمد في الجامع الصغير البدن من الابل والبقر والهدي من الغنم والابل والبقر وقال الشافعي البدن من الابل خاصة وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا التزم بدنة له قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف اي على البدن قائمة فعلم ان البدنة تقع على الجزور ولان البقر تذبح مضطجعة لا قائمة وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث الجمعة قال اذا كان يوم الجمعة وقفت الملائكة على باب المسجد يكتبون الاول فالاول فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل بينهما وروي في السنن الجامع الترمذي مسندا الى ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة ثم راح فكانما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكانما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكانما قرب كبشا اقرن ومن راح في الساعة الرابعة فكانما قرب دجاجة ومن راح في الساعة الخامسة فكانما قرب بيضة فاذا خرج الامام حضرت الملائكة يستمعون الذكر ولنا ما روي عن علي انه جعل الهدي من ثلاثة من الابل والبقر والغنم والبدنة من البقر والغنم الابل والبقر ولان الابل والبقر يستويان في البدانة وفي التضحية وفي حكم الاضحية ولهذا اجاز كل منهما عن سبعة فثبت انهما سوا ويدل عليه اللغة فان اهل اللغة قالوا البدنة الناقة او البقرة تنحر بمكة كذا قال صاحب ديوان الادب واما الاية فقد وردت في قصة العرب وعادة العرب كانت انشاد الابل لا البقر فلا يكون حجة للخصم واما الحديث فليس له حجة فيه ايضا لان الشرك في موضع الاثبات لا يراد به الا احد المعنيين اذا دل عليه دليل على ان المراد من البدنة الجزور بدليل عطف البقرة عليها لانه لو صلح ان يراد بالبدنة البقرة في الحديث بعد عطف البقرة عليها وذلك لا يدل على ان البدنة لا يصلح اطلاقها في سائر المواضع على البقرة على انا نقول قد صح في الرواية فالمتعجل منهم كالمهدي جزورا فحينئذ لا يبقى الاستدلال للشافعي بالحديث لان نزاعنا ليس في الجزور والله الحمد

باب القران

لما فرغ من بيان الافراد شرع في بيان القران من الحج والعمرة لان وجود المفرد سابق على وجود المركب واما تقدم القران على التمتع لان القران افضل منه عندنا **قوله** القران افضل من التمتع والافراد اعلم ان القران افضل من التمتع والافراد ثم التمتع افضل من الافراد وهذا هو ظاهر الرواية عن اصحابنا وذكر ابن شجاع عن ابي حنيفة ان الافراد بالحج افضل من القران افضل من التمتع وروي عن محمد انه قال حجة كوفية وعمرة كوفية افضل من القران وقال مالك التمتع افضل وقال الشافعي الافراد افضل وجه قول الشافعي ان النبي صلى الله عليه وسلم افرد في حجة الوداع بالحج دونه عائشة وكذا روي في حديث جابر بن عبد الله في حديثه الطويل ووجه قول مالك ان التمتع بالعمرة الى الحج يدل على انه افضل من غيره لانه مذكور في كلام الله عز وجل ولا ذكر للقران فيه ولنا ما روي صاحب السنن باسناده الى حميد عن انس بن مالك

قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لبيك بالحج والعمرة جميعا يقول لبيك عمرة وحجا لبيك عمرة وحجا وفيه ايضا باسناده الى ابي قلابة عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم اهل بحج وعمرة وفيه ايضا باسناده الى عكرمة قال سمعت ابن عباس يقول حدثني عمر بن الخطاب انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اتاني الليلة آت من عند ربي قال وهو بالعقيق وقال صل في هذا الوادي وقل عمرة في حجة • وذكر الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى صبي بن معبد • قال اهللت بالحج والعمرة جميعا فلما قدمت على عمر بن الخطاب ذكرت له اهلالي فقال هديت لسنة نبيك وقد صح في صحيح البخاري ان النبي صلى الله عليه وسلم اعتمر اربع عمر في ذي القعدة الا التي اعتمر مع حجته عمرته من الحديبية ومن العام المقبل ومن الجعرانة حيث قسم غنائم حنين وعمرة مع حجته رواه الشيخان لاجل ذلك قلنا ان القران افضل لانه يحتمل رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الاسلام واقل احواله ان يكون ندبا وارشادا الى الركن واجبا • وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال افضل الحج العج والثج ومعنى الثج اراقة دماء الهدايات وذلك في القران والتمتع دون الافراد ولان القران يقتضي لبقا في احرامين الى ان يحل منهما جميعا والبقا في الاحرام نسك وعبادة فيكون افضل من غيره ولان القران جمع بين العبادتين ولا شك ان العبادتين افضل من عبادة واحدة • الا ترى ان الصوم مع الاعتكاف افضل من الصوم وحده وكذا حراسة الثغر مع صلاة الليل افضل من الحراسة وحدها • فان قلت المفرد يأتي باحرامين وتلبيتين وسفرين وحلاقين بخلاف القارن فدل على ان الافراد افضل عند الشافعي قلنا نقول ان القارن ينوي باحرامه العبادتين والمفرد ينوي عبادة واحدة فيكون القران افضل لان الاعمال بالنيات ولا يصح الاعتبار بزيادة التلبية في المفرد لان التلبية محدودة على عدد معلوم ويجوز ان يكون تلبية القارن اكثر من تلبية المفرد ولا يصح الاعتبار بالسفرين ايضا لان السفر ليس بمقصود بذاته بل المقصود منه الحج فيما قلنا يوجد الحج مع زيادة العمرة فكان اولى ولا يصح الاعتبار بالحلقين ايضا لان الحلق عندهم ليس بنسك ولا معنى للترجيح بزيادة المحرم الحلق • فان قلت وجوب الهدي يدل على النقص قلنا لا نسلم لانه دم نسك لا دم جناية ولهذا اجوزنا الاكل منه للقارن وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه اكل منه والجواب عن حديث جابر وغيره نقول الاصل في الدلائل الاعمال لا الاهمال لانه امكن وان لم يمكن العمل بجميعها يصار الى ترجيح بعضها ان امكن وان لم يمكن فيما بين المتعارضين جميعا ثم يصار الى القياس وهنا فيما نحن فيه امكن العمل بجميعها لان الصحابة رضي الله عنهم لما اختلفوا في ان رسول الله صلى الله عليه وسلم من اين احرم فبعضهم قالوا من مسجد ذي الحليفة وبعضهم من البيدا كما اختلفوا في انه عليه الصلاة والسلام كان مفردا او قارنا او متمتعا فبعضهم قالوا بالاول وبعضهم قالوا بالثاني وبعضهم قالوا بالثالث والتوفيق بين الاشياء الثلاثة ممكن بان يقول ان الذين سمعوا تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرة في المسجد ثم سمعوا تلبيته بالحج بعد ان استوت به راحلته على البيدا قالوا انه عليه الصلاة والسلام قرن الحج بالعمرة والذين لم يسمعوا تلبيته بالعمرة في المسجد لما انهم ما كانوا حاضرين في المسجد او لما انهم كانوا بعيدا عن النبي صلى الله عليه وسلم بل سمعوا تلبيته بالحج بالبيدا قالوا افرد بالحج والذين سمعوا تلبيته بالعمرة في المسجد ثم لم يسمعوا تلبيته بالحج بالبيدا ثم رأوا النبي صلى الله عليه وسلم بعد فراغه من العمرة يفعل ما فعله الحاج من الوقوف بعرفات وغير ذلك قالوا انه تمتع وكل منهم شهد بما صح عنده ثم نقول لما صح هذا الاحتمال ثبت انه عليه الصلاة والسلام كان قارنا لان الشاهد بالقران بعد ما تحقق عنده وحديث المفرد والمتمتع محتمل والعمل بالمحقق اولى من المحتمل • فان قلت قد صح عن عثمان انه كان ينهى عن القران فلو كان افضل لما نهى • قلت قد ذكر ابو جعفر الطحاوي باسناده الى مروان ابن الحكم قال كنا نسير مع عثمان فاذا رجل يلبي بالحج والعمرة فقال عثمان من هذا فقالوا علي فاتاه عثمان فقال الم تعلم اني نهيت عن هذا فقال بلى ولكن لم اكن لادع قول النبي صلى الله عليه وسلم لقولك فهذا انكار علي على عثمان على ان القران هو الافضل والجواب عن قول مالك انه لا ذكر للقران في كلام الله عز وجل نقول لا نسلم لانه تعالى قال واتموا الحج والعمرة لله وقد جاء في التفسير ان اتمامهما ان تحرم بهما من دويرة اهلك • فان قلت لم لا يكون العمرة واجبة لان مطلق الامر للوجوب قلنا ان مطلق الامر للوجوب اذا لم يرد الدليل على خلافه وقد دل لان الاحرام بهما من دويرة اهله ليس بواجب بالاجماع فلما انتفى الوجوب ثبت انه مندوب لانه الادنى ولم يقل بانه مباح لتعلق الثواب به **قوله** والقصة فيما روي عن قول اهل الجاهلية لان العمرة في اشهر الحج افجر الفجور وروي في بعض النسخ من افجر الفجور والاول هو الاصح لانه المذكور في كتب الحديث ومراد المصنف بما روي الشافعي من قوله عليه الصلاة والسلام القران رخصة نفي قول اهل الشرك انهم يرون ان العمرة في اشهر الحج افجر الفجور في الارض وكانوا يحرمون بالعمرة حين ينسلخ ذو الحجة والمحرم فنفى ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله القران رخصة يعني ان العمرة في اشهر الحج جائز ولم يرد بها حقيقة الرخصة وهي ما يبنى على اعذار العباد بل القران عزيمة كالافراد **قوله** على ما رويناه من قبل اراد به ما روي عن علي وابن مسعود في فصل المواقيت **قوله** ثم فيه تعجيل الاحرام واستدامة احرامهما وذلك ظاهر لان القارن يحرم بهما جميعا من الميقات فلا يحل الى ان يفرغ من الحج اما المتمتع فانه احرامه بالعمرة ميقاتي واحرامه بالحج مكي يحل قبل احرام الحج ولا شك ان المسارعة الى الخيرات اولى والبقا في الاحرام نسك وعبادة فكان القران اولى من التمتع **قوله** وقيل الاختلاف بيننا وبين الشافعي بنا على ان القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين وعنده قال صاحب التحفة وحاصل الخلاف ان القارن يحرم باحرامين فلا يدخل احرام العمرة في احرام الحج وعنده يكون محرما باحرام واحد ويدخل احرام العمرة في احرام الحج لقوله صلى الله عليه وسلم دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة ولنا استدل باجماع الامة على تسميته قرانا والقران ان يكون بين شيئين ويبنى على هذا الاصل مسائل منها ان القارن يطوف طوافين ويسعى سعيين يقدم افعال العمرة على افعال الحج وعنده يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا • ومنها ان الدم الواجب فيه دم نسك عندنا شكرا للجمع بين العبادتين وعنده دم جبر لتمكن النقصان في الحج بسبب ادخال العمرة فيه حتى لا يحل له الاكل من هديه عنده وعندنا يحل • ومنها انه اذا تناول محظور احرامه فانه يجب عليه دمان عندنا وعنده يجب عليه دم واحد • ومنها انه اذا احصر القارن فانه يحل بهديين عندنا وعنده بهدي واحد **قوله** قال وصفة القران ان يهل بالعمرة والحج معا من الميقات اعلم ان القران مصدر قرن الحج بالعمرة يقرن بفتح العين من الماضي وضمها من المستقبل اذا جمع بينهما والمصدر من الثلاثي يجيء على وجوه كثيرة منها فعال بكسر الفاء ونظيره صراف والباقي يعلم في موضعه وليس كتابنا لبيان ذلك وانما قلنا بهما لان حقيقة القران لا يوجد الا بان يجمع

بينهما في الاحرام وانما سأل الله التيسير عقيب الصلاة بقوله اللهم اني اريد العمرة والحج فيسرهما لي وتقبلهما مني لان الانسان مندوب الى الدعاء في جميع الامور والقران من اهم الامور واشقها فصار اولى بالدعاء **قوله** وكذا اذا ادخل حجا على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط اي كذا يكون قارنا اذا احرم بعمرة فطاف لها اقل من اربعة اشواط ثم احرم بحجة وهو المراد بادخال الحجة على العمرة وانما يكون قارنا في هذه الصورة لوجود الجمع بين الحج والعمرة لان اكثر الاشواط من العمرة باق حكما **قوله** ويقدم العمرة على الحج فيه معطوف على قوله سأل الله التيسير اي قدم القارن العمرة على الحج في دعائهما **قوله** وان اخر ذلك في الدعاء والتلبية لا باس به اي ان اخر العمرة في الدعاء بان يقول اللهم اني اريد الحج والعمرة فيسرهما لي وكذا ان اخرها في التلبية بان يقول لبيك بحجة وعمرة فلا باس به لان الواو لمطلق الجمع لا يدل على تأخر المعطوف عن المعطوف عليه ولكن الاولى ان يذكرها سابقة على الحج في الدعاء والتلبية كما سيأتي في الاداء **قوله** اعتبارا بالصلاة يعني اذا لبى القارن مع النية يصير محرما لكن اذا نوى بقلبه الحج والعمرة ولم يذكرهما بلسانه اجزأه كما في الصلاة لان الذكر باللسان ليس بشرط لان الشرط ان يعلم بقلبه ما يفعله من العبادة والذكر باللسان احوط كما في الصلاة **قوله** فاذا دخل مكة اي اذا دخل القارن **قوله** وهذه افعال العمرة اي الطواف بالبيت سبعة اشواط مع الرمل في الثلاث الاول والسعي بعد الطواف بين الصفا والمروة هي افعال العمرة وحاصله ان العمرة اربعة اشيا الاحرام والطواف والسعي ثم الحلق والتقصير ان كان مفردا بالعمرة لكن القارن ليس عليه حلق ولا تقصير بعد فراغه من افعال العمرة لان الحلق جناية على احرام الحج **قوله** ثم يبدأ بافعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة اشواط ويسعى كما بينا في المفرد يعني انه بعد فراغه من افعال العمرة يبدأ بافعال الحج وذلك لانه قارن فلما فرغ من افعال العمرة شرع في افعال الحج لانه محرم بالحج فيطوف طواف القدوم سبعة اشواط في ابتداء افعال الحج لانه سنة الحج لا العمرة ويسعى بين الصفا والمروة سبعة اشواط بعد طواف القدوم ويسعى في بطن الوادي في كل شوط كما في المفرد بالحج **قوله** ويقدم افعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج بيانه ان الله تعالى جعل الحج غاية ومبنى التمتع فيكون المبدأ من العمرة لا محالة فلما ثبت تقديم العمرة على الحج بالنص في التمتع ثبت في القران ايضا لان القران في معناه لكون كل منهما جمعا بين النسكين في سفره او نقول قد صح عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم قرن الحج بالعمرة وقد قدم النبي صلى الله عليه وسلم في ادائه العمرة على الحج فيقدم القارن العمرة على الحج اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم اذا افرد بالحج بعد الفراغ من افعال الحج احرم بالعمرة ... قارنا ايضا لحجته اما لترك السنة فان السنة تقديم افعال العمرة على افعال الحج للقارن **قوله** ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح • قال بعض الشارحين وعند الشافعي يتحلل بالذبح وهو ليس بمشهور عن الشافعي ويحتمل ان يكون ذلك عنده رواية والمشهور عنده ان المحلل هو الرمي فاذا فرغ من رمي جمرة العقبة يحل له كل شيء الا النساء وقد بيناه عند قوله كما بعد الحلق عندنا ولنا ما روي في شرح الآثار مسندا الى عائشة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا رميتم وحلقتم فقد حل لكم الطيب والثياب وكل شيء الا النساء وقد بيناه عند قوله ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا **قوله** ثم هذا مذهبنا اي اتيان القارن بافعال العمرة وافعال الحج جميعا هو مذهبنا وعند الشافعي يطوف القارن طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا اعني انه لا يطوف ولا يسعى للعمرة لقوله عليه الصلاة والسلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة ولان القران مبني على التداخل • الا ترى ان القارن يأتي بتلبية واحدة وسفر واحد وحلق واحد فينبغي ان يتداخل الطواف والسعي ايضا • ولنا ما روي محمد بن الحسن في المبسوط ان صبي بن معبد اقرن فطاف طوافين وسعى سعيين فذكر لعمر بن الخطاب فقال هديت لسنة نبيك وعن علي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه طاف طوافين وسعى لهما سعيين ولهذا لان القران هو الجمع بين العبادتين ولا يتحقق ذلك الا اذا وجد عمل كل واحد منهما اذا لا يكون اشتغالا لاحدهما لا قرانا ولان العبادة لا تتداخل بخلاف العقوبات فلم يجز ان يأتي القارن بطواف واحد وسعي واحد عن العمرة والحج جميعا اما السفر والتلبية والحلق فليست بمقصودة لذاتها وانما هي وسائل فجاز التداخل فيها لان المقصود من السفر التوسل الى اداء العمرة والحج فيحصل ذلك بسفر واحد ولا حاجة الى سفر لكل واحد منهما وكذا المقصود من التلبية الاحرام ويحصل احرامهما بتلبية واحدة ولا حاجة الى تلبية لكل واحد منهما وكذا المقصود من الحلق التحلل فيحصل ذلك بحلق واحد ولا حاجة الى التلبية لكل واحد منهما وكذا المقصود من الحلق التحلل فيحصل ذلك بحلق واحد بخلاف الطواف والسعي فانهما مقصودان لكون الطواف ركنا والسعي واجبا فلا يتداخلان ولهذا جاز اداء شفعي التطوع بتحريمة واحدة وان كانا لا يتداخلان علاوة التمتع يأتي بطوافين وسعيين فكذا القارن لان القران هو الجمع بين العمرة والحج كالتمتع والجواب عن الحديث فنقول معناه دخل وقت العمرة في وقت الحج بطريق حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه ويجوز ذلك اذا لم يكن الالتباس كما في قوله تعالى واسأل القرية وانما قدرنا ذلك لان حقيقة العمرة لا يمكن دخولها في حقيقة الحج لان العرض لا يمكن ان يكون ظرفا لعرض آخر فتعين المجاز بان يراد به اتحاد الوقت مجازا اعني انه يجوز اداء العمرة في اشهر الحج وهذا نفي قول الجاهلية ان العمرة لا يجوز اداؤها في اشهر الحج لا لبيان ان القارن يأتي بطواف واحد وسعي واحد الا ترى الى ما روي صاحب السنن باسناده الى ابن عباس قال والله ما اعمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عائشة في ذي الحجة الا ليقطع بذلك امر اهل الشرك فان هذا الحي من قريش ومن دان دينهم كانوا يقولون اذا عفا الوبر وبرأ الدبر ودخل صفر فقد حلت العمرة لمن اعتمر فكانوا يحرمون بالعمرة حتى ينسلخ ذو الحجة والمحرم ... فان قيل روي ان النبي صلى الله عليه وسلم طاف لهما طوافا واحدا قلنا لا نسلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف لهما طوافا واحدا ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان معناه اكتفى فيهما جميعا بطواف واحد بل معناه انه طاف لهما على صفة واحدة بدليل ما روينا عن صبي بن معبد وغيره **قوله** فان طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزئه اي قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في القارن يطوف طوافين لعمرته ولحجته ثم يسعى سعيين قال يجزئه وقد اساء اعلم انه لو قال صاحب الهداية في قوله وسعى بثم او بحرف الفا لكان اولى لان صورة المسألة فيما اذا كان السعيان بعد الطوافين ولا يفهم ذلك من حرف الواو لانه لمطلق الجمع لا الترتيب ولهذا ذكر محمد في اصل الجامع الصغير بثم كما ذكرنا وكذا ذكر فخر الاسلام

البزدوي في شرح الجامع الصغير عرف ثم كما ذكرنا انفا ابنا عالمحد • ثم اعلم ان صاحب الهداية زعم ان المراد بثاني الطوافين طواف القدوم حيث
قال وقد اساء بتاخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه اي على سعي العمرة وتبعه بعضهم في شرحه وفيه نظر عندي لان الظاهر من كلام محمد ان د
المراد من احد الطوافين طواف العمرة وبالاخر طواف الزيارة لا طواف القدوم ولهذا قال في جواب المسئلة يجزيه والجزي عبارة عما يكون في د
في الخروج عن عهدة ولا يحصل الاتيان لا الاجزاء باتيان السنة وترك الفرض وهذا ظاهر • الا ترى انهم قالوا ان القارن يطوف طوافين ويسعى
سعيين عندنا خلافا للشافعي فهل يقول احد ان المراد من الطواف الثاني طواف القدوم بل المراد هو طواف الزيارة فكذا هنا ويمكن ان يصحح تامل
بان يفرض بانه اتى بطواف العمرة فبعد ذلك اشتغل بالوقوف وغير ذلك من مناسك الحج ثم طاف للزيارة يوم النحر ثم سعى اربعة عشر شوطا د
لعمرته وسبعة اشواط اخرى لحجته فيرجع الى شرح المسئلة فنقول ظن بعضهم في متن المسئلة على محمد وقال ينبغي ان لا يجزيه لانه ترك الترتيب
المشروع فيبطل كما اذا قدم السعي على الطواف والجواب ان الاشتغال بطواف الحج لم يبطل السعي للعمرة لان وصل سعي العمرة بطواف العمرة ليس بواجب
ولهذا يجوز ان تتخلل بين طواف العمرة وسعي العمرة اشياء لا تحصى كالاكل والنوم وغير ذلك وجاز ان يتخلل بينهما طواف الحج ايضا ولا يبطل طواف الحج بتقديمه
على سعي العمرة بطواف العمرة لان طواف الحج ليس بمرتب على سعي العمرة بدليل انه لو ترك السعي لا تفسد به العمرة لانه واجب بل طواف الحج مرتب على طواف العمرة
وقد حصل وانما بطل تقديم السعي على الطواف لانه تابع للطواف فلم يصح تقديمه وانما صار مسيئا لانه ترك السنة المتوارثة لان السنة
في حق القارن ان يطوف ويسعى لعمرته ثم يطوف ويسعى لحجته فلما جمع بين الطوافين والسعيين ترك السنة لكن لم يلزمه دم لان ترك السنة لا يوجب الجابر
كما في الصلاة • قوله واذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا دم القران • اي قال الامام القدوري واذا رمى
جمرة العقبة يوم النحر ذبح شاة الى اخره ذكر في المفرد بقوله ثم يذبح ان احب وهنا ذكر بلا تعليق بالمحبة لان الدم ليس بواجب على المفرد بل
هو مستحب فلهذا علقه بالمحبة بخلاف دم القارن فان الدم عليه واجب فلهذا لم يعلقه بالمحبة ثم الاصل في وجوب الدم على القارن قوله
تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي • قال صاحب الكشاف اي استمتع بالعمرة الى الحج واستمتاعه بالعمرة الى الحج بالتقرب بها الى الله تعالى
قبل الانتفاع بتقربه بالحج فما استيسر فعليه ما استيسر من الهدي • وحدث مالك في الموطا عن جعفر بن محمد عن ابيه ان علي بن ابي طالب كان يقول
ما استيسر من الهدي شاة وفي الموطا عن ابن عباس كان يقول ما استيسر من الهدي شاة وفي صحيح البخاري باسناده الى ابي جمرة قال سالت
ابن عباس عن المتعة فامرني بها وسالته عن الهدي فقال فيها جزور او بقرة او شاة او شرك في دم فلما ثبت وجوب الدم في المتعة ثبت في القران
ايضا لانه في معناها لان كل منهما يحصل به الترفق بالنسكين في سفرة واحدة فلما روينا ان الشاة تجزي عن دم المتعة والقران وانما جاز
سبع البدنة عن واحد بان يكون شائع سبعة فلما ان سبع البدنة مثل الشاة وتجزي الشاة عن الواحد فكذا سبع البدنة ولان اصحابنا رووا
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترك بين اصحابه في البدن عام الحديبية فذبحوا البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة • وذكر صاحب السنن
في كتاب الاضاحي باسناده الى جابر بن عبد الله قال كنا نتمتع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنذبح البقرة عن سبعة نشترك فيها وفيه ايضا
عن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال البقرة عن سبعة والجزور عن سبعة لكن هذا انما اذا اراد كلهم القربة ولو اراد بعضهم اللحم لم يجز خلافا
للشافعي • لنا ان خروج الروح ليس بمتجزئ فاذا خرج بعض البدنة من كونها قربة لارادة بعضهم اللحم لم يكن الباقي قربة ايضا لعدم التجزي ولا خلاف في
اتفاق وجوه القربة خلافا لزفر لان المقصود منها قربة الله تعالى وان اختلفت وانفقت ثم ان دم القران والمتعة دم نسك لا دم جبر خلافا للشافعي
وسنبينه ان شاء الله تعالى قوله لانه في معنى المتعة اي لان القران في معنى المتعة وهي اسم بمعنى التمتع قوله والهدي منصوص
عليه فيها اي على الهدي في المتعة وهو قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي قوله واراد بالبدنة ههنا البعير اي اراد القدوري
بالبدنة البعير في قوله ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة لكن بالبدنة الاولى لا الثانية لانه كما يجزي البعير يجزي سبع البقرة ايضا د
قوله فاذا لم يكن له ما يذبح صام ثلاثة ايام في الحج اخرها يوم عرفة وسبعة اذا رجع الى اهله • اعلم ان القارن اذا لم يجد الهدي د
صام عشرة ايام بدلا عن الهدي ثلاثة في اشهر الحج وسبعة اذا رجع الى اهله والاصل فيه قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج وسبعة
اذا رجعتم والنص وان كان واردا في التمتع ثبت حكمه في القران لانه في معناه لحصول الارفاق بالنسكين في كل منهما بسفرة واحدة ويجوز صوم د
ثلاثة ايام ما لم يحرم بالحج عبادة عن الافعال لقوله تعالى فصيام ثلاثة ايام في الحج • ولنا ما قلنا والمراد من الحج وقته لا الحج نفسه لان الحج عبارة
عن الافعال المعلومة والفعل لا يصلح ان يكون ظرفا للفعل الاخر وهو الصوم فتعين الوقت فجاز صوم ثلاثة ايام في ايام اشهر الحج بعد احرام العمرة لوجود
المسبب بعد السبب الا ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية وهو السابع من ذي الحجة ويوم التروية ويوم عرفة لان المستحب
ان يكون في اخر الاوقات التي يتعذر فيها المبدل • وقال في شرح الاقطع قال الشافعي الافضل ان يكون اخرها يوم التروية وهو ضعيف لان يوم
عرفة افضل من يوم التروية لانه يتطهر اركان الحج فيه ولم يرد النهي عن صوم يوم عرفة وكان الصوم فيه اولى وقوله تعالى تلك عشرة
كاملة تاكيدا لما ذكر اولا وقيل كاملة في وقوعها بدلا عن الهدي وفيما يستحق فيها من الثواب قوله فالقران افضل اي من التمتع لانه
مرتفق باداء النسكين اي ان القارن منتفع باداء العمرة والحج كالمتمتع قوله الا ان الافضل ان يصوم استثناء من قوله تعالى فصيام ثلاثة
ايام في الحج هو الوقت لا هو لكن الافضل ان يوخر الصوم فيصوم ثلاثة ايام اخرها يوم عرفة قوله فيستحب تاخيرها الى اخر وقته اي
تاخير البدل وهو الصوم الى اخر وقت البدل قوله رجاء ان يقدر على الاصل بالنصب على انه مفعول له وهو علة الاقدام على فعل التاخير د
واراد بالاصل الهدي قوله وان صام بمكة بعد فراغه من الحج جاز ومعناه بعد مضي ايام التشريق اي ان صام سبعة ايام بعد فراغه
من الحج جاز في اي مكان كان لكن بعد مضي ايام النحر والتشريق لورود النهي عن صومها وعند الشافعي لا يجوز صوم السبعة بمكة الا ان ينوي
الاقامة بمكة لظاهر قوله تعالى وسبعة اذا رجعتم لان الصوم السبعة معلق بالرجوع الى اهله فيكون الرجوع شرطا فاذا انتفى الشرط
انتفى المشروط • ولنا ان المراد من الرجوع الفراغ من افعال الحج لان الفراغ سبب الرجوع فيكون ذكر السبب وارادة المسبب كما في

١١٧

قوله تعالى واذا قرات القران فاستعذ بالله اي اردت قراءة القران وانما صرنا الى المجاز لان الرجوع ليس بشرط بالاتفاق • الا ترى انه اذا
نوى الاقامة بمكة جاز له صوم السبعة بمكة وان لم يوجد الرجوع الى اهله فعلم بهذا ان الرجوع ليس بشرط او معناه اذا رجعتم الى مكة او اذا رجعتم
في الحالة الاولى يعني اذا فرغتم من افعال الحج ولئن سلمنا ان الرجوع الى اهله شرط لكن لا نسلم ان الشرط يوجب تعطيل الحكم عند العدم لان اقصى
درجات الوصف ان يكون علة ولا اثر لانتفاء العلة في انتفاء الحكم بانتفاء الشرط فافهم قوله فان فاته الصوم حتى اتى يوم النحر
لم يجزه الا الدم • اعلم ان القارن اذا فاته صوم ثلاثة ايام حتى اتى يوم النحر لم يجزه الصوم ويرجع الحكم الى الاصل وهو الهدي وكذا الحكم في
التمتع فان لم يقدر على الهدي حل وعليه هدي للقران او التمتع وهدي اخر لانه احل بغير هدي ولا صوم • وقال الشافعي لا يفوت الصوم
ويجوز على احد القولين صوم الثلاثة في ايام التشريق وعلى القول الاخر بعدها • وقال مالك يصوم في ايام التشريق لما روي في شرح الاثار د
مسندا الى سالم عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في التمتع اذا لم يجد الهدي ولم يصم في العشر انه يصوم ايام التشريق لانه صوم مختص د
بوقت فاذا فات وقت اداؤه وجب قضاؤه كصوم رمضان ولان الله تعالى قال فصيام ثلاثة ايام في الحج والمراد منه وقت الحج وعند مالك شهر الحج الى
اخر ذي الحجة فيجوز اداء الصوم في ايام التشريق • ولنا ما حدث الشيخ ابو جعفر الطحاوي باسناده الى علي بن ابي طالب قال خرج منادي رسول الله صلى الله
عليه وسلم في ايام التشريق فقال ان هذه ايام اكل وشرب وفيه ايضا باسناده الى سعد بن ابي وقاص قال امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان انادي
ايام منى انها ايام اكل وشرب فلا صوم فيها يعني ايام التشريق وفيه ايضا باسناده الى عطاء عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايام
التشريق ايام اكل وشرب • وذكر الله عز وجل وفيه ايضا باسناده الى سعيد بن المسيب عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم امر عبد الله بن حذافة
ان يطوف في ايام منى الا لا تصوموا هذه الايام فانها ايام اكل وشرب • وذكر الله عز وجل وفيه ايضا باسناده الى انس بن مالك قال نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن صوم ايام التشريق الثلاثة بعد ايام النحر ولان القارن لا يصوم يوم النحر بالاجماع لورود النهي فيها • الا ترى ان يوم النحر
اقرب من ايام التشريق الى الحج لان طواف الزيارة فيه ويوم عرفة متصل به وقد صح النهي عن صوم يوم النحر ايضا وهو ما روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي د
باسناده الى عبيد مولى ابن ازهر قال شهدت العيد مع عثمان وعلي فسمعتهما يقولان نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيام هذين اليومين يوم
النحر ويوم الفطر باسناده الى عمرة عن عائشة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن صوم يومين يوم الفطر ويوم النحر وفيه ايضا باسناده
الى سعيد بن المسيب ان رجلا اتى عمر بن الخطاب يوم النحر فقال يا امير المؤمنين اني تمتعت ولم اهد ولم اصم في العشر فقال سل في قومك ثم قال
عمر لغلامه اعطه شاة فدلت هذه الاحاديث ان ايام التشريق لا يجوز فيها الصوم لا للقارن ولا للمتمتع ولا لغيرهما ولان الصوم بدل عن
الهدي ثبت خلاف القياس اذ لا مماثلة بين الصوم والهدي والشيء اذا ثبت خلاف القياس يقتصر على مورد النص وقد ورد النص بصوم ثلاثة ايام في اشهر
الحج فلا يجوز بعده والجواب عما قاله الحديث فنقول قال الطحاوي هو حديث منكر لا يثبته اهل العلم بالرواية لان يحيى بن سلام رواه والحديث
هو ضعيف واما قياسهم على صوم رمضان فاسد لان صوم رمضان اصل بنفسه فاذا فات لا الى خلف جاز القضاء بخلاف صوم ثلاثة ايام فانه بدل من الهدي
فاذا وجب قضاؤه يلزم اثبات البدل من البدل وهو لا يجوز ولان هذا الصوم لما قام مقام الهدي تعين وقته لم يجز قضاؤه كالجمعة واما تمسكهم بقوله
تعالى فصيام ثلاثة ايام في الحج فنقول لا نسلم ان ايام التشريق من اشهر الحج وقد صح عن العبادلة ان اشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة وقوله
يتقيد النص الى المشهور عن الصوم ايام التشريق فلا يجوز فيها الصوم للقارن • ولا يقال ينبغي ان يكون الحديث مخصوصا بالنص حتى يجوز ثلاثة ايام في ايام
التشريق للمتمتع او القارن لانا نقول ان وقت الحج متقدم على ايام التشريق والتخصيص انما يكون فيما اذا ورد المخصص مقارنا للمخصوص منه ومع وجود دليل
التقديم لم يجز التخصيص بل ينسخ الاول بالثاني وقيل لما لم يعرف التاريخ جعلا كانهما وردا معا والمحرم مع المبيح اذا اجتمعا فالمحرم اولى قوله
وقال مالك يصومها فيها اي في ايام التشريق ووقت الحج عند مالك فيجوز صوم ثلاثة ايام وفي يوم النحر لا يجوز بالاتفاق قوله وهذا وقته
اي يوم التشريق وقت الحج عند مالك فيجوز صوم ثلاثة ايام في ايام التشريق لوجود الصوم في وقت الحج قال الله تعالى فصيام ثلاثة ايام في الحج د
قوله فيتقيد به النص اي يتقيد بالنهي النص واراد بالنهي قوله عليه الصلاة والسلام الا لا تصوموا هذه الايام واراد بالنص قوله تعالى فمن لم يجد
فصيام ثلاثة ايام في الحج يعني يحمل النص مقيدا بالحديث المشهور ولا يجوز صوم ثلاثة ايام في ايام التشريق للمتمتع والقارن وهذا لان تقييد المطلق من
كتاب الله تعالى بالخبر المشهور جائز فيكون العمل بالمقيد نسخا للاطلاق على ما عرف في اصول الفقه قوله او يدخله النقص يعني يدخل الصوم النقصان
لورود النهي عن الصوم في هذه الايام قوله فلا يتادى به ما وجب كاملا اي فلا يتادى بسبب النقص ما وجب كاملا واراد بما وجب كاملا
صوم ثلاثة ايام يعني لا يجوز صومها في ايام التشريق للنقصان وكذا لا يجوز بعد هذه الايام لان الصوم بدل عن الهدي فلو جاز قضاؤه يلزم ان يكون د
للبدل بدل ولا نظير له في الشرع وذلك لان اداء الصوم بدل ثم قضاؤه بدل عن الاداء قوله وجواز الدم على الاصل هذا
جواب سؤال وهو ان يقال كيف جاز الدم بعد ايام التشريق وفيها ايضا ولم يجز الصوم فقال وانما جاز الدم لانه ثبت بدليل الاصالة مطلقا عن الوقت
فجاز اداؤه في اي وقت كان بخلاف الصوم فانه ثبت بدلا عن الهدي مقيدا بوقت الحج مخالفا للقياس لعدم المماثلة بين الصوم والهدي فاقتصر على
مورد النص فلم يجز في ايام التشريق ولا بعدها • فان قلت لا نسلم ان الدم ثبت مطلقا عن الوقت • ولهذا قال صاحب الهداية وغيره في باب الهدي
ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر فعلى هذا ينبغي ان لا يجوز الدم بعد ايام النحر وقوله وجواز الدم على الاصل يدل على ان الدم
يجوز بعد ايام النحر على ما قررنا فيلزم التناقض ولئن سلمنا لكن لم لا يجوز حينئذ ذبح هدي المتعة والقران قبل يوم النحر • قلت اما الجواب عن الاول فنقول
ان الاصل في هدي المتعة والقران • قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي ولا شك انه لم يتقيد بوقت دون وقت فجاز بعد ايام النحر
كما جاز فيها عملا بالاطلاق • واما الجواب عن الثاني فنقول ان وجوب هدي المتعة والقران معلول بعلة وهي الشكر لما انعم الله عليه من الجمع بين النسكين د
وهذا لان اهل الجاهلية كانوا لا يجوزون العمرة في اشهر الحج ويرونها فيها افجر الفجور فرد الله تعالى عليهم فوجب الدم شكرا لهذه النعمة لا يكون الا بعد
تمامها وذلك لا يكون قبل الوقوف بعرفات واخر وقت الوقوف طلوع الفجر من يوم النحر فلم يجز ذبح هدي المتعة والقران قبل يوم النحر لهذه العلة

فانه يعني قولهم لا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر فانه لا يجوز تقديمه على يوم النحر بخلاف دماء الكفارات حيث يجوز تقديمها لانها جبر النقصان **قوله** فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي اي تحلل بالحلق وهذه النسخة التقدير شائع كلامه في التمتع • وصاحب الهداية نقل ذلك الى القارن وهنا اشكال بان يقال كيف يكون حكما واحدا في الكفارة والمتمتع حكمه في الاخر حكم المفرد بيانه لانه يحرم بعمرة فاذا فرغ منها يحرم بحجة وبه صرح في شرح الطحاوي فلما كان كذلك يجب عليه دم واحد للكفارة كالمفرد وان جنى اما القارن اذا جنى يجب عليه دمان لاجل الجناية الا انه لو حلق المفرد قبل الذبح لا يلزمه دم عند ابي حنيفة ايضا لانه لا ذبح على المفرد فلا يتحقق ما جبر الشك فينبغي ان يجب هنا على مذهب ابي حنيفة دمان احدهما دم الشكر لجنايته على احرام العمرة والحج جميعا ولكن حكمه ان يقال لا يجب عليه دمان للكفارة لانه لم يدخل بالحلق قبل الذبح نقص في عمرته فحصلت جنايته واحدة حقيقة وحكما لانه اتى بما هو الركن في العمرة وما هو الواجب ولهذا لا يجب القارن اذا افاض قبل الامام الا دم واحد لان الوقوف لا تعلق له بالعمرة وكذا اذا طاف طواف الزيارة جنبا او محدثا ثم رجع الى اهله يجب دم واحد كالمفرد في الجنابة بدنة وفي الحدث شاة وسيجيء ذلك في اخر فصل الطواف فلما كانت جنايته واحدة وجب عليه دم ولا يشبه الحلق والجماع لانه اغلظ الجنايات في باب الحج ولهذا يفسد به الحج لا يفسد بسائر المحظورات فوجب الدم بجماع القارن لاحرامه ايضا تحقيقا لغلظ الجناية بحصول وقوع الجماع اثر في العمرة ايضا وان كانت تمت العمرة بالطواف والسعي • قال في شرح الطحاوي اذا جامعها القارن اول مرة بعد الحلق قبل طواف الزيارة وجب بدنة وشاة وقيل بقوله الا القارن تحلل من الاحرامين ولم تحل له النساء بعد من احرام الحج فكذا من احرام العمرة • وصاحب الهداية قد حط حيث قال هنا ان احد الدمين دم الشكر والاخر دم الجناية وهو صواب وقال في باب الجنايات في اخر فصل الطواف فان حلق القارن قبل ان يذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة دم بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول واثبت عند ابي حنيفة بهذه دمين اخرين سوى دم الشكر وسيجيء في الكلام **قوله** وان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى العرفات فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف وهذا لفظ القدوري في مختصره • قال ابو جعفر الطحاوي في مختصره واذا توجه القارن الى عرفات قبل ان يطوف لعمرته فان ابا حنيفة كان يقول قد صار بذلك رافضا لعمرته حين توجه وعليه لرفضها دم وعمرة مكانها ويمضي في حجته • وقال ابو يوسف ومحمد لا يكون رافضا لعمرته حتى يقف بعرفات لحجته بعد زوال الشمس • قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي هذا الخلاف الذي ذكره ابو جعفر لا نعرفه وانما نعرف عن ابي حنيفة فيها روايتين فاما في رواية الجامع الصغير فانه لا يكون رافضا بالتوجه حتى يقف بعرفات بعد الزوال • وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه يكون رافضا بالتوجه وذكر الحاكم الشهيد في الكافي عن نوادر ابن سماعة قال وفي قول ابي حنيفة هو رافض للعمرة حين توجه الى عرفات وعند الشافعي لا يصير رافضا لا بالتوجه ولا بالوقوف بناء على ان افعال العمرة تدخل في الحج فلا يصير رافضا وانما وجب الرفض على مذهبنا لتعذر اداء العمرة الا الى ما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى هشام عن ابيه عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من احب ان يهل بعمرة فليهل ومن احب ان يهل بحجة فليهل ولولا اني اهديت لاهللت بعمرة فمنهم من اهل بعمرة ومنهم من اهل بحجة وكنت ممن اهل بعمرة فحضت قبل ان ادخل مكة فادركني يوم عرفة وانا حائض فشكوت ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال دعي عمرتك وانقضي رأسك وامتشطي واهلي بالحج ففعلت فلو كان الوقوف بعرفات يجامعه بقاء العمرة لما امر النبي صلى الله عليه وسلم برفض العمرة ولم يكن للرفض معنى فلما وجب الرفض قال ابو حنيفة على رواية الاصل والجامع الصغير لا يصير رافضا ما لم يقف بعرفات لان التوجه الى عرفات ليس بنفسه مقصود في نفسه ولا ينافي ذلك بقاء احرام العمرة وانما المنافي حصول [illegible] الحج وهو الوقوف والفرق على هذه الرواية لابي حنيفة بين التوجه الى عرفات وبين التوجه الى الجمعة حيث لا تبطل عمرته هنا بمجرد التوجه ويبطل الظهر المؤدى بمجرد التوجه ان التوجه الى الجمعة حيث لا تبطل عمرته هنا بمجرد التوجه مامور به وفرض من فروضها لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله فلما كان نقض الظهر مستحقا وجب اثباته بادنى ما يكون فانتقض ظهره بالسعي فصار كدخوله فيها بخلاف القارن والمتمتع فانهما ممنوعان عن نقض العمرة بل هما مامور ان بتقديم العمرة على الحج فاذا كان الشرع يمنع من ذلك وجب اثباته باقصى ما يكون من نقض الوقوف لا بما هو مسبب به وايضا ان الاحرام اكد في باب النقض من الصلاة الا ترى انه لو ترك بعض فروض الاحرام لا يفسد ولهذا اذا لبس وتطيب او اصطاد لا يفسد احرامه ولو ترك بعض فروض الصلاة يفسدها ولهذا لو اكل او تكلم في الصلاة تفسد صلاته اما وجه رواية النوادر فهو ان التوجه سبب مقصود فصار كالتوجه الى الجمعة بعد صلاة الظهر وذكر في شرح الطحاوي للاسبيجابي هنا قياسا واستحسانا فجعل رواية النوادر قياسا ورواية الاصل استحسانا • وقال الحاكم الشهيد في كتابه المسمى بالكافي واذا وقف بعرفات قبل ان يطوف للعمرة فهو رافض لها نوى الرفض او لم ينو وذلك خلاف المشروع اي بناء افعال العمرة على افعال الحج ليس بمشروع لان المشروع في القارن والمتمتع بناء افعال الحج على افعال العمرة • الا ترى ان الله تعالى قال في قوله فمن تمتع بالعمرة الى الحج جعل الحج اخر الغايتين **قوله** ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح احتراز عن رواية اصحاب الاملاء عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وقد مرت انفا **قوله** والفرق له بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة اي لابي حنيفة بين التوجه الى عرفات حيث لا تنتقض عمرته بمجرد التوجه وبين التوجه الى الجمعة بعد اداء الظهر حيث بطل ظهره بمجرد التوجه وقد ذكرنا الفرق **قوله** هنالك اي يوم الجمعة **قوله** قال وسقط عنه دم القران وفي بعض النسخ وبطل عنه اي قال القدوري وانما سقط عنه دم القران لان دم القران انما يجب عليه شكرا لاداء النسكين ولم يوجد ذلك ولكن يجب عليه دم لرفض العمرة لان كل من تحلل بغير طواف يجب عليه دم كالمحصر وعليه قضاء العمرة لان الشروع ملزم كالنذر على ما عرف في الاصول والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب التمتع

ذكر التمتع بعد القران لانه افضل من التمتع عندنا **قوله** التمتع افضل من الافراد وهذا هو ظاهر الرواية عن اصحابنا • وروى ابن شجاع عن ابي حنيفة ان الافراد بعد القران افضل • وجه رواية ابن شجاع انه اذا اتى بالحجة من مكة فهي حجة مكية فلذا روى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان الحجة الكوفية افضل من المكية وهذا معنى قوله لان التمتع سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته • ووجه الظاهر ان في التمتع جمعا بين العبادتين فكان افضل من الافراد بالحج كالقران وفيه زيادة نسك ايضا وهو دم الشكر للجمع بين العبادتين ولا نسلم ان سفر المتمتع ليس لحجته غاية ما في الباب ان السنة وهي العمرة تقدمت على الفرض وهو الحج وذلك لا يكون مانعا من وقوع سفره للحج كما ان تقديم السنة على صلاة الجمعة لم يكن مانعا من وقوع السعي الى الجمعة للجمعة فلهذا صار كسفر القارن وروي عن محمد انه قال حجة كوفية وعمرة كوفية افضل من القران ووجهها ان الاتيان بسفرين اشق على البدن من سفر واحد وافضل الاعمال احمزها لو لم يرد عنه نهي **قوله** كتخلل السنة بين الجمعة والسعي اليها يعني ان السنة تخللت بين الصلاة اعني صلاة الجمعة وبين السعي الى صلاة الجمعة ومع هذا لم يخرج السعي الى السنة بل الى فرض الجمعة **قوله** والتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع لا يسوق وذلك لان التمتع هو الترفق باداء النسكين وهذا يكون ذلك بسوق الهدي وربما يكون بغير سوق الهدي وسيجيء احكامه **قوله** ومعنى التمتع هو الترفق باداء النسكين من غير ان يلم باهله بينهما الماما صحيحا والترفق من الرفق واريد به الانتفاع والالمام مصدر الم باهله اذا نزل وهذا قاله صاحب الهداية لانه يتم به معنى التمتع لان الترفق باداء النسكين اذا حصل من غير الماما باهله الماما صحيحا لا يسمى تمتعا اذا كان احدهما في غير اشهر الحج والاخر في اشهر الحج وهذا لا يسمى تمتعا اذا وجد النسكان في اشهر الحج لكن احدهما حصل في اشهر الحج من هذه السنة والاخر من السنة الاخرى وان لم يوجد الالمام باهله الماما صحيحا ولهذا قد صرح به ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي وبه قال وليس كل من احرم بعمرة ثم حج من عامه من غير رجوع الى اهله يكون متمتعا ولو احرم بها في غير اشهر الحج وفرغ منها ثم حج من عامه لم يكن متمتعا وكذلك لو فعل اكثر طوافها في غير اشهر الحج فاذن لا بد من التقييد بان يقال التمتع هو الجمع بين الحج والعمرة في اشهر الحج في سنة واحدة من غير الماما باهله بينهما الماما صحيحا باحرام مكي للحج وكذلك ثبت حكم التمتع في القارن لانه متمتع بهما على هذا الوصف الا ان الفرق بينهما ان احرام الحج من القارن ميقاتي ومن المتمتع مكي وكذلك يكون متمتعا اذا جمع بين اكثر افعال العمرة واحرام الحج في اشهر الحج في سنة واحدة من غير الماما صحيح • وقال مالك اذا اتى بالافعال قبل الاشهر وبقي احرام العمرة حتى دخلت الاشهر ثم احرم بالحج فهو متمتع • وقال الشافعي المتمتع من احرم بالعمرة في الاشهر فان قدم الاحرام واتى بالافعال فليس بمتمتع وهذا بناء على ان الاحرام عندنا عقد على الاداء وليس من الاداء فاذا وجد النسكان في اشهر الحج من سنة واحدة صار متمتعا وانما قلنا عقد على الاداء وليس من الاداء لانه التزام اداء المشروع في هذا الوقت وهو شرط الاداء افعال الحج كالطهارة في باب الصلاة وكذا التحريمة في باب الصلاة عقد على الاداء والشروع بتعقيبه وعند الشافعي الاحرام شروع في الاداء والصحيح ما قلنا ان الاحرام مشروع في الاداء والصحيح ما قلنا لان الاحرام هو الدخول في الحرمة وبالاحرام يحرم قتل الصيد ولبس المخيط وحلق الراس وما اشبه ذلك ولا يلزم من الدخول في الحرمة اداء الحج لان ذلك يحصل بافعال معلومة من الوقوف والطواف وغير ذلك من المناسك فافهم **قوله** ويدخله اختلافات بينهما ان شاء الله تعالى اي يدخل الالمام اختلافات • الصحيح ان الالمام باهله بين الحج والعمرة اذا كان صحيحا يبطل التمتع بالاتفاق واما اذا كان فاسدا كالمتمتع الذي ساق الهدي الم باهله حين فرغ من عمرته فقال ابو حنيفة وابو يوسف لا يبطله لان العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع فلا يبطل تمتعه كالقارن اذا عاد الى اهله • وقال محمد يبطل تمتعه لانه لو حصل له البدا من التمتع كان له ذلك فاذا لم يكن العود مستحقا عليه بطل تمتعه كالذي لم يسق الهدي وعلى الخلاف ما ذكره في المختلفات الاتي اذا اعتمر في اشهر الحج فلم يحلق حتى الم باهله او كان طاف اكثر طوافه والم باهله ثم عاد وحج من عامه لا يكون متمتعا عند محمد وقالا لا يكون متمتعا لان الالمام باهله لم يصح لبقاء احرامه **قوله** وصفته ان يبتدئ من الميقات اي صفة التمتع ان يبتدئ من الميقات فيحرم بالعمرة ثم يطوف بالبيت سبعة اشواط ثم يحلق او يقصر اذا لم يسق الهدي اما اذا ساقه فلا يحلق ولا يقصر وقد تم امر العمرة ثم يحرم بالحج من الحرم ويفعل ما يفعل المفرد بالحج فاذا حلق يوم النحر فقد حل من احرامي العمرة والحج جميعا الا في حق النساء وانما يبتدئ المتمتع بالعمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج وذلك لان الله تعالى جعل الحج اخر الغايتين فيكون الابتداء بالعمرة لا محالة ثم العمرة هي الاحرام والطواف والسعي والحلق والتقصير لان رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه اعتمروا فلم يزيدوا في عمرتهم على ما قلنا **قوله** هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء وهو ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى ابن عباس قال قد احصر رسول الله صلى الله عليه وسلم فحلق رأسه وجامع نساءه ونحر هديه حتى اعتمر عاما قابلا وحدث البخاري ايضا في الصحيح عن عبد الله بن يوسف عن مالك عن نافع عن عبد الله ابن عمر حين خرج الى مكة معتمرا في الفتنة قال ان صددت عن البيت صنعنا كما صنعنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاهل بعمرة من اجل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اهل بعمرة عام الحديبية **قوله** وقال مالك لا حلق عليه اي على المعتمر وذلك لان العمرة هي الطواف والسعي وقد وجدا ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه حلقوا في عمرتهم ولان قوله تعالى لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله امنين محلقين رءوسكم نزلت في عمرة القضاء لان هذه الاية نزلت في شان الحديبية وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حبسه كفار قريش عن البيت بالحديبية مهلا بالعمرة وصالحهم على ان يعتمر العام المقبل وقد ذكر الواحدي في كتاب اسباب نزول القران باسناده الى الزهري عن عروة عن المسور ابن مخرمة قالا انزلت سورة الفتح بين مكة والمدينة في شان الحديبية من اولها الى اخرها ولان العمرة لا يعوزا لا بالاحرام بالتلبية فاذا كان الاحرام من شرطها لم يكن بد من التحلل اما بالحلق او التقصير كاحرام الحج **قوله** ما رويناه وهو قوله هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء **قوله** ويقطع التلبية اذا ابتدأ بالطواف اي يقطع المتمتع التلبية اذا افتتح بطواف عمرته وعند مالك يقطعها اذا وقع بصره على البيت • لنا ما روى صاحب السنن باسناده الى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال يلبي المعتمر حتى يستلم الحجر ولان قطع التلبية يتعلق بفعل هو ركن كالحج واستلام الحجر نسك ورؤية البيت ليست بنسك ثم المتمتع اذا فرغ من عمرته وحل ولم يحرم بالحج يلبي كالمفرد بالحج الى اول حصاة من جمرة العقبة والقارن مثل المفرد بالحج ايضا في قطع التلبية

وتقدم منا في التفريق من قال عند قوله ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة وينظر منه قوله كما وقع بصره على البيت اي يقطع التلبية
عند مالك كما وقع بصره على البيت قوله ولان المقصود اي من العمرة قوله اي يقطعه اي يقطع المعتمر التلبية وانما ذكر
الضمير الراجع الى التلبية وان كان حقه التانيث على تاويل الاهلال عند افتتاحه الطواف ● بيانه ان قطع التلبية انما يكون عند نسك
من المناسك وافتتاح الطواف باستلام الحجر نسك فيقطعها عنده ولهذا المعنى يقطع المفرد بالحج عندنا اول حصاة من جمرة العقبة يوم النحر
نسك ● فان قلت ينبغي ان يقطع المفرد بالحج التلبية اذا ابتدا بطواف القدوم لانه نسك ايضا ● قلت هذا التعليل في معارضة النص فلا يسمع
لانا روينا من قبل عن الصحيح البخاري عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم اردف الفضل من مزدلفة الى منا فلم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة
قوله ويقيم بمكة حلالا ● اي قال القدوري يقيم بمكة حلالا بعد فراغه من العمرة ● قال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره القدوري
ليس على وجه الشرط وانما معناه انه اراد ان يقيم ليحج من عامه فليقم حلالا الى وقت احرام الحج فاذا اراد ان يحج من عامه فلا يقيم قوله
فاذا كان يوم التروية احرم بالحج من المسجد الحرام وكل منهما ليس ... احدهما الاحرام يوم التروية والاخر الاحرام من المسجد الحرام وكل
منهما ليس بشرط لانه لو قدم احرام الحج على يوم التروية هو الافضل وانما ذكره لانه اول يوم بداية افعال الحج ولهذا لما افتتح اصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم الحج امرهم النبي صلى الله عليه وسلم ان يحرموا يوم التروية وانما ذكر الاحرام من المسجد الحرام في الحج لان الحرم في الحج وفي العمرة الحل
قوله على ما بينا اراد به ما ذكره في فصل المواقيت بقوله ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل قوله وفعل ما يفعله
الحاج المفرد لانه لما فرغ من العمرة وحل واحرم بالحج بعدها صار كالمفرد بالحج وتعلق به افعال المفرد الا في ثلاثة اشياء احدها انه لا يطوف
طواف القدوم لانه في معنى المكي لانه ليس في حق المكي طواف القدوم بخلاف المفرد بالحج والقارن فان طواف القدوم ليس في حقهما ● والثاني يجب
عليه الهدي شكرا للجمع بين النسكين بخلاف المفرد فانه لا يجب في حقه الهدي بل يستحب ● والثالث ان المتمتع يرمل في طواف الزيارة ولانه يسعى
بعد طواف الزيارة والرمل لم يشرع الا في طواف بعده السعي بخلاف المفرد والقارن فانهما يرملان في طواف القدوم لان طواف القدوم
في حقهما فيسعيان بعد طواف القدوم هذا اذا وجد السعي بينهما عقيب طواف القدوم اما اذا اخرا السعي الى طواف الزيارة فحينئذ يرملان في طواف
الزيارة ايضا لان الاصل ان كل طواف بعده سعي ففيه الرمل وكل طواف ليس بعده سعي فلا رمل فيه قوله لان هذا اول طواف له في
الحج لان طواف الزيارة اول طواف المتمتع في الحج لانه لا ليس في حقه طواف القدوم قوله بخلاف المفرد لانه قد سعى مرة حين كان
المفرد بالحج يرمل عقيب طواف القدوم لانه قد سعى عقيب ذلك الطواف فاذا سعى عقيب طواف القدوم فلا يسعى بعد طواف الزيارة لان السعي
لا يتكرر فلا يرمل في طواف الزيارة لعدم السعي بعده قوله ولو كان هذا المتمتع بعد ما احرم بالحج طاف وسعى قبل ان يروح الى منا لم يرمل في طواف
الزيارة ولا يسعى بعده يعني اذا المتمتع لانه ليس في حقه طواف القدوم وتمم هذا الوظائف طواف نافلة ورمل في الثلاث الاول فيه وسعى بعده قبل
الرواح الى منا لا رمل عليه في طواف الزيارة ولا سعي بعده ايضا لان التكرار ليس بمشروع في الرمل والسعي ● قال في شرح مختصر الكرخي فاذا
طاف طواف نافلة وقدم السعي عقيبه جاز وان اخر حتى ياتي به في وقته فهو اولى لسعي المتمتع قوله وعليه دم التمتع للنص المذكور
تلونا وهو قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي وهذا الذي ذكره حكم المتمتع الذي لم يسق الهدي فاما اذا ساق الهدي فلا يحل
له التحلل بعد فراغه من افعال العمرة الى ان يفرغ من افعال الحج فاذا حلق يوم النحر فقد حل من الاحرامين الا في حق النساء ويجي بيان ذلك قوله
فان لم يجد صام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجع وقد حققنا هذه المسئلة في باب القران عند قوله فاذا لم يكن له ما يذبح صام ثلاثة ايام
في الحج اخرها يوم عرفة فلا نعيد هنا قوله وان صامها بعد ما احرم بالعمرة قبل ان يطوف جاز قوله تم اعتمر اي احرم للعمرة
جاز عندنا اي ان صام المتمتع ثلاثة ايام بعد احرام المتعة لعمرة قبل طواف العمرة جاز عندنا خلافا للشافعي اذا طاف للعمرة ولم يحرم للحج بعد ففيه
روايتان عن الشافعي في رواية يجوز وفي رواية لا يجوز قوله اذا انعقاد سببه اي صوم ثلاثة ايام بعد انعقاد سببه لان الاحرام
العمرة سبب الى التمتع ولهذا اجاز له سوق الهدي قبل احرام الحج فجاز الصوم لوجود السبب بعد السبب قوله والمراد بالحج المذكور
بالنص وقته على ما بينا وهو ما قاله في باب القران والمراد بالحج وقته لا نفسه لان نفسه لا يصلح ظرفا قوله والافضل تاخيرها
الى اخر وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في القران اراد به قوله ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل عن الهدي
فيستحب تاخيره الى اخر وقته رجاء ان يقدر على الاصل وان صام سبعة ايام بعد فراغه من الحج قبل الرجوع الى اهله جاز عندنا وقد مر
بيانه في باب القران واذا فات صوم ثلاثة ايام حتى اتى يوم النحر فليس له الا الدم وفيه خلاف مالك والشافعي وقد مر تحقيقه في باب
القران قوله واذا اراد المتمتع ان يسوق الهدي اي ومعناه سوق الهدي بعد الاحرام بالتلبية افضل من الاحرام بتقليد البدنة
وسوقها لانه يلبي ولم يلبه والمراد من المتمتع الذي اراد المتمتع لانه قبل الاحرام لا يكون متمتعا بالعمرة لانه لا يحرم بالحج ما لم يشرع من العمرة
قوله فان كانت بدنة قلدها مزادة او نعل ان كانت الهدي بدنة وان شاء كان بالخيار الخير يجوز كقولهم من كان اصل
وقد عرف في موضعه قوله على ما روينا اراد به ما ذكره قبل باب القران عن عايشة انها قالت كنت افتل قلايد هدي رسول الله صلى الله
عليه وسلم فبعث بها واقام في اهله حلالا قوله لان له ذكرا في الكتاب اي لان للتقليد ذكرا في كتاب الله تعالى دون التجليل
فيكون التقليد اولى منه ● وقال الله تعالى ولا الهدي ولا القلايد قوله ويلبي ثم يقلد لانه يصير محرما بتقليد الهدي
والتوجه معه على ما سبق والاولى ان يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق الهدي اراد بقوله ما سبق ما ذكره قبل باب القران بقوله ومن قلد بدنة
تطوعا او نذرا او جزاء صيد او شيا من الاشياء وتوجه معها يريد الحج فقد احرم وقد حققنا انه انما اللايق ها ذكرها فنقول ان الشروع في الحج
لا يكون بمجرد النية فاذا قلد البدنة وساقها مع نية الاحرام يصير محرما سواء لبى بعد ذلك او لم يلب اما اذا عقد الاحرام بالتلبية ثم قلد البدنة
وساقها فهو الافضل لان الاصل هذا قال ويلبي ثم يقلد بيانا للافضل فقد عرفنا ان الواو في قوله والاولى للحال قوله وهو افضل

من ان يقودها اي السوق افضل من القود قوله ولانه ابلغ في التشهير اي لان السوق ابلغ من القود في تشهير الهدايا
الا اذا كانت لا تنساق استثنا من قوله وهو افضل من ان يقودها اي السوق افضل من القود فيسوقها الا اذا كانت البدنة
غير منقادة فحينئذ يقودها لانه لا يسوقها قوله واشعر البدنة عند ابي يوسف ومحمد ولا يشعر عند ابي حنيفة ويكره اي
قال القدوري واشعر البدنة عندهما وانما قدم قولهما على قول ابي حنيفة لانه قد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اشعر الهدايا بنفسه
فاختار القدوري قولهما لهذا المعنى اما ابو حنيفة فانما كره اشعار اهل زمانه لا مطلق الاشعار وقد مر البيان الثاني قبل باب القران
فلا نعيد قوله قال والاشبه هو الايسر يعني ان الاشعار هو الطعن بالرمح في اسفل السنام من الجانب الايسر اي هكذا قاله
المتاخرون مثل فخر الاسلام وغيره ان الاشبه الى الصواب ان الجانب الايسر تقديرا بانه قوله وهذا الصنع مكروه
عند ابي حنيفة اي الاشعار ● وعندهما حسن وهو ادني من السنة قوله ان الايجاع ينبغي ان لا يطرد عن الملة والكلام
قوله لانه الزم اي لان الاشعار الزم من التقليد لان القلادة تحتمل السقوط واثر الاشعار يبقى قوله وينبغي وفق
التعارض الترجيح للمحرم يعني لما وقع التعارض بين كون الاشعار سنة وبين كونه مثلة وهي حرام فالرجحان للحرام لان المحرم هو المبيح اذا
اجتمعا فالمحرم اولى يعني الحلاق اسم المثلة على الاشعار مشكل لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المثلة في اول مقدمه المدينة واشعر
النبي صلى الله عليه وسلم الهدايا في اخر ايام حياته عام حجة الوداع فلو كان الاشعار من باب المثلة لما اشعر النبي صلى الله عليه وسلم لانه نهى عن
مثل ذلك والكلام الصحيح في هذا الباب ان يقال ان ابا حنيفة كره الاشعار المحدث الذي يفعل على وجه المبالغة ويخاف منه السراية
الى الموت لا مطلق الاشعار قوله واشعار النبي صلى الله عليه وسلم لصيانة الهدي جواب لقولهما ان الاشعار مروي عن النبي صلى
الله عليه وسلم ● بيان ذلك ان يقال سلمنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشعر لكن لاحتياجه الى الاشعار لان المشركين كانوا يتعرضون عن
تعرض الهدايا الا بالاشعار اما الان فقد انتشر الاسلام فيحصل بالتقليد ما هو الغرض من الاشعار وهو ان ترد اذا ضلت او لا ترد عن الما
والكلام ويكون الاشعار الحديث للحيوان بلا فايدة فيكره ويترك قوله قال واذا دخل مكة طاف وسعى اي قال القدوري واذا
دخل المتمتع الذي ساق الهدي مكة طاف بالبيت سبعة اشواط وسعى بين الصفا والمروة سبعة اشواط وهذا للعمرة اي هذا الفعل وهو الطواف
والسعي للعمرة لا للحج على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدي اراد به ما ذكره في اول الباب عند قوله وصفته ان يبتدي من الميقات فيحرم بالعمرة
قوله الا انه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية لما اشرك بين المتمتعين في انهما يستويان في الطواف والسعي للعمرة احتاج الى بيان
ما يمتاز احدهما عن الاخر فقال الا انه لا يتحلل اي لا يتحلل المتمتع الذي ساق الهدي بعد فراغه من العمرة بخلاف المتمتع الذي لم يسق الهدي
لما روى البخاري في الصحيح عن عبد الله بن يوسف عن مالك عن نافع عن ابن عمر عن حفصة قالت يا رسول الله ما شان الناس حلوا بعمرة ولم تحلل انت
من عمرتك قال اني لبدت راسي وقلدت هديي فلا احل حتى انحر وحدث ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى انس قال خرجنا
نصرخ بالحج فلما قدمنا مكة امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نجعلها عمرة وقال لو استقبلت من امري ما استدبرت جعلتها عمرة ولكني
سقت الهدي وقرنت الحج والعمرة ذكره في باب حجة الوداع يعني لو علمت ولا ما علمت جواز ان سوق الهدي مانع من التحلل لما سقت الهدي
ولجعلت الحجة عمرة بان افسخ بالعمرة فسخ الحجة فعلا ولكني سقت الهدي فلاجل هذا ما اقدرت ان اجعله عمرة نعلم بهذا ان سوق الهدي مانع
من التحلل ● وقال الشافعي اذا فرغ من التحلل العمرة يحل كمن لم يسق الهدي وهو محجوج عليه بما روينا وقول صاحب الهداية لا يتحلل حتى يحرم
بالحج من غير المبني لانه حتى ليست للغاية لفساد المعنى لانه حينئذ يكون معناه ان غايته عدم التحلل بالاحرام بالحج فيلزم انه يتحلل
بعد الاحرام بالحج وليس كذلك لانه لا يتحلل الى ان يحلق يوم النحر بل هو الحال كقولهم مرض حتى لا يرجونه فانهم قوله هذا اي قول النبي صلى
الله عليه وسلم قوله ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم اهل مكة لانه احرامه للحج مكي وهذا لان المعتبر في حق الميقات المكان الذي
هو فيه لا المكان الذي هو منه لقوله عليه الصلاة والسلام هن لهن ولمن اتى عليهن من غير اهلهن قوله وان قدم الاحرام قبله
جاز اي يوم التروية اعلم ان المتمتع اذا اخذ الاحرام يوم التروية جاز بل هو افضل ● وقال الشافعي الافضل للمتمتع الذي ساق الهدي ان
يحرم بالحج يوم التروية كذا في شرح الاقطع ● ولنا ما روى ابو داود في سننه باسناده الى ابن عباس ● قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم من اراد الحج فليتعجل ولان في التقديم مسارعة الى الخير وزيادة المشقة لزيادة مدة احرامه وما كان اشق على البدن كان افضل وكان
تقديم الاحرام اولى كما في غير المتمتع قوله وعليه دم وهو دم التمتع انما فصل الدم بعد الاحلال ولم يفصل قبل الاحلال لان
قوله وعليه دم لفظ القدوري وفسره بقوله وهو دم التمتع يعني به ذبح الهدي الذي ساقه لانه واجب عليه شكرا للجمع بين النسكين وانما
فسره نفيا لبعض وهم الفقها ● الا ترى ان صاحب زاد الفقها وهم وقال وعليه دم لارتكابه ما هو محظور احرامه فظن انه تقديم
الاحرام من المتمتع على يوم التروية محظور وهو سهو منه قوله على ما بيناه اراد به ما ذكره في اول هذا الباب بقوله ثم فيه زيادة
نسك وهي اراقة الدم قوله واذا حلق يوم النحر فقد حل من الاحرامين اي من احرامي العمرة والحج جميعا وهذا لان الحلق وان كان
نسكا في يوم النحر لكنه باعتبار انه محظور الاحرام صار محللا فلما حلق حصل التحلل لوجود المنافي للاحرام وانما وقع التحلل من الاحرامين
جميعا لان المانع من تحلل احرام العمرة كان سوق الهدي فلما ذبحه زال المانع فحل من الاحرامين جميعا الا في حق النساء الى طواف الزيارة
وهذا لان احرام العمرة في حق النساء كاحرام الحج ولهذا لو جامع القارن بعد الحلق قبل الطواف يجب عليه دمان ويجي ذكره قوله
وليس لاهل مكة تمتع ولا قران وانما لهم الافراد خاصة خلافا للشافعي ● اعلم انه ليس لاهل مكة ولا لاهل المواقيت ومن دونها الى مكة
تمتع ولا قران ومن تمتع منهم او قرن كان عليه دم وهو دم جناية لانه لا يا كل منه بخلاف القارن والمتمتع من اهل الافاق فان الدم الواجب
عليهما دم نسك يا كلان منه وعند الشافعي يتمتعون ويقرنون لكن لا يجب عليهم الدم كذا ذكر القدوري وغيره والاصل هنا قوله تعالى فمن تمتع

بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة ذلك لمن لم يكن اهله
حاضري المسجد الحرام وقوله تعالى ذلك اشارة الى التمتع وقد دلت الاية ان التمتع مشروع لمن كان من اهل الآفاق لا لمن كان بمكة ومن
معناه وهم اهل المواقيت ومن دونها الى مكة ● فان قلت لم لا يجوز قوله تعالى ذلك اشارة الى حكم التمتع وهو وجوب الهدي او وجوب
الصيام اذا لم يجد الهدي كما قال الشافعي حتى يصح تمتع المكي ومن معناه لكن لا يجب الدم عليهم قلت قد عرف في علم الاعراب ان ذلك للبعيد
وذاك للمتوسط وذلك للبعيد فلما كان موضوعا في كلام العرب هكذا حملنا ذلك على التمتع الذي هو ابعد من الهدي والصوم لان الله تعالى انزل
كلامه على لسان العرب ● فان قلت سلمنا ان ذلك اشارة الى ما قلتم من التمتع ولكن لا يدل ذلك على ان التمتع لا يصح الا من المكي ومن معناه
لان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فينبغي ان يصح تمتع المكي ● قلت سلمنا ان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم في غيره ولكن لا نسلم انه
يلزم من ذلك ثبوت الحكم في الغير وهذا لان الاصل عدم الحكم في الغير فيبقى على العدم الى ان يدل الدليل على خلافه ولانه لا يصح من المكي موجب
التمتع وهو الهدي فلا يصح التمتع ايضا كالصبي والمجنون ولان التمتع والقران انما شرع لاهل الآفاق ترفيها وتيسيرا عليهم باسقاط احد السفرين
ولا يوجد هذا المعنى في حق المكي ومن معناه لانه لا سفر في حق المكي فلا حاجة الى الترفيه وقد صح عن عمر انه قال ليس لاهل مكة تمتع ولا قران قال
في التحفة ومع هذا لو تمتعوا جازوا واساؤا ويجب عليهم دم الجبر **قوله** خلاف المكي اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح متصل بقوله
وليس لاهل مكة تمتع ولا قران يعني ان المكي لا يصح تمتعه ولا قرانه ولو تمتع او قرن يكون ذلك جناية ويجب عليه دم الجناية بخلاف ما اذا خرج
الى الكوفة وقرن حيث يصح لان احرامه للعمرة والحجة ميقاتي فصار كالكوفي بخلاف ما اذا تمتع بعدما اذا خرج الى الكوفة فانه لا يصح ايضا
لان احرامه للحجة مكي ولا تمتع للمكي نحو هذا الحرز بقوله خرج الى الكوفة وقرن **قوله** فصار بمنزلة الآفاقي اي فصار المكي الخارج
الى الكوفة بمنزلة الآفاقي من حيث صحة القران **قوله** واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي ● اعلم ان
المتمتع اذا الم باهله بعد فراغه من العمرة بطل تمتعه اذا لم يكن ساق الهدي خلافا للشافعي وهو يبني على اصله في جواز التمتع لاهل مكة ● ولنا ما روي
عن عمر وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وسعيد بن جبير وابراهيم ان المتمتع اذا اقام بمكة صح تمتعه وان عاد الى اهله بطل تمتعه
وانما التمتع انما شرع في حق الآفاقي ليترفه بترك احد السفرين ● فلما رجع الى اهله والم بهم لم يبق معنى الترفه ولهذا قلنا لا يصح تمتع المكي لحصول
الالمام الصحيح **قوله** وبذلك يبطل التمتع اي بالالمام الصحيح بين النسكين يبطل التمتع واذا ساق الهدي فالمامه لا يكون صحيحا ولا يبطل
تمتعه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يبطل ● وجه قول محمد ان التمتع هو الترفق بالنسكين في سفرة واحدة وهو قد اداهما في سفرتين فلا
يكون متمتعا ولان العود الى مكة غير مستحق عليه ولهذا لو حصل له بدا من التحلل له ان يذبح الهدي في مكانه فلما كان كذلك كان المامه باهله
صحيحا فيبطل تمتعه كما لو لم يسق الهدي ووجه قولهما ان العود عليه مستحق ما دام على نية التمتع لان سوق الهدي يمنع من التحلل بالحديث
روينا عن حفصة فلا يكون المامه باهله صحيحا لاستحقاق العود فصار كانه لم يلم باهله وادى النسكين في سفرة واحدة فصح تمتعه كالقارن
اذا عاد الى اهله بعد فراغه من العمرة **قوله** لان العود هنا غير مستحق عليه اي لان عود المكي من اهله الى مكة غير مستحق عليه لانه في مكة
وتحصيل الحاصل محال فيصح المامه باهله فلا يصح تمتعه **قوله** ومن احرم بعمرة قبل اشهر الحج فطاف لها اقل من اربعة اشواط ثم دخل
اشهر الحج فتممها واحرم بالحج كان متمتعا اي تمم العمرة بان اتى بباقي الاشواط ● وقال الشافعي لا يكون متمتعا حتى يحرم بالعمرة في اشهر الحج كونه
الافعال والاصل هنا ما بينا في هذا الباب ان الاحرام عندنا شرط لاداء الافعال ويعتمد على الاداء فجاز تقديمه على الاشهر كالطهارة
لما كانت شرطا لاداء الصلاة جاز تقديمها على وقت الصلاة غاية ما في الباب ان الافعال تعتبر وجودها في الاشهر وقد وجد الاكثر فيها
وللاكثر حكم الكل اذا لم يرد منه نص ولهذا الامام ثلاث ركعات من الظهر مقام اربع ركعات اقامة للاكثر مقام الكل لان النص ناطق بان
فرض المقيم اربع ركعات **قوله** وان طاف لعمرته قبل اشهر الحج اربعة اشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا وهذا لان المعتبر
وجود الافعال في اشهر الحج حقيقة او حكما بان يوجد اكثر الافعال فيها وهو لم يات باكثر الافعال في الاشهر فلم يكن متمتعا ان حج من عامه
وقد اعتبر الشرع الغلبة والكثرة ● الا ترى ان فرائض الحج ثلاثة الاحرام والوقوف بعرفات وطواف الزيارة وقد اقيم الاكثر مقام الكل فيه
ولهذا لو جامع بعد الوقوف لم يفسد حجه ولو جامع قبله يفسد ولهذا لا يفسد عمرته بعد ما طاف اربعة اشواط ايضا فلما كان كذلك قلنا
ان وجود اكثر الطواف قبل اشهر الحج صار كوجود كل الطواف فيه فلو وجدت الطوفة كلها قبل الاشهر وحل ثم حج من عامه لم يكن متمتعا
فكذا هنا بانه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع **قوله** وكذا بحال لا يفسد نسكه بالاجماع اشارة الى انه لم يكن متمتعا واراد
بالنسك العمرة **قوله** وذلك تعتبر الاتمام في اشهر الحج يعني لو طاف ستة اشواط قبل اشهر الحج وطاف شوطا واحدا في الاشهر لم
يكن متمتعا ان حج من عامه ذلك ● وقال في مختصر الكرخي قال مالك اذا اتى بالافعال قبل الاشهر بقي احرام العمرة حتى دخل الاشهر ثم احرم بالحج
فهو متمتع **قوله** والحجة عليه ما ذكرناه اي الحجة على مالك وهو صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع لانه اتى باكثر الاشواط
فصار كما لو تحلل من العمرة قبل الاشهر فلو تحلل منها فلما حج من عامه ذلك لا يكون متمتعا فكذا اذا اتى باكثر الاشواط قبل الاشهر ولم يتحلل
لان الجامع بحال لا يفسد نسكه بالجماع **قوله** واشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة ● اي قال القدوري لما جرى في
المسألة المتقدمة ذكر اشهر الحج او لما كان التمتع هو الذي جمع بين النسكين في اشهر الحج احتاج الى بيان ذلك فقال قال القدوري واشهر
الحج شوال وذو القعدة والعشر من ذي الحجة ● وعن ابي يوسف في الجوامع عشر ليال وتسعة ايام ● وقال الشافعي يوم النحر ليس من الاشهر
وقال مالك اشهر الحج من اول شوال الى آخر ذي الحجة وفائدته تاخير طواف الزيارة الى آخر الشهر بلا وجوب دم وجه قول مالك قوله تعالى الحج
اشهر معلومات والشهر يقع على الكامل حقيقة لا على الناقص كما في العدة لغة وجه قول ابي يوسف ان الحج يفوت بفوات يوم عرفة فلو كان
يوم النحر من الاشهر لما فات بفوات يوم عرفة ● ولنا ما روى ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي والقدوري في شرحه وصاحب الايضاح

وعليهم

وغيرهم عن عبد الله ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وابن الزبير والشعبي وابراهيم النخعي والضحاك مثل قولنا وذكر في الصحيح
البخاري عن ابن عمر انه قال اشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة ولان الحج يفوت بفوات العشر الاول من ذي الحجة ثم
بالاجماع فلو كان الوقت باقيا الى آخر ذي الحجة لما فات لان العبادة لا تفوت ما دام وقتها باقيا فعلم ان المراد من الاشهر شهران
وبعض الثالث اعني العشر الاول من ذي الحجة والاحتجاج على ابي يوسف بان نقول قال الله تعالى يوم الحج الاكبر قيل انه يوم عرفة وقيل انه
يوم النحر ومحال ان يسمى يوم الحج وليس هو من الاشهر ولان احد الركنين اعني طواف الزيارة يقع في يوم النحر ولا يجوز ان يوضع ركن العبادة في وقت
لا يكون ذلك الوقت وقتا للعبادة ● وقوله لو كان يوم النحر من الاشهر لما فات بفوات يوم عرفة ● قلنا انما فات يوم الحج بفوات
بفوات يوم عرفة لان الوقوف فات لانه مخصوص بيوم عرفة الى طلوع الفجر من يوم النحر لا ان وقت الحج فات الا ترى ان طواف
الزيارة موضعه يوم النحر وهو ركن من اركان الحج ● فان قلت انا لا نسلم ان ذلك بالنقل والعقل على ما قال مالك سلمنا الجواب عن لانه يكفي ان
ان يراد بها الشهران وبعض الثالث قلت يجوز ان يراد من العام الخاص اذا دل الدليل وقد دل تلاوة وعقلا لان الاشهر اسم عام خلاف ما
قبل الحج فلا نه انهر لان الثلاثة اسم خاص لعدد معلوم لا يحتمل الزيادة والنقصان ولهذا اريد التثنية مع الجمع في قوله تعالى فقد صغت
قلوبكما لدلالة الدليل على ذلك لان لكل واحد قلبا واحدا او نقول جاز ان تنزل بعض شهر له كله كما في قولهم رايتك في سنة كذا وانما الرؤية
حصلت في بعض زمان السنة لا كلها ● فان قلت ما معنى قوله تعالى الحج اشهر معلومات وخبر المبتدا اذا لم يكن جملة تكون هو كما في قولك زيد
اخوك وعمرو صاحبك او يكون منزلا **قوله** كما في قول ابي يوسف ابو حنيفة اي بيده مثله وهنا ليس كذلك لان الحج عبارة عن
الافعال المعلومة من الوقوف والطواف وغير ذلك والاشهر زمان فلا يقال يجوز ان يقال الطواف والسعي ونحوهما اشهر ● قلت فيه
فيه وجوه احدها ما قال الفراء ان معناه الحج في اشهر معلومات يعني ان احرام الحج فيها لان تقديم احرام الحج على الاشهر وان كان يجوز عندنا
يكره وانما قلنا ذلك لان افعال الحج تقع في حسبه ايام فعلم ان المراد منه الاحرام ● والثاني ما قال الشيخ ابو علي الفارسي معناه الحج حج اشهر
يعني ان افعال الحج ما وقع في اشهر الحج اي المعتبر من الافعال هو الواقع في الاشهر حيث لا يجري غيرها مجراها ولا يقع موقعها كقولك الفقيه ابو
جعفر والشاعر ابو زهير ● والثالث قال صاحب الكشاف اي وقت الحج اشهر كقولك البرد شهران ● فان قلت ان الله تعالى جعل الحج
موقتا بالاشهر فكيف جاز تقديم الاحرام عليها عندكم قلت انما جاز لان الاحرام بالحج ليس من افعال الحج بل هو شرط لادائها وجوز تقديم
الشرط على وقت المشروط كتقديم الوضوء على وقت الصلاة ● فان قلت فلم كرهتم تقديمه على الاشهر قلت لئلا يقع في المحظور بطول الزمان
لا لانه تقدم على وقت الحج ● فان قلت ما فائدة قول مالك ان الاشهر الى آخر ذي الحجة قلنا فائدته للمتمتع صوم ثلاثة ايام حتى الى يوم النحر
جاز ان يوديه بعده ويحتمل ان يجوز عنده تاخير طواف الزيارة الى آخر ذي الحجة **قوله** كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله
ابن الزبير وانما فصل عبد الله ابن الزبير عن الثلاثة وهم عبد الله ابن مسعود وعبد الله ابن عمر وعبد الله ابن عباس لانه كان لا ينعم من غيرهم من
من اطلاق العبادلة الامو لان الثلاثة هذا على ما عليه اهل اللغة وعلى ما عليه راي الفقهاء فاما العبادلة عند المحدثين فهم عبد الله ابن عباس
وعبد الله ابن عمر وعبد الله ابن عمرو وعبد الله ابن الزبير وليس عبد الله ابن مسعود من العبادلة لانه قد تقدم موته ذكره ابن الصلاح في النوع
السابع والثلاثين من علوم الحديث ثم العبادلة يجوز ان يكون جمع عبدل لغة في عبد قياسا لان من العرب من يقول في عبد عبدل وفي
زيد زيدل وان يكون جمع عبد على غير قياس كالنساء للمراة **قوله** وعشر ذي الحجة الى آخره اي هذا الذي قلنا من ان الحج شهران وعشر
ذي الحجة يدل على ان المراد من قوله تعالى الحج اشهر شهران وبعض الثالث لا كله لانه لو كان وقت الحج باقيا بعد مضي العشر لم يفت الحج لان العبادة
لا تفوت مع بقاء وقتها **قوله** وان قدم الاحرام بالحج عليها جاز احرامه وانعقد حجا خلافا للشافعي ● اعلم ان تقديم احرام الحج جائز لكنه
يكره وقد مر بيانه وعند الشافعي ينعقد عمرة وهذا بناء على ان الاحرام عندنا شرط وعنده ركن فلما كان ركنا عنده لم يجز تقديمه على الاشهر
كسائر الاركان وعندنا لما كان شرطا جاز تقديمه على الوقت كتقديم الوضوء على وقت الصلاة والصحيح ما قلنا لما حققناه في اول الباب وذلك
ان الاحرام هو الدخول في الحرمة من احرم كقولهم اشتى اذا دخل في الشتاء وبالاحرام يحصل حرمة الاشياء من قتل الصيد ولبس المخيط وحلق
الراس ويجوز ذلك فعلا لا يلزم من الدخول في الحرمة اداء الافعال فجاز تقديم الاحرام على الاشهر وان لم يجز لانه لا يلزم من وجود الاحرام
وجود الافعال فعلم ان الاحرام ليس بركن بل هو شرط لاداء الافعال على معنى انه يجب ان يكون الشخص محرما حال وجود الافعال والشان
كذلك لا يبقى محرما الى ان يفرغ من افعال الحج ولان الحج احد نسكي القران كالعمرة ويجوز تقديم احرام العمرة على اشهر الحج فجاز تقديم احرام الحج ايضا
ولان الحج موقت بالزمان والمكان فاما الزمان فاشهر الحج واما المكان فمكة وعرفات والمزدلفة ومنى وقد جاز تقديم احرام الحج على المكان
بالاجماع فجاز تقديمه على الزمان ايضا لانه لو كان ركنا لما جاز تقديمه على المكان كسائر الاركان فعلم انه شرط يجوز تقديمه كالوضوء
او نقول يجوز تقديم احرام الحج على الميقات بان يحرم من دويرة اهله كما جاء في تفسير قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله فجاز تقديمه
على الزمان ايضا لان الصبي اذا احرم من دويرة اهله فلا بد ان يقع احرامه قبل الاشهر ● فان قلت سلمنا ان الاحرام شرط يجوز تقديمه
على الوقت كتقديم الوضوء على وقت الصلاة ولكن لا يجوز تقديم التحريمة على وقت الصلاة وان كان الصحيح عندنا ان تحريمة الصلاة شرط ايضا لها
لا ركن ● قال وذكر الشرط به فقيل وهذا لان الفاء للوصل والتعقيب بلا تراخ فافهم **قوله** ولان الاحرام تحريم لاشياء وايجاب
لاشياء وفي بعض النسخ تحريم الاشياء وايجاب اشياء وكلاهما جائز اما انه تحريم الاشياء فلانه يحرم بالاحرام قتل الصيد ونحوه كما قلنا واما انه
ايجاب لاشياء فلانه يجب بالاحرام الرمي والسعي ونحوهما **قوله** وذلك يصح في كل زمان اشارة الى التحريم والايجاب وصحة الاشارة
الى شيئين لانه في معنى المثنى لانه بمعنى ما ذكر ● الا ترى الى قوله تعالى عوان بين ذلك فافهم **قوله** قال واذا قدم الكوفي بعمرة في اشهر
الحج وفرغ منها وقصر ثم اتخذ مكة او البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو متمتع اي قال محمد في الجامع الصغير وهي من مسائل الجامع الصغير الى قوله واذا

خاضت المرأة عند الاحرام اغتسلت واحرمت وذلك من مسايل القدوري وفي بعض النسخ ذكر بعمرة بالباء اي قدم الكوفي مكة محلا بعمرة وفي بعضها
بعمرة وفي بعضها لعمرة باللام اي لاجل عمرة واعادة الدار من خواص الجامع الصغير والحذاء سوى بين اتحاد الدار وعدمه في شرح الطحاوي ثم هذه المسألة
على ثلاثة اوجه احدها ان يكون متمتعا بالاجماع وذلك فيما اذا حل من عمرته ولم يخرج من الحرم فاهل بالحج او خرج من الحرم لكنه لم يجاوز الميقات
فاهل بالحج فانه يكون متمتعا بالاجماع لان التمتع هو الترفق بالنسكين في اشهر الحج في سنة واحدة من غير المام باهله الماما صحيحا وقد حصل والثاني
انه لا يكون متمتعا بالاجماع وذلك فيما اذا الم باهله بعد الفراغ من العمرة ثم حج فانه لا يجب عليه هدي التطوع ويكون مفردا بالعمرة ومفردا
بحجة لوجود الالمام الصحيح ● والثالث فيه اختلاف وذلك فيما اذا خرج بعد فراغه من العمرة الى موضع لاهله التمتع والقران كالبصرة والطايف
ثم حج من عامه ذلك سوا اتخذ البصرة والطايف دارا او لم يتخذ فانه لم يكن متمتعا في قول ابي حنيفة خلافا لصاحبيه هكذا قوله الخلاف
ابو جعفر الطحاوي وجه قولهما ان المتمتع من يكون احد نسكيه ميقاتيا وهو العمرة والاخر مكيا وهو الحج وههنا اذا خرج الى البصرة كلاهما ميقاتيان
فلا يكون متمتعا ولان السفر الاول انتهى بانتهاء السفر الى موضع لاهله التمتع والقران فصار كانه لم يتحوله ووجه قول ابي حنيفة ان السفر باق ما لم
يرجع الى وطنه الذي ابتداء السفر منه ● الا ترى ان الرجل ينتقل من بلد الى بلد ويعد ذلك سفرا واحدا فاذا كان السفر الاول قائما
من وجه وجب عليه دم الشكر احتياطا فصار كانه لم يبرح من مكة وانكر ابو بكر الجصاص الرازي هذا الخلاف الذي ذكره ابو جعفر الطحاوي وقال
هذا الذي حكاه ابو جعفر عن ابي حنيفة هو قولهم جميعا لا اختلاف بينهم فيه قد ذكره محمد في نوادره ● وقال فخر الاسلام البزدوي والصواب انه بلا خلاف
وبعض اصحابنا المتاخرين كصاحب المنظومة وصاحب المختلف جعلوا فيه الخلاف وهذا اشتبه قول صاحب الهداية قيل هو بالاتفاق وقيل هو قول
ابي حنيفة قوله اما الاول اراد به كونه متمتعا فيما اذا حج بعد ما اتخذ مكة دارا قوله ● واما الثاني فاراد به كونه متمتعا فيما اذا حج بعد ما اتخذ البصرة دارا
قوله فيه اي سفر واحد قوله فان قدم بعمرة فافسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه ذلك لم يكن
متمتعا عند ابي حنيفة وقالا هو متمتع اي قدم الكوفي مكة فافسدها بالجماع وفرغ منها يعني مضى فيها على الفساد وخرج من عمرته بالتقصير او الحلق ثم خرج
الى البصرة فقضى العمرة في اشهر الحج وحج من عامه ذلك لا يكون متمتعا عند ابي حنيفة وعندهما يكون متمتعا وهذه المسألة على ثلاثة اوجه احدها ما ذكرنا
وفيه اختلاف على الوجه المذكور لهما ان السفر الاول انتهى بالخروج الى موضع لاهله التمتع والقران وهذا انشاء سفر وقد حصل له في هذا السفر في اشهر
نسكان صحيحان فيكون متمتعا ولابي حنيفة ان السفر الاول باق من وجه لما قلنا في المسألة الاولى فصار كانه لم يخرج من مكة ولو بقي بمكة حتى قضى
عمرته في اشهر الحج وحج من عامه ذلك لا يكون متمتعا لقوله تعالى لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام فكذا هذا والخلاف فيما اذا قضاها وحج بعد ما رجع
الى اهله فانه يكون متمتعا لانقطاع السفر الاول من كل وجه وهذا هو الوجه الثاني والوجه الثالث لا يكون متمتعا فيها بالاتفاق وهو انه لما فرغ
من عمرته الفاسدة لم يخرج من الحرم او خرج ولكنه لم يجاوز الميقات حتى قضاها وحج من عامه وذلك لانه صار كواحد من اهل مكة بعد ما حل من
العمرة الفاسدة ولا متعة لهم قوله بان على سفره ما لم يرجع الى وطنه فلما كان كذلك لم يحصل له نسكان صحيحان في سفرة واحدة لنا بالعمرة
فلم يكن متمتعا قوله لانتهاء السفر الاول اي برجوعه الى اهله فيه اي في هذا السفر الثاني بعد ما رجع الى اهله قوله ومن اعتمر
في اشهر الحج وحج من عامه فايهما افسد مضى فيه لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام الا بالافعال اي بافعال الحج فيما اذا احرم بالحج وافعال العمرة
العمرة لان فايت الحج يتحلل بافعال العمرة وفيه نظر لان الرواية مسطورة في ساير الكتب وفي الهداية ايضا في باب الجنايات ومن افسد حجه يجب عليه شاة
ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسده وعليه الحج من قابل فلو ان فايت الحج يمضي في الحج كما يمضي من لم يفسد حجه ولا يتحلل بافعال العمرة كما يتحلل فايت
الحج لما قوله وسقط دم المتعة وذلك لان دم المتعة وجب شكرا فاذا حصل الفساد صار غاصبا فبطل ما وجب شكرا قوله فاذا
تمتعت المراة فضحت بشاة لم يجزها من المتعة لانها اتت بغير الواجب فلم يجز من دم المتعة ليست بواجبة على الحاج لانه لا اضحية على المسافر ولما اتت
اتت بغير الواجب فلم يجز من دم المتعة ● قال الامام الزاهد الصفار انما وضع محمد هذه المسألة في المراة لانها كانت واقعة امراة ● وقال الامام
الزاهد العتابي انما ذكر المراة لان مثل هذا انما يشتبه على النساء لا على الرجل من غالب ● وقال الفقيه ابو الليث ولو كان الرجل جاهلا ونوى عن
الاضحية وكان متمتعا وحلق راسه فان تلك الشاة لا تجزي عن المتعة كما قال في المراة لكن لما لم يجزها عن المتعة يجب عليه دمان سوى ما ذبح
دم المتعة الذي كان واجبا ودم الحلق لانها تحللت قبل الذبح قوله فكذا الجواب في الرجل يعني اذا تمتع فضحى بشاة لم يجزه من دم المتعة
قوله واذا حاضت المراة عند الاحرام اغتسلت واحرمت وصنعت كما يصنع الحاج غير انها لا تطوف بالبيت والاصل فيها ما روى ابو داود
في السنن باسناده الى عائشة قالت نفست اسماء بنت عميس بمحمد بن ابي بكر بالشجرة فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا بكر ان تغتسل
وتهل وحدث مالك في الموطا عن عبد الرحمن ابن القاسم عن ابيه عن عائشة انها قالت قدمت مكة وانا حائض ولم اطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة
فشكوت ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال افعلي ما يفعل الحاج غير ان لا تطوفي بالبيت حتى تطهري ذكره البخاري ايضا الى مالك ولان
الطواف في المسجد والحائض ممنوعة عن دخول المسجد بخلاف الوقوف فانه في المفازة والحائض ليست بممنوعة عن المكث في المفازة فلاجل
هذا تاتي بالوقوف وغيره دون الطواف ولا يقال لا فائدة في الاغتسال لعدم حل الصلاة لان المقصود منه هو النظافة لا الصلاة فيكون
مفيدا لحصول النظافة سرف بالسين المفتوحة والراء المكسورة المتحملين اسم موضع بالمدينة قوله وان حاضت بعد الوقوف وطواف
الزيارة انصرفت من مكة ولا شي عليها والاصل فيه ما روى البخاري باسناده الى ابن عباس قال امر الناس ان يكون اخر عهدهم بالبيت الطواف
الا انه خفف عن الحائض ● وروى البخاري ايضا في الصحيح في حديث عائشة قالت حاضت صفية بنت حيي فقال النبي صلى الله عليه وسلم عقرى
حلقى انك لحابستنا اما كنت طفت يوم النحر قلت بلى قال فلا باس انفري فلما ثبتت الرخصة للحائض قلنا في ترك طواف الصدر لم يجب
بتركه شي لانا ذكرنا انه جاز تركه بعذر فلا يجب شي كذا هنا قال ابو عبيد انما هو عقرا حلقا يعني بالتنوين واصحاب الحديث يقولون عقرى
حلقى بغير تنوين على وزن فعلى بلا تنوين معناه عقرها الله وحلقها يعني عقر جسدها واصابها بوجع في حلقها كما يقال رأسه وصدره اذا اصاب راسه وصدره

وكذلك حلقه اذا اصاب حلقه فاول يجوز ان يكون الامر على ما قاله ابو عبيد لان التنوين سقط للوقف قوله بطواف الصدر
اي لاجل طواف الصدر يعني لا شي على الحائض لاجل تركه قوله ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصدر وهذه المسألة من
خواص مسايل الجامع الصغير ولم يذكر ما في المبسوط وهذا فيما اذا اتخذ مكة دارا قبل ان حل النفر الاول وانما قلنا ان طواف الصدر واجب على
الصادر عن مكة وهو ليس بصادر لانه اقام بها ولم يرو فيه رواية اخرى عن اصحابنا اما اذا اتخذها دارا بعد ان حل النفر الاول فقد اختلفت
رواية الكتب فقال الكرخي في مختصره والقدوري في شرحه وصاحب الايضاح لم يسقط عنه طواف الصدر في قول ابي حنيفة ● وقال ابو يوسف
يجب عليه لا يسقط الا اذا شرع في الطواف ولم يذكروا قول محمد قولا ● وذكر الامام الاسبيجابي في شرح المنظومة وصاحب المختلف الخلاف بين
ابي يوسف ومحمد فقالوا سقط عنه طواف الصدر عند ابي يوسف وعند محمد انه لا يسقط ولم يذكروا قول ابي حنيفة قولا ● وقال فخر
الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير معناه اذا اتخذها دارا قبل النفر الاول فاما اذا وجد النفر فقد لزمه الطواف فلا يبطل باختيار
ولم يذكر خلافا لاحد من اصحابنا بل ذكر المسألة بالاتفاق ● وذكر الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير اما اذا حل النفر الاول فقد لزمه
طواف الصدر فلا يبطل باختيار السكنى وهذا قول ابي حنيفة ومحمد ● وقال ابو يوسف يبطل عنه وان حل النفر الاول اذا عزم على السكنى
بعد ما شرع في الطواف ● وذكر الخلاف بين ابي يوسف وصاحبيه كما ترى ● وقال الامام العتابي وان حل النفر الاول ثم اتخذ مكة دارا
فعليه طواف الصدر لانه قد لزمه فلا يسقط باختياره وهذا قول ابي حنيفة وصاحبيه فلاجل الاستيناء في الرواية ● وقال صاحب
الهداية فيما يروى عن ابي حنيفة ويرويه البعض عن محمد ● وجه قول ابي يوسف ان الطواف ليس بموقت فاذا وجدت نية الاقامة من قبل
وقت الطواف انه بمنزلة ما اذا وجدت نية الاقامة مع بقاء وقت الصلاة فيسقط عنه الطواف بخلاف ما اذا عزم على السكنى بعد ما شرع في
الطواف لانه شروع وجب بالشروع فلا يجوز تركه ووجه قولهما ان طواف الصدر وجب عليه بدخول وقته وهو بعد ما حل النفر الاول فلا يسقط عنه
بعد ما وجب باختيار السكنى ولا يؤثر فيه نية الاقامة بعد ذهاب وقته كنية الاقامة بعد خروج الصلاة قوله الا اذا اتخذها دارا
استثنا من قوله فليس عليه طواف الصدر بعد ما حل النفر الاول اي بعد ما صار الرجوع الى الوطن حلالا والنفر يكون الرجوع
والنفر الاول في ايام النحر وهو اليوم الثاني عشر من ذي الحجة والنفر الثاني من اخر ايام التشريق وهو اليوم الثالث عشر من ذي الحجة
قوله بعد ذلك اي بعد ما وجب عليه وما يليق ذكره ههنا بتكثير الفوايد ما ذكره في شرح الطحاوي لو ساق الهدي من نيته التمتع
فلما فرغ من عمرته بدا له ان لا يتمتع كان له ذلك ويفعل بهديه ما شاء ولو بدا له ان يحج من عامه ذلك فهو على ثلاثة اوجه وجه يكون متمتعا
وعليه هديان هدي لاجل التمتع وهدي لاجل احلاله بعد ما ساق الهدي وهو فيما اذا احرم بمكة ولم يرجع الى اهله وفي وجه لا يكون متمتعا ولا
يجب عليه شي وهو فيما اذا عاد الى اهله بعد ما حل من عمرته وحج من عامه ذلك ● وفي وجه اختلفوا فيه وهو فيما اذا خرج من الميقات
بعد ما حل ولكنه لم يلم فعند ابي حنيفة كانه وعليه هديان وعندهما لا يكون متمتعا كانه رجع الى داره والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

باب الجنايات

لما فرغ من بيان احكام المحرمين شرع في بيان العوارض من الجنايات
والاحصار والفوات ثم الجناية عبارة عن فعل ما ليس للانسان فعله
وقيل هو اسم لفعل محرم شرعا من قولهم جنى عليه شرا اي اكتسبه وهي تشمل على الغصب ايضا الا ان الغصب خص لان الفعل المحرم يسمى غصبا اذا وقع
في المال والجناية اعم منها لانها تستعمل في النفوس والاطراف والمال وغير ذلك قوله واذا تطيب المحرم فعليه الكفارة اجمل ذكر الكفارة
ولم يفصلها كما اجمل ذكر الطيب حيث لم يقيده بعضو ثم شرع في تفصيل ذلك بقوله فان طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم لان من عادة القدوري
ان يذكر في اول الباب شيا كليا اشتمالا لما في الباب ثم يفصل ذلك وصاحب الهداية تبع لفظه ولم يغير والاصل في ذلك ان المحرم ممنوع عن الطيب
لما روي في حديث ابن عمر عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ولا تلبسوا شيا فيه زعفران ولا ورس ولقوله عليه الصلاة والسلام
الحاج الشعث التفل ثم اذا تطيب يدخل النقص في احرامه فيجبر ذلك بالكفارة قوله فان طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم
وروى هشام عن محمد ان العضو الكامل الساق او الفخذ او الراس واما تعلق الدم بتطييب العضو الكامل لان كمال الجناية يستدعي كمال الجزاء ● الا ترى
ان المحصن اذا زنى يجب عليه الرجم لكمال الجناية وغير المحصن لا رجم عليه وانما قلنا بكمال الجناية لكمال الارتفاق بتطييب العضو الكامل الكامل
قوله وذلك في العضو الكامل اي الكامل لارتفاق قوله فيترتب عليه كمال الموجب اي يترتب على تكامل الارتفاق كمال الموجب
وهو الدم قوله وان طيب اقل من عضو فعليه الصدقة لقصور الجناية ● وقال محمد يجب بقدره من الدم يعني ينظر كم مقداره
من قدر ما يوجب الدم فيكون عليه بحساب ذلك فان كان نصف العضو يجب عليه نصف الدم وان كان ربع العضو يجب عليه ربع الدم اعتبارا للجز
بالكل كما في الجنايات اذا اشترى شاة بدينار يجب ان يكون نصفه بنصف دينار بالعروض ● وذكر الحاكم في المنتقى اذا طيب مثل الشارب او
بقدره من اللحية فعليه صدقة وفي موضع اخر من المنتقى اذا طيب مثل ربع الراس فعليه دم اعتبارا بالحلق ● وقال الشافعي يجب عليه الدم
في قليله وكثيره وهذا ضعيف لان ما يتعلق به الفدية من محظورات الاحرام كان في كفارته على والادنى اصله الحلق والجماع وقتل الاظفار
فكذا انما نحن فيه ● قال في شرح الطحاوي فان كان الطيب في اعضاء متفرقة فانه يجمع ذلك كله فان بلغ ذلك عضوا كاملا وجب عليه
الدم وان كان دون عضو وجبت عليه الصدقة وان طيب اعضاءه كلها وجب عليه دم لان جنس الجناية واحد جمعه احرام واحد واحد
قوله ومحمد يذكر الفرق بينهما اي بين تطييب ربع العضو حيث لا يجب به الدم وبين حلق ربع الراس واللحية حيث يجب به الدم
واشار به الى ما ذكره قريبا من ورقة بقوله بخلاف تطييب ربع العضو لانه غير مقصود قوله ثم واجب الدم يتادى بالشاة
في جميع المواضع الا في موضعين نذكرهما في باب الهدي اراد بالموضعين ما اذا طاف طواف الزيارة جنبا وما اذا جامع بعد الوقوف فانه لا يجوز
فيهما الا البدنة قوله وكل صدقة في الاحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر الا ما يجب بقتل القملة والجرادة اي يتصدق فيها

بما شاء. وقال في التحفة فهو كف من طعام. وذكر الحاكم الجليل الشهيد في مختصره المسمى بالكافي ويكره له قتل القملة وما تصدق به فهو
خير من جرادة والغاية بقوله متعدية احترازا عما اذا كانت متعدية كما في حلق الراس بسبب الهوام فان الصدقة تتعين بلا كراهة اصوع
من الطعام قوله وان خضب راسه بحنا فعليه دم. وقال في الاصل وان خضب راسه ولحيته بالحنا فعليه دم وعلى هذا
مسايل الجامع الصغير المعادة التي فيها الفايدة وهي ان الاصل ذكر الراس واللحية والجامع الصغير افرد الراس ليدل ان كل واحد منهما
مضمون بوجه المسألة على وجهين اما ان خضب راسه بمايع من الحنا بحيث لم يستر الراس به ملبدا او خضب بغير مايع حتى صار الراس
ملبدا ففي الاول يلزمه دم واحد لاستعماله الطيب. الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحنا وقال
ممنوعة عن الطيب وفي الثاني يلزمه دمان دم للطيب ودم لتغطية الراس. وقال الحاكم الشهيد الجليل في كافيه وان خضبت المحرمة
يديها بالحنا فعليه دم ان كان كثيرا فاحشا وان كان قليلا فعليه صدقة. وقال محمد يقوم ما يجب عليه الدم فينظر قدر العدد فيتصدق بما يجب
عليه من الصدقة بحساب ذلك. يقال لبد المحرم راسه اذا جعل في راسه شيئا من الصمغ او نحوه ليلا يشعث في الاحرام ولا يقال كيف قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم الحنا طيب والنبي صلى الله عليه وسلم لم يبعث لبيان الحقايق لانا نقول هذا بيان الحكم لا الحقيقة لان الحنا عرف
الناس لا يعد من الطيب. قوله ولو اختضب راسه بالوسمة لا شي عليه لانها ليست بطيب. قال في شرح مختصر الكرخي فان كان تخاف ان يقتل
الدواب شدد ويبقى وذلك لان الوسمة ليس لها رايحة مستلذة وانما تغير الشعر وذلك باستمتاع وانما رئيه وان خاف ان يقتل الدواب فعليه
صدقة لانه يزيل الشعث. وقد روي عن ابي يوسف انه قال فيمن خضب راسه بالوسمة عليه دم لا من اجل الخضاب ولكن لتغطية راسه
والوسمة بكسر السين وسكونها شجر ورقه خضاب وهو الكتم. قوله يلفه اي يغطي. قوله وهذا صحيح اي تاويل ابي يوسف
يقول باعتبار انه يغلف راسه. قوله ذكر في الاصل راسه ولحيته اي في مسألة الحنا وقد بيناه. قوله فان ادهن بزيت
فعليه دم عند ابي حنيفة. اعلم انه اذا تطيب بزيت او بخل يجب عليه الدم عند ابي حنيفة اذا بلغ عضوا كاملا سواء كان مطبوخا او غير
مطبوخ مطيبا او غير مطيب وقالا يجب عليه الصدقة في غير المطيب. وقال الشافعي يجب عليه الدم في الشعر لازالة الشعث وفي البدن
لا شي عليه لعدم ازالة الشعث. ولهما ان الزيت ماكول وليس بطيب الا ان فيه معنى الارتفاق من حيث قتل القمل وازالة الشعث فكانت الادهان
به جناية قاصرة فوجبت الصدقة. ولابي حنيفة ان الزيت والخل اصل الطيب حتى ان الروايح تلقى فيه فيصير غالية والحكم يتعلق بالعين
لا الرايحة ولهذا لا يحرم المحرم الطيب والريحان لا شي عليه وان كان يكره له قليلا اخذا ايضا وهو معنى قوله ولا يخلو عن طيب ويزيل الشعث
ويقتل الهوام فتكون الجناية كاملة فيجب الدم ولان كل جلد دهن اذا وجب باستعماله في الشعر الكفارة يجب باستعماله ايضا في البدن
الطيبة. قوله وكونه مطعوما لا ينافيه هذا جواب عن قولنا ان الزيت من الاطعمة فقال في جوابه سلمنا انه من الاطعمة لكن لا نسلم ان
كونه من الاطعمة ينافي الطيب ولهذا لو طيب عضوا كاملا بالزعفران يجب عليه الدم لارتفاقه بالطيب وان كان ماكولا ولهذا لا يجب
عليه شي اذا دهن بشحم الية او سمن لانه ليس بطيب بنفسه ولا هو اصل الطيب. قوله وهذا الخلاف في الزيت البحت والخل البحت بفتحهما
الموحدة المنقوطة بنقطة تحتانية بعدها الحا المهملة الساكنة بعدها التا المنقوطة بنقطتين من فوق هو الخالص والخل بالحا المهملة المكسورة
دهن السمسم. قوله اما المطيب منه اي المطيب من الزيت وهو الذي القي فيه الطيب كالبنفسج ونحوه يجب فيه الدم اتفاقا والزنبق بالزاي
المعجمة المفتوحة بعدها النون الساكنة بعدها البا الموحدة المنقوطة بنقطة واحدة من تحت دهن الياسمين. قوله وهذا اذا استعمله على
وجه التطيب اي هذا الخلاف الذي ذكرناه في ادهان الزيت من وجوب الدم او الصدقة فيما اذا استعمله فيما اعتاد الناس في التطيب اما اذا استعمله
لا على وجه التطيب كما اذا داوى به جرحا او شقوق رجليه فلا شي فيه اصلا لانه ليس بطيب في نفسه بل اي وجه استعمله يجب فيه الكفارة وكذلك
الزعفران والعنبر ونحوهما والحري والبنفسج طيب وكذا الغالية ذكره القدوري في شرحه. وقال اصحابنا اذا كان الطيب في طعام قد
طبخ وتغير فلا شي على المحرم في اكله لانه استهلك بالطبخ عن معنى الطيب وان لم يطبخ كره له ذلك اذا كان موجودا ولا شي عليه لان الطعام غالب
عليه فصار مستهلكا فيه. وقالوا في الملح جعل فيه الزعفران اذا كان الزعفران غالبا لم يجب فيه الكفارة لانه ليس فيه معنى التحرم. وقال في شرح
الطحاوي ولو اكل في عين الطيب غير مخلوط بالطعام فعليه الدم اذا كان كثيرا. قال في المختلف والكثير ان يلزق بكل فمه او اكثره وفي
المنظومة. وقال اصحابنا اذا تداوى المحرم بما لا يوكل من الطيب لمرض او علة او اكتحل بطيب لعلة فعليه اي الكفارات شاء ان شاء ذبح شاة في
الحرم وان شاء صام ثلاثة ايام وان شاء تصدق على ستة مساكين على كل واحد منهم نصف صاع من حنطة والصيام والاطعام يجوز في الاماكن
الاماكن كلها والذبح لا يجوز الا في الحرم. وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي فان مس طيبا فلزق بيده فهو بمنزلة التطيب لانه تطيب به وان
لم يقصد به التطيب ووجود الكفارة لا يتعلق بالقصد. وقال ابن اسلم المحرم اصاب يده من طيبه ان عليه الكفارة لانه مستعمل للطيب وان
لم يقصد به التطيب. وروي ابن سماعة عن محمد ان رجلا لو دخل بيتا قد اجمر فيه فطال مكثه في البيت فعلق بثوبه فلا شي عليه لان الرايحة منها
متعلقة بالعين ومجرد الريح لا يمنع فان اجمر بطيب فعلق بثوبه شي كثير فعليه دم وان كان يسيرا فعليه طعام لان الرايحة منها متعلقة
بالعين وقد استعمله في بدنه فصار كما لو تطيب بها. وقال في شرح الطحاوي ولا باس للمحرم ان يكتحل بكحل لا طيب فيه وان كان فيه طيب
فعليه صدقة الا ان يكون ذلك مرارا كثيرة فعليه دم ذكره الحاكم ايضا. وقال الحاكم الجليل الشهيد في الكافي واذا داوى قرحة له بدوا
فيه طيب ثم خرجت به قرحة اخرى والاولى على حالها فداوى الثانية مع الاولى فليس عليه الا كفارة واحدة ما لم يبرا الاولى. ولو غسل
راسه بالخطمي فعليه دم كما في الحنا وعندهما عليه صدقة وهي مسألة المختلف. وروي عن ابي يوسف روايتان احداهما انه
لا شي عليه مثله بقوله الاشنان. وروي عنه انه قال يجب عليه دمان دم لانه طيب ودم لانه يقتل هوام الراس وقيل ان الخلاف في
خطمي العراق لانه له رايحة طيبة واجمعوا انه لو غسله بالحرض او بالصابون او بالماء القراح فلا شي عليه ذكره في شرح الطحاوي. قوله

وان لبس ثوبا مخيطا او غطى راسه يوما كاملا فعليه دم وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة وهذه من مسايل القدوري وقد عرفت
بما تقدم ان المحرم ممنوع عن لبس المخيط كالقميص والسراويل فاذا لبس المخيط يوما كاملا او غطى راسه يوما كاملا من لباس الناس كالقلنسوة والعمامة
من غير عذر فعليه دم وان لم يكن من لباس الناس نحو الاجانة والعدل يحملها على راسه فلا شي عليه وكان ابو حنيفة يقول اذا فعل ذلك اكثر اليوم
فعليه دم ثم رجع فقال لا يلزمه الدم حتى يكون يوما كاملا. وروى الحسن ابن زياد عن ابي يوسف انه اذا لبس اكثر من نصف يوم فعليه دم
ولبس مشهور. وقال الشافعي يجب عليه الدم قليلا كان اللبس او كثيرا لحصول الارتفاق بالاشتمال. ولابي يوسف انه اذا لبس اكثر من يوم
فقد استمتع كاملا لان الانسان يلبس ثوبه اكثر النهار ثم يعود الى بيته فينزعه فيعد ذلك استمتاعا كاملا والاستمتاع الكامل يوجب
الجزا الكامل وهو الدم. ولنا ان الاستمتاع الكامل انما يحصل بلبس يوم او ليلة فما دون ذلك يكون استمتاعا ناقصا فلا يجب به الدم
كاملا لنقص ظهر واحد بل يجب فيه الصدقة في ظاهر الرواية عن اصحابنا وان كان اكثر اليوم اما مقدار الصدقة فهي نصف صاع من بر
لمسكين واحد كذا روي عن ابي يوسف. وروي عن محمد انه يطعم عليه بقدر ما لبسه فان لبس نصف اليوم فعليه قيمة نصف شاة
وتقيس على هذا. ثم اعلم ان التقدير في التغطية على وجهين تقدير بالزمان وهو اليوم وقد مضى بيانه وتقدير بالعضو وهو انه اذا غطى
ما دون الربع فعليه صدقة في رواية الاصل وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال لا يكون عليه دم حتى يغطي الاكثر من راسه كذا في شرح الكرخي
وشرح الطحاوي وجه اعتبار الربع ان تغطية الربع استمتاع مقصود وما دون الربع ليس بمقصود فجعل الربع قائما مقام الكل كما في الحلق. وقال
في شرح الطحاوي وفي كل موضع اذا فعل يختار الرتبة الدم فاذا فعل ذلك لعلة او ضرورة فعليه اي الكفارات شاء ان شاء ذبح هديا في الحرم وان
شاء تصدق على ستة مساكين على كل واحد منهم نصف صاع من حنطة ويجوز فيه التمليك وطعام الاباحة على قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد لا يجزيه الا التمليك وان شاء صام ثلاثة ايام ان شاء تابع وان شاء فرق فالصوم والصدقة يجوز في اي مكان شاء ولا يجوز الذبح الا في الحرم
فان ذبح في غير الحرم لم يجز عن الذبح الا اذا تصدق بلحمه عن ستة مساكين على كل واحد منهم قيمة نصف صاع من حنطة اجزاه بدلا عن الصيام
قوله يعني الترفق باللبس مقصود من اللبس فلما كان الترفق هو المقصود وهو ربما يكون كاملا وربما يكون ناقصا اعتبرناه
توجب الكفارة على حسب ذلك دما وصدقة بخلاف الحلف لان الترفق ليس بمقصود منه لان الحالف منع نفسه عن اللبس مطلقا فيحنث بمجرد اللبس
وان قل. قوله وتتقاصر دونه اي دون اليوم. قوله ولو ارتدى بالقميص او اتشح به او اتزر بالسراويل فلا باس به لانه لم
يلبسه لبس المخيط ارتدى اي لبس الرداء واتشح اي توشح واتزر بالسراويل اي اشتمل به مثل ما يشتمل بالمئزر. قوله وكذا لو ادخل منكبيه
في القبا ولم يدخل يديه في الكمين لا باس به وفيه خلاف زفر له انه لبس المخيط فيلزمه الدم. ولنا انه ما استعمله استعمال المخيط ولهذا يتكلف
في حفظه فصار كما لو ارتدى بالقميص فلا يلزمه دم بخلاف ما اذا زره يوما كاملا حيث يجب عليه الدم لوجود الارتفاق الكامل. قوله
اعتبار الحقيقة اي حقيقة الكثرة لان الكثرة في الشي انما تكون حقيقة اذا كان ما يقابله قليلا وهنا في مسألتنا ما يقابله قليل بخلاف الربع لانه
يعتبر كثيرا حكما لا حقيقة وفيما لم يذكره بعد في هذا الموضع تكثير الكفارة لو لبس جميع الثياب ولبس الخف فعلا يلزمه الا جزاء واحد لان اللبس
واحد كذا في التحفة. وقال في شرح الطحاوي ولو لبس المحرم المخيط اياما فان لم ينزعه ليلا ونهارا فعليه كفارة بالاجماع وان ذبح الهدي ثم
اقام على لبسه يوما كاملا فعليه دم اخر بالاجماع وان ذبح الهدي ثم دام على لبسه يوما كاملا فعليه دم اخر بالاجماع فان الدوام عليه كاللبس
مبتدا ولو احرم وهو مشتمل على المخيط فدام على ذلك بعد الاحرام يوما كاملا فعليه دم ولو نزعه وعزم على تركه ثم لبس بعد ذلك ان كفر للاول
فعليه كفارة اخرى بالاجماع وان لم يكفر للاول فعليه كفارتان في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال ابو يوسف عليه كفارة واحدة ولو كان
يلبسه بالنهار وينزعه بالليل للنوم من غير ان يعزم على تركه لم يجب عليه الا دم واحد بالاجماع ولو اضطر المحرم الى لبس ثوب واحد فلبس
ثوبين فانه ينظر ان كان على موضع الضرورة لا يجب عليه الا كفارة واحدة نحو ما اذا اضطر الى قميص واحد فلبس قميصين او لبس عليه جبة او اضطر الى
لبس قلنسوة فلبس قلنسوة وعمامة او كان في موضعين مختلفين نحو ما اذا اضطر الى لبس قلنسوة فلبس قلنسوة وعمامة مع القميص فما كان به ذلك
فعليه دم لاجل ما لا يحتاج اليه ويخير في الكفارة لاجل لبس ما احتاج اليه ولو لبس الثوب لاجل الضرورة ثم زالت الضرورة عنه فدام في
ذلك لزوال لا يجب عليه الا كفارة الضرورة ولو جاء اليقين ان الضرورة قد زالت فلبس بعد ذلك ودام عليه يوما كاملا فعليه كفارتان كفارة
الضرورة وكفارة غير الضرورة. وقال في الايضاح اذا كان به حمى غب يحتاج الى لبسه يوما ويوما فاذا دامت الحمى قايمة فاللبس واحد وان زالت
هذه الحمى فحدثت حمى اخرى اختلف حكم اللبس وكذلك لو كان اللبس لاجل العدو وجعل يلبس السلاح ويقاتل بالنهار وينزع بالليل فهذا لبس واحد
ما لم يذهب هذا العدو ويجي اخر والمعتبر في هذه المسائل اتحاد الجهة واختلافها لا صورة اللبس. وقال الحاكم الجليل الشهيد في الكافي وان
كان المحرم نايما فغطى رجل راسه ووجهه بثوب يوما كاملا فعليه دم. الا ترى انه لو انقلب في نومه على صيد فقتله كان عليه جزاوه. وقال
في شرح الطحاوي ولا باس ان يغطي المحرم والمحرمة الفم الا في الصلاة فانه لا يغطيه. قوله واذا حلق ربع راسه او ربع لحيته فصاعدا
فعليه دم وان كان اقل من الربع فعليه صدقة هكذا ذكر القدوري المسألة من غير خلاف بين اصحابنا. وذكر الطحاوي فيه خلافا فقال في مختصره
واذا حلق راسه من غير ضرورة فعليه دم لا يجزيه غيره. وان كان من ضرورة فعليه اي الكفارات شاء. قال وكذلك لو حلق ربع راسه في
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يجب عليه دم حتى يحلق اكثر راسه فيجب دم. وقال ابو بكر الجصاص الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي
الرواية المشهورة عنهم جميعا ان عليه في حلق الربع دما ثم قال وروي عن ابي يوسف ومحمد في غير الاصول ان الدم لا يجب حتى يحلق اكثر راسه. وقال
في شرح الاقطع قال محمد اذا حلق عشر الراس فعليه دم. وقال الشافعي في ثلاث شعرات دم. وقال مالك لا يجب الا بحلق الكل. قال الصدر
الشهيد في شرح الجامع الصغير من مشايخنا من حمل هذا على اختلافهم في مقدار المفروض من مسح الراس في الوضوء وهذا غلط لان النص فيه لم يتناول
الراس وانما يتناول شيا منه وهنا يتناول الكل لان ورد النص بحلق الراس لكنهم اختلفوا ان البعض هل يقوم مقام الكل ام لا احتج مالك بقوله تعالى

ولا يحلقوا روسكم بانه ان النبي عليه السلام نهى عند حلق جميع الراس فلا يجب الدم بحلق البعض واعتبر الشافعي بنبات الحرم والجامع استفادة الامان بالاحرام
وفي المقيس عليه نضمن القليل والكثير فكذا في المقيس ۞ ولنا على الظاهر ان حلق جميع الراس انما حرم لما فيه من الارتفاق الكامل وهذا المعنى موجود في
الربع في عرف الناس فان عادة العرب انهم يمسكون شعورهم ويحلقون النواصي والاتراك يحلقون الاحرا المتفرقة التي ورد الشرع بالنهي عنه وهو
النهي عن القزع ويعدونه ارتفاقا كاملا لنيل الراحة وكذا الاخذ من اللحية مقدار الربع وما يشبهه معهود بالعراق وارض العرب وكان اخذ الربع في معنى
الرفق بحلق الراس الجميع فلا يجب فيجب الدم بخلاف ثلاث شعرات فان حلقها لا يعد رفقا كاملا في عادات الناس فلا يجب به الجزاء الكامل
وتشهد الاصول لما قلنا من ان الربع يقوم مقام الكل ۞ الا ترى ان الراي لا يجد جوابا للخف الا ربع ليس براي ولو حلق ربع راسه يوم النحر يحل من
احرامه وكذا يجزيه الربع في مسح الراس عن الكل ولو كشفت ربع راسها او ربع ساقها في الصلاة اعادت الصلاة وقال ابو يوسف لا يعيد حتى يكون الاكثر
من النصف في احدى الروايتين فلذلك في الحلق ولان المناسك تقوم الشرها مقام الجميع بخلاف الاقل والربع قليل اصله اشواط الطواف وروي
عن محمد في غير المشهور عنه ان المعتبر اكثر من نصف الحلق من نفسها فدل على انه في حكم الكبير ولنا انه حلق يتعلق الراي ربع
الرابع **قوله** بخلاف تطيبه ربع العضو حتى اذا حلق ربع الراس وربع اللحية يجب الدم واذا طيب ربع الراس او ربع اللحية لا يجب الدم بل يجب
الصدقة على ظاهر الرواية والفرق ان حلق راسه معهود في العادات فصار ارتفاقا كاملا فلا يعتبر الربع وفي المنتقى يجب فيه الدم ايضا اعتبارا
بالحلق ۞ ووجه ذلك ان الحلق محظور الاحرام وقد اقيم الربع فيه مقام الكل فينبغي ان يكون حكم الطيب كذلك لانه محظور ايضا **قوله**
ذكر في الابطين الحلق ههنا وفي الاصل النتف وهو السنة اي ذكر محمد في الابطين الحلق في الجامع الصغير ۞ وذكر في الاصل النتف وهو السنة
لانه قال في الجامع الصغير وان حلق احد الابطين او جميعا فعليه دم في قولهم جميعا ۞ وقال في الاصل وان نتف ابطيه او احدهما او طلى بنورة فعليه
دم ۞ قال فخر الاسلام البزدوي ذكر في مسألة الابط النتف في الاصل وذكر الحلق ههنا فثبت انه لا خطر في الحلق وان كانت السنة هو النتف
والعمل بالسنة احق لتصور في مقصود كامل واحد منهما في ذلك مثلهما ۞ وقال في شرح الطحاوي ولو حلق من احد الابطين كره وجب عليه الصدقة
لانه له نظيرا في البدن وليس لا كثر احدهما حكم الكل **قوله** وقال ابو يوسف ومحمد اذا حلق عضوا كاملا فعليه دم وان كان اقل فطعام يريد
اراد به الصدر والساق وما اشبه ذلك اي اراد محمد في الجامع الصغير بالعضو الكامل الصدر او الساق وما اشبه ذلك من السواعد والعانة ثم
خص قولهما في هذه المسألة لان قولهما منصوص عنهما في الجامع الصغير فذكره ذلك اتباعا للفظ محمد الا ان ابا حنيفة يخالفهما ۞ قال فخر الاسلام
البزدوي في شرح الجامع الصغير وقولهما وان حلق عضوا كاملا على العموم من الخواص واراد به الصدر او الساق وما اشبه ذلك لان ذلك مقصود
بطريق التنور فصار كاملا وتجب ضمانه بالدم فقال التنور اي طلى بالنورة **قوله** فان اخذ من شاربه فعليه طعام حكومة عدل
وهذه من مسائل الجامع الصغير ۞ وقال في شرح الطحاوي ولو حلق شاربه فعليه صدقة لانه تبع للحية وهو قليل وتفسير الحكومة العدل
ما ذكره في المتن وهي الاعتبار بربع اللحية يعني انه في ربع اللحية يجب عليه الدم فاذا كان الماخوذ من الشارب ربع ربع اللحية يجب عليه
قيمة ربع الشاة يتصدق به فعلى هذا القياس سائر الاجزاء فافهم ۞ وقال الشيخ ابو عبد الله الجرجاني هذا قول محمد اي الاعتبار بربع
اللحية قول محمد والاصح انه يجب الصدقة دون نصف صاع من بر **قوله** بحسب ذلك اي مقدار ما يكون من ربع اللحية **قوله**
حتى لو كان مثلا مثل ربع الربع اي لو كان الماخوذ من الشارب مثل ربع ربع اللحية وانما قال مثلا لانه لا يكون يجوز ان يكون ثلث الربع او سدس
او غير ذلك ففي الاول ثلث الشاة وفي الثاني نصف الشاة **قوله** ولفظة الاخذ من الشارب يدل على انه هو السنة فيه دون الحلق يعني
محمد ذكر في الجامع الصغير لفظة الاخذ في الشارب حيث قال فان اخذ من شاربه فعليه طعام فذلك يدل على ان الاخذ هو السنة في الشارب دون الحلق
وذكر الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار ان الحلق سنة وهو احسن من القص والقص حسن جائز وتفسيره ان يوخذ من الشارب حتى يوازي
الاطار وهو الطرف الاعلى من الشفة العليا ۞ قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ومن الناس من قال بان الحلق بدعة احتجاجا بحديث
النبي صلى الله عليه وسلم عشر من الفطرة وذكر منها قص الشارب واحتج اصحابنا بحديث ابي هريرة وعبد الله ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
احفوا الشوارب واعفوا اللحى والاحفا الاستيصال والقص يحتمل فيحمل على ما روينا لانه محكم فرا خلاف الناس في اعفا اللحى فقال بعضهم تركها
حتى تطول فذلك اعفاوها من قوله لاصر ۞ وقال اصحابنا الاعفاء تركها حتى تكث وتكثر والقص سنة فيها وهو ان يقبض الرجل لحيته فما زاد
منها على قبضة قطعها كذلك ذكر محمد في كتاب الاثار عن ابي حنيفة قال وبه ناخذ وذكر هناك عن عبد الله ابن عمر انه كان يفعل ذلك وذكر ابو
داود في سننه في كتاب الصوم في باب القول عند الافطار عن عبد الله ابن عمر انه كان يقبض لحيته ويقطع ما زاد على قبضته ولان الحديث
قد ورد في بالاعفاء وهو التكثير قال الله تعالى حتى عفوا اي كثروا ولان اللحية لما كانت زينة كانت كثرتها وكمالها من كمال الزينة وتمامها الطول
اذا فحش فيخلاف الزينة **قوله** قال وان حلق موضع المحاجم فعليه دم عند ابي حنيفة وقالا عليه صدقة ۞ اي قال القدوري ان حلق
المحرم موضع المحاجم يجب عليه دم عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تجب عليه صدقة والمحاجم جمع محجمة بكسر الميم وفتح الجيم فهو اسم مكان الحجم
وهي قارورة الحجام والمحجم بكسر الميم وفتح الجيم لغة فيه اما المحجم بفتح الميم والجيم فهو اسم مكان من الحجم وهو فعل الحجام وجمعه محاجم ايضا
والمراد هنا الاول فافهم ۞ وجه قولهما ان حلق مواضع المحاجم ليس بمقصود وانما يحلق تبعا للراس لانها غير منفردة بنفسها فصار كحلق
الشارب توجب الصدقة او يقول المقصود منه الحجامة لا نفسه والحجامة ليست من محظورات الاحرام لانه صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه احتجم وهو محرم فلا يكون هذا الحلق من المحظورات لانه وسيلة الى امر مباح الا ان فيه ازالة التفث فصار كحلق بعض شعر الصدر
فوجبت الصدقة لانه ليس في كل منهما تزين او نيل راحة ۞ ووجه قول ابي حنيفة ان حلق موضع المحاجم مقصود لامر مقصود وهو الحجامة لانه لا
تاتي المقصود به الا به فلما صار مقصودا صار كحلق الابطين والعانة فيجب الدم بخلاف الشارب فانه تبع للحية فلهذا لم يجب فيه الدم على انه
قد روي في المختلف عن ابي يوسف ان في الشارب كمال الدم فلا يسع قياسهما حينئذ ۞ فان قلت لا شك ان حلق موضع المحاجم وسيلة الى الحجامة

دما كان

وما كان وسيلة الى المباح ان يكون مقصودا ۞ الا ترى ان الايمان لصحة جميع العبادات ومع هذا هو من اعظم المقاصد
وان حلق رأس محرم بامره اي بغير امره فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق الدم اي ان حلق المحرم راس محرم فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق
الدم حتما سواء كان بامر المحلوق او بغير امره طائعا او مكرها وبه صرح في شرح الطحاوي واذا كذا اذا حلق المحرم راس حلال تجب على الحالق
الصدقة ۞ وقال الشافعي لا شيء على الحالق في المسئلتين كذا في الايضاح والمختلف واما الحلال اذا حلق راس محرم فعلى المحرم الكفارة وقال
الشافعي لا شيء عليه ان كان بغير امره بان كان مكرها او نائما وان لم يكره ممسكا فيه وجهان نعته كذا في شرح الكرخي وجه قول الشافعي ان الحلق
انما كان جناية لازالة التفث وحصول الارتفاق وذلك يحصل للمحلوق لا الحالق فلا يجب على الحالق شيء ولهذا لو طيب المحرم محرما اخر لا يلزم على
الفاعل شيء وان كان الطيب من محظورات الاحرام واذا كذا انه اما المحلوق فلا شيء عليه ايضا اذا لم يامره لانه اذا كان مكرها وهو
نائم الاختيار فلا يؤاخذ عليه واذا كان نائما فكذلك لان النوم ابلغ من الاكراه في العذر لان النائم لا اختيار له اصلا والمكره له اختيار
فاسد ۞ وجه قولنا ان الشعر يستحق الامان بسبب الاحرام وبزواله الامان فيلزمه الجزاء كما في نبات الحرم وشعر الصيد الا ان الجناية في
شعر غيره ادنى من الجناية في شعر نفسه فيلزمه الصدقة دون الدم واما المحلوق فيلزمه الدم لانه حصل له الارتفاق الكامل هذا اذا كان
طائعا فظاهر وان كان مكرها او نائما لان الاكراه والنوم ينفي المأثم وهو حكم الاخرة لا حكم الدنيا اذا تقرر سببه وهو الموجب بموجب الفعل
وقد تقرر الشبب بنيل الراحة والزينة بالحلق فيترتب حكمه وهو وجوب الدم ولهذا يجب الاغتسال على المكره والنائم اذا وطئ وانما يجب
الدم حتما لان العذر من قبل من له الحق فغلظ الحكم بخلاف المضطر وهو الذي به اذى من راسه اذا حلق حيث لا يجب عليه الدم حتما
بل لا يتخير في اي الكفارات لان العذر من قبل من له الحق فغلظ الحكم بخلاف المضطر وهو الذي به اذى من راسه اذا حلق حيث لا يجب عليه
الدم حتما بل يتخير في اي الكفارات شاء لان العذر من قبل من له الحق فسهل الحكم ۞ قال تعالى فمن كان منكم مريضا او به اذى من راسه
ففدية من صيام او صدقة او نسك **قوله** والنوم ابلغ منه اي من الاكراه وقد مر بيانه **قوله** قد تقرر سببه
وهو ما نال من الراحة الضمير المجرور يرجع الى الحكم والضمير المرفوع البارز الى السبب حتما اي وجوبا اي وجوبا **قوله** بخلاف
المضطر اي بخلاف المحرم المضطر الى الحلق **قوله** لان الافة هناك سماوية اي في الاضطرار وههنا من العباد اي في الاكراه
قوله ثم لا يرجع المحلوق راسه على الحالق اي لا يرجع عليه بما وجب على المحلوق من الدم وذلك لانه نال الاستمتاع حصل للمحلوق فلو
رجع لو يلزم ان يسلم له العوض والمعوض جميعا وهو لا يجوز ولهذا قال اصحابنا لا يرجع المغرور بالعقر الذي يلزمه اذا استحقت زوجته
على الذي غره بان قال تزوجها فانها حرة لان المغرور هو الذي استوفى منافع البضع ۞ وقال في شرح مختصر الكرخي كان ابو خازم يقول يرجع
عليه بالكفارة لان الحالق الجاه الى التكفير فصار كانه اخذ ذلك القدر من ماله بالغصب **قوله** وكذا ان كان الحالق حلالا لا يختلف
الجواب في حق المحلوق راسه يعني اذا حلق حلال راس محرم يجب على المحلوق الدم عندنا لحصول الارتفاق الكامل وعند الشافعي اذا لم يامره فلا
شيء عليه وفي السلوك وجهان **قوله** واما الحالق فتلزمه الصدقة في مسئلتنا في الوجهين اي فيما اذا كان الحلق بامر المحلوق او بغير
امره يعني بقوله في مسئلتنا مسئلة حلق المحرم المحرم **قوله** وهو الموجب بكسر الجيم اي الموجب للدم هو الارتفاق ولا يتحمل الارتفاق
للمحرم بحلق شعر غيره وجوابه ان فيه نيله بتأذي بتشعث غيره وتفثه فيحصل له نوع الارتفاق بازالة تفث غيره فيلزمه الصدقة
قوله لاستحقاقه الامان افادته يرجع الى ما في قوله ما نموا **قوله** فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره اي
بين حلق شعر نفسه وحلق شعر غيره لان الامان يزول في الصورتين **قوله** الا ان كمال الجناية في شعره هذا جواب سؤال مقدر
بان يقال لما لم يفترق الحال بين الصورتين ينبغي ان تجب عليه الدم في حلق شعر غيره كما في حلق شعره فاجاب عنه بهذا يعني ان كمال الجناية
في حلق شعره نفسه لوجود المعنيين ازالة الامن والارتفاق الكامل من الراحة والزينة للحالق بل له نوع ارتفاق بان يدفع التاذي
بتفثه فلهذا اوجب الصدقة لقصور الجناية **قوله** فان حلق من شارب حلال او قلم اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه
ما بيناه وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير وقد نص في شرحه فخر الاسلام البزدوي عن محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المحرم ياخذ
من شارب المحرم الحلال او يقص من اظفاره قال يطعم شيئا ۞ ثم قال فخر الاسلام وقص الشارب من الخواص ۞ وقال الشافعي لا شيء عليه
واراد صاحب الهداية بقوله والوجه فيه ما بيناه ما ذكر قبل هذا بقوله ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه
الامان بمنزلة نبات الحرم الى اخر ما قال وقد استوفينا شرحه قبل هذا وبيان ذلك هنا بان يقال لما كان ازالة ما ينمو من بدن الانسان
من محظورات الاحرام وجب عليه الجزاء بازالته لكن وجب الدم عليه في حلق شعر راسه لكمال الجناية ووجبت الصدقة في حلق راس غيره لقصور
الجناية فلذلك في هذه المسئلة وجب عليه الطعام يعني اذا حلق من شارب حلال او قلم اظافيره لقصور الجناية ولم يجب عليه الدم فاول
هذا الذي بينته على حسب ما يقتضيه كلام صاحب الهداية من الشرح فاما عبارته ففي مشكلة جدا لانه لا يخلوا اما ان يريد بقوله
المحرم ما شاء من الطعام قليلا كان او كثيرا كيفما شاء الجاني او المقصود بما شاء بان اراد به التصدق بنصف صاع من حنطة فلا يجوز الاول
لانه اذا قلم اظافيره الواحدة او خلة الواحدة من غير ضرورة تجب عليه الدم لكمال الجناية واذا قلم اظافير غيره من يد واحدة او من
رجل واحد تجب عليه الصدقة بنصف صاع من حنطة لقصور الجناية لا مطلق الطعام كيف ما شاء من كثيره وقليله وقد صرح
في شرح الكرخي بايجاب الصدقة نصا عن ابي حنيفة في قلم المحرم اظافير الحلال فعلم ان ارادة العموم ضعيف فسادا وتحقيقا ولا يجوز
الثاني ايضا وهو ارادة الخصوص بارادة التصدق بنصف صاع من حنطة لان ازالة تفث غيره ادنى من ازالة تفث نفسه وقد ذكرنا فيما
تقدم عن شرح الطحاوي انه اذا المحرم اذا حلق شاربه تجب عليه الصدقة فاذا وجب عليه الصدقة في شاربه مع كمال الجناية وجب ان
عليه في شارب غيره ادنى منها لقصور الجناية ولكن هذا الاعتراض على صاحب الهداية لانه ذكر في الشارب بلفظ من وهو للتبعيض فيكون المراد

بما شاء العموم فافهمه وقد غفل عنه الشارحون ورضي بما نه المقلدون • ثم اعلم ان قوله قلم اظافيره بالتشديد لان التفعيل للتكثير كما حول وطوف واما في الفاعل كما في موتت الابل واما في المفعول كما في غلقت الابواب وما نحن فيه من قبيل الثالث والاظافير جمع اظفار وهي جمع ظفر ويجوز جمع الجمع في جموع القلة وهي افعل وافعال وافعلة وفعلة وقد عرف في موضعه **قوله** وان قص اظافير يديه ورجليه فعليه دم هذا لفظ القدوري في المختصر وكذا قوله بعد هذا وان قص اقل من خمسة اظافير من يديه ورجليه فعليه صدقة • وقال محمد عليه دم وان قلم من كل كف اربعة اظافير فعليه صدقة الا ان يبلغ دما فعليه ان يطعم ما شاء اي ينقص من الدم ما شاء ويتصدق في الباقي • وقال محمد عليه دم اذا قلم خمسة اظافير من يد واحدة او غير ذلك • ثم اعلم ان قص الاظفار لا يجوز للمحرم وقال عطاء يجوز والاصل فيه حرمة القص قوله تعالى ليقضوا تفثهم رتب قضاء التفث على الذبح فلا يجوز قبله • وقد صح عن ابن عباس انه قال في قص الظفر الفدية ولان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام فيجب عليه الكفارة بازالته كما في الشعر اما مقدار الكفارة فيه فان قص يديه ورجليه او يديه او احدى يديه او احدى رجليه من غير ضرورة فعليه دم لانه لما حصل له الارتفاق الكامل بقص الكل او الربع وجب عليه الجزاء الكامل وهو الدم لان المسبب يثبت بحسب السبب وهذا اذا قص الكل في مجلس واحد اما اذا كان في مجالس فان كفر للاولى فيجب عليه دم اخر للثانية وهذا بالاتفاق وان لم يكفر للاولى فعليه دمان عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه دم واحد قال في شرح الطحاوي واجمعوا انه لو قلم اظافير يد واحدة وحلق ربع الراس وتطيب عضوا في مجلس واحد او مجالس مختلفة فعليه لكل جنس دم ونحوه في كفارة رمضان اذا جامع امراته في يوم واكل في اليوم الثاني وشرب في اليوم الثالث ان كفر للاول فعليه كفارة اخرى وان لم يكفر فعليه كفارة واحدة • وجه قول محمد ان مبنى الكفارة على التداخل اذا اتحد الجنس ولهذا يجب عليه كفارة واحدة اذا افطر في ايام رمضان وكذا يتداخل الكفارة اذا ترك الجمار الى ايام النحر كلها وكذا اذا حلق ربع الراس في مجلس ثم ربعه في مجلس اخر فلما كان مبناهما على التداخل وجب عليه دم واحد بقص الكل وان حصل في مجالس مختلفة بخلاف ما اذا كفر للاولى لان الجناية الاولى ارتفعت بالتكفير فتجب عليه كفارة اخرى للجناية الثانية ولهما ان الغالب في كفارة الاحرام معنى العبادة ولهذا لا تجب على الكافر واشترط النية ولا تسقط بالشبهة ولهذا لا تجب على مولاه فلما كان الغالب فيها معنى العبادة يتقيد التداخل بالمجلس فان حصل قص الكل في مجلس وجب عليه كفارة واحدة وان اختلف المجلس تعددت الكفارة كما في باب السجدة • والجواب عن قياس محمد على ترك الجمار في الايام فنقول ذاك جناية ترك الواجب وهذا جناية ارتكاب المحظور فلا يصح القياس لوجود الفارق وعن قياسه على الحلق اذا تكرر في مجالس فنقول الحلق جنس واحد محله واحد وهو الراس فاعتبرت الجنايات المتعددة بالحلق كالواحدة بخلاف قص الاظفار فانه لم يتبين شبهها بالجناية الواحدة من حيث ان الكل قص وشبهها بالجنايات المختلفة من حيث انها في اعضاء متفرقة فلما كان كذلك اعتبرنا الشبهين جميعا فان حصل القص في مجلس واحد جعل واحدا حكما وان اختلف المجلس جعل متفرقا حكما **قوله** من نوع واحد وهو القص **قوله** الا اذا تخللت الكفارة استثناء من قوله وان كان في مجالس فكذلك عند محمد اي يجعل قص الكل في مجالس فكذلك لا يزاد على دم واحد عند محمد الا اذا كفر للاولى فحينئذ يزاد على دم واحد عنده ايضا **قوله** لارتفاع الاولى بالتكفير اي الجناية الاولى **قوله** الغالب فيه معنى العبادة وقد مر ذكر قبيل هذا **قوله** وان قص اقل من خمسة اظافير فعليه صدقة معناه يجب بكل ظفر صدقة اي معنى قول القدوري في قص الاقل من الخمسة بقوله فعليه صدقة هو ان يجب عليه بكل ظفر صدقة وقال محمد يجب عليه ما يجب بذلك من الدم • وقال زفر ان قص ثلاثة فعليه دم • وبه قال الشافعي كذا في شرح الاقطع وفي الجامع الصغير وزاد في البيان وقال وان قلم من كل كف اربعة اظافير فعليه صدقة الا ان يبلغ دما فعليه ان يطعم ما شاء • وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وفي كل ظفر نصف صاع من حنطة ثم قال ذكره في الاصل وفي بعض نسخ هذا الكتاب • ولنا انه لم يحصل له الارتفاق الكامل ولا الزينة فلا يجب الدم وذلك لان الانسان لا يتجمل بان يقص بعض اصابعه ويترك بعضها بحاله فلما لم يكمل الجناية لم يكمل الجزاء فوجبت الصدقة بكل ظفر نصف صاع من حنطة لارتكاب محظور احرامه الا ان يبلغ ذلك دما فينقص منه ما شاء ويتصدق بالباقي فاقام زفر اكثر اصابع اليد الواحدة مقام الكل وهو ضعيف لان ما يتعلق به الدم وكان له نظير في البدن لا يقوم اكثره مقام جميعه كربع الراس والابط لان في حلق اكثر الربع واكثر الابط لا يجب دم **قوله** وجه المذكور في الكتاب اراد بالمذكور وجوب صدقة لكل ظفر فاراد بالكتاب القدوري **قوله** فلا يقام اكثرها مقام كلها اي اكثر خمسة اظافير **قوله** لان ذلك يؤدي الى ما لا يتناهى اي لان اقامة اكثر الخمسة مقام الخمسة يؤدي الى ما لا يتناهى بيانه انا اوجبنا الدم في خمسة اصابع اليد الواحدة والرجل الواحدة لحصول الارتفاق الكامل بقص الربع لان مجموع الاصابع عشرون والخمسة ربع ذلك فاوجبنا الدم في ثلاثة اصابع اقامة للاكثر مقام الكل يلزم اعتبار ذلك فيما دون الثلاثة لان الاصبعين اكثر الثلاثة فيلزم ان يجب فيها دم اقامة للاكثر مقام الكل فيلزم ان يجب في الاصبع الواحدة دم ايضا لانها نصف الاصبعين وما قابله ليس بكثير فيكون كثيرا فيلزم حينئذ اعتبار الاكثر في كل اصبع بلا نهاية فلا يجوز للزوم حرق الاجماع من ذلك فافهم **قوله** وان قص خمسة اظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه دم وهذا لفظ القدوري لان الخمسة ربع الاصابع فصار قصها متفرقة كقصها من يد واحدة او رجل واحدة ولهما ان كمال الارتفاق يحصل بالراحة والزينة ولم يوجد ذلك فلا يجب الدم اما الاول فان الانسان قد يتأذى بالقص على هذا الوجه لاختلاف ما ينتفع به واما الثاني فان القص على الوجه الشين فان التجمل لا يكون بقص البعض دون البعض ومتفرقة بالجر قوله على انه صفة للمعدود لا العدد كما في قوله تعالى سبع بقرات سمان **قوله** بخلاف الحلق جواب عن قياس محمد قال يجب الدم بقص خمسة اصابع متفرقة كما اذا حلق ربع الراس متفرقا فقال في جوابه حلق الربع يحصل به الراحة والزينة وان كان متفرقا لانه معتاد لبعض الناس وقص البعض دون البعض ليس بمعتاد فافترقا **قوله** على ما مر اراد به ما ذكر بقوله لانه معتاد فيتكامل

الجناية عنده وله وانه اذا حلق ربع راسه وقد استوفينا بيانه ثمة **قوله** وكذلك لو قلم اكثر من خمسة متفرقا يعني اذا قص اكثر من خمسة اصابع من الاطراف ولم يوجد قص الخمسة من عضو واحد يجب عليه الدم عند محمد وعندهما يجب بكل ظفر صدقة نصف صاع من حنطة الا ان يبلغ قيمة الطعام الذي وجب لاجل قص الاصابع المتفرقة دما **قوله** قال فان انكسر ظفر المحرم فتعلق فاخذه فلا شيء عليه • اي قال القدوري وهذا الذي ذكره لفظ القدوري نقله في شرح مختصر الكرخي ولم يذكره القدوري في مختصره نفسه وانما لم يجب عليه شيء لانه خرج من حيز النماء والحظور عليه ازالة ما ينمو من بدنه فصار كاخذ الشعر المقطوع وكذلك قال في الحقائق في الاغصان لشجرة الحرم اذا يبست لا يجب عليه في المحرم اذا اخذها هذا المعنى • قال في شرح الكرخي وشرح الطحاوي والايضاح ولو اصابه اذى من كسره نعم اظافيره فعليه اي الكفارات شاء من صيام او صدقة او نسك **قوله** وان تطيب او لبس او حلق من عذر فهو مخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين بثلاثة اصوع من طعام وان شاء صام ثلاثة ايام وهذا من مسائل القدوري والاصل فيه قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او به اذى من راسه ففدية من صيام او صدقة او نسك وتفسيرها في الكتاب فمن كان به مرض يحوجه الى الحلق او به اذى من راسه وهو القمل او الجراحة فعليه اذا حلق فدية من صيام ثلاثة ايام او صدقة على ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع من بر او نسك وهو شاة والنسك مصدر وقيل جمع نسيكة وهذه الاية نزلت في كعب بن عجرة وقد حدث البخاري في الصحيح باسناده الى عبد الرحمن بن ابي ليلى عن كعب بن عجرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لعلك اذاك هوامك قال نعم يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم احلق راسك وصم ثلاثة ايام او اطعم ستة مساكين او انسك بشاة • وحدث البخاري ايضا باسناده الى عبد الله ابن معقل قال جلست الى كعب بن عجرة فسالته عن الفدية فقال نزلت في خاصة وهي لكم عامة حملت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم والقمل يتناثر على وجهي فقال ما كنت ارى الوجع بلغ بك ما ارى او ما كنت ارى الجهد بلغ بك اما تجد شاة فقلت لا قال صم ثلاثة ايام او اطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع وانما يتخير المعذور في الكفارات الثلاث ولا يجب عليه الدم حتما لان الله تعالى ذكر الفدية بكلمة او وكذا رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر بلفظ او وهي للتخيير وقد مر التحقيق في بيان او في شرحنا الموسوم بالتبيين • فان قلت الاية نزلت في حلق الراس فكيف يثبت حكم ذلك في الطيب واللبس وقص الاظفار قلت ثبت بالقياس لوجود الجامع لانه انما جاز حلق الراس مترتبا عليه فدية لاجل الاذى لعلة المرض او الاذى وقد وجد مثل تلك العلة في المقيس فثبت حكم المقيس عليه فيه **قوله** ثم الصوم يجزيه في اي موضع شاء وهذا بالاتفاق لان الصوم لم يعرف قربة بمكان دون مكان بل عبادة بكل مكان وكذا الاطعام يجزيه في اي مكان شاء لان الصدقة عبادة بكل مكان • وعند الشافعي لا يجزيه الا في الحرم قياسا بالنسك وهو ضعيف لان قوله عليه الصلاة والسلام اطعم ستة مساكين مطلق والمطلق يجري على اطلاقه **قوله** واما النسك يختص بالحرم بالاتفاق يعني اذا تطيب او لبس او حلق بعذر واختار الشاة فلا يجزيه ذبحها الا بالحرم وانما اختص بالحرم لما روى البخاري باسناده الى كعب بن عجرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راه وانه يسقط على وجهه فقال ايؤذيك هوامك فقال نعم فامره ان يحلق وهو بالحديبية ولم يتبين لهم انهم يحلون بها وهم على طمع ان يدخلوا مكة فانزل الله عز وجل الفدية فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يطعم فرقا بين ستة او يهدي شاة او يصوم ثلاثة ايام ثم وجه الاستدلال بالحديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امره باهداء الشاة وذلك انما يكون باهدائها الى الحرم بدليل قوله تعالى هديا بالغ الكعبة وقوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق ذكره بعد ذكر الهدايا وبعد اهدي بالحديث فيختص بالحرم كما يختص بها الهدايا ولان الاراقة لم تعرف قربة الا مختصة بزمان او مكان ولم يتعين لها زمان بالاتفاق لانه يجوز قبل يوم النحر فيتعين بالمكان وهو الحرم وقول صاحب الهداية اما النسك يختص بالحرم بالاتفاق كانه اراد به بالاتفاق بيننا وبين الشافعي لان في الاطعام كان خلافا للشافعي ولا يرد عليه خلاف مالك حيث قال في الموطا يحل فديته حيث شاء النسك والصيام والصدقة بمكة او بغيرها من البلاد **قوله** ولو اختار الطعام اجزاه فيه التغدية والتعشية عند ابي يوسف اي لو اختار الطعام المعذور والطعام على الاباحة في الطعام عند ابي يوسف وعند محمد لا يجوز الا التمليك لان الله تعالى قال ففدية من صيام او صدقة او نسك والصدقة منبئة عن التمليك ولا يجوز دونه فصارت كالزكاة ولابي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام اطعم ستة مساكين والاطعام لا يدل على التمليك • الا ترى الى قوله تعالى في كفارة اليمين فكفارته اطعام عشرة مساكين حيث تكون التغدية والتعشية بالاباحة فلو كان الاطعام يدل على التمليك فلا جاز ولا نسلم ان الصدقة مبنية على التمليك ولهذا قال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على اهله صدقة وانما تكون ذلك بالاباحة لا بالتمليك وقياسه على الزكاة ضعيف لان المذكور فيه هو الايتاء وذلك يدل على التمليك وقول ابي يوسف صح عندي لان النبي صلى الله عليه وسلم فسر الصدقة بالاطعام فلم يصح ترجيح محمد من الطعام رفعا لان المذكور صدقة وبين الطعام في كفارة اليمين لان المذكور فيه الاطعام **قوله** وهو المذكور اي الصدقة هو المذكور في القران وانما ذكر الضمير بالنظر الى الخبر ومثله فلما رأى الشمس بازغة قال هذا ربي وتانيثه بالنظر الى الخبر ايضا يجوز كما في قولهم من كانت امك وقد عرف في موضعه **قوله** ولو ان نظر الى فرج امراته فامنى لا شيء عليه اي سوى الغسل لان الانزال الذي يوجب الغسل واما الدم يجب عليه شيء لان المحظور هو الجماع ولم يوجد فيه قضاء الشهوة بالسبيل الاجماع صورة ومعنى ولم يوجد ذلك وكذلك الاحتلام ولهذا لا يجب عليه في صوم الغسل اذا انزل كما قلنا وانما قيد بفرج امراته وهو موضع البكارة ولا يختص ذلك الا اذا كانت المراة منكوحة لان النظر الى الفرج الاجنبية حرام والانظر بالملك ذلك وهذه من مسائل الجامع الصغير ومسالة الاحتلام مذكورة في شرح الطحاوي وان قبل او لمس بشهوة فعليه دم وفي الجامع الصغير يقول اذا لمس بشهوة فامنى واما ذكر لفظ الجامع الصغير لانه شرط الانزال حيث قال فامنى ولم يشترط القدوري ذلك كما لم يشترط في الاصل حيث قال والمس والتقبيل عن شهوة والجماع فيما دون الفرج انزل او لم ينزل لا يفسد الاحرام ولكنه يوجب الدم وذكر في شرح الطحاوي والكرخي كما في الاصل وجه ما ذكر في الجامع الصغير انه حصل قضاء الشهوة بالجماع العين وهو جماع من وجه فوجب

عليه الدم • ووجه ما ذكر في الاصل انه تمتع استمتاعا مقصودا وهو اللمس بشهوة فوجب عليه الدم وان لم يوجد الانزال وكذا التقبيل بشهوة
لكن لا يفسد الحج لعدم الارتفاق الكامل كذا في الاصل اي ذكر محمد في الاصل الفرق بين الانزال وعدم الانزال في اللمس والتقبيل بشهوة في المبسوط د
قوله وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج اي يجب به الشاة ولا يفسد به الاحرام انزل او لم ينزل **قوله** وعن الشافعي انه
انما يكون مفسدا احرامه في جميع ذلك اذا انزل وذلك اشارة الى اللمس بشهوة والتقبيل بشهوة والجماع فيما دون الفرج يعني يفسد احرامه عند الشافعي
في هذه الصور الثلاث اذا وجد الانزال له الاعتبار بالصوم لانه من نوع تمتع • ولنا ان في فساد الاحرام حكم تعلق بالوطء [illegible]
الفرج وما دونه كالحد وكفارة الصوم او نقول ان فساد الاحرام يتعلق بالجماع صورة ومعنى لا بالجماع معنى وان كان محظورا وهذا لان الاحرام
لا يفسده كل محظور ولهذا لا يفسده سائر المحظورات من قتل الصيد ولبس المخيط والطيب ونحوها فلما كان كذلك قلنا ان اللمس بشهوة او التقبيل
بشهوة وان وجد الانزال ليس بجماع من كل وجه لعدم صورة الجماع وهو الايلاج فلا يفسد به ما يفسد بالجماع من كل وجه اعني لا يفسد به
الاحرام وهو معنى قوله فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه ارتفاقا بالمرأة وهو محظور على المحرم فيلزمه الدم لذلك بخلاف الصوم فان
فساده تعلق بقضاء الشهوة كيفما كان وذلك يوجد فيما اذا وجد الجماع معنى فيفسد الصوم لقضاء الشهوة ولهذا لا يفسد الصوم اذا
استمتع بين الفخذين اذا لم يوجد الانزال لعدم قضاء الشهوة وهذا معنى قوله ولا يحصل بدون الانزال فيما دون الفرج الاستمتاع بين الفخذين
الا الدبر لانه يحصل فيه قضاء الشهوة بدون الانزال • بيانه فيما قال القدوري في شرح مختصر الكرخي بقوله فاما الوطء في الموضع المكروه
فلا يفسد الحج في احدى الروايتين عن ابي حنيفة لانه وطء في موضع لا يتعلق به فساد الحج كالوطء فيما دون الفرج ويفسد الحج في الرواية الاخرى
لانه وطء يوجب الاغتسال من غير انزال فصار كالوطء في الفرج • وقال ابو يوسف ومحمد يفسد الحج لانه وطء يتعلق به الحد عندهما فصار د
كالوطء في الفرج فاما اذا وطئ بهيمة فلا يجب به الكفارة لانه ليس باستمتاع مقصود وكفارة الاحرام تجب بالاستمتاع المقصود فان انزل فعليه
شاة لانه انزل عن مباشرة كالوطء فيما دون الفرج ولا يفسد حجه لانه وطء غير مقصود فصار كالوطء • روى جميع ذلك هشام عن محمد فيما دون
الفرج الى هنا لفظ القدوري **قوله** وان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم
يفسد • اعلم ان الحاج اذا جامع امرأته قبل الوقوف بعرفات فسد حجهما مطاوعة المرأة كانت او مكرهة ويمضيان في الحج على الفساد كما في الحج الصحيح
وعليهما قضاء الحج ودم على كل واحد منهما يجزيه في ذلك شاة او شرك في بقرة او جزور والاصل فيه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم قالوا
فيمن جامع امرأته وهما محرمان مضيا في احرامهما وعليهما هدي وقضاء الحج من قابل ولان الجماع محظور الاحرام وليس كسائر المحظورات
لانه اعلى انواع الارتفاقات • الا ترى ان الانسان يحصل له النشاط والسرور حالة الجماع بحيث ينسى كل لذة في الدنيا ولا لذة من لذات
الدنيا للرجال اعظم منه ولهذا يسكن الغضب ويسكن كل فكر فاسد في تلك الساعة حتى قال الحكماء انه ابرأ من الماليخوليا وهو نوع من
الجنون فلما كان من اعلى الارتفاقات تغلظ جزاؤه فلان جزاء على المحرم اغلظ من فساد الاحرام فيفسد احرامه اما عدم الفصل بين الطوع والاكراه
فلان محظورات الاحرام لا تحل بعذر ولهذا يجب الفدية اذا حلق رأسه بعذر وكذا اللابس والطيب وكذا اذا اصاب الصيد عمدا او خطأ يجب
جزاؤه • واما اجزاء الشاة فهو مذهبنا وعند الشافعي يجب بدنة كما اذا جامع بعد الوقوف بعرفات لتغلظ الجناية • ولنا ما روينا عن الصحابة
رضي الله عنهم وذلك لان الهدي ادناه شاة فيجزيه ولان الجماع قبل الوقوف لما كان سببا للقضاء خف معنى الجناية لاستدراك المصلحة
الفائتة بالقضاء فلم تجب البدنة لتغليظ الجناية وبعد الوقوف لم يجب القضاء لان حجه تم بالوقوف فتشتد الجناية واما المضي في الحج فلاجماع
الصحابة على ذلك ولان التحلل من الاحرام لا يجوز الا باداء الافعال او بالاحصار فلم يوجد واحد منهما فلزمه المضي وانما وجب القضاء لفوت
المعنى لاجماع الصحابة ولان المتحول الى الفساد لا يقع موقع الواجب الصحيح **قوله** من قابل اي من عام قابل **قوله** والحجة
عليه اطلاق ما روينا اي الحجة على الشافعي اطلاق قوله عليه الصلاة والسلام يريقان دما لان الدم يتناول البدنة والشاة باطلاقه د
قوله ثم سوى بين السبيلين اي سوى القدوري في فساد الاحرام بالجماع قبل الوقوف بعرفات بين السبيلين القبل والدبر لانه قال وان
جامع في احد السبيلين **قوله** وعن ابي حنيفة في غير القبل منهما لا يفسد والمراد من السبيلين والمراد بغير القبل الدبر يعني د
روي عن ابي حنيفة ان الجماع في الدبر لا يفسد الاحرام • قال في شرح الطحاوي ولو جامعها في الدبر فعلى قياس قول ابي حنيفة لا يفسد
ولا عمرته كما قال في الحدود لا يجب وعلى قياس ما روى الكرخي عنه انه يجب الكفارة في رمضان وجعله كالجماع في الفرج يجب ان يفسد حجه
كالجماع في الفرج **قوله** عنه اي عن ابي حنيفة **قوله** وليس عليه ان يفارق امرأته في قضاء ما افسداه عندنا قال اصحابنا د
الفرقة في القضاء ليس بشيء الا اذا خشيا المعاودة فحينئذ تستحب المفارقة وقال زفر يفترقان عند الاحرام لان الاحتراز عن المواقعة يجب عنه
لا مثله وفي رواية عن زفر يفترقان اذا بلغا الى الموضع الذي وطئها فيه • وبه قال الشافعي كذا في شرح الاقطع لان ذلك يذكرهما الوطء
فيقعان فيه ثانيا • وقال مالك يفترقان اذا خرجا من بلدهما لما روي عن ابن عباس كذلك ولنا ان الافتراق ليس بنسك في الاداء فلا يكون
نسكا في القضاء والجامع بينهما النكاح وقول مالك يشهد من لفظه لان الافتراق انما يجب لئلا يقعا في الوطء ثانيا وقبل الاحرام يحل لهما الوطء
فلا معنى للافتراق غاية ما في الباب ان ابن عباس قال يفترقان في القضاء ولا يجيء الافتراق الا بعد الاحرام او نقول معناه يفترقان
بسبيل الاستحباب لا اللزوم وقول الشافعي ليس بصحيح لانه انما امرهما بالافتراق لئلا يقعا في الوطء واحتمال الوقوع في الوطء قبل ذلك الموضع
قائم فلا معنى للتقييد به • وقوله ان ذلك الموضع يذكر الوطء يذكر مشقة وجوب الكفارة والقضاء ايضا فيزدادان ندما • فان قلت قد
روي عن عمر وعلي وابن عباس انهم قالوا يفترقان وقولهم حجة قلت انما يكون حجة اذا لم يعترض القياس ولم يوجد الخلاف • وقد روي عن الحسن
وعطاء مثل قولنا وهما قد ادركا عصر الصحابة فيكون خلافهما معتبرا فلا ينعقد الاجماع • قال في شرح الطحاوي ولو جامع قبل الوقوف
بعرفة ثم جامع ينظر ان كان في مجلس واحد لم يجب عليهما الا دم واحد وان كان في مجلسين فعلى كل واحد دمان في قول ابي حنيفة وابي يو

وقال محمد اذا ذبح الهدي للاول فعليه دم آخر للثاني وان لم يذبح يكفيه دم واحد فانه
يجعل كفارة الفطر في رمضان والفرق بينهما لابي حنيفة وابي يوسف ان كفارة شهر رمضان مما يسقط بالشبهة ولا يجب على المعذور
وكفارة الاحرام تثبت مع الشبهة والعذر ولو جامع مرة اخرى على وجه الرفض للاحلال لا يلزمه اكثر من دم واحد او في مجالس مختلفة
لان الوطء وقع على جهة واحدة فصار كالوطء في مجلس واحد **قوله** لهما انهما يتذاكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان
وفي بعض النسخ لهما وان الاول اولى لانه دليل لقوله ويحتاج قول مالك وزفر الى الدليل ولم يذكر في المتن دليلا لابي حنيفة وهذا د
وبيان الدليل من الاطراف من قبل هذا تفصيلا فلا نعيده **قوله** ولا بعده اي ولا معنى للافتراق بعد الاحرام د
فيزداد ندما اي الزوجان يزدادان ندامة فيكون التذكر باعثا على الجماع لا حاملا **قوله** ومن جامع بعد الوقوف بعرفة
لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي فيما اذا جامع قبل الرمي يعني عند الشافعي يفسد حجه اذا جامع بعد الوقوف بعرفات قبل رمي
جمرة العقبة وبعد الرمي لا يفسد لان الرمي عنده محلل له لانه لم يحل قبل الرمي فيفسد حجه بالجماع بعد الوقوف كما قبل الوقوف ولنا
قوله عليه الصلاة والسلام من ادرك معنا هذه الصلاة واتى عرفات قبل ذلك ليلا او نهارا فقد تم حجه وقضى تفثه رواه في السنن عروة
ابن مضرس الطائي واخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي حسن صحيح وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من ادرك
عرفة ليلا او نهارا فقد تم حجه علق تمام الحج بادراك عرفة فاذا وجد الادراك يوجد التمام لا محالة وبعد التمام لا يلحقه الفساد واما
وجوب البدنة فانا نراه مذهبا لابن عباس • فما روي عن ابن عباس انه قال لا تجب البدنة في الحج الا في موضعين من جامع بعد الوقوف د
بعرفة ومن طاف طواف الزيارة جنبا ولم يعرف له مخالف فحل محل الاجماع ولان الجماع اعلى الارتفاقات كما بينا وقد صادف احراما متأكدا
فتغلظ موجبه وهو البدنة بخلاف ما اذا جامع بعد الوقوف مرة ثانية حيث يجب شاة لان ابتداء الجماع صادف احراما متأكدا بالجماع د
فلم تتغلظ موجبه وقياس الشافعي ضعيف لانه لم يتم قبل الوقوف حجه فيفسد وبعد الوقوف تم فلا يفسد **قوله** وان جامع بعد
الحلق فعليه شاة وذلك لانه قد حل من احرامه في حق سائر الاشياء سوى النساء فصار ناقصا فلم تتكامل الجناية فاكتفي بالشاة قال
في شرح الطحاوي ولو جامع بعدما طاف طواف الزيارة كله او اكثره فلا شيء عليه لانه حل له النساء الا اذا طاف للزيارة قبل الحلق او
التقصير فعليه دم فيكفيه شاة لان التحلل بالحلق او التقصير لم يوجد فوجد الجماع في الاحرام فعليه شاة وان جامع بعدما طاف لها د
ثلاثة اشواط وجبت بدنة وحجته تامة **قوله** ومن جامع في العمرة قبل ان يطوف اربعة اشواط فسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها
وعليه شاة واذا جامع بعدما طاف اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته • وقال الشافعي تفسد في الوجهين وعليه بدنة اي
تفسد عمرته سواء كان الجماع قبل اربعة اشواط او بعد اربعة اشواط لانها فريضة كالحج فتفسد العمرة سواء وجد اكثر الاشواط او اقلها كما تفسد
الحج عنده قبل الوقوف وبعده سواء وتجب البدنة عنده في الوجهين • ولنا انها سنة لما روي عن جابر ذكره الترمذي ان النبي صلى الله عليه وسلم
سئل عن العمرة اهي واجبة قال لا وان تعتمر خير لك فتجب الشاة بفساد العمرة والبدنة بالجماع في الحج بعد الوقوف اظهارا للتفاوت بين الفرض
والسنة [illegible] انما فسدت العمرة بالجماع قبل وجود اكثر الاشواط لان الوطء حصل قبل ادائها فصار كما قبل الوقوف في الحج
بخلاف ما اذا كان بعد وجود اكثرها حيث لا تفسد لان الاكثر يقوم مقام الكل فصار كمن وطئ بعد الوقوف في الحج وباقي الغرض
في كون العمرة سنة او فريضة يجيء في باب الفوات ان شاء الله تعالى • قال في شرح الطحاوي ولو جامع بعد الطواف والسعي قبل الحلق لم تفسد
عمرته لان العمرة احرام وطواف وقد وجد وعليه دم لحصول الوطء في الاحرام وان كان بعد الحلق فلا شيء عليه الذي ذكرناه الى هنا
حكم المفرد بالحج وحكم المفرد بالعمرة ولم يذكر صاحب الهداية حكم القارن والمتمتع فنجوز بذكره بذكر القابسة • قال الامام الاسبيجابي د
اما اذا كان قارنا ان جامع قبل ان يطوف لعمرته او بعدما طاف لها ثلاثة اشواط فسدت عمرته وحجته فلحصول الجماع قبل الطواف واما
فساد الحج فلحصول الجماع قبل الوقوف بعرفة ويجب عليه ان يمضي على الفساد وعليه دمان لافسادهما وعليه قضاؤهما وقضاء عمرة مكان العمرة
وقضاء حجة مكان حجته ويسقط عنه دم القران لانه افسدهما ولو جامع بعدما طاف لها ووقف قبل الوقوف بعرفة فسد حجه ولا تفسد عمرته
وعليه اربعة اشواط دمان احدهما لاحرام العمرة لان احرام العمرة باق والثاني لاحرام الحجة وعليه ان يمضي على الفساد وقضاء الحج دون قضاء العمرة
ويسقط عنه دم القران لانه افسد الحج ولو جامع بعد طواف العمرة والوقوف بعرفة لم تفسد عمرته ولا حجته وعليه ان يمضي وعليه بدنة د
وشاة اما البدنة فلاجل الحج واما الشاة فلاجل العمرة لان احرامها باق ولا يسقط عنه دم القران لعدم الفساد ولو جامع مرة اخرى ان
كان في المجلس الاول فلا شيء عليه وان كان في مجلس آخر فعليه للمجلس الآخر دمان ويجزيه شاتان وعند محمد لا شيء عليه للمجلس الآخر الا اذا كفر
للاول ولو جامعها اول مرة بعد الحلق قبل طواف الزيارة وجب عليه بدنة وشاة لان القارن يتحلل من الاحرامين ولم يحل له النساء
من بعد من احرام الحجة فكذلك من احرام العمرة ولو جامع بعد طواف الزيارة كله او الاكثر فلا شيء عليه لانه حل له النساء الا اذا طاف طواف
الزيارة قبل الحلق والتقصير فيجب عليه شاتان لبقاء الاحرام لهما جميعا واما المتمتع فهو محرم بعمرة ثم محرم بحجة فيكون الجواب فيه د
ما ذكر في المفرد بحجة وفي المفرد بعمرة والله اعلم **قوله** اذ هي فرض عنده اي العمرة فريضة عند الشافعي **قوله** فكانت
احط رتبة منه اي كانت العمرة احط رتبة من الحج والله اعلم **قوله** ومن جامع ناسيا كان كمن جامع عامدا يعني ان جامع د
الناسي للاحرام قبل الوقوف بعرفة يفسد الحج كجماع العامد • وقال الشافعي في احد قوليه لا يفسد وطء الناسي كذا في شرح الاقطع
له الاعتبار بالصوم ولان فساد الاحرام بوجود الفعل المحظور ولا يوصف الفعل بالحظر بعارض النسيان وكذا بعارض النوم والاكراه
واذا لم يوجد الحظر لم يقع الفعل جناية فلا يفسد الحج • ولنا ان فساد الحج باعتبار معنى حقيقي لفعل الجماع وهو كونه ارتفاقا في حالة د
الاحرام اعلى انواع الارتفاقات فيفسد الحج لوجود الارتفاق وعدم الصفة وعدم الحظر من العوارض يسلب الاثم لا الفساد اما

ثم أتى بطواف الزيارة جنبا فشاة لترك طواف الصدر وتحولهم البنا لأنه طاف طواف الزيارة ولو أراد أن يعود إلى مكة
إن لم يجاوز الميقات يعود بغير إحرام ويعيد طواف الزيارة ويطوف للصدر وعليه دم لتأخير طواف الزيارة على الاختلاف وإن جاوز
الميقات فإنه يعود بإحرام جديد بالعمرة فإذا فرغ من عمرته أعاد طواف الزيارة كما طاف أهله جنبا بأن رجع إلى أهله وجب عليه الدم
إن لم يعد ويجزيه شاة فإن كان بمكة وأعادها سقط عنه ما وجب عليه وعند أبي حنيفة إن أعاده في أيام النحر سقط وإن
أعادها بعدها وجب عليه صدقة للتأخير لأقل من طواف الزيارة لكل شوط نصف صاع من حنطة قوله وكان الفحش من الأول
أي كان طواف الزيارة محدثا أفحش من طواف القدوم محدثا قوله وكذا إن طاف أكثره جنبا أو محدثا أي إذا طاف أكثر
طواف الزيارة جنبا وإذا طاف أكثره محدثا تجب عليه الشاة كما إذا طاف جميع الأشواط محدثا قوله وفي بعض النسخ وعليه
أن يعيد ذكر في أكثر نسخ القدوري والأفضل أن يعيد الطواف ما دام بمكة وهو يدل على الاستحباب لا الوجوب • وذكر في بعض نسخ
القدوري وعليه أن يعيد الطواف وهو يدل على وجوب الإعادة فيحمل رواية الأكثر على ما إذا كان الطواف مع الحدث ورواية البعض
على ما إذا كان الطواف مع الجنابة لأن النقص في الحدث يسير وفي الجنابة كثير قوله ثم إذا أعاده وقد طافه محدثا لا ذبح
عليه وإن أعاده بعد أيام النحر وهذا سهو من صاحب الهداية لأن تأخير النسك عن وقته يوجب الدم عند أبي حنيفة فكيف لا يلزم عليه
الذبح إذا أعاد طواف الزيارة بعد أيام النحر وقد حصل تأخير النسك عن وقته على أن الرواية في كتب من تقدمه بخلاف ذلك ولهذا صرح
في شرح الطحاوي إذا أعاد طواف الزيارة بعد أيام النحر يجب عليه الدم للتأخير سواء كان إعادته بسبب الحدث أو بسبب الجنابة وقد ذكرنا
روايته قبل هذا • ولهذا قال صاحب الهداية نفسه فيما إذا طاف جنبا وأعاده بعد أيام النحر يلزم الدم عليه عند أبي حنيفة بالتأخير
وأشار إلى ما قلنا بقوله على ما عرف من مذهبه ولم يتعرض في هذا المقام أصحاب الفتاوى من المتأخرين كالمرغيناني قوله فيؤمر
بالعود استدراكا له أي تداركا كالنقص الكبير قوله ويعود بإحرام جديد يجوز فيه الرفع والنصب جميعا الأول للعطف على قوله
فيؤمر بالعود والثاني للعطف على قوله عليه أن يعود أي يعود بإحرام جديد للعمرة لكن هذا فيما إذا جاوز الميقات أما إذا لم يجاوزه فلا حاجة
إلى إحرام جديد وقد ذكرناه قبل هذا قوله إلا أن الأفضل هو العود استثناء من قوله قوله وإن لم يعد وبعث بدنة أجزأه يعني
لكن الأفضل أن يعود لأن استدراك الشيء بجنسه وهو الطواف أولى من استدراكه بغير جنسه وهو البدنة قوله ولو رجع إلى أهله
وقد طافه محدثا إن عاد وطاف جاز وإن بعث بالشاة فهو الأفضل وإنما كان بعث الشاة أفضل دون العود فيما إذا طافه محدثا
أو طاف أربعة أشواط بخلاف ما إذا طاف جنبا حيث كان العود أفضل دون بعث البدنة لأن النقص ثمة يسير ويحصل ذلك ببعث الشاة
مع نفع الفقراء وسقوط كلفة الرجوع وهذا كله فيما إذا وجد منه الطواف محدثا أو جنبا أما إذا ترك طواف الزيارة أصلا أو ترك أكثر
الأشواط ورجع إلى أهله يجب عليه العود بذلك الإحرام لأن إحرامه قائم في حق النساء إلى أن يوجد طواف الزيارة فإذا عاد وطاف يجب عليه
دم بالتأخير عند أبي حنيفة كما مر قبله قوله ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة فهو رواية القدوري وذكر الكرخي
في مختصره هذه المسألة على الخلاف فعلى قول أبي حنيفة يجب الدم لأنه واجب فصار كطواف العمرة وعند أبي يوسف ومحمد تجب الصدقة
لأن حكمه كطواف العمرة ولكن لا ينتج العمرة إلا به وطواف الصدر يسقط بعذر الحيض والنفاس لأن الشاة جزاء إذا تركه بغير عذر ونقصان الحدث
قليل فيلزمه الصدقة وإن أعادها ما دام حاضرا سقط عنه ذلك ولا شيء عليه بالتأخير بالاتفاق وحكم طواف الأكثر محدثا كحكم طواف الكل
ولو طاف كله محدثا وجبت الصدقة في الروايات كلها وسقطت بالإعادة بالإجماع كذا في شرح الطحاوي قوله وإن كان واجبا
أي وإن كان طواف الصدر واجبا قوله ولا بد من إظهار التفاوت أي بين الفرض والواجب يعني إذا طاف طواف الزيارة أو أكثره
محدثا وجبت الشاة فينبغي أن يلزم الصدقة إذا طاف طواف الصدر أو أكثره محدثا قوله وعن أبي حنيفة أنه يجب الشاة
أي فيما إذا طاف طواف الصدر محدثا وهو رواية الكرخي قوله إلا أن الأول أصح أي وجوب الصدقة أصح وهو رواية القدوري
قوله ولو طاف جنبا فعليه شاة • قال في شرح الطحاوي لو طاف طواف الصدر كله جنبا أو أكثره وجب عليه الدم ويجزيه
شاة إن رجع إلى أهله وإن كان بمكة وأعادها سقط عنه ولا يجب للتأخير شيء بالاتفاق وإن طاف أقله جنبا إن رجع إلى أهله تجب عليه
صدقة وإن كان بمكة وأعادها سقطت بالإجماع قوله هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة أي طواف الصدر أدنى من طواف الزيارة
فيجب في طواف الزيارة جنبا بدنة بعير أو بقرة فيجزيه الشاة في طواف الصدر جنبا لئلا يلزم التسوية بين الفرض والواجب قوله
ومن ترك طواف الزيارة ثلاثة أشواط فما دونها فعليه شاة وأراد بما دونها شوطا أو شوطين • وقال الشافعي يلزمه بفعل ما ترك ولا يتحلل فيما
يفعله كذا في شرح الأقطع • ثم اعلم أن الركن في طواف الزيارة أكثر الأشواط عندنا وهو ثلاثة أشواط وأكثر الشوط الرابع وعند الشافعي الركن
سبعة أشواط لأن مقادير العبادة لا مدخل للرأي فيها وإنما المرجع فيها الشرع وقد قدر الشرع بسبعة أشواط فلا يجوز إذا نقص منها ولو
بقيت خطوة واحدة من الشوط الواحد السابع ولهذا لا يجوز الانتقاص في صلاة الظهر ونحوها على ثلاث ركعات إقامة للأكثر مقام الكل
ولنا أن أشواط الطواف أفعال متجانسة يقبل بعضها الفصل عن بعض ولهذا إذا فصل بعض أفعالها بعمل آخر لا يجوز أصلا لما ثبت التجانس وقبول
الفصل في الطواف بحيث لم يتعلق بحكم المؤدي بصحة الباقي فيتم الأكثر مقام الكل بخلاف الصلاة فليس كذلك لأنه إذا انعدم جزء منها فسد
الجميع فلم يجز إقامة الأكثر مقام الكل فافهم فلما ثبت هذا قلنا إنه لما أتى بأكثر الأشواط وترك الأقل حصل النقص اليسير فوجب جبره بالشاة كما
إذا طاف طواف الزيارة محدثا ثم إنه إذا كان بمكة أتى بالباقي وليس عليه شيء إذا كان إتمامه في أيام النحر أما إذا كان بعد ذلك يلزمه الصدقة عند
أبي حنيفة خلافا لهما لكل شوط نصف صاع من بر وإن كان رجع إلى أهله أجزأه بعث شاة • قال الحاكم الشهيد الجليل في الكافي وجملته أن عليه
في ترك الأقل من طواف الزيارة دما وفي تأخيره صدقة وفي ترك الأكثر من طواف الصدر دم وفي ترك أقله صدقة قوله لما بينا أنه

في النسيان والإكراه ظاهر وكذا في النوم لأن النائم يحصل له اللذة ولهذا يغتسل النائم ولأن محظور الإحرام لا يختلف جزاؤه بعذر وغيره
ولهذا يجب عليه جزاء الصيد إذا أصيب خطأ وكذا لو انقلب في نومه على صيد فقتله كان عليه جزاؤه وقياسه على الصوم ضعيف لأن في
الإحرام حالة مذكرة فكان النسيان عذرا وكذا النسيان لم يكن عذرا في الصلاة لوجود الحالة المذكرة وهي القيام والركوع والسجود
وكذا في الاعتكاف لأن اللبث في المسجد حالة مذكرة قوله وكذا الخلاف في جماع النائمة والمكرهة يعني أن جماعهما قبل الوقوف
بعرفات يفسد الحج عندنا خلافا للشافعي • قال في شرح الطحاوي أما المرأة إذا كانت نائمة أو جامعها صبي أو مجنون فذلك كله سواء
ولا ترجع المرأة بما لزمها من ذلك على المكره لأن ذلك شيء لزمها فيما بينها وبين الله تعالى غير مجبور عليه كرجل أكره على النذر فإنه يلزمه فإذا
أدى ما نذر فإنه لا يرجع على المكره كذلك هاهنا قوله هذه العوارض أراد بها النسيان والنوم والإكراه قوله وهذا
لا يعد من الارتفاق قوله بخلاف الصوم لأنه عذر في قوله وإنما فصل عما قبله لمغايرة بين مسائل الفصلين فكان مسائل
كل واحد منهما نوعا قوله ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة • وقال الشافعي لا يعتد به أي لا يعتد
بطواف المحدث فلا يجبر بالدم ونحوه وأصل ذلك أن الطهارة فريضة عنده وعندنا ليست بفريضة وقد اختلف أصحابنا فيها قال ابن شجاع
إنها سنة • وقال أبو بكر الرازي إنها واجبة وجه قول الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام الطواف بالبيت صلاة إلا أن الله تعالى أباح
فيه المنطق فلما كان الطواف صلاة كانت الطهارة من شرطه فلا يعتبر بدون الطهارة • ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق أمر
بالطواف بلا شرط الطهارة وهو اسم لفعل خاص وهو الدوران حول البيت ليس يحتمل البيان فلا يجوز زيادة الطهارة بخبر الواحد على الطواف
شرطا له لأنه نسخ بل زيادة الطهارة تكميلا للكتاب بأن تكون واجبة لا فريضة كما قلنا في تعيين قراءة الفاتحة فلما كانت الطهارة واجبة
دخل النقص في الطواف بتركها فوجبت الصدقة جبرا للنقصان ولم يجب الدم لأنه لو ترك طواف القدوم أصلا لا يجب عليه دم فأولى أن لا
يجب الدم بدخول النقص ولأن غاية ما في الباب أن يكون الطواف ركنا والركن الأعظم فيه لا يشترط فيه الطهارة وهو الوقوف بعرفات
فكذا لا يشترط في الطواف وقوله عليه الصلاة والسلام الطواف بالبيت صلاة تشبيه بليغ كقوله تعالى وأزواجه أمهاتهم وكقولهم زيد أسد
لا استدلال أن الطواف صلاة حقيقة ولهذا لا يشترط فيه استقبال القبلة • فإن قلت الدم في باب الحج لجبر النقص [illegible]
بين الفرض والسنة في سجود السهو فكذا ينبغي أن لا يكون فرق في الدم في باب الحج بين الطواف والفرض والسنة • قلت الجابر في الصلاة
[illegible] وهو سجود السهو وهنا متنوع إلى الصدقة والشاة والبدنة [illegible] في شرح الطحاوي [illegible] وجه قول أبي بكر الرازي [illegible]
الأصح وجوب الكفارة بترك الطهارة [illegible]
[illegible]
ذكر صاحب الهداية رواية القدوري • وقال في شرح الطحاوي إذا طاف محدثا أو جنبا فإنه يعيد وإن لم يعد [illegible]
[illegible] والسعي بين الصفا والمروة عقيبه [illegible]
محدثا فالسعي عقيبه جائز [illegible] طواف الزيارة [illegible]
[illegible] وإن طاف جنبا وسعى عقيبه فإنه يجب عليه [illegible] طواف الزيارة [illegible]
عليه الدم [illegible]
القدوم أصلا لا يجب عليه شيء فكذا لا يجب عليه شيء إذا طاف محدثا أو جنبا ولم يذكر صاحب الهداية طواف القدوم جنبا كما لم يذكر
صاحب القدوري قوله إلا أن الله تعالى أباح فيه المنطق من تتمة الحديث والمنطق هو الكلام قوله ثم قيل هي سنة
أي الطهارة في الطواف سنة وهو قول ابن شجاع والأصح أنها واجبة وهو قول الشيخ أبي بكر الجصاص الرازي وقد مر بيانه قبل هذا قوله
فإذا شرع في هذا الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع إلى آخره يجيء بالصدقة وكان صاحب الهداية قال هذا جوابا عن سؤال
مقدر بأن يقال لو وجبت الصدقة في طواف القدوم بسبب الحدث يلزم التسوية بين الأعلى والأدنى وذلك لأنه لو طاف في طواف الصدر
بسبب الحدث يلزم الصدقة وهو واجب فإن وجبت الصدقة أيضا في طواف القدوم وهو سنة يلزم ما قلنا فأجاب عنه وقال بالشروع
يصير طواف القدوم واجبا أيضا فلا يرد السؤال ولكن لم يجب الدم إظهارا لحط رتبة الواجب عن رتبة الفريضة وهي طواف الزيارة
[illegible] على قضية هذا الكلام ينبغي أن يجب الشاة على الجنب إذا طاف طواف القدوم كما في طواف الصدر قوله ولو طاف
طواف الزيارة محدثا فعليه شاة وذلك لأن النقص الحاصل بالحدث يسير فوجب جبره بالشاة فصار كترك شوط منه ولم نقل
بوجوب الصدقة كما قلنا في غيره من طواف القدوم والصدر لأن الحدث في طواف الزيارة أفحش منه في طواف القدوم والصدر لكونه
ركنا دونهما بخلاف ما إذا طاف طواف الزيارة جنبا حيث تجب البدنة لكون النقص كبيرا وقد صح عن ابن عباس أنه قال لا تجب البدنة في الحج
إلا في موضعين من وطئ بعد الوقوف بعرفة ومن طاف طواف الزيارة جنبا يدل على كون النقصان كبيرا منعه من دخول المسجد وقراءة القرآن
وجملة الكلام هاهنا ما قاله في شرح الطحاوي بقوله أما طواف الزيارة إن طافه أو أكثره محدثا إن كان بمكة فإنه يعيده طاهرا فإذا
أعادها في أيام النحر سقط عنه ذلك الدم وإن أعادها بعد أيام النحر فعليه دم للتأخير عند أبي حنيفة وعندهما لا شيء عليه وإن طاف
أقله محدثا إن رجع إلى أهله وجب عليه الصدقة لكل شوط نصف صاع من حنطة إلا إذا بلغت قيمته دما فإنه ينقص منه ما شاء ولو كان
بمكة وأعادها طاهرا سقطت عنه الصدقة عندهما وعند أبي حنيفة يسقط عنه إذا أعادها في أيام النحر وإلا فلا ولو طاف كله أو أكثره
جنبا إن كان بمكة فإنه يعيده ما دام بها إذا أعادها في أيام النحر سقطت عنه البدنة وإن أعادها بعد أيام النحر سقطت البدنة أيضا ولكن يجب
عليه دم للتأخير في قول أبي حنيفة وعندهما لا شيء عليه للتأخير وإن رجع إلى أهله من غير إعادة ولم يطف طواف الصدر وجب عليه [illegible]

بدنة

الى قوله لان النقصان بترك الاقل يسير قوله ومن ترك اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها اي بقي محرما في حق النساء الى ان يطوف
ولم يجز الدم لانه لما ترك اكثر الاشواط ترك الركن فلا يقوم الدم مقام الركن فبقي التحلل الثاني موقوفا الى ان يوجد ركن الطواف فاذا لم يوجد
بقي محرما قوله ومن ترك طواف الصدر او اربعة اشواط منه فعليه شاة وذلك لان طواف الصدر واجب وليس بركن فوجب جبره بالدم
كالرمي وكذا اذا ترك اكثره لان للاكثر حكم الكل قوله او الاكثر منه اي من الواجب قوله وما دام بمكة يؤمر بالاعادة اقامة للواجب
في وقته ولهذا لا يجب شيء للتأخير بالاتفاق قوله ومن ترك ثلاثة اشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة وهذا لان
الاصل ان ما يجب في تركه كله دم يجب في قليله صدقة كما في الرمي ونقول انما وجبت الصدقة في ترك الاقل اظهارا للتفاوت بين الواجب والفريضة
فانه اذا ترك الاقل من طواف الزيارة يجب دم ويجزيه شاة والمراد من الصدقة ان يجب لكل شوط نصف صاع قوله ومن طاف طواف الواجب
في جوف الحجر فان كان بمكة اعاده يعني طاف طواف الزيارة بالبيت وترك الطواف بالحطيم فلا يخلو بعد ذلك من احد الامرين اما ان كان بمكة او رجع
الى اهله فان كان بمكة فالمعتد الطواف بالبيت عملا بالسنة المروية وهي قوله عليه الصلاة والسلام الحطيم من البيت والامر بالاعادة من خواص الجامع
الصغير فان لم يعد الطواف واعاد الطواف على الحطيم خاصة اجزاه عندنا خلافا للشافعي وهذا لانه هو المتروك وقد تلافى ذلك فيجزيه لانه محل
لا يقطع على انه من البيت لثبوته بخبر الواحد فلا يكون الطواف عليه شرطا وان رجع الى اهله قبل ان يفعل شيئا مما قلنا فعليه الدم يجزيه شاة لان
المتروك ثبت وجوبه بخبر الواحد فلم يعمل به حكم الكتاب فيتم الطواف معتدا به ثم المتروك اقل من الجملة توجب جبره بالشاة كترك شوط او شوطين
قوله على ما قدمناه اراد به قوله عليه الصلاة والسلام الحطيم من البيت قوله تلافي ما هو المتروك اي تدارك المتروك وهو الطواف بالحطيم
وهو الطواف بالحطيم قوله وهو ان ياخذ عن يمينه اي الاعادة على الحجر ان ياخذ عن يمينه واعاد ذكر الضمير الراجع الى الاعادة بالنظر الى الخبر
وهذا بيان كيفية الاعادة على الحجر خاصة يعني يبتدي من الجانب الايمن فيطوف خارج الحجر ثم يدخل في الحجر ويخرج من الجانب الاخر يفعل كذلك
سبع مرات وان شاء من الجانب الايمن وهو الجانب الشرقي فاذا انتهى الى الحجر وهو الجانب الغربي يعود الى الجانب الشرقي ولكن لا يعد الرجوع
شوطا لانه منكوس ويفعل كذلك الى تمام سبعة اشواط قوله ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في اخر ايام
التشريق طاهرا فعليه دم فان كان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان عند ابي حنيفة وقالا عليه دم واحد في الصورة الاولى لان
طواف الزيارة محدثا يقع معتدا به مع النقصان فلما وقع الطواف مع الحدث معتدا به لم يجب نقل طواف الصدر الى طواف الزيارة ووجب عليه دم
ويجزيه شاة لنقصان الحدث واما يجب عليه الدمان في الصورة الثانية عند ابي حنيفة لان الطواف مع الجنابة في حكم العدم ولهذا يؤمر بالاعادة
ما دام بمكة وجوبا واستحبابا فلما كان في حكم العدم وجب نقل طواف الصدر اليه لان العزيمة في ابتداء الاحرام حصلت للافعال على الترتيب كما
شرعت فبطلت نيته على خلاف ذلك الترتيب فانتقل طواف الصدر الى طواف الزيارة فيصير كانه طاف طواف الزيارة في اخر ايام التشريق ولم
يطف للصدر فيجب عليه دمان دم لترك طواف الصدر ودم لتأخير طواف الزيارة عن ايام النحر عند ابي حنيفة وقالا لا يجب عليه دم لترك
طواف الصدر ولا شيء عليه بالتأخير لما روي في السنن وغيره عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع
بمنى للناس يسألونه فجاءه رجل فقال يا رسول الله اني لم اشعر فحلقت قبل ان اذبح فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذبح ولا حرج [illegible] فنحرت قبل ان ارمي
فقال ارم ولا حرج قال فما سئل يومئذ عن شيء قدم ولا اخر الا قال افعل ولا حرج واخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه ولان
التأخير عن المكان يوجب الكفارة كما اذا اخر الاحرام عن الميقات فكذا التأخير عن الزمان والجامع كون التأخير نقصانا ولان التأخير في حكم
الضمان كالترك فاذا ترك الواجب يجب عليه الدم فكذا اذا اخره ولهذا اذا اخر الواجب في الصلاة يجب عليه سجود السهو كما اذا ترك الواجب
[illegible] الوقت نقصان لا محالة ونقصان الحج يجبر بالدم لانه عبادة زائدة تختص بالهدايا والقلائد كما ان نقصان الصلاة يجبر بسجود السهو لانها عبادة تختص
على السجود وما اشبهه والجواب عن الحديث فنقول ان ذلك كان في الابتداء حين لم تستقر افعال المناسك دل عليه انه عليه الصلاة والسلام
سئل في ذلك اليوم وسعيت قبل ان اطوف فقال افعل ولا حرج وذلك لا يجوز بالاجماع ولئن سلمنا انه كان بعد استقرار المناسك فنقول ان قوله
ولا حرج لا ينافي وجوب الكفارة ولهذا لو تطيب او حلق من عذر يجب عليه الكفارة مع ان الحرج في ترك التطيب وترك الحلق قوله لانه
في الوجه الاول لم ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة اراد بالوجه الاول ما اذا طاف طواف الزيارة على غير وضوء والله اعلم قوله
وفي الوجه الثاني وهو ما اذا طاف طواف الزيارة جنبا قوله لانه مستحق الاعادة لان طواف الزيارة واجب الاعادة لتحقق الجنابة بالجنابة
قوله فيصير تاركا لطواف الصدر لانه لما وجب نقل طواف الصدر الى طواف الزيارة صار كانه لم يطف طواف الصدر اصلا فيجب عليه
دم لتركه بالاتفاق ودم اخر عند ابي حنيفة لتأخير طواف الزيارة عن ايام النحر خلافا لهما وهو معنى قوله وبتأخير الاخر على الخلاف واراد بالاخر طواف الزيارة
قوله الا انه يؤمر باعادة طواف الصدر ما دام بمكة وانما يؤمر بالاعادة اقامة للواجب في وقته ثم اذا اعاد طواف الصدر يجب دم واحد
عند ابي حنيفة لتأخير طواف الزيارة عن وقته وعندهما لا شيء عليه اصلا وان طاف طواف الزيارة جنبا ولم يطف طواف الصدر وبعد ذلك
ورجع الى اهله فعليه دمان دم لترك طواف الصدر ويجزيه شاة ودم اخر وهو جزور او بقرة لطواف الزيارة جنبا بخلاف ما اذا طاف محدثا
ورجع الى اهله حيث يجزيه شاة لان الحدث ليست بغرضية فكان النقصان فيها دون النقصان في الجنابة لان الجنابة تحل بعض المحل كما عرف في
الجامع قوله ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا اي ولا يؤمر باعادة طواف الصدر بعد الرجوع الى اهله واشار بقوله على ما بينا الى قوله ومن ترك
طواف الصدر او اربعة اشواط فعليه شاة الى قوله وما دام بمكة يؤمر بالاعادة قوله ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فما
دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه يعني طاف لعمرته محدثا وسعى كذلك بين الصفا والمروة ثم حلق وقصر فما دام بمكة يجب عليه اعادة الطواف والسعي
جميعا ولا شيء عليه بعد الاعادة لارتفاع النقصان بها وانما وجبت اعادة الطواف لانه حصل مع النقصان ورفع النقصان باعادته اما السعي
وان كان لا يحتاج الى الطهارة لكنه شرع تبعا للطواف فيما ذكر تبع يعقب الطواف وان رجع الى اهله قبل اعادة الطواف والسعي يلزمه دم يجزيه

شاة ولا يؤمر بالعود وهذا لو وقع طوافه مع الحدث مجبورا بالدم مع النقصان فوجب جبر النقصان بالدم ولا حاجة الى العود لانه ادى
الركن وهو الطواف وتحلل بالحلق او التقصير ولا يجب عليه شيء اخر بوقوع السعي على غير وضوء لان الطهارة ليست من واجباته قال بعضهم في
شرحه ليس مراد المصنف من قوله وتحلل حقيقة الحل لانها بالحلق يكون بل اراد به التحلل الذي يحل به الحلق ثم استدل وقال ولهذا قال بعد
ذلك لوقوع التحلل باداء الركن فاقول هذا الكلام صدر منه جزافا يتعجب منه العجب وهذا لان العمرة احرام وطواف وسعي ثم بعد ذلك حلق
او تقصير ولا شيء غير ذلك والمصنف لما قال من طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل وجعل قوله وحل معطوفا على قوله طاف وسعى لا يفهم منه
الا الحل بالحلق او التقصير وهذا في غاية الظهور اما قوله اراد به التحلل الذي يحل به الحلق فشيء ملوث للفاح اخرى بان لا يبتغى عنا وقد
ذكر فخر الاسلام البزدوي في الجامع الصغير في هذه المسألة القصير مكان الحل فقال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يطوف لعمرته على غير
وضوء ويسعى على غير وضوء ثم يقصر وهو بمكة قال يعيد الطواف ويسعى بين الصفا والمروة فعلم ان ما ذكره القائل سهو وانا استدل لانه نقول صاحب
الهداية فاقول ليس معناه كما ظن لانه قال ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء الركن معناه كما ظن لانه قال ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء
الركن لانه معناه لا يؤمر بعد الرجوع الى اهله بالعود الى مكة لوقوع التحلل بالحلق والتقصير بعد اداء الركن وهو بعد الطواف فلما علل ذلك بالركن
لم يبق عليه شيء فلم يؤمر بالعود لعدم الاحتياج الى ذلك فافهم وقال في خزانة الفقه اربعة اشياء تحل بها النساء للمحصر يحل بالذبح
وللحاج بطواف الزيارة وللمعتمر بالحلق او التقصير وللفائت الحج بالرمي قوله وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح اي لا شيء
عليه اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي كما اذا اعادهما جميعا في الصحيح من الرواية والتمرتاشي يحكي في شرح الجامع الصغير على خلاف ما ذهب اليه
صاحب الهداية حيث قال واذا اعاد الطواف ولم يعد السعي كان عليه دم لان الاعادة جعل المؤدى كان لم يكن من وجه فبقي السعي قبل الطواف
وذلك خلاف المشروع لان المشروع في السعي ان يكون بعد الطواف ثم ان المصنف قال بوجوب الشاة فيما اذا طاف لعمرته محدثا ورجع الى اهله قبل
ان يعيد ولم يذكر الحكم فيما اذا طاف جنبا قال في الايضاح وان كان جنبا فالقياس لا يكتفي بالشاة لان حكم الجنابة اغلظ من حكم الحدث فيجب
ان يظهر حكم التغليظ في ايجاب الزيادة كما في طواف الزيارة وانما اكتفى بالشاة استحسانا لان طواف الزيارة فوق الطواف وغلظ امر الجنابة فاذا وجد
احد المعنيين دون الثاني تعذر ايجاب اغلظ الدماء فاقتصرنا على الشاة قوله ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام
والاصل فيه ما تقدم ان السعي واجب عندنا وعند الشافعي ركن لنا قوله تعالى ولا جناح عليه ان يطوف بهما ولا يستعمل مثل هذا اللفظ في الركن
[illegible] الوجوب بقوله عليه الصلاة والسلام [illegible] خذوا عني مناسككم لان مطلق الامر للوجوب وقد صح انه عليه
الصلاة والسلام سعى ولان العلماء لما اختلفوا في انه واجب او ركن صار اجماعا منهم على عدم الثالث فلما انتفت الركنية بالاية تعين الوجوب
لا محالة فلما ثبت الوجوب ثبت الشاة بتركه لان كل نسك ليس بركن فالدم يقوم مقامه كالرمي قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي وان
ترك السعي فيما بين الصفا والمروة رأسا في حج او عمرة فعليه دم وكذلك ان ترك منه اربعة اشواط وان ترك ثلاثة اشواط اطعم لكل شوط مسكينا نصف
صاع من حنطة الا ان يبلغ ذلك دما فيطعم منه حينئذ ما شاء ينقص منها ما شاء وذلك لان السعي واجب كالرمي وطواف الصدر فيكون ترك الاكثر
كترك كله في وجوب الدم وتجب الصدقة بترك الاقل ليكون الواجب بترك الاقل دون ما يجب بترك الاكثر قوله ومن افاض قبل الامام
من عرفات فعليه دم اي قبل غروب الشمس وانما قيدنا بهذا لانه اذا غربت الشمس وابطأ الامام بالدفع يجوز للناس الدفع قبل الامام لان الوقت
قد دخل فاذا تأخر الامام فقد ترك السنة فلا يجوز للناس تركها وبه صرح في شرح مختصر الكرخي اعلم انه لا يجوز لاحد ان يدفع من عرفات قبل غروب
الشمس لا للامام ولا للقوم فان دفع احد قبل الغروب فعليه دم وقال الشافعي لا شيء عليه لان ركن الحج يتأدى باصل الوقوف والاطالة الى
جزء من الليل ليس بواجب ولنا ان رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم اجمعوا على انه افاض من عرفات بعد غروب الشمس فعلم ان الاستدامة في الوقوف
الى جزء من الليل واجب لانه عليه السلام قال خذوا عني مناسككم والامر للوجوب فلما ثبت ان الوقوف في جزء من الليل واجب لزمه دم بتركه كترك سائر
الواجبات فان قلت اذا وقف ليلا ولم يقف بالنهار لا يلزمه شيء بالاتفاق فلو كان لا يلزمه شيء اذا وقف نهارا ولم يقف ليلا لان الوقوف بالنهار
اصل والليل تبع قلت الوقوف المعتد به كما هو الوقوف بالنهار واريد بالليل الا ان الواجب هو الوقوف بجزء من الليل لا محالة لما قلنا من وجوب الامتداد
الى جزء من الليل ثم هو اذا وقف بالنهار دون جزء من الليل اتى بالركن دون الواجب فلزمه دم واذا وقف بالليل دون النهار لم يجب عليه شيء لان الجزء الاول
من وقوفه اعتبر ركنا والجزء الثاني لغير واجبا فلما اتى بالركن الواجب لم يلزمه شيء قوله لقوله عليه الصلاة والسلام فادفعوا بعد غروب
الشمس وجه التمسك ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بالدفع بعد غروب الشمس والامر للوجوب فلما دفع قبل الغروب يكون تاركا للواجب فيلزم الدم والدفع
من عرفات هو الافاضة منه قوله واذا عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه في ظاهر الرواية اراد به ما ذكر في الاصل بقوله فان رجع فوقف
بها بعد ما غربت الشمس لم يسقط عنه الدم وذلك لان المتروك سنة الدفع مع الامام ولم يستدرك ذلك وذكر ابن شجاع عن ابي حنيفة انه
يسقط عنه قال القدوري هو الصحيح لانه استدرك المتروك قوله واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب قال الصدر الشهيد في شرح
الجامع الصغير قال بعضهم اذا عاد قبل غروب الشمس يسقط عنه الدم لانه تدارك المتروك في وقته حين افاض بعد غروب الشمس مع الامام وقال بعضهم
لا يسقط لانه ما تدارك لحق الفائت من الوقوف فلا يتصور تداركه وقال في تحفة الفقهاء وان عاد الى عرفة قبل الغروب ثم دفع مع الامام والقوم
بعد الغروب سقط عنه الدم وقال زفر لا يسقط كما قال في مجاوزة الميقات ولو عاد الى عرفة بعد الغروب لا يسقط الدم بالاجماع يعني باجماع
جميعا ومن ذكر على رواية الاصل وانما قلنا هكذا لان فيه رواية اخرى عن ابي حنيفة وهي رواية ابن شجاع وقد مرت قبل هذا قوله ومن
ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم المراد منه وقت الوقوف بالمزدلفة بعد طلوع الفجر من يوم النحر الى ان يسفر جدا فمن حضر المزدلفة في هذا الوقت
تأدى بالوقوف ومن تركه في هذا الوقت بان جاوز المزدلفة قبل طلوع الفجر فعليه دم لترك الواجب الا اذا جاوزها ليلا لعذر بان ضعف وخاف
الزحام فلا شيء عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم رخص للضعفة ان يتعجلوا بليل قوله ومن ترك رمي الجمار في الايام كلها فعليه دم اعلم ان الرمي

بسبعين حصاة في يوم النحر بعد طلوع الفجر الشمس عند جمرة العقبة بسبع حصيات • وفي اليوم الثاني بعد الزوال باحدى وعشرين حصاة
بسبع عند الجمرة التي تلي مسجد الخيف وبسبع عند الجمرة الوسطى وبسبع عند جمرة العقبة • وفي اليوم الثالث باحدى وعشرين حصاة بعد
الترتيب • وفي اليوم الرابع وهو اخر ايام التشريق باحدى وعشرين حصاة ايضا بعد الزوال ويجوز تقديمها في هذا اليوم على الزوال عند ابي
حنيفة خلافا لهما ثم انه اذا ترك الرمي في جميع الايام يجب عليه دم لقوله عليه الصلاة والسلام من ترك نسكا فعليه دم ولانه ترك الواجب
فيجب عليه الدم لان نقائص الحج تجبر بالدم ويجزيه شاة واحدة لان جنس المتروك متحد ثم الترك انما يتحقق بغروب الشمس من اليوم الرابع فان لم يرم
الشمس بعد يرميها على الترتيب لكن يجب عليه دم عند ابي حنيفة بالتاخير وجملته ما قال الحاكم الشهيد في كافيه اذا لم يرم جمرة العقبة يوم النحر
حتى جاء الليل رماها ولا شيء عليه لان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذن للرعاة في الرمي ليلا وان لم يرم حتى يصبح من الغد رماها وعليه دم في
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يرميها ولا دم عليه وان ترك منها حصاة او حصاتين الى الغد رمى ما ترك ويتصدق لكل حصاة بنصف صاع
من حنطة على مسكين الا ان يبلغ دما فينقص ما شاء ان شاء ينقص من الدم ما شاء وان كان ترك الاكثر منها فعليه دم عند ابي حنيفة وان ترك احدى
الجمار في اليوم الثاني فعليه صدقة لانه اقلها وان ترك الرمي كله في سائر الايام الى اخر الرمي رماها على التاليف وعليه دم في قول ابي حنيفة
ولا دم عليه في قول ابي يوسف ومحمد وان تركها حتى غابت الشمس من اخر ايام الرمي سقط عنه الرمي وعليه دم واحد في قولهم جميعا • وقال الحاكم
الجليل ايضا فان بدأ في اليوم الثاني بجمرة العقبة فرماها ثم بالوسطى ثم بالتي تلي المسجد ثم ذكر ذلك من يومه قال يعيد على جمرة الوسطى وجمرة العقبة
وان رمى كل جمرة بثلاث حصيات ثم ذكر ذلك قال يبدأ فيتم الاولى باربع حصيات ثم يعيد على الثانية بسبع حصيات وكذلك على الثالثة وان
رمى كل واحدة باربع فالترتيب كل واحدة بثلاث فان استقبل رميها فهو افضل • وقال الحاكم ايضا فان رمى احدى الجمار بسبع حصيات جميعا
قال هذه واحدة يرمي بعدها بست اخرى وان رماها باكثر من سبع حصيات لم يضره تلك الزيادة وان نقص حصاة لا يدري من ايتهن نقصها اعاد على كل
منهن حصاة حصاة • قوله لم يعرف الا قربة فيها اي لان الرمي لم يعرف قربة الا في ايام الرمي وهي الايام الاربعة التي تشتمل على النحر والتشريق
قوله على التاليف يبني على الترتيب قوله ومن ترك رمي احدى الجمار الثلاث فعليه الصدقة اي ترك احدى الجمار الثلاث
من يوم وذلك لان الجمار الثلاث من يوم واحد نسك واحد فيجب بتركه كله دم وفي احدى الجمار وهي سبع حصيات لكل حصاة نصف صاع
من بر الا ان يبلغ دما فحينئذ ينقص ما شاء من الدم قوله الا ان يكون المتروك اكثر من النصف فحينئذ يلزمه الدم وهو استثناء
من قوله فعليه الصدقة اي اذا ترك الاكثر من الجمار الثلاث بان رمى ثماني حصيات وترك ثلاث عشرة حصاة يجب عليه الدم لان للاكثر حكم
الكل قوله وان ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم وهذا لان سبع حصيات في هذا اليوم جميع النسك بمنزلة الجمار الثلاث
في ايام التشريق في يوم اخر فيجب بتركه او ترك اكثرها دم كترك الجمار الثلاث جوا واكثرها في يوم اخر قوله لانه كل وظيفة هذا
اليوم رميا اي لان رمي جمرة العقبة كل وظيفة يوم النحر من حيث الرمي وانما قيد بقوله رميا احترازا عن الاعتراض الوارد عليه اذ المرتكز
كذلك بان يقال كيف قلت ان رمي جمرة العقبة كل وظيفة هذا اليوم والذبح والحلق والطواف ايضا من وظائف هذا اليوم فلما قال رميا
خرجت الاشياء المذكورة عما اراده فافهم قوله وكذا اذا ترك الاكثر منها اي يجب عليه الدم ايضا اذا ترك الاكثر من جمرة
العقبة قوله الا ان يبلغ دما استثناء من قوله تصدق لكل حصاة نصف صاع يعني اذا بلغ قيمة ما تصدق لكل حصاة قيمة الدم فحينئذ
ينقص من الدم ما شاء حتى يلزم العقوبة بين الاقل والاكثر قوله ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر فعليه دم عند ابي حنيفة وكذا اذا
اخر طواف الزيارة وقالا لا شيء عليه في الوجهين • اعلم ان الحاج اذا اخر الحلق عن ايام النحر او اخر طواف الزيارة عن ايام النحر يجب عليه الدم بالتاخير
عند ابي حنيفة خلافا لهما واصله ان تاخير النسك هل يوجب الدم ام لا فعند ابي حنيفة يوجب وعندهما لا وقد حققناه عند قوله ومن طاف
طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في اخر ايام التشريق طاهرا اما اذا اخر طواف الصدر او طواف العمرة او اخر حلق العمرة فلا شيء عليه بالتاخير
بالاتفاق لانه لا وقت لهذه الاشياء قوله في الوجهين اي في تاخير الحلق وتاخير طواف الزيارة قوله وكذا الخلاف
في تاخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي والحلق قبل الذبح اي يجب الدم عند ابي حنيفة خلافا لهما فيما اذا اخر الرمي
بان اخر رمي جمرة العقبة من اليوم الاول او الثاني او الثالث الى اليوم الرابع وكذا اذا حلق المفرد من الحج او القارن او المتمتع قبل الرمي وكذا اذا
ذبح القارن او المتمتع قبل الرمي او حلق القارن او المتمتع قبل الذبح بخلاف ما اذا ذبح المفرد قبل الرمي او حلق قبل الذبح حيث لا يجب عليه شيء لانهم
قوله ولان التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام فكذا التاخير عن الزمان يعني اذا جاوز الميقات ثم احرم يجب
عليه الدم بالاتفاق بالتاخير عن المكان فكذا اذا اخر عن الزمان قياسا عليه والجامع كون التاخير نقصانا قوله وان حلق في ايام النحر
في غير الحرم فعليه دم اي ان حلق الحاج للتحلل في ايام النحر خارج الحرم يجب عليه دم ولم يذكر في هذه المسئلة الاتفاق • وقال الصدر
الشهيد في شرح الجامع الصغير الاصح انه على الاختلاف يعني لا شيء عليه عند ابي يوسف كما لا شيء عنده اذا حلق المعتمر خارج الحرم خلافا لهما
واثبت الاختلاف في المنظومة وهذا الخلاف مبني وهو ان الحلق عند ابي حنيفة موقت بالزمان وهو يوم النحر وبالمكان وهو الحرم وعند ابي
يوسف ليس بموقت بهما وعند محمد هو موقت بالمكان دون الزمان حتى اذا حلق بعد ايام النحر في الحرم يجب عليه الدم عند ابي حنيفة
وزفر خلافا لابي يوسف ومحمد واذا حلق خارج الحرم في ايام النحر يجب عليه الدم عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وزفر
واذا حلق بعد ايام النحر يجب عليه الدم عند ابي حنيفة ومحمد وزفر خلافا لابي يوسف ولكن يتحلل في هذه الصور بالاتفاق وجه قول ابي يوسف
وزفر في المكان • قوله تعالى ليقضوا تفثهم • بيانه ان الحلق من قضاء التفث ولم يخص النص مكانا دون مكان فعلم ان الحلق ليس بموقت
بالمكان ولان الحلق للخروج من العبادة والدخول في هذه العبادة لا يختص بمكان فكذا الخروج ووجه قول ابي يوسف في الزمان ان النبي صلى الله عليه
وسلم ما سئل يومئذ عن شيء قدم او اخر الا قال افعل ولا حرج فعلم ان الحلق ليس بموقت بالزمان ووجه قول محمد ان اختصاص المناسك بالمكان

فوق اختصاصها بالزمان ولهذا يتقيد بعض المناسك القضاء في غير وقته ولا يقبل القضاء في غير مكانه ولان عبادة الحج شرعت زيادة
او شرف للبقاع فصار المكان اصلا والزمان امرا زائدا فجعل الاصل مضمونا دون الزائد • ووجه قول ابي حنيفة وزفر في الزمان ان النبي
صلى الله عليه وسلم حلق في هذه الايام فدل على ان الحلق موقت بهذه الايام لانه قال عليه الصلاة والسلام خذوا عني مناسككم والامر
للوجوب وكذا حلق رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنى فدل على انه موقت بالمكان ولانه نسك مفعول في حال الاحرام فيتوقت بالمكان
والزمان قياسا على الرمي والوقوف والطواف الا ان زفر خالف ابا حنيفة في المكان لما قال ابو يوسف في المكان انما الحلق في العمرة فليس بموقت
بالزمان بالاجماع لان اصل العمرة ليس بموقت بالزمان حيث يجوز اداؤها في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فعلها فيها وسيجيء ذكرها في باب
الفوات فكذا لا يتوقت ما يترتب عليه من الحلق والتقصير بخلاف المكان فان العمرة موقتة به فكذا الحلق والتقصير يتوقت بالمكان عند
ابي حنيفة ومحمد تابعيه(?) قوله وقيل هو بالاتفاق اي وجوب الدم فيما اذا حلق الحاج خارج الحرم بالاتفاق والاختلاف فيه
لابي يوسف لان السنة جارية بحلق الحاج بمنى وهي في الحرم فدل ان الحلق في الحج يختص بالمكان وهو الحرم قوله لان النبي صلى الله
عليه وسلم واصحابه احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم الحديبية بالحاء المهملة المضمومة بعدها الدال المهملة المفتوحة بعدها
الياء الساكنة المنقوطة بنقطتين من تحت بعدها الباء المكسورة المنقوطة بنقطة تحتانية بعدها الياء المشددة اسم موضع ويجوز استعمالها
بالتخفيف هذا الذي قاله دليل ابي يوسف على ان الحلق لا يختص بالحرم ولكن هذا الاستدلال لا نظر لان المحصر لا حلق عليه عندهما وانما
اريد به تحقق التحلل بتاخير نحر مكة وربما يحتج ابو يوسف بان الحلق محلل من حيث جناية ولا يتعلق ذلك بالحرم من حيث جنايته
فكذلك من حيث هو محلل قوله ولنا ان الحلق لما جعل محللا صار نسكا اي بيانه ان الحلق لما جعل محللا صار نسكا لكونه نسكا
ليس معقول المعنى فاختص بالحرم كالذبح ويقال الوقوف بعرفات ايضا نسك لانه معقول المعنى ومع هذا لم يختص بالحرم لان ذلك اختص
بعرفات تحقيقا لمعنى الابتلاء بان يخرجوا من حرم الله تعالى الى ان يؤذن لهم بالدخول الى الحرم بعد الغفران او نقول لما جعل الحلق محللا صار
من الواجبات كالسلام في الصلاة فانه محلل فيه ومع هذا يعتبر واجبا ولهذا لو تركه ساهيا يجب سجود السهو فلما صار الحلق واجبا اختص بالحرم
كالذبح قوله وبعض الحديبية الحرم فلعلهم حلقوا فيه هذا جواب عما قال ابو يوسف ان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه
احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم فاجاب عنه بهذا يعني ان بعض الحديبية الحرم فيحتمل ان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله
عنهم حلقوا في ذلك البعض الذي هو من الحرم قوله لا يتوقت به اي الزمان قوله لانه موقت به اي لان الاصل وهو
العمرة وهو الطواف والسعي يتوقت بالمكان وهو الحرم فكذا ما يترتب عليه وهو الحلق والتقصير قوله قال فان لم يقصر
حتى رجع وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا اي قال في الجامع الصغير فان لم يقصر المعتمر حتى عاد الى الحرم وقصر في الحرم فلا شيء عليه في قولهم جميعا لانه تدارك
المتروك في مكانه وذكر العود الى الحرم من خواص الجامع الصغير قوله فان حلق القارن قبل الذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة
دم بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول ولا يجب بسبب التاخير شيء
على ما قلنا وارادوا بالاول دم القران لانه الواجب اولا على القارن لكن لفظه يوهم انه اراد به الدم الواجب بالحلق في غير اوانه واشار بقوله
على ما قلنا الى ما قال قبل هذا ان الفائت مستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء شيء اخر وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير وانما وضع محمد المسئلة في القارن
احترازا عن المفرد فان المفرد اذا حلق قبل ان يذبح فلا شيء عليه بالاتفاق • وبه صرح الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وذلك لان المفرد لا ذبح
عليه فلا يتصور تاخير النسك وتقديمه بالحلق قبل الذبح • وذكر الصدر الشهيد حسام الدين في شرح الجامع الصغير حكم هذه المسئلة كما ذكر
صاحب الهداية • وذكر الامام البزدوي في شرح الجامع الصغير خلاف ذلك فقال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في قارن حلق قبل ان يذبح
قال عليه دمان وقال ابو يوسف ومحمد ليس عليه الا دم القران وهذا لما تقدم ان تاخير النسك عن وقته يوجب الدم عند ابي حنيفة وههنا لما حلق
قبل الذبح فقد ترك التقديم والترتيب فقد قدم نسكا واخر اخر فوجب به دم واحد ودم القران وعندهما الاول لا يجب هذا لفظ فخر الاسلام
البزدوي في كتابه ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير كما ذكر البزدوي وكذلك ذكر العتابي ايضا وهو الصواب وقد خبط صاحب الهداية لانه
جعل الدمين جميعا للجناية وجعل في باب القران احدهما للشكر والاخر للجناية ولا يقال يعني انه يجب عليه الدمان للجناية سوى دم القران
لان القارن يجب عليه لاجل الجناية واحدة لانا نقول انما يجب عليه دم واحد للجناية لانه لم يدخل بالحلق قبل الذبح نقص في عمرته لانه انما هو
الركن في العمرة وما هو الواجب ولهذا لا يجب عليه الا دم واحد اذا افاض قبل الامام لان الوقوف لا تعلق للعمرة به وما هو الواجب وكذا اذا طاف
طواف الزيارة جنبا او محدثا ثم رجع الى اهله يجب عليه دم واحد كالمفرد ففي الاول بدنة وفي الثاني شاة لانه لم يدخل نقصا في العمرة
هكذا ذكر الناطفي في الاجناس حكم مسئلة الافاضة والطواف قوله لما كانت الجناية على الصيد نوعا خاصا من افراد المتقدم من
انواع الجنايات اوردها في فصل على حدة للمغايرة في النوع ووصله بما تقدم للاتحاد في الجنس قوله اعلم ان صيد البر حرام
على المحرم وصيد البحر حلال والاصل فيه قوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ومعنى الاية
احل لكم مصيد البحر ماكولا كان او غير ماكول متاعا لكم مفعول له اي احل لكم طعامه تمتيعا للمقيمين ياكلونه طريا وللسيارة يتزودونه قديدا
كما تزود موسى الحوت في مسيره الى الخضر حرما اي محرمين • ثم اعلم ان الصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش باصل الخلقة انما قيد به وانما
هو على نوعين بري ومائي فالبري ما يكون توالده في البر سواء كان مثواه في البر او الماء والمائي ما يكون توالده في الماء سواء كان مثواه في الماء
او في البر كالضفدع وذلك لان التوالد اصل والكينونة بعد ذلك عارض فيعتبر الاصل دون العارض • ثم اعلم ان صيد البر كله حرام على المحرم
لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ولقوله تعالى ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله ايديكم ورماحكم ولقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقتلوا الصيد
وانتم حرم والماكول المباح وما ليس بماكول اللحم وغير ماكول اللحم سواء في ذلك لعموم اسم الصيد الا ما اباح الشرع بقتله من الفواسق وما في معناها

فلا شيء عليه عندنا وسيجيء بيانها ان شاء الله تعالى ولهذا اذا قتل الصيد دفاعا عن نفسه اذا صال عليه لا يجب عليه شيء لان الشرع اذن له
في قتله في هذه الحالة بخلاف الجمل اذا صال فقتله حيث يجب عليه قيمته لان صاحب الحق لم يأذن له في قتله ٥ وروي عن ابي يوسف في
شرح الطحاوي انه لا يضمن في الجمل الصائل ايضا وبه اخذ الشافعي اما اذا قتل انسانا حمل عليه بسلاح دفاعا عن نفسه فلا شيء عليه بالاجماع قوله
واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلم ان الخمس الفواسق لما حل قتلها بالحديث خرجت عن حكم حرمة قتل الصيد بمجاز اطلاق الاستثناء لوجود
معناه وان لم توجد صورته قوله وهو المروي عن ابي يوسف قال في الايضاح قال ابو يوسف الغراب المستثنى ما يأكل الجيف لانه هو
الذي يبتدي بالاذى قوله بالاذى قال واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اي قال القدوري اذا قتل المحرم صيدا
يجب عليه الجزاء وكذا اذا دل عليه انسانا بان قال ان في مكان كذا صيدا فقتله المدلول يجب على الدال الجزاء سوى كان المدلول محرما او حلالا
اما الجزاء في القتل فمجمع عليه لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم واما وجوب الجزاء
في الدلالة فهو مذهبنا ٥ وقال الشافعي لا شيء عليه لان الله تعالى اوجب الجزاء في القتل بقوله ومن قتله منكم الاية والدلالة ليست بقتل فلا يجب
منه الجزاء فصار كما اذا دل حلال حلالا على صيد الحرم حيث لا يجب على الدال شيء لانه لا اتصال للدلالة بالمحل ٥ ولنا حديث ابي قتادة وهو ما روي عن
ابي قتادة قالوا يا رسول الله انا كنا احرمنا وقد كان ابو قتادة لم يحرم فرأينا حمر وحش فحمل عليها ابو قتادة فعقر منها اتانا فنزلنا فاكلنا من لحمها ثم
قلنا انأكل لحم صيد ونحن محرمون فحملنا ما بقي من لحمها فقال منكم احد امره ان يحمل عليها او اشار اليها قالوا لا قال فكلوا ما بقي من لحمها او ما هو في
ذكره في الصحيح البخاري في باب الاحرام فعلم ان الدلالة من محظورات الاحرام فيجب على الدال الجزاء لارتكابه محظور احرامه ٥ وقال الامام ابو
نصر البغدادي روى محمد عن الحسن عن ابي يوسف عن داود بن ابي هند عن بكر بن عبد الله المزني قال اتى عمر بن الخطاب رجل فقال يا امير المؤمنين اني
اشرت الى ظبي فقتله صاحبي فقال عمر لعبد الرحمن بن عوف ما ترى قال عليه شاة فقال عمر وانا ارى مثل ذلك وعن علي وابن عباس ان محرما
اشار الى حلال ببيض نعام فكسره فجعل عليه علي بن ابي طالب وابن عباس جزاءه قال محمد بن الحسن في الاصل على الدال الجزاء ثم قال بلغنا ذلك عن ابن
عباس وكذلك عن عمر وعثمان وعلي ٥ وروي عن عطاء بن ابي رباح وهو تلميذ ابن عباس من فقهاء التابعين بمكة اجمع الناس على ان على الدال
الجزاء ٥ قال الطحاوي ولم يرو عن احد من العلماء الصحابة خلاف ذلك فصار ذلك اجماعا ولانه امر ثبت خلاف القياس فقول الصحابي
في مثله يحمل على السماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الدلالة من محظورات الاحرام بلا خلاف لحديث ابي قتادة د
او لان الصيد يحصل له الامن ببعده وتواريه عن اعين الناس وبالدلالة يفوت ذلك الامن فيجب عليه الضمان لارتكاب محظور الاحرام
ولان المحرم التزم ترك التعرض للصيد فلما ترك ما التزمه من ترك التعرض بالدلالة وجب عليه الضمان كالمودع اذا دل سارقا على
الوديعة بخلاف الحلال اذا دل لانه لم يلتزم ترك التعرض فلا ضمان عليه لهذا المعنى ٥ ولا يقال ينبغي ان يجب الجزاء على الحلال ايضا اذ الحلال
ملتزم ايضا ترك التعرض لصيد الحرم بالاسلام لانا نقول الاسلام ليس بكاف في ايجاب الضمان بل التزام الامان بعقد خاص هو المعتبر
ولهذا اذا دل الاجنبي سارقا الوديعة ايضا لا يجب على الاجنبي ضمان وان كان الاسلام موجودا والتحقيق في هذا الباب ان نقول ان الضمان
للفعل فيما اذا كان الدال محرما لا ضمان المحل ولهذا اذا اشترك محرمان في قتل صيد يجب على كل واحد منهما جزاء كامل بخلاف ما اذا كان الدال
حلالا فان الضمان ضمان المحل ولهذا اذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم يجب عليهما جزاء واحد وبالدلالة لم يتصل بالمحل شيء فلا يجب
على الدال الحلال او نقول لا نسلم ان قياس الدال المحرم على الحلال الدال في عدم وجوب الجزاء صحيح لانه روي في شرح مختصر الكرخي وغيره عن ابي يوسف
وزفر ان الحلال اذا دل على صيد الحرم يكون عليه الجزاء ايضا قوله والدلالة الموجبة للجزاء ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد وان
يصدقه في الدلالة حتى اذا كان المدلول عالما بالصيد قبل الدلالة فقتله بعد الدلالة فلا شيء على الدال ولكن يكره له الدلالة وكذا اذا دله
فلم يصدقه ودل الاخر وقتل الصيد يجب الجزاء على الثاني لا على الاول لان حكم الدلالة الاولى سقط بالتكذيب ووجب الضمان على الثاني ٥ وقال
اصحابنا اذا امر محرم رجلا بقتل صيد فامر المامور اخر فالضمان على الامر الثاني اذا كان محرما لان المامور الاول لم يفعل ما امره به المحرم الاول لانه امره
بقتل الصيد ولم يأمره بالدلالة والمامور الثاني فعل ما امره به الامر الثاني فلذلك لزمه الضمان وقالوا لو دل المحرم على صيد فتحول ثم راه
المدلول فلا جزاء على الدال لان حكم الدلالة ثبت باتصال فعل المدلول به فصار كالمنشئ في هذه الحالة لانه امر بالدلالة الموجودة حال الاحرام
قوله ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا يعني اذا دل حلال على صيد الحرم لا يجب عليه شيء لما قلنا انه لا التزام من جهته
للامتناع عن التعرض قوله وسواء في ذلك العامد والناسي اي سواء في وجوب جزاء الصيد العامد والناسي ٥ قال الشيخ ابو الحسن
القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قال اصحابنا العامد في قتل الصيد والخاطئ سواء في وجوب الجزاء وهو قول عمر بن الخطاب وعبد الرحمن بن عوف وانس
بن مالك وسعد بن ابي وقاص والحسن البصري وقال ابن عباس لا جزاء على الخاطئ ٥ ولنا انه ضمان يجب بسبب الاتلاف فيستوي فيه العامد والخاطئ
والناسي كما في صيد المملوك وسائر غرامات الاموال قال في الكشاف فان قلت محظورات الاحرام يستوي فيها العمد والخطأ فما بال التعمد مشروطا في
الاية قلت لان مورد الاية فيمن تعمد فقد روي انه عن لهم في عمرة الحديبية حمار وحش فحمل عليه ابو اليسر فطعنه برمحه فقتله فقيل له انك قتلت
الصيد وانت محرم فنزلت والتحقيق فيه ان الله تعالى لان الخاطئ لا يستحق الوعيد وليس قيد الوعيد العمد لان الخاطئ لا يجب عليه الجزاء الا شرعي
الى ما قال في الكشاف عن الزهري نزل الكتاب بالعمد ووردت السنة بالخطأ وراى في بعض التفاسير ان ابا اليسر عمرو بن مالك الانصاري د
وقال ابن شاهين في المعجم ابو اليسر كعب بن عمرو وهو الصحيح لان مسلما قال في الكنى ابو اليسر كعب بن عمرو شهد بدرا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
انتهى قوله والمبتدي والعائد سواء لان الموجب لا يختلف اراد بالمبتدي الذي قتل الصيد مرة وبالعائد الذي قتل مرة
بعد مرة قال ويستويان في وجوب الجزاء لان الموجب للضمان وهو الاتلاف لا يختلف بالابتداء والعود لا يمنع الجزاء في الحالين كالصيد المملوك ٥ قال صاحب
الكشاف اختلف في وجوب الكفارة على العائد فعن عطاء وابراهيم وسعيد بن جبير والحسن وجوبها وعليه عامة العلماء وعن ابن عباس وشريح انه لا كفارة عليه

وقال داود الاصفهاني لا كفارة عليه لقوله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه ٥ بيانه ان الله تعالى جعل جزاء العائد الانتقام لا الكفارة ولنا
ما بينا ان الجواب عن تمسك داود بالاية ان نقول ان الكفارة انما لم تذكر في الاية لان الكفارة مستفادة من اول الاية فلا حاجة الى ذكرها ثانيا
او نقول المراد به ومن عاد الى الفعل المنهي بعد علمه بالنهي فينتقم الله منه وليس معناه من عاد الى قتل الصيد ثانيا يدل عليه ان ذلك مذكور لقوله تعالى في اية الربا
فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وامره الى الله ومن عاد فاولئك اصحاب النار اي من عاد الى الفعل بعد العلم بالنهي فلا يتعين الحجة حجة د
قوله والجزاء عند ابي حنيفة وابي يوسف ان يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه او في اقرب المواضع منه اذا كان في برية فيقومه ذوا عدل اعلم
ان المحرم اذا قتل صيدا ماكول اللحم يجب عليه جزاؤه يقومه رجلان عدلان من لهما معرفة في قيمة الصيد في المكان الذي قتل الصيد فيه ان كانت للصيد
قيمة في ذلك المكان والا فيقوم في اقرب الاماكن الذي له قيمة فيه فبعد ما عين القيمة الخيار الى القاتل ان شاء صرف القيمة الى الهدي ان بلغت به
وان شاء صرفها الى الاطعام فيتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من شعير او تمر وان شاء صرفها الى الصيام فصام مكان كل نصف صاع من
بر او مكان صاع من شعير او تمر يوما فان فضل منه فهو بالخيار ان شاء صام عنه يوما وان شاء تصدق به لان صوم نصف اليوم لا يجوز وهذا د
مذهب ابي حنيفة وابي يوسف ٥ وقال محمد الخيار الى الحكمين ان شاء احكما عليه هديا وان شاء احكما عليه صياما وليس للقاتل ان يخرج عن حكمهما
فان حكما عليه هديا نظرا الى نظيره من النعم الاهلي فيجب عليه ذلك سواء كانت قيمة النظير اقل او اكثر فيجب في الظبي شاة وفي الارنب عناق او جدي د
وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة وان لم يكن له نظير كالحمام والعصفور ونحوهما يشتري بقيمة المقتول هديا يذبحه في الهدي للحرم
فان حكما عليه طعاما او صياما فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف وحاصل الخلاف في موضعين احدهما ان الخيار الى القاتل عندهما وليس للحكم الا تعيين
القيمة وعند محمد الخيار الى الحكمين ٥ والثاني تجب القيمة فيما له نظير او لم يكن له نظير عندهما ٥ وقال محمد تجب النظير فيما له نظير واما
فيما لا نظير له تجب القيمة بالاتفاق كذا ذكره الطحاوي قول محمد وهو قول الشافعي ٥ وذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي عن محمد ان الخيار الى القاتل
عند محمد لكن اذا اختار الهدي اخرج نظير المقتول في الخلقة ان كان له نظير وجه قول محمد في اعتبار النظير ٥ قوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا
فجزاء مثل ما قتل من النعم ومثله ما يشبهه في الخلقة ولهذا حكم الصحابة في النعامة بالبدنة وفي الظبي بالشاة وفي الارنب بالعناق ووجه قولهما
ان الله تعالى قال يا ايها الذين امنوا لا تقتلوا الصيد وانتم حرم لا شك ان الصيد اسم عام يتناول ما له مثل في الخلقة وما ليس له ذلك ٥ ثم
قال بعد ذلك ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم والضمير البارز راجع الى قتله الى الصيد المذكور فلما كان كذلك قلنا ان المراد بالمثل
المذكور هو المراد بالمثل من حيث القيمة لان الله تعالى اوجبه في قتل الصيد المثل سواء كان للصيد نظير او لم يكن له نظير والمماثلة فيما ليس له نظير لا تكون
الا من حيث القيمة فعلم ان الله تعالى اراد بالمماثلة المماثلة معنى وهو القيمة لا المماثلة من حيث المعنى والصورة لان ذلك لا يمكن فيما لا نظير له او نقول
لا يخلو اما ان يكون المراد من المثل ما هو المثل من حيث الصورة والمعنى وهو المثل من حيث الخلقة والصورة او من حيث المعنى لا الصورة
وهو المثل من حيث القيمة وقد اريد الثاني من حيث الاجماع فيما ليس له نظير فلا يكون الاول مرادا لان المشترك لا عموم له في موضع الاثبات او نقول لا مثل
في ضمان الاتلاف او تعتبر المماثلة صورة ومعنى او معنى بلا صورة واما اعتبار الصورة بلا معنى فلا لانه ليس له نظير في الشرع او نقول المراد د
لا يكون له مثلا ولا انتفاء لحيوان اخر اذا كان من جنسه فكيف يكون مثلا له اذا كان من غير جنسه ومعنى قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم اي د
فعليه جزاء المثل ما قتل اي مماثل المقتول من النعم الوحشي وحاصله من بيان لما قبله لا للمثل او نقول المراد من المثل المذكور هو المثل من حيث القيمة بدليل
قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم اي عدلان مثل ما قتل العدل لانه لو كان المراد من حيث الخلقة لم يحتج فيه الى حكم عدلين لانه يعرفه كل احد من الناس المتامل
وانما يحتاج اليهما في القيمة التي تتفاوت بحسب المكان والزمان ووجه قول محمد في التخيير ان الله تعالى ذكر حكم الحكمين ثم اثبت الخيار بعد ذلك بكلمة او
بقوله او كفارة طعام مساكين او عدل ذلك صياما فالاية تدل على ان الخيار الى الحكمين ٥ ولهما ان التخيير شرع رفقا وتيسيرا لمن عليه الواجب فيكون الخيار الى
القاتل لا الى الحكمين والاية تدل على ما قلنا ايضا لانه لو كان الخيار الى الحكمين لكان قوله او كفارة منصوبا وكذا قوله او عدل ذلك ينبغي ان يكون د
منصوبا على ذلك التقدير عطفا على قوله هديا لما لم يكن منصوبا بل كان مرفوعا علم انه معطوف على قوله تعالى فجزاء لان العطف يقتضي الاشتراك
في الاعراب اي فعليه جزاء مثل المقتول عليه الجزاء في قيمته او عليه كفارة طعام مساكين وعليه صيام ٥ قلت يجوز ان يكون الكفارة معطوفة
على مثل بالرفع على القراءة الكوفية اي فعليه جزاء هو مثل المقتول هديا او صيام وقد بينا تفصيل الطعام والصيام ٥ وقوله تعالى هديا يجوز ان يكون د
حالا عن الضمير في به والضمير راجع الى المثل ويجوز انتصابه على التمييز وبالغ الكعبة صفة لهديا ونحو ذلك كقوله الى محل بالغ الحرم اما اوجب
الله تعالى على قاتله مثل الصيد جزاء كان اوثق عند العرب جزاء الخير الثواب وجزاء الشر العقاب هذا كله في ماكول اللحم فاما في غير ماكول
اللحم الا انه لا يجاوز به من الهدي في ظاهر الرواية وذكر الكرخي انه لا يجاوز به شاة ويتغير من ذلك بخلاف ماكول اللحم فانه قيمته يجب
بالغة ما بلغت وان بلغت قيمته هديين قوله وفي الارنب عناق والعناق الانثى من اولاد المعز قوله وفي اليربوع
جفرة واليربوع اسم حيوان من الحشرات فوق الجرذ والذكر والانثى في ذلك سواء والجفرة الانثى من اولاد المعز اذا بلغت اربعة اشهر
قوله كقولهما اي قول محمد كقول شيخيه من ساده ذلك قوله يعب ويهدر العب شرب الماء بلا مص وهو جرعه جرعا
متتابعا كما تجرع الدواب وجاء في الحديث الكباد من العب ويهدر اي يصوت قوله ولا يمكن الحمل عليه اي على المثل صورة ومعنى
لان الحيوان لا يكون مثلا لحيوان الموجود صورة ومعنى اذا كان من جنسه فكيف اذا كان من غير جنسه قوله لانه معهود في الشرع
اي لكون المثل معنى معهودا في الشرع كما اذا اتلف انسان ثوب غيره فانه يجب عليه قيمته واما اعتبار الصورة بلا معنى فغير معهود في اصول الشرع
قوله او لكونه مرادا بالاجماع يعني ان المثل من حيث المعنى مراد من المثل بالاجماع فيما ليس له نظير فلا يكون هو المراد فيما له نظير ايضا لان
المشترك لا عموم له في موضع الاثبات قوله او لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص يعني حمل النص على المثل معنى لما في المثل معنى يلزم
العموم لانه يعم ما له نظير وما ليس له نظير وفي الحمل على مثله صورة وخلقة يلزم الخصوص لانه لا يعتبر الا فيما له نظير لا فيما لا نظير له فكان اولى

التخصيص لانه لا يكون الا مخصص وعارض **قوله** واسم النعم يطلق على الوحشي والاهلي كذا قاله ابو عبيدة والاصمعي في بعض النسخ ابو عبيد بدل ابو عبيدة والاول اصح لان ابا عبيدة هو معمر بن المثنى التيمي من تيم قريش واما ابو عبيد فهو القاسم بن سلام الهروي صاحب كتاب غريب الحديث وغريب المصنف فلو كان المراد الثاني كان ينبغي ان يذكره بعد الاصمعي لانه شيخ ابي عبيد القاسم بخلاف ابي عبيدة معمر التيمي فانه شيخ الهروي ايضا الا ان الهروي يقدم ذكره يقول سمعت الاصمعي يقول كذا او سمعت ابا عبيدة يقول كذا وذكر العيني في تفسير قوله بهيمة الانعام من الابل والبقر والغنم والوحوش كلها • وانما قال صاحب الهداية واسم النعم يطلق على الوحشي والاهلي دفعا لسؤال يرد بان يقال ذكر بقوله من النعم بيانا لما واسم النعم يراد به الاهلي ولا يجب بقتل الاهلي شيء فاجاب بان النعم يراد به الوحشي ايضا بقول اهل اللغة فيصلح بيانا لما **قوله** والمراد بما روي التقدير دون ايجاب العين اي المراد بما روي محمد من قوله عليه الصلاة والسلام في الضبع شاة التقدير من حيث القيمة لا ايجاب عين الشاة يعني النبي صلى الله عليه وسلم قدر السبع من حيث القيمة بالشاة وهذا لانه لا مماثلة بين الضبع والشاة من حيث الخلقة وهذا ظاهر وانما المماثلة بينهما قدرت من حيث القيمة **قوله** قيل ذكر ابو حنيفة وابو يوسف يعني ان حكم دوا عدل بالطعام او بالصيام يكون الامر عند محمد والشافعي كما قال ابو حنيفة وابو يوسف يعني يعتبر المثل من حيث المعنى بايجاب القيمة **قوله** لهما ان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه اي لابي حنيفة وابي يوسف ان التخيير بين الكفارات الثلاث وهي الهدي والاطعام والصيام شرع لاجل الرفق بمن وجب عليه الجزاء وهو قاتل الصيد فيكون الخيار الى القاتل كما في كفارة اليمين حيث يكون الخيار الى الحالف عند اختيار احد الاشياء الثلاثة من الاطعام والكسوة والتحرير لان الخيار للرفق للحالف فكذا هنا **قوله** لانه تفسير اي لان قوله هديا تفسير لحكم الحكمين في قوله يحكم واراد بالتفسير التمييز **قوله** او نقول حكم الحكمين يحكم بالجزاء او عدله هديا **قوله** الكفارة عطفت على الجزاء اي عطفت على قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم وهذا لان العطف يقتضي الاشتراك في الاعراب كما قلنا في الاعراب كما قلنا **قوله** بدليل انه مرفوع اي بدليل ان الكفارة مرفوع انما ذكر ضمير الكفارة على تاويل المعطوف **قوله** وانما يرجع اليهما في تقويم المتلف يعني ان الحاجة في الرجوع الى الحكمين في تقويم المتلف لان القيمة امر يقع فيها الاختلاف اما اعتبار النظير من حيث الخلقة فانه لا يحتاج فيه الى الحكمين لان ذلك معلوم بالحس والمشاهدة **قوله** من الاختيار بعد ذلك الى من عليه اي الاختيار بعد تقدير الحكمين الى من عليه الجزاء لا الى الحكمين وتقدير حقيقته **قوله** في المواضع اي في المواضع الذي قتل الصيد فيه **قوله** وقيل يعتبر المعنى هنا بالنص اي اشتراط بكون الحكمين في جزاء الصيد لقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم • قال في الكشاف عن قبيصة انه اصاب ظبيا وهو محرم فسال عمر فشاور عبد الرحمن بن عوف ثم امره بذبح شاة فقال قبيصة لصاحبه والله ما علم امير المؤمنين حتى سال غيره فاقبل عليه ضربا بالدرة وقال اتغمص الفتيا وتقتل الصيد وانت محرم قال تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فانا عمر وهذا عبد الرحمن قال ابو عبيد معنى اتغمص الفتيا احتقرها وتطعن فيها • ومنه يقال للرجل اذا كان مطعونا عليه في دينه انه لمغموص وهو بالصاد المهملة • وقال شيخ الاسلام الزاهدي في شرح الكافي وعلى طريقة القياس يكفي الواحد للتقويم وان كان المثنى احوط ولكن يعتبر حكومة المثنى بالنص **قوله** والهدي لا يذبح الا بمكة لقوله عز وجل هديا بالغ الكعبة انما جاز ان يقع بالغ الكعبة صفة للنكرة لان الاضافة لم تفد التعريف لانها غير محضة • قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فان اشترى بذلك هديا فذبحه في الحرم سقط الجزاء عنه بمجرد الذبح حتى انه لو سرق بعد الذبح او هلك او ضاع او من الوجوه قبل التصدق سقط الجزاء عنه وكذلك لو لم يسرق وتصدق به بعد الذبح على فقير واحد اجزاه ولا يجب عليه التفريق وان ذبحه في الحل لم يسقط عنه الجزاء بالذبح الا اذا تصدق بلحمه على الفقراء على كل فقير قدر قيمته نصف صاع من الحنطة فيجزيه بدلا من الطعام **قوله** ويجوز الاطعام في غيرها اي في غير مكة • وقال الشافعي لا يجوز الاطعام على فقراء غير مكة لان الهدي لا يجوز في غيرها اي في غير مكة فكذا الاطعام قياسا عليه لان المقصود هو التوسعة على سكان الحرم • ولنا ان التصدق قربة معقولة في كل زمان ومكان فيجوز التصدق والاطعام بمكة وغيرها علا باطلاق النص وهو قوله تعالى او كفارة طعام مساكين بخلاف الهدي فان التصدق قيد بكونه بالغ الكعبة فلا يجوز في غير الحرم ولهذا الكونه اراقة الدم قربة غير معقول المعنى يختص بمكان او زمان وقياس الشافعي ضعيف من وجهين احدهما انه قياس بخلاف النص فيكون علته لا يقال • والثاني ان القياس انما يصح اذا لم يكن المقيس منصوصا والاطعام منصوص في الآية وهذا الرجحان في ضعف قياس الخصم ابحثهما الخاطر في هذا المقام • قال في شرح الطحاوي ويجوز في الاطعام طعام الاباحة والتمليك **قوله** والصوم يجوز في غير مكة وهذا لان النص مطلق وهو قوله تعالى او عدل ذلك صياما ولان الصوم قربة في كل مكان وهذا ظاهر فكان في مكة وغيرها • وقال في شرح الطحاوي ويجوز والصوم يجوز متتابعا ومتفرقا **قوله** فان ذبحه بالكوفة اجزاه عن الطعام معناه اذا تصدق وهذا بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه يعني اذا ذبح الهدي بغير مكة لا يجوز عن الهدي ولكن يجوز لاجل الطعام بشرط ان يتصدق على كل فقير بلحم قدر قيمته نصف صاع من حنطة لان الاراقة بمكان بغير الحرم لا تنوب عنه اي لا تجزي عن الهدي **قوله** واذا وقع الاختيار على الهدي يهدي ما يجزيه في الاضحية يعني يكون الهدي سليما من العيوب التي تمنع جواز الاضحية كالعور والعرج ونحوهما لاشتراط ذلك في الاضحية لانه ذبح واجب كالاضحية ولا يجوز ما دون الجذع من الضان والثني من المعز وهو الذي اتى عليه سنة • قال صاحب الايضاح ولا يجوز صغار النعم في الجزاء الا على وجه الاطعام وقال محمد والشافعي انه يجوز لان الصحابة رضي الله عنهم حكموا في الارنب بعناق وفي اليربوع بجفرة وانا نقول الواجب ما ينطلق عليه اسم الهدي ومطلق اسم الهدي لا يتناول ذلك على سبيل الاصالة • وذكر شيخ الاسلام قول ابي يوسف مع محمد فقال واذا اختار الهدي فانما يهدي ما يجزي في الاضحية وهو الجذع من الضان اذا كان عظيما او الثني من غيرها عند ابي حنيفة وقالا يجوز بالصغير وهو العناق من المعز • وقال في شرح الكرخي فاذا اختار القاتل اخراج الهدي صرف القيمة اليه فان فضل منها ما لا يبلغ هديا كان مخيرا فيه ان شاء صرفه الى الاطعام وان شاء الى الصوم كالصيد الصغير الذي لا يبلغ قيمته **قوله** واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا • قال الامام حميد الدين الضرير في شرحه المراد من قوله عندنا عند ابي حنيفة وابي يوسف بناء على ان الجزاء يجب عند محمد باعتبار الصورة وعندهما باعتبار المعنى

وقال بعض الشارحين وفيه نظر عندي لان قوله عندنا احتراز عن قول الشافعي لا عن قول محمد • الا ترى الى ما قال في شرح مختصر الكرخي بقوله قال اصحابنا ان الاطعام بدل عن الصيد • وقال الشافعي بدل عن النظير • وقال في الايضاح والاطعام بدل عن الصيد يقوم الصيد بالطعام وقال الشافعي بدل عن النظير يجب شاة ويقوم الشاة بالطعام • وقال في شرح الاقطع قال اصحابنا اذا اختار الاطعام اخذ بقيمة المقتول وقال الشافعي بقيمة النظير وهذا لان المضمون هو الصيد المقتول فتعتبر قيمته لا قيمة نظيره • ولهذا قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير واذا وجبت القيمة عند محمد فانما يعتبر قيمة المتلف وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه هو المضمون • وعند الشافعي تجب قيمة المثل لانه المشروع والجواب انه خلاف القياس من كل وجه لما قلنا • الا ترى ان المراة اذا قتلت رجلا ثم بطل القود وجبت دية المقتول لا دية القاتلة لما قلنا ان الواجب بدل المضمون الى هنا لفظ فخر الاسلام **قوله** ولا يجوز ان يطعم المسكين اقل من نصف صاع لان الطعام المذكور ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع وهو نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير وهذا هو امثالنا في تقدير الكفارات **قوله** وان اختار الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم يعني اذا اختار القاتل الصوم في جزاء الصيد لا يقوم المقتول بالصوم لان الصوم لا قيمة له بل يقوم المقتول بالطعام اولا ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر يوما • وقال الشافعي يصوم عن كل مد يوما • لنا ان الكفارة في التخيير بين الصوم والاطعام لم يجز ان يصوم عن كل مد يوما لانا ان كفر بين الصوم والاطعام ولم يجز ان يصوم عن كل مد يوما كما في فدية الاذى وقد روي عن ابن عباس انه يصوم عن كل نصف صاع يوما كذا نقله القدوري في شرحه **قوله** والتقدير على هذا الوجه معهود في الشرع اي تقدير يوم بنصف صاع من بر **قوله** وكذا اذا كان الواجب دون طعام مسكين يطعم قدر الواجب او يصوم يوما يعني اذا كان الواجب في الاصل اقل من طعام مسكين بان كان قيمة المقتول اقل منه فهو مخير ان يطعم ذلك القدر ومن ان يصوم يوما كاملا كما اذا فضل من الطعام اقل من طعام مسكين لما قلنا اي لان الصوم اقل من نصف يوم غير مشروع **قوله** ولو جرح الصيد او نتف شعره او قطع عضوا منه ضمن ما نقصه يقال نقص الشيء نقصانا ونقصه غيره نقصا وانما يضمن ما نقصه اعتبارا للبعض بالكل بيانه ان كل مضمون يكون البعض مضمونا • الا ترى ان من اتلف عضوا من اعضاء انسان يضمن كما اذا اتلف كله **قوله** اعتبارا للبعض بالكل **قوله** ولو نتف ريش طائر او قطع قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة والريش جمع ريشة وهي للجناح والقوائم للارجل فخرج من حيز الامتناع اي خرج من حد كونه ممتنعا يقال صيد ممتنع اذا كان بحيث لا يقدر احد على التعرض فيه وانما تجب عليه قيمة الصيد كاملة اذا نتف الجناح من الصيد او قطع الارجل لانه فوت الامن لان الصيد هو الممتنع المتوحش باصل الخلقة ولم يبق بعد نتف الجناح وقطع الارجل ممتنعا فصار كانه اتلف الصيد فيضمن قيمته كما اذا نتف قوائم غير الادمي • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي وان نتف ريش صيد او قلع سن ظبي فنبت وعاد الى ما كان او ضرب عين ظبي فابيضت ثم انجلى البياض • قال ابو حنيفة في سن الظبي لا شيء عليه فيه اذا نبت ولم يطلب في غيره شيئا • وقال ابو يوسف عليه صدقة لاجل الالم وان انعدم في حق الحال لما ان الجناية على الاحرام لم ينعدم فوجبت الصدقة ولابي حنيفة ان الضمان ان الضمان بالنقص فاذا زال النقص زال ما تعلق به من الضمان **قوله** ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته اي قيمة البيض هذا اذا لم يكن البيض فاسدا اما اذا كان فاسدا فلا شيء فيه وانما وجب قيمة البيض اذا كان صحيحا لان الصحابة حكموا في بيض النعامة بقيمته ولانه على عرض ان يصير صيدا فصار كالصيد احتياطا فيجب قيمته • بيانه ان البيض بالنظر الى الحال ليس بصيد لانه ليس بممتنع وبالنظر الى المال صيد لانه يصير ممتنعا فيجب جزاؤه احتياطا لان الاحتياط في اللغة هو الحفظ وفي الاصطلاح حفظ النفس عن الوقوع في الماثم وانما وجبنا الجزاء في البيض للاحتراز عن الوقوع في الماثم على تقدير كونه صيدا • وقد روي عن مجاهد في تفسير قوله تعالى ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله ايديكم ورماحكم ان ما تناله الايدي الفراخ والبيض وما تناله الرماح كبار الصيد • وقال القتبي في تفسيره تناله ايديكم يعني بيض النعام ورماحكم يعني الصيد • وقال مالك في الموطا ارى في بيض النعامة عشر ثمن البدنة وذاك ضعيف لانه ليس مثل له لا صورة ولا معنى **قوله** فان خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته وهذا استحسانا والقياس انه لا غرم سوى البيضة • وقال في شرح الاقطع قال الشافعي لا شيء فيه وجه القياس ان حياة الفرخ لم تتحقق فلا يجب فيه شيء سوى ضمان البيض ووجه الاستحسان ان الكسر سبب لاتلاف الفرخ ظاهرا فيضاف الحكم الى السبب الظاهر فيجب ضمان الفرخ اذا كان حيا كما اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا فان قلت كيف توجبون الضمان في الفرخ الميت ولم له قيمة قلت كلامنا فيما اذا لم يتيقن العلم انه كان ميتا لانه لو علم موته فلا ضمان فيه عندنا ايضا فلما احتمل موته بالكسر ظاهرا اوجبنا الضمان احتياطا كما في الجنين **قوله** قبل اوانه اي اوان الخروج سبب لموته اي موت الفرخ فيحال به اي فيضاف بالموت عليه اي على الكسر **قوله** وعلى هذا اي على الاستحسان والقياس ما اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا في القياس لا يغرم وفي الاستحسان يغرم **قوله** وليس في قتل الغراب والحداة والذئب والحية والعقرب والفارة والكلب العقور جزاء هذا لفظ القدوري في مختصره والاصل فيها ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى حفصة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس من الدواب لا حرج على من تقتلهن الغراب والحداة والفارة والعقرب والكلب العقور وحدث البخاري ايضا مسندا الى عروة عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن في الحرم الغراب والحداة والعقرب والفارة والكلب العقور • وحدث مالك في الموطا عن نافع عن عبد الله ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خمس من الدواب ليس على المحرم في قتلهن جناح الغراب والحداة والفارة والعقرب والكلب العقور • وروى صاحب السنن باسناده الى ابي صالح عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خمس قتلهن حلال في الحرم الحية والعقرب والحداة والفارة والكلب العقور • وفي السنن ايضا مسندا الى ابي سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم سئل ما يقتل المحرم قال الحية والعقرب والفويسقة والغراب والكلب العقور والحداة والسبع العادي وكذا ذكر في الجامع الترمذي حديث ابي سعيد الا انه لم يذكر الحية فيه فهذه الاحاديث كما ترى ليس فيها ذكر الذئب فلم يذكر في الروايات الصحيحة في كتب الحديث ولهذا الوجه نقله ابدا على رواية الطحاوي • الا ترى انه

قد ذكر في شرح الآثار بقوله الكلب العقور هو الذي تعرفه العامة ثم قال فإن قال قائل فلم لا يجعلون مثل الذيب مثله لأن النبي صلى الله عليه
وسلم قال الحية يؤذيه بطبعها **قوله** ومن قتل قملة تصدق بما شاء • وذكر في الجامع الصغير وإن قتل قملة المحرم شيئا وقال في الأصل تصدق
بشيء • قال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وثبت بما قال ههنا أي الجامع الصغير أنه يجزيه أي يطعم مسكينا شيئا يسيرا على سبيل
الإباحة • وقال القدوري في شرحه تصدق بكف من طعام واختاره صاحب الهداية • وقال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي ولم
يذكر في ظاهر الرواية مقدار الصدقة • ثم قال وذكر الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال إذا قتل المحرم قملة أو ألقاها أطعم كسرة وإذا كانت ثنتين
أو ثلاثا أطعم قبضة من الطعام وإن كان أكثر من ذلك نصف صاع وإنما يجب عليه في القمل الجزاء وإن لم يكن صيدا لأنه متولد من البدن في أوان الإرفاق
وقضاء التفث حتى إذا قتل منه شيئا ساقطا من ثوبه لا يجب عليه شيء • وفي الفتاوى محرم وضع ثيابه في الشمس ليقتل حر الشمس القمل فمات القمل
فعليه الجزاء ولو وضع في الشمس ولم يقصد قتل القمل لا شيء عليه كما لو غسل الثوب فمات القمل **قوله** ومن قتل جرادة تصدق بما شاء وهذا
لأن الجرادة من صيد البر فيجب عليه الجزاء بقتله • وقد روي عن عمر أنه قال تمرة خير من جرادة • قال في شرح مختصر الكرخي والإيضاح لا شيء في قتل
الزنبور لأنه من الحشرات وكذا صياح الليل لأنه ليس بمتوحش من الآدمي **قوله** ولا شيء عليه في ذبح السلحفاة لأنه من الهوام والحشرات
يعني أن السلحفاة ليست بصيد لأنها لا تمتنع من الآدمي فلا يجب فيها الجزاء • وقال الكرخي في مختصره وليس على المحرم في قتل هوام الأرض شيء مثل
القنافذ والخنافس والجعلان وابن عرس • ونقل القدوري عن أبي يوسف أن في القنفذ الجزاء لأنه من جنس الممتنع المتوحش الذي لا يبتدي بالأذى
وإنما ذكر الضمير الراجع إلى السلحفاة في قوله لأنه وفي قوله أخوه باعتبار المذكور والسلحفاة بضم السين وفتح اللام وسكون الحاء نوع من حيوان الماء معروف
وقد يكون في البر وجمعها سلاحف • وقال الفراء الذكر من السلاحف الغيلم والأنثى في لغة بني أسد السلحفاة • وحكى أبو عبيد عن بعضهم سلحفية مثل الجنية
والهوام جمع الهامة بالتشديد وهي دابة من دواب الأرض والحشرات جمع حشرة • قال صاحب الديوان هي صغار دواب الأرض والخنافس جمع خنفسا
بضم الفاء وفي كتاب الجمهرة صححه بالضم والفتح جميعا وهي دويبة سوداء منتنة الريح وجاء في معناها الخنفس والخنفسة بفتح الفاء **قوله**
ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته وذلك لأن اللبن متولد من عين الصيد وتناول الصيد حرام على المحرم فكذا لما كان منه اعتبارا للبعض بالكل فيلزمه
جزاؤه **قوله** ومن قتل ما لا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء وهذا لفظ القدوري بعينه • قال الإمام
حميد الدين الضرير أراد بالسباع النمر والأسد والفهد والبازي وأراد بنحوها القرد والفيل لكن فيه نظر لأن السباع يتناولها لأن السبع اسم لكل
مختطف منتهب جارح قاتل عادي عادة ويجوز أن يريد بقوله ونحوها أي ونحو السباع مما لا يؤكل لحمه من غير السبع كالظربان والمورد
والدلق والفنك والسلب • اعلم أن المحرم إذا قتل السبع مما ليس استثناه الشرع فعليه الجزاء • وقال الشافعي لا جزاء في السبع أصلا هذا إنما إذا لم يصل
السبع إليه أما إذا قصده فقتله بعد ذلك لا يجب فيه الجزاء اتفاقا قال لأن الصيد اسم لما يؤكل لحمه فلا يوجب الجزاء في قتل ما لا يؤكل لحمه • ولنا قوله تعالى
لا تقتلوا الصيد وهو عام يتناول مأكول اللحم وغيره فيجب الجزاء في الجميع إلا فيما إذا استثناه الشرع وإنما قلنا إنه يتناول غير مأكول اللحم أيضا لأن الصيد
اسم للحيوان متوحش ممتنع بأصل الخلقة إما بقوائمه أو بجناحه وهذا المعنى الجميع يدل عليه قول الشاعر • صيد الملوك أرانب وثعالب
وإذا ركبت فصيدي الأبطال • أو نقول إن السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالأخذ إما لجلده كما في الأسد والنمر وإما لاصطياده به
كما في الفهد وإما لدفع أذاه كما في الخنزير فيجب بقتله الجزاء • وقياس الشافعي على الفواسق ضعيف لأنه يتخشن من ظهرها ويتعدى بالأذى فكان شرعا
مبتديا بالأذى • ألا ترى أن الغراب يقع على دبر الدابة فيفسده والحدأة تخطف الفرخ والحية والعقرب تلدغ ولما كان أو منها والحية زائد
ينهب الغنم والفأرة تسكن في البيوت وفي المشاع وعيشها من الطعام بخلاف السبع فإنه بعيد عنا وشره لا يتعدى إلينا لأنه ليس يبتدي بالأذى
حتى إذا ابتدأ بالأذى لا يجب الجزاء عندنا أيضا فثبت أن القياس فاسد لوجود الفارق ولأن القياس إبطال العدد الذي نص عليه الشرع فلا يجوز
لأنه من المقدرات ولأن التعليل إذا كان متضمنا إبطال شيء من ألفاظ المنصوص بطل وهذا كذلك ولا نسلم أن اسم الكلب يتناول السباع جميعا لغة
بل المراد الكلب الذي تعرفه العامة ولئن سلمنا أن اللغة كذلك لكن عرف الناس بخلاف ذلك لأنهم لا يفهمون من إطلاق اسم الكلب إلا الكلب
المعروف عندهم والعرف ملك أي أرجح وأقوى من الحقيقة اللغوية ولهذا إذا حلف لا يأكل رأسا فأكل رأس العصفور لا يحنث لعدم العرف
فيه وإن كان رأسا في الحقيقة **قوله** بأسرها أي بأجمعها **قوله** والقياس أي قياس الشافعي سائر السباع على الفواسق الخمس
قوله لما فيه أي في القياس **قوله** والعرف ملك مر بيانه من قبيل هذا **قوله** ولا يجاوز بقيمته شاة مرفوعا
ما لم يسم فاعله وشاة بالرفع لأن المفعول به المتعدي إليه بغير حرف لفضله على ما لم يسم فاعله لا إلى غيره لو ترك ذكر المال الذي يريد
وبلغ ببطانة خمس ما يدير بلغ اللام والسين قد عرف في المفصل فحل بذلك ما ذكره في المستصفى ثلاثين عند الإمام الكردري أي شاة
فيه نظر والنظر في بقيمته التعدية • اعلم أن ما لا يؤكل لحمه من السباع مما ليس استثناه الشرع كالنمر والأسد إذا قتله المحرم ابتداء يجب عليه الجزاء
عندنا ولا يجاوز به دم وهذا ظاهر الرواية عن أصحابنا • وروى الكرخي أنه ينقص من العمر بقي لا يبلغ دما • وقال زفر يجب قيمته بالغة ما بلغت
لأن السبع صيد فيجب قيمته بالغة ما بلغت كما إذا كان الصيد مأكول اللحم وكما إذا كان السبع ملكا للآدمي • ولنا ما رواه أصحابنا عن النبي صلى الله
عليه وسلم الضبع صيد وفيه كبش إذا قتله المحرم وفي رواية وفيه الشاة فلما ورد الشرع فيه ما كول اللحم بشاة لا يزاد عليها لأن المقادير لا اهتداء
للرأي فيها ولأنا نوجب ضمان السبع على تقدير كونه مأكول اللحم باعتبار اللحم لا باعتبار أنه يحصل به المفاخرة المتلهي بها كولا إذ ذاك خارج عن معنى
الصيدية والغالب أنه لا يزيد على قيمة الشاة باعتبار اللحم لأن لحم الشاة خير منه وهذا كما لا نقول في الجارية المغنية إذا أتلفها غاصب يضمن قيمتها
غلا لصفة الملوك فإنه مالية وذلك باعتبار القيمة فتجب القيمة ما بلغت **قوله** إلا أنه محارب يؤدي حتى اعتبار القيمة لأجل الجلد لا
لأجل بعض الجارحة كما في بعض السباع كالفهد يعلمه أهل الهند المحاربة بحيث يهزم العسكر وهو شيء مطلوب للملوك والسلاطين لكن ذلك أمر خارج عن
الصيدية فلا يعتبر ولأجل معنى الابتداء لأنه لا اعتداء يعني لا يقوم شيء إلا يبقى اعتبار الجلد واعتبار اللحم على تقدير كونه مقدار اللحم وذلك لا يزيد

على قيمة الشاة غالبا لأن لحم الشاة خير من لحم السبع والضبع • قال أصحابنا إذا قتل المحرم قردا أو فيلا أو خنزيرا يجب عليه الجزاء وقال
زفر لا شيء فيها لأنها تمتنع في البيوت فصارت كالأهلي • ولنا أنها من جنس الممتنع المتوحش بأصل الخلقة والاستئناس عارض فلا يعتبر **قوله**
وإذا صال السبع على المحرم فقتله لا شيء عليه • وقال زفر يجب الجزاء وفي شرح الأقطع قال زفر عليه الضمان إلا في الذئب
وجه قوله أن الجمل إذا صال على إنسان فقتله الإنسان لا يسقط قيمته وإن كان قتله دفعا للأذى فكذا هنا • ولنا ما روي عن عمر
أنه قتل سبعا وأهدى كبشا وقال إنا ابتدأناه • بيانه أنه علل لإهداء الكبش بأن ابتدأه فعلم به أن المحرم إذا لم يبتدئ بقتله بل قتله دفعا
لتولده لا يجب عليه شيء وإلا لم يبق للتعليل فائدة ولأن الشارع أجاز قتل الفواسق دفعا للأذى الموهوم لأنها جبلت مؤذية وتوهم منها
الأذى غالبا وإن لم يتحقق الأذى فلأن يحل قتل السبع الصائل دفعا للأذى المحقق أولى وأحرى • ألا ترى أن إنسانا إذا شهر سلاحه
على إنسان يحل له قتله وهنا لما وجد الإذن من الشارع وهو صاحب الحق لم يجب الجزاء بخلاف الجمل الصائل فإنه لم يوجد الإذن من
صاحبه فافترقا على أنه روي عن أبي يوسف أنه لا يجب فيه الضمان أيضا وبه قال الشافعي ولأن ذلك تخصيص النبي بالذكر يدل على نفي ما عداه
عندكم فكيف تستدلون بقول عمر إنا ابتدأناه لأنا نقول ذلك في خطابات الشرع أما في الروايات والمعقولات يدل وتعليل عمر
من باب المعقولات فافهم صال عليه أي وثب يقال رب صال شديد من صول وفي المثل أيضا صلت على الأسد وصلت على النقد **قوله**
وإن اضطر المحرم إلى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء لأن الإذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه أي اضطر المحرم إلى أكل لحم الصيد وبه
صرح في بعض شروح مختصر القدوري وأراد بالنص قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية الآية • وجه التمسك
بالآية أن الحلق محظور الإحرام وقد أذن له الشارع فيه حالة الضرورة مقيدا بالكفارة وكذا قتل الصيد محظور الإحرام فيباح لأجل
الضرورة مقيدا بالكفارة ولا يسقط عنه ما يتعلق به من الكفارة كما في الحلق **قوله** ولا بأس للمحرم أن يذبح الشاة والبقرة
والبعير والدجاج والبط الأهلي • وفي القدوري والبط الكسكري وكسكر من طساسيج بغداد والطسوج الناحية كالقرية ونحوها
والمراد من الكسكري هو الأهلي أيضا وهو البط الكبير الذي يكون في المنازل والبيوت والحياض وطيرانه كالدجاج ويجوز ذبحه للمحرم ويريد
من الدواجن كالغنم أما البط الذي يطير فإنه صيد لا يجوز للمحرم ذبحه لأنه من جبلة الصيود **قوله** ولو ذبح حماما مسرولا فعليه
الجزاء لأنه المال الحمام المسرول هو الذي كثر ريشه على رجليه فصار على العروض وقيمته لأنه صار ريشه كالسراويل ولا يجب بقتله جزاء
عند مالك لأنه ليس يمتنع بجناحيه لبطء نهوضه فخرج من حد الصيد ولنا أنه صيد حقيقة لوجود حد الصيد فيه من الامتناع والتوحش بأصل
الخلقة إلا أنه لا يمتنع ولا يتوحش بالاستئناس العارض فلا يخرجه العارض من كونه صيدا فصار كالظبي المستأنس وبطء نهوضه تفاوت في
الطيران فلا يعتبر ذلك لأنه لا يخرجه من حكم جنسه أما في حق الزكاة فيما لا يستأنس بقصر الصيد كالأهلي لعدم القدرة على الزكاة الاختيارية
وإن لم يعتبر صيدا في حق المحرم فافهم **قوله** وإذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل أكلها وكذلك ما ذبحه الحلال من
الصيد في الحرم ذكره محمد في الأصل • وقال الشافعي في أحد قوليه يحل ما ذبحه المحرم لغيره كذا قاله أبو نصر البغدادي وأراد بالغير الحلال
يعني لما ذبح المحرم لأجل الحلال صار عاملا له فانتقل فعل المحرم إليه فصار كأن الحلال ذبحه بنفسه • ولنا قوله تعالى وحرم عليكم صيد
البر ما دمتم حرما • بيانه أن الله تعالى أضاف التحريم إلى الصيد وإضافة التحريم إلى العين يدل على عدم المحلية كما في قوله تعالى حرمت عليكم
أمهاتكم والذبح المشروع هو الذي يوجد في المحل فلما لم يبق الصيد محلا بإضافة التحريم إليه صار ميتة لا يحل لنا ولما لا يحل بعد ذلك لا للمحرم
ولا للحلال ولأن المحرم بالإحرام خرج عن أهلية الذكاة • قال تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم فلما لم يكن القاتل أهلا للذكاة ولا
الصيد محلا لها صار المذبوح ميتة لا يحل للمحرم • وقول الشافعي ضعيف لأن الفعل إذا انتقل إلى الحلال ينبغي أن يجوز للمحرم أكله لأن
الحلال إذا ذبح غير صيد الحرم يجوز للمحرم تناوله إذا لم يوجد منه الأمر والدلالة فعلم أن القول بنقل الفعل ضعيف وفي إضافة التحريم
إلى الأعيان بحث لطيف بيننا وبين المعتزلة نعرف في الأصول إن شاء الله تعالى وليس كتابنا موضع بيانه **قوله** وهذا فعل حرام أي ذبح
المحرم للصيد حرام **قوله** وهذا لأن المشروع هو الذي قام مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا هذا إشارة إلى كون ذبح المحرم حراما
يعني إنما صار ذبح المحرم الصيد حراما لأن الذبح إذا كان مشروعا يقوم مقام المميز بين الدم واللحم فلا يحل المذبوح • بيانه أن الدم المسفوح
من النجس الحرام فإذا أزال بالذبح المشروع حل لكن زواله بالذبح ربما يكون وربما لا يكون وهو أمر خفي فأقيم الذبح المشروع وهو السبب الظاهر
مقامه تيسيرا للعباد كالسفر مع المشقة فبعد ذلك اعتبر وجود الذبح المشروع سواء وجد المميز أو لم يوجد • ألا ترى أن المسلم إذا ذبح الشاة
ولم يسل الدم أصلا يحل أكلها وإذا ذبحها المجوسي سال فلا يحل فها فيما نحن فيه لما لم يوجد الذبح المشروع من المحرم صار كأن المميز لم يوجد أصلا
وإن وجد حقيقة فصار المذبوح ميتة كبقاء الدم النجس لعدم المميز وهو معنى قوله فينعدم بانعدامه أي ينعدم المميز بانعدام المشروع
قوله فإن أكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة وهذا الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه فيما إذا أكل من
الصيد بعدما أدى جزاءه فعنده يجب عليه قيمة ما أكل في ضمان الجزاء بالإجماع وعندهما لا يجب عليه إلا الاستغفار أما إذا أكل قبل أداء
الجزاء دخل ما أكل في ضمان الجزاء بالإجماع وبه صرح في المختلف وقول الشافعي مثل قولهما كذا في الإيضاح • وقال الشيخ أبو الحسين القدوري
وأما إذا أكل من المذبوح قبل أداء الجزاء فلا رواية في هذه المسألة ويجوز فيه الجزاء أيضا فإن قيل يجوز أن يقال إنما يحل لأن ذبيحة
المحرم ميتة ولا شيء على آكل الميتة سوى الاستغفار والتوبة ولهذا لو أكله محرم آخر أو حلال لا يجب عليه إلا الاستغفار فصار كما إذا
قطع شجر الحرم أو شوى بيضا أو جرادا فأدى قيمته ثم أكله لا يلزمه شيء آخر ولأبي حنيفة أن حرمة التناول للمحرم الذابح باعتبار أمرين أحدهما
كون المذبوح ميتة والثاني لأنه محظور إحرامه وكل واحد من الأمرين معتبر في المنع وتناول الميتة إنما لم يوجب الجزاء فتناول المحظور يوجب
بيانه أن إحرامه هو الذي أخرج الذابح عن أهلية الذكاة فصار إحرامه علة لعدم الأهلية وعدم الأهلية علة لحرمة المذبوح فأضيف

حرمة هذا المذبوح الى احرام الذابح بواسطة لان الحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة كما عرف في شرح التقريب فلما كانت حرمة
المذبوح مضافة الى احرام الذابح وجب بتناوله الجزاء بخلاف محرم آخر لان حرمة هذا المذبوح لم تحصل بكونه ميتة بسبب احرامه لم يضف
الى احرامه بل اضيف الى احرام الذابح ولهذا يجب الجزاء على محرم آخر بخلاف تناول البيض والجراد والشجر بعد اداء الجزاء حيث لا يجب به الجزاء ولا يحرم ايضا
لاستغناء هذه الاشياء عن الذكاة فلم يبق محظور الاحرام بعد اداء الجزاء فلم يجب بها شيء قوله فصار كحرمة التناول فهذه
الوسائط نصا فالى احرامه اراد بالوسائط عدم محلية المذبوح وعدم اهلية الذابح * بيانه ان الاحرام علة لعدم محلية الصيد للذبح
وعلة ايضا لعدم اهلية الذابح وهما اعني عدم المحلية وعدم الاهلية كلاهما علتان لحرمة المذبوح غاية الحكم وهو حرمة المذبوح الى علة
العلة اعني الى الاحرام ويأتي التحقيق ثم انفا قوله ولا باس بان ياكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه اذا لم يدل المحرم عليه ولا
امره بصيده خلافا لمالك فيما اذا اصطاده لاجل المحرم [illegible] المراد الحلال الذي اصطاد صيد الحل لاجل المحرم [illegible] اذن المحرم
وعند مالك لا يجوز له اكل ما اصاده الحلال لاجل المحرم وان لم يكن باذن المحرم * وقال في الموطا اذا اكل المحرم من ذلك الصيد الذي
صيد لاجله يجب عليه جزاء الصيد كله له * قوله عليه الصلاة والسلام صيد البر لكم حلال ما لم تصيدوه او يصد لكم رواه الترمذي
وصاحب السنن عن جابر بن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم * ولنا ما روى ابو جعفر الطحاوي باسناده الى عيسى بن طلحة عن عمير بن سلمة
عن رجل من بهز ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء فاذا هو بحمار وحش عقير فيه سهم قد مات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم دعوه
حتى يجيء صاحبه فجاء البهزي فقال يا رسول الله هي رميتي فكلوه فامر ابا بكر ان يقسمه بين الرفاق وهم محرمون فدل على ان صيد الحلال يحل للمحرم اذا لم
يكن باذنه * وروى صاحب السنن وغيره مسندا الى ابي قتادة انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اذا كان ببعض طريق مكة
تخلف مع اصحاب له محرمين وهو غير محرم فراى حمارا وحشيا فاستوى على فرسه فسال اصحابه ان يناولوه سوطه فابوا فسالهم رمحه فابوا فاخذه
ثم شد على الحمار فقتله فاكل منه بعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بعضهم فلما ادركوا رسول الله صلى الله عليه وسلم سالوه عن ذلك فقال
انما هي طعمة اطعمكموها الله وهو المراد من قوله في السنن ان الصحابة تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم * وقال الشيخ ابو محمد عبد الله بن محمد بن
يعقوب الحارثي السبذموني في مسند ابي حنيفة الذي جمعه * اخبرنا صالح بن احمد التميمي قال ثنا عمار بن خالد قال ثنا ابن عمر
قاضي واسط عن ابي حنيفة عن محمد بن المنكدر عن عثمان بن محمد عن طلحة بن عبيد الله قال تذاكرنا لحم صيد يصيده الحلال ياكله المحرم ورسول
الله صلى الله عليه وسلم نائم فارتفعت اصواتنا فاستيقظ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فيم تتنازعون فقلنا في لحم صيد يصيده الحلال
ياكله المحرم فامرنا باكله فدل هذا ايضا ان صيد الحلال يحل للمحرم اذا لم يكن باذنه ودلالته فعلم ان معنى الحديث الاول او يصد لكم
اي ما لم يصد لاجلكم بامركم او دلالتكم وانما حملنا على هذا توفيقا بين الاحاديث تخريج ما صيد لاجل المحرم لا باذنه عن ان يكون مرادا
بالحديث * فان قلت ما الجواب عن الحديث الذي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اهدى اليه رجل حمار وحش فرده عليه السلام
فقال انا لم نرده عليك الا انا حرم * قلت ذلك مطعون لان الترمذي قال في جامعه مرسل محفوظ وهذا روى البخاري في الصحيح باسناده الى ابن عباس
عن الصعب بن جثامة الليثي انه اهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وهو بالابواء او بودان فرد عليه فلما راى ما في وجهه قال
انا لم نرده عليك الا انا حرم فعلم بهذا انه ما كان عضوا لصيد ثم كان من الصيد بعينه فلا يجوز للمحرم تناول الصيد قوله واللام
فيما روى لام تمليك اي اللام فيما روى مالك لام تمليك فلا يدل على حرمة اللحم على المحرم وهذا لان تمليك الصيد انما يكون فيما اذا اهدى
الصيد الى المحرم لا فيما اذا اهدى اليه اللحم لان اللحم لا يسمى صيدا فاقتضى الحديث حرمة تناول الصيد على المحرم وبه نقول
لا حرمة اكل لحمه اذا لم يكن باذنه قوله ثم شرط عدم الدلالة اي شرط القدوري في قوله اذا لم يدل المحرم عليه وهذا
تنصيص على ان الدلالة محرمة اي شرط عدم الدلالة من القدوري نص في الرواية على ان المحرم اذا دل حلالا على صيد الحل فذبحه الحلال
يكون اللحم حراما لا يحل اكله قوله قالوا فيه روايتان اي قال اصحابنا المتاخرون فيه روايتان اي في حرمة لحم صيد اصطاده حلال بدلالة
المحرم روايتان قيل يحرم وقيل لا يحرم * قال الشيخ الامام شمس الدين الحلواني عن استاذه القاضي الامام ابي علي النسفي قال كنت في سفر الحج فدخلت
على القاضي الامام ابي عاصم العامري وهو كان يدرس مسئلة الدلالة ويناظر فيها ويقول ان الصيد يحرم على الحلال بدلالة المحرم و
يحقق فيه ويستدل بقوله عليه الصلاة والسلام هل اشرتم هل اعنتم قلت الرواية محفوظة ان الصيد لا يحرم بدلالة المحرم ولحرف رواية
الزيادات فنشر ذلك [illegible] في الزيادات في باب الصيد يحل اكله قوله وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال فعليه قيمته يتصدق
بها على الفقراء والاصل في حرمة صيد الحرم على الحلال ما روى صاحب السنن باسناده الى ابي هريرة قال لما فتح الله على رسوله صلى الله عليه وسلم
مكة قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهم فحمد الله واثنى عليه ثم قال ان الله عز وجل حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانما
احلت لي ساعة من النهار ثم هي حرام الى يوم القيمة لا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا تحل لقطتها الا لمنشد فقال العباس يا رسول الله الا الاذخر فانه
لقبورنا وبيوتنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الا الاذخر * وروى البخاري في الصحيح باسناده الى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان هذا البلد حرمه الله يوم خلق السموات والارض وهو حرام بحرمة الله الى يوم القيمة وانه لم يحل القتال فيه لاحد قبلي ولم يحل لي الا ساعة
من نهار فهو حرام بحرمة الله تعالى الى يوم القيمة لا يعضد شوكه ولا ينفر صيده ولا يلتقط لقطته الا من عرفها ولا يختلى خلاها فقال العباس يا رسول
الله الا الاذخر فانه لقينهم ولبيوتهم فقال الا الاذخر ومعنى العضد القطع والاختلاء الخلا اي قطعه والخلا بالقصر الحشيش الرطب قال ابو بكر محمد بن الحسن
ابن دريد الازدي [illegible] ثم وجه التمسك بالحديث ان تنفير صيد الحرم لما كان حراما
فقتله حرام بالطريق الاولى فوجب الجزاء بقتله * وقال نفاة القياس لا شيء فيه فلا يعتد بخلافهم لما روينا ولاجماع السلف على وجوب الجزاء الا ان كيفية
الجزاء فلان الاطعام يجزي في صيد الحرم ولا يجزي الصوم وفي الهدي روايتان * وقال زفر يجزيه الصوم وبه قال الشافعي وجه قول زفر

انه ضمان صيد حق الله فيجزيه الصوم كما اذا قتله المحرم * ولنا ان هذا الضمان لم يشرع الا [illegible] اعني ضمان المحل لانه
الاعطاء محل [illegible] لان [illegible] الصيد [illegible] فلما صار
الضمان باعتبار المحل وهو الصيد اشبه ضمان الاموال فلم يجز فيه الصوم لانه عن لعينه الا الضمان بخلاف المحرم فان الضمان ثمة جزاء الفعل لا جزاء
المحل * الا ترى انه لو قتل صيد الحل [illegible] يجب عليه الجزاء فلو كان ضمان المحل [illegible] جزاء الفعل [illegible] او عدل
ذلك صياما ولا يصلح جزاء المحل لانه لا مماثلة بين الصوم وهو العرض وبين المحل وهو العين ونقول انه لما باشر الفعل المحظور ناسب ان ياتي
بفعل آخر يرد به وهو الصوم تحقيقا للمقابلة بخلاف ضمان المحل فانه ازال الامن عن الصيد وجب عليه بمقابلته ايجاب الامن للفقير
عن الجوع وذلك يكون بالاطعام لا بالصوم فافهم * وقال الحاكم الشهيد [illegible] لا يتصدق بجزاء الصيد على ذي رحم او ولد
ولا على ابويه واجداده وذلك اعطى منهم [illegible] قوله التفويت وصف في المحل [illegible]
او بالمحل الصيد قوله والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحال وهذا هو المراد من الفرق المذكور في قوله والفرق قد ذكرناه
وتحقيقه مر آنفا قوله وهل يجزيه الهدي فيه روايتان في احدى الروايتين لا يجزيه لانه اشبه ضمان الاموال
لا يجزيه الهدي الا ان تكون قيمته مذبوحا مثل قيمة الصيد فيجزيه عن الاطعام وفي الرواية الاخرى يجوز لانه اخذ شبهين [illegible] لانه اشبه
ضمان الاموال لما قلنا واشبه ضمان الاحرام لانه وجب حقا لله تعالى فوفرنا من الشبهين حظه فلم يجز الصوم بالنظر الى الاول وجاز
الهدي بالنظر الى الثاني قوله ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله فيه اذا كان في يده صورته حلال دخل الحرم بصيد
الحل وهو ممسك له بيده الجارحة يجب عليه الارسال * وقال الشافعي لا يجب عليه الارسال واذا كان الصيد في بيته او قفصه لا
عليه الارسال بالاتفاق له ان هذا صيد الحل لا صيد الحرم والحلال ممنوع عن صيد الحرم لا عن صيد الحل فلا يجب عليه الارسال ولانه
كان الصيد مملوكا له قبل دخول الحرم فاذا وجب الارسال بعد دخول الحرم وجب لحق الله تعالى وحق الله تعالى لا يظهر في مملوك العبد لان الله تعالى
غني والعبد محتاج فلا يجب الارسال * ولنا انه صار صيد الحرم فيجب عليه ارساله لقوله عليه الصلاة والسلام ولا ينفر صيدها وهذه
لان صيد الحرم هو الذي في الحرم وهذا في الحرم فلا يجوز امساكه فيجب الارسال * الا ترى ان صيد الحل اذا دخل الحرم بنفسه لا يحل لاحد ان
قتله [illegible] الصيد يكون من صيد الحرم بكونه فيه [illegible] عذر الامتناع لانا نقول لا نسلم انه لا يمتنع لان الامتناع
بالجناح او بالقوائم وهو كامل الا انه لا يمتنع لعارض [illegible] والعوارض لا تقدح في القواعد * وقوله حق الله تعالى لا يظهر في مملوك العبد
قلت هذا تعليل في معارضة النص فلا يلتفت اليه قوله اذا صار هو من صيد الحرم تعليل لوجوب ترك التعرض وهو راجع
الى الصيد قوله عملا بقوله عليه الصلاة والسلام ولا ينفر صيدها قوله فان باعه رد البيع فيه اي ان باع
الحلال الصيد الذي ادخله من الحل الى الحرم رد البيع ان كان الصيد قائما لان البيع لا يجوز لحرمة التعرض وان كان فائتا فعليه الجزاء يتصدق
بقيمته لتفويت الامن ونقل صاحب الايضاح عن مناسك [illegible] البيع في الصيد اذا كان محرما لا يجوز البيع سواء كان
بائعا او مشتريا والصيد في الحل او في الحرم او في ايديهما او في يد احدهما او في يد غلامه او في الدار او في القفص سواء كان بيعا او هبة او صدقة
او كان المتبايعان [illegible] موضع الصيد ان كان في الحل جاز البيع سواء كان المتبايعان في الحل او في الحرم او واحد منهما في الحل والآخر في
الحرم وان كان الصيد في الحرم لم يجز البيع فان سلمه الى المشتري كان على المحرم الذي باعه جزاؤه وعلى المشتري قيمته للبائع اذا كان قد اصطاده
وهو حلال ثم احرم ثم باعه وللبائع ان يستوفي من القيمة في الجزاء الذي عليه قوله وكذلك بيع المحرم الصيد من محرم او حلال لما
قلنا اي يرد البيع ان كان الصيد قائما وان كان فائتا يجب عليه الجزاء قوله ومن احرم وفي بيته او قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله
وقال الشافعي عليه ان يرسله وان كان في يده فعليه ارساله بالاتفاق وهذا بناء على ان بالاحرام هل يزول الملك عن الصيد المملوك له ام لا فعندنا
لا يزول وعنده يزول لانه لما كان مالك الصيد في بيته او قفصه في يده حكما صار ممسكا للصيد حكما فيجب عليه الارسال كما اذا كان
بيده حقيقة فاذا هلك قبل الارسال ضمن الجزاء * ولنا ان الحرمة لا تنفي بقاء الملك فلا يزول الملك عن الصيد بالاحرام الموجب
لحرمة التعرض على الصيد * الا ترى ان الملك يثبت في الخمر مع وجود الحرمة فلما لم يزل الملك لم يجب الارسال لعدم التعرض
منه بعد الاحرام لان الصيد محفوظ بالبيت والقفص قبل الاحرام فصار كما اذا اخرج الصيد ثم احرم ثم مات الصيد حيث لا شيء عليه
او يعرك [illegible] والجماع كل واحد منهما حرام على المحرم ثم بالاحرام لا يزول ملك [illegible] ولا ملك الثوب فكذا ملك الصيد ولان
الصحابة كانوا يحرمون وما كانت بيوتهم ومنازلهم خالية عن الصيود والدواجن ولم ينقل عن احد منهم انه كان يرسلها بعد الاحرام
قال فخر الاسلام ومثله القفص [illegible] لتسوية ان كان القفص في يده او في رحله * وقال بعض مشايخنا اذا كان القفص في يده
لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع * وقال بعضهم لا يلزمه ارساله لانه بمنزلة ما اذا كان في بيته قوله صيود ودواجن
هي جمع داجن وهو الذي تعود المكان والفه من قولهم بعير داجن وشاة داجن اذا كانت تعلفها بالبيت لا ترعى واراد بالصيود نحو الصقر
والشاهين وبالدواجن نحو الغزال قوله وبذلك جرت العادة الفاشية اي العادة مستمرة بان الناس يحرمون وفي بيوتهم الصيود
والدواجن وعادة المسلمين حجة ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن قوله ولا معتبر ببقاء الملك [illegible] من الصيد
قوله على وجه لا يضيع اي لا يضيع الصيد الملك لان اضاعة المال حرام فيرسله في بيت او يودعه عند انسان قوله
فان اصاب حلال صيدا ثم احرم فارسله من يده غيره يضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن * اعلم ان الحلال اذا احرم وفي يده صيد مملوك
له قبل الاحرام يلزمه الارسال بالاجماع اما اذا ارسله غيره يجب على المرسل الضمان عند ابي حنيفة خلافا لهما وجه قولهما انه محسن ولا
ضمان على المحسن لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل وهذا لانه فعل ما فعله حسبة لله تعالى لان الارسال كان واجبا على الاخذ لحق الله تعالى

ولا يلزم المرسل الضمان ولابي حنيفة ان المرسل اتلف ملكا محترما للآخذ فيلزمه الضمان وهذا لانه كان اخذه قبل الاحرام والصيد لمن اخذ فلما قطع المرسل يد الآخذ عن صيد المملوك يضمنه سلمنا ان الارسال كان يجب على الآخذ حتى لا يكون متعرضا للصيد لكن لا نسلم ان الارسال يجب عليه على وجه ينقطع عن الصيد ملكه ولهذا خلاه في بيته وهو محرم فلا شيء عليه فعلم ان المرسل فعل ما لا يلزم الآخذ لانه قطع يده عن الصيد من كل وجه بخلاف ما اذا اخذ الصيد حالة الاحرام حيث لا يضمن المرسل لان الآخذ لا يملك الصيد لان الصيد حرام الحرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما **قوله** ونظيره الاختلاف في كسر المعازف يعني لا ضمان عليه عندهما لانه امر بالمعروف ونهي عن المنكر وعند ابي حنيفة يجب الضمان لغير الملاهي لانه مملوك لصاحبه كما اذا قتل الجارية المغنية خطا يجب عليه قيمتها غير مغنية ❊ وقال في الجمهرة المعازف الملاهي ❊ ثم قال وقال قوم من اهل اللغة هو اسم يجمع العود والطنبور وما اشبههما ثم قال وقال اخرون بل المعازف التي اخرجها اهل اليمن ❊ وقال في ديوان الادب المعزف ضرب من الطنابير يتخذه اهل اليمن **قوله** فان الصيد لم يبق محلا للتملك كما في قوله تعالى وذلك لان الحرمة اضيفت الى العين بقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر فخرجت العين عن كونها محلا للتملك كما في قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم بخلاف ما اذا اضيفت الى الفعل اذ لا يكون الحرمة لعين الشيء بل لغيره كما في اكل مال الغير مثل قوله ولا تاكلوا **قوله** فصار كما اذا اشترى الخمر يعني انه اشترى المسلم الخمر لا يملكها فاذا اتلفها آخر فلا ضمان عليه لانها حرام لعينها لقوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها فكذا اذا ارسل صيد الحرم لان الصيد حرام عليه بعينه فلا يجب الضمان **قوله** فان قتله محرم اخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه اي في يد المحرم يعني اذا قتل الصيد الذي في يد المحرم محرم اخر يجب الجزاء على كل واحد من الآخذ والقاتل اما القاتل فظاهر وعليه الجزاء لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم واما الآخذ فلانه اخذ الصيد ولم يرده فصار ضامنا ثم يرجع الآخذ بما ضمن على القاتل ❊ قال فخر الاسلام يرجع عندنا استحسانا والقياس ان لا يرجع وهو قول زفر وان الرجوع لو ثبت لكان من احد الاحوال الثلاثة اما ان يكون باعتبار تملك العين او باعتبار قيام الضامن مقام المالك او باعتبار لزوم الضمان عليه فالاول لا يجوز لان المحرم لا يحل تملكه للصيد وكذا الثاني لان قيام الضامن مقامه انما يصح اذا كان الاول ثابتا قبل القتل وغاية ما في الباب انه ثالث بالقتل ولا منافاة فلما انتفت الوجوه الثلاثة انتفى الرجوع ❊ ولنا ان ضمان العين اذا لم يثبت به ملك العين لمانع ملك بدله كما اذا غصب المدبر رجل فاتلفه اخر في يد الغاصب يرجع الغاصب بما ضمن على المتلف فكذا هنا وانما قلنا انه ضمان العين لان ضمان الصيد يتقدر بالعين كضمان المال والصيد في نفسه محل التملك وانما خرج عن محلية التملك بسبب الاحرام فصار محلا للغير تقديرا ولان الضمان على شرف السقوط على الآخذ بان خلاه او اتلفه عن يده فلما قتله الثاني قرر الضمان على الاول واكده والتاكيد شبيه بالايجاب فرجع الآخذ بما ضمن على القاتل كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ❊ بيانه ان الطلاق قبل الدخول منصف للمهر بالنص لكن ذلك على شرف السقوط لانه يحتمل السقوط بارتداد المراة او تمكينها ابن زوجها والشهود اكدوا ذلك فاذا رجعوا عن الشهادة رجع الزوج بنصف المهر الذي وجب عليه بالطلاق قبل الدخول عليهم وكذا هنا لان تاكيد الضمان حصل بالقتل لان اخذ الصيد انما يصير علة لوجوب الجزاء اذا اتصل بالقتل والا فلا والقتل جعل الآخذ علة فصار للقتل علة العلة فاضيف حاصل الضمان الى علة العلة كما في غاصب الغاصب اذا اتلف العين في يد الغاصب يستقر ما قلنا اذا غصب مسلم خمر ذمي فاتلفه مسلم اخر حيث لا يرجع الاول على الثاني لان الخمر ليس بمحل التملك للمسلم لذاته فلهذا قلنا فهذا حيثما بخلاف الصيد فانه ليس بمحل التملك لا لذاته بل لمانع الاحرام لانه لا فساد ولا خبث في ذات الصيد فلولا ان الاحرام مانع لم يكن خارجا عن محلية التملك فافترقا **قوله** فانهم عندنا ان الملاك به اي بالاخذ فنواي القاتل فيكون اي فيكون القتل اليه اي القتل وهو علة الملك **قوله** فان قطع حشيش الحرم او شجرة ليس بمملوك وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه اي الا من كل واحد منهما بمملوك اعني من الحشيش والشجر والواو في بكل اي والحال ان المقطوع مما لا ينبته الناس فعليه قيمته والضمير في قيمته راجع الى هذا اي قيمة المقطوع الا فيما جف منه استثناء من قوله فعليه قيمته يعني لا يجب عليه شيء في قطع ما جف منه يعني مما لا ينبته الناس ❊ اعلم ان المسلم ممنوع من الملاك بنحو الحرم وحشيشه لان الشجر والشوك كالشمس من امثال صيده والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها الكلام هنا انه كلما كان من جنس ما ينبته الناس كزرع الحنطة والبقول والرياحين اذا انبته في الحرم لا يكون مضمونا عليه لحق الحرم ويضمن لصاحبه وما كان من جنس ما لا ينبته الناس كام غيلان فانبته منبت فلا ضمان في قطعه لحق الحرم حيث ملكه بالانبات فصار مما ينبته الناس وقد نبت بنفسه وفيه اخرى لصاحبه لانه ملك صاحب الارض حيث نبت في ملكه ❊ وقال محمد في نوادر هشام في ام غيلان نبت في الحرم في ارض رجل ليس لصاحبه قطعه ولو قطعه فعليه القيمة لله تعالى ❊ وقال الكرابي في رجل في قطع الشجرة الكبيرة بقرة وفي الصغيرة شاة وفيما دونها القيمة وفي القدر لا يجب في النبات ضمان الى ما لقط الوجد **قوله** لان حرمتها اي حرمة الحشيش والشجر وفي بعض النسخ حرمتها بافراد الضمير وثابتة اي حرمة الشجرة ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل اي في قيمة شجر الحرم وحشيشه وهذا لانه ضمان المحل لا ضمان الفعل كما في صيد الحرم فكان من ضمان المحال اي كان ضمان القيمة من ضمان المحل على ما بينا انه الى ما ذكره في صيد الحرم اذا ذبحه الحلال بقوله والصوم لا يجزئ لانه غرامة لا كفارة الحلال وقد مر تحقيقه ثمه **قوله** واذا اداها ملكه كما في حقوق العباد اي اذا ادى القاطع قيمة الشجر الى الفقراء ملك الشجر كما في حقوق الناس فانه اذا ادى الغاصب قيمة المغصوب ملك المغصوب منه ولا يناله في المغصوب عليه ان يحصل المعاوضة وفي المغصوب لا يحصل الا ان نقول يحصل المعاوضة في المغصوب ايضا لان الغصب حق الله تعالى وقد ملك العوض فملك القاطع المعوض وهو الشجر **قوله** ويكره بيعه بعد القطع اي مع الحشيش او الشجر قال لانه ملكه بسبب محظور وفيه نظر لانه لا يملكه بمجرد القطع وكان من حق الاحرام ان يقول ويكره بيعه بعد اداء القيمة **قوله** بخلاف الصيد يعني لا يجوز بيع الصيد بعد اداء القيمة اصلا ويجوز بيع الشجر والحشيش مع الكراهة والفرق ما ذكره اراد به ما ذكره بعد صفحة عند قوله واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع

قوله والذي ينبته الناس عادة عرفنا غير مستحق للامن وذلك لان الناس في الحرم يزرعون فيه ويحصدون من عهد النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير من احد **قوله** ولان المحرم المنسوب الى الحرم اي الذي يحرم قطعه محرما لتقدم الكلام في النسبة **قوله** وما لا ينبت عادة اذا انبته انسان التحق بما ينبت عادة وبقول المصنف على صيغة ما لم يسم فاعله في الموضعين وادنى الالحاق ان لا يجب بقطعه شيء لحرمة الحرم **قوله** ولو نبت بنفسه في ملك رجل اي لو نبت ما لا ينبت عادة كام غيلان بنفسه بلا انبات احد في ملك رجل فعلى القاطع ضمانان قيمة لحرمة الحرم وقيمة لصاحبه ❊ وقد ذكرناه كالصيد المملوك الى الحرم ❊ قال في شرح الطحاوي المحرم اذا قتل بازيا معلما فانه يجب قيمته بالغة ما بلغت لصاحبه ويجب عليه قيمته غير معلم لله تعالى لان التعليم له قيمة في حق العباد لانهم ينتفعون بذلك والله تعالى مستغن **قوله** وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه وهذا لانه خرج من حيز النماء فجاز اخذه والانتفاع به ❊ قال صاحب الاجناس الاغصان تابعة لاصلها وذلك على ثلاثة اقسام احدها ان يكون اصلها في الحرم والاغصان في الحل فعلى قاطع اغصانها القيمة يتصدق بها والثاني ان يكون اصلها في الحل واغصانها في الحرم لا ضمان على القاطع في اصلها واغصانها ❊ والثالث بعض اصلها في الحرم وبعضه في الحل فعلى القاطع الضمان سواء كان الغصن في الحل او في الحرم او اصل الشجر في الحرم لا يمس ولم يكن كما اذا اصل الشجر في الحل والغصن في الحرم من قيمة ذلك الصيد ❊ ذكره في الاصل وفي نوادر ابن سماعة عن محمد ظبي قائم في الحل وقوائمه في الحرم ان قتله انسان لا شيء عليه وان كان راقدا في الحل ورأسه موضوع في الحرم فعليه قيمته كما لو كان نائما في الحل ورأسه في الحرم **قوله** ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر وهو نبت بمكة معروف ❊ قال بلال اول ما قدم به المدينة وكان محموما الا ليت شعري هل ابيتن ليلة بمكة حولي اذخر وجليل ❊ والجليل بالجيم على وزن فعيل الثمام **قوله** لان انما لا يجوز قطعه بالاتفاق للاستثناء الوارد في الحديث وقد ذكرناه واما رعي الحشيش فقال ابو حنيفة ومحمد لا يجوز وقال ابو يوسف للمترددين فيه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ولا يختلى خلاها ❊ بيانه ان القطع بالمناجل لما كان حراما علم بالحديث لحرمة الحرم كان الرعي ايضا حراما لحرمة الحرم لانه قطع ايضا الا انه بالمشافر ولا ضرورة الى الرعي لانه يمكن حمل الحشيش من الحل ❊ قال في الجمهرة ومشفر البعير كالجحفلة من الفرس والشفة من الانسان والمنجل ما يحصد به **قوله** وبخلاف الكماة عطف على قوله بخلاف الاذخر يعني يجوز قطع الاذخر ورعيه للاستثناء وكذا يجوز قطع الكماة ايضا لانها ليست من جملة النبات وانما هي مودع في الارض والكماة جمع كمء على عكس تمرة وتمر وقد عرف في موضعه **قوله** وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان اي فعلى القارن دمان دم لجنايته على احرام الحجة وعنده حتى ان القارن يطوف عنده طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا ❊ لنا انه جنى على احرامين كل واحد منهما لو انفرد يوجب كفارة فاذا اجتمعا اوجبا كفارتين كالحنث في يمينين ولا معنى لقوله يدخل احرام العمرة في احرام الحجة لانه يسمى قارنا بالاتفاق فلو كان كما قال لكان مفردا ولا كلام لنا فيه ولا يقال ينبغي ان يتداخل الكفارتان كما اذا جنى المحرم على صيد الحرم حيث لا يجب عليه جزاءان لحرمة الاحرام وحرمة الحرم بل يجب عليه جزاء واحد للتداخل لانا نقول لا نسلم ان القياس صحيح لعدم المماثلة بين المقيس والمقيس عليه ❊ بيانه ان حرمة الاحرام اقوى من حرمة الحرم لان بالاحرام يحرم عليه ما لا يحرم بالحرم كاللبس والجماع ونحوه ولا يحرم بالحرم ما يحرم بالاحرام فاستتبع اقوى الحرمتين ادناهما فوجب ضمان واحد بخلاف احرام الحجة واحرام العمرة فانهما سواء لان بكل واحد منهما يحرم ما يحرم بالاخر فاوجب كل واحد منهما كفارة الا ان التفاوت بينهما في اداء الافعال ولا كلام لنا فيه **قوله** وقد مر من قبل اراد به ما ذكره بقوله في باب القران الاختلاف بيننا وبين الشافعي بناء على ان القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين وعنده طوافا واحدا وسعيا واحدا وقد مر في شرحنا **قوله** قال الا ان يجاوز الميقات غير محرم وفي بعض نسخ القدوري ان يجاوز من باب المفاعلة والاول من باب التفعيل وهذا استثناء من قوله فعليه دمان اي على القارن دمان في كل موضع يجب فيه على المفرد دم الا في صورة واحدة وهي انه تجاوز الميقات بلا احرام ثم احرم بعد المجاوزة فيجب عليه دم واحد عندنا ❊ وقال زفر يجب عليه دمان قال الشيخ ابو الحسن القدوري في شرح مختصر الكرخي وليس في الاصول شيء يجب على المفرد دم الا في صورة واحدة وعلى القارن دم الا في هذه المسئلة لانه ادخل النقص في احرامين ❊ ولنا ان الواجب عليه عند عبور الميقات احد الاحرامين للحج والعمرة لا احرامان فاذا جاوز بلا احرام ثم احرم بهما ادخل النقص على احرام واحد وهو الذي وجب لحرمة الحرم فيجب عليه جزاء واحد ولهذا لو جاوز الميقات بعمرة ثم احرم بحجة لا يلزمه بترك احرام الحجة عند الميقات شيء بالاتفاق وفي قول القدوري الا في هذه المسئلة نظر لانا قد بينا في اخر فصل الصلوات ان القارن اذا افاض قبل الامام يجب عليه دم كالمفرد وكذا اذا طاف طواف الزيارة جنبا او محدثا وقد رجع الى اهله يجب عليه دم واحد ونظيرها كذلك وكذلك القارن اذا وقف بعرفة ثم قتل صيدا فعليه قيمة واحدة وكذا ذكر في الاجناس وكذلك اذا حلق قبل ان يذبح لزمه لجنايته دم واحد ذكره محمد في اصل الجامع الصغير وقد بيناه في اخر فصل الطواف اعلم انما قلنا من مضاعفة الجزاء على القارن فيما يجب عليه بسبيل الكفارة لا بسبيل الغرامة لانه لو وجب عليه بسبيل الغرامة لا يضاعف عليه ولهذا نقل الشيخ ابو العباس الناطفي عن مناسك الاصل ❊ وقال حلال او قارن او مفرد بالحج اذا قطع شجرة في الحرم مما لا ينبته الناس فعليه قيمة واحدة لا يضاعف على القارن لان هذه الغرامة لم تكن على جهة الكفارة ولهذا لا تتادى بالصوم **قوله** واذا اشترك محرمان في قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل وهذا مذهبنا وعند الشافعي يجب عليهما جزاء واحد كما اذا اشترك الحلالان في قتل صيد الحرم ❊ لنا قوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم ❊ بيانه انه شرط وجزاء فعلى كل من باشر الشرط يلزمه الجزاء كاملا كقوله عليه الصلاة والسلام من دخل دار ابي سفيان فهو امن ولان كل واحد منهما ادخل نقصا في العبادة فالجناية على احرامه بقتل الصيد فلزمه الجزاء كاملا كما اذا انفرد بخلاف الحلالين اذا اشتركا في قتل صيد الحرم حيث يجب عليهما الجزاء واحدا لانه ضمان المحل لا ضمان الفعل فيتحد باتحاد المحل وهنا فيما نحن فيه ضمان الفعل فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية **قوله** واذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد اي على كل واحد منهما نصف قيمة الصيد وان كانوا اكثر من ذلك قسم الضمان على عددهم وذلك لما قلنا انه ضمان المحل فيتحد الجزاء باتحاده كما اذا قتل رجلان او جماعة رجلا خطا يجب عليهم دية واحدة لانه ضمان المحل وعلى كل واحد كفارة لانها ضمان الفعل ❊ قال

الشيخ ابو الحسن الكرخي فان اشترك محرم وحلال في قتل صيد في الحرم فعلى المحرم جميع القيمة وعلى الحلال نصف القيمة لان الضمان لا يتبعض في المحرم ويتبعض في حق الحلال • وقال ايضا ان كان القاتل مع الحلال من لا يجب عليه الجزاء من كافر او صبي وجب على الحلال بقدر ما يخصه من القيمة اذا قسمت على العدد الا ان الكافر والصبي لا يلزمهما الجزاء لانهما ليسا مخاطبين بحقوق الله تعالى • وقال في الجامع الكبير لو اخذ حلال صيد الحرم فقتله نصراني او صبي او بهيمة في يده فعلى الحلال قيمته ولا شيء على النصراني والصبي لان الحلال يرجع بما ضمن على النصراني والصبي لانه لو قتلهما الملك الحلال بما رسا له **قوله** لا جزاء على الجناية وفي بعض النسخ على الجناية وهما ايضا بمعنى لان حروف الجر يبدل بعضها من بعض كما قال المصنف العقيل **قوله** • اذا رضيت علي بنو قشير لعمر الله اعجبني رضاها • ويجوز ان يقال معناه جزاء مرتب على الجناية **قوله** واذا باع المحرم الصيد او اشتراه فالبيع باطل وهذا لان البيع لا يخلو اما ان كان في حياة الصيد او بعد قتله ففي الاول يلزم ازالة الامن عن الصيد وفي الثاني يلزم بيع الميتة وكلاهما باطل فيكون البيع باطلا • وقال الناطفي لو اشترى او باع حال احرامه الصيد نقض الحاكم البيع وان قبضه المشتري فاستهلكه والبائع محرم والمشتري حلال فعلى البائع قيمة الصيد للكفارة ولا ضمان عليه للبائع ان كان صاده حال احرامه فعلى المشتري قيمته للبائع **قوله** ومن اخرج ظبية من الحرم فولدت اولادا فماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن اي جزاء الام والاولاد وذلك لان الصيد كان امنا بالحرم فازالة امنه باخراجه من الحرم فصار الاخراج جناية عليه باثبات اليد على الصيد فاستوى الفرع والاصل في اثبات اليد ووجب الرد الى المامن وهو الحرم فلما هلك الموت قبل الرد وجب جزاؤهن جميعا بخلاف ولد المغصوبة حيث لا يكون مضمونا لان حق العباد لا يضمن الا بالتفويت بقطع اليد ولا قطع قبل الموت تفارق الفرع الاصل اما اذا ادى جزاء الام بعدما اخرجها من الحرم ثم ولدت اولادا ثم ماتت فلا شيء عليه اصلا لانه حين ادى جزاء الام بقيت الام غير مغصوبة فكذا الاولاد ولهذا ملكها الذي اخرجها ولو ذبحها لم يكن ميتة اذ لم يبق في الامان ولا شبهة الامان وقبل اداء الجزاء كانت شبهة الامان باقية لوجوب ردها الى الحرم **قوله** وهي صفة شرعية اي كون الصيد واجب الرد الى المامن اي الى موضع امان الصيد وهو الحرم صفة شرعية فتسري الى الاولاد يعني يثبت وجوب الرد الى الحرم في الاولاد ايضا لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية والكتابة والتدبير **قوله** لان بعد اداء الجزاء لم يبق امنا اي لم تبق الظبية مستحقة للامن وتحقيقه ما قلنا اما تعليل صاحب الهداية بقوله ان وصول الخلف كوصول الاصل وقد فسره الامام حميد الدين الضرير في شرحه وقال يعني وصول قيمة الصيد الى فقراء مكة بمنزلة وصول الصيد الى الحرم ولو وصل الظبية الى الحرم ثم ولدت فماتت لا يجب عليه شيء فكذا اذا ولدت بعد اداء الجزاء فيه نظر لانه يجوز ان يصرف القيمة الى فقراء مكة وغيرهم عندنا فاذا ادى الجزاء الى غيرهم يسقط عنه الضمان اتفاقا ولم يصل الخلف الى فقرائها فلا يستقيم التعليل بان الخلف الى فقراء مكة كوصول الاصل الى الحرم وختم الفصل بحكاية لطيفة اوردها عن ابن جريج انه قال لابي حنيفة يا ابا حنيفة ما تصنع في الراي فكيف لا تقول في الاثار وقال له ابو حنيفة يا ابا الوليد انا لا اخذ من الاثار كل ما احتاج اليه فقال له ابن جريج هات اصعب ما عندك حتى اروي لك فيه خبرا فقال ابو حنيفة ما تقول في محرم كسر بيض ثعلب فخرج من ثعلب بيض ثعلب بيض ثعلب • والله سبحانه اعلم بالصواب بمنه وكرمه وحسن توفيقه والحمد لله وحده

وصل هذا الباب بما تقدم لمناسبة بينهما في معنى

باب مجاوزة الميقات بغير احرام

الجناية الا ان مجاوزة الميقات بغير احرام جناية قبل الاحرام وما مضى جناية بعد الاحرام ومطلق اسم الجناية يعني في باب الحج يطلق على ما كان بعد الاحرام فكان كاملا فقدم ذاك على هذا • وقال في الجمهرة الوقت معروف وهو واقع على ساعة من الزمان والحين فعلى هذا يكون استعمال الوقت في معنى المكان مجازا كما استعمل المكان في معنى الزمان مجازا في قوله تعالى هنالك دعا • وقال الجوهري الوقت المعروف والميقات الوقت المضروب للفعل والموضع يقال هذا ميقات اهل الشام للموضع الذي يحرمون منه فعلى هذا يكون اطلاق الميقات على مكان الاحرام حقيقة لاستعمال اهل اللغة الميقات في معنى المكان **قوله** واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان رجع اليه محرما فليس عليه شيء لبى او لم يلب وقال زفر لا يسقط لبى او لم يلب وبستان بني عامر موضع قريب من مكة داخل الميقات خارج الحرم وهذه من مسائل الجامع الصغير وقد وضع المسئلة فيه في العمرة ان المسئلة كتاب المناسك في الحجة وسمى المسئلة فيما اذا جاوز ذات عرق بلا احرام ودخل البستان وكان من نيته الحج او العمرة لا بد اذا لم يكن من قصده ذلك ولم يرد دخول مكة فجاوز الميقات ثم اراد الاحرام لم يجب عليه شيء لحرمة الوقت واصل ذلك ان المواقيت التي وقتها رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ترد الا للغايات التي امر بالاحرام عنها وهذا لان التوقيت لا بد له من فائدة والتقديم عليها يجوز بالاتفاق اذا كان في اشهر الحج فعلم ان المراد منه المنع عن تاخير الاحرام فاذا جاوز ثم احرم فقد ترك حق الاحرام بين الميقات والموضع الذي احرم فيه فدخل النقص في احرامه فلزم الدم جبرا للنقصان ثم اذا عاد الى الميقات يسقط الدم عنه عند ابي حنيفة وعندهما يسقط بالعود مع الاحرام ولا يشترط التلبية وعند زفر لا يسقط وان عاد ملبيا • وجه قول زفر ان حق الميقات انما يحصل بانشاء الاحرام منه ولا انشاء لا يستدرك كيفما عاد لانه احرم بعدما جاوز فلما لم يستدرك لم ترتفع الجناية فلا يسقط الدم كالعود الى عرفة بعد الغروب بعد الافاضة قبل الغروب • ووجه قول ابي يوسف ومحمد ان حق الميقات في المجاوزة عنه بالاحرام لا في انشاء الاحرام عنه ولا في التلبية عنده ولهذا لو احرم من دويرة اهله ثم جاوز الميقات محرما ساكتا لا يلزمه شيء ولابي حنيفة ما روي عن ابن عباس في الذي احرم بعد الميقات انه قال له ارجع الى الميقات ولب والا فلا حج لك فاشترط التلبية عند الميقات ولانه تدارك الشيء الفائت المانع بمثله وكان حق الميقات في الابتداء المجاوزة عنه بالاحرام والتلبية فوجب عليه تداركه كذلك كما وجب ليسقط الدم بالعود محرما اذا لم يلب عند الميقات لعدم تدارك الفائت بخلاف ما اذا احرم من دويرة اهله حيث لا يشترط التلبية عند الميقات

لان مكان احرامه حل متيقنا في حجه وقد لبى هنالك فلم يشترط بعد ذلك وبخلاف الافاضة لانه لم يتدارك المتروك لان الواجب عليه استدامة الوقوف الى الغروب وبالعود الى الغروب لم يتدارك ذلك وقيل اذا عاد قبل الغروب يسقط ايضا وقد مر بيانه فيما تقدم **قوله** تدارك المتروك في اوانه اي في اوان المتروك والاوان هو الوقت والمتروك قضاء حق الميقات **قوله** وذلك قبل الشروع في الافعال اي اوان المتروك قبل الشروع في الافعال **قوله** اظهر حق الميقات وهو مجاوزته محرما **قوله** وعنه يسقط محرما ملبيا اي تدارك المتروك عند ابي حنيفة بعوده الى الميقات محرما ملبيا • بيانه ان حق الميقات يحصل بمجرد المجاوزة بالاحرام اذا احرم من دويرة اهله اما اذا احرم من الميقات فلا بد له من التلبية وهنا فيما نحن فيه لم يوجد الاحرام من دويرة اهله فلا يحصل استدراك الفائت بالعود الى الميقات محرما اذا لم يوجد التلبية عنده فلا يسقط الدم **قوله** ترخص بالتاخير اي بتاخير الاحرام **قوله** تفضلا عليه اي حق الميقات **قوله** ولو عاد بعدما ابتدا الطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق لان ما شرع فيه وقع معتدا به فلا يعود الى حكم الابتداء بالعود الى الميقات **قوله** ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق وذلك لانه اتى بالتلبية الواجبة عند ابتداء الاحرام **قوله** فكذلك له اي يجوز للذي دخل البستان لحاجة ان يدخل مكة بغير احرام كما يجوز للبستاني لانه التحق باهل البستان وقال ابو يوسف اذا دخل فنوى ان يقيم به خمسة عشر يوما جاز له ان يدخل مكة بغير احرام لانه ليس من اهله فلا يعتبر بغيره **قوله** ووقته من الحل اراد به ما ذكره في فصل المواقيت بقوله ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم بين المواقيت وبين الحرم **قوله** وان احرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء اي اذا احرم الداخل في البستان لحاجة والبستاني من الحل الذي بينه وبين الحرم او بين الحرم **قوله** ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت واحرم بحجة عليه اجزأه من دخول مكة بغير احرام وهذه من مسائل الجامع الصغير اصلها ان من اراد دخول مكة لحاجة لزمه اما حجة او عمرة كما اذا دخلها زائرا وعند الشافعي لا شيء عليه اذا دخلها لا بنية النسك قياسا على الحطابين وعلى من كان منزله داخل الميقات • ولنا حديث ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل دخول مكة بغير احرام وقال عليه السلام يوم فتح مكة وانما احلت لي ساعة فثبت انه لا يجوز دخولها الا باحرام العمرة او الحجة تعظيما للبيت لان تعظيمه لازم لا يسقط بحال بخلاف الحطابين لانه رخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه يلحقهم الحرج بالاحرام في كل دخول وكذا المكي ومن كان منزله داخل الميقات وليس لانافي في تمام مسئلة القياس في كل دخول وكذا المكي اذا ثبت هذا نقول اذا دخل مكة بغير احرام ثم عاد الى الميقات من تلك السنة فاحرم بحجة عليه من حجة الاسلام او عمرة منذورة سقط ما وجب عليه من العمرة او الحجة بدخول مكة بغير احرام • قال في شرح مختصر الكرخي والايضاح وشرح الاقطع وغيرها هذا استحسان والقياس ان لا يجزيه وهو قول زفر رحمه الله ووجه القياس ان مجاوزة الميقات اوجب عليه حجة او عمرة فلا يسقط ذلك بما وجب لزم لحجة الاسلام او حجة منذورة وعمرة منذورة قياسا على ما اذا نذر وقال لله علي حجة حيث لا يسقط عنه الحجة المنذورة بحجة الاسلام وقياسا على ما اذا دارت السنة وعاد الى الميقات واحرم بحجة الاسلام او احرم عما وجب عليه بالنذر من الحجة او العمرة حيث لا يسقط ما وجب عليه بمجاوزة الميقات من الحجة او العمرة بالاتفاق ووجه الاستحسان انه لما عاد الى الميقات من هذه السنة واحرم بحجة عليه تدارك المتروك في اوانه فيجزيه عما وجب عليه بدخول مكة بغير احرام وهذا لان الميقات اوجب عليه احراما يؤدي افعاله في هذه السنة تعظيما للبيت كيف ما كان لا دخولها قصدا بالدخول مكة ولهذا لو احرم ابتداء بحجة عليه من الميقات يجزيه عنها وعن حرمة الميقات فعلم ان الواجب عليه لحق الميقات مطلق الاحرام لا الاحرام المقصود بخلاف ما اذا تحولت السنة ثم احرم من الميقات بحجة عليه حيث لا يجزيه عما وجب عليه بدخول مكة بغير احرام لانه فات تلافيه بالاستدراك لان الميقات اوجب عليه احراما يؤدي افعاله في هذه السنة لا في سنة اخرى فبان الفرق وان السنة لما تحولت بقيت الحجة او العمرة واجبة في ذمته فصار اصلا فلم يتادى الا باحرام مقصود كما اذا نذر ان يعتكف شهر رمضان فصام ولم يعتكف حتى جاء رمضان من قابل فصامه واعتكف فيه قضاء عما عليه لم يجزه لانه لما لم يعتكف في رمضان الاول صار الصوم مقصودا فلا يتادى الا بصوم مقصود كذا هنا • فان قلت سلمنا ان الحجة بتحول السنة تصير دينا ولكن لا نسلم ان العمرة تصير دينا لانها غير موقتة فينبغي ان تسقط العمرة الواجبة بدخول مكة بغير احرام بالعمرة المنذورة في السنة الثانية كما تسقط في ثاني السنة الاولى • قلت لا شك ان العمرة تكره تاخيرها الى يوم النحر وايام التشريق واذا اخرها الى وقت يكره صار كالفوت فصارت دينا **قوله** ومن جاوز الوقت فاحرم بعمرة وافسدها مضى فيها وقضاها اي افسد العمرة بالجماع وانما وجب المضي في العمرة ثم القضا بعد الافساد قياسا على ما اذا افسد الحج بالجماع وقد روينا فيه الحديث بوجوب المضي والقضا في الفصل الاول من باب الجنايات من الجامع رفع الاحرام لا يرفعه الشروع **قوله** وليس عليه دم لترك الوقت وعلى قياس قول زفر لا يسقط عنه يعني الدم عند زفر رحمه الله اذا جاوز الميقات ثم احرم ثم عاد الى الميقات لا يسقط عنه الدم الى ذلك لان جنايته لا ترتفع بالعود فكذا اذا جاوز الميقات ثم احرم بعمرة ثم وجب عليه القضا بالافساد لا يسقط عنه الدم بالقضاء لعدم ارتفاع الجناية بالقضاء قياسا على تلك المسئلة وجه قول زفر ان سائر المحظورات لا يسقط موجبها بالقضاء كما اذا قتل الصيد او قلم الظفر او حلق الشعر او فعل نحو ذلك من اللبس والطيب ثم افسد الحج او العمرة فكذا لا يسقط موجب المجاوزة بغير احرام بالقضاء • ولنا ان الدم انما وجب عليه لخلل وقع في احرامه بالمجاوزة في الميقات بغير احرام ثم لما افسد العمرة وقضاها استدرك الخلل الفائت لان القضاء على الفائت وقد لبى بالاحرام من الميقات فيسقط عنه الدم فصار كانه لم يجاوز من الميقات بغير احرام اصلا لكن سهى في صلاته حيث يجب عليه بمجرد السهو ثم اذا افسدها وقضاها يسقط عنه بمجرد السهو لتدارك النقصان بالقضاء فكذا هنا بخلاف موجب سائر المحظورات حيث لا يسقط بالقضاء لان ذلك انما وجب لجناية الارتفاق الحاصل في الاحرام ولم بالقضا لم يرتفع الجناية فلم يسقط موجبها ايضا فظهر الفرق وبطل القياس **قوله** وهو نظير الاختلاف الى اخره اي هذا الاختلاف بيننا وبين زفر في ان الدم الواجب بالمجاوزة من الميقات بلا احرام ثم احرم بالحج ثم فاته الحج بفوات الوقوف بعرفات وتحلل بافعال العمرة ووجب عليه القضاء يسقط الدم الواجب بالمجاوزة بغير احرام بوجوب

القضا عندنا خلافا له والثانية اذا احرم بالحج بعد المجاوزة عن الميقات ثم افسد الحج بالجماع قبل الوقوف بعرفات وجب عليه المضي
والقضا وسقط دم المجاوزة عندنا خلافا له وبيان الدليل من الجانبين قوله وقيس عطف على قوله في فائت الحج قوله وهو
يعتبر المجاوزة منه اي زفر بتلبس المجاوزة بنية احرام مبتدا من الميقات وهو اي القضا به اي بالقضا بعينه اي بعين الميقات من المحظورات
بيان للابهام الواقع في الخبر قوله واذا خرج المكي يريد الحج فاحرم ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة والاصل فيه ما مر في فصل
المواقيت ان ميقات اهل مكة في الحج الحرم وفي العمرة الحل فلما خرج المكي عن الحرم واحرم بالحج صار كالافاقي اذا جاوز الميقات ثم احرم وجب عليه شاة
كترك حرمة الميقات كما وجبت على الافاقي هذا فيما اذا خرج بارادة الحج اما اذا خرج لحاجة فجاوز الميقات ثم احرم بالحج ووقف بعرفات لا يجب
عليه شيء لانه التحق بالافاقي قوله فان عاد الى الحرم فلبى او لم يلب فهو على الاختلاف يعني ان عند ابي حنيفة يسقط عنه الدم بالعود والتلبية
عند الحرم وعندهما يسقط بمجرد العود وعند زفر لا يسقط وان لبى وقد عرف بيانه فيما مضى في الافاقي قوله والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم
خرج من الحرم فاحرم ووقف بعرفة فعليه دم وانما بين هذه المسئلة في الجامع الصغير للتنبيه لان احرام القارن ... هذا الحكم
فيه وانما وجب الدم على المتمتع باحرامه خارج الحرم لان ميقات المتمتع بحجته مكي فلما خرج من الحرم واحرم بعد ذلك ترك حق الميقات فيجب عليه
الدم لحرمة الميقات اما اذا عاد الى الحرم يسقط عنه الدم اذا لبى عنده وعندهما لا يشترط التلبية وعند زفر لا يسقط في الحالين وهذا يعني قوله ثم هو على
الخلاف الذي تقدم في الافاقي وانما قال تقدم في الافاقي وان كان المتمتع افاقيا لان المتمتع في حق احرام الحج كالمكي والله سبحانه وتعالى اعلم

باب اضافة الاحرام

الاحرام الى الاحرام لما كان اضافة الاحرام الى الاحرام من اهل مكة ومن هو داخل الميقات
جناية وكذا اضافة احرام الحجة الى العمرة من الافاقي اساءة كما سيجيء ذكره اورد باب اضافة الاحرام الى الاحرام فيما مر ذكره قوله قال
ابو حنيفة رضي الله عنه اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة وقال ابو يوسف
ومحمد رفض العمرة احب الينا وقضاؤها وعليه لرفضها دم • قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير لانه لم يذكر في الاصل ويقال ايضا احب
الينا من المصابين ايضا وكذا المعنى عليهما اي قوله فان مضى عليهما اجزاه من الخصائص وانما قيدنا بقوله طاف لها شوطا لانه اذا لم يطف للعمرة اصلا رفض
العمرة بالاتفاق وقيد بطواف شوط واراد به اقل الاشواط حتى اذا طاف شوطين او ثلاثة اشواط كان الخلاف فيه كذلك اما اذا طاف للعمرة اكثر
الاشواط يرفض الحج بالاتفاق والاصل هنا ان التمتع والقران لا يجوز للمكي ومن في معناه لقوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام ومن كان
داخل الميقات فهو تبع للكعبة وحكمه حكم الحاضرين • الا ترى الى قوله تعالى الا الذين عاهدتم عند المسجد الحرام فما استقاموا لكم
فاستقيموا لهم ... والذين مساكنهم خارج الحرم داخل الميقات اي يعني الاستثناء ليس العهد الا هؤلاء الذين لم ينقضوا فما اقاموا على
الوفا بعهدهم فاستقيموا لهم وموضع الذين نصب بالاستثناء كذا قال الزجاج في تفسيره فلما لم يكن للمكي ومن في معناه حق التمتع والقران لم يكن بد من
رفض احدهما فقال يرفض الحج وقال صاحباه يرفض العمرة • قال الحاكم الشهيد رفض الاستحسان ثم قال ذكر في كتاب ابن سماعة وجه في ان العمرة
ايسر قضاء واما واخف مؤنة فصارت اولى بالرفض لان ادائها ممكن في جميع السنة الا خمسة ايام ... فيها ويجيء ذكرها فصار كما اذا لم يطف لها الا
بخلاف ما اذا طاف لها ثلاثة اشواط لان العمرة صارت مؤداة لان للاكثر حكم الكل والحجة ليست بمؤداة فتعذر رفض العمرة بعد الاداء حكما كما تعذر رفضها
بعد ادائها حقيقة باداء جميع الاشواط ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الاحرام عقد على الاداء وليس باداء كما مر بيانه فيما تقدم فلما كان كذلك كان رفض
الحج اولى لان رفضه امتناع من الاداء لانه لم يشرع في الاداء بعد وليس بابطال العمل بخلاف رفض العمرة فانه ابطال وهو حرام بالنص وانما قلنا
انه ابطال لانه اتصل باحرامها اداء الطواف فصار كما اذا طاف اربعة بخلاف ما اذا لم يطف للعمرة اصلا حيث لم يرفضها لعدم اتصال الاداء فان قلت
لزوم الدم بالرفض سواء رفض العمرة او رفض الحج فلجناية التحلل قبل اوانه وانما وجوب الحجة والعمرة عليه في رفض الحج على ما قال ابو حنيفة رضي الله عنه
فلان الحجة لم يستم بالاحرام وقد رفضها فلزمه قضاؤها لان الشروع ملزم واما العمرة فلانه لما رفض الحج صار في معنى فائت الحج وفائت الحج يتحلل
بافعال العمرة بخلاف رفض العمرة على مذهبهما حيث يلزمه قضاؤها لا غير قوله وكذا اذا احرم بالعمرة ثم بالحج ولم يات بشيء
من افعال العمرة اي رفض العمرة ايضا وهذا بالاتفاق قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانها ادنى حالا واقل اعمالا وايسر قضاء قوله
ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة رضي الله عنه اي اقل من اربعة اشواط • وذكر في بعض النسخ عندهما وبيانه ظاهر بان يقال
انما يرفض الحج عندهما اذا وجد اكثر الاشواط للعمرة لان للاكثر حكم الكل ولا كذلك اذا طاف لها الاقل حيث يرفض العمرة لا الحج لانه لم يوجد
اكثر الاشواط فصار كانه لم يوجد الطواف اصلا فان النسخة الاولى احرى بان يقال انه يرفض الحج فيما اذا وجد اكثر الاشواط للعمرة بلا
خلاف وليس كذلك رفضه عند ابي حنيفة فيما اذا وجد اقل اشواط العمرة فان فيه خلافا عنده يرفض الحج وعندهما يرفض العمرة او نقول هذا
جواب سؤال مقدر وهو ان يقال لما قال المصنف فان طاف للعمرة اربعة اشواط رفض الحج بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل ورد عليه السؤال
بان يقال كما يرفض الحج على مذهب ابي حنيفة فيما اذا طاف الاقل للعمرة ولم يوجد الاكثر الذي له حكم الكل فاجاب عنه وقال ولا كذلك
فيما اذا طاف الاقل يعني ان ابا حنيفة لا يعلل لرفض الحج فيما اذا طاف الاقل للعمرة بوجود الاكثر بل يعلل بعلة اخرى وهي ان احرام العمرة تأكد باتصال
الاداء به ورفض غير المتأكد اولى من رفض المتأكد ولهذا لان الحكم جاز ان يكون معلولا بعلل شتى وعدم العلة لا يوجب عدم الحكم قوله
والحالة هذه اي وجد البعض افعال العمرة قوله وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة اي قضاء الحج الذي رفضه في سنة اخرى وعليه
عمرة اخرى غير العمرة التي شرع فيها لانه في معنى فائت الحج لكن يؤدي ... العمرة التي شرع فيها وفرغ عنه ثم بالحج في عام اخر لانه في معنى فائت
الحج قوله وان مضى عليهما اجزاه يعني اذا لم يرفض المكي ومن في معناه العمرة او الحج بل مضى عليهما واداهما اجزاه وذلك لان النهي
للمعنى في غيره لا يعدم المشروعية على ما عرفنا في شرحنا الموسوم بالمبين وعليه دم كفارة لانه ارتكب المنهي وهو الجمع بينهما • قال الحاكم الشهيد

الجليل ذكر في نوادر ابن سماعة في احرام المكي بالحج بعدما طاف اربعة اشواط العمرة لانه ليس بقارن ولكنه محرم بشيئين فان اصاب صيدا كان عليه
جزاءان قوله وهذا في حق المكي دم جبر اي هذا الدم الواجب بالجمع بين العمرة والحج في حق المكي دم جبر النقصان لارتكابه المنهي وفي حق
الافاقي دم شكر لما انعم الله عليه من الجمع بين العبادتين قوله ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى فان حلق في الاولى لزمته
الاخرى ولا شيء عليه وان لم يحلق في الاولى لزمته الاخرى وعليه دم قصر او لم يقصر عند ابي حنيفة وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه والاصل
هذا ان الجمع بين الاحرامين بحجتين او بعمرتين حرام لانه بدعة فبعد ذلك نقول اذا احرم بالحج ووقف بعرفات ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى
فلا يخلو اما ان يكون احرامه لحجة اخرى بعد الحلق للحجة الاولى او قبل الحلق فان كان بعد الحلق فلا يلزمه الدم لانه لم يجمع بين الاحرامين
لانه تحلل من الاولى بالحلق ويوم كذا الامرين اما ان يحلق للاولى او لم يحلق فعلى كلا التقديرين يلزمه الدم عند ابي حنيفة رضي الله عنه
اما اذا حلق فلانه جناية في حق احرام الحجة الثانية وان كان نسكا في حق احرام الاولى واما اذا لم يحلق للاولى يلزمه ايضا لانه تاخير
النسك عن وقته يوجب الدم عنده • وقال ابو يوسف ومحمد ان احرم بحجة اخرى قبل الحلق للاولى فان حلق بعد ذلك يلزمه الدم
لان الحلق وقع جناية في حق الثانية وان لم يحلق بعد ذلك الى ان يفرغ من الحجة الثانية في العام القابل فلا شيء عليه لان تاخير النسك
لا يوجب الدم عندهما قوله في الاولى اي في الحجة الاولى لزمته الاخرى اي الحجة الاخرى قوله قصر او لم يقصر
اراد بالتقصير الحلق لانه تبع لفظ محمد في الجامع الصغير ولم يغيره قوله ولان الجمع بين احرامي الحج او بين احرامي العمرة بدعة دليل لقوله
وعليه دم قصر او لم يقصر • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ولم يرد بهذا دم الجمع وقال ذلك في كتاب المناسك
ثم قال ولم نجد نصا يعني في ذلك روايتين يعني في وجوب الدم لاجل الجمع بين الاحرامين في رواية لا يجب وجه الرواية الاولى انه لما باشر محظورا
بالجمع بين احرامي الحجتين وجب عليه الدم للجبر ووجه الثانية ان الجمع حصل في التوابع لا في الاصول فلا ينجبر بالدم قوله لزمه الدم ...
اذا ... قوله ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى فعليه دم لاحرامه ... اي احرم بعمرة فطاف لها وسعى وبقي التقصير ثم احرم بعمرة
اخرى قبل ان يوجد منه التقصير والحلق للاولى لزمه الدم وهذه من خواص مسائل الجامع الصغير وذلك لان الجمع بين احرامي العمرتين مكروه
بدعة فيلزمه الدم ولاجل التناول منه لانه دم جبر وفي لزوم الدم هنا رواية واحدة لان الجمع حصل في الاصول لانه يؤدي العمرة الثانية
في هذه السنة قوله لاحرامه قبل الوقت اي قبل وقت الاحرام يعني ان وقت الاحرام للعمرة الثانية بعد الحلق او التقصير للاولى فلما احرم
للثانية قبل ذلك يكون محرما قبل الوقت فيصير جامعا بين احرامي العمرتين فيلزمه الدم قوله ومن اهل بالحج ثم احرم بعمرة لزماه اهل اي رفع
الصوت بالتلبية وانما اختار الفقيه لفظ الاهلال على التلبية في كثير من المواضع اشارة الى السنة في التلبية وهي رفع الصوت ثم انما لزمه الحج
والعمرة جميعا لان الجمع للافاقي بين الحج والعمرة مشروع الا انه لما احرم بالعمرة بعد الحج ترك الترتيب المشروع في الاحرام فصار مسيئا لان الله تعالى
جعل الحج اخر الغايتين في قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فكان ينبغي ان يدخل الحج على العمرة لا على العكس ... لان الترتيب وجد
في الاداء وان فات في الاحرام ثم انه لو وقف بعرفات قبل الاتيان باعمال العمرة صار رافضا لها لتعذر اداء العمرة لانها لم تشرع مبنية على الجمع
اما اذا توجه الى عرفات فهل يصير رافضا للعمرة بمجرد التوجه الظاهر والاصح انه لا يصير رافضا حتى يقف وقد استقصيناه في اخر باب القران مبتكرا
منه قوله والمسئلة هذه اي في الافاقي بدليل كما يجمع بين الحج والعمرة قوله لكنه اخطأ السنة لان السنة ادخال الحج على العمرة
بان يحرم بالحج بعد احرام العمرة او يحرم بهما جميعا فيؤدي العمرة ثم يؤدي الحج قوله لانه مبنية عليه غير مشروع اي العمرة
غير مشروع مبنية على الحج ... على الحالة من ... الراجعة الى العمرة قوله ذكرنا من قبل اي في اخر باب القران قوله وان
طاف للحج ثم احرم بعمرة فمضى عليهما لزماه اي طاف طواف القدوم للحج ثم احرم بعمرة فمضى على احرامي العمرة والحج لزماه حتى ياتي بافعال الحج وانما جاز الجمع
بينهما لانه مشروع في حق الافاقي وطواف القدوم سنة فصار كانه لم يات بافعال الحج اصلا لانه اذا ترك السنة اصلا لا يلزمه شيء وعليه دم
كفارة حتى لا ياكل منه لانه خالف السنة في هذا الجمع • قال محمد في الجامع الصغير واحب الي ان يرفض العمرة وانما ذكر لفظ الاستحباب في الرفض
من غير الزام لان المؤدى من افعال الحج وهو طواف القدوم ليس بركن في الحج فلا يلزمه الرفض الا انه استحب الرفض لبناء العمرة على الحج من وجه بخلاف
ما اذا لم يات بطواف القدوم كما في الفصل الاول حيث لا يكون رفض العمرة مستحبا ايضا ثم اذا رفضها يلزمه الدم للرفض لانه تحلل بغير طواف فصار
كالمحصر وعليه عمرة مكان العمرة لان الشروع ملزم عندنا قوله على ما مر اراد به قوله لان الجمع بينهما في حق الافاقي مشروع
قوله وهو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ انه دم نسك قوله لانه بان افعال العمرة على افعال الحج ... وكان
بانيا عمرته على بعض افعال الحج من هذا الوجه وذلك مكروه قوله ومن اهل بعمرة في يوم النحر او في ايام التشريق لزمته لما قلنا يعني ان الحاج
اهل بعمرة في هذه الايام التي يكره العمرة فيها لزمته العمرة لما ان النهي لا ينفي تحقق الفعل • قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير ويرفضها اي يرفض العمرة
قالوا في شروح الجامع الصغير معناه اي يلزمه الرفض وانما لزم الرفض لانه قد ادى ركن الحج فصار بانيا من كل وجه للزوم افعال العمرة على افعال
الحج على تقدير عدم الرفض ثم اذا رفضها يلزمه الدم للرفض وعمرة مكانها لصحة الشروع • فان قلت ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الشروع في صوم
يوم النحر حيث لا يلزمه القضا اذا افسد وهنا يلزم قلت الفرق بينهما ظاهر وهو ان بمجرد الشروع في الصوم يوم النحر يلزم المعصية وهو ترك اجابة
اضافة الله تعالى بنوم بالانظار فلا يلزم القضا وهنا لا يلزم المعصية بمجرد احرام العمرة في هذه الايام لان المعصية اذا اتى بها في هذه الايام
فيلزمه القضا لصحة الشروع قوله فان مضى عليها اجزاه اي على العمرة التي احرم يوم النحر وفي هذا النسخ عليهما اي على الحج والعمرة وانما اجزاه
المضي على العمرة في هذه الايام لان النهي عن العمرة في هذه الايام لمعنى في غيرها لا في ذاتها وهو تعظيم الحج بان يجعل الوقت خالصا له بلا مزاحمة غيره والنهي لمعنى
في الغير لا يعدم المشروعية لكن يلزمه الدم ... للجمع بين الاحرامين للجمع في الافعال الباقية لانه بقي عليه مناسك الحج اي رمي ايام التشريق قوله
وقيل اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير انما اذا حلق للحج ثم احرم بالعمرة

[illegible]

باب الإحصار

قوله إذا احصر المحرم بعدو أو أصابه مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل . وقال الشافعي لا يكون الإحصار إلا بالعدو [illegible] الإحصار [illegible] الحج والعمرة لله فإن أحصرتم فما استيسر من الهدي [illegible]

[illegible]

في الموضعين على صيغة المبني للمفعول وآخره مجزوم على انه جواب الامر ويجوز في الاول الرفع على انه صفة للبقرة في شاة ويجوز في الثاني ان يكون
على صيغة المبني للفاعل مسندا الى ضمير من وضمير المفعول الراجع الى الشاة محذوف ومن موصول محله منصوب بقوله واعد ويعني سلمه وهو
مثل الخطاب للمذكر الواحد والضمير البارز في يذبح راجع الى الموصول والضمير في فيه راجع الى يوم ثم اعلم ان هذه الجملة مشتملة على احكام
منها انه يجوز التحلل بذبح الشاة لان المذكور هو الهدي في قوله تعالى فان احصرتم فما استيسر من الهدي وادنى الهدي شاة ومنها انه اذا تحلل
ببعث بقرة او بدنة جاز لما روى صاحب السنن باسناده الى جابر بن عبد الله رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديبية
البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة ومنها انه لا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم عندنا . وقال الشافعي في الموضع الذي احصر فيه لان
النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه نحروا بالحديبية وهي خارج الحرم ولنا قوله تعالى ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله والمحل هو الحرم وفجاج
مكة كلها منحر بالحديث فلو كان الامر على ما قاله الشافعي لم يكن لقوله تعالى حتى يبلغ الهدي محله فائدة اما نحر النبي صلى الله عليه وسلم فلا يدل
على انه كان خارج الحرم لان الحديبية على طرف الحرم متصل به وكان خباء رسول الله صلى الله عليه وسلم خارج الحرم ومصلاه في الحرم فيحتمل انه
نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم خارج الحرم ونحن نعتقد انه نحر في الحرم ونقل صاحب الكشاف عن الزهري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر هديه
في الحرم . وقال الواقدي الحديبية هي طرف الحرم على تسعة اميال فقال ابو القسم عبيد ابن خرداذبة في كتابه حدود الحرم من طريق المدينة على ثلاثة
اميال ومن طريق اليمن على سبعة اميال ومن طريق الطائف على احد عشر ميلا ومن طريق جدة على عشرة اميال ومن طريق العراق على تسعة اميال
ومنها انه يجوز بعث قيمة الشاة حتى يشتري بها شاة في الحرم فتذبح فيه لانه ربما يتعذر بعث عين الشاة ومنها انه يواعد من يبعثه بيوم
بعينه لان التحلل موقوف على ذبح الهدي فلا بد من ان يعلم زمان ذلك حتى يتم التحلل بعد ومنها انه ليس عليه الحلق عند اصحابنا وسيجئ بيانه بعد
هذا قوله لان دم الاحصار قربة وذلك لانه قائم مقام الحلق في اوانه وهو في اوانه نسك فكذا ما قام مقامه ولانه بعد ادراك الحج
وهو الوقوف بعرفات لكنه لما وقع قبل الاوان اعتبر جناية فقيل انه دم كفارة قوله على ما مر اشارة الى قوله في فصل الصيد الهدي قربة
غير معقولة فتختص بمكان او زمان قوله فلا تقع قربة دونه اي فلا تقع دم الاحصار قربة دون الحرم قوله فلا تقع قربة التحلل اي فلا
يقع به التحلل يعني اذا ذبح دم الاحصار في غير الحرم لا يحصل التحلل قوله لا يتوقت به اي لا يتوقت دم الاحصار بالحرم قوله
انه شرع رخصة اي لان هدي الاحصار شرع رخصة تخفيفا والتوقيت بالحرم يبطل معنى التخفيف لانه لا يتحلل الا ان يبلغ الهدي محله فيحصل له
ضرر وحرج ان هذا رأي في معارضة النص فلا يلتفت اليه او يقول اصل التخفيف حاصل لانه يجوز له التحلل بالهدي قبل اوان الافعال اما شرط النهاية
في التخفيف ممنوع ثم ادعى فعليه البيان ولا يتأتى الا ان ينفي الجواز فلو كان نهاية التخفيف شرطا لحل بلا هدي قوله ويجزيه البقرة و
البدنة كما في الضحايا يجزي بسبع البقرة وسبع البدنة كما في الاضحية وقال اصحابنا ان لم يجد المحصر الهدي اقام حراما حتى يذبح او يطوف بالبيت
ويسعى ويحلق او يقصر كما في فائت الحج وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى قال في المحصر اذا لم يجد الهدي قوم الهدي طعاما فيتصدق به على المساكين فان لم يكن
عنده طعام صام لكل نصف صاع يوما وقال ابو يوسف قول عطاء احب الي وجه قولهم في المشهور ان حكم التحلل مغيا بغاية بلوغ الهدي محله
فلا يكون له وجود قبل الغاية ووجه ما روي عن ابي يوسف انه دم يتعلق بالاحرام فجاز ان يقام غيره مقامه كدم المتعة والقران وجزاء الصيد
قوله وليس عليه الحلق اشارة الى انه ليس عليه الحلق في قول القدوري ثم علل اشارة الى انه ليس عليه الحلق او التقصير وذلك لانه لو شرط
الحلق للتحلل الطرأ في حلق المحصر خلافا قال ابو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما لا حلق عليه ولا تقصير . وقال ابو يوسف فيما روى عنه محمد يحلق فان لم
يحلق فلا شيء عليه . وقال ابو يوسف في رواية ابن سماعة لا بد له من حلقه كذا ذكر ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي . وقال ابن مالك في الموطأ
يحلق رأسه حيث حبس . وقال في شرح الكرخي قال الشافعي ان قلت ان الحلق نسك على المحصر حلق وان قلت بالحديبية وامر اصحابه ولانه لما احصر
منع من الطواف والسعي والرمي ولم يمنع بالحلق فما منع منه سقط للضرورة وما لم يمنع لم يسقط لعدم الضرورة ووجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الاحصار
يسقط عنه سائر مناسك العمرة من الطواف والسعي فيسقط عنه الحلق ايضا لانه من مناسك العمرة لانه يحل بعد الحلق ولان الحلق عرف قربة فيما اذا كان
مرتبا على افعال الحج ولم يوجد الافعال فلا يكون قربة ولان الحلق من توابع الاحرام فلا يؤمر به المحصر كالرمي والجواب عن حلق النبي والصحابة انه فعل الحلق
على ما روينا عن الزهري لانه حلق حيث نحر وقد صح عنه انه عليه السلام نحر بالحديبية والحديبية في الحرم فحلق عنده ما ذكر ابو بكر الرازي
رحمه الله انما لا يجب الحلق عند ابي حنيفة ومحمد على المحصر في الحل لان الحلق يختص بالحرم فاما اذا احصر في الحرم فعليه الحلق قوله وفعل النبي صلى الله
عليه وسلم والصحابة ليعرف استحكام عزيمتهم جواب عما تمسك به ابو يوسف رحمه الله . بيانه ان النبي صلى الله عليه وسلم لما احصر بالحديبية صالح بين كفار
قريش على ان يعتمر من العام القابل وكان رأى الصحابة [illegible] وتمنعوا عن ذلك فحلق رسول الله صلى الله عليه وسلم وامر الصحابة بذلك
حتى يعرف استحكام العزيمة في الرجوع لان حكم الله تعالى كان في الرجوع لا لان الحلق واجب وعندي يجب الحلق على المحصر ان كان في الحل او الحرم
لان ذكر كتاب الله تعالى لان الله تعالى قال ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله وهذا خطاب للمحصرين نهاهم عن الحلق الى ان يبلغ الهدي محله فيكونون
مأمورين بالحلق بعد بلوغ الهدي محله فلو لم يثبت الامر بعد ذلك لم يكن لذلك الغاية فائدة . لانه لا حلق عليهم قبل الغاية وبعدها جميعا فان قلت سلمنا
ان مدلول الاية دلت على ان الحلق واجب على المحصور لكن من اين يعلم انه يجوز في غير الحرم قلت يعلم من الاية ايضا بدليل حرف الغاية الحرم فيكون قد
الغاية الخارج تجوز الحلق في الحل لانهم ما يؤمرون بالحلق بعد وجود الغاية وهو بلوغ الهدي محله وهم في الحل . فان قلت فعلى هذا لم ما يؤمرون بالحلق وهم في
الحل قلت لا نسلم انه يلزم من ذلك ان يكون الحلق في الحل ايضا فلما لا يثبت الامر بالحلق وهم في الحل اثبات التسليم على جواز الحلق في الحل ايضا لان الاية
بحسب الطاقة والمحصر لا يقدر على الحلق في الحرم لانه ممنوع عنه فكلا منافيه قوله فان كان قارنا بعث بدمين اي قال الشيخ ابو الحسن
القدوري وان كان المحصر قارنا بعث بدمين وهذا عندنا وقال الشافعي يبعث بهدي واحد وهكذا بناء على ان القارن محرم باحرامين عندنا خلافا له لان
عنده يدخل احرام العمرة في احرام الحجة فلما كان كذلك بعث بدمين عندنا لاحتياجه الى التحلل عن احرامين ولا يتحلل بدم الاحصار قبل اقامة الحلق

وتحلل القارن بالحلق الواحد على الاحرامين فيجزي الهدي الواحد على الاحرامين لانه يتحلل بالحلق لا عن الاحرام لنا ان ... الاحصار وشهد له الحديث على القارن ... قوله وان بعث القارن هديا ... لم يتحلل الا بهديين ... النحر ... الحج ...

... قوله ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم ... قوله ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابي حنيفة ...

... ابو يوسف ومحمد ... يوم النحر ... الاحصار ... الحرم ... المكان ... الزمان ...

... الحلق ... لان الاحصار ... المحصر ... يوم النحر ... ان الهدي ... الدم ...

... الذي يحل به المحصر ... ولان دم الاحصار ... دم الكفارة ... الحج ... قال ...

... يوم النحر ... وحكي ... المحصر ... الحج ...

عجل ... وهو الذي يبتدئ بعد وجود الافعال وذو الدم مختصا بيوم النحر تحللا مرتبة على الافعال لان معظم افعال الحج وهو الوقوف بعرفة

ينتهي بطلوع الفجر من يوم النحر والمرتب على الوقوف وهو الحلق يكون في يوم النحر ضرورة ولعل في غير اوانه وهو الذي يتبع قبل وجود الافعال

في صورة الاحصار لم يوجد الافعال فلا يترتب الذبح الذي هو سبب التحلل بيوم النحر لعدم الضرورة في التوقيت لانه لم يترتب على الافعال فافترق

قوله لعنا الهدي المتعة دليل التوقيت لما لا يجوز الذبح للمحصر بالحج الا في يوم النحر قوله وهو الوقوف اي معظم افعال الحج الوقوف اي بالحلق

اي بالحلق قوله قال والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة اي قال القدوري والمحصر بالحج اذا تحلل يعني بالهدي فعليه حجة وعمرة اما وجوب الحجة فلا

خلاف بين اهل الامرين اما ان كانت حجة الاسلام واحصر عنها فعليه اداؤها لاجل الاداء واما ان كانت نافلة اوجبها بالشروع فعليه قضاؤها ايضا لان الشروع

ملزم عندنا كالنذر وقد روينا من السنن في حديث الحجاج بن عمرو الانصاري رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كسر او عرج فقد

حل وعليه الحج من قابل ٭ واما وجوب العمرة فانه فيما اذا قضى حجته من سنة اخرى فانه صار كفائت الحج وفائت الحج يجب عليه التحلل بافعال العمرة لعدم تحلله

الحج من السنة التي احرم فيها كذا ذكره في الايضاح ورواه ابن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وروى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان عليه العمرة في

الوجهين كذا ذكره القدوري في شرحه ٭ فان قلت ينبغي ان لا يجب العمرة على المحصر بالحج اذا قضاه لان العمرة انما تجب على فائت الحج للتحلل وقد حصل له التحلل بالاحصار

الي افعال العمرة قلت هذا نصب الشرع بالراي على مخالفة النص فلا يسمع ٭ بيانه ان الله تعالى اوجب على المحصر الهدي بقوله فان احصرتم فما استيسر من الهدي

تعالى بوجوبه ٭ وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل رواه عمر وابن عباس رضي الله عنهما

وذكره الدارقطني والحديث عام في الذي فاته الحج بفوات وقت الوقوف وفي الذي فاته بالاحصار لان كلاهما فاته عرفة فقلنا بوجوب العمرة

وحديث البخاري باسناده الي سالم قال كان ابن عمر رضي الله عنهما يقول اليس حسبكم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان حبس احدكم عن الحج طاف بالبيت

وبالصفا والمروة ثم حل من كل شيء حتى يحج عاما قابلا قوله وعلى المحصر بالعمرة القضاء وهذا مذهبنا وعند مالك لا يتحقق الاحصار بالعمرة لعدم

تحقق الفوات ولنا قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله فان احصرتم فما استيسر من الهدي اي فان احصرتم عن تمام الحج والعمرة فعليكم ما تيسر من الهدي والذبح

في كتب الحديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه احصروا بالعمرة بالحديبية فقضوها من قابل وكانت تسمى عمرة القضاء وعدد الشهر من السنة عن

مالك في كتب الحديث على انه مالك رحمه الله قد اورد في الموطا ان رسول الله كان اهل بعمرة عام الحديبية ولان التحلل في الاحصار بالحج انما شرع دفعا

للحرج الناشي من امتداد الاحرام وهذا المعنى حاصل في الاحصار بالعمرة فيشرع التحلل وبهذا البيان يحقق الاحصار واما وجوب قضاء العمرة فلقضاء

رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم ولانها لزمته بالشروع فيجب قضاؤها قوله وكان عمارا اي كان رسول الله صلى الله عليه

وسلم واصحابه معتمرين قوله وعلى القارن حجة وعمرتان اما وجوب الحجة والعمرة فلما بينا المحرم بالحج يعني يجب على القارن اذا احصر فتحلل حجة وعمرتان

لانها اداها اي كانت حجة الاسلام وقضاء ان كانت نافلة وجبت بالشروع وكذا وجوب احدى العمرتين لانه في معنى فائت الحج واما العمرة الثانية فانه خرج

عنها بعد الشروع الصحيح فيجب قضاؤها قوله فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار الي اخره قيد بالقارن في الهداية

وليس فيه فايدة كبيرة لان الحكم في المفرد بالحج كذلك ولهذا وضع القدوري هذه المسئلة في مطلق المحصر ولم يقيده بالقارن فقال واذا بعث المحصر

هديا ولم يقيد في الجامع الصغير ايضا بالقارن بل وضع المسئلة في المحصر بالحج على انه كان ينبغي ان يقول صاحب الهداية هديين لان القارن المحصر يبعث

هديين ثم اعلم ان المحصر اذا بعث الهدي وعين الميعاد ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك الحج والهدي جميعا لا يلزمه التوجه لعدم الفايدة لان المقصود اداء الافعال

وقد فاتت ولكن يصير الي ان يذبح الهدي في الميعاد ثم يتحلل ولا يلزمه الافعال لانه لم يدرك الحج يدرك العمرة لانها لا تفوت لانا نقول

القارن هو الذي يؤدي الحج والعمرة في سنة واحدة فعلى هذا التقدير يقع عمرته في سنة وحجه من سنة اخرى فعلم انه لا فايدة في ادراك العمرة

بعد فوات الحج الا انه اذا توجه لانه يتحلل بافعال العمرة جاز لانه في معنى فائت الحج وان كان يدرك الحج والهدي لم يحل له التحلل بل يجب عليه التوجه لان التحلل

قبل اداء الافعال انما كان ابيح له لعذر الاحصار وقد زال العذر فلا يجوز التحلل لكنه اذا ادرك هديه صنع ما شاء لانه ملكه وان كان يدرك الهدي

دون الحج تحلل لانه فات في ادراك الهدي لانه كان في يده وكان حكم الاحصار ثابتا لعدم القدرة على اداء الافعال وان كان يدرك الهدي دون الحج

يتحلل استحسانا ولا يتحلل قياسا وجه القياس ان التحلل يباح للمعذور وهذا غير معذور لانه قدر على اداء الحج ووجه الاستحسان ان الهدي تعلق به حكم

لا ينفسخ ولهذا الوجه الوصول لا عبرة له فصار كانه قدر على الحج بعد الذبح ثم هذا التقسيم يتأتى على قول ابي حنيفة رضي الله عنه لان الهدي ليس

بموقت عنده بيوم النحر ويلزم من ادراك الحج ادراك الهدي ويجوز ان يكون ميعاد الذبح الاول يوم من عشر ذي الحجة مثلا اما على قولهما فلا يتأتى لان

الهدي موقت بيوم النحر في المحصر بيوم النحر فمن ادرك الحج ادرك الهدي لا محالة وفي المحصر بالعمرة اتفاق قوله قبل حصول المقصود بالخلف

اراد بالمقصود التحلل وبالخلف الهدي قوله وهذا التقسيم لا يتأتى اراد به ادراك الحج دون ادراك الهدي وقد مر بيانه قوله ولا يتحلل

مقصوده اي التحلل قوله وله الخيار وهذا على وجه الاستحسان يعني لما جاز له التحلل استحسانا كان له الخيار ان شاء صبر الي ان ينحر عنه الهدي

في الميعاد فيتحلل بعد ذلك وان شاء توجه لاداء النسك لانه قدر عليه حيث زال الاحصار ولكن التوجه افضل لانه عمل بالعزيمة والتحلل رخصة فافترق

قوله ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا اي لا يتحلل بالهدي ٭ قال في الجامع الصغير وهو محرم عن النساء حتى يطوف طواف الزيارة اعلم ان

الحاج اذا احصر بعد الوقوف بعرفات لا يتحلل بالهدي عندنا خلافا للشافعي لان الاحصار لا يتحقق بعد تمام الحج وقد تم حجه لقوله عليه السلام

ومن وقف بعرفة فقد تم حجه لانه لا يفوته لانه متمكن من دخول البيت بغير حق لجازة التحلل كما قبل الوقوف لانا نقول بينهما فرق فلا يصح القياس لان فيما

قبل الوقوف لم يتم حجه وفيما بعد الوقوف تم فافترقا ولان فيما قبل الوقوف ما يحل لحقه المشقة بالامتناع عن محظورات الاحرام وفيما بعد الوقوف يجوز

له التحلل بالحلق فلا يبقى من المحظورات الا النساء الي طواف الزيارة والصبر عن النساء ليس بمشقة لا يحمل وقوله في الجامع الصغير وهو محرم عن النساء حتى يطوف

طواف الزيارة يوم النحر وذلك يدل على تاخير الحلق الي ان يتعلل في الحرم لانه قال الحرام كما هو ٭ وقال الامام العتابي رواية الجامع الصغير اظهر وجه تلك الرواية

ان الحلق مشروع في الحرم فيؤخر الي الحرم غايته ما في الباب ان الزمان يفوت والتاخير عن الزمان اهون من ان يفعل في غير الحرم ووجه هذه الرواية ان الاحصا

ربما يمتد فيفوت الحلق عن زمانه ومكانه جميعا فجاز الترك احدهما حتى لا يفوتا جميعا ٭ وقال الحاكم الجليل الشهيد رحمه الله واذا وقف بعرفة ثم احصر لم

يكن محصرا لانه قد فرغ من حجته ولكنه يكون حراما حتى يحل الي البيت ويطوف طواف الزيارة ويطوف للصدر ويحلق ويتقصر وعليه لترك الوقوف بالمزدلفة

دم ولترك رمي الجمار دم ولتاخير الحلق دم ولتاخير الطواف دم في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ليس لتاخير الحلق والطواف

شيء قوله ومن احصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر وذلك لانه لم يمكنه اداء ركن من اركان الحج فجاز له التحلل كما لو كان بغير مكة

اما اذا قدر على احدهما اعني الطواف او الوقوف فلا يكون محصرا لان القادر على الوقوف تم حجه به فلا يثبت الاحصار والقادر على الطواف قادر على ان

يتحلل بالطواف فلا حاجة الي التحلل بارسال الهدي كفائت الحج قال الشيخ ابو بكر الرازي رحمه الله في شرح مختصر الطحاوي كل من امكنه ان يتحلل من احرامه

بالطواف لم يكن محصرا ٭ الا ترى ان الذي يفوته الحج ليس بمحصر لانه يمكنه ان يتحلل بالطواف قوله والمتعذر عليه في التحلل اي عن الطواف

فلما قدر على الطواف وهو الاصل لم يثبت البدل وهو التحلل بالهدي قوله وقد قيل في هذه المسئلة خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف في الممنوع

عن الطواف والوقوف بمكة هل يكون محصرا قيل فيه خلاف بينهما قال ابو حنيفة لا يثبت الاحصار خلافا لابي يوسف وبيانه فيما ذكر القدوري في شرحه

لمختصر الكرخي ٭ وقال الحسن عن ابي حنيفة سمعت ابا يوسف يقول لا يكون الرجل محصرا اذا دخل الحرم الا ان يكون بمكة عدو غالب يحول بينه وبين الدخول الي مكة

كما حال المشركون بين رسول الله وبين دخول مكة فاذا كان كذلك فهو محصر وقال المعلى عن ابي يوسف قال سالت ابا حنيفة عن المحرم يحصر في الحرم

قال لا قلت فان رسول الله صلى الله عليه وسلم احصر بالحديبية قال ان مكة اذ ذاك كانت حرب وهي اليوم دار الاسلام فليس فيها احصار قوله والتعويل على ما

من النقل اي الصحيح من الرواية ان الممنوع عن الوقوف والطواف يكون محصرا باتفاق اصحابنا واذا قدر على احدهما فلا يكون محصرا والله سبحانه وتعالى اعلم

باب الفوات

ومن احرم بالحج فاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج والاصل فيه قوله

عليه السلام الحج عرفة فمن ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج قوله لما ذكرنا ان الوقوف يمتد اليه اي وقت

طلوع الفجر من يوم النحر وقد ذكره في الفصل المتقدم على باب القران قوله وعليه ان يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي من قابل ولا دم عليه

وانما يتحلل بافعال العمرة لما روي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليتحلل بعمرة

وعليه الحج من قابل ذكره الدارقطني العمرة طواف وسعي فيتحلل بهما وانما لا يجب الدم عليه لان السكوت في موضع الحاجة الي البيان بيان ٭ والنبي

صلى الله عليه وسلم بين التحلل بالعمرة ولم يبين وجوب الدم فلو كان واجبا لبينه لمساس الحاجة ولانه تحلل بالهدي بموجب الاحرام فلا يلزمه دم كما اذا

تحلل بعد الحج ولانه لم يتحلل الاحلال قبل وقته ولا ارتكب شيئا من المحظورات فلا يلزمه الدم كالمدرك ٭ وقال الحسن في الشافعي يجب عليه الدم

لانه تحلل قبل اوانه وجوابنا قبل ما قلنا ولان التحلل بافعال العمرة فلا حاجة الي التحلل بالدم والعمرة في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما

وذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله ٭ وقال ابراهيم بن الاسود قال سالت عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن رجل فاته الحج قال يحل بعمرة من غير هدي وعليه

الحج من قابل ثم لقيت زيد بن ثابت رضي الله عنه وقد حججت بعد ثلاثين سنة فقال مثل قول عمر ثم اختلف اصحابنا في افعال العمرة التي يتحلل بها فائت الحج فقال

ابو حنيفة ومحمد يتحلل بها بالنية احرام الحج من غير ان ينقلب احرامه الي احرام العمرة ٭ وقال ابو يوسف ينقلب احرامه الي احرام العمرة لان الاحرام للاداء والمؤدى

افعال العمرة فيكون الاحرام احرام العمرة لا يكون التحلل بها وانما هي احرام الحج ثم علم ان القارن اذا فاته الحج ادى عمرته لانها لا تفوت ثم اتى بعمرة اخرى

لفوات الحج ثم يحلق او يقصر ولا دم عليه لانه لم يجمع بين النسكين ولم يوجد واذا كان متمتعا ساق الهدي بطل تمتعه وصنع بهديه ما شاء وليس على فائت

الحج طواف الصدر لانه مشروع عقيب اداء الحج ولم يوجد ولهذه المسائل ذكرنا لكثير الفايدة وان لم يذكر في المتن ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا لا طريق

للخروج عنه الا باداء احد النسكين فهذا احرام من احرام العبد بغير اذن سيده حيث عليه بعمرة بعد الفتق وهدي الاحصار وقضاء حجة

وعمرة وهذا الحكم في الامة واذا احرما باذن سيدهما يكره له التحليل وان حلل جاز لان المنافع مستحقة له واذا باع العبد بحجة التطوع فللزوج
تحليلها بغير هدي وعليها هدي الاحصار وقضاء حجة وعمرة وذلك لانها ممنوعة بطيب وتقبيل او معانقة بخلاف ما اذا احرمت بحجة الاسلام
فلا يحللها فهي بمنزلة المحصر وتحلل بهدي لان التحلل هنا جائز وليس بمستحق **قوله** كما في الاحرام المبهم يعني اذا احرم مبهما بان قال
اللهم لبيك ولم يقل بحجة او عمرة لا يخرج عن احرامه الا باحد النسكين فيحتاج الى احدهما فكذا هنا لانه اذا فاته الحج يخرج من احرام الحج باداء العمرة
لان الحكم اذا دار بين امرين وانتفى احدهما تعين الاخر وقد انتفى الحج هنا لفواته فتعين العمرة **قوله** فكانت في حق فائت الحج اي فكانت العمرة
في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر من حيث ان كل واحد منهما محلل **قوله** والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة
ايام يكره فعلها فيها وانما لا تفوت العمرة لانه لم يرد فيها التوقيت وقد اختلف السلف في العمرة في اشهر الحج وكان عمر رضي الله عنه ينهى
عنها ويقول الحج في الاشهر والعمرة في غيرها اكمل لحجكم وعمرتكم والصحيح ان العمرة جائزة فيها بلا كراهة بدليل ما روى البخاري في الصحيح باسناده
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتمر اربع عمر في ذي القعدة الا التي اعتمر مع حجته وانما كراهتها في خمسة ايام لنا مذهبنا • وقال الشافعي
لا يكره كذا قال ابو نصر البغدادي رحمه الله ولنا ما روى اصحابنا عن عائشة رضي الله عنها انها قالت تمت العمرة في السنة كلها الا يوم عرفة ويوم
النحر وايام التشريق • وروي عن ابي يوسف انه قال لا يكره الاحرام بالعمرة يوم عرفة قبل الزوال لان ما قبل الزوال ليس بوقت لاداء افعال
الحج **قوله** والاظهر من المذهب ما ذكرناه وهو كراهة العمرة يوم عرفة قبل الزوال وبعده **قوله** والعمرة سنة وقال الشافعي
فريضة لقوله عليه السلام العمرة فريضة كفريضة الحج • ولنا ما روى ابو عيسى الترمذي في جامعه باسناده الى محمد بن المنكدر عن جابر رضي
الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن العمرة اواجبة هي فقال لا وان تعتمروا هو افضل قال ابو عيسى هذا حديث حسن صحيح • وروى ابو
بكر الرازي باسناده في شرح الطحاوي الى سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج جهاد والعمرة
تطوع ولانها غير موقتة فلا تكون واجبة كطواف النافلة ولانها عبادة بدنية تؤدى باحرام غيرها لان الامر للوجوب قلت لا دلالة له
اصلا لان الاتمام خلاف القضاء لا تبتني وجوب الاصل لانه يصح ان يقال اتم العمرة النافلة او نقول ان الاتمام يستعمل فيما بعد الشروع ولا كلام
لنا فيه لان الشروع ملزم وكلامنا فيما قبل الشروع ولا دلالة في الاية على وجوب العمرة قبل الشروع فمن ادعى فعليه البيان • والمراد
مما رواه معناه ان العمرة مقدرة باعمالها كالحج لان الفرض هو التقدير • وقال في شرح التاويلات في تفسير قوله تعالى واتموا الحج والعمرة
لله العمرة واجبة عندنا ولكن ذلك ليس بمنصوص عن محمد وقد نص محمد في كتاب الحجر في مسئلة السفيه المحجور اذا اراد العمرة انها تطوع **قوله**
ان لا تثبت الفرضية مع التعارض في الاثار وتعليل لقوله مقدرة باعمال الحج وهذا لان الاصل في الدلائل المتعارضة الجمع بينهما اذا امكن
قوله وقد ذكرناها في باب التمتع وهو ما ذكره بقوله وصفته انه يبتدي من الميقات فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ثم يحلق
او يقصر وقد حل من عمرته وهذا تفسير العمرة والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب بمنه وكرمه

باب الحج عن الغير

لما فرغ عن بيان حج الانسان عن نفسه شرع في بيان الحج عن غيره لانه الاصل
الاصل ان يكون تصرفه لنفسه لا لغيره **قوله** الاصل في هذا اي الحج عن الغير باب الحج • اعلم ان الانسان اذا صلى او صام او تصدق
او اتى بعمل اخر من اعمال الخير وجعل ثواب ذلك لغيره يجوز عند اهل السنة والجماعة خلافا للمعتزلة لهم ان الثواب هو الجنة وهو لله تعالى فليس
للانسان ان يملك ملك الغير • ولنا ما روي في السنن عن جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين اقرنين املحين فلما وجههما قال اني
وجهت وجهي الى قوله وانا من المسلمين ثم قال اللهم منك ولك عن محمد وامته بسم الله والله اكبر ثم ذبح فظهر بذلك ان الثواب لغيره يجوز لانه عليه السلام
ضحى عن امته وما قالوا تعليل في معارضة النص فلغت والاقرن عظيم القرنين والاملح الذي فيه سواد وبياض ثم الحاج عن غيره ان شاء قال لبيك
عن فلان وان شاء اكتفى بالنية كذا قال الحاكم الجليل الشهيد رحمه الله **قوله** احدهما بالجر وكذا قوله والاخر بحمد الله لان من قوله بكبشين
ويجوز ان يكون بالنصب فيهما على بدل ذبح احدهما لان التضحية تدل على الذبح **قوله** عن امته من اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له
بالبلاغ اي شهد للنبي صلى الله عليه وسلم بتبليغ الرسالة وتواتيه الى عباده وانما قال الامة بمن اقر وشهد لان الامة في نوعين امة دعوة وامة اجابة وهم
المؤمنون وامة دعوة لا اجابة وهم الكافرون وذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مبعوثا الى كافة الخلق وهم باجمعهم امة له لانه
انه عليه السلام ضحى احدى الشاتين عن امته المؤمنين لا عن الكافرين لانهم لا يستحقون الثواب **قوله** والعبادات انواع اعلم ان العبادات
لا تخلو اما ان تكون مالية كالصدقة او بدنية كالصلاة والصوم او مركبة منهما جميعا كالحج اعني انه بدني له تعلق بالمال اما المالية فتجوز فيها
النيابة لان المقصود فيها قطع جزء من المال باداءه الى الفقير بالنية وذلك يحصل بالمتصدق ونائبه في جميع الاحوال واما البدنية فلا تجوز فيها
النيابة اصلا لان المقصود اتعاب البدن وذلك لا يحصل بفعل النائب واما البدنية التي لها تعلق بالمال فلا تجوز فيها النيابة عند القدرة
على فعلها لما تعلق بالبدن واما المال شرط وتجوز بالنيابة عند العجز نظرا الى جانب المال كالزكاة وهذا في الحج الفرض اما في الحج النفل
فتجوز النيابة عند القدرة ايضا للسعة فيه واما الجهاد فلا تجوز النيابة فيه اصلا لان الوقعة اذا حضرت تفترض الجهاد على كل مسلم فبعد ذلك
كل ما يفعله يقع عن نفسه لا عن غيره ثم الاصل في جواز الحج عن الغير ما روى البخاري وصاحب السنن مسندا الى عبد الله بن عباس رضي الله عنهما
قال كان الفضل رديف النبي صلى الله عليه وسلم فجاءت امرأة من خثعم فجعل الفضل ينظر اليها وتنظر اليه وجعل النبي يصرف وجه الفضل الى الشق الاخر فقالت
ان فريضة الله ادركت ابي شيخا كبيرا لا يثبت على الراحلة افاحج عنه قال نعم وذلك في حجة الوداع وهذا هو ظاهر الرواية عن اصحابنا وروي عن محمد
رحمه الله الحج يقع عن الحاج وهو المامور وللامر ثواب النفقة لانه تلزمه الكفارة والقضاء اذا افسده لا على الامر فصار الحج عند العجز لا الحاج
كالفدية في الصوم فقامت مقامه عند العجز لا فاضل من حيث النية وجه الظاهر ان الحاج يسري عن المحجوج عنه لا محالة وهذا دليل على ان الحاج يقع عنه

لا عن الحاج والحديث صرح بما قلنا لان الخثعمية قالت احج عنه قال عليه السلام نعم واما لزوم الكفارة والقضاء وليس ذلك باعتبار
ان الجناية صدرت منه في حال الحرامة وقياسه على الصوم والجهاد لا يصلح لوجود النص في الفرع وشرط القياس ان لا يكون في الفرع نص
قوله في النوع الاول اي في الزكاة في حالتي الاختيار والضرورة اي في الصحة والمرض في النوع الثاني اي في الصلاة **قوله** لا يعمل
اي لا تحصل اتعاب النفس بفعل النائب **قوله** المعنى الثاني وهو المشقة بتنقيص المال وانما قال المعنى الثاني لان الحج يشتمل على معنيين اتعاب
النفس وتنقيص المال وانتفى ايضا المعنى الاول عند العجز فبقي الثاني **قوله** والشرط العجز الدائم اي شرط جواز الحج عن الغير بالنيابة
هو العجز الدائم الى وقت الموت كالزمانة والعمى حتى لو قدر المحجوج عنه بعد اداء المامور حج بنفسه كما في الشيخ الفاني اذا فدى عن الصوم ثم قدر
الفدية يجب عليه الصوم **قوله** لان الحج فرض العمر دليل هذا الكون شرط العجز الدائم • بيانه ان الحج لما كان فرض العمر وقد عجز الان
في اثناء عمره وجب عليه الحج وحصل فعل النائب فيما ينبغي كان لم يكن ولم يقال يرد على هذا التعليل الشيخ الفاني لان جواز الفدية عن الصوم يشترط العجز
الدائم بيانه ان الحج لما كان فرض العمر وقدر على ذلك في اثناء عمره وايضا مع ان الصوم ليس بفرض العمر لانا نقول اذا فات الصوم يستغرق العمر
قضاء وان لم يستغرق اذا الا انه يجب عليه قضاؤه ما دام حيا فالتحق بفرض العمر من هذه الجهة **قوله** ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن الامر وقد
حققنا قبل هذا وقال بعضهم في شرحه في هذا الموضع الحج النفل يقع عن المامور بالاتفاق وللامر ثواب النفقة وذلك خلاف لرواية الا
ترى الى ما قال الحاكم الجليل الشهيد في مختصر الكافي فاحج التطوع عن الصحيح جائز ثم قال واذا حج الصحيح عن نفسه فهو تطوع ثم قال وفي الاصل يكون
الحجة عن المحجوج **قوله** قال ومن امره رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما فهي عن الحاج ويضمن النفقة لان الحج يقع عن الامر
حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام اعلم ان هذا الموضع زلت فيه اقدام الشارحين حيث لم يفهموا كلام المصنف رحمه الله وقالوا انه ناقض بين الدليل
والمدلول ولا يوافق التعليل الدعوى لكن هو تعليل مطرد عند لا دعوى قالوا وتقرير الكلام انه يضمن النفقة لانه خالف وانما لا يضمن النفقة اذا وافق
امر الامر لان الحج يقع عن الامر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وهاهنا قد خالف فلا يقع الحج عن الامر ليقع على الامر وهذا حاصل كلامهم ولو
ليس الامر كما ظنوا ولو سكتوا في هذا الموضع لكان اولى بل المطابقة حاصلة بين الدليل والمدلول بانه يقال هي عن الحاج وهو المامور ويضمن
النفقة لكل واحد منهما ان انفق من مالهما لان الحج المؤدى في هذه الصورة يقع عن الامر من وجه بدليل ان الحاج لا يخرج عن حجة الاسلام لكن
كل واحد من الامرين امره ان يخلص له الحج ولم يرض بالاشتراك فلما نوى عنهما جميعا خالف الامر فوقع الحج عن الحاج وضمن النفقة لوجود
المخالفة فحصل ان الحج في هذه الصورة من وجه يقع للمامور باعتبار المخالفة ولهذا لا يخرج الامر عن حجة الاسلام ومن وجه يقع
للامر من حيث قطع المسافة وتعين النفقة ولهذا لا يخرج المامور عن حجة الاسلام ايضا وقد صرح الامام العتابي وغيره في شرح الجامع الصغير
ان الحج يقع عن الامر من وجه وعن المامور من وجه فلا يخرج عن حجة الاسلام لا الامر ولا المامور والمصنف رحمه الله اشار
الى هذين الوجهين ايضا حيث قال ولا يمكن الحاج اي المجعل عن الحاج ثم قال الحاج يقع عن الامر فيقع عن ثاني وجه وفي ذلك من وجه اخر
فاعرف وانما قيد بالامر في مسئلة الكتاب لانه اذا ادى الحج او العمرة من غير ان ينويه عن احدهما بل انوى له في الحقيقة جعل الثواب للغير **قوله**
ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك اي لا يمكنه ان يجعل الحج الذي اهل به المامور عن امريه جميعا عن احدهما بعد ان وقع لنفسه وذلك
لانه مامور على الوجه المامور به وقوعه عن نفسه [illegible]

[illegible]

الاسالة ووجه الاستحسان ان الاحرام ليس بمقصود بنفسه بل هو وسيلة الى الاداء بواسطة التعيين فاذا عين احدهما بعد ان اهل فما يقصد به
منه الاداء [illegible] قبل الشروع في الحج والاحرام التام صالح لان يشرع وسيلة الى الاداء بواسطة التعيين فاذا عين احدهما بعد ان اهل عن احدهما جاز والذي
بالاحرام المبهم شرط والشرط يكون على اي طريق وجد يحصل المقصود كما اذا لزم الاخل السترة تجوز به الصلاة ولانه كان يملك به التعيين في الابتداء
فيملك التعيين في ابتداء كما اذا احرم عن احد ابويه ثم عين احدهما بعده انه لو احرم باحد النسكين عن نفسه في الابتداء مبهما يصح وكذا اذا ابهم
ثم عين في حالة البقاء فكذا ايضا عن غيره لانه عين ما كان يملكه في الابتداء بخلاف ما اذا اهل عنهما ثم عين احدهما حيث لا يصح لان الحجة الواحدة لا يصح
ابتداء فكذا الترجيح تعيينه بقاء وذلك لو الفاحصة ابتداء يقع للكل واحد منهما بغير حجة والمامور به هو الحاج التام لا بعض الحج ثم يقع عن نفسه والذي
قال ابو يوسف رحمه الله يسقط عن ابويه الحج لانه احرم بشيء غير معين ثم جعله حجا والجواب عن مسئلة الشراء قالوا لا رواية فيها وانما الرواية فيما اذا
اطلق الشراء من غير تعيين [illegible] فاما اذا ابهم فيحتمل انه يصير مخالفا لانه غير له الاداء [illegible] واما الفسخ الاخر فليس فيه نص عن اصحابنا المتقدمين وقال
فخر الاسلام البزدوي وعين بجامعة صح التعيين بالاجماع **قوله** على ذلك اي على الاحرام المبهم احدهما اي احد الامرين فكذلك في [illegible]

مخالفا وهو القياس اي قول ابي يوسف يخالفه وبيانه مر قبيل لان الملتزم هنالك مجهول اي فيما اذا لم يعين الا انه يخالف المتيقن
قوله بخلاف ما اذا لم يعين حجة او عمرة متصل بقوله والابهام فيما اذا لم يخالفه وبيانه مر **قوله** لان الملتزم هنالك
اي فيما اذا لم يعين حجة او عمرة متصل بقوله والابهام معلوم ومثل ذلك صحيح كما اذا قال لفلان علي شيء **قوله** وهنا المجهول
اي فيما اذا لبى عن احد الامرين ومثل ذلك لا يصح كما اذا قال لاحد كما الف درهم وبيانه مر قوله فاكتفى به اي بالاحرام المبهم وبيانه مر
قوله بخلاف ما اذا ادى الافعال على الابهام متصل بقوله فاكتفى به شرطا يعني اذا اهل ثم عين احدهما قبل المضي صح تعيينه بخلاف
ما اذا ادى ثم عين احدهما بعد المضي حيث لم يصح لان بعد الاداء لم يبق المؤدي محتملا للتعيين لانه لم يلزم المأمور فصار مخالفا **قوله**
قال فان امر غيره بان يقرن عنه فالدم على من احرم • اعلم ان الدماء في باب الحج على ثلاثة انواع نوع منها يجب جزاء على الجناية كدم الجماع
ودم جزاء الصيد ودم الحلق ودم لبس المخيط والطيب ودم مجاوزة الميقات بغير احرام وذلك كله يجب على المأمور لانه تعلق بفعله
وجنايته ولان المحجوج عنه اذن له في الحج ولم ياذن في اسباب الجناية • ونوع منها ما يجب نسكا كدم المتعة والقران فذلك على الحاج
لانه وجب شكرا للجمع بين النسكين وقد حصل الجمع من المأمور فيجب عليه كدم الجناية • ونوع اخر ما يجب مؤنة كدم الاحصار فيه اختلاف
قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله يجب ذلك في مال المحجوج عنه لانه اوقعه في هذه الورطة فيجب عليه الخلاص فصار كنفقة الرجوع وقال
ابو يوسف يجب على المأمور لان دم الاحصار التحلل ولم يذكر القدوري في شرحه خلاف ابي يوسف وقد ذكره في شروح الجامع الصغير
والحاصل ان جميع الدماء في مال الحاج الا دم الاحصار فانه في مال المحجوج عنه **قوله** نفقة الحج اي نفقة الرجوع عنه اي عن
المأمور **قوله** وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والاخر بان يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم عليه اي على المأمور وانما قيد بالاذن
لانه اذا لم يوجد الاذن منهما بالقران ومع هذا قرن المأمور لا يصح فيكون مخالفا عند ابي حنيفة لان الامر وقع بسفر يصرف جميعه الى
النسكين فاذا صرفه الى الحج والعمرة لا يجوز ذلك يصح على ما روي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه حج عن الميت واعتمر عن نفسه جاز لحصول
المقصود **قوله** وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اي وجوب الدم على الامر عند احصار المأمور عندهما **قوله** وقد
التبس اي صار متلبسا باداء الاحرام والضمير في اليه وعليه راجع الى الحاج **قوله** ثم ضمن ما بقي من مال الميت اي دم الاحصار يعتبر
من الثلث **قوله** لانه صلة كالزكاة والمراد من الصلة ما لم يكن في مقابلته عوض مالي **قوله** وقيل من جميع المال لانه دين له
مطالب من جهة العباد وهو ما مور به والجماع قبل الوقوف يفسد الحج يعني النفقة لا انساده الحج بخلاف ما اذا جامع بعد الوقوف حيث
لا يضمن النفقة لعدم فساد الحج لكن يجب الدم على المأمور في ماله لانه هو الجاني عن اختيار وهو المراد بقوله لما بينا ذلك كلنا **قوله** قال
ومن اوصى بان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات وسرقت نفقته وقد انفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي اي قال في الجامع
الصغير والاحجاج يعني الرجل يحج وانما قال بلغ الكوفة لان محمدا رحمه الله وضع المسئلة في الخراساني وقيد اتفاق النصف اتفاقي والحكم في
الثلث والسدس كذلك • ثم اعلم ان الكلام هنا في موضعين في اعتبار الثلث الثلث وفي مكان الحج وفي كل منهما الخلاف اما الاول فقال ابو حنيفة
رضي الله عنه يحج بثلث ما بقي من المال وفي الاحجاج من الذي بقي من الثلث الاول ان كان فيه وفاء والا فيحج عنه من الثلث الباقي
بان يحج عنه ولم يذكر شيئا فيه اختلاف بينهما قال ابو يوسف رحمه الله يحج بما بقي من الثلث الاول مع ما بقي من المال المفروز وقال محمد رحمه الله
يحج بما بقي من المال المفروز ان بقي والا بطلت الوصية لمحمد رحمه الله ان قسمة الوصي كقسمة الميت فلو افرز الوصي بنفسه ثم هلك المال المدفوع بطلت ولو
فكذا اذا افرز الوصي ولابي يوسف رحمه الله ان محل الوصية ثلث الجميع فيجب تنفيذها ما بقي منه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان قسمة الوصي كقسمة
الموصي لا تصح هنا الا بوجه القسمة والافراز لانها لم تتم اما صرف المال المدفوع الى الوجه الذي سمي هو الحج ولم يصرف فصار كما لو لم يفرز
فيعتبر تنفيذ الوصية من ثلث ما بقي فصار كما اذا اوصى بالثلث لرجل وافرزه ودفعه به على يد انسان فهلك في الطريق واما الثاني في مكان الحج فقال ابو حنيفة
رحمه الله يعتبر مكان الوصي فيحج من بلده وقال يعتبر المكان الذي مات فيه المأمور فيحج منه وهو استحسان • وذكر ابو سليمان في
نقض نسخ الجامع الصغير عن ابي حنيفة انه اخذ بالقياس في هذه المسئلة لهما ان القدر الذي حصل من الخروج معتبر لم يبطل بالموت
لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع اجره على الله فلا يرتفع قدر السفر من حيث مات المأمور ولابي حنيفة رضي الله
عنه قوله عليه السلام كل عمل ابن ادم ينقطع بموته الا ثلاثة ولد صالح يدعو له وعلم علمه الناس ينتفعون به وصدقة جارية وفي السنن مسندا
الى ابي هريرة في كتاب الوصايا عن النبي صلى الله عليه وسلم اذا مات الانسان انقطع عمله الا من ثلاثة اشياء من صدقة جارية او علم ينتفع به
او ولد صالح يدعو له علم ان القدر الواقع من السفر لم يبق معتدا به في حق احكام الدنيا ولان خروجه لم يقع على موافقة الامر لانه امره بخروج
يؤدي به الحج ولم يوجد فصار كانه لم يخرج واجمعوا ان من اوصى بان يحج عنه والموصي مات في وطنه او غير وطنه ولكنه كان خارجا لغير
سفر الحج انه يحج عنه من وطنه لان الوصية تنصرف الى ما فرض الله تعالى في الاصل وهو فرضه من وطنه ولهذا قال محمد رحمه الله في خراساني
مات بمكة فاوصى ان يحج عنه يحج عنه من خراسان وكذا قال هشام عن ابي يوسف في مكي قدم الري فمات فاوصى بحجة قال يحج عنه من مكة لما
قلنا بخلاف ما اذا اوصى بان يقرن عنه حيث يقرن من الري لانه لا قران لاهل مكة وقال اصحابنا في البيت اذا بلغ وصيته الحج من بلده يحج عنه من حيث
يبلغ بخلاف الحي لانه لا يمكن الرجوع اليه فيحصل الاستدراك والميت لا يمكن الرجوع الى رايه فتنفذ وصيته بما امكن **قوله** اما الاول
وهو اعتبار الثلث **قوله** والا بطلت الوصية اي وان لم يبق من المال المدفوع بطلت الوصية كتعيين الموصي **قوله**
واما الثاني وهو اعتبار مكان الحج يعني ان المأمور الثاني من اي موضع يحج ان من موضع مات فيه المأمور الاول او من موضع الوصي **قوله** واصل
في الذي يحج بنفسه يعني ان الانسان اذا خرج حاجا فمات في بعض الطريق فاوصى بالحج قال ابو حنيفة يحج عنه من وطنه وقالا من موضع مات به
ذكر الاختلاف فيما اذا سار المأمور بالحج لنفس الطريق ثم مات وقد بيناه **قوله** قال ومن اهل بحجة عن ابويه يجزيه ان يجعلها

عن احدهما لانه من حج عن ابيه او عن امه حجة الاسلام من غير وصيته اوصى بها الميت قال يجزيه ان شاء الله تعالى لما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال في ذلك ارايت لو كان على ابيك دين فقضيته اما قبل منك فالله احق ان يقبل **قوله** وروي ابن قتيل اي عبد وله ومن امره
رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة

باب الهدي

لما بين ذكر الهدي في كتاب الحج
لنسك وجزاء ومؤنة شرع في بيان انواعه وما يتعلق به من المسائل **قوله** الهدي ادناه شاة لما روي انه عليه السلام سئل عن الهدي
فقال الهدي ادناه شاة • وروى مالك في الموطا باسناده الى علي وابن عباس رضي الله عنهما قال ما استيسر من الهدي شاة **قوله**
قال وهو من ثلاثة انواع اي قال القدوري الهدي من ثلاثة انواع الابل والبقر والغنم والدليل عليه قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به
ذو عدل منكم هديا بالغ الكعبة • بنا انه على مذهب محمد ظاهر لانه يجب عنده في الظبي شاة في النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة فعلم
ان الهدي يشمل الانواع الثلاثة فكذا على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف لانه ربما يبلغ قيمة الصيد شاة او بدنة او بقرة فليشتري ذلك
فعلم انه من الانواع الثلاثة ولان الهدي ما يهدى الى الحرم للتقرب باراقة الدم فيه وقد جرت العادة الفاشية من السلف من عهد النبي
صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا بما هذا الحال من الانواع **قوله** به فيما اي بالهدي في الحرم **قوله** والاصناف ثلاثة سوا
في هذا المعنى اي الابل والبقر والغنم سوا في الاهداء الى الحرم **قوله** ولا يجوز في الهدايا الا ما جاز في الضحايا يعني يجوز
الثني فصاعدا من الانواع الثلاثة ولا يجوز الجذع الا من الضأن ولا يجوز الجذع الا من المعز ويشترط ان يكون سالما من العيب كما في الاضحية والجذع
من البهائم قبل الثني والثني من الغنم ما تمت له سنة وطعن في الثانية ومن البقر ما طعن في الثالثة ومن الابل ما طعن في السادسة والجذع
من الغنم ما طعن في الشهر السابع ذكره في الفتاوي ونقل صاحب الاجناس من كتاب الضحايا لابي بشر الخوميني الرازي قال سمعت ابا علي الدقاق قال
الجذع من الضأن ما تمت له ستة اشهر وطعن في السابع ويجوز في الاضحية اذا كانت الشاة عظيمة الجثة وان كانت صغيرة لا يجوز
الا ان تتم لها سنة وتطعن في الثانية وتمام البيان مر في كتاب الزكاة في فصل الغنم **قوله** فيختصان بمحل واحد وفي بعض النسخ
بمكان واحد اي الهدي والاضحية يختصان بمحل واحد يعني يقعان موقعا واحدا ويبين لان منزلا واحدا اي حكمهما واحد يجوز هنا ما يجوز
ثمه ولا يجوز هنا ما لا يجوز ثمه لان كل واحد منهما قربة ارادة الدم **قوله** والشاة جائزة في كل شيء الا في موضعين يعني ان كل موضع ذكره
الدم من كتاب الحج يجزي فيه الشاة الا في موضعين فانه لا يجزي فيهما الا البدنة فيما اذا طاف طواف الزيارة جنبا وفيما اذا جامع بعد
الوقوف **قوله** وقد بينا المعنى فيما سبق اي في الفصل الاول والثاني من باب الجنايات وقال في الفصل الاول في تعليل وجوب
البدنة في الجماع انه اعلى انواع الارتفاقات فيتغلظ موجبه وقال في الثاني في وجوب البدنة في طواف الجنب لان الجنابة اغلظ فيجب جبر
نقصانها بالبدنة اظهارا للتفاوت **قوله** ويجوز الاكل من هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك والاصل فيه ما روى
صاحب السنن في الحديث الطويل باسناده الى جعفر بن محمد عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال كان جماعة الهدي الذي قدم به علي من
اليمن والذي اتى به النبي صلى الله عليه وسلم من المدينة مائة فنحر رسول الله بيده ثلاثة وستين وامر عليا فنحر ما غبر يعني ما بقي واشركه
في هديه ثم امر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فطبخت فاكلا من لحمها وشربا من مرقها فعلم ان دم النسك يجوز اكله وكان رسول الله
قارنا ولو كان دم اساءة ونقصان لم يأكل عليه السلام ولانه دم نسك فيجوز الاكل منه كالاضحية ويستحب ان يكون الاكل منها ما روينا اي
لما صح ان النبي صلى الله عليه وسلم اكل من لحم هديه واشار العيني فيما لا ارادة الهدايا اي من هدي التطوع وهدي المتعة وهدي القران وفي
بعض النسخ ما بالنية اي من هدي التطوع وهدي المتعة والقران جعلها واحدا **قوله** وكذلك يستحب ان يتصدق على الوجه الذي
عرف في الضحايا يعني يتصدق بالثلث ويطعم الثلث ويدخر الثلث **قوله** ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا وهي مثل دماء الكفارات
والنذور وهدي الاحصار وهدي التطوع اذا لم يبلغ محله اما اذا بلغ هدي التطوع محله فيجوز منه الاكل وقد صرح بالفرق في شرح
الطحاوي والمراد من المذكور من هدي التطوع في المتن في قوله ويجوز الهدي في الكفارة هدي التطوع هو الذي بلغ محله والاصل فيه ما روي
في السنن عن هشام ابن عروة عن ابيه عن ناجية الاسلمي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث معه بهدي فقال ان عطب منها شيء فانحره
ثم اصبغ نعله في دمه ثم خل بينه وبين الناس وفي رواية ابن عباس قال له النبي صلى الله عليه وسلم ولا تاكل منها انت ولا احد من اصحابك والمراد من
النعل القلادة وناجية ابن جندب الاسلمي كان نازلا في بني سلمة ومات بالمدينة وفي الى دهر معا وهو سائق بدن رسول الله صلى الله عليه وسلم
كذا قال ابن شاهين في كتاب المعجم وقال ابن سعد استعمله رسول الله على هديه حين توجه الى الحديبية وامره ان يسوقها الى ذي الحليفة واستعمله
ايضا على هديه في حجة الوداع **قوله** ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر • قال في شرح الاقطع قال
الشافعي اذا احرم جاز الذبح ولنا في هدي المتعة والقران قوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم والبائس الذي لم يوس
اي شدة في النفس والتفث الاخذ من الشارب وتقليم الاظفار ونتف الابط وحلق العانة والاخذ من الشعر كانه الخروج من الاحرام الى الاحلال
الاحرام وجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى عطف قضاء التفث على الاكل من بهيمة الانعام التي نحروها وقضاء التفث مختص بيوم النحر
فيكون النحر كذلك • وروى البخاري باسناده الى ابن عمر رضي الله عنه عن حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت يا رسول الله
ما شان الناس حلوا بعمرة ولم تحل انت من عمرتك قال اني لبدت راسي وقلدت هديي فلا احل حتى انحر فعلم بهذا ايضا ان النحر يختص بيوم النحر
ولا يجوز قبله وهذا لان الحل عن الاحرام في الحج انما يكون في يوم النحر وقد جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم موقوفا الى وجود النحر فاقتضى
ان لا يجوز النحر قبل يوم النحر ولانه دم نسك وجب شكرا لنعمة الجمع بين النسكين وذلك انما يكون بعد تمامهما والتمام يوم النحر فيكون الدم
مختصا به ولانه دم لم يجب لنقصان ولا جناية فيختص بيوم النحر كالاضحية واما هدي التطوع فلذلك على ما ذكره القدوري لانه دم قربة

كدم المتعة وقال في الاصل يجوز قبل يوم النحر لان القربة في هدي التطوع بوصوله الى الحرم فلا يشترط الزمان اما ذبحه يوم النحر
فهو افضل والحاصل هنا ما ذكره في شرح الطحاوي ٭ وقال الهدايا على ثلاثة اوجه في وجه يجوز تقديمه على ايام النحر بالاجماع بعد ان يحصل
للذبح في الحرم وهو دم الكفارات والنذور وهدي التطوع وفي وجه لا يجوز قبل يوم النحر وهو دم المتعة والقران والاضحية وفي وجه اختلفوا
فيه وهو دم الاحصار وعند ابي حنيفة يجوز تقديمه وعندهما لا يجوز تقديمه قوله وان اوجبه لكي يبلغ الهدايا الى الحرام
قوله ويجوز ذبح بقية الهدايا في اي وقت شاء وذلك لاطلاق النص بيانه ان الله تعالى قال في جزاء الصيد يحكم به ذوا عدل منكم هديا
بالغ الكعبة خصه بمكان دون زمان ولان دماء الكفارة وجبت بجبر النقصان وقد حصل النقصان قبل يوم النحر فيكون الجابر قبله ايضا
التعجيل افضل لتدارك النقصان ولانها وجبت على وجه الكفارة فلا يختص بيوم النحر كسائر الكفارات من الصيام والاطعام ودماء النذور
يجوز ذبحها قبل يوم النحر لان الشرع ما خصها بزمان قوله قال ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم اي قال القدوري اعلم ان في دم
النذر خلافا قال ابو حنيفة ومحمد يجوز ذبحه في غير الحرم وقال ابو يوسف لا يجوز الا في الحرم قياسا على الهدايا والاصل فيها قوله تعالى
ثم محلها الى البيت العتيق وقوله تعالى هديا بالغ الكعبة ولنا ان الجابر الجبر معتبر بجابر الله تعالى وقد اوجبه على غيره مطلقا عن
المكان فيجري على اطلاقه بخلاف الهدي فانه يدل على القرب والمكان الذي ينقل اليه الهدايا تقربا الى الله تعالى هو الحرم والاية الاولى وردت
في دم المتعة والقران والثانية في جزاء الصيد دون النذر ٭ قال في شرح الطحاوي ولو ذبح في غير الحرم وتصدق بلحمه على الفقراء جاز عن
نذره في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يجوز قوله قال عليه السلام منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر والفجاج جمع الفج
وهو الطريق الواسع بين الجبلين ٭ روى صاحب السنن عن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم منى كلها منحرا قوله ويجوز ان يتصدق
بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي اذا ذبح الهدايا في الحرم وتصدق بلحمها على غير مساكين الحرم جاز عندنا خلافا للشافعي لهان المقصود
التوسعة على فقراء مكة ولنا قوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير بيانه ان الله تعالى لم يخص فقيرا دون فقير فجاز التصدق على كل فقير عملا
باطلاق النص ولان التصدق قربة معقولة في كل مكان على كل فقير فيجوز التصدق بلحم الهدي على فقراء مكة وغيرهم بخلاف الذبح فانه لم يعرف
قربة الا في مكان مخصوص قوله قال ولا يجب التعريف بالهدايا اي قال القدوري ولا يجب الذهاب بالهدايا الى عرفات
وذلك لان الهدي لا يدل على ذلك بل يدل على النقل الى الحرم ليتقرب به فيه ٭ قال الحاكم الجليل الشهيد وان عرف هدي المتعة فحسن
وان تركه لم يضره وانما قيد بهدي المتعة لانه دم نسك فيحسن فيه التشهير بخلاف دماء الكفارات فيستحب فيها الاخفاء والستر لان سببها
الجناية ولان دم المتعة دم نسك مختص بيوم النحر فربما لا يجد من يحفظه الى ذلك الوقت فيأتي به الى عرفات بخلاف دماء الكفارات فان ذبحها
جائز قبل يوم النحر لانها لجبر النقصان فلا يحتاج الى التعريف قوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله لانها وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها
لارتفاع النقصان به قوله والافضل في البدن النحر وفي البقر والغنم الذبح اما البدن فلقوله تعالى فصل لربك وانحر اي انحر
الجزور واما في البقرة فلقوله تعالى ان تذبحوا بقرة واما في الغنم فلقوله تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح ما اعد للذبح قالوا المراد
منه في الاية الكبش ولانه ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وحديث جابر انه عليه السلام نحر بيده ثلاثا وستين بدنة وامر عليا فنحر
ما بقي وفي حديث جابر ايضا قال كنا نتمتع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنذبح البقرة عن سبعة نشترك فيها ولان المقصود هو الرفق بالحيوان
وذلك فيما قلنا ولو ذبح الابل ونحر البقرة والشاة يحصل المقصود من الزكاة وهو انهار الدم الا انه يكره لترك السنة قوله تنحر
الابل في الهدايا قياما او اضجعها وان ذلك فعل يحسن والافضل ان ينحرها قياما وذلك لما روى البخاري في الصحيح عن انس رضي الله عنه ان
النبي صلى الله عليه وسلم نحر بيده سبعة بدن قياما وضحى بالمدينة كبشين املحين اقرنين ٭ وروى ايضا فيه باسناده الى جبير قال رايت ابن عمر
اتى على رجل قد اناخ بدنته ينحرها قال ابعثها قياما مقيدة سنة محمد صلى الله عليه وسلم وروي في السنن في حديث جابر ان النبي واصحابه صلى الله
عليه وسلم ورضي عنهم كانوا ينحرون البدن معقولة اليسرى قائمة على ما بقي من قوائمها قوله والاولى ان يتولى ذبحها بنفسه اذا كان
يحسن ذلك اي ذبح الهدايا وذلك اشارة الى الذبح وهذا لما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم نحر بيده ثلاثا وستين واما اذا لم يحسن
يتولى غيره لئلا يلزم تعذيب الحيوان او جعله ميتة او ذي الروح يشقى الحيوان قوله قال ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطي اجر الجزار
منها والجلال جمع الجل وهو ما يلبس على الدابة والخطام هو الزمام وهو ما يجعل في انف البعير والاصل فيه ما روى البخاري في الصحيح مسندا الى
عبد الرحمن ابن ابي ليلى ان عليا رضي الله عنه اخبره ان النبي صلى الله عليه وسلم امره ان يقوم على بدنه وان يقسم بدنه كلها لحومها وجلودها وجلالها
ولا يعطي في جزارتها شيئا والجزارة بضم الجيم كراء عمل الجزار قوله ومن ساق بدنة واضطر الى ركوبها ركبها وان استغنى عن ذلك
لم يركبها لانه جعلها خالصة لله تعالى والاصل فيه ما روى صاحب السنن باسناده الى جابر ابن عبد الله رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى
الله عليه وسلم يقول اركبها بالمعروف اذا الجئت اليها حتى تجد ظهرا فعلم ان ركوبها لا يجوز من غير ضرورة لانه قال اذا الجئت اليها وهو تأويل ما روى
ابو هريرة رضي الله عنه في الصحيح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها فقال انها بدنة فقال اركبها فقال انها بدنة
قال اركبها ويلك في الثانية او في الثالثة بيانه ان الرجل كان مضطرا الى الركوب بدليل قوله ويلك لانها كلمة تستعمل في موضع الترحم وفي جامع
الترمذي في رواية انس قال له في الثالثة او الرابعة ويحك او ويلك قوله وان كان لها لبن لم يحلبها وذلك لان كله لله تعالى فلا يجوز
ان يصرف بعضه الى حاجة نفسه وينضح ضرعها بالماء البارد لينقطع اللبن دفعا للضرر فلو حلب اللبن يتصدق به كما يتصدق بالصوف والولد ولو
بعضه في اللبن ضمن مثله او قيمته يتصدق بذلك قوله هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح اشارة الى قوله لم يحلبها عنه
اي من وقت الذبح كيلا يضر ذلك بها اي كلا يضر اللبن بالبدنة قوله وان صرفه اي صرف اللبن لانه مضمون عليه اي لان
اللبن مضمون عليه قوله ومن ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه غيره فعطب اي هلك وهو من باب علم وانما لم يلزمه شيء اخر

لان القربة تعلقت بهذا المحل فلا يلزمه شيء اخر كما اذا نذر ان يتصدق بدراهم معينة فهلكت قبل الصرف الى الفقراء لا يلزمه شيء اخر
وكما اذا اشترى الفقير شاة للاضحية فهلكت قبل التضحية لا يلزمه شاة اخرى لان الواجب كان في العين لا في الذمة بخلاف ما اذا كان
الهدي عن واجب فعطب يلزمه اقامة الغير مقامه لان الواجب في الذمة لا في العين فالولد يجب في الحرم لا يسقط عنه ما في الذمة
فلزمه غيره كما اذا عزل دراهم الزكاة فهلكت قبل الصرف الى الفقراء يلزمه اخراجها ثانيا قوله وان اصابه عيب كثير يقيم
غيره مقامه واراد بالعيب الكبير ما يكون مانعا في الاضحية وانما يقوم غيره مقامه لان الواجب في الذمة والمعيب بهذه الصفة لا يجزئ
عن الواجب فلزمه غيره ويصنع بالمعيب ما شاء لانه كان عينه الى جهة فبطلت فعاد الى ملكه قوله واذا عطبت البدنة
في الطريق فان كان تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولم ياكل هو ولا غيره من الاغنياء واراد بقوله عطبت
اي قربت الى الهلاك بدليل قوله نحرها والاصل فيه حديث ناجية وقد ذكرناه عند قوله ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا
وفي بعض النسخ وضرب به بتذكير الضمير اي بدمها وذاك اصح قوله وفائدة ذلك ان يعلم الناس انه هدي فيأكل منه الفقراء دون
الاغنياء اي فائدة صبغ النعل اي القلادة بالدم وضرب صفحة السنام به اعلام الناس بان المنحور هدي قوله جزرا للسباع والجزر
اللحم الذي يأكله السباع قوله وان كانت واجبة اقام غيرها مقامها وصنع بها ما شاء عطف على قوله فان كانت تطوعا وذلك لما قلنا
ان الواجب في الذمة فما لم يذبح الهدي في الحرم لا يسقط عنه فعليه اقامة غيرها مقامها لان التي قربت الى الهلاك لم تخرج عن الواجب
وتصنع بالهالكة ما شاء لانها ملكه قوله ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران الى قوله ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات
والمعنى ما ذكرنا عند قوله ولا يجب التعريف بالهدايا ومراده التشهير فيليق بدم النسك دون دم الجنايات وفي التقليد تشهير د
قوله اظهاره والتشهير والضمير في الموضعين راجع الى النسك فيليق به اي فيليق الاظهار والتشهير بدم النسك قوله فيليق
بجنسها اي يليق دم الاحصار بجنس دماء الجنايات لانه جابر كهي فلا يقلد هو كما هو لا يقلد هو فان قلت روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
قلد هدايا الاحصار قلت جوابه انه كان قلدها للمتعة فلما احصر بقيت كما كانت فبعث الى مكة على حالها قوله ولا يسن تقليده د
عندنا اي تقليد الشاة وتذكير الضمير على تأويل الهدي قوله لعدم الفائدة ٭ بانه ان الشاة لا يكون سيبة بل يكون معها صاحبها
يحفظها بخلاف الابل والبقر فانهما يطلبان فلو لم يقلدا كان ينالهما اي المشركين فتقلدا فيا ما نعلمها عنهم وفيه خلاف الشافعي وقد بيناه د
قبل باب القران والمراد من قوله على ما تقدم قوله مسائل منثورة اعلم ان من عادة المصنفين انهم يذكرون في اخر الكتاب ما شذ وندر
من المسائل في الابواب السالفة في فصل على حدة تكثيرا للفائدة ويقولون في ترجمته مسائل منثورة او مسائل متفرقة او مسائل شتى او مسائل لم
تدخل في الابواب قوله اهل عرفة اذا وقفوا في يوم واشهد قوم انهم وقفوا يوم النحر اجزاهم والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا د
يوم التروية وهذه من خواص الجامع الصغير ٭ اعلم ان وقت الوقوف بعرفات ما بين الزوال من يوم عرفة وهو اليوم التاسع من ذي الحجة الى
طلوع الفجر من يوم النحر فمن ادرك الوقوف في هذا الوقت فقد ادرك الحج والا فقد فاته الحج ويتحلل بافعال العمرة ويقضي الحج من قابل وذكر في
بيانه بعد ذلك تقول اذا وقفوا في يوم وشهد الشهود ان ذلك اليوم يوم النحر اجزاهم استحسانا وجه القياس ان الوقوف عبادة مختصة بمكان
وزمان فلا يجوز فعله في غير وقته كما اذا شهدوا انهم وقفوا يوم التروية حيث لا يجزيهم وجه الاستحسان وجهان احدهما ما روي في الجامع د
الترمذي عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الصوم يوم تصومون والفطر يوم تفطرون والاضحى يوم تضحون وفي د
السنن عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال وفطركم يوم تفطرون واضحاكم يوم تضحون وهذا عند الاشتباه الاحتراز عن
الخطا متعذر فيسقط التكليف فيجعل وقت الصوم والفطر والاضحى ذلك اليوم الذي يضحون فيه والوجه الثاني ان هذه الشهادة ليست
بمقبولة لقيامها على النفي لان مقصودها اخراجهم بجواز فات عنهم الوقوف فلا تسمع الشهادة لان التدارك ليس بممكن وليس فيه الا ايقاع الفتنة بلا
وقوف يوم التروية فان التدارك ممكن بان يقفوا في اليوم الثاني ولان بان تأخير المقدم له نظير في الشرع وهو قول المؤتي كما في قضاء
الصوم والصلاة فيجزيهم الوقوف يوم النحر بخلاف تقديم المؤخر فانه لا نظير له في الشرع فلا يجزيهم الوقوف يوم التروية ولا يقال له نظير
ايضا الا ترى ان صلاة العصر تقدم عن وقتها يوم عرفة لانا نقول ذلك انما ثبت بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره قوله وهذا لانه
اي لان الوقوف قوله وعلى اثر لا يدخل تحت الحكم وذلك لان الحج ليس من منازعات فصار كما لو شهدوا بانه لم يصل فلا يجب على د
القاضي شيء والله سبحانه وتعالى اعلم قوله ويجب ان يكتفي به اي بالوقوف يوم النحر قوله قالوا ينبغي للحاكم ان لا يسمع هذه
الشهادة ويقول قد تم الحج للاسلام فانصرفوا اي قال اصحابنا قوله وكذلك اذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه
الوقوف في بقية الليل مع الناس او اكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة صورته ان الشهود شهدوا في الطريق قبل ان يأتوا عرفات عشية عرفة
وقالوا انا كنا راينا هلال ذي الحجة وهذا اليوم هو التاسع فان كان الامام لا يلحق الوقوف في بقية الليل مع اكثر الناس لا يسمع هذه الشهادة
ويقفون من الغد بعد الزوال لانهم شهدوا وقد تعذر الوقوف فصار كما لو شهدوا بعد الوقت فلا يسمع وان كان يلحق الوقوف مع اكثر
الناس ولكن لا يلحق الضعفة فان وقف جاز والا فات الحج لانه ترك الوقوف مع العلم والقدرة وانما المعتبر في ذلك الاكثر لا القدرة د
الاقل والضعفة والمشي بعني وهو من المغرب الى العتمة قال محمد رحمه الله فان اشتبه على الناس فوقف الامام والناس يوم عرفة النحر وقد كان
وقف من راى الهلال يوم عرفة لم يجزه وعليه الاعادة مع الامام لان يوم الحج في حق الجماعة صار يوم النحر ولم يعتبر بفعل الاحاد
قال ومن رمى في اليوم الثاني الى اخره اي قال في الجامع الصغير ومن رمى في اليوم الثاني من يوم النحر الجمرة الوسطى والثالثة
ولم يرم الاولى فان رمى الاولى ثم الباقيتين اي الوسطى والاخيرة فحسن لمراعاة الترتيب المسنون وان اقتصر على الاولى اجزاه لانه
تدارك الفائت في يومه ذلك وترك الترتيب لا يضره لانه سنة ٭ وقال الشافعي عليه اعادة الكل لحصول الترتيب كما اذا سعى قبل الطواف وبدأ

بالمروة قبل الصفا ولنا كل جزء قربة مقصودة بنفسها لانفاق لما بغيرها ولا لغيرها بها فلم يكن الجواز موقوفا على تقديم البعض على البعض
بخلاف السعي لانه شرع تبعا للطواف لانه دونه لا انتفاء له من البيت والكعبة من حسنه فيجاد حقيقا للتبعية وبخلاف البداية بالمروة
لانه جعل المبتدأ في السعي ما كان المنتهي فيه لان النبي صلى الله عليه وسلم لما صعد الصفا قال ابدأ بما بدأ الله تعالى فبدأ بالصفا فلم يعتبر البد
بالمروة لهذا ولا يقال كل صلاة مقصودة بنفسها ايضا لا لاتفاق لجوازها بغيرها ومع هذا وجب الترتيب عندكم لانا نقول ثبت ذلك بالحديث
وهو قوله عليه السلام من نام عن صلاة او نسيها فليصلها اذا ذكرها فان ذلك وقتها **قوله** ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا
فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي اراد بالاصل المبسوط وفيه اشارة الى الوجوب اي رواية الجامع
اشارة الى وجوب المشي لانه قال لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وذلك لانه التزم القربة على صفة فيلزمه على تلك الصفة فلو حج
راكبا اجزأه لكن يلزمه بالجبر لترك الواجب فاذا ركب في الكل او في الاكثر يلزمه الدم وفي الاقل يلزمه الاقل الصدقة بقدره من الكل من
قيمة الشاة الوسط • قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير انه التزم القربة بصفة الكمال ثم قال انما قلنا ان المشي اكمل لانه روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال من حج ماشيا كتب له بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة وانما رخص
الشرع في الركوب دفعا للحرج لما روي عن عقبة بن عامر الجهني ان اخته نذرت ان تحج ماشية فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله غني عن
تعذيب اختك مرها فلتركب ولتذبح لاجل ما شاة • وقال العصم في شرحه ان حج ماشيا ان الاكمل لقوله تعالى واذن في الناس بالحج يأتوك رجالا
وعلى كل ضامر ولانه قدم المشاة قلت لا نسلم التقديم لان الواو لمطلق الجمع ولئن سلمنا التقديم لكن لا نسلم ان التقديم في الذكر يدل على الفضل
المقدم الا ترى الى قوله تعالى هو الذي خلقكم فمنكم كافر ومنكم مؤمن على ان ما اورده فخر الاسلام حق ولا يرد عليه ما ورد عليه في النوازل
عن ابي حنيفة ان الحج راكبا افضل لان ذلك المشي اخر وهو ان المشي يسيء خلقه فربما يقع في المنازعة والجدال المنهي والا فلا اجر على قدر التعب
والتعب في المشي اكثر ولا يقال المشي ليس بقربة فكيف يصح النذر به لانا نقول لا كلام لنا في مجرد المشي بل كلامنا في مشي الحاج وهو قربة لما روينا
من الحديث **قوله** ثم قيل يبتدي المشي من حين يحرم وقيل من بيته فعلى الاول فخر الاسلام والامام العتابي وغيرهما وهو الصحيح
عندي لانه نذر بالحج والحج ابتداؤه الاحرام وانتهاؤه طواف الزيارة فيلزمه بقدر ما التزم ولا يلزمه غير ذلك • وقال فخر الائمة التركي
يبتدي المشي من بيته ومال اليه صاحب الهداية لان العرف معتبر في النذر والظاهر انه اراد به المشي من بيته فاقول سلمنا ان العرف معتبر في
النذر ولكن لا نسلم ان العرف كما قال ولفظ الناذر دليل على خلاف ما قلنا فلا نوجبه ما لم يلزمه ولئن سلمنا ان العرف كما قال فهو لا يصلح لتقييد
النذر لانه العرف فلا يعتبر العرف بخلاف ما اذا اوصى ان يحج عنه فانه يحج عنه من بيته لان الوصية تنصرف الى الغرض في الاصل **قوله**
قالوا الى اخره اي قال مشايخنا • ونقل فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير عن الفقيه ابي جعفر انه قال انما يفترض المسافة في
المشي الذي اذا قرب والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه يمشي ولا يركب وهذا الذي نقله عن الفقيه حسن من رواية الاصل والجامع الصغير
قوله ومن باع جارية محرمة قد اذن لها في ذلك فللمشتري ان يحللها ويجامعها اي اذن لها في الاحرام بالحج او في بعض نسخ الجامع
او يجامعها بلفظ • وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير يحتمل ان يكون هذا اشكالا من ابي يوسف في الرواية فالاولى من الروايتين
التحلل بما هو في محظورات الاحرام مثل قص شعر وتقليم ظفر وتطيب ونحو ذلك والثانية يدل على ان التحليل بالمواقعة وقال في كتاب المناسك للمشتري ان
يجامعها ولم يرد على ذلك وهذا مذهبنا وعند زفر ليس للمشتري ان يحللها لان الاذن وجد عند البائع قبل الشراء فلم يكن له تحليلها لان المشتري
منزلة البائع ولنا ما مر ان العبد والامة مستحقة للمولى فيحللها بغير هدي الا ان البائع يكره تحليلها لاخلاف الوعد حيث وجد منه الاذن والمشتري
لم يوجد منه الاذن فلا يكره تحليلها بخلاف ما اذا اشترى جارية منكوحة حيث لا يكون للمشتري فسخ النكاح لانه قائم مقام البائع والبائع
اذن في النكاح لم يكن له ولانه الفسخ فكذا المشتري • وروى ابن سماعة عن ابي يوسف ان المولى اذا اذن لعبده في الحج فليس له ان يحلله لانه اسقط حقه
بالاذن فصار العبد كالحر فلا يحلله الا بالاحصار الا ان المشتري له ان يحللها لان الاحرام لم يقع باذنه **قوله** يحلله ذلك اي
التحلل لله اي يملك المشتري يكره ذلك اي التحلل **قوله** وهذا المعنى يخلف الوعد بخلاف النكاح جواب عما قاله زفر وقد بيناه **قوله**
واذا كان له ان يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وذلك عيب لان الاحرام يمنع بالتحلل **قوله** والاولى اي قوله ان يحللها ويجامعها لو اول
قوله والثاني اي قوله او يجامعها بحله او **قوله** والاولى ان يحللها بغير الجماع • بيانه ان مشايخنا اختلفوا انكره بعضهم التحلل
بالمجامعة تعظيما لامر الحج وقال صاحب الهداية بقوله والاولى ولم يرى بعضهم باسا لانه لا يخلو المواقعة عن تقديم مس يقع به التحليل فيه بعد
التحليل • قال فخر الاسلام ومسألة النكاح الموقوف على الاجازة انه غير ملتبسة فان احرم وعن طلاق فينبغي ان يحرم بتقليم ظفرها فاما بالمواقعة فلا والله
اعلم

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع في النكاح المعاملات

وابتدأ منها بالنكاح لان فيه من المصالح الدينية والدنيا وبه حفظ النفس عن الزنا والقيام على النساء وتحقق مباهات الرسول لقوله
تناكحوا تكثروا فاني اباهي بكم الامم يوم القيمة • والتناسل بالسبب المشروع الدافع للفساد الناشي من التغالب • ثم اعلم ان النكاح
مشترك يذكر ويراد به الوطء وهو الاكثر ويراد به العقد • ولهذا قال الجوهري النكاح الوطء وقد يكون العقد يقول نكحتها ونكحت
هي اي تزوجت وهي ناكح في بني فلان اي هي ذات زوج منهم • قال لصلصة النجام براس طرف • احب الي من ان تلجمني • وقال في ديوان
الادب نكح المرأة تزوجها • قال الاعشى • فلا تقربن جارة ان سرها عليك حرام فانكحن او تأبدا • اراد تأبدن فابدل من النون الخفيفة
الفا عند الوقف ونكح اذا جامع • قال النجاشي الحارثي يعجوا اهل الكوفة التاركين على طهر نائم • والناكحين بشطي دجلة البقرا •
وقال ابن دريد النكاح كناية عن الجماع نكح ينكح نكاحا وانكح فلان فلانا اذا زوجه انكاحا وناكح فلان في بني فلان فاله اذا تزوج

لاجله والناكح نوت فلان ناكح في بني فلان اذا زوجه بنيهم الفا • قال الشاعر • ان الفقور نكح الايام • والصبية ن
الاصاغر الايتامي • ثم لما كان النكاح مشتركا على ما عليه اهل اللغة يراد به احد المعنيين اذا دل الدليل عليه ولهذا لو قال لامرأته
ان نكحتك فانت طالق فهو على الوطء كما في قوله تعالى الزاني لا ينكح الا زانية • وقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره • ولو قال لاجنبية
ان نكحتك فانت طالق فهو على العقد كما في قوله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن وقال بعضهم ان النكاح في الوطء حقيقة وفي العقد مجازية
نظرا لان الاصل في الكلام الحقيقة والمشترك مستعمل في الموضوع الاصلي دون المجاز • ثم اختلف العلماء في حكم النكاح المشروع د
وقال داود الاصفهاني ومن تابعه من اصحاب الظواهر ان النكاح فرض عين حتى ان من تركه مع القدرة على الوطء والانفاق فانه يأثم
ثم • قال الشافعي فانه مباح • وقال بعض اصحابنا انه فرض كفاية اذا قام به البعض يسقط عن الباقين • وقال بعضهم انه مندوب
مستحب • وقال بعضهم انه واجب على سبيل التعيين • وقال بعضهم على سبيل الكفاية وجه قول داود قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم ومطلق
الامر يدل على الفرض • ووجه قول الشافعي انه من المعاملات ووجه قول الجمهور اصحابنا رحمهم الله ان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر اركان الدين من
الفرائض والواجبات ولم يذكر من جملتها النكاح • وقد روي عن اصحابنا ان الصحابة اجمعوا على التزويج فلم ينكر عليهم رسول الله صلى الله
عليه وسلم فلو كان فرضا ازواجا انكر عليهم • وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني
فعلم ان المراد من الامر وراه ابن ماجة باسناده الى عائشة الوارد في باب النكاح هو الندب والاستحباب لا الوجوب ولهذا قال اصحابنا د
النكاح افضل من التخلي لنوافل العبادات سواء تاقت نفسه او لم تتق • وقال الشافعي ان لم تتق نفسه الى النساء فالتخلي افضل والمسألة تعرف في طر
الخلاف • ثم اعلم ان النكاح اذا اريد به الوطء فهو ظاهر واذا اريد به العقد فيقال هو ما يثبت به ملك البضع في المحل قصدا وقولنا قصدا احترازا
عما يثبت ملك البضع ضمنا كما اذا ثبت ضمن في ملك الرقبة فانه ظاهر وركنه الايجاب والقبول مع وجود شروطه ومن الشروط العقل والبلوغ د
والحرية وكون المرأة محللة لان المحرمة كالام ونحوها ليست محل النكاح **قوله** قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر
بهما عن الماضي الى اخره • والانعقاد عبارة عن انضمام كلام احد الشخصين الى الاخر على وجه يثبت اثره في المحل شرعا والمراد من الايجاب اخراج
الملك من الامكان الى الوجوب كما هو اصطلاح اهل الكلام وهذا لان الكلام الصادر من احد الشخصين اولا على الوجه المذكور يسمى ايجابا لانه قبل
ان يتكلم به كان في حيز الامكان يستوي فيه الوجود والعدم فلما تكلم به وجب اي ثبت فسمي ايجابا فما قابل الاخر كلام صاحبه يسمى قبولا ولم يرد
به مصطلح الفقهاء الذي هو الزام الحكم على الغير بحيث يأثم اذا تركه فانه ظاهر والتعبير البيان • قال تعالى ان كنتم للرؤيا تعبرون وفلان حسن
العبارة اذا كان حسن الاداء لما في ضميره وانما احترز بلفظ الماضي لان وضع اللغة لم يوضع للانشاء لفظا خاصا وانما عرف الانشاء بالشرع واختار د
لفظ الماضي لدلالته على التحقق والثبوت دون المستقبل ثم اذا كان احد اللفظين ماضيا والاخر مستقبلا ينعقد النكاح استحسانا لا قياسا
وجه القياس ان المستقبل يدل على العدة لا الايجاب ولهذا لا ينعقد البيع على هذا الوجه لان المقصود الايجاب لا العدة وانما تركوا القياس
في باب النكاح لان النكاح لا يعقد بالسوم فالظاهر منه الايجاب بخلاف البيع فانه يحتمل السوم فلا ينعقد بلفظين احدهما ماض والاخر د
مستقبل كما اذا قال احدهما ابيعك وقال الاخر اشتريت او قال الواحد منهما بعني وقال الاخر بعت انما هنا ينعقد اذا كان احد اللفظين مستقبلا
كما اذا قال الزوج لولي المرأة زوجني ابنتك واختك فقال زوجتك صح النكاح وكذا اذا قال لامرأة ازوجك بالف فقالت قد تزوجتك د
بل ذلك يصح وليس لمخاطبه ان يقول ما قبلت وكذا قال حيث خاطبا لابنك اوجب لم تزوجني ابنتك فقال الاب زوجتك **قوله** لان
هذا توكيل بالنكاح اي لان قوله زوجني توكيل بالنكاح للمأمور معنى فلو صرح بالتوكيل وقال وكلتك بان تزوجني نفسك مني فقالت زوجت
صح النكاح فكذا اما هنا **قوله** والواحد يتولى طرفي النكاح اي يتولى فاقد من الجانبين لعدم الفساد وسيجي بيانه في فصل الوكالة د
ان شاء الله تعالى وهو المراد بقوله على ما نبينه وارد بطرفي النكاح الايجاب والقبول **قوله** وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة
والتمليك والصدقة اما انعقاده بلفظ النكاح والتزويج فلا خلاف فيه وانما انعقاده بالالفاظ الباقية خلاف الشافعي • قال الشيخ د
ابو العباس الناطفي رحمه الله كل لفظ في الامة يفيد ملك رقبتها ينعقد بتلك اللفظة النكاح وما لا يفيد تمليكها لا ينعقد به النكاح
وهذا الاعتبار منصوص • قال ابن رستم في نوادره قال ابو حنيفة كل شيء في الامة تملك رقبته فهي في الحرة نكاح الا يرى انه لو قال قد تصدقت
بهذه الجارية عليك او جعلتها لك فانه يملك رقبتها ولو قال قد احللت لك ابنتي لم يكن منه نكاح ينعقد النكاح بلفظة البيع • وحكي
انه حكي عن الشيخ ابي عبد الله الجرجاني عن الشيخ ابي بكر الرازي انه ينعقد النكاح بقوله تزوجت ونكحت وملكت ووهبت وتصدقت وجعلت
خاطبا وجعلت نفسي لك على كذا ولا ينعقد بقوله اعرت واودعت واحللت ورهنت • وجه قول الشافعي ان هذه الالفاظ اعني الهبة
والصدقة والتمليك اذا اريد بها النكاح لا تخلو من احد الامرين ان يراد حقيقة او مجازا فلا يجوز الاول لانه قد يوجد هذه الالفاظ
ولا نكاح معه واما الثاني فلان المجاز يقتضي المناسبة ولا مناسبة بين الملك الثابت بالنكاح وبين الملك الثابت بالتمليك • ولنا ان نكاح
النبي صلى الله عليه وسلم انعقد بلفظ الهبة بالاجماع وقد دل عليه قوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي الاية فينعقد د
نكاح الامة ايضا لانه عليه السلام مقتدى الامة انما قوله خالصة لك لمعناه ان المرأة خالصة للنبي حيث لا يجوز نكاحها لغير النبي بعده
كما قال تعالى وما كان لكم ان تؤذوا رسول الله ولا ان تنكحوا ازواجه من بعده ابدا وقال تعالى وازواجه امهاتهم وهذا الشرف
النبي صلى الله عليه وسلم ويجوز ان يراد به هبة خالصة للنبي حيث لا يلزمه مهر فانه يعني مثل هذا النكاح جائز للنبي صلى الله عليه وسلم
خاصة دون غيره من سائر المؤمنين ولان الهبة سبب لملك المتعة واطلاق اسم السبب وارادة المسبب طريق من طرق المجاز فينعقد
النكاح بالهبة اما لانه متناولا فظاهر لان السبب ما يتوصل به الى الشيء كالباب والحبل والطريق والهبة كذلك لانها موضوعة لملك الرقبة
ويثبت ملك المتعة في الامة المسلمة المحللة فيكون الهبة سببا لملك المتعة وقد دل على هذا النقل والعرف اما الاول فقوله تعالى الا ما ملكت

البنا لان اللمس باليد سبب للجماع • وكذا قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها لان الفعل لما كان سببا لوجود الفعل الثاني سمي الثاني
باسم الاول مجازا واما الثاني فنحو قولهم ما زلنا نطأ السماء حتى اتيناكم لان السماء سبب المطر فذكر السبب واراد المسبب فلما ثبت الحكم في الهبة
ثبت في التمليك والصدقة قياسا لان الخلاف في كل واحد لكن هذا انما اذا اراد بالهبة النكاح اما اذا لم يرد فلا ينعقد النكاح بالهبة
الا ترى الى ما ذكره في النوازل في رجل طلب من امراة زنا فقالت وهبت نفسي منك بمشهد من الشهود وقبل الزوج قال لا يكون نكاحا
وانما يكون نكاحا اذا وهبت نفسها على وجه النكاح وهذا كرجل قال لرجل وهبت ابنتي منك لتخدمك او قال الرجل للاب هب ابنتك
لتخدمنا فقال وهبتها منك بمحضر من الشهود لم يكن نكاحا • فان قلت لو كانت السببية طريقا من طرق المجاز جاز ان يذكر المسبب ويراد
السبب بان يراد بالنكاح الهبة قلت انما لم يجز الاستعارة على ذلك الوجه لان الاستعارة باعتبار الاتصال واتصال الفرع اعني
اتصال السبب بالنظر الى الاصل وهو السبب لا اذ اتصاله بالنظر الى الاصل كالعدم لعدم افتقار الاصل الى الفرع فافهم وقد حققناه
في كتابنا الموسوم بالسين قوله لان التمليك ليس فيه حقيقة ولا مجازا عنه اي لان التمليك ليس بمستعمل في النكاح حقيقة
ولا مجازا عن النكاح وقد مر بيانه قوله لان التزويج للتلفيق بما لاحاديث تلفيقا اي ضم بعضها الى بعض قوله
ان التمليك ليس فيه سبب لملك المتعة في محله يعني اذا كان التمليك واقعا في محل ملك المتعة قوله وهو الثابت بكمال النعمة
قوله وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح وقد مر وجه انعقاده به فلا نعيد وقوله هو الصحيح احتراز عن قول ابي بكر البلخي وابي بكر الاعمش
رحمهما الله فانهما اجابا بان النكاح لا يجوز بلفظ البيع • قال في النوازل قيل لابي بكر كان لابي القسم الصفار يجيز قال ابو القسم النبي صلى
الله عليه وسلم يجيزه قوله ولا ينعقد بلفظة الاجارة في الصحيح هذا هو اختيار القدوري واحترز بالصحيح عما نقل الناطفي
في الاجناس عن الشيخ ابي الحسن الكرخي انه ينعقد النكاح وذلك لان السببية التي هي طريق المجاز منعدمة لان الاجارة لا تفيد
ملك الرقبة فلا يفيد ملك رقبة المتعة قوله ولا بلفظة الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا اي لان كلا منهما ليس بسبب
لملك المتعة وهذا لان النكاح يفيد التمليك والاباحة والاحلال لا يفيدان ذلك ولهذا لو قال احللت لك امتي لم يكن هبة
اما لفظ الاعارة فقد روى الناطفي عن الشيخ ابي عبد الله الجرجاني • قال الخلي عن ابي الحسن الكرخي انه ينعقد النكاح واحتج بانه
يفيد التمليك في المنافع • الا ترى ان من استعار ثوبا للبس او دابة للركوب له ان يعير غيره اذا لم يختلف والصحيح انه لا ينعقد به النكاح
واليه ذهب الشيخ ابو بكر الرازي رحمه الله لانه يفيد العارية استباحة المنافع دون التمليك • الا ترى انه ليس له ان يواجره ولا ينعقد
النكاح بلفظ الاقالة ايضا لانها تفسخ عقد سابق وكذا بلفظ الخلع لانه موضوع للحطيطة واسقاط الحق وكذا بلفظ الشركة لا
لا يفيد التمليك في البعض دون الكل ولهذا لا يصح النكاح اذا قال زوجتك نصف جاريتي قوله ولا بلفظة الوصية لانها
توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت • قال في الاجناس فيه وجه من ان اضاف الى الحال الحياة • وقال اوصيت بنتي لك الان
انعقد نكاحا وان كان قال بعد موتي لا ينعقد النكاح بينهما وكذلك ان اطلق • ثم قال صاحب الاجناس هكذا كان يقول شيخنا
ابو عبد الله الجرجاني رحمه الله قوله ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين
او رجل وامراتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين في قذف والاصل فيه ما روى محمد بن الحسن رحمه الله في المبسوط قوله
بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بشهود • وروى في الجامع الترمذي باسناده الى ابن عباس رضي
الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال البغايا اللاتي ينكحن انفسهن بغير بينة • وروى فيه ايضا عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لا
لا نكاح الا ببينة وجه الاستدلال ان اطلاق الشهود والبينة يتناول الجميع فينعقد النكاح بشهادة هؤلاء لان لهم شهادة لكونهم
من اهل الولاية لما بينا • ثم اعلم ان اشتراط الشهادة مذهبنا • وقال ابن ابي ليلى وعثمان البتي ليس الشهود بشرط وانما الشرط
الاعلان حتى لو اعلنوا النكاح بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح ولو حضر العقد شهود فيه الكتمان يفسد النكاح عندهم
لهم ان الوطء الحرام وهو الزنا يتستر فيجب ان يشتهر النكاح وهو الفعل الحلال علنا تحقيقا للضد بضد ما بين الاشياء ويؤيده
ما روي في الجامع الترمذي مسندا الى محمد بن حاطب الجمحي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فصل ما بين الحرام
والحلال الدف والصوت • وفيه ايضا مسندا الى عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلنوا هذا النكاح
واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف • ولنا ما روينا من الاحاديث اولا بيانه انه لم يشترط فيها الاعلان فيعمل باطلاقها
ولانه عقد فلا يبطله اشتراط الكتمان كما في سائر العقود او نقول اذا حضر شاهدان عند العاقدين فهو اعلان ايضا فاحسن قوله
وسرك ما كان عند امرئ وسر الثلاثة غير الخفي اما النهي الوارد عن نكاح السر محمول على ما اذا لم يكن الشهود فيه • فان قلت كيف
تشترط الشهادة بخبر الواحد والنصوص مطلقة عن شرط الشهادة • قال تعالى فانكحوا ما طاب لكم • وقال تعالى وانكحوا الايامى
وقال تعالى ولا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن • قلت لا نسلم انه خبر الواحد بل هو مشهور تلقته العلماء بالقبول فيجوز الزيادة بالمشهور
على كتاب الله تعالى • ولئن سلمنا انه خبر الواحد فنقول لما دخل فيه البعض خص المتنازع بخبر الواحد والقياس قلنا فيما فيه
لان المحرمات خصت من عموم النص فجاز تخصيصه بخبر الواحد قوله ولا بد من اعتبار الحرية فيها اي في الشهادة لان
العبد لا ولاية له على نفسه فلا يكون له ولاية على غيره لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة وهذا لان الشهادة من باب
الولاية لان بها يحصل الزام الحكم على الغير قوله ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ وهذا لان المجنون والصبي لا ولاية
لهما فلا يصح شهادتهما وكذا لا بد من شرط الاسلام في نكاح المسلمين لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا • قال الحاكم
الشهيد في الكافي ولا يجوز عقد النكاح بين مسلمين بشهادة عبدين او كافرين او صبيين او معتوهين او نساء ليس معهن رجل فان كان

معهم شاهدان حران مسلمان جاز النكاح فان ادرك الصبيان وعتق العبدان واسلم الكافران ثم شهدوا بذلك عند الحاكم جازت
شهادتهم • وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي تعليل المسالة لان شرائط الاداء انما يعتبر عند الاداء وهو موجود والعقل الا
والبلوغ ليس من شرائط التحمل فتحملهم كان صحيحا لان التحمل ليس بشهادة والبلوغ والحرية والاسلام يعتبر للشهادة فلهذا جازت
شهادتهما قوله ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامراتين وذلك لان قوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود
يقتضي صحة النكاح بما يطلق عليه اسم الشهود فيصح النكاح بحضور رجل وامراتين لان اسم الشهود يتناول ذلك بدليل قوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان فان لم يكن الشاهدان رجلين فرجل وامراتان ولان المال يثبت بشهادة رجل
وامراتين بالاجماع فجاز ان يثبت النكاح بها قياسا على شهادة رجلين قوله وفيه خلاف الشافعي رحمه الله اي وفي وصف
الذكورة خلاف الشافعي يعني انه يشترطه ويجيء في الشهادات ان شاء الله تعالى قوله ولا يشترط العدالة حتى ينعقد
النكاح بحضور الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله له ان الشهادة عبارة عن كلام هو حجة في الشرع وانما يكون حجة اذا ترجح فيه
جانب الصدق على الكذب بالعدالة ولم يوجد العدالة فلا يعتبر شهادة الفاسق • ولنا ان الفاسق من اهل الولاية على نفسه وعلى
غيره ايضا فيجوز شهادته على غيره • بيانه انه يتزوج بنفسه ويزوج عبده وامته وابنته فلما ثبت له الولاية ثبت الشهادة لانها من
باب الولاية وتحقيقه انه لما لم يكن محروما من الولاية على نفسه لا يكون محروما من الولاية على غيره لان غيره اعني المشهود عليه من
جنسه لانه لم يخرج من الاسلام بفسقه ولان الفاسق صلح ان يكون مقلدا فصلح مقلدا وكذا شاهدا • بيانه ان الفسق لا يخرجه
من ان يكون اهلا للامامة والسلطنة لان الائمة بعد الخلفاء الراشدين قلما خلوا واحد منهم عن فسق ففي اشتراط العدالة لهم فساد كبير
وفتنة عظيمة فلا يشترط فلما صلح الفاسق ان يكون اماما ثبت كونه مقلدا واصلح مقلدا صح اللام اعني قاضيا لان تقلد القضاء انما يكون من
الامام فلما صلح قاضيا صلح شاهدا لان القضاء والشهادة من واد واحد فكل من يصلح قاضيا يصلح شاهدا • واما اشتراط العدالة في الشهادة
عند الاداء فليترجح جانب الصدق على الكذب لان الامر يختلف على القاضي ويبني القضاء على الدليل الراجح وهو العدالة وليس كلامنا فيه وانما
كلامنا في الانعقاد وانعقاد النكاح يحصل بالاهلية ولهذا جاز النكاح بشهادة الابن والابن لكن لا يقضى بشهادتهما عند التجاحد يؤيد
ما قلنا قوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود من غير شرط العدالة • فان قلت الشافعي تمسك بقوله عليه السلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل
فما الجواب عنه قلت لم يصح قوله وشاهدي عدل في كتب الحديث • واما الرواية لا نكاح الا بولي وفيه كلام ايضا كان رواه
ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال ابن جريج ثم لقيت الزهري فسالته فانكره
فضعفوا هذا الحديث لاجل هذا كذا قال ابو عيسى الترمذي في جامعه ولئن صح الحديث فنحمله على النكاح ايضا فنقول ذكر العدل منكرا في موضع
الاثبات فيقتضي ادنى ما يطلق عليه اسم العدالة وذلك يحصل بالاسلام لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على
بعض او نقول الشاهدان اضيفا الى العدل فعلم بذلك ان العدل ليس بصفة للشاهدين لان اضافة الموصوف الى صفته لا تصح على عرف
في النحو فلما لم يكن صفة لم يشترط العدالة في الشاهد فيكون معناه قائلي عدل اي كلمة عدل وهي كلمة التوحيد على اقامة الصفة مقام
الموصوف المحذوف والفاسق يقول كلمة التوحيد قوله وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه اشارة الى قوله من اهل الولاية
اي هذا الذي قلنا من كون الفاسق من اهل الولاية ثابت مقرر لان الفاسق لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره وهو المشهود
عليه لانه من جنسه اي لان المشهود عليه من جنس الفاسق او لان الفاسق من جنس المشهود عليه وكلاهما واحد قوله والمحدود
في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا والاصل عندنا ان كل من صلح ان يكون وليا في النكاح بولاية نفسه صلح ان يكون شاهدا
في النكاح والمحدود بهذه المثابة لانه يتزوج بنفسه ويزوج عبده وامته ايضا فيصلح ان يكون شاهدا ايضا لوجود ولايته ولانه
فاسق كغيره من الفساق اذ لم يتب فينعقد النكاح بشهادتهم لما قلنا فينعقد بشهادته ايضا غايته ما في الباب ان الشرع رد شهادته
جزاء على فريته ولا كلام لنا في الاداء وكلامنا في الانعقاد لحرمته اي لانه قوله كما في شهادة العميان • قال شمس الائمة
السرخسي ينعقد النكاح بشهادة الاعمى بالاتفاق اما عندنا فلان الاعمى انما لا يقبل شهادته لانه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه الا
بدليل مشتبه وهو الصوت والنغمة وذلك لا يكون الا في حالة الحضور والسماع • وعند الشافعي لان الاعمى من اهل اداء الشهادة
ولهذا قال لو تحمل وهو بصير ثم عمي يقبل شهادته قوله وان العاقدين مورثه وثبت المعرفة من الزوجين ثم تزوجا بحضورهما
ينعقد النكاح بشهادتهما وان لم يقبل بها عند التجاحد قوله قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله • وقال محمد وزفر لا يجوز اي قالا العقد فاسد في مختصره وان تزوج مسلم الخ • وجه قول محمد وزفر
رحمهما الله ان الشهادة شرط انعقاد النكاح والنكاح لا ينعقد الا بكلامهما جميعا فاذا انعقد النكاح بشهادة الذميين يكون
بشهادتهما على كلام المسلم والذمية جميعا فلا يصح شهادة اهل الذمة على المسلم فلم ينعقد النكاح ووجه قولهما ان اشتراط الشهادة
حال انعقاد النكاح لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون لوقوع ملك المتعة عليها بانه لخطر المحل او يكون لحضور ملك المهر عليه والثاني
منتف فتعين الاول وانما قلنا بانتفاء الثاني لان المهر مال ولا يجب اشتراط الشهادة في لزوم المال كما في البيع فلما وجب اشتراط الشهادة
في النكاح لوقوع ملك المتعة عليها كان شهادة الذميين على الذمية لا على المسلم فصحت ولهذا ينعقد النكاح بشهادتهما بالاتفاق اذا جحدت
المراة ذلك وكان عند العقد رجلان مسلمان فلو ان سماع الذميين صحيح • الا ترى الى ما قاله في شرح الطحاوي ولو وقع التجاحد بين الزوجين
فشهد رجلان من اهل الذمة على المسلم لا يقبل وان كان الرجل مدعيا والمراة تنكر فشهادتهما بالاجماع لان شهادة الذمي على المسلم لا يقبل
وان كان الرجل مدعيا والمراة تنكر فشهادتهما جائزة سواء كان عند العقد رجلان مسلمان او لم يكونا عند ابي حنيفة وابي يوسف

وعند محمد اذا قالا عند العقد كان معنا رجلان مسلمان سوانا تقبل وان لم يقولا ذلك لا تقبل هذا اذا كانا وقت الاداء كافرين ولو كانا وقت التحمل كافرين ووقت الاداء مسلمين تقبل قولهما شهادتهما مقبولة على كل حال وعند محمد ان قالا عند العقد رجلان مسلمان سوانا تقبل وان لم يقولا ذلك لا تقبل هذا اذا كانا وقت الاداء كافرين ولو كانا وقت التحمل كافرين ووقت الاداء مسلمين تقبل قولهما شهادتهما مقبولة على كل حال وعند محمد ان قالا كان عند العقد رجلان مسلمان غيرنا قبل وان لم يقولا ذلك لا يقبل لانهما كان جاحدا او مدعيا

قوله بخلاف ما اذا لم يسمعا موصول بقوله فكانهما لم يسمعا **قوله** ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح وهذه من خواص مسائل الجامع الصغير والضمير في قوله ابنته راجع الى من وفي الضمير المستتر في قوله لو زوجها راجع الى المامور والواو في قوله والاب للحال سواهما اي سوى المامور والاب وانما قيد بحضور الاب لانه اذا كان غائبا لا يجوز النكاح وفرق ذلك ان المزوج في النكاح سفير ومعبر وسفير لان الحقوق لا ترجع اليه فيجعل العقد الواقع من المامور حقيقة كالواقع من الامر حكما لامكان تحقيق الاضافة اليه وذلك لان الايجاب والقبول انما يتحدان اذا كان المجلس متحدا فيكون العقد والقائم من الاب عند المزوج مع شاهد اخر فيصح بخلاف ما اذا كان الاب غائبا حيث لا يجوز النكاح لانه لا يمكن نسبة العقد الى الاب حكما لاختلاف المجلس فيبقى العقد مضافا الى المزوج عن شاهد واحد فلا يصح وعلى هذا قالوا ان الاب اذا زوج ابنته البالغة برضاها بحضور شاهد والبنت كانت حاضرة جاز لانها تصير كانها زوجت نفسها فيكون الاب شاهدا مع اخر فيصح بخلاف ما اذا كانت غائبة حيث لا يصح لان نسبة العقد اليها فيكون الاب مزوجا اياها فلا يصح عند واحد فلا يصح **قوله** فيكون الوكيل سفيرا اي رسولا • قال في المغرب السفير الرسول المصلح بين القوم ومنه الوكيل سفير ومعبر يعني اذا لم يكن العقد معاوضة كالنكاح والخلع والعتق ونحوها الا في ما تعلق به حق ولا يطالب بشي وجمعه سفراء والله اعلم بالصواب

باب المحرمات

لما ذكر بيان شرعية النكاح في الاشي من بني ادم اذا كانت محللة شرع في بيان المحرمات لانما يعرفها المحللات ببضدها تتبين الاشياء **قوله** قال ولا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء • اي قال الشيخ ابو الحسن القدوري رحمه الله لا يحل للرجل ان يتزوج • قال ابن السكيت في كتاب الاصلاح قال يونس يقول العرب زوجته امراة وتزوجت امراة وليس من كلام العرب تزوجت بامراة • قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي جمع ما يتضمنه كتاب النكاح والرضاع بالتحريم على احد وعشرين نوعا سبع من جهة النسب وسبع من جهة السبب واربع من جهة المصاهرة واثنان من جهة الجمع وواحد من جهة الكفر • اما السبع التي من جهة النسب فما جمعه الله تعالى في قوله حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الى قوله وبنات الاخت • واما السبع من جهة السبب فالامهات التي ارضعنك لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وكذا امهاتها وامهات ابيها وان علت وكذلك هي حرام على اولاده واولاد اولاده وان سفلوا وكذلك بناتها وبنات بناتها وان سفلت لقوله تعالى واخواتكم من الرضاعة وكذلك عمته وخالته من جهة الرضاع وكل من يحرم عليه من جهة النسب يحرم عليه من الرضاع • قال عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واما الاربع التي من جهة المصاهرة فام المراة حرام عليه سواء دخل بامراته وكذلك امهات ابيها وامهات امها وان علون وابنة الزوجة حرام عليه ان دخل بالام ومنكوحة الابن حرام اذا كان العقد جائزا واذا كان فاسدا فلا يحرم بمجرد العقد الا اذا اتصل الدخول به والنظر الى الفرج بالشهوة واللمس بالشهوة ومنكوحة الاب من الرضاع حرام لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وحليلة الابن حرام سواء كان الابن من جهة النسب او من جهة الرضاع واما اللتان من الجمع فاحدهما الجمع بين الكثير من اربعة نسوة والثانية الجمع بين الاختين في عقد النكاح فان تزوجهما في عقد واحد فرق بينهما وبين الزوج فان كان قبل الدخول فلا شي لها وان كان بعد الدخول وجب لكل واحدة الاقل من مهر مثلها ومن المسمى ثم لا يجوز ان يتزوج واحدة منهما حتى تنقضي عدة صاحبتها وان كان تزوجهما في عقدين متفرقين فنكاح الاولى جائز ونكاح الاخرى باطل فيفرق بينه وبين الاخرى فان كان غير مدخول بها فلا شي لها وان كان قد دخل بها فلها الاقل من مهر مثلها ومن المسمى ولا يفسد نكاح الاولى بخلاف الام والابنة الا انه لا يطأ الاولى حتى تنقضي عدة الاخرى وكذا لا يجوز الجمع بين الاختين استمتاعا اذا استمتع باحداهما لا يطأ الاخرى ما لم يحرم فرج الاولى بالتزويج او بالاخراج عن ملكه واما الواحدة التي هي من جهة الكفر فهي مجوسية لا يجوز للمسلم ان يتزوجها وكذلك عبدة الاوثان بخلاف الكتابية كاليهودية والنصرانية فان تزوجها جاز عندنا والصابئة يجوز تزويجها عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه **قوله** لقوله تعالى حرمت عليكم • الاستدلال بهذه الاية على حرمة الامهات ظاهر اما الاستدلال بها على حرمة الجدات ففيه وجهان احدهما ان الجمع بين الحقيقة والمجاز على قول بعض مشايخنا جائز في محلين فيثبت حرمة الجدات بهذه الاية كحرمة الامهات والثاني ان اللام في اللغة هو الاصل ومنه ام القرى وام الدماغ فعلى هذا يتناول الاية الامهات والجدات حقيقة لانهن اصول وعلى المذهب المختار وهو ان الجمع بين الحقيقة والمجاز مطلقا تثبت حرمة الجدات بالاجماع او بالوجه الثاني ثم الجدة من قبل الرجال مثل ام الاب وان علت وكذا ام اب لام وان علون قربت الجدة او بعدت من قبل الرجال والنساء **قوله** ولا ببنته لما تلونا اراد به قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم لا ستب وله اي ولا يحل له ان يتزوج ببنت ابنه ولا ببنت بنته وان سفلت للاجماع او لما ذكرنا من جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز في محلين مختلفين على قول ذلك البعض **قوله** وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخت المتفرقين اي تدخل في الحرمة العمة لاب وام والعمة لاب والعمة لام وهو اخوات لاب والخالة لاب وام والخالة لام وهن اخوات الام وبنت الاخ لاب وام وبنت الاخ لاب وبنت الاخ لام وكذا الحكم في بنات الاخوات المتفرقات وذكر لان اسم العمة والخالة والاخ والاخت عام فيجري على عمومه ما لم يثبت دليل الخصوص واما عمة الاب وعمة الام وخالة الاب وخالة الام فحرام بالاجماع سوا ولد العمة وولد الخالة حلال وولد الاخ والاخت حرام لان الله تعالى حرم ولد الاخ والاخت

ودون ولد العمة والخالة **قوله** ولا بام امراته التي دخل بابنتها او لم يدخل • اعلم ان ام المراة حرام على الرجل دخل بابنتها او لم يدخل وهو مذهب عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم لان قوله تعالى وامهات نسائكم مطلق عن قيد الدخول فيجري على اطلاقه وكان ابن عباس رضي الله عنه يقول ام المراة مبهمة فابهموا ما ابهم الله تعالى والمراد بالابهام الاطلاق وجدت مالك بن انس في الموطا عن يحيى ابن سعيد انه قال سئل زيد ابن ثابت لا الام مبهمة ليس فيها شرط وانما الشرط في الربائب وحدث مالك ايضا في الموطا انه بلغه عن غير واحد ان ابن مسعود رضي الله عنه استفتي بالكوفة عن نكاح الام بعد البنت اذا لم تكن البنت مست فارخص ابن مسعود في ذلك ثم ان ابن مسعود قدم المدينة فسال عن ذلك فاخبر انه ليس كما قال وانما الشرط في الربائب فرجع ابن مسعود الى الكوفة فلم يصل الى منزله حتى اتى الرجل الذي افتاه فامره ان يفارق امراته • وقال داود الاصفهاني ومحمد ابن شجاع وبشر المريسي ان الام لا تحرم بنفس العقد على البنت كما لم يوجد الدخول بالبنت وحكوا عن هذا المذهب عن علي رضي الله عنه كذا في التحفة • قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط وهو احد قولي الشافعي **قوله** ولا ببنت امراته التي دخل بها • اعلم ان الحرمة في الربيبة لا تثبت بنفس العقد على الام ما لم يدخل بالام • قال في الضابط من نكاح البنات يحرم الامهات دخول الامهات يحرم البنات والاصل فيه قوله تعالى وربائبكم التي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ثبت ان الدخول بالامهات شرط الحرمة في البنات وتفسير الحجر اذا دخلت البنت مع الام الى بيت زوج الام اما اذا كانت البنت مع الاب لم تكن في حجر زوج الام • قال في الكشاف فلت ما معنى دخلتم بهن قلت هي كناية عن الجماع كقولهم بنى عليها وضرب عليها الحجاب يعني اذا دخلتموهن الستر والباء للتعدية ثم الحجر هل هو شرط كالدخول ام لا قال عامة الصحابة رضي الله عنهم ليس بشرط • وروي عن علي رضي الله عنه ان البنت لا تحرم على الزوج الا اذا كانت في حجره لان النص قيد بالدخول وبكونها في الحجر وبه اخذ داود الاصفهاني والصحيح قول العامة لان الحجر لم يذكر على وجه الشرط بل على وفاق العادة الناشئة ان تكون البنت مع الام في بيت الزوج ولهذا لم يذكر في موضع الاحلال بل اكتفى بنفي الدخول فقال فان لم تكونوا دخلتم بهن ولم يقل ولم تكن في حجوركم فعلم ان الحجر لم يذكر على وجه الشرط بل على العادة • كما في قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وولد المراة من غير زوجها يسمى ربيبا اذا كان ذكرا او ربيبة اذا كانت انثى لانه يرب ولدها كما يرب ولده في الغالب يجري الاتباع في التسمية بعد ذلك وان لم توجد التربية • وكذا لا يجوز له ان يتزوج بنات بنت المراة ولا بنات ابن المراة اذا دخل بالمراة **قوله** قال ولا بامراة ابيه واجداده • اي قال القدوري ولا يحل ان يتزوج بامراة ابيه واجداده • اعلم ان منكوحة الاب سواء كان الاب من جهة النسب او من جهة الرضاع من جهة النسب • فلقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم واما من جهة الرضاع فلقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب هذا اذا كان صحيحا اما اذا كان فاسدا فلا يحرم على الابن الا اذا حل الدخول او النظر الى الفرج عن شهوة او اللمس عن شهوة • واما منكوحة الجد فحرام سواء كان من قبل الرجال او من قبل النساء وان علا هذا على قول من يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز في محلين وهذا لان الجد يسمى ابا مجازا وعلى قول من لا يجوز ذلك تثبت الحرمة بالاجماع • ثم اعلم ان النهي المطلق عن الشرعي يكون لعينه في غيره فيكون مشروعا بعد النهي كما في صوم يوم العيد الا اذا دل الدليل على خلافه فيكون لعينه فلا يكون مشروعا بعد النهي كما في هذه الاية لان نسبا والاية وهو قوله تعالى انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا دل على ان النهي لعينه وقد بيناه في شرح الاصول **قوله** ولا بامراة ابنه وبني اولاده • اعلم ان حليلة الابن حرام على الاب دخل بها الابن او لم يدخل وكذا حليلة ابن البنت وان سفلت والاصل فيه قوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم • بيانه ان الحلائل ذكرت مطلقة عن قيد الدخول فعمل باطلاقها ثم عندنا لا يتفاوت الامر بين ان يكون الابن من النسب او من الرضاع • وقال في المبسوط وعند الشافعي لا تحرم حليلة الابن من الرضاع بناء على اصله ان لبن الفحل لا يحرم واستدل بقوله تعالى من اصلابكم ولكنا نقول ذكر الصلب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع والدليل عليه قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا لان التبني قد نسخ بقوله تعالى وما جعل ادعياءكم ابناءكم ذلكم قولكم بافواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ادعوهم لابائهم هو اقسط عند الله نزلت في زيد ابن حارثة وكان عبد الرسول الله صلى الله عليه وسلم فاعتقه وتبناه قبل الوحي فلما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم زينب بنت جحش وكانت تحت زيد ابن حارثة قال اليهود والمنافقون تزوج محمد امراة ابنه وهو ينهى الناس عنه • وحدث البخاري باسناده الى سالم عن عبد الله ابن عمر ان زيد ابن حارثة مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كنا ندعوه الا زيد ابن محمد حتى نزل القران ادعوهم لابائهم هو اقسط عند الله فثبت ان التقييد بالصلب لدفع طعن اليهود والمنافقين لا لاحلال حليلة الابن الرضاعي فان قلت كيف يحرم حلائل بني الاولاد والله تعالى قيد بالاصلاب قلت مثل ذلك جائز في الاستعمال باعتبار الاصل من الصلب كما في قوله تعالى والذي خلقكم من تراب والمخلوق من التراب هو الاصل وهو ادم لا بنوه ومع هذا خاطبهم بانه خلقهم من تراب وحليلة الرجل زوجته وجمعها حلائل **قوله** ولا باخته من الرضاعة ولا بابنته من الرضاعة • والاصل فيه قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة • اعلم ان زوج المراة المرضعة التي نزل لها منه لبن بمنزلة الاب للرضيع وبناته التي منها بمنزلة الاخوات من قبل الاب واولادها الذين ليسوا منها منه بمنزلة الاخوة والاخوات واولادها من قبل الام واولادها الذين من هذا الزوج والاصل فيه ما روي في الموطا وغيره مسندا الى عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة • وفي الجامع الترمذي مسندا الى علي ابن ابي طالب رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى حرم من الرضاع ما يحرم من النسب **قوله** ولا يجمع بين الاختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا والاصل قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين وقوله الا ما قد سلف وهو معطوف على المحرمات اي وحرم عليكم جمعكم بين الاختين وقوله الا ما قد سلف اي لكن ما مضى مغفور بدليل قوله تعالى ان الله كان

غفور رحيما ثم الجمع بين الاختين نكاحا لا يجوز بالاجماع اما الجمع بينهما وطئا بملك اليمين فلا يجوز ايضا على ما عليه عامة الصحابة
رضي الله عنهم • وروي ايضا عن عثمان رضي الله عنه انه قال تحل ذلك ولكن لا احب ان امنع ذلك وقال احلتهما آية وحرمتهما آية واراد با
التحريم هذه الآية واراد بآية الاحلال قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم ووجه قول العامة ان المحرم مع المبيح اذا اجتمعا فالمحرم اولى لان
مراعاة المحظور يوجب اللوم وترك المباح لا يوجب اللوم **قوله** فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من
اهله مضافا الى محله • اعلم ان تزوج اخت الامة الموطوءة يجوز عندنا سواء كانت الاخت امة او حرة لصدور ركن النكاح من اهله مضافا
الى محله ونعني بالركن الايجاب والقبول وبالاهل العاقل البالغ الحر وبالمحل الانثى من بنات آدم اذا كانت محللة • وقال مالك هو باطل لان
التزوج بمنزلة الوطء فيصير جامعا بين الاختين وطئا فلا يجوز قلنا ان التزوج نفسه ليس بوطء لا حقيقة ولا حكما وانما تعتبر المتزوجة
موطوءة حكما باعتبار حكم المتزوجة التزوج وهو حل الوطء لا باعتبار نفس التزوج فصح التزوج بعد الجمع بين الاختين عقدا حين وجد التزوج
بعد التزوج لما ثبت حكم الوطء لم يجز ابطال النكاح بعد صحته لكن لا يجوز له وطء المنكوحة حتى لا يلزم الجمع بين الاختين وطئا لان
الاخرى موطوءة ولا يجوز له وطء الموطوءة ايضا لان المنكوحة بمنزلة الموطوءة بحكم النكاح بعد الصحة الا اذا حرم الموطوءة على نفسه
باعتاق او بيع او هبة وتسليم او تزويج وما اشبه ذلك ثم يطأ المنكوحة اذا لم يكن وطئ المملوكة فله ان يطأ المنكوحة بدون تحريم المملوكة لانه لا يصير
جامعا بينهما وطئا لكن لم يطأ المملوكة فلا يصير جامعا وكذا الحكم فيما اذا تزوج ام ولد له **قوله** فان تزوج اختين في عقدتين
ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما انما قيد بقوله في عقدتين لانه اذا تزوجهما في عقد واحد بطل نكاحهما بطريق الاولى للزوم
الجمع بين الاختين اما اذا تزوجهما في عقدتين فلا يخلو اما ان يعلم الاولى منهما او لا فان علمت فنكاح الاولى جائز ونكاح الثانية
باطل لانه يكون جامعا بين الاختين بالثانية فيؤمر بالتفريق بينهما فان كان دخل بها فلها الاقل من المسمى ومن مهر المثل وعليها
العدة لان الدخول حصل بشبهة صورة النكاح فسقط الحد ووجب المهر والعدة كما اذا زفت اليه غير امرأته وان لم يكن دخل بها
فلا مهر لها ولا عدة عليها وله ان يقرب الاولى انما وجوب الاقل فهو مذهبنا • وقال زفر يجب مهر المثل بالغا ما بلغ كما في البيع
بحكم الشراء الفاسد حيث يجب قيمته بالغة ما بلغت فكذلك المستوفى بالوطء انما يتقوم بالعقد لانه ليس بمتقوم في نفسه
فاذا ثبت المتقوم بالعقد ثبت بقدر ما سمي لان مهر المثل اذا كان اكثر من المسمى لا يجب الاكثر لانعدام التسمية ولانعدام
التراضي على قدر المسمى واذا كان اقل لا يجب المسمى لعدم صحة التسمية بخلاف المبيع لانه مال متقوم في نفسه فيقدر له بقدر
بالقيمة وانما يصار الى المسمى اذا صحت التسمية واذا لم يصح كان مضمونا بالقيمة ثم يعتزل امرأته حتى تنقضي عدة الاخرى ان
دخل بالاولى او لم يدخل كيلا يصير جامعا ماءه في رحم الاختين لان رحم المعتدة مشغولة بمائه ولكن مع هذا لو وطئها في عدة الاخرى
لا يبطل اصل النكاح جميعا لانه وجه لتصحيح النكاح فيهما جميعا لان الجمع بين الاختين حرام بالنص ولا وجه لتصحيح احداهما
بعينها لان احداهما ليست باولى من الاخرى ولا وجه لتصحيح النكاح في احداهما بغير عينها لان النكاح في المجهولة لا يفيد لعدم
الفائدة وهو حل القربان او للضرر بالمرأة لانها تكون معلقة لا ذات زوج ولا ايمة • قال في شرح الطحاوي فيلزم على
الزوج نصف المهر فيكون بينهما ثم قال وروي عن ابي يوسف انه قال لا يجب على الزوج شيء من المهر ثم قال • وروى محمد رحمه الله
انه قال يجب المهر لكل واحدة كاملا • وجه رواية المصنف وهي رواية الاصل في كتاب النكاح ان نكاح احداهما صحيح بانفراده
ونكاح الاخرى فاسد وقد حصل التفريق من الزوج في صحيح النكاح قبل الدخول فيتنصف المهر وليست احداهما باولى من الاخرى
فاستوتا فيه • ووجه ما روي عن محمد ان الزوج اقر بصحة نكاح احداهما ولم يطلقها فيجب تمام المهر • ووجه ما روي
عن ابي يوسف ان المقضي لها مجهول فصار كرجل قال لرجلين لاحدكما علي الف لم يجب شيء كذا هذا وتفريق القاضي كالطلاق
من الزوج فلا معنى لقوله ثم يطلقها ثم العدة في النكاح الفاسد تجب من وقت التفريق بينهما • وقال زفر من آخر الوطآت
حتى لو حاضت بعد الوطء قبل التفريق ثلاث حيض تنقضي عدتها وذلك لان النكاح الفاسد ثم بعد التفريق ملحق بالصحيح
لانه الاصل ففي الصحيح تعتبر العدة من وقت الفرقة فكذا في الفاسد ثم بعد التفريق اذا وطئها يجب الحد واما النسب في النكاح
الفاسد فانه يثبت الى ستة اشهر من وقت النكاح عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد من وقت الدخول الى ستة اشهر
وهذا اختيار الفقيه ابي الليث في النوازل لان النكاح انما قام مقام الوطء لانه داع اليه شرعا والنكاح الفاسد ليس
بداع فلا يقام مقامه **قوله** ولهما نصف المهر اي للمرأتين جميعا نصف المهر لان احداهما لو كانت سابقة يكون لها
نصف المهر وانما كانت متأخرة فلا شيء لها فيتنصف النصف فيكون الربع لكل واحدة منهما **قوله** وقيل لا بد من دعوى
كل واحدة منهما او الاصطلاح لجهالة المستحقة • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قال الفقيه ابو جعفر
معنى هذا اذا ادعت كل واحدة منهما انها الاولى ولا حجة لهما وقد عرفنا ان احداهما اولى لكن لما لم نعرف الاولى منهما
وجب التفريق قبل الدخول لم يجب للاخرى مهر ووجب للاولى نصف مهر وليست احداهما احق به فصار بينهما فاما اذا
قالتا لا ندري اي النكاحين اول لم يقض القاضي لهما بشيء حتى يصطلحا على اخذ نصف المهر لان الحق وجب للمجهولة فلا بد
من الدعوى او الاصطلاح ليقضي لهما بشيء **قوله** ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها
والاصل فيه ما حدث صاحب المتن مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تنكح
المرأة على عمتها ولا العمة على ابنة اخيها ولا المرأة على خالتها ولا الخالة على ابنة اختها • وحدث البخاري باسناده الى
الشعبي سمع جابرا قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تنكح المرأة على عمتها وخالتها • وحدث مالك في الموطأ عن ابي الزناد

عن الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها • فان قلت ما فائدة قوله ولا
العمة على ابنة اخيها • وقد ذكر حرمة الجمع بينهما من قوله لا تنكح المرأة على عمتها وما فائدة قوله ولا الخالة على ابنة اختها وقد فهم حرمة الجمع
بينهما من قوله ولا المرأة على خالتها • قلت فائدته حرمة الجمع بينهما كيف كان سواء سبق نكاح هذه على تلك او نكاح تلك على هذه وليس ذلك كالجمع بين
نكاح الامة والحرة لانه اذا سبق نكاح هذه على تلك او نكاح تلك على هذه وليس ذلك كالجمع بين الامة يجوز وان تأخر فلا يجوز • فان قلت قال
تعالى بعد ذكر المحرمات واحل لكم ما وراء ذلكم فعلى عموم هذه الآية ينبغي ان يجوز الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها فكيف جاز تخصيص
عموم الكتاب بخبر الواحد • قلت لا نسلم انه خبر الواحد بل هو مشهور لاستفاضته في الامة واستعمال الناس حكمه وخلاف عثمان البتي
لا يعتبر على من تقدمه وتلقته الامة بالقبول فيجوز الزيادة به على الكتاب • وقد رواه جماعة علي وابو هريرة وابن عمر وابو سعيد وعبد الله
ابن عمرو وابو امامة وجابر وعائشة وابو موسى وسمرة ابن جندب كذا ذكره الترمذي في جامعه ولئن سلمنا انه خبر الواحد فلا نسلم ان
خبر الواحد لا يجوز تخصيص العموم به بل يجوز على احد القولين سلمنا انه خبر الواحد فلا نسلم ان خبر الواحد عن مشايخ سمرقند وكذلك قياس
قول الشافعي وقول المعتزلة اما على القول الاصح وان كان لا يجوز التخصيص به فنقول ذلك في عام لم يخص منه البعض وما نحن فيه فقد
خص منه البعض لانه خص المجوسية والوثنية فخص المنازع بخبر الواحد او نقول • قال الجصاص في اصوله ان قوله تعالى واحل لكم ما وراء
ذلكم ليس بعموم بل هو مجمل موقوف الحكم على البيان لان الاباحة فيه معلقة بشرط الاحصان بقوله محصنين غير مسافحين والاحصان لفظ مجمل
فجاز تخصيصه بخبر الواحد • وقال عثمان البتي الجمع فيما سوى الاختين من ذوات الارحام ليس بحرام • واستدل بقوله تعالى واحل لكم
ما وراء ذلكم وهو محجوج بهذا الحديث **قوله** ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لم يتزوج بالاخرى فلو قال لو كانت كل واحدة
منهما رجلا كما هو لفظ بعض نسخ القدوري لكان اولى لان الشرط ان يعتبر من كل جانب لا من جانب واحد والا ينتقض هذا الكلي بالمسألة
التي تليه وهي مسألة الجمع بين المرأة وابنة زوج كان لها من قبل اعلم ان الاصل هنا ان كل امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرا والاخرى انثى لا يحل
النكاح بينهما لا يجوز الجمع بينهما كالجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها والجمع بين الام والبنت وهذا لان الله تعالى ذكر في المحرمات الجمع بين الاختين
وعلة الحرمة فيه قطع الرحم وهذا المعنى يوجد في المسائل التي اشكل علينا الكل فيثبت الحرمة فيها مثل ثبوتها في الاختين • بيانه ان الله تعالى انما
حرم الجمع بين الاختين لما ان بينهما رحما مفترض وصلها ويحرم قطعها فلو جاز الجمع لزم قطع الرحم لما كان بينهما رحما مفترض وصلها ويحرم
الذي يتأتى من العداوة الظاهرة من الضرائر وهذا المعنى موجود في الجمع بين الام والبنت وما شابه ذلك مما ذكرنا فيحرم الجمع وهذا
معنى قوله والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع يعني ان القرابة المحرمة للنكاح في الجمع بين الاختين محرمة لمعنى القطع اي العلة فيه قطع
الرحم **قوله** ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع يحرم اي لو كانت المحرمية بين المرأتين بسبب الرضاع يحرم الجمع ايضا كالجمع
بين المرأة وعمتها من الرضاع لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمراد بقوله لما ذكرنا من قبل **قوله** ولا بأس
بان يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبل تفسيره اذا كانت ابنة الزوج ابنة من امرأة اخرى وقوله كان لها من قبل صفة نكرة وهي زوج
والضمير في لها راجع الى المرأة اي لا بأس بالجمع بين المرأة وبنت زوجها الاول من امرأة اخرى • وقال ابن ابي ليلى لا يجوز وهو قول
زفر رحمه الله وجه قول زفر رحمه الله ان البنت لو قدرت ذكرا لا يجوز له التزوج بهذه المرأة لانها منكوحة الاب فلا يجوز الجمع بينهما
لان كل امرأتين لو فرضت احداهما ذكرا لم يجز المناكحة بينهما كالجمع بين الاختين • ولنا ان القرابة المحرمة للنكاح محرمة لمعنى قطع الرحم
فلا يوجد هذا المعنى في هاتين المرأتين لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع فيجوز الجمع ولهذا لو فرضت المرأة ذكرا يجوز له ان يتزوج البنت
لانه لا توجد القرابة بينهما اصلا وانما لم يجز تزوج البنت لو قدرت ذكرا لانها حليلة ابيه لمعنى المصاهرة لا لمعنى قطع الرحم فلا يكون الجمع بينهما
مفضيا الى قطيعة الرحم واستدل صاحبنا بما في هذه المسألة في المبسوط وغيره بان عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة علي رضي الله عنه وابنته
قوله ومن زنى بامرأة حرمت عليه امها وابنتها اعلم ان الوطء الحلال بملك يمين او نكاح يوجب حرمة المصاهرة بالاتفاق
وكذلك عندنا حتى لو وطئ امرأة ابيه او ابنه حرمت عليه امرأته وكذا اذا زنى بامرأة حرمت عليه امها وبنتها ولذلك المزني بها تحرم
على اصول الزاني وفروعه وتحرم الزاني على اصولها وفروعها • وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تجب
بالحرام والمحظور ولهذا علل الشافعي في كتابه فقال النكاح امر حمدت عليه والزنا امر رجمت عليه فاني يشتبهان • ولنا قوله تعالى
ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم • بيانه ان النكاح مشترك في الوطء والعقد كما بيناه في اول كتاب النكاح والمشترك لا عموم له في موضع النفي
فلا تحل موطوءة الاب كما لا تحل معقودة الاب ولهذا لم تحل موطوءة الاب بملك اليمين للابن بهذه الآية فعلم ان موطوءة الاب حرام كالمعقودة
ثم الوطء يشمل الحلال والحرام جميعا ولان الوطء في الملك انما يوجب حرمة المصاهرة لا لمعنى الملك بل لمعنى الجزئية • بيانه ان الوطء
سبب للولد وهو حاصل من ماء الرجل والمرأة جميعا فيصير كل واحد منهم جزء صاحبه بعدما اختلط الماءان وصار الولد بجميعه مضافا الى
كل واحد من الرجل والمرأة فيثبت الاتحاد بين الواطئ والموطوءة حكما بواسطة الولد فتعدى تلك البعضية الى الاصول والفروع من
الجانبين لان البعضية تعمل عمل الحقيقة في باب الحرمات فصار اصولها وفروعها حراما عليه كاصوله وفروعه واصوله وفروعه حراما
عليها كاصولها وفروعها الا ان الاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهذه البعضية بين الواطئ والموطوءة حتى لم تحرم هي عليه بوطء واحد
لان البعضية الحاصلة غير البعضية الحقيقية وذلك لا عمل لها في موضع الضرورة فكذا هنا • الا ترى ان حواء خلقت من
آدم عليه السلام فكانت بعضه ومع هذا كانت حلالا له لاجل الضرورة فالمراد التوالد والتناسل فانها اذا حرمت بوطء واحد فلا يحصل من
النكاح ما هو المقصود منه وهو التوالد وحاصله ان لم يعتبر البعضية لا حقيقة ولا شبهة في موضع الضرورة مستثنى من الحرمة
وانما اعتبرناها في غير موضع الضرورة • فان قلت ان الشافعي تمسك بقوله عليه السلام الحرام لا يحرم الحلال قلت لا نسلم انه صحيح

ولئن صح فهو متروك الظاهر لا يحتج به وذلك رواه ابن ماجه لأن الحرام لا يحرم الحلال كما اذا وقعت قطرة خمر في ماء
روي عن عطاء في تأويله انه قال انما اراد به الرجل يزني بالمرأة ثم يتزوجها فقال لا يحرم الوطء بالزنا العقد الحلال ثم حرمة المصاهرة
عبارة عن ثبوت حرمات اربعة حرمة الموطوءة على آباء الواطئ وان علوا وعلى ابنائه وان سفلوا وحرمة امهاتها على الواطئ وان
علون وحرمة بناتها عليه وان سفلن **قوله** والوطء حرام من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنى والمحرم بكسر الراء
وهذا جواب لقول الشافعي ان حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بالمحظور • بيانه ان الوطء يثبت حرمة المصاهرة لأن جزئيته
لا من حيث انه سبب الولد المخلوق من الماءين والولد محترم مكرم داخل تحت قوله تعالى ولقد كرمنا بني آدم فلا يرد
لأنه مخلوق بخلق الله تعالى على أي وجه اجتمع الماءان في الرحم • الا ترى الى قوله تعالى ثم انشأناه خلقا آخر فلم يتمكن في الأصل وهو
الذي صفة القبح صار المنظور اليه هو الأصل الذي قام مقامه وهو الوطء كالتراب لما قام مقام الماء في اثبات الطهارة لا صفة
التراب التي هي تلويث فلم يرد علينا قول الشافعي ان الزنا محظور لا يثبت به ما سبيله النعمة والكرامة لأن الزنا ليس بمحظور انه
في ايجاب حرمة المصاهرة فافهم **قوله** ومن مسته امرأة بشهوة في سائر الاعضاء او نظر الى فرجها الداخل بشهوة دون
سائر الاعضاء او نظرت الى ذكره عن شهوة • قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله لو نظر الى فرجها بشهوة تثبت به الحرمة عندنا استحسانا
وفي القياس لا تثبت وهو قول ابن ابي ليلى والشافعي ويظهر الخلاف فيما اذا مس الرجل امه عن شهوة او قبلها عن شهوة لا يجوز له
ان يتزوج بنتها عندنا خلافا للشافعي وجه قوله ان المس والنظر عن شهوة ليسا في معنى الوطء فلا يثبت بهما حرمة المصاهرة ولهذا
لا يتعلق بهما فساد الصوم وفساد الاحرام ووجوب الغسل واستحسن اصحابنا بما روي عن اصحابنا رضي الله عنهم بالآثار المنقولة في المبسوط
وهو ما روي عن ام هانئ ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من نظر الى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وعن عمر رضي الله
عنه انه جرد جارية له ونظر اليها ثم استوهبها ابنه فقال اما انها لا تحل لك وعن ابن عمر رضي الله عنه قال اذا جامع الرجل المرأة
او قبلها بشهوة او لمسها بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة حرمت على ابيه وابنه وحرمت عليه امها وابنتها ولأن كل واحد من المس
والنظر عن شهوة سبب داع الى الوطء فيقام مقام الوطء في اثبات حرمة المصاهرة احتياطا لأنها تثبت بيوتا من غير ما لهذا
تثبت بالعقد **قوله** لا يلحقان به اي لا يلحق المس والنظر بالوطء **قوله** ثم المس بشهوة ان تنتشر الآلة او
يزداد انتشارا هو الصحيح • قال في خلاصة الفتاوى وبه يفتى ومعناه ان تحرك الذكر ان لم يكن متحركا قبل ذلك وان يزداد
شدته وانما قال هو الصحيح لأن فيه اختلاف بين علمائنا رحمهم الله تعالى • قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في المبسوط
معنى الشهوة المعتبر في المس والنظر ان تنتشر الآلة او يزداد انتشارا فاما مجرد الاشتهاء بالقلب فغير معتبر • الا ترى ان هذا
القدر يكون من الشيخ الكبير الذي لا شهوة له وهو مذهب جوهر زاده • وقال صدر الاسلام البزدوي في مبسوطه ثم المس بشهوة
والنظر الى الفرج بشهوة عند بعضهم ان تنتشر الآلة وعند بعضهم ان تشتهي بالقلب ولا يعرف ذلك الا بقوله والاعتماد على القول
الثاني لأن من الناس من لا تنتشر آلته وكذا المجبوب لا آلة له ويتحقق منه المس بشهوة والنظر عن شهوة اصلا وقال في تحفة
الفقهاء وهو امر لا يقف عليه الا اللامس والناظر ويعرف باقراره اما حركة الآلة والانتشار فليس بشرط ثم قال وهو الأصح فان
المس عن شهوة يتحقق من العنين ولا تنتشر آلته وكذا المجبوب لا آلة له ويتحقق المس بشهوة والنظر عن شهوة **قوله** والمعتبر
النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها اي لا يتحقق النظر الى الفرج الداخل الا اذا كانت على صفة اما اذا
كانت قاعدة مستوية او قائمة لا تثبت الحرمة بالنظر كذا ذكره شمس الأئمة في المبسوط • وقال في خلاصة الفتاوي اختلف المشايخ
فيه • قال بعضهم النظر الى الفرج المدور • وقال بعضهم الى موضع الحشو ثم قال والأصح النظر الى موضع الشق عن شهوة • وقال
فخر الاسلام في الزيادات من نظر الى موضع الفرج الجماع من دبر بشهوة لم تحرم عليه امها وابنتها خلافا لنظر الى قبل
وكذا النظر الى موضع الجماع من دبر الغلام بشهوة لا يوجب الحرمة وكذلك الفعل بالغلام لا يوجب حرمة المصاهرة ولا تحرم
عليه امه وبنته لأن حرمة المصاهرة انما تثبت بصفة انه سبب للولد وجدت له وهذا المعنى لم يوجد ودل هذا على ان حرمة
المصاهرة انما تثبت بالنظر الى موضع الجماع خاصة من قبل النساء فاما الى ما حوله فلا الى هنا لفظ زياداته **قوله**
ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها فيه اختلاف المشايخ وعليه الذي عن شمس الأئمة السرخسي وفخر الاسلام
البزدوي في فوائده لا يوجب حرمة المصاهرة لأنه بعد الانزال لم يبق مفضيا الى الجماع • قال الصدر الشهيد في شرح الجامع
الصغير في الصوم وعليه الفتوى **قوله** وعلى هذا اتيان المرأة في الدبر اي انه ليس بموجب حرمة المصاهرة لأنه ليس بـ
مفض الى الوطء الذي هو سبب الى الولد **قوله** واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له
ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها اعلم انه لا يجوز نكاح المعتدة من غيره على اي وجه لزمتها العدة لقوله تعالى ولا تعزموا
عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله ويجوز لصاحب العدة ان يتزوجها فيها لأن منعها عن التزوج لصون ماء صاحب العدة
فلا يجوز منعه عن نكاحها اما اذا اراد ان يتزوج اختها او عمتها او خالتها او رابعة سواها في عدتها فقال اصحابنا لا يجوز
سواء كانت العدة عن نكاح فاسد او كانت عن طلاق رجعي او بائن • وقال الشافعي ان كانت معتدة عن طلاق بائن مثل الطلاق
على مال او عن ثلاث يجوز نكاح اختها وما في معناها ويتزوج اربع سواها واما عندنا بالطلاق على مال لأن الكنايات عنده
رواجع وان كانت معتدة عن طلاق رجعي لا يجوز له ان نكاح انقطع من كل وجه بالبائن والثلاث ولهذا يجب عليه الحد
اذا جامعها مع العلم بالحرمة فيجوز تزوج اختها واربع سواها • ولنا ان اثر النكاح باق فلو جاز تزوج اختها يلزم الجمع بين الاختين

فلا يجوز لقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين • ولنا ان اثر النكاح باق بدليل
وجوب النفقة والسكنى والمنع عن الخروج والبروز والتزوج بزوج آخر وثبوت نسب ولدها الى سنتين [illegible] لأقل من سنتين ولان
بقاء القيد يعني منع احد الزوجين عن التزوج لحق صاحبه من الاثر من سنتين [illegible] على [illegible] الآخر ايضا
وهو الزوج ولا نسلم القاطع بالكلية في الحال لأن العلة جاز ان يوجد ويتراخى حكمها الى زمان ثان كما في الطلاق الرجعي ولا
نسلم وجوب الحد ايضا لأنه لا يجب على اشارة كتاب الطلاق فلعلها ثابتة [illegible] الى سنتين والى ما ان سلمنا الوجوب فالحد على ما
[illegible] في كتاب الحد [illegible] الملك [illegible] في حق [illegible] الحد لتحقق الزنا [illegible] في محل [illegible] ولان النكاح
لم يزل [illegible] آثار النكاح بما ذكرنا لم يجز تزوج الاخت واربع سواها • قال في شرح الطحاوي ولو اعتق ام ولده وجبت عليها
العدة ثلاث حيض ثم تزوج اختها في عدتها او اربعا سواها من الاجنبيات فعند زفر لا يجوز كلاهما وعند ابي يوسف ومحمد يجوز كلاهما
وابو حنيفة فرق بينهما فقال نكاح الاخت لا يجوز ونكاح الاربع يجوز واذا تزوج بالأمة في عدة حرة من طلاق رجعي لم يجز وان كان
الطلاق بائنا فكذلك عند ابي حنيفة وعندهما يجوز وقد عرفت في المنظومة وشرحها **قوله** والفراش اراد به كون المرأة
[illegible] **قوله** والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد هذا جواب عن
قول الشافعي يجوز لانقطاع النكاح بالكلية [illegible] القاطع للنكاح وهو الطلاق البائن تأخر عمله الى انقضاء العدة بدليل
ان القيد بقي في المرأة كما كان قبل الطلاق ولهذا لا يجوز ان يتزوج المعتدة في العدة غير الزوج فلما كان القيد باقيا لا يجوز تزوج اختها في عدتها
كيلا يصير جامعا بين الاختين **قوله** ولم يرتفع في حق ما ذكرنا اي لم يرتفع الملك في حق وجوب النفقة والمنع عن الخروج والبروز
بزوج آخر وفي حق ثبوت النسب **قوله** ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده
في شرح الاقطع وذلك لأن المولى مالك بضع الأمة بملك اليمين فلو جاز ان يتزوجها لزم تحصيل الحاصل فلا يجوز والمرأة تملك جميع اجزاء العبد
لعبدها فلو تزوجته يلزم ان يكون العبد مالكا لبضعها فيكون [illegible] لا يجوز [illegible] المالكية [illegible] المملوكية
مقهورا وبينهما تناف • فان قلت لا نسلم التنافي لاختلاف الجهتين [illegible] ملك اليمين [illegible] ملك المتعة
[illegible] الثاني • بيانه ان كون المرأة مالكة بجميع اجزائها بالنسبة الى العبد وكون بعضها مملوكا بالنسبة
الى العبد ايضا فلا يتفاوت بعد ذلك ان يكون سبب المالكية والمملوكية مختلفا او نقول ان النكاح شرع مثبتا للحقوق بين الزوجين
في الشركة وتلك الحقوق لا تثبت على المولى لأمته ولا على المرأة لعبدها لما تنافي بين المالكية والمملوكية فلا يجوز هذا النكاح وكذلك لو ملك
احدهما صاحبه او شقصا منه بطل النكاح فسد النكاح لوجود التنافي **قوله** لأن النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة وذلك
كان لها ان تطالب بالوطء كما له ان يطالبها بالتمكين [illegible] الارث [illegible] الزوجين من الآخر وحل الاستمتاع بالآخر
قوله ويجوز تزوج الكتابيات وهذا مذهبنا • وعند الشافعي لا يجوز لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يقول ان الكتابية
مشركة • ولنا قوله تعالى في سورة المائدة والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اراد به الحرائر [illegible] العفائف عن الزنا وهو عطف
على قوله تعالى اليوم احل لكم الطيبات وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم • وقال محمد بن الحسن في المبسوط بلغنا عن حذيفة
بن اليمان انه تزوج يهودية • وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وكذلك كعب بن مالك تزوج يهودية • ولأن الكتابية صنف
لأن الله تعالى عطف المشركين على اليهود والعطف يقتضي المغايرة • الا ترى الى قوله لتجدن اشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين اشركوا
ولتجدن اقربهم مودة للذين آمنوا الذين قالوا انا نصارى وكما ان تزوج الكتابية على المسلمة والمسلمة على الكتابية جاز والقسم بينهما
سواء لأن جواز النكاح مبني على الحل الذي به صارت المرأة محلا للنكاح بخلاف تزوج الأمة على الحرة فانه لا يجوز وسيجيء بيانه ان شاء الله تعالى
قوله على ما بين [illegible] من بعد ان شاء الله تعالى في قوله بعد عشر خطوط ويجوز تزوج الأمة مسلمة كانت او كتابية **قوله** ولا يجوز
تزوج المجوسيات • اعلم ان نكاح المجوسية لا يجوز ولا يحل وطؤها بملك اليمين وذلك لأنه لا كتاب للمجوسية فدخلت المجوسيات تحت قوله تعالى
ولا تنكحوا المشركات • وقد روي عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم
سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم • قال المطرزي اي اسلكوا بهم طريقتهم يعني عاملوهم معاملة هؤلاء في اعطاء الأمان باخذ
الجزية منهم • وقد روى ابو يوسف في كتاب الخراج وقال حدثني [illegible] عن الحسن قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم
مجوس اهل هجر على ان يأخذ منهم الجزية غير مستحل مناكحة نسائهم ولا آكل ذبائحهم • ونقل شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي عن علي
رضي الله عنه جواز نكاح المجوسية بناء على ما روي عنه ان المجوس اهل كتاب [illegible] ثم
قال وهو مخالف للنص فان الله تعالى قال ان تقولوا انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا • واذا قلنا للمجوس كتاب كانوا ثلاث طوائف وان كان
الامر على ما قاله علي [illegible] ان يكونوا اهل كتاب وانما خص القدوري نكاح المجوسيات بالذكر لأن الاختلاف في جواز
نكاحها [illegible] في النكاح [illegible] الوثنيات وقوله غير ناكحي نسائهم [illegible] **قوله** [illegible] قال الشيخ ابو
الحسن القدوري ولا يجوز تزوج الوثنيات [illegible] اللاتي يعبدن الوثن وهو الصنم [illegible] لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات [illegible]
سائر المشركات [illegible]
[illegible] **قوله** ويجوز تزوج الصابيات [illegible]
تعالى لأنهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم يجز مناكحتهم لأنهم مشركون وهذا الذي ذكره صاحب الهداية من
مسئلة مختصر القدوري هو الصحيح من المذهب • الا ان رواية الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه تدل [illegible] على ان الصابئين نوع عند

ابي حنيفة رضي الله عنه انهم اهل الكتاب يعترفون بالزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها كتعظيم المسلمين القبلة في الاستقبال اليها وفيما عندهما انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا كعبدة الاوثان ولا خلاف في الحقيقة بينهم لانهم ان كانوا كما قال ابو حنيفة يجوز مناكحتهم عندهما ايضا وان كانوا كما قالا فلا يجوز مناكحتهم عنده ايضا كما قالا وحكم يجتمع على هذا الخطر **قوله** ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام • اعلم ان الوطء في حالة الاحرام لا يجوز بالاجماع اما التزوج ففيه خلاف • قال اصحابنا وسفيان الثوري يجوز • وقال مالك والشافعي واحمد لا يجوز لهم ما روي في السنن وغيره عن عثمان رضي الله عنه • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب • ولنا ما روى البخاري في الصحيح عن عبد القدوس بن الحجاج • قال حدثنا الاوزاعي حدثني عطاء بن ابي رباح عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم • قال ابو عيسى حديث ابن عباس حسن صحيح ولان النكاح سبب يتوصل به الى الوطء فلا يمنعه الاحرام كشراء الجارية ومعنى حديث عثمان رضي الله عنه لا يطأ المحرم ولا يمكن المحرمة من نفسها للوطء ولا يخطب اي لا يلتمس الوطء توفيقا بين الحديثين • فان قلت ما تقول فيما روى مالك عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن سليمان بن يسار ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال قلت ذلك مرسل وهو ليس بحجة عندهم فكيف يحتجون به علينا • فان قلت ما تقول فيما روى صاحب السنن باسناده الى يزيد بن الاصم عن ميمونة رضي الله عنها • قالت تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن حلالان بسرف • قلت ابن عباس احفظ واضبط واتقن من يزيد بن الاصم فيكون الترجيح لرواية ابن عباس • فان قلت ما تقول فيما رواه الترمذي عن قتيبة عن حماد بن زيد عن مطر الوراق عن ربيعة بن عبد الرحمن عن سليمان بن يسار عن ابي رافع • قال تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو حلال وبنى بها وكنت انا الرسول فيما بينهما • قلت انه حديث حسن قاله الترمذي قال ولا نعلم احدا اسنده غير حماد بن زيد عن مطر الوراق عن ربيعة على انا نقول رواية ابي رافع لا توازن مع وجود رواية ابن عباس خلافا لهم **قوله** وتزويج المحرم وليته اي موليته على هذا الخلاف يعني يجوز عندنا ان يكون المحرم وليا في النكاح خلافا لهم **قوله** وبما رواه محمول على الوطء اي ما روى الشافعي من الحديث وقد بيناه • **قوله** ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية • وقال الشافعي لا يجوز تزوج الكتابية وذلك لان الله تعالى قال ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات فعلم ان نكاح الكتابية لا يجوز لعدم وصف الايمان لان الوصف عنده كالشرط والشرط يوجب عدم الحكم عند عدمه ولهذا كان طول الحرة اي وجود القدرة على نكاح الحرة مانعا نكاح الامة المسلمة لعدم الشرط والمعنى فيه ان نكاح الاماء ضروري وذلك لان الاماء لا يكن ازواجا مكافئين والحر ليس بكفء للامة لان الحرية شيمة للاولاد خلافا للرق • ولنا النصوص المطلقة عن قيد عدم طول الحرة وقيد الايمان نحو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم هذه الايات دلت على جواز نكاح الاماء سواء وجد الشرط المذكور في الاية التي تعلق بها الشافعي او لم يوجد فعند عدم الشرط يجوز نكاحهن بهذه الايات وعند وجود الشرط يجوز ايضا وبالاية التي احتج بها الشافعي لجواز ان يكون الحكم ثابتا مع وجوده متعلقا باسم شيء • ولا نسلم ان الوصف كالشرط ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان عدم الشرط يوجب عدم الحكم ولا نسلم ان نكاح الاماء ضروري • الا ترى ان له ان يتزوج الحرة على الامة فلو كان نكاح الامة ضروريا لارتفع بطريان نكاح الحرة عليه كما اذا قدر على الماء يبطل حكم التيمم لانه ضروري وقد استقصينا البحث في هذا الموضع في كتابنا الموسوم بالتحقيق **قوله** لما فيه من تعريض الجزء على الرق اي لما في نكاح الاماء **قوله** لاطلاق المقتضي اراد به ما تلونا من الايات المطلقة **قوله** وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وهذا جواب عما قال الشافعي رحمه الله من تعريض الجزء على الرق • بيانه ان الماء قبل ان يتخلق ولدا لا يوصف بكونه حرا او رقيقا فلا يلزم من نكاح الاماء ارقاق الجزء وان عنى به الامتناع عن تحصيل الحرية حيث كان له ان يكتسب ولدا حرا فهذا مسلم لكن لا نسلم انه ليس له ولاية الامتناع عن تحصيل الحرية لان الانسان له ان يمتنع عن الاصل وهو الولد بان لا يتزوج اصلا او يتزوج ايسة او عقيما او يعزل عن الامة برضا مولاها او عن الحرة برضاها على اختلاف الاصلين وكان له ان يمتنع عن الوصف وهو الحرية بالطريق الاولى **قوله** ولا يتزوج امة على حرة • اعلم ان نكاح الحرة على الامة جائز بالاجماع اما نكاح الامة على الحرة فعندنا لا يجوز والحر والعبد في ذلك سواء • وقال الشافعي يجوز للعبد ان يتزوج الامة على الحرة لانه لا يلزم تعريض الجزء على الرق كما هو اصله • وقال مالك يجوز تزوج الامة على الحرة اذا رضيت المرأة الحرة • لما روي عن سعيد بن المسيب انه كان يقول لا تنكح الامة على الحرة الا باذنها • ولنا ما ذكر محمد بن الحسن في المبسوط • وقال بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح الامة على الحرة وقال علي رضي الله عنه وتنكح الحرة على الامة وللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث • فان قلت ينبغي ان يجوز نكاح الامة على الحرة لعموم قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم • قلت ذلك عام خص منه البعض اعني خص منه المجوسية والوثنية والجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها فيخص المتنازع فيه بخبر الواحد **قوله** في تجويز ذلك للعبد اي في تجويز الشافعي تزوج الامة على الحرة للعبد • قال ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله تعالى واراد به ما ذكره في باب ايقاع الطلاق بقوله وطلاق الامة ثنتان فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام • بيانه ما ذكره فخر الاسلام رحمه الله في شرح الكافي لان الامة ليست من جملة المحللات بالنكاح مضمومة الى الحرة وهي من جملة المحللات منفردة عن الحرة لان الحل الذي يبنى عليه عقد النكاح نعمة في جانب الرجال والنساء جميعا فلما يتنصف برق المرأة ولا يمكن اظهار هذا التنصيف في جانب نقصان العدد لان المرأة الواحدة لا تحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة او نقول الاحوال ثلاثة حالة ما قبل نكاح الحرة وحالة ما بعده وحالة المقارنة ولكن الحالة الواحدة لا تحتمل التجزي فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة او سابقة عليها او نقول في الحقيقة حالة الانضمام الى الحرة وحالة الانفراد عنها فتجعل محللة منفردة عن الحرة ومحرمة مضمومة الى الحرة فاذا كانت تحته حرة فهو بنكاح الامة يضمها الى الحرة فلهذا لا يجوز • وكان الكرخي رحمه الله يقول بنكاح الحرة ثبت له حق الحرية فبتزوج الامة يبطل الحق الثابت وحق الحرية لا يجوز ابطاله بعد ثبوته فاما بطول الحرة لا يثبت حق الحرمة له **قوله** ويجوز تزوج الحرة عليها اي على الامة وذلك لان قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم عام فيجري على عمومه فيما لم يثبت فيه دليل الخصوص ولان الحرة المسلمة الاجنبية محللة للمسلم في جميع الحالات سواء كانت مضمومة الى نكاح الامة او منفردة عنها لعدم التنصيف في حق الحرائر فيحل نكاح الحرة عليها **قوله** فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن او ثلاث لم يجز عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجوز وهو قول ابن ابي ليلى كذا في الكافي للحاكم الشهيد رحمه الله فاذا كانت العدة عن طلاق رجعي لا يجوز نكاح الامة بالاتفاق لهما ان المحرم نكاح الامة على الحرة ونكاحها على الحرة انما يكون اذا كان الملك باقيا في الحرة ولم يبق لوجود البينونة بخلاف ما اذا كان الطلاق رجعيا حيث لا يجوز نكاح الامة على الحرة ونكاحها على الحرة في العدة لبقاء الملك فلما لم يكن النكاح نكاح الامة على الحرة جاز ولهذا يجوز نكاح الامة في عدة حرة من نكاح فاسد او وطء بشبهة ولو صح انه لو قال ان تزوجت عليك امة فهي طالق فتزوج امة بعد ما ابان امرأته في عدتها لا تطلق لانه ليس بتزوج عليها وهذا بخلاف نكاح الاخت في عدة الاخت حيث لا يجوز لوجود معنى الجمع بينهما في حقوق النكاح وهنا فيما نحن فيه حرمة النكاح ليست لمعنى الجمع ولهذا لا يجوز نكاح الحرة على الامة فلو كانت لمعنى الجمع لم يجز بل المعنى اذ كانت ناقصة الحال في مزاحمة كاملة الحالة وهذا المعنى لا يوجد بعد الفرقة بطلاق بائن او ثلاث ولابي حنيفة رضي الله عنه ان نكاح الحرة مانع نكاح الامة وكل حق ثبت بسبب النكاح يبقى ببقاء العدة كالمنع من نكاح الاخت في عدة الاخت وتزوج اربع سواها وهذا لان العدة حق من حقوق النكاح واثر من اثاره فصار نكاح الامة على الحرة من وجه فكان حراما لان الشبهة في باب المحرمات ملحقة بالحقيقة بخلاف تزوج الامة في عدة الحرة من نكاح فاسد لانا لا نسلم ان ذلك جائز على قول ابي حنيفة • وقد قيل في المبسوط ان ذلك قولهما ولئن سلمنا نقول ان المنع لم يكن ثابتا بالنكاح الفاسد فلم يبق بعد العدة بخلاف ما نحن فيه فوجد الفارق وبطل القياس • واما مسألة اليمين فانما لا يحنث فيها لان الغرض ان لا يدخل عليها شريكا في قسمها وذلك لا يتحقق بعد البينونة ولهذا لا يسمى متزوجا عليها بعد البينونة في العرف والمعتبر في اليمين العرف وفي الفاظ الشرع المعتبر المعنى ومعنى الحرمة باق ببقاء العدة وكذلك الحكم فيما اذا تزوج مدبرة او ام ولد او مكاتبة لان الرق في هؤلاء باق **قوله** لا يحنث بهذا اي بهذا التزوج وهو تزوج المرأة حرة كانت او امة في عدة حرة عن طلاق بائن **قوله** وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء اعلم انه يجوز للحر ان يتزوج اربعا من النساء سواء كن حرائر او اماء او بعضها حرائر وبعضها اماء بشرط ان لا يكون نكاح الامة مقدما على نكاح الحرة وليس له ان يتزوج اكثر من الاربع الا على قول الروافض لعنهم الله فانهم قالوا يجوز الجمع بين تسع نسوة • وقال بعضهم يجوز الجمع بين ثماني عشرة امرأة • وقال الشافعي لا يتزوج الحر عند عدم طول الحرة الا امة واحدة لان الله تعالى قال ذلك لمن خشي العنت منكم وهو الوقوع في الزنا فاذا تزوج واحدة امن من الزنا ولان نكاح الاماء ضروري فيتقدر بقدر الضرورة بالواحدة • ولنا قوله تعالى وان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع • قال الواحدي في كتاب اسباب نزول القرآن • قال سعيد بن جبير وقتادة والربيع والضحاك والسدي كانوا يتحرجون عن اموال اليتامى ويترخصون في النساء ويتزوجون ما شاءوا وربما لم يعدلوا فلما سألوا عن اليتامى فنزلت اية اليتامى وآتوا اليتامى اموالهم الاية انزل الله ايضا وان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى الاية يقول كما خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى فكذلك خافوا في النساء ان لا تعدلوا فيهن فلا تتزوجوا اكثر مما يمكنكم القيام بحقهن لان النساء كاليتامى في الضعف والعجز • وقال في الكشاف ان خفتم ترك العدل في حقوق اليتامى فتحرجتم منها فخافوا ايضا ترك العدل بين النساء فقللوا عدد المنكوحات وقيل كانوا ايضا لا يتحرجون من الزنا وهم يتحرجون من ولاية اليتامى فقيل ان خفتم الجور في حق اليتامى فخافوا الزنا فانكحوا ما طاب لكم من النساء ولا تحوموا حول المحرمات • وروي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت نزلت هذه الاية في رجل تكون له اليتيمة وهو وليها ولها مال وليس لها احد يخاصم دونها فلا ينكحها لمالها فيضر بها ويسيء صحبتها ولا يعدل في مالها فقال تزوج من طاب لك من النساء مثنى وثلاث ورباع • وقال الزجاج في كتاب المعاني في معنى الاية ان كنتم ان خفتم فقد احلت لكم اربعا • فان قلت ان الروافض يحتجون بظاهر الاية وبنكاح النبي صلى الله عليه وسلم تسعا من النساء وهو قدوة الامة وذلك لان الواو للجمع فما الجواب عنه • قلت اما السند الاول لانه بحرف الواو فضعيف لان الفراء قال هذا خطأ ولا فصاحة فيه لان العرب اذا ارادت ان تعبر عن التسعة لا تقول مثنى وثلاث ورباع وليس في كلام الحكيم عي فعلم بهذا انه ليس يجوز ان يحمل على الجمع بل الواو بمعنى او كما في قوله تعالى اولي اجنحة مثنى وثلاث ورباع واما السند الاخر بنكاح النبي صلى الله عليه وسلم فضعيف ايضا لان عدد التسع كان خصوصية النبي صلى الله عليه وسلم لشرفه وزيادة تفضيله ولهذا اثبت الحل للحر حيث يجوز له تزوج الاربع لتفضيله دون العبد • فان قلت ما فائدة التكرار المفهوم في الاية فلم لم يقل اثنين وثلاثا واربعا قلت هو مثل قولهم اقتسموا هذا المال وهو الف درهم درهمين درهمين وثلاثة ثلاثة واربعة اربعة فلو لم يكرر وقيل درهمين وثلاثة واربعة لم يفهم المعنى الاول • فان قلت ما فائدة ذكر الواو فلم لم يذكر بكلمة او تعالى مثنى او ثلاث او رباع • قلت لو ذكر او لكان الامر مقتصرا على احد هذه الاعداد وليس الغرض ذلك بل الغرض ان لهم تحصيل هذه الاعداد ان شاءوا بطريق التثنية وان شاءوا بطريق التثليث وان شاءوا بطريق التربيع • فان قلت كيف لم يجز تزوج ما زاد على الاربع وقد قال الله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وهو عام يتناول الاربع وما وراءها غاية ما في الباب ان قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع يدل على حل الاربع ولا يدل على حرمة ما وراءها لان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه كما عرف في الاصول • قلت انما حرمت الزيادة لان المقصود بيان ما يجوز من العدد اذ لو لم يكن كذلك لا تقتصر على قوله ما طاب لكم من النساء حيث يفهم منه الاربع وما وراءها • الا ترى انهم كانوا يتزوجون من النساء ما شاءوا

الاية حتى يقتصر على الاربع ولا يجاوزها • وقد روي البخاري عن ابن عباس قال ما زاد على الاربع فهو حرام كامه وابنته واخته
واما الجواب عن قول الشافعي • فنقول قوله تعالى من النساء عام يتناول الحراير والاماء جميعا فلا يختص نكاح الاربع من الحراير
الاربع من الاماء الا بما نا قوله اذا تزوج واحدة من الاماء يا من من العنت فلا يشترط ذلك لانه يمنعه مثل الاخرى اذا اراد ان يختار
خشية العنت ابقاء وقوله ان نكاح الاماء ضروري فلا نسلم ذلك • الا انه لا يتزوج نكاح الامة بنكاح الحرة عليها قوله ولا الامة
والمنكوحة يتناولها اسم النساء وكان الاولى ان يقال اذا الامة والحرة يتناولهما اسم النساء لان المنكوحة لا تختص بالحرة ولا بالامة بل
والمنكوحة تختار العطف عن على الخاصة للامة والاماء ايضا في العبد بهذه الصفة لان اسم النساء يتناولهما ولا الامة المنكوحة
وغير المنكوحة ولان المقصود من هذا الاستدلال لا يجوز تزوج الاماء اكثر من اربع لا يتناول اسم النساء الاماء والحراير على
من وجه التناول يلزم نكاح المنكوحة وهو فاسد لان المنكوحة لا تلزم وكان يعني اذ كان لا بد ان المنكوحة اصلا قوله كان
الظهور يعني ان اسم النساء المذكور في قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم يتناول الامة والحرة جميعا لعمومه فيتحقق الظهار في الامة المنكوحة
فكذا ايضا من ينه يجوز الجزاء في العدد المذكور في قوله تعالى مثنى وثلث ورباع سواء كانت النساء حراير او اماء قوله على
النساء عام قوله ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين • اي لا يجوز له ان يتزوج اكثر من اثنتين الحرتين والامتين
سواء في ذلك المكاتب والمدبر • وعند مالك يجوز للعبد ان يتزوج اربعا وقد حدث في الموطا عن ربيعة • وقال بعض يعني
في التعداد لبنوة • ثم قال مالك وذلك احسن ما سمعته لان الرق لا ينافي ملكية النكاح والانا ونوريه وقال اخر العبد فيه عبد
كالك الطلاق وملك الدم في حق الاقرار بالقود • ولنا ما روي محمد في الاصل عن عمر بن الخطاب انه قال لا يتزوج العبد اكثر من اثنتين
ولان الرق له اثر في تنصيف ما كان متعددا في نفسه كالحد والجلد وحد الزنا وعدد الطلاق واقراء العدة فكذا الرق ينصف
لا يتزوج العبد الا اثنتين بو محمد ان ملك النكاح يبتني على الحل الذي يقتضيه ما لا للنكاح والحل يتنصف وينتقض بالتفضيل
والنقصان في الحل • الا يرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يختص بنكاح تسع نسوة لزيادة فضيلة فكذا الحر يتزوج اربعا لزيادة
فضيلة عن العبد فينبغي ان يتزوج العبد اثنتين لنقصان فيه وبين النصف باعتبار ان الرق منصف في غير صور النزاع لنقصان
المحل فكذا ايضا في هذه لهذا المعنى • فان قيل قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الاية تقتضي دخول العبد فيه قيل العبد لم
يدخل في هذا الخطاب لاتفاق الجميع انه لا يملك عقد النكاح وان المولى هو الذي يملك ذلك عليه • قال بعض الشارحين في هذا المقام
والمكاتب والمدبر وابن ام الولد في هذا كالعبد لان الرق المنصف للحل فيهم قايم ونقله عن المبسوط ولا يقال لان ابن ام الولد حر وليس فيه
رق اصلا بالحديث وهو قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولهذا لم يذكر الحاكم الجليل في مختصره الموسوم بالكافي
ابن ام الولد بل قال وكذلك المكاتب والمدبر فعلم انه غلط او سهو من الكاتب لانا نقول يعني المسيلة ان المولى زوج ام ولده من عبده فجاءت
بولد يكون حكمه حكم امه لا يعتق الا بموت المولى كالام • **قوله** فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا باينا لم يجز له ان
يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها • وقال الشافعي يجوز واذا كان الطلاق رجعيا لا يجوز بالاجماع له ان النكاح انقطع من كل وجه
فلا مانع من تزوج الرابعة • ولنا ان اثر النكاح باق فلا يجوز تزوج الرابعة لان الشبهة في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة ولان كل
جمع حرم حال العدة من طلاق رجعي حرم حال العدة من طلاق باين كالجمع بين الاختين ولا يقال انها اجنبية فيجوز تزوج الرابعة
لانا نقول لا نسلم انها اجنبية ما دامت العدة باقية • الا يرى انها محبوسة لاجله من الازواج ويجب نفقتها بخلاف ساير الاجانب
وباقي التقرير مر عند قوله واذا طلق الرجل امراته طلاقا باينا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها **قوله** وفيه خلاف الشافعي
اي وفي تزوج الرابعة في عدة المطلقة طلاقا باينا خلاف الشافعي **قوله** فان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطاها حتى
تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف النكاح فاسد فان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع وهي
من خواص مسائل الجامع الصغير • وقال صاحب المختلف وروى ابن سماعة عن محمد مثل قول ابي يوسف وجه قول ابي يوسف رحمه الله
ان محل النكاح وهي المراة مشغولة بالولد فلا يحتمل شغلا اخر فيفسد نكاح الحبلى من الزنا كما لو كان حملها ثابت النسب • بيانه ان المقصود
من النكاح هو طلب الولد وهو الحكمة في شرع النكاح والحمل مناف لهذا المعنى فلا يصح نكاح الحبلى ولان امتناع نكاح الحبلى اذا كان حملها ثابت النسب
لحرمة الحمل والحمل من الزنا محترم لانه خلق الله تعالى ولا جناية منه فيحرم نكاح الحبلى من الزنا لحرمته وصيانته • الا يرى انه لا يجوز
اسقاطه لانه نفس زكية لم يوجد منها المعصية ولهما ان الحبلى من الزنا من المحللات بالنص وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم فيجوز
نكاحها غير انه لا يطاها حتى تضع حملها بالحديث وهو قوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماءه زرع غيره
ولا يلزم من حرمة الوطء بعارض يحتمل الزوال فساد النكاح • الا يرى ان النساء لا يحل وطيهن بسبب الحيض ولا يلزم منه فساد النكاح
فان قلت كيف قال لم يدخل الحامل اذا كان حملها ثابت النسب تحت قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم • قلت لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة
النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله والمراد انقضاء العدة ولا تعتد الحبلى من الزنا **قوله** ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل يعني ان ابا
يوسف قاس نكاح الحبلى من الزنا على نكاح الحبلى اذا كان حملها ثابت النسب فقال انه لا يجوز فكذا هذا لوجود الجامع وهو حرمة الحمل
قوله ولهذا الحرمة لا يجوز اسقاطه اي اسقاط الحمل من الزنا وهذا ايضاح لقوله وهذا الحمل محترم **قوله** والامتناع في ثابت النسب
لحق صاحب الماء هذا جواب عن قول ابي يوسف ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل • فاجاب فقال لا نسلم ان الامتناع لحرمة الحمل بل الامتناع لحق صاحب الماء
ولا حرمة لصاحب الماء وهو الزاني فافترق الاصل والفرع ففسد القياس **قوله** والزوج امر بلا وهي حامل منه فالنكاح باطل لا اصلا
ان شرع في النكاح لطلب النسل والولد من طريق الحكمة فاذا كان الرحم مشغولا بولد ثابت النسب كان قراره لم يبق محلا لطلب الولد من اخر فلم يجز النكاح

لزم الجمع بين الفراشين فلا يجوز ذلك كما في المنكوحة وام الولد فراشا لمولاها • الا يرى ان نسب ولدها يثبت من غير دعوة
قوله الا انه غير متاكد استثناء من قوله فراش لمولاها يعني ان ام الولد فراش لمولاها الا انها فراش غير قوي بدليل ان ولدها
ينتفي بلا لعان والحاصل ان الفراش ثلاثة انواع قوي ووسط وضعيف • فالاول فراش المنكوحة يثبت نسب ولدها بلا اقرار ولا ينتفي
الا باللعان • والثاني فراش ام الولد يثبت النسب بلا اقرار وينتفي بمجرد النفي بلا لعان • والثالث فراش الامة لا يثبت نسب ولدها
بلا دعوة فلما كان الفراش غير متاكد في ام الولد لم يعتبر الفراش ما لم يتصل به الحمل اعني جاز تزوجها قبل الحمل ولم يعتبر جمعا بين
الفراشين بخلاف ما بعد الحمل حيث لم يجز تزوجها حين هي حامل لانه اعتبر حينئذ فراشا لمولاها فلو جاز النكاح لزم الجمع بين الفراشين
قوله قال ومن وطي جاريته ثم زوجها جاز النكاح الى اخره • اي قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل وطي جاريته ثم زوجها قال للزوج ان يطاها قبل ان يستبرئها • وقال محمد احب له ان لا يطاها حتى يستبرئها • قال بعض
مشايخنا الذي قاله محمد تفسير لقول ابي حنيفة وقيل بل هو قوله خاصة كذا ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير انما جاز
النكاح فلان الجارية ليست بفراش لمولاها فلا يلزم الجمع بين الفراشين ولهذا لا يثبت نسب ولدها الا بالدعوة ولكن مع هذا على المولى ان
يستبرئها ثم يزوجها صيانة لمائه وهذا الاستبراء اعني استبراء المولى • ثم يذكر في الجامع الصغير ولكن ذكره صاحب الهداية فينبغي
ان يكون ذلك استحبابا لا وجوبا وبه صرح في الفتاوى الولوالجي بخلاف ما اذا ارادت لانه حيث لا يستبرئها مولاها لانه لا حرمة لماء
الزاني • واما استبراء الزوج فقال ابو حنيفة وابو يوسف لا يستبرئها الزوج اصلا لا استحبابا ولا وجوبا • وقال محمد يستبرئها استحبابا
لان الوطي يحتمل العلوق فلو تحقق العلوق يحرم الوطء فلما احتمل وجب التنزه • ولهما ان النكاح ما شرع الا في رحم فارغ او نقول المبالغة
في الاحتياط لمعرفة الفراغ حتى جعلت العدة ثلاثة اقراء وهي تزيد على مدة الاستبراء وهنا لما صح النكاح بالاجماع دل على فراغ الرحم فبعد
الفراغ لم يؤمر الزوج بالاستبراء لا وجوبا ولا استحبابا بخلاف الشراء فانه لا يدل على فراغ الرحم لانه يجوز شراء الجارية الحبلى فلم يدل الشراء
على الفراغ وجب الاستبراء على المشتري او نقول المقتضي لحل الوطء موجود وهو النكاح وفي المانع وهو العلوق احتمال فلا يعتبر **قوله**
ما لم يجد لا احب ان يطاها قبل ان يستبرئها قيل هذا انما اذا لم يستبرئها مولاها • قوله وجب التنزه اي ثبت وليس المراد منه الوجوب المصطلح
لدلالة قوله لا احب ان يطاها **قوله** امارة الفراغ اي علامة الفراغ وهي شرح المعرفة • قال • اذا طلعت شمس النهار فانها
امارة تسليمي عليك فسلمي **قوله** وكذا اذا راى امراة تزني فتزوجها اي كذا الاستبراء في المزنية اذا تزوجها والمعنى ما ذكرناه بين الطرفين
اعني في استبراء الجارية الموطوءة اذا زوجها مولاها وهو ان جواز النكاح دليل فراغ الرحم عندهما وعند محمد استحب احتمال الشغل بماء
المولى فكذا هنا احتمل الشغل بماء الزاني **قوله** ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامراة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال • وقال
مالك هو جائز • وكذا نقل شمس الائمة السرخسي مذهب مالك بن انس رحمه الله في المبسوط ثم قال وهو الظاهر من قول ابن عباس رضي الله
عنهما واستدل بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن ولانه كان مباحا والحكم الثابت يبقى حتى يظهر ناسخه وهذا الذي نقل
عن مالك رحمه الله فيه نظر عندي لان مالكا روى الحديث على عدم جواز المتعة في الموطا ولم يرو خلاف ذلك ولم ينقل قولا اخر غيره
اما ابن عباس فكان يقول ذلك ثم رجع • وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي والمتعة المتفق عليها ان يقول اعطيك كذا على
ان اتمتع منك يوما او نحو ذلك ثم قال وهذا خلاف بين الفقهاء في فساده فعلم ان جواز المتعة عند مالك ليس بصحيح • وقد قال مالك في المدونة
ولا يجوز النكاح الى اجل قريب او بعيد وان سمى صداقا وهو المتعة الى هنا لفظ مالك • ولنا ما روى مالك في الموطا عن ابن شهاب عن
عن عبد الله والحسن ابني محمد ابن علي عن ابيهما عن علي ابن ابي طالب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن اكل
لحوم الحمر الانسية • وحدث مالك ايضا عن ابن شهاب عن عروة ابن الزبير ان خولة ابنة حكيم دخلت على عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فقالت
ان ربيعة ابن امية استمتع بامراة مولدة فحملت منه فخرج عمر يجر رداءه فزعا وقال هذه المتعة لو كنت تقدمت فيها لرجمت اي سبق
بيان في المتعة ثم اقدموا عليها لفعلت ذلك • وحدث البخاري في الصحيح باسناده الى الزهري قال اخبرني الحسن ابن محمد ابن علي
واخوه عبد الله عن ابيهما ان عليا قال لابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة وعن لحوم الحمر الاهلية زمن خيبر • وحدث صاحب
السنن باسناده الى الزهري قال كنا عند عمر ابن عبد العزيز فتذاكرنا متعة النساء فقال رجل يقال له ربيع ابن سبرة اشهد على ابي انه
حدث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها في حجة الوداع واخرجه مسلم والنسائي • وحدث الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى
الزهري عن عبد الله والحسن ابني محمد ابن الحنفية عن ابيهما ان عليا مر بابن عباس وهو يفتي بالمتعة متعة النساء انه لا باس بها فقال له علي
رضي الله عنه قد نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر وفيه ايضا باسناده الى اياس ابن سلمة ابن الاكوع
عن ابيه قال اذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في متعة النساء ثم نهى عنها وحدث البخاري باسناده الى ابي جمرة قال سمعت ابن عباس
سئل عن متعة النساء فرخص وقال مولى له انما ذلك في الحال الشديد وفي النساء قلة فقال ابن عباس نعم • وقال محمد ابن الحسن
في الاصل بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه احل المتعة ثلاثة ايام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزبة
ثم نهى عنها فعلم بهذه الاثار انها كانت ثم نسخت • الا يرى ان ابن عباس يقول انما ابيحت لان النساء قليل فلما كثرت ارتفع الذي من اجله
ابيحت او نقول لا حاجة الى دليل النسخ لان الاباحة كانت موقتة بثلاثة ايام فلم تبق بعد ذلك • وقال في المبسوط قال جابر ابن زيد
ما خرج ابن عباس من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة والجواب عن قوله تعالى فما استمتعتم به منهن فنقول المراد من الاية
الزوجات يعني استمتعتم بالنكاح لانها بناء على قوله ان تبتغوا باموالكم محصنين والمحصن هو الناكح لان الاحصان لا يثبت الا بالنكاح الصحيح
ثم اعلم ان المتعة على اربعة اوجه اثنان في الحج واثنان في النكاح واما اللتان في الحج فقد اقمناه وقد ذكرت في باب التمتع

في الحج والأخرى منسوخة وهي فسخ احرام الحج بافعال العمرة وهو ان الرجل اذا دخل مكة محرما بالحج قبل وقت الحج ثم اراد ان يخرج من احرام الحج بافعال العمرة ويحل بافعال العمرة وهذا قد كان ثم نسخ • واما اللتان في النكاح فاحداهما مشروعة وهي ثلاثة اثواب درع وخمار وملحفة والاخرى غير مشروعة وهي نكاح المتعة كذا ذكر الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح مختصر الطحاوي **قوله** والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امراة بشهادة شاهدين عشرة ايام قال في المبسوط وان قال اتزوجك شهرا فقالت زوجت نفسي منك فهذا متعة ليس بنكاح عندنا وقال زفر رحمه الله هو نكاح صحيح • وجه قول زفر ان التوقيت شرط فاسد والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط كاشتراط الخمر ونحوها • ولنا ان هذا النكاح نكاح متعة بمعنى وهو باطل بالآثار الواردة فيه فكذا هذا وذلك لان معنى المتعة هو الاستمتاع بالمراة موقتا لا لتحقيق مقاصد النكاح وهو حاصل هنا وان ذكر لفظ النكاح لان مقاصد النكاح لا تحصل في مدة معينة ولا اعتبار للالفاظ بخلاف الالفاظ اذا وجدت المعاني ولان النكاح الموقت لو انعقد لا يخلو اما ان ينعقد مؤبدا او موقتا والاول باطل لانه لم ينعقد استحقاقا والبضع عليه بلا رضاها فكذا الثاني لانه في معنى المتعة بخلاف ما اذا تزوجها على انه يطلقها بعد عشرة ايام او نحوه حيث يصح النكاح ويبطل الشرط بالاتفاق لان النكاح وقع مؤبدا لكن شرط انقطاع النكاح بقاطع الطلاق بعد مدة وذلك شرط فاسد والنكاح المؤبد لا تبطله الشروط الفاسدة • قال صاحب الاجناس لو قال اتزوجك الى مدة معلومة • ذكر في كتاب نكاح الاصل لا يصح النكاح وان ذكر الى تمام مائة سنة وفي المجرد قال ابو حنيفة اذا ذكر مدة لا يعيش الى مثلها جاز النكاح وبطل ذكر المدة كذا اذا ذكر مدة ما بين سنة او ذكر مائة وخمسين سنة **قوله** ولا فرق بينهما اذا طالت مدة التوقيت او قصرت يعني ان النكاح يبطله التوقيت مطلقا وهو اختيار شمس الائمة في شرح الكافي فاحترز به عن رواية الحسن عن ابي حنيفة وهي رواية المجرد وقد ذكرناها انفا وهو اختيار صاحب المختلف وبه ناخذ **قوله** ومن تزوج بامراتين في عقدة واحدة احداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الاخرى وهذه مسئلة القدوري والمراد في عدم الحل في احداهما ان تكون معتدة الغير او منكوحة الغير او ذات رحم محرم منه فعلى احدى الروايتين عن الشافعي ان العقد لا يصح فيهما جميعا كذا في شرح الاقطع ولنا ان المانع من النكاح في احداهما فلم يؤثر فساد نكاحها في الاخرى لعدم المانع فيها بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في صفقة حيث لا يصح البيع فيهما والفرق ان قبول الحر يكون شرطا لصحة البيع في العبد لانه لو لم يكن كذلك يلزم تفريق الصفقة وذلك حرام وشرط قبول الحر شرط فاسد والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لا النكاح **قوله** ثم جميع المسمى للتي تحل عند ابي حنيفة وعندهما يقسم على مهر مثلهما يعني تزوجهما بالف مثلا فالالف للتي يحل نكاحها عند ابي حنيفة وينقسم ذلك عندهما على مهر مثل المراتين فما اصاب حصة التي لا يحل نكاحها يسقط وما اصاب حصة التي تحل يثبت لهما ان الزوج جعل الالف بدل البضعين ولهذا ذكره بحرف الباء فينقسم على البضعين كما اذا جاز نكاحهما وله ان انقسام المهر المذكور على البضعين انما يكون اذا صح نكاحهما وها هنا لم يصح نكاح احداهما فبقي مقابلا باحد البضعين غاية ما في الباب انه ذكر المقابلة بالبضعين وهذا لا يضر لانه يجوز ان يراد الواحد من الاثنين مجازا كما في قوله تعالى يا معشر الجن والانس الم ياتكم رسل منكم وهذا لان الرسل من الانس لا من الجن ومثله قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرج من البحر الملح لا من العذب **قوله** وهي مسئلة الاصل اي المبسوط **قوله** ومن ادعت عليه امراة انه تزوجها واقامت بينة فجعلها القاضي امراته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف الاول وفي قوله الاخر وهو قول محمد لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي وهذه من مسائل الجامع الصغير وكذا الحكم فيما اذا ادعى على امراة نكاحا واقام على ذلك شاهدي زور واصل المسئلة ان القضاء في العقود والفسوخ بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اولا وعندهما ينفذ ظاهرا لا باطنا والمراد من النفاذ ظاهرا ان يثبت الحكم فيما بيننا مثل ثبوت التمليك والنفقة والقسم وغير ذلك والمراد من النفاذ باطنا ثبوت الملك والحل فيما بينه وبين الله تعالى لهما ان القضاء اظهار ما هو ثابت لا اثبات ما لم يكن ثابتا فلا ينفذ قضاء القاضي باطنا لان الشهود كذبة كما اذا ظهر الشهود كفارا او عبيدا او محدودين في قذف ولهذا لا ينفذ القضاء باطنا بشاهدي زور اذا كانت المراة منكوحة الغير او معتدة الغير وكذا لا ينفذ القضاء باطنا بشهادة الزور في الاملاك المرسلة • ولنا ان القاضي مامور بالقضاء بالشهادة الصادقة عنده لا عند الله تعالى لان الوقوف على حقيقة الصدق متعذر لان حقيقة الصدق لا يعلمها الا الله تعالى فلو توقف القضاء عليها لتعذر القضاء اصلا لعدم وقوف القاضي حقيقة واللازم منتف فينتفي الملزوم فلما كان مامورا بالقضاء من جهة الشرع بالشهادة الصادقة عند القاضي صار كان الشرع قال اثبت الحل فانتقل حكمه الى الشرع بخلاف ما اذا وجد الشهود كفارا او عبيدا او محدودين في القذف حيث لا ينفذ القضاء باطنا لان الوقوف على هذه الاشياء متيسر بالامارات فاذا لم يتوقف على ذلك فقد قصر فلم يكن مامورا بالقضاء كما اذا قضى بخلاف اجتهاده وبخلافه لا يعلمه اما هنا فقد بالغ في التفحص عن حال الشهود ولم يوجد منه التقصير لان حقيقة الصدق لا يعلمها الا الله تعالى والقاضي ليس بمكلف بذلك وبخلاف ما اذا كانت المراة منكوحة الغير او معتدة لانه لا يثبت تمكين اثبات الحكم منه لانه لا يكون الا بالنكاح والنكاح يقتضي محلا فارغا وقد كان المحل مشغولا لا فارغا وبخلاف الاملاك المرسلة لا ينفذ القضاء بشهادة الزور باطنا لان الاسباب كثيرة ومتزاحمة نحو البيع والهبة والارث وغير ذلك وليس البعض اولى من البعض فلم يمكن ان نقول بالنفاذ باطنا بخلاف النكاح اذ ليس فيه اسباب متزاحمة • فان قلت البيع بمثل القيمة اعدل الاسباب فكان اولى من غيره • قلت لا نسلم انه اعدل الاسباب ولئن سلمنا لكن لا نسلم انه يمكن اثبات الملك بالبيع بالقيمة لان البيع بالقيمة فاسد وحرام فلم يمكن القاضي اثبات ذلك لان الشرع لا ياتي بالحرام وهذه المسئلة اعني مسئلة القضاء بشهادة الزور من مسائل طريقة الخلاف وقد عرف تمام البحث ثمة **قوله** كذبة بالتحريك جمع كاذب وكذا قوله

فسقة بالتحريك ايضا جمع فاسق **قوله** فاذا ابتنى القضا على حجة المبني للمفعول لانك تقول ابتنى دارا بمعنى بنى دارا فاذا ابتنى القضا على حجة المبني للحجة وهي الشهادة الصادقة عند القاضي وامكن تنفيذ قضائه باطنا بتقديم النكاح حكما لصحة النكاح فقضاؤه ينفذ باطنا قطعا للمنازعة **قوله** بخلاف الاملاك المرسلة اي المطلقة يعني اذا ادعى ملكا مطلقا واقام على ذلك بينة وحكم القاضي بذلك ثم ظهر كذب الشهود ينفذ القضا ظاهرا لا باطنا للتزاحم في الاسباب وقد مر بيانه

باب في الاولياء والاكفاء

لما فرغ من بيان المحرمات وتعد على من ذلك المحللات شرع في باب الاولياء والاكفاء لمناسبة بين البابين لان كون المراة محللة شرط جواز النكاح وكذا الولي والكفو على حسب الاختلاف • اعلم ان الولي من كان اهلا للميراث وهو عاقل بالغ حتى لا يثبت للصبي والمجنون ولاية وكذلك الكافر لا ولاية له على المسلم اصلا لانه لا يرث منه والمسلم لا ولاية له على الكافر اصلا ايضا لانه لا يرث منه وكذلك العبد لا ولاية له ايضا لانه لا يرث من احد كذا في شرح الطحاوي **قوله** وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف لا ينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا • وعند مالك والشافعي لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا وهذه المسئلة من مسائل القدوري ولكن القدوري لم يذكر فيه قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وانما ذكره • وقال ابو يوسف ومحمد لا ينعقد الا بولي وهذا الذي ذكره القدوري من قول ابي يوسف هو الصحيح لانه قوله الاخير على ما يجي بعد هذا • اعلم ان نكاح الحرة العاقلة البالغة جائز عند ابي حنيفة رضي الله عنه بغير اذن الولي في ظاهر الرواية • وقال في المبسوط روى الحسن عنه ان كان الزوج كفوا لها جاز النكاح وان لم يكن كفوا لها لا يجوز النكاح وهذا القول مختار صاحب خلاصة الفتاوى وقال فيه هكذا افتى شمس الائمة السرخسي رحمه الله وذكر السرخسي في شرح الكافي عن ابي يوسف ثلاثة اقوال قال كان ابو يوسف يقول اولا لا يجوز تزويجها نفسها من كفو وغير كفو اذا كان لها ولي ثم رجع وقال ان كان الزوج كفوا لها جاز النكاح والا فلا ثم رجع وقال النكاح صحيح سواء كان الزوج كفوا لها او غير كفو ولكن الشيخ ابا جعفر الطحاوي رحمه الله ذكر في شرح الاثار وقال لا يجوز النكاح الا بولي على مذهب ابي يوسف ومحمد ابن الحسن رحمهما الله وجعل هذا القول من ابي يوسف قوله المرجوع اليه على خلاف ما ذكره السرخسي وفوائد من السرخسي والطحاوي مذاهب اصحابنا رحمهم الله • وكان ابو جعفر الطحاوي تلميذ الشيخ ابي جعفر ابن ابي عمران وهو تلميذ ابن سماعة وهو تلميذ ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولذا قال الكرخي في مختصره حيث قال وقال ابو يوسف لا يجوز النكاح الا بولي او ان يجيزه سلطان وهو قوله الاخر الى هنا لفظ الكرخي • قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف • قال محمد ينعقد موقوفا على اجازة الولي ان اجاز الولي جاز وان ابى ففيه روايتان في رواية يجيزه القاضي وفي رواية يستانف القاضي النكاح ثم قال العالم ذكر في كتاب الحيل ان محمدا رجع الى قولهما • وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه روي ان محمدا رجع الى قول ابي حنيفة قبل موته بسبعة ايام • ثم قال حكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني ان امراة جاءت الى محمد قبل موته بثلاثة ايام وقالت لي ولي وهو لا يزوجني الا بعد ان ياخذ مني مالا كثيرا فقال محمد رحمه الله اذهبي فزوجي نفسك ثم قال فهذه الحكاية تدل على ما روي عنه من الرجوع الى قول ابي حنيفة هذا كله مذهب اصحابنا • وعند مالك والشافعي واحمد بن حنبل عبارة النساء في النكاح باطلة حتى ان المراة لو باشرت النكاح بنفسها او وكلت غيرها فالنكاح لا يصح لها اصلا لهم ما روي في السنن عن ابن جريج عن سليمان ابن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امراة نكحت بغير اذن مواليها فنكاحها باطل ثلاث مرات • وروي في السنن ايضا عن اسرائيل عن ابي اسحاق عن ابي بردة عن ابي موسى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولي ولان المراة قاصرة العقل ناقصة الراي والتدبير سريعة الاغترار وشيكة الاختيار فلا تملك مباشرة النكاح بنفسها كالصغيرة والمجنونة الا ان محمدا رحمه الله قال يرتفع الخلل الواقع من نقصانها باذن وليها • ولنا قوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن نهى الرجال عن منع النساء عن النكاح فدل على انهن يملكن النكاح • وقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره اضاف النكاح الى المراة ايضا وحديث صاحب السنن باسناده الى نافع بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستامر في نفسها واذنها صماتها • وحديث البخاري في الصحيح باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح الايم حتى تستامر ولا تنكح البكر حتى تستاذن قالوا يا رسول الله وكيف اذنها قال ان تسكت وعن عائشة رضي الله عنها قالت يا رسول الله ان البكر تستحيي قال رضاها صمتها والاستئمار طلب الامر منها والاستئذان طلب الاذن فعلم بهذا ان راي النساء صحيح في باب النكاح فلو لم يكن لهن راي لم يكن في اذنهن فائدة ولان اختيار الزوج الى المراة بالاتفاق فلو لم يكن لها راي معتبر لم يلتفت الى اختيارها الزوج وكذلك يعتبر اقرارها على نفسها بالنكاح وكذلك يعتبر رضاها في مباشرة الولي فلو كانت كالصغيرة لم يعتبر رضاها وكذلك يجب على الولي تزويجها عند طلبها الا انها اذا زوجت نفسها من غير كفو يثبت للاولياء حق الاعتراض لانها الحقت الضرر بهم لانهم يتعيرون بذلك فلاجل هذا يدفعون الضرر عن انفسهم ولانها تصرفت في خالص حقها وهو البضع وهي من اهل التصرف لكونها عاقلة بالغة حرة فيصح كما اذا تصرفت في مالها • الا ترى ان وليها لا يتصرف في مالها ولا يصح تصرفه بلا اذنها فلان لا يصح تصرفه في نفسها اولى واحرى لان النفس اعز من المال • والجواب عما تعلقوا به اما حديث عائشة الذي اسند الى عائشة رضي الله عنها فساقط الاحتجاج لان ابن جريج سال عنه ابن شهاب الزهري فلم يعرفه وقد رواه الطحاوي عن ابي عمران عن يحيى بن معين عن ابن علية عن ابن جريج عن الزهري فلم يعرفه وقال ابو عيسى الترمذي قال ابن جريج ثم لقيت الزهري فسالته عن هذا

الحديث فانكره فضعفوا هذا الحديث لاجل هذا قال الترمذي ۞ وذكر عن يحيى بن معين انه قال لم يذكر هذا الحرف عن ابن جريج الا اسماعيل بن ابراهيم قال يحيى بن معين وسماع اسماعيل بن ابراهيم عن ابن جريج ليس بذاك [illegible] يطعنون [illegible] سنده اضطرابا ۞ الا ترى ان ابا عيسى الترمذي اورد في جامعه فيه اختلافا ۞ وقد رواه اسرائيل وشريك بن عبد الله وابو عوانة وزهير بن معاوية وقيس بن الربيع عن ابي اسحاق عن ابي بردة عن ابي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم وروى اسباط بن محمد وزيد بن حباب عن يونس بن ابي اسحاق عن ابي بردة عن ابي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم ۞ وروى ابو عبيدة الحداد عن يونس عن ابي اسحاق عن ابي بردة عن ابي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم لم يذكر فيه عن ابي اسحاق ۞ وقد روي عن يونس بن ابي اسحاق عن ابي بردة عن النبي صلى الله عليه وسلم وروى شعبة وسفيان الثوري عن ابي اسحاق عن ابي بردة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي فبقي مرسلا لان ابا بردة لم يرو النبي صلى الله عليه وسلم فعلم ان الحديث ليس بصحيح لان شعبة وسفيان احفظ واضبط من جميع الرواة الذين رووا هذا الحديث وهما روياه مرسلا فاذا كان هو حجة في الحديث سقط غيرهما ۞ وروي عن يحيى بن معين انه قال ثلاثة احاديث لم تثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم احدها لا نكاح الا بولي ۞ والثاني من مس ذكره فليتوضأ ۞ والثالث كل مسكر حرام ولئن سلمنا انه صحيح فنقول المراد منه نفي الفضيلة والكمال توفيقا بينه وبين حديثنا ولئن سلمنا ان المراد منه نفي الجواز فنقول لا نسلم ان هذا النكاح ليس بولي بل هي ولية نفسها بدليل ما ذكرنا من النصوص فدل انه نكاح بولي فكان المراد من الحديث المجنونة والصغيرة او العبد والامة لانه لا ولاية لهم على انفسهم ۞ الا ترى الى قوله لا نكاح الا بولي لم يخص به المراة دون الرجل والرجل اذا عقد لنفسه عقد نكاح كان نكاحه نكاحا بولي لانه ولي على نفسه وتصرفه فكذلك المراة **قوله** ولهذا كان لها التصرف في الاموال اي لانها عاقلة مميزة **قوله** ولها اختيار الازواج عطفا على قوله لها التصرف **قوله** وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز في غير الكفء رواه الحسن عن ابي حنيفة قال اذا زوجت نفسها من غير كفء لم يجز النكاح اصلا قال شمس الائمة السرخسي وهو اقرب الى الاحتياط وليس كل ولي يحسن المرافعة الى القاضي ولا كل قاض يعدل فكان الاحوط سد باب التزويج من غير كفء **قوله** ويروى رجوع محمد الى قولهما يعني ان عند محمد ايضا ينعقد نكاحها بلا ولي من غير توقف وقد ذكرناه ۞ وقال رجل [illegible] سالت محمدا عن النكاح بغير ولي فقال لا يجوز قلت فان لم يكن لها ولي قال ترفع امرها الى الحاكم ليزوجها ۞ قلت فان كان في موضع لا حاكم في ذلك الموضع قال يفعل ما قال سفيان قلت وما قال سفيان قال تولي امرها رجلا ليزوجها **قوله** ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي يعني يجوز ذلك للاب والجد عند الشافعي ولا يجوز لغيرهما وهو مذهب ابن ابي ليلى رحمه الله والاصل هنا ان [illegible] بالاتفاق وفي [illegible] اختلاف قال اصحابنا العلة الصغر ايضا وقال الشافعي العلة هي البكارة [illegible] بالثيوبة وفائدته تظهر في موضعين احدهما ان الاب والجد لا يملكان اجبار البكر البالغة على النكاح عندنا والمراد بذلك انه لو زوجها من غير كفء بغير رضاها فانه لا ينفذ عندنا خلافا للشافعي ۞ والثاني ان الاب والجد يملكان اجبار الثيب الصغيرة خلافا له احتج الشافعي بما روي عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الثيب احق بنفسها [illegible] فدل على ان له اجبار البكر عملا بالمفهوم لانه حجة عنده ولان البكر جاهلة بامور النكاح [illegible] فكانت كالصغيرة ولهذا يقبض الاب صداق البكر البالغة بغير امرها ۞ ولنا ما روي في السنن مسندا الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان جارية بكرا اتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم فعلم بهذا ان اجبار البكر البالغة لا يجوز فلو كان جائزا لما خيرها النبي صلى الله عليه وسلم وروي في السنن ايضا عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الايم احق بنفسها [illegible] فعلم بهذا ان [illegible] الرضا [illegible] فلا يجوز تزويجها بغير رضاها كالثيب ولهذا لا يجوز تصرف الاب في مالها بعد البلوغ فلان لا يجوز تصرفه في نفسها اولى واحرى [illegible] البكر البالغة كالغلام البالغ بخلاف الصغيرة [illegible] عقلها وانما يقبض الاب صداقها بغير امرها لوجود الرضا منها دلالة لان البكر تستحي من قبض صداقها والاب يقبض ذلك ليجهزها به من مال نفسه ويبعثها الى بيت الزوج وهذه العادة تنقطع بعد الثيوبة لان الاب لا يجهزها المرة بعد المرة فصار الاب كسائر الاولياء ولهذا اذا نهت اباها عن قبض صداقها لم يكن له ذلك عندنا ولان لها ان تطالب الاب بالعقد اذا امتنع فكان لها ان تمنع من العقد اذا لم ترض كما في الثيب والجواب عن الحديث فنقول المراد به [illegible] ونقول المراد الثيب البالغة [illegible] **قوله** وهذا لانها جاهلة اشارة الى الاعتبار بالصغيرة **قوله** ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها **قوله** وقد كملت عقلها **قوله** فصارت كالغلام وكالتصرف في المال اي صار الحكم في البكر البالغة كالحكم في الغلام وكالحكم في التصرف في مال البالغة يعني كما لا يجوز تصرف الاب في نفس الغلام بعد البلوغ ولا يجوز تصرفه في مال البكر البالغة فكذلك لا يجوز تصرفه في نفس البكر البالغة **قوله** [illegible] **قوله** واذا استاذنها فسكتت او ضحكت فهو اذن ۞ قال الشيخ ابو الحسن القدوري واذا استاذن الولي البكر البالغة فسكتت او ضحكت فهو اذن اي سكوتها او ضحكها اذن والاصل فيه ما روي في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان البكر تستحيي [illegible] ان الشرع جعل سكوت البكر رضا والضحك ادل على الرضا من السكوت

لانه دليل الفرح وقيل الضحك لا يدل على الرضا لانه قد يكون بطريق الاستهزاء لكن ذلك معروف بين الناس فلا يعتبر في ضحك الفرح اما اذا بكت [illegible] وشرح الاقطع وغيرهما ۞ وروي عن ابي يوسف ان البكاء رضا منها لانه يكون لشدة الحياء فاشبه السكوت وعن محمد لا يكون رضا لانه دليل الكراهة فصار كالرد وسئل في النوازل عن الفقيه ابو جعفر فقال قال بعضهم اذا كانت دموعها حارة لا يكون رضا لان ذلك من الغم وان كانت دموعها باردة يكون رضا لان ذلك من السرور ۞ الا ترى انه يقال اقر الله عينك وزاده السرور ۞ وقال الفقيه ابو الليث وعندي ان البكا اذا كان مع الصياح والصوت فهو رد لا يكون اجازة وان كان مع السكوت فهو اجازة وكذلك اذا مكنته من نفسها او طالبته بالمهر والنفقة يكون رضا لان الدلالة تعمل عمل الصريح **قوله** قال وان فعل هذا غير ولي يعني اذا استأمر ولي غيره اولى منه يكون رضا حتى تتكلم به اي بالرضا اي قال في الجامع الصغير وان استأمر غير ولي بان كان الاب كافرا او عبدا او مكاتبا او استأمر ولي غيره اولى منه كالاخ مع وجود الاب والعم مع وجود الاخ لم يكن سكوتها او ضحكها رضا حتى يوجد منها النطق ولان الاجنبي اذا زوجها بالوكالة [illegible] الوكالة الا بالنطق ولان السكوت او الضحك عند استئمار الاجنبي يكون لقلة الالتفات فلم يكن رضا او نقول السكوت يحتمل للرضا والرد وانما جعل دليلا على الرضا في الولي للحاجة الى ذلك ولا حاجة في غيره لانه فضولي فاشترط الرضا وان كان اجنبيا صريحا بخلاف ما اذا استأمر رسول الولي حيث يكون السكوت او الضحك عند ذلك دليل الرضا وان كان اجنبيا لانه لما كان رسول الولي قام مقامه ۞ وقال شمس الائمة في المبسوط يحكى عن الكرخي ان سكوتها عند استئمار الاجنبي يكون رضا لانها تستحيي من الاجنبي اكثر مما تستحيي من الولي **قوله** ولو [illegible] فهو محتمل اي لو [illegible] السكوت دليلا على الرضا فالسكوت محتمل [illegible] **قوله** وتعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه وتسمية الزوج من اضافة المصدر الى المفعول والضمير في [illegible] راجع الى التسمية فيه وعنه راجع الى الزوج يعني انما يكون السكوت او الضحك رضا عند استئمار الولي اذا سمى الزوج عند التسمية تقع بها المعرفة اما اذا ابهم وقال اني اريد ان ازوجك فلا يكون السكوت رضا لان الجهالة تمنع الرضا ولا تشترط تسمية الصداق [illegible] لان صحة النكاح لا تتوقف [illegible] الاستئمار لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة **قوله** فلو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا يعني هذا الذي قلنا من كون السكوت او الضحك رضا فيما اذا استأذنها الولي قبل العقد فسكتت او ضحكت يكون رضا وطريق بلوغ الخبر ان يبعث اليها الولي رسولا ولا يشترط فيها العدد او العدالة اما اذا اخبرها فضولي فلا بد من العدد او العدالة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يشترط كما في الرسول لهما ان هذا من باب المعاملات فلا يشترط ذلك كما في الهدايات ولابي حنيفة انه خبر ملزم فاشبه الشهادة من هذا الوجه لكنه مشتمل على الحكم فاشترط فيه احد شرطي الشهادة اما العدد واما العدالة بخلاف ما اذا كان المخبر رسولا لانه قائم مقام المرسل فلو اخبرها [illegible] **قوله** وله نظائر هذا الخلاف الذي وقع بين ابي حنيفة وصاحبيه في اخبار الفضولي نظائر وهي عزل الوكيل وحجر المأذون وسكوت الشفيع عن الطلب واعتاق العبد الجاني وبيعه بعد الاخبار فلو كان اشترط العدد او العدالة عند ابي حنيفة لما قلنا خلافا لهما وكذا الخلاف في المسلم الذي لم يهاجر الينا اذا اخبره مخبر بالشرائع وفي التوكيل لا يشترط العدد او العدالة بالاتفاق بل يجوز ذلك سواء كان المخبر حرا او عبدا او فاسقا او عدلا بالغا او صبيا عاقلا لانه اطلاق محض ليس فيه الزام لان الوكيل مختار **قوله** ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا اي لو كان المخبر بالنكاح رسول الولي لا يشترط العدد او العدالة بالاتفاق **قوله** ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور والاصل فيه ما روى البخاري في الصحيح عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح الايم حتى تستأمر وانما يكون الامر بالنطق [illegible] لانه قل حياؤها بممارسة الرجال فلم يبق سكوتها دليل الرضا والمانع من النطق وهو الحياء ۞ فان قيل [illegible] الا ان صاحب السنن خرجه باسناده الى ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صماتها ۞ قلت كان القياس ذلك في البكر لو لم يكن في سياق الحديث واذنها صماتها [illegible] **قوله** واذا زالت بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة او تعنيس فهي في حكم الابكار [illegible] تعنيس المراة [illegible] اذا جاوزت وقت التزويج ولم تزوج كذا في الجمهرة ۞ وقال بعض اصحاب الشافعي هي في حكم الثيب ۞ لنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها [illegible] العلة موجودة [illegible] فيكون سكوتها رضى في البكر وهي العلة موجودة وذلك لان البكر هي التي يكون مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكورة وهي اول الثمار ومنه البكرة وهي اول النهار غاية ما في الباب ان الجلدة ذهبت عنها وتلك الجلدة [illegible] ولا يخرج من ان تكون بكرا **قوله** ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة اي في حكم الابكار ۞ وقال ابو يوسف ومحمد لا يكتفى بسكوتها وهو احد قولي الشافعي [illegible] انها ثيب بدليل ان مصيبها عائد اليها [illegible] من المثابة وهي المرجع [illegible] والتثويب في الاذان وهو الاعلام فلما كانت المزني بها ثيبة حقيقة لم يكتف بسكوتها ۞ ولنا ما ذكرنا انفا وهو ان الشرع جعل الصمت رضا في البكر لعلة الحياء وهي موجودة في التي زنت وما اشتهرت فيجعل سكوتها رضا لوجود العلة وهي الحياء كيلا يؤدي الى تعطيل مصالحها بخلاف ما اذا اشتهرت حيث لا يكون سكوتها رضا لعدم الحياء وبخلاف الموطوءة بشبهة او نكاح فاسد حيث لا يعتبر لعدم الحياء بظهوره

الوطء به فاليه لما مر فان الشرع لما علق به احكاما مثل ثبوت المهر وثبوت النسب والعدة اظهره ظهر بقيت الحيا وبعد ذلك • فان قيل
قال عليه الصلاة والسلام لا تنكح الايم حتى تستامر والايم هي الثيب والامر لا يكون الا بالنطق فيكون نطق المزيلة شرطا لانها ثيب • قلت
ذاك الاعلام خص منه البعض وهي الثيب المجنونة والثيب الصغيرة والثيب الامة فيخص المتنازع بدليل ما ذكرنا وهو ان الشرع جعل سكوت البكر
علة لكون السكوت رضا في الحيا وهو موجود في المزيلة **قوله** واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت رددت فالقول قولها • وقوله
زفر القول قوله • اعلم ان زوج البكر البالغة اذا ادعى سكوتها فقالت رددت فالقول قول المراة عند اصحابنا الثلاثة بالاتفاق لكن عند
ابي حنيفة لا يمين عليها وعندهما عليها يمين • وعند زفر القول قول الزوج وجه قوله ان الزوج متمسك بالاصل فيكون القول قوله • بيانه
انه يدعي عليها السكوت وهو اصل لانه عدم النطق والاصل في الحادث العدم فيكون السكوت هو الاصل والمراة تدعي الرد وهو امر حادث
كالمشروط له الخيار مع صاحبه اذا اختلفا بعد مضي المدة فادعى المشروط له الخيار الرد وانكره صاحبه فالقول قوله لتمسكه بالاصل وهو السكوت
وكالشفيع مع المشتري اذا اختلفا فقال الشفيع علمت بالبيع امس وطلبت الشفعة وقال المشتري لا بل سكت فالقول قول المشتري لتمسكه بالاصل
فكذا هنا • ولنا ان الحاصل من هذا الاختلاف هو الاختلاف في لزوم العقد والمراة منكرة لذلك فكان القول قولها لانها متمسكة بالاصل
لان الاصل عدم العقد • الا ترى ان قصد الزوج تملك البضع بالدعوى وهي تريد تمتنع عن لزوم العقد فكانت منكرة معنى والعبرة للمعاني كالمودع
اذا قال رددت الوديعة كان القول قوله مع اليمين لانه منكر للضمان معنى بخلاف مسالة الخيار فان ظهور لزوم العقد قد ظهر بمضي مدة الخيار
لان بمضي المدة يثبت لزوم العقد والظاهر يكفي لعدم الاستحقاق اعني استحقاق مدعي الفسخ وان كان لا ينفع الاثبات الاستحقاق كالظاهر
الذي يدعيه الزوج وهو السكوت وبخلاف مسالة الشفيع لانه اذا قال طلبت حين علمت فالقول قوله اما اذا قال علمت بالبيع امس
وطلبت امس وقال المشتري لا بل طلبت الان فالقول قول المشتري لان حاجة المشتري الى دفع استحقاق الشفيع والظاهر يكفي لدفع الاستحقاق
ونظير هذه المسالة ما اذا قال لعبده ان لم تدخل الدار غدا فانت حر فمضى الغد وادعى المولى الدخول والعبد عدم الدخول فالقول قول
المولى عندنا لانه ينكر العتق والاصل عدمه • وعند زفر القول قول العبد لانه متمسك بالاصل وهو عدم الدخول وجوابه ان
الحاصل من الخلاف هو العتق والمولى ينكره وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم يكن بينة فلا
يمين عليها عند ابي حنيفة وذلك لان الاستحلاف لا يجري عنده في الاشياء الستة بناء على ان النكول عنده كالاقرار بل كالبذل
والبذل لا يجري فيها وعندهما النكول اقرار فيه شبهة والاقرار يجري فيها فكذا النكول ولهذا لا استحلاف عندهما ايضا في الحدود لان
الحدود تندرئ بالشبهات وتمام البحث في الاستحلاف في الاشياء الستة يجي في كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى **قوله**
ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة • وقال مالك لا يجوز لغير الاب يعني الولي
هو الاب عند مالك ولا ولاية لغيره عنده حتى لو زوج الجد عند عدم الاب الصغير او الصغيرة لا ينعقد عنده • وقال الشافعي في غير الاب
والجد اي الشافعي خالفنا في غير الاب والجد يعني ان الولاية على الصغير والصغيرة للاب والجد عند الشافعي ولا ولاية لغيرهما عنده حتى لو زوج
الصغير او الصغيرة [illegible] لا ولاية للاب والجد على البنت الصغيرة عنده حتى لا يملك الاب او الجد تزويج الصغيرة [illegible]
لان علة الولاية عنده البكارة وعندنا الصغر • قال في وجيزهم في اسباب الولاية وهي اربعة • الاول الابوة وفي معناها الجدودة
وتفيد ولاية الاجبار على البكر وان كانت بالغة لا على الثيب وان كانت صغيرة سواء ثابت بالزنا او بوطء حلال ولا اثر لزوال
العذرة بالوثبة • الثاني العصوبة كالاخوة والعمومة ولا يفيد الا تزويج العاقلة البالغة برضاها الصريح ان كانت ثيبا
وبسكوتها ان كانت بكرا على راي • الثالث المعتق وهو كالعصبات • الرابع السلطان وانما يزوج البالغة عند عدم الولي او عضله
او غيبته او اراد الولي ان يتزوج بنفسه كابن عم • وجه قول مالك ان الصغير والصغيرة موصوفان بالحرية وثبوت الولاية على الحر
خلاف القياس لان الحر ينبغي ان يتصرف بنفسه وكل حكم ثبت خلاف القياس يقتصر على مورد الشرع ولا يقاس عليه غيره وولاية
الاب عليهما ثبتت بخلاف القياس شرعا لما روي في الصحيح البخاري عن عروة • قال تزوج النبي صلى الله عليه وسلم عائشة وهي بنت ست
وبنى عليها وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعا • بيانه ان المباشر للعقد كان ابا بكر وقد صحح ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما ثبت
الحكم في الاب بخلاف القياس لا يقاس عليه سائر الاولياء • قلنا لا نسلم ان الولاية لا تثبت بخلاف القياس بل الحكم معلول بعلة [illegible]
وشرط خاص والعلة حاجة الصغير والصغيرة الى نكاح الكفو الذي يحصل به المصالح مع عجزهما عن المباشرة بانفسهما والشرط كون الولي
ممن يباشر النكاح على وجه يندفع به الحاجة ويحصل المنافع المتعلقة به وقد وجدا في حق غير الاب فيثبت الولاية لغيره • فان قلت
لا نسلم ان الصغير والصغيرة محتاجان الى النكاح لان المقصود من النكاح المصالح المتعلقة به وهي قضاء الشهوة والتوالد والنسل
والازدواج ولا شهوة في حال الصغر • قلت هما لا يحتاجان في الحال ولكنهما يحتاجان في المال وذلك لان النكاح يتعلق بالمصالح
الظاهرة والغامضة فالظاهرة نحو الكفاءة وحسن المنظر وكثرة المال والعفاف ونحو ذلك والغامضة نحو كرم الطبيعة
والسماحة ومكارمه وحسن العشرة ونحو ذلك وتلك المصالح لا توجد في كل زوج في كل حين بل توجد في كفء خاص في مدة مديدة فلو اخرنا
النكاح الى البلوغ لتعطل امرهما فعلم ان لهما حاجة حالة الصغر الى النكاح وهما عاجزان بانفسهما عن المباشرة فاثبتنا الولاية عليهما لمن له الراي
الكامل والشفقة الناشية عن القرابة وهو العصبة الاقرب فالاقرب وهذا يكون جوابا للشافعي في غير الاب والجد • فان قلت
ايش تعني بالشفقة اصل الشفقة او كمال الشفقة ولا نسلم الاول لان اصل الشفقة موجود في كل مسلم وله راي كامل [illegible]
الولاية لكل مسلم على الصغير والصغيرة ولا نسلم الثاني ايضا لان كمال الشفقة مفقود في حق الاخ والعم ولهذا لا يصح تصرفهما في مال الصغير
والصغيرة قلت نعني به الشفقة الناشية عن القرابة والقرابة داعية الى النظر في المصالح غاية ما في الباب ان شفقتهما قاصرة لبعد سبب [illegible]

المناسب للاب والجد فاظهرنا اثر القصور في سلب ولاية الالزام حتى كان للصغير والصغيرة خيار البلوغ بخلاف المال فانه لا يملك
تصرف الاخ والعم فيه اصلا لتهمة الخيانة ولا يمكن دفع التهمة بتوقف لزوم التصرف الى البلوغ لان المال يتكرر فيه التصرف
وتتداوله الايدي فلو توقفنا [illegible] المقصود من التصرف والاسترباح بخلاف النكاح فانه عقد عمر لا يتكرر [illegible]
[illegible]

الاقرب فالاقرب ثم مولى الموالاة • وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ليس لذوي الارحام ولاية الانكاح واذا لم يكن
واحد ممن ذكرنا فالقاضي او من ينصبه القاضي لان القاضي ولي من لا ولي له • قال في الفتاوى الولوالجي وكذلك مولى الموالاة ان لم يكن
اقرب منه وهو الذي اسلم ابو الصغير على يديه ووالاه وهو اخر الاولياء لان هذا العقد يفيد الخلافة في الارث فيفيد في الانكاح
كالعصبات **قوله** فان زوجهما الاب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما • قال في شرح الاقطع وهو استحسان
والقياس ان يثبت لهما الخيار ووجه القياس ان الصغيرة ملكت نفسها قبل تمام العقد عليه فيثبت لها الخيار كالامة اذا اعتقت ووجه
الاستحسان ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يخير عائشة عند بلوغها ولو كان الخيار ثابتا لها لاعلمها اياه • وذكر ابن سماعة عن محمد ان
القياس في الاب ان يثبت لها الخيار اذا بلغت يريد به القياس على غير الاب والجد لان الولاية في حالة الصغر انما ثبت لمكان المصلحة
وعلى سبيل التحيل فمن الجائز ان لا تقع مصلحة فيجب ان يثبت الخيار ولكن استحسنا فقلنا بلزوم العقد لان الاب وافر الشفقة كامل
الراي فصار كما باشرته برضاهما بعد بلوغهما كما اذا باشر الاب والجد العقد برضا الصغير والصغيرة **قوله**
وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ عند ابي حنيفة ومحمد وهو
قول ابي يوسف اولا كذا ذكر العالم في طريقة الخلاف • وقال ابو يوسف اخرا لا خيار لهما ويلزم العقد لازما • وقال في شرح

الطحاوي ثم على قولهما لما ثبت الخيار لهما فان اختار النكاح فهما على النكاح وان اختار الفرقة وقعت الفرقة بينهما اذا قضى القاضي
الفرقة فان كان قبل الدخول بها فلا مهر لها سواء كان الخيار للزوج او للمراة وان كان قبل الدخول فلا يسقط شي من المهر الخيار لانه خيار
المدركة وخيار المعتقة وخيار المخيرة فخيار المدركة يبطل بالسكوت اذا كان بكرا وان كانت ثيبا فلا يبطل الخيار بالسكوت وكذلك اذا كان
الخيار للزوج فلا يبطل الا بصريح الابطال او بجي منه دليل على ابطال الخيار اذا اشتغلت بشي اخر او عرضت عن الاختيار بوجه من الوجوه ولا تقع
الفرقة الا بقضاء القاضي ويعلم النكاح شرط وعلم الخيار ليس بشرط واما خيار المعتقة فلا يبطل بالسكوت ويمتد الى اخر المجلس وتقع الفرقة
بنفس الاختيار ولا يحتاج الى قضاء القاضي وكذلك كذلك في خيار المخيرة فانه لا يحتاج الى قضاء القاضي ويمتد الى اخر المجلس ويتعلق
بعلم الخيار اي للمعتقة لا للمخيرة لان جهل خيار المخيرة في غير موضعه فلا يعتبر وبه صرح البزدوي ولو اعتق امته او لا تزوجها وهي
صغيرة ثم ادركت فله خيار الادراك ولو وقع عند النكاح وهي صغيرة فاعتقها ثبت لها خيار الاعتاق دون خيار الادراك لان الادراك
وقع في حالة الرق كذا في شرح الطحاوي **قوله** اعتبارا بالاب والجد يعني ان ابا يوسف يعتبر وليا غير الاب والجد بهما يعني اذا
زوج الاب او الجد فلا خيار للصغير والصغيرة بعد البلوغ فكذا اذا زوج سائر الاولياء والجامع صدور العقد عن ولاية ولابي حنيفة ومحمد
ان شفقة سائر الاولياء قاصرة ليست مثل شفقة الاب والجد وهذا ظاهر وولاية الانكاح ولاية نظرية فربما يتطرق الخلل في بعض المقاصد
لقصور الشفقة فيثبت الخيار لهما بعد البلوغ دفعا للخلل الواقع اذ كان **قوله** الا قرابة الاخ ناقصة وانما قيد بالاخ ليعلم
الحكم في سائر الاولياء بالطريق الاولى وذلك لان الاخ اقرب الاولياء بعد الاب والجد فاذا كانت قرابته ناقصة وشفقته قاصرة مع كونه
اقرب فلان تكون قرابة غيره ناقصة اولى **قوله** بخيار الادراك اي بخيار البلوغ **قوله** واطلاق الجواب في غير الاب والجد
يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية يعني ان اطلاق جواب كتاب القدوري في غير الاب والجد بقوله فلكل واحد منهما الخيار يدل
على ان الام او القاضي اذا زوج الصغير والصغيرة كان لكل واحد منهما الخيار بعد البلوغ ما هو الصحيح من الرواية عن اصحابنا وذلك لان الام ناقصة
الراي ويروى عن ابي حنيفة والقاضي ناقص الشفقة لعدم القرابة فيتطرق الخلل فيثبت الخيار وهذا هو ظاهر الرواية • ويروى عن ابي
حنيفة ان الام اذا زوجت الصغير او الصغيرة لا يثبت لهما الخيار لان للام شفقة كالاب بل اكثر • وروى خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة
ان القاضي اذا زوج الصغير او الصغيرة لا يثبت لهما الخيار ذكره الطحاوي في مختصره لان للقاضي ولاية تامة في النفس والمال جميعا فصار كالاب
وجه الظاهر ان ولايته متاخرة عن ولاية الاخ والام وفي تزويجهما يثبت الخيار ففي تزويجه بالطريق الاولى • وقال القدوري في كتاب
التقريب وظاهر الاصل يقتضي ثبوت الخيار لانه قال فاذا زوج الصغيرة غير الاب والجد فلها الخيار • وعن ابي يوسف روايتان قال
ابو الحسن قوله الثاني انه لا خيار مثل لفظ القدوري **قوله** ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق اي يشترط في خيار البلوغ
قضاء القاضي يعني اذا اختار الصغير او الصغيرة الفرقة بعد البلوغ لا تثبت الفرقة ما لم يفسخ القاضي النكاح بينهما بخلاف خيار العتق حيث
لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي بل تثبت الفرقة بخيار المعتقة والفرق ان خيار البلوغ انما يثبت لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل الواقع من تزويج
الولي مع قصور شفقته ولا يوقف على حقيقة هذا الضرر لكونه خفيا فربما يكون الزوج على ذلك فاحتيج الى القضاء لاجل الالزام وهذا المعنى
يشمل الذكر والانثى فلهذا يثبت الخيار لهما جميعا بخلاف خيار العتق فانه انما يثبت لدفع ضرر ظاهر وهو زيادة الملك عليها لان الزوج كان
يملك عليها تطليقتين وكان لا يمنعها ظاهرا ولهذا لا يثبت الخيار الا للجارية دون الغلام لان ازدياد الملك
عليها لا عليه وكذا لا يحتاج الى قضاء القاضي في المخيرة فانها اذا اختارت نفسها تقع الفرقة من غير قضاء القاضي لانها نائبة عن الزوج في
ايقاع الطلاق او هي مالكة نفسها فتقع الفرقة من غير قضاء القاضي بتمليك الزوج • قال في خلاصة الفتاوي الفرقة التي يحتاج فيها الى قضاء
القاضي خمسة الفرقة بالجب والعنة وهي طلاق والثاني الفرقة بخيار البلوغ وهي فسخ والرابع اذا اسلمت المراة الذمية بعرض الاسلام على زوجها
ان ابى فرق بينهما ويكون طلاقا عندهما اما عند ابي يوسف فهو فسخ والخامس الفرقة باللعان وهي طلاق • ثم اعلم ان الفرقة في خيار
البلوغ وخيار العتق من وجوه احدها في اشتراط القضاء وقد بيناه والثاني ان خيار المعتقة لا يبطل بالسكوت بل يمتد الى اخر المجلس كما في
المخيرة لان خيار العتق ثابت باثبات الشرع • قال عليه الصلاة والسلام ملكت بضعك فاختاري وكان كالثابت بتخيير الزوج بخلاف
خيار البلوغ في جانبها حيث يبطل بالسكوت لان ثبوت هذا الخيار لانعدام الرضا نصا ورضا في خيار البلوغ في جانبها يتم بسكوتها • والثالث
ان خيار العتق يثبت للامة دون الغلام وخيار البلوغ يثبت لهما جميعا والفرق مر والرابع ان الجهل بخيار البلوغ ليس بعذر حتى اذا قالت بعد ما ادركت
انما سكت لاني ما كنت اعرف الخيار لا يكون عذرا فيبطل خيارها ولو قالت المعتقة ذلك يكون عذرا وان كان بعد ما زال والفرق ان الامة
مشتغلة بخدمة المولى فلا تتفرغ لمعرفة احكام الشرع فيكون جهلها عذرا لانه في غير موضعه والخامس ان خيار العتق يبطل بالقيام
عن المجلس كالمخيرة وخيار البلوغ في الغلام والثيب لا يبطل بالقيام من المجلس
لما ذكرنا في المتن وهو ان خيار العتق يثبت باثبات المولى فاعتبر المجلس بخلاف خيار البلوغ فيهما لان ذلك لتوهم الخلل في مقاصد النكاح فلا
يبطل بالقيام عن المجلس اعتبارا بابتداء النكاح عليها بعد البلوغ غير ان سكوت البكر رضا فجعل السكوت مبطلا لخيارها **قوله**
ثم عندهما اذا ماتت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا يعني عند ابي حنيفة ومحمد اذا ادركت الصغيرة والحال انها علمت بنكاح
غير الاب والجد فسكتت بعد العلم فهو رضا بالنكاح اما اذا لم تعلم بالنكاح فلها الخيار الى ان تعلم النكاح فتسكت وذلك لان الجهل باصل
النكاح عذر لانه موضع الخفاء لان الولي ينفرد بالنكاح فيكون جهلها عذرا بخلاف الجهل بخيار البلوغ حيث لا يكون عذرا لان الدار
دار اشاعة الاحكام فلا يكون الجهل في موضعه خلافا لما اذا جهلت الامة خيار العتق حيث تكون معذورة لانها لا تتفرغ لمعرفة
احكام الشرع لكونها مشغولة بخدمة المولى **قوله** او يجي منه ما هو دليل عطفا على قوله ما لم يقل **قوله** اعتبارا لهذه الحالة بحالة
ابتداء النكاح دليل للمسائل الثلاث جميعا وهي خيار البكر وخيار البلوغ الغلام وخيار الجارية اذا دخل بها الزوج • بيانه ان
البكر الصغيرة اذا ثبت لها الخيار بتزويج غير الاب والجد ثم ادركت وسكتت بطل خيارها حيث يكون سكوتها رضا كما اذا انشا
العقد عليها ابتداء بعد البلوغ • وخيار الغلام الصغير اذا ادرك لا يبطل بمجرد السكوت حتى يوجد منه الرضا صريحا او دلالة
كما لا يبطل بمجرد سكوته عند انشاء العقد عليه ابتداء وقت البلوغ وكذا خيار الصغيرة اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ ثم ادركت
فسكتت لا يكون سكوتها رضا كما اذا سكتت عند انشاء العقد عليها بعد البلوغ ما لم ترض صريحا او دلالة **قوله** وخيار
البلوغ في حق البكر لا يمتد الى اخر المجلس يعني يبطل بمجرد السكوت **قوله** ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام
اعتبارا بابتداء النكاح عليهما **قوله** بخلاف خيار العتق يتصل بقوله وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى اخر المجلس يعني ان خيار
العتق يمتد الى اخر المجلس لانه ثابت باثبات المولى لانه حكم العتق وهو ثابت باثباته فاقتضى جوابا في المجلس بمنزلة جواب التمليك
كما في المخيرة اما خيار البلوغ فلم يثبت باثبات الزوج بل ثبت لتوهم الخلل في مقاصد النكاح وبمجرد سكوت البكر رضا فلم يمتد الى
اخر المجلس **قوله** وكذا بخيار العتق لما بينا كما ان الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق فكذا الفرقة بخيار العتق ليس
بطلاق لانه يصح من الانثى والطلاق لا يصح من المراة بخلاف المخيرة اذا قالت اخترت نفسي تقع الفرقة ويكون طلاقا لانها
نائبة عن الزوج وهو مالك للطلاق **قوله** وان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الاخر اي ان مات احد الزوجين قبل البلوغ
يرثه الاخر وكذا اذا مات احدهما بعد البلوغ قبل قضاء القاضي بالتفريق يرثه الاخر ولما ان اصل العقد صحيح ولهذا يحل
للزوج ان يطاها ما لم يفسخ القاضي النكاح بينهما بخلاف النكاح الفاسد حيث لا يثبت حل الوطء والتوارث لان اصل العقد ليس بثابت
وبخلاف ما اذا زوج الفضولي فمات احد الزوجين قبل الاجازة حيث لا يثبت التوارث لان اصل العقد موقوف يبطل في الموت وههنا
فيما نحن فيه صحيح متقرر بالموت لان النكاح منتهاه يتقرر ولذلك اي بالموت **قوله** ولا ولاية لعبد ولا صغير
ولا مجنون • اي قال الشيخ ابو الحسين القدوري في مختصره لا ولاية لهؤلاء المذكورين وذلك لان الولاية المتعدية فرع الولاية
القاصرة فاذا لم يوجد دليل هذه لا يوجد تلك • بيانه ان الاصل ان يثبت ولاية الانسان على نفسه ثم يتعدى اذا وجد
دليل التعدي وهؤلاء ليست لهم ولاية على انفسهم فان لا يكون لهم ولاية على غيرهم بالطريق الاولى ولان الولاية نظرية ولا
نظر في تفويض الامر الى الصغير لقصور عقله والى المجنون لعدم عقله وتفسير الولاية تنفيذ قول الانسان على الغير شاء او ابى **قوله**
ولا ولاية لكافر على مسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا اي على مسلمة صغيرة وفي بعض النسخ
على مسلم اي على مسلم صغير وهذا لان الولاية نفاذ القول على الغير شاء او ابى فلا يجوز ان ينفذ قول الكافر على المسلم ولهذا لا يجوز شهادة
الكافر على المسلم وكذا لا يتوارثان لان الارث خلافة ولا ولاية والكافر مسلوب الولاية في حق المسلم بخلاف الكافر في حق الكافر فانه
يزوج ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا يجري التوارث بين الكفار كما يجري بين المسلمين **قوله**
ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة معناه عند عدم العصبات عند ابي يوسف وفي رواية ابي يوسف
ومحمد عنه • وروى الحسن عنه انه لا يثبت لهم ولاية التزويج والولاية الى العصبة وهو قول ابي يوسف ومحمد والشافعي وهذا
هو القياس والاول استحسان كذا في المبسوط لكن قول ابي يوسف مضطرب ذكر قوله مع ابي حنيفة في كتاب النكاح ومع هذا في
كتاب الولاء • وذكر الكرخي ايضا قوله مع محمد وهو الاشهر وجه قولهم حديث علي الانكاح الى العصبات ذكره بحلي الالف واللام فيكون
جميع الانكاح مفوضا الى من هو عصبته دون غيرهم لاقتضاء الالف واللام العموم عند عدم العهد ولهذا لا يثبت لغير العصبات ولاية
التصرف في المال ولابي حنيفة ان علة الولاية الحاجة وشرطها صلاح الولي لها وقد وجد الامران في الام وسائر ذوي الارحام في حق
الانكاح والفقه فيه ان استحقاق الولاية باعتبار الشفقة الناشئة عن القرابة وقد وجد ذلك في الام وقرابتها كما يوجد في الاب
وقرابته فيثبت لذوي الارحام ولاية الانكاح وتقديم العصبات باعتبار العصوبة لا ينفي ولايتهم كما في الارث • ويدل على هذا
قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله مطلقا ولان هذه قرابة تفيد الارث عند عدم العصبات فتفيد ولاية الانكاح
ايضا عند عدمهم لان الخلافة في الملك يؤذن بالخلافة في التصرف **قوله** ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة اذا زوجها
مولاها الذي اعتقها جاز اي من ليس لها عصبة نسبية اذا زوجها المولى المعتق فانه جاز لانه وليها لانه اخر العصبات وانما اضمر
الراجع في لها الى من وان كان لفظ من مذكرا نظرا الى المعنى لانه اريد به الصغيرة ويجوز التذكير والتانيث بالنظر الى اللفظ والمعنى كما في قوله تعالى
ومن يقنت منكن الاية **قوله** واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا
ولي له • قال في الفتاوى القاضي اذا زوج الصغيرة ولم يكن لها ولي ان شرط تزويج الصغار في منشور القضاء جاز نكاحه والا فلا ولو لم
يكن السلطان امره بذلك فزوج صغيرة ثم اذن له بذلك فاجاز ذلك النكاح لا يجوز • قال الصدر الشهيد الصحيح عندي انه يجوز
وقال في الفتاوى الصغرى ولو ان القاضي زوج الصغيرة من ابنه كان باطلا وكذا اذا باع مال اليتيم من نفسه لا يجوز لانه حكم وحكمه
لنفسه لا يجوز ولو اشترى من وصي اليتيم يجوز وان كان القاضي جعله وصيا لانه نائب عن الولي لا عن القاضي **قوله** واذا غاب
الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد ان يزوج اي اذا كان احد الوليين اقرب والاخر ابعد فغاب الاقرب • وقال الشافعي يزوجها
السلطان • وجه قوله ان الابعد محجوب بالاقرب لان ولايته باقية لم تنقطع بالغيبة ولهذا لم ينقطع التوارث بالغيبة ولهذا
لو زوجها الاقرب من حيث هو فيه جاز ولهذا بقي تصرف الاقرب في مالها والشافعي يقول لما بقيت ولاية الاقرب وتعذر وصولها
الى حقها ناب السلطان منابه دفعا للظلم كما لو عضلها الاقرب • ولنا ان الولاية للحاجة وشرطها صلاح الولي كما مر وقد وجد الامران

في تزويج الابعد وانما ثبتت الولاية لمعنى النظر للمولى عليه فلو لم تثبت الولاية للابعد في هذه الحالة يؤدي الى تفويت المصالح المطلوبة
من النكاح فيعود الامر على موضوعه بالنقض فلا يجوز ذلك ثم النظر لها لا يحصل بمجرد راي الاقرب بل براية الحاضر المتفق به فلما لم ينتفع
براية ثم حق من لا راي له اصلا فصار كالصغير والمجنون فتثبت الولاية للابعد ثم الابعد متقدم على السلطان والقاضي لوجود القرابة
فيه ؛ ومما يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له وهذه لها ولي فلا يكون السلطان وليا والجواب عن تزويج
الاقرب من حيث هو فيه فنقول لا نسلم انه يصح ولئن سلمنا انه يصح فنقول انما لم نعتبر ولاية الاقرب قبل تزويجه كيلا يلحق الضرر بالصغيرة
بفوات الكفو فلما زوجها من حيث هو فيه ارتفع الضرر فاعتبرت ولايته فنقول للاقرب قرب القرابة وبعد التدبير وللابعد بعد القرابة
وقرب التدبير فصار الوليين في درجة فايهما زوج جاز ● فان قلت لا نسلم ان الاقرب ليس منتفع به وللانتفاع به طرق مثل
ارسال الرسول وكتبة الكتاب وتوكيل الاقرب وكلاءه وحاجته في هذه وذهاب الكف والصغيرة الى حيث الاقرب فيه ● قلت لما كان
الكفو والصغيرة في غاية الندرة فلا يعتد بالنادر والرسول والكتاب والوكيل لا يكون الابعد فلا الغايب والكفو لا ينتظر الى ذلك
ظاهرا وغالبا فيفوت المقصود والباقي يعرف في طريقة الخلاف **قوله** والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا يصل اليه القوافل
في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري ● اعلم ان في حد الغيبة المنقطعة كلاما فاختيار القدوري ان يكون الاقرب في موضع لا يصل اليه القوافل
في السنة الا مرة واحدة ذكر هذه الرواية محمد بن شجاع عن اصحابنا وكان ابو عصمة سعد بن معاذ المروزي يقول ادنى مدة السفر في ذلك ثلاثة
ايام ولياليها وعليه جماعة من المتاخرين منهم القاضي ابو علي النسفي وعليه فتوى الصدر الشهيد واختاره الولوالجي في فتاواه ● وروي
عن محمد روايتان في شرح الطحاوي في رواية من الكوفة الى الري وهو خمس وعشرون مرحلة وفي رواية من بغداد الى الري وهو عشرون
مرحلة كذا روى ابن سماعة عن ابي يوسف ايضا ● وروى ابو يوسف في شرح الكافي من جابلقا الى جابلسا وهما قريتان احدهما بالمشرق والاخرى
بالمغرب قالوا هذا معنى قول زفر انه اذا كان لا يدرى اين هو فهو غيبة منقطعة اي انقطع خبره ● قال وقال بعضهم الغيبة مسيرة شهر فصاعدا
وما دونه فليس بغيبة منقطعة ● وقال بعض مشايخنا اذا كان الابن موضع الى موضع فلا يوقف على اثره او يكون مفقودا الاقرب
حتى قيل ان كان في موضع ينقطع الكرا الى ذلك الموضع بدفعة فليست بغيبة منقطعة وان كان في موضع لا ينتظر الكفو حضوره فهو بدفعة
منقطعة ● وقال ابو بكر محمد بن الفضل امام بخارى اذا كان في موضع لا ينتظر الكفو حضوره وبلوغ اذنه تكون منقطعة والا فلا وهو اختيار
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واختيار شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي واختيار صاحب الهداية وصاحب خلاصة الفتاوى
قوله واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف ● وقال محمد ابوها قال في تحفة الفقهاء
عن ابي يوسف روايتان في رواية محمد عنه ان الابن اولى وفي رواية المعلى عنه ايهما زوج جاز واذا اجتمعا فينبغي للابن ان يفوض التزويج
الى الاب تعظيما له واخذ الطحاوي في مختصره بقول محمد فهذه الرواية نظر لمحمد ان الاب اكثر شفقة وله الولاية في المال دون الابن ●
المال وهما ان الانكاح الى العصبات بالحديث والابن مقدم في العصوبة وميراثه الموفر ميراث الاب ● الا ترى انهما اذا اجتمعا كان
السدس للاب والباقي للابن فيكون ولاية الانكاح للابن لا للاب ولا نسلم ان شفقة الاب اوفر ولئن سلمنا لكن لا نسلم انه زيادة الشفقة
معتبرة وشفقة الجد الى الاب اكثر وله التصرف في المال دون الابن ومع هذا تقدم الابن عليه بالاتفاق وكذا تقدم الاخ على الجد في
الامر في الانكاح وان كان شفقة الجد اكثر فعلم انه زيادة الشفقة لا اعتبار لها الامر للعصوبة **قال** وهي الولاية مبنية
عليها اي ولاية الانكاح مبنية على العصوبة **قال** ولا معتبر بزيادة الشفقة جواب القول لمحمد وقد مر بيانه
فصل في الكفاءة **قوله** الكفاءة معتبرة في النكاح وهذا بلا خلاف بين اصحابنا الا ما حكي عن ابي
الحسن الكرخي ● قال الحسن الاجهر عندي انها غير معتبرة في النكاح وهذا بلا خلاف وهو قول مالك
وسفيان وذلك لان الكفاءة ليست بمعتبرة فيما هو اهم من النكاح وهي الدما فلان لا تعتبر في النكاح اولى ولا بد من قوله تعالى ان اكرمكم عند الله
اتقاكم ● وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي وكان ابو الحسن الكرخي يخالف اصحابنا في اعتبار الكفاءة من جهة النسب والصناعات
وقال ثم الفائت في الانفس والقصاص فيفي النكاح اولى بان يكون الكفاءة وكان يقول انه صح اعتبار الكفاءة في المهر والنفقة لان المهر بدل البضع
والنفقة مستحقة بتسليم نفسها ● ولنا ما روى محمد في كتاب الاثار عن ابي حنيفة عن رجل عن عمر بن الخطاب ● قال لامنعن فروج ذوات
الاحساب الا من الاكفاء ● وقال محمد في الاصل بلغنا عن عمر بن الخطاب قال لامنعن النساء ان يتزوجن الا من الاكفاء ● وروى في الجامع
الترمذي مسندا الى واثلة ابن الاسقع ● قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله اصطفى من ولد ابراهيم اسمعيل واصطفى
من ولد اسمعيل بني كنانة واصطفى من بني كنانة قريشا واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم فانا خيار من خيار
الى خيار من خيار ● وقول صاحب الهداية قال عليه الصلاة والسلام الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ليس بثابت
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والاصل في ذلك حديث عمر وقد ذكره محمد في الحجة لان العقد المجانسة فيه محل الاجماع يؤيده ما ذكر الترمذي
مسندا في جامعه الى علي بن ابي طالب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له يا علي ثلاث لا تؤخرها الصلاة اذا اتت والجنازة اذا حضرت
والايم اذا وجدت لها كفوا ثم الكفاءة اعتبرت في الحرب وهي في ساعة واحدة فلان تعتبر في النكاح وهي عقد عمر اولى ● بيانه ان عتبة
وشيبة والوليد خرجوا يوم بدر للمبارزة فخرج اليهم ثلاثة من شبان الانصار وقالوا لهم انتسبوا فانتسبوا فقالوا ابناء قوم كرام ولكنا
نريد الاكفاء من قريش فرجعوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم واخبروه بذلك فقال صدقوا وامر حمزة وعليا وعبيدة ابن الحرث ● وروى البخاري
باسناده الى ابي ذر قال نزلت هذان خصمان اختصموا في ربهم في ستة من قريش علي وحمزة وعبيدة ابن الحرث وشيبة ابن ربيعة وعتبة
والوليد ابن عتبة ولان النكاح يشتمل على مصالح من السكن والازدواج وحسن العشرة وغير ذلك ولا يتم ذلك الا من الاكفاء لان الشريفة

ياني ان تكون مستفرشة لمن لا يكافيها من الاخسا فاعتبرت الكفاءة في جانب الرجل بخلاف جانب المراة حيث لا يعتبر الكفاءة حتى لو
تزوج شريف خسيسة لا يفرق بينهما لانه يستبدل من الطلاق اذا لم يرض بها ثم الكفاءة معتبرة في النكاح في سبعة اشياء في النسب
والمال والحرية والتقوى وفي اسلام الاب والحرفة والعقل في الثلاثة ● الاول اتفاق وفي الباقي اختلاف واما العقل فلا رواية فيه
عن اصحابنا المتقدمين ● وقد اختلف فيه المتاخرون **قال** واذا زوجت المراة نفسها من غير كفو فللاولياء ان يفرقوا
بينهما دفعا للضرر العار عن انفسهم ويعني المسئلة ثمرة اعتبار الكفاءة في النكاح ولا يكون التفريق الا بقضاء القاضي وبه صرح في شرح المبسوط
وقال الحاكم الشهيد في المختصر وحكم الطلاق والظهار والايلاء والتوارث او غير ذلك من احكام النكاح قائم بينهما ما لم يفرق القاضي بينهما
فاذا فرق بينهما كانت فرقة بغير طلاق ولا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها فان كان قد دخل بها او خلا بها فلها ما سمى من المهر وعليها العدة
ثم قال والعبد ليس بكفو للحرة وكذلك المكاتب والمدبر واذا زوجت المراة غير كفو فرضي به احد الاولياء جاز ذلك ولمن لم يكن لمن هو
مثله في الولاية وابعد منه ان ينقضه فان كان لها ذي اقرب منه كان له المطالبة بالتفريق ● وقال ابو يوسف في نوادر
هشام واذا رضي احد الوليين بغير كفو فللاخر الذي هو مثله ان لا يرضى وسكوت الولي عن المطالبة بالتفريق ليس برضى منه بالنكاح
وان طال ذلك حتى تلد وله الخصومة اذا شاء واذا زوجها الولي غير كفو ثم فارقته ثم تزوجت به بغير ولي كان للولي ان يفرق بينهما
واذا تزوجت غير كفو فجاء الولي وقبض المهر وجهزها فهذا منه رضي بالنكاح ولو خاصم الولي في نفقتها او مهرها بوكالة منها فهو رضا ايضا
استحسانا **قوله** والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن اي الاصل في اعتبار الكفاءة
في النسب هذا الحديث وفي صحة هذا الحديث نظر لانه لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما هو لفظ الجامع الصغير ● قال محمد فيه
عن يعقوب عن ابي حنيفة قال قريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء لبعض والموالي من كان له ابوان فصاعدا بعضهم اكفاء لبعض
الى هنا لفظ الجامع الصغير ولفظ محمد في الاصل كذلك ايضا ولم ينسبه الى النبي صلى الله عليه وسلم ● ثم ان قريشا اولاد النضر بن كنانة
وقال ابن عباس لقريش دابة في البحر من احسن دوابه لا تدع من الغث والسمين شيئا الا اتت عليه ● وقال الشعبي قريش هي التي تسكن
البحر فيها سميت قريش قريشا تاكل الغث والسمين ولا تترك لذي الجناحين ريشا هكذا في البلاد حي قريش ياكلون البلاد اكلا كميشا ولهم اخر
الزمان نبي يكثر القتل فيهم والخموش والقرش مقصد نسب الامي نبي وهو موضوعها من طلة هادا قيل سميت قريشا لتجمعهم وتجارتهم في البلاد
لان القرش هو الكسب ● وقال في الجمهرة قال الاخرون سميت قريش قريشا بقريش ابن مخلد ابن غالب ابن فهر وكان صاحب عيرهم فكانوا
يقولون قدمت عير قريش وخرجت عير قريش ● وقال قوم سميت قريشا لان قصيا قرشها اي جمعها من الاقطار الى مكة وكذلك سمي
قصي مجمعا ● قال الفضل ابن عباس ابن عتبة ابن ابي لهب ● ابونا قصي كان يدعى مجمعا به جمع الله القبايل من فهر ● وقال ايضا تحركا
بكا بها من قريش وبها سميت قريش قريشا ● والى هذا القول ذهب ابو عبيدة معمر ابن المثنى التيمي في كتابه ● ثم اعلم ان قريشا ثلاثة
اصناف صنف منهم قريش الاباطح ويقولون ايضا قريش البطاح وصنف منهم قريش الظواهر وصنف منهم ليسوا من الاباطح ولا من الظواهر
اما قريش الاباطح فبنوا عبد مناف واسد ابن عبد العزى ابن قصي وزهرة وتيم ومخزوم ومنهم الادرم ابن غالب وبنوا محارب وبنوا
فهر ● واما قريش الظواهر فبنوا الاطين وبنوا معيص ابن عامر ابن لوي واما غير هولاء من قريش فليسوا من الاباطح ولا من
الظواهر وذلك انهم خرجوا من مكة فنحوا الى البلاد ● منهم سامة ابن لوي وهم بعمان وحسن ابن لوي وهو خزيمة وهم بالتهامة منهم في
بني هزان من عنزة ● وبنانه في شيبان وهم بنو سعد ابن لوي وهم في شيبان وبنوا الحرث ابن لوي وهم ايضا في بني ابي ربيعة ابن
شيبان ابن ذهل ابن شيبان وانما سموا الاباطح لان قصيا ادخلهم معه الى بطن مكة واقام الاخرون بالظواهر منهم نبي قصي مجمعا كذا ذكر
محمد ابن حبيب في شرح ديوان كثير في قصيدته التي مدح بها عبد العزيز ابن مروان عند قوله ●●
اغر بطاحي كان جبينه ● صفيحة سيف في جلاء صيقل ● والبيتان قبل هذا البيت ● اقل الثوا واصرف العيس نحوه
بخير مسير للركاب ومنقل ● الى ماجد لا عراق واد زناده ● اشم من بني النضر بحواب ● ثم طبقات العرب ست فالشعب يجمع
القبايل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصايل خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش
عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسميت الشعوب لان القبايل تتشعب منها **قال** والموالي بعضهم اكفاء لبعض
رجل برجل هذا النص حديث وقد مر بيانه بني لا يعتبر النسب فيهم بل الكفاءة فيهم تعتبر في الدين وذلك لان الموالي وهم العجم ضيعوا انسابهم
فلم يكن التفاخر فيهم بالنسب فالهند والترك والفرس ● قال صدر الاسلام البزدوي في مبسوطه وهو اخو فخر الاسلام
البزدوي فالموالي وهم العجم ليسوا باكفاء للعرب وسموا الموالي لانهم نصروا العرب على قتال الكفار ومن اهل الحرب والناصر يسمى
مولى ● قال تعالى وان الكافرين لا مولى لهم وانما كان هكذا لان العرب افضل من العجم لمكان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قوله ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام قريش بعضهم اكفاء لبعض حتى
لو تزوجت هاشمية قرشيا لم يرد عقدها وان تزوجت عربيا غير قرشي فلهم الرد ● الا ترى ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم زوج بنته رقية من عثمان ثم زوج عليه الصلاة والسلام ابنته ام كلثوم عثمان بعد ما ماتت رقية ولهذا
سمي عثمان ذا النورين وكان اموية لا هاشميا وزوج علي رضي الله عنه بنته ام كلثوم من عمر وكان عدويا لا هاشميا فثبت ان
قريشا كلهم سوا ● بيانه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم هو محمد ابن عبد الله ابن عبد المطلب ابن هاشم ابن عبد مناف ابن قصي
ابن كلاب ابن مرة ابن كعب ابن لوي ابن غالب ابن فهر ابن مالك ابن النضر ابن كنانة ابن خزيمة ابن مدركة ابن الياس ابن مضر ابن نزار ابن معد
ابن عدنان اختصر البخاري في نسب رسول الله صلى الله عليه وسلم على عدنان وعمر كان ابن الخطاب ابن نفيل ابن عبد العزى

ابن رياح ابن عبد الله ابن قرط ابن رزاح ابن عدي ابن كعب ابن لوي ابن غالب ابن فهر ابن مالك ابن النضر ابن كنانة ورياح بكسر الراء
وبالباء تحتها نقطتان وعثمان رضي الله عنه كان ابن عفان ابن ابي العاص ابن امية ابن عبد شمس ابن عبد مناف وعلي رضي الله عنه
وكان ابن ابي طالب ابن عبد المطلب ابن هاشم ابن عبد مناف وربما يحتاج في تلك معرفة نسب ابي بكر الصديق رضي الله عنه وهو
عبد الله ابن عثمان ابن عامر ابن عمرو ابن كعب ابن سعد ابن تيم ابن مرة وهنا يلتقي نسبه بنسب رسول الله صلى الله عليه وسلم والائمة
الاربعة كلهم من قريش لانهم من اولاد النضر ابن كنانة كما نرى **قوله** وعن محمد رحمه الله الا ان يكون نسبا مشهورا مشهورا
كاهل بيت الخلافة معنى • قال محمد لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش الا ان يكون النسب شيئا مشهورا في الحرمة كاهل بيت الخلافة
فحينئذ يعتبر التفاضل حتى لو تزوجت قرشية من اولاد الخلفاء قرشيا ليس من اولاد الخلفاء يكون للاولياء حق الرد وكانه قال
هذا لتسكين الفتنة وتعظيم امر الخلافة لا لانعدام اصل الكفاءة **قوله** وبنو باهلة ليسوا بالكفاة لعيوا باهلا لما
القرب وذا لحشتهم قال قايلهم فما ينفع الاصل من هاشم اذا كانت النفس من باهلة • قال في الديوان الباهلة قبيلة من قيس
وقال ابو حنيفة عبيدة يعيرا ان المثنى هو باهلة ابن يعصر ابن سعد ابن قيس بن عيلان وهو عيلان بالعين المهملة اسمه الياس بن مضر
اما غيلان بالغين المعجمة فهو اسم ذي الرمة وقتيبة ابن مسلم ابن عمرو الباهلي منهم فتح خراسان الى فرغانة فلا يعرف في الاسلام
اعظم غناء ولا اكثر فتوحا ولا انكا في عدو المسلمين ولا ابن قتيبة وخطا براهبه ثم سرد له راية **قوله** فاما الموالي
فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له اباء فيه اي ابا كثيرة في الاسلام تفسيرها فما ذكر فخر الاسلام
البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير • وقال حتى ان امراة من الموالي لو تزوجت رجلا له ابوان في الاسلام والحرية وطالبا قيد
لم يعتبر من على عقدهما لان التعريف يتم بالابوين فلا يعتبر الفضل على ذلك كما لا يعتبر في الشهادات • واما اذا كانت تزوجت
معتقا او من بدا اسلامه كفره لم يكن كفوا لها لانه مفاخرة العجم بالاسلام والحرية فان كان للزوج اب واحد في الحرية والاسلام
لم يكن كفوا لمن له في ظاهر الجواب والذي له اب واحد لا يكون كفوا لامراة لها ابوان • وعن ابي يوسف انه الحق الواحد بالمثنى
كما قال في التعريف **قوله** كما هو مذهبه في التعريف اي في تعريف الشخص في الشهادة فان الشهود اذا ذكروا اسم الغائب
واسم ابيه يحصل التعريف عند ابي يوسف ولا حاجة الى ذكر الجد وعندهما لا يحصل التعريف ويشترط ذكر الجد **قوله**
والاسلام في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا يعني من كان حر الابوين يصير كفوا لمن لها عشرة اباء في الحرية ومن كان
حرا بنفسه او حر اب واحد لا يكون كفوا لامراة لها ابوان في الحرية • وعن ابي يوسف ان الحق الواحد بالمثنى وذلك لان الرق
اثر من اثار الكفر وفيه معنى الذل فكان معتبرا له اصل الدين من الوجه الذي ذكرنا **قوله** قال ويعتبر ايضا في الدين
اي في الديانة • اي قال محمد في الجامع الصغير ويعتبر الكفاءة في الدين واراد به الديانة اي التقوى والزهد والصلاح
وانما فسر صاحب الهداية الدين بالديانة لئلا يلزم التكرار في البيان اعني لو اريد من الدين الاسلام كما قال تعالى ان الدين
عند الله الاسلام يلزم التكرار لان اعتبار مرتبة مرة ثم اعتبار الكفاءة في الديانة مذهب ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
حتى ان امراة من بنات الصالحين لو تزوجت رجلا من اهل الفسق كان للاولياء حق الرد لان التفاخر بالدين من اعلا المفاخر
وازلاها • وقال محمد رحمه الله الديانة من امور الاخرة فلا يعتبر الكفاءة في النكاح فيها لان النكاح من امور الدنيا الا اذا كان
الفسق شيئا فاحشا لرجل يخرج الى السوق سكران ويلعب به الصبيان او يصفع ويسخر منه فحينئذ يعتبر الكفاءة في الديانة
ويكون للاولياء حق الرد دفعا للضرر والعار • وعن ابي يوسف رحمه الله • قال الذي يشرب المسكر فان كان يشرب سرا ولا يخرج
سكرانا كان كفوا وان كان يعلن ذلك لم يكن كفوا لامراة صالحة من اهل البيوتات لان الشين في الامانة كذا في شرح الكافي والايضاح
قوله وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف الصحيح اي اعتبار الكفاءة في الدين قولهما جميعا هو القول الصحيح واحترز بالصحيح عن رواية
اخرى عن ابي يوسف رحمه الله انه لم يعتبر الكفاءة في الدين حيث قال اذا كان الفاسق ذا مروءة يكون كفوا • وقال في شرح
الجامع الصغير اراد به اعوان السلطان اذا كانوا بحيث لهم مهابة عند الناس **قوله** والمراة تعير اي تعاب • قال في الجمهرة
عيرت الرجل رميته بالعار **قوله** بضعة النسب اي برداءته وهي بكسر الضاد وفتحها جميعا من قولهم رجل وضيع **قوله**
ويعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهو هذا هو المعتبر في ظاهر الرواية اي يعتبر الكفاءة في المال واعتبارها فيه ان يكون
الزوج مالكا للمهر والنفقة وهذا تفسير القدوري في مختصره اعتبار الكفاءة في المال • وقال صاحب الهداية وهو المعتبر في ظاهر الرواية
اي كون الزوج مالكا للمهر والنفقة في اعتبار الكفاءة في المال هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان العاجز عنهما او عن احدهما لا يكون كفوا
وانما احترز بظاهر الرواية عما روي في النوادر عن ابي يوسف في رجل له عشرة الاف درهم يريد ان يتزوج امراة لها مائة الف
واخوها لا يرضى بذلك قال لاخيها ان يمنعها من ذلك ولا يكون كفوا وسئل ابو القاسم عن ذلك قال الرازي في كتاب نصر ابن يحيى عن ابي
يوسف ان المال لا يعتبر في الكفاءة • قال ابو القاسم وانما افتي به وغيره الفقيه ابو الليث • وقال يعني اذا كان الزوج يملك ما يعد له
نفقتها ولكن مال المراة اكثر فلا يعتبر بتلك المال وكثرته اذا كان الزوج والمراة كلاهما من العجم ولم يكن في الزوج معنى يستخف به لا
لا يكون دباغا ولا حجاما ولا حايكا وهو يقدر على نفقتها فهو كفو لها • وقال بعضهم ينبغي ان يملك مقدار مهرها وزيادة على نفقة مثلها
قال الفقيه ابو الليث واحب الي وبه ناخذ انما اعتبار المهر فلانه بدل البضع فلا بد من تسليمه والمراد منه ما تعارفوا تعجيله
وما سواه فهو مؤجل عادة ويجي بيانه في باب المهر ان شاء الله تعالى والعجز عن ذلك لا يسقط الكفاءة واما اعتبار النفقة فلان حاجة
المراة مندفعة بها ويحصل بها قوام الازدواج والمراة الى المهر والنفقة احوج منها الى نسب الزوج وصنعة الزوج الشين العظيم الكفاءة

فلان سقوطها بالعجز عن المهر والنفقة اولى **قوله** وعن ابي يوسف انه يعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه يجري
المسامحة في المهر وهو ما روى الحسن ابن ابي مالك رحمه الله ان ابا يوسف قال ان الكفو الذي يقدر على المهر والنفقة قلت
فان كان عليك تملك المهر دون النفقة قال ليس بكفو قلت فان ملك النفقة دون المهر قال يكون كفوا • قال
الصدر الشهيد في الجامع الصغير في تعليله لان المهر يجري فيه التسهيل والتاجيل ويعتبر قادرا على المهر بيسار ابيه وامه وجده
وجدته كما في اداء الزكاة الى ولد الغني لا يصح استحسانا في احدى الروايتين عن ابي حنيفة وهو قولنا ولا يعتبر قادرا على النفقة
بيسار الاب لان الاباء في العادات يتحملون عن الاولاد المهور الغالبة اما النفقة المدارة فلا **قوله** واما الكفاءة
في الغنى فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهذا غير ظاهر الرواية عنهما حتى ان القادر على المهر والنفقة لا يكون
كفوا لامراة فائقة في اليسار وهو اختيار ابي بكر الاسكاف رحمه الله وذلك لان التفاخر بالغنى واقع في العادات • ولهذا
قالت عائشة رضي الله عنها رايت ذا المال مهيبا ورايت ذا الفقر مهينا وانما قيد بغير ظاهر الرواية لان ظاهر الرواية عنهما ان
المعتبر في الكفاءة في المال القدرة على المال على المهر والنفقة دون ما سواهما هكذا ذكر في كتاب النكاح • وقال ابو يوسف اذا
كان قادرا على انفاق ما يجب لها باليد ويكتسب ما ينفق عليها يوما بيوم كان كفوا لها لانه لا ثبات لهذا الوصف لان المال
غاد ورائح فلا يعتبر والاصح ان الكفاءة في كثرة المال ليست بمعتبرة لان التفاخر به مذموم • قال تعالى الهاكم التكاثر حتى زرتم
المقابر الاية والتكاثر التباري في الكثرة والتفاخر بها • وروى الفتي في حديث ابي هريرة رضي الله عنه انه قال تعس عبد
الدينار والدرهم الذي ان اعطي مدح وضبح ودونك وان منع قبح وكلح تعس فلا انتعش وشيك فلا انتقش **قوله**
ضبح اي صاح وهذا كالعال فلا ذبح دونك يقول اذا اعطي خاصم وجادل دونك وتعس اي عثر منه يقال اي تعسا له فلا انتعش
اي لا قام من مصرعه وشيك اي اصابته شوكة فلا انتقش اي فلا اخرجه من الموضع الذي دخل فيه • وقال في خلاصة
الفتاوى العجمي العالم كفو للعربي الجاهل وكذا العالم الفقير كفو للجاهل الغني • وذكر في تتمة الفتاوى ان القروي كفو للمدني
والعالم كفو للعلوية **قوله** ويعتبر في الصنائع هذا لفظ القدوري قال صاحب الهداية وهذا عند ابي يوسف
ومحمد • وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان • وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحايك والحجام والدباغ • وقال
فخر الاسلام والصدر الشهيد والعتابي تعتبر الكفاءة في الحرف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله • قال ابو يوسف لا تعتبر
وذكر صاحب الايضاح وصاحب التحفة وصاحب المحيط على قول ابي حنيفة لا تعتبر واعتبرها ابو يوسف ولم يذكروا قول
محمد • وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط ان ذلك غير معتبر اصلا عند ابي حنيفة • ثم قال وعن ابي يوسف
انه يعتبر حتى ان الدباغ والحجام والحايك والكناس لا يكون كفوا لبنت بزاز وعطار ولم يذكر قول محمد • وقال الولوالجي
في فتاواه • قال محمد الكفاءة فيها معتبرة رواية واحدة • وقال ابو يوسف لا تعتبر الا اذا كان يفحش كالحايك والحجام
والدباغ وعن ابي حنيفة روايتان • وقال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي الكفاءة من جهة الحرفة معتبرة
فما يقارب بعضها بعضا يكون كفوا كالبزاز مع الصائغ والعطار وما تباعد لا يكون كفوا كالحجام والكناس والحياك
والدباغ هؤلاء كلهم بعضهم اكفاء البعض ولا يكون كفوا لسائر الحرف ولم يذكر الخلاف عن اصحابنا رضي الله عنهم فعلم ان
ظاهر الرواية لما اثبت قوله ويعتبر في الصنائع بلا ذكر الخلاف • وكذا ذكر صاحب النافع مثل ما ذكر القدوري بلا خلاف وقال
بعض مشايخنا هذا اختلاف عصر وزمان فابو حنيفة بنى الامر على عادة العرب ان مواليهم يعملون هذه الاعمال حاجتهم وحاجة
من الهيم ولا يقصدون بها الحرف فلا يعيرون بها وابو يوسف اجاب على عادة العجم انهم اتخذوا واهل الصناعات حرفة ويعيرون
بالدني من ذلك فلم يكن بينهم خلاف في الحقيقة ففي كل بلد يكون عادتهم التعيير والتفاخر في الحرف يعتبر فيه الكفاءة كذا ذكر
صاحب التحفة **قوله** وجه القول الاخر وهو عدم اعتبار الكفاءة في الصنائع **قوله** من الخسيسة منها اي من الحرف
قوله قال واذا تزوجت المراة من الخسيسة اي من الحرفة الخسيسة ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها
عند ابي حنيفة رضي الله عنه حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك • اي قال القدوري في مختصره اذا تزوجت
المراة على الوجه المذكور ثبت للاولياء حق الاعتراض حتى يوجد احد الامرين اما اتمام مهر المثل او المفارقة • وهو قول زفر كذا
في شرح الاقطع • وقال ابو يوسف ومحمد ليس لهم الاعتراض • وقال صاحب الهداية هذا الموضع انما يصح على قول
محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه اي هذه المسالة شهادة صادقة
على رجوع محمد على قولهما • بيانه ان محمدا انما صحح نكاحهما بغير اذن الولي فليس لهم الاعتراض ثم انما نقصت عن مهر مثلها فما قول
هذا الكلام من صاحب الهداية لان وضع المسالة وقع على قول محمد على اعتبار قوله الاول فيما في الصورتين الاخريين وقد
صرح ها صاحب المختلف ايضا اما ان يكون الولي لها بالتزويج والتزويج بعد ذلك على هذا الوجه والثانية لو اكره السلطان
امراة وليها على تزويجها بمهر قليل فعلا لامر السلطان لا لاذن مرتضى في دون الولي وقوله في هاتين الصورتين ثم ابي يوسف رحمه الله
قال ان ما زاد على العشرة من الدراهم حق المراة وصار النقصان كالنقصان في ثمن المبيع فلا يعترض عليها لانها تصرفت في خالص
حقها والحد الاولياء زوجها على مهرها بعد ما تزوجها بمهر المثل لا يعترض عليه فكذا هنا ولابي حنيفة وزفر ان الاولياء يتعيرون
بقلة المهر ولهذا يصيبها ولا يلحق اجتماعهن كالولي زوجها من غير كفو • بيان الاول ان المهر قد يطول نقصان مهر مثل
نساء قبيلتها وبيان الثاني ان الاولياء يحصل لهم التفاخر بالتمول والقدر فلا يحصل لهم الضرر لانه لا يطرا ان كان نقصانا

المهر ونقصانه فيثبت لهم الاعتراض دفعا للشين الواقع من نقصان المهر وذاك ان الاولياء لهم حق الاعتراض في ترك الكفاءة وفيه الحاق الشين وهنا اولى ان يثبت لهم الاعتراض لان فيه الشين بالاولياء والضرر بالنساء بخلاف الابراء بعد التسمية والنقصان في ثمن المبيع حيث لا يلحق الشين لان ذلك يدل على كرمها وجودها وقولهما ان ما زاد على العشرة حق المراة فلا نسلم ذلك وهذا لان في المهر حقوقا لانه احدها حق الشرع وهو ان لا يكون اقل من عشرة دراهم او ما يساويها ❁ والثاني حق الاولياء وهو ان لا يكون اقل من مهر المثل ❁ والثالث حق المهر للمراة وهو كونه ملكا لها ثم حق الشرع والاولياء مراعا في الذي لا يثبت فلا حق للشرع ولا للاولياء في حالة البقاء ❁ الا ترى انها لو ابرأت الزوج لا يعترض لها الشرع في ذلك وكذا لو زوجت نفسها بمهر المثل ثم ابرأت الزوج لم يكن للاولياء ولاية التعرض **قوله** ولا يعتبر به هو منفرد على الشيخ من لا ينفي الحيلة اي لا يعتبر الاولياء بالابراء بعد التسمية فلما لم يحصل لهم التعيير لم يثبت لهم الاعتراض وقد مر بيانه **قوله** واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امراته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه ❁ قال في كتاب النكاح ويجوز تزويج الاب ابنته الصغيرة باقل من مهر مثلها وابنه الصغير امراة باكثر من مهر مثلها وان كان ذلك فاحشا في قول ابي حنيفة ولا يجوز في قول زفر في قول ابي يوسف ومحمد اذا كان ذلك فاحشا ولم يعتبرها ولا يجوز على قولهما يعني هذا اختلف المشايخ على قولهم ❁ قال بعضهم الزيادة والنقصان لا يجوز واصل النكاح صحيح لان المانع هنا من قبل التسمية وفسادها لا يمنع صحة النكاح كالو ترك التسمية اصلا او تزوجها بخمر او خنزير والاصح ان النكاح لا يجوز عندهما وعليه شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وفخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ❁ واختاره صاحب الهداية فيها والولوالجي في فتاواه ❁ وصرح الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي بان العقد لا يجوز عندهما وفيما يتغابن الناس في مثله جاز العقد بالاجماع كذا في شرح الطحاوي ايضا ❁ وذكر ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي فقال وذكر هشام عنهما ان النكاح باطل لا يجوز اذا زوجها باقل من مهر المثل بما لا يتغابن فيه ❁ وقول زفر مثل قول ابي حنيفة رضي الله عنه كذا في شرح الاقطع ❁ وقال الشافعي العقد جائز والتسمية لا تصح فيجب للصغيرة مهر مثلها ويسقط ما زاد على مهر مثل امراة الصغير ❁ وجه قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان ولاية الانكاح مقيدة بشرط النظر ولا نظر في الغبن الفاحش فيبطل العقد كما اذا باع او اشترى الاب في مال الصغير او الصغيرة بغبن فاحش وكما اذا زوجها غير الاب والجد ولابي حنيفة رضي الله عنه ان حكم الولاية مدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وقد وجد في النكاح وهذا لان المقصود الاصلي من النكاح الوصلة وشرف الزوج وحسن اخلاقه لا المال والظاهر من حال الاباء النظر فيما هو مصلحة الصغار والصغائر وان لا يختاروا الحط والزيادة الا لمقاصد تزيد على المهر لانهم يشفقون لاولادهم فوق ما يشفقون الى انفسهم وهذا في النكاح الذي هو عقد سنة وديانة فاما التصرفات المالية كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والصلح في دعوى المال فلا يملك الاب والجد بالغبن الفاحش بالاجماع لان المقصود المال وقد حصل النقصان فيه بالاجبار فلم يجز وفي النكاح وجد الجابر وهو ما قلنا من المقاصد حتى لو عرف من الاب سوء الاختيار بمجانة او فسقا كان العقد باطلا بخلاف الاخ والعم فان شفقتهما قاصرة فيحل تفريطهما في المهر على ترك النظر فلهذا لم يكن العقد باطلا وبخلاف ما اذا زوجت المراة نفسها بدون صداق مثلها او من غير كفؤ حيث كان للاولياء الاعتراض عليها لانها ناقصة الراي متابعة للشهوة وذلك بقصرها في المهر والكفاءة على متابعة الشهوة وترك مقاصد النكاح ولان الاولياء يعيرون بنقصان المهر وعدم الكفاءة فلو لم يثبت الاعتراض يفوت حقهم بلا جابر فلا يجوز ❁ وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها على صداق بخمسمائة درهم زوجها منه ابوها ابو بكر الصديق رضي الله عنه ❁ وزوج النبي صلى الله عليه وسلم بنته فاطمة عليا رضي الله عنه باربعمائة درهم وكان مهر مثلهما اكثر من ذلك باضعاف لاجتماع الفضائل فيهما فعلم ان نكاح الاب بالغبن الفاحش يجوز لما مر اخرى وقد تزوج عمر رضي الله عنه ام كلثوم بنت فاطمة باربعين الفا وكانت فاطمة اشرف منها بلا شك لانها بنت النبي صلى الله عليه وسلم وام كلثوم بنت علي رضي الله عنه فصح ما قلنا **قوله** الا بما يتغابن الناس فيه اراد به الغبن اليسير **قوله** انما المايلة جواب لقوله كما في البيع **قوله** والدليل عدمناه في حق غيرهما اي عدمنا دليل النظر وهو قرب القرابة في غير الاب والجد **قوله** الشافي مرسوقا **قوله** ومن زوج ابنه وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه الصغير امة فهو جائز ❁ قال صاحب الهداية وهذا عند ابي حنيفة ايضا لان النكاح ليس بجائز عندهما اصلا ولما ذكر بقوله ايضا لانه ذكر في المسئلة المتقدمة اعني مسئلة حط المهر وزيادته من الاب في تزويج الولد ايضا كان النكاح جائزا في تلك المسئلة عند ابي حنيفة فكذلك ايضا عنده في هذه المسئلة ثم هذه المسئلة من خواص الجامع الصغير ❁ قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ❁ وكذلك ان زوج بنته الصغيرة ممن لا يملك مهرها او لا يقدر على نفقتها فهو على الاختلاف وان ذلك من غير الاب والجد فهو باطل بالاجماع ❁ وجه قولهما ان الولاية نظرية ولا نظر في ترك الكفاءة لانه ضرر ظاهر فلا يجوز ❁ وله ان حكم الولاية مبني على دليل النظر وهو قرب القرابة وترك الكفاءة لمصلحة تزيد على الكفاءة فجاز العقد على ترك الكفاءة كما قلنا في اختيار الغبن الفاحش بالحط والزيادة في المهر المسمى

فصل

في الوكالة على عقد في النكاح وغيرها اي وغير الوكالة كنكاح الفضولي لما ذكر الوكالة نوعا من الولاية من حيث ان تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي ينفذ على المولى عليها ناسب ذكر الوكالة عقيب باب الاولياء والاكفاء ثم اخر الكلام اي ذكر الفضولي لان التصرف

من جهة الغير اما ان يكون بامر او بغير امر ❁ فالاول تصرف الوكيل ينفذ على الموكل والثاني تصرف الفضولي والوكالة تقديم الفاء وكسرها كذا ذكره ابن السكيت **قوله** ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وكذلك اذا وكل رجل رجلا ان يزوجه امراة ووكلته المراة بذلك فعقد لهما جاز ❁ وقال زفر لا ينعقد النكاح بالواحد ❁ وقال الشافعي ان كان وليا لهما جاز مثل الجد يزوج بنت ابنه من ابن ابنه وان كان وكيلا لم يجز ولم يجز لابن العم ان يتولى طرفي النكاح كذا في تحريرهم والاصل هنا ان الواحد عندنا يصح ان يكون وليا في النكاح من الجانبين كما اذا زوج بنت اخيه من ابن اخيه ويصلح ان يكون وكيلا من الجانبين ايضا كما لو وكل رجلا بان يزوجه وتوكله المراة وذلك الرجل ايضا بان يزوجها نفسه فقال الوكيل اشهدوا اني زوجت فلانة فلانا فانه ينعقد العقد ولا يصلح ان يكون الواحد وكيلا في البيع من اثنين بالاتفاق الا في الاب فانه اذا اشترى مال ابنه لنفسه او باع ماله من ابنه الصغير بمثل قيمته او بزيادة او نقصان بقدر ما يتغابن الناس فيه فانه يجوز استحسانا كذا في شرح الطحاوي وجه قول زفر ان النكاح عقد معاوضة فلا يجوز ان يكون الواحد وكيلا من الجانبين كما في البيع يؤيده قوله عليه السلام كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل وبه تمسك الشافعي ايضا في الوكيل ولكن يفرق بينه وبين الولي لتصرفه في الولي دون الوكيل وذلك لان العقد لا يباشره سوى الولي غاية ما في الباب ان تامر غيره من احد الجانبين ان يعبر عن اثنين وهذا لانه لا يستغنى عن اضافة العقد شرعا ❁ ولنا ان الوكيل في باب النكاح سفير ومعبر كالرسول فالواحد ان يكون معبرا عن واحد يصلح ان يكون معبرا عن اثنين وهذا لانه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الزوجين ❁ فلما كان كذلك لم يرجع الحقوق اليه اي الى الوكيل والعاقد ولم يكن هو مطالبا كالمرسول ❁ فلم يكن لعبارته معتبر عبارتهما جميعا فصار ايجابه كلاما للمراة والزوج جميعا فتم العقد بالشين حكما والثابت حكما كالثابت حقيقة الا ترى انه لو زوج ابنه الصغير امة اخيه الميت وهي صغيرة جاز بلا ريب بخلاف الوكيل في البيع فانه ليس بمعبر وسفير دليل انه يستغنى عن اضافة العقد الى غيره ولان حقوق العقد ترجع الى العاقد في باب البيع فلو صح ان يكون الواحد وكيلا من الجانبين لادى الى التضاد والتمانع بان يكون مملكا ومتملكا ومطالبا ومطالبا ومخاصما ومخاصما وليس النكاح كذلك فان حقوق العقد لا ترجع الى الوكيل ولهذا لا يطالب الوكيل بالنكاح بتسليم المهر فلا يؤدي الى التمانع ❁ والجواب عن الحديث فنقول انه مطعون طعن فيه اهل الحديث ثم ادعى صحته فعليه البيان ولئن صحته نقول لما اجتمع الوصفان في واحد صار كالمستثنى من معنى ❁ الا ترى الى قوله عليه السلام الحقوا الفرائض باهلها فما ابقت فلاولى رجل ذكر ثم جاز استحقاق الواحد الفرض والتعصيب لاجتماع الشيئين فيه وان العدم المعدود كالجد لاب لاب اذا كان مع البنت كذا هنا واذا اذنت المراة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز على ان المراة اذا وكلت رجلا وقالت زوجني من رجل فزوجها من نفسه بان قال عند الشهود اشهدوا اني قد زوجتها من نفسي فالنكاح باطل وكذا اذا قالت الحرة ما جازت لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد لانه فضولي من جانبها وقد لا يعرفها ومعرفته بالخطاب فلا يدخل تحت اسم النكرة ولو قالت زوجني من نفسك فزوجها من نفسه جاز في قولهم جميعا لانه اصيل من جانب نفسه ووكيل من جانبها وكذا ابن عم صغيرة هو وليها زوجها من نفسه بمهر المثل جاز لانه ولي من جانبها اصيل من جانب نفسه ولو كانت البالغة بكرا واستامرها لنفسه فسكتت ثم خرج وزوجها من نفسه جاز لانه صار وكيلا من جانبها ولو زوجها من نفسه او لانسان اخر غائبا فسكتت لم يجز عندهما لانه فضولي من جانبها ❁ وعند ابي يوسف يجوز كذا في الجامع الكبير **قوله** لاستوائه سواء اي لا يتولى العقد سوى الولي يعني في النكاح **قوله** ان الوكيل في النكاح معبر وسفير اما انه معبر من حيث ان عبارة العقد صدرت منه وكونه سفيرا باعتبار انه لا حقوق العقد ليست راجعة اليه بل الى الموكل والمعبر موسوق وايضا السفير في اللغة المصلح بين القوم كذا في الديوان ❁ وقال ابن دريد في كتاب الجمهرة السفير بين القوم الماشي بينهم في الصلح والتمانع اي التنافي **قوله** فقوله زوجت يتضمن الشطرين اي قول الوكيل زوجت فلانة من فلان يقوم مقام شطري العقد وهما الايجاب والقبول من يا نه انفا **قوله** قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز وان رده بطل ❁ وكذلك لو زوج رجل امراة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه ❁ اي قال القدوري في مختصره يتعقد تزويجهما بغير الاذن موقوف على اجازة المولى ولذا تزويج الفضولي ينعقد موقوفا على الاجازة والاصل ان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز حالة الوقوع كالنكاح والبيع والاجارة وغيرها ان العقد موقوفا فان اجاز المالك ينفذ ويثبت حكمه مستندا الى وقت العقد وان ابطل بطل ❁ وعند الشافعي لا يصح تصرف الفضولي اصلا لان العقد انما يراد لحكمه والفضولي ليس بقادر على اثبات الحكم فيكون تصرفه لغوا ❁ ولنا ان ركن التصرف وهو الايجاب والقبول صدر عن اهله وهو العاقل البالغ مضافا الى محله فيصح والمحل في الانكاح هو الانثى من بنات ادم ليست بمحرمة ومعتدة وشرطه زائد على العدد المنصوص وفي البيع هو المال فقلنا بصحة العقد كيلا يلزم الحاق الانسان المميز بالنطق بسائر الحيوانات بل بالجمادات لكن على سبيل التوقف كيلا يلحق الضرر بالغائب فاذا وجد الاذن في الانتهاء يصير كالموجود في الابتداء فيستند الحكم الى اول العقد ❁ الا ترى الى ما روى ابو داود في سننه مسندا الى الزهري عن عروة عن ام حبيبة انها كانت تحت عبد الله بن جحش فمات بارض الحبشة فزوجها النجاشي للنبي عليه السلام وامهرها عنه اربعة الاف وبعث بها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع شرحبيل فقبل عليه السلام ولا يلزم من صحة العقد لزوم حكمه وثبوته في الحال لان الحكم قد يتراخى عن موجب العلة كما في البيع بشرط الخيار ولا نسلم انه ليس بقادر على اثبات الحكم على تقدير الاجازة بمن وقع العقد له والمراد بالفضولي هو الذي يتصرف في حق الغير بلا اجازة ثم العبد اذا دخل ثم اجاز المولى النكاح يلزمه مهر المثل بالدخول ومهر اخر بالاجازة قياسا لان الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في النكاح

الفاسد وفي الاستحسان يلزمه مهر واحد لان المثل المثل ثم يلزمه بحكم العقد فلولاه لم يلزم الحد والمسمى ايضا يلزم بحكم العقد فلو
لزما لزم في العقد الواحد مهران وذلك لا يجوز ثم انما يتم قوله ولم يجز لانه اذا المولى مجبر
كالذا زوج الفضولي حينئذ لا يتوقف العقد لانه يملك السلطان او القاضي يجيز فينبغي ان يتوقف اجيب لانا نقول يمكن فرض المسئلة
في موضع لا قاضي فيه ولا سلطان كدار الحرب مثلا او في صورة ما تزوج عبد المكاتب حيث لا يتوقف بل يبطل لعدم المجيز لان
النكاح عيب وليس بكسب فلم يجز اجازة المكاتب وكذا اجازة المولى لانه اجنبي عن كسب المكاتب قوله او ان
راى المصلحة فيه ينفذ اي اذا راى الغائب وهو المعقود له المصلحة في العقد او التصرف ينفذ بالاجازة ويجوز الامام على
الذكر للشهرة فافهم قوله ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان قال اخر اشهدوا
اني زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز العقد وكذلك ان كانت المراة هي التي قالت جميع ذلك يعني اذا قال الرجل
اشهدوا اني قد تزوجت فلانة وهي غائبة عن المجلس فقال الرجل زوجتها اياك فبلغها الخبر فاجازت فهو جائز بخلاف ما اذا
لم يخاطب عنه واحد فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل عندهما خلافا لابي يوسف وهذه من مسائل الجامع الصغير والاصل ان شطر
العقد هل يتوقف على ما وراء المجلس ام لا فعندهما لا يتوقف وهو قول ابي يوسف اولا ذكره في المبسوط وقال اخرا يتوقف
لان عقد الفضولي لو كان بغير اذن كان نافذا فاذا كان عن غير اذن يتوقف فيما سنا اذا الخلع على مال او اعتق عبد
الغائب على مال يتوقف حينئذ بالاتفاق ● ولنا ان الموجود شطر العقد وذاك لا يتوقف على ما وراء المجلس كما اذا قال الرجل
بعت عبدي من فلان ولم يقبل عن المشتري احد او قال اشتريت عبد فلان ولم يقبل عن البائع احد او قال بعت عبد فلان من فلان
فلا يقبل عنهما احد فانه لم يتوقف لم ينفذ بالاجازة اللاحقة بعد المجلس بخلاف ما اذا اجرى العقد بين الفضوليين لانه عقد تام لوجود
الايجاب والقبول الا انه لم ينفذ في الحال بل توقف على اجازة المعقود له كيلا يلحق الضرر به وبخلاف الخلع لانه يمين من جانب الزوج
بالمال ● ولهذا قال في الجامع الكبير لو ابتدات المراة فقالت خلعت نفسي لما ان الزوج غائب فهو باطل لا دخل الحلف فحالا المتاد له
وبخلاف تعليق الطلاق والعتاق بمال فانه يمين ايضا فيتم بالحالف وكانه قال ان قبلت فلانة درهم فهي طالق وان قيل ذلك
كذا فهو حر والقبول شرط وقوع الطلاق والعتاق لا شرط العقد وبخلاف ما اذا كان مامورا لانه معبر يقوم كلامه مقام
كلام الزوجين ● ثم اعلم ان الواحد يجوز ان يكون اصيلا من جانب ووليا من جانب ولو يجوز الى يكون الواحد اصيلا من جانب وولي
من جانب وكذا يجوز ان يكون الواحد وكيلا من الجانبين وكذا يجوز ان يكون الواحد وكيلا من جانب ووليا من جانب وكذا يجوز ان يكون
الواحد وكيلا ووليا من الجانبين اما انه لا يجوز ان يكون الواحد اصيلا من جانب فضوليا من جانب وكذا لا يجوز ان يكون الواحد وكيلا
من جانب فضوليا من جانب وكذا لا يجوز ان يكون الواحد ووليا من جانب فضوليا من جانب وكذا لا يجوز ان يكون الواحد فضوليا من
الجانبين ● وعند ابي يوسف يجوز في جميع الصور وبناء مرت في هذا الفصل فانهم انما لوكان الواحد اصيلا من الجانبين
فهو بحال قوله وكذا الخلع واختاه اي الخلع عقد تام لانه يمين وكذا اخوات الخلع وهو الطلاق على مال والاعتاق على مال
قوله فيتم به اي يتم بطرف العين قوله ومن امر رجلا ان يزوجه امراة فزوجه اثنين في عقدة واحدة لم تلزمه واحدة
منهما وهذه مسئلة الجامع الصغير ● وهذا الاطلاق انما يكون تلزمه كلتاهما وذلك لا يجوز لانه خلاف الامر او احداهما غير عين لا يجوز
ايضا لو عين ولا ايضا احداهما باولى من الاخرى او واحدة بما غير عين فلا يجوز ايضا لجهالة لان النكاح في المجهول لا يكون محلا لشرط انشاء
ولا يجوز التعيين لان ملك النكاح بالاخطار ● الاخرى انه لو قال تزوجت احداهما لا يجوز النكاح وفي المسئلة وجوه لا بد لك من ان
تعرفها العقد الاول انه امره بان يزوجه امراة فزوجه امراتين ثم امره ان يزوجه امراتين في عقدة فزوجه واحدة جاز الا اذا
قال لا تزوجني الا امراتين في عقدة فحينئذ لا يجوز والثاني امره ان يزوجه امراة ولم يعينها فزوجها واخرى معها لم ينعقد
والثالث زوجه الوكيل اثنتين في عقدة ذا امراة لانه لو زوجه في عقدة واحدة ثم تلزمه الاولى ونكاح الثانية موقوف على الاجازة
لانه فضولي فيه ● والرابع قال لم تلزمه واحدة منهما ولم يبطل لم يجز النكاح لانه النكاح لانه جائز وليس بنافذ لانه نكاح الفضولي
لمخالفته الامر قوله ومن امر امير(?) بان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة ولم يجز محمد في الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في امير من امراء قريش امر رجلا ان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره قال جاز وقال ابو يوسف
ومحمد لا يجوز وهذه المسئلة بوضعها من الخواص وانما وضع المسئلة ابو حنيفة في نفسه تواضعا حيث جعل نفسه مامورا له
تفاوت الحكم بين ان يكون الموكل اميرا او غير امير قرشيا او غير قرشي لما ذكره ان يكون جواز قولنا اعتبار العرف في الوكالة لان
المطلق من الكلام ينصرف الى ما هو المتعارف بين الناس والمتعارف هو التزوج بالاكفاء من الحرائر دون الاماء ولابي حنيفة رضي
الله عنه ان اللفظ مطلق لانه قال زوجني امراة ولم يقيدها بالحرة فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة حتى لو زوجه
امة نفسه لا يجوز لمكان التهمة ولا نسلم ان العرف هو التزوج بالاكفاء ولئن سلمنا لكن نقول العرف مشترك فلا يصلح ان يكون
مقيدا لان ما يقوله الخصم ليس باولى مما نقول نحن لان العرف مشترك فيها جميعا اذ هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا اعني ان العرف
وهو التزوج بالاكفاء لان الناس يقولون لمن لا يتزوج الا بالاكفاء فلا يعتد اللفظ المطلق ولا يقيده انهم لا يتركوا العرف لما
بمالهم ان خلاف ذلك ● وذكر في الاصل في كتاب الوكالة ان اعتبار الكفاءة في النكاح للموكل استحسان عندهما لان اعتبار الكفاءة
في الرجال للنساء فهو بالاتفاق ● قال في ظاهر الفتاوى ابو الحسن رجلا امراة فزوجه صبية جاز قبل هذا قول ابي حنيفة اما عندهما
فلا يجوز اذا كانت لا تجامع مثلها كما لو زوجه رتقاء او قرناء ومثل هذا اول الكل ولو امره بان يتزوجه سوداء فزوجه بيضاء او على العكس

لا يجوز فلو امره بان يزوجه عمياء فزوجه بصيرة يجوز وفي المنتقى امره بان يزوجه امة فزوجه حرة لا يجوز وان زوجه
مكاتبة او مدبرة او ام ولد ولده جاز ولو امره ان يزوجه نكاحا فاسدا فزوجه امراة نكاحا صحيحا لا يجوز بخلاف الوكيل بالبيع
الفاسد اذا باع بيعا صحيحا جاز والفرق ان الوكيل بالبيع الفاسد وكيل بالبيع لان البيع الفاسد بيع لانه يفيد الملك فصار وكيلا
فاذا باع بيعا جائزا فقد خالف الى الخير فيجوز فاما الوكيل بنكاح فاسد ليس بوكيل بالنكاح لان النكاح الفاسد ليس بنكاح
لانه لا يفيد الملك ولهذا لا يجوز طلاقها وظهارها ما دام الفريقين وكيلا لم ينفذ تصرفه عليه كذا ذكر الولوالجي في فتاواه
وانما ذكرت هذه المسائل بكثير الفوائد والله اعلم

فصل في المهر

لما فرغ عن ذكر ركن النكاح وشرطه شرع
في بيان المهر لان لعقد النكاح تعلقا به لانه اخر لان المال ليس بمقصود في باب النكاح ولهذا يصح النكاح وان لم يذكر المهر
قوله قال ويصح النكاح وان لم يسم به مهرا ● اي قال القدوري في مختصره ● اعلم ان خلو النكاح عن التسمية لا يمنع صحته
كما اذا تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها وتزوجها على ما ليس بمال كالميتة والدم وهما مثل ان فالنكاح
جائز ولها مهر مثلها اما صحة النكاح فلقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة وقد
حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق الا في النكاح الصحيح فعلم ان ترك التسمية لا يمنع صحة النكاح واما
وجوب المهر فلقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم اي تبتغوا ملك النكاح على النساء بالمال وحرف الباء يصحب الاعواض
فعلم ان ملك النكاح لم يشرع بلا مال وتطلبه بما قال مالك والشافعي ان المهر ضمان زائد ان ذكر في العقد يجب والا فلا
وتدل على قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم ● بيانه ان الشارع اضاف الفرض وهو التقدير على نفسه
ولا يجوز ابطال العبد ذلك باثبات النكاح بلا مهر غير ان تقدير العبد امتثال بذلك التقدير وقد بين الله تعالى
خصوصية رسول الله عليه بالنكاح بغير مهر بقوله تعالى خالصة لك من دون المؤمنين فعلم ان النكاح لم يشرع في حق
غيره بلا مهر وقد صح عن ابن مسعود رضي الله عنه انه سئل في امراة مات عنها زوجها ولم يكن فرض لها شيئا فقال
بعد ما اجتهد شهرا اقول فيه بنفسي فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطا فمن الشيطان والله ورسوله منه
برءيان ارى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط فقام معقل بن سنان وقال اشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قضى في بروع بنت واشق الاشجعية مثل قضائك هذا فسر ابن مسعود سرورا لم يسر قط مثله بعد اسلامه لموافقة قضائه
قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه عقد معاوضة فلا ينعقد الا بعوض كالبيع ولهذا كان لها ان تحبس نفسها لاستيفاء
المهر ولا يجوز حبس المبدل الا والبدل واجب ولان الله تعالى جعل المراة محل النسل وقد تعلق به رضي الله تعالى حب ما لا
نا نحوا لانا لا نرد دليل الوضا وكان القياس ان لا يكون مستغرقة بمكانه لورود ملك النكاح عليها الا انه ترك القياس بالنص
لضرورة التناسل فجعل الحل مضمونا بالمال لابانة شرف الحل وتعظيما له لان المراة داخلة عند الكرتي لا تفاني شيئا من ابتذال
المحل مضمونا بالمال مصونا عن شبهة الاباحة والبدل لان الابضاع لا يجري فيها الا الاباحة والبدل قوله واقل المهر
عشرة دراهم ● وقال الشافعي ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع يجوز ان يكون مهرا اعلم ان اقل المهر عندنا عشرة دراهم
او ما يساوي العشرة ● وقال مالك في الموطا لا ارى ان تنكح المراة باقل من ربع دينار لان ربع دينار يجب فيها القطع وعند
الشافعي يجوز القليل والكثير كما في ثمن المبيع بناء على ان المهر عنده ضمان زائد ● ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه
السلام انه قال لا مهر اقل من عشرة دراهم ● قال محمد ابن الحسن في الاصل بلغنا عن علي وعبد الله ابن عمر وعامر وابراهيم
رضي الله عنهم ● وروى ابو بكر الرازي هذا الحديث في شرح الطحاوي باسناده الى جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم ولان
ولان المهر ثبت ابتداء حقا للشرع ابانة لخطر المحل وتعظيما له مصونا عن شبهة الاباحة والبدل واظهار الخطر لا يكون الا
بما له خطر شرعا وذلك العشرة استدلالا بنصاب السرقة بدلالة التقدير بالاتفاق لانه يستباح به ما لا يستباح
بالبدل فلذلك المهر بوليه قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم بيانه ان الاموال لا تطلق على القليل ولا على العشرة لولا قيام الدليل
وقد قام الدليل عليها فخرج ما وراءها فان قلت استدلالكم بنصاب السرقة ضعيف لان مالكا والشافعي يقولان فان نصابها
عندهما ثلاثة دراهم وربع دينار قلت لا نسلم انه ضعيف وذلك ان مدعانا ان المهر مقدر خلافا للشافعي استدلالا بنصاب
السرقة من حيث ان كل واحد منهما يستباح به ما لا يستباح بالبدل ونصاب السرقة مقدر بالاجماع فكذا المهر بالقياس عليه
لوجود الجامع اما التقدير بالعشرة في نصاب السرقة ● فلما روى ابو داود في السنن مسندا الى عطاء عن ابن عباس قال قطع
رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا في مجن قيمته دينار او عشرة دراهم وبما في التقدير في باب السرقة ان شاء الله تعالى
فان قلت استدلالكم بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم ضعيف ايضا لان الاموال ذكرت بلفظ الجمع مقابلة الجمع وذلك يقتضي انقسام
الاحاد على الاحاد فعلى هذا يكون المراد ابتغاء كل واحد بما له لا باموالة والمال يقع على القليل والكثير قلت لا نسلم انقسام
الاحاد على الاحاد اذا ذكر الجمع بمقابلة الجمع ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان المال يقع على القليل الذي هو غاية في القلة عرفا وهذا
لان المال ما يجري فيه البذل والاباحة والشح والضنة والقليل الذي قاله الشافعي لا يجري فيه الشح والضنة ادباء القياس
ثم علمنا ان النبي صلى الله عليه وسلم فلا ينطلق عليه اسم المال عرفا كالفلس والجوز فلا بد من التقدير باله خطر فتعين العشرة
بالحديث او بالقياس فان قلت ان النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجلا حيث التمس نكاح المراة ولم يقدر على صداقها ولو خاتما من حديد ثم

ثبته من القرآن فعلم ان المهر ليس بمقدر بالمال قلت ذلك خبر الواحد وقد عارض نص الكتاب فلا يصح به **قوله** ولانه
حق الشرع وجوبا اي ثبوتا وانما قيدنا بقوله لانه حق المرأة بقاء ولهذا يسقط باسقاطها بعد التسمية **قوله** وهو العوض
الذي له خطر وهو العشرة بدليل نصاب السرقة **قوله** ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر مهر المثل
قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي للحاكم الشهيد اذا تزوجها على خمسة دراهم فلها عشرة دراهم استحسانا في
في قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول فلها خمسة وفي القياس لها مهر المثل ان دخل
بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول وهو قول زفر رحمه الله • وجه القياس ان ما دون العشرة لا يصلح مهرا فوجب مهر المثل كما
التسمية كما اذا لم يسم اصلا او سمى المسلم في تزوج المسلمة خمرا او خنزيرا ووجه الاستحسان ان العشرة في كونها مهرا حقا للشرع
وجوبا لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله اصله الطلاق فيتم لها العشرة ولان المهر الى تمام العشرة حق الشرع
وجوبا وما زاد على ذلك فهو حقها ثم رضاها بالخمسة اسقاط لحقها ونقص عن حق الشرع فيصح تصرفها في حقها دون حق الشرع فتتم
العشرة بخلاف ما اذا لم توجد التسمية لان الانسان قد يرضى باسقاط الحق تكرما وتفضلا طلبا للثناء الجميل ولا يرضى
بالشيء القليل اما اذا كانت راضية بما دون العشرة فاولى ان تكون راضية بالعشرة وبخلاف تسمية الخمر والخنزير وهذا لان
ما دون العشرة يصلح ان يكون مسمى مضموما الى غيره من المال فيصح بانفراده ايضا اما الخمر والخنزير فلا يصح تسميتهما مع غيرهما اصلا
فبطلت التسمية فوجب مهر المثل وعلى هذا لو تزوجها على ثوب يساوي خمسة فلها الثوب وخمسة دراهم وان طلقها قبل ان
يدخل بها فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وانما يعتبر قيمة الثوب يوم العقد وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا الا ان الفرق
بينهما انه اذا جاء بقيمة الثوب اجبرت المرأة على القبول واذا بقيمة المكيل او الموزون لا تجبر **قوله** ومن سمى مهرا عشرة
فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها • اعلم ان المهر يجب بالعقد اما بالتسمية اذا وجدت واما بالحكم اعني مهر المثل بحكم
الشرع ثم يستقر المهر باحد اشياء ثلاثة اما بالدخول واما بموت احد الزوجين واما بالخلوة الصحيحة • اما الاول فلانه استوفى
المبدل فيجب عليه ايفاء البدل كما اذا قبض المبيع يستقر عليه الثمن • واما الثاني فلان النكاح ينتهي بالموت الى نهايته والشيء بانتهائه
يتقرر بجميع حوائجه ولهذا يجب العدة فصار كالدخول واما الخلوة الصحيحة فلها حكم الدخول ايضا لما نستذكر بعد هذا ان شاء الله تعالى
وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف
ما فرضتم **قوله** والاقيسة متعارضة معناه ان القياس في الطلاق قبل الدخول كان احد الامرين وهو وجوب
المهر على الكمال او سقوطه اصلا اما الاول فلان الزوج فوت ملك البضع باختيار نفسه وكان بسبيل من الاستيفاء وان لم
يستوف فلا يكون معذورا في سقوط حق المرأة • واما الثاني فلان المعقود عليه وهو البضع عاد الى المرأة سالما كما كان فلا
يجب لها على الزوج شيء لانه لم يستوف المبدل حتى يجب عليه البدل كالبيع اذا وصل للبائع كما كان لا يجب على المشتري شيء لما
كان القياس في مقابلة النص باطلا كان المرجع النص • فقلنا باستقرار نصف المهر وسقوط نصفه وتركنا القياس في
قوله نصفه اي في الطلاق قبل الدخول والخلوة **قوله** قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا اي قال القدوري
في مختصره وان تزوجها ولم يسم لها مهرا يعني سكت عن المهر او تزوجها على ان لا مهر لها يعني بشرط ان لا مهر لها وهي مسألة المفوضة
وهي التي فوضت نفسها بلا مهر فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وهذا مذهبنا ومذهب سفيان واحمد بن حنبل واسحاق
وقال الشافعي لا يجب لها شيء اذا مات عنها واصحابه اختلفوا في الدخول • قال بعضهم لا يجب بالدخول ايضا والمزني على انه يجب المهر
بالدخول له ما روي عن علي وزيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم انهم قالوا لها الميراث ولا صداق لها وعليها العدة
ولان المهر خالص حقها فيمكن لها ولاية النفي ابتداء كالاسقاط انتهاء بخلاف ما اذا دخل بها على قول المزني حيث يجب المهر لقوله
تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن فريضة • ولنا ما روي في السنن والجامع الترمذي مسندا الى مسروق عن عبد الله
في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق فقال لها الصداق كاملا وعليها العدة ولها الميراث فقال
معقل بن سنان سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى به في تزويج بنت واشق وفي السنن مسندا ايضا عن عبد الله بن عتبة
ابن مسعود ان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اتي في رجل بهذا الخبر فاختلفوا اليه شهرا او قال مرات قال فاني اقول فيها
ان لها صداقا كصداق نسائها لا وكس ولا شطط وان لها الميراث وعليها العدة فان يك صوابا فمن الله وان يك خطأ فمني ومن
الشيطان والله ورسوله بريئان فقام ناس من اشجع فيهم الجراح وابو سنان فقالوا نشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضاها فينا في
تزويج بنت واشق الاشجعي كما قضيت قال ففرح عبد الله بن مسعود فرحا شديدا حين وافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال ابو عيسى الترمذي حديث ابن مسعود حسن صحيح وقد روي عنه من غير وجه ثم قال وروي عن الشافعي
انه رجع عن هذا القول وقال بحديث بروع بنت واشق والوكس النقصان والشطط مجاوزة الحد ولان عقد النكاح
مضمون بالمال حقا للشرع ابتداء دل عليه قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وقوله قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم وقد مر
البحث والمعنى فيه ابانة شرف المحل وانما يصير المهر حقا للمرأة في حالة البقاء فلاجل هذا ملكت الابراء انتهاء دون
النفي ابتداء وحديث ابن مسعود لم يفصل بين ان يكون سكت عن مهرها او ان يعقد على ان لا مهر لها فعلم ان قول الشافعي
ضعيف فان قلت قد روي في كتب الاصول عن علي رضي الله عنه في حديث ابي سنان الاشجعي انه قال ما نصنع بقول اعرابي
بوال على عقبيه فما جوابه قلت لا نسلم انه صح • الا ترى انه لم يذكر في كتب الحديث المعتبرة ولئن سلمنا لكن نقول انه مذهب

علي رضي الله عنه كان لا يقبل رواية الراوي حتى يحلفه الا ابا بكر الصديق فرد ذلك الحديث لمذهبه هذا ونحن لا نأخذ
قوله ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة • اي لو طلق التي لم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها قبل ان يطأها
فلها المتعة وهي واجبة عندنا خلافا لمالك فانها عنده مستحبة • لنا قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او
تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين والمراد بالفريضة المهر والموسع
الغني والمقتر الفقير اي اعطوهن متعة الطلاق على قدر الغنى والفقر وحقا عاما ما كيدا لقوله متعوهن بمعنى متعا بالمعروف
بالوجه الذي يحسن في الشرع والمروة على المحسنين اي الذين يحسنون الى المطلقات بالمتعة وجه الاستدلال بالاية ان الامر
مطلقا وهو يدل على الوجوب على ما عرف في الاصول ولانه قال حقا وذلك يقتضي الوجوب وكذلك كلمة على وهي للالزام والمتعة
الواجبة عندنا هي هذه وحدها والثانية مستحبة الا اذا كانت الفرقة من قبل المرأة حيث لا تستحب لها المتعة لانها جانية
قوله والمتعة ثلاثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس هكذا
ذكر في المبسوط عند الشافعي وقال في شرح الطحاوي المتعة ثلاثة اثواب درع وخمار وملحفة على اعتبار حالها ان كانت
سفلة فمن الكرباس وان كانت وسطة فمن القز وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم • قال في المبسوط عند الشافعي
المتعة شيء نفيس من ثوب او خادم او فرس او نحو ذلك • وقال المتعة في شرح الاقطع • قال الشافعي المتعة ثلاثون درهما
وقال مالك بن انس رحمه الله في الموطأ ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليل ولا كثير • وقال احمد اعلى المتعة خادم
وادناه كسوة ويجوز لها ان تصلي فيها • وروي عن ابن عباس كذلك ولنا ما روي اصحابنا في المبسوط وغيره عن ابن
عباس وعائشة وسعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي ان المتعة ثلاثة اثواب والفقه فيه ان المرأة تصلي وتخرج
عادة في ثلاثة اثواب فيكون متعتها ايضا كذلك في الطلاق قبل الدخول تذكر لها من زوجها ولان لا يجاب الثوب
نظيرا في النكاح وهو الكسوة فكان اعتباره بما له نظير اولى من ايجاب ما ليس له نظير وهو الدراهم **قوله** وقوله من
كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها • اي وقول القدوري في مختصره من كسوة مثلها اشارة الى اعتبار حالها في
الكسوة وتفسيره ما ذكرناه عن شرح الطحاوي وهو قول الشيخ ابي الحسن الكرخي ووجهه ان هذه المتعة واجبة قائمة مقام
مهر المثل وفي مهر المثل يعتبر حال المرأة لا حال الرجل فكذا فيما قام مقامه • قال صاحب الهداية والصحيح انه يعتبر
حال الرجل دون حال المرأة والتعليل في معارضة النص باطل **قوله** ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها
وفي بعض النسخ هو لا يزاد وكلاهما جائز فالتأنيث على ارادة المتعة والتذكير على ارادة قدر المتعة اي قدر المتعة اذا كان زائدا
على نصف مهر لا يزاد عليه بل يجب نصف مهر المثل واذا كان ناقصا عن خمسة دراهم لا ينقص عنها بل يجب الخمسة وهذا
لان النكاح الذي وجد فيه التسمية لا يجب اكثر من نصف المهر اذا وجد الطلاق قبل الدخول فلان لا يجب فيما لم توجد فيه
التسمية لا يجب اكثر من نصف مهر المثل لان الواجب قبل الدخول الطلاق كان مهر المثل بل يجب المهر من المتعة ومن
نصف مهر المثل ولا ينقص عن خمسة دراهم اعني اذا كان نصف مهر مثلها اقل من قيمة المتعة يكون لها نصف مهر مثلها ولا
ينقص عن الخمسة لان اقل المهر الشرعي عشرة بالنص فلا ينقص عن نصفها وهذا لان المتعة في الطلاق قبل الدخول
بمنزلة المسمى فلو كانت العشرة مسمى ثم طلقها قبل الدخول كان يجب الخمسة فكذا هذا وان كانت المتعة تساوي مهر المثل
فالواجب المتعة ترجيحا لها عليه لانها ثابتة بكتاب الله تعالى **قوله** ويعرف ذلك في الاصل اي في المبسوط وبيانه مر
انفا **قوله** وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي مهر لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها
قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي اعلم انا قد بينا فيما تقدم ان
المهر يستقر بالدخول والخلوة الصحيحة وموت احد الزوجين فلما كان كذلك قلنا ان التسمية بعد العقد صحيحة تستقر بهذه
الاشياء فاما اذا طلقها قبل الدخول فماذا يجب ففي المشهور عن اصحابنا رضي الله عنهم يجب لها عليه المتعة • وعن ابي يوسف
وهو قوله الاول ان لها نصف المفروض وبه اخذ الشافعي وجه قوله الاول قوله تعالى فنصف ما فرضتم ولا فصل فيه
بين المفروض في العقد وبين المفروض بعد العقد فيتنصف هذا كما يتنصف ذلك • ولنا ان المفروض بعد العقد تعيين
لمهر المثل ومهر المثل لا يتنصف فكذا ما قام مقامه وهذا لان الواجب بهذا العقد كان مهر المثل لانه تزوجها ولم يسم لها
مهرا فوجب مهر المثل بحكم العقد ثم المفروض بعد العقد لو لم يكن تعيينا لذلك لوجب مهر المثل والمسمى جميعا الاول بحكم العقد والثاني
بحكم التسمية وذلك لا يجوز لان العقد النكاح حال وجوده خلا عن تسمية فيجب لها المتعة كما اذا لم يفرض بعد ذلك اصلا
والجواب عن النص نقول ان النص مطلق والمطلق ينصرف الى المتعارف والمتعارف هو المفروض في العقد لا بعده فيتنصف
ذاك لا هذا الا ترى انه لو قال العبد ان دخلت السوق واشتريت اللحم لا يفهم من اطلاق السوق سوق العطارين والبزازين بل
يفهم منه سوق القصابين لانه هو المتعارف **قوله** فكذا ما نزل منزلته اي لا يتنصف ما نزل منزلة مهر المثل والمراد
بالنازل منزلته المسمى بعد العقد **قوله** والمراد منه ما لا الفرض في العقد اي المراد بما تلا ابو يوسف من قوله تعالى فنصف
ما فرضتم هو الفرض حالة النكاح والفرض حين الابتداء هو المراد **قوله** واذا زاد لها في المهر بعد العقد
لزمته الزيادة • اي قال القدوري في مختصره • وقال زفر رحمه الله الزيادة لا تلتحق بالعقد وهي هبة مبتدأة ان قبضت ملكت
والا فلا وبه قال الشافعي كذا في شرح الاقطع لنا قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة اي من فريضة بعد

الفريضة • بيانه انه لا يخلو اما ان يكون المراد به الزيادة او النقصان والهبة المبتداة فلا يجوز ارادة الهبة لانها تتعلق بالزوجة وكذا لا يجوز ارادة النقصان لانه يتم بالمراة ولا حاجة الى التراضي فتعينت الزيادة كما هو الاصل في الامر الذي بين الاثنين الا اذا انتفى لانسان بمنافيه الثاني ولان بها تتغير صفة المهر كالحط فيتعلق بها الاستحقاق كالحط ثم ما صح لحاقها بالعقد استقر بالدخول • وقال زفر لو صحت الزيادة بعد العقد يلزم ان يكون الشيء عوضا عن ملكه • قلنا لا نسلم انه يلزم على تقدير الالتحاق باصل العقد وينتقض ايضا قول زفر بالعوض عن الهبة بعد عقدها فانه تم **قوله** وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى اي في فصل يذكر بعد عقدها بعد باب المرابحة والتولية واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول ابي يوسف اولا تتنصف مع الاصل لان المسمى بعد العقد مثل المسمى في العقد فيتنصف الاصل والزيادة جميعا • ولنا ان المتنصف متعلق بالاصل دون الزيادة لان المفروض في العقد هو المتعارف لا غير فيتنصف الاصل والزيادة جميعا لان هذه الزيادة لم تكن مسماة في العقد وكل ما لم يكن مسمى في العقد فان ورود الطلاق قبل الدخول يبطله والدليل على ذلك انه لو تزوجها على غير مهر وجب لها مهر المثل ثم يسقطه الطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مسمى في العقد **قوله** وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه اي وعند ابي يوسف على قوله الاول المفروض بعد العقد كالمفروض في العقد وقد بيناه في المسئلة المتقدمة **قوله** وان حطت عنه من مهرها صح الحط اي ان حطت المراة عن الزوج من مهرها صح حطها ويلتحق الحط بالعقد وذلك لان المهر في حالة البقاء حقها ولهذا يجوز خلعها لانها تصرفت في حقها **قوله** ولان المهر بقاء حقها ونصب بقاء على التمييز ولو قال حقها بقاء كان اولى لان التمييز لا يجوز تقديمه اتفاقا وخلاف المازني والمبرد في تقديمه على الفعل ومذهب سيبويه انه لا يتقدم عليها ايضا وقد عرف في النحو **قوله** واذا خلا الرجل بامراته وليس هناك مانع من الوطي ثم طلقها فلها كمال المهر هذا اذا كان المهر مسمى وان لم يكن مسمى فلها صداق مثلها واذا لم تصح الخلوة فلها نصف المسمى ان لم يكن المسمى فلها المتعة كذا في مختصر الطحاوي واصل هذا ان المهر يستقر بالخلوة الصحيحة عندنا • وهو قول الشافعي في القديم وفي قوله الآخر لها نصف المهر لان هذا طلاق قبل الدخول فيجب نصف المهر في القديم لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية ولان الزوج لم يستوف المبدل من المراة فلا يجب عليه البدل • ولنا قوله تعالى فلا تاخذوا منه شيئا الى قوله وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض والافضاء هو الخلوة وحقيقة الافضاء الدخول في الفضاء وهو المكان الخالي كقول الفراء اذا دخل في المساء • قال ابو بكر الرازي رحمه الله في شرحه لمختصر الطحاوي في باب العنين • قال الفراء في معاني القرآن الافضاء هو الخلوة وان لم يجامعها والفراء امام في اللغة غير مدافع فيقبل القول فيها ولان الواجب على المراة تسليم البضع وقد سلمته باقصى ما يمكن لوجود التخلية فاذا جاء النقص من قبل الزوج فيجب على الزوج تسليم البدل لوجود تسليم المبدل من جهتها اصله التخلية في العقار والمسيس ليس بموضوع على الجماع لغة وانما يقول الخصم انه يكون كناية عن الوطي ونحن نقول انه كناية عن الخلوة لان الرجل لا يمس امراته الا في الخلوة عادة فيكون ذكر اللازم العادي وارادة الملزوم فلئن ما عنه باولى مما نقول نحن على انا نقول روى ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي وقال روي عن عمر وعلي ان المراد بالمسيس الخلوة فلزم اعمالها لانهما حجة في اللغة • وقال مالك في الموطا عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب قضى في المراة اذا تزوجها الرجل انه اذا ارخيت الستور فقد وجب الصداق **قوله** لان المعقود عليه اي البضع ورد به اي دون الوطي **قوله** وذلك رفعها اي رفع الموانع هو موقع المراة **قوله** اعتبارا بالبيع يكون التخلية تسليما في البيع حتى يجب تسليم الثمن على المشتري فكذا هنا يكون رفع الموانع من المراة تسليما للبضع فيجب على الزوج تسليم البدل وهو المهر **قوله** وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست بصحيحة حتى لو طلقها لها نصف المهر هذا لفظ القدوري ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل خلا بامراته وهو محرم بتطوع او فريضة او هي حائض او هي محرمة بتطوع او فريضة او هي حائض او هو صائم او هي صائمة في رمضان او هو مريض او هي مريضة لا يستطيع جماعها ثم طلقها واحدة قال عليه نصف المهر في ذلك كله • ثم قال في الجامع الصغير عن ابي حنيفة في رجل خلا بامراته وهو صائم بتطوع او هي صائمة بتطوع ثم طلقها قال عليه المهر كاملا واحرام الرجل ومرضه من الخلو ومسئلة صوم التطوع من الخلاص ايضا وانما وجب نصف المهر في الصورة الاولى لان الخلوة ليست بصحيحة لوجود المانع فكان الطلاق قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة فلم يستقر المهر فسقط نصفه بالطلاق [illegible] بيان المانع اما المرض فظاهر لان [illegible] مرض يمنع الجماع او يلحق الضرر فلم يوجد التسليم المستحق بالعقد بدليل انه يرجى في العقد تسليم على غير هذا الحد يتوجد الوطي بزوال المرض وقيل مريضا ممنوع فان كان بالجماع يلحقها الضرر فلا تكون الخلوة صحيحة وان لم يلحقها الخلوة صحيحة • وقال بعضهم في مرضه كذلك والاصح انه لا ينفصل في مرضه فكل مرض من جانبه يمنع صحة الخلوة لان الرجل يوجب التكسر والفتور لا محالة واما صوم رمضان ومطلق الاحرام فكل واحد منهما مانع لصحة الخلوة لانه يوجب الافطار القضاء والكفارة جميعا وفي ذلك حرج فيكون مانعا لصحة الخلوة وفي صوم التطوع لا يجب عليه بالافطار الا قضاء يوم واحد يوم يسير وليس كاحرام التطوع لانه اذا افسد احرامه لم يمكن ان يمضي باحرام فاسد فيجب عليه ان يقضي فيلحقه في ذلك مشقة شديدة ولهذا يستوي الفرض والنفل في الحج بخلاف صوم رمضان من التطوع والنذر والكفارة وقضاء رمضان حيث لا يجب بالافطار الا القضاء فيكون الطلاق بعد الخلوة موجبا لكمال المهر لصحتها وهذا الذي قلنا من وجوب كل المهر في صوم غير رمضان

على رواية المنتقى • ومنهم من قال صوم التطوع وغيره سواء يمنع صحة الخلوة لانه لا يحل له ابطاله الا بعذر ولذا الحيض مانع لصحة الخلوة لانه مانع من الجماع طبعا وشرعا • اما الاول فلما فيه من التلوث بالدم النجس • واما الثاني فلقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن • واما صلاة التطوع فكصوم التطوع لانه لا ياثم بتركها وهو الصحيح فلا يكون مانعا للخلوة بخلاف صلاة الفرض فانه ياثم بتركها **قوله** وهذا التفصيل في صومها واراد به قوله فالمراد بمنه ما يمنع الجماع والحيض بحضرة **قوله** في رواية المنتقى وهو اسم كتاب في الفقه صنفه الحاكم الجليل الشهير ابو الفضل محمد بن احمد [illegible] المروزي رحمه الله وهو صاحب الكافي الذي هو شرحه مبسوطا **قوله** وهذا القول في المهر هو الصحيح اشارة الى وجوب كل المهر في صوم التطوع • واحترز بالصحيح عن الرواية الاخرى ونذكرها **قوله** فرضها كفرضه ونفلها كنفله اي فرض الصلاة كفرض الصوم ونفل الصلاة كنفل الصوم وقد مر بيانه ذلك انفا • قال في الفصول • ذكر في الذخيرة اصحابنا رحمهم الله اقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطي • في بعض الاحكام دون البعض اما الاحكام التي اقاموا الخلوة فيها مقام الوطي في بعض الاحكام فتاكد جميع المسمى ان كان في العقد تسمية وتاكد مهر المثل ان لم يكن في العقد تسمية وثبوت النسب ووجوب العدة ووجوب النفقة والسكنى في هذه العدة وحرمة نكاح اختها ما دامت العدة قائمة وحرمة نكاح اربع سواها وحرمة نكاح الامة على الحرة في العدة عن طلاق بائن ومراعاة وقت الطلاق في حقها • واما الاحكام التي ما اقاموا الخلوة مقام الوطي فالاحصان حتى لا يصيرا محصنين بالخلوة وحرمة البنات حتى لا تحرم البنت على رجل تزوج امها وخلا بها والاحلال للزوج الاول حتى لو دخل المحلل لا تحل للاول والرجعة حتى لا يصير مراجعا بالخلوة والميراث حتى لو مات زوجها في عدة الخلوة لا ترث منه • واما وقوع الطلاق في هذه العدة فقد قيل لا يقع وقد قيل يقع وهو اقرب الى الصواب لان الاحكام لما اختلفت في هذه الابواب يجب القول بالوقوع احتياطا كذا ذكر الاسروشني في فصوله وفي الفصول ايضا • قال رايت في فوايد صاحب المحيط اذا خلا بها في النكاح الموقوف هل يكون اجازة لا لان الخلوة مع الاجنبية حرام • وقال بعضهم بمثل الخلوة لا يكون اجازة واذا خلا المجبوب بامراته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا عليه نصف المهر والمجبوب هو المقطوع الذكر واستوصل ذكره وخصياه • كذا ذكر صاحب المغرب من الجب وهو القطع لهما ان عجز المجبوب فوق عجز المريض لان الوطي قد يتحقق بزوال المرض وهنا لا امكان للوطي اصلا ثم خلوة المريض ليست بصحيحة فلان لا تصح خلوة المجبوب اولى فيجب نصف المهر بخلاف خلوة العنين فانها صحيحة فيجب بها كمال المهر لان الالة سالمة فادير الحكم وهو وجوب كمال المهر على سلامة الالة ولا الة للمجبوب فافترقا ولا يقال سلامة الالة موجودة في المريض ايضا ومع هذا ليست خلوته بصحيحة لان السبب الظاهر وهو سلامة الالة اقيم مقام الامر الخفي في العنين كما هو الاصل والمانع عن الوطي فيه خفي ربما يتحقق الوطي وربما لا يتحقق بخلاف المريض فان المانع فيه ظاهر وهو المرض فلم يعتبر السبب الظاهر • ولابي حنيفة رضي الله عنه ان المستحق بعقد المجبوب تسليم المراة نفسها بما يليق بحال المجبوب وهو المستحق فصار التسليم كاملا في حقه لا يحتمل المزيد فلما وجد التسليم كاملا وجب عليه تسليم البدل وهو كمال المهر ولهذا اذا ولدت امراة المجبوب لزمه نسبه كالزوج الصحيح بخلاف المريض فان ثمه لم يوجد التسليم المستحق بالعقد لانه يرجى تسليم يتحقق به الوطي بزوال المرض وهنا لا احتمال لتسليم اخر فافترقا • فان قلت يلزم على هذا ان توجب الخلوة بالرتقاء كمال المهر اذ ليس هنا تسليم غير قلنا ان الرتق يزول فكان هذا التسليم منتظرا فلم يجب كمال المهر لعدم التسليم كاملا **قوله** وقد اتت به اي اتت المراة بالتسليم المستحق عليها وهو المستحق اي المناسب **قوله** والعدة واجبة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا • اي قال في الجامع الصغير يجب عليها العدة في المسائل المذكورة استحسانا فيما صحت الخلوة وفيما لم تصح والقياس ان لا تجب العدة لانه لو لم توجد الخلوة لا تجب العدة فكذا بعد الخلوة لوجود المانع وهو كونه طلاقا قبل الدخول • وجه الاستحسان ان الزوجين يتوهم الدخول فتجب العدة احتياطا لان العدة فيها حق الشرع وحق الولد فلا تصدق المراة في ابطال حقهما • اما حق الشرع فلان الزوجين لا يملكان اسقاطها وكذا يجري فيها التداخل • واما حق الولد فلقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماءه زرع غيره والمقصود منه رعاية حق الولد وهو حجة بخلاف المهر فانه يجب كاملا اذا صحت الخلوة اما اذا لم تصح فلا يجب الا نصف المهر اذا طلقها قبل الدخول لان المال لا يحتاط في ايجابه فلم يتوهم الى ان يلتفت الى توهم الشغل **قوله** وذكر القدوري في شرحه اي في شرحه لمختصر الشيخ ابي الحسن الكرخي ان المانع اذا كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن • بيانه ان في كل موضع يتمكن من الوطي حقيقة لكن يمنع لمانع تجب فيها العدة وفي الرتقاء يتصور الوطي بالشق وفي المجبوب بالسحق وفي كل موضع لا يتمكن من الوطي حقيقة كالمرض المخيف او الصغير او الصغيرة لا تجب العدة كذا في الفتاوى الصغرى اما المهر في الرتقاء فقال في كتاب الطلاق في باب الرجعة اذا خلا بها ثم طلقها يجب عليه نصف المهر • قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير ومن المتاخرين من قال الصحيح ان المذكور فيه قولهما وعلى قول ابي حنيفة تصح الخلوة ويجب المهر كاملا كالمجبوب قال لكن هذا خلاف ظاهر الرواية وقال صاحب الاجناس اتفقت الروايات انه يجب نصف المهر وهو الاصح لانه ذكر الكرخي في مختصره في كتاب الطلاق في باب ما يستحق به جميع المهر في رتقاء اذا طلقها بعد الخلوة بها فلها نصف المهر ولا عدة عليها لانه لا يمكن الجماع معه فلا عدة عليها • قال في خلاصة الفتاوى اذا خلا بها في المسجد او في الحمام لا تكون خلوة وكذا في الطريق وذلك لانه يجوز ان يحضر هناك ثالث ولو حمل امراته من الرستاق من طريق الجادة لا تكون خلوة وفي غير الجادة تكون خلوة وفي غير الصحراء اذا لم يكن بقربهما انسان فليس بخلوة وعلى السطح ان كان عليه حجاب تكون خلوة وكذا اذا خلا بها في حجلة او قبة وارخى الستر فيما بينه وبين غيره في البيت من النساء فهي خلوة • ولو خلا بها ومعه في البيت اعمى ونائم فليس بخلوة لاحتمال الانتباه والحس • ولو خلا بها ومعه امراة اجنبية لا تكون خلوة لانه لا يحل لها النظر

اليهما وان كان ثمة صبي او معتوه يعقلان فليس بخلوة وان كان لا يعقلان فهي خلوة صحيحة وفي المحل ان قدر على الوطء فهي خلوة وقال
قاضي خان عن شمس الائمة الحلواني رحمه الله ان كلب الرجل يمنع صحة الخلوة لانه لا يحتمل ان يكون سيده مستفرشه دغي يعقور بخلاف
كلب الرجل وفي الاعمى في النهار لا يكون خلوة وتصح في الليل **قوله** قال وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي
التي طلقها قبل الدخول بها وقد سمي لها مهرا ❊ اي قال القدوري تستحب المتعة لكل مطلقة الا المستثناة معنى كلام القدوري
تستحب المتعة لكل مطلقة سوى التي تقدم ذكرها وهي التي طلقها قبل الدخول وقبل التسمية فان متعتها واجبة الا المطلقة واحدة
وهي التي طلقها قبل الدخول بعد التسمية فان متعتها ليست بواجبة ولا مستحبة حكما للطلاق ولو كان مستحبا كان لمعنى آخر كما في قوله
عند الفطر ولا يكبر في طريق المصلى عند ابي حنيفة اي حكما للعيد لكن لو كبر لانه ذكر الله تعالى يجوز ويستحب وهذا اختيار
صاحب الهداية وعلى رواية صاحب المنظومات وصاحب التيسير وصاحب الكشاف وصاحب المختلفات المتعة في المستثناة
ايضا مستحبة فلا يصح استثناؤنا على روايتهم ❊ وقال الشافعي رحمه الله في الجديد تجب المتعة لكل مطلقة الا للتي طلقها قبل الدخول
بعد تسمية المهر فليست المتعة عنده بواجبة لها على قوله الجديد فعلى هذا يتحقق الخلاف بيننا وبينه في المدخول بها وعلى قوله القديم
تجب المتعة لهذه البضائع بنصف المهر والحاصل ان المطلقات اربع مطلقة بعد الدخول والتسمية ومطلقة بعد الدخول قبل التسمية
ومطلقة قبل الدخول قبل التسمية ومطلقة قبل الدخول بعد التسمية ففي الثالثة تجب المتعة بالاتفاق ففي الاولى والثانية
تستحب عندنا وتجب عنده وفي الرابعة لا تستحب عندنا وعلى قوله الجديد لا تجب له عموم قوله تعالى وللمطلقات
متاع بالمعروف الا ان المستثناة خرجت عن العموم بخصيص هو قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن
فريضة فنصف ما فرضتم جعل الجزاء نصف المفروض فلا يجب لها شيء اخر اعني المتعة وهي محجوج بهذه الاية على قوله القديم وعلى قوله
تعالى اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن الى قوله فمتعوهن وسرحوهن على ايجاب المتعة عند عدم التسمية بدليل هذه الاية
او على الاستحباب عند وجود التسمية ولان الزوج اوحشها بالطلاق فيجب المتعة دفعا لوحشة الفراق الا ان في المستثناة وجب نصف
المهر على طريق وجوب المتعة لان الطلاق وقع فسخا في هذه الحالة لان المعقود عليه وهو البضع عاد اليها كما كان فيكون فسخا ولا
تكرر في المتعة فلم يجب المتعة مع نصف المهر ولنا انها استحقت كال المهر اما المسمى او مهر المثل اذا لم توجد التسمية فلا يجب المتعة كالمتوفى
عنها زوجها ولان المطلقة قبل الدخول بعد التسمية لا يجب لها المتعة بالاتفاق على قوله الجديد وهو الاصح من قوليه لانها استحقت نصف
المهر فالتي تستحق كال المهر اولى ان لا يجب لها المتعة ولان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة وهي التي فوضت بضعها الى الزوج بلا مهر فانها
تجب عند سقوط مهر المثل بالطلاق وكان الواجب قبل الطلاق مهر المثل فعلم انها وجبت خلفا عنه فلما كان سبيل المتعة خلفا عن المهر
لا يجوز ان يجامع اصلا او شيئا منه فلا يجب المتعة للمطلقة بعد الدخول سواء سمي لها او لم يسم لوجوب المسمى في الاولى ومهر المثل في الثانية
الا انا قلنا بالاستحباب في صورة النزاع لقوله تعالى فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا وكن مدخولات بهن وهذا لان الوجوب
انتفى بما قلنا فلم يبق بعده الا الاستحباب والجواب عن الاية فنقول ان الاية ذات حرف التعريف بعد سبق الذكر فتنصرف اليه ما هو
ان الله تعالى قال اولا لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن ثم قال بعد ذلك وللمطلقات
متاع بالمعروف حقا على المتقين اي المطلقات المذكورات اللاتي طلقن قبل المس وقبل الفرض ونحن نقول بموجب ذلك اما قوله انه
اوحشها بالفراق فنقول لا نسلم الايحاش لان الفراق ربما يكون مطلوبا لها ولئن سلمنا الايحاش لكن لا نسلم ان الايحاش جناية من
الزوج حتى يلحقها الغرامة بذلك وقد يكون الطلاق مستحبا اذا كانت المرأة سليطة مؤذية او تاركة للصلاة لا تقيم حدود الله فلم يمكن
القول بوجوب المتعة فكانت من باب الفضل والاستحباب **قوله** في المفوضة وهي بكسر الواو وكذا وقع السماع هنا وفي
اصول فخر الاسلام وقد مر تفسيرها **قوله** والحلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه اراد بالخلف المتعة وبالاصل المهر والضمير
في منه يرجع الى الاصل وفي قوله وهو يرجع الى الزوج وفي به يرجع الى الايحاش وفي من المتعة وبالاصل المهر قوله واذا زوج الرجل
بنته قوله فكان يرجع الى المتعة على تأويل المتاع لانها بمعنى او على تأويل نيل المتعة **قوله** واذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه
الرجل بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الاخر فالعقدان جائزان ❊ اعلم ان الرجل اذا قال لاخر زوجتك ابنتي على
ان تزوجني ابنتك على ان يكون نكاح كل واحدة منهما صداقا للاخرى يصح عقد النكاح ولكل واحدة منهما مهر المثل وكذا اذا قال الاختين
او الامتين ❊ وقال مالك والشافعي واحمد بن حنبل بطل العقد ❊ قال في شرح الاقطع لو قال زوجتك اختي على ان تزوجني اختك
جاز العقدان بلا خلاف بيني اذا لم يجعلا كل عقد واحد منهما صداق الاخرى لهم ما روي في الصحيح والسنن مسندا الى نافع عن ابن عمر
رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار ❊ بيانه ان النهي يقتضي فساد المنهي عنه ولان كل واحد من الرجلين جعل بضع
كل واحدة من المرأتين صداقا او منكوحة فيلزم الاشتراك ولا اشتراك في باب النكاح فيبطل النكاح كما اذا زوجت المرأة نفسها من رجلين ❊ ولنا
ان ذكر الصداق بهذه الصفة ليس باكثر من تركه فاذا ترك ذكر الصداق لا يبطل العقد فهنا اولى ولانه سمى لمقابلة كل واحدة منهما
ما لا يصلح صداقا وهو بضع الاخرى فلم يتحقق الاشتراك في البضع فبقي شرطا فاسدا فصح العقد لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة
فصار كما اذا زوجها على خمر او خنزير واستدلالهم بالحديث ضعيف لان النهي يقتضي في غيره لا بعدم المشروعية وهو بحث الاصول
وانما قلنا ذلك لما روي عن مسدد في السنن انه قال قلت لنافع ما الشغار قال نكح ابنة الرجل وينكحه ابنته بغير صداق وينكح اخت الرجل
وينكحه اخته بغير صداق فعلم ان النهي ورد لمعنى في غيره وهو خلو العقد عن المهر ونحن نقول بموجب الحديث لانا نوجب مهر المثل فلا يكون
شغارا لانه عبارة عن تزوج البنت بالبنت او الاخت بالاخت بلا صداق مال وكان ذلك من فعل الجاهلية ماخوذ من شغر الكلب برجله رفعها

ليبول ثم توسعوا فيه حتى ذلك حتى قالوا شغرت ارض بني فلان اذا لم يكن فيها احد يحميها ويمنع عنه وشغر الرجل المرأة للجماع رافعا
اياها وفي الحديث الاشعار بفرق العوم شغر بغر قال كذب ابن دريد في **قوله** ولا شركة بدون الاستحقاق هذا جواب ما
الخصم بقوله ولا اشتراك في هذا الباب فيبطل الايجاب ❊ بيانه ان الشركة انما تلزم اذا ثبت الاستحقاق كما اذا زوجت نفسها من رجلين
ليستحق كل واحد منهما بضعها على سبيل البدل على تقدير صحة العقد فيلزم الاشتراك من ثبوت الاستحقاق فيبطل العقد بخلاف ما نحن
فيه حيث لا يستحق كل واحدة منهما بضع الاخرى صداقا لان البضع لا يصلح صداقا فلا يلزم الاشتراك واراد صاحب الهداية ببطلان الايجاب
بطلان العقدين اشعارا الجزء يلزم انتفاء الكل واختار لفظ الايجاب على العقد لرعاية السجع فافهم **قوله** وان تزوج حر امرأة
على خدمة سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها هذا لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر في المسئلة خلاف محمد بل ذكرها على الاتفاق وانما
ذكر صاحب الهداية رواية الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل تزوج امرأة على خدمته سنة
قال ان كان حرا فلها مهر مثلها وان كان عبدا فلها خدمته سنة ان كان حرا ❊ قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في شرح
الجامع الصغير ❊ قال الفقيه ابو جعفر ينبغي ان يكون قول ابي يوسف مثل قول محمد ❊ وقال بعض مشايخنا ان قوله مثل قول ابي حنيفة ذكره
محمد بن الخواص ❊ وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين فيما اذا كان الزوج حرا او عبدا لانه لما جاز اخذ العوض عنه
فانه يكون مهرا ويجوز اخذ العوض عن تعليم القرآن والامامة والاذان والاحجاج عنه فيجوز ان يكون مهرا وكذا خدمة الحر مال
يجوز اخذ العوض عنه عند العقد بالاجماع فيصلح مهرا كما اذا تزوج على خدمة حر اخر برضا او على خدمة عبد او على رعيه غنمها مدة
سنة او على زراعة ارضها هذه سنة او على زراعة ارضها هذه سنة ❊ ولنا ان المشروع هو الابتغاء بالمال اعني ابتغاء ملك النكاح لقوله
تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم وتعليم القرآن ليس بمال فلا يصلح ان يكون مهرا وكذا المنافع ليست بمال انما على اصلنا
لانها ليست بمتقومة لعدم الاحراز وانما يثبت لها حكم التقوم في باب العقود ضرورة ملك شرعي وهو عقد الاجارة قضاء لحوائج المسلمين
وذلك لان المنفعة كما توجد تتلاشى لكونها عرضا فلا يمكن الاحراز وقد منعنا الشرع من تسليم هذه المنفعة لان الزوج قوام على
المرأة مالك لها فلا يصلح ان يكون مملوكا لها بوجه فلما ثبت المنع من التسليم لم يثبت التقوم ولم يكن عين الخدمة مستحقا لها فصارت
كالشيء الذي لا قيمة له فوجب مهر المثل والشيء اذا لم ينعقد سببا لحكم الاصلي لم ينعقد لحكم الخلفي فلم يجب قيمة الخدمة كما قال محمد
ولهذا لم تثبت الحكم في عين الحمر بخلاف خدمة حر اخر فانه لا يجوز ان يكون بدلا مهرا ايضا في رواية كذا قال البزدوي
في شرح الجامع الصغير ولئن سلمنا انها تجوز فنقول انما جاز ذلك لعدم المناقضة بخلاف خدمة الزوج فان فيه مناقضة وللمرأة ان
اذا خدمها ترجع على الزوج بقيمة خدمته بخلاف التزوج على الرعي والزراعة فان ذلك ممنوع ايضا في رواية ولئن سلمنا فنقول
انما جاز ذلك لان الله تعالى نص ذلك في قصة موسى ولا تغيير ولانه لا مناقضة في ذلك لان ذلك من باب القيام لامور الزوجات
لا من باب الخدمة ولا باس بان يقوم الرجل بامور زوجته وبخلاف ما اذا تزوج العبد على خدمته باذن مولاه حيث يكون الحاصل
لانه لما خدمها باذن مولاه صار كانه يخدم مولاه حقيقة ولان خدمة العبد لزوجته ليست بحرام اذ ليس له شرف الحرية ولهذا
سلبت عنه تمامه الكرامات الثابتة للاحرار فلذا هذا وجه قول محمد ان المسمى وهو خدمة الحر مال بدليل انه يجب الاجر عند ال
العقد لكن يعجز عن تسليمه لمعنى في غيره وهو معنى الذل والهوان فصار كما لو تزوج على عبد الغير فيجب القيمة ووجه قول ابي يوسف
ان المسمى لا يصير مستحقا لها بحال للمناقضة او لانه ليس بمال لعدم الاحراز فوجب ان يبطل التسمية كما اذا سمى خمرا او خنزيرا اوجب مهر
المثل وجواب محمد مر **قوله** لتضمنه تسليم رقبته اي لتضمن خدمة الحر العبد تسليم رقبة العبد وتسليم الرقبة مما
يكون بيعا للنكاح بالمال بخلاف رقبة الحر فانها ليست بمال **قوله** لما فيه من قلب الموضوع اي لما في استحقاق
خدمة الزوج الحر من قلب الموضوع ❊ بيانه ان وضع النكاح يقتضي ان يكون الزوج مالكا لها فلو استحقت المرأة خدمته يلزم ان يكون
الزوج مملوكا وذلك قلب الموضوع فلا يجوز **قوله** او لا يستحق فيه بحال فما عيناني في هذا الموضع يكون او هي التي هي موضوعة
لاحد الشيئين على ان تكون هذه الجملة دليلا ثانيا ❊ بيانه ان مهر المثل انما وجب لاحد الامرين اما لان خدمة الزوج الحر
ليست بمال او لان خدمته لها لا تصير مستحقة في النكاح بحال **قوله** لان تقومه بالعقد لضرورة اي تقوم الخدمة
بعقد الاجارة لضرورة قضاء حوائج المسلمين ❊ وقد مر تقديره وانما ذكر الضمير الراجع الى الخدمة على تأويل المسمى ومثل ذلك جائز في كلام
العرب ❊ قال صاحب الجمهرة اخبرنا ابو حاتم عن الاصمعي ❊ قال قال ابو عمرو بن العلاء سمعت اعرابيا يمانيا يقول فلان لغوب جاءته كتابي
فاحتقرها فقلت اتقول جاءته كتابي فقال اليس بصحيفة فقلت له ما اللغوب فقال الاحمق ويجوز تأنيث المذكر ايضا كقوله تعالى
من اسد ما هذه الصوت على تأويل الصيحة فان قلت قد جاء في حديث الواهبة نفسها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال زوجتكها بما معك
من القرآن فلما لا تجوزون النكاح على تعليم القرآن ❊ قلت ذلك خبر الواحد فلا يجوز الزيادة به على كتاب الله تعالى وقد بيناه مرة
عند قوله واقل المهر عشرة دراهم ولانه ذكر واجب تعليمه فلا يكون مهرا لتعلم اليهما دين **قوله** فان تزوجها على الف
فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بخمسمائة وهذه من مسائل الجامع الصغير وهي معادة فيها فائدة ولفظ الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل تزوج امرأة على الف درهم فدفعها اليها ثم وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول
بها قال يرجع عليها فيأخذ منها خمسمائة وان لم تقبض حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء ولم يكن لواحد منهما
على صاحبه شيء وان قبضت خمسمائة ثم وهبت ما قبضت ثم طلقها قبل ان يدخل بها لم يرجع عليه بشيء ❊ وقال ابو يوسف ومحمد يرجع عليه
بنصف ما قبضت وان تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبض ثم وهبت له ثم طلقها قبل ان يدخل بها لم يرجع عليها بشيء في قولهم جميعا

شرح المسائل اما اذا وهبت الالف بعد القبض ● فانما يرجع الزوج على المراة بالنصف وهو خمسمائة لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ عندنا فصادفت الهبة مالا اخر وذلك لان المهر كان دينا والذي قبضه الزوج بحكم الهبة عين فلا يكون المهر عين المهر فيرجع الزوج عليها بالنصف لانه استحقه بالطلاق قبل الدخول والدليل على عدم التعين لان المراة لا يلزمها رد عين ما اخذت بالطلاق قبل الدخول بخلاف ما اذا وهبت الالف قبل القبض حيث لا يرجع واحد منهما على صاحبه بشي ● وقال زفر يرجع عليه بالنصف قياسا على ما اذا وهبت بعد القبض ● ووجهه ان المراة بالهبة من الزوج صارت مستهلكة للصداق فكانها قبضت ثم استهلكت فيرجع الزوج بالنصف ولان الزوج سلم له كل المهر بابراء المراة فلا يوجب ذلك براة المراة عما يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول ● ولنا وهو الاستحسان ان مقصود الزوج سلامة نصف المهر له بالطلاق قبل الدخول وقد حصل ذلك فلا يعتبر اختلاف السبب عند اتحاد المقصود لان الاسباب لا تراد لاعيانها بل لمقاصدها فلا يرجع الزوج عليها بالنصف كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله لا يطالبه صاحب الدين بشي اخر عند حلول الاجل ولان هبة المهر قبل القبض اسقاط الدين والدين تعين في الاسقاط فلما تعين وصل الى الزوج عين المهر بالطلاق فحال الاداء يرجع عليه بعد الطلاق بعين ما سلم له ● واما اذا قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كله المقبوض وغير المقبوض او وهبت الباقي في ذمة الزوج ثم طلقها قبل الدخول فعند ابي حنيفة لا يرجع عليها بشي وعندهما يرجع بنصف ما قبضت وهو مائتان وخمسون اعتبارا للجزء بالكل اعني لو ان الكل لو كان مقبوضا ثم وهبته كان يرجع الزوج بنصف الكل فكذا اذا كان المقبوض نصفا ثم وهبته يرجع الزوج بنصف ذلك وهو الربع ولو كان الكل غير مقبوض ثم وهبته لا يرجع الزوج عليه بشي فكذا لا يرجع عليه بشي من المهر في النصف غير المقبوض ولان هبته نصف الصداق حط والحط يلتحق باصل العقد فصار كانه تزوجها على ما بقي بعد الحط ثم تنصف بالطلاق قبل الدخول فياخذ الزوج نصفه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان مقصود الزوج سلامة نصف الصداق بهذا الطلاق بغير عوض وقد حصل ولان الدين لما كان متعينا في الاسقاط وصل الى الزوج عين حقه الذي هو نصف المهر في الطلاق قبل الدخول فلا يستوجب شيئا اخر بخلاف ما اذا كان الموهوب اقل من النصف حيث يرجع الزوج عليها الى تمام النصف لانه لم يحصل اليه عين حقه على التمام مثل ما لو قبضت ستمائة ووهبت له اربعمائة فعند ابي حنيفة عنه يرجع عليها بالمائة وعندهما يرجع بنصف المقبوض وهو ثلاثمائة والحط لا يلتحق باصل العقد في باب النكاح كالزيادة ولهذا لا ينتصف الزيادة مع الاصل بالاتفاق وقولهما صار كانه تزوجها على ما بقي بعد الحط ضعيف لانه لو كان كذلك وبقي بعد الحط اقل من عشرة لوجب اتمام العشرة واللازم منتف فينتفي الملزوم ● واما اذا كان المهر عوضا فلا يرجع فيه بالطلاق قبل الدخول اصلا سواء وهبت قبل القبض او بعده ● وقال زفر وهو القياس يرجع عليها بالنصف لما ان المهر سلم للزوج بالابراء فلا تبرا المراة عما يستحقه الزوج بهذا الطلاق ● ولنا ان المقصود سلامة نصف المهر وقد حصلت او نقول ان عين حقه وصلت اليه فلا يستوجب شيئا اخر ولهذا وليس ان يدفع شيئا اخر مكان العوض بالطلاق قبل الدخول بخلاف ما اذا كان المهر دينا اعني اذا كان دينا مما يجري فيه القرض كالكيلي والوزني فقبضته ثم وهبته ثم طلقها بعد ذلك حيث يكون له الرجوع عليها لانه لهبته مالا اخر على ما بينا وبخلاف ما اذا باعت عوض الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول يرجع عليها بالنصف لانه وصل اليه عين حقه بعوض فكان حقه في نصف الصداق بلا عوض ● قال في المبسوط ولو قبضت الصداق كله ووهبته لاجنبي ثم وهبه الاجنبي من الزوج ثم طلقها قبل الدخول يرجع عليها بالنصف المعين والدين في ذلك سواء لان مقصود الزوج سلامة نصف الصداق له من جهتها عند الطلاق ولم يسلم له ذلك انما سلم له من اجنبي اخر بالهبة وتبدل المالك بمنزلة تبدل العين **قوله** وكذا اذا كان اذا كان المهر مكيلا او موزونا اخر في الذمة اي موزونا اخر غير الدراهم والدنانير يعني يرجع الزوج عليها بنصف المهر اذا وهبت بعد القبض لعدم التعين **قوله** عند حصول المقصود وهو براءة ذمة الزوج عن نصف المهر **قوله** على ما مر من اراد به تعليل زفر رحمه الله بقوله لانه سلم المهر له بالابراء فلا تبرا عما يستحقه بالطلاق **قوله** بخلاف ما اذا كان المهر دينا ● يعني يجري فيه القبض ● كالكيلي والوزني ● من بيانه انفا انفا **قوله** ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذا الجواب يعني لو تزوجها على دين لا يجري فيه القرض كالحيوان والعروض لا يرجع الزوج عليه بشي اذا طلقها قبل الدخول بعد ما وهبت المراة ذلك سواء كانت الهبة قبل القبض او بعده اما قبل القبض فظاهر لان الزوج وصل اليه عين حقه لان الدين في الاسقاط يتعين ولذا بعد القبض لانها لما قبضت المسمى وهو الحيوان او العرض صار كان العقد ورد على عين فكان التي … وقد وصل اليه بالهبة عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلا يعتبر باختلاف السبب لاتحاد المقصود وهذا انما يبين نوع الحيوان ونوع العرض كما لو كان على فرس او على حمار او على ثوب هروي لانه اذا ذكر مطلق الحيوان ومطلق العرض تفسد التسمية ووجب مهر المثل **قوله** ولان هذا لان الجهالة تحملت في النكاح اشارة الى قوله لانه المقبوض متعين في الرد اي في رد النصف الواجب بالطلاق قبل الدخول ولهذا لا يجوز لها ان تدفع النصف من غير ذلك العرض الذي قبضته وكذا في الحيوان يعني انما قلنا ان المقبوض متعين وان كانت الجهالة فيه ثابتة حالة التسمية بحسب الوصف لان الجهالة تحملت في النكاح ● الا ترى انه لو لم تسمها اصلا يجوز النكاح ووجب مهر المثل مع ان النوع والجنس غير معلوم اصلا فعلم ان الجهالة تحملت فلما تعين بالقبض صار كان التسمية وقعت ابتداء على المعين فلما وهبته لا يرجع عليها بشي لوصوله الى عين حقه **قوله** واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلد او على ان لا يتزوج عليها اخرى بالشرط فله المسمى ان تزوج عليها اخرى واخرجها فلها مهر مثلها لو يزيد هذا اذا كان المسمى اقل من مهر المثل وهذا من مسائل القدوري ● قال في تحفة الفقها ولو جمع بين ما هو مال وبين ما ليس بمال لكن لها فيه منفعة اذ كان مباح لها

الانتفاع به كطلاق الضرة والامساك في بلدها ونحو ذلك كالعفو عن القصاص فان وفى بالمنفعة واوصل اليها فانه لا يجب الا المسمى اذا كان عشرة فصاعدا لانها اسقطت حقها عن مهر المثل لعوض صحيح وقد حصل وان لم يف بما وعد لها ان كان ما سمى لها من المال مهر المثل او اكثر فلا شي لها الا ذلك المسمى وان كان ما سمى لها اقل من مهر المثل يكمل لها مهر مثلها عندنا ● وقال زفر ان كان وعد لها سوى المسمى شيئا هو مال ان كان كاذا المهدي شرط ان يهدي اليها هدية فلم يف يكمل مهر المثل وان كان شيئا ليس بمال يعني نحو طلاق الضرة فلم يف لا يجب الا ما سمى لان ما ليس بمال لا يصلح مهرا فاستحق المسمى مهرا فلا يجب الرجوع بعوض عما ليس بمال واذا كان المسمى مالا وجب الرجوع بعوضه عند فواته ووجب مهر المثل ولنا انها لم ترض بالمسمى الا لمنفعة اخرى فاذا لم يسلم لها وجب مهر المثل لانعدام الرضا بالمسمى كما اذا تزوجها على الف وكرامتها ويهدي اليها هدية اما اذا كان شيئا لا يباح لها الانتفاع به كالخمر والخنزير فان كان المسمى عشرة فصاعدا يجب ذلك ويبطل الحرام ولا يكمل مهر المثل لان المسلم لا ينتفع بالحرام فلا يجب عوض بفواته **قوله** كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف صورته ما قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي وان تزوجها على الف درهم وكرامتها او على ان يهدي لها هدية فلها مهر مثلها لا ينقص من الالف وان طلقها قبل الدخول كان لها نصف المهر الالف لان مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول **قوله** ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها من البلدة الى الاخرى وهذه من مسائل الجامع الصغير وهي معادة ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه ● في رجل تزوج امراة على انه ان اقام بها في بلدها فمهرها الف وان اخرجها فمهرها الفان فان اقام بها في بلدها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر مثلها لا ينقص عن الف ولا يزاد على الفين ● وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان ● وقال في الاصل وان تزوجها على الف درهم وان لم يكن له امراة وعلى الفي درهم ان كانت له امراة او على الف درهم على ان لا يخرجها من الكوفة وعلى الفي درهم ان اخرجها فالشرط الاول جائز ولها ما سمى ان وفى وان خالف فلها مهر مثلها لا يجاوز الفين ولا ينقص من الالف لان الشرط الثاني فاسد في المهر وكذلك ان تزوجها على الفي درهم ان كانت له امراة فان لم يكن له امراة فعلى الف درهم فالشرط الاول جائز ولها الف درهم ان كانت له امراة وان طلقها قبل الدخول فلها نصف الالفين وان لم يكن له امراة فلها مهر مثلها لا ينقص من الف ولا يجاوز به الالفين ● وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جميعا جائزان على ما شرطا وعند زفر الشرطان فاسدان ولها مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا يزاد على الفين ● وجه قول زفر انه ذكر مقابلة شي واحد وهو البضع بدلين مختلفين على سبيل البدل وهما الالف والالفان فتفسد التسمية للجهالة فيجب مهر المثل ● ولهما ان ذكر كل واحد من الشرطين مفيد فيصحان جميعا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الشرط الاول قد صح لعدم الجهالة فيه فيتعلق العقد به فلو صح الشرط الثاني لان الجهالة انتفت منه ولم يفسد النكاح لان الشرط الفاسد لا يؤثر في النكاح فلما خالف الشرط الاول وجب لها مهر المثل لان في ذلك الشرط نفعا فلا ينقص من الالف لان الزوج رضي به ولا يزاد على الالفين لان المراة رضيت به ● وصاحب الهداية رحمه الله لم يبين له الدلائل في هذه المسائل وهذه المسئلة واحال المسئلة الى كتاب الاجارات ولم يبينها ثمه ايضا بل بين ثمه مسئلة ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان قلت ما الفرق بين هذه المسئلة حيث يصح الشرط الاول دون الثاني وبين ما اذا تزوجها على الفين ان كانت جميلة وعلى الف ان كانت قبيحة حيث يصح الشرطان جميعا بالاتفاق ● والمسئلة في الفتاوى الولوالجي وغيره ● قلت في المسئلة الاولى وجدت المخاطرة في التسمية الثانية لانه لا يدري ان الزوج يخرجها ام لا ● وفي المسئلة الثانية لا مخاطرة لان المراة اما جميلة واما قبيحة غير ان الزوج لا يعرفها وجهله بصفتها لا يوجب المخاطرة فصح الشرطان **قوله** ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس اي الانقص ● وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لها الاوكس في ذلك كله اي في الصور الثلاث فان طلقها قبل الدخول فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع وهذه من مسائل الجامع الصغير ● وقال في الاصل تزوجها على هذا العبد الابيض او على هذا العبد الحبشي فان كان مهر مثلها اقل من الحبشي فلها الحبشي وان كان اكثر من الابيض فلها الابيض وان اكثر من الحبشي واقل من الابيض فلها مهر مثلها وان طلقها قبل الدخول فلها نصف الحبشي وهذا قول ابي يوسف وقال محمد لها الحبشي في جميع ذلك الا ان يعطيها الزوج الافضل والاصل فيما ذكر في الجامع الكبير ان من تزوج امراة على احد مهرين مختلفين يقضي عند ابي حنيفة رضي الله عنه بمهر المثل لا ينقص عن الاول ولا يزاد على الاكثر وعندهما يقضي على الاقل كما اذا تزوجها على الف حالة او الفين نسيئة فعنده يجب مهر المثل ولا يزاد على الف حالة ولا ينقص عن الالفين نسيئة وعندهما المهر الالف النسيئة ● وكذا اذا تزوجها على الف حالة والف نسيئة يجب مهر المثل عنده ولا ينقص عن الانقص لان الزوج رضي بذلك ولا يزاد على الاكثر لان المراة رضيت به لكن اذا كان مهر مثلها الفين كان لها الخيار ان شاءت اخذت الالف الحالة وان شاءت اخذت الالفين الى سنة لانه تعلق بكل واحد منهما حق لان الالف ازيد وصفا وانقص قدرا والالفين ازيد قدرا وانقص وصفا وان كان مهر مثلها الفا فالخيار الى الزوج ان شاء اعطاها هذا وان شاء اعطاها ذاك لان الواجب هو الاقل وعندهما الخيار الى الزوج في الصورة الاولى ايضا لان الواجب هو الاقل وعندهما الخيار الى الزوج في الصورة الاولى ايضا لان الواجب الاقل عندهما ● وجه قولهما ان الاقل متيقن والفضل مشكوك فيجب الاخذ بالمتيقن كما في الخلع والاعتاق والطلاق على الف او الفين ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان الموجب الاصلي في باب النكاح مهر المثل لانه الاعدل وذاك لان المسمى ربما يكون اقل من قيمة البضع او اكثر بخلاف مهر المثل فانه معادل له كالقيمة في باب البيع وانما عدل عنه الى المسمى اذا صحت التسمية فلما فسدت صير الى الموجب الاصلي ولم يفسد النكاح لجهالة المسمى لان الجهالة … عدم التسمية بخلاف ما قاسا لان الخلع والعتاق والطلاق على مال ليس له موجب اصلي فصار الاقل … وجب الاقل لكونه متيقنا وبخلاف الاقرار بالف او الفين لان المقر به ليس بعوض والصداق

عوض عن البضع فلو عين الاعلى في الصداق يلزم الجنس بحقها وبين مهر المثل وفي المقربة لو عين الادنى لا يلزم الجنس بحق المقربة فافترقا اما
اذا كان طلقها قبل الدخول فانما يجب لها نصف الادنى بالاتفاق لان اعتبار الزيادة عن ذلك كان باعتبار مهر المثل وقد سقط مهر
المثل بالطلاق قبل الدخول وبقي ما هو المتيقن في حق المسمى فوجب تنصيفه ولان الواجب المتعة في الطلاق قبل الدخول اذا سقط مهر المثل
او عند فساد التسمية ونصف الادنى يزيد على المتعة غالبا فوجب ذلك لاعتراف الزوج • وقال في بعض شرح الجامع الكبير الضمان الاصلي
هو مهر المثل عند ابي حنيفة رضي الله عنه وانما يصار الى التسمية اذا صحت من كل وجه وعندهما الضمان الاصلي هو المسمى المسمى
ويصار الى مهر المثل اذا انعدمت من كل وجه **قوله** اذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه
والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته وهذه من مسائل القدوري والمعتبر في تسميته وفي قيمته راجع الى الحيوان
وذلك اشارة الى الحيوان ايضا • قال صاحب الهداية معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف كما اذا تزوجها على فرس او
حمار اما اذا تزوجها على دابة لا يجوز التسمية ويجب مهر المثل وسمى صاحب الهداية الفرس والحمار جنسا كما ترى ولكن ذلك
بل الفرس نوع من الحيوان وذلك لان الجنس هو الكلي المقول على كثيرين مختلفين بالنوع في جواب ما هو والنوع هو المقول على كثيرين متفقين
بالعدد في جواب ما هو من كل واحد من الجنس والنوع اربع مراتب اما ان يكون فوقه وتحته جنس فهو الجنس المتوسط كالجسم والجسم
واما ان لا يكون فوقه وتحته جنس فهو الجنس المفرد ولا نظير له في الخارج وقيل نظيره العقل او يكون تحته فقط فهو جنس
الاجناس كالجوهر ان جعل جنسا والا فالكم والكيف ونحوهما او يكون فوقه فقط فهو الجنس السافل كالحيوان وكذا الكلام في
النوع فالحيوان نوع بالنسبة الى الجسم النامي والجنس بالنسبة الى الانسان او الفرس مثلا والجسم النامي نوع بالنسبة الى الجسم
وجنس بالنسبة الى الحيوان والجسم بالنسبة جنس بالنسبة الى الجسم النامي نوع بالنسبة الى الجوهر فلون الجوهر جنس الاجناس والفرس
او الانسان مثل نوع الانواع ويجوز لك ان تقول اراد صاحب الهداية بالجنس ما اراد اهل النحو وهو ما علق على شيء لا بعينه
والفرس والحمار فهذه المناسبة ونقل عن ابن سينا ان الجنس كان في اصطلاح حكماء يونان لما يندرج تحته اشخاص كيف كان حتى
النسبة الى شخص او بلد او صناعة كالعلوية للعلويين والمصرية للمصريين فعلى هذا يجوز ان يطلق اسم الجنس على الفرس والحمار ثم
ثم نرجع الى ما نحن فيه فنقول اذا تزوج امرأة على دابة او تزوجها على حيوان او تزوجها على ثوب او تزوجها على دار لم تصح التسمية
لجنس الجهالة ويجب مهر المثل بالغا ما بلغ وذلك لان الحيوان يقع على انواع كالفرس والجمل والبقر والحمار ونحوها وكذا
الدابة لانها اسم لما يدب على وجه الارض في اصل اللغة ويقع في العرف على الخيل والبغال والحمير وغيرها والثوب انواع ايضا
يكون من القطن والكتان والخز والابريسم والدار مختلفة ايضا باختلاف البلدان والمحال والسكك وتتنوع ايضا بحسب الصغر
والكبر ونحو ذلك اما اذا بين النوع ولم يبين الصفة كما اذا تزوجها على عبد او امة او فرس او جمل او بقرة ونحوها او ثوب هروي
صح التسمية ولها الوسط من ذلك • وقال الشافعي لا تصح التسمية ويجب مهر المثل كما في الصورة الاولى لان جهالة الوصف تفضي الى
المنازعة كجهالة النوع فلا تصح التسمية وقاس على البيع • ولنا ان المهر انما يستحق عوضا عما ليس بمال وهو البضع والحيوان يثبت في الذمة
دينا مطلقا فيما ليس بمال كالدية من الابل في الدية وايجاب غرة في الجنين عبدا او امة فصح ان يثبت في الذمة شرطا ايضا وفي المهر
معنى المبادلة فجعلناه التزام المال ابتداء لا يمنع الجهالة المستدركة صحة الالتزام كالاقرار بعبد الا ان محمدا رحمه الله لا ما
ثم بالوسط لان المقر به ليس بعوض بخلاف ما نحن فيه فان المهر عوض • ثم لما كان حظ المتعاقدين على السواء اوجبنا الوسط
رعاية للجانبين لانه ذو حظ منهما لاشتماله على الجيد والردي كما اعتبر الوسط في الزكاة نظرا للفقير ورب المال بخلاف البيع فانه
لانه لا يصح مع جهالة الوصف لكونها مفضية الى المنازعة لان مبنى البيع على المضايقة لان المقصود المالية بخلاف النكاح فانه
مبنى على المساهلة يحمل على جهالة الوصف فما احسن من قال • ومن خطب الحسناء لم يغلها مهر • ثم ان الزوج مخير بين
الوسط من ذلك النوع الذي سماه وبين قيمته لان كل واحد من العين والقيمة اصل فيميل الى ايهما شاء اما العين فباعتبار
التسمية واما القيمة فلان الوسط لا يتعين الا بها فصارت اصلا ايضا وتجبر المرأة على القبول اذا اتى الزوج بالقيمة لان القيمة
اصل كالعين اعتبارا بالدية فانه متردد بين الابل والذهب والفضة وكل واحد منها اصل تجبر على قبوله ولي القتيل واما اذا
بين النوع والصفة كالتزوج والمكيل والموزون في الذمة فانه يجوز يجبر الزوج على دفع عين ذلك لانه يثبت في الذمة دينا
صحيحا ولهذا يجوز البيع به الا اذا رضيت المرأة بالقيمة فيجوز حينئذ دفع القيمة **قوله** في الوجهين اي فيما اذا بين النوع
او لم يبين **قوله** بينهما اي بين البيع والنكاح **قوله** وذلك اي رعاية الجانبين جانب المرأة وجانب الزوج **قوله**
والوسط ذو حظ منهما اي من الجيد والردي لان الوسط بالنسبة الى الردي جيد وبالنسبة الى الجيد ردي **قوله** خلاف جهالة
الجنس يعني ان عند اعلام الجنس اي النوع كالتزوج على فرس او حمار يمكن رعاية الجانبين باعتبار الوسط لان النوع يشتمل على الجيد والردي
فيمكن الوسط بخلاف جهالة الجنس كالتزوج على دابة او حيوان حيث لا يمكن ذلك لان الجنس يشتمل على الانواع فليس بعض النوع اولى من
البعض بالارادة فصارت الجهالة فاحشة فبطلت التسمية ووجب مهر المثل بناء اي مبنى البيع والمماسكة الجهالة له د
قوله مخير بينهما اي يخير الزوج بين قيمة الوسط من ذلك النوع الذي سماه وبين عين الوسط وان شاء اعطى الوسط
وان شاء اعطى القيمة **قوله** معناه ذكر الثوب ولم يزد عليه اي معنى تزوجها على ثوب غير موصوف ووجهه اي وجه
وجوب مهر المثل جهالة الجنس اي النوع وذلك لان الثياب انواع كالقطن والكتان ونحوهما **قوله** ولو سمى جنسا اي نوعا
قوله ويخير الزوج لما بينا اي يخير الزوج بين اعطاء قيمة الوسط من الثوب الهروي وبين الوسط لها لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة

فصارت اصلا **قوله** وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية • اي يخير الزوج ايضا بين الوسط وقيمته فيما اذا بالغ
في وصف الثوب والمراد من المبالغة فيه بما به يجوز عقد السلم • وفي ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه
ان الزوج يجبر على تسليم الوسط وهو قول زفر رحمه الله لانه بالمبالغة في الوصف يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز السلم فيه وعن
ابي يوسف رحمه الله ان ضرب الاجل يجبر على الدفع والا فلا لانه بضرب الاجل صار نظير السلم لانه يثبت حينئذ في الذمة دينا
ثبوتا صحيحا بخلاف ما اذا لم يضرب الاجل حيث لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا ولهذا يجوز استقراض الثوب فيخير الزوج بين
الوسط وقيمته فتجبر المرأة على قبول القيمة اذا اتى بها الزوج • وجه الظاهر ان الثياب من ذوات الامثال بدليل ان مستهلكه
لا يضمن المثل فصارت كالعبد • قال في الايضاح روى الحسن عن ابي حنيفة ان في الثوب وما ليس من ذوات الامثال يعتبر القيمة
يوم التسليم وفي المكيل والموزون تعتبر القيمة يوم العقد • قال وهذه الرواية انما تصح وجهها اذا لم يكن الثوب معينا
في العقد ووجه ذلك ان القيمة اصل في حق التسليم • الا ترى انه لو جاء به اجبرت على القبول فتعتبر القيمة يوم التسليم
واما المكيل والموزون فقد استحكم الوجوب في الذمة وذكرها وذكر الدراهم على السواء فتعتبر القيمة يوم الوجوب د
قوله وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه اي نوعه دون صفته لان مثلا اذا تزوجها على حنطة او شعير او تمر
ولم يزد على ذلك يعني يخير الزوج ايضا بين الوسط وقيمته **قوله** وان سمى جنسه اي نوعه وصفته والبيان مر مرة
قوله وان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها وهذه من مسائل القدوري والجواز خلاف قول
مالك رحمه الله كذا في شرح الاقطع وانما جاز النكاح لان فساد التسمية ليس باكثر من عدمها وليس ذلك لا يفسد النكاح فكذا
هذا النكاح لا يمنع القياس على البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة والنكاح لا يفسد ولهذا لو سكت عن ذكر الثمن في البيع يبطل والنكاح
لا يبطل عنده ولهذا لو سكت عن ذلك الثمن في البيع يبطل والنكاح لا يبطل بالسكوت عن ذكر المهر فيصح ويجب مهر المثل فافترقا
قوله فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لها مثل
وزنها خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف تجب القيمة د
وهذه من مسائل الجامع الصغير وفي متعارفه • وقول ابي يوسف مع محمد اولا في مسئلة الحر مثل قولهما • كذا ذكر الحاكم الشهيد
في الكافي وشمس الائمة السرخسي في شرحه • وكذلك لو تزوجها على شاة ذكية فظهرت ميتة فالخلاف فيها كالخلاف في الحر وجه
قول ابي يوسف رحمه الله ان المسمى لها في العقد مال وهو الخل والعبد والذكية فصحت التسمية باعتبار المال لكن تعذر تسليم
المسمى لظهور الخلاف فوجب المثل في المثلي كالخل والقيمة في غير المثلي مثل ذلك الدن من خل وسط ووجب القيمة فيما ليس بمثلي كالحر والميتة اي
قيمة الحر لو كان عبدا او قيمة العبد الميتة لو كانت مذبوحة كما في هلاك المسمى في يد الزوج يوضحه انه لو تزوجها على عبد فاستحق
كان لها قيمته فكذا اذا ظهر العبد المسمى حرا لانه استحق نفسه بالحرية • وقال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله الاصل د
عندنا ان الاشارة والتسمية اذا اجتمعت فلا تخلو من احد الامرين اما ان يكون المشار اليه من جنس المسمى او لا ففي الاول يتعلق العقد
بالمشار اليه لان الاشارة ابلغ في التعريف لكونها قاطعة للشركة • وفي الثاني يتعلق العقد بالمسمى فهو معدوم ويبطل العقد ومن باع
ذلو لوتري على انه ياقوت احمر فظهر احضر انعقد البيع لان النوعين جميعا اعني الاحمر والاخضر من جنس واحد وهو الياقوت لكن د
للمشتري الخيار لفوات الوصف المرغوب فاذا هذا الاصل فلا اجتمعا الحر وهو المشار اليه من جنس المسمى وهو العبد فاعتبرت الاشارة
فصار كانه تزوجها على هذا الحر فلو فعل ذلك لوجب مهر المثل فكذا هنا وانما قلنا ان الحر والعبد جنس واحد لما ان الاصل في الآدمي د
الحرية والعارض الرق لا يؤثر في تبديل الجنس • الا ترى ان العبد قد يصير حرا والحر يصير عبدا من غير تبدل العين وكذا اذا ظهرت د
الذكية المسماة ميتة يتعلق العقد بالمشار اليه فيجب مهر المثل لان المشار اليه ليس بمال بخلاف الغير فانه مال متقوم الا انه لم يقدر على
تسليمه فوجبت القيمة • ثم ان محمدا رحمه الله قال فيما اذا ظهر الخل خمرا انهما جنسان مختلفان لاختلافهما في الوصف والمنفعة وهذا لان
لان احدهما حلال والآخر حرام وهذا مسكر وهذا لا ومنافع احدهما غير منافع الآخر تعرف في كتب الطب فكان المشار اليه وهو الخمر خلاف
جنس المسمى وهو الخل فتعلق العقد بالمسمى فوجب مثل ذلك الدن من خل وسط وذلك لان التسمية معرفة للماهية والاشارة معرفة
للذات فكانت التسمية ابلغ للتعريف • ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الخل والخمر جنس واحد لاتحاد اصلهما وهيئتهما والعرض الاوصاف
على العين لا يوجب تبدل الجنس كالصغر والكبر في الآدمي وكذا الخل في الخمر والحموضة في الخل لم يوجب التبدل في غير الصغير د
فكانا جنسا واحدا فتعلق العقد بالمشار اليه وهو ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل • وصاحب الهداية ذكر دليل محمد اخرا ولم يجب
عنه وكانه اختار قوله • وكذلك اخر الصدر الشهيد ايضا في شرح الجامع الصغير **قوله** طعمهما لا يتعال طعمه التي فطعم
قوله والوصف يتبعها اي يتبع الذات لانه قائم بالذات فعدمه لا يستلزم انعدام الذات **قوله** من حيث
انه يعرف الماهية وهي ماهيته التي هو بها هو تركل شيء من كل كان او جزئيا فله حقيقة هو بها هو فان كان التي كليا سمي حقيقة وماهية
وان كان جزئيا يسمى هوية كذا سمعنا صاحب الصحائف بقوله **قوله** فان تزوجها على هذين العبدين الى اخره • اعلم ان عين
هذه المسئلة من خواص الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل تزوج امرأة على د
هذين العبدين فاذا احدهما حر قال ليس لها غير العبد الباقي واما في قول ابي حنيفة فلها العبد الباقي والعبد قيمة العبد الحر
• وقال محمد لها العبد الباقي الا ان يكون مهر مثلها اكثر فيبلغ لها ذلك وكذلك لو تزوجها على بيت وخادم ابنهما فاذا الخادم
حر فليس لها الا البيت اذا كان يساوي عشرة دراهم وكذلك العبد اذا كان يساوي عشرة دراهم في قول ابي حنيفة رضي الله عنه د

والاختلاف هنا فرع على قولهم جميعا. اما عند محمد فان العبدين لو وجدا حرين يجب مهر المثل على التمام فلو وجد احدهما حرا يجب مهر المثل كذلك مع العبد الباقي. واما عند ابي يوسف فانه يجب لها ما لا يحتمل التسمية ثم لما عجز عن التسليم المسمى بظهور احد العبدين حرا وجب قيمته لو كان عبدا لما لو تزوجها على هذا العبد فظهر حرا. واما عند ابي حنيفة فلان وجوب المسمى فان قيل يمنع وجوب مهر المثل لان الجمع بينهما لا يجوز وكما اذا تزوجها على هذا الثوب وقيمته خمسة يجب خمسة اخرى ولا يعتبر مهر المثل فان قلت هذا الذي ذهب ممنوع عند ابي يوسف لان ابا يوسف لا يقول بوجوب المسماة حتى يلزم من وجوبه الجمع بين المسماة ومهر المثل وذلك لان المسماة العبدان ومذهبه ان يجب العبد الباقي وقيمة العبد الاخر. قلت لاشك ان التسمية وقعت صحيحة باعتبار المال فلو لم يظهر الخلاف فيما يمكن اصلا يجب تسليم المسمى بالاتفاق فكذا اذا لم يظهر الخلاف في احدهما يجب تسليمه لقدرته على ذلك لان العجز عن التسليم فيما ظهر حرا لا فيما بقي فلما وجب تسليم الباقي وهو مسمى منع مهر المثل ولم يعتبر قيمة الحر عند ابي حنيفة لو كان عبدا لان الاشارة والتسمية اذا اجتمعا فالعبرة للاشارة عند ابي حنيفة وكان القياس ان يجب مهر المثل لكن وجوب المسمى في العبد الباقي منع ذلك. فان قلت فما الجواب عن قياس محمد قلنا اذا ظهر العبدان جميعا حران لم يبق منه ما يصلح مهرا حتى يجب تسليم ذلك فوجب مهر المثل وفي صورة النزاع بقي ما يصلح مهرا فوجب تسليم المسمى فمنع مهر المثل. فان قلت فما يرد عليكم سؤال قائل وهو ما اذا تزوجها على الف وكرامتها او على ان يهدي لها هدية فان لم يف بالشرط يجب مهر المثل ولا يجب المسمى وهو الالف وههنا يجب المسمى وهو العبد الباقي لا مهر المثل عند ابي حنيفة. قلت الفرق بينهما ان المراة في تلك المسائل انما رضيت بالالف لغرض صحيح فلما لم يحصل الغرض لم تتم رضاها بالالف المسمى فصار كانه لم يسم شيئا اصلا فيصار الى الموجب الاصلي في باب النكاح وهو مهر المثل وههنا انما حصل رضاها بكل واحد من العبدين لانه لو لم يفت العقد ثم لما ظهر احدهما حرا لم يجب مهر المثل لان وجوب المسمى في احدهما لوجود رضاها فيه منع ذلك

قوله وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه وهو رواية ابن سماعة عن ابي حنيفة كذا. قال صاحب المختلف قوله لو كانا حرين يجب تمام المهر المثل عنده اي عند محمد واما قيد بقوله عند محمد احترازا عن قول ابي يوسف فان عنده لو ظهر عبد الصداق حرا يجب قيمته لو كان عبدا فكذا اذا ظهر العبدان حرين يجب قيمتهما ايضا وكذا في احد العبدين اذا ظهر حرا قوله واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها وهذه من مسائل القدوري وانما قال وهو مجاز الوجود صورة النكاح بالايجاب والقبول واراد بالنكاح الفاسد تزوج الخمس معا والنكاح بغير شهود ونكاح الاخت في عدة الاخت ونكاح المعتدة ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونكاح الامة على الحرة وذلك كله فاسد وانما يجب التفريق على القاضي كيلا يلزم ارتكاب المحظور اعتبارا بصورة العقد فاذا فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها لان النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول واذا فرق بعد الخلوة الصحيحة لان الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح انما قامت مقام الوطء للتمكن من الوطء وهنا لا تمكن من الوطء لان العقد فاسد واجب الدفع ولان الخلوة بها حرام علانية في النكاح الصحيح ولا يقال ينبغي ان يجب نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم لانا نقول ذلك في التطليق بعد النكاح من كل وجه لان المطلق ينصرف الى الكامل ولم يوجد النكاح هنا من كل وجه او نقول نصف المسمى ثبت في المنصوص بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره فان دخل بها فلها مهر مثلها فلا يزاد على المسمى عندنا وانما وجب مهر بالدخول لقوله عليه السلام ايما امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها رواه عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم في السنن والجامع الترمذي فصار اصلا للمهر في كل نكاح فاسد ولانه المعقود عليه بعقد فاسد فلزمه قيمته كالمشتري بعقد فاسد اذا اتلف المبيع وقيمة البضع مهر المثل ولا يزاد مهر المثل على المسمى عندنا. وقال زفر وبه اخذ الشافعي يجب مهر المثل بالغا ما بلغ كما في البيع الفاسد يجب القيمة بالغة ما بلغت بان زادت على الثمن. ولنا ان المستوفى هو البضع ليس بمتقوم في نفسه لما انه ليس بمال وانما يتقوم بالعقد والتسمية فيجب تقويم القيمة وهي مهر المثل بقدر القيمة المسمى فلا يزاد على المسمى لا ان مهر المثل اذا كان انقص من المسمى لا يجب المسمى بل يجب مهر المثل لان ما هو متقوم في نفسه لا يزاد على قدر القيمة في العقد الفاسد فهذا اولى بخلاف المقبوض في البيع الفاسد فانه مال متقوم في نفسه فيقدر البدل بقدر قيمته بالغة ما بلغت فلغا التسمية ووجب القيمة وعليها العدة اعني فيما اذا وجد الحاق الشبهة بحقيقة النكاح وذلك لان العدة تجب صونا لمائه واحتياطا للولد فيجب العدة صيانة للنسب عن الاشتباه ولانها تستحق المهر مثل ما العدة كالعقد الصحيح ويعتبر ابتداء العدة من وقت التفريق وهو الصحيح. وقال زفر من اخر ما وطئها حتى لو حاضت بعد الوطء قبل التفريق ثلاث حيض ثم وجد التفريق ينقضي العدة عنده لان المؤثر في ايجاب العدة هو الوطء كالعقد مضمر احد الوطء ولنا ان العدة انما تجب لشبهة النكاح ورفع تلك الشبهة يحصل بالتفريق لا بالوطء ولهذا لو وطئها قبل التفريق مرارا لا يجب الا عدة للشبهة وبعد التفريق لو وطئها مرة واحدة يجب الحد ولان الاصل في وجوب العدة هو العقد الصحيح وفي الصحيح يعتبر ابتداء العدة من وقت التفريق بالطلاق فكذا في الفاسد يعتبر ابتداؤها من وقت الفرقة بالمتاركة ويثبت نسب الولد في النكاح الفاسد اذا جاءت به على راس ستة اشهر لان اقل مدة الحمل ستة اشهر ولو جاءت به لاقل من ستة اشهر لا يثبت النسب لانه العلوق كان قبل النكاح ثم المدة وهي ستة اشهر تعتبر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله من وقت النكاح اعتبارا للنكاح الفاسد بالصحيح. وعند محمد رحمه الله تعتبر ابتداء المدة من وقت الدخول الى ستة اشهر وهو اختيار الفقيه ابي الليث. وقال الولوالجي وعليه الفتوى

على قول محمد لان النكاح الصحيح انما اقيم مقام الوطء لانه داع اليه شرعا والنكاح الفاسد ليس بداع فلا يقام مقامه قوله لفساده اي لفساد العقد وانما يجب اي المهر وكذا بعد الخلوة اي لا يجب المهر في النكاح الفاسد اذا وجد التفريق بعد الخلوة الصحيحة ايضا لانه اي في النكاح الصحيح الفاسد قوله فان زادت على مهر المثل اي زادت التسمية قوله لعدم صحة التسمية اي في حق الزيادة لان التسمية في النكاح الفاسد فاسد ثم حكما لم يعتبر الزائد على الموجب الاصلي وهو مهر المثل كما في البيع الفاسد اذا كان الثمن زائدا على قيمته لا يجب الزائد بل يجب القيمة واما اذا كانت التسمية اقل من مهر المثل يجب المسمى ولا يجب الزائد لوجود الرضا من المراة بذلك وان نقصت اي نقصت التسمية عن قدر مهر المثل قوله وعليها العدة اي فيما اذا دخل بها في النكاح الفاسد للشبهة اي شبهة النكاح وفي قوله ويجب وتجب ابتداؤها اي ابتداء العدة قوله من وقت التفريق احترازا عن قول زفر وقد بيناه قوله ورفعها بالتفريق اي رفع شبهة النكاح قوله فيترتب اي يترتب ثبوت النسب على الثابت من وجه وهو النكاح الفاسد يعني يثبت النسب به ويعتبر مدة النسب وهي ستة اشهر من وقت الدخول يعني من وقت العقد وهذا عند محمد مر انفا قوله والاقامة باعتباره اي باعتبار الداعي يعني ان اقامة العقد اقامة مقام الوطء في النكاح الصحيح باعتبار ان العقد داع الى الوطء لكونه حلالا واجب الرفع فلا يقام العقد مقام الوطء فلا يعتبر المدة من حين العقد قوله قال ويعتبر مهر مثلها باخواتها وعماتها وبنات عمها اي قال القدوري في مختصره ويعتبر مهر مثل المراة بالنساء المذكورة ولا يعتبر بامها وخالتها ولم تكونا من قبيلتها والاصل في اعتبار مهر المثل قول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط كما عرف في نسائها الخلاف. قال علماؤنا رحمهم الله نساؤها اللاتي يعتبر مهرها بهن عشيرتها من قبل ابيها كاخواتها لابيها وامها وعماتها وبنات عمها دون امها وخالتها الا ان تكونا من عشيرتها بان كانت الام ابنة عم الاب فحينئذ يعتبر مهرها بالام لا لانها امها بل لانها ابنة عم ابيها. وقال ابن ابي ليلى نساؤها امها واخواتها وخالتها ونحو ذلك لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر القرابة من قبل النساء. ولنا ان النسب الى الاباء وهي تنسب الى قوم ابيها لا الى قوم امها الا ترى ان الام قد تكون امة والابنة قرشية تبعا للاب فلا جرم يعتبر قرابة الاب لا قرابة الام ولان اعتبار مهر المثل بتقويم بضع المراة وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر الى جنسه وجنس المراة قوم ابيها لا قوم امها ويعتبر في مهر المثل مساواة المراتين في السن اعني في الصغر والكبر وفي الجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر لان هذه الصفات مطلوبة في المراة فتعتبر في تقويم بعضها كصفات السلعة عند تقويمها ويعتبر اتحاد البلد والعصر حتى لا يعتبر مهر مثل المراة بامراة اخرى من عشيرتها في بلدة اخرى لان المهر يختلف باختلاف البلد والعصر وهذا لان مهر المثل بتقويم البضع والاعتبار في التقويم للموضع والزمان اللذين يقع فيهما التقويم كما في تقويم السلعة المستهلكة ويعتبر المساواة في البكارة لانه المهر يختلف بالبكارة والثيوبة فيزيد وينقص. قال الولوالجي في فتاواه فاذا لم يكن واحدة من قرابة الاب بهذه الصفات فبامراة اجنبية موصوفة بذلك. وقال في خلاصة الفتاوى فان لم يكن مثلها في قرابتها نظر في بلدة اخرى مثلها. وفي المنتقى يشترط ان يكون المخبر بمهر المثل رجلين او رجلا وامراتين ويشترط لفظة الشهادة فان لم يوجد على ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه قوله ومن اقارب الاب اي نساؤها اقارب الاب قوله لما بينا اشار الى قوله وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه قوله باختلاف الدار اراد بالدار البلد قوله قالوا اي قال اصحابنا رحمهم الله قوله واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه وهذه من مسائل القدوري. اعلم ان الاب اذا زوج ابنته وضمن لها المهر عن الزوج جاز لانه من اهله وهو العاقل البالغ مضافا الى محله فيصح وهو يحتمل قوله لانه من اهل الالتزام او ترك اضافته الى ما يقبله اي اضافة الالتزام والضمان الى ما يقبل الضمان وهو المهر وذلك لان المهر يصح الضمان به بخلاف ما اذا باع الاب مال ولده الصغير وضمن الثمن عن المشتري لا يجوز الموق ظاهر وهو ان الولي في باب النكاح سفير ومعبر لان حقوق العقد لا ترجع اليه فلو صح الضمان لا يلزم ان يكون ضامنا لنفسه بخلاف باب البيع فان حقوق العقد ترجع الى العاقد ولهذا لو ابرأ الثمن عن المشتري صح فلو صح الضمان كان ضامنا لنفسه فلا يصح ثم لها الخيار ان شاءت طالبت الولي وان شاءت طالبت الزوج لان ذلك كفيل وهذا اصيل فاذا ادى المهر الى البنت فلا يرجع من احد الامرين اما ان كان الضمان بامر الزوج او لا ففي الاول يرجع عليه وفي الثاني لا يرجع لانه متبرع كما هو الحكم في الكفالة ثم هذا اذا كان الضمان في صحة الاب فان كان ضمان الاب في مرضه ومات منه فهو باطل ولم يتعرض له صاحب الهداية وذلك لان تصرف المريض فيما يكون فيه نفع لوارثه لا يصح وبه صرح في المبسوط وهذا فيما اذا زوج الصغير وضمن لها المهر عن الزوج اما اذا زوج ابنه الصغير في حال صحته وضمن عنه لزوجته المهر صح اذا قبلت المراة بذلك ولم يتعرض صاحب الهداية لهذا ايضا فاذا ادى الاب بعد ذلك لا يرجع على الابن استحسانا والقياس يرجع لان غير الاب لو ضمن باذن الاب وادى يرجع في مال الصغير فكذا الاب لان قيامه لابنه الاب عليه في الصغير بمنزلة المراة بعد البلوغ. وجه الاستحسان ان الاباء يتحملون المهر عن ابنائهم عادة فلا يطمعون في الرجوع والثابت بالعرف كالثابت بالنص الا اذا شرط الرجوع في اصل الضمان فحينئذ يرجع لان الصريح يفوق الدلالة اعني دلالة العرف بخلاف الوصي اذا ادى المهر عن الصغير بحكم الضمان يرجع لان التبرع من الوصي لم توجد عادة هذا اذا ادى الاب بعد الضمان اما اذا مات قبل الاداء فللمراة ان شاءت اخذت المهر من الزوج وان شاءت استوفت ذلك من تركة الاب لان الكفالة كانت صحيحة فلا تبطل بالموت ثم اذا استوفت من التركة. قال في المبسوط رجع سائر الورثة بذلك في نصيب الابن او عليه ان كان قبض نصيبه. وقال زفر لا يرجعون

ولم يذكر خلاف ابي يوسف فيه ۔ وفي الكافي للحاكم الشهيد اتفاق الامام الولوالجي في فتاواه ۔ وذكر خلاف ابي يوسف كما هو ذكرنا وكذا اثبت خلاف ابي يوسف في خلاصة الفتاوى ومنقولا عن المحيط ان الخصاف ذكر كذلك ۔ وجه قوله ان الكفالة لم تنعقد موجبة للضمان فلا تنقلب موجبة ولهذا لو ادى الاب حال حياته وصحته لا يرجع فكذا لا رجوع بعد الموت ۔ ولنا ان الرجوع في حالة الحياة انما ثبت لعدم الصلة وقد تحقق ذلك بالموت قبل التسليم ثم التبرع انما يكون بالاداء لا بمجرد الكفالة فاذا حصل الاداء في مرض الموت او بعد الموت يقع ذلك تبرعا في حق سائر الورثة فيرجعون فان كان الضمان من الاب في مرض الموت فهو باطل وكذلك كل ضمان في مرض الموت عن الوارث او للوارث فهو باطل لما قلنا والمجنون بمنزلة الصبي في جميع ذلك لانه مولى عليه كالصبي سواء كان الجنون اصليا او طاريا قوله اعتبارا سائر الكفالات يعني في جميع الكفالات المكفول له بالخيار ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل فكذا هذا قوله بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير يعني لا يصح ضمانه عن الثمن قوله لان الولي سفير ومعبر في النكاح وتحقيق هذا الكلام مر في اول فصل الوكالة وهذا دليل لبيان الفرق بين ضمان المهر وبين ضمان الثمن من الولي حيث يصح الاول ولا يصح الثاني وقد بيناه انفا قوله ويصح ابراؤه عند ابي حنيفة ومحمد اي يصح ابراء الاب الثمن عن المشتري ۔ وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله في مبسوطه صحة الابراء ولم يذكر الخلاف قوله ويملك قبضه بعد البلوغ ۔ اي يملك الاب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير وهذا ايضاح لرجوع العهدة على العاقد في البيع قوله ولا يملك قبض المهر بحكم الابوة هذا جواب سؤال مقدر بان يقال كيف يملك الاب قبض المهر لا بحكم حقوق العقد لانه وكيل ولا يملك قبض مهر الصغيرة فقال ذلك بحكم الابوة لان الاباء يقبضون مهور بناتهم عادة لا باعتبار انه عاقد يقبض بعد البلوغ ايضا كما في قبض ثمن المبيع ۔ وقال الولوالجي في فتاواه وللاب ان يطالب بمهر البكر وان كانت كبيرة والقياس ان لا يطالب لان ولاية الاب منقطع عنها بالبلوغ ۔ وجه الاستحسان ان العادة فيما بين الناس ان الاباء يقبضون صداق البنات ويجهزون بها البنات والبكر راضية بقبض الاب لانها تستحيي ان تطالب بنفسها ولو نهته انها عن قبض الصداق لا يملك الاب المطالبة لان ولاية المطالبة انما ثبتت للاب لوجود الرضا منها دلالة والدلالة انما تعتبر اذا لم يوجد الصريح خلافه وليس لاحد من الاولياء ان يقبض عن الجارية المدركة مهرها الا بوكالة منها سوى الاب لعدم الاذن ثم الاب في حق البكر البالغة انما يملك قبض صداقها المسمى لا غير حتى ان المسمى اذا كانت بيضا لا يملك قبض السود لانه استبدال والاب لا يملك الاستبدال ۔ قال شمس الائمة الحلواني هذا مذهب علمائنا ۔ وروي عن علمائنا ان الاب يجوز له ذلك حتى لو قبض بعض من جنس المسمى وبالبقية متاعا يجوز قال وهذا اوفق بالناس ۔ وقال في الفتاوى الصغرى لو قبض السود مكان البيض وعلى العكس لا يجوز وان قبض المتاع لا يجوز الا في موضع جرت العادة كما في رستاقنا ياخذون بعض المهر متاعا قوله وللمراة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها وهذه من خواص الجامع الصغير هذا اذا كان المهر معجلا اما ان كان مؤجلا ففيه اختلاف بين اصحابنا ۔ بيانه ان المهر لا يخلو من احد الامور الثلاثة اما ان يكون بشرط التعجيل او بشرط التاجيل او مسكوتا عنه يجب حالا لانه عقد معاوضة فيقتضي المساواة من الجانبين وقد تعين حق الرجل في البضع فلا بد من ان يتعين حقها في المهر ولها ان تمنع زوجها نفسها ان يخرج بها الى السفر وان يدخل بها حتى يعطيها المهر فان كان مؤجلا الى اجل معلوم فليس لها ان تمنع نفسها عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اخيرا لها ان تمنع نفسها سواء كانت المدة قصيرة او طويلة لان تملك البدل لا يتراخى عن ملك البدل وكذلك انما رضيت باسقاط حقها فلا تمنع نفسها وكذا اذا كان الاجل مجهولا جهالة متقاربة كالحصاد والدياس ونحو ذلك فانه يجوز بخلاف البيع فانه لا يجوز بهذا الشرط ولنا اذا كانت الجهالة متفاحشة كالتزوج على الف مؤجلة او الى الميسرة او الى هبوب الريح او الى ان تمطر السماء فالاجل لا يثبت ويجب المهر حالا او قال نصفه مؤجل ونصفه معجل كما جرت العادة ولم يرد على ذلك يجوز الاجل ويقع ذلك على وقوع الفرقة بالموت او الطلاق ۔ وقال بعضهم لا يجوز الاجل ويجب حالا لانه اجل مجهول جهالة متفاحشة كذا في شرح الطحاوي وغيره ذلك وهذا فيما اذا لم يوجد الدخول اما اذا دخل بها برضاها فلها ان تمنع نفسها عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه واجمعوا انه لو دخل بها وهي كارهة او صبية او مجنونة فان حقها في الحبس لا يسقط وان الخلاف في الخلوة مثل الخلاف في الدخول لهما ان تسلم المعقود عليه وهو البضع وجد بوطئة او خلوة بدليل استقرار كال المهر فيسقط حق الامتناع بعد ذلك كما يسقط حق الحبس من التسليم المبيع ولابي حنيفة ان المهر مقابل بجميع الوطآت الموجودة في حق العمر فان امتنعت نفسها بعد الوطئة الواحدة منعت من البضع ما قابل البدل فلها ذلك ۔ بيانه ان الوطء يصرف في المحل المحترم فلا يجوز اخلاء الوطء ما عن العوض ابانة لخطر المحل وانما تأكد المهر بالوطء الاول لان ما وراءه كان مجهولا فلا يصلح مزاحما للاول فاذا وجد في مزاحم الاول وصار المهر مقابلا له وبالاول فاذا وجد اخر فكذلك كما اذا جنى العبد جناية يصير رقبته لجنايته ثم اذا جنى جناية اخرى فكذلك اي ما لا يتناهى وكما في الاجارة المطلقة اذا سلم الفعل والدار قبل قبض الاجرة كلما كان له حق المنع بعد ذلك فيما لم يقبض فكذا هنا ثم اذا منعت نفسها بعد الدخول لا تسقط نفقتها عند ابي حنيفة لان المنع حق وعندهما لا نفقة لها ۔ قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير كان ابو القاسم الصفار يفتي في المنع بقول ابي يوسف ومحمد وفي السفر بقول ابي حنيفة رضي الله عنه ثم قال وهذا حسن في الفتيا يعني بعد الدخول لا تمنع نفسها لطلب المهر ولو منعت لا نفقة لها كما هو مذهبهما ولا يخرجها الزوج اي السفر وتمنع المراة عن ذلك لطلب المهر فاذا امتنعت لا تسقط نفقتها كما هو مذهب ابي حنيفة قوله في البدل اي في المهر في المبدل اي في البضع قوله وصار كالبيع يعني ان البائع يحبس المبيع لطلب الثمن وكذلك المراة تحبس بضعها لطلب المهر قوله كما في البيع يعني ان الثمن اذا كان مؤجلا ليس للبائع ان يحبس المبيع فكذلك لا تحبس المراة نفسها اذا كان المهر مؤجلا قوله وفيه خلاف ابي يوسف وقد

وقد بيناه انفا قوله وان دخل بها فكذلك الجواب ۔ اي كان للمراة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر وتمنعه ان يخرجها فيما قبل الدخول بالاتفاق فكذلك بعد الدخول عند ابي حنيفة وهذا قول ابي حنيفة اخرا كذا في الايضاح وقالا ليس لها ان تمنع نفسها وهو قول ابي حنيفة الاول وقد مر بيانه قوله فلا يخلي اي يصرف الوطء خطرا اي لخطر المحترم البضع قوله والتأكد بالواحدة لجهالة ما وراءها ۔ اي تأكد المهر بالوطئة الواحدة لجهالة ما وراء الوطئة الواحدة وهذا جواب عن قولهما ان المعقود عليه صار مسلما بالوطئة فلا يصلح مزاحما للمعلوم اي لا يصلح ما وراء الوطئة الواحدة لكونه مجهولا لان يزاحم المعلوم وهو الوطئة الواحدة الموجودة فاذا وجد اخر اي وطء اخر قوله واذا وفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم ۔ قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله كان ابو عبد الله محمد بن سلمة يفتي فيما بعد تسليم المهر ان ليس له ان يسافر بها حكي عن الفقيه ابو جعفر رحمه الله ثم قال وهو حسن ۔ وقال الفقيه ابو الليث في كتاب النوازل سئل ابو القاسم عن امراة يريد زوجها اخراجها من البلد ولم يوف لها جميع مهرها ۔ قال ابو القاسم لها ان لا تخرج من بلدها الى بلد اخر سواء اوفاها المهر او لم يوفها لفساد الزمان لانها لا تامن على نفسها في منزلها فكيف اذا اخرجت الى السفر ۔ قال الفقيه ابو الليث وبه ناخذ فكيف لو ادرك ابو القاسم زماننا هذا ثم قال وقيل لابي القاسم ليس يجوز له ان يخرجها من منزلها من المدينة الى القرية ومن القرية الى المدينة قال ذاك بوته وليس بسفر واخراجها من بلدها الى بلد سفر وليس بتبوئة وقال في فصول الاستروشني ۔ قال ظهير الدين المرغيناني الاخذ بقول الله تعالى اولى من الاخذ بقول الفقيه ۔ قال تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم فاقول هذا الذي نقله عن ظهير الدين انما يتاتى اذا كان قول الفقيه منافيا لقوله تعالى فلا يسلم ذلك وهذا لان النص معلول بعدم الاضرار ۔ الا ترى الى سياق الاية وهو قوله تعالى ولا تضاروهن وفي اخراجها الى غير بلدها اضرار لها فلا يجوز قوله وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها وهو قول محمد بن سلمة وقد بيناه ومن في الاية للتبعيض اي اسكنوهن مكانا حيث سكنتم اي بعض مكان سكناكم كذا في الكشاف من وجدكم اي بقدر سعتكم والوجد المقدرة والغنى ولا تضاروهن اي تستعملوا معهن الضرار قوله قال ومن تزوج امراة ثم اختلفا في المهر الى اخره وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يتزوج المراة فيختلفان في المهر فالقول قول المراة الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قول الزوج في نصف المهر وهو قول ابي حنيفة ومحمد ۔ وقال ابو يوسف القول قول الزوج في المهر قبل الطلاق او بعد الطلاق الا ان ياتي بشيء قليل لا يصدق ۔ اعلم ان الزوجين اذا اختلفا في مقدار المهر فقال الزوج الف وقالت المراة الفان فان كان بعد الدخول قبل الطلاق او بعد الطلاق يحكم مهر المثل حتى لو كان مهر المثل الفا او اقل فالقول قول الزوج مع يمينه في انكار الزيادة بالله ما تزوجها على الفين وان نكل اعطاها الفين على سبيل التسمية دراهم لا خيار للزوج فيها وان حلف لا يثبت الفضل وايهما اقام البينة تثبت بينته فان اقاما جميعا كانت بينة المراة اولى لانها اكثر اثباتا كالبائع والمشتري اذا اقاما البينة على مقدار الثمن تكون بينة البائع اولى كما قلنا هذا اذا كان مهر المثل الفا او اقل اما اذا كان مهر المثل الفين او اكثر فالقول قول المراة مع يمينها بالله ما رضيت بالف لانها منكرة للحط الذي يدعيه الزوج فان نكلت يجب لها الالف باعتبار التسمية وان حلفت ثبت لها الالفان منهما باعتبار التسمية والاخر باعتبار تحكيم مهر المثل وللزوج خيار في هذه الالف ان شاء اعطاها دراهم كما سماها وان شاء اعطاها من الدنانير ما يساوي الف درهم فايهما اقام البينة على دعواه قبلت بينته لان كل منهما مدع فظاهر فاذا اقاما جميعا كانت بينة الزوج اولى وهو الصحيح لانها اكثر اثباتا لان بينة الزوج تثبت الحط وهو شرط احد الالفين وبينة المراة تثبت صفة التعيين وهو وجوب النقد دراهم ولا يثبت الاصل وهو الالفان ثابت لها باعتبار تحكيم مهر المثل فالمثبت للاصل اولى لانه اقوى من المثبت الوصف ۔ واما اذا كان مهر مثلها الفا وخمسمائة يجب التحالف لان كل واحد منهما مدع ومنكر اما الزوج فانه يدعي الحط والمراة تنكر واما المراة فانها تدعي خمسمائة اخرى زائدة على مهر المثل والزوج ينكر ذلك ويبتدئ التحالف بالقرعة لانه لا رجحان لاحدهما على الاخر لذا قال الولوالجي في شرح الجامع الصغير ولم يتعرض له صاحب الهداية ۔ وقال القدوري في شرح كتاب الاختلاف يبتدأ بالتحالف في يمين الزوج وذلك ان المهر في حكم الثمن والبضع كالمبيع وفي المتبايعين يبتدأ بيمين المشتري فلذلك هنا يبتدأ بيمين الزوج واليه ذهب الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ثم ان نكل الزوج ثبت الالفان تسمية وان نكلت المراة ثبت الالف واذا حلفا جميعا يجب الف وخمسمائة الالف باعتبار التسمية وخمسمائة باعتبار تحكيم مهر المثل وللزوج خيار فيها فايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما جميعا تهاترت البينتان للتعارض ووجب مهر المثل الف وخمسمائة الالف باعتبار التسمية وخمسمائة باعتبار تحكيم مهر المثل ويتخير الزوج فيها وهذا كله قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله على تخريج قول احدهما ابي بكر الرازي اعني ان التحالف في فصل واحد على تخريجه وعندنا اذا خالف مهر المثل قولهما فان وافق قول احدهما فالقول قوله لان الظاهر معه ۔ وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي يجب التحالف على قولهما في الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل قالوا وهو الصحيح لان مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية وانما تنعدم التسمية بالتحالف لانه حينئذ يكون كان العقد لم يكن فيه تسمية اصلا فيصار الى مهر المثل فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي وافقه مهر المثل وحمل نص الاية قول ابي بكر الرازي اصح لان تحكيم مهر المثل هنا ليس للايجاب في الابتداء بل للتبيين ثم قول من يشهد له الظاهر من الدعاوي انه يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه ۔ وقال ابو يوسف القول قول الزوج مع يمينه ولا يحكم مهر المثل الا ان ياتي بشيء قليل وذلك ان مهر المثل قيمة البضع والبضع ليس بمتقوم في ذاته وانما يتقوم بالتقويم ولا حاجة الى التقويم عند وجود التسمية

ولان مهر المثل انما يعتبر عند انعدام التسمية وقد اتفقا على اصل التسمية فلا يحكم مهر المثل ولا معنى للتحالف لانه للفسخ والنكاح لا يحتمل هذا
النوع من الفسخ ولهذا لا يصار الى تحكيم المتعة اذا طلقها قبل الدخول بل لها نصف ما يقوله الزوج وهذا لان المتعة موجب نكاح لا تسمية
فيه بعد الطلاق كمهر المثل قبل الطلاق ولابي حنيفة ومحمد ان البضع متقوم عند النكاح ولهذا اذا لم توجد التسمية يجب مهر المثل فلما
اختلفا في المسمى وجب تحكيم الموجب الاصلي وهو قيمة البضع اعني مهر المثل كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في الاجرة يحكم قيمة الصبغ
لان الصبغ عين مال قائم بخلاف القصار ورب الثوب اذا اختلفا في الاجر لانه ليس لعمل القصار موجب بدون التسمية ولانا
ان النكاح لا يحتمل الفسخ • الا ترى انه يفسخ بخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة ويتحقق فيه التسليم والتسلم فاشبه البيع من هذا
هذا الوجه فوجب التحالف وقول ابي يوسف الا ان ياتي بشيء قليل هو لفظ الجامع الصغير • وقال في المبسوط وشرح الطحاوي الا ان
ياتي بشيء مستنكر وتكلموا في معناه • قال بعضهم هو ان يدعي الزوج اقل من عشرة دراهم • وقال بعضهم هو ان تدعي ما لا يتعارف مهرا
لها كما اذا ادعى في مهر بنت الملك مثلا عشرين دينارا لا يصدق على ذلك ولفظ الجامع الصغير ليس هذا كله اذا اختلفا بعد
الدخول اما اذا اختلفا قبل الدخول فالقول قول الزوج في نصف المهر اذا طلقها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يحكم متعة مثلها
وهذا على رواية الجامع الصغير والمبسوط • وقال في الجامع الكبير يحكم متعة مثلها فان شهدت لاحدهما فالقول له مع يمينه وان كان
بين الامرين حلف كل واحد منهما كما في حال قيام النكاح وعند ابي يوسف القول قول الزوج مع يمينه الا ان ياتي بشيء قليل يكذبه الظاهر
فيه وجه التوفيق بين الروايتين ان وضع المسئلة في الالف والالفين فلا فائدة في تحكيم المتعة لان الزوج معترف بنصف الالف والمتعة
لا تبلغ ذلك فلهذا لم يذكر في الجامع وقد وضع المسئلة في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فافاد تحكيم المتعة وجواب الجامع الصغير
ساكت عن ذكر المقدار فحمل على المتعارف وهو الاختلاف في الالوف كما ذكر في الاصل وهذا اذا كان الاختلاف في قدر المسمى
اما اذا كان الاختلاف في اصل التسمية فان مات احدهما يجب مهر المثل بالاتفاق اما عندهما فظاهر لان الاصل عندهما تحكيم مهر المثل وعند
ابي يوسف لانه في المسئلة الاولى جعل القول قول الزوج لانه منكر وقد وجد الاتفاق من الزوجين على اصل التسمية وهنا
انكر احدهما التسمية فلم يمكن القضاء بالتسمية فوجب المصير الى مهر المثل وهذا اذا كان الاختلاف في حال حياتهما واما اذا كان الاختلاف
من بعد موت احدهما واختلف وارث الميت مع الحي فالجواب فيه كالجواب في حال حياتهما في غير حال الطلاق لان مهر المثل لا يسقط
بموت احد الزوجين كما في المفوضة وهي التي من رجل بغير مهر اذا مات احدهما يجب مهر المثل واما اذا كان الاختلاف بعد موتهما جميعا
فاختلفت الورثة فان كان الاختلاف في المقدار فالقول قول ورثة الزوج مع اليمين لانكارهم الزيادة ولا يحكم مهر المثل لسقوط اعتباره
بموتهما كما قال ابو حنيفة رضي الله عنه في مسئلة المفوضة • وعند ابي يوسف القول قول ورثة الزوج ايضا الا ان ياتوا بشيء قليل وعلى قول
محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة اعني ان القول قول ورثة المراة الى مهر مثلها والقول قول ورثة الزوج فيما زاد واما اذا كان
اختلاف الورثة في اصل التسمية فعند ابي حنيفة لا يقضى بشيء لانه لا يحكم بمهر المثل بعد موتهما واستدل في الاصل • وقال الا ترى ان
علي بن ابي طالب لو ادعوا على ورثة عمر بن الخطاب مهر ام كلثوم بنت علي لم اقض بذلك في ميراث عمر الا ان يقيم البينة على مهر مسمى وعندهما
يقضى بمهر المثل كما في حال الحياة **قوله** في المهر اي في مقدار المهر **قوله** ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها اي معنى قول ابي يوسف
الا ان ياتي بشيء قليل هو الصحيح احترازا عن قول بعضهم وقد بيناه **قوله** مرورى شيء ثبت بقوم متاع البضع ومن والتوالد والتناسل **قوله**
وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر اي صار تحكيم مهر المثل في الاختلاف في مقدار المهر لانه الموجب
الاصلي كتحكيم الصبغ في اختلاف الصباغ مع رب الثوب • بيانه ان رب الثوب قال صبغته بدرهم • وقال الصباغ بدرهمين
فينظر الى ما زاد الصبغ في قيمة الثوب كان درهما او اكثر اعطي ذلك ويحلف بالله ما صبغته بما ادعى رب الثوب ويحلف رب الثوب
بالله ما صبغته باكثر من ذلك لان الصبغ عين مال قائم فوجب الرجوع الى قيمته وتحكيمه • كذا قال القدوري في شرح كتاب
الاستحلاف **قوله** لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فيحكم لهم يعني ان المتعة موجب نكاح لا تسمية فيه بعد وقوع
الطلاق كمهر المثل موجب نكاح لا تسمية فيه قبل وقوع الطلاق فينبغي ان تحكم المتعة بعد الطلاق كما يحكم مهر المثل قبل الطلاق
قوله وجه التوفيق اي بين رواية المبسوط ورواية الجامع الكبير **قوله** وشرح قولهما اي قول ابي حنيفة ومحمد
ولابي حنيفة ومحمد **قوله** في الوجهين اي فيما اذا كان مهر المثل الفا او اقل وفيما اذا كان الفين او اكثر **قوله**
في الوجه الاول اي فيما اذا كان مهر مثلها الفا او اقل **قوله** وفي الوجه الثاني بينته اي فيما اذا كان مهر مثلها الفين
او اكثر تقبل بينة الزوج لان بينة الزوج تثبت الحط • اي حط احد الالفين **قوله** وهذا تخريج الرازي اي وجوب
التحالف في فصل واحد وهو ما اذا كان مهر المثل قولهما هو تخريج الشيخ ابي بكر الجصاص احمد بن علي الرازي رحمه الله فاذا اقر
احدهما فالقول قوله مع يمينه من غير تحالف • والشيخ ابو بكر احمد بن علي الرازي من كبار علماء العراقين وهو بالمرتبة الاعلى الدرجة
القصوى في العلم والورع صاحب التصانيف في الاصول والفروع وغير ذلك • وشارح كتب اصحابنا رضي الله عنهم وكان مولده سنة
خمس وثلاثمائة ومات سنة سبعين وثلاثمائة **قوله** قال الكرخي هو الشيخ ابو الحسن عبيد الله بن الحسين الكرخي رحمه الله استاذ
المحققين وعلمه وورعه واجتهاده وتصانيفه اشهر من الشمس وهو استاذ ابي بكر الرازي يتحالفان في الفصول الثلاثة اي فيما اذا كان
مهر المثل الفا او اقل او الفين او اكثر او الفا او خمسمائة ورجحه م وكان مولد الكرخي رحمه الله سنة ستين ومائتين وتوفي ببغداد سنة اربعين
وثلاثمائة **قوله** لانه هو الاصل عندهما هذا دليل على وجوب مهر المثل بالاجماع اما عند ابي حنيفة ومحمد فلان مهر
المثل هو الاصل في التحكيم واما عند ابي يوسف فانه تعذر القضاء بالمسمى فانه لا سبيل الى القضاء بالمسمى مع وقوع الشك في وجوده لان

احدهما سكتوا في درجة الاختلاف اي ان التسمية فيصار الى مهر المثل **قوله** ولا يستثنى القليل اي على مذهب ابي حنيفة
لا يصدق ورثة الزوج وان ادعوا شيئا قليلا **قوله** وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة يعني ان القول قول
ورثة المراة الى مهر المثل • وفيما زاد على ذلك القول قول ورثة الزوج **قوله** على ما نبينه اشارة الى دليل ابي حنيفة في
المسئلة التي تلي هذه المسئلة **قوله** واذا مات الزوجان وقد سمي لها مهرا فلورثتها ان ياخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم
يكن سمي لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة • وقالا لورثتها المهر في الوجهين وهذه من مسائل الجامع الصغير والمراد من قولهما لورثتها
المهر هو المسمى اذا سمي لها ومهر المثل اذا لم يسم لها وانما يوخذ الورثة جميع المسمى من ميراث الزوج اذا ماتا معا ولم يعلم سبق احدهما او علم
ان الزوج مات اولا لان المسمى دين في الذمة وقد تقرر بالموت فان علم ان المراة ماتت اولا سقط من المهر قدر نصيب الزوج من التركة لانه
ورث دينا على نفسه وجه قولهما ان مهر المثل لما وجب بالنكاح يبقى كما كان بعد موتهما كالمسمى لان الموت ليس بمسقط للمهر ولهذا اذا مات
احدهما لا يسقط فكذا اذا ماتا وجه قول ابي حنيفة اختلف فيه مشايخنا قال بعضهم ان المسئلة مصورة في التقادم وعند التقادم
لا تخلو المراة عن استيفاء المهر فلا يقضى بشيء والتقادم دليل انقراض الاقران فلا يمكن تقدير مهر المثل بخلاف ما اذا مات
احدهما حيث يمكن تقدير مهر المثل لعدم انقراض الاقران • وقال بعضهم لا وجه قوله ان مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى ومن
حيث انه يجب بغير شرط يوجب النفقة والصلة فباعتبار الشبه الاول لم يسقط بموت احدهما وباعتبار الشبه الثاني سقط فيسقط
بموتهما لان المسقط قد تاكد بموتهما **قوله** معناه المسمى اي يعني قولهما اورثتها المهر يعني ان المراد من المهر المسمى او مهر المثل كما قلنا
قوله في الوجه الاول اي فيما اذا سمي **قوله** في الوجه الثاني اي فيما اذا لم يسم **قوله** اما الاول
وهو وجوب المسمى **قوله** فيقضى من تركته • اي يقضى المسمى من تركة الزوج بالاتفاق **قوله** اذا علم انهما اذا ماتت
اولا فيسقط نصيبه من ذلك استثناء من قوله فيقضى من تركته • اي يسقط نصيب الزوج من التركة اي يعني يسقط من المهر الذي
عليه قدر نصيبه من تركة المراة لما قلنا **قوله** واما الثاني وهو وجوب مهر المثل **قوله** ومن بعث الى امراته شيئا
فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله وهذه من مسائل الجامع الصغير وانما كان القول قول الزوج لان التمليك استفيد
منه وكان اعرف بجهته الا ان يناقض كلامه عرفا فيصير مكذبا حينئذ كما في الطعام الذي يؤكل فانه لا يعتد في العرف هدية لا مهرا الا
فاما سائر الاموال كالحنطة والشعير ونحو ذلك فقد يكون مهرا فالقول له بيانه • وقال الفقيه ابو الليث المختار انه ينظر الى ما كان من متاع
شيء مما يجب على الزوج فالقول قول الزوج انه مهر وما كان من متاع كان واجبا عليه مثل الخمار والدرع ومتاع الليل فليس له
ان يحتسب من المهر لان الظاهر يكذبه والخف والملاءة لا يجب عليه لانه ليس عليه ان يتبين لها الى خروجها • وهذا معنى قول صاحب
الهداية وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر • وذكر شمس الائمة السرخسي في السير الكبير ان الاب
ان ابنته اليه الى بيت الزوج مع جهاز فان الابنة فقال الزوج الجهاز كان صلة ولي فيه الميراث وقال الاب كنت اعرته منها د
فالقول قول الاب لان العارية تبرع والهبة تبرع والعارية ادناهما تحمل على الادنى • وذكر الامام فخر الدين قاضيخان ان الجواب
فيه على التفصيل انه كان الاب من الاشراف والكرام لا يقبل قوله عارية وان كان الاب ممن لا يجهز البنات بمثل ذلك يقبل قوله وقال
الصدر الشهيد والمختار للفتوى اذا كان العرف مستمرا ان الاب يدفع جهازا لا عارية كما في ديارنا فالقول قول الزوج واذا كان
العرف مشتركا فالقول قول الاب كذا ذكر في فصول الاستروشني • وفي الفصول ايضا رجل تزوج بنت رجل وبعث اليها بعد
هدايا ولم الاب البنت قالوا ما بعث للمهر وهو قائم او هالك لا يسترد وكذا كل ما بعث هدية وهو قائم فاما الهالك والمستهلك د
فلا شيء له في ذلك وانما كتب هذه المسائل لكثرة الفوائد وان لم يذكرها صاحب الهداية **قوله** وكيف ان الظاهر يشهد في
اسقاط الواجب • اي كيف لا يكون القول قول الزوج والظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب عن ذمته فيكون القول قول من يشهد
له الظاهر والوادي وان كان الحال وهو يكذبه النص وان شح النص **قوله** الا في الطعام استثناء من قوله فالقول قوله **قوله**
والمراد منه الى اخره • اي المراد من الطعام الذي يؤكل هو ما يكون مهيئا اي معدا للاكل مما يتسارع اليه
الفساد لا الحنطة والشعير **قوله** لما بينا اشارة الى قوله وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب **قوله** وقيل
ما يجب عليه الى اخره ظاهر

فصل

شرع في بيان نكاح اهل الذمة بعد فراغه من بيان نكاح المسلمين لان الاصل لان اهل الذمة تبع لهم في سائر المعاملات والنكاح منها

قوله واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز فصح النكاح فدخل بها او طلقها قبل الدخول
بها او مات عنها فليس لها مهر وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة المعيدة • اعلم ان الذمي اذا تزوج ذمية على ميتة او دم او بغير
مهر وذلك في دينهم جائز صح النكاح ولا يجب شيء حتى لو ترافعا الى القاضي لا يقضي بشيء وكذلك اذا اسلما بعد ذلك وعند ابي حنيفة
ومحمد يجب مهر المثل ان طلقها قبل الدخول او مات عنها زوجها وان طلقها قبل الدخول فلها المتعة وفي الحربيين لا يجب شيء بالاتفاق خلافا
لزفر فعنده يجب للحربية مهر المثل لزفر رحمه الله ان الخطاب عام وهو قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم فيجب مهر المثل للحربية والذمية
كما في المسلمة اذا تزوجها بلا مهر او على ميتة ولهما ان اهل الذمة التزموا احكامنا حيث قبلوا الجزية والحكم في نكاح المسلمين هذا د
السنة هذا فكذا في نكاحهم بخلاف اهل الحرب فان الخطاب ليس بشائع في دار الحرب ولم يلتزموا احكامنا فلم يجب في الحربية شيء
لوجود الفرق بينها وبين الذمية ولابي حنيفة في الحربية ما قالا وفي الذمية قال انا امرنا بتركهم وما يدينون وهذا المستوحش لهم في
الخمر والخنزير وتصرفهم فيهما صحيح ووجوب مهر المثل او المتعة لا يخلو عن احد الامرين اما بالتزامهم او بالتزامنا اياهم فاولا ننتقض

لان كلامنا على تقدير التزامهم وكذا الثاني لان الالتزام اما ان يكون بالسيف او بالمحاجة وكل منهما سقط عن اهل الذمة لقبول
الجزية بخلاف الزنا فانه لا يجوز في سائر الاديان وهم يعتقدون حرمته وكذا الربو لانه مستثنى بقوله فبظلم من الذين هادوا حرمنا
عليهم طيبات احلت لهم وبصدهم عن سبيل الله كثيرا واخذهم الربو وقد نهوا عنه وبقوله عليه السلام في كتابه الى نصارى بني نجران اما ان تذروا
الربو او تاذنوا بحرب من الله ورسوله ولقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وخلاف الشرك فانه لم يحل ولم يجز اصلا
فما وجب تركهم وما يدينون صاروا كاهل الحرب فلم يجب شيء قوله وذلك في دينهم جائز من ضرورة المسئلة والواو للحال
وجواب المسئلة قوله فليس لها مهر قوله وهذا عند ابي حنيفة اي عدم وجوب المهر قوله وهذا الشرع
وقع عاما اي شرع ابتغاء النكاح بالمال وقع عاما في حق المسلم والكافر لقوله عليه السلام بعثت الى الاحمر والاسود قوله
لا يلتزمون احكامنا في الديانات اي لا يلتزم اهل الذمة في الاشياء التي تتعلق بالديانات كحرمة الخمر والخنزير وكذا
لا يلتزمون احكامنا فيما يعتقدون خلاف معتقدنا في المعاملات كالنكاح بغير شهود قوله خلافه الضمير
راجع الى ما في فيما يعتقدون اي لا يلتزمون احكامنا في النفي الذي يعتقدون خلاف ذلك النفي كما انا نعتقد حرمة النكاح
بغير شهود وهم يعتقدون خلاف ذلك فلا يلتزمونه قوله وولاية الالزام بالسيف او بالمحاجة عن قولهما ورد لا
الالزام متحقق قوله امرنا بان نتركهم وما يدينون يجوز ان يكون الواو للعطف اي امرنا بان نترك اهل
الذمة وان نترك ما يدينون اي يعتقدون فلا نتعرض لهم ويجوز ان يكون بمعنى مع كما في قولهم استوى الماء والخشبة
اي امرنا بان نتركهم مع ما يدينون اي مع اعتقادهم قوله فصاروا كاهل الحرب اي صار اهل الذمة في الديانات
والمعاملات التي يعتقدون فيها خلاف اعتقادنا كاهل الحرب قوله بخلاف الزنا جواب عن قول ابي يوسف
ومحمد اراد النظير بينهما كالزنا وكذا قوله والربو جواب ايضا قوله الا ان اي هو حرف
التنبيه لا حرف الاستثناء كذا وقع الا السماع من [illegible] قوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل
السكوت اي قول محمد في الجامع الصغير وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير فالنفي على الاختلاف لا محالة فاما السكوت
فانه يرجع فيه الى دينهم فان دانوا انه لا يجب الا بالشرط فكذلك على الاختلاف وان دانوا انه يجب الا ان ينفى فانه يجب عند
السكوت بالاجماع وقال فخر الاسلام البزدوي والتزوج بالميتة بمنزلة النفي لانه لا قيمة لها عند احد وقال شمس الائمة السرخسي
في المبسوط الذمي بالميتة لانهم لا يتمولونها كما لا يتمولها المسلمون قوله روايتان اي عن ابي حنيفة في رواية يجب مهر المثل
قوله وان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير وهذه من مسائل الجامع الصغير
المعادة المفيدة اعلم ان الذمي اذا تزوج ذمية على خمر او خنزير عينا او وصفا ثم اسلم احدهما او اسلما جميعا قبل القبض فلا يخلو
من احد الامرين اما ان كان المسمى هو الخمر والخنزير عينا او دينا او موصوفا في الذمة فان كان عينا فلها العين ليس لها غير ذلك
وان كان دينا فالجواب على التفصيل ففي الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا كله مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه
وقال ابو يوسف لها مهر المثل فيهما جميعا في الوجهين اعني في العين وغير العين وقال محمد لها القيمة فيهما في الوجهين
وجه قولهما في العين ان القبض في المهر العين مؤكد للملك فيمتنع بقبض الخمر والخنزير بسبب الاسلام كابتداء التملك بعد الاسلام
والدليل على هذا الاصل ان المهر لو هلك او دخله عيب قبل القبض كان الهلاك والعيب على الزوج ولو كان الهلاك او العيب بعد
التسليم كان عليها فعلم ان القبض له شبهة بابتداء التملك فيمتنع بالاسلام كقبض المبيع فصار كغير العين ثم لما امتنع القبض
قال ابو يوسف وجب مهر المثل اعتبارا لحالة القبض بحالة ابتداء العقد اي لو كان الاسلام موجودا عند ابتداء العقد على الخمر
او الخنزير كان يجب مهر المثل فكذا هنا لان القبض له شبه بابتداء العقد من حيث انه مؤكد وقال محمد القيمة وصحت التسمية
حالة العقد لانهما كانا كافرين حينئذ الا انه الا ان التسليم امتنع بالاسلام لشبه القبض بالعقد فصار كهلاك العين المسمى فتجب القيمة
وابو حنيفة فرق بين العين والدين فقال في العين ان الملك تام قبل القبض رقبة وتصرفا وانما فات صورة اليد وانما تحصل ذلك بالقبض
ولا بأس به بعد الاسلام اذا لم يتضمن ملكا ولهذا يسترد المغصوب منه بعد الاسلام الخمر المغصوب قبل الاسلام وكذا في
الخنزير بخلاف الخمر المشتراة حيث لا يجوز قبض ذلك بعد الاسلام لان ملك التصرف يحصل بالقبض فصار القبض شبيها
بابتداء الملك وهنا فيما نحن فيه ملك التصرف ثابت قبل القبض اما في الدين فقد فصل الجواب فاوجب في الخمر القيمة وفي الخنزير
مهر المثل وهذا لان القبض هو الذي يثبت الملك في الدين فامتنع بالاسلام فصار كهلاك المسمى فوجب المصير الى البدل فتجب القيمة
في الخمر لان القيمة في ذوات الامثال ليست كعين المسمى لا حقيقة ولا حكما ولهذا اذا اتى بقيمة الخمر قبل الاسلام لا تجبر المراة على القبول
فلم يكن قبض القيمة بعد الاسلام كقبض الخمر حكما بخلاف الخنزير فانه حيوان ليس من ذوات الامثال فلو وجب تسليم قيمته كان تسليم عينه
حكما ولهذا اذا اتى بقيمته قبل الاسلام تجبر المراة على القبول فلم يجز بعد الاسلام تسليم قيمته لانها كعينه فوجب مهر المثل
ومعناه اذا كانا باعيانهما اي بالخطاب يعني قوله فلها الخمر والخنزير اذا كانا معينين قوله في الوجهين اي في العين وغير
العين قوله وجه قولهما اي في العين قوله ولهذا ملك التصرف فيه اي تملك المراة التصرف في الصداق المعين
وهذا اصلح لتمام الملك بنفس العقد في الصداق المعين قوله وذلك لا يثبت بالاسلام الشان الى القبض بخلاف
المشتري يجوز [illegible] على الاول ان الخنزير للمشتري او الخمر المشتراة لا يجوز قبض ذلك بعد الاسلام وعلى
الثاني ان المشتري لخمر او خنزير ليس له ان يقبضهما بعد الاسلام لان ملك التصرف يحدث بالقبض قوله لانه من ذوات القيم

اي ان الخنزير من ذوات القيم لانه لا مثل له من جنسه وكذلك الخمر لانها من ذوات الامثال لان لها امثالا من جنسها وصاحب الهداية
ذكر ضمير المؤنث على تاويل الشراب وهي من الاسماء المؤنثة السماعية الا ترى الى قول ابي الاسود الدؤلي
قوله دع الخمر يشربها الغواة فانني رأيت اخاها مغنيا لمكانها فالا يكنها او تكنه فانه اخوها غذته امه بلبانها
ذكر ابن السكيت في اصلاح المنطق خاطب ابو الاسود مولى له يتهاه عن ذلك ويقول ان الزبيب يقوم مقامها فيكون ... فان لم يكن الخمر نفسه
في الزبيب فهي اخته لانهما من شجرة واحدة قوله ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة
اوجب نصفها اي نصف القيمة والذي اوجب مهر المثل مطلقا هو ابو يوسف والذي اوجب القيمة مطلقا هو محمد وابو حنيفة اوجب
في الخنزير الدين مهر المثل وفي الخمر الدين القيمة

باب نكاح الرقيق

اما اخر هذا الباب عن فصل النصراني والمجوسي لانه
بيان ان الرقيق لا ينعقد نكاحه اصلا الا اذا اذن له مولاه بخلاف اهل الكتاب فان لهم ولاية النكاح ثم المسلمون واهل الكتاب لحق بهم
من ليس لهم ولاية النكاح بانفسهم وهم الارقاء وقدم هذا الباب على باب نكاح اهل الشرك لان الرق يتحقق في المسلم بقاء وان لم يتحقق
ابتداء والرقيق المسلم خير من المشرك الحر قال تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك فهذا هو اما عندي من وجه المناسبة وقال بعض
الشارحين انما اخر عن فصل النصارى لان الرق من اثار الكفر والاثر يقفو المؤثر وفيه نظر لانه ينبغي ان يكون وضع هذا الباب
بعد باب نكاح اهل الشرك لما قال في المغني قوله لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وهذه من مسائل القدوري
اما الامة فظاهر لان منافع بضعها ملك المولى فلا يصح عقدها عليها بدون اذن المولى واما العبد ففيه خلاف مالك فعنده يجوز نكاح
العبد بغير اذن المولى ولكن قال في الموطا ان اذن له سيده ثبت على نكاحه وان لم ياذن له سيده فرق بينهما وجه قوله ان
النكاح من خصائص الادمية فملكه العبد كالطلاق ولنا قوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء والنكاح شيء فلا
يملكه العبد بحكم الاية وقد روى صاحب السنن باسناده الى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما عبد
تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر واخرجه الترمذي وقال هذا حديث حسن وفي السنن ايضا مسندا الى نافع عن ابن عمر عن النبي
صلى الله عليه وسلم قال اذا نكح العبد بغير اذن مولاه فنكاحه باطل ولان النكاح عيب فلا يملكه العبد بدون اذن مولاه ولهذا اذا
اشترى عبدا او امة فوجد ذا زوج جاز له ان يرد لانه عقد معاوضة بالمهر والنفقة فلا يجوز شغل ماليته وهي ملك المولى بدون
اذنه ولهذا لو باع رقبته او رهنها بمال لم يجز وكان فيه منفعة للمولى فاولى ان لا يجوز نكاحه لكونه عيبا وقد بيناه على
الاستقصاء في فصل المحرمات والعهر الزنى وهو الفجور ورجل عاهر وامراة عاهرة قوله وكذلك المكاتب اي
لا يجوز تزوجه بدون اذن مولاه وذلك لان الموجب للحجر وهو الرق فيه قائم الا ان الكتابة اوجبت فك الحجر في الاكتساب
لينال بذلك شرف الحرية والنكاح ليس من باب الكسب بل فيه تعييب رقبته مع ان النكاح كما كانت ولهذا لا يجوز له ان
يزوج عبده وجاز له تزويج امته لما فيه الاكتساب بالمهر والنفقة والولد وكذلك المكاتبة لا يجوز تزوجها نفسها ولا تزويج
عبدها ويجوز تزويج امتها لان الرق فيها قائم لا تملك ما لم يكن من باب الكسب ولا يقال على هذا ينبغي ان يجوز تزويجها
نفسها لما فيه من اكتساب المهر والنفقة لان رقبتها ملك المولى فلا يجوز تصرفها بدون اذنه ولهذا يصح اعتاق المولى بخلاف
امة المكاتب حيث لا يجوز اذا اعتقها المولى قوله لما بينا اشار الى قوله لانه من باب الاكتساب قوله
وكذلك المدبر وام الولد يعني لا يجوز نكاحهما الا باذن مولاهما لان الملك فيهما قائم ولهذا يعتقان اذا قال المولى كل مملوك لي حر
ذكر الحران شمس الائمة السرخسي قال في مبسوطه ومبسوطه شرح الكافي للحاكم الشهيد المروزي وكذلك المدبر وابن ام الولد
والمكاتب لا يتزوج واحد من هؤلاء بغير اذن المولى ثم علل بقوله لان الرق الموجب للحجر فيهم قائم لا يقال فيه نظر لان ابن ام الولد لا رق
له فيه ولا ملك لانه لما ثبت النسب بالدعوة وصارت امه ام ولد صار ولدها كسائر الاولاد في الحرية وكيف يقال هذا بعد
ثبوت النسب والاب حينئذ قد ملك جزءه ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه فبعد العتق لا يبقى فيه ملك ولا رق ولهذا
لم يذكر الحاكم في الكافي ابن ام الولد في حكم المدبر لانا نقول معناه ان المولى زوج ام الولد من عبد فجاءت بولد من زوجها فحكم
الولد حكمها فان قلت ما الجواب عن قياس مالك قلت جوابه سهل وهو ان الراي في معارضة النص باطل وايضا القياس
مع وجود الفارق فاسد وقد وجد الفارق بين المقيس والمقيس عليه الا ترى ان النكاح عيب وشغل لمال المولى بالمهر والنفقة
وتصرف في مال المولى بخلاف الطلاق فان به يزول هذه الاشياء فلك العبد النكاح دون الطلاق قوله واذا تزوج العبد
باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه وهذه مسئلة القدوري وانما يباع العبد في المهر الا اذا فداه المولى لان المهر دين وجب
في رقبة العبد لوجود السبب وهو التزوج من الاهل وهو العاقل البالغ وقد ظهر ذلك في حق مولاه لاذنه كما يباع في دين التجارة على اصلنا
بناء على دين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس واما المدبر والمكاتب اذا تزوجا باذن مولاهما فلا يباعان في المهر بل يسعيان
فيه فيؤدي المهر من كسبهما لانه تعذر الاستيفاء من رقبتهما بسبب التدبير والكتابة لعدم احتمال النقل من ملك الى ملك لانه لو
جاز النقل يلزم بطلان استحقاق الحرية بعقد الكتابة والتدبير وذلك لا يجوز الا اذا عجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة فحينئذ يكون
المهر في رقبته فيباع فيه الا اذا ادى المولى المهر فيتخلص العبد لنفسه وانما قيد التزوج باذن المولى لان العبد او المدبر او المكاتب
او اذا تزوج بدون اذن المولى ودخل بها ثم فرق بينهما المولى فلا مهر عليه حتى يعتق كذا ذكر الحاكم الجليل الشهيد في الكافي
وشمس الائمة السرخسي في شرحه وذلك لانه دين ثبت لم يظهر في حق المولى فصار كدين اقر به العبد ولان النكاح في حق المكاتب

ليس من باب الكسب فاخر المال الواجب بسببه الى ما بعد العتق بخلاف ما اذا جنى المكاتب حيث يثبت موجب ذلك في كسبه في الحال
لان الرق لا يوجب العجز عن الاشغال وما فيه نحن فيه انما وجب المهر باعتبار العقد لانه العقد لولا العقد لم يجب المهر بالدخول
قوله واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس باجازة وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد تزوج امراة بغير اذن مولاه فقال له مولاه طلقها لم يكن ذلك اجازة وكذلك لو
قال له فارقها ولو قال له طلقها تطليقة تملك الرجعة كان اجازة وانما لم يكن اجازة في الصورة الاولى لان قول المولى له طلقها
طلقها تطليقة يحتمل الاجازة ويحتمل الرد والطلاق في النكاح الفاسد والموقوف ليس بطلاق بل هو متاركة للنكاح حتى لا ينقص
شيء من عدد الطلاق وذلك لان وقوع الطلاق يختص بنكاح صحيح الا ان النكاح وان لم يكن صحيحا يكون شبهة ليسقط الحد اذا وطئ قبل
الاجازة الا اذا وطئ بعد المتاركة فحينئذ يلزمه الحد لارتفاع الشبهة فلما احتمل قوله طلقها الامرين لم يكن اجازة بالشك بل حمل على الرد
لانه ادنى لان الدفع اسهل من الرفع على انه هو اللائق بحال العبد المتمرد بخلاف ما اذا قال طلقها تطليقة تملك الرجعة حيث يكون
اجازة لوجود المرجح وهو ان الطلاق الرجعي لا يكون الا بعد النكاح الصحيح • فان قلت ما الفرق بين هذه الصورة وبين ما اذا قال
لعبده تزوج اربعا او قال له كفر يمينك بالمال حيث لا تثبت الحرية بهذا الكلام وان كان لا يصح تزوج الاربعة والتكفير بالمال الا بعد
الحرية وههنا تثبت اجازة النكاح لان الرجعة لا تصح الا بعد النكاح الصحيح • قلت الفرق ان الشرائط الاصلية لا يمكن اثباتها بطريق الاقتضاء
كالاهلية والحرية شرط الاهلية لان الاهلية شرط اصلي للتصرف لا يوجد بدونها فلا تثبت هذه الحرية بطريق الاقتضاء بخلاف النكاح
فانه ثابت للعبد باهلية نفسه لان النكاح من خصائص الادمية ولهذا لو عتق قبل الاجازة من المولى نفذ نكاحه الا ان نفاذ النكاح
موقوف على اجازة المولى لا اصله لان في النكاح النافذ بدون الاذن ضررا بالمولى على انا نقول لو ثبتت الحرية بطل الامر بالتزوج
والتكفير لكونه اجنبيا من المولى والمقتضى يثبت لتصحيح المقتضي لا لابطاله بخلاف ما نحن فيه فانه على تقدير اجازة النكاح لا يبطل
الامر بالطلاق لان المامور عبده كما كان • فان قلت يرد عليكم الملك وهو شرط اصلي للاعتاق ومع هذا يثبت بطريق الاقتضاء
في قوله اعتق عبدك عني بالف اذا قال المامور اعتقت قلت سلمنا ان كونه مملوكا شرط اصلي للاعتاق ولكن لا نسلم ان كونه مملوكا للامر شرط اصلي
بل هو شرط جائز زائد فجاز ان يثبت بطريق الاقتضاء وهذا لان الشرط الاصلي ما يتوقف عليه ركن التصرف وهو بالاهلية والمحلية
والاهلية ثابتة بالامر والمحلية للاعتاق تثبت بكون الشيء مملوكا في ذاته وكونه مملوكا للامر زائد لا يتوقف عليه ثبوت الحكم
شرعا وهو العتق عنه فصح اقتضاء • فان قلت قوله طلقها للعبد ليس له اجازة وقوله طلقها للفضولي اذا زوج اجازة فما الفرق
بينهما • قلت لا نسلم ان قوله طلقها اجازة في النكاح الفضولي ايضا لان الطلاق في النكاح الموقوف ليس باجازة على ما هو اختيار الصدر
الشهيد ونجم الدين النسفي ولئن سلمنا انه اجازة على ما هو اختيار صاحب المحيط • فنقول انما لم يكن قوله طلقها اجازة في نكاح
العبد لانه متمرد والحمل على الرد اولى بخلاف الفضولي لانه ليس بمتمرد ولو قال رجل طلقها خرج استعماله بسبيل التوكيل فحمل على الاجازة
ولان في الحمل على الاجازة يلزم الضرر بالمولى بلزوم المهر بلا استيفاء البضع لان المستوفي للبضع هو العبد لا المولى بخلاف الحمل على الاجازة
في نكاح الفضولي لان المهر يلزم الرجل بمقابلة استيفاء البضع وليس فيه ضرر خالص **قوله** طلقها تطليقة تملك الرجعة
وتلك الصيغة خطاب الواحد يجوز ان يكون جملة حالية وذو الحال الضمير المستتر في طلقها ويجوز ان يقع صفة لقوله تطليقة فاخذ
الضمير من الجملة اي تطليقة تملك فيها الرجعة وقوله وهو اللائق بحال العبد المتمرد والشيطان المريد والمارد الذي تقدم خبثا
ويقال رجل مريد ايضا على وزن فعيل ومتمرد اي عات وفي اساس تمرد مارد وعز الابلق • قال ابن دريد كانت الزباء حاصرت اهل
هذين الحصنين فلم يقدر عليهما فقالت هذا **قوله** ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه
يباع في المهر عند ابي حنيفة وقالا لا يؤخذ منه اذا اعتق وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة المفيدة وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في رجل قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ثم دخل بها قال عليه المهر يباع رقبته فيه • وقال
ابو يوسف ومحمد لا شيء عليه حتى يعتق ولفظ الاصل واذا اذن له ان يتزوج واحدة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها اخذ
بالمهر في حال الرق في قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد لا يؤخذ به حتى يعتق والاصل في المسئلة ان اذن المولى لعبده في
النكاح يشتمل على الجائز والفاسد جميعا عند ابي حنيفة وعندهما لا ينصرف الا الى الجائز لهما ان المقصود من نكاح العبد هو تحصيل العفة
له وذلك بالجائز الذي يفيد الملك لا بالفاسد ولهذا لو حلف ان لا يتزوج لا يحنث بالفاسد فعلم ان النكاح الفاسد ليس بنكاح
فلا يتناوله اذن المولى بخلاف الاذن في البيع للعبد او للوكيل حيث يتناول الصحيح والفاسد جميعا لان بعض المقاصد حاصل كذلك
الاعتاق والهبة ونحو ذلك من القربات ولابي حنيفة ان الحاجة الى اذن المولى لتعلق المهر برقبة العبد لا لاثبات الحل للعبد
لان ذلك حاصل للعبد لكون النكاح من خصائص الادمية فمن حيث تعلق المهر برقبته الفاسد والجائز سواء الا ترى ان المولى
لو زوج بنفسه عبده امراة بغير شهود ودخل بها يؤخذ بالمهر في الحال ولان الاذن مطلقا مطلق يجري على اطلاقه ولا يتقيد بالصحيح
كما في الاذن بالبيع وكما اذا حلف انه ما تزوج في الماضي وقد كان تزوج نكاحا فاسدا يحنث فعلم ان النكاح الفاسد نكاح وبعض
المقاصد في النكاح الفاسد ايضا حاصل عند الدخول كالنسب والعدة والمهر وما قاسا عليه من مسئلة التزوج في المستقبل فنقول
لا نسلم انه لا يحنث فيه بالفاسد عند ابي حنيفة ولئن سلمنا انه لا يحنث فنقول الفرق بين المقيس والمقيس عليه ظاهر لان في المقيس
عليه تقييد الاذن بالصحيح بدلالة العرف لان مبنى الايمان على العرف وفي المقيس لم يوجد دليل التقييد فبقي الاذن على اطلاقه
فتناول الجائز والفاسد جميعا وعلى هذا لو وجد نكاح هذه الامة لا ينفذ عند ابي حنيفة لان الاذن قد انتهى وعندهما ينفذ

ان الاذن باقي وكذا لو تزوج امراة اخرى في مسئلة الاصل نكاحا صحيحا لا ينفذ عنده خلافا لهما **قوله** مبني على الطريقة
ثم ان الاذن مطلق يجري على اطلاقه فيحنث بالفاسد ايضا فيما اذا حلف لا يتزوج عند ابي حنيفة **قوله** ومن زوج عبدا ماذونا
له امراة جاز والمراة اسوة للغرماء في مهرها وهذه من خواص الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
اذن لعبده في التجارة فاذان دينا ثم زوجه مولاه قال النكاح جائز والمراة اسوة الغرماء بمهرها قال فخر الاسلام في شرح الجامع
الصغير • معناه اذا كان النكاح بمهر المثل او اقل • اعلم ان العبد اذا اذن له مولاه في التجارة فلحقه ديون ثم زوجه امراة واذن له في
النكاح فتزوج امراة صح النكاح وتكون المراة اسوة للغرماء بمقدار مهر مثلها ثم يجب ان يباع العبد بمهرها ويضرب المراة فيه مع الغرماء على
قدر ديونهم اما صحة النكاح فلان تزويج العبد مبني على ملك الرقبة وهو باق بعد لحوق الديون كما كان فلما صح النكاح لزم المهر
لان وجوب المهر حكم من احكام النكاح ويثبت من توابعه لزومه شرعا فوجب فظهر في حق الغرماء فصارت المراة اسوة لهم كما اذا
استهلك العبد مال انسان يكون صاحب المال اسوة للغرماء والجامع وجوب الدين بسبب لا مرد له وكما اذا تزوج المريض المديون
امراة بمهر مثلها يكون المراة اسوة لغرماء الصحة • فان قلت المهر يتعلق بمالية رقبته وفيه اضرار بالغرماء فوجب ان لا يصح • قلت لا نسلم
ان المهر يتعلق بالمالية لان النكاح لا تعلق له بالمالية ولهذا يصح نكاح الحر ولا مالية في رقبته والاخ والعم يزوجان الصغير وليس لهما
ولاية التصرف في المال وحق الغرماء متعلق بالمالية فلم يلاق وجوب المهر حقهم فصح ولئن سلمنا ان المهر يتعلق بمالية رقبته لكن لما صح
النكاح لما قلنا وجب القول بوجوب المهر لكونه شرعا فلا يبقى وجوبه حكما ضمنا لا قصدا ليظهر في حقهم وذلك لان وجوب المهر
بولاية الشرع حيث جعل وجوبه من ضرورات صحة النكاح وللشرع ولاية عامة شاملة لجميع الناس فانهم وقولهم في الجامع
الصغير فاذان بالتشديد من باب الافتعال اي اخذ دينا وادانا لاسوة المساوية في طلب الحق **قوله** وزوجه اي زوج
جواز النكاح **قوله** على ما نذكر اشارة الى ما ذكر بعد هذه المسئلة بقوله ولنا ان الانكاح اصلاح لملكه لان فيه
تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك **قوله** والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا لان المقصود من
النكاح التحصين عن الزنا والاعفاف ووجوب المهر ضمني وضمنيات الشيء لا تعلل **قوله** وجب الدين اي المهر بسبب
لا مرد له اي بسبب النكاح وانما لم يكن له مرد لانه مبني على بقاء الملك وهو باق **قوله** ومن زوج امته
فليس عليه ان يبوئها بيتا للزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها وهذه من مسائل القدوري وقال
في الجامع الصغير ان بواها معه بيتا فلها النفقة والكسوة والسكنى والا فلا وتفسير التبوية ما ذكر في شرح كتاب النفقات
للخصاف وهو ان يخلي المولى بينه وبين الامة في منزل زوجها ويدفعها اليه ولا يستخدمها اما اذا كانت تذهب وتجيء وتخدم مولاها لا تكون تبوية
فلا تكون النفقة على المولى واما لم يستحق التبوية على المولى لان ملكه باق في الرقبة والمنافع وكان مقدما على الزوج فلم يلزم التبوية
فقال الزوج اسوف منافع البضع اذا ادرك لان حقه ثابت فيها وكذلك الحكم فيما اذا زوج مدبرته او ام ولده فاذا وجدت
التبوية يلزم النفقة على الزوج والا فلا لان النفقة جزاء الاحتباس ولم يوجد لكن هذا في غير المكاتبة فاما النفقة والسكنى وان لم
يوجد التبوية وبه صرح في شرح كتاب النفقات للخصاف والفرق بينها وبين الامة والمدبرة وام الولد ان المولى لا يملك استخدام
المكاتبة فلا تحتاج الى تبوية المولى بخلاف غيرها فان للمولى استخدامهن فقال بوئه منزلا وبوا له بمعنى اذا اسكنه اياه • **قوله**
ابطال له اي للاستخدام بتبديه من الزوج **قوله** فلو بواها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك والضمير في له في صيغتين
راجع الى المولى وذلك اشارة الى الاستخدام • قال شمس الائمة السرخسي في شرح مختصر الكافي للحاكم الجليل الشهيد واذا زوج مدبرته
او امته او ام ولده وبواها بيتا ثم بدا له ان يردها الى خدمته كان له ذلك لان خدمتها حق المولى وبالتبوية صار كالمعير لها من زوجها
وله ان يستردها متى شاء وكذلك لو شرط ذلك للزوج كان الشرط باطلا لا يمنعه من ان يستخدم امته لان المستحق للزوج ملك الحل
لا غير لان الشرط لو صح فلا يخلو اما ان يكون بطريق الاجارة او الاعارة فلا يصح الاول لجهالة المدة والاجارة وكذا
الثاني لان الاعارة لا يتعلق بها اللزوم وهي تسقط النفقة اذا استخدمها بعد التبوية ثم اذا بواها ثانيا عادت النفقة كالحرة
اذا نشزت كذا ذكر في التحفة وغيرها ولا يقال ينبغي ان لا تسقط النفقة بالاستخدام بعد التبوية كالحرة اذا منعت نفسها لاستيفاء
الصداق لان في المقيس عليه وجد التفويت من قبل الزوج فكان امتناعها بحق فلم يسقط نفقتها وفيما نحن فيه لم يوجد التفويت
من قبل الزوج فكان والنفقة جزاء الاحتباس ولم يوجد فسقطت النفقة **قوله** قال رضي الله عنه وذكر تزويج المولى عبده
وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا • اي قال صاحب الهداية ذكر محمد في الجامع الصغير تزويج المولى عبده وامته ولم
يذكر رضاهما فعلم ان رضاهما ليس بشرط لصحة النكاح ام لا وهذا الذي قاله من تزويج المولى بلا رضاهما راجع الى مذهبنا • قال في شرح
الطحاوي للمولى ان يزوج امته بلا كره منها صغيرة كانت او كبيرة بالاجماع • واما في العبد اذا كان صغيرا فكذلك وان كان كبيرا فله ذلك
عندنا في ظاهر الرواية • وروي عن ابي يوسف انه قال لا يجوز الا برضى العبد وهو قول الشافعي • وقال في الايضاح وللمولى ان يجبر
عبده على النكاح وروي عن ابي حنيفة انه لا يجبر وهو قول الشافعي والمراد بالاجبار انه لو باشر النكاح بغير رضاه فانه ينفذ وجه قوله ان
ما يتناوله النكاح من العبد غير مملوك للمولى فصار كالاجنبي بخلاف الامة فان منافع بضعها مملوكة للمولى فيملك تزويجها بلا رضاها
الا ترى ان المولى لا يملك على العبد الاقرار بالقصاص ولا يطلق زوجته لان محل التصرف ليس بمملوك له فكذا هاهنا لان مقصود النكاح
لا يحصل الا اذا كان بغير رضا العبد لان الطلاق بيده يبطلها متى شاء فلا يحصل التحصين • ولنا ان المولى يملك تزويج امته بغير
رضاها لان رقبتها مملوكة للمولى لكن منافع بضعها مملوكة له ولهذا ملك المولى تزويج الصغيرة لان منافع بضعها ليست مملوكة له والزوج يملك

منافع بضع المرأة ومع هذا لا يملك تزويجها من غيره فعلم ان التعليل بملك منافع البضع في تزويج الامة غير فاسد فلما ثبت ان تزويج الامة
بدون رضاها لملك الرقبة ثبت تزويج العبد ايضا لهذا المعنى ولان في تزويج العبد تحصينه عن الزنا كما ان تزويج الامة كذلك و
يملك تزويجه بلا رضاه كما يملك تزويجها بلا رضاها • بيانه ان الزنا يوجب الحد مهلكا او جارحا ففي الاول هلاك المال وفي الثاني
نقصانه وللمولى اصلاح ملكه عن الهلاك او النقصان وفي التزويج اصلاح ذلك فيملكه بلا رضى العبد والامة وقياس الشافعي على الاقرار
بالقصاص وايقاع الطلاق على زوجة عبده ليس بصحيح لان ما يملكه المولى على عبده يستبد به كالمقايس والعبد لا يستبد بالنكاح بدون
رضى المولى فعلم ان تزويجه مملوك للمولى وقوله مقصود النكاح لا يحصل بغير رضى العبد لان الطلاق بيده • قلنا نعم ان الطلاق في
يده لكن لا نسلم ان العبد يطلق امرأته متى شاء لان حشمة المولى تمنعه من ايقاع الطلاق وانما شرط رضى المكاتب والمكاتبة في
تزويجهما لانهما كالاحرار في تزويجهما التصرف ولهذا لا يملك المولى استخدامهما • قال في شرح الطحاوي ولو زوج امته من عبده
فانه يجوز وان كان بلا شهود لانه لا يجب المهر لانه لو وجب وجب له على نفسه ولا يجوز ان يجب له على نفسه • وقال بعضهم يجب ثم
يسقط ولو اعتقا جميعا فالعبد لا خيار له والامة لها الخيار • وقال في الفتاوي الولوالجي وليس للاب والوصي والقاضي والجد
والمضارب ان يزوجوا العبد لان تزويجه تعيب المالية وشغلها بالمهر والنفقة فلا يكون اكتسابا بالمال واما الامة يجوز تزويجها من الاب
والوصي والجد والمكاتب والمفاوض والقاضي لانه اكتساب المال بازاء ما ليس بمال فيكون من باب النفع اما شريك العنان والمضارب
والماذون لا يملكون تزويج الامة عند ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف يملكون كالمفاوض لهما ان هذا ليس دليله المال ما ليس بمال
فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة وانما ذكرنا هذه المسائل تكثيرا للفوائد وتتميما للفوائد قوله فلك تملكها اي ملك تمليك
منافع بضع الامة قوله لان فيه تحصينه اي لان في الانكاح تحصين العبد من الزنا الذي هو سبب الهلاك او النقصان
وقد بيناه وقد بيناه انفا قوله لانهما التحقا بالاحرار من حيث الكسب قوله ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان
يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة وقالا عليه المهر لمولاها وهذه من مسائل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في رجل زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها قال لا مهر لها عليه ولا له • وقال ابو يوسف ومحمد عليه المهر
لمولاها وقوله لا مهر لها قيل هو مؤكد لا ظهر له لان المهر لو وجب له لا لها كما لا حاجة الى نفي المهر ويحتمل ان لا يجب القصاص
ايضا لان ذلك حق المولى يصرف الى دينها بمنزلة بدل رقبتها فاذا بطل في حقه لم يجب لها • كذا قال فخر الاسلام البزدوي
وقوله في الكتاب ولا له لا مهر للمولى على الزوج • اعلم ان المولى اذا قتل امته قبل دخول الزوج فان كان قبض الصداق يرده على
الزوج وان كان لم يقبضه يسقط عن ذمة الزوج وعندهما لا يسقط بل يجب منه اما اذا قتلها اجنبي فلا يسقط بالاتفاق وكذا لا يسقط
اذا قتلها المولى بعد دخول الزوج بالاتفاق واذا اعتقها المولى فكان لا يقدر عليه الزوج لا يطالبه بالمهر بالاتفاق اذا ارتدت الحرة
او الامة قبل الدخول يسقط المهر بالدخول لاتفاق والامة اذا قتلت نفسها فيه روايتان عن ابي حنيفة في احداهما لا يسقط كالحرة
اذا قتلت نفسها لان المهر لمولاها ولم يوجد منه منع للبدل وفي رواية يسقط كما لو ارتدت قبل الدخول • وجه قولهما ان المقتول ميت
باجله لا اجل له سوى هذا على مذهب اهل السنة والجماعة فلو ماتت حتف انفها لا يسقط المهر بل يتقرر بوجود المولد وهو الموت
فكذا هنا كالحرة اذا قتلت نفسها وكما اذا قتلها غير مولاها • ووجه قول ابي حنيفة انه منع البدل قبل التسليم فيجازي بمنع المبدل
كالبيع اذا كان لا يقدر عليها وكما اذا ارتدت الحرة قبل الدخول وكما اذا اتلف البائع المبيع قبل التسليم يسقط حق الثمن وذلك لان القتل
وان كان موتا بالاجل لكنه جعل في حق احكام الدنيا كانه غير الموت بدليل وجوب القصاص في العمد والكفارة والدية في الخطأ
وهنا لا يجب القصاص على المولى لاستحالة ان يجب له لكن عليه الاثم ولهذا الوجه شاة انسان يضمن بخلاف ما اذا مات حتف انفه
لانه منع المبدل لم يوجد وبخلاف ما اذا قتلت الحرة نفسها لان المهر يجب لها لا لزوجها ولم يوجد منهم منع المبدل وفيه خلاف زفر
والشافعي وهما يقيسان على ردة الحرة قبل الدخول • ولنا ان قتلها نفسها هدر في احكام الدنيا فسقط اعتبار المهر بالردة دون القتل
فصار قتلها نفسها كموتها قوله حتف انفها الحتف الموت وجمعه حتوف ليس له فعل يتصرف وانما يضاف الى الانف
اذا مات الشخص بلا سبب ويقال مات حتف انفه لان الروح تخرج من الانف قوله وهذا اشارة الى اعتبار قتل المولى
حتف انفها فصار اي قتل المولى وله اي لابي حنيفة فيجازي اي المولى كما ارتدت الحرة اي قبل الدخول والحكم في ارتداد الامة قبل
الدخول كذلك وقد بيناه والقتل في حق احكام الدنيا جعل اتلافا جواب عن قولهما ان المقتول ميت باجله قوله فكذا ذلك
في حق المهر يعني كما ان القتل جعل اتلافا في حق القصاص والدية فكذا جعل اتلافا في حق المهر وجعل كانه غير الموت
قوله والجامع ما بيناه اي الجامع بين المقيس والمقيس عليه وهو قتل الحرة نفسها المقيس عليه وهي ردة الحرة قبل الدخول وقتل المولى
امته انما يصح على اصل ابي حنيفة لان ابا يوسف ومحمد لا يقولان بسقوط المهر في قتل المولى امته قوله بخلاف قتل المولى جواب عن
قوله وبقتل المولى امته قوله واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى • وقال ابو يوسف ومحمد ان الاذن اليها وفي
شرح الهداية • وعن ابي يوسف ومحمد ان الاذن اليها اي الى الامة المنكوحة وهي اصح لان هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير وصورتها
فيه عن محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل زوج امته فاراد ان يعزل عنها قال الاذن في العزل الى المولى • ولم يذكر الخلاف فدل
على ان ظاهر الرواية عنهما كما قال ابو حنيفة • ولهذا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وعن ابي يوسف ومحمد ان العزل اليها
ويدل قول صاحب الهداية ايضا على هذا على ما قلنا لانه قال في بيان دليل ابي حنيفة وجه ظاهر الرواية • الا ان الصدر الشهيد والزاهد
العتابي اثبتا في شرحيهما للجامع الصغير الخلاف كما في النسخة الاولى ونقل فخر الاسلام اثبت وهذه مسألة مبنية على جواز العزل عند عامة العلماء

لانه النقص المالي • وقال الترمذي في جامعه وقد كره العزل قوم من اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم والدليل على
جوازه ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى عطاء عن جابر • قال كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والقرآن ينزل واخرجه
مسلم ايضا • وروى صاحب السنن مسندا الى نافع عن ابي سعيد الخدري • ان رجلا قال يا رسول الله ان لي جارية وانا اعزل عنها
وانا اكره ان تحمل وانا اريد ما يريد الرجال وان اليهود تحدث ان العزل الموؤدة الصغرى قال كذبت يهود لو اراد الله ان يخلقه
ما استطعت ان تصرفه • وفي السنن ايضا مسندا الى جابر • قال جاء رجل من الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان لي جارية
اطوف عليها وانا اكره ان تحمل فقال اعزل عنها ان شئت فانه سيأتيها ما قدر لها قال فلبث الرجل ثم اتاه فقال ان الجارية حملت قال قد
اخبرتك انه سيأتيها ما قدر لها واخرجه مسلم ووجه ما روي عن ابي يوسف ومحمد ان الاذن اليها لان قضاء الشهوة حقها لا حق مولاها
ولهذا كان لها مطالبة الزوج بالوطء فصارت كالحرة بخلاف الامة المملوكة حيث لا يشترط رضاها في العزل لانه لا مطالبة لها
بالوطء • ووجه الظاهر ان العزل انما يكره لمكان الولد والولد حق المولى لا حق الامة لان ولدها مملوك لمولاها فيشترط رضى المولى
لا رضاها بخلاف الحرة فان لها حقا في الولد فيشترط رضاها فلما كان للحرة حق في الولد ولم يكن ذلك للامة المنكوحة بطل قياس الامة
المنكوحة على الحرة وهو معنى قوله ولهذا فارقت الحرة والمراد بالعزل ان يطأها ويترك شهوته عنها كيلا يتولد الولد قوله
تنقيص حقها • اي في قضاء الشهوة فاما مطالبة الوطء فحقها من الزوج قضاء مرة واحدة اما ديانة ففي كل مرة مرة
قوله ولهذا فارقت الحرة • اي بتعليلنا ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فارقت الامة المنكوحة الحرة لان لها
حقا في الولد دون الامة فلما وجد الفارق بطل القياس وقد بيناه قوله فان تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت فلها
الخيار حرا كان زوجها او عبدا وهذه مسألة القدوري • اعلم ان الامة اذا اعتقت ولها زوج زوجها المولى منه او تزوجت
باذن المولى كان لها الخيار سواء كان زوجها المولى منه او تزوجته باذن المولى كان لها الخيار حال الاعتاق حرا او عبدا ان شاءت اقامت
معه وان شاءت اختارت نفسها ففارقته ولا مهر لها ان لم يدخل بها الزوج لان اختيارها نفسها فسخ من الاصل وان كان دخل بها
فالمهر واجب لسيدها لان الدخول بحكم نكاح صحيح فيتقرر به المهر وان اختارت زوجها فالمهر لسيدها دخل بها الزوج او لم يدخل
لانه كان واجبا بمقابلة ما ملك الزوج من البضع وهو ملك المولى فيكون بدله للمولى • وقال الشافعي اذا اعتقت الامة و
زوجها حر فلا خيار لها • وقال الحاكم الشهيد في كافيه • قال ابن ابي ليلى اذا كان زوجها حرا فلا خيار لها • وجه قول الشافعي
ما روي في السنن باسناده الى عبد الرحمن ابن القسم عن ابيه عن عائشة ان بريرة خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم
وكان زوجها عبدا • وروى صاحب السنن ايضا باسناده الى عكرمة عن ابن عباس ان زوج بريرة ... وفي السنن
مسندا الى ابراهيم عن الاسود عن عائشة ان زوج بريرة كان حرا حين اعتقت وانها خيرت فقالت ما احب ان اكون معه وان لي كذا
وكذا • وجه الترجيح لمذهبنا ان زوجها كان عبدا في الاصل ولا خلاف فيه وانما اختلفت الروايات في انه كان حرا عند
اعتاقها او عبدا وخبر الحرية اثبات للحرية العارضة وخبر من قال انه كان عبدا نفي لذلك فكان خبر الاثبات اولى من خبر
النفي لان خبر الاثبات خبر عن دليل وخبر النفي خبر لا عن دليل لانه من الجائز ان يكون زوج بريرة حرا حال اعتاقها ولم يعلم النافي
ذلك فبنى الامر على استصحاب الحال والاصل في الدلائل الاعمال لا الاهمال فعلى ما ذهب اليه الخصم يكون احدى الروايتين
متروكة ... فكان ما ذهبنا اليه اولى ولانه قد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لبريرة ملكت بضعك
فاختاري رواه الشيخ ابو بكر الرازي باسناده الى النبي صلى الله عليه وسلم جعل علة ثبوت الخيار ملك البضع اي اختاري نفسك
لانك ملكت بضعك كقوله سهى فسجد والعلة موجودة فيما اذا كان زوجها حرا فيكون لها الخيار كما اذا كان زوجها عبدا • وحدث
الشيخ ابو محمد عبد الله ابن محمد بن يعقوب الحارثي السبذموني في كتاب مناقب ابي حنيفة الذي جمعه عن العباس ابن عزيز القطان
حدثنا محمد بن ... حدثنا علي ابن يزيد عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة انها اعتقت بريرة ولها زوج مولى
لال ابي احمد فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارت نفسها ففرق بينهما وكان زوجها حرا والفقه فيه ان الملك يزداد عليها
بعتقها فكان لها الخيار دفعا للضرر وزيادة الملك وذلك لان حل الحرة اوسع من حل الامة فان قبل العتق كان يملك الزوج عليها تطليقتين
ويملك مراجعتها في قرئين وكانت عدتها حيضتين فازداد كل ذلك بالعتق كان يملك الزوج عليها ثلاث تطليقات فاثبت الشرع لها الخيار
مع اصل العقد لانها لا تتمكن من دفع هذا الضرر الا برفع العقد ولانها بعد العتق يمنعها زوجها عن الخروج والبروز وذلك ازدياد
الملك ايضا ولانها ملكت نفسها بعد تمام العقد عليها فيكون لها الخيار كما لو كان زوجها عبدا • فان قلت يبطل تعليلكم بما اذا تزوجت بلا اذن
المولى ثم اعتقت حيث لا يكون لها الخيار • قلت لا نسلم ان تلك المسألة ترد نقضا علينا لان فيها لم تملك نفسها بعد تمام العقد وكلامنا
فيه بل تمام العقد حصل بعد الحرية برضاها فلم يثبت لها الخيار • فان قلت المعنى في المقيس عليه عدم الكفاءة فكان لها الخيار ولم يوجد
ذلك المعنى في المقيس لان الحر كفؤ للحرة فلم يكن لها الخيار كما اذا اسلمت الذمية وهي تحت مسلم • قلت لا نسلم ان المعنى هو عدم
الكفاءة في الاصل وانما الكفاءة تعتبر في ابتداء النكاح لا في بقائه ولهذا اذا ايسرت الفقيرة وهي تحت فقير لا يكون لها الخيار فعلم ان
المعنى ما قلنا قوله فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا يعني ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل علة ثبوت الخيار ملك البضع ولم يفصل
بين ما اذا كان زوجها حرا او عبدا قوله فينتظم الفصلين • اي ينتظم التعليل ما اذا كان زوجها حرا او عبدا
قوله وهو محجوج به • اي الشافعي محجوج باطلاق قوله عليه الصلاة والسلام ملكت بضعك فاختاري قوله
... بعد العتق وبريرة بزاين مهملتين على وزن فعيلة وكان اسم زوجها مغيثا وكان عبدا لال ابي احمد كذا قال صاحب السنن

وقال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح معاني الآثار كان عبد الله المغيرة من بني مخزوم **قوله** وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت
باذن مولاها ثم عتقت • وانما قال صاحب الهداية يعني على وجه التفسير • لان قوله وكذلك المكاتبة لفظ القدوري • اعلم ان المكاتبة
اذا تزوجت باذن المولى ثم عتقت كان لها الخيار • وقال زفر لا خيار لها • وجه قوله ان هذا النكاح برضاها فلا معنى لاثبات الخيار بعد ذلك
وذلك لان نكاح المكاتبة لا يصح بدون رضاها • فلما صح برضاها لم يكن لها خيار بعد العتق فصارت كالحرة ولهذا يسلم لها بدل بضعها بخلاف الامة
فانها لا يعتبر رضاها اصلا في نكاحها لان للمولى اجبارها ولا يسلم لها بدل بضعها لان مهرها لمولاها • ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم خير بريرة حين اعتقت وكانت مكاتبة • كذا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير • والصدر الشهيد في الجامع الصغير ايضا
وكذا قال صدر الاسلام البزدوي في مبسوطه وهو اخو فخر الاسلام • وقال الامام العتابي في شرح الجامع الصغير كانت بريرة مكاتبة
وحدث مالك في الموطا عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت • جاءت بريرة فقالت اني كاتبت اهلي
على تسع اواق في كل عام اوقية فاعينيني فقالت عائشة ان احب اهلك ان اعدها لهم عددتها ويكون ولاؤك لي فعلت فذهبت بريرة الى اهلها
فقالت لهم ذلك فابوا عليها فجاءت من عند اهلها ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت لعائشة اني قد عرضت عليهم ذلك فابوا علي الا ان يكون
الولاء لهم فسمع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألها فاخبرته عائشة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذيها واشترطي لهم الولاء فانما
الولاء لمن اعتق ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله واثنى عليه • ثم قال ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في
كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله احق وشرط الله اوثق وانما الولاء لمن اعتق فان قيل
لا يخلو من احد الامرين اما ان كانت بريرة مكاتبة قبل الاعتاق او امة قنة فان كانت مكاتبة فاثبات الخيار لها حجة لنا على زفر لان الراي في
معارضة النص فاسد وان كانت امة قنة فنقول النص الوارد في بريرة معلول بزيادة الملك وازدياد الملك يوجد بعد العتق حاصل في المكاتبة
فيكون لها الخيار قياسا على بريرة قلنا لان عدة المكاتبة قرآن وطلاقها ثنتان فازداد كل ذلك بالعتق كما في الامة اذا اعتقت وملك
المكاتبة بدل بضعها لا باعتبار عقد الكتابة لانها صارت احق باكسابها وبدل البضع من جملة الكسب فلم يدل على سقوط الخيار كالامة اذا اذن
المولى بمهر الامة لها ثم اعتقت يكون لها الخيار لان سلامة نفع البدل لم يكن بعقد النكاح فلم يؤثر في سقوط الخيار **قوله** ولنا ان العلة
ازدياد الملك اي علة اثبات الخيار للامة بعد العتق والضمير في وجدنا راجع الى العلة وفي لان عدتها راجع الى المكاتبة
قوله واذا تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح وهذه من مسائل القدوري ايضا وفيه خلاف • قال في المبسوط
وعن زفر انه قال بطل النكاح • وجه قوله ان النكاح كان موقوفا على اجازة المولى وقد سقط حقه بالعتق فلا ينفذ باجازة غيره • ولنا ان
العقد لم يتوقف على اذن المولى لان النكاح من خصائص الادمية والرق فيه مبقي على اصل الحرية فانعقد النكاح لصدوره من اهله
مضافا الى محله الا ان النفاذ توقف على اذن المولى لقيام حقه فنفذ لما سقط حقه ثم النكاح بعد الحرية من جهتها ولهذا لا ولي لها فالعقد
لان خيار العتق انما يكون بازدياد الملك عليه بالعتق ولا يتصور ازدياد الملك هنا لان نفاذ العقد بعد العتق ولهذا كان المهر لها
ان لم يكن دخل بها قبل العتق وهذا بخلاف ما اذا اذن لها المولى في النكاح فتزوجت فان ذلك العقد لا ينفذ ما لم يجز لان ما لاجله لم ينفذ
حق المولى ولهذا كان له ان يمنعهما من التزوج بعد ما اذن فلا بد من اجازة المولى او اجازة من قام مقامه اما اذا لم يعتقها المولى لكنه مات
وورثه من لا يحل له وطيها او باعها منه او وهبها لمن لا يحل له وطيها بان كانت بين الجارية وبين الوارث او المشتري او الموهوب له محرمية
بالرضاع او المصاهرة او كانت ورثها امراة او اشترتها امراة فعندنا ينفذ النكاح اذا اجاز المالك الثاني وعند زفر بطل لان العقد
كان موقوفا على اجازة الاول فلا ينفذ باجازة غيره • ولنا ان النكاح انما توقف على اجازة الاول لتعلق حقه برقبتها والمالك الثاني
مثل الاول في هذا المعنى لان العقد متوقفا على اجازة الثاني لعدم المنافي بخلاف ما اذا كان المالك الثاني من يحل له وطيها حيث ينفسخ
النكاح لوجود النكاح وهو طريان الحل البات على الحل الموقوف اما العبد اذا تزوج بدون اذن المولى فللمالك الثاني ان يجيز لانه لا يملك
بضعه وعند زفر لا ينفذ باجازة الثاني وهذه التفريعات لم يذكرها صاحب الهداية وانما ذكرناها تكثيرا للفوائد لمن يطلب الزوائد
قوله فان كانت تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى وهذه من مسائل الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في امة تزوجت رجلا بغير اذن سيدها على الف درهم ومهر مثلها مائة درهم فدخل بها زوجها ثم اعتقها
سيدها قال النكاح جائز لا خيار لها والمهر لمولاها فان كان دخل بها بعد ما اعتقها سيدها فلا خيار لها والمهر لها وفي نفاذ النكاح خلاف
زفر كما في المسالة المتقدمة فعندنا ينفذ لزوال المانع وهو حق المولى ولا خيار لها سوى كان الاعتاق بعد الدخول او قبله لان نفاذ النكاح
حصل بعد الحرية برضاها اما المهر فانه للمولى واذا كان الاعتاق قبل الدخول فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها • قال اصحابنا كان القياس
ان يجب لها مهران اذا وطيها قبل العتق مهر بالدخول في النكاح الموقوف وهو مهر المثل ومهر اخر وهو المسمى بجواز الا استحسانا فاوجبنا مهرا
واحدا وهو المسمى لان نفاذ العقد استند الى اصل العقد فصار كان نافذا وقت العقد فقلنا بصحة التسمية وصحة نفي مهر المثل
ووجب مهر المسمى وهو للمولى لان الاستناد يظهر اثره في القائم لا في الفائت وقد فاتت منافع البضع وكانت حين فاتت مملوكة للمولى فكان
بدلها للمولى ايضا • قال في شرح الطحاوي هذا اذا كانت الامة كبيرة فاذا كانت صغيرة فاعتقها بطل النكاح عند زفر وعندنا يتوقف
على اجازة المولى ان لم يكن لها عصبة سواه فاذا اجاز المولى جاز فاذا ادركت بعد ذلك فلها خيار الادراك لان العقد نفذ عليها في حالة الصغر
وهي حرة الا اذا كان المجيز للعقد اباها او جدها فحينئذ لا خيار لها **قوله** والمراد بالمهر الالف المسمى اي المراد بالمهر المذكور
في قوله فالمهر للمولى وفي قوله فالمهر لها هو الالف المسمى لا مهر المثل وهو المائة **قوله** ولا يوجب الا مهرا واحدا
لا يوجب العقد المسمى الا مهرا واحدا لانه لا يجوز ان يلزم في العقد الواحد مهران **قوله** ومن وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام

ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه • ومعنى المسالة ان يدعيه الاب اي ثبوت النسب وامومية الولد انما تكون اذا ادعى الاب الولد
وانما فسر المسالة بقوله معنى المسالة لانها من مسائل الجامع الصغير ولم يذكر فيه الدعوة • بل قال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وطئ
جارية ابنه فولدت منه قال هي ام ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه • وانما ذكر القدوري الدعوة في باب الاستيلاد فقال واذا وطئ
الاب جارية ابنه فولدت منه فادعاه ثبت نسبه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها • والاصل فيه
ما روى صاحب السنن باسناده الى عائشة قالت • قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من اطيب ما اكل الرجل من كسبه وولده من كسبه
واخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه • وقال الترمذي حسن وفي السنن ايضا مسندا الى عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال ولد الرجل من كسبه من اطيب كسبه فكلوا من اموالهم • واخرجه النسائي وابن ماجه وفيه ايضا مسندا الى عمرو بن
شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وان والدي يحتاج مالي فقال انت
ومالك لوالدك ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم • واخرجه ابن ماجه ثم لما كان للاب ان يتملك مال الابن بلا
رضاه بمقدار النفقة والكسوة لحاجته الى ذلك بموجب الحديث كان له ولاية نقل جارية ابنه الى ملك نفسه بالتملك قبل الاستيلاد
لحاجته الى صيانة مائه الا ان حاجته الى الطعام والكسوة كاملة ضرورية لعدم الاب وفقره فملك ذلك بلا قيمة وحاجة الاب
الى جارية الابن غير ضرورية بل هي لنفاسته وهي دون الحاجة الطعام لان تلك حاجة الى ابقاء النفس وهذه حاجة الى ابقاء النسل ولهذا
لا يجبر الابن على ان يعطي جاريته اباه ليستولدها فلما تملكها لحاجته وهي ضرورية غرم قيمتها وسوا في ذلك اعسار الاب ويساره لانه
ضمان نقل فلم يختلف بذلك كالبيع وانما لم يلزمه العقر لان الملك لما ثبت في الجارية للاب قبل الاستيلاد شرطا لصحته بطل الانتفاء
حتى لا يلزم ان يكون الاب زانيا صادف الوطء ملك نفسه فلا يلزمه العقر ولان ضمان العقر ضمان الجزء وقد ضمن الاب جميع القيمة فلما
كان كذلك دخل الاقل في الاكثر كما لو قطع يد رجل ثم مات بخلاف ما اذا ادعى احد الشريكين ولد الجارية حيث يلزمه نصف قيمتها ونصف
عقرها لان كل واحد منهما ضمان جزء وليس ضمان تمامها حتى يدخل الاقل في الاكثر • وعند زفر وهو احد قولي الشافعي يجب العقر لعدم المنافاة
بين وجوب القيمة ووجوب العقر كما في الجارية المشتركة وجوابهما مر انفا • وذكر القدوري انه اخر ما استقر عليه قول ابي يوسف ان
الاستيلاد لا يثبت وهو احد قولي الشافعي لانه لا حق له في مال ولده وذلك يكفي لاثبات النسب وجوابه انه لا حق للاب في مال الابن لان
الابن مالك من كل وجه والملك عبارة عن المطلق الحاجز فينفي حق غيره ولهذا يجوز للابن وطئ جاريته وانما قلنا لو كان للاب فيه حق
لم يجز ذلك كالمولى لا يملك وطئ جارية المكاتب لان للمكاتب حقا فيها الا ان للاب حق التملك في جارية الابن فلهذا صح الاستيلاد دفعا لحاجته
بالقيمة لما قلنا • وعند الامام العتابي لو غرمه مهر المثل • وقال في خلاصة الفتاوى ثم تعتبر قيمة الامة في قدر الرغبة فيها • وعن الاوزاعي
تلك قيمتها والا لو يلزمه قيمة الولد لانه لما ملك الجارية بالاستيلاد صار الولد كائنا على ملكه فصار حر الاصل **قوله** وعليه قيمتها ولا
مهر عليه والضمير في عليه في الموضعين راجع الى الاب وهو عبارة عن الاب وفي قيمتها راجع الى الامة • وفي ان يدعيه الاب الى الام الولد
قوله دونها اي دون الحاجة **قوله** شرطا له اي للاستيلاد يعني لصحة الاستيلاد وهو حال من الضمير المستتر في يثبت
اي يثبت الملك قبل الاستيلاد شرطا له لسلب الانتفاء وقد مر بيانه ولا يشترط ان يكون الحال منتقلا بل يصح كل ما دل على هيئة
ان يقع حالا كقولهم جاء البرذون وقد عرف في موضعه **قوله** حتى يتزوج له التزوج عند بني نقل المضارع لقوم من حتى ارجو
وهو معد لعدم ثبوت حقيقة الملك وحق الملك في جارية الابن للاب فلو جاز للاب التزوج بجارية الابن فلو كان فيها
حق لم يجز وهذا يجوز ان يستدرك به على ابي يوسف حيث قال لا حق له في المسألة **قوله** بل تقدمه ان تقديم
الملك **قوله** كما في الجارية المشتركة مر بيانه • والمسالة معروفة • اي في شروح الجامع الصغير **قوله**
ولو كان زوجها اباه • فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر اي لو كان زوج الابن جاريته اباه والضمير
في عليه في الموضعين راجع الى الاب اي لا قيمة على الاب في جاريته ولا في ولدها ايضا وبه صرح في الجامع الصغير • اعلم ان
الاب اذا تزوج جارية ابنه يجوز عندنا • وقال الشافعي لا يجوز لان له حق الملك في مال الولد ولهذا لو وطئ لا يجب عليه الحد
مع العلم بالحرمة لا يلزمه الحد فصارت كامة المكاتب بل اولى لان حق الملك في مال الولد اظهر ولهذا لا يمنع من الاب استيلاد جارية
الابن ولا يمنع من المولى استيلاد امة المكاتب • ولنا ان جارية الابن لا ملك للاب فيها ولا حق الملك لان الابن يملكها من كل وجه بدلالة
حل الوطء ونفاذ الاعتاق فمن المحال ان يملكها الاب من وجه لان الجمع بين الملكين لشخصين في محل واحد في زمان واحد ولو كان للاب
فيها حق ملك لم يحل للابن وطيها كالمكاتب لا يحل له وطء امته لان لمولاه فيها حق الملك فلما لم يكن للاب فيها حق ملك جاز تزوجها
للاب كجارية الاجنبي لانها داخلة تحت قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وذلك لانها ليست من المحرمات انما سقوط الحد فليس
لقيام حق الملك للاب بل لقيام الشبهة الناشئة من ظاهر الاضافة في قوله عليه الصلاة والسلام انت ومالك لوالدك • وروي
انت ومالك لابيك • بيانه انه وان لم يكن حق لا في اثبات الملك وحق الملك تحقيقا لحرمة الابن صار شبهة في اسقاط الحد كالبيع
بشرط الخيار للبائع وانه لا يوجب الملك ولا حق الملك للمشتري ومع هذا يسقط الحد عن المشتري للشبهة بخلاف جارية المكاتب
لم يجز تزوجها للمولى لان المكاتب مملوك له ولهذا في مكاتبه حق الملك فلما صح التزوج حصل به صيانة الماء وزال الاستغناء عن تملك
الجارية فلم تصر ام ولد له عندنا • وقال زفر تصير ام ولد له وجه قوله انه لو وطئ الاب بغير نكاح تصير ام ولد له فاذا وطئ بالنكاح
فلا ينقص ما دونه • بيانه ان الاب لا ملك له في جارية الابن ولا حق الملك لما قلنا فثبت الملك سابقا على الاستيلاد فلا ينعقد
لان اثبات النسب ليس يمكن بدون التملك فاذا وطئ ودعى ثبت الملك سابقا صادف الوطء ملكه فصادف ام ولده واثبات النسب

حاصل بنكاح او شبهة نكاح فلا حاجة الى تملك الجارية فلهذا لم تصر ام ولد له ولا قيمة على الاب في الجارية لعدم التملك ولا في الولد لانه حر حيث ملكه اخوه بالقرابة وعليه المهر لوجوب النكاح • فان قلت لا نسلم ان الابن ملك جاريته من كل وجه ولا نسلم ان حل الوطء ونفاذ العتق يدل على الملك من كل وجه • الا ترى ان المدبرة وام الولد يحل وطؤهما وينفذ اعتاقهما وليس الملك فيهما ثابتا من كل وجه بدليل لا يجوز اعتاقهما عن الكفارة • قلت الملك فيهما ثابت للابن من كل وجه بدليل ان الامر المختص بالملك من كل وجه وهو حل الوطء ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن والهبة ولهذا لو اعتق الاب او رهن او باع او وهب لا يجوز قوله حل الوطء ونفاذ العتق لم يدل على الملك من كل وجه فلا نسلم ذلك لان الله تعالى نفى حل الوطء الا بالنكاح او بالملك المطلق وهو الملك من كل وجه • قال تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم • وقال عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم • واما المدبر وام الولد فالملك فيهما ثابت في كل وجه وانما امتنع جواز البيع والكفارة لمعنى آخر وهو انعقاد سبب الحرية في الحال • فان قلت سلمنا ان الابن ملكها من كل وجه ولكن لا نسلم ان الاب لا يملكها من كل وجه او ليس له فيها حق الملك وهذا لان قوله عليه الصلاة والسلام انت ومالك لابيك يقتضي الملك للاب • قلت في الحديث اضيف الابن وماله الى الاب بلام الملك ثم لم يقتض ذلك الملك في نفس الابن بالاتفاق فكذا لا يقتضي في ماله ايضا لان الاضافة فيهما على نسق واحد على انا نقول الاضافة تقتضي الملك اذا صادفت محلا قابلا للملك بان يكون فارغا عن ملك الغير والمحل ملك الابن من كل وجه وليس بفارغ عن ملكه فلا يملكه الاب والحديث محمول على حق التملك صيانة له عن التعطيل ونحن نقول ولهذا يملكه بالقيمة سابقا على الاستيلاد • فان قلت لا نسلم ان جارية الابن داخلة تحت قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم بل هي من جملة المحرمات لانها حليلة الابن • قلت لا نسلم ان جارية الابن حليلة وهذا لان الحليلة في اللغة هي الزوجة لا الامة فافهم والباقي تعرف بممارسة الاصول والفروع قوله خلوها عن ملك الاب اي خلو امة الابن عن ملك الاب وهذا دليل لصحة التزوج عندنا قوله وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه اي يملك الابن في جاريته التصرفات تصرفا لا يبقى مع ذلك التصرف ملك الاب لو كان ثابتا كالاعتاق والبيع والهبة فدل ذلك التصرف من الابن على انتفاء ملك الاب وهذا استدلال من صاحب الهداية على ان الملك للابن ثابت في جاريته من كل وجه لا يملكها الاب من كل وجه ولكن لنا في دعوى المناظرة نظر وهو ان لا يبقى ملك الاب لو كان من تصرف الاب بل يبقى كما كان وكذا اذا اعتقها لا للاب ان يعتق نصيبه فدل ذلك على نفي ملك الاب لا على انتفاء ملكه ولكن الوجه في الاستدلال ما حققناه اولا قوله وولدها حر ونقل شيخنا برهان الدين الخريفغني عن شيخه الامام حميد الدين الضرير انه قال في شرحه فيه اختلاف عند البعض يعتق قبل الانفصال وعند البعض يعتق بعد الانفصال وثمرته تظهر في الارث كما لو مات المولى وهو الابن يرث الولد على قول من قال يعتق قبل الانفصال وعلى قول من قال لا يعتق قبل الانفصال لا يرث اذا مات المولى قبل الولادة لان الرق مانع من الارث فالوجه هو الاول لان الولد حدث على ملك الاخ من حين العلوق فكما ملكه عتق عليه بالقرابة بالحديث قوله واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل زوج عبده امرأة حرة فقالت للمولى اعتق عبدك عني على الف ففعل قال العبد حر والولاء لها ويفسد النكاح ولو قالت له اعتقه عني ولم يسم مالا فاعتقه قال الولاء للمعتق ولا يفسد النكاح واصله معروف وهو ان من قال لغيره اعتق عبدك عني على الف درهم ففعل المأمور اعني قال اعتقت يقع العتق عن الآمر عندنا استحسانا حتى يكون الولاء له وتسقط الكفارة عنه اذا نوى ويلزمه الالف • وقال زفر يقع العتق عن المأمور حتى يكون الولاء له ولا تسقط عنه الكفارة اذا نوى ولا يلزم الالف على الآمر لان قول الآمر اعتق عبدك عني وقول المأمور اعتقت عبدي عنك يدل على القصد الى اعتاق عبد مملوك للمأمور عن الآمر لا الى اعتاق عبد مملوك للآمر عنه هذا هو المعلوم من صيغة الاضافة فكيف يقع العتق عن الآمر • وقد قال عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والملك لو ثبت للآمر لا يخلو اما ان ثبت قبل الاعتاق او بعده والحصر ظاهر فلا يجوز ان يثبت قبل الاعتاق او بعده والحصر ظاهر فلا يجوز ان يثبت قبل الاعتاق لانه لو ثبت بتضمن كلامه البيع وركن البيع الايجاب والقبول فلم يوجد القبول من الآمر فلا يثبت الملك وحالة الاعتاق حالة زوال الملك فحال ثبوت الملك مع زواله وبعد الاعتاق لا يقبل القول بثبات الملك فعلم ان العتق لا يقع عن الآمر لعدم الملك فلما لم يثبت الملك للمرأة فيما نحن فيه لم يفسد النكاح • ولنا ان الآمر قصد الى اثبات العتق بواسطة ثبوت الملك له بتضمن كلامه البيع لان قوله عني على الف يدل على ذلك فصار كأنه قال العبد الذي كان لك الى الآن تملكه لي بالف واعتقه عني وكذا المأمور قصد الى اثبات العتق عن الآمر لانه قال اعتقت عنك وقد خرج كلامه جوابا لكلام الآمر والقاصد الى شيء قاصد الى ما لا يتصور حصول ذلك الشيء بدونه كالقاصد الى الصلاة قاصد الى الطهارة وكالقاصد الى الطلوع الى السطح قاصد الى نصب السلم اذا كان عاقلا لا يقصد نصب السلم فلما كان كذلك ثبت الملك للمرأة فيما نحن فيه ففسد النكاح للتنافي بين الملكين ولها الف درهم ويسقط المهر لان المولى لا يستوجب على عبده دينا والجواب عن قوله ان القبول لم يوجد وهو ركن البيع فلا بيع بدونه فلا يثبت الملك قلنا انما لا يصح البيع بدون الايجاب والقبول اذا ثبت البيع مقصودا كما اذا قال الآمر مثلا بع عبدك مني بالف درهم واعتقه عني فقال المأمور بعت واعتقت حيث لا يقع عن الآمر اما اذا ثبت ضمنا واقتضاء فانه يثبت بلا انعقاد ركنه كالطلاق يثبت بقوله اعتدي من غير ركنه اصلا فان قلت الشرائط ولهذا لو قال العبد كفر يمينك بالمال ولم له تزوج اربعا لانها ليست الحرية لا حاشرط اصلي للاعتاق فلا يثبت اقتضاء ابتداء • قلت كون العبد مملوكا في ذاته شرط اصلي للاعتاق لا بدونه اما كونه مملوكا للآمر فهو امر زائد فجاز ثبوته بطريق الاقتضاء واما المسألة الثانية وهي ما اذا قالت اعتقه عني ولم تذكر البدل ففعل المأمور فيفسد النكاح عند ابي يوسف كما في المسألة الاولى وجه قوله ان الملك ثبت شرطا للاعتاق كما قلنا في المسألة الاولى الا ان

النفس وان كان شرط التبرع اذا كان قصدا ثبت ضمنا سقط فما ثبت به ضمنا كما ان القبول ركن البيع فيما ثبت قصدا وقد سقط فيما ثبت ضمنا والشرط احق بالسقوط من الركن لانه دونه • ولنا ان السقوط انما يكون فيما يحتمل السقوط لا فيما لا يحتمل السقوط والركن في البيع يحتمل ذلك ولهذا سقط في بيع التعاطي بخلاف التسليم في الهبة فانه لا يحتمل السقوط بحال لان القبض فعل حسي حتى لا يمكن اثباته بطريق الاقتضاء فلما لم يوجد حسا فلم يثبت القبض فتعذر وهو شرط ثبوت الملك في الهبة لم يثبت الاعتاق من المرأة الآمرة لانتفاء شرط الاعتاق وهو الملك فلم يفسد النكاح قوله ويقع العتق على المأمور اي عند زفر يقع العتق عن المأمور والضمير في لانه راجع الى الآمر وكذا في قوله عنه وفي عبده راجع الى المأمور قوله لم يصح الطلب اي طلب الاعتاق عنه اي لم يصح الطلب قوله بطريق الاقتضاء وهو جعل غير المنطوق منطوقا لتصحيح المنطوق وهذا اذا لم يصرح بالمقتضى فاما اذا صرح به المأمور يقع العتق عن المأمور اتفاقا ولهذا قال في النوادر لو قال المأمور بعتك بالف درهم ثم اعتقت لم يصر جوابا لكلامه بل كان مبتدئا ووقع العتق عن نفسه • طلب التمليك منه اي من المولى وهو المأمور قوله وله تمليكه منه اي من الآمر قوله ثم الاعتاق منه بالنصب على انه خبر صار اي ثم يصير قول المأمور اعتقت اعتاقا عن الآمر قوله للتنافي بين الملكين اي بين ملك الرقبة وملك المتعة وعتق الثاني من فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها قوله هذا اذا الاول ثوابا اي عدم ذكر البدل سواء يقع العتق عن الآمر في الصورتين عند ابي يوسف قوله تصحيحا لتصرفه اي لتصرف الآمر قوله ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره بان يطعم عنه ستين اذا امر المظاهر غيره وقال اطعم عني ستين مسكينا ففعل المأمور يقع الاطعام عن الآمر ويسقط عنه الكفارة وان لم يوجد القبض من الآمر تصحيحا لتصرفه فكذا هنا في قوله اعتق عني ولم يقل على الف ففعل المأمور يقع عن الآمر وان لم يوجد القبض لما قلنا وجوابه ان القبض شرط التبرع لا يحتمل السقوط بحال الا ان الفقير نائب الآمر في قبضه عن الآمر وفيما نحن فيه لم يوجد القبض اصلا فلم يوجد التبرع فوقع العتق عن المأمور والعبد لا يصلح ان يكون قابضا نائبا عن الآمر لان العبد لم يقع في يده شيء من الملك لان الاعتاق اتلاف الملك قوله وفي ملك ليستنده اشارة الى مسألة الامر بكفارة الظهار قوله لينوب عنه اي لينوب العبد عن الآمر والله اعلم بالصواب

باب نكاح اهل الشرك

انما اخر نكاح اهل الشرك عن نكاح الرقيق لان اهله ادنى منزلة من الرقيق • قال تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك قوله واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة انما قال وهذا عند ابي حنيفة ولم يقل ابدا عند ابي حنيفة بدون ذكر قوله لان مسألة القدوري ليس فيها ذكر الخلاف • فقال صاحب الهداية وهذا عند ابي حنيفة ليشمل الموضع الخلاف ولكن من حق المسألة ان يقدمها صاحب الهداية في الفصل المتقدم على باب الرقيق لان ذلك الفصل هو المشتمل على نكاح الذمي ومراده بالكافر هنا الذمي بدليل ما ذكره في بيان الدليل واما لم يتعرض لحرمة الذمي والمشرك لا دين له ولانه قال ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها وكانوا ملتزمين لها والمشرك لا يلتزم احكامنا اصلا فعلم ان المراد من الكافر المذكور في المسألة هو الذمي وكان حقه ان يذكر في بابه لا في باب المشرك الذي لا كتاب له • ثم اعلم ان النكاح بغير شهود ونكاح المعتدة من الغير الذي هو الكافر صحيح في حق اهل الذمة اذا كانوا يعتقدون جواز ذلك عند ابي حنيفة حتى لو اسلما يقران على ذلك وعند زفر فاسد وقال ابو يوسف ومحمد في النكاح بغير شهود كما قال ابو حنيفة وهو المراد من قوله في الوجه الاول وفي النكاح في عدة الكافر كما قال زفر وهو المراد من قوله في الوجه الثاني وجه قول زفر ان الخطابات عامة مثل قوله ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله وقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم وقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود ولان اهل الذمة تبع لاهل الاسلام فاذا لم يجز نكاحهم في عدة الغير وبغير شهود فكذا نكاح اهل الذمة فمثل الاسلام اذا المرافعة انما تعرض لحرمة اما منهم لا يعتبر الحرمة ببعضهم الناسخ الفسخ وترك التعرض لا يدل على عدم الحرمة كما في عبادة الاوثان والنيران فاذا اسلموا او ترافعوا وجب التفريق بينهما للحرمة القائمة ووجه قول ابي يوسف ومحمد ان نكاح المعتدة كنكاح المنكوحة من وجه لبقاء اثر النكاح وهو العدة ونكاح المنكوحة باطل فكذا نكاح المعتدة من المسلم بخلاف النكاح بغير شهود حيث يقران على ذلك بعد الاسلام لان حالة الاسلام حالة البقاء والشهود شرط في باب النكاح شرط الانعقاد لا شرط البقاء ولان نكاح المعتدة من المسلمين حرام بالاجماع والنكاح بغير شهود مجتهد فيه لان الشهود لم يشترط عند مالك بل الشرط هو الاعلان وكان اهل الذمة ملتزمين لحرمة نكاح المعتدة بعقد الذمة لثبوتها بالاجماع لحرمة النكاح بغير شهود خلافه لا يلزمهم رعاية جميع الاختلافات ووجه قول ابي حنيفة ان حرمة النكاح في عدة الكافر لو ثبت لا يخلو من احد الامرين اما ان يثبت حقا للشرع او حقا للزوج فلا يجوز الاول لان الذمي لا يخاطب بحقوق الشرع ولهذا لا يتعرض لهم في الخمر والخنزير بخلاف الزنا فانه مستثنى بقوله عليه الصلاة والسلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد ولذا لا يجوز الثاني لان الذمي لا يعتقد ذلك لان كلامنا في هذا التقدير فلما سقطت الحرمة ابتداء لم تعتبر بقاء لان حالة البقاء اسهل منه ولانه حالة الطلاق مزيل للنكاح وكذا الموت مزيل له وكان ينبغي ان يجوز نكاح المرأة بلا اعتداد الا ان الشرع اخر عمل الطلاق والموت الى انقضاء العدة اي حق المؤمنات صيانة لماء المسلم نظرا له قال تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن ان كن يؤمن بالله واليوم الآخر وقال تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا والذي لا يبقى النظر يبقى الحكم على مقتضى الدليل اما النكاح بغير شهود فالصحيح من الذمي لان الشهادة في نكاح المسلمين انما اشترطت حقا لله تعالى والكافر لا يخاطب بحقوق الله تعالى في احكام الدنيا فلم يشترط ابتداء لم يشترط بقاء اعني بعد المرافعة وبعد الاسلام لان البقاء اسهل من الابتداء ولان الشهادة شرط الانعقاد وهذا اذا مات الشهود بعد النكاح لا يفسد النكاح قوله في الوجهين اي فيما اذا تزوج بغير شهود او في عدة كافر قوله على ما مر

بن قبل اشارة الى ما قال في اول فصل تزوج النصراني بقوله وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم **قوله** اعراضا
لا تقريرا اي اعرض عنهم لمكان عقد الذمة والحرمة قايمة اي ثابتة وهي جملة حالية **قوله** لانه لا يعتقده اي لان الكافر لا يعتقد
العدة وترك الضمير على تاويل الاعتداد **قوله** حالة البقاء اي حالة بقاء النكاح لا حالة الابتداء فيها اي في حالة البقاء
قوله وكذا العدة لا تنافيها اي لا تنافي حالة البقاء لان النكاح يبقى مع وجوب العدة كالموطوءة اذا وطيت بشبهة تجب عليها
العدة ويحرم على الزوج الوطء ثم هذا الاعتقاد نكاح الزوج فكذا هنا ❊ بيانه ان العدة واجبة من الذمي عند بعض مشايخنا
لكنا ضعيفة لا تمنع صحة النكاح بناء على اعتقادهم كالاستيلاد من المسلمين ولهذا يجوز تزوج المولى امته من الغير وان كان الاستيلاد
واجبا على المولى ثم بعد المرافعة او الاسلام الحال حال البقاء والعدة لا تمنع بقاء النكاح كما في تلك المسئلة وعلى قول بعض مشايخنا لا تجب
العدة من الذمي ولا حاجة الى هذا التكلف حينئذ لانها لما لم تجب اصلا لم تجب بقاء فلم يوجد المانع للنكاح لا ابتداء ولا بقاء فاقر
على النكاح بعد المرافعة او الاسلام **قوله** وان تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما وهذه من مسائل القدوري
وهذا لا اشكال على مذهب ابي يوسف ومحمد لان نكاح المحارم فيما بين الكفار له حكم البطلان وكذلك على مذهب ابي حنيفة على ما ذكره
القدوري في شرحه اما على ما ذكره القاضي ابو زيد فله حكم الصحة والى هذا اشار في المتن بقوله في الصحيح وفايدته تظهر بما ذكر صاحب
الايضاح ان الذمي اذا تزوج محارمه ودخل بها لم يسقط احصانه حتى انه لو اسلم فقذفه انسان يجب على القاذف الحد في قول ابي حنيفة
ولو كان النكاح فاسدا لاوجب الدخول فيه سقوط الاحصان وكذلك اذا اتراضيا وطلبت المراة النفقة فان القاضي يقضي بالنفقة في
قول ابي حنيفة وهذا دليل على ان النكاح وقع صحيحا ولكن لما اسلما او اسلم احدهما يفرق بينهما لمنافاة بين الحرمتين والنكاح وذلك
لان كل صفة ترجع الى المحل يستوي فيها الابتداء والبقاء سواء كالرضاع ❊ ثم اعلم انه اذا اسلم احدهما يفرق بينهما بالاتفاق وقبل الاسلام
بينهما ما لم يترافعا جميعا عند ابي حنيفة ❊ وقال ابو يوسف يفرق بينهما القاضي سواء وجد الترافع او لم يوجد ❊ وقال محمد اذا وجد
الرفع من احدهما يفرق والا فلا وجه قول محمد اذا رفع احدهما فقد التزم حكم الاسلام وان لم يفترق بينهما كما لو اسلم احدهما وجه قول
ابي يوسف ان النكاح فاسد في الاصل فلا حاجة الى الرفع والترافع فيفرق القاضي بينهما لان الخطاب عام ❊ قال الله تعالى وان احكم بينهم
بما انزل الله ❊ ولابي حنيفة قوله تعالى فان جاؤك فاحكم بينهم ❊ بيانه ان الله تعالى علق الحكم الشرط والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده فلا
التفريق برفع احدهما ولان ترك الاعتراض حق لهما جميعا فلا يسقط باسقاط احدهما حقه حق الاخر ❊ بيانه ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب
الى مجوس هجر اما ان تدعوا الربا او تاذنوا بحرب من الله ورسوله ولم يكتب في انكحتهم شيئا وقد فتح المسلمون بلاد فارس ولم يتعرضوا لانكحتهم
واجماعهم حجة ولان نكاح المحارم ليس باعظم من كفرهم ولا يتعرض لهم فيه فكذا في النكاح بخلاف ما اذا اسلم احدهما حيث يجب
التفريق بينهما لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولا يعارضه اعتقاد المصر على الكفر لانه فاسد ضعيف **قوله** كما ذكرنا في المسئلة
اشارة الى ما ذكر في المسئلة المتقدمة بقوله لما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليه فكانوا ملتزمين لها **قوله** لانها
لا تنافيه اي لان العدة لا تنافي بقاء النكاح وبيانه مر مرة **قوله** ولا يجوز ان يتزوج المرتد مرتدة ولا كافرة ولا مسلمة وهذه
من مسائل القدوري وانما لم يجز نكاح المرتد لان الردة رافعة للنكاح فلان تكون مانعة اولى لان الدفع اسهل من الرفع ولانها
شرعت مزيلة للملك فلا يبقى ذا الملك معها كالموت ولانه مستحق للقتل لقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وانما
يمهل الى ثلاثة ايام استحبابا برجاء العود الى الاسلام بان يتامل محاسنه وتنكشف عنه الشبهة والنكاح يشغله عن التامل فلا
يكون النكاح مشروعا في حقه وكذلك المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر وذلك لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات ولان ردتها منافية
لبقاء النكاح فكونه منافية له بالطريق الاولى ولان الغرض من النكاح مقاصد مثل السكن والازدواج وتحصين العفة ونحو ذلك ولا
يحصل ذلك بين المسلم والمرتدة اذ ليس مع الاختلاف ايتلاف ولان المرتدة تحبس للتامل في محاسن الاسلام وتزول عنها الشك والشبهة
ويشغلها النكاح عن التامل لان المنكوحة مشغولة بالقيام بامور داخل البيت فلا يكون النكاح مشروعا في حقها **قوله** وان كان احد
الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذا ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه والمراد من الاول اعني قوله وكذا ان اسلم احدهما
الا باسلام الطاري وهو على عمومه لانه لا يجوز ان تسلم المراة ولم يعرض الاسلام على زوجها بعد والاصل في الحكم بالتبعية ما روى البخاري
في صحيحه مسندا الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما من مولود الا يولد على الفطرة فابواه يهودانه او ينصرانه او يمجسانه
بيانه ان النبي صلى الله عليه وسلم قد اثبت ان الولد يكون على دين الابوين ثم بعد ذلك يقول اذا اسلم احد الابوين او كان مسلما من الاصل
فلا يخلو اما ان يتبع الولد الصغير من ابويه المسلم او الكافر فلا يجوز ان يتبع الكافر لان الاسلام اولى بالاستتباع لكونه اقوى لان الاسلام
يعلو ولا يعلى ولان النبي صلى الله عليه وسلم اثبت له حكم الفطرة بنفسه وانما نقله عنها الى دين ابويه اذا اجتمعا على دين فاذا لم يجتمعا بقي
الصغير على ما اثبته النبي صلى الله عليه وسلم من حكم الفطرة فلم يجز نقله عنها والفطرة الجبلة التي خلق الله عليها الخلق والمراد بها فطرة
الاسلام لقوله تعالى فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم **قوله** لان في جعله تبعا له نظرا له اي
لان في جعل الولد تبعا للمسلم نظرا للولد **قوله** ولو كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا فالولد كتابي وقال الشافعي هو على دين
الاب لنا ان في جعله تبعا للكتابي نظر الصغير وهذا على دين الكتابي ونكاح الكتابية للمسلم بخلاف المجوسي فانه لا يحل ذبيحتهم ولا يجوز
مناكحتهم اصلا فتكون المجوسية شرا من الكتابية النصرانية واليهودية لا يقال الحظر والاباحة اذا اجتمعا فالحكم للحظر كالمتولد بين الحمار
الوحشي والاهلي فينبغي ان يكون الولد تبعا للمجوسي لانا نقول ذلك منتقض بما اسلم احد الابوين وانما قال لو كان احدهما كتابيا حتى يشمل
النصراني واليهودي ❊ وانما قلنا ان المجوسية شر من النصرانية واليهودية ولم نقل ان النصرانية او اليهودية خير من المجوسية لان

لا يترك دين هؤلاء الطائفة ولكن في كل منهم خلاف الخير والمجوسية اكثر فكان شرا منهما **قوله** لان فيه اي في الكتابي نوع نظر
الولد كما **قوله** للتعارض يعني ان الكفر كله ملة واحدة فتعارض المجوسي الكتابي في استتباع الولد فرجح الاب بالابوة
قوله ونحن بينا الترجيح وهو ان فيه نوع نظر للولد من حيث حل الذبيحة وجواز المناكحة **قوله** واذا اسلمت المراة وزوجها
كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امراته وان ابى فرق بينهما وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد وان اسلم الزوج وتحته
مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امراته وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا ❊ وقال ابو يوسف لا يكون
طلاقا في الوجهين وهذه من مسائل القدوري ❊ اعلم ان احد الزوجين اذا اسلم ان كان بحال يجوز ابتداء العقد عليها لا يفسد
النكاح ولكن يعرض الاسلام على الكافر فان ابى فرق بينهما وهذا كالنصرانية اذا اسلمت وزوجها كافر وكالمجوسي اذا اسلم وزوجته
مجوسية او وثنية وهذا لان المسلمة لا تكون تحت الكافر مطلقا فلهذا اطلق الكافر في اسلام المراة اما المسلم يجوز له ان يتزوج
كتابية ولا يجوز له ان يتزوج مجوسية او وثنية ولهذا قيد في المتن في اسلام الزوج تحت المراة ❊ ثم اعلم ان عرض الاسلام مذهبنا
وعند الشافعي لا يعرض لكن تبين المراة في الحال ان كان الاسلام قبل الدخول وان كان بعد الدخول فالفرقة بعد انقضاء ثلاث حيض
له ان الملك في الثاني دون الاول ولهذا اذا طلق الرجل المراة قبل الدخول تثبت الفرقة في الحال بخلاف ما اذا كان بعد الدخول
ولنا ما ذكر في الموطا عن ابن شهاب الزهري ان ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن امية فاسلمت يوم الفتح وهرب زوجها
صفوان بن امية من الاسلام فلم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين امراته حتى اسلم صفوان واستقرت عنده امراته بذلك
النكاح ❊ وروى اصحابنا ان رجلا من بني تغلب اسلمت امراته وهي نصرانية فرفعت الى عمر بن الخطاب فقال له اسلم والا فرقت بينكما
فابى ففرق بينهما وعن ابن عباس مثل ذلك ولم ينقل عن احد منهم اعتبار مدة العدة واعتبار الفرقة بنفس الاسلام ولان النكاح كان
صحيحا بالاجماع فبعد الاسلام لا يخلو اما ان يكون الموجب للبينونة اسلام المسلم او كفر المصر او اختلاف الدين فلا يجوز الاول لان
الاسلام عاصم للاملاك لا قاطع قال عليه الصلاة والسلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني اموالهم
ودماءهم فلم يجز ان يكون الاسلام قاطعا لملك النكاح وكذا لا يجوز الثاني لان الكفر كان موجودا قبل ذلك وكان لا ينافي ابتداء
النكاح والبقاء ولا يجوز الثالث ايضا لان الاختلاف في الدين انما حصل من جهة اسلام المسلم وقد بينا ان الاسلام لا ينافي ان
لم يكن ما قلنا لم يكن هذه الاشياء موجبة للفرقة ❊ قلنا ان الواجب في باب النكاح امساك بمعروف او تسريح باحسان وقد فات
الامساك بمعروف لان مقاصد النكاح لا تحصل مع اختلاف الدين لان الكافر لا يامن من استفراش المسلمة ولا يحل للمسلم استفراش
المجوسية والوثنية بالنص فتعين التسريح ثم لما لم يسرحها ناب القاضي بالاسلام ليحصل مقاصد النكاح فاذا وجد الاباء بعد ذلك
يفرق القاضي بينهما لفوات مقاصد النكاح كما في الجب والعنة ثم وجه قول ابي يوسف في ان الفرقة تقع لا طلاقا لانها سبب
مشترك بين الزوجين وهو بين الاباء فلم يكن طلاقا كما اذا ملك احد الزوجين الاخر تكون الفرقة فسخا لا طلاقا ولذا اذا ثبتت الفرقة
بالرضاع ولكن هذا باطل بالرضاع والخلع ولهما ان الاباء اذا حصل من الزوج ينوب القاضي منابه فتعتبر الفرقة طلاقا المقدور
بينهما من جهة الزوج كما في الجب والعنة بخلاف تفريق القاضي باباء المراة لان سبب الفرقة صدر من المراة وهي لا تملك الطلاق
ثم في التفريق باباء المراة يكون لها كمال المهر ان كان بعد الدخول وان كان قبل الدخول فلا مهر لها لانه في الدخول فانه يوجب استقرار
المهر فلا يسقط ولا يسقط ارتفاع العقد بعد ذلك كما اذا طلقها بعد الدخول بخلاف ما اذا كان التفريق قبل الدخول لان الفرقة
حصلت بسبب من قبلها فلا يكون لها مهر كما اذا ارتدت قبل الدخول والعياذ بالله او مكنت ابن زوجها من نفسها قبل الدخول
قوله وان ابى فرق بينهما اي ان ابى الزوج الاسلام فرق القاضي بين المراة وزوجها وكان ذلك طلاقا اي كان تفريق القاضي
باباء الزوج طلاقا لا فسخا عند ابي حنيفة ومحمد **قوله** وقال ابو يوسف لا يكون طلاقا في الوجهين اي لا يكون التفريق
طلاقا عنده سواء كان باباء الزوج او باباء المراة بل يكون فسخا وفايدته انه لا ينتقص من عدد الطلاق شيء **قوله** وتملك
اي بعد الدخول ملك النكاح منه **قوله** كالفرقة لسبب الملك اي اذا ملك احد الزوجين الاخر تكون الفرقة فسخا لا طلاقا
قوله فاشبه الردة والمطاوعة بفتح الواو والاكراه لانها تصدر لا مطاوعة المراة ابن زوجها وبيانه مر **قوله**
واذا اسلمت المراة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها وهذا عندنا
وقال الشافعي ان كان قبل الدخول تقع الفرقة في الحال فان كان بعد الدخول توقف على انقضاء ثلاث حيض كما في دار الاسلام عنده
ولنا ان الاسلام او الكفر المصر او اختلاف الدين لا يصلح ان يكون موجبا للفرقة لما قلنا في المسئلة المتقدمة ان الاسلام عاصم وكفر المصر
ليس بمناف واختلاف الدين من جهة المسلم فلا بد من سبب يوجب الفرقة وهو الاباء بعد عرض الاسلام لان عنده يفوت الامساك
بالمعروف فيتعين التسريح ولا يمكن عرض الاسلام الا في دار الحرب لانقطاع يد اهل الاسلام عنهم فلما تعذر تقرير السبب اضيف الحكم الى
الشرط لان الشرط يضاف اليه الحكم عند تعذر الاضافة الى العلة والسبب كما في حافر البير على قارعة الطريق فتوقفت الفرقة الى انقضاء مدة
العدة اعني ثلاث حيض ان كانت ممن تحيض او مضي ثلاثة اشهر ان كانت ممن لا تحيض وبه صرح الكرخي في مختصره وذلك لان الطلاق سبب للبينونة
وانقضاء العدة شرطها الا ان هنالك اذا وقع الطلاق قبل الدخول تثبت الفرقة والبينونة بمجرد الطلاق بلا مهلة وههنا تثبت البينونة بعد مضي
العدة والفرق ان الزوج ممن باشر سبب الفرقة فامكن اثباتها قبل انقضاء ثلاث حيض وههنا لم يباشر سببها فاستوى الدخول وعدمه فتوقف
البينونة على انقضاء مدة العدة **قوله** والعرض على الاسلام متعذر وكان القياس ان يقول وعرض الاسلام متعذر اي عرض
الكافر على الاسلام متعذر الا انه قلب الكلام لعدم الالتباس كما في عرضت الناقة على الحوض وادخلت الخاتم في الاصبع وادخلت القلنسوة في رأسي وانما الاصل

انما الا دخلت لا صنع في الحافر والراس في القلنس قوله كما في حجر البراي على قارعة الطريق وانما قيدنا بذلك لان حفر
البير في ملك نفسه لا يوجب الضمان اعلم ان علة الوقوع ثقل الواقع وذلك لا يصلح لاضافة الحكم اليه ايضا لانه مباح
التعدي فيه لانه امر طبعي لا صنع للواقع فيه وتسبب الوقوع مشيه فلا يصلح لاضافة الحكم اليه ايضا لانه مباح فاضيف الى
صاحب الشرط وهو الحافر لان ازالة مسكة الارض بالحفر شرط الوقوع وانما يصلح الشرط للاضافة لانه اشترك بالعلة في
في وجود الحكم اعني انه يوجد بالعلة عند الشرط فلذا فيما نحن فيه اضيف الحكم وهو البينونة الى انقضاء العدة وهو الشرط
فافهم قوله واذا وقعت الفرقة والمراة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما ان
وهذه متعلقة بما قبلها • بيانه ان احد الزوجين اذا اسلم في دار الحرب تقع الفرقة بانقضاء ثلاث حيض فبعد ذلك لا يلزم
العدة على المراة سواء كانت مدخولا بها فان كانت المراة حربية اعني مجوسية او وثنية فلا عدة عليها ايضا لان حكم الشرع لا يثبت في حقها
وان كانت مسلمة فلا عدة عليها عند ابي حنيفة لانه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربي واصل المسئلة في المهاجرة الى دار الاسلام
فانها اذا هاجرت المسلمة او ذمية لا يلزمها العدة في قول ابي حنيفة الا ان يكون حاملا فحينئذ لا تتزوج حتى تضع حملها وان كانت
حاملا فلها ان تتزوج في الحال وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وذكر الطحاوي في مختصره وجوب العدة عليها حيث
قال وسواء اسلمت امراته في دار الحرب كانت امراته على حالها حتى تحيض فاذا حاضت بانت ووجبت عليها العدة بعد ذلك الى هنا لفظ الطحاوي
وقال الكرخي في مختصره واذا اسلمت امراة الحربي وهما في دار الحرب فهما على النكاح ما لم تحض ثلاث حيض ان كانت ممن تحيض او يمضي ثلاثة
اشهر ان كانت ممن لا تحيض وان كان ذلك قبل ان يسلم الزوج وقعت الفرقة قال محمد في السير وعليها ثلاث حيض اخرى بعد الثلاث الاول
وهي فرقة بطلاق ويقع طلاقه عليها ما دامت في العدة في الثلاث الحيض الاواخر • قال محمد وينبغي في قياس قول ابي حنيفة ان لا يكون
عليها عدة الى هنا لفظ الكرخي وعلى قول ابي يوسف ومحمد يلزمها العدة قوله وسياتيك بيانه اي في مسئلة المهاجرة بعد ثلاث
عشر خطا قوله واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما وقد بيناه فيما تقدم وهو ان احد الزوجين اذا اسلم فان كان
حال يجوز استئناف العقد لا يفسد النكاح فبقاؤه بهذه الصفة لان نكاح المسلم الكتابية ابتداء يجوز فلان يجوز بقاء اولى قوله
واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما • وقال الشافعي لا يقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة
وان سبيا معا لم تقع • وقال الشافعي وقعت وهذه من مسائل القدوري الا انه لم يذكر في مختصره خلاف الشافعي • قال شمس الائمة
السرخسي ويستوي في وقوع الفرقة بتباين الدارين ان خرج احدهما مسلما او ذميا او خرج مستامنا ثم اسلم او صار ذميا لانه صار من
اهل دارنا ثم فائدة وقوع البينونة حل وطء تلك الامة لمن وقعت في سهمه بعد الاستبراء وان كان الخارج هو الرجل يجوز له ان يتزوج
اربعا سواها واختها ان كانت في دار الاسلام لانها لا عدة على التي بقيت في دار الحرب عندهم جميعا • ثم اعلم ان علة وقوع البينونة
بين الزوجين عندنا هو تباين الدارين سواء وجد السبي من الزوجين او لا وجه قوله ان زينب ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم هاجرت من
مكة الى المدينة وخلفت زوجها ابا العاص بمكة فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنكاح الاول فعلم ان التباين لا يوجب الفرقة
ولان تباين الدارين اثره في انقطاع الولاية حيث تنقطع ولاية احدهما عن الاخرى لا في انقطاع النكاح ولهذا اذا دخل الحربي دارنا
بامان او دخل المسلم دارهم لا تقع الفرقة مع ان التباين موجود وبخلاف ان النكاح باق بين اهل العدل واهل البغي مع ان الولاية
منقطعة اما السبي فانه يقتضي صفاء المسبي للسابي ولا يصفو الملك في المسبي للسابي الا بانقطاع نكاح الزوج عن المسبية
ولهذا لا يبقى الدين الذي للكفار على المسبي • ولنا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله اعلم
بايمانهن فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن واتوهم ما انفقوا ولا جناح عليكم ان تنكحوهن
اذا اتيتموهن اجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر اي بعقد نكاحهن والعصمة العقد كذا قال ابو عبيد في الغريبين ونقله عن ابن عرفة
والكوافر جمع كافرة • وسبب نزول الاية ما روى الواحدي وغيره عن ابن عباس ان مشركي مكة صالحوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عام
الحديبية على ان من اتاه من اهل مكة رده اليهم ومن اتى اهل مكة من اصحابه فهو لهم وكتبوا بذلك الكتاب وختموه فجاءت سبيعة بنت الحرث
الاسلمية بعد الفراغ من الكتاب والنبي صلى الله عليه وسلم بالحديبية فاقبل زوجها وكان كافرا فقال يا محمد رد علي امراتي فانك قد شرطت
لنا ان ترد علينا من اتاك منا وهذه طينة الكتاب لم تجف بعد فانزل الله تعالى هذه الاية • ووجه الاستدلال انه تعالى قال
ولا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم فنفى الحل بينهن وبين ازواجهن فعلم ان تباين الدارين يوجب الفرقة وان لم يوجد السبي • ثم قال
تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن فلو كان التباين لا يوجب انقطاع النكاح لم يجز للمسلمين ان ينكحوهن وهذه تدل على عدم اشتراط عدتهن من الكفار
لانه تعالى اباح نكاحهن مطلقا • ثم قال تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر • بيانه ان التباين لو لم يكن موجبا للفرقة لزم التمسك بعقد
نكاحهن حال كفرهن وهو خلاف الاية ولان تباين الدارين يوجب الفرقة لما ان اهل الحرب في حقنا في دار الاسلام كالميت • قال تعالى
ومن كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه • ولا نكاح بين الحي والميت ولهذا اذا لحق المرتد بدار الحرب يجعل كالميت ويعتق امهات اولاده
ويقسم ماله بين ورثته بخلاف مسئلة المستامن لانه لم يوجد التباين حكما لان تاجرنا من دارنا حكما ومستامنهم من دارهم حكما لان دخوله على
سبيل العارية لا على سبيل التوطن وبخلاف اهل البغي فانهم من اهل دارنا وانما يقاتلون بالتاويل اما السبي فليس بعلة للفرقة لان النكاح لو
زال به لا يخلو اما ان يزول حكما مقصودا للسبي او بناء على ما هو الحكم المقصود بالسبي فلا يجوز الاول لان الحكم المقصود للسبي ملك الرقبة وهو
لا ينافي النكاح كالبيع والهبة والصدقة فلو كان منافيا لاستوى فيه الملك المحترم وغيره كمنافاة الحرمية والرضاع وملك النكاح لو كان محترما
لا يبطل النكاح بالاعتاق كما اذا كانت المسبية منكوحة لمسلم او لذمي فعلم ان السبي ليس بمناف ولا يجوز الثاني ايضا لان زوال ملك النكاح ليس

من لوازم ملك الرقبة كما في المسبية اذا كانت منكوحة لمسلم او ذمي بل لا يتصور زوال الملك للنكاح من ملك الرقبة اصلا كما في العبد
والمدبر والامة المجوسية حيث لا يملك مالك المجوسية منافع بضعها وقولهم ان السبي يقتضي صفاء الملك في المسبي للسابي نقول
يقتضي ذلك في محل عمله وهو كون المسبي مالا لانه المسلم ونحن نقول به حتى ثبت فيه ملك الرقبة للسابي خالصا ولهذا سقط دين المسبي
لانه في ذمته والذمة محل الرقبة وان قلتم في غير محل عمله اي في محل النكاح وهو منافع البضع فلا نسلم ذلك لان السبي يوجب الملك
من حيث المالية لا من حيث الانسانية والنكاح من خصائص الانسانية لا المالية • بيانه انهم لما استنكفوا ان يكونوا عبيد الله تعالى
الحقهم بالبهائم فجعلهم عبيد عبيده مجازاة عليهم • والجواب عن حديث زينب ان النبي صلى الله عليه وسلم ردها بالنكاح الاول
اي بحرمة النكاح الاول وقد صح في السنن انها ردت بعد ست سنين في رواية وفي اخرى بعد سنتين وعندكم تقع الفرقة
بانقضاء العدة وان لم تثبت بالتباين فكيف يصح علينا • فان قلت قال الله تعالى والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم عد
النكاح من المحرمات ثم استثنى المملوكات بملك اليمين مطلقا ولم يفصل بينما اذا كان زوج المسبية معها او لم يكن والمطلق يجري على
اطلاقه عندكم فكيف لا تجوزون وطء المسبية اذا سبي معها زوجها • وروي في السنن مسندا الى ابي سعيد الخدري عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال في سبايا اوطاس لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة ولا فصل فيه ايضا • قلت اما الاية
فان قوله تعالى ما ملكت ايمانكم عام خص منه البعض بنص الشارع بما ذكرنا من الدليل • بيانه اذا اشترى الامة مع زوجها لا يجوز
للمشتري وطؤها بالاجماع مع وجود ملك اليمين وكذا اذا سبيت المراة الامة وزوجها كان مسلما او ذميا لا يجوز للسابي وطؤها بالاجماع مع
وجود ملك اليمين فلما كان البعض مخصوصا حملنا الاية على ما اذا سبيت المراة وحدها وحصل بين الزوجين تباين حكما واما الجواب
عن سبايا اوطاس فانهن كن سبين وحدهن دون ازواجهن فان الرجال كانوا هربوا للقتال وخلفوا النساء والذراري في الحصن
فلما انهزموا استولى رسول الله صلى الله عليه وسلم على الحصن وسبى النساء دون الازواج واوطاس اسم موضع بقرب مكة على ثلاث مراحل
من مكة كذا في المغرب قوله وهو يعكسه اي الشافعي يعكس السبب لان سبب الفرقة عنده هو السبي لا تباين الدارين قوله
وذلك اشارة الى انقطاع الولاية قوله فيقتضي الصفاء للسابي اي يقتضي السبي خلوص الملك في المسبي للسابي ولا
يتحقق الصفاء قوله ولهذا يسقط الدين اي عن ذمة المسبي وهو ايضاح لقوله فيقتضي الصفاء للسابي قوله فشابه
الحرمية اي شابه التباين الحرمية من حيث ان مع كل واحد منهما لا تنتظم مصالح النكاح وذلك لان احد الزوجين اذا كان من دارنا والاخر
من دارهم فلا ينتظم ما هو النكاح بينهما اصلا وكذا الحرمية محرمة للنكاح ايضا لما تفضيه الى قطع الرحم والعداوة فلا ينتظم فيها مصالح النكاح
ثم الحرمية في النكاح فكذا التباين قوله وهو لا ينافي النكاح اي ملك الرقبة لا ينافي النكاح ابتداء بان زوج امته من غيره
فكذلك لا ينافيه بقاء بان اشترى منكوحة الغير قوله وصار كالشراء اي صار السبي كالشراء من حيث ان النكاح لا يفسد بالشراء
فكذلك بالسبي وكذلك الصدقة والهبة قوله لا في محل النكاح وهو منافع البضع باعتبار كونها ادمية
وقد مر بيانه قوله لقصده اي لقصد المستامن الرجوع بالنصب على انه مفعول به لان المصدر يعمل عمل فعله قوله واذا
خرجت المراة الينا مهاجرة جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة وقالا عليها العدة وهذه من مسائل القدوري • اعلم ان
المراة اذا خرجت الينا مهاجرة مسلمة او ذمية تبين بالاتفاق بين اصحابنا ولكن هل يلزمها العدة فيه اختلاف قال ابو حنيفة
لا يلزمها وقالا يلزمها لهما انه فرقة وقعت بعد الاصابة فيلزمها العدة كالمطلقة في دارنا وكالتي اسلمت في
دارنا وابى زوجها الاسلام بخلاف المسبية فانها انما لم تعتد لان ذلك انما هو للسابي وهو الوطء دليل فراغ الرحم فلا حاجة
الى العدة لان الاستبراء يجب عليها بحيضة وفراغ الرحم كما يحصل بالعدة يحصل بالاستبراء فلا حاجة الى ايجاب العدة • ولابي حنيفة
قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون
لهن ثم قال ولا جناح عليكم ان تنكحوهن اذا اتيتموهن اجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر دلت الاية على وقوع الفرقة بين المهاجرة وبين
زوجها من اربعة اوجه وعلى نفي العدة من وجهين اما وقوع الفرقة فلقوله تعالى فلا ترجعوهن الى الكفار ولو كان النكاح باقيا لردت
اليه لان الزوج اولى بامساك امراته حيث كان • والثاني قوله لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن • والثالث قوله ولا جناح عليكم
ان تنكحوهن ولو كان نكاح الاول باقيا ما جاز لنا نكاحها • والرابع قوله ولا تمسكوا بعصم الكوافر فاوجب قطع العصمة بينها وبين
زوجها بخروجها الينا والعصمة المنع كقوله تعالى لا عاصم اليوم اي لا مانع فدل على انها ليس عليها ان تمتنع من الازواج لاجل الزوج
الذي كان لها في دار الحرب واما نفي العدة فلقوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن لانه اباح نكاحها من غير شرط العدة والوجه
الثاني قوله ولا تمسكوا بعصم الكوافر وجب علينا بظاهر الاية ان لا تمتنع من نكاحها لاجل زوجها الذي في دار الحرب فلو
اشترطت العدة لزم التمسك بعقد نكاحهن حال كفرهن فلا يجوز فلما كانت الاية وردت في المهاجرات ولم يشترط فيها العدة ففي
العدة زيادة على النص وهي نسخ لما عرف في الاصول فلا يجوز ولان علة الفرقة هي التباين عند اصحابنا وهذه فرقة وقعت بالتباين
فلا توجب العدة كما في المسبية ولان العدة اثر النكاح وانما يجب صيانة لماء محترم ولا احترام لماء الحربي فلا تجب العدة كالمسبية ثم المهاجرة
اذا كانت حاملا لا تتزوج الى ان تضع حملها وان لم يقل ابو حنيفة بوجوب العدة عليها وانما لا تتزوج قبل وضع الحمل لان في بطنها ولدا ثابت النسب
من الغير كام الولد اذا حبلت من مولاها لا يجوز تزويجها حتى تضع حملها • قال في شرح الاقطع فان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها
روى ذلك محمد عن ابي حنيفة • وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه يتزوجها ولا يطؤها وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط
روى الحسن عن ابي حنيفة انها ان تزوجت صح النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع لانه لا حرمة لماء الحربي فهو بمنزلة ماء الزاني والحبل

من الزنا لا يمنع النكاح عنده والاول اصح لان النسب من الزاني ليس بثابت بخلاف النسب من الحربي فانه ثابت فلا يمنع النكاح بما لم يمنع
الحمل عن حق الغير **قوله** واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق • اعلم ان الفرقة بالردة تقع في الحال
عندنا • وقال الشافعي كذلك ان لم يدخل بها وان دخل بها فلا تقع الفرقة بالردة تقع في الحال عندنا حتى يمضي ثلاث حيض وعند ابن
ابي ليلى لا تقع الفرقة بالردة قبل الدخول وبعده ولكن يستتاب المرتد فان تاب فهي امرأته وان مات على الردة او قتل ورثته
امرأته لنا ان الردة منافية للنكاح فتوجب الفرقة في الحال كالحرمية ولا بقاء لهذه ردة طارئة على النكاح فلا توجب الفرقة في
الحال كما لو ارتدا معا لانا نقول لا نسلم ان القياس صحيح لان في المقيس عليه لا يثبت الفرقة بعد الردة ايضا وفي المقيس يثبت بعد العدة
عند الخصم فافترقا ولان في المقيس عليه لم يوجد الاختلاف في الدين بخلاف المقيس ثم الفرقة بالردة فسخ لا طلاق عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد كذلك اذا كانت الردة من المراة اما اذا كانت من الزوج فهي طلاق باعتبارها بالاباء والجامع ان كل واحد
من الفرقتين بسبب من جهة الزوج وهو الاباء او الردة فيكون طلاقا كما في الجب والعنة • ووجه قول ابي يوسف ان الفرقة بسبب
تشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا وذلك لان الردة كما تتصور من الرجل تتصور من المراة والطلاق لا يتحقق من المراة فصارت
العدة كالاباء عنده وابو حنيفة فرق بين الردة والاباء فقال الردة منافية للنكاح لعدم الاهلية والحلية ولهذا لا تتوقف الفرقة
بالردة على قضاء القاضي فلما كانت منافية لم تكن الا بتدا والبقاء فيها سواء ويكون النكاح منفسخا من الاصل كالحرمية بخلاف الاباء
فانه ليس بمناف للنكاح ولهذا يجوز نكاح المسلم الكتابية لكن باختلاف الدين لا ينتظم مقاصد النكاح فتقام القاضي مقام الابي
في التسريح وكان تسريحه طلاقا اذا كان الاباء من الزوج لانه قائم مقامه ورفع النكاح اذا كان من الزوج يكون طلاقا كما في الجب والعنة
ورفع النكاح وان كان الاباء من المراة يكون الفرقة فسخا لا طلاقا لعدم تصور الطلاق منها ثم ان كان المرتد هو الزوج فلها نصف المهر ان لم يدخل
بها وان كان دخل بها فلها كمال المهر ونفقة العدة وان كانت هي التي ارتدت فلا مهر لها ولا نفقة ان كان قبل الدخول لانها منعت
المبدل ولم تسلمه فلا تستحق البدل وان كان ارتدادها بعد الدخول فلها المهر كاملا لاستقرار المهر بالدخول ولكن لا نفقة لها لانها
ناشزة **قوله** والجامع ما بينا • وهو ما ذكره قبل هذا قريبا من الوجه بقوله لهما ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف
مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح فكذا بالردة امتنع عن الامساك فناب القاضي منابه **قوله**
وابو يوسف مر على اصله في الاباء وهو ان الفرقة بسبب تشترك فيه الزوجان فلا تكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك وهذا لينتقض
بالخلع **قوله** لانها منافية للعصمة اي لان الردة منافية للعصمة ولا بقاء النكاح مع زوال العصمة • فلا تكون الفرقة
بالردة طلاقا **قوله** واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما وهذا الذي ذكره القدوري في مختصره استحسان والقياس
ان تقع الفرقة وهو قول زفر • وبه قال الشافعي كذا في شرح الاقطع لم يراد في ردتهما ردة لا احدهما وردة احدهما منافية للنكاح
فكذا ردتهما ولان ردتهما لو تنافي ابتدا النكاح فلان تنافي بقا النكاح اولى وجه الاستحسان ما روي اصحابنا في المبسوط وغيره ان بني حنيفة
ارتدوا ومنعوا الزكاة وبعث اليهم ابو بكر الصديق الجيوش حتى اسلموا ولم يامرهم بتجديد الانكحة ولا احد من الصحابة واجماعهم حجة يترك بها
القياس فان قلت من الجائز انهم ارتدوا على التعاقب فمن اين عرف انهم ارتدوا معا بل الغالب التعاقب في الردة وهو الظاهر • قلت
سكوت الصحابة عن تجديد الانكحة دليل على عدم التعاقب لانه لو كان ارتدادهم على التعاقب لامروا بتجديد الانكحة لان السكوت عن الحق
لا يليق بحالهم او نقول لما جهل التاريخ ولم يترجح سبق البعض على البعض لفقدان الدليل جعلوا كانهم ارتدوا معا كما في الغرقى والحرقى والعقد
في المسئلة انه لم تختلف بهما دين ولا دار فلا تقع الفرقة كالمجوسيين والمسلمين ولا اعتبار البقا بالابتدا لانه يبح فان عدة الغير مما تمنع جواز
النكاح ابتدا وليست مما تمنعه لبقائه كالموطوة بشبهة واعتبار الردة بالعدة من حيث ان كل واحدة منهما توجب حرمة المحل هذا اذا ارتدا
معا ولم يلحق احدهما بدار الحرب اما اذا لحق احدهما بدار الحرب بعد ارتدادهما معا قال في شرح الطحاوي وقعت الفرقة بينهما لتباين الدارين
قوله ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما وذلك لان ردة من لم يسلم منافية للنكاح فصار الاصرار كانشاء الردة في
حق لا يجب لمعاني ان كان المسلم هو الزوج قبل الدخول وان كانت هي التي اسلمت قبل الدخول فلها نصف الصداق وان وجد الدخول فلها
المهر كاملا في الوجهين لان المهر يستقر بالدخول ويصير دينا في ذمة الزوج والديون لا تسقط بالردة والله سبحانه وتعالى اعلم •

باب القسم

لما ذكر ركن النكاح وشرايطه وعدد ما يحل من النساء وما يتعلق به
من الفساد الطاري في البعض بسبب الشرك والردة شرع في بيان
العدل بين النساء في القسمة والقسم بفتح القاف مصدر وهو الرواية عن شيوخنا صاحب المغرب **قوله** واذا كان للرجل
امراتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او كانت احداهما بكرا والاخرى ثيبا وهذه من مسائل القدوري
وانما قال واذا كان بلفظ التذكير وان كان مسندا الى المؤنث الحقيقي لوقوع الفصل كقولهم حضر القاضي اليوم امراة وكقول جرير لقد ولد
الاخيطل ام سوء وانه جائز خلافا للمبرد وقد عرف في كتب النحو • وانما قال حرتان ليشمل الحكم المسلمة والكتابية والمراهقة والمجنونة
والبالغة جميعا لانه اذا كانت احداهما مسلمة والاخرى كتابية يعدل بينهما في القسم وكذا بين العاقلة والمجنونة وبين المراهقة والبالغة
للمساوات في سبب القسم وهو الحل الثابت بالنكاح بخلاف ما اذا تزوج امرأة حرة على امة وسيجي بيان ذلك وهذا مذهبنا وعند الشافعي اذا
كانت الجديدة ثيبا اقام عندها ثلاث ليال وان كانت بكرا اقام عندها سبعا ثم يدور بالتسوية بعد ذلك له ما روي في السنن مسندا
الى خالد بن ابي قلابة عن انس قال اذا تزوج البكر على الثيب اقام عندها سبعا واذا تزوج الثيب اقام عندها ثلاثا قال خالد ولو قلت انه
رفعه لصدقت ولكنه قال السنة كذلك • وروي عن ام سلمة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوجها قال لها ليس بك على اهلك هوان ان شئت

سبعت لك وان ثلثت ثم ادور • ولنا قوله تعالى فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فهذا يدل على وجوب التسوية
في القسم بين النساء ثم قال ذلك ادنى ان لا تعولوا معناه ان لا تجوروا وهو المنقول عن اهل اللغة ومنه حديث ام سلمة حيث قالت لعايشة
حين خرجت الى البصرة عالت عولا اي جرت • وروي في السنن مسندا الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كانت له امراتان و
مال الى احداهما جاء يوم القيمة وشقه مايل • واخرجه الترمذي والنسوي وابن ماجه وهذا ايضا على وجوب التسوية
لاشتماله على الوعيد • وروي عن عايشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول اللهم هذا قسمي فيما
املك فلا تواخذني فيما تملك ولا املك يعني به زيادة محبة لبعضهن فثبت بعموم النص ان البكر والثيب سواء في القسم لانه
لا فصل فيها ولان مسنونات حالة البقا توجب ان يستوي حالة الابتدا ايضا اصله اذا تزوجهن في عقد واحد • والجواب
عما رواه الشافعي فنقول ان الصحيح من الرواية ان شئت سبعت لك وان سبعت لك سبعت لنساى هكذا اخرجه صاحب السنن وذلك
لا يدل على عدم التسوية وانما التثليث المذكور في اخر الحديث فانه غريب لا يحتج به ولهذا لم يروه صاحب السنن ولئن صح فمعناه
معناه ثم ادور بالثلاث على باقي سايرهن فيقابل المنصوص • واما حديث انس فانه ليس بمرفوع والموقوف ليس بحجة عند الخصم
فكيف يحتج به علينا **قوله** في القسم بعد ذكر الحديث بعد قوله الى احداهما في بعض نسخ **قوله** ولا فصل فيما
روينا والقديمة والجديدة سوا لاطلاق ما روينا اراد به الحديثين المذكورين قبل هذا ولكن هذا تكرار من صاحب الهداية بلا فائدة
لان عدم الفصل فيما رويناه يعلم من قوله لاطلاق ما روينا وما كان يحتاج الى ذكرهما جميعا يعني في ذلك اي بين النسا في النكاح
قوله والاختيار في مقدار الدور الى الزوج يعني ان شاء يلبث لكل واحدة وان شاء ثلثا لكل واحدة الى عشر ذلك وليس للمراة ان
ان تقول بت ليلة عندي وليلة اخرى عند صاحبتي لان المقصود هو العدل وذلك حاصل كيف كان **قوله** لان المستحق
هو التسوية لا طريقه اي الواجب على الزوج هو العدل بين النسا لا طريق العدل يعني يثبت عند احدى المراتين مثل ما يثبت عند
الاخرى كذلك ولذا اذا بات عندها ليلتين او ثلثا او اربعا بات عند الاخرى مثل ذلك وليس لها ان تقول بت عندي ليلة و
نا حتى مثل ذلك لان المستحق عليه العدل لا طريقه لان طريقه مفوض الى الزوج وتذكير الضمير في طريقه وان كان راجعا الى
التسوية لارادة العدل ومثل ذلك جائز كما في قوله ولا ارض ابقل ابقالها **قوله** والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة
قال في شرح الكافي ومعنى التسوية في البيتوتة عندها للصحبة والمؤانسة لا في المجامعة لان ذلك ينبني على النشاط فلا يقدر على اعتبار
المساواة فيه وهو نظير المحبة بالقلب ثم قال فيه اذا كان للرجل امراة واحدة ففي ظاهر الرواية لا يتعين حقها في يوم وليلة من كل اربع ليال
ولكن يومر الزوج بان يراعي قلبها ويبيت معها احيانا • وروي الحسن عن ابي حنيفة اذا خاصمته المراة في ذلك قضى لها القاضي بليلة
من كل اربع ليال لان للزوج ان يسقط من حقها الثلث بذلك • وجه الظاهر انما يكون التسوية عند المزاحمة ولا مزاحمة هنا ولكن يوانسها
بصحبته احيانا ما من غير ان يكون في ذلك شي موقت فان خاصمت في ان لا يقوم من زوجها ولا يقوم فذاك ليس بشي **قوله** وان كانت
احداهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث يعني اذا تزوج حرة على امة يبيت عند الحرة ليلتين وعند الامة
ليلة واحدة • لما روي عن علي انه قال للحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولم يرو عن احد خلافه فحل محل الاجماع ولان الرق منصف
على ما عرف في الاصول • الا ترى الى قوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فيبيت عند الامة نصف ما يبيت عند الحرة ف
يكون الثلث والثلثان باعتبار حاصل العدد ولذا الحكم فيما اذا تزوج حرة على مدبرة او مكاتبة او ام ولد فان الرق فيهن ثابت كما
في الامة • قال الطحاوي في مختصره وان كانت له زوجة واحدة حرة وطالبته بالواجب من القسم من نفسه كان عليه ان يقسم لها
يوما وليلة ثم يتصرف في امور نفسه ثلاثة ايام وثلاث ليال وان كانت زوجته هي امة والمسئلة على حالها كان لها من كل سبعة ايام
يوم من كل سبع ليال ليلة لان له ان يتزوج عليها ثلاث حراير فيكون الواجب لكل واحدة منهن من القسم يومين وليلتين ولها
يوم وليلة الى هنا لفظ الطحاوي **قوله** ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن
وعند الشافعي الاقراع مستحق عليه حتى لو سافر ببعضهن بلا اقراع يكون عند كل واحدة من الباقيات بمثل تلك المدة ليتحقق العدل لما روي
في السنن عن عايشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه فايتهن خرج سهمها خرج بها معه واخرجه
البخاري والنسوي وابن ماجه مختصرا ومطولا • ولنا انه لا حق لهن في السفر اصلا ولهذا كان له ان لا يستصحب واحدة منهن فلا يجب
الاقراع والحديث محمول على تطييب القلوب حتى لا يظن الميل منه عليه الصلاة والسلام الى بعض نسايه ونحن نقول به ايضا ولهذا قلنا
باستحباب القرعة وانما قيد بالسفر احترازا عن المرض اذ لا يسقط به حقهن في القسم لما روي في السنن مسندا الى عايشة قالت بعث
رسول الله صلى الله عليه وسلم الى النسا يعني في مرضه فاجتمعن فقال اني لا استطيع ان ادور بينكن فان رايتن ان تاذن لي فاكون عند
عايشة فعلتن فاذن له فلو كان القسم يسقط بالمرض لم يستاذن رسول الله صلى الله عليه وسلم • قال شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي
ولو اقام عند احداهما شهرا ثم خاصمته الاخرى في ذلك قضى عليه ان يستقبل العدل بينهما وما مضى فهو هدر غير انه فيه اثم فان عاد بجور
بعد ما نهاه القاضي اوجعه عقوبة وعزره لانه ارتكب ما هو حرام **قوله** ولا يحتسب عليه تلك المدة اي لا يحتسب على الزوج
مدة السفر يعني اذا سافر باحدى المراتين شهرا مثلا لا يومر ان يكون عند الاخرى شهرا اخر بل يسوي بينهما في الحضر ابتداء
قوله وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز وذلك لما قال محمد بن الحسن في المبسوط بلغنا عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال لسودة اعتدي فسالته ان يراجعها وتجعل يومها لعايشة لان تحشر يوم القيمة مع ازواجه ونزل
قوله تعالى وان امراة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا في المراة تكون عند الرجل فيريد ان يفارقها

وهبت قسمها لضرتها كما وهبت سودة يومها لعائشة حين كبرت واسنت كذا في السنن وغيره وسودة ام المؤمنين بنت زمعة ابن قيس ابن عبد شمس ابن عبد ود ابن نصر ابن مالك ابن حسل ابن عامر ابن لوي ابن غالب كانت اولا عند السكران ابن عمرو وقيل السكران ابن الحرث فهاجر بها الى الحبشة ثم توفي عنها فمات عنها وتزوجها النبي صلى الله عليه وسلم بعد الوحي بمكة وطلقها ثم راجعها ووهبت يومها لعائشة امها الشموس بنت قيس ابن زيد ابن عمرو ابن لبيد ابن خداش ابن عامر ابن غنم ابن عدي ابن النجار الانصاري ۞ قال عبد الله ابن محمد ابن عقيل تزوجها بعد عائشة وخالفه قتادة والزهري واكثر اهل العلم فقالوا انه تزوج بعد موت خديجة سودة ثم عائشة وتوفيت سودة في اخر زمان عمر **قوله** ولها ان ترجع في ذلك اي للمراة ان ترجع في ذلك اي للمراة ان ترجع في قسمها بعد ما وهبت لضرتها لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلم يكن اسقاطها ملزما فلها المطالبة بعد ذلك عند وجوب الحق ۞ قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي والمجبوب والخصي والعنين في القسمة بين النساء سواء وكذلك الغلام الذي لم يحتلم وقد دخل بامراته لان حقوق العباد تتوجه على الصبيان عند تقرر السبب واذا احلت المراة زوجها جعلا على ان تزيدها في القسمة يوما فنفعل لم يجز وترجع فيما اعطت وكذلك لو حطت عنه شيئا من المهر على هذا الشرط وكذلك ان زادها الزوج او جعل لها جعلا على ان تجعل يومها لفلانة فيوما ط لانه رشوة والله اعلم

كتاب الرضاع

لما كان المقصود من النكاح هو التوالد والتناسل والولد لا بد له من الرضاع ناسب ذكر الرضاع عقيبه او نقول الرضاع سبب التحريم كالنسب لقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فكان ينبغي ان يذكر على هذا في المحرمات لكنه افرده بكتاب على حدة باختصاصه بمسايل مثل شهادة النساء في الرضاع ومثل خلط اللبن في الدواء وغير ذلك والرضاع مص الولد ثدي الام وفيه لغات هو والرضاعة بفتح الراء وكسرها فيهما واللغة العالية رضع يرضع من باب علم يعلم رضعا ورضاعا ورضاعة فاما اهل نجد يقولون رضع يرضع من باب ضرب **قوله** قليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وهذه من مسائل القدوري ومذهب سفين الثوري ومالك ابن انس والاوزاعي وعبد الله ابن المبارك مثل مذهبنا في ان قليل الرضاع يثبت به التحريم ۞ وقال الشافعي لا تثبت الحرمة الا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها وهو مذهب اسحاق واحمد ابن حنبل ۞ وقال نفاة القياس بثلاث رضعات وهو قول زيد ابن ثابت كذا في شرح الاقطع ۞ وجه قول الشافعي ما روي في السنن مسندا الى عائشة انها قالت كان فيما انزل الله من القران عشر رضعات يحرمن ثم نسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرا من القران وروي في السنن مسندا الى عائشة لا تحرم المصة ولا المصتان ۞ ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ۞ بيانه ان الله تعالى اثبت الحرمة بمطلق الارضاع ولم يشترط العدد والزيادة عليه لا تجوز بخبر الواحد ۞ وروي في السنن مسندا الى عروة عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ۞ وروي في الجامع الترمذي مسندا الى سعيد ابن المسيب عن علي ابن ابي طالب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله حرم من الرضاع ما يحرم من النسب ووجهه ان الرضاع مصدر يتناول القليل والكثير فلا يشترط العدد ولان الرضاع معنى يوجب حرمة مؤبدة فوجب ان يثبت حكم الحرمة بمرة واحدة كالوطء في النكاح ۞ وقال الشيخ ابو بكر الرازي في اصول فقهه في باب اثبات القول بالعموم قيل لابن عمر ان ابن الزبير يقول لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان فقال قضاء الله اولى من قضاء ابن الزبير قال الله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة وقول عائشة فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرا من القران ضعيف لانه لو كان متلوا بعد رسول الله فلما ذا لا يتلى الان ومثل ذلك يؤيد قول الروافض فانهم يقولون ذهب كثير من القران بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يثبته الصحابة في المصحف والحديث الاخر منسوخ بدليل ما روي عن ابن عباس انه سئل عن الرضاع فقيل له ان الناس يقولون لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان فقال كان ذلك فاما اليوم فالرضعة الواحدة تحرم ۞ وقال ابن مسعود آل امر الرضاع الى ان قليله وكثيره يحرم **قوله** ولا الاملاجة ولا الاملاجتان هذا من تتمة الحديث على ما ذكره صاحب الهداية ولكن ليس هو مثبت في الاصول من كتب الحديث ولهذا لم يثبته الترمذي في جامعه وابو داود في سننه بل روينا لا تحرم المصة ولا المصتان ومعنى الاملاجة الارضاعة والتاء للوحدة من غير فصل اي بين القليل والكثير **قوله** ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم لكنه امر مبطن وهذا جواب لسؤال مقدر بان يقال ينبغي ان لا يثبت حكم الرضاع الا بالكثير لان القليل لا يحصل به نشوز العظم وانبات اللحم ۞ قال عليه الصلاة والسلام الرضاع ما انشز العظم وانبت اللحم فقال انشاز العظم وانبات اللحم امر مبطن به خفا والرضاع سبب ظاهر فاقيم مقام الامر الخفي فتعلق حكم الحرمة بوجود الارضاع ۞ قال في ديوان الادب نشز الشيء اي ارتفع النشز والنشز اي حوله ۞ وقال ثعلب في اماليه في قوله تعالى الى العظام كيف ننشزها نرفع بعضها على بعض ۞ وقال في المغرب الانشاز الاحيا وقال تعالى في التنزيل اذا شاء انشره ومنه لا رضاع الا ما انشر العظم اي قواه وشده كانه احياه ويروى بالزاي **قوله** امر مبطن والمبطن بفتح الطا المشددة يقال رجل مبطن اي خميص البطن واراد هنا الخفي مجازا **قوله** وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به اي ما رواه الشافعي من قوله عليه الصلاة والسلام لا تحرم المصة ولا المصتان مردود او منسوخ ۞ بيانه ان الحديث لا يخلو اما ان يكون واردا قبل نزول قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم او بعده فان كان قبله يكون منسوخا بالكتاب وان كان بعده يكون مردودا به لقوله عليه الصلاة والسلام اذا روي لكم عني حديث فاعرضوه على كتاب الله فان وافق فاقبلوه وان خالف فردوه والنوض ورده هنا تكون مردودا ايضا لمخالفة الكتاب **قوله** وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما نبين اي ينبغي ان يكون الرضاع الذي يتعلق به التحريم في مدة الرضاع لا بعدها وفي مدتها اختلاف وسنبينه بعد هذا

ان شاء الله تعالى **قوله** ثم مدة الرضاع ثلاثون شهرا عند ابي حنيفة وقالا سنتان وهو قول مالك والشافعي واحمد ثم اعلم ان مدة الرضاع التي يثبت فيها التحريم بها فيها اختلاف قال ابو حنيفة سنتان ونصف ثلاثون شهرا فبعد ذلك لا يكون رضاعا سواء فطم او لم يفطم وقال ابو يوسف ومحمد سنتان سوى فطم او لم يفطم ۞ وقال زفر ثلاث سنين فبعد ذلك لا يكون رضاعا سواء فطم او لم يفطم وقال بعضهم مدة الرضاع الى خمس عشرة سنة وقال بعضهم الى اربعين سنة وقال بعضهم الى جميع العمر كذا قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واجمعوا على ان مدة الرضاع في حق استحقاق الاجر على الاب سنتان كذا في خلاصة الفتاوى وجه قول ابي يوسف ومحمد قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة ولا وجود للرضاع بعد اتمامه وكذا قوله تعالى وفصاله في عامين ولا رضاع بعد الفصال لما روي في الجامع الترمذي عن ام سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الامعاء في الثدي وكان قبل الفطام وقال تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ومدة الحمل اقله ستة اشهر فبقي سنتان للفصال ولان الظاهر ان الرضيع يكتفي في الحولين اللبن وبعدهما لا يكتفي به وكان الكرخي والطحاوي في مختصره اخذ بقولهما ولابي حنيفة قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة ثم قال فان ارادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما اي على الاب والام ابتغا الفصال بعد الحولين بالتراضي وهذا يدل على بقاء حكم الرضاع بعد الحولين فعلم بهذا ان المراد من قوله تعالى لمن اراد ان يتم الرضاعة مدة يستحق فيها الولد الرضاع ولا تدل ذلك على ان ما بعد المدة مستحقة لا يثبت حكم الرضاع فحمل ابو حنيفة الاية على استحقاق الاجر في الحولين بحسب الا ان التحريم بعد ذلك لا يثبت بالرضاع ولهذا قال في شرح التاويلات اذا ابا حنيفة يقول ان مدة الرضاع في حق التحريم حولان كاملان ونصف فاما في حق وجوب اجر الرضاع في حق التحريم حولان ونصف فاما في حق وجوب اجر الرضاع على الاب حولان حتى ان الام المطلقة اذا طلبت الاجر بعد الحولين ولا ترضع بلا اجر لم يجبر الزوج على اجر الرضاع فيما زاد على الحولين بخلاف ما قبل الحولين ۞ وقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ۞ بيانه ان الله تعالى جعل ثلاثين شهرا مدة للحمل والفصال والظاهر انها مدة لكل واحد منهما كالاجل المضروب للدينين وقد دل الدليل المنقص في احدهما وهو ما روي عن عائشة ان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فبقيت المدة في حق الاخر وهو الفصال على حالها وهو ثلاثون شهرا لعدم المنقص ولان الرضيع لا يحصل فطامه في ساعة واحدة بل يفطم بالتدريج على وجه ينسى اللبن ويتعود بالطعام فلا بد من زيادة مدة على الحولين فقدرناها بادنى مدة الحمل وهي ستة اشهر لانها مدة يتحول فيها الصبي من غذا الى غذا وهذا لان غذا الجنين غير غذاء الرضيع كما ان غذا الفطيم غير غذا الرضيع فاعتبرنا اتمام الغذا بابتدايه فاما زفر فلما وجبت الزيادة على الحولين وثبت حكم الرضاع في اول الحول الثالث وجب القول بتكميله كما في السنة الاولى والثانية ولان الحول حسن للتحول من حال الى حال كما عرف في اجل العنين **قوله** حسن للتحول اي صالح له لما بين اشتماله الى قوله ولا بد من تغير الغذا لينقطع الانبات باللبن **قوله** وله هذا الابتداء لابي حنيفة من الاية وهي قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا **قوله** فكانت لكل واحد منهما بكمالها اي كانت المدة لكل واحد من الشيئين بكمال المدة **قوله** كالاجل المضروب للدينين بان قال مثلا لفلان علي الف درهم وعشرة اقفزة الى سنة يفهم منه المقر له ان الاجل تامة مضت السنة يتم اجلها جميعا **قوله** وعليه حمل النص المبتدا اي على الاستحقاق اي على استحقاق الصبي الرضاع حمل قوله تعالى حولين كاملين بدليل قوله تعالى فان ارادا فصالا لان الرضاع لو كان حراما بعد الحولين لم يزل بالرضاع في زوال الحرمة الثابتة شرعا **قوله** واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم ۞ قال ابو بكر الرازي في مختصره في شرح الطحاوي روي عن عائشة وابي موسى ان رضاع الكبير يحرم وهو قول الليث ابن سعد واستدل بحديث سالم مولى ابي حذيفة الذي نذكره ۞ ولنا ما روي في الصحيح البخاري عن عائشة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الرضاعة من المجاعة اي الرضاع المعتبر ما كان من المجاعة بسبب الجوع يعني ما كان يرد الجوع وهذا لا يكون في ارضاع الكبير لان جوعه لا يرده الا الطعام فلا يعتبر ذلك رضاعا شرعا ۞ وروي في السنن مسندا الى ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا رضاع الا ما انشز العظم وانبت اللحم وذلك لا يكون في الكبير ولهذا قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره والرضاع المحرم عند اصحابنا جميعا ما كان في الصغر عما اذا اقتصر عليه الصبي به المرضع ونبت عليه لحمه ونشز عليه عظمه فاذا جاع كانت مجاعته تلبه اليه فهو يرد جوعته ويغنيه عن غيره ۞ وروي في المبسوط عن علي وابن مسعود قالا لا رضاع بعد الفصال واضافه صاحب الهداية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانه نقل الحديث بالمعنى وذلك جايز عندنا وتذكر هنا الحديث عن الجامع الترمذي قبل هذا عن ام سلمة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الامعاء وكان قبل الفطام وابو بكر الرازي ذكره في شرح الطحاوي مرسلا فقال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا رضاع بعد فصال ۞ وقال محمد ابن الحسن في موطاه انا مالك قال انا عبد الله ابن دينار قال جاء رجل الى عبد الله ابن عمر وانا معه عند دار القضاء يسال عن رضاعة الكبير فقال عبد الله ابن عمر جاء رجل الى عمر ابن الخطاب فقال كانت لي وليدة وكنت اصيبها فعمدت امراتي اليها فارضعتها فدخلت عليها فقالت امراتي دونك والله قد ارضعتها فقال عمر اوجعها وائت جاريتك فانما الرضاعة رضاعة الصغير ۞ وروي صاحب السنن باسناده الى مسروق عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل فشق ذلك عليه وتغير وجهه فقالت يا رسول الله انه اخي من الرضاعة فقال انظرن من اخوانكن فانما الرضاعة من المجاعة فان قلت قد صح ارضاع الكبير ايضا وهو ما روي في السنن عن عروة ابن الزبير عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم وام سلمة ان ابا حذيفة ابن عتبة ابن ربيعة ابن عبد شمس كان تبنى سالما وانكحه ابنة اخيه هند بنت الوليد ابن عتبة ابن ربيعة وهو مولى لامراة من الانصار كما تبنى رسول الله صلى الله عليه وسلم زيدا وكان من تبنى رجلا في الجاهلية دعاه الناس اليه وورث ميراثه حتى انزل الله تعالى في ذلك ادعوهم لابائهم الى قوله فاخوانكم في الدين ومواليكم فردوا الى ابائهم فمن لم يعلم له اب كان مولى واخا في الدين فجاءت سهلة بنت سهيل ابن

عمر القرشي ثم العامري امرأة ابي حذيفة فقالت يا رسول الله انا كنا نرى سالما ولدا وكان يأوي معي ومع ابي حذيفة في بيت ويراني
فضلا وقد انزل الله عز وجل فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم ارضعيه فارضعته خمس رضعات وكان بمنزلة
ولدها من الرضاعة فبذلك كانت عائشة تأمر بنات اخواتها وبنات اخوتها ان يرضعن من احبت عائشة ان يراها ويدخل عليها وان
كان كبيرا خمس رضعات ثم يدخل عليها وأبت ام سلمة وسائر ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ان يدخل عليهن بتلك الرضعات احد من الناس
حتى يرضع في المهد وقلن لعائشة والله ما ندري لعلها كانت رخصة من النبي صلى الله عليه وسلم لسالم دون الناس قلنا ذلك
منسوخ بدليل ما روينا من الاحاديث ويدل عليه انكار ام سلمة وسائر ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ورضي عنهن ويشبه ان يكون
عائشة قد رجعت عن قولها في تحريم رضاع الكبير بدليل ما روت عائشة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خلاف ذلك قوله
ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية ابي حنيفة وفي مدة الحولين عندهما. بيانه ما ذكر في المبسوط فان فطم الصبي قبل الحولين
ثم ارضع في مدة ثلاثين شهرا عند ابي حنيفة وفي مدة الحولين عندهما فالظاهر من مذهبهما وهو قول ابي حنيفة انه تثبت به الحرمة
لوجود الارضاع في المدة وصار الفطام كأن لم يكن. وقد روى الحسن عن ابي حنيفة قال هذا اذا لم يتعود الصبي الطعام
حتى لا يكتفي به بعد الفطام فاما اذا صار بحيث يكتفي بالطعام لا تثبت الحرمة بالرضاع بعد ذلك لان اللبن بعده لا يغذيه
فلا يحصل به معنى التغذية قوله ووجهه انقطاع النشو اي وجه اعتبار الفطام على تلك الرواية فيما اذا استغنى
الصبي بالطعام عن اللبن هو انقطاع النشو الحاصل باللبن يعني ان نشو الصبي باللبن ينقطع بعد استغنائه بالطعام لصيرورته
غذاء كان لبنا فصار طعاما فلا تثبت الحرمة برضاع اللبن بعد ذلك ولهذا قال عليه الصلاة والسلام لا يحرم من الرضاع الا ما
فتق من الامعاء وكان قبل الفطام قوله ولم يبح الارضاع بعد المدة قال بعض مشايخنا لا يباح وذلك لان اللبن
جزء الآدمي ولا يجوز ان يكون الآدمي او جزؤه مبتذلا لاهانة الا ان الاباحة في المدة لضرورة بقاء الولد والثابت بالضرورة
يتقدر بقدر الضرورة فلا يباح بعد المدة لزوال الضرورة وسواء ان يكون الارضاع من الام او من الاجنبية قوله فيحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب. اي قال القدوري في مختصره والاصل فيه الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع
ما يحرم من النسب. اعلم ان كل ما يحرم من جهة النسب يحرم من جهة الرضاع الا في مسألتين احداهما يجوز نكاح ام اخته او اخيه من الرضاع
ولا يجوز نكاح ام اخته من النسب وذلك ان ام الاخت او الاخ من النسب لا تخلو من احد الامور الثلاثة اما ان تكون ام الاخت او الاخ لاب
وام او لام او لاب ففي الوجهين الاولين تكون الام ام المتزوج فلا يجوز نكاح الام. وفي الوجه الثالث تكون الام موطوءة الاب فتثبت حرمة
المصاهرة فلا يجوز للابن ان يتزوج موطوءة ابيه بالمصاهرة لا بالنسب ولا يوجد هذا المعنى اعني المصاهرة في ام الاخت من الرضاع فيجوز نكاحها
والثانية يجوز نكاح اخت الولد من الرضاع ولا يجوز نكاح اخت الولد من النسب ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع فافهم ثم اعلم ان
المصنف لو قال في المسألة الاولى ام اخته او اخيه لكان اولى لان الحكم في الوجهين واحد. وكذا في المسألة الثانية لو قال اخت ولده
ليشمل الذكر والانثى لكان اولى ثم قوله ام اخته من الرضاع يحتمل ثلاثة اوجه اما ان يتعلق كلمة من بالاخت وحدها بان ترضع الصبية الاجنبية
ام الصبي الاجنبي فيجوز للصبي ان يتزوج ام تلك نسبا واما ان يتعلق بالام وحدها بان ترضع لهذا الصبي نسبا امرأة اجنبية فيجوز للصبي
ان يتزوج تلك المرأة التي ارضعت اخت الصبي. واما ان يتعلق بالام والاخت جميعا بان ارضعت الاجنبية صبيا وصبية اجنبيين فتكون
الصبية اخت الصبي رضاعا وام الصبية تكون ام الصبي رضاعا من حيث ان الصبية ارتضعت مع هذا الصبي من ثدي واحد فيجوز للصبي
ان يتزوج ام الصبية نسبا لانها اجنبية لم ترضعها الصبي ولم تثبت بينهما المصاهرة فافهم وقد يختلج خاطري في هذا المقام بانشاء
بيتين لضبط المسألتين وهما هذان. تزوج ام اختك من رضاع. ومن نسب يحرمه لداعي. واخت ابن رضاعي حلال
وما نسب يجوزها الشافعي قوله الا ام اخته من الرضاعة استثناء من قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قوله لانها تكون امه
او موطوءة ابيه اذا كانت الاخت للاب وام او للام او تكون ام اخته موطوءة ابيه اذا كانت الاخت للاب وقد مر البيان قوله
لما وطئ امها حرمت عليه يعني لما وطئ الاب ام اخت الابن حرمت اخت الابن على الاب بالمصاهرة وقد بيناه قوله وامرأة ابيه او امرأة
ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها اي لا يجوز ان يتزوج امرأة ابنه من الرضاع لما روينا اي لقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع
ما يحرم من النسب وعند الشافعي يجوز ان يتزوج حليلة الابن من الرضاع وقد بيناه في اوائل فصل المحرمات وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار
التبني يعني ان الله تعالى قال وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم عند ذكر المحرمات اسقاطا لاعتبار الابن المتبنى لانهم كانوا في الجاهلية يعتقدونه
ابنا وحليلته حراما لا لاسقاط اعتبار الابن الرضاعي وقد بيناه في فصل المحرمات بوجه متين وشرح مشبع والى ذلك الموضع اشار المصنف
بقوله على ما بيناه. قوله ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى ابائه وابنائه
ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وهذه من مسائل القدوري وهذا الذي ذكره هو قول اكثر السلف وعامة الفقهاء
وروي عن سعيد ابن المسيب وابراهيم النخعي ان لبن الفحل لا يحرم كذا في شرح الاقطع وهو احد قولي الشافعي كذا في المبسوط. وقال الخطابي
في شرح السنن. وقد قال عامة الفقهاء يحرم لبن الفحل الا نفرا يسيرا منهم اسمعيل ابن علية وداود الاصفهاني وقد روي ذلك عن ابن
المسيب لان هؤلاء الفقهاء احتجوا بان الله تعالى ذكر حرمة الرضاع في جانب النساء فقال وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة
فلو كانت الحرمة تثبت من جانب الرجال لبينها الله تعالى كما بين الحرمة من النسب والاصل فيه ما روي في الموطأ والصحيح البخاري مسندا
الى عروة ابن الزبير عن عائشة ان افلح اخا ابي القعيس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد ان نزل الحجاب قالت فابيت ان آذن له
فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم اخبرته بالذي صنعت فامرني ان آذن له علي. وروي في السنن ايضا مسندا الى عروة عن عائشة

انها قالت دخل علي افلح فاستترت منه فقال تستترين مني وانا عمك قالت قلت من اين قال ارضعتك امرأة اخي قالت انما ارضعتني المرأة
ولم يرضعني الرجل فدخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فحدثته فقال انه عمك فليلج عليك واخرجه البخاري ومسلم والترمذي و
النسائي وابن ماجه وروي في الصحيح البخاري ايضا مسندا الى عمرة بنت عبد الرحمن ان عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم
اخبرتها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عندها وانها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة قالت فقلت يا رسول الله
هذا رجل يستأذن في بيتك فقال النبي صلى الله عليه وسلم اراه فلانا لعم حفصة من الرضاعة قالت عائشة لو كان فلان حيا لعمها من الرضاعة
دخل علي فقال نعم الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة وهذا مما اتفق عليه البخاري ومسلم وفي الموطأ سئل ابن عباس عن رجل كانت له
امرأتان فارضعت احداهما غلاما وارضعت الاخرى جارية فقيل له هل يتزوج الغلام الجارية قال لا اللقاح واحد فثبت بهذه
الاحاديث ان لبن الفحل يحرم لان حكمه حكم النسب والحرمة من النسب تثبت من الجانبين اعني من جانب الرجال والنساء فكذا الحرمة في
الرضاع. فان قلت لو نزل اللبن من ثدي الرجل فارضع صبية لا تثبت الحرمة فلان لا تثبت بفعل غيره اولى قلت انما لم تثبت بفعل نفسه
لان ارضاع الرجل لا يسمى رضاعا فاذا عرفت هذا فاعرف ان الرضيع اذا كان ذكرا لا يجوز له ان يتزوج المرأة المرضعة لانها امه ولا
بناتها لانهن اخواته من الرضاعة ولا بنات زوجها من غير هذه المرأة لانهن اخواته من الرضاع ولا اخوات زوجها لانهن عماته ولا امهات
الزوج لانهن جداته من قبل الاب ولا امهات هذه المرأة لانهن جداته من قبل الام ولو كان الرضيع انثى لا يجوز ان يتزوجها زوج المرأة
التي ارضعتها لانه ابوها وكذا لا يتزوجها ابو الزوج لانه جدها وكذا اخوة الزوج لانهم اعمامها وكذا ابناء الزوج لانهم اخوتها وكذا
ابو المرأة لانه جدها وكذا اخوة المرأة لانهم اخوالها وكذا ابناء المرأة لانهم اخوتها وكذا الحكم في اولاد الاولاد من الجانبين ولو كانت لرجل
امرأتان ارضعت كل واحدة منهما صبية اجنبية لا يجوز لرجل ان يجمع بينهما لانهما اختان من الرضاعة من قبل الاب قوله ابا للمرضعة
بفتح الضاد قوله ولنا ما روينا اراد به قوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قوله
من الجانبين اي من جانب الرجل والمرأة قوله ليلج عليك اي ليدخل عليك وافلح بالفاء والحاء المهملة على مثال افعل اسم رجل قوله
ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا اي لان الزوج سبب لنزول اللبن من المرأة فيضاف
حكم الرضاع وهو ثبوت الحرمة الى السبب وهو الزوج احتياطا لان الموضع موضع الحرمة فيجعل كأن الصغيرة حصلت من المرضع ومن الزوج
بخلاف ما اذا امتص الصبي الرضيع ثدي الرجل ونزل اللبن في حلقه لانه لا يسمى رضاعا عرفا فان قلت كيف تدرجت حكم الرضاع في قوله
فيضاف اليه وانما سبق ذكر اللبن قلت لان الشهرة قائمة مقام الذكر كما في قوله تعالى حتى توارت بالحجاب اي الشمس قوله
ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع كما يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وهذا مثل ان يرضع زيدا ام عمرو فيجوز لعمرو
ان يتزوج اخت زيد نسبا وان كان زيد اخاه من الرضاع كما في النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كان له اخت من امه من غير ابيه
جاز للاخ الآخر ان يتزوج اخته لانها منه اجنبية في حق الاخ لاب وعلى هذا اخت الاخت من الرضاع واخت الاخت من النسب وكان
ينبغي ان يقول باخت اخيه او اخته من الرضاع ويقول باخت اخيه او اخته من النسب لكن اكتفى بذكر الاخ لظهور ذلك قوله وكل صبيين
اجتمعا على ثدي واحدة لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى اراد بهما الصبي والصبية تغليبا للذكر على المؤنث كما في القمرين للشمس والقمر و
الابوين للاب والام واذا كان الاسمان مذكرين حينئذ تغليب احدهما على الاخر كما في العمرين لابي بكر وعمر لان تثنية عمر اخف من تثنية
ابي بكر وهو ظاهر وقد تغلب الاشهر كما في قولهم الاقرعان للاقرع ابن حابس واخيه مرثد والخبيبان لعبد الله ابن الزبير واخيه مصعب
وكان عبد الله يكنى بابي خبيب ثم قوله على ثدي واحدة باضافة الثدي الى الواحدة اي على ثدي امرأة واحدة ويجوز ان يقال على ان
الصفة والموصوف بدون التاء في الواحد لان الثدي الايمن والايسر مذكر والمراد اجتماعهما من حيث المكان بان رضع احدهما
ثدي امرأة رضعه الآخر لا من حيث الزمان بان يرتضعا معا في وقت واحد وليس المراد ان يرضعا من الثدي الايمن والايسر بل المراد
ان يرضعهما المرأة كيف كان وانما لم يجز المناكحة بينهما لانهما اخ واخت لاب وام من الرضاعة فلا يجوز كما في النسب قوله
ولا يتزوج المرأة المرضعة احد من ولد التي ارضعت المرضعة بفتح الضاد اي لا يتزوج الصبية المرضعة احد من ولد المرأة التي ارضعتها
لان ولدها اخوها من الرضاعة ولذا لا يجوز ان تتزوج الصبية المرضعة ولد ولد المرأة التي ارضعتها لانها ولد اخيها من الرضاعة
وقد بيناه قوله ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاعة وقد بيناه والمرضع بفتح الضاد
والمرضعة بكسرها قوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم وهذه
من مسائل القدوري وكذا ما بعدها من المسائل الى آخر كتاب الرضاع الا مسألة الاحتقان فانها من مسائل الجامع الصغير. وفيه
خلاف الشافعي فعنده يثبت حكم الرضاع سواء كان اللبن غالبا او مغلوبا بعد ان يكون مقدار خمس رضعات بان صب اللبن في جب ماء
فشربه الصبي مثلا وكذا قوله فيما اذا اختلط اللبن بالدواء له انه تناول اللبن وغيره حقيقة فتثبت الحرمة كما لو انفرد. ولنا ان المغلوب
معدوم حكما لفوات منفعته حتى لا يثبت به التحريم وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم علق التحريم بما ينشر العظم وينبت اللحم
وانما يكون ذلك اذا كانت قوة اللبن باقية ولهذا لو حلف لا يشرب اللبن فشرب لبنا مخلوطا مغلوبا بالماء لم يحنث ولا يقال ينبغي ان
تثبت الحرمة احتياطا ترجيحا للحرمة لانا نقول الترجيح انما يكون بعد التعارض ولا معارضة بين الغالب والمغلوب لعدم
التساوي فلا ترجيح لجانب الحرمة قوله وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة وقالا
اذا كان اللبن غالبا تعلق به التحريم. اعلم ان اللبن اذا خلط بالطعام فاكله الصبي فلا يخلو اما ان كان اللبن مطبوخا بالطعام او لا
فان كان مطبوخا لا يتعلق به الحرمة في قولهم جميعا لانه تغير بالطبخ عن طبعه وصفته وان لم يكن مطبوخا فلا يخلو اما ان يكون

اللبن مغلوبا او غالبا فان كان مغلوبا فلا تتعلق به الحرمة ايضا لانعزال قوة اللبن وصار كالعدم وان كان اللبن غالبا بحيث يتقاطر
من الطعام اللبن اذا رفع فعند ابي حنيفة لا يكون رضاعا خلافا لصاحبيه كذا في شرح الطحاوي والتحفة وغيرهما لهما ان المغلوب تبعا له
الغالب معدوم حكما كالغوات منغمسة المغلوب فصار كما اذا خلط بالماء ولبن هو اللبن وكذا كما اذا اختلط لبن الادمية وهو غالب بلبن الشاة
ولابي حنيفة ان اللبن هو الغالب حال كونه في القصعة لا حال وصوله الى المعدة فاذا اكل لقمة لا حق فالطعام هو الغالب حال
الوصول لان غير المائع يستتبع المائع ولهذا يوكل ولا يشرب بخلاف خلط اللبن بلبن الشاة او الماء لان لبن المراة هو الغالب حال الشرب
والوصول جميعا وقيل انما لا يثبت الرضاع عند ابي حنيفة بالطعام اذا لم يتقاطر اللبن عند رفع الطعام اما اذا تقاطر فيثبت لان القطرة
كافية في اثبات حرمة الرضاع والصحيح انه لا يثبت حرمة الرضاع عنده سواء تقاطر اللبن من الطعام او لا لان التغذي بالطعام
لا باللبن قوله لم تمسه النار والضمير راجع الى اللبن قوله ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء
عن حاله يعني انه العبرة للبن الغالب اذا لم يغير اللبن شيء عن حاله بالطبخ كما اذا خلط لبن المراة بالماء واللبن هو الغالب وحاصله
قوله هو الصحيح احتراز عما قيل ان الرضاع انما لا يثبت بالطعام اذا لم يتقاطر اللبن وقد بيناه قوله وان
خلط بالماء الدواء واللبن غالب تعلق به التحريم اعلم ان اللبن اذا خلط بالدواء او الدهن او النبيذ فاوجر الصبي او استعط فان كان
اللبن غالبا يتعلق به التحريم لبقاء قوة اللبن وان كان مغلوبا فلا يتعلق به التحريم لانه صار اللبن بحال لا يحصل به النماء المعتبر من منعه
التي تعلق به التحريم قوله اذ الدواء لتقويته على الوصول يعني ان الدواء انما يجعل في اللبن لتقوية اللبن في الوصول الى ما لا يصل
اليه بنفسه لولا الدواء فكان المغ في معنى التغذي به واثبات الحرمة قوله واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب
تعلق به التحريم اي اختلط لبن المراة بلبن الشاة ولبن المراة هو الغالب تعلق به التحريم وذلك لان لبن الشاة لا تاثير له في اثبات الحرمة
فصار كالماء فاعتبر الغلبة قوله واذا اختلط لبن امراتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف اعلم ان لبن المراة اذا
خالط بلبن امراة اخرى فاوجر منه صبي تعلق التحريم باكثرهما عند ابي يوسف وهي احدى الروايتين عن ابي حنيفة وفي رواية اخرى
عنه تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول محمد كذا في المبسوط وقول زفر مثل قول محمد كذا في شرح الطحاوي والتحفة وغيرهما وجه قول
محمد ان الجنس لا يغلب الجنس لان الشيء لا يكون مستهلكا في جنسه وانما يكون مستهلكا في غير جنسه فلا يكون القليل معدوما حكما
فيتعلق التحريم بهما جميعا ولابي يوسف ان المغلوب لا عبرة به في الشرع كما في خلط اللبن بالماء او لبن الشاة فلا يتعلق به التحريم لانه
تبع للغالب وكان صاحب الهداية مال الى مذهب محمد حيث ذكر دليله اخرا قوله واصل المسئلة في الايمان اي فيما
اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى ولبن البقرة المحلوف عليه مغلوب فعند محمد يحنث لان الجنس
لا يغلب الجنس وعندهما لا يحنث قوله واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص يعني قوله تعالى
وامهاتكم اللاتي ارضعنكم مطلق لا فصل فيه بين البكر والثيب فيثبت حرمة الرضاع بلبن البكر كما تثبت بلبن الثيب وكذا قوله عليه الصلاة
والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب مطلق فيعمل باطلاقه ولان المعنى الذي به يثبت حرمة الرضاع حصول شبهة الجزئية
بخلاف اللبن النازل من ثندوة الرجل فانهما وليهما جزء منهما سواء كانت ذات زوج او لم تكن ولبنه يتغذى به الرضيع عادة ولا يكتفى به
فيحصل شبهة الجزئية بخلاف اللبن النازل من ثندوة الرجل لانه لا يتغذى به الرضيع عادة ولا يكتفى به ولان الارتضاع بلبن الرجل لا يسمى
رضاعا عادة ولانه ليس بلبن على التحقيق لعدم تصور الولادة منه قوله ولانه سبب النشو الضمير راجع الى لبن البكر
يقال نشات في بني فلان اي كبرت نشأ ونشوءا ونشاة ونشاءة ونشاءة ونشات السحابة اي ارتفعت اي نشأ ونشوءا قوله واذا
حلب لبن المراة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي فاوجر به الدواء من الوجور ايجارا واحد المفعولين في لفظ الهداية
قائم مقام الفاعل والاخر هو الصبي على حاله اي اوجر لبن المراة الصبي ويجوز ان يرفع الصبي بالفعل على ترك المفعول الاخر وهو اللبن
اوجر الصبي اللبن له ان الرضاع سبب للحرمة كالوطء سبب حرمة المصاهرة فيجب ان يختص بحال الحياة كالوطء ولان الاصل في ثبوت حرمة
الرضاع المراة ولا يثبت في حقها لعدم القابلية فلا يثبت في حق غيرها ولان اللبن يموت بعد الموت فيكون حراما نجس العين فلا يجوز ان يثبت
بالحرام حرمة الرضاع التي تثبت بطريق الكرامة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الرضاع ما انشر العظم وانبت اللحم وهذا المعنى
اي الانشار والانبات حاصل في لبن الميتة لحصول التغذي به فيثبت التحريم لشبهة الجزئية بسبب الرضاع بخلاف حرمة المصاهرة
بالوطء بعد الموت فانها لا تثبت لما انها تبتنى على الجزئية الحاصلة بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد ولا يتصور الولد بعد الموت
لان الميتة ليست بمحل الحرث فلم يتصور الجزئية فلم تثبت حرمة المصاهرة وليس حرمة الرضاع كذلك لانها تثبت
بمعنى الانشار والانبات ولا يختلف ذلك بالموت والحياة فبطل قياس حرمة الرضاع في حقها بل فيه فائدة ولهذا لو تزوج احد
الصبية التي اوجرت لبن الميتة يجوز له ان يدفنها ويتيمم لان الميتة ام امراته وهي محرم له ولا نسلم ان اللبن يموت لانه ما لا حياة فيه
لا يتصور فيه الموت لان الموت زوال الحياة وليس في اللبن حياة فلا يتصور موته وهذا لان ما فيه الحياة اذا ابين عن حي
يحكم بموته بالحديث واللبن اذا حلب في حال الحياة بقي طاهرا كما كان فلو كان يموت لكان نجسا يؤيده ما روي البيهقي في غريب الحديث
باسناده الى عمر انه قال اللبن لا يموت وعند ابي يوسف ومحمد انما يتنجس اللبن بنجاسة الوعاء كما في انفحة الميتة فصار كلبن حلب في قارورة
نجسة فاوجر الصبي فيثبت به التحريم ولئن سلمنا انه حرام لكن انما كان حراما لا يثبت به الحرمة اذا وجد المعنى الموجب للحرمة ولهذا
ثبت حرمة المصاهرة بالزنا لوجود الجزئية كما في الوطء الحلال والموجب لحرمة الرضاع ما يوجد من كون اللبن مغذيا منشر العظم منبتا
للحم الا ترى ان لم الميتة تغذي فكذا التجوز فيه في المبسوط اللبن بالبعضية فان الموت لا يخرج البعضية من ان يكون

متغذيا فلذا اللبن قوله ثم تتعدى الى غيرها بواسطتها اي تتعدى الحرمة الى غير المراة بواسطة المراة محلا لها اي لحرمة الرضاع
قوله ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية اي سبب حرمة ثبوت حرمة الرضاع شبهة الجزئية وذلك في اللبن اي الذي هو شبهة الجزئية
ثابت في رضاع اللبن لمعنى الانشار والانبات اي لكون اللبن منشرا منبتا وهو قائم بعد اللبن اي المعنى المذكور قائم باللبن بعد الموت
فاستوى قوله وقد زال اي الحرث قوله فافترقا اي الرضاع والوطء يعني لا يقاس ذلك على هذا بعد الموت
بعد الموت لوجود الفارق قوله واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد انه تثبت به الحرمة وفي بعض النسخ
القدوري واذا احتقن والقصر في احتقن غير جائز كذا في المغرب اعلم ان الحقنة في ظاهر الرواية عن اصحابنا لا تحرم شيئا ولهذا لم يذكر
الخلاف في الجامع الصغير وقد ذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي المسئلة وقال لا تحرم ولم يحك الخلاف وروي عن محمد انها تثبت الحرمة
لوصول اللبن الى الجوف ولهذا يفسد الصوم بالحقنة وجه الظاهر ان حرمة الرضاع انما تثبت لشرب اللبن بمعنى النشو والنمو والتغذي
والغذا انما يكون بالوصول الى الاعضاء العليا وبالحقنة يصل اللبن الى الاعضاء السفلى لا الى العليا فلا يحصل معنى الغذا فلا يثبت
التحريم ولهذا لا يثبت الرضاع في حال الكبر لعدم النشو به بخلاف الصوم فان المفسد فيه وصول ما فيه اصلاح البدن الى الجوف
وقد حصل هذا المعنى في الحقنة فيفسد الصوم وكذا الاقطار في الاذن او في الاحليل لا يثبت حرمة الرضاع لانه لا يوصل اللبن الى
المعدة وكذا الاقطار في الجائفة او الامة لهذا المعنى قوله لان المغذي وصوله من الاعلى والمغذي بكسر الذال المعجمة المشددة
وفتح الياء يبدل لان وصول اللبن مغذ بالكسر لا مغذى وانما المغذي بالفتح هو الصبي قوله واذا نزل للرجل لبن فارضع
صبيا لم يتعلق به التحريم وذلك لان لبن الرجل ليس بلبن على التحقيق كدم السمك ليس بدم على التحقيق ووجه ذلك ان اللبن
انما يتصور ممن تحتمل الولادة منه والرجل لا يحتمل الولادة منه عادة فلا يكون لبنه لبنا على التحقيق فلا يثبت به الرضاع
بخلاف لبن البكر فانها يتصور منها الولادة ولان الرضاع المذكور في النص مطلقا فينصرف الى المتعارف وهو الرضاع بلبن المراة
ولا يسمى الرضاع بلبن الرجل رضاعا عادة فلا يثبت به التحريم قوله وهذا اشارة الى قوله لانه ليس بلبن قوله
واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم وذلك لان حرمة الرضاع باعتبار شبهة الجزئية بين الرضيع والمرضعة
ولا جزئية بين الادمي والبهيمة فلا يثبت وذلك بمنزلة طعام اكلاه من اناء واحد قال في التقادي الولوالجي لو ارتضع صبيان
من بهيمة لم يكن ذلك رضاعا لان الحرمة لو ثبتت بينهما انما تثبت بثبوت الاخوة والاخوة لا تثبت الا بعد ثبوت الامية
لصاحب اللبن والبهيمة لا يتصور ان تكون اما للادمي من حيث الولادة فكذا من حيث الرضاع وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط محمد
ابن اسمعيل صاحب الاخبار كان يقول تثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارى في زمن الشيخ ابي حفص الكبير وجعل يفتي فقال
الشيخ لا تفعل فلست هنالك فابى ان يقبل نصيحته حتى استفتي عن هذه المسئلة اذا ارضع صبيان بلبن شاة فافتى بثبوت الحرمة
فاجتمعوا واخرجوه من بخارى بسبب هذه الفتوى قوله باعتبارها اي باعتبار الجزئية قوله واذا تزوج
الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج هذا لفظ القدوري اما لفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في الرجل يتزوج المراة والصبية الرضيعة فلا يدخل بها حتى ترضع الكبيرة الصغيرة والكبيرة تعلم ان الصغيرة امراته
ايضا قال فعليه نصف المهر للصغيرة ولا يرجع بذلك على الكبيرة الا ان تتعمد الفساد وهي تعلم انه متى كان نصف المهر للصغيرة
ويرجع به على الكبيرة ولا شيء لها اي الزوجين جميعا اي لا مهر للكبيرة سواء تعمدت الفساد او لم تتعمد اما فساد نكاحهما فلانهما صارتا اما وبنتا
رضاعا والجمع بينهما لا يجوز في النسب فكذا في الرضاع لقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ثم لا يجوز له ان
يتزوج الكبيرة ابدا ولم يتعرض له صاحب الهداية لان مجرد نكاح البنت يحرم نكاح الام لقوله تعالى وامهات نسائكم ولا يجوز له
ان يتزوج الصغيرة ابدا لان الدخول بالام يوجب تحريم نكاح البنت بالنص ولم يتعرض له ايضا واما المهر فلا يجب للكبيرة اذا لم يدخل
بها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وهو الارضاع صادف كما لو ارتدت قبل الدخول بخلاف ما اذا دخل بها حيث يجب لها
كمال المهر لاستقرار المهر بالدخول ولكن لا نفقة لها لانها جانية ولم يتعرض لهذا ايضا صاحب الهداية وللصغيرة نصف المهر لان
الفرقة وقعت من جهة غيرها قبل الدخول كما اذا طلقها قبل الدخول سلمنا ان الارتضاع فعلها لكن فعل الصغيرة لا يوثر في اسقاط حقها
كما اذا قتلت مورثها حيث لا تحرم الرجوع الميراث قوله وانما الرجوع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة فذاك فيما اذا تعمدت الكبيرة فساد
النكاح بان علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع افساد النكاح لا دفع الجوع والهلاك واذا لم تتعمد الفساد بان كانت الكبيرة لا تعلم
نكاح الصغيرة او كانت تعلم لكن ارادت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون فساد النكاح او كانت تعلم النكاح ولكن ما كانت تعلم
فساد النكاح بالارتضاع فلا يرجع على الكبيرة فاذن تضمن الكبيرة في وجه ولا تضمن في ثلاثة اوجه وقال في المبسوط وروي عن
محمد انه يرجع عليها بنصف الصداق على كل حال واصله ان السبب كالمباشر ولهذا جعل حفر باب العتق والاصطبل وحل قيد
الابق موجبا للضمان وفي المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء فكذا في السبب على قوله وهو قول الشافعي يرجع عليها بنصف مهر المثل
في قول وفي قول اخر بجميع مهر المثل كذا ذكر الشيخ ابو نصر ولنا ان الارضاع ليس بعلة لافساد النكاح بل هو سبب له قد يفضي الى اتفاق
النكاح وضمان السبب يبتنى على التعدي فاذا وجد التعدي يجب الضمان والا فلا كحفر على قارعة الطريق يضمن ومن حفر في
ملكه لا يضمن بخلاف المباشرة لانها علة وضمانا فلا يختلف حكمها بالعذر الا ترى ان من رمى في ملكه يضمن ما اصابه كما اذا رمى في غير
ملكه ثم الكبيرة ليست بمتعدية في الوجوه الثلاثة لان الرضاع مباح عند عدم قصد الفساد ومندوب اليه عند حاجة الصغيرة لكونه
احياء او واجبا اذا خيف على الرضيع الهلاك فلا تضمن بخلاف الوجه الواحد فانها لما قصدت الفساد كانت متعدية بحيث ورث

ما كان على شرف السقوط فانه كان من الجائز ان تكبر الصغيرة فترتد او تمكن ابن زوجها قبل دخول زوجها فيسقط مهرها اصلا
فضمن الكبيرة للزوج نصف المهر • فان قلت ضمان الاتلاف تعتبر فيه قيمة الشيء المتلف لا بدله الذي ملكه به كما في سائر المتلفات
فينبغي ان تضمن الكبيرة جميع مهر المثل • كما قال الشافعي قلت لا نسلم انه ضمان الاتلاف لان الارضاع ليس بموضوع له ولان البضع حال
الخروج انما يتقوم ولهذا لا يملك الاب خلع الصغيرة بمالها ولكن تملك تزويج الصغيرة بمال الصغيرة فلم يمكن له تقوم حال الخروج
لا يحصل الاتلاف فكان ينبغي ان لا يضمن الكبيرة شيئا اصلا الا انها لما قررت بالتسبيب ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر
وقصدت فساد النكاح بذلك صارت كانها الملتزمة فغرمته • وقد روي عن الشافعي انها تضمن نصف مهر المثل فلو كان لما
قالوا تاثير لم تضمن النصف بل كان يجب ان تضمن الجميع مهر المثل على هذا القول قوله وذلك حرام اي الجمع بين الام والبنت
قوله كما اذا قتلت مورثها ينبغي ان قتل الصغيرة ليس بمعتبر في اسقاط حقها ولهذا لا تحرم الصغيرة الميراث
بقتل مورثها قوله ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت به الفساد اي يرجع الزوج بنصف المهر الذي
وجب للصغيرة عليه على الكبيرة ان كانت الكبيرة تعمدت بالارضاع فساد النكاح قوله وان لم تتعمد فلا شيء عليها اي على
الكبيرة وهذا في الوجوه الثلاثة وتقدم بيانه والقول قولها مع اليمين في انها لم تتعمد الفساد لانه شيء في باطنها لا يوقف عليه
غيرها فيجب قبول قولها فيه ولم يتعرض صاحب الهداية له ايضا قوله في الوجهين اي فيما اذا تعمدت الفساد او لم تتعمد
قوله وهو نصف المهر الضمير راجع الى ما قوله وذلك يجري مجرى الاتلاف اي تاكيد ما كان على شرف
السقوط يجري مجرى الاتلاف قوله لكنها مسببة فيه اي لكن الكبيرة مسببة في الاتلاف لا مباشرة وما كان يحتاج
صاحب الهداية الى ان يقول بكلمة الاستدراك بين الشرطين وجزمها لانه لا ينبغي ان يقال زيد لكنه منطلق وهذا الان قوله
ومع جوازه في قوله لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط قوله اما وقع بيانا لكون الكبيرة مسببة اي صاحبة
علة لانه ينبغي ان الكبيرة انما كانت مسببة لاحد المعنيين اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا ولان افساد النكاح
ليس بسبب لالزام المهر لانه قد يوجد الارضاع ولا يوجد افساد النكاح وقد يوجد افساد النكاح ولا يوجد الزام المهر ايضا كما
في تمكين المراة ابن زوجها او ارتدادها قبل الدخول وكان ينبغي ان يقول ليس بعلة لالزام المهر لان افساد النكاح قد يكون سببا لالزام
المهر كما في هذه الصورة لانه لكنه ليس بعلة موضوعة له قوله ثبت ذلك باتفاق الحال اي فساد النكاح بالارضاع اي تبعه
الصغيرة والكبيرة انما في ملك رجل واحد لان الارضاع موضوع لافساد النكاح قوله الا انه نصف المهر حتى تطرق
المتعة على ما عرف وهذا جواب سؤال مقدر بان يقال كيف قلت ان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر وقد يجب على الزوج نصف مهر
الصغيرة فقال وجوبه بطريق المتعة لان المتعة تجب في الطلاق قبل الدخول ابتداء بقوله تعالى ومتعوهن وهذه الفرقة قبل الدخول
اذا لم يوجد التسمية لا نسلم ان طريقه طريق المتعة لا طريق الزام المهر فلا يرد علينا ولئن قيل ان نقول وهنا التسمية موجودة ولهذا
يجب نصف المهر لانه لو وجب بطريق المتعة لا بسبيل الزام المهر لوجب ثلاثة اثواب لا نصف المهر وكان الواجب على صاحب الهداية ان
لا يذكر هذا اللفظ اصلا ويغير لفظ السبب الى العلة في قوله ليس بسبب كما تذكره سائر اصحابنا في المبسوط وغيره قوله
من شرطه اي من شرط وجوب المتعة قوله بذلك اي بالارضاع قوله وهذا انما اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد
لا لدفع الحكم فالاول بالذال والثاني بالراء المهملة ويجوز ان يكون كلاهما بالدال كما هو عامة نسخ شروح الجامع الصغير وهو جواب سؤال
مقدر بان يقال كيف تكون جهل الكبيرة بفساد النكاح بالارضاع عذرا والجهل ليس بعذر في دار الاسلام فقال انما اعتبرنا جهلها لدفع
قصد الفساد الذي به يصير الفعل تعديا لانها اذا لم تعلم الفساد لا تكون قاصدة للفساد فاذا لم تقصد الفساد لا تكون متعدية
وضمان التسبيب مبني على التعدي فلا يضمن فكان هذا عدم الحكم لعدم العلة وهي التعدي لا لعدم الحكم مع وجود العلة لعذر
الجهل ولم يعتبر جهلها في دفع الحكم الشرعي وهو ثبوت الرضاع وهذا ثبت علمت او لم تعلم فساد النكاح لان فعلها في الارضاع
ليس بمعتبر ولهذا اذا كانت نائمة فمصت الصغيرة ثديها ثبت حكم الرضاع وكذا ثبت حرمة الرضاع بالسعوط والوجور في حال حياتها وبعد
موتها فعلم ان فعلها في الارضاع ليس بمعتبر فلا يتفاوت الحكم بالعلم والجهل لان المعنى الاصلي ثبوت الجزئية وهي حاصلة كيف كان الرضاع
شهادة النساء منفردات وانما ... بشهادة رجل ليس بمعتبر فلا تفاوت وليس كذلك الضمان فانه بالتعدي وهو متعذر بالجهل فافهم
قوله ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين • قال الحاكم الشهيد الجليل
في الكافي ولا تجوز شهادة امراة على رضاع اجنبية كانت او امرأة احد الزوجين حتى يشهد على ذلك رجلان او رجل وامرأتان عدول وان تنزه
واحد بالشبهة فهو افضل • وقال مالك يثبت بشهادة امراة واحدة عدلة وهو قول ابن عباس وبه يقول احمد بن حنبل واسحاق وقال
الشافعي يثبت بشهادة اربع نسوة بناء على مذهبه ان فيما لا يطلع عليه الرجال يعتبر فيه شهادة اربع نسوة لتقوم كل امرأتين مقام رجل
وزعم ان الرضاع مما لا يطلع عليه الرجال لانه لا يحل للاجانب النظر في ثدي المرأة وهو ضعيف لان نظر ذي الرحم المحرم الى الثدي جائز
وهو مقبول الشهادة في ذلك ولان الرضاع قد يكون بالوجور والسعوط ويطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء • وحده من
واحتج مالك بما روي في الجامع الترمذي وغيره مسندا الى عقبة بن الحرث قال تزوجت امرأة فجاءتنا امرأة سوداء فقالت اني قد ارضعتكما
فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت تزوجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء فقالت اني قد ارضعتكما وهي كاذبة قال فاعرض عني
قال فاتيته من قبل وجهه فقلت انها كاذبة قال وكيف بها وقد زعمت انها قد ارضعتكما دعها عنك • ولنا ما روى اصحابنا في المبسوط عن
عمر انه قال لا يقبل في الرضاع الا شهادة رجلين او رجل وامرأتين ولان الرضاع مما يطلع عليه الرجال لما قلنا فلا يجوز الاقتصار على شهادة النساء

كما في الاول ذكا في الحرمة بالطلاق ولان الحرمة وان كانت من حقوق الله تعالى وفيها يقبل خبر الواحد لا يقبل الفصل عن زوال
الملك يعني اذا ثبت حرمة النكاح بالرضاع يزول ملك النكاح لا محالة لان حرمة المحل مع ملك النكاح لا يجتمعان فيلزم من اثبات حرمة
الرضاع ابطال ملك النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين بخلاف ما اذا اخبر عدل ان هذا اللحم ذبيحة
المجوسي حيث ثبتت الحرمة بخبره لانه لا يلزم من اثبات الحرمة ثمة زوال ملك اليمين لان الحرمة مع ملك اليمين يجتمعان كما في الجمع
فاعتبر ذلك امرا دينيا فقبل خبر الواحد والجواب عن الحديث قلنا ان اعراض النبي صلى الله عليه وسلم دليل على ان الرضاع لا يثبت بخبر الواحد
المراة • وقوله دعها عنك ليس في اكثر الروايات كذا قال الترمذي في جامعه ولئن صح فنقول الامر بالمفارقة يدل على بقاء النكاح لا
على زواله او يحمل ذلك على التنزه ونحن نقول به وهذا اخر كتاب النكاح • شرحته بعون الفتاح ونوائب الدهر على قد كرت وبجاية
درت • وكلابه ازبابت • واستطرت • فانا على ما قال البحتري دره دره • رمتني صروف النائبات فاخطات •
لذا الدهر يخطي صرفه ويصيب • ولم انسني اطعوا وارتب تائق • واطهر للرائين ثم اغيب • بد الله في سبيلها جميلة •
وافضاله فيها الي عجيب • فليعذر الناظر فيه بقول قولت مللت فليك انتقلت الى كتاب اخر • فتحت عن زمرد • وزهر مهود
من كلام احسن سبكه فصاحة ابن منه • واملح من ورد على صفحتي خد • واعجب من نظم على ورق الورد • فها انا اشرع في كتاب الطلاق • والتوفيق
من الخلاق • وله الحمد والمنة • والطول والمنة

كتاب الطلاق

طلاق السنة لما كان النكاح عبادة عقد شرعي
به يصير بضع المراة حلالا للرجل ناسب ان يذكر الطلاق عقيبه لانه رفع لذلك العقد ثم الطلاق مصدر قولهم طلقت المراة بضم اللام
وفتحها طلاقا ويجوز ان يكون اسما بمعنى المصدر من طلق الرجل المراة تطليقا كالسلام والكلام من التسليم والتكليم ثم الدليل على وقوع
الطلاق • قوله تعالى الطلاق مرتان وقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء الاية وقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وفي رواية قتادة عن انس
قال طلق رسول الله صلى الله عليه وسلم حفصة فانزل الله تعالى هذه الاية وقيل له راجعها فانها صوامة قوامة وهي من احدى ازواجك ونسائك
في الجنة • وروي في الجامع الترمذي مسندا الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على
عقله • قوله الطلاق على ثلاثة اوجه حسن واحسن وبدعي وهذه مسئلة القدوري • اعلم ان الطلاق في الاصل على نوعين طلاق
سنة وطلاق بدعة فالاول على قسمين حسن واحسن اما الاحسن فهو ان يطلقها واحدة في طهر لم يجامعها فيه ثم لا يطلقها ثانية الى
ان تنقضي العدة ان لم يراجعها واما الحسن فهو ان يطلقها في ثلاثة اطهار عند كل طهر واحدة • والثاني وهو طلاق البدعة على قسمين
ايضا بحسب العدد وهو ان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة جملة او على التفريق في طهر واحد او بحسب الوقت وهو ان يطلقها في حالة الحيض
او في طهر جامعها فيه والاصل فيه ما روى البخاري وغيره مسندا الى نافع عن عبد الله ابن عمر انه طلق امراته وهي حائض في عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم فسال عمر ابن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها
ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله ان تطلق لها النساء واشار
الى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن • بيانه ان الله تعالى قابل الطلاق بالعدة وكل واحد منهما ذو عدد فيقتضي ان ينقسم احاد
احدهما على احاد الاخر كقول الرجل اعط هذه الدراهم هؤلاء الرجال الثلاثة ثم الوجوب ليس بمراد من الامر المذكور من النص بالاجماع
فتعين ما دونه وهو السنة فاذا كان الطلاق المفرق على الاطهار سنة فيكون الطلاق الموقع بكلمة واحدة جملة او على التفريق
في طهر واحد او في حيض او في طهر جامعها فيه بدعة لانها نقيض السنة وقد شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم التطليق قبل المسيس كما ترى
وانما ثبت الحسن في طلاق السنة لان الحسن في المامور به من قضية حكمة الامر وقد بينا في التبيين وانما كان النوع الاخر احسن لانه
ابعد من الندامة ويدل عليه ما روي محمد ان الحسن في الاصل • وقال بلغنا عن ابراهيم النخعي عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انهم كانوا
يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة • فان قلت
قد روى صاحب السنن مسندا الى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ابغض الحلال الى الله عز وجل الطلاق فكيف يثبت فيه الحسن
مع كونه مبغضا قلت انا بالنسبة الى سائر انواعه لان طلاق السنة حسن بالنسبة الى طلاق البدعة ثم احد نوعي طلاق السنة احسن بالنسبة الى
النوع الاخر منه او نقول الحسن في الطلاق باعتبار انه ازالة الرق لان النكاح رق بالحديث وكونه مبغضا باعتبار ان فيه كفران النعمة
التي من الله تعالى بها على عباده • قال الله تعالى ومن اياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا فيكون حسنا من جهة ازالة الرق ومبغضا من جهة كفران
النعمة فلا منافاة لاختلاف الجهة قوله ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمراة لان الاقتصار على الطلقة الواحدة في طهر لم يجامعها فيه
ابعد من الندامة لان الرجل اذا ندم على ما فعل تمكن على تدارك ما فات بالرجعة او بتجديد النكاح في غير المدخول بها بخلاف ما اذا اوقع الثلاث
وكذا هو اقل ضررا بالمراة وذلك لان الطلاق ... ولا تتضرر المراة بذلك لانقطاع ... النكاح ... وكلما زاد عدد الطلاق
زاد الضرر حيث ينسد باب الرجعة قوله ولا خلاف لاحد في الكراهة معناه نحن لا نقول بالكراهة ولا خالفنا احد منهم
في ... الكراهة في الاقتصار على الطلقة الواحدة في طهر لم يجامعها فيه بخلاف الثلاث فانها مكروهة اذا لم يفرق على
الاطهار عندنا اما عند مالك فهي مكروهة كانت او مجموعة قوله وقال مالك انه بدعة ولا يباح الا واحدة اي ان الطلاق
المفرق على الاطهار بدعة ... ولا يباح من الطلاق الا طلقة واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر لما فيه من قطع نعمة
النكاح التي من الله بها على عباده وانما ابيح للحاجة الماسة الى الخلاص وقد اندفعت الحاجة بالواحدة فلا يباح غيرها • ولنا قوله تعالى الطلاق
مرتان ثم قال تعالى او تسريح باحسان واراد به الثالثة فلا يكون الزيادة على الواحدة بدعة لانه مشروع بموجب الاية كما ترى • وقوله

تعالى وطلقوهن لعدتهن . قال في الكشاف اي مستقبلات لعدتهن كقولك لليلة بقيت من المحرم اي مستقبلا لها وفي قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم في قبل عدتهن واذا طلقت المرأة في الطهر المتقدم للقرء الاول من اقرائها فقد طلقت مستقبلة لعدتهن وقد بينا من قبل هذا ان الطلاق ذو عدد والعدة ذات عدد فيقابل احدهما بالاخر فينقسم احاد احدهما على احاد الاخر ضرورة . وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لابن عمر حين طلق امراته وهي حائض ما هكذا امرك الله تعالى انما السنة ان تستقبل الطهر استقبالا وتطلقها لكل قرء تطليقة ولان في الاصل في الطلاق الحظر كما قال مالك والاباحة في الحاجة الى الطلاق بسبب العجز عن الامساك بالمعروف عند عدم موافقة الاخلاق والحاجة سبب الجزم مبطن فاقيم دليل الحاجة مقامها وهو دليل الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالي عن الجماع فلما ادير دليل الحاجة جعلت كان الحاجة الى الطلاق تكررت فابيح تكرار الطلاق المفرق على الاطهار لان الدليل اقيم مقامها تيسيرا فدار الحكم معه موجودا وعدما وانما قلنا ان الطهر الخالي عن الجماع زمان تجدد الرغبة لان الحيض زمان النفرة وكذا الطهر اذا وجد فيه الجماع يفتر رغبة الرجل فيها فلا يكون الاقدام على الطلاق في الحيض او في الطهر بعد الجماع دليل الحاجة فلا يكون مباحا قوله ثم قيل الى اخره يعني اختلف المشايخ في الطلاق السني قال بعضهم يوقع في اول الطهر كما طهرت من حيض وهو الاظهر لان محمدا قال في الاصل واذا اراد ان يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض وذلك لانه لو اخره ربما يقع فيه الجماع لان الطهر زمان تجدد الرغبة فالطلاق بعده يكون بدعيا وهو معنى قوله فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع فيكره التاخير . وقال بعضهم يؤخر الايقاع الى اخر الطهر كيلا يلزم تطويل العدة وفيه ضرر بالمرأة لانه اذا اوقع في اخره تكون عدتها ثلاثة اطهار وثلاث حيض كوامل فتطول عدتها لا محالة قال في خلاصة الفتاوى واختار بعض مشايخنا تاخير الطلاق الى اخر الطهر ثم قال وفي رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة

قوله وطلاق البدعة ان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة او ثلاثا في طهر واحد اي ان طلقها ثلاثا على التفريق في طهر واحد وهذا مذهبنا . وقال الشافعي لا اعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة حتى اذا قال لامراته انت طالق ثلاثا للسنة وقع الكل في الحال عنده كذا في المبسوط فالحاصل ان عندنا يعتبر في طلاق السنة التفريق كالوقت وعند مالك يعتبر الوحدة والوقت وعند الشافعي يعتبر الوقت ولا يلتفت الى العدد والبحث مع مالك قد مضى . وللشافعي قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء لانه مطلق فيتناول الجمع والتفريق . وروي عن عويمر العجلاني انه لما لاعن امراته قال كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها هي طالق ثلاثا ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ايقاع الثلاث جملة . وعبد الرحمن ابن عوف طلق امراته تماضر ثلاثا في مرض موته ولان الطلاق في الاصل مباح لانه مشروع فيكون الجمع والتفريق سواء الا اذا انضم اليه معنى محرم وهو تطويل العدة كما اذا طلقها في حالة الحيض لان الحيض الذي وقع فيه الطلاق ليس بمحسوب من العدة او تلبيس امر العدة عليها كما اذا طلقها في طهر جامعها فيه لانها لا تدري انها حائل فتعتد بالاقراء او حامل فتعتد بوضع الحمل . ولنا قوله تعالى الطلاق مرتان . فثبت ان الثلاث الاولى فيه التحنيس لعدم التعدد ولو ارادنا المعنى على تقدير ارادة الحقيقة فيكون المشروع في جنس الطلاق متفرقا . وقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن اي مستقبلات لعدتهن وهذا لا يكون الا في التفريق دون الجمع . وقد روي ان محمود بن لبيد طلق امراته ثلاثا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتلعبون بكتاب الله وانا بين اظهركم . واللعب بكتاب الله تعالى وهو ترك العمل به حرام فيكون ايقاع الثلاث جملة حراما ولان الاصل في الطلاق الحظر لما فيه من قطع نعمة النكاح التي من الله تعالى بها على عباده بقوله تعالى ومن اياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام ابغض الحلال الى الله الطلاق الا انه ابيح للحاجة الى الخلاص والحاجة تتكرر عند تكرر الاطهار لما قلنا بخلاف ما اذا لم يتكرر فلا يكون الجمع في طهر واحد مباحا لانه في الجمع سد باب التلافي فيكون حراما للزوم معارضة الشرع لانه تعالى قال لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا اي يبدو له فيراجعها والفقه فيه لان الاسقاطات لا تتكرر كالعتاق وكان ينبغي ان لا يشرع الطلاق مكررا الا انه شرع مكررا لمعنى التلافي عند الندم ولا يجوز له تفويت هذا المعنى على نفسه بعد ما نظر الشرع له كما انه لا يباح له الطلاق في الحيض لانه يندم اذا جاء اوان الطهر ولانه يتطول العدة ولا يلبسها لانه اذا طلقها في الطهر يكره بالاتفاق ولكن لم يتطويل ولا تلبيس . والجواب عن الاية فنقول تدخل الطلاق حالة الحيض والطلاق في طهر جامعها فيه فيقتضي المشارع وهو الجمع فما قلنا وحديث العجلاني لا يجوز الاحتجاج به لهم لان مذهبه ان الفرقة تقع بمجرد اللعان فيكون تطليق لاجنبية وحديث عبد الرحمن ابن عوف وما شابهه محمول على طلاق السنة بان قال انت طالق ثلاثا للسنة لان الاليق بحالهم ان يعملوا على وفاق الكتاب والسنة ولان تقليد الصحابي ليس بحجة عنده فكيف يحتج بفعل الصحابي علينا ثم اعلم ان بعض الناس الحمقا قالوا اذا طلق الرجل امراته ثلاثا بكلمة واحدة وقعت عليها واحدة اذا كانت في وقت سنة وذلك ان تكون طاهرة من غير جماع والزيدية الشيعة يقولون تقع واحدة والامامية يقولون لا يقع شيء لهم ما روي في السنن وشرح الاثار مسندا الى ابن جريج قال اخبرني ابن طاوس عن ابيه ان ابا الصهباء قال لابن عباس تعلم ان الثلاث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وثلاثا من امارة عمر فقال ابن عباس نعم ولان الله تعالى امر عباده ان يطلقوا النساء لوقت على صفة فاذا طلقها على غير ما امر به لا يقع كما اذا امر رجل رجلا ان يطلق امراته في وقت او على شرط فطلقها بخلاف ذلك لا يقع فكذلك هنا . وروي في السنن ايضا مسندا الى عكرمة عن ابن عباس قال اذا قال انت طالق ثلاثا بفم واحد فهي واحدة . ولنا ما روي في السنن مسندا الى الزهري عن ابي سلمة ابن عبد الرحمن ومحمد ابن عبد الرحمن بن ثوبان عن محمد بن اياس ان ابن عباس وابا هريرة وعبد الله ابن عمرو ابن العاص سئلوا عن البكر يطلقها زوجها ثلاثا فكلهم قالوا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره . وحدث الطحاوي في شرح الاثار عن ابن مرزوق عن ابي حذيفة عن سفيان عن الاعمش عن مالك ابن الحرث قال جاء رجل الى ابن عباس فقال ان عمي طلق امراته ثلاثا فقال ان عمك عصى الله تعالى فاثم واطاع الشيطان فلم يجعل

له مخرجا فقلت كيف ترى في رجل يحلها له فقال من يخادع الله يخادعه . وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى معاوية ابن ابي عياش الانصاري انه كان جالسا مع عبد الله ابن الزبير وعاصم ابن عمر فجاءهما محمد ابن اياس ابن البكير فقال ان رجلا من اهل البادية طلق امراته ثلاثا قبل ان يدخل بها فماذا تريان فقال ابن الزبير ان هذا امر ما لنا فيه قول فاذهب الى ابن عباس وابي هريرة فاني تركتهما عند عائشة فاسالهما ثم ائتنا فاخبرنا فذهب فسالهما فقال ابن عباس لابي هريرة افته يا ابا هريرة فقد جاءتك معضلة فقال ابو هريرة الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره رواه مالك في الموطا ايضا الا انه قال في اخره وقال ابن عباس مثل ذلك . وروى الطحاوي باسناده الى سعيد ابن جبير ان رجلا سال ابن عباس عن رجل طلق امراته مائة فقال ثلاث تحرمها عليه وسبعة وتسعون في رقبته انه اتخذ ايات الله هزوا وروى الطحاوي ايضا عن عمر ابن الخطاب وعبد الله ابن مسعود وانس ابن مالك مثل ذلك فعلم بذلك ان ما رواه الخصم ليس بصحيح ولئن صح فانه منسوخ بما روينا لان ابن عباس افتى بخلاف ما روي عنه الخصم وهذا لان الاشياء كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يخالف فعله اصحابه بعده على ذلك المعنى بنقضه حيث كان يخفى الامر على من يقدم فكان ذلك يوهم حجة ناسخة لما قبله . الا ترى ان بيع امهات الاولاد حرام باجماع الصحابة وكان يفعل قبل ذلك وكذا الترتيب في حد الخمر ثبت باجماعهم ولو كان قبل ذلك توقيت فكذا الطلاق الثلاث لما حكموا بوقوعها جملة واجمعوا عليه لم يعتبر الخلاف لان اجماعهم حجة قاطعة ثم ما في الباب ان ايقاع الطلاق الثلاث جملة منهي والنهي عنه . الا ترى كالنهي في صوم يوم العيد وقد عرف في الاصول بل هو دليل ظاهر على تحقق المنهي عنه . الا ترى ان السنة في الاحرام ان يحرم بعد ما يطهر ويلبس ازارا ورداء فلو احرم وعليه جبة او قميص وجب لانه الاحرام وكذلك من تنفل للتطوع بعد العصر كان جائزا مع انه اخطأ السنة وكذلك اذا اشتغل بالبيع بعد الاذان يوم الجمعة يكون جائزا مع انه مكروه لقوله تعالى وذروا البيع وقياسهم على الوكيل ضعيف لان الوكيل يتصرف بحكم الامر فاذا خالف الامر لا يقع تصرفه صحيحا بخلاف الزوج فان تصرفه بحكم الملك فانه صار مالكا للطلقات بعقد النكاح فيقع تصرفه جائزا وان كان منهيا كالظهار فانه يقع وان كان منهيا لكونه منكرا من القول وزورا . فان قلت نكاح المحلل من الغير لا يجوز لانه منهي فينبغي ان لا يجوز الطلاق الثلاث بكلمة واحدة لانه منهي . قلت لا نسلم ان القياس صحيح لان الطلاق خروج عن النكاح بفعل منهي فكذا انما يجوز الخروج عن النكاح بفعل منهي ولا يجوز الدخول فيه بفعل منهي فانهم وكان القياس على صوم يوم العيد انسب مع ان نكاح المحلل جائز عند الفساد لان النكاح لما لم ينعقد الا على حالة الفساد ولهذا لم يشرع في موضع لا يحل فيه كالام والبنت ونحوهما

قوله حتى يستفاد به الحكم يعني الدال لانه حال اي يستفاد بالطلاق الحكم وهو وقوعه قوله لان الحرمة بكسر الراء المشددة اي الحرم للطلاق وجوز بعضهم بان يقال ان المحظور تطويل العدة لا نفس الطلاق فانه مباح قوله وهي في المفرق على الاطهار ثابتة اي الحاجة الى الطلاق ثابتة في الطلاق المفرق على الاطهار نظرا الى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة قوله والمشروعية في ذاته الى اخره جواب لقول الشافعي والمشروعية لا تجامع الحظر يعني ان الطلاق مشروع بالنظر الى ذاته والحظر المعنى لغيره وهو انه فيه قطع النكاح الذي تعلق به المصالح الدينية والدنيوية ولا منافاة لاختلاف الجهة فلم يلزم من اثبات المشروعية نفي الحظر

قوله لما قلنا اشارة الى قوله والاباحة للحاجة الى الخلاص اي اباحة الطلاق باعتبار الحاجة وهي تندفع بالواحدة فلا حاجة الى الثلاث فكذا ما تندفع بالواحدة فلا حاجة الى الثنتين بخلاف المفرق الى الاطهار لان الحاجة ثمة متحققة نظرا الى الدليل وقد مر بيانه

قوله واختلفت الروايات في الواحدة البائنة اي اختلف الرواية عن اصحابنا فيما اذا طلق الرجل امراته في طهر لم يجامعها فيه طلقة واحدة بائنة فعلى رواية كتاب الطلاق من الاصل يكره لانه قال اخطأ السنة وعلى رواية زيادات الزيادات لا يكره وجه رواية زيادات الزيادات ان صفة الابانة لا اثر لها في السنة كما في الثالثة في المفرق على الاطهار وكما في الخلع فانه بائن ومع هذا لا يكره وكذا الطلاق قبل الدخول بائن فلا يكره . ووجه رواية الاصل ان اباحة الطلاق للحاجة ولا حاجة الى صفة زائدة فيكره الواحدة البائنة كالثانية والثالثة في غير المفرق على الاطهار قوله وفي الزيادات كان ينبغي ان نقول وفي زيادات الزيادات لان محمدا ذكر هذه المسالة فيها لا في الزيادات ويحتمل انه وقع سهوا من الكاتب او يحتمل انه انما قال كذلك لان زيادات الزيادات من تتمة الزيادات فجعل مسالة زيادات الزيادات كانها مسالة الزيادات قوله والسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها في اول الباب يعني ان السنة في الطلاق من حيث العدد ان يطلقها واحدة ويتركها حتى تنقضي عدتها وانما سمي الواحدة عددا مجازا لانه اصل العدد وليس هو بعدد حقيقة لان العدد ما يوازي نصف مجموع حاشيتيه عن بعد سوا وليس للواحد الا حاشية واحدة قوله والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه . اعلم ان السنة في الطلاق من حيث الوقت تعتبر في حق المدخول بها خاصة والمراد منها ان يطلقها في طهر خال عن الجماع اما غير المدخول بها فيطلقها في الطهر والحيض جميعا ولا يكره وهذا لما روي عن السنة النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لابن عمر حين طلق امراته وهي حائض ما هكذا امرك الله تعالى انما السنة ان تستقبل الطهر استقبالا الحديث فعلم بهذا ان الطلاق في حالة الحيض مكروه لمخالفة السنة بخلاف غير المدخول بها فان طلاقها لا يكره في حالة الحيض والفرق ان المبيح للطلاق هو الحاجة الى التفصي عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الاخلاق والاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع يدل على الحاجة فلا يكره لوجود المبيح وهو الحاجة بخلاف الطلاق في حالة الحيض فانه لا يدل على الحاجة لانه ليس زمان الرغبة فيها بل هو زمان النفرة فربما حمله على الطلاق نفرة عنها لتلوثها بالدم فيطلقها بلا حاجة الى الطلاق ثم اذا جاء زمان الطهر يندم على ما فعل فيكره الطلاق في الحيض لعدم المبيح وكذا الطلاق في طهر جامعها فيه يكره لانه تفتر رغبته فيها بالجماع فيطلقها بلا حاجة ولان في الطلاق في الحيض يلزم تطويل العدة وفي

وفي الطلاق في الطهر يلزم تلبيس امر العدة اوتبدم اذا جاء اوان الطهر او ظهر الحبل واليه اشار تعالى بقوله لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا اي يبدو له فيراجعها بخلاف غير المدخول بها فان رغبة المرء فيها لا تنتقص بالحيض لان رغبته بعد الحيض كما كانت قبله لا مقصوده لم يحصل منها فكان اقدامه على الطلاق لحاجته اليه لا لنفرته عنها ظاهرا ولانه لا يلزم تطويل العدة لعدم وجوبها عليها ولا يلزم التلبيس ايضا لانه بالجماع وكلامنا في غير المدخول بها • فان قلت العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب على ما عرف في اصول الفقه • وكذا قال عليه الصلاة والسلام لابن عمر ما هكذا امرك الله تعالى فكيف فرق بين الحائض والحائض بالدخول وعدمها • قلت المراد المدخول بها بدليل ما روينا من الصحيح البخاري في اوائل الباب حيث قال في اخر الحديث فتلك العدة التي امر الله ان تطلق لها النساء ولا عدة في غير المدخول بها فلا يكون مراده الا الذي يتحقق فيها على المدخول بها فيكون طلاقها في الحيض وجوابه ان العام مع وجود الفارق فاسد وقد امضينا الفرق فافهم **قوله** واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى وفيه مسئلة القدوري زاد اي التي لا تحيض من صغر التي بلغ حد البلوغ ولم تحض من كبر الايسة وفي حد الاياس اختلاف المشايخ والمختار انه مقدر بخمس وخمسين فاذا رات الدم بعد ذلك فهو حيض ما لم يبطل حكم الاياس الثابت بالاجتهاد ولهذا قال بعض المشايخ انما يكون حيضا بعد الاجتهاد فلا يبطل حكم الاياس الا بالاجتهاد كذا في الفتاوى الولوالجي وغيره وانما قيد القدوري بالصغيرة والايسة لان التي يمتد طهرها لا تطلق للسنة الا واحدة لان الشهر ليس من فصول عدتها وانما يفرق الطلاق على الاشهر في الصغيرة والايسة فيقع بين طلاقين بشهر لان الشهر في حقهما فصل من فصول العدة كالحيضة فصل من فصول العدة في حق ذوات الاقراء • قال تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن اي ان اشكل عليكم حكمهن كيف يعتددن فهذا حكمهن ومعنى قوله واللائي لم يحضن اي فعدتهن ثلاثة اشهر ايضا لكن حذف الخبر لدلالة المذكور عليه ثم الحيضة فصل بين كل طلاقين في ذوات الاقراء فلذلك بالشهر فصل بينهما في الصغيرة والايسة • ثم اعلم ان الشهر قائم مقام الحيض وحده واستدل بمسئلة الاستبراء يعني استبراء الامة اذا كانت لا تحيض من صغر او كبر بالشهر ولا شك ان الشهر قائم مقام الحيض وحده لا الطهر واليه ذهب صاحب المنافع وغيره • فانا اقول لا نسلم ان الشهر قائم مقام الحيض وحده ولئن كان كذلك لم يحتج الى اقامة ثلاثة اشهر مقام ثلاث حيض بل يكفي اقامة شهر واحد مقام ثلاث حيض لان الحيض اكثره عشرة ايام ومدة ثلاث حيض تحصل في شهر واحد وهو ظاهر لكن اللازم منتف فينتفي الملزوم وايضا لو جعل كل شهر بمنزلة حيضة واحدة حكما يلزم ان يكون الطلاق بدعيا لا سنيا والمقدر بخلافه لانه يلزم ان يكون الطلاق بدعيا في زمان الحيض حكما لانه اقيم مقامه وايضا ان في ذوات الاقراء يتخلل الطهر بين كل حيضتين فاعتبر الطهر ثمة وهو الاصل فيعتبر في الذي قام مقامه ايضا ولا نسلم مسئلة الاستبراء ايضا لان المنظور اليه لو كان هو الحيض وحده يحصل الاستبراء بعشرة ايام من غير انتظار الى شهر • قال ابن العميد للاتقاني هذا ما سنح به خاطري في هذا المقام **قوله** فيخيمها بالشهر اي في حق الامة التي لا تحيض من صغر او كبر **قوله** وهو بالحيض • اي الاستبراء **قوله** ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة • اعلم ان الطلاق التي لا تحيض من كبر او صغر يفرق على الاشهر الثلاثة بالاتفاق ولكن لا يخلو من احد الامرين اما ان يوقع اول الطلقات في غرة شهر او في خلال الشهر ففي الاول تعتبر الشهور بالاهلة بالاتفاق ناقصا كان الشهر او كاملا وفي الثاني تعتبر الشهور بالايام في حق تفريق الطلاق بالاتفاق وفي بلوغ اما في حق انقضاء العدة فعند ابي حنيفة تعتبر الثلاثة الاشهر بالايام ايضا وعندهما يكمل الاول بالاخير بالايام وثلاثين يوما والمتوسطات تعتبران بالاهلة لهما ان الاصل في الاشهر الاهلة قال تعالى يسالونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس الا اذا تعذر اعتبار الاهلة فحينئذ تعتبر الاشهر بالايام وقد تعذر ايام اهلة في الاول ما لم يتم لا يدخل الشهر الثاني فادام الاول بالاهلة كما هو الاصل ولابي حنيفة ان الشهر الاول ما لم يتم لا يدخل الشهر الثاني فاذا تم الاول بايام الثاني ينتقص الثاني لا محالة فلا اعتبار الهلال فيه ايضا فيكمل الثاني بالثالث ثم الثالث ينتقص فيكمل بالرابع فيعتبر ثلاثة اشهر بستين يوما لتعذر الاهلة في الكل وعلى هذا الخلاف اذا استاجر دارا شهورا معلومة او سنة في خلال الشهر فعند ابي حنيفة تكون السنة ثلاثمائة وستين يوما وعندهما يكمل الاول بالاخير وما بينهما يعتبر بالاهلة وعلى هذا الاجل في البيع **قوله** وان كان في وسطه هو بسكون السين فكل موضع يصلح فيه معنى بين فهو بالسكون والا فبالتحريك كذا قال اهل اللغة ولكن الوسط بالسكون يستعمل ظرفا فلا حاجة الى كلمة في بخلاف الوسط بالتحريك لانه اسم لا بد له من في فيقال جلست في وسط المسجد وقد عرف في موضعه **قوله** ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان • اعلم انه اذا اراد ان يطلق الصغيرة والايسة للسنة يطلقها متى شاء ولا يشترط بين وطئها وطلاقها الفصل بشهر • وقال زفر لا بد من الفصل بشهر لان السنة في حق ذوات الاقراء ان يطلقها بعد وطئها اذا حاضت واطهرت والشهر في حق الصغيرة والايسة قائم مقام حيض فيفصل بشهر بين الوطي والطلاق • ولنا ان الكراهة في ذوات الاقراء المعنى لانه ربما اظهر الحبل فاشترط ان تحيض وتطهر بعد الوطي وهذا المعنى معدوم في الصغيرة والايسة لعدم توهم الحبل فلا يشترط الفصل بشهر **قوله** لا يتوهم الحبل فيها اي في المرأة التي لا تحيض من صغر او كبر **قوله** باعتبار اي باعتبار توهم الحبل **قوله** عند ذلك يشتبه وجه العدة اي عند توهم الحبل يشتبه على المرأة وجه العدة فلا تدري على حال فتعتد بالاقراء او حامل فتعتد بوضع الحبل **قوله** ولكن تكثر من وجه اخر اي تكثر الرغبة لانه لا يقال اذا تعارض دليل كثرة الرغبة ودليل فتور الرغبة تساقطا لانا نقول لا يلزم من زوال كثرة الرغبة زوال اصل الرغبة فيكون الاقدام على الطلاق في زمان الرغبة هذا التقرير ما يرد على كلام صاحب الهداية والتحقيق في الباب ما قلناه من قبل اولا **قوله** وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع وهذا ايضا من مسائل القدوري وذلك لان الكراهة في الطلاق بعد الجماع لمعنى الندم بظهور الحبل وذلك المعنى لا يحصل في الحبل لانه اذا طلقها مع العلم بالحبل فالظاهر انه لا يندم • قال القدوري ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف • وقال محمد لا يطلقها للسنة الا واحدة ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يريد ان يطلق امرأته ثلاثا للسنة وهي حامل قال يطلقها الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى وهو قول ابي يوسف • وقال محمد لا يطلق الحامل للسنة الا واحدة وقول زفر مثل قول محمد كذا في الكافي للحاكم الشهيد وشروح الجامع الصغير والمختلف وغيرها واستدل محمد في الاصل • وقال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري • بيانه ان قول الصحابي اذا كان فيه مخالفة للقياس ولان الشهر ليس من فصول عدة الحبلى ولهذا لا تعتبر انقضاء العدة بالشهر اصلا والشرع ورد بتفريق الطلاق على فصول العدة ولا فصول هنا فلا يفرق الطلاق على الاشهر كما في الممتد طهرها بخلاف الايسة والصغيرة فان الشهر فصل من فصول العدة ولان مدة الحبل وان طالت بمنزلة فصل واحد فلا تصلح لتفريق الطلاق • الا ان الاستبراء يتقيد ههنا ولابي حنيفة وابي يوسف ان هذه مدة عدة فيفرق عليها الطلاق للسنة بالاشهر كما في عدة الايسة والصغيرة والجامع كونه شهر بمنزلة طهر وكونه زمان تجدد الرغبة وهذا لانا لا اصل في الطلاق الحظر وانما ابيح للحاجة وادنى ذلك شهر ولهذا اقدر به الشارع في الحد وقد وقع لو حلف ليقضين حق فلان عاجلا كان المراد ما دون الشهر • قال شمس الائمة السرخسي الحامل لا تحيض والشهر في حق من لا تحيض فصل من فصول العدة وتفريق الطلاق ولكن منهما في حق انقضاء العدة وجدنا ما هو اقوى من الشهر فبقي الشهر فصلا من فصول العدة في حق تفريق الطلاق وان لم يبق في حق انقضاء العدة هذا لفظه في مبسوطه • قال ابن العميد الاتقاني والاصح عندي مذهب محمد لا ان الله تعالى اوجب تفريق الطلاق على فصول العدة في قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وههنا في مدة الحبل لا يعتبر الشهر فصلا من فصول العدة فلا يفرق الطلاق على الاشهر ولهذا لا يعتبر استبراء الحبلى بوضع الحمل لا بالشهر • ولقائل ان يمنع كلام شمس الائمة ويقول لا نسلم ان الشهر بقي فصلا في حق تفريق الطلاق وان لم يبق في حق انقضاء العدة وهذا لان تفريق الطلاق على الفصول للعدة بالاية ولا فصول في عدة الحبلى لانها بوضع الحمل بالنص فلا يكون تفريق الطلاق ايضا لعدم الفصول لعدة الحبلى فلا يطلق الا واحدة للسنة • او نقول الشهر في حق من لا تحيض حيل فصلا من فصول العدة في حق انقضاء العدة وتفريق الطلاق جميعا والحبلى لا تحيض ولم يجعل الشهر فصلا من فصولها في حق تفريق الطلاق ايضا لانه حيث جعل في الامرين جميعا فاذا لم يجعل في احدهما لا يجعل في الاخر ايضا **قوله** لكونه غير معلق الضمير راجع الى الوطي يعني ان زمان الحبل انما كان زمان الرغبة في الوطي لان الوطي في حالة الحبل غير معلق فلا يلحقه مؤنة الولد **قوله** او فيها عطف على قوله في الوطي والضمير راجع الى الحامل يعني ان زمان الحبل زمان الرغبة لما قلنا وهو زمان الرغبة في الحامل لاجل حصول ذلك من الحامل لان الولد داع الى رغبة الرجل في امه فلما كان الزمان زمان الرغبة لا يكره طلاقها عقيب الجماع **قوله** فصار كالممتد طهرها اي صار الشهر في حق الحامل كالشهر في الممتد طهرها لانه ليس من فصول العدة فيهما جميعا فلا يعتبر بالشهر في حق تفريق الطلاق وقوله كالممتد طهرها بجر الممتد بدون تاء التانيث في اخره ورفع طهرها على انه فاعل لانه اسم الفاعل فاذا اضيف الممتد الى الطهر فلا بد من التاء حينئذ فيقول الممتدة الطهر فعلى كلا التقديرين موصوفه المحذوف اي كالمرأة الممتد طهرها كقوله تعالى من هذه القرية الظالم اهلها وانما لم يتبع الصفة الموصوف في هذه الصورة في التانيث لانها تعمل عمل فعلها فيستوي فيه المؤنث والمذكر وعلى الوجه الثاني تقديره كالمرأة الممتدة الطهر ونظيره من كلام العرب مررت بامراة حامل وشاحها ومررت بامراة حاملة الوشاح وقد عرف في موضعه **قوله** دليلها اي دليل الحاجة **قوله** وهذا اشارة الى كون الشهر دليل الحاجة وانما قال على ما عليه الحالة السليمة لان الشخص ربما لا يرغب في المرأة في اكثر من شهرين او ثلاثة لانه عارضه في ذاته • اما الشخص السليم من الافة فلا بد ان تتجدد رغبته في المرأة في شهر فصلح الشهر دليلا على الحاجة بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها الطهر وهو موجود فيها في كل زمان فيتاذ دليل الحاجة على ايقاع الطلاق في حق الممتد طهرها هو الطهر بعد الحيض والطهر بعد الحيض مرجو منها في كل زمان لانه يمكن ان تحيض فتطهر بخلاف الحبلى فان الطهر بعد الحيض لا يرجى منها الا اذا رأت دما لا يعتبر حيضا فلما كان كذلك جعل الشهر دليل الحاجة في الحبلى دون الممتد الطهر **قوله** واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق وهذه من مسائل القدوري فيه اختلاف بيننا وبين الشيعة فان عندهم لا يقع الطلاق كما قالوا في الطلاق الثلاث بكلمة واحدة • لنا ان النهي يقتضي المشروعية لا يعدم المشروعية لان الشارع نهانا عن فعل يكون لا عن فعل لا يكون اذ لا يصح ان يقال للاعمى لا تبصر وللانسان لا تطر فيقع الطلاق في حالة الحيض وان كان منهيا ولان النهي لمعنى في غيره فلا يعدم المشروعية وذلك لان النهي عن الطلاق في حالة الحيض انما ورد لمعنى تطويل العدة لا لذات الطلاق لان الحيض الذي وقع فيه الطلاق ليس محسوبا من العدة فيلزم تطويل العدة فتتضرر المرأة به ولان النبي صلى الله عليه وسلم امر ابن عمر بتطليق امرأته كانت في الحيض بالمراجعة والرجعة تقتضي سابقة الطلاق لا محالة وقد مر في بيان طلاق البدعة **قوله** ويستحب له ان يراجعها وهذا لفظ القدوري ايضا • وقال محمد في الاصل ينبغي له ان يراجعها وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم امر بالمراجعة ابن عمر ولانه اذا لم يراجعها يبقى ذلك فلذا قال ينبغي ان يراجعها • قال صاحب الهداية الاستحباب قول بعض المشايخ والاصح انه واجب ولنا فيه نظر لان محمدا لم يذكر في الاصل بلفظ الوجوب • بل قال ينبغي له ان يراجعها فاذا طهرت من حيضة اخرى طلقها واحدة حتى يقع الطلاق على السنة والطلاق وان فيها مثل الدخول فيصير طلقتين هذا لفظ محمد في الاصل وشمس الائمة السرخسي نقل في المبسوط لفظ محمد كذلك ولم يذكر الوجوب ثم يحتمل ان تكون الرجعة واجبة لان الامر بالمراجعة مطلق ومطلقه يدل على الوجوب وفيه رفع المعصية بقدر الامكان لان الطلاق الحائض محظور بدعي فيكون معصية لا محالة فاذا راجعها يرتفع اثر ذلك وهو العدة وفيه دفع ضرر تطويل العدة على المرأة وكل من د

ورفع المعصية ورفع الضرر واجب فتكون الرجعة واجبة لكن لا يدل جميع ذلك على ان ما ذكره القدوري قول بعض المشايخ ثم ان محمدا ذكر في الاصل لفظا يدل على الاستحباب **قوله** وهذا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام فليراجعها **قوله** والاصح انه واجب الضمير راجع الى المراجعة او الرجعة على تاويل الرجوع او فعل الرجعة ثم اثره اي اثر المعصية وتذكير الضمير على تاويل العصيان والمعصية الطلاق في حالة الحيض واثره العدة ويجوز ان يكون الضمير راجعا الى الطلاق ولكن الاول اظهر لكونه اقرب والمعنى واحد **قوله** قال فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها • اي قال القدوري في مختصره كذلك • ثم قال صاحب الهداية وهكذا ذكر في الاصل اي ذكر محمد في المبسوط هكذا لانه قال فيه فاذا طهرت من حيضة اخرى طلقها واحدة قبل الجماع وهذا يدل على ان الطهر الذي يباح فيه الطلاق هو الطهر الذي بعد حيضة اخرى لا الطهر بعد حيضة اوقع فيها الطلاق • ثم قال صاحب الهداية ذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة • ثم قال قال ابو الحسن الكرخي ما ذكره قول ابي حنيفة وما ذكر في الاصل قولهما يعني ان الشيخ ابا الحسن فرق بين الروايتين فقال رواية الطحاوي قول ابي حنيفة ورواية الاصل قول ابي يوسف ومحمد • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو طلقها في حالة الحيض وهي مدخول بها ثم راجعها ثم اراد ان يطلقها في الطهر الذي عقيب هذا الحيض له ذلك في قول ابي حنيفة وزفر وفي قول ابي يوسف ليس له ذلك وقول محمد مضطرب ذكر الطحاوي في مختصره قوله مع ابي حنيفة • وذكر ابو الليث في مختلفه قوله مع ابي يوسف كذا في شرح الطحاوي • وقال الطحاوي في مختصره • وقال ابو حنيفة اذا راجعها بعدما طلقها في الحيض كان له ان يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة • قال ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي قال محمد في كتاب الطلاق واذا طلقها في الحيض راجعها فاذا طهرت من حيضة اخرى طلقها ان احب قبل ان يجامعها ولم يذكر فيه خلافا بين اصحابنا • وروى ابو الحسن الخلاف فيه على ما ذكرنا الا انه ذكر ان محمدا مع ابي يوسف في ذلك • قال وقال ابو يوسف في الاملاء لا يطلقها حتى يفصل بين الطلاق الاول والثاني بحيضة الى هنا لفظ شرح ابي بكر الرازي • وجه ما ذكر في الاصل ما حدث البخاري عن اسمعيل بن عبد الله عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله ان يطلق لها النساء • ولان المسنون في الطلاق ان تقع الحيضة الكاملة بين طلاقين ولا يحصل ذلك الا بحيضة اخرى لان الذي وقع فيه الطلاق بعض الحيض • ووجه القول الآخر وهو رواية الطحاوي ما ذكره هو في شرح الآثار وصاحب السنن فيه والترمذي في جامعه مسندا الى محمد بن عبد الرحمن مولى آل طلحة عن سالم عن ابن عمر انه طلق امرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت او وهي حامل فعلم بهذا ان الطلاق يباح في الطهر الذي يلي الحيضة التي وقع فيها الطلاق ولانه طهر لم يجامعها فيه ولم يوقع فيه طلاقا بعد طلاق فيه فيسن الطلاق فيه كالطهر الذي يلي الحيض الثاني ولان اثر الطلاق لم يبق بالرجعة فصار كان الطلاق لم يكن فلو لم يكن الطلاق واقعا في الحيض ثم طلقها في طهر يليه كان مسنونا فكذا هنا لزوال الاثر ذلك بالرجعة **قوله** وجه القول الآخر اراد به ما ذكره الطحاوي قال في التحفة ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة وهو القياس **قوله** يليه الضمير راجع الى الحيض **قوله** ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يقول لامرأته وقد دخل بها وهي ممن تحيض انت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له قال يقع عند كل طهر واحدة وان نوى ان تقع الثلاث جميعا الساعة كان كما نوى وان نوى ان تقع عند رأس كل شهر واحدة فهو كما نوى • قوله وان نوى ان تقع عند رأس كل شهر واحدة من الخواص اما وقوع الطلاق عند كل طهر واحدة عند عدم النية فهو ظاهر لان اللام في قوله للسنة مستعار للوقت فكأنه قال لوقت السنة ووقت السنة في الطلاق طهر خال عن الجماع فيقع عند كل طهر طلقة واحدة واما وقوع الطلاق جملة اذا نوى ذلك فهو مذهبنا وعند زفر لا تصح نيته بل تقع في اوقات السنة لانه نوى البدعة من السنة وبينهما منافاة فلا تصح • ولنا انه نوى ما يحتمله لفظه فتصح نيته لان النية تعيين بعض محتملات اللفظ • بيانه ان السنة نوعان سنة من حيث الوقوع اعني ان وقوعه عرف بالسنة ولهذا من لم ير وقوع الثلاث جملة اي مذهب الرافضي والبدعة وهو خلاف السنة وسنة من حيث الوقوع والايقاع وهو ان يكون في وقت السنة الا ان الاول لما كانت قاصرة يحمل عليه مطلق الكلام لانصرافه الى الكامل وان نوى ذلك يصح لان اللفظ يحتمله وكذا تصح نيته اذا نوى ان تقع عند رأس كل شهر واحدة لانه اذا نوى السني في الوقوع دون الايقاع يصح عندنا وهما يحتمل الاولى وانما قلنا يحتمل ان يكون سنيا في الوقوع والايقاع جميعا فتصح نيته بالطريق الاولى وانما قلنا يحتمل ان يكون سنيا في الوقوع والايقاع لان رأس الشهر يجوز ان تكون المرأة فيها طاهرا فيكون الطلاق سنيا وقوعا وايقاعا ونية السني الذي لا يحتمل الايقاع بحيث السنة يصح كما اذا نوى الثلاث جملة فما يحتمله اولى وهذا فيما اذا كانت المرأة من ذوات الاقراء اما اذا كانت آيسة او صغيرة تقع الساعة واحدة وتقع بعد شهر طلقة اخرى وبعد شهر آخر طلقة اخرى لان الثلاث للسنة هكذا تقع على الآيسة والصغيرة وقد مر بيانه وان نوى وقوع الثلاث جملة وقعت جملة عندنا خلافا لزفر وبيانه ما مر وهذا اذا صرح بالثلاث وقال انت طالق للسنة اما اذا قال انت طالق للسنة ولم يذكر الثلاث فان لم ينو شيئا تقع واحدة اذا طهرت من الحيض فان نوى وقوع الثلاث في الاطهار تصح نيته لما قلنا ان اللام للوقت اما اذا نوى وقوعهن جملة فقال هنا لا تصح لان نية الثلاث انما صحت باعتبار انقسامها على اوقات السنة فاذا نوى الجمع بطل عدد الوقت فلزم من بطلانه المنفي فلم تصح نية الثلاث • وقال الحاكم الشهيد في الكافي اذا قال انت طالق للسنة ولم يسم ثلاثا فان نوى ثلاثا في ثلاث كلما طهرت من حيضة طلقت واحدة فان كا

ثلاثا في ثلاث كلما طهرت من حيضة طلقت واحدة فان كانت لا ترى الحيض من صغر او كبر طلقت ساعة تكلم واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى وان نوى ان يقعن جميعا في ذلك المجلس وظن ان السنة كذلك فهو كما نوى • وقال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه وهو شرح الكافي وان نوى ان يقعن جميعا في ذلك المجلس فهو كما نوى لما بينا لان وقوع الثلاث جملة من مذهب اهل السنة او لكون ان الطلاق ثلاثا عرف بالسنة **قوله** لانه بدعة اي لان الجمع بدعة وهي ضد السنة اي البدعة ضد السنة **قوله** ولنا انه محتمل لفظه اي ان الجمع لفظه وهو بفتح الميم الثاني على صيغة اسم المفعول ويجوز ان يكون اسم المكان **قوله** او من ذوات الاشهر يعني اذا كانت صغيرة **قوله** وقعت الساعة بالنصب على انها ظرف واحدة اي طلقة واحدة **قوله** وبعد شهر اخرى اي تقع بعد شهر طلقة اخرى **قوله** في حقها اي في حق الآيسة او كانت من ذوات الاشهر وهي الصغيرة **قوله** على ما بينا اشارة الى ما ذكر من التعليل قريبا من ورقة بقوله لان الاشهر في حقها قائم مقام الحيض **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لانه سني وقوعا **قوله** فينتظم الوقت اي بسبب اللام في قوله للسنة ينتظم تعميم الوقت **قوله** ومن ضرورته تعميم الواقع في الوقت وهو الطلاق ولنا فيه نظر لان تعميم الوقت لا يستلزم تعميم الواقع فيه • الا ترى انه لو قال لامرأته انت طالق كل يوم ولم يكن له نية لا تقع الا طلقة واحدة عندنا خلافا لزفر ان الوقت كما ترى من لفظ العموم ولم يلزم منه عموم الواقع والتحقيق ما قررناه اولا

فصل

قوله ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم والاصل فيه ما روى محمد في الاصل بقوله بلغنا عن علي وابن عباس وابن مسعود انهم قالوا كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه والصبي وحديث الترمذي في جامعه مسندا الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال رفع القلم عن ثلاث النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يحتلم يدل ان طلاق هؤلاء لا يقع لان رفع القلم يدل على رفع الحكم ولان التصرف انما يقع بالاهلية وهي بالعقل المعتدل بالبلوغ فلم توجد الاهلية في الصبي والمجنون فلا يقع طلاقهما والنائم لا اختيار له اصلا فلا يقع طلاقه • قال في الفتاوي الولوالجي العاقل من يستقيم حاله وكلامه غالبا ولا يكون غيره الا نادرا والمجنون ضده والمعتوه من يختلط حاله وكلامه فيكون هذا غالبا وذاك غالبا • وفيه ايضا اذا طلق ابان امرأة الصبي فبلغ الصبي فقال اجزت لا يقع ولو قال اوقعت عليه الطلاق الذي اوقعته فلان يقع • وقال في خلاصة الفتاوي النائم اذا طلق امرأته في المنام فلما استيقظ قال لامرأته طلقتك في النوم لا يقع وكذا الصبي لو قال ما طلقت في حالة النوم لا يقع ثم قال ذكر الامام خواهرزاده وهو في شرح الطحاوي ولو ان الصبي والمجنون طلق امرأته لم يقع طلاقه وكذلك المغمى عليه والمبرسم والمدهوش والنائم والمعتوه والذي شرب الدواء مثل البنج ونحوه فتغير عقله اذا طلق واحد زوجته لم يقع طلاقه • وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي وروي عن ابن عمر ان طلاق الصبي جائز لان الله تعالى لم يستثنه • وقال سعيد بن المسيب اذا كان الصبي يعقل الصلاة جاز طلاقه الى هنا لفظ ابي بكر الرازي وعند احمد بن حنبل اذا عقل الصبي الطلاق يطلق لزمه **قوله** وجماعة ما قاله الى الصبي والمجنون لعدم عقله ظاهر وكذا الصبي في اول احواله وجوده معدوم وبعد ذلك قبل البلوغ لم يعتدل عقله فلم يصح منه ما فيه ضرر عليه فصار كعديم العقل **قوله** وطلاق المكره واقع وهذه من مسائل القدوري يعني المراد بالاكراه حمل الانسان على ما يكرهه وهو على نوعين كامل وقاصر فالكامل يسمى ملجئا والقاصر يسمى غير ملجئ فالملجئ ما كان بوعيد تلف اعني تلف النفس والعضو مثل قوله لاقتلنك او لاجرحنك او لاقطعن عضوك وغير الملجئ ما كان بغير نوعيد ضرب او حبس ثم الاكراه بنوعيه لا يعدم الاختيار ولكن يعدم الرضا والقاصر لا يفسد الاختيار والكامل يفسده فما كان شرطه الرضا يكون فاسدا بالاكراه كالبيع والاجارة وما لا فلا كالطلاق والعتاق وفيه من تحقيق ذلك في شرحنا الموسوم بالتبيين • ثم اعلم ان طلاق المكره واقع لا خلاف فيه بين اصحابنا • وقال الشافعي لا يقع طلاقه له قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولان الاكراه يفسد الاختيار ولا يصح التصرف بدونه وذلك لان المكره انما يفعل ما يفعله لا عن قصد صحيح بل عن اضطرار ولهذا اذا اكره على الاقرار بالطلاق لا يقع اقراره بخلاف الهازل فان له اختيارا فيقع طلاقه باختياره • ولنا ما روينا عن علي وابن عباس وابن مسعود انهم قالوا كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه والصبي • وروى الترمذي مسندا الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله فدل الحديث بعمومه على وقوع طلاق المكره • وقد روى محمد بن الحسن في الاصل عن صفوان بن عمرو الطائي ان امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فاخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثا او لاذبحنك فناشدها الله تعالى فابت فطلقها ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام لا قيلولة في الطلاق وروي عن عمر انه قال اربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رديد النكاح والطلاق والعتاق والصدقة ولان الاكراه لا يزيل الخطاب ولهذا دخل الخطاب تحت المكره بقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان وهذا في غير ما اكره عليه ظاهر وكذا فيما اكره عليه • الا ترى انه يباح له الفعل مرة ويفترض اخرى كشرب الخمر وتارة يحرم كالقتل والزنا فدل على بقاء الخطاب فلما بقي الخطاب صح تصرفه لصدوره من اهله مضافا الى محله غاية ما في الباب انه يعدم الرضا بالاكراه والطلاق لا يتوقف على الرضا ولهذا يقع طلاق الهازل مع انه غير راض بوقوع الطلاق وذلك لما روي في السنن مسندا الى ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة ولان المكره ليس عديم الاختيار بل له اختيار لانه ابتلي بين الشرين فاختار اهونهما عليه والجواب عن الحديث الذي رواه الخصم فنقول لا يخلو اما ان يكون المراد برفع الخطأ والنسيان والاكراه حقيقة ذلك او حكمه فلا يجوز الاول لانه قد توجد حقيقة ذلك وهذا ظاهر فتعين الثاني ثم هو على نوعين اما ان يراد به حكم الدنيا

او حكم الآخرة فلا يجوز الاول لان في قتل الخطأ تجب الدية والكفارة بالنص وذلك من احكام الدنيا وكذا جماع المكره يوجب الغسل ويفسد
صلاته وحجه وصومه وذلك من احكام الدنيا فتعين الثاني وهو من احكام الآخرة وهو رفع اثم هذه الاشياء وبه يقول ظاهر قول الخصم حينئذ نحمله
على الحديث اصلا فافهم بخلاف الاقرار بالطلاق حيث لا يقع لانه اخبار يحتمل الصدق والكذب وقيام السيف على رأسه يحمل انه كاذب فكان
كذبا لا كرهه قصدا بخلاف الانشاء فانه لا يحتمل الكذب ولهذا اذا اقر بالطلاق هازلا لم يقع واذا انشأه هازلا يقع **قوله** لا
الاكراه لا يجامع الاختيار يعني بينهما منافاة فلا يجتمعان وهو ممنوع **قوله** وبدا اي بالاختيار في حال الاهلية اي في حال
ما قلنا بالغا **قوله** فلا يعرى عن قضيته والضمير في قضيته راجع الى ايقاع الطلاق وقضيته وقوع الطلاق
والقضية الحكم دفعا لحاجته **قوله** وهذا لانه عرف الشرين اشارة الى قوله قصد ايقاع الطلاق يعني انما قلنا
انه قصد ذلك لانه عرف الشرين فاختار اهونهما وهذا التعليل وقع جوابا عما قال الخصم بقوله ان الاكراه لا يجامع الاختيار اي
اختار اهون الشرين علامة الاختيار **قوله** بحكمه الضمير راجع الى ايقاع الطلاق وحكمه وقوع الطلاق **قوله**
وذلك غير مخل به اي عدم الرضا بحكم الطلاق غير مخل بحكمه ولهذا يقع طلاق الهازل مع عدم الرضا بالوقوع مع عدم الرضا بالوقوع
قوله وطلاق السكران واقع واختار الكرخي والطحاوي انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي وكان القياس ان نعد والتحوز
في الذكر على الكرخي • الا ترى ان الكرخي ذكر في كتبه قول الطحاوي • قال ابو سليمان الخطابي في شرحه لسنن ابي داود في كتاب
الاجارة اختلف العلماء في اقوال السكران فقال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي طلاق السكران لازم وهو قول اصحاب الرأي
وقد روي ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والنخعي وابن سيرين ومجاهد • وقال ربيعة ابن عبد الرحمن والليث بن سعد واسحاق
ابن راهويه وابو ثور والمزني طلاقه غير لازم • وقد روي ذلك عن عثمان ابن عفان وابن عباس وهو قول القاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز
وطاوس ووقف احمد ابن حنبل عن الجواب في هذه المسألة فقال لا ادري الى هنا لفظ الخطابي وجه قول الشافعي ما روي في الصحيح البخاري
عثمان ابن عفان قال ليس لمجنون ولا لسكران طلاق ولان السكران ليس له قصد صحيح فلا يقع طلاقه كالصبي والمجنون ولهذا لو شرب البنج
او الدواء فسكر لا يقع طلاقه بالاتفاق فكذا اذا سكر من النبيذ او الخمر والجامع عدم القصد الصحيح ولا معنى لايقاع طلاقه تشديدا او
تغليظا تغليظا لانه لو كان لهذا الوصف اثر لتعدى رده السكران تغليظا عليه ولان غفلة السكران فوق غفلة النائم لان النائم ينتبه
بالتنبيه دون السكران • ولنا ما روينا قبل هذا كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه والصبي ولان السكران مكلف لقوله تعالى لا تقربوا
الصلاة وانتم سكارى ولهذا يجب عليه القصاص وحد القذف وطلاق المكلف واقع ولا نسلم ان عقله زال بالسكر بل انسد سروره
فيحجز عن استعمال عقله ولئن سلمنا انه زال لكنه زال بسبب هو معصية فيجعل عقله كالنائم عقوبة عليه بخلاف شرب البنج او الدواء
فان ذلك يكون للتداوي غالبا فلا يكون زوال العقل بسبب المعصية ولئن وقع على وجه المعصية فلا يقع طلاقه ايضا لان الحكم للغالب
لا للنادر ولهذا لو شرب الخمر او النبيذ فاخذه الصداع فزال عقله بالصداع لا بالسكر لا يقع طلاقه لان زوال العقل بسبب لم يحصل
بسبب هو معصية لان زوال العقل كان مضافا الى العلة بل الى علة العلة فينبغي ان يقع طلاق من زال عقله بالصداع لانا نقول انما يضاف
الى علة العلة اذا لم يكن للعلة صلاحية الاضافة والعلة هنا صالحة للاضافة فلا يضاف الى علة العلة على انا نقول قياس
طلاق السكران على طلاق من زال عقله بالبنج مطلقا لا يصح لان صاحب المحيط قال قال عبد العزيز الترمذي سألت ابا حنيفة وسفيان عن
رجل شرب البنج فارتفع الى رأسه فطلق امرأته قال ان كان حين شرب يعلم ما هو تطلق امرأته وان لم يعلم لم تطلق بخلاف النائم فانه
يتنبه بانتباه لان النوم مانع من العمل بخلاف السكر فانه ليس بمانع من العمل ولان غفلة النائم ليست بسبب هو معصية بخلاف غفلة
السكران فافترقا وبخلاف ردة السكران فانها مبنية على الاعتقاد فلم تصح ردته لعدم ركنها وهو عدم الاعتقاد لا لتخفيف عليه بعد
شبهة • ثم اعلم ان صاحب التحفة قال طلاق السكران واقع سواء سكر بالخمر او بالنبيذ وعلى احد قولي الشافعي لا يقع ثم قال وهو اختيار
الطحاوي وقال في خلاصة الفتاوى ولو شرب من الاشربة التي تتخذ من الحبوب والعسل فسكر فطلق لا يقع عند ابي حنيفة
وابي يوسف خلافا لمحمد وجملة الكلام فيه ما قال فخر الاسلام البزدوي في اصوله السكر نوعان سكر بطريق مباح وسكر بطريق محظور اما
السكر بالمباح فمثل من اكره على شرب الخمر او العسل فانه يحل له وكذلك المضطر اذا شرب منها ما يرد به العطش فسكر به وكذلك
اذا شرب دواء فسكر به مثل البنج والافيون او شرب لبنا فسكر به وكذلك على قول ابي حنيفة اذا شرب شرابا يتخذ من الحنطة او الشعير او العسل
فسكر منه حتى لم يحد على قول ابي حنيفة في ظاهر الجواب فان السكر في هذه المواضع بمنزلة الاغماء يمنع من صحة الطلاق والعتاق وسائر
التصرفات لان ذلك ليس من جنس اللهو فصار من اقسام المرض ونص هذه الجملة مذكورة في النوادر واما السكر المحظور فهو السكر من كل
شراب محرم وكذلك السكر من النبيذ المثلث ونبيذ الزبيب المطبوخ المعتق لان هذا وان كان حلالا عند ابي حنيفة وابي يوسف فانما
يحل بشرط ان لا يسكر منه وذلك من جنس ما يلهى به فيصير السكر منه مثل السكر من الشراب المحرم • الا ترى انه يوجب الحد الى هنا لفظ
فخر الاسلام ثم قال ويصح عباراته كلها بالطلاق والعتاق والبيع والشراء والاقارير وقال في التحفة المكره على شرب الخمر او المضطر اذا
شرب فسكر فان طلاقه لا يقع لان هذا ليس بمعصية ثم قال وبعض المشايخ قالوا يقع وقال في الايضاح يقع لان زوال العقل حصل بفعل
هو محظور في الاصل والاول هو الصحيح **قوله** وطلاق الاخرس واقع بالاشارة وهي مسألة القدوري • قال شمس الائمة
السرخسي في المبسوط واذا كان الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه وهو جائز استحسانا وفي
القياس لا يقع شيء من ذلك باشارته لانه لا يتبين من الاشارة حروف فبقي مجرد قصد الايقاع وبه لا يقع • الا ترى ان الصحيح لو اشار
لم يقع شيء من التصرفات باشارته ولكنه استحسن فقال الاشارة من الاخرس كالعبادة من الناطق • الا ترى انه في العبادات جعل

فلما اذا حرك شفتيه بالتكبير والقراءة جعل ذلك بمنزلة القراءة من الناطق فهكذا في المعاملات وهذا لاجل الضرورة فلو لم
يجعل اشارته كعبارة الناطق لمات جوعا وعريا • اما اذا لم يكن له اشارة معلومة تعرف ذلك منه او يشك فيه فهو باطل لعدم
الوقوف على مراده شرعي وقوع الطلاق بكتاب الاخرس وجوه سنبينها ان شاء الله تعالى اذا وصلنا الى مسائل شتى في اواخر كتاب الهداية
بعونه تعالى **قوله** وجوهه اي وجوه طلاق الاخرس **قوله** وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق
الحرة ثلاث حرا كان زوجها او عبدا وهذا لفظ القدوري في مختصره اما لفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال
الطلاق والعدة بالنساء • اعلم ان عدد الطلاق معتبر بالنساء عند اصحابنا وكذلك العدة وهو مذهب سفيان واحمد واسحاق
وعند الشافعي يعتبر الطلاق بالرجال والعدة بالنساء وهو قول مالك في الموطأ وثمرة الخلاف تظهر في حرة تحت عبد واحتج مالك
بما روي في الموطأ عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب ان مكاتبا لام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم طلق امرأته حرة تطليقتين
فاستفتى عثمان فقال حرمت عليك وكذلك استفتى زيد ابن ثابت فقال اني طلقت امرأة حرة تطليقتين فقال زيد ابن ثابت حرمت عليك
واحتج اصحاب الشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان الزوج هو المالك للطلاق المتصرف فيه فيعتبر
عدد الطلاق بحاله دون حال المرأة • ولنا ما روى الترمذي مسندا الى عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال طلاق الامة تطليقتان
وعدتها حيضتان • بيانه ان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر الامة محلاة بالالف واللام فيقتضي ان يكون جنس طلاق الامة تطليقتين
سواء كان زوجها حرا او عبدا لعدم المعهود ولان الله تعالى قابل الطلاق بالعدة في قوله فطلقوهن لعدتهن وعدة الامة كيف كان زوجها
حيضتان فيكون طلاقها تطليقتين تحقيقا للمقابلة • وهنا لطيفة وهي انه حكي ان عيسى بن ابان الحق الشافعي فقال ايها الفقيه اذا ملك
الحر على امة ثلاث تطليقات كيف يطلقها في اوقات السنة فقال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت اوقع اخرى فلما
اراد ان يقول فاذا حاضت وطهرت قال حسبك فان عدتها قد انقضت فلما تحير رجع وقال في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة ولان طلاق
حقيقي على حل المحل لان الطلاق رفع الحل الثابت بالنكاح وحلية النكاح نعمة في حق المرأة لكونها وسيلة الى مقاصد النكاح والرق اثر
في تنصيف المالكية ولهذا جاز للحر ان يتزوج ثنتين فينبغي ان يؤثر في تنصيف المملوكية حتى يكون من حل الحرة
الامة على نصف من حل الحرة فكان ينبغي ان يكون طلاقها طلقة ونصفا لكن الطلاق لما لم يكن متجزيا تكامل فصار طلاق الامة تطليقتين
والجواب عن فتوى عثمان وزيد نقول تقليد الصحابي عندهم ليس بجائز فكيف يحتجون به علينا مع ان حديث عائشة صح مرفوعا الى
النبي صلى الله عليه وسلم وقد صح ايضا عن علي وابن مسعود خلاف عثمان وزيد • واما الحديث الآخر فليس بثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
اصلا ولئن شككت فيما اقول فارجع الى كتب الحديث كالموطأ والحديث الصحيح للبخاري وغير ذلك فهل ترى له اثرا سوى ان ابا عبيد
الهروي ذكر في غريب الحديث وقال انه من كلام عثمان وزيد او نقول انه يحتمل فلا يصلح حجة للخصم بان يراد وجود الطلاق وايقاعه
بالرجال لا بايقاع النساء كما كانت المرأة تصنع في الجاهلية اذا كرهت زوجها تغير البيت وكان ذلك طلاقا منها ويعني الادمية
في المحل بدليل ان الحر يصلح للقضاء والشهادة دون العبد ما روي اي الشافعي **قوله** واذا تزوج العبد
امرأة وطلق وقع طلاقه بها ولا يقع طلاق مولاه على امرأته وهي مسألة القدوري وانما ملك العبد الطلاق لان العبد فيما هو من
خصائص الادمية مبقى على اصل الحرية ولا يؤثر فيه الرق الا ان في النكاح وان كان من خصائص الادمية احتيج الى اذن المولى لانه لم يشرع
بلا مال وفيه ضرر بالمولى ولان حل المحل ثبت للعبد بعد اذن المولى في النكاح لا للمولى فلما كان ملك الحل للعبد خاصة والملك عبارة
عن المطلق للتصرف ثبتت ازالة الحل ايضا له دون مولاه دون مولاه • والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب لنا

باب الطلاق الصريح

لما ذكر اصل الطلاق ووصفه
شرع في بيان تنويعه من حيث
الايقاع لانه لا يخلو اما ان يكون بالصريح واما ان يكون بالكناية والصريح ما كان ظاهر المراد بغلبة الاستعمال والكناية ما كان مستترا
المراد يحتاج فيه الى النية ثم الطلاق لا يخلو اما ان يكون مرسلا او مضافا الى وقت او معلقا بالشرط فالمرسل مع من ساعته سوى كان
سنيا او بدعيا فالمضاف الى وقت كما اذا قال انت طالق غدا او راس الشهر او يوم الجمعة وما اشبه ذلك فلا يقع الا بوجود الوقت والمعلق
بالشرط مثل ان يقول انت طالق ان دخلت الدار او ان كلمت فلانا لا يقع الا بوجود الشرط وكذلك في الفاظ الكناية وسيجيء الفاظها ايضا
قوله فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي وهذا لفظ القدوري اما لفظ محمد في الجامع
الصغير قال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يقول لامرأته انت طالق والذي نوى لم يكن الا واحدة يملك الرجعة وانما وقع الرجعي
لان اللفظ صريح في الطلاق بغلبة الاستعمال فيه ولانه لا دلالة فيه على البينونة فيقع الرجعي ولانه اذا نوى الابانة لا تصح نيته لانه قصد
تنجيز ما علقه الشرع عليه • بيانه ان الشرع علق البينونة بانقضاء العدة في الطلاق الرجعي وهو قصد تنجيزه ذلك فيكون قصده
مردودا كالوارث اذا قتل مورثه يحرم الميراث لانه قصد تعجيل ما اخره الشرع • واما اذا نوى الطلاق عن وثاق اي عن قيد لا يصدق
فيما العرف الكلام عن ظاهره ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال كلامه ذلك والله تعالى مطلع على نيته واما اذا نوى الطلاق عن
العمل لا يصدق ديانة ايضا لانه نوى ما لا يحتمله لفظه لان المرأة ليست بمقيدة بالعمل حتى يكون طالقا عنه وعن ابي حنيفة يصدق
ديانة خاصة وروى الحسن عن ابي حنيفة على معنى انت مخلصة من العمل لان الطلاق يستعمل في التخليص هذا اذا لم يصرح اما اذا صرح
وقال انت طالق من وثاق قال اصحابنا لا يقع عليه شيء في القضاء لان المرأة توصف بانها طالق من وثاق وانما اللفظ ليس يستعمل فيه فاذا صرح
حمل عليه بخلاف ما اذا صرح وقال انت طالق من هذا العمل لا يصدق قضاء لان الطلاق ليس بمستعمل فيه لا حقيقة ولا مجازا ويصدق

ديانة لاحتمال اللفظ وإن كان خلاف الظاهر • كذا قال الشيخ أبو نصر البغدادي وغيره وأما إذا قال أنت مطلقة بإسكان الطاء
وتخفيف اللام لا يقع الطلاق إلا بالنية لأن لفظ الإطلاق ليس بمختص بالنساء فيحتاج فيه إلى النية **قوله** وكذا إذا نوى الإبانة
أي يقع الطلاق الرجعي إذا نوى الإبانة بهذه الألفاظ أعني بقوله أنت طالق وبقوله مطلقة وبقوله طلقتك **قوله** عن
وثاق الوثاق بفتح الواو وكسرها القيد والأصح الفتح **قوله** لأنه يحتمله أي لأن الطالق يحتمل الطلاق عن الوثاق
قوله وهو غير معتاد بالعمل على التذكير وفتح الياء المشددة وكلاهما بمعنى الشيخ أي التخصيص في المرأة غير معتاد بالعمل
فلا يصح نية الطلاق عن العمل فيصار ديانة ومعنى الكسر أي الزوج غير معتاد المرأة بالعمل فلا يصح نية الطلاق عن العمل أصلا • وفي بعض
النسخ وهي غير معتادة بالعمل بالتأنيث على صيغة اسم المفعول والضمير راجع إلى المرأة والتقريب ظاهر **قوله** ولا يقع به إلا واحدة
وهذا من كلام القدوري متصل بقوله وهذا يقع به الطلاق الرجعي أي لا يقع بكل واحد من الألفاظ الثلاثة المذكورة إلا واحدة • قال
شمس الأئمة السرخسي في المبسوط فلو نوى بقوله أنت طالق ثلاثا أو ثنتين لا تعمل نيته عندنا ولا تقع عليها إلا واحدة رجعية وعلى قول زفر والشافعي
تقع ما نوى وهو قول أبي حنيفة الأول • وجه قولهما أن الصريح أقوى من الكناية فإذا صح نية الثلاث فيها فلأن يصح في الصريح أولى ولأن قوله
طالق في قوله أنت طالق فلا يقع به العدد لاحتماله لهذا إذا قال لها طلقي نفسك ونوى الثلاث يقع بالاتفاق فكذا إذا قال طلقتك
ونوى به الثلاث ينبغي أن يصح نيته لأن كل واحد منهما فعل • ولنا ما روي في صحيح البخاري وغيره أن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض فأمره النبي
صلى الله عليه وسلم بأن يراجعها ولم يستفسره أنه أراد الثلاث أم لا فلو كان لفظ الصريح يحتمل ذلك لاستفسره رسول الله صلى الله عليه
وسلم وحلفه على ذلك كما حلف ركانة في لفظ البتة وذلك أن صاحب السنن روى مسندا إلى نافع بن عجير بن عبد يزيد بن ركانة أن ركانة
ابن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فقال والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ما أردت إلا واحدة فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وطلقها الثانية في زمان عمر والثالثة في زمان عثمان ولأن نية الثلاث لو صحت
لا تخلو من أحد الأمرين إما أن يصح الملفوظ أو غير الملفوظ ولا يجوز الثاني لأن أحكام الشرع لا تثبت بمجرد القصد والنية ولهذا لو قال اسقني
أو زوري أباك ونوى به الطلاق لا يصح ولا يجوز الأول أيضا لأن الطالق صيغة الواحد فلا يحتمل العدد للمنافاة بينهما فلا يصح منه
الثلاث ولأن ثبوت الطلاق في هذه الألفاظ بطريق الاقتضاء شرعا لا لغة كيلا يلزم الكذب في خبر المسلم والثابت بالاقتضاء ضروري
يتقدر بقدر ما تندفع به الضرورة فلا يعم فلا يصح نية الثلاث بخلاف قوله طلقي نفسك لأنه صح لغة لأنه يدل على المصدر لكونه طلبا ودل
على المصدر لغة لا ضرورة فصحت نية الثلاث • فإن قلت لا نسلم أن الطلاق في المتنازع فيه ثابت شرعا لا لغة كيلا يلزم الكذب قلت
اسم الفاعل يدل أبدا إذا لم يكن علما على قيام المشتق منه وهو المصدر به كالضارب والكاتب والقاتل ولا يصح أن يقال أنت ضارب أو كاتب
أو قاتل لو لم يكن موصوفا بالضرب والكتابة والقتل فكذا في قوله طالق لا يصح أن يوصف به المرأة لغة لأن الطلاق لم يكن ثابتا في ذات المرأة
قبل قوله طلقتك وطلقتك قبل الخبر فعلم أن إثبات الطلاق في قوله أنت طالق مقتضى شرعي لا لغوي وكذا في قوله مطلقة وطلقتك فافهم
فإن قلت سلمنا أن الطالق لا يدل على العدد فلا يقع نية الثلاث من هذا الوجه ولكن لا نسلم أنه لا يدل على الثلاث من وجه آخر • بيانه
الطالق صيغة الواحد والواحد إما أن يكون حقيقيا وهو الذي لا يتجزأ أو اعتباريا وهو الذي انضم إليه غيره ولكن اعتبر واحدا
عند تعداد الأجناس وههنا إن لم يصح نيته باعتبار أنه ليس بواحد حقيقة فينبغي أن يصح الواحد نيته باعتبار أنه واحد اعتبارا ولهذا المعنى
نية الثلاث من قوله أنت بائن مع أنه صيغة الواحد قلت هذه مغالطة لأن ما ذكرت هو الذي يكون واحدا عند تعداد الأجناس وليس
هو الطلاق لا الطالق فصح نية الثلاث أيضا بخلاف قوله أنت بائن فإن البينونة على نوعين حقيقة وضرورة غليظة فأي نوع نوى وقع
فإن قلت فأي فرق بين أنت طالق وبين أنت بائن وكلاهما صيغة الخبر لم يثبت الطلاق في أنت طالق إلا اقتضاء كيلا يلزم الكذب
وفي قوله أنت بائن أيضا يلزم الكذب لغة لو لم تثبت البينونة اقتضاء ثم ما جوزتم نية الثلاث في أنت طالق لأن المقدر يرتفع بالأدنى
فينبغي أن لا يجوز نية الثلاث أيضا في أنت بائن لأن المقدر يرتفع بالأدنى من نوعي البينونة وهي الخفيفة • قلت ثبوت البينونة في
أنت بائن وإن كان اقتضاء ليس مثل ثبوت الطلاق في أنت طالق لأن الطلاق بعد أن ثبت اقتضاء يقع سواء وجدت النية أو لم توجد والبينونة
بعد أن ثبتت اقتضاء لا يقع شيء أصلا لا الأدنى ولا الأعلى إلا إذا وجدت النية فإذا نوى أحد نوعي البينونة وهي الغليظة ثبت ذلك
نصا فكأنه قال ابتداء أنت بائن بثلاث بخلاف قوله أنت طالق حيث يقع به الواحد فإذا نوى الثلاث يلزم الزيادة على قدر الضرورة فلا يصح
وهذه الأسولة والأجوبة مما خطر بخاطري في هذا المقام بالإلهام الرباني والتوفيق الصمداني وأصحابنا طولوا وعرضوا في هذه المسألة في طريق
الخلاف غير ما قلت ولأولي الألباب مقنع فيما قلت والله الهادي • والجواب عن قران العدد فإن قران العدد صفة لمصدر محذوف
وحذف الموصوف وإقامة الصفة مقامه شائع في كلام العرب كما في قوله تعالى فيهن قاصرات الطرف أي نساء قاصرات الطرف فكذا فيما
نحن فيه معناه أنت طالق طلاقا ثلاثا فلا يدل على أن صيغة الطالق نفسها تحتمل العدد بل لاحتمال نيابة المصدر المحذوف الذي
دل عليه صيغة القائمة مقامه والمصدر يدل على العدد • ألا ترى إلى قوله تعالى وادعوا ثبورا كثيرا • **قوله** لأنه محتمل لفظه
على صيغة اسم المفعول أي لأن ما نوى وهو الثلاث محتمل لفظه لأن الطالق يدل على الطلاق لغة والمصدر المحذوف والمذكور سواء فيصح نية الثلاث
من قوله أنت طالق وجوابه لا نسلم أن هذا الكلام صحيح لغة لأنه كذب محض لما مر بيانه والمقتضى لا عموم له عندنا لأنه ضروري فلا يصح
الثلاث **قوله** ولهذا يصح قران العدد به أيضا ذكره في ذكر الطالق ذكر للطلاق وجوابه مر **قوله** على التفسير
أي على التمييز **قوله** وذكر الطالق ذكر الطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق هذا جواب عن قول الشافعي أي بطريق التسليم يعني
إن الشافعي قال إنه ذكر الطالق ذكر للطلاق فيصح نية الثلاث • فنقول سلمنا أنه ذكره ذكر له لكن للطلاق الذي هو صفة قائمة بالمرأة لأنك

طلقت المرأة طلاقا فهي طالق لا للطلاق الذي هو صفة الرجل وهو الذي بمعنى التطليق كالبلاغ بمعنى التبليغ والسلام بمعنى التسليم
وصفة المرأة ليست بملفوظة فلا يصح فيه النية وإنما يصح نية الثلاث في التطليق الذي هو صفة الرجل لكنه ليس يدل عليه لفظ طالق لغة
لترجع إليه فافهم **قوله** وإذا قال أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا فإن لم تكن له نية أو نوى واحدة
أو ثنتين فهي واحدة رجعية وإن نوى ثلاثا فثلاث وقوله أنت الطلاق من الخواص وفي الأصل طلقتك طلاقا • اعلم أن وقوع
الطلاق بهذه الألفاظ لغلبة الاستعمال فيه فإذا لم يذكر المصدر يقع فعند ذكره أن يقع بالطريق الأولى صريحة في الطلاق لأن المصدر
يذكر للتأكيد فلا حاجة إلى النية في الوقوع أما إذا نوى ثلاثا يقع الثلاث وهذا ظاهر الرواية لأن المصدر جنس يحتمل الكثرة كقوله
تعالى وادعوا ثبورا كثيرا فصحت نية الثلاث وهذا ظاهر الرواية • وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة إذا قال أنت طالق طلاقا لا يعمل
فيه نية الثلاث لأن المصدر للتأكيد فلا يفيد غير ما يفيده المؤكد من المعنى وأما نية الثنتين فلا يصح عندنا بل يقع واحدة • وقال زفر
يصح كما يصح نية الثلاث لأن الكل إذا صح لدلالة اللفظ عليه فلأن يصح البعض أولى لأنه مندرج تحت الكل • ولنا أن نية الثلاث إنما صحت
باعتبار أن الثلاث جنس طلاقها وهو واحد اعتبارا عند تعداد الأجناس فصحت النية باعتبار أن الثلاث واحد لا باعتبار أنها عدد لأن
اللفظ لا دلالة له على العدد والثنتان عدد محض لا واحد حقيقة ولا واحد اعتبارا إلا إذا كانت المرأة أمة فحينئذ يصح نية الثنتين
لأن ذلك جنس طلاقها كالثلاث في حق الحرة ثم معنى قوله أنت طالق أي ذات الطلاق على حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه كما في قوله
تعالى واسأل القرية أي أهل القرية ويجوز أن يراد به طالق لأن المصدر قد يذكر ويراد به الفاعل كما في قولهم رجل عدل أي عادل ومنه
قول الخنساء • ترتع ما غفلت حتى إذا ادكرت • فإنما هي إقبال وإدبار • أي ذات إقبال وإدبار أو مقبلة ومدبرة **قوله**
يزيد وكادة أي يزيد المصدر النعت وكادة وذاك لأنه يذكر للتأكيد كقوله قمت قياما وقعدت قعودا **قوله** باللفظة الأولى
أي بقوله أنت الطلاق **قوله** وعلى هذا لو قال أنت طلاق يعني إذا ذكر المصدر وحده منكرا يكون حكمه حكم المعرف في جميع ما ذكرنا لا يعمل
يعني أن لا يصح نية الثلاث من قوله أنت طلاق لأن المراد به على أحد الوجهين الذي ذكرناهما أنت طالق فلا تصح نية الثلاث في طالق عندنا
فكذا فيما قام مقامه لأنا نقول لا يخرج الطلاق عن كونه مصدرا وإن أريد به الطالق فصحت نية الثلاث من المصدر باعتبار أنه جنس وقال الطحاوي
في مختصره لو قال أنت طلاق لم يكن إلا واحدة وإن نوى الأكثر وفرق بينه وبين أنت الطلاق بالتعريف وليس ذلك بمشهور عن أصحابنا
قوله وذلك بالفردية أو الجنسية وما بمعنى التوحد يكون بأحد الأمرين إما حقيقة وهي الفردية وإما اعتبارا وهي الجنسية
فالاثنان ليس فيها معنى التوحد أصلا وهو معنى قوله والمثنى بمعزل عنها أي بمعزل من الفردية والجنسية يقال أنا من هذا الأمر بمعزل
أي متنح عنه قاله ابن دريد ولو قال أنت طالق الطلاق وقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق يعني إذا أراد بقوله الطلاق طلقة أخرى
المراد به ذكر مثل هذا إذا قال أنت طالق الطلاق وأنت طالق طلاقا ونوى به الثنتين لا يصح عندنا إلا إذا كانت المرأة أمة ثم ذكر ههنا صحة
نية الثنتين في هذه الصورة فيما إذا أراد الثنتين في التقسيم فقال إذا نوى طلقة واحدة بقوله طالق وطلقة أخرى بقوله طلاقا أو الطلاق
يصدق لأن كل واحد من اللفظين صالح للإيقاع فيصير طالق مبتدأ وطلاقا أو الطلاق على نية محذوف فيقع تطليقتان رجعيتان إذا كان بعد
الدخول كذا ذكره في شرح الجامع الصغير الفقيه أبي جعفر وذلك مروي عن أبي يوسف وشيخه فخر الإسلام البزدوي لأن طالق
نعت وطلاقا مصدر فلا يقع إلا واحدة وكذلك في أنت طالق الطلاق فأول أنا كان لذلك لأنه إذا نوى الثنتين بالجمع لا يصح
لأن لفظه لا يحتمل العدد فكذا إذا نوى إيقاعهما على التقسيم **قوله** ولو أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق
وهذه من مسائل القدوري • اعلم أنه إذا أراد إيقاع الطلاق فلا يخلو إما أن يضيفه إلى جملة المرأة أو يضيفه إلى جزء معين لا يعبر به عن
جميع البدن والقسم الأول فيه خلاف يجيء عقيب هذا إن شاء الله تعالى ولا خلاف في الأقسام الأول أما القسم الأول فمثل قوله أنت طالق وإنما
وقع الطلاق به لأن التاء ضمير المخاطب وهي عبارة عن المرأة وقد أضافه إليها فيقع لأن ذلك الطلاق صدر من الأهل مضافا إلى المحل • وأما الثاني
فمثل أن أضاف الطلاق إلى الرقبة أو العنق أو الروح أو البدن أو الجسد أو الرأس أو الفرج أو الوجه بأن قال رقبتك طالق أو عنقك طالق وكذا
إلى الآخر وإنما وقع الطلاق بهذه الألفاظ لأنه إذا أضافه إلى جملتها يقع فكذا إذا أضافه إلى شيء هو عبارة عن جملتها أما الرقبة فلكونها عبارة
عن جملة البدن ظاهر • قال تعالى فتحرير رقبة وكذا العنق لقوله تعالى فظلت أعناقهم وكذا الروح يقال هلكت روحه ويراد نفسه وكذا
البدن والجسد يعبر بهما عن جميع البدن يقال جسد فلان يخلص من ذل الرق وكذا يقال بدن فلان في هذا المعنى وكذا الرأس لو قال فلان أعتق
كذا وكذا رأسا أو تملك ويقال أمري حسن ما دام رأسك سالما لكن هذا فيما إذا تكلم بإضافة الرأس أما إذا قال الرأس منك طالق أو وضع يده على
رأسها فقال هذا العضو منك طالق فقال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي لا يقع شيء ووجهه أنه لا يراد به الذات وكذا الفرج يعبر به
عن جميع البدن • ألا ترى إلى ما جاء في الحديث لعن الله الفروج على السروج وكذا الوجه لأن الاستعمال شائع بين العرب يقول بعضهم لبعض
يا وجه العرب ويريدون به الذات • قال تعالى كل شيء هالك إلا وجهه أي ذاته وكذا إذا قال نسمتك أو جسمك وفي الظهر والدم خلاف
المشايخ • قال في خلاصة الفتاوى والمختار أنه لا يقع بهما ومال صاحب الهداية إلى الوقوع في الدم واستدل بقوله يقال دمه هدر • قال
شمس الأئمة في شرح الكافي وقع في بعض النسخ لو قال بضعك طالق يقع ثم قال وهذا تصحيف إنما هو نصفك أو بعضك فأما البضع فلا يعبر به
عن جميع البدن • وقال أيضا لو ذكر كما لو قال ظهرك طالق أو بطنك طالق ثم قال قال بعض مشايخنا يقع الطلاق لأن الظهر والبطن في
معنى الأصل إذ لا يتصور البقاء بدونهما ثم قال والأصح أنه لا يقع لأنه إذا قال ظهرك وبطنك علي كظهر أمي لا يكون مظاهرا لأن الظهر والبطن
لا يعبر بهما عن جميع البدن • وقال في خلاصة الفتاوى واستك طالق كقوله فرجك طالق بخلاف الدبر وفيه نظر عندي لأن الاست
هي الدبر • وأما القسم الثالث فمثل إذا أضاف الطلاق إلى النصف والثلث والربع والبعض ونحو ذلك شائعا غير معين ووجهه أن الطلاق

يقع في ذلك الجزء ثم يسري إلى الكل لشياعه فيقع في الكل كما إذا أعتق نصف جاريته وكذا إذا قال جزء من ألف جزء منك طالق طلقت ذكره الحاكم الشهيد في الكافي ووجهه ما قلنا أو لأن المرأة لا تحتمل التجزي في حق الطلاق وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله فافهم **قوله** أو يعبر بالنصب عطف على قوله أن تقول **قوله** وكذا غيرهما أي غير الجسد والبدن مما يعبر لا الألفاظ المذكورة ظاهر **قوله** لعن الله الفروج أراد بها النساء لأن تلك الأعضاء خاصة **قوله** ومن هذا القبيل الدم في رواية أي مما يعبر به عن جملة البدن الدم في رواية أراد بها رواية كتاب الكفالة لأنه لو كفل بدم إنسان يصح وأشار في كتاب العتاق أن إضافة الطلاق إلى الدم لا يصح فإنه إذا قال دمك حر لا يعتق **قوله** ومنه الفرج أي من هذا القبيل إنما قال ومنه لأن القدوري لم يذكر الفرج في جملة الألفاظ التي ذكرها **قوله** إلا أنه لا يتجزى في حق الطلاق أي الجزء الشائع لا يتجزى في حقه ولهذا لا يكون الطلاق وإضافته دون غيره فيثبت أي الطلاق في الكل أي في كل المرأة **قوله** ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق وهذه مسئلة القدوري المرأة إذا أضاف الطلاق إلى جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كاليد والرجل والإصبع ونحو ذلك لا يقع الطلاق عندنا خلافا لزفر والشافعي وعلى هذا الخلاف إضافة الطلاق العتاق والظهار والإيلاء والعفو عن القصاص فعندنا لا يصح خلافا لهما وجه قولهما أن الجزء المعين مستمتع بعقد النكاح فيكون محلا للطلاق كالجزء الشائع والجزء الذي يعبر به عن جميع البدن إلا أن إضافة النكاح لم تصح لأن مبنى النكاح ليس على السراية بخلاف الطلاق فإن مبناه على السراية ولهذا لا يصح ولو قال أنت طالق شهرا يقع الطلاق مؤبدا • ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محل فلا يقع كما لا إضافة إلى الريق والظفر • بيانه أن الطلاق عبارة عن رفع قيد النكاح ولم يرد قيد النكاح على اليد فلا يقع إضافة الطلاق إلى اليد ولهذا لو قال نكحت يدك وقبلت المرأة لا ينعقد النكاح بخلاف الجزء الشائع فإن إضافة النكاح إليه تصح فكذا تصح إضافة الطلاق إليه ولأنه لو ثبت الطلاق في البدن لا يخلو إما أن يثبت ابتداء أو بناء على ثبوته في الجزء الشائع المتنازع فيه لا يجوز الأول لأنه ما أضاف الطلاق إليه حقيقة وكذا لا يجوز الثاني لأنه إنما يجوز أن يثبت في البدن بناء وتبعا إذا ثبت في ذلك الجزء أولا فلا يتصور ثبوت الطلاق فيه لعدم ورود قيد النكاح عليه بخلاف الجزء الشائع فإن الطلاق يثبت فيه ابتداء ثم يسري إلى سائر البدن • فإن قلت سلمنا أن إضافة الطلاق إلى اليد لا تدل على ثبوت الطلاق في البدن وضعا ولكن لا نسلم أنها لا تدل عليه شرعا قلنا الأصل أن يدل اللفظ شرعا على ما يدل عليه وضعا إلا إذا أدرك الدليل على خلافه. قال تعالى وما أرسلنا من رسول إلا بلسان قومه فلما لم يدل وضعا لا يدل شرعا أيضا لعدم الدليل على خلافه • فإن قلت سلمنا أن الطلاق لا يثبت في البدن ابتداء ولا بناء على ثبوته في اليد بطريق الحقيقة ولكن لم لا يجوز أن يثبت بطريق المجاز بأن يراد باليد البدن كما في قوله تعالى ذلك بما قدمت أيديكم وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد • قلت ثبوت المجاز إنما يتحقق إذا وجدت النية والإرادة وإلا فالكلام على حقيقته وكلامنا فيما إذا لم يخطر بالمتكلم ذلك حتى إذا ذكر اليد وأراد بها كل البدن يقع كذا ذكر علاء الدين العالم في طريقة الخلاف • وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد لو كان العرف ظاهرا في قوم أنهم يذكرون اليد عن جميع البدن تقول يقع الطلاق في حقهم **قوله** وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن أراد به نحو الأنف والأذن والإصبع **قوله** وما هذا حاله وهو أن يكون الجزء المعين مستمتعا بعقد النكاح **قوله** يكون محلا لحكم النكاح وأراد بحكم النكاح اختصاص الزوج بالمرأة وطئا واستمتاعا وجوابه أنه مستمتع لا ابتداء لكن تبعا على ثبوت الاستمتاع في جميع البدن فلا يقع الطلاق فيه ابتداء فافهم **قوله** بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح أي إذا أضيف النكاح إلى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن جميع البدن لا يصح بخلاف إضافة الطلاق فإنه يصح عند الخصم **قوله** وفي الطلاق الأمر على القلب أي الحرمة في هذا الجزء يغلب الحل في سائر الأجزاء **قوله** وهذا لأن أي إنما قلنا إنه أضاف الطلاق إلى غير محله لأن محل الطلاق ما فيه القيد والبيان مر مرة **قوله** لأنه محل للنكاح عندنا أي لأن الجزء الشائع محل للنكاح عندنا كما هو محل له عند الخصم فصار محلا للطلاق **قوله** واختلفوا في الظهر والبطن أي اختلف المشايخ في إضافة الطلاق إلى الظهر والبطن • وقد مر بيانه إن شاء الله تعالى **قوله** وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت تطليقة واحدة وهذه من مسائل القدوري وذلك لأن التطليقة الواحدة ليست قابلة للتجزي فذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله أصله العفو عن دم العمد وكذا الحكم في سائر الأجزاء مثل السدس والربع والثمن ونحوها وقال في طلاق الأصل لو قال أنت طالق نصف تطليقة تقع واحدة ولو قال نصفي تطليقة يقع واحدة وقال ثلث تطليقة ونصف تطليقة وربع تطليقة تكون ثلاثا ولو قال نصف تطليقة وربعها وسدسها تكون تطليقة • وقال في الأصل وإن قال لأربع نسوة له بينكن تطليقة طلقت كل واحدة منهن واحدة وكذلك إن قال بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع إلا إذا نوى أن كل تطليقة بينهن جميعا تقع على كل واحدة منهن ثلاث تطليقات إلا في التطليقتين فإنه تقع على كل واحدة منهن تطليقتان وإن قال بينكن خمس تطليقات ولا نية له طلقت كل واحدة منهن تطليقتين وكذلك ما زاد إلى ثمان تطليقات فإن زاد على الثمان فكل واحدة منهن طالق ثلاثا **قوله** لما بينا أي لأن الطلاق لا يتجزى **قوله** ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا وهذه من خواص الجامع الصغير وإنما أورد هذا لأنه لا إشكال فيه وهو أن ثلاثة أنصاف تطليقتين واحدة ونصف لأن كل تطليقة إذا انتصفت تكون نصفين فكان ينبغي أن يقع التطليقتان لا الثلاث كما إذا قال أنت طالق واحدة ونصفا وجوابه أن النصف لواحدة من تطليقتين واحدة فإذا كانت نصف واحدة طالقة واحدة يكون ثلاثة أنصاف ثلاث طلقات مرددة **قوله** ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان وهذا هو المنقول عن محمد في الجامع الصغير وإليه ذهب الناطفي في الأجناس والعتابي في شرح

الجامع الصغير وبعض المشايخ لما اختلفوا في حكم هذه المسئلة أشار صاحب الهداية إلى اختلافهم فقال قيل يقع تطليقتان فقال العتابي هو الصحيح لأن ثلاثة أنصاف تطليقة تكون واحدة ونصفا فصار كقوله أنت طالق واحدة ونصف تطليقة • وقال بعض المشايخ يقع تطليقة ثلاثا لأن كل نصف تكون طلقة واحدة لأن الطلاق لا يقبل التجزية فيتكامل لأنه أضاف تطليقة ثلاث طلقات لا محالة **قوله** أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث فهي ثنتان وهذا عند أبي حنيفة وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يقول لامرأته أنت طالق من واحدة إلى واحدة قال تطلق واحدة وكذلك لو قال أنت طالق من واحدة إلى واحدة قال تطلق واحدة وكذلك لو قال أنت طالق من واحدة إلى ثنتين طلقت واحدة ولو قال من واحدة إلى ثلاث طلقت ثنتين وكذلك لو قال ما بين واحدة إلى واحدة طلقت واحدة وكذلك لو قال ما بين واحدة إلى ثنتين طلقت واحدة ولو قال ما بين واحدة إلى ثلاث طلقت ثنتين • وقال أبو يوسف ومحمد نأخذ في هذا كله بآخر الوقتين فإذا قال أنت طالق ما بين واحدة إلى واحدة وقعت واحدة ولو قال ما بين واحدة إلى ثنتين طلقت ثنتين ولو قال ما بين واحدة إلى ثلاث طلقت ثلاثا إلى هنا لفظه • وعند زفر إن كان بين الغايتين شيء يقع وإلا فلا وجه قول زفر أن الغاية لا تدخل تحت المغيا وإلا فلا تكون الغاية غاية وهذا ظاهر فلا تثبت الغايتان لا الأولى ولا الثانية كما إذا قال بعت من هذا الحائط إلى هذا الحائط وهو القياس المحض • وجه قولهما وهو الاستحسان أن الشيء حد وغاية لا بد من وجوده لتحقق كونه غاية ووجود الطلاق بوقوعه والطلاق بعد الوقوع لا يحتمل الرفع فيقع الكل ضرورة أنه لا يحتمل الرفع ولهذا إذا قال لغيره خذ من مالي من درهم إلى عشرة يكون له أخذ العشرة وكذا إذا قال كل من الملح إلى الحلو يراد به عموم الإذن ولأبي حنيفة أن الحد لا يدخل تحت المحدود وهو القياس على ما قال زفر إلا أن في إدخال الغاية الأولى ضرورة وذلك لأنه أوقع الثانية ولا بد للثانية من الأولى لترتب الثانية عليها فيقع الأولى لأجل هذه الضرورة ولا ضرورة في الغاية الثانية فبقيت على القياس لم تدخل تحت المغيا ولأن الغاية متى كان الكلام قد تدخل كالمرافق والكعاب في الوضوء وقد لا تدخل كالصوم والطلاق لا يقع بالشك فلا تدخل الغاية المنتهى إليها وعلى هذا الخلاف إذا قال لك من درهم إلى عشرة فعنده يلزم تسعة وعندهما عشرة وعند زفر ثمانية • وحكي عن الأصمعي أنه لقي زفر على باب الرشيد فسأله عن قول الرجل أنت طالق من واحدة إلى ثلاث فقال تطلق واحدة لأن كلمة ما بين لا تتناول الحدين ولو قال من واحدة إلى ثلاث لأن الغاية لا تدخل تحت المغيا فقال له ما تقول في الرجل قيل له كم سنك فقال من ستين إلى سبعين أو ما بين ستين إلى سبعين أيكون تسعة فانقطع زفر وجوابه أن المراد في العرف من قول الرجل سني ما بين ستين إلى سبعين ما بين العددين المذكورين ولا شك أن العدد الذي بينهما أكثر من ستين كيف يكون تسعة فلا يتجه سؤال الأصمعي فلذا يقول زفر في قوله ما بين واحدة إلى ثلاث أن المراد ما بين العددين وهذا ما سنح به خاطري في هذا المقام **قوله** في الأول لا يقع شيء أي في قوله من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثنتين **قوله** وفي الثاني يقع واحدة أي في قوله من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث **قوله** تحت المضروب له الغاية أي تحت الشيء الذي ضرب له الغاية [ولأبي حنيفة] أن المراد به الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر وفيه نظر لأن الأكثر من الأقل لا يراد في قوله من واحدة إلى ثنتين عند أبي حنيفة وكذا في قوله ما بين واحدة إلى ثنتين والتحقيق ما قدمناه **قوله** وإرادة الكل فيما طريقه طريق الإباحة وهذا جواب عن قولهما أن مثل هذا الكلام يراد به الكل كما في قوله خذ من مالي من درهم إلى مائة فقال إنما يراد الكل في العرف في الإباحات والأصل في الطلاق الحظر فلا يراد الكل وقوله كما ذكرنا إشارة إلى قوله خذ من مالي **قوله** بخلاف البيع هذا جواب عن قول زفر أن الحدين لا يدخلان في المحدود كما في قوله بعت من هذا الحائط إلى هذا الحائط فقال ثمة فوق قضية القياس وذاك لأن في المبيع لا وجود للطلقة الثانية إلا بوجود الأولى لأن الثانية مترتبة على الأولى لا محالة ووجود الأولى بوقوعها فلا بد من القول بالوقوع بخلاف الغاية في باب البيع فإنها موجودة قبله فلم تقع الضرورة إلى إدخال الغاية في المبيع فبقيت الغاية خارجة عن المبيع على أصل القياس **قوله** ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء يعني إذا نوى الواحدة في قوله ما بين واحدة إلى ثلاث أو في قوله من واحدة إلى ثلاث صدق ديانة لاحتمال كلامه ولا يصدق قضاء لأنه خلاف الظاهر **قوله** ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم يكن له نية فهي واحدة • وقال زفر يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل قال لامرأته أنت طالق واحدة في ثنتين قال إن نوى الضرب والحساب فهي طالق واحدة وإن نوى واحدة مع ثنتين فهي ثلاث وإن نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث وإن لم يكن له نية فهي واحدة وإن قال أنت طالق ثنتين في ثنتين ونوى ضرب الحساب فهي طالق ثنتين • وقال زفر يقع في الأولى ثنتان وفي الثانية ثلاث اعتبارا بحساب الضرب أما إذا نوى بكلمة في كلمة مع في قوله واحدة في ثنتين يقع الثلاث بالاتفاق سواء دخل بها أو لم يدخل بها لأن كلمة في تستعمل بمعنى مع قال تعالى فادخلي في عبادي أي مع عبادي ويقال دخل الأمير البلد في جنده أي مع جنده ولو نوى الواو يقع الثلاث أيضا بالاتفاق إلا إذا كانت المرأة غير مدخول بها فحينئذ لا تقع الجملة كما إذا قال لها أنت طالق واحدة وثنتين فإنما جاز أن يراد بها الواو لأن الواو للجمع المطلق والظرف يجمع المظروف ولو نوى الظرف تقع واحدة في الصورة الأولى وثنتان في الصورة الثانية بالإجماع لأن الطلاق لا يصلح ظرفا للطلاق لأنه عرض فصار ذكر الثاني لغوا وأما إذا نوى الضرب فوجه قول زفر فيه أن الواحدة في الاثنين اثنان فإن الاثنين في الاثنين أربعة ولكن لا مزيد للطلاق على الثلاث فيقع الثلاث في الصورة الثانية وهذا أمر مشهور عند الحساب لأن الضرب تضعيف أحد العددين بعدد ما في العدد الآخر مثل الأربعة في الخمسة تكون عشرين لأن العشرين تضعيف الأربعة خمس مرات أو تضعيف الخمسة أربع مرات فعلى هذا يكون حاصل قوله واحدة في ثنتين واحدة مرتين أو ثنتين مرة واحدة فتقع الثنتان ضرورة في الأولى وكذا

الثلاث في الثانية • ووجه قول اصحابنا ان الضرب اثره في تكثير اجزاء المضروب لا في زيادة العدد والطلاق الذي له اجزاء
كثيرة مثل الطلاق الذي له اجزاء قليلة • ولهذا لو قال لها انت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها لم يقع الا واحدة وعلى هذا
الخلاف اذا اقر وقال لفلان علي عشرة دراهم في عشرة دراهم ونوى حساب الضرب فعندنا يلزمه عشرة وعند زفر يلزمه مائة
ان نوى الواو او مع فحينئذ يلزمه جميع ذلك ويحلفه القاضي بالله ما اردت الا الاقرار بذلك كله اذا كان الخصم يدعيه
ولقائل ان يقول من جهة زفر سلمنا ان الضرب اثره في تكثير الاجزاء لا في زيادة العدد ولكن ما زدنا في العدد شيئا بل انما
قدرنا ما تكلم به الرجل وهو ثنتان في الصورة الاولى لان معنى قوله انت طالق واحدة في ثنتين اي طلقة واحدة في طلقتين
اثنتين وما زدنا على الطلقتين شيئا اخر وانما لم يقع في قوله انت طالق نصف تطليقة وسدسها وثلثها راجع الى تطليقة واجزاء
التطليقة الواحدة لا تزيد عليها لا محالة ولهذا اذا قال انت طالق ثلاثة انصاف تطليقة ونصف تطليقة وربع تطليقة يقع ثلاثا
على انا نقول فيما اضاف الاجزاء الى الطلقة فلو جمعت زادت على الواحدة يقع ثنتان عند بعض المشايخ • ولهذا قال في شرح الطحاوي
وغيره اذا قال انت طالق سدس تطليقة وثلثها وربعها ونصفها لم يذكر هذا في ظاهر الرواية ثم قال وقال بعضهم يقع تطليقتان
قلت لا شك ان الثنتان في الاولى والثلاث في الثانية والرجل ينادي باعلى صوته ويقول اني نويت الضرب والحساب وكلامه يحتمل
بل هو يوجه على ما هو الظاهر من الحساب وليس يتهم في ذلك لانه شدد على نفسه **قوله** على ما بيناه اشارة الى قوله لنا
ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب • ولو قال انت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وهي مسئلة
الجامع الصغير • وعند زفر هي بائنة لانه وصفه بالطول ولكن يرد عليه اذا صرح بالطول والعرض فقال انت طالق طويلة او عريضة
حيث يقع الطلاق رجعيا عنده مع وجود التصريح ويمكن ان يجاب بان يقال الثابت بطريق الكناية المع من الثابت بطريق التصريح لقوله
فلان كثير الرماد ابلغ من قولهم فلان جواد فلما كان كذلك قال في الثابت بطريق الكناية بوقوع البائن • وقال الثابت بالتصريح
بوقوع الرجعي • ولنا انه وصفه بالقصر وذلك لان الطلاق اذا وقع في مكان يكون واقعا في جميع الاماكن فلما خصصه ببعض
الاماكن يكون وصفا له بالقصر والطلاق يحتمل الطول والقصر حقيقة وانما يحتمل ذلك حكما والقصر من حيث الحكم هو الرجعي
بخلاف ما اذا صرح بالطول حيث يقع بائنا عندنا لان طول الطلاق من حيث الحكم لا يكون الا بالبائن والشام بلاد الشام اسم
بلد على وزن فاس • قال الاعشى • وصحبا من الجنة املا كا ترامانا بالشام ذات الرفيف يقال رفا الرجل يرف رفا ورفيفا
اذا اهتز من نضارته **قوله** ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذلك قوله انت طالق
في الدار وهذه مسئلة القدوري وانما وقع الطلاق في الحال لان الطلاق لا اختصاص له بمكان دون مكان لان المطلقة في كل
مكان فيقع في الحال ولو قال عنيت به اذا اتيت مكة لا يصدق قضاء لانه نوى خلاف الظاهر لانه لم يذكر ما بالتعليق ويصدق
ديانة لاحتمال كلامه ذلك والله تعالى مطلع على الضماير **قوله** ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل
مكة وذلك لانه علق طلاقها بالدخول والمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فلا يقع الطلاق ما لم يوجد الدخول
قوله ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل اي يتعلق الطلاق بفعل الدخول ذكر هذه المسئلة وهي من مسائل الاصل
تفريعا لمسئلة القدوري • قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي وان قال في ذهابك الى مكة او في دخولك دار فلان او في لبسك
ثوب كذا لم تطلق حتى تفعل ذلك ثم قال وان قال انت طالق في مرضك او وجعك او صلاتك لم تطلق حتى تمرض او تصلي وذلك لان في
حرف موضوع للظرف والدخول ونحوه فعل لا افعال لا تصلح ان يكون ظرفا شاغلا للطلاق فيكون عوضا فاريد معنى مع كما
في قوله تعالى فادخلي في عبادي او حمل على معنى الشرط مجازا تصحيحا للكلام اعمالا لان اتصال المظروف بالظرف مثل اتصال المشروط
بالشرط لان الحال شروطا ايضا وذاك لان المظروف لا يوجد بدون الظرف كالمشروط لا يوجد بدون الشرط والمناسبة
الاخرى بين الشرط والظرف ان الظرف سابق على المظروف كالشرط سابق على المشروط • ولو قال انت طالق في ثوب كذا وعليها غيره
او قال في البيت او في الظل او في الشمس ونحو ذلك قال انت طالق في الدار يقع الطلاق في الحال لما قلنا ان الطلاق الواقع في مكان واقع في
جميع الاماكن ولا يصدق قضاء اذا عنى لبس ذلك الثوب لكونه خلاف الظاهر **قوله** فحمل عليه اي حمل على الشرط
قوله في اضافة الطلاق الى الزمان لما شرع في باب ايقاع الطلاق ذكر عقيبه فصولا متراد فة تناسب بعضها بعضا
من حيث الاضافة الى الزمان والتنويع والتشبيه

فصل

ولو قال انت طالق غدا وقع
عليها الطلاق بوقوع الفجر وهذه مسئلة الجامع الصغير وذلك لانه اضاف الطلاق الى
الغد فلا بد من ان يقع الطلاق عند اول جزء من الغد وهو الطلوع لان الغد يتحقق من ذلك الوقت وان قال عنيت به اخر النهار
يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق قضاء لانه اضاف الطلاق الى الغد والغد اسم لجميع اجزاء اليوم من طلوع الفجر الى غروب
الشمس فاذا عنى وقوع الطلاق في بعض اجزاء اليوم دون الجميع كان خلاف الظاهر لارادة التخصيص من العموم فلا يصدق ويدين لاحتمال
كلامه ذلك لان العام يحتمل الخصوص وهو اخر النهار لكنه خلاف الظاهر **قوله** ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم
يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه به واذا تكلم به وهذه مسئلة الجامع الصغير لا من خواصه ولكن وضع هذه المسئلة من صاحب الهداية
في هذا الموضع كما قيل من العصا ودحلها وكان ينبغي ان تقدم المسئلة التي بعدها عليها وانما اعتبر اول الوقتين حتى وقع الطلاق في
الصورة الاولى وهي قوله انت طالق اليوم غدا في اليوم وفي الصورة الثانية وهي قوله انت طالق غدا اليوم في الغد لانه ذكر
وقتين ولم يعطف احدهما على الاخر فصار ذكر الثاني لغوا وذلك لان الطلاق في الاولى منجز ولو قال وقع والواقع منجزا لا

لا يحتمل الاضافة وفي الثانية الطلاق مضاف الى الغد فلا يتنجز فلو تنجز لا يبقى المضاف مضافا وقوله اليوم غدا فيما ليس بنا سخ لحكم الاول
او لا نكاح ذكر اليوم لغوا انما ذكر حرف العطف وقال انت طالق اليوم وغدا لم يذكره صاحب الهداية وقد ذكره شمس الائمة
السرخسي في شرح الكافي والحاكم الشهيد فقال طلقت للحال واحدة ولا تطلق غيرها هذا بالاتفاق انما اذا قال انت طالق غدا
واليوم فكذا عند زفر وعندنا تقع اليوم واحدة وغدا اخرى لان قرانه لم يوكر بكلمة التكرار فلا يتكرر الوقوع • ولنا ان الطلاق
الواقع في اليوم صح ان تتصف به المراة في الغد فلا يتكرر في الصورة الاولى بخلاف الطلاق الواقع في الغد حيث لا تتصف به المراة
في اليوم فلا بد من الوقوع ايضا في اليوم في الصورة الثانية لانه عطف اليوم على الغد والعطف يقتضي الاشراك في الحكم والاخبر
اذا امكن ذلك والاقتضى الاعراب وان قال انت طالق الساعة غدا بدون حرف العطف طلقت الساعة واحدة وذكر اليوم
لغوا لما بينا **قوله** ولو قال انت طالق في غد وقال نويت اخر النهار دين في القضاء عند ابي حنيفة وقالا لا يدين في القضاء
خاصة وهذه مسئلة الجامع الصغير • اعلم انه اذا لم يذكر حرف في ولم يكن له نية تقع في اول النهار بالاتفاق ايضا وكذا
فان نوى اخر النهار يصدق ديانة عند ابي حنيفة ديانة وقضاء وعندهما يصدق ديانة ولا يصدق قضاء كما في المسئلة
الاولى لهما انه اضاف الطلاق الى الغد به جزمته لانه خلاف الظاهر لانه تخصيص العام فلا يصدق قضاء كما في المسئلة
الاولى وهذا لان قوله غدا وفي غد كلاهما ظرف ثم لا يصدق قضاء في الاول فكذا في الثاني ولابي حنيفة ان كلمة في
للظرف والظرف لا يقتضي الاستيعاب كما في قولك في جوالق حنطة لكن اول الجزء الاول يوقوع الطلاق فيه عند عدم
النية مزاحمة سائر الاجزاء اياه لانه سابق في الوجود بخلاف ما اذا عنى الجزء الاخير من النهار حيث يتعين للوقوع فيه لان
التعيين القصدي اولى من التعيين الضروري بالاعتبار بخلاف ما اذا قال غدا لانه يقتضي الاستيعاب لانه وصف المراة
بصفة الطلاق مضافا الى جميع الغد فلا يصدق في نية اخر النهار قضاء • وهذا بيان ما قال صاحب الهداية • وقال فخر
الاسلام البزدوي في اصوله ان حرف الظرف اذا سقط اتصل الطلاق بالغد بلا واسطة فيقع في كله فيتعين اوله فلا يصدق
في التاخير واذا لم يسقط حرف الظرف صار مضافا الى جزء منه مبهم فكون نيته بيانا لما ابهمه فيصدق ديانة وقال ان
صمت الدهر يقع الابد وفي الدهر يقع ساعة • واستدل الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير في الفرق بين الحالين
بقوله والله لا جالسنك غدا يوم الخميس وفي يوم الخميس قال في الاول يفهم امتداد المجالسة من اول اليوم الى اخره واشتمال اليوم
عليه على المجالسة واستيعابه لها جميع اجزائه وفي الثاني يفهم وجودها في جزء منه وعلى هذا التخريج كلام اصحابنا في
في الفروق من ذكر في كتب الاصول والفروع نحو المبسوط وغيره وفي جميع ذلك نظر لان الغد مفعول فيه على كلا
التقديرين ولا معنى لقولهم اذا كان بلا واسطة يكون كل الغد مرادا واذا كان بواسطة في يكون الجزء مرادا لانه في الحالين
جميعا ظرف واستداد المجالسة ايضا عند تركه في ممنوع وذلك مجرد ادعاء لا برهان عليه لانه قد يكون وقد لا يكون
فلا احتمال لا يثبت القطع والوجه عندي ان يقال ان الظرف لا يستدعي الاستيعاب بان يكون المظروف شاغلا للظرف
بجميع اجزائه وهو الاصل في معنى الظرف فلما كان كذلك قلنا ان الظرف المذكور بحرف في امكن في الظرفية من الظرف
بدون حرف في بدليل انه قد يتسع في الظرف فيجري مجرى المفعول به اصلا فراعينا الاصل معنى الظرف وهو عدم الاستيعاب فيما كان
امكن في الظرفية وهو الذي لا يحتمل غير الظرف فقلنا بان الجزء هو المراد لا الكل تحقيقا لمعنى الظرف الا ان تعيين الجزء الاول لعدم
المعارض بخلاف ما يتسع فيه حيث قلنا بان الكل هو المراد لان ظرفيته ليست بقوية لجواز اجرايه مجرى المفعول به فصار كان
الفعل واقع عليه وان كان واقعا فيه فلم يصدق في ارادة الجزء قضاء وقد بينا نحو ذلك في شرحنا الموسوم بالتبيين اعلم ان قول
الرجل لامراته انت طالق في رمضان مثل ما ذكرنا في انت طالق في غد فان لم يكن له نية فهي طالق حين تغيب الشمس
من اخر يوم من شعبان لانه حينئذ يوجد الجزء الاول من رمضان وان نوى اخر رمضان فهو على الخلاف المتقدم وهذه
مسئلة الاصل ذكرناها تكثيرا للفائدة وان لم يذكرها صاحب الهداية **قوله** ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها
اليوم لم يقع شيء وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة فيمن قال لامراته انت طالق امس وانما تزوجها اليوم
قال لا تطلق وان كان تزوجها اول من امس فهي طالق الساعة وهي من الخواص هذه العبارة وذكر في الاصل طلقتك امس وانما
تزوجتك اليوم وانما لم يقع الطلاق في الصورة الاولى لانه اضاف الطلاق الى زمان لم يكن مالكا فيه لانها ما كانت فيه فصار ذكرا للطلاق
لغوا بخلاف الصورة الثانية فانه اضاف الطلاق الى زمان كان مالكا فيه للايقاع فيه لكنه وصف المراة بالطلاق في الحال مستندا
الى امس وهو يملك الايقاع في الحال ولا يملك الاسناد فلهذا طلقت في الحال • قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي وان قال لامراته قد طلقتك
قبل ان اتزوجك فهو باطل وكذلك قبل ان تولدي او قبل ان اولد او قبل ان اخلق وكذلك قوله قد طلقتك امس وانما تزوجتها اليوم
وان كان تزوجها قبل امس طلقت حين قال ذلك وان قال قد طلقتك وانا صبي او قال وانا نائم لم يقع شيء وان قال وانا مجنون طلقت
الا ان يكون عرف بالجنون فيصدق في اللفظ الكاذب والمعنى ما قلنا **قوله** ولا يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح بيانه
ان حقيقة قوله انت طالق اخبار وانما يحمل انشاء اذا تعذر العمل بحقيقته وقد امكن ذلك في قوله انت طالق امس فيما اذا تزوجها اليوم
فانها كانت امس خالية عن قيد النكاح فيحمل اخبارا على معنى انك ما كنت في قيد نكاحي امس او كنت طالق امس بتطليق غيري من زوجها الاول
قوله ولا يمكن تصحيحه اخبارا اي عن عدم النكاح امس لانه كان تزوجها اول من امس فلما لم يمكن تصحيحه اخبارا جعل انشاء وهو
ايجاب امر لم يكن والايجاب في الماضي ايجاب في الحال فكون طالقا في الحال **قوله** ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك

لم يقع حتى دخل من مسائل الجامع الصغير وذلك لانه اضاف الطلاق الى زمان منافٍ للطلاق لانه لا وجود للطلاق قبل النكاح فلا يقع وذكر في الجامع الكبير ثلاث مسائل يليق ذكرها بهذا الموضع • الاولى قوله انت طالق اذا تزوجتك قبل ان اتزوجك والثانية ان يجعل كلمة قبل متوسطة فيقول انت طالق قبل ان اتزوجك اذا تزوجتك • والثالثة ان تتقدم كلمة اذا فيقول اذا تزوجتك فانت طالق قبل ان اتزوجك وفي الفصلين المتقدمين يقع الطلاق عند وجود التزوج بالاتفاق وكذا في الفصل الثالث عند ابي يوسف وقال ابو يوسف ومحمد لا يقع والاصل فيه ان الطلاق اذا اضيف الى وقتين احدهما قبله والاخر لا قبله صح ما قبله وبطل ما لا قبله وان الاخر يلغى ما قبله • ثم ان كلمة قبل ظرف زمان وكذا اذا ظرف زمان ايضا فالجملة الاولى لا تقبل الطلاق والثانية تقبله فلا يضاف اليها وكيفما الفرق بين الفصل الثالث والاولين وهو ان في الفصل الثالث ترجحت جهة الشرط بدليل ذكر الفا في الجزا فالمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كانه قال عند التزوج انت طالق قبل ان اتزوجك فلا يقع ولان الاخر هو الاضافة الى قبل التزوج لا الاول فاعتبر وذكر في بعض نسخ الجامع الكبير • ولو قال لامرأته اذا دخلت الدار فانت طالق قبل ذلك لم يقع حتى تدخل لانه علق بالدخول طلاقا قبله فامكن الايقاع قبل الدخول فيقع تعليقه قبل الدخول قوله او يصح اخبارا يعني يحمل الصيغة على الاخبار وقد امكن اعتبارها ولهذا انت طالق اخبارا عن عدم النكاح قبل التزوج في قوله انت طالق قبل ان اتزوجك لان حقيقة الصيغة للاخبار وقد امكن العمل بها فلا يجعل انشا قوله على ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج قوله ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك وسكت طلقت وهذه مسألة الجامع الكبير وذلك لانه اضاف الطلاق الى وقت خال عن التطليق وقد وجد ذلك حين سكت فيقع اما ذا لانه يعني على الوقت فظاهر لانها من ظروف الزمان وكذا ما يراد بها الوقت كما في قوله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحياة وانما قيد بقوله وسكت لانه اذا قال موصولا انت طالق عقيب قوله انت طالق متى لم اطلقك بر في يمينه • ولهذا قال في شرح الطحاوي لو قال انت طالق ما لم اطلقك ثم قال انت طالق موصولا بكلامه فاصحابنا وقعت تطليقة وبر في يمينه • وقال زفر يقع ثلاث تطليقات • وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي وهذا استحسان والقياس ان يقع عليها ثلاث تطليقات حين سكت فيما بين فراغه من يمينه الى قوله انت طالق • وقال الحاكم ايضا وان قال انت طالق حين لم اطلقك او لانه لم يعني طالق حين سكت وكذلك قوله زمان لم اطلقك وحيث لم اطلقك ويوم لم اطلقك فان قال زمان لم اطلقك وحين لم اطلقك لم تطلق حتى يمضي ستة اشهر وذلك لان لم موضوع لقلب المضارع ماضيا ونفيه وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق وحيث عبارة عن المكان فكم من مكان لم يطلقها فيه فوجد شرط الطلاق وكلمة لا للاستقبال فان لم يكن له نية لا يقع للحال وانما يراد ستة اشهر لانه اذا اوسط استعمال الحين اذ يراد به الساعة كما في قوله تعالى حين تمسون وحين تصبحون ويراد به ستة اشهر كما في قوله تعالى تؤتي اكلها كل حين ويراد به الاربعون سنة كقوله تعالى حين من الدهر والزمان كالحين لانهما في الاستعمال سوى يقال ما رايتك منذ زمان كما يقال ما لقيتك منذ حين وقد ذكرنا هذه المسائل بكثرة الفائدة وان لم يذكرها صاحب الهداية قوله ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت وهذه مسألة الجامع الصغير ايضا اي لم تطلق المراة حتى يموت الرجل فاذا مات طلقت • قال الحاكم الشهيد في الكافي ووقع الطلاق عليه قبل الموت بقليل ثم قال وليس في هذا التقليل حد معروف • وقال في شرح الطحاوي يقع قبل موته بلا فصل كما في قوله انت طالق ان لم ادخل الدار وجه ذلك انه علق الطلاق بعدم التطليق وعدم التطليق هو شرط وقوع الطلاق لا يتحقق الا باليأس عن الحياة • كما في قوله ان لم ادخل الدار فانت طالق او ان لم آت البصرة فلما انتهى الى الموت حصل الشرط باليأس والملك باق والمحل قابل لوقوع الطلاق ولم يذكر في الجامع الصغير موت المراة • وقال في الاصل موتها كموته واشار صاحب الهداية بقوله هو الصحيح اي في رواية الاصل واحترز به عن رواية النوادر بكر لا ميراث للزوج منها اصلا لانه وقع الفرقة بينهما قبل موت المراة بايقاع الطلاق عليها انما اذا مات الزوج او لا فلها الميراث ان كانت مدخولة بحكم الفرار وان لم تكن مدخولة فلا ميراث لها ايضا لان امراة الفار انما ترث اذا كانت العدة باقية وقت الموت ولا عدة على غير المدخولة في الطلاق • ونقل شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي عن الحاكم الشهيد عن النوادر وقال لا يقع الطلاق بموتها لانها قادرة على ان تطلقها ما لم تمت وانما عجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة • وجه ظاهر الرواية ان الايقاع حكم الوقوع وقد تحقق العجز عن الايقاع قبيل موتها لانه لا يعقبه الوقوع كما لو قال انت طالق مع موتك فيقع الطلاق المعلق قبيل موتها بلا فصل لان ذلك القدر من الزمان صالح لوقوع المعلق لاستيفائه بعض التكلم فيقع لوجود الشرط حال قيام الملك وبقاء المحل قوله وهو الشرط اي العدم هو الشرط اي عدم التطليق هو شرط وقوع الطلاق قوله هو الصحيح احترازا عن رواية النوادر قوله ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك واذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة وقالا تطلق حين سكت وهذه مسألة الجامع الصغير اعلم ان هذا الخلاف اذا لم يكن له نية اما اذا نوى الشرط فلا يقع الطلاق الا بموت احدهما بالاتفاق كما في ان واذا نوى الوقت لمعنى متى يقع الطلاق حين سكت بالاتفاق كما في متى فاذا مات ولم يطلقها طلقت في اخر جزء من اجزاء حياته في الحين الذي لو اشار ان يطلقها فيه قطعه عنه الموت كذا قال الطحاوي في مختصره • وجه قولهما ان اذا للاجازي بها وهو مذهب نحاة البصرة الا في الشعر لان حق ما يجازى به منهما لا يدري ايكون ام لا وذلك لان الشرط معدوم على خطر الوجود وان استعمل في الامور الواجبة الوجود وما علم انه كائن لا محالة كقولهم اذا طلعت الشمس خرجت واذا اذن للصلاة قمت • الا ترى الى قوله تعالى اذا الشمس كورت واذا السماء انفطرت وليس فيه خطر بل هو كائن لا محالة • والا ترى الى قول الشاعر ره واذا تكون كريهة ادعى لها • واذا اعاش حيث لم يحرم بها الفعل المضارع ولو كان مجازيا بها كما في كلمة ان لجزمه ولهذا اذا ا لما اذا نويت فانت طالق لا تخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت خلاف قوله ان شئت وجه قول ابي حنيفة ان اذا يجازى بها وهو مذهب اهل الكوفة كالكسائي والفراء بدليل انها تقلب الفعل الماضي او المستقبل فيستعمل بمعنى الماضي الى المستقبل وتجزم الفعل المضارع وتدخل في جوابها الفا كما في ان ولهذا اذا قال اذا طلعت الشمس خرجت يكون معناه الاستقبال الراجح الى الشك لقول الشاعر • واستغن ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل • يعني جزمت اذا تصبك ودخل في جوابها الفاء في قوله فتجمل فلما كانت اذا جازى بها قلنا عند عدم النية ان حمل على الشرط لا تطلق حتى يموت احدهما فان حمل على الوقت تطلق حين سكت فوقع الشك في وقوع الطلاق فلا يقع بالشك ما لم يقع باليقين وكذلك نقول في المسئلة لانا ان حملنا اذا بمعنى ان تخرج الامر من يدها وان حملناها بمعنى متى لا تخرج وكان الامر بيدها بيقين فلا تخرج بالشك والبيت لعبد قيس ابن خفاف وما قبله • اجبيل ان اباك كارب يومه • فاذا دعيت الى المكارم فاعجل • الله فاتقه واوف بنذره • واذا حلفت مماريا فتحلل • وبعده • واستغن ما اغناك البيت والقصيدة مشهورة في الاصمعيات قال تعالى اذا الشمس كورت قال القتبي قال ابو عبيدة تكوراي تلف كما تكور العمامة • وقال بعض المفسرين كورت اي ذهب ضوءها واذا تكون كريهة الى اخره قيل انه لابن احمر وقيل لجري بن ضمرة • قال صاحب ديوان الادب الكريهة اسم لشدة الباس في الحرب ويقال للسيف ذو الكريهة • وقال في الجمهرة الحيس معروف تمر تخلط بسمن واقط ثم يدلك حتى يختلط • قال الراجز التمر والسمن جميعا والاقط الحيس الا انه اسم رجل وهو علم منقول عن اسم الحيس وهو ضرب من الجراد وانما جندب من اسماء الداهية ايضا قوله استغن ما اغناك البيت قائله عبد قيس ابن خفاف ابن عمرو ابن حنظلة اوصى به ابنه جبيلا والخصاصة في البيت بمعنى الفقر وفي غيره جاء بمعنى لنقب الصغير وتجمل اذا اراي من نفسه انه حسن الحال وان كان مجهودا قوله لان اللفظ يحتملها اي لان لفظ اذا يحتمل الوقت والشرط لانه يستعمل فيهما جميعا قوله ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق هذه التطليقة وهذه من مسائل الجامع الصغير • واشار بقوله هذه التطليقة الى قوله انت طالق ثانيا فان قال صاحب الهداية معناه قال ذلك موصولا به اي بهذا الكلام انه قال قوله انت طالق ثانيا موصولا بقوله انت طالق ما لم اطلقك وكذا لو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق وبه صرح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير • وذكر في الاصل ان قال متى لم اطلقك واحدة فانت طالق ثلاثا ثم قال حين سكت انت طالق واحدة موصولا بكلامه فقد بر في يمينه وهذا استحسان وفي القياس تقع عليها ثلاث تطليقات وبالقياس اخذ زفر لانه وجد زمان خال عن التطليق وان قل فيقع الطلاق المضاف لوجود شرطه • ثم ان قوله انت طالق انما يكون تطليقا اذا تم فقبل ان يتم لا يكون تطليقا فيوجد شرط الحنث فيقع الطلاق المضاف وهو قياس مهجور لان غرض الحالف من يمينه تحقيق البر والبر لا يحصل الا بان يكون هذا القدر مستثنى لانه لا يستطاع الامتناع منه فيكون عفوا اولا نسلم ان شرط الحنث قد وجد بل وجد شرط البر لانه اشتغل بالتطليق عقيب اليمين بلا فصل حتى لو انفصل يقع الطلاق المضاف والمرسل جميعا ان كانت المراة مدخولا بها وان لم تكن مدخولا بها يقع المضاف لا غير قوله والقياس ان يقع المضاف اي الطلاق المضاف اراد به قوله انت طالق ما لم اطلقك قوله اصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته اي اصل هذا الخلاف الذي وقع بيننا وبين زفر مسئلة كتاب الايمان وهي ما اذا حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته او حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال او حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته فعندنا في جميع الصور لا يحنث استحسانا وعند زفر يحنث قياسا قوله ومن قال لامرأته يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت وهذه من مسائل الجامع الصغير • وفي الاصل قال اذا قال يوم ادخل دار فلان فامرأته طالق ولا نية له فدخل ليلا او نهارا طلقت اعلم ان اليوم يذكر ويراد به النهار وهو زمان ممتد من طلوع الفجر الصادق الى غروب الشمس كما في قوله تعالى فعدة من ايام اخر وقوله تعالى من يوم الجمعة ويذكر ويراد به مطلق الوقت فيتناول الليل والنهار كما في قوله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره بدليل انه من فر من الزحف ليلا او نهارا استحق الوعيد والنهار لا يستعمل في الليل والليل لا يستعمل في النهار ثم الضابط في ارادة النهار او مطلق الوقت ان كل موضع يقبل التوقيت وضرب المدة بان يكون الفعل ممتدا يراد فيه النهار من اليوم كما في الصوم لان النهار الذي هو ممتد وكل موضع لا يقبل التوقيت وضرب المدة يراد فيه مطلق الوقت من اليوم لان مطلق الوقت الذي لا يمتد كما في يومئذ دبره وفي قوله يوم اتزوجك فانت طالق اريد باليوم مطلق الوقت لقرانه بفعل لا يمتد لحنث الرجل في تزوجها ليلا او نهارا الذين اختلفوا في الفعل الذي لا يمتد فقال صاحب الهداية الى انه الطلاق لانه قال والطلاق من هذا القبيل اي مما لا يمتد • وكذا شمس الائمة السرخسي مال الى انه الطلاق في مسئلة يوم ادخل الدار دار فلان فامرأته طالق في شرح الكافي وقال فخر الاسلام البزدوي وغيره كالصدر الشهيد والعتابي انه التزوج وهذا اوجه عندي لان اليوم مضاف الى التزوج في الكتاب او الى الدخول في الاصل والمضاف انما يحصل له التعريف او الاختصاص من المضاف اليه لا من غيره فكان اعتبار المضاف اليه وهو التزوج او الدخول اولى من اعتبار غيره وهو الطلاق بخلاف ما اذا قال امرك بيدك يوم يقدم فلان حيث يراد به النهار اعتبارا بالفعل الامر باليد وهو مما يمتد كالصوم ولو اعتبر القدوم المضاف اليه وهو مما لا يمتد لان ما حصلت المعارضة بين موجب الجزاء وموجب الشرط من حيث الامتداد وعدمه فرجح جانب الجزاء لان في الامتداد عمل مطلق الوقت دون العكس وقد حققناه في شرحنا الموسوم بالتبيين وهذا اذا لم يكن له نية اما اذا نوى من اليوم النهار يصدق في القضاء لانه نوى في كلامه حقيقته المستعملة ولو قال ليلة اتزوجك فانت طالق وقال ليلة ادخل دار فلان فامرأته طالق فوجد قبل التزوج او الدخول في النهار لا تطلق لان الليل لا يستعمل

نظ في النهار وبينهما منافاة فلا يراد بين الضد ضده **قوله** يراد به المعيار اي يراد باليوم المعيار اذا قرن بفعل ممتد والمراد من المعيار ان يكون ممتدا بامتداد الفعل كاليوم في الصوم **قوله** وهذا اليق اي المعيار اي كون المعيار مرادا من اليوم اليق من الفعل الممتد لان الفعل الممتد يحتاج الى وقت ممتد وهو بياض النهار الذي صار المعيار عبارة عنه بخلاف ما اذا لم يكن الفعل ممتدا حيث لا يحتاج الى وقت ممتد بل يكفيه مطلق الوقت **قوله** من هذا القبيل اي مما لا يمتد **قوله** فينتظم الليل والنهار اي ينتظم ايا منها لقرانه بما لا يمتد والله تعالى اعلم

فصل

قوله ومن قال لامراته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا وهذه مسئلة الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يقول لامراته انا منك باين ينوي الطلاق كانت طالقا قال وكذلك لو قال انا عليك حرام ينوي الطلاق كانت طالقا وهذا مذهبنا وعند الشافعي يقع الطلاق بقوله انا منك طالق اذا نوى الطلاق له ان الطلاق مزيل للنكاح وهو قائم بالزوجين جميعا فيصح اضافة الطلاق الى المراة لازالة النكاح القائم به كما في قوله انا منك باين او انا عليك حرام • ولنا ان الطلاق لازالة القيد والقيد بالنكاح حصل للرجل على المراة لا للمراة على الرجل الا ترى ان المراة لا تتزوج زوجا اخر مادام نكاح الاول باقيا والرجل يتزوج المراة الاخرى بخلاف لفظ الابانة والتحريم لان الابانة تدل على قطع الوصلة المشتركة بينهما فلهذا جاز اضافة الحرام اليه كما جازت اضافته اليها • الا ترى انه يقال حرم عليها كما يقال حرمت عليه فلما لم يكن القيد على الرجل لم يصح اضافة اللفظ الذي يدل على زوال القيد وهو الطلاق الى الرجل ولو ان الطلاق لو ثبت وقع على المراة لا يخلو اما ان يثبت ابتداء او بناء على ثبوته في الرجل فلا يجوز الاول لعدم اضافة الطلاق اليها ولا يجوز الثاني ايضا لان الرجل ليس بطالق من المراة لعدم القيد فيه فلغا **قوله** انا منك طالق كما اذا قال لعبده انا منك حر حيث لا يعتق • فان قلت لا نسلم عدم القيد في الرجل ولهذا لا يجوز له ان يتزوج اربعا سواها عليها واختها وابنة اختها وابنة اخيها قلت ذلك باعتبار عدم المشروعية لا باعتبار ان القيد واقع على الرجل • بيانه ان اربعا سواها لم يكن حسا والجمع بين الخمس لا يجوز ابتداء وان لم يتزوج الواحدة قبل الاربع وكذا الجمع بين الاختين لا يجوز ابتداء وكذا الجمع بين المراة وبنت اختها وابنة اخيها او اختها لا يجوز فلو كانت حرمة الزوج لوجود القيد على الرجل لجاز الجمع في هذه الصور ابتداء لعدم القيد فعلم ان ما ذكر من عدم جواز نكاح الاربع او الاخت عليها لم يدل على وقوع القيد على الرجل **قوله** في الوجه الاول اي في قوله انا منك طالق **قوله** لان ملك النكاح مشترك • قال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه وهو شرح الكافي للحاكم الشهيد يقول بان الملك مشترك كلام لا معنى له بل الملك للزوج عليها خاصة حتى يتزوج المسلم الكتابية ولا يتزوج الكتابي المسلمة **قوله** بالتمكين اي تمكين المراة نفسها **قوله** والطلاق وضع لازالة القيد اي لازالة الملك والحل **قوله** فيصح مضافا اليه اي يصح الطلاق الطلاق مضافا الى الزوج **قوله** كما في الابانة والتحريم اي في قوله انا منك باين او انا عليك حرام يقع الطلاق بالاجماع اذا نوى **قوله** وهو فيها اي القيد في المراة **قوله** ولو كان لازالة الملك فهو عليها ايضا لا نسلم ان الطلاق لازالة الملك ولئن سلمنا انه لازالة الملك لكن لا نسلم ان الملك للمراة على الرجل بل الملك للرجل على المراة • الا ترى ان الرجل هو المالك بنفسه ووجبت عليه المهر والنفقة مقابلة ملكه **قوله** وهي مشتركة اي الوصلة **قوله** وهو مشترك اي الحل **قوله** فصحت اضافتهما اليهما اي اضافة الابانة والتحريم الى الرجل والمراة جميعا **قوله** ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء وهذه مسئلة الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال لامراته انت طالق واحدة او لا قال ليس بشيء وهو قول ابي حنيفة في هذا من الخواص لانه لم يذكر قوله في الاصل وان قال انت طالق واحدة او لا شيء فهي طالق واحدة في قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع ابو يوسف وقال لا يقع عليه شيء وكذلك ان قال انت طالق ثلثا او لا شيء فهي طالق واحدة رجعية في قول محمد وقول ابي يوسف الاول ولم يذكر قول ابي حنيفة في الاصل كما ترى ونقل صاحب الاجناس عن كتاب الطلاق املاء رواية ابي سليمن قال ابو حنيفة لا يقع الطلاق كقول ابي يوسف • ثم قال صاحب الاجناس وكذلك ذكره عن ابي حنيفة في الحكايات • ثم اعلم ان ما ذكره في الجامع الصغير قول ابي حنيفة وابي يوسف على ما ذكره في الاصل من بيان قول محمد لانه لا فرق بين قوله او لا وبين قوله او لا شيء ولو كان المذكور في الجامع الصغير قول علمائنا الثلاثة جميعا كان عن محمد روايتان اما اذا قال انت طالق او غير طالق او قال انت طالق او لا او قال انت طالق او لا شيء لا يقع الطلاق بالاتفاق لدخول كلمة الشك في اصل الايقاع كما اذا قال لعبده انت حر او عبد لا يعتق بالاتفاق • وجه قول محمد ان الطلاق باعتبار دخول حرف الشك يبطل ما دخل فيه حرف الشك لا ما لم يدخل فيه حرف الشك وقد دخل حرف الشك في الواحدة في قوله انت طالق واحدة او لا وفي الثلث في قوله انت طالق ثلثا او لا شيء في قوله انت طالق بلا شك فيقع تطليقة رجعية ولابي حنيفة وابي يوسف ان الطلاق اذا قرن بالعدد يكون الواقع هو العدد فاذا بطل العدد لوقوع الشك لا يقع شيء اصلا الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا يقع الثلث بالاتفاق ولو قال لها انت طالق فقبل ان يقول واحدة او ثلثا ماتت المراة وقد قال ذلك لا يقع شيء فعلم ان الوقوع بالعدد **قوله** ذكر قول محمد في كتاب الطلاق اي ذكر محمد قول نفسه في كتاب الطلاق من الاصل **قوله** ولا فرق بين المسئلتين اي بين قوله انت طالق واحدة او لا وبين قوله انت طالق واحدة او لا شيء لانهما في المعنى واحد **قوله** هنا اي في الجامع الصغير **قوله** لدخول كلمة بينها وبين النفي اي لدخول كلمة الشك بين الواحد وبين حرف النفي وهو لا **قوله** ان الوصف متى قرن بالعدد قوله واحدة نعتا عدا الوقوع اصل العدد **قوله**

ثلثا مرادا به قوله ان الوقوع بالعدد لا بالصفة وهي طالق ولكن العدد وقع نعتا لمنعوت محذوف اي تطليقة واحدة فالمنعوت هو الواقع في الحقيقة فاذا كان الواقع هو ما يكون الشك داخلا في اصل الايقاع فلا يقع شيء **قوله** واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له فالضمير راجع الى الموصول وهو ما وهو عبارة عن التطليقة المحذوفة واراد بالعدد الواحدة وقوله كان الشك داخلا في اصل الايقاع جواب قوله اذا كان **قوله** ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال لامراته انت طالق مع موتي او مع موتك قال ليس هذا بشيء يعني لا يقع شيء وذاك لانه اضاف الطلاق الى حالة الموت وهي منافية لملك الطلاق فلا يقع • بيانه ان الموت امر مزيل للنكاح وانما يقع الطلاق على محل فيه النكاح فمحال ان يقع الطلاق مع عدم النكاح ولان ركن التصرف انما يقع صحيحا اذا صدر من الاهل مضافا الى المحل والا فلا • الا ترى ان الصبي او المجنون اذا طلق امراته لا يقع لعدم الاهلية واذا قال العاقل البالغ لحمار او لجدار انت طالق لا يثبت حكم الطلاق لعدم المحلية فعلم ان الاهلية والمحلية شرط لصحة التصرف وههنا فيما عدا موت الرجل مناف للاهلية وموت المراة مناف للمحلية فلا يقع شيء • ولا بد منهما اي ولا بد لصحة التصرف من الاهلية والمحلية **قوله** واذا ملك امراته او شقصا منها او ملكت المراة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة وهذه من مسائل القدوري • اعلم ان احد الزوجين اذا ملك صاحبه بشراء او ارث او هبة او صدقة تقع الفرقة بينهما للمنافاة بين ملك اليمين وملك النكاح اما اذا ملكته فلانها مالكة له بجميع اجزائه بحكم ملك اليمين فلو بقي النكاح يلزم ملك اليمين ان يكون نفسها وهو بعينها مملوكا للرجل والمالكية اثر القاهرية والمملوكية اثر المقهورية فمحال ان يكون الشيء الواحد في حالة واحدة مالكا ومملوكا وقاهرا ومقهورا فيلزم التنافي لا محالة والمنافي للشيء اذا وجد وطرى عليه يبطله كالردة واما اذا ملكها فلان ملك اليمين ليس بضروري واما ملك النكاح ضروري وبين السلب والايجاب منافاة فيلزم التنافي لا محالة فمن ثبوت الضد يلزم ارتفاع الضد الاخر اما ان ملك اليمين ليس بضروري فظاهر لانه مشروع مطلقا فانه يصح شراء وقت الضرورة او لا واما كون ملك النكاح ضروريا فلان القياس ان لا يصح ملك النكاح على الحرة اصلا كملك اليمين لحرمة اثرا في دفع ادني الاعيان لكن شرع ملك النكاح لضرورة تعلق البقاء بالعقد مع مخالطته • بيانه ان الله تعالى اراد بقاء العالم الى ما اراد من قيام الساعة وذلك لا يكون الا بايتان الذكور والاناث فلو لم يشرع النكاح لزم التغالب وفيه فساد والله لا يحب الفساد فشرع النكاح لهذه الضرورة وما في التقرير مر في كتاب النكاح في فصل المحرمات **قوله** او شقصا قال في ديوان الادب يقال شقص هذا المال شقص اي سهم **قوله** فينتفي اي ملك النكاح **قوله** ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء اي لو اشترى الزوج امراته الامة وهي من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يتزوج الامة فيدخل بها ثم يشتريها ثم يطلقها قال لا يقع عليها طلاق وقلت عما اذا اشترت المراة زوجها ثم طلقها وقال في الاصل واذا اشترت الحرة زوجها وهو عبد او ملكته بميراث او غيره لم يقع الطلاق الطلاق عليها وكذلك لو ملكت منه شقصا ثم قال وكذلك الحر يملك امراته وهي امة او بعضها انتقض النكاح ولا يقع طلاقه عليها ثم قال وكذلك المراة تجامعها زوجها او ابنه وكذلك ان جامع الزوج امها او ابنتها والاصل فيه ما قلنا من المنافاة بين الملكين بيانه ان الطلاق رفع قيد النكاح وقد ارتفع النكاح بالمنافي وهو ملك اليمين فلم يقع الطلاق وهي الحرمة بالمصاهرة منافية للنكاح ابتداء وبقاء كالحرمة بالرضاع والنسب **قوله** لا من وجه كما في ملك الشقص ولا من كل وجه كما في ملك الجميع **قوله** وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة اي يقع الطلاق في الصورة الثانية على ما روي عن محمد لوجوب العدة عليها • بيانه ان الطلاق يعتمد ملك النكاح او قيام العدة فلم يوجد في الفصل الاول وهو ما اذا اشتراها الزوج ثم طلقها لا ملك النكاح لزواله بالمنافي ولا قيام العدة لان الزوج يحل له وطيها فلم يقع الطلاق وفي الفصل الثاني وهو ما اذا اشترته المراة ثم طلقها يقع الطلاق لان العدة تجب عليها ولهذا لا يحل له وطيها ولا فرق في ظاهر الرواية بين الفصلين حيث لا يقع الطلاق لما ذكرنا من المنافاة المذكورة **قوله** وان قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها مولاها فله ملك الرجعة وهذه من خواص مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال لامراته وهي امة انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتق المولى الجارية قال الزوج يملك الرجعة • اعلم ان محمدا اراد بالعتق الاعتاق مجازا اطلاقا لاسم المعلول على العلة يدل عليه قوله اياك لانه ضمير منصوب ولا بد له من الفعل المتعدي • ثم اعلم ان بعضهم علل في شرح الجامع الصغير في وجه المسئلة بان ايقاع الطلاق قرن بايقاع العتاق فوجب ان يحل الطلاق عنه كانه علقه به وانما وجب ذلك لان اضافته اليه على سبيل القران لا يتصور بلا وجوده وليس في وسعه ايجاده الا في الاعتاق فوجب الترتيب عليه ضرورة القران بناء على وجوده • فاقول سلمنا ان قران الطلاق بالعتاق لا يتصور بلا وجود العتاق لكن لا نسلم ترتيب الطلاق على وجود العتاق لانه حينئذ لا يبقى القران قرانا بل يصير تعاقبا والتحقيق في الباب ان يقال انه قرن الطلاق بالاعتاق ثم الاعتاق كما يوجد العتق معه لان المعلول مع العلة مقترنان كالكسر مع الانكسار فاذا كان الطلاق مقرونا بالاعتاق يكون مقرونا بالعتق ايضا لا محالة والعتق ضد الرق فوجود احد الضدين يستلزم زوال الضد الاخر ولا ينفي زواله على وجود الاخر ولا يبعد ان يقال وجد السكون فزال الحركة او وجد الحركة فزال السكون فانه يستلزم اجتماع الضدين وهو محال بل وجود احدهما مع زوال الاخر يقترنان فلما ثبت العتق ثبت زوال الرق معه فلا يصل فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهي حال زوال الرق فلا يوجب الطلقتان حرمة غليظة في الحرة فلهذا يملك الرجعة وصاحب الهداية علل وقال يملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق والعتق لان اللفظ ينتظمهما اي لفظ العتق ينتظم الاعتاق والعتق ثم قال واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق والعتق يوجد بعده اي يوجد التطليق بعد الاعتاق والعتق ثم قال ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متاخرا د

عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة • ولنا في قوله لان اللفظ مبهم فيه نظر لانه حينئذ يلزم الجمع بين الحقيقة
والمجاز وكذا في قوله الطلاق يوجد بعد التطليق لان الطلاق يوجد مع التطليق لا بعده لان التطليق علة الطلاق كالكسر مع الانكسار فلو
ترك ذكرهما لكان اولى • فان قلت كيف سمى صاحب الهداية اضافة الطلاق الى زمان العتاق تعليقا والمعلق غير المضاف • قلت سماها
تعليقا مجازا لا حقيقة لان التعليق توقيف امر على امر على خلاف الشرط فلما وجد توقيف الطلاق على العتاق سماه تعليقا وان لم يذكر بحرف
الشرط فصار كانه قال انت طالق ان اعتق مولاك قوله تعلق به الضمير راجع الى ما قوله والمذكور بعد الصفة
اي لعتق معدوم على خطر الوجود والحكم تعلق به فيكون شرطا قوله والمعلق بها التطليق اي الذي علق بعد الصفة
هو التطليق قوله تعلقا بالاعتاق والعتق كلاهما بالجر قوله يوجد بعده اي يوجد التطليق بعد الاعتاق والعتق
وهو موجودات اذا قوله فيصادفها • اي يصادف الطلاق المرأة قوله يعني يجيء وهو ان كلمة مع للقران هذا
اعتذار عما ورد على كلام محمد حيث قال يكون الطلاق متاخرا عن العتق فورد عليه بان قيل لا نسلم انه متاخر عنه لان كلمة مع للقران
والصحبة فقال سلمنا ذلك لكن قد يراد بمعنى الشرط وذلك لان الجزاء يترتب على الشرط لا محالة وقد سبق كلامه ولكن لو حمل الكلام على ما
حققناه نحمل على ما كان يحتاج الى تكلف اخر قوله يحمل عليه اي يحمل معه على التاخر قوله ولو قال اذا جاء غد فانت
طالق ثنتين • وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض وهذه من خواص الجامع الصغير
ايضا • اعلم انه لا خلاف في هذه المسئلة على رواية ابي سليمان الجوزجاني وعلى رواية ابي حفص الكبير فيه خلاف قال محمد يملك
الرجعة في الوجهين جميعا اي في هذه المسئلة وفي المسئلة المتقدمة وهي ما اذا قال لها انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك
وجه قول محمد ان الزوج اضاف التطليق الى زمان اضاف المولى اليه الاعتاق وهو مجيء الغد ثم التطليق مقارن لمجيء الغد فيكون
التطليق مقارنا بالاعتاق لان الاعتاق مقارن بمجيء الغد ايضا لان المقارن لمقارن الشيء مقارن لذلك الشيء لا محالة ثم الاعتاق
مع العتق يوجدان بلا فصل لاستحالة انفكاك المعلول عن العلة فكذا التطليق مع الطلاق فيقع الطلاق مع العتق مقارنا والطلقتان في الحرة
لا يوجبان حرمة غليظة فيملك الزوج الرجعة كما في المسئلة الاولى • ووجه قولهما ان الاعتاق والتطليق مقترنان لاضافة كل منهما الى ما
اضيف اليه الاخر وهو مجيء الغد ثم الاعتاق يصادفها حال كونها امة فالتطليق كذلك والطلقتان في الامة توجبان حرمة غليظة
فلا يملك الزوج الرجعة وعندي قول محمد اصح واقرب الى التحقيق قوله وعدتها ثلاث حيض وذلك لانها حرة زمان وجوب
العدة وعدة الحرة ثلاث حيض لا حيضتان فكذا في المسئلة الاولى عدتها ثلاث حيض قوله قرن الايقاع اي قرن الزوج
ايقاع الطلاق قوله علقه بالشرط اي علق الزوج الايقاع بمجيء الغد سماه تعليقا بالشرط وان كان اضافة لوجود الطلاق
معنى الشرط مجازا قوله به اي بالشرط قوله لانه علته اي لان الاعتاق علة العتق قوله اصله
الاستطاعة مع الفعل اي لان الاستطاعة التي يحصل بها الفعل لا تسبق الفعل لان الفعل معلولها فيقترنان وذلك لانها لو سبقت لا يخلو اما ان
تبقى الى زمان دخول الفعل او لا فيلزم من الاول قيام العرض بالعرض ومن الثاني يلزم حصول الفعل بلا قدرة وهو محال فكذا الاعتاق
لا يسبق العتق لان العتق معلوله قوله كالمسئلة الاولى اراد بها قوله انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك قوله ولهذا
تقدر عدتها بثلاث حيض هذا ايضاح لقوله فتطلق بعد العتق • بيانه ان الطلاق صادف الحرة ولهذا تعتد بثلاث حيض فلو صادف
الامة لزمها الاعتداد بالحيضتين وفي هذا الاستدلال الذي اورده صاحب الهداية نظر عندي لان الاعتداد بثلاث حيض باعتبار
انها حرة زمان وجوب العدة كما في المسئلة الاولى لا باعتبار ان الطلاق صادف الحرة قوله بخلاف المسئلة الاولى فرق صاحب الهداية بين هذه
المسئلة وبين المسئلة الاولى وحاصل الفرق ان التطليق والاعتاق كلاهما يصادفان الامة في الثانية فلا يملك الزوج الرجعة وفي الاولى التطليق
معلق بالاعتاق فيوجد الاعتاق ثم الطلاق بعد العتق فيملك الرجعة فيه الطلاق حالة العتق فكذا هنا التطليق والاعتاق مقرونان بزمان
واحد لاضافتهما اليه فيوجد كل منهما مع حكمه بلا فصل فيصادفها الطلاق حالة العتق فلا فرق اذا قوله على ما قدمناه اي في المسئلة الاولى
وهو ان الشرط متقدم على المشروط قوله ولا وجه لما قاله اي لما قال محمد لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته
لانه اي لان الاعتاق علة العتق كالطلاق يقارن التطليق لانه علته اما اي لان التطليق علة الطلاق فيقترنان اي الاعتاق
والتطليق يبقى كان الاعتاق وهي امة وكذا التطليق وهذا لا يدل على ان لا وجه لقول محمد لان التطليق كما قارن الاعتاق قارن الطلاق
العتق ايضا فيصادفها الطلاق وهي حرة فافهم

فصل

في تشبيه الطلاق ووصفه انما ذكر وصف الطلاق بعد ذكر
اصوله وتنويعه لان الوصف تابع للموصوف فناسب ذكره عقبه قوله ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام
والسبابة والوسطى فهي ثلاث وهذه من مسائل الجامع الصغير • قال العتابي في شرحه ويريد به الاشارة ببطون الاصابع دون ظهورها
اعلم ان الاشارة تقوم مقام البيان يدل على ذلك ما روي في صحيح البخاري مسندا الى جبلة بن سحيم قال سمعت ابن عمر يقول قال النبي صلى
الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وخنس الابهام في الثالثة يعني ان الشهر يكون تسعة وعشرين يوما ومعنى خنس اي قبض والانخناس
الانقباض • وفي الصحيح ايضا قالت اسماء صلى النبي صلى الله عليه وسلم في الكسوف فقلت لعائشة ما شان الناس وهي تصلي فاومت برأسها الى
الشمس فقلت آية فاومت برأسها ان نعم وفيه ايضا قال ابو قتادة قال النبي صلى الله عليه وسلم في الصيد للمحرم احد منكم امره ان يحمل عليه او
اشار اليه قالوا لا قال فكلوا وفيه ايضا عن ابن عمر قال النبي صلى الله عليه وسلم يقول الفتنة من ههنا واشار الى المشرق وكذا في العرف
تقوم الاشارة مقام البيان • الا ترى ان عمرا اذا قيل له هل زيد عندك فحرك رأسه طولا او عرضا يفهم منه نعم او لا فلما كانت الاشارة

تقوم مقام البيان للابهام الواقع في قوله هكذا قلنا يقع الطلاق بالاصابع المنشورة لا بالمضمومة بدليل العرف والسنة واليه اشار في
الاصل فانه قال فيه لو قال عنيت الاشارة بالاصبعين اللتين عقدت لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله
تعالى لانه نوى ما يحتمله • ثم اعلم ان بعض الناس طعنوا على محمد في تسميته السبابة وقالوا هذا اسم جاهلي فانما اسمها الشرعي المسبحة والجواب عنه
انه قد ورد في بعض النسخ السباحة مكان السبابة والسباحة اسم شرعي ايضا • الا ترى الى ما روى صاحب السنن باسناده الى عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف الطهور فدعا بماء في اناء فغسل كفيه ثلاثا ثم غسل وجهه ثلاثا ثم غسل
ذراعيه ثلاثا ثم مسح برأسه وادخل اصبعيه السباحتين في اذنيه ومسح بابهاميه ظاهر اذنيه وبالسباحتين باطن اذنيه ثم غسل رجليه
ثلاثا ثم قال هكذا الوضوء فمن زاد على هذا او نقص فقد اساء وظلم او ظلم واساء واخرجه النسوي وابن ماجه • واما الجواب على رواية السبابة
فانه قد جاءت هي في الحديث ايضا • الا ترى الى ما حدث الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى موسى بن ابي عائشة عن عمرو بن شعيب عن
ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال كيف الطهور فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فتوضأ فادخل اصبعيه السبابتين اذنيه
فمسح بابهاميه ظاهر اذنيه وبالسبابتين باطن اذنيه على انا نقول المعتبر في اللغات استعمال العرب العرباء لا استعمال اهل الحضر والمولدين
فالسبابة حينئذ اولى بالاستعمال لوقوعها في لغة العرب الفصح وعدم النهي عن التكلم بها ولانه اذا اطلق اشار بالسبابة لا يفهم منه معنى المسبة ولا ينظر
اليه اصلا بل يفهم الاشارة بالاصبع التي تلي الابهام فيجب ان يعلم ان الطعن صدر عن جهل قوله واذا اقترنت بالعدد المبهم اي اقترنت
الاشارة بالاصابع بقوله هكذا وهذا لان قوله كذا للعدد وفيه ابهام فيصلح للاشارة بالاصابع بيانا لما فيه بالابهام قوله وان
اشار بواحدة فهي واحدة يعني ان اشار باصبعه الواحدة وقال انت طالق هكذا تقع تطليقة • واعلم ان ذكر مسئلة الاشارة بالاصبع والاصبعين
بعد مسئلة الاشارة بالاصابع القياس وان كان قياس لو وضع على العلم لان المصنف هذا الكتاب يذكر مسائل الكتاب بين مختصر القدوري والجامع
الصغير بالاصالة ثم يفرع عليها ما يليق بالموضع من مسائل الاصل وغيره • وفي الجامع الصغير لم يذكر مسئلة الاصبع والاصبعين فلهذا
اخرها وهي مسئلة الاصل قوله لما قلنا اشارة الى قوله لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت
بالعدد المبهم قوله وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها يعني اذا اشار بظهور اصابعه الى المرأة فيقع الطلاق حينئذ بالمضمومة
من الاصابع لا بالمنشورة فيصدق قضاء في ارادة المضمومة هذا قول بعض المتاخرين • كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي بخلاف
ما اذا اشار اليها بالاصابع وبطونها الى المرأة حيث يقع الطلاق بالمنشورة لا بالمضمومة ولا يصدق قضاء في ارادة المضمومة ومعنى قوله فلو نوى
الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء قوله وكذا اذا نوى الاشارة بالكف يعني اشار اليها بالاصابع المنشورة وبطونها
الى المرأة وقال انت طالق هكذا ثم قال عنيت بها الاشارة بالكف لا بالاصابع يصدق ديانة لا قضاء قوله حتى تقع في الاولى
ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة اراد بالاولى الاشارة بالمضمومتين وبالثانية الاشارة بالكف وانما قيد بقوله ديانة لانه لا يصدق
قضاء لانه خلاف الظاهر فتطلق ثلاثا قضاء في الصورتين جميعا لانه اشار اليها باصابعه الثلاث المنشورة قوله ولو لم يقل هكذا
تقع واحدة يعني اذا اشار اليها بالاصابع المنشورة وقال انت طالق ولم يقل لفظ هكذا تقع طلقة واحدة لان الاشارة لم تقترن بالعدد المبهم فاعتبر
وجودها كعدمها فبقي قوله انت طالق ولا يقع به الا واحدة وان نوى الثلاث عندنا وقد مر بيانه قوله واذا وصف الطلاق بضرب
من الشدة والزيادة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وهذه من مسائل القدوري وفسر قوله بضرب من الشدة والزيادة في
مختصره بقوله مثل ان يقول انت طالق بائن وطالق اشد الطلاق وافحش الطلاق وطلاق الشيطان والبدعة وكالجبل وملء البيت وهذا كله
قول ابي حنيفة وفي بعض ذلك خلاف ابي يوسف ومحمد سنذكره ان شاء الله تعالى • ثم اعلم ان وقوع البائن في قوله انت طالق بائن او طالق
البتة مذهبنا وعند الشافعي يقع رجعيا في المدخول بها لان صريح الطلاق معقب للرجعة بالاجماع ووصفه بالبائن او البتة خلاف المشروع
على ان لا رجعة لي عليك • ولنا ان صريح الطلاق وان كان موجبه رجعيا يحتمل البينونة • الا ترى انه اذا طلقها قبل الدخول يكون بائنا
وان كان اللفظ صريحا وكذا اذا طلقها بعد الدخول وانقضت عدتها تثبت البينونة وان كان وقوع الطلاق بالصريح فعلم ان البينونة
محتمل لما تقع وصفه بالبائن والبتة ولانه وصف الطلاق بضرب من الزيادة فيه معنى لا يخلو اما ان يكون من حيث البينونة او من حيث العدد
والثاني منتف لعدم دلالة اللفظ على العدد فتعين الاول لدلالة اللفظ عليه ولا نسلم وقوع الرجعي في قوله انت طالق على ان لا رجعة لي عليك
عندنا بل يقع واحدة بائنة ايضا عند عدم النية وكذا اذا نوى الثنتين اما اذا نوى الثلاث لان قوله على ان لا رجعة لي عليك صار كناية من البينونة
والثلاث اعلى نوعي البينونة فتصح نيتها قوله لتعين احد المحتملين وهو المنع الثاني اراد به الرجعي والبائن وفيه نظر لان الرجعي ليس
محتمل الطالق بل هو موجبه والمحتمل هو البائن فافهم قوله لما مر من قبل اراد به ما ذكره في باب ايقاع الطلاق بقوله لان معنى
التوحد مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى عدد محض قوله ولو عنى بقوله انت طالق واحدة
وبقوله بائن او البتة اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع يعني اذا قال لها انت بائن وانت بتة ونوى الطلاق
يقع البائن فكذا اذا وصف الطلاق بذلك ونوى بكل واحدة منها الطلاق • وقال في الفتاوى الولوالجي وقيل الاول يقع رجعيا فالاول هو الاصح
عندي لان قوله بائن في قوله انت طالق بائن وقع خبرا بعد خبر للمبتدأ كما في قولهم زيد عالم عاقل اي جامع لهذين الوصفين فيثبت بكل
واحد منهما موجبه وموجب الطالق ثبوت الرجعة وموجب البائن ثبوت البينونة ولا منافي لوقوع الطلقتين البائنتين ولا يلزم من
كون الثاني بائنا كون الاول بائنا وصحة وقوع الثنتين في قوله انت طالق البتة فيها نظر عندي لان قوله البتة ان لم يجعل صفة للتاكيد وثبوت
البينونة فظاهر وكذا اذا نواه لان الطلقة مصدر محذوف بان يراد انت طالق الطلقة البتة والطلقة تقع على الواحدة ولا دلالة فيها على التكرار ثم
ان الطلقة مصدر وقع تاكيدا لما دل عليه قوله طالق وثلاثيته بما في قوله على سبيل الاصالة قوله واذا

قال انت طالق افحش الطلاق اي يقع تطليقة واحدة باينة وذلك لان الطلاق انما يوصف بالفحش باعتبار اثره وحكمه وهي
من حيث الاثر بالبينونة وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوأه لهذا المعنى وكذا اذا قال اشد الطلاق واشر الطلاق او اعظم الطلاق
او اكبر الطلاق فهذا كله باب واحد فان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى واحدة ولم تكن له نية فواحدة باينة لان معنى العظم والكبر
ظهور في الحكم فيكون كقوله انت طالق باين سواء • وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير • ذكر ابن سماعة في نوادره انه قال
اذا قال انت طالق اقبح الطلاق فان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى واحدة فهي واحدة رجعية عند ابي يوسف باينة عند محمد ابو يوسف
يقول ان صفة القبح لغوان الطلاق لا يوصف به فبقي قوله انت طالق ومحمد يقول اقبح الطلاق اغلظه وذلك في البائن • وقال
الحاكم الشهيد في مختصره الموسوم بالكافي وان قال انت طالق اكبر الطلاق فهي ثلاث لا يدين فيها اذا قال نويت فيها واحدة وذلك
لانه صرح بالكثرة فلم تعتبر نيته الواحدة وقال انت طالق كل الطلاق او اتم الطلاق فهي واحدة رجعية لانه ليس في لفظه ما ينبئ عن
العظم والشدة • وقال ايضا وان قال انت طالق طول كذا وكذا او عرض كذا وكذا فهي واحدة باينة ولا تكون ثلاثا وان نوى ذلك
لان الطول والعرض يدل على القوة والشدة لان الطول والعرض يكونان للشيء الواحد فصار كانه قال انت طالق واحدة طويلة او عريضة
كذا فلم تصح نية الثلاث • وقال ايضا وان قال انت طالق خير الطلاق او اعدله او احسنه او انفعه فهي طالق للسنة في وقت السنة وان
نوى ثلاثا فهي ثلاث للسنة • وقال الطحاوي في مختصره ولو قال لها انت طالق تطليقة حسنة او جميلة كانت طالقا تطليقة يملك فيها
رجعتها حائضا كانت او غير حائض ولم تكن هذه التطليقة للسنة • ثم قال وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انها تطلق تطليقة
للسنة • ثم قال وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انها طالق تطليقة للسنة كما لو قال انت طالق احسن الطلاق وقد ذكرنا من
المسائل كثيرا للفوائد وان لم يذكرها صاحب الهداية **قوله** وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة يعني تقع البائن
وقال لان طلاق الشيطان وطلاق البدعة ضد طلاق السنة وهو رجعي اذ الرجعي المثلث فيكون ضده باينا فقد ما بينا لانا
وعن ابي يوسف انه اشترط نية البينونة في طلاق البدعة لان الايقاع قد يكون في الحيض وهو بدعي مع انه رجعي فلا بد من نية
البينونة • وروى هشام عن محمد انه قال اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان انه يقع رجعيا لانه يتصور وقوعه بصفة
وهو رجعي بان يكون في حالة الحيض فلا يقع البائن بالشك وكذا اذا قال كالجبل اي كان باينا لذلك قوله كالجبل وهذا مذهب ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف يكون المشبه رجعيا لان المشبه به شيء واحد وكان تشبيها بالوحدة وهذا لان التشبيه يقتضي صفة زيادة وذلك
بالبينونة وقول ابي يوسف ضعيف لانه اذا قيل زيد كالاسد لا يحمل احد هذا الكلام على التشبيه في الوحدة وقال في شرح الطحاوي
ظاهر الرواية عن ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة
قوله وكان تشبيها به في توحيده اي تكان قوله انت طالق كالجبل تشبيها للطلاق بالجبل في توحيد الطلاق كالجبل
قوله ولو قال انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملء البيت فهي واحدة باينة الا ان ينوي ثلاثا وهذه من مسائل الجامع الصغير
وقوله انت طالق كالف من الخواص • بيانه اذا نوى الواحدة او لم تكن له نية فهي واحدة باينة فان نوى ثلاثا فثلاث اما البينونة
في قوله اشد الطلاق فلان شدة الطلاق في الابانة • واما وقوع الثلاث اذا نوى فلذكر المصدر ولانه اذا اريد ذكر الشدة ونوى
الثلاث كانت الثلاث تقع فلان تقع عند ذكر الشدة اولى • واما البينونة في قوله انت طالق كالالف فلان الالف يذكر ويراد به الشدة والقوة
يقال فلان الف رجل اي في القوة ويذكر ويراد به العدد فاذا نوى الواحدة تقع البائن على الاعتبار الاول واذا نوى الثلاث تقع الثلاث
على الاعتبار الثاني فان لم تكن له نية تقع الواحدة البائنة لان الاقل متيقن • وقال الولوالجي رحمه الله في الفتاوي روي عن محمد انه
تقع الثلاث لانه الاغلب في العدد وهو الظاهر وكان التشبيه بالالف تشبيها بالعدد ولو قال انت طالق واحدة كالالف فهي واحدة
باينة ولا تكون ثلاثا وان نوى لان الواحدة لا تحتمل العدد واما البينونة في قوله انت طالق ملء البيت فلان الشيء انما يملأ البيت اما
لعظمه واما لكثرته والعظم في الطلاق بالابانة والكثرة بالثلاث فايهما نوى صح فعند عدم النية تثبت الابانة لتيقن الاقل • وروى
الطحاوي عن ابي يوسف ومحمد في ظاهر الرواية اذا قال انت طالق مثل الجبل او ملء البيت او ملء الكوز يكون رجعيا • وقال في شرح الاقطع
لو قال انت طالق تطليقة تملأ الكوز كان باينا في قولهم جميعا وقال في شرح الاقطع لو قال انت طالق تطليقة تملأ الكوز يكون باينا في
قولهم جميعا لانه صفة للطلاق تقتضي زيادة عظم وذلك ليس الا للبينونة **قوله** اما الاول اراد به قوله اشد الطلاق
قوله واما الثاني اراد به قوله كالف **قوله** فتصح نية الامرين يعني اذا نوى الواحدة تقع البائن باعتبار التشبيه
في القوة واذا نوى الثلاث تقع ايضا باعتبار التشبيه في القوة واذا نوى الثلاث تقع ايضا باعتبار التشبيه في العدد **قوله**
وعند فقدها يثبت اقلهما اي يثبت عند فقدان النية يثبت اقل الامرين وهو الواحد البائن **قوله** والثالث
اراد به قوله ملء البيت **قوله** مثل الاصل عند ابي حنيفة الى اخره • واعلم ان الاصل فيما ذكرنا في شرح الجامع الصغير وهو انه متى
شبه الطلاق بشيء تقع باينا عند ابي حنيفة ومحمد سواء كان المشبه به صغيرا او كبيرا او نوى ذكر العظم يكون باينا والا فلا وهو الان
التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند ابي يوسف ان ذكر العظم يكون باينا والا فلا سواء كان المشبه به صغيرا او كبيرا لان التشبيه قد
يكون في التوحيد والعظم يقتضي زيادة وصف لا محالة وذلك بالبينونة وعند زفر ينظر الى المشبه به فان كان مما يوصف بالعظم
والشدة كان باينا والا فهو رجعي ذكر العظم او لم يذكر وقيل ان محمدا مع ابي يوسف • بيانه في قول الرجل لامرأته انت طالق مثل راس
الابرة ومثل حبة الخردل فهو باين عند ابي حنيفة ومحمد لمكان التشبيه رجعي عند ابي يوسف لانه لم يذكر العظم وكذا عند زفر لان
المشبه به مما لا يوصف بالعظم والشدة ولو قال مثل عظم الابرة كان باينا عند ابي حنيفة ومحمد للتشبيه وكذا عند ابي يوسف لذكر العظم

وعند زفر رجعي لان الابرة لا توصف بالعظم والشدة • ولو قال انت طالق مثل الجبل فهو باين عند ابي حنيفة ومحمد للتشبيه ايضا
ورجعي عند ابي يوسف لعدم ذكر العظم وباين عند زفر لان الجبل يوصف بالعظم عند الناس • اما اذا قال مثل عظم الجبل يكون باينا عند
الكل للتشبيه عندهما ولذكر العظم عند ابي يوسف ولكون المشبه به عظيما عند زفر • واما اذا قال انت طالق عدد التراب فهي واحدة رجعية
عند ابي يوسف لان التراب لا يعد فكانه شيء واحد وعند محمد تقع الثلاث لانه يراد بهذا اللفظ الكثرة • وقال الولوالجي في فتاواه رجل
قال لامرأته انت طالق عدد ما في الحوض من السمك وليس في الحوض سمك تقع واحدة • وكذلك لو قال انت طالق بعدد كل شعرة على
جسد ابليس لعنه الله تقع واحدة لا غير حتى يعلم ان على جسد ابليس شعرا ام لا لانه اذا لم يكن في الحوض سمك ولا على جسد ابليس شعر لم تقع على
عدد السمك والشعر فصار كانه قال انت طالق ولم يزد على ذلك • رجل قال لامرأته انت طالق بعدد الشعر الذي على بطن كفي تقع واحدة
ولو قال بعدد الشعر الذي على ظهر كفي وقد اطلى ظهر الكف فلم يبق الشعر لا تقع شيء لان بطن الكف لا يكون عليه شعر قط فلم تقع على عدد الشعر
اما على ظهر الكف شعر فتقع على عدد الشعر النابت فاذا لم يوجد لم يوجد الشرط • وكذلك لو قال لامرأته انت طالق بعدد الشعر الذي على
فرجك وقد اطلت ذلك اليوم بالنورة ولم يبق على فرجها شعر وقد ذكرنا هذه المسائل تكثيرا للفوائد وان لم تذكر في المتن **قوله**
لان التشبيه ان يكون بالتوحيد على التجريد يعني ان التشبيه قد يكون في مجرد وحدة الشيء من غير نظر الى شيء اخر **قوله** ولو قال انت طالق
تطليقة شديدة او طويلة او عريضة فهي واحدة عريضة باينة وهذه من مسائل الجامع الصغير وفيها خلاف زفر بيانه قبل فصل اضافة الطلاق
الى الزمان في قوله انت طالق من هنا الى الشام وانما وقع الطلاق باينا في الشديدة لما قلنا في الاشد وهو ان شدة الشيء وقوته بان لا يحتمل
الاعتراض عليه بالانتقاض وذلك في الطلاق بالباين بان الباين يشتد على الزوج بحيث لا يمكن تداركه باستقلال الزوج ويراد القوة بالطول
والعرض فلهذا يقولون ليس لهذا الامر هذا الطول والعرض اي هذه القوة • وروي عن ابي يوسف انه تقع الرجعي بهذه الالفاظ
الثلاثة لان وصف الطلاق بالشدة والطول والعرض ليس مما يحتمل للزوم قيام العرض بالعرض وجوابه لا نسلم ان قيام العرض بالعرض
لا يجوز وقد جوزه البعض لصحة قولهم حركة صحيحة سريعة وحركة بطيئة ولئن سلمنا ان قيام العرض بالعرض لا يجوز لكن نقول للاحكام الشرعية حكم
الجواهر فيجوز حينئذ او نقول سلمنا انه لا يجوز حقيقة يجوز مجازا **قوله** وهو الباين الضمير راجع الى ما في ما لا يمكن وما يصعب تداركه يقال
لهذا الامر طول وعرض اي يقال فيه **قوله** ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة اراد بالفصول
قوله تعالى انت طالق باين او البتة وانت طالق افحش الطلاق وقوله اخبث الطلاق او اسوأه وطلاق الشيطان وطلاق البدعة
وقوله اشد الطلاق او كالف او ملء البيت ومثل راس الابرة ومثل عظم راس الابرة ومثل الجبل ومثل عظم الجبل • وقوله انت طالق تطليقة
شديدة او طويلة او عريضة ففي هذه الفصول كلها تقع الطلاق الثلاث اذا نواها عند ابي حنيفة لانها مراد عنده والباين على نوعين خفيفة
وغليظة فاذا نوى الثلاث فقد نوى اغلظ النوعين واعلاهما • ذكر الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير مثل ما ذكر صاحب الهداية
من صحة نية الثلاث في الفصول كلها • ولكن الامام الزاهد العتابي قال في شرحه للجامع الصغير والصحيح انه لا تصح نية الثلاث في انت
طالق تطليقة شديدة او طويلة او عريضة لانه نص على التطليقة وانها تتناول الواحدة • ثم قال هكذا ذكر شمس الائمة السرخسي قال
وهذا اصح عندي لان النية انما تعمل فيما يحتمله اللفظ ذلك والتاء موضوعة للوحدة فلا يحتمل غير ذلك فلا تصح نية الثلاث في انت طالق تطليقة
قوله على ما مر اشارة الى قوله قبل صحة فتقع واحدة باينة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلاث فالثلاث

فصل في الطلاق قبل الدخول لما كان وضع النكاح للدخول كان الطلاق قبله من
العوارض • وشرع في بيان ذلك بعد بيان الطلاق بعد الدخول لانه الاصل
والاصل يقدم على العارض لعارض لا محالة **قوله** واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن عليها وهذه من مسائل
القدوري • وقال الحسن البصري تبين بقوله انت طالق ويلغو قوله ثلاثا كذا في شرح الاقطع • وقال في الاصل واذا طلق الرجل
امرأته ثلاثا جميعا فقد خالف السنة واثم بربه وهي طالق ثلاثا ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ويدخل بها ثم قال بلغنا ذلك عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم • وعن علي ابن ابي طالب وابن مسعود وابن عباس وغيرهم وان دخل بها او لم يدخل بها فهو سواء • واذا قال لها ولم يدخل
بها انت طالق انت طالق بانت بالاولى وكانت الاثنتان فيما مالك بلغنا ذلك عن عمر وابن مسعود وزيد ابن ثابت • ثم قال وقال ابن ابي
ليلى تقع عليها ثلاث تطليقات اذا كان في مجلس واحد • وجه قول الحسن ان قوله انت طالق تقع عليها فتبين الى غير عدة فيصادفها قوله ثلاثا
وهي اجنبية • ولنا ما روى محمد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اصحابه وهو ما ذكرنا انفا ولان الواقع هو المصدر المحذوف
وهو الطلاق الذي قام مقامه وهي الثلاث فانه تقديره انت طالق طلاقا ثلاثا لا قوله انت طالق وحده فاذا كان كذلك تقع الثلاث
جملة لان الطلاق اذا قرن بالعدد يكون الايقاع بالعدد لا بالطلاق وحده • الا ترى انها لو ماتت بعد قوله انت طالق قبل قوله ثلاثا
لا تقع شيء فيكون المجموع كالجملة الواحدة حينئذ لا ينفصل بعضه عن بعض لان ايقاع الثلاث لا يمنع عن لفظ ينافي من لفظ او جزء منه بخلاف
قوله انت طالق وطالق وطالق حيث انفصلت الثانية والثالثة لانها كلمات متفرقة فوقعنا الاولى دونها • ووجه قول ابن ابي ليلى
ان المجلس جامع للمتفرقات فيجعل الكل كجملة واحدة • ولنا ان قوله انت طالق في المرة الثانية ايقاع على حل فاذا في الثالثة لان ما الايقاع
انما يعمل في محل قابل له وقد بانت لا الى عدة في المرة الاولى ولم يبق محلا للثانية والثالثة • قال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه وهو شرح
الكافي للحاكم الشهيد عند ابي يوسف تبين بالاولى قبل ان يفرغ من الكلام الثاني وعند محمد بعد فراغه من الكلام الثاني لجواز ان يلحق بكلامه
شرطا او استثناء ولكن هذا انما يتحقق عند ذكر العطف بالواو فاما بدونه لا يتحقق الخلاف لانه لا يلحق به الشرط والاستثناء وهذا انما يتحقق
عند ذكر العطف • وقال في اصوله ما قاله ابو يوسف احق فانه لم تقع الطلاق لا يفوت في محله ولو كان وقوع الاولى بعد الفراغ من الكلام

بالمابنة لو نواها جميعا لوجود المحل مع صفة المتكلم بالمابنة **قوله** مابينا اشارة الى ما ذكر في الاصل المتقدم على فصل تشبيه الطلاق
بقوله ولما ان الفصل متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الى اخره **قوله** فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية
وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق وذلك اشارة الى تفريق الطلاق • وذكر صاحب الهداية صورة تفريق الطلاق بوجود حرف
العطف والحكم فيما اذا ذكر حرف العطف كذلك واذا قال لها انت طالق وطالق وطالق بين بواحدة لا الى عدة والاصل فيه ان الكلام اذا
وجد في اخره ما يغير اوله كالشرط والاستثناء لا يتوقف اوله على اخره فتقع الاولى وتبين لا الى عدة لانها غير مدخولة فلا يبقى المحل لوقوع الثانية
والثالثة فيلغوا كلاهما بخلاف ما اذا قال لها انت طالق وطالق وطالق ان دخلت الدار حيث يقع الطلاق جملة اذا وجد الدخول لوجود
المغير في الاخر وهو الشرط واذا قدم الشرط فعند ابي حنيفة تقع الواحدة لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده • فان قلت الجمع بحرف
الجمع كالجمع بلفظ الجمع • فلو قال لها انت طالق ثلاثا تقع الثلاث فينبغي ان تقع الثلاث ايضا • اذا قال لها انت طالق وطالق وطالق قلت
ثم انه جمع بحرف الجمع في الطلقات لكن لما وقعت الاولى بلا توقف لعدم المغير في الاخر بانت بها ولم يبق محل للثانية والثالثة • فان قلت ينبغي ان
تقع الثلاث تحقيقا لمعنى الجمع في الواو • قلت حينئذ تكون الواو للمقارنة ولا دلالة لها عليه لانها للجمع المطلق • فان قلت يلزم الترتيب على
ما قلتم والواو لم توضع له • قلت لا يلزم الترتيب وانما يلزم اذا كان وقوع الثانية والثالثة متحققا فلا وقوع ولا ترتيب او نقول الواو لا تدل
على الجمع المطلق لا على المقارنة ولا على الترتيب • وهنا لما وقعت الاولى بلا توقف لما قلنا بانت ولم يبق محلا لوقوع ما في اخره فلا يرد السؤال
قوله وكذا اذا قال انت طالق واحدة وواحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى يعني لما سبقت الاولى في الوقوع صادفتها الثانية وهي
وهي مبانة **قوله** ولو قال لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يقول لامرأته انت طالق واحدة فماتت قبل ان يقول واحدة او يقول انت طالق ثنتين فماتت قبل
ان يقول ثنتين او قال انت طالق ثلاثا فماتت قبل ان يقول ثلاثا او قال انت طالق ان شاء الله فماتت قبل ان يقول ان شاء الله لم تطلق شيئا والاصل
فيه ان يقع الطلاق اذا قرن العدد لكون المعتبر في الايقاع هو العدد فاذا ماتت المرأة قبل ذكر الزوج العدد لا يقع شيء والكلام اذا كان في
اخره ما يغير حكم صدره يكون موقوفا على الاخر فلا يقع شيء وان ماتت قبل ذكر الاستثناء والموت ينافي الايجاب ولا ينافي ما يبطل الايجاب
الا يلاقيه فيصح الاستثناء الا اذا كان الاستثناء موصولا لان الاستثناء من بيان التغيير فيشترط كونه موصولا **قوله** لما قلنا
اشارة الى قوله لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد **قوله** وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى • اي هذه المسائل
الثلاث المذكورة وهي قوله انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وقوله انت طالق ثنتين فماتت قبل ان يقول ثنتين • وقوله انت
طالق ثلاثا فماتت قبل ان يقول ثلاثا تشاكل المسئلة التي قبلها من حيث المعنى وهي ما اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها
ان المعتبر في الموضعين في الايقاع هو العدد لا الوصف فكانت هذه المسائل مما تلي المسئلة المتقدمة من حيث المعنى لا ان بينهما تفاوتا
في الحكم وهو ان الطلاق واقع في المسئلة المتقدمة لان العدد صادفها وهي ميتة ليست محلا لوقوع الطلاق **قوله** ولو قال انت
طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وهذه المسئلة مذكورة في الجامع الصغير ومختصر القدوري جميعا • اعلم ان فيها فصولا ثلاثة
وهي قبل وبعد ومع ولا يخلوا كل واحد منها بالاضافة الى المصرح او الى الكناية ففي كل منها ثمان كيف كانت الاضافة لان وضعها للقران
فكذا في قبل وبعد اذا كانت المرأة مدخولا بها • فاذا قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة • وكذا اذا قال انت
طالق واحدة قبلها واحدة وبعدها واحدة تقع ثنتان وذلك مبني على اصلين احدهما ان حرف الظرف وهو قبل وبعد اذا ذكر بين اسمين كان
مضافا الى الكناية كان صفة لما بعده وان كان مضافا الى الصريح كان صفة لما قبله كما في قولك جاءني زيد قبل عمرو وقبله عمرو فان القبلية
صفة لزيد في الاول ولعمرو في الثاني وكذا اذا قلت بعد عمرو وبعده عمرو ولا يعني بالصفة مصطلح النحاة بل القبلية المعنوية كيف كانت
والاصل الثاني ان ايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال اذا كانت المرأة في الماضي محلا لصحة ايقاع الطلاق فيه عليها وذلك لانه لا يملك الاسناد
لان الطلاق وضع لرفع الاستباحة لا يملك دفعه بعد ثبوته في الحال فانه يملك ذلك • فاذا قال انت طالق واحدة قبل واحدة تكون القبلية
صفة للمذكور اولا فتبين المرأة بالواحدة الاولى فلا يبقى المحل لوقوع الثانية وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعدها واحدة تقع واحدة لان البعدية
صفة للواحدة الثانية فاذا لم توجد كذلك بالبعدية وقال انت طالق واحدة وواحدة تقع واحدة فلان تقع الواحدة وهو قد اثبتها
بالبعدية اولى واحرى • اما اذا قال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لان القبلية صفة للواحدة الثانية وليس في وسعه تقديم
ذلك وفي وسعه ايقاعها في الحال لانه لا يملك الاسناد فلا يثبت ما في وسعه فيقترنان • وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة
تقع ثنتان لان البعدية صفة للواحدة الاولى فيقتضي ان تقع الواحدة الثانية قبل ذلك وليس في وسعه ذلك فيقعان جميعا لان الايقاع
في الماضي ايقاع في الحال والمسئلة في المبسوط والجامع الصغير موضوعة في واحدة وواحدة اما في الجامع الكبير فقيد وضعه في واحدة
وهي تعرف به **قوله** وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة اي تقع ثنتان **قوله** وعن ابي يوسف في قوله معها
انه تقع واحدة لان الكناية تقتضي سبق المكني عنه • قال الناطفي في الاجناس قال ابو يوسف في اختلاف زفر في قوله معها واحدة تقع واحدة
وقال في مختصر الكافي للحاكم الشهيد • فان قال انت طالق واحدة ونصفا كانت طالقا ثنتين ولو قال انت طالق واحدا وعشرين
كانت طالقا ثلاثا لانه لا يتكلم باحد وعشرين الا معا ولا يستطيع ان يتكلم بواحدة ونصف الا معا • وذكر شمس الائمة السرخسي في
شرح الكافي خلاف زفر فقال عنده تقع واحدة لوجود العطف • ثم قال وان قال انت طالق احد عشر تطلق ثلاثا بالاتفاق
قوله في الوجوه كلها اي في قوله قبل واحدة او قبلها واحدة او بعدها واحدة ومع واحدة او معها واحدة **قوله** ولو قال
لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة وقالا تقع ثنتان وان قال لها انت طالق

واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين وهذه من مسائل القدوري وظن بعض مشايخنا ان مقتضى الترتيب يترجح في
الواو عند ابي حنيفة ومعنى القران عندهما فلهذا قالا في هذه المسئلة وليس الامر كذلك بل الواو لمطلق الجمع عند اصحابنا جميعا
الا ان ابا حنيفة قال المعلق بالشرط كالمنجز لوجوده فلو قال لغير المدخول بها بعد دخول الدار انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت
الدار لانها صادفتها وهي اجنبية بخلاف ما اذا اخر الشرط لان صدر الكلام يتوقف على اخره اذا كان في اخره ما يغير موجبه كالاستثناء
حيث تقع الثنتان فاذا وجد الشرط وقع جميع ذلك وهما قالا الجمع يقع جميع ذلك عند وجود الشرط كما اذا قال انت طالق ثنتين لها اذا كانت
غير مدخول بها ومع الجمع بلا خلاف تقدم الشرط او لحق لان الثانية تصادفها وهي في العدة وهذا بناء اذا لم يعطف بحرف الواو فقال
ان دخلت الدار فانت طالق واحدة فواحدة فهو على هذا الخلاف على ما ذكره الطحاوي والكرخي فعند ابي حنيفة تقع واحدة وعندهما ثنتان
وقال ابو بكر الرازي وذلك لان الفاء تقتضي الجمع وهو كالواو ولان الفاء للتعقيب من هذا الوجه وان كانا يحتملان من وجه اخر
وذكر الفقيه ابو الليث في مختلفه انه تقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وموجبه الترتيب فتصادفها الثانية وهي اجنبية وهو
الصحيح فان كانت المرأة مدخولا بها تقع ثنتان على التتابع ولو ذكر بحرف ثم وهي للعطف على التراخي ففيه تفصيل • ذكره شمس الائمة
السرخسي في اصوله منقولا عن النوادر • وبيانه فيما اذا قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق عند ابي حنيفة
تتعلق الاولى بالدخول وتقع الثانية في الحال وتلغو الثالثة بمنزلة قوله انت طالق طالق من غير حرف العطف حتى ينقطع الكلام عن
البعض وعندهما تتعلق الكل بالدخول ثم عند الدخول يظهر الترتيب في الوقوع فلا تقع الا واحدة لاعتبار التراخي بحرف ثم ولو اخر الشرط
فكذا عند ابي حنيفة تطلق واحدة في الحال وتلغوا ما سواها وعندهما لا تطلق ما لم تدخل الدار فاذا دخلت طلقت واحدة ولو كانت مدخولا بها فان
اخر الشرط عند ابي حنيفة تطلق ثنتين في الحال وتتعلق الثالثة بالدخول وعندهما ما لم تدخل لا تطلق شيئا فاذا دخلت طلقت ثلاثا
فلهذا ذكر مفسرا في النوادر **قوله** فيتعلقن جملة وفي بعض النسخ فيقعن جملة والنسختان وهما بغير جماعة النساء الى الاسناد
الفعل الى الطلقات وهي غير مذكورة اي تقع الطلقات جملة وكان الاولى ان تقول فيتعلقان او تقول فيقعان بلفظ التثنية لان
الواحدة ذكرت مرتين لا ثلاث مرات وكان الاولى ان يقول كما اذا نص على الثنتين مكان قوله كما اذا نص على الثلاث فافهم •
ولان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب وعلى اعتبار الثاني لا تقع الا واحدة اراد بالثاني الترتيب • بيانه ان الواو ليس موضوع للقران
بعينه ولا للترتيب بعينه ولكنه لمطلق الجمع كيف كان واذا كان كذلك كان كل واحد من القران والترتيب مما يحتمله الواو فعلى اعتبار القران
تقع الجميع وعلى اعتبار الترتيب لا تقع الا واحدة لكونها غير مدخول بها فلا تقع ما زاد على الواحدة بالشك **قوله** فيتوقف الاول
عليه اي اول الكلام على الشرط واراد بالكرخي الشيخ ابا الحسن الكرخي وهو من كبار علماء العراقيين استاذ الشيخ ابي بكر الجصاص الرازي
وغيره من المجتهدين **قوله** واما الضرب الثاني وهو الكنايات هذا عطف على ما ذكر بقوله فالصريح مثل قوله انت طالق
في اول باب ايقاع الطلاق لانه قسم الطلاق ثمة على صريح وكناية ففرغ عن بيان الصريح فالان شرع في بيان الكناية • ثم اعلم ان الصريح
ما هو مكشوف المراد والكناية ما هو مستتر المراد من قولهم كنيت او كنوت بها المغايبة وكاف المخاطبة لان ها المغايبة لا يعرف حقيقتها الا من
اسم واسم وسميت الفاظ التحريم والبينونة والبتة ونحوها كنايات الطلاق مجازا • بيانه ان هذه الالفاظ معلومة المعاني فينبغي ان
لا تسمى كناية وانما سميت كناية مجازا لحصول الابهام في المراد بها فلما وقع الابهام في المراد بها لا تقع الطلاق بها الا بالنية او بدلالة الحال
لان النية تعين بعض محتملات اللفظ فيزول الابهام به لا محالة وكذا دلالة الحال يزول بها الابهام ثم لما تعين الطلاق بالنية او دلالة
الحال تثبت الحرمة والبينونة وكانت هذه الالفاظ عاملة في حقائقها لانها للحرمة والبينونة والقطع الا ثلاثة الفاظ • وهي قوله اعتدي
واستبرئي رحمك وانت واحدة فانها تعقب الرجعة بعد تعين الطلاق بالنية ولا اثر لها في البينونة والحرمة والقطع لان الاعتداد من العد
والحساب والاستبراء طلب براءة الرحم والواحدة من الواحدة فلا تدل على المعاني المذكورة فاذا نوى الطلاق بقوله اعتدي تقع الطلاق
بقوله اعتدي بعد الدخول كانه قال انت طالق فاعتدي وقبل الدخول تقع على استعارة المعلول للعلة لان الطلاق علة ما عليها الا الاصل
علة العدة فصار كانه قال انت طالق وكذا اذا نوى الطلاق بقوله استبرئي لانه بمعنى اعتدي لانه تصريح بما هو المقصود من الاعتداد وقد
صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لسودة اعتدي ثم راجعها وكذا اذا نوى الطلاق بقوله انت واحدة تقع الطلاق بقبل الاضمار
على تقدير انت طالق واحدة وتطليقة واحدة فحذف الموصوف واقامة الصفة مقامه • فان قلت لم لا يجوز ان تقع الطلاق ايضا
بقوله اعتدي فيما قبل الدخول قلت لان لان المقتضى يثبت لتصحيح المقتضي ثم هنا لا يصح المقتضى وهو الاعتداد قبل الدخول لانه لا عدة
على غير المدخول بها فلا يصح المقتضي فيثبت الاستعارة تصحيحا للكلام والباقي يعرف في الاصول وقد حققت ذلك في شرحنا الموسوم بالتبيان
قوله او دلالته الضمير راجع الى النية ويجوز ان يرجع الى الحال لان الحال مما يذكر ويؤنث ودلالة الحال بان يكونا في حال
مذاكرة الطلاق وكان اللفظ لا يصلح ردا او بانه يجي **قوله** قال وهي على ضربين اي قال القدوري في مختصره الكنايات على
ضربين اي نوعين واراد بهما الرجعي والبائن اجمل اولا ثم فصل ذلك بقوله منها ثلاثة الفاظ يقع بها طلاق رجعي ولا يقع بها الا واحدة وبقوله
بقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة **قوله** وهي لعمي راجع الى ثلاثة الفاظ **قوله**
اما الاولى اي اللفظة الاولى اراد بها قوله اعتدي **قوله** فان نوى الاول تعين بنيته اي ان نوى الاعتداد من النكاح
ويجوز ان يراد المفعول من الضمير في بنيته بارادة الاول وان يراد الفاعل ايضا بارادة الزوج او المتكلم لان الثمرة قائمة مقام الذكر
وهذا لان المصدر يجوز اضافته الى الفاعل او الى المفعول مع حذف الاخر **قوله** واما الثانية اراد بها قوله استبرئي
رحمك بنيته اي من الاعتداد **قوله** فكان بمنزلة اي فكان قوله استبرئي رحمك بمنزلة قوله اعتدي **قوله** واما

واما الثالثة اراد بها قوله انت واحدة **قوله** كانه قال اي قال مصدرا محذوفا عنه اي عند الزوج **قوله**
هذه الالفاظ اراد بها قوله اعتدي واستبري رحمك وانت واحدة **قوله** ولا يقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها منصا
او مضمر يعني ان ثبوت الطلاق بهذه الالفاظ اما بسبيل الاقتضا كما في اعتدي واستبري رحمك لان الطلاق ثابت شرعا لا لغة واما بسبيل
الاضمار كما في قوله انت واحدة لانه لما زال الابهام بنية الطلاق ثبت الطلاق لغة على انه مضمر فيه بحذف الموصوف واقامة الصفة
مقامه وذلك جائز في كلامهم **كقوله** وعليهما مسرودتان قضاهما داود او صنع السوابغ تبع اي درعان مسرودتان والبيت لابي ذؤيب
الهذلي في قصيدة طويلة له قال في وجيز الشافعي لو قال لغير المدخول بها اعتدي ونوى الطلاق فيه وجهان لا يقع غيرهم متعرضة
للعدة **قوله** ولو كان مظهرا لا يقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا اولى يعني لو كان الطلاق مظهرا وقال انت طالق لا يقع الا
واحدة فلما كان مضمرا في قوله واحدة اولى ان لا يقع الا واحدة وذلك لان الاصل في الكلام الصريح لكونه ادل على المراد بخلاف المضمر
فان فيه قصورا ولهذا لا يثبت حكمه الا بالنية **قوله** لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث في قوله انت واحدة وان
ذكر المصدر بان قال انت طالق واحدة وان ذكر المصدر بان قال انت طالق طلقة واحدة للمنافاة بين العدد والوحدة فلا يحتمل لفظة العدد
لا حقيقة لانه ليس بموضوع له ولا مجازا للمنافاة **قوله** ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ لان العوام لا يميزون
بين وجوه الاعراب احترز به عما قال بعض مشايخنا في شرح الجامع الصغير اذا اعرب الواحدة بالرفع لم يقع شي وان نوى فانها صفة لها وان
اعرب بالنصب يقع من غير نية لانه نعت مصدر محذوف وان سكن ولم يحرك يحتاج الى النية وان نوى كان على الاختلاف يقع عندنا
واحدة رجعية وعند الشافعي لا يقع شي نعم الكل الوجوه يقع الطلاق على ما عليه عامة المشايخ وتحقيق المسئلة مستقصى في كتابنا الموسوم
بالنيل **قوله** وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة اي قال القدوري في مختصره اراد ببقية الكنايات
ما سوى الالفاظ الثلاثة المذكورة وهذا مذهبنا وعند الشافعي كل الكنايات تعقب الرجعة وسنجي بيانه ان شاء الله تعالى وان نوى
كان ثلاثا لانه نوى ما يحتمله لفظه لان البينونة على نوعين حقيقة وغليظة وعند انعدام النية يثبت الادنى للتيقن وان نوى ثنتين
كانت واحدة • وقال زفر يقع ما نوى وبه قال مالك والشافعي في الموطا عن ابن شهاب انه سمعه يقول في الرجل لامراته انت علي حرام
انها ثلاث تطليقات للمراة التي قد دخل بها ويدين في التي لم يدخل بها تطليقة واحدة اراد ام ثلاثا فان كان واحدة احلف وان كان خاطبا
من الخطاب • وقال احمد بن حنبل هو عندي ثلاث لكني اكره ان افتي به سواء دخل بها او لم يدخل • وجه قول زفر انه اذا نوى الثلاث يقع فكذا
ما دونه كالواحدة • ولنا ان اللفظ صيغة فرد فلا احتمال العدد وانما تناول الثلاث باعتبار انها واحد اعتباري لا باعتبار انها عدد
ولهذا يقع بنية الثنتين اذا كانت المراة امة لان الثنتين جنس طلاق المراة كالثلاث في حق الحرة **قوله** وهذا مثل قوله انت بائن
وبتة الى اخره وهذا لفظ القدوري الى قوله وتبتغي الازواج وكان ينبغي ان يقول وهذا مثل قوله لانها اشارة في الكنايات بعد ذكر
المبتدا بالنظر الى الخبر او اراد المذكور ثم في هذه الالفاظ كلها انما يقع الطلاق بقول الزوج ورضيت المراة اذ رضيت الا في قوله اختاري
وامرك بيدك فلا يقع الطلاق الا باختيارها نفسها كذا قال الامام الاسبيجابي **قوله** قال الا ان يكون في حال مذاكرة الطلاق
فيقع بها الطلاق في القضا ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه • اي قال القدوري الا ان يكون اي ان يكون التكلم بهذه
الالفاظ في حال مذاكرة الطلاق وفي بعض النسخ الا ان يكونا بضمير الاثنين اي ان يكون الزوجان وهو استثنا من قوله وبقية الكنايات
اذا نوى بها الطلاق فلا بد من النية الا في حال مذاكرة الطلاق فحينئذ يقع الطلاق بلا نية في القضا ولا يصدق في انه لم ينو الطلاق
قضا ويصدق ديانة الا اذا نوى **قوله** قال وهي من هذه الالفاظ وهذا فيما يصلح ردا • اي قال صاحب الهداية يعني قول
القدوري من الفاظ الكنايات في وقوع الطلاق بلا نية في حال مذاكرة الطلاق يكون فيما لا يصلح ردا اما اذا كان اللفظ يصلح ردا فلا بد
من النية ولكن شمس الائمة السرخسي في مبسوطه وهو شرح الكافي للحاكم الشهيد اطلق الجواب كما في القدوري فقال اما في حال مذاكرة
الطلاق لا يدين في القضا في شي من الالفاظ التي ذكرناها بل يحمل على الجواب كما تقدم من سوال الهداية لكن فخر الاسلام البزدوي وغيره في شرح
الجامع الصغير ذكروا الجواب مفصلا وذلك مما يحتاج الى بيان وحاصله ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضى اي حالة ابتدا
الزوج بالطلاق ليست بحال مذاكرة الطلاق وليست بحال الغضب • والثانية حالة مذاكرة الطلاق وهي ان تسال المراة او غيرها طلاقها
زوجها • والثالثة حالة الغضب • والكنايات ايضا ثلاثة اقسام قسم يصلح جوابا وردا لا غير اي جوابا لسوال المراة الطلاق وردا
لكلام المراة عند سوالها الطلاق وهو سبعة الفاظ ذكرها الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير • اخرجي • اذهبي • اعزبي • قومي
تقنعي • استبري • تخمري • وذكر في شرح الجامع الصغير ايضا تزوجي ايضا وهو في معنى ابتغي الازواج والحق في شرح الطحاوي بهذا القسم
الحقي باهلك حبلك على غاربك لا سبيل لي عليك لا نكاح بيني وبينك لا ملك لي عليك وهذه الالفاظ كما تصلح جوابا للطلاق اي اخرجي
واذهبي لاني طلقتك تصلح للرد وتبعيد المراة عن نفسه وكذا الالفاظ الباقية وقوله تزوجي لكونه جوابا ظاهرا ولكونه ردا للكلام بها
بحث التهديد وكذا لا نكاح بيني وبينك • والقسم الثاني ما يصلح جوابا لا ردا وهو قوله انت واحدة اعتدي واستبري وامرك بيدك
واختاري وهذه الالفاظ لا تصلح الا للجواب بسوال الطلاق لانها لا تصلح للرد والتبعيد ولا للشتم وهذا ظاهر • والقسم الثالث
ما يصلح جوابا ولا يصلح ردا لكنه يصلح شتيمة وهو خمسة الفاظ خلية برية بتة بائن حرام وهذه الالفاظ تصلح جوابا لسوال الطلاق على معنى
انت خلية لاني طلقتك وكذا الباقي ويحمل الشتيمة على معنى انت خلية عن الخير خلية الجدار لاحالك برية عن الطاعات والحامد او عن الاسلام
بائن منه عن كل رشد او بائن عن الدين بتة عن الاخلاق الحسنة حرام الصحبة والعشرة ويقال حرام مكروه مستخبث • اما في الحالة المطلقة
فلا يقع الطلاق في شي من الكنايات الا بالنية للاحتمال وعدم دلالة الحال • واما في حال مذاكرة الطلاق فما يصلح جوابا وردا وهو القسم

الاول لا يجعل طلاقا بلا نية ويصدق في انه لم ينو الطلاق لانه لما احتمل الوجهين بقيت الرد وهو الادنى لكونه متيقنا ولم يتعين
الجواب بالشك وما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وهو القسم الثاني لا يصدق فيه انه لم ينو الطلاق لان الحال حال الجواب فيقع الطلاق
بدلالة الحال وان لم ينو وكذا حكم القسم الثالث لان اللفظ لما لم يحتمل الرد وهو صالح للجواب والشتيمة جميعا والحال ليس بحال
الشتيمة تعين الجواب • واما في حال الغضب فالقسم الاول لا يجعل جوابا للشك لانه يحتمل الجواب والرد مخالطة ويصدق في انه لم ينو والقسم
الثاني يجعل جوابا للتعيين له لانه لا يصلح لغيره ولا يصدق في انه لم ينو • والقسم الثالث لا يجعل جوابا ويصدق في انه لم ينو
الطلاق لانه يحتمل الشتيمة والايجاب وحال الغضب يحتملهما جميعا فيحمل على الادنى وهو الشتم وهذا هو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
انه الحق بالقسم الثاني خمسة الفاظ اخرى خليت سبيلك سرحتك لا ملك لي عليك والحقي باهلك هكذا ذكر فخر الاسلام والصدر
الشهيد في شرح الجامع الصغير ولكن العتابي ذكر في شرح الجامع الصغير وقال الحق ابو يوسف خمسة اخرى لا ملك لي عليك لا سبيل
لي عليك والحقي باهلك خليت سبيلك حبلك على غاربك • وذكر الولوالجي في فتاواه عن ابي يوسف انه الحق بهذه الالفاظ
الخمسة اربعة الفاظ وهي خليت سبيلك فارقتك لا سبيل لي عليك لانها تحتمل معنى السب ايضا اي خليت سبيلك فارقتك لحوائك وفارقتك
لقلة الشرك ولا سبيل لي عليك لسوء خلقك ولا ملك لي عليك لانك ادون من ان املكك • واشار الولوالجي الى الالفاظ الخمسة الى قوله انت
واحدة وامرك بيدك واختاري واعتدي واستبري رحمك وقوله والحقي من اللحوق لا من الالحاق ومعنى وهبتك لا املك اي عفوت
عنك لا ما جل املك ما لزمك من العقوبة او طلقتك وتركتك لا املك • وقوله امرك حبلك على غاربك يراد به التخلية وسمى الجد
الميداني اصله ان الناقة اذا اراد ارسالها للرعي القوا حبلها على غاربها ولا يتركه ساقطا يمنعها من الرعي والغارب ما بين
السنام والعنق • وقال في وجيز الشافعية باب الطلاق ليس بصريح على الاصح وقوله سرحتك او فارقتك صريح الى هنا لفظه
قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره **قوله** في القضا طرف لقوله لم
يصدق قضا في انه لم ينو الطلاق عند سوال الطلاق من اضافة المصدر الى المفعول اي عند سوال المراة الطلاق **قوله**
ويصدق فيما يصلح جوابا وردا اي في حال مذاكرة الطلاق **قوله** وما يجري هذا المجرى اراد به ما يصلح جوابا وردا
كالالفاظ المذكورة في القسم الاول كقوله اعزبي واستبري • قال شمس الائمة في المبسوط لو قال اذهبي ونوى به الطلاق كان
طلاقا موجبا للبينونة لانه لا يلزمها الذهاب الا بعد زوال الملك **قوله** لانه احتمل الرد وهو الادنى فيحمل عليه اي على
الادنى لان الادنى متيقن وذلك لان الرد دافع والجواب رافع لان الطلاق رافع لقيد النكاح والدفع اسهل من الرفع فيكون الرد
ادنى من الجواب لذلك سمعت مشايخي يقولون مرارا عن عنايته وتجاري **قوله** يصدق في جميع ذلك يعني في حالة الغضب
يصدق في انه لم ينو الطلاق في جميع اقسام الكنايات الا في القسم الثاني فانه لا يصدق فيه لانه لا يصلح الا للجواب • قال الحاكم
الشهيد في الكافي اذا قال لها اعتدي سئل عن نيته فان لم ينو الطلاق فهي امراته بعد ان حلف وكذلك كل شي مما ذكرت اذا قال
لم انو فيه الطلاق فعليه اليمين فان نوى باعتدي الطلاق فهي طالق واحدة يملك الرجعة وان نوى ثلاثا فهي واحدة رجعية الى
هنا لفظ الحاكم **قوله** ثم وقوع البائن بما سوى الثلاث الاول مذهبنا • وقال الشافعي يقع بها رجعي وهو مذهب عمر وابن
مسعود وهذا مذهب عامة الصحابة كذا في الحصر واراد بالثلاث الالفاظ الاول ما ذكرها في اول الكنايات بقوله اعتدي
واستبري وانت واحدة واصل الخلاف هنا ان العامل هو لفظ الطلاق الذي صار لفظ الكناية مجازا عنه او لفظ الكناية اي وقع مجازا
ومستعارا عندنا الكناية هي العاملة بحقيقتها وعند الشافعي المتعارف هو العامل لا الفاظ الكناية وقعت كناية عن الطلاق والطلاق
معقب للرجعة فلا يكون الواقع بالكناية بائنا كما في الالفاظ الثلاثة • والدليل على انها كناية عن الطلاق افتقارها الى النية في وقوع
الطلاق وانما ينقص عدد الطلاق فلو لم تكن كناية عن الطلاق لم ينقص • ولنا ان الفاظ الكناية تدل على البينونة والحرمة وازالة
الوصلة فيثبت ذلك لصدوره من الاهل مضافا الى المحل وهذا لان صحة التصرف انما يكون بذلك واهل الطلاق هو العاقل البالغ ومحله
هو المنكوحة ولكن احتيج الى النية ليزول الاستتار الواقع في المراد بهذه الالفاظ فاذا نوى الطلاق زال الاستتار وعملت الكنايات في حقايقها
فحصلت البينونة والحرمة وازالة الوصلة بخلاف الالفاظ الثلاثة فان لفظ اعتدي واستبري تعد النية لا يعمل في حقيقته لان حقيقته
للعد والحساب ولا اثر لذلك في القطع وازالة الوصلة والاستبرا في معنى الاعتداد لكونه تعرفا عن المقصود منه وكذلك قوله انت
واحدة لا يعمل بحقيقته وانما يقع الطلاق به بطريق الاضمار فيكون رجعيا وانتقاص عدد الطلاق بوقوعه بالكناية لا ابتدا بل بنا على
ثبوت البينونة والحرمة وازالة الوصلة لانه من لوازم البينونة لانه لا يتصور بقاء قيد النكاح مع ارتفاع وصلة النكاح
قوله والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة
من غير قصد وهذا جواب سوال مقدر بان يقال لو قلتم ان له ولاية شرعية ان الحاجة ماسة الى اثبات الابانة • بيانه ان تصرفات
العباد انما شرعت دفعا لحوائجهم كما عرفت في سائر التصرفات والزوج قد يحتاج الى الابانة بهذه الصفة فيكون له هذه الولاية دفعا
لحاجته • بيانه انه لو تصرف على وجه ينسد عليه باب التدارك ولا تحصل به البينونة ربما يترا اي ان له مصلحة في الرجعة فيتدارك له
بطلها ثانيا وثالثا فيودي الى استيفا العدد وهو حرام وفيه سد باب التدارك فلما كان كذلك شرع له التصرف على وجه
التدارك ولا يملك الرجعة لحصول البينونة في الحال وهو معنى قوله كيلا ينسد عليه باب التدارك بالزوج لبقاء المحلية وهو معنى قوله
حتى لو بدا له يمكنه التدارك في الحال ومعنى قوله ولا يقع في عهدتها بالمراجعة لانه يقع في ورطتها بالرجعة اذا
كانت زانية او سليطة وكذا يقع في الحرام باستيفا العدد ايضا فافهم **قوله** وليست بكنايات على التحقيق حواب من قول

الثاني انها كنايات عن الطلاق فقال لا نسلم ان الفاظ الكناية كناية عن الحقيقة بل هي معلومة المعاني والاستتار في حقايقها وانما
سميت كنايات مجازا للاستتار في شيئها فلما زال ذلك الاستتار بنية الطلاق عملت في حقايقها قوله والشرط تعين احد نوعي
البينونة دون الطلاق هذا جواب عن قوله ولهذا تشترط النية اي نية الطلاق لان معنى البينونة يحتمل البينونة عن النكاح ويحتمل
البينونة عن غيره وانما اشترطت النية في الفاظ النكاح لتعين احد نوعي البينونة لا لاجل الطلاق يعني لا تشترط النية لاجل ان الفاظ
الكناية كنايات عن الطلاق على الحقيقة فلا تكون لفظ البائن وغيره رجعيا قوله وانعدام العدد لثبوت الطلاق بناء على دلالة
المسألة جواب عن قوله وينتقض بها العدد يعني ان الطلاق ثبت في ضمن البينونة بناء عليها لا باعتبار ان الكناية مستعملة للطلاق وبالعدد
قوله ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة قوله
لانه عدد وقد بيناه من قبل اي لان الثنتين عدد وهذا دليلنا واشار بقوله من قبل الى ما ذكره في باب ايقاع الطلاق بقوله لان معنى
التوحد مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل عنهما قوله وان قال لها اعتدي وقال
نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
يقول لامراته اعتدي اعتدي اعتدي وقال عنيت بالاولى الطلاق وبالثنتين الباقيتين الحيض قال يدين في القضاء وان قال
لم اعن بالباقيتين شيئا فهي طالق ثلاثا • اعلم اولا ان الطلاق لا يقع بهذا اللفظ بلا نية لكونه محتملا في نفسه فقد يكون مراده اعتدي
لاني طلقتك او اعتدي نعم الله عليك فلما تمكن هذه الفائدة في اللفظ المحتمل لا يتعين الطلاق الا بالنية او بما يدل عليه من غضب او مذاكرة ثم
كما نوى الاول نية الحيض بالباقيين والثاني عدم نية الشيء • اما الاول فالعمل الاول كما اصدق قضاء لانه نوى حقيقة كلامه
باللفظ الثانية والثالثة ونوى محتملا لانها الاولى بدليل ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لسودة اعتدي ثم جعل ذلك طلاقا فلما
ثبت الطلاق بعد الدخول اقتضاء وقبل الدخول استعارة • واما العمل الثاني فهو من الخواص لانه قال في الاصل • اذا قال لها اعتدي
اعتدي اعتدي وهو ينوي تطليقة واحدة من جميعا فهي لذلك فيما بينه وبين الله تعالى واما في القضاء فهي ثلاث • وجه ما
ذكر في الاصل انه لما نوى من جميعا تطليقة واحدة فقد نوى بكل واحدة ثلاث ثلث تطليقة والطلاق لا يتجزى فيتكامل
ولكنه يحتمل الاخبار عن كونها طالقا بالاولى والله تعالى مطلع على الغائب فيصدق ديانة • ووجه ما ذكر في الجامع الصغير انه
لما نوى بالاولى الطلاق ولم ينو بالثانية والثالثة شيئا كان ذكرهما عند مذاكرة الطلاق فيتعين جوابا لا لة الحال لا فاصدقه
بخلاف ما اذا نوى الطلاق بالاخيرة دون الاولين حيث لا يقع الا الواحدة لعدم دلالة الحال عند ذكر الاولين لان الحال لم تكن
حال مذاكرة الطلاق حينئذ • اعلم ان هذه المسألة على وجوه احدها ان يقول لم انو بشيء من هذه الالفاظ الطلاق فالقول
القول قوله فكذلك اذا ذكره والثاني ان يقول نويت بالاولى الطلاق فتطلق ثلاثا في هذه الوجوه الثلاثة لانه لما نوى بالاولى
الطلاق فقد صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتكون الثانية والثالثة طلاقا اذ نوى بها الطلاق اذ لم ينو والواقع
بهذا اللفظ رجعي والرجعي تلحق الرجعي والخامس ان يقول نويت بالاولى الطلاق وبالباقين الحيض فهو يدين في القضاء لانه لما نوى
الطلاق باللفظ الاول فقد جاء اول الاعتداد بالحيض فكان الظاهر شاهدا له فيما نوى فيكون مدينا في القضاء وتطلق
ثنتين لما قلنا والسابع ان يقول نويت بالاولى الطلاق ولم انو بالثانية شيئا ونويت بالثالثة الحيض او يقول نويت بالاولى الطلاق
وبالثانية الحيض ولم انو بالثالثة شيئا فتطلق ثنتين في هذين الوجهين لانه لما صار الحال حال مذاكرة الطلاق فهي طالق ولهذا
لانه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند اللفظة الاولى والثانية فلا تقع بها وانما تقع بالتطليقة الثالثة لنيته وكذلك اذا
قال لم انو بالاولى شيئا ونويت بالثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهي طالق واحدة وان قال لم انو بالاولى شيئا ونويت
بالثانية الطلاق ولم انو بالثالثة شيئا فهي طالق ثنتين لانه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق بالكلمة الاولى فلا تقع بها شيء وقد
نوى الطلاق بالكلمة الثانية وقد صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتطلق بها وبالكلمة الثالثة اذا لم ينو بها شيئا • كذا ذكر
شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير قوله وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في
الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين • اما الدليل على كونه امينا فتصديقه عند مذاكرة الطلاق فلو لم يكن امينا لم يصدق
واما اشتراط اليمين فلان قوله انما يقبل العبد وفيه ضعف فاحتيج الى المؤكد وهو اليمين والله سبحانه وتعالى اعلم

باب تفويض الطلاق

لما فرغ من بيان مباشرة الانسان الطلاق بنفسه شرع في بيانه بغيره لان الاصل ان يتصرف الانسان بنفسه وقدم فصل الاختيار
على فصل الامر باليد والمشية لان ذاك مؤيد باجماع الصحابة

فصل

في الاختيار قوله واذا قال لامراته اختاري ينوي بذلك
الطلاق • او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها فان قامت منه واخذت في عمل اخر خرج الامر من يدها وهذه
من مسائل القدوري • واعلم ان القياس لا يقع الطلاق اذا اختارت نفسها وان نوى الزوج ذلك لان الزوج لا يملك ايقاع الطلاق
بهذا اللفظ بنفسه وكان ينبغي ان لا يملك التفويض الى غيره • ولهذا لو قال لها اختاري من نفسي او اخترت نفسي منك لا يقع الطلاق ولكنا
تركنا القياس بما روى محمد بن الحسن في الاصل • وقال بلغنا عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وجابر في الرجل يخير امراته ان لها الخيار
ما دامت في مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها وقد صح في الصحيح البخاري والسنن وغيرهما مسندا الى مسروق وعن عائشة

قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترنا الله ورسوله فلو كان التخيير لا يقع به الفرقة لم يكن له معنى وانما اقتصر الخيار على المجلس
لما روينا عن الصحابة ولانه تمليك والتمليكات تقتصر على المجلس فلما كان كذلك اذا قامت واخذت في عمل اخر بطل خيارها لا
لوجود دليل الاعراض وذاك لان المجلس قد يتبدل بالقيام وقد يتبدل بالاخذ في عمل اخر لان المجلس قد يكون مجلس
المناظرة ثم ينقلب فيكون مجلس الاكل اذا اشتغلوا به ثم ينقلب فيكون مجلس القتال اذا اقتتلوا لخلاف الظرف والسلم فانه
لا يقطع العقد بالقيام او بالاخذ في عمل اخر لان المفسد هو الافتراق من غير قبض لا القيام او بالاخذ في عمل اخر الذي دليل الاعراض
ولا الاخذ في عمل اخر • قال في شرح الاقطع هذا كله اذا اعلمت في المجلس فان كانت غائبة ولم تعلم ما جعل اليها فهو على مجلس ان
الطلاق ذلك فهو على المجلس الذي تعلم فيه وذلك لانه لا يختص التفويض بوقت دون وقت فاذا علمت فكانه فوض اليها في ذلك الوقت
فيقف على المجلس • واما اذا كان جعل الامر اليها موقتا بوقت فان بلغها مع بقاء شيء من الوقت فلها الخيار في بقية الوقت فلو ان
تعلم بطل ما جعل اليها بمضي الوقت قوله لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة وذلك لدفع الضرورة • قال
الحاكم الشهيد في الكافي • واذا خير الرجل امراته فلها الخيار في ذلك المجلس وان تطاول يوما او اكثر قوله فلا بد من النية في قوله
اختاري اي لا بد من نية الطلاق لان الاختيار يحتمل وجوها اخر نحو اختيار النفس بان يراد باختاري الكسوة او النفقة او الدار
للسكنى فلا بد من نية الطلاق لزوال الاحتمال • قال في الشامل فان نوى • ثم قال ما اردت الطلاق يقبل قوله مع يمينه
لانه ليس بصريح • وقال في الشامل ايضا خيرها فاكلت طعاما او امتشطت او اقامها الزوج بيده بطل خيارها ولو لبست ثوبا او
شربت الماء لا يبطل لان الشغل يتحقق لا بالطعام وغيره الا بالاعراض عنه بخلاف شرب الماء لانه ربما يكون العطش مستوليا
على وجه لا يمكنها ان تتامل وجد كذلك قد تلبس الثوب لتدعو الشهود وانما اذا اقامها الناس الزوج يمكنها ان تمانعه في القيام او تختار
نفسها قوله فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع شيء لان الزوج لا يملك الايقاع
بهذا اللفظ فلا يملك التفويض ووجه الاستحسان اجماع الصحابة على وقوع الطلاق الا انهم اختلفوا ان الواقع بائن او رجعي اذا
اختارت نفسها • وبيانه فيما ابو عيسى الترمذي في جامعه فقال اختلف اهل العلم في الخيار فروي عن عمر وابن مسعود انهما
قالا ان اختارت زوجها فلا شيء • وروي عن علي انه قال ان اختارت نفسها فواحدة بائنة وان اختارت زوجها فواحدة يملك الرجعة
وقال زيد بن ثابت ان اختارت زوجها فواحدة وان اختارت نفسها فثلاث • ثم اصحابنا قالوا اذا اختارت نفسها فواحدة بائنة
عملا بما روي عن عمر وعبد الله بن مسعود وقالوا اذا اختارت زوجها فلا يقع لما روي في الصحيح البخاري مسندا الى عائشة • قالت
خيرنا النبي صلى الله عليه وسلم فاخترنا الله ورسوله فلم يعد ذلك علينا وهذا مما اتفق عليه البخاري ومسلم وانما رجحنا قولهما فيما اذا
اختارت نفسها لان اختيارها نفسها انما يكون اذا كانت ما لكة نفسها وذلك لا يتحقق الا اذا زال ملكه ولا يزول ملكه عنها الا بالبائن
ولا يقع الثلاث وان نوى الزوج ذلك لان اختيارها نفسها لا يتنوع هكذا عللوا ولنا فيه نظر لما يجيء بخلاف قوله انت بائن فاذا نوى
الثلاث وقعت الثلاث لانه نوى احد نوعي البينونة ولانه خيار طارئ على النكاح فيقع به الواحدة البائنة كخيار المعتقة ولا يصح فيه
العدد وقال سفيان الثوري مثل قول اصحابنا • وقال مالك في الموطا ان خيرها زوجها فقالت قد قبلت واحدة فقد طلقت ثلاثا
ثم قال وذلك احسن ما سمعت قوله في حق هذا الحكم اراد به حكم استدامة النكاح وحكم مفارقتها قوله
ثبوت اختصاصها بها اي اختصاص المراة بنفسها وذلك اي ثبوت اختصاصها قوله ولا بد من ذكر النفس في كلاميهما اذ
كلامها وهذا ايضا لفظ القدوري وانما اشترط ذكر النفس في احد الكلامين لانه اذا قال لها اختاري فقالت اخترت لا يقع شيء
ملا ذكره شمس الائمة السرخسي والبيهقي وذلك لانه اذا لم يذكر لا يقع بمجرد النية اذ الوكيل في اللفظ ما يدل عليه بخلاف ما اذا قال
لها اختاري نفسك فقالت اخترت فهي حيث يقع الطلاق اذا وجد النية لوجود التعيين على التخصيص • وقال في الشامل قال اختاري
ثلاثا فقالت اخترت فهي لا يقع لان المبانة لا تبان قوله لانه عرف باجماع الصحابة اي لان وقوع الطلاق بلفظ
الاختيار عرف باجماع الصحابة على ذلك بخلاف القياس القياس قوله وهو في المفسرة اي وقوع الطلاق بلفظ
الاختيار باجماع الصحابة في اللفظة المفسرة من احد الجانبين لا في اللفظة المبهمة من الجانبين جميعا قوله ولان المبهم لا يصلح
تفسيرا للمبهم • اي قولها اخترت لا يصلح تفسيرا لقوله اختاري لان كل واحد منهما مبهم لم يرد فيه ذكر النفس فلا يتعين
الطلاق مع وجود الابهام الى الجانبين قوله جوابا له اي لكلام الزوج قوله فيتضمن اعادته اي يتضمن كلام المراة
اعادة كلام الزوج لان الجواب يتضمن اعادة ما في السؤال قوله ولذا اذا قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت اي تقع
الواحدة البائنة وان لم يذكر النفس في احد الجانبين لان الاختيارة لما ذكرت بتا الوحدة دلت على اختيار النفس • وذلك لما قال
فخر الاسلام البزدوي وغيره في شرح الجامع الصغير ان اختيارها نفسها هو الذي يتفرد ويتعدد فاما اختيارها زوجها فلا وهذا
صحيح لانه ربما يتفرد اختيارها نفسها بان يكون ذلك بطلاق واحد ويتعدد ايضا بان يكون بطلقات ولكن يتناقض هذا ما ذكر قبل هذا
بقوله فلا يكون ثلاثا وان نوى الزوج ذلك لانه لا يتنوع بان التناقض انه اثبت هنا اختيارها نفسها الفرد والتعدد ولا يكون الفرد
والتعدد في اختيارها نفسها الا اذا كان الاختيار متنوعا وقد نفى التنوع ثمه بقوله لان الاختيار لا يتنوع ولئن قال قائل الا انه الناقص
لان الاختيار هنا غير الاختيار ثمه لان الاختيار هنا اختيارها نفسها وثمه يجوز ان يكون اختيارها زوجها • قلت بل هذا الكلام لا ينبغي الا
عن ليس له لب فكيف يقال ذلك وقد نادى المصنف باعلى صوته الواقع بها بائن فلا يكون ثلاثا وان نوى الزوج وانما يكون لو وقع اذا
اختارت نفسها لا اذا اختارت زوجها فعلم ان المراد من الاختيار في الموضعين هو اختيارها نفسها وقد نفى فيه التنوع في هذا المقام

وبقي ثمة نية النافي **قوله** فصار مفوضا امر جانبه اي بن جانب الزوج يعني صار قول الزوج اختاري مفوضا امر جانبه قد ذكر الاختيار وتكريره بانه قال بعضهم في شرحه اذا قال اختاري فقالت اخترت نفسي يشترط نية الطلاق اما اذا قال اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق بدون النية وذلك خلاف الرواية والتحقيق • اما الاول فلان شمس الائمة السرخسي اشترط النية في الموضعين في المبسوط وكذا صرح العتابي في شرح الجامع الصغير اشتراط النية فيهما • واما الثاني فلان قوله اختاري ليس بصريح في الطلاق وما ليس بصريح فيه يكون لا اشتراط النية فيه **قوله** وما نواه الزوج من محتملات كلامه اي الذي نواه الزوج وهو الطلاق من محتملات كلام الزوج لان كلامه وهو قوله اختاري يحتمل الطلاق اذ يكون مراده اختيار النفس **قوله** ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق وهي من مسائل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يقول لامرأته اختاري فتقول انا اختار نفسي قال هي طالق • وذكر في الاصل القياس والاستحسان فقال لم تطلق في القياس ولكنا نستحسن فنوقع الطلاق عليها وجه القياس ان قول المرأة اختار نفسي مجرد وعد اذا كان مراده ما يعني الكلام للاستقبال او هو محتمل الوعد لان الصيغة مشتركة بين الحال والاستقبال فلا يقع الطلاق بالوعد والاحتمال • ووجه الاستحسان ان قولها اختار وان كان وعدا صورة جعل ايجابا وتحقيقا معنى بدلالة الشرع والعرف • اما الاول فان قوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا لما نزل بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة فقال اني اذكر لك امرا فلا تعجلي حتى تستأمري ابويك ثم اخبرها بالآية فقالت افي هذا استأمر ابوي لا بل اختار الله ورسوله فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك منها ايجابا وتحقيقا بقولها اختار نفسي فكذا اذا ايضا بقولها اخترت فكذا ايضا عن غيره • واما الثاني فلان لفظ المضارع وان كان مشتركا بين الحال والاستقبال صالحا لهما جميعا على سبيل البدل يراد به الحال عرفا اذا كان حكاية عن امر قائم ومعنى ثابت كقول المؤذن اشهد ان لا اله الا الله لان التصديق امر قائم بالقلب وكقول الشاهد اشهد لانه حكاية عن امر قائم ايضا وكذا قول الرجل انا اعتقد الاسلام فكذا قولها اختار حكاية عن امر قائم لان الاختيار عمل القلب وذلك امر محسوس بخلاف قولها اطلق لانه ليس بحكاية عن امر قائم وانما يثبت الطلاق لو ثبت بهذه الصيغة فيها نظر لوجود الدليل على ترجيح الحال فلم يقع الطلاق فلهذا اخذ بالقياس **قوله** ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال ومجاز في الاستقبال وفيه نظر لان اهل اللغة قالوا ان صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال والائمة فيما يتعلق بالوضع حجة والمشترك يدل على المعنيين جميعا بسبيل البدل المتبعية لكن يترجح احد المعنيين وقد دل ذلك على ارادة الحال فيما نحن فيه على ما حققناه انفا **قوله** عن حالة قائمة اي ثابتة ولو قال لها اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة فهي ثلاث • وقال ابو يوسف ومحمد هي واحدة بائنة الا ان يقول اخترت اختيارة • قال صاحب الهداية وانما لا يحتاج الى النية لدلالة التكرار عليه اي على الطلاق بيانه ان الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر واختيارها زوجها فما يتكرر فالاختيار دليل على ارادة الطلاق وفيه نظر لان محمدا لم يتعرض لعدم الاحتياج الى النية لا في المبسوط ولا في اصل الجامع الصغير ولهذا لم يذكره فخر الاسلام البزدوي في شرحه للجامع الصغير • وكذا لم يذكره صاحب المختلف وانما ذكره الصدر الشهيد والعتابي في شرحيهما للجامع الصغير والظاهر ان النية شرط لان الاختيار ليس من الفاظ الصريح والتكرار لا يدل على الطلاق لانه قد يكون للتأكيد ولهذا شرط النية في الجامع الصغير البزدوي مصرحا وابو المعين النسفي وغيرهم صرحوا باشتراط النية في شروح الجامع الكبير مع وجود تكرار الخيار • ثم اعلم انه اذا قال لها اختاري وكرر ثلاثة فقالت اخترت نفسي اختيارة او باختيارة او اخترت نفسي مرة او دفعة او بواحدة او قالت قد اخترت نفسي يقع الثلاث بالاتفاق فهي طالق ثلاثا في قول ابي حنيفة وقالا هي طالق واحدة بائنة لهما ان قولها الاولى والوسطى او الاخيرة يفيد شيئين الترتيب والافراد ويمكن اعتبار الافراد دون الترتيب فيعتبر الافراد ويبطل الترتيب فصار كما لو قالت اخترت تطليقة واحدة او اخترت الطلقة الاولى ولابي حنيفة وجهان احدهما ان قولها الاولى او الوسطى او الاخيرة نعت مؤنث محذوف فيقدر المحذوف الموصوف على حسب دلالة الحال فصار كما قالت اخترت الاختيارة الاولى او المرة الاولى فلو صرحت بذلك كانت طلاقا ثلاثا فكذا هنا والثاني انها اتت بالترتيب فيما لا يتعلق به الترتيب فيلغو ذكر الترتيب فيبقى قولها اخترت فيقع الطلاق وذلك لان المرأة انما تصرفت بالطلاق بحكم التمليك لان الزوج ملكها ثلاث تطليقات بالتفويضات الثلاث والمجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والزمان فيلغو ذكر الترتيب • الا ترى انه لا يقال اذا اجتمعت الدراهم الثلاثة في الكيس هذا اول وهذا اوسط وهذا اخر فكذا هنا بخلاف قولها اخترت التطليقة الاولى فان ثمة يلغو ذكر الاولى ايضا لبطلان الترتيب فيبقى ذكر التطليقة فيقع واحدة • وسائل هذه المسئلة شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي سؤالا وجوابا • فقال فان قيل كان ينبغي ان لا يقع شيء لانه لما الغا ذكر الترتيب بقي قولها اخترت وقد بينا ان هذا اللفظ لا يقع الطلاق ما لم يقل اخترت نفسي قلنا هذا اذا لم يكن في لفظ الزوج ما يدل على تخصيص الطلاق وهاهنا في لفظه ما يدل على ذلك وهو قوله اختاري ثلاث مرات فان الطلاق هو المختص بتعدد الثلاث • وقال في الشامل قال لها اختاري اختاري فاختارت نفسها فقال نويت بالاول الطلاق والثاني والثالث التأكيد والافهام لا يصدق قضاء لانه اقر بانه اراد بالاول الطلاق وفي حال مذاكرة الطلاق لا يصدق وخلافه **قوله** وما جرى مجراه اراد به الوسطى والاخيرة والضمير في مجراه راجع الى الاولى **قوله** فيما هو اي في الافراد **قوله** والكلام للترتيب والافراد من ضروراته • بيانه ان الاولى والوسطى والاخيرة كل واحدة منها للترتيب لان الاولى اسم لاول وهو اسم لفرد سابق على شيء يحتمل الترتيب والاخيرة اسم الاخير وهو اسم لفرد قبله شيء ولكن ليس بعده شيء يحتمل الترتيب ثم الافراد من ضرورات الكلام لان الصيغة صيغة فرد كما بيناها لغا كلامه في حق الاصل وهو الترتيب لغا في حق البناء وهو الافراد وانما جعل الترتيب اصلا لانه هو المقصود من ذكر الكلام لا بيان الافراد واراد صاحب الهداية بالكلام عن

المقيد وهو قولها الاولى والوسطى والاخيرة على ما عليه اهل اللغة لانهم يطلقونه على المقيد وغير المقيد اما اهل النحو فلا يطلقونه الا على المقيد **قوله** ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا لانها للمرة • يعني اذا قالت المرأة اخترت اختيارة في جواب قول الرجل اختاري اختاري يقع الثلاث بالاتفاق لان الاختيار يدل على المرة فلو صرحت بالمرة وقالت اخترت نفسي مرة او دفعة في جواب قوله اختاري ثلاث مرات يقع الثلاث وكذا اذا ذكرت اللفظ الذي يدل على المرة ولان الاختيارة للتأكيد لكونها مصدرا معرفا بتاء الواحدة فلو اجابت دون التأكيد وقالت اخترت نفسي يقع الثلاث فمع التأكيد اولى وهذا لان المصدر لا يذكر مع الفعل الا للتأكيد كما في قوله ضربت ضربا **قوله** ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة واشار بقوله هذا اللفظ الى قوله طلقت نفسي والى قولها تطليقة لان الطلاق وما يشتق منه صريح في الطلاق يعقب الرجعة وهكذا وقع في بعض نسخ الجامع الصغير • وقال الصدر الشهيد هي واحدة بائنة وما وقع في بعض النسخ فهو غلط وقع من الكاتب فان قول ما قاله الصدر الشهيد فهو في محزه • الا ترى الى ما ذكر في الجامع الكبير وان قالت اخترت نفسي بتطليقة او طلقت نفسي واحدة فهي واحدة بائنة وهكذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي وشمس الائمة السرخسي في مبسوطه وفي شرح الكافي فقال وان قال لها اختاري فقالت قد طلقت نفسي طلقت واحدة بائنة • وقال البيهقي قال اختاري فقالت طلقت نفسي تقع بائنة • قال العتابي في شرح الجامع الصغير لو قالت طلقت نفسي بواحدة او اخترت نفسي بتطليقة تقع واحدة بائنة وعلل وقال لانها ملكت ايقاع الثلاث بالتفويض فتملك ايقاع الواحدة والها بائنة لان الزوج جعل لها ان في نفسها واختيارها نفسها يحصل بالبائن لا بالرجعي الا اذا صرح الزوج بالطلاق الرجعي بان قال اختاري نفسك بتطليقة او قال امرك بيدك في تطليقة واختارت نفسها تقع واحدة رجعية لان الزوج صرح على الطلاق الرجعي في التفويض وكان المفوض اليها صريح الطلاق وانه رجعي بالنص وقد صرح بالبائن ايضا في شرح الطحاوي اذا قالت طلقت نفسي في جواب قول الرجل اختاري وكذا ذكر الولوالجي ايضا في فتاواه فعلم ان ما وقع في بعض النسخ من تملك الرجعة سهو من الكاتب وكانه كان فهي واحدة لا يملك الرجعة فسقط حرف النفي سهوا **قوله** وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة وهذه من مسائل الجامع الصغير • والمسئلة الثانية من الخواص ووجهه ان المرأة انما تصرف في الطلاق بحكم التفويض من الزوج وقد نص الزوج في التفويض على الرجعي بذكر الصريح فيقع الرجعي وقال في المبسوط لو قال لها طلقي نفسك فقالت قد اخترت نفسي كان باطلا لان لفظ الاختيار اضعف من لفظ الطلاق • الا ترى ان الزوج لا يملك الايقاع دون لفظ الاختيار فالاضعف لا يصلح جوابا للاقوى والاقوى يصلح جوابا للاضعف •

فصل في الامر باليد

قوله واذا قال لها امرك بيدك ينوي ثلاثا فقالت اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث وهذه من مسائل الجامع الصغير • وفي بعض النسخ فقد اخترت نفسي بواحدة في نسخة بدل ذلك لان الاختيار يصلح جوابا للتمليك فيقع الاختيار جوابا له انما وقع الثلاث لان قولها بواحدة نعت فلا بد من ان يقدر له موصوف وهو هنا الاختيارة لدلالة سياق الكلام كانها قالت اخترت نفسي باختيارة واحدة فلو صرحت بها تقع الثلاث فكذا هنا انما اذا قالت المرأة في جواب قول الرجل امرك بيدك ينوي ثلاثا قد طلقت نفسي بواحدة او اخترت نفسي بتطليقة تقع الواحدة البائنة وذلك لان قولها بواحدة نعت موصوف محذوف وهي التطليقة او الطلقة صار كالاداة الفعل السابق عليه فيقع الواحد لانها لما ملكت الثلاث بالتفويض ملكت الواحدة لكن تقع البائن لان المفوض اليها بائن لا رجعي **قوله** وهو في الاولى بالاختيارة اي المصدر المحذوف في الصورة الاولى او في المسئلة الاولى هو الاختيارة وانما قال هو لان الضمير راجع الى المصدر واراد في الصورة الاولى وفي المسئلة الاولى هو الاختيار بالاولى قولها اخترت نفسي بواحدة اي باختيارة واحدة **قوله** وفي الثانية التطليقة اي المصدر المحذوف في الصورة الثانية او في المسئلة الثانية التطليقة واراد بالثانية قولها قد طلقت نفسي بواحدة اي بتطليقة واحدة **قوله** جوابا له اي للتفويض او لكلام الزوج **قوله** نية الثلاث في التفويض مذكورة في الايقاع اي نية الصفة المذكورة تقديرا وهي البينونة في تفويض الزوج مذكورة في ايقاع المرأة وذلك لان الامر باليد من الكنايات وهي موجبة للبينونة في تفويض الزوج الثلاث التي نوت فتكون البينونة في الامر باليد مذكورة تقديرا في الثاني لانها تصرفت بحكم التفويض **قوله** وانما تصح نية الثلاث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم هذا بيان الفرق بين الامر باليد والاختيار حيث يقع في الاول نية الثلاث لاحتمال العموم والخصوص بان يراد امرك بيدك في تطليقة او ثلاث ولا تصح في الثاني لعدم احتمال العموم قال وقد حققناه من قبل اراد به ما ذكره في فصل الاختيار بقوله لان الاختيار لا يتنوع ولنا انه تطرد ذكر ما في ذلك في الفصل وهو نفي الاتساع بين الامر باليد اذا نوى صح وفي التخيير لا يقع الا الواحدة • قال والقياس ان لا يقع بالتخيير شيء وان اختارت لان الاختيار التي لا يدل على الايقاع وانما ثبت بالاجماع والاجماع انعقد بالطلقة الواحدة فما عداه يبقى على الاصل ولنا في دعوى الاجماع نظر لان في الواقع خلافا من الصحابة وقد مر فلو قال انما لم يقع الا واحدة لقول عمر وابن مسعود كان اولى **قوله** ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد وهي من مسائل الجامع الصغير الثابتة وفيه خلاف زفر فعنده اذا ردت الامر في اليوم لا يبقى الامر بيدها فيما بعد الغد ايضا لان الامر الواحد اضيف الى وقتين فاذا ردت ذلك في احد الوقتين خرج الامر من يدها كما اذا قال لها امرك بيدك اليوم وغدا وكما اذا قال لها انت طالق اليوم وبعد غد يكون طلاقا واحدة لا ثنتين فكذا هنا يكون الامر واحدا لا امرين • ولنا انه لما ذكر بين الوقتين وقتا فاصلا لم يتناوله الامر دل على تجدد الامرين فكان ذلك امرين • الا ترى انه اذا تخلل اليوم الاول خرج الامر من يدها الى ان يجيء بعد الغد ثبت ان بينهما وقتا فاصلا فاذا ردت الامر في اليوم لا يكون ردا فيما بعد غد ولا يدخل الليل في الامر لان بعد غد افرد في الذكر واليوم الواحد لا يتناول ليلته بخلاف ما اذا قال امرك بيدك اليوم وغدا حيث يكون امرا واحدا لعدم دليل تجدد الامر وهو الوقت الفاصل فصار ذكر الغد امتدادا

الامر دخل الليل في الامر لان الليل المتوسط يدخل تحت الامر فاذا ردت الامر في اليوم يكون ذلك ردا في الغد ايضا بخلاف ما اذا قال انت طالق اليوم وبعد غد فان الفرق بين الامر المضاف الى الوقتين والطلاق المضاف الى الوقتين ظاهر لان الطلاق لا يتوقت والامر يتوقت لان الطلاق الواقع في اليوم يكون واقعا فيما بعد الغد على تجدد الامر على انا نقول قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الصغير الكبير ذكر ابراهيم بن رستم انه لو قال انت طالق اليوم وغدا طلقت واحدة ولو قال انت طالق اليوم وبعد غد طلقت طلاقين فعلى هذه الرواية لا يحتج فيا بين ذلك بمسئلة الامر باليد على مسئلة الطلاق **قوله** وان ردت الامر بان قالت لزوجها اخترتك او قالت اخترت زوجي **قوله** فكانا امرين اي كان قوله اليوم وقوله بعد غد امرين **قوله** فيتوقت الامر بالاول اي يكون الامر موقتا بالوقت الاول وهو اليوم حتى يخرج ذلك الامر من يدها بمجي الليل وجعل الثاني اي الوقت الثاني وهو قوله وبعد غد امرا اخر ابتداء **قوله** وتدخل الليل اي يدخل من فوت لك محقت على القوم اذا دخلت عليهم كذا في الجمهرة **قوله** وعن ابي حنيفة انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار بعد ذلك غدا يعني في قوله امرك بيدك اليوم وغدا رواه ابو يوسف عن ابي حنيفة في الامالي كذا قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط • ووجه ذلك ان المراة لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع • بيانه ان الزوج لو قال لها طلقتك تقع الطلاق ولا تملك الا المراة الايقاع فكذا لا تملك رد الامر باليد • ووجه الظاهر انها خيرت بين شيئين اختيارها نفسها واختيارها زوجها فاذا اختارت زوجها اليوم يخرج الخيار من يدها في الغد وهذا لان المخير بين شيئين لا يملكهما جميعا بل يملك احدهما فانهم **قوله** وعن ابي يوسف انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران ذكر هذه الرواية ابو يوسف في الاملاء كذا قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير حتى اذا ردت الامر اليوم كان لها ان تختار نفسها • ووجه ذلك ان التكرار في الاخبار دليل على عدم الشركة كما اذا قال زينب طالق ثلاثا وعمرة طالق واحدة **قوله** خلاف ما تقدم اراد به قوله امرك بيدك اليوم وغدا يعني ان التكرار في الاخبار لم يوجد فلم يتجدد الامر **قوله** وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها وهذه من مسائل الجامع الصغير وانما لم يكن لها خيار لذهاب وقت الخيار بمجي الليل وقد امضينا تحقيقه في اخر فصل في اضافة الطلاق الى الزمان يقال جن عليه الليل ادرك ركضنا بذي الرمث وجنحنا فاوجزونا • قال الذهبكي بن العنه • ولولا جنان الليل ادرك ركضنا • بذي الرمث والارطى عياض بن ناشب •

قوله فيتوقت به اي يتوقت الامر باليد بياض النهار **قوله** واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل اخر وهذه مسئلة الجامع الصغير • يعني اذا قال لها امرك بيدك او قال لها اختاري نفسك تمليك لانه يتبدل لها تمليك لنفسها لا لغيرها والتمليكات تقتصر على المجلس لما نبين في الفصل الثاني ان شاء الله تعالى والتقدير بمكث اليوم ليس بلازم بل المراد المكث الدائر اذا لم يوجد دليل الاعراض • ولهذا قال الحاكم الشهيد في الكافي لها الخيار في المجلس وان تطاول يوما او اكثر **قوله** ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها يعني هذا الذي ذكرنا فيما اذا كانت المراة حاضرة تسمع فيعتبر مجلسها اما اذا كانت غائبة لا تسمع فيعتبر حينئذ مجلسها لانه لم يعرض وقتا دون وقت فصار كانه خيرها في ذلك الوقت ولان التخيير والامر باليد لا يملك فيه معنى التعليق لانه تعليق طلاق باختيارها شبها فجاز ان يتوقف على ما وراء المجلس لانه لا يتوقف معنى التعليق حتى اذا قال احد العاقدين بعت هذا وقال الاخر بعد المجلس قبلت لا يصح وهكذا ايضا اذا وجد قبول المشتري في المجلس بعد وجود الفاصل بين الايجاب والقبول • واما اذا كانت غائبة وقد جعل الامر اليها في وقت معين فان بلغها الخبر فيا بقي منه كان لها الخيار والا فلا لان الاعتبار لمجلسها لا لمجلسه حتى اذا قام الرجل بعد ان جعل اليها الامر لا يبطل خيارها فيا بقي لان التعليق في جهة لازم ولهذا ليس له ان يرجع ويفسخ الخيار بخلاف باب البيع حيث يعتبر مجلسهما جميعا حتى اذا ايهما قام من المجلس قبل قبول الاخر بطل البيع لان البيع لا يحتمل التعليق اصلا ولهذا اذا رجع احدهما عن كلامه قبل قبول الاخر فله ذلك **قوله** بمنزلة في الخيار ذكره تدوله اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما **قوله** خلاف ما اذا مكثت يعني ان فيما مضى ليس كذلك لان ذلك دليل الاعراض وهذا الوجود دليل يفترق الراي في الاول دون الثاني • ثم قال الحاكم الجليل وكان القياس ان يكون لها الخيار ما دامت مركا وانا اخذنا بالاثر • ووجه القياس اطلاق الامر • ووجه الاستحسان اجماع الصحابة بتولهم المخيرة المجلس ولانه خيار طارئ على النكاح فتوقت بالمجلس كخيار المعتقة • فان قلت ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يتقيد الخيار بالمجلس لانه قال لعائشة فلا عجبيني حتى تستشيري ابويك وهذا لان الاستشارة معهما لا يكون الا بعد المجي اليها • قلت ان اجماع الصحابة حجة وعنهم تلقينا امور الدين منهم وقول الرسول ليس فيه دلالة على عدم التقييد بالمجلس وذلك لان الاب يجي الى البنت عادة لان خروج البنت عادة حرام او نقول ولئن سلمنا على عدم التقييد ان النبي عليه الصلاة والسلام اثبت لها الخيار بعد امله ولا بد ان يخرج الحكم مطلقا ومقيدا او كانت عائشة مخصوصة بامتداد الخيار الى الاستشارة فلا يرد علينا **قوله** وقوله مكثت يوما ليس التقدير للخيار باليوم بل المراد منه المكث الدائر سواء كان قليلا او كثيرا اذا لم يوجد ما يدل على الاعراض الاعراض **قوله** ما لم تاخذ في عمل اخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه اي قول محمد في الجامع الصغير ما لم تاخذ في عمل اخر المراد به العمل الذي يعرف ان ذلك العمل قطع المجي الذي كان المجلس واتيانها ذلك اليوم المجي واللام في لما زائدة كما في قوله تعالى ردف لكم • قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير معناه ان لا تشتغل بشي من اعمال الدين والدنيا والحاصل ان ما كان دليل الاعراض يبطل الخيار وما لا فلا وجملته ما قال في شرح الطحاوي لو اشتغلت بعمل اخر يعلم انه قطع لما كان فيه فانه يبطل الخيار ويكون اعراضا كما اذا دعت طعاما لتاكل منه او اشتغلت بالنوم او امتشطت او اغتسلت او اختضبت او جامعها زوجها او خاطبت بالبيع والشرا فذلك كله اعراض ويبطل خيارها ولو اكلت طعاما يسيرا او شربت شرابا قليلا او نامت قاعدة او لبست ثيابا من غير ان تقوم او فعلت فعلا قليلا انما يعلم ان ذلك ليس

١٩

بالمراد فانه لا يبطل خيارها ولو قالت ادعوا الى ابي استشيره على ذلك او قالت ادعوا الى شهودا اشهدهم على اختيار نفسي فهي على خيارها ولو كانت قائمة فقعدت او قعدت فهي على خيارها ولو كانت قاعدة فاتكات فهي على خيارها ولو اضطجعت ففي قول زفر يبطل خيارها وعن ابي يوسف روايتان • روى الحسن بن زياد عن ابي يوسف انه قال لا يبطل خيارها • وروى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف مثل قول زفر ولو كانت راكبة دابة واقفة او سايرة فسارت بعد الخيار يبطل خيارها ولو كانت في السفينة فسارت لم يبطل خيارها ولو خيرها وهي في الصلاة فاتمتها فان كانت في صلاة الفريضة او في الوتر لم يبطل خيارها وان كانت في صلاة التطوع ان سلمت على راس الركعتين فهي على خيارها وان اتمتها الاربع بطل خيارها • وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط وروى بن سماعة عن محمد في الاربع قبل الظهر اذا كانت في الشفع الاول فجن خيرها فاتمت اربعا لم يسقط خيارها لان هذه الاربع تؤدى بتسليمة واحدة عادة **قوله** قال وهذا رواية الجامع الصغير • اي قال صاحب الهداية في هذا الذي قلنا من كونها على خيارها فيما اذا كانت قاعدة فاتكات رواية الجامع الصغير • وذلك لان الاتكاء نوع جلسة وكانها كانت متربعة فاحتبت او كانت محتبية فتربعت • وذكر في غيره اي في غير الجامع الصغير انها اذا كانت قاعدة فاتكات يبطل خيارها في رواية الاصل لان ذلك اظهار التهاون بما جرى لها **قوله** والاول هو الاصح اي رواية الجامع الصغير اصح من الرواية الاخرى **قوله** ففيه روايتان عن ابي يوسف وقد ذكرناهما انفا **قوله** ولو قالت ادعوا ابي استشيره • وقال فخر الاسلام البزدوي استشارة الاب من الحواس **قوله** فلا يكون دليل الاعراض • اي لا يكون الاستشهاد والاستشارة دليل الاعراض لان ذلك من اسباب الاختيار **قوله** وان كانت تسير على دابة او محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها **قوله** والفلك بمنزلة البيت وذلك لان سير الدابة مضاف الى راكبها لانها تجري حسب سوق الراكب وتسيرها دليل الاعراض بخلاف السفينة لانها كالبيت لا يمكنها ايقافها بل هي تجري براكبها • قال تعالى وهي تجري بهم في موج فلم يدل سير السفينة على اعراض المراة لم يصح ان جريان السفينة بالماء والريح وليس الماء والريح في يد الانسان لكن كما يبطل الخيار في البيت يبطل الخيار في السفينة سواء كان عمل الدنيا او عمل الدين وقد مر بيان ذلك في المشية بوجه المناسبة

فصل

قوله ومن قال لامراته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذه من مسائل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يقول لامراته طلقي نفسك ينوي ثلاثا فقالت طلقت نفسي ثلاثا فهي ثلاث ولو طلقت نفسها واحدة ولا نية له فهي طالق واحدة تملك الرجعة ولو نوى الواحدة فكذلك وذلك لان قوله طلقي نفسك يدل على الطلاق لغة لانه مختصر من قوله افعلي فعل الطلاق والمختصر من الكلام والمطول سوا في اثبات الحكم فلو صرح بالطلاق يقع فيه الثلاث فكذا هنا لان هذه الصيغة تدل على الطلاق لغة بخلاف صيغة النعت وصيغة الماضي اعني اذا قال لها انت طالق او قال طلقتك ونوى به الثلاث او نوى الواحدة تقع الواحدة الرجعية اما وقوع الواحدة فللتيقن واما وقوع الرجعية فلان اللفظ صريح والصريح معقب للرجعة فلو نوى الثنتين لا يقع ذلك لانه عدد محض لا يحتمل اللفظ ذلك بخلاف ما اذا كانت المراة امة حيث تقع نية الثنتين لان الثنتين جنس طلاقها فصار المثنى في حقها كالثلاث في حق الحرة فان قلت ليف يدل المصنف مسائل الفصل بقول الرجل لامراته طلقي نفسك والفصل في المشية وليس في طلقي نفسك ذكر المشية قلت المشية وان كانت غير مذكورة لفظا مذكورة معنى لان قوله طلقي تفويض الطلاق اليها بمشيتها واختيارها ولهذا يقتصر على المجلس **قوله** اراد الزوج ذلك اشارة الى الثلاث ونعتي اي وقعت الثلاث وهو اسم جنس اي التطليق اسم جنس **قوله** ولهذا تعمل فيه نية الثلاث اي لان التطليق اسم جنس تعمل في قوله طلقي نية الثلاث لان الجنس يقع على الادنى مع احتمال الكل عند عدمها اي عند عدم النية **قوله** لانه جنس في حقها اي لان الثنتين جنس في حق الامة لقوله عليه الصلاة والسلام طلاق الامة ثنتان وانما وحد الضمير الراجع الى الثنتين على تاويل المذكور او الملفوظ اي اللفظ اي لفظ الثنتين جنس طلاق الامة **قوله** وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت لم تطلق وهاتان من مسائل الجامع الصغير ولفظ محمد فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يقول لامراته طلقي نفسك فتقول ابنت نفسي لم تطلق • والمسئلة الاولى من الخواص والفرق بين المسئلتين ان الابانة من الفاظ الطلاق ولهذا اذا قال لها الزوج ابنتك ينوي به الطلاق يقع الطلاق • وكذلك اذا قالت المراة ابنت نفسي منك فقال اجزت ذلك يقع فلما كانت الابانة من الفاظ الطلاق صلحت جوابا لقول الرجل طلقي نفسك لا انه يقع الرجعي لان المفوض اليها هو الرجعي وقد اتت بزيادة وصف وهي البينونة بلغو ذلك بخلاف ما اذا قالت اخترت في جواب طلقي نفسك حيث لا يقع شي اصلا لان الاختيار ليس من الفاظ الطلاق • الا ترى ان الرجل اذا قال لها اخترتك او قال لها اختاري ينوي او قالت المراة ابتدا اخترت نفسي فقال الزوج اجزت ذلك لا يقع شي الا انه جعل طلاقا اذا وقع جوابا لتخيير الرجل وتمليكه الامر باجماع الصحابة على خلاف القياس فاقتصر على مورد النص • وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير فلا يصلح قولها اخترت جوابا له • فان قلت يرد على هذا ما اذا قال الرجل لامراته طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لا يقع شي عند ابي حنيفة لانها اتت بغير ما فوض اليها والمسئلة مذكورة في المبسوط وطريقة الخلاف وغيرهما وهنا ايضا اذا قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت يقع الطلاق الرجعي مع انها اتت بغير ما فوض اليها • قلت لا نسلم انها ترد علينا لان في هذه المسئلة ايضا روايه عن ابي حنيفة كما ذكر صاحب الهداية انه لا يقع فكانت المسئلتان سواء فلا حاجة الى الفرق ولئن سلمنا ما هو الظاهر فنقول الفرق بينهما ان الطلاق اذا قرن بالعدد يكون الواقع هو العدد فلما اتت المراة في قولها طلقت نفسي ثلاثا في جواب طلقي نفسك واحدة انها اتت بغير ما فوض اليها لان الثلاث غير الواحد بخلاف قولها ابنت نفسي في جواب قوله طلقي نفسك لان معناه طلقت نفسي طلقة بائنة فتكون المراة ممتثلة امر الزوج في اصل الطلاق فيقع ذلك وتلغو وصف البينونة لانها كالعدد امر منه بخلاف ما اذا فوض اليها الثلاث فطلقت بالواحدة حيث تقع الواحدة بالاتفاق لانها لما ملكت

الثلاث ملكت الواحدة فلم تكن مخالفة **قوله** وكانت للتفويض في الاصل • اي كانت المراة موافقة لتفويض الرجل بقولها انت
طلق في اصل الطلاق دون وصفه وهو البينونة فيثبت الاصل لموافقتهما ويلغو الوصف لمخالفتها **قوله** وينبغي ان يقع تطليقة رجعية
يعني في قولها ابنت نفسي في جواب قول الرجل طلقي نفسك وانما قال بلفظ ينبغي • لان هذه المسئلة من خواص الجامع الصغير • ومحمد لم ينص فيه على
الرجعي بل قال هي طالق • ولذلك قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير • اي وينبغي ان يقع واحدة رجعية وانما قال ذلك
لعدم تنصيص محمد بالرجعي **قوله** الا انه زاد وصفا فيلغو كما استثنينا من قوله بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق والاستثناء
منقطع بمعنى لكن **قوله** وعن ابي حنيفة انه لا يقع بقولها ابنت شي اي لا يقع شي **قوله** اذ الابانة تغاير الطلاق لان من
الطلاق الصريح رجعي وموجب الابانة بينونة ويتغايران فكانت مخالفة **قوله** وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه وهذه مسائل
الجامع الصغير • وعند الشافعي يصح رجوعه حتى اذا طلقت نفسها بعد ان نهاها لا يقع الطلاق عندنا خلافا له لانه توكيل كما اذا قال الاجنبي طلق
امراتي وكما اذا قال لها طلقي ضرتك • ولنا انه تمليك لا توكيل وفيه معنى التعليق والتعليق يمين فلا يصح الرجوع فيها • بيان ذلك ان الوكيل
يتصرف لغيره والمراة في رفع قيد النكاح عاملة لنفسها لا لغيرها لانه دفع عن نفسه قيد الغير ولا يكون متبدا في دفع العبد عن نفسه عاملا
لغيره بل لنفسه فلا يكون المراة وكيلة بل يكون مالكة حقوق نفسها تمليك الزوج اياها وكذلك فيه معنى التعليق لانه علق طلاقها بتطليقها
واختيارها فكانه قال ان طلقت نفسك فانت طالق والطلاق ما علق به ولا رجوع في اليمين لان فائدته وهو الحمل او المنع لا تحصل اذا صح
الرجوع فصار كما اذا قال لها ان دخلت الدار فانت طالق فلا يصح الرجوع فكذا هنا بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك او قال الاجنبي طلق امرأتي
حيث يصح الرجوع لانه توكيل فانه يكون العمل فيها للغير وفي الوكالات يصح الرجوع لان في عمل الوكيل نوع ضرر على الموكل واذا كان الضرر عليه يجوز
رفع ذلك الضرر عن نفسه بالرجوع او نقول فلانها انما اذا فوض الى الاجنبي على طريق التوكيل فان فوض اليه على طريق التمليك لا يصح الرجوع
ايضا فاذا قال له طلق امراتي ان شئت ومعنى الوكالة لا يتحقق في حق المراة لانها عاملة في حقوق نفسها ثم ان قامت المراة عن المجلس بطل الامر ليس
لها ان تطلق بعد ذلك • وقال مالك هو مؤبد لانه مطلق وهو القياس عندنا ايضا كما بينا في قوله اختاري نفسك • ولنا ان الصحابة
اجمعوا على ان المخيرة المجلس ولانه تعليق الطلاق بمشيتها ولا دلالة للمالك على الطلاق المعلق بمشيتها لا يعتبر لها فيقتضي جوابا في قبولها في الحال
كما في سائر التمليكات فكان ينبغي ان تطلق نفسها في الحال بلا امتداد الى اخر المجلس كلحظة واحدة لضرورة التامل وقد امتد بالمجلس فيبطل
ما وراء ذلك **قوله** وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده وهذه من مسائل القدوري لفظة بعده
الا انها وقعت مكررة في الهداية لان صاحب الهداية ذكرها بعد هذا قريبا من وجه بعد قوله • ولو قال لها انت طالق اذا شئت وذكر انه
وضع الجامع الصغير • وذكرها هنا وضع القدوري فكان ينبغي انه يذكر ثمة في موضع اما هنا او ثمة لانه لم يقتصر في المجلس لعموم متى لانها لا تختص
وقتا دون وقت فصار كانه قال لها طلقي نفسك في اي وقت شئت **قوله** واذا قال لرجل طلق امراتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده
وله ان يرجع وقد مر بيان ذلك قبل هذا وانما كان له ان يطلقها بعد المجلس لان المجلس للاجنبي وكيل والوكيل هو يقدر على ان يعين الموكل
في المجلس وقد لا يقدر فلا يقتصر على المجلس **قوله** فكان تمليكا اي كان قوله طلقي نفسك تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها ان
شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع عنه • وهذه من مسائل الجامع الصغير • وذكر في الاصل لو قال طلقها ان
كان في المجلس وكذلك لو جعل ذلك الى صبي او معتوه وفي المسئلة خلاف زفر ذكر في شرح الكافي وشروح الجامع الصغير وجه قوله ان
قوله لاجنبي طلقها ان شئت توكيل ولا يتفاوت الحال بذكر المشية وعدمها لانها لغو لان الوكيل يتصرف بمشية نفسه لا محالة • ولهذا لو
قال قال لاخر بعه ان شئت يكون تمليكا لا توكيلا ولا يخرج كلامه ذكر المشية عن التوكيل فكذا هنا • ولنا انه تمليك لا توكيل
لانه علق الطلاق بمشية المخاطب والتصرف الذي يكون بمشية المتصرف نفسه هو تصرف المالك لا تصرف الوكيل لان الوكيل
يتصرف بنفسه الموكل وراية لا بمشية نفسه ورايه حتى اذا اجرى الطلاق على لسانه من غير مشية يقع ثم لما كان تمليكا اقتصر على المجلس
ولا يصح رجوعه لما حققنا في مسئلة طلقي نفسك والحاصل انه يقتصر على المجلس بمعنى التمليك ويثبت اللزوم بمعنى التعليق لانه يمين لا يصح
الرجوع عنه وهذا بخلاف قوله ان شئت فانه توكيل لا تمليك مع وجود ذكر المشية حتى صح العزل والنهي عن البيع بعد ذلك ولا يقتصر
على المجلس لان البيع لا يحتمل التعليق بالشرط لافضائه الى معنى القمار فجعل توكيلا • والجواب عن قول زفر فنقول نعم انه يتصرف بمشية
نفسه لكن بمشية يوجبه الزوج فثبتها فكان ذكرها مفيدا لا لغوا • واما قول محمد في الاصل ذلك لو جعل ذلك الى صبي او معتوه
فذاك لان مجرد العبارة يتحقق منهما **قوله** وقال زفر هذا والاول سواء هذا اشارة الى قوله طلقها ان شئت والاول اشارة
الى قوله طلق امراتي فكلاهما توكيل عنده حتى يصح الرجوع عنه ولا يقتصر على المجلس **قوله** وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا
فطلقت واحدة فهي واحدة وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال
لامراته طلقي نفسك ثلاثا فقالت طلقت نفسي واحدة قال هي طالق واحدة قال ولو قال طلقي نفسك واحدة فقالت طلقت نفسي ثلاثا
لم يقع شي عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يقع عليه واحدة والاصل فيه ان المراة اذا اتت بما فوض اليها يقع والا فلا ففي الاول
لما طلقت نفسها واحدة اتت بما فوض اليها لانها لما ملكت الثلاث بالتمليك ملكت الواحدة ثم ثبت ولذا في الثانية عندهما لانها
اتت بما فوض اليها وزيادة فيقع المفوض اليها وتلغو الزيادة وهذا لان الواحدة موجودة في الثلاث فصار كما لو قالت طلقت
نفسي واحدة وواحدة • وكما اذا قال لها طلقي نفسك فطلقت نفسها وضرتها او قال لعبده اعتق نفسك فاعتق نفسه وصاحبه وكذا
لو قال لاجنبي بع عبدي هذا فباعه مع عبد اخر • وكذا اذا قال الرجل لامراته طلقتك الف فيقع الثلاث وهي بعوضه الثلاث وما زاد
على ذلك يلغو الا انه لا يملكه شرعا ولابي حنيفة انها اتت بغير ما فوض اليها فلا يقع شي اصلا لانها مخالفة لا ممتثلة لامر الزوج وذلك لان

الثلاث غير الواحدة والمفوض اليها واحدة لا ثلاث فلما لم يقع الثلاث لانها مخالفة لانها اتت بغير ما فوض ومن اليها لم يقع الواحدة ا
ايضا لان الواحدة من الثلاث لا قيام لها بدون الثلاث فكانت مبتدية في كلامها لا مجيبة لكلام الزوج فيتوقف ايقاعها على
اجازة الزوج بخلاف ما اذا قالت واحدة وواحدة بالعطف لانها ممتثلة في الاولى دون الثانية وكذا هي ممتثلة في طلاق نفسها
دون ضرتها • وكذا الجواب في اعتاق العبد نفسه وصاحبه • وكذا الجواب في بيع الاجنبي العبد المامور ببيعه مع غيره بخلاف
ما اذا طلقت نفسها واحدة وقد امرها بالثلاث حيث تقع الواحدة لانها تصرفت فيما ملكت لانها لما ملكت الثلاث ملكت الواحدة ضرورة
فانه ما في الباب انها نقصت عما ملكت وبخلاف الزوج لانه اذا تصرف بحكم الملك والمراة تتصرف بحكم التمليك والتفويض من الزوج
لا بحكم ملكها فلم يصح تصرفها اذا خالفت **قوله** وكانت مبتداة لا مجيبة اي كانت المراة مبتدية في كلامها لا مجيبة لكلام
الزوج **قوله** فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة اي فكانت بين الواحدة والثلاث مغايرة لان الواحدة ليست بمركبة
من الاحاد وهذه عدد والثلاث **قوله** وكذا في المسئلة الاولى اي تصرفت المراة ايضا بحكم الملك فيما اذا طلقت نفسها
واحدة وقد قال لها طلقي نفسك ثلاثا لان الثلاث تدل على الواحدة تضمنا فكانت مالكة للواحدة لما ملكت الثلاث بخلاف ما اذا
امرها بالواحدة وقد اتت بالثلاث لان الواحدة لا دلالة لها على الثلاث لا حقيقة ولا مجازا لعدم التضمن والالتزام فكانت المراة
مخالفة فلم يقع شي **قوله** انا ها هنا اشارة الى قوله طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا **قوله** وان امرها بطلاق
يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج وهذه من مسائل الجامع الصغير • يعني قال
لها طلقي نفسك طلاقا املك الرجعة فطلقت نفسها بائنا يقع الرجعي لا البائن اما في الاولى فلان المراة اتت بالاصل والوصف فثبت
الاصل لانها موافقة للزوج ولغا الوصف لانها خالفته • اما في الثانية فلان الزوج لما عين صفة الطلاق بذكر البائن كانت
المراة مخالفة لذكر الصفة بالرجعي فلغت الصفة فصار كانها لم تذكر الصفة اصلا فاقتصر على اصل الطلاق على الصفة التي فوض
اليه الزوج والحاصل انها اتت بالاصل والوصف فثبت الاصل دون الوصف فافهم •
فتقول طلقت نفسي بالنصب في الموضعين • عطفا على قوله ان تقول في الموضعين •
بائنة بالنصب حال من الضمير في يقع او من المجرد اعني قوله بالصفة اي تقع الطلقة بالصفة التي عينها الزوج بائنة •
وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شي وهذه من مسائل الجامع الصغير • وقال في الاصل ولو قال لها انت
طالق ثلاثا ان شئت فقالت قد شئت واحدة فهو باطل وذاك لان الكل معلق بوجود مشية الكل فلا يقع بمشية البعض لانعدام
الشرط ثم قلنا ذلك لان قوله ان شئت فيه ابهام باعتبار متعلقه فيحمل ثانيا على ما سبق لزوال الابهام فيصير كانه قال ان شئت
الثلاث وهذا بخلاف ما اذا قالت شئت واحدة وواحدة وواحدة حيث يقع ثلاث تطليقات سواء دخل بها او لم يدخل لان تمام الشرط
باخر الكلام فيجعل اول الكلام موقوفا على اخره فكذا لم يفترق الحال بالدخول وعدمه الا اذا سكتت على قولها شئت واحدة ثم قالت
وواحدة وواحدة فحينئذ لا يقع شي لانعدام الشرط بتفريق الكلام • ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت نفسها ثلاثا فكذا
عند ابي حنيفة اي لا يقع عليها شي اصلا • وقال ابو يوسف ومحمد تقع الواحدة • وذكر في الاصل قال لو قال لها انت طالق واحدة ان
شئت فقالت قد شئت ثنتين او ثلاثا لم يقع شي عند ابي حنيفة وهذا بناء على ما ذكرنا في قوله طلقي نفسك واحدة فقالت طلقت
نفسي ثلاثا فانه لا يقع شي عنده وعندهما تقع الواحدة فكذا هنا لانها اتت بالواحدة والزيادة فتقع الواحدة لانها فوضت اليها وتلغو
الزيادة ولابي حنيفة انها اتت بغير ما فوض اليها فلا يقع شي لان بين الثلاث والواحدة مغايرة من حيث التضاد كما مر بيانه في تلك المسئلة
وهذا معنى قوله لان مشية الثلاث ليست بمشية الواحدة كايقاعها كما ان ايقاع الثلاث ليس بايقاع الواحدة فيما اذا قالت طلقت
نفسي ثلاثا فكذا المشية وعندهما ايقاع الثلاث ايقاع الواحدة فكذا المشية **قوله** ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت
شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في
رجل قال لامراته انت طالق ان شئت • فتقول قد شئت ان شئت فيقول الزوج شئت قال فذلك باطل وان نوى الطلاق بقوله شئت فهو
باطل ايضا وذكر المسئلة من الخواص وذلك لان الزوج لم يتكلم بالطلاق في قوله شئت وانما شاء مشيتها وبطل الامر بعدم الوجود دليل
الاعراض ومراسلتها لما انها لا تعتبها مخالفة زوجها لان الزوج فوض اليها الطلاق من الزوج في قوله شئت لان النية تعمل في الملفوظ
لا في غيره والطلاق ليس بملفوظ لا في عين قوله شئت ولا في قولها شئت ان شئت فلا يقع شي حتى لو قال شئت طلاقك يقع ابتداء
بخلاف ما اذا قال وقت طلاقك او احببت طلاقك او اردت طلاقك لا يقع شي وان نوى لان ذلك نوع تمني هكذا ذكر اصحابنا حكم
المسئلة في اردت طلاقك • وعلل صاحب الهداية بقوله لا ينبئ عن الوجود يعني ان المشية تنبئ عن الوجود والارادة لا فلهذا وقع
الطلاق بقوله شئت طلاقك ولم يقع بقوله اردت طلاقك • وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي المشية في صفات المخلوقين
الرمز في الحقيقة من الارادة • الا ترى ان المشية لا تذكر مضافة الى غير العقلاء وقد تذكر الارادة • قال تعالى فوجدا فيها جدارا
يريد ان ينقض فاقامه فاقول هذا الذي قالوه من الفرق بين الارادة والمشية ضعيف لان اهل اللغة كالجوهري وصاحب الديوان
وغيرهما لم يفرقوا بينهما • ولهذا قال الجوهري في الصحاح في كتاب الالف المهموز المشية هي الارادة • وقال في باب الدال الارادة
هي المشية وكذا قال في الديوان فعلم انه لا فرق بينهما وقد صرح اصحابنا في كتب الكلام انه لا فرق عند اهل السنة بين الارادة والمشية
وقول شمس الائمة ان المشية لا تذكر مضافة الى غير العقلاء منظور لان ابا بكر الشبلي انشد في الاصلاح •
يا مرحبا بماء مما ... اذا التي قربته لما نبا • من الشعير والحشيش والماء • وشرحه ابو محمد يوسف بن الحسن

ابن عبيد الله السيرافي في الزبرج وهو مشهور عند اهل اللغة واسناد الارادة الى الجدار مجاز وكلامنا في الحقيقة ولا نسلم ان المد
لا تستعمل في مثل ذلك مجازا وقد فسروا الارادة بتخصيص احد المتقدرين بالوجود فتكون هي ايضا منبئة عن الوجود ثم تقع الطلاق
بقوله وشئت طلاقك بالاتفاق فينبغي ان تقع بقوله اردت طلاقك ايضا لانهما سواء في المعنى لما قلنا يريد ما ذكر في خلاصة الفتاوى
بقوله • وقال في المنتقى وفي القياس كل ذلك سواء • وقولهم اردت بمنزلة تمنيت ممنوع قوله وكذا اذا قالت شئت ان شاء
ابي او شئت ان كان كذا لامر لم يجئ بعد اي لا تقع الطلاق ايضا اذا قال الرجل انت طالق ان شئت فقالت المرأة شئت ان شاء ابي او قالت
شئت ان دخل الى الدار او نحوه وهو معنى قوله لامر لم يجئ بعد • وهذه من مسائل الجامع الصغير ايضا وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في رجل قال لامرأته انت طالق ان شئت فقالت شئت ان كان كذا لامر ماض طلقت وان كان الشيء لم يجئ بعد فهذا ابطال
ولا تقع الطلاق وليس لها ان تطلق بعد وانما لم تقع الامر بيدها اذا علقت مشيتها بامر مستقبل لما قلنا انه فوض اليها الطلاق بمشيئة
مرسلة لا معلقة فلما علقت مشيتها خالفت الزوج فيما فوض اليها فلا تقع شيء بخلاف ما اذا علقت مشيتها بامر ماض بان قالت شئت ان
كان ابي في الدار وهو في الدار حيث تقع الطلاق لان التعليق بشرط واقع تحقيق لا تعليق كقوله انت طالق ان كانت السماء فوقنا
فان قلت يرد على هذا ما اذا حلف الرجل وقال هو يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه فعل حيث لا يحكم بكفره فلو كان التعليق بشرط
كائن تحقيقا لكان كافرا • قلت لا يرد لانه روي عن محمد بن مقاتل الرازي انه يكفر فاطرد الاصل ولئن سلمنا انه لا يكفر على ما روي
عن محمد بن شجاع البلخي وهو المروي عن ابي يوسف ايضا في شرح الطحاوي فنقول انما لم يكفر لان الكفر انما يكون بتبديل الاعتقاد
وهو بهذا الكلام لم يقصد تبديل الاعتقاد بل قصد ان يصدق في مقالته قوله ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما
شئت او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا تقتصر على المجلس • وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة • في رجل يقول لامرأته انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة
وان قامت من مجلسها واخذت في عمل اخر فليس لها ان تطلق نفسها الا واحدة وان ردت لم يكن ردها ردا ولها ان تطلق نفسها بعد ذلك
وهذا لان كلمة متى ومتى ما من الظروف الزمانية فلا يختص وقتا دون وقت فلهذا كان لها ان تطلق نفسها في اي وقت شاءت ولكن تطلق
واحدة لانها لتعميم الوقت لا لتعميم الفعل فلم يكن ردها ردا لان الزوج فوض اليها الطلاق في اي وقت شاءت فلها ان تطلق نفسها بعد الرد
حين شاءت لانها ملكت تطليق نفسها في عموم الاوقات • ولا يقال يرد على ابي حنيفة هذه المسئلة نقضا لان اذا عنده تستعمل
للشرط • فلو قال انت طالق ان شئت يقتصر على المجلس فكذا اذا قال اذا شئت ينبغي ان يقتصر على المجلس لانا نقول اذا اذا جوزنا
بها لا يبطل ما ثبت من الوقت بالنظر الى ان يخرج الامر من يدها كما في اذا قامت عن المجلس وبالنظر الى الوقت لا يخرج كما في متى وقد
كان الامر اليها فلا يخرج بالشك وما في التقرير عنا ما في فصل اضافة الطلاق الى الزمان في قوله انت طالق اذا لم اطلقك وهو المراد
من قوله وقد مر من قبل قوله ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا
وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة • في رجل قال لامرأته انت طالق كلما شئت قال لها ان
تطلق نفسها وان قامت من مجلسها او اخذت في عمل اخر او كلام اخر واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا فان تزوجها بعد زوج اخر
لم يقع عليها شيء من بعد وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة • اعلم ان كلمة كلما لتعميم الفعل والدليل عليه قوله تعالى كلما نضجت جلودهم
فلما كان كذلك كان لها مشيئة بعد مشيئة الى ان تستوفي الثلاث فاذا قامت من المجلس واخذت في عمل اخر بطلت مشيتها المراد به ما
في ذلك المجلس بوجود دليل الاعراض ولكن لها مشيئة اخرى بحكم كلما ولهذا كان لها ان تطلق نفسها وان وجد دليل الاعراض او وجد الرد
صريحا ثم اذا شاءت ثلاث مرات فتزوجها الزوج الاول بعد زوج اخر لا يبقى لها مشيئة عندنا خلافا لزفر وهي بناء على ان التنجيز يبطل
التعليق عندنا خلافا له لان كلام الزوج انما تناول ما كان مملوكا له من الطلقات وهي الثلاث لا غير فلا يقع شيء بعد ذلك وانما لم يكن لها
ان تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة لان الزوج فوض اليها كل طلاق بكل مشيئة فلا تقع الجملة بمشيئة واحدة لمخالفتها فهل تقع الواحدة ام لا
فعند ابي حنيفة لا يقع شيء وعندهما تقع الواحدة وهو بناء على ما ذكرنا في قوله طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثا ومن فروع
هذه المسئلة انها لو شاءت مرتين وانقضت عدتها فتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الزوج الاول تعود اليه بثلاث تطليقات في قول
ابي حنيفة وابي يوسف ولها المشيئة في ذلك كل مرة بعد مرة وهي مسئلة الهدم وقد مر • وان قال لها كلما شئت فانت طالق ثلاثا فشاءت
واحدة فذلك باطل وان قال كلما شئت فانت طالق واحدة فقالت قد شئت ثلاثا كان باطلا • وكذلك لو قال كلما شئت فانت طالق ولم يقل
واحدة فشاءت ثلاثا وهذا مذهب ابي حنيفة وعندهما تقع واحدة في الوجهين وانما كان باطلا لان شرط وقوع الطلاق في الوجه الاول
مشيئة الثلاث اي كلما شئت الثلاث فاذا شاءت الواحدة لم يوجد الشرط فلا تقع وما في التقرير الثاني الشرط مشيئة الواحدة اي كلما
شئت واحدة فان شاءت ثلاثا لا يوجد الشرط فلا تقع وما في التقرير مر في قوله طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت واحدة ونظيره
قوله لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع • اي لان كلمة كلما توجب عموم الفعل فردا فردا لا جملة فلهذا لا تطلق نفسها
ثلاثا بكلمة واحدة بان قالت طلقت نفسي ثلاثا وقد مر بيانه قوله ولو قال لها انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى
وان قامت من مجلسها فلا مشيئة لها وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • وقال في الاصل وان قال لها انت طالق حيث شئت او اين
شئت ثم قامت عن المجلس لا تقع شيء ما لم تشأ • اعلم ان حيث واين من الظروف المكانية واين مجازي بها ولا مجازي بحيث الا اذا لزمهما ما والطلاق
لا تعلق له بالمكان • الا ترى انه لو قال لها انت طالق في الكعبة تقع في الحال وهذا لان الطلاق الواقع في مكان يكون واقعا في جميع
الامكنة فلما لم يتعلق الطلاق بالمكان صار ذكر المكان وعدمه سواء فبقي الطلاق متعلقا بمشيتها فكانه قال انت طالق ان شئت فاقتصر

المجلس بخلاف الزمان فان للطلاق تعلقا به لان الزمان جزء داخل في ماهية الفعل فيدل فعل الطلاق على الزمان فاعتبر خصوص الزمان
كما اذا قال انت طالق غدا وكذا اعتبر عمومه • كما اذا قال انت طالق متى شئت او زمان شئت او حين شئت قوله لان له تعلقا
به اي لان للطلاق تعلقا بالزمان قوله فوجب اعتباره خصوصا وعموما اي اعتبار الزمان وانتصب خصوصا وعموما على التمييز
من اعتباره وناصبه الفعل الذي هو وجب • وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال لامرأته انت طالق كيف شئت قال هي طالق تطليقة يملك الرجعة فان قالت قد شئت واحدة
بائنة او ثلاثا وقال الزوج نويت ذلك فهو كما قال لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير كما ترى • وقال في المبسوط هذا قول ابي حنيفة وعندهما
لا يقع شيء ما لم تشأ المرأة فان شاءت في المجلس فالحكم كما قال ابو حنيفة فاذا شاءت واحدة بائنة ونوى الزوج ثلاثا فهي واحدة رجعية وان شاءت
ثلاثا وقد نوى الزوج واحدة بائنة فهي واحدة رجعية لانها شاءت غير ما نوى الزوج من الوصف والعدد فلا يثبت هذا بالاتفاق لهما انه فوض
اليها الطلاق بمشيتها على اي وصف شاءت فلا يقع الطلاق بدون مشيتها كما في قوله انت طالق ان شئت او كم شئت او حيث شئت وتحقيقه ان
وصف الطلاق لما تعلق بمشيتها تعلق اصل الطلاق ايضا لان الوصف لا يتحقق بدون الاصل ولابي حنيفة ان المتعلق بالمشية وصف الطلاق
لا اصله فيقع اصله منجزا وذلك لان كيف كلمة موضوعة للسوال عن الحال جارية مجرى الظرف فاذا قلت كيف زيد يكون معناه
على اي حال هو من الصحة والمرض والسقم وغير ذلك فاذا كان وضع كيف لسوال الحال لا الذات كان وصف الطلاق من البينونة والعدد
متعلقا بالمشية دون اصله وتحقيقه ان السوال عن حال الشيء قبل وجوده امر ممتنع • الا ترى الى قول الشاعر •
قوله يقول خليلي كيف صبرك بعدنا • فقلت وهل صبر فيسأل عن كيف •
ولكن غير المدخول بها لا مشية لها بعد وقوع اصل الطلاق لحصول البينونة • وفي المدخول بها تقع ما شاءت اذا وافقت نية الزوج واذا
خالفت تقع الطلاق الرجعي بخلاف كم شئت فان كم كناية عن العدد على سبيل الابهام والمميز فيه محذوف اي كم طلاقا شئت او كم طلاق
شئت كما في قوله كم سرت اي كم فرسخا او فرسخ واصل العدد هو الواحد فيكون اصل الطلاق متعلقا بالمشية وبخلاف قوله حيث شئت
او اين شئت لانهما لا يدلان على المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيكون ذكر المكان عدمه فيكون المعلق بالمشية اصل الطلاق قوله
ومعناه قبل المشية • اي معنى قول محمد في الجامع الصغير طلقت تطليقة يملك الرجعة فيما قبل مشية المرأة اما اذا شاءت المرأة الواحدة
البائنة او الثلاث تقع ذلك اذا نوى الزوج ذلك قوله معنى ايقاع الزوج ارادته قوله انت طالق وقوله انت طالق كيف شئت
وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا يعني اذا لم ينو الزوج شيئا تعتبر مشية المرأة فيقع ما شاءت سواء شاءت الواحدة البائنة والثلاث
على ما قال المتاخرون لان الزوج جعلها في وصف الطلاق بقوله كيف شئت تجري على موجب تخييره • وانما قال صاحب الهداية على ما قالوا
لانه لم يرد فيه نص عن اصحابنا المتقدمين والظاهر انه تقع الرجعي اذا لم ينو الزوج شيئا على اشارة الجامع الصغير لانه اوقع الواحدة البائنة
او الثلاث بمشيتها اذا نوى الزوج فعلم انه اذا لم ينو لا تقع البائن والثلاث فبقي ايقاع اصل الطلاق وهو الرجعي قوله
وعلى هذا الخلاف العتاق يعني اذا قال لعبده انت حر كيف شئت تقع العتق بلا مشية العبد عند ابي حنيفة ولا تقع عندهما ما لم يشأ العبد
قوله كيف للاستيصاف اي للسوال عن وصف الشيء والغير في وصفه وفي اصله واي في نوعه راجع الى الطلاق قوله وان
قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت • وهذه من مسائل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في رجل يقول لامرأته انت طالق كم شئت او ما شئت • قال ان شاءت طلقت نفسها واحدة او ثنتين او ثلاثا ما لم تقم عن مجلسها
او تاخذ في عمل اخر او في كلام اخر فان ردت كان ردها ردا • وقوله او ما شئت من الخواص وذلك لان كلمة كم كناية عن العدد لا على سبيل
التعيين • الا ترى الى قولهم كم درهما عندك وكم غلاما لك هي الاستفهامية والخبرية وقعت عامة لابهامها فكان لها ان تطلق
نفسها ان شاءت واحدة وان شاءت ثنتين وان شاءت ثلاثا وانما اقتصرت مشيتها على المجلس لان الزوج فوض اليها الطلاق بمشيتها وذلك
تمليك والتمليك والتمليكات تقتصر على المجلس فاذا وجد الرد او دليل الاعراض من القيام عن المجلس ومن الاشتغال بعمل اخر او كلام اخر
عن ذلك المجلس بطلت مشيتها ولم تقع شيء بعد ذلك بمشيتها وكذلك الحكم فيما شئت لان كلمة ما عامة لابهامها فكان لها ان تطلق نفسها
ما شاءت من العدد وهي موصولة وصلتها هي الجملة الخبرية اعني قوله شئت والضمير الراجع من الجملة الى الموصول محذوف للعلم به اي ما
شئته من الطلاق ويجوز حذف الراجع للعلم به اي ما كما في ما ذا صنعت وقد عرف في موضعه قوله وان قال لها طلقي نفسك من ثلاث
ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين ولا تطلق ثلاثا عند ابي حنيفة • وقالا تطلق ثلاثا ان شاءت وهذه من مسائل الجامع الصغير
المعادة وقوله وثنتين اي تطلق نفسها واحدة ان شاءت وثنتين ان شاءت وليس معناه انها تجمع بين الواحدة والثنتين لهما ان كلمة ما
للعموم محكم • وكلمة من تحتمل التمييز وغيره فيحمل المحتمل على المحكم كما هو الاصل • ولهذا اذا قال كل من طعامي ما شئت يعم الاذن
ولهذا اذا اطلق من شاء اي من شاءت له ان تطلق جميع من شاءت من النساء • وكذا اذا قال من شاء من عبيدي العتق فهو حر
فشاؤوا جميعا عتقوا ولابي حنيفة في ان كلمة ما حقيقته في العموم وكلمة من حقيقته في التبعيض • كما في قوله تعالى خذ من اموالهم
صدقة والاصل في الكلام الحقيقة فيعمل بحقيقة الكلام ما لم يدل دليل الجواز المجاز والثنتان بالنسبة الى الواحدة عام وبالنسبة
الى الثلاث بعض ولا يقال ينبغي على هذا ان لا تطلق نفسها واحدة لان الواحدة ليس فيها معنى العموم اصلا وهي بعض صرف لانا نقول
لما ملكت الثنتين بحكم الامر فقد ملكت الواحدة وهذا ايضا مما سنح به خاطري في هذا المقام وهذا بخلاف ما استشهدا به لان ثمة
قام الدليل على ارادة المجاز وعدل عن الحقيقة لان الاباحة لا تتعلق بها اللزوم فكان الامر فيها مبنيا على التوسع لان في العرف يراد
مثل هذا الكلام اظهار السخاء والكرم وذلك بالعموم بخلاف الطلاق فانه يتعلق به اللزوم فلم يعدل فيه عن حقيقة كل لفظ وترك

الاصل في المسئلتين لاخريين لدلالة الدليل ايضا وذلك لان الموصوف بصفة عامة بتعميم • ولو قال والله لا اكلم الا رجلا كوفيا له ان يكلم جميع رجال الكوفة حتى لو قال طلق من شاء من نسائي ما شئت له ان يطلق الجميع الا واحدة • وكذا اذا قال اعتق من عبيدي من شئت له ان يعتق الجميع الا واحدا لعدم العموم في الصفة وكان المقيس عليه ايضا مبنيا على الخلاف ثم عند ابي حنيفة اذا طلقت منهما ثلاثا لا يقع بها الا ثلاث لان مذهبه التي فوض اليها واحدة الواحدة اذا طلقت منهما ثلاثا لا يقع فكذا التي فوض اليها الثنتان اذا طلقت منهما ثلاثا لا يقع شي اصلا لان مذهبه التي فوض اليها الثنتان اذا طلقت منهما ثلاثا لا يقع • وقد مر بيان ذلك ان شاء الله تعالى

باب الايمان في الطلاق

لما فرغ من ذكر الطلاق بالتنجيز بالصريح والكناية شرع في ذكره بسبيل التعليق لان التنجيز هو الاصل لكونه سببا في الحال والتعليق لا يكون سببا ما لم يوجد الشرط ولان جملتي الشرط والجزا بمنزلة جملة واحدة لان جملة الشرط لا يفيد ما لم يكن معها جملة الجزا والاصل في الجملة ان يكون مفيدة بنفسها حتى يصح السكوت عليه والتنجيز بهذه المثابة لا التعليق • ثم اعلم ان الحلف باسم الله تعالى وصفاته يمين عند اهل اللغة والفقه جميعا • اما التعليق بالشرط فيمين عند الفقهاء ولا يسميه اهل اللغة يمينا فافهم قوله واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح • مثل ان يقول للمراة ان تزوجتك فانت طالق وهذه من مسائل القدوري • اعلم ان تعليق الطلاق بالملك وبسبب الملك يصح عندنا • وقال الشافعي لا يصح وقال مالك في الموطا من قال كل امراة انكحها فهي طالق اذا لم يسم قبيلة او قرية او امراة بعينها فذلك لا يثبت عليه واحتج باثر عبد الله بن مسعود انه روي عنه ذلك • وذكر قول ابن ابي ليلى مثل قول مالك في الموطا • وقال في الجامع الترمذي قال احمد ابن حنبل ان تزوج لا امره ان يفارق امراته والتعليق بالملك كقوله ان ملكتك فانت طالق والتعليق بسبب كقوله ان تزوجتك فانت طالق • وجه قول الشافعي ما روي في السنن والجامع الترمذي مسندا الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق الا بملك ولا عتق الا فيما يملك • وروي انه عليه الصلاة والسلام قال لا طلاق قبل النكاح • ولنا ما روي في الموطا عن عمر ابن الخطاب وعبد الله ابن عمر وعبد الله ابن مسعود وسالم بن عبد الله والقسم بن محمد وسليمان ابن يسار وابن شهاب الزهري كانوا يقولون اذا حلف الرجل بطلاق المراة قبل ان ينكحها ثم اثم ان ذلك لازم له • ولان التعليق ذكر شرط وجزا ولا وجود للجزا قبل وجود الشرط بل الجزا معلق الى وجود الشرط فلا يكون التعليق تطليقا في الحال بل صحة ادخل وقال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق يصح التعليق ولكن لا يقع الجزا وهو الطلاق ما لم يوجد الشرط فكذا هنا ولا حاجة الى قيام الملك لان الملك انما يشترط لتنجيز الطلاق ولا يقع الطلاق قبل وجود الشرط حتى وجود الشرط يحصل ملك الطلاق لان الزوج سبب لملك الطلاق وذمة الحالف كافية لصحة اليمين لا ما اشبه خلاف ما اذا قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق حيث لا يصح التعليق لان المعلق لا يصير طلاقا عند وجود الشرط لوقوعه في غير الملك لان الدخول ليس بسبب الملك وليس الحالف بمالك الطلاق في الحال حتى يستدل على بقاء الملك عند الشرط بنا على الظاهر • فان قلت هذا التخريج لا يملك التنجيز فلا يملك التعليق قياسا على ما اذا علق طلاق الاجنبية بدخول الدار • قلت ذلك منقوض بما اذا قال لامراته الحائض اذا طهرت فانت طالق يقع الطلاق عند الطهر وان كان لا يملك السني في الحال • وكذا اذا قال لجاريته اذا ولدت ولدا فهو حر يصح وان كان لا يقدر على اعتاق الحمل في الحال فعلم انه لا يلزم من بطلان التنجيز بطلان التعليق • والجواب عن الحديث الاول فنقول المراد منه التنجيز لا التعليق لانه لم يقل لا تعليق طلاق • وان قلنا ذلك مضمر فنقول لا نسلم ان الاصل عدم الاضمار • والجواب عن الثاني فنقول ذلك ليس بصحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولهذا لم يثبته البخاري وغيره في كتب الحديث المشهور سوى ابي ماجه • ولهذا قال الشيخ ابو نصر قال ابن المديني وابي ابي شيبة انه لا اصل له ولئن صح فنقول بموجبه ايضا لان الطلاق لا يقع قبل النكاح عندنا لانه بعد النكاح وهو زمان وجود الشرط فيكون الطلاق بعد النكاح او نقول تاويله ما روي في شرح البخاري الكافي عن مكحول والزهري وسالم والشعبي انهم كانوا يقولون في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا فنفى ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله لا طلاق قبل النكاح قوله لصحته اي لصحة تصرف اليمين قوله لان الوقوع عند الشرط اي وقوع الطلاق عند وجود الشرط وهو التزوج والملك متيقن به عند العبرة في ديار الاسلام وفي عنقه للشرط وهو التزوج • بخلاف ما اذا علق في الملك بغير الملك او سببه كالدخول يحتمل ان يكون زايلا عند وجود الشرط ومع هذا يصح التعليق بالنظر الى ثبوت الملك في الحال لان الظاهر في كل ثابت بقاؤه لان زواله بالعارض ونحن فيما نحن فيه الملك يقين عند وجود الشرط عند التزوج لانه سبب الملك الطلاق لا محالة فلان يصح الطلاق التعليق اولى واحرى قوله وقبل ذلك اثره المنع اي قبل وجود الشرط اثر الشرط انه منع اليمين ان يتصل بالمحل قوله وهو قائم بالمتصرف اي تصرف اليمين او الحلف قائم بالمتصرف ولا حاجة الى اشتراط المحل لذمة الحالف كافية قوله والحديث محمول على نفي التنجيز اي لا طلاق قبل النكاح تنجيزا قوله كالشعبي والزهري وغيرهما اراد بغيرهما مكحولا وسالما وقد مر بيانه والشعبي هو عامر بن شراحيل الشعبي وهو من كبار التابعين وكذا الزهري وهو محمد بن مسلم ابن عبد الله ابن شهاب الزهري كذا اورده العيني وغيره قوله واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وهذه من مسائل القدوري والجامع الصغير باتفاق في الطلاق • وانما قال صاحب الهداية وهذا بالاتفاق احترازا عن المسئلة المتقدمة اعني عن قوله ان تزوجتك فانت طالق لان فيها خلاف الشافعي وقد بينا ويجوز ان يكون احترازا عن المسئلة التي بعدها اعني عن قوله لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت لم تطلق ثم انما وقع الطلاق عقيب لان فيها خلاف ابن ابي ليلى فعنده تطلق ثم انما وقع الطلاق عقيب الشرط في تعليق طلاق امراته لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط • فان قلت لو كان المعلق كالمنجز عند الشرط لما وقع الطلاق على امراة الرجل اذا علق في حال الصحة

ثم وجد الشرط في حال جنونه لان المجنون ليس باهل للتنجيز • قلت انما وقع ذلك حكما لكلام صدر من العاقل البالغ فكم من شي صح ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كضمنيات التي لا تعلل • ولهذا اذا ملك ذوي ارحامه يعتقون عليه حكما لصحة ملك القريب وان كان لا يصح اعتاق المجنون ابتدا وكذا يقع الفرقة بينه وبين امراته بسبب الجب والعنة والفرقة طلاق حكما لصحة تفريق القاضي وان كان لا يصح طلاقه ابتدا • فان قيل سلمنا ان الطلاق يقع عقيب الشرط اذا كان الملك موجودا فاما اذا زال فلا ينبغي ان لا يقع شيء اصلا لاحتمال زوال الملك • قلت اشار صاحب الهداية الى جواب سوال بقوله ان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى دخول الشرط يعني ان الملك لما كان متحققا في الحال كان الظاهر انه يبقى الى وجود الشرط لان الاصل في كل ثابت دوامه لعروض العدم وبمجرد احتمال الزوال لا يلتفت اليه لان الدليل ما يجي عن الدليل فلا يصح تعليقه بالنظر الى بقاء الملك ظاهرا وقع كلامه المعلق يمينا على اصلنا لان التعليقات اسباب عند في الحال والملك في الحال موجود فيصح الايقاع وهذا معنى قوله فيصح يمينا او ايقاعا اي صح تعليقه على الاصلين يمينا عندنا وايقاعا عنده قوله ولا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملكه وهذا لفظ القدوري • اعلم ان الحلف بالطلاق لا يصح الا اذا حلف في الملك او اضاف الطلاق الى الملك لان الجزا لا بد ان يكون غالب الوجود او جري الوجود وغالب الوجود في الاول • بان قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا لان وقوع الجزا وهو الطلاق غالب عند وجود الشرط وهو دخول الدار بنا على الظاهر لان الاصل في كل ثابت دوامه كما بينا وجري الوجود في الثاني • بان قال ان ملكتك فانت طالق لان وقوع الجزا يحصل لا محالة عند وجود الشرط وهو ملك المتعة وانما اشترط في الجزا احد من المعنيين ليتحقق معنى الاخافة والجزا اشترط للاخافة حتى يتحقق معنى اليمين وهو القوة • بيانه ان الشخص اذا ما غلبه الى تحصيل الفعل او الى الامتناع عنه وخالفه طبعه ولا يتابعه طبعه وهواه حلف بالله تارة وحلف بالطلاق والعتاق اخرى حتى يتقوى على طاعة عقله ومخالفة طبعه وهواه لما في الحنث في الحلف بالله تعالى لزوم الكفارة وفيه خوف الضرر وفي الحنث في الحلف بالطلاق والطلاق والعتاق وفوتهما وذلك ضرر في حق الرجل والمولى بزوال الملك وكذا في حق المراة والعبد لانقطاع ادرار النفقات وكفاية المونة ولان الجزا مخيفا لا يكون الا ان يكون غالب الوجود او جري الوجود لانهما اذا انعدما جميعا لا يوجد معنى الاخافة فلا يوجد الحامل او المانع فلا يصح اليمين لان المقصود من اليمين الحمل او المنع كما في ان دخلت وان لم تدخل ولا يقال يرد على هذا قول الرجل لامراته ان حضت فانت طالق حيث لا يقدر المراة على تحصيل الحيض او الامتناع عنه لانا نقول كلامنا فيه للانشاء اختيار والحيض لا اختيار فيه للمراة اصلا لا في التحصيل ولا في الامتناع فلا يرد نقضا او نقول شرط صحة الدليل الاطراد لا الانعكاس وشرط صحة الحد الاطراد والانعكاس جميعا فاذا كان كذلك نقول كلما كان فيه حمل او منع يصح فيه اليمين ولا يلزم ان لا يصح اليمين فيما ليس فيه حمل او منع • وقال بعضهم في شرحه كلامنا في الكليات لا في الافراد والمخالف في الافراد لا يضرنا في نظر لان الكلي ينبغي ان يكون شاملا للافراد باذا الوصية لا يكون كليا قوله فيتحقق معنى اليمين وهو القوة بالنصب عطفا على قوله ليكون قال صاحب الجمهرة اليمين القوة ثم قال فلذا فسره ابو عبيدة في قوله اذا ما راية رفعت لمجد تلقاها عرابة باليمين اي بالقوة وكذلك قوله تعالى لاخذنا منه باليمين وكذلك قوله تعالى والسموات مطويات بيمينه • والبيت قول الشاعر قوله اذا ما راية رفعت لمجد تلقاها عرابة باليمين قوله وقيل سمي الذي سمي يمينا لزيادة قوتها على اليسار وربا في العرب مر انفا قوله والظهور باحد هذين اي ظهور الجزا يحصل باحد المعنيين المذكورين وهو كون الحالف مالكا او مضيفا الى الملك وقد حققناه انفا قوله والاضافة الى سبب الملك • بان قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق بمنزلة اضافة الطلاق الى الملك لان الجزا جري الوجود عند وجود الشرط فيها جميعا قوله لانه ظاهر عند سببه • اي لان الجزا ظاهر عند سبب الملك قوله وان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق وهذه من مسائل القدوري وهي بنا على ما تقدم من الاصل وهو ان الحالف ينبغي ان يكون مالكا او مضيفا الى الملك او سببه • بيانه ان الحالف في هذه الصورة لما لم يكن مالكا او مضيفا الى الملك او سببه لم يصح فيه وجود • فلو نجز بعد التزوج قال انت طالق يقع فينبغي ان يقع في هذه الصورة ايضا لان المعلق كالمنجز قلت المعلق انما يكون اذا صح التعليق ولا نسلم صحة التعليق في هذه الصورة • فان قلت لم لا يدرج في كلامه التزوج تصحيحا لكلام العاقل بان يقدر ان تزوجتك ودخلت الدار فانت طالق • قلت كلامه صحيح بدون تقدير التزوج لان الكلام ما افاد المعنى وقد افاد لانه شرط وجزا غاية ما في الباب ان الشرط انبت حكمه لعدم شرطه وذلك لا يدل على عدم صحة الكلام وايضا من ادراجه التكلف في اثبات الطلاق وهو ابغض المباحات عند الله تعالى فلا يجوز التكلف في اثبات ما كان بغيضا عنده تعالى فافهم قوله ولا بد من واحد منهما اي لا بد لصحة الحلف من ثبوت واحد من هذين المعنيين اعني كون الحالف مالكا او مضيفا الى الملك او سببه قوله والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ما وهذا لفظ القدوري في مختصره وانما قال الفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط لان ان هو الحرف وحدها والالفاظ الباقية اسما • ثم اعلم ان الشرط عبارة عن امر منتظر على خطر الوجود يقصد نفيه او اثباته كقولك ان زرتني اكرمتك وان لم تزرني اجبتك فعرفت من هذا ان كلمة ان هي الاصل في باب الشرط لدخولها على الفعل وفيه خطر خلاف ساير الالفاظ فانما تدخل على الاسم وليس فيه خطر وانما المجازاة بها باعتبار تضمنها معنى ان فكان ينبغي على هذا ان لا تستعمل كل في المجازاة لدخوله على الاسم الا ان الاسم الذي يعقبه يوصف بفعل لا محالة فيكون ذلك الفعل في معنى الشرط • كقوله كل عبد اشتريته فهو حر وكل امراة اتزوجها فهي طالق فالحق بحرف الشرط والمجازاة لما ذكر ثم ان ومتى ظروف وغير ظروف فالظروف متى وان واين واي حين وحيثما واذ ما ولا يجازى بحيث ولا باذ حتى يلزم كل واحد منهما ما تقول حيثما تاتني اته ومتى تاتني اتك واين تقم اقم وان تذهب اذهب واي حين تزرني ازرك وغير الظروف ما ومن واي تقول ما تصنع اصنع ومن يكرمني اكرمه قال تعالى ايا ما تدعوا فله الاسماء الحسنى وقد عرف

تمامه في النحو ولو حرف الشرط كان وقرينا ان تجعل للاستقبال وان كان ماضيا ولو تجعله للماضي وان كان مستقبلا • كقوله
تعالى لو نطيعكم • وقال الفراء لو تستعمل في المستقبل كان ولهذا روي عن ابي يوسف ومحمد فيمن قال انت طالق لو دخلت الدار انه بمنزلة قوله
ان دخلت الدار • فان قلت قد استدللت على ان ان اصل في باب الشرط بدخولها على الفعل وفيه تطرق تدخل على الاسم ايضا
كقوله تعالى وان احد من المشركين استجارك • وقوله تعالى ان امرؤ هلك فينبغي ان لا يكون اصلا • قلت الفعل فيه مضمر يفسره الظاهر
قوله قال ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين • اي قال القدوري في مختصره واراد بالالفاظ ما ذكر من
الفاظ الشرط انما يعني اذا وجد الشرط في جميع هذه الالفاظ تنحل اليمين وتنتهي ولا يتكرر الجزاء اذا تكرر الشرط الا في كلما فان الجزاء يتكرر
حسب تكرر الشرط الى ان يقع ثلاث تطليقات • فانه اذا قال لامرأته كلما دخلت الدار فانت طالق يتكرر الطلاق بتكرار الدخول الى الثلاث
وذلك ان كلمة كلما تعم الافعال • بدليل قوله تعالى كلما نضجت جلودهم بدلناهم • وقوله تعالى كلما اوقدوا نارا للحرب اطفأها الله وقد تم
منها العموم والتكرار بخلاف سائر الفاظ الشرط فانها تدل على جنس الفعل لا التكرار وجنس الفعل يتحقق في المرة الواحدة فاذا وجد الشرط
انحلت اليمين ولا يقع الجزاء اذا وجد الفعل ثانيا لارتفاع اليمين وانما يتكرر الجزاء وهو الطلاق الى الثلاث في كلما لان المملوك لا طلاق له
هذا الملك وذلك تنتهي بالثلاث حتى اذا عادت اليه بعد زوج اخر لا يقع الطلاق اذا وجد الشرط بخلاف ما اذا علق الطلاق بالتزوج
وقال كلما تزوجتك حيث يقع الطلاق اذا وجد التزوج وان كان بعد زوج اخر وذلك لان الطلاق لا يصح تعليقه الا اذا كان الرجل مالكا
للطلاق او مضيفا له الى الملك او الى سبب الملك • وقد مر بيان ذلك فيكون عند وجود الشرط كالمنجز للطلاق فافهم قوله
ولا بقاء لليمين بدونه اي بدون الشرط وذلك لان اليمين تعليق جزاء بشرط وهو الشرط اذا انتهى بوجوده مرة لم يوجد لا له اللفظ على التكرار
لا يبقى اليمين لا محالة قوله فان كان تزوجها بعد ذلك اي بعد زوج اخر وتكرر الشرط لم يقع شيء • اي قال القدوري فان تزوجها
اذا قال لها كلما دخلت الدار فانت طالق بعد زوج اخر ثم وجد الشرط وهو الدخول لا يقع الطلاق اصلا لما قلنا ان المملوك طلاق هذا
الملك وقد انتهى باستيفاء الثلاث وهي يعني قوله لم يبق الجزاء • بيانه ان اليمين ذو شرط وجزاء فاذا لم يبق الجزاء لا تبقى اليمين لان انتفاء الجزء
يستلزم انتفاء الكل كانتفاء واحد من العشرة اذا انتفت العشرة قوله به وبالشرط اي بالجزاء قوله وفيه خلاف زفر اي
فيما اذا تزوجها بعد زوج اخر وتكرر الشرط خلاف زفر فعنده يقع الطلاق وهو بناء على ان التنجيز مبطل للتعليق عندنا خلافا له قوله
وسنقرره من بعد اي سنقرر خلاف زفر من بعد في قوله وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت
الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء قوله وان دخلت على نفس التزوج • اي لو دخلت كلمة كلما على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت
او قال كلما تزوجت امرأة فحينئذ يتكرر الجزاء بتكرار الشرط وان تكرر الشرط بعد زوج اخر لان انعقاد اليمين باعتبار ملك الطلاق وسببه التزوج
والتزوج ليس بمحصور فلا يكون الطلاق محصورا ايضا لان وجود السبب متكررا يقتضي وجود المسبب متكررا بخلاف كلمة كل فانه يوجب تعميم الاسماء
لا الافعال • ولهذا لو قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها مرتين لا يقع الطلاق في المرة الثانية لعدم تكرار الاسم قوله وزوال
الملك بعد اليمين لا يبطلها • اي قال القدوري في مختصره • اعلم ان زوال الملك بعد انعقاد اليمين لا يبطل اليمين • كما اذا قال
لها ان دخلت الدار فانت طالق ثم ابانها تبقى اليمين وذلك لان اليمين تنعقد وتبقى مع عدم الملك بقاء اولى لان البقاء اسهل من الابتداء ولان
اليمين ذو شرط وجزاء فتعلق بوجود الشرط لم يوجد فكان الجزاء متعلقا به كما كان فتبقى اليمين كما كانت لان ذمة الحالف كانت محلا لبقاء اليمين
ثم بعد ذلك لا يخلو من احد الامرين اما ان يوجد الشرط في الملك او في غير الملك • فالاول مثل ان تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط وهو
دخول الدار حيث وقع الطلاق وانحلت اليمين • اما وقوع الطلاق فلان الشرط وجد في الملك فنزل الجزاء المعلق به • واما انحلال اليمين
فلان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين • بخلاف كلمة كلما وقد مر بيانها • والثاني مثل ما اذا وجد دخول الدار بعد
زوال الملك قبل التزوج ثانيا حيث تنحل اليمين لوجود الشرط ولكن لا يقع الجزاء المعلق به لانعدام محل الطلاق لعدم الملك قوله
ولا يبقى اليمين لما قلنا اشارة الى قوله فبوجود الفعل مرة تم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه قوله فان اختلفا في وجود الشرط فالقول
قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة • اعلم ان الزوجين اذا اختلفا في وجود الشرط فقال الزوج لم يوجد الشرط ولم يقع الطلاق وقالت الزوجة
قد وجد الشرط ووقع الطلاق فلا يخلو من احد الامرين اما ان يكون الشرط شيئا يوقف عليه من جهة غيرها كدخول الدار مثلا او لا يوقف عليه
الا من جهتها ففي الاول القول قول الزوج الا اذا اقامت المرأة البينة على وجود الشرط فحينئذ يكون القول قولها وانما كان القول قول الزوج
لان الاصل عدم الشرط لعروض الوجود والقول لمن تمسك بالاصل لانه الظاهر وعلى ذلك كالمدعى عليه المال الا اذا انكر الا اذا قامت البينة
فاذا اثبتت امرا ادعته تقبل قولها كاقامة المدعي البينة على المال • وفي الثاني فالقول قول المرأة في حق نفسها • كما اذا قال لها ان حضت
فانت طالق وفلانة معك فقالت المرأة حضت وقال الزوج لم تحض يقع الطلاق عليها لا على ضرتها وانما وقع الطلاق في هذه الصورة
استحسانا لا قياسا • وجه القياس ان الحيض شرط كدخول الدار فكان ينبغي ان يكون القول قول الزوج ولا يقع الطلاق لانه ينكر وقوع الطلاق
متمسكا بالاصل • ووجه الاستحسان ان الشارع اثبت ما في ارحامهن وذلك لان النهي عن الشيء امر بضده فيقبل قول المرأة في اخبارها
عن الحيض كما يقبل قولها في انقضاء العدة والمنع عن الوطء اذا قالت انا حائض الا اقامة البينة ولا يقبل قولها في حق ضرتها لانها ليست امينة في حق ضرتها
بل هي شاهدة في حق الطلاق عليها متهمة وشهادة المتهم مردودة شرعا او نقول شهادة الواحدة ليست بمقبولة وهذا فيما اذا كذبها الزوج
اما اذا صدقها يقع الطلاق على ضرتها ايضا قوله كما قبل في حق العدة وحق الغشيان يعني يقبل قول المرأة اذا قالت انقضت عدتي
وكذا يقبل قولها اذا قالت انا حائض حتى يجتنب الزوج عن غشيانها والغشيان كناية عن النيك قوله وكذا لو قال ان كنت
تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت احبه اي الحكم هكذا فيما اذا علق الطلاق بالمحبة يعني ان القول قولها في حق

في حق غيرها ان المرأة تطلق ولا يعتق العبد • وكذا اذا قال لها ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك وهاتان
المسئلتان من مسائل الجامع الصغير • وانما كان القول قولها في حقها لان المحبة عمل القلب لا يوقف عليها من جهة الغير فصارت امينة
في الاخبار عنها فصدقت فطلقت كما في الحيض بخلاف حق الغير لانها شاهدة فيه وشهادة الفرد مردودة فلم يعتق العبد ولم تطلق
الضرة لتكذيب الزوج • وقوله ان كنت تحبيني بنون العماد يجوز ويجوز بنزله ايضا لانه ليس بلازم في المضارع بالذي في اخره نون
الاعراب وهو معروف في موضعه وقد عرف في موضعه قوله لما بينا اشارة الى قوله امينة في حق نفسها شاهدة في حق
ضرتها قوله لتيقننا بكذبها لان البغض ضد الحب واستعمله بمعنى الابغاض حيث ذكره ... اي لتيقننا بكذب المرأة في
زعمها زوجها قوله منه بالعذاب اي من الزوج بعذاب نار جهنم قوله ان تعلق الحكم به راجع الى قوله تعالى
انجلاء البشير • ويقال الرجاء الارتهنة ويجوز ان يكون المصدرية ويجوز ان يكون مخففة من المثقلة على ان ضمير الشان فيها مستتر قوله
وهو عدم المحبة اي الاصل عدم المحبة قوله واذا قال اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلاثة ايام •
وهذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان مجرد الدم الخارج من الفرج لا يدل على انه الحيض لاحتمال انه دم استحاضة لان اقل الحيض مقدر
بثلاثة ايام عندنا فاذا رأت الدم قبل ثلاثة ايام لم يكن دم حيض لاحتمال الانقطاع قبل ذلك فاذا استمر الدم ثلاثة ايام تبين انه كان
دم حيض فوقع الطلاق من حين حاضت فلو اجاب المفتي عن مثل هذا ينبغي ان يقول كان وقع الطلاق ولا يقول يقع الطلاق لوهم منهم الحال والاستقبال
قوله لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا اي ما ينقطع من الدم دون استمراره ثلاثة ايام لا يكون حيضا قوله ولو قال لها
اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها • وهذا ايضا لفظ القدوري • وقال في الجامع الصغير عن ابي حنيفة في رجل قال
لامرأته اذا حضت فانت طالق قال اذا رأت الدم طلقت واذا قال اذا حضت حيضة فانت طالق فاذا طهرت من الحيض طلقت •
والفرق بينهما ان الحيضة اسم للكاملة فلا يقع الطلاق ما لم تطهر من الحيض ان كان ايامها عشرا وان كانت دون ذلك فبالطهر والغسل او بما يقوم
مقام الغسل بان يمضي عليها وقت صلاة كاملة لان كمال الحيض يحصل بذلك • وانما قلنا ان الحيضة اسم للكاملة لان الفعلة للمرة والمرة من
الحيض لا يكون الا بكماله وكماله بانتهائه وانتهاؤه بما قلنا بخلاف قوله ان حضت فانت طالق محسوبا عن العدة ايام وقالوا لا يكون الحيض
الذي وقع الطلاق فيه في قوله ان حضت فانت طالق محسوبا عن العدة لان الشرط متقدم على المشروط ثم الفرق بين المسئلتين ان الطلاق بدعي
في الاولى لوقوعه في الحيض سني في الثانية لوقوعه في الطهر قوله ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء اي لاجل ان الحيضة
بالتاء هو الحيض الكامل والدم الكامل من الحيضة حمل على الكامل في قوله عليه الصلاة والسلام الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى
حتى يستبرئن بحيضة وقد اراد بها عليه الصلاة والسلام الكامل قوله وذلك اشارة الى الانتهاء اي انتهاء الحيض بالطهر
قوله واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم فيه اي الذي تصوم فيه ترك
الضمير العائد الى الموصول للعلم به • وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة • قال في رجل قال
لامرأته ان صمت يوما فانت طالق اذا اصبحت حتى تغرب الشمس طلقت وذلك ان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار والصوم
ممتد وهو متحقق ذلك في اخر جزء منه اضافة الطلاق الى الزمان بخلاف ما اذا قال اذا صمت فانت طالق فشرعت في الصوم يقع
الطلاق بمجرد الشروع فيه لوجود ركن الصوم وشرطه اما ركنه فهو الامساك عن المفطرات الثلاث نهارا واما شرطه فهو النية
والطهارة عن الحيض والنفاس ولم يوجد ما يدل على ان اليوم النهار فلم يشترط اتمامه • وقوله اذا صمت يوما نظير قوله ان حضت حيضة
وقوله اذا صمت نظير قوله ان حضت فافهم قوله لانه لم يقدره بمعيار اي لان الزوج لم يقدر الصوم باليوم والمراد
من المعيار الوقت المثبت لقدر الفعل حيث يطول بطوله ويقصر بقصره ووقت الصوم للصوم معيار لا ظرف بخلاف الصلاة فان وقتها ظرف
لا معيار وقد عرف في الاصول قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت
طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما اول لزمته في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة وهذه من مسائل
الجامع الصغير المعادة • اعلم ان الغلام اذا ولد اولا لا تقع الا تطليقة واحدة ثم تنقضي العدة بولادة الجارية ولا تقع بولادتها شيء لانها زمان
انقضاء العدة • واذا ولدت الجارية اولا تقع تطليقتان ثم تنقضي العدة بولادة الغلام ولا تقع بولادته شيء بعد ذلك لكونه زمان
انقضاء عدة اما اذا اشتبه الحال ولم يدر ايهما كان اولا بان كان الولادة ليلا تقع في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان حتى اذا كان
طلقها قبل هذا واحدة فلا ينبغي ان يتزوجها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال انها طلقت ثلاثا فلان يترك الحلال احترازا من ان يأتي الحرام
وانما وقع في القضاء تطليقة واحدة لانه فيها بيقين • وفي الثانية شك فلا يقع الطلاق بالشك • قال في الشامل ولا رجعة ولا ميراث
لان العدة تنقضي بوضع الثاني منهما فلا تثبت الرجعة ولا الارث ولم يذكره شمس الائمة السرخسي في مبسوطه • وقال في مختصر
الكافي ومبسوط شمس الائمة السرخسي • وان ولدت غلاما وجاريتين في بطن واحد فان علم انها ولدت الجاريتين اولا فهي طالق ثنتين
بولادة الاولى منهما ولا يقع بالثانية شيء لانعدام حكم التكرار في اليمين وقد انقضت عدتها بولادة الغلام وتطليقتين بولادة الجارية
وان ولدت احدى الجاريتين اولا ثم الغلام ثم الجارية طلقت تطليقتين الاولى بولادة الجارية الاولى والثانية بولادة الغلام
وقد انقضت عدتها بولادة الاخرى فاذا لم يعلم كيف كانت الولادة فنقول في وجه هي طالق ثنتين وفي الوجهين هي طالق ثلاثا
في القضاء لا تطلق الا ثنتين لان اليقين فيهما وفي التنزه ينبغي ان يأخذ بثلاث تطليقات احتياطا وقد انقضت عدتها بولادة الاخرى
ثم الغلام اسم لذكر لم يبلغ وحد البلوغ فيه اختلاف معروف فاذا بلغ صار شابا والجارية اسم لانثى لم تبلغ وقد سمي الجارية
غلامة قوله وفي التنزه تطليقتان يقال تنزه القوم اذا بعدوا من الريف الى البدو فاما التنزه في كلام العامة فاخطأ

يوضع فيه في غير موضعها فانهم يذهبون الى ان الرخصة حضور الارباب والمياه وليس كذلك فكذا ذكر في الجمهرة والمراد هنا الساعد
عن الجود ونظار الحرمة قوله لا تقع اخرى به • اي لا تقع تطليقة اخرى بوضع الجارية قوله فتجزيه اي بوضع د
الغلام قوله والاولى ان يأخذ بالثنتين تنزها • اي الاولى ان يأخذ الزوج او القاضي او المفتي بالثنتين احتياطا ويجوز ان د
يقال بيا الغيبة اي الاولى ان يأخذ المرأة ويجوز ان يقال بيا الغائب على صيغة المجهول باسناد الفعل الى الجار والمجرور قوله
والعدة منقضية بتيقن لما بينا • اي لانها لو ولدت الغلام اولا تنقضي عدتها بوضع الجارية ولو ولدت الجارية اولا تنقضي عدتها
بوضع الغلام لان الحامل عدتها وضع الحمل بالنص قوله وان قال ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلاثا ثم طلقها د
واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الاولى وقال زفر لا يقع وهذه من مسائل
الجامع الصغير • واراد بالواحدة الاولى الطلقة التي نجزها بعد التعليق • ثم المسألة على وجوه اربعة • اما ان وجد الشرطان
في الملك فيقع الطلاق بالاتفاق • واما ان وجد في غير الملك فلا يقع الطلاق بالاتفاق • واما ان وجد الاول في الملك والثاني في غير
الملك فلا يقع الطلاق ايضا خلافا لزفر • وجه قوله اعتبار الوصف الاول بالوصف الثاني • بيانه ان الوصف الثاني لو وجد في غير
الملك لا يترك فكذا اذا وجد الاول في غير الملك ينبغي ان لا يترك الجزاء لان كل واحد منهما بعض الشرط ككلام الآخر فيجب احدهما ان يشترط
الملك فكذا في الآخر • ولنا ان صحة التعليق باهلية المتكلم وهي لكونه عاقلا بالغا وانما يشترط الملك وقت التعليق لما مر بيانه في
اول الباب وهو ان الجزاء ينبغي ان يكون غالب الوجود او محقق الوجود لتحقق الاخافة ليحصل معنى اليمين وهو القوة فالاول في التعليق
في الملك والثاني في التعليق بسببه ويشترط الملك بقاء عند تمام الشرط كنزول الجزاء لانه لا يترك في غير الملك وما بين وقت التعليق
وهو وقت انعقاد اليمين وبين نزول الجزاء وقت بقاء اليمين وبقاء اليمين مستغن عن الملك لانه ذمة الحالف كانه لبقائها ولهذا لو
قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ودخل الدار عتق وتحقيقه ان بوجود بعض الشرط لا يتم الشرط فلا يترك
الجزاء فلا يشترط الملك عند وجود الوصف الاول بخلاف الوصف الثاني فان بوجوده يتم الشرط فيترك الجزاء فيشترط المحل عنده
فظهر الفرق بين الاول والثاني وعلى هذا اذا قال لها اذا ولدت ولدين فانت طالق فالوجوه الاربعة • وكذا اذا قال ان دخلت هذه
الدار وهذه الدار فانت طالق وكذا امثاله ذلك فافهم قوله اما ان وجد الشرطان فيه مسامحة لان كلام احدهما د
الآخرين شرط لان الشرط كلامهما جميعا فلو كان كل واحد من الكلامين شرطا تاما لوقع الطلاق اذا وجد احدهما ولا يترك الجزاء بوجود
احدهما ما لم يوجد الآخر في الملك فعلم ان تمام الشرط كلامهما جميعا فافهم قوله ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب
الحال وذلك لان استصحاب الحال عبارة عن ابقاء ما كان لعدم الدليل المزيل فاذا كان الملك باقيا عند وجود الشرط بالنظر
الى استصحاب الحال يترك الجزاء عنده غالبا لان الاصل في كل ثابت دوامه وان كان زوال الملك الزوال حينئذ قوله وبقيا
من ذلك • اي من حالة التعليق وتمام الشرط بقاؤه محله تعلق • اي بقاء اليمين محل اليمين والمحل هو الذمة وانما ذكر الضمير الراجع
الى اليمين وان كانت مؤنثة على تأويل التعليق لان تأويل الطلاق والعتاق بين عبد الفقه قوله وان قال لها ان دخلت الدار د
فانت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت بزوج آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول ثم دخلت الدار طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة وابي
يوسف • وقال محمد هي طالق ما بقي من الطلاق وهو قول زفر وهذه من مسائل الجامع الصغير • والاصل فيه ان الزوج الثاني
يهدم ثلاث تطليقات بالاتفاق فيهدم ما دون الثلاث ايضا عند ابي حنيفة وابي يوسف يهدم خلافا لمحمد وزفر ومعنى قوله
محمد هي طالق ما بقي من الطلاق اي تقع تطليقة واحدة وتحرم حرمة غليظة بالاتفاق بكون الثلاث ثم ما بقي من الطلاق عند محمد اما عند
ابي حنيفة وابي يوسف فالحرمة الغليظة بالطلقات الثلاث المعلقة وفائدته تظهر فيما اذا طلق تطليقة واحدة فعند محمد تثبت الحرمة
الغليظة خلافا لهما ومسألة الهدم مشهورة يحتاج الى التحقيق وسيجيء في باب الرجعة في فصل فيما تحل به المطلقة عند قوله واذا طلق الحرة تطليقة
او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات قوله وسنبين
من بعد • اي في آخر فصل فيما تحل به المطلقة قوله وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم قال لها انت طالق ثلاثا د
فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول ودخلت الدار لم يقع شيء • وقال زفر يقع الثلاث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعاد
وجه قول زفر ان الجزاء طلاق فيتناول الملك ولان المعلق غير المنجز فلا يبطل المعلق بالمنجز وذلك لان التعليق في الملك قد صح وقد وجد
الشرط في الملك فيترك الجزاء كما اذا علق عتق عبده بدخول الدار ثم باعه ثم ملكه ثانيا ثم وجد الشرط يعتق العبد وكما اذا قال
لها ان دخلت الدار فانت علي كظهر امي ثم طلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر كان مظاهرا منها ولهذا لو ابانها بتطليقة او تطليقتين
ثم عادت اليه بعد زوج آخر ثم وجد الشرط يقع الثلاث • ولنا ان المعلق طلاق هذا الملك وقد تنجز ذلك فلا يبقى معلقا وذلك
لان التعليق انما يصح اذا كان في الملك او كان مضافا الى الملك او سببه ليحصل الغرض من اليمين وهو المنع او الحمل ولم يوجد الاضافة الى
الملك وسببه فتعين الاول فلما كانت اليمين منعقدة بطلقات هذا الملك لم تبق اليمين بعد استيفائها اذ لا بقاء لليمين بدون الجزاء كما لا
انعقاد لها بدونه بخلاف تعليق عتق العبد حيث لا يبطل اليمين بعد البيع لان محلية العتق لم تبطل بالبيع وقد كان محلا للعتق بصفة الرق
والرق باق بعد البيع حتى اذا اعتقه لا يبقى اليمين لفوات المحل وبخلاف مسألة الظهار لان محل الظهار لم يفت بتنجيز الطلقات الثلاث لان
حرمة الظهار غير حرمة الطلاق لان الاول متناهية بالتكفير والثانية بالزوج الآخر وانما لا يتغير مقام من الطلقات الثلاث
لان الظهار بسبب المحللية بالحرمة ولا يتصور ذلك الا بعد التزوج وبخلاف ما اذا ابانها بتطليقة او تطليقتين حيث لا يبطل التعليق لانه لم
يفت الا بعض الحق وانما لم يملك التصرف في البعض الباقي في الحال لعدم الشرط وذلك لا يدل على انه

لمن قال كالصبي لا يملك التصرف في ماله وكالزوج لا يملك وطء الحائض في الحالتين وجود ملك البضع والباقي يعلم من كتابنا الموسوم
بالتبيين قوله بخلاف ما اذا ابانها ثم علق بقوله وقد فات تنجيز الثلاث • اي فات الجزاء تنجيز الثلاث المبطل للحلية بخلاف
ما اذا ابانها بتطليقة او تطليقتين حيث لا يفوت الجزاء لبقاء المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج آخر عادت بثلاث تطليقات عند ابي حنيفة
وابي يوسف وهي مسألة الهدم لان في صورة الابانة بتطليقة او تطليقتين بزوال المحل الا الملك • والدليل على بقاء المحل ان الزوج الاول
يتزوجها بلا تحليل زوج آخر قوله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان لبث ساعة لم يجب
عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله يجب عليه المهر • وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة • وهذه من خواص مسائل الجامع الصغير •
ومعنى قوله وكذا اذا قال لامته • اي لا يجب عليه المهر باللبث والمكث فاذا ادخل بعد الاخراج يجب عليه المهر اي مهر المثل • اعلم ان
هذا الذي ذكره هو ظاهر الرواية عن اصحابنا وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول انه يجب المهر في الفصل الاول ايضا وهو ما اذا لبث ساعة
بعد الادخال لوجود الجماع حال اللبث لانه مجامع في تلك الحالة • وجه ظاهر الرواية ان حقيقة الجماع ادخال الفرج في الفرج د
واللبث بعد الادخال ليس بادخال لان ادخال الشيء انما يكون اذا كان ذلك الشيء خارجا وحالة اللبث لم يوجد الخروج فلا يوجد الادخال
ولا يجب شيء بالادخال لانه كان في ملكه بخلاف اذا اخرج ثم ادخل حيث يجب مهر المثل لانه وقع محرما لا يصادف الاعتداء او مهر ما ينفي الحد
فتعين المهر وانما انتفى الحد لان اول الفعل حلال لوقوعه في ملكه فاشتبه الحد لشبهة اتحاد المجلس فالمقصود وهو قضاء الشهوة تجعل الايلاجات
المتعددة كايلاج واحد ولهذا لم يجب الا عقر واحد فاذا كان الطلاق رجعيا هل يصير مراجعا باللبث ام لا فعلى ما روي عن ابي يوسف
يصير مراجعا فعلا لانه جعل البقاء كالابتداء وعند محمد لا يصير مراجعا لانه نظير الدخول والدوام على الدخول ليس بدخول ولو اخرج ثم
ادخل يصير مراجعا باتفاق العرف قوله وجب العقر • قال في ديوان الادب العقر مهر المرأة اذا وطئت عن شبهة والمراد منه
مهر المثل وبه فسر الامام العتابي العقر في شرح الجامع الصغير • ولهذا ذكر صاحب المنظومة في هذه المسألة لفظ مهر المثل وذكر صاحب
المختلف العقر فعلم ان المراد من العقر هو مهر المثل قوله عن احدهما الضمير راجع الى الحد والعقر قوله بالثبات اللبث والثبات بمعنى
يعلم الملك قوله اولج تعالى اولجه اي ادخله قال تعالى يولج الليل في النهار ويولج النهار في الليل اي يزيد من هذا في ذاك ومن ذلك في هذا د
قوله في الاستثناء الحق فصل الاستثناء بباب التعليق لمناسبة بينهما وهي ان كل واحد منهما من باب التغيير ولان في كل منهما منعا الا
ان الشرط يمنع كل الكلام والاستثناء يمنع بعضه فكان المنع في التعليق اكثر فقدمه لقوته • فان قلت لو لا قال المصنف اولا فصل
مسألة الاستثناء ثم بدأ بمسألة التعليق وهي قوله انت طالق ان شاء الله لانها لا تسمى باستثناء وكان ينبغي ان يذكرها في الفصل المتقدم
مثل التعليق بمشيئة الله تعالى سميت شبيهة بالاستثناء لان الاستثناء يمنع صدور الكلام كما كان يقبل الاستثناء عيبت تقي غلام
فقال ابو هريرة يرويه لو قال ان شاء الله لم يحنث وكان دركا له في حاجته وان الاستثناء انما هو ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يثبت الحنث
بان شاء الله وهو خلاف مذهب مالك ولانه تعليق لا تطليق والتعليق معدم للحكم الى وجود الشرط ضمنا وللتعليق قصدا والشرط هنا لا يعلم
وجوده فبقي التعليق والحكم معدوما على البقاء الاصلي وذلك لان الطلاق لا يقع بالشك قوله متصلا به • اي الطلاق
بالاتصال قوله والشرط لا يعلم ههنا اي في صورة التعليق بمشيئة الله تعالى لان مشيئة الله تعالى ليست معلومة للعباد د
قوله فيكون اعداما من الاصل • اي يكون التعليق بمشيئة الله تعالى اعداما من الابتداء لعدم العلم بالمشيئة فصار كانه د
لم يقل انت طالق اصلا قوله ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط هذا ايضاح لقوله اي بصورة
الشرط قوله ولو سكت ثبت حكم الطلاق الكلام الاول • اي لو سكت المتكلم زيادة على قدر التنفس من قوله انت طالق د
وبين قوله ان شاء الله ثبت حكم الوقوع وهو الوقوع لانه يمنع الاستثناء المنفصل على مذهب الجمهور قوله فيكون د
الاستثناء من الاول والاستثناء بالنصب على انه خبر كان • اي يكون التعليق بمشيئة الله تعالى استثناء من الكلام الاول ويجوز بالرفع على
ان كان تامة وناقصة خبرها الجار والمجرور اعني قوله من الاول • ثم المراد لانه ابدا مائل قول محمد لانه بمنزلة الاستثناء ولانه شرطا
على مذهب ابي يوسف • ولهذا قال في الفتاوى الصغرى اذا قال انت طالق ان شاء الله تعالى فهو يمين عند ابي يوسف حتى لو قال
لامرأته ان حلفت بطلاقك فانت طالق ثم قال لها انت طالق ان شاء الله يحنث وعند محمد لا يكون يمينا حتى لا يحنث به عنده د
قوله او ذكر الشرط بعده رجوعا من الاول • اي يكون ذكر الشرط وهو قوله ان شاء الله بعد قوله انت طالق رجوعا من الكلام
الاول ولا يقال في هذا الكلام نظر لان لقائل ان يقول سلمنا ان قوله ان شاء الله شرط ولكن لا نسلم ان ذكر الشرط رجوع فلو كان كذلك
لكان ذكر الشرط رجوعا في قوله انت طالق ان دخلت الدار لان ذكر الشرط رجوع فلو كان كذلك لكان ذكر الشرط رجوعا في قوله انت طالق
ان دخلت الدار لان ذكر الشرط موجود واليمين موقع ولئن سلمنا ان ذكر الشرط رجوع لكن لا نسلم ان الطلاق يقبل الرجوع فينبغي ان يقع
الطلاق لعدم صحة الرجوع والتقدير عدم وقوع الطلاق لان في قوله ان شاء الله لا يقع الطلاق باتفاق اصحابنا جميعا لانا نقول كلامنا
فيما اذا ثبت حكم الكلام الاول بالسكوت زيادة على قدر الكلام الاول التنفس فحينئذ يقع الطلاق فبعد ذلك يكون الاستثناء رجوعا فلا
يصح رجوعه بخلاف ما اذا لم يسكت حيث لم يثبت حكم الكلام الاول فلا يلزم هو سائر التعليقات قوله وكذا اذا ماتت قبل قوله
ان شاء الله تعالى عطف على قوله لم يقع في اول الفصل • اي لا يقع الطلاق ايضا اذا ماتت المرأة بعد قول الزوج انت طالق قبل قوله
ان شاء الله لان الموت ينافي المبطل وهو قوله ان شاء الله وذلك لان الموت ايضا مبطل للاهلية وثبوت الاحكام والمبطل ينافي المبطل
فلا يقع الطلاق كما اذا كانت حية لصحة الاستثناء بخلاف ما اذا مات الزوج قبل قوله ان شاء الله حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل المغير وهو
الاستثناء باول الكلام قوله وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين ولو قال الا ثنتين طلقت واحدة وهذه من مسائل القدوري

ايضا • قال صاحب الهداية والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح والثنيا اسم بمعنى الاستثناء ومعناه ان صدر الكلام
بعد الاستثناء يصير عبارة عما وراء الا المستثنى يدل عليه قوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما معناه لبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما
وهذا الظاهر • وكذا اذا اقر الرجل لغيره وقال له علي عشرة دراهم الا تسعة يلزمه درهم واحد وكانه تكلم بما حصل بعد الاستثناء وهو
الدرهم الواحد فاذا ثبت هذا الاصل قلنا في الطلقتان في قوله انت طالق ثلاثا الا واحدة لان الطلقتين هما الحاصلتان بعد الاستثناء
فكان تكلما بهما ابتداء • وقال انت طالق طلقتين او ثلاثا الا انت طالق ثنتين وتقع الطلقة الواحدة في قوله انت طالق ثلاثا الا اثنتين لان الطلقة
الواحدة هي الحاصلة بعد الاستثناء فكانه تكلم بالواحدة ابتداء • ثم اعلم ان استثناء الاكثر من الاقل يصح اقرارا وهي من مسائل الاصول • قال
نامة الفقهاء يصح • وقال بعضهم لا يصح وهو مذهب الفراء • وروي عن ابي يوسف في كتاب الاقرار في شرح الطحاوي انه لا يصح حتى اذا اقر
لفلان على عشرة دراهم الا تسعة دراهم لا يصح على ما روي عن ابي يوسف في غير ظاهر الرواية • ووجه قول الفراء انه لم يتكلم به العرب • ولنا
ان الاستثناء عبارة عن التكلم بالحاصل بعد الثنيا وقيل استخراج بعض ما تكلم به وفي هذا المعنى لا فرق بين اخراج القليل او الكثير اذا كان بقي
وراء المستثنى شي جعل الكلام عبارة عنه وقال اهل النحو ان الاستثناء اخراج الشي عن حكم دخل فيه غيره فالشي اعم من ان يكون قليلا او كثيرا
ولا نسلم ان العرب لم يتكلم به ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان عدم تكلمهم مانع لصحة هذا الاستثناء الا ترى ان العرب لا تعرف الكسور ولا استثناؤها
في الكلام ومع هذا يصح استثناء الكسور بالاتفاق لانه موافق لمذهبهم فكذا هذا • وقال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه وهو شرح الكافي ولم يذكر في
الكتاب اي في الكافي اذا قال انت طالق ثلاثا الا نصف تطليقة كم تقع ثم قال وقيل على قول ابي يوسف تطلق ثنتين لان التطليقة كما لا تتجزى
في الايقاع كما لا تتجزى في الاستثناء فكانه قال الا واحدة • وعند محمد تطلق ثلاثا لان في الايقاع انما لا يتجزى لمعنى الموقع وذلك لا يوجد في
الاستثناء فيتجزى فيه واذا كان المستثنى نصف تطليقة صار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلاثا قوله ولا يصح استثناء
الكل لانه لا يبقى بعده شي يصير متكلما به وصارفا اللفظ اليه والضمير في بعده الى الاستثناء الكل وفي به راجع الى شي وكذا في اليه • وهذا كما اذا
قال لامراته انت طالق ثلاثا الا ثلاثا تطلق ثلاثا لبطلان الاستثناء • وقال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه وظن بعض مشايخنا ان استثناء
الكل رجوع والرجوع عن الطلاق باطل • ثم قال وهذا غلط وتشوه في اصوله بقوله فان فيما يصح الرجوع عنه لا يصح استثناء الكل ايضا حتى اذا قال
اوصيت لفلان بثلث مالي الا ثلث مالي كان الاستثناء باطلا والرجوع عن الوصية يصح وانما بطل الاستثناء لانه لا يتوهم وراء المستثنى شي حتى يجعل
الكلام عبارة عنه فعرفنا انه تصرف في الكلام لا في الحكم • بانه فيما اذا قال عبيدي احرار الا عبيدي لا يصح الاستثناء ولو قال الا هؤلاء يصح
الاستثناء ولو قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال الا هؤلاء صح الاستثناء لانه يتوهم بقاء شي يكون الكلام عبارة عنه بعد
الاستثناء بان يكون له عبيد معتقون غير هؤلاء او نساء طوالق غير هؤلاء ولا يتوهم مثل هذا في الصورة الاولى • وقال في شرح الطحاوي
لو قال اوصيت بثلث مالي لفلان الا الف درهم ومات وترك ثلث ماله الف درهم صح الاستثناء وبطلت الوصية • ولو قال اوصيت بثلث
مالي الا ثلث مالي كان للموصى له ثلث ماله ولا يصح الاستثناء والاصل فيه ما قلنا قوله كما ذكرنا من قبل اي في قوله انت طالق ان شاء الله
بمعنى كما لا يصح قوله ان شاء الله الاستثناء لا يصح قوله الا واحدة وقوله الا اثنتين الا متصلا قوله في الفصل الاول اراد به استثناء
الواحد من الثلاث قوله وفي الثاني اي في الفصل الثاني اراد به استثناء الثنتين من الثلاث وعلى مذهب الفراء لا يصح ذلك وقد
مر بيانه • ولو قال الا ثلاثا يقع الثلاث • يعني قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا وهذا لان استثناء الكل من الكل لا يصح لعدم بقاء شي بعد الاستثناء
يصير الكلام عبارة عنه • ونقل صاحب الاجناس عن كتاب الطلاق للحسن بن زياد لو قال انت طالق اربعا الا ثلاثا يقع واحدة ولو قال انت طالق
عشرا الا تسعة كانت طالقا واحدة والاصل فيه ان الاستثناء تصرف في صيغة الكلام عندنا لا في الحكم • وقال في النوادر ولو قال
قال انت طالق ثلاثا الا واحدة وثنتين واحدة والاصل فيه الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي فالكلام الاول اثبات والثاني نفي
والثالث اثبات فخذ من الطرف الاخر حتى لو قال انت طالق عشرا الا تسعا الا ثمانية يستثنى ثمانية من تسعة فبقي واحدة من تسعة
فبقي تسعة وكذلك في الثلاث استثنى الواحد من الثلاث ثم استثنى الاثنين عن الثلاث فبقي واحدة

باب طلاق المريض

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح شرع في بيان طلاق المريض لان المرض عارض والاصل عدم العارض • ثم اعلم ان المرض عبارة عن تحول حالة في بدن الحي اعتدال الطبائع الاربع والمرض الذي يثبت به حكم الفرار
يجي بيانه بعد هذا ان شاء الله تعالى قوله واذا طلق الرجل امراته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان
مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها وهذه من مسائل القدوري • وللشافعي اقوال ذكرها الشيخ ابو نصر البغدادي احدها انها لا ترث
سوى مات في العدة او بعد العدة والاخر انها ترث ما لم تتزوج بزوج اخر وان انقضت العدة وهو قول مالك والاخر انها ترث وان
تزوجت بزوج اخر وهو قول ابن ابي ليلى • وجه قول الشافعي ان سبب الارث قد زال بالطلاق البائن او الثلاث وهو النكاح فلا يجوز ان يثبت
الحكم بلا سبب كما بعد العدة • ووجه قول مالك ان عثمان ورث امراة عبد الرحمن بن عوف تماضر وقال لم نقرا في كتاب الله تعالى يرد عليه والفعل
منه بعد انقضاء العدة وعدتها تطاول بالحيض ولانها اذا تزوجت فقد رضيت ببطلان حقها • ووجه قول ابن ابي ليلى انه لم يذكر في كتاب الله تعالى
فيرد عليه فترث وان تزوجت • ولنا النقل والعقل اما الاول فاجماع الصحابة على توريث امراة الفار • بيانه فيما ذكر اصحابنا في المبسوط
وغيره ان عبد الرحمن بن عوف طلق امراته تماضر في مرض موته وورثها عثمان ولم ينكر عليه احد من الصحابة فحل محل الاجماع • وروي عثمان عن ابراهيم
التيمي ابن اخي النخعي انه قال جاء عروة البارقي الى شريح من عند عمر بخمس خصال منهن اذا طلق المريض امراته ثلاثا ورثته اذا مات وهي في العدة وعن
الشعبي ان ام البنين بنت عيينة بن حصن كانت تحت عثمان بن عفان فارثها بعدما حوصر فجاءت الى علي بعدما قتل فاخبرته بذلك فقال تركها حتى

اذا اشرف على الموت فارقها فورثها منه • وعن عائشة ان امراة الفار ترث ما دامت في العدة وعن ابي بن كعب انها ترث ما لم تتزوج
وعن ابن سيرين كانوا يقولون ولا يختلفون من فر من كتاب الله رد اليه يعني هذا الحكم فلما كان كذلك ترك القياس استحسانا باجماع
الصحابة رضي الله عنهم قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي روي توريث المطلقة ثلاثا في المرض عن عمر وعثمان
وعلي وابي بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد بن ثابت والشعبي وابراهيم ومحمد بن سيرين ولا نعلم عن احد من الصحابة
خلافه الا انهم اختلفوا في كيفية حال التوريث • فقال عمر بن الخطاب ترث ما دامت في العدة • وقال ابي بن كعب ترث ما لم
تتزوج • وقال بعضهم ان تزوجت ترث وان تزوجت الى هنا لفظ ابي بكر الرازي • فان قلت لا نسلم الاجماع لانه روي عن
عبد الله بن الزبير في حديث تماضر انه قال لو كان الامر الي لما ورثتها قلت قد صح عن الزبير انه قال هذا الكلام في وقت امارته
بعد تقرر الاجماع والخلاف المتاخر لا يمنع ثبوت الاجماع السابق • ولئن سلمنا انه قال وقت توريث تماضر فنقول تاويله ما ورثتها
لهذا وجه الاستحسان على انه نقول كانت هي تماضر سالت الطلاق فاعتقد ابن الزبير انها سوت لها فسقط الارث وبه نقول ولكن
عثمان لما ورثها عند وجود سؤال الطلاق فعند عدمه اولى وانما الثاني وهو العقل فهو انه قصد ابطال حق المراة فيرد
عليه قصده كما اذا ذهب جميع ماله في مرض الموت وذلك لان الزوجية في مرض الموت سبب للارث وقد ابطله فرد بجعل كان النكاح
قائما في حق الارث حكما دفعا للضرر عنها ولهذا ان مرض الموت زمان الارث كما لو كان الطلاق تعلق حق الوارث بمال المورث
ولهذا امنع من التبرع بما زاد على الثلث فبقي النكاح في حق الارث كما لو كان الطلاق رجعيا • فان قلت لا نسلم ان النكاح قائم اصلا
ولهذا يجب عليه الحد اذا وطئها ولا يرث اذا كان الطلاق برضاها وكذلك لا يرث اذا كان الطلاق قبل الدخول وكذا لا يرث اذا كان
مات بعد انقضاء العدة وكذا لا يرث اذا ماتت قبل موته وهي في العدة فصار كما اذا ابانت المراة حيث لا ارث لهما • اما الجواب
عن وجوب الحد فنقول ذلك باعتبار ارتفاع الحد الحل ولم يدل على ارتفاع النكاح اصلا وهو قائم من وجه ولهذا لا يجوز للمعتدة ان تتزوج
بزوج اخر • فلما كان النكاح قائما من وجه في حق يعمل لانا رجعل قائما ايضا حكما في حق الارث دفعا للضرر عنها • والجواب
عن الطلاق برضاها فنقول رضيت ببطلان حقها فلا ترث لعدم الفرار من الزوج • والجواب عن الطلاق قبل الدخول نقول لما لم يجب العدة
لم يكن ابقاء النكاح حكما ولئن الزوج وان قصد ابطال حقها فقد الخلف لانه تمكنت من التزوج بزوج اخر وحصل المقصود فلم يعتبر ابقاؤه لا
والجواب عن انقضاء العدة انها لم تمكنت من التزوج بزوج اخر وحل لها ذلك وجد المنافي للنكاح الاول فلم يجعل قائما حكما • والجواب
عما اذا ماتت ثم مات فنقول لما بينا ان حقها لم يكن متعلقا بماله زمان الطلاق فلم يوجد قصد ابطال الحق فلم يجعل النكاح قائما حكما
والجواب عن ابانة المراة فنقول مرض الرجل سبب لتعلق حق المراة بماله لا لتعلق حق الزوج بماله لانها صحيحة فلم يعتبر الزوجية باقية
في حق الزوج حقيقة ولا حكما او نقول رضي الزوج ببطلان حقه بالتطليق فلم يورث منها • قال في مختصر الكافي وان كانت المراة امة
او يهودية او نصرانية فابانها في مرضه بغير امرها ثم اعتقت الامة واسلمت الكافرة ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها
منه لانه لم يكن فارا من ميراثها يوم طلق لانه لم يتعلق حقها بماله بهذا العارض اي بعارض الطلاق البائن قوله رجعي
السبب • اي الزوجية سبب الارث قوله ولهذا لا يرثها اذا ماتت ايضاح لقوله لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض
قوله فيرد عليه قصده بتاخير عمله • اي يرد على الزوج قصد الزوج وهو قصد ابطال الارث بتاخير عمل قصده يعني بتاخير
عمل الطلاق الى انقضاء العدة وكان الطلاق لم يوجد في حق الارث دفعا للضرر قوله لان النكاح في العدة يبقى
في حق بعض الاثار ولهذا يجب لها السكنى ولا يجوز لها التزوج باخر قوله لا امكان اي لتاخير عمل الطلاق الطلاق
قوله والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فتبطل جواب عن قوله ولهذا لا يرثها اذا ماتت وقد مر بيانه
واراد بقوله في هذه الحالة ما اذا كان الزوج مريضا مرض الموت • وقوله فتبطل في حقه بالرضا لا غير • اي فتبطل الزوجية بالطلاق
البائن في حق الرجل حقيقة وحكما فلا يرثها اذا ماتت لبطلان الزوجية اصلا بخلاف ما اذا مات الزوج حيث ترثه المراة لان الزوج
وان بطلت بالطلاق البائن حقيقة جعلت باقية حكما في حقها دفعا للضرر عنها لانه قصد ابطال حقها ولا يجوز ان يقال بالنصب
جوابا للنفي لانه حينئذ ينعكس الغرض لانه يكون معناه لو كانت الزوجية سببا لارث الزوج منها لبطلت ولكن ليست بسبب فلا تبطل
فاذا لم تبطل الزوجية يجب ان يرثها ولا يقول به احد لا نحن ولا الشافعي والذي وقع في بعض النسخ من نصب اللام سهو
قوله وان طلقها ثلاثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه وهذه
في الجامع الصغير • اي قالت له طلقني ثلاثا فطلقها في مرض موته لا ترثه وكذا اذا اخرجها في مرض موته وقال اختاري فقالت
اخترت نفسي لا ترثه وكذا اذا اختلعت منه في مرض موته لا ترثه وذلك لانها لما سالت الطلاق او اختارت نفسها او اختلعت فقد
رضيت ببطلان حقها وانما كان اخر عمل الطلاق الى انقضاء العدة رعاية لحقها دفعا للضرر عنها فلما رضيت ببطلان حقها لم تقع الحاجة
الى التاخير وهذا معنى قوله والتاخير لحقها اي تاخير عمل الطلاق لحق المراة ولان الارث انما وجب في طلاق الفار لعدوان
الزوج ولا عدوان على المراة مع رضاها باسقاط حقها قوله وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته وهذه
ايضا من الجامع وذلك لان الطلاق الرجعي لا يبطل النكاح فلا يوجد الرضا ببطلان حقها والسؤال منه من رسالة الشيخ الطلاق الرجعي
فكان الزوج فارا فورثته قوله فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها والسؤال مصدر من سال الشي وهو من اضافة المصدر الى
الفاعل والمفعول متروك اي بسؤال المراة الطلاق الرجعي • وفي بعض النسخ بسؤاله بتذكير الضمير المضاف اليه وهو من اضافة المصدر
الى المفعول والفاعل متروك اي بسؤاله الطلاق الرجعي يعني والمتكلم منها لعمل الشي ايضا بسؤال قائم قوله وان قال لها

في مرضه قد كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد جاز اقراره ووصيته وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ● اعلم ان المريض مرض الموت اذا قال لامرأته قد طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته المرأة بذلك فلا ميراث لها لان الثابت بالتصادق كالثابت بالبينة في حقهما ثم بعد ذلك اذا اقر لها بدين او اوصى لها بشيء فلها الاقل من الميراث ومن المقر به والوصية عند ابي حنيفة فان كان الميراث اقل يعطى لها ذلك وان كان المقر به او الوصية اقل من الميراث تعطى ذلك ● وقال ابو يوسف ومحمد لها جميع ما اقر به لها واوصى به لها سواء كان اقل من الميراث او اكثر لانها صارت اجنبية عنه بثبوت الطلاق وانقضاء العدة في الصحة ولهذا لا ميراث لها منه وتجوز لها ان تتزوج بزوج اخر وتجوز شهادته لها ووضع الزكاة فيها فصار اقراره لها ووصيته لها كاقراره ووصيته لسائر الاجانب لعدم التهمة بدليل هذه الاحكام لان المانع من الاقرار والوصية كونها وارثة وقد انعدم كونها وارثة بانقضاء العدة ولابي حنيفة انهما متهمان في اسنادهما الطلاق وانقضاء العدة في الصحة لكي ينفتح باب الاقرار والوصية فثبتت التهمة في الزيادة على قدر الميراث فيعطى لها ذلك ولا تهمة في المسائل المذكورة فصحت لعدم المواضعة على ذلك عادة ولهذا اذا طلقها ثلاثا في مرض موته بسؤالها ثم اقر لها او اوصى لها يكون لها الاقل بالاتفاق للتهمة في الزيادة على قدر الميراث الا على قول زفر وحده قوله ان المانع من الاقرار والوصية هو الميراث وقد انتفى ذلك بسؤال المرأة الطلاق فصح الاقرار والوصية ● ولنا ان تهمة التواضع قائمة والفرق لنا بين المسئلتين ان التهمة امر باطن فيدار الحكم على السبب الظاهر الداعي اليها وذلك قيام العدة في الثانية دون الاولى قوله في المسئلة الاولى اي فيما اذا قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك عنك فصدقته قوله بخلاف المسئلة الثانية وهي ما اذا طلقها ثلاثا في مرضه بامرها قوله وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة اي الحكم يترتب على دليل التهمة ويثبت به قوله ولهذا يدار على النكاح اي لاجل شهادة احد الزوجين للآخر للتهمة والولاد والقرابة اي لا تجوز شهادة القريب للقريب يعني قرابة الولاد لانه تجوز شهادة الاخ للاخ لانعدام التهمة قوله ولا عدة في المسئلة الاولى فلا تثبت التهمة لعدم دليلها قوله فرددنا هذا اي الزيادة فصححناه اي قدر الميراث قوله ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوج والشهادة يعني ان المانع عن ثبوت قدر الزيادة على الميراث هو التهمة والتهمة باعتبار المواضعة ولا مواضعة في هذه الاشياء عادة فلا تثبت التهمة والمواضعة عبارة عن وضع الشخصين رأيهما على شيء واحد والتهمة معروفة ويجوز في عينها السكون والفتح والاكثر الفتح والسكون حسن ● كذا قال عبد القادر في المقصد قوله قال ومن كان محصورا او في صف القتال فطلق امرأته ثلاثا لم ترثه اي قال في الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المحصور يطلق امرأته ثلاثا قال لا ترث وكذلك ان كان في صف القتال فطلق امرأته ثلاثا لم ترث وان بارز رجلا فطلق امرأته ثلاثا ورثت اذا مات من ذلك الوجه وهي في العدة وكذلك ان قدم ليقتل في قصاص او ليرجم في زنا فطلقها ثلاثا ترث في العدة اذا مات في ذلك الوجه او قتل ● قال صاحب الهداية وقوله اذا مات في ذلك الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بينهما اذا مات بذلك السبب او بسبب اخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل وهذا هو ظاهر الرواية عن اصحابنا وهو المذكور في مختصر الكافي والمبسوط والسائل وقال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه كان عيسى ابن ابان يقول لا ميراث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات بسبب اخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت ولا منافاة بين الفرار ثم اعلم ان مرض الموت زمان تعلق حق الوارث بمال المورث فترث اذا مات وهي في العدة دفعا للظلم والعدوان ثم كل سبب يكون الهلاك فيه غالبا يثبت حكم الفرار فيكون ذلك السبب في حكم مرض الموت وما كان الغالب فيه السلامة وان كان يخاف الهلاك منه فلا يعطى له حكم المرض ● بيانه ما اذا خرج للمبارزة او قدم ليقتل في قصاص او رجم او انكسرت السفينة فبقي على لوح او وقع في فم سبع يصير فارا بالطلاق في تلك الحالة لان الغالب هو الهلاك اما اذا كان محصورا في حصن او واقفا في صف القتال او نازلا في مسبعة او راكبا سفينة او محبوسا لاجل قود او رجم لا يثبت حكم الفرار بالطلاق في تلك الحالة لان الغالب هو السلامة ● وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي والمقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو كالمريض فان صار قديما لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره ● وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي وحد المريض الذي يكون فارا ان يكون صاحب فراش قد اضناه المرض ● فاما الذي يجيء ويذهب في حوائجه فلا يكون فارا وان كان يشتكي ويحم ● وقال الكرخي في مختصره وقال الحسن ابن زياد قال ابو حنيفة انما يكون فارا اذا كان مضنى لا يقوم الا بالشدة وهو في حال يعذر في اداء الصلوات جالسا ● وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي قد تكلف بعض المتأخرين فقالوا اذا كان بحيث يخطو ثلاث خطوات من غير ان يستعين باحد فهو في حكم الصحيح ثم قال وهذا ضعيف فان المريض جدا لا يعجز عن هذا القدر اذا تكلف فكان المعتبر ما قلنا وهو ان يكون صاحب فراش ● قال في كتاب الوصايا من كتاب خلاصة الفتاوى سمعت من الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني انه كان يحكي عن استاده شيخ الاسلام ان المعتبر في حق الفقيه ان لا يقدر على الخروج الى المسجد وفي السوقي ان لا يقدر على الخروج الى الدكان وفي المرأة ان لا تقدر على الخروج الى السطح ولو كان المريض يقوم بحوائجه في البيت كالمشي الى الخلاء ولا يقوم بحوائجه خارج البيت على التفصيل الذي ذكرنا فهو في حكم مرض الموت عند عامة مشايخ بخارى وعند عامة مشايخ بلخ هو في حكم الصحيح الى هنا لفظ الخلاصة والمحصور المحبوس يقال حصره احصره حصرا اذا حبسه قوله كما اذا كان صاحب الفراش بمرض يخاف منه الهلاك غالبا قوله وكذا المقعد وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما اذا ذهب الى المسجد والى قضاء حاجته ● قال في الجمهرة

الحاجة والحوجة والحوجاء والحاجة بمعنى واحد وعلى هذه اللغة قيل حوائج في جمع حاجة هكذا حكى عبد الرحمن عن عمه قوله وكذا المبقى اي بالثخانات يقال فلان في سعد بن قريبة اي في عز يعني كونه واقفا في الصف بين قريبه ويدفع بأس العدو قوله فلا يثبت به حكم الفرار اي بكونه محصورا في الحصن او بكونه في صف القتال قوله ولهذا اخوات تخرج على هذا الخلاف وحرف كل شيء حده وناحيته يعني على هذا الاصل الذي ذكرنا وذلك الاصل ثبوت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وعدم ثبوته فيما اذا كان الغالب منه السلامة والمسائل ذكرناها قبل هذا فلا حاجة الى الاعادة واراد بالمذكور المحصور والواقف في صف القتال والمبارز والذي قدم ليقتل قوله واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ● اعلم ان تعليق الطلاق لا يخلو من وجوه اربعة اما ان علقه بامر سماوي كمجيء الوقت او بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المرأة وكل واحد منها على وجهين اما ان يكون التعليق والوقوع في المرض او في الوجهين الاولين اما التعليق بامر سماوي والتعليق بفعل اجنبي بان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق او قال اذا صلى زيد الظهر او دخل الدار فانت طالق فان كان التعليق والوقوع في المرض فعندنا لا ترث وعند زفر ترث له ان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فلم يجز في مرض الموت كان فارا وكذا اذا وجد الشرط في المرض ● ولنا انه لم يوجد منه الفرار فلا ترث ● بيانه انه حين علق كان صحيحا ولم يكن حق المرأة متعلقا بماله فلم يوجد الفرار وحين وجد الشرط لم يوجد فعل من الزوج لان الشرط امر سماوي او فعل الاجنبي والزوج ليس بقادر على ابطال التعليق ولا على منع الفعل السماوي ولا على منع الاجنبي من ايجاد الشرط فلم يكن فارا فلا ترث لعدم قصد العدوان من الزوج ● واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فانه يصير فارا سواء كان التعليق والوقوع في المرض او كان الفعل له منه بد ولم يكن بد كالاكل والصلاة لانه قصد الى ابطال حقها اما اذا كان التعليق في المرض فظاهر واما اذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض فكذلك لانه لما باشر الشرط في المرض باختياره ثبت العدوان فترث دفعا لذلك وانما استوى الفعلان لانه وان لم يكن له بد من ايجاد الشرط بد له من التعليق بالفعل فكان فارا ● واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعل المرأة فان كان التعليق والوقوع في المرض والفعل فعل لها منه بد ككلام اجنبي ودخول الدار ونحو ذلك ● فلا يتحقق الفرار لانها رضيت باسقاط حقها حيث باشرت الشرط ولا عدوان من الزوج مع رضى المرأة فصار كما لو سألته الطلاق فطلقها وان كان لا بد لها من ذلك الفعل كالاكل والشرب واداء الصلاة المكتوبة وكلام الابوين واستيفاء الدين فلها الميراث اذا مات وهي في العدة لتحقق الفرار لانه لا رضى مع الاضطرار ● بيانه انها لو لم تاكل ولم تشرب هلكت ولو لم تصل المكتوبة تعاقب فتحمل الاضطرار فانتفى الرضى وان كان التعليق في الصحة والوقوع في المرض فان كان الفعل مما لها منه بد فلا ترث بالاتفاق لرضاها باسقاط حقها وان لم يكن لها منه بد كالاكل والصلاة فعند ابي حنيفة وابي يوسف ترث خلافا لمحمد وزفر وجه قول محمد ان القصد الى الفرار لم يتحقق زمان التعليق لانه كان صحيحا حينئذ ولم يكن حقها متعلقا بماله وكذا زمان الشرط لانه لم يوجد منه فعل كالتعليق بامر سماوي او بفعل اجنبي ولابي حنيفة وابي يوسف ان المرأة مضطرة في الاقدام على فعل الشرط لانها ان لم تاكل تخاف على نفسها واذا لم تصل تخاف العقوبة فكانت مضطرة ملجأة فصار كان الفعل وجد من الزوج حكما فورثت لوجود الاضطرار المنافي للرضا قوله وكانت هذه الاشياء اي وجدت اي وقعت لان كان هذه تامة تتم بالمرفوع قوله ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار اي لا ترث اذا دخلت لانها رضيت ببطلان حقها بمباشرة فعل لها منه بد قوله في حال تعلق حقها بماله وهو حال المرض الذي يخاف منه الهلاك ولهذا لا يجوز له ان يوصي باكثر من الثلث بلا اجازة الورثة قوله فكان ايقاعا في المرض اي فكان المعلق بالشرط ايقاعا في المرض ● قلنا سلمنا ان المعلق بالشرط كالمنجز عنده لكن حكما لا قصدا فلا يتحقق العدوان بلا قصد فلا يثبت الفرار لانه كان صحيحا وقت التعليق قوله او كانا في المرض اي كان التعليق والشرط في المرض قوله والفعل مما لا بد له منه اي الفعل شيء لا بد للزوج منه كالاكل والصلاة ونحو ذلك قوله وصلاة الظهر وتقييدها اتفاقي لا احترازي لان الحكم في سائر المكتوبات كذلك او تخصيصها باعتبار انها اسبق في العلم بحسب الاولية لانها اول صلاة فرضت قوله في الدنيا او في العقبى يعني انها ان لم تاكل تخاف على نفسها الهلاك في الدنيا واذا لم تصل المكتوبة او لم تكلم ابويها تخاف العقوبة في العقبى قوله فكذلك الجواب عند محمد اي لا ميراث لها قوله كما في الاكراه يعني اذا اكره زيد عمرا على اتلاف مال الغير فاتلفه عمرو يضمن زيد لان المكره صار كالآلة للمكره فانتقل فعل المكره الى المكره فكذا هاهنا لما كانت المرأة مضطرة انتقل فعلها الى الزوج فصار كانه فعل الشرط في مرض موته فورثت لكونه فارا قوله واذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر ترث ● وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ● ولكن لم يذكر خلاف زفر وفي الاصل ايضا وكذا لم يذكره الحاكم في مختصره وانما ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح المختصر لزفر انه صار بها فارا حين طلقها في مرضه ولا يعتبر البرء المتخلل فكانه لم يبرأ من الطلاق الى الموت ● ولنا ان المطلقة في المرض انما ترث لتحقق الفرار من الزوج ولم يوجد الفرار فلا ترث وذلك لان الفرار انما يتحقق بالطلاق في مرض الموت ومرض الموت هو الذي يتصل به الموت فلما تخلل البرء علم ان المرض الذي وقع فيه الطلاق لم يكن مرض الموت فجعل ذلك المرض كان لم يكن فكانه طلقها في صحته ثم مرض ثم مات قوله ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ● اعلم ان المريض اذا طلق

اذا طلق امرأته ثلاثا او بائنا ثم ارتدت ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة فلا ميراث لها لان الردة منافية للارث ولا يعود حقها بالاسلام لانه في معنى ابتداء ثبوت الحق وليس بينهما نكاح تابوتيه الحال بخلاف ما اذا طاوعت ابن زوجها في العدة بعد الابانة حيث لا يبطل ميراثها بالمطاوعة لانها لم تؤثر في الفرقة لان الفرقة قد حصلت بالابانة لا بالمطاوعة والمنافي للحرمية وهو الحل زال بالطلاق الثالث والباقي وهو الارث لا ينافيه الحرمة ولهذا يثبت الحرم من المحرم فتثبت المطاوعة في العدة بخلاف ما اذا طاوعت ابن زوجها قبل الطلاق او اكرهها ابن زوجها فغلب على نفسها حيث لا يكون لها الميراث اذا طلقها الزوج بعد ذلك اما اذا طاوعت فظاهر لانها رضيت ببطلان حقها بمباشرة سبب الفرقة وكذا اذا اكرهها ابن زوجها لان النكاح لما بطل بالحرمة الحاصلة بحرمة المصاهرة لم يصادف طلاق الزوج محله فلم يكن فارا الا اذا امر الابن بذلك فاكرهها حيث يكون لها الميراث لانه لما امره صار كانه قصد الى اسقاط حقها نصا فكان فارا وان كان الزوج هو المرتد بعد ما ابانها فلا يبطل ميراثها لان المسقط للارث لم يوجد من جهتها وانما تقرر سبب الفرار من الزوج اعني الردة بعد الطلاق وبه يتقرر حقها ولا يبطل **قوله** وهو الباقي اي الارث هو الباقي **قوله** يبطلان السبب اي سبب الارث وهو النكاح **قوله** لتقدمهما عليه اي لتقدم الطلقات قبل المطاوعة **قوله** فافترقا اي افترق ارتداد المرأة بعد الابانة ومطاوعتها بعد الابانة حيث لم ترث في الاولى وورثت في الثانية **قوله** ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت • وقال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قذف امرأته وهو صحيح ثم لاعنها وهو مريض ففرق بينهما وهي في العدة قال ترثه وقال محمد لا ترثه ولو قذفها في المرض ورثت في قولهم جميعا والحاصل ان عند ابي حنيفة وابي يوسف لها الميراث سوى كان القذف في الصحة او في المرض • وعند محمد ان كان القذف في صحته فلا ميراث لها منه وهذا بناء على ما تقدم من مسئلة التعليق بفعل لا بد لها منه وذلك ان المرأة انما تضاف الى الزوج لانه صاحب سبب لها ملجئة بخصومة المرأة وهي مضطرة في الخصومة لدفع عار الزنا فلم تكن راضية ببطلان حقها فجعل الزوج مطلقا في المرض حكما باعتبار الشرط فكان لها الميراث لوجود الفرار منه بالطلاق في المرض وعند محمد لا ميراث لها لعدم الفرار لان سبب الفرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه في زمان تعلق حقها بماله **قال** شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وشمس الائمة البيهقي في الشامل اذا فرق بين العنين وامرأته في مرضه ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه لانها صادقت راضية بسقوط حقها حين اختارت الفرقة وكانت تجد بدا من هذا الاختيار بان تصبر حتى يموت الزوج فتخلص منه وكذلك المعتقة اذا اختارت الفرقة وهذا اولى لان الفرقة هنا انما تتم بمجرد اختيارها نفسها وهي غير مضطرة الى ذلك **قوله** وقد بينا الوجه فيه اي بينا وجه هذه المسئلة في التعليق بفعل لا بد لها منه عند قوله وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد الى اخره **قوله** وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث • وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ايضا وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال في صحيح آلى من امرأته ثم مضت الاربعة اشهر وهو مريض ثم مات وهي في العدة لم ترث وذاك لان البينونة مضافة الى ايلاء الزوج وقد وجد ذلك في حال الصحة ولم يوجد من الزوج في المرض شيء آخر في مباشرة عليه او شرط فلا يكون فارا وهذا نوع التعليق بمجيء الوقت لان المولي بمنزلة قال ان مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيها فانت طالق تطليقة بائنة • وقد بينا ان التعليق اذا كان في الصحة لا ترث خلافا لزفر لان الشرط لا صنع للعبد فيه اختيارا ولم يوجد من الزوج في المرض شيء آخر فلم يكن فارا ولو كان الايلاء في المرض ورثت وهذا ظاهر لانه قصد الى ابطال حقها في زمان تعلق حقها بماله فكان فارا **قوله** قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه اي قال صاحب الهداية ان في الطلاق الرجعي لها الميراث في جميع الصور منجزا كان او معلقا بالوجوه الاربعة المذكورة في التعليق وذلك لان الطلاق الرجعي ليس بقاطع للنكاح فلا يثبت به الوصف ما لم يوجد ولهذا يحل له الوطء ما دامت في العدة فكان لها الارث ايضا لقيام سبب الارث وهو النكاح حكما **قوله** وكل ما ذكرنا انها ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه اراد به ما بينه في اول الباب بقوله واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها وتمام التقرير استقصلناه في ذلك الموضع ونظيره

باب الرجعة

لما ذكر انواع الطلاق ذكر عقيبه ما يتعقبه ومرضاه • شرع في بيان الرجعة للمناسبة لان الرجعة تتبنى ما بعد الطلاق ثم الرجعة من قولهم رجع يرجع رجعا ورجوعا ورجعته الى اهله اي رددته اليهم ويقال الى الله مرجعك ورجوعك ورجعاك ورجعا قالوا رجعناك وطلق فلان امرأته طلاقا يملك الرجعة والرجعة والرجعي كذا قاله ابن دريد **قوله** : اذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض • وهذه من مسائل القدوري ثم الاصل في ثبوت الرجعة • قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم يعني اذا بلغن منتهى عدتهن فانتم بالخيار ان شئتم فالرجعة والامساك من غير ضرار وان شئتم فالمفارقة من غير ضرار • وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا والمعنى الرجع البعل وهو الزوج • وقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان • وروى صاحب السنن باسناده الى سعيد بن جبير عن ابن عباس عن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها واخرجه النسوي وابن ماجه • وروى البخاري في الصحيح وغيره ان ابن عمر طلق امرأته وهي حائض تطليقة واحدة فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها • وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم طلق سودة بقوله اعتدي ثم راجعها ولا ملك بعد انقضاء العدة فلا يتحقق الاستدامة لعدم الملك بعد العدة والدليل على انها استدامة الملك ان الملك لو لم يكن باقيا في العدة لم يكن له ان يطلقها ثانيا وثالثا ولما يولى منها وهو مراجعها بلا رضاها ولانه تعالى سمى الرجعة امساكا وهو الابقاء بدليل عطف التسريح والمفارقة عليه وهذا لان العطف يقتضي المغايرة فدل على عدم زوال الملك

مادامت في العدة فتكون الرجعة استيفاء واستدامة للملك لا محالة لما عرفت ان الطلاق الرجعي في الحال سبب لزوال الملك عند انقضاء العدة ولزوال حل المحلية عند استيفاء عدد الطلاق وانما لا يعتبر رضاها وكذا لا يعتبر رضى المولى لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف مطلقا عن قيد الرضا • ولقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن فلو كان رضاها معتبرا لم يكن البعل احق بالرد لانها ربما لا ترضى بالرجعة ولان الرجعة ومنعت لاستدراك الزوج حقه من النكاح • لقوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا فلا يشترط رضى المرأة والولي كالفيء في الايلاء **قوله** من غير فصل يعني ان النفي لم يفصل بين رضى المرأة وعدمه بل اثبت الرجعة مطلقا **قوله** والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امرأتي هذا لفظ القدوري ولا خلاف فيه لاحد لان الرجعة بالقول تصح بالاجماع **قوله** قال او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة • اي قال القدوري وهو عطف على قوله ان يقول ان الطلاق الرجعي وهو الطلاق الواقع بصريح الطلاق بعد الدخول غير مقرون بالثلاث في الحرة وبالثنتين في الامة ولا بالعوض وغير موصوف بالشدة ولا بالبينونة والواقع بالكنايات الثلاث من الكنايات وهي قوله تعالى اعتدي واستبرئي رحمك لا يحرم الوطء عندنا ويحرمه عند الشافعي قبل الرجعة له • قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا • بيانه ان الرد اعادة الى الحالة الاولى وهي تقتضي زوال النكاح لا محالة فعلم ان الطلاق الرجعي مزيل للنكاح محرم للوطء ولان الاصلاح لا يكون الا بعد تمكن الفساد وذاك بحرمة الوطء ويدل عليه الاحكام وهي انه لا يحل له الخلوة معها والمسافرة بها ولو جاءت بولد لسنتين يثبت النسب ولا يصير مراجعا ويجعل العلوق من قبل الطلاق ولو كان يحل الوطء لاسند العلوق الى اقرب الاوقات ويصير مراجعا • ولنا قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن سماهم بعولة والبعل هو الزوج فذاك على بقاء الزوجية فكان الوطء حلالا لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم ولان الله تعالى سمى الرجعة امساكا وحقيقة الامساك بالفعل فكان له الرجعة بالفعل ولان النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه بدليل انه يملك مراجعتها بلا رضاها لقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن فلو كان النكاح زائلا من وجه او من كل وجه لم تحل وطؤها قبل الرجعة • لقوله تعالى الا على ازواجهم يدل عليه الاحكام وهي صحة الظهار والايلاء واللعان والتوارث وملك الاعتياض بالخلع فلو لم يكن الملك باقيا لم يملك الاعتياض ولهذا لو طلقها في العدة صح فلو كان ملك النكاح زائلا لم يملك الطلاق ثانيا لان المزال لا يزال ولان الرجعة استدامة الملك • لقوله تعالى فامسكوهن والدلالة الاستدامة كما تكون بالقول تكون بالفعل لان دلالة الاستدامة انما تكون بالفعل المختص بالنكاح وهذه الافعال اعني الوطء والقبلة والنظر الى الفرج بشهوة مختصة بالنكاح في الحرة حتى لا تحل هذه الاشياء الا اذا وجد النكاح وكانت دلالة على بقاء النكاح بخلاف ما اذا لم يكن عن شهوة حيث لا يختص بالنكاح فلم تكن دلالة على استدامة الملك • الا ترى ان الرجل يحل له ان يقبل امه وبنته من غير شهوة ويحل النظر الى الفرج من غير شهوة كنظر القابلة والطبيب والشاهد والخاتنة والجواب عما ذكر الشافعي بقوله لا نسلم ان الرد اعادة الى الحالة الاولى لكن لا نسلم ان تلك الحالة هي ملك النكاح بل المراد منه انها لا تبين بعد الرجعة اذا انقضت مدة العدة كما اذا انقضت تلك المدة قبل الطلاق والمراد من الاصلاح اصلاح ما بينهم وبينهن من الطلاق الواقع او الاحسان اليهن في الرجعة من غير ضرار ولا تطويل العدة فلم يدل على حرمة الوطء ولا نسلم ان الخلوة لا تحل معها اذا كان من قصده الرجعة وكذا المسافرة بها تحل اذا كان قصده الرجعة وانما لا يثبت المراجعة اذا جاءت بالولد لسنتين لانه اذا كان العلوق قبل الطلاق لا يثبت الرجعة وان كان بعده يثبت فلا يثبت بالشك لان الطلاق الرجعي محرم للوطء ولهذا لو زال احتمال العلوق قبل الطلاق بان جاءت بالولد لاكثر من سنتين يثبت النسب ويصير مراجعا • فان قلت قوله تعالى احق بردهن فيه اشارة الى ان لغير الزوج حقا في الرجعة لان الاحق افعل التفضيل فيقتضي الاشتراك في اصل الفعل بين الفعل والمفضل عليه فاذا كان لغير الزوج حق فلا يجوز ان يراجعها بلا رضاها لان الحق واقف على الابطال • قلت هذا السؤال ساقط لان الرجعة تصح بلا رضى المرأة بالاجماع ولا نسلم ان افعل التفضيل يقتضي الاشتراك لا محالة لانه يجيء لزيادة مطلقة كما في قولهم الناقص والاشج اعدلا بني مروان وقد ارادوا العادلين • فان قلت الرجعة فسخ الطلاق عند الشافعي فلما كانت فسخا لم يحتج الى رضاها لان عدم اعتبار رضاها دل على النكاح قائم • قلت لا نسلم ان الطلاق يقبل الفسخ وحكم الطلاق زوال القيد وسقوط الملك والساقط والزائل متلاشي والمتلاشي لا يقبل الفسخ لان الفسخ يرد على قائم بل انا نقول لو كان فسخا للطلاق لم ينتقص من عدد الطلاق بل ينتقص بالاجماع فعلم انها ليست بفسخ **قوله** هو استدامة النكاح على ما بيناه والعبرة في الرجعة بالتذكير فان كان فيه التأنيث على تأويل الرجوع وتذكير المؤنث على التأويل شائع كما في قوله ولا ارض ابقل ابقالها اي ولا مكان واراد بقوله ما بيناه قوله الا ترى انه سمى امساكا **قوله** وسنقرره ان شاء الله تعالى اي في اخر هذا الباب عند قوله ان الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء في بيان الدليل **قوله** والفعل يختص دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار • بيانه ان اذا باع امة على انه بالخيار ثلاثة ايام ثم وطئها في مدة الخيار يكون الوطء دليلا على استدامة الملك فيسقط في الخيار للاستدامة فكذلك في الطلاق الرجعي يدل الوطء على استدامة الملك بل اولى لان ثمة المالك يحتاج الى فسخ السبب المزيل وهو البيع وهنا لا يحتاج الى فسخ السبب المزيل وهو الطلاق لانه لا يقبل الفسخ فدل بالطريق الاولى على الاستدامة لوجود السبب المزيل **قوله** وهذه الافاعيل تختص به اي بالنكاح واراد بالافاعيل النظر الى الفرج الداخل بشهوة والتقبيل بشهوة والمس بشهوة وانما قيد بقوله خصوصا في الحرة احترازا عن الامة لان في الحرة لا تحل هذه الافاعيل

تحل فيها بملك المتعة وملك اليمين ايضا قوله فلو كانت رجعة يطلقها فتطول العدة عليها يعني لو كانت هذه الافاعيل من غير
رجعة لزم تطويل العدة فلا يجوز • بيانه ان بمجرد النظر لو كان رجعة من الزوج وهو بيانا في العدة لو فتت الرجعة بلا قصد منه الى
الرجعة ثم طلقها لانه لا يريدها لخلف الواقع فيلزم تطويل العدة وفيه ضرر بالمراة فلا يجوز لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف
او سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا • اطلاق تقبيل المراة ومسها اياها عن شهوة ونظره الى فرجها عن شهوة يوجب الرجعة
باتفاق اصحابنا اما اذا ابتدأت المراة بشهوة او لمسته او نظرت الى فرجه بشهوة • قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط تثبت الرجعة عند ابي
حنيفة ومحمد ولا تثبت عند ابي يوسف لان هذا الفعل من الزوج دليل استبقاء الملك فلا يكون فعلها به رجعة وهما يقولان فعلها بدل
كفعله لما ان الحل مشترك بينهما ولهذا اثبتت المصاهرة بفعلها هذه الاشياء فكذلك الرجعة وفرق ابو يوسف في ظاهر الرواية بين هذا
وبين مسئلة الخيار فقال الامة اذا فعلت ذلك بالبائع في مدة الخيار يكون فسخا للبيع وههنا لا يكون رجعة منها لان اسقاط الخيار قد يكون
بفعلها كما اذا جنت على نفسها او قتلت نفسها والرجعة لا يكون بفعلها قط • وروى بشر المريسي عن ابي يوسف التسوية بين الفصلين وقال
لا يسقط الخيار هنالك بفعلها وهنالك بفعلها ومحمد يفرق فيقول هنالك لا يسقط الخيار للمشتري وليس اليه ذلك وهنا ليس في الرجعة
فسخ السبب ولا اثبات الملك ولكن انما تثبت الرجعة وكذلك ان شهد الشاهدان انها فعلت ذلك بالشهوة لان الشهود لا يعرفون ذلك
الا بقولها وقولها غير مقبول اذا انكر الزوج • وقال في الزيادات لو نظرت في موضع الجماع منه بغير شهوة لم يصر مراجعا لان الرجعة انما
تثبت لتوليد الحل في الفعل الذي فعل وهذا الفعل حرام ذكر في باب اتيان المراة في غير الفرج قوله قال ويستحب ان يشهد
على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة • وهذا من مسائل القدوري وعند الشافعي لا يجوز الرجعة بدون الاشهاد وهو احد قوليه
وهو قول مالك واحمد • وفي رواية اخرى عن احمد يجوز الرجعة بلا اشهاد وصورة الاشهاد ان يقول لاثنين من المسلمين اشهدا اني قد راجعت
امرأتي فلانة • قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للوجوب ولنا
ان النصوص المبيحة للرجعة مطلقة عن قيد الاشهاد فيجري على اطلاقها • اما قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والمراد به
الندب لا الوجوب لدليلين الاول ان سائر النصوص مطلقة وهذا يدل على الوجوب فيلزم التعارض والتدافع والتعارض خلاف
الاصل فيحمل على الندب ثم يتقابل المطلق والمقيد ولا يجوز حمل المطلق على المقيد عندنا لئلا يلزم بطلان صفة الاطلاق لان كل
واحد منهما يجري على سننه • والثاني ان الاشهاد مقرون بالمفارقة والرجعة جميعا ثم الاشهاد عند المفارقة مستحب بالاجماع
وذلك لان العلماء اختلفوا في وجوب الامر فقال بعضهم بالوجوب وبعضهم بالندب وبعضهم بالاباحة الى غير ذلك ولو قيل
منهم ان موجبه الرجوع والندب جميعا يعني الوجوب والندب لا يجوز لان الرجعة استدامة النكاح بدلالة فامسكوهن وصحة الرجعة
بلا رضاها والاشهاد ليس بشرط في النكاح بدليل فامسكوهن وصحة الرجعة بلا رضاها والاشهاد ليس بشرط في النكاح حالة البقاء
كما في الفيئة في الايلاء فيصح الرجعة بلا اشهاد الا انه يستحب احتياطا لئلا يكون التجاحد كالاشهاد في البيع • قال تعالى واشهدوا اذا
تبايعتم • قال شمس الائمة السرخسي هذا عجيب من مذهب مالك فانه لا يجعل الاشهاد على النكاح شرطا ويجعل الاشهاد على الرجعة
شرطا قوله فيه اي في النكاح قوله الا انه يستحب استثناء من قوله لا يشهد لا يشترط فيه قوله
فيها اي في الرجعة قوله وما تلاه اي ما تلاه الشافعي • وهو قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم محمول على
الاستحباب قوله بالمفارقة اي قرن الرجعة بالمفارقة وهو انه يستحب اي الاشهاد في المفارقة يستحب وتفسيره قوله
ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية اي يستحب ان يعلم الرجل المراة الرجعة كيلا تقع المراة في المعصية وذلك لان المراة اذا لم تعلم الرجعة
ربما تتزوج بعد انقضاء مدة العدة وطلاحونيا على الطلاق السابق فتقع في الحرام • قال في شرح الطحاوي بتبيل باب صريح الطلاق
الرجعة على ضربين سني وبدعي فالسني هو ان يراجعها بالقول ويشهد على رجعتها ويعلمها ولو راجعها بالقول ولم يشهد او اشهد ولم يعلمها
كان مخالفا للسنة • وقال الحاكم الشهيد واذا اتمها الطلاق ثم راجعها وكتم الرجعة فهي امراته غير انه قد اساء فيما صنع
وانما قال اساء لترك الاستحباب وهو الاشهاد والاعلام قوله واذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتها في العدة
فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها • وهذا من مسئلة القدوري وانما كان القول قولها اذا كذبته لان الرجل اخبر عما لا يملك
في الحال لانها منقضية العدة وكان متهما في دعوى الرجعة الا اذا صدقته فحينئذ تثبت الرجعة لارتفاع التهمة بالتصديق
وهذا كالوكيل اذا قال بعد العزل قد كنت بعت حيث لا يقبل قوله بل يكون القول قول الموكل الا اذا صدقه الموكل بخلاف ما اذا
قال في العدة قد كنت راجعتك امس فانكرته المراة حيث يكون القول قوله لانه اخبر عما يملك انشاءه في الحال فاذا لم يثبت الرجعة
في الامس يصير كانه راجع في الحال قوله ولا يمين عليها عند ابي حنيفة بناء على ان النكول بذل عنده والبذل لا يجري
في الرجعة وعندهما النكول اقرار فيه شبهة ويجري في الاقوال فيها قوله وقد مر في كتاب النكاح لم يبين هذه المسئلة
في كتاب النكاح بل قال في مسئلة دعوى السكوت على البكر فلا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة
ثم قال وسنبينك في الدعوى وتمثل هذا الاحال مر لانه يمكن ان للرجعة اثر ولا غير • فان قلت اذا ادعت انقضاء العدة
استحلف فاذا نكلت كان له ان يراجعها • قلنا ذاك استحلاف في العدة فاذا نكلت بقيت العدة وهي محل الرجعة وهذا استحلاف
في نفس الرجعة قوله واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة وقالا
تصح الرجعة وهذا من مسائل القدوري • وجه قولهما ان رجعة الزوج صادفت زمان العدة لانها باقية ظاهرا عملا باستصحاب الحال
والرجعة في العدة صحيحة فكان القول قوله وسقط العدة لثبوت الرجعة ثم اخبارها بانقضاء العدة لا يعمل لسقوطها اصلا كما اذا سكتت

ثم انه راجعت بالانقضاء حيث لا يقبل قولها بالاتفاق ولانها متهمة في الاخبار بالانقضاء بعد رجعة الزوج وقول المتهم لا
يرد كالوكيل اذا قال كنت بعت بعد عزل الموكل • وجه قول ابي حنيفة ان الرجعة صادفت زمان انقضاء العدة فلا تصح الرجعة
زمان الانقضاء • بيانه ان النساء امينات في الاخبار عما في ارحامهن • لقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن فتصدق
في قولها انقضت عدتي واخبارها بالانقضاء يدل على سبق الانقضاء لانه وصف بفعل ماض فيثبت الانقضاء مقارنا بقول الرجل راجعتك
او سابقا فاذا كان كذلك لا تصح الرجعة بعد الانقضاء فلا تصح بخلاف ما اذا سكتت ساعة ثم راجعت حيث صارت متهمة فلا يقبل قولها او يقول اقرب
احوال الانقضاء يكون زمان السكوت وذلك الزمان بعد الرجعة لا محالة بخلاف الوكيل بما اذا لم يسكت ساعة حيث يضاف الانقضاء
الى اقرب الاحوال وهو زمان قوله راجعتك فاقترنا وبخلاف الوكيل لانه متهم لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال ثم القول قولها عند ابي حنيفة
مع اليمين نص عليه الكرخي في مختصره وبه صرح في شرح ابي نصر وخلاصة الفتاوي والفتاوي الولوالجي لانها ينكر له بذل الامتناع
من الاستحلاف بقول الزوج وهذا المعنى صح بذله • واورد الشيخ ابو نصر سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا انكلت فقد صححت الرجعة والرجعة
لا تصح بذلها قبل الرجعة لا يثبت بنكولها وانما يثبت بنكولها العدة ويملك الزوج الرجعة من طريق الحكم لا بذلها كما نقول ان النسب يثبت بالفراش
عند شهادة امراة واحدة بالولادة وان لم يثبت النسب بشهادتها ثم انما تصدق المراة في انقضاء العدة اذا كانت المدة تحتمل ذلك والا فلا
وبه صرح الطحاوي في مختصره وتعرف ذلك في المنظومة في قوله اذا اقرت بانقضاء العدة وتفسيره ذلك في اخر فصل فيما تحل به
المطلقة قوله ومسئلة الطلاق على الخلاف • قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ولم يذكر في الكتاب يعني لم
يذكر الحاكم الشهيد في مختصر الكافي اذا قال طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي ثم قال قيل هو على الخلاف ولا يقع الطلاق
عند ابي حنيفة كما قال انت طالق مع انقضاء عدتك ثم قال والاصح انه يقع لاقرار الزوج بالوقوع كما لو قال بعد انقضاء
العدة كنت طلقتك في العدة كان مصدقا في ذلك بخلاف الرجعة وذلك لان اخباره بالطلاق بعد العدة ليس فيه تهمة بخلاف
اخباره بالرجعة بعد الانقضاء فان فيه تهمة لانه تصرف في حق الغير قوله والمراجعة لا تثبت به اي بالاقرار بعد
الانقضاء قوله واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول
قولها عند ابي حنيفة وقالا القول قول المولى • وهذا من مسائل القدوري • وقال زفر كقول ابي حنيفة وقالا اذا في شرح
الاقطع • وجه قولهما ان هذا اختلاف في الحقيقة في ملك بضع الامة لانه ان صحت الرجعة يكون منافع البضع للمولى لكن البضع في الاصل
مملوك للمولى فاقراره بالتزويج على الامة صحيح فكذا اقراره بالرجعة لان التمليك يتم على المولى • وجه قول ابي حنيفة ان صحة الرجعة
مبنية على بقاء العدة والقول قولها لانها امينة في الاخبار بقيامها بعد تمامها وانقضائها فكذا في الرجعة لانها مبنية عليه وقولهما ان
التمليك يتم على المولى • قلنا نعم لكن في الاصل وكلامنا في ان الرجعة مبني على قيام العدة وحال قيام العدة لا ملك للمولى في البضع
ولا تصرف فلا يعتبر قوله فيكون القول قولها اما اذا صدقته الامة وكذبه المولى يكون القول قول المولى ولا تثبت الرجعة بالاتفاق
على ما هو الصحيح من الرواية عند ابي حنيفة اما عندهما فظاهر لان منافع بضعها مملوك للمولى والزوج متهم في الرجعة لانها منقضية
العدة فلا تثبت الرجعة بلا تصديق المولى وكذا عند ابي حنيفة لان منافع بضعها خالصة حق المولى لكونها منقضية العدة فلا يقبل
قول الامة على مولاها في ابطال حقه بخلاف الفصل الاول حيث لا يلزم منه ابطال حق المولى لان المولى لما صدق الزوج في الرجعة
كان مقرا ببقاء العدة عند تلك وجود الرجعة ولا ملك للمولى حال قيام العدة فلا يعتبر قوله فظهر الفرق قوله
مملوك له اي للمولى فيه اي على الامة والاقرار على الامة بالنكاح بان قال زوجت امتي من فلان حيث يكون القول قوله
قوله وهو يقول الضمير راجع الى ابي حنيفة قوله ولو كان على القلب اي لو كان الاقرار والخلاف على القلب بان صدقته
الامة وكذبه المولى وقد مر تحقيقه قوله وكذا عنده في الصحيح اي القول قول المولى ايضا عند ابي حنيفة في الصحيح من الرواية
عن ابي حنيفة قوله فلا يقبل قولها في ابطاله اي قول الامة في ابطال ملك المتعة قوله الضمير راجع الى الرجعة
اي حال الرجعة ملك اي ملك المولى قوله في ذلك اي في قولها قد انقضت عدتي قوله اذ هي القابلة
به اي بالانقضاء وهو تعليل لكونها امينة فيقبل قولها انقضت عدتي لا قول الزوج والمولى لم ينقض قوله
واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقضت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة ايام لم ينقطع حتى تغتسل
او يمضي عليها وقت صلاة • وهذا من مسائل القدوري • قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي في باب العدة تقدم عن
عمر وعلي وعبد الله في نحو من الصحابة اعتبار الغسل من الحيضة الثالثة • اعلم ان انقطاع الرجعة معلق بانقضاء العدة وانقضاء
العدة معلق بالخروج من الحيضة الثالثة والخروج عن الحيضة الثالثة معلق بشرط حصول الطهارة ففيما اذا كان ايام حيضها عشرا
يحصل الطهارة بمجرد الانقطاع لان الحيض لا يحتمل الزيادة على العشرة فلما حصلت الطهارة انقطعت الرجعة بخلاف ما اذا كان ايام
حيضها اقل من عشرة حيث لا تنقطع الرجعة ما لم تغتسل او يمضي عليها وقت ادنى الصلوات اليها وذلك لان الدم يحتمل المعاودة فلا يثبت
حكم الطهارة بالاغتسال او يمضي وقت صلاة لان الصلاة لما صارت دينا عليها بذهاب الوقت ثبت عليها حكم الطاهرات فحكم بالطهارة
حينئذ وعند زفر لا تنقطع الرجعة بمضي الوقت اذا اخرت الغسل كذا اورده شمس الائمة السرخسي في مبسوطه لاحتمال معاودة الدم
قلنا نعم لكن لما ثبت عليها حكم من احكام الطاهرات تعين جهة الانقطاع فصار كالاغتسال • قال محمد ارايت لو اخرت
الغسل شهرا طمعا في ان يراجعها الزوج كان يبقى الرجعة الى هذه المدة فهذا قبيح • قلت وللقائل ان يقول انما لا يبقى الرجعة الى تلك المدة
لعدم احتمال دم الحيض الى تلك الغاية لانقضائها دون العشرة فلا يرد هذا على زفر قوله فلابد من ان يعتضد الانقطاع

اي بتقوى • قال ابو جعفر الطحاوي في مختصره • ولو كانت الزوجة نصرانية خرجت من العدة بانقطاع الدم عنها وذلك لانها ليس عليها غسل فهي بمنزلة المسلمة اذا اغتسلت قوله بخلاف ما اذا كانت كتابية يعني اذا كانت الزوجة كتابية فطلقها زوجها طلاقا رجعيا فانقطع دمها من الحيضة الثالثة فيما اذا كان ايامها اقل من عشرة يحكم بانقطاع الرجعة بمجرد انقطاع الدم ولا يوقف على انقطاع الرجعة الى الاغتسال او مضي وقت صلاة ولان الكفار غير مخاطبين بالشرائع عندنا وانما نؤمر بالطهارة استحبابا لا وجوبا كما في الجنب قوله لا تتوقع في حقها امارة زائدة لتوقع عبارة عن انتظار وقوع امر والامارة بمعنى العلامة • قال •

• اذا طلعت شمس النهار فانها • امارة تسليمي عليك فسلمي •

الشيخ ابو عبد الله رحمه الله تعالى قوله وتنقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف • اعلم ان المعتدة اذا انقطع دمها لاقل من عشرة ايام فتيممت لا تنقطع الرجعة بمجرد التيمم حتى تصلي عند ابي حنيفة وابي يوسف • وقال محمد وزفر والشافعي تنقطع بمجرد التيمم كذا ذكره علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقولهما استحسان وقول محمد قياس • كذا ذكر الحاكم الجليل في الكافي وشمس الائمة في شرحه واجمعوا انه لا يحل لها ان تتزوج بزوج اخر ما لم تصل بذلك التيمم او يمضي عليها وقت صلاة ادنى الصلوات الخمس والقدرة على الاغتسال ولو اغتسلت بسؤر الحمار تنقطع رجعتها ولم تنقض الاغتسال بالاتفاق ولا يحل لزوجها ان يقربها يعني اذا كان لم يطلقها ولا يجوز لها ان تتزوج بزوج اخر ولا تصلي بذلك الغسل ما لم تتيمم وجه قول محمد ان التيمم يستباح به ما يستباح بالاغتسال اداء الصلوات وحل قراءة القران ومس المصحف ودخول المسجد ثم بمجرد الاغتسال تنقطع الرجعة فكذا بمجرد التيمم فانه قائم مقامه عند عدم الماء وحكم سقوط الرجعة يبتنى على الاحتياط ولهذا اذا اغتسلت بسؤر الحمار تنقطع الرجعة احتياطا مع انه لا يحل لها اداء الصلاة وهنا في صورة التيمم اداء الصلاة • ولهما طريقان الاول ان سقوط الرجعة ولما ان انقطاع الرجعة متعلق بانقضاء العدة وانقضاء العدة متعلق بالخروج من الحيضة الثالثة الطهارة والتيمم ليس بطهارة رافعة للحدث بل هو مبيح للصلاة بدليل ان المتيمم اذا راى الماء في خلال صلاته تبطل صلاته ومعلوم ان رؤية الماء ليست بحدث فلو كان الحدث السابق مرتفعا بالتيمم لم تبطل صلاته برؤية الماء فلما لم يحصل الطهارة بمجرد التيمم لم تنقطع الرجعة الا ان الشرع جعل التيمم طهارة حكما ولم يجعل اثر الحدث ظاهرا الى وجود الماء وذا لا يدل على ارتفاع الحدث اصلا • الا ترى انها اذا مضى عليها وقت صلاة ثبت حكم الطاهرات ولكن لا يثبت الطهارة حقيقة ولهذا يجب عليها الغسل وكذا اذا انقطع دمها لعشرة ايام ثبت حكم الطاهرات ولكن لا يثبت الطهارة حقيقة بدليل وجوب الغسل وكذا التيمم لا يثبت به الطهارة حقيقة وان ثبت حكم الطاهرات فبقي الحيض فلم تنقطع الرجعة بخلاف ما اذا صلت بعد التيمم حيث تنقطع الرجعة لانه تعلق بالتيمم حينئذ حكم لا ينتقض • الا ترى انها لو رات الماء بعد الصلاة لا تبطل فصارت كالاغتسال ونقول ان التيمم فعل ليس بطهارة لانها لا ترفع الحدث بدليل ما قلنا ولكنه جعل طهارة ضرورة اداء الصلاة وضرورة ما هو من توابع الصلاة كدخول المسجد ومس المصحف وقراءة القران والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يجعل التيمم طهارة قبل اداء الصلوات بخلاف الاغتسال بسؤر الحمار فانه طهارة قوية لكونه اغتسالا بالماء الا ان الشرع صار اليه احتياطا لتعارض الادلة وليس كذلك التيمم لانه طهارة ضعيفة • فان قلت لا نسلم ان التيمم ليس برافع للحدث والاستدلال ببطلان الصلاة برؤية الماء في خلال الصلاة ليس بصحيح لان عند الشافعي تمضي على صلاته • قلت لا يخلو من احد الامرين اما ان كان عنده القول ما قاله الشافعي امر لا فان لم يكن فاسد لانه حجة على الكل وان كان فنستدل به على محمد وزفر ونستدل على الشافعي بظهور حكم الحيض بعد الفراغ عن الصلاة • بيانه ان التيمم لو كان رافعا للحدث الحيض لم يظهر ثم ان الاغتسال بعد الصلاة برؤية الماء في الصلاة وقد لزم فعلم ان التيمم لم يرفع الحيض بوجه ان الحيض لو كان زائلا بالتيمم لم يلزم الاغتسال لان رؤية الماء ليست بحدث ولا حيض الا ان الحيض لم يظهر اثره الى وجود الماء للضرورة فاتت الضرورة لوجود الماء قوله لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حيث يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال واراد به حل اداء الصلاة وقراءة القران ومس المصحف ودخول المسجد ولا يرد على محمد عدم جواز اقتداء المتوضي بالمتيمم عنده بان يقال لو كان يثبت بالتيمم ما يثبت بالاغتسال لجاز الاقتداء وقد مر تقريره في باب الامامة فليطلب ثمة قوله والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية هذا جواب عن حرف محمد يعني ان الاحكام التي ذكرها محمد انما تثبت بالتيمم • قال في المنظومة الولوالجي وان تيممت وقرات القران اومست المصحف او دخلت المسجد اختلف المشايخ فيه • قال ابو الحسن الكرخي تنقطع الرجعة وقال ابو بكر الرازي لا تنقطع الرجعة قوله ثم قيل تنقطع الرجعة بنفس الشروع عندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف وقيل بعد الفراغ اي من الصلاة • قال شمس الائمة السرخسي في شرح الحاكم الكافي للحاكم الشهيد ولم يذكر في الكتاب اي في الكافي انها اذا تيممت وشرعت في الصلاة • ثم قال والصحيح عند ابي حنيفة وابي يوسف ان الرجعة لا تنقطع ما لم تفرغ من الصلاة • ثم قال لان الحال بعد الشروع فيها في الصلاة كالحال قبله الا ترى انها اذا رات الماء لا تبقى لتيممها اثر بخلاف ما بعد الفراغ من الصلاة فانها وان رات الماء تبقى صلاتها جائزة قوله واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة فان كان اقل من عضو انقطعت • وهذا من مسائل القدوري • قال الحاكم الجليل الشهيد في الكافي واذا اغتسلت المعتدة من الحيضة الثالثة غير انه بقي منها عضو فله الرجعة بانه استحسانا ولو بقي منها اصبع او شيء يسير من جسدها فقد انقطعت الرجعة وان تزوجت لم يجز النكاح حتى تغسل ذلك الموضع اخذ بالثقة • اعلم ان محمدا لم يذكر في كتبه موضع القياس وقيل عند ابي يوسف قياس واستحسان وكذا عند محمد قياس واستحسان اما القياس عند ابي يوسف في العضو

كامل فان تنقطع الرجعة لانها غسلت اكثر البدن وللاكثر حكم الكل وكانها اغتسلت جميع البدن • وفي الاستحسان لا تنقطع الرجعة لورود الخطاب بتطهيره فصار بقاء العضو كبقاء جميع البدن ولانه لا يتسارع اليه الجفاف عادة بخلاف ما دونه واما القياس عند محمد فيما دون العضو فان تبقى الرجعة لان الحدث باق ولما روى صاحب السنن باسناده الى ابي هريرة • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تحت كل شعرة جنابة فاغسلوا الشعر وانقوا البشر • واخرجه الترمذي وابن ماجه ولانه لا يحل لها الصلاة فكان العضو وما دونه سواء • وفي الاستحسان تنقطع الرجعة لان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يحصل اليقين بعدم اصابة الماء فحكمنا بانقطاع الرجعة احتياطا ولا يحل لها التزوج ما لم تغسل ذلك الموضع احتياطا ايضا لان الماء لم يصل اليه من حيث الظاهر • وصاحب الهداية ذكر القياسين ولكن لم يشتغل في بيانه كما ذكرنا قوله اخذا بالاحتياط فيهما اي في انقطاع الرجعة والتزوج قوله الجفوف هو مصدر من جف يجف جفوفا وجفافا اذا يبس قوله عنه اي عن العضو الكامل قوله فافترقا اي العضو الكامل وما دونه والمراد بما دون العضو مثل لمعة يسيرة كاصبع واصبعين ونحوهما • وبه صرح الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي قوله وعن ابي يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل والواو في الاستنشاق بمعنى او • كما في قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع • اعلم انها اذا اغتسلت عن الحيضة الثالثة فيما دون العشرة لكنها تركت المضمضة والاستنشاق فعن ابي يوسف روايتان في رواية هشام عنه لا تنقطع الرجعة فتكون ترك كل واحد منهما كترك عضو كامل لان حكم الحيض باق لانهما فرضان في الجنابة فكانت العدة باقية • وفي رواية اخرى عن ابي يوسف تنقطع الرجعة وتركهما كترك ما دون العضو وهي رواية الكرخي عن محمد • قال محمد ابينها من زوجها ولا احلها للازواج كذا ذكر الكرخي في مختصره • وذلك لان في فرضية المضمضة والاستنشاق في الغسل اختلافا فان عند مالك والشافعي سنتان فيه فكان الاحتياط في انقطاع الرجعة بخلاف ترك عضو اخر حيث لا تنقطع الرجعة لانه لا خلاف في فرضيته • اعلم ان المضمضة والاستنشاق سنتان سنتان في الوضوء فرضان في الجنابة عندنا وهو قول سفيان الثوري • وقال مالك والشافعي سنتان فيهما جميعا • وقال ابن ابي ليلى وعبد الله بن المبارك واحمد واسحاق فرضان فيهما جميعا لكن احمد قال الاستنشاق اوكد من المضمضة قوله هو بمنزلة ما دون العضو المشير الى ترك المضمضة والاستنشاق قوله ومن طلق امراته وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة وهاتان المسئلتان من خواص الجامع الصغير • وتكلف صاحب الهداية قوله او ولدت بعد بيان الدليل فلو تبع محمد في لفظ الجامع الصغير لما احتاج الى التاويل وصورته في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل تزوج امراة ثم طلقها وهي حامل فقال لم اجامعها قال له عليها الرجعة وكذلك ان كانت ولدت قبل ذلك ولو طلقها واغلق بابا وارخى سترا ثم طلقها وقال لم اجامعها فليس عليها رجعة اما في المسئلة الاولى فانما كانت له الرجعة فان قال لم اجامعها لان الرجعة تبتنى على الدخول وقد ثبت الدخول لثبوت النسب لانه تظهر لو انها حملت بان ولدت لاقل من ستة اشهر والطلاق بعد الدخول يعقب الرجعة فاذا قال بعد الطلاق لم اجامعها لم يلتفت الى قوله لانه صار مكذبا شرعا لان الشرع جعله واطئا حكما وكذا في المسئلة الثانية كانت له الرجعة لانها لما ولدت في نكاحه قبل الطلاق ثبت الدخول لا محالة لثبوت نسب الولد منه وقوله بعد الطلاق لم اجامعها لم يلتفت اليه لثبوت الدخول حكما شرعا ولا يقال قوله لم اجامعها صريح في عدم الدخول ودلالة ثبوت النسب على الدخول ليست بصريحة والصريح يفوق الدلالة فينبغي ان لا يكون له عليها الرجعة لانا نقول دلالة الشرع اقوى من صريح العبد لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع • واما الثالثة فانما لم تثبت الرجعة لانه لم يصر مكذبا شرعا والرجعة حقه فيصدق في حقه اذا قال لم اجامعها وذلك لان الشرع لم يحكم عليه بالدخول وانما وجبت العدة وكمال المهر لوجود التسليم وهما يتعلقان به دون الدخول بخلاف الرجعة فانها مبنية على الدخول دون التسليم فلما ثبت النسب بالحمل حال الطلاق او بالولادة قبل الطلاق ثبت الدخول معقب للرجعة لانه لا نسب بلا ماء ولا ماء بلا وطء فثبت الدخول لا محالة فيكون مكذبا شرعا ونقل ابن السكيت عن الفراء فقال يقال هي امراة حامل وحاملة اذا كان في بطنها ولد وانشد الاصمعي يقول •

• تمخضت المنون له بيوم • اناء ولكل حاملة تمام •

ثم قال حامل هذا نعت لا يكون الا للمؤنث • ومن قال حاملة بناه على حملت فاذا حملت شيئا على ظهر او على راس فهي حاملة لا غير لان هذا قد يكون للمذكر والانثى وان بمعنى قرب وتمام بفتح التاء وكسرها بمعنى • وقوله تمخضت المنون الحامل حمل المنون حاملا على التشبيه وجعل اليوم الذي كانت فيه منيته ولدا للمنية وكل حامل شيء الى وقت ينتج فيه حملها ولذلك المنية منتظرة كانتظار وضع الحامل • وروى ابو سعيد السكري هذا البيت للنابغة الذبياني • قال ابو محمد السيرافي والصحيح انه لعمرو بن مخلاة الحي من الحرث بن همام • قال العبد الضعيف اني فتشت من هذا البيت في ديوان النابغة فلم اجد له اثرا قوله وبطل زعمه بتكذيب الشرع • قال في الجمهرة الزعم والزعم لغتان فصيحتان بمعنى فتح الزاي وضمها واكثر ما يقع الزعم على الباطل وكذلك ما جاء من الزعم في القران وفي فصيح الشعر • قال الشاعر •

• زعمت بحينه ان ستغلب ربها • وليغلبن مغالب الغلاب •

الا ترى انه يثبت هذا الوطء الاحصان ولا يصح قوله والطلاق في ملك متاكد يعقب الرجعة • بيانه ان الاحصان موجب لحكم الزنا حتى يجب على الزاني الرجم اذا صدر الزنا عن المحصن ثم الاحصان لما ثبت جعله واطئا حكما في ما بين العود حتى اذا الرجم يتادى بالبينات فثبوت الرجعة

دين لا يتدارك بالشهادات اولى قوله فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا الى اخره • وهذه من مسائل الجامع الصغير
المعادة وقد مر بيانها انها اعادة في بعض النسخ وارخى بالواو وذلك عكس العادة والصحيح بكلمة او لان احد الامرين من اغلاق الباب وارخاء
الستر كاف في ثبوت الخلوة الصحيحة والاحكام التي تقام الخلوة فيها مقام الوطء قد ذكرت في باب المهر قوله لان
تاكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض يعني ان تاكد المهر بالخلوة الصحيحة والاحكام التي تقام الخلوة فيها مقام الوطء و
لم يدل على كون الرجل واطئا حكما لان المهر يتاكد بتسليم المبدل اي البضع ولا يتوقف على قبض المبدل وهو الوطء ولم يلزم ثبوت الوطء
من ثبوت كمال المهر وذلك ان المراة قادرة على تسليم نفسها وليست بقادرة على تسليم الوطء جعل الرجل واطئا فتاكد المهر بالتسليم دفعا للضرر
عنها قوله بخلاف الفصل الاول يرتبط بقوله لم يصر بذلك مراجعا يعني ان في الفصل الاول وهو في فصل ثبوت النسب بظهور
الحبل حال الطلاق او بالولادة قبل الطلاق صار بذلك مراجعا في قوله لم اجامعها حيث جعله واطئا حكما لان الرجعة تبتني على الدخول
وقد ثبت النسب فيثبت الدخول لانه لا نسب بلا ماء ولا ماء بلا دخول فثبت الرجعة لوجود الدخول قوله فان راجعها
معناه بعدما دخل بها وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة اي الرجعة السابقة وذلك
لان النسب ثابت فيثبت الدخول لا محالة والطلاق بعد الدخول معقب للرجوع ثم الدخول لا يخلو من احد الامرين اما ان
يكون قبل الطلاق او بعده فلا يجوز الثاني فتعين الاول وهو المطلوب وذلك لان الدخول لو كان بعد الطلاق لكان الطلاق
مبينا وكان الدخول بعد ذلك حراما والمسلم لا ياتي بالحرام ولا يرضاه لغيره فحمل على الدخول قبل الطلاق حملا لامر المسلم
على الصلاح وانما ثبت النسب لانها لم تقر بانقضاء عدتها والمدة تحتمل ذلك قوله لان على اعتبار الثاني يزول
الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله اي قبل الطلاق واراد بالثاني كونه واطئا بعد الطلاق لان المذكور الاول هو كونه
واطئا قبل الطلاق وانما يزول الملك بنفس الطلاق لان الطلاق قبل الدخول لا عدة فيه بالنص فيكون الطلاق مزيلا للملك
بخلاف الطلاق قبل الدخول لا عدة فيه بالنص فيكون الطلاق مزيلا للملك بخلاف الطلاق بعد الدخول فان زوال الملك
ثمة انما يكون بعد انقضاء العدة قوله فان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد اخر فهي رجعة معناه
من بطن اخر وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال لامراته اذا
اذا ولدت فانت طالق فولدت ولدا ثم ولدت ولدا اخر لاقل من سنتين بيوم او اكثر قال هي امراته وهذه رجعة
والفرق بين هذه المسئلة وبين ما ذكر في كتاب الدعوى في المطلقة الرجعية اذا ولدت ولدا لاقل من سنتين بيوم لا
لا يكون رجعة لان العلوق ثمة يحتمل ان يكون قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يثبت الرجعة بالشك وهنا صار الزوج مراجعا بولادة
لاقل من سنتين من وقت الطلاق او لاكثر اما الاكثر فظاهر ليتعين العلوق بعد الطلاق الواقع بولادة الولد الاول
لانه ان لم يجعل مراجعا يكون الولد الثاني مع الاول من بطن واحد وفي الاتحاد شك فلا يثبت بالشك فيكون الولد
الثاني من بطن اخر فلما ثبت انه من بطن اخر ثبت ان علوقه حادث والعلوق الحادث بعد الطلاق في العدة يعقب للرجعة
قوله فان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الثاني رجعة
وكذا الثالث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة والمراد من البطون المختلفة ان يكون بين الولدين ستة اشهر فصاعدا
اعلم انها تطلق ثلاثا ويثبت الاولاد من الزوج وعليها العدة بثلاث حيض بعد ولادة الولد الثالث وذلك لان كلمة كلما
تقتضي تكرار الجزاء عند تكرار الشرط وقد تكرر الشرط وهو الولادة فيتكرر الجزاء وهو الطلاق وذلك انها لما ولدت الولد
الاول وقع الطلاق الرجعي ووجب عليها العدة فلما ولدت الولد الثاني وقع الطلاق الاخر لان شرط الطلاق وجد في ملك
لانها منكوحته حين الولادة الثانية لانه ثبت رجعته قبل ذلك ثم لما ولدت الولد الثالث من بطن اخر علم انه كان من علوق
حادث بعد وقوع الطلاق الثاني فصار به مراجعا فبالولادة الثالثة وقع الطلاق الثالث لانها حين وجود الشرط كانت
منكوحته لثبوت الرجعة قبل ذلك بالعلوق الحادث بعد الطلاق الثاني ووجبت العدة بثلاث حيض لانها حامل حينئذ
من ذوات الاقراء وانما قيد بالبطون المختلفة لانها اذا ولدت ثلاثة اولاد في بطن واحد تقع عليها تطليقتان لا غير وتنقضي
العدة بوضع الولد الثالث وهي مسئلة المبسوط وذلك لان شرط الطلاقين وجد في الملك فوقعا بخلاف الطلاق الثالث
فان شرطه وجد في غير الملك لعدم الرجعة قبل ذلك لانهم ولدوا من بطن واحد فلم يقع لو توجد في غير الملك وانقضت العدة
بالولد الثالث لانه وضع جميع ما في بطنها ولو ولدت ولدين في بطن واحد تطلق بالولد الاول واحدة وتنقضي العدة
بالولد الثاني ولا يقع بالطلاق لانها حينئذ ليست بمنكوحة ولا معتدة قوله والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين
وهذه من مسائل القدوري ولفظ محمد في الاصل والمعتدة من طلاق الرجعة تتشوف لزوجها وتتزين له • وقال ابن دريد
شفت الشيء اشوفه اذا جلوته والدينار المشوف المجلو • قال الشاعر • بالمشوف المعلم ... تشوفت المراة اذا تزينت
هذا في الجمهرة • وقال في ديوان الادب وتشوفت النساء تشوفن اي تطلعن وقيل التشوف التزين لغة خاصة في الوجه والتزين
عام يستعمل في الوجه وغيره وانما تتشوف وتتزين المطلقة لزوجها لان النكاح قائم الى انقضاء العدة ولعل النظر الاعجام للزوج والرجعة
مندوب اليها فربما تكون تشوفها حاملا له على الرجعة فيراجعها على الايام ... كالذي كان علاقة المعتدة من طلاق
بائن حيث لا تتشوف له لحرمة النظر اليها وعدم مشروعية الرجعة • اذى ماء ذي غصص شديد • ولكن لا سبيل الى الورود
فيكون مشروعا اي يكون التزين مشروعا قوله ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه ومعناه

من مسائل القدوري • قال صاحب الهداية معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة اي يعني كلام القدوري
قال في شرح الطحاوي وينبغي له ان يعلمها بدخوله عليها ان كان لا يريد من قصده الارتجاع بخفق النعال او بالتنحنح او بالنداء وما
اشبه ذلك لكي تتاهب لدخوله لئلا يقع بصره على فرجها بشهوة فيصير مراجعا لها وليس من قصده ذلك ثم يطلقها ثم يؤدي الى تطويل
العدة ثم تطويل العدة • وقال في شرح الاقطع • قال ابو يوسف ليس من اجل انها حرام ولكن لا يامن ان يرى الفرج لشهوة فيكون
رجعة من غير اشهاد وذلك مكروه وربما اخر ان ذلك يؤدي الى تطويل العدة استئناف العدة وذلك اضرار بالمراة فكره لذلك
ولهذا قال محمد في المبسوط اكره ان يراها متجردة اذا كان لا يريد رجعتها وان راها لم يكن عليه شيء لان ما فوق الرؤية وهو
الوطء حلال فالرؤية اولى ويعني قوله حتى يؤذنها اي يعلمها والايذان الاعلام • وخفق النعل صوتها والنعل من الاسماء المؤنثة السماعية وقد ذكرناها
في دررة الارواح وهو من خفق السراب خفقا اذا اضطرب وهو لفظ مشترك يقال خفق النجم يخفق خفوقا اذا اضاء وقيل لا
وخفق النجم والنجم اذا انحط في المغرب وخفق القلب خفقانا وخفق الرجل خفقة اذا نعس ثم انتبه قوله وليس له
ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها • وهذه من مسائل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل طلق امراته طلاقا يملك الرجعة قال ليس له ان يسافر بها ما لم يشهد على رجعتها • وفيه خلاف زفر ذكره فخر الاسلام
البزدوي وغيره في شرح الجامع الصغير • قال اذا انشاء ان يعاد راجعها ولا يكره المسافرة لان النكاح قائم ما لم تنقض العدة
فصار ما بعد الطلاق كما قبل الطلاق • ولنا ان قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة
وجه الاستدلال ان الاية نزلت في الطلاق الرجعي بالنقل عن ائمة التفسير اي لا تخرجوهن حتى تنقضي عدتهن من بيوتهن
من مساكنهن التي يسكنها قبل العدة وهي بيوت الازواج واضيفت اليهن لاختصاصها بهن من حيث السكنى وذلك
ان اخراجهن للازواج لا على ذلك اخرجوهن بانفسهن لا لامرين فيخرجن لاقامة الحد عليهن وقيل خروجهن قبل انقضاء العدة
فاحشة في نفسها والراي في مقابلة النص غير مقبول ولان الطلاق مبطل لملك النكاح فكان ينبغي ان يبطل النكاح
زمان وجود الطلاق الا ان حكمه تاخر الى وجود الشرط وهو انقضاء العدة لحاجة الزوج الى الرجعة فاذا لم يثبت الرجعة في
في الموعد المدة ظهر عمل المبطل وهو الطلاق من زمان وجوده ولهذا لا حاجة الى الرجعة عملا باثر الاصل وهو ان لا يتخلف
المعلول عن العلة ولهذا تحتسب الاقراء الموجودة في المدة من العدة حتى لم يجب عليها اقراء اخر بخلاف ما اذا اشهد على رجعتها لان
ملك النكاح وان كان باقيا في العدة كان على شرف الزوال فاذا اشهد عليها بطلت العدة وتقرر ملك الزوج فلم يكره
السفر لا يقال ان السفر بها دلالة الرجعة فثبتت الرجعة اشهد او لم يشهد لانا نقول كلامنا في رجل نادى مصرحا
بانه لا يراجعها ولا عبرة للدلالة مع وجود الصريح ثم لما لا يباح اخراجهن وخروجهن الى السفر لا يباح ايضا الى ما دون
السفر لاطلاق النص المحرم الا ان حكم نقض الخروج اشد من بعض • وقول محمد ما لم يشهد على رجعتها لا يريد به ان الاشهاد
على الرجعة واجب بل الاشهاد مستحب عندنا على ما ذكرناه في اوائل الباب عند قوله ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين
وان لم يشهد صحت الرجعة وهو المراد من قوله على ما قدمنا قوله والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء • وهذه من
مسائل القدوري • وقال الشافعي الطلاق الرجعي يحرم الوطء حتى لو وطئها قبل الرجعة فعليه المهر ذكره في شرح ابي نصر
له ان الطلاق رافع لقيد النكاح فلا يحل الوطء • ولنا ان النكاح قائم بينهما ما دامت العدة بدليل صحة الظهار ولا ارضاء المراة
فيحل الوطء لقيام النكاح • ولا نسلم ان الطلاق الرجعي رافع لقيد النكاح فلا يحل الوطء • ولنا ان النكاح قائم بينهما ما دامت
العدة بدليل صحة الظهار والايلاء واللعان والخلع والتوارث وبدليل صحة الرجعة بلا رضا المراة فلا يحل الوطء لقيام النكاح
ولا نسلم ان الطلاق الرجعي رافع لقيد النكاح قبل انقضاء العدة فلو كان كذلك لما ... لاحكام المذكورة ولهذا يصح الرجعة بالقول
لا بمهر جديد بلا رضى المراة بالاجماع فعلم ان الرجعة استدامة النكاح لا انشاء النكاح بدليل قوله تعالى فامساك والمستديم
للنكاح يحل له الوطء بلا مهر فلا معنى لقول الخصم انه يجب عليه المهر اذا وطئها قبل الرجعة وهذه المسئلة استوفينا بيانها عند قوله
وبيانها في اوائل الباب فينظر ثمة قوله الحاقا به اي ان الزوجية قائمة قوله لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج
ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم • واليه اشار الله تعالى بقوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا • قال
صاحب الكشاف الامر الذي يحدثه الله تعالى ان يقلب قلبه من بغضها الى محبتها ومن الرغبة عنها الى الرغبة فيها ومن
عزيمة الطلاق الى الندم عليه فيراجعها والمعنى فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة لعلكم ترغبون وتندمون فتراجعون
قوله وهذا المعنى يوجب استدامته بها اي ثبوت حق الرجعة نظرا للزوج يوجب تفرد الزوج بحق الرجعة فلو كان الرجعة
استدامة لان الرجعة لو كانت انشاء للنكاح لم يتفرد الزوج بالرجعة بلا رضا المراة بالاجماع فعلم ان الرجعة استدامة
النكاح بدليل قوله تعالى فامساك والمستديم للنكاح يحل له الوطء بلا مهر فلا معنى لقول الخصم انه يجب عليه الوطء اذا وطئها
قبل الرجعة وهذه المسئلة استوفينا بيانها عند قوله او بيانها في اوائل الباب فينظر ثمة قوله الحاقا به اي الى
الزوجية قائمة قوله لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم • واليه اشار
الله تعالى بقوله لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا • قال صاحب الكشاف الامر الذي يحدثه الله تعالى ان يقلب
قلبه من بغضها الى محبتها ومن الرغبة عنها الى الرغبة فيها ومن عزيمة الطلاق الى الندم والمعنى فطلقوهن لعدتهن واحصوا
العدة لعلكم ترغبون وتندمون فتراجعون قوله وهذا المعنى يوجب استدامته بها اي ثبوت حق الرجعة

نظر للزوج يوجب تفرد الزوج بحق الرجعة وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اي تفرد الزوج بحق الرجعة يعلم بكون الرجعة استدامة لا انشاء لان الرجعة لو كانت انشاء للنكاح لم ينفرد الزوج بالرجعة بلا رضا المراة او وليها وهو المراد بقوله اذ الدليل ينافيه والدليل البادر في بيانه راجع الى الانشاء **قوله** والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا هذا جواب عن قول الشافعي ان الزوجية زايلة لوقوع القاطع فقال عمل القاطع متراخ اجماعا الى انقضاء العدة بدليل ان الرجعة بالقول تصح بلا رضا المراة عند الشافعي ايضا فعلم ان القاطع لم يعمل عمله في الحال **قوله** ونظرا له الى ما تقدم يعني ان القاطع اخر عمله اجماعا ونظرا للزوج على ما تقدم بيانه انما اراد به قوله ثبت نظرا للزوج يمكنه التدارك عند اعتراض الندم **قوله** فيما يحل به المطلقة لما ذكر التدارك في الطلاق الرجعي وهو بالرجعة شرع في بيان التدارك في غيره من المطلقات ففي الحرة فيما دون الثلاث التدارك بنكاح جديد وفي الثلاث باصابة زوج اخر بعد نكاحه وكذا التدارك في الامة في الثنتين باصابة الزوج الاخر **قوله** واذا كان الطلاق باينا دون الثلاث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها وهذه من مسايل القدوري اما جواز التزوج في العدة فلان العدة مشروعة لاستبراء الرحم صيانة عن اشتباه النسب فمنع الغير عن التزوج للصيانة ولاجل الاشتباه اذا تزوجها بعد انقضاء العدة من طلقها فلا اشتباه لان الاستبراء من ماء نفسه فجاز التزوج واما جواز تزوجها بعد انقضاء العدة فلان حل المحل باق لان محل النكاح انثى من بنات ادم مع انعدام المحرمية والشرك والعدة عن الغير وهو حاصل لاطلاق احله بحث قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وانما يزول حل المحل بالطلقة الثالثة ولم يوجد فجاز التزوج **قوله** ولا اشتباه في الطلاقة اي لا اشتباه في طلاق الشارع الزوج في نكاح معتدته **قوله** فان كان الطلاق ثلاثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها وهذه من مسايل القدوري اي يطلقها الزوج الثاني او يموت وانما قال لم تحل له مطلقا لانها لا تحل له بعد الطلقة الثالثة لا بنكاح ولا بملك يمين حتى تنكح زوجا غيره واطلق الزوج ليشمل البالغ وغيره والمجنون وغيره اذا كان يجامع مثله وبذلك صرح في شرح الطحاوي وانما قيد بالنكاح الصحيح لان الزوج الثاني اذا تزوجها نكاحا فاسدا لا تحل للاول سوى دخل بها الثاني او لم يدخل لانه تعالى قال زوجا غيره والزوج المطلق هو الذي صح نكاحه ثم الاصل في هذه المسئلة قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره اعلم ان الطلاق محدود بالثلاث ولكن اختلفوا في الثالثة فقيل هي في قوله او تسريح باحسان والاكثر على انها في هذه الاية اي فان طلقها طلقة ثالثة بعد الطلقتين المذكورتين فلا تحل له من بعد التطليق حتى تتزوج زوجا اخر غيره والنكاح يسند الى المراة في لغة العرب كما يسند التزوج يقال فلانة ناكح في بني فلان اي ذات زوج منهم والدخول ما ثبت بالاية لان اسناد الوطء الى المراة مجاز لانها محل الفعل لوطء لا مباشرة له واسناد التزوج اليها حقيقة والاصل في الكلام الحقيقة حتى يدل دليل الجواز المجاز وهذا هو الذي يدل عليه ظاهر الرواية وانما ثبت الدخول زيادة على النص بما يجوز بمثله الزيادة عليه وهو الحديث المشهور وما خالف في شرط الدخول احد سوى سعيد بن المسيب • قال في الفتاوى الولوالجي وخلاصة الفتاوى وغيرهما بشر المريسي • وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط هذا قول غير معتبر ولو قضى به قاض لا ينفذ قضاؤه لكن شمس الائمة لم يذكر قول بشر فيه وقد روي الحديث بروايات مختلفة منها ما رواه مالك بن انس في الموطا عن المسور بن رفاعة القرظي عن الزبير ابن عبد الرحمن بن الزبير ان رفاعة بن سموال طلق امراته تميمة ابنة وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا منها فنكحها عبد الرحمن ابن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع ان يمسها ففارقها فاراد رفاعة ان ينكحها وهو زوجها الاول الذي كان طلقها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة وحدث مالك ايضا عن يحيى بن سعيد عن القسم بن محمد عن عايشة انها سئلت عن رجل طلق امراته البتة فتزوجها رجل اخر فطلقها قبل ان يمسها هل يصلح للاول ان يتزوجها فقالت عايشة لا حتى يذوق عسيلتها • وحدث البخاري في الصحيح عن سعيد بن عفير عن الليث عن عقيل عن ابن شهاب عن عروة ابن الزبير ان عايشة اخبرته ان امراة رفاعة القرظي جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي واني نكحت بعده عبد الرحمن ابن الزبير القرظي وانما معه مثل هدبة الثوب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك تريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته • وحدث البخاري ايضا عن محمد ابن بشار عن يحيى ابن عبيد الله عن القسم بن محمد عن عايشة ان رجلا طلق امراته فتزوجت زوجا غيره فطلقها وكانت معه مثل الهدبة فلم تصل منه الى شيء تريده فلم يلبث ان طلقها فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان زوجي طلقني واني تزوجت زوجا غيره فدخل بي ولم يكن معه الا مثل الهدبة فلم يقربني الا هنة واحدة ولم يصل مني الى شيء افاحل لزوجي الاول فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلين لزوجك الاول حتى يذوق الاخر عسيلتك وتذوقي عسيلته • وحدث البخاري ايضا عن عثمان ابن ابي شيبة عن عبدة عن هشام ابن عروة عن ابيه عن عايشة ان رفاعة القرظي تزوج امراة ثم طلقها فتزوجت اخر فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له انه لا ياتيها وانه ليس معه الا مثل الهدبة فقال لا حتى تذوقي عسيلته او يذوق عسيلتك وحدث ابو موسى الحافظ محمد بن ابي بكر المديني في كتاب الامالي باسناده الى مقاتل ابن حيان في قوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره نزلت في عايشة بنت عبد الرحمن بن عتيك النضري كانت تحت رفاعة بن وهب ابن عتيك وهو ابن عمها فطلقها طلاقا باينا فتزوجت بعده عبد الرحمن ابن الزبير القرظي ثم طلقها فاتت النبي صلى الله عليه وسلم • فقالت يا نبي الله ان زوجي عبد الرحمن طلقني قبل ان يمسني افارجع الى ابن عمي زوجي الاول فقال

فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا حتى يكون مس فلبثت ما شاء الله ان تلبث ثم رجعت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ان زوجي الذي كان تزوج بي بعد زوجي الاول كان قد مسني فقال النبي صلى الله عليه وسلم كذبت بقولك الاول فلم اصدقك في الاخر فلبثت حتى قبض النبي صلى الله عليه وسلم فاتت ابا بكر فقالت يا خليفة رسول الله ارجع الى زوجي الاول فان زوجي الاخر قد مسني فقال لها ابو بكر قد شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال لك وشهدته حين اتيته وعلمت ما قال لك فلا ترجعي اليه فلما قبض ابو بكر اتت عمر ابن الخطاب فقال لئن اتيتني بعد مرتك هذه لارجمنك واختلف في رفاعة قيل انه رفاعة ابن سموال وقيل رفاعة ابن وهب ولا تنافي بينهما لان شاميز والظاهر انهما واحد وكذا اختلف في اسم المراة فقيل اسمها تميمة وقيل سهيمة واميمة والرميصا والغميصا • وقال بعض اصحابنا انما ثبت شرط الدخول باشارة الاية كيلا للنكاح المذكور على نهاية جليلة • بيانه ان النكاح الذي بمعنى العقد فهم من قوله زوجا غيره • فلو كان المراد من النكاح العقد كان يلزم التكرار فلا يجوز وفيه نظر • لانا لا نسلم ان التكرار لا يجوز اذا اريد به زيادة البيان • كما في قوله تعالى فباي الاء ربكما تكذبان فلو لم يذكر لفظ الزوج في اخر الاية كان كافيا وايضا اسناد النكاح اليها حينئذ يكون مجازا والاصل عدمه وتدبر **قوله** لان الزوج منصف • ثم بيانه قبيل باب ايقاع الطلاق وفي فصل المحرمات ايضا في كتاب النكاح **قوله** على ما عرف اي في الاصول **قوله** حتى تذوق عسيلة الاخر والعسيلة كناية عن لذة الجماع وهي في الاصل تصغير عسلة والتصغير لبيان تلك الحلاوة وان قلت كنت **قوله** ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد ابن المسيب اي في شرط الدخول • اعلم ان سعيد ابن المسيب من كبار التابعين ادرك كبار الصحابة مثل عمر ابن الخطاب وغيره وكان يقال له فقيه الفقها وعالم العلما • وعن مالك بن انس عن يحيى بن سعيد كان يقال ابن المسيب رواية عمر وقال صاحب كتاب الطبقات محمد بن سعد اخبرنا محمد بن عمر الاسلمي • قال حدثنا عبد الله ابن موسى المخزومي كان سعيد ابن المسيب من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واحاديث في وصفه يعرف في كتاب الطبقات • قال الواقدي وهو اثبت ما قيل توفي ابن المسيب سنة اربع وتسعين **قوله** والشرط الايلاج دون الانزال • اي شرط حل المطلقة الثلاث للزوج الاول ايلاج الزوج الثاني لا انزاله وذلك لان الحديث شرط الدخول في قوله حتى يذوق مطلقا والانزال كمال في الايلاج وهو قيد لا كمال له والاصل في المطلق ان يجري على اطلاقه فيكفي مجرد ذوق العسيلة بلا انزال • فان قلت يعني ان يشترط الانزال الحديث العسيلة • قلت العسيلة كما يعبر عن لذة الجماع واللذة تحصل بالجماع قبل الانزال وبالانزال يزول اللذة ويفتر الرغبة فلا يشترط الانزال • قال في شرح الطحاوي فاذا التقى الختانان وتوارت الحشفة بانت من زوجها الثاني وانقضت عدتها حلت للاول لان الخلوة والموت اعطيا حكم الدخول في ايجاب العدة والمهر لا غير ولو وطيها الزوج الثاني وهي حايض او نفساء او صايمة فانها تحل لزوجها الاول وان كان الزوج الثاني عاصيا في فعله ولو كان مجبوبا لا تحل للاول لان المجبوب يجامع الملامسة لا الايلاج في الفرج اما اذا احبلت امراة المجبوب وولدت حلت للاول وكانت محصنة ايضا في قول ابي يوسف وفي قول محمد لا تحل للاول ولا تصير محصنة وهو قول الحسن ابن زياد ذكرها الكرخي في مختصره **قوله** والصبي المراهق في التحليل كالبالغ وهذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لان الشرع علق حلها للزوج الاول بنكاح زوج اخر ووطيه وقد حصل ذلك وفسر المراهق في الجامع الصغير • بقوله غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امراته وجب عليها الغسل واحلها على الزوج الثاني واراد بقوله ومثله يجامع ان تتحرك الته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لان التقاء الختانين سبب ظاهر اقيم مقام المسبب الباطن وهو الانزال ووجب الغسل • فان قلت لا نسلم انه سبب ظاهر وانما يكون كذلك اذا كان التحقق بالغا وكلامنا في الاحتياط وجماع مثله سبب ظاهر لانزال ما فانه يجب الغسل عليه على انا نقول هذا السؤال ساقط في الاصل لانا لم ندع بوجوب الغسل على المراهق حتى يرد علينا السؤال بكونه غير بالغ بل ادعينا وجوب الغسل عليها وهي بالغة وجماعه سبب لانزالها وتفصيل الغسل من خواص الجامع الصغير وسكت محمد عن غسل الصبي لانه ليس بواجب عليه بل يؤمر به تخلقا استحبابا كما يحرمون ان التخلق بالقي دون الحلق • وذكر ان عيسى عليه السلام مر بصبي قد اجتمع عليه الصبيان فراى ابليس فيما بينهم فقال يا ملعون ايش تصنع فيما بينهم والقلم لا يجري عليهم قال انا اريد ان اعودهم المعاصي في حال الصغر حتى تحملوا بذلك بعد زمن الكلام العلام الحلوائي دانا **قوله** ومثله يجامع قيد • اي فسر المراهق بان عند الانزال شرطا لم يوجد والحجة عليه قوله تعالى زوجا غيره والمراهق يسمى زوجا اذا وجد النكاح وقد حصل الدخول كما دلت عليه السنة فلا حاجة الى الانزال لانه فعل وقد مر بيانه انفا **قوله** ووطء المولى لا يحلها وهو لفظ القدوري في مختصره • وذلك لان شرط الحل هو دخول الزوج الثاني ولم يوجد لان المولى لا يسمى زوجا • قال في شرح الاقطع روي ان عثمان سئل عن ذلك وعنده علي وزيد ابن ثابت فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام علي مغضبا كارها لما قالا وقال ليس بزوج **قوله** لان الغاية اي غاية الحرمة **قوله** ولو تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه • وهذه مسئلة القدوري ولم يذكر الخلاف فيه بين اصحابنا بل قال فان وطيها حلت للاول ولهذا المعنى • قال صاحب الهداية وعن ابي يوسف انه يفسد النكاح ولا يحلها على الاول • ثم قال وعن محمد انه يصح النكاح ولا يحلها على الاول • وقال الامام الاسبيجابي وان تزوجها ومن نيته التحليل ولم يشترط فانها تحل للاول ولا يكره ذلك ومن نيته التحليل ولو شرطاه فالنكاح يتزوجها هذا الشرط تحل للاول ولا يكره ذلك وليست النية بشيء ولو شرطا التحليل في النكاح الثاني فانه يكره ذلك للثاني ان يتزوجها بهذا الشرط ويكره للاول ان يتزوجها ايضا واما الجواب فيها اختلفوا فيه على ثلاثة اقوال في قول ابي حنيفة وزفر يجوز النكاح وتحل للاول ان تزوجها ايضا وفي قول ابي يوسف النكاح الثاني باطل ولا تحل لزوجها الاول وفي قول محمد النكاح الثاني صحيح ولا تحل لزوجها الاول هذا في شرح الطحاوي وكذلك

ذكر الجواب على هذا الاختلاف في شرح الاقطع وكذا في النوازل والمحيط والمنظومة والفتاوي الظهيرية والخلاصة • وذكر شمس الائمة
السرخسي في شرح الكافي جواب ابي حنيفة كذلك ثم قال وعند ابي يوسف النكاح جائز ولا تحل للاول وعند محمد النكاح جائز وتحل وفي الفتاوي
الولوالجي جواز النكاح عند ابي يوسف وفساده عند محمد رواية هشام في نوادره عنهما فثبت عنهما روايتان • وذكر في روضة الزندويسي
في باب النفي في الصور • قال ابو حنيفة النكاح جائز والشرط جائز حتى اذا لم يطلقها الثاني بعد وطئه اياها اجبره القاضي على ذلك وحلت
للزوج الاول اذا طلقها الثاني بنفسه او بامر القاضي اياه • قال الشيخ ظهير الدين هذا البيان لم يوجد في غيره من الكتب وقال بعضهم لا
يكون المحلل ماجورا كذا في التتمة والفتاوي الصغرى والخلاصة وذلك لانه فعل ما هو مباح في نفسه ونوى ان يصل
به الاول الى الحلال ومن اجل التناول والحلال من حيث انه ليس فيه ابطال حق ولا اضرار باحد كان جائزا • وجه قول
ابي يوسف ما روي في السنن والجامع الترمذي مسندا الى علي وابن مسعود وجابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
لعن المحلل والمحلل له وجه الاستدلال ان النكاح سنة ونعمة من الله تعالى على عباده فلو كان النكاح بشرط التحليل جائزا لم يستحق به
المرء اللعن فثبت النكاح الفاسد وبالنكاح الفاسد لا تحل للاول ولانه في معنى الموقت وهو مبطل للنكاح • وجه قول
ابي حنيفة ومحمد في صحة النكاح ان النكاح ليس بموقت حقيقة فلم يكن في معنى المتعة التي ورد النهي عنها نصا والنكاح الصحيح
الزوج الثاني غاية للحرمة غاية ما في الباب ان شرط التحليل شرط فاسد والنكاح لا يفسد بالشروط الفاسدة الا ان محمدا
لم يثبت الحل للاول لانه استعجل لما هو مؤخر شرعا فيرد قصده الاستعجال كمن قتل مورثه حيث يحرم من الميراث لانه استعجل
ما اخره الشرع **قوله** وهذا هو محمله يعني محمل الحديث هو الكراهة لا فساد النكاح لانه في معنى الموقت فيه اي لان
شرط التحليل في معنى الوقت في النكاح **قوله** لما بينا اراد به قوله ان النكاح لا يبطل بالشرط **قوله** لانه استعجل
ما اخره الشرع وذلك لان النكاح عقد عمر وشرط التحليل خلافه **قوله** واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت
عدتها وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث
كما يهدم الثلاث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يهدم ما دون الثلاث • وهذه من مسائل القدوري وفي بعض
النسخ ويهدم الزوج الثاني الطلاق ما دون الثلاث فعلى تلك الرواية يكون ما منصوبا محلا على انه بدل من الطلاق • وقول
زفر والشافعي كقول محمد كذا في المبسوط وطريقة الخلاف لعلاء الدين العالم وغيرهما • وقال العالم والمراد بقولنا يهدم
الطلقة والطلقتين ان المرأة بعده تصير بحال له لا تحرم حرمة غليظة الا بالطلقات الثلاث والمراد بقولهم لا يهدم
انها تصير بحال له تحرم حرمة غليظة بما بقي من الطلقات الثلاث والمسألة مختلفة بين الصحابة مذهب ابن عباس وابن عمر كما قال
ابو حنيفة وابو يوسف ومذهب عمر وعلي وابي بن كعب وعمران بن حصين وابي هريرة • كما قال محمد كذا ذكر الحاكم الشهيد
في الكافي وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي اخذ الشبان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة والمشايخ من الفقهاء
بقول الشبان من الصحابة • وجه قول محمد ان الله تعالى جعل الزوج الثاني غاية للحرمة في قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له
من بعد حتى تنكح زوجا غيره لان حتى حرف موضوع للغاية ولا غاية للحرمة الا اذا كانت الحرمة ثابتة ولا تثبت الحرمة الا
بالثلاث تطليقات بالنص فيكون وجود الزوج الثاني فيما دون الثلاث لغوا لعدم ثبوت الحرمة وذلك لان الحل
لم يرتفع ولهذا يجوز للزوج الاول ان يتزوجها بلا انكاح زوج ثان واصابته فاتضح ان الزوج الثاني لا يهدم ما دون
الثلاث • ووجه قول ابي حنيفة وابي يوسف ان الزوج الثاني محلل بالحديث وهو الذي جعل المحل حلالا وجعله
حلالا لا يكون الا باثبات الحل فيه كما ان من جعل الحل حراما لا يكون ذلك الا باثبات الحرمة فيه فظهر ان الزوج الثاني
مثبت للحل ثم لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون المراد من الحل هو الحل السابق او الحل الجديد فلا يجوز الاول لانه حينئذ
يلزم تحصيل الحاصل وهو فاسد لان الحل السابق موجود فيما دون الثلاث فتعين الثاني وهو الحل الجديد فصارت الحاصلة
بالزوج الثاني ملحقة بالاجنبية فلم تحرم على الزوج الاول الا بثلاث تطليقات لان حكم الحل الجديد هذا او لان الزوج
الثاني لما كان رافعا للثلاث والحرمة ثابتة بها كان رافعا لما دون الثلاث وهو ما دونها لانه على عرض ثبوت
الحرمة اولى واحرى فافهم • فان قلت سلمنا ان المحلل هو الذي يجعل المحل حلالا لكن لا نسلم ان المراد به نكاح المتعة
وكان مشروعا ثم انتسخ وقرينة اللعن تدل على ذلك لان مباشر نكاح المتعة مباشر للمنسوخ وهو حرام بخلاف مباشر النكاح
فيما دون الثلاث فانه مباشر الحلال فلا يستحق اللعن • قلت الناقل للحديث اذا كان ثقة يقبل نقله في متن الحديث
وكذا يقبل نقله فيمن جاء فيه الحديث واهل الحديث اوردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني فتعين مرادا بنقلهم • فان قلت
سلمنا ان المراد به الزوج الثاني لكن لا نسلم انه هو المراد مطلقا ام هو مراد قبل الطلقات الثلاث او بعد الثلاث فالاول ممنوع
لان الزوج الثاني ليس بمحلل قبل الثلاث لان الحل موجود والثاني مسلم لكنه لا يفيد لان نزاعنا فيما دون الثلاث • قلت المراد منه
الزوج الثاني مطلقا عملا باطلاق الحديث ولا نسلم ان الزوج الثاني ليس بمحلل قبل الثلاث بل هو مثبت حلا جديدا بحيث لا تحرم
عليه الا بثلاث تطليقات مستقبلات فلا يلزم تحصيل الحاصل • فان قلت الحديث محتمل متروك العمل بظاهره فلا يصح
الاحتجاج به • بيانه ان الحديث يقتضي اثبات الحل مطلقا بظاهره وليس كذلك فان الزوج الثاني بعد الطلقات
الثلاث لا يثبت الحل ما لم توجد الاصابة فكانت الاصابة هي المثبتة للحل لا نفس الزوج الثاني • قلت لا نسلم انه من باب
ترك العمل بالظاهر بل هو من باب التخصيص والتقييد • بيانه ان الحديث يقتضي ان يكون الزوج الثاني مثبتا للحل مطلقا

في عموم الاحوال قبل الاصابة وبعدها لكن ما قبل الاصابة خرج من ان يكون مرادا بحديث العسيلة فبقي الباقي على اطلاقه
وعمومه فيما دون الثلاث • فان قلت لو كان الحديث مقتضيا للحل الجديد يلزم المعارضة بكتاب الله تعالى فلا يجوز بيانه
ان الزوج الثاني غاية للحرمة فاذا انتهت الحرمة ثبت الحل بالسبب السابق لان الحكم عند انتهاء العلة يثبت بالسبب السابق
لا بسبب مبتدأ كملك المؤاجر عند انتهاء مدة الاجارة • بيانه ان قوله واحل لكم ما وراء ذلكم يقتضي الحل
مطلقا في عموم الاوقات الا ان الحرمة تثبت بثلاث تطليقات ممتدة الى غاية الزوج الثاني فاذا انتهت
الحرمة بالزوج الثاني ثبت الحل الاصلي بالسبب السابق لا حاجة الى سبب مبتدأ • قلت لا نسلم ان الحرمة اذا
انتهت يثبت الحل بالسبب السابق لا محالة بل يجوز ان يثبت بسبب آخر اذا دل الدليل عليه وقد دل الدليل لان الزوج
الثاني مثبت للحل فلو كان ثبوت الحل بالسبب السابق لم يكن الزوج الثاني محللا وقد سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم
محللا فلا يلزم المعارضة لان انتهاء الحرمة لم يدل للعاقل عن الكثير **قوله** واذا طلقها ثلاثا فقالت
انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا
كان في غالب ظنه انها صادقة • وهذه من مسائل القدوري • وعلل صاحب الهداية بقوله لانها معاملة او امر ديني
وقول الواحد فيهما مقبول وانث الضمير باعتبار الخبر اعني المعاملة وفي بعض النسخ لانه معاملة • اي لان قول المرأة انقضت
عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي معاملة او امر ديني والمراد من قوله دخل بي الزوج هو
الزوج الثاني ومن قوله جاز للزوج هو الزوج الاول ومعنى كلامه ان اخبارها لا يخلو اما ان كان من باب المعاملات
لان النكاح منها او من باب الديانات لتعلق الحل والحرمة به ففي كل منهما يقبل خبر الواحد ولكن كلامه يوهم بان اخبارها
مقبول وان لم يكن عدلا لانه اطلق في التعليل وليس الامر كذلك فان الرواية منصوصة في كتاب الاستحسان بان
الزوج الاول لا بأس به ان يتزوجها اذا كانت عنده ثقة او وقع في قلبه انها صادقة • وبه صرح الحاكم الجليل الشهيد
في الكافي ونقل الامام البيهقي في كتاب الشامل وقد عرف في الاصول ان خبر الواحد العدل في الديانات لان الصحابة
كانوا يقبلون خبر العدل من غير اشتراط العدد • واما المعاملات التي ليس فيها معنى الالزام كالوكالات والمضاربات
والاذن للعبد في التجارة يعتبر فيها كل مميز عدلا كان او فاسقا صبيا كان او بالغا مسلما كان او كافرا حرا كان او عبدا
ذكرا كان او انثى من غير اشتراط العدد والعدالة دفعا للحرج بخلاف ما فيها الزام الحقوق العباد حيث يشترط العدد
والعدالة وتعيين لفظ الشهادة لانها تنبني على المنازعة فاحتيج الى زيادة توكيد دفعا للتزوير والحيل والباقي يعرف
في الاصول ثم نرجع الى ما نحن فيه فنقول انما جاز للزوج الاول ان يصدقها ويتزوجها اذا كان في ظنه انها صادقة
لانها امينة في اخبارها عن انقضاء عدتها فالقول قول الامين فيما لا يستحيل او لا يستنكر فاذا كانت المدة تحتمل ذلك لا يكون
اخبارها مستحيلا او مستنكرا فيقبل قولها وان لا فلا لكن المدة التي تصدق فيها المعتدة بالطلاق تحتاج الى البيان فان كان
فيه اختلاف • قال ابو حنيفة لا تصدق في اقل من ستين يوما وعندهما تصدق في تسعة وثلاثين يوما لانها امينة في الاخبار
وقد امكن تصديقها فيه فتصدق • بيانه ان الطلاق يجعل واقعا في آخر الطهر ثم يعتبر كل حيض ثلاثة ايام فيكون تسعة وكل طهر من
الطهرين المتخللين خمسة عشر فيكون ثلاثين والجملة تسعة وثلاثون يوما • ولابي حنيفة وجهان احدهما ما روى محمد عنه
وهو ان الطلاق يجعل واقعا في اول الطهر ثم يعتبر كل طهر خمسة عشر فيكون خمسة واربعين ثم يعتبر كل حيض خمسة ايام فيكون خمسة
عشر والجملة ستون يوما وذلك لان الخمسة بين الاقل والاكثر • والوجه الثاني ما روى عنه الحسن بن زياد وهو ان يجعل
الطلاق واقعا في آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة ثم يجعل كل حيض عشرة ايام فيكون الحيض ثلاثين والطهران المتخللان ثلاثون والجملة
ستون يوما وعلى قول ابي يوسف يلزم اعتبار الاقل في الحيض والطهر جميعا وذلك في غاية الندرة فلا يعتبر **قوله** واختلفوا
في هذه المدة اي اختلف ابو حنيفة وصاحباه في ادنى المدة التي تصدق المعتدة في انقضاء العدة **قوله** وشرحها
في باب العدة ان شاء الله تعالى اي سنبين تلك المدة في باب العدة وعدا وعد ثم لم يف بالانجاز فقد راى ثار الحاجب
سبحان الذي لا يزول ولا يغفل ولا ينسى وكذلك بينا ما انفا بيانا شافيا فافهمه ان شاء الله تعالى

باب الايلاء

وجه مناسبة الباب بما تقدم ان المحرمات التي
تحصل من جهة الزوج اربعة • الطلاق • والايلاء
والظهار • واللعان • فلما فرغ من بيان الطلاق شرع في الايلاء لان حكم الطلاق في الايلاء لا يثبت على الفور بل يتوقف الى
انقضاء المدة وكان القياس ان يذكر الخلع قبل الايلاء لان الخلع نوع من الطلاق فاخره عن الايلاء وقدم الخلع على الظهار لانه منكر
من القول وزور وليس الخلع كذلك ثم قدم الظهار على اللعان لان الظهار اقرب الى الاباحة من اللعان بدليل ان سبب اللعان وهو
القذف بالزنا اذا اضيف الى غير الزوجة يجب الحد والموجب للحد معصية محضة بلا شائبة الاباحة فافهم ثم الايلاء مصدر
من قولهم آلى يولي ايلاء اي حلف والاسم الالية • قال الاعشى • فآليت لا ارثي لها من كلالة **قوله**
ولا من حفى حتى تلاقي محمدا • اي حلفت على ان لا ارحم لناقتي من كلال ولا من رقة قدم حتى تلاقي محمدا عليه السلام واسكن الياء
في تلاقي لضرورة الشعر • والاصل في باب الايلاء قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاؤوا فان الله غفور
رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم • وقرأ عبد الله بن مسعود فان فاؤوا فيهن كذا في الكشاف والمبسوط اي رجعوا في

في الاربعة اشهر • وقال محمد في الاصل بلغنا عن ابن مسعود وابن عباس انهما قالا عزيمة الطلاق انقضاء الاربعة الاشهر • قال
الواحدي في اسباب نزول القرآن باسناده الى عطاء عن ابن عباس قال كان ايلاء اهل الجاهلية السنة والسنتين واكثر من ذلك فوقت
الله اربعة اشهر فمن كان ايلاؤه اقل من اربعة اشهر فليس بايلاء ثم قال • وقال سعيد ابن المسيب كان الايلاء ضرار اهل الجاهلية
كان الرجل لا يريد المراة ولا يحب ان يتزوجها غيره فيحلف ان لا يقربها ابدا وكان يتركها كذلك لا ايما ولا ذات بعل فجعل الله
تعالى الاجل الذي يعلم به ما عند الرجل في المراة اربعة اشهر وانزل للذين يؤلون من نسائهم الاية فالايلاء شرعي فيه معنى اللغة
وهو انه في الشرع عبارة عن اليمين على ترك الوطء مدة مخصوصة على وجه لا يمكنه الوطء في المدة الا بحنث يلزمه بسبب اليمين
قوله وان قال الرجل لامراته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول اما اذا حلف على اربعة
اشهر فلانه على ان الفيء عنده بعد اربعة اشهر فلا بد من مدة زائدة على الاربعة الاشهر فانه يقول اذا مضت اربعة اشهر فاما ان يفيء واما
ان يطلق وهو مذهب مالك واحمد واسحاق • ولنا قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فقد صح الايلاء في الاربعة
اشهر من شرط الزيادة على ذلك نزل ظاهر الاية فان قالوا قوله تعالى فان فاؤوا يدل على ان الفيء بعد تلك المدة لان الفاء
للتعقيب • قلت قد ذكرنا قبل ان عبد الله بن مسعود قرا فان فاؤوا فيهن اي في المدة المذكورة وقراءته لا تخلو عن سماع عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم ونحن نقول بموجب التعقيب ايضا لان قوله تعالى فان فاؤوا وان عزموا ورد تفصيلا لقوله تعالى للذين يؤلون من
نسائهم والتعقيب والتفصيل يعقب المفصل كذا ولم يذكر او قال والله ومذهب شيخنا مثل مذهبنا والفاظ الايلاء مثل ان يقول
لامراته والله لا اقربك ذكر الابد او لم يذكر او قال والله لا اجامعك او قال لا اباضعك او لا اطأك او لا اغتسل منك من جنابة فانه
يكون موليا • ولو قال والله لا امسك او لا يجمع راسي وراسك والله لا اقبلك او لا اسوءك او لا اقرب فراشك او قال لا ادخل
عليك ان نوى الجماع كان موليا وكل لفظ ينعقد به اليمين يكون به موليا وما لا فلا وكذا اذا قال وعزة الله وعظمة الله يكون موليا
وكل لفظ ينعقد به اليمين يكون به موليا وما لا فلا واذا قال وهو في رجب والله لا اقربك حتى اصوم المحرم يكون موليا وكذا اذا قال
والله لا اقربك الا في مكان كذا وبينه وبين ذلك المكان اربعة اشهر فصاعدا يكون موليا • وكذا اذا قال والله لا اقربك حتى تفطمي
صبيك والى مدة الفطام اربعة اشهر فصاعدا يكون موليا وان اقل من ذلك لا يكون موليا • ولو قال والله لا اقربك حتى تطلع
الشمس من مغربها او حتى يخرج الدجال لا يكون موليا قياسا لانه يرجى وجودها ساعة فساعة وفي الاستحسان يكون موليا لانه
يستعمل للتابيد عادة ولذا اذا قال والله لا اقربك حتى تقوم الساعة او حتى يلج الجمل في سم الخياط يكون موليا كذا في شرح الطحاوي
وقال الحاكم في الكافي اذا قال لامراته انا منك مول وعنى الايجاب فهو مول وان قال عنيت الخبر بالكذب لم يدين في القضاء
وقال فيه ايضا انت علي مثل امراة فلان وقد كان فلان آلى من امراته ونوى الايلاء كان موليا • وقال في الشامل حلف ان
لا يقربها وهي حائض لم يكن موليا لان الزوج ممنوع عن الوطء بالحيض فلا يضاف المنع الى اليمين والباقي يعرف في كتب اصحابنا
قوله فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة • هذا لفظ القدوري • اعلم انه شرع في بيان حكم الايلاء
وقال اذا وطئها المولي في مدة الايلاء حنث لانه فات البر لان البر هو وفاؤه على ترك الوطء فاذا فات البر فقد حنث ولزمته الكفارة
اي كفارة اليمين لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين
من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم جعل الله تعالى موجب
الحلف الكفارة عند الحنث والايلاء حلف وقد حنث فيه فلزمته الكفارة وقد خرج صاحب السنن مسندا الى عبد الرحمن بن سمرة
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة اذا حلفت على يمين فرايت غيرها خيرا منها فات الذي هو خير وكفر عن يمينك
فقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم موجب الحنث الكفارة والوطء في المدة حانث فلزمته الكفارة • فان قلت يجب بالايلاء
احد الامرين اما الفيء واما عزيمة الطلاق فاذا اختار عزيمة الطلاق لا تجب الكفارة فكذا اذا اختار الفيء • وهذا روي عن الشافعي
في قوله القديم اذا وطئها في المدة فلا كفارة عليه • قلت في المقيس وجد الحنث والكفارة موجبة وفي المقيس عليه لم يوجد الحنث فلا تجب
الكفارة فافترقا والقياس بدا بما له فاسد • فان قلت قوله تعالى فان الله غفور رحيم عقيب قوله فان فاؤوا يدل على عدم وجوب
الكفارة • قلت لا نسلم ونحن قد استدللنا بالاية والحديث على وجوب الكفارة وسقوط المؤاخذة لا ينافي وجوب الكفارة لان الغفران
يدل على نفي المؤاخذة في الآخرة لا غير **قوله** وسقط الايلاء اي بالوطء في المدة وانما سقط لانحلال اليمين بالحنث **قوله**
وان لم يقربها حتى مضت المدة بانت منه بتطليقة • هذا لفظ القدوري ايضا وهذا حكم الايلاء على تقدير عدم الوطء في المدة
قال ابو عيسى الترمذي في جامعه في علم الحديث اختلف اهل العلم فيه اذا مضت اربعة اشهر فقال بعض اهل العلم اذا مضت اربعة
اشهر يوقف فاما ان يفيء واما ان يطلق وهو قول مالك والشافعي واحمد واسحاق • وقال بعض اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله
عليه وسلم وابي بكر بن عبد الرحمن وغيرهم اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة واحدة بائنة • وقال مالك في الموطا عن سعيد بن المسيب
وابي بكر بن عبد الرحمن انهما كانا يقولان اذا مضت الاربعة الاشهر فهي تطليقة واحدة ولزوجها عليها الرجعة ما دامت في العدة • قال
مالك وكان ذلك راي ابن شهاب وحجتنا قوله تعالى وان عزموا الطلاق اي ان تربصوا الى انقضاء المدة وتركوا الفيء في المدة
جعل تعالى ترك الفيء في المدة عزيمة الطلاق تؤيده ما قال محمد بن الحسن في الاصل بلغنا عن ابن مسعود وابن عباس انهما قالا عزيمة الطلاق
انقضاء الاربعة الاشهر يعني الايمان اوجبوا الطلاق بترك الفيء فان الله سميع بما نطقوا به من كلمة الايلاء عليم بضررهم وهذا وعيد على
ترك الفيء • فان قلت سلمنا ان بمجرد مضي الاربعة الاشهر يقع الطلاق ولكن لا نسلم انه بائن ولا دلالة في الاية على البائن فلم لا يجوز ان

رجعيا كما روي في الموطا عن المسيب • قلت انما وقع بائنا لان الزوج ظلمها حيث منع حقها المستحق عليه وهو الوطء في المدة
فجازاه الشرع بالطلاق عند مضي المدة تخليصا لها عن ضرر التعليق فلا يحصل الخلاص بالرجعي فوقع بائنا فلان الايلاء كان طلاقا
بائنا على الفور في الجاهلية بحيث لا يقربها الشخص بعد الايلاء ابدا فجعله الشرع مؤجلا بقوله تربص اربعة اشهر الى انقضاء المدة
الذي تحصلت الاشارة الى ان الواقع بالايلاء بائن بحيث مؤجل فافهم **قوله** وقال الشافعي تبين بتفريق القاضي مذهب
الشافعي انه يفيء او يطلق بعد المدة فان لم يطلق يطلقه القاضي كما في الجب والعنة **قوله** وهو الماثور عن عثمان
وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت اي مذهبنا وهو وقوع البينونة بعد مضي المدة الايلاء مروي عن الصحابة المذكورين واراد
بالعبادلة الثلاثة عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وفيه نظر لان مالكا حدث في الموطا عن جعفر بن محمد
عن ابيه عن علي ابن ابي طالب انه كان يقول اذا آلى رجل من امراته لم يقع عليه الطلاق وان مضت الاربعة الاشهر حتى يوقف فاما
ان يطلق واما ان يفيء • وكذا روى البخاري في الصحيح انه لا يقع الطلاق حتى يطلق ونقل ذلك عن عثمان وعلي وابن عمر وابي الدرداء
وعائشة واثني عشر رجلا من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فعلم ان مذهب عثمان وعلي وابن عمر وابي الدرداء ليس كما قال صاحب
الهداية على ما قال البخاري ولكن محمد بن الحسن قال في موطاه بلغنا عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود وزيد بن
ثابت انهم قالوا اذا آلى الرجل من امراته فمضت اربعة اشهر قبل ان يفيء فقد بانت بتطليقة بائن وهو خاطب من الخطاب وكانوا
لا يرون ان يوقف بعد الاربعة الاشهر • وقال ابن عباس في تفسير هذه الاية للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان
فاؤوا فان الله غفور رحيم • وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم • قال الفيء الجماع في الاربعة الاشهر وعزيمة الطلاق انقضاء الاربعة
الاشهر فاذا مضت بانت بتطليقة ولا يوقف بعدها • وكان ابن عباس اعلم بتفسير القرآن من غيره الى هنا لفظ محمد في موطاه اعلم
ان الاكثر من الصحابة على ما قال اصحابنا بدليل نقل البخاري عن اثني عشر رجلا من الصحابة انه لا يقع الطلاق حتى يطلق وذلك لان الاثني
عشر رجلا اذا قالوا بذلك كان غيرهم وهم الاكثر على خلاف ذلك وهو وقوع الطلاق بمضي المدة والا لا يكون لتخصيص الاثني عشر
فائدة فافهم **قوله** فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين • وهي مسالة القدوري وهذا تفصيل حكم الايلاء
على تقدير عدم الوطء في المدة من وجه اخر وهو ان يقال لا يخلو اما ان حلف على اربعة اشهر بان قال والله
لا اقربك اربعة اشهر وما اشبه ذلك من الالفاظ او حلف على الابد بان ذكر الابد او لم يذكر المدة ففي الاول تسقط اليمين بمضي المدة
لان اليمين اذا كانت موقتة بالوقت تنتهي بانتهاء ذلك الوقت ولا يلزم على الحال شيء اخر لانه لم يحلف على اكثر من ذلك وفي
الثاني تقع البينونة بمضي المدة ولا تسقط اليمين لان اليمين لم تنحل لعدم الحنث وعدم فوت المحلوف عليه ولانه لو وقت وقتا
فما دامت المدة لم تنقض فعلى حالها ثم اذا مضت اربعة اشهر اخرى قبل التزوج هل يقع عليها الطلاق بحكم الايلاء ام لا • قال
الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير ولا نص في هذه المسالة عن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ثم قال اختلف مشايخنا فيها
كان الفقيه ابو بكر الاعمش البلخي والفقيه ابو محمد بن ابراهيم الميداني والفقيه الجليل احمد العياضي والشيخ ابو الحسن الكرخي والشيخ
ابو بكر محمد بن الفضل والفقيه ابو اسحاق والحافظ يقولون لا يتكرر الطلاق على المولي منها وان تكررت المدة وهي في العدة وكان
الفقيه ابو سهل الشرعي يقول يتكرر الطلاق بتكرر المدة لان تقدير الايلاء في حق الطلاق كان يقول كانه قال كلما مضت اربعة
اشهر لم اقربك فيها فانت طالق بائن • الا ترى انه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها اربعة اشهر بانت فدل انه بمنزلة
التعليق بشرط متكرر متكرر الطلاق بتكرار المدة لان العدة في جعلها محلا للطلاق كاصل الملك • ووجه قول عامة المشايخ ان المبانة
ليست بمحل للاستئناف الايلاء فلا تكون محلا ايضا لاستئناف المدة لان الايلاء انما جعل طلاقا بترك الوطء في المدة لكون الرجل ظالما
لها بمنعه حقها المستحق عليه وهذا المعنى لا يوجد في المبانة لانه ليس بظالم في ترك الوطء لان وطء المبانة حرام بل هو مستحق
لاحترازه عن الحرام بخلاف ما اذا تزوجها ثانيا حيث يقع الطلاق بمضي المدة مدة اخرى لانه ظالم بترك الوطء في المدة فعوقب
بتفريق امراته منه • وبخلاف ما اذا قال كلما مضت اربعة اشهر لانه لما صرح بلفظ الايقاع صار عاملا في العدة وهنا لم يوجد
التصريح **قوله** ولو وجد الحنث لم يرتفع به اي لم يرتفع اليمين بالحنث **قوله** الا انه يتكرر الطلاق قبل التزوج
استثناء من قوله فالايمان باقية تبقى اليمين باقية لعدم الحنث حتى اذا وجد الوطء بعد البينونة تلزمه الكفارة لكنه لا يتكرر الطلاق
بمضي المدة الاخرى قبل وجود التزوج وان كانت في العدة بان كانت ممتدة الطهر مثلا وهو اختيار عامة المشايخ وقد بينا وجه
ذلك انفا فاحفظ قول اوحد الدين النسفي في نظم الجامع ان امراة بانت بايلاء زوجها وعدها باقي ولا تحرم فلا تعتد اخرى
قبل انقضائها وفيها بانواع الطلاق تكلم **قوله** فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة
اشهر اخرى هذا لفظ القدوري في مختصره • وفيه اشارة الى ان الايلاء تسقط بمضي الاربعة اشهر الاولى وان كانت اليمين
باقية فان وطئها بعد ذلك في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته كفارة اليمين وان لم يطاها وقعت بمضي اربعة
اشهر اخرى اي طلقة اخرى وانما عاد الايلاء بالتزوج لان حقها في الوطء قد عاد بالتزوج وقد منع الزوج ذلك لبقاء يمينه
لانها واقعة على الابد وهذا لان زوال الملك لا يبطل اليمين لان ذمة الحالف كافية لبقاء اليمين ولم تنحل لعدم
الحنث فبقيت كما كانت فلما عاد الايلاء بالتزوج اعتبر مدة الايلاء من وقت التزوج فاذا مضت المدة بانت باخرى وسقط
الايلاء واليمين بحالها لانه حلف على الابد ثم اذا تزوجها مرة ثالثة عاد الايلاء فبانت بطلقة اخرى بمضي المدة ان لم يطاها
في المدة لما قلنا ثم اذا تزوجها بعد زوج اخر لا يعود الايلاء • سائر الايمان في حق الحنث ويخالفها في حق البر فانه في حق البر

تعليق الطلاق بمعنى بترك الوطء الزوج مدة مخصوصة فكان الزوج قال لامرأته الحرة ان لم اقربك اربعة اشهر فانت طالق بائن
وللامة الامة ان لم اقربك شهرين فانت طالق بائن والمعلق طلاق هذا الملك وقد استوفى ذلك بالثلاث فلا يبقى بعد زوج
اخر وهي فرع مسئلة التنجيز فالتنجيز عندنا يبطل التعليق خلافا لزفر لكن اليمين باقية لم توقعها على الابد فان وطئها تحنث عند
لوجود الحنث فكفر عنها • قال الامام الاسبيجابي ولو آلى امرأته ومضت اربعة اشهر ولم يفئ اليها بانت منه بتطليقة ثم تزوجت
بزوج اخر بعد ما انقضت عدتها ثم عادت الى الاول ينعقد الايلاء بالاتفاق الا عند ابي حنيفة وابي يوسف ينعقد الايلاء
بثلاث تطليقات مستقبلات وعند محمد ينعقد بما بقي من الثلاث ذكره في شرح الطحاوي وهي فرع مسئلة الهدم وقد مر
تحقيقه **قوله** ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج اي يعتبر ابتداء الايلاء العائد بالتزوج من وقت
من وقت التزوج **قوله** فان تزوجها ثالثا الثاني ثالثا في بعض النسخ ثانيا ولكل وجه • اما الاول فبالنظر
الى الزوج قبل الايلاء • واما الثاني فبالنظر الى التزوج بعد الايلاء **قوله** لما بينا اشارة الى ما قال انفا
بقوله لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم اي بمنع حق المرأة في الوطء فمنعها الزوج فصار ظالما
فجوزي بتفريق امرأته **قوله** واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث اما اطلاقها فلانه لم يعين وقتا خاصا واما عدم
الحنث فلان الوقت لم يوجد فكانت اليمين باقية لان زوالها باحد امرين اما بفوات المحلوف عليه او بالحنث ولم يوجد لا هذا
ولا ذاك **قوله** وان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا • وهذه مسئلة القدوري • قال في الاصل بلغنا ذلك
عن ابن عباس • وقال الحاكم الشهيد الكافي قال ابن ابي ليلى هو مول ان تركها اربعة اشهر • قال شمس الائمة السرخسي في شرح
الكافي وهكذا كان يقول ابو حنيفة في الابتداء فلما بلغه فتوى ابن عباس لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر • قال شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي وهكذا كان يقول ابو حنيفة في الابتداء فلما بلغه فتوى ابن عباس لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر رجع الى قوله
وقال في شرح الاقطع • قال نفاة القياس يكون موليا ولو حلف على ساعة والصحيح قولنا لان الشرع قدر مدة الايلاء باربعة
اشهر فلو كان الايلاء صحيحا فيما دون ذلك لم يكن لهذا التخصيص معنى **قوله** ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة
بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه انما يثبت حكم الايلاء فيما اذا حلف على اقل من اربعة اشهر لانه اذا حلف على شهر مثلا
فمضت بعد ذلك اربعة اشهر ولم يطأها في الاربعة الاشهر يكون امتناعها في اكثر المدة وهو ثلاثة اشهر حاصلا بلا مانع يمين
والامتناع اذا كان بلا مانع يمين لا يثبت حكم الايلاء في الامتناع كما اذا ترك وطئها اصلا ابدا لا يقع الطلاق اذا لم يكن
حلف على ترك وطئها تحقيقه ان المولي لا يملك قربان امرأته الا بشيء يلزمه وههنا يمكنه القربان في اكثر المدة بدون شيء
يلزمه بعد مضي الشهر فلا يكون موليا وقوله بلا مانع خبر لان اي لان الامتناع عن القربان حاصل بلا مانع واراد بالمانع اليمين
والضمير في وبمثله راجع الى الامتناع اي بمثل هذا الامتناع بلا مانع يمين لا يثبت حكم الطلاق فيه اي في الامتناع ويجوز ان
يقال الضمير فيه راجع الى الحلف على معنى ان بمثل هذا الامتناع الذي قلنا لا يثبت حكم الطلاق في الحلف لانه يملكه القربان
بلا مانع ربما يكون في اكثر المدة بان حلف لا يقربها ثلاثة اشهر مثلا فبعد مضي ثلاثة اشهر بقي شهر اخر الى تمام المدة والامتناع
فيه بلا مانع لا محالة • فلو قال صاحب الهداية في بعض المدة بدل قوله في اكثر المدة فكان اولى لان البعض اعم واشمل
فافهم **قوله** ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقول لامرأته والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين قال هو مول ولو قال بعد يوم
والله لا اقربك شهرين لم يكن موليا وهذه من الخواص • اعلم انه اذا قال والله لا اقربك شهرين وشهرين او قال والله لا اقربك
شهرين بعد الشهرين الاولين او قال وشهرين بعد هذين الشهرين يكون موليا لان الجمع بحرف الجمع وهو الواو
كالجمع بلفظ الجمع كانه قال والله لا اقربك اربعة اشهر فكيف يكون يمينا واحدة لانه لم يتخلل المدة الثانية حتى على حدة
حتى اذا قربها في المدة تلزمه كفارة واحدة • الا ترى الى مسئلة الجامع الكبير اذا قال والله لا اكلمه يوما ويومين يحنث بالكلام
في اليوم الثالث كانه قال ثلاثة ايام اما اذا امكث يوما فقال والله لا اقربك شهرين او قال والله لا اقربك شهرين
بعد الشهرين الاولين لا يكون موليا فكانت يمين حتى لو قربها تلزمه كفارتان وانما لم يثبت الايلاء لان كلامه في اليوم
الثاني ايجاب يمين اخر فلم يتم في كل واحدة من اليمين الاولى والثانية اربعة اشهر فلم يكن موليا لان الايلاء لا يصح في اقل من
اربعة اشهر وانما قلنا ذلك لان اليمين الثانية لما كانت في غير اليمين الاولى صار الاجلين فتداخلا الى اليوم الاخير الذي
هو تمام مدة اليمين الثانية وهو لا يدخل في اجل اليمين الاولى وكذا اليوم الاول الذي تعقد فيه اليمين لا يدخل في اجل
اليمين الثانية في اجل اليمين الاولى من وقت التكلم وهو اليوم الثاني والحاصل ان الشهرين المذكورين في اليمين الثانية
وان كانا من غير الشهرين في اليمين الاولى لكن كل منهما اجلا على حدة لم يتم اربعة اشهر في الايلاء لان الاجلين في اليمين
تداخلا الا اليوم الاول الذي انعقد فيه اليمين الاولى والا اليوم الاخير الذي هو تمام مدة اليمين الثانية • الا ترى
الى مسئلة الجامع الكبير اذا قال والله لا اكلمه يوما ولا يومين كان كل واحد يمينا على حدة صيانة لحرف النفي عن الالغاء
فكانه قال والله لا اكلمه يومين فتداخل الاقل في الاكثر فانتهت اليمين الاولى والثانية باليومين ولو تحنث بالكلام
في اليوم الثالث فصار اليوم الاول تمام مدة اليمين الاولى ونصف مدة اليمين الثانية ونظير ذلك ما اورده الشيخ ابو
المعين النسفي في شرح الجامع الكبير لو قال والله لا اكلم زيدا او لا عمرا فكلم احدهما يحنث ولو قال والله لا اكلم زيدا وعمرا لا يحنث

ما لم يكلمهما جميعا **قوله** ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا وهذه مسئلة الجامع الصغير • وقال
زفر يكون موليا • وذكر شمس الائمة البيهقي في كتاب الشامل فيه قياسا واستحسانا وقال يصير موليا قياسا وفي الاستحسان لا يصير
موليا ولم يذكرهما الحاكم في الكافي وشمس الائمة السرخسي في مبسوطه وفي شرح الكافي وكذا لم يذكرهما في شرح الطحاوي
وغير ذلك • ثم اعلم ان المراد من قوله لم يكن موليا اي في الحال لانه يكون موليا اذا قربها يوما ومضى ذلك اليوم بغروب الشمس
وقد بقي الى تمام السنة اربعة اشهر فصاعدا فان لم يبق اربعة اشهر لا يكون موليا وكذا اذا قال والله لا اقربك سنة الا مرة
لا يكون موليا الا اذا قربها مرة فبقي بعد القربان من السنة اربعة اشهر فصاعدا وعلى ذلك نص في المبسوط وشرح الطحاوي
وجه قول زفر ان اليوم يصرف الى اخر السنة كما اذا اجر داره سنة الا يوما ولهذا لو قال والله لا اقربك سنة الا نقصان
يوم يصرف اليوم في اخر السنة بالاتفاق ويصير موليا • ولنا ان المولي من لا يمكنه قربان امرأته الا بشيء يلزمه وههنا يمكنه
قربان المرأة بلا شيء يلزمه في يوم واحد اي يوم كان من ايام السنة فلا يكون موليا • بيانه ان اليوم المستثنى ذكر منكرا مجهولا شائعا
في فصول السنة فلا يتعين صرفه الى اخر السنة اجراء للكلام على حقيقته لان اليمين مع الجهالة تصح فلا ضرورة الى ان يراد به اخر
السنة بخلاف باب الاجارة فان ثمة انما صرف اليوم المستثنى ثمة فلان لا تصح الاجارة مع الجهالة لعدم حصول المقصود وهو التمكن
من استيفاء المنفعة فافترقا وبخلاف قوله الا نقصان يوم لان ثمة انما صرف الى اخر السنة بدلالة العرف لان النقصان
من السنة لا يكون الا من اخرها عرفا وههنا مسئلة ذكرها الولوالجي في فتاواه في باب ذكرها هنا تكثيرا للفائدة وهي ان رجلا
قال لامرأته والله لا اقربك سنة فمضى الاربعة الاشهر فبانت ثم تزوجها ومضى اربعة اشهر بانت ايضا فان تزوجها
ثالثا لا تقع لانه بقي من السنة بعد التزوج اقل من اربعة اشهر **قوله** ولو قال وهو بالبصرة والله
لا ادخل الكوفة وامرأته فيها لم يكن موليا وهذه من خواص الجامع الكبير الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في رجل بالبصرة وله امرأة بالكوفة قال والله لا ادخل الكوفة قال لا يكون موليا • ثم اعلم ان حيلة الرجل اذا كان
في موضع وحلف الرجل ان لا يدخل ذلك الموضع لا يكون موليا لانه يمكنه ان يخرجها من ذلك الموضع بوكيله او نائبه قبل مضي اربعة
اشهر فيقربها فلا يتحقق معنى الايلاء • وقال الحاكم في الكافي وان حلف لا يقربها في مكان كذا او في مصر كذا او في ارض
العراق فمضى اربعة اشهر فيها فليس بمول • وقال ابن ابي ليلى هو مول **قوله** قال ولو حلف بحج او بصوم
او بصدقة او بعتق او طلاق فهو مول وهذه مسئلة مختصر القدوري وصورتها ان يقول ان قربتك فعلي حج البيت
او المشي الى بيت الله الحرام او العمرة او علي الصوم او علي صوم يوم كذا او علي صوم سنة او صدقة كذا او طعام مسكين او قال ان
قربتك فعلي عتق رقبة او قال عبدي هذا حر او قال ان قربتك فانت طالق او قال ان قربتك فصاحبتك طالق فهو في كل من هذه
الصور يكون موليا في ظاهر الرواية عن اصحابنا لانه لا يمكنه القربان في المدة الا بشيء يلزمه كما تلزمه الكفارة في اليمين
بالله تعالى • وقد روي عن ابي يوسف اذا حلف بعتق عبده لا يكون موليا ذكر تلك الرواية شمس الائمة السرخسي في مبسوطه لانه يمكنه
قربانها بلا شيء يلزمه بان يبيع العبد ثم يطأها • ووجه الظاهر ان القربان لا يمكنه الا بعتق يلزمه وتمكنه من البيع لا يعتبر
لان البيع لا يتم به وحده ما لم يوجد المشتري فان باع العبد سقط الايلاء لانه صار بحال يملك القربان بلا شيء يلزمه فان
اشتراه عاد الايلاء من وقت الشراء لان المدة للاولى قد بطلت فتستأنف المدة ولو كان جامعها بعد ما باعه ثم اشتراه لم يعد
الايلاء لسقوط اليمين بالحنث وفي الحلف بالطلاق ذكر خلاف ابي يوسف في شرح الطحاوي والمختلف فقال لا يكون موليا • ثم اعلم
انه اذا قال ان قربتك فعلي صوم هذا الشهر لا يكون موليا كذا ذكره الحاكم الشهيد وغيره لانه اذا مضى الشهر يمكنه قربانها بلا شيء
يلزمه بخلاف قوله صوم يوم منكرا ثم اعلم انه اذا حلف بالصلاة وقال ان قربتك فعلي ان اصلي ركعتين او قال فعلي صلاة
فيه اختلاف بين ابي يوسف ومحمد ذكره الحاكم الشهيد ولم يذكر قول ابي حنيفة فقال في قول ابي يوسف الاخر
لا يكون موليا وفي قول ابي يوسف الاول يكون موليا وهو قول محمد • وذكر شمس الائمة السرخسي قول ابي حنيفة في شرح
الكافي وقال في رواية ابي يوسف الاخر وهو قول ابي حنيفة لا يكون موليا واورد صاحب التحفة قول زفر كقول محمد ووجه
قول محمد انه علق بالقربان ما هو قربة فيصير موليا كما في الصوم والحج ووجه قول ابي يوسف الاخر انه لا يلزم من التزام ركعتين
مشقة مانعة من اتيان الشرط فلا يصير موليا كما اذا حلف بتسبيحة او صلاة الجنازة او بسجدة التلاوة **قوله** ليتحقق المنع باليمين
وهو ذكر الشرط والجزاء • اعلم ان تعليق الطلاق والعتاق على وقوع ايمانا عند الفقهاء ولا تعرفه اهل اللغة والصحيح ما قاله
الفقهاء لان الله تعالى سماه ايلاء • والايلاء هو اليمين • قال الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم ثم كما يثبت حكم الايلاء اذا قال
والله لا اقربك يثبت ايضا اذا قال ان قربتك فعبدي حر او قال ان قربتك فامرأتي طالق **قوله** وهذه
الاجزية مانعة اي مانعة من مباشرة الشرط يعني ان الجزاء الذي في وقوعه مشقة على الحالف مانع من مباشرة الشرط لانه اذا
باشر الشرط يقع الجزاء لا محالة فتتصل المشقة فيكون الجزاء مانعا وهذه الاجزية المذكورة وهي الحج والصوم والصدقة والعتق والطلاق
مانعة للنفس في وقوعها ما يلزم من حق المستحق عليه وهو الوطء فيتحقق معنى الايلاء **قوله** فلا تمنع المانعية
فيه اي لا تمنع البيع الموهوم المانعية الثابتة في الجزاء وهو عتق العبد على تقدير القربان **قوله**
وكل ذلك مانع • اي كل الاجزية المذكورة مانع **قوله** وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة
لم يكن موليا وهذا لفظ القدوري في مختصره وانما لم يكن موليا من البائن المبتدأة لان الايلاء طلاق بائن مؤجل معلق لانه

لا يملك الطلاق البائن لا تعليقا ولا تنجيزا لان البائن لا يلحق البائن لانتفاء الزوجية بخلاف ما اذا وطئها تلزمه الكفارة
لانه ليس بمول في حق الطلاق دون الكفارة ولان الايلاء انما جعل طلاقا بائنا عند انقضاء المدة لوجود منع الحق المستحق على
الزوج وهو الوطء ولم يوجد منع الحق في البائنة فلم يصح ايلاء وهما لقيام الزوجية لان وطئها مباح عندنا اذا انقضت عدتها
قبل مدة الايلاء فحينئذ يسقط الايلاء لان محل الايلاء فات . وقال الحاكم الشهيد في الكافي ولو آلى من امته او ام ولده لم
يكن موليا فان قربها كفر وكذلك لو آلى من اجنبية . وجه ذلك ان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم والامة وام الولد
ليست من نساء المولي وكذلك الاجنبية ولان الايلاء طلاق مؤجل فليست هؤلاء بمحل للطلاق ولان حكم الايلاء باعتبار منع
الحق المستحق على الزوج وهو الوطء والامة لا تستحق الوطء على مولاها وكذلك الاجنبية بخلاف ما لو قال ان تزوجتك فوالله
لا اقربك فاذا تزوجها كان موليا لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده . قوله وان قال لاجنبية والله لا اقربك
وانت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في من قال
لامراة لا يملكها والله لا اقربك وانت علي كظهر امي ثم تزوجها قال لا يكون موليا ولا مظاهرا فان قربها كفر في اليمين حلف
لا يقربها ومسئلة الظهار من خواص الجامع الصغير وهذا لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم والاجنبية ليست من نسائه
فلا يصح الايلاء والظهار منها لان كلامه وقع باطلا في الاصل لعدم محل الايلاء والظهار ولان الظهار تشبيه المحللة
بالمحرمة فلا يتحقق معنى الظهار الا انه اذا قربها في الصورة الاولى يلزمه الكفارة لان انعقاد اليمين يعتمد على تصور البر حسا لا ملكا
شرعا ولهذا ينعقد اليمين على ما هو حرام محض فلما انعقدت اليمين لزمته الكفارة بالحنث بخلاف الايلاء فانه تعليق الطلاق بشرط
عدم القربان اربعة اشهر والحلف بالطلاق في غير الملك وغير مضاف الى سبب الملك باطل . قوله بعد ذلك اي
بعد وقوع الكلام باطلا . قوله وان قربها كفر يعني في قوله للاجنبية والله لا اقربك في قوله انت علي كظهر امي لان
الاول يمين دون الثاني وقد وجد الحنث فتلزمه الكفارة . قوله مدة ايلاء الامة شهران وهذه من مسائل القدوري
وعني بالامة المنكوحة لان الايلاء من امته لا يصح وقد مر بيانه وهذا مذهبنا . وعند مالك والشافعي مدة ايلائها مثل مدة
ايلاء الحرة بناء على ان الايلاء طلاق مؤجل فان طلقها بعد المدة وفي الطلاق تعتبر حال الرجل دون حال المراة عندهما كذا في
الايلاء والامر على العكس عندنا . لنا ان هذه مدة منصوص عليها بلفظ التربص كمدة العدة . قال تعالى للذين يؤلون من
نسائهم تربص اربعة اشهر . وقال تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ثم مدة العدة اثر فيها الرق وهو منتصف
بالاجماع بالحديث . لقوله عليه الصلاة والسلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان فينبغي ان يؤثر الرق في مدة
الايلاء ايضا قياسا صحيحا لان كل واحد من المدتين مدة التربص او نقول هذه مدة شرعت اجلا للبينونة كمدة العدة فتنصف
بالرق كهي وهذا التعليل وقع رفقا على ما قال صاحب الهداية وفي فيه نظر لان للقائل ان يقول لا نسلم ان مدة الايلاء شرعت
اجلا للبينونة . لانه عند مالك والشافعي يكون الزوج مخيرا بعد انقضاء المدة بين ان يفيء اليها او يطلق فاذا
طلقها يكون له عليها الرجعة ما دامت في العدة فلا يكون حينئذ مدة الايلاء اجلا للبينونة فافهم . قوله وان كان المولي
مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او صغيرة لا تجامع او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء
ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء وهذه من مسائل القدوري وفي معناه الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المريض الذي لا يقدر ان يجامع امراته او تكون رتقاء او صغيرة لا تقدر على جماعها فيه قال
فيئه اليها ان يقول فئت اليها قال كان على تلك الحال حتى يمضي اربعة اشهر فالفيء ما يفيء وسقط الايلاء وان قربها كفر
وان قدر في الاربعة الاشهر على الجماع بطل الفيء الذي كان منه ولم يفئه الا الجماع والرتقاء المراة التي لا تستطاع جماعها
اطراف القادر على الجماع لا يكون فيئه الا بالجماع وهذا بالاجماع اما العاجز عن الجماع ففيئه باللسان عندنا بان يقول
فئت اليك او راجعتك او ابطلت الايلاء او رجعت عما قلت لكن يشترط دوام العجز الى تمام المدة لان القدرة على الاصل
قبل حصول المقصود بالخلف يبطل حكم الخلف كالمتيمم اذا قدر على الماء في خلال الصلاة وكالصغيرة المعتدة بالاشهر اذا حاضت
في العدة وعند الشافعي لا اعتبار للفيء بالقول والفيء هو الجماع لكنه بعد انقضاء المدة عنده وقول ابو جعفر الطحاوي من مشايخنا
كذلك على ما نقل فخر الاسلام عنه في شرح الجامع الصغير يعني ان الفيء هو الجماع عنده وفيه نظر لان الطحاوي جعل فيء المولي
باللسان اذا كان بينه وبين امراته مسيرة اربعة اشهر واكثر ممن آلى وهو مريض او هي مريضة لا يصل معه الى قربها في مختصره
وقد مر بيان اشتراط الفيء في المدة من قبل فلا نعيد اما الكلام عن الشافعي ان المتعلق بالفيء حكمان وجوب الحنث وارتفاع
وقوع الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر في احد الحكمين بالاجماع وهو وجوب الكفارة فكذا في الحكم الآخر وهو امتناع وقوع
الفرقة . ولنا ما روى اصحابنا في المبسوط وشرح الجامع الكبير وغيرهما عن عمر وعلي وابن مسعود انهم قالوا في المريض الفيء باللسان ولان
اليمين في هذا الباب جعل تعليقا للطلاق بالبرية المدة عقوبة وجزاء على المولي لكونه ظالما ومانعا حقها فاذا كان المولي قادرا
على الجماع كان مانعا باليمين حقها في الجماع لانه لا حق لها في الجماع حينئذ بل قصد ايذاءها باللسان فكان فيئه باللسان ايضا بارضائها
وتطييب قلبها لان التوبة على مقدار الظلم ولا يشترط امر آخر فوق ذلك لانه تكليف بدون الوسع ثم الفيء باللسان في المدة
يسقط الايلاء ويبقى اليمين بلا طلاق كما في ايلاء الاجنبية حتى اذا قربها كفر لوجود الحنث وانما لم يجب الكفارة بالفيء باللسان
لان وجوبها بالحنث بالجماع ولم يوجد الجماع فلم يجب الكفارة ثم العجز نوعان حقيقي وحكمي فالحقيقي كالمرض والصغر

والرتق

والرتق وبعد المسافة وكون المراة ناشزة محتجبة في مكان لا يعرف ويعتبر ذلك باتفاق اصحابنا اما الحكمي فكالاحرام والى وقت
الحج اربعة اشهر فصاعدا ولا يعتبر ذلك عند زفر . ويروى ذلك عن ابي يوسف لان قران الاحرام ثبت به العجز لان جماع المحرم
حرام شرعا ولهذا اذا خلا بامراته واحد منهما محرم لا تصح الخلوة فلما ثبت العجز كان فيئه باللسان . ولنا انه قادر حقيقة
على الوطء وان كان حراما فلا يثبت البدل مع القدرة على الاصل . وقال الحاكم الشهيد في الكافي وان آلى من امراته وهو في سجن
او حبس لم يكن فيئه الا بالجماع هذا هو ظاهر الرواية عن اصحابنا . وكذلك ذكر الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فقال
وان آلى من امراته وهو محبوس او هي محبوسة او كان بينهما مسافة اقل من اربعة اشهر الا ان العدو او السلطان يمنعه فان فيئه لا يصح
الا بالفعل . ونقل شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وهو الذي يفتى اليوم مبسوط شمس الائمة . فقال لان كان لا يقدر
على ان يخرج اليها فهي تقدر على ان تدخل اليه فيجامعها فالسجن موضع للمجامعة ومع القدرة على الاصل لا عبرة للبدل فقال ان
هذا ينبغي ان يكون فيه باللسان معتبرا اذا كان لا يمكنها ان تدخل اليه ولهذا قال في تحفة الفقهاء والفتاوى الولوالجي اذا كان
محبوسا لا يقدران يدخلها اليه فالفيء بالقول . ثم اعلم ان القادر على الوطء اذا فاء مقالا بالجماع في الفرج بل قبلها بشهوة او
لمسها بشهوة او جامعها فيما دون الفرج لا يكون فيئا بخلاف الرجعة حيث تثبت بهذه الاشياء وبه صرح في شرح الطحاوي وذلك
لان حقها في الجماع فلا تتادى بما دونه . قوله واذا قال لامراته انت علي حرام كلامهم يحتمل الوجوه ولا يعين بعضا دون
البعض من البعض الا بالارادة فاذا اراد الكذب كان كما قال لا يقع به طلاق ولا ايلاء ولا غير ذلك وهو ظاهر الرواية لانه
نوى حقيقة كلامه لان المراة كانت حلالا له وقوله انت حرام كذب ظاهر فيصدق . وذكر الطحاوي والكرخي في مختصرهما
انه لا يصدق في ابطال الايلاء في القضاء وانما فيما بينه وبين الله تعالى يصدق وذلك لانه يمين ظاهرا لانه تحريم الحلال
وان اراد الطلاق فان لم ينو عددا كانت واحدة بائنة وان نوى واحدة او ثلاثا كان كما نوى لانه من الفاظ الكنايات تقع على
الادنى مع احتمال الكل وان نوى ثنتين كانت واحدة بائنة عندنا لان اللفظ لا يحتمل العدد خلافا لزفر الا اذا كانت
المراة امة فحينئذ تقع الثنتان لان ذلك كل طلاقها وان اراد الظهار فهو ظهار هكذا ذكر القدوري ولكنه ليس بظاهر
الرواية عن اصحابنا ولهذا لم يذكر الطحاوي والحاكم الشهيد في مختصريهما حكم ما اذا نوى الظهار . ونقل شمس الائمة السرخسي
عن النوادر انه يكون ظهارا في قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه نوى ما يحتمله لفظه لان المراة تارة تكون محرمة بالطلاق
وتارة بالظهار ومطلق الحرمة يحتمل المقيد فيصح نيته وعند محمد لا يكون ظهارا الا ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولم يوجد
التشبيه لعدم حرف التشبيه وهو الكاف فلم تصح نيته وان اراد التحريم او لم يرد شيئا يكون يمينا حتى اذا قربها كفر وان لم
يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت بالايلاء اما اذا اراد التحريم فانما يكون يمينا لان تحريم المباح يمين بقوله تعالى يا ايها
النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم . واما اذا لم يرد شيئا فانما يكون يمينا لان الحرمة الثابتة
باليمين ادنى الحرمات لان في الايلاء يحل الوطء قبل الكفارة وفي الظهار لا يحل قبل الكفارة ولان في الحرمة في الايلاء
لا تثبت في الحال ما لم تنقض اربعة اشهر وفي الظهار تثبت في الحال وادنى من حرمة الطلاق تقع بائنا مزيلا للحل فليس
كذلك الايلاء فانه ليس بمزيل لحل الوطء . فلما كانت حرمة اليمين ادنى تعينت لان الادنى متيقن وقال الفقير
سنبينه ان شاء الله تعالى . واذا قال لامراته قد حرمتك علي فالقول في جميع ذلك كالقول في الحرام . كذا ذكر الحاكم الشهيد
وشمس الائمة السرخسي . وقال الحاكم ايضا . قال ابن ابي ليلى في هذه ونظائرها من الكنايات هي ثلاث ولا ادين فيه وقال
شمس الائمة البيهقي في كتاب الشامل اختلف السلف في قوله انت علي حرام على اقاويل نص على انه ثلاثة وعن عمر انه واحدة رجعية
وعن غيرهما واحدة بائنة وعن آخرين انه يمين وعن مسروق وجوده وعدمه بمنزلة . قوله وهذا ازكر فيه اي التشبيه
بالمحرمة هو ركن في الظهار . قوله ومن المشايخ من يصرح لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف يعني اذا قال
انت علي حرام او كل حل علي حرام او حلال الله علي حرام او قال حلال المسلمين علي حرام يقع الطلاق عليه وان لم ينو الطلاق . وعند ابي
بكر الاسكاف وابي بكر ابن ابي سعيد والفقيه ابي جعفر الهندواني وغيرهم من كبار علمائنا الماضين يقع الطلاق بدون
النية . قال الفقيه ابو الليث وبه ناخذ لان العادة جرت فيما بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق
قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واهل الذمة في الايلاء من نسائهم كاهل الاسلام عند ابي حنيفة والاصل ان كل من صح
الايلاء والصبي او المجنون او المعتوه او النائم اذا آلى من امراته فانه لا يصح ايلاؤه لانه لا يصح طلاقه ثم طلاق الذمي جائز بالاتفاق
فالايلاء من ثلاثة اوجه في وجه يصير موليا بالاتفاق وفي وجه لا يصير موليا بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه اما الوجه الذي
يصير موليا فهو اذا قال لامراته ان قربتك فعبدي حر او قال فامراتي الاخرى كذا او هذه طالق فانه يصير موليا بالاتفاق
واما الوجه الذي لا يصير موليا بالاتفاق فهو اذا قال لامراته ان قربتك فعلي الصوم او الصلاة او الحج فانه لا يصير موليا
لانه ليس من اهل ذلك واما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو اذا قال لامراته والله لا اقربك فانه يصير موليا عند ابي حنيفة وقالا
لا يصير موليا وبالقربان لا يلزمه الكفارة بالاجماع وانما بينا حكم ايلاء اهل الذمة وان لم يذكره صاحب الهداية تكثيرا للفوائد
وتزويدا واما والله اعلم

باب الخلع

مناسبة الباب ذكره عند ذكر باب
الايلاء ان الخلع اسم من الاختلاع مأخوذ من قولهم خلعت ثوبي اذا نزعته وهو من باب ترشيح الاستعارة وهو ان ينظر الى جانب المستعار منه

كقولك رأيت بحرا زاخرا والتجريد ان ينظر الى جانب المستعار له كقولك رأيت بحرا ما احسن بيانه وذلك لان الله تعالى قال
هن لباس لكم وانتم لباس لهن فيكون الخلع من باب الترشيح لا محالة **قوله** واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله
فلا بأس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به وهذه من مسائل القدوري يقال تشاق القوم اذا تحاربوا واختلفوا يعني اذا اختلف
الزوجان والضمير في منه راجع الى الزوج المشتمل عليه لفظ الزوجين وكذا الضمير المستتر في يخلعها والبارز في به راجع الى نفسها وفي به راجع
الى المال والاصل هنا قوله تعالى فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به اي خفتم ترك اقامة الزوجين ما لزمهما
من مواجب الزوجية فلا اثم عليهما لا على الرجل فيما اخذ ولا على المرأة فيما اعطت فيما فدت به المرأة واختلعت به من بذل المهر يقال
فدى الاسير بمال اي استنقذه به وفيه ترشيح ايضا لان النبي صلى الله عليه وسلم سمى النساء اسارى في قوله اتقوا الله في النساء
فانهن عندكم عوان والعاني الاسير وذكر الفدى صفة مناسبة للاسير فافهم • وروى البخاري باسناده الى عكرمة عن ابن عباس
ان امرأة ثابت بن قيس اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما اعتب عليه في خلق ولا دين ولكني اكره الكفر
في الاسلام • فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها
والآية نزلت في ثابت وامرأته وهو اول خلع في الاسلام كذا قال صاحب الكشاف • وانما قال لا بأس بان تفتدي نفسها بمال لان
ترك الخلع اولى لان الطلاق ابغض المباحات عند الله • وروى الترمذي مسندا الى ثوبان في جامعه باسناده الى ثوبان عن
النبي صلى الله عليه وسلم قال المختلعات هن المنافقات • وروى صاحب السنن والترمذي مسندا الى ثوبان ايضا قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم ايما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة **قوله** فاذا فعل ذلك وقع بالخلع
تطليقة بائنة ولزمها المال وهذا لفظ القدوري في مختصره • وفي بعض النسخ فاذا فعلا بلفظ الاثنين فالاول على ارادة الزوج
والثاني على ارادة الزوجين • قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي واذا اختلعت المرأة من زوجها فالخلع تطليقة بائنة الا ان ينوي الزوج
ثلاثا فيكون ثلاثا وان نوى اثنتين كانت واحدة بائنة وكذلك كل طلاق بجعل فهو بائن • اعلم ان الخلع طلاق عندنا حتى ينتقص به
عدد الطلاق وتثبت به الحرمة الغليظة اذا اعني الثلاث او خالعها بعد الطلقتين وفسخ في احد قولي الشافعي حتى لا ينتقص به عدد
الطلاق شيء ولا تثبت به الحرمة الغليظة اذا اعني به الثلاث حتى تحل للزوج الاول ان تزوجها من غير محلل • وجه قول الشافعي قوله تعالى
الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان • ثم قال بعد ذلك فلا جناح عليهما فيما افتدت به • بيانه ان الطلاق محصور
بالثلاث بالاجماع فلو كان الخلع طلاقا لكان الطلقات اربعا واللازم منتف فالملزوم مثله ولان النكاح عقد يحتمل الفسخ بخيار عدم
الكفاءة وخيار العتق وخيار البلوغ فيجوز فسخه ايضا بالتراضي بالخلع كالبيع • ولنا ما روى البخاري في حديث ابن قيس حيث قال
له رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها فقد جعل الخلع طلاقا كما ترى • وروى مالك في الموطأ باسناده الى
ام بكر الاسلمية انها اختلعت من زوجها عبد الله بن اسيد ثم اتيا عثمان بن عفان في ذلك فقال هي تطليقة الا ان تكون سميت شيئا
فهو على ما سميت • قال محمد بن الحسن في موطأه وبهذا نأخذ الخلع تطليقة بائنة الا ان يكون سمى ثلاثا او نواها فتكون ثلاثا • وروى
اصحابنا في المبسوط عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة ولان النكاح لا يحتمل
الفسخ بعد تمامه فلا يكون الخلع فسخا فلو كان النكاح يحتمل الفسخ لانفسخ بالهلاك قبل التسليم كالبيع واللازم منتف فينتفي الملزوم وفسخ
بالخيارات المذكورة لا ترد علينا لان الفسخ ذلك فسخ قبل التمام وكان ذلك في معنى الامتناع من تمام العقد والجواب عن الآية التي تمسك بها
الامام الشافعي نقول ان الله تعالى ذكر الطلقة الثالثة بعوض وبغير عوض فلا يكون الطلاق اربعا • بيانه ان قوله تعالى او تسريح
باحسان طلاق بغير عوض • وقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به طلاق بعوض • او نقول قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي
قوله تعالى الطلاق مرتان يفيد حكم التطليقتين على غير وجه الخلع قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به على التطليقتين يعني على وجه الخلع
ثم قال فان طلقها اي الثالث فلا يعلم من جعل الخلع طلاقا كون الطلاق اربعا فافهم وانما كون الخلع بائنا فلما روى الشيخ في كتاب
غريب الحديث الذي صنفه عن عبد الرزاق عن معمر عن مغيرة عن ابراهيم النخعي انه قال الخلع تطليقة واحدة بائنة وابراهيم قد ادرك عصر
الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده او يحمل على انه رواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه من قرن العدول فيحمل امره على الصلاح
صيانة عن الجزاف والكذب ولان الخلع من الفاظ الكناية ولهذا لو قال خالعتك من غير ذكر العوض ونوى الطلاق يقع مع ان الواقع بالكنايات
بائن … واحدة واعتدي واستبرئي فان يكون الواقع بالخلع بائنا الا ان الخلع عبارة عن العقد من الطلاق بعوض وعلى هذا لو
قال لرجل اخلع امرأتي فخلعها الرجل على غير عوض لم يصح فلما كان كذلك لم يحتج في الخلع الى النية كما احتيج اليها في سائر الكنايات لان النية
للتعيين بعض محتملات اللفظ فاذا صرح بذكر العوض في الخلع احتيج الى النية لاختيار بعض المحتملات عن البعض فجعل من كنايات الطلاق
حتى اذا نوى الثلاث صح وفي نية الثنتين خلاف زفر فان عنده يصح ايضا وانما لم يحتج الى النية اذا ذكر العوض لانه ذكر اغنى عن
النية لان المرأة انما تفتدي نفسها بالمال لتسلم لها نفسها • بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس او عن الخيرات او عن النكاح
فلما ذكر العوض كان المراد الانخلاع عن النكاح لما قلنا وذلك بالطلاق فلا حاجة الى النية ثم سلامة نفسها لها لا تحصل الا بالبائن
فلهذا يكون الخلع بائنا فافهم **قوله** الا ان ذكر المال اغنى عن النية هنا اي في الخلع وهو استثناء من قوله صار من
الكنايات كان ينبغي ان يشترط فيه النية فقال لكن ذكر المال في الخلع اغنى عن النية وقد مر تقرير ذلك آنفا **قوله** وذلك
بالبينونة اي سلامة النفس بالبينونة **قوله** وان كان النشوز من قبله يكره له ان يأخذ منها عوضا وهذا من مسائل
القدوري والنشوز كراهة كل واحد من الزوجين صاحبه وكذا النشوص يقال نشزت المرأة عن زوجها ونشصت اعلم ان النشوز لا يخلو

من احد الامرين اما ان كان من قبل الرجل او من قبل المرأة فان كان من قبل الرجل يكره له اخذ العوض قليلا كان او كثيرا
لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا اتأخذونه بهتانا واثما مبينا والزوج
يشترك فيه الذكر والانثى كما في قوله تعالى اسكن انت وزوجك الجنة والقنطار ملء مسك ثور ذهبا او فضة وقيل هو سبعون الف
دينار وقيل الف ومائتا اوقية كذا قال صاحب ديوان الادب والاوقية اربعون درهما • وقال صاحب الكشاف القنطار المال
العظيم والبهتان ان تستقبل الرجل بامر قبيح تقذفه به وهو بريء منه والكراهة نص قاطع على كراهة اخذ العوض ومع هذا لو اخذ
العوض جاز لان النهي لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش فلا يعدم المشروعية كالبيع وقت النداء يوم الجمعة يجوز فكذا هذا واذا
كان النشوز من قبلها كرهنا له ان يأخذ اكثر مما اعطاها اعني انه يكره اخذ الفضل على ما ساق اليها من المهر لكن مع هذا يجوز
اخذ الزيادة في القضاء انما اخذ المهر فلا يكره له اخذه • وهذه رواية طلاق كتاب الاصل لما روي عن اصحابنا ان امرأة ثابت
بن قيس بن شماس اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله لا انا ولا ثابت فقال عليه الصلاة والسلام اتردين
حديقته فقالت نعم وزيادة فقال اما الزيادة فلا فدل الحديث على الكراهة في اخذ الفضل وقد كان النشوز منها كما ترى وفي
رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لقوله تعالى فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به وقوله فيما افتدت
بالاطلاق وعمومه يتناول القليل والكثير والمهر وغيره • وهذه المسألة مختلفة بين الصحابة والتابعين فان المختلعة اذا افتدت
نفسها من زوجها بجميع ما تملك كان له ان يأخذ ما دون شعرها في جميع ملكها وهو المأثور عن عمر وعثمان وابراهيم • وقال علي والحسن
وطاوس والزهري ليس للزوج ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها كذا ذكر الفقيه في غريب الحديث عنده ذكر ابراهيم النخعي وقال
محمد بن الحسن في الاصل بلغنا عن نعمان مولاة له اختلعت بكل شيء لها فلم يعب ذلك عليها • وقال بلغنا عن ابن عباس انه قال
واختلعت بكل شيء لاجزته واستدل به على جواز الزيادة المذكورة في حديث ابن قيس ليست بثابتة في كتب الحديث كالصحيح البخاري
وغيره ولكن اصحابنا اثبتوها في رواياتهم في كتب الفقه ثم اختلفت الروايات في اسم امرأة ثابت بن قيس قال في الكشاف هي جميلة
بنت عبد الله بن ابي وقيل انها حبيبة بنت سهل الانصاري لان الرواية صحت مسندة في الموطأ والسنن هكذا والبخاري لم يتعرض
لاسمها في الصحيح بل سماها جليلة ولم يزد على ذلك وذكر الرجي بمختصره مسندا الى ابن جريج انها حبيبة بنت عبد الله ابن ابي سلول
وذكر الرجي في مختصره باسناده الى ابن عباس انها جميلة بنت سلول • وذكر ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي انها جميلة
بنت سلول **قوله** لا طلاق ما تلونا اراد به قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به **قوله** ووجه الاخرى
اي وجه الرواية الاخرى اراد بها رواية القدوري وهي قوله كرهنا له ان يأخذ اكثر مما اعطاها وهي رواية الاصل
قوله وقد كان النشوز منها اي من امرأة ثابت بن قيس بدليل قولها لا انا ولا ثابت اي لا اسكن معه **قوله**
ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء عطف على قوله ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء يعني فيما اذا كان النشوز منه وكذا اخذ الفضل جاز في
الفضل بالاجماع فعلم بهذا ان ما قال بعضهم في شرحه ان الاجماع منعقد على انه لا يجوز اخذ الفضل اذا كان النشوز من قبله ليس
بشيء **قوله** لان مقتضى ما تلونا شيئان الجواز والاباحة وان كان مكروها • بيانه ان مقتضى قوله تعالى فلا جناح
عليهما فيما افتدت به شيئان احدهما الجواز حكما اي شرعا والآخر الاباحة وفي الحل ترك الاباحة انتفت بمعارض وهو قوله عليه الصلاة
والسلام اما الزيادة فلا فبقي النص معمولا في الباقي وهو الجواز فانه لا يلزم من نفي الاباحة نفي الجواز كما في البيع وقت النداء فان قلت
كيف يصلح ان يكون خبر الواحد معارضا للكتاب وشرط المعارضة المساواة وهي مفقودة • قلت اذا خص من الكتاب البعض يصلح ان
يكون خبر الواحد او القياس معارضا له وقد خص ولهذا لا يحل له اخذ الزيادة اجماعا اذا كان النشوز من قبله واذا كان قوله فيما
افتدت به عاما فيصلح خبر الواحد معارضا وكذا القياس لانه انما كره له اخذ الزيادة على المهر فيصلح القياس معارضا لعموم قوله
تعالى فيما افتدت به لانه مخصوص منه فثبت الكراهة عملا بالقياس وبقي الجواز لانه سالم عن المعارض فافهم **قوله**
المعارض اراد به قوله عليه الصلاة والسلام اما الزيادة فلا **قوله** فبقي معمولا في الباقي اي بقي ما تلونا معمولا في حق الجواز
قوله وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال • وهذه من مسائل القدوري • قال الحاكم الشهيد اذا قال
الرجل لامرأته قد خلعتك على الف او بارأتك او طلقتك بالف درهم فالقبول اليها في المجلس فان قامت قبل ان تقول شيئا بطل ذلك وهي
وكذلك ان بدأت هي فقالت اخلعني على الف درهم او بارئني او طلقني بالف درهم فان قبل في ذلك في المجلس وطلقها كما اشترطت عليه
فالمال لها لازم وان قام من مجلسه قبل ان يقول شيئا فهي امرأته • اعلم ان الخلع وهو الطلاق بعوض من جانب الزوج يمين ومن جانب
المرأة مبادلة ومعاوضة لانه في معنى تعليق الطلاق بشرط قبول المال وتعليق الطلاق من عند الغير يكون الخلع يمينا وهذا لان العوض
الذي من جانب الزوج طلاق وهو يحتمل التعليق ولهذا لم يبطل بقيامه عن المجلس حتى اذا قام وذهب ثم قبلت المرأة في ذلك المجلس
صح ووقع الطلاق وتوقف على ما وراء المجلس حتى اذا كانت المرأة غائبة فبلغت في مجلس علمها صح وان قامت من مجلسها قبل القبول بطل
بمنزلة تعليق الطلاق بشيئه وتمليك الامر ويتفرع على كونه يمينا صحة تعليقه بالخطر بان قال اذا جاء غد فقد خالعتك على الف درهم او طلقتك
على الف درهم فانه يصح • واما قلنا انه من جانبها مبادلة لان العوض الذي من جانبها التزام المال فصار كالبيع والشراء فلم يحتمل
التعليق لان التمليكات لا تحتمل ذلك لادائه الى معنى القمار ولهذا يبطل بقيامها عن المجلس قبل القبول ولم يتوقف على ما وراء المجلس
اذا كان الزوج غائبا حتى قالت هذه المقالة كالبيع لا يتوقف على قبول المشتري اذا كان غائبا ثم كان الخلع تعليقا يقع الطلاق اذا وجد
القبول لوجود الشرط اذا كان بلفظ الطلاق لكنه بائن لانه من الفاظ الكنايات او لانه لا تسلم نفسها لها الا بالبائن لان حق الزوج في الرجعي ليس

بشيء فلو جعل الخلع رجعيا الذهب مالها بلا عوض ولم يجعل غرضها وذلك لا يجوز وانما لزم المال لان المراة من اهل الالتزام وقد
شرطت في خالص حقها فلزمها المال فلو لم يلزمها بعد قبولها لزم الغرور على الزوج وذلك لا يجوز لانه لم يرض بفوات حقه
بلا عوض ولا يقال كيف جاز الاعتياض في الخلع وليس البضع بمتقوم حالة الخروج لانا نقول جاز كما جاز اخذ العوض في القصاص وهو
ليس بمال والخلع وجود الالتزام من اهله • فان قلت لا نسلم ان الخلع تعليق الطلاق بالقبول ولم لا يجوز ان يكون تعليقا بالاداء
قلت لان الخلع من المعاوضات ولا يجب الاداء في المعاوضات الا بالقبول وكان تعليقا بالقبول دون الاداء قوله لما بينا
اشاره الى قوله والواقع بالكنايات بائن فانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة قوله وان بطل العوض في الخلع
مثل ان يخالع المسلمة على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا • وهذه من مسائل القدوري
وهي مذكورة في الجامع الصغير والحكم فيما اذا خالعها على دم او حر كذلك وبه صرح في التحفة • اعلم ان الخلع والطلاق على ما لا يحل كالخمر واخواته
جائز ويقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب لها عليه شيء لانها لم تغره لان الخمر وان كانت مالا لكنها ليست بمتقومة لان الشرع اهانها والامر
في الميتة اظهر لانها ليست بمال لا مال لاختلاف ما اذا غرته وقالت اخلع منك بهذا الخل فاذا هو خمر فعليها ان ترد المهر الماخوذ في قول
ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد عليها مثل كيل ذلك من خل وسط كذا ذكر الخلاف في مبسوط شمس الائمة السرخسي ولكن قول محمد فيما
اذا ظهر العبد حرا مثل قول ابي حنيفة كذا في الفتاوى الولوالجي ثم انما لم يفسد الخلع ببطلان العوض لان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة
وانما يقع الطلاق رجعيا اذا ابطل العوض في الطلاق على مال ويتم بيان الخلع على مال او بطل العوض لمال العوض لما بطل بقي لفظ الطلاق
والخلع وصريح الطلاق بعد الدخول معقب للرجعة وانما كانت البينونة لمكان العوض ولم يوجد بخلاف الخلع فانه بعد بطلان العوض
بقي من الفاظ الكنايات والواقع بالكناية بائن سوى الالفاظ الثلاثة التي مر بيانها فيما تقدم وهذا خلاف الكناية والعتق على خمر او خنزير
حيث تكون الكتابة فاسدة لانها لم تشرع بلا بدل والبيع لا يصلح بدلا لكن اذا ادى يقع الطلاق العتق لان تعليق العتق باداء الخمر عوضا
جائز وعليه قيمتها لان المولى ما رضي ان يزول ملكه بلا بدل فلم يسلم البدل لعدم تقومه لزم قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة
وبخلاف النكاح على ذلك حيث يصح النكاح ويجب مهر المثل لان البضع حالة الدخول متقوم فلما لم يسلم البدل وهو الخمر او الخنزير لعدم
المتقوم فيقدر بقيمته وهي مهر المثل بخلاف البضع حالة الخروج فانه ليس بمتقوم فلا يجب شيء بمقابلته [illegible]
الدخول حالة الاستيلاء الزوج على البضع الحر ولم يشرع بملكه بلا بدل اظهارا لخطر المحل بخلاف حالة الخروج فانها حال اسقاط ملك الزوج
عن البضع فلا حاجة الى ايجاب شيء لعدم لزومها اهانة المحل المحترم كما نعم وعند الشافعي يجب مهر المثل عليه في الخلع قياسا على النكاح
وذلك ضعيف لوجود الفارق لانه لا قيمة للبضع عند الخروج فاذا سمت ما لا يحل ولا قيمة له وتكون في الزوج به صار راضيا بترك
التسمية وعد مجانسا فلم يقبل منها شيء كما اذا اطلق الخلع وسكت عن ذكر العوض قوله على ما نذكر اراد به ما ذكره بعد هذا بقوله
فاما الاسقاط فنفسه شريف فلا حاجة الى ايجاب المال قوله وانه شريف الضمير راجع الى البضع قوله وما جاز
ان يكون بدلا في الخلع وهذه من مسائل القدوري وانما جاز هنا ما جاز ثمة لان كل واحد من النكاح والخلع عقد على البضع فاذا كان
الشيء صالحا لان يكون مهرا في النكاح والبضع حالة الدخول متقوم كان صالحا لان يكون بدلا في الخلع والبضع ليس بمتقوم حالة
الخروج بالطريق الاولى ولهذا اذا اختلعت على ثوب موصوف او مكيل او موزون كذلك جاز كما في المهر او اختلعت على ثوب او على
دار فالتسمية فاسدة للجهالة المستتمة كما في المهر وله المهر الذي اعطاها لانها غرته ولا يجوز هنا ما لا يجوز ثمة كما اذا اختلعت
على ما لا يحل كالخمر والميتة لكن هنا لا شيء للزوج على المراة اذا ادى الخلع بقبول الزوج بخلاف النكاح على الخمر ونحوها حيث يجب مهر
المثل والفرق تقدم قبل هذا ولا يرد على هذا التسمية ما دون العشرة في الخلع فانها تصح مع انها لا تجوز في النكاح لانه في المهر
ورد التقدير الشرعي وفي الخلع لا وانما الغرض من طرد الكل ان يكون ما لا متقوما ليس فيه جهالة مستتمة وما دون العشرة
بهذه المثابة ومن عكس الكل ان لا يكون ما لا متقوما وان لا يكون فيه جهالة مستتمة اذا كان ما لا وما دون العشرة مال متقوم
ليس فيه جهالة فلا يرد السؤال الا على طرد الكل ولا على عكسه فافهم قوله فان قالت له خالعني على ما في يدي
فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها • وهذه من مسائل القدوري وانما لم يجب شيء لانه كلمة ما عامة تتناول ما له قيمة وما
ليس له قيمة فاذا كان كذلك لم يلزمها شيء لانها لم تغره بذكر ما له قيمة وانما الرجوع عليه بحكم الغرور والمراد من اليد الحسية
وكذا اذا اختلعت على ما في هذا البيت او على ما في نخيلي وعلى ما في بطون غنمي فلم يكن شيء في تلك الساعة لا يرجع عليه لما قلنا
اما اذا كان في تلك الساعة شيء فله ذلك لان المنازعة الناشئة من الجهالة ترتفع بالاشارة الى المحل وفي النكاح يجب مهر المثل
في هذه الصورة لان البضع متقوم عند الدخول قوله وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها
شيء ردت عليه مهرها • وهذه من مسائل القدوري • وقال الشافعي ترد عليه مهر مثلها كذا قال الشيخ ابو نصر • ولنا انها قد
غرته بتسميتها ما له قيمة وللمغرور دفع ضرر الغرور عن نفسه بالرجوع على الغار فلا يمكن الرجوع بقيمة المسمى لانه مجهول ولا يمكن
الرجوع بقيمة البضع لان البضع ليس بمتقوم حال الخروج لان الزوج لو ملكه شايا سقط حقه عنها فوجب القول بالرجوع بالمهر الذي ساقه
اليها لانها غرته بذكر المال فانه اسم لما هو متقوم ينتفع به ولا يقال البضع صار مستهلكا ولا امكان لنقض الخلع فتجب قيمة البضع
عليها لانا نقول يبطل ذلك بارتداد المراة فان استهلاك البضع حاصل ومع هذا لا رجوع بقيمة البضع عليها قوله ولو قالت
خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم • وهذه من مسائل القدوري اعلم انه اذا
خالعها على ما في يدها من الدراهم فلا يخلو من احد الامرين اما ان يكون في يدها شيء او لا فان لم يكن في يدها شيء فله ثلاثة دراهم

لانها سمت الجمع المنقول عليه ثلاثة ولا يلزم ما زاد على الثلاثة للشك في الثبوت وان كان في يدها شيء فلا يخلو من احد الامرين اما ان
كان ما دون الثلاثة او كان الثلاثة وما فوقها فان كان ما دون الثلاثة تؤمر باتمام الثلاثة لتسمية الجمع وان كان الثلاثة فما فوقها فله
ذلك وكذلك اذا ذكرت الدنانير اذ الفلوس مكان الدراهم فصار كما اذا اوصى بدراهم او اقرت بتسارك ثلاثة دراهم ثم اعلم ان في
الكلام اذا كان لا يصح بدون ذكر من فذكر من للتبعيض كقولك اخذت من الدراهم واذا كان لا يصح بدون ذكر من بل على الكلام اذا لم
يذكر من يكون ذكر من للتبيين والصلة كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وهنا في قولها خالعني على ما في يدي من الدراهم
اذ لم يذكر من يختل الكلام لانه لا يصح ان تقال خالعني على ما في يدي الدراهم فلاجل هذا حمل على الصلة دون التبعيض فان قلت
ينبغي ان يلزمها درهم واحد اذا لم يكن في يدها شيء لان اللام اذا دخلت على الجمع يكون المراد منه الجنس اذا لم يكن ثمة معهود و
الجنس يقع على الادنى مع احتمال الكل • ولهذا اذا قال ان ملكت العبيد او تزوجت النساء فعلي كذا فانه يحنث بالواحد بخلاف
ما اذا قال عبيدا او نساء حيث لا يحنث الا بالثلاثة • قلت هذا السؤال ساقط على رواية التنكير في الدراهم وذا التنكير في
نسخ القدوري • واما على رواية التعريف وهي رواية بعض النسخ فنقول اللام اذا دخلت على الجمع فيه اختلاف من العلماء قال
بعضهم انه مطلق الجمع فعلى هذا القول تراد من الدراهم الثلاثة لانها ادنى الجمع ولا يراد ما دون الثلاثة لانه ليس بجمع فلعل المصنف
ذهب الى هذا القول او نقول انما يراد الجنس اذا لم يكن العهد مرادا وهنا يمكن العهد لقولها على ما في يدي او نقول انما يراد الجنس اذا
لم يكن مرادا ولا يتصور هنا لانه محال ان تكون كل الدراهم في يدها • فان قلت يرد عليكم ما اذا قال لامراته اختاري من الثلاث
ما شئت فانها اذا اختارت الواحدة او الاثنين يقع والخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه في اختيار الثلاث فينبغي على قياس تلك
المسالة ان يقع الخلع على درهم واحد اذا خالعها على ما في يدها من الدراهم فلم يكن في يدها شيء ويلزمها ذلك لكونه متيقنا
لانه ادنى • قلت هذا السؤال لا يرد علينا لان القياس صحته بالمماثلة بين المقيس والمقيس عليه ولا مماثلة فلا يصح القياس
لان من في صورة الخلع للتبيين والصلة لاختلال الكلام بدونه بخلاف قوله اختاري من الثلاث فانه للتبعيض لعدم اختلال
الكلام بدونه ولهذا صح ان يقال اختاري الثلاث ما شئت ولا احد يقول بفساد هذا التركيب • فان قلت هذه
مغالطة في الجواب لان المفهوم من قوله اختاري من الثلاث ما شئت انما الملك في الاول وموصوله في الثاني • قلت المغايرة
في المعنى لا تنفي الاختلال في الكلام وانما ادعينا صحة الكلام بدون ذكر من وصحته ليست بموقوفة على عدم المغايرة بل صحته
من ان يكون بين المعنيين مغايرة او لا فافهم • وقال بعض الشارحين انما تعينت الثلاثة من لفظ الدراهم اذا لم يكن في يدها
شيء لان البضع محترم فلا بد من عدد معتبر وهو الثلاثة وهذا معنى كلامه وفيه نظر لان البضع ليس بمتقوم حال الخروج فلا يعتبر
محترما فلا حاجة الى ايجاب شيء معتبر وانما كانت الثلاثة مرادة لتسمية الجمع قوله فان اختلعت على عبد لها ابق على انها بريئة من
ضمانه لم تبرا وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في رجل خالع امراته على عبد لها ابق على انها بريئة من ضمانه وعليها ان تاتي به او بقيمته وانما قلنا انها لا تبرا من الضمان لان الخلع
عقد معاوضة واشتراط البراءة فاسد لكونه مما ينافي العقد لان عقد المعاوضة يقتضي سلامة العوض فيجب عليها تسليم العبد
ان قدرت على التسليم وتسليم القيمة ان عجزت عن تسليم العبد كما في النكاح على عبد ابق وصح الخلع لانه لا يبطله الشرط الفاسد
الا ترى انه لو خالعها على ان يكون الولد عند الاب يكون الخلع صحيحا وان كان الشرط فاسدا • قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
واذا اختلعت من زوجها على عبد بعينه فمات في يد الزوجة فعليها قيمته له كما في الصداق وان كان مات قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذي اخذت
منه لانها غرته بتسمية العبد وان كان حرا فاستحق فعليها قيمته لانه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب له وان ظهرانه كان حرا فعليها المهر
الذي اخذت منه في قول ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف عليها قيمته لو كان عبدا كما في الصداق سواء • وقال الحاكم الشهيد في الكافي
وان اختلعت منه بعبد خلال الدم فقتل عنده بذلك رجع عليها بقيمته وهو كالاستحقاق وكذلك لو كان وجب قطع يده فقطع عند
الزوج رده واخذ قيمته وقد ذكرنا هذه المسائل بتكثير اللغات قوله وان قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة
فعليها ثلث الالف وهذه من مسائل القدوري وكذا ما بعدها اعني قوله وان قالت طلقني ثلاثا على الف فطلقها واحدة فلا شيء
عليها عند ابي حنيفة وهذان المسائل المعادة في الجامع الصغير • اعلم انه اذا طلقها واحدة في المسالة الاولى يقع واحدة بائنة بالاجماع
لان الباء تستعمل في الاعواض والعوض ينقسم على اجزاء المعوض فيقابل كل طلقة ثلث الالف ولانها لما رضيت بوجوب الالف عليها
بالتخلص عنه بالثلاث كانت ارضى بوجوب ثلث الالف بالتخلص بالواحدة بخلاف ما اذا قال لها الزوج طلقي نفسك ثلاثا بالف او على
الف فطلقت واحدة لا يقع شيء لان الزوج لم يرض بزوال ملكه عنها الا بالالف فلم يجب ذلك على رضاه بزوال الملك باقل من
الالف اما في المسالة الثانية وهي ما اذا قالت له طلقني ثلاثا على الف فطلقها واحدة قال ابو حنيفة يقع واحدة رجعية بغير
شيء • وقال ابو يوسف ومحمد يقع واحدة بائنة بثلث الالف كما في المسالة الاولى • وبه قال الشافعي لهما ان الخلع من المعاوضات
وكلمة على في المعاوضات كحرف الباء سواء اذ لا فرق بين قولهم بعت هذا الشيء بكذا او على كذا وكذا اذا قال اجرت هذه الدار بكذا او على
كذا ثم لما توزع الالف على الطلقات الثلاث عند ذكر الباء توزع ايضا عند ذكر على ولهذا لو قالت طلقني وفلانة على الف
فطلقها واحدة يلزمها حصتها من الالف لو قسم على مهرهما ولابي حنيفة ان كلمة على تستعمل للشرط • قال الله تعالى يبايعنك
على ان لا يشركن بالله شيئا اي بشرط على ان لا يشركن والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله اجزاؤه ولهذا لو قال ان دخلت هذه الدار وهذه
الدار وهذه الدار فانت طالق ثلاثا فدخلت واحدة منها لم يقع شيء ولهذا لو قال لها انت طالق على ان لا تدخلي الدار كان شرطا وكذا

وكذا اذا قال بعت هذا العبد على انه جاز او كاتب كان شرطا يوبل ما قال في السير الكبير اذا قال الكفار امنونا نسنة بالف
ناسوه ثم نبذلهم الامام بعد السنة استحقوا نصف الالف بخلاف قولهم امنونا على الف حيث لا يستحقون شيا اذا نبذ لهم في نصف
السنة بخلاف المعاوضات المحضة اعني البيع والشرا والاجارة والنكاح حيث لا تحمل على الشرط لان التمليكات لا تحتمل التعليق فحملت
على معنى البا مجازا لان في الاضافة معنى اللزوم انما الجواب عن مسئلة الخصم • فقد قال صاحب المختلف لنا على الاختلاف
ايضا ولئن سلم فنقول ليس في طلاق من نه عوض حتى يحمل كالشرط بخلاف اشتراط الثلاث على نفسه فان في ذلك عوضا
صحيحا وهو ان يحصل البينونة الغليظة ولا تصير في دنا ونكاحه فاعتبر معنى الشرط ليحصل مقصودها فظهر الفرق ثم لما لم يجب
المال لان الشرط لا يتوزع على اجزاء الشروط كان الطلاق رجعيا لان الزوج كان مبتديا في ايقاع الطلاق وصريح الطلاق
يعقب الرجعة في المدخول بها اذا لم يكن الثلاث قوله سواها لرفع جزائه قوله ومن قال لامراته انت
طالق ثلثا ان تدخل الدار كان شرطا وهذه المسئلة للاستشهاد على ان على للشرط وليس هي مسئلة البداية قوله وهذا
لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزا • بيانه ان كلمة على للاستعلا وهي حقيقتها اللغوية كما تقول زيد على السطح
ثم جعلت للالزام حقيقة شرعية كما يقال لفلان على الف درهم لان في لزوم الشي على الشي معنى الاستعلا ثم اذا استعملت
للشرط تكون مجازا ومجاز المجاز لاتصال بين حيث الملازمة لان وجود الشي مستلزم لوجود الجزا قوله فالمشروط
لا يتوزع على اجزاء الشروط وذلك ان الموجود لا يوجد الا عند وجود الشرط والشرط عبارة عن جميع اجزائه فما لم يوجد جميع اجزائه لا يوجد
الشرط فلا يقع جزء من الشروط بوجود شرط جزء من الشرط لعدم وجود الشرط فانهم يقال توزعوه فيما بينهم اي تقسموه وهو متعد
كما ترى فينبغي ان يقال على هذا في المتن لا يتوزع على صيغة المبني للمفعول على ما مر اراد به قوله الا حرف البا يصحب الاعواض
قوله ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بالف على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شي وهذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لان الزوج لم يرض بزوال ملكه عنها الا بسلامة الالف له ورضاه بزوال ملكه بالالف لم يدل على رضاه بزوال ملكه باقل من
الالف بخلاف ما اذا قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة • بانه لان المراة ما رضيت بتملكها نفسها لم توقع البينونة بالالف
كانت راضية بوقوع البينونة باقل من الالف بالطريق الاولى ولان الزوج اتى بما طلبت من البينونة وزادها خيرا بنقصان البذل بخلاف
الاولى فان نقصان البذل من المراة ليس بخير للزوج وكانت مخالفة للزوج لامر الزوج فلم يقع شي قوله ولو قال انت طالق على
الف فقبلت طلقت وعليها الالف • وهذه من مسائل الجامع الصغير وانما توقف على قبولها لانه ايجاب معاوضة فلا بد من القبول فاذا قبلت
وقعت واحدة بائنة لوجوب المال ثم يشترط القبول في المجلس حتى اذا قامت قبل القبول بطل ذلك لانه بمنزلة تعليق الطلاق بمشيئتها
وتعلق الامر في الوجهين معا والتمليكات تقتصر على المجلس وكذلك حكم قوله انت طالق بالف قوله في الوجهين اي في قوله
انت طالق على الف وفي قوله انت طالق بالف قوله والطلاق بائن لما قلنا اي لوجوب المال قوله ولو
قال لامراته انت طالق وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المراة ولا شي عليها عند ابي حنيفة وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما
الالف اذا قبل فاذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق • وهذه من مسائل الجامع الصغير • وقال في الاصل اذا قالت المراة لزوجها طلقني
ولك الف درهم او طلقني ولك الف درهم فقبل وقع الطلاق ولم يكن له من الالف شي في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد المال لازم لها
لم يعان احد مما ان الواو مستعار للبا مجازا لانه لا فرق بين قولهم والله وبالله فاذا كان كذلك كان قولها طلقني ولك الف بمنزلة قولها
طلقني بالف وكان قوله انت طالق وعليك الف بمنزلة قوله انت طالق بالف فيلزمها الالف عليها اذا طلقها في الصورة الاولى لانها
قبلت وفي الثانية تعلق بقبولها فاذا لم تقبل لا يقع شي • وجه الحمل على المجاز دلالة المعاوضة لان الخلع عقد معاوضة ولهذا اذا قال
خذ هذا العبد ولك الف درهم او قال احمل هذا المتاع الى المنزل ولك درهم كان معاوضة مكذا هنا ولانه ان الواو للحال اي طلقني
في الحال كان لم ما يكون ذلك على الف درهم او انت طالق في حال ما يكون لي عليك الف درهم كما اذا قال في المادون اذا قال لعبده
اد الي الفا وانت حر اي والحال انك حر حال ادائك حتى لا يعتق العبد الا عند الادا • وكما قال في السير افتحوا الباب وانتم
امنون فانهم لا يامنون ما لم يفتحوا فلما كانت الواو للحال والاحوال شروط توقف الطلاق على قبول المال ولابي حنيفة ان الواو
للعطف في الاصل وقوله وعليك الف جملة تامة ولا تجعل متصلا بما قبله لان الاصل ان تستبد كل جملة بنفسها كما في قولك جاء زيد
وذهب عمرو ولا يتعلق ذهاب عمرو بمجي زيد الا اذا وجد دليل الارتباط احدى الجملتين بالاخرى كما دل دليل المعاوضة في البيع والاجارة
لانهما لا ينفكان عن المال فحمل الواو فيهما على البا لدلالة المعاوضة بخلاف الطلاق فانه مشروع بمال وبغير مال فلم يستقل العوض لا محالة
فلم يحمل على البا لم كان كلاما مبتدا كانها قالت طلقني ولك الف في بيتك او كانه قال انت طالق وانا ادعي عليك الفا ولا يصح دعوى الحال لان
ليست بموضوعة للحال وانما استعيرت لها مجازا والاصل عدم المجاز رعاية ما في الباب ان الواو يحتمل الحال لكن لا يجب المال بالشك والاحتمال
فلما لم يجب المال وقع الطلاق رجعيا والجواب عن مسئلة المادون فانه لو لم يحمل الواو للحال لم يكن الامر باداء الالف للاجنبي فلا يجوز لانه لا حق له في
الاجنبي • والجواب عن مسئلة السير انه دل الدليل على ارادة الحال لان المقصود اعلا الاسلام وان يعلموا محاسن الشريعة وذلك لا يحصل
الا بالنزول فانهم قوله ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار الى اخره • وصورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل قال لامراته انت طالق ثلاثا على الف درهم على اني بالخيار ثلاثة ايام فقالت قبلت قال الطلاق واقع والخيار باطل • وهذه من
الخواص وقال ايضا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال لامراته انت طالق ثلاثا على الف درهم على انك بالخيار فقالت قبلت قال
ان ردت الطلاق في الثلاثة الايام فلا طلاق وان اختارت الطلاق في الثلاثة الايام فالطلاق واقع والالف ماضية للزوج ل

بعد تمام الطلاق واقع في الوجهين جميعا والمال لازم والخيار باطل • اعلم ان الخيار اذا كان من جانب الزوج بين لما حققنا قبل هذا ان
عند قوله وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال ثم اثر الخيار في الفسخ بعد صحة الايجاب لا في المنع من الايجاب واليمين لا يجري
فيه الفسخ اما اذا كان الخيار من جانب المراة ففيه اختلاف • قال ابو حنيفة شرط الخيار صحيح وقالا هو باطل كما في الاولى وجه قو
لهما ان الخلع من جانبها شرط اليمين وهو قبول الالف فكما لا يصح الخيار في اليمين لا يصح الخيار في شرط اليمين • ولهذا لو قال انت طالق ان
دخلت الدار على انك بالخيار كان الخيار باطلا • ووجه قول ابي حنيفة ان الخلع بمنزلة البيع لان الخلع من جانبها تمليك مال بعوض فيصح
الخيار في البيع فكذا في الخلع لانه في معناه • ولهذا اذا قالت اختلعت نفسي منك بكذا ثم رجعت او قامت عن المجلس بطل قبول الزوج بطل ذلك
لا يتوقف على ما وراء المجلس حتى اذا كان الزوج غائبا فبلغه فقبل كان باطلا وكذا لا يصح تعليقه بالشرط بان قالت اذا جاء غد فقد
خالعت نفسي منك بكذا فثبت ان الخلع من جانبها مبادلة ويجري الخيار في المبادلات لاحتمالها الفسخ بخلاف ما اذا كان الخيار من جانب
الزوج حيث لا يصح لان الخلع من جانبه يمين ولهذا لا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على ما وراء المجلس ويصح تعليقه بالخطر
بان قال اذا جاء غد فقد خالعتك على الف درهم ثم وردت مسئلة النكاح بشرط الخيار في الجامع الصغير ولم يذكرها صاحب الهداية وصورتها
قال لامراة زوجيني نفسك على درهم على انك بالخيار ثلاثة ايام او على اني بالخيار ثلاثة ايام فقال النكاح جائز والخيار باطل وذلك لان
النكاح يقع مع الهزل فلان يقع مع الخيار ثلاثة ايام وهو دون الهزل اولى لان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه فلم يحتمل الخيار والفرق
بين النكاح والخلع ان شرط الخيار وان كان ما لا يستقيم عند الدخول ليست بمقصودة في نفسها في كونها ما لا يطرا عليها العوارض ولا ضرورة
في تصحيح الخيار في الزوج وان وجد المال لم يجعل مفردا بحكمه لان المال في باب النكاح تابع غير مقصود بنفسه بخلاف باب الخلع فان
المال فيه مقصود وذكر مسئلة الكتابة بشرط الخيار ثلاثة ايام حيث يصح الكتابة والخيار جميعا لان عقد الكتابة معاوضة من الجانبين يحتمل
الفسخ بالاقالة فصار كالبيع والشرا وليس كذلك النكاح فانه لا يحتمل الفسخ بعد تمامه والحاصل ان العقود ثلاثة لازم يحتمل الخيار لكونه
غير محتمل للفسخ وذلك كالنكاح والطلاق وغير لازم فلا يثبت فيه الخيار وذلك كالوكالة ولازم يحتمل الفسخ وذلك كالبيع فيجوز الخيار
فيه قوله في الوجهين اي فيما اذا كان الخيار من جانبها او من جانبه قوله والواجبان اي ايجاب الزوج وقبول
المراة قوله وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق يعني اذا طلقها على مال وجعل لها الخيار ثلاثة ايام جاز
لانه في معنى البيع عند ابي حنيفة لانه في معنى البيع فكذلك اذا اعتق عبده على مال وجعل الخيار ثلاثة ايام جاز لانه في معنى البيع وعندهما
لا يصح الخيار لان قبول المال شرط اليمين ولا يصح الخيار في اليمين فكذا في شرطه قوله ومن قال لامراته طلقتك امس على الف درهم
فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج وصورة المسئلة في الجامع الصغير • محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يقول لامراته طلقتك امس
الف درهم فلم تقبلي فقالت المراة قبلت فان القول قوله قال ولو قال رجل لاخر بعتك هذا العبد امس بالف فلم تقبل فقال المشتري بل
قبلت فالقول قول المشتري ومسئلة البيع من الخواص • وقال الحاكم الجليل الشهيد في المسئلة الاولى القول قول الزوج مع يمينه ثم
المراة لا فرق بينهما اذا قال طلقتك امس بالف درهم او على الف درهم وبه صرح في الكافي وشرحه • ووجه الفرق بين الطلاق والبيع ان
الطلاق بالمال يمين لانه تعليق الطلاق بشرط قبول المراة المال واليمين تتم بالحالف ولا يلزم من وجود اليمين وجود الشرط فلم يكن الاقرار
باليمين اقرارا بوجود الشرط لانه اذا وجد الشرط انحلت اليمين وارتفعت فكان القول قول الزوج مع اليمين فلم يقع الطلاق بخلاف البيع
فانه لا يصح الا بايجاب وقبول معا لا يصح لاحدهما بدون الاخر حتى لا يتوقف احدهما على الاخر في المجلس وكان الاقرار بالبيع اقرارا
بالقبول لا محالة وكان القول قول المشتري منكر البيع فاذا انكر البيع بعد صحته فقد رجع عن بعض ما اقر به اعني من القبول فلا
يصدق ولهذا اذا حلف لا يبيع فباع ولم يقبل لا يحنث فعلم ان الاقرار بالبيع اقرار بالقبول لانه ركن منه كالايجاب قوله
فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط اي الاقرار باليمين لا يكون اقرارا بوجود الشرط وهو قبول المراة المال وانما ذكر الضمير في قوله به
وان كان راجعا الى اليمين وهي مؤنثة على تاويل الحلف وكذا الضمير الراجع في قوله بصحته الى اليمين على هذا والضمير في بدونه راجع الى
الشرط قوله فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به والضمير البارز في به والمستتر في لا يتم راجعان الى البيع وفي به بعد حرف
الاستثنا راجع الى ما وما عبارة عن القبول وحاصله ان الاقرار بالبيع اقرار بالقبول قوله قال والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان
كل حق لكل واحد من الزوجين على الاخر فيما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة • وهذه من مسائل القدوري يقال بارأ شريكه اي ابرا
كل واحد منهما صاحبه ومنه المباراة كالخلع وفي بالمهر ثم الاصل هنا ان المباراة والخلع كل واحد منهما يسقط من الزوجين ما يتعلق بالنكاح
كالمهر والنفقة الخالية الماضية وانما قيدنا بالنفقة الماضية لان المختلعة والمبارية النفقة والسكنى ما دامت في العدة وبه
صرح الحاكم الشهيد في الكافي لما اذا اختلعت على ان ابراته من النفقة والسكنى صحت البراءة عن النفقة ولم تصح البراءة عن السكنى
لان النفقة حقها والسكنى حق الشرع كذا ذكر في شرح كتاب النفقات للخصاف ثم ينبغي ان تعلم ان الابراء عن النفقة انما يصح في ضمن
عقد الخلع تبعا للخلع حتى لو اسقطت نفقتها بعد الخلع بابراء الزوج لا يصح ذلك وبه صرح شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي لانها
صارت مقصودة بالاسقاط فلا يكون الا بعد وجوبها وهي تجب شيئا فشيئا ولو ابراته عن مؤنة السكنى بان سكنت بيت نفسها والتزمت
مؤنة السكنى صح ذلك مشروطا كذا ذكره في شرح الكافي وعند ابي يوسف المباراة تسقط والخلع لا يسقط الا المسمى • وقال محمد لا يسقطان
شيئا سوى المسمى في عقد الخلع • وذكر الشيخ ابو نصر قول الشافعي كقول محمد وجه قول محمد ان الخلع عبارة عن طلاق بعوض وفي الطلاق على
مال يجب المسمى لا غير فكذا في الخلع والجامع كونهما طلاقا بعوض ولهذا لا تسقط النفقة بالخلع فالمهر اولى بان لا يسقط لان النفقة اضعف
ولابي يوسف ان المباراة تقتضي البراءة من الجانبين لانها مفاعلة وهي تقتضي نسبة الفعل الى فاعلين الى احدهما صريحا والى الاخر ضمنا فثبت

براءة كل واحد منهما بالآخر فلا كذلك الخلع لان المفهوم منه الانخلاع وقد حصل الانخلاع في نفس النكاح فلا حاجة الى الانخلاع في سائر الاحكام ولابي حنيفة ان المباراة تقتضي براءة كل واحد من الزوجين عن الآخر لما قلنا لما قلنا فتثبت البراءة مطلقة ولا تتقيد في المسمى خاصة عملا باطلاق اللفظ لكن يتقيد بالحقوق الواجبة بالنكاح دون سائر الديون لدلالة غرض الزوجين من المباراة في ذلك وكذلك الخلع يسقط براءة كل واحد منهما عن الآخر مما يتعلق بالنكاح لانه في معنى المباراة لانه من قولهم خلعت الخف من الرجل اي نزعته منها والنزع لا يكون الا بالفصل والانفصال وهذا المعنى لا يكون الا بانقطاع جميع الحقوق الواجبة بالنكاح عملا باطلاق لفظ الخلع ويدل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم من فارق الجماعة قيد شبر فقد خلع ربقة الاسلام من عنقه يعني انه قد بري منه ويقال خلع الخليفة اذا بري من الخلافة وخرج منها فلا جائز ان يكون مخلوعا وقد بقي له شي من احكامها فدل ذلك على ان لفظ الخلع يتضمن البراءة • واما ابو يوسف فيقول المباراة لفظ موضوع البراءة لا يعقل به غيرها فاوجبنا البراءة والخلع بمنزلة الطلاق على مال وثمرة هذا الاصل انما تظهر فيما ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي لو كان مهرها الف درهم فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها ان ترجع على الزوج بشي في قول ابي حنيفة وفي قولهما ترجع عليه بارتعمائة ولو كانت قبضت الالف ثم اختلعت بمائة درهم منه لم يكن للزوج غير المائة في قول ابي حنيفة وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف ولو كان المهر عبدا بعينه في يدها فاختلعت منه بمائة درهم عند ابي حنيفة لا يرجع عليها بشي من العبد وعندهما يرجع عليها بنصف العبد ثم في الخلع هل تقع البراءة من دين آخر سوى دين النكاح في ظاهر الرواية لا وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة نعم وكذلك المباراة هل يوجب البراءة عن سائر الديون فيه اختلاف المشايخ والصحيح انها لا توجب كذا في الفتاوى الصغرى اما اذا كان العقد بلفظ الطلاق على مال فهل تقع البراءة عن الحقوق المتعلقة بالنكاح ففي ظاهر الرواية لا تقع لان لفظ الطلاق لا يدل على اسقاط الحق الواجب بالنكاح وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة تقع البراءة عنها لاتمام المقصود ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء اختلفت المشايخ فيه على قول ابي حنيفة قال في الفتوى الصغرى والصحيح انه كالخلع والمباراة وعندهما الجواب فيه كالجواب في الخلع كذا نقل في خلاصة الفتاوى عن شيخ خواهر زاده • وقال في الفتاوى الصغرى لو قال لامرأته خالعتك فقبلت المرأة تقع الطلاق وتقع البراءة ان كان عليه مهر وان لم يكن عليه مهر يجب عليها رد ما ساق اليها من المهر لان المال مذكور عرفا بذكر الخلع ونقله عن اول اقرار شيخ الاسلام خواهر زاده فعلم بهذا ان ما ذكره فيه في اول مسائل الخلع بقوله اذا قال لها خالعتك فقالت قبلت لا يسقط شي من المهر فيه نظر **قوله** وابو يوسف معه في الخلع اي مع محمد يعني ان الخلع لا يسقط شيئا سوى المسمى واما ذكر قول ابي يوسف مترددا في المباراة مع ابي حنيفة وفي الخلع مع محمد **قوله** فهي معاوضة اي لفظ المباراة ولفظ الخلع معاوضة لان الخلع طلاق بعوض **قوله** لا غير فيه الخلاف بين النحويين فقال البصريون هو مبني على الضم لانه قطع عنه المضاف اليه ونوى فصار غاية كقبل وبعد فهما ان ظرف وليس لا غير بظرف وقال الزجاج لا غير مرفوع الراي والتنوين على تقدير ليس فيه غير • وقال الكوفيون لا غير مبنيا على الفتح مثل لاريب وقد عرف في موضعه **قوله** وانه مطلق اي لفظ المباراة مطلق عن قيد المسمى فلا يتقيد بالمسمى لان المطلق يجري على اطلاقه الا اذا دل الدليل على التقييد كما قيدنا بحقوق النكاح دون سائر الديون لان غرضهما من الخلع قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فتتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح وللقائل ان يقول لا نسلم ان الضرع تقويد الدلالة فيه لا بد لاغراض الزوجين تتقيد البراءة في خلع بما يتعلق بالنكاح فلان تتقيد بالمسمى لوجود صريح المسمى التسمية اولى واحرى **قوله** يعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه اي باطلاق لفظ المباراة والخلع وللقائل ان يقول من جهة محمد لا نسلم ان اللفظ مطلق سلمناه ذلك فيما اذا قال الرجل بارأتك او خالعتك على كذا او بكذا فلا نسلم حينئذ ان اللفظ بقي مطلقا لوجود قيد التسمية فلو لم يتقيد اللفظ بالمسمى يلزم الغاء قيد التسمية فلا يجوز ذلك **قوله** ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها • وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة الى آخر الباب • اعلم ان الرجل اذا خاطب بالصغيرة وقال خالعت بنتك على صداقها او على مالها الاخر فقبل الاب لم يجز عليها حتى لا يسقط مهرها ولا يلزم شي من المال لان البضع ليس بمتقوم حال الخروج لان الخروج لو بدله يبال لسقطت مهرها ولا بد للاب نظر به ولا نظر في الزام ما هو متقوم بمقابلة ما ليس بمتقوم بخلاف ما اذا زوج ابنه الصغير ما له حيث يجب المهر على الابن لانه يدخل في ملكه شي بازاء ما يلزمه من المال وهو متقوم ولهذا بخلاف النكاح ثم هل يقع الطلاق ام لا فيه روايتان قال الصدر الشهيد والامام العتابي في شرحهما لجامع الصغير والاصح انه يقع لان الزوج علق الطلاق بشرط قبول الاب وقد وجد فصار كما اذا وجد الشرط في سائر التعليقات اما اذا خلع الاب ابنته الصغيرة على صداقها او على الف درهم وضمن ذلك صح الخلع لوجود الشرط ووجب المال على الاب لان التزام بدل الخلع من الاجنبي صحيح فمن الاب اولى لكن لا يسقط المهر لانه لا نظر في سقوطه بل يبقى كل المهر ان دخل بها والنصف ان لم يدخل بها واما اذا لم يقبل الاب بشرط الضمان عليها يتوقف الخلع على قبولها ان كانت من اهل القبول بان كانت الصغيرة عاقلة فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط لكن لا يسقط المهر لان الصغيرة ليست من اهل الغرامة بل يجب الكل ان دخل بها والنصف ان لم يدخل بها فان لم تقبل ثم قبل الاب عنها ففي وقوع الطلاق روايتان ثم اذا صح ضمان الاب الالف او المهر وهو الف درهم مثلا فلا يخلو من احد الامرين اما ان دخل الزوج بها او لا فان كان دخل بها فله على الزوج جميع المهر وللزوج على الاب بحكم الضمان الف درهم وان كان لم يدخل بها فله على النصف نصف الالف لان النصف الآخر يسقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الاب الف درهم بحكم الضمان في القياس واما في الاستحسان فللزوج على الاب خمسمائة لان المقصود سلامة الالف وقد حصلت لان النصف سقط بالطلاق قبل الدخول والنصف الآخر الذي يرجع فيه المرأة عليه فهل يرجع على الضامن وهو الاب هذا اذا لم يتعين المهر لما اذا

قبضت كله فيرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف الآخر على الضامن وهو الاب هذا اذا سلم له جميع الالف ولا يعتبر باختلاف السبب عند اتحاد المقصود واصل المسئلة ما ذكره العتابي وغيره في البالغة اذا اختلعت على الف درهم قبل الدخول ومهرها قبل الدخول وقد التزمت المرأة الالف ونصف الالف يسقط عنه فيما بطريق المقاصة لان لها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف المهر وجب عليها خمسمائة زائدة على الالف تتمة للالف التي التزمتها في الاستحسان لا شي عليه لان مقصود الزوج سقوط كل المهر عنه وقد حصل فلا يلزمها شي زائد على ذلك اما اذا قبضت جميع الالف ففي القياس ترد المرأة الالف وخمسمائة وفي الاستحسان لا ترد شيئا زائدا على الالف لان المقصود سلامة المهر وقد حصلت فلا حاجة الى ايجاب شي آخر قالوا فان المهر شيئا عينا فانه اخذ من الزوج عين ذلك كله ان دخل بها ونصفه ان لم يدخل بها ويرجع الزوج على الضامن وهو الاب بقيمته كله او بقيمة نصفه استحسانا **قوله** ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال هذا ايضاح لكون البضع في حال الخروج غير متقوم ولانه متقوم عند الدخول فانه لما لم يكن متقوما عند الدخول وقع خلع المريضة تبرعا فاعتبر من الثلث بخلاف حالة الدخول فانه لا يعتبر تبرعا بمقدار مهر المثل فاعتبر من جميع المال **قوله** لانه تعليق الطلاق بشرط قبوله اي لان الخلع تعليق الطلاق بشرط قبول الاب وقد حصل لان الزوج علقه بقبول الاب **قوله** فان خلعها على الف على انه ضامن اي ان خلع الاب الصغيرة وهو الاب بدل الخلع **قوله** وان شرط الالف عليها اي شرط الاب الالف على الصغيرة **قوله** ان كانت من اهل القبول اي ان كانت عاقلة **قوله** ففيه روايتان اي في وقوع الطلاق روايتان عن اصحابنا **قوله** ويلزمه خمسمائة اي يلزم الاب **قوله** خمسمائة زائدة اي على المهر **قوله** يراد به ههنا حاصل ما يلزمها اي بالخلع وههنا حاصل ما يلزم من المرأة على الزوج والله سبحانه وتعالى اعلم •

الظهار

مناسبة الباب مرت في اول باب الايلاء اعلم ان الظهار لغة قول الرجل لامرأته انت علي كظهر امي وفي الشرع تشبيه المحللة بالمحرمة على وجه التأبيد كالام والاخت والخالة والعمة سواء كانت من نسبه او من رضاع او مصاهرة وركن الظهار قوله انت علي كظهر امي فيقع الظهار به سواء وجدت النية او لم توجد لانه صريح في الظهار وكذا اذا شبهه بعضو شائع او معبر عن جميع البدن لانه صريح في الظهار وكذا اشبه بعضو شائع او معبر عن جميع البدن كما في الطلاق وشرط الظهار ان يكون المظاهر مسلما حتى لا يصح ظهار الذمي عندنا خلافا للشافعي ومن شرائطه ان تكون المرأة محللة بالنكاح لا بملك اليمين حتى لو ظاهر من امته او مدبرته او ام ولده لا يصح شرائطه لان حكم الظهار ثابت بخلاف القياس لكونه منكرا من القول وزورا فاقتصر على مورد النص قال الله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم والمراد من كان اهلا لشأن التصرفات وهو العاقل البالغ وحكمه حرمة الوطء ودواعيه مؤقتا الى وجود الكفارة مع بقاء اصل النكاح لقوله عليه الصلاة والسلام للذي اهم المواقع استغفر الله ولا تعد حتى تكفر **قوله** واذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره وهذا من مسائل القدوري والاصل في الظهار قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وسبب نزول الآية ما روى الواحدي في اسباب نزول القرآن باسناده الى عروة قالت عائشة تبارك الذي وسع سمعه كل شي اني لاسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى علي بعضه وهي تشكو زوجها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي تقول يا رسول الله اكل شبابي ونثرت له بطني حتى اذا كبرت سني وانقطع ولدي ظاهر مني اللهم اني اشكو اليك قالت فما برحت حتى نزل جبرئيل بهذه الآيات قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الآية • وقال في الكشاف هي خولة بنت ثعلبة امرأة اوس بن الصامت اخي عبادة بن الصامت وقال فيه وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لها حرمت عليه فقالت اشكو الى الله فاقتي ووحدتي كلما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حرمت عليه هتفت وشكت فنزلت قال اصحابنا في المبسوط وغيره ان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصل الظهار ونقل حكمه الى تحريم مؤقت بالكفارة غير مزيل للنكاح **قوله** كالحيض يحرم به الوطء اي وجود الظهر من غير ان يزول النكاح **قوله** وهذا لانه جناية اشارة الى نقل حكم الظهار الى تحريم موقت بالكفارة • بيانه ان الظهار جناية لان الله تعالى سماه في آية الظهار منكرا وزورا قال تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا واراد بالمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع وبالزور الكذب والباطل فناسب ان تجازى بثبوت الحرمة وارتفاع تلك الحرمة بالكفارة زجرا له والضمير في به راجع الى الجناية وفي ارتفاعها الى الحرمة **قوله** ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه والضمير في بدواعيه راجع الى الوطء وكذا في فيه واراد بالدواعي اللمس والقبلة لانهما داعيان الى الوطء اطراف الوطء قبل الكفارة لما بين ان شاء الله تعالى فلما حرم الوطء حرم دواعيه ايضا كما في الاحرام والاعتكاف والاستبراء كيلا يقع في الحرام فمن حام حول الحمى يوشك ان يقع فيه بخلاف الحيض والنفاس والصوم فان الوطء في هذه الصور حرام ولم يحرم الدواعي والفرق ان الحيض والنفاس والصوم يتكرر ولو حرم الدواعي فضت الى الحرج وهو منتف بالنص بخلاف الظهار والاحرام والاعتكاف والاستبراء فانها ليس يقع قليلا ولا يفضي حرمة الدواعي فيها الى الحرج وباقي التقرير مر في باب الاعتكاف **قوله** فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله ولا شي عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاوده حتى يكفر وهذا لفظ القدوري في مختصره واراد بالكفارة الاولى الكفارة الواجبة بالظهار دون الترتيب المنصوص والضمير البارز في لا يعاوده راجع الى الوطء وهذا ما روى صاحب السنن باسناده الى عكرمة ان رجلا ظاهر من امرأته ثم واقعها قبل ان يكفر فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره

فقال ما حملك على ما صنعت قال رايت ساقيها بياض في القمر قال فاعتزلها حتى تكفر عنك ، وروى صاحب الكشاف ان سلمة ابن صخر
البياضي قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ظاهرت من امراتي ثم ابصرت خلخالها في ليلة قمرا فواقعتها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استغفر
ربك ولا تعد حتى تكفر وجه الاستدلال بالحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم امره بالاستغفار ولو كان ثم بالكفارة الاخرى
لو كانت واجبة لبينها وهذا هو مذهب عامة العلماء مثل سفين ومالك والشافعي واحمد واسحاق ، وقال بعضهم اذا وقعها قبل ان
يكفر فعليه كفارتان وهو قول عبد الرحمن ابن مهدي كذا اورده ابو عيسى الترمذي في جامعه ، وقال ابو بكر الرازي وروي نحو
قولنا عن الحسن وسعيد بن المسيب وعطا وابراهيم وروي عن عمرو بن العاص وسعيد ابن جبير ان عليه كفارتين ثم العود الذي يجب
الكفارة فيه اختلاف قال اصحابنا هو العزم على الجماع فاذا عزم على وطيها وجبت الكفارة فان بدا له في الوطء سقطت
عنه وكانما عندهم لا تجب وجوبا مستقرا كذا في شرح ابي نصر ، وقال داود الاصفهاني هو اعادة لفظ الظهار مرتين كذا في
الشامل وهو اسا كما بعد الظهار زمانا ولا يطلقها حتى لو طلقها موصولا بالظهار فلا كفارة عليه ، كذا في الحلف وغيره والصحيح
قولنا لان المفهوم من العود في اللغة هو الرجوع الى الامر الاول او الجماع كان مباحا قبل الظهار فصار حراما بعد الظهار فاذا عزم
على الجماع عاد اليه وله في معنى كذا ذكره الجوهري وما في لما قالوا بمعنى المصدر وقد يراد بالمصدر المفعول كضرب الامير ونسج
اليمن تسمية للمحل باسم الحال كما في قوله تعالى خذوا زينتكم وحاصل المعنى ثم يعزمون الى ما قالوا مباشرتهن ثم اذا بدا له في
الوطء سقطت الكفارة لا انها تجب عنده لا غير مستقرة ولهذا تسقط بموتها او موته عقيبه ان العود بالعزم ولا استقرار في العزم
تكذا الكفارة المبنية عليه ، قال ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي ومما يدل على بطلان قول الشافعي ان قوله ثم يعودون لما قالوا
يقتضي ان يكون العود متراخيا عن القول لان ثم في لغة العرب للتراخي وليست للمقارنة وقوله يقتضي ان يكون العود عقيب الظهار
بترك طلاقها متصلا به وهذا خلاف حكم الاية اذ ليس في قوله وجود عود يكون مواطنا حكم الاية بوجه وهذا افساد من القول
وقوله من جهة اخرى يخالف لظاهر الاية وهو ان قوله ثم يعودون لما قالوا يقتضي احداث معنى يكون به عائدا او ترك الطلاق لا يسمى
عودا الى شي لحالة وانما هو بقا على الحال الاولى وبقا الانسان على حال كان عليها قبل الحول لا يسمى عودا اليه فلم يجز حمل معنى الاية
عليه ثم اعلم ان الكفارة لا تجب بالعود وحده بل بالظهار والعود جميعا لان الله تعالى علق الكفارة بالظهار والعود والعود جميعا
قوله قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا اي تحتمل اما اذا نوى الظهار فظاهر وكذا اذا نوى الطلاق لان الظهار
كان طلاقا في الجاهلية فنسخ الى تحريم موقت بالكفارة فيكون نية الطلاق نية المنسوخ فلا يصح ولان البينة فيما يحتمله اللفظ
واللفظ صريح في الظهار فلا يحتمل غيره فلا يصح نية الطلاق وكذا اذا نوى تحريم اليمين لانه صريح في الظهار وكذا اذا قال اردت به الخبر
عن الماضي كاذبا لا يصدق قضا قوله واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر وهذا لفظ القدوري في
مختصره وذلك لان الظهار منكر من القول وزور وقد انما هو وهذا انما يكون بتشبيه من هي في اقصى غايات الحل بالتي هي اقصى في غايات
الحرمة وذلك لا يختلف بالظهر والبطن لا سيما الفرج فان حرمته اشد ولان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة على التابيد وقد وجد
المعنى بالتشبيه بكل عضو لا يجوز النظر اليه كما يحصل بالظهر فيكون كاخواته من الالفاظ كما يكون بلفظ الظهر قوله وكذلك
اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التابيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة اي اذا شبه امراته بمن لا يحل للرجل النظر
الى هذه الاشيا الظهر والبطن والفخذ والفرج على التابيد من سائر المحارم كالاخت وغيرها ، اعلم ان الرجل اذا شبه امراته بمن لا يحل
له نكاحها ابدا كان مظاهرا سوى كانت من جهة النسب او من جهة الرضاع او من جهة المصاهرة كالعمة والخالة والاخت من نسب
او رضاع وكام الام وامراة الاب لا نص في الحرمة المؤبدة كالام ، قال الشيخ ابو نصر البغدادي وقال الشافعي اذا شبهها بالام
والجدة فهو ظهار وان شبهها بالبنت والاخت ففيه قولان وان شبهها بمن كانت حلالا ثم حرمت كام امراته لم يكن مظاهرا قولا واحدا
لان الله تعالى خص الام بالذكر قلنا هذا ضعيف لان الله تعالى علل الحكم بكونه منكرا من القول وزورا على التابيد ، وقال في فتاوى
الولوالجي لو شبهها بامراة زنى بها ابوه او ابنه فهو مظاهر عند ابي يوسف لانها محرمة على التابيد لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم
وقال محمد لا يكون مظاهرا لان موجب اللعان وان كان للحرمة المؤبدة عندنا يسع فيه الاجتهاد ولهذا لو حكم حاكم بجواز نكاحها جاز فلو
لم تكن في معنى الام كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وغيره ، وقال في الفتاوى الولوالجي ايضا ولو قبل اجنبية بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة
ثم شبه زوجته بابنتها لم يكن مظاهرا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يكون مظاهرا لان الحرمة تثبت بالنص ، وهو ما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من كشف قناع امراة فنظر الى فرجها بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وهما يقولان ان هذا خبر الواحد
فلا يوجب العلم بخلاف الوطء لانه منصوص عليه في الكتاب وقال فيه ايضا ولو شبهها بمن على نحو اخت المراة وامراة لها زوج
او مجوسية او مرتدة لم يكن مظاهرا لان الحرمة هنا بسبيل الزوال ، وقال الحاكم الشهيد في الكافي وان قال لامراته انا منك مظاهر
او قال ظاهرت منك او انت مني كظهر امي او انت عندي كظهر امي فهذا كله ظهار وانما ذكرناه من المسائل تكثيرا للفوائد لتطلب
الزوائد قوله وكذلك لو قال راسك على كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك اي هو مظاهر وهذا لفظ
القدوري في مختصره وذلك لان الفرج والوجه والرقبة يعبر بها عن جميع البدن فيكون تشبيه محل من الاعضاء من المراة كتشبيه ذات
المراة فيكون مظاهرا وكذا اذا قال بدنك او جسدك على كظهر امي كان مظاهرا وبه صرح الحاكم الشهيد في الكافي وقال شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي ولو قال جسدك او طولك على كظهر امي لم يكن مظاهرا بمنزلة قوله يدك او رجلك لان هذا العضو لا يعبر به عن جميع
البدن عادة ولنا الجزء الشائع كالنصف والثلث والربع وغيرها اذا شبهه بظهر الام يكون مظاهرا لان الحكم يثبت في ذلك

الجزء او لا ثم يسري الى سائر البدن لشياع الجزء كما في الطلاق ، وقال الحاكم الشهيد في الكافي وان قال انت علي كظهر امي اليوم
فهو مظاهر في ذلك اليوم فاذا مضى بطل الظهار وقال ابن ابي ليلى هو مظاهر ابدا وكذلك لو قال شهرا او قال حتى يقدم فلان فهو كما قال
وسقط اذا مضى شهرا وقدم فلان وذلك لان حرمة الظهار موقتة فيثبت الظهار بتاقيته قوله ولو قال انت علي مثل امي
او كامي يرجع الى نيته وهذه من مسائل مختصر القدوري وتمامها فيه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال وان قال اردت الظهار فهو
ظهار وان قال اردت الطلاق فهو طلاق باين وان لم يكن له نية فليس بشي ، قال الشيخ ابو نصر وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
هو ايلاء وقال محمد هو ظهار وهذا الخلاف بينهم اذا لم يكن له نية انما الرجوع الى النية فلان اللفظ محتمل والكاف يقتضي التشبيه وذلك يحتمل
وجوها فلا يعدل الى احدها الا بالنية ثم قال اردت به الكرامة والمنزلة فهو كما قال يعني انت عندي في استحقاق الكرامة والمنزلة مثل
امي وهذا لان كلامه يحتمل ذلك واذا قال اردت الظهار كان ظهارا لانه شبهها بظهرها وهو عضو منها كان ظهارا لانه يحتمل التشبيه في
الحرمة كما لو قال انت علي حرام ونوى به الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشي في قول ابي حنيفة وقال محمد هو ظهار ولم يذكر خلاف
ابي يوسف في الاصل وفي مختصر الكافي وقال مشايخنا في شرح الجامع الصغير عن ابي يوسف روايتان في رواية كقول محمد وفي رواية
كقول ابي حنيفة ، وقال الامام العتابي في شرحه للجامع الصغير ، وعن ابي يوسف ثلاث روايات في رواية لا يقع شي كقول ابي حنيفة
وفي رواية يكون ظهارا وفي رواية يكون ايلاء والصحيح قول ابي حنيفة لان اللفظ يحتمل البر والكرامة وما زاد عليه فهو مشكوك فلا يثبت
الا بالنية وجه قول ابي يوسف ان الايلاء متيقن لكونه ادنى وفيه نظر لان الكرامة ادنى منه واللفظ يحتملها ووجه قول محمد ان اللفظ
التشبيه دل على ارادة الظهار وفيه نظر ايضا لان الظهار لا يستدعي التشبيه لا محالة ولهذا لو قال ظاهرت منك او قال انا منك
مظاهر صح الظهار مع عدم التشبيه فلما لم يتعين الظهار بالتشبيه لم يكن دل لفظ التشبيه على ارادة الظهار وانما اذا نوى التحريم لا غير
فهو ايلاء على مثل اي اذا كان كذا قال الصدر الشهيد في شرحه للجامع الصغير وذكر بعض المتاخرين في شرح هذا الكتاب اي الجامع الصغير
ظهارا وقال على قول ابي حنيفة وابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار ثم قال الصدر الشهيد وهذا غلط بل يكون ظهارا بالاجماع
واستدل ناصر عليه الحاكم الشهيد في مختصر الكافي في قوله انت علي حرام كامي ولم ينو شيا او نوى التحريم انه ظهار عندهم فكذا في قوله
انت علي كامي لانه لما نوى التحريم صار ملحقا بقوله انت علي حرام كامي قوله فعند ابي يوسف ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين
وهذا الخلاف بين ابي يوسف ومحمد على ما قاله بعض المشايخ وقد رده الصدر الشهيد فقال بل هو ظهار بالاجماع وقد مر بيانه ايضا واراد
بادنى الحرمتين حرمة الايلاء وحرمة الظهار وادناهما حرمة الايلاء من وجوه احدها ان الحرمة في الايلاء لا تثبت في الحال ما لم يمض اربعة
اشهر وفي الظهار تثبت في الحال والثاني ان الحرمة التي تثبت بالايلاء يمكن دفعها بالحنث في المدة بالوطء وليس كذلك الظهار فانها
لا تزول الا بالتي ظاهر منها ما لم يكفر والثالث ان الظهار منكر من القول وزور وليس كذلك الايلاء لانه يمين مباح والرابع ان كفارة
الظهار اغلظ حيث شرع فيها وكفارة الايلاء اطعام عشرة مساكين والصوم في الظهار شهران متتابعان وفي الايلاء ثلاثة ايام لا
متتابعة فلما كانت كفارة الظهار اغلظ والخامس ان الرجل اذا ظاهر من امراته ابدا ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء حتى اذا عادت اليه بعد زوج
اخر لم يقربها في اربعة اشهر لا يقع البينونة ثم اذا قربها كفر عن يمينه فلما كانت حرمة الايلاء ادنى من حرمة الظهار كان المراد الايلاء لا
يقين قوله ولو قال انت علي حرام كامي ونوى طلاقا او ظهارا فهو على ما نوى ، وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وفي هذه
المسالة لا يتصور معنى الكرامة والمنزلة للتصريح بالحرمة يمكن تصور الطلاق والظهار وغايتهما نوى صح ذلك لاحتماله كما في المسالة الاولى
وذلك لان قوله انت علي حرام يكون طلاقا بالنية والتشبيه بالام بقوله كامي تاكيد لتلك الحرمة فاذا شبهها بظهر الام يكون
ظهارا فبالطريق الاولى ان يكون ظهارا اذا شبهها بالام انما اذا نوى التحريم فهو ظهار وبه صرح الحاكم في الكافي ونقل الصدر
الشهيد في شرح الجامع الصغير ، وقال قد شرع حرمة الظهار لا حرمة الايلاء والطلاق متعين وانما ذكر ما شبهها بالام وتشبيه
المكروهة بالام يثبت لحرمة الظهار لا لحرمة الايلاء والطلاق متعين الظهار لانه التشبيه واما اذا لم يكن له نية فقد ذكر بعض
المتاخرين في شرح الجامع الصغير خلافا فقال على قول ابي حنيفة وابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعلى قول محمد
هو ظهار لمكان التشبيه فقال الصدر الشهيد وهذا ايضا غلط ايضا لانه نص في مختصر الكافي على انه اذا قال انت علي حرام كامي ولم
ينو شيا كان ظهارا ولم يذكر شمس الائمة السرخسي ايضا في شرح الكافي وهو مبسوطه فيما اذا لم يكن له نية خلافا بل قال وان لم
يكن له نية فهو ظهار لان حرمة الظهار دون حرمة الطلاق لان الظهار لا يزيل الملك والطلاق يزيله ، وقال كذا شمس الائمة البيهقي
في الشامل والولوالجي في فتاواه والعتابي في شرح الجامع الصغير فعلم ان الخلاف المذكور في الهداية بين ابي يوسف ومحمد فيه
نظر والوجه ان فيما اي وجها قول ابي يوسف وقول محمد واشار بهما الى قوله ليكون الثابت ادنى الحرمتين والى قوله لان كاف التشبيه
يختص به اي بالظهار قوله ولو قال انت علي حرام كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة وقالا
هو على ما نوى ، وهذه من مسائل المعادة في الجامع الصغير وقوله قالا هو على ما نوى لنا فيه كلام لانه يفهم منه انه اذا نوى الايلاء
يكون ايلاء عندهما وليس ذلك بمذكور في ظاهر الرواية ، وهكذا قال الحاكم الجليل الشهيد في الكافي وان قال انت علي حرام كظهر امي
وهو يريد الطلاق او التحريم او الظهار فهو ظهار في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد اذا اراد بالتحريم الطلاق فهو طلاق ولا
الى هنا لفظ الكافي كما ترى ، وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وعند ابي يوسف ومحمد ان نوى الظهار او لم يكن له نية فهو
ظهار وان نوى الطلاق فهو طلاق ولم يتعرض لنية الايلاء ايضا ولهذا لم يذكر فخر الاسلام البزدوي في شرحه للجامع الصغير نية
الايلاء اصلا وكذا الامام الاسبيجابي لم يذكرها في شرح الطحاوي وكذا شمس الائمة البيهقي لم يذكرها في الشامل وقد صرح الولوالجي

في نفاذه بخلاف ذلك بحث قال وإذا قال لا إذا نوى طلاقا فإنه كان طلاقا وإن نوى التحريم أو الظهار أو لم ينو شيئا كان ظهارا وإن
نوى التحريم كان إيلاء وإلى هذا أشار صاحب المختلف أيضا لأنه قال إذا قال لامرأته أنت علي حرام كظهر أمي أو نوى الظهار أو لا
أو التحريم المطلق فهو ظهار وقال إن أراد الطلاق فهو طلاق وكأنه قال خلافا لهما فيما إذا أراد الطلاق أما إذا نوى أو أراد غيره يكون ظهارا
بالاتفاق ثم إن الصدر الشهيد ذكر في شرحه للجامع الصغير كما في الهداية فقال وعندهما هو على ما نوى لوجود التصريح بلفظة
الحرمة ولأنها تحتمل ما نوى وكذلك ذكر الإمام العتابي في شرحه للجامع الصغير حيث قال وعند محمد إن نوى الطلاق فطلاق
وإن نوى اليمين فيكون إيلاء ولا يكون ظهارا لأن لفظ التحريم يحتمل الطلاق ويحتمل اليمين • ثم قال وعند أبي يوسف إن نوى
يمينا يكون إيلاء لما قلنا ولا يكون ظهارا والحاصل أنه إذا نوى الطلاق يكون ظهارا عند أبي حنيفة وعندهما يكون طلاقا وروى
أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أنه يكون طلاقا وظهارا ولا ينافيه لأنه إذا طلق ثم ظاهر أو ظاهر ثم طلق صح وجه الظاهر
عنهما أن لفظ التحريم يحتمل الطلاق فإذا نوى ذلك صح ويكون قوله كظهر أمي لتأكيد تلك الحرمة ووجه قول أبي حنيفة أن
اللفظ أعني قوله كظهر أمي صريح في الظهار ولفظ التحريم محتمل والمحتمل ينصرف إلى المحكم ولا يعمل فيه بنية أمر كصريح الطلاق إذا
نوى به شيئا آخر لا يعمل بنيته فصار كأنه نص على الظهار ونوى به الطلاق ولم يذكر لفظ الحرام وما روى أصحاب الإملاء
عن أبي يوسف فقد ضعفه شمس الأئمة السرخسي فإن الطلاق إن وقع بقوله أنت علي حرام كان سكوتا بلفظ الظهار بعدما بانت
والظهار بعد البينونة لا يصح فإن وقع الظهار مع الطلاق فاللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين وفيه نظر لأنا لا نسلم
أن اللفظ واحد لما قلنا **قوله** وعند أبي يوسف يكونان جميعا أي يكون الظهار والطلاق جميعا لكن هذا التخريج ظاهر
الرواية عن أبي يوسف وقد بيناه **قوله** وقد عرف في موضعه أي في شرح الكافي **قوله** ثم هو محكم يرد
التحريم إليه أي قوله كظهر أمي محكم في الظهار فيرد التحريم المحتمل لغير الظهار إلى المحكم كما هو الأصل يعني يراد بالتحريم الظهار
قوله ولا يكون الظهار إلا من الزوجة وهذا لفظ القدوري في مختصره • وهي من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة فيمن يظاهر من أمته قال لا يكون مظاهرا يعني لا يحرم عليه وطء الأمة بالظهار قال
شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي ولا يكون الرجل مظاهرا من أمته ولا من أم ولده ولا من مدبرته عندنا • وقال مالك يصح ظهاره
منهن لحصول تشبيه المحللة بالمحرمة • ولنا قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم والنساء اسم للزوجات والمملوكة لا تسمى زوجة
فلا يصح الظهار منها ولأن الحل في الأمة تابع ليس بمقصود وإنما المقصود ملك اليمين ولهذا إذا اشترى الأمة المجوسية أو أخته
من الرضاعة صح فلما كان الحل تابعا في الأمة لم يكن ملحقة بالزوجة لأن الحل فيها مقصود ولأن الظهار كان طلاقا في الجاهلية فنقل
حكم الطلاق إلى تحريم موقت بالكفارة والأمة ليست بمحل للطلاق فلا تكون محلا للظهار ولهذا لم تكن محلا للإيلاء لأن
الإيلاء طلاق مؤجل والأمة ليست بمحل للطلاق ولنا ما روي عن ابن عباس أنه قال من شاء باهلته عند الحجر الأسود أنه لا
في الظهار في الأمة وكذا لو ظاهر من أجنبية كان باطلا لعدم معنى الظهار ولأنه تشبيه الحرمة بالحرمة فلم يكن منكرا من القول
وزورا **قوله** فإن تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل أورد هذه المسألة تفريعا
لما قبله لأنه لما قال ولا يكون الظهار إلا من الزوجة فرع عليه هذه المسألة يعني لو ظاهر من امرأة نكاحها موقوف لا يصح ظهاره
لأنها حين ظاهر منها الرجل لم تكن زوجته فلم يصح ظهاره والظهار منكر من القول وزور وهذا الكلام لا يقع منكرا وزورا لأنه
صادق لا كاذب حيث شبه الحرمة بالحرمة فلا يكون ظهارا ولا يقال ينبغي أن يتوقف الظهار على إجازة المرأة النكاح كما يتوقف
النكاح لأن الظهار يتوقف الملك والملك موقوف فينبغي أن يكون ما بني على الملك أيضا موقوفا لأنا لا نسلم أن الظهار
ليس من حقوق ملك النكاح فلا يلزم من توقف ملك النكاح توقف الظهار وذلك لأن الظهار حرام محض لكونه منكرا
من القول وزورا والنكاح أمر مشروع فلم يلزم من توقف المشروع توقف المحظور بخلاف ما إذا أعتق المشتري العبد المغصوب
من الغاصب ثم أجاز المغصوب توقف العتق أيضا لأن الإعتاق من حقوق الملك وهو مشروع فلزم من توقف الملك توقف
الإعتاق وذلك لأنه منهي الملك فكان حكما من أحكامه فيتوقفان جميعا **قوله** ومن قال لنسائه أنتن علي كظهر
أمي كان مظاهرا منهن جميعا • وهذه من مسائل القدوري أطلق الرجل إذا ظاهر من أربع نسوة فعليه أربع كفارات نص عليه الحاكم
الشهيد في الكافي • وقال الشافعي عليه كفارة واحدة إذا ظاهر منهن بكلمة واحدة وهذا أول قوليه القديم • كذا ذكر الشيخ أبو نصر
البغدادي وشمس الأئمة السرخسي وذكر في المختلف أن عند مالك يجب عليه كفارة واحدة لأنه إيجاب واحد فلا يوجب
أكثر من كفارة واحدة كما إذا قال والله لا أقربكن فوطئهن جميعا في مدة الإيلاء لا يلزمه إلا كفارة واحدة • ولنا أن الكفارة
تجب بالظهار والعود جميعا وعوده في تلك المرأة غير العود في المرأة الأخرى فلما تعدد السبب الموجب تعدد المسبب كما إذا
ظاهر من كل واحدة على حدة ولأن الظهار يوجب حرمة موقتة بالكفارة فتتعدد الكفارة حسب تعدد الحرمة كما أن الطلقات
الثلاث توجب حرمة موقتة بزوج آخر فإذا أضاف الطلقات الثلاث إليهن جميعا ثبت في كل واحدة منهن حرمة موقتة بزوج
آخر فكذا هنا وهذا معنى قوله كما إذا أضافه الطلاق بخلاف الإيلاء فإن الكفارة فيه إنما تجب لهتك حرمة اسم الله تعالى ولم
يتعدد ذكر الاسم بتعدد النساء فلم تجب إلا كفارة واحدة • ثم اعلم أنه إذا ظاهر من امرأة واحدة مرتين أو ثلاثا في مجالس مختلفة
فعليه لكل ظهار كفارة وكذا إن ظاهر منها في مجلس واحد ثلاث مرات فعليه لكل ظهار كفارة لأن تكرار الظهار كتكرار اليمين فكما
تتكرر الكفارة في اليمين المتكررة تتكرر في الظهار المتكرر أيضا إلا إذا نوى بالظهار الثاني والثالث الأول فحينئذ يجب كفارة واحدة

لأن حكم الظهار أمر بينه وبين الله تعالى فيصدق بخلاف الطلاق فإن قيل لما ثبت بالظهار الأول حرمة موقتة لم تتكرر
الحرمة بتكرار الظهار قلنا بالظهار الأول ثبتت الحرمة الموقتة فيما ملك الحل فصح الظهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع
أسباب الحرمة كالخمر حرام على الصائم لعينه ولصومه ولعينه إذا حلف لا يشرب الخمر تتعدد جهتها أي تتعدد الكفارة بتعدد
الحرمة **قوله** ولم يتعدد ذكر الاسم أراد به قوله والله وإنما لم يتعدد لأنه قاله مرة واحدة والله أعلم **قوله** في
الكفارة لما كانت الحرمة في باب الظهار حرمة موقتة إلى وجود المنهي عن الكفارة شرع في هذا الفصل لبيان ذلك والله أعلم
قوله قال وكفارة الظهار عتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا • أي
قال القدوري في مختصره اعلم أن كفارة الظهار مشروعة على الترتيب دون التخيير لأن الله تعالى ذكرها بحرف الفاء وهي للترتيب فالإعتاق
عند القدرة عليه ثم صيام شهرين متتابعين عند العجز عن الإعتاق ثم إطعام ستين مسكينا عند العجز عن الصوم والأصل فيه قوله
تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن
لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا والمراد من عتق الرقبة إعتاق الرقبة لأنه إذا ورث
أباه فنوى به الكفارة لم يجزه وقد نص عليه الحاكم الشهيد في الحاكم الكافي وذلك لأن الميراث يدخل في ملكه بلا صنع منه فيعتق
عليه بلا صنع منه أيضا والإعتاق شرط فيها التحرير وهو صنع منه ولم يوجد **قوله** قال كل ذلك قبل المسيس أي قال
القدوري في مختصره يعني أن الكفارة تشترط أن تقع قبل الوطء سواء كانت بالإعتاق أو الصيام أو الإطعام أما في الإعتاق والصيام
فلأن الله تعالى قال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا وقال تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ولنا في الإطعام
وإن لم يشترط فيه التقدم على المسيس نصا فيه وجهان أحدهما أن الكفارة في باب الظهار شرعت منهية للحرمة الثابتة بالظهار
والعود جميعا فلو حل الوطء قبل الكفارة بالإطعام لم يكن المنهي منهيا لأن الحل يوجد حينئذ بلا وجود المنهي وهو فاسد والثاني لا يمكن أن
يقدر على الإعتاق أو الصيام فلو حل له الإطعام فحينئذ يعود الحكم إلى الأصل لأن القدرة على الأصل قبل حصول المقصود
بالخلف يبطل حكم الخلف فلو قلنا بجواز الوطء قبل الإطعام ربما يقع الوطء قبل الإعتاق والصيام بأن يقدر على ذلك وهو خلاف النص
فلا يجوز فلم يجز الوطء قبل الإطعام أصلا احتياطا لأن الباب باب الحرمة ثم قيل قوله عليه الصلاة والسلام استغفر الله ولا
تعد حتى تكفر • بيانه أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الواطئ بالاستغفار وذلك يقتضي سابقة الذنب وهو لا يكون إلا بارتكاب
الحرام فعلم أن الوطء حرام قبل الكفارة مطلقا ونهى أيضا عن العود عن الوطء إلى غاية التكفير مطلقا ولم يقيد بكفارة دون كفارة
فعلم أن الوطء حرام قبل الإطعام أيضا ثم إن وطئها قبل أن يكفر فلا شيء عليه بالوطء إلا الاستغفار وقد مر بيان ذلك قبل هذا
الفصل **قوله** قال ويجزئ في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والأنثى والصغير والكبير • أي قال القدوري
في مختصره وذلك لقوله تعالى فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا • بيانه أن اسم الرقبة مطلق وليس فيه تقييد بصفة دون صفة
فيجوز الكل والإطلاق في هذا المجموع إلا في الرقبة الكافرة فإنها تجزي عندنا عن كفارة الظهار والإفطار واليمين خلافا للشافعي
فإنها لا تجزي عنده وعلى هذا الخلاف إذا نذر أن يعتق رقبة فأعتق رقبة كافرة كذا ذكر الإمام علاء الدين العالم في طريقة
الخلاف وقول أحمد كقول الشافعي لنا أن المنصوص في الآية اسم الرقبة وهو مطلق لأن المطلق عبارة عن المتعرض للذات دون
الصفات وهو كذلك لأنه ليس فيه ما ينبئ عن الإيمان والكفر بل الرقبة اسم للمملوك كذا قاله الجوهري في الصحاح فلا يجوز تقييده
بالإيمان بخبر الواحد لأنه زيادة على النص وهو نسخ فلا يجوز نسخ الكتاب به ولا يجوز تقييده بالقياس على كفارة القتل أيضا
لأنه قياس المنصوص فلا يجوز ذلك للزوم اعتقاد النقص فيما تولى • بيانه فإن قلت جاء في حديث أبي هريرة أن رجلا جاء إلى
رسول الله صلى الله عليه وسلم برقبة سوداء وقال علي عتق رقبة أفتجزي هذه فامتحنها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالإيمان فوجدها
مؤمنة فقال أعتقها فإنها مؤمنة فتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالإيمان يدل على اشتراط الإيمان في الكفارة قلت
الصحيح من الرواية في السنن عن أبي هريرة أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم بجارية سوداء فقال يا رسول الله إن علي رقبة مؤمنة فقال لها
أين الله فأشارت إلى السماء بإصبعها فقال لها من أنا فأشارت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وإلى السماء يعني أنت رسول الله قال عليه
الصلاة والسلام أعتقها فإنها مؤمنة • بيانه أن الرجل قال علي عتق رقبة مؤمنة فاشترط النبي صلى الله عليه وسلم الإيمان لذلك
وليس كلامنا فيه لأن كلامنا في الرقبة المطلقة ولأن العلماء طعنوا في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أين الله فأشارت إلى السماء
ولا يعتقد رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يطلب من أحد أن يثبت لله تعالى جهة ولا مكانا ولئن صح الحديث فهو محمول على كفارة القتل
دلالة قوله أن علي رقبة مؤمنة • فإن قلت الكفارات كلها جنس واحد وفي بعضها ورد التحرير برقبة مطلقة عن قيد الإيمان كما
في كفارة الظهار وفي اليمين وفي بعضها ورد برقبة مقيدة بالإيمان كما في كفارة القتل فيحمل المطلق على المقيد إذا وردا في حادثة واحدة
كما حمل قوله عليه الصلاة والسلام في خمس من الإبل شاة على تقييد قوله عليه الصلاة والسلام في خمس من الإبل السائمة شاة حتى شرطت
السائمة وكذا المطلق في الشهادة عن قيد العدالة الذي في موضع وقيدها في موضع آخر ثم حمل المطلق على المقيد بالإجماع • قلت لا نسلم
أن المطلق حمل على المقيد عندنا بل لا يحمل ذلك عليه أبدا إلا إذا تعذر الجمع بينهما بأن وردا في حكم واحد فحينئذ يحمل للضرورة ولم يوجد
لأن في المقيد كثرة الثواب لصورة وههنا فيما نحن فيه يمكن الجمع بينهما فلا يحمل أحدهما على الآخر فاشتراط الإسامة في باب الزكاة ليس من حمل
المطلق على المقيد بل لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على العوامل شيء وكذا اشتراط العدالة ليس من باب حمل المطلق بل هو لقوله تعالى
إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أي توقفوا واتساع جواز العمياء والشلاء يرد علينا لأنها عالكة من وجه فلا تكون رقبة مطلقة فلا

فلا يتأتى لها النفي • فان قلت الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله وهو الكافر كالزكاة لا يجوز صرفها الى الكافر بيانه ان المأمور به تحرير هو حسنة من كل وجه وهذا التكفير سيئة من وجه لكونه اعانة على المعصية لانه تفرغ بعد العتق لعبادة الاوثان وارتكاب المعاصي قلت المأمور به تحرير رقبة مطلقة وقد اتى بها فجاز بخلاف صرف الزكاة الى الكافر حيث لم يجز لان الشرع اخرجه من ان يكون محلا للزكاة بقوله عليه الصلاة والسلام خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم ولا نسلم ان تحرير الكافر سيئة من وجه بل هو حسنة من كل وجه لانه تخليص العبد عن الرق وفيه تمكينه من الطاعات واقامة الفرائض والغالب انه يفعل ذلك لان مولاه احسن اليه وجزاء الاحسان احسان وانما يفعل العبد ذلك فهو من سوء اختياره فلا يضاف ذلك الى مولاه وقولهم انه اعانة على المعصية فلا نسلم ذلك لان المسلم لا يفعلها ولا يقصدها وان قالوا يحصل ذلك في ضمن الاعتاق قلنا ضمنيات الشيء لا تعلل وايضا لا يلزم من تمكين الفعل وجود الفعل لان وجوده بفعل اختياري من العبد فلا يضاف فعل المعصية الى المولى وباقي البحث في حل المطلق والمقيد يعرف في كتابنا الموسوم بالتبيين

قوله فلا يجوز صرفها الى صرف الكفارة وفي بعض النسخ صرفه اي صرف حق الله تعالى **قوله** وقد تحقق اي عتق اعتاق الرقبة **قوله** التمكن من الطاعة اي القدرة على الطاعة **قوله** ثم مقارنته المعصية محالة الى سوء اختياره اي كسب المعصية يضاف به الى سوء حال العبد وذكر الضمير الراجع من به الى المقارنة على تأويل الاقتران او الكسب لان المقارنة بمعنى الاقتران وهو كسب السيد **قوله** ولا يجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين • وهذه من مسائل القدوري والمراد من العمياء الرقبة العمياء فيتناول الذكر والانثى جميعا الا ان الامة العمياء لان عدم الجواز لا باعتبار الانوثة بل بفوات جنس المنفعة فانه فائت في هذه الصور البصر في العمياء والبطش في المقطوعة اليدين والمشي في المقطوعة الرجلين فلم يجز عن الكفارة كالميت بخلاف ما اذا اختل جنس المنفعة كالعور او المقطوعة احدى اليدين او احدى الرجلين من خلاف حيث يجوز ذلك لعدم فوات جنس المنفعة لعدم المشي قال الحاكم الجليل الشهيد في الكافي ولا يجزئ الاعمى والمقعد ولا مقطوع اليدين ولا الرجلين ولا اشلهما ولا الاخرس ولا المعتوه المغلوب ويجزئ الاصم والخصي والمقطوع الاذنين والمقطوع المذاكير لان منفعة النسل زائدة على ما يطلب من المماليك ويجزئ الذي يجن ويفيق والانثى واحدى اليدين واحدى الرجلين اذا لم يكونا من جانب واحد فان كان القطع من جانب واحد لم يجز وكذلك ان كان من كل يد ثلاثة اصابع مقطوعة لم يجز وان كان من كل يد اصبع سوى الابهام اجزأ ولا يجزئ المقطوع الابهامين انتهى **قوله** ويجوز الاصم • وهذه من مسائل القدوري قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط وفي القياس لا يجزئ وهو رواية النوادر لان جنس السمع وهو النفع • وجه ظاهر الرواية جواب الاستحسان ان الاصم اذا صيح في اذنه بسبيل المبالغة يسمع فلو كان جنس المنفعة فائتا ورواية النوادر محمولة على الصمم الاصلي • وقال في الشامل ويجزئ الاصم ثم قال قالوا لان الاصم لا يوجد في الكتب تأثيرا فاحشا ثم قال وقيل الصمم باصل الخلقة يمنع التكفير • وقال في الفتاوى الولوالجي ويجوز الاصم عن كفارة الظهار اذا كان يسمع شيئا وان كان لا يسمع شيئا لا يجوز هو المختار لانه في الوجه الاول بمنزلة العور في حق عدم جواز المنفعة وفوات جنس المنفعة وفي الوجه الثاني بمنزلة العمى في حق فوات جنس المنفعة ثم قال هكذا ذكره بعض المشايخ **قوله** وهو الاخرس اي الذي ولد اصم هو الاخرس وهو الذي لا يتكلم لانه في لسانه **قوله** ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان البطش يحصل بالابهام فاذا فات الابهامان جميعا يفوت البطش فلا يجزئ عن الكفارة لفوات جنس المنفعة • قال في الايضاح يجوز مقطوع الانف ومقطوع الشفتين اذا كان يقدر على الاكل ولا يجوز ساقط الاسنان كلها ويجوز ذاهب الحاجبين وشعر اللحية والرأس وهكذا عن نوادر ابن سماعة وقال في شرح الطحاوي يجوز الاعمش والعنين والخنثى والامة الرتقاء التي بها قرن تمنع الجماع **قوله** ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل • وهذه ايضا من مسائل القدوري وانما لم يجز ذلك لان جنس منفعة العقل معدومة فصار كالميت بخلاف الذي يجن ويفيق فانه يجوز عن الكفارة لان جنس المنفعة لم يفت لان العقل يستتر تارة ويظهر اخرى غاية ما في الباب انه اختل وذلك لا يمنع **قوله** ولا يجوز عتق المدبر وام الولد وهي مسئلة القدوري وذلك لان المأمور به تحرير رقبة مطلقا وتحريرهما ليس بتحرير مطلق لاستحقاق العتق بالتدبير والاستيلاد ولهذا لا يجوز بيعهما لم يكن اعتاقهما انشاء العتق من كل وجه فلم يجز عن الكفارة وكذا المكاتب الذي ادى بعض المال لا يجوز عن الكفارة في ظاهر الرواية لانه اعتاق بعوض والعوض يبطل معنى القربة بخلاف ما اذا لم يؤد شيئا • وقال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه روى الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز لانه رق لم ينتقص ما ادى من البدل ولهذا احتمل عقد الكتابة الفسخ بعد استيفاء بعض البدل كما احتمل قبله **قوله** فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز • وهذه من مسائل القدوري قال في المبسوط اذا اعتق المكاتب قبل ان يؤدي شيئا جاز عن الكفارة استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر والشافعي وجه قوله ان استحقاق العتق بالكتابة فوق الاستحقاق بالتدبير والاستيلاد بدليل ان المكاتب احق بكسبه واولاده دون المدبر وام الولد ثم التدبير والاستيلاد يمنعان العتق عن الكفارة فالكتابة اولى ولانه اعتاق صورة ابراء عن بدل الكتابة معنى ولهذا يسلم له الاكساب والاولاد فلو كانت الكتابة منفسخة لم يسلم فلا يجزئ عن الكفارة لانه اعتاق بجهة الكتابة • ولنا ان المأمور به في الآية تحرير رقبة والتحرير عبارة عن تصيير الشخص المرقوق حرا والرقبة اسم لذات المرقوق والرق كامل في المكاتب فيجزئ تحريره عن الكفارة لحصول الامتثال بالامر • بيانه ان عقد الكتابة لا يتمكن به نقصان في الرق الا ترى الى ما روي في السنن مسندا الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم فعلم ان الرق فيه كامل فلا يرد الكتابة مدخل تحت مطلق اسم الرقبة والواجب عليه ذلك فيجزئ عن الكفارة ولان حكم العتق متعلق بشرط اداء بدل الكتابة والتعليق بسائر الشروط لا يمنع صحة التكفير قبل وجود الشرط فهذا الشرط اولى لانه قابل للفسخ وسائر الشروط لا يحتمل الفسخ ولهذا لو

فسخاها او عجز المكاتب ينفسخ الكتابة ولو انتقض الرق بالكتابة لم تنفسخ ولم يعد المكاتب الى الحالة الاولى ولان الثابت بالكتابة انفكاك الحجر عن العبد في حق المكاسب كالاذن في التجارة ثم المأذون يجزئ اعتاقه عن الكفارة لعدم تمكن النقصان في رقه فكذا المكاتب لهذا المعنى الا ان المولى يستبد بعزل المأذون ولا يستبد بفسخ الكتابة لان عقد الكتابة بعوض فكان لازما في حق المولى لذلك بغير عوض فلم يكن لازما • فان قلت اذا لم يكن المولى مستبدا بفسخ الكتابة وحينئذ لم يوجد الرضا من المكاتب بالفسخ لم يجز اعتاقه عن الكفارة لان العتق بجهة الكتابة لا يتأدى به الكفارة • قلت لا نسلم انه لم يوجد الرضا منه ثم ادعى ذلك فعليه البيان على انا نقول اذا كان المكاتب راضيا بعتقه ببدل فاولى ان يكون راضيا بعتقه بغير بدل لان غرضه حصول العتق له • فان قلت الرضى بالعتق بالبدل لا يدل على الرضى بغير البدل لان في الاول تسلم له الاكساب والاولاد وفي الثاني لا قلت فيما يجزيه تسلم له الاكساب والاولاد ايضا لان فسخ الكتابة يثبت ضرورة تقتضي صحة التكفير والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر اثر الفسخ في حق الاكساب والاولاد فبطل الفرق بين اعتاقه ببدل او بغير بدل ولان العتق في حق المكاتب بجهة الكتابة لانه ما رضي الا ان يكون اكسابه واولاده له خاصة في حق المولى بجهة التكفير لان قصد ذلك **قوله** فاشبه المدبر وهذا الزام من الشافعي على اصحابنا على ما قالوا نفي ان المدبر لا يجوز اعتاقه عن الكفارة عندكم لانكم قلتم انه مستحق العتق بجهة وهو باطل لانه ينفسخ وذلك لا **قوله** على ما بينا اشارة الى قوله ولهذا ينفسخ الكتابة الا انفساخ **قوله** والكتابة لا تنافيه الضمير راجع الى الرق يعني لا يلزم من وجود الكتابة ارتفاع الرق لعدم المنافاة فيكون الرق كاملا قائما فيكون اعتاقا والمكاتب تحريرا ابتداء الا اعتاقا بجهة الكتابة فيجزئ عن الكفارة **قوله** فانه فك الحجر اي ان عقد الكتابة فك الحجر عن العبد في حق المكاسب كالاذن وهو تعليل لعدم المنافاة بين الكتابة والرق فاعرفه **قوله** ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اي لو كان عقد الكتابة مانعا من صحة الاعتاق بطريق الاقتضاء لان اعتاق المكاتب صحيح بالاتفاق ولا يصح اعتاقه مع بقاء الكتابة فلا بد من انفساخ الكتابة ضرورة صحة الاعتاق فيقع التحرير مجزيا عن الكفارة لارتفاع المانع وهو وجود الكتابة **قوله** اذ هو محتمله تعليل لقوله ينفسخ اي عقد الكتابة يحتمل الفسخ **قوله** وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنهما • وهذه من مسائل القدوري • قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي اجزأه استحسانا في قول علمائنا الثلاثة وفي القياس لا يجزئ وهو قول ابي حنيفة الاول وزفر والشافعي وكذلك ان وهب له او اوصي له به كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي • وقال في شرح الطحاوي ولو دخل في ملكه ذو رحم محرم منه كما اذا دخل في ملكه بالميراث فانه لا يجزئ عن كفارته بالاجماع ولو دخل في ملكه بصنعه ان نوى عن كفارته وقت وجود الصنع يجزيه عن كفارته عندنا وعند الشافعي لا يجزيه عن كفارته ولو قال ان دخلت الدار فانت حر يعتق ولا يجوز اذا نوى عن كفارته وقت دخول الدار الا اذا نوى عن كفارته وقت اليمين فحينئذ يجوز • وجه القياس ان عتقه مستحق بسبب سابق وهو الشراء فلا يجزئ عن الكفارة كما اذا اشترى المحلوف بعتقه ناويا عن الكفارة ولنا ان المأمور به في الآية هو التحرير وقد حصل فيجزئ عن الكفارة وهذا لان شراء القريب اعتاق لقوله عليه الصلاة والسلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه اي بالشراء كما في قولهم اطعمه فاشبعه والباقي يعلم في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى **قوله** والمسئلة تأتيك في كتاب الايمان اي في باب اليمين في العتق والطلاق **قوله** فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه فاعتقه لم يجزه عند ابي حنيفة ويجوز عندهما وهذه من مسائل القدوري وانما قيد بقوله موسر لانه اذا كان معسرا يجب عليه السعاية فلا يجزئ عن الكفارة عندهما ايضا لانه اعتاق بعوض والمسئلة مبنية على ان الاعتاق يتجزى عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه فلما ان الاعتاق لما لم يكن متجزيا عندهما كان الشريك المعتق للنصف معتقا للجميع بضمان النصف لشريكه فجاز عن الكفارة لانه حصل اعتاق رقبة كاملة بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا حيث لا يجزيه بالاتفاق لانه اعتاق بعوض لوجوب السعاية على العبد ولابي حنيفة ان الاعتاق لما كان متجزيا دخل النقصان في نصيب الشريك لاستحقاق الحرية على العبد ولابي حنيفة ان الاعتاق لما كان متجزيا دخل النقصان في نصيب الشريك لاستحقاق الحرية ولتعذر التصرف فيه بالتمليك والاستخدام ثم اذا ملكه بالضمان فاعتقه لم يجزه عن الكفارة لانه لا يمكنه اعتق رقبة ناقصة لان النقصان حين وقع لم يكن في ملكه فلم يكن منضافا الى عتقه عن الكفارة لانه لا يمكنه اعتاق ملك الغير عن كفارة نفسه **قوله** في ملكه اي على ملك صاحبه • وقال الشافعي اذا اعتق نصيبه نوى عند الايقاع ان يكون العتق الموقع وما يسري اليه عن كفارته لوازه اما حال اليسار فلان العتق لا يتجزى عنده فيكون معتقا للجميع واما حال الاعسار فلانه لا ينتقص نصيب شريكه لانه يجوز تصرفه فيه بالبيع فاذا ملكه المعتق فاعتقه جاز وجوابه انه اذا جاز تصرفه بالبيع يلزم الجمع بين النقيضين وهو فاسد لانه يلزم حينئذ ان يكون العبد صالحا للولايات وبعضه لا **قوله** وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز • وهذه من مسائل القدوري وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يجزيه عند ابي حنيفة كما في العبد المشترك لوجود النقصان في النصف الآخر وجه الاستحسان ان النقصان الواقع في النصف الآخر حصل في ملكه فكان منضافا الى عتقه عن الكفارة فانصرف الى نراد اكمال الاعتاق باعتاق النصف الآخر جاز عن الكفارة فصار كانه اعتق في المرة الاولى نصفا وشيئا ثم في المرة الثانية اعتق ما بقي ونظير هذا الاستحسان من اضجع اضحيته ليذبحها فاصاب السكين عينها لا يمنع جواز الاضحية لان النقصان حصل من عمل التضحية كما حصل هنا من عمل التكفير للكفارة بخلاف النقصان في العبد المشترك لانه وقع في ملك الشريك **قوله** وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة • وهذه من مسائل القدوري

وذلك لان الاعتاق عنده يتجزى فاذا جامعها قبل اعتاق النصف ثم اعتق ذلك النصف لا يكون اعتاق الرقبة قبل المسيس فلا يجزى
عن الكفارة لان الله تعالى شرط في الاعتاق ان يكون قبل المسيس • قال تعالى فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا وعندهما يجزي ذلك
لان الاعتاق عندهما لا يتجزى فكان اعتاق النصف اعتاق الجميع فوقع الاعتاق قبل المسيس لا محالة • فان قلت لما كان الشرط
في الاعتاق ان يقع قبل المسيس ينبغي ان لا يجب رقبة اخرى بعد هذا المسيس قلت ولقوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا على
تقدير الاعتاق والاخلاء عن المسيس لان في التقدير الخلو لا محالة فالمكفر بعد ذلك المسيس ولو كان عاجزا عن تقديم الاعتاق
قادرا على الاخلاء عن المسيس باستيناف اعتاق رقبة اخرى فكلف بما قدر عليه كالعاجز عن الكفارة نظيره اذا جامعها في خلال الشهرين
توجب عليه استيناف الصوم **قوله** واذا لم يجد المظاهر ما يعتقه فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم
الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق • وهذه مسئلة القدوري ايضا اما شرط التتابع فلقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين
متتابعين من قبل ان يتماسا واما عدم اجزاء صوم رمضان عن الكفارة فلان الصوم الواقع فيه وقع عن فرض رمضان فلا يقع
عن فرض اخر الا اذا كان مسافرا فصام شعبان ورمضان بنية الكفارة اجزاه عند ابي حنيفة خلافا لهما على ما عرف • فان قلت كيف كان
صوم رمضان عنه وعن صوم الاعتكاف اذا نذر ان يعتكف فيه فصامه معتكفا • قلت الصوم في باب الاعتكاف شرط الاعتكاف
فيشترط وجود الشرط كيف كان لا قصدا بخلاف الصوم في الكفارة فانه فرض مقصود فيعتبر وجوده قصدا واما الايام المذكورة
فصوم فيها ناقص لورود النهي عن صومها والواجب بالكفارة صوم كامل فلا يخرج عن عهدته بالناقص • قال الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي ولو افطر يوما لعذر من مرض وسفر فانه يستقبل الصيام وكذلك لو جاء يوم الفطر او يوم النحر او ايام التشريق فانه
يستقبل الصيام ولو صام قبل الايام ولم يفطر فكذلك ايضا يستقبل ولو كانت امرأة فصامت كفارة الافطار في شهر رمضان
او كفارة القتل فحاضت في خلال ذلك فانها لا تستقبل الصيام ولكن تصوم بعد الحيض لانها لا تجد شهرين متتابعين لا حيض
فيهما ولو نفست استقبلت ولو افطرت يوما بعد الحيض فانها تستقبل الصيام ولو كانت تصوم عن كفارة يمين فحاضت في خلال ذلك
فانها تستقبل لانها تجد ثلاثة ايام لا حيض فيها **قوله** فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف
الصوم عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يستانف وهذه من مسائل القدوري • اعلم انه انما قيد بجماع التي ظاهر منها
لانه اذا ظاهر غير التي ظاهر منها فان كان وطئها يفسد الصوم يقطع التتابع ويلزمه الاستيناف بالاتفاق وان لم يفسد الصوم
بان وقع بالنهار ناسيا او بالليل كيف كان لا يلزمه الاستيناف بالاتفاق وانما قيد في جماع التي ظاهر منها بالنهار ناسيا لانه اذا
جامع بالنهار عامدا يستانف بالاتفاق وذكر العمد بالليل اتفاق لان العمد والنسيان في الوطء بالليل سوى فعرف ان الاختلاف في وطء
لا يفسد به الصوم فلا ينقطع به وقول الشافعي مثل قول ابي يوسف وجه قول ابي يوسف انه وطء لا يفسد به الصوم فلا ينقطع به التتابع
فصار كوطء غيرها وتقديم الصوم على الوطء وان كان شرطا بالنص فيلزم مما قلنا تاخير الكل عن الوطء اعني في الاستيناف وفيما
قلت بعض الصيام يتقدم على الوطء فكان اولى ولهما قوله تعالى فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا • بيانه ان الاية اقتضت
صوم شهرين متتابعين لا مسيس فيهما مطلقا سواء كان عامدا او ناسيا ثم اذا وجد الجماع في خلالهما فات الصوم المامور به فلم يخرج عن الكفارة
وشرط تقديم الصوم على الوطء يقتضي خلو الصوم عن الوطء لان الوطء خلا لا محالة والا لا يكون المتقدم متقدما وهو فائت وهو
بعد الوطء في خلال الشهرين وان لم يكن قادرا على تقديم الصوم على الوطء قادر على اخلائه عن الوطء فكلف بالاخلاء وفيما قال ابو يوسف
يلزم ترك التقديم والاخلاء جميعا فكان ما قلنا اولى وقياسه على وطء غيرها ضعيف لانه تعالى قيد تماس المظاهر التي ظاهر
منها لا التماس غيرها قال تعالى من قبل ان يتماسا فاعرفه قال في شرح الطحاوي ولو صام شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق قبل غروب
الشمس من اخر يوم وجب عليه العتق ويكون صومه متطوعا لان الله تعالى قال فمن لم يجد وهو واجد **قوله** لا يفسد به الصوم اي
بالجماع ليلا عامدا او نهارا ناسيا **قوله** وهو التتابع الضمير راجع الى التتابع **قوله** وفيما قلنا اي في الاستيناف عندهما اي عن
المسيس **قوله** وهذا الشرط ينعدم به • اي شرط الخلو ينعدم بالمسيس في خلال الشهرين **قوله** وان افطر منها
يوما بعذر او بغير عذر استانف وهذا لفظ القدوري في مختصره • وقال الشافعي في احد قوليه لا يستانف كذا في شرح الاقطع وهو قول
مالك في الموطا لانه قال الذاهب من موضعه وقوي على الصيام مبني على ما بقي • وجه قوله انه افطر بما لا يلجئ فيه الى التفريط فصار
كالافطار بالحيض • ولنا انه بالافطار كيف كان قد فات التتابع وهو شرط بالنص فيستانف بخلاف الافطار بالحيض لانها لا تقدر على صوم
شهرين ليس فيهما حيض لانه فلو اشترط التتابع لزم الحرج وهو منتف بالنص ولهذا قطع الحيض التتابع في كفارة اليمين لانه لا يلزم الحرج لانها
لا تقدر على صوم ثلاثة ايام ليس فيها حيض بخلاف كفارة الافطار وكفارة القتل فافهم **قوله** وان ظاهر العبد لم يجز
في الكفارة الا الصوم وهذه من مسائل القدوري وذلك لان الاعتاق والصدقة لا يصحان الا بعد الملك ولا يملك العبد وان ملك لا عند
الشافعي من الرق والملك فيتعين كفارته بالصيام كالمعسر قال وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه وذلك لما قلنا من الشافعي وهذا بخلاف الحر
اهل التمليك فيصير الفقير الاخذ قابضا للمكفر ثم ماسكا لنفسه والعبد ليس باهل للتمليك فافترقا **قوله** فلا يصير مالكا
تمليكه اي لا يصير العبد مالكا بتمليك المولى والضمير في تمليكه راجع الى المولى على تقدير حذف المفعول وهو العبد وراجع الى العبد
على تقدير حذف الفاعل وهو المولى **قوله** واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا وهذه مسئلة القدوري • قال
يطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك • اعلم ان وجوب الاطعام اذا عجز عن الصيام لقوله تعالى فمن
لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ثم اعلم ان الاطعام يجوز بطريق التمليك والاباحة جميعا اما التمليك فهو ان يعطي ستين مسكينا كل مسكين نصف

صاع من حنطة او دقيقها او سويقها او صاعا من تمر او صاعا من شعير او دقيقه او سويقه او نصف صاع من زبيب عند ابي حنيفة
وعندهما صاع من زبيب وهي احدى الروايتين عن ابي حنيفة كذا في شرح الطحاوي • وعند الشافعي لكل مسكين مد من بر في
حديث الاعرابي في كفارة الفطر كذا في المبسوط • لنا ما روى الشيخ ابو الحسن الكرخي في جامعه في قصة خولة ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال فليطعم وسقا من تمر ستين مسكينا والحديث في سنن ابي داود بطوله واذا ثبت هذا انما يعطى كل مسكين في
في كفارة الظهار انه صاع من تمر كان في البر نصف صاع لان كل من اوجب التمر صاعا اوجب من البر نصفه والشعير في
مثل التمر لان احدا لم يفرق بينهما • كذا قال ابو بكر الرازي في شرحه ولا خلاف انه مقدر من الطعام فيعتبر بصدقة
الفطر ولان المقصود دفع حاجة اليوم عن كل مسكين فاعتبرت بصدقة الفطر ولا يتادى ذلك بالمد ولان ما لا يتقدر به
الفطرة لا يتقدر طعام المسكين في الكفارة اصله ما دون المد ولا يقال ينبغي ان لا يتقدر بالصاع في غير الحنطة كما في
الحنطة والجامع كونه طعاما يجوز اخراجه في الكفارة لانا نقول هذا تعليل في معارضة النص فلا يصح لان النص ورد في التمر لان
كل مسكين يعطى منه صاعا لان الوسق ستون صاعا واما الشعير فلان المقصود دفع الحاجة وكفاية الفقير ولا يتساوى الحنطة
والشعير في الكفاية فلم يجز التسوية بينهما واما الاباحة فهو ان يطعم ستين مسكينا ممن يستوفي الطعام اكلتين مشبعتين وفيه خلاف
الشافعي وسيجيء بيانه بعد هذا واما جواز القيمة فذاك مذهبنا خلافا للشافعي • لنا ان المقصود سد خلة المحتاج فذلك
حاصل في القيمة كما في العين وقد مر بيانه في الزكاة في فصل الحملان والفصلان ويتصل بهذا بحث فيه نظر لان المذكور في كتب الحديث
سلمة بن صخر كما في السنن والجامع الترمذي وكذلك اثبت في المبسوط ايضا قال ابو عيسى الترمذي في جامعه يقال سلمان بن صخر ويقال سلمة
بن صخر البياضي **قوله** في حديث اوس بن الصامت واوس زوج خولة بنت ثعلبة وفي المجادلة وفيها نزلت اية الظهار كذا قال
ابن شاهين في المعجم ثم قال ابن شاهين حدثنا عبد الله بن سليمن قال حدثنا محمد بن عثمان العجلي وحدثنا عبد الرحمن بن هرون
الانباري قال حدثنا اسحاق بن خالد البالسي قالا حدثنا عبيد الله بن موسى عن ابي حمزة الثمالي عن عكرمة عن ابن عباس قال كان
الرجل اذا قال لامرأته في الجاهلية انت علي كظهر امي حرمت عليه وكان اول من ظاهر في الاسلام اوس وكانت تحته ابنة عم له يقال
لها خولة بنت ثعلبة فظاهر منها فسقط في يده وقال ما اراك الا قد حرمت وقالت له مثل ذلك قال فانطلقي الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاسأليه فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فوجدت عنده ماشطة تمشط راسه فاخبرته فقال يا خولة ما امرت في امرك
بشيء فانزل الله تعالى على النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا خولة ابشري قالت خيرا قال خيرا فقرأها قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها
الى قوله فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا قالت فاي رقبة لنا والله ما يجد رقبة غيري قال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين قالت والله
لولا انه يشرب في اليوم ثلاث مرات لذهب بصره قال فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا قالت من اين ما هي الا اكلة الى مثلها فدعا
النبي صلى الله عليه وسلم بشطر وسق ثلاثين صاعا والوسق ستون صاعا فقال ليطعم ستين مسكينا وليراجعك **قوله** فان اعطى منا
من بر ومنوين من تمر او شعير جاز وهذا لم يذكر في الجامع الصغير والقدوري وهو من مسائل الاصل ذكرها صاحب الهداية بسبيل
التفريع ولفظ المبسوط ولو اعطى كل مسكين مدا من بر ومدين من شعير او تمر اجزاه وذلك لان كل واحد من الصنفين اصل يجوز النصف
من كل واحد منهما لان المقصود وهو سد خلة المحتاج الى يومه يحصل بذلك بخلاف ما اعطى من صنف اقل مما قدر فيه الكيل يساوي
كل الواجب من صنف اخر فانه لا يجوز كما اذا اعطى مدا من بر يساوي صاعا من شعير او اعطى نصف صاع من تمر وهو يساوي نصف
صاع من حنطة لا يجوز لان المؤدى عين المنصوص فلا معتبر فيه القيمة **قوله** الحنث يجد وهو الكفارة **قوله**
وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه • وهذه ايضا من مسائل الاصل ذكرها بسبيل التفريع وانما جاز ذلك لانه امر بالتصدق
المامور يصير نائبا عنه في الاداء بحكم الوكالة ويصير الفقير نائبا عنه في القبض فيقع قبض الفقير للامر اولا ثم لنفسه فيحصل تمليك الاستقراض
فيحصل حكم الظاهر ثم تمليكه الفقير فيجزي عن كفارة ظهاره بخلاف ما اذا لم يامره فاطعم عنه حيث لا يجزيه لان المظاهر لا يملكه فلا يقع
التمليك بدون الملك وبخلاف ما اذا امره ان يصوم عن كفارة ظهاره ففعل لا يجزيه لحديث ابن عمر لا يصوم احد عن احد
قوله فان غداهم وعشاهم جاز قليلا اكلوا او كثيرا وهذه من مسائل القدوري غداهم اي اطعمهم الغداء وهو طعام
الغداة وعشاهم اي اطعمهم العشاء وهو طعام العشاء • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات ذكر علماؤنا في الاباحة اكلتان لكل
مسكين غداء وعشاء والغداءان يجزيه والعشاءان كذلك والعشاء والسحور كذلك وافضلها الغداء والعشاء والمعتبر فيه الشبع لا المقدار
والمعتبر في التمليك المقدار دون الشبع والسحور قد يصلح للاستغناء فاقيم مقام الغداء • قال النبي صلى الله عليه وسلم لعرباض بن سارية
وقد دخل عليه وهو يتسحر هلم الى الغداء المبارك وانما اعتبر بالاكلتان لقوله تعالى فاطعام ستين مسكينا والواجب منه الوسط وهو
اكلتان في اليوم لان الاكثر في العادة ثلاث مرات والاقل مرة • ثم اعلم ان التمليك والاباحة كل واحد منهما جائز عندنا في
الاطعام عن كفارة الظهار وكفارة اليمين وعند الشافعي لا يجوز الاباحة • وقال في شرح الكافي كان حمدان بن سهل يقول لا يتادى
الا بالتمليك وانما يتادى بالتمليك لظاهر قوله تعالى فاطعام ستين مسكينا والشافعي قاس على الزكاة وصدقة الفطر والجامع كونه حقا ماليا
وهو ضعيف • ولنا ان المذكور في الاية الاطعام وهو جعل الغير طاعما وهذا المعنى يحصل بالتمكين كما يحصل بالتمليك فيجوز الاباحة كما يجوز
التمليك قال تعالى فاطعام ستين مسكينا • وقال تعالى من اوسط ما تطعمون اهليكم بخلاف الزكاة فان المذكور فيه لفظ الايتاء وحقيقته
هو الاعطاء وذلك يدل على التمليك قال تعالى واتوا الزكاة • وبخلاف صدقة الفطر فان المذكور فيه لفظ الاداء فلم يجزه التمكين ولان
المقصود سد خلة المحتاج في يومه وذلك يحصل بالاباحة لكن تمام ذلك بالتمليك فيجوز كل واحد منهما • قال الامام الاسبيجابي في شرح

الطحاوي في باب صدقة الفطر هذه المسائل على ثلاثة انواع في وجه يجوز التمليك والاباحة وهو الكفارة وجزاء الصيد وفدية الصوم والعشاء وفي وجه لا يجوز الا التمليك وهو الزكاة وصدقة الفطر والعشر والخمس وفي وجه اختلفوا فيه وهو انه اذا تناول محظورا حرامه على طريق الضرورة نحو ان يحلق راسه عن اذى او يلبس المخيط عن علة فانه يخير بين ثلاثة اشيا ان شا ذبح في الحرم وان شا صام ثلاثة ايام وان شا اطعم ستة مساكين كل مسكين نصف صاع من بر ويجوز طعام الاباحة في قول ابي حنيفة وابي يوسف قياسا على سائر الكفارات • وقال محمد لا يجوز الا التمليك لان الله تعالى سماها صدقة بقوله تعالى او صدقة او نسك وما سمي صدقة لم يجز فيه الا التمليك قياسا على صدقة الفطر والزكاة

قوله من الطعم وهو بضم الطا الطعام قال ابو خراش الهذلي يرد شجاع الجوف لو لم يستدعيه وآثر غيري من عياله الطعم اما الطعم بفتح الطا فهو مذاق الشي • قال ابو خراش ايضا في قصيدته الاخرى التي يرثي بها خالد بن زهير فليس كعهد الدار يا ام مالك ولكن احاطت بالرقاب السلاسل عندي بن طي قوله وتما التمليك الى الابا والادا قوله ولو كان فيهم فطيم لا يجزيه في مسئلة كتاب الايمان ذكرها بسبيل التفريع وان لم تكن مذكورة في الجامع الصغير ومختصر القدوري لكن كان ينبغي ان يقول فيمن غدام وعشائم او يقول منهم او يقول احدهم فطيما لان العادة لا يعتبر قال الحاكم الشهيد في الكافي وان غدام وعشاهم وفيهم صبي فطيم او فوق ذلك شيئا لم يجز ذلك لان تقدير الصبي وعشيه ناقصة لانه لا يستوفي كاملا فلا يجزي عن الكامل قوله ولا بد من الادام في خبز الشعير اورد هذا ايضا ذكره بسبيل التفريع قال شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي وفي الكتاب اطلق الخبز ومراده خبز البر وقد فسره في الزيادات وهذا لان المسكين يستوفي منه حاجته الا اذا كان يابسا وما وكذلك لو غدام وعشائم بسويق وتمر قال وهذا في ديارهم واما في ديارنا فلا بد من الخبز والادام ما ياتدم به قوله وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه هذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم انه اذا اطعم الطعام كله مسكينا واحدا ستين يوما كل يوم اكلتين مشبعتين جاز وروي عن ابي يوسف في غير رواية الاصول انه لا يجوز كذا في شرح الطحاوي • وقال الشافعي لا يجزيه حتى يستوفي عدد المساكين لان الواجب عليه اطعام ستين مسكينا فبتجدد الايام لا يصير الواحد ستين فلا يجوز كالشاهد اذا كرر شهادته في اليوم الثاني لا يصير في معنى شاهدين وجه الظاهر ان المسكين الواحد بتجدد الايام يصير في معنى المساكين لان المقصود دفع حاجة الفقير ولهذا لا يجوز صرفه الى الغني والحاجة بتجدد بتجدد الايام ويتجدد سبب الاستحقاق فيصير هو في معنى مسكين اخر وكان الطعامه في ستين يوما كاطعام ستين مسكينا ولانه مسكين لم يستوف قوت يومه من الكفارة في اليوم الثاني وكذا في سائر الايام فصار صرفه اليه كسائر المساكين بخلاف الشاهد فان المقصود طمانينة القلب ولا يحصل ذلك بتكرار الشهادة فلم يصر في معنى شاهدين قوله وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه وذاك لان الواجب التفريق على ستين مسكينا ولم يوجد ذلك لا حقيقة لانه مسكين واحد ولا حكما لعدم تجدد الحاجة قوله وهذا في الاباحة من غير خلاف اي عدم الاجزا فيما اذا اعطى الطعام كله مسكينا واحدا في يوم واحد بطريق الاباحة بلا خلاف يعني لا يجزيه الا بتجدد الايام لان الواحد لا يستوفي ما يستوفي ستون مسكينا في يوم واحد اما اذا اعطى الطعام كله مسكينا واحدا في يوم واحد بدفعات بطريق التمليك ففيه خلاف المشايخ • ذكره شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي قال بعض مشايخنا يجوز لان الحاجة الى التمليك ليس لها نهاية فاذا فرق الدفعات جاز في يوم واحد كما في الايام بخلاف طعام الاباحة فانه اذا استوفى حاجته في يوم كما تنتهي حاجته الى الطعام فلا يتجدد ما لم يتجدد الايام ويؤيد انه لو تم ما اخذ وظيفة اليوم لو صرف اليه رجل اخر عن كفارته وظيفة مسكين جاز فكذا اذا صرفه الرجل الاول بخلاف ما اذا ملكه ثلاثين صاعا بدفعة واحدة فانه لا يجوز الا نصف صاع لان التفريق واجب حقيقة او حكما ولم يوجد • وقال بعضهم لا يجوز لان المقصود سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف الى الغني وبعدما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة الى سد الخلة بصرف وظيفة اخرى لليوم بخلاف صرف رجل اخر وظيفة مسكين اليه لانه ما استوفاه اذ لا كالمعدوم في حق هذه الكفارة • قال في شرح الطحاوي ولو اعطى ثلاثين مسكينا ايضا ولو اعطى مائة وعشرين مسكينا كل مسكين مدا من حنطة فعليه ان يعطي ثلاثين مسكينا ايضا ولو اعطى مائة وعشرين مسكينا كل مسكين مدا من حنطة فعليه ان يكمل لاحد الفريقين كل مسكين نصف صاع من حنطة ولو اطعم ستين مسكينا غداء او اطعم ستين مسكينا اخر عشاء فعليه ان يطعم احد الفريقين اكلة مشبعة اخرى قوله وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف وهذه مسئلة القدوري وصورته انه قرب امراته ما بين التغدية والتعشية اذا كان يغدي ويعشي مسكينا واحدا ستين يوما فقربها في اثناء ذلك او كان تملك الطعام كله في يوم واحد بدفعات ستين مسكينا واحدا فقربها فيما بين الدفعات فانه لا يستانف بل يجزيه ما بقي من الطعام لان الله تعالى ما شرط في الاطعام قبل المسيس ولم يقل من قبل ان يتماسا كما قال ذلك في التحرير والصيام وانما منع من المسيس قبل الاطعام لا لذات المسيس بل لمعنى في غيره وهو انه لا يتمكن الاعتاق او الصوم قبل المسيس لجواز القدرة عليهما لان ما قاله تعالى غير لازم والنهي لمعنى في غير المنهي لا يعدم المشروعية ولا يقتضي الفساد قوله قبله اي قبل الاطعام قوله فيتعقبان اي الاعتاق والصوم واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجزيه عنهما • وهذا من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكون عليه اطعام مائة وعشرين مسكينا من ظهارين فاطعم ستين مسكينا كل مسكين

صاعا من حنطة عن ظهارين عن امراة واحدة او امراتين لم يجزه الا عن احدهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف ويجزيه في قول محمد عنهما وكذلك الاختلاف فيما اذا اطعم ستين مسكينا كل مسكين صاعا من حنطة عن افطارين ونيته صرح في شرح الطحاوي وجه قول محمد ان المودى وهو قدر الصاع لكل واحد من ستين مسكينا يصلح وفاء بما عليه وهما الكفارتان والمحل يصلح مصرفا لهما جميعا نوع عن الكفارتين كما اذا ادى عن ظهار وقطر كل مسكين صاعا فانه يجزيه بالاجماع فكذا هذا بيان الاول والصاع يصلح ذلك وبيان الثاني وهو كون المحل يصلح مصرفا للكفارتين ان المسكين لا يخرج باخذ احد الحقين عن كونه مصرفا للكفارة لاحتياجه في ذلك ولهذا لو اعطاه نصف الصاع عن احدى الكفارتين ثم اعطي النصف الاخر اياه عن الكفارة الاخرى جاز بالاتفاق وجه قولهما ان النية للتمييز وهو في الجنس الواحد لغو لانه لا يفيد لعدم الحاجة الى التمييز فلما بطلت نية التمييز بقي نية اصل الكفارة والصاع يصلح لاطعام واحد بل يقع النصف على وجه الفرض والباقي على وجه الاحسان بقي عن واحد بخلاف اختلاف الجنس فان نية التمييز فيه مفيدة وبخلاف ما اذا فرق في الدفع فانه في المرة الثانية تكون اخرى حكما وعندي قول محمد اقوى لانا لا نسلم ان النية في الجنس الواحد لا يفيد لانه اذا اعتبرت نيته يقع المودى عن الكفارتين واذا لم يعتبر يقع عن كفارة واحدة فقد حصلت الفائدة حينئذ وليس اللايق بحال المسلم ان يشتغل باسقاط ما هو الواجب عليه لا بمباشرة النوافل وعليه واجب على ما قالا يقع نصف الصاع بطريق الاحسان ويبقى عليه احدى الكفارتين وعلى ما قال محمد لا يبقى عليه من الواجب شي فكان ارفق للمودي بان يتادى ما نوى ويقول اي يوقت الكفارتين جميعا وانما ادية لاسقاط الفرض ويكون يقرر كلاهما ما اديت لاسقاط الفرض لا نصف المودي ويبقى عليك اداء ذلك المقدار ثانيا وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال قوله ومن وجب عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا يجزي ينوي عن احداهما بعينها جاز عنهما وكذلك اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا استحسان • كذا قال الشيخ ابو نصر البغدادي وذلك ان الجنس متحد فلا حاجة الى التعيين بعد ان وجدت نية الكفارة عنهما قوله معينة بكسر اليا المشددة قوله وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شا • وهذا لفظ القدوري في مختصره وهي من المسائل المعادة في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يظاهر من امراتين له اعتق عنهما قال له ان يجعله عن احدهما ويجزيه وعليه اعتاق رقبة اخرى وقال لو كان عليه رقبة من قتل ورقبة من ظهار فاعتق رقبة عنهما لم يجزه ان يجعله عن احدهما • وقال شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي وان اعتق عبدا عن ظهارين فله ان يجعله عن ايهما شا ويجامع تلك المراة وكذا الصوم والاطعام وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر وقال في شرح الاقطع قال الشافعي اذا نوى الكفارة فيهما جاز يعني في الفصلين يعني فيما اذا كانت الكفارتان من جنس واحد او من جنسين وجه قول الشافعي ان الكفارتان جنس واحد والنية في الجنس الواحد لا تفيد فتبقى نية اصل الكفارة وذلك يكفي فله ان يجعل بعد ذلك عن ايهما شا وهذا ضعيف لانا لا نسلم الاتحاد في الكفارات • الا ترى ان الرقبة في كفارة الظهار والافطار مطلقة ولهذا يجوز فيها المرتدة والكافرة وللاطعام فيهما مدخل ووجه قول زفر انه لما اعتق رقبة واحدة عن ظهارين ينقسم الرقبة عليهما لا محالة فيكون معتقا عن كل ظهار نصف رقبة ونصف الرقبة لا يجزي في الكفارة ثم اذا جعل تماما ذلك عن احدهما لا يجزيه لانه خرج الامر من يده بعد ما اعتق فصار كما اذا اعتق عن ظهار وقتل • ولنا ان نية الظهارين تلغو لاتحاد الجنس لانه لا حاجة الى التعيين فتبقى نية اصل الكفارة وله ان يجعله عن ايهما شا بخلاف ما اذا اعتق رقبة واحدة عن ظهار وقتل فان النية فيه معتبرة لاختلاف الجنس لوجود الاختلاف في السبب والحكم فاذا كانت النية معتبرة تكون عن كل كفارة نصف رقبة فليس له ان يجعل بعد ذلك عن احدى الكفارتين لانه خرج الامر من يده واستشهد شمس الايمة في شرح الكافي وقال الا ترى ان من كان عليه قضا ايام من رمضان فنوى صوم القضا جاز وان لم يعين صوم الخميس والجمعة لان الجنس واحد بخلاف ما اذا كان عليه القضا والنذر فانه لا بد فيه من التعيين لاختلاف الجنس قوله في الفصلين اي فيما اذا اعتق عن ظهارين وفيما اذا اعتق عن ظهار وقتل قوله نظير الاول اراد به الجنس المتحد وقوله ونظير الثاني اراد به الجنس المختلف • قال الحاكم الشهيد في الكافي ولا يجزيه ان يعطي من طعام الكفارة من لا يجزيه ان يعطي من زكاته الا فقراء اهل الذمة فانه يطعم من طعام الكفارة وفقراء اهل الاسلام احب الينا ولا يجزيه ان يعطي فقراء اهل الحرب وان كانوا مستامنين في دار الاسلام والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب اللعان

قدمر بيان المناسبة في اول باب الايلا فلا نسلم والاصل في ثبوت اللعان ما روى مالك في الموطا عن ابن شهاب عن ابن المسيب ان سهل ابن سعد الساعدي اخبره ان عويمر العجلاني جاء الى عاصم ابن عدي الانصاري فقال له يا عاصم ارايت رجلا وجد مع امراته رجلا ايقتله فيقتلونه ام كيف يفعل سل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسال عاصم عن ذلك رسول الله فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسايل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى اهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له عاصم ما كنت تاتيني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسالة التي سالته عنها قال والله لا انتهي حتى اسال رسول الله صلى الله عليه وسلم فاساله عنها فاتى عويمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله ارايت رجلا وجد مع امراته رجلا ايقتله فيقتلونه ام كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد انزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فات بها قال سهل فتلاعنا وانا مع الناس عند

رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها ثلاثا قبل ان يامره رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال ابن شهاب وكانت تلك سنة المتلاعنين • وروى البخاري هذا الحديث في صحيحه عن اسمعيل عن مالك
عن ابن شهاب الى اخره • وروى صاحب السنن عن عثمن ابن ابي شيبة قال حدثنا جرير عن الاعمش عن ابرهيم عن علقمة عن عبد الله
ابن مسعود قال انا ليلة جمعة في المسجد اذ دخل رجل من الانصار في المسجد فقال لو ان رجلا وجد مع امراته رجلا فتكلم به جلدتموه
او قتل قتلتموه فان سكت سكت على غيظ والله لاسالن عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كان من الغد اتى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فساله فقال لو ان رجلا وجد مع امراته رجلا فتكلم به جلدتموه او قتل قتلتموه او سكت سكت على غيظ فقال
اللهم افتح وجعل يدعو فنزلت اية اللعان والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية • ثم اعلم ان اللعن هو
الابعاد والطرد في اللغة ومنه قيل ذيب لعين اي طريد كذا قال ابن دريد في الجمهرة واستشهد بقول الشماخ ذعرت به القطا ونفيت
عنه مقام الذيب كالرجل اللعين • اي الذيب اللعين • وقال ولاعن الرجل امراته اذا قذفها بالفجور ثم قال وهي كلمة اسلامية لم تعرف
في الجاهلية والمصدر الملاعنة واللعان ثم اللعان في الشريعة عبارة عما يجري بين الزوجين • من الشهادات الاربع المذكورة في القران
مقرونة باللعن والغضب وسمى الكل لعانا لما فيه من ذكر اللعن كالصلاة تسمى ركوعا لما فيها من الركوع وكتحيات تسمى تشهدا لما فيها من التشهد
وركنه الشهادة المؤكدة باليمين وسببه قذف الرجل زوجته قذفا صحيحا وشرطه بالقذف ما يكون موجبا للحد في حق الاجانب
بان كان عاقلا بالغا والمراة عاقلة بالغة لان القذف من الصغير والمجنون ليس بموجب للحد لعدم الجناية وكذلك قذف المجنونة
والصغيرة بالزنا كذب لانه لا يتصور الزنا منها فلا يكون قذفا صحيحا وشرطه ان يكونا زوجين حرين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين
في القذف وان يكون النكاح بينهما صحيحا سواء دخل بها او لم يدخل كذا في شرح الطحاوي وانما اشترطت الزوجية لان الله تعالى
شرع للازواج حتى لو قذفها ثم طلقها ثلاثا او بائنا فلا حد ولا لعان وكذا اذا كان النكاح فاسدا لا يجب اللعان لانه ليس بزوج
مطلقا واشترطت الحرية لان الرق مناف للشهادة واللعان شهادة مؤكدة باليمين والحرية من جانبه من شرائط احصان القاذف
واشترط الاسلام لان الاسلام من شرائط الاحصان حتى لا يجب الحد على قاذف اوكافرة فكذا لا يجب اللعان اما اذا كان الزوج
كافرا والمراة مسلمة بان اسلمت المراة فقذفها بالزنا قبل عرض الاسلام عليه لا يجب اللعان لانه لا شهادة للكافر على المسلم
واشترط العقل والبلوغ لانه لا صحة للقذف بدونهما واشترط نفي الحد في القذف لان المحدود لا شهادة له بالقران اهل من
كان اهلا للشهادة عندنا وعند الشافعي من كان اهلا لليمين بناء على ان اللعان شهادات مؤكدات بالايمان عندنا قائمة مقام
حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها ولهذا لا يثبت اللعان بالشهادة على الشهادة ولا بشهادة النساء على الرجال ولا
بكتاب القاضي وكذا اذا وطيت محصنة لشبهة فقذفها زوجها لم يجب اللعان كما لم يجب الحد اذا قذفها الاجنبي وعنده ايمان
مؤكدة بالشهادة • ثم اعلم ان موجب قذف الزوج كان الحد في اول الاسلام دل عليه قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم
لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة لانه عام يتناول الاجنبيات والزوجات ودل عليه حديث ابن مسعود ايضا لانه قال
لو ان رجلا وجد مع امراته رجلا فتكلم به جلدتموه ثم صار موجب قذف الزوج اللعان بالاية وعند الشافعي موجب قذفه الحد الا
ان له ان يسقطه عن نفسه باللعان وهو ضعيف لان الله تعالى ذكر قذف الزوج وجعل حكمه اللعان لا غير • قوله • قال
واذا قذف الرجل امراته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمراة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه
اللعان اي قال القدوري مختصره وهذه الجملة مشتملة على مسائل منها ان اللعان لا يجري بين الرجل وامراته اذا قذفها بالزنا
ما لم يكونا من اهل الشهادة بان قال لها يا زانية او قال زنيت بفلان او قال رايتك تزنين وهذا هو القذف بصريح الزنا
وعند الشافعي اهلية الشهادة ليست بشرط بل كل من كان اهلا للطلاق فهو اهل للعان • ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم
ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين
ويدرا عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين بيانه ان الله
تعالى استثنى انفس الذين يرمون ازواجهم من الشهداء فدل على انهم من الشهداء فيشترط اهلية الشهادة وذلك لان الاصل في الاستثناء
هو المتصل وهو ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه والعبد والكافر ليسا من اهل الشهادة فلا يلاعنان لهذا النص ثم اذا سقط اللعان
لمعنى في الشهادة ينظر ان كان من جانب الزوج فعليه الحد وان كان من جانب المراة فلا حد ولا لعان ومنها انه يعتبر ان تكون المراة
ممن يحد قاذفها عندنا لان اللعان قائم مقام حد القذف في قذف الاجانب الاجنبيات حتى القذف في قذف الاجانب يوجب الحد في قذف
الاجانب يوجب اللعان في قذف الازواج وما لا فلا ولهذا اذا قذف الرجل امراته بالزنا وهي ممن لا يحد قاذفها لا يجري
بينهما اللعان بان كانت وطيت بشبهة او كان ظهر زناها بين الناس قبل ذلك او تزوجها بنكاح فاسد او ولدها ولد من غير اب يعرف
وذلك لان موجب قذف الزوج اللعان كما ان الحد موجب قذف الاجنبي فاذا كانت المراة على صفة لا يثبت بها احد الموجبين
لا يثبت الموجب الاخر ايضا ومنها ان اللعان يثبت بنفي نسب الولد بان قال هذا الولد من الزنا او قال ليس مني قبل الاقرار بالولد
وقبل مضي مدة التهنية التي قائمة مقام الاقرار بخلاف ما اذا نفى الحبل حيث لا لعان ولا حد عند ابي حنيفة لاحتمال انه ريح
وانما وجب بنفي الولد لانه صار قاذفا زوجته بنفي ولده عن نفسه وقذف الزوج زوجته موجب للعان اذا كانا من اهل الشهادة وقد
وجد ولا يقال لا نسلم انه قاذف زوجته بنفي نسب الولد من نفسه لاحتمال انه وطئت بشبهة فولدت لانا لا نسلم لعينا وهذا الاحتمال
وهذا يكون قاذفا بالاجماع اذا قال لرجل لست لابيك مع ان الاحتمال قائم ثم ان جريان اللعان موقوف على مطالبة المراة باللعان لانه

منهما لان الزوج لو قذفها حيث قذفها بالفجور فاشترطت مطالبتها كما يرجع فيها حتى اذا كف عن مرافعته فهي امراته
وان رافعته بدا الامام بالرجل فامره ان يلتعن كما ذكر الله تعالى في القران ثم تخصيص الغضب في المرة الخامسة بالمراة لان النساء
يستعملن اللعن كثيرا فيبعدن من الغضب لان الشهادة على اللعن فيتجران عليه ولا يخفن • قوله • والاستثناء انما يكون
انما يكون من الجنس وليس كذلك لان الاستثناء المنقطع وارد في كلام الله تعالى العزيز قال الله تعالى فانهم عدو لي الا رب العالمين
وكان ينبغي ان يقول بالتقييد بان يقول والاستثناء الحقيقي او يقول والاصل في الاستثناء حتى لا يرد عليه المنع فانهم
• قوله • كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف بان قال له اجنبي لست لابيك حيث يكون قاذفا وان كان احتمال
القذف قائما بان تكون المقذوف ولد الموطوءة عن شبهة • قوله • وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح اشارة الى قوله
ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره يعني اذا نفى نسب ولده عن نفسه يكون ذلك قذفا لزوجته لان الاصل هو الفراش الصحيح
فيكون المراد من القذف هو الوطء الفاسد فلا يحمل كلامه عليه بالاحتمال حتى يظهر ذلك • قوله • فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى
يلاعن او يكذب نفسه فيحد وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا هو المذهب عندنا ان الرجل اذا امتنع من اللعان لا يجب عليه
حد القذف بمجرد الامتناع بل يحبس على اللعان فان كذب نفسه فحينئذ يجب عليه حد القذف وكذا المراة اذا امتنعت بعد لعان
الزوج لا يجب عليها حد الزنا بمجرد الامتناع بل تحبس على اللعان بعد لعان الزوج لا يجب فاذا صدقته بان اقرت فحينئذ يجب
عليها حد الزنا • ولهذا قال الحاكم الشهيد في الكافي وايهما نكل عن اللعان حبسه واجبره حتى يلتعن كما التعن صاحبه • وقال
في شرح الطحاوي ولو انهما امتنعا من اللعان او امتنع احدهما من اللعان فالقاضي يجبرهما على ذلك • وقال شمس الائمة في المبسوط قال
الشافعي لو امتنع الزوج من اللعان يقام عليه حد القذف وعندنا يحبس حتى يلتعن • وقال الشيخ ابو نصر وهذا الذي ذكره
القدوري فرع على اختلافهم في موجب قذف الزوج فعندنا هو اللعان فاذا امتنع منه فقد امتنع مما عليه فيجبر على ايفائه
كالديون وذلك لانه حق هو اللعان او اعتراف ببطلانه وذلك يكون باكذابه وعند الشافعي موجب قذف الزوجة الحد وانما
جعل له ان يسقطه باللعان فاذا امتنع من اللعان استوفي منه الحد فعلم بهذا ان ما ذكره الولوالجي في فتاواه ليس بمذهب
اصحابنا ويحمل ذلك على قول بعض المشايخ قال واذا لم يلتعن الزوج وجب عليه الحد لان اللعان خلف عن الحد فاذا فات
الخلف وجب عليه الاصل واذا لم تلتعن المراة بعد لعان الزوج وجب عليها حد الزنا لان اللعان في جانبها خلف عن حد الزنا لقوله
تعالى ويدرا عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فاذا فات الخلف وجب الاصل • قال شمس الائمة
السرخسي في المبسوط قال الشافعي في قوله ويدرا عنها العذاب اي يسقط عنها الحد بلعان الزوج ثم قال والمراد منه الحبس
لا الحد اي من العذاب يعني عندنا تعالى كذبه اذا قال الكذب ومنه قوله تعالى فانهم لا يكذبونك اي لا يقولون انك كذاب ويروى
لا يكذبونك من الاكذاب اي لا يصادفونك كاذبا • وقال بعضهم الكذب ايضا بمعنى كذب • قوله • ولو لاعن وجب بها
اللعان ايضا وهذا لفظ القدوري وانما يبدا بلعان الزوج انما لان الله تعالى بدا به وهو السنة ايضا وانما لانه يدعي
عليها الزنا قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو اخطا القاضي فامر المراة فبدات باللعان ثم التعن الرجل كان عليه ان يامر المراة
باستقبال اللعان فان لم يامرها بذلك وفرق بينهما فالفرقة جائزة • قال القدوري فان امتنعت من ايضا حبسها الحاكم حتى
تلاعن او تصدقه فترجم وعند الشافعي اذا امتنعت حدت حد الزنا لان الواجب عليها حد الزنا فيسقط عنها اللعان وهو ضعيف لان
الرجل اذا قذفها وشهد عليها مع ثلاثة بالزنا لا يثبت الزنا بالاجماع فكيف اذا شهد الرجل وحده • قال الحاكم الشهيد في الكافي
واذا شهد الزوج وثلاثة نفر على المراة بالزنا جازت شهادتهم وان كان الزوج قذف وجاء بثلاثة نفر فشهد واحد الثلاثة
ولاعن الزوج • قوله • واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امراته فعليه الحد • وهذه
من مسائل القدوري والاصل فيه ما قال محمد بن الحسن في الاصل وهو قوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
لا لعان بين اهل الكفر واهل الاسلام ولا بين العبد وامراته ولا بين المحدود في قذف وامراته • بيانه ان اللعان انما يجب في
قذف الرجل زوجته اذا وجد شرائط اللعان فلم توجد فسقط اللعان لامتناعه لمعنى من جهة الزوج وهو كونه على صفة لا يصح
منه اللعان فصار كانه اكذب نفسه فصار قاذفا فوجب عليه الحد لعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا
باربعة شهداء لانه كان هو المشروع في الاصل في قذف الزوج وغيره ثم صار اللعان خلفا عنه في قذف الزوج عند وجود
الشرائط فاذا انعدمت صير الى الاصل وهو الحد ومن ثم اذا كان الزوج كافرا والمراة مسلمة بان اسلمت المراة فقذفها
الزوج قبل عرض الاسلام عليه • قوله • وان كان من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن
لا يحد قاذفها بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان • وهذا ايضا لفظ القدوري في مختصره الا قوله
بان كانت صبية او مجنونة او زانية فانه تفسير من صاحب الهداية وانما لا يكون الحد في قذف هؤلاء لعدم احصانهن ولا يجري
اللعان لانعدام اهلية الشهادة فيهن ولان اللعان في قذف الازواج قائم مقام حد القذف في قذف الاجانب
فلا يجب الحد اذا قذفهن الاجانب فكذا لا يجب اللعان اما الامة والكافرة فقذفهما ليس بقذف صحيح لعدم الاحصان والقذف
اذا لم يكن صحيحا لا يوجب الحد وكذا قذف الصبية والمجنونة والزانية ليس بصحيح واما المراة اذا كانت حرة مسلمة عاقلة بالغة
عفيفة الا انها محدودة في قذف فقذفها الزوج يكون قذفا صحيحا ولكن لم يجر اللعان لانعدام اهلية الشهادة فيها ولم
يجب الحد على الزوج لان اللعان سقط لمعنى من جهة المراة اصلا اذا صدقته وهو بمنزلة ما اذا صدقته يعني اذا صدقته المراة

لا يجب الحد فلذا هاهنا **قوله** والاصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية
والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك وهذا الحديث لم يعد له اصلا في كتب الحديث كالموطا والصحيح
البخاري وسنن ابي داود والجامع الترمذي وغير ذلك الا ان ابا بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي باسناده
عن عبد الباقي بن نافع الي عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اربع ليس بينهم ملاعنة اليهودية والنصرانية
تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك **قوله** ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد وهو من مسائل
الاصل ذكرها صاحب الهداية بسبيل التفريع وانه لم يذكرها القدوري وذاك لان قذف المحدود صحيح لكنه امتنع اللعان
لمعنى من جهته وهو كونه ليس من اهل الشهادة فوجب الحد ولا يقال لم لا يجوز ان يكون امتناع اللعان لمعنى من جهتها لانها محدودة
ايضا حتى لا يجب الحد على الزوج لانا نقول الاصل في اللعان اذا وجدت اهلية الرجل فاذا لم توجد اهلية الرجل فلا يعتبر كما جاء
في اللعان كالعبد يقذف امرأته المحدودة العفيفة الحرة العاقلة البالغة حيث يجب عليه الحد • قال اصحابنا اذا قذف
الرجل امرأته الموطوءة بشبهة لا يجب عليه حد ولا لعان ثم رجع ابو يوسف عن هذا وقال يجب بقذفها الحد واللعان
اي يجب الحد على الاجنبي واللعان على الزوج لانه وطي تعلق به ثبوت النسب والمهر فكان كالوطء الصحيح • وجه الظاهر انه وطي
في غير ملك فاشبه الزنا فصار شبهة تسقط الحد فلما سقط الحد سقط اللعان **قوله** قال وصفة اللعان
ان يبتدي القاضي الى اخره • اي قال القدوري اعلم ان المرأة اذا خاصمت الى القاضي فينبغي ان يقول لها اتركي واعرضي ولو تركت
وانصرفت ثم خاصمت بعد ذلك فلها ذلك لان العفو عن القذف باطل فاذا احتضمت الى القاضي وانكر الزوج فعليها ان تقيم
شاهدين عدلين ولو اقامت رجلا وامرأتين لم يقبل ولو اقامت شاهدين ثم ان الرجل اقام رجلا وامرأتين على تصديقها سقط
اللعان ولا حد ولو لم يكن لها بينة فارادت ان تحلف الزوج على القذف ليس لها ذلك وان اقر الزوج بانه قذفها بالزنا
يسأل منه البينة فان شهد اربعة انهم رأوا كالميل في المكحلة والقلم في المحبرة ينظر ان كانت المرأة محصنة رجمت
وان كانت غير محصنة تجلد ولو لم يكن له بينة وجب اللعان اذا اجتمعت الشرائط فيهما ثم يقيمهما القاضي بين يديه متقابلين
فيأمر الزوج بان يقول اولا اربع مرات اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان
كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا واذا كان القذف بنفي الولد يقول في كل مرة فيما رميتها به من الزنا في نفي ولدها ثم
يأمر المرأة بان تقول اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا واذا كان القذف بنفي الولد تقول المرأة في كل مرة
فيما رماني به من الزنا في نفي ولده هكذا ذكره في شرح الطحاوي • قال القدوري يشير اليها في جميع ذلك اي يشير الرجل
الى المرأة في قوله في رميتها • هكذا ذكر الشيخ ابو نصر الكرخي • وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رحمه الله انه ياتي بلفظ المواجهة
فيقول فيما رميتك به وهو قول زفر كذا في شرح الاقطع لان خطاب المواجهة ليس فيه احتمال وفي الكناية احتمال فكان
وجه ما ذكر الشيخ ابو الحسن ان الاشارة ابلغ في التعريف من اللفظ فبعد ذلك ان شاء خاطب وان كان في بلا بعض • وقال
اصحابنا اللعان شهادة مؤكدة باليمين وعند الشافعي هو يمين لانه تعالى قال اربع شهادات بالله فذكر قوله بالله على انه يمين
لانه لو كان شهادة لم يتوقف على قوله بالله • ولنا قوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم • بيانه انه استثنى الازواج من الشهداء
فدل على انهم شهداء لان الاصل في الاستثناء ان يكون من الجنس فثبت ان اللعان شهادة وذكر اليمين ارتفاع الشهادة • الا
ترى ان الشهادة في ابتداء الاسلام كانت تؤكد باليمين • قال تعالى في سورة المائدة فيقسمان بالله لشهادتنا احق من شهادتهما
ثم نسخ اليمين في سائر الشهادة بقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وبقي في اللعان على ما كان وقال في الكشاف روي عن علي
انه كان يحلف الشاهد والراوي اذا اتهمهما فظهر ان ذكر اليمين لم يخرج اللعان من ان يكون شهادة ولا يرد علينا صحة اللعان
من الاعمى والفاسق لان لهما اهلية الشهادة وانما لا يقبل اداؤهما انما في جانب الصدق لانا امرنا بالتثبت في خبره بخلاف المحدود
فانه لا اهلية له اصلا لبطلان شهادته **قوله** قال فاذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما بمجرد التلاعن
حتى يفرق القاضي بينهما حتى يكون الزوجية قائمة ويصح ظهاره وطلاقه وايلاؤه ويجري التوارث بينهما اذا مات احدهما عندنا
كذا في شرح الطحاوي وقال زفر تقع بتلاعنهما ولا حاجة الى تفريق القاضي وقال الشافعي بلعان الرجل قبل لعان المرأة لان
الفرقة بيد الزوج فيكون لعانه هو المثبت للفرقة واما لعان المرأة لدرء الحد عنها ولزفر قول النبي المتلاعنان لا يجتمعان ابدا
ولنا ما روينا في الموطا والصحيح البخاري في اول الباب في حديث عويمر انه قال كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها ثلاثا قبل ان يامره
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابن شهاب الزهري وكانت تلك سنة المتلاعنين • قال ابو داود السجستاني في السنن في هذا
الخبر فالسهل بن سعد فطلقها ثلاث تطليقات عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السنة بعد في المتلاعنين على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم وانا بحيث عن سهل ففرق بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم حين فلاعنا وجه الاستدلال ان الفرقة لو وقعت
بلعان احدهما او بلعانهما لما وقع عليها الطلقات الثلاث ولا نفذ رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ كان الواجب على رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان ينكره ويبين بطلان اعتقاده وفي الرواية الاخرى امر لانه عليه الصلاة والسلام فرق بينهما ولان
هذه الفرقة تختص بسبب حضرة الحاكم فوجب الحكم بتفريقه كفرقة العنة ولان اللعان كالقسم من المتعاقدين فاشبهه التحالف
في البيع فيه لا ينفسخ البيع بمجرد التحالف بلا قضاء فكذا هاهنا • فان قلت هذا معنى مانع وجوده عن الاقرار على النكاح كما في الطلاق
والرضاع والردة فلا حاجة الى قضاء القاضي فيه كما في هذه الاشياء • قلت في المقيس عليه لم يشترط الحضور عند الحاكم

فلم يتوقف حكمه على حكم القاضي وفي المقيس يشترط حضرة القاضي فتوقف حكم اللعان على حكم القاضي فلا جاء الفارق
نقل العباس **قوله** دل عليه قول ذلك الملاعن اي دل على ان لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم قول الملاعن عند
النبي صلى الله عليه وسلم واراد بالملاعن عويمر العجلاني وقد روينا تمام الحديث في اول الباب **قوله** وتكون
الفرقة تطليقة عند ابي حنيفة ومحمد وهو لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه • وقال ابو يوسف هو تحريم
مؤبد وهو قول زفر والحسن كذا في شرح الاقطع • وقول الشافعي مثل قول ابي يوسف كذا في المبسوط وقال مالك في
الموطا السنة ان المتلاعنين لا يتناكحان ابدا وان كذب نفسه جلد الحد والحق به الولد وجه قول ابي يوسف
ما روي في السنن عن سهل بن سعد قال حضرت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السنة بعد في متلاعنين ان يفرق
بينهما ثم لا يجتمعان ابدا ولان سبب هذه الفرقة هو اللعان يشترك فيه الزوجان ولا يختص به الرجل فكانت فرقة
بغير طلاق حرمة مؤبدة كالرضاع ولابي حنيفة ما روي في الاصل بقوله ما روي بلغنا عن ابراهيم انه قال اللعان
تطليقة بائنة وقال ايضا وبلغنا عن ابراهيم انه قال اذا اكذب الملاعن نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب ولان الثابت
بالشرع باللعان فلو اثبتنا الحرمة المؤبدة لزم الزيادة على النص فذلك لا يجوز لانه نسخ على ما عرف ولان هذه الفرقة لا تتقرر
بينهما الا في نكاح صحيح وتختص بمجلس الحكم فتكون فرقة بطلاق كالفرقة بالجب والعنة والفقه فيه ان الامساك بالمعروف
فات باللعان فتعين التسريح بالاحسان فاذا امتنع الزوج ناب القاضي منابه وكان فعله كفعله وكانت فرقة بطلاق
كما في العنين والفرقة بالطلاق لا تتأبد بغير انها بائنة لان المقصود دفع الظلم عنها ولا يحصل ذلك الا بالبائن يعني قوله
لا يجتمعان ابدا اي مادا متلاعنين لقوله تعالى ولن تنكحوا ازواجه من بعده ابدا اي ماداموا ازواجا وهما لا يبقيان متلاعنين
بعد اكذاب الزوج نفسه لا حقيقة ولا حكما اما حقيقة فظاهر لان ذلك لا يكون الا حال تشاغلهما باللعان ولم يبق
التشاغل واما حكما فلانه لما اكذب نفسه وجب عليه الحد فبطلت اهلية اللعان فارتفع اللعان حكما لبطلان الاهلية
قوله وهو خاطب يعني يصح تزوجه بعد الاكذاب **قوله** ولم يبق الملاعن ولا حكمه اي لم يبق حقيقة
التلاعن ولا حكم المتلاعن يعني لم يبق ذلك لا حقيقة ولا حكما كما بيناه انفا **قوله** ولو كان القذف بنفي
الولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وهذه مسألة القدوري وذلك لما روي في الموطا والصحيح البخاري وغيرهما
من حديث نافع عن عبد الله بن عمر ان رجلا لاعن امرأته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق
رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما والحق الولد بالمرأة • قال في شرح الطحاوي ثم الولد الملاعنة بعد ما قطع نسبه يجري
احكام نسبه باق من الاب سوى الميراث والنفقة حتى ان شهادة الاب لا تقبل وشهادته لابنه لا تقبل ودفع الزكاة
اليه لا يجوز ولو كان انثى فتزوجه اباها او تزوج بنته بنته ان كان ابنا له لا يجوز وغير ذلك من احكام النسب
قوله وصورة اللعان اي في نفي الولد وقد مر بيانها • وكذا في جانب المرأة اي تقول المرأة في اللعان في
جنب نفي الولد فيما رماني به من نفي الولد وقد مر بيانه **قوله** الامرين اراد بهما الزنا ونفي الولد **قوله**
ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده يعني ان غرض الزوج من لعانه بسبب نفي الولد تحصيل غرضه
من نفي الولد فلا جرم ينفي القاضي نسبه ولده منه لكن يتضمنه القضاء بالتفريق اي يحصل نفي الولد في ضمن القضاء
بالتفريق يعني اذا قال فرقت بينكما يكفي وعن ابي حنيفة لابد ان يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب
وذلك لان القضاء بالتفريق ينفك عن نفي الولد فلابد من ذكر نفي الولد • الا ترى انه اذا نفى ولد ام الولد ينتفي ولا يجري
اللعان ولهذا قال لامرأته زنيت يجري اللعان ولا ينتفي الولد **قوله** فان عاد الزوج واكذب نفسه حده
القاضي هذا لفظ القدوري وكذلك قوله وحل له ان يتزوجها وكذلك ان قذف غيرها فحد به او زنت فحدت يعني اذا
اكذب الزوج نفسه بعد تفريق القاضي بينه وبين امرأته حده لانه اعترف بوجوب الحد عليه حين قذف محصنة فلما
وجب الحد حل له ان يتزوجها لانه لما بطل اللعان بوجوب الحد لانعدام اهلية الشهادة بطل الحكم المتعلق به وهو
الحرمة وكذلك يحل له ان يتزوجها اذا قذف غيرها بعد تفريق القاضي فحد لهذا المعنى وكذلك اذا زنت المرأة فحدت
او حدت في قذف لانعدام اهلية اللعان قال في شرح الطحاوي اذا اخرسا او احدهما او كذبت المرأة نفسها او كذب
الرجل نفسه او قذف احدهما انسانا فحد او وطئت المرأة حراما يحل له ان يتزوجها عند ابي حنيفة ومحمد وعند علمائنا عند
ابي يوسف والشافعي لا يحل له ذلك • وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الطحاوي الكافي واذا زعم المتلاعنان الى حالة
لا يتلاعنان فيه ابدا فان كان بعد التفريق حل له ان يتزوجها في قول ابي حنيفة ومحمد وان كان قبل التفريق لم يفرق
بينهما وعند ابي يوسف لا يجتمعان ابدا **قوله** فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم اي ارتفع اللعان بحكمه المعلق
به وذلك الحكم هو التحريم يعني ارتفع التحريم كما ارتفع اللعان **قوله** واذا قذف امرأته وهي صغيرة او مجنونة فلا
لعان بينهما وهذا لفظ القدوري وذلك لان اللعان في قذف الزوج قائم مقام الحد في حق الاجنبي فاذا قذفهما الاجنبي
لا يجب الحد لان قذفهما ليس بقذف صحيح اذ ليس لهما فعل صحيح فكذا لا يجري اللعان اذا قذفهما الزوج **قوله** لقيامه
مقامه اي لقيام اللعان مقام حد القذف **قوله** وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا يعني لا لعان بينه وبين امرأته
لانعدام اهلية الشهادة واللعان واللعان شهادة عندنا **قوله** وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان وقال

الشافعي يجب بقذفه ولعانه كذا في شرح الاقطع وجه قوله ان اشارة الاخرس كعبارة الناطق ٠ ولنا ان الحدود تندرئ بالشبهات وفيه اشارته احتمال وشبهة فلا يثبت الحد بالشبهة وكذا اللعان لانه قائم مقام الحد وكذا لا يثبت اللعان بكتابته لان الكتابة بمنزلة ما ليس بصريح من الناطق فصار شبهة ولان لفظة الشهادة شرط في اللعان بالنص ولا يتحقق اللفظ من الاخرس بالاشارة وكذا اذا كانت المراة خرساء لا يجري اللعان بينهما لجواز التصديق لو كانت تنطق والحد لا يثبت بالشبهة فكذا اللعان لانه قائم مقام الحد لا يثبت اللعان بكتابته لان الكتابة بمنزلة ما ليس بصريح من الناطق شبهة ولان لفظ الشهادة شرط في اللعان بالنص ولا يتحقق اللفظ من الاخرس بالاشارة وكذا اذا كانت المراة خرساء لا يجري اللعان بينهما لجواز التصديق لو كانت تنطق والحد لا يثبت بالشبهة فكذا اللعان الذي قائم مقامه **قوله** وفيه اشارة الى قذف الاخرس **قوله** واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهو لفظ القدوري وهو قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد ان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر فلا لعان وهو قول ابي حنيفة الاول كذا في شرح الاقطع وعن ابي يوسف يلاعن في الحال وهو قوله كذا في مختصر الاسرار وهو قول مالك والشافعي وقال في شرح الاثار كان ابو يوسف يقول بهذا القول مرة وليس بالمشهور عنه وذلك لان هلال ابن امية قذف امراته بنفي الحمل وقد لاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ولابي يوسف ومحمد انه متى اتت بالولد لاقل من ستة اشهر من زمان القذف تيقنا بوجود الحمل عند القذف فصار كالولد المولود بخلاف ما اذا اتت به لاكثر من ستة اشهر اسحق الوصية والميراث وفي الاكثر لا اذا كان الحمل من عند الميت ولابي حنيفة ان نفي الحبل ليس بقذف في الحال لانه لا يدرى يقينا لعله ريح وكذا بعد الولادة لانه لو وجد القذف حينئذ او نقول اذا لم يكن قذفا في الحال للاحتمال صار كالمعلق بالشرط بان قال ان كان في بطنك ولد فليس مني والقذف لا يحتمل التعليق بالشرط لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط ولا حاجة الى بقائه حكما الى وجود الشرط لعدم الحاجة الى وجود ايجاب الحد لان الحدود تحتال لدرءها لا اثباتها بخلاف الارث والوصية فانهما يتوقفان لا الى انفصال الولد ولا يتوقف القذف ولا نسلم ان هلالا قذف بنفي الحمل فانه قذفها وهي حامل وذاك لا يدل على انه قذفها بنفي الحمل يدل على هذا ما روى في السنن مسندا الى عكرمة عن ابن عباس ان هلال ابن امية قذف امراته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك بن سحما فقال النبي صلى الله عليه وسلم البينة او حد في ظهرك قال يا رسول الله اذا راى احدنا رجلا على امراته ينطلق يلتمس البينة فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول البينة والا حد في ظهرك فقال هلال والذي بعثك بالحق اني لصادق ولينزلن الله عز وجل في امري ما يبرئ ظهري من الحد فنزلت والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية ٠ بيانه انه قال اذا راى احدنا رجلا على امراته فذلك يدل على انه كان قاذفا بصريح الزنا لا بنفي الحمل فافهم **قوله** وان قال زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا وهذا لفظ القدوري وتمامه ولم ينف القاضي الحمل وانما يثبت اللعان في هذه الصورة باتفاق اصحابنا لانه قذفها بصريح الزنا وهما من اهل اللعان وانما لا ينفي القاضي نسب الحمل عن ابيه لانه قطع النسب حكم عليه ولا يترتب الاحكام على الحمل لانه قبل الانفصال ولهذا لا حكم له باستحقاق الوصية والميراث قبل الولادة وعند الشافعي ينفي القاضي نسبه لان النبي صلى الله عليه وسلم نفى ولد هلال عنه وكان قذفها حاملا وجوابه لا نسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع نسبه عنه بل قال ان جاءت به كذا وكذا فهو للذي رميت به ٠ بيانه ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الولد لزوجها ان اشبهه والشبه لا يعتبر في باب اللعان بالاتفاق ولهذا لو كان قذفها بنفي الولد في زمان يصح النفي فلاعنها وكان الولد اشبه الناس بالرجل ينفي القاضي نسبه عنه ويلحقه بامه فاذا لا حجة للخصم في هذا الحديث ولئن صح نفيه عن هلال فنقول ان النبي صلى الله عليه وسلم كان عرف وجود الحبل يقينا زمان القذف بالوحي ولا يتحقق ذلك في حق غير النبي صلى الله عليه وسلم على انا نقول قول النبي صلى الله عليه وسلم من قبيل التعليق لا تنجيز في الحال قبل الولادة لان المعلق بالشرط عدم قبل وجوده فافهم **قوله** واذا نفى الرجل ولد امراته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع الة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب ٠ وقال ابو يوسف ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس وهذا لفظ القدوري في مختصره ٠ اعلم ان اللعان يجري بينهما بنفي نسب الولد وان طالت المدة لانه قذف زوجته بنفي الولد عن نفسه لكن الولد هل ينتفي ان كان النفي بحضرة الولادة حين يولد او بعد ذلك بيوم او يومين او نحو ذلك ينتفي ولم يوقت ابو حنيفة في ظاهر الرواية لنفي غير هذا وروى الحسن انه يصح نفيه الى سبعة ايام وقال ابو يوسف ومحمد الى مدة النفاس ويعتبر يوما هذا اذا لم يقر بالولد فاما اذا اقر به صريحا او دلالة فلا يصح النفي بعد ذلك سواء كان بحضرة الولادة او بعدها والصريح ان يقول الولد مني ويقول هذا ولدي والدلالة ان يسكت اذا هنئ لكنه يلاعن لهما ان مدة النفاس بحكم الولادة بدليل سقوط الصوم والصلاة فكان النفي في تلك المدة كالنفي في حال الولادة ولابي حنيفة على رواية الحسن ان النبي صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين في اليوم السابع والعقيقة يفعله الملتزم لنسب الولد ٠ وجه ظاهر الرواية ان النفي لا يصح الا بعد الولادة فيشترط حضرة الولادة وتقادم الزمان دليل الالتزام فلا يصح النفي بعد ذلك فكان القياس ان لا يصح النفي الا على فور الولادة كما قال الشافعي في احد قوليه وفي قوله الاخر ثلاثة ايام لكن جعل نفيه صحيحا بيوم او يومين ونحو ذلك حتى يكون كلامه عن تروٍّ وتفكر كيلا يكون مجازفا استحسانا واما لا يصح نفيه اذا قبل التهنئة قبل النفي لان سكوته في تلك المدة دليل الالتزام بالولد فيعد الاقرار بالنسب لا يصح الرجوع عنه لتعلق حق الغير به وكذا قبول التهنئة او شراؤه الة الولادة كل ذلك دليل على التزام الولد قال في الشامل ابو حنيفة لم يوقت بل فوض الى الامام ثم قال وحكي عنه اعتبر ثلاثة ايام **قوله** ولو كان غائبا قال في شرح الطحاوي هذا اذا كان زوجها حاضرا واما اذا كان غائبا وتدع

اليه الخبر بعد بلوغ الخبر ثلثاه فهو على الاختلاف وبلوغ الخبر كحضرة الولادة فاما على قولهما ان بلغ الخبر في مدة النفاس قال ما بقي من مدة النفاس وان بلغه الخبر بعد اربعين يوما روى عن ابي يوسف انه قال ان ينفيه يصح في تمام ستين لانه لما مضى مدة النفاس صار مدة الرضاع ٠ وعن محمد انه قال ينفي اذا اتاه بعد بلوغ الخبر الى اربعين يوما ٠ قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي و اذا نفى ولد المراة الامة فكذلك لم يكن فيه لا اختلاف وولد المنكوحة لان ولد الامة غير ثابت النسب منه فلا حاجة الى الدعوة والحكم بعين دعوة فاما نسب ولد المنكوحة فثابت له بالفراش فلا يكون متطاوعه في النفي **قوله** قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني ثبت نسبهما اي قال القدوري في مختصره ٠ اعلم ان المراة اذا ولدت ولدين لاقل من ستة اشهر فنفى الزوج احدهما واعترف بالاخر ثبت نسبهما لا محالة سوى سبق النفي او الاعتراف لانهما حمل واحد فاذا ثبت نسب احدهما بالاعتراف ثبت نسب الاخر اذا سبق النفي صار باقراره فانما مكذب بانفسه فيحد واذا سبق الاعتراف لاعن بنفي الثاني ويحد لانه لم يوجد اكذاب النفس ٠ قال الحاكم الشهيد في الكافي ان نفاهما ثم مات احدهما قبل اللعان لاعن على الحي ولزماه وذلك لان الذي مات ثبت نسبه منه لانه يرثه لو كان له مال فاذا ثبت نسب الميت ثبت نسب الحي لانهما من ماء واحد ولا يمنع جريان اللعان على الحي لانه لا يلزم من اللعان قطع النسب لا محالة وكذلك لو ولدت احدهما ميتا ثبت نسبهما لان الميت ثابت النسب منه لا حرى انه ضرب انسان بطنها كان للولد الميراث من الغرة فيثبت نسب الاخر ايضا لما قلنا **قوله** والاقرار بالعفة سابق على القذف هذا جواب سؤال مقدر وضح بما في شرح الاقطع فقال فان قيل فقد اكذب نفسه بالاعتراف الثاني قيل له التكذيب قبل القذف لا يتعلق بالحد لا ترى انه متى قال هي عفيفة ثم قال هذه المراة فانا كاذب في قذفها ثم قذفها بالزنا فلا يكون ذلك اكذاب النفس ثم لاعن ولا يحد كذلك هذا او نقول كانه اقر بعفتها وقال في عفيفة عن الزنا ثم قذفها بالزنا فلا يكون ذلك اكذاب النفس فكذا هذا والله اعلم بالصواب ٠

العنين وغيره

لما كان للعنين نسبة بالنكاح والفرقة جميعا ذكر احكام العنين وما شابهه من المجبوب ونحوه وغيره بعد الفراغ عن احكام النكاح والطلاق جميعا لكن اخره عن ابواب الطلاق لكون العنة ونحوها من العوارض **قوله** واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المراة ذلك ٠ وهذه من مسائل القدوري ٠ وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي بلغنا عن عمر ابن الخطاب انه قال يؤجل العنين سنة فان وصل الى امراته وان لم يصل اليها فرق بينهما وجعلها تطليقة بائنة وجعل لها المهر كاملا وجعل عليها العدة كاملة وبلغنا عن علي ابن ابي طالب نحو ذلك وقال الخصاف في كتاب ادب القاضي حدثني ابي عن نوح بن دراج عن محمد بن اسحاق عن خالد بن كثير عن علي بن ابي طالب قال يؤجل العنين سنة فان انبسط فسبيل ذلك والا فرق بينهما وانتفى كل واحد منهما من فضل الله وقال حدثنا الفضل ابن دكين قال حدثنا سفيان الثوري عن الركين ابن الربيع ابن عميلة الفزاري عن ابيه وحصين ابن قبيصة عن عبد الله بن مسعود قال يؤجل العنين سنة فان جامع والا فرق بينهما وقال حدثنا الفضل ابن دكين قال حدثنا سفيان الثوري عن الزبيري ابن الربيع عن عميلة الفزاري عن النعمان ابن حنظلة عن المغيرة بن شعبة وقال حدثنا يحيى الحماني قال حدثنا حفص ابن غياث عن الاشعث عن الحسن عن عمر قال يؤجل العنين سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما وقال حدثنا ابي عن هشام عن محمد بن سالم عن الشعبي ان عمر ابن الخطاب كتب الى شريح ان يؤجل العنين الى سنة من يوم يرفع اليه الى هنا لفظ الخصاف في ادب القاضي وقال الحاكم لا يجوز اجل العنين الا عند سلطان يجوز قضاؤه واذا ارتفعا اليه اجله سنة مستقبلة من يومئذ واذا ادعى الزوج بعد مضي السنة انه قد وصل اليها وانكرته فان كانت بكرا نظر النساء ويجزي الواحدة العدلة والثنتان والثلاث افضل فان قلن هي بكر لم يصدق الزوج وخير السلطان المراة فان فارقته كانت تطليقة بائنة ولها المهر كاملا وعليها العدة كاملة وان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه انه وصل اليها وكذلك اذا كان يصل الى غيرها من نسائه وجواريه وان كان غشيها مرة واحدة ثم انقطع عنها فلا خيار لها ابدا الى هنا لفظ الحاكم في كافيه كتبته في شرح كتابه ٠ اعلم ان العنين هو الذي لا يصل الى المراة اصلا بكرا كانت او ثيبا او يصل الى الثيب دون البكر او الى غيرها من نسائه وجواريه والحكم في الكل واحد فان وجدت المراة زوجها عنينا ثم رضيت بالمقام معه بعد ما كان على ذلك فان السكن مقصود كالوطء وكذلك اذا تزوجت وهي تعلم انه عنين حيث لا يكون لها طلب الفراق لانها رضيت بالمقام معه اما اذا لم تعلم ولم ترض بالمقام فلها المطالبة لان لها حقها فيه ويؤجل سنة لما روينا عن عمر وعلي وفي الموطأ عن سعيد بن المسيب انه كان يقول من تزوج امراة فلم يستطع ان يمسها فانه يضرب له اجل سنة فان مسها والا فرق بينهما والفقه فيه ان مقصودها من النكاح العفة والاحصان لنفسها بقضاء حاجتها منه ولا يحصل ذلك من زوجها الا بالوطء فلا يستحق عليه الوطء في كل زمان لتعجز الانسان عن ذلك في جلسة لا يلائم العادة لانه ربما لا يقدر على وطئها بسبب مرض من رطوبة او برودة او نحو ذلك او بسبب سحر فيستخرج لنفسه بذلك ثم يوافقه بعض فصول السنة او يعالج في بعض فصولها فتزول تلك العلة وذلك لان السنة تصلح للابلاء ومن يسلم حولا كاملا فقد اعذر ٠ بيانه ان الطب معالجة الضد بالضد فاذا كان سبب الاسترخاء علة بعض العناصر الاربعة عليه يزول ذلك في فصل فيه ضد ذلك العنصر فيقدر على الوصول لا محالة ان كان لانه عارضة بيانه ان السنة مشتملة على اربع فصول اولها الربيع وهو ما اذا كان الشمس في الحمل والثور والجوزاء وهو حار رطب على طبيعة الهواء والثاني الصيف وهو ما اذا كان الشمس في السرطان والاسد والسنبلة وهو حار يابس على طبيعة النار والثالث

الخريف وهو ما اذا كان الشمس في الميزان والعقرب والقوس وهو بارد يابس مثل طبيعة الارض والرابع الشتاء وهو ما اذا كان
الشمس في الجدي والدلو والحوت وهو بارد رطب مثل طبيعة الماء فاذا مضت السنة ولم يقدر على الوصول علم ان العجز كان عن
اصل الخلقة لانه اصلية لا عارضة وهو يمتنع مع القدرة على الوطء فيتعين عليه الفراق لفوات المقصود فاذا لم يفارقها فرق
القاضي بينهما دفعا للظلم لانه هو المنتصب لدفع الظلم وكانت الفرقة بائنة ليحصل دفعه اذ لا يحصل ذلك بالرجعي ثم اعلم انها اذا اختارت
نفسها بعد مضي السنة فهل تقع الفرقة من غير تفريق الحاكم او يحتاج الى التفريق بينهما ففيه اختلاف الرواية عن اصحابنا قال صاحب المختلف
فان اختارت نفسها بانت منه في ظاهر الرواية ثم قال وروى الحسن عن ابي حنيفة انها اذا اختارت نفسها فرق القاضي بينهما ولا تقع
الفرقة بغير تفريق كما في خيار المدركة كذا ذكر الامام الاسبيجابي ايضا في شرح الطحاوي وقال محمد في الاصل بعدما اجل السنة
فان قالت هي بكر لم يصدق الزوج وخيرها السلطان المراد ان شاءت اقامت معه وان شاءت اختارت نفسها وان فارقته كانت تطليقة
بائنة وكذلك قال الحاكم ايضا وقد مر ذلك وهذا يدل على انها اذا اختارت الفرقة يقع الطلاق ولم يتوقف الى الحاكم وقال الطحاوي
في مختصره وان اختارت فراقه فرق بينهما وهذا يدل على شرط تفريق الحاكم وكذلك عامة اصحابنا ذكروا في كتبهم كمبسوط شمس الائمة السرخسي
ومبسوط صدر الاسلام البزدوي والشامل وشرح الجامع الصغير للامام فخر الاسلام البزدوي والمنظومة والامام العتابي
والتحفة وغيرها وشرطوا تفريق القاضي وقال شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف ومحمد في غير رواية الاصول انها كما اختارت
نفسها وقعت الفرقة بينهما اعتبارا بالمخيرة بتخيير الزوج او بتخيير الشرع كالمعتقة وقال الخصاف في ادب القاضي وان كان القاضي
لما خيرها وهي بكر اختارت الفرقة فانها لا تكون فرقة حتى يفرق القاضي بينهما الى هنا لفظه ثم انما لا يكون لها خيار اذا اعتبرها مرة
لتأكد البدل وثبت صفة الإحصان بالمرة الواحدة قوله ولا حق لها في الوطء ولهذا لا يجوز العزل بدون
اذنها والاختلاف في الامة المنكوحة قال ابو حنيفة الاذن في العزل الى المولى وقالا اليها وقد مر في باب نكاح الرقيق
لان النكاح لا يحتمل الفسخ عندنا بشيء بعد تمام العقد ليتعلق ذلك كما في خيار البلوغ وخيار العتاقة لان ذلك امتناع من تمام العقد
قوله ولو لم تكن بائنة لعاد معلقة بالمراجعة اي لو لم تكن الفرقة بائنة فراجعها الرجل بعد الفرقة ترجع المرأة الى
حالها الاول فتبقى لا ايما معلقة والمعلقة لا ذات زوج ولا ايم اما الاول فلفوات المقصود وهو الوطء واما الثاني فلانها تحت زوج
فلا يحصل حينئذ دفع الظلم وهو المقصود من فرقة العنين قوله ولها كمال مهرها ان كان خلا بها وذلك لان خلوة العنين
صحيحة لان الحكم على سلامة الالة وقد سلمت المرأة المبدل فيجب عليه البدل ايضا وعليها قضاء عمر وعلي حيث قال الامام فمن
اذا اجابه الحجرين متلكم وعليها العدة لتوهم الشغل احتياطا استحسانا وقد مر في باب المهر وهو المراد من قوله لما بينا من قبل
وعند شريح وابن طاوس يجب على العنين نصف الصداق اذ لم يصل ذكر الخصاف في قولهما في ادب القاضي وقد حدث الخصاف
عن يزيد عن ابن ابي عروبة عن قتادة عن سعيد ابن المسيب عن عمر انه اجل العنين سنة وان لها الصداق كاملا قوله
هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها اي تأجيل العنين سنة والتفريق بعد السنة فيما اذا كان الزوج مقرا في الابتداء بانه
لم يصل اليها اما اذا اختلفا فقال الزوج وصلت وقالت المرأة لم يصل الي فلا يخلو من احد الامرين اما ان كانت المرأة ثيبا
او بكرا فان كانت ثيبا فالقول قول الزوج مع اليمين فان الزوج منكر في الحقيقة وان كان مدعيا للدخول صورة فالقول قول المنكر
مع اليمين فان حلف لا حق لها فان نكل يؤجل سنة وان كانت المرأة بكرا نظر اليها النساء لان البكارة والواحدة العدل فيه تكفي والاثنان احوط فان
قلن هي بكر فالقول قول المرأة من غير يمين لان البكارة مما لا يطلع عليه الرجال لكن طائفة العلماء في الشيء كثير فيؤجل سنة وان قالت
العدل انها ثيب فالقول قوله مع يمينه لان شهادتهن تقوت بيمين الرجل فلا خيار لها لانه ادنى وان نكل يؤجل العنين سنة وتعيين المرأة
بعد ذلك فان اختارت نفسها بقول القاضي للزوج فارقها فان فعل والا فرق القاضي بينهما قال في شرح الطحاوي فان وقع
الشك للنساء في امرها فانها تمتحن بنفسها بان تبول على الجدار فان امكنها ان ترمي ببولها على الجدار فهي بكر والا فهي ثيب وقال
بعضهم تمتحن ببيضة فان وسعتها فهي ثيب والا فبكر قوله وان كان مجبوبا فرق القاضي بينهما في الحال وذلك لانه
لا يرجى منه الوصول فلا فائدة في التأجيل لابلاء العذر لانه مقطوع الالة قوله والخصي يؤجل كما يؤجل العنين
وذلك لانه ربما يتحقق منه الوطء فكان حكمه حكم العنين قوله واذا اجل العنين سنة الى اخره اعلم ان
الزوجين اذا ترافعا الى القاضي وقد اختلفا في الوصول بريهما القاضي النساء فان شهدت العدلة بالبكارة خيرت
لان شهادتها تأكدت بالبكارة وان شهدت بالثيابة فالقول قول الزوج مع اليمين فان حلف فلا خيار لها وان نكل خيرت
لان دعواها تأيدت بنكول الرجل فان اختارت الزوج او قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي او قام القاضي قبل
ان تختار شيئا بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقف بالمجلس فهذا مثله فاذا اختارت نفسها
في المجلس يأمر الزوج بالتفريق فان ابى فرق القاضي قوله وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرنا
ارادته بقوله قبل عشرة خطوط فالقول قوله مع يمينه لكن لانه منكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو الاصل هو السلامة في الجبلة
قوله وفي التأجيل يعتبر السنة القمرية هو الصحيح اطلق محمد في الاصل ولم يقيدها بالقمرية والشمسية وقال في شرح
الطحاوي ويعتبر سنة قمرية بالاهلة في ظاهر الرواية وروى الحسن بن زياد في غير ظاهر عن ابي حنيفة انه يعتبر سنة
شمسية وهي تزيد على القمرية بايام وذهب شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي الى رواية الحسن اخذا بالاحتياط وكذلك
صاحب التحفة لانه ربما يكون موافقة العلاج في الايام التي يقع التفاوت بين السنة الشمسية والقمرية وهذا هو

المختار عندي لانه احوط. وقال الولوالجي في فتاواه العنين يؤجل سنة قمرية لا شمسية هو الصحيح لان المنطوق هي السنة
والسنة تنصرف الى القمرية مطلقا وهي اقل من الشمسية باحد عشر يوما وذكر في المنثور ان التفاوت بينهما احد عشر يوما وبعض
اصحابنا ذكروا في كتبهم هذا المقدار فلابد من شرح السنين حتى تكون المبتدي والمنتهي على يقين من بيانهما. اعلم ان السنة
القمرية هي التي تعرف بالاهلة اول شهورها المحرم الى ذي الحجة وهي اثنا عشر شهرا فالسنة ثلاثمائة وخمسة واربعون يوما
وذلك لان السنة ستة اشهر من السنة يجيء كل واحد منها ثلاثين يوما كاملا والستة الاخرى يجيء ناقصة كل واحد منها تسعة وعشرون
يوما والقمرية هي المعروفة عند الناس اما الشمسية فهي ان الشمس اذا كانت في موضع من البروج فاذا انتهت الى ذلك الموضع
تكون سنة كاملة. بيانه مثلا ان الشمس اذا كانت في اول نقطة من الحمل وقطعت تلك البروج وهو ثلاثمائة وستون درجة
وانتهت الى اخر الحوت الى اول نقطة من الحمل الذي كانت منه بدأت تكون سنة كاملة. قال ابو معشر البلخي في المدخل الكبير ان
مقدار سنة الشمس ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم غير جزء من ثلاثمائة جزء من يوم على ما زعم بطليموس ذكره في الفصل
الخامس من المقالة الثانية اما الروميا فقد ذكر في الزيج مفصلا ولم يستثن جزءا من ربع يوم وذكر اسماء السريانية مفصلا
فقال تشرين الاول احد وثلاثون يوما تشرين الثاني ثلاثون يوما كانون الاول احد وثلاثون يوما كانون الثاني احد وثلاثون
يوما شباط ثمانية وعشرون يوما وربع يوم اذار ثلاثون يوما نيسان ثلاثون يوما ايار احد وثلاثون يوما حزيران
ثلاثون يوما تموز احد وثلاثون يوما اب احد وثلاثون يوما ايلول ثلاثون يوما فالسنة ثلاثمائة وخمسة وستون يوما
وربع يوم والباقي يعلم في موضعه ان شاء الله تعالى قوله ويحتسب بايام الحيض وشهر رمضان يعني لا يعوض
عن ايام الحيض وشهر رمضان الواقعة في ايام التأجيل اياما اخر بل هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك لان اصحابه رضي الله عنهم
قد رووا انه التأجيل بالسنة ولم يستثنوا ايام الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنها قوله ولا يحتسب
بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه اي عن المرض يعني لا يكون زمان المرض محسوبا من مدة التأجيل فلا كان
المرض او كثيرا بل يعوض لذلك من ايام اخر لان السنة تخلو عنه فلم يكن في معنى ايام الحيض وشهر رمضان وعلى
انه الفتوى المشايخ في الفتاوى وذكر شمس الائمة السرخسي في مبسوطه عن ابي يوسف روايتان في احدهما اذا كان
المرض اكثر من نصف الشهر لا يحتسب مدة الشهر المرض على الزوج وان كان دون ذلك يحتسب عليه بالقياس على ايام
رمضان فان في الشهر يتمتع عليه عينا بما نرد ذلك محسوب عليه فعرفنا ان نصف الشهر وما دونه عفو وفي الرواية
الاخرى اذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم واحد يحتسب عليه بزمان المرض وعلى قول محمد ان مرض احدهما
فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض وان احرمت بحجة
الاسلام لم يحتسب على الزوج بمدة الخروج لانه لا يقدر على ان يمسها بخلاف ما اذا احرم الزوج حيث يحتسب عليه لان العجز
جاء من قبله وان كان الرجل محبوسا في السجن او محبوسا بمهرها فامتنعت من ان يسلمها الى المحبس لا يحتسب عليه تلك الايام
وان لم تمتنع المرأة وكان ثمة خلوة يحتسب لان العجز جاء من قبله ولو كانت محبوسة في حق وكان يمكنه الخلوة معها يحتسب عليه
تلك الايام وان لا فلا ولو هرب لا يحتسب عليه تلك المدة بخلاف ما اذا غاب الزوج حيث يحتسب عليه بذلك لان العجز
من جهته. قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي والخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال فهو رجل له ان يتزوج امرأة
فان لم يصل اليها اجل كما يؤجل العنين لان رجاء الوصول يتحقق وان كان يبول من مبال النساء فهي امرأة فاذا تزوجت
رجلا لم يعلم بكونها حالها ثم علم بذلك فلا خيار للزوج لان الطلاق في يده وهو نظير الرتقاء. وقال شمس الائمة البيهقي في الشامل
زوج خنثى من خنثى وهما مشكلان على ان احدهما رجل والاخر امرأة وجب الوقف في النكاح حتى يتبين فان ماتا قبل التبيين
لم يتوارثا وفيه ايضا مات امرأة رجل منه انه كانت امرأته وكانت تبول من مبال النساء وامرأة انه كان زوجها وكان
يبول من مبال الرجال لم يقض لاحدهما الا ان ذكرت احدى البينتين وقتا انه مقدم وهذه المسائل كتبناها تكثيرا للفوائد
قوله واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج هذا لفظ القدوري في مختصره. اعلم ان اصحابنا اتفقوا على ان
النكاح لا يفسخ بعيب ما في المرأة. وقال الشافعي يفسخ بعيوب خمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن
والجذام علة ردية تحدث من انتشار المرة السوداء في البدن كله فيفسد مزاج الاعضاء وهيئتها وربما انتهت في اخرها
الى تأكل الاعضاء وتسقط سقوطا عن تقرح ويتناثر الشعر ويظهر البحوحة ويتبدد الحلقة والبرص بياض يظهر في ظاهر البدن
ويكون في بعض الاعضاء دون بعض وربما كان في سائر الاعضاء حتى يصير لون البدن كله ابيض وسببه سوء مزاج العضو
الى البرودة وغلبة البلغم والباقي يعرف في موضعه والجنون زوال العقل يقال امرأة رتقاء اذا كان لا يستطاع جماعها بان لا يكون
لها ثقب سوى المبال والرتق تحريك التاء وهو مصدر قولك امرأة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع
كذا في الصحاح والقرن بسكون الراء مانع يمنع سلوك الذكر فيه من غظم وغيره كذا قال صاحب المغرب ثم عند الشافعي اذا ردها
الزوج بتلك العيوب انفسخ العقد ولا مهر لها قبل الدخول وان كان ذلك بعد الدخول بالعيب فلها مهر مثلها ويرجع به على من زوجها
كذا في شرح الكافي للسرخسي وجه قوله ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني بياضة فوجد بكشحها بياضا فردها وقال
الحقي باهلك وعن عمر انه اثبت الخيار للزوج بهذه العيوب ولان المقصود من النكاح قضاء الشهوة طبعا وثبوت النسب شرعا وهذا العيب
يخل بالمقصود حسا او طبعا اما حسا ففي القرن واما طبعا ففي البرص والجذام والجنون لان الطباع السليمة تنفر عن صحبة مثله

العيوب وربما تسري الى الولد بخلاف الجب والشلل فانهما لا يحلان بالمقصود فاذا ثبت الخلل في المقصود يثبت خيار الفسخ كخيار المراة اذا وجدت زوجها مجبوبا او عنينا • ولنا ما روى محمد في الاصل يقول بلغنا عن علي بن ابي طالب انه قال اذا تزوج المراة فوجد بها قرنا او برصا او جذاما او برصا او جنونا فالنكاح جائز لا امر له ان شاء طلق وان شاء امسك • وقال ابن مسعود لا ترد المراة عن عيب وبهذا علم ان المراد من رد النبي صلى الله عليه وسلم هو رده بالطلاق وكذا المراد من خبر عمر الخيار المراد به خيار الطلاق وهذا لان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه • الا ترى انه لا يحتمل الفسخ بالاقالة فلا يفسخ بدون هذه العيوب كما لا يفسخ بالعيوب الاخر من الرتقانة والجرب والبخر والدفر والعمى والشلل لان المستحق بالعقد هو ملك الوطء حاصل في جميع الصور والفسخ بعدم الكفاءة وخيار البلوغ لا يرد علينا لان ذلك فسخ قبل تمام العقد وذلك امتناع من اتمام العقد وكذلك الفسخ بخيار العتاقة لان ذلك امتناع عن ازدياد الملك عليها قبل تمام العقد ولا اثر لخلل المقصود بتلك العيوب حسا لان الوطء يتحقق في صورة البرص والجنون والجذام وكذا في الرتق والقرن ايضا لان الوطء يمكن بالفتق والشق وقد شاهد ذلك بعض تجار العراق حتى تزوج نواب المدينة امراة وجدها رتقا ففتقها الناس ومضى الا فلو كان لنفرة الطبع اثر في الفسخ لثبت الفسخ في البخر والدفر والتزوج الفاحشة فعلم انه لا اثر لها اصلا لا حقيقة الا الاستيفاء ثمرة وفوته لا يوثر في فسخ النكاح ولهذا اذا مات احد الزوجين بعد عقد النكاح يفوت الاستيفاء ولا ينفسخ النكاح ولهذا لا يسقط شي من المهر والجب والعنة لا يثبتان لها حق الفسخ بل يثبتان حق المطالبة بالامساك بالمعروف فاذا فات ذلك تعين التسريح وهو طلاق عندنا **قوله** لانه الاستيفاء من الثمرات اي لان استيفاء المقصود من ثمرات النكاح وقد مر بيانه **قوله** واذا كان بالزوج جنون او جذام او برص فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة ولنا ان المقصود هو حل الاستمتاع ويحصل ذلك من المجذوم والمجنون والابرص غاية ما في الباب ان النفرة تحصل لطبعها بذلك لا يثبت حق الرد كما في البخر والدفر والفرج الفاحشة بخلاف الجب والعنة فان المقصود فائت اصلا والزوج في امساكها من غير حاجة ظالم فيجب دفع الظلم وههنا حاجته صادقة وليس بظالم ولان خلل العيوب لا تمنع الرضا ولا يعتبر تمامه في باب النكاح • الا ترى ان احد الزوجين اذا شرط على صفة الجمال والبكارة فظهر بخلاف ذلك لا يثبت الخيار ولهذا لو تزوج امراة وشرط انها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوهاء لها شعر زائل وعقل زائل ولعاب سائل لا خيار له **قوله** بخلاف جانبها اي بخلاف ما اذا كان الضرر يحصل في جانبه من جهة المراة بان وجدت هذه العيوب فيها لان الزوج لا يتعذر عليه دفع هذا الضرر بالطلاق ولا تقدر المراة على دفع الضرر اذ لم يكن لها حق الرد **قوله** بالمقصود المشروع له النكاح اي بالمقصود الذي شرع النكاح لاجله وذلك المقصود هو الوطء **قوله** فاعتبرا اي افترق الحكم وهو الجنون والبرص والجذام والمقيس عليه وهو الجب والعنة والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب العدة

لما كان العدة اثر الفرقة بين الزوجين ذكرها بعد ذكر انواع الفرقة من الطلاق والايلاء والخلع واللعان وفرقة العنين والمجبوب وغير ذلك لان الاثر يقفو المؤثر لا محالة • قال الجوهري عدة المراة ايام اقرائها وقال في شرح الاقطع هي التربص الذي يلزم المراة بزوال النكاح او شبهته • ثم اعلم ان العدة على اربعة عشر وجها عدة بثلاثة قروء وعدة بقرئين وعدة بثلاثة اشهر وعدة بشهر ونصف وعدة باربعة اشهر وعشرة ايام وعدة بشهرين وخمسة ايام وعدة بثلاث حيض واربعة اشهر وعشر وعدة بوضع الحمل او الى سنة اشهر وعدة الى سنتين سنة وثلاثة اشهر وعدة الى شهرين وتسعة وعشرين يوما وثلاث حيض بعدها وعدة بجمع العمر وعدة بثلاث حيض الا يوما واربعة اشهر وعشر بعدها وعدة بقرئين الا يوما وشهرين وخمسة ايام بعدها وعدة بثلاث حيض في الحياة والوفاة • اما العدة الاولى فعدة الحرة المطلقة ذات الحيض • واما الثانية فعدة الامة المطلقة اذا كانت من ذوات الحيض • واما الثالثة فعدة الحرة المطلقة التي لا تحيض صغيرة كانت او كبيرة • واما الخامسة فعدة المراة المتوفى عنها زوجها • واما السادسة فعدة الامة المتوفى عنها زوجها • واما السابعة فتصور في اربعة مواضع فيمن طلق زوجته الحرة طلاقا بائنا وهو مريض ثم مات في عدتها ترث منه وان كان له زوجتان امراتان وثلاث او اربع فقال احداكن طالق ومات قبل البيان يجب على كل واحدة منهن اربعة اشهر وعشر تستكمل فيها ثلاث حيض او في ولد لرجل في منكوحته لاخر مات المولى والزوج وبين موتهما شهران وخمسة ايام ولا يعلم ايهما مات اولا فعدتها اربعة اشهر وعشر تستكمل فيها ثلاث حيض وان لم يعلم ان بين موتهما كم كان ولا من مات اولا فعدتها اربعة اشهر وعشر تستكمل فيها ثلاث حيض عند ابي يوسف ومحمد وعند ابي حنيفة عدتها اربعة اشهر وعشر لا حيض فيها خلاف وان مات المولى او لا وهي تحت زوج او في عدة منه من طلاق رجعي ثم مات الزوج تعتد باربعة اشهر وعشر وان كانت العدة من طلاق بائن لا يلزمها عدة الوفاة • واما الثامنة فعدة الطلاق والوفاة والعتاق بوضع الحمل اذا كانت حاملا فان جاءت بالحمل الى سنتين من يوم طلقها يثبت نسبه وتنقضي العدة بوضع الحمل وان جاءت به لاكثر من سنتين بيوم لا يثبت نسبه وحكم بانقضاء عدتها منذ ستة اشهر وتسترد نفقتها ان كانت قبضتها في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تنقضي عدتها بوضع الحمل وان لم يثبت نسبه • واما التاسعة فهي اذا انقطع حيضها بعد الطلاق فتنتظر الى ان تصير من ستين سنة

ثم تعتد بثلاثة اشهر وان كان عادة انقطاعها واخرها انقطاع الحيض فبلغت خمسين سنة لو حد تعادتين وان كانت عادتهن انقطاع الدم بعد ستين لا يوخذ بذلك ويوخذ بستين • واما العاشرة فهي صغيرة طلقها زوجها فمضت ثلاثة اشهر الا يوما ثم حاضت فما لم تحض ثلاث لا تنقضي عدتها او كانت ايسة فاعتدت بثلاثة اشهر الا يوما ثم حاضت فما لم تحض ثلاث حيض لا تنقضي عدتها • واما الحادية عشر امراة المفقود ما لم يثبت اقران زوجها لا يرتفع النكاح قال بعضهم الى مائة سنة وقال بعضهم الى مائة وعشرين سنة • واما الثانية عشر فرجل طلق امراته طلاقا رجعيا فاعتدت بثلاث حيض الا يوما ثم مات الزوج يلزمها اربعة اشهر وعشر • واما الثالثة عشر فرجل الحق امر ولده طلق امراته الامة رجعية فاعتدت بقرئين الا يوما فمات زوجها يلزمها شهران وخمسة ايام • واما الرابعة عشر فرجل اعتق ام ولده او مات عنها او وطئ امراة في نكاح فاسد او بشبهة عقد ففرق بينهما او مات عنها تعتد عنه بثلاث اقراء فان الايسة ام ولد او الموطوءة في نكاح فاسد او شبهة عقد من صغيرا او كبيرة تعتد بثلاثة اشهر في الوفاة والحياة كذا ذكر الفقيه ابو الليث في خزانة الفقه **قوله** واذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء وهذا لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر قوله او رجعيا في هذا الموضع في اكثر النسخ لان الطلاق الرجعي مر حكمه وبعده في باب الرجعة واراد بالفرقة بغير طلاق الفرقة بخيار البلوغ والعتاقة وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين صاحبه والفرقة في النكاح الفاسد والردة والاصل في ذلك قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والفرقة بغير طلاق في حكم الطلاق في العدة لانها فرقة طارية على النكاح فصارت كالطلاق ولان العدة موضوعة لمعنى تعرف براءة الرحم حتى لا يشتبه النسب وهذا المعنى لا يشمل الجميع لكن هذا فيما اذا كانت المراة مدخولة اما اذا لم تكن مدخولة فلا عدة عليها سواء كانت الفرقة بطلاق او بغير طلاق وذلك لقوله تعالى فان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها والخلوة جعلت كالدخول فاسدة كانت او صحيحة في حق العدة احتياطا استحسانا لتوهم الشغل وقد مر بيانه في باب المهر **قوله** وهذا يستوفيها اي التعرف عن براءة الرحم يتحقق في الفرقة بغير طلاق **قوله** والاقراء الحيض عندنا هذا لفظ القدوري • قال الشافعي الاقراء الاطهار وتصور الخلاف فيما اذا طلقها في الطهر فعنده تنقضي العدة كما ترى قطرة من الدم من الحيضة الثالثة وعندنا لا تنقضي ما لم تطهر منها وقد روي عن عمر وعلي وعبد الله وابي موسى ان الاقراء الحيض • وروي عن زيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر وعائشة ان الاقراء الاطهار كذا ذكر ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي اعلم ان القرء مشترك في لغة العرب جاء بمعنى الحيض والطهر جميعا كذا قال ابن السكيت وغيره من اهل اللغة في كتاب الاضداد وشهرته بحيث لا ينكر احد الا من لا يعرف اللغة ولا يعتبر بجهله والقرء بفتح القاف كذا قال الجوهري وجمعه اقراء وقروء لذا قال القتبي • وروي في الكشاف ضم القاف ايضا ثم المشترك لا عموم له في موضع الاثبات وانما يرجح احد الوجهين بالدليل وحجة قول الشافعي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر حين طلق عمر امراته وهي حائض مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم يطلقها ان شاء ذلك • بيانه ان النبي صلى الله عليه وسلم امره ان يطلقها في الطهر لا الحيض فدل على ان الاقراء الاطهار وحجة عليه قول الاعشى • وفي كل عام انت جاشم غزوة • تشد لاقصاها عزيم عزائكا • مورثة مالا وفي الحي رفعة • لما ضاع فيها من قروء نسائكا • بيانه ان المراد من القروء الاطهار لانه مدح رجلا بغزوه حيث اضاع قروء نسائه اي اطهارهن باشتغاله بالغزو ولم يغشهن وهذا لان النساء لا يجامعن الا في الاطهار وفيه نظر لان القرء يجيء في لغة العرب بمعنى الوقت يقال فلان القرء اي الوقت الذي كان يقدم يرجع وكذا القارئ جاء بمعنى الوقت كذا ذكر القتبي والجوهري وصاحب الكشاف فعلى هذا يكون المراد من المذكور في البيت مطلق الوقت لا حيضا ولا طهرا كما قال مالك بن الحرث الهذلي • كرهت العقر عقر بني شليل • اذا هبت لقارئها الرياح • اي لوقت هبوبها وشدة بردها العقر تصار ومكان كذا في شرح البيت وشليل من بجيلة وهو جد جرير بن عبد الله البجلي وانما كرهه لانه قتل فيه • ولنا ما روي في السنن والجامع الترمذي مسندا الى عدي بن ثابت عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة ايام اقرائها التي كانت تحيض فيها • بيانه ان المراة تترك الصلاة ايام الحيض لا الطهر فلما كان الاختلاف في اللغة في معنى القرء رجعنا الى لغة صاحب الشرع النبي صلى الله عليه وسلم • وروي في السنن مسندا الى عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال طلاق الامة تطليقتان وقروها حيضتان وروي وعدتها حيضتان • بيانه ان المعتبر في العدة لو كان الطهر لقال عليه الصلاة والسلام وعدتها طهران فدل على ان المراد من المذكور في الاية هو الحيض لا الطهر ولان الله تعالى قال في عدة الايسة واللائي يئسن من المحيض الاية وجعل مدتها بالاشهر فجعل الشهر خلفا عن الحيض فلو كان المعتبر في العدة هو الطهر لقال تعالى يئسن من الطهر ولم يقل يئسن من الحيض ولان الثلاثة اسم خاص لعدد معلوم فلا ينطلق اسم الثلاثة على ما دونها كما يقال رايت ثلاثة رجال فلا يجوز ان يراد رجلان وليس هذا كقوله تعالى الحج اشهر معلومات والمراد شهران وبعض الثالث لم يحصرها بعدد وانما ذكرها بلفظ الجمع والاقراء محصورة بعدد وهو الثلاثة فعلى ما قال الشافعي يلزم ابطال العدد المنصوص فلا يجوز لان الطهر الذي يقع فيه الطلاق محسوب عند الشافعي فتكون العدة طهرين وبعض الثالث ولا يقال لانه اطهار موجودة فلا يلزم بطلان العدد لانا نقول المراد من الطهر هو الكامل منه وهو ما بين الدمين لم يبدلانه الاجماع لانه لو لم يكن كذلك لحصلت ثلاثة اطهار في ثلاثة ايام مثل في ثلاث ساعات لا يعتبر بالاجماع ولانه روي في شرح الاثار

مسندا الى عمر وعلي ومعاذ بن جبل وابو الدردا وزيد ابن ثابت فيما اذا طلق الرجل امراته انهم كانوا يجعلون له الرجعة حتى
تغتسل من الحيضة الثالثة فعلم انهم جعلوا الاقرا الحيض يدل على هذا قول الراجز ايضا • يراب ذي ضغن وضب فارض
له قروء كقروء الحائض • والضب هنا بمعنى الحقد فبانه انه اضاف القرو الى الحائض والطهر لا يكون الحايض بل يراد ان عداوته تهيج
تهيج كحيض الحائض في اوقات معلومة ولان المقصود تعرف براة الرحم وذلك يحصل بالدم لا بالطهر والجواب عما تمسك به
ابن عمر فنقول روى البخاري الحديث في صحيحه اتم منه قال حدثنا اسمعيل ابن عبد الله قال حدثني مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر
انه طلق امراته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسال عمر ابن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل
ان يمس فتلك العدة التي امر الله ان تطلق لها النساء • فبانه ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يعتبر ذلك الطهر الذي بعد المراجعة
بل اعتبر الطهر الثاني الذي بعد الحيضة الفاصلة بين الطهرين فعلم ان المراد من القرو هي الحيض لا الاطهار **قوله**
فيلحق بيانا به اي يلحق قوله عليه الصلاة والسلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان بالكتاب مبينا او من حيث البيان
بيانه ان خبر الواحد وان كان لا يصلح الزيادة فيه على كتاب الله تعالى يصلح بيانا لما في الكتاب من الاجمال والاشتراك وكان
قوله عليه الصلاة والسلام وعدتها حيضتان بيانا للمشترك في قوله تعالى ثلاثة قروء وكانت الحيضة هي المراد **قوله**
وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر • وهذا لفظ القدوري في مختصره والاصل فيه قوله تعالى واللائي يئسن
من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن والمعنى واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة اشهر لكن حذف
لدلالة المذكور وان ارتبتم اي شككتم في دم البالغات مبلغ الياس اهو دم الحيض ام دم الاستحاضة واذا كانت عدة المرتاب بها
فعدة غيرها اولى وروى البخاري عن مجاهد قال ان لم تعلموا اتحيض او لا تحيض • قال الولوالجي في فتاواه اذا وجبت العدة
بالشهور عن الطلاق والوفاة فان اتفق ذلك في خلال الشهر فعند ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف يعتبر في ذلك
عدد الايام فيعتبرون تسعين يوما في الطلاق وماية وثلاثون يوما في الوفاة لان الشهر الاول يعتبر بالايام فكذا ما يليه لانه
بنا عليه وعند محمد وهو قول ابي يوسف الاخر كذا في التحفة يحتسب الشهر الاول بالايام ويكمل من الشهر الاخير وفي الشهور
بالاهلة ولا خلاف في حق تفريق الطلاق حيث يعتبر بالايام وذلك ثلاثون يوما انما الخلاف في حق انقضاء العدة • كذا قال
شمس الائمة السرخسي ثم اعلم ان حد الاياس لم يذكر اختلافا ذكره في الفتاوى الصغرى • وقال حد الاياس عن بعضهم
في رواية مقدر وان رات بعد ذلك دما لا يكون حيضا وقال بعضهم يكون حيضا على الرواية التي لم يقدر الاياس التي
يكون حيضا وقال بعضهم يكون حيضا على الروايات اجمع لان الحكم بالاياس كان بالاجتهاد فان رات الدم في سن
لانه حيضا وجد النص بخلاف الاجتهاد فبطل الحكم بالاياس الذي ثبت بالاجتهاد لكن هذا اذا رات دما سودا او احمر
اما اذا كانت رات صفرة او اخضر او اكدر لا يكون حيضا لان كونه حيضا بالاجتهاد فلا يستطيل به حكم الاياس الثابت
بالاجتهاد ثم على رواية التقدير اختلفت الروايات قال محمد في الروميات ستون سنة وحنويات سنة وفي المولدات خمسون سنة
لان الروميات اسرع تكسرا وعند ابي حنيفة من خمس وخمسين الى ستين وقال مقاتل خمسون سنة وكذا ذكره عن عائشة وكذا
قال ابن المبارك وسفيان الثوري وقال الزعفراني خمسون واختاره في الفتاوى الصغرى والولوالجي في خلاصة الفتاوى خمسا
وخمسين سنة **قوله** وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض باخر الاية يعني ان المراة اذا لم يوجد منها علامة البلوغ من
الحيض والحبل فحكم ببلوغها بالبلوغ بالسن بخمس عشرة سنة على قول ابي يوسف ومحمد ولسبع عشرة على قول ابي حنيفة فطلقها زوجها
تكون عدتها ثلاثة اشهر لانها داخلة تحت قوله تعالى واللائي لم يحضن لانها لم تحض بعد • قال في تتمة الفتاوى اختلف
مشايخنا في وجوب العدة في الصغيرة والكرتم لا يطلقون لفظ وجوب العدة لانها غير مخاطبة لكن ينبغي ان يقال تعتد
وقال في المبسوط السرخسي • قال بعض مشايخنا لانها مخاطب بالاعتداد ولكن الولي يخاطب بان لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة
مع ان العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي الى توجيه خطاب الشرع عليها **قوله** وان كانت حاملا فعدتها
ان تضع حملها • وهذا لفظ القدوري اي ان كانت المطلقة حاملا فعدتها وضع الحمل لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان
يضعن حملهن والحمل الذي تنقضي به العدة هو الذي استبان خلقه وان لم يستبن خلقه اي لم تنقض به العدة كالنطفة
قوله وان كانت امة فطلقها زوجها فعدتها حيضتان اي ان كانت المراة المطلقة امة فعدتها حيضتان وكذلك
عدة المدبرة والمكاتبة وكذلك عدة المستسعاة على قول ابي حنيفة ان كانت ممن تحيض حيضتان لما روي في السنن مسندا الى عائشة
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وقال عمر لو استطعت لجعلتها حيضة
ونصفا ولان الرق منصف بدليل قوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب لكن الحيضة لما لم تكن متجزية
تعذر اخبار التنصيف لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فيتعذر التنصيف لم تكن عدتها حيضة ونصفا بل كانت
حيضتين **قوله** واليه اشار عمر العين في اليه راجع الى مدلول قوله لا يتجزى اي الى عدم التجزي وقوله
جعلتها اي عدة الامة لان الاول قول عمر عدة الامة حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا **قوله** وان
كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف اي ان كانت الامة المطلقة لا تحيض من كبر او صغر فعدتها شهر ونصف وكذا عدة
المدبرة والمكاتبة والمستسعاة على قول ابي حنيفة ان كانت ممن لا تحيض شهر ونصف وذلك لان عدتها نصف

على الحرة والشهر قابل للتجزي فصارت عدتها شهرا ونصفا عملا بمقتضى الرق لانه منصف لذوات الاعداد كالجلدات في الحدود
وهذا احد اقوال الشافعي • وقال في قول اخر ثلاثة اشهر وقال في قول في اخر ان ذكر اقوال الشافعي في شرح الاقطع نقل
قوله وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشرة • اعلم انه ذكر حكم العدة في الطلاق والفرقة الواقعة
بغير طلاق بالحيض اذا كانت المراة ممن تحيض وبالاشهر اذا كانت ممن لا تحيض وبوضع الحمل اذا كانت حاملا فشرع الان
في عدة الوفاة فاذا كانت المراة الحرة حرة فمات عنها زوجها فعدتها اربعة اشهر وعشر سوا كانت ممن تحيض مسلمة كانت
او كتابية صغيرة كانت او كبيرة مدخولا بها او غير مدخول بها • والاصل فيه قوله تعالى والذين يتوفون منكم
ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا ذكر الازواج مطلقا فدل على ان قبل العدة لا يجب الا بنكاح
صحيح لان الزوجية المطلقة لا تحصل الا بعد صحة النكاح • قال بعض السلف على المتوفا عنها زوجها عدتان الاطول وهو
الحول وهو العزيمة والاقصر وهو الرخصة وهو اربعة اشهر وعشر استدلالا بقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون
ازواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج وجوابه انه منسوخ بقوله تعالى يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا
الا ترى ان الوصية للزوجة بالنفقة والسكنى الى الحول كانت في ابتداء الاسلام فانتسخ الوصية للوارث بالحديث
المشهور • ثم اعلم ان المعتبر في العدة عشرة ايام وعشر ليال من الشهر الخامس ونقل في المبسوط عن عبد الله بن عمرو بن العاص
انه كان يقول عشر ليال وتسعة ايام لظاهر قوله تعالى وعشرا لان المراد من العشر الليالي وجوابه ان الليالي تستتبع
ما بازائها من الايام • قال ابو بكر الرازي وقد كانت عدة المتوفى عنها زوجها سنة بقوله تعالى والذين يتوفون منكم
ويذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج فحكم فيها بثلاثة اشيا احدها ايجاب العدة سنة والاخر
نفقتها في الحول في مال الزوج • والثالث منع الخروج فنسخ منها ما عدا الاربعة الاشهر والعشر ونسخ وجوب نفقتها
في مال الزوج بما جعل لها من الربع والثمن في ماله وبقي منع الخروج في الاربعة الاشهر والعشرة • ذكره في شرح الطحاوي
قوله وعدة الامة شهران وخمسة ايام يعني اذا كانت المنكوحة امة فمات عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة
ايام وكذلك الحكم في المدبرة والمكاتبة وام الولد والمستسعاة على قول ابي حنيفة وبه صرح في شرح الطحاوي وذلك
لان الرق منصف والشهور قابلة للتنصيف فتنتصف عدتها اما اذا مات مولى ام الولد فعدتها ثلاث حيض او ثلاثة
شهور على ما يجي بعد هذا ان شاء الله تعالى **قوله** فان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها • هذا لفظ القدوري في
مختصره • يعني ان المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا فعدتها بوضع الحمل سوى كانت حرة او امة او ام ولد وهو مذهب عمر وابن
مسعود وابن عمر وابي مسعود البدري • ذكره ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي • والاصل فيه قوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وكان علي يقول عدتها ابعد الاجلين اما بوضع الحمل او باربعة اشهر وعشر وهو قول ابن عباس
كذا في الشافي وجه قول علي ان هذه الاية توجب عليها العدة بوضع الحمل وهو قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون
ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا توجب العدة بالاشهر لانها تتناول الحايل والحامل جميعا فيجمع بينهما احتياطا
ولنا ما روى مالك في الموطا عن يحيى ابن سعيد عن سليمان بن يسار ان عبد الله ابن عباس واباسلمة ابن عبد الرحمن ابن عوف
اختلفا في المراة تنفس بعد وفاة زوجها بليال فقال ابو سلمة اذا وضعت ما في بطنها فقد حلت فقال ابن عباس اخر الاجلين
فقال ابو هريرة انا مع ابن اخي يعني اباسلمة فارسلوا كريبا مولى ابن عباس الى ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسالها
عن ذلك فجاءهم فاخبرهم انها قالت ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت • وقال في الجامع الترمذي مسندا الى ابراهيم عن الاسود عن ابي السنابل ابن بعكك
قال وضعت سبيعة بعد وفاة زوجها بثلاثة وعشرين او خمسة وعشرين يوما فلما تعلت تشوفت للنكاح فانكر عليها ذلك
فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال ان تفعل فقد حل اجلها قال ابو عيسى حديث ابي السنابل حديث مشهور والعمل على هذا
الحديث عند اكثر اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم وهو قول سفين ومالك والشافعي واحمد واسحاق
وروي في السنن مسندا الى مسروق عن عبد الله بن مسعود قال من شا لاعنته لانزلت سورة النساء القصرى بعد الاربعة
الاشهر وعشر • وروى مالك ايضا في الموطا عن هشام ابن عروة عن ابيه عن المسور بن مخرمة ان سبيعة الاسلمية نفست بعد
وفاة زوجها بليال فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستاذنته فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم قد حللت فانكحي وروي في الموطا
ايضا عن عمر ابن الخطاب انه قال لو ولدت وزوجها على سريره لم يدفن بعد لحلت • وروى اصحابنا في المبسوط وغيره عن ابن مسعود
انه قال من شا باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الذي في سورة البقرة اي من شاء من المباهلة اي الملاعنة باهلته
وكانوا يقولون اذا اختلفوا في شي لعنة الله على الكاذب منا قالوا هي مشروعة في زماننا ايضا اراد بسورة النساء القصرى
يا ايها النبي اذا طلقتم النساء وهي بعد سورة التغابن واما سورة النساء الطولى فهي بعد ال عمران وهي قوله تعالى يا ايها الناس
اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة الى اخر السورة واراد بالتي في سورة البقرة الاية التي فيها وهي قوله تعالى والذين
يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا يعني ان قوله تعالى واولات الاحمال في سورة النساء
القصرى وهو اخر الاثنين نزولا فكانت ناسخة لقوله تعالى اربعة اشهر وعشرا في حق عدة الحامل وناسية عليه والبهل اللعن
يقال عليه بهلة الله بفتح الباء وضمها اي لعنة الله وتباهل القوم وابتهلوا اذا تلاعنوا والمباهلة الملاعنة وذلك اشهر

اذا اختلفوا في شيء اجتمعوا وقالوا الصلاة الله على الظاهر منا كذا في المغرب قوله لو وضعت وزوجها على سرير
لانقضت عدتها هذا مبالغة في انقضاء عدتها بوضع الحمل والسرير التخت والمراد منه الذي يغسل عليه الميت قوله
واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين • وهذا لفظ القدوري والذي ذكره محمد قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف عليها ثلاث حيض • اعلم ان المريض مرض الموت اذا طلق امراته ثلاثا او واحدة ثم مات وهي في العدة ترث
باتفاق اصحابنا وقد استوفينا بيانه في باب طلاق المريض وفي العدة اختلاف بينهم على الوجه المذكور فمعنى قوله ابعد
الاجلين ان الاجلين الذين هما ثلاث حيض واربعة اشهر ايهما كان ابعد فتاخذ بذلك احتياطا حتى لو ابانها ثم مات
بعد شهر فتم اربعة اشهر وعشرة ايام بعد الموت وما حاضت في هذه المدة الا حيضة فيها حيضتان او ثلاثا • وعند
ابي يوسف اذا رات ثلاث حيض ولم تتم بعد اربعة اشهر وعشرة ايام تنقضي عدتها لابي يوسف ان النكاح منقطع
بالطلاق لا بالوفاة وثبوت الارث لها بالفرار لا بالزوجية فلم يستلزم ثبوته عدة الوفاة • ولهذا اذا مات المرتد او قتل
ترثه امراته المسلمة ومع هذا لا يلزمها عدة الوفاة لان النكاح انقطع بالردة لا بالموت ولهما ان الارث لما ثبت
لها باعتبار قيام النكاح حكما مع ان المال لا يثبت بالشبهة فلان تثبت عدة الوفاة والعدة تثبت بالشبهة اولى فيجمع بين
العدتين احتياطا لانها بانت حقيقة متوفيا عنها زوجها حكما ولا نسلم ان امراة المرتد لا يلزمها عدة الوفاة بل يلزمها
عدة الوفاة عندنا • كذا قال الكرخي في مختصره فلا يرد علينا ولئن سلمنا فنقول انما لم يلزمها عدة الوفاة لانها لم
ترثه بالوفاة لان المسلمة لا ترث الكافر بل ورثته مستندا استحقاق الميراث الى وقت الردة فلم يعتبر النكاح قائما
مستندا استحقاق الميراث الى وقت الردة فلم يعتبر النكاح قائما الى وقت الموت فلذلك لزمها العدة بالحيض وهنا لما
ورثته بالوفاة جعل النكاح قائما حكما الى وقت الموت فظهر الفرق قوله فان اعتقت الامة في عدتها من
طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر • وهذه من مسائل القدوري • اعلم ان الامة المنكوحة اذا طلقها زوجها رجعيا
ثم اعتقها مولاها في عدتها تحولت عدتها الى عدة الحرائر من وقت الطلاق فعليها ان تعتد بثلاث حيض ان كانت ممن
تحيض وبثلاثة اشهر ان كانت ممن لا تحيض اما اذا طلقها زوجها طلاقا بائنا او ثلاثا او مات عنها ثم اعتقت في العدة
لم تتحول عدتها الى عدة الحرائر فعليها ان تعتد بحيضتين او بشهر ونصف او بشهرين وخمسة ايام على ما يجب اعتداد
حالها وانما انتقل عدتها في الرجعي لقيام النكاح فانه لما كان باقيا وهي في العدة كملت العدة لان كمال النكاح
يستدعي كمال العدة بخلاف صورة الابانة والموت فان العتق صادف زوال ملك النكاح من كل وجه فلم ينتقل عدتها
كالمطلقة الرجعية اذا انقضت عدتها ثم اعتقت • فان قلت العدة حكم زوال الزوجية وحكم الزوال يثبت عند
الزوال فينبغي على هذا ان لا تتحول العدة في الرجعي ايضا لانها عند الزوال امة ولهذا العتق بعد وقت الطلاق • قلت
انما تحولت العدة لان سببها هو الزوال متردد وليس بمستقر فكانت مترددة ايضا لتردد سببها فتغيرت ولهذا تتحول
بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه مستقر ليس بمتردد فلم تتحول العدة بالعتق ونقل الشيخ ابو نصر
البغدادي عن الشافعي قولين في كل واحد من الرجعي والبائن في احدهما ينتقل فيهما وفي الاخر لا ينتقل فيهما • وقال
في وجيزه ولو عتقت في اثناء العدة فهي كالحرة في قول وكالامة في قول وفي القول الثالث ان كانت رجعية
التحقت بالحرة وان كانت بائنة تعتد بقرئين قوله فان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض
ما مضى من عدتها وعليها ان تستانف العدة بالحيض هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الشهور في الآيسة
بدل عن الحيض ولا يعتبر بالبدل مع القدرة على الاصل فلما رأت الدم علم ان اليأس من الاصل لم يكن محققا واليأس
هو اليأس الى الموت كالفدية في الشيخ الفاني فاستانف بالحيض • قال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره ظاهر
على الرواية التي لم يقدر اصحابنا فيها مقدارا للاياس فاذا ظنت انها قد ايست ثم رأت الدم تبين انها لم تكن آيسة
فلم تعتد بالشهور واما على الرواية التي قدروا فيها الاياس مقدارا فاذا بلغت ذلك المقدار ثم رأت الدم بعد
لم يكن حيضا كما تراه الصغيرة التي لا تحيض مثلها فاما الصغيرة اذا اعتدت ببعض الشهور ثم بلغت انتقلت
عدتها الى الحيض وسكت بعضهم لاسيما شيء عن حيض الآيسة مع ما حكي عن مالك انه قال في المراة اذا
طلقها زوجها وهي ممن تحيض [illegible] ولم تر الدم حكم باياسها حتى تنقضي عدتها بعد ذلك بثلاثة اشهر • وروي
عن ابن عمر مثل هذا في مدة الطهر قبل ان تبلغ حد الياس لا اياس وهو خمسون سنة اذا طلقها زوجها
واعتدت بثلاثة اشهر بعد تسعة اشهر فقضى بذلك قاض فينبغي ان ينفذ لانه مجتهد فيه وهذه المسألة يجب حفظها
لانها كثيرة الوقوع • قلت لنا نظر في هذه الرواية لان الرواية في الموطا قد صحت عن مالك بثلاثة اشهر بعد تسعة
اشهر لا بعد ستة اشهر وكذلك روى مالك فيه عن عمر بن الخطاب لا عن ابن عمر والظاهر انه ذكره في الفصول
سهوا من الكاتب الا ترى ان مالكا روى عن يحيى بن سعيد وعن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن
المسيب انه قال قال عمر بن الخطاب ايما امراة طلقت فحاضت حيضة او حيضتين ثم رفعتها حيضتها فانها تنتظر تسعة
اشهر فان بان بها حمل فذلك والا اعتدت بعد التسعة اشهر ثلاثة اشهر ثم حلت • وقال مالك في الموطا ايضا الامر
عندنا في المطلقة التي ترفعها حيضتها حين يطلقها زوجها انها تنتظر تسعة اشهر فان بان بها حمل فان لم يحض من اعتدت

ثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الاشهر الثلاثة استقبلت الحيض يؤيده مسألة المنظومة لو طلقت من طهرها و
مدتها الاشهر التسعة ثم تعتد بالشهور بعدها قوله والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة
عدتها في الحيض في الفرقة والموت • وهذا لفظ القدوري في مختصره اراد بالنكاح الفاسد النكاح بغير شهود ونكاح
الاخت في عدة الاخت ونكاح الخامسة في عدة الرابعة واراد بالموطوءة بشبهة ما اذا زفت اليه غير امراته قال
الحاكم الشهيد في الكافي واذا دخل الرجل بالامراة على وجه شبهة او نكاح فاسد فعليه المهر وعليها العدة ثلاث حيض ان
كانت حرة وحيضتان ان كانت امة وسواء ان مات عنها او فرق بينهما او هو حي فان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدة الحرة ثلاثة
اشهر وعدة الامة شهر ونصف • اعلم انه انما استوى الحالان الفرقة والموت لان العدة في النكاح الفاسد والوطء
بشبهة وجبت لمعرفة خلو الرحم عن الولد لئلا يشتبه النسب لا لقضاء حق النكاح لانه لا حرمة للنكاح الفاسد والوطء
بشبهة فلم يختلف بالحياة والموت كعدة ام الولد واقيم الاشهر مقام الحيض في حق من لا تحيض الحاقا للفاسد بالصحيح لان
الاصل هو الصحيح فان قلت لو كان المقصود التعرف لم يشترط ثلاث حيض لحصول التعرف بالحيضة الواحدة
قلت انما اشترطت الثلاث ليحصل اليقين في فراغ الرحم لان الثلاث عدد معتبر في الشرع وبالحيضة الواحدة
لا يحصل ذلك اذ من الجائز ان تحيض الحامل كما هو قول بعضهم فقدرنا بالثلاث لهذا او نقول شرط الثلاث في النكاح الصحيح
احداها لتعرف براءة الرحم والثانية لفضيلة النكاح حتى يحصل الفرق بينه وبين الاستبراء والثالثة لفضيلة الحرية ولهذا
لا يجب في عدة الامة الا حيضتان ثم لما كان الكل في النكاح الصحيح فكذا كان في النكاح الفاسد كذلك لان الفاسد كالصحيح
في اثبات النسب ثم العدة في النكاح الفاسد من وقت التفريق عندنا الا عند زفر من اخر الوطئات وقد بينا في باب المهر ويجيء
اشباعه ان شاء قوله واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلاث حيض • وهذا لفظ القدوري
هذا اذا لم تكن ام الولد ذات حمل فان كانت فعدتها وضع الحمل وقد ذكرناه وان لم تكن حاملا فعدتها ثلاث ان كانت
ممن تحيض والا فثلاثة اشهر كذا ذكر الطحاوي في مختصره • وقال الحاكم الشهيد في الكافي في رجل مات عن ام ولده
او اعتقها فعدتها ثلاث حيض بلغنا ذلك عن علي وابن مسعود وابراهيم فان كانت لا تحيض من اياس فعدتها ثلاثة اشهر و
ذلك اذا كانت قد حرمت عليه بوجه من الوجوه فحلت منه العدة الا ان تكون تحت زوج او في عدة من زوج فلا يلزمها
من المولى شيء وهذا عندنا • وقال الشافعي حيضة واحدة ان كانت تحيض وان كانت ممن لا تحيض فشهر • وقال مالك
في الموطا عدتها حيضة واحدة واذا لم تحض فثلاثة اشهر وبه اخذ احمد بن حنبل • وقال في شرح الاقطع ومن اصحاب
الشافعي من قال انه ليس بعدة وانما هو استبراء لهم ما روى مالك في الموطا عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال عدة ام الولد
اذا هلك عنها سيدها حيضة ولانها وجبت لتعرف براءة النكاح فصارت كالاستبراء • ولنا ما روى محمد بن الحسن في
الاصل عن علي وابن مسعود وابراهيم انهم قالوا عدة ام الولد ثلاث حيض فسموه عدة وقدروها بالثلاث • وقال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره حدثنا الحروي قال حدثنا محمد بن شجاع قال حدثنا يحيى بن ادم عن ابي خالد عن حجاج عن
الشعبي عن الحرث عن علي وعبد الله قالا عدة ام الولد ثلاث حيض اذا مات عنها سيدها وروى الحكم عن علي قال ثلاث حيض
وعن ابن سيرين ثلاث حيض وعن عطا ثلاثة قروء وعن ابراهيم عدة ام الولد ثلاث حيض • وقال حدثنا [illegible] العنبري
عن عيسى بن يونس عن يحيى بن ابي كثير ان عمرو بن العاص امر ام ولد اعتقت ان تعتد ثلاث حيض فكتب الى عمر بذلك فكتب
اليه عمر بحسن رايه ولانها عدة واجبة لسبب زوال الفراش ولهذا يثبت نسب ولدها من غير دعوة فاشبهت عدة الطلاق
ثم لا يجب عليه التربص بالاشهر في الوفاة لان المعنى الموجب للعدة وهو العتق لم يختلف بحياة السيد وموته فصار كالمعنى
الموجب للعدة في الموطوءة بشبهة وهو تعرف براءة الرحم فاستوى الحالان ولان عدة الامة حيضتان بالاجماع وعدة الحرائر
ثلاثة اقراء بالاجماع بكون الاختلاف في انها حيض او اطهار ثم انها عدة ام الولد اما ان تعتبر بتلك او بهذه فايهما كان
لا يكون عدتها حيضة وتقدير مالك اذا لم تحض ثلاثة اشهر خارج عن القياس لانه تقدر في الاصل حيضة واحدة فكان ينبغي
ان يقدر في الخلف بشهر واحد وانما لم يجب عليها العدة اذا كانت تحت زوج لان فراش النكاح اقوى من فراش الملك فينعدم
الضعيف بالقوي ولهذا لا ينتفي النسب من المولى وان اعاده وهذا اذا لم تكن حاملا فعدة ام الولد بوضع الحمل وبه صرح في
شرح الطحاوي قوله كما في النكاح يعني اذا طلق ام الولد زوجها وهي ممن تحيض فعدتها ثلاثة اشهر قوله
اذا مات الصغير عن امراته وبها حمل فعدتها ان تضع حملها • هذا لفظ القدوري في مختصره قال فان حدث الحمل بعد الموت
فعدتها اربعة اشهر وعشر ولم يذكر القدوري الخلاف عن اصحابنا وهو ظاهر الرواية عنهم ولم يذكر محمد خلافهم
لا في الاصل ولا في الجامع الكبير وكذا لم يذكره الحاكم في الكافي لكن ذكر الاستحسان فقال واذا مات الصبي العظيم عن
امراته فظهر بها حمل بعد موته فعدتها الشهور وان كان الحبل قبل موته فعدتها الشهر • قال فخر الاسلام وهذا
استحسان من علمائنا وتفسير قيام الحمل بعد موته بان تضع لستة اشهر فصاعدا عند عامة مشايخنا • وقال بعضهم بان
تاتي به لاكثر من سنتين والاول اصح فلذا ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فعلم بهذا ما ذكر من خلاف ابي يوسف
المنظومة والمختلف والهداية والفتاوى الولوالجي مروي عنه في غير رواية الاصول يدل على هذا ما ذكره من الامام البيهقي
في الشامل في قسم المبسوط بلا خلاف فقال اذا مات الصبي وامراته حامل تعتد بوضع الحمل استحسانا وفي القياس تعتد بالشهور

ولهذا قال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه وعن ابي يوسف ان عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر والشافعي وجه
ما روي عن ابي يوسف ان هذا الحمل ليس من الصبي ولهذا لا يثبت نسبه منه بالاتفاق فصارت كانها ليست بحامل لان اعتبار
وضع الحمل في العدة لحرمة الماء ولا حرمة لماء الزاني فتعتد بالشهور كما في الحمل الحادث بعد الموت ، ووجه الاستحسان
قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ، بيانه ان هذه الاية لتاخرها قاضية على اية التربص عامة في الوفاة
وغيرها مطلقة تتناول باطلاقها الحبلى من الزوج وغيره فتعتد بوضع الحمل كامراة الكبير بخلاف ما اذا احدث الحمل بعد
موت الصبي حيث تعتد بالشهور لانها لم تكن حاملا عند الموت فلم تدخل تحت قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن الاية ولا يرد
علينا امراة الكبير اذا احبلت بعد موته لاقل من سنتين حيث تعتد بوضع الحمل وان لم يكن الحمل وقت الموت لان النسب لما ثبت
منه وهو امر شرعي حكم بوجود الولد ايضا عند الموت حكما قوله ولانها مقدرة لان عدة الوفاة قوله
لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء اي لشرع عدة الوفاة هذا استدلال على ان عدة الوفاة ليست بمشروعة للتعرف عن فراغ
الرحم يعني لو كانت مشروعة للتعرف لم تشرع بالاشهر فيمن تحيض لان الحيض هو المعرف عن فراغ الرحم يعني لو كانت مشروعة
للتعرف لم تشرع بالاشهر فيمن تحيض لان الحيض هو المعرف بل هي مشروعة لقضاء حق النكاح وهذا المعنى اعني قضاء حق النكاح
ثابت في حق الصبي وان كان الحمل من غيره فتعتد امراته بوضع الحمل يعني قوله تعالى واولات الاحمال قوله وفيما
نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل اي فيما اذا مات الصبي عن امراته وبها حبل كما وجبت العدة وجبت وهي
مقدرة بوضع الحمل قوله فاشتركا اي اشترك الحمل القائم عند الموت والحادث بعده قوله ولا يثبت
نسب الولد في الوجهين اي فيما اذا كان الحمل قائما عند موت الصغير وفيما اذا كان حادثا بعد موته وذلك لان الصبي
لا ماء له ولا يتصور العلوق بلا ماء فلا يثبت النسب قوله مقامه اي مقام العلوق قوله واذا طلق الرجل امراته
في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق ، هذا لفظ القدوري وذلك لان الله تعالى اوجب العدة
بثلاثة قروء والثلاثة اسم خاص لعدد معلوم فلا يجوز ان ينقص منها لبطلان معنى الخاص فاذا لم تعتد بتلك
الحيضة لم تعتد بجنسها لان الحيض لا يتجزى ومعنى قوله لا تعتد اي لم تحتسب وهو على صيغة المبني للمفعول مسند
الى الجار والمجرور ومنقوط بنقطتين تحتانيتين ويجوز ان يقال على صيغة المبني للفاعل بنقطتين فوقانيتين على اسناد
الفعل الى المراة قوله واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المراة
محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية ، وهذا لفظ القدوري في مختصره
اعلم ان العدتين تتداخلان عندنا سواء كانتا من جنس واحد بان كانت لكل واحدة حيضا او جنسين بان كان احدهما عدة الوفاة
وصورة المسالة ان المطلقة تزوجت في عدتها برجل فوطئها الرجل ثم فرق بينهما رفعا للفساد فوجبت عليها عدة اخرى او
المتوفى عنها زوجها في عدتها بشبهة ثم طلقها زوجها في عدة الوطء او مات عنها يجب عليها العدتان فيتداخلان ، قال
الامام حميد الدين الضرير هذا اذا كان الواطئ غير الزوج اما اذا وطئ الزوج معتدته بشبهة تداخل العدتان بالاجماع
وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وان كانت العدتان من واحد بان وطئ معتدته بعدما ابينت بالشبهة فلا
شك عندنا انهما تنقضيان بعدة واحدة ، وهو احد قولي الشافعي وفي القول الاخر لا تجب العدة بالسبب الثاني اصلا ووجه قوله
انهما حقان مستحقان فلا يجوز تداخلهما كالمهرين ولان العدة عبادة كف عن الازدواج والخروج للزينة وغيرها في مدة
معلومة فلم يجز ان تتداخل العدتان كما لا يتداخل الصومان في يوم واحد ، ولنا ان المقصود تعرف براءة الرحم في حق
ذوات الاقراء ويحصل ذلك المقصود بمدة واحدة فلا حاجة الى مدة اخرى ولان الله تعالى سمى العدة اجلا بقوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ويجوز ان ينقضي اجال دينين باجل واحد فكذا هذا لان المقصود كل واحد من الدينين
كما يحصل باجل واحد من الغرماء كما يحصل باجل واحد يحصل مقصود كل واحد من صاحبي العدة بثلاثة اقراء وهو تعرف
براءة الرحم لصيانة الماء المحترم عن اشتباه النسب ومعنى العبادة في العدة تابع لان ركنها حرمة الازدواج والخروج
قال تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله ، وقال تعالى ولا يخرجن وموجب النهي التحريم والحرمات
تجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام لاحرامه ولحرمة الحرم وكالخمر للصائم فانها حرام له لصومه ولكونه خمرا وليمينه اذا حلف
ان لا يشربها والدليل على ان معنى العبادة فيها تابع انقضاء العدة بدون العلم وبدون ترك الكف عن الخروج والازدواج
حتى اذا خرجت او تزوجت بزوج اخر لا تبطل العدة فلو كان معنى العبادة فيها ركنا مقصودا لم تنقض بدون الكف لان العبادة
لا تتحقق بلا ركن ، فان قلت لا نسلم ان المقصود براءة تعرف الرحم فلو كان كذلك لم تجب العدة على الصبية والايسة
والمتوفى عنها زوجها لانه لا شغل في الصبية والايسة وفي المتوفى عنها زوجها لا يحتاج الزوج الى ذلك ، فان قلت الصبية
التي تحتمل الوطء تحتمل العلوق وكذلك الايسة فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطء لان العدة يكفي في ايجابها توهم الشغل
وان كان بخلاف العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها الى التعرف قائمة لصيانة ما في الرحم عن الاختلاط لان ماء الاول
محترم في نفسه وكذا ماء الثاني ، فان قلت لو كان التداخل معتبرا للتداخل اقراء عدة واحدة ، قلت لا نسلم الملازمة لان
التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض في حصول المقصود لان المقصود من الاولى للاستبراء ومن الثانية
اظهار خطر النكاح ومن الثالثة اظهار فضيلة الحرية وهذا المقصود لا يحصل بالواحدة كالاجال لا تتداخل في دين واحد

يتداخل الاجلان وكالصيامات الواجبة في ايام لا تتادى في يوم واحد لان الاجل الواحد لا يسد مسد الاجال
الكثيرة في حصول المقصود وهو تفرد النفس بخلاف ما نحن فيه حيث يحصل المقصود وهو تعرف براءة الرحم عن العدتين بمدة واحدة ثم
من مسائل التداخل في العدتين ما ذكره الحاكم بقوله واذا تزوجت المعتدة من الطلاق برجل اخر ودخل بها فرق بينهما فعليها عدة
واحدة من الاول والاخر ثلاث حيض بلغنا نحو ذلك عن معاذ بن جبل ، الا ترى انها لو كانت حاملا فوضعت حملها انقضت عدتها منهما
جميعا فان كانت قد حاضت من الاول قبلها ثلاث حيض حيضتان من عدة الاولى وتحتسب بهما من عدة الاخر وحيضة
اخرى من عدة الاخر وان يخطبها اذا انقضت عدتها من الاول ولا يخطبها غيره حتى تنقضي عدتها منهما جميعا فان كان الاول
طلقها طلاق الرجعة فله ان يراجعها اذا شاء ولا يقربها حتى تنقضي عدتها من الاخر واذا كان الطلاق بائنا فليس له ان
يخطبها حتى تنقضي عدتها من الاخر وكذلك ان كانت العدتان بالشهور يعني اذا كانت المراة ممن لا تحيض واذا تزوجت في عدة
الوفاة ودخل بها زوجها الاخر ثم فرق بينهما فعليها بقية عدتها من الميت تمام اربعة اشهر وعليها ثلاث حيض من الاخر وتحتسب
بما حاضت في الاربعة الاشهر وعشر من عدة الاخر ، قال وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب
الوفاة فان لم تعلم بالطلاق او بالوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها ، وهذا من مسائل القدوري وروي عن علي
ابن ابي طالب ان عليها العدة من يوم ياتيها الخبر ، قال ابو بكر الرازي معناه عندنا اذا لم تعلم وقت الموت فامرها بالاخذ
بالتيقن وقد روي عنه في الطلاق انها من يوم طلق كذا ذكر في شرحه لمختصر الطحاوي وانما اعتبر مدة العدة من زمان الطلاق
والوفاة لان العلة الموجبة للعدة هو زوال النكاح بالطلاق او الوفاة فلا بد من اقتران المعلول وهو وجوب العدة بها
ولا يشترط العلم بمضي المدة لان العدة مجرد اجل وفي انقضاء الاجال لا يشترط العلم ولان المقصود من العدة تعرف براءة
الرحم وقد حصل ذلك في تلك المدة فلا يشترط العلم بخلاف ما اذا اتى خبر وفاة زوجها وشكت في وقت الموت حيث تعتد
من الوقت الذي تستيقن فيه بموته لان العدة يؤخذ فيها بالاحتياط وذلك في العمل بيقين ، قال ومشايخنا يفتون
في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة اراد بالمشايخ علماء بخارى وسمرقند لا جماعة التصوف الذين
من اهل المدح ، بيانه ما قاله في تتمة الفتاوى والفتاوى الصغرى اذا اقر الرجل انه طلق امراته منذ كذا فصدقته
المراة او كذبته او قالت لا ادري فالعدة من وقت الاقرار ولا يصدق في الاسناد هو المختار وجواب محمد في الكتاب ان
ابتداء العدة من وقت الطلاق الا ان المتاخرين اختاروا وجوب العدة من وقت الاقرار حتى لا يحل له
التزوج باختها واربع سواها زجرا له حيث كتم طلاقها ولكن لا يجب لها النفقة والسكنى وعلى الزوج المهر ثانيا بالدخول
لاقراره وتصديقها اياه بذلك ومعنى قوله نفيا لتهمة المواضعة ان الزوج يجوز ان يقر من زمان ماض وتصدقه
المراة على ذلك حتى يجوز للزوج تزوج اختها واربع سواها ويجوز ان تكون المراة مطلقة الثلاث فتصدق زوجها في
اسناد الطلاق الى زمان ماض لكي يجوز ان يتزوجها زوجها في الحال فلنفي المواضعة اعتبر وقوع الطلاق من وقت الاقرار
لا من الزمان الذي اسند اليه الطلاق وعلل محمد في الاصل بقوله لان قولهما مقبول على نفسهما قال والعدة
في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطئ على ترك وطئها ، وهذا لفظ القدوري في مختصره وعند زفر عقيب الوطئة
الاخيرة ، وذكر في التتمة والفتاوى الصغرى فيه اختلاف المتقدمين والمتاخرين ، قال ابو القاسم الصفار البلخي
تجب العدة من وقت الوطء الاخير ، وقال ابو بكر البلخي من وقت الفرقة وبه كان يقول الفقيه ابو جعفر وهو قول
ابي يوسف وجواب ابي القسم قول زفر حكاه الفقيه ابو الليث عن اختلاف زفر قالوا عزم الواطئ على ترك الوطء لا
يتحقق بمجرد الامتناع عن الوطء بل يتحقق بقول الرجل تركتها او تركت وطئها او تركت وطيك او تركتك وجه قول زفر ان
الموجب للعدة هو الوطء ولهذا لو لم يطاها لا يجب عليها العدة فتعتبر العدة من الوطء الاخير ، ولنا ان السبب الموجب
للعدة هو شبهة النكاح ولهذا لا يجب العدة في الزنا ورفع تلك الشبهة بالفرقة اما بتفريق القاضي بينهما او بالمتاركة
فتعتبر العدة من وقت الفرقة والدليل على اعتبار الشبهة ان الوطء وان وجد مرارا لا يجب الا مهر واحد لاستناد الكل الى شبهة
واحدة وانما قلنا ان الشبهة لا تنقطع الا بالفرقة بدليل انه اذا وطئها قبل الفرقة مرارا لا يلزمه الحد للشبهة واذا وطئها
مرة بعد الفرقة يجب الحد لعدم الشبهة والوطء الاخير لا يتوقف عليه لانه لا يجوز ان يحدث غيره فلا يكون الذي قبله اخيرا
ولئن سلمنا على وقوف المراة التي تعتد فنقول قد مست الحاجة الى وقوف غيرها كاختها واربع سواها ولا وقوف للغير فلما كان
الوطء الاخير خفيا اقيم السبب الظاهر وهو التمكن من الوطء حقيقة لشبهة النكاح مقام سببه حقيقة الوطء ثم لما ارتفع ذلك
التمكن بالفرقة وجبت العدة من ذلك الوقت وباقي التقرير في مثل المسالة مر بيانه في باب المهر قال ولهذا يكتفى
بنكاح لقوله لاستناد الكل الى حكم عقد واحد مر بيانه انفا قال لجنايته اي لجناية الواطئ في حق غيره اي في
حق غير الواطئ وغيره هو الذي يريد ان يتزوجها او اخت الموطوءة او اربع سواها قال واذا قالت المعتدة
انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين ، هذا لفظ الصدر الشهيد في الجامع الصغير وهي من مسائل المبادرة
ولفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل طلق امراته ثم قال لها لم تنقض عدتك فقالت انقضت عدتي ايه
تحلفها على ذلك فان حلفت صدقت ، قال فخر الاسلام يريد به في حكم المراجعة يعني ان حلفت بطلت الرجعة وان نكلت لم
تبطل بل بقيت كما كان ووجه ذلك انها امينة في الاخبار عما في رحمها في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن

فكان القول قولها لانها امينة اتهمت بالكذب استحلفت كالمودع يستحلف اذا كذب في هلاك الوديعة وهذا اليمين استحلاف على الرد
بل على بقاء العدة فلا يرد نقضا على ابي حنيفة **قوله** واذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل
الدخول فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة • وقال محمد عليه نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى وهذه من مسائل الجامع الصغير
وعند زفر يجب نصف المهر الثاني ولا عدة عليها وعلى هذا الخلاف اذا تزوجت المراة غير كفو ودخل بها وفرق القاضي بينهما بخصومة
الولي وازمه المهر والزمها العدة ثم تزوجها في عدتها بغير ولي نفرق القاضي بينهما بغير خصومة قبل ان يدخل بها كان لها
عليه المهر الثاني وعليها عدة مستقبلة في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولو كان تزوجها بعد انقضاء العدة كان لها نصف المهر
في قولهم جميعا كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي في باب الاكفاء • وقول الشافعي كقول محمد كذا في شرح الاقطع • وجه قول محمد ان
ان الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة منصف للمهر بالنص فينتصف المهر الثاني وبه يقول زفر ايضا والعدة في الطلاق قبل
المسيس لا تجب لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فلا تجب عليها استيناف العدة وبه تمسك الا
انه قال تجب عليها تمام العدة الاولى لان العدة مما يحتاط في ايجابها وقد وجبت بالطلاق الاول لكن لم يظهر حكمها لمانع الزوج فلما
ارتفع حكم التزوج الثاني بالطلاق ثانيا ظهر العدة الاولى فوجب اكمالها وزفر يقول العدة الاولى سقطت بالتزوج والساقط
لا يعود وبالطلاق الثاني لا تجب شيء لانه قبل الدخول فلا تجب العدة اصلا ولابي حنيفة وابي يوسف ان هذا طلاق بعد الدخول
حكما فيجب كمال المهر الثاني والعدة المستانفة • بيانه ان الواطي في باب النكاح مثل القبض في باب البيع وقد وجد الوطي في النكاح
الاول واثره وهو العدة باق لاشتغال رحمها بمائه بالوطي السابق وكان الوطي كالمتجدد في النكاح الثاني لانها لما كانت مقبوضة
في يده بقاء العدة ناب القبض الاول عن القبض المستحق في النكاح الثاني كالغاصب اذا اشترى المغصوب من مالكه يتقرر عليه الثمن
وينا كد بمجرد الشراء لانه ينوب القبض الاول عن هذا القبض المستحق بالشراء ولا حاجة الى تجديد القبض فكذا هنا يتاكد العقد بمجرد
النكاح الثاني فتوجب العدة المفرقة بعد تاكد العقد كمال المهر والعدة **قوله** فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه والغير
المستتر فارتفع راجع الى التزوج الثاني والبادر في حكمه راجع الى الطلاق اي الطلاق الاول **قوله** كما لو اشترى ام ولده
ثم اعتقها صورته رجل اشترى امراته وهي امة وقد ولدت منه بعد النكاح وكانت حلالا له بالملك فلا باس بان يتزوج ولا يمنع البضع
لانها غير معتدة في حقه لان العدة اثر النكاح فكما ان الملك لا ينافي اصل النكاح لا ينافي اثره لكنها معتدة في حق غيره حتى اذا اراد ان
يزوجها من غيره ليس له ذلك حتى تحيض حيضتين فان الفرقة بعد الدخول فكانت معتدة في حق غيره ثم اعتقها بعد الشراء فعليها ثلاث
حيض لانها صارت ام ولد له لانها صارت ام ولد له حين اشتراها بعدما ولدت بالنكاح وعلى ام الولد بعد العتق حيض لكنها تبنى الطلاق
والزينة في الحيضتين الاولين استحسانا وفي القياس ليس عليها ذلك لان الحداد انما يجب عند وقوع الفرقة فلم يلزمها ابتداء
وجه الاستحسان ان العدة وجب عليها بالفرقة لكن لم يظهر ذلك في حق المولى لانها حلال له بالملك وقد زال ذلك بالعتق فظهرت
تلك العدة في حق المولى والعدة بعد الفرقة من نكاح صحيح يجب فيه الحداد اما في الحيضة الثالثة فلا حداد عليها لانها لم تجب
بسبب النكاح بل بالعتق ولا حداد على ام الولد **قوله** وبقي اثره اي اثر القبض **قوله** ذلك القبض اي القبض
الحاصل بالوطئة الاولى **قوله** ونقض هذا انه طلاق في هذا الدخول اي ظهر بما قررنا من الدليل ان هذا الطلاق بعد
الدخول حكما لتقرر الوطي في النكاح الاول كالوطي في النكاح الثاني **قوله** وجوابه ما قلنا اي جواب زفر ما قلنا
من الدليل وهو انها مقبوضة في يده ببقاء اثر القبض وهو العدة **قوله** قال واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها اي
قال القدوري في مختصره **قوله** وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذه
من مسائل المعادة في الجامع الصغير اي لا عدة على الحربية المهاجرة الى دار الاسلام وتزوجها جائز اذا لم تكن حاملا فان كانت
حاملا فلا تتزوج حتى تضع حملها وعليه نص الحاكم الشهيد في الكافي • وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير • وروى محمد
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه مع الحبل يجوز نكاح المهاجرة ولكن لا يقربها زوجها والصحيح جواب الكتاب يعني لا يجوز تزوجها مع
الحبل وهذا مذهب ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد تجب العدة على الذمية والمهاجرة جميعا لهما في الذمية ان النكاح في العدة
مجمع على بطلانه فيما بين المسلمين فكان اهل الذمة ملتزمين لذلك ولابي حنيفة انها لو وجبت لا تخلو اما ان وجبت حقا لله
تعالى او حقا للزوج فلا يجوز كلاهما لانهم ليسوا مخاطبين بفروع الشرع والزوج لا يعتقدها وفي عدة الذمية من الذمي على مذهب
ابي حنيفة اختلف المشايخ قال بعضهم لا تجب اصلا لما قلنا وهو الصحيح • وقال بعضهم العدة واجبة ولكنها ضعيفة لا تمنع النكاح
كالاستبراء فيما بين المسلمين • وقد مر بيان ذلك في باب نكاح اهل الشرك ولهما في المهاجرة انها مسلمة بانت من زوجها بعد
الدخول فيجب عليها العدة كما اذا ابانت بالطلاق كما لو كانا في دار الاسلام فاسلمت المراة وابى الزوج خلاف ما اذا دخل دار الاسلام
مهاجرا وترك زوجته في دار الحرب حيث لا يجب عليها العدة لعدم تبليغ حكم الشرع ولابي حنيفة قوله تعالى ولا جناح
عليكم ان تنكحوهن اذا اتيتموهن اجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر اي بعقد نكاحهن والعصمة العقد كذا قال ابن عرفة وجه الاستدلال
بالاية ان الله تعالى نفى الجناح في المهاجرات مطلقا ولم يقيد بانقضاء العدة والمطلق يجري على اطلاقه فلا يلزمها العدة ولان
العدة تجب لصيانة ماء محترم ولهذا لا تجب فيما قبل الدخول ولا حرمة لماء الحربي لانه كالجماد بدليل صحة تملكه ولان في ايجاب العدة
تمسكا بعصم الكوافر فلا يجوز بخلاف ما اذا كانت حاملا فان ابا حنيفة لا يقول بايجاب العدة عليها من الكافر بل يقول لا يجوز تزوجها
ما لم تضع حملها لمكان الحمل • وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ان تزوجت صح النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع لانه لا حرمة

لماء الحربي فانه بمنزلة الزاني والحبل من الزنا لا يمنع النكاح عنده وانما لا يقربها حتى تضع لقوله عليه السلام لا يسقين احدكم
ماءه زرع غيره **قوله** اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم يعني ان الذمية لا عدة عليها من
الذمي اذا كان معتقدهم ذلك عند ابي حنيفة كما ان نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم ذلك حتى لا يتعرض
لهم **قوله** وقد بيناه في كتاب النكاح اي في باب نكاح اهل الشرك **قوله** بسبب اخر وذلك كالطلاق والاباء
ثم بيانه انها **قوله** بخلاف ما اذا هاجر يعني هاجر الرجل الى دار الاسلام وترك امراته ثمة لا تجب عليها العدة **قوله**
والحربي ملحق بالجماد اراد بالجماد الذي لا روح له **قوله** والاول اصح اي عدم جواز نكاح المهاجرة اذا كانت حاملا
في اصح الروايتين عن ابي حنيفة بخلاف الحبل من الزنا حيث يجوز تزوجها عنده لان نسب ولدها ليس بثابت فلا يلزم الجمع
بين الفراشين ثم المراد في العدة التي تضمن ومنها المعتدة عن طلاق لم يذكرها صاحب الهداية وقد بيناه قبيل باب الايلاء

فصل

لما فرغ من بيان انواع العدة ومن بيان من تجب عليها ومن لا تجب • شرع في بيان ما
يجب على المعتدات في العدة **قوله** وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت
بالغة مسلمة الحداد • قال الشيخ ابو الحسن القدوري في مختصره الحداد نقصد به المراة اذا تركت الزينة والخضاب بعد وفاة
زوجها وهو من باب نصر ينصر يعني الماضي ويضمها ويكسرها في المستقبل واحدت تحد احدادا وابى الاصمعي الاحداث يعني محمد كذا
في المغرب • وقال الحاكم الشهيد في الكافي ولا ينبغي للمعتدة من وفاة زوجها او طلاق بائن ذلحان او فرقة بوجه من الوجوه من قبل انها
ان تختضب او تلبس الحلي او الثوب المصبوغ بعصفر او ورس او زعفران • اعلم ان المتوفى عنها زوجها تحد عليه اصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم وهو مذهب اصحابنا وسفيان الثوري ومالك والشافعي واحمد واسحاق والاصل فيه ما روى صاحب السنن مسندا الى حفصة
عن ام عطية ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تحد المراة فوق ثلاث الا على زوج فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا وجه الاستدلال
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال انها تحد عليه وخبر الشارع ادل على الايجاب لان التخلف في الخبر لا يجوز لشبهة الكذب على ذلك المقدر
الشارع وقد يتخلف المامور عن الامر فلا يلزم شبهة الكذب الى الشارع • وروى البخاري في الصحيح مسندا الى مالك عن عبد الله بن
ابي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن حميد بن نافع عن زينب بنت ابي سلمة انها اخبرته هذه الاحاديث الثلاثة • قالت زينب دخلت
على ام حبيبة زوج النبي صلى الله عليه وسلم حين توفي ابوها ابو سفيان بن حرب فدعت ام حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق او غيره فدهنت
منه جارية ثم مست بعارضيها • ثم قالت والله ما لي بالطيب حاجة غير اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامراة
تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج اربعة اشهر وعشرا • وزينب قالت سمعت امي ام سلمة تقول جاءت
امراة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها افنكحلها فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا مرتين او ثلاثا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما هي اربعة اشهر وعشر • وروى مالك في الموطا انه
بلغه ان ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت لامراة حادة على زوجها اشتكت عينها فبلغ ذلك منها اكتحلي بكحل الجلاء بالليل وامسحيه
بالنهار • قال ابو عبيد الجلاء الاعتدي بذلك لانه يجلو البصر فيقويه او يجلوا او يحد فيحسنه • واما المبتوتة وهي المختلعة
والمطلقة ثلاثا او طلقة بائنة فيجب عليها الحداد عندنا • وقال الشافعي لا تحد عليها لان النص ورد في المتوفى عنها ولا نقاس
المبتوتة عليها لان المبتوتة ليست في معناها وذلك لان الحداد انما لزمها تاسفا على ما فاتها من حسن عشرة الزوج الى ان فرق
الموت بينهما وزوج المبتوتة ما احسن اليها بل اساء لانه اوحشها بالفراق واشاعه عنها عليها • ولنا ما روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي
في شرح الاثار باسناده الى حماد عن ابراهيم النخعي قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لا يختضبن ولا
يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يخرجن من بيوتهن وابراهيم ممن ادرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده ولان النص
معلول بعلة التاسف على زوال نعمة النكاح الذي هو سبب لصيانة المراة وادرار النفقة عليها وهذا المعنى موجود في المبتوتة
فيجب عليها الحداد كالمتوفى عنها زوجها بل الابانة اقطع للنكاح من الموت لان حكم النكاح باق بعد الوفاة الى ان تنقضي العدة
بخلاف المطلقات الثلاث والابانة حيث لا يبقى النكاح اصلا • الا ترى ان المراة تغسله دون عكسه وفي الابانة لا يجوز غسلها اصلا
فكان ظهار التاسف هنا اولى ثم المطلقة الرجعية تتزين وتلبس ما شاءت من الثياب ليرغب زوجها **قوله** والحداد ويقال
له الاحداد وهما جميعا مصدران بل المصدر هو الحداد ومن الخبر وهو ان يترك اي الحداد ترك الطيب والزينة والكحل
والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر هكذا ذكر القدوري وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المبتوتة
والمتوفى عنها زوجها لا تدهن بزيت مطيب ولا غير مطيب ولا تدهن لشيء من الادهان الا من وجع ثم المعنى الذي هو موجب
الحداد وجهان احدهما اظهار التاسف بدلالة الاجماع لانا نقول وجب الحداد للتاسف على زوال النكاح والشافعي
يقول وجب للتاسف على ذوات الزوج وما قلنا اولى لعمومه لان التاسف على زوال النكاح يشمل المبتوتة والمتوفى عنها زوجها
والوجه الثاني الاجتناب عن الوقوع في الحرام وذلك لان المراة اذا كانت متزينة او متطيبة تزيد رغبة الرجل فيها فوق
ما يكون اذا لم تكن متزينة متطيبة فيحبها المراة كيلا يكون ذلك سببا الى الوقوع في الحرام لان المتوفى عنها زوجها والمبتوتة حرام
نكاحهما ما دامتا في العدة لما الدهن اذا كان مطيبا فظاهر لانها ممنوعة عن الطيب وكذا اذا لم يكن مطيبا لان الكاملة الشعر والجلد
بعد عن الزينة الا اذا وقعت الضرورة فحينئذ يجوز الادهان والاكتحال على وجه التداوي لا على قصد الزينة كما اذا كان لها
صداع فدهنت راسها او اشتكت عينها فاكتحلت فكذا يجوز لها لبس الحرير لدفع القمل والحكة **قوله** كيلا يفضي الى بعد الذريعة

الوسيلة اي كالاثمد قبل الاشياء وسيلة الى الحرام **قوله** قال الامن عذر اي قال القدوري ترك الحداد الا ان يكون
من الطيب والزينة الا لكحل والدهن الا من عذر والعذر قد تبيناه وذلك لان فيه حرجا وهو مدفوع شرعا وروى البخاري
ومسلم مسندا الى انس قال رخص النبي صلى الله عليه وسلم للزبير وعبد الرحمن في لبس الحرير لحكة كانت بهما وروى
باسناده الى انس ان عبد الرحمن بن عوف والزبير بن العوام شكوا الى النبي صلى الله عليه وسلم القمل فرخص لهما في قمص الحرير في غزاة
قوله لما روينا اراد به قوله عليه الصلاة والسلام الحادة تختضب **قوله** ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران
وذلك لما روى صاحب السنن باسناده الى ام عطية ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تحد امرأة فوق ثلاث الا على زوج فانها
تحد اربعة اشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تختضب ولا تمس طيبا والعصب ضرب من برود
اليمن وروى صاحب السنن باسناده الى ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انه قال المتوفى عنها زوجها لا تلبس
المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل والثوب الممشق هو المصبوغ بالمشق وهو المغرة وان لم تجد الا
ثوبا مصبوغا فلها ان تلبسه لانه لابد من الستر فظاهر الرواية عن اصحابنا انها لا تلبس ثوب عصب ولا خز لانها ممنوعة
عن الزينة وفيه ذلك وروي في النوادر عن ابي يوسف انه قال لا باس بان تلبس العصب والخز الاحمر قال شمس الائمة
السرخسي وتاويل ذلك اذا لبست لا على قصد التزين به فهو مكروه قلت تدروي في السنن مكان الا ثوب عصب الا
مغسولا فعلى تلك الرواية لا معنى لابي يوسف حجة بالحديث **قوله** ولا احداد على كافرة اي قال القدوري وقال ايضا
ولا على صغيرة وعند الشافعي يجب الاحداد لكن في عدة الوفاة لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لا تحد المرأة فوق ثلاث
الا على زوج ولنا ان الحداد من فروع الشرع فلا يخاطب الكافرة بها والصبية لا خطاب عليها اصلا فصار كالصوم والصلاة
فان قلت ما الفرق بين الحداد والعدة حيث وجبت العدة على الصغيرة دون الحداد قلت لان لزوم الحداد عيب عليها
لا على الميت مخاطبة بل الولي يؤمر بان لا يزوجها حتى تنقضي العدة لحق الشرع كما يؤمر بان يمنعها من شرب الخمر فعلى هذا لا حاجة
الى الفرق لعدم وجوب العدة ايضا او نقول العدة عبارة عن مجرد مضي المدة فالقول بمضيها عليها لا يفضي الى توجيه خطاب
الشرع عليها بخلاف القول بالحداد فانه يفضي الى توجيه خطاب الشرع لدخوله تحت عموم النهي وهي غير مخاطبة نظرا الى القول
قوله وعلى الامة الحداد هذا لفظ القدوري قال الحاكم وسعى المملوكة المسلمة من ذلك ما يتقيه الحرة الا الخروج
وذلك لان الحداد للتأسف على زوال نعمة النكاح وهذا المعنى حاصل في المملوكة ولان فروع الشرع التي ليس فيها ابطال
حق المولى يلزم المملوكة كالصوم والصلاة فلزمها الحداد بخلاف الخروج من البيت في العدة حيث لا تمنع منه لحق المولى وهو المقدم
لحاجته ولهذا كان للمولى ان يمنع امته من اداء النفل وغيره وعبده عن الجمع والجماعات وبخلاف الحج حيث لا يجب في العدة
على الامة لحق المولى ايضا ولا حق للمولى في تطيبها وتزينها لان الامة المنكوحة حرام عليه **قوله** وليس في عدة ام الولد
في عدة النكاح الفاسد احداد هذا لفظ القدوري ولا احداد في الوطء عن شبهة ايضا اما ام الولد فانما لم يجب عليها
الحداد لانه للتأسف على زوال النكاح ولا نكاح فيه ولان ام الولد انما يجب عليها العدة بالعتق الذي يزول به ذل الرق
فالمناسب لذلك السرور لا التحزن لانه مما فاتتها نعمة الحرية التي صارت بها اهلا للولاية واما النكاح الفاسد والوطء
عن شبهة فانما وجبت العدة فيهما لتعرف براءة الرحم لزوال النكاح اذ لا حرمة للنكاح الفاسد لانه واجب الرفع ولا نكاح اصلا
في الوطء عن شبهة فلا يلزم الحداد **قوله** والاباحة اصل اراد بها اباحة الزينة لها وذلك بقوله تعالى قل من
حرم زينة الله التي اخرج لعباده وفيه بحث يعرف في ميزان الاصول وغيره والذي ذكره مذهب بعض المشايخ ومذهب
فخر الاسلام ان الاباحة ليست باصل **قوله** ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا باس بالتعريض في الخطبة هذا لفظ
القدوري في مختصره اعلم ان نكاح المعتدة لا يجوز وقد مر بيانه في باب المحرمات والتعريض لا باس به والاصل فيه
قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء او اكننتم في انفسكم علم الله انكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن
سرا اي نكاحا والسر في الاصل هو النكاح الذي هو الوطء كقول الاعشى

ولا تقربن جارة ان سرها ... عليك حرام فانكحن او تأبدا

ثم عبر عن النكاح الذي هو العقد كذا قال الزمخشري الا ان تقولوا قولا معروفا اي لا تواعدوهن الا بان تقولوا او لا
تواعدوهن الا ان تقولوا قولا معروفا وهو التعريض وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي قال ابن عباس التعريض ان تقول
اني اريد ان اتزوج قال مجاهد يقول انك لحسناء وانك لجميلة قال سعيد بن جبير في قوله تعالى ان تقولوا قولا معروفا
اي يقول اني فيك لراغب واني لارجو ان نجتمع الى هنا لفظ القدوري ابي بكر الرازي وقيل المراد من قوله لا باس
في التعريض في الخطبة المتوفى عنها زوجها اما المطلقة فلا يجوز لها التعريض ولنا فيه نظر لان قوله تعالى لا جناح عليكم
فيما عرضتم مطلق فلم يفصل وقال صاحب الهداية قال النبي صلى الله عليه وسلم السر النكاح ولنا في صحة الحديث عن النبي صلى الله عليه
وسلم نظر **قوله** ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج
نهارا وبعض الليالي ولا تبيت في غير منزلها والاصل في المطلقة قوله تعالى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا
العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن الا ان يأتين بفاحشة مبينة قال محمد في الاصل قال ابراهيم الفاحشة خروجها
من بيتها وبلغنا عن ابن مسعود انه قال الفاحشة ان تزني فتخرج الى الحد قال في شرح الكافي وان كانت صبية فلها ان تخرج

لانها لا تخاطب بما هو اعظم من هذا من حقوق الشرع كالصلوة والحدود وليس للزوج ان يمنعها في الطلاق البائن لانه لم يبق له
عليها ملك ولا سيما الحبل قالوا الا ان تكون مراهقة [?] تحبل وهي كالكتابية واما في الطلاق الرجعي فلا تخرج
الا باذن الزوج لبقاء ملك النكاح له عليها واما المتوفى عنها زوجها فالاصل فيها ما روى مالك في الموطأ عن سعد بن اسحاق
ابن كعب بن عجرة عن عمته زينب ابنة كعب بن عجرة ان الفريعة بنت مالك بن سنان وهي اخت ابي سعيد الخدري اخبرتها انها
جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله ان ترجع الى اهلها في بني خدرة فان زوجها خرج في طلب اعبد له ابقوا حتى اذا كان في
طرف القدوم لحقهم فقتلوه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فخرجت حتى اذا كانت في الحجرة او في المسجد دعاني
او امر بي فدعيت له فقال كيف قلت فرددت عليه القصة التي ذكرت من شأن زوجي فقال امكثي في بيتك وفي رواية السنن
امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله قالت فاعتددت فيه اربعة اشهر وعشرا فلما كان عثمان بن عفان ارسل
الي فسألني عن ذلك فاخبرته فاتبعه وقضى به وجه الاستدلال ان النبي صلى الله عليه وسلم امرها بالمكث في
بيتها الى انقضاء العدة ولم ينكر عليها من نفس الخروج لانها خرجت اليه فدل على جوازه وعن سعيد بن المسيب ان عمر رد نسوة
من ذي الحليفة توفي عنهن ازواجهن يخرجن ذكره الطحاوي في شرح الآثار وقال في الاصل بلغنا عن ابن مسعود
انه قال في نسوة تكون اليهن الوحشة توفي ازواجهن انه لا بأس ان يتزاورن بالنهار ولا يبتن بالليل دون منازلهن ولان المتوفى
عنها زوجها فلانها تحتاج الى قضاء حوائجها وكفاية مؤنتها اذ لا نفقة لها في عدتها فلا بد من الخروج بخلاف المطلقة
فانها مكفية المؤنة فلا تحتاج الى الخروج لها اذا ابرأت المختلعة زوجها عن نفقة العدة اختلف المشايخ قال بعضهم
تخرج كالمتوفى عنها زوجها والجامع الحاجة الى النفقة قالوا الا ترى انها قد تضطر في ترك النفقة لتخلص عنه وقال
بعضهم لا تخرج لانها ابطلت النفقة باختيارها فلا يكون عذرا في حق الشرع فلا تخرج كما اذا اختلعت على ان لا سكنى لها
حيث تبطل مؤنة السكنى عن الزوج ولا يحل لها الخروج وهذا المذهب عامة العلماء وقال بعضهم ان شاءت اعتدت في بيت
زوجها وان شاءت في غيره وهذا مذهب عطاء وتمسك بقوله تعالى فان خرجن فلا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن
وجوابه ان الآية منسوخة وكذا العدة الى الحول منسوخة كذا هذا **قوله** وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل
الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت وهذا من مسائل القدوري ولم يذكر القدوري قوله
والموت اذ ليس فيه كثير طائل لان الفرقة تشمل الفرقة الحاصلة بالطلاق وغيره ثم الاصل في عدة الطلاق قوله
تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن نسب البيوت اليهن بحق السكنى كما قال تعالى وقرن في بيوتكن واما البيوت للازواج ثم السكنى
عام تشمل البيت المملوك والمستأجر والمستعار جميعا حتى لو كانت زائرة اهلها او كانت في غير بيتها لا بد من وقوع
الطلاق اسعت الى بيت سكناها بلا تأخير ولهذا في عدة الوفاة والاصل في عدة الوفاة قوله عليه الصلاة
والسلام امكثي في بيتك وقد مر بيان هذا ومعنى قوله حتى يبلغ الكتاب اجله اي الذي كتب عليها من العدة **قوله**
وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها واخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت وهذا لفظ القدوري يعني هذا الذي قلنا
من وجوب العدة عليها في منزل سكناها في حالة الاختيار اما في حالة الضرورة فلها ان تنتقل الى غيره لان الضرورات
تبيح المحظورات كما اذا كان نصيبها وحده لا يكفيها ولا ترضى الورثة بسكناها في نصيبهم فاخرجوها كما اذا خافت انهدام
المنزل او خافت على متاعها في ذلك المنزل من سرقة او نهب وكذا اذا كانت في نصيب لو سأتي [?] يدخل عليها خوف من السلطان
او غيره فلها ان تنتقل الى المصر وكذا اذا كان المنزل باجرة وهي لا تقدر على ادائها **قوله** ثم وقعت الفرقة بطلاق
بائن او ثلاث لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس اي بعد وجود السترة لا بأس بان يسكنا في منزل واحد لان الرجل مسلم معترف بالحرمة
والظاهر من حال المسلم اجتناب الحرام الا اذا كان فاسقا يخاف عليها منه الفجور فيكون خوف الفجور عذرا وان كانت
السترة بينهما فتنتقل في منزل آخر ويكون ذلك المنزل كالمنزل الاول لا تنتقل منه الا بعذر لاعذار قالوا في بعض
شروح الجامع الصغير وان خرج وتركها فهي اولى حذرا عن الخروج وان يخلو بها امرأة ثقة تقدر على الحيلولة
فهو حسن فان لم يوجد امرأة ثقة فللمعتدة الانتقال الى منزل آخر فيه اعذر وكذا اذا ضاق البيت ولا يقدر امرأة
ثقة ان تحول بينهما تنتقل المعتدة والاولى ان يخرج الرجل فيكتري منزلا آخر لنفسه ويتركها في المنزل الذي وقعت فيه
الفرقة **قوله** الا ان يكون فاسقا اي يكون الزوج وهو استثناء من قوله لا بأس من السترة وقد مر بيانه
وقد مر بيانه آنفا **قوله** واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا او مات عنها الى آخره وهذا
من مسائل المعادة في الجامع الصغير اعلم ان الزوج اذا سافر بامرأته فطلقها بائنا او مات عنها في بعض الطريق فان كان
الى الجانبين اقل من ثلاثة ايام فرجعت به او تقصد او مصرا لا يحتمل الى ايهما شاءت وان كان احدهما اقل من ثلاثة ايام فرجعت
دون الآخر تميل الى الاقل وان كانا جميعا مسيرة ثلاثة ايام فان كانت في غير مصر تميل الى ايهما شاءت سوى المحرم او غير
محرم لكن ينبغي ان تختار اقرب الجانبين لان الخوف عليها في ذلك المكان اكثر من خوف الخروج بغير محرم كالذي اسلمت
في دار الحرب فانه كان مهاجرة بغير محرم لخوفها على نفسها ودينها بهذه المفازة كذلك ولو كان المصر قريبا منها على طريقها
فانه فليس لها ان تتخلف عن القافلة كذا في شرح الطحاوي لكن الاولى هو الرجوع الى المنزل لانه حينئذ تقع عدتها
في المنزل الذي امرت به في قوله عليه الصلاة والسلام امكثي في بيتك وان كانت في مأمن نحو مصر او قرية ثم بعضت او خرج

سوى وجدت محرما او لا هذا عند ابي حنيفة وعند صاحبيه كذلك اذا لم تجد محرما فلها ان تخرج الى اي الجانبين شاءت لهما ان اصل الخروج مباح بالاتفاق بدليل انها تخرج الى ما دون السفر بالاتفاق وانما النزاع في الخروج الى مدة السفر والمعتدة وان كان التربص في منزلها عليها واجبا يجوز لها الانتقال عنه بعذر كانهدام المنزل وغيره وادى الغرض ووحشة الانفراد عذر فيجوز لها ان تخرج من المصر الذي هي فيه الى منزلها او الى مقصدها بمحرم كما اذا كانت في المفازة لان حاجتها الى المنع للسفر ووجود المحرم فصار السفر مع المحرم كما دون السفر مع غيره ما طلق لها الخروج بمحرم ولابي حنيفة ان العدة امنع للخروج من عدم المحرم فاذا كان عدم المحرم هنا مانعا فالعدة اولى ● بيانه ان العدة مانعة للخروج قليلا كان او كثيرا وعدم المحرم ليس بمانع ما دون السفر بخلاف ما اذا كانت في المفازة فان عدم المحرم ليس بمانع للخروج لانها ليست في مواضع معتادة فلا تكون العدة مانعة ايضا ولانها كانت ما بعد الى لان للزوج في بيته الاقامة في السفر الا كانت اصلا في نفسها اذا جاز لها السفر بمحرم كان في معنى انشاء السفر حكما فلا يجوز بخلاف المفازة فان الخروج عنها ليس في معنى انشاء السفر لانها ليست بدار الاقامة بخلاف ما دون السفر حيث جاز لها ان تسير اليه بمحرم وغير محرم سوى كانت في مصر او غيره لانه ليس بسفر حقيقة ولا حكما لم هو بناء على الخروج الاول ولا نسلم ان اصل الخروج مباح بل هو حرام لقوله تعالى ولا يخرجن وانما ابيح لها الخروج بعذر ولا نسلم ان العذر اذا كانت في ما نحن فيه ولا نسلم ان القياس صحيح على ما اذا كانت في المفازة لوجود الفارق لان هنا لا تخرج بغير المحرم بالاتفاق وفي المفازة لها ذلك وفائدة قيد البائن ما قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ان كان الطلاق رجعيا فهي لا تفارق زوجها اذا اراد ان يخرجها الى سفر طلقها لان الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح بخلاف ما اذا طلق ثم سافر ليس له ان يسافر بها قبل الرجعة عندنا خلافا لزفر لان المعتدة ممنوعة عن انشاء السفر مع المحرم وغيره **قوله** الا ان الرجوع اولى استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت يعني لها في الرجوع والمضي خيار اذا كانت ثلاثة ايام الى المنزل وكذلك الى المقصد ايضا لكن الرجوع اولى ليقع الاعتداد في المنزل المأمور به في العدة **قوله** الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر هذا ايضا استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت يعني لها الخيار في ذلك الا اذا كان في مصر فليس لها الخروج اصلا عند ابي حنيفة وقد مر بيانه **قوله** عليها اي على المرأة

باب ثبوت النسب

لما فرغ من بيان وجوه العدة من اعتبار الحرة والحيض والاشهر ووضع الحمل

شرع في باب ثبوت النسب لان ثبوت النسب نسب الولد من النساء الحمل فناسب ان يذكر هذا الباب عقيب باب العدة **قوله** ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها لزمه ابنه وعليه المهر ● وهذه من مسائل جواهر الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يقول ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فجاءت بولد لستة اشهر من يوم تزوجها قال هو ابنه وعليه المهر والمراد من قوله لستة اشهر حين تزوجها من غير زيادة ولا نقصان وانما اريد باليوم الحين اي مطلق الوقت لان اليوم من غير زيادة ولا نقصان لانها اذا جاءت بالولد لاكثر من ستة اشهر من وقت النكاح لا يثبت النسب ولا يجب المهر وذلك لان مدة الحمل لما تقدرت لستة اشهر لسبقها كان العلوق بعد الطلاق وكذا اذا جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت النكاح لا يثبت النسب ايضا لان العلوق يكون حينئذ قبل النكاح وانما يثبت النسب فيما اذا جاءت بالولد لتمام ستة اشهر من وقت النكاح لان قيام النكاح ممن يحتمل العلوق منه قائم مقام الوطء في حق اثبات النسب لان النسب مما يحتاط في اثباته وقال عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر لصاحب الفراش على حذف المضاف كذا قال المطرزي والفراش العقد كذا اشار اليه الكرخي في املائه لشرح الجامع الصغير ● وقد ذكرنا عن في فصل المحرمات ان الفراش كون المرأة بحال لو جاءت بولد يثبت نسبه منه فيكون الوطء زمان التزوج ثابتا حكما وان لم يوجد حقيقة والعبرة للفراش لا للماء بالحديث ولهذا كان من مائه ولم يكن له فراش لا يثبت النسب ● فان قلت ينبغي ان لا يثبت النسب كما قال زفر لانه لما حصل النكاح وقع الطلاق فلم يكن من مائه لانه لم يكن ان تفترشها ● قلت لا نسلم انه لم يمكن رفعها بعد النكاح اذ يكون من الجائز ان يكون على بطنها وقال لها تزوجتك والشهود عدول وقد علقت من ساعته فيكون وقت النكاح ووقت الوطء واحدا وهذا وان كانت نادرا يعتبر للنسب يحتاط فيه ولئن سلمنا انه لا يمكن ان يفترشها حقيقة لكنه جعل واطيا حكما بالحديث فكان الولد من مائه حكما فلا يرد علينا السؤال او نقول ان امكان الدخول ليس بمعتبر عندنا في اثبات النسب ولهذا لو تزوج المشرقي مغربية بينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لستة اشهر يثبت النسب وان لم يتوهم الدخول بعلة عين ثم لما ثبت النسب وجب عليه المهر كاملا لانها صارت في معنى المدخول بها ● قال الفقيه ابو الليث قال ابو يوسف في الامالي ينبغي في القياس ان يجب على الزوج مهر ونصف لانه وقع الطلاق قبل الدخول فوجب نصف المهر ومهر اخر بالدخول فاله الا ان ابا حنيفة استحسن وقال لا يجب الا واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فما اخذ ذلك الصداق واستحسنه وجوب الزيادة **قوله** فتاكد المهر لانه اي بثبوت النسب **قوله** ويثبت نسب المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها ● وهذه من مسائل القدوري وعامة في مختصره فان جاءت

لاقل من سنتين بانت وان جاءت به لاكثر من سنتين ثبت نسبه وكانت رجعة والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين فان جاءت به لتمام سنتين من يوم الفرقة لم يثبت الا ان تدعيه ● وعلة المسئلة مبنية على معرفة اقل مدة الحمل واكثرها فعندنا اقله ستة اشهر واكثره سنتان كما سيجيء بيانها في باب هذا الباب ان شاء الله تعالى ثم ايضا هذا في كل موضع يباح الوطء فيه فمدة الحمل مقدرة لستة اشهر وهو اقرب الاوقات الا ان يلزم اثبات رجعة بالشك او ايقاع طلاق بالشك او استحقاق مال بالشك فحينئذ يسند العلوق الى ابعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق لان هذه الاشياء لا تثبت بالشك وكل موضع لا يباح الوطء فيه فمدة الحمل مقدرة لسنتين ويكون العلوق مسندا الى ابعد الاوقات لئلا يلزم اثبات الرجعة بالشك على تقدير اسناده الى اقرب الاوقات وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت الطلاق يثبت النسب ولا يصير مراجعا لانا نسند العلوق الى ابعد الاوقات لئلا يلزم اثبات الرجعة بالشك على تقدير اسناده الى اقرب الاوقات وان جاءت به لاكثر من سنتين وان طال الزمان ثبت النسب ويصير مراجعا ولان امور المسلمين محمولة على الصحة والسلامة ما امكن بيانه انها ان تكون ممتدة الطهر فوطئها الزوج في اخر الطهر فعلقت اما في الطلاق البائن فان جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت النسب باسناد العلوق الى ما قبل الطلاق لان فيه حمل امرها على الصلاح وهو ممكن وان جاءت به لاكثر من سنتين لا يثبت النسب من الزوج لانه لم يتبين ان الحمل حدث بعد البينونة سواء كان العلوق من الزوج او غيره فلا يثبت النسب من الزوج الا ان يدعيه فحينئذ يثبت النسب لان له وجها صحيحا بان وطئها في عدتها بشبهة فحملت منه فاذا ادعى ثبت النسب لبقاء وجه الاحتمال بالدعوى ثم المبتوتة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين وقد اخذت نفقة جميع المدة ولم تقر بانقضاء عدتها فهل يلزمها رد شيء من النفقة على الزوج ام لا ● قال محمد يلزمها رد نفقة ستة اشهر وقال ابو حنيفة لا يلزمها رد شيء اصلا وروى بشر عن ابي يوسف مثل قولهما كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي له انها معتدة ظاهرا الا انها لم تقر بانقضاء العدة والمعتدة مستحقة للنفقة والزنا محتمل فلا يحمل عليه فلو جعلنا كانها تزوجت بزوج اخر يلزم حمل امرها على الفساد وانه اخذ مال الزوج بغير حق فلا يلزمها رد شيء ● ولنا ان هذا العلوق لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون في العدة او بعدها فلا يجوز الاول لان فيه حمل امرها على الفساد ولزوم الزنا فتعين الثاني وهو ان يكون العلوق بعد المدة بان انقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر فعلقت منه وتزوجها نفسها صار كالاقرار بانقضاء العدة وبعد انقضاء العدة لا تستحق النفقة فيجب عليها رد ما اخذته بعدها لانقضاء في مقدار ستة اشهر لانها ادنى مدة الحمل ولا يتيقن فيما وراء ذلك الطرفان قوله يثبت نسب المطلقة في الرجعي والبائن فيما اذا كان ثمة شهادة او اعتراف من الزوج بالحبل او حبل ظاهر كما سيجيء بيانه بعد هذا عند قوله واذا ولدت المعتدة ولدا **قوله** والمبتوتة هي المطلقة طلاقا بائنا او ثلاثا **قوله** فانما اي بائنا **قوله** وان جاءت به لتمام سنتين اي ان جاءت المبتوتة بالولد **قوله** الا ان تدعيه استثناء من قوله لم يثبت اي يثبت النسب اذا جاءت المبتوتة لتمام سنتين الا ان يدعي الزوج الولد لانه التزمه وله وجه صحيح بان وطئها بشبهة في العدة فاذا ادعى الزوج يثبت نسبه ولكن هل يحتاج الى تصديق المرأة ام لا ● قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فيه روايتان في رواية يحتاج الى تصديقها وفي رواية لا يحتاج الى تصديقها ولم يذكر السرخسي في شرح الكافي والبيهقي **قوله** فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد ● وقال ابو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين ● وهذه من مسائل الجامع الصغير اعلم ان الصغيرة اذا طلقها زوجها فلا يخلو اما ان طلقها قبل الدخول او بعده فان طلقها قبل الدخول فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق يثبت النسب وان جاءت به لاقل من ستة اشهر لا يثبت لحصول العلوق بعد انقضاء العدة المدة وان طلقها بعد الدخول فلا يخلو اما ان اقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة اشهر او لم تقر فان اقرت ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب وان جاءت به لستة اشهر او اكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة ومجيء الولد لمدة حمل تام بعده وان لم تقر بانقضاء العدة ولم تدع حبلا فعلى قول ابي حنيفة ومحمد ان جاءت بالولد لاقل من تسعة اشهر من وقت الطلاق ثبت النسب والا فلا وعند ابي يوسف يثبت النسب الى سنتين في الطلاق البائن والى سبعة وعشرين شهرا في الطلاق الرجعي لانه يحتمل انه وطئها في اخر عدتها وهي ثلاثة اشهر ثم مدة الحمل سنتان فالمجموع سبعة وعشرون شهرا ● وجه قول ابي يوسف ان هذه معتدة يحتمل ان تكون حاملة فهي مراهقة فاذا جاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق البائن علم ان العلوق كان قبل الطلاق فيثبت النسب كما في الكبيرة وان جاءت به لاكثر من ذلك لا يثبت النسب لحصول العلوق بعد البينونة وفي الرجعية يثبت النسب الى سبعة وعشرين شهرا لان عدتها ثلاثة اشهر ومدة حملها بعد ذلك سنتان وان جاءت به لاكثر من ذلك لا يثبت النسب وجه قولهما ان عدة الصغيرة ذات جهة واحدة وهي ثلاثة اشهر التي عينها النص وما كان متعينا شرعا كان السكوت والبيان فيه سواء فاذا انقضت ثلاثة اشهر حكم الزوج فيثبت النسب من غير شهادة ● وقال ابو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة وهذه من مسائل القدوري ● اعلم ان المعتدة اذا ولدت لا يثبت نسب ولدها ما لم توجد الشهادة الكاملة اعني شهادة رجلين او رجل وامرأتين عند ابي حنيفة الا اذا كان الحبل ظاهرا او كان اعترف به الزوج فيثبت النسب بغير شهادة تامة وعندهما يثبت النسب في جميع الصور اعني فيما اذا كان الحبل ظاهرا او الاعتراف ثابتا او لم يكن بشهادة امرأة

وراحلة وفسر في شرح الكافي الامراة الواحدة بالقابلة وينبغي ان القابلة حرة عدلة كما صرح به في الشامل • وقال
الحاكم الشهيد في شرح الكافي • وقال ابو يوسف ومحمد تقبل شهادة المراة اذا كانت حرة مسلمة ويثبت النسب وله الميراث
وينبغي لك ان تعرف ان المعتدة بالطلاق تتناول المعتدة عن وفاة او طلاق باين او رجعي • ولهذا قال فخر الاسلام
البزدوي في شرح الجامع الصغير وان ادعت انها ولدت وذلك بعد الوفاة او طلاق باين لم يثبت ذلك الا بشهادة
رجلين او رجل وامراتين عند ابي حنيفة وكذلك بعد الطلاق الرجعي • وقال ابو يوسف ومحمد يثبت بشهادة القابلة الى
هنا لفظ البزدوي • وقال في المختلف شهادة القابلة على الولادة لا تقبل الا بمؤيد وهو ظهور الحمل او اقرار الزوج
بالحمل او قيام الفراش حتى ان المعتدة عن وفاة اذا كذبها الورثة في الولادة في الطلاق الباين اذا كذبها الزوج وفي
تعليق الطلاق بالولادة لا تقبل الا ببينة فلا تقبل شهادة القابلة الا عند ما ذكرنا من القراين وعندهما تكفي شهادة
القابلة وحدها الى هنا لفظ المختلف • وجه قولهما ما روى سعيد بن المسيب وغيره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال شهادة النساء جايزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه واللام للجنس وهو واقع على الادنى مع احتمال الكل فجاز
شهادة القابلة ولهذا لو كان الفراش قايما او الحبل ظاهرا او اعترف به الزوج ثبت النسب بشهادة المراة فكذلك هنا لانه
انه لا يطلع عليه الرجال ولان قيام العدة ملزوم للنسب ولا حاجة الى ذلك وانما الحاجة الى تعيين الولادة فيثبت
التعيين بشهادة القابلة كما في حال قيام الفراش او اقرار الزوج بالحبل او ظهور الحبل • ووجه قول ابي حنيفة ان
المراة اذا ادعت اجنبية لانقضاء عدتها ونسب ولد الاجنبية من الاجنبي لا يثبت الا بحجة تامة فلا يكتفي بشهادة القابلة
وحدها بخلاف ما اذا كان الفراش قايما فان ثبوت النسب بالفراش وانما ظهور الولادة بالشهادة وكذلك اقرار الزوج
بالحبل او ظهور الحبل • ووجه قول ابي حنيفة ان المراة في حال قيام النكاح يثبت النسب به وشهادة القابلة لتعيين الولد
فحسب ولان شهادة النساء حجة ضعيفة لقوله عليه الصلاة والسلام ناقصات العقل والدين فلا بد ان ينضم اليها مؤيد
ولهذا لا يعتبر شهادتهن اصلا فيما يطلع عليه الرجال وان كثرن وقيام الفراش مؤيد لان الفراش اذا كان قايما يثبت نسب الولد
في كل وقت وكذا اذا اقر الزوج او كان الحبل ظاهرا ويجوز ان يمنع قولهما بان يقال لا نسلم ان الولادة مما لا يطلع عليه الرجال
بل يمكن اطلاع الرجال عليه بالاستهلال فلا يعتبر قول الواحدة • ومما ذكره صاحب الهداية في تعليل قولهما بقوله لان الفراش
قايم بقيام العدة فيه نظر لانه ان اراد بقيام الفراش ان المراة منكوحة في الحال فليس كذلك لان النكاح قد زال
بالوفاة والبينونة وان اراد به قيام الحبل فليس كذلك لان الحبل ينتفي بعد وفاة والبينونة وهو كذا في اطلاق هذا
اللفظ فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قوله وان كانت معتدة من وفاة فصدقها الورثة في الولادة
ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا • وهذه من المسايل المعادة في الجامع الصغير واصل المسئلة في كتاب
الدعوى وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يموت عن امراته فتاتي بولد فيصدقها الورثة
انها ولدته قال هو ابنه وان لم يشهد على الولادة احد • قال فخر الاسلام البزدوي معنى هذا الكلام اذا اجتمع الورثة
فشاركهم باقرارهم او اقر به جماعة قطع الحكم بشهادتهم بان صدقها رجلان منهم او رجل وامراتان منهم وجب الحكم باثبات
نسبه حتى يشارك المصدقين والمنكرين جميعا وهذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يثبت النسب لانهم اقروا على الميت
كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير • وجه الاستحسان انه لا تهمة في قولهم فصار قولهم بمنزلة الاقرار من وجه
والشهادة من وجه فلما اشبه الشهادة يثبت النسب بقول الورثة ولما اشبه الاقرار جاز وان لم يكن بلفظ الشهادة واختلف
مشايخنا في ان لفظ الشهادة هل يشترط من الورثة ام لا قال بعضهم يشترط بعد ان يكون في مجلس الحكم • كذا قال فخر الاسلام
وذاك لان النسب لا يثبت في حق الناس كافة الا بلفظ الشهادة وقال بعضهم لا يشترط واليه ذهب الفقيه ابو الليث وفي
لفظ الجامع الصغير اشارة اليه لانه قال صدقها الورثة ولم يقل شهد الورثة وذاك لان لفظة الشهادة هل يشترط من
الورثة عند قيام المنازعة في مجلس القضا ولا منازعة هنا لان الورثة لما صدقوها ارتفعت المنازعة فصار ذلك بمنزلة
حال ظاهر ولان ثبوت النسب في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم وما يثبت تبعا لا يراعى فيه الشرايط كثبوت الاقامة في
الجند اذا كانوا في المفازة او البحر يتبعون سلطانهم اذا نوى الاقامة في الحضر ولم يراع موضع الاقامة في حقهم وهو
ثبوت المدد تبعا كذا قال شيخنا برهان الدين الخرجي وهذا اذا صدقها الورثة اما اذا لم يصدقها الورثة فلا يثبت النسب
الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين وقد مر بيانه قوله فيثبت في حق غيرهم اي هل يثبت النسب في حق غير المصدقين
وغيرهم هو المنكرون من الورثة وغريم الميت فاذا كان المصدقون من اهل الشهادة بان كانوا ذكرا او ذكرا واناثا ثبت النسب
في حق غيرهم حتى يشارك الولد المنكرين ايضا في الارث ويطالب غريم الميت بدينه قوله واذا تزوج الرجل امراة فجاءت
بولد لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها لم يثبت نسبه • وهذه من مسايل القدوري وانما لم
يثبت النسب لان اقل مدة الحمل ستة اشهر بالاجماع فاذا ولدت لاقل من ذلك من وقت النكاح يعلم يقينا ان العلوق كان قبل العقد
فلا يثبت النسب قوله وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا ثبت نسبه منه اعترف به الزوج او سكت وهذا ايضا لفظ
القدوري في مختصره وذلك لان العلوق حصل في ملكه لانها اذا ولدت لاكثر من ستة اشهر فظاهر وكذا اذا ولدت لاكثر من ستة
اشهر لاحتمال انه تزوجها وهو عليها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته فيثبت • فان قلت ينبغي هذا الاحتمال

يوجد في المبتوتة اذا ولدت لسنتين او يجوز ان يطلقها وهو عليها فوافق الانزال الطلاق ومع هذا لا يثبت النسب
فما يثبت النسب هنا الا مرجحا لحمل امرها على الصلاح لانه لو لم يثبت يلزم اما ان يكون الولد من الزنا او من زوج اخر قبل هذا • قلت
فلا مما فيه حمل امرها على الفساد لان الزنا ظاهر فكذا اذا كان الولد من زوج اخر لان نكاح المعتدة لا يجوز بخلاف المبتوتة
لانه يثبت ولدها اذا لم يثبت من الذي طلقها لوجود الشك لا يلزم حمل امرها على الفساد من الحاملة ان ينقضي عدتها فتتزوج بزوج
اخر فليس فيه حمل امرها على الفساد فظهر الفرق قوله فان جحد الولادة ثبت بشهادة امراة واحدة تشهد بالولادة وهذه
ايضا من مسايل القدوري وهي لفظه في مختصره • وقال محمد في الجامع الصغير في امراة ولدت فقال الزوج لم تلديه
شهدت المراة فقال الزوج لا يعرف اراد بامراة واحدة حرة مسلمة وبه صرح في المبسوط • اعلم ان هذا اصلا ذكره في
شرح الكافي فقال تقبل شهادة امراة حرة مسلمة على الولادة ويثبت النسب وعند الشافعي لا بد من اربع نسوة وعند ابن ابي
ليلى لا بد من شهادة امراتين لان المعتبر في باب الشهادة العدد والذكورة فسقط الذكورة للضرورة وبقي العدد • وجه قول
الشافعي ان الحجة لا تتم الا بشهادة رجلين واربع نسوة بمنزلة رجلين فسقط الذكورة وبقي العدد لما قلنا • ولنا ان هذا امر لا يطلع
عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء منفردات وكلما يقبل فيه قول النساء منفردات يقبل فيه الواحدة كما في الاخبار عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه من وجه اخبار ومن وجه شهادة من وجه لاختصاصه بمجلس الحكم فما يرد من شبهين يوخذ منه
فباعتبار الاول لم يكن العدد والذكورة شرطا وباعتبار الثاني كانت الحرية ولفظ الشهادة شرطا ثم لما ثبت الولادة بشهادتها
ثبت النسب بالفراش لان ولد المنكوحة ثبت من غير دعوة فاذا نفاه الزوج لاعن لان اللعان يجب بالقذف الصحيح لا بشهادة
المراة ولا يتعلق اللعان بنفي الولد لا محالة فانه يجري بدون نفي الولد فاعتبر القذف منفصلا عن النفي نفي الولد فصار كانه لم
ينفه فيثبت النسب بالفراش القايم ولا ينفى الا باللعان على نفيه في مدة يصح نفيه فيها • وقد مر بيان المدة في باب اللعان وكذلك
لو قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امراة على الولادة ثبت النسب وصارت الجارية ام ولد لان شهادة
القابلة في الولادة وتعيين الولد صحيحة فيثبت النسب بدعوة الرجل بقوله فهو مني فلما ثبت الولد تبعه لثبات النسب ... قوله
من ضرورته اي من ضرورة اللعان قوله فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ
اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة واصل المسئلة في كتاب الدعوى
وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل تزوج امراة فجاءت بولد فقال تزوجتك منذ اربعة
اشهر وقالت تزوجتني منذ ستة قال القول قولها وهو ابنه وذاك لان حال المسلمين محمول على الصلاح فعلى اعتبار قوله يلزم الحمل
على الفساد لانه حينئذ يكون الحمل من الزنا او من معتدة الغير وليس غرض الزوج الا ابطال النسب فلا يصدق على ابطاله
لانه ثابت بالفراش ولا يبطل النكاح بهذا الكلام وان دام الزوج على ذلك وبه صرح البزدوي في شرح الجامع الصغير
لان الشرع لما الزمه النسب صار كانه قال لامراته وهي معروفة النسب هذه بنتي ودام عليه ان النكاح لا يبطل
كذا هاهنا قوله لان الظاهر شاهد لها لا يقال ان الظاهر شاهد له ايضا لان في الحوادث ان يضاف الى اقرب
الازمان فتعارضا فلا بد من دليل الترجيح لانا نقول الجواب انه ترجح بما بينا قبل هذا وهو لزوم حمل امرها على الفساد على
تقدير اعتبار قول الزوج فلا يجوز ذلك قوله ولم يذكر الاستحلاف اي لم يذكر محمد ان المراة تستحلف ام لا وينبغي
ان يكون على الاختلاف المعروف في الاشياء الستة تستحلف عندهما خلافا لابي حنيفة لان الاختلاف وقع في النسب
والنكاح قوله وان قال لامراته اذا ولدت ولدا فانت طالق فشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد تطلق • وهذه من المسايل المعادة في الجامع الصغير وصورتها فيه ان الرجل اذا علق طلاق امراته
بولادتها فقالت ولدت فشهدت به القابلة ولم يقر بالحبل ولا كان ظاهرا لم يقبل الطلاق الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تقبل شهادة القابلة فمن هذا عرفت ان صاحب الهداية ترك قيدين في المسئلة فلا
بد من ذلك احدهما عدم اقرار الزوج بالحبل والاخر عدم كون الحبل ظاهرا ثم اعلم انه لو اقر الزوج بالحبل او لم يقر
فان لم يقر الزوج بالحبل لا يقع الطلاق بقولها ولدت ولا يثبت النسب بالانكار واذا لم يشهد القابلة اما اذا شهدت القابلة
ففيه اختلاف قال ابو حنيفة يثبت النسب ولكن لا يقع الطلاق وقال صاحباه يثبت النسب ويقع الطلاق لقوله عليه الصلاة
والسلام شهادة النساء جايزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه فلما قبلت شهادة القابلة في الولادة ثبت ما ينبني على
الولادة ايضا وهو الطلاق لان وقوع الطلاق متعلق بها ولان شهادة القابلة حجة تامة في حال قيام الفراش في حق
ثبوت النسب وغيره واستشهد ابو يوسف ومحمد في الاصل بقولنا • الا ترى انه لو قال ان كان بها حمل فهو مني
فولدت بعد هذا القول لاقل من ستة اشهر فانكر ان تكون ولدته وشهدت امراة على الولادة وجب اللعان وان كان الزوج
عبدا او حرا محدودا في قذف والمراة حرة مسلمة وجب الحد على الزوج ويثبت النسب وهذا كله بشهادة امراة فكذلك الطلاق
ولابي حنيفة انها ادعت الحنث على الزوج وهو وقوع الطلاق والزوج ينكر ذلك فلا بد من حجة تامة وشهادة القابلة
ليست بحجة تامة لان شهادتها انما قبلت للضرورة لان مجلس الولادة لا يطلع عليه الرجال والثابت بالضرورة لا يتعدى
موضع الضرورة والحكم المختص بها والحكم المختص بالولادة امومية الولد وثبوت اللعان عند نفي الولد فاما وقوع الطلاق
والعتاق فليس بحكم مختص بالولادة لوجودها لا اشكال بل الولادة والطلاق وجودا وعدما فلا تقبل قول القابلة في حق الطلاق

ولانها امينة في نحو الولد والطلاق ليس من احكام الولد فلا يقبل قولها فيه كما اذا قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فقالت حضت فانها تصدق في طلاق نفسها لا في طلاق ضرتها لانها امينة في امر نفسها لا غير فكذلك هنا تصدق في النسب لا في الطلاق وكذلك الخلاف فيما اذا شهدت امرأة على استهلال الصبي عند دعوى حياته ليرث لم يقبل عند ابي حنيفة خلافا لهما اما اذا اقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت ولدت وكذبها الزوج وقع الطلاق من غير شهادة القابلة عند ابي حنيفة وعندهما لا يقع الطلاق ما لم تشهد القابلة بالولادة لانها ادعت الحنث وهو وقوع الطلاق على الزوج والزوج ينكر ذلك فلا بد من الحجة عند وقوع المنازعة وشهادة القابلة حجة في باب الولادة فما لم تشهد لا يقع الطلاق ولابي حنيفة ان الزوج جعلها امينة في ولادتها حيث صدقها في الحبل لان الولد لا بد له من الخروج من الرحم حيا كان او ميتا فيقبل قولها كما اذا قال لها اذا حضت فانت طالق فقالت حضت تقع الطلاق لانها امينة في الاخبار فكذا هنا بخلاف النسب حيث لا يثبت بمجرد قولها ما لم تشهد القابلة لان الولد لا يدري انه كان حيا او ميتا فلا يصدق على النسب ما لم تشهد القابلة لان قول المرأة يثبت مجرد الولادة ولا يلزم من ذلك تعيين هذا الولد فلا بد من شهادة القابلة في تعيين الولد **قوله** لانه ينفك عنه اي لان الطلاق ينفك عن الولادة **قوله** وشهادتها حجة فيه اي شهادة القابلة حجة في الحنث **قوله** اقرار بما يفضي اليه اي بالشيء الذي يفضي الحبل الى ذلك الشيء والضمير في فهو للولادة راجع الى ما **قوله** قال واكثر مدة الحمل سنتان اي قال القدوري في مختصره وانما قدم القدوري بيان مدة اكثر الحمل على اقله لاشتغال العناية بها لان الخلاف وقع في الاكثر لا في الاقل اعلم ان اقل مدة الحمل ستة اشهر بالاتفاق لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقوله تعالى في موضع اخر وفصاله في عامين فلما رفع مدة الفصال من ثلاثين شهرا بقي للحمل ستة اشهر لا محالة وقال محمد في الاصل بلغنا عن عثمان بن عفان انه اتي بامرأة قد ولدت لستة اشهر ثم رجمها فقال ابن عباس اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال في مكان اخر وفصاله في عامين فصار الحمل ستة اشهر فدرأ عثمان عنها الحد وقال ايضا وبلغنا عن علي بن ابي طالب مثل قول ابن عباس واما اكثر مدة الحمل ففيه اختلاف فعندنا سنتان وعند الشافعي اربع سنين وعند ليث بن سعد ثلاث سنين وعند الزهري سبع سنين واحتج الشافعي بحكايات مثل ان محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عتبة بقي في بطن امه اربع سنين وكذلك هرم بن حيان حتى سمي هرما لهذا والضحاك بن مزاحم فكذلك بقي سنتين وكان لهذا لانه ضحك حين ولد وعبد العزيز الماجشون ولدته امه لاربع سنين وهي عادة معروفة في نساء ماجشون وروي عن العلاء بن عبد الرحمن انه قال فيهم هكذا ولنا ما روي عن المبسوط وغيره عن عائشة انها قالت الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بظل مغزل وفي رواية المبسوط ولو بفلكة مغزل اي بقدر ظل مغزل او بقدر فلكة مغزل وهو مثل في تقليل المدة يعني لا يبقى اكثر من سنتين وان قل والظاهر انها قالت سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان العقل لا يهتدي اليه لان ما في الرحم لا يعلمه الا الله تعالى لقوله تعالى ويعلم ما في الارحام وما زاد على سنتين نادر جدا فلا يجوز بناء الحكم على النادر والحكايات محتملة فلا يعول عليها وذاك لان من عادة المرأة انها تحسب حملها من زمان انقطاع الحيض وانقطاع الحيض كما يكون بالحبل يكون بداء اخرى فيجوز ان سقط حيضها بسبب المرض ثم حبلت فبقي الحبل الى سنتين فظنت انها حملت اربع سنين ولان ما قلنا متيقن لانه اقل مدة الاجر وما زاد على ذلك فعند شك ولا اثر فيه فلا يعتبر والفصال الفطام كالفطر والفطام وزنا ومعنى **قوله** ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان ولدت لاقل من ستة اشهر من يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه وهذا من خواص الجامع الصغير وهذا اللفظ اورده الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير ثم قال يريد به اذا طلقها بعد الدخول فاما لو كان الطلاق قبل الدخول بها لا يلزمه الولد الا ان يجي بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق وقال بعض الشارحين ولنا فيه نظر لان الطلاق قبل الدخول بائن والحكم في المبانة ان نسب ولدها يثبت الى سنتين من وقت الطلاق وقد مر بيان ذلك ثم ان محمدا وضع المسألة في الجامع الصغير في المدخول بها وقال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل تزوج امة فدخل بها ثم طلقها ثم اشتراها ثم جاءت بولد قال ان جاءت به لاقل من اكثر من ذلك لا يلزمه وفي بعض نسخ الجامع الصغير لم يذكر لفظ ثم طلقها ولا تفاوت في الحكم بينهما على ما بين ان شاء الله تعالى اعلم ان هذه المسألة لا تخلو من ثلاثة اوجه اما ان يكون الطلاق رجعيا او بائنا او ثنتين اما اذا كان رجعيا فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء ثبت النسب لان العلوق علم يقينا انه كان قبل الشراء فيكون ولد المعتدة ونسب ولد المعتدة يثبت من غير دعوة وكذا اذا لم يكن طلاق اصلا لانه حينئذ يكون ولد المنكوحة ولا حاجة الى الدعوى في نسبه بخلاف ما اذا ولدت لاكثر من ستة اشهر من وقت الشراء حيث لا يثبت النسب بلا دعوة وذلك لان الحادث يحال الى اقرب الاوقات وذلك ستة اشهر فيكون الولد ولد المملوكة فيحتاج الى الدعوة لا محالة وهذا هو جواب الكتاب اعني الجامع الصغير واما اذا كان الطلاق بائنا يثبت النسب لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء ولاقل من سنتين من وقت الطلاق وان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء لا يثبت النسب ما لم يدع سواء كان من وقت الطلاق سنتان او اقل او اكثر وذاك لان الحرمة في الطلاق البائن حرمة بعضه ثم ترتفع بالتزوج مرة وبالشراء اخرى فيحل له وطؤها بعد الشراء لارتفاع العدة فاذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء ثبت النسب بلا دعوة لانه ولد المعتدة فان ولدت لاكثر من ذلك لا يثبت النسب فلا بد من الدعوة كذا ذكره الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولكن يعرف من العبارة واما اذا كان الطلاق ثنتين يسند نسب الولد الى سنتين من وقت الطلاق وان لم يدع فان ولدت لاكثر من ذلك لا يثبت النسب الا اذا ادعا

وذاك لان الامة تحرم حرمة غليظة بالطلقتين فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فيضاف العلوق الى ابعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق حملا لامرها على الصلاح لانا لو حملناه الى اقرب الاوقات يلزم الحرام للزوم الوطء بعد الشراء فلا يجوز ذلك حتى تنكح زوجا غيره فلما ثبت العلوق من ابعد الاوقات ثبت النسب من غير دعوة **قوله** في الوجه الاول اراد به ما اذا ولدته لاقل من ستة اشهر **قوله** وفي الوجه الثاني اراد به ما اذا ولدته لستة اشهر او اكثر من وقت الشراء **قوله** صاحب الهداية وهذا اذا كان الطلاق بائنا واحدا او خلعا او رجعيا ليس فيه كثير فائدة لان البائن يشمل الخلع فيندرج تحت البائن **قوله** اما اذا كان الطلاق اثنين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق فيه ابهام لانه يظن ان الطلاق اذا كان واحدا يثبت النسب فيه الى سنتين وليس كذلك في البائن يثبت الى سنتين من وقت الطلاق وان لم يدع وقد استوفيناه قبل هذا **قوله** ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة على الولادة فهي ام ولده وهذه من مسائل المعادة في الجامع الصغير وذلك ان النسب يثبت باقرار المولى والحاجة الى اثبات الولادة وتعيين الولد فيثبت ذلك بشهادة القابلة وقد مر بيانه قالوا هذا فيما اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فان ولدت لستة اشهر او لاكثر لا يلزمه لانه لم يصح دعوى هذا الولد لاحتمال انها لم تكن حبلى وقت مقالة المولى ومثله مسألة كتاب العتاق ان قال ما في بطنك حر فولدت بعد ذلك لستة اشهر لم يعتق وان ولدته لاقل من ستة اشهر عتق ولكن ينبغي لك ان تعرف انه فيما اذا قال ان كان في بطنك ولد وقال ان كان حاملا فهو مني لفظ التعليق اما اذا قال ما حملت الولد وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر الى سنتين حتى يتيقنه وبه صرح في الايضاح في كتاب الاعتاق **قوله** ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امرأته وهو ابنه يرثانه جميعا اي الابن والام يرثان الميت وهذا هو الاستحسان كذا قاله في النوادر ووجه ذلك ان نسب الولد لما ثبت باقرار الرجل يثبت نكاح الامة ايضا لانها معروفة بانها حرة من الاصل وبانها ام هذا الولد لان نسب ولد الحرة من الاصل انما يثبت اذا كان من نكاح والا فلا فان قلت سلمنا ان النكاح يثبت بهذه الدلالة ولكن لا نسلم صحة النكاح فانه كما يكون صحيحا محمولا على الصحة والسلامة دون الفساد ومجرد الاحتمال لا يعتبر ما لم يتبين الفساد فان قلت سلمنا ان النكاح كان صحيحا ولكن يجوز له انه كان طلاقا فلا ارث لها قلت لما ثبت صحة النكاح حكمنا بانه كان قائما الى موت الرجل لان الاصل في كل ثابت دوامه الا اذا وجد المزيل ولم يوجد ذلك هنا ولو لم تكن معروفة بانها حرة من الاصل لا ترث لان للورثة ان يقولوا انت ام ولده لم تزل رقيقا وانما عتقت بموته غاية ما في الباب انها حرة في الحال والتمسك باستصحاب الحال لمعرفة الحكم الماضي يصلح للدفع لا للاثبات فيدفع عنها الرق ولا يثبت الارث **وقال** الامام التمرتاشي لها مثلها لا انها اقروا بالدخول ولو ثبت لانها ام ولده بقولهم وفيه نظر لان الدخول انما يوجب مهر المثل لانها اقروا بالدخول ولو ثبت انها ام ولد يحتمل عن صورة النكاح اذا كان الوطء عن شبهة ولم يثبت النكاح هنا والاصل عدم الشبهة فبأي دليل يحمل على ذلك فلا يجب مهر المثل وايضا ان لم يوجب لا ارث لان الاستصحاب لا يصلح للاثبات فلو وجب المهر المثل لكان صالحا للاثبات فلا يجوز **وقال** بعض المشايخ الشارحين النكاح فيما اذا كانت حرة من الاصل ثابت بطريق الاقتضاء لتصحيح النسب وفيه نظر لان المقتضى انما يثبت لتصحيح المقتضى لا محالة والمقتضى وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضى وهو النكاح بان يكون الوطء عن شبهة او يكون الولد ولد ام الولد فلم يتعين ثبوت النسب الى النكاح لا محالة والله اعلم

باب الولد من احق به

لما فرغ عن بيان ثبوت النسب من المنكوحة والمعتدة شرع في بيان من يحضن الولد الذي ثبت نسبه اذا وقعت الفرقة ثم شرع في فصل بين فيه العشرة بالولد عن المهر ثم شرع في فصل اخر ذكر فيه نفقة زوجته هذا الولد وذكر في فصل اخر وجوب سكناها في دار معتزلة ثم ذكر في فصل اخر انواع من يجب لاجلها النفقة والسكنى بان تكون المعتدة عن طلاق رجعي او بائن ثم ذكر في فصل اخر نفقة الولد لانه ولدها وفرعها فاخرج نفقته عن نفقتها ثم لما فرغ من الكلام في النفقة الجزئي ذكر نفقة ذوي الارحام وذكرها في فصل ثم الجزئي ذكر نفقة المماليك وذكرها في فصل ختم به النفقات والله اعلم **قوله** واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد وهذه من مسائل القدوري اعلم ان الحضانة حق الصغير لاحتياجه الى من يمسكه فتارة يحتاج الى من يقوم بنفقته بدنه في حضانته وتارة الى من يقوم بماله حتى لا يلحقه الضرر فجعل كل واحد منهما الى من هو اقوم به فالتصرف والولاية في المال جعلت الى الاب والجد لان الاب لانهم ابصر واقوى في التجارة من النساء وحق الحضانة جعل الى النساء لانهن ابصر واقوم على حفظ الصبيان من الرجال لزيادة شفقتهن وملازمتهن للبيوت والاصل فيه ما حدث صاحب السنن عن محمود بن خالد السلمي الدمشقي قال حدثنا الوليد عن الاوزاعي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو ان امرأة قالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان اباه طلقني واراد ان ينتزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تنكحي **وروي** ان عمر بن الخطاب طلق ام عاصم واسمها جميلة فخاصمها بين يدي ابي بكر لينتزع عاصما منها فقال ابو بكر ريحها وريقها وفرشها احسن له من شهد وعسل عندك يا عمر فدعه عندها حتى يشب من حولها المذهب فيه ان الام احق بالصغير والصغيرة لانها احق بالحضانة لزيادة شفقتها فان تزوجت او ماتت فام الام اولى من ام الاب فان ماتت الجدة من جانب الام فامها ثم ثم تزوج اخرى فهي اولى بهما وان بعدت من ام الاب ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لام ثم بعد الاخت اختلفت الرواية

قال في كتاب النكاح الأخت لأب أولى من الأخت لأم ومن الخالة وفي كتاب الطلاق الخالة أولى من الأخت
لأب وهكذا ذكر الطحاوي في التحفة وهو قول محمد وزفر وجه كتاب النكاح أن الأخت لأب أقرب لأنها ولد الأب والخالة
ولد الجد ● ووجه كتاب الطلاق أن الخالة تدلي بالأم والأخت تدلي بالأب وحق الحضانة للأمهات لا للآباء ● وذكر في
الجامع الصغير بعد أم الأب الخالة ولم يذكر الأخوات أصلاً ● قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير يحتمل أن القصد
بهذه المسألة لم يكن تقديم الخالة على الأخت ولكن القصد به تأخير الخالة عن الجدة ثم الخالة لأب وأم ثم الخالة لأم ثم الخالة
لأب ثم خالة الأم لأب وأم ثم لأم ثم لأب وأم ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب وذلك لأن الشفقة بالقرابة تدور
القرابتين أسبق ثم العمة لأب وأم ثم العمة لأم ثم العمة لأب ثم خالة الأم لأب وأم ثم لأم ثم لأب ثم خالة الأب لأب
وأم ثم لأب ثم عمات الأمهات والآباء على هذا الترتيب وأولاد الأخوات لأب وأم والأم أحق من الخالات والعمات
والأخت لأم أحق من ولد الأخت لأب وأم والعمة أحق من ولد الخالة وإنما ساق الكلام في إمساكه قال في كتاب الطلاق
من الأصل الأم أحق إلى أن يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ● وذكر في نوادر ابن رستم ويتوضأ وحده ● قال
فخر الإسلام البزدوي ذكر في بعض نسخ النوادر ويستنجي وحده وشرط الخصاف في كتاب النفقات أربعة أشياء أن يأكل وحده
ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده ولم يذكر الاستنجاء في المبسوط وذكر في السير الكبير في عامة النوادر وكذا قال
شمس الأئمة السرخسي في شرح نفقات الخصاف وذلك لأن الصبي إذا قدر على أن يأكل ويشرب ويلبس وحده ولا يقدر على ذلك
قال الخصاف ووقت ذلك عندنا إذا بلغ سبع سنين أو ثمان وأما الصبية فالأم أحق بها إلى أن تحيض أو تبلغ مبلغ النساء بالسن كذا
ذكر صاحب الأجناس ونقله عن كتاب الطلاق وفي نوادر هشام عن محمد إذا بلغت حد الشهوة عند الأم فالأب أحق بها وفي
نفقات الخصاف عن أبي يوسف مثله وإنما كانت الأم أحق بالصبية إلى أن تحيض حتى تتعلم آداب النساء من الغزل والطبخ والغسل
ونحو ذلك ثم الأب أحق بها حتى يحفظها ثم تكلموا في المراد من الاستنجاء من مشايخنا من قال المراد به تمام الطهارة بأن يطهر وجهه
وحده بالماء بحيث لا يحتاج إلى من يعينه ويعلمه ومنهم من قال ليس المراد به أن يطهر نفسه عن النجاسة ومن كان لا يقدر على تمام
الطهارة وهو المفهوم من ظاهر ما ذكره الخصاف ثم الجدة فإن كانت الأم أحق بالغلام والصغيرة إذا بلغا حداً يأكلان وحدهما
ويشربان وحدهما ويلبسان وحدهما وذلك لأن التأديب لا يخلو عن الاستخدام وللأم والجدة ذلك ولهذا تؤاجر الأم والجدة
الصغير والصغيرة دون العمات والخالات والكافرة مثل المسلمة في حق الحضانة لأن الشفقة لا تختلف بالكفر والإسلام وكذا
أم الولد إذا أعتقها مولاها وأما الأمة إذا فارقها زوجها فإن الولد للمولى لأمه وهو أحق به لكن لا يفرق بين الولد وبين أمه
ثم إذا وجب الانتزاع من النساء فإنه يدفع الولد إلى العصبة الأقرب فالأقرب يقدم الأب ثم الجد أب الأب
وإن علا ثم الأخ لأب وأم ثم لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب ثم العم لأب وأم ثم لأب فأما أولاد الأعمام
فإنه يدفع إليهم الغلام ولا يدفع إليهم الجارية لأنه غير محرم فلا يؤمن عليها ● وعند أبي حنيفة تدفع إلى الأخ لأم ثم إلى
ولد الأخ لأم ثم إلى الخال لأب وأم ثم لأب ثم لأم ويدفع الذكر إلى مولى العتاقة ولا تدفع الأنثى ● قال
في الفتاوى الولوالجي إذا وقعت الفرقة بين الزوجين وبينهما ولد صغير واختلفا فقالت المرأة ابن ست سنين أنا أحق
بإمساكه وقال الوالد إنه ابن سبع سنين فأنا أحق بإمساكه فالقاضي لا يشتغل بتحليف الوالد لكن يدعو الصبي فينظر في حاله
فإن كان يستغني عن الوالدة بأن كان يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده دفعه إلى الوالد لأن سبع سنين إنما أقيما مقام الاستغناء
لما وقع الخلاف في هذا أقيم مقام الاستغناء تعرف القاضي عن حقيقة الاستغناء لأنه أمكنه التعرف عن حقيقته ● قال
في شرح الطحاوي وإن كان ثلاثة إخوة كلهم على درجة واحدة أو ثلاثة أعمام كلهم على درجة واحدة فأصلحهم صلاحاً وورعاً
أولى وإن كانوا في ذلك سواء فأكبرهم سناً أولى بالإمساك ● قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي فإن كانت البكر قد دخلت
في السن واجتمع لها عقلها وأخوها أو عمها يخوف عليها فلهم أن ينزل حيث أحب في مكان لا يتخوف عليها قوله وتجري له
موالي بيننا ● قال صاحب الجمهرة الموالي الأقوام نجتنيهم والجمع أحوته قوله بنته ونبز امرأته أي ابن عمرو بن امرأته
في امرأة ضم وأمها جميلة بنت عاصم بن ثابت بن أبي الأقلح الأوسي الأنصاري ولم يبين اسم العرف في كتاب التواريخ
قوله على ما ذكر في باب النفقة في فصل نفقة الأولاد الصغار هذا إذا كان الأب حياً أما إذا كان ميتاً فالنفقة
على ذي الرحم الوارث على قدر الميراث قوله ولا تجبر الأم عليه أي على إمساك الولد وحضنه قال في خلاصة
الفتاوى إذا امتنعت الأم عن إمساك الولد وليس لها زوج اختلفوا فيه ● قال الفقيه أبو جعفر والفقيه أبو الليث
تجبر على إمساك الولد ● قال مشايخنا لا تجبر وكذلك الخالة إذا لم يكن لها زوج لأنها ربما تعجز عن ذلك لما بعد الاستغناء عن الأم
إذا أبى الأب عن الإمساك يجبر على ذلك لأن النفقة واجبة عليه وكذا الحفظ والصيانة ● وقال في تتمة الفتاوى إذا
أبت الأم أن ترضع وهي منكوحة أو مبانة ذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح أدب القاضي للخصاف أنها لا تجبر على ذلك سواء كان
الولد يأخذ لبن غيرها أو لا يأخذ في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنها تجبر إذا لم يأخذ لبن غيرها ● وذكر شمس الأئمة السرخسي
في باب نفقة الصبيان من أدب القاضي أنها تجبر إذا لم يأخذ الولد من لبن غيرها من غير خلاف قوله فإن لم تكن أم المراد
من عدم كونها أن تتزوج الأم أو تموت قوله ولهذا أحرزت ميراثها السدس هذا إيضاح لكون أم الأب من
الأمهات يعني أن الدليل على أنها أحرزت السدس في الميراث وهو ميراث الأم فيه نظر لأن ميراث الأم إنما يكون من السدس

إذا كان معها ولد أو ولد ابن أو اثنان من الإخوة والأخوات وها هنا عند عدمهم أيضاً للجدة السدس وميراث الأم عند
عدمهم ثلث الجميع أو ثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين قوله وفي رواية الخالة أولى رواية كتاب الطلاق وقد مر
بيانها قوله لقوله عليه الصلاة والسلام الخالة والدة ● وحدث البخاري في كتاب الصلح من الصحيح في حديث طويل
بإسناده إلى البراء بن عازب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخالة بمنزلة الأم وكذا ذكر في السنن في رواية أخرى من النبي
بأن الخالة أم قوله ثم العمات ... كذلك ثم تقدم العمة لأم وأب أولى من العمة لأم أو من العمة لأب قوله
وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها ● وهذا لفظ القدوري في مختصره لما روينا أراد به قوله عليه الصلاة والسلام
أنت أحق به ما لم تتزوجي والرواية في السنن ما لم تنكحي وقد مر بيانه قوله يعطيه نزراً وينظر إليه شزراً قال
ابن دريد النزر من الشيء القليل طعام منزور بين النزارة والنزورة وطعام منزور أي قليل ومنه اشتقاق اسم نزار
وامرأة نزور قليلة الولد ... إذا نظر إليه بمؤخر عينه فلا ينظر
إلى الصبي قوله إلا الجدة إذا كان زوجها الجد ● أي قال القدوري في مختصره ● وهو استثناء من قوله يسقط
حقها يعني إذا كانت الجدة متزوجة بالجد لا يسقط حقها وإن كانت ذات زوج لأن الجد ينظر إليه بالشفقة فلا يلحقه الجفاء والمذلة
بخلاف ما إذا كانت متزوجة بالأجنبي حيث يلحقه الجفاء والمذلة فحينئذ ينزع الولد من يدها ويسلم إلى من هي أقرب منه
قال في شرح الطحاوي ثم وقع الفراق بين الزوجين إما من قبل المرأة أو من قبل الرجل بسبب مباح أو بسبب محظور فهي أولى
بالحضانة إلا في فصلين أحدهما أن المرأة إذا ارتدت ينزع الولد من يدها ويسلم إلى من هو أقرب منه ثم إذا أسلمت يسلم إليها
والثاني إذا تزوجت بزوج آخر وهو غير ذي رحم محرم من هذا الولد كأم الولد إذا تزوجت بعم الولد ... من
زوجها يسلم إليها قوله وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم من هذا الولد فينزع من يدها أي من الولد
كعم الولد إذا تزوج بأم الولد حيث لا يسقط حقها قوله فإن لم يكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه
فالأولى أقربهم تعصيباً أي أولى الرجال بإمساك الصبي أقربهم تعصيباً أي أقرب العصبات وقد مضى بيان الأقرب
قبل هذا وذلك لأنه حق مستحق بالقرابة فيترتب فيه الأقرب فالأقرب كالميراث وولاية النكاح فإذا اجتمع الإخوة لأب وأم
فأولاهم أصلحهم وأورعهم فإن تساووا فأسنهم لأنه أنفع للولد وكذلك الأعمام إذا اجتمعوا قوله غير أن الصغيرة
لا تدفع إلى عصبة غير محرم استثناء من قوله فأولاهم أقربهم تعصيباً ● اعلم أن الصغيرة إذا لم توجد امرأة من أهلها تدفع
إلى أقرب العصبات سواء كان محرماً أو غير محرم لكن إنما تعتبر هذا إذا لم تدفع إلى غير محرم كمولى العتاقة وابن العم لأنه لا يؤمن
عليها وكذلك تدفع إلى ذي الرحم المحرم من العصبة إذا لم يكن مأموناً لفسقه ومجانته لا تدفع إليه لأن في الدفع ضرراً بالصغيرة
قال الصدر الشهيد وعند أبي حنيفة إذا لم تكن عصبة للصغيرة تدفع الصغيرة إلى الأخ للأم لأنه ... لقوم
الأم لأنه ● وقال في الفتاوى الصغرى إذا ماتت الأم ولم يكن أحد من النساء للصغيرة ذات رحم محرم منها فالحق للرجال
فإن لم يكن عصبة فإلى ذوي الأرحام مرتبة على الترتيب ● وقال في عقد الفقه وإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم
فالاختيار إلى القاضي إن رآه أصلح يضمها إليه وإلا يضعها عند أمينة قوله والأم والجدة أحق بالغلام حتى يأكل
ويشرب وحده ● وهذا لفظ القدوري في مختصره وقد مر بيان هذه الجملة قوله والسبعة أي السنونة
والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين قالوا وعليه الفتوى وهو الشيخ الإمام أبو بكر أحمد بن عمرو الخصاف من كبار علمائنا
وكان يروي عن بشر بن الوليد عن أبي يوسف القاضي قوله اعتباراً للغالب وذلك لأن الظاهر أن الصغير
إذا بلغ سبع سنين يهتدي بنفسه إلى الأكل والشرب واللبس والاستنجاء وحده فلا حاجة إلى الحضانة قوله
والأب فيه أقوى وأهدى أي الأب في التحصين والحفظ أقوى وأهدى للجارية من الأم قوله وعن محمد أنها تدفع
إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة إلى الصيانة ● قال في شرح نفقات الخصاف الجارية تكون عند أمها حتى
تحيض عند أبي حنيفة ومحمد يعني حتى تبلغ وعند أبي يوسف إذا بلغت مبلغاً تشتهى فيه مثلها فالأب أولى ثم قال
وهكذا روي عن محمد أنها إذا صارت مراهقة فالأب أولى بها ● وقال في الأجناس في نوادر ابن هشام عن محمد إذا بلغت
حد الشهوة عند الأم فالأب أحق بها فثبت عن محمد روايتان ثم تكلموا في حد المشتهاة ويبنى عليه ثبوت حرمة المصاهرة
وكون الأب أولى وقالوا إذا كانت بنت تسع سنين أو أكثر كانت مشتهاة وإن كانت بنت خمس سنين أو ما دونها لم تكن
مشتهاة بالاتفاق ● وقال الفقيه أبو الليث في أيمان الفتاوى الغالب أنها لا تشتهى ما لم تبلغ تسع سنين ● قال شمس الأئمة
السرخسي وبه نأخذ قوله ومن سوى الأم والجدة أحق بالجارية حتى تبلغ حد الشهوة ● وهذا لفظ القدوري
في مختصره وأراد بها الأخت والخالة والعمة ● وقال في الجامع الصغير حتى تستغني ● قال الفقيه أبو الليث وليس حكم الخالة
والعمة كحكم الجدتين لأنه لا يكون لهما من الشفقة ما يكون للجدتين فلا يكون لهما حق الإمساك إلا مقدار ما تندفع به الحاجة وهي
الحاجة التي لا بد لها منه أن تأكل وحدها وتلبس وحدها ويكون حكم الغلام والجارية سواء وقد مر بيان ذلك
قوله لقدرتها عليه شرعاً أي لقدرة الأم والجدة على الاستخدام بطريق الإجارة وقد مر بيانه أيضاً قوله
لأنها إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت في الولد كالحرة ● أي قال القدوري في مختصره اعلم أن الأمة إذا
فارقها زوجها فالولد للمولى لأنه مملوكه وكذلك ولد أم الولد قبل العتق إلا أنه لا يفرق بين الولد الصغير وبين أمه لقوله عليه الصلاة

والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة تحقيقه ان الحضانة ضرب من الولاية ولا ولاية
للامة اما اذا اعتقت فيكونان كالحرة الاصلية لزوال المانع **قوله** والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان
ويخاف ان يالف الكفر يعني اذا كان زوج الذمية مسلما فافترقا فالذمية اولى بحضانة الولد لان الحضانة لها باعتبار الشفقة
ولا تتفاوت ذلك بالكفر والاسلام لكن اذا اخيف على الصبي ان يالف الكفر ينزع منها دفعا للضرر عن الصبي نظرا له ويروى
قوله او يخاف الرفع لانه استيناف اي هو يخاف يقال تحف بالجزم فظاهر لانه معطوف على قوله لم يعقل وكذا الاستيناف
اي هو يخاف والنصب على معنى الى ان يخاف فيه اي يالف الكفر فاذا اخيف فلا ٭ قال في شرح الكافي وقرابة الام في
الحضانة احق مقدمة على قرابة الاب وتستوي ان كان مسلما او كتابية او مجوسية **قوله** ولا خيار للغلام والجارية
وهذه من مسائل الجامع الصغير اذا وقعت الفرقة بين الزوجين يكون الولد عند الام ما لم تتزوج بزوج اخر الى المدة
التي ذكرناها وعند الشافعي يخير بين الابوين ٭ قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير في قول الشافعي اذا صار
الغلام ابن سبع سنين او ثمان سنين يخير فيكون عند ايهما شاء ٭ وقال الغزالي في وسيطه الام اولى بالصبي قبل التمييز فاذا
ميز خير بينها وبين الاب وسلم الى من يختاره غلاما كان او جارية ولا ينظر الى سبع سنين بل الى التمييز فان استمرت الى ما
بعد البلوغ فالام اولى فكذلك اذا اتصل به جنون ولو اختار احدهما ثم رجع رد الى الاخر كذا في الوسيط واحتجاجنا ذكر
في المبسوط وغيره في وجه قول الشافعي ان النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين والحديث قد صح مسندا في السنن
الى رافع بن سنان انه اسلم وابت امراته ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فقال
له النبي صلى الله عليه وسلم اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية فاقعدوا الصبية بينهما قال ادعواها فمالت الصبية الى
امها فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت الى ابيها فاخذها وقالوا الحديث محمول على البالغ وفيه نظر لانه صرح
في الحديث بالصبية وانها فطيم فكيف يكون الولد بالغا والوجه لنا ان نقول ان الولد الصغير ليس من اهل الحصر
الاختيار لقصور عقله فلا يعتبر اختياره فلو كان للناجز اعتبار لما قال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها وكان النبي صلى الله
عليه وسلم مستجاب الدعوة فوفقت الصبية الى الارشد ببركة دعائه ولم يوجد مثل ذلك فيما نحن فيه ولو كان لاختيار
الولد الصغير اعتبار لم يقل النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها ما لم يكن ٭ وقد روينا في اول الباب ولانه يختار ابدا ما فيه
هواه وفيه ضرر له فلا يلتفت الى اختياره **قوله** لقصور عقله اي عقل الولد الصغير يختار من عنده الدعة اي الحفظ والراحة
والهاء عوض من الواو ويقول ودع الرجل من باب ضم كذا ذكره الجوهري **قوله** او يحمل على ما اذا كان بالغا اي يحمل الحديث
على ما اذا كان الولد بالغا ٭ وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ٭ وذلك محمول عندنا على البالغ وفيه نظر لما
قد مر بيانه انفا ٭ اعلم ان الابن اذا بلغ يخير بين ابويه فان اراد ان ينفرد فله ذلك الا اذا كان فاسقا يخشى عليه فحينئذ
يضمه الاب الى نفسه لانه اقدر على صيانته اما الجارية فان كانت بكرا ضمها اليه سواء كانت مامونة او غير مامونة وان كانت
ثيبا فان كانت مامونة ليس له ان يجبرها حتى تكون معه لزوال الولاية عنه كذا في شرح الفتاوي وغيرها **قوله** واذا ارادت
المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك ٭ هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا انه تخرجه الى وطنها
وقد كان الزوج تزوجها فيه ٭ وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل تزوج امراة من اهل الشام بالشام
ثم تقدم بها الى الكوفة فتلد له اولادا ثم يطلقها ثلاثا واولادها صغار ٭ قال لها ان تخرج باولادها الى الشام وانما انظر
في هذا الى عقد النكاح اين وقع ٭ اعلم انا قد بينا ان حق الحضانة للام لكن اذا ارادت الانتقال بالاولاد الصغار بعد
انقضاء العدة هل لها ذلك فنقول ان كان وقع اصل النكاح في المصر الذي وقعت فيه الفرقة فليس لها ان تخرج بالولد الى مصر اخر
للضرر اللازم على الزوج على تقدير النقل مع الولد عنه الا اذا كان بين المصرين قريب بحيث لو اراد الزوج مطالعة الولد
امكنه الرجوع الى بيته قبل الليل لانه حينئذ تكون بمنزلة محال مختلفة في مصر واحد ولها التحول من محلة الى محلة فكذا هنا
وان كان وقع اصل النكاح في المصر الذي تريد هي الانتقال اليه فلها ان تنقل الاولاد اليه ان كانت هي من اهل ذلك المصر
لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا اما العرف فلان الزوج يقيم في البلد الذي يتزوج فيه عادة الا انه يلزمها
متابعة الزوج اذا اعطاها جميع المهر رضيت بذلك او لم ترض بعد زوال الزوجية لعود الامر الاول واما الشرع فلان
العقد متى وجد في مكان يجب تحصيل احكامه فيه ولهذا يجب تسليم المعقود عليه والثمن في مكان العقد والاولاد
من ثمرات عقد النكاح فيجب امساكها في موضع العقد بخلاف ما اذا ارادت النقل الى مصر ليس هو مصرها ولم يكن اصل
النكاح لعدم دليل العرف والشرع اما اذا ارادت النقل الى مصر فيه اصل النكاح ولكن ليس مصرها فليس لها ذلك على رواية الجامع
الصغير لانه قال انظر الى عقد النكاح ٭ وقال في كتاب الطلاق من الاصل ليس لها ذلك ولا بد من اجتماع الامرين للنقل وهو ان
يكون المصر مصرها وفيه العقد ايضا ٭ قال في شرح الكافي السرخسي هو الاصح في ذلك ان في التقل ضررا بالاب لانه يعجز
عن مطالعة اولاده وانما يتعين المصر للتسليم بالعقد اذا كان موكدا بالاصل والاولان الغربة تودي وجه رواية الجامع
الصغير ان الاولاد من ثمرات النكاح فيجب التسليم في مكان العقد فيها وذلك لان في اخلاق اهل الغربة ضررا بالولد الصغير
بخلاف ما اذا وقع اصل العقد فيه لانه رضي بدار الغربة فاما اذا كان اصل النكاح وقع في الرستاق وله قرى متفرقة
فارادت ان تنتقل بالاولاد الصغار من قريته الى قرية فان كان بين القريتين قرب بحيث يمكن للاب مطالعة اولاده في يومه

نقلها ذلك والا فلا كذا في مختصر الكافي للحاكم الشهيد وشرح الطحاوي وغيرهما ٭ قال الحاكم في الكافي وليس لها ان تخرج بولدها
الى دار الحرب وان كان النكاح وقع هناك وان كانت هي من اهل الحرب بعد ان يكون زوجها مسلما او ذميا لما فيه من الاضرار بالولد فانه
يتخلق باخلاق اهل الشرك ٭ وقال في شرح الطحاوي وان كان كلاهما حربيين كان لها ذلك ٭ وقال الولوالجي في فتاواه فان ماتت الام
من ثبت الحضانة الى الجدة ام الاب فليس لها ان تنقل الى مصرها وان كان اصل العقد فيه لان ولاية الاخراج بحكم العقد ولم يوجد بينهما
عقد وكذا ام الولد اذا اعتقت لا تخرج الولد من المصر الذي فيه ابوه لانه لم يجر بين الصبي وابيه عقد **قوله** لما فيه من الاضرار
بالاب اي في الخروج بالولد **قوله** الا ان تخرج به الى وطنها استثناء من قوله فليس لها ذلك فيه اي في وطنها
قوله وهذا اصح الحربي ذميا اي بالتزوج هذا خلاف الرواية وقع سهوا لان الرواية محفوظة في سائر كتب
ان الحربي اذا دخل دارنا بامان فتزوج ذمية لا يصير ذميا ٭ وقد نقل صاحب الهداية نفسه ايضا رواية الجامع الصغير
في كتاب السير فكذا وقيل ان الضمير في به راجع الى التزام المقام لكن ذلك خلاف المفهوم من ظاهر كلامه وغير بعضهم
لفظ الحربي بلفظ الحربية حتى لا يرد السؤال لانه قال في السير الكتاب بعد كتاب الحدود في ارض الحرب باب واذا دخلت
المراة من اهل الحرب دار الاسلام بامان وهي كتابية فتزوجها ذمي او مسلم فقد صارت ذمية لان لزوجها ان يمنعها من
العود الى دار الحرب ورضائها بالمقام في دار الاسلام فصارت ذمية واما الحربي ان تزوج ذمية لا يصير ذميا
لان المراة ليس لها ان تمنع زوجها عن العود الى دار الحرب ٭ ونقل الامام حافظ الدين الكبير ان هذه الجملة ليست
في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف فعلى هذا يكون السهو من الكاتب **قوله** اشار في الكتاب اراد به مختصر
القدوري وهو رواية كتاب الطلاق كتاب الطلاق اي من الاصل وقد مر بيانه **قوله** وهذا الاول اراد به
ولد ليس لها ذلك وهو رواية كتاب الطلاق **قوله** لا بد من الامرين اي لانتقال الام بالاولاد الصغار
قوله تفاوت اراد به البعد بحيث لا يمكن للاب الرجوع الى بيته في يوم مطالعة اولاده **قوله** وفي قلبه
شرور المصر اي في الانتقال من المصر الى القرية يحصل الضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل القرى وان لم يكن فيه ضرر بالاب
لامكان مطالعته لعدم البعد **قوله** فليس لها ذلك اي ليس لها ان تنقل الاولاد الصغار من المصر الى القرية الا اذا
وقع العقد فيها وقد مر بيانه والله اعلم

باب النفقة

المراد بالنفقة اسم بمعنى الانفاق وهي عبارة
عن الادرار على الشيء بما فيه بقاؤه ثم هي تجب باسباب منها الزوجية والنسب والملك والكل يجي بيانه ان شاء الله تعالى على
الترتيب **قوله** النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها
وسكناها ٭ وهذا لفظ القدوري في مختصره ٭ قال في شرح الاقطع تسليمها نفسها شرط في وجوب النفقة ولا خلاف
في ذلك فهذا لفظه اي لفظ شرحه فعلم بهذا ان ما ادعى بعض شارحي الهداية بقوله هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر
الرواية فيه نظر ٭ الا ترى ما قال الفقيه ابو الليث في خزانة الفقه عشر من النساء لا نفقة لهن الصغيرة التي لا تحتمل
الجماع والناشزة اذا لم يكن لها عليه مهر واذا اغتصبها ظالم وكرها والمحبوسة في دينها والمسافرة بالحج اذا لم يكن معها زوجها
والامة اذا لم يبوئها مولاها والمنكوحة نكاحا فاسدا والمرتدة والمتوفى عنها زوجها والمراة اذا قبلت ابن زوجها او اباه
بشهوة والمعنى ان في الصغيرة التي لا تحتمل الجماع لم يوجد التسليم العام وان نقلها زوجها الى بيته وفي المرتدة والمقبلة
والمتوفى عنها زوجها انقطعت الزوجية وفي الباقيات انعدام التسليم بخلاف ما اذا لم ينقلها الى بيته ولم تمتنع هي حيث تجب
النفقة لانها سلمت نفسها اليه ولكن الرجل رضي ببطلان حقه حيث ترك النقلة وذاك لا يوجب بطلان حقها ثم الاصل في وجوب
النفقة قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف اي بالقسط ٭ وقال الزجاج في تفسيره اي بما يعرفون انه العدل
على قدر الامكان وقوله تعالى الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من اموالهم اي يقومون عليهن
امرا ونهيا كما يقوم الولاة على الرعاة والضمير في بعضهم على الرجال والنساء جميعا يعني انما يكون متسلطين عليهن بسبب تفضيل الله
بعضهم وهم الرجال على بعض وهم النساء وقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وانفقوا عليهن من وجدكم وحديث
عائشة ان هند بنت عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم
فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف رواه البخاري في الصحيح باسناده الى عائشة بطرق مختلفة في مواضع ويستوي
في وجوب النفقة المسلمة والكافرة لعموم النص ولان النفقة جزاء الاحتباس بدليل ان كل من كان محبوسا بحق الغير كانت
نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذا المعنى يشمل الكل ولكن طريق ايصال النفقة الى اسبابه التمليك
او التمليك ٭ ولهذا قال في شرح مختصر الكافي للحاكم الشهيد اذا كان الرجل صاحب مائدة وطعام كثير تمكن هي من تناول
مقدار كفايتها فليس لها ان تطالبه الزوج بفرض النفقة وان لم يكن بهذه الصفة فخاصمته في النفقة يفرض لها بالمعروف
وهو دون التقتير وفوق الاسراف وانما يفرض لها بنفس ذلك لا بتقدير النفقة بالدراهم لان المقصود الكفاية وقد يرخص السعر
وقد يغلوا فلا يحصل المقصود فكما يفرض لها الطعام بقدر الكفاية كل يوم يفرض الادام ايضا لان الخبز لا يتناول الا مادوما
عادة وكذلك يفرض الدهن لانه لا يستغنى عنه ٭ وقال في الاقضية الادام اعلاه اللحم والاوسط الزيت والادنى اللبن
والحطب والصابون والاشنان وثمن ماء الاغتسال عليه كذا في خلاصة الفتاوي ويفرض لها عن الكسوة ما يصلح للشتاء

والصيف وفي الشتاء قميص وملحفة وخمار وكساء كارخص ما يكون مما يكفيها مما يدفيها اذا كان الرجل معسرا ولا كساء في الصيف
وان كان الرجل موسرا اجود من ذلك على اليسار وللخادم قميص وازار وكساء في الشتاء كارخص ما يكون ولا كساء في الصيف وان كان
الرجل موسرا اجود من ذلك • وقال محمد في الاصل من المقدر بالدراهم بقوله ان كان معسرا فرض لها من النفقة في كل
شهر اربعة دراهم او خمسة او ما بين ذلك وللخادم ثلاثة دراهم واقل من ذلك او اكثر وان كان موسرا فعليه للمراة ثمانية دراهم
او سبعة او نحو ذلك وللخادم ثلاثة دراهم او اربعة ونحو ذلك فذاك ليس بتقدير لازم بل هو بنا على ما شاهد محمد
في ذلك الوقت من عرف زمانه كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وشمس الائمة البيهقي في الشامل وقال
السرخسي لم يذكر محمد في كسوة المراة الازار والخف في شيء من المواضع وذكر الازار في كسوة الخادم ولم يذكر الخف ايضا
وان كانت الخادمة ممن تخرج للحوائج فلها الخف والملحف على الزوج وكذلك حسب ما يكفيها فاما المراة فانها مامورة بالقرار
في البيت ممنوعة من الخروج فلا تستوجب الخف والملحف على الزوج وكذلك لا تستوجب الازار لانها مامورة بان تكون مهياة
نفسها لنشاط الزوج فليس للزوج ان يتخذ ما يحول بينه وبين حقه فلهذا لم يذكر الازار هذا لفظه في شرح الكافي • وقال
في خلاصة الفتاوي هذا في ديارهم بحكم العرف اما في ديارنا فيفرض الازار والملحف ويفرض ما تنام عليه • قال
الخصاف ويجعل لها ما تنام عليه مثل الفراش والمرفقة وقرقفة في الشتاء ولحافا تتغطى به • قال شمس الائمة السرخسي في
شرح الكافي في كتاب النفقات ذكر لها فراشا على حدة ولم يكتف بفراش واحد لانها ربما تعتزل عنه في ايام الحيض وفي زمان
مرضها • وقال الحاكم الشهيد في الكافي قال محمد لا ينبغي ان توقت النفقة على الدراهم لان السعر يغلو ويرخص ولكن يجعل النفقة
على الكفاية في كل زمان فينظر قيمة ذلك فيفرض لها عليه دراهم شهرا بشهر • قال الامام السرخسي هذا بنا على عادتهم وبعض
المتاخرين من مشايخنا قال يعتبر في ذلك حال الرجل فان كان محترفا يفرض عليه النفقة يوما يوما وان كان من الدهاقين
يفرض عليه النفقة سنة سنة ليتيسر الادا عليهما كذلك عند ادراك الغلة وان كان تاجرا حادة الحوانيت وانما الكسوة فتفرض في
السنة مرتين وعند الشافعي تتقدر النفقة على الموسر كل يوم مدين وعلى وسط الحال مد ونصف وعلى المعسر مد ونحن نقول
لقوله تعالى بالمعروف ولكن المقصود الكفاية وهو لا يحصل ذلك بما قدره الا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام خذي
ما يكفيك قوله وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه لا يقال يرد هذا على نفقة الرهن فانها على الراهن
مع انه محبوس بحق المرتهن لانا نقول سلمنا انه محبوس عند المرتهن يحصل مقصود الراهن ايضا الا ترى انه اذا هلك هلك بالدين
الذي على الراهن مضمونا باقل من قيمته ومن الدين لكن على هذا ينبغي ان تجب النفقة عليهما جميعا الا ان النفقة لما كانت لنفس
الرهن وهو ملك الراهن وجبت عليه خاصة كالوديعة تجب نفقتها على صاحب المال وهذه الدلائل لا تفصل فيها اي الايات
الدالة على وجوب النفقة والدليل العقلي لا يفصل بين المراة الكافرة والمسلمة قوله ويعتبر في ذلك حالهما جميعا
وهذا لفظ القدوري في مختصره اي يعتبر في تقدير النفقة حال الرجل والمراة جميعا • قال صاحب الهداية وهذا
اختيار الخصاف وعليه الفتوى • اعلم ان ظاهر الرواية من اصحابنا اعتبار حال الرجل في اليسار والاعسار دون حال المراة
وبه صرح محمد في الاصل والحاكم في الكافي وصاحب الشامل في قسم المبسوط والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واليه
ذهب الشيخ ابو جعفر الطحاوي وابو الحسن الكرخي وكثير من مشايخنا المتاخرين كصاحب التحفة وصاحب النافع وغيرهم
وهو قول الشافعي والذي ذهب اليه القدوري اختيار الخصاف في كتاب النفقات وعليه فتوى شمس الائمة السرخسي في
شرح كتاب النفقات وجه ما ذكره الخصاف ان النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر حالها في قوله خذي ما يكفيك ونص القران
اعتبر حال الرجل في الحالين جميعا فيعتبر حاله لان الحديث خبر الواحد بقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه
فلينفق مما اتاه الله الاية اعتبر حال الرجل في الحالين جميعا فيعتبر حاله لان الحديث خبر الواحد فلا يزاد به على كتاب الله تعالى
لانه نسخ ثم تفسير الخطاب اذا كانا موسرين فظاهر لانه تجب نفقة اليسار وكذلك اذا كانا معسرين لانه تجب نفقة
الاعسار واما اذا كان الزوج موسرا والمراة فقيرة • قال في شرح نفقات الخصاف يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطا
لا تقتير فيه ولا اسراف نحو ان كان الرجل ياكل الدجاج واللحم المشوي والباجات والمراة كانت تاكل في اهلها الخبز
الشعير فانه لا يؤمر الزوج ان يطعمها ما ياكل بنفسه ولا ما كانت تاكل في اهلها ولكن يطعمها خبز البر وباجة او باجتين واما
اذا كان الزوج معسرا والمراة موسرة لم يذكر صاحب الهداية هذا القسم بتفسير قول الخصاف ولا ادري كيف
ولا بد من ذكره قال الخصاف في كتابه يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطا فقال له تكلف الى ان تطعمها خبز
البر وباجة او باجتين فلا يلحقه الضرر • قلت في هذا التكليف تكليف ما ليس في الوسع فلا يجوز قال الامام السرخسي
لم يذكر صاحب الكتاب ان يواكلها لانه مامور يعني ان الخصاف لم يذكر في كتاب الخصاف النفقات ثم قال لكن مشايخنا قالوا
المستحب له ان يواكلها لانه مامور بحسن العشرة معها وذلك في ان يواكلها فلا يكون نفقته ونفقتها سوا قوله
وجه الاول اي وجه اعتبار حالهما وهو اختيار الخصاف قوله وهو الفقه اي اعتبار حال المراة هو الفقه الفقه
قوله فان النفقة تجب بقدر الكفاية والفقيرة لا تفتقر بقدر الكفاية الموسرات فلا معنى للزيادة على قدر كفاية الفقيرة
الاعتبار بحال المراة وحدها فلزم ما قلنا والاولى ان يقال من جهته كما بينا قوله والباقي دين في ذمته يعني انا
نقول بموجب النص وهو قوله تعالى ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله فلا يلزمه من الاعسار الا انفاق الاول والزيادة

تكون دينا في ذمته ولا يؤدى بطايع الحجز هذا الا يكون جوابا لما ذهب اليه الكرخي من ظاهر الرواية لان نص القران لا يثبت
الزيادة على نفقة الاعسار فمن اين تثبت الزيادة موجب النص حتى لا يكون دينا عليه قوله وبه اي وبالمعروف
المذكور في القران والحديث قوله كما ذهب اليه الشافعي بيان لنفي قوله التقدير قوله وان امتنعت
من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة • وهذا لفظ القدوري في مختصره والمراد من المهر المعجل وبه صرح في شرح
الطحاوي فقال ولو انها امتنعت نفسها لاجل مهرها العاجل فلها النفقة لان هذا منع بحق • وقال في التحفة اذا كان الامتناع بغير
حق بان اوفاها الزوج المهر او كان مؤجلا فانه تسقط النفقة لانه وجد النشوز منها فعلم بهذا ان المراد بما ذكره القدوري هو
العاجل وذلك لان مطالبة كل واحد من المهر العاجل والنفقة حق لها فمطالبة احدهما لا تسقط الاخر بقي لك ان تعرف الامتناع
لطلب المهر اذا كان قبل الدخول لا تزيل النفقة اتفاقا لانه منع بحق وكذلك اذا كان بعد الدخول برضاها عند ابي حنيفة
وقالا لا نفقة لها وقد عرف في المختلف بخلاف ما اذا اوفاها او كان المهر مؤجلا او وهبته واستوفت حيث تكون ناشزة لان
الامتناع لم يكن بحق • قال في فتاوي قاضي خان ولو كان الزوج ساكنا معها في منزلها فمنعت زوجها عن الدخول عليها كانت
ناشزة الا اذا سالت ان يحولها الى منزله او يكتري لها منزلا لحينئذ لا تكون ناشزة ولو كانت ساكنة في منزله ولم تمكنه من الوطي
لا تكون ناشزة قوله وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله • هذا لفظ القدوري في مختصره قال في المبسوط
فاذا غابت المراة عن زوجها وابت ان تتحول معه الى منزله او الى حيث يريد من البلدان وقد اوفاها مهرها فلا نفقة لها لانها
ناشزة وانما لم يكن لها نفقة لان شرط وجوب النفقة تسليم النفس فانعدم ذلك في المباشرة فاذا عادت الى بيت الزوج
فات التسليم فلها النفقة وتفسير الناشزة والناشصة هي المانعة نفسها عن زوجها بغير حق قيل الشرع هل للناشزة نفقة قال
نعم قيل كم قال جراب من تراب معناه لا نفقة لها واذا كان الرجل يسكن في ارض الغصب فخرجت المراة لان الزوج يسكن في المغصوبة
لا تكون ناشزة لانها محقة وقال في خلاصة الفتاوي عن فتاوي النسفي لو كان الزوج بسمرقند وامراته بنسف فبعث
اليها اجنبيا ليحملها الى سمرقند فلم تذهب لعدم المحرم لا تفرض لها النفقة قوله فان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها وهذا
لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان سلمت اليه والمراد من الاستمتاع هنا الجماع لان الحاكم الشهيد قد صرح به في شرح
الكافي وكذلك شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه وشمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط فقال
ولا نفقة للصغيرة التي لا تجامع لان الحبس كان من قبلها ثم قال وان كانت قد بلغت ما تجامع مثلها فلها النفقة صغيرا
كان زوجها او كبيرا • قال العتابي في شرح الجامع الصغير وحد ذلك عند بعضهم ان تبلغ تسع سنين وهي عبلة فانها تطيق وعند
بعضهم سبع سنين وهذا اختيار مشايخنا وقال في شرح الاقطع قال الشافعي في احد قوليه لها النفقة لانها مال تجب بالعقد
كالمهر تستوي الصغيرة والكبيرة ولان وجوب النفقة لدفع حاجتها فالصغيرة محتاجة كالكبيرة كما في المملوك يملك حيث
تستوي الكبير والصغير في وجوب النفقة فكذا هنا ولان النفقة عوض عن الملك وكانت صغيرة كالمملوكة ولنا انها غير
مسلمة نفسها الى الزوج فصارت كالناشزة لان تسليم الصغيرة جدا بحيث لا يحتمل الجماع ليس بصحيح بخلاف ما اذا بلغت مبلغ
الجماع لانه وجد التسليم وكان لها النفقة وبخلاف المملوكة فان النفقة تجب باعتبار الملك وذلك لا يتفاوت بالكبر والصغر
بخلاف التسليم وبخلاف المريضة حيث تستحق النفقة لانها سلمت نفسها الى الزوج وليس المرض من قبلها فلا يكون بمعنى من الاستمتاع وانما
ايجاب عوضا لانها لا تخلو اما ان تكون عوضا عن ملك البضع او عن الاستمتاع ولا بد لمن ادعى تعليله البيان فلا يجوز الاول
لان ملك البضع وقع المهر عوضا عنه فلا يجوز ان تكون النفقة عوضا عنه لانه لا يوجد في الشرع عوضا عن معوض واحد
ولا يجوز الثاني ايضا لان الاستمتاع وقع تصرفا فيما ملكه بالعقد فلا يجب شيئا اخر فيه غير ما اوجبه العقد كما في استيفا
المنافع في الاجارة • فان قلت لو لم يكن عوضا عن الاستمتاع لم تسقط اذا تعذر الاستمتاع واللازم منتف فينتفي الملزوم
قلت لا نسلم الملازمة لانها تجب للمريضة مع تعذر الاستمتاع • فان قلت لو كانت تجب على وجه الصلة ومع هذا يجب من
وجب عليه النفقة اذا امتنع اذا كانت الصغيرة لا تصلح للجماع ولكن تصلح للخدمة اختلف المشايخ فيه وصاحب الايضاح والتحفة
مالوا الى انه اذا امسكها لزمته النفقة قوله اي المعقود مستحقا بالنكاح قوله والاحتباس الموجب اي للنفقة قوله
ارادته الجماع ولم يوجد اي المعقود قوله على ما بينا اي تقديره من جهته عند اخطائها تجب النفقة في المريضة وان
تعذر الجماع قوله وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطي وهي كبيرة فلها النفقة في ماله وهذه مسالة القدوري
وذلك لان وجوب شرط وجوب النفقة هو تسليم النفس وقد وجد ذلك لكن الزوج عجز عن استيفا حقه فلا يسقط بعجزه حقها
في شرح الاقطع قال الشافعي في احد قوليه لا نفقة لها وذلك لانها رضيت بترك نفقتها • الا ترى انها اذا تزوجته
فلما سلمنا انها تزوجته مع علمها بحاله ولكن لا نسلم انها رضيت بترك نفقتها الا ترى انها اذا تزوجته مع علمها بانه لا يجب لا يسقط النفقة
مع ان المجبوب عاجز عن الوطي كالصغير العاجز عن الوطي نص عليه الشافعي في كتابه فكذا لا تسقط النفقة اذا كان الزوج
صغيرا وهي كبيرة ولو كانا صغيرين جميعا لم يذكر حكم النفقة لا في الاصل ولا في الجامع ولكن يفهم من التعليل المذكور فيما اذا كانت
صغيرة والرجل كبيرا انه لا نفقة لها في هذه الصورة ايضا لان تلك العلة وهي عدم تسليم النفس موجودة هنا وقد صرح بعدم
اعني بعدم وجوب النفقة في الذخيرة ايضا قوله فصار كالمجبوب والعنين اي صار الزوج الصغير الذي لا يقدر على
الوطي مثلهما حيث تجب نفقة المراة كما تجب عليهما لتحقق تسليم النفس في الكل قوله واذا حبست المراة في دين

وترتيب المسألة في القدوري واذا حبست المرأة في دين او غصبها رجل كرها فذهب بها او حجت مع محرم فلا نفقة لها اما
المحبوسة فلان النفقة جزاء الاحتباس عند الزوج بحقه وقد فات ذلك فلا يجب النفقة ولا نفاه التي حبست نفسها في
الحقيقة حيث ما طالت في اداء الدين فصارت كالناشزة • وذكر هذه المسألة في الجامع الصغير الكبير في كتاب
النفقات مطلقا • وقال الشيخ ابو نصر روي عن ابي يوسف انه قال اذا كانت محبوسة قبل ان ينقلها فان كانت تقدر ان تخلي
بينه وبين نفسها فلها النفقة لانه متمكن من الاستمتاع بها والمنع من تسليمها في بيته ليس من جهتها فلا تسقط حقها واما المدة
اذا ارادت الى زوجها فلا نفقة لها فيما مضى • وروي عن ابي يوسف انه قال لا تسقط نفقتها لان الاصل عنده اذا طلبت المرأة
لا من جهتها لا تسقط النفقة وعنده تما اذا امتنعت لا من جهة الزوج تسقط النفقة • قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح
الجامع الكبير لمحمد وضع المسألة فيما فرض لها من النفقة لانه بدونه لا تتصور المسألة لان المرأة لا تطالب الزوج بنفقة ما
مضى لا بفرض القاضي واما التي حجت مع محرم فلا نفقة لها بالاتفاق كذا المذكور في شرح الجامع الكبير لان المنع من جهتها الا
اذا كان الزوج معها حينئذ تجب النفقة لوجود الاحتباس بحقه والتمكن من الاستمتاع بالجماع ودواعيه ولكن تجب نفقة
الحضر يعني قيمة الطعام في الحضر ولا يجب عليه غلاء السعر ولا مؤنة السفر كذا في شرح كتاب النفقات لان الواجب على المرء
وليس هذا من المعروف • وروي عن ابي يوسف انها اذا انتقلت الى بيته ثم حجت مع محرم فلها النفقة قال محمد لا نفقة لها لو
حجت قبل الانتقال كذا في شرح الاقطع وذلك لان التسليم امتنع من جهتها فصارت كالناشزة ولابي يوسف ان التسليم تحقق ولكن
امتنع الاستمتاع لاداء العبادة فلا تسقط النفقة كصوم رمضان ولمحمد ان يفرق بان الصوم والصلاة لا يستوعبان تمام
الزوج عليه بخلاف الحج مع محرم حيث يتعذر ذلك **قوله** وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه اي ان لم يكن فوات
الاحتباس من المرأة على تقدير ثبوت عجزها عن اداء الدين فليس الفوات من جهة الزوج ايضا فلا تطالب بالنفقة **قوله**
والفتوى على الاول اي على ظاهر الرواية وهو انه لا نفقة للمغصوبة فيما مضى والفقه فيه ان النفقة جزاء الاحتباس فاذا
فات الاحتباس لمعنى من جهة الزوج يجعل باقيا تقديرا وكانه لم يفت فتجب النفقة كما اذا امتنعت نفسها قبل الدخول لاجل
الصداق او حبس الزوج بدين عليه او ارتدا او اسلمت هي واب الزوج الاسلام او طلقها بعد الدخول وكذا كل فرقة من قبله بمعنى
نحو الفرقة بخيار العتق والبلوغ وبسبب عدم الكفاية او بسبب الجب والعنة ما دامت في العدة وان يكن فوت الاحتباس لمعنى
من جهتها لا يجعل باقيا تقديرا فلا يجب لها النفقة كما اذا ارتدت او قبلت ابن الزوج او اسلم الزوج وابت هي الاسلام **قوله**
لانها هي المستحقة عليه اي نفقة الحضر هي الواجبة على الزوج لان المامور هو النفقة بالمعروف وهو عبارة عما لا اسراف
فيه ولا تقتير وفي نفقة السفر اسراف بغلاء السعر فلا يكون معروفا فلا يجب ذلك **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله
لانها هي المستحقة **قوله** فان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة • وهذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان المريضة
تطلب لها النفقة في ظاهر الرواية سواء كان مرضا يمنع من الجماع او لا يمنع لان التسليم المرض والمنع من الاستمتاع حصل بلا آفة في بلا
تسقط النفقة كما في الحيض بخلاف الصغيرة حيث لا يصح تسليم الصغيرة وذلك هو المذكور في الاصل والكافي للحاكم الشهيد
وشرحه للامام السرخسي وكتاب الشامل وشرح الطحاوي فقال في الكافي ونفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت
او جب او اصابها لا يستطيع الجماع فان لها النفقة وكذلك ذكر في شرح الجامع الكبير ايضا • وقال صاحب الشامل عن ابي يوسف
ان المريضة التي لم تزف اذا لم يمكن جماعها لا نفقة لها لانها ادون حالا من الصغيرة • وقال صاحب الهداية
وعن ابي يوسف انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم لم يصح
وقال في شرح كتاب النفقات • قال شمس الائمة الحلواني في المرأة اذا مرضت ان كان مرضا لا يمكن الانتفاع بها
مع ذلك المرض بوجه من الوجوه تسقط النفقة وان كان مرضا يمكن الاستمتاع بها بنوع انتفاع لا تسقط النفقة ذكره في
باب نفقة الضال • وقال الامام السرخسي في شرح الكافي وروى عن ابي يوسف ان الرتقاء لا تستوجب النفقة لان
المريض الزوج لها ويكون له ان يردها الى اهلها ولا ينفق عليها **قوله** قالوا اي قال مشايخنا **قوله**
وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه اي في لفظ مختصر القدوري ما يشير الى ما روي عن ابي يوسف في ظاهر الرواية لانه
قال وان مرضت في منزل الزوج لانه يفهم منه انها سلمت نفسها الى الزوج في منزله ثم مرضت **قوله** ويفرض على
الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها • وهذا من مسائل القدوري • قال صاحب الهداية والمراد بهذا بيان
نفقة خادم اي بقوله يفرض على الزوج النفقة وانما ذكر اعتذارا لمن يقول ان القدوري كرر الكلام في نفقة الزوج
فاستدل على صحة ما قال بقوله ولهذا ذكر في بعض النسخ اي في بعض نسخ القدوري ويفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة
خادمها وهذا الصحيح الاصح لان الشيخ ابا نصر اعترضها في تصحيحه اعني في الشرح المعروف بشرح الاقطع نوا طرا ندا
قيد بقوله اذا كان موسرا لا يفرض عليه نفقة الخادم وان كان لها خادم على ما روي الحسن عن ابي حنيفة كذا في مختصر الكرخي
واليسار مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة كذا في الفتاوى الصغرى وغيرها وان كان لها خادم
يفرض نفقة الخادم اذا كانت الخادم تتفرغ لخدمتها ولا تشتغل بها غيرها كذا في شرح الطحاوي اما اذا لم يكن لها خادم
لا يفرض نفقة الخادم في ظاهر الرواية • وروي عن زفر انه يفرض نفقة الخادم لان من لم تملك فاذا لم يكن الخادم في
ملكه لم يلزمه نفقة الخادم كالغازي الراجل لا يستوجب سهم الفارس وان كان معه كفاية الفارس في المبارزة

واختلف المشايخ في الخادم وقال بعضهم هو المملوك حتى لا تستحق هي نفقة الخادم اذا لم يكن مملوكا لها وقال بعضهم اي خادم كان
حرا كان او مملوكا كذا في خلاصة الفتاوي وغيرها وينبغي لك ان تعرف ان المرأة انما تستحق نفقة الخادم اذا كانت الحرة المرأة
من اما اذا كانت امة فلا كذا في الخلاصة ايضا لانه من العادة غيرها ونفقة الخادم مراد في الكفاية وهو مما يلزم المعسر من نفقة
امرأته • وقال في النوادر روى قتادة عن خلاس عن علي ابن ابي طالب انه فرض للمرأة وخادمها اثني عشر درهما في الشهر اربعة
للخادم وثمانية للمرأة ثم ذكر لقطن والكتان كذا ذكر الخصاف في ادب القاضي • وروي عن شريك انه قال
شهدت ابن ابي ليلى انه فرض للمرأة ستة دراهم وللخادم ثلاثة دراهم والخادم واحد الخدام لانه كان او جارية كذا في ديوان
الادب **قوله** وهذا لانه اي فرض نفقة الخادم من تمام كفاية المرأة لان المرأة اذا لم يكن لها خادم تحتاج الى
ان تغير وتعالج نفسها فان قالت لا اعمل لا تجبر على ذلك لان الواجب عليها تمكين النفس من الزوج لا هذه الاعمال بخلاف الخادم
اذا اتى بن لم يخدمها لان المرتخدم يخرج من البيت **قوله** ولا يفرض لاكثر من خادم واحد هذا لفظ القدوري
في مختصره ولم يذكر الخلاف وكذا لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره الموسوم بالكافي وكذا ذكر الكرخي في مختصره بلا خلاف حيث
قال فان كان لها خادم او خدام فرض نفقة الخادم لخادم واحد لا يزيد عليه نص هذا قال صاحب النافع لفظ من قال وعن ابي يوسف
انه يفرض نفقة خادمين ولكن قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وعلى قول ابي يوسف يفرض لخادمين كذا قال شمس الائمة
البيهقي في الشامل في قسم المبسوط والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وصاحب المختلف وفي التحفة وهذا الذي ذكره عن ابي
يوسف غير المشهور عنه لان المشهور من قوله كقولهما وبه صرح الطحاوي في مختصره • ثم قال الطحاوي فيه وروى اصحاب الاملاء عنه
قال ان المرأة اذا كان يجل على مقدارها عن خدمة خادم واحد على من لا بد منه من الخدم ممن هو اكثر من الخادم الواحد والاثنين
فالاكثر من ذلك • قال وبه نأخذ لابي يوسف ان احدهما للداخل البيت والخارج والآخر لخارج البيت ولابي حنيفة
ان الكفاية تنقضي بالواحد في الداخل والخارج وما زاد على ذلك فللتجمل فلا يلزمه فيه وجه رواية الاملاء في انها اذا كانت
من على قدرها تستحق نفقة الخدم كلها لان هذا من المعروف لمثلها وهو الواجب من النفقة بالنص **قوله** لانه الضمير
يرجع الى الزوج فكذا في قوله بنفسه **قوله** وهو المراد في الكفاية الضمير راجع الى ما يلزم من يسار **قوله** وهو
رواية الحسن • قال شيخنا برهان الدين الحنيفي قدس الله روحه الحسن اذا ذكر مطلقا في شرح الفقه لاصحابنا المراد منه
الحسن بن زياد اللؤلؤي وهو من كبار اصحاب ابي حنيفة واذا ذكر مطلقا في كتب التفسير والمراد منه الحسن البصري
المشهور في الزهد والعلم **قوله** خلافا لما قاله محمد اذا كان الزوج معسرا فان كان لها خادم يفرض نفقة الخادم
وان لم يكن يكن فلا يفرض **قوله** ومن اعسر بنفقة امرأته يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه • وهذه من مسائل القدوري
والمراد العجز عن الانفاق لا يوجب حق المطالبة بالتفريق عندنا • وقال الشافعي يوجب والعجز عن اداء المهر ان كان قبل
تسليم النفس يبتني على هذا الاختلاف وان كان بعده فعنده لا يوجب واختلف اصحابه فيه وذكر علاء الدين العالم في طريقة
الخلاف له الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان • بيانه انه لما عجز عن الانفاق
فات الامساك بالمعروف فتعين التسريح بالاحسان فلما ابى ذلك ناب القاضي منابه دفعا للظلم كما في الجب والعنة
ولنا السنة ما روي عن سعيد بن المسيب انه سئل عن هذه المسألة فقال تفرق بينهما فقيل هو سنة قال نعم السنة اذا
اطلقت يراد بها سنة الرسول عليه السلام • ولنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة نص على ان المعسر
يستحق الانظار والامهال فلو خلت المرأة في النفقة ما كان لها ان تطالب بالفرقة فكذا اذا الاجل شرعا وذلك لان المستحق
من التاخير بالعجز هو التفريق وابطال ذلك فلا يجوز ولان في التفريق ابطال حق الزوج الى خلف والى المنع منه تاخير حق المرأة
لان النفقة تصير دينا في الذمة بقضاء القاضي فتستوفي فيها المرأة في الزمان الثاني وضرر التاخير ادنى من ضرر الابطال
فتحاذي الضررين لدفع الاعلى • فان قلت لا نسلم ان ضرر المرأة ضرر التاخير بل هو ضرر الابطال ايضا لان حقها فات
في الحال والوصول اليه في الزمان الثاني موهوم فلا يعتبر ذلك لعدم الامارة على الوصول ولئن سلمنا انه ضرر التاخير
دون ضرر الابطال • الاخرى ان المولى اذا عجز عن الانفاق على عبده او امته يجبر على بيعهما وفي البيع ابطال حق المولى وفي الاجبار
تاخيرحقهما قلت ضرر المرأة ضرر التاخير لان حقها يفوت في الحال مع احتمال التدارك في الزمان الثاني لان مال الله غاد ورائح
ويمكن ان يكتسب الزوج او يستقرض فيؤدي الى حقها بخلاف حق الزوج فانه يفوت بالتفريق على وجه لا احتمال الا بسبب جديد
ثبت ان ضرر التاخير دون ضرر الابطال لان ذاك يحتمل التدارك وهذا لا وبخلاف العجز عن نفقة العبد والامة لان في
البيع تفويت حق المولى الى عوض وهو الثمن وفي الاستيفاء تفويت حقهما اصلا لان المملوك لا يستوجب على مولاه دينا فيفوت
نفسه اصلا اذا اخرت فيتحمل ضرر المولى لكونه ادنى من ضرر المملوك سلمنا انه عاجز عن الامساك بالمعروف ولكن لا نسلم انه
قادر على التسريح بالاحسان وانما يكون قادرا على التسريح بالاحسان اذا كان قادرا على التسريح بايفاء حقها في المهر ونفقة العدة
فمن كان عاجزا عن نفقة الحال كيف يكون قادرا على ايفاء المهر ونفقة العدة ولا نسلم ان السنة يراد بها سنة الرسول
لان السنة كما تطلق على سنة الرسول تطلق على سنة غيره ايضا • الا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام من سن سنة
حسنة وسنة العمرين فاستقبل العلماء • ثم اعلم ان التفريق بسبب العجز عن الانفاق وعند الشافعي فسخ الطلاق نص عليه في المبسوط
قوله في الثاني اي في الزمان الثاني **قوله** وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو

التوالد هذا جواب عما قاس عليه الشافعي بقوله كما في الجب والعنة • بيانه ان القياس لا يصح الا بشرط المماثلة بين المقيس والمقيس عليه ولا نسلم المماثلة بينهما لان في العجز عن النفقة تفوت المال وهو تابع في النكاح وفي الجب والعنة تفوت التوالد وهو المقصود في باب النكاح ولئن قال النفقة في باب النكاح مقصودة فانا نقول المقصود الاصلي في باب النكاح ما لا وجود للنكاح بدونه كملك الرقبة في باب البيع وملك المنفعة في باب الاجارة والنكاح وجود بدون النفقة ابتداء وبقاء اما ابتداء فانها لا تستحق النفقة قبل تسليم النفس واما بقاء فكالناشزة لا تستحق النفقة مع ان النكاح موجود وكذا المولى اذا اوصى لامته بسكنى جميع العمر لا تستحق النفقة مع ان النكاح منعقد باق قوله وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج اي مع فرض القاضي واورد في شرح الاقطع هذا سؤالا وجوابا فقال فان قيل لا فائدة في الاذن لها بعد فرض القاضي النفقة لها لانها قد صارت دينا بفرضه قيل له فائدة الاذن ان تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين وان لم يرض بذلك ومتى استدانت من غير اذن كانت المطالبة عليها خاصة ثم اعلم ان العجز عن الانفاق لا يوجب التفريق عندنا ولكن مع هذا اذا فرق القاضي بينهما هل ينفذ قضاؤه ام لا • قال الامام ابو حفص محمد بن محمود الاستروشني في الفصل الثاني في القضاء في المجتهدات في من كتاب الفصول واذا ثبت العجز بينهما بشهادة الشهود فان كان القاضي شافعي المذهب فرق بينهما نفذ قضاؤه بالتفريق وان كان حنفيا لا ينبغي له ان يقضي بخلاف مذهبه الا اذا كان مجتهدا ووقع اجتهاده على ذلك فان قضى مخالفا لمذهبه من غير اجتهاد فعن ابي حنيفة في جواز قضائه روايتان ولو لم يقض ولكن امر شافعي المذهب ليقضي بينهما في هذه الحادثة فقضى بالتفريق ينفذ اذا لم يرتش الامر والمأمور فان كان الزوج غائبا فرفعت المرأة الامر الى القاضي واقامت البينة ان زوجها الغائب عاجز عن النفقة وطلبت من القاضي ان يفرق بينهما فان كان القاضي حنفيا فقد ذكرنا وان كان شافعيا فرق بينهما • قال مشايخ سمرقند جاز تفريقه لانه قضى في فصلين مختلفين فيهما التفريق بسبب العجز عن النفقة والقضاء على الغائب وكل واحد منهما مجتهد فيه • وقال القاضي ظهير الدين المرغيناني لا يصح هذا التفريق لان القضاء على الغائب انما يجوز عند الشافعي وينفذ في احدى الروايتين عن ابي حنيفة اذا ثبت المشهود به وهنا لم يثبت المشهود به عند القاضي وهو العجز لان المال غاد ورائح ومن الجائز ان الغائب صار غنيا ولم يعلم به الشاهد لما بينهما من المسافة وكان الشاهد مجازفا في هذه الشهادة • وقال صاحب الذخيرة الصحيح لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عن الانفاق فان رفع هذا القضاء الى قاض اخر فاجاز قضاءه فالصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس بمجتهد فيه لما ذكرنا ان العجز لم يثبت قوله واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر • وهذا من مسائل القدوري لان النفقة تجب شيئا فشيئا فيتغير كما في بطل ما وجب لاجله كالمعسر اذا حنث في يمينه فشرع في صوم الكفارة ثم ايسر يجب عليه التكفير بالمال لزوال الاعسار فكذا هنا وكذلك اذا اعسر بعد ما قضي عليه بنفقة الموسر لان النفقة تكفاية الوقت فتتغير بتغيره قوله وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب وادعى تقديره قوله تقديره بانه جعلها والعبرة بالتراضي الى ما هو بمعنى الذي قوله تبدلت حالها اي حال الزوج بان صار موسرا قوله فاذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدارها فيقضي لها بنفقة ما مضى • وهذا من مسائل القدوري ايضا • اعلم ان نفقة الزوجة لا تصير دينا في ذمة الزوج الا بقضاء القاضي او بالتراضي وعند الشافعي بمضي المدة لان النفقة عوض عن الاحتباس وما وجب عوضا لا يتوقف على قضاء القاضي كالاجر في باب الاجارة وعندنا انها نفقة تجب شيئا فشيئا فلا تصير دينا بمضي المدة كنفقة الاقارب ولا نسلم انها عوض لان المهر عوض عن البضع فلا حاجة الى عوض اخر لمعوض واحد ولا يجوز ان يكون عوضا عن الاستمتاع لانه تصرف فيما ملكه بالعقد ونفس الانسان في ملكه لا يوجب عوضا عن الاحتباس لانها اذا منعت نفسها لطلب المهر العاجل زال الاحتباس في مدة المنع لا تسقط النفقة فلو كانت عوضا عنه سقطت فلما انتفى كونها عوضا ثبت انها صلة لان الصلة عبارة عما يجب من غير عوض يقابله والصلات لا تستقر وجوبها الا بمؤكد كالهبة لا تتأكد الا بالقبض ولهذا كذلك حيث تتأكد النفقة بقضاء القاضي او الصلح عن تراض وذلك لان القاضي له ولاية الالزام فكذا الزوج له على نفسه ولاية بل ولايته على نفسه اكثر من ولاية القاضي لان له ان يلتزم النفقة فوق ما يلزمه القاضي بالمعروف فكان صلحه في معنى القضاء الفعلي بل اولى بخلاف المهر حيث يجب بلا قضاء ورضا كما اذا تزوجها ولم يسم لها مهرا فدخل بها او مات عنها لان وجوبه بطريق العوض وبخلاف الاجر ايضا فانها عوض عن استيفاء المنافع ولهذا اذا شرط التعجيل يجب الاجر ومضت المدة تسقط الاجرة لفوات الاستيفاء قوله فلا يحكم الموجب على بنية المبني للفاعل لانه لا ذمة لاحد فيه لما اجله فاستحكم له بقوله بما مر الى ما ذكر من الدليل في قوله وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها قوله وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة • وهذا من مسائل القدوري وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا • وقال في الشامل وعن محمد انه يؤخذ من ماله وقال في شرح الاقطع قال الشافعي انها تؤخذ من تركة الزوج وجه قوله ان النفقة عوض فتصير دينا في الذمة فلا تسقط بالموت كسائر الديون • ولنا انها صلة لا عوض وقد قررناها في المسألة المتقدمة والصلات تسقط بالموت ولا تتم الا بالتسليم فاذا مات قبل التسليم بطلت كالهبة

بين فيه انهما اذا لم يأمرها القاضي بالاستدانة لانه اذا امرها بالاستدانة فاستدانت ثم مات الزوج لا يبطل الرجوع في هذا الدين ذكره صريحا في شرح كتاب النفقات وعلل وقال انها لما استدانت بامر القاضي صار كان القاضي الزوج هو الذي استدان بنفسه ولو كان هو الذي استدان بنفسه ثم مات لا يسقط عنه الدين كذا هنا قوله وجوابه قد بيناه اي جواب الشافعي • قوله ان النفقة عوض قد بيناه في مسألة وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها وهذا ما ذكره بقوله ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن عوض واحد قوله وان اسلفها نفقة السنة ثم مات لم يسترجع منها شيء • وهذا من مسائل القدوري يعني لا اسلفه سلف اي قدمه فتقدم كذا في ديوان الادب فعلى هذا كان ينبغي ان يقول اسلف لها نفقة السنة لانه متعد الى واحد كما ترى اعلم ان المرأة اذا عجل لها زوجها نفقة مدة ثم ماتت المرأة او مات الزوج قبل المدة لا تسترد من تركتها شيئا سواء كانت قائمة او مستهلكة عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وعند محمد يسترد بقدر ما بقي من المدة سواء كانت قائمة او مستهلكة قياسا كذا في شرح الطحاوي وغيره وبه قال الشافعي كذا في شرح الاقطع ولم يذكر الخصاف في كتاب النفقات الخلاف بين ابي يوسف ومحمد ولم يذكر خلاف ابي حنيفة وكذلك ذكر الولوالجي ايضا في فتاواه وفي عامة اصحابنا مثل شرح الكافي لشمس الائمة السرخسي وشرح الطحاوي للامام الاسبيجابي والمختلف والتحفة وخلاصة الفتاوى ذكر قول ابي حنيفة مع قول ابي يوسف وقال في الخلاصة الفتاوى والفتوى على قول ابي يوسف انما اذا كانت هالكة لا يسترد منها شيئا بالاتفاق كذا ذكره الامام الاسبيجابي • وجه قول محمد ان النفقة جزاء الاحتباس وقد زال الاحتباس بالموت فتبطل النفقة بحساب ما بقي من الوقت كالقاضي اذا اخذ رزق مدة ثم مات قبل تمام المدة حيث يسترد منه فيما بقي بحساب ذلك وكذلك المقاتلة اذا اخذوا ارزاقهم مدة ثم ماتوا قبل تمام المدة حيث يسترد منهم فيما بقي من المدة ولان سبب استحقاق النفقة القيام عليها وقد بطل السبب بالموت فتبطل النفقة كالمستأجر اذا عجل النفقة الاجرة ثم مات حيث يرد الاجرة بحساب ما بقي من المدة ولان استحقاق النفقة القيام عليها وقد بطل السبب بالموت فتبطل النفقة كالمستأجر اذا عجل الاجرة ثم مات حيث يرد الاجرة بحساب ما بقي من المدة ولانه انفاق النفقة ليتزوجها فماتت او مات قبل التزوج • ووجه قولهما ان النفقة صلة كما قررنا قبل هذا والصلة اذا اتصل بها القبض بطل الرجوع فيها بالموت لانتهاء حكمها كما اذا مات الموهوب له بعد قبض الهبة وكما اذا كانت النفقة هالكة او قد استهلكت • وروى رستم عن محمد انها ان كانت قبضت نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها بشيء وان كان اكثر من ذلك يرجع بالزائد على نفقة الشهر كنفقة الحال فهي لا تسترد على ذلك لانه يعطي النفقة شهرا شهرا فصار نفقة الشهر كنفقة الحال فهي لا تسترد فكذا هذا وما زاد على الشهر فهو في حكم الكثير فيثبت فيه الرجوع قوله وعلى هذا الخلاف الكسوة يعني انها اذا استعجلت كسوة مدة ثم ماتت قبل المدة لا يسترجع فيما بقي بعد عندهما سواء كانت قائمة او مستهلكة وعند محمد يسترجع من تركتها بحساب ما بقي وكذا اذا مات الزوج قبل المدة والوجه من الطرفين قد بيناه في النفقة لا رجوع بالاتفاق قوله لانه صلة قوله لان الشهر وما دونه قليل فصار في حكم الحال يعني ان النفقة لا تسترد ولذلك نفقة الشهر في بعض النسخ في حكم الحال لتيسر المشقة والتأنيث اي النفقة الحالة قوله واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها اي يباع العبد في نفقة الحرة • وهذا من مسائل القدوري • قال صاحب الهداية معناه اذا تزوج باذن مولاه وانما احتيج الى هذا التفسير لانه اذا تزوج بدون اذن المولى فلا ينعقد عليه ولا مهر وبه صرح شمس الائمة السرخسي في مبسوطه لا وجوب النفقة والمهر بعد صحة العقد وبدون اذن المولى لا يصح العقد وانما قيد بالحرة لان المرأة اذا كانت امة لا تستحق النفقة قبل التبوئة ويجيء بيانها بعد هذه المسألة وانما وجب النفقة دينا على العبد لان النفقة من احكام العقد فيستوي فيه الحر والمملوك كالمهر وانما يباع في النفقة والمهر لان النكاح لما كان باذن المولى ظهر وجوب المهر والنفقة في حقه متعلق برقبة العبد واكتسابه كما في ديون العبد المأذون الا ان يفديه المولى لان حق المرأة في النفقة لا في عين الرقبة فاذا اوفاها المولى نفسه لا يبقى حقها في النفقة بعد ذلك فلا يباع العبد وكذلك الحكم في المدبر والمكاتب اذا تزوجها باذن المولى حرة او امة بعد التبوئة حيث يجب النفقة والمهر عليهما ولكنهما لا يباعان في النفقة واجتمع عليه النفقة مرة اخرى يباع ايضا • قال شمس الائمة السرخسي وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد اخرى الا النفقة لان النفقة تتجدد وجوبها بمضي الزمان فذلك في حكم دين حادث وقال الولوالجي في فتاواه اذا بيع في المهر مرة وبقي شيء من المهر ان لم يف الثمن بكل المهر لا يباع مرة اخرى بل تأخر الى ما بعد العتق والفرق بين النفقة والمهر ان العبد انما بيع في جميع المهر فلا يباع فيما بقي منه مرة اخرى بخلاف النفقة فانه بيع في النفقات المجتمعة لا في جميع النفقات التي تجب فيها ولا غيره في النفقة التي نابته • قال في الكافي في مختصر الحاكم الشهيد وشرح الكافي للسرخسي وشرح الطحاوي والشامل اذا كان للعبد او المدبر ولد من امرأة لم يكن عليه نفقة الولد لانها ان كانت امة فالولد مملوك لمولاها ونفقة المملوك على المالك دون الاب وان كانت حرة فولدها يكون حرا ولا تجب نفقة حر على مملوك ولا على مولاه لان ولده اجنبي منه وكذلك المكاتب لا تجب عليه نفقة ولده وان كانت امرأته حرة او امة لهذا المعنى فاذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام في كتابتها ولهذا كان كسب الولد لها وارش الجناية عليه وميراثه لها فكذلك النفقة يكون عليها بخلاف ما اذا وطئ المكاتب امته فولدت حيث يكون نفقة الولد على المكاتب

لانه ذو اجل في كتابته ولهذا يكون نسبه له وكذا ارش الجناية عليه له ولانه جزؤه فاذا اتبعه في العقد كان نفقته عليه دون
نفقة نفسه وهذه المسائل ذكرناها تكثيرا للفائدة وان لم يذكرها صاحب الهداية **قوله** ولو مات العبد سقطت اي
لو مات العبد الذي تزوج باذن المولى او قتل سقطت نفقة امرأته ولا يواخذ المولى بشيء من ذلك لفوات محل الاستيفاء وقد بينا
هذا ان النفقة المفروضة تسقط بالموت لانها صلة خلافا للماردي محمدا الا اذا كانت استدانت بامر القاضي وقد مر بيانه
عند قوله وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وانما جعل حكم القتل حكم الموت لان المقتول
ميت باجله ولا اجل له سوى هذا وقد عرف في موضعه **قوله** وان تزوج الحر امة فبواها مولاها معه منزلا فعليه
النفقة وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان لم يبوئها فلا نفقة لها وفي بعض النسخ وان تزوج الرجل امة من
اول لعمومه لان الحكم لا يختلف بين ان يكون الامة تحت حر او عبد نص عليه الحاكم الشهيد في مختصر الكافي فقال واذا كانت
الامة او المدبرة او ام الولد تحت حر او عبد فلا نفقة لها عليه ما لم يبوئها معه بيتا وان كان قد دخل بها وان بواها معه
بيتا فعليه النفقة وذلك لانه اذا بواها منزلا يحصل تسليم النفس في بيت الزوج فتجب النفقة بخلاف ما اذا لم يبوئها لانه
لا يوجد التسليم فتكون كالحرة الناشزة فان استخدمها المولى واستخدمها فلا نفقة على الزوج لفوات علة الاستحقاق ثم اذا
عاد فبواها منزلا فعليه النفقة كالحرة اذا هربت من زوجها ثم عادت اليه فان كانت تجيء فتخدم المولى من غير ان يستخدمها
فلها النفقة على الزوج لعدم التفويت من جهة المولى فان قلت استخدام المولى حق فينبغي ان لا تسقط نفقتها كالحرة اذا حبست
زوجها لصداقها المعجل قلت التفويت في المقيس عليه حصل من جهة الزوج لانه امتنع من ايفاء ما لزمه فجعل الاحتباس باقيا
تقديرا وفي المقيس حصل التفويت لا من جهة الزوج فلم يمكن بقاء الاحتباس تقديرا فان قلت كيف استوى الحال ان الدخول
وعدمه حيث لا تجب لها نفقة قبل التبوئة دخل او لم يدخل قلت بالدخول يوجب تسليم المعقود عليه واثره في تقدير البدل
والنفقة ليست ببدل بل هي صلة وجبت جزاء الاحتباس ولهذا تجب نفقة الرتقاء لوجود الاحتباس وان لم يوجد تسليم المعقود
عليه فاذا بواها وجد الاحتباس فوجبت النفقة والا فلا **قوله** والتبوئة ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها
هكذا فسر الحاكم الشهيد في الكافي فقال والتبوئة في الامة ان يخلي الرجل بين امته وبين زوجها ولا يستخدمها بالنصب عطفا
على قوله ان يخلي **قوله** والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح اي في باب نكاح الرقيق حتى اذا بواها ثم بدا له ان يستخدمها
كان له ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح **قوله** والمدبرة وام الولد في هذا كالامة يعني ان
الامة لا نفقة لها قبل التبوئة فكذلك المدبرة وام الولد لا نفقة لها قبل التبوئة بخلاف ما اذا كانت المرأة مكاتبة حيث يجب
لها النفقة اذ لم تحبس نفسها منه ظالمة ولا يشترط التبوئة لان السيد ليس له ان يستخدمها ولا يملك منعها من الزوج لانها
صارت احق بنفسها بالكتابة تعالى بوائدهما وولد يئاتها له مثل لا يعني كذا في ديوان الادب **قوله** وعلى الزوج
ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك وهذه من مسائل القدوري اعلم ان سكنى المرأة على
الزوج واجب لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم اي اسكنوهن مكانا من بعض مكان سكناكم لكن في دار ليس للزوج فيها
من اهله احد كابنه وابويه او احد من قراباته وذلك لان السكنى حقها فليس للزوج ان يشرك غير المرأة معها في حقها
بلا اختيارها كالنفقة لانها تتضرر بها لانها لا تقدر ان تنام وتتطهر في كل وقت ولا تامن على متاعها ولا يمكنها المعاشرة
مع زوجها في كل وقت والضرار منفي لقوله تعالى ولا تضاروهن اي لا تستعملوا معهن الضرار بخلاف ما اذا اختارت السكنى
مع اهله فان ذلك جائز لانها رضيت بنقصان حقها وهي تملك ذلك قال الفقيه ابو الليث في الفتاوى عن ابي بكر
الاسكاف قال هذا اذا كان في الدار بيت واحد اما اذا كان في الدار بيوت وقد دفع بيتا لها منها لم يكن لها ان تطلب
من الزوج بيتا اخر لانه حينئذ يمكنها ان تجامعها من غير كراهة ونقل في خلاصة الفتاوى عن ادب القاضي للخصاف فلو شكت
المرأة عند القاضي ان الزوج يضربها فطلبت ان يسكنها عند قوم صالحين ان علم به زجره وان لم يعلم ان كان جيرانه صالحين
اقرها عنده لكن يسالهم ان اخبروا بما شكت زجره وان لم يكونوا صالحين او يميلون اليه امره بالاسكان عند قوم صالحين
قوله وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة لان القران في النظم لا يدل على القران في الحكم على ما عرف في
التبيين ولو اقتصر على قوله تعالى اسكنوهن كان كافيا بان قال لان السكنى من كفايتها لقوله تعالى اسكنوهن **قوله**
تتضرر به اي تتضرر المرأة بالاشتراك **قوله** ذلك اي الاشتراك **قوله** وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه
معها لما بينا اشارة الى قوله وقوله لانها تتضرر **قوله** وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها الدخول
عليها وهذه من مسائل القدوري وانما كان للزوج ان يمنع والدي المرأة وولدها من غير هذا الزوج وسائر اقارب المرأة لان
المنزل الذي فيه المرأة ملك الزوج فله ان يمنعهم من الدخول فيه كما في سائر من شاء له ولا يمنعهم من النظر اليها ولا من كلامها في
وقت اختاروا كذا ذكر القدوري وذلك لانه اذا منعهم النظر والكلام يلزم قطع الرحم وذلك حرام لما روى البخاري
باسناده الى انس بن مالك قال ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الكبائر فقال الشرك بالله وقتل النفس وعقوق الوالدين فقال
الا انبئكم باكبر الكبائر قول الزور او شهادة الزور وروى ايضا باسناده الى جبير بن مطعم انه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول
لا يدخل الجنة قاطع رحم وروى ايضا باسناده الى ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الرحم شجنة من الرحمن قال الله تعالى
من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته وفي رواية عائشة الرحم شجنة فمن وصلها وصلته ومن قطعها قطعته والشجنة بكسر الشين

وضمها قال ابو عبيد يعني قرابة مشتبكة كاشتباك العروق وقال ابو سليمان الخطابي يعني بالشجنة الوصلة **قوله** وقيل
لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة قال مشايخنا تخرج الى زيارة الابوين في كل جمعة مرة
كذا في التتمة ثم قال فيه وفي باب النفقة من ادب القاضي ليس للزوج ان يمنع ابوي المرأة عن الدخول عليها للزيارة في كل جمعة
وهو الصحيح وفي شرح السير الكبير في كل شهر مرة عند ابي يوسف وعند محمد مرة او مرتين **قوله** وفي غيرهما من المحارم
التقدير بسنة وهو الصحيح وهو في غير الوالدين من سائر المحارم جاز التقدير من مشايخنا بسنة يعني لا يمنع الزوج عن
الدخول عليها في كل سنة مرة وانما قلنا وهو الصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل فانه قال لا يمنع المرأة من زيارة المحارم في الشهر
مرة او مرتين كذا في النوازل **قوله** واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك
المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وهذه من مسائل القدوري وكذا يفرض نفقة اولاده الكبار الزمنى
والاناث وقال زفر لا يفرض فيه بشيء كذا في شرح الاقطع والضمير في به راجع الى المال اي يعترف الرجل بالمال الذي في يده
بانه وديعة الغائب ووجه قول زفر ان فرض النفقة في الوديعة قضاء على الغائب من غير خصم حاضر عنه فلا يصح ولنا ان من
في يده المال هو المالك للمال ظاهرا فاذا اقر به للغائب واقر بالزوجية ثبت اقراره في حق نفسه ثم في حق الغائب من طريق
الحكم ثم لانه اثبت للمرأة في ذلك المال حقا ولهذا لها ان تأخذ حقها من مال زوجها بلا رضاه ولا قضاء لقوله عليه الصلاة
والسلام خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فاذا كان لها اخذ حقها بلا قضاء فالقضاء اولى وذلك لان
القاضي عرف بوجود السبب الموجب كما اذا اقر به ثم غاب حيث يقضي القاضي بذلك ثم النفقة فان قلت ما الفرق بين
هذه الصورة حيث يفرض القاضي لها النفقة اذا اعترف من في يده المال به وبالزوجية وبين من اخرجت لا يقضي ذا الدين
تبات الدين اذا احضر غريما او مودعا للغائب وهما مقران بالدين والوديعة قلت الفرق بينهما ان القاضي انما يفعل ما يكون
نظرا في حق الغائب ففي فرض النفقة في ماله وجد النظر لان فيه حفظ ملكه وفي اداء الدين لو وجد حفظ الملك بل هو مجرد القضاء
عليه ولا يجوز وانما اعتبر اقراره بالمال وبالزوجية فلان المديون او المودع ليس بخصم عن الغائب باثبات النكاح عليه
والاستدلال من القاضي بالظاهر انما يكون بعد العلم بالزوجية ولم يوجد العلم فلا يؤمر بالنظر وكان يقول ابو حنيفة ولا يقبل
منها على الزوجية لانه يدعي خصما فيما في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب لمن ادعى عين في يد انسان انه له
اشتراه من فلان الغائب ثم رجع فقال لا يقبل بينتها **قوله** وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به يعني يفرض القاضي
النفقة اذا علم القاضي الزوجية وان المال للغائب وان لم يعترف بذلك صاحب اليد **قوله** لا سيما ولا سيما
من كلمات الاستثناء لكنه موضوع لاثبات الحكم للمستثنى منه على وجه الافضل كما يقول احبني القوم لا سيما زيد يعني ان الكرام زيد اكثر
واجمع من الكرام فيما كذلك فيه انه اقرار صاحب اليد في سائر المواضع مقبول في حق نفسه ويقبل عليه البينة اذا انكر الحق
اذا انكر اليد انها لامرءة لوديعة او الزوجية لا يقبل البينة وكان بالطريق الاولى ان يقبل اقراره لان اقراره اذا لم يقبل يلزم اهمال
اثبات الحق اصلا لانه لا يقبل البينة **قوله** في حقه اي في حق صاحب اليد **قوله** واذا كان المال في يده مضاربة
اي مضارب الغائب يعني اذا اعترف المضارب بالمال وبالزوجية فرض القاضي النفقة وان انكر احدهما فلا **قوله**
وكذا الجواب في الدين يعني اذا احضرت المرأة غريم زوجها الغائب عند القاضي فاعترف بالدين والزوجية فرض القاضي النفقة
وان جحد احدهما فلا **قوله** وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما او كسوة من جنس حقها يعني
هذا الذي قلنا من فرض القاضي النفقة عند اعتراف صاحب اليد بالمال وبالزوجية كله فيما اذا كان المال من
جنس حق المرأة دراهم او دنانير او كان طعاما حيث يقضي فيه بالنفقة لانه جنس النفقة المستحقة وكذا اذا كان ثيابا من جنس
ما تحتاج المرأة فيقضي فيها بالكسوة لانه جنس حقها المستحق اما اذا كان المال من خلاف جنس حقها كالدار والعبد والعروض
فلا يفرض النفقة فيها ويفرضها من غلة الدار والعبد لانها من جنسها وانما لا يفرض النفقة فيها لانه انما يكون بعد البيع ولا
يبيع عروض الغائب في نفقتها بالاتفاق واما عندنا فعند ابي حنيفة فظاهر لانه لا يبيعها اذا كان حاضرا لان بيع القاضي على وجه
الحجر ولا حجر على الحر البالغ العاقل عند ابي حنيفة فاذا كان غائبا اولى واما عندهما فانما يبيع القاضي على الحاضر اذا
امتنع عن قضاء الحق الذي عليه ولا يعلم امتناع الغائب فلا يبيع القاضي ولكن الابوين يجوز لهما بيع عروض الولد الغائب عند ابي
حنيفة استحسانا ولا يتعرض لهما القاضي فيتصرفان في نفقتهما بالمعروف كذا في التحفة **قوله** قال ويأخذ منها كفيلا
بها اي قال القدوري يأخذ القاضي من المرأة كفيلا بالنفقة اي ان الذي في يده المال اذا اعترف بالمال والزوجية انما
يفرض القاضي النفقة بشرط ان ينظر للغائب وذلك في ان يحلفها انه لا يعطيها ولا علي ان زوجها لم يعطها النفقة اذ يجوز ان يعطيها معجلا
بل ان غاب ومع هذا ان تلبس الامر على القاضي فتأخذ النفقة ثانيا ثم اذا حلفت اعطاها النفقة واخذ منها كفيلا لجواز ان
يحضر الزوج فيقيم البينة انه كان اوفاها نفقتها وهذا لان القاضي مامور بالنظر لكل من يعجز عن النظر لنفسه ثم اذا حضر الزوج واثبت
بالبينة انه كان اوفاها نفقتها او ارسلها اليها امرها القاضي برد ما اخذ لانه ظهر انها اخذت ما ليس حقها والزوج مخير في اخذها بما
من المرأة او من الكفيل وانما يوجد الكفيل هنا لان المكفول له معلوم وهو الزوج بخلاف ما اذا قسم الميراث بين ورثته وقالوا لا نعلم
له وارثا لان المكفول له مجهول فلا يوجد الكفيل عند ابي حنيفة لهذا **قوله** ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة **قوله**
ولا يقضي بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء اي لهؤلاء المذكورين من الزوجة والولد الصغار والوالدين والاولاد الكبار الزمنى والاناث

يعني يقضي لهؤلاء بالنفقة في مال الغايب ولا يقضي لغيرهم من الاقربا كالاخ والعم وساير ذوي الارحام وذلك لان نفقة هؤلاء تجب قبل القضاء واما القضاء للابنا والاعانة بخلاف نفقة غيرهم فانها لا تجب الا بالقضاء لانها مجتهد فيها لان منا في لا يقول بوجوب النفقة في غير الولاد فلما كان وجوبها بالقضاء والقضاء على الغايب لا يجوز عندنا فلا يقضي لهم بالنفقة في مال الغايب تحقيق ذلك ان نفقة الزوجة جارية مجرى الديون ولهذا تجب مع الاعسار وكذلك نفقة الاولاد لهذا المعنى فلم يتوقف وجوبها الى القضاء ، واما الابوان فقد جعل مال الابن الولد الغايب في حكم مالهما لانهما من كسب الولد فلقوله عليه الصلاة والسلام انت ومالك لابيك فكان قضا القاضي بالنفقة اعانة واوما في الوالدة فلانها مثل الوالد في وجوب النفقة عند الجمع وقد قال لها النبي صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي فاذا كانت احق به من الوالد وللوالد اخذ من ماله من النفقة قدر كفايته او يفرض له القاضي كانت الام اولى واما الاولاد الكبار الزمنى والاناث فلعجزهم صاروا في معنى الصغار بخلاف نفقة من سواهم فانها لا تجري مجرى الديون بل هي صلة فلا تجب الا بالقضاء وذلك لا يجوز على الغايب

قوله ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او لم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغايب او يامرها بالاستدانة لا يقضي القاضي ، قال شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي ، وعن زفر انه يسمع البينة ويعطيها النفقة من مال الزوج وان لم يكن للزوج مال يامرها بالاستدانة فان حضر الزوج واقر بالنكاح امره بقضاء الدين وان انكر ذلك كلفها القاضي اعادة البينة فان لم يعد امرها برد ما اخذت ولم يقض لها بشي مما استدانت على الزوج لان في قبول البينة نظرا لامر في الغايب فلا يجوز بخلاف مال الوديعة فان لها ان تاخذ نفقتها وقضاء القاضي اعانة وايا لحاز **قوله** وعمل القاضي اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغايب اي على قول زفر ، قال في الفتاوى الصغرى والتتمة والقضاة انما يقبلون البينة على الغايب النكاح للفرض ويفرضون لانه مجتهد فيه خلاف زفر لا يعتد خلاف ابي يوسف على ما ذكره الخصاف مطلقا على قول الاول على ما ذكره في المختصر للحاجة الناس اليه ثم على قول من يفرض لا يحتاج الى اقامة البينة لان الزوج لم يخلف لها النفقة **قوله** وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها منها ان القاضي اذا لم يعلم بالنكاح واقامة البينة على النكاح تقبل وفي قول ابي حنيفة الاول ومنها لو اقامت البينة على المودع والمديون الجاحد للنكاح فانه يقضي بالنكاح والنفقة على قول ابي حنيفة الاول ثم رجع وقال لا تقبل ، ومنها ان البينة على قول ابي يوسف لا تقبل ولكن لا يقضي بالنكاح وكذا في التتمة والفتاوى الصغرى

فصل

واذا طلق الرجل امراته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او باينا وهو قول ابي شعيبن ايضا ، وقال مالك والشافعي والليث ابن سعد لها السكنى ولا نفقة لها الا ان كانت حاملا ، وقال احمد ليس لها سكنى ولا نفقة اذا لم يملك زوجها الرجعة وهو مذهب الحسن البصري وعطا ابن ابي رباح والشعبي كذا ذكره الترمذي في جامعه لهم ما روي الشعبي في السنن وغيره عن فاطمة بنت قيس ان زوجها ابا عمرو بن حفص المخزومي طلقها فلم يجعل لها النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى ولمالك والشافعي حديث فاطمة ايضا الا ان السكنى يجب لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن ولقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم الا ان الحامل يجب النفقة لقوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن من وجدكم ولاشك ان قوله كان مسموعا من النبي صلى الله عليه وسلم تجب لها النفقة والسكنى ، وروى الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى الشعبي وعن فاطمة بنت قيس ان زوجها طلقها ثلاثا فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقال لا نفقة لك ولا سكنى قال فاخبرت بذلك النخعي فقال قال عمر ابن الخطاب واخبر بذلك لسنا بتاركي ايه من كتاب الله عز وجل وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول امراة لعلها وهمت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لها السكنى والنفقة وقد انكر اسامة ابن زيد ايضا وهو الذي تزوج فاطمة بعد ما طلقها زوجها المخزومي الا ترى الى ما حدث الطحاوي في شرح الاثار ايضا عن ربيع المؤذن باسناده الى محمد ابن اسامة ابن زيد ، قال كان اسامة اذا ذكرت من ذلك شيا رماها بما كان في يده وقد انكرته عايشة ايضا ، الا ترى الى ما ذكر في الموطا ان يحيى ابن سعيد ابن العاصي طلق امراته بنت عبد الرحمن ابن الحكم البتة فارسلها عبد الرحمن بن الحكم فارسلت عايشة الى مروان ابن الحكم وهو امير المؤمنين فقالت اتق الله واردد المراة الى بيتها فقال او ما بلغك شان فاطمة بنت قيس فقالت عايشة لا يضرك الا تذكر حديث فاطمة ، وحدث الطحاوي باسناده الى عمرو بن ميمون عن ابيه ، قال قلت لسعيد ابن المسيب اين تعتد المطلقة فقال في بيتها فقلت اليس قد امر رسول الله صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس ان تعتد في بيت ام مكتوم فقال تلك المراة فتنت الناس ، واستدل الطحاوي في شرح الاثار ايضا فقال انما احتج به عمر في دفع حديث فاطمة حجة صحيحة وذلك ان الله عز وجل قال يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ، ثم قال لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا واجمعوا ان ذلك هو المراجعة ثم قال اسكنوهن من حيث سكنتم ثم قال لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن يريد في العدة فكانت اذا طلقها زوجها اثنتين للسنة على ما امره الله عز وجل به ثم راجعها ثم طلقها الثالثة للسنة حرمت عليه ووجبت عليها العدة التي جعل الله عز وجل لها فيها السكنى وامرها فيها ان لا تخرج وامر الزوج ان لا يخرجها ولم يفرق الله تعالى بين هذه المطلقة للسنة التي لا رجعة عليها وبين المطلقة للسنة التي عليها الرجعة فثبت بهذا صحة انكار عمر على فاطمة وان قولها يوجب خلاف القران لان القران جعل للمطلقة التي لا رجعة عليها النفقة والسكنى وعنها اسند لا الحسن بن قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى

ما بين وهو ان يقول وجوب النفقة اذا كانت حاملا لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون لاجل العدة او لاجل الولد فلا يجب لاجل الولد فتعين ان يكون لاجل العدة ولهذا كان الحمل غنيا بان ورث من اخته لابيه او اوصي له بالمال يجب على الزوج نفقة المطلقة الحامل فلو كان لاجل الولد لم يجب لان نفقة الولد على الاب لا تجب اذا كان الولد غنيا ، الا ترى انه لو نفق على الولد ولم يعلم بانه غني ثم علم بانه غني يرجع عليه وهنا لا يرجع عليه وان كان بحكم الحاكم فعلم ان النفقة كانت لاجل العدة لا لاجل الولد وان في هذا المعنى الحايل والحامل سوا ، فان قلت اذا كان كذلك فما فايدة التقييد بالحمل في الاية ، قلت ان الحامل يستحق النفقة بعد ذكرها فلانه اثر في الاشكال ان الحامل يستحق النفقة في مقدار هذا الزمان واكثر فازال ذلك الاشكال بقوله حتى يضعن حملهن يعني انما يستحق النفقة وان طالت مدة الحمل ، قلت انقطعت الزوجية في المبتوتة فلا يجب لها النفقة كالمتوفى عنها زوجها ، قلت لا نسلم ان القياس صحيح لان المتوفى عنها زوجها لا يجب لها النفقة سوا كانت حاملا او حايلا والمبتوتة يجب لها النفقة اذا كانت حاملا فلذا اذا كانت حايلا لان النفقة جزا الاحتباس وهي محبوسة من جانب الازواج في بيت زوجها ما دامت في عدتها فيجب لها النفقة كما في الرجعي **قوله** على ما ذكرنا في بعض النسخ على ما بينا اي في اول باب النفقة **قوله** ولهذا كان لها السكنى بالاجماع اي للمبتوتة وفي دعوى الاجماع نظر لان السكنى لا يجب على مذهب الحسن البصري وعطا ابن ابي رباح والشعبي على ما ذكرنا في اول الفصل ثم المعتدة كما يستحق النفقة تستحق الكسوة ايضا كما في الفتاوى الصغرى **قوله** لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا والمراد من الكتاب قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وبه صرح الطحاوي في شرح الاثار والمراد منه السنة ما روي في شرح الاثار عن عمر انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لها السكنى والنفقة ، وقال فخر الاسلام البزدوي في اصول الفقه قبل بيان باب شرايط الراوي قال عيسى ابن ابان اراد بالكتاب والسنة القياس ومنه نظر عندي فان حديث فاطمة مخالف للكتاب والسنة كما ترى فلا حاجة الى ان يأول الكتاب والسنة بالقياس في قول عمر ثم المعتدة اذا لم تسلم نوبت العدة لكنها تخرج زمانا وتسكن زمانا كانت ناشزة لا تستحق النفقة كذا في الفتاوى الصغرى **قوله** ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ، وهذه من مسايل القدوري اعلم ان المتوفى عنها زوجها لا نفقة لها في تركة الزوج وانما تنفق على نفسها من حصتها من الميراث سوا كانت حاملا او غير حامل وذلك لان احتباسها في عدتها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فلا تكون نفقتها في تركته ، الا ترى انه يعني التعرف عن براة الرحم لا يشترط في عدتها ولهذا الامر باستكمال ثلاث حيض ولان ملك الزوج انتقل بالموت الى الورثة والنفقة تجب لها شيا فشيا فلم اجد بجرا ايجابها في ملك الغير ، قال الطحاوي في مختصره ولا سكنى للمتوفى عنها زوجها ولا نفقة في مال الزوج حاملا كانت او غير حامل ، قال ابو بكر الرازي قد كانت نفقتها واجبة في مال الميت بقوله وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج فنسخت هذه النفقة بالميراث وبقوله يتربصن بانفسهن فاوجب نفقتها على زوجها وقطعها من مال الزوج ، وذكر في باب العدة من شرح الكافي ايضا ان المتوفى عنها زوجها لا تستوجب السكنى والنفقة ، وقال ابو بكر الرازي اختلف الناس في نفقة المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا فقال ابن مسعود وابن عمر وشريح وابو العالية وابراهيم والشعبي نفقتها من جميع الميراث ، وقال ابن عباس وابن الزبير وجابر بن زيد والحسن وعطا وسعيد بن المسيب لا نفقة لها في مال الزوج بل نفقتها على نفسها وهذا امر الاصح لان النفقة لو لا لو وجبت لاكانت انما تتعلق وجوبها بالحمل لاجل العدة او لاجل الولد فالواجب ان يكون في نصيب الولد ولا يكون في جميع الميراث كما يجب بعد الوضع فان كانت واجبة لاجل العدة فالواجب ان يستحقها وان لم يكن حاملا لوجود العدة فلما صح ذلك ثم قولنا قولنا **قوله** وكل فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها ، وهذه من مسايل القدوري وذلك لانها منعت نفسها من زوجها بمعصية فسقطت نفقتها كالناشزة وانما قيدنا بالنفقة احترازا عن السكنى لان السكنى واجب لها لان القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها فاما النفقة فواجبة لها فتسقط ذلك كذا يجي النفقة الفرقة من قبلها بمعصيته ، كذا ذكر شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي قال في خلاصة الفتاوى والاصل ان الفرقة متى كانت من جهة الزوج فلها النفقة فان كانت من جهتها ان كانت بحق فلها النفقة وان كانت بمعصيته فلا نفقة لها وان كانت بمعنى من جهة غيرها فلها النفقة فالملاعنة النفقة والسكنى والبانية بالخلع والايلاء وردة الزوج ومجامعته الزوج امها تستحق النفقة وكذا امراة العنين اذا اختارت الفرقة وكذا ام الولد والمدبرة اذا اعتقت وهما عند زوج دبوا الها المولى بيتا واختارتا الفرقة وكذا الصغيرة اذا ادركت واختارت نفسها وكذا الفرقة بعدم الكفاءة بعد الدخول اما المراة اذا ارتدت او طاوعت ابن الزوج مكرهة فلها النفقة ، قال الخصاف في ادب القاضي والمختلعة والمبارئة لها السكنى والنفقة فان اختلعت منه على ان ابراته من ذلك فالبراة من النفقة جايزة واما السكنى فانها واجبة لها لان خروجها من بيتها قبل ان تنقضي عدتها معصية **قوله** وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة ، قال صاحب الهداية معناه مكنت بعد الطلاق اي معنى قول القدوري وذلك لانها اذا مكنت قبل الطلاق فلا نفقة لها لحصول الفرقة من جهتها بمعصية ، وقال زفر لا نفقة لها اذا مكنت ابن زوجها في عدتها كما اذا مكنته في حال قيام النكاح لان النفقة تجب شيا فشيا فاذا مكنته في حال قيام النكاح لا يجب فكذا هنا وخلاف زفر ذكره في شرح الكافي ، ولنا ان الفرقة بينهما حصلت قبل وجود التمكين فلم يكن لها اثر في اسقاط العدة فوجب النفقة بخلاف ما اذا كان التمكين حال قيام النكاح فان الفرقة تقع بمعصيته من جهتها

فلا يستحق النفقة بخلاف ما اذا ارتدت المعتدة فانها تحبس لحق الشرع حتى تسلم والمحبوسة بحق عليها لا تستحق النفقة على زوجها
حتى قالوا لو حبست بعد يجب لها النفقة فان اسلمت ورجعت الى بيته كان لها النفقة لزوال العارض وهو الحبس بخلاف ما اذا
ارتدت حال قيام النكاح ثم اسلمت حيث لا نفقة لها اصلا لان النفقة سقطت بعينها لردة لا بالحبس **قوله** فلهذا اي
الفرق اي بين المعتدة اذا امكنت ابن زوجها حيث يكون لها النفقة وبين المعتدة اذا ارتدت حيث لا يكون لها النفقة
والله اعلم **قوله** ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد • وهذه من مسائل القدوري لقوله تعالى فان
ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وجه الاستدلال بالاية ان النفقة بعد الفطام مثل مؤنة الرضاع قبل الفطام من حيث ان الصغير
يحتاج الى النفقة كما انه يحتاج الى الرضاع ثم مؤنة الرضاع لا يشارك الاب فيها احد مع ان الام مساوية في الدرجة الى
الصغير فكذا النفقة فاذا لم يشارك الام فالاعداء اولى ولقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن اي على الذي يولد له
وهو الاب رزق الوالدات وكسوتهن ولده موضوع على الفاعلية • بيانه ان رزق الوالدات لما وجب على الاب بسبب الولد وجب
رزق الولد عليه بالطريق الاولى وهذا لان اللفظ المشتق اذا ترتب عليه الحكم يكون المعنى المشتق منه مناطا للحكم المذكور كما في
قوله تعالى والسارق والسارقة وقوله تعالى والزانية والزاني ولان الولد جزء الاب فكان نفقته عليه كنفقته
على نفسه • قال الطحاوي في مختصره ويجبر الرجل على نفقة اولاده الصغار اذا كانوا فقراء ذكورا كانوا او اناثا وان
كانوا كبارا محتاجين اجبر على نفقة الاناث منهم ولم يجبر على نفقة الذكور منهم وان كان من ذكورهم من به زمانة كالعمى
او كالشلل في اليدين وما اشبه ذلك فانه يجبر على نفقته وكذلك يجبر على كل ذي رحم محرم منهم النفقة عليهم اذا كانوا فقراء
بمن يرثهم فيراعي في ذكورهم الفقر والزمانة وفي اناثهم كلهم الفقر دون الزمانة
الى هنا لفظ الطحاوي **قوله** وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه • وهذا لفظ القدوري وهذا
لان نفقة الصغار على الاب فكما لا يشارك الام الاب في النفقة بعد الفطام فكذلك لا تشاركه في مؤنة الرضاع قبل الفطام
فلا يجب عليها الارضاع ثم اختلفوا في معنى والوالدات يرضعن اولادهن قيل انه خبر بمعنى الزام الارضاع وقيل انه خبر في
معنى الامر كقوله تعالى والمطلقات يتربصن والاصح انه خبر بمعنى الامر على وجه الندب او على وجه الوجوب اذا لم يقبل
الا ثدي امه بدليل سياق الاية وهو قوله تعالى لا تضار والدة بولدها اي بالزام الارضاع ولا مولود له بولده بان
يطرح الام الولد الى الاب اذا لم يقبل الصبي الا ثدي امه والحاصل انه نهي ان يلحق بها الضرر من قبل الزوج وعن ان يلحق
الضرار بالزوج من قبل المراة بسبب الولد • والباقي عرفناه في الكشاف • قال شمس الائمة السرخسي في شرح كتاب النفقات ثم
لم يجب نفقة الرضاع كان لها ان تمتنع من الارضاع ولا تجبر على ذلك واذا لم تجبر كان على الاب ان يستاجر امراة ترضعه عندها
ولا ينزع الولد من الام لان الامة اجمعت على ان الحجر لها ولكن لا يجب عليها ان تمكث في بيت الام اذا لم يشترط عليها ذلك عند العقد
وكان الولد يستغني عنها في تلك الساعة بل لها ان ترضع ثم تعود الى منزلها فان لم تشترط ان ترضع عند الام كان لها ان تحمل الصبي
الى منزلها او تقول اخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم يدخل الولد الى الام الا ان يكون اشترط عند العقد ان تكون الظئر عند
الام فحينئذ يلزمها الوفاء بالشرط • قال في العلة ولا يؤاخذ الاب باجرة الرضاع لاكثر من سنتين بالاجماع
قوله وهذا الذي ذكره • بيان الحكم الذي ذكره القدوري بقوله وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان
ترضعه وهو بيان الحكم قضاء اما من حيث الدين فيجب عليها ان ترضع ولهذا قالوا لا يجوز لها ان تاخذ الاجر بالارضاع
لان اخذ الاجرة بازاء ما يجب عليها من حيث الدين لا يجوز وبه صرح في شرح كتاب النفقات وظن بعض الشارحين ان المراد
من قوله بيان الحكم هو جواب ظاهر الرواية ثم قال وروى الحسن عن ابي حنيفة ان النفقة على الاب والام اثلاثا
بحسب ميراثهما من الولد وتلك الرواية صحيحة ولكن الشرح من الشروح كالعنت من اللون(?) **قوله** وذلك اذا كان
يوجد من يرضعه اشارة الى قوله وهذا الذي ذكره والمراد من الذي ذكره عدم وجوب الارضاع على الام يعني ان
عدم وجوب الارضاع على الام اذا كان يوجد مرضعة اخرى اما اذا كان لا يوجد فحينئذ يجب الارضاع على الام لئلا
يضيع الصغير • قال في تتمة الفتاوي اذا ابت الام ان ترضع وهي منكوحة او مبانة • ذكر شمس الائمة الحلواني في شرح
ادب القاضي للخصاف انها لا تجبر على ذلك سواء كان الولد ياخذ من لبن غيرها او لا ياخذ في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انها
تجبر اذا لم ياخذ من لبن غيرها • وكان صاحب الهداية مال الى رواية ابي يوسف • ونقل صاحب التتمة عن اجناس
العيون عن محمد فيمن استاجر ظئرا للصبي شهرا فلما انقضى الشهر ابت ان ترضعه والصبي لا يقبل ثدي غيرها قال اجبرها ان ترضع
قوله على الرضاع موضع الضاد مصدر رضاع يرضع بخلاف الرضاع بكسر الضاد فانه جمع رضيع بمعنى العقار(?)
قوله ويستاجر الاب من ترضعه عندها اي عند الام يعني قال القدوري ما لم يجب ارضاع الصغير على الام وجب
على الاب ان يستاجر امراة ترضعه عند الام اما وجوب الاستيجار عليه فلان مؤنة الرضاع عليه واما ترضعه عند الام اذا
ارادت الام فذلك لان حق الحضانة لها قوله تعالى ولا تضار والدة بولدها فاذا ارادت ان يكون الولد عندها ومع ذلك
نزع الولد منها يلزم الضرر بها فلا يجوز **قوله** لان الحجر لها اي الحضانة **قوله** وان استاجرها وهي زوجته
او معتدته لترضع ولدها لم يجز يعني اذا استاجر ام الصغير لارضاعه حالة قيام النكاح او في العدة لا يجوز لان الارضاع واجب
عليها ديانة لقوله تعالى والوالدات يرضعن وانما سقط الوجوب حكما لعجزها فلما اقدمت على الارضاع بالاجرة دل على قدرتها

ثم تأخذ الاجرة ولان اجرة الرضاع لحفظ الصغير ومنفعة الحفظ تعود الى الزوجين جميعا فلا يجوز لها
اخذ الاجرة لمنفعة تحصل لها ولهذا قالوا يجوز استيجار المراة على ارضاع ابنه من غيرها لان المنفعة لا تحصل لها
ثم في المعتدة عن طلاق رجعي لا يجوز استيجارها لارضاع ولدها وكذا في المعتدة المبتوتة في رواية لانها تستحق النفقة
والسكنى كالزوجة وفي رواية يجوز استيجارها لان النكاح قد انقطع فصارت كالاجنبية اما اذا استاجرها
بعد انقضاء العدة جاز لانقطاع النكاح بالكلية حيث لم يتوارثا ثم من اثار النكاح فصارت كسائر الاجانب **قوله**
فان قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فجاءت الام بمثل اجر الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق • اعلم ان الاستيجار
للام اذا كانت معتدة عن طلاق بائن جاز على احدى الروايتين وبعد انقضاء العدة جائز رواية واحدة ثم على تقدير
الجواز اذا قال الاب لا استاجر الام وجاء بمرضعة اخرى فرضيت الام بمثل اجرها او قالت انا ارضعه بغير اجر فالام احق
لانها اشفق على الصغير وادق في ذلك فكان النظر للصغير في الدفع الى الام اما اذا ارادت الام الزيادة على اجرة
الاجنبية لا يجبر الاب على ذلك لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزيادة اكثر من اجرة الاجنبية •
لم يدفع الصبي الى الظئر ترضعه عند الام لان الحضانة لها **قوله** ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في
دينه • وهذه من مسائل القدوري • وهذا اذا اسلم الصغير البالغ العاقل وابوه كافر او ارتد والعياذ بالله تعالى وابوه مسلم
لان الاسلام والارتداد يصح عندنا واعتبر الصغير مسلما باسلام امه وانما وجبت نفقة الصغير على الاب مع المخالفة في الدين لانه جزؤه
والكفر لا يؤثر في نفقته فكذا الكفر ولانه في ايجاب النفقة عليه ولان نفقة الاولاد الصغار جارية مجرى نفقة الزوجات
بدليل قوله عليه الصلاة والسلام خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف ونفقة الزوجة على الزوج تجب
وان خالفته في دينه فكذا هنا وانما وجبت نفقة الزوجة في الدين لان نفقتها تجب بحكم العقد الصحيح لانه جزاء الاحتباس الحاصل
بالعقد وما كان ثبوته بحكم العقد الصحيح لا يؤثر فيه اختلاف الاديان كالمهر وعقد النكاح الصحيح بين المسلم والكتابية
لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفائف عن فعل الزنا • وقد مر في كتاب النكاح **قوله** في حق ما
ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او
كبيرا وذلك لان احد الموسرين ليس في ايجاب النفقة على صاحبه باولى من ايجاب نفقة صاحبه عليه ثم الصغير اذا كان له
دار او عقار وما اشبه ذلك بان ماتت امه فورثها او ملكه بسبب اخر لا يجب نفقته عليه على ابيه لغناء الاب وذلك في نفقته
ملكه والفرق بين نفقة الصغير والزوجة حيث لا يجب نفقة الصغير على الاب الا اذا كان الصغير غنيا باي مال كان وتجب نفقة
الزوجة على الزوج وان كانت غنية لان نفقة الصغير واجبة لحاجته فلا يجب نفقة الخادم ونفقة الزوجة بازاء التمكين
من الاستمتاع فكان طريقه البدل والمعادلة والبدل يجب وان وجد الغنى **قوله** وعلى الرجل ان ينفق على ابويه و
اجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه • وهذه من مسائل القدوري اما الابوان فانما تجب نفقتهما مع اختلاف
الدين لقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا • قال
المفسرون نزلت الاية في سعد بن ابي وقاص وذلك انه لما اسلم قالت له امه حمنة يا سعد بلغني انك صبوت والله لا يظلني
سقف بيت من الضح والريح ولا اكل ولا اشرب حتى تكفر بمحمد وترجع الى ما كنت عليه وكان احب ولدها اليها فابى سعد وبقيت
ثلاثة ايام ولم تاكل ولم تشرب ولم تستظل بظل حتى غشي عليها فاتى سعد النبي صلى الله عليه وسلم وشكى ذلك اليه فانزل
الله تعالى اليه هذه الاية بالصحبة بالمعروف اي حسنا بخلق جميل وحلم واحتمال وبر وصلة وما يقتضيه الكرم والمروة
وليس المعروف ان يكون الولد في نعمة وابواه في جوع وعطش فلا جرم وجب نفقتهما عليه • واستدل شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
لقوله تعالى ولا تقل لهما اف وفيه النهي عن التافيف لمعنى الاذى ومعنى الاذى في منع النفقة عنده اكثر منه في التافيف
وقال عليه الصلاة والسلام ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فكلوا من كسب اولادكم واما الاجداد والجدات فلان اسم
الاباء والامهات يتناولهم على وجه المجاز • الا ترى ان الجد كالاب في الميراث عند عدمه ولانهم كانوا اسبابا لاحياء الولد
كالابوين فاستحقوا على الولد احياءهم كالابوين **قوله** وشرط الفقر اي شرط القدوري الفقر في قوله اذا كانوا فقراء
لانهم اذا كانوا اغنياء كانت نفقتهم في مالهم **قوله** لما تلونا اراد به قوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا **قوله**
ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد • قال القدوري اما
نفقة الزوجة فلانها مقابلة بالاحتباس وذلك ثابت لانها تجب بالعقد الصحيح لوجوب [illegible] من عدم منافاة الكفر
تحمل النفقة واما في الوالدين والولد فالقياس انه لا يثبت استحقاق النفقة مع اختلاف الدين لان استحقاقها بطريق الصلة كنفقة
الاخوات ولكنه استحسن في الابوين الذميين لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا والولد في معنى نفسه لانه جزؤه
فكما لا يمتنع نفقته عليه بكفره كذا ولده وكذا اولاد البنين والبنات والاجداد والجدات من قبل الاب والام بمنزلة الابوين
والاولاد لهم حتى تلزمهم جميعا بخلاف الحربي حيث لا يجب نفقته على ولده المسلم لا على ابيه ولا جده وجدته اذا كانوا مستامنين ولا
[illegible] عليه لانا نهينا عن البر والصلة في حقه • قال تعالى انما ينهاكم الله عن الذين
قاتلوكم في الدين واخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم ان تولوهم ومن يتولهم فاولئك هم الظالمون واما نفقة المسلم عليه

فانما لم تجب لان الحربي لو دخل الينا مستامنا وان كان مستامنا الا اذا قبل الذمة **قوله** ولا تجب على النصراني نفقة ابنه
المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة ابيه النصراني وهذا يتفرع بقوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين * بيانه ان النفقة في غير
الزوجة وغير صورة الولاد مترتبة على الارث لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ولا ارث بين المسلم والذمي فلا تجب نفقة احدهما
على الآخر بخلاف ما اذا ملك احدهما الآخر حيث يعتق عليه لان العتق مرتب على ملك القريب المحرم وقد وجد فيعتق وقال
عليه الصلاة والسلام من ملك ذا رحم محرم عتق عليه **قوله** ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين اكد
ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا يعني ان ايجاب
الصلة بين القريبين مع الاتحاد في الدين اكد من ايجاب الصلة مع الاختلاف في الدين يعني قطع الرحم في بقاء ملك
اليمين اعلى واكثر من قطع الرحم الحاصل من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى وهو ملك اليمين اصل العلة وهو نفس ملك
القريب لقوة معنى قطع الرحم حتى عتق القريب المملوك سواء وجد الاتحاد في الملة او لم يوجد واعتبرنا في الادنى وهو النفقة
العلة المؤكدة وهي القرابة مع الاتحاد في الملة لكون حرمان النفقة اضعف في قطع الرحم حتى قلنا بوجوب نفقة القريب
اذا وجد الاتحاد في الملة فلا والا فلهذا افترقا اي العتق ووجوب النفقة فافهم **قوله** ولا يشارك الولد في
نفقة ابويه احد * وهذا لفظ القدوري اذا كان الابوان معسرين والولد موسرا تجب نفقتهما عليه خاصة لان لهما تاويلا
في مال الولد بدليل اضافته اليهما * قال عليه الصلاة والسلام انت ومالك لابيك رواه جابر عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم في شرح الآثار في باب الوالد يملك مال ولده ام لا فكان ماله كما لهما نظرا الى حكم الغني بمال الولد فلم يجز
ايجاب نفقتهما على غيره **قوله** وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح اي نفقة الابوين على
الاولاد على السواء حتى اذا كان الاب معسرا وله ابن وبنت موسران تجب نفقة الاب عليهما انصافا لان سبب الوجوب الولادة
وقد استوى الذكر والانثى في هذا المعنى بخلاف ما اذا كان للمعسر اخ واخت حيث تجب نفقته عليهما اثلاثا لان سبب اللزوم
الارث فيجب اثلاثا كالارث وانما قيد بقوله هو الصحيح احترازا عما ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي عن الحسن عن
ابي يوسف عن ابي حنيفة ان النفقة بين الذكور والاناث للذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس ذوي الارحام
قوله والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا
او اعمى * وهذه من مسائل القدوري اي النفقة واجبة للقريب اذا كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى وهذه من مسائل الرحم المحرم
لانه اذا وجد الرحم ولم يوجد المحرم او وجد المحرم ولم يوجد الرحم او وجدا لكن لا من قرابة لا تجب النفقة الا ترى الى ما ذكر
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي بقوله ولو كان رحما غير محرم كابن العم او محرما غير رحم كالاخ من الرضاع او المحرم
او رحما محرما لا من قرابة كابن عم هو اخ من الرضاع لا تجب النفقة لان القرابة القريبة موجبة للصلة دون البعيدة فاذا
ذو الرحم المحرم من القرابة تكون القرابة قريبة والا فلا ثم لما وجبت النفقة لكل ذي رحم محرم قلنا لا بد من الفقر والعجز
عن الكسب اما باعتبار الفقر فلانه اذا كان غنيا تكون نفقته في ماله لا في مال غيره * واما اعتبار العجز فلانه لو كان قادرا على الكسب
يكون غنيا بكسبه كما يكون غنيا بماله والصغير الفقير عاجز عن الكسب وكذلك المراة والذكر الزمن والاعمى ومفقوء العينين واشل
اليدين ومقطوع الرجلين والمعتوه والمفلوج كلهم عاجزون عن الكسب فوجبت صلة ارحامهم دفعا لحاجتهم بخلاف
الابوين والجد والجدة عند عدم الاب حيث لا يشترط لايجاب النفقة عجزهم عن الكسب بل يلزم الولد نفقة الاب الكسوب
مع غناء الولد وهو منهي عن ضررهم وهذا كله مذهبنا وعند الشافعي لا تجب النفقة في غير الولاد في عدم البعضية ولنا
قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم ولا شك ان قراءته كانت مسموعة
من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلهذا اشترطنا ذي الرحم المحرم **قوله** قال ويجب ذلك على مقدار الميراث
اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فتجب نفقة البنت البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب
الثلثان وعلى الام الثلث وهذا الذي بظاهر الرواية وهو رواية الحسن عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو رواية الخصاف
في ادب القاضي الولد الذكر اذا كان به زمانة وقد بلغ فنفقته على ابويه على الام الثلث وعلى الاب الثلثان ووجهه ان
استحقاق النفقة بالارث لان استحقاق النفقة بالارث لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فتجب النفقة على الابوين
بقدر ميراثهما على ما ذكرنا الا في ظاهر الرواية فكل النفقة على الاب اذا كان زمنا وذلك لقوله تعالى وعلى المولود له
رزقهن فكما لا يشارك الاب احد في مؤنة الرضاع لا يشاركه ايضا في النفقة هذا اذا كان الاب معسرا والام موسرة
تؤمر الام بالانفاق على الولد ويكون ذلك دينا على الاب وبه صرح شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي **قوله**
وجه الفرق على الرواية الاولى وجه الفرق بين الولد الصغير والكبير على غير ظاهر الرواية الاولى ان الولد له ولاية
على ولده الصغير ومؤنته عليه ولهذا تجب فطرته على الاب بخلاف الكبير لانه لا ولاية له عليه ولهذا لا يشارك الاب في
نفقة ولده الصغير وشاركته الام في نفقة الكبير فوجب الثلثان على الاب والثلث على الام **قوله** وفي غير
الولد يعتبر قدر الميراث يعني رواية واحدة حتى تجب نفقة الصغير الفقير على الام والجد اب الاب اثلاثا على الام
الثلث وعلى الجد الثلثان * قال في شرح الطحاوي وكذلك اذا كان له ام واخ وابن اخ لاب وام او عم لاب وام او
احد من العصبة فان النفقة عليهم اثلاثا وكذلك اذا كان له اخ واخت لام فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما ولو كان

له عم لاب وام وعمة لاب وام فالنفقة على العم دون العمة وكذلك لو كان عما لاب وام وخالا لاب وام فالنفقة على العم ولو كانت له عمة
لاب وام وخال لاب فالنفقة عليهما اثلاثا ثلثاها على العمة وثلثها على الخال وكذلك لو كان له خال وخالة من قبل الاب
والام فالنفقة عليهما ولو كان له خال من قبل الام وابن عم لاب وام فالنفقة على الخال والميراث لابن العم لان شرط وجوب
النفقة ان يكون ذو الرحم المحرم من اهل الميراث وابن العم ليس بمحرم **قوله** ونفقة المعسر على الاخوات المتفرقات
الموسرات اخماسا يعني تجب ثلاثة الاخماس على الاخت لاب وام والخمس على الاخت لاب والخمس على الاخت لام وذلك لان
النفقة معتبرة بالارث فالميراث بينهن كذلك اخماسا بالفرض والرد فوجبت النفقة ايضا اخماسا **قوله** ولا تجب
نفقتهم مع اختلاف الدين * وهذا لفظ القدوري اي لا تجب نفقة ذي رحم محرم مع اختلاف الدين لان باختلاف الدين
لا يجري الارث فلا تجب النفقة ايضا لانها متعلقة بالارث بالنص ولان نفقتهم باعتبار الصلة ولا تجب صلتهم مع
الاختلاف في الدين * الا ترى ان المسلم يبتدي بقتل اخيه الحربي ولا يبتدي بقتل ابيه الحربي الا انه لا تجب نفقة
الحربي ايضا على المسلم لانا نهينا عن برهم **قوله** ولا تجب على الفقير اي لا تجب النفقة على الفقير لانه يستحق
النفقة فليس ايجابها عليه اولى من ايجابها له فلهذا لم تجب عليه بخلاف نفقة الزوجة حيث تجب على زوجها المعسر لانها تجري
مجرى الديون بدلالة وجوبها بيسار المراة كسائر الديون وبخلاف نفقة الولد الصغير حيث تجب على والده المعسر لانها
تكاد تجري نفقة الزوجة بدلالة قوله عليه الصلاة والسلام خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف
قال الطحاوي في مختصره ولا يجبر فقير على نفقة احد الا الاب على ولده الصغير والزوج على زوجته والرجل على ابنه الفقير اما
نفقة ابنه الصغير والزوجة فقد مر بيانهما * واما نفقة الام فانما لزمته في حال الفقر لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وليس
من المعروف ان يتركهما في حال الفقر والغنى فاذا امكنه سد جوعتهما لزمه ذلك واما الابن فلا يجبر في حال الفقر على نفقة ابنه اذا كان سليما
لا زمانة به لانه يمكنه السعي للكسب والنفقة على نفسه كما ينبغي للابن الكبير والام ليست كذلك اذ ليس لها نحو ذلك للكسب
فان كان الاب زمنا لا يقدر على ذلك اجبر الابن على ان يدخله في نفقته وكسبه كما قلنا في الام كذا ذكر ابو بكر الرازي في
شرحه قال في شرح الكافي فان كان الولد معسرا والابوان معسران فليس عليه نفقتهما لانهما لما استويا في الحال لم يكن
احدهما بايجاب نفقته على صاحبه باولى من الآخر الا انه روي عن ابي يوسف انه قال اذا كان الاب زمنا وكسب الابن لا يفضل
من قوته فليس عليه ان يضم الاب الى نفسه لانه لو لم يفعله ضاع الاب ولو فعل لا يخشى الهلاك على الولد لان الانسان لا يهلك
على نصف بطنه **قوله** ثم اليسار مقدر بما روي عن ابي يوسف * اعلم ان نفقة الاقارب تجب بطريق الصلة على
الموسرين دون المعسرين ثم في تقدير اليسار اختلاف قال صاحب التحفة ذكر ابن سماعة عن ابي يوسف انه اعتبر نصاب الزكاة
وروى هشام عن محمد اذا كان له فضل على نفقة شهر له ولعياله فانه تجب عليه نفقة ذي الرحم المحرم والا فلا * وروي
عن محمد في الذي لا شيء له من ماله وهو يكتسب كل يوم درهما يكفيه له اربعة دوانق فانه يرفع لنفسه ولعياله ما يتسع فيه وينفق
فضله على من تجب عليه نفقته قال في التحفة وقول محمد اوفق وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي اي قول محمد
وقال روى هشام عن محمد اذا كان كسبه في كل يوم درهما ويكفيه لنفقته ونفقة عياله اربعة دوانق يصرف الفضل الى اقاربه
لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المؤدي تيسير الاداء ويتيسر الاداء اذا وجد اذا كان كسبه يفضل عن نفقته
وقال الولوالجي في فتاواه الى ما ذكر عن ابي يوسف لانه قال ولا يجبر الرجل على نفقة ذي الرحم المحرم وكان له كفاف وفضل عن
نفقته قوته حتى يكون له ما يبلغ مائتي درهم فصاعدا لان نفقة ذي الرحم المحرم تجب على الموسر ونهاية اليسار لا حد لها وبداية اليسار
لا حد دون النصاب فيتقدر اليسار بالنصاب * ونقل في خلاصة الفتاوى عن الاجناس * قال في نوادر ابي يوسف يشترط
نصاب الزكاة * قال في الخلاصة هكذا قال الصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى ان انتقص منه درهم لا تجب * ثم قال في الخلاصة
قال وبه يفتى وقدر صاحب الهداية ايضا اليسار بالنصاب لكن نصاب حرمان الصدقة وهو ان يملك ما يساوي
مائتي درهم فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاث بيته وفرسه وسلاحه وعبيده * ووجهه ان صدقة الفطر والاضحية والعبادة ومعنى المؤنة
وهي متعلقة بهذا النصاب ونفقة الاقارب مؤنة في كل وجه فلان تتعلق بهذا النصاب اولى **قوله** واذا كان
للابن مال قضي فيه بنفقة ابويه * وتقديمنا الوجه فيه اي بينا وجه المسالة في القضاء بالنفقة في مال الغائب عند قوله ولا
يقضى بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء * والوجه ان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء لكونها متفقا عليه فكان قضاء القاضي اعانة لهم
والباقي ينظر في تلك المسالة **قوله** واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة * وهذه مسالة القدوري
المراد الاب اذا باع مال ابنه الغائب من المنقولات بقدر ما يحتاج اليه من النفقة جاز ولا يجوز له ان يبيع الزيادة على ذلك عند
ابي حنيفة * وقال صاحباه لا يجوز ذلك واجمعوا انه لا يبيع العقار الا اذا كان الولد صغيرا فيبيع ذلك واجمعوا ان الام لا
تبيع مال ولدها الصغير والكبير كذا في شرح الطحاوي * وقول ابي حنيفة استحسان وقولهما قياس * كذا ذكر شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي لهما ان ولاية الاب انقطعت ببلوغ الابن عن عقل فلم يجز بيعه عليه بعد ذلك كبيع غيره من الاقارب ولهذا ليس له
ان يبيعه اذا كان الولد الكبير حاضرا بالاتفاق ولهذا لا يبيعه في سائر الديون سوى النفقة وكذا الام لا تبيع عقاره لعدم الولاية
الثابتة بالكلية فلا يجوز بيعه ولا يقضي القاضي بذلك لانه قضاء على الغائب ولابي حنيفة ان ولاية الاب وان زالت بالبلوغ
لكن بقي اثرها ولهذا صح استيلاده جارية الابن فلما بقي اثر الولاية كان له ان يبيع العروض لانه يبيعها من باب الحفظ لان المنقول يخشى عليه

الهلاك وحفظ الثمن ايسر من حفظ العين ولهذا كان للوصي ان يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب للحفظ فلما جاز بيع الاب كان له ان يأخذ من الثمن بمقدار النفقة لانه من جنس حقه بخلاف العقار فانه محصن بنفسه فلا يحتاج الى بيعه للحفظ الا ان مطلق الولاية ذلك عند صغر الولد او جنونه بخلاف ما اذا كان الولد الكبير حاضرا لانه لا حاجة الى حفظ غيره وبخلاف الام وساير الاقارب لانهم لا ولاية لهم على التصرف في المال اصلا في الصغر فلا تبقى اثرها بعد الكبر والنفقة لا تسمى ساير الديون لانه حينئذ يكون القضا على الغائب فلا يجوز بخلاف النفقة فانها واجبة قبل القضا وانما القضا القاضي اعانة فجاز بيع الاب بحكم القضا على الغائب **قوله** وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه وانفقا منه لم يضمنا وهذا لفظ القدوري قال في مختصر الكافي فان كان له عند احد من هولاء مال فانفقه على نفسه اجزئه ولم اضمنه وان كان عند غيرهم فاعطاهم بغير امر القاضي حتى انفقوا كان ضامنا له اشار بقوله هولاء الى ان الوالدين والولد والزوجة وانما لم يلزم الضمان في الصورة الاولى لان الغائب لو كان حاضرا يجب عليه دفع ذلك وهم اخذوا ما يجب عليه دفعه فلا يجب الضمان بخلاف الاجنبي فانه مامور بالحفظ فيبقى الحفظ بالانفاق فيضمن بخلاف ما اذا دفع الاجنبي باذن القاضي حيث لا يضمن لعموم ولاية القاضي ولا يقال هذا قضا على الغائب فلا يجوز لانا نقول نفقة هولاء واجبة قبل القضا وقضاوه اعانة لهم **قوله** على ما مر اشارة الى ما قال عند قوله ولا يقضى بالنفقة في مال الغائب الا لهولاء **قوله** واذا ضمن لا يرجع به على القابض اي اذا ضمن الاجنبي لا يرجع بما ضمن على القابض زوجا او ابا او اما لان الاجنبي ملك المدفوع بالضمان فكان متبرعا بملك نفسه **قوله** واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت وهذه من مسائل القدوري واستثنى في مختصره قوله الا ان ياذن القاضي في الاستدانة عليه وذلك لان نفقة هولاء انما تجب كفاية لهم عن حاجتهم فلما مضت المدة سقطت النفقة لان حاجتهم انقضت في المدة الماضية فلم يحتج الى كفايتها في تلك المدة فلا تسقط النفقة لان غاية ما في الباب ان يحصل لها الاستغناء عن الكفاية الحاجة الماضية وذلك لا يقتضي سقوط نفقتها لان نفقة المراة جارية مجرى الديون تجب مع يسار المراة الا ان ياذن لهم القاضي في الاستدانة عليه فحينئذ لا تسقط نفقتهم ايضا بمضي المدة لان ما اخذوه باذن القاضي صار دينا على الغائب فلم يسقط بعد ذلك كساير الديون لان القاضي له ولاية عامة فصار كان الغائب نفسه قال في خزانة الفقه ثلاثة احكام يفرق فيها بين نفقة المراة ونفقة ذي الرحم المحرم اذا عجلت نفقتها فهلكت عنها او سرقت او كانت فيها فاعجلت تحرقها لا يلزم نفقتها وكسوتها الى ان يمضي المدة في ذي الرحم المحرم منه يلزمه ثانيا في الحال وان امسكت النفقة ولم تلزمه حتى مضت المدة وهي على حالها يلزمه نفقة اخرى وفي ذي الرحم المحرم لا يلزمه اخرى ما لم يأكل ما عليه ولو اخذت نفقتها من زوجها ثم ماتت يسترد نفقة ما بقي من المدة في قول محمد وفي ذي الرحم المحرم لا يسترد اجماعا وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي واذا امتنع الاب من الانفاق على اولاده الصغار حبس في ذلك بخلاف ساير ديون الولد فان الاب عند محبوس فيه لوجهين احدهما ان النفقة لحاجة الوقت فهو بالمنع يكون قاصدا الى اتلافه والاب يستوجب العقوبة عند قصده اتلاف ولده كما لو عدا عليه بالسيف كان له ان يقتله بخلاف ساير الديون ولان ساير الديون لا تسقط بتاخير الادا والنفقة لا تصير دينا بل تسقط بمضي الوقت وانما كتبنا ها هنا كثيرا للفوائد وان لم يكن لها ذكر في هذا الموضع في المتن **قوله** قال الا ان ياذن القاضي في الاستدانة عليه استثنا من قوله سقطت وبيانه مر **قوله** وعلى المولى ان ينفق على امته وعلى عبده وهذه من مسايل القدوري والاصل هنا ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى ابي ذر الغفاري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يده فليطعمه مما ياكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم ما يغلبهم فاعينوهم قال في الديوان الخول حشم الرجل وقد يكون واحدا وهو اسم يقع على العبد والامة وقال في الغريبين يقال هم خول فلان اي اتباعه والخول الرعاة يقال هو خول عليهم اي يرعى عليهم وحدث الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى ابي اليسر صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اطعموهم مما تاكلون واكسوهم مما تلبسون قال ذهب قوم الى ان على الرجل ان يسوي بين مملوكه وبين نفسه في الطعام والكسوة احتجاجا بهذا الحديث وخالفهم اخرون احتجاجا بما حدث الطحاوي باسناده الى ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل الا ما يطيق فدل على ان للموالي ان يفضلوا انفسهم على عبيدهم يدل على هذا ايضا ما حدث البخاري باسناده الى ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا اتى احدكم خادمه بطعامه فان لم يجلسه معه فليناوله لقمة او لقمتين او اكلة او اكلتين فانه ولي علاجه وفي رواية الطحاوي فانه ولي حره ودخانه والجواب عن الحديث الذي احتجوا به ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بلفظ من وهي للتبعيض فاذا اطعم الموالي من بعض ما ياكلون او الكسوة من بعض ما يلبسون كما يحصل الغرض فلو كان المراد التسوية في الاكل والكسوة لقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ما تاكلون ومثل ما تلبسون ثم اعلم ان من كان مملوك المكاسب والمنافع فالمولى يجبر على نفقته كالعبد والامة والمدبر وام الولد لما روينا من الانفاق فكل ما يصلح للاجارة ينفق عليهم من اجرته نظرا لجانب المولى والعبد جميعا لان العبد لا على وكلا لا يصلح للاجارة كالعبد الزمن والجارية

التي لا تواجر مثلها يجبر على الانفاق ان امتنع القاضي اذا اراد ذلك الا المدبر وام الولد فانه يجبر على الانفاق لا غير لانه لا يمكن بيعهما وكل من لم يكن مملوك المكاسب والمنافع فانه لا يجبر على نفقته وكذلك لا يجبر على ساير نفقة الحيوانات في ظاهر الرواية لانها ليست من اهل الاستحقاق بخلاف الادمي وعن ابي يوسف يجبر لئلا يلزم تعذيب الحيوان بلا فايدة **قوله** فان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا يواجر مثلها اجبر المولى على بيعهما والضمير في لهما او بيعهما راجع الى العبد او الامة قال في شرح الاقطع بما ذكره من البيع فينبغي ان يكون على قول ابي يوسف ومحمد لانهما يريان البيع على الحر لاجل حق الغير فاما ابو حنيفة فانه لا يرى جواز البيع على الحر ولكنه يحبسه حتى يبيع اذا استحق عليه البيع **قوله** وفي البيع ايفاء حقهما وهو مصدر اوفى يوفي وقوله وابقا حق المولى وهو مصدر ابقى يبقي **قوله** بالخلف اي بالثمن **قوله** بخلاف نفقة الزوجة يرتبط بقوله اجبر المولى على بيعهما يعني ان العبد والامة اذا لم يكن لهما كسب وامتنع المولى من انفاقهما يجبر على بيعهما بخلاف الزوجة فان الزوج اذا امتنع من انفاقها لا يجبر على التفريق لان ثمه اذا لم يجبر على البيع يلزم ابطال حق العبد والامة اصلا لان نفقة العبد والامة لا تصير دينا على المولى وفي الزوجة اذا لم يجبر على تفريقها لا يلزم ابطال حقها لانها تصير دينا بقضاء القاضي اذا اجبر على البيع لا يفوت حق المولى من كل وجه لانه يحصل له الخلف وهو الثمن فاذا اجبر على التفريق يفوت حق الزوج من كل وجه لعدم الخلف ولهذا اجبر المولى على البيع ولم يجبر الزوج على التفريق **قوله** على ما ذكرنا اشارة الى قوله بخلاف نفقة الازواج اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط **قوله** وفيه ذلك او في الامتناع عن انفاق الحيوانات تعذيب الحيوان **قال** ونهى عن اضاعة المال وهو ما حدث البخاري باسناده الى المغيرة بن شعبة قال قال النبي صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى حرم عليكم عقوق الامهات ووأد البنات ومنع وهات وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤال واضاعة المال ومنه قال تعالى واذا الموءودة سئلت والوأد دفنها حية ومعنى منع وهات حرم منع الواجب عليك من الحقوق واخذ ما لا يحل لكم من اموال الناس وكثرة السؤال اي مسئلة الناس اموالهم او السؤال عن الامور وكثرة البحث قال تعالى لا تسئلوا عن اشياء ان تبد لكم تسؤكم وقال تعالى ولا تجسسوا **قوله** وعن ابي يوسف انه يجبر اي يجبر مالك الحيوان على النفقة عليها اراد به ما ذكره ابو جعفر الطحاوي في مختصره وقال وقد روى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف ولم يحك خلافا بينه وبين ابي حنيفة انه يجبر ارباب البهائم على النفقة عليها قال الطحاوي وبه نأخذ قال ابو بكر الرازي ويشبه ان يكون ذهب به الى ما روي من الاثار في النهي عن تعذيب الحيوان **قوله** والاصح ما قلنا اي لا يجبر على انفاق ساير الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق وهذا اخر كتاب الطلاق والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

العتاق

لما فرغ عن بيان الطلاق شرع في بيان العتق لان كل واحد منهما اسقاط الحق الا ان الاول قدم لمناسبة النكاح ثم الاسقاطات انواع تختلف اسماؤها باختلاف انواعها فاسقاط الحق عن الرق عتق واسقاط الحق عن البضع طلاق واسقاط ما في الذمة براءة واسقاط الحد القصاص والجراحات عفو ثم الدليل على وقوع العتق قوله تعالى فتحرير رقبة فلولا انه لا يقع لم يوجبه الشارع علينا وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما رجل اعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار رواه البخاري في الصحيح باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم وهكذا رواه مسلم ايضا في صحيحه باسناده الى ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اعتق رقبة اعتق الله بكل عضو منها عضوا من اعضائه من النار حتى فرجه بفرجه وذكر محمد بن الحسن في الاملاء عن ابي يوسف عن اسمعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن ابي الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من لعب بطلاق او عتاق فهو جائز عليه ونزلت هذه الاية ولا تتخذوا آيات الله هزوا في ذلك وذكر عن عمر بن الخطاب قال من تكلم بطلاق او عتاق او نكاح فهو جائز عليه يقال عتق يعتق عتقا وعتاقا واعتقه يعتقه اعتاقا قال ابو حاتم الرازي في كتابه معنى اعتقه جعله عتيقا والعتق الكريم فكان العبد اذا اعتق صار حرا كريما والعتيق من كل شي قديم يقال قريش عتيق اذا كان له سابقة وعتقت اذا سبقت ويقال عتقت مني يمين اي سبقت وتقدمت قال الشاعر على الية عتقت قديما وليس لها وان طلبت مرام ورجل عتيق اي كريم وامراة عتيقة ونساء عواتق ويقال اعتق فلان رقبته اذا اعتق عبده او امته وخصوا الرقبة من بين ساير الاعضاء لان ملك الصاحب له بمنزلة الحبل في رقبته فاذا اعتقه فقد حل ذلك الحبل من رقبته هذا كله كلام ابي حاتم في كتاب حلية الفضلاء والاعتاق ازالة الملك بحر بعض زوال كله الى الحق وهذا عند ابي حنيفة والعتق الحرية الحاصلة بعد الملك وبالاعتاق فاثبت العتق فالملك عبارة عن المطلق الحاجز والرق عبارة عن معنى اذا ثبت في الادمي يضعف بملكه والباقي يعرف في كتابنا الموسوم بالتبيين وشرط الاعتاق ان يكون المعتق حرا عاقلا بالغا مالكا وسببه التكلم بالفاظ العتق صريحا او كناية اذا وجدت النية والملك في القرب وركنه لفظ العتق ايضا بدون لاحل منضافا الى المحل وحكمه زوال الملك او العتق على حسب الاختلاف في تفسير الاعتاق وقال في التحفة الاعتاق انواع قد يكون قربة وطاعة لله تعالى بان اعتق لوجه الله تعالى او نوى عن كفارة عليه وقد يكون مباحا غير قربة بان اعتق من غير نية او اعتق

اراعتق لوجه فلان وقد يكون معصية بان قال لو قال انت حر لوجه الشيطان ويقع العتق ايضا **قوله** قال العتق يصح من حر البالغ العاقل في ملكه . قال القدوري في مختصره . اما اعتبار الحرية فلان الاعتاق يقتضي سابقة الملك والعبد لا يملك شيا فلا يصح اعتاقه واما اعتبار البلوغ والعقل فلانه ازالة ملك وفيه ضرر ظاهر فلا يصح تصرف الصبي والمجنون فيما فيه ضرر كالطلاق لو بنيل تعليقه . قوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاث عن النايم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يحتلم واما اعتبار ان يكون العبد في ملكه فلقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر لابن ادم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك رواه الترمذي في جامعه باسناده الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده **قوله** الى حالة منافيه ارادها الصبي والجنون فانهما منافيان للاعتاق **قوله** واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينوي . وهذه من مسايل القدوري . اعلم ان الالفاظ التي تستعمل في باب العتق على ثلاثة اقسام احدها ما يعتق بغير النية . والثاني ما يعتق بالنية . والثالث ما لا يعتق وان نوى به العتق اما القسم الاول فقال في عتاق الاصل اذا قال لعبده انت حر او اعتقتك او حررتك او انت عتيق عتق في ذلك كله الا انه نوى به الخبر بالباطل فيدين فيما بينه وبين الله تعالى فلا يعتق وان قال لعبده هذا مولاي عتق في القضا وفي نوادر ابن هشام عن ابي يوسف لو قال رجل لاخر انا مولى ابيك اعتق ابوك ابي وابي فانه حر لا يكون عبدا وكذلك لو قال انا مولى ابنك ولم يقل اعتقني فانه حر ولا يكون عبدا وكذلك لو قال انا مولى ابنك اعتقني فانه مملوك لم يجد الوارث ان يكون ابوه اعتقه الا ان يجيا بالبينة وفي الهارد في اذا قال لام ولده انت حرة وقال نويت انك حرة من عمل او من دوات بيت لم يدين في القضا ولا فيما بينه وبين الله تعالى . واما القسم الثاني وهو الذي يعتق اذا نوى العتق فقال في عتاق الاصل لو قال لعبده لا سبيل لي عليك ولا ملك لي عليك او قد خرجت من ملكي عتق ان نوى العتق ولا يعتق ان نوى العتق الا انه لم ينوه في القضا وفيما بينه وبين الله تعالى وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال لعبده لا سبيل لي عليك الا سبيل الولا لا عتق في القضا وان قال لا سبيل لي عليك الا سبيل الولا لا لم يعتق . وفي نوادر ابي يوسف رواية ابن سماعة لو قال لعبده انت حر فجا ذلك مما عتق غلامه ان نوى العتق وكذلك الطلاق اذ نوى ولو هجا بجل التلاوة لم يجب عليه ان يسجد لها وفرق ما بينهما لانه لو كتب السجدة لم يجب عليه ان يسجد ولو كتب الطلاق او العتق الى امراته عتق العبد وطلقت المراة . واما القسم الثالث وهو الذي لا يعتق وان نوى فقال في عتاق الاصل اذا قال لامته قد بت مني او حرمت علي او انت خلية او برية او باين او بتة او اخرجي او استتري او تنحي او اذهبي او اختاري فاختارت نفسها او قال لا سلطان لي عليك وهو ينوي العتق في جميع ذلك لم يعتق . وقال في الهاروني اذا قال لا سلطان لي عليك وهو ينوي العتق صارت حرة . ثم اعلم ان الالفاظ التي يقع بها العتق صريح وكناية اما الصريح فيقع كيف كان سواء استعمل بلفظ الصفة كقوله انت حر وانت عتيق او عتيق بلفظ الاخبار كقوله حررتك او اعتقتك او بلفظ النداء كقوله يا حر يا عتيق او يا محرر وذلك لان هذه الالفاظ صريح في العتق فلا يفتقر الصريح الى النية غاية ما في الباب ان يقال ان في لفظ الخبر احتمال بالكذب فينبغي ان لا يقع العتق بالاحتمال لكنا نقول اللفظ وان كان للاخبار وضعا جعل للانشاء شرعا فلم يحتمل الكذب . قال بعض المحققين معنى الكلام انه لا يحتمل صدقا ولا كذبا بل هو موضوع لنوع من الكلام يتحقق في النفس ليس له اعتبار من خارج يوافقه فليس فيه صدق ولا يخالفه فيسمى كذبا كقولك قم واضرب فانه طلب محقق لا يعتبر بامر من خارج وهو محقق النسبة الى زيد لا باعتبار النفس فان كانت محققة يسمى صدقا وان كانت منفية يسمى كذبا **قوله** وغيرها نحو قوله اجرت بدلك اردف او وكلتك **قوله** وان قال عنيت به الاخبار الباطل وانه حر من العمل صدق ديانة . اي ان قال اردت بكل واحد من هذه الالفاظ وهي قوله انت حر او معتق او عتيق او حررتك او اعتقتك الاخبار الباطل ومعنى الكذب او قال اردت انه حر من العمل اي لا استعمله في عمل صدق ديانة يعني فيما بينه وبين الله تعالى حتى لا يعتق ديانة لان الصيغة للخبر وضعا والخبر يحتمل ذلك ولكن لا يصدق قضا لانه خلاف الظاهر . وقال في التحفة الفقه ولو قال انت حر من هذا العمل يعني عملا معينا او قال انت حر من العمل اليوم فانه يعتق في القضا لان العتق لا يتجزى فاذا جعل حرا في بعض الاعمال او جعله حرا عن الاعمال كلها في بعض الازمان يثبت في الكل بتصيف فيما بينه وبين الله تعالى انه اراد به البعض **قوله** ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق ذكره بسبيل التفريع لمسالة القدوري قال في عتاق الاصل لو قال لعبده يا عتيق يا حر يا مولاه عتق في هذه الثلاثة وذلك لانه ناداه بما هو موضوع لحريته فاقتضى تحقيق هذا الوصف فيه بخلاف قوله يا ابني فانه لم يناده باللفظ الموضوع لحريته فكان الغرض مجرد الاستحضار . وقال في الاجناس لو قال يا حر النفس عتق في القضا وفي نوادر ابن سماعة لو سمى عبده حرا فقال له يا حر لا يعتق اذا كان اسمه حرا معروفا وفي الهاروني لو قال ما اردت العتق عتق ولا اكرامه فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضا **قوله** وانه يثبت من جهته اي ان الوصف وهو الحرية ثبت من جهة المنادي لان المحلي يعني المعين واغا فيد بهذا احترازا عن مثل قوله لان الوصف وهو النبوة مثلا لا يمكن اثباته من جهة المنادي لان المخلوق من ما العير لا يكون ابنا بهذا النداء وسيجي بيانه ان شا الله تعالى **قوله** وستعرفه من بعد اي في مسالة يا ابني يا اخي **قوله** الا اذا سماه حرا فرنا داه يا حر استثنا من قوله عتق **قوله** ولو ناداه بما اراد بلقبه بالحر قيل لو العتق اي كل

الشارح سوف يذكره ايضا بسبيل التفريع وكذا اعلمه يعني اذا ناداه بقوله يا حر وكان سماه ارادة يعتق لانه امرنا داه باسمه العلم دون المعنى الذي وضع اللفظ له واذا قال لعبده يا ازاد مفردا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يعتق وقال بعضهم لا يعتق وبه قال الفقيه ابو الليث في النوازل لانه اذا قيل ازاد يراد به العتق واذا قيل ازاد يراد به الانسانية ولا يراد به الاعتاق **قوله** واذا قال راسك حر او وجهك حر او رقبتك او بدنك او قال للامة فرجك . وهذه من مسايل القدوري يعني ذلك الحكم اذا ذكر هذه الالفاظ يعني يعتق لانه اضاف العتق الى جزء يعبر عن جميع البدن فيثبت به العتاق كالطلاق لا اضافه الى هذه الالفاظ وكذلك اذا اضاف العتاق الى جزء شايع كالنصف والثلث وما اشبه ذلك كما في الطلاق بخلاف ما اذا اضاف العتق الى جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كاليد والرجل لا يقع به الطلاق العتاق كالطلاق وفيه خلاف زفر والشافعي وقد مر بيانه في باب ايقاع الطلاق . قال الحاكم الشهيد في الكافي وان قال يدك او عضو من اعضايك او دمك حر لم يعتق وسيجي المسايل في اخر الباب **قوله** وفيها تلك الخلاف اي في اول باب العبد يعتق بعضه **قوله** وقد بيناه اي في اول باب ايقاع الطلاق **قوله** ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لا يعتق . وهذه من مسايل القدوري وذلك لانه من كنايات العتق فلا بد من النية بيانه ان نفي الملك يحتمل اما انه باعه او لانه اعتقه فلا بد لتعين العتق من النية قلت ينبغي ان يقع العتق بلا نية اذا لم يكن البيع ونحوه من الاشيا المزيلة موجودا لان نفي الملك الا كان لما كان دايرا بين الاعتاق وغيره وعدم الاعتاق لم يكن موجودا في الواقع وتعين الاعتاق لا محالة كما مر الحكم في المتردد بين الشيين وانه لا يلزم ان يكون كلام العاقل لغوا فلا يجوز . ونقل صاحب الاجناس من نوادر ابن رستم عن محمد لو قال لمملوكه انت غير مملوك لا يكون عتقا لكن ليس له ان يدعيه . وقال في خلاصة الفتاوي ليس له ان يستخدمه فان مات لا يرث بالولا فان قال المملوك بعد ذلك انا مملوك له فصدقه كان مملوكا له . وقال فيه ايضا وكذا لو قال ليس هذا عبدي لا يعتق **قوله** وكذلك جميع كنايات العتق . اي قال القدوري وكذلك جميع كنايات العتق يعتق بها اذا وجدت النية والا فلا وفسرها صاحب الهداية بقوله وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك قال لانه يحتمل ان يكون انه يكون باعتبار البيع والكتابة او باعتبار العتق فلا بد من النية ومما ذكرناه انفا في قوله لا ملك لي عليك فهو يرد في قوله خرجت من ملكي ولا رق لي عليك فاعرفه وقال في التحفة في قوله لا سبيل لي عليك ان نوى العتق يعتق وان لم ينو يصدق في القضا لانه لفظ مشترك الا اذا قال لا سبيل لي عليك الا سبيل الولا فهو حر في القضا ولا يصدق لانه اراد به غير العتق ولو قال لا سبيل الموالاة يصدق في القضا لانه قد يراد به الموالاة في الدين بخلاف لفظ الولا فانه يستعمل في ولا العتق . وقال القدوري في شرحه فان لم ينو في قوله لا سبيل لي عليك فهو رقيق لان المولى قد يقول لعبده لا سبيل لي عليك لاني كاتبتك او زالت يدي عنك او لا سبيل لي عليك لاني انصفتك فاذا احتمل اللفظ العتق وغيره لم يقع الا بالنية **قوله** وكذا قوله لامته قد اطلقتك يعني ان هذا اللفظ ايضا من كنايات العتق فاذا نوى العتق عتقت والا فلا كما في حمله على نفي السبيل بخلاف ما اذا قال لها قد طلقتك حيث لا يقع العتق اصلا نوى او لم ينو لان لفظ الطلاق صريح في رفع قيد النكاح فاذا جوزنا استعماله في رفع ملك اليمين مجازا يلزم ان يكون مويلا لادنى من الاعلى فلا يجوز وياتي التقرير عن عند قوله . ولو قال لامته انت طالق وذلك الموضع هو المراد بقوله على ما نبين **قوله** ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لا يعتق . وهذا لفظ القدوري في مختصره في رواية الاصل وقال في الهاروني يعتق اذا نوى وجه الفرق على رواية الاصل من قوله لا سلطان لي عليك حيث لا يعتق اصلا وبين قوله لا سبيل لي عليك حيث يعتق اذا نوى لان السلطنة عبارة عن قيام اليد . او الحجة وبقاء اليد او الحجة لا يدل على العتق الا ترى انه لا يد للمولى على المكاتب بخلاف نفي السبيل على العتق . الا ترى ان للمولى على المكاتب سبيلا من حيث المطالبة بادا بدل الكتابة . وقد روي عن الكرخي انه قال ما اتضح لي وجه الفرق بين المسالتين وقد فني عمري قال اهل التفسير في قوله وكيف اخاف ما اشركتم ولا تخافون انكم اشركتم بالله ما لم ينزل به عليكم سلطانا اي حجة كذا ذكره في الكشاف وفي تفسير الزجاج وغيرهما . وقال ابن دريد قال ابو عبيدة في قوله عز وجل سلطان مبين اي حجة . وقال في ديوان الادب السلطان الحجة ولو قال لعبده اذهب حيث شيت او توجه حيث شيت من بلاد الله لا يعتق وان نوى كذا في مختصر الكرخي وذلك لانه يفيد زوال اليد فلا يدل على العتق كما في المكاتب **قوله** فلهذا يحتمل العتق اي لاجل ان نفي السبيل مطلقا ما نفي الملك يحتمل قوله لا سبيل لي عليك العتق ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق . وهذه مسالة القدوري وهذا بالاتفاق فيما اذا كان يولد مثله لمثله اما اذا كان لا يولد مثل هذا الغلام لمثل هذا المولى فيجي بيان الاختلاف عند قوله وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني واحمل هذا الحكم على ما اذا لم يكن للعبد نسب معروف من غيره وصف طوله بصفة من يعتق عليه اذا ملكه عتق عليه اعني القرابات المحرمة للنكاح كقوله هذا اخي او هذا ابني او هذا ابي او هذا امي او هذا عمي او خالي او قال هذا جدي . قال في التحفة ذكر في ظاهر الرواية ونوى في الكل وقال يعتق نوى عنه لا يخلوا اما ان كان له نسب معروف من الغير او لم يكن فان لم يكن له نسب معروف ثبت النسب والعتق جميعا وان كان نسبه معروفا من الغير او لم يكن لا يثبت النسب لتعذره لانه ثابت النسب من الغير لكن يثبت العتق عملا بمجاز اللفظ لان البنوة سبب التحرير واطلاق السبب وارادة المسبب طريق من طرق المجاز والدليل على ان هذا سبب ان من ملك ابنه يعتق عليه وانما يعتق بلفظ الاخ والاخت على ظاهر الرواية لانه لا يستعمل في الشريعة على وجه الاكرام قال الله تعالى فان لم تعلموا اباءهم

فالحاكم في الدين فلا يتعين العتق لا بالنية . ثم اعلم ان في قوله هذا ابني وهو في ابي وهو يصلح ان يكون ولدا لهما وهو مجهول
النسب ثبت العتق ولكن لا يثبت النسب ما لم يصدقه فانه بخلاف قوله لمجهول النسب هذا ابني حيث يثبت العتق والنسب بلا
تصديق وعليه نص الحاكم وذلك لان في الصورة الاولى حمل النسب على غيره فيعتبر تصديقه بخلاف البنوة لانه يحملها على نفسه
كذا في الشامل . ثم اذا قال لامة هذا ابني وقد صارت ام ولد اذا كانت في ملكه بعضهم قالوا لا يثبت الاستيلاد سواء كان الولد
مجهول النسب او معروف النسب . وقال بعضهم يثبت في الحالين وبعضهم فرق ان كان معروف النسب لا يثبت وفي مجهول
النسب يثبت كذا في التتمة وتحفة الفقهاء . ثم اعلم ان قوله وثبت على ذلك انما شرطه لثبوت النسب لا لثبوت العتق لان
الرجوع عن الاقرار بالنسب يصح وعن العتق لا يصح وبه صرح فخر الاسلام البزدوي في اصول الفقه في اخر باب الحقيقة والمجاز
والدليل على ذلك ان الرجوع عن الاقرار بالنسب يصح ما نص عليه الكرخي في مختصره في باب اقرار الرجل بوارث من كتاب الاقرار
واذا اقر الرجل في مرضه باخ من ابيه وامه او ابن عم او بعم او بابن عم وصدقه المقر به ثم انكر المقر بعد ذلك وقال
ليس بيني وبينه قرابة ثم اوصى بماله كله لرجل ثم مات ولا وارث له ولا عصبة ولا مولى فان المال كله للموصى له بجميع المال
ولا شيء للمقر له لان للمريض جحد ما اقر به من ذلك ولم يكن اقراره لازما فلما جحده كان بمنزلة ما لم يقر ولو لم يوص بماله
ولكنه مات وقد جحد ما اقر به كان ماله في بيت المال لجماعة المسلمين وبطل ما اقر به الى هنا لفظ القدوري الكرخي ونقل
الامام حميد الدين الضرير عن السدار الرازي ذكر في شرح القدوري انه انما قال ذلك لانه لو لم يثبت وادعى انه
قال ذلك كرامة يصدق ولا يعتق والعبد يحتاج الى النسب حتى يحصل له معين وظهير . وجه الجار يذكر من بعد
يعني عند بيان دليل ابي حنيفة في قوله فان قال الغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة في قوله
قال ولو قال لعبده هذا مولاي او يا مولاي عتق . وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا نص الحاكم في الكافي
ولا يحتاج الى النية لكونه صريحا كذا في تحفة . ونقل في خلاصة الفتاوي عن العيون قال لا يعتق بالنداء الا
في موضعين يا مولاي ويا حر عامدا او لا ان لفظ المولى مشترك يجيء بمعنى ابن العم والولي والحليف والناصر والعتق . ثم اورد
صاحب ديوان الادب امثلة ابن العم فمثل قوله تعالى وان خفت الموالي من وراءي اي بني عمي بعد موتي كذا قال اهل التفسير
وقال طرفة فما لي اري وابن عمي مالكا متى ادن منه ينأ عني ويبعد فلو كان مولاي امرا غيره لفرج كربي او لانظرني غدي
والمولى في البيت بمعنى ابن العم فمثل قوله تعالى وان الكافرين لا مولى لهم اي لا ناصر لهم وللنا ابن الحليف فكقول الجعدي
موالي حلف لا موالي قرابة اي هم حلفاء لا ابناء عم واما الولي فمثل قوله تعالى وارحمنا انت مولانا اي متولي امورنا وقيل ايضا
اي ناصرنا وسيدنا ونحن عبيدك والمعنيان لا جوازان في غاية الكثرة والشهرة في كلام العرب ثم قال اصحابنا اذا
قال لعبده هذا مولاي لا يجوز ان يحمل على النصر لان المولى لا يستنصر بعبده عادة ولا يحمل على انه اراد به ابن العم لانه معلوم
على خلاف ذلك ولا يحمل على انه اراد به المولى الاعلى لان العبد لا يعتق مولاه فتعين المولى الاسفل وهو الذي انعم عليه
بالعتق وهو صريح في ايقاع العتق وكذا اذا قال يا مولاي لانه نداء بالاسم الصريح في العتق فصار كقوله يا حر وقال
زفر لا يعتق لانه لا يتبعها التعظيم كقوله يا سيدي ويا مالكي وذكر في الفتاوي الولوالجي خلاف المشايخ فيما اذا قال
لعبده هذا مولاي او قال يا مولاي او قال لامته هذه مولاتي او قال يا مولاتي فمنهم من قال هذا صريح ومنهم من قال وجه صحيح
لو قال عنيت به الناصر لا يصدق في القضاء ومنهم من قال بين الصريح والكناية حتى لا يعتق من غير نية قال الولوالجي
والاول اصح فاقول ان المولى صريح في ايقاع العتق وهذا لان الصريح مكشوف المراد ولفظ المولى مشترك قد استعمل له
في معان في القران والشعر ومع استعماله في المعاني بسبيل البدل لا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحا فلا بد من النية
وقولهم ان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة فلا نسلم له ذلك بل يحصل له النصر بمماليكه وخدمه والذي لا يحتاج الى الظهير
والنصير هو الله تعالى وحده على انا نقول لاشك ان الصريح يفوق الدلالة والمتكلم يصرح وينادي باعلى صوته اني
عنيت الناصر بلفظ المولى وله دلالة على ذلك حقيقة لانه مشترك وهم يقولون دلالة الحال من كلامك يدل على ان المراد
من المولى هو المولى المعتق الاسفل ولا يعتبر ارادة الناصر دعوه وهذا في غاية المكابرة قوله اما الاول
اراد به قوله هذا مولاي واراد بالاعلى المعتق بفتح التاء وبالاسفل وبالاسفل المعتق بكسر التاء قوله
وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه اشارة الى قوله تعين الاسفل قوله والعبد نسبه معروف يعني يعرف يقينا
ان العبد لا نسبة بينه وبين سيده في القرابة فلا يكون ابن عمه قوله فالتحق الاول والثاني اي الناصر وابن
العم قوله والثالث نوع مجاز اراد به اراد به الولي في الدين قوله والكلام لحقيقته فتعين
الاسفل قلنا ان الكلام لحقيقته اذا لم يكن المجاز مرادا اما اذا كان مرادا فلا نسلم على انا نقول لفظ المولى مشترك وكله
حقائق لا حقيقة واحدة فلا تتعين للاسفل مع تصريحه بانه لم يرده بل اراد به معنى اخر قوله لما بينا من الدليل
في قوله هذا مولاي قوله ولنا الثاني معطوف على قوله اما الاول واراد بالثاني قوله يا مولاي لاي يا مولاي
قوله هذا اللفظ اي بقوله يا مولاي قوله وقال زفر لا يعتق في الثاني اي في قوله يا مولاي
يعني اذا ذكر المولى بلفظ النداء قال لانه يقصد به الاكرام كقوله يا سيدي ويا مالكي . قال في الفتاوي الصغرى
اذا قال يا سيدي او قال يا مالكي اذ الرسول العتق لا يعتق وذكره عن محمد روايتان قوله بخلاف ما ذكر اراده

قوله

له يا سيدي يا مالكي يعني ليس فيه ما يدل على العتق وكان كلمة لطف واكرام قوله فلو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق
وهذا لفظ القدوري في مختصره . وقال في تحفة الفقهاء اذا قال يا ابني يا بنتي يا ابي فانه لا يعتق الا اذا نوى لان النداء
لا يراد به ما وضع له اللفظ انما يراد به استحضار المنادي الا اذا ذكر اللفظ الموضوع للحرية كقوله يا حر يا مولاي يعتق
لان في الموضوع لا يعتبر المعنى ونقل في الاجناس عن نوادر ابن رستم عن محمد لو قال لعبده يا اخي لا يعتق في جميع ذلك والاصل
هنا ان المقصود من النداء هو استحضار المنادي لكن الاستحضار اذا كان بلفظ يشتمل على وصف يتصور اثبات ذلك الوصف
من جهة المنادي كان استحضارا له بتحقق ذلك الوصف كقوله يا حر معتق الا اذا كان اسمه حرا و يا داه بقوله يا حر د
يا اسود تكرم ذلك واذا كان ذلك الاستحضار بلفظ يشتمل على وصف لا يتصور اثبات ذلك الوصف من المنادي
كان النداء لمجرد الاعلام لتحقيق الوصف كقوله يا ابني لان المخلوق من ماء الغير لا يكون ابنا للمنادي بالنداء بلفظ الابن
قوله لتعذره يعني لتعذر الوصف من جهته لان الاستحضار اذا كان بلفظ يشتمل على وصف يتصور اثبات ذلك
الوصف من المنادي كان النداء لمجرد الاعلام لا لتحقيق الوصف كقوله يا ابني واراد بالوصف البنوة والاخوة ونحوهما من
الابوة . ويروى عن ابي حنيفة شاذا انه يعتق منهما اي في قوله يا ابني ويا اخي ثم في تتمة الفتاوي اذا قال
لعبده يا ابني روى الحسن عن ابي حنيفة انه يعتق قوله والاعتماد على الظاهر اي على ظاهر ما ذكره القدوري
وهو المذكور في النوادر والمنتقى قوله ولو قال يا ابن لا يعتق يعني اذا ذكر الابن بالنداء على انه منادى مفرد
لا يعتق لانه ليس من لفظه ما يدل على العتق وهو صادق فيما ذكر لانه ابن والده وانما ذكره بسبيل التعريف وكذا اذا نادى
بصغير الابن والبنت بدون الاضافة الى ياء المتكلم وقال يا بني او يا بنية لا يعتق لما قلنا قوله وان قال
لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق . وهذه من مسائل القدوري اعلم انه اذا قال
لعبد الاكبر منه سنا هذا ابني او قال هذا ولدي عتق عليه عند ابي حنيفة . وقال ابو يوسف ومحمد لا يعتق وبه قال
الشافعي لهم ان صريح كلامه محال لان الاكبر سنا محال ان يولد من الاصغر سنا فاذا كان محالا لحقيقته لا يثبت مجازه د
وهو الحرية لان المجاز خلف عن الحقيقة فاذا لم يتصور الاصل لا يتصور الخلف فصار كقوله اعتقتك قبل ان اخلق وهذا
وقال قطعت يد فلان فخرج يده صحيحة لا يحمل اقرارا بالمال مجاز العدم تصور الاصل بخلاف ما اذا قال لمعروف النسب
وهو اصغر منه سنا هذا ابني حيث ثبت الحرية مجازا لتصور الاصل لان مثله يجوز ان يولد منه لكن لم يثبت حكم الاصل
لمانع وهو انه ثابت النسب من الغير . قال في شرح الاقطع فرق ابو يوسف ومحمد بين المعروف بالنسب وبين ان يولد مثله
لمثله بان المعروف النسب يجوز ان يكون ابنه من الزنا ومن ملك ابنه من الزنا عتق عليه ولابي حنيفة ان كلامه لما كان محالا د
حقيقته حمل على المجاز لطريق وجود المجاز وهو اطلاق اسم السبب وارادة المسبب ولهذا لو ملك ابنه يعتق عليه اجماعا
فعلم ان البنوة في المملوك ملازمة للحرية لانه لا توجد البنوة في المملوك ملازمة للحرية الا وتوجد الحرية معها فذكر الملزوم
واراد اللازم وذكر السبب واراد المسبب طريق من طرق المجاز فيحمل كلامه على المجاز تحرزا عن الالغاء ولهذا ينعقد النكاح بلفظ
الهبة عندنا وان لم يتصور حقيقة الهبة في الحرة لان الهبة تثبت ملك الرقبة وملك الرقبة سبب لملك المتعة وهذا لان
المجاز شرطه ان يكون خلفا عن الحقيقة في التكلم لا في الحكم كما قال لان الحقيقة والمجاز من اوصاف اللفظ والمتكلم
يتصرف في اللفظ لا في الحكم فاذا كان الخليفة في التكلم . قلنا ان قوله هذا ابني صحيح من حيث التكلم لكونه مبتدأ وخبرا
وان لم يثبت حكمه وهو البنوة فيصح مجازه ايضا وهو الحرية لثبوت شرط المجاز وهو الخليفة في التكلم ولهذا اذا قال
لمعروف النسب وهو اصغر سنا منه تثبت الحرية مجازا وان لم يثبت النسب بخلاف اذا قال اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان
اخلق لانه لا يتصور ان يكون الاعتاق قبل الاخلاق فلم يوجد السبب فلغا كلامه وبخلاف ما اذا قال قطعت يدك وهي صحيحة
حيث لا يثبت المال مجازا وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع سبب لوجوب مال مخصوص وهو مخالف لوجوب مطلق
المال فيما هو سبب القطع وهو الارش لا يمكن اثباته لوجود هذه اليد وما هو محتمل للاثبات وهو مطلق المال ليس بسبب للقطع
اذ لم يمكن اثبات المال مجازا فلغا كلامه ولانه لما اخرجها صحيحتين نزله جرح حقيقة برئ على وجه لم يبق له اثر فلا يتعلق
حكم بعد ذلك لانه لو ثبت حقيقة الجرح فبرأ لا يتعلق به الحكم فبقي المجاز اولى ثم لابي حنيفة في قوله هذا ابني طريقان
احدهما انه بمنزلة التحرير ابتداء مجازا والطريق اطلاق السبب على المسبب فعلى هذا لا يكون الام ام ولد له اذا كانت في ملكه لانه
ليس بتحرير الغلام ابتداء تاثير في اثبات امومية الولد والطريق الاخر انه اقرار بحريته مجازا كانه قال عتق علي من حين
ملكته فان البنوة في الملك سبب للعتق وهو الاصح . ولهذا قال في كتاب الاكراه اذا اكره الرجل ان يقول هذا ابني لا يعتق
والاكراه يمنع صحة الاقرار بالعتق لا صحة التحرير ابتداء ابتنى هذا اشارة الى انه اقرار ولده له قوله فخرج كلامه
محالا اي عند ابي يوسف ومحمد والشافعي انه قوله هذا ابني كلام محال لان الاكبر السن لا يولد من الصغير السن وهذا ظاهر
هذا لان البنوة اشارة الى قوله اخبار عن حريته قوله صلة للقرابة اي ان البنوة صلة متوجهة للصلة
العتق صلة فكون البنوة صلة للعتق قوله تجوزا اي مجازا قوله فيحمل عليه اي يحمل قوله هذا
ابني على المجاز وهو الحرية قوله بخلاف ما استشهد به على صيغة ما لم يسم فاعله لعدم ذكر الفاعل قوله
وجب على العاقلة في سنين لفظ النسخة وهو الصحيح لاغير لان الكلام وقع فيما اذا قطع اليد الواحدة وارش اليد الواحدة

نصف الى الدية من الارش اذا زاد على ثلث الدية تكون في سنتين على العاقلة الثلث في السنة الاولى والباقي في السنة الاخرى وما زاد على الثلثين فالثلثان في سنتين وما زاد في السنة الثالثة وفي بعض النسخ في سنين بلفظ الجمع والنبي يجئ **قوله** ولا يمكن اثباته بدون القطع اي اثبات الارش **قوله** وما امكن اثباته الضمير راجع الى ما يشبه الدية وهو عبارة عن مطلق المال وقد مر بيانه **قوله** انما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما ذكر هذا البيان الفرق عما دعي عن طرف ابي يوسف ومحمد بان يقال اذا قطع اليد لا يثبت المال مجازا لان مطلق المال يخالف ما لا يخصوصا وهو الارش فكذا الحرية الثابتة بالنبوة تخالف الحرية الثابتة لا بالنبوة لانها صلة للقريب وواجبة على القريب فلا يمكن اثبات الحرية مجازا للنبوة كالميراث ووجوب المال مجازا القطع اليد فاجاب عنه وقال العوض المال المخصوص يخالف المطلق المال اما الحرية فليست بمخالفة لاني ذاتها ولا في حكمها وهذا لان الحرية عبارة عن زوال الرق وهو شيء واحد لا يختلف بالاضافة الى النبوة وغيرها وحكمها خلوص المحل للمالكية ورفع ملك الغير الا انها تتوصف بكونها صلة للرحم وواجبة على القريب وذلك لا يوجب تنوعها كالحرية الواقعة في العاقل البالغ حيث تتحمل يترتب عليها اهلية الشهادة والولاية والامامة بخلاف الحرية الواقعة في الطفل والمجنون فانها لا توجب هذه الاهلية ومع هذا لا يقال انها تنوعت فكذا هنا فلما لم يكن الحرية مختلفة جاز ان يثبت مجازا بقوله هذا ابني **قوله** ولو قال هذا ابني واني ومثله لا يولد لمثله فهو على الخلاف وهذا جواب سؤال مقدر بان يقال لو قال لكبير السن لغلامه الاصغر سنا منه او قال لامته التي هي اصغر سنا منه هذا ابي او هذه امي اي لا يثبت العتق مجازا لعدم تصور الحقيقة فينبغي ان لا يثبت العتق ايضا اذا قال هذا ابني لمن هو اكبر منه فاجاب عنه بقوله فهو على الخلاف يعني انه عند ابي حنيفة يثبت العتق فيهما ايضا لوجود شرط المجاز وهو الحقيقة من حيث التكلم ولا يرد علينا قول الكبير الصغير هذا جدي لانه على هذا الخلاف ايضا فعند ابي حنيفة يعتق وهو الاصح لانه وصفه بصفة من يعتق عليه اذا ملكه وقيل لا يعتق اجماعا ووجهه ان الجد انما يجعل مجازا للحرية في الملك بواسطة الاب والواسطة منتفية فلم يمكن جعله مجازا وليس كذلك الابوة والبنوة لانهما يجعلان مجازا للحرية بلا واسطة فظهر الفرق **قوله** ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة يعتق وهو رواية الحسن عنه ووجه غير ظاهر الرواية الظاهر ان الاخوة في المملوك سبب للحرية كالنبوة فيعتق اذا قال هذا اخي كما اذا قال هذا ابني ووجه الظاهر ان الاخوة لا يوجب لها الملك الا بواسطة الاب او الام كالجد فلا يعتق اذا قال هذا اخي كما اذا قال لعبده الاصغر منه هذا جدي وقد اجرى المراد بقوله وجه الروايتين ما بيناه ولان الاخوة متنوعة تكون من حيث الرضاع والنسب والدين قال تعالى انما المؤمنون اخوة فلا يتعين النسب بلا تنصيص حتى اذا قال هذا اخي من النسب يعتق على الظاهر ايضا **قوله** ولو قال لعبده هذا ابني فهو على الخلاف وهذا ايضا مما يورد من جهة ابي يوسف ومحمد وهو ان في قوله هذا ابني لغلام لا يولد مثله لمثله ما دونا ب لعبد هذا ابني اذا قال لجاريته هذا ابني لا يعتق مجازا لعدم تصور الحقيقة فكذا اذا قال لعبده الاكبر سنا منه هذا ابني لهذا المعنى فيجاب عنه بطريقين بطريق المنع والتسليم اما المنع فنقول لا نسلم انه لا يعتق عند ابي حنيفة بل يعتق عنده فلا يرد علينا واما التسليم فنقول سلمنا انه لا يعتق عند ابي حنيفة لكن الاشارة والتسمية اذا اجتمعتا فعند اتحاد الجنس تعتبر الاشارة ويتعلق الحكم بالمشار اليه وعند اختلاف الجنس تعتبر التسمية ويتعلق بالمسمى كما في الفص اذا باع يا قوتا فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد اصلا واذا باع على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد وتعذر فيه ترتيبا يجبر فيه الذكر والانثى جنسان مختلفان لاختلاف الاغراض فتعلق العقد بالمسمى وهو معدوم فلا يثبت لا ينعقد العتق كما اذا قال بعت هذا العبد فاذا هو جارية لا ينعقد العقد **قوله** وقد حققنا في النكاح اي حققنا هذا الاصل في باب المهر عند قوله فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة ونظيره **قوله** ولو قال لامته انت طالق او بائن او تخمري تنوي به العتق لم تعتق وهذا من مسائل الجامع الصغير والقدوري اما لفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يقول لامته انت طالق او بائن فنوي به العتق قال باطل واما لفظ القدوري واذا قال لامته انت طالق ينوي به الحرية لم تعتق اعلم ان صريح الطلاق وكناياته لا ينوي به يقع به العتق عندنا وقال الشافعي يقع به العتق اذا نوى كذا ذكر علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وجه قول الشافعي انه لو قال لامرأته انت حرة ونوى به الطلاق يقع بالاتفاق فكذا اذا قال لامته انت طالق او بائن او حرام ونوى به الحرية يقع به العتق والجامع ان كلاهما لازالة الملك فالعتق اعتاق لازالة ملك الرقبة والطلاق لازالة ملك النكاح فجاز استعارة احدهما للاخر مجازا والدليل على ان العتاق ازالة والاسقاط صحة التعليق فلو كان اثباتا لم يصح تعليقه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه فلا يصح لان الطلاق لرفع القيد عن المحل ولا قيد في الامة فلا يصح استعمال الطلاق للعتاق ولهذا لان القيد هو المانع من الفعل مع القدرة عليه والرق عبارة عن ضعف وعجز والعتق اثبات القدرة فلا استعارة اللفظية لحقيقة ان الطلاق يدل على الاطلاق والا طلاق يقتضي سابقة القيد لان القيد هو المانع من استعمال الالة والقدرة مع وجود عادة الاطلاق من التمكن منها وهنا لان عدم الالة والقدرة لا يسمى قيدا واثبات الالة والقدرة ابتدا لا يسمى اطلاقا فاما الاعتاق يحصل للعبد القوة والقدرة ابتدا فلا يصح استعمال الطلاق الذي يدل على الاطلاق العتاق لعدم القيد في الامة ولان ملك اليمين ادني من ملك النكاح والادنى

مثل الادنى لا يجوز ان تكون مزيلا للاعلى مجازا لانه يصير عاملا في محل مجازه ما لا يعمل في محل حقيقته فانتفت المناسبة بين المجاز والحقيقة فتعذر المجاز لعدم المشابهة فان قلت السببية طريق المجاز فيستعار لفظ الطلاق للعتاق من هذا الوجه قلت لا نسلم وجود السببية اصلا لان العتاق ليس بسبب للطلاق ولذا الطلاق ليس بسبب للعتاق الا ترى انه اذا اعتق امته المنكوحة للغير يزول الرق ولا يقطع الطلاق واذا طلق امرأته المملوكة للغير يقع الطلاق ولا يزول الرق فاذا انتفت السببية لم يصح اطلاق لفظ الطلاق العتاق مجازا فان قلت قولك يصير عاملا في محل مجازه ما لا يعمل في محل حقيقته انما يستقيم اذا كان العامل لفظ المستعار ونحن لا نسلم ذلك بل العامل لفظ المستعار له وهو التحرير قلت ان المجاز اللفظ المستعمل مكان لفظ اخر لمناسبة بينهما ماخوذة من جاز اذ اتعداه فاذا كان المستعار له هو العامل لم يوجد معنى التعدي من محل حقيقته لان اللفظ حينئذ يكون عاملا في محل حقيقته فلا يكون المجاز مجازا وهذا فاسد ولان العامل هو المذكور وهو المستعار لا المستعار له **قوله** على هذا الخلاف سائر الالفاظ الصريح والكنايات وذلك مثل قوله لامته انت مطلقة وطلقتك وخمري وسقي واعزبي وخلية وبرية وحرام وما اشبه ذلك **قوله** لان من الملكين موافقة اي بين ملك النكاح وملك اليمين **قوله** وكذا الملك النكاح في حكم ملك العين ولهذا لا يشترط التابيد فيه ولو لم يكن في حكم ملك العين لاشترط فيه التابيت كما في الاجارة **قوله** وعمل اللفظين في اسقاط ما وضعه وهو ملك العين والضير اعني قوله راجع في الموضعين الى ما واراد باللفظين الطلاق والعتاق **قوله** ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اي في العتاق وهو ايضاح لكون العتاق اسقاطا **قوله** اما الاحكام فثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا الضمير في هو راجع الى السبب السابق وفي كونه راجع الى العبد لان الشهرة قائمة مقام الذكر واراد بالاحكام الاهلية والولاية والشهادة وانما ذكرها جوابا عما يقال للشافعي بان يقول سلمنا الاعتاق محل الاحكام والطلاق اسقاط فلا مناسبة بين الاسقاط والاثبات فلا استعارة الطلاق للاعتاق لعدم المناسبة فاجاب وقال كل واحد منهما اسقاط فوجدت المناسبة وثبوت الاحكام بالادمية لكن الرق كان مانعا فزوال الاعتاق زوال المانع وجوابه لو كان ثبوت الاحكام بالادمية وكونه مكلفا لكان القدرة موجودة للعبد واللازم منتف لان الرق مناف للقدرة اصلا وصحة التعليق **قوله** ولو اشتغل لفظ العتق والتحرير كناية عن الطلاق يعني اذا قال لامرأته انت حرة ونوى به الطلاق فيصح مجازا وهو ايضاح لقوله نوى ما تحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة **قوله** فكذا علته اي يصح لفظ الطلاق كناية عن لفظ العتق **قوله** لان الاعتاق لغة اثبات القوة ماخوذة من عتق الفرخ اذا قوي وطار عن وكره ولا مناسبة بين رفع المانع وبين اثبات القوة فلا يصح المجاز وهذا لان المنكوحة ما لكة امر نفسها لكن ملك البضع للزوج عليها صار مانعا فبالطلاق ارتفع المانع والمملوكة عاجزة ليست بمستقلة بالتصرف اصلا فبالعتاق يثبت له القوة وتحدث له القدرة فان قلت هذا يستقيم على مذهبهما لان الاعتاق اثبات العتق عندهما ولا يستقيم على مذهب ابي حنيفة لان الاعتاق عنده ازالة ملك متجزئ يفضي الى العتق قلت يستقيم على مذهبه ايضا لانه ازالة على وجه يترتب عليه اثبات القوة بخلاف الطلاق فانه اسقاط محض ليس فيه القدرة والقوة اصلا بل الطلاق زوال المانع من استعمال القدرة فحسب ولهذا كانت المنكوحة تملك التصرف في المال بالاستبداد وتملك الاعتاق **قوله** ولهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى يتعذر اشارة الى قوله اثبات القوة والجماد عبارة عما لا روح فيه **قوله** ولان اثبات الاول اقوى اراد بالاول الاعتاق **قوله** اتسع في المتنازع فيه اي امتنع الجارية قوله انت طالق لامته ونوى به العتق **قوله** واتساع في عكسه اي جاز في قوله انت حرة لمنكوحته ونوى به الطلاق **قوله** واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق وهذا من مسائل القدوري قال في التحفة ذكر في كتاب الطلاق العتاق لا يعتق ثم قال وقد قالوا انه اذا نوى العتق فانه ذكر في كتاب الطلاق اذا قال لامرأته انت مثل امرأة فلان وفلان قد الى من امرأته ونوى الايلاء فيصح موليا ووجه ما في الكتاب اعني مختصر القدوري ان المثل للتشبيه والتشبيه من الشيئين لا يقتضي اشتراكهما من جميع الوجوه فلذلك لا يعتق لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى ومعنى المثل في اللغة النظير كذا في الجمهرة **قوله** فلو قال ما انت الا حر عتق وهذا لفظ القدوري ايضا وقوله حر بالرفع لا غير على مذهب النحاة وهم جميعا لان الاستثناء من النفي اثبات على طريق التاكيد كما في كلمة الشهادة **قوله** ولو قال راسك راس حر لا يعتق وهذا من مسائل نوادر ابن سماعة كذا في الاجناس وذكرها لما قبله لمناسبتها قال فيها اذا قال الرجل لعبده راسك راس حر لم يعتق ولو قال راسك راس حر عتق او نواه بيان ذلك ان قوله راسك راس حر لا انما تشبيه الراس بالراس بحذف كلمة التشبيه وهو من اقوى مراتب التشبيه كما في قولك زيد اسد وقد عرفت ان التشبيه لا يقتضي المشاركة في جميع الاوصاف بخلاف ما اذا نوى الراس فانه يعتق لانه وصفه بالحرية ومن وصف عضوا يعبر به عن جميع البدن بالحرية عتق عليه قال في كتاب عتاق الاصل اذا قال راسك حر او بدنك او جسدك او فرجك او وجهك او رقبتك وكانت امة فقال فرجك حر عتق عليه في جميع ذلك ونقل صاحب الاجناس عن الهاروني اذا قال رقبتك حر او عنقك حر عتق في جميع ذلك ولا يدين في هذا كله انه قال لم ارد به العتق وفي نوادر ابن المعلى لو قال جسمك حر او بدنك

حر او امتنع من اصابعك حر او بين من لسانك او دمك او قرونك او بلعمك فهذا كله باطل وفي الهاروني انك حر او صدرك
حر او بطنك حر او ظهرك حر او جنبك او فخذك او لسانك او شعرك او لغتك حر لا يعتق في شيء من هذه الوجوه نوى
او لم ينو ٭ قال الناطفي هذا كله على قياس قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف لو كاتب مملوكه ثوبا فقال فيه
خياطه حر لا يعتق ٭ وفي الهاروني لو رآها تمشي فقال مولاها هذه مشية حر او رآها تتكلم فقال هذا كلام حر لم
يعتق الا ان يقول اردت العتق وهذا قول ابي يوسف ٭ وقال الحسن بن زياد من قول نفسه يعتق في القضاء و
يدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال حسبك حر او اصلك حر وعلم انه من سبي لا يعتق لان
اصله حر فهو صادق فيه فلا يعتق وكذلك لو قال ابواك حران وفي نوادر ابن المعلى قال ابو يوسف لو قال لامته فرجك
حر من الجماع فهي حرة في القضاء وسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولا يعتق وفي نوادر ابن سماعة عن محمد استك حر لا يعتق
وفي الجارية تعتق وانما ذكرنا هذه المسائل تذكرة لمن يرغب في المعرفة قوله لما فرغ من بيان الاعتاق الاختياري
شرع في بيان الاعتاق الذي يحصل من غير اختيار كما في شراء القريب وخروج عبد الحربي الينا مسلما وولد ام الولد
من مولاها قوله ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ٭ وهذه من مسائل القدوري ٭ قال عامة العلماء ان من ملك
ذا رحم محرم منه عتق عليه صغيرا كان المالك او كبيرا صحيح العقل او مجنونا ٭ وقال مالك واصحاب الظواهر لم يعتق
الا باعتاق المالك ٭ وقال الشافعي لا يعتق بالملك الا من له ولاد واجمعوا انه لا يعتق من كان له منه رحم غير محرم
واهل الذمة والاسلام سواء كذا ذكر صاحب التحفة ووجه قول مالك ما حدث الطحاوي باسناده الى ابي هريرة قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه وللشافعي انه ملك
معصوم فلا يجوز ان يزول بلا ازالة المالك ولهذا اذا اشترى المكاتب اخاه لا يعتق عليه وهذا قياس ضعيف لان
الملك المعصوم موجود في قرابة الولاد ايضا ومع هذا ثبت العتق بمجرد الملك ٭ ولنا ما روى صاحب السنن باسناده
الى قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذا رحم محرم فهو حر ورواه الشيخ ابو جعفر الطحاوي
ايضا في شرح الآثار باسناده الى قتادة عن الحسن عن سمرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذا رحم محرم
فهو حر ورواه الشيخ ابو جعفر الطحاوي ايضا في شرح الآثار باسناده الى قتادة عن الحسن عن سمرة عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى ابراهيم عن الاسود عن عمر قال من ملك ذا رحم محرم فهو حر
وروى الطحاوي ايضا باسناده الى سفين الثوري عن سلمة بن كهيل عن المستورد ان رجلا زوج ابن اخيه مملوكته
فولدت اولادا فاراد ان يسترق اولادها فاتى ابن اخيه عبد الله بن مسعود فقال ان عمي زوجني وليدته وانها ولدت لي اولادا
فاراد ان يسترق اولادي فقال عبد الله بن مسعود كذب ليس له ذلك وروى اصحابنا ايضا في المبسوط حديث ابن
عباس قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني دخلت السوق فوجدت اخي يباع فاشتريته و
اني اريد ان اعتقه قال عليه الصلاة والسلام فان الله اعتقه وحديث الاسود لا باس به لا بالحديث ان قوله عليه الصلاة
والسلام من ملك ذا رحم محرم فهو حر عام فيتناول كل ذي رحم محرم ٭ وتفسيره كل من لا يجوز له نكاحه على التابيد
لاجل النسب سواء كانت القرابة قريبة كقرابة الولاد او متوسطة كالاخ والاخت والعم والعمة والخال والخالة بخلاف
ما اذا كانت بعيدة كبني الاعمام فان الحديث لا يتناولها لعدم المحرمية لانها قرابة صينت عن ادنى الذلين وهو ذل
الاسترسال فلان يصان عن اعلاهما وهو ذل الاستعباد اولى لان ذل الاستعباد ابلغ كالتافيف ولان هذه قرابة
موجبة للوالدين لما حرم في حقهما الضرر حرم الشتم والضرب والقتل بطريق الاولى ولان هذه قرابة موجبة لصلة الرحم
فيتعين العتق عند الملك قياسا على قرابة الولاد فان قلت لا نسلم ان صلة الرحم المحرم واجبة ولئن سلمنا لكن
لا نسلم تعيين العتق عند الملك قلت انها واجبة لقوله تعالى ويقطعون ما امر الله به ان يوصل ٭ قال اهل التفسير
ان المراد به صلة الرحم ولقوله تعالى واتقوا الله الذي تساءلون به والارحام بالنصب اي واتقوا الارحام اي
قطع الارحام ولقوله عليه الصلاة والسلام لا يدخل الجنة قاطع رواه جبير في الصحيح البخاري ولقوله عليه الصلاة
والسلام الرحم شجنة فمن وصلها وصلته ومن قطعها قطعته فلما كانت الصلة واجبة بالنصوص كان العتق واجبا
لانه بطريق الصلة فاذا ملك يعتق عليه تحقيقا للصلة الواجبة مر بيان الشجنة في باب النفقة فان قلت
الصلة والرحم عبارتان مجملتان فلا يجوز الاحتجاج بهما لجهالة الغرض وذلك لان الصلة بمعنى الوصل ضد القطع
والقطع ابانة الشيء من الشيء حقيقة والوصل ايصال الشيء بالشيء وتقريبهما حقيقة كما في الاجسام وذلك ليس بمراد
هنا فكان المراد شيئا آخر وهو مجهول وكذا الرحم اسم لموضع خلق الولد والمراد هنا غير ذلك فكان مجملا بمجهول قلت
لا نسلم الاجمال لان الرحم عبارة عن القرابة في العرف ولهذا اذا قيل هذا ذو رحم منه يراد به انه قريبه ولهذا لا يصح
ان يقال هذا ذو رحم منه وليس بقريب او هذا قريبه وليس بذي رحم منه فعلم بذلك ان ذا الرحم القريب لانه اذا
ثبت احد اللفظين ثبت الآخر واذا انتفى انتفى الآخر والصلة اذا اضيفت الى الرحم يراد بها المعنى الذي يوجب بها التقارب
والتزاور بين القريبين وبالقطيعة يراد المعنى الذي يوجب التباعد بينهما كما اذا احسن الى قريبه يقال وصل رحمه واذا
اساء عليه يقال قطع رحمه وهو المعروف في لسان اهل الشرع فلم يبق الاجمال فان قلت سلمنا ان الصلة واجبة

لكن لا نسلم انها بالاعتاق فلم لا يجوز انها بالنفقة قلت في قرابة الولاد وجبت الصلة بطريق الاعتاق فوجوب الصلة
بطريق الاعتاق فان قلت يجري القصاص بينهما وتقبل شهادة احدهما للآخر فلا ينبغي ان يعتق بالملك كما في ابن العم قلت
القصاص يجري على الاب للابن ايضا اذا قتل اباه ومع هذا يعتق بالملك وعلة منع الشهادة هي التهمة وهي موجودة في الابن دون
الاخ وعلة العتق صلة الرحم وهي موجودة فيهما جميعا والجواب عن احتجاج مالك فنقول يحتمل قوله عليه الصلاة
والسلام فيشتريه فيعتقه ما قاله فيعتقه ويحتمل فيشتريه فيعتقه بشرائه فحمل على الثاني توفيقا بين الحديثين ولا نسلم
ان المكاتب اذا اشترى اخاه لا يتكاتب عليه بل يتكاتب على مذهب ابي يوسف ومحمد وفي رواية عن ابي حنيفة ولئن سلمنا
انه لا يتكاتب عليه على ما هو ظاهر الرواية عن ابي حنيفة فنقول المكاتب لا يملك حقيقة لانه عبد ما بقي عليه درهم و
[illegible] الحر بالملك فيما هو المقصود من الكتابة وحرية الاخ ليست بمقصودة بخلاف حرية الولد والوالدين لانها مقصودة
لامر في معنى نفسه لثبوت الحرية فان قلت فيه ههنا سؤال وهو ان يقال لا يجوز ان يرجع الضمير من قوله عليه الصلاة
والسلام فهو حر الى قوله من ملك لا الى ذي رحم كما في قوله عليه الصلاة والسلام من دخل دار ابي سفيان فهو آمن قلت
لا نسلم ذلك الا ترى الى قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له الضمير راجع الى المتصدق لا الى من قطع ولئن سلم
ذلك حمل الضمير الى ذي رحم لانه اذا حمل الى من ملك لا يبقى للكلام فائدة لان حرية من ملك ثابتة قبل ان ملك ذا رحم فيلغو
كلامه حينئذ فحمل الى ذي رحم تحقيقا للفائدة الجديدة قوله قرابة مؤثرة اي مؤثرة قوله ولادا او
غيره منصوب على البدل من قوله كل قرابة قوله في غيره اي في غير الولادة وقرابة الولادة هي القرابة
بين الولد والوالد قوله والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد قوله فامتنع الالحاق والاستدلال
اي الحاق قرابة الاخوة بقرابة الولاد بالقياس والدلالة امتنع لعدم المساواة وجوابه لا نسلم عدم المساواة بل
المساواة موجودة لان كلاهما قرابة مؤثرة بالمحرمية ولئن سلمنا عدم المساواة لكن لا نسلم شرط المساواة في الدلالة
ولهذا لم نشترط المساواة بين التأفيف والقتل قوله ولهذا امتنع فيه اي يتكاتب المكاتب في الولاد يعني اذا ملك
المكاتب اباه او ابنه تكاتب عليه بخلاف الاخ فانه لا يتكاتب قوله وهذا هو المؤثر في الاصل اي ملك القريب
هو المؤثر في ايجاب العتق في الاصل يعني في قرابة الولاد قوله لانها تفترض وصلها اي لان
القرابة المؤثرة في المحرمية قوله حتى وجبت النفقة لانا نقول وجوب النفقة ثبت بقوله تعالى وعلى الوارث
مثل ذلك استدل على وجوب النفقة نصا وكانه ثبت اجماعا فلم يلتفت الى انكار الخصم قوله ولا فرق بينهما
اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام لان الحربي اذا ملك قريبه في دار الحرب لا يعتق عليه وبه صرح في الفتاوى
الولوالجي لانه بالاعتاق لا يعتق فكذا بالملك وهذا نص كلامه في الكافي ان عتق الحربي في دار الحرب باطل ولذا
ولم يذكر الخلاف ٭ وقال في المختلف لو ان الحربي اذا اعتق عبده الحربي في دار الحرب ولاؤه عتق عند ابي يوسف ولا ولاء
له وقالا لا ولاء له لانه عتق بالتخلية لا بالاعتاق كالمراغم ثم قال المسلم اذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا
فاعتقه ثم القياس ان لا يعتق بدون التخلية لانه في دار الحرب ولا يجري عليه احكام المسلمين ٭ وفي الاستحسان يعتق
من غير تخلية لانه لم ينقطع عنه احكام المسلمين ولا ولاء له عندهما وهو القياس ٭ قال ابو يوسف له الولاء وهو الاستحسان
وذكر قول محمد مع ابي يوسف في كتاب السير قوله ومن يجري مجراه اي يجري الاخ كالعم والخال قوله
والافتراض عند القدرة اي افتراض وصل القرابة والقدرة عبارة عن صفة تمكن بها الحي من الفعل او الترك
قوله فيه اي في الولاد قوله وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع يعني لا يعتق عليه
لان المحرمية من الرضاع ليست بمرادة من الحديث بالاجماع لانه لا قائل بعتقها اصلا قوله والصبي جعل اهلا لهذا
العتق وكذا المجنون وذلك لان هذا العتق اعني عتق القريب بالملك لا يشترط له الاختيار بل هو اثر جرى بثبوت
الملك شرعا فيعتق قريبهما عليهما بالملك ولان هذا العتق لما تعلق به حق العبد اشبه النفقة وهي تجب عليهما للقريب
فكذا العتق قريبهما المحرم بالملك قوله ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق ٭ وهذه
من مسائل القدوري وذلك لان الاعتاق حصل صريحا لوجود ركنه وهو لفظ الاعتاق من الاهل وهو العاقل البالغ
المالك في المحل وهو العبد المملوك للمعتق وذكر الله تعالى ليس بشرط واما ذكره على سبيل قصد القربة من الاعتاق
فكان تاكيدا وامرا زائدا ولم يحصل الخلل في العتق لعدم ذكر وجه الله تعالى في اللفظين الآخرين وهما قوله
اعتقت للشيطان واعتقت للصنم لانه يكون عاصيا غاية ما في الباب انه نفى القربة ونفيها لا ينافي الحرية
كما اذا اعتقه على مال واراد بوجه الله رضى الله مجازا والوجه في اللغة يجيء على معان يقال وجه الانسان وغيره وهو
معروف ووجه النهار اوله ووجه الكلام السبيل التي تقصد بها ووجوه القوم سادتهم وصرفت الشيء عن وجهه
اي عن سننه كذا ذكره ابن دريد والشيطان واحد الشياطين الجن والانس يعني متمرد والنون اصلية وان كان من
شطن اي بعد يعني من الخير والمراد ان كان من شاط يشيط اي هلك وقد عرف في موضعه واما الصنم قال الكلبي
في كتاب الاصنام اذا كان معمولا من خشب او ذهب او فضة صورة انسان فهو صنم واذا كان من حجارة فهو وثن
قوله في اللفظ الاول اراد به قوله لوجه الله تعالى قوله وعتق المكره والسكران واقع هذا اللفظ

القدوري في مختصره وانما وقع عنهما لان الاكراه والسكر لاينا في الخطاب واثر الاكراه في تفويت الرضا ولا يتوقف
على الرضا ولهذا ينفذ اعتاق الهازل ولا يقال لا اختيار له اصلا فلا يقع عتاقه بلا اختيار لانا لا نسلم ذلك لانه ابتلي
الشرين فاختار اهونهما عليه وجعل عقل السكران باقيا حكما زجرا له لمباشرة الحرام وفيه خلاف الشافعي بينا وبين الشافعي في اعتاق
مثل الخلاف في الطلاق وقد استقصينا بيان ذلك في الفصل الثاني في كتاب الطلاق فلينظر ثمه **قوله** وان اضاف
العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق • وهذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم انه اذا اضاف العتق الى ملك بان قال
ان ملكتك فانت حر او اضاف الى شرط فقال لعبده ان دخلت الدار فانت حر صح ذلك كما في الطلاق بان قال ان ملكتك
فانت طالق او قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق والاصل فيه ان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فيصير
كانه قال لعبده بعد وجود الشرط انت حر وقال لامراته بعد وجود الشرط انت طالق فيصح وبهذا يظهر ضعف قول
الشافعي انه عتاق او طلاق قبل الملك فلا يصح وقد مر بيانه مستوفى في اول باب الايمان في الطلاق والى ذلك الموضع
اشار صاحب الهداية بقوله وقد بيناه في الطلاق **قوله** فيجري فيه التعليق اي في الاسقاط **قوله** على
التمليكات على ما عرف في موضعه اي في اصول الفقه يعني ان التمليكات لا يجري فيها التعليق لافضائه الى معنى القمار
لان في جعله متعلقا بشرط لا يدرى ايكون ام لا يكون خطرا والخطر بالشرط في البيع ثبت نصا بخلاف القياس فلا يجوز فيما
نقصا **قوله** واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق • وهذا لفظ القدوري والاصل فيه ما روى صاحب السنن
باسناده الى علي ابن ابي طالب قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوما لحديبية قبل الصلح فكتب اليه
مواليهم قالوا يا محمد والله ما خرجوا اليك رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم
اليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما اراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا
فابى ان يردهم وقال هم عتقاء الله عز وجل والعبدان انكرا العتق ويكون ابا حج عبده ولانه احرز نفسه بالاسلام
فصار اولى الناس بنفسه فلم يجز استرقاقه ابتدا بخلاف ما اذا اسلم بعد الاسر فانه حيث يجوز استرقاقه لان الرق
حينئذ جعل من الامور الحكمية والجزاية فبقي الرق كما يبقى سائر الاملاك بعد وجود اسبابها **قوله** في
عبيد الطايف قال في ديوان الادب الطايف بلاد ثقيف **قوله** خرجوا اليه اي الى النبي صلى الله عليه
وسلم **قوله** فان اعتق جارية عتق حملها • هذا لفظ القدوري في مختصره وانما عتق الحمل باعتاق الام لانه تبع لها
لانه كسائر اجزائها بدليل انه لا يصح افراده بالبيع كما لا يصح افراد سائر اعضائها فلما كان كذلك عتق بسائر اجزائها
قوله ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها اي عتق الحمل دون الجارية • وهذه من مسائل القدوري وهذا
لان الحمل يعتق باعتاق الام تبعا لانه محل العتق فلان يعتق بسبيل الاصالة اولى فاما الام فلا يعتق باعتاق الحمل لانه حينئذ
يلزم قلب الموضوع لانه لا يكون التبع متبوعا والمتبوع تابعا وهذا فائدة هذا اذا كان عتق الام تبعا فلا يكون عتقها
مقصودا ايضا لعدم اضافة الاعتاق اليها وانما صح اعتاق الحمل منفردا ولم يصح بيعه وهبته لان القدرة على التسليم شرط
وكذا التسليم في الهبة شرط وليسا بشرط في الاعتاق بدليل صحة اعتاق الابق **قوله** اذ هو متصل بها اي الحمل
متصل بالجارية **قوله** ولا اليه تبعا اي لا وجه الى اعتاق الجارية تبعا • قال بعضهم الضمير يرجع الى الحمل
وليس بشيء **قوله** لان التسليم نفسه نصب الشرع على المالك **قوله** فافترقا اي افترق جواز اعتاق
الحمل وعدم جواز بيعه وهبته **قوله** ونحو ذلك اي مثل التسليم والقدرة **قوله** ولو اعتق الحمل
على مال ولا يجب المال وذلك انه لو وجب المال لا يخلو اما ان وجب على الحمل او على الام فلا يجوز الاول لان الحمل ليس من
اهل القبول والالتزام فلا يجوز الزامه لعدم الامكان بخلاف خلع الصغيرة حيث يتوقف على قبولها ان كانت من اهل القبول
لامكان ذلك ولا يجوز الثاني ايضا لان اشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يصح • ولهذا قالوا في شرح الجامع الصغير
اذا قال الاجنبي للمولى اعتق عبدك على الف لي على حيث لا يجب الضمان شيء لانه يسلم للعبد ملك نفسه ولا يسلم للاجنبي شيء
وغرامة البدل في المبادلة لا يجوز على غير من سلم له المبدل الا بالكفالة ولا يمكن تصحيحه بطريق الكفالة لانه
لا يجب المال على العبد فكيف يجب على الكفيل بخلاف اشتراط بدل الخلع على الاجنبي حيث لا يصح لان البضع ليس بمتقوم حال
الخروج فيكون اسقاطه فلا يسلم شيء للمراة كما لا يسلم للاجنبي ولا بدل الخلع بمنزلة الهبة والتبرع ولهذا اذا اختلعت
المريضة يعتبر من ثلث مالها كسائر الوصايا فجاز تبرع الاجنبي ببدل الخلع • قال في الشامل في قسم المبسوط قال لامته
اعتقت ما في بطنك على الف عليك فقبلت فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر يعتق بلا شيء لانه لا يجوز له ان يجب على الصبي
شيء لاجل غيرها **قوله** واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وعلى حوالته الميت براجعة لعدم
ذكر ذلك في خلع هذا الكتاب بعد ان انه مذكور في شرح الجامع الصغير وقد بينا ذلك ويجوز ان يكون ذلك اشارة
الى ما ذكره في خلع كفاية المنتهى لانه قبل هذا الكتاب **قوله** وانما يعرف قيام الحبل بعد العتق اذا جاءت
لاقل من ستة اشهر منه اي من وقت العتق وهذا يتصل بقوله ان اعتق جارية عتق حملها ولو اعتق الحمل خاصة عتق
يعني انما يعتق الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاعتاق وان جاءت به لستة اشهر فلا نص عليه الحاكم
الشهيد في الكافي وقال ان قال ما في بطنك حر فولدت بعد ذلك لستة اشهر لم يعتق وان ولدته لاقل من ستة
اشهر عتق وذلك لان الجائز ان يحدث العلوق بعد اليمين في الصورة الاولى فوقع الشك في العتق بخلاف الثانية لان
العلم بان الحمل وقت اليمين • قال في التحفة فان كانت الامة في عدة من زوج عتق الولد اذا ولدته ما بينه وبين سنتين
منذ وجبت العدة وان كان لاكثر من ستة اشهر منذ قال المولى لانا حكمنا بثبوت نسب هذا الولد من الزوج فلابد ان
يكون موجودا قبل الطلاق والعتاق متاخر • وقال في الشامل في قسم المبسوط قال ما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فالقت
جنينا ميتا ان ضربها بعد العتق لاقل من ستة اشهر يجب دية الجنين الحر لانه ان كان للاب حر وان لم يكن يكون لعصبة
المولى لان المولى قاتل فلا يستحق الارث وان ضرب لستة اشهر فلا شيء عليه لانه عبد • وقال الحاكم في الكافي وان
ولدت واحدا لاقل من ستة اشهر بيوم وواحدا لاكثر منها بيوم عتقا **قوله** قال وولد الامة من مولاها حر
قال الشيخ ابو الحسين القدوري وولد الامة من مولاها حر وولدها من زوجها مملوك لسيدها وذلك لان الولد مخلوق
من ماء المولى فيعتق عليه لقوله عليه الصلاة والسلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر ولان ابراهيم ولد رسول الله
صلى الله عليه وسلم من مارية كان حرا بالاجماع ولا يعارض ماؤه ماء الجارية لانها وولدها لمولاها بخلاف ما اذا ولدت
الجارية من زوجها حيث الولد مملوك لسيدها تبعا للام ولا يكون حرا تبعا للزوج اذا كان حرا لوجود المرجح لان الولد
مخلوق من مائهما جميعا لانه منها حقيقة وحكما بخلاف الزوج لان ولد الزنا ينسب اليه حكما للفراش لا حقيقة
ويحتمل ان يكون الولد من الزنا حقيقة وينسب اليه حكما باعتبار العين اولى من الاحتمال ولان ماؤها في موضعه
ومستقره فيغلب ماء الرجل لقوته في موضعه ولان حق الحضانة للام لا للاب فترجح جانبها ولانه بمنزلة عضو من
اعضائها حسا بدليل انتقاله بانتقالها وتغذيه بتغذيها • الا ترى ان سرة الجنين اذا ولد تقرض بالمقراض
وكذا حكما لانه يعتق باعتاق الام لان اوصاف العادة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد بخلاف الاب
والحاصل للولد ثلاثة اوجه في التبعية في النسبة تبع الاب وفي الرق والحرية تبع الام وفي الدين تبع خير الابوين
دينا ولا يقال اذا تبع الام يلزم اولاد المغرور ان لا يكونوا احرارا لانا نقول رضي الزوج بذلك حيث تزوج الامة مع علمه انها امة
بخلاف المغرور فانه لما تزوج الامة بلا علم لم يرض باسقاط حقه فصار ولده حرا بالقيمة نظرا الى الجانبين **قوله**
والمنافاة متحققة بين ماء الرجل وماء المراة والمنافاة لا تجتمع الاثنان في محل واحد من جهة واحدة كالمتضادين وكان
قال هذا جوابا لسؤال مقدر بان يقال كيف يكون ماء الرجل مستهلكا بماء المراة وهما من جنس واحد ولا منافاة بينهما
والجنس لا يغلب الجنس فقال المنافاة بينهما متحققة لان طبع ماء الرجل حار وطبع ماء المراة بارد وبينهما منافاة لا محالة
وماء المراة في مقره فيزداد قوة وماء الرجل في غير مستقره فيكون مغلوبا بالكلية **قوله** وولد الحرة حر على كل حال اي
سواء كان زوجها حرا او عبدا وهذا الرجحان جانبها لما بينا فيتبعها الولد في الحرية كما في الرق **قوله** كما في المولد
والمرقوقية • اعلم ان بين الملك والرق مغايرة لان الرق ضعف حكمي به يصير الشخص عرضة للتملك والابتذال شرعا جزاء للكفر
الاصلي والملك عبارة عن مطلق الحاجز اي عن المطلق للتصرف لمن قام به الملك المانع عن التصرف لغير من اقام به وقد
يوجد الرق ولا ملك ثمة كما في الكافر الحربي في دار الحرب والمستامن في دار الاسلام لانهم خلقوا ارقا جزاء للكفر
ولكن لا ملك لاحد عليهم وقد يوجد الملك ولا رق كما في العروض والبهائم لان الرق مختص ببني ادم وقد يجتمعان كالعبد المشترى
فتبع الولد امه في المملوكية كما في المشتراة اذا ولدت يكون ولدها مملوكا مرقوقا وتبعها ايضا في المرقوقية كالحربية والمستامنة
اذا ولدت يكون ولدها مملوكا مرقوقا تابعا للام • قال بعضهم في شرحه انما ذكر هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان
لان في المدبر وام الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه وفيه نظر لان الرق لا يحتمل التجزي وقد
صرح اصحابنا في اصول الفقه وما لا يحتمل التجزي كيف يقبل النقصان **قوله** وامية الولد يعني اذا زوج المولى
ام ولده من رجل يكون الولد في حكم امه على ما يجيء • بيان ذلك في باب الاستيلاد **قوله** والكتابة يعني اذا
كاتب المولى امته ثم ولدت دخل الولد في كتابة الام تبعا • والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب العبد يعتق بعضه

لما ذكر اعتاق الكل شرع في اعتاق البعض لان
الاصل في كل باب كماله ونقصانه بعارض ولان الاول متفق عليه وفي الثاني اختلاف والاصل عدم الاختلاف
ولان الاول كثير الوقوع فاستحق التقديم والثاني قليل فاخر **قوله** واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك
القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق كله • وهذه من مسائل القدوري والاصل المسالة ان
الاعتاق يتجزى عند ابي حنيفة وعند صاحبيه لا يتجزى وبه اخذ الشافعي وقول مالك كقول ابي حنيفة في التجزي والمراد
بتجزي الاعتاق والملك انه يتجزى المحل في قبول حكم الملك وهو ان يكون البعض مملوكا لواحد والبعض لاخر ليس
معناه ان ذات الاعتاق او ذات الملك يتجزى لانه شيء واحد لا يحتمل التجزي ثم ان الاعتاق اثبات العتق وهو
مفهوم من لغة العرب والعتق قوة حكمية يظهر اثرها في المحل لكونه صالحا للولايات كالقضاء والشهادات والقوة
تثبت في المحل اذا زال ضدها منه وهو الضعف الحكمي الذي يسمى رقا ثم العتق والرق لا يتجزيان بالاتفاق والاعتاق
لا ينفصل عن العتق لانه علته فلا يتجزى الاعتاق ايضا وهذا لانا لا نتجزي اذا اضيف الى المحل كله كالطلاق

والموهوب عن القصاص ولان الاستيلاد لا يتجزى وهو حق الحرية لحقيقة الحرية اولى ولهذا اذا استولد احد الشريكين
الجارية المشتركة تملك نصيب الاخر وتصير الجارية كلها ام ولد له ولهذا اذا ولدت الجارية المشتركة ولدا فادعاه
احدهما واعتقها لعتق كلها بالاجماع نعلم ان الاعتاق لا يتجزى فاي فرق بين اعتاق ام الولد واعتاق العبد ولهما ما روى
البخاري وغيره مسندا الى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعتق نصيبا له في مملوك او شركا له في عبد فكان له
من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق ولابي حنيفة ما روى البخاري ايضا باسناده الى نافع عن عمر ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شركا له في عبد فكان له ما يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل فاعطى شركاءه
حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق • وروى البخاري ايضا باسناده الى ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال من اعتق نصيبا او شقيصا في مملوك فخلاصه في ماله ان كان له مال والا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه
اي لا يغلى عليه الثمن به والشقيص بفتح الشين على وزن فعيل بمعنى الشقص وهو النصيب فدل الحديثان على تجزي الاعتاق
لانه عليه الصلاة والسلام قال يعتق العبد في الحديث الاول بعد اعطاء حصص الشركاء فعلى تقدير ان لم يكن له مال
يبلغ ثمن العبد يعتق العبد في القدر الذي اعتقه لانه قال عتق منه ما عتق • وفي الحديث الثاني قال خلاصه عليه
ان كان له مال فلو لم يكن الاعتاق متجزيا لم يقل خلاصه عليه لانه خلص فيل واثبت السعاية ايضا وهي دليل على التجزي ايضا
لان السعاية انما تكون على العبد فعلم انه بقي فيه ملك • وحدث الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى ابراهيم النخعي عن
عبد الرحمن بن يزيد • قال كان غلام قد شهد القادسية فابلى فيها فكان بيني وبين اخي الاسود فارادوا عتقه وكنت يومئذ
صغيرا فذكر الاسود ذلك لعمر بن الخطاب فقال اعتقوا انتم فاذا بلغ عبد الرحمن ورغب فيما رغبتم اعتق والا ضمنكم اثبت
لعبد الرحمن الاعتاق بعد بلوغه بعد ان ثبت في العبد اعتاق فدل على تجزي الاعتاق والمراد بما رووه بعد ما ادى حصص
الشركاء بدليل ما روينا نحن نقول بذلك والمعقول في المسئلة ان الاعتاق لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون اثبات
العتق كما لو قالوا وازالة ملك متجزئ نقض زوال كله الى العتق • كما قال ابو حنيفة والحق ظاهر لانهم لما اختلفوا في قول
المعتقين كان اجماعا منهم انه غير ذلك ليس بمراد نقيد ذلك نقول لا يجوز ان يكون اثبات العتق فيتعين ازالة الملك
وذلك لان تصرف الانسان انما يقع فيما هو الداخل تحت ولايته وليس بداخل تحت ولايته والعتق عبارة عن قوة شرعية
جالبه للولايات وليس في ولاية العبد اثبات تلك القوة وانما ذلك لله تعالى والملك داخل تحت ولاية العبد وهو
متجزئ ثبوتا كما في الارث والشراء اثنين وكذا سقوطا كما في بيع النصف وهبته ثبت ان الاعتاق هو ازالة الملك
متجز لان ازالة متجز لا يجوز ان يكون الاعتاق ازالة الرق لان الرق حق الله تعالى لما ان الكفار استنكفوا عبادة الله تعالى
جعلهم الله تعالى ارقاء العبيد فكان سبب رقهم كفرهم او كفر اصولهم او الرق حق عامة المسلمين وهو كونه وسيلة الى تمتعهم
واقامة مصالحهم ودفع الشر عنهم فكيف ما كان لا يجوز للانسان ان يتصرف في حق غيره ولا يلزم علينا ثبوت تلك القوة
او زوال الرق اذا اعتق جميع العبد لان ذلك خلق الله تعالى لا فعل العبد وانما للعبد ازالة ملكه فحسب فان قلت
ما الفرق بين الملك والرق فكيف كان الاول متجزيا دون الثاني قلت الرق عبارة عن ضعف حكمي يظهر اثره في عجز الانسان
عن ذو ملك الغير عن نفسه والملك عبارة عن المطلق الحاجز والحاصل ان الفرق ظاهر وبين الحالة التي يقع بها الاستيلاد
على الحمل وبين الحالة التي لا يقع الاستيلاد عليه فسمينا الاول رقا والثاني حرية فعلم ان المضر للملك هو كالحياة فانها تقع
للتعلق والعدة اما تجزي الملك فتقدم واما عدم تجزي الرق فلان الرق لا يتجزى ثبوتا فلا يتجزى سقوطا لان النفوذ
بحسب الثبوت وذلك لا يجوز استرقاق بعض الشخص دون البعض والجواب عن قولهم انه مما لا يتجزى اذا اضيف
الى المحل ثبت كله نقول لا نسلم وانما ثبت بالطلاق عن قولهم انه مما لا يتجزى والعفو عن القصاص اذا اضيف الطلاق الى النصف
او اضيف العفو الى النصف عدم التجزي كعدم الحالة المتوسطة فاثبت الطلاق والعفو في الكل لان الحرمة والمبيح اذا اجتمعا
اولى بيانه ان المرأة تحرم بالنظر الى النصف الذي اضيف اليه الطلاق وتحل بالنظر الى النصف الذي لم يضف اليه
الطلاق فاثبت حكم الطلاق في الكل ترجيحا للمحرم وكذلك في صورة العفو يحل قتل القاتل بالنظر الى النصف الذي لم يضف
اليه العفو ويحرم قتله بالنظر الى النصف الذي اضيف العفو اليه فرجح المحرم بخلاف ما نحن فيه فان هنا حالة متوسطة
بين الاعتاق والعتق وهو زوال بعض الملك فلم يلزم العتق ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان الاعتاق مما لا يتجزى والجواب
عن اعتاق ام الولد فنقول لا نسلم ان حق الحرية لا يتجزى بل هو متجزئ لانه يعتق الباقي في الحال حتى اخر وفائدة
فائدة في التاخير لان ام الولد لا سعاية عليها فتعين الضمير على المستولد فيعتق بالضمان في الحال واما هنا فالذي
يحصل به البدل ليس بمتعين لانه اما العبد او المعتق فيتاخر قوله يتجزى عنده اي عند ابي حنيفة
قلت فيقتصر اي الاعتاق قوله لهما اي لابي يوسف ومحمد والشافعي قوله واثباتي
بازالة ضدها وهو الرق اثبات القوة الحكمية بازالة ضد القوة الحكمية وضدها هو الرق الذي هو ضعف حكمي
قوله وهما لا يتجزيان اي العتق والرق لا يتجزيان فلا يتجزى الاعتاق ايضا قوله لان الملك حقه اي
اي حق المولى قوله الى ما دواه اي وما توضع الاضافة قوله والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده اي
المستسعى احكامه احكام المكاتب عند ابي حنيفة ما دام يسعى فلا يجوز له التزوج الا باذن المولى ولا يهب ولا يتصدق الا باليسير

السير ولا يتكلف ولا يقترض لانه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط محض بخلاف الكتابة قصدا فانه اذا عجز
يرد الى الرق لانه يقبل الفسخ فلما كان كالمكاتب كان للمولى استسعاؤه واعتاقه كالمكاتب وانما جعل معتق البعض
كالمستسعى لاحتباس ماليته البعض لان ملك المولى زال في ذلك البعض عن العبد انتفت مالكية العبد بالنظر الى ذلك
البعض لان ملك المولى زال في ذلك البعض عن العبد لكن بقا ملك المولى في البعض الآخر اقتضى ان لا يكون مالكا فجعلناه
كالمكاتب عملا بالامرين من وجه دون وجه عملا بالدليلين لانه ما لكا بدا لا رقبة قوله فله اي للمولى قوله غير
انه اذا عجز لا يرد الى الرق هذا البيان الفرق بين المستسعى والمكاتب يعني ان المكاتب يرد الى الرق وهذا لا
قوله عقد يقال ويفسخ اي يقع فيه الاقالة والفسخ قوله والاستيلاد متجزئ عنده اي عند ابي حنيفة حتى
لو استولد نصيبه من مدبره يقتصر عليه اي على نصيب المستولد يعني اذا ولدت لامة المدبرة بين رجلين ولدا فادعاه احدهما
تصير نصف الجارية ام ولد ونصفها مدبرة لشريكه حتى انهما لو ماتا يعتق نصف الشريك من الثلث ونصف الآخر من الجملة ولا
الولد بينهما وفي رواية كتاب الولاء نصف الولاء للثاني وليس للاب عليه ولاء وعليه قيمة نصف المدبر الولد مدبرا
يوم ولد لان الولد في الظاهر ولدهما وقد تلف • كذا ذكر شمس الائمة في البيهقي في التابل في شرح المبسوط
قوله تكمل الاستيلاد اي بالضمان كمل استيلاد القنة ولم يدل ذلك على ان الاستيلاد ليس بمتجزئ
عند ابي حنيفة قوله قال واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق اي عتق نصيبه وانما قال
عتق فان كان العتق لا يتجزى بالاعتاق لما انه اراد به زوال ملكه في نصيبه • وهذه من مسائل القدوري قال
الحاكم الشهيد في الكافي واذا كان العبد بين رجلين فاعتق احدهما نصيبه فهو حر والشريك بالخيار ان شاء اعتق
نصيبه وان شاء استسعاه في نصف قيمته وان شاء ضمن المعتق نصف قيمته ان كان موسرا وان كان له من المال او
العروض قدر قيمة نصف المملوك ويرجع به المعتق على العبد ويكون الولاء كله له وليس له ان يضمنه ان كان معسرا
فان اعتقه او استسعاه فالولاء بينهما في قول ابي حنيفة • وان كان اعتق نصيبه باذن شريكه فلا ضمان عليه ولو اعتق
احدهما نصيب شريكه منه لم يعتق • وقال ابو يوسف ومحمد اذا اعتق احدهما نصيبه فهو حر كله والولاء له واحكامه
احكام الاحرار وان كان المعتق موسرا ضمن نصيب شريكه ولم يرجع بما يضمنه له على الغلام وان كان معسرا سعى الغلام
ولا خيار للشريك فيه والولاء كله للمعتق وهو قول ابن ابي ليلى الا في حرف واحد قال يرجع الغلام بما سعى فيه على الذي
اعتقه الى هنا لفظ الحاكم الشهيد • وقال الفقيه ابو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير • وفي قول الشافعي
ان كان المعتق موسرا عتق كله ويضمن نصف قيمته وان كان معسرا عتق النصف والنصف الآخر عبد على حاله يجوز بيعه
وهبته • وهذه مبنية على اصلين احدهما تجزي الاعتاق عند ابي حنيفة وعدم تجزيه عندهما لانه لما تجزى عنده
زال الملك في نصيبه خاصة وفسد نصيب الشريك وكان له الخيار اما ان يعتق نصيبه او يستسعي العبد لان ملكه باق في
نصيبه واما ان يضمن شريكه لان النبي صلى الله عليه وسلم اوجب على الموسر الضمان وعندهما لما عتق باعتاق البعض
كله فلم يكن له الخيار والثاني ان يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد خلافا لهما اما الكلام في التجزي وعدمه فقد مر مستوفى
في المسئلة المتقدمة واما الكلام في الاصل الثاني فلابي يوسف ومحمد ما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال من اعتق نصيبا او شقيصا في مملوك فخلاصه عليه في ماله ان كان له مال والا قوم عليه في ماله ان كان له مال واستسعى
به غير مشقوق عليه وجه الاستدلال ان النبي صلى الله عليه وسلم صير الامرين اعني خلاص العبد وسعايته نوعا كالنوعين في
يسار العبد واعساره والقسمة تقطع الشركة فلا يكون للشريك الساكت سعاية العبد مع يسار المعتق ولابي حنيفة ما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فدل الحديث ان باعتاقه في نصيبه لا يتعدى العتق نصيب
شريكه لانه ليس مالكا لنصيب شريكه فلما لم يتعد كان نصيب الشريك باقيا في ملكه فله ان يأخذ منه العوض بالسعاية كالكتابة
ثم الشريك اذا اختار العتق والسعاية كان الولاء بينهما لان العتق حصل منهما جميعا والبدل لا ينافي الولاء كما في الكتابة واذا اختار
التضمين انتقل نصيبه الى المعتق فكان له ان يعتق او يستسعي لانه وجب اخراجه الى الحرية لاستحالة ان يبقى فيه الرق مع وقوع
الحرية فاي الامرين فعل كان الولاء له خاصة دون شريكه هذا اذا كان موسرا اما اذا كان معسرا كان لشريكه الخيار اما
الاعتاق واما الاستسعاء لعدم وجوب الضمان فايهما فعل كان الولاء بينهما لحصول العتق منهما • قال الشيخ ابو نصر ومن اصحابنا
من قال ان القياس ان يجب الضمان وهو قول بشر المريسي يعني فيما اذا كان المعتق معسرا لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار
والاعسار وانما تركنا القياس لما قد بينا ومن الاخبار وقد فرق النبي صلى الله عليه وسلم بين اليسار والاعسار • ومن
اصحابنا من قال ان القياس لا يمنع العتق في الوجهين لانه تصرف في ماله على وجه اضر بغيره فصار كمن احرق داره واحرقت
دار جاره وانما تركنا القياس في الموسر واوجبنا عليه الضمان بالخبر قوله فان كان موسرا اي المعتق قوله
والولاء بينهما في الوجهين اي بين الشريكين في الاعتاق والاستسعاء يعني اذا اعتق الشريك الساكت نصيبه او استسعى العبد
قوله وقالا ليس له اي قال ابو يوسف ومحمد ليس للشريك الساكت الا الاول لا احد الامرين اما تضمين المعتق ان كان
موسرا واما استسعاء العبد ان كان معسرا قوله ولا يرجع المعتق على العبد اي لا يرجع بما ضمن لان العبد لا تجب ثانيه
سعايه عندهما في اليسار وعند ابي حنيفة وابي يوسف يرجع عليه لانه باداء الضمان قام مقام الساكت فكان للساكت اخذ العوض

منه بالاستسعاء فلذلك كان للمعتق الرجوع عليه بما ادى ولانه ملك نصيب شريكه ضمنا لاداء الضمان فكانه اعتق نصف
عبد وبقي النصف فكان له ما في الباقي الاعتاق والاستسعاء فلهذا كان له الرجوع بما ضمن قوله ولانه احتبس
مالية نصيبه عند العبد اي ولابي حنيفة هذا الدليل لبيان ان يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد ووجهه ان مالية نصيب
الشريك احتبست عند العبد فكان للساكت ان يضمن العبد لاحتباس نصيبه عنده الا ان العبد فقير لم يمكن القول
بتضمينه فوجب الاستسعاء كما اذا القت الريح ثوب انسان في صبغ اخر كان لصاحب الصبغ ان يضمن رب الثوب قيمة صبغه
لاحتباس ماله عنده وهو معنى قوله لما قلنا ولا يقال ان هذا التعليل في معارضة النص لانه اوجب السعاية اذا كان
المعتق معسرا الا اذا كان موسرا فلا يجوز لانا نقول الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلم
واحتبست على صيغة المبني للفاعل لان به اي بيسار اليسار وهو ان يجد ما يؤدي نصيب الاخر قوله يعتدل
النظر من الجانبين اي من جانب المعتق وجانب الشريك الساكت وكذلك لان نصيب المعتق تحقيق القربة ومقصود الشريك
وصول بدل حقه اليه فبيسار اليسير تحصل الامران جميعا فلا حاجة الى يسار الغنا ● قال في التحفة انما تعتبر القيمة
في الضمان والسعاية يوم الاعتاق لانه سبب الضمان وكذا يعتبر حال المعتق في يساره واعساره يوم الاعتاق حتى لا
تسقط الضمان اذا اعسر بعد اليسار ولا يثبت الضمان اذا ايسر بعد الاعسار قوله واما الترجيح على قوله
اي تخريج المسئلة على قول ابي حنيفة يعني انما كان للشريك الاعتاق والاستسعاء لقيام ملكه والتضمين لان المعتق افسد
نصيبه لانه امتنع به البيع والهبة قوله ونحو ذلك اراد به التصدق والوصية قوله وتوابعه بالخفض
على الاعتاق اي امتنع في نصيب الشريك ما سوى الاعتاق وتوابعه واراد بالتوابع التدبير والكتابة والاستيلاد
قوله والاستسعاء بالخفض عطفا على الضمان لانه في قوله فجاز الاعتاق لما بينا اي لما انه احتبس مالية نصيبه عند العبد
قوله وقد كان له ذلك بالاستسعاء ان كان للشريك الساكت الرجوع باستسعاء العبد فكذلك كان للمعتق ايضا لانه
قام مقام الثالث قوله مفيدا جواب سؤال مقدر بان يقال المستسعى كالمكاتب وكذلك لا يقبل النقل من ملك الى ملك
فالمستسعى كذلك فكيف يملكه المعتق بازاء الضمان قوله ان شاء اعتق اي الساكت لما ثبتا اي لبقاء ملكه قوله
والولاء له في الوجهين ● اي الولاء للشريك الساكت في الاعتاق والاستسعاء في نصيبه قوله ولا يرجع المستسعى على المعتق
بما ادى بالاجماع بيننا والمستسعى على صيغة اسم المفعول وهو العبد وانما الاجماع بقوله بيننا احترازا في قول ابن ابي ليلى
فانه يرجع كالمرهون اذا اعتقه الراهن المعسر والفرق لنا ان العبد هنا سعى في تخليص رقبته عن الرق وهو سعيه
خالصه فلهذا لا يرجع بخلاف العبد المرهون فانه يسعى في تخليص رقبته رقبة تخلصت ويقضي دينا على الراهن فلهذا
يرجع عليه قوله وقول الشافعي في الموسر كقولهما اي اذا كان المعتق موسرا يعتق كل العبد ويضمن نصيب شريكه
كقول ابي يوسف ومحمد واذا كان معسرا يبقى نصيب الشريك على حاله يباع ويوهب لانه لا وجه الى التضمين لاعسار الشريك
ولا الى الاستسعاء لعدم جناية العبد ولا الى اعتاق الكل للزوم الضرر بالشريك ● قلنا لا نسلم انه لا وجه الى الاستسعاء
بل له وجه وهو ان مالية نصيبه احتبست عنده فيستسعيه ● ولئن قال لا نسلم الاحتباس لانه عنده يجوز للشريك بيع
نصيبه وهبته لانا نقول يلزم حينئذ ان يكون الشخص قويا ضعيفا ومالكا ومملوكا لان المعتق اعتق نصيبه وبقي ملك
الشريك على حاله وهو فاسد ثم يؤيده ان العبد المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر يسعى ولم يوجد منه الجناية
قوله فتبين ما عيناه وهو عتق ما عتق ورق ما رق قوله لما اي لما ثبت له او اللغوة قوله
قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين
كانا او معسرين عند ابي حنيفة ● قال القدوري في مختصره وتمام لفظه فيه ● وقال ابو يوسف ومحمد ان كانا
موسرين فلا سعاية وان كانا معسرين سعى لهما وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للموسر ولم يسع للمعسر واراد بهما
بالعتق الاعتاق ● ووجه قول ابي حنيفة ان كل واحد من الشريكين زعم ان شريكه اعتق نصيبه فكان له تضمين شريكه
او استسعاء العبد اذا كان المعتق موسرا لان يسار المعتق لا يمنع السعاية على كل حال فلم يبق فرق بين اليسار والاعسار
وكان الولاء لهما جميعا لان نصيب المعتق عتق باعتاقه ونصيب الاخر عتق بالسعاية ولكن ينبغي لك ان تعرف ان هذا كله
بعد ان يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما يدعي على الاخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف
عليه ● وقال اصحابنا انه عبد عند ابي حنيفة حتى يؤدي لان المستسعى عنده كالمكاتب وعندهما حر عليه دين لان
الشريك لما اعتق نصيبه عتق كله لعدم تجزي الحرية لكن على قولهما وهو قول زفر ايضا كذا قال الشيخ ابو نصر لا سعاية على
العبد اذا كانا موسرين لان كل واحد منهما يزعم ان شريكه اعتق وهو موسر وان له الضمان عليه لا السعاية على
العبد وقوله وهو مقبول على نفسه في براءة العبد عن السعاية وليس بمقبول على شريكه في دعوى الضمان لانكاره اما اذا
كانا معسرين سعى لكل واحد منهما لان كل واحد منهما يزعم ان شريكه اعتق نصيبه وهو معسر ولا حق له في تضمين المعسر
وانما حقه في كل سعاية العبد واما اذا كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للموسر لا المعسر لان الموسر يزعم ان شريكه
اعتق نصيبه وهو معسر وله على العبد السعاية لا الضمان على الشريك لانه معسر لكنه ابرأ العبد للموسر ولا يسعى للمعسر لانه
يزعم ان شريكه اعتق وهو موسر وحقه في تضمينه لا في سعاية العبد فكان قوله مقبولا في براءة العبد غير مقبول

في تضمين الشريك لانكاره فلم يكن للمعسر شيء ● قال الحاكم الشهيد الولاء على قولهما موقوف يعني الى ان يتفق الشريكان
على اعتاق احدهما وذلك لان كل واحد منهما يزعم ان جميع الولاء لشريكه وشريكه يجحد ذلك ● ثم اعلم ان شهادة الشريكين
على صاحبه بالاعتاق لا تقبل لكونه شهادة الفرد ولذلك اذا كان الشركاء ثلاثة فشهد اثنان منهما على الثالث باعتاق
نصيبه لا تقبل شهادتهما لانهما يشهدان لانفسهما حق الضمان او يشهدان لعبدهما ولا يعتق نصيب الشاهد لانه لم يعترف باعتاق نصيبه
وانما زعم ان شريكه اعتق نصيبه وثبت حق الحرية في نصيب الشاهد بحيث لا يجوز تصرفه بالتمليك وهو قوله فيعتق
باقيه غير مقبول على شريكه ولا يجب عليه الضمان فكان حق كل واحد في عتق نصيبه فاعتقه فانه لا يضمن لانه لم
باشر العتق كذا قال الشيخ ابو نصر قوله فصار مكاتبا في زعمه عنده اي في زعم كل واحد من الشريكين عند ابي
حنيفة وذلك لان المستسعى بمنزلة المكاتب عنده والزعم بفتح الزاي وضمها لغتان فصيحتان كالضعف والضعف
حكاهما ابن السكيت وقرا الكسائي قوله تعالى هذا لله بزعمهم والباقون يفتحون ● قال ابن دريد واكثر ما يقع الزعم على
الباطل في القران وفي فصيح الشعر قال تعالى زعم الذين كفروا ان لن يبعثوا ● وقال الشاعر زعمت سخينة ان
ستغلب ربها ● وليغلبن مغالب الغلاب قوله لانه مكاتبه على تقدير الصدق في قوله ان شريكه اعتق
نصيبه او مملوكه على تقدير الكذب وكسب المملوك لمولاه فلهذا يستسعى به اي فلاجل ان العبد مكاتب او مملوك يستسعى
الشريكان العبد لتعين حق الاستسعاء قوله لان حقه في الحالين اي حق كل واحد من الشريكين في حال
ان شريكه الذي اعتق نصيبه وحال اعساره في احد شيئين من تضمين الشريكين واستسعاء العبد لكن الضمان تعذر
لانكار الشريك فتعين السعاية قوله على ما بينا اشار الى قوله فبقي لنا حق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا
قوله يحيله اي يحيل الولاء وهو يتبرا عنه اي صاحبه يتبرا عن الولاء قوله الا ان يتفقا اي يتفق
الشريكان قوله ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الاخر ان دخل فهو حر
فمضى الغد ولا يدري ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي يوسف وابي حنيفة ● وقال محمد يسعى
في جميع قيمته ● وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ولكن لم يذكر قول ابي يوسف ومحمد في الجامع الصغير ● كذا قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وانما ذكر قولهما في الجامع الكبير ● وفي عتاق الاصل وقد اورده في شرح
الجامع الصغير ايضا والذي ذكره صاحب الهداية فيه ابهام لان عند ابي يوسف انما يسعى في النصف اذا كانا معسرين
واما اذا كان احدهما موسرا يسعى له في الربع فكذلك عند محمد انما يسعى في جميع القيمة اذا كانا معسرين واما اذا كان
احدهما موسرا يسعى له في نصف القيمة ولكن العذر لصاحب الهداية انه اشار الى ما قلنا بعد هذا بقوله ويأتي العذر
فيه على اليسار في السعاية ان لا يتبعهما على الاختلاف الذي سبق ● ثم جواب المسئلة مشروحا على قول ابي حنيفة انه
يعتق نصف العبد ويسعى في نصف قيمته بينهما نصفين سوا كانا معسرين او موسرين وفي قول ابي يوسف ان كانا موسرين
فلا يسعى في شيء وان كانا معسرين سعى لهما في نصف القيمة لكل واحد منهما في الربع وان كان احدهما موسرا يسعى للموسر في ربع
قيمته ولا يسعى للمعسر في شيء وفي قول محمد ان كانا موسرين فلا سعاية وان كانا معسرين يسعى لهما في جميع القيمة ولا يسعى
في شيء وقد اتفق ابو حنيفة وابو يوسف على انه لا يسعى في الشيء من النصف لان النصف عتق لا محالة لانه ان كان دخل
عتق نصيب هذا بلا شيء وان لم يدخل عتق نصيب الاخر بلا شيء فبعد عتق النصف اذن بلا سعاية على اصله واجبة على العبد
على كل حال لان المعسر اذا كان معسرا ظاهر وكذا اذا كان موسرا لان اليسار لا يمنع السعاية عنده فاذا اختار
الشريك ضمان الموسر فهو يرجع على العبد بما ضمن فكان مآله للسعاية وجه قول محمد ان المقضي عليه بسقوط نصف السعاية
مجهول لانه اما هذا المولى واما هذا المولى ولا يصح القضاء على المجهول ولا يمكن القول بالتوزيع لما فيه من اسقاط
السعاية لغير المعتق وايجاب السعاية للمعتق ولان كل واحد منهما شهد على صاحبه بالحنث فكان كعبد بين اثنين شهد
كل واحد منهما على الاخر بالاعتاق فيه يسعى في جميع القيمة اذا كانا معسرين فكذا هنا ووجه قولهما انا تيقنا بسقوط
نصف السعاية وهو نصيب المعتق لان احدهما حانث في يمينه لا محالة والقضاء بالمجهول مع العلم بالبراءة فاسد وجهالة
المقضي عليه لا يمنع القضاء بالسقوط اصله جهالة المقضي له كما اذا قال لاحدهما على الف ونزول الجهالة ايضا بالتوزيع
لعدم اولوية احدهما من الاخر ● الا ترى الى ما نقل فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير عن كتاب التحري
في عشرة رجال لكل واحد منهم جارية فاعتق احدهم جاريته ثم صار لا يدري الذي اعتق والتي اعتقت ثم اجتمعن في
ملك واحد ثم مات انه يحكم بعتقهن ويسعى كل واحدة منهن في تسعة اعشار قيمتها وكذلك ان اعتق جارية بعينها من
جواريه ثم مات قبل البيان فانه يشيع العتاق فيهن بخلاف ما اذا شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق
حيث يسعى في جميع القيمة لانا لم نتيقن بسقوط نصف السعاية لجواز ان يكون كل واحد كاذبا في شهادته
قوله كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر او البيان اي يعتق من كل واحد
منهما نصفه ويسعى كل واحد في نصفه قوله ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما لتيقن اذا
كان لكل واحد من الرجلين عبد على حدة فقال احدهما ان دخل فلان الدار غدا فعبدي حر وقال الاخر ان لم يدخل فعبدي
حر فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه لا يعتق واحد منهما لانه في قولهم جميعا لان المقضي وهو المولى مجهول وكذا المقضي

له وهو العبد مجهول ايضا فلم يمكن القضا لتفاحش الجهالة بخلاف العبد الواحد بين اثنين فان المقضي له معلوم ولكن المقضي به وهو عتق نصف العبد معلوم لان احدهما حانث لا محالة فغلب المعلوم على المجهول **قوله** قال واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب • اي قال القدوري في مختصره • وقال في الجامع الصغير ولا ضمان على الاب سوا علم الشريك انه ابوه او لم يعلم وقوله اذا لم يعلم من الخواص • اعلم ان الرجلين اذا ملكا عبدا هو ذو رحم محرم من احدهما بعقد واحد فلا ضمان جميعا من شرا او هبة او صدقة او وصية لا يضمن الذي عتق عليه لشريكه شيا عند ابي حنيفة ولكن العبد يسعى في قيمة الاخر موسرا كان الذي عتق عليه او معسرا وعندهما يضمن ان كان موسرا نصف قيمة العبد للشريك وان كان معسرا يسعى العبد في نصف قيمته للشريك • وكذلك رجل حلف وقال لعبد ان ملكت شقصا منك فهو حر ثم اشتراه مع الاخر لا يضمن لشريكه وان كان موسرا عند ابي حنيفة خلافا لهما ذكر الخلاف ابو بكر الرازي في هذه المسئلة وكان ابو الحسن الكرخي يقول لا اعرف الرواية في هذه المسئلة واما اذا ملكاه بسبب الارث وهو ذو رحم محرم من احدهما لا يضمن الذي عتق عليه للشريك لانه لم يوجد منه صنع وهذا بلا خلاف • كذا نص الحاكم الشهيد في الكافي وشمس الائمة البيهقي في تتمة المبسوط من الشامل • وقد ذكر صاحب التحفة فيها وفي الخلافيات ايضا وجه قولهما انه ابطل نصيب صاحبه لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فاذا اعتق احد الشريكين نصيبه بملك القريب بالنص عتق نصيب الاخر ايضا فيكون مبطلا لنصيب صاحبه فيضمن ان كان موسرا كما اذا كان العبد بين اثنين اعتق احدهما نصيبه • ووجه قول ابي حنيفة انه رضي بافساد ملكه او بابطال ملكه على خلاف الاصلين فلا يجد وان مع الرضا فلا يضمن للشريك كما اذا قال له اعتق نصيبك فاعتقه وانما قلنا انه رضي بالافساد او الابطال لانه باشر علة العتق في الشرا فكان منه رضا بطريق الدلالة وهذا لان البائع انما باع العبد منهما جميعا فان كان لم يقبل الشريك ما كان يصح العقد الا بايجاب مبتدا فعلم انه رضي بالاعتاق حكما من طريق الدلالة لان شرا القريب اعتاق فصار كما اذا رضي بفساد صريحا • فان قلت لا نسلم انه رضي بافساد نصيبه او بابطاله لانه لا ضرر والعاقل لا يرضى بالضرر وقد تدل عوضا خطيرا لاستيفا ملكه لا لافساده وابطاله قلت قد بينا انه رضي بذلك لمباشرته علة العتق وقوله العاقل لا يرضى بالضرر لا نسلم لانه قد يرضى بذلك اذا كان فيه نفع له او يزيد عليه والنفع ظاهر لانه ثبت له العتق من جهته على وجه يستفيد المدح والولا في الدنيا والثواب في الاخرة ويستسعي العبد في نصف القيمة وربما تكون القيمة اكثر من نصف الثمن فلذلك يتريد على الضرر قلت لا نسلم الاعتاق ان الاعتاق لا يتجزى على مذهب ابي يوسف ومحمد فيلزم من اعتاق البعض اعتاق الكل لانه اعتاق الكل لا يملك نصيب الشريك لانه لا يعتق بنا لا يملكه اذ لا ادم والتملك لم يشرع الا بالضمان فالرضا بالاعتاق لا يكون رضا بسبب الضمان فكيف ينفي وجوب الضمان فصار كما اذا استولد احد الشريكين الجارية المشتركة برضى الاخر يجب عليه الضمان قلت هذا السوال يرد على اصل ابي حنيفة لانه لا يملك نصيب صاحبه لتجزي الاعتاق وعندهما انا عندنا وان كان يملك نصيب صاحبه بالاعتاق بل ضمنا للاتلاف لا قصدا وما ثبت ضرورة ومقتضى يراعي فيه حكم ذلك الشي لا حكم الثابت ضمنا لان ضمانات التي لا تعلق بخلاف الاستيلاد فانه يملك قصدا لا ضمنا للافساد فلم يبطل الضمان بالرضى على انا نقول ان ضمان الاعتاق وضمان افساد لا ضمان تملك بدليل ان احد الشريكين اذا قال لصاحبه اعتق نصيبك فاعتق لا يضمن وكذا اذا ورثاه وعتق نصيب الا القريب لا يضمن فلو كان ضمان تملك لضمن كما اذا ورثا ام ولد لاحدهما بان كانت له بالنكاح فان قلت سلمنا انه ضمان افساد لكن لا نسلم ان ضمان الافساد ينتفي اذا وجد الرضا يدل عليه مسئلة الجامع الكبير ان احد الشريكين اذا قال لصاحبه ان ضربت العبد الذي بيننا فهو حر فضربه حتى عتق على الحالف نصيبه يضمن الحالف ان كان موسرا نصيب الضارب وان عتق برضاه • قلت قال العتابي في شرح الجامع • قال مشايخنا ما ذكر في الكتاب يعني في الجامع انه يضمن الحالف نصيب شريكه ان كان موسرا انما يستقيم على قولهما اما على قول ابي حنيفة فينبغي ان لا يضمن لان شريكه لما باشر شرط العتق فقد رضي بافساد نصيبه • ومنهم من قال ما ذكر في الكتاب قول الكل والفرق لابي حنيفة ان الرضا بما ينافي العتق وله اثر في العتق يكون رضا بفساد نصيبه فشرا القريب اعتاق فيكون مؤثرا في العتق وكذا الملك له اثر في العتق لانه يثبت دونه اما هنا بالعرف لا ينافي العتق والعتق يثبت دونه فلا يكون الرضى به رضا بالعتق لا محالة وسبب الضمان وجد اعتقا قطعا فلا يبطل حكمه بالرضى بالشك بخلاف ما اذا علق الصحيح المرض طلاق امراته بفعلها الذي لها منه بد ففعلت حيث يحرم عن الميراث لان ثمه المبطل وجد قطعا فاذا وجد الرضى من وجه عمل المبطل عمله **قوله** عتق نصيب الاب اي زال ملكه في نصيبه لان العتق لا يثبت ما لم يزل جميع الملك اتفاقا فاذ ابقى الابن في نصيب الشريك يخير بين العتق فيه عند ابي حنيفة **قوله** وكذلك اذا ورثاه اي ورث الرجلان ابن احدهما • صورته امراة اشترت ابن زوجها ثم ماتت المراة عن اخ لاب وام وزوج يكون نصف العبد للزوج الذي هو اب فيعتق عليه والباقي للاخ وكذا اذا كان لرجلين ام عم وله جارية فزوجها احدهما فولدت ولدا ثم مات ابن العم عتق الولد على الاب وكذا اذا كان للمراة زوج واب ولها عبد هو ابو زوجها فماتت المراة كان العبد ميراثا نصفه لزوجها الذي هو الابن والباقي لاب المراة **قوله** حلف بعتقه ان اشترى نصفه قيد بالنصف لانه اذا حلف بعتقه ان اشتراه لا يعتق بشرا النصف لعدم الشرط **قوله** لانه شاركه فيما هو علة العتق

فيما هو علة العتق وهو القرابة فصار كما لان شرا القريب علة الملك والملك علة العتق فيكون الشرا علة العلة والحكم كما يضاف الى علة العلة **قوله** كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا فان قال احد الشريكين لصاحبه اعتق نصيبك فاعتقه لا يضمن **قوله** ودلالة ذلك اي دلالة الرضا بافساد النصيب **قوله** وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما لانه نص على قولهما في كتاب المكاتب ان احد الشريكين اذا قال لصاحبه كاتب نصيبك فكاتب فادى وعتق لا يضمن المكاتب نصيب شريكه ولا فرق بين الاعتاق بالكتابة او الاعتاق بالشرا وذلك لان الضمان بالرضا وانما قيد بالظاهر احترازا عما روي عن ابي يوسف اذا قال لصاحبه اعتق نصيبك فاعتق يضمن جملة ضمان التمليك حيث لم يسقط الضمان بالرضا في رواية ابي يوسف كذا قاله الامام العالم في طريقة الخلاف **قوله** ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه اي عن ابي حنيفة وذلك لانه منصوص في الجامع الصغير واحترز بالظاهر عن رواية الحسن ابن زياد انه اذا لم يكن عالما بانه ابوه لا يكون راضيا • وقال ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر ابو يوسف في الامالي اذا كان الشريك لم يعلم ان شراه من بالخيار ان شا اجاز البيع وان شا نقض لان البيع تم بخبر قبل القبض كما اذا اشتريا عبدا فاعتقه احدهما قبل القبض كان الاخر بالخيار ان شا اجاز وان شا نقض **قوله** كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للاخر والا مر لا يعلم الامر بملكه اي كان لا يعلم الامر ان الطعام له بل امر غيره على ظن انه ليس له اورد هذه المسئلة نظيرا على ان الحكم يدار على السبب وان لم يوجد العلم يعني لا امر بالكل الطعام وهو سبب لنفي الضمان عن الاكل وان لم يعلم الامر ان الطعام مال الامر فكذا في مسئلتنا لما باشر الشريك السبب اي علة العتق وهي شرا القريب الاخر معه كان ذلك منه رضى بنفي الضمان وان لم يعلم ان العبد ذو رحم محرم من صاحبه • قال شمس الائمة السرخسي في الجامع الصغير وهو نظير المشاركة باشر سبب اسقاط حقه في الضمان ولا يختلف ذلك بعلمه وجهله بمنزلة الغاصب اذا اطعم المغصوب للمغصوب منه فتناوله وهو لا يعلم ان هذا الطعام طعامه لا يكون له ان يضمن الغاصب شيا **قوله** وان بدا الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب النصف الاخر فالاجنبي بالخيار ان شا ضمن الاب • وهذه من مسائل القدوري والجامع الصغير ويضمن الاب في هذه الصورة في قولهم جميعا لان الرضا لم يوجد من الشريك لعدم مشاركته مع الاب فيما هو علة العتق وقد اتفقوا في الضمان واختلفوا في الخيار فعند ابي حنيفة الشريك بالخيار ان شا ضمن الاب ان كان موسرا او ان كان معسرا استسعى العبد كما هو الخلاف في العبد لاختيار المالية عنده وان شا اعتقه وعندهما ان كان موسرا ضمنه الشريك وان كان معسرا استسعى العبد كالخلاف في عبد بين اثنين اعتقه احدهما **قوله** ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن • وهذه من مسائل الجامع الصغير • قال صاحب الهداية معناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيا عند ابي حنيفة لانه رضي بافساد شريكه لمشاركته فيما هو علة العتق وعندهما يضمن لانه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق وهذا الدليل لان اراد بما يقوله في العين والوجه قد ذكرناه وتقييده بقوله ممن يملك كله لانه اذا اشترى نصيب احد الشريكين يضمن الساكت بالاتفاق كما في المسئلة المتقدمة **قوله** واذا كان العبد بين ثلاثة دبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الاخر وهو موسر فارادوا الضمان الى اخره • وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وانما قال فارادوا التضمين احترازا عن بيان الغلب وهذا لان العتق لا يضمن الضمان • اعلم ان العبد اذا دبره احدهم ثم اعتقه الاخر وهما موسران كان للساكت ان يضمن المدبر ثلث قيمته ثم يرجع به المدبر على العبد نص عليه الحاكم في الكافي وليس له ان يضمن المعتق لانه لو ضمنه كان الملك له بالضمان والمدبر ليس بقابل للملك سوى المدبر وانما يضمن الساكت المدبر اذا كان موسرا وان شا استسعى العبد في ثلث قيمته فاذا كان المدبر معسرا فللساكت الاستسعا دون التضمين ثم المدبر في نصيب نفسه يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ان كان المعتق موسرا وان كان شا استسعى العبد فيه لانه اتلف تدبيره فيضمنه ومالية العبد احتبست عند العبد فيستسعيه اما اذا كان المعتق موسرا او معسرا فالمدبر الاستسعا العبد دون التضمين • كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وليس للمدبر ان يرجع على المعتق بالثلث الذي ضمن للساكت لان ملك المدبر في ذلك الثلث ثابت من وجه دون وجه وذلك لانه ثبت مستندا بادا الضمان ثبت له الملك وبالنظر الى حال التدبير لم يثبت له الملك فلما كان كذلك لم يظهر في حق التضمين ثم الساكت اذا اختار تضمين اذا كان ثلثا الولا للمدبر والثلث للمعتق وان لم يظهر في حق التضمين اختار سعاية العبد كان الولا بينهم اثلاثا وبه صرح السغناقي وهذا كله قول ابي حنيفة اما على قولهما لما دبره احدهم صار كله مدبرا له فالعتق باطل لان التدبير عندهما لا يتجزى كالاعتاق عندهما ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه سوا كان المدبر موسرا او معسرا والولا كله للمدبر وانما الفرق بين العتق والتدبير في حرف وهو ان المعتق لا يضمن الا اذا كان موسرا وفي التدبير يضمن وان كان معسرا لانه لما دبره فقد تملك كله لانه يملك كسبه وخدمته فصار وجوب الضمان بالبدل والضمان اذا كان بالبدل استوى فيه العسر واليسر كجارية بين رجلين جات بولد فادعاه احدهما صارت ام ولد له ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها موسرا كان او معسرا لانه يملك كسبها واستمتاعها بخلاف ضمان الاعتاق فانه ضمان الاتلاف لا ضمان يملك لانه لا يحصل له البدل بالضمان فاختلف باليسار والعسر لحديث ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد **قوله** لانه شعبة من شعبه اي لان التدبير شعبة من شعب الاعتاق فيكون معتبرا به اي بكون التدبير

معتبرا بالاعتاق يعني يتجزى كما يتجزى الاعتاق **قوله** لان نصيبه باق على ملكه الضمير المجرور في الموضعين راجع الى كل
واحد من الآخرين **قوله** فاسدا حال من مالكه **قوله** بافساد شريكه اي شريك كل واحد منهما واراد
بالشريك الشريك المدبر **قوله** حيث سد عليه طرق الانتفاع به • بيان الافساد اي سد المدبر على كل واحد
من الشريكين طرق الانتفاع بالعبد من البيع والهبة والوصية والصدقة والامهار **قوله** على ما مر اشارة الى قوله لان
المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك ذكره في المسئلة الثانية من هذا الباب **قوله**
فيتوجه للساكت سببا ضمان وهو التدبير المدبر واعتاق المعتق يعني ان كل واحد منهما سبب للضمان **قوله** غير
له اي للساكت **قوله** اذ هو الاصل اي ضمان المعاوضة هو الاصل في الضمان لان الضمان يقتضي ان يصير المضمون ملكا
للضامن ولا يكون ذلك الا في ضمان المعاوضة لان ضمان الجناية وقد امكن ذلك في ضمان التدبير لانه حين دبر كان
نصيب الساكت محتملا للتملك بالضمان ولم يمكن في ضمان الاعتاق لانه حين اعتق لم يكن نصيبه محتملا التمليك بسبب التدبير
الثابت قبله ولو جعلنا الضمان على المعتق للساكت لكان ضمان جناية فلا يصار اليه الا عند تعذر ضمان المعاوضة ولم يتعذر
لانه يضمن المدبر ولهذا جعل ضمان الغصب ضمان المعاوضة حتى صح اقرار الماذون به بان قال غصبت من فلان فلما جعل الغصب
ضمان معاوضة مع انه ليس بمشروع فلان يكون التدبير اولى وهو مشروع **قوله** ولا يمكن ذلك اي لا يمكن النقل من ملك
الى ملك حين اعتقه المعتق لثبوت التدبير السابق **قوله** عند ذلك اي عند الاعتاق **قوله** على اختلاف الاصلين
يعني ان معتق البعض مكاتب عند ابي حنيفة وعندهما حر عليه دين **قوله** لانه افسد عليه نصيبه مدبرا اي لان
المعتق افسد على المدبر نصيبه الذي دبره **قوله** وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا • بيانه ان العبد لو
كان قيمته سبعة وعشرين دينارا مثلا يضمن المدبر حصة الساكت تسعة لانها ثلث قيمته قنا والمعتق يضمن حصة
المدبر ستة لان قيمة المدبر ثلثا قيمة القن والثلثان من سبعة وعشرين ثمانية عشر ونصيب الذي دبر ثلث
ذلك وهو ستة لا محالة ولا يضمن المدبر المعتق التسعة التي ملكها بالضمان لما مر • ثم اعلم ان في قيمة المدبر اختلاف
المشايخ • قال ابو القسم البلخي قيمته نصف قيمة القن لانه ينتفع بالمملوك على وجهين بعينه وببدله فالانتفاع
ببدله فائت والانتفاع بعينه باق كذا في النوازل • وقال بعضهم تمام قيمة القن • قال الصدر الشهيد هذا غير سديد
وذكر الامام القاضي علي السغدي في فوائده قيمته ثلثا قيمة القن لان منفعة الوطء والسعاية باقية ومنفعة البيع
زائلة وقيمة ام الولد ثلث قيمة القن • وقال بعضهم بقيمة قيمة الخدمة تنظر بكم يستخدم وهو مدة عمره من حيث الحزر والظن
كذا في التتمة والفتاوى الصغرى **قوله** على ما قالوا اشارة الى اختلاف المشايخ الذي بيناه **قوله**
ولا يضمنه اي لا يضمن المدبر المعتق الذي ملكه باداء الضمان الى الساكت **قوله** لانه ملكه اي ملك المدبر
في نصيب الساكت يثبت مستندا اي الى وقت التدبير ثابت من وجه اي نظرا الى حال اداء الضمان دون وجه
اي ليس بثابت من وجه نظرا الى حال التدبير **قوله** والولاء بين المعتق والمدبر اي عصبة المدبر والمعتق
لان العتق لا يثبت للمدبر الا بعد موت مولاه **قوله** ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق اي ثلث الولاء لان
العبد عتق على ملكهما على هذا الوجه لان المدبر عتق عليه الثلث من جهة ملكه من الساكت والثلث الآخر نصيبه في الاصل
هذا اذا اختار الساكت تضمين المدبر اما اذا اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعا اثلاثا لكل واحد منهم الثلث وقد مر
قوله واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند ابي
حنيفة وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها • وهذه من مسائل الجامع الصغير
المعادة والمراد من كونها موقوفة يوما ان يرتفع عنها الخدمة يوما وان لا يكون للمقر عليها سبيل وهذا الذي ذكره من قول
ابي يوسف هو قوله عند ابي حنيفة وعلى قوله … اولا وقد رجع عنه الى قول ابي حنيفة قال الحاكم
الشهيد في الكافي اما جنايتها موقوفة عند ابي حنيفة وعلى قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد تسعى في جنايتها
بمنزلة المكاتب وما اخذ عند ابي حنيفة من الجناية عليها فللمنكر نصفها كذا في الكافي ايضا وذكر في المختلف في باب
محمد ان نفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر ولم يذكر في المقعد الخلاف • وقال ابو الحسين
علي بن محمد بن علي في شرحه للمنظومة وهو تلميذ ظهير الدين المرغيناني نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها
من كسبها فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر يقين • وقال فخر الاسلام البزدوي في شرحه للجامع الصغير
اختلف مشايخنا في الخدمة للمنكر يوما فمنهم من قال هو ثابت عندهما ايضا لا قال والصواب عندنا ان لا يكون ذلك الا عند ابي
حنيفة خاصة فاما عندهما فلا خدمة للمنكر عليها وجه قول ابي حنيفة الاول وهو قول محمد ان المقر لما لم يصدق في
اقراره انقلب اقراره على نفسه فصار بمنزلة المستولد فلما صار المستولد عجز المنكر عن استخدام الجارية في نصيب نفسه فلما عجز عن
الاستخدام لم يكن له الا استسعاؤها لتعذر ايجاب الضمان على المقر للمنكر لان المقر يدعي الضمان على المنكر ولا يسعى للمقر لانه يدعي
ضمان الملك على الشريك لا السعاية لان الضمان لا يثبت لانكار الشريك والسعاية فيها فالشبه به ام الولد للنصراني اذا اسلمت
لانه لما عجز عن استخدامها لاسلامها استسعاها ما تخرج الى العتق بالسعاية نظرا للجانبين لان ملك النصراني محترم فلا يجوز ان
يبطل مجانا • وجه قول ابي يوسف المرجوع اليه ان المقر لا يخلو من احد الامرين اما ان كان صادقا او كاذبا فان كان صادقا

فهي بيده الايام كلها للمنكر لانها ام ولد له وان كان كاذبا فنصف الخدمة للمنكر لانها بينهما والنصف
الآخر موقوف ولا تسعى الجارية للمنكر لان المقر ان كان صادقا كان كلها ام ولد ولا سعاية على ام الولد وان كان كاذبا
فهي بينهما فلا سعاية عليها بحال اما المقر فلا تخدمه الجارية ولا تسعى له لانه لما ادعى استيلاد شريكه تبرأ عن خدمتها ولما
ادعى الضمان عليه تبرأ عن سعايتها فعلم بهذا ان قول صاحب الهداية لها وتبرأ هو ولد ولا خدمة للشريك الشاهد فلان
ينبغي لانه تبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان فافهم وههنا يحتاج الى زيادة البيان • ذكر الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير ومتى ان المنكر اذا مات عتقت الجارية بشهادة الآخر ولا سعاية عليها للشاهد وتسعى لورثة
المنكر نصف قيمتها في قول ابي حنيفة **قوله** والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب هذا جواب عن قولهما
… اقرار المقر عليه … ولد ما يعني لا يتم الا بعلاقة لان الاستيلاد يتضمن النسب والنسب لا يثبت ولا يرتد كما اذا
ادعى نسب صغير لغيره فكذا ما يتضمنه … ثم اقر المقر بنسبه لنفسه لا يصح فلذا اهملنا حمل اقراره فاسدا في حق نفسه لا …
… **قوله** وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن نصف
قيمتها • وهذه من خواص الجامع الصغير صورته جارية بين رجلين ولدت ولدا فادعياه جميعا فصارت ام ولد لهما ثم اعتقها
احدهما وهو موسر لا ضمان عليه عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ان كان المعتق موسرا ضمن نصف قيمتها وان كان
معسرا سعت للساكت في نصف قيمتها والاصل في المسئلة ان ام الولد ليست بمتقومة عند ابي حنيفة ومتقومة عندهما
لهما انها كانت متقومة قبل الاستيلاد ولم يثبت بالاستيلاد الا حق العتق لا حقيقة العتق فلا يزول التقوم باستحقاق العتق
لعدم التنافي كالمدبر يوضحه ان المستولد يطأها ويؤاجرها ويستخدمها كرها فعلم ان التقوم لم يزل والوطء لم يشرع الا باحد
الملكين ملك النكاح وملك اليمين والاول منتف هنا فتعين الثاني وملك اليمين لا يكون الا في مال متقوم ولهذا
تسعى ام ولد النصراني اذا اسلمت بالاعتاق والسعاية انما تكون اذا انتفى التقوم ولابي حنيفة ان التقوم ينبني على الاحراز ولهذا
انتفى التقوم في الصيد والحشيش والماء قبل الاحراز وام الولد لا تحرز احرازا للتمول بل تحرز احراز المنكوحات للاستمتاع
وتحصيل النسب ولهذا تصير فراشا بعد الاستيلاد انما قالوا لم يصح قياسها على ما قبل الاستيلاد يدل على ان التقوم زال
ولهذا لا تسعى لغريم ولا وارث بخلاف المدبر فانه يسعى لغريم وكذا الوارث اذا لم يخرج من الثلث فيسعى الثلثان
والمدبرة وام الولد النصراني اذا اسلمت حكمنا بحريتها بالسعاية نظرا للجانبين حتى لا تبقى المسلمة تحت الكافر ولا يبطل الملك
المحترم مجانا وكانت في معنى المكاتبة وبدل الكتابة لا يستدعي التقوم لانه مشروع مقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر
فلم يدل سعاية ام الولد النصرانية على التقوم **قوله** وعلى هذا الاصل يبتنى عدة من مسائل اوردناها في كفاية المنتهى
… المنتهى اليوم مفقود في هذه الديار ولكن المسائل المبتناة على هذا الاصل مشهورة في الكتب • قال فخر الاسلام
البزدوي في شرح الجامع الصغير وكذلك على هذا الاختلاف • ام ولد بين اثنين مات احدهما حتى عتقت لم تسع للآخر
عند ابي حنيفة وسعت عندهما وكذلك ام ولد بين اثنين ولدت ولدا فادعاه احدهما ثبت النسب منه ولا شيء عليه ل
شريكه من ضمان ولا سعاية وقالا يضمن نصف قيمتها للشريك ان كان موسرا او يسعى في نصف قيمتها ان كان معسرا بخلاف
المدبر في هذا كله وكذلك رجل باع امة فولدت لاقل من ستة اشهر بعد البيع ثم ماتت الام عند المشتري فادعى البائع
الولد صح وعلى البائع ان يرد جميع الثمن ولا يضمن للام شيئا عند ابي حنيفة وعندهما يحبس حصتها من الثمن وعلى هذا
الخلاف رجل غصب ام ولد رجل فهلكت عنده لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة وعندهما يضمن قيمتها **قوله** عتق رد
ثمنها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا اي على ما قال مشايخنا يعني ام الولد متقومة عندهما الحق قيمتها ثلث قيمتها قنة لان القن
فيها منفعتان وهما البيع والسعاية والباقي منفعة واحدة وهي الاستخدام وما شابهه من الوطء والاجارة وفي المدبر
فات منفعة البيع فحسب فكان قيمة كل منهما على حسب ما فات **قوله** والاحراز للتقوم لم يوجد اصلا فلم يبق
متقوما **قوله** ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث ايضاح لكونها حرة لا تسعى لان سبب الحرية متحقق في الحال
وهو ثبوت الحرية من المولى وام الولد بواسطة الولد لانه لما حصل الولد من ماءين حصل بالاختلاط جزء من الام …
… يعني كونها حرة عاجلا وبالعلم وثبوت الحرية تقتضي ان لا تكون ام الولد متقومة لان ارقاق الاحرار ممنوع فلا تسعى لانها
… فيها بخلاف المدبر اذ الحرية جدا فيه ما ينفي التقوم لعدم الحرية **قوله** وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت
… سبب الحرية وهذا يناقض من صاحب الهداية في كلامه لانه جعل التدبير سببا بعد الموت وجعله في باب
التدبير سببا في الحال بخلاف سائر التعليقات … باسباب في الحال في الكل عندنا وسيجيء الكلام
فيه في ذلك الباب ان شاء الله تعالى **قوله** وامتناع البيع فيه لتحقق المقصود اي مقصود المولى وهذا جواب سؤال
يرد على ما قال بقوله ينعقد السبب بعد الموت بان يقال اذا كان السبب ينعقد بعد الموت فلم قلتم بامتناع بيعه
… عنه وقال الامتناع لتحقق مقصود المولى من التدبير وهو الحرية وان كان السبب لم ينعقد في الحال فلم يوجد …
… بشرط التقوم • وفي ام ولد النصراني قد بيناه انفا والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب عتق احد العبدين

لما فرغ من بيان اعتاق بعض عبد واحد شرع …

في عتاق احد العبدين لان لاحدهما بعض ايضا بل تقدم الاول لكون الواحد مقدما على الاثنين **قوله** ومن كان
له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان الى اخره وهذه من مسائل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل له
ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان منهم فقال احدكما حر ثم خرج ودخل اخر فقال احدكما حر وذلك في حال الصحة ثم مات قبل البيان
عتق نصف الاول وثلاثة ارباع الثابت ونصف الداخل • وقال محمد يعتق ربع الداخل فان كان ذلك منه في المرض كان الثلث بينهم
على هذا • ثم اعلم ان العبد الذي خرج يسمى خارجا والذي لم يخرج يسمى ثابتا والذي دخل يسمى داخلا فعند
ذلك نقول الخارج يعتق منه النصف والثابت يعتق منه ثلثة ارباع بالاتفاق • بيانه ان الايجاب
الاول اوجب عتق رقبة دائرة بين الخارج والثابت بحيث يحتمل ان يراد به هذا او ذاك وليس احدهما
بهذا باولى من الاخر فينتصف بينهما عتق رقبة فاصاب كلا منهما النصف ثم الثابت عتق منه ربع اخر
بالايجاب الثاني لانه اوجب عتق رقبة بين الداخل والثابت فتنصف بينهما لعدم الاولوية لكن النصف الذي
اصاب الثابت شاع في نصفيه فما اصاب نصفه المستحق بالعتق بالايجاب الاول نصفه فيكون ثلاثة ارباع
ولان الايجاب الثاني لو اريد به الثابت يعتق نصف الباقي ولو اريد الداخل لا يعتق النصف الباقي من الثابت
فاذن يعتق من الثابت نصفه الباقي في حال دون حال فينتصف النصف فيعتق بالايجاب الثاني ربعه فان
قيل لم لا يحمل الايجاب الثاني على ان المراد بالايجاب الاول هو الثابت لانا نقول لما لا يلزم ابطال حرية مستحقة
للخارج عند محمد ولانعدام حرية نازلة في الحين عند التكلم بالكلام الثاني عند ابي يوسف واما الداخل ففيه
اختلاف كما ذكرنا • وجه قول محمد ان الايجاب الثاني دائر بين الثابت والداخل وقد اصاب منه الربع الثابت
بالاعتاق فينبغي ان يصيب الداخل كذلك ولان الايجاب الثاني يصح في حال دون حال لان الثابت لو اريد بالايجاب
الاول لا يصح الايجاب الثاني لانه يصير كانه قال لعبد وحر احدكما حر فيلغو ولو لم يكن الثابت مرادا بالايجاب
الاول يصح الايجاب الثاني فاذن يطرح من الايجاب الثاني نصفه فيقع به عتق نصف رقبة دائرة بين الداخل
والثابت لو اريد به الداخل عتق ولو اريد به الثابت عتق الباقي منه ولا يعتق الداخل فاذن عتق الداخل في حال
دون حال فينتصف العتق بينهما فيعتق نصف الداخل وكان ينبغي ان يعتق النصف الباقي من الثابت ايضا الا ان
النصف الذي اصابه شاع في نصفيه فما اصاب النصف المعتق لغا وما اصاب النصف الباقي صح فتنصف النصف فعتق
النصف الربع وان كان هذا القول في المرض فان كانوا يخرجون من الثلث فالجواب هكذا وان لم يخرجوا كان الثلث
وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم لان المعتق حينئذ وصية وصية تنفذ من الثلث فيضرب كل بقدر
وصيته فيجعل اولا كل رقبة على اربعة اسهم لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان
فكذلك الداخل ويضرب الثابت بثلاثة الارباع وهو ثلاثة اسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فاذا كان الثلث سبعة
كان جميع المال احدا وعشرين وثلثاه اربعة عشر لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في الخمسة وكذلك الداخل
ويعتق من الثابت ثلاثة اسهم ويسعى في الاربعة اما على قول محمد يضرب الخارج بسهمين والثابت بثلاثة اسهم والداخل
بسهم فكان سهام الوصايا ستة فاذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر لا محالة فالخارج يعتق منه سهمان
ويسعى في اربعة والثابت يعتق منه الثلث ويسعى في ثلاثة والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة فكان نصيب
السعاية وهو نصيب الورثة اثني عشر وسهام الوصايا ستة هذا اذا مات المولى اما اذا الزمه البيان المولى ومات
الثابت عتق الخارج والداخل فلان الكلام الاول اوجب بين الثابت عتق رقبة بينه وبين الثابت فيطلب مزاحمة
الثابت وكذلك الكلام الثاني اوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل فبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما واما عند
محمد فانما يعتق الخارج لما قلنا واما الداخل فلان الثابت لما تعين للرق بالموت ظهر ان الكلام الثاني صحيح بكل
حال فصار قوله لهما فان مات الداخل قبل المولى اوقع العتق الاول على ايهما شاء من الخارج والثابت فان اوقعه
على الخارج عتق الثابت ايضا لانه ظهر انه كان عبدا عند الايجاب الثاني فبطل مزاحمة الداخل بموته وان اوقع
العتق الاول على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المضموم اليه حر • قال فخر الاسلام البزدوي
في شرح الزيادات هذا عند محمد واما عندهما يجب ان يعتق الخارج والثابت لان الكلام الثاني صحيح تعين له الثابت
بموت الداخل فاوجب تعين الثابت تعين الخارج بالكلام الاول وان مات الخارج تعين الثابت بالكلام الاول
وبطل الكلام الثاني لان المضموم اليه حر اما اذا لم يمت المولى والعبيد ايضا وبين المولى فان عين الخارج بالكلام
الاول خير في الاخرين لان الكلام الثاني صحيح بكل حال على هذا الوجه وان عين الثابت بقي الخارج عبدا وكذا الداخل
لان المضموم اليه حر وان عين الثابت بالكلام الثاني عتق الخارج بالكلام الاول ولم يعتق الداخل وان عين الداخل
بالكلام الثاني عين في حينه لتعيين الخارج او الثابت بالكلام الاول **قوله** الذي اعيد اليه القول
اراد بالقول قوله احدكما حر وبالذي اعيد اليه القول الثابت في اخر العبد الاخر وهو الداخل **قوله**
لان الثاني اي الايجاب الثاني دائر بينه اي بين الثابت والداخل بالثاني في
نصفيه اي بالايجاب الثاني في نصفي الثابت **قوله** فما اصاب المستحق بالاول لغا اي الذي اصاب من النصف

الثابت المستحق بالايجاب الاول لغا والمستحق بفتح الحاء اي المستحق بالعتق **قوله** فيكون له الربع اي للثابت والربع نصف
النصف **قوله** لو اريد هو اي الثابت بالثاني اي بالايجاب الثاني **قوله** بنصفه اي نصف الباقي والضمير
راجع الى الثابت **قوله** ولو اريد به اي بالايجاب الثاني **قوله** ولا يعتق هذا النصف اي النصف
الباقي من الثابت **قوله** ومن الاخرين بفتح الخاء اراد بهما الخارج والداخل **قوله** استقام الثلث
اثلاثا لان سهام الوصايا سبعة وسهام السعاية اربعة عشر **قوله** ولو كان هذا في الطلاق وهن غير
مدخولات اي لو كان هذا الكلام في الطلاق وهي مسئلة الزيادات ذات تخريج محمد رحمه الله وهي ان رجلا له ثلاث نسوة
ولم يدخل بهن فقال لامرأتين منهن احداكما طالق ثم خرجت واحدة منهما ودخلت الثالثة فقال لامرأتين منهن احداكما طالق
ثم خرجت واحدة منهما ودخلت الثالثة فقال لاحديكما طالق ثم مات قبل البيان فنقول الكلام الاول صحيح لا محالة فيسقط به
نصف الصداق للطلاق قبل الدخول موزعا بين الخارجة والثابتة فيسقط من مهر كل واحدة منهما الربع اما الكلام الثاني
فلو اريدت الثابتة بالكلام الاول لا يصح الكلام الثاني لانه يصير جامعا بين المطلقة والمنكوحة بقوله احداكما طالق فيلغو
فلو كان صحيحا اسقط نصف المهر موزعا بين الثابتة والداخلة ولم يكن صحيحا لم يسقط بذلك الكلام شيء فلا يسقط نصف النصف
وهو الربع موزعا بينهما فنصيب كل واحدة منهما الثمن لان نصف الربع الثمن فيسقط من مهر الخارجة ربعه بالكلام الاول
ويبقى لها ثلاثة الارباع ويسقط من مهر الثابتة بالكلام الاول الربع وبالكلام الثاني الثمن فلذلك ثلاثة اثمان
لان الربع ثمنان ويبقى لها خمسة اثمان مهرها ويسقط من مهر الداخلة الثمن بالكلام الثاني ويبقى لها سبعة اثمان
قال محمد الكلام الثاني دائر بين الثابتة والداخلة فلما اسقط من مهر الثابتة بالكلام الثاني سقط من مهر الداخلة ايضا
ذلك فينبغي ان يكون في باب العتاق ايضا كذلك حتى يكون نصيب الداخل من الحرية بالكلام الثاني مثل نصيب الثابت
وهو الربع لا النصف وجوابه • قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع ومسئلة الزيادات وهي مسئلة الطلاق
ممنوعة عند بعض مشايخنا والمذكور فيه قول محمد يسقط من مهر الداخلة على قولهما الربع لا الثمن ويبقى لها ثلاثة الارباع
ومسلمة عند بعض مشايخنا • واليه ذهب الشيخ ابو سهل الشرعي في شرحه للجامع الصغير وفرق بين بان الثابت بمنزلة
المكاتب لانه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق الى ايهما شاء من الثابت والداخل فما دام له حق البيان كان كل
واحد من العبدين بمنزلة المكاتب لانه حر من وجه وعبد من وجه فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني
صحيحا من كل وجه لانه دائر بين المكاتب والعبد الا انه اصاب الثابت من الحرية الربع والداخل النصف لما قلنا واما الثابتة
في باب الطلاق فمترددة بين ان تكون منكوحة وبين ان تكون اجنبية لان الخارجة لو كانت هي المرادة بالكلام الاول كانت
الثابتة منكوحة فيصح الكلام الثاني وان كانت مرادة بالكلام الاول كانت اجنبية فيلغو الكلام الثاني فجعلت اجنبية
من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهما الثمن • **قال**
الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الصغير ثم هذا عند ابي حنيفة مستقيم فان الثابت بمنزلة المكاتب لان اكثر ما في الباب بعضه
عتق ومعتق البعض كالمكاتب عنده ومستقيم عند محمد ايضا لان معتق البعض حر كله وليس كالمكاتب ولهذا قال انه حر
في حال رقيق في حال ومشكل من حيث الظاهر على قول ابي يوسف فان المعتق عنده غير متجزي ومع هذا جعل الثابت دائرا
من الرق والحرية بمنزلة المكاتب حتى حكم بصحة الكلام الثاني ووجه الاشكال ان الثابت عنده صار حرا كله بعد موت
المولى لما عتق نصفه كما اصله الا ان المولى حين تكلم كان الايجاب صحيحا لانه ما دام حيا كان له ولاية البيان وصرف
العتق الى ايهما شاء فكان كل واحد منهما بمنزلة المكاتب لتردد حاله اذ ما دام حاله لم يثبت فيه شيء من الحرية بيقين
ومعتق البعض انما يكون حرا كله اذا ثبت فيه شيء من الحرية بيقين ولم يثبت هنا قبل موت المولى شيء من الحرية في الثابت
باليقين فكان مترددا بين الرق والحرية فكان كالمكاتب • ثم اعلم ان ميراث النساء وهو الربع او الثمن يقسم بين الداخلة
والاوليين نصفين نصفه للداخلة لانها لا يزاحمها الا احدى الاوليين والنصف الاخر بين الاوليين لان احداهما ليست
باولى **قوله** وقد ذكرنا الفرق اي بين الاعتاق والطلاق وتمام تفريعها في الزيادات بنصب التمام عطفا على الفرق
وتفريعات المسئلة في العتاق قد بيناها اذا مات بعض العبيد او لم يمت منهم احد لكن المولى عين انما تفريعها في الطلاق
ثم حكم الميراث قد بيناه ايضا ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة والداخلة لما قلنا من انعدام
المزاحمة في الطلاق ولكل واحدة ثلاثة ارباع المهر وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة الداخلة كان مخيرا كان مخيرا
في الاخرين بالكلام الاول فان اوقعه على الخارجة طلقت ايضا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت وان اوقعه
على الثابتة لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر في مسئلة العتاق ومنها اذا لم
تمت واحدة منهن لكن الزوج اوقع الطلاق الاول على الخارجة صح الكلام الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة او الداخلة
بالثاني وان اوقع الطلاق الاول على الثابتة لغا الكلام الثاني وان اوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين
الخارجة او الثابتة بالكلام الاول وباقي التفريعات يعرف في الزيادات في باب من الطلاق الذي يقع على امرأة بغير عينها
ثم تكون عليها بعينها **قوله** ومن قال لعبديه احدكما حر وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال لعبديه احدكما حر ثم باع احدهما قال يعتق الاخر وان مات احدهما عتق الاخر وان

وان قال لاحدهما انت حر بعد موتي عتق الاخر وكذلك لو قال لامراتيه احداكما طالق ثم ماتت احديهما طلقت الاخرى •
قال الحاكم الشهيد في الكافي لو قال لعبديه احدكما حر وقال هذا حر او هذا او ايهما فقال سالم حر عتق الباقي • اعلم
انه اذا قال لعبديه احدكما حر او قال هذا حر او هذا او ايهما فقال سالم حر او مبارك يؤمر بالبيان لانه المحل فيصرف العتق
الى ايهما شاء ثم البيان يثبت صريحا ودلالة فالاول كقوله اخترت ان يكون هذا حرا باللفظ الذي قلت او تقول انت حر بذلك
او يقول اعتقتك بالعتق السابق والثاني كما اذا كان باع احدهما مطلقا او بشرط الخيار لاحد المتبايعين او باع بيعا فاسدا
وقبضه المشتري على ما ذكره في شرح الطحاوي وتحفة الفقهاء او لم يقبضه على ما ذكره في الفتاوى الولوالجي وكاتب او دبر
او رهن او اجر فانه يكون بيانا في هذا كله ولو استخدم احدهما او قطع يد احدهما او جنى على احدهما لا يكون بيانا في قولهم
كذا في شرح الطحاوي وان اعتق احدهما عتقا مستانفا يعتقان جميعا هذا باعتاقه وذاك باللفظ السابق وان قال
عنيت باللفظ السابق في القضاء كذا في شرح الطحاوي ثم اعلم انه لما وجب عليه بيان العتق في احدهما وتدخرج احدهما
عن ملكه بالموت والاعتاق والبيع تعين الباقي للعتق المبهم لان البيان اظهار فيه شبهة الانشاء فلم يبق الذي خرج عن ملكه
محلا للانشاء وانما قلنا لان قوله احدكما نكرة في الاصل معرفة بالاضافة ومن حيث هو غير معين نكرة ومن حيث انه لا يعدوهما
الجملة معرفة ويحتمل ان يراد به العتق فيكون البيان اظهارا محضا ويحتمل ان يراد به غير العتق فيكون البيان انشاء وكان
البيان انشاء من وجه اظهارا من وجه وبالخروج عن الملك بطل محل الانشاء فتعين الاخر والتدبير والاستيلاد فقصد
الاستمتاع الى وقت الموت فتعين المقصود بالاستمتاع للملك وتعين الاخر للعتق ولانه لما تصرف تصرفا يختص بالملك كالبيع
والتدبير والكتابة والرهن والاجارة فقد عين الذي يتصرف فيه لملكه فتعين الاخر للعتق دلالة • وروي في الفتاوى
الولوالجي عن محمد ... قال احمد بن ابي ... اذا قال لاحدى هاتين ام ولدي ثم مات ... للحرية والاستيلاد ولان
كلامه اخبار تصحيحه ... اظهاره في الميت بخلاف ما نحن فيه فان البيان فيه بمعنى الانشاء والميت ليس بمحل الانشاء
قوله والعتق من جهته بالبيع اي لم يبق العبد بالبيع محلا للعتق من جهة الذي قال احدهما حر فتعين الاخر
تعين الاخر قوله والعتق من كل وجه بعد التدبير اي لم يبق العبد محلا للعتق الملتزم من كل وجه بعد التدبير
لان المدبر استحق الحرية فتعين الاخر دلالة قوله والمقصود بيانه العتق الملتزم اي المقصود بالبيع وهو الوصول
الى الثمن والمقصود التدبير وهو ابقاء الاستمتاع الى الموت كلاهما ينافي العتق الملتزم لانه يلزم من اثبات احدهما عدم
الاخر فلما ثبت المنافي للعتق في احدهما تعين الاخر للعتق دلالة قوله وكذا اذا استولد احداهما للمعنى يعني
اذا وطي احدى الامتين بعد قوله لهما احداكما حرة تعين الاخرى للعتق اذا علقت منه وانما قيدنا بالعلوق لان مجرد الوطي
ليس ببيان عند ابي حنيفة في العتق كما سيجي بعد هذا واراد بالمعنى ما قاله في التدبير وهو عدم بقائها للعتق من كل
وجه بعد الاستيلاد لانها استحقت حريته وابقاء الاستمتاع الى الموت قوله ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد
مع القبض وبدونه اي وبدون القبض في البيع الفاسد وذلك لان الحرف الذي يختص بالملك يوجد في الكل واطلاق جواب
الجامع الصغير يدل على هذا لانه قال احدهما ولم يقيده قوله لاطلاق جواب الكتاب اراد بالكتاب الجامع الصغير
قوله والمعنى ما قلنا وهو انه قصد الوصول الى الثمن والوصول الى الثمن ينافي العتق فيتعين الاخر للعتق قوله
والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف العرض على البيع ملحق بالبيع في القول المحفوظ عنه قال في شرح الطحاوي وروى
ابن سماعة عن ابي يوسف اذا ساوم احدهما يكون بيانا فانبغى ان الاخر تعين للعتق قوله والهبة والتسليم والصدقة
والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك ولنا فيه نظر لانه لم يشترط التسليم في البيع الفاسد لان الملك فيه لا يثبت الا بعد القبض
وهنا اشترط التسليم والحق عندي لا يشترط التسليم في الفصلين جميعا لوجود تصرف مختص بالملك فيهما ولهذا اطلق
الحاكم فيهما جميعا وقد مر موضع قوله وكذلك لو قال لامراتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما لما قلنا يعني تعين
الاخرى وهي الحية للطلاق لان الميتة لم تبق محلا للعتق بالموت يعني كما ان العبد لم يبق محلا للعتق بالموت فكذلك المراة
لم تبق محلا للطلاق بالموت قوله وكذلك لو وطي احداهما اي احدى الامراتين لما ذكرنا اي في
المسئلة المسئلة اي التي بعد هذه قوله ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما لم يعتق الاخرى عند
ابي حنيفة وقالا يعتق وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وهذا الخلاف فيما اذا لم يعلق اما اذا وطي احداهما فعلقت
يكون بيانا عند ابي حنيفة ايضا نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال احدكما مدبر ثم وطي احداهما لا يكون بيانا
بالاجماع لان المدبر لا يزيل ملك المنافع كذا في شرح الطحاوي لهما ان الوطي تصرف مختص بالملك لانه لا يحل الا في الملك
فاقدامه على الوطي دل على اختيار الملك في الموطوءة لان العاقل المتدين لا يطا من لا يحل له وطيها فاذا اختار الملك في الموطوءة
تعينت الاخرى للعتق كالبيع والاستيلاد والتدبير والكتابة والرهن والاجارة ولهذا اذا اشترى جاريتين على انه بالخيار
في ايتهما شاء ثم وطي احديهما كان بيانا • وكذا اذا قال لامراتيه احديكما طالق ثم وطي احديهما كان بيانا ولابي حنيفة ان
العتق ليس نازل في حق المعين لان العتق معلق بالبيان فقبل البيان كان الوطي حلالا كما كان فلم يكن الوطي دليلا على البيان
فلا يجعل بيانا بدونه مع الحاجة الى حل الوطي وجودا وعدما • الا ترى انه لو اشترى الامتين بالخيار يكون الوطي بيانا
لان حل الوطي لم يكن ثابتا فكانت الحاجة ماسة اليه ولو علق عتق احدى امتيه بدخول الدار ثم وطي احديهما لا يكون الوطي

بيانا لان حل الوطي قائم فاذا كان جعل الوطي بيانا يدور مع الحاجة الى حل الوطي وجودا وعدما لم يجعل الوطي بيانا
فيما نحن فيه لعدم الحاجة لان الحل قائم • ولهذا قال ابو حنيفة يحل له وطيهما جميعا لان المذهب عنده ان الشهادة
القائمة على عتق الامة تقبل من غير دعواها لانها تضمنت حرمة الفرج ثم الشهادة على عتق احدى الامتين لا تقبل لان
الشهادة لم تتضمن تحريم الفرج لان اعتاق المنكرة لا يوجب حرمة الوطي ولانهما استويا في وطي غير المولى فكذلك في وطي المولى
بيانه فيما قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير انه لو وطيهما اجنبي فالعقران جميعا يكونان للمولى كانهما جميعا في ملكه
فكذلك في وطي نفسه كانهما على ملكه فاذا كان كذلك لا يكون الوطي بيانا فكان جنايته على حاله او نقول ان العتق نازل في المنكرة
لا في المعينة لان الاعتاق ثم فكان ايقاع العتق في حق حكم يخص المنكرة على معنى انه يتمكن ابقاؤه بدون التعيين والوطي يصادف
المعينة وبين المنكرة والمعينة تضاد فلا يحل الاعتاق المبهم المعينة للتضاد فكان حل الوطي قائما كما كان • بيانه فيما اذا ذكر
في الشامل في فتوى المبسوط انه لو قتلهما معا رجل يجب نصف قيمة كل واحدة ونصف ديتها لانه حكم يخص ابانته بدون التعيين لان
احديهما حرة بيقين ولا نعرف فينتصف في حق القاتل ولو قتلهما رجلان معا يجب على كل واحد منهما قيمة امة لانه لا يمكن
ايجاب القيمة على احدهما والدية على الاخر الا بتعيين محل العتق فلا يظهر العتق في حقه اصلا فاذا عرفت ان الايقاع المبهم يظهر في
حق حكم يخص المنكرة لا يظهر في حق حكم يخص المعينة فعلى هذا كان ينبغي ان لا يصح بيانه لانه يختص بالمعين بالاجماع لكنا نقول ان الشرع
جوز الاعتاق المبهم وامر بالبيان فصح بخلاف القياس فلم يرد علينا ثم الفرق بين العتاق والطلاق حتى كان الوطي بيانا في الثاني
دون الاول ان النكاح مشروع للوطي لقصد الولد الا ترى انه لا يحل نكاح من لا يحل وطيها فكان الوطي دليلا على استبقاء الملك بخلاف
ملك اليمين فانه لم يشرع للوطي ولهذا شرع في ... لا يتصور حل الوطي على الملك ايضا لان المقصود من وطي الامة قضاء
الشهوة لا الولد قوله وهي معينة اي الموطوءة قوله ولهذا حل وطيهما اي وطي الامتين جميعا بعد قوله لهما احداكما
حرة على مذهب ابي حنيفة كذا صرح العالم في طريقة الخلاف وهو ايضاح لقوله الملك قائم في الموطوءة قوله
الا انه لا يفتى به اي بحل وطيهما وهو استثناء من قوله حل وطيهما اي يحل هذا ولا يفتى به • قال في شرح الطحاوي اذا قال لعبديه
احدكما حر يجبر على البيان فاذا مات قبل البيان انقسم ذلك عليهما ولا يملك الورثة البيان بخلاف ما لو اعتق احد عبديه بعينه ثم
نسيه لم يجبر على البيان لمخالفته فان لم يبين حتى مات لم يكن للورثة بيع لانه اختلط حر بعبد قوله ومن قال لامته
ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية
والغلام عبد • وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • قال ابو جعفر الطحاوي في مختصره وهذا قول ابي حنيفة وابي
يوسف وهو قول محمد الاول • ثم قال محمد بعد ذلك اذا تصادقوا بعد ذلك على انهم لا يعلمون اي الولد اول لم يعتق من الجارية ولا
من ولدها شي لانا لم نتيقن حصول العتق فيحتمل فيه الاحوال ولا يجوز ايقاع العتق بالشك • وقال في شرح الطحاوي روي عن انه
قال لا يعتق واحد منهم • اعلم ان هذه المسئلة على وجوه ستة كما فصلوها في شروح الجامع الصغير • احدها ان لا يتصادقوا انهم
لا يدرون ايهما ولد اولا • فالجواب ان الام والجارية يعتق من كل واحد منهما النصف ويسعى كل واحد منهما في النصف لان كل
واحد تعتق في حال ولا تعتق في حال لان الغلام لو كان ولد اولا فالام تعتق لوجود شرط العتق وتعتق الجارية ايضا تبعا للام لانها
ولدت من ام حرة وان كانت الجارية ولدت اولا لا يعتق واحد منهما لانعدام شرط العتق فلهذا يعتق من كل واحد منهما النصف
ويسعى في النصف والغلام عبد على كل حال تقدمت ولادته او تاخرت • والوجه الثاني ان تدعي الام ان الغلام اول وانكر
المولى ذلك وقال ان الجارية اول والجارية صغيرة • فالجواب ان القول قول المولى مع يمينه على العلم وانما وجب عليه اليمين لانه انكر
شرط العتق والقول قول المنكر مع اليمين لكن يحلف على العلم لانه استحلاف على فعل الغير وكل من حلف على فعل الغير فانما حلف على العلم
اصله حديث القسامة فاذا حلف لا يثبت عتق واحد وان نكل عتقت الام والجارية لان الجارية صغيرة فصارت الام خصما عنها
لكونها نفعا محضا فعتقتا جميعا • قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما يصح خصومة الام عن البنت ما دامت صغيرة و
ان كانت كبيرة لم يصح • والوجه الثالث ان يتصادقوا ان الجارية التي ولدت اولا فالجواب انه لا يعتق احد لانعدام شرط
العتق • والوجه الرابع ان يتصادقوا ان الغلام ولد اولا فالجواب ان الام تعتق لوجود شرط العتق وكذا الجارية تبعا
للام والغلام عبد لان الغلام قد زال عن الام في حال الرق فلم يعتق تبعا ايضا • والوجه الخامس ان تدعي الام ان الغلام
اول ولم تدع الجارية شيئا والجارية كبيرة وحلف المولى على العلم لما قلنا فان حلف لم يثبت عتق احد وان نكل عتقت الام دون
الجارية لان النكول انما صار حجة باعتبار الدعوى ودعوى الام نيابة عن الجارية لا تصح لعدم الانابة ولم توجد الولاية
على الجارية ايضا فلم يصح دعواها عنها فلم يعتبر النكول في حق الجارية • والوجه السادس ان تدعي الجارية ولم تدع
الام شيئا فان حلف المولى لا يثبت عتق احد وان نكل عتقت الجارية دون الام لان النكول جعل حجة باعتبار الدعوى
ولم توجد الدعوى من الام لا بالاصالة ولا بالنيابة • وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي ولو كان قال ان كان اول ولد تلدينه
غلاما فانت حرة وان كانت جارية فهي حرة فولدتهما فان علم ايهما اول عمل على ذلك وان لم يعلم واتفق الام والمولى على شي
فالقول فيه وان قالت لا ادري فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام • وقال شمس الائمة في شرح الكافي لانها ان
ولدت الغلام اولا فهي حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام تعتق
في حال دون حال فيعتق نصفها والعبد عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها او بعتق الام ثم قال شمس الائمة وان كان

قال اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية فان ولدت الغلام اولا فالغلام رقيق والام والجارية حرتان وان ولدت الجارية اولا فالام رقيقة لانهم ارقاء فلا يعتق الام في حال دون حال فيعتق نصفها وكذلك الجارية والغلام رقيقان . وذكر في الكيسانيات عن محمد في هذا الفصل انه لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف فهم ارقاء بخلاف الفصل الاول لان هناك تيقنا بحرية بعضهم واعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية صحيح وفي الفصل الثاني لم يتيقن بحرية احد فلا يعتبر الاحوال ولكن تدعي عليه شرط العتق وهو منكر فالقول قوله مع يمينه الى هنا لفظ شمس الائمة في شرح الكافي قوله فالقول قوله مع اليمين اي القول قول المولى مع اليمين على العلم قوله فصدقنا اي الام والجارية قوله والمسئلة بحالها اي ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى قوله لما قلنا اشارة الى قوله وصحة النكول تبتني على الدعوى قوله وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى اي وبهذا القدر من البيان اجمالا يعرف ما ذكرنا من الوجوه تفصيلا في كتاب كفاية المنتهى واراد بها الوجوه الستة التي ذكرناها انفا قوله قال واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان تكون في وصية استحسانا ذكره بالعتاق اي ذكر الاستحسان في عتاق وقال لو قالا اي الشاهدان كان هذا عند الموت استحسنت ان اعتق من كل واحد منهما نصفه . وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يقول احد عبدي هذين حر وشهد عليه شاهدان بذلك قال وشهادتهما باطلة الا ان تكون في وصية ويموت القائل ويترك ورثة فينكرون فالشهادة جائزة وهو قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الشهادة جائزة في الصحة ويجبر على ان يوقع العتق على احدهما بعينه . اعلم ان الشهادة على عتق الامة جائزة بالاتفاق والشهادة على عتق العبد بلا دعوى لا تجوز عند ابي حنيفة خلافا لهما وكذا الخلاف في الشهادة على عتق العبد بلا دعوى لا تجوز احدى الامتين لهما ان هذه شهادة لله تعالى لان العتق حق الله تعالى لان من حق الله تعالى ان لا يسترق الاحرار فصار كالشهادة على الطلاق ولهذا يقبل الشهادة على عتق الامة بالاتفاق ولابي حنيفة ان هذه شهادة على حق الغير فلا يقبل من غير دعواه كما في دعوى المال لان المقضي له مجهول فلا يقبل شهادتهما كما اذا شهدا انه سرق مائة درهم من هذا او هذا او المراد بحق العبد ما يتعلق به نفع عاجل يختص بعض العباد والعتق بهذه المثابة لان العتق عبارة عن القوة الحكمية التي يظهر اثرها في دفع تملك الغير عنه فيكون حق العبد وانما قبل الشهادة على عتق الامة بلا دعوى اما لان عتقها يتضمن تحريم الفرج على ان يعني ان بضعها يحرم على مولاها بالعتق وتحريم الفرج حق الله تعالى فلا تشترط الدعوى في حقه بخلاف الشهادة على عتق احدى الامتين لانها لا تتضمن تحريم الفرج عند ابي حنيفة لان الاعتاق المبهم ليس بنازل عنده ولهذا قال يحل وطيهما جميعا وقد مر ذلك هذا اذا كانت الشهادة في صحته فاما اذا شهدا في مرض موته انه قال في مرض موته هذا احدكما حر او شهدا بعد موته انه قال في مرض موته احدكما حر او شهدا في مرضه بالتدبير في احدهما غير عين او شهدا بعد وفاته انه دبر احدهما في الصحة او في المرض ففي القياس لا تقبل الشهادة وفي الاستحسان تقبل كذا ذكره فخر الاسلام وغيره في شرح الجامع الصغير وجه القياس ان المقضي له مجهول فلا يتحقق الدعوى من المجهول فلا تقبل الشهادة بلا دعوى ووجه الاستحسان ان العتق في مرض الموت وصية وكذا التدبير في الصحة او في المرض والوصية يجري فيها من التوسعة ما لا يجري في غيرها ولهذا جازت الوصية في المجهول وفي مال لم يكتسب بعد فاذا كان مبناها على التوسعة جازت الشهادة او نقول لما كان العتق في مرض الموت او التدبير في وصية كان المقضي له معلوما لان الخصم في تنفيذ الوصية هذا الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث فقبلت الشهادة بخلاف حال الحياة فان الشهادة للعبد لا للمولى لان المولى لا يدعي والعبد الذي وقعت الشهادة له مجهول لا يقال للمولى في حال الحياة حظ في العتق وهو معلوم لانا نقول حظ العتق له انما يكون اذا كان مقرا وهو منكر فتكون الشهادة للعبد وهو مجهول في حال الحياة والطريق الاخر للاستحسان ان العتق يشيع في العبدين جميعا بالموت حتى يعتق نصف كل واحد منهما بموت المولى فكان كل واحد منهما خصما معلوما فوجب قبول البينة . قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وان شهدا بعد موته انه قال في حياته وصحته احدكما حر فلا نص فيه واختلف فيه مشايخنا في قول ابي حنيفة ان كان الطريق هو الوصية لم يقبل ههنا وان كان الطريق هو الشياع فتقبل البينة ههنا والصحيح ان يقبل لجواز ان يكون معلولا بعلتين فيتعدى باحديهما قوله الا ان تكون في وصية اي الا ان تكون الشهادة في وصية كما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته فحينئذ يقبل الشهادة عنده ايضا قوله وهذا بالاجماع اي جواز الشهادة في طلاق احدى النساء بالاجماع قوله وقال ابو يوسف ومحمد الشهادة في العتق مثل ذلك اي يقبل قوله واذا كان دعوى العبد شرطا للعتق عند ابي حنيفة لم يتحقق الدعوى في مسئلة كتاب الجامع الصغير لكون المدعي مجهولا قوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله ولد ان الملك قائم في الموطوءة ولهذا حل وطيها قوله وعنه خلف اي عن الموصي قوله وهو الوصي او الوارث اي الخلف هو الوصي او الوارث فيهما اي في العبدين قوله ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قيل لا يقبل وانما قيل بلفظ قيل لانه لا نص فيه عن اصحابنا قوله ولكن المشايخ اختلفوا فيه وقد مر بيانه في الاختلاف والله اعلم

الحلف بالعتق

والمراد بالحلف بالعتق ان يحمل العتق جزاء على الحلف بان يعلق العتق بشيء ثم شرع في بيان التعليق بعد ما ذكر مسائل التنجيز لان التعليق قاصر في كونه سببا لانه ليس بسبب في الحال عندنا والحلف بغير الله مقدر وان لم يكن حلفا بالله تعالى حلفا وحلفا قوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ حر فاشترى مملوكا ثم دخل عتق وهذه من المسائل المعادة في الجامع الصغير وذلك لان قوله يومئذ ظرف لقوله كل مملوك فيعتق كل مملوك له سواء كان مستحدثا بعد اليمين او لم يكن اذا وجد في ملكه حينئذ اعني وقت الدخول لانه علق حرية المملوك المضاف الى ذلك الوقت بالدخول بخلاف ما اذا لم يذكر قوله يومئذ بل قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي حر لا يعتق ما اشتراه بعد الحلف لانه ارسل الملك ارسالا والملك المرسل يراد به الحال لان المستقبل موهوم فلا يعتبر فصار كانه قال فكل مملوك لي في الحال فلو علق هكذا ابتداء كان الحال له لا يعتق ما اشتراه بعد الحلف فكذا هذا قوله لما قلنا اشارة الى قوله المعتبر قيام الملك وقت الدخول قوله لم يعتق اي ما اشتراه بعد الحلف قوله ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذه من خواص الجامع الصغير وقوله ذكر المرتفع انه صفة للمملوك وانما لا يعتق المولود ذكرا سواء ولدته لستة اشهر فصاعدا او لاقل من ستة اشهر من وقت الحلف لان العتق مضاف الى مملوك مطلق والجنين ليس بمملوك مطلقا لانه مملوك تبعا للام لا قصدا فصار مملوكا تبعا ولم يطلق الكلام يراد الى انه عضو من وجه بدليل انه يتصل بالام ويتغذى بغذائها واسم المملوك المطلق يتناول النفس الكاملة دون العضو فلما لم يكن الحمل مملوكا مطلقا لم يعتق وان ولدته ذكرا ولهذا لا يجب على المولى صدقة الفطر لاجل الحمل ولا يجوز اعتاقه عن الكفارة فصار كالمكاتب حيث لا يدخل تحت قوله كل مملوك لي فهو حر لانه ليس بمملوك من كل وجه لانه مملوك رقبة لا يدا الى الاداء قال صاحب الهداية قال وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها والدليل على هذا ما اورده الولوالجي في فتاواه لو قال كل مملوك لي حر وله عبيد وامهات اولاد ومدبرون ومكاتبون عتقوا جميعا الا المكاتبين وان قال لم انو الرجال دون النساء لم يدين في القضاء كذا انما الحاكم لانه اوجب العتق لكل مملوك يضاف اليه بالمملوكية مطلقا وهذا يعتق بما ذكرنا لانه يملكهم رقبة ويدا وذلك غير متحقق في المكاتبين لانه يملكهم رقبة لا يدا قوله لاحتمال ان يحتمل انه يكون الحمل وقت اليمين ويحتمل ان لا يكون لوجود اقل مدة الحمل بعد وقت اليمين قوله وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى اخر ثم جاء بعد غد عتق الذي ملكه يوم حلف وقوله بعد غد في الموضعين الاولين منصوب لانه وقع ظرفا لقوله حر وفي الموضع الثالث مرفوع كذا السماع من الاساتذة الثقات وذلك انه وقع اسما لا ظرفا لو وقع فاعلا وانما ينتصب الكلمة بالظرف اذا قدر فيها معنى في الاول ولهذا اقول يوم الجمعة مبارك وهذا امامك وهذا قدامك بالرفع . ثم اعلم ان هذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وانما يعتق الذي في ملكه يوم ايجاب العتق ولا يعتق الذي اشتراه بعد ذلك لان قوله املكه وان كان مشتركا بين الحال والاستقبال يراد به الحال عند الاطلاق عرفا . الا ترى الى قوله تعالى والله يعلم انك لرسوله فالمراد منه الحال وكذا اذا قال الرجل اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله يخبر بالشهادة في الحال فاذا كان قوله املكه للحال عند الاطلاق كان الحر فيه ما يملك في الحال فلا يعتق المشترى بعد ذلك لانه عموم مشترك في موضع الاثبات وكذا قوله كل مملوك لي للحال لانه ارسل الملك وقد بيناه ثم قال بعضهم في شرحه تقريرا لصاحب الهداية وكذا يخالف رواية النحو لانه قال املكه للحال واهل النحو قالوا ان المضارع مشترك بين الحال والاستقبال . قلنا لا نسلم المخالفة لان كونه للحال حقيقة لا يدل على ان كونه للاستقبال ليس حقيقة لان المشترك يدل على كل واحد من المعنيين بسبيل الحقيقة لكنه بسبيل البدل وترجح احدهما بالدليل اذا وجد وقد وجد ههنا عند الاطلاق دليل على ارادة الحال لان الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعدوم الموهوم قوله لان قوله املكه للحال حقيقة ترجح الحقيقة على انه جاز كذا ادرج السماع ويجوز النصب على التمييز قوله ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى اخر فالذي كان عنده مدبر والاخر ليس بمدبر . وهذه من مسائل الجامع الصغير ذكرها محمد في اواخر الكتاب قبل باب الاشربة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال كل مملوك املكه فهو حر بعد موتي فاشترى مملوكا اخر فان المملوك الذي كان عنده مدبر وهذا الاخر ليس بمدبر ويعتقان من الثلث ويكونان شريكين في الثلث وكذلك لو قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وذكر ابو طاهر الدباس عن ابي يوسف رحمه الله في النوادر انه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه لانه لم يدخل في الايجاب ولهذا يصير الاول مدبرا ولا يصير الثاني مدبرا . قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله هذه مسئلة طعن فيها عيسى بن ابان فقال املكه يتناول الحال عند اطلاقه فان كان العمل لهذا الاصل وجب ان لا يعتق الذي اشتراه فيكون مملوكا يباع ولو قال كل مملوك املكه فهو حر فان كان هذا الكلام يتناول الاستقبال بقوله بعد موتي يجب ان يصير ما اشتراه مدبرا ثم قال عيسى فالجواب عندي في هذه المسئلة انه انما يعتق من كان في ملكه يوم حلف عند الموت ولا يعتق من حدث في ملكه بعد ذلك ولم يعتق عند الموت بمنزلة قوله كل مملوك فهو حر غدا لانهما هذا اللفظ اعني قوله كل مملوك املكه

او قوله كل مملوك لي فهو حر بعد موتي ايجاب عتق ووصية بدليل انه يعتبر الثلث في الموجود عند الحلف بالاتفاق وفي الوصية
تعتبر الحالة الراهنة والمتربصة جميعا ولهذا لو قال ثلث مالي لفلان بعد موتي فاكتسب بعد ذلك مالا ثم مات فللموصى له ثلث
ما كان موجودا عند الموت وكذا اذا اوصى لاولاد فلان ثم حدث له ولد وولد بعد الوصية يدخلون جميعا في الوصية اذا
عاشوا الى وقت الموت فمن حيث ان لفظه ايجاب عتق يتناول المملوك الموجود عند الحلف اعتبارا للحالة الراهنة فصار
مدبرا لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايضا يتناول الحادث الذي يبقى الى وقت الموت اعتبارا للحالة المتربصة فصار موصى له فزاحم
الموجود عند الحلف في الثلث يضرب كل واحد منهما بالثلث بقيمته الا ان الحادث فيما يستقبل قبل الموت لم يصر مدبرا حتى
جاز بيعه لانه محض استقبال لا يجوز ارادة الاستقبال بعد ارادة الحال بخلاف ارادة الحالة المتربصة بعد ارادة الحالة
الراهنة حيث جازت لانهما من جنس واحد وهذا لان الحال تكون مقدرة كما تكون محققة والمحققة ظاهرة والمقدرة
ما جعل في حكم الحال لسبيل الحكاية الماضية التي وقع فيها الفعل فيها فلما جاز تقدير الحالة الماضي جاز تقديرا لحال
الاتي الذي يقع فيه الفعل لدلالة الاتصال لان الوصية انما تكون بعد الموت والحاصل ان الحال ضربان حال راهنة
وحال محكية واللفظ يدل عليهما جميعا اذا وجد الدليل لانهما من جنس واحد وقد دل هنا الايصا فصار المراد ما يملكه في
الحال وما يملكه بعد وقت الموت • وذكر بعض مشايخنا في هذا الموضع سؤالا وجوابا في شرح الجامع الصغير • وقال فان
قيل اذا كان يعتق بعد الموت فلم لا يصير مدبرا اذا كان اشتراه قيل الا انه لان عتقه تظهر كونه في ملكه وقت الموت
ولا يدري ايكون في ملكه وقت الموت ام لا فلهذا المعنى لا يصير مدبرا • الا ترى ان رجلا لو قال لعبد ان كنت وقت
موتي في ملكي فانت حر فانه لا يصير مدبرا في الحال لانه لا يدري ايكون في ملكه وقت موته ام لا فكذلك هاهنا
والمذهب عندي ما ذهب اليه ابو يوسف في النوادر ولا يلزم على ما قال ابو حنيفة ومحمد الجمع بين الحقيقة والمجاز بلفظ
واحد فلا يجوز لانهما ارادا بقوله املكه الحال الراهنة والمحكية جميعا والحال الراهنة حقيقة والمحكية مجاز الا ان
ما في المحكية لا يكذب وايضا لا يراد بالاربعة وذلك لان امارة المجاز **قوله** ولهذا صار هو مدبرا دون
الاخر اي صار الذي في ملكه يوم الحلف مدبرا دون الذي الذي اشتراه بعد **قوله** ولهما اي ولابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله **قوله** الحالة المنتظرة اراد بها حالة الموت وهي المتربصة ايضا والحالة الراهنة
وهي الزمان الذي بين الماضي والمستقبل والماثبت به لان الرهن هو الحبس لغة والمحبوس فيه بخلاف الماضي والمستقبل
قوله فالايجاب انما يصح مضافا الى ملك او الى سببه لما ذكر قبل هذا بقوله لهما ان هذا ايجاب عتق وايضا يدل
فيه جهة الايجاب وجهة الايصا فيراعى كل واحد منهما ثم الايجاب انما يصح اذا اضيف الى الملك او الى السبب سبب الملك
والموجود عند الحلف محل المتابعة لانه اضيف الايجاب فيه الى الملك فصار مدبرا بخلاف المشترى بعد الحلف لانه لم يضف
الايجاب فيه لا الى الملك ولا الى سببه ولم يبق ايجاب المشتري اذا بقي الى الموت عتق الى الثلث بطريق الايصال كما قال
حين دخل مملوك املكه حر بخلاف قوله كل مملوك املكه فهو حر بعد غد حيث لا يدخل المشتري تحت هذا اللفظ لانه ليس فيه
معنى الايصال فما بعد الحلف يحصر استقبالا فلا يراد ذلك لعدم معنى الحال اصلا **قوله** ولا يقال انكم جمعتم بين الحال
والاستقبال لانا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين وهما ايجاب عتق ووصية وانما لم يجز ذلك بسبب واحد بان
ان الموجود عند الحلف والمشترى بعده اذا بقي الى الموت لما عتق من الثلث لزم الحال من الحال والاستقبال من قوله املكه
والمشترك لا عموم له في الاثبات فاجاب وقال نعم جمعنا ولكن بسببين مختلفين وهما ايجاب عتق وايصاء وذلك جائز
وانما لا يجوز الجمع بينهما اذا كان السبب واحدا كما في قوله كل مملوك املكه حر بعد غد وصاحب الهداية سلم السؤال كما ترى والاولى
ان يمنع بان قال لا نسلم انا جمعنا بينهما لان الحال المتربصة ما اريدت باعتبار انها استقبال بل باعتبار انها حال محكية مقصودة
في الوصية فلا يرد هذا السؤال والله اعلم

باب العتق على جعل

الجعل ما جعل من شيء للانسان على شيء يفعله
كذا في ديوان الادب وكذا الجعيلة والجعالة بفتح الجيم وبه صرح القتبي في شرح غريب الحديث واثبت في الصحاح بكسر
الجيم ولم يذكر في ديوان الادب في باب فعالة بكسر الفاء ذكره في المنوخ الفا والمراد منه العتق على مال وانما اخر العتق
على مال عن سائر ابواب العتق لان ذكر المال ليس باصل في باب العتق لعدم توقفه على المال فناسب ذكره اخرا كالخلع في باب
الطلاق **قوله** ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم
وهذه من مسائل القدوري وذلك اشارة الى الاعتاق على مال وكذلك الحكم فيما اذا قال انت حر على ان تعطيني الفا
او على ان لي عليك الفا • قال في شرح الطحاوي اذا قال لعبد انت حر على الف درهم فانه لا يعتق ما لم يقبل ويقع على
مجلسه ذلك فان قبل وقع العتق بنفس القبول والمال دين عليه وان كان غائبا يقع بمجلس علمه فان وجد القبول صح وان
ردوا العوض عن المجلس بطل وانما يكون الاعراض عن المجلس اما بالقيام او باشتغاله بعمل اخر يعلم انه قطع لما قبله واذا عرف
هذا فاعرف ان العبد انما يعتق بمجرد القبول ولا يشترط الاداء لان المولى زال ملكه بعوض ولا يلزم العوض بغير الرضا
فلا بد من القبول فاذا قبل العبد عتق لان المولى ملك العوض بقبول العبد فلما ملك العوض زال ملك المعوض عن ملكه
ولا يلزم الجمع بين العوض والمعوض في ملك واحد فلا يجوز كما اذا باعه يزول ملكه عن المبيع بمجرد القبول قبل اداء الثمن وكما اذا

خلعها على مال يقع الطلاق بمجرد القبول قبل اداء العوض ولا يشبه هذا ما اذا قال اذا اديت الي الفا فانت حر حيث لا يعتق
قبل الاداء لانه علق الحرية على الاداء فيتوقف الحكم الى وجود الشرط كما اذا قال ان دخلت الدار فانت حر وهنا علق بالقبول
فاذا قبل العبد عتق لحصول الملك للمولى ثم ما شرط على العبد من المال دين عليه لانه ثبت على وفاق القياس لا ينبغي وهو
حر ولهذا جازت الكفالة به بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح الكفالة به لثبوته مع المنافي وهو الرق ولا يجوز الذي يتوجب
المولى على عبده دينا لكن عقد الكتابة يجوز لضرورة تحصيل الحرية للعبد باداء المال الى المولى ولم يتعد الحكم الى الكفالة
لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة لانه ليس بدين صحيح فلم تصح الكفالة به لان الدين الصحيح هو الذي لا
لا يسقط الا بالاداء او بالابراء وبدل الكتابة يسقط بدونهما بمجرد تعجيز النفس **قوله** ثبوت الحكم اراد به العتق
هنا **قوله** والطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه يعني ان لفظ
الطلاق لفظ المال في قوله ومن اعتق عبده على مال يتناول انواع المال كلها اي مال اعتق صح ذلك لان الاعتاق على مال
معاوضة المال بغير المال وهو الحرية فصار كالمهر في باب النكاح وكالطلاق على مال وكالصلح عن دم العمد فجاز ان يقع الحيوان
وغيره عوضا في الاعتاق كما جاز ثمة وكذا يجوز ان يقع سائر المكيلات والموزونات عوضا عن الاعتاق اذا كان معلوم الجنس
بان قال مثلا اعتقتك على مائة قفيز من حنطة وان كان في الوصف جهالة بان لم يذكر الجودة والرداءة والوسط والحرية
لان جهالة الوصف يسيرة فكانت عفوا فيما كانت عوضا عما ليس بمال كالمهر فلم يمنع صحة التسمية قال في التحفة ولو
اعتق على عوض في الذمة بعينه وهو ملك غيره فانه يعتق فان اجاز المالك فيستحق عينه وان لم يجز يجب على العبد قيمته
وبه وكذلك لو اعتق على عرض بغير عينه معلوم الجنس جاز فان كان موصوفا تعلق به وان لم يكن موصوفا تعلق به
الوسط من ذلك وان جاء بالقيمة اجبر المولى على القبول كما في المهر ولو اعتقه على مجهول الجنس بان قال انت حر على ثوب يعتق
ويلزمه قيمة نفسه لان جهالة الجنس تمنع صحة البدل كما في المهر فلو ادى اليه العرض فاستحق من يد المولى ان كان بغير
عينه في العقد فعلى العبد مثله لانه لم يعجز عن الذي هو موجب العقد وان كان عينا في العقد وهو عرض او حيوان فانه يرجع على العبد بقيمة نفسه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف وقال محمد رحمه الله يرجع بقيمة المستحق وعلى
هذا الخلاف اذا باع نفس العبد منه بجارية ثم استحقت الجارية او هلكت قبل التسليم فعندهما يرجع بقيمة العبد
وعنده بقيمة الجارية قال الحاكم الشهيد رحمه الله في الكافي فان اختلفا في المال فالقول قول العبد • بيانه ما قال
في المسائل في شرح المبسوط قال المولى اعتقتك على وصيف وقال العبد على كر حنطة فالقول للعبد مع يمينه لان العبد لو انكر
اصل المال كان القول له فكذلك وصفه والبينة للمولى • وقال في الشامل ايضا اختلفا في قدر المال فالقول للمولى والبينة
للعبد لان القول للمولى في اصل الشرط فكذلك في صفته **قوله** قال ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا
وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم • وهذه من مسائل القدوري وذلك اشارة الى تعليق العتق باداء المال
اي تعليقه مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر وانما صح تعليق العتق باداء المال لان العتق اسقاط حق فيه معنى المال
ولهذا اذا اعتقه في مرض موته ولا مال له غيره لزمه السعاية وما كان فيه معنى المال جاز اخذ العوض عنه كما قلنا في الشفعة
او نقول وانما صار العبد مأذونا بهذا القول لانه طلب منه الاداء وذلك لا يكون الا بالاكتساب فكان مأذونا في التجارة
دلالة لان المولى لا يرضى بتلدي العبد لان فيه خشية رده ثم اعلم ان المولى اذا قال لعبده ان اديت الي الفا فانت حر كان بمنزلة
المكاتب في اجبار المولى على القبول الا في مسائل فيها فرق بينهما احدها اذا مات العبد هنا قبل الاداء وترك مالا فالمال كله للمولى
ولا يؤدي عنه فيعتق بخلاف الكتابة والثانية لو مات المولى وفي يد العبد كسب فالعبد رقيق يورث عنه مع سائر اكسابه بخلاف
الكتابة والثالثة لو كانت هذه امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها بخلاف المكاتبة اذا ولدت ثم ادت فعتقت يعتق
ولدها والرابعة لو قال العبد للمولى حط عني مائة فحط المولى عنه فادى البقية فانه لا يعتق بخلاف الكتابة والخامسة
لو ابرى المولى العبد عن الالف لم يعتق ولو ابرأ المكاتب عتق بدل الكتابة يعتق والسادسة لو باع هذا العبد ثم اشتراه او رد
اليه بخيار او عيب يجبر على القبول عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد في الزيادات لا يجبر على مولاها فان قبل الاداء
عتق بخلاف المكاتب فان بيعه لا يجوز الا برضاه فاذا رضي ينفسخ الكتابة والسابعة انه يقتصر على المجلس حتى لا يعتق ما لم
يؤد في المجلس قبل الاعراض بخلاف الكتابة لان العتق باختيار العبد فكانه قال انت حر ان شئت كذا في التحفة بخلاف قوله اذا
اديت او متى اديت فان ذلك لا يقتصر على المجلس • وروى بشر عن ابي يوسف رحمه الله ان قوله ان اديت لا يقتصر على المجلس كما في اذا
او متى ذكره في المختلف والتحفة جميعا وذلك لان العتق معلق بالشرط فلا يقف على المجلس كقوله ان دخلت الدار **قوله**
على ما نبين اي بعد خطوط عند قوله ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود **قوله** وان احضر المال
اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد • وهذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره يعني اذا قال له المولى اذا اديت الي الفا فانت حر فاحضر
العبد الالف في المجلس اجبر المولى على القبض فيعتق ومعنى الاجبار انه ينزل المولى قابضا بالتخلية بينه وبين الالف بحيث اخذ المال
او لم ياخذ والمراد بالتخلية رفع الموانع وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجبر وبه قال زفر رحمه الله كذا في شرح
الطحاوي له انه عتق معلق بشرط ولا يجبر احد على مباشرة شرط اليمين لان الجبر لا يثبت الا عند ثبوت الاستحقاق ولا استحقاق
قبل وجود الشروط فصار كالتعليق بدخول الدار بخلاف الكتابة فانه يجبر فيه لانها معاوضة واداء البدل فيها واجب بمجرد

لهذا ولنا ما قال مشايخنا في شروح الزيادات ان الاصل في تعليق العتق باداء المال انه يمين وفيه معنى المعاوضة وذلك
لان اليمين لغير الله تعالى هو الشرط والجزاء وقد وجد ذلك هنا وهو صيغة الكلام فصار اليمين هو الاصل وفيه معنى المعاوضة
لكونه مقابلة العتق بالمال عند الاداء كالكتابة والخلع بعد معاوضة في الاصل ومعنى الشرط تابع ولهذا اذا مات المولى لا ينفسخ
الكتابة فلما كان تعليق العتق بالمال معاوضة انتهاء عند اداء المال اجبر المولى على القبول كما في الكتابة فلم يحتمل التعليق الفسخ
لان معنى اليمين فيه اصل بخلاف الكتابة فانها تحتمل الفسخ لان معنى اليمين فيها مانع فان قلت كيف يصح جعله معاوضة
والعوض والمعوض للمولى جميعا قلت هذه مغالطة لان المعوض هنا هو العتق وهو يحصل للعبد لا للمولى فان قلت
يرد علينا الاحكام منها اذا قال ان اديت الي خمرا فانت حر حيث لا يجبر على القبول وكذا اذا قال ان اديت الي ثوبا فانت حر ومنها
اذا قال ان اديت الي الفا فحججت بها فانت حر لا يجبر على القبول ومنها اذا باع العبد ثم اشتراه ثم جاء بالالف لا يجبر على القبول
قلت انما لا يجبر في الخمر لان المسلم ممنوع عن قربانه لحق الله تعالى لكن مع هذا اذا اداها عتق واما الثوب فانه مجهول الجنس لم
يصلح عوضا فلم يجبر لهذا واما مسألة الحج فلان التعليق فيه تبين باداء المال والحج ولهذا لا يعتق بمجرد الاداء ما لم يوجد الحج و
المعاوضة انما تكون اذا كانت مقابلة العتق بالمال وهنا مقابلة العتق بالمال والحج فيبطل معنى المعاوضة فلا يجبر لبطلان
معنى المعاوضة ولهذا اذا قال اذا اديت الي الفا من التجارة فالمولى يجبر على القبول ويعتق العبد وجد الحج او لم يوجد لان
الحج وقع مشورة لا شرطا واما المسألة الاخيرة فان البيع لما صح فقد بطل معنى الكتابة فلم يجبر على القبول كما اذا كاتب عبدا
على انه بالخيار ثلاثة ايام ثم باعه فيها صح البيع وبطلت الكتابة حتى اذا اشتراه لم يكن مكاتبا كذا هنا قوله ولهذا كان عوضا
في الطلاق في مثل هذا اللفظ هذا ايضاح لكون تعليق العتق باداء المال معاوضة نظرا الى المقصود يعني اذا علق الطلاق باداء
المال وقال لامرأته اذا اديت الي الفا فانت طالق فادت يقع الطلاق بائنا لوقوعه على عوض فكذا هنا يكون معاوضة
قوله على هذا يدور الفقه اي على اعتبار الشبهين تدور المسائل الفقهية كالهبة بشرط العوض تبرع ابتداء حتى لا يجوز في المشاع
ويشترط القبض في المجلس بيع انتهاء حتى لا يجوز الرجوع للواهب ويجري الشفعة فكذا فيما نحن فيه اعتبرنا الشبهين شبه الابتداء
نظرا الى الصيغة فقلنا انه تعليق فجاز بيعه قبل وجود الشرط وهو الاداء وشبه الانتهاء نظرا الى المقصود فقلنا انه
معاوضة حتى اجبر المولى على القبض كما في الكتابة قوله ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم
الشرط • قال في الزيادات لو قال اذا اديت الي الف درهم فانت حر فجاء ببعض الالف اجبر المولى على قبوله لان هذا جزء من جملة
هي عوض عند الاداء فصار البعض حكم الاعواض ايضا كبعض بدل الكتابة وبعض الثمن فان ادى بعض الثمن لا يوجب قبض
شيء من المبيع فكذلك بدل الكتابة ومع ذلك يجبر على القبول لانا لو لم نجبره لكلفنا المودي ما ليس في وسعه وهو اداء جميع البدل
وذلك باطل • وقال في شرح الطحاوي ولو ادى العبد خمسمائة فالقياس ان لا يجبر لانه لا يعتق بقبول هذا وهو قول ابي يوسف
رحمه الله وفي الاستحسان يجبر على القبول كما في المكاتب قوله كما اذا حط البعض فادى الباقي يعني اذا حط المولى بعض
الالف فيما اذا قال له ان اديت الي الفا فانت حر فادى العبد باقي الالف لا يعتق لعدم الشرط لان الشرط اداء الالف ولم يوجد
كما لو ادى الدنانير مكان الدراهم وقد نص الحاكم في الكافي على هذا الحكم قوله ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع
المولى عليه وعتق لاستحقاقها يعني ان المولى يرجع على العبد بالف اخرى مثلها لان المولى كان يستحق الالف المؤداة لان العبد وما في
يده لمولاه وله على العبد مثلها لان المولى ما رضي بخروجه عن ملكه الا بالف يحصل له بالالف حاصل له لكنه عتق باداء الالف
المكتسبة قبل التعليق لوجود شرط العتق وهو اداء الالف كما لو غصب الفا انسان فادى عتق بخلاف ما اذا ادى الفا
اكتسبها بعد التعليق حيث لا يرجع المولى عليه لكونه مأذونا من جهة المولى بالاكتساب والاداء منه لكنه يأخذ الباقي
لان مال المأذون في التجارة للمولى بخلاف المكاتب كذا في الشامل وغيره قوله ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر
على المجلس وهذا هو ظاهر الرواية • وروى بشر عن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقتصر وقد مر بيانه قوله ومن قال
لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت وهذه من خواص الجامع الصغير وانما اعتبر قبول العبد بعد موت
المولى لانه اضاف العتق الى ما بعد الموت فيكون نزول الايجاب بعد العتق بعد الموت موت المولى والقبول يكون عند نزول
الايجاب كما قال انت حر على الف درهم غدا يكون القبول غدا وقت نزول الايجاب وكذلك اذا قال اذا مت فانت حر على الف فاذا قبل بعد
الموت هل يعتق ام لا قال في شرح الطحاوي لم يعتق بالقبول حتى يعتقه الورثة او الوصي لان الاصل ان كل عتق تأخر وقوعه
بعد الموت ولو ساعة بعد لا يعتق الا بالاعتاق • الا ترى انه لو قال لعبده انت حر بعد موتي بشهر لا يعتق حتى يعتقه الورثة
بعد شهر او الوصي يملك عتقه تحقيقا لا تعليقا حتى انه لو قال انت حر اذا دخلت الدار فانه لا يعتق والوارث يملك عتقه تحقيقا
وتعليقا حتى انه لو علقه بدخول الدار عتق ولو دخل وكذلك لو اعتقه عن كفارة يمينه يجوز عن الميت ولا يجوز عن الكفارة والولاء
للميت لا للوارث هذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله • وروي عن ابي يوسف رحمه الله في الاملاء انه قال اذا
مت فانت حر على الف درهم فالقبول في هذا على حالة الحياة لا على الوفاة فاذا قبل صح التدبير فاذا مات عتق ولا يلزمه المال
لانه لا يلزمه وقت القبول لانه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق واحتج انه لو قال
انت حر على الف درهم بعد موتي فالقبول فيه بعد الوفاة وقال الامام العتابي رحمه الله في شرح الجامع الصغير فاذا
قبل بعد الموت ينبغي ان لا يعتق الا باعتاق الوارث او الوصي والقاضي لان العتق تأخر عن الموت الى ان يقبل والعتق متى تأخر عن الموت

لا يثبت الا باعتاق واحد من هؤلاء لانه صار بمنزلة الوصية بالاعتاق • وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير ومن
المتأخرين من قال فان وجد القبول بعد الموت ينبغي ان لا يعتق ما لم يعتقه الورثة لان الاعتاق من الميت لا يتصور ثم قال
وهو الصحيح • وعلل صاحب الهداية بقوله لان الميت ليس باهل للاعتاق قلت فاذا قبل بعد الموت ينبغي ان يعتق حكما للكلام
صدر من الاهل مضافا الى المحل وان كان الميت ليس باهل للاعتاق • الا ترى ان الايجاب لو اعتبر بعد الموت حكما لكلام صدر
من الاهل وان كان الميت في ذلك الوقت ليس باهل للايجاب ولهذا ترتب القبول عليه وايضا ان القبول لا يعتبر حال الحيوة فاذا لم
يعتق بالقبول بعد الوفاة الا باعتاق واحد منهم لا يكون معتبرا بعد الوفاة ايضا فلا يبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت قوله
بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق وذلك لان المولى لا
يستوجب على عبده دينا صحيحا هذا قول ابي يوسف رحمه الله على ما ذكر صاحب الاجناس عن نوادر بشر انه لو قال لعبده اذا قال
انت مدبر على الف درهم قال ابو حنيفة رضي الله عنه ليس القبول الساعة وله ان يبيعه فاذا مات المولى وهو في ملكه
او قال قبلت اداء الالف عتق وقال ابو يوسف رحمه الله ان لم يقبل حين قال له ذلك فليس له ان يقبل بعد ذلك وان قبل كان
مدبرا وعليه الالف اذا مات السيد الى هنا لفظ الاجناس وانما اوجب عليه الالف كان المولى ما رضي بعتقه الا ببدل وقد
يستوجب المولى على عبده دينا ثبت العتق كالمكاتب • وروي في الوجيز السرخسي عن ابن سماعة عن محمد رحمه الله لو قال انت مدبر
على الف فالقبول بعد الموت لعتق فيلزمه المال • وما ذكر صاحب الاجناس عن النوادر عن ابي حنيفة رضي الله عنه دليل
على صحة ما ذهبنا اليه في مسألة الجامع الصغير بانه اذا قبل بعد الموت يعتق لانه صرح بقوله اذا مات المولى وقال
قبلت اداء الالف عتق وذلك لان القبول في الموضعين جميعا بعد الموت ومع هذا ثمه لم يتوقف العتق على اعتاق واحد
من الوصي او الوارث او القاضي فكذا فيما نحن فيه قوله قالوا اي قال المتأخرون من مشايخنا قوله في مسألة
الكتاب اي في مسألة الجامع الصغير وهي قوله انت حر بعد موتي على الف درهم قوله وهذا صحيح اي قولهم انه لا يعتق
ما لم يعتقه الوارث ولنا فيه نظر قد مر قوله قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد عتق ثم مات من
ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله قيمة خدمته اربع سنين وهذه من مسائل
الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال لعبده انت حر على ان تخدمني اربع
سنين فقبل العبد ثم مات من ساعته قال عليه قيمة نفسه وهو قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله عليه قيمة خدمته
اربع سنين هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة رضي الله عنه اخرا وقوله الاول كقول محمد كذا ذكره الفقيه ابو الليث السمرقندي
رحمه الله في شرح الجامع الصغير وقول زفر والشافعي رضي الله عنهما كقول محمد ايضا كذا في المختلف والخدمة خدمة البيت المعروفة
من الناس • كذا ذكر الحاكم الشهيد رحمه الله في الكافي وشرح المسألة ما قال في شرح الطحاوي ولو قال لعبده انت حر على ان
تخدمني اربع سنين فقبل عتق وعليه ان يخدم اربع سنين فان مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة لان شرط الخدمة للمولى وقد
مات المولى فيجب عند ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف رحمه الله عليه قيمة نفسه وعند محمد رحمه الله عليه خدمته اربع
سنين ولو كان خدم سنة ثم مات فعلى قولهما عليه ثلاثة ارباع قيمته وعلى قول محمد رحمه الله عليه قيمة خدمته ثلاث سنين
فكذلك لو مات العبد وترك مالا يستوفى من ماله قيمة نفسه لمولاه عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وعند محمد يستوفي
قيمة الخدمة وقال في الشامل فان مات المولى فلورثته قيمته الا بقدر قيمة ما خدم عندهما وعند محمد قيمة ما بقي
من الخدمة وكذلك اذا مات العبد اخذ من تركته ثم اعلم ان العبد يعتق بقبوله في المجلس قبل تسليم الخدمة لان المولى
جعل الاعتاق على الخدمة فكان معاوضة وقضية المعاوضة ثبوت الحكم بمجرد القبول قبل التسليم كما في البيع وقد مر بيانه
في اول الباب لكن لما وجب على العبد الخدمة عند محمد وقيمة نفسه عندهما وجه قول محمد رحمه الله ان الخدمة بدل ما ليس
بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق وقد حصل العجز بتسليم الخدمة بموت احدهما فوجب تسليم قيمتها وهو وجه قولهما ان الخدمة بدل
مال لانه بدل نفس العبد لكن العبد البدل لما تعذر تسليمه وجب تسليم البدل وهو العبد ولا يمكن تسليمه لان العتق لا يقبل الفسخ
فوجب تسليم قيمته لامكان ذلك فان قلت يرد علينا الاحكام وهي ما اذا تزوج امرأة على جارية او خالع امرأته على جارية
او صالح عن دم عمد على جارية ثم استحقت الجارية يرجع بقيمة الجارية فعلم انه لا اعتبار لقيمة البدل لا لقيمة المبدل قلت
لا نسلم انها ترد علينا لان فيها العوض ملك النكاح وملك القصاص وذلك غير متقوم فلم يمكن الرجوع بقيمة ما ليس بمتقوم
فيرجع فوجب الرجوع بقيمة البدل بخلاف ما نحن فيه فان المبدل وهو العبد متقوم ولهذا لو شهدوا بانهما اسقاط
القصاص وابطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون ولا الولي القصاص ولا للزوج قيمة البضع ولو شهدوا على الاعتاق
ثم رجعوا يضمنون قوله ثم مات اي العبد او المولى كما في اخر المسألة قوله من ساعته اي ساعة
القبول قوله اما العتق فلتحصيل لانه ذكر الاثنين العتق ووجوب القيمة لكن هي قيمة النفس عندهما وعند محمد
قيمة الخدمة فقال بعد ذلك اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وهذا صحيح لكن
ينبغي عليه ان يقول واما وجوب قيمة النفس عندهما فلاجل كذا واما وجوب قيمة الخدمة عند محمد فلاجل كذا فلم يوف ما هو
حق الكلام قوله وقد وجد اي القبول قوله ولو منه خدمته اربع سنين اي بقبول الخدمة لكن تعذر
الخدمة بموت العبد فوجبت القيمة على حسب الاختلاف الذي مر قوله فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم مات

البدل اي صار الاعتاق على الخدمة اذا مات العبد بعد القبول مثل الاعتاق على الف اذا مات بعد القبول لان الخدمة تصلح
عوضا عن الاعتاق كالالف فيعتق في الصورتين بالقبول **قوله** فالخلاف فيه بعد بناء على طائفة الاخرى اي الخلاف في
في العتاق على الخدمة في المدة المعلومة بناء على مسألة خلافية غير هذه وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية او اعتقه
على جارية بعينها فقبل وعتق ثم استحقت الجارية او هلكت قبل التسليم يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه لا بقيمة الجارية على قول
ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف الآخر رحمهما الله تعالى وقال محمد وزفر والشافعي رضي الله عنهم يرجع عليه بقيمة الجارية
وهو قول ابي حنيفة رضي الله عنه اولا ووجه البيان ان الجارية لما تعذر تسليمها بالاستحقاق او بالهلاك وجب قيمة تسليم
المبدل اي العبد عندهما ووجب تسليم قيمة البدل اي الجارية عند محمد فكذلك هنا لما تعذر تسليم الخدمة بموت العبد او المولى
وجب تسليم قيمة البدل اي الخدمة قال في شرح الطحاوي وكذلك لو لم تستحق ولكن وجدها عيبا فردها فهو على هذا الاختلاف
هذا اذا كان عيبا فاحشا وان كان غير فاحش فليس له عندهما وعند محمد رحمه الله لا يقدر على ردها لانه يجعل هذا مبادلة مال
بغير مال فاشبه النكاح والمراة لا تقدر على رد المهر الا في العيب الفاحش وانما ترجع في الاستحقاق بقيمة ما استحق لا بمهر المثل **قوله**
وهي معروفة اي مسألة بيع نفس العبد منه بجارية اذا استحقت تعرفونه في طريق الخلاف وثمة موضع بيانه **قوله**
فصار نظيرها اي صار العتاق على الخدمة اذا مات العبد او المولى نظير مسألة بيع نفس العبد منه بجارية اذا استحقت
قوله ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر
وفي بعض نسخ الجامع الصغير ذكر لفظ على قبل قوله على ان تزوجنيها وفي بعضها لم يذكر والوجوب مستند على الحالين لكن ذكر
على ادل على المراد والاصل ان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم ففعل المامور لا يجب على الآمر شيء بخلاف ما اذا قال
لغيره طلق امراتك على الف درهم او قال خالع امراتك على الف درهم ففعل يجب على الآمر الالف والفرق ان اشتراط البدل
على الاجنبي في باب الطلاق جائز وفي العتاق ليس بجائز وذلك لان بدل الخلع على المراة مشروع من غير ان تسلم لها شيء لان الخلع
اسقاط محض فلما جاز اشتراط البدل عليها من غير سلامة شيء لها جاز اشتراطه على الاجنبي ايضا من غير سلامة شيء له بخلاف
الاعتاق فان فيه معنى الاثبات وان كان هو ازالة الملك لانه به يحصل قوة حكمية للعبد لم تكن ثابتة قبل الاعتاق فكان
في معنى المعاوضة واشتراط العوض لا يجوز على غير من يسلم له العوض فلا يجب على الاجنبي شيء لانه لم يسلم له شيء
الضمان ولهذا لو قال للمولى بع عبدك من فلان بالف على اني ضامن لا يجب الضمان على الضامن شيء لان غرامة البدل في المبادلة لا تجوز
على غير من سلم اليه المبدل الا بالكفالة ولا يمكن تصحيحه بطريق الكفالة عن العبد وعن المشتري لانه لا يجب الثمن على المشتري
ولا يجب المال على العبد فكيف يجب على الكفيل ثم لا تجبر المراة على التزوج بعد العتق لانها صارت حرة مالكة امر نفسها قال
الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير لم يذكر في الكتاب اي في الجامع الصغير انها لو تزوجته ما حكمه
ثم قال ينبغي انه يجب لها حصة الالف اذا اقتسمت الالف على قيمتها وعلى مهر مثلها فما اصاب حصة قيمتها تسقط وما اصاب حصة مهر مثلها
يكون مهرا فاشتراه رجل قال لامرأتين تزوجتكما على الف درهم فقبلت احداهما ولم تقبل الاخرى فللذي قبلت حصة الالف
فكذلك هاهنا **قوله** وقد قررناه من قبل اي في باب الخلع على سبيل الاشارة في مسألة خلع الاب ابنته الصغيرة حيث
قال لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولكنه لم يذكر ثمة بان اشتراط البدل في العتاق على الاجنبي
لا يجوز **قوله** ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسألة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة
اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه وهذه من مسائل الجامع الصغير ايضا يعني قال رجل لآخر اعتق امتك عني على الف درهم
على ان تزوجنيها ففعل المامور واعتقت ثم ابت المراة ان تتزوجه فالحكم فيه ان يقسم الالف على قيمتها ومهر مثلها فالحصة التي
تجب على الآمر وحصة المهر تسقط لانه قال اعتق امتك عني فيثبت الشراء اقتضاء فكانه قال بع امتك مني ثم اعتقها وقد جعل الالف بازاء
الشيئين بازاء الرقبة والبضع فيكون الالف منقسما عليهما فحصة الرقبة تجب عليه لانها سلمت له حيث وقع العتق منه وحصة
البضع تبطل لانه لم يسلم له حيث لم تتزوجه ولم يبطل البيع بشرط النكاح لانه مندرج في الاعتاق فاخذ حكمه ولم يبطل بالشرط الفاسد
قال الفقيه ابو الليث رحمه الله ولو انها زوجت نفسه فالجواب لم يذكر يعني في الجامع الصغير • ثم قال ينبغي ان يجب عليه
الالف كاملا حصة القيمة للمولى وحصة المهر لجاريته لانه قد سلم تمام الشرط **قوله** لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء
على ما عرف اي في اصول الفقه وقد بينا ذلك في اخر باب نكاح الرقيق قبيل نكاح اهل الشرك **قوله** فقد
قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا لانه قال على ان تزوجنيها **قوله** ولو زوجت نفسها منه لم يذكره اي لم
يذكره محمد في الجامع الصغير حكم التزوج **قوله** ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول واراد بالوجه الاول
ما اذا لم يقل عني وانما سقط حصة القيمة لعدم وجوب الضمان **قوله** وهي للمولى في الوجه الثاني اي حصة القيمة
للمولى في الوجه الثاني وهو ما اذا قال عني **قوله** وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين اي فيما اذا قال عني
او لم يقل عني والله اعلم

باب التدبير

لما فرغ عن العتق الواقع في حالة الحياة شرع في العتق
الواقع بعد الموت تلو الحياة والتدبير في اللغة هو النظر في عاقبة الامر وكان المولى لما نظر في عاقبة امره وامر عاقبته
اخرج عبده الى الحرية بعده وفي الشرع اي العتق الواقع عن دبر من الانسان والدليل على جواز التدبير عتقه بعد موت المولى بالاجماع

ثم التدبير على نوعين مطلق ومقيد فالمطلق كما اعلق عتقه مطلق الموت مثل ان يقول ان مت فانت حر او ان حدث بي حدث فانت
حر او قال دبرتك او انت مدبر وكذلك اذا قال اوصيت لك برقبتك او قال اوصيت لك بثلث مالي والمقيد كما اذا قال ان مت من
مرضي هذا او سفري هذا فانت حر وكذلك ان قتلت فانت حر وان غرقت فانت حر فاذا مات من غير ذلك الوجه لا يعتق واذا مات منه
يعتق في اخر جزء من اجزاء حياته **قوله** اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر او فانت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك
فقد صار مدبرا وهذه مسائل مختصر القدوري وتمامه فيه لا يجوز بيعه ولا هبته وانما وضع التدبير على الالفاظ لما
لكونها صريحا كالالفاظ الدالة على العتق فيه مثل قوله انت حر او حررتك **قوله** ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه
من ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة • وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز واعلم ان بيع المدبر المقيد جائز بالاتفاق اما المدبر
المطلق فلا يجوز بيعه عندنا وهو مذهب مالك رضي الله عنه في الموطأ • وروى الترمذي في جامعه مذهب سفيان الثوري
والاوزاعي كذلك وعند الشافعي يجوز بيعه كالمقيد وهو مذهب احمد بن حنبل واسحاق رضي الله عنهما وجه قول الشافعي رضي الله
عنه ما روى جابر في الصحيح البخاري وقال اعتق رجل منا عبدا له عن دبر فدعا النبي صلى الله عليه وسلم به فباعه
قال جابر رضي الله عنه مات الغلام عام اول قال في السنن اشتراه نعيم بن عبد الله النحام بثمان مائة
وفي بعض الروايات في السنن بسبع مائة او بتسع مائة • وقال في الجامع الترمذي كان عبدا قبطيا مات عام اول في امارة
ابن الزبير فلو لم يجز بيع المدبر لما باعه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه تعليق العتق بالشرط وفي سائر التعليقات
يجوز البيع قبل وجود الشرط فكذا في هذا التعليق ولان التدبير وصية بالعتق بدليل انه يعتبر من الثلث وسائر
الوصايا ليست بلازمة حتى يجوز الرجوع منها صريحا او دلالة فكذا هذه الوصية يجوز الرجوع عنها ولنا ما ذكر محمد
بن الحسن رحمهما الله في الاصل حدثنا ابو جعفر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع خدمة المدبر
ولم يبع رقبته يعني اجر المدبر • وروى اصحابنا في المبسوط وغيره عن ابن عمر رضي الله عنهما المدبر لا يباع ولا
يوهب وهو حر من الثلث وما رواه الشافعي رضي الله عنه يحمل على المدبر المقيد او على ابتداء الاسلام حين كان
يباع الحر او على بيع الخدمة لا الرقبة توفيقا بين حديثنا وحديثه ولان من قبل الشافعي قد اجمعوا على عدم جواز بيعه
كابي حنيفة وسفيان ومالك والاوزاعي رضي الله عنهم ثم لما نشأ الشافعي رضي الله عنهم بعدهم جوزه فصار
هذا منه خرقا للاجماع فلا يجوز ولان التدبير سبب للحرية في الحال فلا يجوز ابطاله بالبيع ونحوه كالاستيلاد
بخلاف سائر التعليقات فانها ليست باسباب في الحال ما لم يوجد الشرط فلا يصح القياس لان التعليق يمنع الوقوع
فلا يكون سببا في الحال لان السبب انما يكون سببا اذا صدر من الاهل مضافا الى المحل فما لم يتصل بالمحل عند وجود
الشرط لا يبقى التعليق فان بين الوقوع والتعليق مضادة فلا يكون النطق سببا في الحال الا انا جعلنا التدبير
سببا في الحال لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فلا يتصور انعقاد السبب من غير الاهل فلاجل هذه الضرورة
جعلناه سببا في الحال بخلاف المدبر المقيد فانه لم يجعل سببا في الحال لانه متردد في كونه سببا لانه ربما لا يموت من ذلك
الوجه فاذا مات من ذلك الوجه حينئذ يجعل سببا في اخر جزء من اجزاء حياته ولان التدبير المطلق وصية بالعتق فلا يجوز ابطالها
لان الوصية بالعتق تقع معتبرة للحكم لازمة ولهذا لا يشترط في التدبير القبول ولا يرتد بالرد بخلاف سائر
الوصايا فانها يشترط فيها القبول بعد الموت وترتد بالرد فلا يصح القياس والمراد من الشيء المتأخر للحكم ان يقع
التدبير اعتاقا في الحال متراخيا حكمه وهو العتق الى ما بعد الموت كما في قوله عليه السلام ام الولد اعتقها ولدها
وكالبيع بشرط الخيار كان الشرط ثمة ايضا دخل على الحكم لا السبب فان قلت سلمنا ان ما بعد الموت حال بطلان
الاهلية ولكن لا نسلم ان الاهلية تشترط عند وجود الشرط ولهذا اذا علق الاهل الطلاق او العتاق بشرط ثم جن
ثم وجد الشرط يقعان فعلم ان الاهلية عند وجود الشرط ليست بشرط قلت بالجنون لا تبطل الاهلية من كل
وجه دون وجه • الا ترى ان المجنون اهل للملك وزواله ولهذا يصح تزويج الولي عليه وتبين امرأته بارتداد ابويه
وكذا اذا باشر المجنون اسباب المصاهرة ثبتت بخلاف الميت فان اهليته تبطل اصلا فلم يصح القياس وهذا البيان
كان لاول الباب والباقي يعرف في طريقة الخلاف **قوله** ثم جعله سببا في الحال اولى اي جعل التدبير
وهذا هو المذهب عند اصحابنا رضي الله عنهم • وما قاله صاحب الهداية قبيل باب عتق احد العبدين بقوله في المدبر
ينعقد السبب بعد الموت فيه تناقض لما قاله وقد ذكرناه **قوله** وانه مضاد لوقوع الطلاق والعتاق
اي ان المانع لوقوع الطلاق والعتاق مضاد لوقوعهما فلا يكون التعليق سببا في الحال فاخرنا السببية الى وجود
الشرط ولا يمكن تاخير السببية في التدبير الى ما بعد الموت لانه زمان بطلان الاهلية فلو لم يجعل سببا في الحال
لغو كلامه اصلا فان قلت فلم لا يجعل سببا في اخر جزء من اجزاء حياته فحينئذ لا يلغو كلامه ايضا كما في التدبير المقيد
قلت الاصل ان يجعل التصرف سببا حال وجوده ثم وجوده اما حقيقة وهو في حال التكلم او حكما وهو في حال وجود
الشرط لانه علقه به وتلفظ به فمتى ادعى انه سبب في حالة اخرى لم يتلفظ بها فعليه البيان وفي المدبر المقيد تعذر
جعله سببا في الحال لانه متردد فجعل سببا في اخر جزء من اجزاء حياته لانه حينئذ زال التردد ولم يوجد العذر
في المدبر المطلق وسائر التعليقات فجعل سببا في الحال ما لم يمكن جعله سببا بعد الموت **قوله** فالفرق

اي نافترق التدبير المطلق وسائر التعليقات **قوله** ولانه وصية بالعتق والوصية سبب الخلافة لان الموصى جعل الموصى له خلفا في بعض ماله بعد موته فكذا هنا اثبت المولى للمملوك في الحال خلافة في رقبته بعد موته وابطال سبب الخلافة لا يجوز كالوراثة **قوله** وفي البيع وما يضاهيه ذلك والمضاهاة المشابهة واراد بما يضاهيه الهبة والامهار وذلك اشارة الى ابطال السبب **قوله** وللمولى ان يستخدمه ويواجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها • اي قال القدوري في مختصره • اعلم ان التدبير المطلق لا يزيل الملك في الحال وانما يثبت استحقاق العتق وكان الملك قائما ولهذا اذا قال كل مملوك لي حر يعتق المدبرون وامهات الاولاد بخلاف المكاتبين فان المكاتب لا يعتق الا ان ينويه • وكذا نص الحاكم في الكافي فلما كان العتق باقيا كان لمن دبر الاستخدام والاجارة والوطء والتزويج ولا يجوز بيع المدبر ولا رهنه ولا هبته وحاصله ان كل تصرف لا يجوز في الحر لا يجوز في المدبر الا الكتابة وهذا لان الكتابة فك حجر اليد والتصرف والحل بعتله والرهن للاستيفاء الدين منه والمحل لا يقبله **قوله** ثابت اي للمولى وبه والملك **قوله** ولان هذه التصرفات اشارة الى الاستخدام والاجارة والوطء والتزويج والتزويج **قوله** واذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله • هذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان المدبر اذا مات مولاه يعتق من الثلث وهو قول سعيد بن جبير وشريح والحسن وابن سيرين • وروي عن ابن مسعود وابراهيم النخعي رحمهما الله انه من جميع المال لنا حديث ابن عمر المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى ما بعد الموت وسائر الوصايا يعتبر فيها الثلث فكذا في التدبير وفائدة هذا انه لو لم يكن لمولاه مال غيره سعى في ثلثي قيمته فكذا في التدبير قيمته لانه احتسب ماليته والثلثين فوجب عليه السعاية لتخلص رقبته من الرق **قوله** لما روينا اشارة الى حديث ابن عمر وقد ذكرناه **قوله** الحكم اي العتق **قوله** فيعتق من الثلث اي ينفذ التدبير من الثلث باعتبار انه مضاف الى ما بعد الموت **قوله** حتى لو لم يكن له مال غيره اي غير المدبر وحتى لبيان النتيجة من قوله فيعتق من الثلث **قوله** وان كان على المولى دين مستغرق لرقبة المدبر سعى في جميع قيمته لغرماء المولى لان الوصية لا تصح مع الدين المستغرق لان الدين مقدم على الوصية الا انه عتق وجب بالموت فلا يمكن فسخه فلزمه رد قيمته التي سلمت له **قوله** وولد المدبرة مدبر • هذا لفظ القدوري في مختصره وعامة النسخ هنا بالتانيث في المضاف اليه وهو الصواب وفي بعض النسخ بالتذكير وليس بصحيح لان ولد العبد المدبر لا يخلو اما ان كان من امته او من حرة فان كان من امته يكون رقيقا لمولاه ولا يكون مدبرا كابيه وان كان من حرة يكون حرا بخلاف ما اذا كان الولد من امة مدبرة فلا يكون مدبرا تبعا لامها لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد ولهذا صرح بالتانيث في الشامل في قسم المبسوط وقال وولد المدبرة بمنزلتها • لما روي عن عثمان وزيد بن ثابت وابن عمر رضي الله عنهم ان ولد المدبرة مدبر وكذلك في الفتاوى الولوالجي حيث قال وولد المدبرة بمنزلتها كولد الحرة وهذا مذهبنا وقال الشافعي رضي الله عنه لا يدخل الولد في تدبيرها • لنا ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال ولد المدبرة بمنزلتها يعتق بعتقها ويرق برقها وروي انه خوصم الى عثمان في اولاد مدبرة فقضى ان ما ولدته قبل التدبير وعبد وما ولدته بعد التدبير مدبر وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير خلاف • وبه قال شريح ومسروق وعطاء وطاوس ومجاهد والحسن وقتادة ولا نعرف من السلف خلاف ذلك • كذا ذكره الشيخ ابو نصر البغدادي وغيره وقال صاحب الهداية على ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله عنهم اي وعلى هذا الحكم وهو ان ولد المدبرة مدبر ولان حريتها الام تعلقت بمطلق موت المولى فتسري الى الولد كما في الاستيلاد فان قلت حرية متعلقة بصفة فلا تسري الى الولد كما في تعليق الحرية بدخول الدار قلت هذا القياس ليس بصحيح لمخالفة الاجماع وايضا لا بد للقياس من مماثلة بين المقيس والمقيس عليه فلا نسلم المماثلة لان في المقيس حصل الاجزاء الخاص على الانفراد فصار كالاستيلاد وفي المقيس عليه لم يحصل الاجزاء الخاص فافترقا **قوله** وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت في مرضي او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه • وهذا من مسائل القدوري • اعلم انه اذا علق التدبير بصفة كما في هذه النظائر وكما في قوله ان قتلت فانت حر وفي قوله ان غرقت فانت حر لا يكون مدبرا حتى يجوز بيعه وسائر التصرفات فيه لان موته بهذه الصفة متردد لانه يجوز ان لا يموت من ذلك المرض او من ذلك السفر ويجوز ان لا يقتل وان لا يغرق ثم اذا مات من ذلك الوجه لا يعتق لعدم الشرط وهو الموت بصفة وان مات من ذلك الوجه عتق في اخر جزء من اجزاء حياته لزوال التردد حينئذ ولا يحتاج الى اعتاق الورثة بخلاف ما اذا اخر عتقه عن الموت وقال انت حر بعد موتي بشهر او بيوم او بسنة ونحوه فانه لا يعتق الا باعتاق الورثة او الوصي او القاضي لانه وصية بالاعتاق الا اذا علق عتقه بموته وبشرط اخر • كما اذا قال ان مت انا وفلان فانت حر او قال انت حر بعد موتي وموت فلان لم يكن مدبرا الا اذا مات فلان قبله فحينئذ يصير مدبرا وكذلك اذا قال كلمت فلانا فانت حر بعد موتي فكلمه صار مدبرا وقبله لا يصير مدبرا • كذا نص الحاكم الشهيد **قوله** وهو كائن لا محالة اي مطلق الموت كائن لا تردد فيه بخلاف الموت على صفة فان فيه ترددا فلا ينعقد التدبير سببا في الحال **قوله** فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق • هذا لفظ القدوري ايضا قال صاحب الهداية معناه من الثلث اي معنى قوله عتق **قوله** لتحقق

تلك الصفة فيه اي في اخر جزء من اجزاء حياته وهذا دليل قوله يثبت التدبير في اخر جزء من اجزاء حياته يعني انما ثبت التدبير في ذلك الوقت لتحقق الصفة بزوال التردد حينئذ **قوله** فلهذا ومن المقيد اي من جملة التدبير المقيد **قوله** ان مت الى سنة فانت حر او قال ان مت الى عشر سنين فانت حر لما ذكرنا اي التردد في الصفة **قوله** بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب يعني اذا قال ان مت الى مائة سنة فانت حر ومثله لا يعيش الى ذلك الوقت في الغالب يكون مدبرا لانه كالكائن لا محالة وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه في المنتقى • وذكر الفقيه ابو الليث في نوادره رجلا قال لعبده انت حر ان مت الى مائتي سنة قال ابو يوسف هذا مدبر مقيد وله ان يبيعه • وقال الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه لانه علم انه لا يعيش الى تلك المدة فصار كانه قال انت حر • قال الفقيه وهذا الاختلاف بمنزلة الاختلاف الذي قالوا في رجل تزوج امراة الى مائتي سنة وقال الحسن جاز النكاح لانهما لا يعيشان الى ذلك الوقت • وفي قول علمائنا الثلاثة لا يجوز النكاح الى هنا لفظ النوادر وقد ذكرنا في كتاب النكاح رواية المجرد عن ابي حنيفة قبيل باب الاولياء والاكفاء قال اذا ذكر مدة لا يعيش الى مثله جاز النكاح ويلغو ذكر المدة واختار الولوالجي في فتاواه ما ذهب اليه ابو يوسف حيث قال رجل قال لعبده انت حر ان مت الى مائتي سنة فباعه جاز بيعه لانه مدبر مقيد لانه يتصور ان لا يموت الى مائتي سنة • وذكر لو تزوج امراة الى مائة سنة لا يجوز النكاح لانه موقت لا يتصور ان يعيش اكثر من مائة وختم الباب بمسئلة ذكرها في الشامل في قسم المبسوط لكثير الفوائد قال انت حر يوم اموت فان نوى الوقت يكون مدبرا لان اليوم يذكر ويراد به الوقت فكان العتق معلقا بمطلق الموت وان نوى النهار لا يكون مدبرا لانه معلق باليوم لا بالموت • والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الاستيلاد

مناسبة باب الاستيلاد بباب التدبير ظاهر وهي ان في كل منهما استحقاق العتق في الحال وحقيقته بعد الموت الا ان التدبير لما كان بانيا بالاتيان كالعتاق قدمه على الاستيلاد فانه يثبت بثبوت النسب على وجه الاضطرار لا الاختيار **قوله** اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها • اعلم ان الاستيلاد طلب الولد لغة وام الولد من الاسماء الغالبة على بعض من يقع عليه الاسم كالنجم للثريا والصعق لخويلد بن نفيل ابن عمرو بن كلاب وهو في الاصل اسم لكل من اصابته الصاعقة ثم غلب عليه وفي اصطلاح اهل الشرع ام الولد كل مملوكة ثبت نسب ولدها من مالك لها او مالك لبعضها وذلك لان الاستيلاد شاع لبيان النسب بطلب الاستيلاد والا فلا وانما حكم الاستيلاد فانه لا يجوز بيعها ولا اخراجها من ملكه بوجه من الوجوه ويجوز اعتاقها وتدبيرها وكتابتها ووطيها واستخدامها هذا في حال حياة السيد فاما اذا مات السيد تكون حرة من جميع المال من غير سعاية لا للغرماء ولا للوارث • قال في شرح الاقطع قال بشر بن غياث يجوز بيع ام الولد • لنا اجماع الصحابة على عدم بيع جوار منهن • الا ترى الى ما حدث ابو داود في سننه باسناده الى عطاء عن جابر بن عبد الله قال بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر فلما كان عمر نهانا فانتهينا • وذكر محمد في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وحدث ابراهيم النخعي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان ينادي على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان بيع امهات الاولاد حرام ولا رق عليها بعد مولاها • وذكر محمد ابن عبد الله بن فارس قال شهدت ابي امية بن رجل قد اسقطت منه فاتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه برده وقال بعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن وعن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال حين ولدت ام ابراهيم اعتقها ولدها ولان نسب ولدها ثابت من مولاها لم يجز بيعها كما في حال حملها ولان الحرية ثابتة من الواطئ والموطوءة بواسطة الولد حيث يضاف الولد الى كل واحد منهما كملا ولهذا حرمة المصاهرة فصارت اصوله وفروعه كاصولها وفروعها فلما كان الولد مضافا الى الواطئ صارت الجارية ايضا مضافة اليه واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله اعتقها ولدها اي صار الولد معتقا لها بسببه لكن بعد انفصال الولد ضعف السبب ثبت حكم العتق متراخيا اعني سبب العتق وهو الحرية بينهما لان الحرية ثبتت حكما لا حقيقة ولما ضعف السبب ثبت حكم العتق متراخيا الى ما بعد الموت ولم يثبت في الحال وان لم يثبت العتق في الحال الا انها استحقت الحرية فلو جاز بيعها لبطل استحقاقها **قوله** وبقاء الحرية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تقع في حقهم لا في حقهن وهذا جواب سوال مقدر بان يقال لو كانت الحرية حكما بواسطة الولد بين الواطئ والموطوءة سببا لثبوت عتق الجارية بعد موت السيد والحرية تشملهما جميعا كان ينبغي ان يعتق الواطئ بعد موت الموطوءة اذا ملكته بعد الولادة بان تزوجت حرة عبدا الغير ثم ولدت منه فاشترته ثم ماتت فاجاب عنه بهذا الكلام يعني ان الحرية باعتبار النسب والنسب الى الاباء لا الى الامهات وهذا معنى قوله من جانب الرجال فلهذا تقع الحرية في حقهم لتحقق سببها وهو الحرية باعتبار النسب وحتى اذا استولد رجل جارية الغير بنكاح ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا خلافا للشافعي رضي الله عنه وهي مسئلة المبسوط ولا تقع الحرية في حقهن لعدم تحقق السبب لان النسب ليس اليهن حتى اذا ملكت زوجها بعد ما ولدت منه لا يعتق الزوج اذا ماتت فاعرفه فقد خبط بعضهم في شرحه في هذا المقام • ثم اعلم ان الاستيلاد فرع النسب فلا تصير ام ولد له به ولهذا اذا استولدها

بزنا ثم ملكها لا تصير ام ولد له لعدم النسب ولو استولدها بنكاح ثم ملكها تصير ام ولد له لوجود النسب • ولا يقال يرد عليكم ما ذكر في الاصل وهو في قوله امة بين رجلين ولدت ولدا فقال كل واحد منهما لصاحبه ان الولد ابنك لا يكون من احد منهما وهو حر وامه بمنزلة ام الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبت الاستيلاد بغير ثبوت النسب والاستيلاد فرع النسب فلا يثبت مع عدم النسب كما لو ولدت من الزنا لانهما قد اجتمعا على ان نسب الولد ثابت في الجملة لان كل واحد منهما اقر على صاحبه بثبوت نسب الولد فان الجارية ام ولد فلم يعتبر الاستيلاد عن النسب **قوله** فكذا الحربية حتى الرواية بالحاء لا الجيم وهذا نتيجة لما تقدم فلهذا ذكر بالفاء يعني ان الحرية لما كانت باعتبار النسب اصبح ان الحرية وقعت في حقهما لا في حقهن والبيان من مرة **قوله** وكذا اذا كان بعضها مملوكا لان الاستيلاد يتجزى يعني اذا كانت الجارية مشتركة بين اثنين فاستولدها احدهما تكون كل الجارية ام ولد كما في هذا الباب ان شاء الله تعالى وذلك لان الاستيلاد فرع النسب والنسب لا يتجزى فكذلك فرعه وهو الاستيلاد يتجزى عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبره يقتصر عليه لان نصيب الشريك لا يقبل النقل فاقتصر الاستيلاد على نصيب المستولد وقد بيناه في ذلك الباب ومعنى قولنا الاستيلاد ولا يتجزى فيما يمكن نقل الملك فيه والمدبرة ليست بقابلة للنقل من ملك الى ملك فلا يتنا قض ما قال هنا وما قاله ثمة **قوله** وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها • وهذا من مسائل القدوري وذلك لان الملك لم يزل عن ام الولد كالمدبر وانما ثبت لها من العتق لا حقيقة فلا يمنع هذه المعاني لزوال الملك **قوله** ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به المولى • وهذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره اي لا يثبت نسب الامة الا اذا اعترف به المولى سوى وطيها او لم يطاها • وقال الشافعي رضي الله عنه الامة تصير فراشا بالوطي فاذا اقر بوطيها ثم اتت بولد ثبت نسبه منه وان لم يدعه • كذا في شرح الاقطع وجه قوله ان نسب ولد المنكوحة يثبت بمجرد عقد النكاح بلا دعوة لان العقد مفض الى الولد فلان يثبت نسب ولد الامة بمجرد الوطي بلا دعوة اولى لان الوطي اكثر افضا الى الولد من العقد • ولنا ان وطي الامة قد يقصد به الولد وتقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عن طلب الولد لانه اذا استولدها فالحق عنها القوم عند ابي حنيفة وينتقص قيمتها عندهما فلما كان وطي الامة محتملا لم يكن مجرد الوطي دليلا على الفراش فلم يثبت النسب بلا دعوة لمجرد اليمين بخلاف المنكوحة فان نسب ولدها يثبت بمجرد عقد النكاح لان النكاح لم يشرع الا لطلب الولد كان العقد دليلا عليه فثبت النسب بلا دعوة ولان الوطي في الامة لو ثبت به الفراش بلا دعوة لثبت بالنسب المبيح للوطي ايضا وهو ملك اليمين كالوطي في المنكوحة لما ثبت به الفراش ثبت بالسبب المبيح وهو ملك النكاح واللازم منتف بمجرد الملزوم وهو ثبوت الفراش وهو بوطي الامة فان قلت الفراش يثبت بمجرد وطي الامة بدليل ما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى عروة بن الزبير ان عايشة رضي الله عنها قالت كان عتبة ابن ابي وقاص عهد الى اخيه سعد ابن ابي وقاص ان يقبض اليه ابن وليدة زمعة فلما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم زمن الفتح اخذ سعد ابن وليدة زمعة فاقبل به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم واقبل معه عبد بن زمعة فقال سعد يا رسول الله هذا ابن اخي عهد الي انه ابنه فقال عبد زمعة يا رسول الله هذا اخي بن زمعة ولد على فراشه فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ابن وليدة زمعة فاذا هو اشبه الناس به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد ابن زمعة من اجل انه ولد على فراش ابيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجبي منه يا سودة بنت زمعة مما راى لشبهه بعتبة وكانت سودة زوج النبي صلى الله عليه وسلم والوليدة هي الامة قلت لا نسلم لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يحكم بالفراش بثبوت النسب لانه قال هو لك يا عبد ابن زمعة فلو اثبت النسب لقال هو اخوك وقوله هو لك يفيد التمليك لا النسب وهو المعلوم من كلام العرب ولانه صلى الله عليه وسلم امر سودة بالاحتجاب عنه فلو اثبت النسب لكان اخاها فلا تحتجب الاخت من الاخ **قوله** لوجود المانع عنه اي عن طلب الولد والمانع سقوط التقوم عنها عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان ام الولد ليست متقومة ونقصان القيمة عند صاحبيه لان قيمتها ثلث قيمة القن لبقاء منفعة الوطي وزوال منفعة السعاية والبيع وكذلك من بان الخالية متقومة في اخراب العبد حتى بعضه **قوله** مقصود امنه اي من العقد يعني ان الولد هو المقصود من العقد في المنكوحة **قوله** فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار • هذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره اي فان جاءت الامة بولد بعد اعتراف المولى بولدها الاول ثبت نسب ولدها بعد الولد الاول من غير اعتراف لانه لما اعترف بالولد الاول صارت الامة فراشا لانه تبين ان الولد مقصود من الوطي ولم يبق احتمال قضاء الشهوة فثبت نسب ولدها بعد ذلك بلا دعوة كما في المنكوحة لما كانت فراشا لم تكن حاجة الى الدعوة في ثبوت النسب وهو معنى قوله كالمعقودة اي كالمنكوحة الا ان الامة وان كانت فراشا بالدعوة ينتفي نسب ولدها بمجرد النفي من غير لعان لان فراش ام الولد ضعيف حيث يقبل النقل من فراش المولى الى فراش غيره بالتزوج بخلاف فراش المنكوحة فانه قوي لا يقبل النقل ولهذا لم ينتف نسب ولدها بمجرد النفي حتى ينضم اليه اللعان والحاصل ان الفراش ثلاثة قوي كفراش الزوجة يثبت نسب ولدها من غير دعوة ولا ينتفي الا باللعان ووسط كفراش ام الولد يثبت نسب ولدها بغير دعوة

وينتفي من غير لعان وضعيف كفراش الامة لا يثبت نسب ولدها الا بالدعوة • ويعني بغير لعان فانه فراش ام الولد وفراش المنكوحة من وجه حيث لا يثبت نسب ولدها الا بالدعوة يثبت من غير دعوة فصار شبيه قوة وفراش الامة من وجه حيث انتفى نسب ولدها بمجرد النفي فصار شبيه ضعف فكان **قوله** وهذا الذي ذكرناه حكم • اي الذي ذكرناه من مختصر القدوري بان الولد لا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به بيان الحكم والقضاء يعني لا يثبت نسب ولد الامة من المولى بلا اعترافه قضاء • اما حكم الديانة في الامر بينه وبين الله تعالى • فان كان وطيها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه دعوة الولد عملا بالظاهر • لان الظاهر من حال المسلم ان لا يكون ولدها من الزنا • وعدم العزل دليل ظاهر على ان الولد منه والعمل بالظاهر واجب • والمراد من التحصين ان يمنعها من الخروج والبروز عن مظان الريبة والعزل ان يطاها ولا ينزل في موضع المجامعة فاذا وطيها ولم يعزل لكن لم يحصنها جاز للمولى نفي الولد لتعارض الظاهرين • وذلك ان عدم الزنا وان كان ظاهرا فالعزل دون التحصين ايضا دليل ظاهر على ان الولد من الزنا فوقع الشك • والاحتمال في كون الولد من المولى فلم تلزمه الدعوى بالشك والاحتمال مما لا يثبت به • فقال لا يلزم الدعوى في الصورة الاولى وجواز النفي في الصورة الثانية مروي عن ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله** لان هذا الظاهر يشير الى قوله لان الظاهر ان الولد منه **قوله** يقابله ظاهر اخر وهو ان يكون الولد من الزنا من حيث انها **قوله** وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله • وفي بعض النسخ اخريان وهو الصحيح • قال المصنف في شرحه الاصح اخريان وقال البرجندي كما هو ان ان هاتين الروايتين المذكورتين اذا كانت رابعة فصاعدا الثلث سابق العسرة لا محالة فكونهم اعيان ثم حلا ان وجادة بان • والاولى اخرى هو صورة رابعة كما في المعنا ما عدا الاخريان لم يكن في ذهنها وجه سوى ان يغلب باخلافه مدروان يا اسم طريق الايجز حيث قيل الواو والزوم لانه لا قيل ثلا ورد في من قد روي ان • ولهذا قال في شرح القدوري الذي هو له الذرية مدبا ران الباب ايضا • وتدعى في موضعه وفي بعض النسخ كره الفظ عن فقال عن ابي يوسف وعن محمد فقال بعض الشارحين اي عن ابي يوسف رواية اخرى • وعن محمد كذلك رواية اخرى وهو تابع لما ذكره • ولما نظرنا تابع لما ذكره • لان هذا ثلث احد دراهم عن زيد وتوقيلا تكرار لابهام ان الدرهم احد اعراض زيد والدرهم الاخر احد اعراض الفهومات الدرهم بعضها حاصل من زيد والبعض الباقي من عمرو هو كذا بماعرفه بعض الروايتين من ابي يوسف وبعضها من محمد بكون عن كل منهما رواية واحدة فلا حاجة الى تكرار عن بل تكرار عن يوم ان الروايتين من ابي يوسف روايتان واخريان من محمد • ولم يركه لك ثم الروايتان ذكرنا في المبسوط فقال وعن ابي يوسف اذا وطيها ولم يستبرها بعد ذلك حتى جاءت بالولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه • وعن محمد قال لا ينبغي ان يدعي النسب اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي ان يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين • وذلك في ان لا يدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال ان يكون منه • وقال في الايضاح قال ابو يوسف اذا كان وطيها ولم يحصنها فاحب الي ان يدعيه • وقال محمد احب الي ان يعتق ولدها ويستمتع بها فاذا مات اعتقها • ولفظ المبسوط يدل على الوجوب ولفظ الايضاح يدل على الاستحباب **قوله** وان زوجها المولى من رجل فجاءت بولد فهو في حكم امه • وهذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره • قال الحاكم في الكافي وان زوج ام ولده من رجل فولدت له ولدا فالولد بمنزلة الام يستعمل من جميع المال وذلك لان الاستيلاد سرى الى الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد لان الولد جزء الام يحدث على وصفها كالتدبير • ولهذا كان ولد الامة قنا وولد الحرة حرا لكن نسب الولد الى الزوج لان فراش ام الولد من المولى يبطل بفراش الزوج • لان فراش النكاح اقوى حتى اذا ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه اقراره بالحربة • قال صاحب الهداية ويصير ام ولد له لاقراره وفيه نظر • لما ان الصيرورة تستدعي الانتقال من حال الى حال والام ام ولد المولى لا محالة • لان الكلام وقع في تزوج ام الولد فلا حاجة الى ان نقول تصير امه ام الولد • فلو كان الكلام في تزوج الامة لتمشى • ولهذا قال في الشامل في قسم المبسوط زوج امة من رجل فولدت فادعى المولى الولد لا يثبت النسب لانه ثابت من العبد فلا يصح دعوى المولى ويعتق الولد باقراره الحرية وتصير الجارية ام ولد لانه اقر لها بحق الحرية • ثم اعلم ان تزويج ام الولد انما يصح اذا لم تكن حاملا • فان كانت حاملا فالنكاح باطل لعدم الجمع بين الماءين وقد مر بيانه في فصل المحرمات في كتاب النكاح **قوله** اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام • اي النكاح الفاسد ملحق بالنكاح الصحيح في حق الاحكام كثبوت النسب ووجوب المهر والعدة لكن بعد الدخول • لان النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول لكونه واجب الدفع • فاذا دخل صار بكونه شبهة الصحيح فيلحق به في حق الاحكام • قال المصنف في شرحه ومن الاحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والهبة • وذكر لثبوت النسب • اما قوله وعدم جواز البيع والهبة فلا تعلق له بالنكاح اصلا لا بالفاسد ولا بالصحيح فلا ادري من كان قد قصد الشارح وفي بعض النسخ **قوله** ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه • اي لو ادعى المولى ولد ام الولد الذي ولدت من الزوج لا يثبت نسب الولد من المولى **قوله** فاذا مات المولى عتقت من جميع المال • هذا لفظ القدوري ايضا رحمه الله • اي اذا مات مولى ام الولد عتقت سواء وجدها او لم يوجد • وهذا لما روى محمد بن الحسن في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين • ولان الولد من الحوائج الاصلية لان المرء محتاج الى ابقاء النسل • ولهذا كان له ان يستهلك مال ابنه لادنى الحاجة لكن حاجته لابقاء النفس فوق حاجته الى ابقاء النسل • ولهذا اذا استولد جارية ابيه لم يلزمه كان ام ولد له بالقيمة • واذا ثبت ان الحاجة الى النسل اصلية فلما كان الاستيلاد من الحوائج الاصلية قدمنا ام الولد على الدين والارث كالتكفين فلم تلزم السعاية بحال لا للغريم ولا للوارث بخلاف المدبر فانه يعتق من الثلث اذا مات مولاه وعليه السعاية للغريم وكذا يسعى للوارث اذا لم يخرج من الثلث لان التدبير وصية بالعتق **قوله** بخلاف التدبير • اي الاستيلاد بخلاف التدبير ولهذا لا يقدم المدبر على حق الورثة والدين لكونه من زوائد الحوائج **قوله** لما روينا اشارة الى حديث سعيد بن المسيب وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات

الاولاد وان لا يسعى في دين. وفي بعض نسخ الفقه ان لا يسعى في دين **قوله** ولانها ليست بمال متقوم في دين لا يجوز احراز الاموال وقد مر بيان
ذلك قبل باب عتق احد العبدين. قال في تحفة الفقهاء ان ام الولد لا تضمن عند ابي حنيفة رضي الله عنه بالغصب ولا بالقبض في البيع الفاسد
ولا بالاعتاق بان كانت ام ولد بين شريكين فاعتقها احدهما لم يضمن المعتق لشريكه ولم تسع ايضا في شيء. وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تضمن
في ذلك كله. ثم قال في التحفة واجمعوا ان المدبر متقوم. وروي عن محمد رحمه الله في الاملاء انه قال ان ام الولد تضمن في الغصب عند ابي
حنيفة بما يضمن به الصبي الحر اذا غصب. اراد بهذا انها اذا كانت بسبب كان من جهة الغاصب ان ذهب بها الى طريق فيها سباع فافترسها
ونحو ذلك. قال فيها واجمعوا انها تضمن بالقتل لان دمها متقوم وضمان القتل ضمان دم وهي من مسائل الخلاف **قوله** حتى لا يضمن بالغصب
يعني اذا غصب ام الولد فماتت ميتة نفسها عند الغاصب لم يضمنها عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما لانها ليست بمتقومة عنده. واما المدبر
اذا مات عند الغاصب فهو مضمون بقيمته بالاتفاق لان المدبر متقوم بالاجماع. ولا يلزم على هذا ما ذكر في الجامع الصغير ان المدبر اذا مات
عند المشتري لا يكون مضمونا كام الولد لا تكون مضمونة اذا ماتت عند المشتري عند ابي حنيفة رضي الله عنه. اما ام الولد فظاهر. واما المدبر
فانما لم يضمن لانه احترم دون البائع فصار امانة في يده لم يكن مضمونا اذا هلك عند المشتري. وان كان متقوما والمسئلة تجيء في كتاب البيوع ان
شاء الله تعالى **قوله** فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص. يعني لما لم تكن ام الولد مالا متقوما لم يتعلق بها حق الغرماء حتى اذا مات
المديون وهو ولي القصاص لم يكن للغرماء ان يطالبوا من عليه القصاص لاستيفاء حقوقهم فلا يجوز لهم ان يأخذوا منه الا بمصالحة مال بمال
وكذا اذا قتل المديون رجلا عمدا لم يكن للغرماء ان يمنعوا ولي القصاص من استيفاء القصاص لان حق الغرماء لا يتعلق بالقصاص لانه ليس
بمال. وكذا اذا جرح رجل مديونا فعفا عنه ثم سرى الى النفس لا يعتبر منع الغرماء عن العفو لان حقهم لا يتعلق بالقصاص لعدم كونه
مالا **قوله** واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ذكرها محمد رحمه الله في
المكاتب فيه. ثم هي لا تعتق حتى تؤدي قيمتها. وعند زفر تعتق في الحال وعليها السعاية وهي حرة تسعى في قيمتها. وكذا الخلاف
في مدبر النصراني اذا اسلم المدبر ذكره في المختلف. ثم هذا الخلاف بعد اباء النصراني عن الاسلام اذا عرض عليه لانه اذا اسلم لم يزل
ملكه عن ام الولد وهو مذكور في المتن. وجه قول زفر رحمه الله انها لما اسلمت وجب ازالتها عن ملك النصراني. لان المسلمة لا يجوز ان
تكون في ذل النصراني ولم يمكن البيع. لان ام الولد لا يجوز بيعها لكن المدبر فتعين الازالة بالعتق فتسعى بعد ذلك. ولنا ان
المسلمة لا يجوز ان تكون في ذل النصراني فوجب اخراجها عن ملكه دفعا للذل لا يمكن البيع لما قلنا ولا يجوز ان يبطل ملكه عنها
مجانا لانه معصوم فوجبت عليها السعاية فلا تعتق ما لم تؤد قيمتها لانها اذا اعتقت تسعى بعد ذلك كما هو مذهب زفر رحمه الله
يؤدي الى تعطيل حق المولى لتواني المكاتب حينئذ لحصول الحرية قبل السعاية فقلنا تسعى ثم تعتق نظرا للجانبين. لانها اذا سعت
قبل العتق الحرية وهي حرة حصلت السعاية وحصل المولى البدل لملكه وهذا بخلاف مملوك النصراني اذا اسلم فانه يؤمر ببيعه لان البيع
اوجب للحقوق لان المكاتب ربما يعجز فيحتاج الى بيعه فصارت الكتابة بمنزلة البدل عن البيع فلا يصار الى البدل ما دام الاصل
مقدورا عليه. ولا يلزم على ما قلنا ان الكتابة على القيمة باطلة لانها انما تبطل اذا لم يقدر القيمة. ومعنى المسئلة ههنا ان القاضي
يقدر القيمة فيحكم عليه كذا قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير. فلو عجزت عن اداء القيمة لا ترد الى الرق لانها لو ردت
الى الرق ردت الى الكتابة وهو اسلامها فيلزم الدور وهو فاسد لكن اذا مات النصراني تعتق ولا سعاية عليها لكونها ام ولد
فالواجبة ام الولد ثلث قيمتها على ما مر في هذا الباب وفي باب العبد يعتق بعضه ايضا **قوله** وقيمة ام الولد ثلث قيمتها الذي متقومة
فيترك وما يستحل. اي يترك الذمي ثم ما يستحل لقوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون. وهذا الذي ذكر جواب سؤال
مقدر بان يقال كيف تسعى ام ولد النصراني والسعاية في القيمة دليل التقوم وام الولد ليست بمتقومة عند ابي حنيفة فاجاب عن هذا
وهو ظاهر. ولان بدل الكتابة مقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلا تدل السعاية على تقوم ام الولد وقد مر بيان ذلك في باب
العبد يعتق بعضه **قوله** ولو مات مولاها اي مولى ام ولد النصراني وهو النصراني **قوله** لبطلان الموجب للكتابة وهو اسلام
ام الولد **قوله** ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وهذه من مسائل القدوري رحمه الله. اي صارت ام ولد
له شرعا لانها كانت ام ولد له من قبل حقيقة. قال في شرح الطحاوي فان استولدها في ملك الغير بنكاح ثم اشتراها مع الولد او
بغير الولد صارت ام ولد له عندنا. وعند الشافعي رضي الله عنه لا تصير ام ولد له. وكذلك لو ثبت نسب ولدها بوطء بشبهة ثم
ملكها تصير ام ولد له حين ملكها لا من وقت العلوق عندنا كذا في التحفة. وفائدة كونها ام ولد من وقت الملك انه لو ملك ولدها
منه عتق عليه لقوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر. ولو ملك ولدها من غيره عتق عليه لقوله عليه السلام لم يعتق لانه
ليس بابن ام ولده وله بيعه عندنا لان الاستيلاد ثبت فيها من حين ملكها. وعند زفر كل من ولدته بعد ثبوت نسب ولدها منه ثم
ملكه فهو ابن ام ولده. ولنا ان الاستيلاد ثبت فيها من وقت الملك والولد منفصل في تلك الحالة ولا سراية في المنفصل. وجه
قول زفر رحمه الله اذا ملكها تصير ام ولد له بالعلوق السابق فبعد ذلك العلوق كل ولد ثبت له حق الحرية. ثم وجه قول الشافعي
رضي الله عنه في اصل المسئلة انه وطئ في غير ملك فلا يتعلق به الاستيلاد. ولهذا لو وطئ جارية الغير زنية ثم ملكها لا تصير ام ولد
له بالاتفاق. ولنا ان سبب امية الولد الجزئية الثابتة بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد. لان الولد ينسب الى كل واحد
منهما كملا والنسب ثابت فتثبت الجزئية ايضا بناء عليه فلما ثبت الجزئية صارت ام ولد ليثبت لها حق العتق لتحقق النسب. بخلاف
ما اذا استولدها بالزنا ثم ملكها لان ثبات النسب وامية الولد فرع ثبات النسب فلما لم يثبت النسب لم تثبت امية الولد.
وقال في شرح الاقطع فالو الولد في رجل بامة فولدت ثم ملكها عتق الولد عليه وجاز بيع الام. وقال زفر رحمه الله لا يجوز بيعها

وبيعها ام الولد. لنا ان الاستيلاد جزئية تتعلق بالنسب والنسب لم يثبت الاستيلاد وانما عتق الولد لانه في حكم الحرية. وجه قول زفر
ان حكم الحرية لما ثبت لهذا الولد بالولادة ثبت لامه ذلك كالولد الثابت النسب **قوله** ولا تبقى ولادة. اي وللشافعي رضي الله
عنه فيما اذا استولد الجارية بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها فانها تصير ام ولد وفي قوله الاخر لا تصير ام ولد له **قوله** وهو ولد المغرور
والمغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق ويجيء بيانه في كتاب الدعوى ان شاء الله وولده حر بالقيمة يوم الخصومة
قوله وهذا لان الامومية الولد باعتبار علوق الولد حرا هذا اشارة الى قوله فلا تكون ام ولد. يعني انما تكون ام ولد لمن
استولدها بنكاح ثم ملكها ام ولد له لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا بان استولدها في ملكه فاذا تعلق الولد حرا ثبتت امومية هي
ام الولد ايضا **قوله** على ما ذكرنا من قبل اشارة الى قوله في اول الباب ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد **قوله**
وانما يعتق على الزاني اذا ملكه اي يعتق ولد الزاني. هذا جواب سؤال يرد عليه بان يقال اذا لم يثبت نسب الولد الى الزاني كيف
يعتق عليه اذا ملكه فقال انما يعتق عليه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة. بخلاف امومية الولد كما اذا اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لان
الاخ ينسب الى الاخ بواسطة نسبة الوالد ونسبة الوالد منقطعة فلا يعتق الاخ ايضا قالوا هذا اذا كان اخاه من ابيه اما اذا كان اخاه
من امه وقد ولدته امه فيعتق عليه اذا ملكه لان نسبة الولد الى الام لا تنقطع فتكون الاخوة ثابتة فيعتق بالملك **قوله** وهي بمنزلة
اي نسبة الولد غير ثابتة في صورة الزنا **قوله** واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها
وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها. وهذا لفظ القدوري في مختصره. والاصل فيه قوله عليه السلام انت ومالك لابيك. ان للاب تناول مال الابن
عند الحاجة الى بقائه فكذلك له تناوله لحاجته الى بقاء نسله بموجب الحديث فثبت له الملك في جارية الابن قبيل الاستيلاد شرطا لصحة
الاستيلاد لكن بالقيمة لان الحاجة الى بقاء النسل دون الحاجة الى بقاء النفس. لان الحاجة الى بقاء النفس ضرورية وهذا ابقاء [illegible]
فيه لحصول الاستيلاد في ملك الاب فانعلق الولد حرا فلم يلزمه قيمته. ولذلك لم يلزمه عقر الجارية لان [illegible]
[illegible] فالمسئلة مرتبا [illegible] في باب نكاح الرقيق. وهو المراد بقوله وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح
قوله في لفظ الجارية اشارة الى انها لو كانت مدبرة الابن او ام ولده فالدعوة باطلة وفيه اشارة ايضا الى انه لو وطئ الابن او لم يطأها
سواء. لان حرمة الوطء لا تمنع ثبوت النسب وثبوت الملك وفيه اشارة الى ان تكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة
وان يكون الاب صاحب ولاية من ذلك الوقت الى وقت الدعوة بان لا يكون كافرا ثم اسلم او يكون عبدا ثم عتق. ولهذا لا تصح دعوة الجد
مع بقاء الاب لعدم الولاية كذا نقل شيخنا برهان الدين الخرسي عن شيخه حميد الدين الضرير عن شيخه شمس الائمة الكردري رحمهم الله **قوله**
والجد اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب. وهذا ايضا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره وتمامه فيه. فان كان الاب ميتا ثبت من الجد
كما يثبت من الاب اعلم ان ابا الاب اذا وطئ جارية ابن ابنه فادعى ولدها لا يثبت النسب اذا كان لظهور ولاية حينئذ. وكذا اذا كان الاب
حيا الا انه لم يكن اهلا للولاية بان يكون عبدا او كافرا او مجنونا فالولاية للجد فتصح دعوته. فان عادت ولاية الاب بان اسلم او اعتق او افاق قبل
الدعوة لم تقبل دعوة الجد بعد ذلك. لان ولاية الجد قد سقطت في حال من احوال العلوق كذا قال الشيخ ابو نصر رحمه الله. ولو كان الاب
مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما. لان تصرفات المرتد نافذة عندهما وعند ابي حنيفة رضي الله عنه موقوفة فان اسلم الاب لم تصح دعوة الجد وان
مات على الردة او لحق وقضي بلحاقه صح. ولو باع المولى الجارية وهي حامل فادعى ابنه ثم رد بالعيب او بخيار شرط او فساد البيع فولدت
لاقل من ستة اشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد ولا دعوة الاب لتعذر الاستناد انقطاع الملك [illegible] الا اذا صدقه الابن فحينئذ يثبت
النسب وصارت الجارية ام ولده بالقيمة ويعتق الولد مجانا كما اذا ادعى الاجنبي ذلك وصدقه الابن كذا قال الامام العتابي وغيره في شرح
الجامع الكبير في كتاب الدعوى والبينات **قوله** لانه قاطع للولاية اي لان كل واحد من الكفر والرق قاطع للولاية **قوله** واذا
كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه. وهذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره وتمامه فيه وصارت
ام ولد له وعليه نصف عقرها ونصف قيمتها وليس عليه شيء من قيمة ولدها. اعلم انه لا فرق بين ان تكون الدعوة في الصحة او في المرض لانه
لو ادعى احدهما واعتق الاخر معا فالدعوة اولى سواء كان المدعي مسلما او كافرا نص عليه الحاكم في الكافي. اما ثبوت نسب الولد منه فلان هو
النسب ثبت في نصف المدعي لانه ملكه فثبت في النصف الاخر ضرورة لان النسب لا يتجزى لعدم تجزي سببه وهو العلوق لاستحالة ان يخلق
الولد من ماءين وثبوت نصف ما لا يتجزى ثبوت كله. ولان النسب يثبت بشبهة الملك فلان يثبت بنصف الملك اولى. واما صيرورة
الجارية ام ولد له فلان نصيبه من الجارية ام ولد لانها ولدت في ملكه فيصير نصيب شريكه ايضا ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى فيما يمكن
نقل الملك فيه وقد انتقل الملك بالاستيلاد في نصيب شريكه. وهذا لان الاستيلاد يثبت به حقيقة متعلقة بالنسب فلا يتجزى كنفس الحكم هو
النسب. واما وجوب نصف العقر فلان اصل الوطء حصل في ملكه وملك شريكه فما حصل في ملكه لا يجب به شيء. وما حصل في نصيب
شريكه لا يجب به الحد للشبهة فوجب نصف العقر لان في الاجنبية لا يخلو من احد الموجبين اما الحد واما العقر تعظيما لاستهلاك البضع. واما
وجوب نصف القيمة فلان نصف شريكه انتقل اليه بالاستيلاد ولا يجوز ان ينتقل بلا عوض ولا عوض الا بالقيمة ولكن المعتبر في نصف القيمة يوم
علوقها كذا في شرح الحاكم. وكذلك يجب نصف العقر ولا يدخل في نصف القيمة لان كل واحد منهما اصل. بخلاف استيلاد الاب جارية ابنه
لا يجب له لزوم العقر لانه يندرج تحت ضمان كل القيمة والتحقيق هنا ان الملك هنا ثبت بالاستيلاد والاستيلاد يثبت من وقت العلوق
ويكون العلوق بعد الوطء لا محالة فيكون اصل الوطء مصادفا لنصف شريكه فيلزمه نصف العقر. بخلاف استيلاد الاب جارية الابن حيث
يثبت الملك شرطا للاستيلاد قبيل الوطء فيكون الوطء حاصلا في ملك نفسه فلا يلزمه عقر اصلا ثم يستوي اليسار والاعسار في ضمان نصف
الشريك لانه ضمان تملك كذا صرح في الكافي وفي شرح المبسوط. وقال الشيخ ابو منصور روي عن ابي يوسف ان كان المدعي معسرا سعت

ام الولد لانه استحقه الاستيلاد فيكون لهما فاذا تعذر التطهير لزم السعاية كما في المدبر • واما عدم وجوب ضمان القيمة للولد فلان الولد علق
في ملكهما لان الاستيلاد يثبت مستندا الى زمان العلوق وقد ثبت الملك في نصيب الشريك بالاستيلاد من ذلك الزمان فيكون العلوق حاصلا في
ملكه لا في ملك شريكه فلا يجب القيمة هذا اذا حملت على ملكهما • فان اشترياها وهي حامل فادعى احدهما الولد ثبت نسبه ويضمن لشريكه نصف قيمة
الولد كذا في شرح الاقطع • وهذا لانه لا يمكن استناد الدعوة الى وقت العلوق • لان اصل العلوق لم يحصل في ملكهما ولكنها ادعى نسب
ولد مشترك بينهما كان دعوة ملك فهي كاعتاق موقع يضمن نصيب شريكه في اليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالبيع ولا عقر هنا لشريكه لان
الوطء لم يوجد في ملك شريكه قوله لما ان مسيه لا يتجزى اي سبب النسب قوله فصارت ام ولد له اي لمن ادعاه • وهذا عطف
على قوله يثبت نسبه قوله بقيمة الملك في نصيب صاحبه العقر المضموم راجع الى الوطء لا الى الاستيلاد • اي ثبت الملك في نصيبه
وهذا لان الملك لا يثبت عقيب الاستيلاد لم يثبت معه في وقت العلوق • والعلوق بعد الوطء فيكون الملك بعد الوطء فيكون الوطء حاصلا
لنصيب شريكه ايضا • وظن بعض الشارحين ان العقر راجع الى الاستيلاد فقال هذا على اختيار بعض المشايخ والاصح ان الحكم مقتصر [illegible]
من ان وذلك ليس بشيء لان صاحب الهداية لم يختر ذلك المذهب بدليل انه اثبت الملك من زمان الاستيلاد لا عقيب الاستيلاد • الا
يرى انه قال ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق وهو زمان الاستيلاد لا بعده • ومعنى قوله ولا يغرم
اي لا يغرم الشريك المدعي قيمة ولد الجارية المشتركة قوله فان ادعياه معا ثبت نسبه منهما وهذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره
وتمامه فيه وكانت الامة ام ولد لهما وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الاخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث
ابن كامل ويرثان منه ميراث اب واحد • قال صاحب الهداية معناه اذا حملت على ملكهما • اي معنى قول القدوري ثبت نسبه منهما
اذا حملت الجارية على ملكهما • لانه اذا لم يكن العلوق في ملكهما بان ولدت لستة اشهر منذ اشترياها فادعت ولدا كذا في الشافي في شرح
الجامع تفسيرا يحمل على ملكهما لانه اذا لم يكن العلوق في ملكهما بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الشرا كان دعوى تحرير لا دعوى استيلاد
فيعتق الولد ولا يثبت الاستيلاد • لان دعوة الاستيلاد ان يكون العلوق في ملك المدعي وتستند الحرية بها الى وقت العلوق • ودعوة
التحرير ان لا يكون العلوق في ملك المدعي وتقتصر الحرية بها الى وقت الدعوة • ولانه اذا كان الحمل على ملك احدهما نكاحا تكون الجارية
ام ولد له اذا اشتراها مع شريكه الحبلى لانه ينتقل نصيب شريكه اليه بالضمان • وانما يثبت النسب منهما جميعا اذا كانا حرين مسلمين • اما اذا
كان احدهما ذميا فدعوة المسلم اولى • الا يرى الى ما قال في الشامل في قسم المبسوط امة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد فولدت
فالحر المسلم اولى لان له حرية وملكا وشرف الاسلام فيكون انفع للولد • ثم الذمي لانه حر والمكاتب والعبد وان كانا مسلمين لكن يجد الولد
تحصيل الاسلام دون الحرية • ثم المكاتب لان له حق الملك والولد يعلق بحق الحرية • فان لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لا يثبت
منهما النسب لانه ليس لهما ملك ولا شبهة ملك قيل ويجب ان يكون هذا الجواب في العبد المحجور عليه لو وهب له جارية • ثم اعلم ان ثبوت
النسب من الشريكين اذا ادعيا الولد معا مذهبنا • وقال الشافعي رضي الله عنه يرجع فيه الى قول القائف المدلجي فان لم يكن [illegible] قائف
اخر لما روى ابو داود في السنن باسناده الى عروة عن عايشة رضي الله عنها قالت دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم مسرورا تبرق اسارير وجهه
فقال اي عايشة الم تري ان مجززا المدلجي راى زيدا واسامة قد غطيا رؤوسهما بقطيفة وبدت اقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من
بعض • ولان الولد لا يخلق من ماء رجلين فتعذر اثبات النسب منهما جميعا [illegible] • ولنا قوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم فانه
اي لا تعمل بقول القائف وانما يقول بغير علم وحسبان قوله وقد روي ان عمر رضي الله عنه كتب [illegible] في جارية بين شريكين جاءت بولد
فادعياه فكتب اليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه انهما لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فحل محل الاجماع • ولان الشافعي يثبت الاستحقاق بقول القائف [illegible]
في النسب وهو الدعوى فيستويان في استحقاق النسب ايضا كالرجلين اقام كل واحد منهما البينة على النسب حيث لا يكون احدهما اولى من الاخر
ويؤكد ما قلناه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال [illegible]
وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به فجاءت به على الصفة المكروهة فقال النبي صلى الله عليه وسلم
[illegible] الاصيهب تصغير الاصهب والاثيبج تصغير الاثبج وهو الناتئ والثبج ما بين الكاهل ووسط الظهر [illegible]
[illegible] والحمش الرقيق السابقين والاورق الذي لونه بين السواد والبياض [illegible]
[illegible] هكذا في الحديث ابو عبيد • ولا يقال اعتبر النبي صلى الله عليه وسلم الشبه وهو القيافة [illegible]
عليه وسلم من طريق الوحي لا من طريق القيافة • [illegible] النبي صلى الله عليه وسلم بقول المدلجي فلان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة
ابن زيد ويعتقدون قول القائف فكان قوله منقطعا لطعنهم • الا يرى الى ما قال ابو داود في السنن بقوله سمعت احمد بن صالح يقول
كان اسامة شديد السواد وكان زيد ابيض [illegible] • [illegible]
ام ولد لهما لثبوت نسب ولدها [illegible] الى الاخر الا ان يجب كل واحد منهما نصف العقر
للاخر • لان وطء كل واحد منهما صادف ملكه [illegible] فيتقاصان • [illegible] الحاكم في الكافي [illegible]
يخدم كل واحد منهما يوما • فان اعتق احدهما نصيبه منها عتق نصيب الاخر ايضا ولا سعاية عليها في قول ابي حنيفة رضي الله عنه لعدم تقوم ام
الولد • وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تسعى له في نصف قيمتها ان كان المعتق معسرا • وان كان موسرا ضمن • ولنا في الموت فلا [illegible]
اذا مات احدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركته بالاتفاق ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل • لان كل واحد من الشريكين
اقر على نفسه بانه ابنه • وقوله حجة على نفسه ويرثان منه ميراث اب واحد لان كل واحد منهما يدعي في مال الابن استحقاق الميراث بسبب النسب

وقد

وقد استويا في سبب الاستحقاق فيكون الميراث بينهما على السوا لكن هاهنا اذا مات احد الشريكين ثم مات الولد يرث الباقي منهما ميراث اب
[illegible] قوله يرجع الى قول القافة لفظ النبي المنقول • والقافة جمع القائف كالباعة جمع البائع والحاكة والقائف هو الذي يعرف الاثار
[illegible] • اي باتباعه قال الاسود [illegible]
[illegible] • والوسيقة [illegible] حكاية لطيفة [illegible] في كتاب غريب الحديث [illegible] عند ذكر حديث
شريح [illegible] الاصمعي [illegible]
[illegible] • ثم القيافة مشهورة في بني مدلج وهو مدلج
ابن مرة بن عبد مناة بن كنانة من خزيمة كذا ذكر ابو العباس المبرد في كتاب نسب عدنان وقحطان قوله اي شريح وهو شريح بن الحارث
القاضي في ناحية الكوفة من كبار التابعين رضي الله عنهم مشهور بالعلم والزهد والتقوى [illegible]
[illegible] قوله لبسا فلبس عليهما [illegible]
[illegible] قوله وهو للباقي منهما حتى اذا مات الولد بعد موت احد الشريكين يكون
للباقي منهما ميراث اب كامل [illegible] قوله في سبب الاستحقاق اراد بالسبب الدعوة • وظن بعضهم الملك وفيه نظر لان الدعوة
سبب استحقاق النسب • لان الاستحقاق يثبت [illegible] مجرد الملك قوله
يتعلق به احكام متجزية • اي يتعلق بالنسب احكام متجزية كالنفقة والميراث وحضانة الولد وولاية التصرف في ماله وهو يقبل التجزية في حقهما
لقبولها التجزية • بخلاف ما لا يقبل التجزية كالنسب وولاية النكاح فان ذلك يثبت في حق كل واحد منهما كملا لعدم قبول التجزية قوله الا اذا
كان احد الشريكين اب الاخر او كان مسلما والاخر ذميا • هذا استثناء من قوله وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد كملا • اي ما لا يقبل التجزية كالنسب
يثبت في حق كل واحد منهما الا اذا كان احد الشريكين اب الاخر فادعيا معا ولد جارية بينهما يكون الاب اولى لوجود المرجح • لان للاب
حقيقة الملك في نصيبه وشبهة الملك في نصيب ابنه فيكون اولى • وهذا استحسان وعلى الاب نصف قيمة الجارية وعلى كل واحد نصف
العقر قصاصا كذا ذكر في الشامل في قسم المبسوط في كتاب الدعوى قبيل باب اللقيط • وكذا اذا كان احد الشريكين مسلما والاخر ذميا
فادعياه معا فالمسلم اولى لشرف الاسلام وهذا اذا ولد في ملكهما قبل الدعوة • واما اذا اسلم الذمي ثم ولدت الامة فادعياه معا ثبت
نسبه منهما لاستواء حالهما • واذا كان المدعيان ذميا ومرتدا فالولد للمرتد لانه اقرب الى الاسلام وغرم كل واحد لصاحبه نصف العقر
كذا في الشامل في كتاب الدعوى • ثم اعلم ان النسب يثبت من اثنين باتفاق اصحابنا فيها ثم بعد ذلك اختلفوا فعند ابي حنيفة رضي الله عنه
يثبت الولد من المدعين • وان كثروا • وقال ابو يوسف يثبت نسبه من اثنين ولا يثبت نسبه من الثلاثة • وعند محمد يثبت نسبه من
الثلاثة لا غير لقرب الثلاثة من الاثنين • ولابي يوسف رحمه الله ان ثبوت النسب من اكثر من واحد بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع
وهو الاثنان لانه قال عمر رضي الله عنه بمحضر الصحابة هو ابنهما • ولابي حنيفة رضي الله عنه ان سبب ثبوت النسب من اكثر من واحد هو
الاشتباه والدعوى وذلك حاصل في دعوة الكثير • قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي وروى الحسن بن زياد عن ابي
حنيفة انه قال يثبت من خمسة وهو قول زفر رحمه الله • ثم قال فيه ولو تنازع فيه امراتان نقضي به بينهما عند ابي حنيفة رضي الله
عنه وعندهما لا يقضى للمراتين • وكذلك عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يقضى بين الرجلين ولا يقضى بين المراتين الى هنا لفظ
الاسبيجابي في كتاب الدعوى • واذا تنازع فيه رجلان وامراتان كل رجل يدعي انه ابنه من هذه المراة تصدقه على ذلك فعند ابي حنيفة
رضي الله عنه بين الرجلين والمراتين • وعندهما يقضى بين الرجلين ولا يقضى بين المراتين الى هنا لفظ الاسبيجابي في كتاب الدعوى قوله وسرور
النبي صلى الله عليه وسلم جواب لاحتجاج الخصم بقوله وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف قوله كانوا يطعنون في نسبه من ابيه
[illegible] • [illegible] قوله وكان قول القائف منقطعا لطعنهم اي سببه قطع لطعن الكفار لاعتقاد الكفار قول
القائف قوله سر به • اي سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف قوله بماله على الاخر العقر راجع اي كل واحد له نصف العقر
الذي لكل واحد من المدعيين على الاخر قوله كما اذا اقاما البينة اي على نسب واحد او على ان يكون النسب بينهما كذا هاهنا قوله
واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب يثبت نسب الولد وهذه من مسائل مختصر القدوري وتمامها فيه وعليه
مهرها وقيمة ولدها ولا تصير ام ولد له وان كذبه في النسب لم يثبت • ثم اعلم ان جملة هذه المسألة ما قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات
ومكاتب اشترى [illegible] امة فحملت في ملكه وولدت فادعاه المولى فان صدقه المكاتب صحت دعوته وان كذبه لم يصح لان المولى [illegible]
[illegible] عن يده ومكاسبه وحجر نفسه عن التصرف في مكاسبه • الا يرى انه لا يملك اخذ شيء من مكاسبه لنفقته [illegible] • بخلاف الاب يدعي ولد
امة ابنه يصح من غير تصديق • لان للاب حق التملك عليه عند الحاجة كما يستحق عليه النفقة والكسوة وقد تحققت الحاجة الى صيانة مائه
فثبت له حق التملك ولا حجر عليه منه وان كذبه المكاتب لم يصح • وان صدقه صح واخذ الولد حرا بالقيمة ولا تصير الجارية ام ولد • واما
لم يثبت ملك الجارية لان له حقا في مكاسب المكاتب يستغني به عن التملك لصيانة الماء • فاما الاب فليس له حق الملك فصار مسألة المكاتب
كالاب اذا استولد امة ولده بنكاح صحيح او فاسد لانه لا يملك الجارية • واذا لم يملك الجارية المولى لزم العقر [illegible]
[illegible] بالدين انه يصح من غير تصديق لانه صاحب حق [illegible] الاستخلاص [illegible]
التابع [illegible] البيعة [illegible]
[illegible] • قال واخذ المولى الولد حرا بالقيمة لانه مغرور [illegible] المكاتب

والمكاتب محل الملك وامتنع الملك لمانع من المزور لكن اشتري امة فاستولدها فاستحقت الا ان في مسئلة الاستحقاق لا يشترط التصديق لان الحق ثبت بظاهر البيع فلا يعتمد على نفسه عند الحجر فوق تم الاستيفاء من التصديق • وفي مسئلتنا لا يبطل المزور وتبع المولي ان لا حق له • وفي مسئلة البيع اذا علم ان البائع غاصب لم يثبت الغرور ولان البيع بحال البائع هنا يبطل السبب لا الدعوة لا بطلان الاستيلاد • فاما هنا فان البيع بحال المكاتب لا يمنع صحة السبب • وفي مسئلتنا يجب قيمة الولد يوم ولد • وفي مسئلة المزور في الشرا يجب القيمة يوم الخصومة • والفرق بينهما ان هو الملك ومنها يحصل في ملك المولي الا انه محجور • فاذا جا التصديق صحت الدعوي وصار العلوق في الملك وثبت له حق التملك بقيمته فوجب اعتبار قيمته في اقرب الاوقات الامكان • فاما المزور فانما ضمن قيمة الولد لانه لمنا منه حيث وتسببه صاحبها في التقدير • فاعتبر يوم الخصومة **قوله** وعن ابي يوسف لا يعتبر تصديقه اي تصديق المكاتب • يعني ثبت النسب بمجرد كما ان الاب اذا ادعي ولد جارية ابنه فقد حملت في ملك الابن لا يشترط تصديق الابن بل يثبت النسب بمجرد دعوة الاب فكذا هنا بل اولى • لان دعوة المولي اقوي من دعوة الاب لان المولي له حق في مكاسب المكاتب لان ما في يد المكاتب موقوف على مولاه لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم • بخلاف الاب لانه لاحق له في مال الابن وانما له حق التملك عند الحاجة • وجه الظاهر على ظاهر الرواية ان المولي حجر نفسه بعقد الكتابة من التصرف في مال المكاتب وليس له ان ينال مال المكاتب • بخلاف الاب فان له حق التملك عند الحاجة في مال الابن • ولهذا ثبت الاستيلاد في جارية الابن ولا يثبت الاستيلاد في جارية المكاتب وذلك لان المولي يظهر الزني فيلزم انما قاله ابو يوسف ضعيف **قوله** وعليه عقرها • اي وعلى المولي عقر جارية المكاتب وذلك لان المولي لما لم يملكها وقطع الوطي في ملك الغير والوطي لا يخلو من احد الموجبين اما الحد واما العقر فاذا سقط الحد للشبهة وجب العقر • بخلاف استيلاد جارية الابن حيث لا يجب العقر على الاب لانه لما يملكها بالقيمة سابقا على الاستيلاد شرطا لصحته وقع الوطي في ملك الاب فلم يلزمه العقر **قوله** لا يتقدمه الملك الضمير المنصوب راجع الي الوطي الذي دل عليه قوله وطي **قوله** لما ذكرنا اي ما ذكرنا في الذي يدل عليه المكاتب في كتاب المكاتب وهو انه يثبت للمولي في ذمة المكاتب حق • بيانه ان المولي لما كان له حق في مال المكاتب كفي ذلك لصحة ثبوت النسب فلم يحتج الي تمليك الجارية • بخلاف الاب فانه لاحق له في مال المكاتب كذلك وانما له حق التملك فيملكها بالاستيلاد لحاجته الي صيانة مائه وذكر في فوائد صاحب الهداية نظر لانه قال انما له من الحق كان لصحة الاستيلاد • اي ما ثبت للمولي من الحق كان لصحة الاستيلاد والمفهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب والمنصوص في الكتب عن اصحابنا ان الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه يصرح بعد هذا بخطين بقوله ولا تصير الجارية ام ولد له • اي للمولي فاذا لم تصر الجارية ام ولد له فمن اين يصح الاستيلاد **قوله** وقيمة ولدها عطف على قوله وعليه عقرها • وانما وجب على المولي قيمة ولد جارية المكاتب لان النسب لما ثبت بتصديق المكاتب بشبهة الملك وجب ان يكون الولد حرا بالقيمة لانه لا يحل الشرع **قوله** ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المزور • وكان ينبغي ان يقول كما في المزور بلا ذكر الولد على معنى ان الجارية لا تصير ام ولد للمولي لعدم الملك فيها حقيقة كما ان الجارية لا تصير ام ولد للمزور لعدم الملك فيها وهذا هو حق الكلام • اما قوله كما في ولد المزور ففيه نظر **قوله** فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه اي ثبت الولد من المولي • يعني لو ملك المولي الولد بعد تكذيب المكاتب دعوته ثبت نسب الولد حينئذ لان الموجب للنسب قائم وهو الاقرار بالولد منه وانما لم يثبت لوجود المانع وهو حق المكاتب وقد زال ذلك بالملك فيجب في المولي فثبت النسب لزوال المانع والله اعلم هذا اخر شرح كتاب العتاق من كتاب الهداية سعد الدناية اتممته بعد ان علقته فاني طفت رحب في بعض بلد فرس نزير والمسلم بهم على خطر حيث هيج بلسان ظلمهم ونور كلام وحكمت بهم فرق المرتدة وتقطعت بهم الصحة ولكن كما هيل كل شي خلا الموت حلو والحمد لله على العافية في العاقبة والمعافية

كتاب الأيمان

مناسبة كتاب الايمان بكتاب العتاق من حيث ان كل واحد منها لا يؤثر فيه الهزل والاكراه كالطلاق الا ان العتاق لما كان الزم مناسبة بكتاب الطلاق لمعنى الاسقاط والسراية فيهما قدم العتاق على اليمين • اعلم ان اليمين بمعني القسم وهي جملة انشائية يؤكد بها جملة اخري كقولك حلفت بالله لاخرجن فقد اكدت قولك هو لاخرجن بقولك حلفت بالله وتسمي الجملة المؤكدة مقسما عليها وتسمي المؤكدة مقسما بها والاسم الذي يلصق به القسم وهو المقسم به • ثم القسم يكون من فعل وفاعل كما ذكرنا • وقولهم اقسمت بالله او الحلف بالله واشهد الله وما اشبه ذلك ومن مبتدا وخبر كقولهم على عهد الله لافعلن وعهد الله مبتدا وعلي خبر مقدم عليه • وقولهم لعمرك لافعلن اصله لعمرك قسمي ومثله ايمن الله يميني • وقولهم ايم الله مجرد ومنه لمكثرة الاستعمال وحذف الفعل الذي هو حلفت واقسمت باسمه اكتفاء فيبدل من الباء الواو فيقال والله ويبدل من الواو التاء فيقال تالله ومنهم من يحذف حرف القسم فيقول الله لافعلن بالنصب • ومنهم من يضمر فيقول الله بالجر • والباء في محلها في موضعه • ثم اعلم ان اليمين في اللغة عبارة عن القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين منه قول الشماخ اذا ما راية رفعت لمجد تلقاها عرابة باليمين اي بالقوة وسميت اليد اليمني يمينا لاختصاصها بفضل قوة • وقيل انما سميت اليمين التي بمعني القسم يمينا لانهم كانوا يتعاهدون بدفع ايمانهم فاخذت من اليمين التي هي الجارحة ثم اليمين على ضربين يمين هي قسم وهي اليمين بالله تعالى وهذا النوع تعرفه العرب لكنهم لا يخصون القسم بالله تعالى بل يحلفون بكل ما يكون عظيما عندهم الا تري الي قول عمرو بن كلثوم امرؤ سيفي ودرعي وزجي وجبي ونعليه وذي فاديه لا بدفع الرجل فاتل ابيه وهو ينظر اليه ودرعه السيف حلوا وكانت رماح العرب ذوات الشعبتين فكذا قال ونعليه • ولكن اهل الشرع لا يجوزون مثل هذا القسم لان احدا لا يستحق التعظيم سوي الله تعالى • والضرب الثاني من اليمين الشرط والجزاء • وهذا النوع لا تعرفه العرب فيما ولذلك مثل تعليق الطلاق والعتاق ونحو ذلك المشروط وهو يمين في عرف اهل الشرع • والدليل على هذا الضرب بقولون حلف فلان بطلاق امرأته او بعتاق عبده • والاصل ان الانسان اذا دعته نفسه الي مباشرة شيء او الامتناع عنه وعلمه بدعوه الي خلاف ذلك ولا يامن طبعه حلف بالله تعالى لئن حتي يتقوي على مخالفة نفسه وطبعه فيمنع نفسه عن طاعة عقله ومخالفته هواه لا ان هتك حرمة اسم الله تعالى قبيح في سائر الاديان او حلف بطلاق امرأته

التي في عصمته وبجمع اسمه او بعتاق عبده الذي هو ماله الذي وجب البر حتى يتقوي على العقل والامتناع عن ناعين زوال الحر الذي يكرهه الطباع فكان تعليق الجزاء بالشرط في التحصيل والامتناع كالحلف بالله تعالى • ولهذا المعنى قال داود بن علي ان اليمين هو حلف باسم الله تعالى وان ما سواه ليس بحلف ولا يمين • ولهذا قال فيمن قال لامرأته ان حلفت فانت طالق ثم قال لها ان دخلت الدار فانت طالق لا يقع عليها الطلاق حنث والحلف واليمين من الاسماء المترادفة **قوله** قال الايمان على ثلاثة اضرب يمين غموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها وهذه من مسائل القدوري • وقوله يمين الغموس من اضافة الجنس الي انواعه كقولهم علم الطب تخرج من هذا الجواب بقيد ان الموصوف لا يضاف الي الصفة وبالعكس • وفي بعض النسخ اليمين الغموس بتعريف اليمين ورفع الغموس على الصفة وانما سميت اليمين الغموس لانه يتعمد فيها الكذب • ثم اعلم ان يمين الغموس ما يتعمد فيه الكذب على اثبات شي او نفيه سوا كان ماضيا او حالا لا يظهر الماضي قول الرجل والله ما فعلت ذلك الامر وهو عالم بانه فعله • ونظير الحال قوله والله ان زيدا فيها وهو عالم انه عمرو وما شاكل ذلك وما وقع في تفسير الغموس في مختصر القدوري بانها الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه لا يوقف على ما قال بان الماضي شرط ولهذا صرح صاحب التحفة وغيره ان الغموس تحقق في الحال ايضا • وقال في شرح الكافي اليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا الا ان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمي النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحر بيعا مجازا • لان هو ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة البيع • ثم انما يأثم في اليمين الغموس لانها كبيرة • الا تري الي ما روي البخاري باسناده الي الشعبي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس **قوله** ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وهذا لفظ القدوري ايضا رحمه الله • اعلم ان اليمين الغموس لا توجب الكفارة عندنا ولا يجب فيها شي سوي التوبة والاستغفار • وقال الشافعي رضي الله عنه توجب الكفارة • لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم • وجه الاستدلال ان الله تعالى اثبت المؤاخذة في يمين مكسوبة بالقلب واليمين الغموس مكسوبة القلب فيجب فيها المؤاخذة لكن المؤاخذة مجملة فسرها في سورة المائدة بقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم واحفظوا ايمانكم • وذلك ان اليمين الغموس من جنس الايمان فتجب فيها الكفارة • ولنا ما حدث البخاري في الصحيح مسندا الي الاعمش عن ابي وائل عن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو عليه غضبان فانزل الله تصديق ذلك ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا اولئك لا خلاق لهم في الاخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب اليم ويمين الصبر هو ان يحبسه الحاكم حتى يحلف اي يحبسه جبرا واصل الصبر الحبس • وجه الاستدلال ان يمين الصبر في يمين الغموس فاثبت الرسول جزاءها لقا الله وهو عليه غضبان ولم يوجب الكفارة • فلو كانت تجب لبينها ولان اليمين الغموس جناية مكرمة بالتوبة بالنصوص الثابتة فلا تجب بها الكفارة كالاشراك بالله وعقوق الوالدين • وذلك لان الكفارة لا ترفع الذنب • والذنب يرتفع بالتوبة فلا يحتاج الي الكفارة فاذن لا يتصور وجود الكفارة فاذا لم يتصور وجودها لم يتصور وجوبها • اما النصوص فمنها قوله تعالى وهو الذي يقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيئات اخبر بقبول التوبة والعفو عن السيئات • ومنها قوله تعالى وتوبوا الي الله جميعا ايها المؤمنون لعلكم تفلحون • ومنها قوله تعالى توبة نصوحا عسي ربكم ان يكفر عنكم سيئاتكم • وقوله عليه السلام التائب من الذنب كمن لا ذنب له • وجه الاستدلال ان النصوص ان النصوص عامة تتناول جميع الذنوب فترتفع جميعا بالتوبة والاستغفار الا ما خص منها بالدليل المنصوص اليمين المنعقدة فلا يقاس يمين الغموس عليها لئلا يلزم معارضة الراي النص والتخصيص بالقياس • ولان القياس لا بد له من مماثلة بين المقيس والمقيس عليه والمماثلة منعدمة بينهما لان جناية اليمين المنعقدة هتك حرمة اسم الله تعالى بترك التعظيم بترك البر الذي هو موجب اليمين وجناية اليمين الغموس جناية الكذب او ترويج الكذب بذكر اسم الله على وجه التعظيم • لان المسلم اذا حلف كاذبا لا يريد الاستخفاف باسم الله بل يريد ترويج كذبه بذكر اسم الله العظيم وجناية هتك حرمة اسم الله تعالى مع جناية ترويج الكذب بذكر اسم الله تعالى غير ان لا مماثلة بينهما فلا يقاس احدهما على الاخر • ولان الغموس حرام محض لان الكذب حرام لم يرد فيه معني الاباحة اصلا لان الاستشهاد بالله اولى والمعقودة مباحة لكونها مشروعة في بيعة الرسول والصلح نعم المشروع في الابتدا لكن باعتبار الحظر لقوله تعالى ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم • فلا يجوز قياس احدهما على الاخر • والجواب عما احتج به الشافعي رضي الله عنه فنقول سلمنا ان المؤاخذة ثابتة في اليمين الغموس بقوله تعالى بما كسبت قلوبكم ولكن لا نسلم ان المراد من المؤاخذة الكفارة بل لا يجوز ان تكون المؤاخذة في الاخرة **قوله** المؤاخذة مجملة فسرها في سورة المائدة هو ممنوع لان المؤاخذة اذا كانت مجملة لا يجوز الاحتجاج بها قبل التفسير ولا نسلم انها فسرت في سورة المائدة لان احدي الايتين في حادثة والاخري في حادثة اخري فلا ادعى اتحاد الحادثة فعليه البيان ولا نسلم ذلك • وقوله تعالى ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم وحنثتم كذا قال اهل التفسير بدليل الاجماع ايضا لانه اذا لم يحنث في اليمين المنعقدة لا تجب الكفارة ايضا اجماعا • فاذا كان الحنث شرط الكفارة في اليمين الغموس لعدم الحنث فيها لان الحنث نقض اليمين ولم يسبقها صاحب الغموس **قوله** فلا اسقاطها اي فلا اسقاط الكفارة الكبيرة • يعني ان اليمين الغموس لما كانت كبيرة محضة لم تكن سببا للكفارة التي هي عبادة بدليل ادائها بالصوم • بخلاف المنعقدة فانها ليست بكبيرة وانما تكون الذنب متاخرا عن اليمين بفعل اختياري فلا يصح الحاق الغموس بالمنعقدة قياسا عليها • وتحقيق الباب فيما سلمنا او لا ان القائل ان يقول سلمنا انها كبيرة لكن لا نسلم انها اذا كانت كبيرة لا تكون سببا للكفارة • الا تري ان الصائم في رمضان اذا افطر بالزنا او شرب الخمر فانما تجب عليه الكفارة مع ان الزنا وشرب الخمر كبيرة فان قيل ان الكبيرة ليست سببا للكفارة وقد خبط بعضهم في هذا الموضع فالحق هذا كان سببا للكفارة قلت لا يرد ذلك ودفعه سهل • لان الكفارة في باب الظهار لا تجب بمجرد الظهار بل بالعود بدليل قوله تعالى ثم

يعقدون لما قالوا انحجر ربه والعقود هو العزم على الوطء بشرط الجماع • فلهذا إذا لم يعقد تجب الكفارة على الظاهر • وتفسير الكبيرة ما كان
حراما محضا وفيه عقوبة في الدنيا أو وعيد في الآخرة • وذكر فيها أن الوعد في اليمين الغموس من غضب الله عليه فيكون كبيرة أو نقول صرح النبي
صلى الله عليه وسلم بأنها كبيرة فلا حاجة إلى تكلف آخر • قال عليه السلام الكبائر الإشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس • واليمين الغموس ذكرنا
راوي الحديث قبل هذا قوله بفتح الحاء • أي الحانث الغموس المعقدة قوله والمعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله
وإذا حنث في ذلك لزمته الكفارة • هذا لفظ القدوري في مختصره • وإنما وجبت الكفارة في المعقودة إذا حنث لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم
بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين إلى آخر الآية • وحدث البخاري في الصحيح بإسناده إلى عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر رضي الله
عنه لم يكن يحنث في يمين حتى أنزل الله تعالى كفارة اليمين وقال لا أحلف على يمين فرأيت غيرها خيرا منها إلا أتيت الذي هو خير وكفرت
عن يميني • قال أصحابنا رضي الله عنهم اليمين المعقودة على ثلاثة أضرب يمين يجب البر والوفاء بها كاليمين على فعل الطاعات وترك المعاصي
والإثم الحنث فيها • والضرب الثاني يمين على فعل المعاصي وترك الطاعات فيجب أن يحنث المرء فيها لقوله عليه السلام من نذر أن يطيع الله تعالى
فليطعه ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه • وقال عليه السلام لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين رواهما عائشة رضي الله عنها في السنن • والضرب
الثالث ما يتخير الإنسان فيه بين الفعل والترك كاليمين على المباحات لكن كان فعله خيرا من تركه يحنث إلى الحنث وإلا فلا قوله وهو
ما ذكرنا • أي المراد من قوله تعالى بما عقدتم الأيمان ما ذكرنا • وقوله تعالى بما عقدتم الأيمان قرأ ابن كثير ونافع وأبو عمرو وحفص عقدتم
بالتشديد • أي بتعقيد الأيمان وهو توثيقها بالقصد والنية • وقرأ أبو بكر وحمزة والكسائي بالتخفيف وابن عامر عاقدتم بالألف قوله
ويمين اللغو أن يحلف على أمر وهو يظن أنه كما قال والأمر بخلافه فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها • وهذا لفظ القدوري في مختصره
وهذا الذي ذكره مثل ما حلف على شيء يظن أنه فيه صادق كقوله والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيدا والأمر بخلافه • أو رأى طائرا من
بعيد فظنه غرابا فقال والله إنه غراب فإذا هو حمام • أو قال والله إنه زيد وهو يظنه زيدا فإذا هو عمرو • وقال في الشامل وعند
الشافعي رضي الله عنه اللغو اليمين التي لم يقصدها في الماضي والمستقبل وهو أحد الروايتين عن محمد رحمه الله • وقال في الشامل قال الشافعي
رضي الله عنه يمين اللغو هي اليمين التي تجري على لسان الحالف من غير قصد مثل قوله لا والله وبلى والله أو كان يريد أن يجري على لسانه اليمين فجرى
يمين اللغو لأنهم لها أصلا لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم • أي لا يعاقبكم بلغو اليمين الذي يحلفه أحدكم بالظن فهذا دليل ما ذهبنا
إليه ومبناه على ما ذهب إليه الشافعي لا يلزمكم الكفارة بلغو اليمين الذي لا قصد معه • وروى صاحب السنن في تفسير لغو اليمين مسندا
إلى عائشة رضي الله عنها قالت إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هو كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله • وروى صاحب الكشاف عن مجاهد
وهو الرجل يحلف على الشيء يرى أنه كذلك وليس كما ظن • وروي أن الحسن سئل عن لغو اليمين وعنده الفرزدق فقال يا أبا سعيد دعني أجب عنك هم
فقال ولست بمأخوذ بلغو تقوله إذا لم تعمد عاقدات العزائم ذكره في تفسير سورة المائدة • وقال أيضا في سورة البقرة واللغو الساقط الذي
لا يعتد به في الأيمان وهو الذي لا عقد معه • وقال الزجاج في تفسيره يقال لغوت ألغو لغوا ولغوت ألغى مثل محوت أمحو وأمحى ويقال
لغيت في الكلام ألغى إذا أتيت بلغو وكل ما لا خير فيه مما لا يؤتم فيه أو يكون غير محتاج إليه في الكلام فهو لغو ولغى قال العجاج عن اللغا ورفث
التكلم • وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في أصوله • قال علماؤنا رحمهم الله اللغو ما يكون خاليا عن فائدة اليمين شرعا ووضعا فإن فائدة
اليمين إظهار الصدق من الخبر فإذا أضيف إلى خبر ليس فيه احتمال الصدق كان خاليا عن فائدة اليمين فكان لغوا • وقال الشافعي رضي الله عنه
اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد ولا خلاف في جواز إطلاق اللفظ على كل واحد منهما ولكن ما قلناه أحق وأشد لقوله تعالى وقال
الذين كفروا لا تسمعوا لهذا القرآن والغوا فيه لعلكم تغلبون • ومعلوم أن مراد المشركين التعنت • أي إن لم تقدروا على المغالبة بالحجة
فاشتغلوا بما هو خال عن الفائدة من الكلام لتحصيل مقصودكم بطريق المغالبة دون المحاجة ولم يكن مقصودهم الكلام بغير قصد • وقال
صاحب التقويم ولم يريدوا تكلموا من غير قصد فإن الأمر به لا يستقيم • وقال صاحب التقويم وشمس الأئمة السرخسي • وكذلك العلماء اختلفوا في
العقد فقال الخصم العقد عبارة عن العزيمة حيث عبارة • وقلنا العقد اسم لربط كلام بكلام نحو ربط اليمين بالخبر الذي فيه رجاء الصدق
ليحقق الصدق منه وتحقيقه • وكذلك ربط البيع بالشراء لإيجاب حكم وهو الملك فكان ما قلناه أقرب إلى الحقيقة لأن الكلمة باعتبار الوضع
من عقد الحبل وشبهه وهم يقصر وشرع الحبل ومنه مثل العرب يا عاقد اذكر حلا • ويروى يا حامل أي لابد لك من حل رحلك فاستوثق عقدته
ولا تبرمها فيشتد عليك الحل فيقال ذلك للرجل ثم يستعار لربط الإيجاب بالقبول على وجه يستند أحدهما إلى الآخر حكما ثم
يستعار لما يكون سببا لهذا الربط وهي عزيمة القلب فكان ذلك دون العقد الذي هو ضد الحل بما وضع الاسم له حقيقة فكان أحق قوله
إلا أنه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره • هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال كيف علق القدوري رحمه الله عدم المؤاخذة بالرجاء في قوله فهذه
اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها وعدم المؤاخذة مقطوع بالنص في اللغو • قال تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم فأجاب عنه وقال
ثم لكن في تفسير اللغو اختلاف فأورث شبهة فلهذا لم يقطع القول بعدم المؤاخذة بما فرغ من اللغو • وكذا اقتدى القدوري بمحمد بن الحسن
حيث ذكر في الأصل الأيمان ثلاث يمين تكفر ويمين لا تكفر ويمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها قوله والقاصد في اليمين والمكره
والناسي سواء • هذا لفظ القدوري في مختصره وفائدة كونهم سواء ما قال صاحب الهداية وهو أنه تجب الكفارة إذا وجد الحنث • وعند
الشافعي لا تنعقد يمين المكره والناسي • أما الناسي فلا قصد منه فيكون يمينه لغوا على أصله • وأما المكره فلقوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ
والنسيان وما استكرهوا عليه • وهذا دليل له في النسيان أيضا • ولنا ما روى أصحابنا رحمهم الله عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاث
جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين • ولأن الإكراه أثره في انعدام الرضا ولا يشترط الرضا في انعقاد اليمين • ولهذا ينعقد
يمين الهازل مع انعدام الرضا منه بالحكم • والجواب عن الحديث أن المراد منه حقيقة الخطأ والنسيان والإكراه لأنها ليست بمرفوعة حقيقة هو

بدليل وقوعها حسا فكان المراد منه الحكم إما أن يكون حكم الدنيا أو حكم الآخرة والأول منتف بدليل وجوب الكفارة والدية في القتل الخطأ وهما
من أحكام الدنيا وكذا يجب القتل فيما إذا أجاع المكره على الزنا ويفسد صومه وصلاته وذلك من أحكام الدنيا فتعين الثاني وهو الإثم فلم يتم الاحتجاج
بالحديث لأن انعقاد اليمين من أحكام الدنيا لا من أحكام الآخرة • فإن قلت لا يثبت الكفر مع الإكراه فينبغي أن لا ينعقد اليمين فيه كالنوم والجنون
قلت لا نسلم صحة القياس لعدم المماثلة بين المقيس والمقيس عليه لأن النوم والجنون ينافيان التكليف • بخلاف الإكراه • ولهذا يباح شرب الخمر للمكره
ويحرم عليه قتل النفس والزنا وذلك آية الخطاب وأما في التفريع في طلاق المكره فسنطرحه قوله والشافعي رضي الله عنه يخالفنا
في ذلك أي في الذكر والناسي يعني لا ينعقد يمينهما ولا كفارة عليهما قوله وسنبين في الإكراه إن شاء الله ما ذكره في كتاب
الإكراه بقوله وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الإكراه لعدم احتمالهما الفسخ قوله ومن فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا فهو سواء
وهذا أيضا لفظ القدوري رحمه الله • يعني إذا حلف على أن لا يفعل شيئا وكان طائعا في الحلف ثم فعله وهو مكره أو ناس يحنث وقال الشافعي
رضي الله عنه لا يحنث لقوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه • وجوابه من قبل هذا • ولنا قوله تعالى ذلك كفارة
أيمانكم إذا حلفتم • أي إذا حلفتم وحنثتم وقد وجد الحنث فتجب الكفارة وذلك لأن الحنث هو المخالفة في اليمين المعقودة وقد وجدت المخالفة لأنها
أعم من أن يكون بالإكراه أو بغيره • ولأن شرط وجوب الكفارة وهو الحنث قد وجد حقيقة فلا ينعدم ذلك بالإكراه والنسيان • قال
الشيخ أبو نصر البغدادي رحمه الله قد روي مثل قولنا عن مجاهد وطاوس وسعيد بن المسيب وغيرهم قوله وكذا إذا فعله وهو
مغمى عليه أو مجنون • ذكره صاحب الهداية تفريعا لمسألة القدوري • يعني إذا حلف وهو صحيح العقل ثم فعل المحلوف عليه في حال الإغماء أو الجنون يحنث
وتجب الكفارة لأن شرط وجوب الكفارة وهو الحنث قد تحقق لأن الفعل الحقيقي لا مرد له فيتحقق الشرط قوله ولو كانت الحكمة رفع الذنب
فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا حقيقة الذنب • هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال الحكمة في شرع الكفارة رفع الذنب ولا ذنب للمجنون والمغمى
عليه فيما فعلا لعدم الفهم فينبغي أن لا يحنثا ولا تجب عليهما الكفارة فقال سلمنا أن الحكمة رفع الذنب لكن الحكم وهو وجوب الكفارة يترتب
على دليل الذنب تيسيرا لا على حقيقة الذنب فيختار لوجود الدليل كوجوب الاستبراء فإنه مشروع لاستفراغ الرحم • ثم إذا وجد دليل الشغل
وهو استحداث الملك يجب الاستبراء سواء وجد حقيقة الشغل أو لا • ولهذا إذا اشترى جارية بكرا أو اشتراها من امرأة يجب على المشتري
الاستبراء لوجود دليل الشغل وإن لم يوجد حقيقة الشغل

باب ما يكون يمينا وما لا يكون

لما ذكر أنواع الأيمان في بيان الألفاظ التي تكون يمينا أو لا تكون قوله قال
واليمين بالله أو باسم آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه • أي
قال القدوري في مختصره والأصل في اليمين بالله تعالى ما حدث مالك رحمه الله في الموطأ عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم أدرك عمر رضي الله عنه وهو يسير في ركب وهو يحلف بأبيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم
من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت • وفي رواية السنن أو ليسكت • وحدث البخاري في الصحيح بإسناده إلى ابن شهاب قال قال سالم قال
ابن عمر رضي الله عنه سمعت عمر رضي الله عنه يقول قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم قال عمر فوالله ما حلفت
بها منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ذاكرا ولا آثرا • وروى صاحب السنن مسندا إلى ابن عمر رضي الله عنه قال إني سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول من حلف بغير الله فقد أشرك • ومعنى قوله ذاكرا أي متكلما من قولك ذكرت لفلان حديث كذا وكذا وليس هو من
الذكر بعد النسيان • ومعنى قوله آثرا أي راويا ومخبرا عن غيري أنه حلف وقال وأبي لا أفعل كذا من قولهم حديث مأثور كذا قال
أبو عبيد رحمه الله • ثم اليمين باسم آخر من أسماء الله تعالى إذا كان اسما لا يشركه فيه غيره يكون يمينا لأنه لا يحتمل غير اليمين • ولو حلف باسم
يشاركه فيه غيره كالعليم والحكيم والعزيز إن نوى أن يكون يمينا وإلا فلا لأنه يحتمل كذا ذكر شمس الأئمة البيهقي في الشامل ثم المبسوط و
في التحفة بين ما يكون اسما خاصا لله تعالى أو اسما يشاركه فيه غيره وفيه نظر لأنه بالإجماع لا يتعين اسم الله مرادا • ثم صفاته تعالى إن كانت
من صفات الذات يجوز اليمين وإن كانت من صفات الفعل فلا يجوز اليمين بها والفاصل بينهما أن كل ما لا يجوز أن يوصف الله بضده فهي من
صفات الذات كعزة الله وجلاله وكبريائه وقدرته إلا العلم فإن اليمين به لا يجوز لجواز إرادة المعلوم كما قال تعالى ولا يحيطون بشيء من
علمه أي من معلومه كذا ذكر في الكشاف • ويقال اللهم اغفر علمك فينا أي معلومك • وكل ما يجوز أن يوصف الله تعالى بضده فهي من صفات الفعل
كالرحمة والغضب والسخط • ألا ترى أنه يصح أن يقال غضب الله على اليهود ولم يغضب على الصالحين • والرضا إرادة الإنعام من العصاة
ويصح أن يقال علم الله زيدا ولا يصح أن يقال لم يعلم عمرا وذلك لأن صفات الذات ليست غير الذات فكان ذكرها كذكر الله تعالى فجاز
الحلف بها وهذا لأن الغيرين ما يصح انفكاك أحدهما عن الآخر بمكان أو زمان أو وجود أو عدم والانفكاك يتصور في صفات الذات
ثم المراد بالصفة في الحقيقة هي المعنى القائم بالذات كالعزة والقدرة لا الصفة النحوية كقولك مررت برجل راكب وهذا مختصر قوله
وسمي اليمين وهو النوع حلفا قال تعالى لأخذنا منه باليمين أي بالقوة قوله فعلى ذكره حاملا وما قياسا هو من إضافة المصدر إلى
الفاعل والمفعول محذوف • أي على ذكر الحالف اسم الله وصفاته حاملا وقياسا • لأن المقصود من اليمين الحمل أو المنع قوله
قال إلا قوله وعلم الله فلا يكون يمينا • أي قال القدوري في مختصره وهو استثناء منقطع من قوله أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا
وهذا لأن العلم ليس من صفاته المحلوف بها عرفا فيكون الاستثناء منقطعا عادة لا يكون المستثنى منه • قال الشيخ أبو نصر رحمه الله
هذا الذي ذكره القدوري استحسان والقياس أن يكون يمينا وبه قال الشافعي رضي الله عنه • وجه الاستحسان أنهم يذكرون العلم
ويريدون به المعلوم والحلف بمعلوم الله حلف بغيره • ووجه القياس أنه حلف بصفة من صفات الذات كالقدرة فصار كما لو حلف بالعلم الذي هو
الصفة فهو خاص كالقدرة • وإنما الخلاف إذا أرسل الكلام ولم يكن هناك ما يدل على التخصيص • فإن قلت يرد عليكم القدرة فإنها

اليمين فقام صحة ارادة المقدور • ولهذا يقال انظر الى قدرة الله • قلت لا نسلم ان المقدور بالوجود خرج ان يكون مقدورا لان تحصيل الحاصل محال فلا يحتمل ارادته بالحلف • وقبل الوجود معدوم ولا انعقاد في الحلف بالمعدوم فكان المراد بالحلف القدرة في الصفة القائمة بذات الله تعالى • بخلاف العلم اذا اريد به المعلوم حيث لا يخرج المعلوم عن ان يكون معلوما بالوجود وظهر الفرق بين العلم والقدرة قوله ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله وهذا من مسائل القدوري ايضا • وذلك لانه لم يحلف بالله تعالى ولا بصفة من صفات ذاته • ولان الغضب والسخط يراد بهما العقوبة والرحمة يراد بها اثرها وهو المطر او الجنة قال النبي رحمه الله في اخالدون فكان الحلف بهذه الاشياء حلفا بغير الله تعالى فلم يجز • وكذلك لا يجوز الحلف اذا قال وعذاب الله وثوابه ورضاه وبه صرح في الكافي ولو قال وامانة الله يكون يمينا • لان معناه والله الامين وانه من صفات ذاته كذا في الشامل في قسم المبسوط • وهذا خلاف ما ذكر صاحب التحفة عن الطحاوي بانه لا يكون يمينا وان نوى • وخلاف ما روي عن ابي يوسف رحمه الله انه لا يكون يمينا وهو الاصح عندي لان التعليل في مقابلة النص فاسد • وقد ورد الحديث مسندا في السنن الى بريدة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف بالامانة فليس منا قوله ومن حلف بغير الله تعالى لم يكن حالفا كالنبي والكعبة هذا لفظ القدوري • وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الحلف بغير الله تعالى • قال عليه السلام لا تحلفوا بابائكم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت • ولان المقصود من اليمين تعظيم المقسم به ولا يستحق التعظيم سوى الله تعالى وذلك لان القران لا يجوز الحلف به لانه لا يراد به المقروء وهو غير الله تعالى • ولانه لم يتعارف الحلف به قال الناطفي في كتاب الايمان والكفارات املاء رواية بشر بن الوليد ليس ينبغي ان يحلف الرجل بسورة من كتاب الله تعالى ولا بالقران ولا بالكعبة ولا بالصلاة ولا بالصيام ولا بشيء من طاعة الله تعالى الا ترى انه لو حلف فقال والصلاة لا افعل كذا كان قد حلف بغير الله • وقوله والصلاة لا افعل مثل قوله والسماء لا افعل والارض لا افعل والقران لا افعل هذا كله واحد لا ينبغي لاحد ان يحلف بشيء دون الله • وفي كتاب الايمان املاء رواية بشر بن غياث قال ابو يوسف ان قال والرحمن لا افعل كذا وعنى سورة الرحمن لا حنث عليه كذا ذكر الناطفي في الاجناس • وكذا لو قال والرسول والنبي والمسجد الحرام وبيت الله لا يكون يمينا كذا في شرح الطحاوي • قال صاحب الهداية اذا قال بريء منه اي من النبي او من القران يكون يمينا لان البراءة منهما كفر • وكذلك اذا قال هو بريء من الصلاة والصوم يكون يمينا عندنا خلافا للشافعي رضي الله عنه • وكذا اذا قال هو بريء من الاسلام ان فعل كذا خلافا للشافعي وعليه تعرف في شرح الطحاوي • وقال في النوازل ان قال والكتب الاربعة فليس هذا بيمين • وان قال انا بريء من الكتب الاربعة فعليه كفارة يمين واحدة • وان قال انا بريء من التوراة وبريء من الزبور وبريء من الانجيل وبريء من الفرقان وجبت عليه كفارات اربع • وقال في خلاصة الفتاوى لو قال حرمة شهد الله ولا اله الا الله لا يكون يمينا • وقال في الفتاوى الولوالجي رجل رفع كتابا من كتب الفقه او دفتر حساب فيها مكتوب بسم الله الرحمن الرحيم فقال انا بريء مما فيه ان دخلت الدار فدخل يلزمه الكفارة لانه يمين بالله تعالى وكذا كتب هذه المسائل تكثيرا للفوائد • وان لم يذكر في الهداية قوله قال والحلف بحرف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله • اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الحلف باسم الله تعالى وصفاته يختص بحروف القسم والاصل فيها الباء وضعها للالصاق وهي تضيف الحلف الى المحلوف به في قوله احلف بالله من بعد والفعل مضمرا ويكتفي بحرف القسم ويبدل منها الواو للمناسبة بينهما لان وضعها للجمع وفي الجمع معنى الالصاق ثم يبدل من الواو التاء للمناسبة بينهما ايضا لانهما من حروف الزوائد كما في تراث وتخمة فلما كان الباء اصلا دخلت في اسم الله وغيره وفي المظهر والمضمر • والواو لما كانت بدلا انحطت بدرجة حيث دخلت المظهر دون المضمر • والتاء لما كانت بدلا من البدل انحطت بدرجتين حيث لم تدخل في المظهر والمضمر جميعا الا في اسم الله تعالى وحده • قال عبد القاهر والاكثر النصب لان الجار لا يضمر الا قليلا ولهذا قال الشيخ ابو علي ربما اضمروا الجار لكثرة الاستعمال وفي المبسوط النصب مذهب اهل البصرة والخفض مذهب اهل الكوفة وفيه نظر لان اهل اللغة لم يختلفوا في جواز كل واحد من الوجهين ولكن النصب اكثر كما ذكر عبد القاهر في مقتصده • وعلى هذا قالت الكتاب الاديب بل الله ناصح المقتدر الادب من قبل الله ناصح بالله • والفرق بين الاضمار والحذف ان في الاضمار اثرا باقيا وفي الحذف لا قوله وكذا اذا قال لله في المختار اعلم انهم يقولون اللام موضع التاء ومعناها الاختصاص فيستعملونها فيما هو مختص بالتعجب كقوله لله لا يؤخر الاجل وانشد سيبويه لعبد مناف الهذلي لله يبقى على الايام ذو حيد • وذلك لان اللام تقوم مقام الباء كقوله تعالى امنتم به وفي اية اخرى امنتم له قبل ان اذن لكم • واما قال في المختار احترازا عما روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لو قال لله علي ان لا اكلم فلانا انه ليس بيمين الا ان ينوي لان الصيغة صيغة النذر ويحتمل معنى اليمين ذكره الولوالجي رحمه الله في فتاواه • ثم الحالف اذا سكن الهاء في قوله بالله او حركها اي حركة كانت فهو يمين • لان الخطأ في الاعراب لا يمنع صحة اليمين • كذا قال في الفتاوى ونقل صاحب خلاصة الفتاوى عن المحيط اذا قال بله لا يكون يمينا الا اذا نوى • يعني اذا كان بكسر اللام وسكون الهاء قوله قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا قال وحق الله فليس هو بحالف هذا لفظ القدوري في مختصره • قال صاحب الهداية وهو قول محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف • وعنه رواية اخرى اي عن ابي يوسف رواية اخرى انه يكون يمينا • وبه قال الشافعي رضي الله عنه كذا ذكر الشيخ ابو نصر البغدادي وجه قوله ان الحق من اسماء الله تعالى • ولهذا ذكر في الاعداد اسماء الله الحسنى قال الله تعالى فذلكم الله ربكم الحق فماذا بعد الحق الا الضلال • وقال تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم • وقال تعالى ويعلمون ان الله هو الحق المبين • وجه قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان حق الله على عباده طاعته فيكون الحلف به حلفا بغير الله تعالى فلا يصح • وقد سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حق الله تعالى على عباده فقال ان يعبدوه ولا يشركوا به شيئا • والحلف بالطاعات لا يجوز • والجواب عن استدلال ابي يوسف ان قوله لم يطلق الحق على الله تعالى • فلو اراد الحالف ذلك الحق فكان حالفا ولكنه اضاف الحق الى الله تعالى حيث قال وحق الله والمضاف غير المضاف اليه لا محالة فلم يكن الحلف الا بغير الله تعالى • والحق في اللغة ضد الباطل لقوله تعالى ان وعد الله حق • وقال تعالى اليوم تجزون عذاب الهون بما كنتم تقولون

على الله غير الحق • وسمي قوله وهو الحق المبين اي ذو الحق كذا في الكشاف قوله ولو قال حقا لا يكون يمينا ذكره بسبيل التفريع لما قبله قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في النوازل • قال ابو نصر البلخي عن الله يكون يمينا لان الناس يحلفون به • ولو كان حقا لا يكون يمينا وهو بمنزلة قوله صدقا وهو قول محمد بن سلمة • وقال الحسن بن ابي مطيع حقا يمين لقوله تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم فالحق هو الله تعالى فصار كانه قال والله لا افعل كذا • وقال ابو نصر لو قال والحق لا افعل كذا ان نوى به اسم الله تعالى فهو يمين • وان لم يرد به اسم الله لا يكون يمينا الى هنا لفظ النوازل ولنا نظر في قوله بحق الله يكون يمينا لان الاضافة تقتضي المغايرة بين المضاف والمضاف اليه فيكون الحلف به حلفا بغير الله تعالى فلهذا قال ابو حنيفة ومحمد وابو يوسف في احدى الروايتين عنه ان قوله وحق الله ليس بيمين فكذا هنا • وقال بعضهم في شرحه والحق بالتعريف يكون يمينا بالاتفاق • ولنا في اطلاق هذا الجواب نظر لان الحق يطلق على غير الله تعالى ايضا لقوله تعالى فماذا بعد الحق الا الضلال وقوله تعالى قل الله يهدي للحق • وقوله تعالى فلما جاءهم الحق من عندنا قالوا ان هذا لسحر مبين فكيف يكون يمينا بالاتفاق مع الاحتمال لكن جوابه ان يقال ان نوى اليمين باسم الله يكون يمينا والا فلا قوله ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف • هذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره • اعلم انه اذا ذكر اليمين باسم الله تعالى وصفاته بلفظ الماضي بان قال حلفت بالله او اقسمت بالله لا افعل كذا يكون يمينا بالاتفاق • اما اذا ذكر القسم بلفظ المستقبل بان قال احلف بالله او اقسم بالله لا افعل كذا او اشهد بعزة الله لا افعل كذا يكون يمينا عندنا • وعند الشافعي رضي الله عنه لا يكون يمينا الا بالنية • والصحيح قولنا لان هذا في العرف يراد به الحال كقولهم اشهد ان لا اله الا الله اما اذا لم يذكر المقسم به بان قال اشهد او احلف او اقسم لا افعل كذا يكون يمينا عند علمائنا الثلاثة نوى او لم ينو • وقال زفر ان نوى يكون يمينا • وقال الشافعي رضي الله عنه لا يكون يمينا وان نوى • والصحيح قولنا لان ذكر القسم والحلف دليل على مقسم به محذوف وهو اسم الله تعالى كذا في التحفة يؤيد ما ذهبنا اليه قوله تعالى اذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله • ثم قال الله تعالى اتخذوا ايمانهم جنة سمى قولهم نشهد انك لرسول الله يمينا وهم لم يقولوا نشهد بالله فعلم ان ذكر المقسم به ليس بشرط لانعقاد اليمين بل يجوز حذفه لدلالة لفظ اليمين عليه • وقال تعالى يحلفون بالله لكم لترضوا عنهم فان ترضوا عنهم فان الله لا يرضى عن القوم الفاسقين • ترك في الاية ذكر المقسم به وهو اسم الله تعالى لدلالة لفظ الحلف عليه لان الحلف بغير الله تعالى غير مشروع • وقال تعالى اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين • وقد ظن بعضهم في شرحه ان قوله اقسم او اشهد على يمين منعقدة يمينا بلا ذكر المقسم عليه فذا وهم لان اليمين انما يكون يمينا اذا ذكر القسم والمقسم عليه والا فلا واستدل بما ذكر في الذخيرة ان قوله علي يمين موجب للكفارة فذاك سهو • لانا لا نسلم ان مجرد قوله علي يمين موجب للكفارة ما لم يذكر المقسم عليه ولم يحصل اليمين بترك البر وانما مراد صاحب الذخيرة ان هذا اللفظ ينعقد يمينا موجبا للكفارة • واذا وجد ذكر المقسم عليه ونقض اليمين • وتحقيقه ان الكفارة انما تجب لستر الذنب في نقض اليمين المنعقدة فقبل اي شيء انعقدت اليمين حتى يتصور نقض اليمين فتجب الكفارة وايضا قوله علي يمين فيه احتمال لانه يصح ان يكون عليه يمين غموس او اليمين المنعقدة • والكفارة لا تجب بالاحتمال لانها دائرة بين العبادة والعقوبة والعقوبات تندرئ بالشبهات وذلك لانه ليس في الغموس كفارة • وكذا في المنعقدة على قيام البر فكيف تجب الكفارة • وايضا لو وجبت الكفارة بمجرد قوله علي يمين يلزم تقدم المسبب على السبب وهو فاسد • وانما قلنا ذلك لان سبب الكفارة هو الحنث ولم يوجد الحنث لعدم انعقاد اليمين على شيء فيلزم تقدم المسبب على سببه لا محالة فافهم • وانما كان مراد القدوري رحمه الله تعداد الالفاظ التي ينعقد بها اليمين اذا ذكر المقسم عليه لا ان هذه الالفاظ تنعقد بها اليمين بدون ذكر المقسم عليه • ولهذا قال محمد في الاصل والحلف بالله او باسم من اسماء الله او قال والله او بالله او تالله او علي عهد الله او ذمته او يهودي او نصراني او مجوسي او بريء من الاسلام • او قال اشهد او اشهد بالله او احلف او احلف بالله • او اقسم او اقسم بالله • او علي نذر او نذر الله • او اعزم او اعزم بالله • او علي يمين او يمين الله هذه كلها ايمان واذا حلف بشيء منها لا يفعل كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة الى هنا لفظ الاصل وقد ذكر فيه كما ترى قوله يهودي او نصراني او مجوسي من تعداد الفاظ اليمين فلا يظن هذا الشارح ان الشخص اذا قال هو يهودي او نصراني من غير ان يقول ان فعلت كذا انه يجب عليه الكفارة على ان محمدا قد صرح باشتراط المقسم عليه لانه قال بعد تعداد كلمات القسم • واذا حلف بشيء منها لا يفعل كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة ولقد صدق الله تعالى ان الظن لا يغني من الحق شيئا قوله ولهذا قيل لا يحتاج الى النية اي ولان الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغير الله محظور • قال بعض مشايخنا لا حاجة الى النية في قوله احلف او اشهد او اقسم لكونه يمينا صرفا للكلام الى ما هو المعهود في الشرع وطبعهم تحقيقه • وقال بعض مشايخنا لا بد منها اي من النية دفعا للاحتمال • لان اللفظ يحتمل الوعد ويحتمل اليمين بغير الله فلا يتعين اليمين بالله تعالى مرادا الا بالنية واليه ذهب صاحب شرح الاقطع قوله واليمين بغير الله عطف على اليمين عطفا على الدرع قوله وكذا قوله لعمر الله • اي هذا من الفاظ اليمين ايضا العمر البقاء كقوله تعالى لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون • والعمر بفتح العين وضمها البقاء الا ان العمر لم يستعمل في القسم والبقاء من صفات الله لذا جاز الحلف به كانه قال والله الباقي • واما وايم الله فقد جاء في لفظ النبي صلى الله عليه وسلم • روى البخاري مسندا الى ابن عمر رضي الله عنه قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثا فامر عليهم اسامة بن زيد فطعن بعض الناس في امارته فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كنتم تطعنون في امارته فقد كنتم تطعنون في امرة ابيه من قبل • وايم الله ان كان لخليقا للامارة وان كان لمن احب الناس الي وان هذا لمن احب الناس الي بعده • ثم اعلم ان ايم الله اصله ايمن الله وحذف النون تخفيف والهمزة همزة وصل وقطعها للقطع وسقوطها في الوصل للتخفيف لكثرة الاستعمال هذا مذهب الفراء • قال سيبويه في كلمة اشتقت من اليمين ساكنة الاول فجيء بهمزة الوصل لتمكن النطق بها كما في ابن وامرئ ونحو ذلك • اعلم انهم يجيزون [illegible] الرفع [illegible] بخلاف قولهم لعمر الله وبخلاف قول الراجز [illegible] ما ذكره ابن درستويه في كتاب الكتاب [illegible] قوله والحلف بالنطق [illegible]

قوله وكذا قوله وعهد الله وميثاقه العهد في الاصل
اي بقوله لعمر الله وبقوله وايم الله ، يعني ان العرب استعملها في القسم ولم يرد النهي عنه
في المواضع التي تكون بين اثنين لم توف احدهما على الاخر وهو الميثاق وقد استعمل في اليمين كما قال تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم
ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها فقد جعل عهد الله في القران يمينا كما ترى ، والميثاق في معناه فاذا حلف بميثاق الله يكون يمينا
كما في وعهد الله ، وكذا اذا حلف بذمة الله تعالى يكون يمينا ذكره في الاصل ، لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول اذا بعث جيشا
اذا حاصرتم اهل مصر او مدينة فارادوا ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم فدل على انها يمين ، والذمة العهد
والضمان يقال هذا في ذمتي وذمي اي في ضماني كذا في الفايق فعلى هذا تكون ذمة الله يمينا كعهد الله لانه في معناه **قوله** وكذا اذا
قال علي نذر او نذر الله هذا لفظ القدوري ايضا ، واما جعل النذر يمينا فلما روى صاحب السنن باسناده الى ابن عباس رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمين ، وروى ايضا في السنن مسندا الى عقبة بن عامر قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كفارة النذر كفارة اليمين ، قال الحاكم في الكافي وان حلف بالنذر فان نوى شيئا من حج او صوم فعليه ما نوى
وان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين **قوله** وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا وهذه من مسائل القدوري
وقال الشافعي رضي الله عنه لا يكون يمينا كذا في شرح الطحاوي والشامل وغيرهما ، له انه حلف بالمعصية فلا يصح كما اذا قال ان فعل كذا فهو
زان او شارب خمر او اكل ميتة وهو القياس ، ولنا ان الكفر لا يجوز استباحته ابدا لان حرمة الكفر لا تنكشف بحال القيام دليل
الوحدانية فلما جعل فعل ذلك الشيء الذي حلف عليه شرطا للكفر فقد جعله واجب الامتناع كحرمة اسم الله تعالى فصار يمينا كتحريم
المباح وهو يمين بالنص فكذا هذا ، وروى صاحب المختلف حديثا رواه ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف باليهودية
والنصرانية فهو يمين ، هذا اذا حلف على امر المستقبل اما اذا حلف على الماضي كاذبا قاصدا بان قال ان فعل كذا فهو يهودي وقد فعله
فهي يمين الغموس لا كفارة فيها عندنا لكن هل يكفر فيه اختلاف المشايخ ، وقال في شرح الطحاوي روي عن محمد بن مقاتل الرازي انه يكفر
لانه كلام خرج مخرج التنجيز فيكفر به ، وروي عن عبد الله البلخي انه قال لا يكفر به ، وهذا يروى عن ابي يوسف لان الكفر بالاعتقاد
وهو لم يقصد الكفر وانما قصد ان يصدق في مقالته ، وقال في التتمة قيل هذا اذا كان عنده انه لا يكفر ، فاما اذا كان عنده انه
يكفر اذا حلف به في الماضي او في المستقبل فحنث في يمينه انه يكفر لانه بالاقدام عليه صار مختارا الكفر واختيار الكفر كفر **قوله** ولو
قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله او سخط الله فليس بحالف وهذه من مسائل القدوري ، وذلك لان الغضب عبارة عن ارادة الانتقام
من العصاة وهي من صفات الفعل ولم يكن في معنى الذات فكان اليمين بغير الله تعالى فلا يجوز ، والسخط في معنى الغضب فكان اليمين بهما يمينا
بغير الله تعالى والسخط في معنى الغضب فكان حكمه ، قال الحاكم لو دعا على نفسه اللعنة او الموت او عذاب النار لا يكون يمينا ، وكذلك
اذا قال هو ياكل الميتة او يستحل الدم او لحم الخنزير او عذاب او ترك الصلاة او الزكاة ان فعل كذا لا يكون يمينا لان ذلك وعد لا التزام
قوله وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او اكل ربا ، وذلك لان حرمة هذه الاشياء ليست في معنى
حرمة اسم الله تعالى ، لان حرمة اسم الله تعالى لا تحتمل النسخ اصلا لقيام دليل الوحدانية وهو حدث العالم وليست
كذلك هذه الاشياء فانها تحتمل النسخ لان تبديل حرمتها الى الحل في حيز الجواز عقلا ، الا ترى ان الخمر كان يجوز اباحتها بالشرع وتباح الان
اذا وقعت الضرورة فلان اليمين بهذه الاشياء ليست في عرف الناس ، ومبنى الايمان على العرف فلا يجوز اليمين بها لعدم العرف

فصل في الكفارة

شرع في الكفارة بعد بيان ما ينعقد به اليمين وما لا ينعقد لانها تكون بعد اليمين
لو جوبها بالحنث **قوله** قال وكفارة اليمين متوددة بحرف يجري فيها ما يجري في الظهار فان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما
زاد وادناه ما يجوز فيه الصلاة ، وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار وهذا لفظ القدوري في مختصره والاصل
فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون
اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام ذلك كفارة ايمانكم ، اعلم ان الواجب على الغني احدى الاشياء الثلاثة
غير عين ويتعين ذلك باختيار العبد لا كلها او التخيير وهو مذهب عامة الفقهاء والمتكلمين ، وقال بعضهم احدها واجب عينا عند الله تعالى
وان كان مجهولا عند العباد ، والله تعالى يعلم ان العبد يختار ما هو الواجب عنده تعالى ، وقالت المعتزلة الواجب الكل على البدل بمعنى
انه لا يجب تحصيل الكل ولا يجوز ترك الكل ، واذا اتى بواحد كفى والمسئلة تعلق بالاصول ويعرف تمامه ثمة ان شاء الله تعالى ثم الرقبة يجوز
فيها المسلمة والكافرة والذكر والانثى والصغير والكبير كما في الظهار ، لان الله تعالى اطلق الرقبة في الموضعين ولم يقيد لجاز هنا ما جاز ثمة
ولا يجزي العمياء ولا المقطوعة اليدين واحدى الرجلين لفوات جنس المنفعة ، بخلاف العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين لان
اختلال المنفعة ليس بمانع ، بخلاف المقطوعة يد ورجله من جانب واحد حيث لا يجوز ، لان منفعة المشي متعذرة ، وفي الام اختلاف
الرواية والاصح الجواز اذا صمم ثم قد مر في الظهار ، ثم المكفر اذا اختار الكسوة كسا عشرة مساكين لكل مسكين ثوب ازار او رداء او قميص
او قبا او كساء جبة او ملحفة لان لابس هذه الاشياء يسمى مكتسيا فيجزي كل واحد منها ، وفي السراويل اختلاف الرواية ، قال في نوادر هشام لا يجوز
وفي نوادر ابن سماعة يجوز كذا في الاجناس ، وقال الكرخي في مختصره لا يجزي في ذلك العمامة ولا القلنسوة ولا السراويل ، وروى ذلك
ابن سماعة وبشر وعلي ابن الجعد عن ابي يوسف ، ورواه محمد الكافي في الاملاء عن محمد كذلك لان لابسه يسمى عريانا فلا يحصل له اسم
الكسوة ، وقال في خلاصة الفتاوى وعن محمد رحمه الله ان اعطى المراة لا يجوز وان اعطى الرجل يجوز لجواز صلاته فيه كالقميص ، وذكر ابن
شجاع في كتاب الكفارات من تصنيفه قال ابو حنيفة رضي الله عنه ان كانت العمامة قدرها قدر الازار السابغ او ما يقطع منها قميصا يجزي الا
لم يجزه عن الكسوة ، وهذا كله اذا اكسا رجلا ، فاما اذا اكسا امراة قال الطحاوي يزيد فيه الخمار لان راسها عورة لا تجوز الصلاة اذا كانت

مكشوفة ، وقال الحاكم الشهيد في الكافي ، فان اعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة لكنه يجزي من الطعام اذا كان نصف يساوي نصف
صاع من حنطة ، ولو اعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة نصيب كل انسان منه اكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة واجزاه
من الطعام ، ثم الاطعام يجوز فيه التمليك والاباحة خلافا للشافعي رضي الله عنه ، له ان التمليك ادفع للحاجة ، ولنا ان حقيقة الاطعام
في الاباحة لان الاباحة تمكين ، ولا يحصل ذلك بالاباحة ، ثم في الاطعام اعطى كل
مثل ان يعطي ما هو حاصل في التمكين كما في التمليك بخلاف الزكاة ، لان الايتاء فيه شرط ولا يحصل ذلك بالاباحة ، ثم في الاطعام اعطى كل
واحد من عشرة مساكين صاعا من تمر او شعير او نصف صاع من حنطة او دقيق او سويق ، فان دعا عشرة مساكين فغداهم وعشاهم اجزاه
وكذلك ان اطعم خبز الشعير ان غداهم بغير ادام ، وان غداهم وعشاهم وفيهم صبي فطيم او فوق ذلك شيئا لم يجزه وعليه اطعام مسكين واحد كذا
ذكر الحاكم وغيره ، وحدث الشيخ ابو الحسن الكرخي عن ابي العباس بن الصقر عن ابي يوسف بن موسى عن وكيع عن ابن ابي ليلى عن عمرو بن
مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه قال كفارة اليمين لكل مسكين نصف صاع من حنطة ، وحدث الكرخي ايضا
في مختصره باسناده الى عمر رضي الله عنه قال صاع من تمر او شعير او نصف صاع من بر ، وحدث ايضا عن الصقر عن يوسف بن موسى القطان
عن وكيع عن سفيان عن ابي بشر عن الحسن قال يغديهم ويعشيهم ، وحدث ايضا باسناده الى مجاهد قال كل كفارة في القران نصف صاع
من بر لكل مسكين **قوله** فان قال لم يقدر على احد الاشياء الثلاثة صام ثلاثة ايام متتابعات ، اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الرجل
اذا حنث في يمينه وهو معسر لا يجد ما يعتق او يكسو او يطعم فعليه صيام ثلاثة ايام متتابعات ، فان صامها متفرقة لم يجزه ، وقال
الشافعي رضي الله عنه هو مخير ان شاء فرق وان شاء تابع لاطلاق نص القران ، ولنا ما روى محمد بن الحسن في الاصل بقوله بلغنا ان في قراءة
ابن مسعود فصيام ثلاثة ايام متتابعة وقراءته كالخبر المشهورة الى زمن ابي حنيفة رضي الله عنه ، ويجوز الزيادة على النص المشهور لا يقال
حملوا انه كما حملوا بموجب النصين في جواز التفريق والتتابع كما جوزتم في صدقة الفطر من العبد المسلم والكافر بموجب الخبرين في
المطلق والمقيد ، لانا نقول ذاك لان ورد الاطلاق والتقييد في صدقة الفطر في العبد المسلم في السبب دون الحكم ولا منافاة في الاسباب فعملنا
بهما المطلق والمقيد جميعا ، بخلاف ما نحن فيه لان النصين وردا في الحكم ، والحكم الواحد لا يقبل وصفين متضادين فحمل على المقيد لا محالة
قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وكفارة يمين المملوك بالصوم ما لم يعتق ولا يجزي ان يعتق عنه مولاه او يطعم او يكسو ، وكذلك
المكاتب والمستسعى في قول ابي حنيفة رضي الله عنه ذكره قبل باب الطعام في كفارة اليمين ، وذكر في باب الصيام وان صام العبد في كفارة
يمينه ثم عتق قبل ان يفرغ منه واصاب مالا لم يجزه الصوم **قوله** والمذكور في الكتاب اي في مختصر القدوري ، اراد بالمذكور قوله
ادناه ما يجوز فيه الصلاة وهو كالسراويل للرجل وقد مر بيانه انفا **قوله** وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وهذا
لفظ القدوري في مختصره ، وقال الشافعي رضي الله عنه التكفير بالمال قبل الحنث يجوز ، وعنه في التكفير بالصوم قبل الحنث روايتان لهم
لذا ذكر التام في طريقة الخلاف ، له ان سبب الكفارة اليمين بدلالة اضافتها الى اليمين وتداولها بعد وجود السبب فيصح كالتكفير بعد
الجرح قبل الموت ، ولنا ان الكفارة هي الفعلة التي من شانها ان تكفر الخطيئة اي تسترها من الكفر وهي التغطية والستر ، وسمي الرجل كافرا لانه
ستر نعم الله عليه والكافر وعاء الطلع وهو الكفر والكفرى وكافور الطيب ليس نبت في بحر وسمي الليل كافورا لانه يغطي الارض وكفر السحاب
السماء اذا غطاها وانشد ابن دريد في ليلة كفر النجوم غمامها وتكفر بثوبه ، اي اشتمل به وتكفر في السلاح اذا دخل في الدرع فلما ثبت هذا
قلنا الستر الخطيئة قبل وجودها لا يتصور فلا يصح التكفير قبل الحنث لانه يلزم تقديم المسبب على السبب وهو فاسد كاداء الزكاة قبل ملك النصاب ولا
نسلم ان اليمين سبب للكفارة لان اداني درجات السبب ان يكون موصلا الى الشيء لا مانعا له ، واليمين مشروع للبر لا للحنث فلا تكون موصولة
الى الكفارة الا الحنث الذي يرتفع به اليمين ، ولئن سلمنا انها سبب لكن لا نسلم انها سبب في الحال قبل الحنث ، لان الحنث لكونه شرطا
يمنع انعقاد السبب قبل وجوده ، واضافة الكفارة الى اليمين مجاز لانها على عرضة ان تصير سببا على تقدير الحنث ، وقد مر بيانه في الجرح
والجرح مفض الى الموت فكان اداء التكفير بعد الجرح قبل الموت ادا للسبب بعد سببه فصح فيتأخر اليمين بحال الجرح ، ولان التكفير بالمال
لحد نوعي الكفر فلا يصح قبل الحنث قياسا على النوع الاخر وهو الصوم **قوله** ثم لا يسترد من المسكين عطف على قوله لم يجزه ، يعني لا يسترد
المال من المسكين وان كان لا يقع عن الكفارة قبل الحنث لانها وقعت صدقة ولا استرداد فيها **قوله** ومن حلف على معصية مثل ان
لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه وهذا لفظ القدوري في مختصره ، والاصل فيه ما حدث البخاري
في الصحيح باسناده الى عبد الرحمن بن سمرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسأل الامارة فانك ان اعطيتها من غير مسالة
اعنت عليها وان اعطيتها عن مسالة وكلت اليها ، واذا حلفت على يمين فرايت غيرها خيرا منها فات الذي هو خير وكفر عن يمينك ، وفي رواية اخرى
في السنن فكفر عن يمينك وات الذي هو خير ، وحدث في الصحيح والسنن ايضا مسندا الى عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصيه فلا يعصه ، قال محمد بن الحسن في الاصل بلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
من حلف على يمين فراى غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر يمينه ، ومعنى قوله على غير اي على محلوف عليه وقد مر بيان المقسم عليه
في اول كتاب الايمان ، ثم المراد من قوله وليقتلن فلانا الا ان تكون اليمين موقتة بان قال لا تقتلن فلانا اليوم او غدا ، اما اذا كانت
مطلقة فالبر قائم ما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين كما هو الاصل في اليمين المطلقة المثبتة مثل قوله والله لاكلن هذا الرغيف او لم
لابن البصرة فلا يتصور التحنيث في الحال وانما يحنث في اخر جزء من اجزاء الحياة فيوصي بالكفارة حينئذ اذا هلك الحالف ويكفر عن يمينه اذا
هلك المحلوف عليه ، ثم التكفير بالمال قبل الحنث يجوز على رواية السنن كما ذهب اليه الشافعي رضي الله عنه ، ولكن عملنا وفاء بجواز رواية
الصحيح لكونها موافقة للقياس لانه لا يلزم تقديم المسبب على السبب على ما ذهب اليه الشافعي رضي الله عنه ، بخلاف ما ذهبنا اليه
وقد مر بيانه انفا **قوله** ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده ، اي لان في الدين

تكفيرها. اي يتأتى تحنيث النفس والتكفير بعد ذلك بفوت البر لكن الى جابر. والجابر هو الكفارة والفوات الى جابر كلا فوات فيكون المعصية
الحاصلة في تفويت البر كلا معصية لوجود الجابر. اما اذا اتى البر وهو ترك الصلاة وقطع الكلام عن الاب وقتل فلان فتبرح تحصل
المعصية بلا جابر لها فتكون المعصية ثابتة لا محالة. فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه. والضمير في ضده يرجع الى ما بينا قبله.
والمراد بالضد البر في اليمين **قوله** واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد اسلامه فلا حنث عليه اي لا كفارة عليه وهذه من
مسائل القدوري. وقال في الشامل وكذلك لو حلف ثم ارتد ثم اسلم فحنث لا يلزمه شيء. وقال في شرح الاقطع قال الشافعي رضي الله
عنه ينعقد يمينه فان حنث حال الكفر كفر بالعتق والكسوة والاطعام دون الصوم. وان حنث بعد اسلامه كفر بالصوم ان كان
معسرا لما روي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال قلت يا رسول الله اني نذرت في الجاهلية نذرا وقد جاء الله عز وجل بالاسلام
فقال اوف بنذرك. ولنا قوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر انهم لا ايمان لهم. وقد روينا قبل هذا عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى
الله عليه وسلم قال من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصيه فلا يعصه. وجه الاستدلال ان صيام الكافر وعتقه معصية
فلا يصح ذلك بموجب الحديث. وقال الله تعالى ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف. وقد قال عليه السلام الاسلام يجب ما قبله فلا حاجة الى الكفارة
مع غفران ما سلف. وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم اراد ان يتزوج امراة زيد بن حارثة فقالت اني عاهدت زوجي ان مات قبلي ان لا اتزوج
ابدا. وتعاهدني كذلك فقال صلى الله عليه وسلم ان كان ذلك في الجاهلية فانقضيه عنك. وان كان في حال الاسلام ففي بعهدك. وقوله
عليه السلام اوف بنذرك لم يكن على طريق الايجاب بل على الاستحباب لطيبة النفس به قبل ما نذرنا وعادينا. وذلك لان نذره في
الجاهلية كان معصية ولا نذر فيها. والذي كان يفعله بامر النبي صلى الله عليه وسلم كان طاعة فعلم انه امر لا على انه واجب. ولان انعقاد
اليمين لتعظيم الله عز وجل ومع الاعتقاد على الكفر لا يعظم الله عز وجل فلا ينعقد يمينه. ولان الكفارة فيها مدخل للصوم ان كان الحانث معسرا
بالاية والكافر لا يصح صومه لكونه عبادة فلا ينعقد يمينه. فان قلت لا نسلم حلف الكافر بالله في الدعاوى يعني فيجب ان يصح في غيرها قلنا
لا نسلم الملازمة لان يمينه في الدعاوى تقع على الماضي. وكلامنا في انعقاده يمينه فلم يصح الاستدلال بغير المنعقد. ولان الكافر يستعظم
اليمين كاذبا والحاكم يحتاج الى قطع الخصومة بذلك فصح ولا حاجة الى انعقاد يمينه فلا يصح **قوله** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر
محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين. وهذا لفظ القدوري في مختصره. وقال الشافعي رضي الله عنه لا كفارة عليه. واصل المسألة ان
تحريم المباح يمين عندنا خلافا للشافعي رضي الله عنه انه لو كان يمينا لجاز قلب المشروع فلا يجوز. ولنا قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل
الله لك نزلت الاية حين حرم النبي صلى الله عليه وسلم مارية او العسل على نفسه على اختلاف الروايتين والامانات. ثم قال تعالى قد فرض الله لكم تحلة
ايمانكم. فعلم ان تحريم المباح يمين ولان التحريم اذا اضيف الى الاعيان يوصف الاشياء به حقيقة لا مجازا على ما هو الفعل خلافا للمعتزلة وقد عرف
في الاصول فاذا كان اليمين حراما يفيد تحريم كل جزء كالخمر والميتة فيحنث بفعل قليله وكثيره وبعمل اليمين لكن ليس بترغيب مع القصد اثبات الحرمة
لذاته وعينه فتثبت الحرمة لغيره وهو صيانة حرمة اليمين اثبات موجب اليمين وهو الكفارة على تقدير الحنث. اكل بعضه لان الشرط اكل الجميع
وبه صرح الشيخ ابو نصر. ومعنى قوله حرم على نفسه بان قال حرام على مورد هذا او طعامي هذا او هذه ثيابي او كلام فلان علي حرام وما اشبه
ذلك. وقوله لم يصر محرما اي لم يصر ذلك الشيء المحلوف عليه حراما لعينه. وقوله استباحه اي فعل المحلوف عليه قليلا او كثيرا مفعول
به لقوله فعل **قوله** وهو المعنى من الاستباحة اي فعل ما حرمه وهو المراد من الاستباحة التي ذكرها القدوري **قوله** لان التحريم
يعني تحريم العين وهو دليل قوله اذا فعل ما حرمه قليلا او كثيرا حنث. وذلك لان تحريم العين اذا ثبت ثبت في كل جزء منه اي مما حرمه
فيحنث بالقليل والكثير **قوله** ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك وهذا لفظ القدوري وهو ظاهر
الرواية. قال الحاكم الشهيد واذا قال الرجل كل حل علي حرام سئل عن نيته فان نوى يمينا فهي يمين يكفرها ولا تدخل امراته في ذلك
الا ان ينويها فان نواها دخلت فيه. فاذا اكل او شرب او قرب امراته حنث وسقط عنه الايلاء. وان لم يكن له نية فهي يمين يكفرها
لا تدخل امراته فيها. فان نوى فيه الطلاق فالقول فيه كالقول في الحرام. اي يقع ما نوى. وان نوى الكذب فهو كذب. وفيه خلاف
زفر رحمه الله وهو انه يحنث كما فرغ عن يمينه لان كلمة كل اذا دخلت في النكرة يجب احاطة الافراد فيحنث عقيب يمينه. وذلك لان
موجب كلامه ان يكون كل حل علي حراما وقد باشر شيئا حرمه في التنفس وفتح العين. ولنا ان صيغة العام اذا لم يمكن اجراؤها على
عمومها يراد بها اخص الخصوص لتعين وهنا لا يمكن ذلك. لان الانسان لا يمكنه منع نفسه عن التنفس وفتح العين وذلك حلال فحملناه على
الحلال الاعم وهو ما يبتغي من المطعوم والمشروب **قوله** فانه يستعمل فيما يتناول عادة تعليل لقوله للعرف. يعني انما انصرف
قوله كل حل علي حرام الى الطعام والشراب لانه في عرف الناس يستعمل في ذلك **قوله** ولا يتناول المراة الا بالنية لاسقاط اعتبار
العموم وذلك لانه لا يمكن اجراء اللفظ على العموم وقد مر بيانه آنفا **قوله** واذا نواها كان ايلاء وذلك لان اليمين في الزوجات
ايلاء فان جامعها في المدة كفر عن يمينه وان لم يقربها حتى مضت مدة الايلاء بانت بايلاء ولكن مع ارادة الايلاء لا يصرف اليمين عن الطعام
والشراب حتى اذا اكل او شرب حنث كما اذا قرب **قوله** ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال
وعليه الفتوى اراد بهم مشايخ بلخ كابي الاسكاف وابي بكر بن ابي سعيد والفقيه ابي جعفر حيث قالوا يقع الطلاق وان لم ينو. قال
الفقيه ابو الليث رحمه الله وبه ناخذ لان العادة جرت فيما بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون به الطلاق. قال
في الفتاوى الصغرى اختلف المشايخ في قوله حلال الله علي حرام واختار الفقيه ابو الليث انه ينصرف الى الطلاق بلا نية للعرف. قال
بها ايضا في فتاوى النسفي حلال المسلمين علي حرام ينصرف الى الطلاق بلا نية للعرف **قوله** واختلفوا في قوله هرجه بردست راست
كيرم بروي حرام انه هل يشترط النية. اي اختلف المشايخ قال في خلاصة الفتاوى هرجه بدست راست كيرم بر من حرام لا يصدق

او نوى. ولو قال هرجه بدست راست كيرم فهو بمنزلة قوله. ولو قال هرجه بدست چپ كيرم في مجموع النوازل لا يكون طلاقا وان نوى
ولو قال هرجه بدست راست كيرم لا يكون طلاقا. لان العرف في قوله كيرم لا العرف في قوله كيرم. ولو قال هرجه بدست كيرم لم
يقل راست او چپ فهو بمنزلة قوله هرجه بدست راست كيرم **قوله** ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء به وهذا لفظ القدوري
في مختصره اراد بالمطلق ان يكون نذره مطلقا عن ذكر الشرط بان قال لله علي صوم سنة بدون التعليق بشيء. اعلم انه اذا جعل لله عليه
شيئا حجا او عمرة او صوما او صلاة او ما اشبه ذلك مما هو طاعة الله تعالى يلزمه الوفاء به لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه
الوفاء بما سمى. وكذلك اذا علق نذره بشرط فوجد الشرط يلزمه الوفاء بالنذر ولم تجز كفارة اليمين. وهذا ظاهر الرواية. قال فخر
الاسلام البزدوي اذا فعل الشرط وهو معسر كان له ان يصوم سنة او يكفر بصيام ثلاثة ايام عند محمد وهو مروي في النوادر عن ابي حنيفة
رضي الله عنه. فاما في ظاهر الرواية فيجب الوفاء به لا محالة. وجه الظاهر اطلاق الحديث. ووجه رواية النوادر ما روي في
السنن مسندا الى عقبة بن عامر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كفارة النذر كفارة اليمين. وروى عبد العزيز
قال الترمذي ان ابا حنيفة رضي الله عنه رجع الى هذا القول قبل موته بثلاثة ايام او بسبعة ايام. قال في الفتاوى الولوالجي ومشايخ
بلخ وبخارى يفتون بهذا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واختيار الشيخ الامام الاجل برهان الائمة وقال هذا اذا كان النذر معلقا
بشرط لا يريد كونه. اما اذا كان معلقا بشرط يريد كونه اما لجلب منفعة او لدفع مضرة بان قال ان شفى مريضي او رد الله علي غائبي او مات
عدوي فعلي صوم سنة فاذا وجد الشرط يلزمه الوفاء بما قال ولا يخرج عنه بالكفارة. فحمل الحديث الاول على شرط يريد كونه والاخر
على شرط لا يريد كونه جمعا بين الحديثين. وذلك لانه فيما لا يريد كونه وجد معنى اليمين وهو المنع. وظاهر لفظه نذر فكان مخيرا بين الوفا
بالنذر وكفارة اليمين توفيرا للجهتين حظهما. فجاز التخيير بين القليل والكثير لكون النذر واليمين مختلفين معنى لان النذر قربة مقصودة
واجبة لعينه واليمين قربة غير مقصودة لانه واجب لغيره وهو صيانة حرمة اسم الله تعالى. بخلاف ما اذا كان يريد كونه حيث لم يوجد
فيه معنى اليمين وهو المنع فلزمه الوفاء بالنذر. واشار كلامنا هنا على حيث ما اقتضاه بيان الهداية. ولنا فيه نظر لان فيما يريد
كون الشرط ان لم يوجد معنى المنع وهو احد الغرضين من اليمين يوجد الغرض الآخر وهو الحمل فينبغي ان يكون مخيرا **قوله** ولان المعلق
بالشرط كالمنجز عنده. اي عند وجود الشرط. فلو قال عند الشرط علي حجة او صوم سنة لا يخرج عنه بالكفارة. وكذا اذا علقه
قوله رجع عنه اي عن الوفاء بنفس النذر الى التخيير بينه وبين كفارة اليمين **قوله** قال ومن حلف على يمين فقال ان شاء
الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه. اي قال القدوري في مختصره. ومعنى قوله على يمين اي على مقسم عليه. قال الحاكم في مختصره
واذا حلف على يمين او نذر فقال ان شاء الله موصولا فليس عليه شيء بلغنا ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم
وكذا قال موسى صلوات الله ستجدني ان شاء الله صابرا ولا اعصي لك امرا ثم لم يصبر ولم يكن ذلك خلفا للوعد منه. ولو لم يقل ان شاء
الله كان خلفا. والتحقيق في الباب ان قوله ان شاء الله تعليق والتعليق عدم السبب قصدا الى وجود الشرط والحكم مما ينتفي السبب
فلذا الحكم معدوما على البقاء الاصلي. لان الشرط لا يعلم وجوده وقد استوفينا بيان ذلك في فصل باب طلاق المريض **قوله**
لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى. ومعنى قوله فقد بر في يمينه. ولفظ الحديث في السنن مسندا
الى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى. ومعنى قوله فقد بر في يمينه. اي لم يحنث
قوله الا انه لا بد من الاتصال استثناء من قوله فلا حنث عليه. يعني انما لا يحنث اذا كان الاستثناء متصلا بيمينه ان لا يقطع **قوله**
ان شاء الله عن يمينه بكلام او سكوت والفصل لانقطاع النفس لا يعتبر لعدم الاحتراز عنه. اما اذا كان الاستثناء منفصلا فلا
يمنع فعله الحنث لانه حينئذ يلزمه الرجوع عن اليمين ولا يصح الرجوع عنها. وروي عن ابن عباس صحة الاستثناء المنفصل وقد مر جوابه
في باب طلاق المريض والله اعلم بالصواب

باب اليمين في الدخول والسكنى

فلما كان انعقاد اليمين على فعل شيء او تركه شرع بذكر الافعال التي ينعقد عليها اليمين بابا بابا الا انه قدم هذا الباب على غيره لانه اهم
لان الانسان يحتاج الى مسكن يدخل فيه ويستقر ثم يترتب على ذلك سائر الافعال من الاكل والشرب واليه اشار الله تعالى بقوله
جعل لكم الارض فراشا والسماء بناء وانزل من السماء ماء فاخرج به من الثمرات رزقا لكم. ففي هذه الاية ذكر الرزق بعد جعل الارض فراشا
قوله ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث. وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك
لان هذه المواضع لا يدخل تحت اسم البيت في العادة لانه لم تبن للبيتوتة. والمعتبر في الايمان العادة دون ظاهر
الفاظ القرآن فلهذا لم يحنث بالدخول فيها. وان اطلق عليها اسم البيت في القرآن كقوله في الكعبة ان اول بيت وضع للناس. وكقوله في
بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه. وما ذكر بعضهم في شرحه منقولا عن الفوائد الظهيرية انه اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت
العنكبوت يحنث فذلك سهو لكونه مخالفا للاصل الذي ذكرنا. ولكونه مخالفا للرواية. الا ترى ان الشيخ ابا نصر قال وان حلف لا يهدم
بيتا فهدم بيت العنكبوت لم يحنث. وان سماه الله بيتا وذكر في مسألة لا يأكل لحما فاكل السمك لم يحنث. ثم البيعة معبد النصارى والكنيسة
لليهود. وقال العيني في تفسير لهدمت صوامع وبيع للنصارى وصلوات يريد وبيعت وصلوات يعني كنائس اليهود ومساجد للمسلمين
ونقل في خلاصة الفتاوى عن الاصل لو حلف لا يسكن بيتا ولا نية له فسكن بيتا من شعر وفسطاط او خيمة لا يحنث ان كان الحالف من اهل المصر
وان كان من اهل البادية يحنث **قوله** وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار. اي لا يحنث في يمينه لا يدخل بيتا اذا دخل دهليزا او ظلة
باب الدار. لان البيت ما اعد للبيتوتة وهما لم يعدا لها. واليه اشار بقوله لما ذكرنا وهذا هو ظاهر الرواية. وعلل في شرح الطحاوي
بقوله لان هذه المواضع لا تسمى بيتا على الاطلاق. وقال في التحفة ولو دخل دهليز الدار يحنث لانه في الداخل وقيل ما قال صاحب

صاحب الهداية بقوله وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى وهو مسقف يحنث لانه بات في الدهليز المسقف بماده • وقال في التحفة
ايضا ان قام على اسكفة الباب ان كان الباب اذا اغلق كانت الاسكفة خارجة منه لم يحنث • وان بيت في داخل الدار حنث والظلة
فالظلة فوق الباب خارج الدار قوله وان دخل صفة حنث اي في يمينه لا يدخل بيتا • وذلك لانه يبات فيه في بعض فصول السنة • قال
الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي هذا اذا كان الحالف في بلادهم لان لصفافهم ابوابا كابواب البيوت • واما في بلادنا فلا يحنث
لان صفافنا غير مبوبة واليه ذهب صاحب الفقه • قال صاحب الهداية قيل الجواب يجري على اطلاقه • يعني يحنث اي صفة دخلها الصحيحة
المسوية بها واليه ذهب في الهداية • قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير ذكر من ابي خازم قاضي بغداد قال هذه
المسألة كانت مشكلة حتى انتهيت الى الكوفة فرايت صفافهم مبوبة فعلمت ان الاعمال وضعها على صفافهم • وقال ابو بكر الرازي في شرحه
لمختصر الطحاوي وانما قال اصحابنا ذلك على حسب عادتهم كانت بالكوفة حينئذ وهم يسمون بيتا في جوفه بيت اخر صفة • فاما اسم
الصفة ببغداد لا يتناول البيت ولا اسم البيت يتناول الصفة قوله صفافهم اي صفاف اهل الكوفة وبه صرح في التحفة قوله
ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث • ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث وهذه من
مسائل القدوري رحمه الله • وقال الشافعي رضي الله عنه لا يحنث في الوجهين • وهذا لان الدار اسم لقطعة ارض ضربت لها الحدود
وخطط لها دائرة وبني بعضها دون البعض ليجمع بها مرافق الصحراء للاسترواح ومرافق الابنية للاستكنان وغير ذلك سواء كانت
الابنية بالماء والتراب او بالخيام والقباب لكن البناء صفة فيها بدليل قولهم دار عامرة ودار غامرة والاصل هو الصحراء لكونها هي المقصودة
فلما كان البناء وصفا قلنا ان الوصف في الحاضر لغو الا اذا كانت الصفة داعية الى اليمين • وفي الغائب معتبر لانه يفيد التعريف
كما اذا قال لا اكلم هذا الشاب فكلمه بعدما شاخ حنث • بخلاف قوله شابا حيث لا يحنث بكلامه بعدما شاخ فلهذا لم يحنث اذا قال
دارا اذا دخلها بعد الخراب • بخلاف ما اذا قال هذه الدار حنث بالدخول بعد الخراب • وهذا بخلاف البيت لان البناء اصل فيه اذ به
صار محل البيتوتة فلم يحنث بالدخول بعد الانهدام سواء كان معرفا او منكرا • فان قلت البناء لا يخلو من احد الامرين اما ان كان داخلا
في مسمى الدار او لا فعلى التقديرين لا يفترق الحال التعريف والتنكير لانه ان كان داخلا ينبغي ان يكون مرادا في المعرف ايضا فلا
يحنث بدخول الصحراء • وان لم يكن داخلا لا يكون مرادا في المنكر ايضا فيحنث بدخول الصحراء • قلت هذه مغالطة وذلك لان الوصف
لا يعتبر في الحاضر لان الاشارة ابلغ في التعريف فلا يكون داخلا في المسمى وفي الغائب معتبر لان المعرفة تحصل به فكان داخلا في المسمى
قوله وقد شهدت اشعار العرب بذلك اي بان الدار اسم للعرصة قال زهير • وقفت بها من بعد عشرين حجة • فلايا عرفت
الدار بعد توهم ولاي الجهد والمشقة تقول وقفت بالدار او في بعد مضي عشرين سنة من بينها وعرفت دارها بعد التوهم بمقاساة
جهد ومعاناة مشقة • وقال الوليد • عفت الديار محلها فمقامها بمنى تابد غولها فرجامها • اي عفت ديار الاحباب ما كان منها للحلول
دون الاقامة وما كان منها للاقامة وهما موضع بمنى صرية عن سائر الحرم وتابد توحش والغول والرجام جبلان معروفان • وقال النابغة
يا دارمية بالعلياء فالسند • اقوت وطال عليها سالف الامد واقوت اي اقفرت والسند اسم جبل • وقال حسان • لمن دار الالوف
اضحت خلاء بعدما كان عليها في نشاط • والنشاط شرة من الغبي وهذه الابيات كما ترى دلت على ان الدار تسمى دارا بعد ارتحال اهلها
منها • وآثارها دروس رسومها واطلالها وفي هذا الباب كثير لا يمكن احصاؤها • وقد اورد الفقيه ابو الليث رحمه الله
في شرح الجامع الصغير والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فيما يصلح لضبط الفقهاء الدار دار وان زالت حوائطها • والبيت ليس بيت
بعد تهدم • ولكن لا يصلح للاحتجاج به لان قائله ليس بمعلوم وانشاده لكل احد غير عسير قوله ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت
ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث • اي بنيت دارا اخرى • وذلك لان الدار لا يزول عنها اسم الدار بعد الخراب على ما مر بيانه • فلما كان الامر
كذلك حنث بالدخول بعد بنائها دارا اخرى لانها لم تتبدل باعتبار اصله وانما تبدل الوصف وذلك لا يعتبر في الحاضر قوله
وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث وكذا اذا غلبت عليها دجلة او الفرات فصارت نهرا او بحرا فدخلها
لا يحنث كذا ذكر الشيخ ابو المعين النسفي رحمه الله في شرح الجامع الكبير • وذلك لانها لا تبقى دارا في هذه الاحوال والصور لما اعتبر
في ذاتها التي ادير عليها الخط وميز ما سواها ولارتفاع مرافقها وانقطاع منافعها الكلية • ولانها تبدل اصلها لانها تبدل اسمها وذلك
لان الاعيان الموجودة تعرف باسمائها فلما تبدل الاسم كان ذلك بمنزلة تبدل العين فلم يحنث وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه يعني
في يمينه لا يدخل هذه الدار اذا خربت فبنيت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا ثم انهدم هذه الاشياء فدخل العرصة لا يحنث لان علة ثبوت
اسم الدار زالت بالكلية باعتراض هذه الاشياء فانهدامها لا يعود اسم الدار فلم تصر الصحراء عين تلك الدار • وكذلك لو بنيت دارا مرة اخرى
بعد انهدام هذه الاشياء فدخلها لم يحنث لانها غير تلك الدار التي منع نفسه عن الدخول فيها • وبه صرح الشيخ ابو المعين النسفي وغيره في شرح
الجامع قوله لا يعود اسم الدار بالياء المثناة المنقوطة بنقطتين تحتانيتين بعدها قاف بعدها تاء كذا السماع قوله وان حلف لا يدخل
هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث وهذا لفظ القدوري رحمه الله وهذه من المسائل المعادة في الجامع الصغير وذلك
لان اسم البيت قد زال بالانهدام لان العلة استحقاق الاسم وهو البناء الذي سار فيه وليس هذا كالدار لان الدار تسمى دارا ولا بناء فيها ولا
يسمى البيت بيتا وهو الصحراء • وكذا اذا بني بيتا اخر فدخله لا يحنث لانه صار بيتا جديدا كذا ذكر في شروح الجامع الصغير • اما اذا رفع
سقف البيت وبقيت حيطانه فدخله يحنث • وذلك لان السقف صفة الكمال في البيت لصحة البيتوتة بغير السقف فلم يصير فوات الوصف
كالبناء في الدار قوله ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث وهذا لفظ القدوري وذكر في الشامل في قسم المبسوط حلف لا يدخل
دار فلان فقام على حائطها او سطحها حنث • وقال في شرح الاقطع قال الشافعي رضي الله عنه لا يحنث • فان السطح من الدار لان الدار

الدار عبارة عما خالطت به الدائرة وهذا حاصل في علو الدار وسفلها ولانه يصح اقتداء الذي على سطح المسجد بمن فيه ولا يفسد اعتكاف المعتكف بالصعود
الى سطح المسجد • ولو حلف لا يخرج من هذه فصعد سطحها لم يحنث ولو لم يكن السطح محسوبا بالداخل يحنث بالمصير اليه لحصول الخروج قوله وقيل
في عرفنا لا يحنث اي بالوقوف على سطح الدار • وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله في النوازل ان كان الحالف من بلاد العجم فانه لا يحنث في هذا
كانه لم يدخل الدار • لان الناس لا يعرفون ذلك دخولا في الدار قوله قال وكذا اذا دخل دهليزها يحنث • اي قال القدوري
قوله ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم • يعني اذا اغلق الباب بقي وهو مسقف قوله وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق
الباب كان خارجا لم يحنث • وهذا لفظ القدوري في الطاق فانما ان يمينه لا يدخل هذه الدار لان الباب لاحراز ما في الدار فلما كان
الطاق خارجا لم يكن من الدار • ولو كان الرجل داخلا في الدار فحلف ان لا يخرج منها فقام في مقام يكون الباب بينه وبين الدار اذا اغلق
الا خرج كذا نص الحاكم قوله ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل • وهذا لفظ القدوري في مختصره
وهذا استحسان والقياس ان يحنث • وقال الشيخ ابو نصر قال الشافعي رضي الله عنه في بعض كتبه يحنث والتزم بعض اصحابه اذا قال لا اخرج
وهو خارج انه يحنث لان الدوام على الفعل له حكم ابتداء الفعل • كما اذا حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه او لا يركب هذه الدابة وهو راكبها
فدام على ذلك يحنث • ولنا ان دخول الدار عبارة عن الانتقال من خارجها الى داخلها وخروجها بالعكس • والمكث في الداخل والخارج ليس
انتقالا فلا يكون دخولا ولا خروجا فلا يحنث • ولان الدخول او الخروج لا يوصف بالامتداد • ولا يصح ان يقال دخلت يوما
او خرجت يوما فلا يثبت الدوام بخلاف اللبس والركوب حيث يصح وصفهما بالامتداد فيقدر المقادير قوله ولو حلف لا يلبس هذا الثوب
وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث • وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته • وهذا لفظ القدوري وكذا
اذا حلف لا يسكن هذه الدار فاخذ في النقلة من ساعته لم يحنث • وهذا قول اصحابنا رحمهم الله • وقال زفر رحمه الله يحنث وهو القياس
وان لبث ساعة يحنث بالاتفاق • وجه قوله ان الركوب او اللبس او السكنى قد وجد بعد اليمين وهو شرط الحنث وشرط الحنث يستوي
فيه القليل والكثير • ولنا ان غرض الحالف من اليمين البر لا الحنث ولا يمكن البر الا ان يكون زمانا للنزع والنزول والنقلة فيستثنى من
اليمين • وذلك لانه ليس في وسع البر الامتناع عن ذلك القدر فيكون مستثنى بحالة دلالة • وان لم يستثن افصاحا • بخلاف
ما اذا لبث ساعة ثم اخذ في النزع والنزول والنقلة حيث يحنث لان هذه الافعال اعني اللبس والركوب والسكنى لها دوام يتجدد امثالها
بدليل صحة ضرب المدة بان يقال لبست يوما وركبت يوما وسكنت يوما فكان للدوام حكم الابتداء يحنث الا ان يعني الابتداء فيصدق الحالف
لانه لا يحنث باللبث قوله ان اليمين تعقد للبر لا يقال لا نسلم ان انعقاد اليمين للبر • الا ترى ان الحلف على مس السماء ينعقد والبر فيه
لا يتصور لانا نقول لا نسلم ان انعقاد اليمين للبر فيها الا ترى ان الحلف على مس السماء للامكان لكن للعجز الظاهر انتقل الحكم الى الحلف وهو الكفارة
قوله فيستثنى منه زمان تحقيقه الضمير في منه راجع الى اليمين على تاويل الحلف وفي تحقيقه راجع الى البر قوله بعدما نقصد بقيه
لا يحنث قدر بيانه قوله ومن حلف لا يسكن هذه فخرج هو ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث وهذه من مسائل الجامع
الصغير والقدوري قال الشيخ ابو نصر البغدادي • قال الشافعي رضي الله عنه لا يحنث وجملتها على ثلاثة اوجه اما ان كانت المسألة في
السواد في القرية او الدار ففي الدار يحنث اذا لم ينقل الاهل والمتاع بدلالة العرف فان الرجل عامة نهاره في السوق ومع هذا يقال
فلان يسكن دار كذا في سكة كذا • قال في خلاصة الفتاوي والسكة والمحلة بمنزلة الدار • اما اذا قال لا اسكن هذا المصر او هذا البلد
فانتقل الى مصر اخر بنفسه ولم ينقل الاهل والمتاع لا يحنث في يمينه لانه لا يعد ساكنا في المصر الذي انتقل عنه عرفا • وان لم ينقل الاهل
والمتاع كذا نقل الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير عن الامالي عن ابي يوسف رحمه الله • واما في القرية اختلف المشايخ
رحمهم الله فيها بعضهم على المصر هو الصحيح وهو اختيار الشيخ الاجل الامام برهان الدين ولد الصدر الشهيد رحمهما الله • وحملها بعضهم
على الدار • قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في النوازل • وهذا اذا كانت اليمين بالعربية فاذا كانت بالفارسية فانه لا يحنث في الاحوال
كلها اذا خرج عزيمة ان لا يعود • وقال ايضا هذا اذا كان الحالف حرا بالغا • واما اذا حلف رجل هو ساكن في عيال غيره او حلفت
امراة لا تسكن في هذه الدار فخرج بنفسه وترك متاعه فيه قال لا يحنث لان السكنى لا تنسب اليه • اما اذا كان الرجل قواما على امراته
وعلى عياله فالسكنى منسوب اليه فاذا خرج وترك متاعه فيها فانه يحنث الا ان ياخذ في النقلة من ساعته • ثم اختلفوا في كيفية النقل
قال ابو حنيفة يشترط نقل الكل حتى لو بقي وتد يحنث في يمينه • لان السكنى كانت ثابتة بالكل فلا ينتقض ما بقي شيء • ونقل صاحب
الاجناس من نوادر ابي يوسف رحمه الله رواية عن ابن الحمد • وان ترك فيها ابرة او مسلة حنث • وقال ابو يوسف يشترط نقل الاكثر
لان اذا نقل الاكثر لا يبقى ساكنا لان في نقل الكل تعذر • وقال محمد رحمه الله يشترط نقل ما يقوم به كذا حدا حدا لان غيره لا يعد من
السكنى • قالوا في شروح الجامع الصغير هذا احسن • والفقيه ابو الليث رحمه الله اخذ في شرح الجامع الصغير بقول ابي حنيفة ولا خلاف
ان الاهل يشترط نقل كلهم • ثم انه اذا انتقل الى منزل اخر بلا تاخير لا يحنث • قال العتابي في شرح الجامع الصغير • فان لم يمكن النقل
من ساعته فان كان ليلا لا يحنث لانه قدر ما لم يكن الامتناع عنه مستثنى عن اليمين • وقال في خلاصة الفتاوي لو تحقق العذر بالغلق
وغيره فهو معذور • ونقل في الاجناس عن الاصل وان اخذ في الاهبة للخروج فشغله عن النقلة بطلب الدابة او من يحمل متاعه لا
يحنث • قال في الفتاوي الولوالجي ولو خرج في طلب منزل من ساعته وخلف متاعه لم يحنث لان الطلب من عمل النقل • ولو اخذ في النقل
شيئا فشيئا فان كانت النقلات لم تفتر لم يحنث لانه في النقل فان كان يمكنه ان يستاجر من ينقل متاعه في يوم فلم يفعل ذلك ولا يلزمه
النقل باسرع الوجوه لم يزد على ما يسمى نقلا في العرف • وان انتقل الى السكة او المسجد قالوا يحنث واستدلوا بما ذكر في الزيادات في كوفي
نقل اهله ومتاعه الى مكة ليستوطنها فلما دخلها بدا له ان يعود الى خراسان فمر بالكوفة قال يصلي بها ركعتين لان وطنه

انقطع • وان بدا له قبل ان يدخلها فانه اذا امر الكوفة ملحقا ارتباط لانه لما لم يتخذ وطنا بقي وطنه بالكوفة فكذلك ههنا لما لم يتخذ
وطنا اخر بقي وطنه الاول • ونقل في خلاصة الفتاوى عن النوازل لو حلف لا يسكن هذه الدار فوجد باب الدار مغلقا يحنث لانه يمكنه التح
فلم يمكنه الخروج يحنث هذا جواب النوازل • وقد قيل ولو قيد الحالف فلم يمكنه الخروج لا يحنث قولا واحدا • وعن ابي يوسف رحمه
الله لو قال الرجل لامرأته ان سكنت هذه الدار فانت طالق وباب الدار مغلق والدار حافظ بني عهد وده حتى يفتح الباب وليس عليها ان تتسور
الحائط • قال الفقيه ابو الليث رحمه الله وبه ناخذ • قال الصدر الشهيد في الفتاوي فرق بين هذا وبين ما لو قال ان لم اخرج من هذا
المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج فانه يحنث • وفي فتاوي قاضي خان ولو قال ان لم اخرج من هذه الدار اليوم فامرأته
طالق فقيد الحالف ومنع من الخروج اياما • قال الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل يحنث الحالف وهو الصحيح • بخلاف ما اذا حلف لا يسكن هذه الدار
فقيد ومنع من الخروج فانه لا يحنث • والفرق ان في قوله ان لم اخرج شرط الحنث عدم الخروج وقد تحقق • واما في مسألة السكنى فشرط
الحنث وانه فعل • والفعل اذا كان مكرها في فعل لا يضاف الفعل اليه هذا كله من الخلاصة قوله ثم قال ابو حنيفة رضي الله عنه
عطف على قوله حنث بعد قوله ولم يرد الرجوع اليها

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب

ذكر باب الخروج بعد باب الدخول تحقيقا للمقابلة • وذكر الاتيان والركوب
في هذا الباب لانهما متواردان بعد الخروج فناسب ذكرهما عند ذكره قوله قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه
حنث ولفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل حلف ان لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه
من المسجد قال يحنث • وان اخرج مجبرا مكرها لم يحنث • وقيد المسجد اتفاقي لان الحكم في البيت والدار كذلك او بسبب عدم الخروج
الى المسجد بناء على غالب حال المسلم • لانه في الغالب يكون ملازما له ولا يخرج منه • وانما حنث في صورة الامر لان فعل المامور
اضيف الى الامر فصار كانه فعل الامر كما لو ركب دابة فخرج راكبا بخلاف ما اذا اخرج مكرها حيث لا يحنث لانه اخرج ولم يخرج
فلم يوجد شرط الحنث • اما اذا حمل فرضي به بقلبه ولم يامره فجوابه لم يذكر في الجامع الصغير • قال في شرح الطحاوي اختلف المشايخ فيه
قال بعضهم يحنث كما اذا اخرج طايعا لانه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالامر بالاخراج • وقال بعضهم لا يحنث لانه لم يوجد
نقل الفعل اليه • وبهذا كان يقول الفقيه ابو جعفر • وهكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله في الامالي • وقال فخر الاسلام البزدوي
رحمه الله في شرح الجامع الصغير • اشار في الاصل الى انه لا يحنث حتى يامره لان حاجتنا الى اثبات الفعل والرضا لا يثبت النقل • وانما ينتقل
اليه بالامر • قالوا صورة المسألة في الاكراه ان يخرج محمولا • اما اذا خرج هو بنفسه خوفا من التهديد حنث لوجود الفعل منه كما اذا حلف
لا ياكل هذا الطعام فاكل مكرها حنث • وان اوجر في حلقه او صب مكرها وقد حلف ان لا يشربه لم يحنث • ثم في صورة الحمل مكرها
لا يحنث بالاتفاق ولكن هل تنحل اليمين ام لا فقد اختلف المشايخ فيه • قال بعضهم تنحل وعليه السيد ابو شجاع فانه سئل فيما سمعنا
من الايمة الحلواني عن هذا فقال تنحل اليمين • وقال بعضهم لا تنحل وهو الصحيح كذا قال التمرتاشي وغيره قوله في الصحيح اي في
القول الصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ وقد مر ذكره قوله ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة
اخرى لم يحنث • وهذه من المسائل المعادة في الجامع الصغير وذلك لانه وقت الخروج الى الجنازة لم يحنث لانه خروج مستثنى من اليمين وبعد
ذلك لم يوجد منه خروج اخر لاتيانه الى حاجة اخرى لان الخروج انفصال من الداخل الى الخارج والانفصال لا يمتد فلا يحنث
فلم يوجد منه خروج اخر لحاجة اخرى قوله لان الموجود اي الخروج الموجود بعد ذلك • اي بعد الخروج المستثنى قوله
ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث • ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يقول
اذا خرجت الى مكة فعبدي حر فخرج من مصره على قصد مكة فهذا لا يحنث الا ان يدخل مكة وهي من الخواص فيها ثلاث مسائل الخروج والاتيان
والذهاب • اما في الخروج فانه يحنث بمجرد الانفصال من مصره على قصد مكة • لان الخروج عبارة عن الانفصال لا عن الوصول فاذا
وجد الخروج فقد تحقق شرط الحنث فحنث • الا ترى الى قوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت • وانما المراد
منه الذي ادركه الموت قبل الوصول • واما الاتيان فانه لا يحنث ما لم ياته الى مكة • فان الاتيان عبارة عن الوصول • قال تعالى
فأتياه فقولا انا رسولا • واما الذهاب لم يذكر جوابه في الجامع الصغير • وقد اختلف المشايخ فيه • وقال بعضهم انه بمنزلة الاتيان وهو قول نصير بن
يحيى • وقال بعضهم بمنزلة الخروج وهو قول محمد بن مسلمة • وقد استعمل الذهاب في الامرين جميعا • قال الله تعالى اذهبا الى فرعون انه طغى فقولا
له وهو بمعنى الاتيان • وقال تعالى فاذهبا باياتنا انا معكم مستمعون وذلك بمعنى الاتيان لانه ما خاطبهما الا احتمل الامرين وجب ان ينوي فيه
فان لم ينو قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله والاشبه عندنا ان يحمل على معنى الخروج • قال تعالى انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت
اي ليزيله فلما كان الاذهاب الازالة كان الذهاب الزوال والانفصال والله الموفق قوله وان حلف ليأتين البصرة فلم ياتها حتى
مات حنث في اخر جزء من اجزاء حياته • وهذا لفظ القدوري في مختصره واصل هذا ان الحالف في اليمين المطلقة لا يحنث ما دام الحالف
والمحلوف عليه قائمين لتصور البر • فاذا مات احدهما فحينئذ يحنث لفوات البر • وهنا في مسألتنا اليمين مطلقة عن الوقت ما دام
الحالف حيا يرجى وجود البر وهو الاتيان فلا يحنث فاذا مات فقد تقرر اشتراط البر وتحقق شرط الحنث وهو ترك الاتيان فيحنث
في اخر جزء من اجزاء حياته • بخلاف اليمين المؤقتة مثل ان يقول ان لم ادخل هذه الدار اليوم فعبدي حر فان اليمين تتعلق باخر الوقت حتى
اذا مات الحالف قبل خروج الوقت ولم يدخل الدار لم يحنث • اما اذا فات الوقت قبل دخوله وهو حي يحنث ويعتق العبد قوله
قبل ذلك • اي قبل الوقت قوله ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة • وهذا لفظ
القدوري في مختصره • وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل يقول امرأتي طالق ان لم اتك

غدا ان استطعت قال هذا على مرض يمنعه او سلطان او شبه ذلك • فان نوى به استطاعة القضاء السماوي فيما بينه وبين الله • وزاد
في بعض النسخ انه يدين في القضا • اعلم اولا ان الاستطاعة على قسمين احدهما استطاعة الحال والمراد بها سلامة الالات وصحة الاسباب
والثاني استطاعة الفعل والمراد بها القدرة التي يحصل بها الفعل ولا يسبق الفعل وهو عرض يخلقه الله تعالى لتنفيذ الفعل عن ارادة المختار •
وعندنا هي مع الفعل معا وهي علة للفعل • وزعمت المعتزلة انها سابقة على الفعل واليه ذهب اكثر الكرامية ويرد ذلك
والدليل على انقسامها الى قسمين قول الله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا • والمراد منها سلامة الالات وصحة الاسباب
لانه لا يتصور وجود القدرة التي بها يحصل صوم شهرين قبل الشروع فيه فعلم ان المراد منها استطاعة الحال • وكذا قوله تعالى
وسيحلفون بالله لو استطعنا لخرجنا معكم يهلكون انفسهم والله يعلم انهم لكاذبون • والمراد منها استطاعة الحال لانه تعالى عير اهل النفاق
بترك الاستطاعة على فعل الجهاد وكذبهم لانه كان لهم سلامة الالات وصحة الاسباب • فلو كان المراد استطاعة الفعل لم يكذبهم
لانها لا توجد قبل فعل الجهاد وقد كانوا صادقين • وكذا قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا المراد منها استطاعة الالات وكذا
قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا • وقد فسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الاستطاعة بالزاد والراحلة • وهذه
الاية دلت على وجود استطاعة الحال • واما استطاعة الفعل فقد دل على وجودها قوله تعالى ما كانوا يستطيعون السمع • وقول صاحب
موسى عليه السلام قال انك لن تستطيع معي صبرا • وقوله الم اقل انك لن تستطيع معي صبرا • وذلك لان الانسان انما يذم ويلام اذا امتنع منه
مع وجود سلامة الالات وصحة الاسباب تسمية قدرة الفعل باشتغاله بغير ما امر به ولا يلام على عدم الالات لان الذي يجود فلما عرفت
هذا فانما ذكر في هذه يراد بها استطاعة الحال وهي سلامة الالات وصحة الاسباب حتى اذا امتنع من الاتيان لعذر مرض او منع سلطان
لا يحنث لانه غير مستطيع • واذا امتنع بلا عذر يحنث لانه مستطيع وهذا لان الغالب في كلام الناس هذه الاستطاعة لا استطاعة
الفعل فيحمل المطلق على المتعارف • اما اذا نوى استطاعة الفعل يصدق ديانة لانه ما يطلق عليه اسم الاستطاعة بالنصوص حتى اذا امتنع
من الاتيان بعذر او بغير عذر لا يحنث في يمينه لان الاستطاعة لم توجد لانها لا تسبق الفعل يصدق وقضى فيه اختلاف الرواية • قال
الشيخ ابو النصر قال الطحاوي يصدق في القضا • وقال الشيخ ابو بكر الرازي يجب ان لا يصدق في القضا لانه صرف الكلام عن ظاهره وفيه
تخفيف • وقوله من السما قال فخر الاسلام انما يراد به علو شانه لا الاشارة الى المكان • وقول القدوري رحمه الله هذا على استطاعة
الصحة دون القدرة • وقد اراد بالاول استطاعة الحال وبالثاني استطاعة الفعل لما فيه نظرا الى المفهوم من قوله دون
القدرة دون استطاعة القدرة فكانه قال دون قدرة القدرة • لان الاستطاعة والقدرة من الالفاظ المترادفة وهي عبارة
ركيكة • ولو قال دون الفعل مكان دون القدرة كان اولى فلعله سهو من الكاتب صحف الفعل بالقدرة وليست القدرة مكانه وهذا
لان استطاعة الفعل والقدرة من الالفاظ المترادفة التي هي استطاعة القضا والقدرة لان الله تعالى اذا قضى وجود الفعل من العبد خلق
قدرة مقارنة مع الفعل فثبت استطاعة القضا والقدرة قوله فعند الاطلاق ينصرف اليه • اي عند اطلاق الاستطاعة هو
ينصرف اسم الاستطاعة الى المتعارف وهو استطاعة الالات قوله ويصح نية الاول اراد به استطاعة الفعل قوله لما بينا هو
اشارة الى قوله لانه حقيقة كلامه قوله ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه
حنث ولا بد من الاذن في كل خروج • وهذا لفظ القدوري في مختصره • وقال الشافعي رضي الله عنه لا يحنث • قال الحاكم الشهيد
رحمه الله في امرأته الطلاق ان لا تخرج من الدار حتى ياذن لها او الا ان ياذن لها فخرجت مرة باذنه ومرة بغير اذنه لم يحنث • وان قال
الا باذني حنث وان كان نوى اذنا مرة لم يحنث هذا لفظه رحمه الله • اعلم ان ههنا ثلاثة الفاظ احدها ان يذكر حرف الباء مثل ان يقول
الا باذني او برضاي او بامري او بغير اذني او بغير رضاي • والثاني ان يذكر كلمة حتى بان يقول حتى اذن لك او حتى ارضى • والثالث
ان يذكر كلمة الا مثل قوله الا ان اذن لك او الا ان ارضى ففي الاول وهو قوله ان خرجت الا باذني فانت طالق يشترط الاذن في كل مرة • حتى
لو خرجت مرة بالاذن ثم خرجت بعد ذلك بغير الاذن يقع عليها الطلاق • وذلك لان الباء للالصاق فيقتضي ملصقا به فيكون تقدير قوله الا
باذني الا خروجا ملصقا باذني فيكون الخروج المطلق بالاذن مستثنى عن اليمين فلا يكون داخلا تحت اليمين • فاذا وجد الخروج الماذون
لم يحنث • اما اذا خرجت بعد ذلك بغير اذن يحنث لانه ليس بمستثنى واليمين باقية لانه نهاها عن الخروج عاما لوقوع النكرة في موضع النفي ثم
اذا اراد الزوج ان لا يحنث بخروجها كل مرة فالحيلة فيه ان يقول كلما شئت الخروج فقد اذنت لك او كلما خرجت فقد اذنت • فان نهاها
بعد الاذن العام يعمل نهيه عند محمد رحمه الله ويبطل اذنه حتى لو خرجت بغير اذنه بعد يحنث لان الاذن مرة يرتفع بالنهي فكذا الاذن في
كل مرة ثم نهي بالنهي • وعند ابي يوسف رحمه الله لا يعمل نهيه لان بعد الاذن العام لا يتصور الحنث فلا يبقى اليمين فلا يفيد النهي وفي
الثاني قوله حتى اذن لك تنتهي اليمين بالاذن مرة حتى اذا اذن لها بالخروج فخرجت ثم نهاها فخرجت بدون الاذن لا يحنث • وذلك
لان كلمة حتى للغاية • كقوله تعالى حتى مطلع الفجر يعني الى مطلع الفجر فيكون تقدير كلامه حتى اذن لك باضمار ان اي الى ان اذن • يعني الى
فاذا كان كذلك كان اذن الزوج غاية لحظر الزوجة عن الخروج والمصروف له الغاية ينتهي عند وجود الغاية • وهنا الغاية الاذن
فانتهت اليمين فلا يبقى الخروج بعد ذلك محظورا • وفي الثالث وهو قوله الا ان اذن لك يسقط اليمين بالاذن مرة كما في حتى اذن لك
قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير قال الفراء الجواب فيه كالجواب في قوله الا باذني • وجه قوله الا ان كلمة الا استثنا
فلا بد من المستثنى والمستثنى منه وان مع المضارع في تأويل المصدر فيكون تقدير الكلام ان خرجت خروجا الا خروجا اذني وذلك لبعض
مستقيم فلا بد من ادراج الباء ليصح الكلام واسقاط الباء ثبوتها في التقدير جائز كما روي عن رؤبة انه قيل له كيف اصبحت قال خير اي بخير
قال الله تعالى ويريد الله • الا ترى الى قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم • اي بالاذن لكم ولهذا كان يحتاج فيه الى

الاذن في كل مرة فكذا فيما نحن فيه • ولما ان هذا الكلام لما لم يكن صحيحا بنفسه ما صح الى تصحيحه جعل الا بمعنى الى فكانه قال حتى
اذن فاذا اذن فيصير الاذن غاية يرتفع بها اليمين • وهذا لان كلمة الاستثناء والمستثنى منه ينتهي عند كلمة الاستثناء وعند المستثنى تنتهي
الا في معنى الغاية فاقيمت مقام كلمة الغاية لتصحيح الكلام كقوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم • اي الى ان
تقطع قلوبهم • اي الى وقت تقطع قلوبهم وهو حالة الموت وهذا اولى مما قال الفراء • لانا نجعل الكلمة مقام كلمة اخرى لوجود معناها فيها وهو
تغير والتغيير تصرف في الوصف بالتغيير ادون من اثبات الاصل • وفي قوله الا ان يؤذن لكم انما اشترط الاذن في كل مرة لا بمقتضى
اللفظ بل لمعنى اخر وهو ان دخول ملك الغير بلا اذن حرام • الا ترى الى قوله تعالى في اخر الاية ان ذلكم كان يؤذي النبي ومعنى الايذاء
موجود في كل ساعة فشرط الاذن في كل مرة • قال الحاكم في مختصره الكافي وان حلف لا يخرج الا باذنه فان لها ان خرجت لم يسمع لم يكن اذنا
في قول ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف هذا اذن لانه لا فصل بين اذن مسموع وغير مسموع • ولهما ان الاذن انما سمي اذنا لكونه
معلما او لوقوعه في الاذن فلم يوجد **قوله** وما وراه • اي وما وراء خروج مقرون بالاذن في الحظر اي في المنع **قوله** ولو
نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر • وهذا الذي ذكره صاحب الهداية لا يصدق قضاء
على رواية هشام عن ابي يوسف رحمه الله كذا ذكر صاحب الاجناس عن ايمان الاصل • ولهذا الحاكم في الدراية حيث قال وان
نوى اذنا مرة لم يحنث • وكذا قال صاحب الشامل في قسم المبسوط • ولو نوى في قوله الا باذني الاذن مرة يصدق لانه يحتمله
اذ ليس في اللفظ ما ينفي التكرار **قوله** لا دخل اي الا **قوله** به اي بالاذن مرة **قوله** ولو ارادت المراة الخروج فقال
ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وهذه من الخواص الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي
الله عنه في المراة تذهب لتخرج فيقول لها زوجها ان خرجت فانت طالق ثلاثا فتقعد فتجلس ثم تخرج بعد ساعة قال لا تطلق • وكذلك
الرجل يريد يضرب عبده فيذهب ليضربه فقال له رجل ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه لم يعتق • وكذلك الرجل يقول لاخر اجلس
فتغد فيقول ان تغديت فعبدي حر ثم يأتي اهله في ذلك اليوم فيتغدى عندهم لم يحنث انما اليمين في ذلك على الغداء • اعلم ان اليمين في
الساعة على ثلاثة اوجه يمين مؤبدة وهو ان يحلف على ان لا يفعل كذا ولم يكن لليمين سبب قائم ويمين موقتة وهو ان يحلف على ان لا
يفعل كذا اليوم او هذا الشهر او هذه السنة ويمين الفور اي الحال وهي كل يمين خرجت جوابا للكلام او بناء على امر فتتقيد بذلك الحال
الحال فلا يحنث في يمينه استحسانا خلافا لزفر رحمه الله وخلافه مذكور في التحفة • اما في مسئلة الغداء فانما لم يحنث لان كلامه خرج
جوابا والجواب يتضمن اعادة ما في السؤال فصار كانه قال ان تغديت الغداء الذي دعوتني اليه فانصرف يمينه الى ذلك الغداء بدلالة
الحال في مسئلة الخروج والضرب كانه قال لها ان خرجت هذه الخرجة فتقيدت اليمين بتلك الخرجة • وكذلك قصد الرجل ان يمنع عن
العبد عن الضرب الذي هيأ له فكانه قال ان ضربت هذه الضربة التي هيأت لها فتقيدت اليمين بتلك الضربة بدلالة الحال عرفا وبني الايمان
على العرف • ويقال يمين الفور ابو حنيفة اظهرها لم يسبقه احد قبله وكانوا يقولون اليمين المؤبدة والموقتة فاستخرج هو هذا اليمين وهو
نوع لم ينطقوا به منه • والفور مصدر فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت الحالة التي لا لبث فيها فقيل جاء فلان فخرج من
فوره من ساعته • ثم تفسير الغداء سيجي بيانه ان شاء الله تعالى في باب الاكل والشرب عند قوله واذا حلف لا يتغدى **قوله** فعليه
اي على الفور **قوله** بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على الجواب فيجعل مبتديا • يعني اذا قال ان تغديت
اليوم لا ينصرف كلامه الى الغداء المدعو اليه فلا يتقيد يمينه بذلك لا يحمل في كلامه تاما على سؤال الرجل بل يجعل مبتديا
في الكلام تحرزا عن الغاء الزيادة التي تكلم بها • قال صاحب التقويم متى جعلناها جوابا لصارت الزيادة لغوا فجعلناها ابتداء ليصير هو
متكلما • والزيادة ناطقة بالعموم فتعمل بلا تخصيص • واراد بحرف الجواب وجهه **قوله** ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب
دابة عبد ماذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ولفظ
الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه فيمن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة العبد قال لا يحنث ان كان عليه
دين او لم يكن فقال محمد يحنث في الوجهين • قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله ولم يسمع محمد هذه المسئلة ولم يذكرها ثم قال اما عند
ابي حنيفة رضي الله عنه فانه ان كان عليه دين مستغرق لم يحنث وان نواه لانه لا حق لفلان فيه • وان لم يكن عليه دين او لم يكن
مستغرقا لم يحنث حتى ينويه وان نواه حنث • وقال ابو يوسف في الاحوال كلها لا يحنث حتى ينوي • فان نواه حنث بكل حال
وقال محمد يحنث بكل حال وان لم ينوه هذا لفظه رحمه الله • وجه قول محمد رحمه الله ان العبد لا ملك له فيكون كسبه ملكا
لمولاه فيحنث • الا ترى الى قوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء • وقول الشافعي رضي الله عنه نقول بمثله وكذا
خلافه تقدم في شرح الاقطع • ووجه قول ابي يوسف رحمه الله ان نسب العبد وان كان للمولى حقيقة لكنه يضاف الى العبد
عرفا بدليل قوله عليه السلام من باع عبدا وله مال فهو للبائع فلا ينفذ له مطلق اليمين لان دابة عبد فلان ليست بدابة
فلان مطلقا • بخلاف ما اذا نوى لان دابة العبد دابة العبد دابة مولاه حقيقة فيصح ارادة الحقيقة فيحنث • ولابي
حنيفة رضي الله عنه ما قال ابو يوسف رحمه الله ان دابة العبد ليست بدابة مولاه مطلقا فلا يحنث بدون النية الا انه
اذا كان على العبد دين مستغرق لا يحنث وان نوى لان دين العبد المأذون اذا كان مستغرقا يمنع ملك المولى فشرط فلا عن
الدين • وان ركب دابة مكاتب فلان لم يحنث بالاتفاق نص عليه الحاكم **قوله** الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث
وان نوى • وهذا استثناء من مقدر غير ملفوظ لانه قال لم يحنث وتقديره قوله اذا لم ينو • يعني لا يحنث بركوب دابة
العبد المأذون سواء كان عليه دين او لم يكن اذا لم ينو • وان نوى حنث الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث • وان

نوى ركوب دابة العبد لانه لا ملك للمولى فيه عنده • اي في العبد الذي استغرق دينه كسبه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقوله
مستغرق يكرر الدا **قوله** من باع عبدا وله مال الحديث تمامه فهو للبائع كذا ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير **قوله** وقال
ابو يوسف في الوجوه كلها • اي فيما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين مستغرق **قوله** وقال محمد يحنث اي في الوجوه كلها سوا
كان عليه دين او لا • وسوا كان الدين مستغرقا او لم يكن وسوا نوى او لم ينو **قوله** عندهما • اي عند ابي يوسف ومحمد وههنا
مسائل في مختصر الكافي نذكرها تتميما للفائدة قال • واذا حلف الرجل لا يركب دابة فركب حمارا او فرسا او برذونا او بغلا حنث وكذا
اذا ركب غيرها من الدواب في القياس ولكني ادع القياس لا احنثه في غيرها • ولو ركب بعيرا لم يحنث الا ان ينويه • وان عنى به
الخيل وحده لم يدين في الحكم • وان قال لا اركب فرسا فركب دابة ونوى الخيل وحدها لم يدين في شيء • واسم الفرس يقع على جنسه واسم
البرذون على جنسه واسم الخيل جامع • قال في الشامل الفرس اسم للعربي والبرذون للعجمي • فاما الخيل فاسم للكل • وقال الحاكم ايضا
في الكافي وان حلف لا يركب دابة فحمل عليها مكرها لم يحنث • وان حلف لا يركب مركبا ولا نية له فركب سفينة او محملا او دابة حنث هو
والعرف في هذا في الا هو مركب والله اعلم بالصواب • وهذا اخر الدفتر الخامس من شرحنا المسمى بغاية البيان فرغ منه العبد الضعيف امير كاتب
ابن امير عمر المدعو بقوام الفارابي الاتقاني تصنيفا في عشرين من شهر ربيع الاخر سنة خمس وثلاثين وسبع مائة

باب اليمين في الاكل والشرب

قد ذكرنا ان الانسان يحتاج اولا الى موضع
يسكن فيه ويستقر فيه ثم يتوارد سائر الحوائج واولاها في حالة البقاء الاكل والشرب شرع في بيانهما • قال ومن حلف
لا ياكل من هذه النخلة فهو على ثمرها • اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الاكل ايصال ما يتأتى فيه المضغ والهشم الى الجوف
مضغ او لا • والشرب ايصال ما لا يتأتى فيه المضغ والهشم الى الجوف كالماء والنبيذ واللبن والعسل الممزوج • والذوق معرفة طعم
الشيء بالفم سواء وجد الابتلاع او لا فكل اكل ذوق وليس كل ذوق اكلا • ثم اعلم انه اذا اكل عين النخلة لا يحنث وان نواها كذا في
الفتاوي الولوالجي وانما وقعت اليمين على غير النخلة دون عينها • لان الحقيقة مهجورة بدلالة محل الكلام فاريد المجاز بطريق اطلاق
اسم الشيء على السبب وهو النخلة على المسبب اي على الثمر ولم يحنث باكل الطلع والجمار والدبس الذي يسيل من الثمر ولم يحنث بالخل والدبس المطبوخ
والنبيذ والناطف الذي يعمل في ثمرها • وذلك لان كلمة من للابتداء فيحمل ما يخرج من النخلة على وجه الابتداء داخلا في يمينه وما خرج
من حد الابتداء بحدوث صنعة جديدة لا يدخل • ونظير هذا ما اذا حلف لا ياكل من هذا العنب فاكل من زبيبه او عصيره لا يحنث
لان حقيقة العنب ليست بمهجورة فلا يراد المجاز وهو ما يتولد من العنب بل اذا كانت النخلة يحنث لا يكون منها ثمر اصلا يقع اليمين
على ثمنها • كذا نقل عن الامام العلامة حميد الدين الضرير • وكذلك اذا حلف ان لا ياكل من هذا الكرم فهو على ما يخرج منه وهو
حصرمه وعنبه وزبيبه ودبسه • اي عصيره ولو اكل من خل من ذلك لم يذكر محمد في الجامع الكبير • قال العتابي في شرح الجامع
الكبير فيه ان لا يحنث لانه لا يخرج من النخل والكرم كذلك • وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله انه يحنث • قال في الجمل الدبس حلاوة
الرطب **قوله** فهو على ثمرها بالنقط الثلث من فوق لا بنقطتين فانهم قوله لانه اضاف اليمين الى ما لا يوكل فينصرف الى ما يخرج منه هو
لانه سبب فيصلح مجازا عنه الصيرفي منه وفي لانه من الجامع الاول اما لا يوكل وهو عبارة عن النخلة • وفي قوله من الشامل في
ما خرج • لان الشجر فيه ذاته راجع الى ما في ما خرج • يعني اذا النخلة لما كانت سببا لما يخرج منها صلح اطلاقها على ما يخرج منها مجازا
بطريق اسم السبب على المسبب **قوله** وان حلف لا ياكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وهذا لفظ القدوري في مختصره
ودلالة اليمين اذا تعلقت باسم يتوصف ذلك الاسم يزول بزواله • قال في الجامع الكبير لو حلف لا ياكل من هذا العنب او من
هذا الطرا او من لحم الشاة او البقرة او سمها لم يحنث • وكذا لو حلف لا ياكل من هذا اللبن فاكل من شيرازه او زبده لان ما عقدت
عليه اليمين عينه يوكل فلم ينصرف الى ما يتخذ منه • حقيقة ان العنب او الرطب اسم للعين المشتمل على ما في العين من الماء واللحم والقشر
بالمجاورة ان لا يكون الكلام لبعض الشيء فلا يحنث كما اذا حلف لا ياكل هذا الرغيف فاكل بعضه لا يحنث وكلمة من وان كانت تقتضي
التبعيض الا انها تقتضي اكل بعض العين المشار اليه الذي سمي عنبا • وكذا في الرطب المشار اليه بعدما صار تمرا • وهذا بخلاف
ما اذا قال لا اكلم هذا الشاب حيث يحنث اذا كلمه بعدما شاخ لان الشاب هو الوصف لا الشخص فيوكل المحلوف عليه • وفرق اخر
وهو ان الانسان قد يمتنع عن اكل العنب والرطب لرطوبته فيها بصيرا كلاهما فيقصدان المنع فتعلقت اليمين بهما • بخلاف الصبي والشاب
فانهما لا يقصدان المنع لان هجرانهما مهجور شرعا فكانت الذات هو المقصود بالحلف دون الصفة • بخلاف مسئلة الوصية في الزيادات
فانه اذا اوصى بهذا الرطب لفلان فصار تمرا ثم مات لم تبطل الوصية لان بعض الموصى له فات وفوات بعض الموصى به لا يوجب بطلان الاسم
في البقية وفيما نحن فيه بقي بعض المحلوف عليه فلا يحنث ولا يشكل على هذا مسئلة الزيادات ايضا فانه اذا اوصى بعنب ثم صار
زبيبا ثم مات الموصي تبطل الوصية • والفرق ان الرطب والتمر صنف واحد لقلة التفاوت بينهما • بخلاف العنب والزبيب بدليل
مسائل • الا ترى ان من غصب عنبا فجعله زبيبا انقطع حق المالك لوجود التبدل معنى فالحق بالصنع الغاصب • وقال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا حلف لا ياكل من هذا الرطب او من هذا العنب فاكله بعد ان صار تمرا او زبيبا لا يحنث في قياس
قول ابي حنيفة • ووجه قول ابي يوسف ان الاشارة اليه فلا عبرة للتغيير • ووجه قول زفر والشيرازي هو الليث الى اي الحائر اذا استخرج فاذا
قوله ولو حلف لا ياكل لحم هذا الحمل فاكل بعدما صار كبشا حنث وهذه مسئلة الاصل ذكرها بطريق التفريع ايضاحا للفرق بينهما
وبين مسئلة البسر والرطب فانه اذا حلف لا ياكل من هذا البسر فاكله بعدما صار رطبا لا يحنث • وكذا اذا حلف لا ياكل من هذا الرطب
فاكله بعدما صار تمرا لا يحنث لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين فتقيدت اليمين بها • بخلاف لحم الحمل فان المتنع منه اشد

اسما شاملا لحم الكبير فلم يتقيد اليمين بلحم الحمل **قوله** ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث وهذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لان الرطب ليس ببسر فلم يأكل بعد ما انعقد عليه اليمين **قوله** ومن حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فأكل مذنبا حنث عند ابي حنيفة
وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب • ومعنى قوله رطبا او بسرا • اي قال احدهما حال الحلف • ومعنى قوله
لا يأكل رطبا ولا بسرا • اي قال كليهما اعلم ان هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير المعادة وهنا اربع مسائل في اثنين منها اتفاق وفي
الاخريين اختلاف ذكروه في كتاب الايمان ولم يذكره في الجامع الصغير انه اذا حلف وقال لا آكل بسرا فأكل بسرا مذنبا يحنث
في قولهم جميعا • ولو قال لا آكل رطبا فأكل رطبا فيه شيء من البسر فان في قول ابي حنيفة يحنث وفي قول ابي يوسف لا يحنث كذا نص على الخلاف
الحاكم الشهيد في الكافي • وكذلك ذكر شمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط قول محمد مع قول ابي حنيفة • وذكرهم
الفقيه ابو الليث وفخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وصاحب المختلف وصاحب
المنظومة والشيخ ابو نصر البغدادي الا ان الصدر الشهيد والعتابي ذكرا قول محمد مع ابي يوسف وصاحب الهداية معهما والاصح
هو الاول • وجه قول ابي يوسف ان البسر المذنب لا يسمى رطبا لان الرطب فيه مغلوب فلا يحنث بالبسر المذنب اذا حلف ان لا يأكل
بسرا • الا ترى انه يحنث بالبسر هكذا • ووجه قولهما ان البسر المذنب ما في ذنبه قليل رطب فيكون اكله اكل الرطب لانه جمع بين
المحلوف عليه وغيره • والمحلوف عليه ليس بمستهلك فيجوز ان يكون حانثا • ولهذا اذا ميز يسمى اسم الرطب لا محالة • لان الناظر
يقول هذا رطب • وكذا الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر فيكون اكله اكل البسر لانه جمع بينهما فصار كما اذا ميز بينهما ثم
... ان الاكل يصادف كل جزء مقصود • بخلاف الشرا فانه لا يحنث بالمذنب لان الشرا يصادف المجموع جملة فصار القليل تابعا
للكثير • ولهذا اذا حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لما قلنا • الا ترى الى ما نص الحاكم الشهيد في
الكافي اذا حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها شعير حبة حبة حنث • فان حلف على الشرا لم يحنث • والكباسة بكسر الكاف
العذق وهو العنقود والقنا ايضا • ويقال للعود العذق وهو عود الكباسة العرجون والاهان • كذا ذكر ابو عبيد في غريب
المصنف **قوله** لما قلنا اشارة الى ان الشرا يصادف الجملة والاكل يصادفه شيئا فشيئا **قوله** ولو حلف لا يأكل لحما فأكل لحم السمك
لا يحنث والقياس ان يحنث • وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة التي فيها زيادة في ذكر القياس • وجه القياس قوله تعالى
ومنه تأكلون لحما طريا • والمراد منه لحم السمك بالنقل قال في شرح الطحاوي وروي عن ابي يوسف انه قال يحنث • ووجه الاستحسان
ان المطلق يجري على اطلاقه ولحم السمك مقيد فلا يكون مرادا بالمطلق الا انه يقال في العرف ما اكلت اللحم اليوم • وان كان اكل
لحم السمك • ولهذا اذا امر المولى عبده بشرا اللحم لا يفهم منه شرا لحم السمك عرفا • ومبنى الايمان على العرف لا على لفظ القران ولهذا
اذا حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا يحنث وان كان يسمى في القران دابة • ولو حلف لا يجلس على وتد فجلس على الجبل لا يحنث وان كان
قال الله تعالى والجبال اوتادا او لان لحم السمك قاصر في التسمية لان اللحم يدل على الشدة في اللغة وقوته بان يكون ناشيا من الدم ولا دم
للسمك ولهذا حل من غير ذكاة فلا يكون مرادا بالاطلاق لفظ اللحم كالمكاتب لا يتناوله لفظ المملوك والبنات لا يتناوله لفظ الاولاد
وهذا كله اذا لم ينو بدليل ما قال الحاكم الشهيد في الكافي • وان حلف لا يأكل لحما ولا نية له فأكل سمكا طريا او مالحا لم يحنث
الا ان ينويه • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر ان رجلا سأل سفيان الثوري عن هذه المسئلة فقال له سفيان
يحنث في يمينه لان الله تعالى قال لتأكلوا منه لحما طريا فسماه لحما فذهب الرجل الى ابي حنيفة فقال لا يحنث واخبره
الرجل بما قال سفيان فقال له ابو حنيفة اذهب اليه فاسأله عمن حلف لا يجلس على البساط فجلس على الارض فذهب الرجل
فسأله عن ذلك فقال له سفيان لا يحنث فقال له الم تر ان الله تعالى قال والله جعل لكم الارض بساطا • فقال له سفيان كأنك
السائل الذي سألني امس فقال نعم فقال سفيان لا يحنث في هذا ولا في الاول ورجع عن ذلك القول **قوله** فان اكل لحم خنزير
او لحم انسان حنث وذلك لانه لحم حقيقة الا انه حرام والحرام لا يمنع انعقاد اليمين • الا ترى انه لو حلف لا يشرب شرابا فشرب
الخمر حنث • فان قلت قد قلت قبل هذا ان الايمان مبنية على العرف ولا يسبق اوهام الناس من لفظ اللحم الى لحم الخنزير والانسان
فينبغي ان لا يحنث قلت لنا ان الناظر لو نظر الى لحم الخنزير او الانسان يسميه لحما على الاطلاق • بخلاف لحم السمك فانه لا يسمى لحما على
الاطلاق بظاهر العرف وعلى انا نقول قال الامام العتابي في شرح الجامع الصغير في لحم الخنزير والادمي • قيل الحالف اذا كان
مسلما ينبغي ان لا يحنث لان اكله ليس بمتعارف • ومبنى الايمان على العرف ثم قال وهو الصحيح **قوله** وكذا اذا اكل كبدا
او كرشا • يعني اذا حلف لا يأكل لحما فأكل كبدا او كرشا يحنث وذلك لانه لحم حقيقة • لان منشاه من الدم • قال في خلاصة
الفتاوى ولو اكل شيئا من البطون الكبد والطحال يحنث هذا في عرف اهل الكوفة وفي عرفنا لا يحنث **قوله** ولو حلف لا يأكل
او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة • وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين وهذه من مسائل الجامع
الصغير المعادة • وجه قولهما ان شحم الظهر شحم عادة وحقيقة فيحنث باكله الا يرى انه يذوب بالنار كشحم البطن فعلم انه ليس لحما لان
اللحم لا يذوب • ومما وقع في خاطري في هذا المقام ان شحم الظهر لا يخلو اما ان يكون الية او شحما وليس الية لانه قال
الله ولحم لانه لا يذوب دون اللحم • وايضا يقال له شحم الظهر لا لحم الظهر فتعين انه شحم فيحنث باكله • ولابي حنيفة ان الله تعالى
سماه شحما • وقال الله تعالى ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما • وجه الاستدلال انه تعالى استثنى ما
حملت الظهور من الشحم فيكون شحم الظهر شحما • لان الاصل في الاستثنا هو المتصل وهو ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فمن
ادعى المنقطع فعليه البيان • وجه قول ابي حنيفة ان شحم الظهر يسمى لحما في العادة ويستعمل استعماله حتى يباع مع اللحم ومرقته

شمى

في مرقة اللحم فلم يكن شحما خالصا فلا يحنث باكله كما اذا حلف لا يأكل لحما فأكل لحم السمك • ولهذا لو حلف لا يأكل لحما فأكل السمين الذي
على الظهر يحنث والمسئلة منصوصة في الكافي للحاكم ولا يعتبر بحقائق اعتباره لحما فعلى هذا يكون الاستثنا منقطعا كقوله تعالى فانهم عدو
لي الا رب العالمين • قال صاحب المختلف تكلموا في تفسير شحم الظهر قال بعضهم هو اللحم السمين الذي على الظهر • وقال بعضهم هو شحم الكلية
الذي هو متصل الظهر • ثم قال وقول ابي حنيفة على التفسير الاول **قوله** ويحصل به قوته • اي يحصل بشحم الظهر قوة اللحم • يعني
يسد شحم الظهر ما يسد اللحم من القوة **قوله** ولو حلف لا يشتري شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث • يعني حلف لا يشتري لحما
او حلف لا يشتري شحما او حلف لا يأكل لحما او حلف لا يأكل شحما لا يحنث بشرا الالية او اكلها لان الالية غير الشحم واللحم اسما وعادة ثم
قوله ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها • ولو اكل من خبزها لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة • وقالا ان اكل من
خبزها يحنث ايضا وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة التي فيها زيادة وهي قوله ايضا لانه لم يذكر في الاصل وفيه اشارة الى انه
اذا قضمها حنث بالاتفاق كذا في شرح الطحاوي • وهذا اذا لم ينو الحب بعينه فاذا نواه لا يحنث باكل الخبز عندهما ايضا وعليه نص
الحاكم الشهيد في الكافي • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الايمان انما وضع المسئلة في الحنطة المعينة لانه اذا عقد يمينه
على حنطة بغير عينها ينبغي ان يكون الجواب على قول ابي حنيفة كالجواب عندهما • فاما اذا نوى الحب بعينه لا يحنث باكل الخبز بالاتفاق لانه
نوى حقيقة كلامه فلا يراد المجاز • والاصل في المسئلة ان اللفظ اذا كان له حقيقة مستعملة ومجاز متعارف فالعمل عند ابي حنيفة العمل
بالحقيقة المستعملة اولى • وعندهما العمل بعموم المجاز اولى وقد بيناه في كتابنا الموسوم بالتبيين لهما ان اكل الحنطة يراد به في العرف
ما يؤكل من الحنطة وما يتخذ منها فيحنث اكلها بعينها او خبزها عملا بعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث اذا دخلها حافيا
او راكبا • ولابي حنيفة ان اكل الحنطة بعينها غليا او قليا مستعمل وهو حقيقة الكلام والحقيقة احق بان تراد لسبقها على المجاز فلا يراد
المجاز بعد ذلك حتى لا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز • الا ترى انه اذا حلف لا يأكل من هذه الشاة لم يحنث باكل لبنها وسمنها وهذا اذا
حلف لا يأكل من هذا العنب لم يحنث باكل عصيره او دبسه لان الحقيقة مستعملة وكذا هنا • والاكل القضم باطراف الاسنان وهو من
باب علم يعلم بكسر العين في الماضي وفتحها في المستقبل **قوله** هو الصحيح احتراز عن رواية اخرى عنهما وهي انه اذا اكل عين الحنطة
لا يحنث والاصح انه يحنث عندهما لاشارة جواب الجامع الصغير وقد مر بيانها ايضا **قوله** ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من
خبزه حنث • وهذا لفظ القدوري في مختصره • وقال الشافعي ان اكل من خبزه لا يحنث وان استفه حنث كذا في شرح الاقطع
لنا ان حقيقة الكلام مهجورة عادة لانه لا يؤكل الدقيق كما هو فيتعين المجاز مرادا وهو ما يتخذ منه كما اذا حلف لا يأكل من هذه
النخلة حملت اليمين على ما يتولد منها فكذا هنا • وهذا اذا لم ينو عين الدقيق فان نواه لا يحنث باكل الخبز وبه صرح في الشامل في قسم
المبسوط **قوله** ولو استفه كما هو لم يحنث هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ فانهم قالوا اذا اكل عين الدقيق يحنث لانه
تناول ما عقد يمينه عليه • والصحيح انه لا يحنث لانه اريد به المجاز فتنتفي الحقيقة لا محالة • قال في الفتاوى الولوالجي وان اكل
من الدقيق اختلف المشايخ فيه اكثرهم قالوا انه لا يحنث لانه حقيقة مهجورة يقال سف الدواء وسفه سفا واستفه استفافا اذا اخذه
قوله ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان مبنى الايمان
على العرف • فاذا كان خبز السميذ او الذرة معتادا عند طائفة يقع الحنث به عندهم والا فلا الا اذا نوى • قال الحاكم الشهيد
فان اكل جوزينقا لم يحنث الا ان يكون نواه **قوله** ولو اكل من خبز القطائف او خبز الارز بالعراق لم يحنث وهذا ايضا لفظ القدوري
وذلك لان اسم الخبز على الاطلاق لا يتناوله لعدم العادة فلا يقع اليمين عليه حتى لو كان في بلد خبزهم ذلك يحنث كما في طبرستان وطبرستان
اسم بلد والصواب انه معرب من طبرستان لان اهلها يحاربون بالطبر هكذا قال بعضهم ولنا فيه نظر • قال المغربي في كتاب ادب
الكتاب بابا فيما يغير من اسما البلاد طبرستان الفارسية معناه اخذ الفاس كانه لاشتباكه لم يوصل اليه الا بقطع شجره وهذا احسن
قوله ولو حلف لا يأكل الشوا فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر وهذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لان الشوا عبارة
عما يصنع في النار بلا ماء وذلك موجود في اللحم وغيره الا ان في العرف لما اريد به اللحم وقعت يمينه عليه خاصة الا اذا نوى غيره
من الباذنجان المشوي والبيض المشوي وغيره فيحنث به لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه **قوله** وان
لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم • وهذا لفظ القدوري في مختصره • قال صاحب الهداية وهذا استحسان • وقال
صاحب النافع والطبيخ على اللحم خاصة استحسان ما لم ينو غيره • بيانه ان اللفظ العام اذا لم يمكن اجراؤه على العموم يراد به اخص
الخصوص وهنا لا يمكن اجراؤه على العموم لان المطبوخ من الدواء المسهل ايضا طبيخ لكنه لا يراد ذلك لان اسم الطبيخ عرفا لا يقال لمن
اكل الدواء المطبوخ اكل الطبيخ وان كان طبيخا في الحقيقة فلما كان كذلك حمل على المطبوخ باللحم الذي هو خاص متعارف الا اذا
نوى غيره لانه يصدق فيه لانه نوى حقيقة كلامه • وان اكل من مرق اللحم يحنث ايضا لانه يقال في العرف اكل الطبيخ وان لم يأكل
اللحم **قوله** ومن حلف لا يأكل الرؤوس فيمينه على ما تكبس في التنانير ويباع في المصر وهذا لفظ القدوري في مختصره • وقال
في الجامع الصغير فيمن حلف لا يشتري رؤوسا انه يقع على رؤوس البقر والغنم • وقال ابو يوسف ومحمد على رؤوس الغنم خاصة قال
فخر الاسلام والقياس ان يقع على كل راس حتى رؤوس السمك لعمومه • وفي الاستحسان يقع على المتعارف وهذا اختلاف عصر وزمان لا
اختلاف حجة وبرهان • وقد كان في زمن ابي حنيفة يباع في الاسواق رؤوس البقر والغنم فافتى بوقوع اليمين على رؤوسها على ما
شاهد من بلده • وكان في زمنهما لا يباع في السوق الا رؤوس الغنم خاصة • قال صاحب المختلف اجمعوا على انه لا يقع على رؤوس
الطيور لعدم العرف الا رواية عن ابي حنيفة • ولا على رؤوس الطير الا ان يعنوها وفي زمننا يفتى على اعتبار العادة كما ذكر في مختصر

القدوري • ومعنى قوله يكبس اي التبانير اي يدخل اي قولهم كبس الرجل راسه في جيب قميصه اذا ادخله كذا في المغرب • ويقال كبس
اي بالنون على صيغة المبني للفاعل من كبس الطين في الحفائر اي دخل فيه والاول هو الصحيح **قوله** واذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا
او رمانا او رطبا او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد حنث في العنب
والرطب والتمر والرمان ايضا وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • اعلم انه اذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل تينا او مشمشا او خوخا
او سفرجلا او اجاصا او كمثرى او تفاحا او جوزا او لوزا او عنابا يحنث بالاجماع سواء كانت رطبا او يابسا • ولو اكل قثا او خيارا او
جزرا او جوزا لا يحنث لانها من البقول • ولهذا يؤدم معهما والبطيخ من الفواكه كذا ذكره القدوري وابن البطيخ لا يعد فاكهة كذا
ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير • وقال في خلاصة الفتاوى ذكر شمس الائمة الحلواني ان البطيخ ليس من الفاكهة • ولو اكل
عنبا او رمانا او رطبا لا يحنث عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه • والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به اي يتنعم ويتلذذ زيادة على
ما يتغذى به قوام البدن لهما ان هذه الاشياء الثلاثة يتنعم بها فوق ما يتنعم بسائر الفواكه فصارت من اعز الفواكه ومبنى الايمان على العرف
وفي عرف الناس يعتبر هذه الاشيا فواكه فيحنث باكلها • ووجه قول ابي حنيفة ان المطلق لا يتناول المقيد بالاتفاق • ثم التقييد في
الشي لاحد معنيين اما النقصان فيه او زيادة وهذه الاشيا الثلاثة لزيادة معنى فيها وهو ان يكون صالحا للغذا او للدوا اخرجت
على اطلاق الاسم • الا ترى ان الرطب والعنب يصلحان غذاء او دواء والرمان دواء صالح خصوصا للكبد يؤيده قوله تعالى فيها فاكهة
ونخل ورمان بيانه ان الله تعالى عطف الفاكهة على العنب والنخل في الاية الاولى • وعطف النخل والرمان على الفاكهة في الاية
الاخرى والعطف يقتضي التغاير • فان قلت لا نسلم ان العطف يقتضي المغايرة ثم يكن المعطوف من جملة الاخرى الى قوله تعالى واذ
اخذنا من النبيين ميثاقهم ومنك ومن نوح وابراهيم فلو كان العطف يقتضي المغايرة لم يكن المعطوف من جملة الانبيا • وقال
تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال • قلت انما العطف في الايتين بيان فضيلة المعطوف لا المغايرة قلت تفضيل
الانبيا والملائكة بعضهم على بعض انما يعرف بالخبر فاحتاج الى التخصيص بالذكر • بخلاف ما نحن فيه فان فضل هذه الاشيا على سائر
الفواكه عرف بالحس والمشاهدة فلا حاجة الى الخبر اذ ليس الخبر كالمعاينة فتعين فايدة العطف للمغايرة • قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير ان الرجل من خراسان لو حلف بالفارسية لا ياكل الفاكهة ينبغي ان يحنث في هذه الاشيا كما قال ابو يوسف
ومحمد • وقال في خلاصة الفتاوى فالحاصل ان العبرة للعرف فكل ما يؤكل على سبيل التفكه ويعد فاكهة في العرف يدخل في
اليمين وما لا فلا **قوله** وهذا المعنى اي التفكه **قوله** فيها اي العنب والرطب والرمان مما يتغذى بها كما في العنب والرطب
او يتداوى بها كما في الرمان واحد **قوله** كان اليابس منها من التوابل كما في الرمان او من الاقوات كما في يابس العنب والرطب
التابل بالتا المفتوحة بنقطتين من فوقها قبل الالف وبالبا المنقوطة بعد الالف بنقطة تحتانية بفتحها وكسرها هو الابزار وجمعه
توابل **قوله** ولو حلف لا ياتدم فكل شي اصطبغ به فهو ادام والشوا ليس بادام والملح ادام • وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • اعلم انه اذا حلف لا ياكل
اداما فاكل خلا او زيتا او لبنا او ما شابه ذلك مما يصطبغ الخبز حنث • وان اكل لحما او بيضا او جبنا لا يحنث عند ابي حنيفة
وهو قول ابي يوسف في ظاهر الرواية • وعند محمد يحنث وهو رواية عن ابي يوسف ذكره في الامالي • قال الصدر الشهيد
في شرح الجامع الصغير اما العنب والبطيخ فقد ذكر بعض المتاخرين في شرح هذا الكتاب انه على هذا الخلاف ولم يذكر غيره وذكر
شمس الائمة السرخسي في شرح مختصر الكافي انه لا يكون اداما بالاجماع ثم قال وهو الصحيح • وقال في شرح الطحاوي الفاكهة
ليست بادام بالاجماع • وجه قول محمد قوله عليه الصلاة والسلام سيد ادام اهل الجنة اللحم • ولان الادام اسم لما يطيب
به الخبز ماخوذ من الموادمة وهي الموافقة واللحم والبيض والجبن يوافق الخبز فيكون اداما • ولان مبنى الايمان العرف
والناس يستعملون هذه الاشيا استعمال الادام • ووجه قولهما ان حقيقة الموافقة بان يصير الشي واحدا بالامتزاج بالاتراك
الخبز لا بان يكون مجاورا له فاذا ثبت الحقيقة بطل المجاز • قال في الفتاوى الولوالجي وان برد في الما لا يحنث لانه لا يسمى اداما
وقال في المغرب الصبغ ما يصبغ به • ومنه الصبغ والصباغ من الادام لان الخبز يغمس فيه ويكون به كالخل والزيت • ويقال
اصطبغ بالخل وفي الخل • ولا يقال اصطبغ الخبز بالخل **قوله** واذا حلف لا يتغدى فالغدا الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشا
من صلاة الظهر الى نصف الليل وهذه من مسائل القدوري وفيه تسامح لان الغدا عبارة عن طعام يؤكل في العشا بكسر العين لا
يجوز ان يعني الطعام الا ان هذا ظاهر • ويجوز ان يقال اراد بالغدا عبارة عن اكل مترادف يقصد به الشبع • ولهذا لا
يحنث في يمينه لا يتغدى حتى ياكل اكثر من نصف شبعه • لانه لا يقال انه تغدى اذا اكل لقمة ووقته من طلوع الفجر الى الزوال
والعبرة فيما يتغدى به على عادة اهل ذلك الموضع حتى يعتبر الارز غدا بطبرستان واللبن لاهل البوادي • والتمر ببغداد كمن
حلف لا يدخل بيتا فهو المدر للبلدي وعلى بيت الشعر للبدوي • وكذا الحكم في التعشي حتى يشترط ان يكون اكثر من نصف شبعه قال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن حلف ان لا يتغدى فانه يقع على الغدا المعروف • فان كان الرجل حضريا يقع على خبز
الحنطة والشعير ولا يقع على اللبن والسويق وان كان الرجل بدويا يقع على اللبن والسويق • وان كان حجازيا يقع على السويق
واما في بلادنا فيقع على خبز الحنطة ووقت الغداء من وقت طلوع الشمس الى وقت الزوال • ووقت العشاء من بعد الزوال الى ان يمضي
اكثر الليل • ووقت السحور من بعد ان يمضي اكثر الليل الى طلوع الفجر هذا في عرفهم • واما في عرفنا وقت العشاء بعد صلاة العصر
الى هنا لفظه • وانما كان وقت الغداء من طلوع الفجر الى زوال الشمس لان الغدوة اسم لاول النهار وما قبل الزوال اول النهار فكان

وقت

وقت الغداء ذلك • وقال عليه الصلاة والسلام لعرباض بن سارية تعال الى الغدا المبارك وهو يتسحر فسمى السحور غداء لقربه من الغداة
وهو الى وقت الزوال وبقوله تعالى وظلالهم بالغدو والاصال قيل الغدو الى وقت الزوال والاصال بعده • وانما كان وقت
العشاء من زوال الشمس الى ان يمضي اكثر الليل لما روي عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى احدى صلاتي العشاء الظهر او العصر فسلم في
ركعتين يعني صلاة الظهر صلاة العشا • وانما كان الى ان يمضي اكثر الليل لان بعد مضي الاكثر يكون السحر ومعلوم في العرف ان العشا
قبل السحر **قوله** لان ما بعد الزوال يسمى عشاء بكسر العين • بيانه ان ما بعد الزوال لما كان عشاء كان الطعام الذي يؤكل في
ذلك الوقت عشاء • ولا يجوز ان يقال عشاء بفتح العين لانه حينئذ يلزم تعليل الشي بنفسه وذلك فاسد لانه قال والعشاء من صلاة
الظهر الى نصف الليل • لان ما بعد الزوال يسمى عشاء فلو فتح العين في الموضعين يلزم ما قلنا بان يقال العشاء بفتح العين هذا لان هذا
عشاء بفتح العين وذلك مصادرة لا محالة فافهم **قوله** فلهذا يسمى الظهر احد صلاتي العشا في الحديث واراد بصلاتي العشا العصر
كما في السنن **قوله** والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر هذا بيان وقت السحور • وحقيقته ما يؤكل في السحر والسحر ربع
الليل **قوله** ويطلق على ما يقرب منه • اي يطلق السحور على ما يقرب من السحر • وانما قال هذا لان السحر هو الثلث الاخير من الليل
الى طلوع الفجر وما بعد نصف الليل قريب منه لا محالة والسحور ماخوذ من السحر فيطلق اسم السحور على ما بعد نصف الليل لانه قريب
من الثلث الاخير **قوله** ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع • اي ان يكون الغداء او العشاء او السحور **قوله** وان قال
ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر • وقال عنيت شيئا دون شي لم يدين في القضاء وغيره وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة
والاصل هاهنا ان النية لتعيين بعض محتملات اللفظ واصل اخر ان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ويكون عدما فيما
وراء الضرورة • فبعد ذلك يقول اذا عنى ثوبا دون ثوب او طعاما دون طعام او شرابا دون شراب لا يصح نيته • وكذا
اذا قال ان ركبت وعنى دابة دون دابة لا يصح نيته وعلى هذا اسئلة الجامع الكبير اذا حلف لا اغتسل في هذه الدار الليلة
ثم قال عنيت به عن الجنابة او حلف لا يغتسل وقال عنيت به فلانا • او حلف لا يتزوج وقال عنيت به فلانة او امراة من نسا الكوفة
في هذه الوجوه كلها لم يصح نيته لا قضاء ولا ديانة لان النية تعيين بعض محتملات اللفظ • والثوب او الطعام او الشراب او الدابة
او الجنابة او فلان او فلانة او امراة ليس بملفوظ فلا يصح نيته • ولان ثبوت هذه الاشيا بسبيل الاقتضاء ثابت ضرورة فلا
حاجة الى اثبات العموم فيما لا عموم فيه لا يثبت تخصيصه • قال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع روي عن ابي يوسف في النوادر
ان نيته تصح ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى • وهذه الرواية اخذ الخصاف في كتاب الحيل • بخلاف ما اذا قال ان لبست
ثوبا او قال ان اكلت طعاما او قال ان شربت شرابا او قال ان ركبت دابة او قال ان اغتسلت غسلا • او قال ان اغتسلت هذه
الليلة في هذه الدار احدا او حلف لا يتزوج امراة وعنى شيئا دون شي يصح نيته فيما بينه وبين الله تعالى • لان النكرة في موضع النفي
تعم العموم يحتمل الخصوص لكن لا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر • بخلاف ما اذا قيل له انك تريد ان تغتسل الليلة في هذه الدار
من الجنابة فقال ان اغتسلت فعبدي حر ونوى من الجنابة لانه جواب فيتقيد بالسؤال • ولو قال ان اغتسلت الليلة في هذه الدار
او الليلة في هذه الدار فهو على اغتسال قضاء لانه زاد على حرف الجواب فيكون مبتديا ولكن مع هذا يصدق ديانة لانه يحتمل انه
اراد به الجواب • فان قلت اذا قال ان خرجت ونوى السفر يصح نيته • وكذا اذا قال ان ساكنت فلانا ونوى المساكنة في بيت
واحد تصح نيته مع ان السفر والبيت الواحد لا يدل عليه اللفظ فكيف صحت منه • قلت لا نسلم انه لا يدل عليه اللفظ وهذا لانه
السفر احد نوعي الخروج • لان الخروج اما مديدا او قصيرا فالمديد هو السفر فكان اللفظ دالا عليه فصحت نيته • بخلاف
ما اذا نوى مكانا بعينه كبغداد مثلا حيث لا تصح نيته لان المكان لا يدل عليه اللفظ لغة • وانما ثبت اقتضاء وكذا المساكنة في بيت
واحد احد نوعي المساكنة تام وقاصر فالتام ان يسكنا في بيت واحد والقاصر ان يسكنا في دار واحدة فصحت نيته لدلالة
اللفظ • بخلاف ما اذا نوى المساكنة في مكان واحد بعينه حيث لا تصح نيته لانه لا دلالة عليه في اللفظ **قوله** ومن حلف
لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة • وقالا اذا شرب باناء حنث وهذه مسالة القدوري والاصل ان
الكلام اذا كان له حقيقة مهجورة ومجاز مستعمل فالمجاز اولى وان كانا مستعملين على السوا فالحقيقة اولى • وان كان المجاز اكثر استعمالا
من الحقيقة فعند ابي حنيفة الحقيقة اولى • وعندهما المجاز اولى فبعد ذلك نقول الشرب من دجلة حقيقته هو الكرع لا الشرب بالاناء هو
يقرر في يمينه الكرع اولى • ولهذا قال الذي شرب بالاناء شربت من الانا لا من دجلة كان مصدقا • واذا قال شربت من دجلة لا من
الاناء كان مكذبا فلذلك ان الشرب من دجلة هو الشرب كرعا وهذه الحقيقة مستعملة فيما بين كثير من الناس كاهل البوادي
صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم انه اتى قوما فقال هل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا • ولهذا اذا حلف لا يشرب من هذا الكوز فجعل
ماءه في الكف فشرب لا يحنث • فان قلت لا يجوز ان يكون المضاف محذوفا على ان يكون تقدير قوله لا يشرب من دجلة اي من ماء
دجلة ولو تكلم بلفظ الماء كان يحنث بالاغتراف • والكرع كيفما حصل الشرب ينبغي ان يكون هنا كذلك • قلت لا يصح ذلك لانه لو كان هو
مضمرا كان ينبغي ان يحنث اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة فان الماء اذا كان مذكورا يحنث نص عليه محمد في الجامع الكبير • وفي قوله
لا يشرب من دجلة لا يحنث اذا شرب من نهر ياخذ منها فدل ان تقدير الماء ليس بمستقيم • ووجه قولهما ان المتعارف المفهوم بين الناس
من الشرب من دجلة هو الشرب من ماء يحويه دجلة وهو المجاز فيتناول بعموم المجاز فيحنث كيفما شرب كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان
يحنث في يمينه اذا دخلها راكبا او ماشيا او حافيا او متنعلا لعموم المجاز وهو الدخول فكذا هنا ايضا وكما اذا حلف لا يشرب من هذه البير
فشرب منها بالانا يحنث • وجوابه ان الكرع في البير ليس بممكن فانصرف الى المجاز بخلاف ما نحن فيه فان الكرع ممكن مستعمل • ثم هل يحنث

بالكرع عندهما • قال الامام العتابي في شرح الجامع قال بعضهم لا يحنث كيلا يكون جمعا بين الحقيقة والمجاز • وقال بعضهم يحنث وهو الصحيح لعموم المجاز وليس هو بجمع بين الحقيقة والمجاز هذا اذا لم يكن نية فاذا نوى الكرع فعندهما لا يحنث بالمجاز ديانة وقضا لانه نوى حقيقة كلامه • وان نوى الغرف فعنده صدق ديانة لانه محتمله ولا يصدق قضا لانه خلاف الحقيقة • ولو حلف لا يشرب من هذا الجب فان كان ملآن انصرف الى الكرع عنده لتصور الحقيقة • وان لم يكن ملآنا انصرف الى المجاز لامتناع الحقيقة كذا نقل الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع من الشيخ ابو القاسم الصفار • ولو عني بقوله لا يشرب من دجلة ما دجلة هل يحنث ام لا قال الشيخ ابو المعين من مشايخنا من قال لا تصح نيته لان الما ثمة متعين فلا يظهر في حق قبول النية • ومنهم من قال لا تصح نيته لانه نوى اضمار الما واليه ذهب الشيخ ابو بكر الاعمش قوله ولان كلمة من للتبعيض اعلم ان كلمة من لابتدا الغاية واليه ذهب الشيخ المبرد ومن تبعه وكونها تبعيضية او مبينة او مزيدة راجع الى ذلك وتدعرف في المفصل وغيره • وعند غير المبرد لابتدا الغاية ولغيره من المعاني على سبيل الاشتراك • ثم قول صاحب الهداية ان كلمة من للتبعيض ان كان يريد انه وضع للتبعيض وحده فهذا لم يقل به احد من ايمة اللغة وان كان يريد انه قد يستعمل للتبعيض ثم ابن يلزم ان هنا للتبعيض • وقد صرح الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع انه هنا لابتدا الغاية وحقق الكلام فيه وقال اذا دخلت من على طعام نحو لا اكل من طعام فلان او اخذت من ماله لان المال محل الاخذ والطعام محل الاكل وان لم يكن تحصيل معنى الفعل المتقدم عليه في ذلك الاسم يحمل للتبعيض كما في قوله لا اكل من طعام فلان واخذت من ماله لان المال محل الاخذ والطعام محل الاكل وان لم يمكن تحصيل معنى الفعل في ذلك الاسم يحمل لابتدا الغاية كما تقول شربت من مطلع الشرب لمعرفتها ومشيت مع زيد من باب الامير الى باب القاضي فهنا لا يمكن تحصيل معنى الشرب في النهر اذ هو اسم لما بين حافتي الوادي دون الما الجاري فيه فاذا كانت لابتدا الغاية ينبغي ان يكون الشرب من هذا المكان وان يكون الشرب منه الا انه فاه عليه يشرب منه كما في الكوز • يقال كرع في الما اذا تناوله بفيه من موضعه قوله وحينئذ في الكرع وفي مستعمله اي حقيقة التبعيض حاصلة في الكرع والحقيقة مستعملة لا تهجر فتكون اولى من المجاز المتعارف قوله ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فيه نظر لانه اختلف المشايخ في الكرع عندهما وقد مر قبل هذا قوله وان حلف لا يشرب من ما دجلة فشرب منها باناء حنث هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه عقد اليمين على ما دجلة لا على نهر دجلة والنسبة لا تنقطع بالاناء • ولهذا يقال ما دجلة اذا كان في الجباب والحوض • وكذا لو شرب من نهر ياخذ من دجلة يحنث هذا في قولهم جميعا • وروي عن ابي يوسف انه اذا حلف لا يشرب من ما دجلة فشرب من نهر ياخذ منها لا يحنث لان الما صار مضافا الى نهر اخر فانقطعت النسبة • وجه الظاهر ان نسبة الما الى دجلة لم تنقطع بالدخول في نهر انشعب منها كما لا ينقطع بالاغتراف بالانية وبالاستقاء والاستسقا بالراوية الا ترى ان ما زمزم ينقل الى سائر البلاد ويقال هذا ما زمزم قوله وهو الشرط اي شرط الحنث في الشرب كون الما منسوبا الى دجلة والما في الانا منسوب اليها فكان الشرط قائما قوله وان قال وان لم اشرب الما الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق وليس في الكوز ما لم يحنث • فان كان فيه ما فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف حنث في ذلك كله • يعني اذا مضى اليوم وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى يعني اذا قال والله لاشربن الما الذي في هذا الكوز اليوم وليس في الكوز ما او كان فيه فاهريق قبل الليل لم يحنث عندهما • وقال ابو يوسف يحنث فيهما اذا مضى اليوم وليس في الكوز ما والاصل هنا ان تصور البر شرط لانعقاد اليمين فكان شرط البقائها • وعند ابي يوسف ليس بشرط انما الشرط ان يكون على امر في المستقبل • له ان اليمين تنعقد على ما يتصور بعادة في الحلف على مس السما وتقليب الحجر ذهبا تنعقد على ما يتصور عادة في المحلوف عليه ايضا • ولهما ان المقصود من اليمين البر فاذا فات البر يجب الكفارة خلفا عنه • فاذا لم يتصور البر لا ينعقد اليمين لفوات المقصود ولا حنث بدون انعقاد اليمين فلا يجب الكفارة بلا حنث حقيقة لان اليمين لا توجب الكفارة لذاتها ولهذا لا يجب الكفارة في اللغو والغموس مع انها يمينان • وانما يجب الكفارة بالحنث فكل يمين استحال فيه البر استحال فيها الحنث فلما استحال شرب الما الذي ليس في الكوز استحال البر فلما استحال البر استحال الحنث لان البر انما يكون فيما يصح وجوده وهنا يحتاج الى وجوده وهنا يحتاج الى الفرق بين هذه المسئلة حيث لا ينعقد اليمين عندهما سوا علم او لم يعلم وبين مسئلة الجامع الكبير وهي ما اذا حلف ليقتلن فلانا وهو ميت ان علم بموته ينعقد اليمين فان لم يعلم لا ينعقد • والفرق انه اذا لم يعلم الموت عقد يمينه على الحياة القايمة فلم ينعقد اليمين لانعدام المحل كما في مسئلة الكوز • واذا كان عالما بموته فقد عقد يمينه على تفويت حياة يعيدها الله تعالى وذلك متصور كما في قوله تعالى فاماته الله مائة عام ثم بعثه الحياة المحدثة يكون قابلا لذلك الشخص المحلوف عليه فينعقد اليمين ثم يحنث من ساعته لوقوع العجز عادة كما في تحويل الحجر ذهبا • بخلاف الكوز فانه اضاف يمينه الى الذي فيه للحال ولا يتصور فيه الا الذي يحدثه الله تعالى فاذا احدث الله تعالى فيه ما كان ذلك الما لا محالة فلم يكن محل اليمين متصورا فلم ينعقد اليمين بعد الخلاف فيما اذا ورد ابو يوسف من النظر فانه متصور في الجملة بان يكون وليا وكرامة الاوليا حق • بخلاف تصور انعقاد اليمين لكن وجبت الكفارة لوقوع العجز عادة • هذا اذا كانت اليمين موقتة بذكر اليوم فاما اذا كانت مطلقة عن ذكر اليوم ففي الوجه الاول وهو ما اذا قال ان لم اشرب الما الذي في هذا الكوز فامراته طالق وليس في الكوز ما لم يحنث عندهما كما اذا ذكر اليوم لعدم تصور البر • وعند ابي يوسف يحنث في الحال • بخلاف ما اذا ذكر اليوم حيث يحنث عنده اذا مضى اليوم • والفرق انه اذا ذكر اليوم كان عرضة التوسعة على نفسه حتى يختار الفعل وفي اي وقت شا فلم يعرض ذلك لا يتحقق ترك الفعل لان الفعل يتعين عليه في اجزا الوقت المقدر فاذا فات الجز الاخر ولم يفعل يحنث حينئذ بخلاف ما اذا اطلق يمينه عن ذكر اليوم حيث يحنث عنده اذا مضى اليوم • والفرق انه اذا ذكر اليوم كان عرضة التوسعة على نفسه حتى يختار الفعل في اي وقت شا فلم يعرض ذلك لا يتحقق ترك الفعل لان الفعل يتعين عليه في اجزا الوقت المقدر

فاذا فات الجز الاخر ولم يفعل يحنث حينئذ بخلاف ما اذا اطلق يمينه عن ذكر اليوم حيث يجب عليه البر كما فرغ لانه لم يرد التوسعة فلما عجز عن البر وجبت عليه الكفارة في الحال • وفي الوجه الثاني وهو ما اذا قال ان لم اشرب الما الذي في هذا الكوز فامراته طالق وكان في الكوز ما فاهريق يحنث في قولهم جميعا وهما يحتاجان الى الفرق لانه لا يحنث عندهما اذا ذكر اليوم فاهريق قبل الليل • واذا لم يذكر اليوم فاهريق عنه والفرق ان الوقت اذا ذكر كان البر واجبا عليه في الجز الاخير • وعند ذلك المحلوف عليه فائت فيبطل اليمين فلا يحنث لهذا كما لو مات الحالف في هذه الحالة اعني في الجز الاخير من الوقت حيث لا ينعقد يمينه • بخلاف ما اذا لم يذكر اليوم فان البر يجب عليه في الحال فاذا فات المحلوف عليه قوله كما اذا عقد ابتدا اليمين المضروب راجع الى اليمين دبذكرنا قبل الحلف قوله ومن حلف ليصعدن الى السما او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها • وهذا لفظ القدوري في مختصره • وعند زفر لا ينعقد يمينه لانه محال عادة فصار كالمستحيل حقيقة كما في الحالف على شرب ما الكوز وليس فيه ما • ولنا ان شرط انعقاد اليمين تصور البر وصعود السما متصور الا ترى ان الانبيا صعدوا وكذا الملائكة يصعدونه • قال تعالى انا لمسنا السما فوجدناها ملئت حرسا فلما كان متصورا انعقدت اليمين • وهذا الان ما كان محالا لا يكون له وجود اصلا فلما تحقق ذلك في حق الانبيا والملائكة علم انه ليس بمحال في نفسه بل هو متصور وكذا تقليب الحجر ذهبا متصور في نفسه لانه يجوز ان يفعل الله تعالى ذلك لبعض الاوليا كرامة لهم • وكرامة الاوليا بخلاف العادة حق عندنا الا انه لما كان عاجزا بحكم العادة حنث في الحال كما فرغ عن اليمين • وانما وجب الحنث في الحال لان البر ليس له زمان ينتظر • بخلاف ما قال زفر عليه فانه شرب ما كوز ليس فيه ما لا يتصور ظاهر الفرق • ثم اعلم ان المصنف جعل الباب مترجما بباب الاكل والشرب ثم ذكر في الباب مسئلة صعود السما وتقليب الحجر ذهبا لانه شرطان ذكر انعقاد اليمين المتصور وجر الكلام الى ذكر هذه المسئلة لان البر فيها متصور

باب اليمين في الكلام

لما ذكر الاكل والشرب من قبل باعتبار انهما من اهم ما يحتاج اليه الانسان في حياته البقا ذكر بعده الكلام لانه لا بد منه وقوعه وقدمه على سائر انواع الكلام من اليمين في العتق والطلاق والبيع والشرا والبين والحج والصوم والصلاة لان الجنس مقدم على النوع قوله ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نايم حنث وهذه مسئلة القدوري • وذلك لانه يعد مكلما للنايم فانه يحنث وان لم يستيقظ لانه اوصل الكلام الى سمعه لكن النوم كان مانعا من الفهم فصار كما اذا كلمه وهو غافل لم يفهم كلامه • وفي بعض الروايات المبسوط شرط الايقاظ لانه قال حلف لا يكلم فلانا فكان نايما فايقظه حنث وهذا لانه كلمه فلم يستيقظ كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع فيكون هذا دليلا لا متكلما مناديا فلا يحنث في يمينه • قال في التحفة ولو كان نايما فناداه اي ايقظه حنث في يمينه لانه اسمعه كلامه وان لم يوقظ لم يحنث وهو الصحيح لان الانسان لا يعد مكلما للنايم اذا لم يستيقظ بكلامه كما لا يعد متكلما مع الغايب قوله ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث • وهذا لفظ القدوري في مختصره • قال في شرح الاقطع هذا هو المشهور من قولهم • وعن ابي يوسف انه لا يحنث وبه قال الشافعي لان الاذن تم بالحالف فلا يحتاج الى علم غيره كما اذا حلف لا يكلمه الا برضاه فرضي ولم يعلم المحلوف عليه فكلمه لا يحنث لان الرضى تم بالراضي فلا حاجة الى علم الغير فكذا هنا • وجه الظاهر ان الاذن ماخوذ من الاعلام منه قوله تعالى واذان من الله ورسوله • فاذا لم يوجد العلم لا يتحقق الاذن لعدم الاعلام بخلاف الرضا فانه يتحقق بدون العلم • ونقل في تتمة الفتاوي والفتاوي الصغرى عن ايمان النوازل من لا تخرج امراته الا باذنه فاذن لها من حيث لا تسمع لا يكون ذلك اذنا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر هذا اذن قال عمرو بن يحيى كتبت الى البلخي اسأله عما يختار في هذه المسئلة فكتب الي ان الاختلاف فيه في هذه المسئلة وهو اذن اجماعا انما الاختلاف في قول لا تخرجي الا بامري لان الاذن لا يكون اذنا بدون السماع • اما الامر فلا يكون امرا بدون السماع • قال الفقير الا ان ابا سليمان ذكر الاختلاف في الاذن • وهكذا ذكر القدوري في اغاته • فان قلت لا نسلم ان الاذن لا يتحقق بدون العلم الا ترى ان الرواية مسطورة في تتمة الفتاوي وفي الفتاوي الصغرى اذا اذن المولى لعبده والعبد لا يعلم يصح الاذن حتى اذا علم يصير ماذونا هذا اثر الصحة لانه صار ماذونا مطلقا حتى انه لو حجر عليه وهو لا يعلم يصح ايضا لانه مثل هذا الكلام اثر صحة الحجر انه اذا علم بعد الحجر بالاذن لا يصير ماذونا فهذا اثر الصحة قلت هذا سهو الاصدر لا عن نكر الاثر انه قال اذا علم يصير ماذونا فعلم ان الاذن لا يصح بدون العلم الا ترى الى ما قال صاحب الشامل في قسم المبسوط اذن لعبده فلم يعلم العبد ولا احد من الناس فتصرف ثم علم باذنه لم يجز تصرفه لان الاذن لا يعتبر بدون العلم لانه ماخوذ من الاذن وهو الاعلام ذكره في الماذون الكبير قوله على ما مر اشارة الى قوله لان الاذن مشتق من الاذان وهو الاعلام او من الوقوع في الاذن قوله وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف وهذه من خواص الجامع الصغير • ومعنى قوله من حين حلف • اي اعتبار الشهر من زمان الحلف وذلك لان ذكر المدة لاخراج ما وراها لانه لو لم يذكرها لتابدت اليمين فكان ذكر المدة لاخراج ما ورا المدة لا لاثباتها وانما كانت تتابد لان النكرة اذا وقعت في موضع النفي عمت فاذا خرج ما ورا الشهر بقي الشهر متصلا بالايجاب بحكم اصل الايجاب لا بحكم اسم الشهر لان الشهر ذكره منكرا فلا يتناول المعين • او نقول انما بقي متصلا بالايجاب بدلالة الحال لان الحامل على هذا اليمين الغليظ الذي لحقه في الحال وكان مراده ان لا يكلم من هذا الحال • بخلاف ما اذا نذر ان يعتكف شهرا او يصوم شهرا • لانه لو اطلق اليمين ولم يذكر المدة لم يكن يتناول الابد لان النكرة لم تقع في موضع النفي وانما كانت تتناول ادنى ما يطلق عليه اسم الاعتكاف والصوم في الشرع فكان ذكر المدة لمد الحكم اليها واسم النكرة لا يتناول المعين فله ان يعين اي شهر شا مطلقا متتابعا او متفرقا هذا في الصوم • اما في الاعتكاف فانه يعين اي شهر شا ويلزمه التتابع لان التتابع فيه اصل ليلا ونهارا الا اذا قال في الشهر دون الليالي فحينئذ له ان يفرق • بخلاف الصوم فان التفريق فيه اصل لانه يوجد في النهر خاصة الا اذا قال متتابعا فيلزمه التتابع وقد عرف في الجامع • ونظير المسئلة الاولى ما اذا اجر داره شهرا كان المراد الشهر الذي يلي العقد لانه لو لم

يذكر الشهر ينصرف العقد الى الابد لكنه يكون فاسدا وكان ذلك الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الشهر متصلا بالايجاب قوله فبقي الذي
يلي عقيبه داخلا • اي بقي الشهر الذي عقيبه داخلا في الايجاب قوله به اي بالشهر قوله فالتعيين اليه اي ولان تعيين الشهر
الى الحالف قوله وان حلف لا يتكلم فقرا القران في صلاته لم يحنث • فان قرا في غير صلاته حنث وهذه من مسائل الجامع الصغير
المعادة • قال في شرح الاقطع هذا استحسان والقياس ان يحنث في الصلاة وغيرها • وجه القياس وهو قول الشافعي ان الكلام اسم
لحروف منطوقة تحتها معاني مفهومة فيكون قاري القران متكلما لا محالة فيحنث وكذا التسبيح والتهليل • ووجه الاستحسان ان القران او التسبيح
او التهليل وان كان كلاما حقيقة لكنه ليس بمراد من اليمين لانه اذا وجد في الصلاة لا يسمى كلاما عرفا وشرعا • اما الاول فلان الانسان
لا يحلف على ترك الكلام في سائر الصلاة فعلم ان الموجود في الصلاة لا يسمى كلاما عرفا • واما الثاني فلانه عليه الصلاة والسلام قال
ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شي من كلام الناس • ولقايل ان يقول القران ليس بكلام الناس فلا يتم الاحتجاج بالحديث فينبغي ان يحنث
وان وجد في الصلاة قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير هذا في عادة اهل العراق • واما في بلادنا فاذا حلف الرجل ان لا يتكلم
فقرا القران ينبغي ان لا يحنث سوا في الصلاة او في غير الصلاة • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير هذا في عادة اهل العراق
واما في بلادنا واليه ذهب الصدر الشهيد والعتابي • فان الانسان يقول لما تكلمت اليوم • وانما قرات القران وسبحت وهذا حسن
قوله ولو قال يوم اكلم فلانا فامراته طالق فهو على الليل والنهار وهذه من مسائل الجامع الصغير ولفظ محمد فيه عن يعقوب
عن ابي حنيفة في رجل قال يوم اكلمك فامراتي طالق ثلاثا قال هذا على الليل والنهار الا ان ينوي النهار دون الليل فيصدق في القضا • ولو قال ليلة
اكلمك فامراتي طالق ثلاثا قال وان هذا على الليل خاصة • اعلم ان اليوم قد يذكر ويراد به بياض النهار كما في قوله تعالى من يوم الجمعة
ويذكر ويراد به مطلق الوقت كما في قوله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره • اي حينئذ والضابط ان اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به
مطلق الوقت لان الفعل اذا لم يكن ممتدا يكفي مطلق الوقت ولا حاجة الى وقت ممتد • واذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار لان
الفعل الممتد يحتاج الى زمان ممتد لتنوعه الى خبر وامر ونهي واستفهام فلا يتيسر باتيانها بحدود الامثال فيكون المراد من اليوم مطلق الوقت
لئلا كان اولها زانا يحنث في عينه اذا وجد الكلام مطلقا • وان عني اليوم النهار وهو زمان ممتد من طلوع الفجر الصادق الى غروب
الشمس يصدق قضا لانه محتمل كلامه • بخلاف ما اذا قال ليلة اكلمك حيث لا يجوز ارادة النهار اصلا كما لا يجوز ارادة الليل من النهار
لان بينهما مضادة فلا يراد باحد الضدين الاخر • وقد مر التحقيق في كتاب الطلاق في الزمان • وفي كتابنا الموسوم بالتبيين في شرح
الاخسيكثي قوله لانه خلاف المتعارف • اي لان كون النهار مرادا من يوم قرن بفعل لا يمتد خلاف المعروف في العرف قوله ولو
قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او الا ان ياذن فلان او حتى ياذن فلان فامراته طالق فكلمه قبل
القدوم والاذن حنث • ولو كلمه بعد القدوم والاذن لا يحنث وهذه من مسائل الجامع الصغير • والاصل هنا ان كلمة حتى للغاية
كقوله تعالى حتى مطلع الفجر وكذا قوله الا ان للغاية • اما كون حتى للغاية فظاهر لانها حرف جاء موضوعة لانتها الغاية • واما الا ان
فالتحقيق فيه ان يقال الا للاستثنا ولا شك ان المستثنى منه ينتهي بوجود حرف الاستثنا والمستثنى فجعل الا للغاية فيها لوجود معنى الغاية
فيها كقوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم • يعني الى وقت تقطع قلوبهم وهو حالة الموت • ثم
نقول اليمين كان ما بعد حتى والا ان غاية لما قبلها فاذا كلم فلانا بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه كلمه بعد انتها اليمين • واذا كلمه
قبل القدوم والاذن يحنث لان شرط الحنث وجد حال بقا اليمين • اما اذا مات فلان قبل وجود الغاية يسقط اليمين لانه منع
نفسه عن الكلام الا ان يوجد الاذن والقدوم من فلان فبعد موت فلان لا يتصور اذنه وقدومه فلا يبقى اليمين لان شرط انعقاد
اليمين تصور البر عندهما • وقال ابو يوسف تبقى اليمين مؤبدة بعد سقوط الغاية حتى اذا كلم فلانا المحلوف عليه لا يحنث لان التصور ليس
بشرط عنده على ما مر قبل هذا الباب • فان قلت لا نسلم ان البر لا يتصور هنا لان الله تعالى قادر على اعادة الحياة في فلان بعد موته
فيتصور ان يقدم او ياذن بعد ذلك • قلت نعم ان الله تعالى قادر على اعادة الحياة ولكن اليمين انعقدت على الاذن والقدوم من
فلان في حياته القايمة لا في حياته المعادة بعد موته ولا شك ان ذلك الاذن او القدوم في الحياة القايمة لا يتصور بعد الموت
لان الاذن او القدوم في الحياة القايمة غيرها • ولهذا قلنا اذا قال لاقتلن فلانا وقد كان فلان مات ولم يعلم الحالف
بموته لا ينعقد لان اليمين وقعت على الحياة القايمة وقد مر ذلك فافهم فقد غلط هنا وخبط بعض الشارحين قوله فبعد سقوط
الغاية وهي الاذن والقدوم يسقطان بموت فلان قوله ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امراة فلان او
صديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه امراته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • اعلم ان
المستثنى في الكلام مضافا فلا يخلو اما ان كان مضافا اضافة ملك او اضافة نسبة او كان مشارا اليه مع ذلك • اما في اضافة الملك كما
اذا قال والله لا يكلم عبد فلان • او قال لا البس ثوب فلان • او قال لا اكل طعام فلان فيعتبر الملك يوم الحنث حتى لو زال الملك ثم
وجد الفعل لا يحنث لان شرط الحنث وجود الفعل في محل مملوك لفلان ولم يوجد • فلو استحدث الملك في هذه الاشيا بان اشتراها فلان
ثم فعل الحالف يحنث لوجود شرط الحنث • وكذلك الحنث في الدار الا رواية عن ابي يوسف فانه قال في الدار المستحدثة لا يحنث لو هو
دخلها لانه يشترط الملك فيها وقت اليمين والحنث جميعا لانها لا تستحدث في العادات كل وقت • وجوابه ان العادة مختلفة وهم
متعارضة كما في الجواري والعبيد فلم يحتج بالعادة المتعارضة • وعن ابي يوسف في النوادر اذا قال دار فلان يعني هذا الخلاف
واذا قال دار الفلان فقوله كقولهما كذا قال فخر الاسلام • وان وجدت الاشارة في هذه الصورة بان قال والله لا اكلم عبد فلان
هذا او لا ادخل دار فلان هذه او لا البس ثوب فلان هذا فزال الملك ثم وجد الفعل لا يحنث عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا

لمحمد

لمحمد • وجه قوله ان النسبة لا تعتبر مع وجود الاشارة اذ لو كان للنسبة تاثير في تعيين التعريف • ويجوز ان يكون التاثير كون الحامل على اليمين
هو الغليظ من جهة المالك • او نقول ترجيح الاشارة انما يكون عند التعارض ولا نسلم التعارض لان الاشارة للتعريف والنسبة لهجران المالك
فيعتبر الامران جميعا • ونقل في الاجناس عن الزيادات ورواية هشام ان هشاما اخبر عن محمد انه رجع الى قول ابي حنيفة وقال لا يحنث • وفي
المجتبيات عن ابي يوسف رواية عن ابي صالح يحنث في قوله دار فلان هذه • واما في اضافة النسبة كما اذا قال والله لا اكلم زوجة فلان او
زوج فلانة او صديق فلان فزالت النسبة بان بطلت الزوجية والصداقة ثم كلم لم يحنث في قول ابي حنيفة ويحنث في قول محمد • وذكر قول
ابي حنيفة في الجامع الصغير وقول محمد في الزيادات لان النسبة لما كانت للتعريف كانت الاشارة عند عدمها فلم يشترط دوامها • ولابي
حنيفة ان الانسان قد يعادي لنفسه وقد يعادي لصديقه او زوجته فاذا كان كذلك احتمل ان المقصود المضاف او المضاف اليه فلم يحنث
بالشك • فان لم يكن له زوجة ولا صديق ثم استحدث الصديق او الزوجة ثم كلم لم يذكره في الجامع الصغير قالوا على قياس ابي حنيفة لا
يحنث • واما محمد فقد قال في الزيادات لا يحنث قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير يحتمل ان يكون قول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة
وان وجدت الاشارة مع ذلك بان قال لا اكلم صديق فلان هذا او زوجة فلان هذه ثم زالت الزوجية والصداقة ثم كلم يحنث
في قولهم لان ذكر النسبة للتعريف كالاشارة وكانت الاشارة اولى قوله ولم يوجد اي لم يوجد الفعل الواقع في محل مضاف
الى فلان لزوال الملك والنسبة قوله هذا في اضافة الملك بالاتفاق اي عدم الحنث قوله فلا يشترط دوامها اي دوام
الاضافة وفي اضافة الصديق الى فلان واضافة المراة الى الزوج لم يحنث عند محمد بعد زوال الصداقة والزوجية كما اذا كان هو
المضاف مشارا اليه بان قال هذا او هذه قوله فتعلق الحكم اي حكم الحنث بعينه اي بعين المقصود وهو الصديق او المراة قوله
وجه ما ذكر هنا وهو عدم الحنث بعد زوال الملك والنسبة • وههنا اشارة الى قولهم فكلمه لم يحنث بغرضه اي غرض الحالف هجرانه اي
هجران المضاف قوله ولهذا لم يعينه • اي ولاجل الغرض الحالف هجران المضاف لاجل المضاف اليه ولم يعين المضاف اليه حيث لم يقل
صديق فلان هذا او زوجة فلان هذه • ولو كان غرضه هجران المضاف لاجل المضاف اليه بعينه قوله فهو على هذا الخلاف • اي
عند محمد يحنث في الدار المشار اليها اذا بيعت ثم وجد الدخول كما في العبد المشار اليه اذا بيع ثم كلمه • وعندهما لا يحنث • لان العبد
والدار لا يصلحان للمعادات • اما الدار فظاهر واما العبد فلا يعادي لدناته وسقوط منزلته • وانما يهجران لمعنى في صاحبهما فاذا
زال الملك ثم وجد الفعل لا يحنث • بخلاف المراة والصديق فانهما يصلحان للمعادات بنفسهما وقد اشار اليهما فيحنث بعد زوال الزوجية
والصداقة قوله والاشارة ابلغ منها فيه • اي من الاضافة في التعريف • وهذا لان الاشارة تقطع الشركة بمنزلة وضع اليد
على المشار اليه • بخلاف الاضافة اليها لا تقطع الشركة لانه لا يجوز ان يكون لفلان دارا اخرى وعبدا اخر وصديقا اخر وزوجة
اخرى قوله فاعتبرت اي الاشارة قوله وصار كالصديق والمراة • اي صار العبد المشار اليه كالصديق والمراة المشار
اليها عند محمد وزفر قوله والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين • اي الداعي الى اليمين لمعنى في المضاف اليه وهو فلان
غير ظاهر في الصديق المضاف المشار اليه والمراة المضافة المشار اليها لان المضاف اليه لا يتعين مرادا • لان المضاف صالح للمعادات
بخلاف اضافة الملك حيث لا يحنث بعد زوال الملك لان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه وهو متعين مرادا فظهر الفرق بين الاضافتين في
صورة الاشارة وهو معنى قوله بخلاف ما تقدم • ثم قال في شرح الطحاوي ثم عند محمد اذا قال عنيت الكلام معه وهو في ملك فلان
يصدق فيما بينه وبين الله تعالى دون القضا لانه نوى ما يحتمله • وعندهما اذا قال نويت الكلام معه دون الملك يصدق في
القضا لانه نوى ما يحتمله تشديدا على نفسه قوله وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث وهذه من مسائل
الجامع الصغير ايضا • وذلك لان اضافة الصاحب الى الطيلسان ليست الا للتعريف لان الطيلسان لا يعادي فصار كانه قال لا اكلم هذا
بالاشارة الى الصاحب قوله ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث وهذه من مسائل القدوري • وذلك لان الصفة
في الحاضر لغو في الغالب معتبرة الا اذا كانت الصفة داعية فانها لا تكون لغوا نحو لا اكل هذا البسر فاكله بعد ما صار رطبا • او حلف
لا ياكل رطبا فاكل بعد ما صار تمرا لا يحنث لتقيد اليمين بصفة البسورة او الرطوبة لان تلك الصفة داعية الى اليمين • وهنا صفة هو
الشباب لم تصر داعية لان هجران الصغار مهجور شرعا لقوله عليه السلام من لم يرحم صغيرنا فلو اعتبرت الصفة داعية يلزم الهجران المهجور
شرعا فلا يجوز ذلك • وقوله وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين جواب سوال مقدر وقد اندرج بيانه فيما قلنا قوله على ما مر قبل
اي قبيل باب اليمين في الاكل والشرب

فصل

انما ذكر بلفظ الفصل دون الباب لان مسايله كالتبع لما قبله
لان الممتنع الكلام في الحين والزمان فهو على ستة اشهر وما شابه ذلك نوع من انواع اليمين في الكلام قوله ومن حلف لا يكلمه
حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر وهذا لفظ القدوري في مختصره • قال في شرح الاقطع قال الشافعي اذا حلف على
النفي فيمينه على ساعة واحدة • وان حلف على الاثبات فيفعل ذلك في اخر عمره جاز • وذكر في الجامع الصغير رجل حلف لا يصوم حينا او زمانا
فهو على ستة اشهر • اعلم ان الحين هو الزمان قليله وكثيره كذا في المجمل وغيره • وقال الزجاج في تفسيره جميع من شاهدنا من اهل اللغة
يذهب الى ان الحين اسم كالوقت يصلح لجميع الازمان كلها طالت او قصرت • ثم قال والدليل على ان الحين بمنزلة الوقت قول النابغة وانشده
الاصمعي في صفة الحية والملدوغ • تناذرها الراقون من سوءها تطلقه حينا وحينا تراجع • فالمعنى ان السم يخف الما وقتا ويعود وقتا
ومعنى تناذرها اي انذر بعضهم بعضا • ثم اعلم ان الحين جا في معنى الوقت القصير كما في قوله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون
وقوله تعالى وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة • ويقال حينئذ في كلام العرب على معنى الوقت المطلق وجا بمعنى الوقت المديد كما قال
تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر قال اهل التفسير اي اربعون سنة • وجا بمعنى ستة اشهر وهو الوسط • قال تعالى تؤتي اكلها كل

حين اي كل ستة اشهر من وقت الطلع الى وقت الرطب ستة اشهر ومن وقت الرطب الى وقت الطلوع ستة اشهر • ومعناه انه ينتفع نفعا
في كل وقت لا ينقطع نفعها البتة • وروي عن ابن عباس ان الحين ستة اشهر ثم يقول لما كان استعمال الحين جاريا في الوقت القصير والمديد
والوسط • فان كانت له نية تقع نيته على ما نوى من الاوقات الثلاثة لانه محتمل كلامه • وان لم يكن له نية يراد به الوسط وهو ستة اشهر
لانه لا يجوز ان يراد به الوقت القصير وهو ساعة واحدة لانه لا حاجة الى اليمين في الامتناع من الكلام لانه يوجد الامتناع في زمان
قصير بلا يمين ولا يجوز ان يراد به الوقت المديد لانه لو كان مراده ذلك لم يذكر الحين لانه يتابد حينئذ عنده والابد في المعنى
الابد لان من اراد ذلك يقول ابدا وهو المتعارف فتعين الوسط • وكذا الكلام في الزمان لانه بمعنى الحين في اللغة يقال لم ارك
ملا منذ حين ومنذ زمان ثم لم يفرق بين الحين والزمان بين المعرف والمنكر والاعتماد فيه على اللغة ثم يتعين ستة اشهر في قوله لا يكلمه
حينا او زمانا او الحين او الزمان • بخلاف قوله لاصومن حينا او زمانا حيث لا يتعين بل له ان يعين اي ستة اشهر شاء • والفرق يجيء في هذا
الباب عند قوله وان حلف لا يكلمه شهرا **قوله** وهذا هو الوسط • اي هذا المذكور وهو ستة اشهر هو الوسط **قوله** فيعتبر ما
ذكرنا وهو الوسط وهو ستة اشهر **قوله** هو على ما نواه اي من الزمان اليسير والمديد والوسط **قوله** قال وكذلك الدهر عندهما
ابي يوسف ومحمد • وقال ابو حنيفة الدهر لا ادري ما هو • اي قال القدوري في مختصره كذا الدهر عندهما • يعني انه يقع على ستة
اشهر • وقال ابو حنيفة لا ادري ما الدهر اي لا ادري كيف هو في حكم التقدير فان كانت له نية فهو على ما نوى وان لم يكن له نية
قال ابو حنيفة لا ادري ما الدهر وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي المشهور من قولهما ان الدهر بالالف واللام على الابد
وقد ذكر محمد في الجامع الكبير ولم يذكر فيه خلافا وكان ابو الحسن يقول ان قول ابي حنيفة في الدهر دهرا واحدا انه لم يجب
منه شيء • والثابت في كلام الناس ان الدهر على الابد يقال فلان يصوم الدهر يعنون الابد • الى هنا لفظ ابي بكر الرازي
ومن اصحابنا من قال ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بلا خلاف بينهم • فان قال لا حين من الدهر اي الابد • وانما الخلاف
في المنكر فلا يقع على ستة اشهر وتوقف ابو حنيفة فيه • وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وروى بشر عن ابي يوسف
انه قال لا فرق على قول ابي حنيفة بين قوله دهرا وبين قوله الدهر • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وروي عن ابي
يوسف انه قال الدهر يقع على ستة اشهر • وفي ظاهر الرواية يقع على جميع العمر • ثم وجه قولهما ان الدهر كالحين والزمان
في استعمال العرب يقال لم اره منذ دهر ومنذ حين ومنذ زمان على السواء • ووجه قوله ان الدهر لا نص فيه على احد من اهل
اللغة ودلالته متعارضة فيجب التوقف فيه • الا ترى الى قوله تعالى وما يهلكنا الا الدهر والى قوله عليه الصلاة والسلام
لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر • ولهذا قال صاحب الجمهرة الدهر معروف • ثم قال وقال قوم الدهر مدة الدنيا من
ابتدائها الى انقضائها • وقال اخرون بل دهر كل قوم زمانهم • وقال الليث في امثاليه الدهر الزمان الليل والنهار لا يعتد ذلك
وانشد هل الدهر الا ليلة ونهارها والا طلوع الشمس ثم غيارها • فلما لم يستمر الرواية فيه لم يصح الحاق الدهر بالحين والزمان
قياسا لان درك اللغات بالقياس لا يستقيم • ولهذا الدهر اذا ذكر معرفا يقع على الابد اتفاقا على ظاهر الرواية • بخلاف
الحين والزمان ثم توقف ابو حنيفة في الدهر من غاية زهده وورعه وجلالة قدره في العلم حيث لم يقف ما ليس له به علم ولم
يسل على طريق الجزاف فكان هذا منه عين المعرفة لا جهلا • ومما يليق ذكره هنا قال بعضهم من قال لا ادري لما لم يدره فقد ادرى
في التفقه بالعين • في الدهر والحي كذا الاجابة وتحل اطفال ووقت خان • وروى صاحب الاجناس عن كتاب الصيام املاء بشر بن
الوليد في تاريخ شعبان سنة تسع وستين ومائة لو قال لله علي صوم عمر او صوم العمر قال ابو يوسف ان قوله العمر يقع على الابد وقوله
عمر على يوم واحد • ثم قال وقال في كتاب الايمان املاء رواية بشر بن الوليد في تاريخ صفر اذا حلف لا يكلمه عمرا فهو مثل الحين ستة اشهر
الا ان ينوي اكثر او اقل فله نيته • ولو قال عمري وعمرك فهو الى الوقت الذي اضافه اليه وانما ذكرت هذه المسائل تكثيرا للفوائد
ولم يذكرها صاحب الهداية **قوله** ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلاثة ايام هذا لفظ القدوري في مختصره وهو رواية الجامع
الكبير • وذكر فيه انه بالاتفاق • وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة ايام مثل قوله في المعرف • قال الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي ولو حلف لا يكلمه يوما يقع على طلوع الشمس الى غروبها اذا حلف قبل الطلوع • وان كان حلف بعد الطلوع يقع على يوم
كامل الى الوقت الذي حلف من الغد ويدخل الليل فيه • ولو حلف لا يكلمه اليوم يقع على بقية اليوم • ولو حلف لا يكلمه يومين
دخل فيه الليل سواء حلف قبل الطلوع او بعده • ومما نقلت من الجواب في اليوم فكذلك الجواب في الليل • ولو حلف لا يكلمه شهرا
يقع على ثلاثين يوما • ولو حلف لا يكلمه الشهور او الجمع او السنين والاصل هنا ان حرف التعريف اذا دخلت في اسم الجمع ينصرف الى اقصى
ما ينطلق عليه اسم الجمع عند ابي حنيفة وهو العشرة • لان الناس يقولون في العرف ثلاثة ايام واربعة ايام الى عشرة ايام • ثم بعد
ذلك يقولون احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم • فلما كانت العشرة اقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المرادة لان اللام للجنس
بخلاف ما اذا حلف بقوله ان تزوجت النساء حيث يقع اليمين على الواحد لتعذر صرفه الى الجنس قيل لا يصدق لانه خلاف الظاهر
وقيل يصدق لانه نوى حقيقة كلامه • وقد عرف في شروح الجامع واصل ابي يوسف ومحمد انه ينظر ان كان ثمة معهود ينصرف
اليه والا ينصرف الى جميع العمر في الايام المعهود في عرف الناس ايام الاسبوع وكانت الجمعة هي المرادة • وفي الشهور المعهود شهور
السنة وكانت السنة هي المرادة ولا معهود في الجمع والسنين فانصرف يمينه الى جميع العمر • ولو قال جمعا او قال سنين بالتنكير يقع
على ثلاثة من ذلك بالاتفاق • ولو قال اول يوم من اخر هذا الشهر يقع على الخامس عشر من الشهر لانه اول يوم من اخر الشهر ولو
قال اخر يوم من اول هذا الشهر يقع على الخامس عشر من الشهر لانه اخر يوم من اول الشهر نقله في الاجناس عن نوادر ابن سماعة

قوله

قوله لا يدور بحالها • اي لان الشهور تدور وتعلي اثنى عشر وكان القياس ان يقول لا نهاية لدورها وتعلقه لكن اول المذكور في الاول والاخر في
الثاني فافهم **قوله** ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فهذه مسئلة الجامع الصغير • قال ابو حنيفة اكثر الايام عشرة وقالا
سبعة لان ايام الاسبوع سبعة وما زاد عليها تكرار فيكون الايام الكثيرة سبعة • ولابي حنيفة ان الكثير عدد يضاف الى الايام عشرة فبعد
ذلك لا يقع ايام يقال ثلاثة ايام الى عشرة ايام ثم يترك ذكر الايام فيقال احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم • قال الصدر الشهيد
في شرح الجامع الصغير من المتاخرين من قال هذا الاختلاف يجري في لسانهم • اما بلساننا فينصرف الى ايام الجمعة بلا خلاف وعلل صاحب الهداية
بقوله بانه يذكر لفظ الفرد دون الجمع • وفي التعليل نظر لان لفظ الفرد بالفارسي لا يخلو من احد الامرين اما ان يفهم منه معنى الجمع او لا
فان فهم ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء • وان لم يفهم ينبغي ان يكون الاسبوع مرادا ايضا فيلزم هذا التناقض على عرفهم لكثرة وقوعه
في حلف الناس فكانه قيل انه اسم باعتبار الكثرة **قوله** ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وهذه
من مسائل الجامع الصغير المعادة • قال وكذلك الامة تعتق به اذا علق عتقها به • وذلك لان شرط الطلاق او العتق ولادة الولد وقد
وجد الشرط لان الولد الميت ولد حقيقة وشرعا • اما حقيقة فظاهر واما شرعا فان المرأة تنقضي عدتها به وتصير به نفساء وتصير الامة به ام
ولد • الا ترى انه يجيء في الاخرة وترجى شفاعته بدليل ما روى ابو عبيد في حديث النبي صلى الله عليه وسلم يظل محبنطئا على باب الجنة والمحبنطئ
يروى بغير همز وبهمز فعلى الاول معناه المتغضب المستبطئ للشيء وعلى الثاني معناه العظيم البطن المنتفخ • يعني يغضب وينتفخ بطنه من الغضب
حتى يدخل ابواه الجنة • قال الحاكم في الكافي اذا قال لها اذا ولدت ولدا فانت طالق فسقطت سقطا قد استبان بعض خلقه الا ترى ان
العدة تنقضي بمثله وتصير الامة بمثله ام ولد • فان لم يستبن خلقه لم يقع به طلاق ولم تنقض به عدة ولم تصر به ام ولد الى هنا لفظ الحاكم رحمه الله
بنصه للتبرك **قوله** ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة • وقالا لا يعتق واحد منهما
وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • لهما ان شرط الحرية ولادة الولد وقد تحققت الولادة لكن الميت لما لم يكن محلا للحرية انحلت
اليمين لا الى جزاء كما اذا قال لعبده اذا دخلت الدار فانت حر فباعه فدخل الدار تنحل اليمين لا الى جزاء حتى اذا اشتراه فدخل الدار لا يعتق • وكذا اذا
قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فابانها وانقضت عدتها ثم دخلت الدار تنحل اليمين لا الى جزاء حتى اذا تزوجها ثم دخلت الدار لا تطلق • ولابي حنيفة
ان الولد وان لم يكن موصوفا بالحياة لفظا صار موصوفا بها دلالة فكانه قال ان ولدت ولدا حيا فهو حر لان الحرية عبارة عن قوة حكمية تثبت
في المحل حيث يدفع تسلط الغير عليه والميت ليس اهلا للقوة الحكمية المذكورة فكانت الحياة شرطا في الولد ولهذا المعنى لان الحرية من اوصاف الحي
فيعتق الولد الثاني لانه هو الحي • بخلاف ما اذا قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق او قال للامة اذا ولدت ولدا فانت حرة فولدت ولدا
ميتا يقع الطلاق والعتق لان ولادة الولد علة شرط الطلاق او العتق • وكل واحد منهما مستغن عن حياة الولد فلم تكن حياته شرطا وهذا معنى
قوله بخلاف جزاء الطلاق او العتق وحرية الولد **قوله** لانه لا يصلح مقيدا • اي لان جزاء الطلاق وحرية الام لا يصلح مقيدا بالحياة لاستغنائهما
عن حياة الولد • ولهذا اذا وصف الولد بالموت وصرح بتعلق الطلاق وحرية الام وقال اذا ولدت ولدا ميتا فانت طالق او قال فانت حرة
كان صحيحا **قوله** واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • والاصل ان الاول اسم
لفرد سابق لا يشاركه غيره فيه فالذي اشتراه فرد سابق فيعتق • اما اذا اشترى عبدين بصفقة ثم اشترى عبدا اخر لا يعتق احد منهم لان الفرد
لم يوجد في العبدين والسبق لم يوجد في العبد • وان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث وهي مسئلة الجامع الكبير لان اليمين تناول
الاول الموصوف بصفة التوحد والثالث هو الاول المتوحد في الشراء • بخلاف ما اذا قال اول عبد اشتريه واحدا فاشترى عبدين ثم اخر لا يعتق احدهم
ذكرها العتابي في شرح الجامع الكبير لانعدام الاولية لان العبدين ليسا بفرد والعبد الثالث ليس بسابق • والفرق بين قوله وحده وبين قوله واحدا
لان الواحد يقتضي الانفراد في الذات ووحده يقتضي الانفراد في الفعل المقرون به • الا ترى انه لو قال في الدار رجل واحد كان كاذبا اذا كان معه
صبي او امرأة بخلاف ما اذا قال في الدار رجل وحده **قوله** وان قال اخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق وهذه من مسائل
الجامع الصغير المعادة ايضا وذلك لان الاخر اسم لفرد لاحق والعبد الذي اشتراه ليس بلاحق لغيره لانه لا يسبقه احد في الشراء فلا يكون اخرا فلا يعتق
لعدم الشرط • ولانه اول فلا يكون اخرا لانه ليس من صفات المخلوق ان يكون الواحد اولا واخرا وانما هو من صفات الباري جل وعلا • اما اذا
اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الثاني لانه موصوف بالاخرية لان الاخر اسم لفرد لاحق لا يشاركه غيره فيه والثاني بهذه الصفة فيعتق لكن يعتق
عند ابي حنيفة من يوم اشتراه • ثم يعتبر من جميع المال اذا كان الشراء في الصحة • وعندهما يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر من الثلث • وجه
قولهما ان شرط الحرية كون العبد اخرا ولا يتحقق الاخرية الا بعدم شراء غيره فصار كانه قال ان لم اشتر بعدك عبدا اخر فانت حر • فلو قال هكذا لا
يعتق الثاني ما دام المولى حيا لان الياس عن الشراء لا يتحقق الا بالموت وانما يعتق قبل الموت بلا فصل فكذا هنا • ووجه قول ابي حنيفة ان بالموت عرف
ان العبد الثاني هو اخر عبد اشتراه فثبت العتق من وقت الشراء لوجود شرط العتق من ذلك الزمان • بخلاف ما قاسا عليه لان ثمة جعل شرط العتق
عدم الشراء وعدمه لا يتحقق الا بالموت فلذا اقتصر على الموت • وفي مسئلتنا جعل العتق كون العبد اخرا وقد تبين الاخرية بموت المولى من وقت
الشراء الا انا لا نحكم بانه اخر قبل موت المولى لاحتمال ان يشتري اخر ما لم يمت فتحقق ان الثاني هو الاخر كما اذا قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فرات
الدم لا يحكم بانها طالق لاحتمال الانقطاع • فاذا دامت ثلاثة ايام حينئذ يحكم بانها طلقت من اول ما رات الدم لزوال الاحتمال **قوله** وعلى
هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به اي بوصف الاخرية او بلفظ الاخر • بان قال اخر امرأة اتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم
اخرى ثم مات فطلقت الثانية من حين تزوجها ولا ترث • وعندهما تطلق في اخر حياة الزوج ويصير الزوج فارا فترث المرأة **قوله** وفائدته اي فائدة
هذا الخلاف **قوله** ولو قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين عتق الاول وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة يعني
بشره واحد بعد واحد وانما يعتق الاول لان البشارة اسم لخبر سار ليس عند المخبر علمه • والخبر بهذه الصفة حصل من الاول دون

فيعتق الاول خاصة لوجود شرط الجزاء فيه • ولهذا يكرم الاول بالعطية خاصة في العرف • قال فخر الاسلام روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم مر بابن مسعود وهو يقرا القران فقال من احب ان يقرا القران غضا كما انزل فليقرا بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابو بكر وعمر
بالبشارة فسبق ابو بكر ثم اتاه عمر فكان ابن مسعود بعد ذلك يقول بشرني به ابو بكر واخبرني به عمر • بخلاف ما اذا بشروه معا حيث يعتق الجميع
لتحقق الشرط من جميعهم • الا ترى الى قوله تعالى فبشرناه بغلام حليم كيف حقق البشارة من الجميع • قال الحاكم وان قال عنيت في احد الوجهين
واثانا بينه وبين الله تعالى فيسعه ان يختار واحدا فيمضي عتقه ويبطل البقية • يقال بشرته بالتخفيف بشرا وبشارة بفتح الباء وبشرته تبشيرا
اما البشارة بكسر الباء فهي بمعنى البشرى اسم لما يبشر به ثم البشارة في اللغة تكون بالخير والشر جميعا الا ان في العرف تستعمل فيما يسر وفي الحد
من هذا قال صاحب الهداية ويشترط كونه سارا في العرف والبشر ظاهر الجلد يقال فلان مبشر اذا اخرج ظاهر جلده • ومن ذلك قولهم
باشر الرجل المراة اذا الصق بشرته ببشرتها **قوله** ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه وهذه من
مسائل الجامع الصغير المعادة ذكرها في المبسوط في باب العتق في الظهار يعني قال ان اشتريت فلانا فهو حر ثم اشتراه ناويا عن كفارة يمينه
لم يجزه عن الكفارة بالاعتاق • وذلك لان عتق العبد وجب عليه بقول كان منه قبل هذا فلما دل ذلك لم يصرفه الى غيره حتى اذا قال هو حر يوم
اشتريه وعنى به ان يقع عما عليه من العتق ثم اشتراه اجزاه لاقتران نية الكفارة بفعل العتق بل اقترنت بشرط العتق وليس للشرط اثر في ايجاب العتق
لان العتق ثبت بقول سابق وهو قوله فهو حر فصار كانه قال عبدي حر ثم نوى عن كفارة يمينه لا يجوز فكذا هذا **قوله** لان الشرط قران
النية بعلة العتق وهو اليمين فاما الشرا فشرطه اي لان شرط اجزاء العتق عن كفارة اليمين قران النية باليمين التي هي علة العتق لا قرانها بالشرا
الذي هو شرط العتق لان شرط العتق لا اثر له في ايجاب العتق وانما الاثر للاعتاق الذي هو العلة **قوله** وان اشترى اباه ينوي عن
كفارة يمينه اجزاه عندنا وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ذكرها محمد في الاصل في باب العتق في الظهار اعلم انه اذا اشترى اباه
او ابنه ناويا عن كفارة اليمين او الظهار او الافطار يجزيه استحسانا وفي القياس لا يجزيه وهو قول ابي حنيفة الاول وزفر والشافعي وكذلك
على هذا الخلاف اذا وهب له ابوه او تصدق به عليه او اوصى له به وهو ينوي عن كفارته كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وجه
القياس ان القرابة المتقدمة هي علة العتق لا الشرا فان الشرا شرط العتق • واما اقترنت النية بالشرا الذي هو الشرط لا بالعلة فصار كمسئلة
يمين متقدمة بيانه ان الواجب عليه التحرير والشرا ليس بتحرير لمنافاة بينهما لان الشرا استجلاب الملك والتحرير ازالة الملك • والدليل
على استحقاق العتق بالقرابة ان احد الشريكين اذا ادعى نسبه بعض شريكه نصيبه فيه كما لو اعتقه • وجه الاستحسان ظاهر النص وهو قوله فتحرير رقبة
وقوله عليه الصلاة والسلام للاعرابي حين ساله عن الاهلاك بالوقاع اعتق رقبة • بيانه ان التحرير جعل الشخص الرقيق حرا كالتبييض والتسويد
فانهما عبارتان عن جعل المحل ابيض واسود وقد وجد التحرير مقرونا بالنية فاجزاه عنه • اما وجود النية فظاهر واما كون الشرا تحريرا
او اعتاقا فلما روى اصحابنا في المبسوط وغيره عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه
اي بالشرا بيانه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل الولد معتقا للوالد بالشرا لا محالة لان العتق المبتدا لم يوجد بالاتفاق ثم اشتراه
عتق • وكلام الرسول صلى الله عليه وسلم يجب صيانته عن الالغا فلو لم يكن الشرا اعتاقا لزم الالغا ومثله وارد في كلام العرب
كما في قولهم سقاه فارواه اي بالسقي ويوضحه ما روى صاحب السنن باسناده الى سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم فهو حر
بيانه انه عليه الصلاة والسلام جعل الحرية جزاء الملك والشرا علة الملك فكانه قال من اشترى قريبه فهو حر فيكون الشرا تحريرا واعتاقا وقد
اقترنت النية به فجاز عما عليه • وهذا الخلاف ما اذا ورث اباه ينوي به الكفارة حيث لا يجزيه لان الميراث يدخل في ملك الوارث بدون صنعه
واختياره والتكفير يتادى بالتحرير الذي هو صنعه وفي الاسباب السابقة اعني الهبة والصدقة والوصية يحصل بصنعه وهو القبول لا بغير صنع
منفعة الكفارة الى الاب لا يجوز كما في الطعام والكسوة ينبغي ان لا يجوز صرف منفعة كفارة التحرير اليه لانا نقول في المتنازع فيه لا يجوز صرفه
الى العبد في المتنازع يجوز فكذا هنا نظيره الزكاة **قوله** ولو اشترى ام ولد لم يجزه وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • قال الواسعي المسئلة
ان يقول لامة الغير بالنكاح ثم يقول لها ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لكن لا تجزي عن كفارة اليمين • اما العتق فلوجود
الشرط المذكور في اليمين السابقة وهو الشرا • واما عدم الاجزاء عن كفارة اليمين فلانها لما استحقت العتق بالاستيلاد بقوله عليه الصلاة والسلام
اعتقها ولدها لم يكن العتق مضافا الى الشرا لان الاستيلاد علة العتق من وجه • والواجب عليه كفارة اليمين تحرير كامل لا تحرير من وجه دون
وجه • بخلاف ما اذا قال لامة الغير ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني فاشتراها حيث يعتق وتجزي عن كفارة اليمين لان حرمتها اضافت
الى الشرا فحسب فيحصل التحرير الكامل • وبخلاف ما اذا اشترى ذا رحم محرم ناويا بالكفارة حيث يجزي عن الكفارة لان التحرير مضاف الى
الشرا فكان الشرا اعتاقا لا القرابة فوجد التحرير الكامل بالشرا **قوله** ثم يحال الاضافة الى اليمين اي اضافة الحرية الى اليمين لم يحال العتق
استحقاق العتق الحرية **قوله** فارقته النية اي فارقت الشرا نية الكفارة **قوله** ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت
في ملكه عتقت وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • قال ابو حنيفة في الجامع الصغير ان
تسريت جارية كانت في ملكه يوم حلف فهي حرة • كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يكون النكاح مذكورا دلالة • لان الطلاق
تصرف لا يصح بدون سابقة النكاح فكانه قال ان نكحتك فطلقتك فعبدي حر • ولنا ان ايجاب العتق لم يكن مضافا الى الملك ولم يكن
في الملك لان التسري ليس من اسباب الملك لان التسري عند ابي حنيفة ومحمد عبارة عن شيئين التحصين والوطء ولم يطلب ولدها • وعند ابي يوسف
لا يكون تسريا الا بطلب الولد مع هذا • والمراد من طلب الولد ان لا يعزل ماءه او لم يفعل لها شيئا من هذا • ولكن وطئ خادمة فعلقت منه
لم يعتق لانه لم يحصنها وكل ذلك لا يتم من السوية والتحصين وطلب الولد عبارة عن الملك ولكن الملك يثبت بمقتضى صحة التسري والثابت بالاقتضا
ثابت ضرورة • والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر الملك الا في حق صحة الجزا وهو الحرية فلم يصح اليمين في حق الامة المشتراة

في هذه المسئلة حيث يثبت ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذي هو الطلاق فلا يتعدى الى صحة الجزا فكان نظير مسئلتنا • اما العتق
بما ذكرنا فلم يصح لثبوت الملك في العبد في الحال فصح تعليق عتقه بشرط سيوجد فان قلت ان زفر لا يقول بالاقتضا • ولهذا اذا قال اعتق عبدك
عني بالف فاعتق يقع العتق عن المامور وعنده لا عن الامر والمسئلة مشهورة فكيف قال هنا بالاقتضا قلت هو يقول هنا بالدلالة لا بالاقتضا
والفرق بينهما ان الاقتضا يحتاج فيه الى التفكر بخلاف الدلالة لان الثابت بها يفهم من اللفظ بلا تفكر • ولهذا اذا قيل عبد فلان هو
قريبه يفهم منه في اول وهلة ان عبده جاريته مملوكة فلا يرد عليه السؤال ولئن ورد فذاك امر يتعلق به لانا نحن ما التزمنا خلاصه اذا
الي الورطة **قوله** وهو شرط اي التسري شرط فيتقدر بقدره اي يتقدر الملك بقدر الضرورة • وذكر الظهير الراجع الى الضرورة
المذكور بل الاضرار **قوله** وفي مسئلة الطلاق اراد بها ما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر انما يظهر في حق الجزا وقد مر في مسئلة
قوله هذه وزان مسئلتنا وهي قوله اي ان اشتريت ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثا نظير مسئلتنا وهي قوله
ان تسريت جارية فهي حرة لان في كل منهما لم يظهر الملك الثابت ضرورة في حق صحة الجزا ونظير مسئلة زفر وهي قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدي
حر ما اذا قال ان تسريت جارية فعبدي حر فاشتراها يعتق العبد كما اذا تزوجها فطلقها يعتق العبد لما ان الملك قائم والعبد في الحال
في الصورتين جميعا فالحاصل ان الملك وقع شرطا للشرط الذي هو الطلاق او التسري فلا يكون شرط الشرط شرطا للجزا فافهم **قوله** ومن قال
كل مملوك لي حر يعتق عبيده ومدبروه وامهات اولاده وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة اذا قال كل مملوك لي حر يعتق العبيد والاما
والمدبرون وامهات الاولاد الا المكاتبين والمشترك بينه وبين غيره وان نواهم عتقوا ايضا كذا في التتارخانية ثم المبسوط ومعتق البعض
لا يعتق الا بالنية كذا في شروح الجامع الصغير • وان نوى الرجال دون النسا يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق قضا لان لفظ
لم يختص بصيغة التذكير فيتناول الذكور والاناث جميعا بدليل ظاهر القران • وان قال لم انو المدبرين لم يدين في القضا خاصة على
رواية كتاب العتاق • اما على رواية كتاب الايمان فلا يصدق ديانة وذلك لانها لانه اضاف العتق الى مملوك مطلق والملك في المدبرين
وامهات الاولاد مطلق كامل • ولهذا يحل استخدامهم وكسبهم واستمتاع المدبرة وام الولد ولا يحل الاستمتاع الا بالملك المطلق ويجب
على المولى صدقة الفطر لاجلهم فلما كان الملك فيهم مطلقا كاملا دخلوا تحت مطلق قوله كل مملوك بخلاف المكاتب فان الملك فيه ناقص والرق
كامل ولهذا لا يملك المولى استخدامه وكسبه ولا يجب عليه صدقة لاجله ولا يحل له وطء المكاتبة فكان المكاتب مملوكا من وجه دون وجه
ان المولى مالك لرقبته لا يدا فلم يدخل تحت مطلق الكلام كالمختلعة لا يمينا وان اطلق قوله كل امراة لي طالق ومعتق البعض مكاتب عند ابي
حنيفة الا اذا نوى المكاتب ومعتق البعض حيث يصح نيته لانه شدد الامر على نفسه **قوله** فاختلت الاضافة اي اضافة الملك الى المكاتب
قوله ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ذكرها
محمد في الباب الطويل من باب الطلاق • وذلك لان كلمة او لاحد الشيئين وقد دخلت بين الاولى والثانية فاقتضت طلاق احدهما غير عين
وله الخيار في تعيين احدهما ثم لما قال وهذه في المرة الثانية بحرف الواو طلقت الاخيرة لان الواو للجمع بين المعطوف والمعطوف عليه وقد جمع
بين الاخيرة واحدى الاوليين في الطلاق فتكون الاخيرة طالقا بلا شك لعدم دخول كلمة الشك فيها وانما الشك في احدى الاوليين فله
الخيار في التعيين يوقعه على ايهما شاء كانه قال احداكما طالق وهذه وكذا الحكم فيما اذا قال هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير بلا شك وله
الخيار في تعيين احدى الاوليين • فان قلت لم لا يكون الشك في الثالثة ايضا لان الواو للجمع وقد جمع الثالثة مع الثانية وفي الثانية
شك فيتعدى الى الثالثة • ولهذا قال زفر الامر في الحالين يتخير بين ان يوقع على الاول او على الاخريين كما اذا قال هذه طالق وهذه او
هذه في الجامع الصغير • قلت ثم ان الجمع لان ذكر الثالثة بعد وقوع الطلاق على احدى الاوليين بغير عين فاقتضت الجمع بين
الثالثة وبين طلاق احدى الاوليين فصارت الثالثة مرادا بايجاب الطلاق • وكذا الثالث فكانه قال احداكما طالق وهذه او
احداكما حر وهذا • قال الحاكم الشهيد في الكافي اذا قال انت طالق ثلاثا وثلاثا او ثلاثة فالاولى طالق والخيار في الاخريين **قوله**
لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله اي يختص العطف بمحل الحكم ومحل الحكم المطلقة من احدى الاوليين فكانت الثالثة طالقا لان
الواو يقتضي الاشتراك في الحكم والحكم هنا هو الطلاق • ونظير هذا ما ذكر في كتاب الاقرار • ولو قال لفلان علي الف او لفلان
وفلان كان نصف الالف للثالث والنصف الاخر ان شا المقر جعله للاول وان شا جعله للثاني

باب اليمين في البيع والشراء

اي من العتاق والطلاق والضرب كما اذا حلف
لا يطلق ولا يعتق ولا يضرب فامر غيره بذلك ويجي بيانه ان شا الله تعالى قيل لما كانت التصرفات في الايمان في هذه الاشيا اكثر
وقوعا بالنسبة الى اليمين في الحج والصلاة والصوم قدم هذا الباب على باب اليمين في الحج **قوله** ومن حلف لا يبيع ولا يشتري او لا يواجر
فوكل من فعل ذلك لم يحنث وهذه من مسائل القدوري • والاصل هنا ان الفعل اذا كان يتعلق حقوقه بالمباشر لا يجعل فعل المامور
كفعل الامر كما اذا حلف لا يبيع ولا يشتري او لا يواجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث وهذه من مسئلة القدوري • والاصل ان الفعل اذا
كان يتعلق حقوقه بالمباشر لا يجعل فعل المامور كفعل الامر كما اذا حلف لا يبيع ولا يشتري او لا يواجر او لا يستاجر او لا يساهم فامر به
غيره لم يحنث لان شرط الحنث وهو عقد الحالف على هذه الاشيا لم يوجد منه وانما وجد من المامور ولم يجعل فعله كفعل الامر لان الحقوق هنا
تتعلق بالمامور خاصة • ولهذا يحنث المامور في فعل هذه الاشيا اذا كان حالفا الا اذا كان الحالف ممن لا يباشر ذلك بنفسه كالقاضي والسلطان
ونحوهما فحينئذ يحنث بفعل المامور • او نوى الحالف ان لا يامر غيره فحينئذ يحنث ايضا بفعل المامور • او نوى الحالف ان يامر غيره فحينئذ
يحنث ايضا بفعل الوكيل لان فيه تشديدا وتغليظا على نفسه اذا كان لا يتعلق الحقوق بالمباشر بل الامر لم يكن له حقوق فحينئذ يكون
فعل المامور كفعل الامر كالنكاح والطلاق والكتابة والضرب والذبح والبنا والخياطة والهبة والصدقة والكسوة وقضا الدين والاقتضا والخصومة

والشركة ان حلف لا يشارك فلانا فامر غيره فعقد مع فلان عقد الشركة نيابة عنه يحنث الامر بفعل المامور في هذه الصورة وفي الصلح
روايتان اذا حلف لا يصالح مع فلان فوكل رجلا بالصلح معه لا يحنث هذه رواية الامالي • وجعل في السير الكبير الخلع عن دم العمد كالنكاح
قال الحاكم الشهيد في الكافي وان حلف حلف ليضرب عبده او ليخيط ثوبه او ليبني داره فامر غيره بذلك بر في يمينه الا ان يعني ان يفعله بنفسه
ولو حلف على احد ليضربنه فامر غيره فضربه لم يبر حتى يضربه بيده وليس هذا كالعبد • واما السلطان او القاضي اذا قال لاضربنه
فامر غيره فضربه بر الا ان ينوي ان يكون بيده من في القضا • وقال في نوادر هشام اذا زوج غيره امراة بغير اذن الحالف فان
الحالف اجازه قال محمد لا يحنث وهو خلاف الاصل كذا ذكر الناطفي في الاجناس قوله لانه يمنع نفسه عن ايقاعه • اي لان ذا
سلطان كالقاضي ونحوه اذا منع نفسه عن الفعل فيما هو كعادة له في ذلك الفعل • فاذا حلف لا يبيع ولا يشتري فكانه قال لا امر
ولا امر بالشرا لان الحالف يحنث في يمينه بفعل المامور سلطان كل شي حده وسطوته • ومنه اشتقاق السلطان كذا قال ابن
دريد قوله ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث وهذا لفظ القدوري في مختصره • وانما حنث بفعل
الوكيل لان حقوق العقد راجعة الى الموكل • ولهذا يضيف العقد الى الموكل لا الى نفسه واما الوكيل سفير فكان لسان الوكيل كلسان
الموكل فكان الموكل فعل بنفسه • وان قال عنيت ان لا افعل بنفسي صدق ديانة لانه نوى شيئا يحتمله لفظه فصحت نيته والله تعالى مطلع على
النيات يعلم من ضميره ما لا يعلمه غيره ولا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر وان كان محتملا قوله اليه • اي الى الوكيل لانه
لفظ التزوج والطلاق والعتاق قوله وسنشير الى المعنى في الفرق اراد به قوله في الفرق ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا التكلم
بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها الى اخر ما قال قوله ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث
في يمينه وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • وذلك لان الفعل ينسب الى الامر وليس فيه حقوق تتعلق بالمامور ومنفعته تعود
على الامر لان العبد يكون مؤتمرا بامر المولى فكان فعل المامور كفعل الامر • ولو قال عنيت ان لا افعل بنفسي صدق قضاء وديانة بخلاف
النكاح والطلاق والعتاق فانه اذا ادعى ان لا يفعل بنفسه صدق ديانة لا يصدق قضاء • والفرق ان في تلك الصورة ادعى
خلاف الظاهر • لان هذه الاشياء امور شرعية يظهر اثرها في المحل فامرها كالتكلم بها سواء • فاذا نوى التكلم بها خاصة كان
مدعيا خلاف الظاهر لانه نوى الخصوص من العموم فلا يصدق قضاء • بخلاف ضرب العبد وذبح الشاة فانه امر حسي يعرف باثره ولا
يحتاج فيه الى الامر حتى يكون ضربا او ذبحا فانه اذا ضرب عبد الغير او ذبح شاة الغير يسمى ذلك ضربا او ذبحا • وان وقع بغير
امر وانما نسبة الفعل الى الامر بسبيل التسبيب مجازا فاذا نوى ان لا يفعل ذلك بنفسه صدق قضاء لانه نوى حقيقة كلامه قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولا خلاف في هذه المسالة الا انه روي في الكتاب عن ابي يوسف ومحمد خاصة ولم يرو عن
ابي حنيفة خلاف هذا اراد بالكتاب الجامع الصغير قوله الا ان يتولى ذلك اي ضرب العبد او ذبح الشاة قوله ينتظمهما
اي اللفظ ينتظم التكلم بذلك والامر بذلك اي الطلاق والعتاق والنكاح قوله ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا
فضربه لم يحنث في يمينه وهذه المسالة مذكورة في بعض نسخ الجامع الصغير دون البعض • وانما لم يحنث الحالف بضرب المامور
لان منفعة الضرب تتعلق بالولد لان المقصود من ضربه التاديب وتعلم الطريقة المستحسنة واختيار السيرة الصالحة واجتناب
الافعال المستقبحة وترك الهوى والشهوة فذلك منفعة خالصة للولد • وان كان فيه منفعة للوالد ايضا فلم يجعل ضرب المامور
كضرب الامر بخلاف ضرب العبد فان منفعته ترجع الى المولى فان المقصود منه الانقياد الى المولى وائتماره امره ولا مخالفة فصار
ضرب الامر كضرب المولى فيحنث بضرب المامور • يقال ثقفت الرمح تثقيفا اي سويته فاستوى قوله ومن قال لغيره ان بعت
لك هذا الثوب فامراته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث وهذه من خواص مسائل الجامع الصغير
والاصل في معرفة ذلك ان يعرف ان اللام قد تكون للتمليك كقولهم المال لزيد وقد تكون للتعليل وهو الذي فيه المعنى الباعث على
الفعل كقولهم فعلت هذا الامر لابتغاء مرضاتك فلما كان مشتركا يحتاج صرفه الى احد الوجهين لوجود المرجح او لتعذر صرفه الى الاخر
والاصل الاخر ان تصحيح الكلام مع مراعاة نظم الكلام اولى من تصحيحه مع تغيير نظامه • والاصل الاخر ان كل فعل تجري فيه الوكالة
قد يفعله الفاعل تارة لنفسه وتارة لغيره وما لا تجري فيه الوكالة لا يحتمله لغيره فيقتضي اللام فيه للملك • فاذا عرفنا هذا
فنقول اذا قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامراته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث • لان
المعنى ان بعت لاجلك هذا الثوب • لانا لو جعلناه للتمليك يتغير نظم الكلام لان اللام حينئذ تصير صلة الثوب • والصلة لا
تتقدم على الموصول فلا بد من التقدير فيه بان يقال معناه ان بعت ثوبا لك • وقد مر ان تصحيح الكلام مع مراعاة نظم الكلام اولى
من تصحيحه مع تغييره فقلنا معناه ان بعت لاجلك ثوبا لئلا يتغير النظم ولم يوجد البيع لاجل المحلوف عليه لعدم امره فلم يحنث اما
اذا قال ان بعت ثوبا لك حنث سواء باعه بامره او بغير امره • لان اللام ذكرت عقيب الثوب فكانت للتمليك فكان شرط الحنث
بيع ثوب مملوك لفلان لا البيع لاجله وقد وجد بيع الثوب المملوك لفلان سواء وجد الامر او لم يوجد • وكذلك الحكم في كل فعل
تجري فيه الوكالة اذا قدم اللام على العين يكون للتعليل وان اخر يكون للتمليك مثل قوله ان خطت لك قميصا او قميصا لك او ان
صغت لك حليا او حليا لك او ان اشتريت لك جارية او جارية لك • او ان استاجرت لك دارا او دارا لك • او ان بنيت
لك دارا او دارا لك • ومثله لو قال فيما لا تجري فيه الوكالة ان ضربت لك عبدا او مسست لك ثوبا او مسست ثوبا لك او
دخلت لك دارا او دخلت دارا لك • او ان اكلت لك طعاما او اكلت طعاما لك او شربت لك شرابا او شربت شرابا لك يحنث
سواء قدم اللام او اخر • وسواء فعل بامره او بغير امره لان هذه الاشياء لا تجري فيها الوكالة اذ ليس لهذه الاشياء حقوق ترجع اليهما

فالمامور فعل الامر فتكون اللام للملك اذا لم يكن له نية • ولو نوى غير ذلك تصح نيته لانه نوى ما يحتمله كلامه • قال الشيخ ابو
المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وكلا الفعلين في القياس سواء لكن الاغلب انه اذا قدم قوله لك في فعل تجري فيه التوكيل يراد به
الفعل لاجله وهي لام التعليل واذا اخر يراد به لام التمليك وفي فعل لا تجري فيه التوكيل يراد به الفعل لاجله وفي لام التعليل الاغلب ان
المراد لام التمليك سواء قدم او اخر فاجرينا الباب على ما عليه الاغلب كلام الناس قوله فدس المحلوف عليه يقال دس الشيء في الشيء
اي اخفاه فيه يدسه بالضم دسا قوله لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به • يعني ان اللام لما كانت مقرونة بالبيع
والبيع من الافعال التي تملك بالعقد اقتضت ان يكون البيع مختصا بالمحلوف عليه بان يقع فعل البيع للمحلوف عليه وذلك بان يبيعه بامر
المحلوف عليه ولم يوجد البيع بامره فلا يحنث • بخلاف ما اذا قال ثوبا لك يحنث اذا باعه بامره او بغير امره ولا يشترط العلم بذلك لانه
لان اللام لما قرنت بالعين وكانت اقرب الى العين من الفعل اقتضت اختصاص العين بالمحلوف عليه والاختصاص بان يكون العين ملكا له
مملوكا عليه قوله ونظيره اي نظير البيع الصياغة والخياطة فقد مر نظايره قوله فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين اي لا يفترق
حكم الحنث فيما لا تجري فيه النيابة كالاكل والشرب وضرب الغلام بل يحنث اذا فعله سواء كان بامره او بغير امره في الوجهين اعني فيما اذا
قدم الكلام او اخر قوله ولو قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها
به محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال عبدي هذا حر ان بعته فباعه على ان البائع بالخيار ثلاثة ايام قال يعتق • وكذا لو قال
عبدي هذا حر ان اشتريته فاشتراه على انه بالخيار قال يعتق • اما العتق في الفصل الاول فلان شرط الحنث وهو البيع قد وجد حال
قيام الملك في العبد لان خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه فنزل الجزاء وهو الحرية • واما في الفصل الثاني فكذلك لان شرط الحنث
قد وجد والملك قائم للمشتري في المشتري فينزل الجزاء هذا في قولهم جميعا لكن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده • ولو نجز المشتري
العتق في هذه الصورة ينفسخ الخيار ويثبت الملك سابقا على التنجيز فكذا في تعليق العتق بالشرا اذا وجد الشرا يكون كانه نجز العتق
حالة الشرا • بخلاف قوله ان ملكتك فانت حر فاشتراه على انه بالخيار لا يعتق لان شرط الحنث وهو الملك لم يوجد لان المشتري اذا
كان بالخيار لا يعتق لان شرط الحنث وهو الملك لم يوجد لان المشتري اذا كان بالخيار لم يملكه عند ابي حنيفة فلم ينزل الجزاء بخلاف
ما اذا اشترى ذا رحم محرم منه بالخيار حيث لا يعتق على قول ابي حنيفة لعدم الملك لان الخيار من المشتري مانع لتملكه قوله ومن
قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامراته كذا فاعتق او دبر طلقت امراته وهذه من خواص الجامع الصغير • وصورتها
به محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال ان لم ابع هذا العبد فامراته طالق ثلاثا فاعتقه او دبره قال امراته طالق ثلاثا
وقال وكذلك في الجارية يعتقها او يدبرها • قال والمسالة بحالها • اما في الفصل الاول وهو ما اذا قال ان لم ابع هذا العبد
فانما طلقت المراة لانه جعل شرط الحنث عدم البيع وقد تحقق العدم بالاعتاق والتدبير فصار العبد بحال لا يحتمل البيع فيحنث
في يمينه لتحقق الشرط كما اذا مات الحالف او مات العبد • فان قلت سلمنا ان احتمال البيع لم يبق بالاعتاق ولكن لا نسلم انه لم يبق
بالتدبير لانه يجوز فسخ التدبير لا محالة وقبل الفسخ هو مدبر لا يجوز بيعه فلما لم يحتمل البيع حينئذ وجد الشرط فنزل الجزاء • ثم اذا حصل
بعد ذلك لا يرتفع الطلاق الواقع لانه لا ابطال له فيه • واما الفصل الثاني وهو ما اذا قال ان لم ابع هذه الجارية فانما طلقت
المراة لتحقق الشرط ايضا لان كونها محلا للبيع قد فات بالاعتاق والتدبير • لا يقال لا نسلم ان محل البيع فات اذ من الجائز ان
الجارية تلحق بدار الحرب فتسبى فتملك فتباع لانا نقول ذلك امر موهوم فلا تعتبر • او نقول ان الحالف عقد يمينه على الملك القائم
لا الملك الذي يوجد على اعتبار هذا الملك ان تعذر احتمال هذا البيع بالاعتاق والتدبير فقد تحقق اذن شرط الحنث فنزل الجزاء هو
قوله لفوات محلية البيع اي بالاعتاق والتدبير قوله واذا قالت المراة لزوجها تزوجت علي فقال كل امراة لي طالق ثلاثا
طلقت هذه التي حلفته في القضاء وهذه من خواص الجامع الصغير • قالوا في شروح الجامع الصغير وعن ابي يوسف انه قال لا تطلق
هي قال الكرخي هذا القول لان الزوج اخرج الكلام جوابا لكلام المراة فينطبق الجواب على السؤال فكانه قال كل امراة لي غيرك
زوجها لي طالق ثلاثا والاستثناء قد يكون دلالة كما يكون نصا فتكون المحلفة مستثناة من عموم اللفظ دلالة فينصرف
الطلاق الى غيرها • ولان غرض الزوج بهذا الكلام ارضاؤها وهو لا يحصل بطلاقها بل بطلاق غيرها • وجه
ظاهر الرواية ان العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ولانه زاد على قدر الجواب فيعتبر مبتديا لا مجيبا • لانه لو اراد الجواب
لكان يقول ان فعلت كذا فهي طالق ثلاثا فلما لم يقتصر على ذلك جعله مبتدئا • ولا نسلم ان غرض الزوج يتعين في ارضائها حتى لا
يرد ما يحتمل ارضاءها يحتمل اغاظتها ايضا لاعتراضها على الزوج في الامر الذي احله الشارع فلا يلغى عموم اللفظ بالاحتمال • ولو
نوى غير المحلفة يصدق ديانة لانه يحتمل كلامه لان العام يحتمل الخصوص • ولا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر قوله وهو
طلاق غيرها • اي ارضاؤها يحصل بطلاق غير المحلفة فيتقيد • اي فيتقيد ارضاؤها به اي بطلاق غيرها قوله اعترضت
عليه • اي على الزوج فيما احله الشرع اي في الشيء الذي احله الشرع وهو التزوج قوله ومع التردد لا يصلح مقيدا اي مع تردده
الغرض بين الاغاظة والارضاء لا يصلح الغرض مقيدا لارضائها بطلاق غيرها والله اعلم

باب اليمين في الحج والصوم والصلوة

قدم هذا الباب على باب اللبس لفضيلة العبادات واخر عن الباب المتقدم لقلة وقوع اليمين بالحج والصوم والصلاة قوله ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت
الله او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا • وقال محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقول وهو في الكعبة
علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة قال يلزمه اما حجة واما عمرة • وقوله وهو في الكعبة من خواص الجامع الصغير • وانما قيد بقوله

بقوله في الكعبة لان ايجاب الحجة او العمرة لما ثبت بقوله علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة مجازا بطريق اطلاق اسم السبب على المسبب
فما ادركه في الكعبة . وفي بقعة اخرى سواء في ذلك لان المشي الى البيت سبب للوصول بالحج والعمرة في الجملة فيصير كانه قال علي
حجة او عمرة فاذا قال ذلك لزمه فكذا اذا قال علي المشي الى بيت الله . ثم اذا اراد الحج يحرم من الحرم ثم يخرج الى عرفات
ماشيا فان ركب يلزمه شاة . واذا اراد العمرة يخرج الى التنعيم ونحوه ويحرم بالعمرة ثمة لان احرام المكي للعمرة خارج الحرم ولم يذكر
محمد انه يخرج الى التنعيم ماشيا او راكبا . وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم جاز له ان يركب وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح
اليه ليس بمشي الى بيت الله ذاهبا وانما المشي اليه وقت الرجوع . وقال بعضهم يمشي وقت الرواح ايضا لان الرواح اليه للاحرام فكان
مشيا الى بيت الله . اعلم ان ايجاب الحج او العمرة بلفظ المشي الى البيت او الى الكعبة ليس بقياس لان المشي امر مباح ليس بقربة واجبة
ولا مقصودة في الاصل لان المقصود من المشي شيء اخر لا نفس المشي فكان القياس ان يبطل النذر به . ولهذا لو قال لله علي المشي الى بيت
المقدس او الى المدينة لا يلزمه شيء . ولو قال علي المشي الى بيت الله وهو ينوي مسجدا من مساجد الله سوى المسجد الحرام لم يلزمه
شيء . وفي المسئلة في مختصر الكافي للحاكم الشهيد . ولو قال عليه السفر الى مكة او الذهاب اليها او الركوب اليها لم يلزمه شيء في
او الركوب والقياس سواء الا انه اخذ في المشي بالاستحسان لان ايمان الناس عليه . والقياس في معارضة الاجماع مردود فصار فتقدير
الكلام لله علي حجة او عمرة ماشيا . او لله علي ان احرم بحجة او عمرة ماشيا . والدليل على هذا التقدير ان صفة المشي لم تهدر . ولهذا
قالوا اذا ركب يلزمه دم . وانما لم تهدر لان المشي له فضل قربة بدليل ما روى اصحابنا في كتبهم كفخر الاسلام وغيره عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم . قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة . ثم اعلم ان مسائل هذا
الفصل على ثلاثة اوجه في وجه يلزمه اما حجة او عمرة في قولهم جميعا . وفي وجه لا يلزمه شيء بالاتفاق . وفي وجه اختلفوا
فيه . اما الوجه الذي يلزمه بالاتفاق فهو ما اذا قال علي المشي الى بيت الله او علي المشي الى الكعبة او علي المشي الى مكة . وفي
رواية النوادر الى بكة وكل ذلك متعارف . واما الوجه الذي لا يلزمه شيء فهو ما اذا قال لله علي الخروج الى بيت الله وكذا اذا
ذكر المشي او السفر او الذهاب او الركوب او الاتيان لعدم العرف . واما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو ما اذا قال علي المشي الى الحرم
او الى المسجد الحرام قال ابو حنيفة لا يلزمه شيء . وقال صاحباه يلزمه اما حجة او عمرة . وجه قولهما ان الحرم او المسجد الحرام
يشتمل كل واحد منهما البيت . فاذا ذكر البيت وحده يلزمه فكذا اذا ذكر ما يشمله . ووجه قول ابي حنيفة ان لفظ المشي لم يجعل [illegible]
عن الحج او العمرة الا ان في النذر بالمشي الى بيت الله او الى الكعبة او الى مكة ثبت الحكم بالاجماع خارجا عن القياس فبقي ما وراءه
على اصل القياس لعدم العرف . ولهذا لو قال لله علي المشي الى الصفا او الى المروة او الى باب بني شيبة لا يلزمه شيء بالاتفاق قوله
وان شاء ركب واراق دما . وذلك لما قال محمد في الاصل بلغنا عن علي بن ابي طالب انه قال في رجل جعل عليه المشي ماشيا فحج وركب
وذبح شاة لركوبه قوله التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل اراد به المشي وانما هو في الاصل امر مباح ليس
فيه معنى القربة وانما كونه قربة باعتبار العارض من حيث انه سبب للوصول الى اداء العبادة فلم يكن مقصودا في الاصل فلما
لم يكن القربة مقصودة في المشي كان ينبغي ان لا يلزم بالنذر كالطهارة لا يلزم بالنذر لانها ليست بقربة مقصودة لكن ترك القياس
فوجب اما حجة او عمرة استحسانا بالعرف قوله وقد ذكرناه في المناسك اي قبل كتاب النكاح قوله صار ذكره كذكره
اي ذكر كل واحد من الحرم او المسجد الحرام كذكر البيت قوله بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه اي عن البيت
يعني انهما ليسا مشتملين على البيت بل هما منفصلان عنه فلم يكن ذكرهما كذكره قوله ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ
اي لا يمكن ايجاب التزام الاحرام باعتبار حقيقة لفظ المشي لان اللفظ لم يوضع له . والعرف ايضا منتف في قوله لله علي المشي الى
الحرم او الى المسجد الحرام فلما انتفت الدلالة على الايجاب حقيقة وعرفا امتنع الايجاب اصلا قوله ومن قال عبدي حر ان
لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف . وقال
محمد يعتق وهذه من خواص الجامع الصغير . قال صاحب المختلف بعدما ذكر قول ابي يوسف مع ابي حنيفة لم يذكر في الجامع الصغير
قول ابي يوسف والفقيه ابو الليث ايضا لم يذكر قول ابي يوسف في شرح الجامع الصغير . وجه قول محمد ان الشهادة على الاثبات
تقبل وهذه شهادة على الاثبات فتقبل . وانما قلنا انها شهادة على الاثبات لانها شهدت بتضحيته في هذا العام بالكوفة يلزم عدم حجه هذا
العام فيعتق العبد لتحقق الشرط وهو عدم الحج . ولان هذه الشهادة يلزم منها ثبوت العتق فكانت الشهادة على الاثبات معنى
فتقبل لانها لما يتعلق بها على الاثبات لفظا ومعنى . ولان الشهادة على النفي انما لا تقبل لو وقعت عن غير علم كما اذا شهدا انه لم
يحج هذه السنة حيث لا تقبل الشهادة بالاتفاق لانهما لا يدريان بما شهدا عن علم بل بناء الامر على ظاهر العدم . اما اذا
وقعت الشهادة عن علم والنفي مما يعلم ويحاط تقبل الشهادة على النفي . ومما عرف به ذلك ان التضحية لما ثبتت بالكوفة
انتفى الحج هذه السنة ضرورة . يدل على هذا ما ذكر في السير الكبير شاهدان شهدا على رجل انا سمعناه يقول المسيح ابن الله
ولم يحك قول النصارى وقد بانت منه امرأته . والرجل يقول انما وصلت به قول النصارى . يعني تلك المسيح ابن الله قول النصارى
قال ان الشهادة مقبولة لان ذلك مما يحاط ويعلم . ولهما ان الشهادة على النفي ليست بمقبولة لانه لا علم للشاهد به لان هذه
شهادة على النفي . ولئن قال الشهادة على التضحية وهي اثبات في صورة النفي يلزم عدم الحج ضمنا . والضمنيات لا تعلل . قلنا
الشهادة على الاثبات انما تقبل اذا كان مما يدخل تحت القضاء والتضحية لا تدخل تحت القضاء فلا تقبل الشهادة عليها . وذلك
لانها لا مطالب لها من جهة العباد فلا تدخل تحت القضاء فلا تقبل الشهادة عليها . وذلك لانها ان كانت تطوعا فظاهر وان

كانت

كانت واجبة فالناس لا يجبرون عليها لانه عدم المطالبة فلما انتفت الشهادة على التضحية بقيت الشهادة قائمة على نفي الحج والشهادة
على نفي الحج لا تقبل لما قلنا . بعد ذلك لا يميز بين نفي ونفي بان يقال تقبل فيما اذا كان النفي مما يعلم ويحاط ولا يقبل في كل النفي
او نفيا للحرج عن الناس . ولهذا اذا ادعى رجل على رجل انه غصبه او جرحه يوم كذا فشهد شاهدان ان هذا الرجل في ذلك
اليوم كان في مكان كذا وكذا لا تقبل شهادتهما لان مقصودهما انه لم يجرح ولم يغصب ومسئلة السير قامت الشهادة على امر ثابت
معاين وهو السكوت عقيب قوله المسيح ابن الله فلا بد ان [illegible] قوله ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم فصام ساعة ثم افطر
من يومه حنث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة . وانما حنث بصوم ساعة لوجود حقيقة الصوم الذي هو شرط الحنث لان
الصوم هو الامساك عن المفطرات الثلاث مع النية في وقته وقد وجد ذلك فاذا انتقض الصوم من بعد لم ينقض الحنث لان
الحنث لا يكون غير حنث . بخلاف ما اذا قال لا يصوم يوما وفي مسئلة الاصل لا يحنث ما لم يتم من اول النهار الى اخره لانه وقت مقدر
يوجد صوم ذلك الوقت لا يحنث وبما عين فيه لم يوقت فوقع على القليل والكثير . وكذا اذا قال لا اصوم صوما لا يحنث ما لم
يصم صوما كاملا وهي مسئلة شرح الطحاوي لانه يراد به الصوم المعتبر شرعا وعرفا . وذلك بصوم يوم كامل قوله ولو حلف
لا يصلي فقام وركع لم يحنث فان سجد مع ذلك ثم قطع حنث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ذكر فيه القياس والاستحسان
في الاصل فقال لا يحنث حتى يصلي ركعة وسجدة استحسانا والقياس فيه ان يحنث . وجه القياس الاعتبار بالصوم فان في الصوم يحنث
بمجرد الشروع فكان ينبغي ان يكون هنا كذلك . الا ترى ان الناظر اليه يسميه مصليا حين افتتح الصلاة . ووجه الاستحسان
ما قال الولوالجي في شرح الجامع الصغير ان الصلاة تشتمل على افعال مختلفة من التكبير والقيام والركوع والسجود فما لم يأت بجميعها
لم يحنث بخلاف الصوم فانه عبارة عن الامساك فاذا وجد بمجرد الامساك حنث قال الفقيه لان بينهما فرقا في الحاصل . لان في الصوم
اذا قام ساعة فيقع متكررا من جنس ما مضى . واذا صلى ركعة فيقع متكررا من جنس ما مضى . والذي يصلي من قضى صوم ساعة
يعدله صلاة ركعة . بخلاف ما اذا حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد بالصلاة في العرف الصلاة المعتبرة
شرعا وادناها ركعتان لورود النهي عن البتيراء . ومما يدل على ان الصلاة لا تكون اقل من ركعتين لكن يكون مصليا بركعة هو
قوله تعالى واذا كنت فيهم فاقمت لهم الصلاة فلتقم طائفة منهم معك ثم قال ولتأت طائفة اخرى لم يصلوا فليصلوا معك فسماهم
مصلين بركعة واحدة . قلت لقائل ان يقول ينبغي ان لا يحنث بمجرد اتيان الركعتين ما لم يأت بالقعدة لان الصلاة لا تكون معتبرة
بدون القعدة شرعا . قال في التتمة ولو حلف لا يصلي الظهر لا يحنث ما لم يقعد القعدة الاخيرة . لان صلاة الظهر مقدرة بالاربع
ولو قال لعبده ان صليت ركعة فانت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق . ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى كذا في خلاصة الفتاوى
لان في الصلاة الاولى لم يصل ركعة لانها بتيراء . بخلاف الثانية قوله للنهي عن البتيراء قال صاحب المغرب البتيراء تصغير البتراء
تأنيث الابتر وهو في الاصل المقطوع الذنب ثم جعل عبارة عن الناقص والله اعلم بالصواب

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدم باب اللبس على باب القتل والضرب
لوجوده او لكونه مشروعا . بخلاف قتل فلان وضربه قوله ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى
قطنا فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة . وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف وهذه من
خواص الجامع الصغير . لهما ان اليمين لا تصح الا في الملك او مضافا الى سبب الملك والغزل واللبس ليسا من اسباب الملك فلا يصح اليمين
في القطن المشترى بعد الحلف وهذا هو القياس . ولابي حنيفة ان العادة الفاشية بين الناس ان المرأة تغزل من قطن زوجها
الا نادرا . ومبنى الايمان على العرف والعادة فتكون اليمين منعقدة بالعادة فكانه قال ان لبست من غزلك من قطن املكه فلو قال
هكذا يتناول القطن الحادث فكذا هذا . ولا نسلم ان الغزل ليس من اسباب الملك . الا ترى ان من غصب قطن انسان وغزله هو
يملكه بالضمان . ولهذا يحنث بلبس القطن المغزول المملوك له يوم النذر مع ان القطن المملوك له يوم النذر ليس بمذكور وقت
اليمين لكنه اريد ذلك بدلالة العادة فكذا في المشترى وكانت الاضافة الى غزلها اضافة الى ملكه عادة . ثم الهدي اسم
لما يهدى الى مكة اي ينقل اليها للتصدق . ثم اذا نذر ان يهدي ثوبا جاز له ان يتصدق به على مساكين مكة وغيرهم . ولو
نذر ان يهدي نعما لا يجوز الا ان يذبح بمكة ويتصدق به . ولو تصدق بها حيا لا يجوز لانه لا يكون هديا حتى يذبح . ثم اذا
[illegible] كذا ذكر صاحب الاجناس . وذلك لقوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق فحينئذ اذا نذر نعما لا ينقل كالعقار
لو نذر بالقيمة لتعذر نقل العين قوله وذلك سبب لملكه اي الغزل سبب لملك الزوج قوله ولهذا يحنث
الصالح لقوله وذلك سبب لملكه وقد اندرج بيانه فيما ذكرنا قوله ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث
وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة . وانما لم يحنث بخاتم فضة لانه ليس من الحلي بدلالة حل استعماله للرجال . فلو كان
حليا لحرم عليه كما يحرم سائر الحلي . بخلاف السوار والخلخال والقلادة والقرط فانه يحنث بلبس كل واحد منها . وان كانت
فضة لانه لا يحل استعماله للرجال وكان حليا . قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وان كان الخاتم مما يلبسه
النساء يجب ان يحنث كذلك قال بعضهم وقيل لا يعتبر بالعادة بل لا يحنث الا في هذا النقطة . قالوا في شروح الجامع الصغير وان
كان الخاتم من ذهب يحنث لانه حلي لانه يحرم للرجال لبسه . الحلي في اللغة كل ما يلبس من ذهب او فضة او جوهر كذا قال
صاحب الجمهرة لكن لم يقل ان خاتم الفضة حلي لعرف الناس واطلاق الشرع للرجال قوله ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث
عند ابي حنيفة . وقالا يحنث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه . وان حلف لا يلبس حليا فلبس لؤلؤا قال

فالهم لا يحنث الا ان يكون معه ذهب فيحنث . قال محمد وكذلك الفضة . وقال ابو يوسف ومحمد اللولو حلي . لهما قوله وتستخرجون
منه حلية تلبسونها . فبيانه ان المستخرج من البحر هو اللولو غير مرصع وقد سماه الله تعالى حلية فيحنث في يمينه لانه لبس حليا . والحلي بفتح
الحا وسكون اللام يعني الحلية بكسر الحا وجمع الحلي حلي بضم الحا وكسر اللام وتشديد اليا . وجمع الحلية حلى بالكسر كالعصر وقد جاء الحا
في تكميل الاستعمال كما جاء في لحى جمع لحية بضم اللام ايضا . ولابي حنيفة ان الحلي اللولو لم يجر في عرف الناس الا مرصعا فلا يعتبر اللولو
حليا فلا يحنث بلبسه وهذا لان مبنى الايمان على العرف لا على الفاظ القران . الا ترى انه لو حلف لا يجلس في السراج فجلس في الشمس يحنث
وان كان قال الله تعالى وجعل الشمس سراجا . يوضح ما قال الله تعالى وجعل الشمس في اول الاية ومن كل تاكلون لحما طريا فالذي حلف ان لا
ياكل لحما اذا اكل لحم السمك لا يحنث لعادة الناس وان سمي في القران لحما فكذا في اللولو على انا نقول ان الله تعالى سماه حلية مجازا باعتبار
المال . قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير . وقيل على قياس قوله لا باس بان يلبس الغلمان اللولو وكذلك الرجال لان
ابو حنيفة اللولو بالذهب والفضة لانه لا يكون حليا الا بصيغة تصاغ فكذا اللولو لا يكون حليا الا بالترصيع . قال الصدر الشهيد فعلى
هذا اذا علقت المراة في عنقها شيا من الذهب بغير مرصع لم تحنث . قال صاحب المختلف قيل هذا اختلاف زمان كان لا يتحلى به في زمانه
وحلي . وفي زمانهما كان يتحلى به وحده . وقال الفقيه ابو الليث كل واحد منهم قال على عادة زمانه . وقال صاحب الهداية
يفتى بقولهما واعتبر عادة زماننا . والترصيع التركيب . يقال تاج مرصع بالجوهر كذا ذكره الجوهري وغيره قوله ومن
حلف لا ينام على فراش فنام وفوقه قرام حنث وهذه من مسائل القدوري الى اخر الباب ذكر مسئلة النوم على الفراش بعد لبس
الحلي لان كلا منهما من اسباب التنعم . اعلم ان الاصل هنا ان الشي اذا كان فوق شي فان كان الاعلى يصلح ان يكون اصلا بنفسه فضاف
الجلوس والنوم اليه لا الى الذي تحته . وان كان الاعلى تابعا مضاف الى ما تحته فبعد ذلك فلو اذا حلف لا ينام على الفراش
فنام على الفراش [illegible] يحنث لان [illegible] فيعد النائم عليه نائما على الفراش . اما اذا جعل على الفراش المحلوف عليه
فراشا اخر فنام على الفراش الاعلى لم يحنث لان الاعلى مثل الاسفل فلا يكون تابعا له [illegible]
الاصل . وهذا هو ظاهر الرواية وهو رواية الجامع الكبير . قال صاحب المختلف قال ابو يوسف في الاملاء يحنث
لانه نام عليهما جميعا . [illegible] اذا نام على فراشين [illegible] وان حلف لا ينام على فراش
فراش اخر فنام عليه لا يحنث . [illegible] لانه نام على فراش [illegible] كذا في [illegible] قوله ولو
حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث . وذلك لان البساط او الحصير حائل بينه فلا يكون تابعا للارض فيقطع
البساط او الحصير نسبة الجلوس على الارض . ولهذا لا يسمى الجالس على البساط او الحصير جالسا على الارض عرفا . الا ترى انهم
يقولون اجلس على الحصير ولا تجلس على الارض . بخلاف ما اذا حال ثيابه فجلس عليها حيث يحنث لانه يعد جالسا على الارض لا
تحمل الذيل حاجزا لكونه تابعا للجالس قوله فحال بينه وبين الارض اي صار لباس الحالف حائلا اي حاجزا بين الحالف وبين الارض
قوله ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث . وذلك لان الجالس على بساط فوق السرير يسمى
جالسا على السرير . الا ترى انهم يقولون جلس الامير على السرير وان كان فوق السرير بساط فيعد فوقه تابعا للسرير بخلاف
البساط على الارض حيث لا يعد الجالس على البساط جالسا على الارض . بخلاف ما اذا جعل على السرير المحلوف عليه سريرا اخر فجلس
على الاعلى لا يحنث . لان الاعلى مثل الاسفل فلا يكون تابعا للاسفل . وفرق ابو يوسف بين هذا وبين ما اذا نام على فراشين
بالعرف . لانه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على سريرين . وان كان احدهما فوق الاخر . وكذلك الحكم في الدكان
او السطح اذا بسط عليه بساطا فجلس عليه يحنث . فاذا بنى دكانا فوق ذلك الدكان المحلوف عليه . او جعل سطحا اخر فوق
ذلك السطح المحلوف عليه فجلس على الاعلى لا يحنث . لان الاعلى يقطع النسبة عن الاسفل . الا ترى ان الصلاة على سطح الاصطبل
والكنيف تكره وهنا . ولو بني في ذلك سطحا اخر لم تكره عليه الصلاة كذا قال ابو المعين النسفي في شرح الجامع . قال الحاكم
الشهيد فان حلف لا يمشي على الارض فمشى عليها بنعل او خف حنث . وان حلف على بساط لم يحنث وان مشى على ظهر احجار حنث لانه
من الارض والله اعلم

باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك

قوله قال
ان قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحياة وهذه من خواص الجامع الصغير . وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال
لاخر ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات يحنث هذا على الحياة والممات . ولو قال ان ضربتك فعبدي حر فهذا على الحياة هو
وكذلك الكسوة والكلام والدخول . اما الغسل فانه لا يختص بحال الحياة لانه يتحقق بصورته ومعناه في الميت لان صورته
هي اسالة الماء على البدن وهي تحصل في الميت كما تحصل في الحي ومعناه التطهير وازالة الدرن . وذلك يتحقق في الميت . ولان
المراد بالضرب الايلام والايجاع والميت لا يتالم فلا يسمى ضربه ضربا . ولا يلزم على هذا عذاب القبر فان الله تعالى قادر
ان يخلق فيه حياة بقدر ما يحس بالالم وليس للعبد تلك القدرة . واما الكسوة فعبارة عن تمليك الثوب في لغة العرب
والميت ليس باهل التمليك . الا ترى الى قوله تعالى او كسوتهم فلو انه كسى عشر اموات عن كفارة يمينه لم تجزه لعدم التمليك هو
يوضح ان الرجل لو قال كسوتك هذا الثوب يصير هبة . قال الفقيه ابو الليث لو كان يمينه بالفارسية ينبغي ان يحنث لان
هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس لا يراد به التمليك . فاما الكلام فلانه وضع في عرف موضعه فلا يعتبر كما اذا كلم
فلانا وهو غائب لا يحنث . ولان المقصود من الكلام الافهام والميت ليس اهل الفهم الا ترى الى قوله تعالى انك لا تسمع الموتى
والى قوله تعالى وما انت بمسمع من في القبور . فان قلت جا في الخبر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر فانا وجدنا

ما وعدنا ربنا حقا فهل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقيل يا رسول الله انهم يسمعون قال انهم يسمعون كما تسمعون قلنا انما اراد بهم انهم يعلمون
ان الذي قلت لهم حق . واما الدخول فلا يراد به الزيارة . الا ترى انه لا يقال دخل على دابة او دخل على حائط فلما لم يكن الدخول على في
ذو الاهلية اذا لم يكن من اهل اليمين لم يحنث في يمينه لا يدخل على فلان اذا دخل عليه بعد الموت . وهذا لان زيارة غير الميت لا تكون الا ان المزور
ذو الاعتبة . الا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم كنت نهيتكم عن زيارة القبور الا فزوروها . قال في شرح الطحاوي الاصل في هذا ان كل فعل يلذ
ويولم ويغم ويسر يقع على الحياة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه . فان قلت يرد على ما ذكرت قبل هذا ان
المراد بالضرب الايلام قوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث . والضغث في اللغة ما جمعته بكفك من نبات الارض فانتزعته
قال الشاعر . وجمع ضغثا من خلا متطيب . كذا قال صاحب الجمهرة وبهذا القدر لا يحصل الايلام . وروي ايضا في التفسير هو الحزمة
الصغيرة من حشيش او ريحان . قلت قد روي عن ابن عباس ان الحزمة قبضة من الشجر فعلى هذا لا يتحقق في الايلام اصلا في ضرب ايوب
امراته فلا يرد نقضا . وقد روي في الكشاف عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اتى بمخدج قد خبث بامة قال خذوا عثكالا فيه مائة شمراخ فاضربوه
فاضربه . ولئن تحقق عدم الايلام في ضرب ايوب فنقول ذلك ثبت رخصة في حقه خاصة حيث حلل الله يمينه بما هو ادنى لرضاه عن امراته
وعن حدمتها اياه ولا ينافي العزيمة فلا يقاس على ما ثبت رخصة بخلاف قياس غيره . قال في الشامل في قسم المبسوط حلف ليضربنه مائة
خرج فجمع مائة سوط وضربه مرة ان اصاب كله جسده لا يحنث والا حنث . واستدل بالاية المذكورة قوله ومن يعذب في القبر
يوضع فيه الحياة في قول العامة جواب سوال مقدر اندرج بيانه فيما ذكرناه اخر تحوله في قول العامة عن قول الكرامية والصالحية
فانهم لا يشترطون الحياة شرطا للتعذيب الميت . وقد عرف في كتب الكلام قوله ومن حلف لا يضرب امراته فمد شعرها او خنقها
او عضها حنث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة . وكذلك اذا ادماها او وجاها ذكره في الاصل . وقال بعض مشايخنا ينبغي ان لا
يحنث لانه لا يتعارف ضربا فاجابوا وقالوا ان الضرب اسم لفعل مولم يتصل البدن بالمضروب فيقول قيل يحنث لوجوده في هذه الاشيا
قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير هذا اذا كان في الغضب . فاما اذا كان يلاعبها فضربها براسه حتى ادماها [illegible]
فلا يحنث لانه لا يعد ضربا . ونقل في التتمة والفتاوى الصغرى عن الفقيه ابي الليث قال هذا في العربية اما اذا كانت بالفارسية
لا يحنث . يعني بمد الشعر والخنق والعض . ونقل في خلاصة الفتاوى عن المنتقى اذا حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه واصاب وجهه
او رماه بحجر او نشابة فاصابه لم يحنث قوله ومن قال ان لم اقتل فلانا فامراته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث وهذه
من مسائل الجامع الصغير المعادة . اعلم انه اذا حلف على قتل فلان وهو عالم بموت فلان ينعقد يمينه لتصور البر . لانه اذا حلف وهو
عالم بموته عقد يمينه على حياة يحدثها الله تعالى وهي ممكنة بالنظر الى قدرة الله تعالى لكنه يحنث في الحال ويجب عليه الكفارة للعجز عادة
عن قتله . بخلاف ما اذا لم يعلم بموته حيث لا ينعقد يمينه ولا يحنث لانه انصرف اليمين الى الحياة القائمة فيه وهي منعدمة فلم يتصور
البر فلما لم يتصور البر لم يتصور الحنث . وعند ابي يوسف يحنث كما قال في مسئلة الكوز لان تصور البر ليس بشرط عنده وقد مر تقرير
ذلك في مسئلة الكوز في باب الاكل والشرب قوله وهو عالم به . اي بموت فلان وهي من جملة حاله . اي احداث الحياة في فلان
قوله للعجز العادي هو منسوب الى العادة . والاصل ان الاسم الذي في اخره يا النسب اذا نسب اليه حذف منه اليا كما
قالوا بصرة بصري وفي كوفة كوفي . وقد عرف في موضعه قوله وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم . اي في مسئلة الكوز وهي ما
اذا قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث سواء علم عدم الماء في الكوز او لم يعلم . بخلاف
فلان اذا علم بموته يحنث . واذا لم يعلم لا يحنث والفرق قد حققناه في مسئلة الكوز قوله هو الصحيح احتراز عن قول مشايخ العراق
فانهم قالوا في مسئلة الكوز هذا اذا لم يعلم . اي عدم الحنث عند ابي حنيفة ومحمد فيما اذا لم يعلم بعدم الماء في الكوز فاما اذا علم فيجب
ان ينعقد يمينه فيحنث . نقل قولهم فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير

باب اليمين في تقاضي الدراهم

اخر هذا الباب لكون الدراهم وسائل المقاصد . وتخصيص
الدراهم بالذكر دون الدنانير لكثرة استعمالها بين الناس . فتقاضي الدين يعني استقضاه وهو طلب قضائه . فلما كان التقاضي سببا
لقضا الدين ذكره ترجمة قوله ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر . وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر وهذا
لفظ القدوري في مختصره . وقال الشافعي لا حد لذلك كذا في شرح الاقطع . وهذا فيما اذا لم ينو . اما اذا نوى فهو على ما نوى
بدليل ما ذكر في الاجناس . قال لو حلف وقال والله لا اكلمك قريبا فهو على اقل من شهر بيوم . ثم قال قال ابو حنيفة اي نوى اكثر
من شهر بين في القصاص نقلا عن كتاب الايمان املا رواية ابي سليمان . وقال في الفتاوى الولوالجي لو قال لاعطين حقك عاجلا وهو
ينوي وقتا فهو على ما نوى وان نوى سنة لان الدنيا كلها قريب عاجل . فان لم يكن له نية يراد بالقريب ما دون الشهر وبالبعيد يراد
الشهر فما فوقه بنا على استعمال الناس لانهم يعدون ما دون الشهر قريبا . ولهذا يجعلون في المعاملات ادنى الاجال شهرا فان قيل ما من
زمان الا وهو قريب بالاضافة الى ما هو فوقه وبعيد بالاضافة الى ما هو دونه فلم يدل الدليل على ارادة البعض دون البعض . قلت
لا نسلم عدم الدلالة وكيف يقال ذلك والعرف دليل عليه ويجب في الايمان ان يحمل اللفظ على ما يعرف في العرف ولا يعتبر الاضافة
حينئذ لانه حينئذ يلزم الجمع بين المتنافيين وذلك فاسد قوله ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها
زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه . وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث
وذلك لان الزيوف والنبهرجة من جنس الدراهم . ولهذا يجوز احدهما في ثمن الصرف فيبر باليمين بهما سواء حلف على النقد او على الدفع وكذلك
نقض الدراهم المستحقة صحيح . ولهذا لو اجاز المالك جاز . ولو ضمن له الدفع جاز فعند ذلك اذا الزيف والنبهرجة او استرد المستحق انتقض

البيع في حق حكم يقبل الانتقاض والبر لا يقبل الانتقاض • الا ترى ان مولى المكاتب اذا رد بدل الكتابة بسبب انه زيف او بهرجة
او استحق البدل بالاستحقاق لا ينتقض العتق كذا هنا • بخلاف ما اذا كانت الدراهم المقبوضة رصاصا او ستوقة حيث يحنث اذا خرج اليوم
ولم يستبدل الجياد في اليوم لان القضاء لم يوجد لها لانها ليست من جنس الدراهم • ولهذا لا يجوز اخذها في رأس مال السلم والصرف • ولهذا لو
وجد مولى المكاتب بدل الكتابة رصاصا او ستوقة لا يعتق المكاتب كذا قال الشيخ ابو المعين النسفي وغيره في شرح الجامع الكبير • والزيف
ما زيفه بيت المال ولكن يروج فيما بين التجار • والبهرجة ما يردها التجار لغش فيه وهو اردى من الزيف • والستوقة ما رسته
مفرغة ومعناها ثلاث طاقات لان الصفر مموهة من الجانبين بالفضة قوله ولهذا الوجه ولهذا صار مستوفيا حقه • بما
زادت عليه دراهم مموهة من الجانبين بالفضة فلهذا وكذا • اي صارت مردودة لغشها وقد زيفت اي ردت • ودرهم
زيف وزائف ودراهم زيوف وزيف • وقياس مصدره الزيوف • فاما الزيافة فمن لغة الفقهاء كذا قال صاحب المغرب قوله
وان باعه فيها عبدا وقبضه بر في يمينه • اي باع الحالف المديون رب الدين الدراهم التي لرب الدين على الحالف عبدا • وصورة
المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقول ان لم اقض دراهمك التي لك علي اليوم فعبدي حر فيبيعه بها عبدا او يقبضه
قال اذا قضاه وقد بر • فان وهبها له لم يبر وذلك لان قضاء الدين بالمقاصة وقد حصلت المقاصة فيحصل القضاء فبر في يمينه فان
الحق لرب الدين في الدين لا في العين والقضاء لا يتحقق في نفس الدين لانه وصف ثابت في الذمة ولكن ما يقبضه رب الدين من العين يصير
مضمونا عليه لانه قبضه على وجه التملك لنفسه وكان دينا عليه للمديون ولرب الدين على المديون مثله فالتقى الدينان قصاصا • وهذا
معنى قول اصحابنا الديون تقضى بامثالها لا باعيانها • ثم قضاء الدين يحصل بمجرد البيع قبض الدائن العبد او لم يقبض • ولكن ذكر قيد
القبض في رواية الجامع الصغير وقع ليتأكد البيع بالقبض لان البيع اذا هلك قبل القبض ينفسخ البيع لكن لا يرتفع البر لانه لا يحتمل الانتقاض
هذا الذي قلنا في البيع الصحيح اما في البيع الفاسد اذا قبض العبد فان كان في قيمته وفاء بالحق بر والا حنث لانه مضمون بالقيمة الى هذا
اشار الولوالجي في فتاواه • قال محمد وان وهبها له لم يبر • اي وان وهب الدائن دراهم الدين للمديون لم يبر لان شرط البر القضاء
ولم يوجد لعدم المقاصة • ولان القضاء فعل المديون بالاداء والهبة فعل الدائن بالابراء فلا يكون فعل احدهما فعلا للاخر فلا يبر
المديون بفعل الدائن • قال بعضهم في شرحنا نقلا عن الفوائد الظهيرية اذا لم يبر لم يحنث ايضا عندهما لفوات المحلوف عليه وهو الدين
وفوات اليمين عندهما حجة في بطلان اليمين على ما عرف في مسألة الكوز • ولنا فيه نظر لانه حينئذ يلزم ارتفاع النقيضين وهو فاسد
بمرة لان البر نقيض الحنث متى وجد احدهما يلزم ارتفاع الاخر ومن ارتفاع احدهما يلزم وجود الاخر فلا يجوز ان يرتفعا جميعا وفي
مسألة الكوز لا يخلو اما ان يكون اليمين موقتة بذكر اليوم او مطلقة عن ذكره • فان كانت موقتة لا يحنث عندهما سواء كان فيه
الماء فاهريق قبل الليل او لم يكن فيه ماء اصلا • ولا يقال انه لا يحنث ولا يبر وان كانت مطلقة فان لم يكن فيه ماء اصلا ولا يقال
انه لا يحنث ولا يبر وان كانت مطلقة فان لم يكن فيه ماء اصلا لم يحنث عندهما كما اذا ذكر اليوم لعدم تصور البر • وان كان
فيه ماء فاهريق قبل الليل حنث بالاتفاق لان البر وجب عليه في الحال بفوات المحلوف عليه حنث وقد مر تقرير ذلك • وصاحب
الهداية بين مسألة الجامع الصغير • ولهذا اشار بقوله فكانه شرط القبض لتقرره • وفي الجامع الصغير لم يذكر اليوم • ثم لما حصلت
الهبة فات البر الواجب عليه بقضاء الدين في الحال فيحنث لا محالة • بخلاف ما اذا ذكر اليوم لعدم تصور البر وان كان فيه ما
فاهريق قبل الليل حنث بالاتفاق لان البر وجب عليه في الحال ان قال لتقضين دينه اليوم لا يحنث وهي مذكورة في خلاصة
الفتاوي وغيرها لان البر يجب عليه في الجزء الاخير من اليوم • وعند ذلك فات المحلوف عليه كما في مسألة الكوز اذا ذكر اليوم
فاهريق الماء قبل الليل لم يحنث عندهما ولكن لا يقال لم يبر فافهمه حتى تتخلص عن ورطة التقليد • الا ترى الى ما قال الكرخي رحمه الله
في مختصره ولو كان الطالب حلف ليأخذن ماله او ليقبضنه او ليستوفينه ولم يوقت فابرأه من المال او وهبه له حنث في يمينه
لان الهبة والبراءة ليست باخذ ولا قبض ولا استيفاء • ولو كان وقت وقتا فقال اليوم او الى كذا وكذا فابرأه قبل ذلك او وهبه
له لم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد اذا جاوز ذلك الوقت ويحنث عند ابي يوسف الى هنا لفظ الكرخي قوله وكانه شرط القبض
ليتقرر به • اي كان محمد شرط القبض ليتقرر البيع بالقبض قوله وان وهبها اي وهب دراهم الدين للمديون قوله ومن حلف
لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث وهذا لفظ القدوري في مختصره • قال في الجامع الكبير اذا كان لرجل
على رجل مائة درهم فقال عبدي حر ان لم اخذها منك اليوم درهما دون درهم فاخذ منها خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس لم
يحنث • لان شرط حنثه اخذ كل المائة على التفريق فكانه قال ان اخذت المائة متفرقة فلو قال هكذا لا يحنث ما لم يوجد قبض الكل
صفة التفريق • فاما اذا اخذ الكل مجتمعا وقبض البعض متفرقا لم يحنث لانعدام شرط الحنث • ولو قال ان اخذت منها
اليوم درهما دون درهم فاخذ خمسة دراهم ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث اخذ بعض المائة متفرقا لان
كلمة من للتبعيض وقد وجد شرط الحنث فيحنث قوله لان الشرط قبض الكل • اي لان شرط الحنث قبض كل الدين متفرقا قوله الا
ترى ايضا لكون الشرط قبض الكل • لانه اضاف القبض الى دين معرف حيث قال لا يقبض دينه قوله فلا يحنث الا به • اي بالشرط
المذكور وهو قبض الكل متفرقا قوله فان قبض دينه في وزنين لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث هذا الذي ذكر في القدوري
استحسانا والقياس ان يحنث كذا ذكر الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وذلك لان شرط الحنث قبض الكل متفرقا وقد حصل
ذلك لانه لما وزن خمسين ودفعها اليه ثم وزن خمسين اخرى ودفعها اليه حصل قبض الكل بصفة التفريق لا محالة ولكنه لا يحنث في الاستحسان
لان الناس يعدون هذا قبض الجملة دفعة واحدة • فيقولون قبض فلان حقه دفعة واحدة • والمعنى الجامع الموجب للاتحاد ام

الجمع بوجود ولان المال لما كثر لا يمكن قبضه جملة الا بهذا الطريق • فصار هذا القدر من التفريق مما لا يمكن الامتناع منه فيجعل مستثنى
عن اليمين دلالة الحال • لان قصد كل حالف من يمينه البر لا الحنث • ولهذا لو حلف لا يلبس ثوبا وهو لابسه فاخذ في النزع كان زمان
النزع مستثنى • ولو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة كان زمان النقلة مستثنى • واوضح محمد المسألة بالعدديات
فقال الا ترى ان الدين لو كان الف درهم فجعل يعد عشرة عشرة او مائة مائة ويدفعها اليه لا يحنث ويعتبر قابضا جملة • والمعنى كون
الامتناع عنه غير ممكن قوله ومن قال ان كان لي الا مائة فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث وهذه من خواص الجامع
الصغير • وذلك لان شرط الحنث ملك ما زاد على المائة فلم يوجد الشرط فيما دون المائة فلا يحنث • ولانه استثنى المائة فيكون
مستثنيا للخمسين ضرورة • ولان استثناءها لا يكون الا بجميع اجزائها والخمسون من اجزائها • وكذا اذا قال سوى مائة او غير
مائة لان كلاهما يؤدي معنى الا فكان حكمهما حكم الا

مسائل متفرقة

اي هذه المسائل قد جرت
عادة المصنفين ان يذكروا ما شذ من المسائل في كل كتاب في اخر ابوابه استدراكا له فلذلك قال صاحب الهداية مسائل متفرقة
قوله واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا • وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه • وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة
بر في يمينه • اما في الصورة الاولى فانما لزمه الترك ابدا لانه نفى فعلا ذلك الشيء مطلقا ولم يقيده بشيء دون شيء فيعم الامتناع عنه
ضرورة عملا باطلاق اللفظ • ولان النكرة اذا وقعت في موضع النفي تعم ضرورة وهنا قد وقعت فتعم لان كل فعل يدل على مصدر نكرة لما
ان ذلك يدل على المصدر لفظا لانه يدل على الحدث • وانما دل لانه يدل على النكرة فلكونها هي الاصل • وانما المعرفة بعارض ثم عموم النكرة في
موضع النفي مثل قولك ما رأيت رجلا صغيرا او كبيرا انك نفيت الرؤية عن جنس من له اسم رجل شايع في الجنس • ولاجل ذلك لا يعم الجنس جميع
الرجال • ولهذا لو قلت ما رأيت رجلا الا زيدا وبكرا وخالدا صح الاستثناء فلولا العموم لم يصح الاستثناء فلما ثبت العموم في نفي الفعل في مثل
قوله لا اشرب او لا اشرب لزمه تركه ابدا • فاذا فعل بوجه من الوجوه في وقت من الاوقات حنث ولهذا كذلك اذا حلف على الاثبات
مثل قوله ليعلمن او ليصومن او ليحجن او ليتصدقن فاذا فعل ذلك اذا وجد منه فعل ذلك الشيء مرة واحدة بر في يمينه لان النكرة في موضع
الاثبات لا تعم فيصير فاعلا في ما ينطلق عليه اسم المحلوف عليه مختارا او مكرها او ناسيا او بطريق الوكالة • وهذا معنى قوله فيبر باي فعل
فعله لكنه لا يحنث الا باليأس عن الفعل • واليأس اما بموته او بفوات المحلوف عليه وهو محل الفعل كما اذا حلف لياكلن هذا الرغيف او ليس
الصيرورة ما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين لا يحنث لتصور البر وهو الفعل مرة في العمر • فاذا هلك احدهما حنث لترك البر فلذلك
ما مات الحالف تجب عليه الكفارة ويوصي بها اذا كان الهلاك هو الحالف • ومعنى قوله لا يفعل كذا تركه ابدا فيما اذا كانت اليمين
مطلقة اما اذا كانت موقتة بزمان كاليوم والشهر فيتوقت عمله به لان اليمين بعد ذلك يبطل ولا يلزمه ترك الفعل بعد ذلك
الزمان • واما التوقيت في الاثبات كقوله والله لاكلن هذا الرغيف اليوم فانه لا يحنث ما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين
واليوم باق • اما اذا مضى اليوم يحنث وان كانا قائمين لفوات البر بفوات الوقت المعين • واما اذا هلك الحالف قبل مضي
اليوم لا يحنث بالاتفاق • وان هلك المحلوف عليه وهو الرغيف قبل مضي اليوم اجمعوا انه لا يحنث في الحال • فاذا مضى اليوم
قال ابو حنيفة لا يحنث وقال ابو يوسف يحنث وتجب الكفارة لان تصور البر ليس بشرط عنده خلافا لهما والباب في
ذلك اصحابنا المتقدمين قوله واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته هذا لفظ
القدوري في مختصره • والاصل ان المطلق لا يتقيد الا بدليل وهنا تقيد بحال الولاية بدليل غرض الوالي لان مقصوده
دفع شر الداعر الذي رفع خبره الى الوالي او دفع شر غيره بذلك الداعر لانه اذا زجر وادب ينزجر غيره ودفع شره وعن الداعر
لا يكون الا في حال ولايته فيتقيد اليمين بتلك الحال • حتى اذا عزل الحالف ولم يرفع خبره الى الوالي حتى عزل حنث ولا يعتبر الرفع
بعد العزل • ولو لم يعرف حال ولاية الوالي بالداعر او عرف لا يحنث بترك الرفع • وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا وهي رواية
الزيادات • وروي عن ابي يوسف انه يجب الرفع اليه بعد العزل لانه مقيد في الجملة • وعنده يبطل الرفع بعزله لا بموته ولهذا
السلطان اذا حلف رجلا ان لا يخرج من الكورة الا باذنه فهو على ولايته ذكره في الزيادات والداعر بالدال والعين المهملتين هو
الخبيث المفسد من الناس وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد يقال دعر العود يدعر دعرا بكسر العين من الماضي وفتحها من المضارع
اذا فسد كذا في الجمهرة قوله لان المقصود منه اي من الاعلام دفع شره اي شر الداعر او شر غيره اي غير الداعر • يعني ان
الوالي اذا اخبره بالداعر ادبه وزجره فينزجر من كانت نيته الدعر عنه قوله ومن حلف ليهبن عبده لفلان فوهبه له ولم
يقبل بر في يمينه وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • وقال زفر يحنث وهو القياس وانما يبر اذا وجد القبول في رواية
وفي رواية اخرى عنه اذا وجد القبول والتسليم ذكر الروايتين في شرح الجامع الكبير لابي المعين النسفي • له ان الهبة تصرف
على الواهب بازالة الملك وعلى الموهوب له باثبات الملك له • ولهذا لا يثبت له الملك ما لم يقبل فبدون القبول لا يكون هبة
كالايجاب في البيع فانه تصرف على نفسه بازالة الملك وعلى المشتري بالقبول فما لم يوجد القبول لا يكون بيعا فكذا هنا • ثم لا يشترط
التسليم في رواية لانه لثبوت الحكم لا لانعقاد السبب • والحالف حلف على السبب • وفي رواية يشترط القبض لان السبب
بلا حكم غير معتبر شرعا • وجه قول اصحابنا وهو الاستحسان ما روي في الصحيح البخاري وغيره مسندا الى ابن عباس عن الصعب
بن جثامة الليثي انه اهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وهو بالابواء او بودان فرده عليه فلما راى ما في وجهه
قال انا لم نرده عليك الا انا حرم وجه الاستدلال ان ابن عباس اطلق اسم الاهداء بدون القبول • وروي في السنن مسندا الى ابن
عباس ايضا انه قال يا زيد بن ارقم هل علمت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اهدي اليه عضو صيد فلم يقبله وقال انا حرم قال نعم

ثبت بهذا ان الهبة عبارة عن مجرد ايجاب المالك في اللغة • لان الهبة والهدية بمعنى واحد ولانه حلف على فعل نفسه لا على فعل غيره فلا يشترط القبول في البر وانما يشترط القبول لثبوت الملك لا لانعقاد السبب والبر متعلق بمباشرة السبب وقد حصل ذلك • ولهذا يقال وهب له فلان فلم يقبل وليست كالبيع فانه لا يسمى بيعا ما لم يوجد القبول فلا يوجد السبب الا بالايجاب والقبول • ولهذا قال اصحابنا لو قال الغير وهبت لك هذا العبد فلم يقبل وقال المقر له لا بل قبلته كان القول قول المقر لانه ما اقر الا بالهبة والايجاب بدون القبول هبة فلم يصر بالاقرار بالهبة مقرا بالقبول • بخلاف ما لو قال بعت منك هذا العبد فلم تقبل وقال المقر له لا بل قبلته كان القول قول المقر له لانه اقر بايجاب يسمى بيعا وذلك باتصال القبول فصار بالاقرار بالبيع مقرا بالقبول • ولان الهبة اصطناع معروف واكتساب الصيت باظهار السماحة والجود وقد يحصل ذلك بلا قبول لانه يبانه بانه فعل ما في وسعه من البذل والسخاوة وليست كالبيع فانه اعتياض عن الجانبين فلا بد من القبول • والصدقة والنحل والاعارة بمنزلة الهبة وكذا الاباحة والوصية والاقرار والاستخدام لا يشترط فيها القبول من الاخر ذكره العتابي في شرح الجامع الكبير قوله وذلك يتم به • اي اظهار السماحة يتم بالحالف الواهب قوله ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • قال الحاكم الشهيد في الكافي وان حلف لا يشم ريحانا فشم اسا او ما اشبهه من الرياحين حنث وان شم الياسمين او الورد لم يحنث • وهذا لان الريحان عند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه كالاس والورد ما لورقه رائحة طيبة فحسب كالياسمين كذا ذكر صاحب المغرب قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روى هشام عن محمد انه قال كل ما كان اخضر فهو ريحان مثل الاس والشاهسفرم ونحو ذلك وما سوى ذلك فليس بريحان • وعلل فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير بقوله لان الريحان اسم لما لا يقوم على ساق من البقول مما له رائحة وهو موضوع ذلك لغة وتبعه الصدر الشهيد وصاحب الهداية • ثم ما قالوا في الياسمين والورد لما ساق ولنا فيه نظر لانه لم يثبت في قول من اللغة الريحان بهذا التفسير اصلا ولئن صح ما قالوا كان ينبغي ان لا يحنث بالاس لان له ساقا • وليس من البقول ايضا وقد نص الحاكم على انه يحنث • وقال الجوهري الريحان نبت معروف • واما قوله تعالى والحب ذو العصف والريحان فالعصف ساق الزرع والريحان ورقه كذا في الصحاح • وقال بعض اهل اللغة كل ما طاب ريحه من النبات فهو ريحان قوله ومن حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وذلك لان الايمان محمولة على معاني كلام الناس وفي عرفهم اذا ذكر البنفسج يراد به دهنه لا ورقه • قال الفقيه ابو الليث هذا عند اهل العراق فاما في بلادنا فلا يقع على الدهن الا بنوع • ولو حلف لا يشتري الورد فهو على ورق الورد فاذا اشترى دهنه لا يحنث لان في العرف لا يسمى دهنه وردا • والحاصل على الورق لا على الدهن كالورد قوله عليه • اي على البيع قوله لانه حقيقة فيه • اي لان الورد حقيقة في الورق والعرف مقرر له • اي العرف ايضا مقرر لوقوع الحقيقة او لكون الحقيقة مرادة وليس كذلك البنفسج فان العرف غلب حقيقته حيث اريد به دهنه لا ورقه وكان القياس ان يراد به الورق كما في الورد لكنهم استحسنوا ارادة الدهن لمكان غلبة العرف • فاما في بلادنا فلا فرق بين الورد والبنفسج فكلاهما يقع على الورق لا على الدهن الا بالنية والله اعلم

كتاب الحدود

لما فرغ عن الايمان وكفاراتها التي هي دائرة بين العبادة والعقوبة شرع في بيان العقوبات المحضة وهي الحدود • واصل الحد في اللغة المنع يقال حدني عن كذا وكذا اذا منعني عنه • ومنه سمي الحاجب حدادا والمنع لانه يمنع من الحركة • قال الشاعر • يقول لي الحداد وهو يقودني الى السجن لا تجزع فما بك من باس • وسمي الاعشى الخمار حدادا لانه يمنع الخمر عن غيره فقال فقمنا ولما يصح ديكنا الى جونة عند حدادها • وحد الشارب وغيره الفعل الذي يمنع عن المعاودة • اي يمنعه عنها ويمنع غيره ايضا • كذا قال صاحب الجمهرة وسمي العرف المنتهي حدا لانه يمنع الخارج عن المحدود عن الدخول فيه وهو في الشريعة عبارة عن عقوبة مقدرة وجبت حقا لله تعالى فخرج القصاص لانه حق العبد ولهذا جاز العفو والاعتياض • وخرج التعزير ايضا لانه ليس بمقدر وهذا ما عليه عامة اصحابنا وقال صدر الاسلام البزدوي في المبسوط والقصاص يسمى ايضا حدا والحدود في الشرع موانع قبل الوقوع وزواجر بعده • اي عن الفعل المنهي عنه قوله والطهرة ليست باصلية فيه • الطهرة بمعنى الطهر وهو خلاف الدنس • واراد بها الطهر عن الذنوب • يعني انه ليس بشرط اصلي في وجوب الحد • ولهذا يجب على الذمي اذا زنى ولا يطهر الذمي عن الذنب باجرا الحد عليه فعلم ان المقصود من شرع الحد الانزجار لا الطهر قوله الزنا يثبت بالبينة والاقرار وهذا لفظ القدوري في مختصره • قال صاحب الهداية والمراد ثبوته عند الامام وانما قال ذلك لان ثبوت الزنا في الواقع لا يتوقف الى وجود البينة والاقرار لان الزنا هو الوطء الحرام الخالي عن ملك النكاح وعن ملك الرقبة وعن شبهتهما والوطء وهو ايلاج الذكر في فرج المراة امر حسي يوجد وان لم يوجد البينة والاقرار فحصل الانفكاك بين الزنا وبينهما وجودا وعدما الا ان القاضي مامور بالحكم بما ثبت عنده من الظاهر فلاجل هذا شرط ثبوته عند الامام بالبينة او الاقرار • اما البينة فدليل ظاهر لان الله تعالى قال فاستشهدوا عليهن اربعة منكم • واما الاقرار فالصدق فيه راجح على الكذب لوقوعه على نفسه بما فيه مضرة فكان دليلا ظاهرا فوجب العمل به • وقد قبل النبي صلى الله عليه وسلم اقرار ماعز واقرار الغامدية ولا خلاف لاحد فيه قوله معرة • اي ضرر ظاهر يتصل ببدنه للنفس من اجرا الحد عليه • وكذا الحاق العار بانتسابه الى الزنا والعار اشد من النار كما قيل • النار لا العار فكن سيدا • فر من العار الى النار • والمعرة المساءة كذا في البيان • فلما كان في الاقرار ضرر ومساءة على نفسه كان دليلا ظاهرا على صدقه فقبل قوله فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل وامراة بالزنا • اي قال القدوري في مختصره تمامه فيسألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين

زنى وبمن زنى • واما اشتراط الاربعة من الشهود فلقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم • وقال تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة • قال النبي صلى الله عليه وسلم لهلال بن امية ايتني باربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد في ظهرك • ولان في اشتراط الاربعة تحقيق الستر المندوب اليه • قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والاخرة رواه الترمذي في جامعه باسناده الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يقال اشتراط الاربع لا لمعنى الستر بل لان الزنا يحصل من اثنين وعلى كل واحد منهما يشهد اثنان • لانا نقول لو شهادة الاثنين كما جازت على الرجل جازت على المراة لوجود العدالة فلا حاجة على هذا الى اشتراط شاهدين اخرين فعلم ان المعنى هو الستر لكن يشترط شهادة اربعة احرار وعبيد مسلمين • ولا تقبل شهادة الرجال مع النساء ولا كتاب القاضي الى القاضي ولا الشهادة على الشهادة • واما السؤال عن الاشيا الخمسة فنقول اما السؤال عن حقيقة الزنا بقوله ما هو فانه احتراز عن وطء حرام لكنه ليس بزنا فانه قد يشتبه على الشاهد ذلك كوطء الحائض والنفسا والامة المجوسية والامة المشتركة والامة التي هي اخته من الرضاع فان كل ذلك حرام وليس بزنا • ويجوز ان يكون احترازا عن فعل ما دون الفرج فانه يسمى زنا مجازا لكن ليس فيه الحد • قال عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان وزناهما النظر • واليدان تزنيان وزناهما البطش • والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق ذلك او يكذب فلعل الشهود دعوا مقدمات الزنا زنا فيجب الاحتراز عن مثل ذلك بالسؤال • واما السؤال عن الكيفية فانه احتراز عن ماسة الختان الختان من غير ايلاج ويحترز به عن الوطء بالاكراه لان وطء المكره لا يوجب الحد • واما السؤال عن المكان بقوله اين زنى فانه احتراز عن الزنا في دار الحرب • لان المسلم اذا زنى في دار الحرب ثم خرج الينا لا يحد لانه لم يكن للامام يد عليه عند وجوب الحد • واما السؤال عن الزمان بقوله متى زنى فانه احتراز عن زنا تقادم والشهود اذا شهدوا بذلك لا يقبل • او يجوز ان يكون احترازا عن وطء الصبي والمجنون لان فعلهما لا يوصف بالحرمة • واما السؤال عن المزنية بقوله بمن زنى فانه احتراز عن الوطء الواقع في محل يكون للواطئ فيه شبهة لا يعرفها الواطئ ولا الشهود كجارية الابن • ويجوز ان تكون الموطوءة امراة الواطئ او جاريته ولا يعلمها الشهود • فاذا بين الشهود هذه الاشياء وقالوا رايناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة والرشاء في البئر عدلوا سرا وعلانية طلبا للدرء • قال عليه الصلاة والسلام ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم رواه الترمذي في جامعه باسناده الى عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم • بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة حيث يكتفي بظاهر العدالة لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا اذا طعن الخصم فحينئذ يسال القاضي عن الشهود عنده ايضا • وصورة تعديل السر ان يبعث القاضي اسماء الشهود الى المعدل في كتاب فيه اسماؤهم وانسابهم وحلاهم ومحالهم وسوقهم حتى يعرف المعدل ذلك فيكتب تحت اسم من كان عدلا عدل جائز الشهادة ومن لم يكن عدلا فلا يكتب تحته شيئا او يكتب الله يعلم • وصورة تعديل العلانية ان يجمع بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا هو الذي عدلته وسيجي ذلك في باب الشهادة ان شاء الله تعالى فاذا عدلوا حكم بشهادتهم رجما كان موجب الزنا او جلدا • هذا اذا لم يعرف القاضي عدالة الشهود واما اذا عرفها فحد بلا تعديل قوله مدة • اي صدق المرء قوله او كانت له شبهة اي للواطئ قوله وطئها في فرجها بما هو • وقوله كالميل في المكحلة والدلو في البئر هو قوله قال في الاصل يحبسه حتى يسال عن الشهود • اي قال في المبسوط اذا وصف الشهود الاشيا المذكورة من ماهية الزنا وكيفيته ونحو ذلك يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا الى ان يسال عن عدالة الشهود لانه متهم • وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم متهما • وقد روى صاحب السنن باسناده الى معمر عن بهز بن حكيم عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة بخلاف الديون فان الحبس فيها بعد العدالة • وانما يحبس قبل تعديل الشهود ههنا لان ثبوت الحق واخذ الكفيل ليس بمشروع في باب الحد ولانه احتياط فيما سار عن الدرء فلم يجز لعدم ثبوت الحق اصلا • بخلاف الديون فان اخذ الكفيل فيها مشروع فلا يثبت الحق فلا حاجة الى الحبس قبل عدالة الشهود ولان في حبسه ايضا احتياطا لانه لمصر عليه بكونه متهما بارتكاب الفاحشة لا للاحتياط قوله ويسأله القاضي [illegible] قوله قال والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي • اي قال القدوري في مختصره واعتبار البلوغ والعقل • لان كلام الصبي والمجنون ليس بصحيح • اما اشتراط الاقرار اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر فهو مذهبنا وقال ابن ابي ليلى يقام الحد بالاقرار اربع مرات وان كان في مجلس واحد اعتبارا بالشهادة • لان الاقرار احد حجتي الزنا • وقال الشافعي يحد بالاقرار مرة واحدة وهو قول مالك وقول احمد واسحاق مثل قولنا • وجه قول مالك والشافعي ما روي في حديث ابي هريرة ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال احدهما ان ابني كان عسيفا على هذا فزنى بامراته فجلد النبي صلى الله عليه وسلم ابنه مائة وغربه عاما وامر انيسا الاسلمي ان ياتي امراة الاخر فان اعترفت رجمها فاعترفت فرجمها • وجه الاستدلال به انه قال فان اعترفت رجمها ولم يقل فان اعترفت اربع مرات • والعسيف الاجير • ولنا ما روي في الجامع الترمذي مسندا الى ابي سلمة عن ابي هريرة قال جاء ماعز الاسلمي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه قد زنى فاعرض عنه ثم جاء من شقه الاخر فقال يا رسول الله انه قد زنى فاعرض عنه ثم جاء من شقه الاخر فقال يا رسول الله انه قد زنى فامر به في الرابعة فاخرج الى الحرة فرجم بالحجارة • وروى صاحب السنن باسناده الى عبد الرحمن بن الصامت ابن عم ابي هريرة انه سمع ابا هريرة يقول جا الاسلمي الى نبي الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه انه اصاب امراة حراما اربع مرات في كل ذلك يعرض عنه فاقبل في الخامسة فقال انكتها قال نعم • قال اتدري ما الزنى قال نعم اتيت منها حراما ما ياتي الرجل من اهله حلالا قال فما تريد بهذا القول قال اريد ان تطهرني فامر به فرجم • وروى

صاحب السنن باسناده الى جابر بن عبد الله ان رجلا من اسلم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعترف بالزنا فاعرض عنه ثم اعترف فاعرض عنه حتى شهد على نفسه اربع شهادات فقال النبي صلى الله عليه وسلم ابك جنون قال لا قال احصنت قال نعم قال فامر به النبي صلى الله عليه وسلم فرجم • وجه الاستدلال بالحديث ما عن النبي صلى الله عليه وسلم اخر اقامة الحد الى ان يتم الاقرار اربع مرات • فلو كان الاقرار مرة كافيا لم يوخر لان اقامة الحد عند ظهوره واجب وتاخير الواجب لا يجوز ولا يظن ذلك بالنبي صلى الله عليه وسلم ولان الاقرار احد الحجتين في ظهور الزنا كالشهادة فاشترطت الاربع في الشهادة اعظاما لامر الزنا • والمعنى المستنبط يشترط الاربع في الاقرار ايضا لهذا المعنى ولا يقال اذا كان الاقرار كالشهادة لا يشترط تكرار المجلس كما في الشهادة لانا نقول تكرار المجلس في الاقرار عرف بحديث ماعز فلا يجوز اثبات الحكم بالقياس في امر ثابت بالنص لانه حينئذ يكون التعليل معارضا للنص وهو فاسد • والجواب عن حديث العسيف فنقول لا يخلو اما ان كان ذلك متقدما على حديث ماعز او متاخرا عنه • فان كان متقدما يكون منسوخا بحديث ماعز وان كان متاخرا يكون الاعتراف المذكور فيه منصرفا الى الاعتراف المعهود في الشرع وهو الاقرار اربع مرات • يدل على هذا ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفوض اقامة الحدود الى من يعرفها لا الى من لا يعرفها وقد كان الشرط اشتراط الاربع في الاقرار • واستفساره في الرابعة الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يبين له ان المراة لعلها ... ولم يبين له اسقاط الحد عنها اذا رجعت فعلم انه كان يعرف جميع ذلك • فان قلت يحتمل ان تاخير النبي صلى الله عليه وسلم اقامة الحد الى الاقرار اربع مرات باعتبار انه لم يكن متمسكا منها الا باعتبار ان الاقرار مرة ليس بموجب للحد قلت هذا وهم لا يلتفت اليه لانه عليه السلام كان متمكنا منها بنفسه وبامره الغير • ولهذا يمكن منها بعد الاقرار اربع مرات حتى امر بالرجم • فان قلت سلمنا انه كان متمكنا لكن مجرد التاخير لا يدل على ان الاربع شرط لانه يجوز ان يكون التاخير باعتبار ان مطلق الامر يقتضي الوجوب على الفور بل على التراخي وعليه عامة المشايخ خلافا للكرخي **قوله** قلت لا نسلم انه لا يقتضي الفور بل يقتضيه لان الوجوب حكم الامر والموجب وهو الامر قد وجد فيوجد الوجوب معه لا محالة بلا تراخ كالطلاق مع التطليق والعتق مع الاعتاق • وجواب اخر سلمنا انه لا يقتضي الفور في الجملة ولكن لا نسلم انه لا يقتضيه في باب الحدود • بيانه ان الامر باقامة الحدود متوجه على الامام والجلاد متراخية متراكمة على بابه • فلو لم يكن الوجوب على الفور عما يتيسر واجبات اجرام بها فيترك اقامة الحد فيودي الى تفويت الواجب • ولهذا قلنا ان مطلق الامر في باب الحج يقتضي الفور لان الموت في سنة واحدة ليس بنادر فلو اخر يلزم التفويت على وجه لا يمكن التدارك في ثاني الحال فكذا هنا وجواب اخر سلمنا ان الامر لا يقتضي الفور في باب الحدود ايضا لكن لا نسلم انه لا يقتضيه في قصة ماعز لانه جاء طالبا للتطهير وفي حقه • ومن له الحق اذا طلب حقه ممن عليه الحق يجب ايفاؤه كالبايع اذا طلب الثمن من المشتري يجب عليه ايفاؤه وماعز طلب حقه في الاقرار مرة • فلو كان ذلك كافيا لاوفاه النبي صلى الله عليه وسلم فان قلت لا نسلم ان الاقرار اربع مرات شرط لانه لو كان شرطا لكان الاقرار خمس مرات شرطا ايضا لانه جاء ذلك في حديث ماعز ايضا • قلت لا نسلم الملازمة لانه روي انه اقر في اقرار خمس مرات مرتين في وجه واحد فاعتبر ذلك اقرارا مرة واحدة لاتحاد الجهة • ولهذا لم يشترط الخمس احد من المجتهدين وهذا القدر كان لمن له ذهن صاف **قوله** لما روينا اشارة الى قوله فانه عليه الصلاة والسلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس **قوله** والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه • اي يعتبر اختلاف مجلس المقر في وجوب الحد لا مجلس القاضي وفي قبض السلم يعتبر اتحاد مجلسه • اي يعتبر اتحاد مجلس المقر في عدم وجوب الحد لا مجلس القاضي • واختلاف مجلس المقر ان يرده القاضي في كل كرة ان يقول له ابك جنون ولعلك قبلتها او مسستها • وقال بعضهم يعتبر اختلاف مجلس القاضي والصحيح الاول كذا في شرح الطحاوي **قوله** بحيث يواري اشخاصه **قوله** قال فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى • فاذا بين ذلك لزمه الحد • اي قال القدوري في مختصره ومعنى السوال عن هذه الاشياء في الاقرار هو المعنى في السوال عنها في الشهادة على الزنا وهو تحقق ما يجب به الحد لانه قد يظن ما ليس بزنا زنا او يكون زنا ولا يكون زنا موجبا للحد كما اذا وقع في دار الحرب ولم يذكر القدوري السوال عن الزمان في الاقرار بان يقول لمتى زنيت لان التقادم يمنع الشهادة لتهمة الحقد والمرء لا يتهم على نفسه فيقبل اقراره وان تقادم العهد • وبيان التقادم يعلم في باب الشهادة على الزنا فان الاقرار اربع مرات عند غير القاضي لا يعتبر حتى لو شهد الشهود بالاقرار لا يقبله القاضي • لان الزاني لا يخلو اما ان يكون مقرا بذلك او منكرا فان انكر رجع وان اقر فلا شهادة مع الاقرار **قوله** وقيل لو سأله جاز • اي لو سأل عن الزمان قالوا في الشرح ويجوز ان يسال عن الزمان في الاقرار ايضا لجواز انه زنى في حال الصغر **قوله** فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله • وهذا لفظ القدوري في مختصره • وقال ابن ابي ليلى يقام عليه ولا يقبل رجوعه وبه اخذ الشافعي • وذلك لان الاقرار احد حجتي الزنا فلا يقبل فيه الرجوع والانكار كما اذا ظهر بالشهادة ولهذا لا يقبل الرجوع في القصاص وحد القذف اذا ثبتا بالاقرار • ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم لقن الرجوع فقال لعلك قبلت او غمزت او نظرت كذا او رده صاحب السنن • وقال ايضا في السنن مسندا الى ابي امية المخزومي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت • فلو لم يكن يصح الرجوع لم يكن للتلقين فايدة • وروي ايضا في الجامع الترمذي وغيره ان ماعزا لما امر برجمه هرب في الرابعة فاخرج الى الحرة فرجم بالحجارة فلما وجد مس الحجارة فر يشتد حتى مر برجل معه لحي جمل فضربه وضربه الناس حتى مات فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم

انه فر حين وجد مس الحجارة ومس الموت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هلا تركتموه • وجه الاستدلال به ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل فراره دليلا على الرجوع واسقط به الحد فسقط بصريح الرجوع بالطريق الاول • ولان الرجوع في حقوق العباد كالقصاص وحد القذف لا يصح لان الخصم يكذبه وفي خالص حق الله تعالى كحد الزنا وحد الشرب والسرقة لا احد يكذبه فيصح الرجوع لان رجوعه يحتمل الصدق كالاقرار فيثبت الشبهة ويتعارض الرجوع مع الاقرار فيسقط الحد لان الحدود تندرئ بالشبهات لكن اذا اقر بالسرقة ثم رجع صح رجوعه في حق القطع ولا يصح في حق المال كذا في شرح الطحاوي • بخلاف الانكار بعد ظهور الزنا بالشهادة • لان الانكار شرط لقبول الشهادة فلا يجوز ان يبطلها ما كان شرطا لقبولها **قوله** ويستحب للامام ان يلقن الرجوع ويقول له لعلك لمست او قبلت وهذا لفظ القدوري في مختصره **قوله** او الامام **قوله** ويستحب التلقين لان النبي صلى الله عليه وسلم فعل كذلك في حق ماعز • وقال ايضا للسارق ما اخالك سرقت **قوله** قال في الاصل ينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة • اي قال في المبسوط يرد الامام المقر بالزنا في المرة الاولى والثانية والثالثة فان عاد الرابعة قال وعند ذلك يسأله عن الزنا ما هو وكيف هو فاذا وصفه واثبته قال له لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة • قال صاحب الهداية وهذا قريب من الاول في المعنى • اي الذي قاله في الاصل قريب في المعنى مما قاله القدوري • لان في كل منهما تلقين الرجوع للمقر حتى لو قال المقر نعم سقط الحد

فصل في كيفية الحد واقامته

ذكر اقامة الحد بعد بيان وجوب الحد لان بعد وجوده والكيفية صفة لاحقة للوجود فناسب ان يذكر بعد بيان الوجوب والكيفية فانه يقال للشيء كيف هو وكيف كلمة موضوعة للسوال عن الحال **قوله** واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجم بالحجارة حتى يموت وهذه مسئلة القدوري • وذلك لما روي في حديث ماعز ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجمه بعدما سأل الاحصان • قال في شرح الاقطع ولا خلاف في ذلك بين الامة الا ما روي عن الخوارج ان الحد كله الجلد ولا رجم • وانما قالوا ذلك لانهم لا يقبلون اخبار الاحاد • وقد حدث البخاري في الصحيح عن علي بن عبد الله قال حدثنا سفيان عن الزهري عن عبيد الله عن ابن عباس قال قال عمر لقد خشيت ان يطول بالناس زمان حتى يقول القائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله تعالى الا وان الرجم حق على من زنى وقد احصن اذا قامت البينة او كان الحمل او الاعتراف • وروي صاحب السنن عن عبد الله بن محمد النفيلي قال حدثنا هشيم قال انبانا الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة عن عبد الله بن عباس ان عمر • يعني ابن الخطاب خطب فقال ان الله عز وجل بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه اية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم محمد صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده واني خشيت ان طال بالناس زمان ان يقول قائل ما نجد اية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله عز وجل فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت البينة او كان حمل او اعتراف وايم الله لولا ان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها • وروي في الجامع الترمذي مسندا الى سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب قال رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجم ابو بكر ورجمت • ولولا اني اكره ان ازيد في كتاب الله لكتبته في المصحف فاني خشيت ان تجيء اقوام فلا يجدونه في كتاب الله فيكفرون به • وحديث عمر مذكور في الموطا ايضا • قلت قد كان رجم ابو بكر وعمر بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليهما احد فحل محل الاجماع فظهر ان قول الخوارج لا عبرة له لا يلتفت اليها **قوله** وقد احصن اي ماعز وهو على صيغة المبني للفاعل • يقال احصن الرجل فهو محصن وهذا احد ما جاء على افعل فهو مفعل والمراة محصنة • اي من زوجة وقيل في كلام العرب مثل الالفاظ الثلاثة احرف • وهذا احدها • ويقال اسهب من لذع الحية • اي ذهب عقله فهو مسهب • قال الزاجر فانا عطشان هنا • ويقال الفج الرجل فهو ملفج اذا رقت حاله • وسال رجل الحسن ابدا الرجل اهله قال نعم اذا كان ملفجا الدا للالكة والماطلة بمعنى وهي المدافعة كذا في الجمهرة **قوله** وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان روى صاحب السنن باسناده الى عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرء مسلم يشهد ان لا اله الا الله واني رسول الله الا باحدى ثلاث رجل زنا بعد احصان فانه يرجم ورجل خرج محاربا لله ورسوله فانه يقتل او يصلب او ينفى من الارض او يقتل نفسا فيقتل بها • وروي في السنن والجامع الترمذي ايضا مسندا الى عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرء مسلم يشهد ان لا اله الا الله واني رسول الله الا باحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة **قوله** يخرجه الى ارض فضاء يبتدي الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس هذا لفظ القدوري اما الاخراج الى ارض فضاء لما روى صاحب السنن باسناده الى سعيد قال لما امر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز خرجنا به الى البقيع فوالله ما اوثقناه ولا حفرنا له ولكنه قام لنا فرميناه بالعظام والمدر والخزف • واما البداية بالشهود فللاحتيال للدرء لانهم لو كانوا كذبوا يمتنعون من الرجم استعظاما للقتل فيكون امتناعهم دليلا على الرجوع كما في التنقيح عند ابي يوسف والشافعي بداية الشهود ليست بشرط كما في الجلد • ولنا ما بيناه والفرق بين الرجم والجلد ان الجلد لا يحسنه كل احد فيقع الجلد مهلكا والمقصود الزجر والتاديب لا الاهلاك بخلاف الرجم فان كل احد يحسنه • والمقصود منه الاهلاك ثم اذا امتنع الشهود من الابتداء لا يجب الحد عليهم لانهم ثابتون على شهادتهم ولم يرجعوا عنها وقد يمتنع الانسان من مباشرة القتل حقا • وانما يسقط عن المشهود عليه للشبهة **قوله** فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد هذا لفظ القدوري وكذا المعنى **قوله** وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية • اي يسقط الرجم بموت الشهود او غيبتهم • وهذا لان

الشرط بداية الشهود وتد العدد ولان الموت او الغيبة • وكذلك اذا عموا او خرسوا او جنوا او فسقوا او ارتدوا او قذفوا
فحدوا وتبين العبرى ذلك قبل القضا او بعد القضا قبل الامضا لان الامضا من القضا في باب الحدود فاذا لم يحصل الامضا
فكانه لم يحصل القضا • والمايد بظاهر الرواية احترازا عما روي عن ابي يوسف في شرح الطحاوي انه قال لا يبطل الرجم بموت
الشهود ولا بغيبتهم • هذا اذا كان المشهود عليه محصنا فاما اذا كان غير محصن فقد قال الحاكم الشهيد في الكافي ان لم يكن الحد
نفذ عليه في الموت ويبطل بغيابهم واقامتها • وكذلك اذا [illegible] قوله واذا كان رجما ابتدا الامام ثم الناس هذا لفظ
القدوري في مختصره • اي اذا كان الزاني محصنا يبتدأ الامام بالرجم ثم يتبعه الناس • وكذلك روى صاحب
السنن باسناده الى ابي بكرة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم امراة فحفر لها الى الثندوة ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ثم
قال ارموا واتقوا الوجه فلما طفيت اخرجها فصلى عليها • وروي في شرح الاثار عن علي بن ابي طالب انه رجم شراحة وهو اول
الناس ثم قال ارموا قوله وقد رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية باعتراف وهي امراة منسوبة الى بني غامد قبيلة من العرب
ثم قال المبرد في كتاب الكامل [illegible] غامد [illegible] من الازد من الموت وفي
هذه القبيلة يقول الشاعر • الا هل اتاها [illegible] فضحت [illegible] غامد • [illegible] قوله
ويغسل ويكفن ويصلى عليه هذا لفظ القدوري في مختصره • اما الغسل والتكفين فلما روي في السنن ان الرجم
عليه وكفن ودفن • واما الصلاة فلما روى البخاري باسناده الى جابر ان رجلا من اسلم جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فاعترف
بالزنا فاعرض عنه النبي صلى الله عليه وسلم حتى شهد على نفسه اربع مرات قال له النبي صلى الله عليه وسلم ابك جنون قال لا
قال احصنت قال نعم فامر به فرجم بالمصلى فلما اذلقته الحجارة هرب فادرك فرجم حتى مات فقال له النبي صلى الله عليه وسلم
خيرا وصلى عليه • وقد صح في ذلك [illegible] ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على الغامدية ودفنت • ولانه مقتول بحق
[illegible] فيغسل ويصلى عليه • ولانه ما اشتمل الحرام عليه الاخرج من
الاسلام فصار كسائر المسلمين يغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن كالمقتول في قصاص قوله وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده
مائة جلدة هذا لفظ القدوري • والاصل فيه قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وهذا عام
في المحصن وغير المحصن الا ان الحكم في المحصن [illegible] بحضرة الصحابة
من غير نكير • [illegible]
في رواية [illegible]
الله [illegible]
ويجوز ان يترك الخبر وهو فاجلدوا والاول مذهب المبرد والثاني مذهب الخليل وسيبويه ودخول الفاء في الخبر لتضمن المبتدأ
معنى الشرط • لان الالف واللام بمعنى الذي • اي التي زنت والذي زنا فاجلدوا فهما كقولك من زنا فاجلدوه • وانما قيد
بالحر احترازا عن العبد لان الجلد ينتصف في حقه كما سيجي عن قريب ان شا الله تعالى • وانما قدم في الاية المراة على الرجل في الذكر
لانها هي الاصل في الزنا لانها اذا لم تمكنه لا يتحقق الزنا • بخلاف اية السرقة حيث قدم الرجل على المراة لان الرجل هو الاصل
في المنتاب العدول • وان كان يتم من المراة ايضا قوله يامر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا
اي يضربه بين القوي والضعيف لان الضرب المبرح ربما يودي الى التلف • والمقصود من الحد الزجر وهو المقصود
بالضعيف فيختار الوسط • وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم امر الجلاد ان لا يبين ابطه وانما يضرب بسوط لا ثمرة
له لانه اذا كان له ثمرة يكون لكل ضربة ضربتين فلا يجوز ان يزاد في قدر الحد ويتم الحد من يقتل ويتضرر • واذا
كان رجلا وجب عليه الحد وهو ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك اذا ضرب يجلد جلدا خفيفا مقدار ما يتحمله كذا في الفتاوى
الولوالجي قوله بين المبرح وغير المولم • يقال برح به الامر اي غلظ عليه واشتد قوله وينزع عنه ثيابه
هذا لفظ القدوري • قال صاحب الهداية معناه دون الازار • يعني ينزع ثياب الزاني غير المحصن دون الازار
وذلك لان المقصود الزجر بايصال الالم والثياب تمنع ذلك فينزع • بخلاف الازار فانه لا ينزع كيلا تنكشف العورة
وكذلك الحكم في حد شرب الخمر والتعزير • اما في حد القذف فلا الا انه ينزع عنه الفرو والحشو وسيجي ذلك في باب
حد القذف • ثم اشد الضرب التعزير ثم حد الزنا ثم حد الشرب ثم حد القذف وسيجي ذلك في فصل التعزير ان شا
الله تعالى هذا في حق الرجل فان المراة لا تجرد في الحد وغيره لانها عورة الا ان الحشو والفرو ينزعان عنها ويذكر بعد
هذا ان شا الله تعالى قوله وهذا الحد • اي حد الزنا قوله ويفرق الضرب على اعضائه • هذا لفظ القدوري
اي يفرق الضرب على اعضا المحدود على المنكبين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين لان الجمع في مكان واحد
ربما يودي الى التلف وذلك غير مستحق عليه • قال الحاكم الشهيد في الكافي ويعطي كل عضو حظه من الضرب ما خلا الوجه
والكف والراس والفرج في قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف يضرب الراس ايضا وكان قوله الاول مثل قول ابي حنيفة
وقال في شرح الطحاوي روي عن ابي يوسف انه قال يضرب على الراس ضربة واحدة • وعند الشافعي يضرب كله الا
الظهر • وقال في الشامل وعن بعض مشايخنا لا يضرب الصدر والبطن لانه مقتل كالراس • وروى صاحب الاجناس
عن كتاب الحدود املاء رواية ابن سماعة • قال ابو يوسف يتقي الوجه والكف والفرج والبطن والصدر ويضرب الراس

وجه

وجه قول الشافعي ما روي في السنن عن ابن عباس ان هلال بن امية قذف امراته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك بن سحما فقال
النبي صلى الله عليه وسلم البينة او حد في ظهرك • ولابي يوسف ما روي عن ابي بكر الصديق انه قال اضربوا الراس فان فيه
شيطانا ولانه عضو صلب لا يخاف منه التلف • ولابي حنيفة ومحمد ان جمع الاعضا يحتاج الى التطهير الا ان الضرب على الفرج
مهلك والحد زاجر لا متلف • ولهذا امر النبي صلى الله عليه وسلم بحسم يد السارق بعد القطع والراس مجمع الحواس فيخاف منها على
عقله وعامة حواسه • والوجه مجمع المحاسن فيخاف من ضربه ان يصير مثلة وهي معصية • وقد روي عن علي انه قال اتق الوجه
والمذاكير وفي الامر باتقا الوجه استثنا الراس دلالة • ولا حجة للشافعي بخبر هلال لان تخصيص الشي بالذكر لا يدل على نفي ما عداه
ويدل الدليل على جلد سائر الاعضا نصا وذكر الظهر كناية عن الضرب لانه الموضع الضرب كما بينا واثر ابي بكر ليس بحجة لابي
يوسف لان ذلك ورد في مشرك من اهل الحرب محلوق الراس وضرب راسه واجب واهلاكه مستحق كذا اجاب عنه فخر الاسلام وغيره في شرح
الجامع الصغير قوله غير الراس والوجه والفرج • اي قال القدوري في مختصره وهو استثنا من قوله ويفرق
الضرب على اعضائه فرضا به اثنا قوله اتق الوجه والمذاكير الذكر من كل شي خلاف الانثى والجمع ذكران وذكورة وذكارة
وذكر الانسان معروف • فاما قولهم المذاكير فلا ادري ما واحدها كذا في الجمهرة • وقيل هو جمع الذكر الذي هو العضو
قوله انما الضرب سوطا • يعني على قول ابي يوسف يضرب الراس سوطا لا غير قوله من دعاة الكفرة جمع هم
داع كالقضاة في جمع قاض قوله ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة هي
قال في الاصل بلغنا ذلك عن علي بن ابي طالب وكذا يضرب في التعزير قائما • اما المراة فانها تضرب قاعدة لان ذلك استر
لها كذا في شرح الطحاوي • ولان الحد بنا على التشهير زجرا للعامة عن مباشرة سبب الحد والقيام ابلغ في التشهير بخلاف
المراة فان امرها على الستر والقعود اقرب الى الستر • وفي معنى قوله غير ممدود اختلف المشايخ قال بعضهم لا يمد الجلاد
بين العقابين كما يفعل بين يدي الظلمة لانه بدعة • وقال بعضهم لا يمد السوط فوق راس الضارب بالرفع • وقال بعضهم
لا يمد على بدن المحدود بعد الضرب لانه جرحه • والحد زاجر مهلك لا جارحا • وقال بعضهم اراد به ان لا يبسط على الارض
يقعد رجل على راسه والآخر على رجله وكل ذلك لا يفعل لانه زيادة على قدر الحد بل في الحدود كلها لا يمسك ولا يربط ولا يبطح
بل يترك قائما الا ان يعجزهم فلا باس حينئذ ان يشدوا على اسواطهم ونحوها • قال في المغرب العقابان خشبتان يشبحان
مغروزتين في الارض يمد بينهما المضروب والمصلوب قوله وان كان عبدا جلده خمسين هذا لفظ القدوري
والاصل فيه قوله تعالى فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب • اي الحرائر العذاب
اي من الحد • اي عليهن نصف الحد والحد مائة جلدة على الحر والحرة اذا لم يكونا محصنين ونصف ذلك خمسون فيكون ذلك
حد الامة فاذا كان ذلك حد الامة يكون ذلك حد العبد ايضا • لان العقوبة ايضا انما تتغلظ بحسب كامل النعمة
لان الجناية تكون حينئذ اغلظ واكثر • يويده قوله تعالى يا نسا النبي لستن كاحد من النسا • ثم اريد بالعذاب في هذه
الاية الجلد لا الرجم بدلالة السياق لان الرجم قتل والقتل لا يتنصف فانما عليهن نصف الشي الذي له نصف وهو الجلد قوله
والرجل والمراة في ذلك سوا • اي في الحد لشمول النصوص اياهما ان كانا محصنين فعلى كل واحد منهما الرجم
وان لم يكونا محصنين ففي الحر والحرة على كل واحد منهما جلد مائة • وفي العبد والامة يجب جلد خمسين • وكذلك في ظهور
الزنا عند القاضي بالبينة او بالاقرار اربع مرات فكل ما يشترط في حق الرجل يشترط في حق المراة الا ان المراة لا ينزع
عنها ثيابها كيلا تنكشف عورتها الا الحشو والفرو فانهما ينزعان كيلا يمنعا ايصال الالم الى البدن • ولذلك تجلد قاعدة لان
القعود استر لها قوله لما روينا عن علي وهو قوله يضرب الرجال في الحدود قياما والنسا قعودا قوله
وان حفر لها في الرجم جاز وهذا لفظ القدوري • والاصل فيه ما روي في السنن مسندا الى ابي بكرة عن ابيه ان النبي صلى
الله عليه وسلم رجم امراة فحفر لها الى الثندوة وكذا فعل علي بشراحة الهمدانية حين رجمها • وقد حدث الشيخ ابو جعفر
الطحاوي في شرح الاثار ان عليا دفنها في الرحبة الى منكبها ثم رماها وهو اول الناس ثم قال ارموا • ولو ترك الحفر
جاز لان ثيابها تسترها والنبي صلى الله عليه وسلم لم يامر بذلك لكن الحفر احسن للامن عن الانكشاف • وذكر في المغرب
ان الثندوة بفتح الاول والواو وبالضم والهمزة مكان الواو والدال في الحالين مضمومة لثدي الرجل او لحم الثديين وقال
في المجمل الثندوة للرجل كالثدي للمراة وهو مهموز اذا ضم اوله فاذا فتح لم يهمز ويقال هو طرف الثدي فعلى هذا يكون المراد
في الحديث طرف الثدي وهمدان بفتح الهاء وسكون الميم حي من العرب كذا اثبته صاحب الديوان قوله ويحفر الى
الصدر لما روينا • اي من حديث الغامدية حيث حفر لها الى السرة قوله ولا يحفر للرجل لانه عليه الصلاة
والسلام ما حفر لماعز • وقد حدث صاحب السنن باسناده الى ابي سعيد قال لما امر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز
خرجنا به الى البقيع فوالله ما اوثقناه ولا حفرنا له ولكنه قام لنا • ولان مبنى الحدود على التشهير وترك الحفر ابلغ في ذلك
وهذا هو ظاهر الرواية • وقال الطحاوي ان شاء حفروا وان شاء لم يحفروا قوله والربط والامساك غير
مشروع • يعني في الرجم • وذلك لان ماعزا لم يربط ولم يمسك • قال الحاكم الشهيد ولا يحفر للمرجوم ولا يربط بشي
ولا يمسك ولكنه ينصب قائما للناس ليرجم • وقال في شرح الطحاوي فان اخذوا في رجمه فهرب فانه لا يتبع ويكون ذلك
رجوعا • بخلاف الشهادة فانه يتبع اذا هرب لانه بعد الشهادة لا يصح رجوعه وانكاره • وذكر الطحاوي انهم اذا اتبعوه رجموه

ايا يصفون كما في الصلاة فكلما زحم قوم يتحركون ويقوم غيرهم مقامهم فيزحمون ولم يذكر هذا في الفصل قوله ولا يقيم المولى
الحد على عبده الا باذن الامام هكذا لفظ القدوري في مختصره . وقال الشافعي يملك المولى ذلك اذا كان رجلا حرا عدلا والحد
جلد وان كان قطعا فله فيه قولان كذا ذكر الامام علاء الدين في طريقة الخلاف . وقال في شرح الاقطع واختلف اصحابه في القطع
في السرقة والقصاص والقتل بالردة فمنهم من قال لا يملك ذلك . قالوا والمذهب انه يملكه . له ما روي في السنن مسندا الى علي
قال فجرت جارية لآل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا علي انطلق فاقم عليها الحد فانطلقت فاذا بها دم يسيل لم ينقطع فاتيته
فقال يا علي افرغت فقلت اتيتها ودمها يسيل فقال دعها حتى ينقطع دمها ثم اقم عليها الحد واقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم . وقال
في الجامع الترمذي كانت الجارية حديثة عهد بنفاس . وروي في الجامع الترمذي مسندا الى ابي هريرة قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم اذا زنت امة احدكم فليجلدها ثلاثا بكتاب الله فان عادت فليبعها ولو بحبل من شعر ولانه يملك
التعزير صيانة لملكه عن الفساد فكذا يملك الحد ولانه من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فيملك المولى ذلك . ولنا ما روى
اصحابنا في كتبهم عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير موقوفا ومرفوعا اربع الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء ولان
الحد حق الله تعالى فلا يجوز للمولى ان يستوفيه لانه اجنبي في حقه فلا يجوز للاجنبي ان يتصرف في حق غيره . ولان ولاية المولى ولاية
خاصة وفي ملك الرقبة فلا يملك بها الحد كالاب والوصي . فان قلت ما الحق ولو نسلم ان الحد حق الله ونحن لا نسلم ذلك ولئن سلمنا
لكن لا نسلم ان كونه حقا لله تعالى ينافي كونه حقا للعبد ولم لا يجوز ان يكون حقا للعبد ايضا . قلت الحق يستعمل في وجهين في معنى
مجرد غير اضافي ويراد به الثابت المتحقق الذي له وجود بذاته واثر وذلك ليس له وجود ويتحقق به الاثم كقولك دين الاسلام
حق ودين النصارى ليس بحق . اي هذا الذي له وجود ويتحقق بذاته واثر وذاك ليس له وجود وتحقق بذاته واثر بل هو باطل
مضمحل ذاهب متلاشي ويستعمل في معنى اضافي كقولك هذا حق فلان وهذا حق فلان الآخر . والمراد منه ما يختص به فلان
ويطلب منه رعاية جانبه بدليل الاطراد والانعكاس وكلما يختص به فلان ويطلب منه رعاية جانبه يصح ان يقال انه حقه وكل
ما لا يختص به فلان ولم يطلب منه رعاية جانبه لا يصح ان يقال ليس حقه فعند ذلك نقول ان الحد حق الله تعالى لان المقصود منه الزجر
واخلاء العالم عن الفساد حق الله تعالى فيكون الحد حق الله تعالى . بيانه ان العالم في الاصل كله ملكه وعرضه لله تعالى الا انه
تعالى جعل بكرمه ولطفه بعض الاشياء حق العبد بنوع نفعه خالصة له ومن ثم ازال السبب فاز بالمكسب الا انه تعالى جعل كرمه
انما كان نفعه عاما فهو حق الله تعالى على ما كان لانه ليس له ادمي اولى من غيره لعموم نفعه يجوز ان يكون فيه حق المولى لانه
لو كان له حق لجاز اسقاطه لذلك برضاه . وحيث لم يؤثر رضاه في الاسقاط علم انه لا حق له اصلا . فلما لم يكن للعباد حق في الحد
لم يجز استيفاء المولى بلا اذن نائب الشرع وهو الامام . بخلاف التعزير فانه حق العبد . ولهذا لو اسقطه من له الحق برضاه
يسقط . يدل على انه حق العبد تعزير الصبي لان حق الله تعالى موضوع عنه . والجواب عما تمسك به الشافعي فنقول ذلك محمول على
التسبب ان يكون المولى سببا في حده بعرض المرافعة الى الامام . وانما قلنا ذلك لان ظاهره متروك بالاجماع لانه يقتضي الوجوب
ولا يجب على المولى اقامة الحد على عبده بالاجماع . اما على مذهبنا فظاهر وكذا على مذهبه لانه يجوز ان لا يقيم المولى الحد ولا يجب
عليه فلما كان الحديث متروك الظاهر حملناه على ما قلنا بدليل ما بينا والامر بالمعروف يحصل بالمرافعة الى الامام ايضا
قوله ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه . الواو في وحق الشرع للحال ذكره قوله ولهذا ذكره ايضاحا
لكون التعزير حق العبد قوله واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما
على صفة الاحصان هكذا لفظ القدوري في مختصره . اعلم ان الزنا سبب لوجوب الجلد والرجم جميعا لكن للرجم شرائط من الحرية
والعقل والبلوغ والاسلام والنكاح الصحيح والدخول على وجه يوجب الغسل وهما على صفة الاحصان فاذا وجدت هذه
الشرائط يجب الرجم والا يجب الجلد . ثم اعلم ان الدخول آخر شرائط الاحصان حتى لو وجد الدخول اولا ثم وجد سائر الشرائط
لا يكون محصنا ما لم يوجد الدخول بعدها . بيانه فيما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ان المسلم البالغ العاقل
لو تزوج امراة نصرانية فدخل بها ثم اسلمت المراة فقبل ان يدخل بها بعد الاسلام زنى الرجل لا رجم عليه لانه لم يدخل بعد اسلامها
ولم يكمل شرائط احصانه عند ابي حنيفة ومحمد . وقال ابو يوسف يكون محصنا . ولو كانت المراة امة فدخل بها ثم اعتقها
المولى فما لم يدخل بها بعد العتق لا يكمل الاحصان بالاتفاق . وكذلك لو دخل بها وهي صبية ثم ادركت . وكذلك لو
كانت تحته امراة حرة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانهما . ثم اذا اسلما لا يعود احصانهما الا بعد الدخول بها بعد
الاسلام الى هنا لفظه . فشرع الى بيان الشرائط والاختلاف فيها الا في الاسلام سنذكره بعد بيانها ان شاء الله تعالى ثم
اما اشتراط العقل والبلوغ فلان اهلية الخطاب لا تتحقق بدونهما . لما روي في السنن مسندا الى علي عن النبي صلى الله عليه
وسلم قال رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل . ولان الرجم عقوبة وهما
ليسا من اهل العقوبة فلا يجب الرجم عليهما . واما اشتراط سائر الشرائط من الحرية والنكاح الصحيح والدخول والاسلام وكونهما
على صفة الاحصان عند الدخول فلتكامل الجناية . وذلك لان الرجم نهاية في العقوبة فيكون سببه نهاية في الجناية ايضا
لان المسبب ابدا يثبت بحسب السبب حسا وشرعا . وتناهي الجناية انما يكون اذا وجدت هذه الشرائط في الزاني عند وجودها
بتوفر النعم . والجناية عند توفر النعم اغلظ واكثر . الا ترى الى قوله تعالى يا نساء النبي من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف
لها العذاب ضعفين فمن هذا عرفت ان احصان احد الزوجين شرط لاحصان صاحبه . بخلاف احصان احد الزانيين حيث لا يكون

شرطا

شرطا لاحصان الآخر حتى يحد كل واحد منهما حد نفسه جلدا كان او رجما ثم لا يكون محصنا بالدخول في النكاح الفاسد لانه ليس بوطء حلال وكذا
لا يكون محصنا ايضا بالجماع في النكاح الصحيح اذا كان قال ان تزوجتك فانت طالق نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي . واما الاسلام
فانه شرط الاحصان في ظاهر الرواية عن اصحابنا جميعا لما قلنا . وروي عن ابي يوسف ان الاسلام ليس بشرط وهو قول الشافعي
وثمرة الخلاف ان الذمي الثيب الحر اذا زنى فعندنا يجلد ولا يرجم . وعندهما يرجم لهما ما روي في الصحيح البخاري والسنن مسندا
الى ابن عمر انه قال ان اليهود جاءوا الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له ان رجلا منهم وامراة زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
ما تجدون في التوراة في شان الرجم قالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتوراة فنشروها فوضع
احدهم يده على آية الرجم فقال صدق يا محمد فيها آية الرجم فامر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما . ولان نكرم كنكر الدين
في حق الجلد فينبغي ان يكون فيتم نعت المسلمين في الرجم . والجواب عن الحديث يجيء عن قريب ان شاء الله تعالى . ولنا ما روى
اصحابنا في كتبهم عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من اشرك بالله فليس بمحصن وذكر في المبسوط وعن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال لحذيفة وقد تزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك . وكذلك قال عمر لكعب بن مالك . ولان زنا الثيب الكافر
لا يساوي زنا الثيب المسلم في كونه جناية وتفاوت الجناية يوجب التفاوت في العقوبة والحكم بالتساوي في العقوبة مع التفاوت
في الجناية قبيح عقلا . بيان التفاوت ان زنا المسلم وان قبح من حيث انه وطء حرام واضاعة الولد وافساد الفراش يكفران
النعمة لان الاسلام من اعظم النعم والنعمة موجبة للشكر لقوله تعالى واشكروا نعمة الله وانه بزناه وضع الكفران موضع الشكر وسائر
الشرائط ان وجدت في حق الكافر لم يوجد كفران نعمة الاسلام . والزنا الذي يحصل به كفران نعمة الاسلام اقبح وافحش من الزنا
الذي لم يحصل به الكفران ولا يجوز به اثبات الرجم في الكافر بالقياس بان يقال ساوى في الجلد فيساوي في الرجم لان الحدود
لا يثبت بالقياس لما فيه من الشبهة وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ادرؤا الحدود بالشبهات . ولان احصان القذف
يشترط فيه الاسلام بالاتفاق مع ان القذف اضعف من الزنا فلان يشترط الاسلام في احصان الرجم اولى واحرى . وتساوي المسلم والكافر
في الجلد لا يلزم علينا لان القياس كان ينبغي ان يكون جلد المسلم اكثر من ذلك الا ان الشارع لم يزد عليه حيث حط عنه بعض العقوبة وجعل
بدله من الجلد مقدار ما وجب على الكافر . والجواب عن الحديث فنقول كان ذلك بحكم التوراة في ابتداء الاسلام . ولهذا سالهم رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن حد الزنا في التوراة كذا ذكره . ثم لما نزل الاسلام نسخ ذلك يدل على ذلك ما روى صاحب الكتاب
عن اهل الحجاز انهم قالوا ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهود قبل الجزية ذكره في سورة المائدة . يعني انه لما امروا باخذ الجزية على
رؤسهم سقط الرجم ثم قيد الرجم في قوله واحصان الرجم احترازا عن احصان القذف فان بينهما مفارقة على ما يجيء في باب القذف ان شاء
الله تعالى قوله دونهما . اي دون العقل والبلوغ قوله وما وراءهما . اي ما وراء العقل والبلوغ من الشرائط قوله عند
تكثرها . اي عند تكثر النعمة . والنعمة ما انعم الله به على عباده من مال او رزق كذا في الجمهرة . وفي الاصلاح . يعني بها النعم الواصلة
من جهة الغير من غير سابقة الاستحقاق على ذلك الغير قوله وهذه الاشياء من جلائل النعم . اي الحرية والعقل والبلوغ والاسلام
والدخول بها في نكاح صحيح وهما على صفة الاحصان قوله عند اجتماعها . اي اجتماع هذه الاشياء قوله فناط به اي تعلق
الرجم باجتماع هذه الاشياء . فاذا وجد الزنا عند اجتماعها يجب الرجم والا فلا قوله بخلاف الشرف والعلم يتصل بقوله وهذه
الاشياء من جلائل النعم جوابا لسؤال مقدر بان يقال لما كانت الاشياء المذكورة من جلائل النعم كانت شرائط الاحصان والشرف والعلم لان
الشرع لم يعتبرهما لانهما لا يصلحان شرطا في الاحصان لعدم الضبط . والشرف علو الحسب وحسب الرجل ما اثر ابائه عند اهل الكوفة
كذا في الجمهرة قوله والنكاح الصحيح من الوطء الحلال . اي النكاح الصحيح تمكن الناكح من الوطء الحلال والاصابة في الحلال
الاصابة بل النكاح الحلال سبيل للزوج من الزنا . يعني يحصل بالنكاح الصحيح مكنة في الوطء الحلال وبالدخول يحصل الشبع . وكذا
الاسلام يحصل به المكنة من نكاح المسلمة . ويؤكد الاسلام ايضا اعتقاد الحرمة وكان كل واحد منهما نعمة فيشترط في احصان الرجم
ليكون وجوب الرجم المتناهي في العقوبة بعد تكامل النعمة قوله فيكون الكامل مزجرة عن الزنا . اي سبب الزجر قوله
وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول . اي في الزوج والزوجة . يعني شرطت في قول القدوري ودخل بها وهما على صفة
الاحصان . وفائدته ما قال في المتن لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا . قال الحاكم
الشهيد في الكافي قال ابو يوسف يكون محصنا بجماع الكافرة فهذا هو ظاهر الرواية عن ابي يوسف . وروى الطحاوي والكرخي في
ظاهر الرواية عن ابي يوسف ان النصارى يحصن بعضهم بعضا . وان المسلم يحصن النصرانية وهي لا تحصن المسلم قوله وكذا اذا كان
الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهذا ايضا فائدة شرط الاحصان فيهما عند الدخول . اي لا يكون الزوج محصنا ايضا اذا كان هو
كافرا وزوجته مسلمة او كان مملوكا وزوجته حرة . او كان مجنونا وزوجته عاقلة . او كان صبيا وزوجته بالغة . وهذا لان الرق
ينفر عن صحبة المملوك والجنون ينفر بموجب الشرع والصبا يقلل الرغبة وتحرز عن المرقوقة لئلا يرق ولدها فليس ثم الائتلاف ايضا فلا تتكامل النعمة ما لم
تنتف هذه العوارض . ولا يقال كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمراة مسلمة . لانا نقول يتصور فيما اذا كانا كافرين فاسلمت
المراة ثم دخل بها الزوج فانها بعد زوجان ما لم يفرق القاضي الا بعد عرض الاسلام قوله والحجة عليه ما ذكرناه
اي الحجة على ابي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام من اشرك بالله فليس بمحصن قوله وقوله عليه الصلاة والسلام لا يحصن المسلم
اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد عطف على قوله ما ذكرناه . اي الحجة على ابي يوسف ما ذكرناه وهذا الحديث
مذكور مرسلا هكذا في باب الاحصان من مبسوط شمس الائمة السرخسي . ولكن محمد قال في الاصل لا يحصن الرجل المسلم الا المراة الحرة المسلمة

اذا دخلها • ثم قال بلغنا ذلك عن عامر بن ابراهيم النخعي **قوله** ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد هذا لفظ القدوري في
مختصره • قال في شرح الاقطع قال اهل الظاهر يجلد المحصن ثم يرجم **قوله** هو قول احمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه والرواية
الاخرى عنه مثل قولنا • وقول اسحق مثل قول احمد انه يجلد ويرجم • لهم ما روي في السنن وغيره مسندا الى عبادة بن الصامت قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب جلد مائة ورمي بالحجارة • والبكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة • وحدث الطحاوي باسناده
في شرح الآثار الى عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا عني قد جعل الله عز وجل لهن سبيلا البكر بالبكر جلد
مائة وتغريب عام • والثيب بالثيب جلد مائة والرجم • وروى الطحاوي ايضا باسناده الى جابر ان رجلا زنا فامر به النبي صلى الله
عليه وسلم فجلد ثم اخبر انه كان قد احصن فامر به فرجم • قال في الجامع الترمذي العمل على هذا عند بعض اهل العلم من اصحاب النبي صلى
الله عليه وسلم منهم علي بن ابي طالب وابي بن كعب وعبد الله بن مسعود • ولنا ما روى البخاري في الصحيح وغيره مسندا الى ابي
هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال يا انيس اغد على امراة هذا فسلها فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها • بيانه ان النبي صلى الله
عليه وسلم امر بالرجم وحده لا بالجلد والرجم جميعا • وقد صح في جميع كتب الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ولم يجلده • قال
في الجامع الترمذي قال بعض اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم منهم ابو بكر وعمر وغيرهما الثيب انما عليه الرجم ولا يجلد ولان
اقصى ما في الباب من العقوبة الرجم فلا حاجة الى ما دونه مع وجوده • ثم ان كان الجلد لزجر غير الزاني فزجر غيره يحصل بالرجم
فوق ما يحصل بالجلد • وان كان لزجر الزاني فزجره بعد هلاكه بالرجم لا يكون • ولان العقوبات المتفق عليها في واحد كالقطع
في السرقة والجلد في القذف لا غير فينبغي ان يكون عقوبة الزاني المحصن ايضا كذلك شيئا واحدا وهو الرجم • والجواب عن حديث
عبادة فنقول ان ذلك منسوخ لان اول ما نزل في هذا الباب قوله واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم الى قوله او يجعل الله لهن
سبيلا • ثم نسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا الحديث ولم يكن بين الآية وبين حديث عبادة
حكم آخر • ثم حديث ماعز يكون متاخرا عن حديث عبادة لا محالة • وكذا حديث ابي هريرة وقد رواه ايضا زيد بن خالد الجهني
وهو ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لانيس اغد على امراة هذا الحديث والحكم المتاخر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ينسخ
حكم المتقدم لا محالة اذا كان بين الحكمين مخالفة • وجواب حديث جابر انه يحمل لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اخبر ان المحدود محصن
رجمه بعد ان جلده على انه غير محصن فلم يكن ذلك جمعا بين الجلد والرجم لان الجلد لا يقع حدا اصلا لانه كان باعتبار انه غير محصن فان
قلت كيف يصح دعوى النسخ بحديث ماعز واليس ثم حديث علي وحكمه في خلافته بين الجلد والرجم ان ثبت فقد ثبت اجماع الصحابة
قبل ذلك خلافه في خلافة عمر فاجماعهم اولى من ان يرده حكم بعد اجماعهم المنعقد • الا ترى الى ما حدث الطحاوي في شرح الآثار عن
يونس قال اخبرنا ابن وهب ان مالكا حدثه عن يحيى بن سعيد عن سليمن بن يسار عن ابي واقد الليثي ان عمر بن الخطاب اتاه رجل
وهو بالشام فذكر انه وجد مع امراته رجلا فبعث عمر ابا واقد الليثي الى امراته يسالها عن ذلك فاتاها وعندها نسوة حولها
فذكر الذي قال زوجها لعمر بن الخطاب واخبرها انها لا تؤخذ بقوله وجعل يلقنها اشباه ذلك لتنزع فابت ان تنزع وتمت
على الاعتراف فامر بها عمر فرجمت • وكان ذلك بحضرة اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يجلدها عمر قبل الرجم فحل محل الاجماع
لانه ما خالفه احد حينئذ • ويحتمل ان يكون علي رضي الله عنه جلدها لانه لم يكن ثبت عنده احصانها • ثم لما ثبت احصانها رجمها
وقال الجلد لها بكتاب الله وهو قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا الآية ورجمها بالسنة حيث ثبت الاحصان وجاز ان يكون هو
قد استكمل الجلد مائة ثم رجمها وهو قولنا اذا استكمل الجلد حتى ثبت الاحصان **قوله** ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي
وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يرى الامام مصلحة فيغربه على قدر ما يرى • قال الحاكم في الكافي قال
ابن ابي ليلى ينفى في بلد غير البلد الذي فجر فيه • واعلم ان حد زنا البكر عندنا الجلد لا غير • وعند سفيان ومالك وعبد الله بن المبارك
والشافعي واحمد واسحق يجلد وينفى سنة ان كان البكر حرا • وفي العبد ثلاثة اقوال عن الشافعي في قول يغرب سنة [illegible] في قول
سنة وفي قول لا يغرب اصلا بل يجلد خمسين وهو قول احمد • والمراة تغرب مع محرم واجرته عليها في قول وعلى بيت المال في قول وان
امتنع المحرم قيل يجبره السلطان على الخروج معها وقيل لا • واذا كانت الطريق امنة ففي تغريبها بغير محرم وجهان ولا ينقص في
مسافة الغربة عن مرحلتين وله الخيار في جهات السفر فان رجع المغرب الى بلده لم يتعرض له • واذا عاد المغرب يخرج ثانيا
ولا تحتسب المدة الماضية • لهم قوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام
والثيب بالثيب جلد مائة والرجم • وروي في الجامع الترمذي مسندا الى ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب • وان ابا بكر
ضرب وغرب وان عمر ضرب وغرب • ولان في التغريب قطع مادة الزنا لان الزنا انما يكون بالمصاحبة والمحادثة مع الاحباب
والحبايب عند فراغ القلب والغربة تفوت هذه الاشياء وتمنعها • ويدل على هذا ما قيل لامراة من العرب ما حملك على الزنا
مع فضل عقلك فقالت طول السواد وقرب الوساد • والسواد مصدر ساوده اذا ساره • ولنا قوله تعالى الزانية
والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة • بيانه انه تعالى جعل جزاء كل واحد من الزانية والزاني الجلد لا غير • وهذا لان
الفاء للجزاء والجزاء عبارة عن الكافي يقتضي وجوبه كما اذا قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق واحدة فاذا وجد الشرط يقع طلاق
واحد لا غير لانها هي الجزاء فلا يجب النفي اذن • وروى البخاري في الصحيح مسندا الى ابي هريرة وزيد بن خالد ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال اذا زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير والضفير
الحبل • وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا زنت امة احدكم فليجلدها بكتاب الله فان عادت فليبعها ولو بحبل من شعير قد مر الحديث

بعد قوله لا يقيم المولى الحد على عبده • وجه التمسك بهذه الاحاديث ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بالجلد على الامة • ولو كان النفي واجبا
مع وجود الجلد لبينه ايضا لانه تعالى قال فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب • ولان في التغريب ان كان اعداما للزنا من الوجه
الذي قال الخصم فتح باب الزنا من وجهين آخرين احدهما ان الانسان يمتنع عن الزنا في بلدته استحياء من اقاربه وعشايره • وبعض معارفه
وفي الغربة يرتفع الحيا فيقع في الفاحشة لانتفاء المانع • والثاني ان المراة محتاجة الى النفقة لا محالة وهي عاجزة عن الكسب
فتتخذ الزنا مكسبة فيعتقد فتحه وذلك افحش وجوه الزنا واخبثها • ولان فيما قال يلزم الحد بالراي وذلك لا يجوز لان الحد لا
يثبت بالشبهة وفي الراي شبهة • ولان الآية اوجبت جلد مائة حدا • فلو كان الجلد مع التغريب حدا لم يكن الجلد وحده حدا
لانه يكون حينئذ بعض المشروع فلا يسقط به الفرض الذي لزمنا اقامته كالركعة من الركعتين فكانت الزيادة نسخا فلا يجوز النسخ
بخبر الواحد فان قيل لا يكون الزيادة نسخا لان كل شيئين يصح اجتماعهما لا يكون ناسخا للآخر كايجاب الزكاة بعد الصلاة لا يرتفع
يمنع اجتماع الجلد والنفي قلنا نوع النسخ ليس بمقصود على ما لا يصح اجتماعهما لانه كان يصح اجتماع الجلد مع الحبس والاذى • ثم الحبس
والاذى نسخا بالجلد وصوم عاشوراء نسخ بصوم رمضان • وكذلك نسخت سائر الصدقات بالزكاة وقد كان يصح الاجتماع • ولا
يشبه الزيادة على النص ايجاب فرض بعد فرض • لان وجود احد الفرضين وعدمه لبعض الحد يمنع كون الباقي حدا كما ان ترك بعض
اعضاء الوضوء في الطهارة يمنع الباقي ان يكون طهارة • ولكن ترك ركعة من الفرض يمنع الباقي ان يكون فرضا • والجواب عما تمسكوا
من حديث التغريب فنقول منسوخ بحديث ماعز كما تقدم بيانه في المسئلة المتقدمة وهي منسوخة بقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا
لان قوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ولو كانت هذه الآية نازلة من قبل لما قال خذوا عني فالقرآن يدل على ان الآية
متاخرة ناسخة لحديث التغريب • وتغريب ابي بكر وعمر محمول على التعزير والسياسة بدليل ما قلنا • وذلك جائز عندنا ايضا
كالمتاني نفي من دعته البلوى حدا • الا ترى ان عمر نفى نصر بن الحجاج لافتتان النساء بصباحة وجهه ومعلوم ان صباحة الوجه لا
توجب التغريب • وقد قال علي كفى بالنفي فتنة • بيانه فيما ذكر البيهقي في حديث عروة ابن الزبير في كتاب التغريب ان الفريعة بنت همام
ام الحجاج بن يوسف كانت تحت المغيرة بن شعبة وهي القائلة • الا سبيل الى خمر فاشربها ام لا سبيل الى نصر بن الحجاج • وكان نصر
ابن الحجاج من بني سليم وكان رجلا جميلا رآه عمر بن الخطاب ذات ليلة وهذه المراة تقول ذلك البيت فدعى نصر بن الحجاج فسيره
الى البصرة فاتى مجاشع بن مسعود السلمي وعنده امراته شهيلة وكان مجاشع اميا فكتب نصر على الارض لها حبا لو كان فوقك لاظلك
ولو كان تحتك لاقلك فكتبت المراة وانا والله فجاشع على الكتابة اناء ثم ادخل كاتبا فقراه فاخرج نصرا فطلقها • وكان عمر بن الخطاب
سمع ايضا قائلا بالمدينة اعوذ برب الناس من شر معقل اذا معقل راح البقيع مرجلا • يعني معقل بن سنان الاشجعي وكان جميلا فقدم المدينة
فنفاه عمر الى البادية • بيانه ان المذكور في الآية هو الجلد لا غير فيكون كل المذكور فاذا كان كل المذكور يكون كل الموجب لانه لو كان ثمة شيء آخر
لبينه لان الموضع موضع يحتاج اليه في البيان وترك البيان في مثل هذا الموضع لا يجوز للزوم الاخلال **قوله** وهو عليه الصلاة
والسلام الضمير راجع الى شطره اي شطر الحديث قوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب الحديث **قوله** وقد عرف طريقه في موضعه
اي عرف طريق نسخ قوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام في طريقة الخلاف ونحن بيناه على وجه يرتضيه
القائل المنصف **قوله** الا ان يرى الامام مصلحة فيغربه على قدر ما يرى استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين النفي والجلد
اي اذا راى الامام التغريب مصلحة لدعاة الزاني فيجوز ذلك على انه تعزير وسياسة لا على انه حد كما روي عن عمر تغريب نصر
انه مر ذلك **قوله** واذا زنى المريض وحده الرجم رجم هذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان المريض اذا زنى فلا يخلو
من احد الامرين اما ان كان محصنا او غير محصن فان كان محصنا رجم بلا انتظار لانه مستحق الهلاك • والرجم في حالة المرض
اقرب الى الهلاك • وان كان غير محصن ينتظر الى ان يبرا ثم يجلد لان الاهلاك ليس بمستحق عليه والجلد في هذه الحالة قد يفضي الى
الهلاك فيؤخر الى البرء • ولهذا قال الشيخ ابو نصر وغيره لا يجلد في الحر الشديد والبرد الشديد لخوف التلف **قوله** واذا
زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها • هذا لفظ القدوري • اعلم ان الحامل اذا زنت لا تحد حالة الحمل سواء كان حدها جلدا او
رجما لان في الرجم اهلاك ولدها والمستحق اهلاكها لا اهلاك ولدها • وفي الجلد يخاف على اهلاك ولدها والحد شرع زاجرا
لا متلفا لكن تحبس الحامل ان كان ثبت زناها بالبينة الى ان تلد كيلا يفوت الحد بهربها • ثم اذا ولدت ينظر ان كانت
محصنة ترجم حين تضع ولدها لان الهلاك هو المستحق • والرجم في هذه الحالة اقرب الى الهلاك لما بها من ضعف الولادة
وهذا ظاهر الرواية • وروي عن ابي حنيفة انه يؤخر الرجم الى ان يستغني ولدها • وان كانت غير محصنة تركت حتى تخرج من
نفاسها ثم يقام عليها الحد • والمعنى ما قلنا • واذا ثبت زنا الحامل بالاقرار لا تحبس لعدم الفائدة لان رجوعها يسقط الحد
ولها ذلك والهرب دليل الرجوع فلا يفيد الحبس فائدة • وجه الظاهر ما روي في السنن مسندا الى عمران بن حصين ان امراة من
جهينة اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت انها زنت وهي حبلى فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وليها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم
احسن اليها فاذا وضعت فجئني بها فلما وضعت جاء بها فامر بها النبي صلى الله عليه وسلم فشدت عليها ثيابها ثم امر بها فرجمت ثم امرهم فصلوا
عليها • وجه تلك الرواية ما روي في السنن ايضا مسندا الى عبد الله بن بريدة عن ابيه ان امراة من غامد اتت النبي صلى الله عليه وسلم
فقالت اني فجرت فقال ارجعي فرجعت فلما كان من الغد اتته فقالت لعلك تريد ان تردني كما رددت ماعز بن مالك فوالله اني لحبلى فقال
لها ارجعي فرجعت فلما كان من الغد اتته فقال لها ارجعي حتى تلدي فلما ولدت اتته بالصبي فقالت قد ولدته فقال لها ارجعي فارضعيه
حتى تفطميه فجاءت به وقد فطمته وفي يده شيء ياكله فامر بالصبي فدفع الى رجل من المسلمين وامر بها فحفر لها وامر بها فرجمت قال

الشهيد في الكافي فان ادعت انها حبلى اراها القاضي النساء فان قلن هي حبلى حبسها الى سنتين ثم يرجمها . وان شهدوا عليها بالزنا
فادعت انها عذراء او رتقاء فنظر اليها النساء فقلن هي كذلك درئ عنها الحد ولا حد على الشهود ايضا . وكذلك المجبوب لان المجبوب
لا يزني ولا حد على قاذفه وتمام ذلك في الرتقاء والعذراء والاشياء التي يعمل فيها بقول النساء قول امراة واحدة . قال في الفتاوى الولوالجي
والمتيقن احوط قوله ولا اسالهن من نفاسها فقال نفست المراة من نفاسها ونفست اي خرجت والله اعلم بالصواب

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

ذكر اولا في اول كتاب الحدود ثبوت الحد بالبينة او الاقرار . ثم ذكر بعد ذلك في فصل عليه كيفيته واقامته . ثم ذكر في هذا الفصل نوع الوطء
الى موجب الحد وغير موجب له لان تنوع الشيء بعد وجوده بصفاته وهذا ظاهر قوله فالوطء الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف
الشرع واللسان وطء الرجل المراة في القبل في غير الملك وشبهة الملك . اعلم اولا ان وضع كتاب الهداية على بيان مسائل الجامع
الصغير والقدوري ومع كل موضع يذكر لفظة قال يريد به محمدا او القدوري وهنا ذكر لفظ قال ولم يرد به احدا منهما فكان على
خلاف وضعه وكان ينبغي ان يقول قال العبد الضعيف باسناد الفعل الى نفسه . او يقول اعلم ان الوطء الموجب للحد هو الزنا
حتى يرتفع الالتباس . ثم اعلم ان الزنا هو الموجب للحد لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والزنا
هو الوطء الحرام الخالي عن ملك الرقبة وعن ملك البضع وعن الشبهة . والوطء ايلاج الذكر فرج المراة يعني بالشبهة شبهة الحل
والشبهة ما يشابه الحقيقة ماخوذة من المشابهة كالتشبه لان الاشتراك في الحروف الاصلية يدل على الاشتراك في
المعنى الاصلي . ثم انما يسقط الحد بالشبهة لقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات والشبهة على نوعين
شبهة اشتباه وهي ان يشتبه عليه الحال بان يظن انها تحل له وهذه الشبهة تسمى شبهة في الفعل والنوع الثاني شبهة
في المحل وهي ان تكون الشبهة ناشئة عن المحل بان يكون في المحل شبهة الملك اعني شبهة ملك الرقبة او ملك البضع وهذه الشبهة
تسمى شبهة حكمية باعتبار ان المحل اعطي له حكم الملك في اسقاط الحد وان لم يكن الملك ثابتا حقيقة ثم كل واحد من الشبهتين
يسقط بها الحد لاطلاق الحديث المذكور الا ان في كل موضع يثبت شبهة الاشتباه اذا قال علمت انها علي حرام وجب الحد لانعدام الاشتباه
وفي شبهة المحل لا يجب الحد . وان قال علمت انها علي حرام لقيام الشبهة بقيام المحل . ثم شبهة الفعل على ما قالوا في شرح
الجامع الصغير في ثمانية مواضع جارية الاب والام وجارية الزوجة والمطلقة ثلاثا اذا وطئها في العدة والمطلقة
بائنا بالطلاق على مال وام ولد قد اعتقها وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والمرتهن على رواية كتاب الحدود وانما وجب
الحد على هذه الرواية اذا قال علمت انها علي حرام لانه لا ملك له فيها ولا حكم ملك وانما له حق الاستيفاء فصار كالغريم في جارية
الميت فانه يحد اذا ادعى الظن ايضا . وشبهة المحل في ستة مواضع جارية الابن والمطلقة طلاقا بائنا بالكناية لاختلاف
الصحابة في ان الكنايات بوائن او رواجع . والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم . والجارية المجعولة مهرا في حق الزوج
قبل التسليم والجارية المشتركة بينه وبين غيره . والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن فعلى هذه الرواية لا حد
عليه لانها محبوسة للاستيفاء فاشبهت الجارية المبيعة في يد البائع قوله وانه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المراة هو
في غير الملك وشبهة الملك . فان قال قائل من علامات صحة الحد ان يكون مطردا ومنعكسا فاذا انتفى احدهما فسد الحد وهذا مطرد
لا منعكس فانه يصح ان يقال كلما كان وطء الرجل المراة بهذه الصفة فانه زنا فصار مطردا . ولا يصح ان يقال كلما كان لم يوجد وطء
الرجل المراة بهذه الصفة فليس بزنا لان فعل المراة يسمى زنا وان لم يطاها الرجل لان الواطئ هو الرجل لا المراة قلت هذه مغالطة لان
الوطء امر مشترك بين الرجل والمراة فاذا وجد فعل الوطء بينهما صح كل واحد منهما به ويسمى هذا واطئا وتلك واطئة . ولهذا سماه
الله تعالى زانيا وسماها زانية فقال الزانية والزاني ولم يقل المزنية والزاني قوله فالاول يتحقق في حق من اشتبه عليه
اي الشبهة الاولى وهي شبهة اشتباه يتحقق اذا ثبت الاشتباه وقال ظننت انها تحل لي والا فلا قوله والثانية اي شبهة
المحل يتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته . اي يتحقق في حق الكل سواء ادعى الظن او علم الحرمة قوله بالنوعين اي
بشبهة الفعل وشبهة المحل قوله لاطلاق الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات
قوله والنسب يثبت في الثاني اذا ادعى الولد اي المذكور الثاني وهو شبهة المحل وذلك لان الفعل لما لم يكن زنا
لشبهة في المحل ثبت نسب الولد بالدعوة لان النسب مما يحتاط في اثباته قوله ولا يثبت في الاول وان ادعاه . اي
لا يثبت النسب في شبهة الفعل وان ادعى الولد لانه لا حق له في المحل فوقع الفعل زنا الا انه سقط الحد لدعوى الاشتباه
وان لم يدع الظن وجب الحد . قال في الفتاوى الولوالجي ولو ادعى احدهما الظن ولم يدع الاخر فلا حد عليهما لان الشبهة
في حق احد الجانبين تتعدى الى الاخر قوله محض زنا . اي خالص قوله وان سقط الحد لامر راجع اليه اي الى الفعل
قوله وهو اشتباه الامر عليه اي الامر الراجع اليه هو اشتباه الامر على الواطئ قوله ولم يتمحض في الثانية اي
في شبهة المحل لم يتمحض الفعل زنا لقيام الدليل النافي للحرمة لقيام المحل قوله والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية
ابنه . قال في الفتاوى الولوالجي وكذا اذا وطئها الجد وان علا من قبل الاب لان اسم الاب ينطلق عليه قوله ثم الشبهة
عند ابي حنيفة تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا يثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك
في نكاح المحارم اراد بالباقين ولا فرق عند ابي حنيفة في سقوط الحد بالعقد بين ان يكون العقد حلالا او حراما متفقا
عليه او مختلفا فيه . او يكون الواطئ عالما بالحرمة او حراما متفقا عليه او مختلفا فيه او يكون الواطئ عالما بالحرمة او جاهلا

ويجي

ويجيء بيان ذلك ان شاء الله تعالى عند قوله ومن تزوج امراة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة وهو المراد
بقوله ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما ياتيك ان شاء الله تعالى قوله اذا عرفنا هذا نقول ومن طلق امراته ثلاثا ثم
وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام حد اي اذا عرفنا الذي مهدنا من اقسام الشبهة الى نوعين يذكر ما يتعلق بهما من
المسائل وبيان حكمها بعد بيان حقيقة الزنا نقول هذه المسالة ونظائرها لانها تبتنى على ما قلنا وهذه المسالة من مسائل الجامع الصغير
المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل طلق امراته ثلاثا ثم وطئها في العدة فقال علمت انها حرام قال عليه
الحد . اعلم ان واطئ مطلقته ثلاثا في العدة يجب عليه الحد اذا قال علمت انها علي حرام . واذا قال ظننت انها تحل لي لا حد عليه
ولا على قاذفه نص عليه الحاكم في الكافي . اما في الفصل الاول فلان المحل للوطء هو الملك فقد زال الحل من كل وجه فلما زال
من كل وجه لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره . واما في الفصل الثاني فانما لم يجب الحد لانه ادعى الاشتباه
فدخل الشبهة في الفعل وهي مسقطة للحد بالحديث . وانما اعتبر ظنه لانه وقع في موضعه لان اثار الملك قائمة من العدة والحبس
ووجوب النفقة في العدة على الزوج ولم يعتبر في الفصل الاول قول الزيدية والامامية شبهة في اسقاط الحد فان الزيدية
يقولون اذا طلقها ثلاثا لا يقع الا واحدة والامامية يقولون انه لا يقع شيء اصلا لكونها خلاف السنة ويزعمون انه قول علي
لان ذلك الاخرق للاجماع وافتراء على علي رضي الله عنه فانه قد صح عن علي انه قال كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه كذا ذكر
شمس الائمة السرخسي وغيره في شرح الكافي وغيره قوله ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف اراد بالمخالفة
الزيدية والامامية وقد ذكرناهم انفا . قال الامام حميد الدين الضرير في شرحه الفرق بين الخلاف والاختلاف ان الاختلاف
ان يكون الطريق مختلفا والمقصد واحدا . والخلاف ان يكون كلاهما مختلفا هذا حاصل كلامه . وقال فخر الاسلام البزدوي
في اول شرح الجامع الصغير الاختلاف من اثار الرحمة والخلاف من اثار البدعة واراد به الفرق المذكور . وكذا اراده هو
صاحب الهداية وفيه نظر لانه لم يثبت في قوانين اللغة ما قالوا فيقال اختلف القوم اختلافا وخالفوا مخالفة وخلافا اذا لم
يوافق بعضهم بعضا قوله لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة هذا دليل لكون الظن في موضعه . فان قلت
كيف يصح دعوى قيام النسب وقد اوردوا المطلقة الثلاث في قسم شبهة الفعل وقد ذكروا ان في كل موضع كانت الشبهة
في الفعل لم يثبت نسب الولد وان ادعى . وقد ذكر صاحب الهداية نفسه ايضا كذلك حيث اوردها في قسم شبهة الفعل
وقد قال قبل ذلك ولا يثبت في الاول وان ادعاه . اي لا يثبت النسب في شبهة الفعل لان الفعل تمحض زنا فعلم ان ذكر
قيام النسب هنا تناقض او سهو . قلت هذه مغالطة لان معنى قوله لان اثر الملك قائم في حق النسب قيام النسب باعتبار
العلوق السابق على الطلاق لان ولد المبتوتة يثبت لاقل من سنتين من وقت الطلاق ولا يثبت لتمام سنتين وقد عرف
ذلك في باب ثبوت النسب وليس معناه ان الواطئ في عدة المطلقة الثلاث اذا ادعى نسب ولدها باعتبار هذا العلوق يصح لانه
لما زنا وفي الزنا لا يثبت النسب بحال فلا جرم لا يثبت اذا ادعى فعرفت انه لا مناقضة ولا سهو والحمد لله رب العالمين
قوله وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث . يعني اذا وطئ كل واحدة منهن
في العدة وقال علمت انها حرام حد لزوال الحل من كل وجه . وان قال ظننت انها تحل لي لا حد للشبهة لان قيام اثر الملك
من العدة ووجوب النفقة اورث شبهة قوله ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها
في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة . قال الحاكم الشهيد في الكافي وان
ابانها بشيء من الكنايات ثم جامعها وهو يقول علمت انها علي حرام فلا حد عليه . وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
اذا طلقها تطليقة بائنة ثم وطئها في العدة لا حد عليه سواء ادعى الشبهة او لم يدع لان الشبهة شبهتان شبهة اشتباه وهنا
شبهة حكم لان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا فيه . قال بعضهم الكنايات كلها بوائن . وقال بعضهم رجعية وجعلها
بعضهم ثلاثا فاورث اختلاف الصحابة شبهة في المحل لان في الواحدة الرجعية يبقى الحل فينبغي على هذا ان يثبت النسب بالدعوة
والى هذا اشار الصدر الشهيد بقوله ولا يثبت النسب اذا لم يدع وذلك لان الفعل لم يقع زنا لقيام الحل باعتبار الشبهة في المحل
لكن قال فخر الاسلام البزدوي في شرحه للجامع الصغير ولا يثبت نسب الولد في ذلك كله لانه زنا وانما يسقط الحد للشبهة لانه
عقوبة ولا يثبت النسب بالزنا بحال الى هنا لفظه فكانه جعل هذه الشبهة شبهة الاشتباه وليس ذلك بصحيح عندي لان الرواية
منصوصة في الجامع الصغير وفي الكافي للحاكم انه لا يجب عليه الحد وان قال علمت انها علي حرام فلو كان الامر كما قال فخر الاسلام
لوجب عليه لزوال الاشتباه بقوله علمت انها علي حرام فلما لم يجب علم انها من قبيل شبهة المحل وفي شبهة المحل لم يقع الفعل زنا فيثبت
النسب بالدعوة فافهمه ان شاء الله تعالى . وقال الحاكم في الكافي اذا حرمت المراة على زوجها بردتها او مطاوعتها لابنه او جماعه
مع امها ثم جامعها وهو يعلم انها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الفقهاء يقول لا يحرم الحرام الحلال فاستحسن ان ادرا
الحد لهذه الشبهة قوله وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك . اي كذلك الحكم اذا نوى ثلاثا من الفاظ الكنايات
ثم وطئها في العدة يعني لا يحد . وان قال علمت انها علي حرام لان اختلاف الصحابة لا يرتفع بنية الثلاث فكانت الشبهة قائمة
فلا يجب الحد قوله ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام وهذا لفظ
القدوري في مختصره . اعلم ان الاب اذا وطئ جارية ولده لا يجب عليه الحد سواء ادعى الشبهة او لم يدع لان للاب تاويل
الملك في جارية ابنه لقوله عليه الصلاة والسلام انت ومالك لابيك فصار شبهة في المحل ويثبت النسب اذا ادعى الاب ذلك

لان ملكها بالقيمة ولا عقر عليه لان الاب لما ملكها بجميع القيمة سقط العقر لانه ضمان الجزاء وقد مر تحقيق ذلك في باب الرجوع فلينظر ثمة لا محالة
انما الحد اذا وطئ جارية ولد ولده لا يثبت النسب ولا يجب الحد اذا كان الاب حيا كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير هو
وذلك لان الجد يكون محجوبا بالاب فلم يثبت النسب لعدم تأويل الملك في الحال وانما لم يحد لان القرابة التي بينهما تناول الملك في ثاني
الحال ثابتة في الحال • اعني قرابة الولادة فتمكنت الشبهة فتدرء الحد لهذا • وكذلك كل موضع كان سقوط الحد فيه لشبهة في المحل
لا فرق فيه بين ان يعلم الحرمة او لا يعلم لقيام الشبهة في الحالين كالجارية المبيعة قبل القبض لان ملك المشتري لم يستقر فيها قبل القبض
ولهذا اذا هلكت ينفسخ البيع وكذلك المهورة قبل القبض لما قلنا • ولان الملك اليد باق عليها • وكذا الجارية المشتركة اذا وطئها
احد الشريكين لا يحد لان له فيها ملكا فصار شبهة **قوله** وقد ذكرناه • اي في باب نكاح الرقيق **قوله** واذا وطئ جارية
ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه • وان قال علمت انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطئ هو
جارية مولاه وهذه من مسائل القدوري • اعلم ان الشبهة في هذه المواضع شبهة اشتباه لحصول الانبساط الكامل واستمتاع الاهل
بين هؤلاء • لان الابن يتناول مال ابويه وينتفع به بالاكل والصرف • وكذا الزوج في مال زوجته • وكذا العبد في مال
مولاه فلما جرى الانبساط بينهم اشتبه الوطء • فاذا ادعى الاشتباه سقط الحد للشبهة لكن لا يثبت النسب لان الفعل زنا
في الواقع • واذا قال علمت انها علي حرام حد لزوال الاشتباه • وقاذف الزاني لا يحد قال في الاجناس قال في الاصل
قال ابو حنيفة اذا زنا بجارية امرأته وقال ظننت انها لي حلال فعليه العقر ولا عليه حد ولا يثبت نسب الولد ان جاءت به هو
وصدقته المرأة او لم تصدقه • ولو قال علمت انها علي حرام لا عقر عليه وعليه الحد ولا يثبت النسب **قوله** فكانت
الشبهة وطئه في الاستمتاع اي ظن الواطي الانبساط في الاستمتاع الا في حل الاستمتاع بالجارية فكانت الشبهة شبهة
اشتباه **قوله** وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي والفحل لم يدع • اي لا يحد الواطي وان لم يدع الاشتباه اذا
قالت الجارية ظننت ان عند مولاي او مولاتي وابن مولاي او مولاتي يحل لي • لان دعوى الاشتباه يسقط عنها الحد فاذا
سقط عنها لان الفعل واحد • فان قلت يشكل هذا بما اذا زنا بالغ بصبية حيث يجب عليها الحد ولا يجب عليه مع ان الفعل
واحد • قلت يشكل هذا بما اذا زنى في بالغ بصبية حيث يجب عليه الحد ولا يجب عليها مع ان الفعل واحد لكن درء الحد عنها لا
للشبهة بل لعدم اهليتها للعقوبة بل لكونها مرفوعة القلم فلم يؤثر ذلك في اسقاط الحد عنه لعدم الشبهة • بخلاف ما نحن فيه
فان سقوط الحد عن احد الجانبين للشبهة فتؤثر الشبهة في اسقاط الحد في الجانب الآخر ايضا لان الفعل واحد
قوله في الظاهر • اي في ظاهر الرواية **قوله** وان وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد وذلك
لانه لا شبهة هنا لا في الملك ولا في الفعل لعدم الانبساط فلا يعتبر دعوى الظن وكذا الحكم في سائر المحارم سوى قرابة
الولاد كالخال والخالة وغيرهما لهذا المعنى **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه لا انبساط في المال فيما بينهما **قوله**
ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر • وهذا لفظ القدوري في مختصره • اما
عدم وجوب الحد فلان الموضع موضع الاشتباه • بيانه ان الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في اول الوهلة الا بالاخبار
وخبر الواحد مقبول في امور الدين والمعاملات • ولهذا اذا جاءت الجارية وقالت بعثني مولاي اليك هدية يحل وطؤها
اعتمادا على قولها • فلما كان الموضع موضع اشتباه تحققت الشبهة فسقط الحد • اما وجوب المهر فلان البضع لا يخلو من
احد الموجبين اما الحد لخطر المحل واما المهر فلم يجب الحد للشبهة فيجب المهر وهو مؤيد بقضاء علي رضي الله عنه • وروى اصحابنا
في كتبهم انه قضى كذلك وثبت نسب الولد ان جاءت به وليست كالتي يجدها وقال حسبتها امرأتي حيث لا يثبت نسب ولدها ويجب
عليه الحد وبه صرح في الكافي للحاكم الشهيد • ويجب على المزفوفة العدة وقد مر تفصيلها في باب العدة فلينظر ثمة • **قوله**
وقال النساء بذكر الفعل لان تأنيث الجمع غير حقيقي • قال الله تعالى وقال نسوة في المدينة • وفي بعض النسخ وقلن
النساء وذلك لا يجوز على اللغة الفصيحة ويجوز على ضعف كقولهم اكلوني البراغيث حكاه سيبويه • ومعنى قوله زفت اي بعثت
وهو من باب فعل يفعل بفتح العين في الماضي وضمها في المستقبل • يقال لقيته اول وهلة اي اول كل شيء **قوله** فصار كالمغرور
اي صار الذي زفت اليه غير امرأته فوطئها كالمغرور وهو الذي وطئ امرأة معتمدا على يمين او نكاح ثم استحقت فلا يجب عليه
الحد للاشتباه فكذا الذي زفت اليه غير امرأته فوطئها في ظاهر الرواية لان قاذف الزاني لا يحد والقاذف هنا لا يحد لانه لا ملك
له في الاجنبية فيسقط احصانه وهذا معنى قوله لان الملك منعدم حقيقة • وروي عن ابي يوسف في غير ظاهر الرواية انه
يحد لان احصان المقذوف لم يسقط لانه بنى الامر على الظاهر حتى انه لما ظهر ان الواقع بخلاف الظاهر بقي الظاهر شبهة في اسقاط
الحد لكن سقط احصانه لوقوع الفعل زنا **قوله** ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد • هذا لفظ القدوري هو
وقال الشافعي لا حد عليه للاشتباه وهو قول زفر ذكره في التحفة • ولنا ان المسقط للحد في وطء الاجنبية هو الشبهة ولا
شبهة هنا بعد طول الصحبة فيجب الحد • الا ترى انه قد يبيت في دار انسان سائر المحارم كالاخت والبنت والعمة والخالة
فيتفق نوم بعضهم على فراش زوجته • وكذلك قد ينام صاحب زوجته على فراشها فلا يكون وجود المرأة على فراش الزوجة دليلا
على انها زوجته • والظن اذا لم يستند الى دليل لا يعتبر فلا جرم يجب الحد بخلاف الاجنبية التي زفت • وقال الشافعي ره وحمل
حيث استند الظن الى الدليل وهو اخبار النساء فاعتبر شبهة فبطلت المقايسة **قوله** وهذا لانه قد ينام على فراشها
غيرها من المحارم اشارة الى قوله لانه اشتباه • يعني انما قلنا لا اشتباه لانه قد ينام على فراش الزوجة غير الزوجة من المحارم

فلا يكون مجرد النوم دليلا على ان النائمة هي زوجته **قوله** وكذا اذا كان اعمى • اي اذا وجد الاعمى في بيته او فراشه
امرأة فوطئها على ظن انها امرأته يجب عليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة لانه يمكن ان يميز امرأته بالسؤال او غيره من العلامات
عن غيرها الا اذا دعاها وقالت انا امرأتك فوطئها على الظن لا يجب الحد • لان الظن استند الى دليل وهو اخبارها • بخلاف
ما اذا دعاها فاجابته اجنبية بالفعل فوطئها على ظن انها امرأته يجب الحد • قال صاحب التحفة اذا دعا امرأته فاجابته امرأة
وقالت انا فلانة امرأتك فوطئها لا حد عليه • فاما اذا اجابته ولم تقل انا فلانة يجب الحد لانه في وسعه ان يفحص اكثر من هذا
فلا يصير شبهة فيجب الحد **قوله** ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد هذا لفظ القدوري • وهذا قول
ابي حنيفة وزفر ولكن يجب عليه المهر اي مهر المثل كذا في خلاصة الفتاوى • وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي ان علم الواطي انها
حرام فعليه الحد في كل وطء حرام على التأبيد وان كان لا يعلم فلا حد عليه وفيما ليس بحرام على التأبيد فلا حد عليه كالنكاح بغير
ولي وبغير شهود • وقال الحاكم الشهيد في الكافي رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها قال لا حد عليه وان فعله على علم
لم يحد ايضا ويوجع عقوبة في قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد اذا علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم منه الى هنا
لفظه • اراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة واخت
المرأة في عدتها والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد او الامة بلا اذن المولى والنكاح بغير شهود ففي كل هذا لا يجب الحد عند
ابي حنيفة • وان قال علمت انها علي حرام • وعندهما يجب الحد اذا علم بالتحريم والا فلا • ولكنهما قالا فيما ليس بحرام على التأبيد لا يجب
الحد كالنكاح بغير شهود • وجه قولهما ان هذا زنا محض لاضافة العقد الى محل مجمع على تحريمه فلغو الاضافة لعدم المحل كما اذا
اضاف العقد الى الذكور فلا يكون شبهة • بخلاف ما اذا لم يعلم بالتحريم لان الشرعيات لا يثبت حكمها قبل العلم • ولابي حنيفة ان
الوطء اذا كان فيه شبهة الحل لا يجب به الحد وهذا وطء فيه شبهة الحل فلا يجب به الحد كما اذا وطئ امته وهي اخته من الرضاع وانما
قلنا ان فيه شبهة الحل لان الوطء حصل عقيب النكاح المضاف الى محل قابل لمقاصد النكاح • والنكاح صيغة زوجت وتزوجت
وما يجري ذلك المجرى من الالفاظ والمقاصد المطلوبة من النكاح قضاء الشهوة والولد والسكن وهذه المقاصد تحصل بكون المحل
انثى من بنات آدم • ولا شك ان المحل هذه الصفة وكان ينبغي ان يثبت العقد حقيقة الحل لكن لم يثبت لاقتضاء النصوص • بخلاف
ذلك ولا مانع من ثبوت شبهة الحل فيثبت لك بصورة العقد ولان العقد والملك كل واحد منهما سبب لاباحة الوطء اذا لم يكن
ثمة مانع • ثم الملك اذا وجد غير مبيح للوطء يكون شبهة كما في الجارية المشتركة والمجوسية والامة والرضاعية فكذلك العقد
يكون شبهة اذا وجد غير مبيح بل اولى لان العقد اخص بالاباحة من الملك لانه لم يشرع في موضع لا يتصور فيه الحل وقد شرع الملك
في موضع لا يتصور فيه الحل كالنظائر • فان قلت قد قال الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الاية • فاذا ثبتت الحرمة من
كل وجه انتفى الحل من كل وجه فمن اين ثبتت شبهة الحل قلت لصورة العقد وهي خالصة • لان الشبهة ما تشبه الثابت وليس
بثابت فلا يرد السؤال • فان قلت لو كانت الشبهة ثابتة لوجب العدة وثبت النسب • قلت منع بعض اصحابنا عدم وجوب
العدة وعدم ثبوت النسب • وعلى تقدير التسليم نقول ينبغي وجوب العدة وثبوت النسب على وجود الحل من وجه اي من كل وجه
وما لم يوجد الحل اصلا • ويبني الحل ان يكون الفاعل بحالة لا يلزمه عليها وههنا يلام الواطي ويعزر ويوجع عقوبة عليه • والتابع
ابن في كتب اصحابنا المتقدمين ان شاء الله تعالى • وهذا القدر يكفي لمن اراد **قوله** يوجع عقوبة • يعني يضرب بطريق
التعزير ضربا مولما عقوبة عليه لا بطريق الحد **قوله** لحمة اي لحكم المصرف **قوله** وهي من المحرمات • اي المرأة التي لا يحل
له نكاحها **قوله** وهو المقصود اي الولد هو المقصود من عقد النكاح **قوله** الا انه ارتكب جريمة استثناء من قوله يورث
الشبهة • اي يورث العقد الشبهة فلا يجب الحد الا انه ارتكب معصية ليس فيها حد مقدر فيعزر • والجريمة الذنب **قوله**
ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر • اراد بالوطء فيما دون الفرج التفخيذ والتحريك لا الاتيان في
الدبر لان بيانها يجيء عقيب هذا **قوله** ومن اتى امرأة في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ويعزر
وهذا لفظ القدوري وتمامه في مختصره • وقال ابو يوسف هو كالزنا • قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الذي يعمل عمل قوم لوط • قال لا يبلغ به حد الزنا لكنه يجلد ويضرب • وفي قول ابي حنيفة ومحمد هو كالزنا يجب حد الزنا
اعلم ان الرجل اذا اتى امرأة في الموضع المكروه • اي في الدبر او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة لكنه يعزر ويحبس
الى ان يتوب او يموت كذا ذكر علاء الدين العالم في طريقة الخلاف • وعند ابي يوسف ومحمد يجب عليه حد الزنا ان كان محصنا
يرجم وان كان غير محصن يجلد لكن هذا الحكم عندهما في غير الزوجة وفي غير المملوكة فان من اتى امرأته او امته في غير ما اباحها
لا حد عندهما ايضا وان كان محرما عليه وبه صرح في الزيادات • وذلك لان من الناس من يستحله بتأويل القرآن قال تعالى
الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم ولم يفصل بين محل ومحل • وقال مالك في الموطأ يرجم الفاعل والمفعول به احصنا او لم يحصنا اذا
شهد عليهما اربعة عدول • وقال الشافعي في اللواطة يجب قتل الفاعل والمفعول على قوله والرجم بكل حال على قول • يعني احصنا
او لم يحصنا • والتعزير على قول وهو كالزنا على قول • يعني يوجب الرجم في المحصن والجلد في غيره والغلام المملوك كغير المملوك
على الاصح • وقال احمد بن حنبل ومن يلوط بغلام قتل بكرا كان او ثيبا في احدى الروايتين عنه • وفي الاخرى حكمه حكم الزنا
لما روي في السنن وغيره مسندا الى عمرو بن ابي عمرو عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه
يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به • ولابي يوسف ومحمد قوله تعالى اتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من احد

من الفاعلين • بيانه ان الله تعالى سمى هذا الفعل فاحشة وكان حكمه حكم الزنا فيجب على اللواطي ما يجب على الزاني • ولان الفعل يجب
على الفاعل والمفعول به بمجرد الايلاج وان لم يوجد الانزال نص عليه في الزيادات وكان في معنى الجماع في حق الغسل كان في معناه
في وجوب الحد ايضا • ولان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في حده قال بعضهم يحرقان • وقال بعضهم ينكسان من اعلى الموضع وقال
بعضهم يحبسان في انتن المواضع حتى يموتان • وقال بعضهم يهدم عليهما الجدار • فعلم ان في اللواطة حدا • ولابي حنيفة ان فعل
اللواطة لا يساوي الزنا في كونه جناية ووجها فلا يساويه في الحد كوطء البهيمة • بيانه ان في الزنا اضاعة الولد وافساد
الفراش فلا يوجد ذلك في اللواطة • اما اضاعة الولد فلان الوطء في القبل سبب لحصول الولد ظاهرا وغالبا • فاذا حصل
الولد لا يقوم بحضانته وتربيته لا الزاني ولا الزوج لعدم الوثوق بكون الولد منه والام عاجزة عن الانفاق عليه فيضيع
الولد • واما فساد الفراش فيعني به اشتباه النسب فيفضي الى الهرج لان كل زان يدعي الولد انه منه فيؤدي الى التقاتل
والتحاكم بين القبائل ولم يوجد هذان المعنيان في اللواطة لانه لا ولادة ولا نسب • فلو لم يكن في معنى الزنا لم يثبت
الحكم في اللواطة بالدلالة لقصوره معنى الدلالة • ولان اللواطة لو كانت زنا وحد الزنا معلوم في كتاب الله تعالى لما اختلف
الصحابة فيما يجب على اللوطي لانهم اهل اللسان ولا يخفى عليهم حكم الظاهر • ولان الوطء في القبل مرة يجب به الحد وموته يجب
به المهر واللواطة لا يجب المهر اصلا فينبغي ان لا يجب الحد ايضا • ولان فعل اللواطة لو كان زنا لحل بما يستحل به البضع وهو
عقد النكاح او ملك اليمين بحيث لم يستحل دل انه ليس بزنا ولا يمكنك تحريم حكم الزنا في اللواطة قياسا على الزناة لان الحد
لا يجوز اثباته بالقياس لشبهة في الزنا • الجواب عما احتجوا به فنقول كلما يروى في هذا الباب عن النبي صلى الله عليه وسلم او
عن الصحابة من القتل او الرجم او التنكيس وغير ذلك فذلك محمول على السياسة • وعندنا يجوز ذلك بطريق التعزير والسياسة
الا ترى الى ما قال في الزيادات يجب به التعزير • والراي في الامام ان شاء قتله وان شاء ضربه وحبسه • وقد قال يحيى
ابن معين في الجرح والتعديل • وحديث عمرو بن ابي عمرو عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اقتلوا الفاعل
والمفعول به منكر • والفاحشة المذكورة في الاية لا تدل على ان اللواطة زنا لان الفاحشة اسم عام يقع على الزنا وغيره
الا ترى الى قوله تعالى واذا فعلوا فاحشة قالوا وجدنا عليها اباءنا • والمراد بها تحريم ما احل الله لهم من البحيرة والسائبة
ونحو ذلك ووجوب الغسل احتياطا والحد لا يحتاط في وجوبه بل يحتال في درئه لقوله عليه السلام ادرؤا الحدود عن المسلمين
والباقي يعرف في كتب اصحابنا المتقدمين **قوله** اي في الموضع المكروه • اي في الدبر او عمل عمل قوم لوط • اي اتى دبر
الذكر **قوله** وقالا انه في معنى الزنا الضمير يعود الى فعل اللواطة • وفي بعض النسخ وقالا هما اي الاتيان في المواضع
المكروهة من المراة وعمل قوم لوط في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما • وقيد
بالكمال احترازا عن البهيمة لان رحمها ينفر عنه الطباع السليمة فلم يكن مشتهى على سبيل الكمال **قوله** وله انه ليس بزنا لاختلاف
الصحابة • اي الاتيان في الدبر ليس بزنا لاختلافهم فلو كان زنا لما اختلفوا لان حكم الزنا معلوم بالكتاب **قوله** ولا
هو في معنى الزنا عطف على قوله ليس بزنا **قوله** وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي في احد الجانبين • اي فعل
اللواطة اندر وقوعا من فعل الزنا لان الداعي الى الزنا منهما جميعا والداعي الى اللواطة لم يوجد من جانب المفعول به فلم يكن
في معنى الزنا فلا يثبت حكمه فيها قياسا **قوله** وما رواه • اي ما رواه الشافعي وهو قوله عليه الصلاة والسلام اقتلوا
الفاعل والمفعول **قوله** الا انه يعزر • اي يعزر اللوطي عند ابي حنيفة وان كان لا يحد وهو استثناء من قوله
ليس بزنا ولا هو في معنى الزنا **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه منكر ليس فيه شيء مقدر **قوله** ومن وطئ بهيمة
فلا حد عليه هذا لفظ القدوري • وعند الشافعي في وطء البهيمة قولان اصحهما التعزير • وفي القول الاخر يقتل الفاعل
ويقتل البهيمة ايضا • والاصل هنا ما روي في السنن مسندا الى عاصم عن ابي رزين عن ابن عباس • قال ليس على الذي يأتي
البهيمة حد • ولان هذا الفعل ناقص فلا يلحق بالزنا في ايجاب الحد بيانه انه ليس فيه اضاعة الولد وافساد الفراش الذي
باسمه سمي زانيا فيه • الا ترى ان الطباع السليمة تنفر عنه • ولهذا لم يجب ستر فرج البهيمة لكنه يستحق الادب
لانه ارتكب القبيح • فان قلت قد روى صاحب السنن باسناده الى عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
من اتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه • قلت ذاك محمول على السياسة بدليل ما روي عن ابن عباس ايضا لانه لا يجوز
له ان يروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا ثم يخالفه فيه • قال الطحاوي وان اتى بهيمة وجب التعزير ولا يجب الحد
فان كانت البهيمة له ذبحت ولا توكل • قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وليس هذا عن اصحابنا في كتبهم فاما محمد روى
عن عمر انه لم يحده وامر بالبهيمة حتى احرقت بالنار • وقال شمس الائمة السرخسي الاحراق جائز وليس بواجب
فان كانت الدابة مما يؤكل لحمها تذبح وتؤكل ولا تحرق بالنار على قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف تحرق بالنار ويضمن هو
الفاعل البهيمة ان كانت لغيره لانها قتلت لاجله كيلا يعير **قوله** لانه ليس في معنى الزنا • اي لان وطء البهيمة ليس في معنى
الزنا لا في كونه جناية لانها ناقصة ولا في وجود الداعي لنفرة الطبع السليم عنه • اي عن وطء البهيمة **قوله** او فرط الشبق وهو
شدة الغلمة **قوله** ولهذا لا يجب ستره ايضاح كقوله لان الطبع السليم ينفر عنه • اراد به ستر فرج البهيمة **قوله** لما بينا
اشارة الى قوله ارتكب جريمة وليس فيها حد **قوله** والذي يروى انه يذبح البهيمة ويحرق فذلك لقطع التحدث
به وليس بواجب • يعني انه روي عن عمر احراق البهيمة فانما كان كذلك لقطع التحدث لا لانه واجب بطريق الحد لما دونها

عن ابن

عن ابن عباس فبيانه ان الناس اذا راوا البهيمة ربما يقولون هذه هي البهيمة التي فعل بها فلان فيعير به فلان ويتضرر ويتعون ايضا
في الفتنة فلاجل ذلك احرقت قطعا لتحدث الناس **قوله** ومن زنا في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد
هذا لفظ القدوري في مختصره • وقال الشافعي يجب عليه الحد • اعلم ان المسلم اذا دخل دار الحرب بامان فزنى هناك بمسلمة
او ذمية ثم خرج الى دار الاسلام فاقر به لم يحد • وكذلك السرية من المسلمين دخلت دار الحرب فزنا رجل منهم هناك لم يحده
وكذلك العسكر لا يقيم الحدود والقصاص الا امير مصر يقيم الحدود على اهله فيغزو بهم فانه يقيم الحدود والقصاص في دار
الحرب اذا غزا بهم هكذا نص الحاكم الشهيد في الكافي • وجه قول الشافعي ان المسلم ملتزم لحكم الاسلام فيلزمه اينما كان • ولنا
ان الحدود لو وجبت لا يخلو اما ان يجب للاستيفاء او لا للاستيفاء فلا يجوز الثاني لعدم الفائدة لان الحد انما يجب لزجر الناس
عن الفساد ولا يحصل الزجر بدون الاستيفاء ولا يجوز الاول ايضا لعدم قدرة الامام على الاستيفاء في دار الحرب او اهل
البغي فيسقط الحد اصلا • لان المقصود من الوجوب الحكم وهو الاستيفاء في دار الحرب وقد سقط الحكم فيسقط الوجوب
ولا يقام بعدما خرج الينا لانه وقت وجوب اسباب الحد لم يكن للامام فيه يد فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد وهو معنى
قوله لانها لا تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة • بخلاف ما اذا كان امير المصر بين العسكر فولاية اقامة الحد له قائمة فيهم
وليس كامير العسكر والسرية الذي هو مقدمهم لانه ليس له ولاية اقامة الحد حيث لم يفوض اليه • فان قلت قوله تعالى
الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة عام فينبغي ان يجب الحد على من زنى في دار الحرب او في دار اهل البغي
قلت النص مخصوص منه الصبيان والمجانين ومواضع الشبهة فيخص المتنازع ايضا بخبر الواحد والقياس لانه بعد الحاق الخصوص
لم يبق حجة قطعا او نفيا • وقد روى اصحابنا في كتبهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقام الحدود في دار
الحرب والمرسل عندنا حجة كالمسند **قوله** احكامه • اي احكام الاسلام **قوله** اينما كان مقامه • ثم المسلمين اي بعث
موضع اقامته • والضمير راجع الى من في ومن زنى **قوله** فيهما • اي في دار الحرب ودار البغي • واهل البغي طائفة
من المسلمين يخرجون على الامام ولهم قوة وشوكة ومنعة ويخالفون بعض احكام المسلمين بالتاويل ويظهرون على بلد من البلاد
قوله لانها لا تنعقد موجبة • اي لان هذه الفعلة او الزنية **قوله** لانه يجب امره • اي لان من زنى في معسكر من له
الولاية كالخليفة يجب امره **قوله** والسرية وهم الذين يسيرون بالليل ويختفون بالنهار • ومنه خير السرايا اربعمائة
قوله اليهما • اي الى امير العسكر وامير السرية **قوله** واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية • او زنى
ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة ولا يحد الحربي والحربية • وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في حربي دخل دارنا فزنى بذمية قال لا يحد الحربي ويحد الذمية • وقال ابو يوسف
يحدان جميعا • وقال محمد لا يحد واحد منهما • فان دخلت حربية بامان فزنى بها ذمي حد الذمي ولم تحد الحربية
عند ابي حنيفة • وعند ابي يوسف يحدان جميعا • قال فخر الاسلام البزدوي يجب ان يكون قول محمد في هذا مثل
قول ابي حنيفة • قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا زنى الحربي المستامن بالمسلمة او الذمية فعليها الحد دون الحربي في قول
ابي حنيفة • وقال ابو يوسف اولا لا حد على واحد منهما ثم رجع وقال عليهما الحد جميعا • وقال محمد بقوله الاول وان
زنى المسلم او الذمي بالحربية المستامنة حد الرجل في قول ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف يحدان جميعا الى هنا لفظه ولو
زنى ذمي مستامن بحربية مستامنة يحدان عند ابي حنيفة • وعندهما لا يحدان كذا في المختلف • والاصل هنا ان الحربي
لا يجب عليه بالاتفاق لانه يراه حلالا • وحد القذف يجب بالاتفاق لان فيه حق العبد وحد الزنا والسرقة عند محمد يجب
عندهما الا وجه • قول ابي يوسف ان الحربي كالذمي في المعاملات لانه التزم احكامنا ما دام في دارنا • ولهذا
يؤاخذ بالقصاص وحد القذف فلما كان كالذمي وجب عليه الحد مثله • ووجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الحربي كالذمي
لانه ما دخل دارنا للقرار والتابيد بل لقضاء الحاجة • ولهذا يخلى سبيله اذا عزم على الرجوع الى دار الحرب • بخلاف
الذمي حيث لا يمكن من الرجوع • فلو ان الحربي قتله مسلم او ذمي لا يقتص به • والذمي اذا قتله مسلم يقتص به عندنا فعلم
ان الحربي لم يكن كالذمي • وانما يلزمه ما التزم من الحقوق لا ما لم يلتزم • وقد التزم حقوق العباد لانه لما دخل
بالامان التزم ان لا يؤذي كما طمع ان لا يؤذى • فلما باشر الاذى يؤاخذ به كالقصاص وحد القذف لانه التزم
حق العبد • فاما حد الزنا فانه حق الله تعالى فلا يلزمه • ثم ان محمدا فرق بين المسلم والذمي اذا زنى بحربية مستامنة
حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة والذمية اذا زنت بحربي حيث لا يجب الحد عنده عليهما جميعا • والاصل في باب
الزنا فعل الذكر والمراة تابعة لكونها محلا فوجب من امتناع الحد على الاصل امتناعه على التبع ولم يلزم من امتناع الحد امتناعه
على الاصل • ولهذا اذا زنى بالغ بصبية او مجنونة يحد البالغ دونهما • ولو زنت البالغة بالصبي او المجنون لا حد على احد
منهما • ولابي حنيفة ان تمكين المراة من فعل الزنا قد وجد لان فعل المستامن زنا لكونه مخاطبا بالحرمات دون العبادات
بناء على ما عليه اهل التحقيق من اصحابنا الا انه لم يوجد حكم الفعل المانع لانه لم يلتزم حق الله تعالى والمراة تابعة في نفس الفعل
لا في حكم الفعل • ولهذا اذا زنا غير محصن بمحصنة يجلد الرجل وترجم المراة ولا يكون عدم احصانه شبهة في حقها
فلما لم تكن المراة تابعة وجب الحد على المراة وان لم يجب على الصبي الرجل • بخلاف الصبي والمجنون حيث لا يوصف فعلهما بالزنا لعدم
الخطاب فلا يوجب الحد على المراة ايضا **قوله** يعني اذا زنى بحربية • اي زنى الذمي **قوله** لابي يوسف هذا دليل

قوله الاخر **قوله** ولهذا يمكن من الرجوع • اي لا يمكن الحربي المستامن **قوله** ولا يقتل المسلم ولا الذمي به • اي بالحربي المستامن
قوله لما لطمع في الانصاف يلزم الانتصاف • اي لما طمع الحربي في انصاف المسلمين اي طمع في العدل لاجله على عزم التزم الانصاف
ايضا اي فعل العدل للغير عليه • يقال انتصف الرجل ايضا اذا اعطيته الحق وتناصف القوم اذا تناصفوا الحق بينهم كذا في الجمهرة
قوله ونظير هذا في الاختلاف اذا زنا المكره بالمطاوعة • اي نظير الاختلاف الواقع بين ابي حنيفة ومحمد اذا زنى المكره بالطائعة
تحد المراة عند ابي حنيفة ولا تحد عند محمد لانها تبع للرجل • ولابي حنيفة انها تبع في اصل الفعل لا في حكمه وقد مر ذلك **قوله**
واذا زنى الصبي والمجنون بامراة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها • هذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وهي من مسائل طريقة
الخلاف • وعند الشافعي يجب الحد على المطاوعة وهو قول زفر • قال صاحب الهداية وهي رواية عن ابي يوسف • وقال في الجامع
الصغير • ولو زنى صحيح بصبية يجامع مثلها او بمجنونة فعليه الحد والمطاوعة وجد منها الزنا فيجب عليها الحد وان لم يجب على
الذكر لجنونه او صغره • وهذا لان الزنا اقضاء شهوة الفرج بمماسة ظاهر فرج الذكر باطن فرج الانثى على وجه حرام خال عن
الشبهة وقد وجد هذا المعنى • ولهذا لا يوجب العذر من جانبها بان كانت مجنونة او مكرهة او صبية او نائمة سقوط الحد عن
جانب الرجل بالاتفاق فينبغي ان لا يوجب العذر من جانبه • فان كان صبيا او مجنونا سقط الحد عنها ايضا والجامع كون كل واحد
منهما مواخذ بفعله • ولنا ان حد الزنا يجب على الرجل بوجه الزنا منه حقيقة ويجب على المراة باعتبار التمكين من الزنا ولم يوجد التمكين
من الزنا في هذه الصورة • لان فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالزنا فلم يجب على المطاوعة وهي تبع في فعل الزنا اذا لم يجب على
الاصل وهو الذكر • وقولهما بان الزنا وجد منها اصلا لا ان الله تعالى سماها زانية • قلنا لا نسلم ان الزنا وجد منها حقيقة
[illegible]

بمنزلة اذا اكرهه غير السلطان على الزنا حد لانه لم يوجد الاكراه • وعندهما اذا جاء من غير السلطان مثل ما جاء من السلطان
فهو اكراه حتى لا يحد اذا اكرهه غير السلطان كما اذا اكرهه السلطان • ولابي حنيفة ان الاكراه الواقع من غير السلطان
لا يدوم بل يقع نادرا والنادر لا يعتد به في الشرع • وانما قلنا انه لا يدوم بل يقع نادرا لان المكره يتمكن من دفع الاكراه
اذا وقع من غير السلطان بالسلطان او بجماعة المسلمين او بنفسه او باستعمال السلاح • وليس كذلك اذا وقع من السلطان لانه لا يمكن
دفعه بنفسه ولا بجماعة المسلمين فيتحقق الاكراه فلا يجب الحد فاحسن بقوله ويستعدي الامير اذا ظلمنا من تعدى اذا ظلم
الامير • ويقوله الى ما يشتكي من بعض ما كله • اي الى ان يشتكي من بعض عماله • وفي ظاهر الرواية قول ابي يوسف مع محمد في هذا
الفصل ولكن ذكر الطحاوي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة • قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير قالوا هذا اختلاف
عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لانه لم يكن في زمان ابي حنيفة لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعها الا بالسلطان وفي
زمانهما ظهرت القوة لكل متغلب وزماننا كذلك فنفتي بقولهما **قوله** انه الطاوعة • يقال طاع يطوع طوعا وطواعية
فالطائع يطلع الطاعة الا انهم يقولون طاع له ولا يقولون طاعه كما يقولون الطاعة وفلان طوع يدك اي منقاد لك **قوله** فاورث
شبهة • اي اورث الاكراه شبهة فلم يحد **قوله** ويتحقق اي يتحقق خوف الهلاك من غيره • اي من غير السلطان **قوله** لتمكنه اي لتمكن
المكره من الاستعانة في المصر المجمة **قوله** وتمكنه بالجر اي عطف على قوله لتمكنه دفعه اي دفع غير السلطان **قوله** والنادر لا حكم له
فلا يسقط به الحد • والضمير في قوله فلا يسقط به راجع الى النادر **قوله** ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت
هي تزوجني • او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليهما وعليه المهر في ذلك • اي فيما اقر الرجل وادعت المراة النكاح وفيما
اقرت المراة وادعى الرجل النكاح وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • وانما قيد بقوله باقرار اربع مرات في مجالس مختلفة لانه
اذا اقر اربع مرات في مجلس واحد يعتبر ذلك مرة واحدة • وانما الاقرار الموجب للحد هو الذي يتكرر في مجالس مختلفة من مجلس المقر كلما
ازمره القاضي الى ان يعود اربع مرات • ثم اذا اقر احدهما هكذا وسال القاضي عن الزنا ما هو وكيف هو ومتى هو واين هو فادعى الاخر
النكاح سقط الحد عنهما ويجب على الرجل المهر وذلك لان دعوى النكاح يحتمل الصدق فصار احتمال الصدق شبهة في سقوط الحد عن المدعي
فاذا سقط عنه الحد سقط عن الاخر ايضا لان النكاح اذا وجد قام بالطرفين فتعدت الشبهة الى جانب الاخر • ثم لما سقط وجب المهر
ابانة لخطر المحل لكن هذا فيما اذا كانت دعوى النكاح قبل ان يحد المقر • فاذا كانت دعوى النكاح بعد الحد فلا مهر لها لان الحد لا ينتقض
بعد الاقامة • قال في شرح الطحاوي وان لم تدع المراة النكاح وانكرت وادعت على الرجل حد القذف لا يحد حد الزنا • ثم اعلم ان
سقوط الحد ووجوب المهر فيما اذا ادعى غير المقر النكاح لم يذكر فيه خلاف • اما اذا اقر احدهما ونفى الاخر الزنا ولم يدع النكاح ففيه
خلاف • قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا اقر الرجل اربع مرات انه زنا بفلانة وقالت كذب ما زنى بي ولا اعرفه لم يحد الرجل
في قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد يحد • وان قالت زنا بي مستكرهة حد الرجل دونها • قال وان اقرت المراة اربع
مرات ان هذا زنا بها وكذبها الرجل لم تحد المراة في قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد تحد • وان قال الرجل صدقت
حدت المراة ولم يحد الرجل لانه لم يقر الا مرة واحدة الى هنا لفظه • لهما ان اقرار المقر حجة على نفسه فيؤاخذ بها • ولابي حنيفة
ان الزنا لا يتصور الا بالطرفين فاذا سقط الحد عن احدهما بالتكذيب صار ذلك شبهة في الطرف الاخر فسقط عنه ايضا **قوله** وعليه
المهر في ذلك • قلت كيف يجب لها المهر اذا اقرت بالزنا وادعى الرجل النكاح وهي باقرار الزنا طالبة للحد نافية للمهر • قلت نعم
انها كذلك لكن الحد سقط عنها للشبهة الناشئة من دعوى النكاح فبعد سقوط الحد لم يلتفت الى اقرارها بالزنا فوجب المهر وهو
حق الشرع ابانة لخطر المحل **قوله** فاورث شبهة • اي قولها تزوجني او قوله تزوجتها **قوله** ومن زنى بجارية فقتلها فانه
يحد وعليه القيمة • قال صاحب الهداية معناه قتلها بفعل الزنا وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ولم يذكر فيه الخلاف وكذلك لم
يذكر الحاكم الشهيد الخلاف ايضا لكن الفقيه ابو الليث قال في شرح الجامع الصغير ذكر ابو يوسف في الامالي ان هذا قول ابي حنيفة
خاصة • وفي قول ابي يوسف لا حد عليه • ولو كانت حرة فعليه الحد بالاتفاق فكذلك ذكر المسالة مختلفا فيها في المختلف والمنظومة
في باب خالف فيه ابو يوسف ابا حنيفة ولا قول فيه لمحمد • قلت انما ذكر المسالة في المختلف والمنظومة كذلك بناء على ما ذكر في
الامالي • والاشبه ان يكون قول محمد مثل قول ابي حنيفة لان مسائل الجامع الصغير كلها منصوصة عن ابي حنيفة ولو كان فيها
لمحمد قول اخر على خلاف ابي حنيفة او كان توقف فيها لبين ذلك لكن ابا يوسف انما ذكر في الامالي هذا قول ابي حنيفة خاصة لان محمدا
كان تلميذ ابي يوسف فلم يلتفت الى قوله ولم يعتد بخلافه • وجه قول ابي يوسف ان الجارية ملكها الزاني قبل اقامة الحد عليه
بضمان القيمة لان ضمان القيمة سبب للملك فلما ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد كما اذا ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط
القطع • وهذا لان الشبهة الموجودة في المسائل كالشبهة الموجودة في الابتداء وليست كالحرة لانها لا تملك بالضمان فلا يسقط الحد
والامة تملك بالضمان فافترقا • ولابي حنيفة انه زنا وجنى فيؤاخذ بموجب كل واحد منهما فيحد بالزنا ويضمن القيمة بالجناية على النفس
ولا منافاة بينهما فيجتمعان فلا يكون ضمان القيمة منافيا وجوب الحد • لان ضمان الدم لا يوجب الملك فلما لم يملكها لم يسقط
الحد لان ضمان الدم لم يورث الشبهة • فلو كان هذا الضمان لم يوجب الملك لاوجب في العين التي في موجوده لا منافع البضع التي
والغرامة استوفيت فاجدت • وهذا لان الملك الثابت في باب الغصب ان يثبت بطريق الاستناد والاستناد يظهر في القائم لا في
التالف فاذن تثبت شبهة الملك في منافع البضع المستوفاة فلم يسقط الحد • بخلاف ما اذا ذهب المسروق في يد السارق
قبل القطع فانه ملكه وفيما نحن فيه لم يملك الزاني الجارية لانه ضمان يد وايضا الخصومة شرط اقامة الحد في باب السرقة والهبة

انتفت الخصومة • وفي باب الزنا لا يشترط الخصومة فيفسد القياس قوله جنى جنايتين وهما الزنا والقتل قوله وهو على
هذا الخلاف • اي تبر الجارية بعد الزنا بها قبل اقامة الحد على هذا الخلاف فعند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف قوله
فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة والمصير راجع الى المستوفى على تأويل منفعة البضع • اي لا يظهر الملك في المنافع المستوفاة
لانها انعدمت وبيانه مر آنفا قوله وهذا الخلاف فيما اذا زنا بها فاذهب عينها يجب عليه قيمتها ويسقط الحد • اي هذا هو
الذي قلنا فيما اذا زنا بجارية فقتلها من وجوب الحد مع ضمان القيمة • بخلاف اذهاب العين بالزنا حيث يسقط الحد بضمان قيمة العين
وهي نصف قيمة الجارية لانه لما ضمنها ثبت له ملك في الجثة العمياء والجثة العمياء عين لا عرض فجاز ان يثبت الملك فيها بطريق الاستناد
فاورث ذلك شبهة في سقوط الحد في صورة المتنازع فيه لم يثبت الملك في الجارية اصلا • لان ذلك الضمان ضمان دم ولم يثبت
في المنافع ايضا لانها معدومة فلم يسقط الحد لفقدان الشبهة فافهم قوله وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه فلا حد الا
القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال • وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الامام الذي ليس
فوقه • اما اذا صنع شيئا يجب فيه الحد فلا حد عليه • والقصاص والمال يؤخذ به • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير الامام الذي فوقه امام الخليفة • اعلم انه اذا قذف انسانا او شرب خمرا فلا حد في الدنيا لان هذه الحدود مفوض اقامتها
واستيفاؤها الى الامام لكونها حق الله تعالى وحد القذف المغلب فيه حق الله تعالى عندنا على ما يجيء في بابه ان شاء الله تعالى ولا
يمكن ان يكلف الامام باقامة الحد على نفسه ولا يقدر القاضي ان يقضي عليه لانه هو الذي ولى القاضي فسقطت في الدنيا • بخلاف
القصاص والمال فانه يؤخذ بهما فيما لا يحتاج فيهما الى قاضي القضاة لانهما من حقوق العباد فصار الخليفة وغيره فيه سواء • وذلك
لان صاحب الحق يقدر على استيفائه اما بتمكين الامام او بمنعة المسلمين ولكل واحد من المسلمين منعة منهم فامكن استيفاء القصاص
والمال بهم فصح القول بوجوبهما • وليس كذلك الحدود المذكورة لان استيفاءها ليس الى المسلمين بل الى الامام فلا يفيد الوجوب
فان قيل عرفت من هذا ان اشتراط قضاء القاضي في القصاص ليتمكن الولي من استيفائه لا لانه لا يجوز بدون قضائه قوله لانه
الحدود حق الله تعالى • دليل قوله فلا حد عليه قوله واقامتها اليه • اي اقامة الحدود الى الامام لا الى غيره • اي غير
الامام قوله والقصاص والاموال منها • اي من حقوق العباد قوله فحكمه حكم سائر الحدود التي هو حق الله تعالى • اي
حكم المقذوف • يعني لا يؤخذ به الامام • وتمم الباب بمسألة ذكرها في خلاصة الفتاوى وهي ان رجلا مر على امراة يقال لها ام
عمران وهي مجنونة فقالت له يا ابن الزانيين فدعاها ابن ابي ليلى فضربها حدين في مسجد الجامع فسمع ابو حنيفة فقال اخطأ ابن ابي
ليلى في ستة مواضع ضرب المجنونة والمجنونة لا تحد واقام الحد في المسجد والحد لا يقام في المسجد وجمع بين الحدين ومحمد بعد ف
الجماعة لا يجب الا حد واحد • ووالى بين الحدين ولا ينبغي ان يقام الحد ما لم يخف الاول وضربها قائما وضربها وهي قاعدة
والمراة يقام عليها الحد وهي قاعدة

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قد ذكر في كتاب الحدود ان ثبوت الزنا بالبينة والاقرار وبينهما جميعا • ثم احتاج هنا ان
يذكر في هذا الباب ما كان سببا لرد الشهادة مثل التقادم والرجوع وكون الشهود عميانا او محدودين في القذف ونحو ذلك
ومثل ظهور المشهود عليها بالزنا بكرا ومثل عدد الشهود اقل من الاربعة وغير ذلك مما يذكر في الباب فاخر الباب لان هذه الاشياء
عوارض والاصل عدم العارض قوله واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل
شهادتهم الا في حد القذف خاصة هذا لفظ القدوري في مختصره • قال الشافعي تقبل شهادتهم وصورة المسألة في الجامع الكبير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل شهد عليه الشهود بعد حين بسرقة او زنا او شرب خمر قال لا يحد في شيء من ذلك الا انه
يضمن السرقة • فان اقر هو بعد حين بذلك اخذ به الا الشرب فانه لا يؤخذ بذلك وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف • وقال
محمد يؤخذ بالسرقة والزنا • والاصل هنا ان الشهادة في الحدود التي هي حقوق الله تعالى خالصة كحد السرقة وحد الزنا
وحد شرب الخمر تبطل بالتقادم والاقرار بذلك وشرب الخمر فانه يبطل بعد التقادم ايضا عند ابي حنيفة وابي يوسف • وقال
ابن ابي ليلى الشهادة والاقرار لا يبطلان بعد التقادم كذا ذكر الفقيه ابو الليث قوله في شرح الجامع الصغير • وقال
الشافعي لا تبطل الشهادة والاقرار بالتقادم اعتبارا بحقوق العباد لان كل واحد من الحجتين واجب الاقامة • وابن ابي ليلى جعل
التقادم شبهة في الحدود • ولنا ان الشهادة بعد التقادم تورث الشبهة في الشهود وشهادة المتهم مردودة فلا تقبل بعد
التقادم لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين وهو المتهم • روي عن عمر قال ايما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا
عند حضرته فانما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم ذكره محمد في الاصل • وانما قلنا انها بعد التقادم تورث التهمة لان الشاهد
اذا عاين اسباب الحد نحو الزنا وشرب الخمر فله الخيار بين الستر لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر ستره الله في الدنيا والاخرة رواه ابو
هريرة وبين الشهادة لقوله تعالى واقيموا الشهادة لله • ثم انه اذا شهد في اول الامر يحمل امره على الصلاح بان يقول انه
اختار الستر المندوب اليه بالحدود • فانه لو اختار الحد ومع ذلك اخر الشهادة يلزم تفسيقه لان تاخير الحد حرام • ثم انه اختار
الستر اذا شهد بعد التقادم علم انه هيجته الضغينة او حركة العداوة فاتهم في الشهادة فلم تقبل • بخلاف حد القذف
فان التقادم لا يبطله لان فيه حق العبد وهو دعوى المقذوف شرط الشهادة فيكون تاخير الشهادة بناء على انعدام الدعوى
فلا يفسق الشاهد بالتاخير • ولا يلزم على هذا حد السرقة فان الشهادة فيه تبطل بالتقادم مع ان الدعوى فيه شرط ايضا
لانا نقول الدعوى شرط في حق المال لا في حق الحد لان حد السرقة حد الله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى فاذا لم يشترط فيه

الدعوى

الدعوى وثم هذا الرجل بعد ما حدوث السرقة تشهد بعد التقادم ثبتت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا يقبل في حق الحد
لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم لانه من حقوق العباد لا يلزم على هذا اذا كان تاخير الشهادة لبعد
الامام او لبعد المسافة لا يبطلها التقادم لان الشاهد لم يقدر على اداء الشهادة فلم تثبت التهمة هذا كله في الشهادة • اما الاقرار
بالزنا او السرقة فالتقادم لا يبطله لانه لا يتهم في اقراره لانه اقر على نفسه الا الاقرار بالشرب فانه يبطل بالتقادم عندهما خلافا
لمحمد وحد التقادم انقطاع الرائحة عندهما وقدره محمد بشهر كما قدره في سائر الحدود لانه ادنى الآجال • وجه قولهما ان حد الشرب
ثابت باجماع الصحابة ولا اجماع بدون رأي ابن مسعود وعلم اقامة حد الشرب منه بعد انقطاع الرائحة • ولو جاءوا بالسكران
من بعيد فذهبت الرائحة قبل ذلك تقبل الشهادة بالاتفاق كذا في شرح الطحاوي • ثم التقادم في الزنا والسرقة وشرب
الخمر على ما يرى القاضي في قول ابي حنيفة ولم يقدر في ذلك شيئا • وذكر في الجامع الصغير في التقادم الحين وذلك ستة اشهر
في الاسلام لم يرد به الامر اللازم • ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى قال ابو يوسف جهدنا على ابي حنيفة
ان يوقت في ذلك شيئا فابى • وقد ذكر في المجرد قالوا ابو حنيفة لو سأل القاضي الشهود متى زنا فقالوا منذ اقل من شهر
اقيم الحد • وان قالوا شهرا او اكثر درئ عنه الحد • قال ابو العباس الناطفي فقد قدره على هذه الرواية بشهر وهو قول
ابي يوسف ومحمد بمعنى التقادم • اي بحد تقادم سببه لا حديث • والقديم يكون بمعنى الذي لم يزل وليس هو المراد قوله
حسبتين قال في المجمل الحسبة احتسابك الاجر عند الله تعالى قوله اذ الشهادة والستر كلاهما بالاجر فيهما بدلا لان حسبتين
قوله لضغينة هيجته الضغن هو الحقد وهيجته اي بعثته • يقال هيجت الناقة فانبعثت قوله متهم فيها • اي متهم الشاهد
في الشهادة قوله بالمانع • اي قبول الشهادة قوله بخلاف الاقرار • اي لا يبطل بالتقادم ولكن هذا في حالة الزنا
والسرقة لا في حد الشرب لانه يبطل الاقرار فيه ايضا بالتقادم عند ابي حنيفة وابي يوسف كما بينا • ويجيء ذلك في باب حد
الشرب قوله واذا شهدوا على رجل انه زنا بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وهذه من خواص الجامع الصغير • وذلك لانها
اذا حضرت ربما جاءت بشبهة دارئة للحد والحدود تدرأ بالشبهات • وعلى قوله الاخر وهو قول ابي يوسف ومحمد يحد الرجل
لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يعتبر غيبة المراة شبهة • الا ترى ان ماعزا اقر بالزنا بامراة غائبة فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم
برجمه ولان غيبتها توهم دعوى النكاح وما اشبه ذلك اذا حضرت وسقوط الحد بشبهة قائمة باحتمال الشبهة ستوجد • فلو
اعتبر الزنا كذلك لانسد باب الحد اصلا لانه يتوهم ان ترجع الشهود ايضا عن شهادتهم والمقر عن اقراره ومع هذا لا يعتبر ذلك
والمراة اذا حضرت تتوهم الشبهة وتوهم الشبهة ليس بشبهة • قال عليه الصلاة والسلام ادرؤوا الحدود بالشبهات ولم يقل
بتوهم الشبهات • بخلاف ما اذا كان احد ولي القصاص غائبا حيث لا يستوفى القصاص لجواز ان يحضر فيعفو اذا حضر فيسقط
القصاص بحقيقة العفو لا بشبهة العفو • فاذا غاب كان احتمال العفو شبهة فاعتبرت الشبهة • وفيما نحن فيه اذا حضرت
وادعت النكاح كان شبهة فاذا غابت احتمل الشبهة وذلك شبهة الشبهة فلا يعتبر لانه وهم • وبخلاف ما اذا شهدوا
بالسرقة والمسروق منه غائب حيث لا يقطع لان الدعوى شرط في السرقة دون الزنا • لان القطع لا يجب الا باخذ المال واخذ
المال لا يثبت الا بحضور صاحبه فلما لم توجد الدعوى لم تقبل الشهادة لان المال خالص حق العبد • وفي قول ابن ابي ليلى يقطع
لان السرقة خالص حق الله تعالى كحد الزنا كذا نقل الفقيه قوله في الجامع الصغير فصار قوله وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة
المذكور المراة الغائبة يتوهم دعوى الشبهة بان قالت تزوجني او كنت امته قوله وان شهدوا انه زنا بامراة لا يعرفونها
لم يحد وهذه من مسائل الجامع الصغير • وذلك لانهم اذا لم يعرفوها احتمل انها حليلته او انها اجنبية فقد دخل ذلك في الحد
فلا يجب الحد لقول علي وابن عباس اذا كان في الحد لعل وعسى فالحد معطل كذا والظاهر انها امراته او امته لانه الاليق
بحال المسلم لان اسلامه يمنعه عن ان يزني • قال الحاكم الشهيد في الكافي وان قال المشهود عليه ان التي رأوها معي ليست
بامراتي ولا خادمي لم يحد ايضا • وذلك لانها يتصور ان تكون امة ابنه او منكوحة نكاحا فاسدا قوله وان اقر بذلك
حد • اي اقر بالزنا بامراة لا يعرفها حد وهذه من المسائل المعادة ايضا وذلك لانه لا يشتبه عليه امراته او امته عن غيرها
والمرء متهم في اقراره على نفسه فيحد قوله وان شهد اثنان انه زنا بفلانة فاستكرهها واخران انها طاوعته درئ الحد
عنهما جميعا عند ابي حنيفة وهو قول زفر • وقالا يحد الرجل خاصة وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • وصورتها في الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة شهدوا على رجل بالزنا فشهد اثنان انه استكرهها وشهد اثنان انها طاوعته
قال ادرأ الحد عنهم جميعا • وقال ابو يوسف ومحمد يحد الرجل ولا تحد المراة • وجه قولهما ان الشهود اتفقوا على زنا
موجب للحد في حق الرجل وهو الزنا عن طوع • واختلفوا في حق المراة فتقبل شهادتهم في حق الرجل لاتفاقهم فيحد ولا يقبل في حق
المراة لاختلافهم فلا تحد • وجه قول ابي حنيفة انهم شهدوا بفعلين مختلفين لان الزنا عن طوع غير الزنا عن اكراه فلا تثبت
لا هذا ولا ذاك لعدم الحجة الكاملة فلا يقبل كما اذا اختلفوا في المكان كالبصرة والكوفة ولا تخصيص ان شاهدي الاكراه
اثبتا كل الفعل للرجل وشاهدي الطواعية اثبتا شطر الفعل له فان احد الفريقين شهد بزنا يوجب حدا واحدا • اعني
على الرجل خاصة • والفريق الاخر شهد بزنا يوجب حدين حد على الرجل وحد على المراة فلم يتم لاحد الوصفين حجة كاملة فلا
تقبل • ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها لعدم نصاب الشهادة فصارا خصمين بالقذف فلا تقبل شهادة الخصم
الا ان حد القذف سقط عنهما بسقوط احصان المفعول بها لقبول شهادة الذين شهدوا باستكراهها • وهذا لان المكروهة

على الزنا يسقط احصانها لحلول الوطء عن الملكين وعن شبهتهما قوله درئ الحد عنهما اي دفع عن الرجل والمراة • والدرء الدفع
قال تعالى فادرءوا عن انفسكم الموت • اي فادفعوا • وقال تعالى واذ قتلتم نفسا فادارأتم فيها • اي تدافعتم قوله
وقالا يحد الرجل خاصة • اي قال ابو يوسف ومحمد يحد الرجل لا المراة قوله لاتفاقهما على الموجب بكسر الجيم • اي لاتفاق
الفريقين • اعني شاهدي الطواعية وشاهدي الاكراه على موجب الحد في جانبه وموجب الحد هو الزنا عن طوع قوله
وتفرد احدهما بجر الدال عطفا على قوله لاتفاقهما • اي وتفرد احد الفريقين • اراد باحد الفريقين شاهدي الاكراه و
بزيادة جنايته وهو الاكراه • والضمير راجع الى الزيادة والتذكير للنظر الى الخبر قوله بخلاف جانبها • اي جانب المراة و
قوله ولم يثبت اي لم يثبت شرط تحقق الموجب في حقها وهو طوعها لاختلافهما اي لاختلاف الفريقين قوله بهما اي الرجل
والمراة عنهما • اي عن شاهدي الطواعية قوله فصارا خصمين في ذلك • اي صار شاهدي الطواعية بسبب قذفهما
خصمين في شهادتهما قوله وان شهد اثنان انه زنا بامراة بالكوفة وآخران انه زنا بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا
وهذه من مسائل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة شهدوا على رجل بالزنا فشهد اثنان
انه زنا بها بالبصرة وشهد اثنان انه زنا بها بالكوفة قال يدرأ عنهما الحد ان كان ذلك في يوم واحد واحدا ثبت الحد على الرجل والمراة
قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فاختلفوا في المراة او في المكان او في الوقت بطلت شهادتهم
الا ان يكون اختلافهم في مكانين متقاربين من بيت واحد او من غير بيت فيقام الحد استحسانا • وانما لم تقبل شهادتهم في
الفصل الاول لانهم شهدوا على زنايين مختلفين لان فعل الزنا في هذا المكان غيره في المكان الاول ولم يتم حجة كاملة على كل واحد
منهما • الا اذا كان البيت صغيرا فاختلفوا وقال اثنان انه زنا في هذه الزاوية من البيت • وقال آخران انه زنى في الزاوية
الاخرى منه حيث تقبل لامكان التوفيق لانه قد يكون ابتداء الفعل في احدى الزاويتين ثم بالاضطراب ينتقلان الى الزاوية الاخرى
بخلاف ما اذا كان البيت كبيرا لا يحتمل التوفيق حيث لا تقبل شهادتهم • واذا لم تقبل شهادة الشهود لا يحدون حد القذف
عندنا خلافا لزفر وهو القياس • ووجه الاستحسان انه اذا درئ الحد عن المشهود عليه لنقصان عدد الشهادة • لانه لم يتم على كل
واحد من الفريقين حجة كاملة فصار كما لو شهد ثلاثة • وكذلك لو لا • ولنا ان الشبهة دارئة
للحد بالحديث وقد وجدت الشبهة هنا فسقط حد القذف عنهم بيانه انهم شهدوا واكملوا العدد كاملا على زنا
واحد في زعمهم • وانما الاختلاف في المكان فيثبت شبهة الاتحاد في الشهادة فيدرأ حد القذف • والحاصل انه
شهادة من وجه دون وجه فبالنظر الى الاول لم يحد الشهود وبالنظر الى الثاني لم يحد المشهود عليه • قال في الحقيقة في
هذا الخلاف اذا شهد اثنان بذلك قوله نظرا الى اتحاد الصورة والمراة • اي اتحاد صورة نسبة الزنا واتحاد
المراة في رواية • يعني شهد اثنان انه زنا بها في زاوية وشهد آخران انه زنا بها في زاوية غيرها قوله وهذا استحسان
اي يحد الرجل والمراة بها اذا اختلف الشهود في البيت الصغير استحسانا والقياس ان لا يحد كما في البيت الكبير لثبوت الاختلاف
في المكان حقيقة وهو قول زفر والشافعي قوله فيحتمل ان يكون في المقدم في المقدم وفي المؤخر في المؤخر قوله اي بيان التوفيق
من كان في مقدم البيت وظن من كان في مؤخر البيت ان الواقع في مؤخر البيت لان الواقع في وسط البيت فيشهد كل بحسب
ما ثبت عنده • قال في الشامل في قسم المبسوط وان اختلفوا في الثوب الذي كان عليه حال زناه تقبل شهادتهم لانه يتصور
انه اخذ في الفعل وهو لابس ثوبا ثم لبس آخر وهو على حاله قوله واذا شهد اربعة انه زنا بامراة بالنخيلة عند طلوع
الشمس واربعة انه زنا بها بدير هند درئ الحد عنهم جميعا • اي عن الشهود وعن الرجل والمراة المشهود عليهما وهذه من مسائل
الجامع الصغير • ومعنى قوله انه ذكر في هذا بدير هند • اي عند طلوع الشمس ايضا وبه صرح في الجامع الصغير • وانما درئ
الحد عن الرجل والمراة لان احد الفريقين كاذب لا محالة لانه لا يتصور الزنا في ساعة واحدة من شخص واحد في مكانين هما
متباعدين لكنه لم يتميز الكاذب من الصادق لجواز ان يكون الكاذب اما هذا الفريق واما ذاك الفريق فلهذا درئ الحد
عنهما • وانما درئ الحد عن الشهود لاحتمال كل واحد من الفريقين ان يكونوا هم الصادقين • قال الفقيه ابو الليث في شرحه
للجامع الصغير ولو كان بين المكانين مسافة قريبة جازت شهادتهم لانه يصلح ان الامرين كانا قوله بالنخيلة بالنون والحاء
المعجمة على وزن تصغير نخلة اسم موضع قريب من الكوفة • ودير هند ايضا قريب من الكوفة فمن هذا قالوا الباء والجيم تصحيف
لابجيلة على وزن قبيلة بفتح الباء وكسر الجيم اسم حي من اليمن سموا ابجيلة وهي امراة من بني عمرو بن الغوث اخي الازد بن الغوث
ودير هند لا يساعد عليه • قال المبرد في كتابه المسمى بالكامل وقد كان المغيرة بن شعبة وهو والي الكوفة صار الى دير هند
بنت النعمان بن المنذر وهي فيه عمياء مترهبة واستاذن عليها فقال امير هذه المدرة بالباب فقالت قولوا له من اولاد جبلة
بن الايهم انت قال لا قالت فمن اولاد المنذر بن ماء السماء انت قال لا قالت فمن انت قال المغيرة بن شعبة الثقفي قالت فما حاجتك
قال جئت خاطبا قالت لو كنت جئتني لجمال او لكمال لاطلبتك ولكنك اردت ان تتشرف بي في محافل العرب وتقول نكحت ابنة
النعمان بن المنذر والا فاي خير في اجتماع اعور وعمياء فبعث اليها كيف كان امركم فقالت ساختصر لك الجواب امسينا وليس في
الارض عربي الا وهو يرغب الينا ويرهبنا • واصبحنا وليس في الارض عربي الا ونحن نرغب اليه ونرهبه قوله وان
شهد اربعة على امراة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنها وعنهم وهذه من مسائل الجامع الصغير اراد به النساء نظرن اليها والاصل
ان شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه جائزة والبكارة من هذا القبيل فتقبل شهادتهن • ثم لما ثبتت البكارة بقولهن

لا يتحقق الزنا لانه لا وجود له بالبكارة فاذا لم يتحقق الزنا يدرأ الحد عن الرجل والمراة والمشهود عليهما ولا يحد الشهود حد القذف
لان شهادتهن لا تعتبر في ايجاب الحد لانها ليست بحجة مطلقة ولهذا لا تعتبر شهادتهن وحدهن فيما يطلع عليه الرجال واذا لم يكن حدا
لان لا يعتبر في ايجاب الحد وهو يسقط بالشبهة اولى واحرى • وكذا اذا خرجت المراة رتقاء وتقبل في الرتقاء والعذراء والاشباه
التي يقبل فيها قول النساء قول امراة واحدة كذا قال الحاكم في الكافي قوله في ايجابه • اي في ايجاب الحد قوله ولهذا سقط
الحد عنها ولا يجب عليهم • اي فلاجل هذا المعنى وهو ان شهادتهن حجة في اسقاط الحد وليس بحجة في ايجابه سقط الحد عن الرجل
والمراة المشهود عليهما ولا يجب الحد على المشهود قوله فان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف
فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه • اي ان الشهود يحدون ولا يحد المشهود عليه بالزنا وهذه من مسائل الجامع الصغير و
صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة عميان شهدوا على رجل بالزنا قال يضربون الحد • وكذلك ان كانوا
محدودين في قذف • والاصل هنا ان الناس في حق الشهادة انواع نوع منهم اهل لتحمل الشهادة والاداء وذلك كالحر العاقل
البالغ المسلم • ونوع منهم اهل لتحمل الشهادة دون الاداء كالمحدود في القذف والعميان • ولهذا ينعقد النكاح بشهادتهم
ولا يصح اداؤها منهم لان الاعمى لا يميز الا بالصوت والنغمة وفي ذلك اشتباه ورد شهادة المحدود من تمام حده • قال تعالى
ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا • ونوع منهم ليس باهل للتحمل والاداء جميعا كالعبيد والصبيان والمجانين والكفار • ولهذا لا ينعقد
النكاح بشهادتهم • ونوع منهم اهل للتحمل والاداء لكن في ادائهم خلل وقصور لتهمة الكذب كالفسقة • فاذا عرفت هذا فنقول
لم يصح اداء الشهادة من العميان والمحدودين في القذف والعبيد صاروا قذفة في نسبة الزنا الى المشهود عليه فيحدون لانهم
ليسوا من اهل الاداء فلا يكون شهادة لهم اصلا • بخلاف شهادة الفسقة حيث لا يحدون ولا يحد المشهود عليه ايضا لانهم اهل للاداء لكن في
الاداء قصور بتهمة فسقط الحد عنهم ولم يجب الحد على المشهود عليه لقيام التهمة والعميان والعمي جمع الاعمى قوله لان الزنا
لم يثبت بالاداء • اي لم يثبت عند القاضي باداء الشهادة عند عدم الاقرار انما يتوقف ظهوره قوله فان شهدوا وهم فساق
او ظهر انهم فساق لم يحدوا وهذه من خواص الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة فساق شهدوا
على رجل بالزنا فردت شهادتهم قال لا حد عليهم • وذلك لان الفساق اهل لتحمل الشهادة والاداء لكن فيه قصور لتهمة الكذب
فترد شهادته لاجلها فلما كان له اداء ثبت به شبهة الزنا فلم يحدوا وباعتبار قصور الاداء للتهمة ثبت شبهة عدم الزنا فلم يحد المشهود
عليه ايضا • والدليل على ان للفاسق اداء قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا اي تثبتوا فلو لم يكن للفاسق شهادة لقال
فلا تقبلوا ولم يقل ذلك بل قال فتثبتوا وفائدة التثبت القبول عند ظهور الصدق بتحريه عند القاضي والتامل في احواله
ان مثل هذا الفاسق هل يكذب في العادة ام لا • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولو قضى القاضي بشهادة الفاسق
جاز يعني عندنا قوله امتنع الحد اي حد الزنا على المشهود عليه وحد القذف على الشهود قوله وفيه خلاف
الشافعي • اي يحد الشهود الفساق عنده لان الفاسق ليس باهل للشهادة عنده كالعبد قوله وان نقص عدد الشهود
عن اربعة حدوا وهذا لفظ القدوري في مختصره وهو احد قولي الشافعي • وقال في قول آخر لا حد عليهم • وجه قول اصحابنا
ما روي عن عبد الرزاق عن الثوري عن سليمان التيمي عن ابي عثمان النهدي قال شهد ابو بكرة ونافع يعني ابن علقة وشبل بن معبد على
المغيرة انهم نظروا اليه كما ينظرون الى المرود في المكحلة فجاء زياد فقال عمر جاء رجل لا يشهد الا بالحق فقال رايت مجلسا قبيحا وابتهارا
فجلدهم عمر الحد • قال ابو نعيم هؤلاء الذين شهدوا اخوة لام امهم سمية وزياد بن سمية كان يدعى زياد بن امية واصحابنا ذكروا
في كتبهم ان زيادا قال رايت اقداما بادية ونفسا عاليا وامرا منكرا ولا اعلم ما وراء ذلك فقال عمر الحمد لله الذي لم يفضح
رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وحد الثلاثة وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير • ولان الله تعالى جعل نصاب
الشهادة في الزنا اربعة فاذا نقص العدد عنها صاروا قذفة فيحدون لحد القذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة • ولان الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر في اول هذا الباب وهنا الستر
يوجد حسبة الستر فذاك ظاهر ولم يوجد حسبة اداء الشهادة ايضا فتعين القذف فلزم الحد • بيانه ان كلام الشهود عند
عدم النصاب انما يكون قذفا اذا اراد واجبة اداء الشهادة واداء الشهادة انما يتحقق اذا كان العدد كاملا فعند نقصانه لم
يكن اداؤها لكونها مردودة شرعا فيصيرون قذفة فيحدون • وهذا معنى قوله وخروج الشهادة عن القذف لاعتبارها
اي لاعتبار الحسبة قوله وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف
فانهم يحدون وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة الى آخر ما قال • اعلم ان المشهود عليه بالزنا اذا كان غير محصن فجلد
فجرحته السياط ثم وجد احد الشهود عبدا او محدودا في قذف او اعمى فانهم يحدون لان شهود الزنا كانوا اقل من اربعة
فيجب عليهم حد القذف لنقصان عدد الشهادة • ويجب الحد على العبد او المحدود او الاعمى ايضا لانه قاذف ولا يجب عند
ابي حنيفة على احد لا على الشهود ولا على بيت المال • وعند ابي يوسف ومحمد يجب ارش جراحة الضرب على بيت المال • وكذا
اذا مات المجلود من الضرب يجب دية النفس في بيت المال عندهما اذا ظهر بعض الشهود عبدا او محدودا في قذف او اعمى • وعند
ابي حنيفة لا يجب شيء • اما اذا كان المشهود عليه محصنا فرجم ثم ظهر احد الشهود عبدا او محدودا في قذف او اعمى فالدية
على بيت المال بالاتفاق لكن لا حد على الشهود لان كلامهم انقلب قذفا من الاصل بموت المقذوف عليه يبطل حق القذف لانه لا يورث
عندنا • بخلاف رجوع احد الشهود فانه يصير قذفا عند الرجوع بعد الموت • وعلى هذا الخلاف اذا رجع الشهود بعد الجرح

بالجلد او بالموت بالجلد لا يضمنون عند ابي حنيفة اصلا لا ضمان الارش ولا ضمان النفس . وعندهما يضمنون ارش الجناية ان لم يمت المجلود
والدية ان مات . وجه قولهما ان الواجب بشهادة الشهود مطلق الجلد ومطلقه يتناول الجارح وغيره فيكون الجرح او الموت مضافا
الى شهادة الشهود فاذا رجعوا يضمنون فاذا لم يرجعوا فالضمان على بيت المال لان الجرح او الهلاك مضاف الى القاضي لانه اخطا
في قضائه لا الى الشهود لانهم ما رجعوا . والقاضي اذا اخطا في قضائه يجب الضمان على من وقع منفعة القضا لاجله وقد وقعت
المنفعة للعامة لان منفعة الحد وهي اخلا العالم عن الفساد يقع للعامة فيجب الضمان في مال العامة وهو بيت مال المسلمين
كما اذا ظهر احد الشهود عبدا او محدودا في قذف بعد الرجم او القصاص . ووجه قول ابي حنيفة ان الجراح او الهلاك بالجلد
ليس مضافا الى الشهود لانهم شهدوا بالجلد مولما غير جارح ولا مهلك وليس مضافا الى القاضي ايضا لانه ما امر الا بما شهد به الشهود
لانهم شهدوا بالجلد مولما ايضا . والدليل على ذلك ان الحد لا يقام في الحر الشديد والبرد الشديد ولا على المريض ايضا حتى يبرا كيلا
يقع متلفا ولا بسوط ثمرة كيلا يقع جارحا وكذا يفرق على اعضا المحدود سوى الراس والوجه والذكر لهذا المعنى . واما الجرح او
الاهلاك حصل لضعف الجلاد او لضعف المجلود المحدود وكان القياس ان يضاف الضمان الى الجلاد لان التلف حصل منه لا من القاضي
ولا من الشهود الا انه لم يضف لانه مامور باصل الضرب فسقط منه ما ليس في وسعه وهو طلب السلامة لا يكلف الله نفسا الا وسعها
ولان الجلاد لو اخذ بالضمان لتقاعد الناس عن اقامة الحد وتعطل الحد خوفا من الغرامة حيث لا يجلد القاضي بنفسه **قوله**
فان رجم فديته على بيت المال . يعني ان رجم المشهود عليه بالزنا بان كان محصنا ثم ظهر احد الشهود عبدا او محدودا في قذف
فالدية على بيت المال هذا بالاتفاق لان القاضي اخطا في قضائه للعامة فوجب الضمان في مالهم **قوله** وكذا الا ارش الضرب
ايضا . يعني اذا جرحه الضرب لانه اذا لم يجرح فلا شي عليه على احد كذا ذكر الامام العتابي **قوله** فينتظم الجارح وغيره
اي يتناول الضرب الجارح وغير الجارح **قوله** فيضاف اي يضاف الجرح او الهلاك الى شهادتهم **قوله** وهو عامل
للمسلمين . اي القاضي عامل لهم **قوله** فصار كالرجم والقصاص . اي صار الجرح او الهلاك بالجلد على تقدير عدم رجوع
الشهود بان ظهر بعضهم عبدا او محدودا كالرجم والقصاص . يعني ان في الرجم والقصاص يجب الغرامة في بيت المال فكذا في الجرح
او الموت بالجلد **قوله** وهو تلوه هذا ايضا . اي المعنى في الضارب تلوه هذا ايضا **قوله** فاقتصر عليه اي اقتصر الجرح او
الاهلاك على الضارب من غير ان يضاف الى الشهود او القاضي **قوله** الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح استحسانا وهذا فيما اقتصر
عليه هذا جواب سوال بان يقال لما اقتصر عليه كان ينبغي ان يجب عليه الضمان في الوجه الصحيح وهو الاستحسان كيلا يمتنع الناس
من اقامة الحد خوفا من الغرامة **قوله** فان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد وهذه من مسايل الجامع
الصغير المعادة التي فيها فايدة . وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة شهدوا على شهادة اربعة بالزنا على هذا
الرجل بهذه المراة قال لا يجوز شهادتهم . وان جات الاربعة وشهدوا على المعاينة بالزنا في ذلك المكان كذلك لا يجوز
شهادتهم وذكر هنا شهادة الاصول بعد رد شهادة الفروع كما ترى ولم يذكرها في الاصل بعد ذلك وهذه فايدة الجامع الصغير
اما شهادة الفروع فانها لم تقبل لتمكن الشبهة فيها باحتمال الزيادة والنقصان بتداول الالسنة . ولان شهادتهم اضعف
من شهادة النسا لانهن يشهدن عن عيان وهولا يشهدون عن خبر لا عن عيان وليس الخبر كالمعاينة فاذا ردت شهادتهن في الحدود
فرد شهادتهم اولى . ولان شهادة الفروع بدل عن شهادة الاصول ونصب البدل انما يكون فيما اليه حاجة ولا حاجة اليها
هنا لان الحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها لكن لا حد على الفروع لانهم حكوا قذف غيرهم والحاكي للقذف لا يحد . ولان تكامل
عددهم صار شبهة . واما شهادة الاصول بعد شهادتهم فانما لا تقبل ايضا لان الفروع بمنزلة شهادة الاصول وقد ردت
شهادة الفروع فصار رد شهادتهم كرد شهادة الاصول من وجه فصار شبهة في درء الحد عن المشهود عليه ولا يحد الاصول ايضا
لتكامل عددهم ووجود اهليتهم **قوله** في ذلك المكان يريد ذلك الزنا بعينه . اعلم ان الشهادة على الشهادة وشهادة
النسا مع الرجال وكتاب القاضي الى القاضي لا تقبل في الحدود والقصاص وبه صرح في شرح الطحاوي وغيره . ونقل في الاجناس
عن نوادر ابن رستم وقال تقبل في التعزير الشهادة على الشهادة والشهادة من النسا مع الرجال ويجوز فيه العفو وتصح فيه الكفالة
وهو حق الادمي **قوله** فان جا الاولون . اي بعدما شهد الفروع **قوله** لم يحد ايضا . اي المشهود عليه **قوله**
معناه . اي معنى قوله لم يحد في ذلك المكان **قوله** لان شهادتهم اي شهادة الاصول **قوله** اذ هم قايمون مقامهم اي
الفروع قايمون مقام الاصول . وهذا تعليل لرد شهادة الاصول بسبب رد شهادة الفروع **قوله** ولا يحد الشهود
اي الاصول والفروع لا يحدون لان عددهم متكامل . والاهلية ايضا موجودة **قوله** وامتناع الحد على المشهود
عليه لنوع شبهة وهي شبهة البدلية واحتمال الزيادة والنقصان في الفروع وشبهة الرد في الاصول **قوله** وهي كافية
لدرء الحد لا لايجابه . اي الشبهة كافية لاسقاط الحد لا لايجاب الحد . يعني ان الشبهة ليست بموجبة للحد لكنها مسقطة
له **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية وهذه من مسايل
المعادة في الجامع الصغير . اعلم ان رجوع الشهادة لا يخلو اما ان يكون بعد القضا والامضا او بعد القضا قبل الامضا
او قبل القضا والامضا فهذه فصول ثلاثة . اما في الفصل الاول فيغرم الراجع ربع الدية باتفاق اصحابنا ويحد الراجع وحده
عند علمائنا الثلاثة . وقال زفر لا حد عليه . وقال ابن ابي ليلى وهو قول الحسن البصري يجب على الراجع القتل . وان
رجعوا جميعا يقتلون كذا ذكر الفقيه ابو الليث قولهما . اعني قول ابن ابي ليلى والحسن واخذ به الشافعي لانهم قتلوه يعني حيث

الجاوا

الجاوا القاضي الى القضا . ولنا ان القتل لما وقع بقضا القاضي صار شبهة فسقط القتل عنهم فوجب الغرامة على الراجع وحده وهو ربع
الدية . وهذا لان العبرة في الشهادة لمن بقي لا لرجوع من رجع وقد بقي من بقي بشهادته ثلاثة ارباع الحق فيكون الراجع متلفا
ربع الحق فيغرم ذلك لانه لما رجع فقد اقر على نفسه بانه اتلف نفسا معصومة وفي ثلاثة انفس اخرى معه فاقراره حجة على نفسه دون غيره
فلهذا ضمن الربع لا غير . واما الحد فانما لا يلزمه عند زفر لانه لا يخلو من احد الامرين اما ان كان قاذف حي او قاذف ميت . فان كان
قاذف حي فقد بطل ذلك بموت المقذوف . لان حد القذف لا يورث عندنا . وان كان قاذف ميت فلا يلزمه ايضا لانه مرجوم
بحكم القاضي . ولهذا لو قذفه غيره لا يحد لان قضا القاضي بالرجم صار شبهة . ولانه لما رجع نفى عن المرجوم الزنا ونسبه الى
العفة والاحصان فكيف يكون قاذفا بل ان يكون كلامه السابق قذفا وقد بطل ذلك بالموت لعدم صحة الارث . ولنا انه
لما رجع ينقلب كلامه السابق قذفا عند الرجوع وقاذف الميت يحد كالملاعن اذا كذب نفسه بعد تفريق القاضي يحد فيكون كلامه
السابق قذفا . وان كان ينفي الزنا بالاكذاب . فان قلت اذا كان كلامه قذفا فالحال ينبغي ان لا يحد الراجع كغيره لانه قذف
من قضى القاضي بزناه وحكم برجمه . قلت الراجع اعترف بانه كاذب في شهادته وقذف محصنا فاخذ بزعمه . ولا كذلك اذا
قذف غير الراجع لانه يعتقد انه قذف غير محصن حيث حكم القاضي برجمه . ولان قول الشاهد صار حجة في درء الحد عن
غيره . ولا يجوز ان يكون قوله حجة في درء الحد عن نفسه . واما في الفصل الثاني وهو ما اذا رجع بعد القضا قبل الامضا
يحد الشهود كلهم في قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اخرا ولا يحد الراجع وحده استحسانا ذكره الحاكم الشهيد الاستحسان في
الكافي . وقول زفر مثل قول ابي يوسف ومحمد في المختلف . وقال الشافعي في احد قوليه لا يحد الراجع كذا في شرح الاقطع
وجه قول محمد ان القاضي قضى بشهادته وتاكدت هي بالقضا ثم رجوعه بعد ذلك يصح في حق نفسه لا في حق غيره كما اذا رجع بعد
الامضا حقيقة بالقضا تبدلت نفس المشهود عليه فصارت بمنزلة القتيل ان لا شي عليه كذا ذكره الفقيه ابو الليث فصار حكم
القاضي الامضا فاذا رجع بعد الامضا يحد وحده فكذا هنا . ووجه قولهما ان الامضا من القضا بمنزلة القضا بدليل ان الامضا
لا يجوز الا بحضرة القاضي ولهذا يعمل الاسباب الحادثة في الشهود كالارتداد والفسق والجنون والعمى والموت والغيبة بعد القضا
قبل الامضا كالحادثة قبل القضا . فاذا كان الامضا كالقضا كان الرجوع قبل الامضا كالرجوع قبل القضا فيحدون جميعا
واما في الفصل الثالث وهو ما اذا كان رجع قبل القضا والامضا فعندنا يحدون جميعا . وعند زفر يحد الراجع وحده لان
رجوعه حجة على نفسه لا غير . ولنا ان واحدا منهم لما رجع بقي الثلاثة والثلاثة لا يصلح ان يكون شهودا لقصور العدد فصاروا
قذفة . بخلاف رجوع الواحد بعد القضا والامضا لان هناك اتصل القاضي كلامهم شهادة فبعد ذلك رجوع الواحد يصح في
حق نفسه لا في حق اصحابه وهنا لم يصر كلامهم شهادة حيث لم يتصل القاضي به فبقي قذفا فيحدون جميعا . ولان واحدا منهم لو امتنع
عن الشهادة ابتدا فشهد الثلاثة يحدون لقصور عددهم فكذا هنا **قوله** بنا على اصله . اي الشافعي في شهود القصاص
يعني اذا رجعوا بعد القصاص يقتلون عنده فكذا هنا اذا رجعوا بعد الرجم يقتلون ايضا **قوله** وسنبينه في الديات حوالة
لبرهان رواح المسالة ذكره صاحب وقد بيناه انفا **قوله** واما الحد فمذهب الثلاثة اي علمائنا الثلاثة وهم ابو حنيفة
وابو يوسف ومحمد وهو عطف على قوله اما الغرامة لانه ذكر قبل ذلك حد الراجع وحده وغرم ربع الدية . ثم فصل ذلك بقوله
اما الغرامة واما الحد **قوله** فيورث ذلك شبهة اشارة الى كونه مرجوما بحكم القاضي **قوله** لان بالرجوع تنفسخ شهادته
اي بالرجوع تنفسخ شهادة الراجع فيجعل كلامه قذفا في الحال بخلاف ما اذا ظهر احد الشهود عبدا بعد الرجم حيث لا حد عليهم اصلا لان
كلامهم انقلب قذفا من الاصل فبالموت بطل ذلك وقد مر بيانه عند قوله وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم
وجد احدهم عبدا **قوله** وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما ينبني عليه وهو القضا في حقه . والضمير في عليه راجع الى الراجع يعني
ان القضا انفسخ في حق الراجع لان القضا ينبني على الشهادة وقد انفسخت شهادة الراجع بالرجوع فلا يورث كونه مرجوما بقضا
القاضي شبهة في سقوط حد القذف عن الراجع لان القضا انفسخ في حقه . بخلاف قذف غير الراجع فان القضا لم ينفسخ في حقه
فصار قيام القضا شبهة في حقه فلم يحد فظهر الفرق وقد مر بيانه **قوله** فلا ينفسخ الا في حق الراجع . اي لا ينفسخ الشهادة
فيما اذا رجع بعد القضا قبل الامضا كما اذا رجع بعد الامضا . وجوابه ان القياس ليس بصحيح لان الامضا من القضا وقد مر
بيانه **قوله** ولهذا يسقط الحد عن المشهود عليه . اي لاجل ان الامضا من القضا وقد مر بيانه في باب الحدود يسقط
الحد عن المشهود عليه اذا رجع واحد بعد القضا قبل الامضا كما يسقط اذا رجع قبل القضا **قوله** لا يصدق على غيره . اي لا
يصدق الراجع على غير الراجع **قوله** واذا كانوا خمسة فرجع احدهم لا شي على الشهود لا على الراجع ولا على اصحابه لا الحد ولا
الغرامة لبقاء من بقي بشهادته كل الحق . فان رجع اخر حدا حد القذف وغرما ربع الدية لانه بقي ثلاثة ارباع الحق بشهادة الثلاثة
في الشهادة لان كمال العدد ليس بشرط البقا بل يبقى بكل رجل قسطه فصار عليهما الربع . وعلى كل واحد من الراجعين حد كامل
لان الحد لا يتجزى وهي من المسايل المعادة التي فيها فايدة . لانه ذكر في الاصل رجوع واحد من الخمسة ولم يذكر رجوع اخر
معه . وفي الجامع الصغير ذكر ذلك **قوله** اما الحد فلما ذكرنا اشارة الى قوله ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع
فان قلت حين رجع الواحد من الخمسة لا شي عليه اصلا فبعد ذلك كيف يجب عليه الحد والغرامة برجوع الاخر . قلت انما لم يجب
عليه شي وقت رجوعه لمانع مع وجود السبب والمانع بقا الحجة الكاملة فلما رجع اخر زال المانع فعمل السبب عمله **قوله** على
ما مر . اي في كتاب الشهادات **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية

على المزكين عند أبي حنيفة وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في أربعة شهدوا
على الرجل بالزنا فزكاهم نفر زعموا أنهم أحرار مسلمون فإذا هم مجوس أو عبيد وقد رجمه الإمام حين زكوهم بذلك قال عليهم الدية
وقال أبو يوسف ومحمد لا شيء على المزكين في ذلك والدية على بيت المال • قال صاحب الهداية معناه إذا رجعوا عن التزكية أي
معنى قوله فالدية على المزكين • ويدل على صحة ما قاله ما نص عليه الحاكم الجليل الشهيد في الكافي قال وإذا شهد الشهود على رجل بالزنا
والإحصان فزكاهم نفر زعموا أنهم أحرار ورجم ثم وجد أحدهم عبدا قال لا حد على الشهود ولا ضمان • قلت فهل على المزكين شيء قال إن
ثبت المزكون على شهادتهم أنهم أحرار لم يضمن المزكين شيء ولا على الشهود • فإن رجع المزكون عن شهادتهم ضمنوا وهذا قول أبي حنيفة وقال
أبو يوسف ومحمد لا ضمان على المزكين إلى هنا لفظ الحاكم • قوله لما أن المزكين لم يعلموا شيئا سوى أنهم أثنوا على الشهود بخير وأثنوا بذلك
شرط الحجة وهي العدد فصار كشهود الإحصان فلا يضمنون شيئا فإذا لم يضمنوا وجب الضمان على بيت المال لأن القاضي إذا أخطأ في
قضائه في حد يجب الضمان في بيت المال لأن قضاءه وقع للعامة فيجب الضمان أيضا في مالهم وهو بيت مال المسلمين • وإن أخطأ في
قصاص أو مال يجب الضمان على المقضي له • ووجه قول أبي حنيفة أن المزكين هم الذين أعملوا الشهود عليه بالزنا لأن القاضي لا
يقضي ما لم تكن التزكية فكانت التزكية معملة للعلة علة العلة والحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة فصار المذكور كالشهود
إذا رجعوا فيضمنون • بخلاف شهود الإحصان ليس في معنى علة العلة فصار المزكون كالشهود إذا رجعوا فيضمنون بل هو علامة
معرفة بحكم الزنا الصادر بعد وجود الإحصان ولكن لا يثبت الزنا بشهود الزنا ما لم يزكوا فظهر الفرق بين التزكية وشهادة
الإحصان • ثم لا ضمان على شهود الزنا في مسألتنا لأن كلامهم إنما يتم شهادة بالتزكية • فلما رجع المزكون علم أنه لم يتم شهادة
علانية إذا رجع شهود الزنا ولم يرجع المزكون حيث يضمن شهود الزنا لأن كلامهم وقع شهادة • ولا يحد شهود الزنا أيضا
في مسألتنا لأنهم قذفوا حيا فسقط الحد بموت المقذوف • لأنه لا يورث عندنا • فإن قلت الحكم بوجوب الدية على المزكين
مطلق عن قيد الرجوع في مسألة الجامع الصغير • وصاحب الهداية أولها وأنت قد استدللت على صحة ذلك بنص الحاكم
الشهيد • فإذا كان كذلك كيف قال في المنظومة على المزكين ضمان من رجم أن ظهر الشاهد عبدا وعلم وحيا وأن هذا هو
المتلف في بيت مال المسلمين فاعرف • وفي المزكين إذ هم رجعوا كذا وقالا عزروا وأوجبوا حيث الحق البيت الأول عن الرجوع
وقيد البيت الثاني بالرجوع فلو كان معنى المسألة فيما إذا رجع المذكرون فذلك دليل على أن الرجوع ليس بشرط لضمان المزكين
فيما إذا ظهر الشهود مجوسا أو عبيدا • قلت الإمام الحاكم الشهيد أعرف بمذهب أصحابنا وكبار الأئمة شرحوا مختصر الكافي
ومع كل واحد شرحه مبسوطا وكلامه نص في تحقيق المذهب • على أن رواية الأصل كذلك حيث قال فيه قلت أرأيت الشهود
إذا شهدوا على رجل بالزنا فسأل القاضي عنهم فزكوا في السر والعلانية فقضى بشهادتهم ورجم المشهود عليه ثم وجد أحد الشهود
عبدا هل على الشهود شيء قال لا حد عليهم ولا ضمان • والدية على بيت المال • قلت أرأيت لو كان المزكون قالوا هم أحرار يعرف بينهم
فأمضى القاضي شهادتهم ثم وجد الشهود ليس لهم حرية ووجدهم عبيدا هل يقضي على المزكين شيء ولا على الشهود • وإن رجع المزكون
عن شهادتهم ضمنوا • قلت وإذا لم يقولوا إنهم أحرار وقالوا إنهم عدول ثم وجدوا عبيدا كيف القول في ذلك قال لا ضمان
على المزكين إلى هنا لفظ الأصل • ولا يلزم التكرار في مسألة المنظومة والمختلف لأن المسألة الأولى فيما إذا رجع المزكون وقد
ظهر بعض الشهود عبدا • والثانية فيما إذا رجعوا ولم يظهر بعض الشهود عبدا • ثم اعلم أن المراد بالتزكية إثبات
عدالة الشهود بوصفهم أنهم أزكياء • بأن يقول المزكون هم أحرار مسلمون **قوله** وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا التزكية
مع علمنا بحالهم • أي وجوب الضمان على المزكين عند أبي حنيفة إذا قالوا تعمدنا ذلك • أما إذا قالوا أخطأنا فلا قال
الإمام العتابي في شرحه للجامع الصغير وتأويله إذا قالوا علمنا أنهم مجوس ومع هذا زكيناهم • أما إذا قالوا أخطأنا
فلا يجب عليهم الضمان لأنهم نائبون عن القاضي والقاضي لو أخطأ لا ضمان عليه فكذا هنا • وإنما يجب الضمان عليهم إذا تعمدوا
لأنهم أظهروا علة التلف **قوله** وهذا إذا أخبروا بالحرية والإسلام • أي وجوب الضمان على المزكين فيما إذا أخبروا
بحرية الشهود وإسلامهم ثم ظهر الشهود مجوسا أو عبيدا • أما إذا قالوا هم عدول ولم يزيدوا على ذلك ثم ظهروا عبيدا
لا ضمان عليهم لأن العبد يكون عدلا أيضا بتزكيه محظوريته • ثم اعلم أن ذكوره المزكي شرط عند أبي حنيفة خلافا لما ذكر
في المختلف • ولا يشترط العدد في المزكي عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد ويشترط الاثنان في سائر الحقوق هو
والأربعة في الزنا أما لا يشترط في التزكية بالاتفاق لفظة الشهادة ومجلس القضاء وقد عرفت في المختلف • ويجوز شهادة هو
رجل وامرأتين في الإحصان كذا قال الحاكم الشهيد في الكافي **قوله** فلا يورث عنه • أي لا يورث حد القذف
عن الميت **قوله** وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى هو
القاتل الدية استحسانا • وفي القياس يجب القصاص وهذه من مسائل المعادة في الجامع الصغير ولم يذكر محمد فيها القياس
والاستحسان في الجامع الصغير وقد ذكرهما في شرح الجامع الصغير • قال الحاكم الشهيد في الكافي وإذا شهد الشهود
على رجل بالزنا وعدلوا فلم يقض القاضي بالرجم حتى قتله إنسان بالسيف عمدا أو خطأ قال عليه القصاص في العمد والدية
في الخطأ • وإن كان قضى برجمه ثم قتله أو قطع يده أو فقأ عينه فلا شيء عليه • وإن وجد أحد الشهود عبدا بعد ما قتله
الرجل فعلى الرجل القصاص في القياس • ولكني أستحسن وأبطل القصاص وأجعل عليه الدية في ماله في ثلاث سنين • وإن قتله
رجما فلا شيء عليه والدية على بيت المال • وكذلك إن جراح إذا لم يكن مات إلى هنا لفظ الحاكم • وإنما وجب القصاص في

القياس لأنه تبين بعد ما وجد الشهود عبيدا أنه قتل نفسا معصومة بغير حق فيجب القصاص لظاهر قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها
أن النفس بالنفس لكن لم يجب القصاص استحسانا لأن قضاء القاضي بحل دمه برجمه صار شبهة • وهذا لأن قضاءه لو كان حقا
فإذا لم يكن حقا بأن وقع خطأ فصورة قضائه يورث الشبهة كالنكاح الفاسد يكون شبهة في إسقاط
يوجب إباحة الدم • فإذا لم يكن حقا بأن وقع خطأ فصورة قضائه يورث الشبهة كالنكاح الفاسد يكون شبهة في إسقاط
الحد • بخلاف ما إذا قتله عمدا بعد شهادة الشهود وتعديلهم قبل القضاء حيث يجب القصاص لعدم الشبهة لأن القضاء هو
المورث للشبهة ولم يوجد • ثم لما لم يجب القصاص وجب الدية في ماله لأن العاقلة لا تعقل العمد وهذا عمد لكن لا يجب في هو
ثلاث سنين لأن كل عمد سقط فيه القصاص للشبهة تجب الدية في مال القاتل في ثلاث سنين لأنها وجبت بنفس القتل ابتداء لا بسبب
يحدث كالصلح فصارت كالدية في الخطأ وشبه العمد وستعرف ذلك في كتاب الديات إن شاء الله تعالى • بخلاف ما إذا
قتله رجما بعد قضاء القاضي بالرجم ثم وجد الشهود عبيدا حيث لا يجب شيء على القاتل وتجب الدية في بيت المال وليس كذلك
إذا قتله بالسيف لأنه خالف أمر القاضي لأنه أمر بالرجم لا بحز الرقبة فلذا وجبت الدية في ماله **قوله** بخلاف ما إذا قتله
قبل القضاء • أي يجب القصاص حينئذ **قوله** ولأن ظنه مباح الدم عطف على أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل هو
قوله كما إذا ظنه حربيا • أي ظن المسلم أو الغازي أو الشخص حربيا وعليه أي على المظنون علامتهم أي علامة أهل الحرب
فقتله عمدا ثم ظهر أن المقتول ليس بحربي تجب الدية في مال القاتل لا القصاص لشبهة ظنه مباح الدم في ماله أي في مال القاتل
لأنه عمدا • أي لأن القتل عمدا **قوله** وإن رجم على صيغة المبني للفاعل كذا السماع من الأساتذة الكبار • أي بأن يرجم ذلك الرجل
المذكور المشهود عليه بالزنا بعد قضاء القاضي بالرجم ثم وجد الشهود عبيدا • ويجوز على صيغة المبني للفاعل • أي إن رجم هو
المشهود عليه بالزنا في هذه الحالة ثم تبين حال الشهود **قوله** لأنه امتثل أمر الإمام • يقال امتثل أمره أي احتذاه كذا
في ديوان الأدب **قوله** فنقل فعله إليه أي نقل الرجم إلى الإمام **قوله** ولو باشره بنفسه • أي لو باشر الإمام الرجم
بنفسه **قوله** لما ذكرنا إشارة إلى ما ذكر قبل ورقة بقوله لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فيجب
الغرامة في مالهم **قوله** وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم وهذه من مسائل الجامع الصغير • اعلم
أن الشهود إذا قالوا تعمدنا النظر في فرج الزاني والزانية لا يكون قادحا لقبول شهادتهم لأنهم كلفوا على إقامة الشهادة على أنهم رأوا
كالميل في المكحلة والرشا في البئر والقلم في المحبرة • ولا يصح التكليف على الخطأ والسهو وإنما التكليف على القصد والعمد فإذا أقروا بعد
على العمد لا تسقط شهادتهم بالعمد لأن قصدهم إقامة الحسبة لا التلذذ قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وإن أقروا
أنهم نظروا للتلذذ ينبغي أن لا تقبل شهادتهم لأنهم فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل **قوله** فأشبه الطبيب والقابلة • أي هو
أشبه نظر شهود الزنا إلى فرج الزاني والزانية للضرورة في ذلك نظر الطبيب والقابلة إلى الفرج وهذا لأن الطبيب يجوز
أن ينظر إلى موضع العورة لضرورة المداواة • قال في خلاصة الفتاوى ولا يجوز النظر إلى العورة إلا عند الضرورة وهي
الختان والمداواة والولادة والبكارة في العنة والرد بالعيب في حق المرأة أولى وإن لم يوجد ستر ما وراء موضع الضرورة
قوله وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم • معناه أن ينكره
الدخول بعد وجود سائر الشرائط • أي شرائط الإحصان وله امرأة قد ولدت وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في أربعة شهدوا على رجل بالزنا وله امرأة له منها أولاد فأنكر أن يكون جامعها قال يرجم
وذلك لأن الولد ثابت نسبه منه بالفراش فإذا كان الولد منه شرعا كان الدخول ثابتا شرعا أيضا لأن الولد بلا دخول لا يكون
بعد ذلك لا يلتفت إلى إنكاره الدخول كما إذا شهد الشهود على الدخول وأنكر هو ذلك على أن الولد أكثر دلالة من شهادة
الشهود على الدخول فلهذا لا يلتفت هنا أولى • ولهذا إذا طلقها هذا الرجل يكون له حق الرجعة وهذه المسألة دلت على أن هو
إثبات الإحصان ليس مثل إثبات العقوبات كالحدود والقصاص لأنها لا تثبت بدلالة الظواهر **قوله** حكم بالدخول
عليه • أي حكم على الرجل بدخوله بالمرأة **قوله** والإحصان يثبت بمثله • أي بمثل هذا الدليل الذي دل ظاهرا
وفيه شبهة **قوله** فإن لم يكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي وهذه
من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل شهد عليه أربعة بالزنا وهو منكر هو
الإحصان فشهد عليه بالإحصان رجلان أو رجل وامرأتان قال يرجم • قال زفر شهود الإحصان قال لا شيء عليهم • اعلم أن
المشهود عليه بالزنا إذا أنكر بعض شرائط الإحصان كالنكاح والدخول والحرية فشهد عليه رجل وامرأتان ثبت الإحصان عندنا
خلافا لزفر والشافعي بناء على أصله في عدم قبول شهادة النساء في غير الأموال وفي غير موضع لا يطلع عليه الرجال • لزفر أن هو
الإحصان شرط في معنى العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه كما لا تقبل فيها شهادة النساء لا مدخل لها في باب الحدود • بيانه أن علة
حد الزنا هو الزنا لكن يتغلظ عند وجود الإحصان ولهذا يجب الرجم الذي هو أقصى العقوبات فكان الإحصان شرطا في معنى هو
العلة فلا تقبل شهادتهن على علة الحد فلا تقبل أيضا على شرطه وهو الإحصان لأنه في معناها لتغلظ الجناية عنده ولهذا
العبد المسلم إذا زنا فشهد نصرانيان أن مولاه النصراني أعتقه قبل الزنا لا تثبت حريته لأن شهادة الكافر على المسلم
الحد والحرية شرط من شرائط الإحصان فلم تسمع شهادة الكافر لأنها شهادة بالحد ولا تسمع أيضا شهادة النساء على الإحصان
لأنه حد • ولنا أن الذكورة إنما شرطت في شهود الزنا لأن في شهادة النساء شبهة لقصور عقلهن وضبطهن والشبهة
إنما تعتبر فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص • لأنهما يندرئان فإذا قامت البينة على حد وقصاص أو على سبب

ولذا لا تكون مقبولة بالشبهة والاحصان ليس بحد وعقوبة وليس بسبب كذلك لان سبب العقوبة معصية محضة والاحصان عبارة عن الخصال الحميدة فلا يكون سببا وليس بشرط للحد ايضا لانه لو كان شرطا لتعلق به وجود الحكم ولم ينعدم عند وجود الحكم وهو الزنا فعلم انه ليس بشرط للحد • فلما لم يكن الاحصان سببا ولا شرطا للحد بحيث يتعلق به الوجوب والوجود بطل شرط الذكورة في الشهادة على شرائط الاحصان كما لو ثبت النكاح والدخول بشهادة رجل وامرأتين عند القاضي بل ظهور الزنا ثم ظهر زناه عند القاضي يقضي بالرجم عليه وهو معنى قوله في المتن كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة لان الموجب للحد في الزنا هو الزنا جلدا كان الحد او رجما لان ذلك هو حكم الله تعالى في المحصن وغيره الا ان كونه محصنا ليس بمعلوم للقاضي • فاذا ظهر كونه محصنا بالشهود لا يضاف الحكم اليهم وهو الاحصان بل اليهود الزنا نظيره قول القائل ان كان لفلان علي الف درهم فعبده حر فشهد شاهدان ان لفلان عليه الفا يعتق العبد لكن لا يضاف العتق الى الشهادة بل اتصاف الى التعليق والى وجوب الالف عليه حالة التعليق فكذا هنا لا يضاف الرجم الى شهادة الاحصان التي ظهر بها الاحصان بل يضاف الى الزنا الموجب للرجم فعلى هذا قلنا لا يضمن شهود الاحصان اذا رجعوا خلافا لزفر لانه في معنى العلة عنده ولا نسلم ان العتق لا يثبت بشهادة النصرانيين بل يثبت الا انه لا يثبت سابقا على الزنا بل لا يتضرر به المسلم بكونه مرجوما حينئذ • فان قلت يدل على ان الاحصان شرط في معنى العلة ما اذا اقر بالاحصان ثم رجع صح كالزنا اذا اقر به ثم رجع فكذا ينبغي ان يشترط الذكورة في الاحصان كما في التزكية عند ابي حنيفة • قلت انما صح الرجوع لانه لا يكذب له فيه • بخلاف الاقرار بالمال فان رجوعه لا يصح لوجود المكذب لا باعتبار انه في معنى العلة وهو الزنا وصحت الشهادة من غير دعوى من يدعي دعوى حسبة لاظهار حق الله تعالى وهو الرجم كالشهادة على عتق الامة تسمع من غير دعوى • لانه يتضمن تحريم الفرج وهو حق الله تعالى والتزكية علة العلة • فلهذا اشترطت الذكورة فيها عند ابي حنيفة وقد مر الفرق بينهما وبين الاحصان في قوله وان شهدوا اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس قوله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وكان ينبغي ان يقبل في غير موضع لا يطلع عليه الرجال لان شهادتهن مقبولة عندنا ايضا فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة وعيوب النساء والرضاع وهو ولكن يشترط شهادة الاربع منهن عنده قوله عندنا اي عند وجود الاحصان قوله لما ذكرنا • اي لان الاحصان شرط في معنى العلة قوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله قبيل باب الوطء الذي يوجب الحد فيكون مرجوعا على الزنا فنظر فيه قوله كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة اراد بهذه الحالة ما بعد الزنا • اي تقبل شهادة رجل وامرأتين بالاحصان قبل الزنا وقد مر بيانه قوله بخلاف ما ذكر اراد ما ذكر من شهادة الذميين على ذمي اذا اعتق عبده قبل الزنا قوله وانما لا يثبت سبق التاريخ • يعني يثبت العتق لكن لا يثبت سابقا على الزنا وقد مر بيانه قوله وهو فرع ما تقدم • اي عدم الضمان على شهود الاحصان اذا رجعوا عندنا ووجوب الضمان عند زفر بناء على ما قلنا انه في معنى العلة عنده وشرط محض عندنا لا يتعلق به الوجوب والوجود بل هو علامة معرفة الحكم الزنا الصادر بعده • وفي الاحصان يكفي للشهود ان يقولوا دخل بها او زوجها • وقال محمد لا بد ان يقولوا جامعها او باضعها كذا ذكر الشافعي في قسم المبسوط والله اعلم

باب حد الشرب

ذكر الشرب بعد حد الزنا لان المعصية في الزنا اشد • ولهذا كان حد الزنا مائة او رجما في الحر • وحد الشرب ثمانون في الحر • وعند الشافعي اربعون كما في العبد ويحقيقه ما روى صاحب السنن باسناده الى عبد الله بن مسعود قال قلت يا رسول الله اي الذنب اعظم قال ان تجعل مع الله ندا وهو خلقك قال ثم اي قال ان تقتل ولدك خشية ان يأكل معك قال ثم اي قال ان تزاني حليلة جارك قال وانزل تصديق قول النبي صلى الله عليه وسلم والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون الاية • واخر حد القذف عن حد الشرب لتيقن الجريمة في الشارب دون القاذف لانه يحتمل انه صادق في القذف بان يكون المقذوف زانيا • ولهذا كان حد القذف اخف من الجميع • وما اخر حد السرقة لما انه شرع لصيانة الاموال والمال تبع قوله ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد • وكذلك اذا اقر وريحها موجودة وهذه مسألة القدوري الا انه لم يذكر في مختصره • او جاؤا به سكران اعلم ان التقادم في الحدود الا في حد القذف مانع عن قبول الشهادة بالاتفاق الا ان في تقديره اختلافا فعند ابي حنيفة هو على ستة اشهر او ما يراه الامام • وعند محمد شهرا هذا في غير حد الشرب • وقدر محمد فيه ايضا كما قدر في حد الزنا والسرقة بشهر والفرق بين حد القذف وغيره في اول الباب الذي قبل هذا • وهما قدرا بانقطاع الرائحة ولهذا قال ابو حنيفة في المجرد ان شهد واعلية بشرب خمر طوعا او تيقنها بيوم او ليلتهم يقبل ويحد وان كان مضى له ذلك يوم او اكثر او ليلة او اكثر لم يحد وذلك لان في هذه المدة لا تنقطع الرائحة • وفيما زاد عليها تنقطع • وجه قول محمد ان التقادم لما كان مانعا اعتبر في ذلك الزمان كما اعتبر في غير حد الشرب فقدر بشهر لان ما دونه قريب ولم يعتبر الرائحة للاحتمال لان ريح الخمر قد يشتبه بريح السفرجل • ولنا قول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر وقد اعتبر قيام الرائحة • ولان الاختلاف وقع في شرب الشهود وتطاوله وقيام اثر شرب الخمر والرائحة اقوى الدلالة على الشرب فيعتبر ذلك ولا حاجة مع وجود الاثر • الا ترى الى التقدير بالزنا • واذا تعذر اعتبار الاثر الى ما خلفه وهو الوقت ولم يتعذر فيما نحن فيه • والتمييز بين الروائح تتحقق الاستدلال لمن له لب واشتباهه على الجاهل لا

عبرة بوضع الحجة وهذا في الشهادة • اما الاقرار بالشرب فالتقادم لا يبطله عند محمد كما يبطله في حد الزنا بالاتفاق • وعند ابي حنيفة وابي يوسف يبطله التقادم كما يبطل الشهادة والقياس ما قاله محمد لان الانسان لا يتهم في الاقرار وانما يتهم في الشهادة بعد تطاول العهد • وذكر في نوادر ابن سماعة عن محمد قال هذا اعظم عندي من الحول ان يبطل الحد بالاقرار • وانما يتم الحد عليه وان جاء بعد اربعين يوما انه كان شرب النبيذ بكرة فتقادمه لم يتقادم وجد ريحها او لم توجد • ولما ان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا يجمع اجماعهم بدون رأي ابن مسعود • وقد اعتبر هو قيام الرائحة لاقامة الحد • فان قلت الشرط يوجب وجود الحكم عند وجوده ولا يوجب العدم عند عدمه فعلى هذا يجب الحد عند وجود الرائحة ولا ينعدم عند عدمها • قلت عند عدم الرائحة لا باعتبار ان عدم الشرط اوجب عدم الحكم بل العدم الاجماع على الحد على ذلك التقدير لان اجماعهم لا يصح بدون رأي ابن مسعود وهو لا يرى الحد عند انقطاع الرائحة • والمذهب عندي في الاقرار ما قاله محمد لما بينا • وحديث ابن مسعود انكره بعض اهل العلم • قال ابو عبيد لا اصل له في الحد • واذا جاز صاحبها من اتبعها الرد والاعراض وعدم الاستماع احيانا اللادري كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اقر ماعز فكيف يأمر ابن مسعود بالتلتلة والمزمزة والاستنكاه حتى يظهر سكره فلو صح فتاويله انه جاء في رجل مولع بالشراب مدمن فاستجاز كذلك قوله وريحها موجودة ذكر حجر الريح بالتأنيث لان الريح من الاسماء المؤنثة السماعية قوله او جاؤا به سكران اي قطر الناس والبالسعدية عليه اي على من شرب بذلك • اي شرب الخمر قوله وكذلك اي لم يحد • يعني كما انه لا اعتبار للرائحة يحد عندها اذا اقر بعد ذهاب الرائحة فكذلك لا يحد اذا شهدوا بعد ذهاب الرائحة • وعند محمد انه لا اعتبار للرائحة بل يحد في صورة الشهادة اذا لم يتقادم العهد ويحد في الاقرار • وان تقادم قوله انه اي ان التقادم عنده اي عند محمد قوله يقولون لي انكه قد شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت سفرجلا • يروى البيت بكلمة قد وهي رواية المطرزي في المغرب • وبدونها وهي رواية النهاية على الاول تسقط همزة الوصل لانه في الخط • وعلى الثانية يحرك بالكسر لضرورة الشعر ولا يسقط • ويجوز تحريك همزة الوصل في الحنو والانصاف وقد مر بيان ذلك في كتابنا المرسوم بتصيد الصائد انظار نثرا • والمداومة بمعنى المدام وهي الخمر قوله في الفرب • اي على قرب العهد قوله وقد شرط • اي شرط ابن مسعود قوله بل جاز روينا اشارة الى قوله فتلتلوه ومزمزوه واستنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه • والتلتلة بالتائين كل واحد منهما منقوطة بنقطتين فوقانيتين بمعنى المزمزة بالزائين المعجمتين وكذلك المزمزة بزائين معجمتين في معناهما في التحريك • والرغرغة حتى يوجد منه الريح ليعلم ما شرب • وجمع التلتلة التلاتل في الحركات • قال ذو الرمة يصف بعيرا • بعيد مساف الخطو عوج شمردل تقطع انفاس المهاري تلاتله • والمساف جمع مسافة • يعني انه بعيد الخطو عوج • اي واسع الصدر شمردل اي طويل • والانفاس جمع نفس • والمهاري جمع المهرية من النوق • يقول انها تسير به في تلاتلها في السير فيجهدها وتوقع عليها البهر والنفس لسرعته والاستنكاه طلب النكهة وهي رائحة الفم قوله فان اخذه الشهود وريحها يوجد منه او سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا • والواو في مكانه للحال • ومعنى قوله او سكران ذلك اشارة الى ريح الخمر وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • وصورتها فيه وان كان الريح يوجد فذهبوا به الى الامام انقطعت الرائحة بسبب بعد المسافة لم يبطل الحد • اعلم ان التقادم قدر بانقطاع الرائحة عند ابي حنيفة وابي يوسف بعد انقطاعها لا تسمع الشهادة اذا كان المشهود عليه حاضرا • اما اذا كان غائبا عن الامام بحيث تنقطع الرائحة قبل الانتهاء الى الامام لبعد المسافة فلا يكون التقادم مما يمنع عن قبول الشهادة لان تأخير الشهادة حينئذ لعذر فلا يتهمون في التأخير كما في سائر الحدود اذا اخروا الشهادة لبعد المسافة تقبل شهادتهم لعدم التهمة فكذا هنا قوله ومن سكر من النبيذ حد هذه من مسائل القدوري والاصل في ذلك ما روي في السنن مسندا الى ابي هريرة • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سكر فاجلدوه ثم اذا سكر فاجلدوه ثم اذا سكر فاجلدوه • فان عاد الرابعة فاقتلوه • بيانه ان الحد في الخمر يجب بشرب قطرة منها بدون السكر بالاجماع فعلم ان النبي صلى الله عليه وسلم اراد به السكر مما سوى الخمر من الاشربة • ودل ايضا ان الحد في غير الخمر لا يجب بدون السكر • وقد روي ان عمر حد اعرابيا سكر من النبيذ بالنبذ التي ابتزعها اذا النبيذ • ومنه سمي النبيذ لان المركان يلقي في الاناء ويصب عليه الماء كذا في المجمل • والمراد هنا السكر من مطلق النبيذ سواء كان نبيذ التمر او الزبيب • وقال بعضهم في شرحه اراد بقوله ومن سكر من النبيذ الذي غلا واشتد • قلت لا يحتاج الى هذا التفسير لان ذلك علم من قوله سكر لان السكر لا يحصل قبل الغليان والاشتداد قوله ويبين الكلام في حد السكر ومقدار حد اي هو تقدمه خطوط قوله ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه يجوز ان يشربها مكرها او يوجر في حلقه مكرها فلا يعتبر بمجرد رائحة الخمر ما لم يعلم الشرب عن طوع • وعلل صاحب الهداية بقوله لان الرائحة محتملة يرد عليه الاشكال لانه قال قبل هذا والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وقطع الاحتمال وهنا عكس وتكلف بعضهم في توجيه ذلك فقال الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال • والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء • ولقائل ان يقول اذا كان التمييز يحصل بالاستدلال على الوجه المذكور • فاذا استدل ذلك الوجه في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة لا محالة ينبغي ان يحد حينئذ لكن لم يقل احد بحد لجواز تصور الاكراه • وقال ايضا والتمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه • وفيه نظر لان من عاين الشرب يغني الامر عن التمييز لاجل الاستدلال وبحث • وصاحب الهداية اثبت التمييز في صورة الاستدلال لا في صورة العيان فعدل ذلك كلام هذا الشارح عن كلامه قطعا قوله ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا • وهذا لفظ القدوري في شرحه • وعلل صاحب الهداية بقوله لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك • وقال في شرح الطحاوي ما يتخذ من الحنطة والشعير والدخن والاجاص والشهد ونحوها • وان اشتد هو حلال عند ابي حنيفة وابي يوسف ويجوز بيعه ولا يحد شاربه وان سكر • وعند

يحدانما اسكر كثيره فقليله بعد الشدة مكروه • وقال في الجامع الصغير في كتاب الاشربة وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به • اي
ما سوى الخمر ونبيذ التمر والمنصف والزبيب والباذق • وكذا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وهذا نص على ان ما يتخذ
من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال في قول ابي حنيفة حتى ان الحد لا يجب • وان سكر منه • وروي عن محمد ان ذلك حرام يجب
الحد بالسكر منه • وكذلك السكران اذا طلق امراته لم يقع عند ابي حنيفة بمنزلة طلاق النائم والمغمى عليه • وعند محمد يقع بمنزلة
طلاق السكران من الاشربة المحرمة • ثم قال فخر الاسلام والذي ذكرناه عن ابي حنيفة انه مطلق والسكر منه عنده بمنزلة السكر من البنج
ولبن الرماك يمنع من وقوع الطلاق والعتاق والبيع والاقرار بالاجماع فهذا كذلك • قال في المحيط ذكر عبد العزيز الترمذي سالت
ابا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع الى راسه فطلق امراته قالا ان كان حين شرب يعلم انه ما هو في طالق وان لم يعلم لا تطلق
ولو ذهب عقله من دواء لا تطلق كذا في خلاصة الفتاوي في كتاب الطلاق • وذكر شمس الائمة السرخسي في اثناء الكلام ان لبن الرماك
مباح كالبنج • وقال في الاشربة في الخلاصة وشرب البنج للتداوي لا باس به • فان ذهب به عقله لم يحل وان كان سكر منه لم يحد عندهما
خلافا لمحمد • ثم اعلم انه اذا شرب الخمر يحد بشرب قطرة منها • وان شرب النبيذ او الباذق وهو المطبوخ ادنى طبخة • او شرب المنصف
وهو الذي ذهب نصفه بالطبخ لا يحد ما لم يسكر عن سكر شرب ذلك طوعا لان حرمة الخمر قطعية وحرمة هذه الاشيا اجتهادية حيث يحل
شرب النبيذ ما لم يبلغ حد السكر اذا لم يكن عن لهو وطرب • قال ابو علي في قول ابي حنيفة وابي يوسف ويحل شرب الباذق والمنصف
على قول الاوزاعي • اما اذا شرب غير ذلك مما يتخذ من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والارز من الاشربة كالعسل فلا يحد وان
سكر لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة • والمراد بيان الحكم بيانه ان الاشيا كانت مباحة
في الاصل فانا تبين حرمتها لقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا • فاذا كان كذلك توقفت الحرمة على وجود دليلها في الاشيا
المذكورة فبقيت على اصل الاباحة وباقي الكلام سوف يجي في كتاب الاشربة ان شا الله تعالى • فلما لم يكن الحد في هذه الاشيا لم يحد
السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ طوعا لانه يحتمل انه شرب من تلك الاشيا او شرب من النبيذ كرها فسكر ومع الشك في الحد لا يجب
بالشك فلاجل هذا شرط **قوله** ولا يحد حتى يزول عنه السكر هذا لفظ القدوري • اعلم ان السكران لا يحد ما لم يصح لان المقصود
من الحد الانزجار ولا يحصل الانزجار لو حد في حال السكر لعدم الاحساس بالم الحد • يوضح ما روي عن عمر انه جلد سكران الى ان صح
فلما صحى جلد **قوله** وحد الخمر والسكر ثمانون سوطا وهذا لفظ القدوري في مختصره • والسكر بضم السين وسكون الكاف اسم الشراب
اي حد الخمر كيف ما شربها قليلا او كثيرا بعد ان كان عن طوع فان حرمتها قطعية يجب الحد بشرب قطرة منها بلا اشتراط السكر وحد السكر
في غير الخمر لا يجب الحد ما لم يسكر لان حرمته اجتهادية • اعلم ان حد الخمر عندنا في الحر ثمانون سوطا وهو مذهب مالك واحمد وقال
الشافعي اربعون جلدة ولو ضرب فيها من ذلك بالنعال واطراف الثياب كفى في اصح الوجهين • ولو راى الامام ان يجلد ثمانين جاز
جاز له لما روي في السنن مسندا الى حضين بن المنذر الرقاشي • قال شهدت عثمن بن عفان واتي بالوليد بن عقبة فشهد حمران ورجل
اخر فشهد انه راه شربها • يعني الخمر وشهد الاخر انه راه يتقياها فقال عثمان انه لم يتقياها حتى شربها • فقال لعلي اقم عليه
الحد فقال علي للحسن اقم عليه الحد فقال ول حارها من تولى قارها فقال علي لعبد الله بن جعفر اقم عليه الحد فاخذ السوط
فجلده وعلي يعد فلما بلغ اربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم اربعين وجلد ابو بكر اربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا احب الي
ولنا ما روي في الجامع الترمذي مسندا الى ابي سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب الحد بنعلين في الخمر • بيانه
ان كل نعل يقوم مقام سوط فتكون الاربعون ثمانين • وروي في الجامع الترمذي ايضا مسندا الى قتادة يحدث عن انس
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اتي برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الاربعين • بيانه لما كان الضرب بجريدتين كان الاربعون
ثمانين • والجريد سعف النخل عند اهل الحجاز • والجواب عما رواه الشافعي ان اهل الحديث قالوا انه لا يصح عن علي ولم يقل علي من
ذلك شيا • الا ترى ان ما لكا حدث في الموطا عن ثور بن زيد الديلي ان عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له
علي بن ابي طالب نرى ان تجلده الحد ثمانين فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذي واذا هذي افترى فجلد عمر في الخمر ثمانين وحدث
البخاري ايضا في الصحيح باسناده الى عمير بن سعيد النخعي قال سمعت علي بن ابي طالب يقول ما كنت لا قيم حدا على احد فيموت فاجد في
في نفسي الا صاحب الخمر فانه لو مات وديته • وذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه • وحدث الطحاوي في شرح الاثار
مسندا الى عمير بن سعيد ايضا عن علي قال ما حددت احدا فات فوجدت في نفسي شيا الا الخمر فان رسول الله صلى الله عليه وسلم
لم يسن فيه شيا • وحدث الطحاوي في حديث اخر باسناده الى عمير بن سعيد النخعي ايضا قال قال علي من شرب الخمر فجلدناه فمات وديناه
لانا نحن سنناه • وحدث الطحاوي ايضا في شرح الاثار باسناده الى علي انه قال اذا سكر هذي واذا هذي افترى وعلى المفتري ثمانون
فدلت هذه الاحاديث كلها ان ذلك الحديث لا يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه لو كان عند علي شي مروي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم لم يقل برايه ولم يقل لم يسن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه شيا ولم يقل نحن سنناه • ومما يدل على ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم لم يوقت في حد الخمر شيا ما حدث البخاري في الصحيح مسندا الى ابي هريرة قال اتي النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب
قال اضربوه • قال ابو هريرة فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه • فلما انصرف قال بعض القوم اخزاك الله
الله قال عليه الصلاة والسلام لا تقولوا هكذا لا تعينوا عليه الشيطان • وحدث ايضا فيه مسندا الى السائب بن يزيد قال كنا نوتى
بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرة ابي بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا ونعالنا واردينا حتى
كان اخر امرة عمر فجلد اربعين حتى اذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين ولا شك ان عمر جلد ثمانين بحضرة اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم

سكر به احد منهم فحل محل الاجماع فهذا معنى قول صاحب الهداية لاجماع الصحابة • ومعنى قوله ول حارها من تولى قارها • اي ول
شديدها من تولى هينها كذا قال الاصمعي يضرب مثلا في وضع الشي موضعه الذي يستحقه • فان قلت ما حكم الخمر اذا شربها واحد
اربع مرات هل يجب القتل لحديث الذي روي في السنن عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سكر فاجلدوه ثم اذا
سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه • فان عاد الرابعة فاقتلوه قلت ذلك قول محمول على التهديد والسياسة بدليل ما روي في السنن عن
ابن مسعود عن عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم يشهد ان لا اله الا الله واني رسول الله الا باحدى ثلاث
الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة وشرب الخمر ليس من هذه الثلاث فلم يجب القتل توفيقا بين الحديثين **قوله**
ويفرق على بدنه كما في حد الزنا • اي يفرق السوط على بدن شارب الخمر ولا يضرب على موضع واحد كما يفرق على بدن الزاني ويعطى
كل عضو حظه من الضرب ما خلا الوجه والراس والفرج في قول ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف اخرا يضرب الراس ايضا • وانما يفرق
الضرب لان الحد يراد به الطهرة من الذنب • وجميع الاعضا تحتاج الى التطهير • بخلاف الاشيا المستثناة فان الضرب على الوجه يورث
المثلة في مهينته • والضرب على الراس والفرج يخاف منه الهلاك والحد زاجر لا متلف وقد استقصينا بيان ذلك في فصل كيفية الحد
واقامته فيتطر ثمة • وقد دل على ما ترا اشارة الى ذلك الفصل **قوله** ثم يجرد في المشهور من الرواية • اعلم ان المحدود يجرد
من ثيابه في جميع الحدود والتعزير الا الازار احترازا عن كشف العورة الا حد القذف فانه يضرب وعليه ثيابه الا الحشو والفرو
فان ذلك ينزع وسيجي بيانه في بابه ان شا الله تعالى • وروي عن محمد في ظاهر الرواية ان شارب الخمر لا يجرد عن ثيابه لعدم ورود
التغليظ فيه وهو الاصح عندي • وجه الظاهر ان التخفيف في حد الشرب حصل مرة بنقصان العدد عن جلد الزنا وهو المائة فلا يخفف
ثانيا بترك التجريد • وقال بعضهم في شرحه في بيان قوله لانه لم يرد به نص اي نص قاطع فيه نظر لانه لا حاجة الى التقييد بالقطع لانه لم يرد
التجريد بنص اصلا في كتب الحديث • وقال ايضا دليل كل واحد من الزنا وشرب الخمر قطعي فيه نظر ايضا لانه قوله تعالى الزانية والزاني
مخصوص منه المكره والصبي والمجنون والمستامن ايضا على مذهب ابي حنيفة ومحمد فكيف يبقى القطع بعد التخصيص • وكذلك في حد
الشرب هو لا مخصوصون والذمي ايضا ومن يخاف على نفسه العطش ايضا مخصوص **قوله** وان كان عبدا فحده اربعون هذا
لفظ القدوري • اي ان كان شارب الخمر ومن سكر من الاشربة المحرمة والمثلث عبدا فحده اربعون الا ان حد الحر ثمانون و
حد العبد على النصف من ذلك فيكون اربعين • وهذا لان الرق منصف وقد مر بيانه في فصل كيفية اقامة الحد • وقد روى
مالك في الموطا عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله قالوا حد العبد نصف حد الحر في الخمر • وحدث مالك عن ابن شهاب
الزهري انه سئل عن حد العبد في الخمر فقال بلغنا ان عليه نصف حد الحر في الخمر **قوله** على ما عرف • اي في اصول الفقه **قوله**
ومن اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد • وهذا لفظ القدوري في مختصره • والسكر بفتحتين هو نقيع التمر اذا غلا ولم يطبخ فكذا
ذكر الناطفي في الاجناس • وقال في الجمهرة السكر كل شراب اسكر • وقال في ديوان الادب السكر خمر النبيذ • وقال في المجمل السكر
شراب • وقال في المغرب السكر عصير الرطب اذا اشتد • وقال المفسرون في قوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا انه الخمر
قبل تحريم الخمر كذا قال الزجاج والسعي • وقال ابو عبيدة السكر الطعم • قال الثعلبي لست اعرف هذا في التفسير • والزجاج استدل
له بقول الشاعر جعلت اعراض الكرام سكرا • اي جعلت ذمهم طعما لك ورزقا حسنا • يعني التمر والزبيب • والمراد هنا ما قاله الناطفي
والاضافة بالذكر والحكم في سائر الاشربة المحرمة كذلك حيث يصح رجوعه لانه الغالب في بلادهم ولا يروى السكر بضم السين • لان
شرب السكر بحال النائم لا اذا قيل انه معطوف على الشرب لا على الخمر على معنى انه اقر بشرب الخمر واقر بالسكر فذلك صحيح من حيث العربية
لكن السامع لم يفهم الا على الاول • ولان الاقرار بالسكر لا يخلو اما ان يكون بعد زوال السكر او حال السكر فالاول لا يجوز للتقادم
والثاني لا يجوز ايضا • لان السكران لا يحد باقراره وهي مسلة اخر الباب • ثم انما صح الرجوع بعد الاقرار بشرب الخمر والسكر لانه
لكذب له في الرجوع • لان حد الشرب خالص حق الله تعالى فصار كالرجوع في الاقرار مر بيان ذلك قبل فصل كيفية الحد
واقامته **قوله** ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة • وهذا لفظ القدوري وهو قول ابي حنيفة
ومحمد • وقال ابو يوسف وزفر يثبت باقراره مرتين في مجلس اعتبارا للعدد من الاقرار بعدد الشهود كما في الاقرار بالزنا • ولنا
ان الشرب يظهر باقراره مرة واحدة فلا حاجة الى التكرار كما في القصاص وحد القذف والديون وتكرار الاقرار في الزنا ثبت بخلاف
القياس فلا يقاس عليه غيره **قوله** سنبينها هناك ان شا الله تعالى • اي سنبين هذه المسلة في السرقة **قوله** ولا تقبل فيه
شهادة النساء مع الرجال وهذا لفظ القدوري في مختصره • وعلل صاحب الهداية بقوله لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال
والنسيان بيانه ان الله تعالى قال في اية المداينة واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ممن ترضون
من الشهداء ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى • ومنه قوله تعالى حكاية عن موسى فعلتها اذا وانا من الضالين اي من الناسين
ثبت ان في شهادتهن البدلية والنسيان فصار البدلية والنسيان شبهة فلم تتم شهادتهن في باب الحدود لشبهة البدلية • لان الحدود
تندري بالشبهات كالشهادة على الشهادة لا تسمع في باب الحدود • ولكونها بدلا لا تقبل هنا • يوضح ما روي عن الزهري انه قال
مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده ان لا شهادة للنساء في باب الحدود والقصاص **قوله** والسكران
الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل ولا المراة • وهذه مسلة الجامع الصغير ذكرها ابو يوسف
عن ابي حنيفة وهو قول ابي حنيفة • وقال في كتاب الاشربة اذا كان كلامه كلاما مختلطا لا يفهم منطقا لا كلاما ولا جوابا وهو
قولهما • قال الفقيه ابو الليث وهو اقرب من ذلك • والمراد من اختلاط كلامه ان يهذي ويكون كلامه غير مستقيم مرة ومستقيما

اخرى • والمراد من قوله لا يبهم منطقا ولا كلاما ان لا يبهم حالة الهذيان لانه اذا لم يبهم ولا يعقل اصلا يكون قولها كقوله ولا
يبقى خلاف حينئذ • لما ان الاعتبار بالعرف والعادة فان الشارب اذا اختلط هذى يسمى سكران • ولابي حنيفة ان في اسباب
الحدود يعتبر اقصى غاياتها درءا للحدود • الا ترى ان في الزنا يعتبر المخالطة كالميل في المكحلة • وفي السرقة يعتبر الاخذ
من الحرز التام فكذا هنا اعتبر غايات السكر وهو ان يبلغ مبلغا لا يعرف الارض من السما والرجل من المراة • واذا لم يبلغ هذا
المبلغ في غير الخمر من سائر الاشربة المحرمة لا يحد لان السكر ناقص في النقصان شبهة العدم • بخلاف الخمر حيث لم يشترط
فيها السكر اصلا • لان حرمتها قطعية لا اجتهادية • والمعتبر في السكر في حق الحرمة هو الذي قالاه بالاتفاق احتياطا واجتنابا
عن الوقوع في الحرمة • وروى بشر بن الوليد وقال ابو يوسف يقرا سورة قل يا ايها الكافرون فان عجز فهو السكر • قال بشر فقلت
لابي يوسف كيف امرته بقراءة هذه السورة من بين السور ومما يخطئ فيها العاقل قال لان الله تعالى بين ان الذي يعجز عن قراءة هذه
السورة كلام ما انزلت • ونزلت قوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى فثبت انه اذا عجز عن قراءة هذه
السورة عرف انه سكران كذا ذكره الفقيه ابو الليث • يدل عليه ما حدث ابو عيسى الترمذي في جامعه باسناده الى ابي عبد
الرحمن السلمي عن علي بن ابي طالب قال صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعانا وسقانا من الخمر فاخذت الخمر منا وحضرت الصلاة
فقدموني فقرات قل يا ايها الكافرون لا اعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون قال فانزل الله عز وجل • يا ايها الذين
امنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى **قوله** ثم ما قالاه بالاجماع اشارة الى قوله وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه
قوله والشافعي يعتبر ظهور اثره في مشيه وحركاته واطرافه وصاحب الهداية قلد في هذا الكلام فخر الاسلام البزدوي
لانه قال في شرح الجامع الصغير • قال الشافعي اذا ظهر اثره في المشية والاطراف وحركاته فهو السكر • ولنا فيه نظر لان الشافعي
يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر جنسه وان قل وهو المذكور في كتبهم ولا يعتبر السكر ايضا **قوله** وهذا ما يتفاوت
اي الذي قاله الشافعي في تقدير صحة الرواية عنه مما يتفاوت لانه كم من صاح يتمايل ويترنح في مشيه وكم من سكران يكون هو
من المدبرين يكون امر الاثبات له ان كان قاله **قوله** ولا يحد السكران باقراره على نفسه وهذه من مسائل الجامع الصغير
اعلم ان السكران اذا اقر على نفسه بشيء من الحدود لا يؤخذ به الا حد القذف والخالصة لله تعالى حق حد الزنا والشرب
والسرقة لا يؤخذ بما اقر ولا يحد • لان كلامه هذيان يحتمل الكذب • ومع احتمال الكذب لا يحد لان الحدود تحتال
لدرئها لا لاثباتها الا انه يضمن المسروق لانه حق العبد • ولو اقر بما يجب حق العبد كحد القذف • او اقر بقصاص على نفسه
او بطلاق او بعتاق صح اقراره الا ان يحد حد القذف اذا صحا وهذا لانه يؤاخذ بحقوق العباد • وفي حد القذف
حق العبد • ولهذا لا يبطل بالتقادم ولا يصح الرجوع بعد الاقرار ولا يقام بدون دعوى المقذوف **قوله** والسكران
فيه كالصاحي • اي في حق العبد **قوله** كما في سائر تصرفاته الضمير راجع الى السكران • يعني ان السكران يجعل في حق العبد
وهو حد القذف كالصاحي كما يجعل كذلك في سائر تصرفاته من الاقرار بالمال والطلاق والعتاق **قوله** ولو ارتد السكران
لا تبين منه امراته • قال الحاكم في الكافي وردة السكران ليس بردة استحسانا كذا ذكره في الشامل ايضا في قسم المبسوط • وذلك
لان بعض الصحابة قرا قل يا ايها الكافرون بخلاف ما نزلت حالة السكر قبل تحريم الخمر فلم يكن ذلك منه كفرا ولان الكفر من باب
الاعتقادات والسكران لا يعتقد ما يقول لان كلامه هذيان لا قرار له فلا يكون كافرا بدون الاعتقاد كالمكره على الكفر
والله اعلم

باب حد القذف

قد ذكر وجه المناسبة في اول باب حد الشرب **قوله** اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امراة محصنة بصريح الزنا وطالب
المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا • وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذه المسالة تشتمل على قيود
الاول وجوب الحد بقذف المحصن او المحصنة • والاصل فيه ما قال في شرح الطحاوي ان من قذف احدا بفعل يوجب الحد على
المقذوف لو ظهر ذلك منه فاذا لم يظهر ذلك بقول القاذف رجلا او امراة لبعد ان يكون من اهل العقوبة وان لم يكن من اهل
العقوبة فلا حد عليه كالصبي والمجنون ولم يكن الفعل موجبا للحد على المقذوف لو ظهر ذلك فلا يجب الحد على القاذف ويجب
التعزير • وذلك لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم
شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون • ولما روى صاحب السنن وغيره مسندا الى ابن عباس ان هلال بن امية قذف امراته
عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك بن سحما فقال النبي صلى الله عليه وسلم البينة او حد في ظهرك • وفي رواية والا حد في ظهرك
والثاني وجوب الحد بالقذف بصريح الزنا • ان قال يا محصن يا زاني او يا محصنة • او قال يا ولد الزنا • او يا ابن الزنا او لست
لابيك وامه حرة مسلمة • وذلك لان المراد من الرمي في الاية القذف بالزنا لا بغيره بدلالة اربعة شهداء لانها تشترط في الزنا
لا في غيره • والثالث مطالبة المقذوف لان الحد انما يجب على القاذف دفعا للشين الذي يلحقه بقذف القاذف • فاذا لم
يطالب المقذوف فقد ترك حقه فلا يستوفى الحد حينئذ • والرابعة تقدير الحد بثمانين في الحر لان ذلك منصوص في الاية
والخامس الحرية • لان القاذف اذا كان عبدا يحد اربعين وهو مذهب مالك والشافعي واحمد وذلك لقوله تعالى فعليهن
نصف ما على المحصنات من العذاب • ولان الرق منصف على ما عرف بيانه في فصل كيفية الحد واقامته • وحدث مالك
باسناده الى عبد الله بن ربيعة فقال ادركت عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان والخلفاء هلم جرا ما رايت احدا جلد عبدا في فرية
اكثر من اربعين • وقد روي عن ابن مسعود والاوزاعي انه جلد ثمانين • وذلك ضعيف لقوله عليه الصلاة والسلام علمكم بشيء

ومنه

زنية الملقا الراشد بن نبدي • وقد عرف ان سنة الخلفاء بخلاف ذلك والاخذ بها اولى **قوله** اشارة اليه • اي الى
الرمي بالزنا **قوله** واحصان المقذوف • اي يشترط لما يكون اشارة الى قوله تعالى والذين يرمون المحصنات **قوله**
ويفرق على اعضائه ما خلا الوجه والراس والفرج لما مر في حد الزنا ان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف **قوله** ولا
يجرد من ثيابه هذا لفظ القدوري ايضا • اي لا يجرد القاذف عن ثيابه لان سببه اي سبب الحد هو القذف غير مقطوع به لاحتمال
كون القاذف صادقا في القذف في الواقع • فان كان عاجزا عن اقامة البينة على ما قذف لاشتراط امور في الشهادة على
زنا المقذوف فلا يبهرها الشهود بتحقيق ذلك عند اقامة البينة القاضي • فلما كان في القذف احتمال الصدق لم يجرد ثيابه احتياطا
للمنة في اقامة الحد وهو معنى قوله فلا يقام على الشدة • بخلاف سائر الحدود فان اسبابها مقطوع بها لثبوتها بالبينة او بالاقرار
بمجرد الذي يقام عليه الحد الا الازار توقيا عن كشف العورة فيقام على الشدة الا شارب الخمر فانه لا يجرد على ما قد مر عليه اختيارنا
لعدم ورود النص بذلك • وقد مر في بابه • ثم اذا لم يجرد القاذف ينزع عنه الحشو والفرو حتى يحصل المقصود من الحد وهو
الزجر بايصال الالم الى المحدود **قوله** فان كان القاذف عبدا جلده اربعين سوطا وهذا ايضا من مسائل القدوري وقد مر بيانه
انفا **قوله** فان قال القاذف غيره يا زاني والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا • هذا لفظ القدوري
في مختصره • اعلم ان المقذوف اذا لم يكن محصنا لا يجب على قاذفه الحد وانما يجب اذا لم يكن محصنا • وشرائط احصان القذف خمسة
الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والعفة عن فعل الزنا • اما اشتراط الحرية فلان الله تعالى اراد بقوله فعليهن نصف ما على
المحصنات من العذاب الحرائر لا الاماء • فدل على ان الرقيق ليس بمحصن • واما اشتراط العقل والبلوغ فلان حد القذف لدفع
العار والشين عن المقذوف والصبي والمجنون لا يعير فعلهما لعدم تحقق فعل الزنا منهما فلا عار اذن يلحق بسبب القذف بالزنا • واما الاسلام
فلما روى اصحابنا في كتبهم عن النبي صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن فلما لم يكن الكافر محصنا بحكم الحديث لم يحد قاذفه
لان الله تعالى اوجب الحد على قاذف المحصنات في قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية • واما اشتراط العفة عن الزنا
فلان شرعية هذا الحد لدفع لحاق الشين عن المقذوف وغير العفيف لا يلحقه الشين بنسبته الى الزنا فلا يحد قاذفه • ولان القاذف انما
يحد لبهتانه لاجل صدقه والقاذف هنا صادق فلا يحد • قال في شرح الطحاوي وشرائطه خمسة وهو ان يكون حرا بالغا عاقلا
مسلما عفيفا لم يكن وطئ امراة بالزنا ولا بالشبهة ولا بالنكاح الفاسد في عمره • فان كان فعل ذلك مرة سقطت عدالته • ولو
وطئها في الملك لانه محرم فانه ينظر ان كانت الحرمة موقتة فانه لا تسقط عدالته كما في وطء امراته وهي في حالة الحيض او اشترى
امة مجوسية فوطئها لا يسقط احصانه وان كانت الحرمة مؤبدة يسقط احصانه كما اذا وطئ امته وهي اخته من الرضاع • ولو
لمس امراة بشهوة ثم تزوج ابنتها ودخل بها سقط احصانه • ولو وطئ امراة بالنكاح ثم تزوج ابنتها ودخل بها سقط هو
احصانه الى هنا لفظه • وانما لم يسقط احصانه حتى يحد قاذفه عند ابي حنيفة • وعندهما يسقط احصانه لان كثيرا من الفقهاء
لا يحرمون بهذا ويعتبرون النكاح الصحيح **قوله** ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد هذا لفظ القدوري
في مختصره • قال الحاكم الشهيد في الكافي وان قال لرجل يا ولد الزنا او لست لابيك وامه حرة مسلمة فعليه الحد • ثم قال
لست فانه يحد هذا لفظ القدوري في مختصره • قال الحاكم الشهيد في الكافي وان قال لرجل يا ولد الزنا او يا ابن الزنا او لست
لابيك وامه حرة مسلمة فعليه الحد • ثم قال بلغنا عن عبد الله بن مسعود انه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل عن ابيه
لانه قال يا ولد الزنا او يا ابن الزنا فقد نسب امه الى الزنا لان معناه امك زانية او زنت فولدت منها بالزنا • وكذلك
معنى قوله لست لابيك او امك زانية او زنت فولدتك بالزنا • فلما كان هذا في الحقيقة قذفا للام يشترط ان تكون الام محصنة
فان كانت محصنة حد القاذف والا فلا • وهذا معنى قوله هذا اذا كانت امه حرة مسلمة • ولكن كان ينبغي ان يقول اذا كانت
امه محصنة حتى تشتمل على جميع شرائط الاحصان • فاذا كانت الام ميتة محصنة يثبت حق المطالبة لمن يتناوله هذا القذف
كالوالد وان علا والولد وان سفل • فان قلت ينبغي ان لا يحد القاذف بقوله لست لابيك لان هذا اللفظ يشتبه بجواز
ان يراد به لست لابيك لان امك وطئت بشبهة او بنكاح فاسد ولا حد على من قذف من وطئ بشبهة او بنكاح فاسد لانه يسقط
احصان الواطئ بذلك قلت انما وجب الحد لان الامة اجمعت على صحة هذا القذف ووجوب الحد به لان الشتم انما يكون في
عادات الناس بنفي النسب بالزنا لا في غيره من الوطء بشبهة ونحوه فثبت ان معنى قوله لست لابيك امك زانية فيحد القاذف
اذا كانت هي محصنة وهذا معنى قوله لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره • يعني ان القاذف قصد قطع النسب في قوله لست لابيك
والنسب ليس بمقطوع في الوطء بشبهة او بنكاح فاسد بل النسب ثابت من الواطئ • ثم الوطء ينقسم من ان يكون هو الابا وغيره فعلم
انه ما اراد به الوطء بشبهة او بنكاح فاسد بل اراد به الزنا لان النسب ينقطع عن الزاني لا عن غيره فكانه قال لست لابيك الذي ولده
من ابيه حينئذ لانك مقطوع النسب منه شرعا لانه زنا بامك ولا نسب الى الزاني لان الولد للفراش وللعاهر الحجر • فلما كان الواطئ
بامه الذي هو ابوه حقيقة لا شرعا زانيا كانت امه زانية بموجب كلام القاذف فيكون قذفا للام فيحد ان كانت محصنة لكن يشترط
ان يكون قوله لست لابيك على سبيل الغضب والشتم وان كان في غير غضب فلا حد بدليل المسالة التي تلي هذه • وانما استحسنا
بحل المسالة لان تعليل صاحب الهداية كان يحتاج الى حل المشكل ولا يفهم على تفصيل • ثم انما يحد بقوله لست لابيك لانه اذا قال
لست لامك لا يحد لانه صرح في التحفة وذلك لانه صدق لان النسب الى الاباء لا الى الامهات **قوله** ومن قال لغيره في غضب
لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد • ولو قال في غير غضب لا يحد والتقييد بالغضب من خواص الجامع الصغير • وفي النسخ

يدعى اليه • اي ينسب اليه • وهذا ما روي قبل هذا عن عبد الله بن مسعود انه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل عن ابيه لكن في
حالة الغضب والسباب بيقين القذف فيصير قاذفا لامه فيجب الحد في غير حالة الغضب • يحتمل ان يراد به المعاتبة والملامة • اي
لا يشبه اخلاقك اخلاق ابيك وبالاحتمال لا يجب الحد لمكان الشبهة **قوله** يراد به حقيقته • اي يراد بقوله لست بابن فلان حقيقة
وهي نفيه عن ابيه سبا له اي شتما له **قوله** ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد وهذه من مسائل الجامع الصغير المسالة
اعلم انه اذا نسبه الى جده او نفاه عنه لا يحد اما في النسبة اليه فلان الجد يسمى ابا بالمجاز • واما في النفي عنه فلانه صادق
في مقالته لانه ليس ابنه على الحقيقة واي المجاز يصدق ولا حد على الصادق **قوله** ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة
محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف • وهذه مسألة القدوري • وانما قيد بكون الام محصنة لان الحد لا يجب على قاذف
غير المحصن • لان الله تعالى شرط الاحصان في الاية ثم الاحصان يثبت باقرار القاذف وبالبينة والبينة رجلان او رجل
وامرأتان عندنا خلافا لزفر فانه يشترط رجلين وقد مر بيانه قبل باب حد الشرب • فان انكر القاذف وعجز المقذوف
عن البينة لا يستحلف القاذف فالقول قوله • لان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يثبت احصانها بالظاهر • وانما
كان المطالبة بالحد الى الابن لان القذف بعد الموت الحق الشين بالابن فكان حق المطالبة اليه لدفع العار عن نفسه **قوله**
ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه وهو الوالد والولد وهذه مسألة القدوري • وفي الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقذف الرجل وهو ميت قال لا ياخذ بالحد الا الولد والوالد • قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير • يعني الوالد والجد وان علا والولد وولد الولد وان سفل • وذلك لان الجد يسمى ابا وولد الولد
يسمى ابنا وليس للاخ والاخت والعم ان ياخذ بالحد • وعند الشافعي تثبت المطالبة لكل وارث لان حد القذف للميت بطريق
الارث عنده وسيجيء بعد هذا عن قريب ان شاء الله تعالى • وعندنا يثبت حق المطالبة لمن يقع القدح في نسبه بطريق الاصالة
كانه هو المقذوف لا بطريق الارث • لان حد القذف لدفع العار والعار انما يتصل الى بعض الناس اذا كان بينهما جزئية
كالوالد والولد والاولاد • ولهذا صار الولد والوالد بمنزلة شخص واحد حيث لا تجوز شهادة احدهما للاخر • بخلاف شهادة الاخ
والعكس فانها جائزة • ولهذا اقتصرت حرمة المصاهرة على قرابة الولاد دون سائر الاقارب • فلما كان حق المطالبة
بطريق الاصالة لقرابة الولاد كان الوارث وغير الوارث • وكذا الاقرب والابعد سواء • الا ترى الى ما قال في شرح
الطحاوي ولو قذف ميتا وجب الحد على القاذف وللوالدين والمولودين ان يخاصموا سواء كان الولد او الوالد او لم يكن ولا
يعتبر في ذلك الاقرب فالاقرب والابعد سواء في ذلك • وان عفى بعضهم فللباقين ان يخاصموا لان النقيصة تلحق ايهم قام ولـ
ما وجب الحق وجب لهم الا اذا كان القاذف هو الوالد فقذف امرأته وهي ميتة فليس للولد ان يخاصم اباه ولا للعبد ان
يخاصم مولاه • وقال في الفتاوى الولوالجي يجوز للابعد من الولد ان يطالبه مع قيام الاقرب فيكون لابن الابن ان يطالبه
وان كان ابوه حيا لان القذف يتناول الكل معنى فصاروا سواء • وعند ابن ابي ليلى ياخذ الاخ والاخت ايضا بالحد وقال
ابن ابي ليلى الغائب بمنزلة الميت فان مات قبل ان يرجع لم ياخذ وارثه ايضا • وان رجع فقدمه الى الحاكم وضرب
القاذف بعض الحد ثم غاب لم يتم الا وهو حاضر الى هنا لفظ الحاكم • وانما لم يتم الا وهو حاضر لان المطالبة شرط في كله
قوله يقع القدح اي الطعن والولد **قوله** لان العار يلتحق به • اي بكل واحد من الوالد والولد **قوله** شنا
ولا لا • اي لكل واحد من الوالد والولد **قوله** على ما بينه اي عند قوله ومن قذف غيره فمات المقذوف
بطل الحد • وقال الشافعي لا يبطل **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لان العار يلتحق به **قوله** ولهذا يثبت عندنا
للمحروم عن الميراث بالقتل • اشارة الى قوله لان العار يلتحق بطريق الارث ايضا حا • اي لهذا المعنى الذي قلنا وهو ان
ولاية المطالبة بالحد لا بطريق الارث يثبت المطالبة بالحد لمن حرم من الميراث بقتله • وكذا يثبت المطالبة في ظاهر الرواية
لولد البنت وان لم يكن وارثا لانه من ذوي الارحام كما يثبت لولد الابن • وروي عن محمد في غير ظاهر الرواية كذا في شرح
الطحاوي والمختلف انه ليس لولد البنت حق المطالبة لانه من ذوي الارحام • وكذا يثبت المطالبة لابن الابن مع وجود الابن
عندنا خلافا لزفر حتى اذا عفى الابن لا يسقط حق ابن الابن وهذه من المسائل الثلاثة اوردها ايضاحا • والمعنى في الكل
واحد وهو ان ثبوت المطالبة لدفع العار عمن يتصل به العار بسبب الجزئية بطريق الاصالة لا بطريق الارث **قوله** واذا
كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد وهذا لفظ القدوري • وهذا اذا كان المقذوف
ميتا لانه اذا كان حيا ليس للابن ان يطالب بالحد للمقذوف • وانما لم يقيد القدوري بالميت لانه ساق كلامه في قذف
الميت قبل هذا حيث ذكر ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه • ثم اعلم ان الولد الكافر او المملوك هل
ان يطالب بالحد كما اذا قذف امرأة ميتة مسلمة لها ابن نصراني او مملوك • وقال زفر ليس له ان يطالب بالحد لان القذف
تناول الابن من حيث المعنى لانه لحقه العار من قذف الميت • فلو تناول القذف الابن صورة ومعنى بان قذفه انسان
بالزنا ابتداء لا يجب الحد لعدم الاحصان لكفره او رقه فكذا هنا • ولنا ان القذف انما يوجب الحد اذا كان قذف المحصن
او المحصنة وقد وجد الشرط فيجب الحد ولا خلل في المطالبة لوقوع القدح لان ولاية المطالبة لوقوع القدح في النسب
وبالكفر لا ينقطع النسب بخلاف ما قاس عليه لان ثمة لم يوجد شرط وجوب الحد لعدم الاحصان في نفس المباشر • ولهذا
قال في شرح الطحاوي لو كانت المقذوفة امرأة نصرانية او مملوكة ولها ولد حر مسلم لم يكن على قاذفها الحد لانه قذف المحصنة

قوله وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة • اي القاذف غير الابن الكافر والمملوك وهو بالعين المهملة • يقال عيره اذا رماه بالعار **قوله** وليس
للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة وهذا لفظ القدوري • صورته قذف عبده وللعبد ام ميتة محصنة • وذلك لان المولى
لا يؤخذ بعبده في سائر الحقوق • ولهذا اذا قتله لا يقتل به • وكذا لا يحد بقذفه • وعلى هذا قالوا ليس للولد المطالبة بالحد
اذا كان القاذف اباه او جده وان علا وامه او جدته وان علت كذا قال الشيخ ابو نصر بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يقاد
الوالد بولده ولا السيد بعبده • وكذا ان قذف نسل الولد احد من المذكورين لا يجب الحد • لان الولد مامور بتعظيم الابوين وممنوع
عن اضرارهما • ولهذا نهي عن التأفيف والضرر في الحد اكثر من الضرر بالتأفيف فيمتنع عنه كما منع من التأفيف **قوله** ولو كان له
ابن من غيره له ان يطالب اي من غير القاذف • صورته ما قال الحاكم في الكافي في رجل قال لابنه يا ابن الزانية وامه ميتة
ولها ابن من غيره له ان يطلب الحد فاضرب القاذف الحد • ووجه ذلك ان سبب وجوب الحد هو القذف وقد تحقق لكن
المانع عن اقامة الحد في حق الابن ولم يوجد المانع في حق اخيه وهو الابن فيجب الحد اذا طلبه • وقال في الكافي ايضا
وكذا اذا كان للميت المقذوف ابنان فصدقه احدهما كان للاخر ان ياخذ بالحد • وعلله في الشامل لان بالتصديق خرج من
ان يكون خصما فبقي سببا في حق الباقي • وقال في الكافي ايضا وان لم يكن للمقذوف الا ابن واحد فصدقه في القذف
ثم اراد ان ياخذ ليس له ذلك • وقال ايضا وان كان ابنان احدهما عبد او كافرا كان للعبد او للكافر ان يطالب
الحد حاضرا كان او غائبا **قوله** ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وهذه من مسائل الجامع الصغير • وعند
الشافعي لا يبطل الحد بموت المقذوف • وعلى هذا الخلاف اذا مات المقذوف بعد ما اقيم عليه بعض الحد • وذلك لان
الارث انما يكون في المال او فيما يتصل بالمال كالكفالة او فيما ينقلب الى المال كالقصاص والحد ليس بمال ولا متصل بالمال ولا هو
منقلب الى المال فلا يجري فيه الارث ويبطل بالموت • بخلاف ما اذا قذف الميت بعد الموت حيث يطالب بالحد لانه يجب
الحق للوارث ابتداء بطريق الاصالة لا بطريق الارث • وشرح المسألة ان بالاتفاق في حد القذف حق الله تعالى وحق العبد لانه
من حيث انه شرع نفعه عاما باخلاء العالم عن الفساد حق الله تعالى لانه ليس بحق آدمي يختص به ومن حيث ان فيه صيانة العرض ودفع
ودفع العار عن المقذوف حق العبد ثم حق الله تعالى لا يجري فيه الارث ويجري فيه التداخل ولا يسقط بالاسقاط • ثم ان الشافعي
قال الغالب حق العبد فيجري فيه الارث ولا يتداخل بقذف الجماعة بكلمة واحدة او بقذف واحد مرارا ويسقط بالعفو والاسقاط
وعندنا لا يورث ويتداخل ولا يصح العفو له ان حد القذف لما كان فيه حقان قلت تغليبا لحق العبد لان العبد محتاج والله
تعالى غني برعاية حق العبد صارت اولى لدفع حاجته • ولنا ان الغالب فيه حق الله تعالى لان اخلاء العالم عن الفساد حق الله
تعالى وليس فيه حق وصيانة العرض حق العبد وفيها حق الله تعالى ايضا لان في التعرض حق الاستبداد به وحق الامتناع للعبد
فاذا كان كذلك كان حق الله تعالى فيه في حد القذف من جهتين وحق العبد من جهة فيكون الغالب فيه حق الله تعالى والمرجوح
في مقابلة الراجح كالعدم • ولان مال العبد للمولى وما للمولى لا يكون للعبد الا بانابة المولى • فدل على ان الغالب حق الله تعالى
ويدل على ان الغالب حق الله تعالى ان حد القذف ينتصف بالرق بالاتفاق كحد الزنا ينتصف بالرق • فلو كان الغالب حق العبد
لم ينتصف لان حقوق العباد لا تختلف باختلاف من يجب عليه كالضمانات وغيرها • فلما كان الغالب فيه حق الله
تعالى لم يورث ولم يصح العفو وتداخل • فان قلت يرد عليكم خصومة العبد قلت لا نسلم لانا نقول انما اشترط في اقامة الحد
لان المطالبة لاجل ان حق العبد غالب • فان قلت يرد عليكم التقادم فان حد القذف لا يسقط به وحد الزنا يسقط • قلت
انما سقط حد الزنا بالتقادم للتهمة وهي منعدمة هنا لتوقف الشهادة على دعوى المقذوف • فان قلت اذا صدقه المقذوف
يسقط قلت لا نسلم انه يسقط بعد الوجوب لانه لا ينعقد القذف حينئذ موجبا للحد وليس كذلك العفو فانه اسقاط بعد الوجوب
فان قلت يرد عليكم القصاص فان فيه حق الله تعالى لان فيه اخلاء العالم عن الفساد وحق العبد في الصدور به ومع هذا يصح عفو
الولي قلت القصاص يجوز ان ينقلب مالا بالصلح او بحرمة الابوة والحد لا ينقلب مالا اصلا فظهر الفرق • فان قلت فما
ذكرتم تعليل في مقابلة النص وهو فاسد لانه تعالى قال والذين يرمون المحصنات الاية ولم يفصل بين ما اذا مات المقذوف
او لم يمت • قلت خصومة المقذوف شرط بالاجماع فتعذرت بعد الموت • فان قلت ينوب وارثه منابه بطريق الارث
قلت الارث انما يصح في المال او ما في معناه لا في غيره • والحد ليس في معنى المال • ولهذا لا يكون حقه ولهذا قد رشه
زنا برضاه ولو رثته ويكفيك هذا القدر ان كنت فقلا ستبدي لك الايام ما كنت جاهلا **قوله** ولو مات اي المقذوف
قوله يورث • اي حد القذف عنده • اي عند الشافعي رضي الله عنه **قوله** والاختلاف فيه • اي في حد القذف
قال **قوله** ما اي تغليب حق العبد • قال ابن دريد يقال غلب الرجل على فلان اذا حكم له بالغلب **قوله** لا يصح عفو
المقذوف عندنا • قال في الشامل في قسم المبسوط لا يصح عفو المقذوف الا ان يقول لم يقذفني او كذب شهودي لان حق الله تعالى
الا ان خصومته شرط • ثم قال وعند ابي يوسف والشافعي يصح العفو **قوله** ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد
اراد به صدر الاسلام البزدوي فانه ذكر في مبسوطه ان الغالب فيه حق العبد وتخرج بما حققنا انفا بعونه تعالى • قال
ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي اطلق محمد في مواضع ان حد القذف من حقوق الناس • واطلق في بعضها انه من
حقوق الله تعالى • فقال ابو بكر الاطلاقان صحيحان • اما قوله انه من حقوق الناس فانما اراد ان المطالبة من حقه لما لحقه
من الشين بقذفه زنا ولهم عرضه • ولو لم يطالب لم يحد • وقوله انه من حقوق الله تعالى اراد به نفس الحق لا المطالبة

اذ ليس يمتنع ان يكون الحق لواحد والمطالبة به لآخر كالوكيل بالبيع يطالب وملك الثمن للآمر وكذلك المشتري اذا كان وكيلا فان حق
البداية والملك للآمر قلت والاول اظهر • اي كون حق الله تعالى مغلبا اظهر من كون حق العبد مغلبا وعليه الاول اكثر المشايخ
رحمهم الله قوله ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه وهذه مسئلة القدوري • اعلم ان الرجوع بعد الاقرار في الحدود
الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب يصح لعدم المكذب • اما في حد القذف وبعد القصاص لا يصح الرجوع بعد الاقرار لوجود
المكذب وهو العبد • ولانه حين اقر لزم الحق الثابت بعبده ثم اذا رجع يكون ذلك ابطالا واسقاطا لحق الغير فلا يقبل قوله ومن قال
لعربي يا نبطي لم يحد وهذا ايضا لفظ القدوري • قال الحاكم الشهيد في الكافي وان قال لعربي يا نبطي او لست لعربي فلا حد عليه • الا
ترى انه لو قال يا رستاقي لم يكن عليه شي • وقال ابن ابي ليلى اذا قال لعربي يا نبطي او قال لست من بني فلان لقبيلته التي هو منها فعليه الحد
الى هنا لفظه • وجه قوله انه نسبه الى غير ابيه فصار كما اذا قال لست لابيك • ولنا ان القذف ليس براد به في العرب بهذا اللفظ
وانما يراد التشبيه في الاخلاق من حيث الخساسة والبخل او في عدم الفصاحة وكانه قال انت من حيث البخل كانك نبطي او من حيث
عدم الفصاحة انت مثل النبطي فصار كما اذا قال يا رستاقي • قال في شرح الطحاوي ومن قال لعربي يا نبطي يا عجمي لم يحد لانه لم يقذفه
وانما نسبه الى غير بلده كما اذا قال للبلدي يا رستاقي قال في ديوان الادب النبط قوم ينزلون سواد العراق • قال الفرزدق في هجو
طي هو نبط من اهل حوران نضيهم • ومن اهل عين التمر كانت سطورها ... ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف وقال
الفقيه ابو الليث النبطي رجل من غير العرب في كتاب النفاق من شرح الجامع الصغير قوله ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف
وهذا لفظ القدوري في مختصره • قال الحاكم الشهيد في الكافي وان قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف او يا ابن جلا فلا حد عليه
لانه كلام الناس وليس على سبيل القذف فهذا لفظه • يعني ان الناس يذكرون هذه الالفاظ على سبيل المدح لا على سبيل السب فلا حد
اما ماء السماء فهو من ملوك غسان وانه عمرو بن عامر وهو ماء السماء بن حارثة الغطريف بن امرئ القيس بن ثعلبة بن مازن الازد • وقد خرج
من سيل العرم حين احس السيل العرم • وانما سمي عمرو مزيقيا لانه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما ويكره ان يعود فيهما ويكره ان يلبسهما
غيره • واما عامر وهو ابو مزيقيا فانما سمي ماء السماء في القحط انه يقوم مقام المطر وكان غياثا لقومه مثل ماء السماء للارض وكانت
وكانت ام المنذر بن امرئ القيس ايضا ماء السماء لجمالها وحسنها وابوها عوف بن جشم وجفنة بن مزيقيا هو الذي ذكره حسان في قوله اولاد
جفنة حول قبر ابيهم قبر ابن مارية الكريم المفضل • يسقون من ورد البريص عليهم بردى يصفق بالرحيق السلسل • وجفنة هو هو قبيلة الشام
وسمي الغسانيون الطوال عنقه ومارية بنت ظالم بن الوهب بن الحرث بن معاوية ابو ثور بن كندة وهي التي يضرب بها المثل خذها ولو بقرطي
مارية وكان يقوم قرطها باربعين الف دينار وكانت افضل الناس بكرا واكثر الناس مالا وكان عظم ما في القبة من الجوهر والدر الذي
كان لها كذا قال ابو عمرو الشيباني وابن الكلبي والمبرد والقتبي دخل كلام بعضهم في بعض • والبريص موضع بدمشق وليس بالعربي الصحيح
وقد تكلمت به العرب • قال ابن دريد وبردى نهر دمشق تصفق تمزج والسلسل العذب السهل الدخول في الحلق • قال ابن الكلبي
غسان اسم ماء ورده لما تفرقوا فجانه سيل العرم فمن شرب من ذلك الماء نسب الى غسان ومن لم يشربه لم ينسب الى غسان • وقال
حسان بن ثابت اما سالت فانا معشر نجب الازد نسبتنا • والماء غسان • واما ابن جلا فقد سيبويه جلا فعل ماض فكانه عني انا
ابن الذي جلا اوضح وكشف • يعني انا المشهور المكشوف الامر ظاهر لا اخفى • قال سحيم انا ابن جلا وطلاع الثنايا متى اضع العمامة تعرفوني
وقال الفلاح اما الفلاح بن خباب بن جلا ابو خناس اورد الجمال وخباب برد واهي وخناس ايضا قوله وان نسبه الى عمه او خاله
او الى زوج امه فليس بقاذف هذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم انه لو قال لاخر انت ابن فلان واراد بفلان عمه او خاله
او زوج امه لا يكون قاذفا ولا يحد لان كلا منهم يسمى ابا • اما العم فلان الله تعالى قال ام كنتم شهداء اذ حضر يعقوب الموت
اذ قال لبنيه ما تعبدون من بعدي قالوا نعبد الهك واله ابائك ابراهيم واسماعيل واسحاق وكان اسماعيل عم يعقوب بن اسحاق
عليهم السلام وقد سماه الله تعالى ابا واما الخال فلقوله تعالى ورفع ابويه على العرش • قال في الكشاف يعنى اباه وخالته فانت
امه فتزوجها فلما جاز ان يسمى الخالة اما جاز ان يسمى الخال ابا • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي في بعض الاخبار
ان الخال والد • واما زوج الام فلقوله تعالى ان ابني من اهلي جاء في احد التاويلين في الكشاف انه قال وهو ابن امرأته • ولان زوج الام
يقوم عليه بالتربية قيام الاب فجاز ان يسمى ابا مجازا فلما صح اطلاق الاب على كل واحد منهم لم يجب الحد بالنسبة اليهم قوله اما
الاول اراد به العم قوله عمه • اي يعقوب قوله والثاني اي الخال قوله والثالث اي زوج الام قوله
ومن قال لغيره زنات في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال لرجل زنات في الجبل ثم قال عنيت الصعود على الجبل قال يحد • وقال محمد لا يحد • له ان الزنا
بالهمز الصعود حقيقة وقد اراده حقيقة كلامه فيصدق ولا يحد • قال في الجمهرة وغيرها زنا في الجبل بالهمز يزنا زنا اي صعد وجاء زنا
بلا همز ايضا بمعنى صعد بحيث ما جاء في شعر العرب • وارقى الى الخيرات زنا في الجبل واصح هذا البيت جمع اهل اللغة في كتبهم
وسيجي شرح البيت بعد فراغنا عن بيان المسئلة • ولابي حنيفة وابي يوسف ان الزنا بالهمز حقيقة في الصعود ولكن يجوز ان يستعمل
في ارادة الفاحشة مهموزا ايضا لانه يجوز في لغة العرب ابدال الهمزة من الياء كما في قولهم قطع الله اديه • اي يديه فيجوز على هذا
ان يكون زنات في الجبل مهموزا بمعنى زنيت بالياء • وحالة الغضب والسباب يعين ذلك فصار كما اذا قال يا زاني بالهمز او
اليمني على قوله زنات بدون قوله في الجبل لا يحتمل الصعود حيث يجب الحد • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قوله
في الجبل لا يحتمل الصعود لانه يقال زنا فيه وانما يقال زنا عليه كما قال الشاعر • لام ان الحرث بن حلزة زنا على ابيه ثم قتله فاترك

لانه ان يقال زنا به بل قال فخر الاسلام بكر اللغة فلا يصح لان زنا بالهمز لا يصح في قوانين اللغة الا بلفظ في لا بلفظ على كما في قوله
زنا في الجبل • اما قوله زنا على ابيه فليس مما نحن فيه لان ما نحن فيه المهموز من الثلاثي وما احتج به لغيره مهموز من مزيد الثلاثي هو
من باب التفعيل معنى زنا على ابيه • اي ضيق عليه والبيت مشهور في اصطلاح المنطق وما بعد البيت وركب الشادخة المحجلة وكان
بكارانه لا يهتدله • فاي امرئ سبي لا فعله والابيات لابن البيقيف اخي بني سلمة يهجو بها الحرث حلة الساقي • والشادخة الغرة
الفسيحة تشدخ فالها • يريد انه ركب امرا واضحا في القبح والمحجلة المهموزة التي خنا بها والامر كارانه يلي بنوه منه • ثم
رجع الى بيان قوله وارق الى الخيرات • قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها اشبه ابا امك او اشبه حمل ولا تكونن
كهلون وكل يصبح في مضجعه قد انجدل وارق الى الخيرات زنا في الجبل • قال في كتاب الزبرج شرح الاصلاح الابيات وقالت امرأة
وانما في رجل زابنا لها ترقصه اشبه فاخلع من يديها وقال اشبه ابا امك يخاطب ابنه وكان ابو امه مرتبا سيدا يقول اشبه ابا
امك او اشبه حمل • اي كن مثل ابي امك او مثل وانا لا تجاوز نافي الشبه الى غيرنا فحذف بالاضافة من عمل الضرورة وههنا الرجل
بلبس بن غنم المهرب وامه ذلك الضبي مغوسة بنت زيد الفوارس بن ضرار الضبي فاخذته امه تبعده ثلاث فجعلت ترقصه عن مثاله بداكا
والهلون الثقيل الجافي الذي لا خير فيه • والوكل الذي يتكل على غيره فيما يحتاج اليه • والمنجدل بالدال المهملة الممتد على الارض
يريد انه لا يستيقظ حتى يصبح وارق الى الخيرات يقول بادر الى فعل الخير ثم تمم بذلك وتذكر كما يرتقي المرتقي في الجبل قوله
وذكر الجبل انما يعين مرادا • اي نمير العمود مرادا من قوله زنات في الجبل • ولنا بل ان يقول لانسلم لان الزنا الذي هو
الفاحشة قد يستعمل في الجبل قوله ومن يهمز الملين كما يحكى ارؤسته بالهمز في ارؤسته بالالف والياء للابدال الباب في التعريب
بترة الثاني ثمة • فاذا كان ابدال الهمزة جائزا من الياء جاز ان يكون المراد من زنات الجبل الهمز وزنيت بالياء قوله وذكر
الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه • اي المقرون بكلمة على هو المستعمل في الصعود وهذا
زعم جواب لما قاله محمد بقوله وذكر الجبل يعين مرادا فقال وذكر الجبل انما يعين الصعود وحده اذا كان مقرونا بكلمة على لا مع
كلمة في قوله لان المستعمل في معنى الصعود ان يقال زنا عليه لا زنا فيه هذا هو حاصل كلامه وهذا عكس ما ثبت في قوانين اللغة
لانه لم يسمع في معنى الصعود زنا عليه اصلا بل يقال زنا فيه • وقد مر قبل هذا • ولا نسلم ايضا لانه يصح ان يقع الفعل الفاحش
في الجبل او الجبل او السطح • يقال زنيت على الجبل او زنيت على التل او على السطح ثم يبدل الهمز من الياء • فلو صح استعمال
زنا عليه لجاز اراد به من زنا فيه لان في تجي بمعنى على كما في قوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل قوله ولو قال زنات
على الجبل قيل لا يحد • يعني اختلف المشايخ في قوله زنات على الجبل قال بعضهم لا يحد لتعين الصعود مرادا بذكر كلمة على وهو هو
المراد بقوله لما قلنا • وقال بعضهم يحد لان حالة الغضب والسباب يعين الفاحشة مرادا وهو المراد بقوله للمعنى الذي ذكرنا
بالنسبة ام الفاعل من التعيين • اي لتعيين المراد وكلامه جائز • والمذهب عندي ان كان خرج هذا الكلام على وجه الغضب
والسباب يجب الحد لدلالة الحال على ذلك اذ لا يكون صعود الجبل سببا والا فلا للاحتمال • والحد لا يجب بالاحتمال قوله
ومن قال لاخر يا زاني فقال لا بل انت فانهما يحدان وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • وذلك لان كل واحد منهما
قذف صاحبه وهو محصن • اما قذف الاول فظاهر لانه صرح بالزنا • وكذا قذف الثاني لان كلمة بل من الحروف العاطفة
موضوعة للاعراض عن الاول والاثبات للثاني فيكون المذكور في الاول خبرا لما بعد بل كما اذا قال جاني زيد بل عمرو وكان
معناه بل جاني عمرو فكذا هنا يكون معناه بل انت زان فيكون كل واحد منهما قاذفا فيجب عليه الحد • فان قلت التصريح بالزنا
او التعريض لا بد شرط في ايجاب الحد • قلت لا نسلم انه لم يوجد التصريح بل يفهم الزنا في اول الوهلة اذا قال بل انت وجواب
ولد يا زاني كما اذا صرح به • لان الجواب يتضمن اعادة ما في السؤال فيصير مثل التصريح سوا • فان قلت اذا كان كل واحد
منهما قاذفا صاحبه ينبغي ان يكون قصاصا فلا يجب الحد • قلت في حد القذف حق الله تعالى وهو الاغلب فاجل احد القذفين
قصاصا يلزم اسقاط حق الله تعالى فلا يجوز ذلك • ولهذا لم يجز عفو المقذوف • قال صاحب الهداية في التعليل لان معناه
بل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني • اي بل انت • واورد بقوله
في الاول قوله يا زاني وفيه نظر • لان المذكور في مثل قوله يا زاني في مقام النداء لا يسمى خبرا • فلو قال فيصير المذكور في
في الاول خبرا فيه كان اولى • قال بعضهم في شرحه في بيان قوله فيصير الخبر المذكور في الاول اي الجزء المذكور في الاول
وهذا اشنع واشنع لان احد الجزئين المنادي خبرا قوله ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا
لعان وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وذلك لان قذف الرجل امرأته يوجب اللعان • وقذف المرأة زوجها يوجب
الحد وقد اجتمعا جميعا فلا بد من البداية باحدهما فيبدأ بحد المرأة ثم الحد لان اللعان قائم مقام حد القذف في حق
الرجل • ومقام حد الزنا في حق المرأة فيسقط حينئذ • بيانه اذا بدأنا باللعان لا يسقط الحد عن المرأة لان الرجل لا يخرج
اللعان عن ان يكون عفيفا عن فعل الزنا • واذا بدأنا بحد المرأة يسقط اللعان لان اللعان شهادة وقد بطلت شهادة هم
المرأة بحد القذف لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا فبحد المرأة ثم اللعان الذي قام مقام الحد ... ونظير هذا ما ذكر
في شرح الطحاوي فيمن قال لامرأته يا زانية بنت الزانية فخاصمت الام اولا فحد الرجل سقط اللعان لانه بطلت شهادة الرجل
ولو خاصمت المرأة اولا فلاعن القاضي بينهما ثم خاصمت الام فحد الرجل حد القذف قوله ولا ابطال في عكسه معنى اذ
اللعان لا يبطل حد القذف عن المرأة وقد بيناه قبل • اي لا يدري اللعان قوله فاذا قال زنيت بك فلا حد ولا لعان

ومن مسائل الجامع الصغير والشيخ ابو الليث ذكرها في شرحه • وقال الحاكم الشهيد في باب اللعان من مختصر الكافي وان قال
لها يا زانية فقالت زنيت بك بل بكر بينهما حد ولا لعان استحسانا وكان القياس ان لا يلاعنها لان هذا القبيل تصديق منها له لانه
المراة لا تزني بزوجها الى هنا لفظه • ووجه الاستحسان ان الشك وقع في وجوب كل واحد من الحد واللعان فلا يجب بالشك لان
المراد من قولها زنيت بك لا يخلو اما ان يكون قبل النكاح او بعده فان كان قبل النكاح يجب الحد على المراة ويبطل اللعان اما
وجوب الحد على المراة فلانها قذفت الرجل بالزنا بقولها زنيت بك • واما بطلان اللعان فلانها لما صدقت الرجل باقرارها
بالزنا بطل احصانها فلم يجب الحد على قاذفها • واللعان قائم مقام حد القذف في حق الرجل وان كان بعد النكاح على معنى
ان زناي هو الذي وجد مني من المجامعة معك بعد النكاح حيث لم ازن بي احد غيرك • ومثل هذا متعارف بين الناس هو
في مثل هذه الحالة فلا يجب الحد لانها ما قذفت الرجل لان الزنا مع الزوج لا يتصور بعد النكاح ويجب اللعان لان الزوج قذف
امراة محصنة ففي حال وجب الحد ولم يجب اللعان • وفي حال وجب الحد ولم يجب اللعان • وفي حال وجب اللعان ولم يجب
الحد فقد وقع الشك في كل حال واحد فلم يجب بالشك هذا ولا ذاك قوله لو وقع الشك دليل قوله فلا حد ولا لعان
منهما • اي من الحد واللعان قوله يجب الحد دون اللعان • اي حد القذف على المراة قوله لتصديقها اي لتصديق
المراة زوجها قوله والعدامه منه • اي ولانعدام التصديق من الزوج قوله زنا بي ما كان معك الخطاب للزوج
اي زناي هو الذي وجد معك • يعني ان كان الزنا موجودا مني فذاك الفعل الذي وجد مني معك بعد النكاح والا فلا في
مثل هذه الحالة • اي في حالة سب الرجل لامراته بالزنا قوله منه اي من الزوج وعدمه • اي وعدم القذف منها
اي من المراة قوله فجاء قلنا اشارة الى قوله لا حد ولا لعان قوله ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن وهذه
من مسائل الجامع الصغير المعادة • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل له امراة جاءت بولد فقال ليس هو
بابني ثم قال هو ابني • قال يضرب الحد وان قال هو ثم قال ليس بابني قال يلاعن والولد ولده • اعلم انه اذا نفى ولدها بان
قال ليس هو ابني يكون قاذفا لامه ويجب اللعان لان معناه ان امه زنت فولدته من الزنا وكل قذف يوجب الحد في قذف
الاجنبي يوجب اللعان في قذف الزوج • ثم بعد النفي اذا اقر وقال هو ابني بطل اللعان فوجب عليه حد القذف • لان
الاصل في قذف المحصنات هو حد القذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين
جلدة • لكن اللعان شرع عند تكاذب الزوجين • فاذا كذب الزوج نفسه لم يبق التكاذب فيصير الى الاصل الذي هو الحد
والدليل على انه هو الاصل ما روي في حديث هلال بن امية انه قال حين اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم ارايت رجلا وجد
مع امراته رجلا فتكلم به جلد ثمانين او قتل قتلتموه • او سكت سكت على غيظ فقال عليه الصلاة والسلام اللهم افتح وجعل يدعو
فنزلت اية اللعان والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية فعلم بهذا ان حكم الجلد كان ثابتا قبل حكم اللعان
اما اذا قال هو ابني ثم قال ليس هو بابني وجب اللعان لانه لم يوجد هنا اكذاب نفسه ولا يقال ان المقصود كان نفي الولد
ولا ينتفي الولد لاقراره السابق فينبغي ان لا يجري اللعان لانا نقول ليس من ضرورة اللعان قطع النسب • ولهذا يوجد اللعان
بلا قطع النسب والولد ولده في الوجهين سواء تقدم الاقرار او النفي لان النسب لازم على الزوج باقراره على التقديرين هو
قوله لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب • واراد بالتكاذب تكاذب الزوجين • لان كل واحد منهما كاذب
في زعم صاحبه لان زعم الزوج انها كاذبة في انكار الزنا • وان زعم الزوجة انه كاذب في القذف بالزنا • ولهذا اذا
اقرت المراة بالزنا لا يجري اللعان لعدم التكاذب فكذا اذا اكذب الزوج نفسه لعدم التكاذب قوله لاقراره به
سابقا او لاحقا والنفي فيما اذا نفاه ثم اقر به قوله واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد • يعني اذا نفي
ولد بعد تطاول مدة الولادة يصح اللعان مع تعذر قطع النسب كما يصح اللعان بدون نفي الولد اصلا • كما اذا قال
لامراته يا زانية ذكره جوابا عما يقال ان المقصود من قوله ليس بابني قطع النسب ولم ينقطع النسب بسبب الاقرار لا محالة فكان
ينبغي ان لا يجب اللعان مع تعذر قطع النسب كما يصح اللعان بدون نفي الولد اصلا كما اذا قال لامراته يا زانية ذكره جوابا
عما يقال ان المقصود من قوله ليس بابني قطع النسب ولم ينقطع النسب بسبب الاقرار لا محالة ولا يلزم من انتفائه انتفاء اللعان
وانما وجوب اللعان بسبب قذف الزوج بالزنا وهو حاصل لان معنى قوله ليس هو بابني ان امه اتت به من زوج زانية • فلو قال
لامه انت زانية يجب اللعان فكذا هنا قوله ولو قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان وهذه ايضا مسالة الجامع
الصغير • وذلك لانه لما قال ليس بابنك انكر ولادة الولد منها اصلا وذلك انعدام للزنا • لانه اذا لم يكن منها كيف يتصور
ان يولد من زناها • فاذا انتفى الزنا انتفى القذف فلا يجب الحد ولا اللعان لعدم القذف قوله وبه لا يصير قاذفا
اي وبالانكار لا يصير قاذفا امه قوله ومن قذف امراة معها اولاد لم يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي
او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه • قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في امراة تقدم في بعض البلدان
ومعها اولاد لا يعرف لهم اب • فقال لها رجل يا زانية قال لا حد عليه وهذا من الخواص • واعلم لم يجب الحد على قاذفها لان
الحد يجب على قذف المحصنات وهذه المراة لم يثبت احصانها لوجود علامة الزنا وهو وجود ولد بلا اب فصار شبهة هو
والحدود تندرئ بالشبهات • وقال ايضا عن ابي حنيفة في رجل لاعن امراته بولد ثم قذفها انسان قال لا حد عليه وان
كان قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه ايضا وهن الولد • اعلم انه اذا قذف الملاعنة بولد حال حياة الولد لا يحد لانها

خرجت من ان تكون محصنة لكونها في صورة الزانيات لوجود ولدها لا اب له لان ولدها مقطوع النسب من الاب باللعان • وشرط وجوب الحد
كون المقذوفة محصنة ولم يوجد الشرط فلم يحد • وكذا اذا قذفها انسان بعد موت ولدها لا يحد لان المعنى المسقط للحد باق وهو علامة
الزنا بولدها لا اب له وولدها بعد موته لم يثبت نسبه من احد • قال شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي فان ادعى الزوج الولد
جلد الحد والزم الولد ثم قذفها قاذف فعليه الحد لانها خرجت من ان تكون في صورة الزانيات حيث يثبت نسب ولدها من الزوج هو
لا حد على من كان قذفها قبل ذلك لان حال وجوب النسب في الحدود معتبرة لا محالة وقد كانت عند القذف في صورة الزانيات
ولو ادعى الولد ثم مات قبل ان يثبت نسب الولد منه بالدعوة وضرب من قذف المراة فعليه الحد • وكذا لو قامت البينة على الزوج
انه ادعاه وهو منكر ثبت النسب منه ويضرب الحد لان الثابت بالبينة عليه كالثابت باقراره • ومن قذفها بعد ذلك ضرب
الحد لانها خرجت عن ان تكون في صورة الزانيات • ولو اذا قذف الرجل امراته فرافعته واقامت شاهدين انه اكذب نفسه
يجب عليه الحد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم او معاينته وهذه المسائل كتبتها تكثيرا للفوائد قوله قذف الملاعنة
بولد • اي بسبب نفي الولد • والرواية بفتح العين سماعا ويجوز الكسر ايضا على معنى انها لوعنت او لاعنت بسبب نفي الولد والرواية
بفتح العين • وهذا لان باب المفاعلة موضوع للنسبة اصل الفعل الى احد الامرين متعلقا بالاخر للمشاركة • فاذا شارك زيد عمرا
يكون عمرو ايضا مشاركا له لان زيدا لما وقع فاعلا صار عمرو مفعولا ضمنا • لان عمرا وقع فاعلا ضمنا فكذا هنا جاز ان يسند
نسبة الفعل الاخر المشارك وهو الزوج صريحا فتكون المراة ملاعنة بالفتح حينئذ • وجاز ان يسند نسبته الى المراة صريحا فتكون المراة
ملاعنة بالكسر والزوج ملاعنا بالفتح فافهم • اعلم ان الملاعنة بولد لا يحد قاذفها في ظاهر الرواية بلا خلاف بين اصحابنا • وقال
في شرح الاقطع قال ابو يوسف يحد لانها محصنة قبل لعان الزوج ولا يصدق الزوج في اسقاط احصانها بقوله ولعانه فينبغي
احصانها ويحد قاذفها كالتي لاعنها بغير ولد • وجه الظاهر ما قلنا قوله نظرا اليها • اي الى امارة الزنا قوله وهو
شرط • اي العفة شرط وجوب حد القذف ولم توجد العفة عن الزنا من المراة لوجود امارة الزنا وتقدم البيان قوله
ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد فعليه الحد وهذه من المسائل المعادة في الجامع الصغير • قال الحاكم واذا لاعن الرجل
امراته بغير ولد ثم قذفها هو او غيره فعليه الحد • وقال في شرح الطحاوي لو لاعن بغير ولد او مع الولد الا انه لم يقطع النسب
او قطع النسب الا ان الزوج عاد واكذب نفسه والحق النسب بالاب فقذف رجل المراة فانه يجب الحد على قاذفها • وانما وجب
الحد على القاذف في هذه الصورة لان احصان المراة لم يسقط بقذف الزوج بل صار اللعان مؤكدا لعفتها عن الزنا لانه شرع دفعا
لعار تهمة الزنا عنها ولعدم امارة الزنا وهي قيام ولد لا نسب له لان الولد ليس بموجود في الاولى والثانية موجود لكن ينقطع
نسبه فبطل الحكم في الثالثة لحوق النسب بالاب بالاكذاب قوله لانعدام امارة الزنا وامارة الزنا قيام ولد لا اب
له لان له هنا فان قلت اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فتكون امارة الزنا ظاهرة فينبغي ان لا يحد قاذفها • قلت معنى قولهم
اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها ان الزنا لو ثبت منها حد ولكن لم يثبت لم تحد المراة حد الزنا ولم يحد الزوج حد القذف
فاجري اللعان بينهما فقام ذلك مقام حد الزنا في حقها ومقام حد القذف في حقه بآية اللعان من هذا الوجه حيث تحد كل
واحد منهما • وليس معناه ان اللعان كاجزاء الحد • الا ترى ان التفريق بينهما انما وقع اعتبارا انها محصنة لانها لو لم تعتبر محصنة لم
يجز اللعان بينهما اصلا فاذا كان اللعان احصانها لمحال ان يسقط الاحصان بما تاكد به • قال بعضهم في شرحه في جواب هذا السؤال
اللعان قائم مقام حد القذف في حقه فبالنظر الى هذا الوجه تكون المراة محصنة فتعارض الوجهان فسقطا فطابق القذف سالما
من التعارض فوجب الحد على القاذف • ولقائل ان يقول اذا كانت محصنة من وجه غير محصنة من وجه بجهة كونها غير محصنة
تكون شبهة في اسقاط الحد عن قاذفها لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة • فينبغي على هذا ان لا يجب الحد على القاذف فعلم ان
ما قاله ضعيف جدا • وقال ايضا وجدت بخط شيخي يعني حافظ الدين الكبير البخاري في جواب هذه الشبهة ان اللعان في جانبها
قائم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت هي محصنة بالنسبة الى غير الزوج وغير محصنة بالنسبة
الى الزوج فينبغي ان لا يحد الزوج لكن يحد وعليه نص الحاكم الشهيد وقد رويناه انفا فعلم ان هذا الجواب ضعيف ايضا
قوله قال ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه • اي قال القدوري في مختصره وانما لم يحد القاذف لان
شرط وجوب الحد على القاذف احصان المقذوف ولم يوجد الشرط لانعدام العفة عن الزنا لان القاذف صادق في قذفه
لان المقذوف وطئ ما لا يحل له فلا يحد القاذف على الصدق • وانما يحد على الكذب • ولم يذكر القدوري ما اذا وطئ وطئا
حراما في ملكه فنبينه ان شاء الله تعالى • والاصل الكلي هنا ان الوطء اذا كان حراما لعينه لا يحد قاذف الواطئ • وان كان
حراما لغيره يحد القاذف • والحرام لعينه كما اذا وجد الوطء في غير الملك من كل وجه وصورته ظاهرة او من وجه كما
اذا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره وهذا الوطء حرام لعينه لو وقع زنا لان الوطء حصل في غير الملك الا انه لا يجب
حد الزنا على واطئ الجارية المشتركة للشبهة • وكذا يكون الوطء حراما لعينه اذا وقع في الملك اذا كانت حرمة الوطء مؤبدة
كما اذا وطئ امته التي هي اخته من الرضاع • او وطئ جاريته التي وطئها ابوه بعد ملك اليمين او الشرا • وهذا لانه وطء محرم
على التابيد فصار كالزنا فلم يحد القاذف • والحرام لغيره كما اذا كانت حرمة الوطء موقتة مثل ان يطا امراته الحائض او النفساء
او جاريته او الامة المزوجة او المكاتبة او المحرمة التي ظاهر منها • او وطئ امراته الصائمة ففي هذه الصورة يحد القاذف
لان الحرمة عارضة في الملك على شرف الزوال فلا يكون الوطء زنا ولا خلاف فيما بين اصحابنا الا في المكاتبة فانه قال ابو يوسف

في احدى الروايتين عنه ان وطيها يسقط الاحصان ولا يحد القاذف وهو قول زفر لان المولى ليس له ان يطاها • ولهذا لو وطيها يجب
عليه العقر • ولنا ان ملك الرقبة باق بعد الكتابة • والحرمة في الوطي عارضة على شرف الزوال فاشبهت الحيض والاحرام وكذا
اذا وطي الامة المشتراة شراء فاسدا يحد قاذفه لان الشراء الفاسد يوجب الملك • بخلاف النكاح الفاسد فانه لا يوجب الملك ولهذا
يسقط احصانه بالوطي في النكاح الفاسد • وكذلك اذا ملك اختين فوطي احديهما يحد قاذفه لان الحرمة موقتة فاذا اخرج
احديهما عن ملكه حل له فرج الاخرى • بخلاف ما اذا تزوج اختين فوطيهما لا يحد قاذفه لان الحرمة مؤبدة لا خلاف فيها • اما اذا نظر
الى فرج امراة بشهوة او لمسها بشهوة ثم اشترى امها او ابنتها او تزوجها فوطيها فقذفه رجل حد قاذفه عند ابي حنيفة لان كثيرا من
الفقهاء لا يقولون بحرمة المصاهرة بالنظر بشهوة • كذا قال الحاكم الشهيد والاشبه هذا اما اذا وطي امة وطيها ابوه او وطي هو
امها حيث لا يحد قاذفه بالاتفاق لانه وطي محرم على التابيد كان زنا كذا قال في الشامل • قوله وان كان محرما
لغيره يحد • اي القاذف قوله وكذا الوطي في الملك والحرمة مؤبدة • اي الوطي حرام لعينه قوله فان كانت
الحرمة موقتة كالوطي في حالة الحيض وقد مر بيان جميع ذلك قوله وابو حنيفة يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة
ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد لتكون الحرمة نظير الحرمة الثابتة بالاجماع فاذا وطي الجارية
المشتراة التي وطيها ابوه بملك اليمين او بملك النكاح فلا حد على قاذفه لسقوط الاحصان بالوطي الحرام على التابيد بالاجماع هو
وكذلك اذا تزوج اختين او تزوج امراة وعمتها او خالتها • او تزوج امة على حرة او جمعهما في العقد فوطيها فلا حد على قاذفه
لما قلنا • ونظير الحرمة الثابتة بالحديث المشهور ما اذا تزوج امراة بلا شهود فوطيها حيث يسقط احصانه فلا يحد قاذفه
لقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود وهو مشهور تلقته العلماء بالقبول الا انه لا يجب عليه حد الزنا للشبهة وكذلك
اذا كانت عمته او خالته من الرضاع امته فوطيها يسقط احصانه لقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من
النسب قوله بيانه • اي بيان الاصل المذكور في المسايل التي اذكرها بعد هذا قوله وكذا اذا قذف
امراة زنت في نصرانيتها • اي لا حد على القاذف • ومعنى المسئلة انها زنت في نصرانيتها ثم اسلمت فقذفها انسان هو
لان الكافرة اذا زنت في نصرانيتها لا حد على القاذف • ومعنى المسئلة انها زنت فلا حاجة حينئذ الى العبد بالزنا
في اسقاط الحد عن القاذف • وانما لم يحد قاذفها بعد الاسلام لان الاسلام لم يغير حكم ذلك الزنا • ولهذا لم
يسقط الحد بالاسلام فلما كان كذلك لم يحد قاذفها لعدم شرط الاحصان وهو العفة عن الزنا • ثم لا يتفاوت ان يكون
زناها في دار الحرب او في دار الاسلام وعليه نص الحاكم الشهيد قوله ولهذا اوجب عليها الحد • اي حد الزنا
وهو ايضاح لتحقق الزنا قوله لا يحد • اي القاذف قوله وهذا هو الصحيح • اي عدم وجوب حد القذف
على من قذف من وطي امته وهي اخته من الرضاع هو الصحيح • وانما قيد بالصحيح لانه ظاهر الرواية • واحترز به عن رواية
الشيخ ابي الحسن الكرخي انه لا يسقط الحد عن القاذف لانه وطي في ملك فكانت الحرمة فيه لا يسقط الاحصان كوطي المراة الحايض
المحرمة والامة المجوسية والمزوجة والتي ظاهر منها • ولنا ان الحرمة مؤبدة في الشيء وموقتة في المقيس عليه ولا شك
ان المقيس عليه ادنى حالا من المقيس فلا يصح القياس لعدم المماثلة فجاز ان يسقط الاحصان في الحرمة الاعلى دون الادنى في
قوله ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه وهذه من مسايل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في المكاتب يموت ويترك وفاء فيقذفه رجل بعد الكتابة فنعتق ما بقي من المكاتبة الاحرار ثم يقذفه انسان قال لا حد
على قاذفه ابدا • وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا فيما اذا مات عن وفاء فقال بعضهم مات حرا وهو مذهب
علي وعبد الله بن مسعود • وقال بعضهم مات عبدا وهو مذهب زيد بن ثابت فاختلافهم اورث شبهة في حد القاذف
فسقط قوله ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة وقالا لا حد عليه وهذه من مسايل الجامع
الصغير • واصله ان تزوج المجوسي له حكم الصحة عند ابي حنيفة وقالا له حكم البطلان وموضعه كتاب النكاح من الاصل
ونحن استقصينا بيانه في كتاب النكاح اهل الشرك بمنظرعة لا محالة فقول الفعل الذي في المجوسي قبل الاسلام في يستحله وقد
امرنا بتركهم وما يدينون • ولهذا لا يتعرض لهم في كفرهم الذي هو ابلغ من التزوج بالمحارم فكذا لا يتعرض في التزوج • فلما
كان كذلك كان لهم حكم الصحة فصار محصنا بالاجماع وقد عفي له ما تقدم الاسلام فيحد قاذفه • وجه قولهما ان النكاح
فاسد في الاصل • ولهذا اذا ترافعا يفرق بينهما بالاجماع • ونكاح المحارم ليس بمشروع مطلقا • وانما كان كذلك في
ملة ادم ضرورة التوالد والتناسل بان يزوج اخت هذا البطن من اخ البطن الاخر • واما نكاح الامهات فلم يكن مشروعا
اصلا • والمسلم اذا وطي امراة بنكاح فاسد لا يكون محصنا ولا يحد قاذفه فكذا هنا قوله واذا دخل الحربي دارنا
بامان فقذف مسلما حد وهي من مسايل الجامع الصغير • وانما وجب عليه حد القذف لان فيه حق العبد وهو مواخذ بحقوق
العباد • والحاصل ان حد القذف يجب عليه بالاتفاق وحد الخمر لا يجب عليه بالاتفاق • وحد الزنا والسرقة يجب
عند ابي يوسف ولا يجب عند ابي حنيفة ومحمد • والذي يجب عليه جميع الحدود بالاتفاق الا حد الخمر وقد مر بيانه في باب
الوطي الذي يوجب الحد قوله ان لا يؤدي بفتح الدال وربما يروى بكسر الدال وموجب اداءه ان يكون المستامن ملتزما
موجب اداءه وهو حد القذف قوله واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب وهذه مسئلة القدوري • اعلم
ان المحدود في الزنا او الشرب او السرقة اذا تاب تقبل شهادته بالاتفاق الا عند الحسن بن حي والاوزاعي فان عندهما لا تقبل شهادة

من حد

وحد في الاسلام في قذف او غيره ابدا كذا ذكر ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي • فاما المحدود في القذف فاذا تاب
عندنا لا تقبل شهادته • وعند مالك والشافعي تقبل قياسا على المحدود في الزنا • ولنا قوله تعالى والذين يرمون
المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واوليك هم الفاسقون الا الذين تابوا
فلم تقبل شهادة المحدود في قذف بعد التوبة لانه لا يبقى فايدة قوله ابدا وبالاستثناء ارتفع الفسق ولا يلزم من نفي الفسق قبول
الشهادة كما في شهادة العبد وقد مر تحقيق هذه المسئلة في كتابنا المرسوم بالتبيين في شرح الاخسيكثي والباقي يجي في الشهادات
ان شاء الله تعالى قوله واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورة
صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في ذمي قذف رجلا فاقيم عليه الحد قال لا تجوز شهادته على اهل الذمة • فان اسلم جازت
شهادته على اهل الذمة وعلى اهل الاسلام • وانما لم تجز شهادة الكافر بعد حد القذف قبل الاسلام لان رد شهادة المحدود من تمام
الحد فترد شهادته على جنسه تتمة للحد • فاذا اسلم جازت شهادته على اهل الاسلام وعلى اهل الذمة لان هذه شهادة مستفادة غير تلك
الشهادة المردودة • اذ بالاسلام حصل له عدالة بالاسلام فلما كانت هذه غيرها ولم يلحقها رد قبلت على اهل الاسلام ثم على اهل الذمة
بقاء لهم • فان قلت العبد لا شهادة له اصلا فالرد فيه فلا بد في حد القذف من رد الشهادة • وانما تحصل الشهادة للعبد بعد العتق
فترد الان تتمة للحد • اما الكافر فله شهادة على جنسه فردت بالحد • ثم بعد الاسلام حدث له شهادة اخرى لم يلحقها رد فقبلت
قوله بخلاف العبد جواب سوال ذكرناه انفا قوله وان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته
اي ان ضرب القاذف الكافر وهذه من مسايل الجامع الصغير • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي عن ابي حنيفة في هذا
ثلاث روايات روي عنه اذا ضرب سوطا في الاسلام لا تقبل شهادته • وعنه اذا ضرب سوطا في الاسلام لا تقبل شهادته • وعنه
اذا ضرب الاكثر في الاسلام بطلت شهادته • وعنه ما لم يضرب كله بالاسلام لا تبطل شهادته وهو المعروف وهو قول ابي يوسف
ومحمد • وكذا لو ضرب المسلم بعض الحد ثم هرب ففيه ثلاث روايات في ظاهر الروايات ما لم يضرب جميع الحد لا تبطل شهادته وفي
رواية تبطل بضرب سوط • وفي رواية ما لم يضرب الاكثر • وجه اعتبار السوط الواحد ان حد القذف جرح في الشهادة فيستوي
في اسباب الجرح القليل والكثير فكذا الحد • وجه اعتبار الاكثر ان الاكثر يقوم مقام الكل فيكون ضرب الاكثر كضرب الكل • ووجه
اعتبار الكل ان الله تعالى امر برد الشهادة بعد ضرب ثمانين ولم يوجد ضرب الثمانين في الاسلام فلا ترد • ولان رد الشهادة متمم
للحد على معنى ان الرد صفة او صفة التي لا وجود لها الا بعد وجود ذلك الشيء فما لم يوجد الجلدات بتمامها بعد الاسلام لا يوجد الحد فلا
يكون الرد صفة للموجود قبل الاسلام ولا للموجود بعده لان كل ذلك بعض الحد قوله وعن ابي يوسف انه ترد شهادته وذلك
لان الاقل تابع للاكثر هو الموجود في الاسلام • اعني تسعة وسبعين سوطا فصار كان الثمانين وجد بعد الاسلام وهذه رواية ابي حنيفة
ايضا ذكرناها انفا قوله والاول اصح • اي جواز الشهادة قوله فان قذف او زنا او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله
وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة فيمن قذف غير مرة فضرب الحد مرة قال هذا الحد لذلك
كله • وكذلك الزنا وشرب الخمر ومسئلة الشرب من الخواص • وذلك لان المقصود من اقامة الحد الزجر فبعد ذلك نقول لا يخلو اما
ان كان الامر ان الزجر يحصل بالحد الاول او يحتمل ان يحصل فايما كان لا يقام الحد ثانيا لانه يلزم تحصيل الحاصل في الاول وذلك
فاسد • وفي الثاني يكون شبهة فوات المقصود بالثاني لاحتمال حصوله بالاول والحدود تندري بالشبهات وهذا في حد الزنا والشرب
اتفاق • ولهذا يحصل في الزنا الواحد المخالطة مرارا ولا يجب لكل مخالطة حد على حدة • وكذلك فيما اذا شرب مرة واحدة
اشفارا لا يجب لكل شرب حد على حدة فكذا اذا زنا مرارا او شرب مرارا لان المقصود يحصل بالاول • اما حد القذف ففيه خلاف فعندنا
يتداخل • وعند الشافعي لا يتداخل اذا اختلف المقذوف كزيد وعمرو مثلا واختلف المقذوف به كما اذا زيد ابن زانيين وهذا
بناء على ان الغالب فيه حق الله عندنا وحق العبد عند الشافعي وقد مر تحقيق ذلك باقي الوجوه في هذا الباب عند قوله ومن قذف
غيره فمات المقذوف بطل الحد قوله واما الاخريان وهذه في النسخة الصحيحة تحقيقا وسماعا • وفي بعض النسخ قال
اما الاول لان ذلك ليس في الاخريان لان اشار هنا الى التفصيل لانه ذكر او لا ثلاثة اشياء القذف والزنا والشرب على الترتيب • ثم قال اما
الاخريان واراد بهما الزنا والشرب • ثم قال بعد خطوط واما القذف فلو كانت الرواية اما الاول لان يكون المراد منهما
القذف والزنا ويكون الشرب خاليا عن البيان ويكون بيان القذف مكررا لانه قال بعد ذلك واما القذف ولكن مع هذا
لو كان قال المصنف اما الاخران بلفظ المذكر مكسورا لكان اولى • لان الزنا والشرب مذكر فيصح اللفظ بلا تاويل فعلى
ما قال يحتاج الى التاويل بان يقال الفعلان الاخريان • او الخصلتان قوله الانزجار حاصل قوله واحتمال
حصوله بالاول • اي احتمال حصول الانزجار بالحد الاول قوله شبهة فوات المقصود في الثاني اراد بالمقصود الانزجار
وبالثاني الحد الثاني قوله لجنايتهما • اي بحد الزنا والشرب قوله اختلف المقذوف كزيد وعمرو واختلف
المقذوف به كقذف زيد بزانيين مختلفين • قال الحاكم الشهيد في الكافي قال لرجل يا ابن الزانيين فعليه حد واحد وقال
ايضا وان باشر امراة حراما وجامع كل شي منها دون الجماع فقذفه قاذف فعليه الحد • وذلك لان الاحصان يسقط بوطي حرام
ولم يوجد • وقال في الشامل في شرح المبسوط قال فجرت بفلانة • او قال جامعتها حراما لا حد عليه ما لم يقذفه بالزنا لان
الجماع الحرام لا يكون بنكاح فاسد • وقال ايضا فيه قال لامراة زنيت بحمار او بعير او ثور لا يحد لان معناه اولج فيك حمار ولو
صرح لا يحد • ولو قال زنيت بناقة او بدراهم او ثوب لا يحد لان معناه زنيت واخذت هنا • ولو قال هذا الرجل لا يحد لانه

لانه ليس العرف في جنايته اخذ المال وهذه المسايل كتبناها تكثيرا للفوايد لطالب المزيد قوله

باب التعزير

قال في المغرب التعزير تاديب دون الحد من العزر وهو الرد والرجوع ثم لما كان التعزير دون الحد لم يكن له قوة الحد فذكر في الاخير لضعفه والتعزير في قوله تعالى وتعزروه بمعنى النصرة والتعظيم قوله ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا كان المقذوف عبد الواحد عزره هذا لفظ القدوري واعلم ان المقذوف اذا كان غير محصن فقذف بالزنا يجب التعزير فيه كما اذا كان المقذوف عبدا او امة او ام ولد او كافرا واذا كان المقذوف محصنا لكن قذف بغير الزنا كما اذا قال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث لا يحد ويعزر وذلك لان قذف غير المحصن بالزنا لم يوجب الحد في الصورة الاولى وكذا قذف المحصن بغير الزنا لم يوجب الحد في الصورة الثانية لان سقوط هو شرط وجوب حد القذف هو القذف للمحصن بصريح الزنا فوجب التعزير دفعا للعار الشاين اللاحق بالمقذوف صيانة لعرضه لان القاذف لما اذاه وجب عليه العقوبة وادنى العقوبات التعزير قال في شرح الطحاوي والاصل في وجوب التعزير ان كل من ارتكب منكرا او اذى مسلما بغير حق بقوله او فعله وجب التعزير الا اذا كان الكذب ظاهرا في قوله كما اذا قال يا كلب يا خنزير يا حمار او نحوه فانه لا يعزر وقال ايضا لو قال يا فاجر يا ابن الفاجر الفاسقة او قال يا خاين او يا اكل الربا او يا شارب الخمر كان عليه التعزير وقال في الفتاوى الولوالجي لو قال يا ابن الفاجرة او يا ابن الفاسقة او يا ابن القحبة فلا حد عليه لانه ما نسبه ولا امه الى الزنا لان هذه الالفاظ قد لا تتناول الزنا فتتناوله وغيره لان غير الزنا يكون فجورا وعليه التعزير لانه الحق نوع الشين به فيعزر لدفع الشين عنه قوله فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى اي فيما اذا قذف غير المحصن بالزنا قوله وفي الوجه الثاني الراي الى الامام اي فيما اذا قذف المحصن بغير الزنا كالفسق والكفر قوله ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر وهذا لفظ القدوري وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا في المبسوط وغيره ووجهه ان القاذف كاذب في قذفه قطعا ولا يلحق الشين المقذوف وقيل في عرفنا يعزر وهو قول الهندواني لان يعد شتيمة في بلادنا ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر ابي يوسف رواية ابن سماعة لو قال يا خنزير او يا حمار عزر ولو قال لرجل صالح ذي المروة يا فاسق يا لص يا مشرك يا كافر يا زنديق عزر في ذلك وان كان الذي قيل له يا فاسق كان فاسقا او قال يا فاجر وكان فاجرا او قال يا لص وكان لصا لا شي عليه قال ذكره في المجرد قوله يعد سبا او شتما قوله وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقها والعلويين يعزر لانه تلحقهم الوحشة بذلك اي كان المسبوب بقوله يا حمار او يا خنزير وقال في الاجناس لو قال يا ابن قرطبان عليه التعزير لانه هو الذي يبعث رجلا على امراته رجاء ان يصيب منه مالا وقال ايضا لو قال يا خنثة يا ديوث يا مخنث عزر في ذلك ولو قال يا سفلة عزر وقال ايضا لو قال يا ابن الحجام وابوه ليس بحجام او يا ابن الاسود وابوه ليس كذلك او قال له انت حجام او انت منتصف(?) او يا سرناني(?) لا تعزير فيه وقال في الفتاوى الولوالجي لو قال يا ابله او يا ناكس او لا شي او يا سوق لا يجب عليه شي التعزير لانه الحق الشين به وقال في خلاصة الفتاوى قال الصدر الشهيد يجب التعزير في قوله يا مقامر لانه قد معصية ولا الحق الشين به وكذلك لو قال يا ساحر يا مخنث يا مقامر ثم قال هكذا ذكر في بعض المواضع وفيه نظر والظاهر انه يجب وقال ايضا ولو قال يا بليد يا فدر(?) يجب فيه التعزير لانه الحق الشين به وقال في خلاصة الفتاوى قال الصدر الشهيد يجب التعزير في قوله يا مقامر وقال الحاكم في الكافي ان قال يا يهودي او يا نصراني او يا مجوسي او يا ابن اليهود فلا حد عليه ويعزر قوله والتعزير اكثره تسعة وثلاثون واقله ثلاث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطا هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا ظاهر الرواية عن ابي يوسف الا ترى الى ما نقل صاحب الاجناس من حدود الاصل لا يبلغ في التعزير ويضرب والمضروب قايم اكثره تسعة وثلاثون واقله ثلاثة لا يبلغ اربعين سوطا ثم قال وفي نوادر هشام عن ابي يوسف تسعة وسبعين سوطا لكن هذا في تعزير الحر اما في تعزير العبد فعلى قول ابي يوسف ينتقص خمسة عن اربعين كذا ذكر صاحب التحفة وقول محمد في ظاهر الرواية مع ابي حنيفة وفي رواية قوله مع ابي يوسف كذا ذكر في المختلف وقول زفر مثل قول ابي يوسف في النوادر وذكر الفقيه ابو الليث مع ابي يوسف هكذا ذكر في شرح الجامع الصغير وذكر في شرح الاقطع قول زفر مثل قول محمد ثم الاصل هنا ما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين اي من المجاوزين فعلى هذا لا بد من نقصان عدد الجلد في التعزير عن الحد وذلك يحصل بنقصان سوط عن الاربعين لانه عليه الصلاة والسلام قال من بلغ حدا بلفظ المنكر فيتناول ادنى ما وقع عليه اسم الجلد وهو الاربعون لانها في حد العبد في القذف وابو يوسف اعتبر حد الاحرار لان الرق عارض فنقص عنه سوطا على رواية النوادر وعلى ظاهر الرواية نقص عن الثمانين خمسة ولا فقه فيه ولا نفهم منه معنى معقول قالوا ان ابا يوسف كان يعزر رجلا وقد امر بتسعة وسبعين وكان يعقد لكل خمسة عقدا باصابعه فعقد خمسة عشر ولم يعقد للاربعة الاخيرة لنقصانها عن الخمسة فظن الذي عنده انه امر بخمسة وسبعين وكان لا يعرف الضارب حقيقة الحال فظن الذي عنده انه امر بخمسة وسبعين فاختلفت الرواية عن ابي يوسف لهذا وقد روي مثل هذا عن عمر وليس بصحيح وانما الصحيح عن ابي يوسف لانه لو كان في هذا نقل عن عمر لم يعتبر ابو حنيفة التعزير بحد الحد وقيل ان نقصان الخمسة ماثور عن علي وفيه نظر لما قلنا وهذا لان تقليد الصحابي فيما لا يدرك بالقياس واجب عند اصحابنا وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير قيل ان ابا يوسف اخذ النصف من حد الاحرار والنصف من حد العبد واكثر حد الاحرار ماية واكثر حد العبد خمسون فاخذ نصفا من هذا

ونصفا من هذا ان سلمنا ان المراد حد هذا والمنقول حد ذاك ولكن لا نسلم اعتبار التعزير بتنصيف كل واحد ولا دليل على التنصيف جزءا لا شيئا من كل واحد منهما ولا دليل ايضا على اعتبار اكثر الحدين وبما قاله ابو حنيفة اشبه بالصواب عندي لينتقص الا كل والفقيه ابو الليث اخذ بقول زفر وعلل بعد ذلك بقوله لان الاربعين نصف الحد وليس بحد والحد ثمانون وفيه نظر لانا نقول لا نسلم ان الاربعين ليس بحد بل هو حد العبد في القذف ولا يجوز نفيه مطلقا لان النكرة اذا وقعت في موضع النفي عمت قوله عليه الصلاة والسلام من بلغ حدا في غير حد الرواية بتخفيف اللام والتشديد وجه على حد المنقول الاول من بلغ التاديب او بلغ الضرب حدا في غير حد فيما ليس بحد اي في التعزير وقال بعضهم في تقدير المنقول الاول من بلغ التعزير حدا وذاك ملون الصاح(?) لان المراد من قوله في غير حد التعزير فيكون تقدير الكلام من بلغ التعزير حدا في التعزير فيزيد ما قلنا قوله نقص منه البدء اي صرف ابو حنيفة ومحمد التعزير الى حد العبد فنقصا منه سوطا اي من الاربعين قوله وفي رواية عنه اي عن ابي يوسف قوله وفي هذه الرواية اي وفي رواية القدوري وهي رواية الجامع الصغير ايضا قوله نقلده اي قلد ابو يوسف عليا قوله ثم قدر الادنى في الكتاب بثلاث جلدات اي قدر القدوري ادنى التعزير في مختصره بثلاث جلدات لعدم وقوع الزجر باقل من ذلك وذكر مشايخنا في شرح الجامع الصغير ان ادناه على ما يراه الامام فيجتهد الامام في ذلك فاي قدر راى مصلحة يعزره بذلك لان الناس شتى فرب واحد ينزجر بادنى ضربات ورب واحد لا ينزجر امثال ذلك الاخر وروي مثل ذلك عن ابي حنيفة ولهذا قال في الاجناس قال ابو حنيفة في التعزير ان راى القاضي ان هو يكفيه ولا يضربه فعل وهو الى الوالي يعمل فيه برايه وعلى الوالي ان يجتهد في ذلك قوله وعن ابي يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره نقل الناطفي في الاجناس عن الحدود املا رواية ابي سليمان قال ابو يوسف التعزير على قدر عظم الجرم وصغره وعلى قدر ما يرى الحاكم في ذلك وعلى قدر احتمال المضروب وغير احتماله لضعف بدنه يتحرى في ذلك وقال في نوادر ابن رستم عن محمد في الرجل يشتم الناس ان كان له مروة وعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان سبابا ضرب وحبس يعني والمروة عندي في الدين والصلاح قال في خلاصة الفتاوى سمعت من ثقة ان التعزير باخذ المال ان راى القاضي او الوالي جاز ومن جملة ذلك رجلا لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره باخذ المال الى هنا لفظ الخلاصة وقال في شرح الاقطع وروى ابن سماعة عن ابي يوسف انه قال على قدر ما يراه الامام في كل نوع فيعتبر في كل شي لما يقرب منه فالقذف بغير الزنا يعتبر بحد القذف وشرب غير الخمر يقرب من شرب الخمر والوطء فيما دون الفرج يقرب من الزنا فيعتبر كل شي بنوعه وهذا هو المراد من قول صاحب الهداية وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف يعني يقرب في اللمس الحرام والقبلة الحرام اكثر جلدات التعزير ويعزر في القذف بغير الزنا كقوله يا كافر ويا خبيث اقل جلدات التعزير قوله قال وان راى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل ذلك لان المقصود من التعزير الزجر عن منكر لم يشرع فيه حد والامام راى مصلحة ضم الحبس الى الضرب كما اذا راى الحبس دون الضرب فله ذلك ولهذا يجوز ان يقتصر من الضرب ما شا قوله ان يكتفي به اي الحبس قوله وقد ورد الشرع في الجملة اي بالحبس وهو ما روي في السنن مسندا الى عمرو بن الشريد عن ابيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لي الواجد يحل عرضه وعقوبته قال ابن المبارك يحل عرضه يغلظ له وعقوبته يحبس له وروي في السنن ايضا ان النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة قوله ان يضم اي ان يضم الحبس الى الضرب قوله ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد هذا ايضاح لما ان الحبس علم تعزيرا يعني ان الحبس لما كان صالحا للتعزير لم يشرع الحبس بمجرد التهمة قبل ثبوت التعزير لان الحبس من التعزير فلو جاز قبل ثبوت التعزير لزم تقدم الشي على نفسه وهو فاسد ولهذا لم يحبس المشهود عليه بالتعزير حتى يسال عن الشهود وحبس في الحد حتى يسال عن الشهود لان الحبس ليس من الحد فلا يلزم ما قلنا قال في شرح الطحاوي التعزير على اربع مراتب تعزير الاشراف كالدهاقنة والقواد وتعزير اشراف الاشراف كالفقهاء والعلوية وتعزير الاوساط من الناس وتعزير الخساير من الناس فتعزير اشراف الاشراف الاعلام لا غير وهو ان يقول له القاضي بلغني انك فعلت كذا وكذا وتعزير الاشراف الاعلام والجر الى باب القاضي وتعزير الاوساط من الناس كالسوقية الاعلام والجر الى باب القاضي والحبس وتعزير الخساير من الناس الاعلام والجر الى باب القاضي والضرب والحبس قوله قال واشد الضرب التعزير اي قال القدوري في مختصره اشد الضرب التعزير ثم حد الزنا ثم حد الشرب ثم حد القذف قال الحاكم في الكافي وضرب التعزير اشد من ضرب الزاني وضرب الزاني اشد من ضرب الشارب وضرب الشارب اشد من ضرب القاذف وضرب القاذف اخف من جميع ذلك ويجرد في سايره الا في حد القذف فانه يضرب وعليه ثيابه وقد مر ذلك وانما كان ضرب التعزير اشد لانه نقص المقدار فهو تخفيف فلا يخفف ثانيا في وصفه فلا يؤدي الى فوات المقصود اصلا وهو الزجر واختلف المشايخ في تشديده قال في شرح الطحاوي قال بعضهم هو الجمع وجمع الاسواط في عضو واحد ولا يفرق على الاعضاء بخلاف ساير الحدود وقال بعضهم لا بل تشديده في الضرب لا في الجمع ويدل على ذلك ما روى ابو عبيد وغيره ان رجلا اقسم على ام سلمة فضربه عمر ثلاثين سوطا كلها تبضع وتحدر ومعلوم ان عمر ضربه بسبيل التعزير وتبضع بالضاد المعجمة والعين المهملة اي تشق وتحدر بالحا المهملة من باب نصر اي تورم وروي وتحدر في الاحدار ثم ضرب الزنا اشد من ضرب الشارب لانه ثابت بالكتاب والسنة وسببه وهو الزنا من اعظم الذنوب ولهذا شرع فيه اعظم العقوبات وهو الرجم الا ترى الى ما روي في السنن عن عبد الله

ابن مسعود قال قلت يا رسول الله اي الذنب اعظم قال ان تجعل لله ندا وهو خلقك قال قلت ثم اي قال ان تقتل ولدك خشية ان يأكل معك قال
قلت ثم اي قال ان تزاني حليلة جارك • قال وانزل الله تصديق النبي صلى الله عليه وسلم والذين لا يدعون مع الله الها اخر ولا يقتلون
النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون الآية • وضرب الشارب لان سببه وهو شرب الخمر ثابت يقينا بالبينة لكن لم يكن حد الحد
ثابتا بالكتاب بل بقول الصحابة رضي الله عنهم كان ضربه دون ضرب الزناة ودون ضرب القذف لان سببه ليس بيقين بل هو مشتبه
لاحتمال ان يكون صادقا او كاذبا لانه ربما يكون صادقا في قذفه ولا يقدر على اثبات زنا المقذوف • لانه قلما يحصل من يشهد
على فعل المقذوف كالميل في المكحلة • ثم ضرب القاذف اخف من الجميع لما قلنا • ولانه حصل فيه التغليظ مرة بجعله مردود
الشهادة ابدا لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولا يغلظ ثانيا بشدة الضرب قوله ومن حده الامام او عزره فمات
فدمه هدر هذا لفظ القدوري في مختصره • اما هدر الدم في الحد فبالاجماع • واما في التعزير فقد قال الشافعي في احد
قوليه يلزمه الضمان في ماله • وفي قول اخر في بيت المال كذا في شرح الاقطع • ولنا انه فعل ما فعل بامر الشرع ولم يتبين
خطاؤه فلا يلزمه الضمان في ماله • وفي قول العز كما في الحد • وهذا لانه لما كان مامورا في الحد والتعزير اتى بما وسعه
من الجلد بحسب الامر وليس في وسعه ان لا يتلف المجلود بعد الجلد لا يكلف الله نفسا الا وسعها فلا يجب الضمان كما في الحد • ولانه
عقوبة يستوفيها الامام لمصلحة العامة فلا يجب به الضمان كالحد • ولان فعل المامور لا يكون مقيدا بشرط السلامة كالفصاد
والبزاغ اذا لم يتجاوز الموضع المعتاد حاصله ان المقصود او المشروع لا يلزم الضمان فكذا هنا • وليس كذلك تعزير الرجل زوجته
اذا ماتت من ذلك حيث يجب عليه ضمان الدية لانه من قبيل الاطلاقات • والاطلاق يتقيد بوصف السلامة فاذا فاتت
السلامة يلزم الضمان كالمرور في الطريق والاصطياد اذا تلف من ذلك الوجه يلزم الضمان لكونه مقيدا بشرط السلامة
وهذا لان الاطلاق دفع القيد فيعلق يكون الشخص مخيرا في اتيان الفعل وتركه ان شا فعل وان شا ترك • فاذا فعل فعل هو
باختياره فاذا تلف ضمن وليس كذلك الامر لانه الزام فاذا تلف بامر الشارع صار التالف اماته لله تعالى ابتداء لا بواسطة هم
ولان ضرب الرجل زوجته لمنفعة نفسه وتعزير القاذف بامر الامام لمنفعة عامة اهل الاسلام وهي دفع الفساد عن دار الاسلام
فصار تعزيره كالحد فلم يجز قياسه على ضرب الزوج لعدم المماثلة • فان ذهب دمه هدرا اي باطلا • ويقال نزع البيطار
الدابة من حد منع • اي اسال دمها من قوائمها واسم الحديدة الذي يشق بها ذلك المبزغ وهو كمشرط الحجام قوله وقال
الشافعي تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطا فيه اذ التعزير للتاديب جوابه سلمنا ان التعزير للتاديب وهنا ايضا وقع
لغرض التاديب • لكن لا نسلم ان الاتلاف خطا لان الاتلاف حصل في ضمن الجلد المامور به وقد اتى الجلاد بما امر به من الجلد
لا بغير ما امر به فكيف يضاف الخطا اليه قوله غير انه تجب الدية في بيت المال استثنا من قوله ان الاتلاف خطا • يعني انه
لما كان مخطئا بالاتلاف على زعم الشافعي كان القياس ان يجب الضمان في ماله كما قال في احد قوليه • الا انه وجب الدية في بيت
المال لرجوع نفع الجلد الى العامة فوجب الضمان في مالهم وهو مال بيت المال قوله بامره • اي بامر الله تعالى اماته • اي
اماته الله المجلود من غير واسطة • اي من غير واسطة جلد الجلاد والله اعلم

كتاب السرقة

لما فرغ من بيان الزواجر الواجبة الى صيانة
النفوس كلا وجزءا واصلها شرع في بيان الزواجر الواجبة الى صيانة المال واخرها لكون النفس اصلا والمال تبعا وذلك
لان حد الزنا للزجر عن الزنا الذي هو سبب لضياع نسل الولد فكان فيه صيانة النفس • وحد الشرب فيه صيانة العقل الذي
هو اشرف الاجزاء في النفس • وحد القذف لصيانة ما الوجه الذي يتصل بالنفس • وانما قلنا ان المال تابع لانه خلق وقاية
للنفس • قال الله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا قوله السرقة في اللغة اخذ الشي من الغير على سبيل الخفية والاستتار
ومنه استراق السمع • قال الله تعالى الا من استرق السمع • قال في الجمل استرق السمع اذا استمع مستخفيا • اعلم ان السرقة في اللغة
اخذ مال الغير على سبيل الاستتار • ويزاد عليها في اصطلاح اهل الشرع اخذ مال معتبر شرعا من حرز اجنبي لا شبهة فيه خفية
وهو قاصد للحفظ في نومه او غيبته • والمعتبر شرعا احتراز عن التافه وما دون النصاب • وقيد الحرز ظاهر • وقيد الاجنبي
احتراز عن القريب ذي الرحم المحرم • وقيد حرز لا شبهة فيه احتراز عن [illegible] • وقيد النوم والغيبة احتراز عن الطرار
احترازا عما ابدعه خاطري في كتابنا المرسوم بالتبيين قوله وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة • اي زيدت
على المعنى اللغوي اوصاف وهي القيود المذكورة في التعريف الذي ذكرته قوله والمعنى اللغوي اخذ الشي من الغير
على الخفية مراعى فيها • اي في السرقة قوله ابتداء وانتهاء وهو ان توجد الخفية ابتداء وانتهاء قوله او ابتداء
لا غير كما اذا نقب الجدار • يعني ليلا وهو ان يكون ابتداء السرقة خفية وانتهاؤها مجاهرا كما اذا نقب الجدار ليلا خفية ثم
استغاث صاحب المال فاخذ السارق منه جهرا مكابرة • اعني مقاتلة بالسلاح وخلاصة الطحاوي • ثم السرقة التي تعلق
بها القطع لها شرائط منها الخفية والاستسرار ابتداء وانتهاء او ابتداء بان ينقب البيت خفية ثم ياخذ المال من يد مكابرة بان استغاث
صاحبه • ومنها ان لا يكون للسارق في المسروق ملك ولا شبهة ملك • ومنها ان لا يكون السارق ماذونا بالدخول في المكان
الذي سرق منه • ومنها ان لا يكون للمسروق يد صحيحة على المال • حتى ان السارق من السارق لا يقطع • ومنها ان لا يكون
بين السارق والمسروق منه زوجية ولا رحم كامل • ومنها ان يكون المسروق متقوما وان لا يوجد جنسه مباحا في الاصل ولا
يكون مما يتسارع اليه الفساد ويعتبر قيمته عشرة وقت السرقة ووقت القطع • وذكر الطحاوي ان المعتبر قيمته وقت

الاخراج

الاخراج • ومنها ان يكون الماخوذ محرزا • ثم قال في الخلاصة ولو كابر انسانا ليلا وسرق متاعه قطع • ولو كابره نهارا
لا يقطع بان نقب بيته سرا واخذ متاعه معاينة فالقياس ان لا يقطع في الفصلين • يعني انما استحسنوا بالليل لانه اخذ خفية عن
اعين ساير الناس قوله نقب الجدار بالتخفيف من حد نصر • وروي بالتشديد وذا تصحيف لان التثقيل للتكثير • اما
في الفعل كما في طوف • واما في الفاعل كما في موت الابل • واما في المفعول كما في غلقت الابواب ولم يوجد واحد منها لم يوجد
الفعل والفاعل والمفعول فافهم قوله مكابرة • اي مقاتلة ومدافعة قوله وفي الكبرى الى اخره هذا جواب سؤال
ان يقال ان قطع الطريق وهو يسمى السرقة الكبرى ومع هذا لم يراع فيها الخفية • وقد تركت المعنى اللغوي في السرقة
مراعى فقال في السرقة الكبرى ايضا روعي معنى السرقة لغة وهو الاخذ خفية لان قاطع الطريق ياخذ المال خفية عن
عين الامام الذي يحفظ الطريق والمارة بشوكته ومنعته كما ان السارق في السرقة الصغرى ياخذ المال خفية عن عين من هو
يحفظه مالكا كان او قايما مقامه كالمستعير والمستاجر والمودع والمرتهن والمضارب والغاصب قوله من يقوم مقامه في
مقام المالك كالمستعير والمستاجر بان يكون صاحب يد امانة او ضمان وتقدم النظاير قبله قوله قال اذا سرق العاقل
البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع فيه • اي قال القدوري في مختصره
والاصل في وجوب القطع قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما • وانما خص الصبي والمجنون لما روي في السنن
وغيره مسندا الى علي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال رفع القلم عن ثلاث عن النايم حتى يستيقظ • وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون
حتى يعقل • ولان القطع عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة • ثم اختلف العلما في المقدار الذي يجب فيه القطع قال بعضهم اذا
سرق قليلا يقطع كذا في شرح الطحاوي • وعن الحسن البصري يقطع في القليل والكثير وهو قول بعض الخوارج كذا في شرح الاقطع
وهو قول داود الاصبهاني كذا ذكر الفقيه ابو الليث في الجامع الصغير • واحتجوا باطلاق النص • وقدر اصحابنا بعشرة دراهم
ومالك في الموطا بثلاثة دراهم • وروي عنه خمسة دراهم وهو المروي عن ابراهيم وابي سعيد الخدري كذا في الجامع الترمذي
وقال ابن ابي ليلى لا يقطع في اقل من خمسة دراهم وهو المروي عن ابراهيم كذا قال الحاكم الشهيد في الكافي • وما روي عن ابي
هريرة وابي سعيد باربعين درهما ليس بصحيح • والشافعي قدر بربع دينار مسكوك يقوم به السلع • وعند احمد ربع دينار من
التبر او ثلاثة دراهم من الورق او قيمة ثلاثة دراهم • ثم هذا الاختلاف انما نشا باعتبار انه لم يقطع على عهد رسول الله صلى
الله عليه وسلم الا في ثمن المجن • واختلفت الرواية في تقديره فعند ذلك بعض العلما اخذوا بالاقل • وبعضهم اخذوا بالاكثر
والدليل لنا ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى هشام عن ابيه قال اخبرتني عايشة ان يد السارق لم تقطع على النبي صلى
الله عليه وسلم الا في ثمن مجن حجفة او ترس • ثم ان مالكا روى عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قطع سارقا في مجن قيمته ثلاثة دراهم • والشافعي احتج بما روي عن عمرة عن عايشة موقوفا ومرفوعا ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يقطع في ربع دينار فصاعدا • كذا قال ابو عيسى في جامعه • واصحابنا احتجوا بما روي في السنن وشرح الاثار مسندا الى
عطا عن ابن عباس قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا في مجن قيمته دينار او عشرة دراهم • واصحابنا احتجوا هذا لان في
العشرة يجب القطع بالاجماع وفيما دونه اختلاف والاخذ بالمجمع عليه اولى من الاخذ بما فيه خلاف لان في درجات الخلاف اثبات
الشبهة والحدود تندرئ بالشبهات • ولان في الاقل شبهة عدم الجناية ولا حد بالشبهة • يؤيده ما روي في الجامع
الترمذي عن ابن مسعود انه قال لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم • ثم تكلم علماؤنا في الدراهم هل يشترط عشرة دراهم مضروبة
او لا فنقل صاحب الهداية لفظ القدوري الدراهم بالمضروبة كما رواه سماعة او لا ثم قال واسم الدرهم ينطلق على المضروبة
فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية • يعني ان اسم الدراهم المذكورة في الحديث يدل على كون
المضروبة شرطا في وجوب القطع كما قال القدوري في مختصره حتى لو سرق تبرا وزنه عشرة وقيمته انقص من عشرة مضروبة لا يجب
القطع وهذا صحيح لكن في نقله عن القدوري نظر • لان الشيخ ابا نصر ذكر في الشرح الكبير وهو تلميذ القدوري رواية المختصر
ولم يقيد بالمضروبة بل اثبت الرواية بقوله مضروبة او غير مضروبة • ثم قال انما قول اصحابنا الكتاب عشرة دراهم مضروبة او غير
مضروبة فهو قول ابي حنيفة • ثم قال وروى بشر عن ابي يوسف وابن سماعة عن محمد فيمن سرق عشرة دراهم تبرا لا يقطع • وقال
في التحفة ذكر ابو الحسن الكرخي انه يعتبر عشرة دراهم مضروبة • وكذا روي عن ابي يوسف ومحمد انه لا يقطع في عشرة دراهم تبرا
ما لم يكن مضروبة • وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا سرق عشرة • يروج بين الناس قطع هذا يدل على ان التبر اذا كان رايجا
يقطع الى هنا لفظ التحفة • ثم قال يعتبر ان يكون الدراهم وزن سبعة وهو ان تكون العشرة من الدراهم وزن سبعة مثاقيل
من الذهب بوزن كل درهم اربعة عشر قيراطا • ووزن دينار عشرون قيراطا • وماية درهم وزن ماية واربعون مثقالا
بوزن كل مثقال درهم وثلاثة اسباع درهم • وقد مر في كتاب الزكاة اكثر من هذا • وعلى هذا استمر الامر في ديوان عمر
وتعلق الاحكام بهذه الدراهم كنصاب الزكاة ومقادير الديات • قال في شرح الطحاوي تعتبر قيمة السرقة وقت السرقة ووقت
القطع في رواية الكرخي فانه قال في مختصره لا يقطع السارق حتى يكون قيمة ما سرق يوم السرقة عشرة دراهم ويوم القطع
عشرة دراهم وتكون القيمة كذلك في الوجهين جميعا الا اذا كان النقصان لعيب دخله او ذهب بعض العين • وان كان النقصان
في العين لم يقطع • وكذلك اذا سرق في بلد واخذ في بلد اخر والقيمة فيه انقص لم يقطع حتى تكون القيمة في البلدين جميعا في السعر
عشرة دراهم • وفي رواية الطحاوي يعتبر قيمته وقت الاخراج حتى انه لو نقصت قيمته فصارت اقل فانه يقطع • ثم لا بد من اشتراط

حرز لا شبهة فيه • اما الحرز فلقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في حريسة الجبل فاذا اواها المراح ففيها
القطع • ولان الاخذ من غير الحرز يبين النقصان الا سرقة • واما اشتراط عدم الشبهة فلان الشبهة تدرء بها الحدود لقوله عليه الصلاة
والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات • والحرز المكان الحريز وهو الذي يحرز فيه الشيء • اي يحفظ المراد من الحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا
والحريسة ما امتنع به في الجبل كذا قال ابن دريد • وقال ابو عبيد الحريسة تفسر تفسيرين فبعضهم يجعلها السرقة نفسها • يقال حرس يحرس
حرسا اذا سرق فيكون المعنى انه ليس فيما يسرق من الماشية في الجبل قطع حتى يؤويها المراح • والتفسير الاخر ان تكون الحريسة هي المحروسة
فيقول ليس فيما يحرس بالجبل قطع لانه ليس بموضع حرز وان حرس • ثم اعلم ان التقدير عندنا بالدراهم لا بالدنانير • ولهذا قال في شرح الطحاوي
وان سرق عشرة دراهم بهرجة او زيوفا او ستوقا لا يجب القطع حتى تبلغ قيمته عشرة دراهم جياد • وكذلك اذا سرق دينارا قيمته اقل من
عشرة دراهم لا يجب القطع • وكذلك اذا سرق نصف دينار قيمته عشرة دراهم وجب القطع **قوله** او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم
مضروبة بجر مضروبة على المجاورة دراهم كما في قوله تعالى فارا ب يسع بقران سماك ا بجوز النصب على قبح على انها حال من نكرة متقدمة
قوله بالمال الخطير يقال رجل خطير اذا كان خطرا اي قدر • وكذلك كل متاع نفيس خطير كذا قال ابن دريد **قوله** رشته
اي ركن السرقة وهو الاخذ على الخفية • وتذكير الضمير على تاويل السرق لانها بمعنى **قوله** لما في الكامل والشافعي في ثمن المجن وهو
اكثر من يجن به لستره صاحبه من حمله السيل واجنه وجن عليه • اي ستره • والجحفة الترس الصغير يطارق بين جلدين كذا في الجمل **قوله**
غير ان الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها • اي ربع اثني عشر درهما
وقائل ان يقول لسلمنا ان الدينار كان كذلك والثلاثة كذلك ولكن لا نسلم انه اذا كان كذلك يلزم منه اشتراط ربع الدينار لوجوب
القطع فلا بد من بيان اخر وعن ذكرنا ثانيا **قوله** من عشرة تبر التبر ما كان من الذهب والفضة غير مصوغ كذا قال صاحب
ديوان الادب **قوله** والمعتبر وزن سبعة مثاقيل مر ذكره انفا **قوله** تعتبر قيمتها • اي قيمة غير الدراهم
بالدراهم **قوله** وسنبينه من بعد • اي سنبين الحرز في فصل الحرز ان شاء الله تعالى **قوله** والعبد والحر في القطع سوا
هذا لفظ القدوري في مختصره • وانما كانا سوا لعموم النص • قال تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا
ولم يفصل بين العبد والحر فيجب على العبد مثل ما يجب على الحر • ولانه عقوبة لا تحتمل التجزية للتعدد فيستويان كما في القصاص **قوله**
ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا لفظ القدوري وهو قول ابي حنيفة ومحمد • وعند ابي يوسف يشترط الاقرار مرتين
وهو قول ابن ابي ليلى كذا قال الحاكم الجليل في الكافي • وكذا اشترط ابو يوسف الاقرار مرتين في شرب الخمر ايضا كذا في المختلف
وروي عنه انه لا يجب القطع حتى يقر مرتين في مكانين مختلفين كذا ذكر الشيخ ابو الليث في شرح الجامع الصغير • وذكر بشر رجوع
ابي يوسف الى قولهما • ووجه قول ابي يوسف ما روي في السنن وشرح الاثار مسندا الى ابي امية المخزومي ان النبي صلى الله عليه وسلم
اتي بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال بلى يا رسول الله فاعادها
عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم مرتين او ثلاثا فامر به فقطع • فعلم بهذا ان الاقرار مرة واحدة لا يوجب القطع لان النبي صلى
الله عليه وسلم اعتبر الاقرار اربع مرات • ولان الاقرار احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى اعني بالشاهدين كما اعتبر الاقرار بالشهادة في
الزنا • اعني لما كان عدد الشهود في الزنا اربعة كان عدد الاقرار ايضا اربعة وهنا عدد الشهود اثنان فينبغي ان يكون عدد
الاقرار اثنين ايضا • يؤيده ما حدث الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى علي بن ابي طالب ان رجلا اقر عنده بسرقة مرتين فقال
قد شهدت على نفسك شهادتين فامر به فقطع يده وعلقها في عنقه • ولابي حنيفة ومحمد ان ما حدث الطحاوي في شرح الاثار باسناده
الى ابي هريرة قال اتي بسارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق فقال السارق بلى
يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ايتوني به قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم اتي به فقال تب الى الله عز وجل فقال
تبت الى الله عز وجل فقال تاب الله عليك فعلم ان التكرار ليس بشرط وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم او عن علي امر اتفاقي لا قصدي
ولان السرقة تظهر مرة فلا حاجة الى التكرار • ولهذا لا يعتبر التكرار في الاقرار بالقصاص وحد القذف بالاتفاق • ثم التكرار
الاقرار بالسرقة اما ان يكون لاجل الحد او لاجل المال فان كان الاول فلا تاثير في التكرار لان الاقرار وان تعدد لم يكن مسقط الحد
بالرجوع لانه حق الله تعالى كحد الزنا • وان كان الثاني فلا تاثير في التكرار ايضا لانه لا يصح الرجوع وان تكرر الاقرار لوجود المكذب في حق المال • وهذا معنى قوله وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار الى اخره ولا يصلح قياس الاقرار بالسرقة
على الاقرار بالزنا في اشتراط العدد • لان ذلك ثبت بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره **قوله** قال ويجب بشهادة
شاهدين • اي قال القدوري في مختصره ولفظه فيه يجب القطع باقراره مرة واحدة او بشهادة شاهدين • اما ثبوته
بالاقرار مرة واحدة ففيه خلاف قد مر بيانه انفا • واما ثبوته بشهادة شاهدين فبالاجماع لظهور السرقة • ولان القطع
عقوبة يتعلق اسبابها مطالبة الادمي كالقصاص **قوله** وينبغي ان يسالهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها
ومكانها لزيادة الاحتياط • اما السؤال عن الكيفية فان يقال كيف سرق فلاحتمال انه نقب البيت فادخل يده واخذ المتاع فذهب
حيث لا يقطع على ظاهر الرواية خلافا لما روي عن ابي يوسف في الامالي وكذا اذا ناول صاحبا له على الباب لا يقطع واحد منهما
لان في الاول تخلل لامانة الحرز لان هتك الحرز في البيت لا يكون الا بالدخول • بخلاف صندوق الصيرفي • وفي الثانية
لم يوجد الفعل الموجب للقطع على التمام من كل واحد منهما • بخلاف ما اذا رمى الثوب من البيت الى الطريق ثم خرج فاخذه حيث
يقطع لان الفعل الموجب للقطع تم به وحده • واما السؤال عن الماهية فلاحتمال ان المسروق شيء تافه او ما يتسارع

اليه الفساد او مال ذي رحم محرم منه او مال فيه شركة للسارق او مال احد الزوجين او دراهم المديون اخذها السارق
بقدر حقه او اقل من قدر النصاب • ويحتمل ان الشاهد من شاء ان السرقة لاستراق الكلام كما قال تعالى الا من استرق السمع
او لانه لم يسئل في الركوع والسجود • وقد ورد في الحديث ان اسوا الناس سرقة من سرق من صلاته فلا بد اذن من السؤال
عما • واما السؤال عن الزمان فان يقال متى سرق فلاحتمال التقادم لان التقادم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى يبطل الشهادة
للتهمة • بخلاف الاقرار لعدم التهمة • قال بعضهم في شرحه في هذا الموضع ما ذكر في الكتاب مطلقا من قوله وزمانها محمول
على ما اذا ثبتت السرقة بالبينة وهذا كلام مجحف منه لان المصنف انما اجرى كلامه في سؤال الشاهد عن زمان السرقة وقد صرح
بذلك فكيف يكون مطلقا عن البينة • واما السؤال عن المكان فلاحتمال انه سرق من دار الحرب او سرق من مستامن في دار منا
لا قطع فيه استحسانا لان حرمته ما له مؤقتة لا مؤبدة • او سرق من غير الحرز او من بيت اذن له بالدخول او في حمام نهارا او بالليل
فقطع لانه لا يؤذن بالدخول في الليل ذكره في شرح الطحاوي **قوله** ويحبسه الى ان يسال عن الشهود للتهمة بالضيف عطفا
على قوله ان يسالهما • يعني ان يحبس الامام السارق لانه صار متهما بالسرقة بعد ما ليه وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا
بالتهمة وقد مر ذلك في اول كتاب الحدود • وانما يحبسه الى ان يسال عن عدالة الشهود لان التوثق بالكفالة ليس بمشروع فيما
مبناه على الدرء والقطع قبل التعديل لا يجوز لعدم التلافي اذا وقع الغلط فتعين الحبس كيلا يفوت الحق بالهرب • قال الحاكم الشهيد
في الكافي فان زكي الشاهدان والمسروق منه غائب لم يقطعه الا بحضرته • وان كان حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع حتى يحضرا • قال ابو حنيفة بعد ذلك يقطع وهو قول ابي يوسف ومحمد وكذلك الموت وكذلك هذا في كل الحدود سوى الرجم
يعني الشاهدان لم يحضروا استحسانا الى هنا لفظ الحاكم **قوله** قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم
عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع • اي قال القدوري في مختصره وقوله اقل اي اقل من عشرة دراهم بحذف المسلم
به لانه قوله تعالى فعلم السر واخفى اي واخفى من السر هذا الذي ذكره فيما اذا لم يكن بين الجماعة صبي او مجنون او اخرس او ذو رحم
محرم من صاحب • وان كان واحد منهم في الجماعة لا يقطع • وعند ابي يوسف ان ولي الصبي والمجنون اخراج المتاع فلا قطع
وان ولي غيرهما قطع الولي ذكر القدوري في شرحه • لان المتبوع والمقصود فعل من ولي الاخراج • ولنا ان احدا لم يحكما
لم يجب عليه فلا يجب على غيره كالمخطي والعامد اذا اشتركا في القتل العمد • وقالت الثلاثة اذا اشترك جماعة في سرقة نصاب
وجب القطع عليهم والنصاب ثلاثة دراهم عنده • وتقدم له ان الفعل الموجب للقطع سرقة نصاب وقد وجد فيقطعون • ولنا
ان النصاب لم يوجد في حق كل واحد منهم فلا يقطعون فصار كما لو سرق كل واحد بانفراده ما دون النصاب • ولا يرد علينا ما اذا
قتل جماعة واحدا حيث يجب عليهم • لان القصاص يتعلق باخراج الروح وذلك معنى لا يتجزى فصار كل واحد كالفاعل الجميعه والمال
يتجزى ويسعى فصار كل واحد منهم حال الاشتراك مثله حال الانفراد لا يقطع بما دون النصاب فكذا في حال الاشتراك • بخلاف
ما اذا سرق واحد عشرة دراهم من عشرة حيث يقطع وهي مسالة المبسوط • لان الفعل الموجب للقطع كمال النصاب وقد وجد والله اعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لما فرغ من تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها شرع في بيان المحل الذي يقع عليه السرقة بحيث يوجب القطع او لا يوجبه لكن
كان ينبغي ان يذكر المسالة المتقدمة في هذا الباب لانها لا تدخل في تمام المعطوف عليه اذا صار كل واحد من الجماعة عشرة دراهم ويدخل في
تمام المعطوف اذا صار اقل من ذلك **قوله** لا يقطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك
والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة وهذه من مسائل القدوري الا انه لم يذكر في مختصره الزرنيخ والمغرة والنورة وهي
مذكورة في الجامع الصغير • قال في شرح الطحاوي الاصل في هذا ان كل ما يوجد مباح الاصل في دار الاسلام ولم يوجد فيه صنعة
تزيد قيمته على قيمة الاصل ولم تجر العادة باحرازه لم يجب القطع • واما الساج والابنوس فانه يقطع فيهما لان العادة جارية
باحرازهما فكذلك لا يقطع في الزرنيخ والنورة والزرنيخ والجص والمغرة لان هذا كله يوجد مباح الاصل وكذلك الوسمة والحنا • وقيل
الذي في الوسمة والحنا يقطع في بلادنا لانه قد جرت العادة باحرازهما • ويقطع في الخشب اذا كان معمولا لانه وجدت فيه صنعة
تزيد قيمته على قيمة الاصل • هذا كله في شرح الطحاوي وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا • وروي عن ابي يوسف في الهاروني
نوادر ابن هشام انه قال انا اقطع في كل شيء سرق الا في التراب والسرقين • قال في شرح الاقطع وهو قول الشافعي • وزعم اصحابه
الا في الماء والتراب وجهين • وروي عن ابي يوسف في الهاروني قال اقطع في كل شيء الا في الحشيش • وفي الاملاء قال ابو
يوسف يقطع في كل شيء الا في الماء والتراب والطين والجص والمعازف والنبيذ • والاصل هنا ما روي في السنن مسندا الى رافع
ابن خديج انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا قطع في ثمر ولا كثر • والكثر جمار النخل كذا في الجمهرة وغيرها • وقيل
صغار النخل • والمعنى فيه انه يوجد تافها • وروي عن عائشة انها قالت كان لا يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء
التافه • وعن عثمان او علي لا قطع في الطير • ووجه ما روي عن ابي يوسف انه مال متقوم فصار كاللؤلؤ والياقوت وهو محجوج بما
روينا • فان قيل ينبغي ان يجب القطع في الزرنيخ لانه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الاموال • بخلاف الخشب
فانه يلقى خارج الدار • وانما يدخلها العمارة فكان احرازا ناقصا • والتافه الحقير اليسير كذا في ديوان الادب والمباح
ما سمح فيه للنائل بين التحصيل والترك • والمغرة الطين الاحمر وهو بالفتحات الثلاث مبيحة العين ويجوز تسكينها والنورة
مقرونة بالواو ولا بالهمزة **قوله** وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حصر • وكلمة ما موصولة هو

ويقع مبتدا وخبره محذوف وصاحبه الجملة الفعلية الواقعة بعده • وفيها ضمير راجع اليه • وقوله غير مرغوب فيه بنصب غير على انه صفة
قوله مباحا • وانما قيد بقوله مباحا في الاصل بصورته احترازا عن الخشب المعمول قصعة او بابا ونحو ذلك فان فيه القطع • وكذا
يجب القطع في الحصر البغدادية وان كان اصلها يوجد مباحا لان صورتها تغيرت كما كانت بالصنعة المتقومة • وانما قيد بقوله
غير مرغوب فيه احترازا عن الذهب والفضة لوجود الرغبة فيهما فانه تنفق الحجارة منهما • وكذا اللؤلؤ وسائر الجواهر قوله لا يرغب
فيه اي لا يتمول به صناع يجي بعض الصادي من الصنائع وذكرها جميعا قوله فقلما يوجد اخذه على كره اي تقليل الحاق المشقة بالمالك
اذا اخذ مما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه • لان الصفة بالاشيا الحقيرة من غاية دناءة الهمة وخسة
النفس فلا حاجة اذن الى شرع الحد زاجرا لزاجر باخذها خفية لوجود الرضا من المالك غالبا فينتفي الكره والكره بفتح الكاف بمعنى المشقة
كالضعيف والضعف وجاء فيه قلما وطالما موصوله على ما نقل المطرزي في الايضاح عن ابن جني • ولكن ابن درستويه لم يجوز ان
يوصل شي من الافعال بما سوى نعم وبئس • هذا اذا كانت كافة واذا كانت مصدرية فليس الا الفصل • وقيل الكره المشقة
والكره ان يكلف الشي فيعمله كارها قوله وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة وهذا
ايضاح لنقصان الحرز فيما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه عطفا على قوله الا ترى ان الخشب يلقى على الابواب
يعني ان جميع الناس كانوا فيه سوا قبل وجود يد الاختصاص لواحد منهم لبعد وجود الاختصاص اورثت تلك الشركة شبهة لان
الشي في صورته كما كان لم يتغير بصنعة بمجرده فصار كمال بيت المال والغنيمة فلم يجب القطع للشبهة قوله ويدخل في
السمك المالح والطري • اي يدخل في اطلاق القدوري السمك طريه ويابسه وهو المالح المقدد بعض الكرخي على ذلك فقال
سمك مالح ومليح ولا تلتفتن الى قول الراجز بقلها المالح والطريا والحرف لا يوخذ بلغته • قال ابن دريد قوله وفي
الطير الدجاج والبط والحمام • اي يدخل في اطلاق القدوري لفظ الطير الدجاج والبط والحمام • يعني لا قطع في سرقة
الطير اصلا قال في شرح الطحاوي ولا قطع على سارق الطير سوا كان صيد البر او صيد البحر • وقال في الجامع الصغير رجل سرق
طيرا يساوي عشرة دراهم لا يقطع • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه قال بعضهم اراد به الطاير
الذي يكون صيدا سوى الدجاج والبط فيجب القطع لانه بمعنى الاهلي • وقال بعضهم لا يجب القطع في جميع الطيور • وهذا القول
اصح • ثم قال وذكر في كتاب المجرد لو سرق شيا من الدجاج او البط او الحمام لا يجب القطع لما ذكرنا اشارة الى قوله والطير
يطير والصيد يفر • يعني ان الطيران والفرار دليل نقصان الحرز فلم يقطع فيها لانه صار كالشي الذي لا يبقى قوله ولاطلاق
قوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في الطير رواه البيهقي عن عثمان وعلي • وفي اسناده الى النبي صلى الله عليه نظر قوله
والحجة عليهما ما ذكرناه • اي الحجة على ابي يوسف والشافعي ما ذكرناه من حديث عايشة رضي الله عنها قوله ولا قطع فيما يتسارع
اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة • اي قال القدوري في مختصره • وعن ابي يوسف ان عليه القطع وبه قال الشافعي
كذا في شرح الاقطع • ولابي يوسف ما روي في شرح الاثار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سيل عن الثمر المعلق فقال لا قطع فيه
الا ما اواه الجرين وبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثله وجلدات نكال • وروي في الصحيح البخاري عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده • ولنا ما روي في السنن مسندا الى رافع بن خديج انه سمع رسول الله صلى الله عليه
وسلم يقول لا قطع في ثمر ولا كثر • وروى الحاكم الشهيد في الكافي عن الحسن البصري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع
في طعام والمراد الطعام الذي لا يبقى ويتسارع اليه الفساد وما في معناه فصور كاللحم والثمر دليل وجوب القطع في الحنطة
والسكر بالاجماع • والجواب عما رواه ابو يوسف فنقول المراد بما اواه الجرين الثمر اليابسة اجرا للكلام على وفاق العادة
فيها القطع في الرواية المشهورة عن ابي حنيفة • وعنه انه لا قطع فيها ايضا ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وفسر
البيضة ببيضة الحديد لا ببيضة الطير لانها لا تبلغ نصابا عادة • وهذا التفسير روي عن الاعمش في الصحيح البخاري • قال
ابو عبيد الكثر جمار النخل في كلام الانصار وهو الجذب ايضا • وقال ابن دريد اهل العراق يسمون الجمار الجذب • وقال
صاحب الهداية وقيل الودي والودي هو الفسيل وهو صغار النخل قالوا تفسير الجمار بالودي لم يثبت في كتب اللغة والجمار
شحم النخل كذا ذكره صاحب ديوان الادب وهي شي ابيض رخص يوكل مثل لسان الثور • وقال ابو عبيد في كتاب غريب الحديث
الجرين هو الذي يسميه اهل العراق البيدر واهل الشام الاندر واهل البصرة الجوخان • وقد قال له ايضا المجار المربد وهو
الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وجمع جرن وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منحره • والجمع جرن فجاز ان يسمى بهذا
الجران المتخذ منه قوله والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد • اي المراد من الطعام المذكور في قوله عليه
الصلاة والسلام لا قطع في الطعام قوله كالمهيا للاكل نظير قوله ما يتسارع اليه الفساد • والمهيا المعد وما
في معناه • اي في معنى المهيا للاكل قوله والتمر نظير قوله ما في معناه قوله وفيه القطع • اي وفي اليابس
من التمر قوله قالوا لا قطع في ثمرة كثرة لانه يسرع اليه الفساد فكانت معنى المالية ناقصا • ولان شرط القطع هتك
الحرز ولم يوجد الحرز • وقال في شرح الطحاوي ولا قطع على سارق الحنطة وان كان محرزا لانه اراد في عام سنة وعام
المجاعة • وقد جا في حديث عمر لا قطع في عام سنة ولا في عذق معلق قوله ولا قطع في الاشربة المطربة هذا لفظ
القدوري في مختصره • يقال اطربه فطرب • والطرب انه يستحل فرح او حزن • قال الشاعر واراني طربا في اثرهم
طرب الواله او كالمختبل كذا انشده ابن دريد والمراد منها الاشربة المسكرة • وبذلك صرح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير

وانما

وانما لم يقطع فيها لان بعضها حرام كالخمر فتناولها سارقها اراقتها • وبعضها مختلف في اباحته فيكون ذلك شبهة في سقوط القطع لان
الاختلاف في اباحته يورث شبهة في عدم المالية • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير في باب الاشربة ما هو
يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال في قول ابي حنيفة حتى ان الحد لا يجب منه وان سكر في قوله • وروي عن محمد
ان ذلك حرام يجب الحد بالسكر • والباقي يعرف في باب الاشربة • وقال في سرقة الاصل يقطع في الخل • ونقل الناطفي عن كتاب
المجرد قال ابو حنيفة لا قطع في الخل لان الخل قد صار خمرا مرة • وفي نوادر ابن سماعة برواية علي بن الجعد لا قطع في الرب
والجلاب قوله ولا في الطنبور • هذا لفظ القدوري في مختصره • وقال في شرح الطحاوي ولا قطع على سارق الملاهي
كالدف والطبل والمزمار وغيرها لانه لا ضمان على كاسرها عند ابي يوسف ومحمد فان وجب تصور اني ما لها فصار ذلك شبهة
في سقوط القطع • وقال في الفتاوى الولوالجي رجل سرق طبلا للغزاة وهو يساوي عشرة لم اقطع يده • والمختار انه لا يقطع
فيه لانه كما يصلح للغزو يصلح للهو فتمكنت الشبهة قوله لانه من المعازف قال في الجمهرة المعازف الملاهي فقال قوم من اهل
اللغة هو اسم يجمع العود والطنبور واشباههما • وقال اخرون بل المعازف التي استخرجها اهل اليمن الى هنا لفظ ابن دريد فيهما
قوله ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية هذا لفظ القدوري في مختصره • قال الحاكم الشهيد في الكافي لا قطع على
سارق المصحف وان كان مفضضا كذا ذكر الطحاوي في مختصره ايضا • وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا • وروي عن ابي يوسف
في الاملا يقطع سارق المصحف وبه اخذ الشافعي • وروي عن ابي يوسف رواية اخرى انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا • لابي
يوسف انه مال متقوم يباع ويشترى فيجب فيه القطع • وجه الظاهر ان المقصود ما فيه من القران ومعنى المالية فيه تبع لانه لو
كان احراز المصحف لما فيه لا لاجل الجلد والاوراق والحلية والاخذ يتناول النظر فيه والقراءة فكان ذلك شبهة سقوط الحد فان
قلت يجب القطع في الاوراق قبل الكتابة فبعدها اولى لانها زادت بها • قلت الزيادة من المال ظاهر • لان الاوراق
في المقصود قبل الكتابة فبعد الكتابة صارت تابعة لما فيها وما فيها ليس بمال كالقلادة يجب فيه القطع • فاذا سرق
كلبا عليه القلادة لا يقطع لانها صارت تبعا للكلب وكالانية الموضوعة على الشراب اذا سرق فيها خمر لا يقطع قوله وانما في توابع
اي الجلد والاوراق والحلية توابع قوله يربى اي يزيد قوله ولا يقطع في ابواب المسجد • قال في الجامع الصغير
لا يقطع من سرق ابواب المسجد في من الحواضر • وذلك لانها ليست محرزة • الا ترى انه لو سرق باب دار انسان لا يجب فيه
القطع وانما يجب فيه الضمان فهنا اولى • اي لا يجب لان باب الدار يحرز به ما فيها • اما باب المسجد فلا يحرز ما فيه • ولهذا
لا يقطع سارق متاع المسجد لانه ماذون بالدخول فيه كسائر الناس قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فان اعتاد هذا الفعل
اي سرقة ابواب المساجد يجب ان يعزر ويبالغ فيه ويحبس حتى يتوب قوله ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد
وهذا لفظ القدوري في مختصره • اي لا قطع في هذه الاشيا وان كانت من ذهب • وبه صرح القدوري في شرح مختصر
الكرخي • وانما لم يقطع اخذها لانه يتناول الكسر لانه يجوز له ذلك نهيا عن المنكر وبعض مثل ذهبه وزنا • بخلاف دراهم
فيها تماثيل اذا سرق فيها من حرز يجب القطع لانها ليست معدة للعبادة ولا للهو • وعن ابي يوسف ان كان الصليب في مصلاهم لا يقطع
لانعدام الحرز في دخوله وان كان في يد رجل منهم محرزا عنده قطع • لان الذهب والفضة في نفسه يجب به القطع والصنعة
لا تؤثر في اسقاط القطع فبقي الوجوب بحاله كذا ذكر القدوري في شرحه • والصليب شي مثلث تعبده النصارى والصليب
ودك في جوانب الحرز يعني ودك الميتة قال جرير قوله ناهضت يداه راس برذون لعظام ما جمعت صليبا • والشطرنج
بكسر الشين على وزن قرطعب • والمراد من المصلى موضع صلاتهم قوله ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه
حلي • وهذا لفظ القدوري في مختصره • وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا • ولهذا لم يذكر الخلاف الحاكم الشهيد
في الكافي • وكذا لم يذكر شمس الايمة البيهقي في الشامل في شرح المبسوط • وصرح صاحب الهداية بانه ايضا • وروي
عن ابي يوسف انه يقطع • فعلى هذا كان ينبغي ان يقول صاحب الهداية وعن ابي يوسف يقطع فعلى هذا كان اذا كان عليه
حلي هو نصاب مكان قوله وقال ابو يوسف يقطع • وجه تلك الرواية انه سرق ما يجب فيه القطع لا يسقط القطع كما لو سرق
ثوبا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم مصرورة • ووجه الظاهر ان الصبي هو المقصود بالاخذ وهو ليس بمال دون
ما عليه لانه تبع • فلو كان المقصود ما عليه لاخذه وترك الصبي • فلما لم يفعل كذلك علم ان المقصود هو الصبي فلا يجب فيه
القطع لعدم المالية • فاذا لم يجب القطع في المقصود لا يجب في التبع • على انا نقول ان اللص يحتمل التاويل انه اراد حمله الى
اهله • او اراد اسكاته • وجوابه عن قياسه ان السارق اذا علم الدراهم يقطع وان لم يعلمها فلا يقطع نص عليه الحاكم
الشهيد في الكافي • لان المقصود في الاول الدراهم وفي الثاني الثوب قوله فان كان عليه حلي الحلي بفتح الحاء
وسكون اللام على وزن ظبي كل ما لبس من ذهب او فضة او جوهر • وجمعه حلي بضم الحاء وكسر اللام وتشديد اليا • ويجوز كسر
الحا ايضا • وجمع الحلية حلى بالكسر • وروي بضم الحا ايضا وليس بشي قوله حلي هو نصاب الحلي هنا مرفوع بدلالة الاعراب
الظاهر ويقطع لسرقته اي لسرقة الحلي الذي هو النصاب فكذا مع غيره • اي فكذا يقطع اذا كان الحلي مع غيره وهو الصبي قوله
والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه • وذلك لان الصبي اذا كان يتكلم ويمشي يكون في يد نفسه فحينئذ لا يقطع
بالاتفاق • وبه صرح البيهقي في كتابه قوله ولا قطع في سرقة العبد الكبير وهي من مسائل القدوري • قال
الحاكم الشهيد في الكافي وان سرق صبيا صغيرا مملوكا لا يعقل قطع فيه في قول ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف استحسن

ان لا انطعه. فان كان يعقل ويتكلم لم يقطع فيه في قولهم جميعا لانه غصب او خديعة الى هنا لفظه. له انه آدمي من وجه مال من وجه فصار كونه آدميا شبهة في سقوط القطع كالعبد الكبير. ولهما ان حقيقة السرقة وهي اخذ مال معصوم لاجنبي خفية من حرز لا شبهة فيه وهو قاصد للحفظ قد وجد فيجب القطع لانه لا يد له على نفسه فصار كالبهيمة. بخلاف ما اذا كان لم يعقل ويتكلم فانه في يد نفسه وسرقته ليست سرقة في الحقيقة بل غصب او خداع ولا قطع في ذلك. قوله الا اذا كان يعبر عن نفسه استثناء من قوله يقطع. يعني لا يقطع اذا كان معبرا عن نفسه بان يعقل ويتكلم اتفاقا. قوله او يعرض ان يصير مستفاقا به ان كان لا يتكلم ولا يمشي في الحال. والعرض بمعنى العارض يقال عرض له عرض. اي اصابه عارض من مرض او نحو ذلك. قوله ولا قطع في الدفاتر كلها. ولفظ القدوري ولا قطع في الدفاتر كلها الا في دفاتر الحساب. وروي القدوري في شرحه عن ابي يوسف انه يقطع. والمراد بالدفاتر صحايف فيها كتابة من عربية او شعر او حديث او تفسير ونحو ذلك. وانما لم يجب القطع في سائر الدفاتر لان المقصود من اخذها هو ما فيها لا نفس الاوراق وما فيها ليس بمال فلا يجب القطع في غيرها. بخلاف دفاتر الحساب وهي دفاتر اهل الديوان حيث يقطع فيها اذا بلغت نصابا فان المقصود من اخذها الاوراق لا ما فيها فيجب القطع لان الاوراق مال. قوله قال ولا في سرقة كلب ولا فهد. اي قال القدوري في مختصره لا قطع في سرقتهما لان جنس ذلك يوجد مباحا تافها في دار الاسلام ولا قطع في التافه وقد مر بيانه. ولان في ماليتهما قصورا لانه لا يجوز بيعهما عند الشافعي فكان القصور شبهة في سقوط القطع. قوله ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار وهذا من مسائل القدوري لانه لم يذكر في مختصره البربط. وقال في الجامع الصغير قال ابو حنيفة في الذي يسرق بربطا او طبلا لا يقطع وهذه كلها الات اللهو معروفة. والدف بضم الدال وفتحها لغتان كذا ذكر ابن دريد ولا قطع في هذه الاشياء بالاتفاق. اما عندهما فظاهر لعدم التقوم. ولهذا لا ضمان على متلفها عندهما. واما عند ابي حنيفة فان كان يجب الضمان لغير الملاهي فلا قطع على سارقها لان له ان يتناول في الاخذ الكسر نهيا عن المنكر. وفي طبل الغزاة اختلاف المشايخ. والاصح انه لا يقطع لان صلاحيته للهو صارت شبهة وقد مر عند ذكر الطنبور. قوله ويقطع في الساج والقنا والابنوس والصندل. هذا لفظ القدوري وذلك لان هذه الاشياء لا توجد مباحة في دار الاسلام وهي محرزة تعد من اعز الاموال. وانما توجد مباحة في دار الحرب ولا يكون ذلك شبهة في سقوط القطع لان سائر الاموال من الدراهم والدنانير مباحة في دار الحرب ولا يكون ذلك شبهة. ومع هذا يقطع في دارنا. والساج نوع من الشجر معروف يحمل من بلاد الهند الى سائر البلاد. والقنا جمع قناة وهي خشبة الرمح الها منقلبة من الواو والابنوس بفتح الباء معروف وهو معرب. قوله ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد وهذه من مسائل الجامع الصغير. قال الحاكم الشهيد في الكافي ويقطع في اللؤلؤ والياقوت والزمرد والفيروزج ولا يقطع في الزجاج وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير. وذكر هشام عن محمد لا قطع في اللؤلؤ والياقوت ونحو ذلك لان اصله مباح كالزرنيخ ونحوه. ووجه الظاهر انها اموال نفيسة ليست توجد في دار الاسلام مباحة بصورتها غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة. وانما لا يقطع في الزجاج لانه يسرع اليه الكسر فكان ناقصا في المالية هذا هو ظاهر الرواية في الزجاج. وذكر في شرح الاقطع رواية اخرى عن ابي حنيفة ان فيه القطع كالخشب اذا عمل منه اواني. قوله واذا اتخذ من الخشب اواني او ابواب قطع فيها هذا لفظ القدوري في مختصره. يعني بالخشب ما ليس فيه قطع فاذا اتخذ من الخشب الذي لا قطع فيه اواني كالقصاع ونحوها وابوابا سرقت من حرز يجب القطع فيها. وذلك لان الصنعة الغالبة اخرجته من حكم اصله فالتحق بالاموال النفيسة. بخلاف البواري والاجر والفخار حيث لا يجب القطع فيها لان البواري من القصب والاجر والفخار من الطين لم تغلب الصنعة فيها على قيمتها. ولهذا يلقى ويبسط الاجر والبواري في غير الحرز بخلاف الحصير البغدادي حيث قالوا يجب القطع فيها اذا بلغت نصابا لغلبة الصنعة. ثم انما يجب القطع في الباب اذا سرق من حرز. اما اذا سرق وهو مركب على الجدار فلا قطع فيه لانه ظاهر غير محرز. والى هذا اشار الحاكم الشهيد في الكافي بقوله ولا يقطع في الساج في الابواب المعمولة اذا سرقت من حرز. وقد كان صرح قبل هذا اذا سرق بابا من دار او مسجد لم يقطع لانه ظاهر لم يحرز. وقال صاحب الهداية انما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل فيه لا يرغب في سرقته. اي بواسطة الثقل. اي انما يجب القطع في الباب اذا كان خفيفا لا ثقيلا وفيه نظر لان عدم الرغبة في سرقته بواسطة الثقل نقصانا في المالية ولا في الحرز فاذا حصلت سرقة مال من حرز مستقيم كامل يجب القطع. ولهذا لم يفرق الحاكم بين الخفيف والثقيل بل اطلق الرواية. وكذلك اطلقوا الرواية في شرح الجامع الصغير وشروحها. وكذلك القدوري اطلق في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي ايضا. وكذا اطلق في الشامل في قسم المبسوط. قوله ولا قطع على خائن ولا خائنة هذا لفظ القدوري في مختصره قال فيه ولا قطع على خائن ولا خائنة ولا نباش ولا منتهب ولا مختلس. الخائن والخائنة اسم فاعل وفاعلة من الخيانة وهو ان يأخذ المودع الشيء المأمون والانتهاب ان يأخذ الشيء علانية قهرا من بلدة او قرية والاختلاس الاختطاف وهو ان يأخذ الشيء بسرعة والاسم الخلسة. وفي المثل بين الخلسة والخلسة ولا اختلاف في هذه الجملة الا في النباش وسنذكره ان شاء الله تعالى. هذا وانما يجب القطع فيها المال. وفي السنن والجامع الترمذي مسندا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس على خائن ولا منتهب

ولا مختلس

ولا مختلس قطع رواه جابر بن عبد الله. ولان الحرز قاصر في الخيانة فكان شبهة في سقوط القطع والانتهاب والاختلاس لم يوجد فيه معنى السرقة وهو الاخذ على الخفية فلا يثبت فيهما حكم السرقة. اما النباش فلا قطع عليه عند ابي حنيفة ومحمد وقطع عند ابي يوسف وقال داود بن ابي سليمان يقطع النباش لانه دخل على الميت بيته ذكره في السنن. وقال مالك في الموطأ اذا بلغ ما اخرج من القبر ما يجب فيه القطع قطع. وقال الشافعي لا قطع على النباش في تربة ضائعة. ويقطع اذا سرق الكفن من قبر في بيت محرز او في مقابر البلاد وجهان. وحيث يجب فتوقف الموضوع مع الكفن او المدفون زيادة على العدد الشرعي وجهان. ثم الكفن للوارث فهو الخصم في السرقة. وان كفنه اجنبي فالطلب للاجنبي. وقال احمد بن حنبل اذا اخرج النباش من القبر كفنا قيمته ثلاثة دراهم قطع لما روي عن عائشة انها قالت سارق امواتنا كسارق احيائنا. وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من نبش قطعناه ولانه مال محرز بحرز مثله فيقطع فيه كما في السطر. وهذا لانه يعتبر حرز كل شيء بحرز مثله وهو مما يحفظ فيه عادة. ولهذا كان الصندوق حرز الدرة وكان الاصطبل حرز الدابة فيكون القبر حرزا للكفن. ولنا ما روى محمد بن الحسن في الاصل قال بلغنا عن ابن عباس وعامة اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ان مروان سألهم عن ذلك فلم يقولوا شيئا فعزره اسواطا ولم يقطعه فعلم بذلك ان قطع النباش ليس بثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. فلو كان ثابتا لبينه الصحابة حين سألهم مروان ولم يخف عليهم مع كثرتهم. ولان الكفن ليس بمملوك لاحد ولا هو محرز ولا قطع في اخذ غير المملوك ولا في اخذ غير المحرز فلا يكون في اخذ الكفن قطع. بيانه انه ليس بمملوك ولو كان مملوكا لا يخلو اما ان كان مملوكا للميت او للوارث وكلاهما باطل لا يكون مملوكا. وهذا لان الموت مناف للملك اصلا والوارث لو نبش القبر واخرج الكفن يقطع عند الشافعي فلو كان ملكا له لم يقطع لان الانسان لا يقطع في ملك نفسه. وبيان انه ليس بمحرز لو كان القبر حرزا للقطع لوجب القطع في مال اخر موضوع فيه فاذا انتفى الوجود انتفى كونه محرزا بالاحراز وقد ثبت بالاجماع على كون الحرز شرطا لوجوب المشروط لا محالة ولان النبش جناية نادرة تنفر عنها الطباع السليمة والكفن شيء حقير لا تميل اليه الرغائب المستقيمة. والسرقة جناية غالبة الوجود تميل اليها طباع الناس وتنفر النبش لا المعقول المتانة والزاجر الشرعي فلا يجوز اثبات حكم السرقة في النبش قياسا لعدم المماثلة بينهما لوجود الفارق فلان النظر فان الحكم اذا ثبت في الادنى بطريق الزجر ثبت في الاعلى بطريق الدلالة كما ثبت حرمة الشتم والضرب والقتل لما ثبت حرمة التأفيف. على انا نقول قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة المدينة. قال في ديوان الادب اختفاه اي استخرجه. وقال في الجمهرة النباش مختف لانه يستخرج الاكفان. وقولهم ان الكفن محرز بحرز مثله وهو ما يحفظ فيه عادة لا نسلم ان الكفن وضع في القبر لحفظ الكفن بل لستر عورة الميت لانه الكفن فانه للبلى والتلف لا محالة فاذا لم يكن الكفن محفوظا مطلوبا فكيف يكون محرزا. فان قلت النبش سرقة والسرقة يجب بها القطع فيجب في النبش القطع. قلت لا نسلم ان النبش سرقة فان كان هو اياها فلا يخلو اما ان يكون لغة او شرعا فالاول منتف لان النبش يخص النباش والسرقة اخذ مال الغير خفية في موضع اوثقه. والثاني منتف ايضا لان الشرع لم يرد بان النبش سرقة على انا نقول الاصل في كل اسم ان يختص بمعنى يحترز عن الالتباس بترادف الاسماء لان في ترادف الاسماء خلاف الاصل. ثم ادعى الترادف فعليه البيان. وتسمية النباش سارقا في حديث عائشة مجاز وبابه لا يكذب الا ترى انها اضافت السرقة الى الميت فلا يخلو اما ان يكون الميت مسروقا كما او مسروقا منه فالاول باطل لاستحالة سرقة الميت نفسه والثاني كذلك لان الميت ما كان مترصدا للحفظ حتى يأخذ النباش منه خفية. فلو قال قائل فلان سرق من الميت كذا يتعجب من كلامه ويضحك عليه بالضرورة. والجواب عن حديث الاخر قلنا ذلك محمول على السياسة بدليل ما روي في ذلك الحديث من قتل عبده قتلناه ومن جدع انفه جدعناه فذلك سياسة فكذا هذا. وقيل انه ليس بمرفوع وهو الصحيح. قوله وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح. يعني ان الصحيح ان النباش لا يقطع ايضا عند ابي حنيفة ومحمد اذا اخذ الكفن من قبر في بيت مقفل بغلق الغلق الباب وقفلت الابواب لان التثقيل للتكثير كما يقال اغلقت الباب وغلقت الابواب. قوله وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت. يعني لا يقطع ايضا عندهما. قوله لما بينا. اي لما بينا من الحديث والدليل المعقول والحديث قوله عليه الصلاة والسلام لا قطع على المختفي والمعقول هو قوله لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث. قوله ولا يقطع السارق من بيت المال. هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا من مال للسارق فيه شركة. وانما لم يقطع في بيت المال لانه مال عامة المسلمين والسارق منهم فيكون له فيه حق فيمنع القصور في الحرز باحته فيسقط القطع لشبهة قصور الحرز. على ما مر في اول الباب والمال المشترك لا يجب فيه القطع ايضا لان القطع لا يثبت بالشبهة والملك من اقوى الشبهة. ولهذا لا يجب حد الزنا بوطء الامة المشتركة. قوله ومن له على احد دراهم فسرق مثلها لم يقطع. وان سرق عروضا قطع وسرقة الدراهم من الخواص. وهذا لان له ان يأخذ مثل دراهمه بالاجماع لحديث هند امرأة ابي سفيان قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال عليه السلام خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فاذا كان له حق الاخذ صار مستوفيا لدينه. ولهذا ليس لصاحب المال ان يسترد ذلك فاذا كان مستوفيا لدينه لا يقطع في اخذ حقه. بخلاف ما اذا اخذ عروضا مكان الدراهم حيث يقطع لانه ليس له ان يستوفي العروض مكانها. ولهذا اذا اسلم اليه المديون العروض له ان يمتنع من ذلك. بخلاف تسليم الدراهم حيث يجبر لظهور الرقبة بين جنس الحق وغيره. وقال في كتاب السرقة فان قال انما اردت ان اخذ العروض رهنا بحقي او قضاء بحقي درئ عنه القطع. وذلك لانه احتلافا تعدد ابن ابي ليلى له ان يأخذ جنس حقه لوجود المجانسة من حيث المالية. ومن اخذ الشافعي والاختلاف العلماء اورث شبهة في درئ. وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا. وروي عن ابي يوسف انه لا يقطع في العروض وان لم يدع الاخذ لحقه لكون اختلاف العلماء شبهة. وجوابه لا دليل ظاهر يستند اليه هذا القول فلا بد من الدعوى لتقوي الشبهة

بالموضع الخلاف ثم لا فرق بين المؤجل والمعجل استحسانا لوجود المبيح للاخذ وهو ملك الدين ويقطع قياسا لانعدام الاطلاق في الاخذ
لتاخر المطالبة في الحال ذكر القدوري في التباين والاستحسان لمرجحه • وعند الشافعي ان لم يكن الغريم ماطلا قطع وان كان ماطلا
لا يقطع • وكذا اذا سرق من جنس حقه زيادة على حقه لانه اذا الزيادة في البعض لا يجب في الباقي لثبوت الشركة • فان كان حقه دراهم
فسرق دنانير يقطع كذا ذكر القدوري في شرحه لانها لا تصير قصاصا بحقه فليس له ان ياخذها • وقيل لا يقطع للمجانسة بينهما من حيث
الثمنية • وكذا يقطع اذا سرق حليا من فضة وحقه دراهم لانه لا يصير قصاصا بحقه بل يصير بيعا مستندا • ولو سرق المكاتب
او العبد من غريم المولى قطع الا ان يكون المولى وكلهما بالقبض فحينئذ لا يجب القطع لان حق الاخذ لهما • ولو سرق من ولد الكبير
او غريم عبده المأذون قطع لان حق الاخذ لغيره • ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع والمسائل مذكورة في شرح القدوري
والفتاوي الولوالجي وغيرها قوله ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع • وهذا لفظ
القدوري في مختصره • وقال زفر يقطع • وعن ابي يوسف مثله وهو قول الشافعي كذا في شرح الاقطع • له قوله عليه الصلاة
والسلام • وان عاد فاقطعوه • ولان المسروق قد عاد بقبوله بالرد الى المالك • ولهذا يضمن السارق اذا اتلفه بعد الرد بالاتفاق
فصادف سرقة مال متقوم محرز لا شبهة فيه فيقطع كما لو سرقه غيره او سرقه هو من غيره او سرقه هو بعد ان اشتري المالك منه
بعد تمليك المالك اياه • ولنا ان وجوب القطع يتعلق بفعل السرقة وايقاعه على العين بالفعل الواحد في عين لا يتكرر والقطع
بالاتفاق فينبغي ان لا يتكرر القطع اذا تكرر الفعل في عين واحدة • لانه حد لا يستوفي الا بالخصومة فلا يتكرر بالخصومة من واحد
في محل واحد كحد القذف • ولان القطع يوجب سقوط عصمة المحل في حق السارق لانتقال العصمة الى الله تعالى فبالرد ان
عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة سقوطها لبقاء اثر القطع واتحاد المالك والمحل فيسقط الحد للشبهة • بخلاف ما اذا سرقه
غيره لانتفاء الشبهة في حقه • وبخلاف الصورتين الاخريين لان تبدل الملك يوجب تبدل العين حكما فلم يبق اتحاد المالك والمحل • الا
ترى الى ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في بريرة لها صدقة ولنا هدية • ولان تكرار الجناية بعد قطع اليد نادر والمقصود
من القطع تقليل الجناية مع وجود الندرة لا حاجة الى التقليل كما اذا قذف شخصا فحد ثم قذفه بعين ذلك الزنا لا يحد ثانيا فكذا
هنا • والجواب عن الحديث فنقول قد طعن فيه الكرخي فقال حفظنا الاحاديث ومنا الحفاظ فلم نجد له اصلا • او نقول انه
محمول على ما اذا تبدل المحل لان العود الى فعل السرقة في المحل الذي قطع فيه مرة في غاية الندرة • وكلام الشيخ لا يحمل على النادر
بل على الغالب • او هو محمول على السياسة بدليل انه قال في المرة الخامسة فان عاد فاقتلوه • فان قلت حد السرقة خالص الله
تعالى كحد الزنا • فاذا جلد الزاني ثم زنا بتلك المزنية يحد ثانيا فينبغي ان يقطع اللص ثانيا وان اتحد المحل كما في الزاني • قلت بعض
الزنا المستوفي غير المستوفي في المرة الاولى لان الاول لا بقي • والمسروق هو بعينه في المرة الثانية فتكرر الحد في الزنا دون في
السرقة • ولان الحد في الزنا لا يثبت اصلا • والعصمة في السرقة انتقلت الى الله تعالى • فان عادت بالرد بقيت الشبهة
لحد الزنا ثانيا دون السرقة قوله ولان الثانية اي السرقة الثانية كالاولى • اي كالسرقة الاولى قوله
باعه المالك • اي باع المسروق واشتراه منه اي من السارق ثم كانت السرقة اي وجدت السرقة قوله على ما عرف
من قبل اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه في باب ما يحدث السارق في السرقة
قريبا من صحيفة قوله بخلاف ما ذكر • اي ما ذكر ابو يوسف وهو قوله كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه
قوله لان الملك قد اختلف باختلاف سببه • وذلك لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وقد عرف في حديث
بريرة قوله ولان تكرار الجناية منه نادرة • وهذا دليل ثان عطف على قوله لنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل قوله
قوله فيعري الاقامة • اي اقامة الحد قوله كما اذا قذف الحدود في القذف المقذوف الاول معناه اذا قذفه بعين
ذلك الزنا • اما اذا قذفه بغير ذلك الزنا يحد ثانيا كذا ذكر الامام المرغيناني قوله قال فان تغيرت عن حالها مثل ان
يكون غزلا فسرقه وقطع فيه ثم نسج فعاد فسرقه قطع • اي قال القدوري في مختصره والاصل في كل موضع لم تتبدل العين
فيه وكان على حالها لا يقطع ثانيا عندنا خلافا لزفر والشافعي • واذا تبدلت عن حالها كما لو كان قطنا فصار غزلا او كان غزلا
فصار ثوبا يقطع بالاجماع لان العين بتبدلها عن حالها صارت في حكم عين اخرى • فلو سرق عينا فقطع بها ثم سرق عينا اخرى
يقطع ثانيا فكذا هنا • ولهذا ينقطع حق المالك عن المغصوب بفعل الغاصب هكذا قال في شرح الطحاوي • واذا سرق ذهبا
او فضة وقطع فيه ورد على صاحبه فجعله المسروق منه انية او كانت انية فضربها دراهم ثم عاد فسرقه لا يقطع عند ابي
حنيفة لان العين لم تتغير عنده حتى يحكم بالمسروق منه • وقالا يقطع لان العين قد تغيرت عندهما • وقال في كتاب الهيئة
سرق ثوبا فخاطه ثم رده فسرق المخيط لا يقطع لانه لا يقطع حق المالك لو فعله الغاصب فلم يصر في حكم عين اخرى قوله
والقطع بالجر عطف على قوله من اتحاد المحل • يعني لما تبدل المحل وجود القطع في ذلك المحل فصار في حكم عين ما جرى فيه القطع
ثانيا

باب في الحرز والاخذ منه

لما فرغ عن ذكر المسروق الذي يجب فيه القطع او لا يجب فيه وهو المسروق وهو المال شرع في بيان الحرز • لان الحرز شرط وجوب
القطع الا انه اخر ذكره لان الحرز امر خارج عن المال • والحرز في اللغة الموضع الحريز وهو الموضع الذي يحرز فيه الشيء • اي يحفظ
وفي الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة او الشخص نفسه • والمراد من المحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا قوله
ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع • وهذا لفظ القدوري في مختصره • اما قرابة الولاد فلا قطع فيها بالاجماع

لان الوالد له حق التملك في مال ولده لقوله عليه الصلاة والسلام انت ومالك لابيك فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد القطع والولد له
في مال ابيه ولا دلا يقطع في ماله والام كالاب • ولان كل واحد منهم ماذون بالدخول في بيت الاخر فلا يتحقق هتك الحرز
فلا يجب القطع • واما قرابة ذي الارحام المحارم كالاخ والعم والخال فعندنا لا يجب القطع • وعند الشافعي يجب القطع • له
ظاهر قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا • ولان ملك احدهما متباين من ملك الاخر فيجب القطع لوجود سرقته من
حرز كامل • ولنا ان القطع لا يجب الا باخذ المال وهتك الحرز ولم يوجد هتك الحرز لوجود الاذن في الدخول فلا يبقى المال محرزا في حق
السارق • الا ترى الى قوله تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على انفسكم ان تاكلوا من بيوتكم او بيوت
ابائكم او بيوت امهاتكم او بيوت اخوانكم او بيوت اخواتكم او بيوت اعمامكم او بيوت عماتكم • او بيوت اخوالكم او بيوت خالاتكم او ما ملكتم
مفاتحه او صديقكم • فان قلت الاية دلت على اباحة الاكل لا على اباحة الدخول • قلت الاكل في البيت لا يكون الا بالدخول فيه ومع اباحة
الدخول لا يكون الحرز قائما • فان قلت كيف يصح استدلالكم بهذه الاية وقد قال تعالى فيها او صديقكم • ومع هذا لو سرق من
بيت الصديق يقطع • قلت لما سرق ظهر انه لم يكن صديقا بل كان عدوا • بخلاف ما اذا سرق من اخيه او عمه او خاله حيث لا تنقلب
الاخوة والعمومة او الخؤولة او القرابة بالسرقة فظهر الفرق • والجواب عن اية السرقة فنقول انها مخصوصة بالاجماع فقد خص منها الصبي
والمجنون وقرابة الولاد وغير المحرز وما فيه شركة للسارق ونحو ذلك • فلما كان كذلك قلنا هذا ما لم يحرز في حق السارق
لوجود الاذن بالدخول فلا يقطع كما اذا سرق من المسجد قوله والثاني للمعنى الثاني اراد بقوله والثاني اذا سرق من ذي رحم
محرم منه • اي لا يقطع للمعنى الثاني وهو الدخول في الحرز قوله ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة فيها • اي المحارم
ذكره ايضاحا لما اباحة الدخول في الحرز وينظر الرجل الى مواضع الزينة من محارمه • ثم موضع الزينة اليد لانها موضع السوار والشعر
لانه موضع العقوص • والعضد موضع الدملوج • والصدر موضع القلادة والساق موضع الخلخال ذكرت في كتاب الكراهية ان شاء
الله تعالى قوله بخلاف الصديقين متصل بقوله لم يقطع وهو جواب سؤال مقدر بان يقال الاذن بالدخول كما وجد في سائر
المحارم وجد في الصديقين ايضا • ومع هذا اذا سرق احدهما من الاخر يقطع فقال الاذن بالدخول للصديق لا للعدو ولما سرق
ظهر انه كان عدوا ولم يكن ماذون له في الدخول قوله في الثاني خلاف الشافعي • يعني في السرقة من ذي رحم محرم قال
يقطع وقد بيناه قوله الحقها بالقرابة البعيدة • اي الحق الشافعي قرابة ذي رحم محرم كالاخ والعم والخال بالقرابة
البعيدة كابن العم ولا معنى لالحاقه اياها بها مع وجود الفارق • لان القرابة البعيدة يجوز بينها المناكحة بخلاف قرابة ذي رحم
محرم قوله وقد بيناه في العتاق • اي بينا خلاف الشافعي في مسئلة من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه قوله ولو
سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع • ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع • اي لو سرق مال ذي الرحم المحرم
يقطع ذكرها في المسائل تفريعا لمسئلة القدوري فقال في الدليل اعتبار الحرز وعدمه • اي يقطع في المسئلة الثانية لوجود الحرز
ولا يقطع في الاولى لعدم الحرز قوله وان سرق من امه من الرضاع قطع ذكره تفريعا لمسئلة القدوري ايضا • قال
في شرح الطحاوي ولو سرق من امه من الرضاع او من ابيه من الرضاع وجب القطع وهذا هو ظاهر الرواية عن اصحابنا • وروي عن
ابي يوسف في شرح القدوري لا يقطع من سرق من امه رضاعا لان بينهما انبساطا في دخول المنزل بلا حشمة • ولبنت الاخت من الرضاع
لانها لا يدخل عليها بلا استئذان وحشمة عادة • وجه الظاهر ان الحرمية بلا قرابة كالقرابة بلا محرمية • ثم القرابة
اذا لم تكن مع الحرمية لا يسقط القطع بالاتفاق كما في ابن العم فكذا الحرمية اذا لم تكن مع القرابة • ولهذا يقطع اذا سرق من
الاخت الرضاعية • وانما كانت تلك الحرمية كتلك القرابة لانها لا تحرم تلك الا ترى ان ام المزنية حرام على الزاني • ومع
هذا اذا سرق من بيتها يقطع والحشمة الاستحياء كذا في المجمل قوله وابعد من ذلك الاخت من الرضاعة • اي الاخت
من الرضاعة ابعد الى التباسر ما اذا ثبتت الحرمية بالزنا • يعني ان السارق من الام من الرضاع يقطع كالسارق من الاخت من الرضاع
لان الحرمية في المكسور والمتبسر عليه جميعا بالرضاع • ولم يوجد الرضاع في الحرمية بالزنا • وان وجدت الحرمية بلا قرابة هنا وقد
قوله وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا يشترط مجردا عن مواقع التهمة • بخلاف النسب وكان ذلك هذا وقع جوابا عن قول
ابي يوسف انه يدخل على الام من الرضاع بلا استئذان وحشمة • يعني بينهما انبساط في دخول المنزل فلا يقطع فقال الرضاع قبل الشهادة
عادة فلا بسط حينئذ لمدعاتها بالرضاع احترازا عن الوقوع في مواقع التهمة • بخلاف الام من النسب فان النسب امر مشهور فلا انبساط يتحقق
الحالة قوله واذا سرق احد الزوجين من الاخر او العبد من سيده او من امراة سيده او زوج سيدته لم يقطع وهذا من مسائل
القدوري • وكذا اذا سرق احد الزوجين من حرز خاص للاخر لا يسكنان فيه وهو قول الشافعي والمزني • وقال في بعض كتبه
يقطع كل واحد لسرقة الاخر وله قول ثالث ان الزوج يقطع والمراة لا تقطع • ولنا ان كل واحد ينبسط في منزل الاخر والدخول فيه عادة
بلا اذن فكان الحرز ناقصا فلا يقطع كالسرقة من المسجد • وقد روي عن عمر انه اتى بغلام سرق مراة لامراة سيده قال ليس عليه
شيء خادمكم سرق متاعكم ذكره مالك في الموطا فاذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج اولى • فان قلت احد الزوجين ربما يحرز ماله عن الاخر
قلت نعم لكن لا يمنع الانبساط في المنزل يمنع القطع لوجود الانبساط • كما اذا احرز الاب ماله عن ابنه فسرقه الابن • قال في شرح الطحاوي
ولو سرق من بيت الاصهار والاختان • قال ابو حنيفة لا يقطع وقالا لا يقطع • ولو سرق من بيت زوجة ابنه او بيت زوج امه ان كان
بينهما منزل واحد لم يجب القطع عليه سواء اختص المقطع عليه او لم يختص في ظاهر الرواية • وروي عن ابي يوسف انه قال اذا اختص
عليه بالقطع فقطع • ولو سرق من امراة ابيه المسوقة او المختلعة ان كانت في العدة لم يجب القطع وان كانت منقضية العدة يجب القطع هـ

الى منا لنقا شرح الطحاوي قوله ولانه ذلك ان المراة رضيت بتسليم نفسها الى الزوج والتفسير عن المال فكان ذلك لا
على تبدل ما لها الذي دونها فثبت البسط في المال ولانه قوله وهو نظير الخلاف في الشهادة يعني عندنا لا يقطع احد الزوجين
في مال الاخر كما لا تقبل شهادتهما في حق الاخر في احد قوليه قوله ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع وهذه مسئلة القدوري
وذلك لان للمولى حقا في كسب المكاتب ورقبته في الحال ومالكه للمولى فلا يتحقق السرقة لان مال المكاتب موقوف على عتقه وعلى مولاه
لانه ادى بدل الكتابة فالكل له وان عجز عنه فهو للمولى ولا قطع في المال الموقوف على السارق وعلى غيره كما اذا سرق احد
المتبايعين ما شرط فيه الخيار فكذلك لا قطع على المكاتب او المدبر اذا سرق من المولى لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وكذلك
السارق من المغنم وهذه من مسائل القدوري وقال في شرح الطحاوي لا قطع على من سرق من الغنائم واطلق الرواية كما اطلق
الرواية في مختصر القدوري وينبغي ان يكون المراد من السارق من له نصيب في الغنيمة في الغنيمة الاخماس كالغانمين او اليتامى
او المساكين وابن السبيل اما غيرهم فلا نصيب لهم في الغنيمة فينبغي ان يقطع لانه مال لا شبهة لاحد فيه من حرز لا ربية فيه
فيقطع بخلاف السارق من بيت المال فانه لعدد المصالح عامة المسلمين وهو منهم فصار كالذي فيه شركة للسارق فلا يقطع اللهم الا ان يقال
المال في الغنيمة مال مباح اخذ في الاصل لكل واحد وهو بعد على صورته التي كانت عليها ولم يتغير فصار بقاؤه على صورته شبهة
ليسقط القطع والمغنم الغنيمة قوله وهو ما ثور عن علي رضي الله عنه درا وتعليلا وهو ما روي في المبسوط ان عليا اتي بسارق
من الغنيمة فدرا عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا وتعليل على بدل على ما قلنا قوله فالحرز على نوعين حرز لمعنى فيه
كالدور والبيوت وحرز بالحافظ اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الحرز شرط وجوب القطع لما روي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قال لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل فاذا آواه المراح او الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ذكره مالك في الموطا
وقد روى الطحاوي في شرح الآثار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الثمر المعلق فقال لا قطع فيه الا ما آواه الجرين او بلغ ثمن المجن
ففيه القطع وقد اوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحرز لا في غيره فيكون الحرز شرطا ولان الاجماع انعقد على شرط الحرز
ولهذا لم يجب القطع في الانتهاب والاختلاس والثمر على راس الشجر والحيوان في المرعى والثوب اذا بسط للتجفيف على ظهر حائط الى هو
المكر ولان معنى السرقة وهو الاخذ على سبيل الاستسرار لا يوجد الا بوجود الحرز ثم الحرز على نوعين حرز بالمكان كالبيت
وحرز بالحافظ ولهذا روي في الزهري ان صفوان بن امية نام في المسجد وتوسد رداءه فاخذ السارق فجاء به الى النبي صلى الله عليه
وسلم فامر به رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يقطع يده ذكر ذلك في الموطا والسنن ايضا فعلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتبر
الحرز بالحافظ ثم الحرز بالمكان لا يعتبر فيه الحرز في الحافظ لان الاول اقوى لان المكان يمنع وصول اليد الى المال ويكون
المال مختصا به والاختصاص لا يوجد بالحافظ فكان ذلك اصلا وهذا فرعا فلا اعتبار للفرع مع حصول وجود الاصل حتى لو سرق
منه ليلا يقطع فلما كان حرزا في نفسه لم يلتفت الى وجود الحافظ وكان المنظور اليه هو الجامع في كونه حرزا وقد اذن للناس في الدخول
نهارا فلم يقطع لنقصان الحرز ولهذا انقطع السارق من البيت وان لم يكن الحافظ موجودا سواء كان البيت له باب او لا او مفتوح
او لم يكن له باب اصلا لان البناء لقصد الاحراز فكذا هذا الحرز لا يكون الا بالاخراج بالمكان لا بمجرد الاخذ في الحرز وفي الحرز بالحافظ
يكون بمجرد الاخذ لزوال اليد المالك بمجرد الاخذ في الثاني وبالاخراج في الاول لان يد المالك قائم قبل الاخراج ثم الحرز بالمكان
على نوعين حرز يمكن دخول السارق فيه كالبيت فما لم يدخل فيه ويخرج المال لم يقطع وحرز لا يمكن الدخول فيه كالصندوق هو
والجوالق الموضوع في موضع ليس بحرز اذا كان محرزا بصاحبه يجب القطع فيه اذا ادخل يده واخرج المال فيجعل كانه دخل فيه واخرج
ثم ما كان حرزا لنوع كان حرزا لكل نوع وهو الصحيح ذكره الكرخي في مختصره حتى لو سرق اللؤلؤ من الاصطبل او حظيرة الغنم يقطع وقال الامام
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي قال بعض مشايخنا حرز كل شيء معتبر بحرز مثله حتى لو سرق اللؤلؤ من هذه المواضع لا يقطع وهو قول
الشافعي ولهذا قال وحريم الاصطبل حرز للدواب لا للثياب ثم كل ما يكون حرزا في نفسه يكون حرزا بصاحبه كما في الصحراء
والمسجد وقارعة الطريق سواء كان الحافظ يقظانا او نائما وسواء كان المتاع تحته او بقربه منه لان النائم عند متاعه يعد في العرف
والعادة حافظا لا مضيعا قال الحاكم الشهيد في الكافي المسافر يترك بالصحراء ويجمع متاعه ويبيت عليه فسرق منه قطع السارق
وقال في الفتاوي الصغرى من اصحابنا من قال في هذا اللفظ اشارة الى انه انما يكون محرزا في كل نوعه اذا كان تحته وقال
شمس الائمة السرخسي الصحيح انه يلزمه القطع بكل حال لان المعتبر الحفظ المعتاد ولا يقتضي ما يتاتى ثم ابدا هذا بالمودع والمستعير وقال
الاسبيجابي انما لا يضمنان بمثل هذا لانهما يضمنان بالتضييع وهذا يؤيد ما قلنا في فصل الراعي في اول كتاب السرقة سرق بقرة او شاة
من المرعى ان كان ثمة من يحفظها يقطع والا فلا الى هنا ذكر في الفتاوي الصغرى وهذا ذكر في شاة المرعى خلاف ما نقل الناطفي
عن الاصل قال في الاصل لو سرق شاة من مرعاها لم يقطع وان كان هناك راعي ولهذا اطلق الحاكم في الكافي فقال وان سرق
شاة من مرعاها لم يقطع وكذلك قال الكرخي في مختصره من سرق حيوانا من المرعى لا يقطع ويقطع ان سرق من المراح الذي ياوي
اليه لحديث حريسة الجبل وفي نوادر ابن هشام قال محمد اذا جمل الغنم في حظيرة عليها حائط او ليس عليها حائط انما سوا اذا
كان قد جمع فيه يقطع سارقها وان كان جمع الاحجار او الشوك حول البقعة وجعل فيها الاغنام هو والحائط سواء قوله
هو الصحيح احترازا عن قول بعض اصحابنا حيث شرط ان يكون المتاع تحته وقد مر آنفا ونقل الناطفي عن نوادر ابن هشام
قال محمد بلا خلاف من غيره لو جمع متاعه في الصحراء او لم يتم على متاعه وانما نام عنده فسرق منه يقطع اذا نام حيث يراه ويحفظه هو
قوله على هذا لا يضمن المودع اشارة الى التعليل الذي ذكره بقوله لانه لا يعد النائم عند متاعه حافظا له والمستعير مثله اي مثل

الودع

الودع لا بعد كونها بدامانة قوله بخلاف ما اختاره في الفتاوي اي هذا الذي قلنا من عدم الضمان على المودع والمستعير
كيف ما نام عند المتاع خلاف ما اختاره في الفتاوى لان فيها اوجب الضمان اذا نام مضطجعا وقال في خلاصة الفتاوى وفي هو
النثر لا يضمن وان نام مضطجعا قوله قال من سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع اي قال القدوري
في مختصره وهذا تفريع وبيان لما قال او لا بقوله الحرز على نوعين لمعنى فيه وحرز بالحافظ يعني ان من سرق شيئا من حرز لمعنى فيه
كالدور قطع وكذلك اذا سرق من غير حرز لكن صاحبه عنده يحفظه قطع لان المتاع محرز باحد الحرزين في الاول بالمكان وفي هو
الثاني بالحفظ وقد حصل هتك الحرز لا محالة فيجب القطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله وهذه مسئلة القدوري
وقال الشافعي اذا سرق من الحمام وكان عنده الثياب حافظ عليه القطع كذا قال ابو نصر البغدادي ولنا ان الحمام حرز بنفسه فلا
يعتبر الحرز بالحافظ لان الحافظ يصير بحفظه حرزا ما لم يكن حرزا في نفسه اما الحرز في نفسه فوجود الحافظ فيه وعدمه سوا
ولهذا اذا سرق من البيت وليس فيه حافظ يقطع فعلم ان وجود الحافظ لا يعتبر في الحرز بنفسه فلما لم يعتبر الحافظ كان المعتبر هو الحمام
وهو حرز في نفسه لانه بني كالدور او لانه يقطع السارق منه ليلا او قبل الاذن بالدخول فعلم انه حرز لكن اختل الحرز بالاذن فلم
يقطع وكذا البيت الماذون فيه بالدخول لهذا المعنى قال في شرح الطحاوي ولا قطع على من سرق في الحمام لانه ماذون فيه بالدخول
فيه ولو سرق منه ليلا قطع لانه غير ماذون فيه بالدخول وكذا القدوري في شرح مختصر الكرخي قال ان سرق من حمام او بيت
لا يقطع وان كان مالكه فيه ولو سرق من الحمام ليلا يقطع لعدم الاذن قوله لوجود الاذن عادة او حقيقة الاول
في الحمام والثاني في بيت اذن في دخوله ويجوز ان يكون حقيقة الاذن في الحمام ايضا بان يقول الحامي تعالوا فادخلوا الحمام
بعد فتحها الباب قوله ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات اي يدخل في حكم بيت اذن للناس في دخوله الحوانيت
والخانات ليلا فحينئذ يقطع لعدم الاذن ليلا قال في خلاصة الفتاوي جماعة نزلوا بيتا او خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب
المتاع يحفظه او تحت راسه لا يقطع ولو كان مسجد جماعة قطع ولو سرق من بيت واحد قبل الخروج لم يقطع قوله الا
اذا سرق منها ليلا استثناء من قوله ولا قطع في اخره قوله فاما ان سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع وهذا لفظ
القدوري وذلك لان المسجد ليس بحرز في نفسه فيكون حرزا بالحافظ واذا كان الحافظ عنده يقظانا او نائما عند متاعه فقد
صار هتك الحرز فيقطع وان لم يكن عنده فلا يقطع السارق لعدم الحرز بخلاف الحمام او البيت الماذون فيه بالدخول فانه حرز في نفسه
فلا يعتبر الحافظ وقال الشافعي في الشارع والمسجد يحفظ بلحاظ صاحبه بشرط ان لا ينام ولا يولي ظهره فنقول اذا نام عند
متاعه لا يعد مضيعا عادة فلا يخل الحرز فيجب القطع وقد روينا عن الموطا وغيره في هذا الفصل ان السارق ركا صفوان حين
نام متوسدا ثوبه في المسجد فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقطع فعلم انه ما كان مضيعا قوله ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه
وهذا لفظ القدوري وذلك لانه لما اذن له بالدخول اختل الحرز بالاذن فسقط القطع ولانه صار كانه واحد من اهل البيت
فما سرقه وما اصابوه فعله ادون لا يجب بل يبقى خيانة ولا قطع على الخائن لما روى جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على خائن
قطع وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التي اذن له في دخولها وهو مقفل او من صندوق مقفل كذا ذكر القدوري في شرحه
لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ولهذا اذا اخذ اللص من بعض البيوت واخرج الى الدار لا يقطع ما لم يخرج من الدار فاذا هو
كان الدار واحدا فبالاذن في الدار اختل الحرز في الدار وفي البيوت جميعا وما روي ان اسودا بات عند ابي بكر الصديق فسرق حليا
فقطعه ابو بكر فتاويله عند اصحابنا انه سرق من دار النساء لانه ذارا لرجال في الدار من المحلتين لا يكون الاذن في احدهما اذنا في
الاخرى قوله ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع وهذه من مسائل الجامع الصغير واراد بالسرقة المسروق مجازا
الا انه ايضا اذا كانت السرقة مضيعا وانما لم يقطع قبل الاخراج لعدم هتك الحرز والدار كلها حرز واحد فما لم يوجد الاخراج لا
يوجد الهتك فلا يجب القطع بخلاف ما اذا كانت الدار عظيمة مشتركة فيها بيوت يسكن في كل بيت ساكن على حدة فسرق من بعض البيوت
الى صحن الدار كالاخراج الى السكة ولو اخرج الى السكة يقطع فكذا هنا وليس كالفصل الاول لان الدار مع بيوتها حرز واحد
لان البيوت كلها لصاحب الدار فالم يخرج من الحرز لا يقطع وههنا كل بيت حرز لاختلاف ساكنه لهذا صرح الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير وهذا تاويل قول محمد فان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع اعني تاويله اذا كانت
الدار مشتركة قال في الفتاوي الصغرى القوم اذا كانوا في دار لكل واحد مقصورة على حدة عليه باب يغلق فنقب رجل من اهل
الدار على صاحبه وسرق منه ان كانت الدار عظيمة يقطع والا فلا وتفسير هذا تاويل قول محمد فان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها
من مقصورة الى صحن الدار قطع اعني تاويله اذا كانت الدار مشتركة قال في الفتاوي الصغرى القوم اذا كانوا في دار لكل هو
واحد مقصورة على حدة عليه باب يغلق فنقب رجل من اهل الدار على صاحبه وسرق منه ان كانت الدار عظيمة يقطع والا فلا وتفسير
هذا اذا كانت بحيث يستغنون بصحن الدار استغناء السكة كدار عثمان ودار نوح في دار عظيمة وان كانوا يستغنون بها استغناء
المنزل لا تكون عظيمة ثم قال ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده هذا التفصيل في كتاب السرقة في الفصل الاول قال بعض اصحابنا
ان ادخل الداخل يده اذا بلغت في يد المسروق منه لا قطع عليه قبل الاخراج من الدار والصحيح انه يضمن لوجود الاتلاف على وجه التعدي
بخلاف القطع فان شرطه هتك الحرز ولم يوجد والمراد من المقاصير الحجرات والبيوت قوله وان اغار انسان من هو
اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما قلنا اي لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة قال صاحب المغرب
الغار لفظ شمس الائمة الحلواني والصيمري وهو من اغار على العدو والسرقة لفظ محمد والاغارة بمعنى بالعين المهملة والنون وهو

الاوجه لان الاغارة تدل على الجبر والمكابرة والسرقة على الخفية وللاول وجه عندي بان يدخل اللص مكابرة بالليل جهرًا ويخرج
المال فانه يقطع لوجود الخفية عن اعين سائر الناس • ويحتمل ان يكون ذلك ايضًا رواية عن محمد • لان شمس الائمة الحلواني مع
تبحره في العلوم لاسيما الفقه ممن سهم في هذا القدر والاغارة جاءت بمعنى الاسراع والعدو ايضا قال الفرزدق فاو نافوا بهم ولكنا
يليهم صلاة الداخلين مع المغير • تقول اذا اجتمع الناس بالموسم زار ابهم والمغير المسرع وهذا من قول ابي سيارة عميلة بن خالد العدواني
وكان يدفع بالناس من المزدلفة على حمار اربعين سنة فضربت العرب بحماره المثل فقالوا اصح من عير ابي سيارة • وكان يقول اشرق
ثبير كيما نغير يعني هذا يكون معناه اسرع انسان وعدا من مقصورة على مقصورة فسرق منها قطع • وجاء اغار الحبل اي فتله
فتلا شديدا • وذكر في ديوان الادب وعنه والفتل يستعمل في المخادعة ويجوز ان يستعمل في معناه بها ايضًا • الا ترى الى
ما جاء في حديث الزهري انه سأل ام المؤمنين عائشة الخروج الى البصرة فابت عليه فما زال يفتل في الذروة والغارب حتى اجابته
الذروة اعلى السنام والغارب مقدمه وهو مثل فيما لا يزال الفتل في ذروته • اي يخادعه حتى يزيله عن رأي هو عليه لذا قاله
الاصمعي فعلى هذا يكون معناه اذا اخاتل وخادع انسان من اهل مقصورة على مقصورة اخرى فسرق منها قطع قوله واذا نقب اللص
البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر خارج البيت لا قطع عليهما • هذا هو لفظ القدوري وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا ولهذا
قال الحاكم الشهيد في الكافي وان ناول صاحبا له على الباب لم يقطع واحد منهما • وكذلك ذكر في شرح الطحاوي • وقال الفقيه
ابو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير • وروي عن ابي يوسف انه قال اذا كان الخارج ادخل يده وناوله الاخر قطعا
جميعًا • ولو ان الداخل اخرج يده الى الخارج حتى اخذه فالقطع على الداخل خاصة • وكذلك ذكر الروايتين في المختلف الاتفاق
ثم قال وروي عن ابي يوسف كما نقلنا عن شرح الفقيه ابي الليث وفصل الجواب كما ذكر الفقيه ابو الليث • وكذلك ذكر الجواب
في شرح الجامع الصغير وروي عن ابي يوسف انه قال اذا كان الخارج ادخل يده قطعا الاثنان ثم قالوا وروي عن ابي يوسف كما نقلنا
عن شرح الفقيه فعلم بذلك انه ما قاله في شرح الاقطع هذا قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد يقطع الداخل وهو قول
الشافعي ليس بظاهر الرواية عنهما • وكذلك ما روي في بعض نسخ الفقه كالتحفة وغيرها • وجه ما روي عن ابي يوسف
انه يجب القطع لانه اخرجه من الحرز فلا بالي ادخل الحرز ام لا • وجه الظاهر انه فعل السرقة تم بالداخل والخارج جميعًا فالخارج
يد زاعنه القطع لعدم هتك الحرز وبعد راعن الداخل ايضًا اذا لم يوجد تمام السرقة منه وحده • او نقول الفعل تم من السارق
عن السارق فاذا لم يجب على احدهما لعدم السرقة لا يجب على الاخر ايضًا لانه فعل واحد وليس هذا كما اذا رمى الى السكة ثم
خرج واحد لان فعل السرقة تم بالسارق وحده وهنا بخلافه قوله وهي تأتي على مسألة تأتي وهي مسألة نقب
البيت وادخال اليد فيه قوله فان القاه في الطريق ثم خرج فاخذه قطع هذا لفظ القدوري وهو متصل بالمسألة المتقدمة
وقال زفر لا يجب القطع لانه حين القاه لم يجب عليه القطع • ولهذا اذا خرج ولم ياخذ لا يجب القطع بعد ذلك كما اذا اخذ
غيره من السكة لا يجب القطع • ولنا ان الرمي والاخذ بعد ذلك من حيل السراق يعتادونه ذلك اما لعدم امكان الخروج
مع المتاع او للفرار او للتقاتل مع صاحب المتاع وقد خرج ويده ثابتة عليه لعدم اعتراض يد اخرى عليه فيكون مخرجا من الحرز فيجب
عليه القطع • بخلاف ما اذا اخذه غيره حيث لا قطع عليه لانه لم ياخذ من الحرز • وليس على السارق ايضا قطع حينئذ لانه باعتراض
يد الآخر لم يبق له قائمة على السرقة حين الخروج وقد خرج ولا مال في يده لا حقيقة ولا حكما فصار كما لو استهلكه في الحرز ثم
خرج • وبخلاف ما اذا لم ياخذ بعد الخروج لانه مضيع لا سارق قوله وكذلك ان حمله على حمار فساقه فاخرجه هو
وهذا ايضا لفظ القدوري • اي يقطع ايضا اذا حمله حمار فاخرجه لان يده ثابتة على المال لان سير الحمار مضاف اليه قال
في خلاصة الفتاوى ولو ذهب السارق الى منزله فخرج الحمار الى منزله بعد ذلك حتى جاء الى المنزل لا يقطع • وكذلك
لو علق شيئا على طائر وتركه ثم طار الى منزله • وقال فيها ايضا رجل دخل الدار وجمع المتاع في الليل وطرح في نهر كان يخرج
والحمل ان كان الماء قوة اخراجه بنفسه لا يقطع وان لم يكن للماء قوة اخراج المتاع لكن اخرجه بالتحريك يقطع • ونقل القدوري
في شرحه عن الاصل لو كانا اثنين فنقبا البيت ثم دخل احدهما فاستخرج المتاع ثم حمله جميعا قال ان عرف الداخل بعينه قطعت الداخل
منهما ودرأت الحد ودعن الاخر غير اني اعزره • وان لم اعرف الداخل لم يقطع واحد منهما ويعزران قوله واذا دخل الحرز
جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعًا هذا لفظ القدوري في مختصره • قال الحاكم الشهيد في الكافي وان دخل جماعة في الدار
فجمعوا المتاع وحملوها على رجل منهم وكان هو الذي خرج به وقد خرجوا معه في فوره او خرجوا قبله ثم خرج هو في فورهم قال في القياس
ان يقطع الحامل وحده • وفي الاستحسان يقطعون جميعًا وبه ناخذ الى هنا لفظه وبالقياس اخذ زفر كذا في شرح الطحاوي
وقول الشافعي كقول زفر كذا في شرح الاقطع • وجه القياس ان المباشر لسرقة المال هو الحامل لانه هو الذي اخرجه فيجب
القطع عليه خاصة كما لو اجتمع جماعة على رجل فقذفه واحد منهم يجب حد القذف على القاذف وحده فكذا هنا • وجه
الاستحسان ان السرقة في غاية الاحوال هكذا يكون يحمل بعضهم ويترصد الباقون كي يدفعوا صاحب المال ان ابتبه فيكون
الاخراج من جميعهم معنى لكونهم ردا للحامل • ولهذا في السرقة الكبرى وهو قطع الطريق اذا باشر بعضهم القتل واخذ المال
والباقون وقوف تحت حد قطع الطريق على جميعهم لكونهم ردا له فكذا هنا فصار وا كما اذا حملوا على حمار واخرجوه • فان قلت
غير الحامل لم يخرج من الحرز شيئا فصار كما لو وقف خارج الحرز فلا يقطع • قلت لانسلم ان غيره لم يخرج مطلقا بل حصل الاخراج
معنى لكونه ردا والردء شريك المباشر • ولهذا اذا كان بعض الغزاة وقوفا اشتركوا جميعًا في الغنيمة قوله منه اي من الحامل

اي الحامل او الاخراج الحاصل من الحامل اي من حيث المعنى قوله كما في السرقة الكبرى • اي في قطع الطريق وهي
تعالى ان ضرره على عامة المسلمين وسيجيء بيانه ان شاء الله تعالى قوله وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع اشارة
الى ان الاخراج من الكل معنى قوله ومن نقب البيت وادخل يده فاخذ شيئا لم يقطع • وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا
ولهذا ذكر الحاكم الشهيد المسألة بلا خلاف فقال في الكافي من نقب البيت فادخل يده فاخذ المتاع فذهب لم يقطع • وان
دخله وجمع المتاع فلم يخرجه حتى اخذ لم يقطع الى هنا لفظه • وكذلك ذكر في الشامل في قسم المبسوط وروي عن ابي يوسف
في الاملاء انه يقطع وقال عليه على ما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي او في الجوالق • وقول الشافعي كقول ابي يوسف كذا في
شرح الاقطع • ولنا ان هتك الحرز شرط وجوب القطع بالاتفاق وقد مر بيانه وكمال الهتك في الدخول والاخراج فاذا لم يدخل
لم يتعين معنى الهتك وفي النقصان شبهة العدم • والحدود تندرئ بالشبهات • بخلاف الصندوق والجوالق فان الدخول
فيه لا يمكن • والمقصود فيه من الفعل ان يخرج ما فيه باليد وهنا الدخول ممكن فيشترط الدخول ولا يجب القطع بدونه
نظرا الى الفرق • وهذا مؤيد بما روي اصحابنا في كتبهم عن علي قال لو كان اللص ظريفا لم يقطع فقيل كيف يكون ظريفا قال يدخل يده في
الدار ويخرج المتاع • ولا يقال انه اخرج نصابا من الحرز • واذا نقب واخذ لم يوجد الهتك على الكمال لعدم الدخول
قوله واخرج المطرفي هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد • والدراهم الغطريفية
كانت من اعز النقود ببخارا كذا قال صاحب المغرب قوله وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع • وان ادخل يده في
الكم يقطع وهذه من مسائل الجامع الصغير المتقدمة • وذلك لانه لما شق الصرة بقيت الدراهم خارجة في الصورة الاولى فلا
يكون اخذ الدراهم حينئذ من الحرز فلا يقطع • وفي الثانية لما شقها بقيت الدراهم في داخل الكم فاذا اخذها من الكم يكون
فاتكا للحرز فيقطع وهذا لان الحرز هنا بالمكان لا بالحافظ • وعن ابي يوسف ان الطرار يقطع في الحالين لان الدراهم
محرزة بكل حال اما بالمكان وهو الكم او بالحافظ لانه لم يعتمد على نفسه بل على كمه في قطع المسافة او الاستراحة فصار الكم
كالجوالق ولم يذكر محمد حكم الحل في الجامع الصغير والاصل • ولهذا قال مشايخنا في شروح الجامع الصغير فان حل الرباط والدراهم داخلة
والدراهم في ظاهر الكم لا يقطع لانه ادخل يده في حل الرباط فبقيت الدراهم خارجة فانما اخذها من خارج فلم يصر هاتكا
للحرز • وهذا معنى قوله يعكس الجواب لانعكاس العلة فافهم • والطر في اللغة الشق والقطع • ومنه الطرار وهو الذي يشق
كم الحافظ ويأخذ منه المال خفية بقطع الكيس ونحوه • والصرة الخرقة المشدودة فيها الدراهم اصرها صرا اذا شددتها
قوله وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع وهي من مسائل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في رجل سرق من ابل فنام عليها احمالها او فنيق فشق جوالقا فسرق ما فيه قال يقطع • وان سرق الجوالق نفسه لم يقطع قال
في الشامل في قسم المبسوط اذا سرق الجوالق نفسه من الدابة لا يقطع • ولو سرق من الجوالق يقطع • والاصل هنا ان القطع لا
يجب الا بسرقة النصاب بشرط ان يكون محرزا مقصودا • واذا لم يكن محرزا مقصودا لا يجب القطع • الا ترى ان النبي صلى الله عليه
وسلم لم يوجب القطع في حريسة الجبل لان المقصود للراعي في ترك المواشي في المرعى الرعي لا الحفظ والحفظ تبع فلم يكن الحفظ مقصودا
فلم يجب القطع لشبهة عدم الحرز من حيث ان الحفظ ليس بمقصود • فاذا عرفت هذا قلنا لا قطع في سرقة البعير من القطار او الحمل
لان مقصود السائق او القائد قطع المسافة • ونقل الاحمال لا الحفظ مقصودا فلا يجب القطع لشبهة العدم لعدم قصد الحفظ
فلم يكن محرزا بالمكان ايضا • لان ظهور الدواب ليست بحرز لان المقصود النقل والتحميل لا الحرز فانتفى القطع اصلا لعدم
شرط • حتى قال مشايخنا لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قطع سارق الحمل نفسه • بخلاف ما اذا سرق الجوالق من
القطار واخذ المال حيث يقطع لانه اخذه من حرز مثله • لان المقصود من وضع الامتعة في الجوالق حفظها فيه فصار كما اذا دخل
البيت واخذ المال من الكم • والقطار بكسر القاف الابل يشد زمام بعضها خلف بعض في نسق • قال ابن دريد جاء القوم متقاطرين
اذا جاء بعضهم في اثر بعض ماخوذ من قطار الابل ومثل من امثالهم الانفاض يقطر الجلب والعصر الغوم • اي يعدت واد
نظر والهم لخلوها للبيع قوله وان شق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع وهذه من مسائل الجامع الصغير
وذكر في قسم المبسوط من الشامل • ولو كان الجوالق على الارض وله حافظ يقطع • وتاويل المسألة فيما اذا كان الجوالق في موضع
لا يصلح ان يكون حرزا كالطريق والمفازة • وذلك لانه يشترط حفظ صاحبه • وانما يعتبر الحرز بالحافظ اذا لم يكن الشيء حرزا في
نفسه • وهنا الجوالق ليس حرزا في نفسه لان الجوالق الموضوع على قارعة الطريق او في المفازة لا يعد حرزا في نفسه فيشترط هو
الحرز الحافظ فاذا كان قائما عليه او نائما بعد حافظا عادة • والمعتبر هو الحرز المعتاد • ولهذا امر رسول الله صلى الله عليه
وسلم بقطع يد سارق رداء صفوان بن امية حين نام متوسدا على ردائه قوله على ما اخترناه • اي نقل نورد به وهو قوله
لانه يعد النائم عند متاعه حافظا قوله وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه • اي حيث يكون حافظا • اي ذكر في
بعض شروح الجامع الصغير هكذا ولم يقتصر على قوله وصاحبه نائم عليه بل قال او حيث يكون حافظا عليه • واراد بهذا ما
ذكر فخر الاسلام في شرحه قوله وهذا يؤكد ما قدمناه • اي هذا الذي ذكر في بعض النسخ بقوله او حيث يكون
حافظا له يؤكد ما قدمناه من القول المختار لعدم التفرقة بين كون المتاع عنده او البيت • ولو سرق الفسطاط نفسه لم يقطع
لانه ليس بحرز يحفظ به غيره لانه يحفظ بغيره

فصل

في كيفية القطع واثباته

لما فرغ عن بيان ما به يجب القطع شرع في بيان نفس القطع كيف يكون وهل يكرر القطع الى ادبع مرات اذا تكررت السرقة وهل

بعد القطع اذا اعترضت الحبسة ونحوها امر يسقط فناسب ذكره هذا الفصل لهذا **قوله** قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم
اي قال القدوري في مختصره اعلم ان محل القطع فيه خلاف • والذي عليه عامة فقهاء الامصار مفصل الزند • وقالت الخوارج المنكب
لان اليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى المنكب من الاخذ • ولنا ان اليد ذات مفاصل ثلاثة هي الرسغ والمرفق والمنكب
وكل منها يحتمل ان يكون مرادا فزال الاحتمال ببيان النبي صلى الله عليه وسلم حيث امر بقطع اليد اليمنى من الزند • ولان مفصل الزند وهو
الرسغ متيقن به لكونه اقل فيوخذ به لان العقوبات لا تثبت بالشبهة فيما زاد على الرسغ شبهة فلا يثبت • وانما كان مفصل الصدر
من اليمين مرادا لما بينا ان النبي صلى الله عليه وسلم او بقراءة عبد الله بن مسعود والسارق والسارقة فاقطعوا ايمانهما • فان قلت لا يجمع
فكيف جاز ذلك قلت يجوز مثل ذلك في الاشيا المتصلة كما في قوله تعالى فقد صغت قلوبكما فلا يكون للاثنين الا قلبان • فان قلت الزيادة
على النص نسخ عندنا فكذا لا تجوز الزيادة بخبر الواحد فكيف جازت بقراءة عبد الله • قلت لا نسلم انها خبر الواحد وقراءته مشهورة
الى زمن ابي حنيفة والزيادة بالمشهور جائزة • ولئن سلمنا انها خبر الواحد فنقول خبر الواحد يجوز ان يكون بيانا لمجمل الكتاب
والكتاب مجمل في المقدار وفي حق القطع ايضا لاحتمال ارادة الشمال فلما تمحضت قراءته الكتاب بيانا له علم ان المراد باليمين لا الشمال
ثم الحسم وهي الكي بعد القطع بالزيت المغلي ونحوه لما روي في شرح الاثار وعن مسندا الى ابي هريرة قال اتي بسارق الى النبي صلى الله عليه
وسلم فقالوا يا رسول الله ان هذا سارق فقال ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم
ائتوني به قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم اتي به فقال تب الى الله عز وجل فقال تبت الى الله عز وجل فقال تاب الله عليك • ولان الحد
شرع زاجرا لا متلفا فيحسم لكيلا يتلف شيئة له • قال في الجمهرة الزند موصل طرف الذراع في الكف • وقال في ديوان
الادب الزند ما انحسر عنه اللحم من الذراع • وقال في الصحاح الزند موصل طرف الذراع وهما زندان الكوع والكرسوع والكوع طرف
الزند الذي يلي الابهام والكرسوع طرف الزند الذي يلي الخنصر **قوله** فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى • وان سرق ثالثا
لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب هذا لفظ القدوري في مختصره • قال صاحب النافع حتى يتوب او يظهر على وجهه سيما رجل صالح
قال صاحب الهداية وهذا استحسان • يعني ان عدم القطع في المرة الثالثة استحسان • وعند الشافعي في المرة الثالثة
يقطع يده اليسرى وفي الرابعة رجله اليمنى وفي الخامسة يعزر ولا يقتل • لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من سرق
فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقتلوه اوجب القطع بحسب تكرار السرقة مرتبا
على الطرائف الاربعة • ولان الموجب تكرر فيتكرر الحكم • ولان الجناية في المرة الثالثة فوق الجناية في المرة الاولى فيشرع
فيها القطع حدا كما في الاولى • وهذا لان الانسان متى اقيم عليه الحد مرة ثم لم يزدجر فيه فجناياته كان اقبح فالمسروق مرة هو
باتفاق الحال فكان ايجاب القطع في الاولى يوجب ايجابه في الثالثة بالطريق الاولى • ولنا قوله تعالى والسارق والسارقة
فاقطعوا ايديهما • اي ايمانهما بدليل قراءة عبد الله بن مسعود فاقطعوا ايمانهم وليس للواحد الا يمين واحد فلا يشرع قطع اليسار
حدا • ولهذا اجمع العلماء على قطع الرجل اليسرى في المرة الثانية • فلو كان قطع اليسار مشروعا لقطعت في الثانية اليد اليسرى
لا الرجل • ولان الحد لا يثبت الا بالتوقيف ولم يوجد في قطع اليسار لا هذا ولا ذاك فلا يثبت بدل على هذا ما ذكر في الاسرار
بقوله احتج محمد في الاصل عليا شاور الصحابة في هذه المسئلة فاشار بعضهم بقطع اليسرى فقال باي شي يستنجي ويرفع لقمته واشار
بعضهم بقطع الرجل اليمنى فقال باي شي يمشي الى حاجته فدل على نفي القطع • قال صاحب الاسرار ولم يحتج احد عليه بنص في الباب
فبين انه لا نص في الباب • ولان الحد شرع زاجرا لا متلفا • ولهذا لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد الشديد ولا في حالة
المرض واقامة الحد في المرة الثالثة او الرابعة يفضي الى اتلاف جنس المنفعة البطش او جنس منفعة المشي فكان اتلافا حكما وفيه
شبهة اتلاف • وذلك لان جميع اجزاء المنفعة اذا تلف يلزم تلف النفس حقيقة وفي تلف جنس من منافع النفس شبهة تلف النفس فلا
يقام في المرة الثالثة والرابعة لان الحدود تندري بالشبهات • ثم لما لم يجب القطع يخلد في السجن الى ان يتوب ويعزر لانه
اتى المنكر فلابد من زاجر والجواب عن الحديث قلنا انه ليس بثابت • ولهذا لم يعتبره الحد ثون في قوابل الحديث كالصحيح البخاري
وغيره • قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف طعن فيه الكرخي فقال تتبعنا الاحاديث وسمعنا الحفاظ فلم نجد له اصلا
وقال الشيخ ابو نصر البغدادي قال الطحاوي انه حديث لا اصل له • وقال الشيخ لان كل من لقيناه من حفاظ الحديث ينكرونه
ويقولون لم نجد له اصلا وهو ايضا مرسل فلا يلزم العمل به على قول الشافعي • وعلى قولنا لان ثقات اهل الحديث قد انكروه
ولئن ثبت فالمراد منه السياسة بدليل ما ورد في ذلك الحديث من الامر بالقتل في المرة الخامسة فذلك محمول على السياسة
عند الشافعي ايضا فكذا يحمل القطع في الثالثة والرابعة • قال في المبسوط سئل في الخامسة عند اصحاب الظواهر قلت لا يلتفت اليه
لكونه خرق الاجماع **قوله** وبهذا احتج علي رضي الله عنه فحجهم • اي بهذا الدليل غالبهم علي في الحجة فغلبهم لما • والدليل
قوله اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها **قوله** ولانه اهلاك معنى • اي لان القطع
في المرة الثالثة والرابعة اهلاك لفوات جنس المنفعة **قوله** ولانه نادر الوجود • اي لان فعل السرقة في المرة الثالثة
والرابعة نادر الوجود ولا يعتد بالنادر فلا حاجة الى الزاجر **قوله** بخلاف القصاص جواب سؤال مقدر بان يقال لانه
ان تفويت جنس المنفعة لما اثر في عدم وجوب القطع في المرة الثالثة • الا ترى ان انسانا لا يمين له لو قطع يسار انسان اخر
يقطع يسار القاطع قصاصا مع فوات جنس المنفعة فقال في جوابه بخلاف القصاص • وذلك لان القصاص يعتمد على المساواة و
قد وجدت فيجب القصاص فبعد ذلك لا يلتفت الى وقوعه تفويتا لجنس المنفعة لان القصاص حق العبد فيجب استيفاؤه ما

لكن

بكر جبرا لحق العبد • بخلاف الحد لانه حق الله تعالى خالصا فيسقط لشبهة الهلاك **قوله** والحديث طعن فيه اي الحديث الذي يمد
ان الشافعي وقد مر بيانه **قوله** وان كان السارق اشل اليد اليسرى اذا قطعها او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع • وهذا لفظ القدوري
في مختصره • اي لا يقطع يده اليمنى اذا كانت الحالة كذلك • وذلك لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا فيما اذا كانت اليسرى او اقطع ومشيا
فيما اذا كانت رجله اليمنى مقطوعة لما قلنا ونفوته اهلاك معنى فلا يقام الحد لئلا يفضي الى الاهلاك **قوله** وكذا اذا كانت رجله اليمنى
شلاء لما قلنا • اي لا تقطع يده اليمنى ايضا اذا كانت رجله اليسرى شلاء لان فيه تفويت جنس المنفعة ذكرها فخر الاسلام والقدوري **قوله**
وكذا لو ان كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام • اي لا تقطع اليمنى اذا كانت حال اليسرى كذلك وذلك
لان قوة البطش بالابهام والاصبعان منزلان منزلة الابهام في نقصان البطش • فلو قطعت اليمنى في هذه الحالة يلزم فوات جنس المنفعة فلا
يقطع لئلا يلزم الاهلاك معنا • بخلاف ما اذا كانت اصبع واحدة من اليسرى غير الابهام مقطوعة او شلاء حيث تقطع اليمنى لعدم الخلل في
البطش ظاهرا • بخلاف الكفارة حيث اعتبر فيها في المنع من الجواز فوات اكثر الاصابع سوى الابهام لا فوت الاصبعين • وهنا اعتبر في المنع
من قطع اليمنى فوت الاصبعين لان المانع هو الهلاك معنى في الباب وتختص بفوات الاكثر الا ان الحد لما كان يسقط بالشبهة احتيط فيه
فاقيم الاصبعان مقام الابهام وهذه المسائل من زيادات الجامع الصغير • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير عن ابي حنيفة في كتاب
الزيادات قال ان كانت ثلاثة اصابع سوى الابهام فاعتبر هنا لك اكثر الاصابع • وهذه الرواية توافق ما قال في كتاب الطلاق ان الرجل اذا
اعتق عبدا مقطوعة من كل يد ثلاث اصابع او اصبعان احدهما الابهام لا يجوز عن كفارة الظهار • واما في هذه الرواية اعتبر ذهاب القوة ولم
يعتبر الاكثر • وهذه الرواية احوط قال الحاكم الشهيد في الكافي وان كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع فان كان يستطيع القيام والمشي
عليها قطعتها • وان كان لا يستطيع القيام والمشي لم تقطع يده وكل شي درات فيه القطع ضمنته السرقة ان كانت مستهلكة الى هنا لفظ
الحاكم • وقال شمس الائمة البيهقي في الكفاية سرق وبيمناه شلا او مقطوعة الاصابع تقطع لانها لو كانت كاملة قطعت فناقصة اولى
وقال في الكافي واذا اخبر السارق لليسار عن الشهود فقطع رجل يده اليمنى عمدا فعليه القصاص وقد بطل الحد عن السارق • وكذلك
ان كان قطع يده اليسرى وان حكم عليه بالقطع في السرقة فقطع رجل يده اليمنى من غير ان يؤمر بذلك فلا شي عليه وهذه المسائل ذكرناها
تكثير للفوايد **قوله** واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا فلا شي عليه عند ابي حنيفة • وقالا
يضمن في الخطأ ويضمن في العمد وهذه من المسائل المبادة في الجامع الصغير الا ان الخلاف فانه من الخواص • قال الحاكم الشهيد فان امر
القاضي بقطع يد اليمنى فقطع الحداد يساره لم يكن عليه شي استحسانا • ثم قال ولم يذكرها هنا اختلافا • يعني لم يذكر محمد في الاصل اختلافا
ثم قال وذكر في الجامع الصغير ان ابا يوسف ومحمدا قالا ان تعمد ذلك الحداد ضمن دية يده • ثم قال ولو قال للحداد اخرج يدك
اليمنى فاخرج يده اليسرى فقال هذه اليمنى فقطعها لم يكن على الحداد شي في القياس ولا في الاستحسان • قال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير لما في الخطأ فلا يضمن عندنا خلافا لزفر • وجه قوله ان الظاهر الخطأ ليس بموضوع في حق العباد فلا يبقى بنفس جوابه
انه خطأ في اجتهاد لانه قطع اليسار على تقدير ان قطع اليسار في الواجبة والخطأ في الاجتهاد معفو بالاجماع فهذا موضع الاجتهاد لان
ظاهر النص يوجب التسوية بين اليمين واليسار • بخلاف الخطأ في معرفة اليمين واليسار حيث يجب الضمان • واليه ذهب فخر الاسلام هو
وقيل الضمان ايضا • اما في العمد فوجه قولهما ان المجتهد لا يعفى في عمد الظلم وقد قطع يدا معصومة لان الحداد قطع يسار السارق
لا حدا وما كان قطع يسار الحداد حتى يقطع بعد قطع الحداد قصاصا عنه والقطع بسبب السرقة كان متعينا في اليمين ولا ما وليس
ايضا ان قطعها عامدا لا خاطيا فيضمن دية اليد كالقاضي اذا جار في حكمه وكان القياس ان يجب القصاص لكنه لم يجب للشبهة الثابتة
في الاية لان ظاهر قوله تعالى فاقطعوا ايديهما يتناول اليد من حيث ما • وجه قول ابي حنيفة ان الحداد اتلف اليسار واخلف خيرا منها
في اليمين لان منفعة اليمين اكثر من منفعة اليسار • وانما قلنا انه اخلف لان اليمين كانت تالفة حكما لكونها مستحقة بالقطع وهو يقطع
اليسار فوت اليسار واحدث سلامة اليمين لان مقطوع اليسار لا يقطع يمينه فلما اخلف ما هو خير لم يضمن كشاهدين شهدا ببيع عبد
الغير بمثل قيمته او بالف ثم رجعا بعد القضاء لم يضمنا • قال فخر الاسلام وان قطع اجنبي يساره لم يضمن شيئا ايضا من النكتة • يعني باعتبار
انه اتلف واخلف خيرا • واراد بالاجنبي غير الحداد • قال صاحب الهداية هو الصحيح • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
لذا اذا قطع الحداد بامر الامام ولو قطع غيره اليد اليسرى في الخطأ يجب الدية وفي العمد القصاص ويسقط عنه القطع في اليمنى ثم
انه لو قطع ادى الى الاستهلاك • ثم لما عرفت ان الحداد لا يضمن يجب ضمان المسروق ان كان هالكا على السارق لان سقوط الضمان
منه بوقوع القطع حدا • لان القطع والضمان لا يجتمعان عندنا كما سيجي في الفصل ولم يقع هنا حدا لان القطع والضمان لا يجتمعان عندنا
كما سيجي في هذا الفصل ولم يقع هنا حدا فعلى هذا يجب الضمان في الخطأ ايضا انما على ترك الطريقة اعني طريقة الاجتهاد الذي قلنا
رطوا ابي يوسف ومحمد ان العامل يقطع بطريق الاجتهاد فلا يضمن لم يقع موقع الحد بالاجتهاد والحد والضمان لا يجتمعان • قال
والمراد بالحداد يقيم الحد فالمراد كالجلاد من الجلد **قوله** وهو اليسار • اي قوله وهو اليسار **قوله** لان الصبر
راجع الى ذي وفي انه راجع الى الحداد **قوله** وان كان في المجتهدات للوصل **قوله** للشبهة اي للشبهة الثابتة في
ظاهر الاية وقد مر بيان ذلك **قوله** وعلى هذا • اي وعلى هذا الطريق الذي قلنا وهو انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير
منه فلا يعد اتلافا **قوله** ثم اذا عند عليه ضمان المال • اي عند ابي حنيفة يجب على السارق ضمان المسروق ان كان هالكا
لان القطع لم يقع حدا والمحضر ابو حنيفة بالذكر وان كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لوهم متوهم ان قطع اليسار وقع حدا
منه لانه لم يوجب الضمان على الحداد فازال الوهم • وقال يجب الضمان على السارق لان القطع لم يقع حدا • وعدم وجوب الضمان على

على الحداد لا باعتبار ان القطع وقع حدا بل باعتبار انه اتلف واخلف خيرا • اما مذهبهما فظاهر لا حاجة الى ذكره لانهما يضمنان
الحداد في العمد فلا يقع القطع حدا لاستحالة تضمين السارق لانه لا يظهر الجمع بين الضمان والقطع حدا **قوله** وفي الخطأ كذلك
اي هذه الطريقة • اي يجب الضمان ايضا على السارق لان القطع لم يقع حدا • وذلك لان الضمان انما يسقط اذا وقع القطع حدا
جزاء نكالا من الله تعالى فلم يقع فيجب الضمان **قوله** وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لان قطع السارق وقع حدا فالضمان لا يجتمع
معه **قوله** ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة وهذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لما
روى اصحابنا في كتبهم ان عمرو بن سمرة اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني سرقت جملا لبني فلان فارسل النبي صلى الله عليه
وسلم اليهم فقالوا انا فقدنا جملا فامر النبي صلى الله عليه وسلم به فقطع فلو لم يكن مطالبة المسروق منه معتبرة لقطعه النبي صلى الله عليه
وسلم بمجرد الاقرار • ولان الخصومة شرط لظهور السرقة فلا بد من حضور المسروق منه • ثم لا فرق في ظاهر الرواية عن اصحابنا
بين ان يثبت السرقة بالبينة او بالاقرار بان اقر انه سرق نصابا من فلان وهو غائب فلا يقطع ما لم يحضر المسروق منه • وعن ابي
يوسف انه قال اقطعه بالاقرار وان لم يكن المسروق منه حاضرا وبه اخذ الشافعي • وذلك لان القطع حق الله تعالى وخصومة
العبد تعتبر ليظهر سببه وقد ظهر بالاقرار فلا حاجة الى شرط الحضور كما اذا اقر بالزنا بامراة غائبة حيث يقام عليه الحد • ولنا
ان المقر به للمقر ظاهرا ما لم يوجد التصديق من المقر له • ولهذا لو اقر الغائب ثم حاضر جاز فاذا كان كذلك والملك موقوفا
الى التصديق كان احتمال الشبهة والحد يندرئ بالشبهات فصار الاقرار كالشهادة حيث لا يثبت القطع اذا اثبت السرقة بالشهود
ما لم يحضر المسروق منه لجواز التكذيب منه فكذا هنا • وكما لو قال سرقتها ولا اعرف صاحبها • ثم وجوب القطع بالاقرار مرة او
مرتين ذكرناها قبل باب ما يقطع فيه وما لا يقطع بتفريعه **قوله** وكذا ان غاب عند القطع عندنا • يعني لا يقطع السارق
ايضا اذا غاب المسروق منه عند القطع عندنا خلافا للشافعي كما لا يقطع اذا كان غائبا عند الشهادة او الحكم • وقال ابن ابي ليلى
يقطع وان كان المسروق منه غائبا في وقت الشهادة او الحكم كذا ذكر الحاكم مذهبه لكن يقطع عنده في حيلة دارهم لنا ان الامضاء
من القضاء في الحدود • ولهذا تجعل الاسباب الحادثة في الشهود كالارتداد والفسق والجنون والعمى والموت بعد القضاء قبل الامضاء
كالحادثة قبل القضاء وقد مر بيانه في باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها فاذا كان الامضاء كالقضاء ففي حالة القضاء يشترط حضور
المسروق منه لكن الشاهدان غائبا لم يقطع ايضا حتى يحضروا • ثم رجع ابو حنيفة عن ذلك وقال يقطع وهو قول ابي يوسف
ومحمد • وكذلك في كل الحدود سوى الرجم وقد مر ذكره قبل باب ما يقطع فيه وما لا يقطع • ثم اعلم ان التقادم مانع للشهادة
في الحدود الا حد القذف الا انه يمنع السرقة وليس بمانع للاقرار فيؤخذ به الا الشرب فلا يؤخذ به عندهما خلافا لمحمد وقد مر
بيانه في اول باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها بتفريعه **قوله** وللمستودع والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق منهم
ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا • وكذلك للمغصوب منه وهذه من المسائل المعادة في الجامع الصغير الا ان قوله ولرب الوديعة
ان يقطعه ايضا • وكذلك المغصوب منه فانه من الخواص • والمستودع بفتح الدال هو الذي عنده الوديعة • اعلم ان السارق
من المودع او المستعير او المستاجر او المضارب او المستبضع او الغاصب او كاسب الربا او المرتهن او القابض على سوم الشرا او القابض بعقد
فاسد او كل من له يد حافظة كالاب والوصي ومتولي الوقف يقطع اذا ظهرت السرقة بخصومة هؤلاء عندنا خلافا لزفر والشافعي
للشافعي ان هؤلاء ليس لهم حق الاسترداد فلا يلتفت الى خصومتهم لان الشرط ان يكون للمسروق منه كالمسروق منه • ولزفر ان خصومة
هؤلاء ضرورة لا مطلقة • والحد لا يثبت بالضروريات • اعني انها ضرورة الحفظ فلو صحت في حق القطع لزم تفويت الحفظ لان عصمة
المال ترتفع حينئذ ولان شبهة الاذن بالاخذ من المالك او التمليك ثابتا والحد لا يثبت بالشبهة • ولنا ان السرقة من
حرز مستتر لا شبهة فيه ظهرت بحجة كاملة وهي شهادة رجلين عند خصومة معتبرة فيجب القطع • وهذا لان لهم حق الاسترداد لاعادة
اليد لرد المسروق الى المالك فتعتبر خصومتهم فلما ظهرت السرقة يترتب عليه القطع لا محالة بالنص وسقوط العصمة ضمني حصل في ضمن
استيفاء القطع فلا يبطل لان ذلك لم يحصل بمباشرة المودع ونحوه وشبهة الاذن موهومة لا امارة عليها بل قامت الامارة عليه
الا انه لا يتهم به لما رضي ليلا فوته فبقي صورة الامارة شبهة ثابتة ولم يوجد هنا امارة ملك السارق بل قامت
الامارة بخلاف ذلك • لانه لو كان له اذن او ملك لما اخذه بسبيل المسارقة • ومر الصدر الشهيد والعتابي وصاحب
الربا في شرح الجامع الصغير من باع عشرة دراهم بعشرين وقبض العشرين ثم جاء انسان وسرق العشرين منه يقطع بخصومته
عندنا **قوله** ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء • يعني اذا سرق السارق المال من هؤلاء الجماعة المذكورين فخاصمه
مالك المال يقطع بخصومته وان لم يحضر من عنده • قال في كفاية البيهقي فان حضر المالك وغاب المودع هل يقطع بخصومة
المالك فيه روايتان • وذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي يقطع بخصومة المغصوب منه وذكر ليس للراهن القطع الا ان
يقضي المدين ثم يخاصم لانه ليس له قبض العين • وكذلك ذكر في المحيط والايضاح فعلم بهذا ان النسخة الصحيحة في المتن هي ما
روي الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة وليست النسخة الاخرى بصحيحة
وهي قوله انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين او بعده لانه لا حق له فافهم • وانما قيد بحال قيام الرهن قبل
قضاء الدين او بعده لانه لا حق له فافهم • وانما قيد بحال قيام الرهن لانه لو هلك الرهن في يد السارق فللمرتهن قطعه دون
الراهن لانه بطل عنه الدين • اما قطع المرتهن فهو مذكور في شرح القدوري والاجناس وغيرهما • واما عدم قطع الراهن
فقد ذكر صاحب المحيط وعلل كذلك • وينبغي ان يكون للراهن ايضا ولاية القطع اذا كان قيمة الرهن اكثر من الدين والزايد

بتاوي يمنع وذلك لان الزايد كان امانة في يد المرتهن فاذا هلك بعد لم يكن عليه الضمان لعدم التعدي ولا كذلك السارق
لانه متعد فيضمن بجميع ما اخذ وللراهن حق مطالبة الزايد على قدر الدين فصار الراهن والمرتهن في قدر الزايد بمنزلة رب الوديعة
مع المودع حيث يكون لكل واحد منهما قطع السارق فكذا هنا **قوله** لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه • اي لا حق للراهن
في المطالبة بالعين المرهونة بدون قضاء الدين وهذا ايضا يحقق ما قلنا من النسخة الصحيحة **قوله** والشافعي بناه على اصله اي لا خصومة
لهؤلاء في الاسترداد عنده وان مسوخة البهيمة تحتمه من القبيلة وبيانه مر الشان • يعني اذا تحقق من في يده المال لا يكون لهؤلاء
الخصومة في الاسترداد عنده ما لم يحضر المالك وعندنا لهم ذلك **قوله** لان فيه تفويت الصيانة • اي لان في القطع
بخصومة هؤلاء تفويت الحفظ لان عصمة المال تسقط بالقطع فلا يبقى محفوظا بعد ان كان محفوظا فلهذا قال زفر لان فيه تفويت
الصيانة وقد اندرج بيانه فيما قلنا **قوله** ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض جواب سؤال مقدر بان يقال شبهة
الاذن من المالك ثابتة فلا يقطع بخصومة هؤلاء فاجاب به • يعني لا اعتبار للشبهة موهومة اعتراضها بل الاعتبار للشبهة المحققة
الا ترى انه يقطع بخصومة رب الوديعة مع غيبة المودع في ظاهر الرواية اعني رواية الجامع الصغير مع ان فيه شبهة موهومة
ايضا • بان يقول المودع اذا حضر كان السارق ضيفا عندي ماذونا بالدخول في البيت • وكذا يقطع بالاقرار مع ان الشبهة
موهمة بالرجوع عن الاقرار فعلم ان الاعتبار للشبهة الثابتة الموجودة في الحال لا للشبهة المتوهمة المحتملة الاعتراض **قوله** في
ظاهر الرواية اراد به رواية الجامع الصغير واحترز به عما نقل في الاجناس عن نوادر ابن سماعة عن محمد ان غاب المستودع وحضر
رب الوديعة ليس له القطع الا بحضرة المستودع **قوله** وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع
السارق الثاني وهذه من مسائل الجامع الصغير • واراد بالسرقة العين المسروقة اطلاقا لاسم المصدر على المفعول كما في نسج اليمن
ونقل صاحب الاجناس عن كتاب السرقة الاصل اذا سرق من السارق رجل ولم يقطع يد السارق الاول فالقطع على السارق الثاني
ولو كان قطع يد السارق الاول لم يجب القطع على الثاني • ثم قال ذكره في الجامع الصغير • ثم قال وقال محمد في نوادر هشام
ان قطعت يد السارق الاول لم اقطع يد السارق الثاني وان درات القطع عن الاول للشبهة قطعت يد الثاني • وفي الاملاء
عن ابي يوسف مثله الى هنا لفظ كتابه • وذكر الطحاوي والكرخي انه لا يقطع السارق من السارق مطلقا ولم يفصلا بقطع الاول
والحق التفصيل فان قطع الاول لا يقطع الثاني لارتفاع عصمة المحل فكانت سرقة مال غير معصوم وان لم يقطع الاول يقطع بخصومته
الثاني لان الاول بمنزلة الغاصب • ثم في الاسترداد العين للسارق الاول بعد قطعه من الثاني روايتان له ذلك لان الرد
واجب عليه الى المالك اذا كانت العين قائمة • وفي رواية ليس له ذلك لان يده ليست بصحيحة لانها ليست بيد ملك ولا يد ضمان وهو
لانتفاء العصمة بالقطع حدا ولا يد امانة فيكون الاسترداد للمالك • اما اذا ادرئ الحد عنه ثم سرق الثاني فلا رواية في الاسترداد
عن اصحابنا • وينبغي ان يسترد لان يده يد ضمان كالغاصب يسترد ليتخلص عن الضمان **قوله** وللاول • اي للسارق
الاول الحاجة • اي لحاجة الاول الى الرد واجب عليه • اي على السارق الاول وهو في موضع التعليل لقوله لحاجته ولم يوجد
اي القطع فصار كالغاصب • اي صار السارق الاول كالغاصب وللغاصب ان يقطع خصومته فكذا السارق الاول **قوله**
ولو سرق ثم ردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ولم يذكر الخلاف عن اصحابنا
في ظاهر الرواية • وروي عن ابي يوسف انه يقطع • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير المعادة وبقول ابي يوسف
يقال اذا قيل ان يرفع الى القاضي او بعدما رفع لا يسقط القطع • ووجهه ان القطع حق الله تعالى فلا يحتاج فيه الى
الخصومة قياسا على حد الزنا وقياسا على ما بعد المرافعة وهذا هو القياس • ووجه الاستحسان ان حق الله تعالى ثبت
في ضمن حق العبد وحق العبد لا يثبت بدون الخصومة وقد انتفت الخصومة برد المسروق الى المالك • فلما لم يثبت حق العبد
لم يثبت ما في ضمنه • بخلاف ما اذا رد بعد المرافعة لانه فعل ما يفعله الحاكم لان الحاكم يقطع ويرد المال الى مالكه ان كان
قائما فلا يكون نافعا في رد السارق فلا يسقط القطع قياسا واستحسانا • ولان الخصومة بالترافع انتهت الى نهايتها والشيء
انتهابه يتاكد ويستقر فلما كان كذلك قلنا بوجود الخصومة تقديرا وان لم توجد تحقيقا وهي شرط لظهور السرقة فوجد الظهور
بوجود شرطه فيترتب القطع لانه حكم السرقة بالنص • قال الامام الزاهد العتابي في اواخر الكتاب من شرح الجامع الكبير هو
وان رده الى ابن المسروق منه او الى اخيه او الى عمه او خاله وهم في عياله لا يقطع استحسانا • وكذا اذا رده الى امراته او الى
اجير مشاهرة او عبد استحسانا فيرتد به قبل الترافع لان يدهم من عياله كيده من وجه حتى يبرا المودع بالرد الى هؤلاء • بخلاف
الغاصب لا يبرا بالرد الى هؤلاء • وان رده الى ابنه او امه او جده او جدته لم يقطع سواء كانوا في عياله او لم يكونوا في
عياله استحسانا لان لهم شبهة ملك فكان يد هؤلاء كيده من حيث الشبهة • اما المودع يعتبر الدفع الى هؤلاء والغاصب لا يبرا
ولو رده الى من في عياله الدين قطع وان رده الى مكاتب المسروق او الى من في عيال المودع لم يضمن بالمثلث لم يقطع استحسانا وان
لم يكن في عياله لان للمولى حقا وعلى هذا المودع اذا رد الوديعة الى مكاتب المودع او الى من في عيال المودع لم يضمن وكذا
اذا سرق من المكاتب ورده الى مولاه لم يقطع استحسانا لان يد القابل كيد العيال في حق الاثبات حتى ان المودع لو دفع الوديعة
الى عياله • يعني ادى الى الذي المودع في عياله لم يضمن وهذه الرواية لم توجد الا في هذا الكتاب الى هنا لفظ كتابه نكتبته
تبركا وتكثيرا للفوايد **قوله** لان البينة وفي بعض النسخ ولان البينة بالواو والاول هو الذي وقع بتصحيح كما في مختصر
بدري عند الثقات • وكان نسخة الامام حافظ الدين الكبير البخاري التي كانت بخطه كذلك ايضا وقد مر التقرير ايضا **قوله**

لان البينة وفي بعض النسخ ولان البينة بالواو والاول هو الذي وقع بتصحيح كما في خطر بدي عند الثقات وكان نسخة الامام
بحصول مقصودها الضمير راجع الى الخصومة • اي لحصول المقصود من الخصومة والقصد هو وصول المسروق الى المالك قوله
فبقي تقديرا • اي بقي الخصومة تقديرا قوله واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع • قال صاحب
الهداية معناه اذا سلمت يعني الى السارق وكذا اذا باعها منه لان الهبة اذا لم تتصل بالتسليم والشرى لا يثبت الملك وهذه من خواص الجامع
الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل سرق سرقة فقضى القاضي بالقطع ثم وهب رب السرقة السرقة
للسارق قال لا يدرا عنه القطع • قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا السارق اذا ملك المسروق بعد القضا
قبل الاستيفا بالهبة وغيرها من اسباب الملك لا يجوز استيفا القطع • وقال زفر والشافعي يجوز واجمعوا على انه لو ملكه قبل الخصومة
لا يجوز استيفا القطع • ولو ملكه بعد الخصومة قبل القضا عندنا لا يجوز • وللشافعي فيه قولان الى هنا لفظه • وروي عن ابي
يوسف ان القطع لا يسقط بالملك بعد الترافع ثم ان السرقة قد تمت وبالملك بعد الترافع لا يتبين انه ما كان سارقا فلا يثبت الشبهة
فيجب القطع • ولنا ان الامضا من القضا في باب الحدود بدليل الجرح الحادث كالكفر والعمى ونحو ذلك بعد القضا قبل الامضا
والملك الحادث في هذه الحالة كالملك الحادث قبل القضا لان القاضي لما لم يمض صار كانه لم يقض فلا يستوفي القطع كما قبل
القضا • وهذا لان القاضي لا يخرج عن عهدة القضا في باب الحدود بمجرد قوله قضيت بل بالاستيفا جلدا او رجما او قطعا فلا جرم
كان الامضا من القضا بخلاف حقوق العباد فان له ثمة بمجرد قوله قضيت يخرج عن عهدة القضا • ولان السارق لو قطع بعد
الملك قطع في ملك نفسه • ولان الشبهة الطارية في الحدود يجعل كالموجود في الابتدا في حق الاسقاط لا في الايجاب
الا ترى ان رجلا اذا قذف احرزا في المقذوف يسقط الحد عن القاذف فكذا ايضا هنا فيه لان ملكه بعد القضا صار كانه كان
مالكا وقت السرقة فصار شبهة فسقط الحد كما لو اقر بالمسروق للسارق وكما اذا اقامت البينة انه للسارق • فان قلت
ان الشافعي تمسك بما روي عن صفوان بن امية انه كان نايما في المسجد متوسدا رداه فجا سارق فسرقه فاتى به النبي صلى الله
عليه وسلم فامر به ليقطع فقال هو له يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا قبل ان تاتيني به قلت متن الحديث مضطرب
في بعض الروايات هو له وفي بعض الروايات هو عليه صدقة وفي بعضها انا ابيعه فيتوقف الى ان يصح • ولئن صح فلا نسلم ان النبي
صلى الله عليه وسلم قطعه لانه لا يفهم ذلك من قوله فهلا قبل ان تاتيني • ولئن صح القطع فنقول لا نسلم ان الحديث يتعلق بموضع النزاع
لانه لا يفهم من قول الرجل هو له انه اقبضه الهبة وبدون القبض لا يثبت الملك • او نقول ان النبي صلى الله عليه وسلم اشار اليه باستر
يعني انك كنت تريد الهبة فلم فضحته بالعرض علي فهلا وهبته له قبل ان تاتيني قوله ولهذا العارض لا يتبين قيام الملك
وقت السرقة • اي بعارض الهبة والبيع بعد القضا لا يظهر ان السارق كان مالكا له وقت السرقة بل يقتصر الملك على وقت
وجود الهبة والبيع • واحترز به عن الاقرار فان المسروق منه اذا اقر بالمسروق للسارق بعد القضا يجعل الملك فيه ثابتا من وقت
السرقة قوله لوقوع الاستغنا عنه بالاستيفا اذ القضا للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده • يعني ان الامضا
انما كان من القضا في باب الحدود لان الاستغنا عن القضا يحصل بالاستيفا والامضا لا بمجرد القضا بقوله قضيت لان القضا للاظهار
من له الحق وهنا من له الحق هو الله تعالى وحده ظاهر عنده لا يعزب عنه مثقال ذرة في الارض ولا في السما فلا
حاجة الى الاظهار لانه تحصيل الحاصل فكان المقصود من القضا الامضا فاشترطت الخصومة الا في حق الاستيفا انما
يكون اذا قامت الحجة موجبة للقطع • وانما تكون الحجة موجبة للقطع اذا كانت الخصومة قايمة عند استيفا القطع وعند
الاستيفا انقطعت الخصومة بالملك العارض هبة او بيعا فلم تكن الحجة موجبة للقطع لعدم الخصومة فلم يجز الاستيفا لعدم
وجوب القطع فصار الملك الحادث بعد القضا كالملك قبل القضا لانه لما لم يمض فكانه لم يقض وهو معنى قوله فصار كما
اذا ملكها منه قبل القضا • اي ملك المسروق منه السرقة • اي العين المسروقة من السارق • وفي بعض النسخ عنه قبل
القضا • اي عند الله تعالى قوله قال وكذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفا بعد القضا وهذه من
مسايل مختصر القدوري ولفظه فيه • وان وهبها من السارق او باعه اياها او نقصت قيمتها من نصاب لم يقطع • قلت
اما الهبة والبيع فقد مر بيانهما انفا • واما نقصان القيمة من حيث السعر بعد القضا فهل يمنع القطع ام لا فنقول فيه
روايتان عن اصحابنا في رواية الكرخي شرط القطع كمال النصاب وقت الاخذ ووقت القطع جميعا • وفي رواية
الطحاوي وقت الاخذ فحسب حتى لو نقصت قيمته من النصاب يقطع كذا روى القدوري في شرحه عن محمد وهو قول
زفر والشافعي • وجه ما روي عن محمد ان نقصان العين من النصاب بعد الاخراج لا يورث سقوط القطع فكذا
نقصان القيمة من حيث السعر لان سبب القطع سرقة النصاب وقد وجدت • ولنا ان كمال النصاب وقت الاخراج لما كان
شرطا لوجوب القطع كان قيامه وقت القطع شرطا ايضا لان الامضا من القضا في الحدود • بيانه ان القطع يجب بقضا
القاضي بالحجة الموجبة للقطع • وانما تتم الحجة موجبة للقطع عند الاستيفا بعين كمال النصاب عند الامضا وقياس
نقصان السعر على نقصان الاجزا ضعيف • لان الاجزا اذا فاتت بعد الاخراج بالهلاك او الاستهلاك يكون مضمونا على السارق
دينا على ذمته فيكون النصاب كاملا عينا في حالة الاخراج ودينا في حالة الاستيفا • الا ترى انه اذا تلف كله يجب
القطع فكذا اذا تلف بعضه وليس كذلك نقصان السعر فانه ليس بمضمون على السارق لان النقصان ليس بعضا في العين بل
بفتور رغبات الناس • ولهذا اذا رد العين لا يؤخذ بما انتقص من السعر فاذا قطع مع نقصان السعر قطع بما ليس بنصاب

فلا يجوز

فلا يجوز ذلك وهذا معنى قوله فافترقا • اي فافترق نقصان السعر ونقصان العين حيث وجب القطع في الثاني دون الاول
قوله واذا ادعى السارق ان العين المسروق ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة • وهذا لفظ القدوري
في مختصره • قال صاحب الهداية معناه بعدما شهد الشاهدان بالسرقة • يعني سقوط القطع عن السارق بمجرد الدعوى
بدون اقامة البينة على ان العين المسروقة ملكه فيما اذا كان الدعوى بعد الشهادة لانه اذا اقر بالسرقة ثم رجع يسقط
القطع بالاتفاق • وقال صاحب الهداية قال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى • يعني لا يسقط ما لم تقم البينة على ان العين
ملكه • وعلل بقوله لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد • قلت والمشهور عن الشافعي ان السارق اذا قال
سرقت ملكي يسقط القطع عنه بمجرد دعواه كذا في وجيزهم وفيه ايضا لو قال السارق هو ملك سيدي في السرقة فلا قطع
وفيه ايضا لو قال العبد السارق هو ملك سيدي فلا قطع وان كذبه السيد فعلم ان ذكر الخلاف فيه نظر فلعل صاحب
الهداية وجد قولا صحيحا في خلافه • ولنا ان الحد يسقط بالشبهة وقد تحققت الشبهة بمجرد دعوى الملك لاحتمال انه
ملكه فيسقط • الا ترى ان المقر بالسرقة اذا رجع يصح رجوعه وان كان لا يعجز عنه كل مقر فيسقط القطع فعلم ان
عدم العجز لا يمنع سقوط القطع قوله بما قال • اي الشافعي واراد به تعليله بقوله لانه لا يعجز عنه سارق هو
قوله واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة • وذلك
لان الرجوع عن الاقرار صحيح لعدم المكذب • بخلاف حقوق العباد • الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال بعدما هرب
ماعز من الحد هلا خليتم سبيله وهربه كان دليل الرجوع فاذا صح دليل الرجوع فحقيقة الرجوع اولى • فلما صح الرجوع درئ
الحد عن الراجع ودرئ عن شريكه ايضا لتمكن الشبهة لان الفعل واحد قوله فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد شاهدان
على سرقتهما قطع الاخر في قول ابي حنيفة الاخر وكان يقول اولا لا يقطع وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة • قال في الشامل
في قسم المبسوط شهدا على رجلين انهما سرقا من فلان الفا واحدهما غايب يقطع الحاضر استحسانا • وجه قوله الاول ان الحاضر
لو قطع قطع مع الشبهة فلا يجوز ذلك لان الحد يدرا بالشبهة وهذا لان الغايب لو حضر ربما يدعي شبهة دارية للحد عن نفسه
وعن شريكه بان يقول سرقنا مالنا كالقصاص المشترك بين اخوين احدهما غايب فاقام الحاضر البينة لا يستوفي القصاص
ما لم يحضر الغايب ويعيد البينة لشبهة العفو • ووجه قوله الاخر ان السرقة لا تثبت على الغايب لان القضا على الغايب
لا يجوز فصار الغايب في حكم هذه الشهادة كانه معدوم • والعدم لا يصلح شبهة في حق الاخر كما اذا شهدوا على فلان
انه زنا بفلانة وهي غايبة يحد الرجل استحسانا • وهذا لان المعتبر هي الشبهة المحققة الموجودة في الحال لا الشبهة المعدومة
الموهومة • الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم حد ماعزا ولم يعتبر الشبهة الموهومة من جهة الغايبة فعلم ان توهم
الشبهة ليس بشبهة محققة قوله عليه الصلاة والسلام ادروا الحدود بالشبهات ولم يقل بتوهم الشبهات • بخلاف شبهة
العفو من احد شريكي القصاص الغايب فانها موجودة في الحال لا موهومة لان الامارة قايمة عليها لقوله تعالى وان تعفوا
اقرب للتقوى • قال الحاكم الشهيد في الكافي فان جا الغايب بعد ذلك لم يقطع بالشهادة الاولى حتى يعاد البينة عليه
او غيرها فيقطع حينئذ قوله على ما مر اشارة الى ما ذكر من بيان ورقة بقوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتبار
كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن قوله واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع ويرد
السرقة الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة • وقال ابو يوسف انه يقطع والعشرة للمولى • وقال محمد لا يقطع
والعشرة للمولى وهو قول زفر وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة • اعلم ان العبد اذا اقر بسرقة فلا يخلو اما ان
كان محجورا عليه او ماذونا له في التجارة والمال قايم او هالك فان كان محجورا والمال قايم ان صدقه مولاه يقطع ويرد
المال الى المسروق منه • وان كذبه مولاه فقال الدراهم مالي ففيه الاختلاف المذكور • فعند ابي حنيفة القطع والرد
الى المسروق منه • وعند ابي يوسف القطع دون الرد • وعند محمد لا قطع ولا رد ويضمن مثله بعد العتاق وان كان
المال هالكا صح اقراره بالحد في قول اصحابنا جميعا سوا صدقه مولاه او كذبه • ثم ان كان المال قايما يرد الى المسروق
منه وان كان هالكا فلا ضمان اصلا لان القطع حدا والحد والضمان لا يجتمعان عندنا • وعند الشافعي يقطع المحجور والمال
للمولى • ثم قال ابو يوسف الا انه يضمن مثله اذا عتق لان من اصله ان القطع لا يزيل الضمان • وهذا اذا كان العبد كبيرا
وقت الاقرار • اما لو كان صغيرا فلا قطع عليه اصلا لكنه ان كان ماذونا يرد المال الى المسروق منه ان كان قايما وان
كان هالكا يضمن • وان كان محجورا فان صدقه المولى يرد المال الى المسروق منه ان كان قايما • اما اذا كان هالكا فلا ضمان
عليه لا في الحال ولا بعد العتق كذا ذكر الامام الاسبيجابي • والاصل هنا ان اقرار العبد بالحد والقصاص صحيح عندنا لان الاصل
ان كل ما لا يصح اقرار المولى فيه على عبده يصح اقرار العبد فيه والمولى اذا اقر على عبده بالقصاص او بحد الزنا او القذف
او الشرب او القطع في السرقة لا يصح • فلو اقر العبد بجنس الاشيا صح • وعند زفر اقرار العبد بذلك ليس بصحيح لانه
لا يوجب استحقاق رقبته او جزئه على المولى وذلك مال المولى واقرار الرجل على غيره ليس بصحيح • ولهذا لو اقر بقتل خطا
اخر لا يصح فكذا اقراره بالقصاص • ولنا ان اقراره بالحد والقصاص صحيح لان وجوب الحد باعتبار الادمية لا باعتبار
المالية • والعبد في معنى الادمية مثل الحر سوا فيصح اقراره كالحر • ولانه ليس بمتهم في اقراره لان الضرر الذي يلحق
نفسه اكثر من الضرر الذي يلحق مولاه من جهة المال • ولهذا اذا شهد العبد برؤية هلال رمضان وفي السما علة يقبل الامام

تمادت لعدم الشبهة لانه يجد مشقة الصوم فيثبت الحكم في حقه ثم يثبت في حق غيره تبعا • اما اذا اقر المولى على عبد بغيبا
دون النفس فيما يجب فيه الدفع او الفدا يصح اقرار المولى عليه ان لم يكن عليه دين • اما ما دون النفس فيسلك فيه مسلك الاموال
فصار كما لو اقر على نفسه بمال فيصح وان كان عليه دين فلا يصح • وجه قول محمد في المحجور ان الاصل في باب السرقة هو المال لان
القطع لا يكون الا بالجناية على مال مخصوص واقراره بالمال لا يصح لان ما في يده لمولاه فكذا لا يصح اقراره بالقطع لانه تابع
المال • ولهذا لا يصح اقراره بالغصب فاذا بطل الاصل بطل التبع • او نقول العبد لا يقطع في مال المولى وما في يده لمولاه هو
فلا يقطع • ووجه قول ابي يوسف ان اقراره يتضمن شيئين القطع والمال فالاول على نفسه فيصح لعدم التهمة • والثاني على
مولاه فلا يصح للتهمة ولا يلزم من ثبوت القطع ثبوت المال • ولهذا اذا اقر بسرقة مستهلكة وجب القطع دون المال • الا ترى
ان رجلا لو قال سرقت هذا الثوب الذي في يد زيد من عمرو يقطع ولا يثبت الثوب للمقر له • ووجه قول ابي حنيفة ان
الاقرار بالقطع صحيح لانه باعتبار الادمية • وباعتبار انه ليس بمتهم فيه لان الالم الذي يلحقه اكثر من الضرر الذي يلحق المولى
في المال فلما صح اقراره بالقطع صح اقراره بالمال ايضا تبعا وضمنا لان المال يتبع في حالة البقا • ولهذا لو هلك المال
او استهلكه صح اقراره بالقطع بالاتفاق • وهذا لان الاقرار يلاقي حالة البقا لانه اخبار عن امر كان فيكون وجود
المخبر به سابقا فيكون الاقرار ملاقيا للبقا لا محالة والقطع في البقا اصل والمال تابع لما قلنا • ولان عصمة المال تسقط
بوجوب الاصل فاذا صح الاصل تبعه ما كان تابعا له فيرد المال الى المسروق منه لانه لا قطع في مال المولى ولا يشبه هذا
سرقة ثوب في يد زيد من عمرو حيث يجب القطع وان لم يرد الثوب الى عمرو لانه يجوز ان يكون عمرو مودعا • وفي سرقة
ما في يد المودع يقطع بخصومته وان لم يرد المال اليه • وههنا اذا لم يرد الى المسروق منه يلزم ان يكون القطع في مال
المولى وهو فاسد **قوله** وهذا عند ابي حنيفة اي القطع والرد **قوله** ومعناه اذا كذبه المولى • اي معنى
الاختلاف فيما اذا كذب المولى المحجور • اما اذا صدقه فيقطع ويرد المال الى المسروق منه ان كان قائما • ولو اقر بسرقة
مال مستهلك صح اقراره بالقطع باتفاق اصحابنا ولا ضمان عليه صدقه مولاه او كذبه كذا في شرح الطحاوي مخبرا **قوله** في الوجه
اي فيما اذا كان المال قائما او هالكا **قوله** وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها • اي فيما اذا كان العبد محجورا او ماذونا والمال
قائم او مستهلك **قوله** لانه يرد على نفسه اذا اقر بقتل العمد وعلى طرفه اذا اقر بالسرقة ونفسه وطرفه مال المولى فلا يصح لكن
الماذون يؤخذ بالضمان اذا استهلك المال ويؤاخذ بالمال ان كان قائما لان الماذون مسلط على الاقرار من جهة المولى فلا يصح من
المحجور الاقرار بالمال ايضا لانه ليس بمسلط من جهة المولى **قوله** ومثله مقبول على الغير • اي مثل الاقرار الذي يشتمل
على التهمة مقبول على الغير ايضا يعني كما في شهادة العبد برؤية هلال رمضان وقد مر انفا **قوله** ولهذا لا يصح منه الاقرار
بالغصب ايضاح لقول محمد ان اقرار المحجور بالمال باطل • بدليل عدم صحة اقراره بالغصب **قوله** في سرقته • اي في سرقة
مال المولى فيها • اي في السرقة **قوله** حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع هذا ايضاح لكون المال اصلا والقطع تابعا **قوله**
والظاهر فيه راجع الى المال • يعني لو قال المسروق منه انا ابغي المال لا القطع تسمع خصومته ولو قال على العكس انا ابغي القطع لا المال
لا تسمع خصومته • والدليل على كون المال اصلا ايضا ان المال يثبت ولا قطع به كما اذا شهد رجل وامرأتان او ثبتت السرقة
بشهادة الفروع او بكتاب القاضي الى القاضي **قوله** فلا يصح في حقه فيه • اي لا يصح اقرار المحجور في حق المولى في المال
قوله والقطع يستحق بدونه اي بدون المال كما اذا اقر بسرقة مستهلكة وقد مر **قوله** لما بينا اشارة الى قوله
يصح اقراره من حيث انه ادمي ولانه لا تهمة في هذا الاقرار **قوله** بل في حالة البقا قد مر بيانه انفا **قوله** باعتباره
اي باعتبار القطع • وانما تسقط العصمة باعتبار القطع لان القطع والضمان لا يجتمعان عندنا وسقوط العصمة يدل على ان
المال تبع في حالة البقا لانه لو كان اصلا مقصودا لما ارتفع تقومه ووجوب القطع بعد استهلاك المال ايضا دليل على عدم اصالة
المال في حالة البقا **قوله** ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها والمال وهو حق المولى • اراد بالفصول ما اذا
كان العبد محجورا او ماذونا والمال قائم او هالك الا اذا كان صغيرا لا يقطع اصلا وقد مر بيانه انفا **قوله** واذا قطع
السارق والمال قائم في يده رد على صاحبها لبقائها على ملكه • وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذه من مسائل الجامع
الصغير المعادة • قال صاحب الهداية وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك مع وجود فعل منه فلان لا يضمن في صورة
الهلاك اولى • اعلم ان السارق اذا قطع يجب رد المسروق الى صاحبه ان كان قائما لقوله عليه الصلاة والسلام على
اليد ما اخذت حتى ترد • ولان النبي صلى الله عليه وسلم قطع يد سارق رداء صفوان ورد الرداء اليه • ولان بالسرقة
سقطت العصمة لا الملك وهو عين مال المسروق منه فيرد اليه كالعصير المغصوب اذا صار خمرا يرد الى المغصوب منه • اما
اذا استهلكه ففي المشهور من اصحابنا انه لا يضمن وهي رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة • وروى الحسن عن ابي حنيفة انه
يجب عليه الضمان كذا ذكر علاء الدين العالم في طريقة الخلاف • وعند الشافعي يجب عليه الضمان ان استهلكه او هلك • وفي
قول مالك ان هلك في يده او استهلكه وهو موسر ضمن وان كان معسرا فلا ضمان عليه وان ايسر بعد ذلك ذكره الفقيه ابو
الليث في شرح الجامع الصغير • وعند احمد بن حنبل يجب عليه الضمان موسرا كان او معسرا ولقب المسالة ان القطع والضمان هل
لا يجتمعان حكما للسرقة الواحدة عندنا خلافا لهم • وجه قولهم انه اتلف مالا مملوكا للغير بغير اذنه فيضمن كما في الغصب
ولهذا لو تلف في يده قبل الاخراج من الحرز يضمن ولا منافاة بين القطع والضمان فيجتمعان • وهذا لان السرقة الواحدة

جناية

جناية على حقين مختلفين وهما القطع والضمان لمستحقين لله تعالى وللعبد بسببين مختلفين وهما هتك حفظ الله وحرمته بترك الانتها
عما نهى واخذ مال الغير فالقطع يجب بسبب ترك الانتها والضمان يجب باخذ المال واتلافه فيجب الضمان على مثال شرب خمر الذمي حيث
يجب الحد حقا لله تعالى والضمان حقا للذمي عندكم • وكذا اذا قتل صيدا مملوكا في الحرم او الاحرام يجب جزا الصيد حقا لله تعالى
وقيمته حقا للعبد وهو المالك • وكذا اذا قتل انسانا خطا يجب الكفارة حقا لله تعالى والدية حق العبد • ولنا ما روى
اصحابنا في عامة كتبهم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه • ولان
الله تعالى جعل القطع جزا السرقة قال الله تعالى جزاء بما كسبا نكالا وجزاء الشيء انما يكون جزا اذا كان كافيا فكونه جزا كلما سماه الله
تعالى جزا علمنا انه كاف ولا حاجة الى ايجاب شي اخر وهو الضمان • وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ومن جهة
النظر انه لا يجوز ان يجب بفعل واحد مال وحد • والدليل عليه ان وجوب المال بالقتل يمنع وجوب القصاص وكذلك وجوب
المهر بالوطء يمنع وجوب الحد بالوطء الذي به وجب المال فثبت بذلك ان وجوب القطع ينفي ضمان المال اذ به كان فعلا واحدا
لا يجوز ان يجب به مال الا ويجب به قصاص وقال الى هنا لفظ ابي بكر الرازي • ولان القطع يجب حدا خالصا
لله تعالى ينبغي ان يكون سببه ايضا خالصا لله تعالى لان المسبب ابدا يثبت بحسب السبب وخلوص السبب انما يكون اذا كانت الجناية
على حق الله تعالى خالصا بلا شبهة وذلك بتحول العصمة الى الله تعالى عند السرقة اذ لم يتحول العصمة بان تكون العين محرمة الانتفاع
لعينها حقا لله تعالى كانت مباحة في نفسها فشبهة في تناولها والحد يندرئ بالشبهة فلما ثبت القطع بالنص والاجماع ثبت انه
لم يبق فيه شبهة بل العصمة مرتفعة الى الله تعالى حقا لله فكان العين المسروقة حراما لعينها كالدم والميتة فلم يجب الضمان ولان
من اصلنا ان الضمان اذا وجب بالاجماع فلا يجب الضمان لان الضمان ينافيه لانه على تقدير الضمان يلزم ان يقطع في ملك نفسه وهو
محال والمستلزم للمحال محال وهو معنى قولنا وما يؤدي الى انتفائه ينتفي • لان الذي يؤدي الى انتفا القطع وهو الضمان
هو المنتفي بما قررنا عرفت ان السرقة جناية على حق واحد وهو حق الله تعالى لا على حقين • بخلاف ما قاس عليه من المسائل والباقي
يعلم في طريقة الخلاف ان شاء الله تعالى • والجواب عما اذا تلف في يده قبل الاخراج فنقول كلامنا في ان القطع والضمان يجتمعان
في السرقة الواحدة فلا سرقة قبل الاخراج من الحرز • وايضا لا قطع ثمة فلم يجتمعا فلا يرد علينا • قال الفقيه ابو الليث
في شرحه للجامع الصغير روي عن محمد بن الحسن انه قال انما لم يجب عليه الضمان في الحكم والقضا • واما فيما بينه وبين الله تعالى
فالضمان واجب وهذا القول احسن هذا لفظ كتابه **قوله** يضمن فيها • اي في الهلاك والاستهلاك **قوله** الا ان العصمة
لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل اخر غير فعل السرقة ولا ضرورة في حقه • هذا جواب سؤال مقدر بان يقال اذا لم
يسقط العصمة عند السرقة كيف وجب الضمان بالاستهلاك على رواية الحسن فاجاب عنه وقال لان فعل الاستهلاك غير فعل السرقة
وتحريمنا قلنا بسقوط العصمة في حق السرقة ضرورة وجوب القطع بانتفا الشبهة في المسروق ولا ضرورة لسقوط العصمة في حق الاستهلاك
فلا يظهر سقوطها في حقه فيجب الضمان **قوله** وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره • اي الشبهة وهو كون المسروق
مباحا في نفسه كيلا يكون فيه شبهة نافية للحد • ولا يلزم من هذا ان لا يكون حراما لغيره في حق الاستهلاك **قوله** وجه
المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فيعتبر الشبهة فيه • اي في الاستهلاك • يعني ان مقصود السارق من السرقة انتفاعه بالمسروق
الى ما يحتاج اليه وفي الاستهلاك اتمام ذلك فيعتبر الشبهة فيه كما في نفس السرقة **قوله** وكذا يظهر سقوط العصمة
في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفا المماثلة لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة • يعني لزم
من سقوط العصمة سقوط الضمان • وهذا لان ضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفي الضمان لان المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حقا للشرع غير متقوم
به كالدم والميتة • والذي يؤخذ من السارق مال معصوم متقوم به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفا المعادلة **قوله**
ومن سرق سرقات فقطع في احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة • وقالا يضمن كلها الا التي قطع بها وهذه
من مسائل الجامع الصغير المعادة • وروي عن ابي حنيفة مثل قولهما كذا ذكر صاحب الشامل في شرح المبسوط • وجه قولهما
ان الخصومة شرط لظهور السرقة فبخصومة الحاضر لم يظهر السرقة من الغائبين فلم يكن القطع للسرقات كلها بل للحاضر لانه ليس
بنائب عنهم فيضمن لهم لان عصمة اموالهم لم ترتفع لعدم وقوع القطع لهم • وجه قوله ان الخصومة شرط لظهور السرقة قول
ابي حنيفة ان الواجب لكل السرقات قطع واحد لان الحد ومبناها على التداخل • ولهذا لو حضروا جميعا لا يستوفي لهم الا
قطع واحد • وهذا لان الحد يجب لله تعالى لا للعباد لان الخصومة شرط ليظهر سبب القطع وهو السرقة عند القاضي فلما
ظهر بخصومة الواحد وقع القطع عن الكل كما لو خاصموا جميعا • الا ترى ان رجلا لو قتل جماعة فقدمه احد اولياء المقتولين
فقتله كان القتل لهم جميعا ولا يجب لغيره غير ذلك • وكذلك لو قذف رجل جماعة فقدمه واحد منهم واقيم عليه الحد
صار الحد لهم جميعا • فان قلت في قطع اليد برأة من الضمان فلو ابرأ الحاضر السارق عن الضمان صريحا وقال ابرأتك عن السرقات
كلها لا يبرأ عن الجميع فكذا اذا قطع له • قلت كم من شي يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا يلزم من عدم البراة قصدا عدم البراة
ضمنا للقطع • الا ترى ان رجلا لو سرق من عبد او مكاتب فقطع برئ من الضمان فلو قصدا بالابرا ابتدا لا يبرا **قوله** وعلى هذا
الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد • يعني اذا سرق النصب من واحد مرارا فخوصم في بعض النصب فقطع لا يضمن باقي النصب
عند ابي حنيفة خلافا لهما والله اعلم

باب ما يحدث السارق في السرقة

بقيمة القطع شرع فيما يحدث السارق من الصنعة في السرقة فقال يكون ذلك شبهة دارئة للحد أم لا فحدوث الصنعة فيها
أمر عارض والعارض بعد الأصل . وكذلك الشبهة عارضة لأن الأصل عدم الشبهة قوله ومن سرق ثوبا فشقه في الدار
نصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة . قال فخر الإسلام البزدوي في شرحه
للجامع الصغير . وروي عن أبي يوسف أنه لا يقطع . وكذلك ذكر الصدر الشهيد والعتابي . ولهذا يعلم أن قول أبي يوسف
في الظاهر كقولهما . ولهذا قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي ذكر الطحاوي قول أبي يوسف مع محمد وقول محمد مع أبي
حنيفة في الظاهر . وذكر شمس الأئمة البيهقي أيضا في كفايته . وعن أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة لا يقطع . وذكر
في الأسرار هذه المسألة . وقال يقطع عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف لا يقطع . وكذلك ذكر في الشامل في قسم المبسوط حيث
قال قطع خلافا لأبي يوسف . وكذلك قال الحاكم في الكافي حيث قال وقال أبو يوسف كل شيء يجب عليه فيه قيمته إن شاء ذلك رب المتاع
فلا قطع عليه فيعلم من هذا أن ظاهر قوله ليس كقولهما . وهذا الخلاف فيما إذا خرقه خرقا فاحشا بأن شقه طولا . أما إذا كان
الخرق يسيرا بأن شقه عرضا فإنه يقطع بالاتفاق إذا كان بعد الشق يساوي عشرة دراهم إلى هذا أشار في شرح الطحاوي قال
صاحب المختلف إن ضمنه وترك الثوب عليه لا يقطع بالإجماع لأنه تملكه بالضمان فعلم أن الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب
وجه قول أبي يوسف أنه أخرجه من الحرز وله فيه سبب الملك وهو الشق . ولهذا إذا اختار تضمين الثوب لا يقطع بالاتفاق
فلم ينعقد فعل السرقة علة لوجوب القطع مع قيام الشبهة كما إذا سرق المشتري ثوبا فيه خيار للبائع ثم فسخ البائع البيع ووجه
قول أبي حنيفة ومحمد أن الشق ليس بسبب للملك وإنما هو سبب للضمان وإنما يصير سببا للملك فلا يقطع . وإذا اختار تضمين
النقصان وأخذ الثوب لا يصير سببا للملك فلا تكون الشبهة موجودة لأن الشبهة المعتاد بعث شرع للملك أو بعض الحكم
لكنه لم يوجد المانع وهنا لم يوجد الانعقاد أصلا فصار الشق كنفس الأخذ لأنه يحتمل أن يصير سببا للملك أيضا ومع هذا لم
يعتبر فكذا فيما نحن فيه فصار كما إذا سرق البائع مبيعا معيبا لم يقبضه المشتري فإنه يقطع وإن كان احتمال الملك قائما
على تقدير الرد . بخلاف ما ذكر أبو يوسف حيث لا يقطع لأن سبب الملك وهو الشراء موجود لأن وضعه للملك لكن الملك لم يثبت
في الحال لمانع وهو الخيار فكان سبب الملك وهو الشراء موجود لأن وضعه للملك لكن الملك لم يثبت في الحال لمانع وهو الخيار هم
وكان سبب الملك شبهة قائمة في الحال . بخلاف الشق فإنه ليس بسبب في الحال فتظهر الفرق قوله وصار كالمشتري
إذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع والجامع وجود سبب الملك حالة السرقة في المقيس وهو الخرق الفاحش وفي المقيس عليه وهو الشراء
وبيان الخرق الفاحش وهو ما يبطل به عامة منافعه سوف يجيء في باب الغصب إن شاء الله تعالى قوله المبدل لأن التثنية
بطريق التغليب لطلب الحقه أي المسروق ومبدله والبدل قيمته قوله بخلاف ما ذكره . أي أبو يوسف وهو قوله كالمشتري
إذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع قوله وإن سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع وهذه من معادة الجامع الصغير وذلك
لأن الشاة لما صارت لحما نقصت المالية لأن اللحم مما يتسارع إليه الفساد ولا قطع فيه . وروي عن أبي يوسف أنه يقطع هو
كذا في كفاية البيهقي قوله ومن سرق ذهبا أو فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم أو دنانير قطع ويرد الدراهم
والدنانير إلى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة . وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها أي سرق ذهبا أو فضة يساوي
عشرة دراهم وهو معنى قوله يجب فيه القطع . والضمير في عليها راجع إلى الدراهم والدنانير وهذه معادة في الجامع الصغير
إلا ذكر الخلاف فيه فإنه من الخواص . لأنه ذكر في الأصل ولو كانت دراهم فسبكها أو صاغها قلبا كان للمسروق منه أن يأخذه
ولم يذكر الخلاف . وقال في شرح الطحاوي الدراهم للسارق عندهما في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ويجب أن يرد مثلها
ثم قال والأصل في هذه المسائل أن في كل موضع ينقطع حق المغصوب منه عنده فكذلك ههنا لا ينقطع حق المسروق منه في السرقة
وعندهما ينقطع في الغصب فكذلك في السرقة . وجه قولهما أن هذه الصنعة متقومة للعين . ألا ترى أنه كان يقال تبر ذهب
أو فضة ولا يقال دراهم أو دنانير الصنعة بتركيب الغاصب حصل وهي ملك له متقومة والأصل وهو التبر كان للمغصوب
منه فلما لم يمكن مراعاة حقهما جميعا وجب قطع حق المالك إلى الضمان لأنه أقل ضررا كما إذا غصب حديدا أو نحاسا واتخذ آلة
كالسيف ونحوه ثم هل يجب القطع في صورة السرقة على قولهما اختلف المشايخ . قال بعضهم لا يقطع لأنه ملك المسروق قبل
استيفاء القطع لكن يجب على السارق مثل المأخوذ . وقال بعضهم يقطع ولا شيء على السارق لأنه لا يملك عين المسروق
لأنه بالصنعة صار شيئا آخر . ووجه قول أبي حنيفة أن الصنعة في الذهب والفضة غير متقومة . بدليل أنها لا ترفع
حكم الربا . بخلاف الحديد ونحوه فإن الصنعة فيه متقومة . ولهذا لو سرق إبريق فضة لا قطع لم يكن للمالك أخذه
وتضمين الصنعة . وفي غير الذهب والفضة متقوما وحق السارق أو الغاصب ليس بمتقوم كان رعاية المتقوم أولى فيرد
الدراهم والدنانير إلى المسروق منه والمغصوب منه ولا إشكال في وجوب القطع على مذهب أبي حنيفة لأن السارق
لم يملك العين بهذه الصنعة قوله ومن سرق ثوبا فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب وهذه من المسائل المعادة في
الجامع الصغير . وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في السارق يسرق الثوب فيقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر
قال ليس لصاحبه سبيل ولا ضمان على السارق . وقال محمد يأخذه صاحبه ويعطيه ما زاد الصبغ ليس له غير ذلك . وإن
صبغه أسود أخذ في قولهم . قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير معنى قوله في قولهم يريد به قول أبي حنيفة ونفسه
ووجه قول محمد أن بالصبغ لم ينقطع حق المالك لأنه لم يوجب استهلاك العين بوجه . ثم الثوب متبوع والصبغ تابع فلا يجوز

أن يبطل المتبوع بالتابع فصار كما إذا صبغه أحمر بعد الغصب حيث لا ينقطع حق المالك . ولأبي حنيفة وأبي يوسف في مسألة السرقة
والغصب فإن حق السارق في الصبغ قائم صورة ومعنى . أما صورة فظاهر فإن الحمرة فيه موجودة حسا . وأما معنى فلأن
المسروق منه لو أخذ الثوب بصبغ الصبغ وحق المسروق منه في الثوب قائم صورة لا معنى . ولهذا لو استهلكه السارق أو أتلفه قبل
القطع أو بعده لا يضمن شيئا فرجحنا جانب السارق لأن مراعاة ما هو قائم صورة ومعنى أولى من مراعاة ما هو قائم صورة
لا معنى ثم حق السارق بالرجوع أولى كالموهوب له إذا صبغ الثوب أحمر انقطع حق الواهب . بخلاف الغصب فإن حق كل واحد
من المالك والغاصب قائم صورة ومعنى فلم يكن القول بالترجيح بالوجود فرجحنا بالبقاء وهو أن الثوب أصل قائم والصبغ تابع وهو
معنى قوله رجحنا جانب المالك بما ذكرنا . ولأنه لو أخذ الثوب في صورة السرقة أدى إلى إبطال القطع لأنه يصير شريكا في
الثوب أو بمنزلة رهن عنده لأن له أن يمسكه ليصل إليه ما زاد الصبغ . والطارئ في الحدود في المستأنف كالطارئ
في الابتداء فإذا كان القطع واجبا بالإجماع لم يكن له حق الأخذ لئلا يؤدي إلى إبطال القطع . أما إذا صبغه أسود فلا
يؤخذ عند أبي يوسف لأن السواد عنده زيادة كالحمرة والصفرة . وعند أبي حنيفة ومحمد يؤخذ . أما عند أبي حنيفة فهو
فلأن السواد نقصان عنده فلم يكن حق السارق فيه قائما معنى فاستويا فرجح جانب المالك لما قلنا . وأما عند محمد فلأن السواد
وإن كان زيادة عنده لا ينقطع به حق المالك كما قال في الحمرة قوله والجامع كون الثوب أصلا . أي الجامع بين السرقة
والغصب قوله لو أراد أخذه مصبوغا . أي أراد صاحب الثوب قوله ألا ترى أنه غير مضمون على السارق إيضاح لقوله
لا معنى قوله فاستويا بهذا الوجه . أي استوى المالك والغاصب من حيث أن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى قوله
بما ذكرنا إشارة إلى قوله والجامع كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا قوله وعند أبي يوسف هذا والأول
سواء . يعني أن الحكم في الصبغ الأسود والأحمر سواء عنده لأن كل واحد منهما زيادة عنده فلا يؤخذ الثوب من السارق قوله
ولكنه . أي ولكن السواد قوله وعند أبي حنيفة السواد نقصان . قال في المختلف وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف
حجة وبرهان فإن الناس ما كانوا يلبسون السواد في زمنه ويلبسونه في زمنهما . قال في شرح الطحاوي ولو سرق سويقا
فلته بسمن أو عسل فهو على الاختلاف في الصبغ . يعني ليس للمالك على السارق سبيل في السويق عندهما . وعند محمد يأخذ
السويق ويعطي ما زاد السمن أو العسل والله أعلم

باب قطع الطريق

اعلم أن قطع الطريق يسمى سرقة كبرى . أما كونه سرقة فباعتبار أن قاطع الطريق
يأخذ المال خفية عن عين الإمام الذي عليه حفظ الطريق والمارة بشوكته ومنعته . وأما كونه كبرى فلأن ضرره يعم
المسلمين حيث ينقطع عليهم الطريق بزوال الأمن . بخلاف السرقة الصغرى فإن ضررها خاص بالمسروق منه . ولأن موجب
قطع الطريق أغلظ من حيث قطع اليد والرجل من خلاف ومن حيث القتل والصلب وليس في السرقة الصغرى مثل ذلك . ثم تقديم
السرقة الصغرى مثل ذلك ثم تقديم السرقة الصغرى على الكبرى لأن الصغرى أكثر وقوعا . أو لأن الترقي من القليل إلى الكثير
أولى لأن قطع الطريق يمين بما شرعا رض السفر وذكر العارض بعد ذكر الأصل قوله وإذا خرج جماعة ممتنعين أو واحد
يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا ولا يقتلوا نفسا حبسهم الإمام حتى يحدثوا توبة
وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا أو ما يبلغ قيمته ذلك قطع
الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف . وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم حدا هذا لفظ القدوري في مختصره وإطلاق
اسم الجماعة يتناول المسلم والذمي والكافر والحر والعبد . والمراد من الامتناع أن يكون قاطع الطريق بحيث يمكنه أن
يدافع عن نفسه بقوته وشجاعته تعرض الغير . قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي اعلم أن قاطع الطريق إنما يكون له
بعد أن يجتمع فيه شرائط وهو أن يكون لهم قوة وشوكة ينقطع الطريق بهم . وأن لا يكون بين قريتين ولا بين مصرين ولا
بين مدينتين . وأن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر . فإذا وجدت هذه الأشياء يكون قاطعا للطريق وإلا فلا هكذا
ذكر في ظاهر الرواية . وروي عن أبي يوسف أنه قال إن كان أقل من مسيرة سفر أو كان في المصر ليلا فإنهم يجري عليهم حكم
قطاع الطريق وهو أن يقطع يده اليمنى ورجله اليسرى والفتوى على قول أبي يوسف إلى هنا لفظ كتابه . والأصل في
حد قاطع الطريق قوله تعالى إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو
تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض . وكلمة أو للتفصيل والتقسيم على حسب اختلاف الجناية لا للتخيير كما قال
مالك لأن الله تعالى ذكر الجزاء متنوعا . وتنوع الجزاء يقتضي تنوع السبب لأن المسبب يثبت بحسب السبب والسبب هنا قطع
الطريق وجنايته متعددة متنوعة من تخويف أو أخذ مال أو قتل أو جمع بين الأخذ والقتل . فإذا كان السبب متنوعا
لتنوع الجزاء فقابل الجملة بالجملة فانقسمت الآحاد على الآحاد النفي للتخويف وقطع الأيدي والأرجل من خلاف لأخذ المال والقتل
القتل للقتل والصلب للجمع بين الأخذ والقتل ولكن لم يذكر أنواع المحاربة لعلمنا بها عادة . يدل على هذا ما روى محمد
في كتاب السرقة عن أبي يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس أنه قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة هلال
ابن عويمر الأسلمي فجاء أناس يريدون الإسلام فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق فنزل جبريل على رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالحد أن من قتل وأخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ المال قتل . ومن أخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف
ومن جاء مسلما هدم الإسلام ما كان منه في الشرك . وفي رواية عطية عنه ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال

بغي والمراد من محاربة الله ورسوله محاربة اوليايه وهم المومنون على حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه • او لما كانوا مخالفين امر الله تعالى ساعين في الارض بالفساد صاروا كانهم محاربين الله تعالى فاطلق اسم المحاربة لله تعالى اتساعا وقيل في المرتدين فلم يصح ايضا لان الاية ناطقة بالقتل عند المحاربة والسعي في الارض بالفساد وليس يشترط ذلك في المرتد ولان القتل يسقط عنهم بالنص بالتوبة قبل القدرة عليهم ولا يسقط عن المرتد بالتوبة مطلقا • ثم اعلم انهم اذا اخذوا قبل اخذ المال وقبل القتل حبسهم الامام الى ان يتوبوا فهو المراد بالنفي المذكور في الاية • وعند الشافعي ينفى من بلد الى بلد لا يزال يطلب وهو هارب فزعا • ولنا انه نفي عن وجه الارض بدفع شره وفساده واهل الارض عن الاية عزم على المعصية فيحبس ويعزر كما في العزم على سائر المعاصي • ولانه اي منكر لا حد فيه فيجب بمثله الحبس والتعزير • فان قلت لا يسمى الحبس نفيا لان النفي هو الابعاد قلت لا نسلم لان الحبس ابلغ النفي لان المحبوس لا يمكن له قطع الطريق اصلا • بخلاف المنفي في بلد اخر حيث يمكن له القطع الطريق في ذلك البلد • يدل على تسمية الحبس نفيا قول الشاعر • خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها • فلا نحن في الاحيا فيها ولا الموتى اذا جانا السجان يوما لحاجة • عجبنا وقلنا جا هذا من الدنيا • واذا اخذوا بعدما اخذوا مال مسلم او ذمي قطع ايديهم وارجلهم من خلاف بقطع اليمين من الايدي واليسار من الارجل بشرط ان يصيب من الماخوذ كل واحد منهم عشرة دراهم او ما قيمته العشرة • وقال الحسن بن زياد عشرون لانه يقطع من قاطع الطريق طرفان فيشترط نصابان • ولنا ان قاطع الطريق مقصوده اخذ المال لا القتل • وانما يقتل ليحصل التمكن من اخذ المال والحد الذي يجب لاجل المال اشترط اصله السرقة الصغرى • وانما قطع الطرفان لوقوع الجناية عاما وتغليظها واعطي ما للذمي حكم مال المسلم لتابد العصمة فيهما بخلاف المستامن • وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم الامام حدا لا قصاصا • حتى اذا عفى الاوليا عنهم لم يلتفت الى عفوهم • وذلك لان الحد حق الله تعالى ولا اثر لعفو العبد في حقه تعالى • وليس للامام ان يعفو ايضا لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم تعافوا الحدود فيما بينكم فما دار رفعتها الى الامام فلا عفى الله عنه ان عفا • وان قتلوا واخذوا مالا كان الامام بالخيار ان شا قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وان شا قتلهم وان شا صلبهم وهذا قول ابي حنيفة وزفر • وقال ابو يوسف ومحمد يصلب او يقتل ولا يقطع • وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل ويصلب لان الجناية واحدة فلا يتكرر الحد فيها وهو القتل ولا حاجة الى القطع • ولان ما دون النفس يدخل في النفس كالمحصن اذا زنا وهو محصن • ولابي حنيفة ان الجناية تحقق منها وهو قطع الطريق متعددة صورة وهو اخذ المال وقتل النفس وكان التقاطع الا يميل الى الجنسين شا وانما المداخلة في الحدود في حد واحد • وهنا القطع والقتل حد واحد فلا يتداخلان فان قلت لو كان حدا واحدا لم يخير لانه لا ينحصر على القتل • قلت انما جاز ذلك لان الترتيب ليس بواجب عليه بين القتل والقطع فاذا ابتدا بالقتل سقط القطع لعدم فايدته **قوله** ويذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية • اي ذكر في مختصر القدوري بقوله وان شا قتلهم وان شا صلبهم وجه جواز ترك الصلب ان المقصود التشهير وقد حصل • ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم يصلب العرنيين فدل على جواز الترك **قوله** لا يترك اي لا يترك الصلب **قوله** ثم يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت • اي قال القدوري في مختصره وكذلك ذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي وحكاه عن ابي يوسف • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير • روي عن ابي يوسف انه قال يصلب وهو حي ويطعن في لبته حتى يموت ومرة قال تحت ثديه الايسر ويخضخض حتى يموت • ونقل في شرح الطحاوي عنه الصلب المذكور في الاية بعد القتل في قول ابي حنيفة • وفي قول ابي يوسف ان شا قتلهم ثم صلبهم كما قال ابو حنيفة وان شا صلبهم احيا ثم قتلهم مصلوبين الى هنا لفظه • وجه ما ذكر الطحاوي ان في صلبه حيا زيادة مثلة فلا يصار الى ذلك • ووجه ما ذكر في الكتاب ان الصلب ذكر حدا وما كان حدا يجري حالة الحياة كما فيما نحن عليه من غير الصلب فكذا الصلب • فيقال يبعج بطنه اي يشق **قوله** توقيا عن المثلة • اي احترازا عنها لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المثلة **قوله** وجه الاول ان ذلك قوله يصلب حيا والردع المقصود به • اي بالصلب **قوله** ولا يصلب اكثر من ثلاثة ايام وهذا لفظ القدوري وهو ظاهر الرواية • كذا قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير وعن ابي يوسف انه يترك على خشبته حتى يتقطع فيسقط ليعتبر الاعتبار به • وجه الظاهر ان الاعتبار يحصل بالثلاثة فبعدها يتغير فيتاذى الناس فيخلى بينه وبين اهله ليدفنوه **قوله** واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه وهذه من مسايل الجامع الصغير • وذلك لان الحد لما اقيم سقط عصمة المال كما في السرقة الصغرى **قوله** وان باشر القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم وهذه مسئلة القدوري • وهي من المسايل المعادة في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد قال في قوم قطعوا الطريق • فالى رجل منهم القتل قتلوا جميعا ولفظ الاصل ومن باشر ومن لم يباشر في الحكم سوا وذلك لان تمكن القتل حصل بالكل والقتل جزا قطاع الطريق اذا وجد منهم القتل وقد وجد فيقتلون جميعا • وهذا لان قتلهم وجب حدا عليهم لا قصاصا فلم تعتبر المساواة فصار من قتل ومن لم يقتل سوا • ولهذا وجب قتلهم سوا وقع القتل منهم بسيف او حجر او خشب • والردا العون اخار واليه اي اعونا • وعند الشافعي لا يجب على الردا الا التعزير كالمعين على الزنا • ولنا ان المقصود وهو التمكن حصل من الجميع فيحد الردا • بخلاف المعين في الزنا فان المقصود ثمة اللذة ولا يحصل ذلك للمعين **قوله** فان القتل ان كان بحجر او بسيف فهو سوا وهذه من المسايل المعادة في الجامع الصغير وصورتها فيه قال

في قاطع الطريق اي في قتل قتل لان ذلك لانه حد لا قصاص فلا يقتضي المساواة • ولهذا يقتل غير المباشر • ولان قطع الطريق كما يكون بالقتل بالسيف يكون بالقتل بغير السلاح ايضا • والقتل جزا قطع الطريق بسبب القتل وقد وجد فيقتلهم القاطع كيف ما قتل **قوله** وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه ما فيه القصاص واخذ الارش منه ما فيه الارش وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة • وصورتها فيه قال في قاطع الطريق اذا اخذ ولم يقتل ما لا يقتص بكل جراحة يستطاع منها القصاص واخذ الارش مما لا يستطاع فيه القصاص • وذلك لانه لا حد لقطع الطريق من القطع والقتل والصلب لما لم يجب ظهر حق العبد فيستوفيه الاوليا قصاصا او ارشا كما اذا قطعوا اللسان او الذكر لا قصاص فيه في الظاهر ويوخذ الارش خلافا لابي يوسف فيما اذا قطع من الاصل وفي الحشفة قصاص اتفاقا لان موضع القطع معلوم الا اذا قطع بعض الحشفة حيث لا قصاص • وكذا اذا ضربوا العين فقلعوها لا قصاص فيه ويوخذ الارش الا اذا كانت العين قايمة ذهب ضوها ففيه القصاص لامكان المماثلة • وكذلك لا قصاص في عظم الا في السن الا اذا اسودت او احمرت او اخضرت ففيه يجب الارش • والباقي يعلم في كتاب الجنايات وكتاب الديات ان شا الله تعالى **قوله** وذلك لان الاوليا اي استيفا القصاص واخذ الارش الى الاوليا **قوله** وهو ما ذكرناه • اي حق العبد القصاص والارش **قوله** وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات وهذه مسئلة الجامع الصغير • يعني لما قطعت يده ورجله من خلاف حدا لاخذ المال بطلت الجراحات لان الحد والضمان لا يجتمعان عندنا • وكذلك تبطل الجراحات اذا قتل فيما قال لما قلنا • وقد مر التحقيق في عدم اجتماعهما في السرقة **قوله** واذا اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شا الاوليا قتلوه وان شاوا عفوا عنه • ولفظ الجامع الصغير وان اخذ وقد تاب فبطل الحد • وانما قيد بقوله اخذ بعد ما تاب لانه اذا تاب بعد ما اخذ لا يسقط الحد • والاصل فيه قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم • فلما بطل الحد بالتوبة ظهر حق العبد في النفس والمال فان شا قتل وان شا صالح وان شا عفى وان شا ضمن المال **قوله** ولان التوبة تتوقف على رد المال • يعني فيما اذا اخذ المال لان الظاهر اذا غصب مال احد لا يكون تايبا وان تاب من الشرع لسانه ما لم يرد المال • لان تلك التوبة لا ترفع الا برد المال • فلما رد المال قبل الاخذ بطل عنه الحد كالسارق اذا رد المال مع قوله او يجب الضمان اذا هلك في يده او استهلك لانه رد المال كيف يهلك في يده • قلت يمكن ان يهلك البعض بعد رد البعض ورد البعض علامة صحة توبته • فاذا هلك الباقي قبل التمكن منه او استهلكه بعد وجود علامة صحة توبته يكون ذلك شبهة في سقوط الحد فيجب المال **قوله** وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين • وهذه مسئلة القدوري الا ان لفظه في مختصره وان كان فيهم صبي • وهذا الذي ذكره القدوري ظاهر الرواية عن اصحابنا وهو قول زفر • وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي عن ابي يوسف كذلك ان كان قاموا بالاخذ والقتل مجنون او صبي فالحد على المباشرين • وكذلك ذكر البيهقي في كفايته بلفظ عن ابي يوسف والعجب من صاحب الهداية انه قال وعن ابي يوسف بعد ان قال والمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وكان الباقيان يقول وقال ابو يوسف ولم يذكر قول محمد • وقوله عن ابي حنيفة وايضا قال صاحب الهداية وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلا يحد الباقون • وكان ينبغي ان يقول لو باشر العقلا البالغون • وجه ما روي عن ابي يوسف ان الحد يجب على قاطع الطريق بسبب القتل واخذ المال والمباشر اصل في التحامل الفعل والردا تابع • ثم اذا كان المباشر مكلفا يجب الحد لاصالته في الفعل ولا يمتنع الخلل في التابع وهو الصبي او المجنون لعدم القصد الصحيح منه • واذا كان الفعل من احدهما كان اصلا فيه فسقط الحد للشبهة في فعله فسقط الحد عن التابعين للشبهة • او لان الحد لما سقط عن الاصل في الفعل سقط عن التبع وهو الردا العاقل البالغ • ووجه الظاهر ان الردا حكمه حكم المباشر في حد قطع الطريق • وهذا يلزمهما جميعا اذا كانا مكلفين • فلما كان ذلك كان حضور الصبي او المجنون كمباشرته ولا حد عليهما اذا باشرا فكذا اذا حضرا • فاذا لم يجب عليهما سقط عن الباقين لاشتراكهما في سبب الحد كما اذا اشترك الخاطي والعامد • واما اذا كان فيهم ذو رحم محرم فقد نقلوا عن ابي بكر الرازي في عامة الكتب انه قال تاويل المسئلة اذا كان المال مشتركا • والاصح جواب ظاهر الرواية لان ذا الرحم المحرم ماذون بالدخول في الحرز فلم يجب الحد عليه فلم يجب على الباقين للشبهة • لان الجناية واحدة وهي قطع الطريق • فلما لم يكن بعض الفعل موجبا للحد لم يكن البعض الاخر موجبا ايضا • لان بعض العلة لا يترتب عليها الحكم • واذا لم يجب الحد فيما اذا كان فيهم صبي او مجنون او ذو رحم محرم ظهر حق العبد في النفس والمال فبعد ذلك الى الاوليا فيه ان شاوا اقتصوا وان شاوا عفوا او صالحوا وغرموا **قوله** بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن جواب سوال مقدر بان يقال القطع على المستامن لا يوجب الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم • ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغي ان يسقط وجود المستامن فيهم ايضا فاجاب عنه وقال امتناع الحد في القطع على المستامن وحده لخلل في عصمة ماله وهو خاص به لانه لا خلل في عصمة مال المسلم او حرمته لحرمة ذمته فلم يسقط حد قطاع الطريق عنهم لقطعهم عن المسلمين • بخلاف الامتناع في القطع على ذي الرحم المحرم فان ذلك لخلل في الحرز وهو القافلة والقاطع من اهلها والخلل تثبت الشبهة فيسقط الحد **قوله** واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد وهذه من المسايل المعادة في الجامع الصغير • وذلك لان الحرز واحد وهو القافلة والقاطع من اهلها فلا يعتبر قاطعا كما لو سرق من دار ليس للسارق فيها فاذا لم يجب الحد وجب القصاص ان قتل عمدا ورد المال ان اخذ وهو قايم والضمان ان هلك او استهلكه **قوله** ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وهذه من المسايل المعادة في الجامع الصغير • اعلم ان شرط تحقق قطع الطريق ان يكون بين القطاع وبين المصر مسيرة

سنة وهو ظاهر الرواية وقد مر ذكره في اول الباب • اما اذا كان في المصر او قريبا من المصر فلا يكون قطعا استحسانا • وروى
القدوري عن ابي يوسف ان قطعوا نهارا بالسلاح يجري عليهم الحكم • وان قطعوا بالخشب فلا وبالليل يستوي السلاح والخشب فيجري
عليهم الحكم • وقال الشافعي من اخذ في البلد مالا بالمغالبة فهو قاطع طريق كما في خارجه • وجه القياس وجود القطع حقيقة
ووجه ما روي عن ابي يوسف ان السلاح لا يلبث فيتحقق القطع به ليلا كان او نهارا • واما الخشب وان كان يلبث لكن الليل
يبطئ فيه الغوث فيتحقق القطع • بخلاف النهار فان الغوث يلحق قبل حصول غايته • ووجه الاستحسان ان سبب حد قطاع
الطريق قطع الطريق ولا يوجد ذلك في المصر او في قريب منه لان القطع لا يكون الا بانقطاع المارة ولا تنقطع المارة في مثل
هذا الموضع للحاق الغوث غالبا فلا يثبت الحكم لعدم سببه • ولان قاطع الطريق يرد من عين الامام بقطع الطريق لان الطريق
محفوظ بحفظ الامام وقطع الطريق سرقة منه وهذا ليس بسرقة منه فاشبه الاختلاس ولا قطع على المختلس بالحديث • قال في
كفاية البيهقي قيل ابو حنيفة اجاب عن عرف زمانه وابو يوسف عن عرف زمانه لان في زمن ابي حنيفة اهل الامصار كانوا يحملون
السلاح فلا يمكن القاطع مقاتلتهم • بخلاف زمن ابي يوسف والحيرة هي التي كانت يسكنها النعمان بن المنذر وهي اول منازل الكوفة
قوله وعنه • اي عن ابي يوسف به • اي بالسلاح والغوث اسم من الاغاثة والابطاء نقيض الاسراع والمارة الجماعة الذين
يمرون على الطريق ولا يتحقق ذلك • اي لا يتحقق قطع المارة فاذا لم يتحقق قطع الطريق في المصر او قريب منه يؤخذ القطاع برد
المال ويعزرون ويحبسون لانهم باشروا المنكر فان كانوا قتلوا انفسا فالامر الى الاولياء قصاصا او صلحا او عفوا لانه ظهر حقهم حيث لم يجب
الحد قوله لما بينا اشارة الى قوله لظهور حق العبد قوله ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة
وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يخنق رجلا بمخنقة خناق حتى قتله قال الدية على عاقلته
فان وجد وقد خنق غير مرة في المصر او في غير المصر فللامام ان يقتله • وذكر الخنقة من الخواص واراد بها ان القصاص
لا يجب مع ذلك • وذكر المصر وغير المصر من الخواص ايضا • قال فخر الاسلام البزدوي مخنقة الخناق هي الوتر وما يجري
مجراه وكبيرة لا يشترط لكنه بني على العادة • وانما تجب الدية دون القصاص عند ابي حنيفة لانه لا يوجبه بالمثقل • وهذا
بناء على مسألة وسوف يجيء البحث في القتل في الديات ان شاء الله تعالى • اما اذا اعتاد هذا الفعل فحينئذ يقتل • وعند ابي حنيفة
ايضا سياسة لانه ساع في الارض بالفساد والله لا يحب الفساد فيجب دفع شره بالقتل قوله ومن خنق رجلا بالتخفيف
اي اذا عصر حلقه ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون كذا عن الفارابي • والخناق بكسر الخاء وتخفيف النون كل
شيء خنقت به من حبل او وتر كذا في الجمهرة وهو المراد من قوله بمخنقة خناق • والخناق فاعل ذلك • وقوله وان خنق غير
مرة بالتشديد [illegible] وتخنيقا لان التفعيل للتكثير به اي بسبب التخنيق والله اعلم

كتاب السير

مناسبة الحدود والسير من حيث ان كلا من الحد
والجهاد حسن لمعنى في غيره لا في عينه • ثم المعنى الحسن يحصل فيهما جميعا بفعل المامور به بدون الاتيان بفعل آخر مقصود
وذلك المعنى في الحدود الزجر عن المعاصي • وفي الجهاد قهر اعداء الله تعالى لكن قدمت الحدود على السير لانها معاملة مع اهل
الاسلام غالبا او على الخصوص كما في حد الشرب • بخلاف الجهاد فانه معاملة مع الكفار فتقديم الاحكام المتعلقة باهل الاسلام
كان اولى • ولان الجهاد زجر عن اصل المعاصي وهو الكفر • والحد زجر عما يوجب الفسق فترقى من الادنى الى الاعلى • ومعنى
السير مذكور في المتن • والمغازي جمع المغزاة من غزا يغزو غزوا وغزوة وغزاة ومغزاة اذا قصد العدو للقتال
والاحاديث في فضل الجهاد كثيرة منها ما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى عبد الله بن مسعود قال قلت يا رسول الله اي العمل
افضل قال الصلاة على ميقاتها قلت ثم اي قال بر الوالدين قلت ثم اي قال الجهاد في سبيل الله فسكت عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم ولو استزدته لزادني • وفيه ايضا باسناده الى ابي سعيد قال قيل يا رسول الله اي الناس افضل فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم مؤمن يجاهد في سبيل الله بنفسه وماله قالوا ثم من قال مؤمن في شعب من الشعاب يتقي الله ويدع
الناس من شره • وفيه ايضا باسناده الى انس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لغزوة في سبيل الله او روحة خير من
الدنيا وما فيها • وفيه ايضا باسناده الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا
بالله وتصديقا بما وعده فان شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة قوله قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام
به فريق من الناس سقط عن الباقين • وهذا لفظ القدوري في مختصره • اما كونه فرضا فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين
حيث وجدتموهم • ولقوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر انهم لا ايمان لهم لعلهم ينتهون • ولقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون
فتنة ويكون الدين كله لله • ولقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم معناه فرض عليكم • كقوله كتب عليكم القصاص
ولقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة • ولقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وانفسكم
في سبيل الله • ولقوله عليه الصلاة والسلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها
عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها • ولقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض الى يوم القيامة • واما كونه فرض
كفاية وهو ما يسقط بمباشرة البعض وكفايته فلان الجهاد لم يشرع فرضا لعينه لانه في ذاته افساد وتخريب لبنيان الله عز
وجل فلا يجوز ان يشرع الا لاعلاء كلمة الله تعالى وقهر اعدائه فاذا حصل المعنى الذي لاجله شرع الجهاد بالبعض سقط عن الجميع كصلاة
الجنازة ورد السلام • ولان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج في السرايا ولا يخرج كل اهل المدينة • فلو كان فرض عين لخرجوا

جميعا • ولان في جعله فرض عين حرجا عظيما حيث تتعطل امور الناس زراعة وتجارة اذا خرجوا جميعا الى الجهاد والحرج منتف بالنص
وفيه ايضا انقطاع اصل الجهاد بانقطاع مادته من الخيل والسلاح والثياب ونحوها فلم يكن فرض عين • فاذا لم يقم بالجهاد احد اثموا
جميعا لانهم تركوا الفرض اصلا ولم يأت احد بما يسقط عنهم قوله وهو على الكفاية • اي الجهاد فرض على الكفاية • قال ابو بكر
الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي الجهاد عند اصحابنا فرض على الكفاية مثل غسل الموتى والصلاة عليهم ودفنهم • ومثل طلب علم الدين والفقه
والقيام به وتعليمه • ويحكى عن ابن شبرمة والثوري ان الجهاد تطوع وليس بواجب قوله اذ هو اي الجهاد قوله فان لم
يقم به احد اثم جميع الناس بتركه هذا لفظ القدوري قوله ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد عطف على قوله لانه ما
فرض لعينه قوله من الكراع قال الفارابي الكراع الخيل والكراع كراع الشاة والبقر والمراد هنا هو الاول • وعلى القائل
في المثل يعطى العبد الكراع فيطمع في الذراع قوله الا ان يكون النفير عاما استثناء من قوله فيجب على الكفاية • اي يجب
الجهاد على الكفاية الا ان يكون النفير عاما بان لا يندفع شر الكفار اذا هجموا ببعض المسلمين فحينئذ يفترض على كل واحد فيقاتل العبد بدون اذن
السيد والمرأة بدون اذن الزوج لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا اي ركبانا ومشاة او شبانا وشيوخا او مهازيل وسمانا او صحاحا ومراضا
يقال نفر الى الغزو نفرا ونفيرا • اي خرج • فان قلت قوله تعالى انفروا عام وليس فيه تخصيص النفير العام فكيف خص بالنفير العام
قلت لو لم يخصص بالنفير العام لوقع الناس في حرج • ولانه عليه الصلاة والسلام كان يخرج مع تخلف كثير من اهل المدينة فعلم ان النفير
فيما وقع لا لانها اذا كان النفير عاما بان لا يندفع شر الاعداء بالبعض فحينئذ يفترض على الكل ليحصل المقصود وهو قهر الكفار ودفع
شرهم يدل على هذا قوله تعالى وما كان المؤمنون لينفروا كافة قال الزجاج في تفسيره يروى ان ابن ام مكتوم جاء الى النبي صلى الله
عليه وسلم فقال له علي ان انفر فقال نعم حتى انزل الله تعالى ليس على الاعمى حرج قوله فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب
على الكفاية • اي اول كلام محمد في آخر كتاب الجامع الصغير يدل على ان الجهاد على الكفاية واراد باول كلامه قوله الجهاد واجب
الا ان المسلمين في سعة وذلك لانه قال انهم في سعة • يعني يسع لبعضهم تركه اذا حصلت الكفاية بالآخرين وآخره الى النفير العام
اي آخر كلامه اشارة الى النفير العام لانه لا يكون لهم سعة من ترك الجهاد حينئذ قوله قتال الكفار واجب وان لم يبدؤا
هذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان الكفار الذين امتنعوا عن قبول الاسلام واعطاء الجزية يجب قتالهم وان لم يبدؤا بالقتال
وكذا يجوز قتالهم في الاشهر الحرم • وقال الثوري لا يجوز قتالهم حتى يبدؤا بالقتال • وكذا يجوز قتالهم في الاشهر الحرم قال
عطاء لا يجوز قتالهم في الاشهر الحرم • ولنا عموم الآيات والاخبار كقوله تعالى فاقتلوا المشركين وقوله تعالى وقاتلوهم وقوله
فقاتلوا ائمة الكفر • وقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض الى يوم القيامة • وقوله عليه الصلاة والسلام امرت ان اقاتل الناس
حتى يقولوا لا اله الا الله • قال اصحابنا في المبسوط ومبدأ كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مأمورا في الابتداء بالصفح والاعراض عن
المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن بقوله تعالى اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا • اي اذن لهم في الدفع وقوله
تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم • وقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ثم امر بالقتال ابتداء في بعض الازمان بقوله تعالى فاذا انسلخ
الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم • ثم امر بالبداءة بالقتال مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن باسرها • قال تعالى
وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة وقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر واستقر الامر على ذلك وصارت حرمة القتال
في الاشهر الحرم منسوخة بهذه الآية • ولان قتالهم لو وقف على بدايتهم كان ذلك على وجه الدفع ومثل ذلك القتال يجوز مع المسلمين
ايضا لمن قاتل على سبيل الدفع فلا فرق بين قتال الكفار والمسلمين ولابد من الفرق ولا ذلك الا ان يبدأ بقتالهم وقد صح عن
ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حاصر الطائف في شهر المحرم اربعين يوما وفتحها في صفر ذكره محمد في الاصل وهو نوع من
القتال فعلم ان قتالهم لم يكن حراما في الازمان كلها قوله ولا يجب الجهاد على صبي لان الصبي مظنة الرحمة وهذه من مسائل القدوري
في مختصره ولفظه فيه ولا يجب الجهاد على صبي ولا عبد ولا امرأة ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع • اما الصبي فلا يجب عليه الجهاد لانه يرق
له ولان طاعة ابويه عليه واجبة فلا يترك بما ليس بواجب وقد روينا في اول كتاب السير عن ابن مسعود قال قلت يا رسول الله
اي العمل افضل قال الصلاة على ميقاتها قلت ثم اي قال بر الوالدين قلت ثم اي قال الجهاد في سبيل الله • وروي في الصحيح البخاري
مسندا الى عبد الله بن عمرو قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فاستأذنه في الجهاد فقال احي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد
وفي السنن مسندا الى عبد الله بن عمرو ايضا قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جئت ابايعك على الهجرة وتركت ابوي يبكيان
فقال ارجع اليهما فاضحكهما كما ابكيتهما • وفي السنن ايضا عن ابي سعيد الخدري ان رجلا هاجر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن
فقال هل لك احد باليمن قال ابواي قال اذنا لك قال لا قال فارجع فاستأذنهما فان اذنا لك فجاهد والا فبرهما • واما العبد والمرأة
فلان الجهاد لما كان فرض كفاية بحيث يسقط باتيان البعض عن البعض لم يظهر وجوبه عليهما لانه لا يتيقن وجوبه وما لا يتيقن وجوبه
لحق الزوج والسيد فيه متقدم كما في صلاة التطوع • وحدث البخاري في الصحيح باسناده الى عائشة رضي الله عنها قالت استأذنت
النبي صلى الله عليه وسلم في الجهاد فقال جهادكن الحج • وفي رواية قال نعم الجهاد الحج • واما الاعمى والمقعد والاقطع فلانهم عاجزون
عن الجهاد فلا يجب عليهم بدون القدرة • قال تعالى لا يكلف الله نفسا الا وسعها • وقال تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على المريض حرج
وقال تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج • قال صاحب ديوان الادب المقعد الاعرج
قوله فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بدون اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى • وهذا
لفظ القدوري في مختصره • يقال هجمت على القوم اذا دخلت عليهم • وقال في المغرب الهجوم الاتيان بغتة والدخول من غير

استدلاك. وذلك لان الدفع يتعين عند هجوم العدو. والفروض العينية مقدمة على حق الزوج والسيد كما في الصلاة الفرض والصوم
الفرض. وقد كان النساء يخرجن الى الغزو في الجملة مع النبي صلى الله عليه وسلم. وقد حدث البخاري في الصحيح عن عائشة قالت كان النبي صلى
الله عليه وسلم اذا اراد ان يخرج اقرع بين نسائه فايتهن يخرج سهمها خرج بها النبي صلى الله عليه وسلم فاقرع بيننا في غزاة غزاها فخرج فيها
سهمي فخرجت مع النبي صلى الله عليه وسلم بعدما انزل الحجاب. وفي الصحيح ايضا عن الربيع بنت معوذ قالت كنا نغزو مع النبي صلى الله
عليه وسلم فنسقي القوم ونخدمهم ونرد الجرحى والقتلى الى المدينة. وفي السنن مسندا الى ابن عباس قال كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم يغزو بام سليم ونسوة من الانصار فيسقين الماء ويداوين الجرحى **قوله** لان بغيرهما مقنعا. اي بغير العبد
والمراة **قوله** ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء. وهذه من مسائل الجامع الصغير. يعني اذا كان في بيت المال ما يتقوى به الناس
من التهيئة للخروج الى الغزاة يعطيهم الامام من ذلك المال لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين ويكره مع وجود ذلك الجعل
وهو ان يكلف الامام الناس بان يقوي بعضهم بعضا بالكراع والسلاح ونحو ذلك في الخروج الى الغزو. ولان فيه شبهة الاجرة
فاذا تمحض اجرة كان حراما واذا اشبهها كان مكروها. بخلاف ما اذا لم يكن في بيت المال شيء فانه لا يكره ان يكلف الامام
الناس ان يقوي بعضهم بعضا. لما روي عن عمر رضي الله عنه انه كان يغزي العزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد
قالوا ان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ دروع صفوان عند الحاجة فلان يفعل بطيب النفس اولى. وجهز عثمان جيش العسرة فكان
صدقة متقبلة من اعظم الصدقات. ولان دفع الضرر الاعلى بالادنى. اعني دفع الضرر العام بالخاص يتحمل فجاز ولانهم
سنة الصالحين فاذا راى في ذلك الصلاح فلا باس بان يامرهم بذلك. والجعل ما جعل من شيء للانسان على شيء يفعله. والمراد هنا
ما يضربه الامام للغزاة على الناس مما يحصل به التقوي للخروج الى الحرب الضرر الاعلى وهو شر الكفرة. يقال اغزى الامير الجيش
اذا بعثه الى العدو. والعزب الذي لا امراة له وحليلة الرجل امراته. والشاخص اسم فاعل من شخص من مكان الى مكان
اذا سار في ارتفاع. فاذا سار في حدور فهو هابط كذا قاله ابن دريد وشخص الرجل ببصره اذا اخذ النظر رافعا
طرفه الى السماء. ولا يكون الشاخص الا كذلك والمراد هنا الاول. اعني الذي يذهب الى العدو.

باب كيفية القتال

لما فرغ من بيان ان الجهاد فرض كفاية او فرض عين على تقدير النفير العام وعلى من يجب وعلى من لا يجب شرع في هذا
الباب في بيان كيفية كيف يعامل مع الكفار اذا اراد القتال معهم **قوله** واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا
مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فان اجابوهم كفوا عن قتالهم وان امتنعوا
دعوهم الى اعطاء الجزية فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم. والاصل في ذلك ما احدث صاحب السنن باسناده
الى علقمة بن مرثد عن سليمان بن بريدة عن ابيه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث اميرا على سرية او جيش اوصاه
بتقوى الله في خاصة نفسه وبمن معه من المسلمين خيرا وقال اذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى احدى ثلاث خصال او خلال
فايتهن ما اجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار
المهاجرين واعلمهم انهم ان فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين وان عليهم ما على المهاجرين. فان ابوا واختاروا دارهم فاعلمهم
انهم يكونون كاعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة نصيب الا ان يجاهدوا
مع المسلمين فان هم ابوا فادعهم الى اعطاء الجزية. فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله وقاتلهم واذا
حاصرت اهل حصن فارادوك ان تنزلهم على حكم الله عز وجل فلا تنزلهم فانكم لا تدرون ما يحكم الله فيهم لكن انزلوهم على حكمكم
ثم اقضوا فيهم بعدما شئتم. وفي السنن ايضا مسندا الى سليمان بن بريدة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اغزوا باسم الله
وفي سبيل الله وقاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا. وفي السنن ايضا مسندا الى
انس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وبالله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا
صغيرا ولا امراة ولا تغلوا وضموا غنائمكم واصلحوا واحسنوا فان الله يحب المحسنين. شرح الحديث. اما الامر بالدعاء الى الاسلام
فلقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا لكن هذا فيما اذا لم تبلغهم الدعوة فاذا بلغتهم فلا حاجة الى تجديد الدعوة
الا ترى الى ما روى صاحب السنن ان نبي الله صلى الله عليه وسلم اغار على بني المصطلق وهم غارون وانعامهم تسقى على الماء فقتل
مقاتلتهم وسبى سبيهم واصاب يومئذ جويرية بنت الحارث. والافضل تكرار الدعوة. واما الامر بالكف عنهم ان اجابوا الى
الاسلام فلقوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلاة واتوا الزكاة فخلوا سبيلهم. ولقوله تعالى فان انتهوا فلا عدوان
الا على الظالمين. ولان المقصود من الجهاد اسلامهم وقد حصل. واما الامر بالتحول الى دار المجاهدين فان الهجرة كانت
فريضة قبل فتح مكة ثم قال عليه الصلاة والسلام لا هجرة بعد الفتح. واما الامر باعلام ان لهم ما للمهاجرين وهو ثبوت
حقهم في الخمس والغنيمة. واما كونهم كاعراب المسلمين من حيث انه لا حق لهم في الخمس والغنيمة حيث لم تحصل للمسلمين بهم شوكة
وقوة. فان قاتلوا استحقوا سهامهم من الاربعة الاخماس. واما الامر عند الاباء بدعائهم الى الجزية فلقوله تعالى قاتلوا الذين
لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر الى قوله حتى يعطوا الجزية. فان قبلوها فانه قام ذلك مقام الاسلام في حقن الدم والمال لانه
دليل على انه عليه الصلاة والسلام نسبهم الى من يقبل منه الجزية لان عبدة الاوثان من العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف
فلا معنى الى دعائهم الى الجزية ثم الى قتالهم. واما النهي عن انزالهم على حكم الله تعالى فلم يجوز ذلك محمد لما سنذكره. وجوزه

ابو

ابو يوسف لان النهي انما ورد لان الاحكام لم تكن مستقرة فما كان يعلم حكم الله لاحتمال حدوث حكم او نسخ حكم. فاما اليوم فهي
مستقرة فيجوز الانزال على حكم الله. واما قوله اغزوا باسم الله فذلك لافتتاح الكلام على وجه التبرك. واما الغدر فهو
نقض العهد وتركه حرام لقوله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم. واما الغلول وهو الخيانة في المغنم فذلك حرام ايضا
لقوله تعالى وما كان لنبي ان يغل ومن يغلل يات بما غل يوم القيامة. يقال حاصر العدو اذا احاط به وضيق عليه. والمدينة
في اللغة العظيمة من مدن بالمكان اذا اقام به. فعلى هذا هي فعيلة وقيل مفعلة من قولهم دينت اي ملكت والامة يقال لها
مدينة ذكره في الجمهرة. والحصن معروف. وقوله كفوا عن قتالهم. اي امتنعوا وكف جاء لازما ومتعديا مثال الاول ومثال الثاني
وبمعنى الثاني يجوز الفتح ايضا على معنى منعوا انفسهم عن قتالهم **قوله** وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل
الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث تمام الحديث في رواية ابي هريرة فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها
وحسابهم على الله عز وجل. وهذا الحديث في قوم لا يوحدون الله عز وجل تعالى اما اليهود والنصارى فما لم يقروا برسالته
عليه الصلاة والسلام بعد التوحيد ولم يتبروا من دينهم فلا يحكم باسلامهم لانهم يقولون ان محمدا رسول الله الى العرب دوننا
يدل على هذا ما احدث صاحب السنن باسناده الى انس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يشهدوا ان
لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله وان يستقبلوا قبلتنا وان ياكلوا ذبيحتنا وان يصلوا صلاتنا فاذا فعلوا ذلك
حرمت علينا دماؤهم واموالهم الا بحقها لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين **قوله** وان امتنعوا. اي عن الاسلام **قوله**
امر رسول الله صلى الله عليه وسلم. اي بالدعاء الى الجزية امر رسول الله صلى الله عليه وسلم على تقدير امتناعهم عن الاسلام
قوله على ما نطق به النص اراد به قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون **قوله** وهذا في حق من يقبل منه
الجزية اشارة الى الدعاء المدلول في قوله دعوهم الى اداء الجزية. وهذا لان المرتدين ومشركي العرب لا يقبل منهم الا
الاسلام او السيف لقوله تعالى تقاتلونهم او يسلمون **قوله** فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين. وهذا لما مر
في حديث سليمان بن بريدة فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم. ولقوله تعالى حتى يعطوا الجزية فيكون قبول الجزية قائما مقام
الاسلام في حقن الدم والمال وقد صح عن علي انه قال انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا. والمراد من
اعطاء الجزية قبولها وبذلها قبولها لان القتال ينتهي بمجرد القبول قبل وجود الاعطاء والبذل بالاجماع **قوله** فيه. اي في الجزية
وتذكير الضمير للحمل على تاويل المذكور. قال صاحب الكشاف سميت جزية لانها طائفة مما على اهل الذمة ان يجزوه. اي يقضوه
او لانهم يجزون بها من منّ عليهم بالاعفاء عن القتل **قوله** ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا بعد دعوتهم
وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه. ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة ولا يجب ذلك وان ابوا استعانوا بالله
عليهم وحاربوهم وقد مر بيان ذلك في الحديث الطويل. وقوله فيكون بالنون على صيغة المبني للمفعول مؤنة القتال بالنصب
على انه مفعول ثان. ولا غرامة لعدم العاصم. يعني لا يجب الغرامة بقتلهم قبل الدعوة وان كان فيه الاثم لعدم العاصم عن الغرامة
لان العصمة اما بالاسلام او بدار الاسلام وكذلك للمستامن فلا يجب الانتقام لا قصاص ولا دية ولا يجب ذلك اي دعاء من
بلغته الدعوة وهم غارون اي غافلون **قوله** وعهد الى اسامة. اي اوصاه ابنى وزن حبلى موضع بالشام وهو
فلسطين. روى صاحب السنن باسناده الى اسامة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد اليه فقال اغز على ابنى صباحا
وحرق. والغارة لا تكون بدعوة. وذلك لان الاغارة فيها سرعة الامر والاسراع منه قولهم اشرق ثبير كيما نغير وقد مر
ذلك في فصل الحرم في الشرقة والمدبر اي المهلك. **قوله** ونصبوا عليهم المجانيق. هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه
فيه وحرقوهم وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم. وذلك لما روى البخاري باسناده الى نافع عن ابن عمر
قال حرق رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل النضير وقطع وهي البويرة فنزلت ما قطعتم من لينة او تركتموها قائمة على اصولها فباذن
الله وليخزي الفاسقين. قال ولها يقول حسان بن ثابت وهان على سراة بني لؤي حريق بالبويرة مستطير. ولان المقصود كسر
الاعداء وكسر شوكتهم ويحصل ذلك بالاحراق والتغريق وعد ذلك مجازا والبويرة على مثال الدويرة تصغير الدار هي للنضير قاتل
الله اي اهلكه. واللينة النخلة ما خلا العجوة والبرنية **قوله** ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر هذا لفظ
القدوري في مختصره. اعلم ان رمي الكفار بالنبل والمنجنيق والنار وضربهم وطعنهم جائز وان كان فيهم مسلم تاجر مستامن او
اسير او من اسلم منهم. وروي عن الحسن بن زياد انه لا يجوز لان قتل المسلم حرام وقتل الكافر مباح والمحرم مع المبيح اذا اجتمعا
فالرجحان للمحرم. ولان قتل المسلم لا يجوز الاقدام عليه وقتل الكافر يجوز تركه. الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاسارى
لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم اولى. ولنا ان قتالهم فرض لورود الامر المحض. فلو كان هذا القادح
معتبرا ادى الى سد باب الجهاد فلا يجوز ذلك لانه ماض الى يوم القيامة. وهذا لانه لا يخلو حصونهم عن مسلم الا نادرا والنادر
لا يعتبر. فحينئذ ان الرمي اليهم جائز وان كان فيهم نساؤهم وصبيانهم فكذا اذا كان فيهم مسلم. والجامع كون انه لا يجوز قتلهم
فيهم ولان دفع الضرر العام وهو شر الكفار يتحمل الضرر الخاص وهو قتل الاسير او التاجر فجاز **قوله** بالذب عن بيضة
الاسلام. يقال ذب عنه يذب ذبا اذا امتنع عنه. وفي حديث عمر رضي الله عنه انما النساء لحم على وضم الا ما ذب عنه.
وبيضة الاسلام مجتمعه تشبيها للمعنوي بينهما وبين بيضة النعامة وغيرها. لان تلك مجتمع الولد كذا ذكره صاحب المغرب
فلو امتنع باعتباره لانسد بابه. اي لو امتنع رميهم باعتبار المسلم الاسير او التاجر لانسد باب الجهاد **قوله** وان تترسوا

بصبيان المسلمين او بالاسارى فلم يكفوا عن رميهم وهذا لفظ القدوري . وقال الشافعي اذا فعلوا ذلك لم يجز ان يقصدهم بالرمي
فان بدونا جاز الرمي . ويقال الرامي اجتهد في اصابة المشرك وتجنب المسلم . فكان في رميهم دفع الضرر العام . وايضا لو لزمهم
سد باب الجهاد . فكان في رميهم ترك الضرر العام على تقدير ترك الرمي وقد مر بيانه قبل هذا وهو المراد بقوله لما بينا . يقال
تترس بالترس اذا توقى به قوله ويقصدون بالرمي الكفار وهذا ايضا لفظ القدوري . يعني اذا تترسوا بالحرس بصبيان
المسلمين والكفار وان كانوا لا يمكنون عن رميهم لكن يقصدون بالرمي الكفار لا المسلم . اي يرمون على ان يقصد اصابة الكافر
لا المسلم لان المسلم لا يجوز قصد قتله فيقصد قتل من يجوز قتله ولان التمييز بين المسلم والكافر وان لم يمكن بالفعل يمكن بالقصد والنية
ولا يكلف الله نفسا الا وسعها ومع هذا لو اصاب مسلما فقتله فلا دية ولا كفارة . وقال الحسن بن زياد عليه الدية والكفارة
كذا ذكر القدوري في شرحه وبه اخذ الشافعي لانه في صورة الخطا . ولنا انه مامور بالرمي والاحتراز غير ممكن . ولان في ايجاب
الضمان سد باب الجهاد فلا يجوز لان الناس اذا علموا ان فيه ضمانا يمتنعون عنه خوفا من الضمان . ولا يلزم على هذا تناول
مال الغير حالة المخمصة حيث لا امتناع ثمة مع وجود الضمان لان ثمة لا يمتنع عن التناول وان كان فيه الضمان لما فيه من اعظم
من ضرر الضمان وهو احيا النفس فيتحمل ذلك الضرر لهذا النفع . بخلاف الضمان الحاصل في ضمن الجهاد حيث يلزم ترك الجهاد من
خوف الضمان لعدم نفع اخر اعظم منه للنفس في الحال مع ان في الجهاد عرض النفس للهلاك واذا انضم ايجاب الضمان صعب على ابالهم
ولان الغرامات لا تجب بالفعل المفروض لان الفرض مامور به . وسبب الغرامات عدوان محض منهي عنه وبين الامرين
منافاة فلا غرامة بالفرض . فان قلت يرد عليكم على هذا قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الاسلام دم مفرج . اي
مهدر . قلت لا نسلم لانه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فيخص المتنازع بما قلنا قوله حذار الضمان هو
منصوب على انه مفعول له قوله ولا باس باخراج النسا والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه وتمام
في مختصر القدوري . ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها . والاصل فيه ما روى البخاري وصاحب السنن باسناده
الى ابن عمر قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نسافر بالقران الى ارض العدو . والمعنى في النهي خوف ان يناله العدو
ويستخف به غيظا على المسلمين . وهذا المعنى انما يكون اذا كانت السرية بحيث لا يؤمن على المصاحف فيها التلف . بخلاف ما
اذا كان العسكر عظيما . لان الغالب السلامة والامن . وكذلك النسا في جماعة قليلين لا يؤمن عليهن من وقوع الفضيحة
فيهن . بخلاف العسكر العظيم حيث يجوز اخراجهن معه لانتفا المانع . وكذا اذا دخل المسلم اليهم بامان فلا باس بحمله
المصحف معه اذا كان الظاهر منهم الوفا بالعهد وعدم التعرض قوله وهو التاويل الصحيح اي تعريض المصاحف
على الاستخفاف هو التاويل الصحيح لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن المسافرة بالقران الى ارض العدو . وانما قيد بالصحيح
احترازا عما قيل ان النهي كان في ابتدا الاسلام عند قلة المصاحف كيلا ينقطع عن ايدي الناس فاما الان فقد كثرت
فلا باس باخراجها مطلقا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير . قال ابو الحسن النهي انما كان ذلك عند قلة
المصاحف . وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير ايضا قال الطحاوي لا باس بذلك والنهي عن قلة المصاحف
والسرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار ذكره في المبسوط . وقال محمد في السير الكبير اقل ما يبعث في السرية
ادناه ثلاثة ولو بعث بما دونه جاز . وعن ابي حنيفة اقل السرية مائة . وقال الحسن بن زياد من قول نفسه اقل
السرية اربعمائة واقل الجيش اربعة الاف قوله والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن ذكر هذا
تفريعا لمسئلة القدوري فقال انما يخرج من النسا من طعنت في السن لكن لاجل عمل يليق بهن كالطبخ ونحوه لا للقتال
ولا للمباضعة الا الشواب فان قعودهن في البيت ادفع للفتنة فان كانوا يريدون المباضعة فعليهم بالاما لا الحرائر
قوله يستدل به . اي بقتال المسلمين النسا للمباضعة . اي للمجامعة قوله ولا يقاتل المراة الا باذن زوجها
ولا العبد الا باذن سيده . وهذا لفظ القدوري في مختصره وقد مر بيان ذلك قبل هذا الباب لما بينا اشارة
الى قوله لتقدم حق المولى والزوج قوله الا ان يهجم العدو للضرورة استثنا من قوله لا تقاتل الا باذن زوجها
والا باذن سيده . يعني اذا هجم العدو فيقاتلان بدون الاذن لضرورة دفع الشر لان الجهاد يصير حينئذ
فرض عين قوله وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا . وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه
فيه ولا يقتلوا امراة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا اعمى ولا مقعدا الا ان يكون احدهم ممن له راي في الحرب او تكون
المراة ملكة وقد مر بيان ذلك في حديث انس في اول هذا الباب . وحدث البخاري باسناده الى ابن عمر قال وجدت
امراة مقتولة في بعض مغازي النبي صلى الله عليه وسلم فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النسا والصبيان . وروى
صاحب السنن باسناده الى رباح بن ربيع قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فراى الناس مجتمعين على شي
فبعث رجلا فقال انظر على ما اجتمع هولا فجا فقال على امراة قتيل فقال ما كانت هذه لتقاتل . قال ابو بكر الرازي في
كتاب المرتد من شرح الطحاوي . اما الشيخ الفاني فانا نقتله اذا كان ذا راي في الحرب او كان كامل العقل ونقتله
اذا ارتد والذي لا نقتله هو الشيخ الفاني الذي خرف وزال عن حدود العقلا والمميزين فهذا حينئذ يكون
بمنزلة المجنون والصبي فلا يقتل اذا كان حربيا ولا اذا ارتد . واما الزمنى فهم بمنزلة الشيوخ ويجوز قتلهم اذا راى
الامام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد ان يكونوا عقلا . ونقتلهم ايضا اذا ارتدوا كذا في شرح الطحاوي . وقال

في شرح الاقطع قال الشافعي ان الشيخ والاعمى والمقعد يقتلون وذلك ضعيف لما مر من حديث انس في حديث رباح الذي رويناه انفا نبه على ان
علة القتل هي القتال وهولا لا يقاتلون فلا يجوز قتلهم لعدم العلة . فان قلت قد روى صاحب السنن باسناده عن سمرة بن جندب قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم قلت المراد منه الشيوخ الذين يقاتلون توفيقا بين الحديثين او من له راي في
الحرب كما قتل دريد بن الصمة يوم اوطاس وهو ابن مائة وعشرين سنة لانه كان اخرج ليستعان برايه في الحرب قوله والمثلة المروية
في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر . يعني بما روى عمران بن الحصين انه قال ما قام رسول الله صلى الله عليه وسلم خطيبا بعدما مثل بالعرنيين الا كان
يحث على الصدقة وينهى عن المثلة قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف ايضاح لكون المراد
من الشيخ لا يقتل والى هذا اشار بقوله لما بينا ويقتل اقطع اليد اليسرى او احدى الرجلين وان لم يقاتل لاحتمال انه من اهل القتال او الاعانة
واراد بيابس الشق مفلوج النصف بان يبطل حسه وحركته منه قوله هاه كلمة تنبيه والهاء في اخرها للسكت . ومثل الدراري
الشاهد هنا في قوله نهى عن قتل الصبيان والذراري . وقال في المغرب في الحديث لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا اي امراة ولا اجيرا
قوله ولا يقتلوا مجنونا وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه ليس بمكلف فصار كالصبي اذا قاتلا فيقتلان حينئذ دفعا لشرهما
الا اذا اخذا بعد الفراغ من القتال فلا يقتلان لانهما ليسا من اهل القتل . بخلاف الرهابين والشيوخ اذا قاتلوا حيث يباح قتلهم بعد
الفراغ ايضا جزاء على قتالهم . بخلاف المراة اذا لم تقاتل حيث لا تقتل اذا كانت ملكة تقتل لكسر الشوكة فان لم تقاتل كما اذا كان الصبي
او المعتوه ملكا يقتلان لهذا المعنى . وفي السير الكبير لا يقتل الراهب في صومعته ولا اهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس فان خالطوا
يقتلون كالقسيس ونحوه . وكذلك الراهب ان دل على عورة المسلمين جاز قتله قوله وان كان يجن ويفيق فهو في حال
افاقته كالصحيح . يعني يقتل حال افاقته سوا وجد منه القتال او لا لكونه مخاطبا قوله ويكره ان يبتدي الرجل
اباه من المشركين فيقتله وهذه من مسائل الجامع الصغير . والاصل ما روى اصحابنا في كتبهم ان حنظلة بن ابي عامر استاذن النبي صلى
الله عليه وسلم في قتل ابيه الكافر فلم ياذن له وان عبد الله بن ابي بن سلول كان راس المنافقين وكان ابنه مخلصا يقال له عبد الله ايضا
فاستاذن النبي صلى الله عليه وسلم في قتل ابيه فلم ياذن له . ولانه امر بالمعروف في المصاحبة بنص الكتاب فلا يحل ان يقتله . ولان
الابن يجب عليه نفقته والبر والانفاق سبب الاحيا فلا يجوز للزوم التناقض . قال فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره . اي امتنع الابن
من قتل ابيه واشتغل عليه بان يعالجه بضرب قوائم فرسه ونحو ذلك . وانما يمتنع كي يقتله غير الابن لئلا يلحق الابن ماثم في مباشرة
قتل ابيه . بخلاف ما اذا قصد الاب الكافر قتل ابنه المسلم حيث يحل له قتل الاب دفعا عن نفسه اذا لم يقدر ان يمتنع منه الا بالقتل
الاترى ان الاب المسلم لو قصد قتل ابنه ولم يكن له دفعه الا بالقتل حل قتله فهنا اولى قوله من غير اقتحامه الماثم . اي
من غير دخوله في الماثم . يقال اقتحم الفرس النهر اي دخله قوله الاطلاق في اقاربه اي الاجارة في اقربا الاب . قال
في شرح الطحاوي وما سوى الوالدين من ذي الرحم المحرم فلا باس بقتله هذا في الكافر واما في اهل الخوارج والبغي فكل ذي رحم محرم بالاولاد
سوا . واما في الرجم في باب الزنا فان البداية بالشهود شرط فان كان الشاهد هو الولد فلا باس بان يرمي ولا يقصد القتل قوله لما
بينا اشارة الى قوله لان مقصوده الدفع

باب الموادعة ومن يجوز امانه

لما فرغ من بيان القتال شرع في بيان الموادعة وهي المصالحة بان يدع كل واحد من فريقي الملحمة
القتال من الفريق الاخر لان ترك الشي يقتضي وجوده فلذلك الشي سابقا لا محالة قوله واذا راى الامام ان يصالح اهل الحرب
او فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به . وهذا لفظ القدوري في مختصره . اي لا باس بالصلح . اعلم ان الموادعة مع اهل
الحرب لا يجوز الا اذا كان بالمسلمين ضعف او كانت الموادعة خيرا للمسلمين كذا ذكر الكرخي في مختصره وهو معنى قوله وكان ذلك مصلحة
لهذا القول تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها . يقال جنح له واليه اذا مال . ولما روى البخاري في الصحيح باسناده الى البرا بن
عازب قال صالح النبي صلى الله عليه وسلم المشركين يوم الحديبية على ثلاثة اشيا على ان من اتاه من المشركين رده اليهم ومن اتاهم من المسلمين
لم يردوه وعلى ان يدخلها من قابل ويقيم بها ثلاثة ايام ولا يدخلها الا بجلبان السلاح السيف والقوس ونحوه . ولان المقصود من
الجهاد دفع شرهم وفي الصلح ذلك فكان الصلح جهادا من حيث المعنى وان لم يكن من حيث الصورة فجاز . بخلاف ما اذا لم يكن للمسلمين
حاجة الى الصلح حيث لا يجوز لقوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون . ثم يجوز الموادعة بجعل وبغير جعل لان اخذ المال
على ترك القتال يجوز كالجزية ويوضع موضع الخراج والجزية . ويجوز على مال يعطيهم ايضا دفعا للشر ويجي بعد هذا ان شا الله
تعالى . فان قلت ان الاية وهي قوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها منسوخة في قول ابن عباس بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون
بالله . وفي قول مجاهد بقوله فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فكيف جاز الاحتجاج بها . قلت قال في الكشاف الصحيح ان الامر
موقوف على ما يرى فيه الامام صلاح الاسلام واهله من حرب او سلم وليس بحتم ان يقاتلوا ابدا او يجابوا الى الهدنة ابدا . وفي السلم ثلاث
لغات فتح السين وكسرها مع سكون اللام وفتحهما جميعا وهي مما يذكر ويونث . والجلبان بضم الجيم واللام وتشديد البا شبه جراب
يضع فيه الرجل سيفه مغمودا او سوطه واداته ويعلقه في اخرة رحله . وقيل هو بسكون اللام وتخفيف البا قوله وقد وادع رسول
الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين فيه نظر لان الصحيح عند اصحاب المغازي ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم وادعهم على ترك القتال سنتين هكذا ذكره معتمر بن سليمان في كتابه عن ابيه قوله ولا يقتصر الحكم على المدة
المروية ارادها عشر سنين قوله لتعدي المعنى وهو دفع الشر قوله بخلاف ما اذا لم يكن خيرا متصل بقوله وكان ذلك
مصلحة للمسلمين فلا باس به . يعني لا يجوز الصلح اذا لم يكن خيرا للمسلمين للزوم ترك الجهاد صورة ومعنى قوله وان صالحهم

من نوراى نقض الصلح انفع نبذ اليهم وقاتلهم وهذا لفظ القدوري في مختصره • والاصل فيه قوله تعالى واما تخافن من قوم خيانة
فانبذ اليهم على سواء والنبذ الطرح • والمراد بنبذ العهد هو الاعلام بنقض العهد وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وادع قريشا فلما
اراد النبذ بعث الى مكة من ينادي بنقض الصلح الا ترى الى ما روى البخاري في الصحيح ان ابا هريرة قال بعثني ابو بكر رضي الله عنه فيمن يؤذن
يوم النحر بمنى لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان فنبذ ابو بكر الى الناس في ذلك العام فلم يحج عام حجة الوداع الذي حج فيه
النبي صلى الله عليه وسلم مشرك • ولان الصلح كان لاجل مصلحة المسلمين فاذا كانت مصلحتهم بخلاف ذلك تركه وانما ينبذ لئلا يكون غادرا
وذلك حرام موجب للاثم الا ترى الى ما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
اربع خلال من كن فيه كان منافقا خالصا من اذا حدث كذب واذا وعد اخلف واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر • ومن كانت
فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها • ثم لا بد من بلوغ خبر النبذ الى جميعهم احترازا عن الغدر • قال في شرح ابي
نصر فاعتبروا في ذلك • اي مضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ ان ينفذ الى جميع اطرافه ويعلمهم ذلك • فاذا مضت هذه المدة
جاز للمسلمين ان يغيروا عليهم وعلى اطرافهم • ومتى علم المسلمون ان القوم لم يعلموا بذلك لم يجز لهم ان يغيروا عليهم حتى تمضي المدة المذكورة
ومعنى قوله تعالى خيانة اي نقضا للعهد فانبذ اليهم على سواء • اي الق اليهم نقض العهد لتكون انت وهم في العلم بالنقض سواء بحتى تكونوا
بغتة **قوله** قال فان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم • اي قال القدوري في مختصره يعني ان بدا
الكفار بنقض العهد يقاتلهم الامام قبل النبذ لكن بشرط ان يكون نقضهم للعهد باتفاق منهم لانهم نقضوا العهد فلا غدر حينئذ
اذا لحقهم قتالهم كذمي نقض العهد ولحق بدار الحرب • بخلاف ما اذا نقض اهل ناحية منهم حيث لا يقاتلهم الا بالنبذ اليهم • وبخلاف
ما اذا خرج الى دار الاسلام جماعة لا منعة لهم فقطعوا الطريق حيث لا يكون ذلك نقضا للعهد اصلا لا في حقهم ولا في حق غيرهم كذمي
نقض العهد في دارنا • فاذا كانت لهم منعة يكون ذلك نقضا في حقهم خاصة فيجوز قتلهم واسترقاقهم مع من معهم من النسوان والصبيان
الا اذا كان ذلك بامر ملكهم فحينئذ يكون نقضا في حقهم لوجود الرضا منهم وهو معنى قوله لانه باتفاقهم معنى **قوله** وان رأى الامام
موادعة اهل الحرب وان ياخذ على ذلك مالا فلا باس به • وهذه مسئلة الجامع الصغير لم يذكر الموادعة على المال المعادة وانما ذكرها
تبيانا بين حكم موادعة اهل الحرب لما ان في مسئلة القدوري لم يذكر الموادعة على المال ولم يذكر الموادعة على المرتدين ايضا
وهو رواية محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اهل الحرب ان رأى الامام ان يوادعهم فعل وان اخذ على ذلك مالا فلا باس به
واما المرتدون اذا قاتلوا وادعوا حتى ينظر في امرنا فلا باس ان يوادعهم ولا ياخذ على ذلك مالا فان اخذ لم يرده عليهم • اما
الموادعة مع اهل الحرب فجائزة بالكتاب والسنة وقد بيناه انفا وكذلك بالمال لان فيه قوة ومنفعة للمسلمين فاذا جاز
بدون المال فبالمال اولى • ثم المال الماخوذ يوضع في مصارف الخراج والجزية اذا اخذ قبل النزول فبعد ذلك فحكمه حكم سائر الغنائم
يخمس فيقسم الباقي بين الغانمين • واما اهل الردة فلا باس بموادعتهم اذا طلبوا ذلك رجاء الاسلام منهم لان القتال مع اهل
الكفر لاعلاء كلمة الله وطلب الاسلام فاذا طلبوا الموادعة حصل رجاء الاسلام فيرتفع عنهم القتل • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير هذا اذا غلب المرتدون على مدينة وصارت دارهم دار الحرب • يدل عليه ما ذكره الفقيه وضع المسئلة في مختصر الكرخي هو
بقوله فان غلب المرتدون على دار من دور الاسلام فلا باس بموادعتهم عند الخوف • فلو وادعهم على المال لا يجوز لانه في معنى الجزية فلا يجوز
اخذ الجزية من اهل الردة • ولكن مع هذا لو اخذ لا يرده عليهم لان مالهم فيء للمسلمين اذا ظهروا عليه كذلك • بخلاف ما اخذ من اهل البغي
حيث يرده عليهم بعدما وضع الحرب اوزارها لانه ليس بفيء الا انه لا يرده حال الحرب لئلا يكون اعانة لهم على المعصية **قوله** لما
بينا من قبل اشارة الى ما ذكر قبل هذا الخطوط بقوله لانه ترك الجهاد صورة ومعنى • ويجوز ان يكون اشارة الى قوله لان فيه
الاجر قبل باب كيفية القتال بخمسة خطوط **قوله** منهم • اي من المرتدين **قوله** لما بينا اي في باب الجزية **قوله**
ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام • وهذه مسئلة الاصل ذكرها تفريعا لمسئلة الجامع
الصغير • وانما لا يفعله لان فيه الحاق الذل والصغار بالمسلمين فلا يجوز ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام لا ينبغي لمؤمن ان يذل نفسه
الا اذا كان المسلمون يخافون الهلاك على انفسهم فلا باس بذلك لانهم اضطروا الى دفع الهلاك عن انفسهم والضرورات تبيح المحظورات
فجازت الموادعة سواء كانت بمال او بغير مال وهو معنى قوله باي طريق يمكن **قوله** لما فيه من اعطاء الدنية • قال في الجمل الدنية
النقيصة وسمعت شيخنا برهان الدين الحربي يقول انشدني في هذا المقام اذا ما اهان امرء نفسه فلا اكرم الله من يكرمه **قوله** ولا
ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم هذا لفظ القدوري في مختصره • اي لا يحمل اليهم التجار الجهاز وهو المتاع يعني هنا
السلاح • وفي الجامع الصغير يكره بيع السلاح من اهل الفتنة • وفي السير في شرح المبسوط لا يحمل التجار اليهم الكراع والسلاح
والحديد • وكذلك ذكر الحاكم في الكافي • والاصل فيه قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان
وفي بيع السلاح منهم او حمله اليهم اعانة لهم على المعصية فلا يحل • بخلاف ما اذا باع بالكوفة من اهل الكوفة من لا يعرف انه من اهل
الفتنة حيث لا يكره لانه يحمل على الجهاد • لان امور المسلمين محمولة على الصلاح • وكذلك لا يبيع الكراع منهم وحملها اليهم مكروه لتقويتهم
على المعصية • قال الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يتخذه خمرا لان العصير ليس باله للمعصية
بعدما يصير خمرا • واما هنا فالسلاح اله الفتنة في الحال فاذا كان هكذا يكره ممن يعرف بالفتنة فباشارة هذا يعلم ان بيع الحديد
منهم لا يكره لانه ليس باله للمعصية كالعصير واليه ذهب فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير حيث قال هذا في السلاح
فاما فيما لا يقاتل به الا بصنعة فلا باس كما كرهنا بيع المزامير وابطلنا بيع الخمر ولم نر ببيع العنب باسا ولا ببيع الخشب وما اشبه ذلك فكذلك

فهذا هو التحقيق الا ان ظاهر الرواية بخلاف ذلك • الا ترى ان الحاكم قد نص على تسوية الحديد والسلاح واليه ذهب صاحب
الهداية حيث قال وكذا الحديد لانه اصل السلاح لكن يرد عليه بيع الخشب ممن يتخذ اله الفساد حيث لا يكره • وكذا لا يكره بيع العصير
ممن يتخذه خمرا **قوله** وكذا الكراع • اي الكراع كالسلاح لا يباع منهم ولا يجهز اليهم لما بينا اشارة الى قوله لان فيه تقويتهم **قوله**
وكذا بعد الموادعة • اي كما لا يباع السلاح والكراع منهم قبل الموادعة فكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض بتبدل المصلحة او على
شرف انقضاء الموادعة فيلزم تقويتهم **قوله** وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص • يعني كان هو
القياس في بيع الطعام والثوب منهم وحمل ذلك اليهم ان يكون مكروها الا انا تركنا القياس بما روي من امر النبي صلى الله عليه وسلم ثمامة
ان يمير اهل مكة ان يأتيهم بالطعام وكان اهل مكة حربا على رسول الله صلى الله عليه وسلم حينئذ • ولان الطعام ليس كالسلاح لانه
اله القتل وليس كذلك الطعام ونحوه • قال الحاكم الشهيد في الكافي فان كان الحربي جاء بسيف فاشترى مكانه قوسا او رمحا او ترسا
لم يترك ان يخرج به مكان سيفه • وكذلك ان استبدل بسيفه سيفا خيرا منه وان كان مثله او شرا منه لم يمنع **فصل قوله**
واذا امن رجل حر او امراة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم وهذا لفظ القدوري
في مختصره • اعلم ان امان الواحد الحر المسلم جائز سواء كان ذكرا او انثى او اعمى او شيخا او مريضا • وفي امان العبد كلام يجي بعد
هذا ان شاء الله تعالى • والاصل فيه ما روى صاحب السنن باسناده الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم • وفي السنن ايضا مسندا الى ابن عباس قال حدثتني ام هانئ بنت ابي طالب انها اجارت رجلا من
المشركين يوم الفتح فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال قد اجرنا من اجرت وامنا من امنت • وفيه ايضا مسندا الى عائشة
رضي الله عنها قالت ان كانت المراة لتجير على المؤمنين فيجوز ولان الواحد الحر منا من اهل القتال اما بماله تسبيبا او بنفسه مباشرة اما نا ولم
قوله عليه الصلاة والسلام فاذا كانت هذه ... فلما ثبت الامان في حق المؤمن ثبت في حق سائر المسلمين كما في شهادة الواحد
العدل لهلال رمضان اذا كان بالسماء علة لانه ليس منهم فكذا هنا • ولان سبب الامان وهو الايمان واعطاء الامان ليس بمتجزئ فلا
يتجزئ الامان ايضا بثبوته في حق البعض دون البعض بل يثبت كاملا في حق الجميع • لان ثبوت المسبب بحسب السبب كما في ولاية الانكاح
لان سببها وهو القرابة ليس بمتجزئ فلا يتجزئ الولاية ايضا ولهذا اذا زوج احد الاولياء ليس للباقين الفسخ • ومعنى الحديث اما
قوله تتكافا دماؤهم • اي تتساوى في القصاص والديات لا فضل لشريف على وضيع كذا قال ابو عبيد • واما قوله يسعى بذمتهم
ادناهم فالذمة الامان • ولهذا سمي المعاهد ذميا لانه قد اعطي الامان على ماله ودمه للجزية التي توخذ منه • ومنه قول سلمان
الفارسي ذمة المسلمين واحدة وادناهم اي اقلهم كقوله تعالى ولا ادنى من ذلك ولا اكثر وهذا من الدنو وفسر محمد بالعبد من الدنا ولما
قوله ويجير عليهم اقصاهم ويرد عليهم اقصاهم فمعناه اذا دخل العسكر ارض الحرب فوجه الامام السرايا فما غنمت من شيء جعل لها
ما سمي لها ورد ما بقي على اهل العسكر لانهم ردء السرايا • يقال اجرت فلانا على فلان اذا حميته منه ومنعته • واما قوله وهم يد
على من سواهم • اي كلمتهم ونصرتهم واحدة على جميع الملل المحاربة لهم يتعاونون على ذلك ولا يخذل بعضهم بعضا **قوله** للملاقاة
محله • اي لملاقاة الامان محله وهو الحربي الخائف **قوله** ثم يتعدى الى غيره • اي يتعدى الامان الى غيره من
المسلمين **قوله** وهو الايمان • اي سبب الامان الايمان • اي اعطاء الامان لانه يقال امنته اي اعطيته الامان
امان • وقال بعضهم في شرحه المراد من الايمان التصديق بالقلب وفيه نظر • لانه لا يقال امنت بمعنى صدقت فحصل الحربي امان
وانما لم يصح امان الذمي اي اعطاء الامان منه لان شرطه كون الشخص حرا مسلما من اهل القتال **قوله** كولاية الانكاح اذ يدرج
بيانه بما بيناه **قوله** قال الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم • اي قال القدوري في مختصره وهو استثناء من قوله ولم
يكن لاحد من المسلمين قتالهم • يعني اذا كان في الامان مفسدة فينبذ الامام اليهم كما لو امن الامام بنفسه ثم رأى خلاف ذلك دفعا
للضرر عن المسلمين ودفعا للغدر عن الكفار **قوله** وقد بيناه في اول فصل الموادعة عند قوله وان صالحهم مدة ثم رأى ان
نقض الصلح انفع نبذ اليهم فالى ذلك الموضع اشار بقوله لما بينا • ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامان
وهذا تكرار لا محالة لانه علم من قوله الا ان يكون في ذلك مفسدة **قوله** ويؤدبه الامام الضمير راجع الى واحد من الجيش هو
قوله لافتياته على رايه • اي لسبقه على راي الامام • بخلاف ما اذا كان في امان هذا الواحد حظ للمسلمين ومصلحة لهم حيث
لا يؤدبه الامام لانه لو انتظر الى راي الامام ربما تفوت المصلحة فكان في الاقدام على الامام معذورا • قال في الجمل الافتيات
افتعال من الفوت وهو السبق الى الشيء دون ائتمار من يؤتمر يقال لا يفتات على فلان اي لا يعمل شيء دون امره **قوله** ولا
يجوز امان ذمي هذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان امان الذمي باطل لانه متهم في حق المسلمين لانه متهم في حقنا لانه يبغي ابدا
في تقوية الكفر فلم يعتبر امانه مع التهمة • ولان الامان ولاية وهي نفاذ قول الانسان على الغير شاء او ابى ولا ولاية للكافر على
اهل الاسلام لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فلا يصح امانه **قوله** قال ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم • اي
قال القدوري في مختصره وذلك لان الامان لدفع الخوف وهما مقهوران في ايديهم فلا خوف اذن فلا يصح امانهما • ولانهم اذا
احتاجوا الى الامان يكرهون الاسير والتاجر على الامان فيؤمنهم على كره • والامان مشروع لمصلحة المسلمين ولا مصلحة في امان حصل
بالاكراه فيعدم الرضا فلا يصح **قوله** ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا
لمسئلة القدوري • وذلك لما ان قال ان الامان يختص بمحل الخوف وهو المراد بقوله لما بينا **قوله** ولا يجوز امان العبد عند
ابي حنيفة الا ان ياذن له مولاه في القتال • وقال محمد يصح وهذه من مسائل القدوري • وقد اختلف الرواية عن ابي يوسف

فني رواية الطحاوي انه مع ابي حنيفة وهو الظاهر • ولهذا قال في الشامل وقسم المبسوط امان العبد ان كان يقاتل مع مولاه جاز وإلا فلا عندهما • وقال محمد والشافعي يجوز في الوجهين واعتمد عليه صاحب الاسرار ايضا • ومن رواية الكرخي قول ابي يوسف مع محمد واعتمد عليه القدوري كما شرحه لمحمد قوله عليه الصلاة والسلام ويسعى بذمتهم ادناهم وادنى المسلمين هو العبد فيصح امان العبد كيف كان بحكم اطلاق هذا الحديث • ولان العبد المحجور عن القتال مومن بالله تعالى ورسوله ممتنع • اي له امتناع وقوة كالماذون له في القتال فيصح امانه والجامع اعلاء كلمة الحق ودفع شر الكفار وهو معنى قوله والباثير اعزاز الدين واقامة المصلحة وشرط الايمان لان الجهاد عبادة فلابد لصحتها من الايمان وشرط الامتناع لان الامان ازالة الخوف من الحربي وخوفه ممن له قوة القتال لا محالة • ولان الامان لاقامة مصلحة المسلمين والعبد والحر فيها سوا • لان الامانة لو لم يكن فيه مصلحة ينقضه الامام بعد النبذ كما في الامان الحر الواحد فيكون موقتا • ثم الامان المؤبد يجوز من العبد المحجور فالموقت اولى لانه اذا قبل عقد الذمة من الحربي جاز ولو بغير شفيعه • ولابي حنيفة ان الامان ازالة الخوف والكفار لا يخافون من العبد المحجور لانه لا يملك القتال لحق مولاه فلا يصح امانه بخلاف الماذون له في القتال فانهم يخافون منه لقتاله فصح امانه • ولان امان العبد تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن الحاق الضرر بالمولى فلا يجوز الحاق الضرر به الا برضاه • بيانه ان امانه لو صح يحرم القتال والاستغنام وهو ضرر بالمولى لا محالة • بخلاف امان الماذون فانه تصرف في حق المولى برضاه • وبخلاف المؤبد من الامان وهو عقد الذمة فانه يصح من المحجور لانه عقد الذمة خلف عن الاسلام من حيث انه ينتهي به القتال المطلوب باسلام الحربي • ثم اذا طلب الحربي عرض الاسلام عليه من المحجور فيفترض عليه العرض فكذا اذا طلب عقد الذمة • ولان الامان المؤبد مقابل بالجزية وينتفع بالمسلمين لا ضرر فصح ذلك الامان لهذا • والجواب عن الحديث فالمراد منه الحر جمعا بين العقل والنقل • ومعنى الادنى هو الاقل لقوله تعالى ولا ادنى من ذلك ولا اكثر • وما جاء في الحديث من صحة امان العبد فالمراد منه الماذون بدليل ما ذكرنا وما ذكر من المصلحة فهو امر يعرف بالنظر والاجتهاد فيحتمل الخطأ فلا يثبت في حق المولى وحق سائر المسلمين **قوله** فالايمان • اي بشرط الايمان من الذي يؤمن الحربي هو والامتناع • اي بشرط الامتناع **قوله** والتاثير • اي في صحة قياس المحجور بالماذون لا لاهلك المسابقة • اي لا يملك المحجور المضاربة بالسيف • يعني القتال **قوله** ولانه • اي ولان المحجور عطف على قولهم لانهم لا يخافونه **قوله** والامان نوع قتال وذلك لان القتال لدفع شر الكفرة وفي الامان دفع شرهم ايضا وفيه ما ذكرناه • اي في الامان احتمال الضرر لان الامان نوع قتال وفيه سد باب الاستغنام • اي في الامان وقد مر بيانه لمباشرة القتال • اي لمباشرة الماذون القتال لانه باشره عرف مصلحة الامان فكان الخطأ نادرا **قوله** وبخلاف المؤبد • اي الامان المؤبد وهو عقد الذمة جواب قوله وبالمؤبد من الامان وقد بيناه قال لانه الضرر فيه راجع الى المؤبد في الموضعين **قوله** فافترقا • اي فافترق امان العبد المحجور عليه من القتال وامان الماذون له بالقتال او افترق الامان الموقت من المحجور والامان المؤبد منه **قوله** ولو امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف • اي على الخلاف المذكور في العبد المحجور ذكر هذه المسألة تفريعا المسألة القدوري وفي مسألة السير الكبير • قال الناطفي في الاجناس نقلا عن السير الكبير قال محمد الغلام الذي راهق الحلم وهو يعقل الاسلام ويصفه جاز امانه • ثم قال وهذا قوله • فاما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا يجوز • وقال في كفاية البيهقي لا يجوز امان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند ابي حنيفة • وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام ويصفه • وكذلك المختلط العقل لانه من اهل القتال كالبالغ الا انه يعتبر ان يكون مسلما بنفسه • ولابي حنيفة انه لا يملك ان يعقد في حق نفسه ففي حق جميع المسلمين اولى والفاظ الامان لا تخف ولا توجل او مترس ولكم عهد الله او ذمة الله او تعال فاسمع الكلام ذكره في السير الكبير • وقال الناطفي قال في السير املا سالت ابا حنيفة عن الرجل يشير باصبعه الى السما الرجل من العدو فياتيه فقال ليس هذا بامان • وابو يوسف استحسن ان يكون هذا امانا وهو قول محمد ذكره في السير الكبير

باب الغنايم وقسمتها

وانما ذكر الغنايم بعد ذكر الامان لان الامان اذا حاصر الكفار فاما ان يومنهم واما ان يقتلهم ويغنم اموالهم فكانت الغنيمة وقسمتها احد ما يختاره الامام • ثم الغنيمة اسم لما لنا خوذ من الكفرة بالقهر والغلبة والحرب قايمة • والفي ما اخذ منهم من غير قتال كالخراج والجزية • وفي الغنيمة خمس دون الفي **قوله** واذا فتح الامام بلدة عنوة • اي قهرا فهو بالخيار ان شا قسمه بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر • وان شا اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى ارضهم الخراج وهذه من مسايل القدوري • اعلم ان المسلمين اذا فتحوا مدينة من مداين الروم عنوة فالامام بالخيار ان شا قتل مقاتلهم وخمس نساءهم وذراريهم واراضيهم واموالهم ودفع الخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل وقسم الباقي بين الذين افتتحوها ويضع على ارضهم العشر لانه ابتدا توظيف على المسلم وان شا من عليهم برقابهم ونسايهم واموالهم وجعلهم احرارا ذمة للمسلمين ويضع على مقاتلهم الجزية وعلى ارضهم الخراج يستوي فيه الما العشري نحو ما السما والعيون والابار والخراجي نحو ما الانهار التي حفرتها الاعاجم لانه ابتدا التوظيف على الكافر • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وان شا من عليهم برقابهم واراضيهم وقسم ساير اموالهم وهذا مكروه الا ان يدع لهم في ذلك ما يتوصلون به الى العمارة في اراضيهم • فان من عليهم برقابهم واموالهم دون الاراضي فان ذلك لا يجوز • لانه لم يرد في الشرع وهو من رحض الى هنا لفظه • اما السنة فلما روي في الصحيح البخاري وغيره مسندا الى زيد ابن اسلم عن ابيه قال قال عمر رضي الله عنه لولا اخر المسلمين ما فتحت قرية الا قسمتها بين اهلها كما قسم النبي صلى الله عليه وسلم خيبر • واما المن ووضع الخراج والجزية فلما روي عن عمر حين فتح سواد العراق انه فعل كذلك • وعند الشافعي لا يجوز المن بالاراضي في المفتوح قهرا

والمن المنقول

والمن المنقول لا يجوز بالاتفاق • وقال في الاسرار قال بعض الناس ليس للامام ذلك في الرقاب والاراضي لان الله تعالى قسم الغنيمة بقوله فان لله خمسه وللرسول والاربعة الاخماس للغانمين وليس له ان يبطل قسمة الله تعالى • ولان النبي صلى الله عليه وسلم قسم خيبر وكل بلدة فيها ولان الغنيمة حق الغانمين فلا يجوز للامام ان يبطل ذلك من غير بدل يقابله لان منفعة الخراج للغانمين ليست مثل منفعة اصل الارض • وهذا حجة للشافعي ايضا الا انه يقول بالمن في الرقاب انما جاز لان للامام ان يبطل حقهم في الاصل بالقتل فكذا في الخلف • ولنا ما روينا عن عمر وقد احتج عمر على ساير الصحابة بقوله تعالى ما افا الله على رسوله من اهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل • ثم قال للفقرا المهاجرين وادخلهم معهم • ثم قال والذين تبوؤا الدار والايمان يريد بذلك الانصار • وادخلهم معهم • اي في الذين • ثم قال والذين جاؤا من بعدهم • اي والذين فادخل فيهم من يجي من بعدهم ورجعت الصحابة الى قوله حيث سمعوا الحجة بيان ذلك ان القسمة لو كانت حتما ولم يجز المن بالاراضي ووضع الخراج لم يكن لمن الغنيمة نصيب لمن يجي من بعدهم • وذلك خلاف الاية وما علم الخلاف من الصحابة سوى بلال واصحابه لقلة بصرهم في الفقه فانهم كانوا اصحاب الظاهر لا المعنى ولا يعتبر خلافهم مع اجماع اهل الفقه من الصحابة • قال القاضي ابو زيد وروي ان عمر قال اللهم اكفني بلالا واصحابه فحال الحول وما فيهم عين تطرف • قال قيل ان بني بجيلة ابوا على عمر فاعطاهم ربع العراق ثم اشتراه عمر منهم بالدنانير واصاب جرير بن عبد الله من ذلك ثمانون الف دينار • فلنا لا خلاف ان للامام ان يقسم اذا لم يرضوا الطلبنا الرضا اذا راى الصلاح فيه • وانما الخلاف في ان له حق المن الى وقد ثبت ذلك بالاية • ولان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتح مكة عنوة ومن على اهلها بالابنية فهي ما تمالك ولا بيعها بين الغانمين • يدل على ذلك قوله تعالى وهو الذي كف ايديهم عنكم وايديكم عنهم ببطن مكة من بعد ان اظفركم عليهم • وهذا لان كف الايدي من بعد الظفر لا يكون بالصلح بل بالقتال ويدل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام يوم الفتح من دخل دار ابي سفيان فهو امن ومن القى السلاح فهو امن • فلو كان الفتح بالصلح لما احتيج الى ذلك • يؤيده قوله تعالى اذا جا نصر الله والفتح وذلك لانه لو كان بالصلح لقال والانفتاح لام الفتح • وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل مكة وعلى راسه مغفر رواه اصحاب السنن • وكذلك دخول اهل القتال لا الصلح والمراد من اسناد المن المنقول ان خوف الخراج وان كان لا يفادل الارض لا في الحال لكنه يفادل بدوامها لانه يجب في كل سنة وفيه نفع للغانمين ومن بعدهم **قوله** عنوة • اي قهرا ليس تفسيرا له لغة لان العنوة من عنا يعنوا عنوا اذا ذل وخضع الا انه اراد القهر بطريق الكناية لان القهر يستلزم الذل وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية **قوله** ولم يحد من يخالفه بريد بلالا واصحابه • واعلم محمد واحتشامنا فوا بذعا عمر وقد مر بيانه انفا فيتخير • اي الامام **قوله** قيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين • اراد بالاول القسمة كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر • وقوله والثاني عند عدم الحاجة اراد بالثاني اقرار اهل البلد عليه بالمن ووضع الجزية والخراج **قوله** وهذا في العقار • اي اقرار اهل البلد عليه بالمن عليهم • اما المنقول فهو الفرد فلا يجوز المن لعدم ورود الشرع به • بخلاف المن بالمنقول اذا كان مع العقار حيث يجوز ذلك تبعا • فيمن عليه بما اذا لم المراد من المن بالمنقول ان يدفع اليه تبعا **قوله** لان في المن ابطال حق الغانمين • اي عندنا لانه لا يثبت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام او ملكهم • اي ابطال ملكهم • يعني عند الشافعي لان الغنيمة تملك عنده قبل الاحراز بالدار فكان له ان يبطل الحق لا الملك للاحراز الذي هو معنى ذلك اي للاراضي مما رويناه اي من فعل عمر بموافقة الصحابة **قوله** ولان فيه • اي في اقرار اهله عليه نظرا الى المسلمين • لان الكفار حينئذ يكونون كالاكرة • اي كالمزارعين مع ارتفاع المونة عن الامام وعن المسلمين فكان نظرا لنا ونفعا **قوله** العالمة بوجوه الزراعة صفة الاكرة لا صفة المسلمين وفي من العلم لا من العمل **قوله** وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيا لهم العمل ليخرج عن حد الكراهية • وذلك لانهم لا يتمكنون من الانتفاع بالاراضي الا باسباب الزراعة • فلابد من ان يدع لهم ما به يتقوون على ذلك فان لم يدع يكره وان جاز **قوله** وهو في الاسارى بالخيار ان شا قتلهم • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان شا استرقهم وان شا تركهم احرارا ذمة للمسلمين ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب • والحاصل ان للامام في الرقاب ثلاث خيارات القتل والاسترقاق وجعلهم اهل ذمة على الجزية لكن القتل انما يكون قبل الاسلام فاذا اسلموا فلا قتل فيجي ذلك بعد هذا • اما جواز القتل فلما روي صاحب السنن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم فتح مكة اربعة لا امنهم في حل ولا حرم فسماهم وقينتين كانتا تغنيان فقتلت احداهما وافلتت الاخرى فاسلمت • وحدث بخاري وصاحب السنن باسنادهما الى انس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عام الفتح وعلى راسه المغفر فلما نزعه جاء رجل فقال ان ابن خطل متعلق باستار الكعبة فقال اقتلوه • وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اسر يوم بدر سبعين رجلا وكان منهم عقبة بن ابي معيط امر بقتله فقتله رجل يقال له عاصم بن الافلح الانصاري • ولان فيه قطع الفساد بالكلية • واما الاسترقاق فلان فيه دفع الشر عن المسلمين فجاز كالقتل مع ما فيه نفع وافر لاهل الاسلام وهو استخدامهم والانتفاع بهم بعد انقطاع شرهم بالاسترقاق • واما جعلهم اهل ذمة على الحرية بوضع الجزية والخراج فلما روي عن عمر انه قال كذلك بارض السواد وهو معنى قوله لما بينا لكن هذا الحكم في غير المشركين من العرب وفي غير المرتدين لانه لا يجوز استرقاقهم ولا وضع الجزية عليهم ولا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وسيجي ذلك في باب الجزية ان شا الله تعالى وهو معنى قوله على ما نبين • واما عدم جواز رد الاسارى الى الكفار فلانه يكون معونة وتقوية للكفار على المسلمين بهم وتقويهم او معونتهم لا يجوز لقوله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان فكذا ما به عصل تقويتهم كما في رد السلاح اليهم **قوله** فان اسلموا لا يقتلهم • اي ان اسلم الاسارى بعد الاسر لا يقتلهم الامام لان الغرض من القتل دفع شرهم وقد حصل ذلك بالاسلام بدون القتل فلا حاجة اليه لكن يجوز استرقاقهم بعد الاسلام لان الاسلام

لانا في الرق والمن جزا الكفر الاصلي ● وكان الامام مخيرا بين الامور الثلاثة فيهم وقد انتفى الاثنان وهما القتل والجزية
لمانع الاسلام فيبقى الامام على خياره في الباقي وهو الاسترقاق ● بخلاف ما اذا اسلم قبل الاستيلاء حيث لا يجوز الاسترقاق لانه
صار اولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والاخذ **قوله** لا ادينه ● اي في الاسترقاق **قوله** لما بينا
اشارة الى قوله وقد مر بيانه **قوله** على ما بين من ذكره انفا بدونه اي بدون القتل ● وله اي وللامام **قوله**
ولا يفادي بالاسارى عند ابي حنيفة ● وقالا يفادى بهم اسارى المسلمين وهذه مسئلة مختصر القدوري ● اي لا يوخذ فديته
بمقابلة اطلاق الاسارى التي في ايدي المسلمين ● لان المفاداة تقبل بين اثنين ● يقال فاداه اذا اطلقه واخذ فديته كذا قال
المطرزي وفدى الاسير استنقذه بنفس او مال ● اعلم ان اخذ الفدية بمقابلة اطلاق اسارى المشركين لا يجوز عند ابي حنيفة
وهو المشهور عنه ● وعن ابي يوسف ومحمد وهو قول الشافعي يجوز ان يفادى بالاسارى التي في ايدينا اسارى المسلمين الذين
في ايدي الكفار ولا باس به وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة كذا قال في شرح الطحاوي ● واحتج على هذه الرواية صاحب
الاسرار بقوله تعالى فاما منا بعد واما فداء ● قال صاحب الكشاف واما تمنون والمعنى التخيير بعد الاسر بين ان يمنوا عليهم
فيطلقوهم ● وبين ان يفادوهم ● وحدث الطحاوي في شرح الآثار عن عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فادى
برجل من العدو رجلين من المسلمين ● ولان فيه تخليص المسلم من عذاب الكفار فكان ذلك اولى من قتل الكافر الاسير في ايدينا او
الانتفاع به ● ولنا قوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذه الآية ناسخة لتلك الآية لان
سورة براءة آخر سورة انزلت كذا روى البخاري في الصحيح عن البراء فكانت ناسخة لما قبلها ● فلما كانت الآية الاولى منسوخة
لا تغيير لحكم الله في الاسارى من القتل او الاسترقاق او الاسلام ● ولان في رد الاسير عليهم اعانة لهم على المعصية حيث يعود الاسير
حربا علينا فلا يجوز [illegible] ● ودفع شر حرابه خير من استخلاص المسلم لانه [illegible]
[illegible]
منسوخ بدليل الخبر [illegible] عمران بن حصين [illegible] النبي صلى الله عليه وسلم [illegible]
[illegible] الى الكفار بقوله تعالى فلا ترجعوهن الى الكفار ● ثم اعلم ان جواز المفاداة للاسارى
عندهما انما [illegible] القسمة ● اما بعد القسمة الاحراز بدار الاسلام فقال ابو يوسف يجوز وقال محمد لا يجوز كذا ذكره القدوري
في شرحه ● وجه قول محمد ان اعادة المسلم [illegible] احكام الاسلام [illegible] الاسلام ● ووجه قول
ابي يوسف ان القتل سقط عنه بعد القسمة واستقر فيه الرق فصار من اهل دارنا فلم يجز المفاداة به كما لم يجز بما اهل دارنا
من الذمي والمسلم هذا الذي ذكرناه في مفادات اسير في ايدينا باسير مسلم في ايديهم ● اما المفاداة بالمال فهل يجوز فالمشهور
عن اصحابنا انها لا يجوز كيلا يعود حربا علينا ● بوبيخ قوله تعالى لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما اخذتم عذاب عظيم فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لو نزل العذاب ما نجى منه الا عمر لانه كان يشير بالقتل ● وقال تعالى وان ياتوكم اسارى تفادوهم
وهو محرم عليكم اخراجهم فدل انه حرام ● وروي عن محمد في السير الكبير لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة لان النبي صلى الله عليه
وسلم فادى اسارى بدر بالمال وهذا اشد لانه يجب ثم نزول الآية بالانكار على المفاداة ● قال في شرح الطحاوي ويفادي
اسرى المسلمين الذين في دار الحرب بالدراهم والدنانير وما ليس فيه قوة الحرب كالثياب وغيرها ولا يفادى بالسلاح **قوله**
لا ابقيد ● اي لا يفدي الاسير الذي اسلم في ايدينا بمسلم اسير في ايديهم لا يفيد لانه لا فائدة في تخليص المسلم بالمسلم الا اذا رضي
بذلك نفس الاسير المسلم وكان مامونا على اسلامه فحينئذ لا باس به ● وينبغي ان يكون هذا على قولهما لان في المشهور عن ابي حنيفة
لا يفادي الاسير الا بالنفس ولا بالمال **قوله** قال ولا يجوز المن عليهم ● اي قال القدوري في مختصره لا يجوز المن
على الاسارى وهو الانعام عليهم بان يتركهم مجانا بدون اجراء الاحكام عليهم من القتل او الاسترقاق او تركهم ذمة للمسلمين وقال
في شرح ابي نصر قال الشافعي لا باس بذلك اذا رآه الامام ● لنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ● ولان بالاسر
ثبت حق الغانمين فلا يجوز ابطال ذلك بغير عوض كسائر الاموال المغنومة ● ولان في ذلك معونة وتقوية للكفار على
المسلمين فلا يجوز كرد السلاح اليهم ● وما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم من على بعض الاسارى فليس بصحيح ولئن صح فهو محمول
على انه قبل نزول الآية ● وحدث البخاري في الصحيح ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في اسارى بدر لو كان مطعم بن عدي حيا ثم كلمني
في هولاء النتنى لتركتهم له وبهذا المقدار لا يثبت المن لان لو لامتناع الشيء لامتناع غيره **قوله** واذا اراد الامام العود
ومعه مواشي فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وهذا لفظ القدوري في مختصره وعند
مالك يعقرها ● وعند الشافعي يتركها ● وعند احمد لا يعقر شاة ولا دابة الا للاكل ● لاحمد والشافعي ما روي انه عليه الصلاة
والسلام نهى عن ذبح الحيوان الا لماكله ● وجه قول مالك هذا ايضا ● ولكن يقول بالعقر لئلا ينتفع الكفار به ● ولنا
ان قتل حيوانهم يجوز لغرض صحيح فكذا اتلافه لغرض صحيح ● والاتلاف غرض صحيح في الحاق الغيظ بالكفار وكسر شوكتهم فيذبح
ويحرق ● اما الحرق بعد الذبح فلئلا ينتفعوا به اصلا لئلا ينتفعون بالميتة فانهم ينتفعون بالمذبوح وقطع شجرهم وافساد
زرعهم وتخريب بنيانهم يجوز فكذا احراق حيوانهم بعد الذبح ● والجامع قطع المنفعة عنهم ودفع الضرر عن المسلمين بازالة ما
به تحصل قوتهم وشوكتهم ● وانما لا يحرق قبل الذبح لما روي في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يعذب بالنار الا
رب النار ● وفيما قاله ما لا مثلة وهو حرام مع تبقية المنفعة للكفار وكذا فيما قال الشافعي ● والمواشي جمع ماشية وهي

الابل والبقر والغنم والماكول منها بعد الكلاب وفيما يعني **قوله** ويحرق الاسلحة ايضا ذكرها تتمة لمسئلة القدوري ● قال الحاكم هو
في الكافي اما السلاح والمتاع فيحرقها بالنار اذا لم يستطع اخراجها الى دار الاسلام ● وذلك لانا مامورون بقطع قوة المشركين واثبات
القوة للمسلمين ● وقد عجز عن احدهما وقدر على الآخر فياتي بما قدر عليه لكن هذا اذا كان سلاحا يحرق بالنار ● اما اذا كان
لا يحرق بالنار بان كان من الحديد يدفن لان قطع قوة المشركين بهذا السلاح انما يكون بالدفن كذا قال في الفتاوى الولوالجي وفيه
ايضا ويترك النساء والصبيان في ارض غامرة اي خربة حتى يموتوا جوعا كيلا يعودوا حربا علينا لان النساء يقع بهن النسل ● واما
الصبيان فانهم يبلغون فيصدون حربا علينا **قوله** ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وهذا لفظ القدوري
في مختصره ● قال الحاكم الشهيد في الكافي ولا يقسمون الغنيمة في دار الحرب حتى يخرجوها الى دار الاسلام ويحرزوها ● وان قسمها
جاز ● وقال ابو يوسف ان لم يجد الامام لها حمولة يحملها عليها فليقسمها في دار الحرب الى هنا لفظه ● وقال في كفاية البيهقي وينبغي
للامام ان لا يقسم الغنيمة قبل الاحراز ● وعند الشافعي لا باس ولهذا قال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة عن ابي يوسف الاحب
الاقسم في دار الحرب وعن ابي يوسف سالت ابا حنيفة عن الغنيمة يغنمها المسلمون في دار الحرب فقال اذا اصاب المسلمون غنيمة فانه
لا ينبغي ان يقسم في دار الحرب ● لان المسلمين لم يحرزوها واحرازها ان تخرج الى دار الاسلام ● وقال ابو يوسف ان قسمت
في دار الحرب يجاز وان لم يقسموها حتى يخرجوها الى دار الاسلام فهو احب الي ● وقال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف
قال علماؤنا قسمة الغنائم في دار الحرب لا يجوز ● وقال الشافعي يجوز ● والاصل في المسئلة ان الملك للغزاة بعد استقرار الهزيمة
قبل الاحراز بدار الاسلام لا يثبت عندنا ● وقال الشافعي في احد قوليه يثبت الملك بنفس الاخذ ● وفي قوله الآخر بعد انقراض
القتال وانهزام العدو ذكر قوليه في التحفة ● وعلى هذا الاصل يبتنى مسائل منها جواز القسمة بدار الحرب عنده وعدم جوازها
عندنا ● ومنها لو مات واحد من الغزاة قبل الاحراز لا يورث نصيبه عندنا خلافا له ● ومنها لو لحقه المدد بعد الهزيمة قبل
الاحراز بشاركهم المدد عندنا في الغنيمة خلافا له ● ومنها ما قال في التحفة ان الامام اذا باع شيئا من الغنائم لا لحاجة الغزاة
او باع واحد منهم من الغزاة لا يصح عندنا خلافا له ● ومنها لو استولد واحد جارية من المغنم فولدت ولدا فادعاه يثبت نسبه
منه وتصير الجارية ام ولد له ● وعندنا لا يثبت ويجب العقر ولا يجب الحد لوجود سبب الملك ويقسم الجارية والولد والعقر
بين الغانمين ذكره في المختلف ● ومنها لو اتلف واحد شيئا من المغنم قبل الاحراز لا يضمن عندنا كذا في التحفة ● وجه قول الشافعي
رحمه الله ان سبب ملك اموال الكفار هو القهر والاستيلاء وقد تم الاستيلاء بعد استقرار الهزيمة على مال مباح فيثبت الملك مشتركا
بين الغانمين كما لو احتطبوا احطابا فيجب القسمة ويثبت الارث ولا يشركهم المدد لانه حينئذ يلزم الاستغنام من المسلمين فلا يجوز هو
وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر واوطاس وبني المصطلق في ديارهم ● ولنا ان الملك انما يثبت لهم بالاستيلاء هو
وهذا لا يثبت في فور الهزيمة والاستيلاء التام قبل الاحراز لم يوجد لان الغانمين وان كانوا قاهرين بداهم يوزون دارا
لا يتم السبب فلا يثبت الملك ● لان الدار في ايديهم معنى حيث ما اجريت على اهلها احكام الاسلام ● بخلاف ما اذا فتح البلدة
واجرينا احكامنا حيث تصير دار الاسلام فيجوز القسمة حينئذ ثمة لانه تم الاستيلاء والقهر يدا ودارا ● والمراد من الاستيلاء
التام القدرة على الانتفاع في الحال والادخار في الزمان ● الثاني لدفع الحاجة الملك ● فان قلت لا نسلم ان الملك لا يثبت
قبل الاحراز بدار الاسلام ● الا ترى ان عبدا منهم لو خرج مراغما لمولاه والتحق بعسكر المسلمين عتق ● ولو ان المراة اذا خرجت
مراغمة لزوجها والتحقت بعسكرنا بينت من زوجها فلولا ان يد الكفار تزول ويثبت يد الغزاة لما وقع العتق والبينونة قلت ذلك هو
ثبوت اليد ظاهرا ايضا بخلاف القياس ● قال عليه الصلاة والسلام في عبيد الطائف هم عتقاء الله فاذا زال الملك اليمين وهو الاقوى
فيسقط ملك النكاح وهو الادنى بالطريق الاولى ● والجواب عن قسمة رسول الله صلى الله عليه وسلم بدارهم فنقول قال محمد بن الحسن
قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غنائم بدر بالمدينة وغنائم حنين بعد منصرفه الى الجعرانة وكانت اول حدود الاسلام ● وقسم
غنائم خيبر واوطاس وبني المصطلق بعد الفتح واجرى احكام الاسلام فيها فصارت دار الاسلام كذا ذكر صاحب الاسرار وغيره قال
تلك اذا قسم الامام جاز وهذا دليل الملك ● قلت لا نسلم جوازها على الاطلاق ● وانما يجوز اذا قسم واجتهد ورأى رأي
الشافعي ● اما اذا قسم جزافا او اجتهد ورأى خلاف ذلك لا يجوز ● لان قضاء الحاكم في مجتهد فيه انما يجوز اذا رأى ذلك
فاذا لم ير ذلك وقضى بخلاف رأيه لا يجوز كذا ذكر العالم في طريقة الخلاف ● والباقي يعلم ثمة ان شاء الله تعالى **قوله**
من المسائل ذكرناها في الكفاية والمسائل لم نذكرها ايضا ● والكفاية اراد بها كفاية المنتهى وهي مقصودة في ديارنا
وديار العراق والشام ومصر ● ومسائل فيها بعينها جاءت الى مصر فقال لما عند اهل اليمن ومن دار الخادري وهي موجودة
بديار الهند والمديار الا **قوله** والقسمة بيع معنى لان البيع مبادلة وفي القسمة ذلك لان احد الشركاء لما اجتمع نصيبه
في البعض كان ذلك بدلا عن نصيبه في الباقي **قوله** اثبات اليد الحافظة والناقلة والحافظة هي التي يثبت بها حفظ
العين والناقلة هي التي تنقل العين من شخص الى شخص ● وهي في مسئلتنا معدومة ● لان الكفار قاهرون بالدار معنى لانه
الدار في ايديهم قادرون على الاستنقاذ اي الاستخلاص ظاهرا بناء على اهل الدار **قوله** ووجوده بالمعطفا على
قوله لقدرتهم ● اي ولوجود الاستنقاذ **قوله** تزيل موضع الخلاف ● يعني اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في
دار الحرب ● قال بعض المشايخ المراد منه الكراهة بدونه ● اي بدون الملك ● قال صاحب الهداية وهي كراهة تنزيه
عند محمد فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز القسمة في دار الحرب ● وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام

وفي ذكر الخلاف هكذا نظر لانه لا خلاف في الظاهر عن اصحابنا وهو المشهور عنهم • وانما الخلاف فيما يروى عن ابي يوسف لا عن محمد وقد
مر ذكر ذلك اولا • ومعنى الكراهة ان الاولى ان لا يفعل ولو فعل استحق ضربا من اللوم قوله وجه الكراهة ان دليل
البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة • يعني ان دليل بطلان القسمة راجح على دليل جوازها
لعدم تمام الاستيلاء الا انه لم يثبت نفي الجواز بالاتفاق الا عند الشافعي يجوز مطلقا • وعندنا يجوز اذا احتاج الغزاة الى
الثوب والدابة ونحو ذلك • ويجوز ايضا اذا قسم الامام عن اجتهاد فتثبت الكراهة لانه لم يلزم من نفي الجواز نفي الكراهة
كما في سؤر الهرة لما انتفى النجاسة لم تنتف الكراهة قوله قال والردء والمقاتل في العسكر سواء • اي قال القدوري في مختصره
يعني ان الردء وهو العون والمقاتل وهو المباشر للقتال مع الكفار سواء في استحقاق الغنيمة لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو
مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا او شهود الوقعة عند الشافعي • وفي كون السبب هذا او ذلك بحث وسيجي بعونه تعاليا
في فصل كيفية القسمة عند قوله • ومن دخل راجلا فاشترى فرسا والوقعة صدمة الحرب كذا في مجمل اللغة قوله واذا
لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها • وهذا لفظ القدوري • اي شارك المدد
العسكر في الغنيمة • وانما اسند الفعل الى ضمير الجماعة لان المدد يقع على الجماعة • قال في شرح ابي نصر قال الشافعي اذا هم
لحقوا بعد تقضي الحرب وقبل احراز الغنائم ففيه قولان • وهذا بناء على ما بينا قبل هذا في مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب
قبل الاحراز بدار الاسلام ان الملك هل يثبت لهم ام لا فعندنا لا يثبت فلما كان كذلك لم يشركهم المدد • وعنده يثبت فلا يشركهم
المدد لتمام الملك القاهرين قبل لحاق المدد • وعندنا لا يتم الاستيلاء فلا يثبت الملك ولا ينقطع حق المدد عن الغنيمة الا باحد
اشياء ثلاثة وهي الاحراز بدار الاسلام والقسمة بدار الحرب قبل لحاق المدد وبيع الامام الغنيمة من قبل لحاق المدد لان بكل
واحد منها يستقر ملك الغزاة فلا يشركهم غيرهم قوله قال ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا • اي
قال القدوري في مختصره قال في شرح ابي نصر • قال الشافعي في احد قوليه يسهم لهم وفي الاخر مثل قولنا • لهما روي
في شرح الاثار عن عمر انه قال ان الغنيمة لمن شهد الوقعة • ولنا ان سبب استحقاق الغنيمة لم يوجد فلا يثبت الاستحقاق
فلا يكون لهم حق في الغنيمة • وهذا لان السبب اما المجاوزة الدرب بنية القتال كما هو مذهبنا او شهود الوقعة بنية
القتال لم توجد فلما لم يعتبر السبب الظاهر الذي اقيم مقام الامر الخفي وهو القتال اعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فاذا وجد
القتال من التاجر استحق السهم لوجود السبب والا فلا لعدمه • وانما قلنا ان القتال امر خفي لان الامام لا يمكنه الوقوف
على كل احد انه قاتل ام لا قوله وما رواه موقوف على عمر • يعني قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة فاذا كان موقوفا
عليه يكون ذلك كلام الصحابي وتقليد الصحابي ليس بحجة عنده فكيف يحتج بما ليس بحجة عنده علينا على ان عند بعض اصحابنا
ايضا وهو الشيخ ابو الحسن الكرخي لا يجوز تقليده فيما يدرك بالقياس • ولئن صح رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم او كان
تقليده واجبا على قول البردعي من اصحابنا فنقول المراد منه شهود الوقعة بنية القتال • بدليل ان الكافر اذا شهد
الوقعة ولم يقاتل فلا حق له فصار التاجر اذا لم يقاتل كالمختار عن موضع الحرب وكالنظارة قوله ان يشهدها
اي ان يشهد الوقعة قوله وان لم يكن للامام حمولة يحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار
الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها وهذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان الغنيمة اذا كانت فيها فضل حمولة حملها الامام عليها وان لم
يكن فيها لان اراد الامام بيعها احتاج الى تركها في دار الحرب فيبطل حق الغانمين عنها • ثم اذا قسمها قال بعضهم يجب ان يكون ذلك
قسمة تمليك لان الامام اذا قسم عن اجتهاد يجوز وقد مر ذلك قبل هذا • وقال بعضهم يكون قسمة حمل اي قسمها على الغزاة ليحملوها
الى دار الاسلام فيقسمها بينهم • ثم هل يكرههم الامام على الحمل ام لا • قال في السير الكبير يكرههم على ذلك لكن باجارة وهو ظاهر
اخبار القدوري في مختصره لان فيه دفع الضرر العام بالخاص • ولان منفعته عائدة اليهم فله ان يفعل ذلك لهم فصار
كما لو اضطر الى تناول طعام الغير حيث يتناوله بالقيمة • وقال في السير الصغير لا يكرههم عليه لعدم حل الانتفاع بمال
الغير الا بطيبة من نفسه فيكون هذا اجبارا على الاجارة ابتداء فلا يجوز كما اذا نفقت دابة انسان في دار الاسلام وكان مع اخر
فضل دابة ليس له ان يحمل عليها باجر المثل بلا رضاه فكذا هنا • والحمولة بفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير او ثور او بغل او حمار قوله
في المختصر • اي في مختصر القدوري قوله لانه ابتداء اجارة احترازا عن اجارة في حالة البقاء حيث يجوز الجبر فيه
باتفاق الروايات كمن استاجر سفينة شهرا فمضت المدة في وسط البحر فانه ينعقد عليها اجارة اخرى بغير رضى المالك باجرة
المثل ذكره في المحيط قوله ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب • هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك
لان الملك في الغنيمة للغزاة لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا فلا يصح البيع فيما ليس بمملوك وهذا هو المراد بقوله وقد
بينا الاصل ومع هذا اذا باع الامام صح لانه مجتهد فيه ذكره في شرح الطحاوي • فعلم بهذا ان المراد بقوله لا يجوز بيع
الغنائم الكراهة لا نفي ترتب الاحكام والكراهة ايضا فيما اذا باع لا لحاجة الغزاة • واذا باع لدفع حاجتهم ينبغي ان
لا يكره لان مال اهل الحرب مباح وبالضرورة يستباح المحظور فلان يستباح المباح اولى ولا كراهة مع الاباحة ومن
مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة • ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته وهذا
لفظ القدوري في مختصره • وعند الشافعي اذا مات بعد تقضي الحرب فحقه لورثته • والاصل فيه ما استقصيناه في
مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب • وذلك لان الملك اذا لم يثبت للغزاة قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا لم يثبت الارث

لان الارث انما يثبت بعد الموت الى الوارث فاذا لم يكن الارث قبل الاحراز لا الملك لم يكن الارث • وعنده كان الملك فكان
الارث قوله وقد بيناه • اي في مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب قريبا من الورقة قوله ولا باس بان يعلف
العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام • وهذا لفظ القدوري في مختصره اطلق الرواية ولم يقيدها بالحاجة
وهي رواية السير الكبير واختارها الكرخي في مختصره • ولهذا قال ما دامت الغنيمة في دار الحرب لا باس لكل واحد من الجند
تناول الماكول والمشروب والعلف غنيا كان او فقيرا • وبعضه القدوري • وقال في السير الصغير واذا كان في الغنيمة طعام
او علف فاحتاج اليه رجل فتناول منه قدر حاجته • وكذا فيما تناول من سلاح الغنيمة اذا احتاج اليه للقتال ثم يردها
اذا استغنى عنه ويكره له ذلك من غير حاجة اليه هنا لفظ السير الصغير • قال صاحب المحيط هذا جواب القياس • وما ذكر في
السير الكبير جواب الاستحسان • وجه رواية السير الصغير ما روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى عبد الله
ابن ابي اوفى قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر فياتي احدنا الى الطعام من الغنيمة فياخذ منه حاجته • ولان الغنيمة
مشتركة بين الغزاة فلا يحل تناول البعض دون البعض كما في الدابة والثوب • ووجه رواية السير الكبير ما روى البخاري في
الصحيح باسناده الى ابن عمر قال كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فناكله ولا نرفعه • لان نقل الطعام والعلف من دار الاسلام
الى دار الحرب متعذر • فلو امر الغازي بالنقل لوقع في حرج وهو منتف بالنص • ولو شرط الشراء منهم لزم الحرج ايضا لان
الكفار لا يبيعون من الغزاة تضييقا للامر عليهم فلا بد من قوت النفس وعلف الدابة فيحل التناول دفعا للضرورة سواء كان غنيا
او فقيرا فبقي الطعام والعلف بعد الاغتنام على اصل الاباحة فصار كما قبل الاغتنام • يقال علفت الدابة فعلفت علفا من باب
ضرب اذا اطعمتها العلف • قال ابن دريد لا يقال اعلفتها والدابة معلوفة وعليف كلما اعتلفته الدابة قوله قال ارسل
اي قال صاحب الهداية اطلق القدوري حكم المسئلة عن قيد الحاجة قوله وقد شرطها في رواية • اي شرط الحاجة
في رواية السير الصغير قوله في الاخرى • اي في الرواية الاخرى وهي رواية السير الكبير قوله وعلف
ظهره • اي دابته • قال في الفائق الظهر الراحلة • وقال في المغرب لفظ الظهر مستعار للدابة • والمرة الطعام
قوله على اصل الاباحة • وذلك لان الغنيمة في الاصل مال الحربي وهو مباح في الاصل لعموم الحاجة الغني والفقير
فيه والدابة مثل السلاح • يعني يعتبر فيها حقيقة الحاجة لان دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب • فاذا استغنى
عن ركوبها يردها الى المغنم قوله والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالزيت والسمن • يعني ان المراد من الطعام هو
المذكور ما كان يصلح للاكل كالخبز واللحم وما يستعمل في الخبز كالزيت والسمن • والمهيا للاكل وغير المهيا له سواء • ولهذا كان لهم
ان يذبحوا انعاما ويأكلوها ذكره الكرخي لكنهم يردون الجلد الى المغنم • قال الولوالجي في فتاواه واذا ذبحوا البقر والغنم
فاكلوا اللحم ردوا الجلد الى الغنيمة لان الحاجة الى الجلود لم تتحقق لا ترسة • وقال في كتاب البيهقي لم يجز للتجار ان ياخذوا
من الطعام والعلف ويردون ان اخذوا ولا ضمان ان استهلكوا لانه بقي على الاباحة في حق المهاجرين للحاجة واتباعهم
كعبيدهم ونسائهم الذين معهم • فاما في حق غيرهم فلا قوله قال ويستعملوا الحطب • اي قال القدوري في مختصره
ويستعملوا الحطب ويدهنون بالدهن ويوقحوا به الدابة • وفي بعض نسخ القدوري ويستعملوا الطيب وذلك ليس بصحيح لانه
ليس من القدوري في شيء قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب • اما استعمال الحطب فلتعذر النقل من دار الاسلام
كما في العلف • واما الادهان بالدهن فالمراد منه الدهن الماكول كالزيت لانه لما كان ماكولا لا ينتفع به بل يرده الى الغنيمة
كذا ذكر القدوري في شرحه قوله ويوقحوا به الدابة يوقح الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي او رقق
من كثرة المشي والرخاخ كذا في المغرب • وفي نسخة الامام حافظ الدين الكبير بخطه بالراء من الترقيح وهو المنقول عن المصنف
قال هكذا قرانا على المشايخ • قال في الجمهرة رقح فلان عيشه ترقيحا اذا اصلحه وانشد • يترك ما رقح من عيشه يعيث
فيه همج هامج • والهمج من الناس الذين لا نظام لهم • وبه سمي البق همجا والهامج من كل شيء المتروك يموج بعضه في بعض وكذلك
رايت في نسخة ثقة من نسخ مختصر الكرخي مكتوبة في تاريخ سنة احدى واربعمائة بالواو كما قال صاحب المغرب لا بالراء قوله
ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح • لفظ القدوري معطوف على قوله بان يعلف العسكر • قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
ومن ركب فرسا او لبس ثوبا او رفع سلاحا قبل القسمة فلا باس به اذا احتاج اليه فاذا فرغ من الحرب يرده الى الغنيمة ولو
تلف قبل الرد فلا ضمان عليه وان لم يكن له حاجة ولكن ركب ليصون فرسه ولبس ليصون ثيابه كره له ذلك ولا ضمان عليه
اذا تلف الى هنا لفظه قوله كل ذلك بلا قسمة هذا ايضا لفظ القدوري • اي كل ما قلنا من علف الدابة واكل
طعام الغنيمة واستعمال الحطب والادهان بالدهن • والقتال بسلاح الغنيمة قبل قسمتها قوله وقد بيناه • اشارة
الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه الى اخره قوله ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه • هذا لفظ
القدوري في مختصره • يعني اذا اخذ العسكر العلف لاجل دوابهم واخذوا الطعام لاكلهم والحطب للاستعمال والدهن
للادهان • والسلاح للقتال فلا يجوز ان يبيعوا اشياء من ذلك ولا يجوز تمولهم وهو صيانته لادخاله الى وقت الحاجة
لان البيع لا يكون الا بعد سابقة الملك ولا ملك للغزاة قبل الاحراز فلا يبيعون ولا يتمولون لان اباحة الانتفاع لهم للحاجة
فلا تبقى الاباحة لان الاباحة اذا كانت لمعنى زالت بزوال ذلك المعنى وصار كما اذا اباح طعامه لغيره لا يجوز له ان يبيعه او
يتمول • وهو معنى قوله كالمباح له الطعام • وقوله ولا يتمولونه عطف على قوله لا يجوز لا على قوله ان يبيعوا لان ذلك

مكر الرحمن • اي لا يبيعون ولا يمولونه • فلو كان عطفا على ان يبيعوا كان معناه اثبات التمول لان نفي النفي اثبات فانهم وفيه
اشارة الى انهم لا يبيعون بالذهب والفضة او العروض لانه في معنى التمول ولا حاجة لهم الى ذلك • فان باعوا ردوا الثمن الى
الغنيمة لانه عوض عين مشترك بين الغانمين • واما الثياب والمتاع والدواب فقال في السير الصغير يكره الانتفاع بها قبل
القسمة • فان احتاجوا الى ذلك قسمه الامام عليهم في دار الحرب • وان لم يحتاجوا الى ذلك كرهت القسمة في دار الحرب
وان احتاج اليها حاجة يخاف على نفسه منها فلا باس بلبسها قبل القسمة ايضا هذا لفظ السير • وهذا لان القسمة في دار الحرب
وان كانت مكروهة استحسنت لان الحرام يستباح لدفع الضرورة فالاستباحة المكروه اولى **قوله** وهذا لان حق المدد
محتمل جواب سؤال مقدر بان يقال كيف جازت القسمة وفيها حق قطع الغير وهو المدد لان المدد اذا لحقهم يشركهم فقال حق المدد محتمل وحق العسكر
بيقين ولا اعتبار للاحتمال مع وجود اليقين فكان اليقين اولى بالرعاية **قوله** ولم يذكر القسمة في السلاح • اي لم يذكر محمد في
كتاب السير قسمة السلاح اذا احتاجوا الى ذلك • ولا فرق بين السلاح وبين الثياب والمتاع والدواب فانه اذا احتاج اي فان احتاج
الثياب اذا احتاج واحد من الغزاة يباح له لان الواحد الانتفاع في الفصلين المذكورين • واذا احتاج الكل يقسم بينهما جميعا **قوله**
بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لانه من فضول الحوائج لا من اصولها • قال في الشامل في قسم المبسوط لا يقسم السبي وان
احتيج اليه قبل الاحراز لانه لا يقع حاجة الاحيا اليه ولا يبيعهم لانه لا يملكهم قبل الاحراز • فان اطاقوا المشي مشيهم لان في الاركاب
اعزاز وهم اهل الصغار • اي الذل • فان لم يطيقوه وليس معه فضل حمولة ولم تطب نفس من معه فضل حمولة قتل الرجال وترك
النساء والصبيان لان النبي صلى الله عليه وسلم قتل رجال بني قريظة ولم يقتل النساء والصبيان • ولان الرجال اهل القتال فيقتلهم
هذا لفظه وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل فيه روايتان مر روايته عند قوله وان لم يكن للامام حمولة **قوله** قال ومن
اسلم منهم • اي قال القدوري في مختصره ومن اسلم منهم احرز باسلامه نفسه واولاده الصغار وكل مال هو في يده او وديعة
او ذمي الى هنا لفظه وهذه المسئلة على ثلاثة فصول احدها ان يسلم في دار الحرب ثم يخرج الينا • والثاني ان يسلم ولا يخرج الينا
بعد ذلك اذا غلب المسلمون على دارهم فكل ما كان في يده من المنقولات من الثياب والدراهم والدنانير والعبيد والجواري فهو له لانه
بالاسلام احرز نفسه وماله لقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم • وقال محمد في السير الكبير حدثنا
الثقة قال حدثنا ابن لهيعة قال حدثنا ابو الاسود عن عروة بن الزبير ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اسلم على شيء فهو له ذاهم
كان من العبيد من قبله فانه في لانه لما خرج من يد مولاه فصار رقيقا للدار واولاده الصغار لا يكونون فيئا لانهم صاروا
مسلمين تبعا لابيهم فصاروا احرارا واولاده الكبار فيء لانهم على دين انفسهم فلا يكونون تبعا لابيهم • وكذلك زوجته فيء لانها
لا تصير مسلمة باسلام الزوج • وكذلك الجنين فيء لان الجنين جزء من اجزائها يتبعها في الرق وان كان يعتبر مسلما لمكان الولد يتبع خير
الابوين دينا واموال التي اودعها مسلما او ذميا فهي له فلا تكون فيئا لانها محرزة بيد نائبه وهي يد صحيحة محترمة فقامت مقام
يده • فلو كانت الاموال في يده لا تكون فيئا فكذا هنا • ولو كانت امواله بالغصب عند مسلم او ذمي او عند حربي بالغصب
او بالوديعة تكون فيئا • لان يد الغاصب ليست بصحيحة ويد الحربي ليست محترمة لقوله عليه الصلاة والسلام عصموا مني دماءهم
واموالهم واليه ذهب الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير الا ان الحربي ملك المال بالغصب لان دار الحرب دار القهر والغلبة فلم
يبق المال معصوما فصار فيئا • واما العقار فانه يصير فيئا عندنا كذا ذكر في شروح الجامع الصغير ولم يذكروا فيه خلافا
بين اصحابنا وليس في الاصل ايضا ذكر الخلاف الا ان الفقيه ابا الليث قال في شرحه للجامع الصغير قال ابو يوسف في الامالي لا يصير
فيئا وهو قول الشافعي بظاهر الخبر • وذكر القدوري في شرحه والشيخ ابو نصر والبيهقي في كتابه ان العقار في عند ابي حنيفة
لان اليد على العقار لا تثبت عنده ثبوتا صحيحا فاذا كان كذلك كان العقار تابعا للدار محفوظا بيد سلطانهم والتبع لا يباين
الاصل • وعندهما لا يصير فيئا لان اليد تثبت على العقار ثبوتا صحيحا فكان كسائر الاموال • وقال في شرح الطحاوي ما كان غير
منقول في مثل الدار والعقار والزرع ان كان غير محصود عند ابي حنيفة وابي يوسف • وعند محمد المنقول وغير المنقول سواء
والفصل الثالث ان يسلم الحربي بعدما دخل دار الاسلام ثم ظهر على دارهم فالجواب فيه ان كل ذلك في لان تباين الدارين قاطع
للعصمة فاذا ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم كان فيئا • الا ترى الى قوله تعالى للفقراء المهاجرين الذين اخرجوا من ديارهم واموالهم
سماهم فقراء مع انهم خلفوا اموالا في دار الحرب فدل على زوال الملك لان الفقير عديم الملك لا من هو بعيد عن الملك • ولهذا كان ابن
السبيل في كتاب الله تعالى غير الفقير • وذكر الفقيه ابو الليث فيه خلاف الشافعي بظاهر الخبر • فان قلت ينبغي ان لا يكون فيئا ما كان
وديعة له عند مسلم او ذمي لان يد المودع كيد المودع فكان في يده تقديرا وان لم يكن حقيقة • قلت سلمنا ان يده كيده لكن حين خرج
الينا تباين الداران كان حربيا ومال الحربي غير معصوم • ثم لما اسلم لم يثبت الاحراز لتباين الدارين فلم يثبت يده على المال
لا حقيقة ولا تقديرا • وبدون الاحراز لا يثبت العصمة لان المال المعصوم هو الذي احرزه المسلم او الذمي ولم يوجد **قوله** منهم
في دار الحرب • يعني في قوله من اسلم منهم • اي اسلم في دار الحرب لانه اذا اسلم في دار الاسلام يكون كل ما له في دار الحرب فيئا
وقد مر آنفا **قوله** لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق • احترز به عن الاسير كان فيئا لان الاسلام لا ينافيه • وهذا لان
الرق جزاء الكفر الاصلي فانهم لما استنكفوا ان يكونوا عبيدا لله جازاهم الله بان يكونوا عبيد عبيده • بخلاف الرق في حالة البقاء فانه
صار من الامور الحكمية **قوله** واولاده الصغار بالنصب عطفا على قوله نفسه وكل مال بالنصب ايضا عطفا على قوله نفسه والضمير
في قوله فيه يرجع الى من اسلم وفي اليه الى المال **قوله** في يد صحيحة احترز عن يد الغاصب محترمة احترز عن يد الحربي

قوله

قوله فان ظهر على الدار فعقاره فيء • يقال ظهرت عليه اذا غلبت عليه • قال في المجمل الظهار صفة الرجل **قوله** وقيل هذا
قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر • اي قول القدوري عقاره في قولهما • وانما قال قيل لان في الظاهر عن اصحابنا لا خلاف • وقد
بيانه **قوله** والمسلم محل للتملك تبعا للغير جواب لقول الشافعي ان الحمل مسلم تبعا لابيه فلا يسترق فقال نعم الا ان المسلم محل التملك
تبعا للغير كما اذا تزوج المسلم امة الغير يكون الولد مسلما رقيقا • بخلاف ما اذا كان الولد منفصلا عن الام حين اسلم ابوه الحربي حيث
لم يجعل تبعا للام لانعدام الجزئية **قوله** ومن قاتل من عبيده في هذا لفظ الجامع الصغير وقد بيناه • قال فخر الاسلام البزدوي
يحتمل ان يكون هذا بالاتفاق عندنا كالعقار • ويحتمل ان يكون مثل سائر المنقولات ثم قال والاول اصح • قال في الاصل ومن
قاتل من عبيده فهو في بعد الكبر ولم يقيده في الجامع الصغير وكانه اراد بالكبار من له قدرة القتال فلا فرق اذن بين
الروايتين لان من قاتل قادر على القتال صغيرا كان او كبيرا **قوله** ومن كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رح
وقال محمد لا يكون فيئا • وفي بعض نسخ الهداية وقالا لا يكون فيئا وليس ذلك بصحيح • بدليل قول صاحب الهداية كذا ذكر الاختلاف
في السير الكبير حيث لم يذكر فيه قول ابي يوسف • وانما ذكر قول ابي يوسف في شروح الجامع الصغير لكن مع محمد فعلم بهذا ان ما ثبت
في بعض نسخ الهداية بقوله وذكروا في شروح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة ليس بصحيح ايضا لان قول ابي يوسف مع محمد
في شروح الجامع الصغير لا مع ابي حنيفة فاذا ثبت ذلك **قوله** وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء • يعني ان المال الذي غصبه
المسلم او الذمي من الحربي الذي اسلم مال مباح لانه ليس بمعصوم لعدم الاحراز حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه ليس في يد نائبه
لانه في يد الغاصب فلم يكن معصوما فكان مباحا والمباح يملك بالاستيلاء فكان فيئا للغزاة **قوله** والنفس لم تكن معصومة الا بالاسلام
جواب عن قولهما المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها • اي في العصمة فقال لا نسلم ان النفس معصومة
بالاسلام • الا ترى انا اتفقنا ان العصمة المقومة لا تثبت الا بدار الاسلام • ولهذا اذا قتله مسلم عمدا او خطأ لا يجب القصاص ولا الدية
عندنا خلافا للشافعي • ولئن سلمنا انها معصومة بالعصمة المؤثمة فنقول لا يلزم من عصمة النفس عصمة المال لان المال خلق في الاصل مباح
التعرض • والنفس خلقت محرمة التعرض فافترقا • وهذا لقوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا • واللام للتمليك فلا يجوز ان يكون
قابلا للاستيلاء كما كان لكن يحرم التعرض لكن اباحة التعرض للقتل لدفع الشر فاندفع الشر بالاسلام **قوله** لانه خلق عرضة
للامتهان • قال في الجمهرة جعلت فلانا عرضة لكذا وكذا • اي نصبته فيه والامتهان الابتذال **قوله** واذا خرج المسلمون
من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها • وهذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لان اباحة التناول من العلف
والطعام لمعنى الحاجة فلما زال المعنى بعد الاخراج الى دار الاسلام ارتفعت الاباحة • ولان حق المسلمين قد تأكد وتقرر بدليل
ان من مات في هذه الحالة يورث نصيبه فلما تأكد حق الغزاة لم يجز التناول للبعض دون البعض • وقوله ولا يأكلوا اي ولا ان يأكلوا
يعني لا يجوز ان يأكلوا • ويجوز ان يكون بمعنى النهي ايضا **قوله** ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة وهذا ايضا
لفظ القدوري • قال صاحب الهداية معناه اذا لم تقسم • اي معنى قوله رده الى الغنيمة فيما اذا لم تقسم الغنيمة لانها اذا قسمت لا يتأتى
الرد فيه بيانه الساعة ان شاء الله تعالى • قال في وجيزهم ولو فضل منه شيء بعد الدخول الى دار الاسلام ما له قيمة رد على المغنم وان
كان قليلا لو جاز هذا لفظه • اعلم ان الغزاة اذا خرجوا الى دار الاسلام فكل من في يده شيء من العلف او الطعام رده الى
الغنيمة اذا لم تقسم سواء كان غنيا او فقيرا لما قلنا قبل هذا • وان قسمت فالغني يتصدق بعينه او بقيمته ان كان انتفع به لانه تعذر الرد
بانقطاعه فصار كاللقطة اذا لم يعرف صاحبها والفقير ينتفع به ان كان قائما وان كان انتفع به فلا شيء عليه لان القيمة تأخذ حكم الاصل
فللفقير ان ينتفع بالاصل فكذا بالقيمة **قوله** لا يرد اعتبارا بالمتلصص كما اذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب بلا اذن
الامام بغير اغارة فما لو اخذا شيئا فلا يكون ذلك مشتركا بين الغانمين لانه مباح سبقت يده اليه ولا يخمس لانه ليس بغنيمة لعدم الاخذ
على سبيل القهر والغلبة فكذا هنا • وجوابه ظاهر لان للمتلصص اختصاصا بالماخوذ قبل الاحراز وبعده بخلاف سائر الغانمين • وفي المتنازع
بخلاف الذي معه فضل العلف والطعام بعد الاحراز بدار الاسلام احق من سائر الغانمين **قوله** ان كانوا محاويج • قال في المغرب
الحوائج المحاويج • يقال حاج يحوج حوجا • يعني احتاج • والحاجة والحوجا بمعنى واحد • وجمع اللغة قيل حوائج في جمع حاجة
كذا نقل ابن دريد عن الاصمعي • والحاج جمع حاجة ولم يذكر المحاويج ابن دريد وكانها جمع محوج اسم فاعل من اشباع الياء • لان احوج يجي لازما
ومتعديا • يقال احوج الرجل اذا احتاج واحوجه اليه غيره **قوله** تصدقوا به • اي بما فضل من العلف والطعام • يعني بعينه
ان كان قائما **قوله** لتعذر الرد على الغانمين لانهم تفرقوا [illegible] **قوله** لقيام القيمة مقام الاصل واخذ حكمه • اي قوله لا
فحكم الاصل فكذا ان انتفعا

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ عن احكام الغنيمة شرع في كيفية قسمتها قال في
الايضاح القسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين • وقال بعض اهل الحساب تفريق احد العددين بعدد ما في العدد
الاخر من الآحاد • يعني تفريق المال المقسوم على عدد آحاد المقسوم عليه • وهذا لا ينافي الاول في الصحاح • والصحيح ان يقال
معرفة نصيب الواحد وتعرف في موضعه **قوله** قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها • اي قال القدوري في مختصره وتمام
فيه • ويقسم اربعة الاخماس بين الغانمين • والاصل فيه قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه • بيانه ان الله تعالى
اضاف الغنيمة الى الغانمين وهم الغزاة بقوله غنمتم ثم اخرج منها الخمس بقوله فان لله خمسه فيكون اربعة الاخماس لهم بعد اخراج
الخمس لهم • ولان النبي صلى الله عليه وسلم قسم الاربعة الاخماس بين الغانمين • ولان اربعة الاخماس للغانمين اجماعا فيقسم بينهم
قوله استثنى من اخراج الخمس من الغنيمة استثنا الوجود بمعنى الاستثنا وهو الاخراج **قوله** للفارس سهمان وللراجل سهم

عند ابي حنيفة • وقالا للفارس ثلاثة اسهم • وهذا لفظ القدوري الا انه لم يذكر في مختصره • قد قيل قوله للفارس • وقول الشافعي كقولهما كذا في وجيزهم • لما روي في السنن وغيرها مسندا الى ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اسهم لرجل ولفرسه ثلاثة اسهم سهم له وسهمين لفرسه • ولابي داود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم غنايم خيبر على ثمانية عشر سهما وكان الرجال الفا وخمسماية والخيل ثلثماية فيكون لكل ماية من الرجال سهم • ولكل ماية من الخيل سهمان • ولان زيادة استحقاق الفارس لزيادة عنايه وعناه على الرجال والرجال عناه ثبات الدفع وهذا يوجد في الفارس ايضا • وفي الفارس نوعا ايضا الكر والفر فيكون عناؤه ثلاثة امثال الراجل فيستحق السهم على حسب ذلك • ولابي حنيفة في السنن ايضا مسندا الى مجمع بن جارية الانصاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم خيبر على ثمانية عشر سهما وكان الجيش الفا وخمسماية فيهم ثلثماية فارس فاعطى الفارس سهمين واعطى الراجل سهما • وروى محمد بن الحسن في المبسوط عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما يوم بدر • قال المعمر بن سليمان في كتابه لم يكن في اصحاب بدر فارس غير هو الاثنين مصعب بن عمير والمقداد بن الاسود • ولان الفرس تابع للرجل فبعيد ان يزاد سهمه على سهم الراجل • ولان المعتبر نفس الغنا لا زيادة الغنا • الا يرى ان الشاب المشاكي والاعزل سوا في الاستحقاق • ولان الغنا ليس ينحصر في نفسه بل المتحصن منه ما كان لاجل الكر فكانا نوعا واحدا فكان غنا الفارس مثل غنا الراجل • ولان زيادة الغنا امر خفي فيعتبر السبب الظاهر • وهذا لان الزيادة وسبب الغنا انما تظهر عند الصدمة وفي تلك الحالة كل واحد مشغول بنفسه فلا تظهر الزيادة وسبب الغنا في الفارس نفسه وفرسه فيعطى سهمين • وفي الراجل نفسه فيعطى سهما • والجواب عن سهام خيبر فنقول المراد من الرجال الرجالة كما في قوله تعالى يأتوك رجالا ومن الخيل الفرسان • ومنه ما روي في الحديث يا خيل الله اركبي قوله بالغنا • اي بالكفاية وهو بالفتح والمد قوله للكر والفر • والكر الرجوع بعد الفرار والفر الفرار • قال امرؤ القيس مكر مفر مقبل مدبر معا كجلمود صخر حطه السيل من عل قوله تعارضت روايتاه • اي روايتا ابن عمر • قال الكرخي في مختصره ثنا الجوزي قال ثنا حسن الزعفراني قال حدثنا ابو معاوية قال ثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اسهم لرجل ولفرسه ثلاثة اسهم سهما له وسهمين لفرسه وثنا الهروي قال حدثنا محمد قال ثنا المعلى عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما • قال محمد بن شجاع فهذا خلاف ذلك لانه اذا قسم للفارس جعل سهما له وسهما لفرسه قوله ترجح رواية غيره • اي سلم رواية ابن عباس عن المعارض فيعمل بها قوله ولان الكر والفر جنس واحد من بيانه انفا قوله فكان استحقاقه على ضعفه • اي استحقاق الفارس على ضعف استحقاق الرجال قوله ولا يسهم الا لفرس واحد • وقال ابو يوسف يسهم لفرسين ولم يذكر القدوري في مختصره خلاف ابي يوسف • ولهذا قال في شرح الاقطع وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وزفر ومحمد والحسن ثم قال • وقال ابو يوسف يسهم لفرسين • وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي • وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انه يسهم لفرسين ولا يسهم لاكثر منها • وقال في شرح الطحاوي ولا يسهم الا لفرس واحد في ظاهر الرواية • وعن ابي يوسف انه قال يسهم لفرسين فيعطى خمسة اسهم سهم له واربعة اسهم لفرسيه • وقال الشافعي لو احضر فرسين لم يعط الا لاحدهما كذا في وجيزهم • وجه ما روي عن ابي يوسف ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم للزبير بن العوام خمسة اسهم وكان قاد فرسين • ولان الغازي قد يحتاج الى فرسين بان يركب هذا اذا عيي الاخر او دبر او مات فيعتبر الفرسان جميعا • ولان اصل السبب الارهاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله فيحصل به زيادة الفرس زيادة ارهاب بتكثير سواد الجيش مع زيادة المنافع • الظاهر ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للفارس سهمان وللراجل سهم • بيانه انه عليه الصلاة والسلام جعل للفارس سهمين مطلقا مع ان الجيش لا يخلو ممن قاد اكثر من فرس فعلم انه لا يعطى لاكثر من فرس • ولهذا لا يسهم لثلاثة اسهم افراس بالاجماع • ولان ما زاد على الواحد فضلة في الباب فكان الثاني كالثالث فلا يسهم للثاني • ولان مبدا الامر معتبر بماله وعاقبته لان الارهاب لا يكون الا من عاقبة القتال ثم القتال لا يتحقق الا على فرس واحد لا على فرسين • فاذا كان كذلك لم يتحقق زيادة الارهاب بزيادة الفرس فلا يسهم الا لفرس وزيادة الغنا لا يلتفت اليها بفرسين لما مر انها امر خفي كما لا يلتفت اليها ثلاثة افراس او بزيادة سلاح وما روي بخلاف هذا فهو محمول على التنفيل تحريضا على القتال • الا ترى الى ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اسهم لسلمة بن الاكوع سهمين في غزوة ذي قرد • قال مسلم في حديث طويل في صحيحه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم سهمين سهم الفارس وسهم الراجل فجمعهما الي جميعا وكان راجلا وكان ذلك بسبيل التنفيل لا النصب للشرع فقد قيل ان سلمة كان يعدو امام الفرس • وقال صلى الله عليه وسلم خير رجالتنا سلمة • قال القتبي كان سلمة من الرماة المذكورين • اما الجواب عن حديث جبير فنقول اعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم سهمين له بفرسه وسهما اخر بقرابته وسهما اخر بالتنفيل وسهما اخر لامه وامه صفية بنت عبد المطلب عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الاخر • اي لان الفرس الواحد قد يعجز فيحتاج الغازي الى الفرس الاخر قوله فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس • اي لم يعط له سهما • قال ابن شاهين البراء بن اوس بن خالد بن الجعد بن عوف بن مبذول شهد احدا وهو زوج المراة التي ارضعت ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم وامها خولة بنت المنذر بن زيد بن لبيد بن خداش بن عامر بن غنم بن عدي بن النجار • وفي صحة حديث البراء نظر قوله فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما يعني لما كان لا يتحقق القتال على الفرسين دفعة لا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب مفضيا الى القتال على الفرسين فترتب ذلك قوله وما رواه • اي الذي رواه ابو يوسف وهذا اشارة الى قوله لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم اسهم لفرسين قوله والبراذين والعتاق سوا • وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يسهم لراحلة ولا لبغل ولم يذكره صاحب الهداية • قال

الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ويستوي الفرس العربي والهجين والبرذون والمقرف وغيرها مما يقع عليه اسم الخيل فاما من كان له حمار او بغل او جمل فهو والراجل سوا هذا لفظه • وقال في شرح الاقطع ومن الناس من قال لا يسهم للبراذين • والاصل فيه قوله تعالى واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله • وهذا لان اسم الخيل يقع على كل انواع الخيل من العربي والتركي وغير ذلك وكان الحكم سوا لان العربي اصلح للطلب والهرب والبرذون اصلح على حمل السلاح واصبر واكثر انعطافا فاستويا في القتال والغنايم تستحق بالقتال ولا يسهم لعدد من دواب الضعيف لذلك لانه كان يكون في غزوات النبي صلى الله عليه وسلم مع اصحابه الجمال والحمير والبغال ولا يسهم لشي منها ولو اسهم لظهر نقله لانها مما لا تخفى كانت اكثر من الافراس والبراذين وهو الكودن وجمعه كوادن وهي خيل العجم وخلافها العراب • قال في الجمل برذن الرجل برذنة اذا ثقل واشتقاق البرذون منه • قال الفرس عتيق اي كريم وجمعه عتاق • قال في الجمهرة خلط الخلق في الخيل فقالوا البراذين الذكر والانثى فيه سوا • وقال فيها ايضا فرس مقرف خلاف العتيق • وقال فيها ايضا الهجين من الناس الذي امه امة وقيل الهجين ما يكون ابوه من الكوادن وهذا ليس بصحيح لان الارى الى ما قال صاحب النايق الاقراف ان تكون الام عربية والفحل هجينا والهجنة ان يكون من الهجين كريما قوله والحري قوله واللبن عطفا يروى بفتح العين وكسرها فبالفتح العطفة اذا انبته وردت عن جهته • والعطف الناحية من الانسان والدواب وشرح الكرخي في عطفيه اذا ثنيت بينه وبين كذا في الجمهرة قوله فاستويا اي البرذون والعتيق قوله ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وهذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم انك لما عرفت كمية سهم الفارس والراجل فاعرف الان ان كونه فارسا او راجلا متى يعتبر فعندنا يعتبر عند مجاوزة الدرب بنية القتال حتى لو نفق فرسه بعد المجاوزة وقبل القتال قاتل راجلا فله سهم فارس لا اذا باع فرسه او وهبه وسلم او الجارة او اعارة سقط سهم فرسه في ظاهر الرواية • وروي الحسن عن ابي حنيفة ان له سهم فارس • ولو اشترى مكانه فرسا اخر فله سهم الفرسان ولو جاوزه رجالا ثم اشترى فرسا او وهب له او ورث او استعار او استاجر فقاتل فارسا فله سهم راجل • وفي رواية الحسن له سهم فارس كذا في التحفة وغيرها • قال الحاكم الشهيد في الكافي وسوا قاتل صاحب الفرس الذي دخل به دار الحرب فارسا او راجلا في سفينة او غيرها فله سهم فارس وعند الشافعي يعتبر كونه فارسا او راجلا عند شهود الوقعة • وفي رواية عنه عند تقضي الحرب وهو تمام القتال • له ان سبب الاستحقاق والغنيمة هو القتال والاستيلا وشهود الوقعة سبب قريب الى القتال فيعتبر حال شهود الوقعة لكونه اقرب فلم تعتبر المجاوزة لانها سبب بعيد الى القتال كالخروج من البيت • ولهذا اذا باع فرسه بعد المجاوزة قبل شهود الوقعة لا يستحق سهم الفارس بالاجماع • ولو باع بعد شهود الوقعة فله سهم فارس فعلم ان المعتبر في الباب هو شهود الوقعة لا المجاوزة • ولنا ان سبب الاستحقاق هو الاستيلا وازالة اليد وانما يتحقق ذلك بالقهر والقتال وكان السبب هو القتال في الحقيقة الا ان الوقوف على حقيقة القتال متعذر او متعسر لان الامام لا يمكنه ان يراقب بنفسه حال كل احد انه قاتل او لم يقاتل وكذا نايبه بان يوكل عدلا يثق بقوله ليخبره من قاتل ومن لم يقاتل • لان في اقامة العدل على كل احد حرجا عظيما ولا يعتبر اخبار كل واحد من الجند ايضا ان صاحبه قاتل لانه متهم فيه لجر النفع فلما لم يوقف على حقيقة القتال لتعذره او لتعسره اقيم السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب على هيئة القتال مقام القتال كما اقيم السفر مقام المشقة والنوم مقام الحدث • والنكاح مقام الوطء في حرمة المصاهرة فكان المعتبر حال المجاوزة لا حال القتال فلم يعتبر حال القتال لم يعتبر حال شهود الوقعة ايضا لانه كما تعذر الوقوف على القتال وتعسر لما قلنا تعذر وتعسر شهود الوقعة لان حال التقاء الصفين والاشتغال بالحرب لم يلتفت الى كونه سببا قريبا لهذا المعنى • بخلاف المجاوزة الدرب حيث ترتب الحكم عليها لانها حال عرض الجيش وكتبة اساميهم في الدواوين فبني الحكم عليها لتيسر الوقوف • ولان مجاوزة الدرب بنية القتال يحصل بها ارهاب الكفار وغيظهم كالقتال لانهم يستحقرون حال المجاوزة بكثرة فرسانهم ويكثر رجالهم والاصل في الباب ارهاب الكفار وغيظهم وقهرهم • قال تعالى ولا يطؤون موطئا يغيظ الكفار وقد حصل ذلك بمجاوزة الدرب لا بنفس القتال • ولهذا يشارك الردء المباشر في الغنيمة لحصول الارهاب بالكل فبعد ذلك حالة الدوام فلا يشترط كونه فارسا فيها لانه قد يحتاج الى النزول في بعض المضايق كالمتحرم وباب الحصن والحرب في السفينة • بخلاف ما اذا باع الفرس بعد المجاوزة لانه ظهر ان غرضه كان التجارة لا الحرب الا انه كان ينتظر غلا السعر فلما غلا باع • ولم يكن الا البيع يوم القتال لانه زمان غلا المرء والزوج والروح فوق المال فلم يدل البيع على قصد التجارة وقت المجاوزة بل دل على تحقيق القتال حيث راى البيع اصلح للقتال كي يحصل له التهيو في بعض المضايق بنزاع البال • فان قلت يرد عليك هنا سوالان احدهما ان استحقاق الشي بلا وجوده محال والمستحق هو الغنيمة حال المجاوزة معدوم فكيف ثبت الاستحقاق • والثاني ان السبب انما يقام مقام العلة اذا تصورت العلة واذا لم يتصور فلا وهنا لا تتصور العلة وهو القتال حال المجاوزة • لان القتال بدون شهود الوقعة محال قلت ليس المراد من الاستحقاق ثبوت الملك في الغنيمة او ثبوت الحق فيها للغزاة في الحال بل المراد به كون الشخص احق بالغنيمة من غيره اذا وجدت على ان هذا السوال يرد على الخصم ايضا لانه لا غنيمة عند شهود الوقعة ايضا • فعلى هذا التفسير لا حاجة للاستحقاق الى اشتراط وجود الغنيمة في الحال • والجواب عن الثاني ان القتال بشهود الوقعة والتقاء الصفين بعد المجاوزة متصور لانه ليس بثابت وشرط اقامة الشي مقام غيره ان لا يكون ذلك الغير ثابتا في الحال • لانه اذا كان ثابتا كيف يقام شي اخر مقامه • فان قلت ما ذكره محمد قليل في معارضة اثر الصحابي وهو قول عمران الغنيمة لمن شهد الوقعة قلت هذا لا يرد علينا لان الشافعي لا يرى تقليد الصحابي حجة فكيف يحتج به علينا • وعلى مذهب الكرخي من اصحابنا كذلك فيما يدرك بالقياس وقد مر ذلك عند قوله ولا حق لاهل سوق

السكر في الغنيمة • او نقول فيه بيان ان الغنيمة لمن شهد الوقعة وليس فيه بيان سبب الاستحقاق فلا يلزم المعارضة • والباقي
يعرف في طريقة الخلاف ان شاء الله تعالى قوله وهكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة في الفصل الثاني يعني اذا دخل دار الحرب
راجلا فاشترى فرسا فقاتل فارسا استحق اسهم الفرسان عند ابي حنيفة ايضا على رواية ابن المبارك عنه وليس ذلك بظاهر الرواية
عنه قوله حالة المجاوزة • اي مجاوزة الدرب الا انه اطلق لشهرة المسئلة عند الفقهاء والمناظرين • قال الخليل الدرب
الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها كذا في المغرب • وقال في الجمهرة الدرب الباب
عربي معروف • وقال في ديوان الادب المضيق من مضايق الروم • وكذلك ما اشبهه • والمراد بما نحن فيه هو البرزخ
الذي بين دار الاسلام ودار الحرب فاذا جاوزه الغازي دخل دار الحرب • واذا جاوزه الكافر دخل دار الاسلام قوله
فيعتبر حال المتخصص عنه • اي حال الغازي قوله والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت • يعني ان بعد الخروج
من البيت لا يعتبر حال الغازي من كونه فارسا او راجلا فكذا لا يعتبر عند المجاوزة • والجامع كون كل منهما وسيلة الى السبب
وهو القتال قوله وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه هذا جواب بطريق المنع لما قاله من جهة اصحابنا
ان القتال امر خفي لا يوقف عليه فيقام السبب الظاهر وهو المجاوزة مقامه فقال لا نسلم انه لا يوقف عليه • الا ترى ان
الاحكام تعلقت به فلو لم يوقف عليه لم تتعلق به • ولهذا يرضخ الصبي او العبد او الذمي او المراة اذا قاتل والا فلا قوله
ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب • هذا جواب بطريق التسليم ان يقول الشافعي سلمنا ان الوقوف على القتال
متعذر او متعسر لكن اقيم شهود الوقعة مقامه لانه اقرب الى القتال من المجاوزة فيتعلق كونه فارسا او راجلا بشهود الوقعة
وجوابه من وجهين ما حققنا آنفا • والوقعة صدمة الحرب قوله ولا معتبر بحالة الدوام • اي بحالة الدوام يعني الاجماع
الا ترى ان الشافعي يعتبر شهود الوقعة حتى لا القتال قوله وكذا على شهود الوقعة • اي الوقوف متعسر عليه ايضا وقد
مر بيانه قوله وكذا على شهود الوقعة ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق
اي بالاتفاق بيننا وبين الشافعي وهذه المسئلة مع ما قبلها الى قوله ولا يسهم لمملوك تفريع لمسئلة التقدير قوله ولو
دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او اجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة فان
قلت كيف يعتبر الحسن المجاوزة وقد روينا عنه عن ابي حنيفة ان الغازي اذا دخل الدرب راجلا ثم اشترى فرسا فقاتل فارسا
فله سهم فارس اليس هذا تناقضا قلت لا فانه يعتبر حال المجاوزة بناء على الظاهر • ويعتبر حال شهود الوقعة لاجل حقيقة
القتال وبه صرح في التحفة قوله وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة • اي فيما اذا وجد بيع الفرس ونحوه بعد المجاوزة
وهو رواية السير الكبير قوله ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان • اي بعد الفراغ من القتال وهذا بالاتفاق هو
قوله وكذا اذا باع في حالة القتال عند البعض • اي لا يسقط ايضا سهم الفرسان عند بعض المشايخ لان بيعه عند زمان
مخاطرة الروح دل على انه انما باعه لراي رآه في الحرب لتحصيل المال • لان الروح فوق المال وهذا هو الصحيح عندي • وقال
صاحب الهداية والاصح انه يسقط وحمل امره على انه اراد التجارة وانتظر العزة وفيه نظر • لان الانسان انما قبل مثل تلك
الحالة لا يختار المال على روحه قوله عزته اي عزة الفرس قوله ولا يسهم لمملوك ولا امراة ولا صبي ولا ذمي
ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام • وهذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان المملوك او الصبي او الذمي انما يرضخ لهم
اذا وجد منهم القتال والا فلا لكن يرضخ لهم ولا يسهم لهم لانحطاط رتبة التبع عن المتبوع • وهذا لان العبد تبع للحر والصبي
تبع للبالغ • والذمي تبع للمسلم • ولهذا لا يمكن اهل الذمة من نصب الراية لانفسهم بخلاف المراة اذا جاءت تقوم بمصالح الغزاة
او تداوي الجرحى فانها يرضخ لها وان لم يوجد منها حقيقة القتال لانها عاجزة عنه بنيتها فاقيم مساعدتها الغزاة مقام القتال
لكن رضخ لها ولم يسهم لانحطاط رتبتها لانها تبع للرجل • وعلى هذا القياس كان ينبغي ان لا يسهم للفرس لانه تبع للرجل الا انا
تركنا القياس بالنص • بخلاف ما اذا كانت المراة في خدمة زوجها او العبد في خدمة مولاه ولا يقاتل حيث لا يرضخ لهما • وقد
روي عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان لا يسهم للعبيد والنساء والصبيان ويرضخ • ولا يشير في خاطرك ان العبد
اذا قاتل باذن المولى يسهم له لان الرواية محفوظة عن اصحابنا ان العبد يرضخ له وان كان ماذونا • الا ترى الى ما ذكره
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي بقوله وان كان فيهم نساء يداوين الجرحى ويقمن بمصالح المرضى والمقاتلة والغزاة • او فيهم عبيد
يقاتلون مع الغزاة باذن مواليهم او فيهم اهل الذمة حضروا باذن الامام وقاتلوا مع المسلمين فان الامام يرضخ ولا يبلغ لرجالتهم
سهم الرجالة ولا لفرسانهم سهم الفرسان • وكذلك حكم الغلام المراهق الذي لم يبلغ • والمعتوه اذا قاتل يرضخ لهما الى هنا لفظه
فان قلت السوقي من اهل سوق العسكر والاجير لخدمة الغازي لا يسهم لهما اذا لم يقاتلا كالعبد • ثم اذا قاتلا يسهم لهما كما يسهم
لسائر الغزاة • والعبد اذا قاتل لا يسهم له بل يرضخ فما الفرق • قلت الفرق ان العبد تبع فانحط رتبته بخلافهما حين القتال
لانه لا تبعية حينئذ بل هما كسائر الغزاة • ولهذا يسقط اجرة زمان القتال عن العبد وعن المستاجر قوله يرضخ لهم
قال في الجمهرة رضخ فلان لفلان من ماله اذا اعطاه قليلا من كثير والاسم الرضيخة قوله ولهذا لم يلحقهما فرضه • اي
ولاجل ان المراة والصبي عاجزان عن الجهاد لم يلحق المراة والصبي فرض الجهاد قوله وله منعه • اي وللمولى منع العبد عن الجهاد
فصار كالعبد القن قوله بخلاف العبد يرتبط بقوله لانها عاجزة عن اصله • يعني ان المراة لما كانت عاجزة عن حقيقة القتال
رضخ لها بلا قتال • والعبد لما كان قادرا على حقيقة القتال لم تقم مساعدته وخدمته مولاه الغازي مقام القتال

حتى يرضخ له الا اذا لم يقم بخدمة القتال • فان قلت كيف يصح قوله انها عاجزة عن حقيقة القتال واما نها يصح والامان لا يكون الا من هو
يخاف منه القتال ولا مخافة بدون القدرة عليه قلت الامان يثبت بالشبهة • ولهذا يثبت بالاشارة فلم يدل ثبوت الامان على
ثبوت حقيقة القتال وشبهة القتال متحققة بمساعدتها الغزاة بنفسها وما لها وعبيدها فصح امانها لذلك ولم يتوقف على حقيقة
القتال فلم يرد السؤال قوله ولا يبلغ به السهم • اي ولا يبلغ بالرضخ الذي السهم اذا قاتل لا سهم الراجل ان كان راجلا ولا سهم الفارس
ان كان فارسا • لان القتال جهاد والذمي تبع للمسلمين في الجهاد فلا يسوى بينه وبين المسلم وقوله السهم بالرفع كما في قولك بلغ هو
تطاول جنايته بالرفع • ولو قلت جنايته بالنصب خرجت عن كلام العرب وتدخل في المتقل قوله والاول ليس من عمله اي من عمل
الجهاد واراد بالاول الدلالة على الطريق فلما لم تكن الدلالة على الطريق من عمل الجهاد كانت كسائر الاعمال فجاز ان يعطى الذمي في الدلالة
وان زاد على السهم اي قدر ثلث قوله واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء
ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم هذا لفظ القدوري هذا هو المشهور عن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد انه يقسم على ثلاثة
وهم اليتامى والمساكين وابن السبيل • والاصل هنا قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى
والمساكين وابن السبيل • اعلم ان اختلاف العلماء في هذه الاية قد كثر فعندنا يقسم الخمس على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم
لابناء السبيل فذكر اسم الله تعالى لافتتاح الكلام بسبيل التبرك لان الاشياء كلها لله تعالى وسهم النبي ساقط بموته كسقوط الصفي لان الانبياء لا يورثون
الا ترى الى ما اخرج صاحب السنن باسناده الى عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها اخبرته ان فاطمة بنت رسول
الله ارسلت الى ابي بكر الصديق تسأله ميراثها من رسول الله صلى الله عليه وسلم مما افاء الله عليه بالمدينة وفدك وما بقي من خمس خيبر فقال
ابو بكر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا نورث ما تركناه صدقة انما يأكل آل محمد من هذا المال واني والله لا اغير شيئا من صدقة
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حالها التي كانت عليه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلاعملن فيها بما عمل به رسول الله صلى الله عليه
وسلم فابى ابو بكر ان يدفع الى فاطمة منها شيئا • وسهم ذوي القربى ساقط لكن فقراؤهم يدخلون في اصناف الثلاثة فيقدمون في سهم
المساكين ويتيمهم في سهم اليتامى وابن السبيل منهم يدخل في سهم ابن السبيل • وعند الشافعي يقسم الخمس على خمسة اسهم سهم النبي يصرف
الى مصالح المسلمين كرصد الثغور وعمارة القناطر وارزاق القضاة • وسهم ذوي القربى يصرف الى اقارب رسول الله صلى الله عليه
وسلم بني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل • ويشترك فيه الغني والفقير للذكر مثل حظ الانثيين • واليه
ذهب احمد بن حنبل والباقي كقولنا • وعند مالك الامر مفوض الى الامام ان شاء قسم بينهم وان شاء اعطى بعضهم دون بعض وان
شاء اعطى غيرهم ان كان امر غيرهم اهم من امرهم • وعند ابي العالية سهم الله يصرف الى مصالح الكعبة والى عمارة الجامع ان كانت
الكعبة بعيدة من موضع القسمة • وقال في الكشاف وعن الحسن في سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لولي الامر من بعده • وكان
الخلاف بيننا وبين الشافعي ان الغني الهاشمي هل يستحق السهم من الخمس ام لا • له ان سهم ذوي القربى كان ثابتا في حياة النبي صلى الله
عليه وسلم فيكون ثابتا كما كان لانه لا نسخ بعده • ثم لا فصل في الاية بين الغني والفقير فيستويان • ولنا ان المراد من القرب في
النصرة لا قرب القرابة كان يعطي رسول الله صلى الله عليه وسلم لذوي القربى لنصرتهم لا لقرابتهم من حيث النسب فذهب الحكم
بذهاب العلة • يدل على هذا ما روى صاحب السنن وغيره مسندا الى سعيد بن المسيب قال اخبرني جبير بن مطعم قال لما كان يوم
خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان
ابن عفان حتى اتينا النبي صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله به فما بال اخواننا
بني المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما
نحن وهم شيء واحد وشبك بين اصابعه واشار الى نصرتهم • اعلم ان في سهم ذوي القربى اختلافا بين اصحابنا من قال انهم كانوا
يستحقونه بالمعنيين النصرة والقرابة جميعا • واستدلوا على ذلك بحديث عثمان وجبير حيث قال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم
انا وبنو المطلب لم نفترق في جاهلية ولا اسلام • واخبر انهم استحقوا بالنصرة والقرابة جميعا فلما لم يجتمعا لم يستحقوه فيما بعد ذلك
من القرابة فقد عدمت منه النصرة فحينئذ انما يستحقه بالفقر دون غيره ولا حق للاغنياء فيه • وقال اخرون من اصحابنا ان سهم
ذوي القربى في الاصل لم يجب الا للفقراء منهم ولم يكن مستحقا باسم القرابة دون الفقر • والدليل على ذلك ان النبي صلى الله عليه
وسلم اعطى بني المطلب ولم يعط بني عبد شمس ولا بني نوفل وهما جميعا في محل واحد من القرابة • ولو كان مستحقا بالقرب لاستحقه الجميع
لتساويهم فيه • ومن الدليل عليه ايضا ان الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم الخلفاء الاربعة لم يعطوا سهم ذوي القربى اغنياءهم وانما اعطوه
الفقراء كذا ذكر ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي • وقد احتج محمد باجماع الصحابة فقال كان الخمس يقسم على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم على خمسة ثم قسمه ابو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم على ثلاثة اسهم لليتامى والمساكين وابن السبيل ولا هم
معدلين الاجماع لا سيما اجماع الخلفاء الراشدين من غير انكار احد على ذلك • يدل على هذا ما اخرجه الطحاوي في شرح الآثار عن محمد
ابن خزيمة عن يوسف بن عدي عن عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق قال سألت ابا جعفر يعني محمد بن علي فقلت ارأيت علي بن ابي طالب
حيث ولي العراق وما ولي من امر الناس كيف صنع في سهم ذوي القربى فقال سلك به والله سبيل ابي بكر وعمر فقلت وكيف وانتم
تقولون ما تقولون قال اما والله ما كان اهله يصدرون الا عن رايه قلت فما منعه قال كره والله ان يدعى عليه خلاف ابي بكر وعمر
فعلم بهذا ان عليا اجرى سهم ذوي القربى كما اجرى ابو بكر وعمر لانه رآه عدلا وصوابا ولو كان رأيه خلاف رأيهما لرده الى ما راى واعلم
بهذا ان ما روي عن ابن عباس انه كان يرى سهم ذوي القربى قائما فليس بصحيح • ولئن صح فنقول المراد منه سهم ذوي الحاجات منهم ونحن

ونحن نقول لذلك ايضا حيث تقدمهم على سائر الفقرا لان سائر الفقرا لهم حق في الصدقة ولاحق لفقراء ذوي القربى الا في الخمس فان
قلت لا نسلم ان المراد قرب النصرة فلو كان كذلك لم يثبت الاستحقاق للنسا والذراري لعدم النصرة منهم • قلت المراد منه نصرة
لا نصرة القتال حيث صحبوا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين هجرة الناس ودخلوا معه الشعب في الاسلام • وهذا المعنى يوجد منهم كما يوجد
من الرجال • وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي سوال الاخبار عنه فقال ان قال قايل قوله تعالى وللرسول ولذي القربى
وعمومه يقتضي وجوب السهم للفقرا والاغنيا منهم قيل له هذا عندنا ليس بعموم بل هو مجمل موقوف الحكم على البيان من قبل ان قوله ولذي
القربى لا يختص بقرابة النبي صلى الله عليه وسلم دون قرابة غيره اذا كان الامر يتناول الجميع • الا ترى الى قوله تعالى واذ اخذنا
ميثاق بني اسرائيل لا تعبدون الا الله وبالوالدين احسانا وبذي القربى لم يختص بقرابة النبي دون غيره من الناس • وقد كان يجوز ان
يكون المراد به قرابة الخليفة او قرابة الغانمين او امير الجيش • وروي قتادة عن الحسن ان المراد به قرابة الخلفا • فلما لم يكن
في الاية دلالة على تخصيص قرابة النبي صلى الله عليه وسلم دون غيرهم صار اللفظ مجملا مفتقرا الى البيان وسقط الاحتجاج بعمومه • ثم
اعلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم هو محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وكان لعبد مناف خمسة بنين هاشم
والمطلب ونوفل وعبد شمس وابو عمرو واسمه عبيد درج ولم يعقب • وعثمان رضي الله عنه من بني عبد شمس لانه عثمان بن عفان بن ابي
العاص بن امية بن عبد شمس بن عبد مناف وجبير بن ابي نوفل فانه جبير بن مطعم بن عدي بن نوفل • قال البخاري في صحيحه قال
ابن اسحق عبد شمس وهاشم والمطلب اخوة لام وامهم عاتكة بنت مرة وكان نوفل اخاهم لابيهم قوله قال الشافعي لهم خمس
الخمس اي لذي القربى • والقربى القرابة قوله والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض • اراد بالعوض
خمس الخمس وبالمعوض الزكاة قوله وهو الفقر الصغير يرجع الى من في قوله من يثبت قوله وشيء من اصابعه
قال في الجمهرة كل متداخل متشابك ومنه قيل شبك بين اصابعه قوله فانما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح
الكلام تبركا باسمه هذا لفظ القدوري في مختصره • وكذلك روي الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى
سفيان الثوري عن قيس بن مسلم قال سالت الحسن بن محمد عن علي رضي الله عنه عن قول الله عز وجل واعلموا انما غنمتم من شيء قال
انا قوله فان لله خمسه فهو مفتاح كلام ولله تعالى الدنيا والاخرة قوله وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط
الصفي وهذا لفظ القدوري • وعند الشافعي سهم الرسول يصرف الى الخليفة في رواية والى مصالح المسلمين بعد النبوة في
رواية • لنا ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يستحق سهم الصفي وخمس الخمس ويجعل له مع ذلك في الغنيمة سهم كسهم رجل من المسلمين
كما قال الطحاوي في شرح الاثار والصفي سقط بموته فكذا خمس الخمس وسهم رجل من الغنيمة • وهذا لانه كان يستحق ذلك لانه كان
رسولا ولا رسول بعده وما نبه فلا يستحقه الخليفة • ولان الانبيا لا يورثون لما روينا عن عايشة ان ابا بكر ما دفع الى فاطمة
ميراثها من ذلك شيا مع ان فاطمة كانت اقرب الناس الى رسول الله صلى الله عليه وسلم واسهم به رحما • وهذا دليل ايضا على انهم ذوي
القربى ساقط لانه لو لم يكن ساقطا لكانت فاطمة اولى الناس به قوله والصفي شيء كان النبي صلى الله عليه وسلم يصطفيه لنفسه
من الغنيمة مثل درع او سيف وجارية • وحدث صاحب السنن باسناده الى الشعبي قال كان للنبي صلى الله عليه وسلم سهم يدعى الصفي ان شا
عبد وان شا امة وان شا فرس يختاره قبل الخمس • وقال محمد في السير الكبير باسناده الى الزهري عن سعيد بن المسيب قال كان
سيف النبي صلى الله عليه وسلم ذو الفقار الذي نفله يوم بدر وكان سيف العاص بن منبه بن الحجاج فهذا دليل على انه لم يكن من الخمس • وذكر
هشام بن محمد بن السايب الكلبي عن ابيه في كتاب السيوف كان سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم ذا الفقار وكان للعاص بن منبه بن الحجاج
السهمي فقتله علي بن ابي طالب يوم بدر وجا بسيفه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فصار بعد لعلي اعطاه اياه النبي صلى الله عليه وسلم وله
يقول القايل لا سيف الا ذو الفقار ولا فتى الا علي الى هنا لفظ كتاب الكلبي • وما ذكر الزمخشري في فايقه ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم نفله في غزوة بني المصطلق ليس بصحيح لرواية من هو اقدم واعلم بحاله لا سيما امر المغازي فان الكلبي ابدا فيه • وذكر
في الصحيح البخاري والسنن مسندا الى انس بن مالك قال قدمنا خيبر فلما فتح الله عليه الحصن ذكر له جمال صفية بنت حيي بن اخطب
وقد قتل زوجها وكانت عروسا فاصطفاها النبي صلى الله عليه وسلم لنفسه قوله والحجة على ما قدمناه • اي الحجة على
الشافعي ما قال ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته قوله وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى
الله عليه وسلم بالنصرة هذا لفظ القدوري قوله لما روينا اشارة الى قوله والنبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة
الى اخرها قال قوله قال وبعده بالفقر • اي قال القدوري في مختصره وبعده بالفقر • اي وبعد النبي عليه الصلاة
والسلام كانوا يستحقون سهم ذوي القربى بالفقر • قال صاحب الهداية استحقاقهم ذلك بالفقر قول الكرخي • وقال الطحاوي
سهم الفقير منهم ساقط ايضا كالغني قوله لما روينا من الاجماع اشارة الى ما ذكر بقوله ولنا ان الخلفا الراشدين قسموه على
ثلاثة قوله ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف • اي لان في سهم ذوي القربى معنى الصدقة • لان الغانمي الذي
صرف له فقيرا اذ لم يكن فقيرا لا يجوز صرفه اليه بعد النبي صلى الله عليه وسلم باتفاق الروايات عن اصحابنا • فلما كان فيه معنى
الصدقة حرم ذوي القربى اياه كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة • العمالة وهو ما يعطى على عمله وقد مر ذلك في الزكاة هو
قوله وجه الاول اراد به قول الكرخي قوله وقيل هو الاصح • وانما قال قيل لان في كون قول الكرخي اصح خلاف
قول المشايخ قوله والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنيا • اي اجماع الخلفا الراشدين انعقد على سقوط حق الاغنيا من
ذوي القربى قوله اما فقراوهم • اي فقراء ذوي القربى يدخلون في الاصناف الثلاثة • اي في اليتامى والمساكين وابنا السبيل

فرع قوله وإذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيا لم يخمس • وهذا لفظ القدوري
في مختصره • وقال الشافعي يخمس • قال في السير الصغير الرجل والرجلان يخرجان من دار الاسلام مغيرين في دار الحرب فيصيبان
الشي لا يخمس فيما اصابوا • وان بعث الامام رجلا واحدا طليعة من العسكر فاصاب غنيمة يخمس • وقال في السير الكبير ولو ان
رجلا او رجلين او ثلاثة او من لا منعة له من المسلمين او من اهل الذمة دخلوا دار الحرب بغير اذن الامام فاصابوا غنايم فاخرجوها
الى دار الاسلام كان ذلك كله لهم ولا خمس فيه • فان كان الامام اذن فيه لم يخمس ما اصابوا وكان ما في ايديهم على سهام الغنيمة
الى هنا لفظه • وذلك لان الاذن اذا لم يوجد صار اخذهم كاخذ اللص ولا خمس فيه لان الخمس انما يكون في الماخوذ قهرا وغلبة
ولم يوجد • ثم ما اخذ كل واحد لا يشركه فيه اصحابه لانه اخذ مالا على اصل الاباحة كالصيد والحطب • وان اجتمعوا على اخذ
شي واحد فهو بينهم كساير المباحات • اما اذا وجد الاذن من الامام يخمس لانه وجد القهر والغلبة اعتبارا وان لم يوجد
حقيقة لان الامام لما اذن التزم نصرتهم وامدادهم • ولا يقال قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شي فان لله خمسه مطلق فينبغي
ان يخمس وجد الاذن او لم يوجد لانا نقول الغنيمة عند العرب هو الماخوذ قهرا وغلبة • وما اخذ اللص سرقة وما اخذ الواحد
والاثنان فهو اختلاس فلا يدخل تحت الغنيمة • ولا يقال ينتقض قولكم بجماعة لهم منعة دخلوا فاخذوا حيث يخمس ما اخذوا وان لم
يأذن الامام لانا نقول لانسلم لوجود معنى القهر والغلبة بالمنعة قوله ولو دخل الواحد او الاثنان باذن الامام ففيه
روايتان والمشهور من الرواية ما ذكرنا من السير الكبير والصغير والرواية الاخرى رواية البرامكة ذكرها الناطفي في الاجناس
وقال وفي البرامكة مسلم ماذون في دار الحرب وكان خروجه باذن الامام او بغير اذنه لا خمس فيما اصاب من اهل الحرب • وكذلك
الاثنان والثلاثة وان كانت سرية خمس فيما اصابوا باذن الامام خرجوا او بغير اذنه • والسرية تسعة • ثم نقل الناطفي عن كتاب
الخراج لابن شجاع قال ابو حنيفة يقول اذا دخل الرجل وحده فغنم والعسكر في طرف ارض الكفر للمسلمين لا يخمس فيما اخذ حتى يصير والسرية
فاذا بلغ ذلك فهم سرية قوله مغيرين لفظ الجمع لا التثنية بدليل قوله فاخذوا • ويجوز عود الضمير الى المعطوف والمعطوف
عليه وان كان العطف بلفظ او كما في قوله تعالى ان يكن غنيا او فقيرا فالله اولى بهما قوله بالامداد بكسر الهمزة • اي بالاعانة
قوله فصار كالمنعة • اي صار الامام كالمنعة لهم حيث اذن لهم قوله وان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيا
خمس وان لم ياذن لهم الامام هذا لفظ القدوري في مختصره ولم ينص على قدر المنعة • واشار في البرامكة وفي كتاب الخراج
لابن شجاع الى التسعة وقدرناها • وانما خمس الماخوذ بالمنعة لقوله تعالى ما غنمتم من شي الاية • وهذا داخل تحت الاية
لانه ماخوذ بالقهر والغلبة • ولانه ماخوذ بظهر بظهر المسلمين لان نصرتهم تجب على الامام لئلا يلزم ظهور ضعف المسلمين هو
بخلاف دخول الواحد وما اشبهه • قال في السير الكبير اذا خرج قوم لا منعة لهم باذن الامام • وقوم لهم منعة وقد اصابوا الغنايم قبل ان
تلتقوا الحرب وبعدما التقوا الحرب فانه يخمس جميع ما اصاب الفريقان • وكذا التقى الفريقان بحيث لم يصر لهم منعة فضل الذين دخلوا باذن
الامام وخمس نصيب الذين دخلوا بغير اذن الامام ولم يخمس قوله خذلهم فيما اخذت الرجل اخذه خذلا وخذلانا
اذا ترك معونته قوله فيه وهن المسلمين • اي فيه خذلانهم ضعف المسلمين • والوهن يكون الضعف مصدر قولهم وهن
فهو وانح مصدر وهن يوهن من باب علم والله اعلم

فصل

في التنفيل لما كان هو
النفل من تعلق بالغنيمة ذكره بعد ذكر الغنايم • يقال نفل السلطان فلانا اذا اعطاه سلب قتيل نفله • ونفله نفلا ونفله تنفيلا
لغتان فصيحتان كذا قال ابن دريد • والنفل ما يتحصر الغنيمة وجمعه انفال ومنه قول لبيد • ان تقوى ربنا خير نفل • وبادن
الله ريثي والعجل قوله قال ولا باس ان ينفل الامام في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه
او يقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس • اي قال القدوري في مختصره والتاني قوله فيقول لتفسير ما قبله • والما قيد
بقوله في حال القتال لان التنفيل انما يصح عندنا اذا كان قبل الاصابة • وعند الاوزاعي يصح بعد الاصابة في حق السلب
للقاتل كذا ذكر في الاسرار • ثم اعلم ان السلب لا يخمس اذا نفل الامام مطلقا بان قال من قتل قتيلا فله سلبه • او قال من اخذ
شيا فهو له • او قال للسرية ما اصبتم فلكم منه الربع او الخمس بعد الخمس او بعد الخمس يخمس حينيذ • ومعنى قوله جعلت لكم الربع
بعد الخمس اي ربع ما اصبتم بعد رفع خمسه • ثم الاصل في جواز التنفيل قوله تعالى يا ايها النبي حرض المومنين على القتال • وبما
التنفيل تحريض عليه فجاز • وذلك لان اهل الشجاعة يخاطرون بانفسهم ويظهرون الجلادة رغبة في السلب فتنكسر شوكة الكفار وفيه
مصلحة الاسلام واهله فكان جايزا • وحدث البخاري وغيره مسندا الى قتادة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين
من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه • وحدث صاحب السنن مسندا الى ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر من
قتل قتيلا يسميه الشي باسم ما يوول اليه كقوله تعالى اني اراني اعصر خمرا • وقوله تعالى انك ميت وانهم ميتون قوله ثم قد يكون
التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره • وانما ذكر هذا بسبيل التفريع • يعني ان التنفيل كما يكون بما ذكر في مختصر القدوري
وهو التنفيل بالسلب والتنفيل بالربع بعد الخمس يكون بغيره ايضا ولا ينحصر بما ذكره بل يجوز بغيره • بان يقول جعلت لكم
النصف بعد الخمس مثلا • او يقول ما اصبتم فهو لكم الا ان الاولى ان لا يفعل بجميع الماخوذ لان فيه قطع حق الباقين من الغزاة
ومع هذا لو فعل جاز لما راي فيه من المصلحة • قال بعض الشارحين اراد بقوله وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة وفيه
نظر لانه داخل تحت ما ذكر في مختصر القدوري لان السلب يشتمل على وسط القتيل من الذهب والفضة فكيف يكون الذهب
والفضة غير ما ذكر في المختصر • والسرية عدد قليل يسيرهم الامام طليعة الى العدو ولا يجاوزون اربع مائة كما قال الحسن بذلك

ولهذا قال محمد في السير الكبير افضل ما يبعث في الرؤس اماداناه بلانة ولو بعث بما دونه جاز • ثم اعلم ان التنفيل بالذهب والفضة
يجوز بعد ما خلا الحال خلافا للمجهول لان النبي صلى الله عليه وسلم نفل ابن مسعود يوم بدر سيف ابي جهل وكان عليه فضة قوله ولا ينفل بعد
احراز الغنيمة بدار الاسلام هذا لفظ القدوري في مختصره واستثنى منه بقوله الا من الخمس • وذلك لانه بعد الاحراز تأكد حق الغزاة
في الغنيمة فلا يجوز للامام ان يقطع حقهم • ولان التنفيل نوع تحريض على القتال فلا يحتاج الى التحريض بعد استقرار الهزيمة هـ
واحراز الغنيمة بدار الاسلام بخلاف الخمس فانه لا حق فيه للغزاة فلا يلزم قطع حقهم فيتصرف الامام فيه على ما رأى من المصلحة في
امور المسلمين قوله واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء وهذا لفظ القدوري في مختصره
وقال الشافعي اذا كان القاتل مقبلا فالسلب للقاتل • لما روي عن ابي قتادة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين
من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه فقتل ابو طلحة يومئذ عشرين رجلا واخذ اسلابهم • وجه الاستدلال ان الظاهر منه نصب
الشرع كما في قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه فيكون السلب للقاتل سواء اشترط الامام او لم يشترط الا ان المقبل له غناء
اي كفاية في الجهاد لا يوجد ذلك في المدبر فيختص بالسلب اظهارا لفضيلته دون المدبر • ولنا ان السلب غنيمة لانه مال ماخوذ قهرا
فيدخل تحت قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فيكون القاتل وغيره سواء اذا لم يوجد التنفيل لانه اخذ بقوة الجند • وروي
في الشرح وشرح الآثار مسندا الى عكرمة عن ابن عباس قال لما كان يوم بدر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من فعل كذا وكذا فله
كذا وكذا فذهب شبان الرجال وجلست الشيوخ تحت الرايات فلما كانت الغنيمة جاء الشبان يطلبون نفلهم فقال الشيوخ لا تستأثروا
علينا فانا كنا تحت الرايات هـ فلما كانت الغنيمة ولو انهزمتم كنا ردءا لكم فانزل الله عز وجل يسألونك عن الانفال قل الانفال
لله ثم قرأ حتى بلغ كما اخرجك ربك من بيتك بالحق وان فريقا من المؤمنين لكارهون • يقول اطيعوني في هذا الامر كما رايتم عاقبة
امري حيث خرجتم وانتم كارهون فقسم بينهم بالسواء ففي هذا الحديث دليل على ان السلب لا يكون للقاتل لانه لو كان له لاعطاهم
النبي صلى الله عليه وسلم خاصة دون غيره • والجواب عن حديث الخصم فنقول يحتمل ان يكون المراد منه نصب الشرع كما قال الخصم ويحتمل
ان يكون اراد به من قتل قتيلا في تلك الحرب كما قال عليه الصلاة والسلام يوم فتح مكة من القى سلاحه فهو امن فلم يكن ذلك على من القى
سلاحه في غير تلك الحرب فلما احتمل قلنا ان ذلك الحديث ورد يوم حنين فلم يكن السلب للقاتل قبل ذلك بالاتفاق فلم نعلم يقينا
انه لا يكون له • ويدل الحديث الذي روينا على ان المراد مما رواه ليس نصب الشرع بل المراد منه التنفيل • يوم ان المسلمين
يوم حنين ولوا منهزمين حيث اشتدت الحرب فاحتاج صلى الله عليه وسلم الى التحريض بالتنفيل فقال من قتل قتيلا فله سلبه فتعين الكلام
للتنفيل دون ما قاله قوله فنحمله على التنفيل • اي نحمل الحديث الذي رواه الشافعي على التنفيل لما رويناه دون ما قاله هـ
اي لحديث حبيب بن ابي سلمة وهو قوله عليه الصلاة والسلام ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس حبيب بن ابي سلمة وهو قوله
عليه الصلاة والسلام امامك قوله وزيادة العنا لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرنا اشارة الى ما ذكره في فصل كيفية القسمة
ولان الكر والفر من جنس واحد والية لا لانه يتعذر اعتبار مقدار الزيادة لانه كم من واحد من الفرسان او الرجالة مثل هـ
الالف في العنا • ولا يعتبر ذلك في استحقاق زيادة السهم لانه من جنس واحد فكذا هنا زيادة العنا في القتل لا تعتبر قوله
والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه هذا لفظ القدوري في مختصره في تفسير السلب • وكذا ما على مركبه يجمع هـ
الالة وما عليه من مال في حقيبته وما في وسط القتيل من الدنانير والدراهم كل ذلك سلب وما عدا ذلك اذا كان مع غلامه
او على دابة اخرى فليس بسلب • قال في الجمهرة الحقيبة الزيادة في مؤخر القتب وكل شيء شددته في مؤخرة رحلك او قتبك فقد احقبته
وكثر ذلك حتى قالوا احقب فلان خيرا او شرا اذا ادخره • وقوله ومركبه بالرفع قوله لما مر اشارة الى ما ذكره في
باب الغنائم بقوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثانية معدومة اي اليد الناقلة معدومة قبل الاحراز فلا
يثبت الملك قوله حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها • وهذا هـ
عند ابي حنيفة وابي يوسف • وقال محمد له ان يطأها ويبيعها هذا ايضاح لثبوت الملك للمنفل له بعد الاحراز ذكر الخلاف
في الزيادات بين محمد وصاحبيه واعتمد عليه صاحب الاسرار وتبعه صاحب الهداية ولم يذكر الخلاف في السير الصغير الاصل بل
قال فيه اذا قال الامام من اصاب شيئا فهو له فاصاب رجل جارية فاستبرأها لا يطأها ولا يبيعها حتى يخرجها الى دار الاسلام واعتمد
عليه الحاكم الشهيد في الكافي • وذكر الكرخي الخلاف بين ابي حنيفة خلافا لمحمد واعتمد عليه صاحب المختلف والمنظومة • وجه
قول محمد ان سبب الملك قد تم بدليل ان المدد لا يشاركونه فيها • ووجه قولهما ان سبب الملك قاصر لان اهل الحرب مقهورون
يدا قاهرون دارا فاوجب ذلك شبهة • قال فخر الاسلام في شرح الزيادات اجمعوا ان من دخل متلصصا دار الحرب فاخذ جارية
فاستبرأها بحيضة لا يحل له وطؤها حتى يخرجها ثم يستبرئها قوله كما يثبت بالقسمة في دار الحرب والشراء من الحربي • يعني كما يثبت
الملك عند محمد لان خلاف محمد ثابت في المنفل ايضا اعني في مسألة القسمة والشراء ذكر الخلاف فخر الاسلام في شرح الزيادات ولهذا
حتى خلاف محمد في الشراء في المختلف والمنظومة ايضا قوله ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الخلاف ذكر هذا لدفع
شبهة ترد على قول ابي حنيفة وابي يوسف • بيانه ان محمدا ذكر في الزيادات ان المتلف لسلب نفله الامام يضمن لان الحق متأكد
ولم يذكر فيه الخلاف فورود الضمان شبهة عليهما • لان الضمان دليل تمام الملك فينبغي ان يحل الوطء على قولهما ايضا بعد الاستبراء فاشار
في جوابه الى ان على الاختلاف ايضا يعني عند محمد يضمن خلافا لهما فلم يدل المذكور في الزيادات على حل الوطء عندهما قبل الاحراز قوله
لما ذكر قبل

باب استيلاء الكفار

هذا

هذا اي حال استيلاء المسلمين على اموال الكفار ذكر هنا حال استيلاء الكفار على اموال الكفار الاخرين في دار حرب اخرى او على اموال
المسلمين وما يترتب عليه من المسائل قوله وان غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها وهذا لفظ القدوري
في مختصره وذلك لان سبب الملك هو الاستيلاء على مال مباح وقد حصل ذلك • وتحقيقه يجيء بعد هذا عند قوله واذا غلبوا
على اموالنا والترك جمع تركي والروم جمع رومي والمراد كفار الترك وكفار الروم ومنه ما روى البخاري في الصحيح عن ابي هريرة قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقوم الساعة حتى تقاتلوا الترك صغار الاعين حمر الوجوه ذلف الانوف كان وجوههم المجان المطرقة
والذلف قصر الانف وانبطاحه ورجل اذلف وامرأة ذلفا • والجمع ذلف • والمطرقة هي التي البست الاغشية من الجلود شبه عرض
وجوههم ونتو وجناتهم بظهور الترسة قوله فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك هذا لفظ المختصر ايضا اي حل لنا
ما نجد في ايدي الترك مما اخذوه من الروم لانهم لما ملكوه بالاستيلاء صار هو وسائر املاكهم سواء قوله فاذا غلبوا على اموالنا
واحرزوها بدارهم ملكوها • وهذا لفظ القدوري في مختصره • وقال الشافعي لا يملك الكفار اموالنا وان احرزوها
بدارهم • له ما حدث الطحاوي في شرح الآثار وغيره مسندا الى عمران بن حصين قال كانت العضباء من سوابق الحاج فاغار المشركون
على سرح المدينة وفيه العضباء فاسروا امرأة من المسلمين وكانوا اذا نزلوا يريحون ابلهم في افنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة هـ
وقد نوموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رغا حتى اتت على العضباء فاتت على ناقة ذلول فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل
نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت الناقة فاتوا بها النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته المرأة بما نذرت فقال بئس ما جزيتيها او وفيتها لا وفاء
لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن ادم • فعلم بهذا ان الكفار لا يملكون اموال المسلمين • فلو كانوا يملكون لملكت المرأة العضباء بالاخذ
منهم • ولان اخذهم عدوان محض فلا يصير سببا للملك كغصب المسلم من المسلم • ولان الاستيلاء انما يكون سببا للملك اذا ورد على
مباح وهنا ورد على محظور معصوم حقا للمسلم فلا يكون سببا للملك كالاستيلاء على رقبة المسلم • ولنا قوله تعالى للفقراء المهاجرين
الذين اخرجوا من ديارهم واموالهم فيه اشارة الى زوال املاكهم الى الكفار حيث سماهم الله تعالى فقراء لان الفقير عديم الملك لا بعيد اليد
عن الملك • ولهذا كان المكاتب فقيرا • وان اصاب مالا عظيما • ولهذا كان ابن السبيل في كتاب الله غير الفقير لان ابن السبيل بعيد
اليد عن الملك لا عديم الملك • وروى البخاري في الصحيح مسندا الى اسامة بن زيد انه قال زمن الفتح • يعني فتح مكة يا رسول الله
اين تنزل غدا قال النبي صلى الله عليه وسلم وهل ترك لنا عقيل من منزل وانما قال هذا لانه كان استولى عليه عقيل • وروى محمد بن الحسن في
الاصل عن ابن عباس ان رجلا وجد بعيرا له في المغنم قد كان المشركون اصابوه قبل ذلك فسأل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان وجدته
قال ان لم يقسم فلك وان وجدته بعد ان يقسم اخذته بالثمن ان شئت • وهذا دليل على ملك الكفار بعد الاحراز لانه قال عليه الصلاة
والسلام بعد القسمة اخذته بالثمن الا انه كان احق به من سائر المسلمين اخذه قبل القسمة بلا شيء • وروى الطحاوي في شرح الآثار
باسناده الى تميم بن طرفة ان رجلا اصاب له العدو بعيرا فاشتراه رجل منهم فجاء به فعرفه صاحبه فخاصمه الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال ان اعطيته ثمنه فهو لك والا فهو له • وروى الطحاوي ايضا باسناده الى قبيصة بن ذويب ان عمر بن الخطاب قال فيما احرزه
المشركون فاصابه المسلمون فعرفه صاحبه ان ادرك قبل ان يقسم فهو له وان جرت فيه السهام فلا شيء له • وروى ايضا فيه عن ابي عبيدة
مثل ذلك • وروى ايضا فيه باسناده الى سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت مثله • وروى ايضا فيه باسناده الى قتادة عن خلاس
ان عليا رضي الله عنه قال من اشترى مما احرز العدو فهو جائز فهذا كله دليل على ان المشركين اذا احرزوا ملكوا • ولان الاستيلاء على مال مباح
سبب للملك • واستيلاء الكفار على اموالنا بعد الاحراز بدارهم استيلاء على مال مباح بالاباحة الاصلية فيكون سببا للملك كاستيلائنا
على اموالهم بعد الاحراز • وانما ثبتت العصمة للمال ليتمكن المالك من الانتفاع ودفع الحاجة لانه اذا لم يكن معصوما كان كل احد بسبيل من التعرض
فلا يحصل المصلحة المطلوبة من العصمة وهي التمكن من الانتفاع ودفع الحاجة • فلما زال التمكن من الانتفاع ودفع الحاجة بعد احرازهم
سقطت العصمة فعاد مباحا فملكوه بالاستيلاء • فان قلت لا نسلم ان المال مباح باصل الخلقة قلت انه مباح لقوله تعالى خلق لكم ما في
الارض جميعا فاللام للاختصاص فيقتضي الاختصاص بجهة الانتفاع مطلقا دون اختصاص الواحد بشيء من ذلك لان فيه منع الباقين
من الانتفاع وقد اضيف اليهم جميعا بحرف الاختصاص • والجواب عن حديث العضباء فنقول ان المشركين ما كانوا احرزوها بدارهم
بدليل قوله وكانوا اذا نزلوا يريحون الابل في افنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد نوموا فيفهم منه انهم كانوا بعد
في الطريق وقبل الاحراز لا يثبت الملك فلا يكون حجة علينا • ونقول سلمنا انهم احرزوها بدارهم لكن المرأة نذرت في الطريق
قبل الاحراز بدار الاسلام • الا ترى انها قالت ان نجاها الله تعالى لتنحرنها وما لم يملك قبل الاحراز بدار الاسلام فلاجل
هذا قال عليه الصلاة والسلام لا نذر فيما لا يملك ابن ادم • والجواب عن معقولهم فنقول لا نسلم ان استيلاء الكفار ورد على مال
محظور معصوم لان استيلاءهم انما يتحقق على اموالنا بعد الاحراز بدارهم • لان الاستيلاء عبارة عن الاقتدار على المحل مطلقا
على وجه يتمكن من الانتفاع في الحال ومن الادخار الى الزمان الثاني والاقتدار بهذه الصفة لا يكون الا بعد الاحراز • ثم
بعد احرازهم ارتفعت العصمة لما قلنا فورد الاستيلاء حينئذ على مال مباح لا على مال محظور كمال المسلم الذي اسلم ثمة ولم يهاجر
الباقي بكراهة اخذهم عدوانا محضا كما لا يكون عدوانا لو نفحنا لهم وفيه مسلم لم يهاجر الينا فهلك امواله الا ما كان في يده من
منقول • وقياس المال على الرقبة ضعيف لان المال مباح في الاصل • بخلاف الادمي فانه خلق مالكا للاشياء محترما معصوما
ولان دعلينا الاسترداد بالملك القديم لانه ليس لان الملك قائم بل لان المالك القديم احق كالشفيع ليس له ملك في المبيع ولكنه احق من
المشتري بعد قوله • والباقي يعلم في طريقة الخلاف ان شاء الله تعالى قوله محظورا ابدا • اي في دار الاسلام

ذاتها اي بدار بعد الاحراز بدار الحرب قوله والمحظور اراد به المحظور من وجه لان المحظور من كل وجه وهو الباطل لا يكون
سببا للملك عندنا ايضا كالبيع بالميتة او الدم او الخمر قوله لا ينتهض سببا • اي لا يقوم • يعني لا يكون سببا قوله على
ما عرف من قاعدة الخصم • وذلك ان النهي يعدم المشروعية عنده قوله وهذا اشارة الى ان الاستيلاء ورد على مال مباح
قوله على ما نذكره الدليل اراد به قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا • يعني ان الدليل يقتضي الاباحة في المال وثبوت
العصمة فيه ينافيها قوله ضرورة تمكن المالك • اي لضرورة تمكنه وهو دليل ثبوت العصمة قوله لانه • اي لان هم
الاستيلا قوله محلا اي الانتفاع المال المحال وتمالا اي كما ينبغي يعني الادخار الى الزمان الثاني قوله والمحظور لعينه اذا صلح
سببا لكرامة الى اخره جواب عن قول الخصم والمحظور لا ينتهض سببا للملك يعني ان الملك مباح لعينه لكن الحظر فيه لحق الغير وهو المالك
ثم المحظور لعينه يصلح سببا للثواب كما في الصلاة في الارض المغصوبة • والثواب اعلى النعم فلان يصلح سببا للملك الذي هو ادنى اوليا
على انا نقول المحظور قد يصلح ان يكون سببا للملك كما في الشراء على سوم اخيه والبيع عند الاذان يوم الجمعة وبيع الحاضر للباد وبيع
وبيع المتلقي للسلعة فانتقض اصله حينئذ قوله فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالك قبل القسمة فهي لهم بغير شي • وان
وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا وهذا لفظ القدوري في مختصره • اي ان غلبة المسلمين على الاموال التي اخذها
الكفار منا فاستنقذوها فما قبل القسمة بغير شي او بعد القسمة بالقيمة • وعند الشافعي ياخذه في الوجهين بغير
شي لان الملك لا يثبت للكفار عنده وقد مر جوابه مستوفيا في المسلة المتقدمة • ولان حق المالك القديم زال بغير رضاه فاثبت
الشرع حق الاخذ نظرا له فياخذ بغير شي او لان الملك لما كان عاما لم يثبت له حق الملك قبل القسمة لان الملك في المغنوم عام بين هم
الغانمين قبل القسمة عليهم فلم يلتفت اليه فاخذ بغير شي او لان الملك لما كان عاما لم يثبت له حق الملك • ولهذا لو وقع في الاسرار
او واحد من الغانمين لو استولد جارية من المغنم لم يثبت النسب لعدم الملك لعموم الشركة • بخلاف ما بعد القسمة حيث ياخذ
بالقيمة لانه لو اخذ بلا شي يتضرر المالك الجديد بذلك لانه اخذ عوضا عن نصيبه في المغنم فيفوت ذلك لاجله فلا بد الا النظر للمالك
القديم والجديد فاثبتنا حق الاخذ لكن بالقيمة قوله وان دخل دار الحرب تاجر فاشتراه وذلك واخرجه الى دار الاسلام
فمالكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذي اشتراه وان شاء تركه • وهذا ايضا لفظ القدوري • وذلك لان التاجر حصل
له الملك فيه بعوض فاذا اخذه المالك القديم بغير شي يتضرر التاجر فلدفع الضرر عنه • قلنا ياخذ المالك بالثمن ان شاء وقد
ذكرنا حديث تميم بن طرفة في هذه الحادثة قبل هذا والقول في الثمن قول المشتري مع يمينه كذا ذكر الحاكم الشهيد قوله
ولو اشتراه بعرض اخذه بقيمة العرض • ولو وهبوه لمسلم ياخذه بقيمته هذا تفريع مختصر لمسلة المختصر • اي لو اشتراه هم
التاجر بالعرض ياخذه المالك القديم بقيمة ذلك العرض ان شاء كيلا يتضرر التاجر • وكذا اذا وهب اهل الحرب لمسلم اخذه
المالك القديم بالقيمة لانه حصل له ملك خاص بالهبة فلا يجوز ابطاله بلا عوض • لانما لحصل الملك الموهوب له بلا عوض ينبغي ان
يجوز ابطاله بلا عوض لان المكافاة مقصودة بدليل ما روي عن عايشة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اولي معروفا
فليكافي به فان لم يستطع فليذكره فان ذكره فقد شكره فكان المكافاة بالذكر كالعوض • ولو كان ذلك المغنوم مثليا
كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون اخذه المالك القديم قبل القسمة بلا شي ولا ياخذه بعد القسمة لانه لو اخذه بالمثل فلا
فايدة فيه • وكذلك حكم المثلي اذا كان موهوبا لواحد لا ياخذه المالك القديم لعدم الفايدة قوله لما بينا اشارة
الى قوله لان الاخذ بالمثل غير مفيد قوله وكذا اذا كان مشترا بمثله قدرا ووصفا لانه لا فايدة في ان يعطي عشرة
مثاقيل جياد ويأخذ عشرة مثاقيل جياد • او يعطي عشرة اقفزة جيد ويأخذ عشرة اقفزة جيد الا اذا اشتري بخلاف
الجنس او الا اذا اشتري بالاقل قدرا او بالاردا وصفا فحينئذ يكون للمالك القديم اخذه بمثل ما اشتراه لوجود الفايدة ولا
يلزم الربا لانه يفدي الى قديم ملكه لكن اعطي المشتري ثمن المبيع دفعا للضرر عنه قوله قال فان اسروا عبدا فاشتراه
رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقيت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذي اخذ به من العدو • وصورة هم
المسلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد لرجل اسره العدو فاشتراه رجل من المسلمين فاخرجه ففقيت عينه
فاخذ المولى ارشها فيرجع المولى الاول بكم ياخذ العبد قال بالثمن الذي اخذه من العدو • واصله ان الكفار يملكون اموالنا
بالاحراز بدارهم عندنا وقد مر بيانه • ثم اذا اشترى رجل عبدا ماسورا من العدو صح شراؤه فاذا صح شراؤه صح ملكه
في العبد لكن للمالك القديم حق اخذ رقبة العبد ان شاء بالثمن الذي اشتري به المشتري لحديث تميم بن طرفة وقد مر قبل هذا
ولانه لو اخذه مجانا يتضرر به المشتري وليس للمالك ان يتضرر بغيره لكن ليس للمالك القديم ان ياخذ الارش لانه انما كان احق هم
بالرقبة لاعادة العبد الى قديم ملكه • والارش حصل في ملك المشتري صحيحا وليس فيه الاعادة الى قديم الملك ومع هذا
لو اخذ الارش اخذه بمثله فلا فايدة فيه لان الارش دراهم او دنانير • الا ترى ان العبد لو قتل في يد المشتري خطا فاخذ
قيمته لم يكن للمالك القديم عليه في القيمة سبيل لعدم الفايدة فكذا هنا • وفي الزيادة والنقصان ربا وهو حرام • ثم
اذا لم ياخذ الارش ليس له ان يحط شيا من الثمن في العين لان العين بمنزلة الوصف لانه يحصل بها صفة الكمال في الذات
والاوصاف لا يقابلها شي من الثمن وكذا فات الوصف في ملك صحيح • وبذهابه لا يسقط شي من الثمن لانه تابع • الا ترى انه
لو اشترى عبدا فذهبت يده او عينه لا يسقط شي من الثمن لانه تابع • الا ترى انه لو اشترى عبدا فذهبت يده او عينه لا
يسقط شي من الثمن • ولهذا اذا استهلك انسان شيا من بنا الدار التي فيها الشفعة يسقط من الشفيع حصته لان المبيع لما كان

واجب الرد الى الشفيع بتحول الصفقة اليه صار المشتري شرا فاسدا والوصف فيه مقصود لانه واجب الرد كما في الغصب فكذا فيها بخلاف
ما نحن فيه فان الملك صحيح للمشتري من العدو ويحصل الرق • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي عن محمد ان المولى يسقط
عنه حصة الارش من الثمن لهذه الجملة بمنزلة الشفيع انه ياخذ بالحصة اذا استهلك انسان شيا من البنا فكذا عينه • اي اخرجها هي منقوة
قوله فلما قلنا اشارة الى قوله لانه يتضرر بالاخذ مجانا قوله لان الملك فيه صحيح احترازا عن الشرا الفاسد فان الوصف
فيه مقصود قوله اشاهما • اي فيما اذا اشتري من العدو قوله فافترقا اي الملك الصحيح والمشتري شرا فاسدا وقد مر
قوله وان اسروا عبدا فاشتراه رجل العدو درهم ثم اسروه ثانية • اي مرة ثانية وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال في العبد ياسره اهل الحرب فيشتريه منهم رجل بالف درهم ثم يوسر ثانية فيشتريه
اخر بالف قال لا سبيل للاول عليه لكن المشتري الاول ياخذه بالثمن الثاني • وذلك لان الكفار اخذوا في المرة الثانية العبد
ملك المشتري الاول فياخذه من المشتري الثاني بالثمن الذي اخذ به هو • ثم المولى القديم ياخذه ان شاء من المشتري الاول بالثمنين
لانه قام العبد بهما الف الثمن والف الفداء فصار كرجل وهب لرجل عبدا فوهبه الموهوب له من اخر فليس للواهب الاول على الثاني
سبيل ما لم يرجع الثاني في هبته فكذا هنا قوله وان اسروه • اي اسر الكفار قوله قام عليه اي على المشتري الاول
قوله الماسور منه الثاني وهو المشتري الاول قوله يشتر للاول اي للمولى الاول وهو المالك القديم قوله بحال
حضرته اي حضرة الماسور منه الثاني وهو المشتري الاول قوله ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا
ومكاتبينا واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك • وهذا لفظ القدوري في مختصره • وفايدته ان المولى ياخذه بلا شي قبل
القسمة وبعدها • وكذلك اذا اشترى رجل واحدا مما ذكرنا من اهل الحرب بعد استيلايهم ياخذه المولى بلا شي • والاصل فيه ما
ذكر في شرح الطحاوي ان كل ما يملك بالميراث يملك بالاسر والاستيلاء والقهر والغلبة • وكلما لا يملك بالميراث لا يملك بالاسر والقهر
والغلبة • وهذا لان سبب التملك وهو الاستيلا انما ينعقد سببا اذا اتصل بالمحل كما في ساير الاسباب فلم يتصل بما لا حق فيه فلا يكون سببا
فلا يملكهم • وذلك لان الحر ليس بمحل للتملك لعصمته وكذا المدبر والمكاتب وام الولد ليسوا بمحل له لاستحقاقهم الحرية • ولهذا
لا يجوز ان يتملكهم بالعقود • وهذا معنى قوله لانه ثبت الحرية فيه من وجه اي فيمن سوى الحر لا يقال اذا ظهرنا عليهم نملك جميعهم حرا كان
او مدبرا او غير ذلك فينبغي ان يملكوا علينا ايضا كذلك من غير فرق بين الحر والمدبر والمكاتب وام الولد وبين العبد القن لانا
نقول يجوز تملكهم على تبعهم بالقهر والغلبة وان كان حرا فكذا جاز تملكها على احرارهم ولا يجوز تملكنا على احرارنا ومدبرنا ومكاتبنا
وامهات اولادنا بالعقود فلا يجوز تملكهم ايضا قوله من سواه اي من سوى الحر قوله ولا جناية من هولا • اي من هو لا الذين
هم المدبرون وامهات الاولاد والمكاتبون والاحرار لم يوجد جناية الكفر فلم يستحقوا الرق • بخلاف اهل الحرب فانهم لما كفروا
بالله العظيم واستنكفوا ان يكونوا عبيدا له جعلهم الله عز وجل ارقا صالحين للتملك بالاستيلاء وكانوا عبيد عبيده جزا على صنيعهم الناكر هم
قوله واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة • وقالا يملكونه وهذه من مسايل القدوري والحكم
في العبد الذي كذلك وبعد المستامن اثنا في لهما ان العبد مما يجوز تملكه اذا وجد سببه فقد وجد سبب التملك وهو استيلا اهل الحرب
بابه فيملكونه • ولهذا يملكون الابق المتردد في دار الاسلام والعبد الماذون بالدخول في دار الحرب اذا احرزوه بدارهم فصار
استيلاءهم له كاستيلايهم على الدابة المتفلتة اليهم • ولابي حنيفة ان العبد لما انفصل عن دار الاسلام ظهرت يده على نفسه والمراد بظهور
يده كونه قادرا على استعمال لا لاجل ما فيه ونافعه الى حيث يريد في مصالحه فاذا ظهرت يد العبد زالت يد المولى وقامت قدرة
اتباعه العبد للتنافي بين يد المولى ويد العبد • لان يد المولى عبارة عن القدرة على المحل تصرفا كيف شا ويد العبد
كذلك لاستحالة ان يكون العبد الواحد مصروفا الى جهتين مختلفين • فلما ظهرت يد العبد منع ذلك يد اهل الحرب • بخلاف الدابة
فانه لا يد لها تمنع يد اهل الحرب عن الاستيلا • وبخلاف العبد الابق المتردد في دار الاسلام فانه في يد مولاه حكما لان الاقتدار
على المحل قايم بالطلب والاستعانة باهل الدار فلم تظهر يد العبد • وبخلاف العبد الماذون بالدخول في دار الحرب • لان يد المولى
قايم حكما ايضا لانه لما دخل باذن المولى صارت يده نايبة عن المولى • اذ الظاهر انه يعود الى دار الاسلام • بخلاف الابق
لانه لما ابق تمرد على مولاه وصار غاصبا ملك مولاه فلما انفصل عن دار الاسلام فلم يبق للمولى يد لا حقيقة ولا حكما فبطل القياس
واذا لم يثبت ملك اهل الحرب على العبد ياخذه المولى الذي ابق العبد منه بلا شي سوا كان وهبه اهل الحرب لواحد او اشتراه
منه او وقع المولى في يد الغانمين قبل القسمة • اما بعد القسمة فياخذ المولى بلا شي ايضا لكن يؤدي الامام عوضه
من بيت المال ولا يعطي المشتري العوض لانه اشتراه بلا امر المولى فاذا كان الشرا بامره يرجع عليه بما ادى • وكذلك الموهوب
له لا يعطي العوض لانه اشتراه بلا امر المولى فاذا كان الشرا بامره يرجع عليه بما ادى • وكذلك الموهوب له يعطي العوض
فان قلت العبد لما انفصل عن دار الاسلام بقي في يد اهل الحرب لانه ليس بين الدارين موضع اخر حتى تظهر يد العبد اذا
انفصل عن دارنا • فلو كان تظهر يده لعتق كعبد الحربي اذا اسلم والتحق بعسكر المسلمين قلت لا نسلم انه ليس بين الدارين موضع هم
بل بين الدارين موضع حاجز بينهما فاذا وصل العبد اليه ظهرت يده ثم منع يد اهل الحرب • وانما لم يعتق لان من ظهور يده
على نفسه لا يلزم زوال ملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصبا ملك المولى وجاز ان توجد اليد بلا ملك كما في المغصوب
والمشتري قبل القبض فان الملك للمولى واليد لغيره • بخلاف عبد الحربي اذا اسلم والتحق بعسكرنا لانه استولى على مال الحربي هو
وهو غير معصوم فيملكه فلما ملكه زال ملك المولى فلذا زال المولى عتق والباقي يعلم في طريقة الخلاف قوله لسقوط اعتباره

اي باعتبار يد المولى قوله بخلاف المتردد • اي بخلاف العبد الابق المتردد في دار الاسلام اراد بالمتردد الذي
يدور في دارنا قوله وليس له على المالك جعل الابق • اي ليس للغازي او التاجر او الموهوب له لان اعتقاد كل واحد
منهم ان العبد ملكه فيكون عاملا لنفسه لا للمولى القديم • وانما ذكر هذه المسألة تفريعا لمسألة القدوري قوله وان
ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه • وهذا لفظ القدوري اي ملكوه بالاتفاق لعدم يد وند البعير يند ندا وندودا اذا
ذهب على وجهه شاردا وهو من باب فعل يفعل بفتح العين من الماضي وكسرها من المستقبل قوله للعجماء العجماء البهيمة وانما سميت
بها لانها لا تتكلم فكذلك كل من لم يقدر على الكلام فهو اعجم ومستعجم • ويقال صلاة النهار عجماء لانه لا يجهر فيها بالقراءة كذا في مجمل
اللغة قوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله ان ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا قوله فان ابق عبد اليهم وذهب
معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله الى اخره • وهذه من مسائل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد ابق
الى دار الحرب بفرس ومتاع معه فاخذه المشركون فاشتراه رجل من المسلمين وما معه من المال قال مولاه ياخذ العبد
بغير شيء وياخذ المال بثمنه ان شاء • وقال ابو يوسف ومحمد ياخذ الكل بثمنه ان شاء قال فخر الاسلام والذي معه من المال
والاصل هنا ما بيناه في المسألة المتقدمة وهو ان اهل الحرب لما ملكوا العبد كان عندهما اخذهما المولى القديم من
المشتري بالثمن ان شاء لانه احق بهما • وعند ابي حنيفة لما لم يملكوا العبد وملكوا الفرس والمتاع اخذ المولى العبد بلا
شيء واخذ سائر الاموال التي كانت مع العبد بالثمن ان شاء • وهذا معنى قوله اعتبارا للحالة الاجتماعية بحالة الانفراد يعني
ان ابق العبد وحده كان الحكم فيه كذلك فكذلك اذا ابق ومعه فرس ومتاع • فان قلت سلمنا ان العبد لما ظهرت
يده على نفسه دفع ذلك الايدي القاهرة عنه كما اذا ظهرت بالكتابة • ولكن كان ينبغي ان لا يملك اهل الحرب ما معه لان
يد العبد اسبق على ما في يده من يدهم • قلت فائدة ما في الباب ان يده ظهرت على نفسه بالانفصال من دار الاسلام
فلا يلزم من ظهور اليد ثبوت المالكية لان ما في يده مال المعصوم لمسلم فلا يجوز تملكه فيبقى الملك فيما في يد العبد كما كان
لصاحب الملك فيملكه اهل الحرب بالاحراز لما استعصينا عندهم له واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها الا
ترى ان الحر اذا ابق ملك ما معه فهذا اولى قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وادخله
دار الحرب عتق عند ابي حنيفة • وقالا لا يعتق وهذه من مسائل الجامع الصغير • اعلم ان الحربي المستأمن اذا اشترى عبدا
مسلما جاز ويجبر على البيع لانه لا يجوز ان يبقى المسلم في ذل الكافر لان الاسلام يعلو ولا يعلى • وعند الشافعي لا يجوز بيعه
اصلا فاذا ادخله الى دار الحرب عتق عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه • لهما ان البيع كان متعينا للتخلص عن الذل فاذا
انتهى الى دار الحرب تعذر الاجبار على البيع لعجز الامام على ذلك فلا يعتق لانه لو اخذه من دارنا فاحرزه بدارهم ملكه فلا
يعتق وهنا اولى ان لا يعتق لانه ملكه في دار الاسلام واحرزه بدارهم • ولابي حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر امر
واجب الوجود الا ان قيام الامان في دار الاسلام اوجب تقوم ماله فتعين الاجبار على البيع فاذا اخرجه الى دار حربنا
فاذا انتهى الى دارهم تعذر الاجبار على البيع فاقيم شرط زوال الملك في الجملة وهو تباين الدارين مقام علة زوال الملك
وهي الاعتاق عند العجز عن العلة تخليصا للمسلم عن اهانة الكافر كما اقيم انقضاء ثلاث حيض وهو شرط البينونة في الطلاق هو
الرجعي مقام علة البينونة وهي عرض القاضي الاسلام وتفريقه بعد الاباء العجز القاضي عن حقيقة العلة فيما اذا اسلم احد
الزوجين بدارهم ثم لم يلزمها ان تعتد بثلاث حيض من بعد ذلك • والجواب انا لا نقول انما لا يعتق الذي اخذ الحربي
من دار الاسلام فاحرزه بدارهم • لان المولى ان ياخذه انما هنا فلا حق له فيه قوله واذا اسلم عبد الحربي ثم خرج
الينا او ظهر على الدار فهو حر وهذه من مسائل الجامع الصغير ولفظ المختصر واذا خرج عبيدهم الى عسكر مسلمين فهم احرار
والاصل فيه ما روي ان عبيد اهل الطائف خرجوا الى النبي صلى الله عليه وسلم مسلمين فطلب المسلمون فيهم فقال النبي صلى الله
عليه وسلم هم عتقاء الله • وروى صاحب السنن فيهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم عتقاء الله • وروى صاحب السنن باسناده
الى علي بن ابي طالب قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب اليه مواليهم قالوا يا محمد
والله ما خرجوا اليك رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب رسول
الله وقال ما اراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا فابى ان يردهم وقال هم عتقاء الله
فعلم بهذا ان العبد اذا خرج مراغما لمولاه يكون حرا • وكذلك اذا ظهر على دارهم بعد اسلام العبد يكون حرا لانه لما التحق
بمنعة المسلمين صار كانه خرج الى دار الاسلام ولا يكون عبد الغزاة لانهم يحتاجون الى ان يملكوه بالاحراز وهو يحتاج
الى ان يحرز نفسه لينال شرف الحرية واحرازه اسبق من احرازهم فصار اولى لانه صاحب يد في نفسه لكنه يحتاج
الى ما يؤكد يده بمنعة المسلمين وهم يحتاجون الى اثبات اليد ابتداء فكان اعتبار يده اولى • قال في شرح الطحاوي ولا يثبت
الولاء من احد لان هذا عتق حكمي • وان لم يخرج الينا فظهر على الدار لم يعتق الا اذا عرضه المولى على البيع من مسلم او
كافر عتق العبد قبل المشتري البيع او لم يقبل لان العبد استحق الاعتاق بالاسلام لكنا نحتاج الى سبب ازالة
ملكه عنه • ولما عرضه فقد رضي بزوال الملك فلان يكون راضيا بزواله الى عتق اولى لان غيره لم يستحق الزوال
وعبده استحق الزوال هنا لفظ شرح الطحاوي قوله او ظهر على الدار • اي على دار الحرب وظهر على صيغة
المبني للمفعول من قولك ظهرت على الرجل اذا غلبته قوله روي ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا • قال الفقيه

ابو

ابو الليث في شرح الجامع الصغير كما لو استامن عبدا او سبعة قوله احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعتهم
المسلمين فيه لقوله تعالى • اعني انه احرز نفسه بالخروج فيما اذا خرج عنهم ونبذهم كذا في المغرب والمراغم المذهب والمهرب في قوله تعالى
يجد في الارض مراغما • وقال الكطود بلاد • وقال المنعم المراغم الموضع يلتجي اليه الخائف كذا في مجمل اللغة • وانما قيد بخروجه
مراغما لانه اذا خرج طالبا لمولاه يباع وثمنه للحربي وعليه نص الحاكم الشهيد في الكافي بقوله واذا بعث الحربي عبدا تاجرا الى دار
الاسلام بامان فاسلم العبد فهنا يبيع وثمنه للحربي • وذلك لانه لم يغلب على رقبته والله اعلم

باب المستأمن

لما فرغ من باب الاستيلاء وهو عبارة عن الاقتدار
بالقهر والغلبة شرع في باب الاستيمان لان طلب الامان انما يكون حيث يكون فيه قهر وقدم استيمان المسلم تفضيلا له
قوله واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ولا من دمائهم • وهذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه • فان غدر بهم واخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا ويؤمر ان يتصدق به الى هنا لفظه • وهذا
لانه انما مكنوه من الدخول في دارهم بعد الاستيمان بشرط ان لا يتعرض لشيء من دمائهم واموالهم فاذا تعرض لذلك كان غدرا والغدر
حرام لما روى محمد في اول كتاب السير الصغير عن ابي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال كان رسول الله
صلى الله عليه وسلم اذا بعث جيشا او سرية اوصى صاحبهم بتقوى الله في خاصة نفسه واوصاه بمن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله
وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا الحديث فيه طول • وروى صاحب السنن باسناده
الى ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذه غدرة فلان • ولكن مع هذا
لو غدر التاجر بهم واخذ اموالهم واحرزها بدار الاسلام ملكها ملكا محظورا لان المحظور لغيره لا ينافي وقوع الملك • الا ترى
ان اموالنا محظور عليهم ان يملكوها • ثم اذا احرزوها بدارهم واستولوا عليها ملكوها فنحن اولى ان نملك اموالهم لانها مباحة
لا عصمة لها • فلما ثبت الحظر في الملك بسبب الامان اورث ذلك خبثا فامر بالتصدق لان المال الخبيث حكمه التصدق الا اذا
غدر ملكهم بالتجار او غير الملك بعلمه ولم يمنعه فحينئذ لا يكون اخذ تجارنا اموالهم غدرا لانهم هم الذين نكثوا العهد وفعلوا الغدر
وكذلك لا يكون اخذ الاسير المسلم غدرا وان كان مطلق العنان عندهم لانه لا يوجد الاستيمان من جانبه فلم يلزم الغدر ثم
لو غدر التاجر بهم واخذ جارية بكرا له وطؤها وان احرزها بدارنا • وكذا يكره وطؤها للمشتري منه لقيام الحظر في الملك بسبب
الغدر • بخلاف مشتري الجارية من مشتر شراء فاسدا حيث يحل له وطؤها بعد الاستبراء • لان الكراهة في حق المشتري الاول
لقيام حق البائع في الاسترداد وقد زال حقه ببيع المشتري من اخر نظرا للمرتهن • والرواية مذكورة في المبسوط وغيره
قوله فالتعرض بعد ذلك • اي تعرض المسلم بعد ان ضمن ان لا يتعرض لهم قوله الا اذا غدر بهم ملكهم
اي التجار ملك اهل الحرب وهو استثناء من قوله يكون غدرا قوله فالغدر بهم • اي بالكفار قوله وهذا
لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب اشارة الى قوله ملكه ملكا محظورا • يعني ان مال اهل الحرب مباح في نفسه • وانما
الحظر المعنى في غير المال وهو الامان فلا يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء قوله على ما بينا اشارة الى ما ذكر في
اول باب استيلاء الكفار بقوله والحظر لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الاجل فما ظنك بالملك العاجل
انه لم ينزيره قوله واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان حربيا الى اخره • وهذه من المسائل المعادة
في الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المسلم يدخل دار الحرب بامان فادانه حربي دينا ثم خرج
الحربي الينا مستأمنا فاراد ان يأخذه بدينه قال لا يقضى له بشيء • وكذلك لو كان المسلم هو ادان الحربي • وكذلك لو
ادان حربي حربيا ثم خرجا مستأمنين • ولو مستأمنين ثم خرجا مسلمين في المسلمين جميعا نقضيت بالدين لاحدهما على صاحبه الى ها
هنا لفظه • وذلك لانه لا ولاية للقاضي وقت الادانة اصلا لا على المسلم المستأمن ولا على الحربي • وكذا لا ولاية له وقت
القضاء على الحربي المستأمن لانه لا ولاية عليه في معاملة فعلها في دار الاسلام لا في معاملة فعلها في دار الحرب المعاملة وقعت
في دار الحرب فلا انعقدت الولاية لم تنقض بشيء لان القضاء يعتمد الولاية • قال في شرح الطحاوي ولكنه يفتى بما بينه وبين
الله تعالى ان يقضي • وكذلك في الغصب لا يقضى لواحد منهما على الاخر لان غصب احدهما مال صاحبه ما لا عصمة له في حقه
وذلك لان دار الحرب دار القهر والغلبة • فاذا استولى احدهما على مال الاخر فقد ملكه ولا يحكم بالرد لثبوت الملك الا
ان المسلم المستأمن لما غصب مالهم ما رأنا نقضا للعهد لا خرج بغير طيبة انفسهم فيؤمر فيما بينه وبين الله تعالى ان يرده ليرفع
الغدر • وكذلك الحكم في الحربيين اذا ادان احدهما صاحبه او غصب احدهما مال الاخر ثم خرجا الينا مستأمنين لا يقضى بشيء
للمعنى الذي قلنا الا انهما اذا خرجا مسلمين في المسلمين جميعا ابي في مسألة المسلم مع الحربي وفي مسألة الحربيين يقضي بالدين ولا
يقضي بالغصب لان كل واحد منهما ملكه وانما يقضى بالدين لان الدين وقع صحيحا للتراضي لكن لم يحكم بذلك لانقطاع الولاية فاذا
اسلما وجب الحكم به لقيام الولاية قوله فادانه الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين قوله وكذلك
لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين • اي لا يقضى بشيء في صورة الادانة والغصب جميعا قوله نقضيت حربيا
اي فالحربي على حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه قوله ومراده الفتوى يعني يفتي بالرد فيما بينه وبين
الله تعالى ولا يحكم الجبر والالزام قوله واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه الى اخره وهذه من
مسائل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجلين المسلمين يدخلان دار الحرب بامان فقتل احدهما

صاحبه عمدا او خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ ولا كفارة عليه في العمد وفي الخطأ الكفارة • وقالوا ابو
يوسف ومحمد عليه في العمد والخطأ الدية ايضا الى هنا لفظه • قال فخر الاسلام وذكر قول ابي يوسف في مسئلة الاسيرين في الجامع ثم
اعلم ان احد المسلمين المستأمنين اذا قتل صاحبه في دار الحرب عمدا لا يجب القصاص لوجهين احدهما ان القصاص لا يمكن استيفاؤه الا بالامام
ومنعة المسلمين وذلك منعدم في دار الحرب • والثاني ان دخول المسلم في دار الحرب ان كان لا يبطل عصمته فلما اوجد اصل
الدخول كان شبهة فسقط القصاص درءا بالشبهات • ثم لما سقط القصاص للشبهة وجبت الدية لانه كان من اهل دارنا واما وجوب
الدية على القاتل خطأ تجب الدية في ماله والكفارة • وانما وجبت الدية والكفارة لان المقتول من اهل دارنا لانه مستأمن
في دارهم وهو بسبيل من الخروج والحكم في اهل دارنا كذلك • وانما لم تجب الدية على العاقلة لعدم تقصيرهم في الحفظ لانه
لا قدرة لهم على حفظ القاتل مع تباين الدارين ووجوب الدية عليهم لترك الحفظ • اما اذا كان المسلمان اسيرين في دارهم
فقتل احدهما الآخر فعند ابي حنيفة لا شيء على القاتل الا انه تجب الكفارة في الخطأ • وعندهما تجب الدية في مال القاتل
في العمد والخطأ جميعا لكن في الخطأ تجب الكفارة ايضا وسقوط القصاص في العمد لما قلنا في المسئلة الاولى • اما وجوب الدية
عندهما فلان الاسير من اهل دارنا في الاصل وقراره في دارهم على شرف الزوال لانه يتخلص عنهم اما بالحرب واما بالسلم او اخراجهم
فكان حكمه حكم المستأمن واحد المستأمنين اذا قتل الآخر ثمة تجب الدية في ماله فكذا اذا قتل الآخر ثمة تجب الدية في ماله فكذا
اذا قتل احد الاسيرين الآخر • ولابي حنيفة ان الاسير مقهور مجبور في دارهم فكان تبعا لهم • ولهذا يتبعهم في السفر
والاقامة فصار حكمه حكم من اسلم ولم يهاجر الينا ولا يجب في قتله الدية فكذا في قتل الاسير • والجامع كونهما مقهورين في ايديهم
مستوطنين في دارهم • وانما لم تجب الدية في الذي لم يهاجر عندنا خلافا للشافعي لقوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم
وهو مؤمن فتحرير رقبة • بيانه ان الله تعالى جعل جزاء مقتول مؤمن من قوم عدو الكفارة والجزاء اسم لما يقع به الكفاية
فلا يجب شيء آخر • وهذا الذي ذكرناه هو المشهور عن ابي يوسف • وقال في مختصر الكرخي قال بشر عن ابي يوسف في الاسرى
وهم التجار هم سواء ان قتل منهم رجل رجلا عمدا اقتله • وان كان خطأ فعلى عاقلته قوله فعلى القاتل الدية في ماله اي
في العمد والخطأ قوله فلاطلاق الكتاب اراد به قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة قوله منعة
فيما امتنع بهم العدو منعة اذا صار ممتنعا • وفلان ذو منعة اي عز يمتنع على من يريده قوله والوجوب عليهم على اعتبار
تركها • اي وجوب الدية على العاقلة على اعتبار ترك الصيانة قوله على ما بينا اشارة الى قوله لان العصمة الثابتة بالاحراز
بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان قوله لما قلنا اشارة الى قوله لان المواثيق لا تحتمل العهد قوله بالاسر
صار تبعا لهم والاصل غير مضمون فكذا التبع قوله ولهذا يصير مقيما باقامة مولاه صار تبعا قوله فيبطل به الاحراز اصلا
اي يبطل بالاسر الاحراز بدار الاسلام فلما بطل الاحراز لم يثبت العصمة المقومة فلم تجب الدية لانها بناء على تلك العصمة • بخلاف
الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهي بالاسلام

فصل

واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية وهذه مسئلة القدوري
والاصل هنا ان الامام لا يترك الحربي المستأمن ان يطيل المكث في دارنا كيلا يقف على عورات المسلمين فيدل الكفار عليها وانما
يجوز له اطالة المكث بقبول الجزية او استرقاق فلهذا يتقدم اليه الامام ويقول ان اقمت السنة وضعت عليك الجزية فاذا اقام
بعد تقدم الامام اليه صار ذميا لانه لما اقام ذلك المدة بعد التقدم صار ملتزما للجزية فيستأنف عليه الجزية حول بعد
الا ان يكون شرط عليه انه ان مكث سنة اخذت منه الجزية فيأخذها منه حينئذ كذا قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
وانما يمكن المستأمن في دارنا من المكث اليسير لقوله تعالى وان احد من المشركين استجارك فاجره حتى يسمع كلام الله ثم ابلغه
مأمنه • ولان في منع هذا القدر مضرة على المسلمين وقطع الميرة والجلب وكسر باب التجارة ففي ذلك دفع لحاجة المسلمين واقامة لمصالحهم
فقدر ذلك بما دون السنة لان السنة مدة تجب فيها الجزية فلا يجوز ان يمكث الحربي في دارنا من غير الجزية بلا جزية لانه ترك
مصلحة المسلمين • ثم اذا عاد الى دار الحرب قبل تمام المدة فلا سبيل عليه • فاذا اراد العود بعد تمام المدة فلا يترك ان
يعود لانه صار ذميا حيث اقام مع مضروبة عليه • والذمي لا يجوز رجوعه الى دار الحرب • وللامام ان يضرب
المدة على ما يرى من المصلحة شهرا او نحو ذلك كذا قالوا قوله عينا لهم وعونا علينا والعين الجاسوس القوم كذا في الجمهرة
والعون الظهير على الامر والجمع اعوان قوله لان في منعها قطع الميرة • اي في منع الاقامة اليسيرة والميرة بكسر الميم
وسكون الياء الطعام يمتاره الانسان • فاما المئرة بالهمز فهي النميمة • قال في الجمهرة وكل شيء جلبته من ابل وخيل وسائر
ذلك من الحيوان للتجارة فهو جلب وهو بمنزلة الجلب قوله فلا سبيل له عليه • اي على المستأمن يعني لا يمنع من ان يرجع الى
دارهم قبل تمام السنة قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية
قوله حربا علينا • يقال فلان حرب فلان اي محاربه قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى ارض خراج
فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي وهذه من المسائل المبتدأة في الجامع الصغير • اعلم انه لا يكون ذميا بمجرد الشراء والزراعة
حتى لو باع الارض قبل وجوب الخراج لا يكون ذميا وبه صرح الكرخي في مختصره وشمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط
وانما يصير ذميا اذا وضع الخراج على الارض فتؤخذ منه الجزية لسنة مستقبلة من وقت وضع الخراج • قال فخر الاسلام في
قول محمد اذا وضع الخراج • اي وظف عليه لانه اذا وظف عليه فقد لزمه حكم يتعلق بالمقام في دارنا فصار ملتزما رسمه

ان يكون

ان يكون ذميا • ثم قال فخر الاسلام وكذلك لو لزمه عشر في قياس قول محمد اذا اشترى ارضا عشرية يعني يكون ذميا ايضا
لانهما جميعا من مؤن الارض • ولو اشترى الحربي ارض العشر صارت ارض خراج في قول ابي حنيفة فيكون ذميا اذا وجب عليه فيهما
الخراج وهي وارض الخراج واحد في قول ابي حنيفة كذا ذكر الكرخي في مختصره • اما اذا استأجر الحربي ارض خراج فزرعها فخراج
على صاحبها لا يكون ذميا الا اذا كانت ارضا بالمقاسمة بنصف ما يخرج فزرعها الحربي ببذره فحكم الامام بالخراج عليه دون صاحب
الارض يكون ذميا فيوضع عليه خراج رأسه ولا ينظر الى ملك الرجل بل الى وجوب الخراج • ولهذا اذا اشترى الحربي ارض خراج ثم
اجرها من مسلم او ذمي فاخذ الخراج من المستأجر على ما رآه الامام فان الحربي لا يصير ذميا قوله فاذا التزمه اي
او التزم الحربي خراج الارض قوله من وقت وجوبه اي وجوب الخراج قوله وقوله في الكتاب • اي قول محمد في الجامع
الصغير وهو مبتدأ او خبره قوله يصرح قوله فيخرج على صيغة المبني للفاعل • يقال خرجته فتخرج اي يخرج على شرط الوضع هو
احكامه اي كثيرة • والجم الكثير من كل شيء • قال الشاعر ان تغفر اللهم فاغفر جما • واي عبد لك ما الما • والمراد من تلك
الاحكام المنع من الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم ووجوب الضمان في اتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية
في قتله خطأ فلا يشتغل عنه اي عن شرط الوضع لانه انما يثبت تلك الاحكام بعد وضع الخراج لا قبله قوله واذا دخلت حربية هم
بامان فتزوجت ذميا فصيرت ذمية يجري عليها احكام اهل الذمة صارت ذمية وهذه من مسائل الجامع الصغير مع التي تليها • اعلم انها
اذا تزوجت ذميا تصير ذمية يجري عليها احكام اهل الذمة بعد ذلك من المنع عن الخروج الى دارهم واخذ الخراج من ارضها
وما شابه ذلك مما ذكرنا • واذا تزوج الحربي ذمية لا يصير ذميا • وذلك لان المراة تابعة لزوجها في المقام والزوج ليس
بتابع لها فيه فتكون المراة ذمية لالتزام المقام في دارنا دون الزوج • واوضح الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير هو
بقوله الا ترى ان الزوج والمراة اذا كانا مسافرين فنوى الزوج الاقامة صارت المراة مقيمة • ولو نوت المراة الاقامة لا يصير
الزوج مقيما قوله ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذممهم
فقد صار دمه مباحا بالعود الى الحرب • وهذه من مسائل القدوري وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في
حربي يدخل دارنا بامان فيودع رجلا الف درهم ويقرضه الف درهم ثم يلحق بدار الحرب فيؤخذ اسيرا قال الوديعة فيء وبطل الدين
عن الذي هو عليه • وكذلك ان ظهر على الدار • وان قتل ولم يظهر على الدار فالوديعة والقرض لورثته • والمسئلة الاخيرة
من الزوائد • وقال الشافعي تكون الوديعة لورثته وفي الديون قولان احدهما انه لورثته والآخر انه مغنوم لنا ان نفسه
صارت مغنومة فكذا ما كان تابعا له وهو الوديعة لان يد المودع يده تقديرا • بخلاف القرض فان يد من عليه بواسطة المطالبة
وقد سقطت مطالبته بعد الاسر والقهر واختص من عليه لانه احق من العامة لسبق يده فسقطت الديون لعدم المطالب اما اذا قتل
ولم يظهر على الدار فالوديعة والقرض لورثته لانه لما لم تصر نفسه مغنومة لم يصر ماله مغنوما ايضا • لان الامان في
حق المال باق فيرد الى ورثته وقتله وموته سواء • ولا يقال ينبغي ان يكون الوديعة فيئا في هذه الصورة كما في الاولى كما اذا اسلم
في دارهم وله وديعة في دارهم عند حربي او مسلم او ذمي ثم ظهر على الدار فانه يكون فيئا الا انا نقول الوديعة في دارهم ليست كالوديعة
في دارنا لان دارهم ليست بدار العصمة ودارنا دار العصمة فكانت الوديعة معصومة في دارنا وقت الايداع بعقد الامان كما كانت فان
قيل ينبغي ان تكون الوديعة في الصورة الاولى لورثته كما قال الشافعي كما اذا مات في دار الاسلام • قلت اذا مات في دارنا
مات في امان وماله في امان فكان لورثته • بخلاف ما اذا مات او قتل بعد الظهور على دارهم او اسر حيث زال الامان عن دمه
فكذا عن ماله فظهر الفرق قوله وما في دار الاسلام من ماله على خطر • اي على تردد بين الرد وعدمه في الثاني قوله هو
قوله فان اسر او ظهر الى آخره • وهذا لان نفسه تسقط والوديعة تكون فيئا في صورة ويكون للجميع لورثته في صورة هو
ولذلك التقرير قوله قال وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج اي
قال القدوري • يقال وجف البعير وجفا ووجيفا وهو ضرب من سير الابل وربما استعمل في الخيل • واوجفت البعير اذا حملته على هو
الوجيف • والاصل فيه قوله تعالى وما افاء الله على رسوله منهم فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب • اي فلم يكن ذلك بايجاف
خيل او ركاب منكم على ذلك • يعني لم يحصل ذلك بعملكم ومشقتكم بل بالقاء الرعب في قلوبهم • ثم قال ما افاء الله على رسوله من
اهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين الاغنياء منكم اي معدا ولا يتداوله
الاغنياء بينهم دون الفقراء • ثم قال للفقراء المهاجرين • ثم قال والذين تبوءوا الدار والايمان من قبلهم وهم الانصار • ثم قال
والذين جاءوا من بعدهم وهم المسلمون الى يوم القيامة فاستوعبهم الآية فلم يبق احد من المسلمين الا كان له فيها حق فيصرف الى مصالحهم
كالخراج والجزية في عمارة الرباطات والقناطر والجسور وسد الثغور وكري الانهار العظام التي لا ملك لاحد فيها كجيحون والفرات
ودجلة • ويصرف الى ارزاق القضاة والولاة والمحتسبين والمعلمين وارزاق المقاتلة ويصرف الى رصد الطريق عن اللصوص هم
وقطاع الطريق • وقال الشافعي يخمس ما اوجف عليه المسلمون فاربعة اخماسه للنبي صلى الله عليه وسلم وخمسه يخمس كما يخمس خمس الغنيمة
وخمس الخمس للنبي عليه الصلاة والسلام في حياته وبعد وفاته قولان في قول يصرف الى مصالح المسلمين وفي قول الى المقاتلة • وكذلك
قال في الجزية وهو محجوج بالآية لانه اذا خمس لا يكون حقا لسائر المسلمين بل المهاجرين والانصار • وايضا يكون دولة بين الاغنياء
وهو ايضا مخالف للآية • وقوله في الجزية خمس قياسا على الغنيمة مخالف للسنة والاجماع • اما السنة فلان النبي صلى الله عليه وسلم
اخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران • وفرض الجزية على اهل اليمن على كل حالم دينارا ولم يكن في ذلك خمس بل كان ذلك بين

جماعة المسلمين • واما الاجماع فلان هذا قول لم يقل به احد غيره • الا ترى الى ما قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وهذا مما قال به احد قبله ولا بعده ولا في عصره • فان قلت حدث صاحب السنن باسناده الى الزهري عن مالك بن اوس بن الحدثان عن عمر رضي الله عنه قال كانت اموال بني النضير مما افاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصا فبلا يلزم المخالفة بينه وبين الاية التي تلونا • يدل على هذا ما روى صاحب السنن باسناده الى عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها اخبرته ان فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ارسلت الى ابي بكر الصديق تسأله ميراثها من رسول الله صلى الله عليه وسلم مما افاء الله عليه بالمدينة وفدك وما بقي من خمس خيبر فقال ابو بكر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا نورث ما تركنا صدقة انما ياكل آل محمد من هذا المال واني والله لا اغير شيئا من صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حالها التي كانت عليها في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلاعملن فيها بما عمل به رسول الله صلى الله عليه وسلم فابى ابو بكر ان يدفع الى فاطمة منها شيئا يعني قوله انما ياكل آل محمد من هذا المال • اي ليس لهم ان يزيدوا على الماكل • فان قلت الفيئة تحمر فيجب ان تحمر الجزية ايضا لان كلامنا كان في المشركين رجع الى المسلمين • قلت لا نسلم ان القياس صحيح لوجود الفارق بين المقيس والمقيس عليه • لان الفيء حصل بغير قتال والغنيمة بقتال • ولان الغنيمة حصلت بسببين مختلفين احدهما الرعب الواقع على الكفار بظهور المسلمين والاخر مباشرة الغزاة القتال فلما كان السبب مختلفا احتلف الاستحقاق ايضا فوجب الخمس لمعنى الرعب واربعة الاخماس للغزاة لمباشرة القتال • بخلاف الفيء فانه حصل بسبب واحد وهو الرعب بظهور المسلمين لانه لم يوجد الشيء من الغزاة فلم يتبعض الاستحقاق فكان بين جماعة المسلمين قوله هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها • اي التي اوجف المسلمون عليه • ومعنى اجلوا اخرجوا قوله وهو ما ذكرنا من اموال اهل الحرب بغير قتال مثل الاراضي التي اجلى الملوك اهلها عنها • وقوله والجزية بالجر عطفا على قوله الاراضي • اي هو مثل الاراضي ومثل الجزية • وقوله في هذا • اي ذبما اوجف المسلمون عليه • ومعنى اجلوا اخرجوا قوله وهو ما ذكرنا اشارة الى قوله لانه ما اخذ بقوة المسلمين بغير قتال قوله واذا دخل الحربي بامان وله امراة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • اعلم انه الحربي اذا خرج الينا ثم اسلم فجميع الاولاد وماله في دار الحرب وزوجته واولاده الصغار والكبار في اي غنيمة اذا ظهر على الدار لان تباين الدار قاطع للعصمة لقوله تعالى للفقراء المهاجرين الذين اخرجوا من ديارهم واموالهم فصاروا فيئا • اما الزوجة واولاده الكبار فلعدم التبعية بالبلوغ • واما الاولاد الصغار فلانهم لما لم يكونوا في يده لتباين الدارين لم يمكن ان يصيروا مسلمين تبعا لابيهم فصاروا فيئا ايضا • وكذلك الجنين لانه تابع للام في الرق والحرية • وكذا ودائعه في دار الحرب لانه حين فارق دار الحرب كان المال مال حربي غير معصوم فكان فيئا • اما اذا اسلم في دارهم ثم خرج الينا فجميع ماله غنيمة الا اولاده الصغار • وما كان وديعة عند مسلم او ذمي كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي • اما زوجته واولاده الكبار فلانهم حربيون وكذا ما في بطنها لانه تبع للام • والاولاد الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم حين اسلم ابوهم ثم حيث كانوا تحت يده فلا يكون فيئا فكذا وديعته عند مسلم او ذمي لا يكون فيئا لانه حين اسلم ابوهم كانت تحت يد نائبه وهو المودع وبد نائبه كيده تقديرا • فلو كانت في يده لم تكن فيئا فكذا في يد نائبه • بخلاف ما اذا كان غصبا عند مسلم او ذمي حيث يكون فيئا لان يد الغاصب ليست بصحيحة • وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عند حربي لان يده ليست بمحترمة فكانت فيئا وتاتي هم التقرير في باب الغنائم مستقصى قوله فاسلم ههنا • اي في دار الاسلام قوله ثم ظهر على الدار اي على دار الحرب قوله وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا اشارة الى ما قال في باب الغنائم بقوله ولنا انه جزء منها يرق برقها قوله اذا كان في يده • اي اذا كان الصغير في يد الاب قوله وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه • يعني ان الحربي وان احرز نفسه باسلامه في دارنا لا تصير امواله في دار الحرب محرزة لتباين الدارين قوله وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا فهو له • اي للذي اسلم ثم خرج الينا ثم ظهر على دارهم • وقيد بالايداع لان ما كان غصبا يكون فيئا على ما بينا من رواية الحاكم الشهيد بلا ذكر الخلاف لكن قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير اذا كان غصبا عند مسلم او ذمي صار فيئا لعدم النيابة • ثم قال وعند ابي يوسف ومحمد يجب ان يكون فيئا الى ما كان غصبا عند حربي وقياسه على ما اذا اسلم ولم يهاجر الينا ثم ظهر على الدار حيث لا يكون فيئا عندهما ما كان غصبا عند مسلم او ذمي لان عصمة المال تابعة لعصمة النفس وقد استفاد بالاسلام في الشريعة مؤثمة ما تبعه من الاستيلاء فكذا فيما هو تبع له • ولابي حنيفة ان هذا مال غير معصوم فصار فيئا كالعقار • بيانه ان المال في الاصل غير معصوم • وانما عصمته بالاحراز الذي يثبت به العزة ولم يوجد لانه لم يدخل تحت يد معصومة • فاما النفس فعصمتها نوعان اصلية وعارضية الاصلية هي المؤثمة والدافعة لانه خلق حرا لاحتمال الخلافة ومن ضرورته الحرية والعصمة ولكن للذي بطل بعد وان الملك فاذا عدم عادت العصمة الاصلية واما العصمة المقومة فعارضة فلم يثبت الا بالاحراز وكل عصمة المال عارضة فلهذا افترقا هذا تقرير رحمه الله • واما العقار فعند الشافعي لا يكون فيئا وقد مر بيانه في باب الغنائم قوله وما سوى ذلك اراد به المراة والاولاد الكبار والمال الذي غصبه مسلم او ذمي او كان مودعا عند حربي قوله فلما قلنا اشارة الى قوله لانهم حربيون كبار قوله واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطا

وهن من مسائل الجامع الصغير وهي الرواية المشهورة عن ابي حنيفة وابي يوسف في الجامع الصغير وغيره • وروي عن ابي حنيفة انه لا دية عليه ولا كفارة قبل ان الحكم لم يجر عليهم • وعن ابي يوسف قال اضمنه الدية واجعل عليه في الخطا الكفارة واستحسن ذلك واودع القياس • والقياس كما قال ابو حنيفة كذا ذكره الكرخي في مختصره • وقال الشافعي عليه القود في العمد والدية في الخطا • وجه قول الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم • ووجه ما روي عن ابي يوسف انه يحقن الدم لاجل اسلامه • وكونه في دار الحرب لا ينفي تقوم دمه كالتاجر • ووجه ما روي عن ابي يوسف ان الظاهر قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة • وكان ابو حنيفة يتاول هذه الاية في الذين اسلموا في دار الحرب • ووجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى ميز بين المطلق وبين المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل فجعل الحكم في الاول الدية والكفارة بقوله فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله • وفي الثاني الكفارة دون الدية بقوله تعالى فتحرير رقبة • بيان هذا من وجهين احدهما انه ذكر حرف الفاء وهي للجزاء • والجزاء اسم لما يكون كافيا فاذا كان كافيا كان كل الموجب مذكورة • والثاني انه كل الحكم المتعلق بهذا القتل فلا يكون غيره مرادا بيانه ان كل الحكم المتعلق ان كل المذكور وهذا ظاهر لانه لم يذكر غيره فلما كان كل المذكورة كان كل الحكم لان المقصود من بيان الشارع اقامة مصلحة العبد واخراجه عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم بلا اخلال فثبت انه كل الحكم ولا يكون غيره مرادا • ولان السكوت في موضع بيان الحاجة الى البيان بيان فكان ذكر التحرير والسكوت عن غيره بيانا على ان غيره ليس بمراد • والمعقول في المسالة ان الكفارة وجبت جزاء للجناية على العصمة المؤثمة الثابتة بالاسلام • واما الدية فانما تجب باعتبار الجناية على النفس المعصومة بالعصمة المقومة والتقوم امر زائد على اصل العصمة لانه من صفات العزة فلا يثبت الا بالاحراز بدار الاسلام • ولهذا لان الاصل في العصمة المؤثمة المال النفس فلا يثبت التقوم في المال الا بالاحراز كما في سائر الاشياء المباحة فكذا لا يثبت التقوم في النفس التي هي تابعة للمال في العصمة المؤثمة الا بالاحراز ولم يوجد الاحراز فلا يثبت التقوم فلا تجب الدية لعدم التقوم • فاذا دخل دارنا فحينئذ يكون محرزا وله السلطان ولية في القتل والصلح دون العفو • فان قلت لا نسلم ان المراد من قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن الذي لم يهاجر الينا بل المراد منه الباغي فانه مؤمن من قوم عدو لنا • والشافعي لا يوجب الدية في قتل الباغي ايضا • قلت المراد منه هو الذي لم يهاجر بالنقل عن ائمة التفسير وتدل الاطلاق اسم العدو على ذلك لان العدو والمطلق ما هو الكافر لا الباغي فان الباغي ان كان من قوم عدو لنا من حيث الدنيا لكن من قوم واحد قال الناس من حيث الدين والدار والكافر عدو لنا دينا ودارا قوله وله ورثة مسلمون • اي للحربي الذي اسلم في دار الحرب قوله هناك اي في دار الحرب قوله فلا شيء عليه اي على القاتل الا الكفارة قوله لكونه مستجلبا للكرامة • اي لكون الاسلام • يعني ان العصمة تثبت بها النعمة والكرامة فتتعلق بما له تاثير في استحقاق الكرامة وهو الاسلام لانه منشأ كل سعادة وكرامة فتتعلق العصمة المؤثمة به كالمؤثمة لا بالدار التي هي جماد لا اثر لها في استحقاق الكرامات قوله لحصول اصل الزجر بها اي بالمؤثمة قوله كما فيه اي في اصل العصمة قوله فيتعلق بما تعلق به الاصل • اي يتعلق الوصف وهي المقومة بالاسلام الذي تعلق به الاصل وهي المؤثمة فتثبت العصمتان جميعا بالاسلام فيجب الكفارة والدية بقتل الذي لم يهاجر الينا قوله ولان العصمة المؤثمة بالادمية • يعني ان الاصل في الادمي ان يكون معصوما انما سقط العصمة بعارض الكفر فاذا انعدم الكفر بالاسلام عادت العصمة • وانما كان الاصل ذلك لانه خلق حرا لاحتمال الخلافة فالمحل التكليف • وانما يتحقق هذا بكونه حرام التعرض اذ لو كان مباح التعرض لم يتمكن من اقامة اعباء التكليف والمال تبع له فانه خلق في الاصل مباح التعرض • وانما العصمة بعارض الاحراز والتقوم في المال اصل دون النفس الاصل لا يثبت الا بالاحراز فكذا اما كان تابعا وهو تقوم النفس • وهذا لان التقوم بجبران الفائت وذلك يبنى على التماثل • اما صورة ومعنى كما في ذوات الامثال او معنى كما في ذوات القيم واعتبار التماثل صورة ومعنى او معنى لجبران الفائت لا يكون الا في المال لكان التقوم في المال اصلا ولا يتمالك انه محرز بدارهم فيثبت العصمة المتقومة لانا نقول العصمة من صفات العزة وهي المنعة ولا اعتبار لمنعة الكفر لبطلانها فلا يثبت العصمة قوله والقيام بها اي باعباء التكليف اي بانواعه من جمع عيب وفي كل قتل من مراد وعبد قوله والمرتد والمستامن في دارنا من اهل دارهم جواب سؤال مقدر بان يقال لو كان العصمة المقومة بدارنا ومعاني دارنا لكان في قتلهما الدية فاجاب عنه وقال انهم من اهل دار الحرب حكما لقصد الانتقال اليها فلم يجب بقوله ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة • وهذه من مسائل الجامع الصغير • وانما وجب الدية والكفارة لان ذلك حكم قتل المؤمن خطأ بقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله • والمستامن لما اسلم صار من اهل دارنا فصار حكمه حكم سائر المسلمين فالامام ياخذ ديتها ويضعها في بيت المال لعدم الوارث • اما اذا كان القتل عمدا فالامام بالخيار ان شاء قتل القاتل وان شاء اخذ الدية اذا رضي القاتل بالدية وليس له ان يعفو اما وجوب القصاص فلقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له • فاذا كان السلطان لهم وليا كان له اخذ القصاص • واما الصلح على الدية فلما روي ان عمر بن الخطاب لما قتل رأى عبيد الله بن عمر هرمزان وفي يده خنجر فظن انه هو الذي قتل عمر فقتله فلما ولي عثمان بن عفان قال علي بن ابي طالب لعثمان اقتل عبيد الله فقال عثمن قتل ابوه بالامس وانا اقتله اليوم لا افعل ولكن هذا الرجل من اهل الارض • يعني ان هرمزان من اهل الحرب • وانا وليه فاعفو عنه واودي ديته • ولان الدية انفع للعامة من القود والحق للعامة والامام كالنائب عنهم ولو وجد دية فكان له ان يصالح على الدية

وليس له ان يعفو بغير شي لانه اسقاط المراد في حق غيره وليس له ذلك وانما لانه مظنون لا نظر في ابطال حق المسلمين بغير شي واما
اذا كان المقتول لقيطا فقتله الملتقط او غيره خطا تجب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه لما قلنا • واذا كان القتل
عمدا فان شا الامام قتله وان شا صالحه على الدية عند ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف الدية عليه في ماله ولا اقتله به من قبل
اني لا اعرف له وليا كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي وشمس الائمة البيهقي في الشامل وفي المبسوط • وجه قول ابي يوسف انه
لا يخلو عن ولي كالاب ونحوه ان كان ابن رشدة وكالام ان كان ابن زنية فاشتبه من له حق القصاص فلا يستوفي • ووجه قولهما
قوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له فيكون السلطان مثله لان اللقيط لا ولي له الا وليه مجهول والمجهول وجوده
وعدمه سوا لانه لا ينتفع برايه فيستوفي قوله ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له • يعني ان الدية على عاقلته للامام
على معنى ان له ان ياخذها ويضعها في بيت المال لانها تكون ملكا لها قوله هو القتل المودي عينا اي القصاص معينا هو

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير به الحربي ذميا شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه • وذكر العشر ايضا بطريق التبعية لان سبب كل منهما الارض
النامية وقدم العشر في الذكر لانه من الوظايف الواجبة على المسلمين وفيه معنى القربة فكان سبقه احق قوله ارض العرب
كلها ارض عشر وهو ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام • والسواد ارض خراج وهي ما بين العذيب الى عقبة
حلوان ومن الثعلبية • ويقال من العلث الى عبادان وهذه من مسايل القدوري قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره ارض
العرب كلها ارض عشر وهي ارض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطايف والبرية • اعلم ان حد ارض العرب من اول العذيب
والقادسية الى اخر حجر باليمن بمهرة طولا ومن يبرين والدهنا ورمل عالج الى مشارق الشام عرضا ومشارق الشام قراها وهي كلها
ارض عشر لان النبي صلى الله عليه وسلم والخلفا الراشدين بعده لم ياخذوا من ارض العرب الخراج • والارض لا تخلو من احد الحقين
فدل على انها عشرية • ولان الخراج بمنزلة الفي من حيث انه لا يبتدا به المسلم فلا يجوز وضع الخراج في ارضهم كما لا يجوز وضعه
في رقابهم • لان شرط وضعه اقرار اهل الارض عليها على الكفر والا يقر العرب على الكفر لانه لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف ولهذا
وضع عمر الخراج على السواد كله حين افتتح عنوة على يدي سعد في خلافة عمر • وكذا وضعه على مصر حين افتتحت صلحا على يدي عمرو
ابن العاص • وكذا وضعه على الشام حين افتتح عمر بن الخطاب بيت المقدس ومدن الشام كلها صلحا دون اراضيها • واما ارضها
فتحت عنوة على يدي يزيد بن ابي سفيان وشرحبيل بن حسنة وابي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد • فاما اجنادين من الشام فقد
افتتح صلحا في خلافة ابي بكر • ثم اعلم ان المراد من السواد المذكور سواد الكوفة وهو سواد العراق وحده من العذيب الى عقبة حلوان
عرضا • ومن العلث الى عبادان طولا وما قال من الثعلبية الى عبادان غلط لان الثعلبية من منازل البادية بعد العذيب بكثير
واما سواد البصرة فالاهواز وفارس والبصرة فانها عشرية بالاجماع الصحابة • وذكر الامام ابو اسحق الفارسي الفاضي المعروف
بالاصطخري في كتاب المسالك والممالك • واما العراق فانها في الطول من تكريت الى عبادان على بحر فارس • وفي العرض ببغداد
والكوفة من القادسية الى حلوان • وعرضها بواسط من واسط الى قرب الطيب • وعرضها بالبصرة من البصرة الى حدود جبي
بيان اللغات • اما العشر فهو احد الاجزا العشرة • والخراج اسم ما يخرج من غلة الارض او الغلام • ثم سمي ما ياخذه السلطان
خراجا • فيقال ادى فلان خراج ارضه وادى اهل الذمة خراج رووسهم • يعني الجزية كذا ذكر المطرزي • ومهرة قبيلة من اليمن
اليها ينسب الابل المهرية كذا في ديوان الادب • والعذيب اسم ما لتميم والعلث بالعين المهملة المفتوحة واللام الساكنة
وقيه موقوفة على العلوية على شرقي دجلة وهو اول العراق وعبادان حصن صغير على شط البحر • وقد مر في باب زكاة الزروع
قوله قال وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها • اي قال القدوري في مختصره والاصل فيه ان الامام
اذا فتح بلدا عنوة له ان يقر اهلها عليها بوضع الخراج عليها والجزية على رقابهم لكن يضع الجزية عليهم اذا لم يسلموا ويضع الخراج على الاراضي
اسلموا او لم يسلموا كما فعل عمر بسواد العراق فلما جاز اقرارهم على اراضيهم كانت ملكا لهم يتصرفون فيها كيف شاوا بيعا وغيره وذلك وقد مر
تمام التقرير في اول باب الغنايم وتفريعه واليه اشار في المتن بقوله وقد قدمناه من قبل • وقال الشافعي بيعها وقسمها
ولا يقر اهلها عليها والحجة عليه فعل عمر رضي الله عنه حين فتح العراق بحضرة الصحابة من غير نكير وقد مر الجواب عن انكار بلال في اول
باب الغنايم • فان قلت المنقول لا يجوز فيه ترك القسمة فينبغي ان لا يجوز ذلك في غير المنقول ايضا لان كلاهما مال مغنوم وفي ترك
القسمة يلزم الضرر بالغانمين • قلت ليس في ترك القسمة في المنقول منفعة عايدة الى المسلمين فلم يجز • بخلاف تركها في غير المنقول
حيث يكون فيه منفعة تعود الى المسلمين وهي الخراج فجاز ترك القسمة في الاراضي كما في الرقاب قوله قال وكل ارض اسلم
عليها اهلها او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر • اي قال القدوري في مختصره ومعنى عنوة قهرا وقسرا • وانما كان
العشر فيها لان الحق المتعلق بها ابتدا به المسلم فكان الاليق بحال العشر لان فيه معنى العبادة • بخلاف الخراج فانه ليس فيه معنى العبادة
او لان العشر اخف من الخراج لان العشر لا يجب ما لم يوجد الخارج تحقيقا • بخلاف الخراج فانه يجب بالخارج تقديرا ايضا
بالتمكن من الزراعة • وكذلك المسلم اذا اتخذ داره كرما او بستانا فهي عشرية اذا كانت لا تسقى بما الخراج • فاما اذا هو
كانت تسقى بما الخراج فهي خراجية • وكذلك المسلم اذا احيى ارضا ميتة باذن الامام وهي تسقى بما السما او بما عين استنبطها باذن
الامام في ارض ميتة فهي ارض عشرية • وكذلك اذا كانت تسقى من نهر احتفر من انهار العشر وعيونها او قناتها فهي عشرية • ولو
كانت تسقى بنهر شقوقها من الانهار العظام التي ليست بملك لاحد كجيحون والفرات ودجلة وغيرها ففيه روايتان في رواية عشرية

قوله قال وكل ارض فتحت عنوة فاقر ... كذا ذكر في شرح الطحاوي • وذكر الكرخي في مختصره انها عشرية
وفي رواية خراجية • وكذلك اذا اسلموا اهلها فهي ارض خراج • وذلك لان الحق المتعلق بها ابتداء الكافر والخراج اليق به لان فيه معنى العقوبة
والذلة تغليظا لوجوبه بالتمكن من الزراعة • وكان القياس على هذا ان تكون مكة خراجية لانها فتحت عنوة واقر اهلها عليها
على ما مر بيان ذلك في اول باب الغنايم لكن لما لم يوظف رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها الخراج اعتبرت عشرية • وكذلك
المسلم اذا احيى ارضا ميتة وهي تسقى من نهر من انهار الخراج فهي خراجية وكل ارض تسقى من عين او نهر او قناة او بير استنبط من مال
بيت المال فهي ارض الخراج • وكذلك الذمي اذا احيى ارضا ميتة او رضخ له الامام ارضا من الغنيمة وقد كان قاتل مع المسلمين هو
او اتخذ داره كرما او بستانا فهي خراجية كذا في شرح الطحاوي وقد مر بيان الذمي اذا اشترى ارضا عشرية في باب زكاة الزروع
والثمار • وبيان المال العشري والخراجي مر في ذلك الباب • اعلم ان فتح السواد والشام ومصر قد بيناه قبل هذا
واما خراسان ومرو رود فكان فتحها في خلافة عثمان بن عفان صلحا على يدي عبد الله بن عامر بن كريز • واما ما دونهما
فانه افتتح بعد عثمن على يدي سعيد بن ابي عثمن بن عفان لمعاوية صلحا سمرقند وكش ونسف وبخارى • وبعد ذلك على
يدي المهلب بن ابي صفرة وقتيبة بن مسلم • واما الري فان ابا موسى افتتحها في ولاية عثمن صلحا • واما طبرستان فافتتحها سعيد
ابن العاص في ولاية عثمن صلحا ثم فتحها عمر بن العلا والطالقان وذنباوند سنة سبع وخمسين ومائة • واما جرجان فافتتحها
يزيد بن المهلب في خلافة سليمن بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين • واما كرمان وسجستان فافتتحهما عبد الله بن عامر في خلافة
عثمن صلحا • واما الجبل فافتتح كله عنوة في وقعة جلولا ونهاوند على يدي سعد والنعمان بن مقرن • واما الاهواز
وفارس واصبهان فافتتحت عنوة لعمر على يدي ابي موسى وعثمن بن ابي العاص وعتبة بن غزوان وكانت اصبهان على يدي ابي
موسى خاصة • واما الجزيرة فانها فتحت صلحا على يدي عياض بن غنم • والجزيرة ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة واما
هجر فانهم ادوا الجزية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم • وكذلك دومة الجندل • واما اليمامة فافتتحها ابو بكر • واما ارض الهند
فافتتحها القاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين كذا ذكر التمرتاشي قوله وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ما
الانهار الى اخره • ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال كل ارض فتحت عنوة بالقتال والحرب فصارت
ارض خراج وكل شي يصل اليها ما الانهار فهي ارض خراج وكل شي لم يصل اليها ما الانهار فاستخرج فيه عين فهي ارض عشر والارض
التي اسلم اليها اهلها فهي ارض عشر وهذه الجملة مذكورة في كتاب الزكاة في الاصل وتفريع ما ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير بقوله ولو كانت البلدة خراجية فاحيى رجل في بعض النواحي فان سقاها من عين استنبطها او من ما السما فهي عشرية • وان
سقاها من الانهار الصغار فهي خراجية • وان سقاها من الانهار العظام فقد روي عن محمد في هذا روايتان في رواية ابنا
فلمن تكون خراجية ويجعلها تابعة للبلدة • وفي رواية هشام عن محمد تكون عشرية لان هذا مباح فصار كما السما اي هنا
لفظ النسبة • والاصل في هذا ان العشر والخراج يتعلقان بالارض النامية ونماوها بالما فلهذا اعتبر الما العشري والخراجي
سوا اقر عليها اهلها او قسمت بين الغانمين قوله ومن احيى ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز
ارض الخراج ومعناه بقربها فهي خراجية • وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية وهذه الى الاخر من مسايل القدوري
والمراد من قوله ومن احيى ارضا المسلم فان الذمي اذا احيى ارضا مواتا تكون خراجية على ما ذكرنا من رواية شرح الطحاوي قبل
هذا • ثم اعلم ان ابا يوسف يعتبر في احيا الارض بالحيز فان كان الحيز خراجيا يجعلها خراجية • وان كان عشريا يجعلها عشرية
وكان القياس على هذا ان تكون البصرة عنده خراجية لكونها من حيز ارض الخراج • وان احياها المسلمون الا ان القياس
ترك باجماع الصحابة على توظيف العشر عليها • وقال محمد ان احياها ببير استنبطها او بير حفرها او بما دجلة او الفرات او الانهار
العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية • وكذا اذا احياها بما السما • وان احياها بما الانهار التي حفرها الاعاجم كنهر الملك
او نهر يزدجرد فهي خراجية • وجه قول ابي يوسف ان حيز الارض له حكم الارض • الا ترى ان احيا ما قرب من العامر
لا يجوز لكونه في حكم العامر • ولهذا يعطى لفنا الدار حكم الدار في الانتفاع به لصاحبها • وان لم يكن الفنا ملكا له فلما
كان كذلك وجب اعتبار الارض المحياة بالحيز خراجيا كان او عشريا • ووجه قول محمد ان النما للارض يحصل بالما فيعتبر الما
وقدم تقريره • ولان الخراج لا يوضع على المسلم ابتدا كرها لان فيه معنى العقوبة فيعتبر الما لانه اذا زرع بالانهار
المملوكة صار ذلك دليل التزام الخراج فتكون الارض خراجية قوله ومعناه بقربها • اي معنى قول القدوري
بحيزها بقربها • قال في ديوان الادب الحيز الناحية • وجمعه احياز جمع على لفظه • واصله من الواو • وقال
في المجمل الحيز احواز قوله والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة • اي عند ابي يوسف هذا جواب عما يرد عليه
من السوال وقد اندرج بيانه فيما قلنا انفا قوله مثل نهر الملك ونهر يزدجرد ونهر الملك اودب من بغداد على طريق
الكوفة • والمراد من الملك كسرى انوشروان بن قباذ وكان جميع ملكه سبعا واربعين سنة وسبعة اشهر • وكسرى ابرويز
من اولاده هو ابرويز بن هرمز بن كسرى انوشروان وقام على الملك ثمانيا وثلاثين سنة • واما يزدجرد بن شهريار بن كسرى
ملك وهو ابن خمس عشرة سنة • ثم لما قتل رستم في قتال سعد بن ابي وقاص بالقادسية هرب يزدجرد الى مرو في طريق سجستان
فقتل هنالك وكان جميع ملكه عشرين سنة • ورايت في بعض كتب التواريخ ان يزدجرد بن شهريار بن ابرويز اخر ملوك العجم وكان
في زمن عثمان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى خراسان والى بلاد الترك وغاد فقتل بمرو وكان ذلك في سنة احدى وثلاثين

في خلافة عمر رضي الله عنه ● قوله والخراج الذي وضعه عمر على اهل السواد من كل جريب بلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع
ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ● ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم ● وهذا لفظ القدوري في مختصره
اعلم ان القفيز الواجب في الخراج مطلق عن قيد الهاشمي والحجازي في اكثر نسخ الشروح كالكافي للحاكم الشهيد والشامل وشرح الطحاوي
وشرح الجامع الصغير للفقيه ابي الليث وفخر الاسلام البزدوي وغير ذلك ● وقال الولوالجي في فتاواه القفيز هو الحجازي وهو ثمانية
ارطال وهو صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم ● وانما نسب الى الحجاز لانه اخرجه بعدما فقد وانه يسع ثمانية ارطال وهي اربعة امناء وفي
قول ابي يوسف خمسة ارطال وثلث رطل ● وكذلك قال في خلاصة الفتاوي ● قلت هذا هو الصحيح لان محمدا ذكر في اول كتاب
الخراج من الاصل كما كان من ارض الخراج من عامر او غامر مما يبلغه الماء ويصلح للزرع ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة زرع ذلك صاحبه
في السنة مرة او مرارا او لم يزرعه كله سواء وفيه كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاز وهو ربع الهاشمي وهو مثل
الصاع الذي كان على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ثمانية ارطال الى هنا لفظ محمد في الاصل ● ولان الحجاز كان يمن على اهل العراق بصاع
عمر وصاع عمر هو صاع النبي صلى الله عليه وسلم فاذا كان صاع عمر هو الحجازي الذي هو صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف يقدر
عمر الخراج بالصاع الهاشمي الذي ليس صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم ● ولهذا قال ابو يوسف في كتاب الخراج الصبه حدثني السري
عن الشعبي ان عمر بن الخطاب فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل ارض يبلغها الماء عملت او لم تعمل درهما ومختوما ● قال عامر
هو الحجازي وهو الصاع الى هنا لفظ ابي يوسف في كتاب الخراج الما طلب … ان فيما ذكره صاحب الهداية والنافع سيد الهاشمي نظرا
والصاع الهاشمي اثنان وثلاثون رطلا وقد مر بيان ذلك مستوفى في باب صدقة الفطر ● والمراد من القفيز الواجب قفيز ما يزرع كذا
ذكر في شرح الطحاوي ● وقال الامام ظهير الدين انه قفيز من حنطة او شعير ● والمراد من الدرهم درهم يوزن سبعة وبيان
ذلك مر في كتاب الزكاة ● والاصل في توظيف الخراج ما روي عن عمر بن الخطاب انه بعث حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف الى
سواد الكوفة وامرهما ان يضعا عليه الخراج فوضعا على كل جريب من المزارع قفيزا ودرهما ● وعلى كل جريب من الرطاب خمسة دراهم
وعلى كل جريب من الكرم عشرة دراهم فلما رجعا قال لهما لعلكما حملتماها ما لا تطيق فقالا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت
قال ابو يوسف في كتاب الخراج وكان عثمان عاملا على شط الفرات وحذيفة على ما وراء دجلة من جوخى وما سقت ● قال فخر
الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما كان هذا رسما وظفه عمر فصار حكما شرعيا لانه كان بحضرة الصحابة من غير نكير ● فعلم بهذا
ان الخراج يوضع بقدر الطاقة فيعتبر ذلك فيما لم يرد فيه الاثر كالبستان من ارض الخراج ● وكذلك ارض الزعفران ● وقالوا البستان
كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار ● وبيان قدر الجريب وخراج المقاسمة مر في باب زكاة الزروع والثمار وينظر
ثمة ● وحذيفة بن اليمان هو حذيفة بن اليمان حسيل بن جابر بن ربيعة بن عمرو بن اليمان ● وانما قيل حذيفة بن اليمان العبسي هو
حليف بني عبد الاشهل يكنى ابا عبد الله سكن الكوفة وتوفي بالمدائن سنة ست وثلاثين وقد جاء نعي عثمان كذا قاله ابن شاهين ● وقال
الكلبي في كتابه عن الحسن انه قال كان حذيفة رجلا من بني عبس فخيره رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان شئت كنت من المهاجرين وان
شئت كنت من الانصار قال من الانصار فانا من الانصار ● وحذيفة عبسي من الانصار ولم يدرك الجمل وكان الجمل لعشر ليال
خلون من جمادى الاولى سنة ست وثلاثين وعثمان بن حنيف من اكابر الصحابة ايضا وهو اخو علي بن ابي طالب الذي اخى رسول الله صلى الله
عليه وسلم بينه وبين علي مات في خلافة معاوية وله عقب وقد شهد احدا والمشاهد كذا ذكر ابن شاهين في كتاب المعجم قوله
حتى مسح يعني بمسح اي بذرع ● قوله وضع على ذلك ما قلنا كذا ثبت في النسخ وكانه سهو من الكاتب لا دلالة في التركيب ان يقال
ووضع ذلك على ما قلنا ● اي وضع الخراج على الوجه الذي قلنا في جريب الزرع وجريب الرطبة وجريب الكرم والرطبة اسم
للقضب خاصة ما دام رطبا كذا في المجمل ● والجريب ارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون ذراعا بذراع الملك كسرى تزيد
على ذراع العامة بقبضة وهي ست قبضات وذراع الملك سبع قبضات كذا في المغرب قوله ولان المؤن متفاوتة فيجمع
مونة ● يعني ان تفاوت المؤن له اثر في تفاوت الواجب ● الا ترى ان الواجب فيما سقي سيحا من الارض العشرية هو العشر وما سقي
بغرب او دالية او سانية نصف العشر فلم يثبت هذا ● قلنا لما كانت مونة الكرم اخف والريع اكثر كان الواجب فيه اعلى وهو عشرة
دراهم ● وهذا لانه يبقى دهرا مديدا مع قلة المونة ومونة الزرع اثقل فجعل الواجب فيه ادنى وهو قفيز ودرهم ● وهذا
لان الزرع يحتاج الى الكراب والقاء البذر والحصاد والدياس ونحو ذلك كل سنة ● ومونة الرطاب بين بين لانه لا يحتاج الى
القاء البذر كل عام ولا تدوم فيها اصلا ولا تدوم دوام الكرم لكن ليس له … واما الكرم فكان الواجب فيما بين الامرين وهو خمسة دراهم
قوله قال وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة ● اي قال القدوري في مختصره
يعني ما سوى جريب الزرع وجريب الرطبة وجريب الكرم يوضع الخراج فيه بحسب الطاقة ● ففي ارض النخيل الملتفة يحكم
عليها الخراج بقدر ما تطيق ولا يزاد على جريب الكرم وفي جريب الزعفران بقدر ما تطيق ايضا وينظر الى غلتها وان كانت الزرع
فيؤخذ قدر خراج الزرع ● وان كانت غلة الرطبة يؤخذ خمسة وقد مر مرة في باب زكاة الزروع ● وانما اعتبرت الطاقة
لان الاثر لم يرد فيما يطيق بها ● قال فخر الاسلام البزدوي وانما نهاية الطاقة الى نصف الخارج لا يزاد عليه ● الا ترى
انه قال في كتاب العشر والخراج والسير الكبير في ارض لم تخرج من الغلة الا قدر قفيزين ودرهمين وفي جريب ان خراجها
قفيز ودرهم ● وهذا لانا لما ظهرنا بهم وسبيناهم ان نسترقهم ونقسم اموالهم فاذا مننا عليهم وقاسمناهم بنصف الخارج كان التنصيف
من الانصاف بعينه حيث كان النصف لنا والنصف لهم قوله قال فان كان لم تطق ما وضع عليها نقصه الامام ● اي قال القدوري

في مختصره لم يثبت لفظ كان ولم يصح فهو زائد كقوله فما لبثه ما كان اول لها ● قال في شرح الطحاوي اجمعوا على انها اذا كانت لا تطيق ما
قدر خراجها الموضوع ينقص واخذ منها قدر ما تطيق ● وذلك لان المعتبر هو الطاقة بالاثر وبيانه بما قال في خلاصة الفتاوي بقوله
فان كانت الارض لا تطيق ان يكون الخراج خمسة دراهم فان كان الخراج لا يبلغ عشرة دراهم يجوز ان ينقص حتى يصير الخراج مثل نصف
الخراج ● اما اذا كانت تطيق ذلك وزيادة فقال الولوالجي في فتاواه اجمعوا ان الزيادة على وظيفة عمر في سواد العراق وفي بلد
وظف الامام عليها الخراج لا يجوز ● فاما في بلدة اراد الامام ان يبتدئ التوظيف قال ابو يوسف لا يزيد وقال محمد يزيد ● وعن
ابي حنيفة مثل قول ابي يوسف ● وجه قول محمد ان النقصان عند قلة الريع جائز فينبغي ان يجوز زيادة التوظيف عند زيادة الريع
ووجه قول ابي يوسف ان عمر لم يزد في التوظيف فلو جاز لزاد ● الا ترى الى قول حذيفة وعثمان بن حنيف ولو زدنا لاطاقت
وقال في المختلف بخلاف ابي يوسف مع محمد لا يجوز الزيادة على الخراج الموظف بتوظيف الامام وان اطاقت الارض ● وقال محمد
يجوز ● وهذا يرد دعوى الاجماع من مدعيه ● وقال شمس الائمة في شرح الجامع الصغير فان كانت تحتمل الزيادة على قدر الوظيفة
اي وظيفة عمر لم يجز الزيادة في قول ابي يوسف ● وعلى قول محمد يجوز الزيادة لان الزيادة بحسب الريع ● ولهذا اختلف في
ارض الكرم والرطبة الى هنا لفظ شمس الائمة قوله عند زيادة الريع والريع في اللغة هو النماء والزيادة واراد به هنا
مقدار زيادة الغلة قوله فان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او اصطلم الزرع افة فلا خراج عليه ● هذا لفظ القدوري
في مختصره ● وهذا لان الخراج متعلق بنما حقيقي او تقديري بان يكون متمكنا من الزراعة ● وهنا لما غلب الماء على الارض بحيث لم تبق
قابلة للزراعة او كانت نزة لم يوجد النما التقديري فلا يجب الخراج ● وكذا اذا زرعها ثم اصاب الزرع افة من الحر او البرد او
نحو ذلك فاصطلمته فلا خراج ايضا ● وهذا لان النما التقديري اقيم مقام النما الحقيقي عند عدم النما حقيقة فلما وجد النما حقيقة
بطل اعتبار النما التقديري وتعلق الحكم بالنما الحقيقي لان ذلك خلف وهذا اصل فبطل الخراج بهلاك الخارج وسلم بسلامته كما في العشر
خلافا ما اذا عطلها وهو متمكن من الزراعة حيث يكون الخراج دينا في ذمته لتعلق الخراج بالنما التقديري حينئذ ● الا ترى ان رجلا
لو اجر رجلا بيتا او حانوتا فعطله المستاجر فعليه الاجر ● فلو لم يتمكن من الانتفاع بان غصبه غاصب او نحو ذلك لا يجب الاجر وذكر
ابو الليث سؤالا وجوابا في شرح الجامع الصغير فقال فان قيل لو استاجر رجل ارضا فزرعها فاصطلمت الزرع افة فانه يجب عليه الاجر
قبل الافة بحسب الى وقت هلاك الزرع ولا يجب عليه بعد ذلك ● وليس الاجر بمنزلة الخراج لان الخراج وضع على مقدار الخارج اذا
ملكت الارض للزراعة ● فاذا لم تخرج شيئا جاز اسقاطه والاجر لم يوضع على مقدار الخراج فجاز ايجابه وان لم تخرج ● قال
الولوالجي وخراج الوظيفة والمقاسمة لا يسقط بهلاك الخارج بعد الحصاد لانه واجب في الذمة بسبب الخارج ● وقبل الحصاد
يسقط لانه غير واجب في الذمة بخلاف الزكاة لانها واجبة في المال لا في الذمة ● وقال في الفتاوي الولوالجي ولو عجز رجل من زراعة
ارضه وهي خراجية دفعها الامام الى من يقدر على زراعته ويأخذ منه الخراج ويدفع الفضل الى رب الارض بعد حصة الزرع هو
والكل التخيل لان في الخراج منفعة عامة المسلمين وفي انكاره ضرر رعاية المسلمين فجاز دفع ضرر عامة المسلمين اجارة ارضه او
بدفعها مزارعة ● فان لم يجد مستاجرا او مزارعا باعها ممن يقدر على خراجها ● يقال اصطلم الزرع افة ● اي استاصله قوله وان
عطلها صاحبها فعليه الخراج ● وهذا ايضا لفظ القدوري وبيانه اندرج فيما قلنا قوله قالوا من انتقل الى اخس الامرين
من غير عذر فعليه الخراج الاعلى ● اي قال مشايخنا في شرح الجامع الصغير قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير وعن اصحابنا
فيمن له ارض الزعفران فزرع فيها الحبوب وترك الزعفران من غير عذر يوضع عليه خراج الزعفران لانه هو الذي ضيع ذلك فصار
كالذي عطل ارضه ● وكذا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر بان كان له كرم مثلا فقلعها وزرع فيها الحبوب يؤخذ منه خراج الكرم
لانه هو الذي ضيع الزيادة ● وهذا هو الذي يعرف ولا يفتى به حتى لا يطمع الظلمة في اموال الناس ● قال الولوالجي في فتاواه ولو
غرس رجل في ارضه كرما فلم يطعم سنين كان عليه كل سنة قفيز ودرهم لان وظيفة هذه الارض قبل الغرس قفيز ودرهم في كل جريب
فبقي كذلك ما لم يؤخذ منه خراج الكرم ● وان ادركت فما كان يبلغ قيمته عشرين درهما فصاعدا اخذ منه عشرة دراهم لانه صار
كرما صورة ومعنى قوله ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله ● وهذا لفظ القدوري في مختصره ● اعلم ان
الارض الخراجية تبقى على حالها خراجية بعد اسلام صاحبها ولا تتغير الى العشر لان عمر وضع على اهل السواد الخراج ثم اسلموا فبقي الخراج
كما كان ● ولان الخراج فيه معنى المونة والعقوبة فلم يكن توظيفه على المسلم ابتداء لمعنى العقوبة وامكن ذلك بقاء لمعنى المونة ● لان المسلم
اهل التزام المونة قوله ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج ● وهذا لفظ القدوري ● قال
الحاكم الشهيد في الكافي ولا يكره للمسلم اداء خراج الارض ولا شراء ارض اهل الذمة ● وانما جاز شراء الارض الخراجية من الذمي لانها
ملكه فكان كسائر املاكه ● فلو اشترى المسلم منه سائر املاكه جاز فكذا هنا ● واما وجوب الخراج على المسلم فلان فيه معنى المونة فاعتبر
مونته في حالة البقاء وهو معنى قوله لما قلنا ● ولان المسلم اهل لالتزام العقوبة عليه اذا تقرر سببها كما في سائر الحدود ولكن
تقررها بحيث الخراج وهو الارض النامية فبقي الخراج وظيفة للارض بعد انتقالها الى المسلم ● ولانه يجوز ان يجب على المسلم
التزاما ما لا يجب عليه ابتداء كما اذا تكفل بجزية ذمي ● وهنا لما اشتراها من الذمي صار ذلك دليل الالتزام ● وقد روي
ان جماعة من الصحابة اشتروا بالكوفة ارض الخراج فادوا خراجها فصار ذلك دليلا على جواز الشراء من غير كراهة ● وعلى لزوم الخراج
على المسلم قوله يدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم ● فلو قال صاحب الهداية من المسلم كان اولى فافهم قوله
ولا عشر في ارض الخراج وهذا لفظ القدوري في مختصره ● وعند الشافعي يجب فيهما العشر والخراج لان العشر والخراج حقان مختلفان

وجبا بسببين مختلفين في محلين مختلفين ولا منافاة بين الحقين فيجتمعان جميعا • اما اختلاف الحقين فظاهر لان الخراج قفيز ودرهم
او دراهم موظفة بلا تغيير • والعشر احد الاجزاء العشرة من الخارج • واما اختلاف السببين فلان العشر يجب بسبب الخراج تحقيقا
والخراج به او بالخارج تقديرا • واما اختلاف المحلين فان محل العشر الخارج ومحل الخراج الذمة • ولنا ما روى ابو حنيفة عن حماد
عن ابراهيم عن علقمة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يجتمع عشر وخراج ولم ينقل عن احد من لدن عمر من ائمة العدل وولاة الجور الجمع
بينهما فمن جمع خالف الاجماع فلا يجوز • ولان سببهما واحد وهو الارض النامية بدليل اضافة العشر والخراج اليها • والاضافة دليل
السببية على ما عرف بيانه في شرح الاصول • فلما كان السبب واحدا كان السبب احدهما غير جمع بينهما كالدية والقصاص ولان الارض
اذا فتحت عنوة وقهرا يجب فيها الخراج فاثر القهر الكره • واذا اسلم عليها اهلها طوعا يجب العشر • والطوع والكره متنافيان فلا يجتمع ما
العشر والخراج • قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وكذلك الاجر والضمان لا يجتمعان عندنا • والحد والمهر لا يجتمعان والجلد
والنفي لا يجتمعان • وكذلك الرجم مع الجلد وزكاة التجارة مع صدقة الفطر كل ذلك لا يجتمعان • وعندهما يجتمعان الا الجلد
والرجم فان فيهما اتفاقا قوله وهو الارض النامية بالخارج اي السبب قوله يعتبر في العشر • اي يعتبر النماء
قوله ولهذا يضافان • اي ولاجل ان السبب هو الارض النامية يضاف العشر والخراج الى الارض فيقال عشر الارض وخراج هذه
الارض قوله وعلى هذا الخلاف الزكاة مع احدهما • اي الزكاة لا تجتمع مع العشر او الخراج عندنا خلافا للشافعي • صورته
رجل اشترى ارض عشر او خراج بنية التجارة لم يكن عليه زكاة التجارة • وعن محمد ان عليه الزكاة مع احدهما وهو قول الشافعي لما
ان محل العشر ومحل الزكاة الارض المعدة للتجارة فلا منافاة • ولنا ان الجمع بين الامرين لو جاز لكان بحق سبب واحد وهي
الارض النامية فلم يجز كما في زكاة السوم مع زكاة التجارة • ثم لما لم يجز جمع الزكاة مع احدهما لزم منها اما العشر او الخراج
دون الزكاة لان وظيفة العشر او الخراج لازمة متقررة دون الزكاة لانها لا تجب في الارض الا اذا وجدت نية التجارة وكان هو
العشر او الخراج اسبق وكان بالترجيح احق قوله ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة قال في الشامل في قسم المبسوط لا يؤخذ
خراج الارض في السنة الا مرة • وقال الحاكم في الكافي ولا يؤخذ خراج الارض في السنة الا مرة • وان اخرجها ثمرات
والقدوة في هذا الباب عمر رضي الله عنه لانه لم يوجب الخراج مكررا • وينبغي ان يكون هذا في الخراج الموظف لا في خراج
المقاسمة لان خراج المقاسمة حكمه حكم العشر ويكون ذلك في الخارج كذا في شرح الطحاوي • فلما كان حكمه حكم العشر والعشر يجب
في كل خارج فكذلك خراج المقاسمة

باب في الجزية

لما فرغ عن ذكر خراج الارض شرع في خراج الرؤوس لان فيه معنى وهو الجزية وقدم خراج الارض لقوته
لانه يجب في ارض الكفار اذا فتحت اسلموا او لم يسلموا • وخراج الرؤوس لا يجب بعد الاسلام • او لانه ذكر في الباب المتقدم العشر هو
والخراج والعشر مقدم على خراج الرأس لان فيه معنى العبادة وهو ايضا ما يبتدأ به على المسلم فقدم خراج الارض ايضا لان سببهما
واحد وهو الارض النامية قوله وهي على ضربين اي الجزية وهذه من مسائل القدوري ولفظه في مختصره • والجزية
على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فيتقدر بحسب ما يقع له عليه الاتفاق وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب على الكفار واقرهم
على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنا كل سنة ثمانية واربعين درهما ياخذ منه في كل شهر اربعة دراهم • وعلى المتوسط الحال
اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين • وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا لفظه في مختصره • والاصل
في جواز اخذ الجزية قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون
دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون • فان قلت الكفر معصية فكيف اخذ البدل على تقرير
المعصية قلت لا نسلم ان الجزية بدل عن تقرير الكفر بل هي عوض عن ترك القتل والاسترقاق • او هي عقوبة على الكفر مجازا كالاسترقاق
وهذا امر معقول • ولانها عوض عن قتل واجب فجاز كاسقاط القصاص بعوض ثم تفاوت مقدار الجزية على حسب تفاوت الطبقات
مذهبنا • وقال مالك الجزية اربعة دنانير على اهل الذهب واربعون درهما على اهل الورق • وكذا روي ذلك عن عمر كذا قاله
فخر الاسلام • وعند الشافعي دينارا او اثنا عشر درهما يستوي في ذلك الغني والفقير • لما روى صاحب السنن عن معاذ ان النبي
صلى الله عليه وسلم لما وجهه الى اليمن امره ان ياخذ من كل حالم يعني محتلم دينارا او عدله من المعافري • ولنا ما روى اصحابنا
في كتبهم عن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن الحكم ان عمر بن الخطاب وجه حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف الى السواد ففتحا ارضها ووضعا
عليها الخراج وجعلا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا الى عمر اخبراه بذلك وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع
ثم بعد ذلك عمل عثمن كذلك ثم عمل علي كذلك • ولا يقال انه كان بالتراضي والصلح • لا كلام لنا فيه • وكلامنا فيما اذا وظف عليهم
بلا رضاهم لانا لا نقول لا نسلم لان السواد فتح عنوة لا صلحا • والمعقول ان الجزية حق يبتدأ به الكافر فوجب فيه التفاوت
كما في خراج الارض • والجواب عن حديث الشافعي فنقول ذلك ليس بحجة علينا لان اهل اليمن كانوا اهل فاقة فجعل المعسر عندنا
اثني عشر درهما ودينار رهم في ذلك الوقت كان اثني عشر درهما • يدل على ذلك ما روى البخاري في الصحيح عن ابن عيينة عن
ابن ابي نجيح قلت لمجاهد ما شان اهل الشام عليهم اربعة دنانير واهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل اليسار • قلت
فهذا هو الوجه الصحيح في معنى حديث معاذ • وقد قال بعض اصحابنا هو محمول على ما كان وقع الصلح عليه • الا ترى انه قال في رواية
خذ من كل حالم وحالمة دينارا • واهل اليمن عليهم ولا يجب على النساء الا في الصلح • واما الجزية التي تقع بالصلح فيعتبر فيها التراضي
فكلما وقع عليه التراضي يؤخذ ذلك لا غير ولا اسير لما اذا فتح الامام قرية من قرى اهل الحرب ومن عليهم وصالحهم على جماجمهم

واراضيهم

واراضيهم على وظيفة معلومة من الدراهم او الدنانير او ما اشبههما كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران على الحلل ونجران بلاد
اهلها نصارى كذا في الصحاح والمغرب • والحلة ازار ورداء كذا قالوا • وقال صاحب الهداية صالحهم على الف ومائتي حلة • وقال
الولوالجي في فتاواه يوضع على نصارى نجران على رؤوسهم واراضيهم في كل سنة الفا حلة كل حلة خمسون درهما الف في صفر والف في
رجب يقسم ذلك على رؤوسهم واراضيهم فما اصاب الرؤوس يكون جزية وما اصاب الارض يكون خراجا • وهذا الذي ذكره الولوالجي
هو الصحيح لموافقته الحديث الا قوله كل حلة خمسون درهما • وذلك لان صاحب السنن ذكر باسناده عن ابن عباس قال صالح رسول
الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران على الفي حلة على اراضيهم وعلى جزية رؤوسهم النصف في صفر والنصف في رجب • قال ابو يوسف في كتاب
الخراج وهذه الحلل المسماة على الفي حلة على اراضيهم وعلى جزية رؤوسهم يقسم على رؤوس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل ارض من اراضي نجران
وان كان بعضهم قد باع ارضه او بعضها من مسلم او ذمي او تغلبي • والمراة والصبي في ذلك سواء في اراضيهم واما جزية رؤوسهم فليس على النساء
والصبيان • وقال ابو يوسف في كتاب الخراج وابو عبيد في كتاب الاموال في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم الى اهل نجران بعد ان قال
على الفي حلة كل حلة اوقية • اي قيمتها اوقية كذا فسره ابو عبيد • ثم اعلم انه كما وقع الصلح مع بني تغلب وهم قوم من نصارى العرب
بقرب الروم صالحهم عمر حين خاف ان يلحقوا الروم على ان ياخذ من اموالهم العشر مضاعفا • قال في شرح الطحاوي وهذه الاراضي التي هو
وقع عليها الصلح لا يتغير حكمها بالمالك لان المضاعف فيها بمنزلة الخراج والخراج لا يتغير فكذا هذا • ثم اعلم ان المشايخ تكلموا في معرفة هذه
الطبقات المذكورة • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر عن عيسى بن ابان انه قال من كان له عشرة الاف درهم فصاعدا
فهو موسر • ومن كان له مائتا درهم فهو متوسط ومن كان له مثلا فهو مكتسب • وذكر عن بشر بن غياث انه قال من كان يملك قوته
وقوت عياله وزيادة فهو موسر • ومن كان يقدر على تحصيل القوت ولا يملك الفضل وله مقدار الكفاية فهو الوسط ومن لم يكن
له مقدار الكفاية فهو مكتسب • وقال الفقيه ابو جعفر ينظر الى عادة كل بلد لان عادة البلدان مختلفة في الغنا • الا ترى
ان صاحب خمسين الفا ببلخ يعد من المكثرين وان كان ببغداد والبصرة لا يعد من المكثرين • وفي بعض البلدان صاحب عشرة الاف
لا يعد من المكثرين فيعتبر عادة كل بلد وذكر هذا القول عن ابي نصر محمد بن سلام ايضا • وذكر عن عمر بن الخطاب انه كان ياخذ
من ركب البغال وتختم الذهب ثمانية واربعين درهما الى هنا لفظ الفقيه ابي الليث في كتابه • وقال فخر الاسلام من ملك ما دون
المائتين او لا يملك شيئا ولكنه معتمل فعليه اثنا عشر • ومن ملك مائتي درهم فصاعدا الى عشرة الاف وهو معتمل ايضا فعليه اربعة
وعشرون • ومن ملك عشرة الاف فصاعدا الى ما لا يتناهى وهو معتمل ايضا فعليه ثمانية واربعون • ثم قال وانما شرط المعتمل لان
الجزية عقوبة فانما تجب على من كان من اهل القتال حتى لا يلزم الزمن منهم جزية وان كان مفرطا في اليسار قال المعتمل الذي يقدر على
العمل • وان لم يحسن حرفة قوله عليه الصلاة والسلام خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر • وفي الرواية
الصحيحة في كتاب الحديث لم يذكر الحالمة • وقيل المراد كل من بلغ وقت الحلم او لم يحلم كذا ذكر صاحب الفائق ولفظ السنن او عدله
من المعافري بالنسبة وقد قدمناه • وفي السنن الحالم المحتلم • وذكر القتبي في غريب الحديث او عدله من المعافري بلا ياء
النسبة • وقال هو البرد • المعافري منسوب الى معافر من اليمن بفتح الميم والعامة بضمها • وقال في الجمهرة المعافر بفتح الميم
موضع باليمن تنسب اليه الثياب المعافرية • ثم قال وقال الاصمعي ثوب معافر غير منسوب فمن نسب فهو على خطأ • وقال في المجمل
معافر من همدان واليه تنسب الثياب المعافرية • وقال القتبي في حديث ابن عمر انه دخل المسجد الحرام وعليه بردان معافريان
فهذا الثار اليه بالوقه • اي تاملوا • وقال في المغرب ثوب معافري منسوب الى معافر بن مر ثم صار اسما بغير نسبة وعدل الشي
بالفتح مثله من غير جنسه وعدله مثله من جنسه • ومعنى قوله او عدله من المعافر • اي مثل الدينار من البرد الذي اسمه معافر قوله
من غير فصل • اي بين الغني والفقير قوله وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني اي وجوب الجزية بدلا عن القتل يشمل الفقير
والغني قوله ولانه وجبت نصرة للمقاتلة • اي الجزية وجبت نصرة وكفاية لغزاة المسلمين بما يؤخذ من الذمي فوجب
ان يتفاوت كالخراج والدليل على انها تجب نصرة وكفاية انها تصرف اليهم ولا توضع موضع الزكاة • ومعنى قوله وهذا لانه
وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال • قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا هل ادلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم تؤمنون بالله ورسوله
وتجاهدون في سبيل الله باموالكم وانفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون • لكن الكافر لما لم يصلح لنصرتنا لكونه غير مامون لانه
يميل الى دار الحرب اعتقادا قام الخراج الماخوذ منه المصروف الى الغزاة مقام النصرة بالنفس • ثم النصرة من المسلم متفاوتة
اذ الفقير ينصر دارنا راجلا ووسط الحال ينصر راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه والاركاب لغيره • ثم الاصل لما كان متفاوتا
تفاوت الخراج الذي قام مقامه فلما كان الخراج الذي وجب بدلا عن النصرة متفاوتا تفاوت الجزية ايضا لانها بدل عن النصرة هي
ايضا كالخراج قوله بكثرة الوفر • والوفر في اللغة المال الكثير واراد هنا مطلق المال فلو قال بكثرة المال كان اولى قوله
وما رواه الشافعي اراد به قوله عليه الصلاة والسلام خذ من كل حالم دينارا • وبيانه ما مر قوله وتوضع الجزية على اهل
الكتاب والمجوس هذا لفظ القدوري في مختصره • اما اهل الكتاب فجاز ضرب الجزية عليهم مطلقا سواء كانوا من العرب او من العجم
فلاجل هذا ذكر اهل الكتاب مطلقا حتى يشمل الفريقين • والاصل فيه قوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية • واما
المجوس فكان عمر يشك في اخذ الجزية واراد ان لا ياخذها منهم لما انهم ليسوا من اهل الكتاب فقال عبد الرحمن بن عوف سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب قال في السنن قال ابن عباس فاخذ الناس بقول عبد الرحمن بن عوف • يعني في قبول
الجزية من المجوس • وقال البخاري في الصحيح ولم يكن عمر اخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله

عليه وسلم اخذها من مجوس هجر • وقال ابو يوسف في كتاب الخراج حدثنا بعض المشايخ عن جعفر بن محمد عن ابيه قال ذكر لعمر بن الخطاب
قوم يعبدون النيران ليسوا اليهود ولا النصارى ولا اهل كتاب فقال عمر ما ادري ما اصنع بهؤلاء فقام عبد الرحمن بن عوف فقال
اشهد على رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال سنوا بهم سنة اهل الكتاب الى هنا لفظ ابي يوسف في كتاب الخراج • وهجر اسم بلد في البحرين
ولان استرقاقهم مع الكفر جائز استدراجا الى الاسلام فكذا ضرب الجزية عليهم وهذا بالاتفاق قوله قال وتوضع على عبدة الاوثان
من العجم • اي قال القدوري في مختصره • اي وتوضع الجزية على عبدة الاوثان من العجم كائنا من كان • وعند الشافعي لا توضع
عليهم كما لا توضع على عبدة الاوثان من العرب • له ان الامر بالقتال عام بقوله تعالى وقاتلوهم الا انه خص منه اهل الكتاب
في وضع الجزية عليهم بنص الكتاب وخص المجوس بحديث عبد الرحمن فبقي سائر اهل الكفر على الاصل • ولنا ما روى محمد بن الحسن في
الاصل عن ابي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث جيشا او سرية او هي حاجتهم
بتقوى الله في خاصة نفسه واوصاه بمن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله لا تغلوا ولا
تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا • واذا لقيتم عدوكم من المشركين فادعوهم الى الاسلام فان اسلموا فاقبلوا منهم وكفوا عنهم
ادعوهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين فان فعلوا فاقبلوا منهم وكفوا عنهم والا فاخبروهم انهم كاعراب المسلمين يجري
عليهم حكم الله الذي يجري على المسلمين وليس لهم في الفيء ولا في الغنيمة نصيب الا ان يجاهدوا مع المسلمين فان ابوا فادعوهم الى اعطاء
الجزية فان فعلوا فاقبلوا منهم وكفوا عنهم • وجه الاستدلال ان الدعاء الى اعطاء الجزية عام يشمل الوثني من العجم واهل
الكتاب منهم • بخلاف الوثني من العرب لانه تغلظ كفره فلم يجز اخذ الجزية منه ويجيء بيانه بعد هذا ان شاء الله تعالى • ولان
استرقاق الوثني والعجمي جائز فيجوز اخذ الجزية ايضا كالكتابي • وهذا لان كل واحد من الاسترقاق والجزية فيه سلبا
الشرعي • اما الاسترقاق فظاهر لان نفع الرق يعود الينا جملة • واما الجزية فلان الكافر يؤدي من كسبه ونفقته الى
في سبيل جبايته في كسبه فكان اذا اكتسبه الى المسلمين دار رابعة في معنى اخذ الشرع منه حكما • وهذا معنى قوله ونفقته في كسبه
والواو فيه للحال فافهم • فان قلت الجزية ليست كالاسترقاق لان استرقاق المراة والصبي جائز ولا جزية عليهما • قلت
ذاك لمعنى آخر وهو ان الجزية بدل عن القتل ولا قتل عليهما • بخلاف الاسترقاق فانه جزاء الكفر الاصلي • فان قلت كل من لا يجوز
اقراره على الكفر بضرب الجزية اذا كان عربيا لم يجز ذلك اذا كان عجميا كالمرتد • قلت لا نسلم ان القياس صحيح لان للمرتد
لا يجوز اقراره على الكفر بالاسترقاق ايضا فكذلك بالجزية • والعجمي الوثني يجوز استرقاقه فجاز وضع الجزية قوله وان
ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء • اي ان غلب على اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من
العجم قبل وضع الجزية فهم باجمعهم فيء • اي غنيمة قوله ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين وهذا
لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان الجزية لا يجوز وضعها على مشركي العرب • وكذا لا يجوز وضعها على المرتدين سوا كانوا
من العرب او من العجم • اما المشركون من العرب فان الاسلام يعرض على رجالهم فان اسلموا والا قتلوا لقوله تعالى تقاتلونهم
او يسلمون • وذلك في مشركي العرب • ولما روي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقبل من مشركي العرب الا الاسلام
او السيف كذا ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ... رسول الله صلى الله عليه وسلم ونشأ فيهم ... واخرجوه من وطنه كان عقوبتهم
اغلظ فلم يجز ابقاؤهم على الكفر بضرب الجزية او الاسترقاق فلم يقبل منهم الا الاسلام او السيف • بخلاف مشركي العجم لانه لم
يوجد منهم اذية الرسول صلى الله عليه وسلم فلم يتغلظ كفرهم فجاز اخذ الجزية منهم كالمجوس • فان قلت المجوس كان لهم كتاب
... ملكهم ابنته ... وقد رفع الكتاب عنهم • قلت لما وقع ... فبعد ذلك لا يكون من اهل الكتاب على انا نقول
قال الله تعالى انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا • فلو كان للمجوس كتاب لقال على ثلاث طوائف • وعند الشافعي يجوز استرقاق
مشركي العرب بناء على استرقاق نسائهم وصبيانهم وجوابه مر • واما نساؤهم وصبيانهم فانما جاز استرقاقهم لان النبي صلى الله عليه وسلم
سبى ذراري اوطاس وسبى ذراري هوازن كذا ذكره ... في شرح الجامع الصغير • واما المرتدون فحالهم كحال مشركي العرب
لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف واسترق الصحابة نساءهم وصبيانهم وكان ذلك بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم قال
فخر الاسلام ان اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم اجمعوا على ذلك في نسائهم وصبيانهم حتى وقع في على الحنفية فولدت له منها محمد بن الحنفية
ولان كفرهم قد تغلظ فلم يقبل منه الجزية لانهم ارتدوا بعد الهداية قال ان نساء المرتدين وصبيانهم يجبرون على الاسلام وسره
الجبر ... او الاسلام ويجيء في باب المرتدين • اما صبيانهم فانما يجبرون تبعا لآبائهم حيث يجبر آباؤهم • واما نساؤهم
فانما يجبرون لسبق الاسلام منهن • بخلاف نساء مشركي العرب وصبيانهم لانه لا جبر على آبائهم فكذا على صبيانهم وكذا على نسائهم
لانه لم يسبق منهن الاسلام قوله فلا يقبل من الفريقين • اي من فريق عبدة الاوثان من العرب ومن فريق المرتدين
قوله بني حنيفة بنو حنيفة بطن من العرب • وانما سمي حنيفة لانه لقي جذيمة ابا حي بن عبد القيس فضرب جذيمة
حنيفة فحنف رجله فضربه حنيفة فجذمه فسمي هذا حنيفة وسمي ذاك جذيمة كذا في جمهرة اللغة وهو حنيفة بن لجيم بن صعب
ابن علي بن بكر بن وائل ولحنيفة اخ يسمى اوقص واخ يسمى عجلا وامهم صفية بنت كاهل بن اسد بن خزيمة وله اخ آخر يسمى عجلا
امه حذام بنت جوشن ... بن عنزة وحذام هي التي قالت فيها القول اذا قالت حذام فصدقوها فان القول ما قالت حذام
كذا قال الكلبي في جمهرة النسب • وكانت بنو حنيفة اتخذوا في الجاهلية الهاً من حيس فعبدوه دهرا طويلا ثم اصابتهم
مجاعة فاكلوه فقيل فيهم اكلت حنيفة ربها زمن التقحم والمجاعة كذا قال القتبي قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله فلا يقبل من

الذبيين

الرعيني الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة قوله ولا جزية على امراة ولا صبي وهذه من مسائل القدوري • وعلل صاحب
الهداية بقوله لانها وجبت بدلا عن القتل او عن القتال • بيانه ان الجزية تجب بدلا عن القتل في حقهم على معنى ان القتل سقط عنهم بقيامه
الجزية مقامه فكأنهم لم يسلموا اعطوا الجزية عوضا عن حقن الدم • او على معنى ان اخذ الجزية يجري مجرى القتل في حقهم لان كلا منهما عقوبة
على الكفر وكان الاصل القتل لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله فلما سقط القتل بضرب الجزية قامت مقامه بدلا عنه وتجب
بدلا عن القتال نصرة لدار الاسلام في حقنا لان الكافر لما لم يصلح لنصرة دارنا بالبدن لميله الى اهل الحرب اعتقادا قامت الجزية
المأخوذة منه المصروفة الى الغزاة مقام القتال بدلا عنه • ثم البدل انما يكون في حق من يكون عليه الاصل كالتيمم يجب على من
يجب عليه الوضوء والاصل وهو القتل او القتال نصرة لا يجب على الصبي والمراة فكذا لا يجب البدل وهو الجزية • اما القتل فانما
لم يجب عليهما لان علة القتل هي الحراب وقد انتفت منهما لضعف بدنهما • وانما قلنا ان العلة هي الحراب بدليل ان الذي لا يقتل لعدم
الحراب • وكذا القتال لا يجب عليهما نصرة لنا لهذا المعنى لعدم صلاحيتهما لذلك وهو المراد من قوله لعدم الاهلية على ان هذا
مؤيد بما روي عن عمر انه فتح سواد العراق ولم يضع الجزية على المراة والصبي قوله ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ
الكبير وهذا هو المشهور عن ابي يوسف • وعنه في رواية يوضع عليهم اذا كانوا اغنياء لان الغنى هو الاصل في المال • وجه الظاهر
ان الجزية بدل عن القتل او القتال كما بينا آنفا ولا يجب ذلك عليهم فلا يجب البدل ايضا وهو المراد بقوله لما بينا • فلو قال يجب قتل
من كان منهم ذا رأي فيجب البدل ايضا فنقول ذلك نادر فلا يعتد به على انا نقول كلامنا فيما اذا لم يوجد منهم الرأي فلم يتحقق القتل
حينئذ فاندفع السؤال • قال في المهرة رزن الرجل بزن زمانة وهو عدم بعض اعضائه او تعطيل قواه • ويقال فلج اذا ذهب
نصفه فهو مفلوج • وقال اهل الطب الفالج استرخاء عام لاحد شقي البدن طولا قوله ولا على فقير غير معتمل هذا لفظ القدوري
ايضا • والمعتمل الذي يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة • وقال اصحاب الشافعي الفقير العاجز عن الكسب يخرج من الدار على قول
ويقر على قول مجانا ويقر وتجري في ذمته على قول كذا ذكر الغزالي في وجيزهم • لهم قوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ خذ من كل
حالم دينارا وهو مطلق لا فصل فيه بين الفقير المعتمل وغيره • ولنا ما روي عن عمر بن الخطاب لما بعث حذيفة بن اليمان وعثمان
بن حنيف الى سواد العراق وضعا الجزية على الفقير المعتمل دون غيره بخلاف ذلك فحل الاجماع لانه كان بمحضر الصحابة من غير نكير • ولان الخراج
نوعان خراج الرؤوس وخراج الارض ثم لا يوضع خراج الارض الا على ذي الطاقة فكذا في الثاني • وحديث معاذ محمول على المعتمل توفيقا بين الحديثين فلو
قال يجوز استرقاقه فيجب ضرب الجزية عليه فنقول لا نسلم ان القياس صحيح لان استرقاق النساء والصبيان صحيح ولا جزية عليهم وقال
الكرخي في مختصره • قال محمد وانما جاء الاثر ان الخراج على كل معتمل قوله ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد قال
الحاكم الشهيد في الكافي ولا خراج على رؤوس المماليك • وعلل صاحب الهداية بقوله لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا
وعلى اعتبار الثاني لا يجب فلا يجب بالشك بيانه ان الجزية بدل عن الامرين المذكورين وقد مر تقريره • فعلى اعتبار الاول يجب
ضرب الجزية لان الاصل يتحقق في حق المماليك لان المملوك الحربي يقتل فيجوز تحقق البدل ايضا • وعلى اعتبار الثاني لا يجب لان العبد
لا يقدر على شيء فلا يقدر على النصرة • فاذا لم يتصور الاصل لم يتحقق البدل ايضا فاذا وجب من وجه دون وجه لم يجب بالشك
لان الاصل عدم الوجوب قوله ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم • يعني ان الموالي وجب عليهم الزيادة
في وظيفة الجزية بكونهم اغنياء بالمماليك فلا يجب عليهم شيء آخر بسبب المماليك • وقال في مختصر الاسرار وقولهم ان الجزية تجب على
العبد والمولى يؤديها عنه لانه لو كان كذلك لاختلفت بكثرة العبيد وقلتهم كصدقة الفطر • ولان عندهم يجب دينار واحد فلو
كانت تجب عنهم لكان على كل واحد نصف دينار وكلما زاد العبيد يقل في حق كل واحد قوله ولا توضع على الرهبان الذين
لا يخالطون الناس هذا لفظ القدوري في مختصره • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال عمرو بن ابي عمرو سألت محمدا عن
اصحاب الصوامع هل توضع عليهم الخراج قال كان ابو حنيفة يقول يوضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل قلت لمحمد فما قولك
قال القياس ما قاله ابو حنيفة • قال محمد ليس على السائحين ولا على الرهبان خراج • وان اعتزل احدهم الا انه يخالط الناس
فعليه الخراج • اما وجه الوضع عليهم فلان الخراج على المعتمل والراهب قادر على العمل وقد تركه مع القدرة عليه فيجب عليه خراج
الرأس كمن عطل ارض الخراج مع التمكن من الانتفاع بها حيث يجب عليه خراج الارض وهذا قول ابي يوسف ايضا • وجه الرواية
الاخرى ان الجزية بدل عن اسقاط القتل في حقهم ولا قتل على الراهب الذي لا يخالط الناس فلا تجب الجزية • وانما قول محمد في السائحين
فقالوا يجوز ان يكون اجاب على من لا يقدر على العمل منهم فيكون اتفاقا • ويجوز ان يكون قال انما لا يخالط الناس لا يقتل ومن لا
يقتل لا توضع عليه الجزية قوله ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في اكثر السنة وانما ذكر تفريعا لمسئلة القدوري
قال في زيادات الزيادات فان كان المرض في اكثر السنة او نصفها فلا جزية عليه • وان كان في اقلها يجب عليه الجزية • لان
الانسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل عذرا • ولا يعتبر بإصابته اهلية القتال والرهبان جمع راهب وقد يقال للواحد
رهبان ايضا ويجمع رهابين كذا في ديوان الادب قوله ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه هذا لفظ القدوري قال
في الشامل في شرح المبسوط اسلم الذمي قبل استكمال السنة او بعدها او مات كافرا سقط عنه جزيته خلافا للشافعي • وقال
في وجيزهم لو اسلم او مات بعد مضي السنة استوفي • ولو مات في اثناء السنة طولب بقسط على احد القولين • وجه قول
الشافعي ان الجزية بدل عن حقن الدم او عن السكنى وقد حصل له المعوض فيجب عليه العوض فلا يسقط بالاسلام او الموت لانه صار
دينا كالا يسقط سائر الديون • اما كونها بدلا عن الدم فلقول عمر انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا

ولنا كونها بدلا عن السكنى فلان الدار دار المسلمين ولا يتمكن الانسان بالسكنى في دار الغير الا ببدل وعوض • والجزية تصلح بدلا عم
فلما كانت بدلا وقد حصل له المبدل وهو حقن الدم او السكنى فيجب البدل فلا يسقط بعد وجوبه كالديون • ولنا ما روى اصحابنا
في كتبهم عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على مسلم جزية • ورواه ابن عباس في السنن ولان الجزية وجبت اذلالا له
واهانة للكافر وعقوبة على بقائه على كفره بدلالة قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون • ولهذا سميت جزية اي جزاء
على كفره وعقوبة تسقط بالاسلام لان الاسلام يجب ما قبله اي يقطعه بالحديث • وكذلك تسقط عقوبة البقاء على الكفر بالموت
لم يسقط الاسر وان ليس بعقوبة بدليل ثبوته في حق الصغار • ولان عقوبة الجزية على الكافر لدفع شره وقد اندفع شره بالاسلام
او الموت فلا حاجة الى العقوبة فسقطت الجزية • ولان الجزية شرع دعوا بالبدل بعد الاسلام لارتفاع التهمة فينتفي البدل للقدرة
على الاصل فسقطت الجزية • فان قلت لا نسلم ان الجزية بدل عن النصرة • الا ترى ان الامام لو استعان باهل الذمة سنة
فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة • ولو كانت بدلا لسقطت قلت انما لا تسقط لانه يلزم حينئذ تغيير المشروع وليس للامام
ذلك • وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة في حق الذمي المال دون النفس • فان قلت الجزية حق مالي وجب على الكافر على كفره
فوجب ان لا يسقط بالاسلام كخراج الارض قلت خراج الارض فيه صغار بالنص • ولهذا لا يوضع على المسلم اصلا • بخلاف خراج
الارض فانه ليس فيه صغار بالنص • ولهذا يؤخذ في ارض خراجية للمسلم فافترقا **قوله** بدلا عن العصمة اي عن عصمة
النفس وهي حقن الدم **قوله** او عن السكنى • اي عن السكنى في دار الاسلام وقد وصل اليه المعوض • اي وصل الى من
اسلم العصمة او السكنى بقوله المعوض اي الجزية **قوله** فهذا العارض اي بالاسلام او الموت **قوله** كما في الاجرة
والصلح عن دم العمد • يعني اذا استوفى الذمي منافع الدار المستاجرة ثم اسلم او مات لا تسقط عنه الاجرة لان المعوض
وصل اليه وهو منافع الدار • وكذا اذا قتل الذمي رجلا عمدا ثم صالح عن دم العمد على بدل معلوم ثم اسلم او مات
لا يسقط البدل • لان العوض وهو نفسه سلم له **قوله** ولهذا سمي جزية ايضاح لوجوب الجزية عقوبة على الكفر **قوله**
والعصمة تثبت بكونه ادميا الى اخره جواب عن قوله وجبت بدلا عن العصمة او السكنى • بيانه ان الادمي خلق معصوما
لحقن الدم لكونه مكلفا لانه لا يتاتى له القيام بامور التكليف الا بكونه معصوما • وانما بطلت عصمته بعارض الكفر
فلما اسلم عادت العصمة فصارت العصمة به لا بقبول الجزية • والذمي يملك موضع السكنى بالشرا او غيره من اسباب الملك فلا يجوز
ايجاب البدل عليه لسكناه في موضع مملوك فكانت الجزية اجرة كان وجوبها بالاجارة لا محالة • وفي الاجارة يشترط التاقيت
لان الابهام مبطلها وحيث لم يشترط التاقيت في السكنى دل ان الجزية ما كانت بمقابلة الاجرة **قوله** وان اجتمعت عليه الحولان
تداخلت اي الجزية ولفظ مختصر القدوري اثبته في شرح الاقطع بقوله وان اجتمع حولان تداخلت • وقال في كتاب الخراج من
الجامع الصغير في الذي يلزمه خراج راسه فمضت السنة فلم يؤدها حتى جاءت سنة اخرى انه لا يؤخذ بما مضى • وقال ابو يوسف
ومحمد يؤخذ • وقال في وجيزهم ولو اجتمع عليه جزية سنين لم تتداخل • لنا ان امتداد المدة ليس بمناف للواجب بل هو مؤكد
للسبب • لان سبب وجوب الجزية هو كفر الكافر وقد تغلظ بطول المدة • فلما كان مؤكدا له لا منافيا استقر الواجب • ولانه
حق مالي يتكرر بتكرر الحول فلا يتداخل كحمل العقل والزكاة • بخلاف ما اذا اسلم او مات قبل استكمال السنة او بعدها حيث
يسقط الجزية عندنا خلافا للشافعي لان الاسلام ينافي الصغار والعقوبة الواجبة للبقاء على الكفر والموت وصل الى العقوبة الاكبر
فلا حاجة الى الادنى • قال الله تعالى ولنذيقنهم من العذاب الادنى دون العذاب الاكبر لعلهم يرجعون وقد مر التحقيق في الاسلام
والموت قبل هذا • ولابي حنيفة ان الجزية عقوبة فاذا اجتمعت من جنس واحد تداخلت كالحدود • والدليل على انها عقوبة
قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون • ولهذا لا تقبل الجزية اذا اتت الذمي من يد نائبه بل يجيء بنفسه ويؤخذ
منه على وجه الاذلال والاهانة • ويدل عليه ايضا اختصاصها باهل العقوبة وهم الرجال المقاتلون كالقتل • والجواب
عن القياس على تحمل العقل فنقول ذلك ليس بصحيح لانه لا تكرار في المقيس عليه بل الواجب الواحد مؤجل الى ثلاث سنين والزكاة
لم تجب عقوبة بل وجبت طهرة فبطل القياس • قال في شرح الطحاوي قيل على قول ابي حنيفة يجب ان تؤخذ الجزية كل سنة قبل تمامها
من حيث بقي من السنة يوم واحد • وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير اختلف مشايخنا في قوله جاءت سنة
اخرى فقال بعضهم معناه حتى مضت حتى تتحقق اجتماعهما لانها عندنا اخر الحول تجب وهذا ضرب من المجاز لانه يجيء كل شهر بمجيء اوله
وقال بعضهم معناه دخل اولها لان الجزية انما تجب باول الحول وانما الحول تخفيف وتيسير وتاجيل عند ابي حنيفة • وكذلك
قال هو في الزكاة لانها تجب في اول الحول لان الجزية خلف عن القتل فيجب منتهى سقوط الاصل فاذا كان كذلك وجب التداخل
بحقيقة الاجماع فاذا ثبت انها تجب باول الحول فكلما مضى شهران يؤخذ منه بمنزلة الضريبة ولا يؤخذ الكل حتى تتم السنة
لان المعوض سلم فيجب ما بازائه كالاجرة **قوله** وان اجتمعت عليه الحولان • اي جزية الحولين لكنه حذف المضاف
واقام المضاف اليه مقامه كما في قوله تعالى واسأل القرية اي اهل القرية • ولهذا المعنى انث الفعل وجوز ان يراد
بالحولين الجزيتان مجازا اطلاقا لاسم المحل على الحال او انث الفعل على تاويل السنة ۲ اي السنة الاولى • يعني اذا مات
الذمي قبل تمام السنة او في بعض السنة لان الحول في معناها كما قال قائل بني اسد ما هذه الصوت على تاويل الصيحة **قوله**
عند تمام السنة اي السنة الاولى • يعني اذا مات الذمي قبل تمام السنة او في بعض السنة لا يؤخذ منه لانه ان مات
قبل الوجوب فلا شبهة فيه • وان مات بعد الوجوب فقد سقط بالموت عندنا خلافا للشافعي وقد مر تحقيق ذلك **قوله**

تدذكرنا ما اشار به الى قوله ولان الشرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام **قوله** خراج الارض
لم يهذا الخلاف **قوله** يتداخل اذا اجتمع الحولان عند ابي حنيفة خلافا لهما وقيل لا تتداخل فيه بالاتفاق • اي في الخراج وعلى هذا
يحتاج الى الفرق بين الخراج والجزية • ووجهه ان الخراج في حالة البقاء مؤنة لا يلتفت فيه الى معنى العقوبة • ولهذا اذا اشترى
المسلم ارضا خراجية يجب عليه الخراج فجاز ان يتكرر ولا يتداخل • بخلاف الجزية فانها عقوبة محضة حيث لم تشرع في حق المسلم اصلا
قوله بعد توالي السنين • اي بعد تتابعها **قوله** على ما بيناه اراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولانها وجبت عقوبة
على الكفر **قوله** ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يدي نائبه ايضاح لقوله وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر • يعني ان الذمي يات
الجزية بنفسه ولا يبعثها على يدي غيره فاذا اتى بها فلا تقبل بل يكلف ان ياتي بها بنفسه ماشيا لا راكبا ويعطيها قائما والاخذ قاعدا
وفي رواية ياخذ بتلبيبه عند الاخذ ويحركه ويقال له اد الجزية يا يهودي او يا نصراني او يا عدو الله • والتلبيب بالفتح
ما على موضع اللبب من الثياب واللبب موضع القلادة من الصدر **قوله** في اصح الروايتين في رواية لا تقبل بعث الجزية على يد نائبه
وفي رواية يقبل • وفي رواية اخرى تقبل عنه ويؤخذ بتلابيبه ويقال له اد الجزية يا ذمي كذا ذكر في الفتاوى الصغرى قبيل باب
الفاظ الكفر **قوله** حمله بعض المشايخ الى الحمل على المعنى الى اخره مرتبا به **قوله** هو يجري على حقيقته اي حقيقة المجيء وهو دخول
السنة وذلك لان الجزية بدل عن اسقاط القتل فيسقط القتل بقبول الجزية في اول السنة فيجب البدل ايضا وهو الجزية في اول السنة
بخلاف خراج الارض فانه يجب في مقابلة الانتفاع بالارض فاذا لم يتم له الانتفاع فيها لا يجب فلهذا لم يجب باول الحول **قوله** والاصح ان
الوجوب عندنا في ابتداء الحول • وعند الشافعي في اخره اعتبارا بالزكاة • يعني ان وجوب الجزية عنده باخر الحول قياسا على الزكاة هو
وقياسه ممنوع لان الزكاة تجب باول الحول عندنا • وشرط الحول للتخفيف وقد مر قبل هذا وتحقيقه ان الجزية بدل عن اسقاط القتل
في حقهم وعن النصرة في حقنا لكن عن اسقاط القتل وعن النصرة في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يجب عليهم لحراب قائم لا ماض ولهذا
اذا اسلم يسقط عنهم القتل وان كانوا حاربوا قبل ذلك والنصرة ايضا تكون في المستقبل لا الماضي لان الماضي [illegible]
فيه فلا تجب الجزية لاجل السنة الماضية فاذا كان كذلك وجبت الجزية باول الحول لان مبدلها وهو سقوط القتل والنصرة بالمال يجب
في ابتداء الحول لانه اول اوقات امكان الوجوب **قوله** على ما قررناه اشارة الى قوله لان القتل انما يستوجب لحراب قائم في الحال
لا لحراب ماض الى اخره

فصل

لما فرغ عن بيان ما يجب على اهل الذمة من الجزية شرع في بيان
شعائرهم ما يجوز منها وما لا يجوز **قوله** ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام • هذا لفظ القدوري في مختصره
وتمامه • وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها والكنيسة اسم لمتعبد اليهود والنصارى • وكذلك البيعة اسم
لمتعبدهم مطلقا الا ان الاسم غلب في الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى • وانما لم يجز الاحداث لقوله عليه
الصلاة والسلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد منه احداثها بالاجماع لان القديمة تترك على حالها قيل في تاويل الخصاء المراد منه ان لا يخصي
الرجل نفسه قيل ذلك في تاويل قوله تعالى ولامرنهم فليغيرن خلق الله • والمناسبة على هذا التاويل بين الخصاء والكنيسة ان في كل منهما
نوع ضعف ففي الخصاء ضعف بنية الخصي • وفي بناء الكنيسة ضعف اهل الاسلام • وقيل المراد منه الرجل يمتنع من النساء كما يفعله اهل
الكتاب من الرهبانية فيكون في حكم الخصي • ثم كما لا يجوز احداث البيعة والكنيسة لا يجوز احداث الصومعة ايضا للتعبد واحد
منهم بل وجه الخلوة لانه بمنزلة البيعة • بخلاف ما اذا عين موضعا من البيت للصلاة وصلى فيه حيث لا يمنع منه لكونه تبعا للمسكن
قال صاحب الهداية وهذا في الامصار دون القرى • اي عدم جواز احداث البيعة والكنيسة في المصر لا في القرية فلا يمنع من احداثها
في القرية • والفرق ان المصر موضع اقامة الحدود وتنفيذ الاحكام • بخلاف القرية فيمنع لذلك عن الاحداث في المصر دون القرية
ثم قال صاحب الهداية والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة • اي الذي روي عن ابي حنيفة من عدم المنع عن احداث البيعة
والكنيسة في القرى في قرى الكوفة لا في بلادنا لان اكثر اهلها كانوا اهل الذمة فلم تكن قراها موضع تنفيذ الاحكام لقلتهم فلم يرد المنع
عن الاحداث • اما اذا انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها كما كانت في الاول والمراد من القديمة ما كانت قبل فتح
الامام بلدهم وصالحهم على اقرارهم على بلدهم واراضيهم ولا يشترط ان تكون في زمن الصحابة والتابعين لا محالة [illegible]
بل لا يقبل اعادة ما انهدم منها • لان الامام لما اقرهم عليها مع ان الابنية لا تبقى على الدوام كان فيه دلالة الاعادة كما في سائر
ابنيتهم • قال في الفتاوى الصغرى اذا ارادوا احداث البيع والكنائس في الامصار يمنعون بالاجماع اما في السواد ذكر في العشر
والخراج انهم يمنعون • وفي الاجارات انهم لا يمنعون واختلف المشايخ فيه قال مشايخ بلخ يمنع وقال الفضلي ومشايخ بخارى لا يمنع وذكر
شمس الائمة السرخسي في باب اجارة الدور والبيوت من شرح الاجارات الاصح عندي انهم يمنعون عن ذلك في السواد • وذكر هو في السير
الكبير فقال ان كانت قرية غالب اهلها اهل الذمة لا يمنعون • اما القرية التي يسكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على نحو ما ذكرنا
ولو انهدمت البيع القديمة في السواد على الروايات كلها لا • اما في الامصار ذكر في الاجارات انه لا تهدم البيع القديمة بل
تترك • وذكر في العشر والخراج انها تهدم • قال الناطفي في واقعاته قال محمد ليس ينبغي ان تترك في ارض العرب كنيسة ولا بيعة
ولا بيت نار • وروي عنه اذا كان في البلدان المفتتحة كنائس تترك في العرب في الروايات كلها • واما في الامصار قال محمد في
نوادر هشام تهدم • وفي المجرد عن ابي حنيفة تترك • واما الصلحية تترك في المواضع كلها في الروايات كلها ويمنع من احداثها
في الامصار والقرى في قولهم جميعا • وقال محمد في نوادر هشام ان انهدمت كنيسة من كنائسهم او بيعة او بيت نار فلهم ان
يبنوها كما كانت وليس لهم ان يحولوها من موضع الى موضع اخر في المصر • فقوله ان يبنوها كما كانت يريد به قدر بنائها الاول • اما الزيادة

على بنا الاول ممنوع لان احداث بيعة في المصر انما هنا لفظ التناوي المصري لكنيسة تكبير الفوايد • والخصا بالكسر والمد مصدر خصاه من باب رمى اذا سل خصيته **قوله** لان فيها بعض الشعاير • اي في قرى بلادنا بعض علامات الاسلام كالاذان والصلاة بالجماعة **قوله** والمروي عن صاحب المذهب اراد به ابا حنيفة • وانما ذكر كذلك هنا دون سائر المواضع لانه ذكر ان اكثر اهل قرى الكوفة اهل الذمة فتنزهه عن نقيضهم فقال وان كان كوفيا لكنه جليل القدر بري ساحته عن الدناءة سني المذهب مقتدي اهل الاسلام **قوله** وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها ذكرها تفريعا لمسئلة القدوري وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب • وحدث صاحب السنن باسناده الى جابر بن عبد الله قال اخبرني عمر بن الخطاب انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لاخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب فلا اترك فيها الا مسلما • وقال قد اجلى عمر يهود نجران وفدك وانما سميت بالجزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد احاطت بها • قال ابو عبيدة جزيرة العرب ما بين حفر ابي موسى الى اقصى اليمن في الطول • واما العرض فما بين رمل يبرين الى منقطع السماوة • وقال الاصمعي جزيرة العرب من اقصى عدن ابين الى ريف العراق في الطول • واما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر الى اطراف الشام • قال ابو عبيد امر رسول الله صلى الله عليه وسلم باخراج اليهود والنصارى من هذا كله • ورايت في شرح ديوان الفرزدق ان حفر ابي موسى ما للعسكر على حزمنا قبل البصرة • قال الكرخي في مختصره ارض العرب لها خاصية ليست في امصار المسلمين ثم وقال ايضا التي ليست في ارض العرب مسكنا ووطنا ولا يمنعون ذلك في امصار المسلمين التي ليست في ارض العرب • وقال ايضا فيه اذا هم حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا في كنايسهم القديمة من ذلك ما احبوا فاما ان يخرجوا ذلك من الكناير حتى تظهر في المصر فليس لهم ذلك في المصر • فاما من بالتناوير فليس ينبغي ان يمنعوا في المصر اذا كانوا يضربون في جوف كنايسهم القديمة فاما ان يضربوا به خارجا منها فليس ينبغي ان يتركوا ان يفعلوا ذلك الى هنا لفظه **قوله** ويوخذ اهل الذمة بالتمييز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يحملون السلاح هذه رواية القدوري وفي بعض رواياته ولا يعملون بالسلاح • وقال ابو حنيفة في الجامع الصغير ياخذ الامام اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الاكف تفسير ما قال الكرخي في مختصره وهي ان يكون على قربوس السرج مثل الرمانة • وقال ايضا فيه قال ابو حنيفة ينبغي ان لا يترك احد من اهل الذمة يتشبه بالمسلمين في لباسه ولا في مركبه ولا في هيبته • وفسر الكرخي الكستيج بالخيط يعقده على وسطه • وعن ابي يوسف الكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم • قال فخر الاسلام في تفسير الكستيجات هي اعلام الكفر وهي فارسي معرب وحقيقته العجز والذل بلغة العجم • وقال الكرخي يكون قلانس الرجال سودا طوالا مضربة وهكذا كان عمر بن الخطاب امر عماله ان ياخذوا اهل الذمة • والاصل فيه ان الله تعالى وصفهم بالصغار وهو الذل والمهانة ووصف المومنين بالعزة قال تعالى ولله العزة ولرسوله وللمومنين فلما كان كذلك وجب ان يتميزوا في مراكبهم وثيابهم وهيأتهم اظهارا لما يدل على الذل والصغار وصيانة لصغار المسلمين حتى لا يميلوا اليهم بان راوا اصحاب النعمة والثروة والحفض والدعة فيقولوا ان المومنين في مشقة ومحنة واهل الذمة في راحة ونعمة والى هذا اشار الله عز وجل بقوله ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة فلذلك فلذلك وجب تمييزهم باعلام واثار تدل على الذل ولا يتركون يتجملون حتى قال مشايخنا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا عند الضرورة خصوصا في اسواق المسلمين ومجامع ظهرهم • فاذا جاءت الضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة امروا باتخاذ السروج كهيئة الاكف على الوجه الذي قدمناه • ولان العلامة لو لم تكن ربما يعامل الذمي معاملة المسلمين فلا يجوز ذلك • وهذا لان المسلم واجب الاكرام والذمي واجب الاهانة فلا يبتدا بالسلام عليه ويلجا الى اضيق الطرق ويجوز ان يموت الذمي فجاة في الطريق فاذا لم يكن به علامة يصنع به ما يصنع بموتى المسلمين والاحتراز عن مثل ذلك واجب فان قلت النبي صلى الله عليه وسلم لم ياخذ بذلك اليهود والنصارى فكيف ثبت ذلك باجماع الصحابة في خلافة عمر حيث امر عماله ان ياخذوهم بذلك واجماعهم حجة • وقال الشيخ ابو نصر انما يجب فعل ذلك للتمييز ويهود المدينة كانوا يعرفون باعيانهم ولا يشتبه حالهم على احد من اهل الذمة ونصارى نجران كانوا استبدوا بجنبا • وكذلك مجوس هجر فلما افتتحت البلاد في وقت عمر وكثر الناس واختلطوا وجب تمييزهم للمعنى الذي قدمناه **قوله** كهيئة الاكف جمع اكاف **قوله** فانه حق الاسلام اي فان الزنار من الابريسم جفا في حق اهل الاسلام اي حق وترك الحرمة الغرم بالمسلمين • وذلك لان من اعز عدو الصديق فقد اهان الصديق • والابريسم معروف والقز يخلط بما ليس من كلامها • قال ابن السكيت هو الابريسم بكسر الهمزة والسين وفتح السين كذا في الصحاح **قوله** ويجب ان يميز نساوهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات • يعني بالعلامات كالجلاجل وغير ذلك • كذا قال شمس الايمة السرخسي في شرح الجامع الصغير • وقال ايضا فيه وكذلك من يكون بروزة من نسائهم يومر باتخاذ علامة فوق الملاءة لتميز بذلك عن المسلمات • وان كانت مما لا تخرج من بيتها لم تومر باتخاذ العلامة لانه لا حاجة لذلك اذا لم تخرج **قوله** قالوا • اي قال مشايخنا **قوله** للضرورة وهي كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه • فاذا ركبوا للضرورة لا يركبون على السرج لان ذلك للغزاة ولهذا يكره للنسا الركوب على السروج لانهن لسن من اهل الحرب لكن يتخذون كهيئة الاكف وهو المراد بقوله بالصفة التي تقدمت • ثم اذا دخلوا المصر ينزلون وكذلك يمنعون ان يلبسوا مثل لباس اهل العلم واهل الصلاح اهانة لهم كذا ذكر الامام العتابي وغيره **قوله** ومن امتنع من

الجزية

الجزية او قتل مسلما او سب النبي صلى الله عليه وسلم او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده هذا لفظ القدوري • والقدوري في مختصره • وقال اصحاب الشافعي ينتقض العهد بجميع ذلك كذا ذكر الشيخ ابو نصر • لنا ان الجزية دين وامتناع من ادا سائر الديون ليس بنقض للعهد فكذا الامتناع منها • ولان القتل يسقط عنهم بقبول الجزية الا باداها بالاتفاق وبقبولها باق كما كان فلا ينتقض العهد فهذا نقط احكامهم بقوله تعالى حتى يعطوا الجزية لان اعطاءها ليس بشرط لسقوط القتل بل قبولها كاف • ولان سب النبي صلى الله عليه وسلم لو وقع من مسلم كان كفرا • والكفر المقترن بعقد الذمة ليس برافع له فلا يكون الكفر العارض رافعا له اولى واحرى لان البقا اسهل من الابتدا • ولان النصارى يقولون صانع العالم ويقولون ثالث ثلاثة وله ولد • ويقول اليهود عزير ابن الله • ويقول المجوس له صد الخير من النور والشر من الظلمة ومع هذا لم ينتقض العهد فكذا اذا سبوا النبي صلى الله عليه وسلم • فلو قالوا في سب النبي صلى الله عليه وسلم ومن بالاسلام فيقول فكذلك في سب الباري والكفر لم يكن ذلك نقضا للعهد لما كان سدا لامام ان ياته بالحبس والضرب والتعزير فكذا لا يسب النبي صلى الله عليه وسلم • يويده ما روي عن عايشة لما دخل رهط من اليهود على النبي صلى الله عليه وسلم وقالوا السام عليك قالت ففهمتها وقلت عليكم السام واللعنة فقال عليه الصلاة والسلام مهلا يا عايشة فان الله يحب الرفق في الامر كله قالت فقلت يا رسول الله الم تسمع ما قالوا فقال عليه الصلاة والسلام قد قلت وعليكم • ولا شك ان هذا سب للنبي صلى الله عليه وسلم فلو كان نقضا للعهد لقتلهم **قوله** ينتقض ايمانه يعني لو كان مومنا **قوله** حلف عنه اي عن الايمان **قوله** لا يمنعه اي عهد الذمي **قوله** قال ولا ينتقض العهد الا ان يلحق بدار الحرب او يغلبوا على موضع فيحاربونا • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان المقصود من ضرب الجزية دفع شرهم فلا يحصل المقصود حينئذ فينتقض العهد • ثم اذا ثبت نقض عهده فحكمه حكم المرتد فيحل ذلك كالموت فيعمل في تركته ثم اداءها تركة المرتد • فان خلف امراة ذمية في دار الاسلام بانت منه لتباين الدارين • اما اذا لحقت هي معه بدارهم ثم عاد الى دارنا فهما على نكاحهما لعدم تباين الدارين • اما اذا لحقت هي معه بدارهم ثم عاد الى دارنا فهما على نكاحهما لعدم تباين الدارين الا ان الذمي اللاحق بدارهم اذا ظهر علينا يسترق لانه جاز ابقاؤه على الكفر بالذمة • بخلاف المرتد فانه لا يسترق لانه لا يجوز ابقاؤه على الكفر بل يقتل ان لم يتب • والمرتدة ما دامت في دارنا لا تسترق فاذا لحقت بدار الحرب ثم سبيت استرقت ويخرج ذلك على الاسلام لان الصحابة رضي الله عنهم استرقوا نسا بني حنيفة وكانت ام محمد الحنفية منهم **قوله** وكذا في حكم ما حمله من ماله • يعني ان الذمي الناقض للعهد اذا حمل ماله الى دار الحرب يكون ذلك فيا للمسلمين اذا ظهروا عليها كما في المرتد اذا حمله الى دار الحرب **قوله** وانما اورد بذكر نصارى بني تغلب في فصل على حدة لمخالفتهم سائر النصارى في الاحكام **قوله** ونصارى بني تغلب يوخذ من اموالهم ضعف ما يوخذ من المسلمين من الزكاة • والاصل فيه ما ذكر ابو يوسف في كتاب الخراج باسناده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال لعمر بن الخطاب يا امير المومنين ان بني تغلب من قد علمت شوكتهم وانهم بازا العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتدت موونتهم • فان رايت ان تعطيهم شيا فافعل قال فصالحهم على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم في النصرانية وتضاعف عليهم الصدقة • وعلى ان تسقط الجزية عن روسهم فكل نصراني من بني تغلب له غنم سايمة فليس فيها شي حتى تبلغ اربعين فاذا بلغت اربعين سايمة ففيها شاتان الى عشرين ومائة فاذا زادت شاة ففيها اربع من الغنم وعلى هذا الحساب توخذ صدقاتهم • وكذلك البقر والابل اذا وجب على المسلم شي في ذلك فعلى النصراني التغلبي مثله مرتين ونساوهم كرجالهم في الصدقة • واما الصبيان فليس عليهم شي • وكذلك اوصوهم التي كانت في ايديهم يوم صولحوا يوخذ منهم الضعف مما يوخذ من المسلمين • فاما الصبي والمعتوه فاهل العراق يرون ان ياخذ ضعف الصدقة من ارضه ولا يوخذ من ماشيته • واهل الحجاز يقولون يوخذ ذلك من ماشيته وسبيل ذلك سبيل الخراج لانه بدل من الجزية والتي عليهم في بقية اموالهم وارضهم هذا لفظ ابي يوسف في كتاب الخراج **قوله** ويوخذ من نسائهم ولا يوخذ من صبيانهم هذا لفظ القدوري في مختصره وهو ظاهر الرواية • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه قال لا يوخذ من نسا بني تغلب شي • ثم قال الفقيه وذكر عن ابي الحسن الكرخي انه قال في الرواية ابين لانه لا يوخذ من نسا اهل الذمة جزية فكذلك لا يوخذ من نسا بني تغلب مضاعفة الصدقة • وقال زفر لا يوخذ من نسائهم وبه قال الشافعي • وجه قول زفر ان الماخوذ من بني تغلب جزية والجزية خلف عن القتل ولا قتل على المراة فلا تجب الجزية لعدم تصور الاصل • والدليل على انها جزية قول عمر هذه جزية فسموها ما شيتم • ولهذا كانت تصرف مصرف الجزية فصارت نساوهم كصبيانهم • ووجه قول اصحابنا في الظاهر ان الماخوذ من بني تغلب ما وجب بالصلح على الصدقة المضاعفة والمراة اهل لما يجب بالصلح فيجب عليها الصدقة المضاعفة كالرجل ومن قضية التضعيف ان لا يتبدل اصل الحق فاذا لم يتبدل لم يكن الماخوذ جزية بل وجب على نسائهم ضعف ما وجب على نسائنا بخلاف الصبي فانه لا يجب على صبيانا شي من الزكاة فلا يضعف على صبيانهم وليس هذا كالعشر فانه يوخذ من ارض صبياننا فكذلك يوخذ من ارض صبيانهم ايضا مضاعفا على صبيانهم ولانه حق يعتبر فيه وجوب الحول والنصاب فصار كالزكاة فيضعف على نسائهم لان الانوثة لا تنافي الزكاة بخلاف الصبي • ولا نسلم ان الماخوذ جزية بل هو خراج لان الماخوذ منهم اذا كان متعلقا بالمال يسمى خراجا واذا كان متعلقا بالرووس يسمى جزية • وهذا متعلق بالمال لا بالرووس فلا يكون جزية • يوبده ان عمر رضي الله عنه صالحهم على ان تسقط الجزية عن روسهم ولا نسلم ان كون مصرفه مصرف الجزية يدل على انه جزية لانه مصرفه مصالح المسلمين وهو ليس يختص بالجزية وحدها

بل يوضع منه خراج الارضين والجزية وما اهداه اهل الحرب وغيرها • ولهذا لا يراعي فيه شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب وكون المعطي قائما والقابض قاعدا واخذ التلبيب والهز • الا ترى ان الجزية يؤخذ من الفقير المعتمل ولا يؤخذ الصدقة المضاعفة من الفقير المعتمل التغلبي • والجواب عن قولهم لا اقتل على المرأة فلا يجب الجزية فنقول لا نسلم ان لا اقتل عليها مطلقا بل تقتل اذا كانت ملكة او سابة للنبي صلى الله عليه وسلم • وانما لا تقتل في سائر الصور لعدم العلة وهي الحراب والماخوذ منهم بسبيل الرضا لانه وجب بالصلح والمرأة من اهله فيجب عليها **قوله** من اهل وجوب مثله اي من اهل وجوب مثل مال وجب بالصلح لان لها ان تصالح على **قوله** ولهذا لا يختص بالجزية اشارة الى ما قال بيت المال **قوله** لا يراعى فيه شرائطها • اي لا يراعي في الماخوذ من بني تغلب شرائط الجزية من وصف الصغار ونحوه • وقد مر بيانه قبل هذا ويوضع على مولى التغلبي الخراج وهذه من مسائل الجامع الصغير وشرع صاحب الهداية بقوله • اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي • بيانه ان القرشي لا يؤخذ منه الجزية والخراج منه ويؤخذ ذلك من عبد النصراني اذا اعتقه • وعند زفر يضاعف على مولى التغلبي كالتغلبي وهو المروي عن الشعبي • لما روي في شرح الآثار والسنن عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال مولى القوم من انفسهم • ولنا ان الماخوذ من بني تغلب على وجه التضعيف تخفيف لان الاصل وجوب الجزية على وجه الصغار كما في سائر النصارى • ثم المولى لا يلحق الاصل فيما هو تخفيف • الا ترى ان الاسلام من اعلى اسباب التخفيف ثم المسلم لا يوضع عليه الجزية ويوضع على عبد النصراني الذي اعتقه ولا يتعدى حكم التخفيف الثابت للمسلم الى مولاه فلان لا يتعدى حكم التخفيف الثابت للتغلبي الى مولاه اولى واحرى • ولا يلزم حرمة الصدقة على مولى الهاشمي لان الشبهات في باب الحرمات ملحقات بالحقيقة فالحق مولاه به في الحرمة وليس كذلك مولى الغني لان الغني اهل الصدقة الا ترى انه اذا كان عاملا يعطى منه ما يكفيه • والهاشمي ليس باهل للصدقة لكونها من اوساخ الناس تعظيما لقرابة الرسول • ولهذا لا تحل له الصدقة وان كان عاملا لكن الغني مانع لم يوجد ذلك في حق المولى فلم تحرم الصدقة عليه لعدم المانع • والجواب عن الحديث انه ذلك ورد بخلاف القياس فاقتصر على مورد النص وهو حرمة الصدقة خاصة فلم تجر التعدية الى غيرها وقد مر في كتاب الزكاة في باب من يجوز دفع الصدقة اليه • او نقول مولى التغلبي لا يلحق بالتغلبي لما ان الجزية اصلها ثابت بكتاب الله تعالى والصدقة المضاعفة وجبت على وجه الصلح دفعا للضرورة ولا ضرورة في حق المولى فيرد حال المولى الى الاصل الذي هو الجزية والخراج **قوله** وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم وهذه مسئلة القدوري • وذلك لان جميع ذلك مال وصل الى المسلمين من جهة الكفار بلا قتال وموضعه بيت المال وما لبيت المال معد لمصالح المسلمين وهؤلاء الجماعة عملة المسلمين فيصرف اليها ونفقات ذراري المقاتلة واجبة عليهم فلو لم يكف مؤن الذراري اباهم لم يتفرغوا للقتال ويبطل امر الجهاد الذي من اعظم مصالح المسلمين لاشتغال المقاتلة باكتساب نفقات الذراري فوجب اعطاء نفقات الذراري ايضا اقامة لمصلحة المسلمين • قال في الشامل في قسم المبسوط في كتاب الزكاة والخراج يصرف الى العطايا المقاتلة وسد الثغور وبناء القناطر هكذا روي عن عمر وقال ان لكل احد من المسلمين حقا وصرفه الى هذه المصالح الى هنا لفظ الشامل • وقد روينا في كتاب الزكاة عن شرح الطحاوي جملة ما يجيء في بيت المال وهي اربعة انواع فيتطرقه • والثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان **قوله** ما يكفيهم متعلق بيعطى **قوله** وعمالهم اي القضاة وعمالهم • والعمال عملة المسلمين • والعملة جمع عامل **قوله** ومن مات في السنة فلا شيء له من العطاء وهذه من خواص الجامع الصغير • والمراد من العطاء ما يفرض للغزاة ويجمع في بيت المال قال شمس الائمة السرخسي في شرحه للجامع الصغير يعني الغازي الذي اثبت اسمه في الديوان يستحق عطاه من بيت المال في كل سنة فاذا مات في نصف السنة فانما مات قبل تاكد حقه بمجيء وقت المطالبة وثبوت الاستحقاق فلا يصير ذلك ميراثا لورثته على ما بينا ان الحق الضعيف لا يجري فيه الارث الى هنا لفظ شمس الائمة • وقال صاحب الهداية واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي وقد كان يعطى في الابتداء من كان له ضرب مزية في الاسلام مثل ازواج النبي صلى الله عليه وسلم وذريتهم ومثل اولاد المهاجرين والانصار او لمن كان له غناء احتاج الى معونة وذلك كله يبطل بالموت لان ما يعطى هو لاصلة لا يملك قبل القبض كالمعير في بذين • ولهذا لا يورث عنه الارث • ان النفقة صلة تشبه الدين ومع هذا تسقط بموت احد الزوجين فلان يسقط العطاء بالموت ولا يشبه الدين اولى واحرى وقد حققنا ان النفقة صلة في باب النفقات قبل كتاب العتاق ويتطرقه ان شاء الله تعالى • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير والعاص بعد نصف السنة لان عند آخر السنة يستحب ان يصرف ذلك الى ورثته لانه تداول في عناه • فاما قبل ذلك فلا الاصل ند رحم غايته • وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير ولم يذكر محمد ما اذا مات بعد تمام السنة قبل ان يخرج عطاوه فاكثره والصحيح من الجواب فيه انه لا يصير ميراثا ايضا لان استحقاق العطاء بطريق الصلة والصلات لا يتم الا بالقبض وان ثبت الاستحقاق قبل القبض فاذا مات لم يخلفه وارثه فيه بمنزلة حق الاخذ بالشفعة وفي نظيره قال علماؤنا في الذي اذا مات بعد وجوب الحق عليه قبل الاداء انه لا يستوفي من تركته لان ذلك في حق المجاهدين صلة فاذا كان يموت من عليه قبل الاداء يسقط ما هو عليه وان ثبت الاستحقاق والله اعلم

باب احكام المرتدين

لما فرغ عن احكام الكفار من الاصل شرع في احكام الكفار بعد الاسلام لان العارض بعد الاصلي في الوجود فناسب ان يكون كذلك وضعا **قوله** واذا ارتد المسلم عن الاسلام عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت

اعلم ان المسلم اذا ارتد عن الاسلام عرض عليه الاسلام فان اسلم والا قتل مكانه الا ان يطلب ان يؤجل فيؤجل ثلاثة ايام فان ابى قتل هكذا ذكر الحاكم في الكافي وشمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط • وقال في الجامع الصغير في المسلم يرتد انه يقتل حرا كان او عبدا • قال فخر الاسلام في شرحه فلا يؤخر الا ان يستمهل لانه قد ثابت لمعنى المرتد فلا يعتبر له • فاذا استمهل امهل • وقال في شرح الطحاوي المسلم العاقل البالغ اذا ارتد عن الاسلام فانه يستتاب فان تاب واسلم والا قتل مكانه الا اذا طلب ان يؤجل فانه يؤجل ثلاثة ايام هكذا ذكر محمد في السير الكبير ولا يزاد على ثلاثة ايام • ولو قتله رجل قبل الاستتابة او قطع عضوا منه بلا اذن الامام او بغير اذن الامام فلا ضمان عليه لانه لا قيمة لدمه لكنه اذا فعل ذلك بغير اذن الامام ادب على صنعه كذا ذكر في شرح الطحاوي • وقال الكرخي في مختصره للامام ان يؤجله اذا طمع في اسلامه ولا يؤجله اكثر من ثلاثة ايام • وقال في وجيزهم في اهمال المرتد ثلاثة ايام قولان • ثم انما يعرض الاسلام على المرتد لما روي عن عمر ان رجلا جاءه من قبل ابي موسى الاشعري فقال عمر هل من مغربة خبر قال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال هلا حبستموه في بيت ثلاثة ايام واطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله يتوب ويقبل ثم قال اللهم اني لم آمر ولم ارض اذ بلغني كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير • لان الظاهر من حال من ارتد بعد الاسلام بعد المعرفة انه وقوعه في الكفر لشبهة معترضة فيزال الشبهة بعرض الاسلام عليه لكن العرض مستحب لا واجب لان المرتد كافر بلغته الدعوة والكافر اذا بلغته الدعوة لا يجب تجديد الدعوة عليه بل يستحب كذا هنا • وقال بعض الاصحاب حل قتله قبل العرض • واما وجوب القتل فلقوله تعالى تقاتلونهم او يسلمون • قال بعض المفسرين نزلت هذه الآية في شان اهل الردة الذين ارتدوا على عهد ابي بكر الصديق ولقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه • ولانه بنفس الردة صار محاربا لاهل الاسلام فيقتل لانه كافر ليس بمستامن ولا من اهل الجزية الا انه اذا استمهل يمهل ثلاثة ايام رجاء الاسلام • والتقدير بثلاثة ايام لما روينا في حديث عمر ولانها مدة ضربت لابلاء العذر • الا ترى الى قوله تعالى قال ان سالتك عن شيء بعدها فلا تصاحبني قد بلغت من لدني عذرا • اي ان سالتك عن شيء بعد المرة الثانية مرة ثالثة فلا تصاحبني وقد عرفت عذري في مفارقتي • وقوله تعالى تمتعوا في داركم ثلاثة ايام لانه تعالى امهل قوم صالح ثلاثة ايام بعد ما حق عليهم العذاب • وقال عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام • وقد جعل عليه الصلاة والسلام الثلاثة مدة للتامل والتروي • وقال الناطفي في الاجناس في كتاب الارتداد المنتقى فان تاب المرتد وعاد الى الاسلام ثم عاد الى الكفر حتى فعل ذلك ثلاث مرات وفي كل مرة طلب من الامام التاجيل اجله الامام ثلاثة ايام فان عاد الى الكفر رابعا ثم طلب التاجيل فانه لا يؤجله فان اسلم والا قتل • وقال الكرخي في مختصره فان رجع ايضا عن الاسلام تابه الامام بعد ثلاثة استتابة ايضا فان لم يتب قتله ولا يؤجله وان هو تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبة ويرى من حاله حال انسان قد اخلص فاذا فعل ذلك خلى سبيله فان عاد بعد ما خلي سبيله فعل مثل ذلك ابدا ما دام يرجع الى الاسلام ولا يقتل الا ان يأبى ان يسلم • قال ابو الحسن الكرخي وهذا قول اصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب ابدا • وروي عن علي وابن عمر انه لا تقبل توبته بعد المرة الثالثة لانه مستخف مستهزئ وليس بتائب • يؤيده قوله تعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله ليغفر لهم • وجه قول العامة ان الآية في حق من ازداد كفرا لا في حق من تاب واظهر التوبة • ويدل على هذا الحكم قوله تعالى ولا تقولوا لمن القى اليكم السلام لست مؤمنا • وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله **قوله** اعتورته شبهة • يقال اعتراه واعتوره يعني اتاه **قوله** تزاح عنه اي تزال **قوله** وفيه دفع شره • اي في عرض الاسلام دفع شر المرتد **قوله** باحسن الامرين واراد به الاسلام والقتل واحسنهما الاسلام **قوله** قال ويحبس ثلاثة ايام فان اسلم والا قتل • اي قال القدوري في مختصره **قوله** يستمهل والاستمهال طلب المهلة **قوله** لابلاء الاعذار • اي لاظهارها يقال ابلاه اذا اظهر **قوله** تاخير الواجب وهو القتل **قوله** لامر موهوم وهو اسلام المرتد **قوله** ولا فرق بين الحر والعبد • اي لا فرق في قتل المرتد بين ان يكون حرا او عبدا اذا ابى الاسلام وفي امهاله اذا استمهل ثلاثة ايام ثم في استتابته وتخليته بعد ذلك اذا تاب او قتله اذا ابى لان الدلائل لا تفصل بينهما لقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه **قوله** وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له يعني لو كان له دين كاليهودية والنصرانية لوجب عليه ان يتبرأ عن ذلك ولكن لم يكن له دين فلاجل هذا يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام ولكن بعد ان ياتي بالشهادتين • قال في شرح الطحاوي قال ابو يوسف ثم المرتد كيف يستتاب فقال يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويبرأ عن كل دين خالف دين الاسلام ويتبرأ عن الذي انتحل وان شهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله ولم يدخل في هذا الدين فقط والتبري منه • اي من الدين الذي ارتد اليه فهي توبة ايضا كذا نقل الشيخ ابو الحسن الكرخي عن ابي يوسف • وقال في شرح الطحاوي اسلام النصراني ان يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويبرأ عن النصرانية وان كان يهوديا يبرأ عن اليهودية • وكذلك كل ملة يؤمن عليها • واما اذا قال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله فانه لا يكون مسلما بهذا الاسم لانهم يقولون هذا لانهم اذا امروا قالوا رسول الله اليكم هذا في اليهود والنصارى الذين بين ظهراني اهل الاسلام • واما ان كان في دار الحرب وحمل عليه رجل من المسلمين فقال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله فهذا دليل الاسلام ذكره في كتاب المرتد **قوله** قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل • اي قال القدوري في مختصره وهذا لان القتل وجب عليه بالنصوص بمجرد الكفر فلم يجب الضمان على قاتله لقيام المبيح وانما العرض كان مستحبا لا واجبا فلاجل هذا كره القتل قبل العرض لترك الاستحباب **قوله** فاما المرتدة فلا تقتل

وهي من مسائل القدوري • اعلم أن المراة اذا ارتدت لا تقتل سواء كانت حرة او امة عند علمائنا • وقال الشافعي يقتلان وهو
قول ابي يوسف اولاً كذا ذكر ابو الليث لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه • وهذا لان كلمة من عامة يتناول الذكر
والانثى • ولان الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم • وردة الرجل تبيح قتله فكذا ردة المراة للاشتراك في العلة
وحقيقته ان الكفر ابيح القتال فكان افناؤه واعدامه واجبا بابلغ الوجوه وهو بافنا الكافر وقتله • ولنا ما روى ابو يوسف
في كتاب الخراج عن ابي حنيفة عن عاصم بن ابي النجود عن ابي رزين عن ابن عباس قال لا تقتل النسا اذا هن ارتددن عن الاسلام
ولكن يحبسن ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه • وروى محمد بن الحسن في المبسوط وقال بلغنا عن ابن عباس انه قال اذا ارتدت
المراة عن الاسلام حبست ولم تقتل • ولان علة القتل هو الكفر المفضي الى الحراب وكفر المراة ليس بمفضي الى الحراب لعدم صلاحية بنيتها
بخلاف كفر الرجل فانه مفضي الى الحراب لصلاحية بنيته • والدليل على هذا ان كل من كان كفره غير مفض الى الحراب لا يقتل كالكافرة
الاصلية فكذا هذه • ولان الاصل ان يؤخر جزا الجناية الى دار الجزا وهي دار الاخرة • لقوله تعالى اليوم تجزى كل نفس بما
كسبت والمراد باليوم يوم الاخرة بالنقل لكن ترك هذا الاصل دفعا للشر والشر لا يتوجه الينا من النسا كما يتوجه من الرجال حتى اذا
كانت المراة ذات راي وتبع وجاه تقتل لا لكفرها بل لسعيها في الارض بالفساد وباقي البيان مر في كيفية القتال عند قوله وينبغي للمسلمين
ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا • والجواب عما تمسك به فنقول ذاك عام متروك الظاهر لان من بدل دينه من اليهودية الى النصرانية
او من النصرانية الى اليهودية او من الكفر الى الاسلام لا يقتل مع وجود التبديل فيحمل على الرجل المرتد صيانة للحديث عن التعطيل
او توفيقا بينه وبين ما روينا لان راوي ذلك الحديث ايضا ابن عباس • ولا نسلم الاشتراك في العلة لان العلة ليست مطلق الكفر
بل الكفر المفضي الى الحراب كما بينا وباقي البحث يعلم في طريقة الخلاف ان شا الله تعالى قوله عدلا عنه اي عن الاصل قوله لشر
ناجز • اي لشر حاضر • يقال ناجزا بناجز • اي يدا بيد قوله وذلك اي الحراب قوله فصارت المراة كالاصلية • اي الكافرة الاصلية
يعني كما انها لا تقتل فكذلك المرتدة لا تقتل قوله قال ولكن تحبس حتى تسلم • اي قال القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في
الكافي ولا تقتل المرتدة ولكنها تحبس ابدا حتى تسلم • وقال في الشامل لا تقتل المرتدة وتحبس ابدا حتى تسلم • ثم لا فرق بين الحرة والامة
الا ان الامة تدفع الى مولاها اذا طلبها مراعاة لحق الشرع وحق المولى بان يجعل منزل المولى عليها سجنا ومحبسا ويفوض تاديبها اليه
بالضرب والجبر على الاسلام مع توفر حقه في الاستخدام • وفي الاصل شرط احتياج المولى اليها في الدفع ولم يشترط ذلك في الجامع الصغير
قال فخر الاسلام والصحيح انها تدفع الى المولى احتاج او استغنى • قال وكذلك لا يشترط طلب المولى ايضا • وقال في نهاية البيهقي لم
يذكر الضرب في السير الكبير • فان قلت للمولى حق الاستخدام في العبد والامة جميعا فكيف دفعت الامة الى المولى دون العبد • قلت
لان العبد يقتل اذا ابى فلا فايدة في الدفع • اما الامة فلا تقتل لكنها تجبر على الاسلام لما روينا من حديث ابن عباس قبل هذا ولانها
لما ارتدت عن الاسلام بعدما التزمته لم يجز اقرارها على الكفر لانها امتنعت عن ايفا حق مستحق عليها فتجبر على ايفايه بالحبس كما في حقوق
العباد كذا في حق الله تعالى لوجود الجامع وهو الامتناع عن الحق المستحق • ثم المرتدة ما دامت في دار الاسلام لا تسترق فان لحقت
بدار الحرب ثم سبيت استرقت وتجبر ذلك على الاسلام لان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم استرقوا نساء بني حنيفة هذا ظاهر الرواية
وروي عن ابي حنيفة انها تسترق وان كانت في دار الاسلام ذكره الولوالجي قوله اما الحرة فلما ذكرنا واراد به قوله لانها
امتنعت عن ايفا حق الله تعالى الى اخره قوله واما المولى • اي اجبار المولى حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه كما في
قوله تعالى واسئل القرية • اي اهل القرية قوله بين الحقين اي حق الله تعالى وهو الجبر على الاسلام وحق العبد وهو الاستخدام
قوله قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت الى حالها • اي قال القدوري في مختصره والمراد
بالزوال المراعى ان يكون امر الزوال موقوفا الى ان يتبين حال المرتد وبيانه في قوله فان اسلم الى اخره • يعني اذا اسلم تعود امواله الى
حالها • اي يبقى ملكه كما كانت وان قتل او مات على الردة او لحق بدار الحرب وقضي بلحاقه يعمل حينئذ السبب المزيل للملك وهو الردة
عمله على الثبات فينتقل الى ورثته كسب الاسلام دون كسب الردة فانه فيء عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه • وسيجي بعد هذا بيانه وقال
الشيخ ابو نصر البغدادي وهذا الذي ذكره القدوري من الزوال المراعى قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يزول ملكه الا
ان ابا يوسف جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص وجعل محمد بمنزلة المريض • وجه قولهما في عدم الزوال ان الردة سبب
مبيح للدم واباحة الدم لا توجب زوال الملك كمن وجب عليه الرجم او القصاص فاذا كان كذلك كان حكمه حكم من وجب عليه القصاص
فيعتبر تبرعاته من جميع المال • وقال محمد هو متعرض التلف اذا كان لكل احد قتله بلا ضمان فصار حاله اخس من حال المريض فاعتبر
تصرفه في الثلث • وجوابه من جهة ابي يوسف ان المرتد متمكن من دفع الهلاك عن نفسه بالاسلام • بخلاف المريض • ووجه
قول ابي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم بيانه
ان النبي صلى الله عليه وسلم علق عصمة الدم والمال بالاسلام باظهار الشهادتين فيعلم منه سقوط عصمة الدم والمال بالكفر فلما ارتد يزول
ماله عنه لسقوط العصمة لكن قلنا بزوال مراعى لانه يرجى اسلامه بالدعوة اليه والاجبار عليه فوجب التوقف في الزوال لاجل هذا
فاذا اسلم صار كان لم يزل ملكه اصلا • فان قتل او مات او لحق بدار الحرب وقضي باللحاق فحينئذ يحكم بالزوال الثابت لاستقرار
كفره قوله لانه مكلف محتاج • يعني ان كونه مكلفا يقتضي بقا ملكه لا زواله لانه لا يتمكن من اقامة موجب التكليف بدون
المالكية وبقا المالكية توجب تقرر الملك لا زواله قوله وهذا يوجب زوال ملكه اي كونه مقهورا يوجب ذلك لان المقهورية
اثر المملوكية فاذا ثبت انه مقهور مملوك في ايدينا ارتفعت مالكيته لمنافاة بين المالكية والمملوكية • فاذا ارتفعت المالكية زال الملك

لامحالة

لان ارتفاع المالكية مع بقا الملك محال قوله ومالكيته بالجر عطفا على قوله ملكه قوله جعل العارض كان لم يكن
في حق هذا الحكم • اي جعل كفر المرتد اذا اسلم كان لم يكن في حق بقا ماله على ملكه • يعني يجعل كانه لم يزل عن ملكه اصلا • واحترز
بقوله في حق هذا الحكم عن حبوط عمله وعن بينونة امراته • وعن وجوب تجديد كلمة الشهادة لان ردته لا تجعل كان لم تكن في حق
هذه الاحكام قوله فلم يعمل السبب ولم يعمل بالسبب • اي لم يعمل السبب المزيل للملك وهو الارتداد عمله حيث عادت
امواله الى حالها الاولى ولم يعمل بحكمه ايضا بعد ذلك السبب حيث لم يقل بزوال الملك قوله وان مات او قتل على ردته او لحق
بدار الحرب فحكم بلحاقه كان اولى • لان حكم الحاكم باللحاق مثل موته • ولهذا صرح بذكره الكرخي في مختصره • اعلم ان احد الاشيا
الثلاثة اذا وجد كان كسب اسلامه ميراثا للمسلمين من ورثته وكسب ردته فيئا عند ابي حنيفة وزفر والحسن كذا ذكره الكرخي في مختصره
وقال ابو يوسف ومحمد كلاهما ميراث لهم • وقال الشافعي الكسبان جميعا فيء لان المسلم لا يرث الكافر وقد روى صاحب السنن باسناده الى اسامة بن
زيد قال لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم • وروي في السنن ايضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يتوارث اهل ملتين شتى
فلما لم يرثه المسلم كان ماله مال حربي مقهور في ايدينا وكان فيئا • وهذا لانه بارتداده صار حربا علينا • ولنا ما روى ابو يوسف
في كتاب الخراج وقال ثنا الاعمش عن ابي عمرو • وعن علي انه اتي بمستورد العجلي وقد ارتد فعرض عليه الاسلام فابى فقتله وجعل ميراثه
بين ورثته من المسلمين • ثم وجه قولهما ان الردة لم توجب زوال الملك اصلا عندهما لما مر قبل هذا فكانت عصمة في الردة فانه
عندهما فكان حكم الكسبين سوا فانتقل الملك الى ورثته بموته او الحكم باللحاق بدار الحرب • ولا يقال انه توريث المسلم من الكافر
لان التوريث يستند الى ما قبل الردة فيكون كان كسب الردة كسب الاسلام فيكون على هذا توريث المسلم من المسلم لا من الكافر
وجه قول ابي حنيفة ان حرمة مال المسلم لحرمة دمه فلما سقطت العصمة عن الدم باعتراض الكفر سقطت عن المال ايضا فكان فيئا
لجميع المسلمين ما اكتسبه في الردة • بخلاف كسب الاسلام فانه مال معصوم فانتقل الى ورثته باستقرار الكفر بالموت او القتل او الحكم
باللحاق بدارهم • وقبل ذلك لم يحكم بالانتقال لتردد حال المرتد هل يثبت على الكفر او يتوب • فان قلت ما معنى قولكم يزول ملك المرتد
زوالا مراعى فانه لا يخلو من احد الامرين اما ان يزول او لا يزول فان زال وجب ان لا يعود بالاسلام لان الساقط لا يعود وان
لم يزل فلا معنى لقولكم يزول زوالا مراعى • قلت جاز ان يزول ثم يعود بالاسلام • الا ترى ان الملك يزول بالهبة والتسليم
ثم يعود بالرجوع • وقوله لا معنى لقولكم يزول زوالا مراعى فنقول مثل هذا ليس بممتنع كما في الطلاق الرجعي والبيع المشروط فيه
الخيار • وكما في خيار المجلس عندهم • فان قلت اذا كانت الردة سببا مزيلا للملك فلا يخلو اما ان يكون الزوال قبلها او معها
او بعدها فلا يجوز الاول لان فيه تقدم المسبب على السبب وهو فاسد ولا يجوز الثاني لان الحكم يعقب السبب ولا يكون مقترنا
معه ولا يجوز الثالث لانه حينئذ ملك الكافر فلا يجوز نقله الى المسلم • قلت هذه مغالطة لانا لا نقول بنقل ملك الكافر الى المسلم بل نقل
ملك المسلم الى المسلم • بيانه ان الردة موت حكمي لقوله تعالى او من كان ميتا فاحييناه • اي كافرا فهديناه فيعتبر بالموت الحقيقي ثم الموت
الحقيقي يزيل ملك الحي لا ملك الميت فكذا الردة تزيل ملك المسلم لا ملك المرتد يعني قولنا مسلم ارتد بمنزلة قولنا مسلم مات قوله كلاهم للورثة
اي كلا الكسبين كسب الاسلام والردة قوله على ما بينا اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج الى اخره قوله ويستند
الى ما قبل ردته • اي يستند التوريث فاذا كان كذلك صار كانه اكتسب كسب الردة قبل الردة قوله ولابي حنيفة
انه يمكن الاسناد الى اخره • يعني ان القول باسناد التوريث ممكن في كسب الاسلام لوجود كسب الاسلام قبل الردة • بخلاف
كسب الردة فان القول باسناد التوريث لا يمكن لعدم كسب الردة قبل الردة • ومن شرط استناد التوريث الى ما قبل الردة هو
وجود الكسب قبل الردة ولم يوجد • وهذا لان الشي يثبت ثم يستند قوله ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة
وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة اعتبارا للاسناد • يعني يرث منه كسب اسلامه عند ابي حنيفة من كان هو
وارثا له عند وجود الردة الى ان يوجد احد الاشيا الثلاثة والارث الى حالة الردة من وجه • بيانه ان الردة يثبت فيها
الارث بعد وجود الاشيا الثلاثة وان لم يثبت قبل وجودها • فاذا وجدت صار كان الوارث ورثه حين الردة فلاجل هذا
اشترط كونه وارثا الى وجود احد الثلاثة فلا يرثه الوارث اذا ارتد بعد ردة ابيه قبل موته على هذه الرواية قوله وعنه
انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه • اي لا يبطل استحقاق الوارث بموت الوارث
بل يخلف الوارث وارث الوارث • ووجهه ان الردة كالموت فيعتبر زمان الردة • وهذا قول زفر ايضا كذا في المسايل
قال الكرخي في مختصره من كان من الورثة حرا مسلما يوم ارتد فله الميراث • ومن كان من ورثته كافرا او عبدا يوم ارتد
ثم عتق بعد الردة قبل ان يقتل او اسلم الكافر بعد الردة قبل القتل فلا ميراث له لانه لم يكن وارثا يوم ارتد • ولو كان
وارث المرتد مسلما يوم ارتد فارتد الوارث بعد ردة ابيه قبل ان يقتل او يموت او يلحق بدار الحرب او بعد ذلك قبل ان يحكم
بلحاقه فله الميراث لانه كان وارثا يوم ارتد ولا يعتبر بما حدث بعد ذلك وهو قول ابي حنيفة الى هنا لفظ الكرخي واعتمد
هو على هذه الرواية حيث لم يذكر لابي حنيفة الى هنا لفظ الكرخي ثم لا اخر في مختصره • ثم قال الكرخي فيه وقال ابو يوسف
يعتبر حال الوارث يوم يقتل المرتد او يموت او يحكم بلحاقه • فان كان ممن يستحق الميراث منه والا لم يرثه ولم يعتبر ما قبل
ذلك • واعتبر محمد حال الوارث يوم اللحاق ولا يوم الحكم باللحاق لان باللحاق تزول العصمة والامان والذمة في حق المستامن
والذمي • وجه قول ابي يوسف ان العارض منصور زواله فتوقف ثبوت حكمه على القضا • وقال الكرخي خالف محمد ابا يوسف في هذا
الوجه وقال هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاء فيؤدي الكتابة فانه يعتبر حال وارثه يوم مات ولا يعتبر حاله يوم اديت

الكتابة • قال في الشامل اللحاق بالدار بمنزلة الموت لانقطاع احكام دارنا عنه ولا يمنا عنه فهو كالخارج لهلاك الا ان في الموت لا يحتاج
الى القضا وهنا يحتاج لان ذلك يحتمل ما يوهن على ارتفاعه فالحكم يثبت به بدون قضا • بخلاف اللحاق وهذا خرج الجواب عن استدلال
محمد بموت المكاتب **قوله** وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت وهو قول ابي يوسف ومحمد وقد ذكرناه انفا • وذكر
صاحب الهداية هذه الرواية تفريعا لمسئلة القدوري وذلك لما علل في المتن وهو ان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمام السبب
كالحادث قبل انعقاد السبب فلاجرم يعتبر زمان الموت لان السبب يتم به حتى يرث الولد الحادث بعد الردة قبل القتل او الموت
كالولد الحادث قبل الردة واصله الولد الحادث في الشراء قبل القبض حيث يكون له حصة من الثمن غير مضمونة حتى اذا هلك في
يد البايع قبل القبض بغير فعل احد هلك بغير شي وبقي الثمن كله مقابلا بالاصل كما كان كذلك لو كان الولد حادثا قبل انعقاد
السبب وهو البيع **قوله** وترثه امراته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة • وكذلك ترث منه امراته ان كانت في العدة
وقت اللحوق بدار الحرب وبه صرح في شرح الطحاوي • وهذا لان الرجل لما كان يستحق القتل بالردة اشبه ردته التي حصلت بها البينونة
الطلاق في حالة المرض والطلاق البائن في حالة المرض يوجب الارث اذا كانت في العدة لان امراة الفار ترث عندنا فكذا الردة
وروي في المبسوط عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انها ترثه وان كانت منقضية العدة • وهذا لانها كانت وارثة عند ردته وينبغي ان
يكون هذا على تلك الرواية التي يعتبر وجود الوارث عند الردة واولى على تلك الرواية التي يعتبر وجوده عند الموت • فان قلت
اي فرق بينهما اذا كانت المراة مدخولا بها او لم تكن مدخولا بها فالاولى ترث المرتد والثانية لا اراي فربق ايضا بينهما العدة
حال المرتد وعدمها بها حيث ترث المعتدة دون المنقضية العدة • قلت المرتد وان الردة موت حكما لا حقيقة ولهذا تعتد امراته
بثلاث حيض لا باربعة اشهر وعشر لان زوجها حي حقيقة فلما كان زوجها حيا ولم يستقر حكم الارتداد قبل الموت او الحكم باللحاق
لم ترثه لان الحي لا يرث الميت لا الحي • وحال موت الزوج كانت مبانة لانها بانت بمجرد ردته والمبانة لا ترث اذا لم يكن عند موت
الزوج اثر من اثار النكاح • وكذا المنقضية العدة لانه لم يبق اثر النكاح **قوله** والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب
منها فلم يوجد سبب الفي • بخلاف المرتد عند ابي حنيفة • تحقيقه ان عصمة المال تابعة لعصمة النفس ثبوتا وسقوطا فبارتداد الرجل
تسقط عصمة النفس لكونه حربا علينا فيقتل فتسقط عصمة المال ايضا تبعا لها فيكون كسب الارتداد فيا عند ابي حنيفة كالحربي فهو
في ايدينا • اما ارتداد المراة فلا يسقط به عصمة النفس لانها لا تقتل لعدم الحراب فلا تسقط عصمة المال ايضا فصار كسبها في الردة ميراثا
بين ورثتها المسلمين ككسبها في الاسلام **قوله** ويرثها زوجها المسلم اذا ارتدت وهي مريضة • قال في شرح الطحاوي وان ماتت في الحبس
او لحقت بدار الحرب كان كسبها جميعا لورثتها على فرايض الله تعالى ولا يرث زوجها منها لان المرتدة وقعت بالردة الا اذا ارتدت
وهي مريضة فماتت من ذلك المرض حينئذ يرث الزوج منها لانها قصدت الفرار من ميراث الزوج **قوله** بخلاف المرتد متصل بقوله
فلم يتعلق حقه بمالها • يعني ان المرتدة ان كانت صحيحة حال الارتداد لا يرثها زوجها لعدم تعلق حق الزوج بمالها لانها لا تقتل عندنا
فلم يوجد منها قصد الفرار • بخلاف ما اذا ارتد الزوج حيث ترثه امراته المسلمة اذا مات وهي في العدة سوا ارتد في صحته او في مرضه
لانه تعلق حقها بماله لانه يستحق القتل فكان فارا بالارتداد فترثه **قوله** وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق
مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته المسلمين هذا لفظ القدوري في مختصره
قال صاحب الهداية وقال الشافعي يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة • وقال في وجيزهم ملك المرتد يزول على قول ويبقى على
قول وهو موقوف على قول • وقال في شرح الطحاوي اذا مات او قتل او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه فانه تقسم تركته على ما
ذكرنا وتحل ديونه المؤجلة ويحكم بعتق امهات اولاده ومدبريه من جميع ماله وتبطل وصيته بما لا يصح الرجوع • وقال الامام الولوالجي
فتاواه تبطل وصاياه بما اوصى به في الاسلام اذا قضى القاضي بلحاقه سوا كانت وصية بالقربة والطاعة او بغير القربة • وقال الوصية
بغير القربة لا تبطل لان ابقا الوصية حكم الابتدا وابتدا الوصية بغير القربة كالوصية للنايحة والمغنية • وفي ظاهر الرواية ابطل وصيته
مطلقا في المبسوط وغيره ولم يفرق بين القربة وغيرها ولم يذكر الخلاف • وذلك لانه لما لحق بدار الحرب صار حربيا علينا واهل الحرب
اموات في حقنا الا ترى الى قوله تعالى او من كان ميتا فاحييناه • اي كافرا فهديناه • ولانه باللحاق سقط التزام احكام الاسلام
عنه كما يسقط عن الميت فصار اللاحق كالميت لكن اللاحق ليس بامر مستقر فاحتيج الى قضا القاضي في سائر المجتهدات فلما قضى القاضي باللحاق
حكم بموته فيثبت الاحكام المذكورة من عتق المدبرين وامهات الاولاد وحلول الديون المؤجلة ونقل كسب الاسلام الى الورثة باتفاق
اصحابنا خلافا للشافعي وقد مر بيانه فيما مضى في عندهم لانه ان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين • ثم
ما حلت ديونه تقضى من كسبه وتفصيل قضائها من كسب الاسلام او كسب الردة سيجي عقيب هذا ان شا الله تعالى **قوله** وهي ما ذكرناها
اي الاحكام المتعلقة بموت المرتد هي التي ذكرناها من عتق المدبرين وامهات الاولاد وحلول الديون ونقل كسب الاسلام • يقال
حل الدين محلا من باب ضرب بفتح العين من الماضي وكسرها في المستقبل كذا اثبته صاحب الديوان وغيره **قوله** ثم يعتبر كونه
وارثا عند لحاقه في قول محمد وقد مر بيانه هذا مستوفى عند قوله وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة وينظر ثمة **قوله** هو السبب
اي السبب لزوال العصمة **قوله** لتقرره • اي لتقرر السبب **قوله** وقال ابو يوسف وقت القضا اي يعتبر كونه وارثا وقت القضا
قوله يصير موتا بالقضا • اي اللحاق لا يعتبر موتا لعدم استقراره الا بالقضا **قوله** والمرتد اذا لحق بدار الحرب يعني على هذا اي
على هذا الخلاف بين ابي يوسف ومحمد • فعند ابي يوسف يعتبر وجود الوارث وقت القضا • وعند محمد وقت اللحاق او وقت القضا على
الاختلاف **قوله** وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام بما اكتسبه في حالة الاسلام وما لزمه في حال ردته من الديون ما اكتسبه في حالة

هذا لفظ القدوري

هذا لفظ القدوري في مختصره • وقول زفر والحسن كذا قال الكرخي في مختصر • وقال في شرح الاقطع بل قاله في مختصره وقال
زفر والحسن كذا قال الكرخي في مختصره • وقال في شرح الاقطع روي عن ابي حنيفة مثله ولكن الكرخي لم يثبت هذا القول الى ابي
حنيفة بل قال في مختصره وقال زفر والحسن ما لحقه في حال الاسلام في الدين فهو فيما كسبه في حال الاسلام وما لحقه من الدين
في حال الردة فيما كسبه في حال الردة فلا يكون فيما كان في الاسلام في مال الردة ولا في مال الردة في مال الاسلام • وقال
في مختصره روى الحسن بن زياد ان ما كان على المرتد من دين قبل ردته او بعدها فهو فيما كسب في حال اسلامه الدين فان لم
يكن له ما كسب في حال ردته ويكون ما كسبه في حال ردته فيا لجماعة المسلمين الا ان لا يفي كسبه في حال اسلامه بدينه
فيكون ما بقي فيما كسب في حال ردته • وهذا بخلاف ما رواه ابو يوسف الا ان ابا يوسف روى عن ابي حنيفة ان الدين كله
ما لحقه قبل الردة او بعدها فيما كسب قبل الردة الا ان لا يفي كسبه في حال الردة فيكون ما بقي في كسبه في حال الاسلام • وجه
ما روى القدوري وهو قول زفر والحسن ان الدين المستحق اي الواجب بالسبب الواقع في حالة الاسلام • بخلاف الدين الواجب
بالسبب الواقع في حال الردة • ثم كل واحد من كسب الاسلام وكسب الردة حصل بذلك السبب الموجب للدين فلاجرم يقضى دين
الحالة من كسب هذه الحالة ودين تلك الحالة من كسب تلك الحالة للمناسبة لان الغرم بالغنم • ووجه ما روى الحسن عن ابي حنيفة
ان الدين يتعلق بما يورث لا بالفي وكسب الاسلام موروث دون كسب الردة لانه فيء فيقضى من كسب الاسلام لا كسب الردة الا
اذا لم يكن في كسب الاسلام وفا بالدين فحينئذ يقضى من كسب الردة ولا يمتنع قضا الدين من كسب الردة الا اذا لم يكن في كسب الاسلام
وفا لانه فيء • الا ترى ان الذمي اذا لم يكن له وارث تركته فيء لبيت المال • ثم اذا ظهر له دين يقضى منه كذا هذا • ووجه
ما روى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان الدين يتعلق بماله عند الموت لا بما زال من قبل وكسب الاسلام زال واستغل الى ورثته بالردة
وماله عند الموت كسبه في الردة فيقضى الدين من كسب الردة الا اذا لم يف كسب الردة بالدين فحينئذ يقضى من كسب الاسلام لان الدين
مقدم على الارث • وهذا معنى قوله تعد بما لحقه اي لحق الردة هذا كله قول ابي حنيفة • اما على اصل ابي يوسف ومحمد تقضى ديونه
والكائنة في الحالين سوا لان كسب الردة موروث عندهما ككسب الاسلام لانه يملكهما جميعا **قوله** وهذه رواية عن ابي حنيفة
اي قضا دين الاسلام وقضا دين الردة من كسب الردة رواية عن ابي حنيفة وهو قول زفر والحسن **قوله** وعنه • اي يبدا
بكسب الاسلام اي عن ابي حنيفة ان الثاني يبدا في قضا الدين بكسب الاسلام وهي رواية الحسن عنه ذكرناها انفا **قوله** على عكسه
اي يبدا بكسب الردة فان لم يف يقضى من كسب الاسلام وهذه رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة **قوله** وجه الاول اي وجه
المذكور الاول وهو قضا دين كل حال من كسب تلك الحالة وقد اتضح بيانه مما قال في الوجه الاول من تقريرنا انفا فلا حاجة
الى الاعادة **قوله** حتى يخلفه الوارث بمن الناس لا حتى يخلف ذلك ايضا كالمقابلة وهو ان كسب الاسلام ملك المرتد فيه
اي في كسب الاسلام **قوله** من محل اجرا اراد به كسب الاسلام **قوله** منه اي من كسب الردة **قوله** ولو كان عليه
اي على الذي **قوله** وكسب الردة خالص حقه وذلك لانه لا حق للورثة فيه ولم يصر فيا بعد قبل الموت وقد تعلق دينه به
فالا يصير فيا لا ستحقاقه القتل ولا يقال انه ليس بمال له فكيف يكون خالص حقه لانا نقول لا نسلم انه ليس بمال له لان الملك
عبارة عن المطلق الحاجز وعين تحجز عن التصرف وهو مطلق في التصرف فيه على مذهبهما لان ملكه ثابت • وعلى مذهب ابي حنيفة
الملك موقوف ان الملك في الحال في حال الردة موجود وان زال الموت او القتل وهذا ما لاح لي في هذا المقام في بيان كون
كسب الردة خالص حقه والله اعلم **قوله** قال وما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او تصرف فيه من امواله في حال
ردته فهو موقوف • فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بطلت • اي قال القدوري في مختصره وكله من البياعات
لقوله باعه • وانما قال صاحب الهداية وهذا عند ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد يجوز ما صنع في الوجهين لان
القدوري لم يذكر الخلاف في هذا الموضع • واراد باحد الوجهين الاسلام وبالثاني احد الاشيا الثلاثة من الموت او القتل
او اللحاق • قال في الشامل في قسم المبسوط وجميع تصرفه في حال ردته من بيع وشرا وعتق وتدبير وكتابة وهبة ووطي امة
وادعا نسب جاز ان اسلم وباطل ان لحق الا النسب فانه يثبت عند ابي حنيفة • وعند ابي يوسف يجوز كما يجوز من الصحيح • وعند
محمد كما يجوز من المريض • وجملة القول هنا ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالطلاق وتسليم الشفعة
وقبول الهبة والحجر على عبده الماذون والاستيلاد لانها لا تبتني على حقيقة الملك وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة والارث
لانه يعتمد الملة ولا ملة للمرتد • وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد الا ان
عندهما ان مات او قتل صارت عنانا كذا في شرح الطحاوي • ومختلف فيه كالعتق والهبة والكتابة وقبض الديون والاجارة
والوصية والبيع والشرا قال ابو حنيفة موقوف ان اسلم جاز ما صنع • وان قتل او مات على ردته او لحق بدار الحرب بطل
ذلك كله • وقال ابو يوسف ومحمد نافذ كذا قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير • وجه قولهما ان صحة التصرف
بقيام الاهلية ونفاذه بالملك ولا شك في قيام اهلية المرتد لقيام الخطاب عليه • الا ترى ان القتل يجب عليه بارتداده
ولو كانت اهليته معدومة او ناقصة لم يجب عليه القتل ولا شك ان ثبات ملكه ايضا لانه مكلف محتاج ولا يحصل القيام بموجب
التكليف بدون الملك • والدليل على قيام ملكه بعد الردة انه لو ولدت له بعد الردة لستة اشهر فصاعدا من امراة هي
مسلمة او امة مسلمة يرثه • فلو كان ملكه زايلا لم يرثه هذا الولد • ولو ان ولد المولود قبل الردة مات بعد الردة
قبل موت المرتد وقبل لحاقه لا يرثه فلو لم يكن ملكه قايما بعد الردة لورثه هذا الولد لانه كان حيا وقت ردة الاب • فلما

كان ملكه فيما يعتمد تصرفه • وعند الاعتدال ابي يوسف يصح تصرفه كما يصح تصرف الصحيح من جميع المال • وعند محمد من ثلث المال
كالمريض لانه على شرف الهلاك حقيقة وحكما • اما حقيقة فلانه لا يرجع الى ما انتحل اليه غالبا فيكون ذلك سببا الى القتل فيقتل واما
حكما فلانه يلحق بدار الحرب فرارا من القتل فكان حاله كالمريض • واحتج محمد عن ابي يوسف بانه اذا اقر لوارث بدين لم يجز هو
وجه قول ابي يوسف ان غاية ما في الباب ان قتله مباح وهذا لا يوجب خللا في تصرفه كالمحكوم عليه بالرجم او القصاص ولا يعتبر
كالمريض لانه يتمكن من دفع الهلاك عن نفسه بالاسلام • بخلاف المريض • والظاهر من حاله ايضا ان يعود الى الاسلام بزوال
الشبهة فلا يقتل حينئذ • وجه قول ابي حنيفة ان العاصم للنفس والمال هو الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها
عصموا مني دماءهم واموالهم • ثم لما ارتد سقطت العصمة عن المال فجعلنا تصرفه فيه موقوفا رجاء الاسلام كما جعلنا الملك موقوفا
ايضا لهذا المعنى فصار المرتد لكونه حربيا مقهورا تحت ايدينا كالحربي الذي اسر وقهر تحت ايدينا حيث يكون تصرفه
موقوفا لان الامام في اسارهم بين القتل والاسترقاق وتركهم احرارا ذمة للمسلمين • فان ترك الحربي حرا ذمة لنا جاز تصرفه
والا فلا فكذا كان تصرف المرتد موقوفا الى ان يتبين حاله فان اسلم صح والا بطل • ولا يشبه المرتد من وجب عليه القتل بسبب
الزنا او بسبب القتل العمد لان ثمة يكون تصرفه نافذا بلا توقف وتصرف المرتد موقوف لان بالارتداد بطل سبب العصمة فاوجب
ذلك خللا في حاله فتوقف تصرفه • وفي الزاني والقاتل عمدا لم يبطل العصمة لبقا الاسلام فلم يجب القتل لبطلان العصمة
بل وجب جزا الفعل وانه لم يثبت الخلل في الاهلية فنفذ تصرفه بلا توقف • ولا يشبه المرتدة لانها ليست من اهل الحرب
ولهذا لا تقتل عندنا الا اذا التحقت بدارهم فحينئذ تعتبر حربية • والمرتد حربي في الحال لوجوب جزا المحاربة عليه فلهذا
كانت عقود المرتدة كلها جائزة الا من الامتناع ضمنها فانها موقوفة ان اسلمت صحت والا صارت عنانا كما قالا في المرتد • كذا قال
الامام الاسبيجابي • فان قلت كيف تنفذ طلاق المرتد وبمجرد الردة تبين المرأة • قلت هذا ليس بممتنع • الا يرى ان
المسلم اذا ابان امرأته ثم طلقها في عدتها جاز فكذا هذا • والدليل على هذا ان الحبلي اذا وكل وكيلا بطلاق امرأته فارتد
الزوج او ارتدت فطلاق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة • والمسئلة منصوصة في شرح الكافي وفي سيرها
في اخر كتاب الوكالة • ويمكن ان لا يقع البينونة ايضا بالردة كما اذا ارتد الزوجان معا ثم طلقها بعد الردة فلا يرد هذا
السوال اصلا لان الاستيلاد لا يفتقر الى حقيقة الملك • يعني ان الاستيلاد لا يفتقر الى حقيقة الملك بدليل
ان الاستيلاد يصح في جارية الابن وان لم يكن للاب فيها ملك حقيقة بل له حق التملك فيها والاستيلاد
من حاجته وان الطلاق لا يفتقر الى تمام الولاية • الا يرى ان العبد يصح طلاقه مع عدم الولاية اصلا قوله
ولا ولاية له اي للمرتد قوله وبما يحدثه اي المختلف في توقفه الذي يحدثه من البيع والشرا والاعتاق والهبة
ونحو ذلك قوله والنفاذ الملك كلها بالصحة عطفا على قوله لان الصحة تعتمد الاهلية • يعني ان نفاذ التصرف
يعتمد الملك قوله على ما قررناه من قبل اشارة الى ما ذكر بقوله لانه مكلف محتاج
قوله ويزول املاك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى قوله مراعى
الى محله • فيما لا يحتمل النقل فلان قوله عزم او شرعه اذا ادعاه لنفسه • والمحلة بكر الحوك وسكون الحال الدعوى كذا في
ديوان الادب وكانه اراد به هنا ما انتسبت اليه دعوى قوله ما قررناه في توقف الملك اشارة الى ما ذكر من قبل
قول ابي حنيفة بقوله وله انه حربي مقهور تحت ايدينا عند قوله ويزول ملك المرتد قوله بناء عليه على توقف الملك
قوله وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيوخذ ويقهر فتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد فيه نظر لان
الحربي الداخل دارنا بغير امان يكون فيئا فكيف تتوقف تصرفاته • فلو قال كالحربي الذي اسر علينا امضينا ذكره كان انسب
اولى قال الكرخي في مختصره لو ان رجلين من اهل الحرب ورجلين دخلا دار الاسلام بغير امان صارا فيئا للمسلمين قوله لبطلان
سبب العصمة • اراد بسبب العصمة الاسلام قوله في الفصلين اي في فصل الحربي والمرتد فيما ان هذا كله قوله
وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام فلا يخلو من احد الامرين اما ان كان عوده قبل حكم القاضي اللحاق او لم
يقض فان كان قبل الحكم بطل حكم الردة في ماله لان زوال ملكه كان مراعى فبطلت المراعاة بالاسلام فصار كانه لم يزل مسلما
ولا يعتق عليه شي من امهات الاولاد والمدبرين • فان كان بعد الحكم فما وجد في يد ورثته اخذه لان الوارث
خلفه فلما وجد الاصل بطل حكم الخلف • ولان المال ملك عليه بلا عوض فكان حكمه حكم الهبة فالواهب له حق الرجوع في
الموهوب ما دام قائما فكذا هذا • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي ان علقمة بن علاثة ارتد على عهد
ابي بكر ثم رجع على عهد عمر بن الخطاب فقال فرد عليه ماله • وكذلك ههنا انه يرد عليه ماله • اما ما ازاله الوارث
عن ملكه سواء كان بسبب يلحقه الفسخ كالبيع والهبة او بسبب لا يلحقه الفسخ كالاعتاق والتدبير والاستيلاد فذلك كله
ماض لا سبيل للمرتد عليه ولا ضمان على الوارث ايضا لانه ازاله حين كان له سبيل من الازالة فصار كالموهوب له خرج عن يد
الموهوب له • قال الكرخي في مختصره ان كان المكاتب ادى ما عليه من الكتابة الى الورثة فعتق ثم جا المرتد مسلما
فعتق المكاتب ولا ينفسخ • وان كان ما اداه قائما في يد الوارث اخذه المرتد • قال في شرح الطحاوي والولا
للمرتد • وكذلك عتق امهات الاولاد والمدبرين لا ينفسخ لان العتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض والفسخ • ولانه لما جا
الينا تائبا صار كانه حي بعد ان مات فلو جي حقيقة بعد الموت وان كان ذلك بخلاف العادة لم يكن له على امهات

الاولاد

الاولاد والمدبرين سبيل • وان كان ذلك بخلاف العادة فكذا هذا قوله لاستغنائه اي لاستغنا المرتد قوله بدليل
معتبر وهو قضا القاضي بلحاقه قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضا القاضي فلا بد من القضا
قوله واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجات بولد لاكثر من ستة اشهر الى اخره وهذه من خواص
الجامع الصغير صورتها فيه مرتد له امة نصرانية جات بولد بعد الردة لستة اشهر فادعاه فالولد ابنه وهو حر والامة
ام ولد له فان مات او قتل لم يرثه هذا الولد • وان كانت امه مسلمة يرثه كذا ذكر فخر الاسلام البزدوي وغيره هم
وذكر الصدر الشهيد والعتابي في شرحيهما للجامع الصغير جات بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد وهذا كله احترازه
عما اذا جات بالولد لاقل من ستة اشهر حيث يرثه اذا مات او قتل او لحق وحكم باللحاق • وذلك لان العلوق حصل يقينا
في حال اسلام المرتد فكان الولد مسلما والمسلم يرث المرتد • وبه صرح العتابي وغيره بخلاف ما اذا ولدت لستة اشهر
فصاعدا حيث ينظر فان كانت الامة يهودية او نصرانية لا يرثه لان الولد يجعل تبعا لابيه لا لامه لان الاب اقرب
الى الاسلام حيث لا يقر على الردة بل يجبر على الاسلام ولا يجبر الام فلما كان الولد تبعا لابيه اعتبر مرتدا والمرتد لا يرث
من احد لا من المسلم ولا من المرتد فلم يرث المرتد الولد هذا • وان كانت الامة مسلمة كان الولد مسلما تبعا لها لان الولد
يتبع خير الابوين دينا والمسلم يرث المرتد • ثم اعلم ان دعواه الولد صحيحة على قولهما بلا اشكال لان عقود المرتد
عندهما جائزة فكذلك دعوته • اما ابو حنيفة فانه جعل عقوده موقوفة لكن جعل دعوته صحيحة لان الاستيلاد لا يفتقر
الى حقيقة الملك بل يثبت بتاويل الملك • الا ترى ان العبد الماذون اذا ادعى النسب من الجارية التي من تجارته جاز
وكذلك الاب اذا ادعى ولد جارية ابنه يثبت النسب وتاويل المرتد اكثر من تاويلهما فاذا ثبت النسب ثبت التوريث المذكور
في ارثه وعدمه • فان قلت كيف جعلتم الصبي تبعا للمرتد فيما اذا كانت امه يهودية او نصرانية ولم تجعلوه مسلما
تبعا للدار الاسلام • قلت تبعية الدار انما تكون اذا لم يكن معه احد ابويه فاذا كان فلا وقد مر ذلك في باب الجنائز
فان قلت هذا منقوض بما اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد طفل ولم يلحقا به فانه يبقى مسلما تبعا للدار ولا يعتبر مرتدا
بتبعيتهما • قلت لا نسلم انه يبقى تبعا للدار بل هو كان مسلما تبعا لابويه فبقي على ما كان بعد ردتهما • بخلاف ما نحن فيه
فان الولد لم يثبت له حكم الاسلام اصلا لحصول تبعا لابيه المرتد لعلوقه الى الاسلام قوله فلما قلنا اشارة الى قوله قبل
هذه لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك قوله واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو في • فالحق
ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم وهذه من مسائل الجامع
الصغير المعادة • اعلم ان المرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر المسلمون على ذلك المال يكون فيئا لانه مال حربي فيكون
له حكم سائر اموال اهل الحرب ولا حق للورثة فيه لتباين الدارين • فان قلت المال تابع للنفس ونفس المرتد لا يكون فيئا
فينبغي ان يكون المال الذي في يده كذلك قلت لا يلزم من عدم جريان الفي على النفس عدم جريان الفي في المال ولهذا لا يجري
الفي على نسا اهل الحرب ويجري الفي في اموالهم ونسائهم واولادهم فكذلك المرتد • اما اذا رجع بعد اللحاق بدار الحرب
الى دار الاسلام فاخذ طائفة من ماله فادخله دار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو لورثته اذا وجدوه قبل القسمة فبعد
ان وجدوه بعد القسمة فهو لهم بالقيمة الا اذا كان مثليا فانهم لا ياخذونه لانه لا فايدة في اخذه بالمثل كذا في
شرح الطحاوي وهو في ذلك بمنزلة رجل اجنبي ياخذ العدو ماله ثم يظهر المسلمون عليه كذا قال الكرخي في مختصره وقال
فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير هذا لا يشكل اذا رجع بعد قضا القاضي فاما قبل القضا فجواب هذا الكتاب
لا يوجب الفصل • يعني ان جواب كتاب الجامع الصغير لا يفصل بين الحالين في رد المال على الورثة لانه ثبت حكم الرد على طول
اللحاق بدون قيد القضا باللحاق • ووجهه انه متى لحق فالظاهر انه لا يعود فكان ميتا حكما • ثم قال فخر الاسلام هو
وفي بعض روايات السير الصغير قال لا حق للورثة فيه فيكون فيئا • ووجه ذلك ان الحق انما يثبت بالقضا • يعني ان
الحق للورثة لا يثبت الا بقضا القاضي • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير هذا اذا رجع واخذ بعد القضا
من القاضي بلحوقه وجعل ماله لورثته • واما اذا لم يقض القاضي بلحوقه حتى رجع واخذ فالحكم فيه كالحكم في الذي
ذهب به اول مرة فاقول ينبغي ان يكون كما وقع في الجامع الصغير على مذهب محمد وكما وقع في بعض روايات السير على
مذهب ابي يوسف • وذلك لان محمدا يجعل مجرد اللحاق كالموت حتى يعتبر كون الوارث عند اللحاق ولا يجعل ابو يوسف
ذلك كالموت حتى يعتبر كون الوارث عند القضا لا عند اللحاق قوله واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد
فقضي به لابنه فكاتبه الابن ثم جا المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولا للمرتد الذي اسلم وهذه من مسائل الجامع
الصغير • اعلم ان القاضي اذا قضى بلحاقه وجعل عبده لابنه فكاتبه ثم رجع المرتد تائبا لا ينفسخ الكتابة لان الابن فعل
ذلك من ولاية شرعية حين جعل المرتد ميتا حكما وكان الابن كالوكيل عن ابيه المرتد في الكتابة لان المرتد لما لحق بدار
الحرب صار كانه سلط ابنه على ماله وجعله خلفا عنه في التصرف فلما عاد ثبت له حكم الاحيا وبطل حكم الموت فلما لم تنفسخ
كانت المكاتبة اعني بدل الكتابة للمرتد الذي اسلم لان الولا لمن اعتق والعتق وقع عنه • بخلاف ما اذا ادى بدل
الكتابة للوارث فان الولا حينئذ يكون للوارث لوقوع العتق عنه قوله بدليل مستند اراد به قضا القاضي
باللحاق قوله واذا قتل المرتد رجلا خطا ثم لحق بدار الحرب او قتل في ردته فالدية في مال اكتسبه في حالة الاسلام

خاصة عند ابي حنيفة • وقالا الدية في مال اكتسبه في الاسلام والردة وهي من مسائل الجامع الصغير • قال الفقيه ابو الليث
وروي عن ابي حنيفة رواية اخرى انه قال يجب في المال الذي اكتسبه بعد الردة • اعلم اولا ان العاقلة لا تتحمل عن المرتد لان
العقل لمعنى التناصر والمسلم لا يلزمه نصرة المرتد • فاذا لم تتحمل العاقلة عنه وجبت الدية في ماله وماله هو الذي اكتسبه
في الاسلام عند ابي حنيفة • فان لم يف ذلك فذلك عليه فيما اكتسبه في ردته • وكذلك الحكم من اغتصبه من مال
او افسده • قال الكرخي هذا عندي موافق لرواية الحسن عن ابي حنيفة • واما على اصل ابي يوسف ومحمد لما كان الكسبان
جميعا ملكه لم يكن ايجاب الدية في احد المالين اولى من ايجابه في الاخر فكان فيهما جميعا • وجه الرواية الاخرى عن ابي
حنيفة ان كسب الاسلام للورثة فيه حق فكان الايجاب فيه كالايجاب في مال الورثة • بخلاف كسب الردة فانهم لا
حق لهم فيه وكان الايجاب فيه اولى قوله وعلى ماله المكتسب في الاسلام عند ابي حنيفة مال المرتد هو
المكتسب في الاسلام عند ابي حنيفة مال المرتد والمكتسب خبر لقوله ماله وليس بصفة له وكان حق التركيب ان يكون
بغير الفصل كما ذكرنا حتى لا يتوهم الصفة كقوله تعالى والكافرون هم الظالمون قوله ولهذا كان الاول
ميراثا ايضاح لقوله ماله المكتسب في الاسلام قوله واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات
على ردته من ذلك او لحق ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية من ماله لورثته وهذه من مسائل الجامع
الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المسلم يقطع يده عمدا ثم يرتد فيموت من ذلك وهو
مرتد • قال على القاطع نصف الدية في ماله لورثة المقطوع يده • وان اسلم ثم مات منها فعلى القاطع الدية في ماله
لورثة المقطوع يده وان لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما ثم مات منها فعلى القاطع نصف الدية في ماله لورثة المقطوع يده
وقال محمد في ذلك كله نصف الدية على القاطع في ماله ان اسلم قبل لحاقه بدار الحرب او بعد لحاقه • قال فخر الاسلام وهو
قول زفر • اما اذا مات على ردته فلما وجب على القاطع نصف الدية في ماله ولم يجب دية النفس ولا القصاص في قطع
اليد لان السراية حلت محلا غير معصوم فهدر اعتبارها فلم يجب دية النفس لان موتها حصل في حال لا قيمة لها ولم يجب
القصاص في اليد لان اعتراض الردة صار شبهة • وهذا لان الردة لو كانت موجودة عند القطع كانت حقيقة هي
الاباحة قائمة في قطع اليد لوجود المبيح وهو الردة فاذا كانت فائتة ثم اعترضت كانت شبهة فاذا لم يجب القطع وجب
دية اليد وهي نصف دية النفس لان قطع اليد حصل في حال عصمة اليد وهي حالة الاسلام • وان كان دية اليد في ماله
لكون القطع عمدا • اما اذا كان خطأ فقال الحاكم في الكافي فهو على عاقلته • وهذا بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد
ثم اسلم ثم مات من ذلك فحينئذ لا يجب الضمان اصلا لان قطع اليد حصل في زمان لا قيمة لها لعدم العصمة • والمهدر
لا يلحقه الاعتبار اصلا فلهذا لم يعتبر زمان السراية بخلاف المعتبر فانه يجوز ان يلحقه الاهدار بالابراء فكذا جاز ان يلحق بالردة كما
في الصورة الاولى حيث لم يجب دية النفس ولا القطع • والتحقيق هنا ان يقول ان فوت العصمة يوجب الهدر لا محالة هو
وقيام العصمة لا يوجب الضمان لا محالة اذا قطع بامره فلم يكن اعتراض ردة فالعصمة الهدر في الصورة الثانية وكان اعتراض سقوط
العصمة قاطعا للضمان في الصورة الاولى • اما اذا اسلم بعد الارتداد ثم هلك من القطع وجب ارش اليد ولم يجب ضمان
النفس عند محمد وزفر قياسا • وعند ابي حنيفة وابي يوسف يجب ضمان النفس استحسانا كذا ذكر القياس والاستحسان فخر الاسلام
في شرح الجامع الصغير لكن ان كان عمدا يجب في ماله وان كان خطأ فعلى عاقلته كما ذكره الولوالجي في فتاواه • وجه
قول محمد ان اعتراض الردة اهدر اعتبار السراية لانه بعد الارتداد صار بحال لو قتله قاتل لا يجب عليه شيء فصارت
الردة مهدرة لما تولد من القطع فاذا اسلم بعد ذلك لم يلتفت الى الضمان لان المهدر لا يلحقه الاعتبار كالو جرح حربيا او
مرتدا ثم اسلم فمات من ذلك لا يجب على الجارح شيء فكذا هنا • ووجه قولهما ان الجناية وقعت في محل العصمة وتمت في محل العصمة
لانه كان في الحالين مسلما فيجب ضمان الدية ولا معتبر بتخلل الردة لان الردة انما تقطع السراية بفوت العصمة وقيام العصمة ليس
بشرط في حال بقاء الجناية لان حال البقاء ليست بحال انعقاد السبب ولا زمان الجناية ولا زمان وجوب الضمان يوم الموت فلما كان
كذلك لم يلتفت الى الردة المتخللة فجعل كان لم يزل مسلما لا ارتفاع عارض الردة كمن قطع يد رجل فاضناه ذلك حتى ابرئ وعلى الموت
ثم جرح اخر وقتله فعلى الاول ضمان اليد ولا يضمن النفس شيئا وهذا كالنصاب يعتبر كماله في طرفي الحول ولا يضر نقصانه فيما
بين ذلك وقد مر ذلك في كتاب الزكاة • وكالملك في اليمين يعتبر زمان انعقاد اليمين وزمان وجوب الحنث ولا يضر زواله
فيما بين ذلك • حتى اذا قال لعبده اذا دخلت الدار فانت حر ثم خرج عن ملكه بسبب من الاسباب ثم عاد الى ملكه فدخلها
يحنث • ولا يلزم عبد قطعت يده ثم باعه المولى لانه ان عاد الى قديم ملكه فهو على هذا الاختلاف كذا ذكر فخر الاسلام ايضا
اذا رد عليه بعيب او خيار رؤية لا يجب على الجاني ضمان النفس عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا يكون البيع مبطلا للسراية وان
عاد اليه بملك جديد فهو بمنزلة عبد اخر لاختلاف الملك • واما اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي ثم عاد مسلما ومات
من ذلك القطع فعلى القاطع نصف الدية ولا يرد هذا عليهما لانه صار ميتا حكما بقضاء القاضي باللحاق والموت يقطع السراية
ثم اسلامه بعد ذلك كان حياة حادثة تقديرا كانها نفس اخرى فلم يبق حكم الجناية الاولى واورد الولوالجي في فتاواه في
هذا الفصل عن ابي يوسف روايتان في رواية يضمن دية النفس كاملة هذا اصح وفي رواية لا يضمن • اما اذا عاد مسلما
بعد اللحاق قبل قضاء القاضي ثم مات من ذلك فقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير لا نص فيه ثم قال وهو على الاختلاف

بين

بين محمد يجب نصف الدية • وعند صاحبيه يجب دية النفس كاملة هذا هو مراد صاحب الهداية بقوله فهو على الخلاف
الذي بيناه هذا اذا ارتد المقطوع يده • اما اذا ارتد القاطع فقتل ومات المقطوع يده منه مسلما فقال في الشامل ثم
المبسوط ان كان عمدا فلا شيء عليه لان القاتل مات • وان كان خطأ فعلى عاقلته دية النفس لان الجناية انعقدت موجبة ثم
القتل لان الجاني كان مسلما يوم الجناية لاجرم لو كانت الجناية في حال ردته كانت في ماله قوله بعد المسلم اي
الذي يدي المسلم قوله اما الاول اي الوجه الاول وهو ما اذا مات على ردته قوله خلاف السراية اي سراية
القطع قوله حلت محلا غير معصوم • وذلك لان نفس المرتد ليست بمعصومة لبطلان العصمة بالردة قوله فاهدرت
اي اهدرت السراية حيث لم يجب ضمان النفس قوله بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك اي مات من القطع
يعني من سرايته حيث لا يجب على القاطع ضمان اصلا اعتبارا لزمان القطع لان الشيء اذا وقع مهدرا فمن الاصل لا يلحقه الاعتبار
فلا يكون غير الموجب موجبا قوله واما الثاني اي الوجه الثاني كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ثم مات من القطع او لم يمت
حيث لا يجب الضمان اصلا لا ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني قوله وتمت هذا اي تمت الجناية في محل معصوم
قوله قيامها اي قيام العصمة قوله وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله اي من حالة انعقاد السبب ومن حالة
ثبوت الحكم • قال ابن دريد نانا عن هذا الامر بمعزل او منتح قوله كقيام الملك في حالة بقاء اليمين اندرج بيانه فيما
بيناه انفا قوله واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفي مولاه
مكاتبته وما بقي لورثته وهي من مسائل الجامع الصغير المعادة • قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ارتد المكاتب
بعد الكتابة ثم لحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ اسيرا فابى ان يسلم فانه يقتل ويستوفي مولاه مكاتبته من ماله والباقي
ميراث لورثته استحسانا • وكان القياس ان يكون كله لمولاه ان كان عبدا • وان كان حرا فهو فيء الى هنا لفظ الكافي وهذا
لا يشكل على مذهبهما لان كسب المرتد الحر عندهما ميراث فكذا كسب المكاتب ويشكل على مذهب ابي حنيفة لان كسب المرتد الحر فيء
فلم يكن كسب المرتد الحر عندهما ميراث فكذا كسب المكاتب ويشكل على مذهبه المكاتب ميراثا على وجه الاستحسان وجه ان
كسب المرتد الحر انما كان فيئا لانه يتبين حاله لم يكن اكتسابا بالردة وكان فيئا • بخلاف المكاتب فانه صار مالكا لاكسابه
بعقد الكتابة لان الكتابة لا ينافيها الموت الحقيقي او الحكمي وهو الردة • واللحاق صحت الكتابة فكانت اكسابه بالردة كاكسابه
في الاسلام فصارت ميراثا لورثته لم يكن حرا لانه مات عن وفاء • وترديد الحاكم بقوله وان كان حرا بناء على ان المكاتب
اذا مات عن وفاء فيه اختلاف الصحابة فعند علي وابن مسعود يموت حرا وهو مذهبنا • وعند زيد بن ثابت يموت عبدا وهو
مذهب الشافعي • يعني ان المكاتب ان كان عبدا كما هو مذهبه فالباقي بعد المكاتبة لمولاه • وان كان حرا كما هو مذهبنا
فالباقي فيء على قياس ابي حنيفة على المرتد الحر لكنه استحسن وجعل الباقي ميراثا لان الموت لا ينافي الكتابة • ولهذا يؤدي كتابته
بعد موته من الكتابة كانه حي ويحكم بعتقه فكذلك اذا لحق بدار الحرب لا يحكم بموته فثبت من هذا ان كونه في دار الحرب لكونه في
دار الاسلام وكسبه في الردة ككسبه في الاسلام قوله يوفي مولاه مكاتبته اي بدل كتابته • ويوفي بالتشديد
من صفة التي للتفعل من وفى لم وفاه اذا اعطاه واما قوله فكذا بالادنى اي لا يتوقف تصرف المكاتب بالردة
لا يتوقف بالاقوى وهو الرق بل يكون نافذا في الحالين • واما جعل الرق اقوى والردة ادنى لان المرتد يصح استيلاده
بالاتفاق • بخلاف الرقيق فانه لا يصح منه • وعندهما يصح جميع عقود المرتد نحو البيع والشراء والاعتاق والهبة بخلاف
الرقيق فانه لا يصح منه ذلك لصحتها بالاتفاق فعلم ان الارتداد في كونه منافيا للتصرف ادنى من الرق • ثم الرق لا يمنع
تصرف المكاتب مع انه اقوى فلان لا يمنع الارتداد وهو ادنى بالطريق الاولى • فان قلت سلمنا ان كل واحد من الرق والردة
بانفراده ليس بمانع لتصرف المكاتب ولم لا يجوز ان يثبت لهما منع عند الاجتماع لان هيئة الاجتماع لها خاصية ليست خاصية
الانفراد كالمنفرد • ولا يجوز شهادته فاذا اجتمع مع الاخر جازت • قلت الاصل عدم المنع ولا يلزم من الجواز الوقوع
فمدعي المنع فعليه ابراز الدليل ونحن نتكلم قوله واذا ارتد الرجل وامراته والعياذ بالله تعالى ولحقا بدار
الحرب فحملت المراة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء • وهي من مسائل الجامع
الصغير المعادة • قال في الجامع الصغير يجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد • وقيد الحبل بدار الحرب
وقع اتفاقا • وان حبلت في دارنا فكذلك الجواب كذا ذكر الصدر الشهيد وغيره يدل عليه اطلاق الحاكم الشهيد في
مختصر الكافي بقوله واذا ولد للمرتد بنون في دار الحرب ولد ثم ولد لولدهما ولد ثم ظهر عليهم اجبر ولدهما على الاسلام ولم
يجبر ولد ولدهما • اما كون الولد وولد الولد فيئا فلما ان المرتدة تسبى وتسترق والولد يتبع الام في الرق والحرية
فيكون فيئا • واما الجبر على الاسلام فالولد يجبر عليه ولا يجبر ولد الولد • وذلك لان الصغير يتبع ابويه او احدهما
في الدين لقوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه • ولهذا يكون
مسلما باسلامهما فكذا يكون مرتدا بارتدادهما فلما كان مرتدا تبعا لهما اجبر على الاسلام • قال الامام الولوالجي في فتاواه
يجبر على الاسلام ولا يقتل كولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر على الاسلام ولا يقتل كذا هنا • واما لم يجبر ولد
الولد على الاسلام لان الولد لا يتبع الجد على الاسلام فكذا لا يتبعه في الارتداد • فلو كان تابعا للجد يلزم ان يتبع الى
ما لا يتناهى ويلزم حينئذ ان لا يحكم بالكفر اصلا في الصغير لان الناس كلهم اولاد ادم وحوى • والمعقول ان يقال ان

الحكم ان اقتصر على كل الجنس لم يكن بعض المتاد براحق من بعض فكرر التقصر على الاد في لينفنه وهو الاب • فاذا لم يكن تابعا للجد كان حكمه حكم سائر اهل الحرب اذا اسر وانه يسترق او يوضع عليه الجزية • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولم يذكر فيما حكم الزوجين • ثم قال وذكر بعد هذا ان الزوجة تسترق والزوج يقتل او يسلم • هذا اذا ولدتما ولد بعد لحاقهما اما اذا ارتد الزوجان وذهبا الى دار الحرب بولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد فيء لان الولد الصغير صار مرتدا تبعا للابوين وولد المرتد يصير فيئا بالسبي وان كان الاب ذهب به وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيئا لان الولد بقي مسلما فلا يصير فيئا تبعا الى الام • وكذا اذا كانت الام قد ماتت مسلمة لان الاسلام الام لا يرتفع بالموت بل يتقرر • وكذا اذا كانت الام نصرانية ذمية لان اعتبار جانب الام يوجب ان يكون الولد من اهل دار الاسلام فيترجح هذا الجانب فبقي من اهل دارنا فصار كانه في دارنا فلا يسبى كذا ذكر الولد الحي في فتاواه • ثم في هذا الفصل يجبر اولاد الاولاد على الاسلام عند ابي حنيفة • ونقل الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره عن ابي يوسف انه قال في الاولاد يجبرون ولا يقتلون • وفي اولاد الاولاد يجبرون • وجه قول ابي يوسف انهم لو اجبروا لثبت الحكم بتبعية الجد وذلك لا يجوز لما مر في الفصل الاول • ولابي حنيفة ان الولد في هذه الصورة ولد من حكم باسلامه اما تبعا لاحد ابويه او تبعا للدار والاصح عندي قول ابي يوسف لان تبعية الدار انما تعتبر اذا لم يكن احد الابوين موجودا مع الصغير وهنا موجود فكيف يحكم باسلامه تبعا لاحد ابويه • والكلام فيما اذا ارتد الابوين جميعا وولد المرتد مرتد ولهذا كان فيا قوله وروي الحسن عن ابي حنيفة انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية في الاسلام • اي يجبر ولد الولد على الاسلام مثل اجبار المرتد • واصل الجبر على الاسلام هو التبعية في الاسلام • يعني هل يجعل ولد المسلم مسلما بالاسلام الجد ام لا • فعلى ظاهر الرواية لا يجعل خلافا لما روي عن الحسن عن ابي حنيفة • وجه ما روى الحسن ان الجد له حكم الاب في انكاح الصغير والصغيرة • ولهذا لا يكون لهما الخيار بعد البلوغ • وكذلك في بيع مال الصغير فكذا في تبعية الاسلام • وهذا لان الولد انما يتبع الاب لانه تفرع منه فيتبع الجد ايضا لانه يتفرع منه وجه الظاهر انا قوله وهي رابعة اربع مسائل اي التبعية في هذه الاسلام احدى اربع مسائل كلها على الروايتين فالجد فيها على رواية الحسن كالاب وفي ظاهر الرواية لا • والثانية صدقة الفطر ففي ظاهر الرواية لا يؤدي الجد الفطرة عن ابن ابنه • وفي رواية الحسن يؤديها اذا لم يكن لابن الابن مال كالاب لكن اذا كان الاب فقيرا • والثالثة جر الولاء • قال الحاكم الشهيد في الكافي قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد لا يجر الجد الولاء • يعني اذا اعتق الجد والحال ان معتق والاب رقيق لا يجر ولاء الحافد الى مواليه • وعلى رواية الحسن يجر الجد الولاء يعني اذا اعتق الجد كالاب اذا اعتق • ونقل الحاكم في الكافي عن الشعبي انه قال اذا اعتق الجد جر الولاء • والرابعة الوصية للقرابة فاذا اوصى لذي قرابته او لاقربائه لا يدخل في الوصية الوالد والولد لان الله تعالى جعله اقرب من القرابة • قال تعالى الوصية للوالدين والاقربين • ثم الجد لا يدخل ايضا على رواية الحسن لانه كالاب • وعلى ظاهر الرواية يدخل لانه ليس كالاب • اعلم ان معنى قوله رابع ثلاثة مصيرهم اربعة • ومعنى قوله رابع اربعة احدهم لان تحصيل الحاصل محال فلا يتحقق معنى التصيير وكذا في موضعه قوله ارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين • وقال ابو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام • وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة • وقول زفر والشافعي ليس بمذكور فيه وقد ذكره في شرحه • قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ارتد الغلام المراهق عن الاسلام لم يقتل فان ادرك كافرا حبسه ولم اقتله وكان القياس ان لا تكون ردته قبل البلوغ شيئا • وان اسلم غلام مجوسي قد كبر وعقل الا انه لا يحتلم كان مسلما وهو قوله جميعا • ثم رجع ابو يوسف بعد ذلك وقال اسلامه اسلام وكفره ليس بكفر الى هنا لفظ الحاكم اعلم ان الصبي العاقل اذا اسلم يصح اسلامه استحسانا خلافا لزفر والشافعي ذكر الاستحسان فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير والمراد بالصحة ترتيب احكام الاسلام عليه نحو الارث من اقاربه المسلمين والحرمان من اقاربه المشركين وحرمة نكاح المشركة في حقه وحل نكاح الامة المومنة وبطلان مالية الخمر والخنزير في حقه وعصمة دمه وماله وغير ذلك لما انه مولى عليه في الاسلام فلا يكون اهلا له بنفسه فلو كان اهلا بنفسه لم يكن مولى عليه • ولانه يلزمه احكام لشرها نضرة كحرمان الميراث ونحوه • والصبي اهل المرحمة لا المضرة فلا يعتبر اسلامه لدفع المضرة • ولان عقله قاصر فلا يكتفى به للاسلام الذي هو ادق الاشياء معرفة • ولان قول الصبي غير ملزم • الا ترى انه لو طلق او اعتق او باع او اشترى لا يجوز فكذا اذا اسلم او ارتد ولنا ان ركن الايمان قد وجد من اهله فوجب القول بصحته • اما الاهلية فهي بالعقل والتمييز وذلك حاصل لان كلامنا فيما اذا كان الصبي مميزا واما الركن فهو الاقرار باللسان والتصديق بالقلب وقد حصل ذلك والحجر عن الايمان كفر فوجب القول بصحته • اما الاهلية فهي بالعقل والتمييز وذلك حاصل لان كلامنا فيما اذا كان الصبي مميزا • واما الركن فهو الاقرار والتلب وقد حصل ذلك والحجر عن الايمان كفر فوجب القول بصحته • ثم لما جعل مسلما باسلام ابويه حكما تبعا لهما فلان يجعل مسلما باسلام نفسه حقيقة اولى او حري • والاحكام ليست بمقصودة لذاتها بالاسلام لان المقصود به فوز السعادة الابدية • ثم اذا ترتبت الاحكام عليها لا يبالي بها لانها حصلت ضمنا وضمنيات الشي لا تعلل وقد صح عن علي رضي الله عنه انه اسلم في صباه لا خلاف في ذلك لاحد من الامة حتى انه كان يفتخر به سبقتكم الى الاسلام طرا صغيرا ما بلغت اوان حلم • وروي

قوله

يعني قوله تعالى يا يحيى خذ الكتاب بقوة واتيناه الحكم صبيا • وقيل في التفسير المراد من الحكم النبوة فلما كان الصبي اهلا للنبوة مع كان اهلا للايمان لا محالة • ولان النبي مومن لا محالة ومن ابعد التباعد ان يكون نبي كافرا ولا يعتبر اسلامه بعد وجوده حقيقة ومع اشتغاله بتعلم القران وتعليمه والبحث من الشافعي انه يصح معرفته بابويه ويقول يختار الصبي ايهما شاء اذا وقعت الفرقة بينهما مع ان الصبي لا يختار منهما الامن يطلع عباداته ويتركه على هواه وفيه فساد الصبي ولا يصح معرفته بخالقه خالق العالمين هو والذي تشهد بتوحيده السموات والارضون والعرش والكرسي والانس والجن والملك والطيور والوحوش وغير ذلك وفيه وفي كل شي له اية تدل على انه واحد • وجه قول ابي يوسف في الردة ان اسلامه انما صح استحسانا لكونه منفعة محضة ولا يصح ردته لانها مضرة محضة • الا ترى ان قبول الهبة منه يصح وردها لا يصح • وهذا لان الردة سبب لزوال العصمة عن النفس والمال فكانت مضرة فلم تصح كالطلاق • ومذهب ابي يوسف هو المختار في الردة وقد ذكرنا الرواية من الكافي انفا • ووجه قول ابي حنيفة ومحمد ان اسلامه انما صح لان ركنه حصل عن اهل فكذلك تصح ردته ايضا لانه اهل لكونه مميزا وركنها موجود وهو الكفر عن طوع الا انه لا يقتل لتمكن الشبهة في ردته اذ العقوبة تسقط بالشبهة ويجبر على الاسلام لان فيه نفعا للصبي • ثم لما صح ارتداد الصبي عند ابي حنيفة ومحمد لم يرث ابويه المسلمين لانه مرتد والمرتد لا يرث احدا قوله اي لم يرد الشافعي فيه اي في الاسلام قوله يشوبهما يقال شاب الماء اللبن والشوب الخلط قوله فلا يوهل له اي لا يجعل الصبي اهلا للاسلام قوله وافتخاره بذلك مشهور اي افتخار علي بالاسلام مشهور • وقد دل عليه البيت الذي انشدناه انفا • قال ابو منصور الثعالبي في بعض مصنفاته اول من امن برسول الله صلى الله عليه وسلم من الكهول ابو بكر الصديق ومن الشبان زيد بن حارثة ومن الصبيا علي بن ابي طالب وهو ابن سبع سنين ومن النساء خديجة بنت خويلد قال لا خلاف في هؤلاء الاربعة بوجه من الوجوه واختلف الروايات في سن علي فعن سفيان عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قتل علي وهو ابن ثمان وخمسين سنة • وعن احمد بن حنبل عن ابيه عن عبد الرزاق عن ابن جريج عن محمد بن عمرو بن علي ان عليا مات لثلاث او اربع وستين او نحو ذلك • وعن جعفر بن محمد عن ابيه قال اسلم علي وهو ابن سبع سنين ومات وهو ابن سبع وخمسين سنة • وروي عن الشعبي انه قال اقام علي بعد اسلامه مع النبي صلى الله عليه وسلم عشرين سنة ومع ابي بكر وعمر ثلاث عشرة سنة ومع عثمان اثنتي عشرة سنة وولي خمس سنين • وقال الشعبي قال ابن اسحق قتل علي وهو ابن ثلاث وستين سنة • وذكر الثعالبي في لطائف الاعمار وقال عاش رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا وستين سنة وابو بكر مثلها وعمر مثلها وعلي مثلها قوله وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل اي لا يصح ارتدادهما كما لا يصح ارتداد الصبي الذي لا يعقل • قال في شرح الطحاوي ارتداد السكران لا يكون ارتدادا ولا يبين منه امراته • وروي عن ابي يوسف انه قال تبين منه امراته وعتوده نافذ وطلاقه واقع الا انه على قول عثمان لا يقع طلاقه الى هنا لفظه • اعلم ان ردة السكران لا تعتبر ردة لما روي ان بعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قرا في حالة السكر قل يا ايها الكافرون لا اعبد ما تعبدون بحذف لا فنزل قوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون • وجه الاستدلال ان الله تعالى اطلق عليهم اسم الايمان مع ان مثل هذا لو صدر عن الصاحي كان ردة فعلم ان ردة السكران ليست بردة استحسانا ذكر الاستحسان الحاكم الشهيد في الكافي • والفرق بين ارتداد السكران حيث لا يصح عند ابي حنيفة ومحمد ويصح طلاقه بالاتفاق ان الطلاق لا يتعلق بالقصد الصحيح • ولهذا اذا طلق ناسيا يقع والكفر يتعلق بالقصد • ولهذا اذا سبق لسانه بالكفر لا يكفر • والسكران الذي لا يعقل ليس له قصد صحيح فلم يكفر لهذا • ثم اعلم ان الرجل اذا ارتد يحبط حجه وثواب عمله وصلاته التي صلاها فان اسلم لزمه حجة الاسلام ثانيا وكذلك لو صلى صلاة ثم ارتد ثم اسلم في وقت تلك الصلاة يلزمه اعادتها وكل من سب رسول الله صلى الله عليه وسلم او ابغضه كان مرتدا واما ذررا اليهود من الكفار اذا فعلوا ذلك لم يخرجوا بذلك عن عهودهم وامروا ان لا يعودوا فان عادوا عزروا ولم يقتلوا كذا في شرح الطحاوي والالفاظ التي اذا تكلم بها المسلم يكون مرتدا تعرف في الفاظ الكفر في نسخ الفتاوى • وقال في شرح الطحاوي واذا تهود النصراني او تمجس او تنصر المجوسي فانه لا يومر بالرجوع الى حالة الاول لانه لا يومر بالتحول من كفر الى كفر وذكرنا هذه المسائل تكثيرا للفوايد لمن يرغب في المزيد والله اعلم

باب البغاة

واخر هذا الباب لقلة وجوده • والمراد من البغاة هم الخوارج ولهذا ذكر هذا الباب في المبسوط بباب الخوارج وفي جمع الباغي كالقضاة في جمع القاضي • والبغي الظلم وهذا الجمع في اسم الفاعل من المعتل اللام قياس مطرد كالغزاة في جمع الغازي وغير ذلك • قال في فصول الاسروشني لا بد من معرفة اهل البغي فاهل البغي هم الخارجون على امام الحق بغير حق • بيانه ان المسلمين اذا اجتمعوا على امام وصاروا امنين به فخرج عليهم طائفة من المومنين فان فعلوا ذلك لظلم ظلمهم فهم ليسوا من اهل البغي وعليه ان يترك الظلم وينصفهم ولا ينبغي للناس ان يعينوا الامام عليهم لان فيه اعانة على الظلم • ولا ان يعينوا الطائفة على الامام ايضا لان فيه اعانة لهم على خروجهم على الامام وان لم يكن ذلك لظلم ظلمهم • ولكن ادعوا الحق والولاية فقالوا الحق معنا فهم اهل البغي فعلى كل من يقوى على القتال ان ينصروا امام المسلمين على هؤلاء الخارجين لانهم ملعونون على لسان صاحب الشرع فانه قال عليه الصلاة والسلام الفتنة نائمة لعن الله من ايقظها فان كانوا تكلموا بالخروج لكن لم يعزموا على الخروج بعد فليس للامام ان يتعرض لهم لان العزم على الجناية لم يوجد بعد كذا ذكر في واقعات الامام اللامشي • وذكر التلاثي في تهذيبه قال البعض

المشايخ قالوا لا يلي من القتال مع اهل القبلة وكان علي ومن تبعه من اهل العدل وخصمه ومن تبعه من اهل البغي • وفي زماننا الحكم
للغلبة ولا ندري العادلة والباغية كلهم يطلبون الدنيا الى هنا لفظ كتاب الفصول **قوله** واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وهم
وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم وهذا لفظ القدوري في مختصره • وعلل صاحب الهداية
بقوله لان عليا فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم • يعني ان عليا دعا الخوارج حيث بعث ابن عباس اليهم فناظرهم في ذلك فيدعون
قبل القتال رجاء العود فانه اهون الشرين • وقال ابو جعفر الطحاوي في مختصره واذا ظهرت جماعة من اهل القبلة وارادوا قتال
عليه وصار لها منعة سألت عما دعاها الى الخروج فان ذكرت ظلما انصفت من ظالمها واذا دعيت الى الرجوع الى الجماعة قال ابو بكر الرازي
في شرحه وانما سألت عن ذلك لجواز ان يكون لهم وجه الامتناع من ظلم جرى عليها او على غيرها • فان كانوا ممتنعين من الظلم فهم محقون
لا يجب قتالهم بل يجب نصرتهم لانهم حينئذ خرجوا للامر بالمعروف والنهي عن المنكر فاذا اعلم الرجوع لم يكن لظلم لحقهم او لحق غيرهم
دعوا الى الجماعة والدخول في طاعة الامام • والاصل فيه قوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فان بغت
احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله فاستفدنا من هذه الاية حكمين احدهما انه ما كان طمع في استصلاحهم وردهم
فعلينا ان ندعوهم ونستصلحهم لقوله تعالى فاصلحوا بينهما • والثاني انهم اذا لم يجيبوا الى الصلح والرجوع واظهروا البغي وجب
علينا قتالهم • ثم ينبغي لك ان تعرف تاريخ من بعده علي وقتاله مع معاوية • قال ابو عبد الله محمد بن سعد مصنف كتاب
الطبقات قال لما قتل عثمان رضي الله عنه يوم الجمعة لثمان عشرة ليلة مضت من ذي الحجة سنة خمس وثلاثين وبويع لعلي بن ابي
طالب بالمدينة الغد من يوم قتل عثمان بالخلافة بايعه طلحة والزبير وسعد بن ابي وقاص وسعيد بن عمرو بن نفيل وعمار بن ياسر
واسامة بن زيد وسهل بن حنيف وابو ايوب الانصاري ومحمد بن مسلمة وزيد بن ثابت وخزيمة بن ثابت وجميع من كان بالمدينة
من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم • ثم ذكر طلحة والزبير انهما بايعاه كارهين غير طائعين وخرجا الى مكة وبها
عائشة ثم خرجا من مكة ومعهما عائشة الى البصرة يطلبون بدم عثمان وبلغ عليا ذلك فخرج من المدينة الى العراق وخلف على
المدينة سهل بن حنيف ثم كتب اليه ان تقدم عليه وولي المدينة ابا حسن المازني فنزل ذا قار وبعث عمار بن ياسر والحسن بن علي الى
اهل الكوفة يستنفرهم للمسير اليه فقدموا عليه فسار بهم الى البصرة فلقي طلحة والزبير وعائشة ومن كان معهم من اهل البصرة وهم
وغيرهم يوم الجمل في جمادى الاخرة سنة ست وثلاثين فظفر بهم وقتل يومئذ طلحة والزبير وغيرهما وبلغت القتلى ثلاثة عشر الفا
واقام علي بالبصرة خمس عشرة ليلة ثم انصرف الى الكوفة ثم خرج يريد معاوية بن ابي سفيان ومن معه بالشام فبلغ ذلك
معاوية فخرج اليه فيمن معه من اهل الشام فالتقوا بصفين في صفر سنة سبع وثلاثين فلم يزالوا يقتتلون بها اياما وقتل بصفين
عمار بن ياسر وخزيمة بن ثابت وابو عمرة المازني وكانوا مع علي ورفع اهل الشام المصاحف يدعون الى ما فيها وكانت مكيدة من
عمرو بن العاص اشار بذلك الى معاوية ومن معه فكره الناس الحرب وتداعوا الى الصلح وحكموا الحكمين فحكم علي ابا موسى الاشعري
وحكم معاوية عمرو بن العاص وكتبوا بينهم كتابا على ان يوافوا راس الحول باذرح فينظروا في امر هذه الامة فافترق الناس
فرجع معاوية بالالفة من اهل الشام وانصرف علي الى الكوفة بالاختلاف والدغل وخرجت عليه الخوارج من اصحابه ومن كان
معه وقالوا لا حكم الا لله وعسكروا بحروراء فبذلك سموا الحرورية فبعث اليهم علي عبد الله بن عباس وغيره فخاصمهم وحاجهم فرجع
منهم قوم كثير وثبت قوم على رايهم وساروا الى النهروان فعرضوا السبيل وقتلوا عبد الله بن خباب بن الارت فسار اليهم علي فقتلهم
بالنهروان وقتل منهم ذا الثدية وذلك سنة ثمان وثلاثين • ثم انصرف علي الى الكوفة فلم يزل الناس يخافون عليه من الخوارج
من يومئذ الى ان قتل واجتمع الناس باذرح في شعبان سنة ثمان وثلاثين وحضرها سعد بن ابي وقاص وابن عمر وغيرهما
من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقدم عمرو ابا موسى فتكلم فخلع عليا وتكلم عمرو فاقر معاوية وبايع له فتفرق الناس على هذا
الى هنا لفظ كتاب الطبقات من غير تغيير وحروراء قرية بالكوفة • قال الجوهري حروراء اسم قرية يمد ويقصر ينسب اليها الحرورية
من الخوارج كان اول مجتمعهم بها وتحكيمهم منها • يقال حروري بين الحرورية **قوله** ولا يبدأ بقتال حتى يبدأوه فان
بدأوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم • هذا لفظ القدوري في مختصره • اي لا يبدأ الامام بقتال البغاة حتى يبدأوا بالقتال
قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره • قال الحسن بن زياد قال ابو حنيفة اذا وقعت الفتنة بين المسلمين فينبغي للرجل ان
يعتزل الفتنة ويلزم بيته ولا يخرج في الفتنة قالوا انما اراد ابو حنيفة بذلك اذا لم يكن هناك امام يدعو الى القتال
وان كان امام يلزمهم اعانته • والدليل على هذا ما قال الكرخي ايضا في مختصره بقوله وقال ابو حنيفة ان كان الناس
مجتمعين على امام من المسلمين والناس آمنون والسبل آمنة فخرج ناس ممن ينتحل الاسلام على امام اهل الجماعة ينبغي للمسلمين
ان يعينوا امام اهل الجماعة • وان لم يقدروا على ذلك لزموا بيوتهم ولم يخرجوا مع الذين خرجوا على امام اهل الجماعة
ولم يعينوهم • ثم قال وهذا قول ابي يوسف ثم قال في مختصره قال الحسن وكان ابو حنيفة يقول ينبغي للامام
اذا بلغه ان الخوارج يشترون السلاح ويتأهبون للخروج لقتال اهل الجماعة ينبغي للامام ان يبعث اليهم من يحذرهم ويقاتلهم
وينبغي للمسلمين ان يسارعوا في ذلك ويقاتلوهم • قال في شرح الطحاوي فاذا قاتلوهم فمن قتل من اهل البغي لا يغسل ولا
يصلى عليه ومن قتل من اهل العدل فانه يفعل به ما يفعل بالشهيد وحكمه حكم الشهيد • وقال في وجيزهم يقدم الانذار
اولا ولا يتبع المدبر اخرا • فلو تطلعت شوكتهم في الحال ولكن لم يؤمن غائلة اجتماعهم في المآل ففي جواز اتباعهم بالقتل وجهان
ثم الاصل في جواز قتال البغاة قوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فان بغت احداهما على الاخرى

فقاتلوا

فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله • اي حتى ترجع ولان عليا قاتل الخوارج بمحضر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير منهم
فحل محل الاجماع • ولان في اجتماعهم مفسدة عظيمة فيجب تفريقهم بالقتال دفعا لها • والذي روي عن ابن عمر وغيره من الصحابة
من قعودهم وترك الاعانة فذلك محمول على عدم قدرتهم على القتال اذ العاجز لا يلزمه الحضور **قوله** وذكر الامام المعروف
بخواهر زاده وهو الامام ابو بكر محمد بن الحسين البخاري ويعرف بخواهر زاده لانه كان ابن اخت القاضي الامام ابي ثابت قاضي سمرقند
وكان خواهر زاده اماما كاملا في الفقه بحرا غزيرا صاحب التصانيف ومبسوطه اطول المباسيط وكانت وفاته فيما بلغنا في
السنة التي توفي فيها شمس الائمة السرخسي سنة ثمان وثمانين واربعمائة • وكان وفاة القدوري سنة ثمان وعشرين واربعمائة
قوله وهم مسلمون • اي البغاة مسلمون بدليل قوله تعالى فان بغت احداهما على الاخرى اي احدى الطائفتين من المؤمنين
وتدعي البغاة مؤمنين كما ترى **قوله** لان نفس الكفر مبيح عنده • يعني ان علة اباحة القتل هو الكفر عند الشافعي وعندنا
العلة هو الحراب **قوله** ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الامتناع • يعني ان المقصود من قتال البغاة دفع شرهم فاذا وجد
دليل الشر وهو اجتماعهم وتعسكرهم يجب دفعهم بالقتال • والدفع هو الحكم المترتب على شرهم فلا حاجة الى انتظار حقيقة الشر
لانه حينئذ ربما يحصل لهم شوكة وقوة يقع منها على المؤمنين امر عظيم لا يتدارك ويصير لهم المثل السائر سمن كلبك ياكلك **قوله**
حتى يقلعوا والاقلاع الامتناع منه قوله عليه الصلاة والسلام اقلعوا عن المعاصي قبل ان ياخذكم الله **قوله** عند الغنا والغنا
بفتح الغين المعجمة والمد الكفاية **قوله** فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا
لان الغرض من قتال البغاة ازالة بغيهم لقوله تعالى حتى تفيء الى امر الله فاذا كانت لهم فئة يلتجئ المولي اليها فالغالب انه يعود باغيا
فلهذا جوزنا قتله • وكذلك الجريح اذا كانت لهم فئة يذفف عليه لان الغالب من حال الجريح انه اذا برئ يعود باغيا فلهذا جوزنا قتله
حينئذ بالاثخان الى فئة البغاة يجوز قتله • وعند الشافعي اذا انطلقت شوكتهم في الحال ولكن لم يؤمن غائلة اجتماعهم في المآل
ففي جواز اتباعهم بالقتل وجهان له في الخلافية انه اندفع شرهم فلا حاجة الى الاتباع وهذا لانه قتال على وجه الدفع فصار
كقتال غير الخوارج • قلنا لا نسلم انه قتال على وجه الدفع • ولهذا يجب قتالهم بمجرد امتناعهم عن احكامنا وتحيزهم بلا انتظار
الى قتال • ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان المعتبر وجود القتال منهم حقيقة بل المعتبر دليل القتال وذلك حاصل اذا كانت لهم فئة
فلا ننتظر الى وجود القتال حقيقة ربما لا يمكن دفع شرهم بعد ذلك • يقال اجهزت على الجريح اذا اسرعت قتله وهذه الافعال
في المتن • اعني قوله اجهز واتبع ولم يجهز ولم يتبع كل ذلك على صيغة المبني للمفعول **قوله** دونه • اي دون اجهاز
جريحهم واتباع موليهم **قوله** في الحالين اي فيما اذا كان لهم فئة او لم يكن لهم فئة **قوله** ولهذا اي ولدليل القتال
قوله ولا يسبى لهم ذرية ولا يغنم لهم مال هذا لفظ القدوري في مختصره • وهذا لما روي عن علي انه قال يوم الجمل لا يغنم
لهم مال ولا يسبى لهم ذرية • ولانهم مسلمون فلا يغنم مالهم كذا في شرح الاقطع • ويوم الجمل هو اليوم الذي كان فيه وقعة عائشة
وانما سمي يوم الجمل لان عائشة كانت يومئذ على جمل **قوله** وهو القدوة في هذا الباب اي علي رضي الله عنه هو المقتدى في باب
قتال الخوارج • والقدوة اسم للاقتداء كالاسوة اسم للائتساء يقال فلان قدوة اي يقتدى به **قوله** ويقول في الاسير
اي قول علي في الاسير ولا يقتل اسيرا وذلك فيما اذا لم يكن لهم فئة • اما اذا كانت لهم فئة فان شاء الامام قتل الاسير وان
شاء حبسه دفعا للشر بقدر الامكان وهو المراد بقوله لما ذكرنا **قوله** ولا باس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون
اليه هذا لفظ القدوري • قال في وجيزهم واما اسلحتهم وخيولهم فلا يحل استعمالها في القتال وترد عليهم عند الامن منهم ولا
نردها له لانه تصرف في مال المسلم بغير اذنه فلا يجوز • ولنا ان عليا قسم ما اصاب من سلاح اهل البغي بين اصحابه • ثم لما
انقضت الحرب او زارها ردها عليهم وكانت القسمة قسمة انتفاع لدفع الحاجة لا قسمة تمليك • ولان للامام استعانة بسلاح اهل
العدل عند الحاجة فاولى ان يستعين بسلاح اهل البغي • وقال في شرح الاقطع اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان
بغير اختياره **قوله** والكراع هذا على الخلاف • اي يجوز استعمال الكراع عند الحاجة عندنا ولا يجوز عند الشافعي وذلك
في دواب الادب الكراع الخيل **قوله** والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الضرر الاعلى اي المعنى المبيح في استعمال
اسلحة اهل البغي وكراعهم هو الحاق الضرر الادنى وهو ضرر صاحب السلاح وصاحب الكراع لدفع الضرر الاعلى وهو الضرر
العام الواقع على عامة المسلمين فيتحمل الادنى لدفع الاعلى • ويحبس الامام اموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها
عليهم هذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان الامام يحبس اموال اهل البغي دفعا لشرهم وكسرا لشوكتهم كيلا يستعينوا بها علينا
ولا يقسمها بين اهل العدل الى ان يتوب اهل البغي لان مالهم لا يملك بالقهر والغلبة لان الاسلام عاصم للنفس والمال جميعا فاذا تابوا
ردت عليهم او الى ورثتهم ويبيع كراعهم اذا لم يكن لاهل العدل حاجة الى استعمالها ويحفظ ثمنها الى اربابها اذا تابوا لان حفظ
الكراع يحتاج الى مؤنة والثمن لا مؤنة في حفظه فكان حفظ الثمن ابر وانظر للحافظ ولصاحب الكراع جميعا • واما السلاح
فانه يدفع الى اربابها بعدما تضع الحرب اوزارها **قوله** واما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها
يعني ان اموال اهل البغي لا تستغنم لعصمتها فلا يقسم لاجل هذا بين اهل العدل لكنها حبست ضرورة دفع الشر • فاذا اندفعت
الضرورة بتوبتهم ردت اليهم **قوله** وما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم ياخذه الامام
ثانيا وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه • فان كانوا صرفوه في حقه اجزى من اخذ منه وان لم يكونوا صرفوه
في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك • وقوله من الخراج والعشر بيان لقوله ما جباه • اعلم ان اهل البغي

اذا اخذ والعشر والخراج لا يؤخذ ثانيا لان الاخذ باعتبار الحماية • الا ترى الى قول عمر ان كنت لا تحميهم فلا تجبهم • ثم ان
كان مرور اهل البغي مما اخذوه في وجهه فلا اعادة اصلا لا قضاء ولا ديانة لان الحق وصل الى مستحقه وان لم يصرفوه في
وجهه فلا اعادة عليهم قضاء ولكن يفتى ارباب الاموال بان يعيدوا اذا فيما بينهم وبين الله تعالى لان سقوط المطالبة
قضاء لا يوجب سقوطها ديانة ولكن قال مشايخنا لا اعادة عليهم في الخراج ديانة ايضا لان محل الخراج لكونهم مقاتلة
وكذلك لا اعادة عليهم ايضا في العشر اذا كان اهل البغي فقراء لان مصرف العشر هم الفقراء من اهل الاسلام وقد وجد قوله
وقد بيناه في الزكاة اي قبيل فصل في الفضة قوله وفي المستقبل ياخذ الامام • اي قالوا يعني المشايخ • وفي
الحول الاتي ياخذ الامام الخراج والعشر لحمايته حينئذ بظهور ولايته قوله فيه اي في المستقبل من الزمان قوله
ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في اهل البغي اذا كانوا في عسكر فقتل رجل منهم رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا عليهم قال ليس عليه شيء • اي لا على
القاتل دية ولا قصاص وهذا لانه قتل نفسا يباح قتلها • الا ترى ان العادل اذا قتله لا يجب عليه شيء لان لاهل العدل
ان يقتلوهم لكسر شوكتهم • فلما كان يباح قتلها لم يجب شيء • ولان القصاص لا يستوفى الا بالولاية بالمنعة ولا ولاية
لاهل العدل ان يقتلوهم لامامنا عليهم فلا يجب شيء فصار كالقتل الذي وجد في دار الحرب قوله وان غلبوا على مصر
فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وهذه من مسائل الجامع الصغير • اي اذا
غلب البغاة على مصر وذلك لانه قتل نفسا معصومة في دار الاسلام بغير حق ومن قتلها بغير حق يجب عليه القصاص هو
واستيلاؤهم كان عارضا فلما زال صار كان لم يكن • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وانما معنى المسئلة
انهم غلبوا ولم يجر بها حكمهم حتى ازعجهم امام العدل عن اهل المصر فلذلك وجب القود قوله وان اجروا قبل ذلك
وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام • اي ان اجرى البغي قبل اجراء احكامهم على اهل المصر • قال في الديوان ازعجه اي قلعه عن
مكانه قوله وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام • اي فيما اذا لم تجر احكامهم قوله واذا قتل رجل من اهل
العدل باغيا فانه يرثه وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في العادل يقتل الباغي
قال يرثه • وان قتل الباغي العادل وقال كنت على حق وانا الان على حق ورثه • وان قال كنت على باطل لم يرثه
وقال ابو يوسف لا ارثه في الوجهين • اي فيما اذا قال كنت على حق وفيما اذا قال كنت على باطل • واصله ان ما
تلف بين اهل العدل والبغي من نفس او مال فلا ضمان فيه على واحد من الفريقين لكنه يأثم الباغي • وقال الشافعي في القديم
يجب على الباغي ضمان النفس والمال • وفي الجديد لا ضمان عليه • وجه قوله في الضمان انه متعدي فيضمن كما لو اتلف
قبل ان يكون لهم منعة • بخلاف فعل العادل فان فعله حق فلا يجب الضمان • ووجه قولنا ما ذكر اصحابنا في كتبهم
كفخر الاسلام وغيره عن الزهري انه قال وقعت الفتنة واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فاتفقوا على ان
كل دم استحل بتاويل القرآن فهو موضوع وكل مال استحل بتاويل القرآن فهو موضوع • وكل فرج استحل بتاويل القرآن فهو
موضوع وما كان قائما يرد • قال في تحفة الفقهاء هذا اذا اتلفوا في حال المنعة • فاما اذا اتلفوا اموالهم ونفوسهم
قبل ظهور المنعة او بعد الانهزام فانهم يضمنون لانهم من اهل دار الاسلام ثم قال هذا جواب الحكم ويفتى ان يضمن كل واحد
من الفريقين للاخر ما اتلف من الانفس والاموال لكونها معصومة في هذه الحالة الا بطريق الدفع • ولان التاويل
الفاسد ينزل منزلة التاويل الصحيح في حق دفع الضمان لان كلامنا فيما اذا كانت لهم منعة والمنعة تصح في حق الدفع فلم يجب
الضمان • بيانه ان الخوارج يستحلون دماء المسلمين بالمعصية صغيرة كانت او كبيرة لقوله تعالى ومن يعص الله ورسوله فان
له نار جهنم خالدين فيها • وتاويلهم هذا وان كان فاسدا لكن اعتبر في حق دفع الضمان لما روينا عن الزهري انفا • ثم
قال ابو يوسف وهو قول الشافعي ان الباغي اذا قتل مورثه العادل لا يرثه لانه قتل بغير حق وتاويله الفاسد يعتبر
في حق الدفع لا في حق استحقاق الميراث فيحرم الارث • بخلاف ما اذا قتل العادل الباغي حيث لا يحرم الارث
بالاتفاق لانه قتل بحق • وقال ابو حنيفة ومحمد ان التاويل الفاسد جعل كالصحيح في حق احكام الدنيا ولهذا لم يجب
به الضمان لا دية ولا قصاص ولا كفارة فلا يجب الحرمان ايضا • وتحقيقه ان سبب الارث وهو القرابة موجود فاعتبر
تاويله في حق دفع الضمان فيعتبر في دفع الحرمان عن الارث ايضا لكن شرط الارث ان يكون مصرا على دعواه فاذا رجع
فقد بطلت ديانته فلا ارث كما اذا قال كنت على الباطل قوله وقال الشافعي في القديم انه يجب • اي قال
في القول القديم يجب الضمان قوله وعلى هذا الخلاف اذا اتلف المرتد وقد اتلف نفسا او مالا • اي لا يجب الضمان
عندنا وعلى قول الشافعي في القديم يجب • قال الامام الولوالجي في فتاواه وكذا المرتدون اذا اتلفوا من دمائنا
واموالنا حالة الحرب لا يضمنون لان هذا اتلاف حصل ممن لا يعتقد وجوب الضمان لنفسه في حال ليس لنا ولاية الالزام عليه
فلا يؤاخذ به قياسا على اهل الحرب اذا اسلموا فانهم لا يضمنون ما اتلفوه قوله لانه اتلف • اي الشافعي قوله
رواه الزهري ذكرناه انفا وهو محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري من كبار التابعين مات سنة اربع وعشرين ومائة
وهو ابن اثنين وسبعين سنة قوله وهذا لان الاحكام لا بد فيها من الالزام او التزام اشارة الى قوله والباغي اذا اتلف
العادل لا يجب الضمان عندنا ولا يأثم • بيانه ان احكام الشرع في حق الدنيا اما بالالزام او بالالتزام ولم يوجد الالزام على

الباغي

الباغي لوجود منعة اهل البغي • بخلاف ما قبل ظهور المنعة لان ولاية الامام ثابتة عليهم باقية كما كانت • وكذا لم يوجد الالتزام
من الباغي لتاويله الفاسد ان مال العادل مباح وجواز اراقة دمه لانه عصى الله تعالى صغيرة او كبيرة فقد كفر • بخلاف الاثم
فانه يثبت سواء كان لهم منعة او لم تكن لان منعتهم في حق الشارع كلا منعة فلا يكون وجود منعتهم دافعا للاثم قوله ولهما
اي لابي حنيفة ومحمد ان قتل الباغي العادل قوله فيعتبر الفاسد منه اي التاويل الفاسد في دفع الحرمان قوله
الا ان شرطه استثناء من قوله فيعتبر الفاسد اي من شرط اعتبار التاويل الفاسد بقاء الباغي على ديانته قوله الدافع اي
الدافع للفساد قوله قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم وهذه من خواص الجامع الصغير وتمامه فيه وكان
ابو حنيفة لا يرى باسا بالبيع بالكوفة من اهل الكوفة ممن لا يعرف من اهل الفتنة • وانما كره البيع من اهل الفتنة لئلا يلزم الاعانة
على المعصية • قال تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان • وليس هذا كبيع العصير ممن يجعله خمرا حيث
لا يكره لان العصير ليس باله للمعصية وانما يصير اله لها اذا تبدل وصار خمرا والسلاح نفسه اله للمعصية والفتنة فكره بيعه
من اهل الفتنة • بخلاف ما اذا باع من اهل الكوفة ممن لا يعرف انه من اهل الفتنة حيث لا يكره لان امره حينئذ يحمل على الجهاد
لان امور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد دون الفساد وهذا في السلاح • اما فيما لا يقاتل به الا بصنعة يتجدد هو
كالحديد فلا باس به من اهل الفتنة نظيره بيع المزامير والطنابير يكره وبيع الخشب لا يكره وبيع الخز بالحلل ولا باس ببيع العصير ممن
يتخذه خمرا • وانما خص البيع بالكوفة وان كان هذا الحكم كذلك في غيرها لما ان الخوارج ظهروا من ثمة قوله يكره بيع
المعازف قال صاحب ديوان الادب المعزف ضرب من الطنابير يتخذه اهل اليمن • قال في تحفة الفقهاء كل من لا يباح قتله من
اهل الحرب لا يباح قتلهم من اهل البغي الا اذا وجد القتال من العبيد والنسوان والشيوخ فحينئذ يقتلون في حالة القتال
وبعد الانهزام لا يباح ويكره ان يبعث برؤس البغاة او الحربي الى الافاق الا اذا كان في ذلك وهن لهم فلا باس به • ثم قتيل
اهل العدل شهيد يفعل بهم ما يفعل بالشهيد يكفنون في ثيابهم ولا يغسلون ويصلى عليهم • واما قتلى اهل البغي فلا يصلى عليهم
سواء كانت لهم فيه او لم تكن هو الصحيح ولكن يغسلون ويكفنون ويدفنون لان هذا من سنة الموتى • واما قضاة قاضي اهل
البغي لا يجوز لاحتمال انه قضى بما هو باطل عندنا لانهم يستحلون اموالنا ودماءنا ولا يقبل قاضي اهل العدل كتاب قاضيهم لما ذكرنا
من الاحتمال • واذا تابوا ورجعوا ينظر الامام في قضاياه ان قضى بما هو الحق بشهادة العدل ينفذ والا يرد الكل فاما
اذا نصبوا قاضيا من اهل العدل فان قضاءه نافذ لانه لهم شوكة وقوة فامكن القاضي تنفيذ قضاياه بقوتهم هذه المسائل
الحقنا عن التحفة ذكرناها تكثيرا للفوائد والله اعلم بالصواب

كتاب اللقيط

ذكر اللقيط واللقطة بعد السير لما ذكر ان النفوس والاموال
في الجهاد على شرف الهلاك فكذلك اللقيط واللقطة على شرف الهلاك • وقدم اللقيط على اللقطة لكون النفس اعز من المال • وانما
قدم السير عليها لان في الجهاد اعلاء كلمة الله تعالى واخلاء العالم عن الفساد الذي هو راس كل معصية وهو الكفر والجهاد فرض على سبيل
الكفاية لقوله تعالى اقتلوا المشركين او فرض عين اذا كان النفير عاما فقدم لذلك • والالتقاط مندوب اليه لقوله تعالى ومن
احياها فكانما احيا الناس جميعا • نهاية ما في الباب انه يجب الالتقاط اذا خيف الضياع على اللقيط ولا شك ان مرتبة الفرض اقوى
فكان تقديمه اولى • وقد لصاحب الهداية فيه باعتبار ماله لما انه يلقط معناه ان اللقيط بمعنى ملقوط فعيل بمعنى مفعول وهو
ليس بملقوط في الحال • وانما سمي باعتبار المال والعاقبة لانه سيلتقط ثم هو اسم في الشريعة لما يوجد مطروحا على الارض من صغار بني
ادم • واللقطة اسم لما يوجد مطروحا على الارض من الاموال • قال في التحفة اللقيط الصبي الذي ليس يلقط في عامة الاحكام وله
احكام على الخصوص منها ان التقاطه واجب على كل من وجده لان في تركه ضياعه فيجب عليه صيانته • ومنها انه اذا التقطه فان شاء
تبرع بتربيته والانفاق عليه وان شاء دفع الى السلطان ليامر بتربيته احدا بمال بيت المال والانفاق عليه اذا لم يكن له مال فان كان
له مال كان نفقته • ولو انفق الملتقط ليرجع عليه بعد بلوغه ان كان باذن القاضي يرجع والا فلا • ومنها ان الولاية عليه للسلطان
في حق الحفظ وفي حق التزويج • ومنها ان ولاءه لبيت المال فيكون عقله على بيت المال وكذلك ميراثه لبيت المال اذا لم يظهر له وارث
ومنها انه حر هذا حاصل ما قال في التحفة قوله قال اللقيط حر • اي قال القدوري في مختصره وهذا الذي روي في الاصل عن علي
رضي الله عنه انه قال اللقيط حر وولاؤه وعقله للمسلمين وعن عمر مثله • وعن شريح وابراهيم لان الاصل هو الحرية والرق بعارض هو
الكفر ولم يوجد العارض فوجب العمل بالاصل فاعتبر مسلما تبعا لدار الاسلام • وقال في شرح الطحاوي اللقيط حر في جميع احكامه حتى ان
قاذفه يحد وقاذف امه لا يحد وتجوز شهادته بعد البلوغ الا ان عند لا يصح تدبيره واعتاقه وكتابته والجناية له وعليه كالجناية
على الاحرار قوله ونفقته في بيت المال هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا الذي روي في كتب اصحابنا ان رجلا وجد منبوذا
فاتى به عمر فقال عمر رضي الله عنه نفقته علينا وهو حر • ولانه مسلم فقير ليس بقادر على الكسب ولا قرابة بينه وبين الملتقط او غيره
فتجب نفقته في بيت المال كسائر فقراء المسلمين ولان ارثه لبيت المال فتكون مؤنته فيه ايضا لان الغرم بالغنم ولهذا اذا جنى جناية
خطا على انسان يكون عقله في بيت المال • ولو انفق عليه الملتقط فهو متطوع الا ان يامره القاضي بذلك على ان يكون دينا عليه
فيؤدي بعد بلوغه اذا كبر لانه انفق عليه بامر من له ولاية عليه • وان امره القاضي بذلك مطلقا ولم يقل على ان يكون دينا عليه فهو دين عليه
ذكر في الاصل انه يكون دينا عليه ويرجع عليه • وذكر في الكافي انه لا يكون دينا عليه ولا يرجع عليه وهذا اصح لان الامر المطلق
يحتمل قد يكون للحث في اتمام ما شرع فيه من التبرع وقد يكون للرجوع فلا يثبت ولهذا الاحتمال اذا شرط ان يكون دينا عليه وان كان

ثم اللقيط قال او دابة فهو له ينفق عليه منه بامر القاضي لان اللقيط حر وما في يده فهو له بظاهر يده كذا ذكر في الفتاوي الولوالجي هو
قوله فانفقه الملتقط الذي لا مال له • اي انفقه اللقيط الملتقط الذي لا مال له • يعني اذا لم يوجد له قرابة من احد
حيث يجب نفقته في بيت المال فكذا اللقيط قوله والخراج بالضمان كما في المغرب الخراج ما يخرج من غلة الارض والغلام
ومنه الخراج بالضمان اي الغلة بسبب ان ضمنه • يعني ان ميراث اللقيط لما كان لبيت المال كان مؤنته ونفقته في بيت المال لان الغرم
بالغنم قوله والملتقط متبرع بما انفق • متبرع بضم الميم من برع فهو بارع اذا فضل في اقرانه ومنه تبرع بالجود اي تفضل به
قوله قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان ياخذ منه • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان يد الملتقط سبقت اليه فكان اولى
لسبقه كما في سائر المباحات • ولان الالتقاطات بسبب الاختصاص وجد ذلك من جهته كان اولى من غيره كالولادة قوله فان
ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه • وانما شرط هذا
لان الذي في يده اذا ادعاه يسمع دعوى غيره او قبل دعوى غيره فهو ابن الذي هو في يديه • اما اذا لم يدعه من هو في يديه
فهو ابن المدعي سواء صدقه الذي في يده او كذبه كذا ذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وهذا الذي ذكره القدوري استحسان
والقياس ان لا يقبل قوله لان دعواه تتضمن ابطال ما ثبت للملتقط من حق الحفظ وما لعامة المسلمين من الولا فلا يقبل من غير بينة
ووجه الاستحسان ان يد الملتقط ليست بمستحقة وهي ضعيفة يمكن للحاكم ازالتها اذا راى مصلحة فيها وفي دعوى الخارج نسب
اللقيط نفع له من حيث وجوب النفقة والحضانة فيقبل قوله • ثم اختلف المشايخ فقال بعضهم يقبل قوله في حق ثبوت النسب
لا في حق ابطال يد الملتقط لان الاب احق بالولد من الاجنبي وهذا معنى قوله يبتنى عليه بطلان يده • اي يبتنى في ثبوت النسب
بطلان يد الملتقط • قال الكرخي في مختصره فان سبق الذي هو في يده بالدعوى او الخارج فهو المدعي الاول منهما الا ان يقيم
الاخر بينة انه ابنه فيكون ابن الذي اقام البينة دون المدعي قوله وهذا بعد تقدمه • اي وبعد ما اللقيط بعدم النسب
قوله في حقه اي في حق النسب قوله ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان
ذكر صاحب الهداية ثم بنا المسئلة القدوري ولم يذكر الكرخي القياس والاستحسان وانما ذكره الطحاوي فقال القياس ان
لا يصح دعواه الا ببينة وفي الاستحسان يصح بغير بينة • ثم اعلم ان وجه القياس هنا غير وجه القياس في دعوى الاجنبي • فانه
ان دعوى الاجنبي انما لا يصح قياسا للزوم بطلان حق الملتقط ودعوى الملتقط انما لا تصح قياسا لتناقض كلامه لانه لما زعم انه
لقيط كان نافيا نسبه لان ابنه لا يكون لقيطا في يده • ثم لما ادعى انه ابنه كان متناقضا لا محالة • وجه الاستحسان ظاهر
وهو ان فيه نفعا للصبي من حيث وجوب النفقة والحضانة وثبوت النسب ويحصل له الشرف بذلك وما قيل من التناقض في وجه
القياس ليس بمعتبر لاستتار الحال لانه ربما يكون الصبي منبوذا لبعض الحوادث فظن الملتقط انه لقيط ثم تبين انه ولده فلا تناقض
اذن قوله وقد عرف في الاصل • اي في المبسوط وبيانه هو ما ذكرناه قوله واذا ادعاه اثنان ووصف احدهما
علامة في جسده فهو اولى هذا اذا ادعى نسب الولد رجلان خارجان لانه اذا كان احدهما ذا اليد كان هو اولى به الا اذا اقام
الاخر البينة • قال الامام الاسبيجابي ولو ادعاه رجلان انه ابنهما فان كان احدهما مسلما والاخر ذميا فانه يقضى به للمسلم وان
كانا مسلمين فايهما اقام البينة قضي له • ولو اقاما جميعا البينة قضي لهما • ولو لم يقيما البينة غير ان احدهما وصف في جسده
علامات فاصاب والاخر لم يصف فانه يجعل ابن الواصف ولو لم يصف كل واحد منهما فانه يجعل ابنهما • وذلك لان العلامة
تصلح ان تكون مرجحة كما في متاع البيت • وقيل ان خالف بعض العلامة ووافق البعض لا يرجح به للمعارضة كذا ذكر البيهقي
في كفايته والذي يؤكد ذلك قوله تعالى ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من
دبر فكذبت وهو من الصادقين • قال الشيخ ابو نصر البغدادي رحمه الله لا يشبه هذا اذا ادعى رجلان عبدا في يد غيرهما
ووصف احدهما علامة انه لا يستحق بالعلامة شيئا لان العلامة تدل على يد كانت ويد كانت لا يستحق بها الا ترى انه لو اقام
المدعي البينة ان العبد كان في يده لم يستحق العبد بذلك • ولو اقام احد مدعي نسب اللقيط البينة انه كان في يده قبل ذلك
كان احق به فكذلك ايضا يكون اولى به لاجل العلامة التي تدل على تقدم اليد • وهذا بخلاف ما اذا لم يصف واحدهما
حيث يكون اللقيط ابنهما لما وهما في سبب الاستحقاق وهو الدعوى الا اذا اقام الاخر البينة فكان اولى لتاكد دعواه
بالحجة • وقال في شرح الطحاوي وان كان المدعي اكثر من اثنين روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه جوز الى خمسة وقال
ابو يوسف يثبت من اثنين ولا يثبت اكثر من ذلك • وعن محمد انه قال اجوز ثلاثة ولا اجوز اكثر من ذلك • وقال
في الشامل في قسم المبسوط ادعته امراة انه ابنها لم تقبل الا ببينة لان في دعوة المراة حمل النسب على الزوج واذا ادعته
امراتان واقامتا البينة فهو ابنهما عند ابي حنيفة • وفي رواية ابي حفص وعندهما لا يكون ابن واحد منهما وهو رواية
ابي سليمان عن ابي حنيفة ايضا لحال كونه مولودا منهما • ولابي حنيفة حمل مجازا عن دعوى الارث والتربية وهو من احكام
النسب كما في حق الرجلين • وقال في وجيزهم ولو ازدحم اثنان قدم من سبق فان استويا قدم الغني على الفقير والبلدي
على القروي والقروي على البدوي وكل ذلك نظر للصبي • وظاهر العدالة يقدم على المستور في احسن الوجهين • فان تساويا
من كل وجه اقرع بينهما وسلم الى من خرجت قرعته الى هنا لفظ الوجيز قوله واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية
من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا استحسان والقياس ان لا يثبت
نسبه من الذمي لان المنبوذ في دار الاسلام محكوم عليه بالاسلام بدليل الصلاة عليه اذا مات ودفنه في مقابر المسلمين • واذا

ثبت

ثبت اسلامه بحكم دار الاسلام لا يصدق الذمي في دعواه لان كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه
وجه الاستحسان ان دعواه تضمنت شيئين النسب وابطال الاسلام فالاول يصح لان فيه نفعا للصبي من حيث وجوب النفقة والحضانة
والثاني لا يصح لان فيه ضررا للصبي ولا يمتنع ان يكون للذمي ولد مسلم • ولهذا يكون ولده مسلما اذا اسلمت امه • قال الكرخي
في مختصره قال ابن سماعة عن محمد في النوادر في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه نصراني قال هو ابنه وهو مسلم • وان كان عليه
زي الاسلام فاني اجعله مسلما واثبت نسبه من النصراني لان ذلك لا يضره وينفق عليه قال وان كان عليه زي الشرك فهو ابنه
وهو نصراني على دينه وذلك ان يكون في رقبته صليب وعليه قميص ديباج ووسط راسه مجزوز الى هنا لفظه رحمه الله قوله
بما ينفعه وهو الاسلام قوله دون ما يضره وهو ابطال الاسلام قوله واذا وجد في قرية من قرى اهل الذمة
او في بيعة او كنيسة كان ذميا • هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه لما وجد في مواضع مختصة بهم كان الظاهر من
حاله انه منهم فكان ذميا وان كان في حمل الجواز ان يكون من غيرهم • ولهذا يحكم بكفر منبوذ وجد في دار الحرب بدلالة الظاهر
وان جاز ان يكون ولد مسلم تاجر او اسير وهذا الذي ذكره فيما اذا وجد ذمي في مواضع اهل الذمة رواية واحدة • اما اذا وجد
مسلم في مواضعهم فقال في شرح الطحاوي فقد اختلفت الرواية فيه في رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان • وفي رواية كتاب الدعوى
اعتبر الاسلام • اي اعتبر ما يوجب الاسلام ايهما كان من المكان والواجد • وفي رواية ابن سماعة عن محمد اعتبر الواجد وجه
الاول القياس فيما اذا وجد في دار الحرب حيث لا يكون مسلما • وهذا لان المكان سابق والسبق من اسباب الترجيح • ووجه
الثاني النظر للصبي • ووجه الثالث انه كالمباحات التي تستحق بسبق اليد فكان اعتبار الواجد اولى • ولان اعتبار اليد اقوى
من اعتبار المكان كالصبي المسبي مع احد ابويه يعتبر كافرا به لا مسلما بدار الحرب • وقال في كفاية البيهقي وقيل يعتبر السيما والزي
لانه حجة لقوله تعالى تعرفهم بسيماهم • وقال تعالى يعرف المجرمون بسيماهم قوله وفي بعض النسخ • اي نسخ المبسوط
قوله وفي بعض نسخه • اي نسخ كتاب الدعوى من المبسوط • قال في الفتاوي الولوالجي فالحاصل ان هذه المسئلة على اربعة
اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوما باسلامه والثاني ان يجده كافر في مكان اهل الكفر
كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما له بالكفر • والثالث ان يجده كافر في مكان المسلمين • والرابع ان يجده مسلم في مكان الكفار
ففي هذين الوجهين اختلفت الروايات في رواية يعتبر المكان وفي رواية يعتبر الواجد • وفي رواية يعتبر ما يوجب الاسلام ايهما
كان • فعلى هذه الرواية يحكم باسلامه في هذين الوجهين قوله ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه هذا لفظ القدوري
في مختصره • وذلك لان الاصل في بني ادم الحرية لان الناس كلهم اولاد ادم عليه السلام وكانا مسلمين حرين فكان اولادهما احرارا
تبعا لهما والرق بعارض الكفر فكانت الحرية هي الظاهر والحكم بالظاهر الى ان يثبت خلافه بالبينة • فان قيل لا يقوم الا على خصم منكر
ولا خصم هنا • قلت الملتقط خصم لانه احق بحفظه ولا يزول يده الا بالبينة قوله فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه وهذا
لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وكان حرا • وذلك لان دعواه تضمنت شيئين النسب والرق ففي الاول نفع الصبي لانه يحصل
له الشرف بثبوت النسب فيثبت ذلك • وفي الثاني ضرر فلا يثبت ذلك ولان الظاهر هو الحرية كما بينا انفا فلا يبطل ذلك بالشك
قوله والحر في دعوة اللقيط اولى من العبد والمسلم من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه اي في حق اللقيط • وانما ذكر هذا
تفريعا لمسئلة القدوري رحمه الله ثم كون المسلم اولى من الذمي فيما ادعيا وهما خارجان • اما اذا كان احدهما ذا اليد كان هو اولى
لما ذكرنا رواية الكرخي فيه عند قوله فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله • وكذا اذا ادعى الذمي انه ابنه وادعى المسلم انه
عبده كان ابن الذمي لان دعوى رق اللقيط لا يصح الا بالبينة وقد مر ذلك قبل هذا • قال في الفتاوي الولوالجي ولو وجد العبد
اللقيط ولم يعرف ذلك الا بقوله وقال المولى كذبت بل هو عبدي فالقول قول المولى ان كان العبد محجورا لان ما في يد المحجور كانه
بيد المولى لانه ليس له يد على نفسه • ولهذا لو اقر بعين اخرى في يده لغير المولى لم يصح اقراره اذا كذبه المولى كما لو كان العين في يد المولى
وان كان ماذونا له في التجارة فالقول قول العبد لان الماذون يدا على نفسه • ولهذا لو اقر بعين اخرى في يده لغير المولى يصح اقراره
وان كذبه المولى فيكون القول قوله فيما في يده قوله وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له هذا لفظ القدوري
رحمه الله في مختصره • وذلك لان اللقيط في دار الاسلام لما كان حرا كان من اهل الملك فما كان معه كان له ظاهرا لعدم ما ليد
الثابتة عليه اصلا كالقميص الذي عليه • قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا وجد اللقيط على دابة فالدابة له ثم الملتقط ينفق عليه
من ذلك المال بامر القاضي لعموم ولاية القاضي • وهذا لانه نصب ناظرا لامور المسلمين وهو ظاهر الرواية • قال في الشامل
وهو مصدق في نفقة مثله • وقيل لا يشترط امر القاضي لان المال للقيط ظاهرا فيصرفه الواجد اليه بالانفاق عليه ويشهد
الظاهر بما قلنا ايضا لان من وضع المال معه واراد صرفه لينفق منه عليه والعمل بالظاهر واجب الا ان يثبت خلافه لانا لم نكلف
درك الباطن قوله وهو عليها • اي اللقيط على الدابة قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله اعتبارا للظاهر قوله
ولا بد من مثله اليه • اي مثل المال الضائع الى اللقيط قوله وشرا ما لا بد له عطف على قوله ولاية الانفاق اي للملتقط
ولاية الانفاق وشرا ما لا بد منه • الضمير في له راجع الى اللقيط وفي منه راجع الى ما قوله ولا يجوز تزويج الملتقط
هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا تصرفه في مال اللقيط • قال الحاكم في الكافي ولا يجوز للملتقط على اللقيط
ذكرا كان او انثى عقد نكاح ولا بيع ولا شراء هذا لفظه رحمه الله • وانما لم يجز منه ذلك لان التزويج والتصرف في المال لا يصح الا
بولاية او امر من له الولاية • وسبب الولاية القرابة او الملك او السلطنة ولم يوجد واحد منها فلا يثبت الولاية لعدم سببها

ولا امرايضا فلم يصح التزويج والتصرف • ولان التصرف في مال الصغير لا يصح من الام مع ان لها ولاية التزويج عند ابي حنيفة
رضي الله عنه عند عدم العصبات فلان لا يصح تصرف الملتقط في مال اللقيط بيعا وشراء وليس له ولاية التزويج بالطريق الاولى المقصد
الاصلي من البيع والشراء هو التثمير ولا يحصل بذلك بدون الراي الكامل والشفقة الوافرة فاذا انعدم احد الامرين لا يحصل التثمير ظاهرا
وهذا ظاهر • وفي الام الشفقة الوافرة دون الراي الكامل وفي الملتقط على العكس فلم يكن لهما ولاية التصرف في المال لعدم المقصود
منها • بخلاف الاب فان له شفقة وافرة ورايا كاملا فكان له التصرف في النفس والمال جميعا **قوله** منها اي من الام والملتقط
قوله احدهما • اي من الراي الكامل والشفقة **قوله** ويجوز ان يقبض له الهبة وهذا لفظ القدوري في مختصره
قوله وتمامه فيه ويسلمه في صناعة ويؤاجره • قال في كراهية الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكون في يده
لقيط ليس له اب فيوهب له او يتصدق عليه فيقبضها له قال هو جائز • قال الفقيه ابو الليث وهذا استحسان والقياس ان لا
يجوز لانه لا ولاية له عليه • وجه الاستحسان ان في ذلك منفعة للصبي وهو ما دون على المنفعة اليه ولان ما فيه نفع للمنبوذ
من غير ايجاب حق عليه لا يتوقف على وجود الولاية كاطعامه وغسل ثيابه • فاما اجارة الملتقط اللقيط ففي جوازه
على ما ذكره القدوري لان فيها تثقيف الصبي وحفظ حاله من الضياع وذلك نفع للصبي فيجاز من الملتقط • وقال الصدر الشهيد
في شرح الجامع الصغير لا يجوز ان يؤاجره • اي الملتقط ويجوز للام ان تؤاجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم • اما الام
فلانها تملك اتلاف منافعه بغير عوض بالاستخدام فلان تملك اتلاف منافعه بعوض بالاجارة كان احق ولا كذلك الملتقط والعم
وذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير في اجارة الام ولدها الصغير اذا لم يكن له اب القياس والاستحسان
فقال القياس ان لا تجوز لانها لا تجوز بيع ماله • وجه الاستحسان ان للام ولاية الحفظ وفي تحصين الولد وحفظه هذا
كاملا ما ذكره **قوله** ولا يؤاجره بالنصب عطفا على قوله ان يقبض **قوله** وهو الاصح • اي المذكور في الجامع
الصغير هو الاصح مما ذكره القدوري **قوله** وجه الاول • اراد به رواية القدوري **قوله** يرجع الى تثقيفه
اي يرجع عقد الاجارة على اللقيط والتثقيف التسوية • يقال ثقف الرمح اي سواه **قوله** وجه الثاني اراد به رواية
الجامع الصغير **قوله** لا يملك اتلاف منافعه • اي لا يملك الملتقط اتلاف منافع اللقيط بالاستخدام **قوله** فاشبه
العم • اي اشبه الملتقط العم اي لاجل انه لا يجوز للعم اجارة الصغير فكذلك لا يجوز للملتقط **قوله** بخلاف الام • يعني ان
الام تملك اتلاف منافع الصغير بالاستخدام بلا عوض فلان تملك بالاجارة بعوض اولى **قوله** نذكره في الكراهية • اي
في اخر كتاب الكراهية في مسايل متفرقة والله اعلم

كتاب اللقطة

مناسبة الكتابين اعني كتاب اللقيط وكتاب اللقطة في غاية الظهور لوجود معنى اللقطة فيهما جميعا الا ان اللقيط هو
اختص بالمنبوذ من بني ادم • واللقطة اختصت بالمنبوذ من المال لان تدل على معنى الفاعل كالهمزة واللمزة والضحكة بفتح الحاء
والمال المنبوذ ذكا نه يلقط نفسها لكثرة رغبات الناس فيه وميلان الطباع اليه فسمي لقطة على الاسناد المجازي • وفي المنبوذ
من بني ادم اما في الفلوات عن قبوله الدوم نفقته ومؤنته سمي لقيطا اي ملقوطا على سبيل التفاؤل وارادة الصلاح في حاله
كما سمي اللديغ سليما والمهلكة مفازة • ثم الاصل في جواز اخذ اللقطة قوله عليه السلام من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل ثم قال
في الشامل في قسم المبسوط اخذ اللقطة قوله عليه السلام من وجد لقطة فليشهد مندوب اليه بقوله تعالى وتعاونوا على البر
والتقوى • وقال في شرح الطحاوي اذا وجد لقطة فالافضل له ان يرفعها اذا كان يامن على نفسه واذا كان لا يامن لا يرفعها
وقال في شرح الاقطع يستحب اخذ اللقطة ولا يجب • وقال في النوازل قال ابو نصر محمد بن محمد بن سلام ترك اللقطة افضل
في قول اصحابنا من رفعه • ورفع اللقيط افضل من تركه • وقال في خلاصة الفتاوي ان خاف ضياعها يفترض الرفع وان لم
يخف يباح رفعها اجمع العلماء عليه والافضل الرفع في ظاهر المذهب الى هنا لفظه • وقال في الفتاوي الولوالجي اختلف العلماء
في رفعها قال بعضهم رفعها افضل من تركها • وقال بعضهم يحل رفعها وتركها افضل • وجه القول الاول انه اذا تركها لا يامن
ان يصل اليها يد خائنة فيمنعها عن مالكها • ووجه القول الثاني ان صاحبها ربما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها
وجدها صاحبها في ذلك الموضع ثم قال والاول اصح • قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو رفعها ووضعها في مكانه
ذلك فلا ضمان عليه في ظاهر الرواية • وقال بعض مشايخنا هذا اذا اخذ ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضع هناك • فاما
اذا ذهب عن مكانه ذلك ثم اعادها ووضعها فيه فانه يضمن • وقال بعضهم اذا اخذها ثم اعادها الى ذلك المكان
فهو ضامن ذهب عن ذلك المكان او لم يذهب وهذا خلاف ظاهر الرواية الى هنا لفظ الاسبيجابي رحمه الله **قوله**
اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها • هذا لفظ القدوري في مختصره وقد شرط
الاشهاد كما ترى بلا ذكر خلاف • وكذلك ذكر الحاكم في مختصر الكافي بلا خلاف هذا اذا ترك الاشهاد فهلكت عنده فهو
ولكن قال الطحاوي في مختصره ان ابا حنيفة كان يقول ان كان اشهد على ذلك فلا ضمان عليه فيها وان لم يشهد على ذلك كان
عليه ضمانها • وقال ابو يوسف لا ضمان عليه فيها اشهد على انه انما اخذها ليعرفها او لم يشهد بعد ان يحلف بالله ما اخذها
الا ليعرفها • ثم قال الطحاوي وبه نأخذ ولم يذكر قول محمد • وذكر في الشامل والمنظومة والمختلف والحصر والفتاوي
الولوالجي وخلاصة الفتاوي قول محمد مع قول ابي حنيفة • وكذلك ذكر الاسبيجابي في شرح الطحاوي ايضا • وذكر في التحفة

وشرح

شرح الاقطع قول محمد مع قول ابي يوسف • وجه قول ابي يوسف ان الملتقط ما ذون في الاخذ شرعا ولا يكون اذن الشارع
اقل من اذن المالك فاذا اذن المالك فلا ضمان فكذا اذا اذن الشارع • الا ترى ان الوديعة لا يجب فيها الضمان لوجود
الاذن فكذا هذا • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه قوله عليه السلام من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل وقد شرط الاشهاد
بلا تفاوت ما دونه ودونه • ولان الاصل في تصرف الانسان ان يكون لنفسه الا ان يحمل لغيره وذلك عند الاشهاد ولم يوجد
قال ابو يوسف لو كان الاخذ يوجب الضمان لما اختلف الحكم بالاشهاد وعدمه كما في الغصب وعكسه الوديعة والحلف
على انه اخذها ليردها دليل على انه حمل تصرفه لغيره كالاشهاد فتبقى الاشهاد لا ضمان لوجود الدليل فكذا اذا حلف لهذا المعنى
قوله وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا • اي اخذ اللقطة واجب اذا خاف الضياع على ما قال المشايخ **قوله** واذا
كان كذلك • اي اذا كان اخذ اللقطة ما ذونا فيه **قوله** وكذا اذا تصادقا اي لا تكون اللقطة مضمونة اذا تصادق المالك • واللقطة
على ان الملتقط اخذ اللقطة للمالك لان تصادقهما حجة عليهما **قوله** وصار كالبينة • اي صار تصادقهما كالبينة • يعني ان البينة اذا
وجدت عند الاخذ لا يجب الضمان فكذا اذا وجد التصادق **قوله** ولو اقر انه اخذ لنفسه يضمن بالاجماع ذكر هذا تفريعا لمسئلة
القدوري • وذلك لانه تصرف في مال الغير بلا اذن فكان غاصبا • وانما قيد بالاجماع احترازا عن الضمان الذي يلزم عندهما
بترك الاشهاد عند ابي حنيفة لان فيه خلاف ابي يوسف • قال في شرح الطحاوي ولو اخذها ليأكلها ولا يردها على صاحبها ثم ملكت
فانه يضمن ولا يبرأ عن ضمانها حتى يدفعها الى صاحبها **قوله** وان لم يشهد الشهود عليه وقال الاخذ اخذته للمالك وكذبه
المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف لا يضمن والقول قوله اي قول الاخذ • يعني مع الحلف على انه اخذها ليردها
على صاحبها • وذكر هذا ايضا تفريعا لمسئلة القدوري وقيامه قد مرانفا **قوله** لاختياره الحسبة اي لاختيار الملتقط وجه الله
تعالى • لانه حينئذ يعتد عمله كحمله في حال مباشرة الفعل كانه معتد كذا ذكره الزمخشري في الفايق **قوله** وما ذكر من الظاهر
يعارضه مثله • اي الذي ذكره ابو يوسف من شهادة الظاهر للملتقط يعارضه ذلك الظاهر ظاهر اخر مثله بان يقال الاصل
والظاهر ان يكون تصرف الانسان له لا لغيره • وذكر في فتح الفتاوي هذا الاختلاف اذا كان متمكنا من الاشهاد فان لم
يكن له من يشهد على ذلك او خوفه بان يأخذه منه ظالم فالقول قوله مع اليمين بالاجماع ولا ضمان عليه في ترك الاشهاد **قوله**
ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر • قال في شرح الطحاوي ولو قال التقطت
لقطة او ضالة • او قال عندي شيء من سمعتموه ينشد شيئا فدلوه علي ولم يقل عندي لقطتان • وكذلك لو قال عندي لقطة يريد
من المال وان كانت عشرا • وهذا الاشهاد دليل انه انما اخذها ليردها على صاحبها • وقال شمس الائمة الحلواني ادنى ما يكون في التعريف
ان يشهد عند الاخذ ويقول اخذها لاردها فان فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى **قوله** فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها
ايام وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا • اي قال القدوري في مختصره وهذا الذي ذكره رواية عن ابي حنيفة • وفي ظاهر
الرواية من التعريف مقدر بالحول • الا ترى الى ما قال الحاكم الجليل الشهيد في الكافي واذا وجد الرجل لقطة عرفها • وكذلك
قال الطحاوي في مختصره • وقال في شرح الطحاوي واذا التقط لقطة فانه يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيسا او خسيسا في ظاهر
الرواية الى هنا لفظه • وقال في الفتاوي الولوالجي وعن ابي حنيفة انه قال ان كانت مايتي درهم فما فوقها يعرفها حولا وان كانت
اقل من مايتي درهم الى عشرة يعرفها شهرا • وان كانت اقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى • وعن ابي حنيفة في رواية اخرى
اذا كانت مايتي درهم فصاعدا يعرفها حولا • وان كانت عشرة فصاعدا يعرفها شهرا • وان كانت ثلاثة فصاعدا يعرفها عشرة
ايام • وان كانت درهما فصاعدا يعرفها ثلاثة ايام • وان كانت دانقا فصاعدا يعرفها يوما وان كانت دون ذلك فهو
ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه في كف فقير • وقال شمس الائمة السرخسي وشيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب
على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك • وقال اصحاب الشافعي التعريف واجب سنة وهو قول مالك واحمد وجه اعتبار الحول ما روي
في الصحيح البخاري مسندا الى ابي بن كعب قال اخذت صرة مائة دينار فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم
اجد من يعرفها ثم اتيته فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلاثا فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها
والا فاستمتع بها • وجه الاول ان النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر الحول في كل مرة ولانه مدة متيقنة لوجوب الزكاة فهو
كان مدة لتعريف اللقطة ايضا لان اللقطة حينها التصدق بعد التعريف ان لم يوجد صاحبها • ووجه تلك الرواية ان الحديث
ورد في مائة دينار فنحن نقول به فوجه اذا كانت اللقطة مائة دينار او في معنى المائة بان يكون عشرة دراهم لان الشرع عظمها
في السرقة كالمائة وجعلها مهرا ان يكون مهرا كالمائة فلما كانت في معنى المائة من هذا الوجه جعلنا التعريف في العشرة مثلها في المائة احتياطا
بخلاف ما دون العشرة فانه ليس في معنى المائة ففوضنا تقديره الى راي المبتلى به **قوله** وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير
ليس بلازم ويفوض الى راي الملتقط هذا اشارة الى قول شمس الائمة السرخسي وقد مر انفا **قوله** وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى
عرفه حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به ذكر هذا تفريعا لمسئلة القدوري • ولو قال في فتح الفتاوي وان كانت اللقطة مما لا يبقى
اذا اخر عليه يوم او يومان لا يعرفها فاذا خاف الفساد تصدق بها **قوله** وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي الجامع
قال في شرح الطحاوي والتعريف انما يكون في ابواب المساجد وفي الاسواق • وقال في الشامل والتعريف ان ينادي في الاسواق
والمساجد من ضاع له شيء فليطلبه عندي **قوله** وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون
القاؤه اباحة ذكر هذا تفريعا لمسئلة القدوري • اعلم ان ما يلتقطه الملتقط على نوعين نوع لا يطلبه صاحبه كالنواة وقشور

الزمان في مواضع متفرقة فهو مباح للملتقط يجوز انتفاعه به ولا يبقى على ملك صاحبه حتى إذا وجده في يد الملتقط أخذه منه إن شاء
ونوع آخر يطلبه صاحبه كالذهب والفضة والعروض فلا بد فيه من التعريف وقشور الرمان إن وجدها مجتمعة فهي من هذا النوع
وإن وجد جوزة ثم أخرى حتى بلغت عشرا وصارت لها قيمة إن وجدها في موضع واحد فهي من النوع الثاني وإن وجد في مواضع
متفرقة فقد اختلف المشايخ فيه والمختار أنها من النوع الثاني والتفاح والكمثرى والحطب في الماء لا بأس بأخذها كذا في خلاصة
الفتاوى **قوله** فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها • أي قال القدوري في مختصره وتمام لفظه فيه فإن جاء صاحبها فقد
ذلك فهو بالخيار إن شاء أمضى الصدقة وإن شاء ضمن الملتقط • قال الحاكم الشهيد في الكافي وإذا وجد الرجل لقطة عرفها حولا
فإن جاء صاحبها دفعها إليه وإن لم يجئ فهو بالخيار إن شاء أمسكها حتى يجيء صاحبها وإن شاء تصدق بها على أن صاحبها بالخيار إذا جاء
إن شاء أجاز الصدقة وإن شاء اختار الضمان فضمن الذي تصدق به وإن شاء ضمن المسكين فأيهما ضمن لم يرجع على الآخر بما ضمن إلى
هنا لفظه رحمه الله • وإنما كان صاحب اللقطة أولى بها إذا جاء لما حدث أبو جعفر الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى
عياض بن حمار فإن جاء ربها فهو أحق بها وإلا فمال الله عز وجل يؤتيه من يشاء • ولأن إيصال الحق إلى صاحبه واجب فإن أمكن هو
إيصال العين إليه يجب به وثمة لا يتصدق بها فيكون الثواب له وإن شاء أمسكها ولا يتصدق على رجاء أن يجيء صاحبها
ثم بعد التصدق إن جاء صاحبها فإن شاء صاحبها أمضى الصدقة فكان الثواب له لأن الإجازة في الانتهاء كالإجازة في الابتداء
ولكن لا يشترط قيام المحل وقت الإجازة لأن الملك يثبت للفقير قبلها • بخلاف ما إذا باع الفضولي حيث يشترط للإجازة
قيام المحل لأن الملك لا يثبت قبل الإجازة بل بعدها وإن شاء ضمن الملتقط لأنه تصرف في ماله بغير إذنه فكان سببا
للضمان غاية ما في الباب أنه تصرف بإباحة شرعية وهي لا تنافي الضمان ألا ترى أنه تناول مال الغير في حال المخمصة يحل بإباحة
شرعية لكن مع الضمان وكذا الرمي إلى الصيد مباح وكذا المشي في الطريق مباح فإذا هلك به شيء يجب الضمان على الرامي والماشي
لأن إسقاط حق محترم لا يجوز بلا ضمان • وإن شاء ضمن المسكين لأنه قبض مال الغير بغير إذنه فصار الملتقط كالغاصب
والمسكين كغاصب الغاصب لكن أيهما ضمن لا يرجع على صاحبه بشيء • أما المسكين فلأنه أخذ لنفسه ومن أخذ لنفسه لا يرجع على
أحد كالمستعير • وأما الملتقط فلأنه ملك اللقطة من وقت التصدق فتبين أنه تصدق بملك نفسه ثم تضمين المسكين
إنما يكون على تقدير هلاك اللقطة فإن كانت قائمة أخذها منه إن شاء لأنها عين حقه • قال في خلاصة الفتاوى قال الفقيه
أبو جعفر إن تصدق بإذن القاضي ليس له أن يضمنه فإن كانت في يد الفقير يأخذها المالك • فإن كان الملتقط محتاجا له
أن يصرف اللقطة إلى نفسه بعد التعريف • وإن كان غنيا ليس له ذلك • فإن قلت فلم الملك يثبت للفقير قبل الإجازة سلم
ولكن إذا كان كذلك فكيف صح استرداد صاحب اللقطة • قلت لا يلزم من ثبوت الملك عدم الاسترداد كالهبة يثبت
بها الملك للموهوب له ومع هذا يصح استرداد الواهب يوضحه أن المرتد بعد اللحاق بدار الحرب إذا عاد تائبا أخذ ما كان قائما
من ماله في يد ورثته مع أن الملك كان ثابتا لهم قبل العود **قوله** وذلك إشارة إلى إيصال الحق إلى المستحق **قوله**
وهو الثواب أي الضمير راجع إلى العوض **قوله** على اعتبار إجازة المالك وإنما قيد به لأنه إذا لم يجز التصدق لا يكون هو
الثواب للمالك **قوله** لم يحصل بإذنه أي بإذن المالك **قوله** فيتوقف على إجازته • أي يتوقف نفاذ التصدق
على إجازة المالك فإن أجاز نفذ وإلا فلا **قوله** والملك يثبت للفقير قبل الإجازة فلا يتوقف على قيام المحل هذا جواب
سؤال مقدر بأن يقال لما توقف نفاذ التصدق على إجازته ينبغي أن يشترط وجود المحل عند الإجازة لكن لا يشترط حتى إذا
هلك المال في يد الفقير ثم أجاز المالك جاز فقال في جوابه الملك يثبت للفقير قبل الإجازة لأن الملتقط لما أذن له الشرع في
التصدق ملكه الفقير لأن التصدق من أسباب الملك فلم يتوقف ثبوت الملك على وجود المحل عند الإجازة **قوله** لثبوته
أي لثبوت الملك فيه • أي في بيع الفضولي وإذا أجاز المالك بيع الفضولي يشترط لصحة الإجازة قيام الأربعة المالك والمتعاقدين
والمعقود عليه إذا كان الثمن دينا وسيجيء ذلك في البيوع إن شاء الله تعالى **قوله** لأنه سلم ماله إلى غيره • أي لأن الملتقط
سلم مال صاحب اللقطة إلى غير صاحب اللقطة **قوله** قالوا ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير • أي قال القدوري
في مختصره قال في الشامل ثم في المبسوط الأفضل أخذ الضالة وهو في سعة من أن يتركها وقال لأنه متبرع ونقل صاحب
الهداية عن مالك والشافعي رضي الله عنهما إذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل • وقال في شرح الأقطع قال
الشافعي لا يجوز • وقال في كتاب التقريب لأصحاب مالك ومن وجد بعيرا في الصحراء فلا يأخذه وليتركه وقال أحمد بن حنبل هو
لا يتعرض لبعير ولا ما فيه قوة المنع عن نفسه • يعني الفرس والبقر لهم حجة ما روي في الصحيح البخاري مسندا إلى زيد بن
خالد الجهني أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال عرفها سنة ثم اعرف وكاءها وعفاصها ثم استنفق بها
فإن جاء ربها فأدها إليه فقال يا رسول الله فضالة الغنم فقال خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب قال يا رسول الله فضالة الإبل
قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه أو احمر وجهه ثم قال ما لك ولها معها حذاؤها وسقاؤها حتى يلقاها
ربها • ولأن الأصل في أخذ اللقطة هو الحرمة لأنه تصرف في مال الغير بدون إذنه • وإنما أبيح الأخذ لخوف الضياع
وإذا كان مع الدابة اللقطة ما يدفع عن نفسه كالنطح في البقر والرمح في البعير والفرس لا يكون الضياع غالبا إلا أن الضياع
في حيز الجواز فجاز أخذها مع أفضلية الترك وكراهة الأخذ • ولنا أن اللقطة إذا كانت شاة يستحب أخذها بالإجماع
صيانة لأموال الناس عن الضياع فإذا خيف الضياع على البعير ونحوه يستحب الأخذ أيضا لهذا المعنى وقد دل على ما قلنا ما حدث

الطحاوي في شرح الآثار مسندا إلى عبد الله بن عمرو بن العاص أن رجلا من مزينة أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله كيف ترى
في ضالة الغنم قال طعام مأكول لك أو لأخيك أو للذئب احبس على أخيك ضالته قال يا رسول الله فكيف ترى في ضالة الإبل قال ما لك
ولها معها سقاؤها وحذاؤها ولا يخاف عليها الذئب تأكل الكلأ وترد الماء دعها حتى يأتي طالبها فدل أن المبيح للأخذ في الشاة هو
خوف الضياع فإذا خيف على البعير الضياع كان حكم البعير حكم الشاة • فإن قلت ينبغي أن لا يجوز أخذ اللقطة أصلا بدليل ما روي
في شرح الآثار مسندا إلى الجارود رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضالة المسلم حرق النار • قلت تأويل ذلك
إذا كان الالتقاط لمنفعة الملتقط كالركوب ونحوه • فأما إذا كان للتعريف فيجوز ذلك بدليل ما روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم من التقط لقطة فليشهد ذوي عدل وهذا هو الجواب عن الحديث الآخر وهو قوله عليه السلام لا يؤوي الضالة إلا الضال
يعني إذا أخذها لنفسه • والحرق بتحريك الراء اسم من الإحراق • وعن ثعلب الحرق اللهب يعني أن تملكها سبب العقاب بالنار والعفاص الوعاء
تكون فيه النفقة جلدا كان أو خرقة أو غير ذلك كذا قال أبو عبيد **قوله** والإباحة أي إباحة أخذ اللقطة **قوله**
وإذا كان معها أي مع اللقطة • يعني إذا كانت دابة ما يدفع عن نفسها كالنطح والرمح **قوله** بالكراهة أي بكراهة الأخذ
قوله كما في الشاة • يعني يستحب أخذها بالإجماع **قوله** فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع هذا لفظ
القدوري في مختصره وتمامه فيه وإن أنفق بأمره كان ذلك دينا على صاحبه • وإذا رفع ذلك إلى القاضي نظر فيه فإن كان
للبهيمة منفعة آجرها وأنفق عليها من أجرتها وإن لم يكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها وإن كان
الأصلح الإنفاق عليها أذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها إلى هنا لفظ القدوري • اعلم أنه إذا أنفق على اللقطة بدون
أمر القاضي يكون متبرعا بما أنفق ولا يرجع به على صاحبها لأنه أنفق عليها بغير أمر من له ذلك فصار كما إذا علف دابة غيره بغير أمره
وإذا أنفق بأمر القاضي يرجع بذلك على صاحبها لعموم ولاية القاضي وذلك لأن للقاضي نظرا في مصالح المسلمين وحفظ أموالهم فلما رأى
المصلحة بالإنفاق جاز ذلك وصار دينا على صاحبها • فإذا رفع أمر اللقطة إلى القاضي نظر فيها إن كانت شيئا يمكن إجارته كالدابة
فالبيع ويحفظ الثمن إبقاء له معنى المالية لم يمكن إبقاء الصورة لأنه يخاف عليها أن تستأصل النفقة ومع هذا لو رأى الإنفاق
أصلح أذن في الإنفاق وجعل النفقة دينا على المالك لأن القاضي ناظر في أموال المسلمين فعل ما رآه أحوط وأصلح كان له ذلك • قال
الحاكم الشهيد في الكافي فإن رفعها إلى القاضي وأقام البينة أنه التقطها أمره أن ينفق عليها على قدر ما يرى يومين أو ثلاثة • وهذا
معنى قول صاحب الهداية وفي الأصل شرط إقامة البينة • وذلك لأنه متى لم يأمره لا ينفق ومتى لم ينفق هلكت اللقطة فيأمره
بالإنفاق إن أقام البينة • وإن قال لا بينة لي يقول له القاضي أنفق عليه إن كنت صادقا فيما قلت ويشهد القاضي على ذلك فإن كان صادقا
فإنه يرجع وإن كان غاصبا كاذبا لا يرجع • قال الولوالجي في فتاواه قالوا هذا إذا كانت اللقطة شيئا لا يخاف الهلاك عليه
حتى لم ينفق إلى أن تتم البينة • أما إذا كان يخاف فإن القاضي لا يكلفه إقامة البينة لكن يقول له أنفق عليه إن كنت
صادقا • قال الحاكم في الكافي فإذا باعها أعطاه القاضي من ذلك الثمن ما أنفق بأمره في اليوم أو الثلاثة • وذلك لأن الثمن
قام مقام العين والنفقة دين على صاحبها وهو معلوم للقاضي وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذ وكان للقاضي أن يعينه
له • قال الحاكم أيضا فإن لم يبعها حتى جاء صاحبها وأقام البينة أنها له قضى له بها القاضي وقضى عليه بنفقة الملتقط هذا الذي
ذكره إذا أعطاه القاضي ما أنفق من ذلك الثمن إذا أمره القاضي بالإنفاق وشرط له الرجوع فإذا لم يشترط فيه روايتان في رواية
لا يرجع وفي رواية يرجع كذا ذكره الولوالجي في فتاواه • وذكر أيضا إذا باع اللقطة بأمر القاضي لم يكن لصاحبها إذا حضر
إلا الثمن لأن الملتقط إنما باعها بأمر القاضي لأن بيعه بأمر القاضي كبيع القاضي • ولو باع القاضي جاز البيع ولم يكن لصاحبها إلا الثمن
فكذا هذا • وإن باعها بغير أمر القاضي لا ينفذ ويتوقف على إجازة المالك وإن شاء أبطل البيع • وإن كانت اللقطة هالكة في يد
المشتري فصاحبها بالخيار إن شاء ضمن البائع القيمة وإن شاء ضمن المشتري فإن ضمن البائع نفذ البيع لأنه ملك اللقطة من حين قبضها وكان
الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة **قوله** وإن أنفق بأمره أي بأمر الحاكم **قوله** نظرا له أي للغائب **قوله**
نظرا من الجانبين أي بعد حجة يظهر عنده قوله وإن كان الأصلح الإنفاق عليها **قوله** فإن كان للبهيمة منفعة آجرها • أي إذا
كانت البهيمة مما يصلح للإجارة كالفرس والبعير **قوله** وكذلك يفعل بالعبد الآبق أي يؤجر الآبق وينفق عليه من أجرته
قال في خلاصة الفتاوى لو احتاجت اللقطة إلى النفقة ينفق بأمر القاضي والأولى أن يأمر القاضي أن يؤجر البعير أو الثور
وينفق عليه من غلته • ثم قال والعبد الضال كذلك ثم قال والآبق لا يؤاجر • فإن تطاولت المدة فالآن يبيعه **قوله** وإن
لم يكن لها منفعة • أي إذا لم تكن البهيمة صالحة للإجارة كالشاة **قوله** وأمر بحفظ ثمنها • أي أمر القاضي بحفظ ثمن
البهيمة **قوله** أذن له في ذلك • أي أذن القاضي للملتقط في الإنفاق **قوله** وفي هذا نظر من الجانبين • أي
في إذن القاضي للملتقط في الإنفاق وجعل النفقة دينا على المالك نظر من الجانبين جانب المالك بإبقاء عين ماله وجانب الملتقط
برجوعه على المالك بما أنفق **قوله** وفي الأصل شرط إقامة البينة وهو الصحيح لأنه قبل هذا • وأراد بالأصل المبسوط **قوله**
وليست تقام البينة للقضاء جواب سؤال مقدر بأن يقال كيف شرط في الأصل إقامة البينة ولا تقوم البينة إلا على مدعى عليه منكر ولم
يوجد ذلك فقال في جوابه وليست تقام البينة لأجل القضاء حتى يشترط المدعى عليه بل إنما هي لكشف الحال • يعني أن يمتحن ليكشف
حال البهيمة أنها لقطة أو غصب لأن في الأول يأمر القاضي بالإنفاق وفي الثاني لا **قوله** وإن قال لا بينة لي • أي قال
الملتقط لا بينة لي على أن البهيمة لقطة **قوله** حتى يرجع بالنصب تعليل لقوله يقول القاضي له • أي للملتقط **قوله** ولا

يرجع المصنف ايضا عطفا على قوله حتى يرجع **قوله** وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة اراد بالكتاب مختصر
القدوري • وقوله اشارة خبر لقوله وقوله يعني ذلك اشارة الى ان الملتقط انما يرجع على المالك بما انفق اذا شرط القاضي
الرجوع **قوله** وهذه رواية اي شرط الرجوع رواية نقلها هذه الرواية اذا امر القاضي بالانفاق على اللقطة ولم يشترط
الرجوع على المالك لا يرجع عليه • وفي الرواية الاخرى يرجع **قوله** قال واذا حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها منه
حتى يحضر النفقة • اي قال القدوري في مختصره وقال الحاكم الشهيد في الكافي قال فالذي في يده الدابة لا
يدفعها اليه حتى يعطيه النفقة كما له ذلك • وانما قلنا ذلك لان اللقطة سلمت بنفقة الملتقط فصار كانه ما لكها
استفاد الملك من جهته فكان له الحبس الى استيفاء النفقة كالبايع يحبس المبيع الى استيفاء الثمن لان المشتري استفاد الملك
من جهته • ومعنى قوله والقرب من ذلك راد الابق • اي اقرب المبيع الى اللقطة في الشبه راد الابق لان الابق قد
يحبسه من رده لاستيفاء الجعل لانه سلم المالك بعد ان كان متعرضا للتوى والتلف كما ان اللقطة يحبسها الملتقط لاستيفاء
النفقة لانها سلمت لصاحبها بعد ان كانت عرضة للتوى والتلف لكن دين النفقة التي امرها القاضي لا يسقط اذا هلكت
اللقطة قبل الحبس ويسقط بعد الحبس كما ان الرهن اذا هلك بعد حبس المرتهن بالنفقة • بيانه فيما قال في الذخيرة اذا
ابى ان ينفق على الرهن فالقاضي يامر المرتهن ان ينفق عليه • فاذا قضى الدين فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة
ولو هلك الرهن بعد ذلك لا يرجع على الراهن • ثم قال وهذا قول زفر • وقال ابو يوسف ليس له ان يحبس بالنفقة
فاذا هلك في يد المرتهن فالنفقة دين على الراهن بحاله • قلت وهذا الذي ذكره من سقوط دين النفقة بعد هلاك
الرهن بعد الحبس ينبغي ان يكون فيما اذا كانت قيمة الرهن وقيمة النفقة سوا او قيمة الرهن اكثر • اما اذا كانت
قيمة الرهن اقل ينبغي ان يرجع المرتهن بفضل النفقة **قوله** قال ولقطة الحل والحرم سوا • اي قال القدوري في
مختصره يعني بعد مدة التعريف وهو الحول في الظاهر يتصدق او ينتفع بنفسه ان كان فقيرا • وقال في وجيزهم
اما لقطة مكة فلا يملكها لقوله عليه السلام لا تحل لقطتها الا لمنشد معناه على الدوام والا لم يظهر فائدة التخصيص
وقيل انه يملك كسائر البلاد الى هنا لفظه • ولنا ما روي في الصحيح البخاري مسندا الى زيد بن خالد قال جاء رجل الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشانك
بها • قال فضالة الغنم قال هي لك او لاخيك او للذئب • قال فضالة الابل قال ما لك ولها معها سقاها وحذاؤها
ترد الماء وتاكل الشجر حتى يلقاها ربها • وجه الاستدلال به ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اطلق ولم يفصل بين لقطة
الحرم وغيرها • ولانها لقطة ابيح اخذها فجاز الانتفاع بها بعد الحول كلقطة الحل • ولان في التصدق ابقا ملك
المالك من حيث المعنى من حيث يحصل الثواب له فيملكه الملتقط في سائر اللقطة • والجواب عما تمسك به الشافعي فنقول
معناه لا يحل لقطتها اي رفعها الا لمن عرفها وتخصيص الرفع للعرف بلقطة الحرم لازالة الوهم • بيانه ان مكة مكان الغربا
لان الناس ياتون اليها من الاقطار من كل فج عميق ثم يتفرقون شغر بغر فالغالب ان لقطتها الغريب لا يدري عوده الى مكة
فلا فايدة في التعريف فينبغي ان يسقط التعريف اصلا لعدم الفايدة فازال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم
فقال لا يحل رفع لقطتها الا لمعرف كما هو الحكم في غيرها من البلاد • قال صاحب الجمهرة نشدت الضالة انشدها
نشدا ونشدانا اذا طلبتها • وانشدت الضالة انشادا اذا عرفتها فقلت من ذهب له كذا وانشد قول الشاعر
يصيخ للنبأة اسماعه • اصاخة الناشد للمنشد • وهذا البيت للمثقب العبدي ورايت في شرح ديوان المثقب ان الاصمعي
قال وكان يعجب من هذا البيت هذا المضل اذا سمع داعيا ينشد وهو الطالب اصاخ اليه وهو عن ضيعته • وقال ابن
الاعرابي هكذا كما قال النكل عن اي التكل بالذي في ديوان الادب عفاص القارورة غلافها والوكا رباط القربة
قوله والتخصيص بالحرم بما نبينه • اي في الحرم **قوله** واذا حضر رجل وادعى اللقطة لم تدفع اليه
حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضا هذا لفظ القدوري في مختصره
وعند مالك والشافعي واحمد رضي الله عنهم يجبر الملتقط على دفع اللقطة بعد اعطا صاحبها علاماتها بان يخبر عن وزنها وعددها
ووكاها وعفاصها ويصيب في ذلك كله لما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه قال
جا اعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فسأله عما يلتقطه فقال عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاها فان جا احد يخبرك بها
والا فاستنفقها • وفي رواية فان جا ربها فادها اليه • وجه الاستدلال انه عليه السلام امر بالدفع بالعلامة
بدون اقامة البينة • ولان الملتقط لا نزاع له في الملك لانه لا يدعي الملك وانما نزاعه في اليد فكان نزاعه من وجه
دون وجه فاشترطنا بيان العلامة دون اقامة البينة • ولنا ان اليد والملك كل واحد منهما حق مقصود للانسان
ثم الملك لا يستحق بلا بينة فكذا اليد • والدليل على ان اليد حق مقصود ان المدبر اذا غصبه غاصب يلزم الضمان لازالته
اليد المحترمة وان لم يكن المدبر قابلا للملك • وانما قلنا بحل الدفع دون الجبر عليه توفيقا بين الحديثين حديث الخصم
والحديث المشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر • بيانه ان المشهور اوجب البينة على المدعي وصاحب
اللقطة مدعي فيجب عليه البينة ولا يستحق اللقطة بدونها فلو استحقها بحكم الحديث الاخر يلزم التعارض على وجه يلزم التنافي
وهو الاستحقاق وعدمه • والاصل في التعارض الجمع عملا بالدليلين فحملنا ما تمسكوا على اباحة الدفع كيلا يلزم التعارض

بقدر

وليس هذا كاللقيط حيث يستحق بالعلامة لان مدعي اللقيط يدعي نسبه على نفسه فيصدق بعلامة وغير علامة جميعا
اما مدعي اللقطة فلا يصدق بغير علامة فلا يصدق ايضا بعلامة كما في سائر الدعاوي • ولهذا كانت البينة شرطا للاستحقاق
ثم ان الملتقط اذا صدقه بدون البينة ودفعها اليه ياخذ منه كفيلا استيثاقا لنفسه حتى اذا ظهر الامر بخلافه وتعذر الرجوع
عليه يرجع على الكفيل • قال في خلاصة الفتاوى ياخذ منه كفيلا بلا خلاف • والخلاف في الوارث اذا لم تقم بينة انه لا وارث
له سواه اراد به مسئلة الجامع الصغير وهي ان الميراث اذا قسم بين الغرما او الورثة لا يوخذ منهم كفيل ولا من وارث عند ابي
حنيفة وقالا يوخذ كما يوخذ في الابق واللقطة • وجه قول ابي حنيفة ان الكفالة وقعت لمجهول بعد ظهور الحق فلا
يجوز تعطيل الحق فيما لا لان الوارث الغايب والغريم الغايب في وجوده احتمال ولا يدري ذلك • والجهل لا يصلح حجة ولنا
الابق واللقطة قال في رواية لا اجبار باخذ منه كفيلا • وقال في رواية اجبر • قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير
الرواية الاولى قول ابي حنيفة والرواية الثانية قول ابي يوسف ومحمد • وقال الزاهد العتابي وفي العبد الابق واللقطة
اذا وجد انسان فادعى اخر ان ذلك له واقام البينة فانه يدفع اليه ولا ياخذ منه كفيلا عند ابي حنيفة • وعندهما ياخذ
وان دفع اليه باخباره عن العلامة او بقول العبد يوخذ منه كفيل بالاجماع الى هنا لفظ العتابي وذلك لان الحق ليس بظاهر
للحاضر • الا ترى ان له ان يمنعه فصح احتياطه للتكفيل • ثم اعلم ان الملتقط اذا صدقه جاز دفعها اليه لانه اقر بما ادعى لكن
ما يجبر على الدفع فيه اختلاف المشايخ • قال الولوالجي في فتاواه منهم من قال لا يجبر كما في الوديعة • ومنهم من قال
يجبر فاذا دفع ثم اقام الاخر البينة انها له ان كان العين قايما في يد القابض يقضي للمدعي بالعين لان الدفع الى القابض انما
حصل باقرار الدافع ولا عبرة للاقرار عند قيام البينة وان كانت هالكة كان له الخيار ان شا ضمن الملتقط وان شا ضمن القابض
فالقابض لا يرجع على احد وان ضمن الملتقط في رواية لا يرجع على القابض • وفي رواية يرجع وهو الصحيح لان الملتقط وان
اقر ان الحق للقابض لكن القاضي لما قضى بالملك للمدعي بالبينة فقد ظهر كذب الملتقط في اقراره والاقرار يبطل بتكذيب
القاضي فاذا بطل الاقرار صار كانه دفع من غير تصديق ثم ظهر الامر بخلافه فثمة كان له ان يرجع فكذا هنا **قوله** ولا ياخذ منه
كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف • وقال في فصل القضا بالمواريث فيه روايتان والاصح انه على الخلاف
بين في اخذ الكفيل عند دفع اللقطة روايتان والاصح انه على الخلاف على قول ابي حنيفة لا ياخذ الكفيل خلافا لصاحبيه
ونفي الخلاف هنا مع اثباته في فصل القضا كلام مشتبه نقص من صاحب الهداية **قوله** ولا يتصدق باللقطة على غني هذا لفظ
القدوري في مختصره وذلك لان ما كان سبيله التصدق لا يجوز صرفه الى غني لقوله عليه السلام لا صدقة لغني اخذها الزكاة
قوله وان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وهذا لفظ القدوري في مختصره • وقال الشافعي يجوز له الانتفاع
الغني بعد مضي المدة ويكون قرضا عليه كذا في الاسرار • له ما روي في حديث ابي بن كعب انه اصاب على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم صرة فيها مائة دينار فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يعرفها سنة ثم ينتفع بها وكان ابي اكثر الانصار مياسير
رسول الله صلى الله عليه وسلم فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يعرفها سنة فلم يجد من يعرفها فامره النبي صلى الله عليه وسلم
ان ياكلها • وروي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه اصاب دينارا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرفه فلم يجد
من يعرفه فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان ياكله وكان لا يحل له الصدقة كذا في الجامع الترمذي • ولنا ما روى اصحابنا في
كتبهم عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحل اللقطة فمن التقط شيا فليعرفه سنة فان جا صاحبها فليردها اليه وان لم يات فليتصدق
بيانه ان ما كان سبيله التصدق فلا يجوز صرفه الى الغني • واللقطة بعد مضي مدة التعريف سبيلها التصدق بدليل قوله
فليتصدق فلا يجوز صرفه الى الملتقط لانه غني • وقد روي في الاسرار عن عمر وعلي وابن عباس انه يتصدق بها فاذا جا
صاحبها خير بين الاجر والغرم فان اختار الغرم كان اجرها للملتقط • وقد روى محمد في كتاب الاصل عن ابي يوسف عن ابان
عن حماد عن ابراهيم انه قال في اللقطة يعرفها حولا فان جا صاحبها والا تصدق بها فان جا صاحبها فهو بالخيار ان
شا انفذ الصدقة وان شا ضمنه • ولانه مال امر بامساكه لطلب صاحبه فلا يجوز الانتفاع به من غير حاجة كما في بيت المال
ولانه غني فلا يجوز انتفاعه بها كما لو تصدق بها على غني اخر • فان قلت قد جا في الصحيح البخاري في حديث زيد بن خالد
الجهني فان جا صاحبها والا فشانك بها مطلقا الانتفاع للملتقط غنيا كان او فقيرا • قلت لا نسلم ذلك لان معناه الزم شانك
الحفظ لصاحبها كما كان قبل الحول لانه عليه السلام ذكر شانا معرفا وهو الذي كان ثابتا له قبل الحول • وكذلك
ما روي في بعض الحديث استمتع بها ما تصنع بمالك اي في الحفظ والاحتياط • الا ترى انه لا يصنع بها كما يصنع بمال نفسه
لانه يملكه اولا بتجديد قصد التمليك واذا تقدم القصد للتملك في مدة التعريف او لا بد من لفظ التملك ايضا على قول
ولا بد من تصرف يزيل الملك ومثل هذا لا يتحقق في مال نفسه • وايضا مسئلة سبيل القرض عندهم ولا يتحقق ذلك
في مال نفسه • فعلم ان المراد منه حفظها لحفظ ماله • والجواب عن حديث ابي قال اصحابنا انه كان فقيرا بدليل ما روى
انس رضي الله عنه انه قال كان لابي طلحة ارض فجعلها لله فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اجعلها في فقرا قرابتك فجعلها
في حسان بن ثابت وابي بن كعب • ولئن سلمنا انه كان غنيا لكن انما جاز له الانتفاع بها لانه كان باذن الامام فيقع هو
قرضا وهو الجواب عن حديث علي رضي الله عنه ايضا لانه عليه السلام اذن له لان الاذن يدل على انفاقه قرض • قالوا ولا
اللقطة بعد الحول للمالك تكون في حكم الصدقة ثم المأذون في قبضها او في حكم القرض لا يجوز ان تكون صدقة لان الضمان يثبت

لما كان والصدقة اذا اكلها الفقير لامان فيها تعلم انها كالعرض وفيه الغني والفقير سوا فكذا الصدقة لا تتاني العمال
بالاجماع • انما عندهم فكالزكاة المعجلة اذا استغنى الفقير قبل الحول • واما عندنا اذا جاء واحد ولم يرد له وارث
تتصدق بماله الامام على فقير ثم ظهر له وارث قوله من المياسير اي من الاغنيا وهي جمع الميسور ضد المعسور
وهما صفتان عند سيبويه ومصدران عند غيره قوله فيباح للفقير حملا له على رفعها اي ليكون حاملا له وباعثا على رفعها
قوله لاطلاق النصوص نحو قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقوله
تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها • وقوله تعالى ولا تعتدوا • وقوله تعالى فمن اعتدى عليكم الا انا
تركنا الظواهر الاي بالاجماع في حق التصدق على الفقير او باتفاق الاخبار ولم يوجد مثل ذلك في الغني فبقي داخلا تحت عموم
الظاهر قوله والاباحة للفقير لما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم فليتصدق به قوله والغني محمول على الاخذ
لاحتمال افتقاره في مدة التعريف هذا جواب عما قال الشافعي يجوز الانتفاع للغني بعد مدة التعريف حتى يكون حاملا على رفع
اللقطة وصيانتها لانه اذا عرف ان اللقطة يجوز له الانتفاع بها بعد المدة يرفعها رجاء ان يؤول اليه فقال في جوابه
الحامل موجود لجواز افتقاره في مدة التعريف فلا حاجة الى تجويزه للغني قوله وهو جايز باذنه اي باذن الامام
اي الانتفاع باللقطة بعد المدة جايز للغني باذن الامام على وجه يكون قرضا لو وقعه في محل مجتهد فيه فان الانتفاع للغني
يجوز عند الشافعي قوله وان كان الملتقط فقيرا فلا باس ان ينتفع بها هذا لفظ القدوري رحمه الله اذا مضت مدة
التعريف فللملتقط ان يصرف اللقطة الى نفسه ان كان فقيرا لان حاجته مقدمة على حاجة غيره فيما في يده • ولهذا اذا
وجد الركاز له ان يصرف الخمس الى نفسه اذا كان فقيرا • ولان في صرف اللقطة الى الملتقط مراعاة النظر للجانبين جانب
الملتقط بالانتفاع وجانب المالك لحصول الثواب له • ولهذا المعنى جاز دفعها الى غيره من الفقرا وهو وساير الفقرا سوا
في الفقر فجاز الانتفاع له ايضا قوله وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا • اي وان كان
الملتقط غنيا • ولفظ القدوري في مختصره • ويجوز ان يتصدق بها اذا كان غنيا على ابيه وابنه وزوجته اذا كانوا
فقرا • وذلك لان حق اللقطة بمعنى الدفع الصدقة وعلى الفقرا • فجاز الصدقة بها لهم كما [illegible]
الاجنبيين اما ان يكون فلا يجوز لانه ظاهر • واما ان يكون يجوز التصدق به على ابنه او ابيه الاب والابن
والزوجة • لان الملتقط لابد فيه من غيره وهو كالنايب في التصدق عن غيره • ومن استحباب [illegible]
صدقة ان يدفعها الى من هو كذلك لكن الملتقط تصدق اللقطة على قوله وكذا • اي كما يجوز للفقير
الاب الفقير قوله لما ذكرنا • اي لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين والله اعلم

كتاب المفقود والاباق

واورد الكتب اعني اللقيط واللقطة والاباق والمفقود لتناسبها لما فيها من معنى التوى والتلف ثم اورد بعضها خلف بعض لذلك
في الضبط الاباق تردد في الانطلاق وهو من سو الاخلاق ورداة الاعراق يظهر العبد من نفسه ورد الابق الى مولاه احسان فالافراد
الى مولاه احسان فهل جزا الاحسان الا الاحسان • والابق هو الذي هرب من مالكه قصدا • والضال هو الذي ضل الطريق
الى منزله قوله الاخذ افضل لانه احيا من يتوى عليه • وفيل صاحب خلاصة الفتاوى عن الاصل فكان في الاصل انه
الابق افضل من احيا النفس ومن المتساوي من مثل البركا الابق • وقال بعضهم ترك الضال افضل لانه لا يبرح عن مكانه فيجده صاحبه
فياخذ ويلتزمه كذلك الابق لانه اذا لم يوجد يضيع على مولاه قوله ثم اخذه الابق ياتي به الى السلطان • وذلك لان
الاخذ لابد وعلى حفظه بنفسه عادة فيا بو من ابق مرة ثانية فلا يحصل الغرض من اخذه فياتي به الى السلطان او الى القاضي
فيحبسه سنا له عن الاباق نظرا للمالك • بخلاف اللقطة فانه لا ياتي بها الى السلطان لانه قادر على حفظها بنفسه • وبخلاف
الضال فانه لا يحبس لان الظاهر انه لا يابق اذا لم يحبس • وهذا الذي ذكره من الاتيان بالعبد الابق الى السلطان اختيار
شمس الايمة السرخسي • واما اختيار شمس الايمة الحلواني فالاخذ بالخيار ان شاء حفظه بنفسه وان شاء دفعه الى الامام
وكذلك الضال والضالة الواجد فيها بالخيار كذا في الذخيرة • قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا اتى الرجل بالعبد
الابق الى السلطان حبسه فادعاه رجل فاقام البينة انه عبده قال استحلفه بالله ما باعه ولا وهبه ثم يدفعه اليه ولا احب
ان ياخذ منه كفيلا • وان اخذ منه القاضي كفيلا لم يكن مسيا ولكن ان لا ياخذ احب الي قال الحاكم هذه رواية ابي حفص
ورايت في بعض روايات ابي سليمان قال احب الي ان ياخذ منه كفيلا فان لم ياخذ منه كفيلا وسعه ذلك • وان لم
يكن للمدعي بينة واقر العبد انه عبده قال يدفعه اليه وياخذ منه كفيلا • وان لم يجي للعبد طالب قال اذا طال ذلك باعه
الامام وامسك ثمنه حتى يجي له طالب ويقيم البينة ان العبد عبده فيدفع الثمن ولا ينقض بيع الامام وينفق عليه الامام
في مدة حبسه من بيت المال ثم ياخذ من صاحبه ان حضر او من ثمنه ان باعه الى هنا لفظ الحاكم في الكافي • وقال في الشامل
في قسم المبسوط انما الحلف يحتمل انه انما قاله اذا ادعى العبد رد او ادعى ملكه • ويحتمل انه قال للاحتياط لان جاز رد واله
عن ملكه والقاضي خصم عن الغايبين واخذ الكفيل للاحتياط وان لم ياخذ جاز لقيام البينة • قال الا ان لم يجي فيه وان طال
لم يجي للعبد طالب فالقاضي لا يعجل في بيعه لان القاضي نصب ناظرا وتمام النظر في صيانة العين عليه وينفق عليه من بيت
المال ويرجع بما انفق على مولاه • فان قلت ما الفرق بين العبد الابق والعبد الضال اذا طالت المدة فان القاضي يبيع الابق

ولا يواجر ابوه الصادق لاجنبيه • قلت اجارة الابق لم يجبر له على الاباق وفي الاباق اتلاف وللقاضي ولاية الحفظ لا الاتلاف
بلان الضال فانه لا يباق فالباقي اجارته حفظ مال الغايب لانه ينفق عليه من غلته ويصل الى المولى عين ماله قوله قال ومن رد
الابق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما • وان رده من اقل من ذلك فبحسابه • اي قال
القدوري في مختصره وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يكون له شي الا بالشرط كما اذا رد بهيمة او عبدا ضالا • ووجه
القياس انه تبرع عليه بمنافعه فاذا تبرع عليه بعين من اعيان ماله لا يرجع عليه فكذا اذا تبرع بمنافعه • ولان رد الابق نهي له عن
المنكر والنهي عن المنكر فرض فلا يستوجب فاعل الفرض جعلا • وجه الاستحسان ما روى محمد بن الحسن في الاصل او في كتاب جعل الابق
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن ابي عمرو الشيباني قال كنت قاعدا عند عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فجا
رجل فقال ان فلانا قدم بابق من الفيوم فقال القوم لقد اصاب اجرا قال عبد الله وجعلا ان شاء من كل راس اربعين درهما وروي
ابو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه ايضا كذا ذكر الحاكم في الكافي • ووجه الاستدلال به ان عبد الله علق الجعل بمشية الراد هو
ولم يكن اجماعا لعلقه بمشية المرد ودعليه كالعوض في الهبة لما لم يكن واجبا كان مفوضا الى الموهوب له لا الى الواهب • وهذا
الحديث وان كان موقوفا على عبد الله لكنه كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه لوجهين احدهما ان الجعل واجب بخلاف القياس ثم
لا يجوز العمل بخلاف القياس الا بالنص او الاجماع فيحمل على السماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم • والثاني انه قدر الجعل باربعين
درهما ولا اهتدا للعقل الى معرفة المقادير وانما طريقها السماع والتوقيف فكان قوله كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
صيانة عن الحراف والكذب • وفي الحديث دليل على ان رد الابق مندوب اليه لانهم قالوا لقد اصاب اجرا اي ثوابا في الاخرة
لان حرمة مال المسلم كحرمة دمه واحيا النفس امر مندوب اليه فكذا احيا المال ونقول ان الصحابة اجمعت على اصل الوجوب
والجعل وان اختلفوا في كميته • قال عمر في جعل الابق دينار او اثنى عشر درهما • وقال علي في جعل الابق دينار او عشرة دراهم
عن عبد الله بن مسعود او جعله اربعين درهما على ما سبق انفا • وعن عمار بن ياسر انه قال ان رده في المصر فله عشرة وان رده من خارج
المصر استحق اربعين فكل من قال ان الجعل لا يجب فقد خالف الاجماع • ثم حملنا الاربعين على مسيرة السفر وما فوقها وما دون الاربعين
على ما دون مسيرة السفر توفيقا بين الاحاديث المتعارضة ولم ناخذ بالاقل لبينته لا مكان العمل بالاقل والاكثر جميعا • والقياس
في الضال والبهيمة ليس بصحيح لان القياس ان لا يجب في رد الابق الا انا تركنا القياس بالنص ولا نص في الضالة والبهيمة فوجب
العمل بالقياس فيهما • وقال خواهر زاده في مبسوطه عن حماد عن ابراهيم انه كان يستحب ان يرضخ للذي يرد الابق حتى يرد الناس
ثم نقضا قال يريد بقوله يستحب يستحسن ايجاب الرضخ لان الجعل لا يجب قياسا ويجب استحسانا قوله فله عليه جعله اي فللراد
على المولى جعل الابق والجعل ما يجعل للعامل على عمله قوله لا اقل من ذلك وفي بعض النسخ من اقل من ذلك اي من موضع اقل
من مسيرة ثلاثة ايام قوله وما دونها فيما دونه • اي واوجبنا ما دون الاربعين فيما دون السفر قوله وتلفيقا
اي جمعا بين الرواية المتعارضة قوله ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الابق • يعني ان الحاجة الى
صيانة الضال اقل من الحاجة الى صيانة الابق لان الضال ظاهر والابق مختف فلما كان كذلك لم يكن الضال في معناه ولا يجب
الجعل في الضال لان الحكم اذا ثبت بخلاف القياس لا يثبت ذلك في غير المنصوص الا اذا كان في معناه من كل وجه قوله وتقدر
الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى راي القاضي • وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلاثة اذ هي اقل مدة
السفر • وهذا الذي ذكره تفسير لما ذكره القدوري بقوله وان رده لاقل من ذلك فبحسابه • قال في الشامل في قسم
المبسوط وان كان اقل من ذلك له رضخ له في رواية • وفي رواية بحساب ذلك • يعني ان الرضخ يتقدر باصطلاح الراد والمالك
الابق او يقدره القاضي على حسب ما يراه • وقالوا هذا هو الاشبه بالاعتبار • وقال بعض مشايخنا يقسم الاربعون على
الايام الثلاثة فيجب ازا كل يوم ثلاثة عشر درهما وثلث درهم • قال في الفتاوي الولوالجي واذا كان العبد الابق بين رجلين
فلا نا فالجعل عليهما على قدر الانصبا لان منفعة الرد حصلت لهما اثلاثا فيكون الجعل عليهما اثلاثا • وقال فيها ايضا رجل قال
لرجل ان عبدي ابق فان وجدته فخذه فقال نعم فاصابه المامور على مسيرة ثلاثة ايام وجا به الى مولاه فلا جعل له لانه
استعان به ووعد له الاعانة • فقال الرضخ فلان لفلان من ماله اذا اعطاه قليلا من كثير والاسم الرضيخة • فقال
اعطاه رضيخة من ماله ورضاخة كذا ذكره ابن دريد قوله قال وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضي له بقيمته الا درهما
اي قال القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا جا الرجل بالابق من مسيرة ثلاثة ايام وهو لا يساوي
اربعين درهما قال له الجعل اقل من قيمته بدرهم في قول وهو قول ابي يوسف الاول • وقال ابو يوسف بعد ذلك له الجعل
تاما • وكذلك ذكر الخلاف شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وشمس الايمة البيهقي في الشامل وكذا في عامة نسخ الفقه
ايضا ولم يذكر وا قول ابي حنيفة • وذكر في شرح الطحاوي قوله مع محمد فقال ولو كان العبد يساوي اربعين او دونها
فانه ينتقص من قيمته درهم واحد عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع وقال يجب الجعل اربعون درهما
وان كان قيمته درهما واحدا • وكذلك ذكر الطحاوي في مختصره ايضا • ووجه قول ابي يوسف رحمه الله ان الجعل واجب
بخلاف القياس بالاثر ولا فصل فيه بين ما اذا كان الابق قليل القيمة او كثير القيمة فلا ينتقص عن تقدير الشرع كصدقة الفطر
ولان الجعل انما وجب للراد نظرا للمالك حتى يسلم له ماله بالرد • بيانه ان الراد يحتاج الى المونة في الرد فلما يرغب الانسان
في التزام المونة محانا حسبه الله فاوجب الجعل ترغيبا للراد على الرد • فاذا كان المقصود من الجعل النظر للمالك لم يحصل النظر

له في ايجاب الادبين لمن يتبعه انا منه لانه لا يسلم له شي من مالية العبد فلا اجر يحبط من قيمة العبد درهم وهو نظر
لمولاه في الجملة **قوله** تحقيقا للمنايعة وهي حياة مال المالك **قوله** وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة
القن اذا كان الرد في حياة المولى • وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا لمسئلة القدوري • وذلك لانهما
لما كان قبل موت المولى • ولهذا كان المولى احق بكسبهما فكان ردهما كرد القن فوجب الجعل احيانا ليهما فلو
ردهما بعد موت المولى لا يجب الجعل لانهما عتقا بموت المولى ولا جعل في رد الحر • وهذا في ام الولد ظاهر وكذلك
في المدبر عندهما سوا خرج من الثلث او لم يخرج لانه حر مديون عندهما اذا وجبت السعاية عليه • واما عند ابي
حنيفة فاذا خرج من الثلث فلا جعل فيه ايضا • لان المستسعى كالمكاتب عنده ولا جعل في رد المكاتب • لانه لم
المولى لم يستفد ملكا في المكاتب وانما استفاد بدل الكتابة فكان بمنزلة مال الغريم ماله • وبذلك لا يستحق
جعلا فكذا هذا **قوله** ولو كان الراد ابو المولى وهو في عياله او احد الزوجين على الاخر فلا جعل لهم
لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة فلا يتناولهم اطلاق الكتاب • وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا لمسئلة
القدوري • واراد باطلاق الكتاب ما ذكره القدوري بقوله ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلاثة
ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما • قال في شرح الطحاوي ولو كان الراد ذا رحم محرم من المردود
عليه فانه ينظر ان وجد الرجل عبد ابيه فلا جعل له سوا كان في عياله او لم يكن • وكذلك المراة والزوج • وان
وجد العبد الاب عبد ابنه ان لم يكن في عياله فله الجعل وان كان في عياله فلا جعل له • وكذلك الاخ وسائر ذوي
الارحام اذا وجد عبد اخيه ان كان في عياله فلا جعل وان لم يكن في عياله فله الجعل • الى هنا لفظه • وجملته ما
ذكر شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه وهو ما اذا رد الابق واحد من اقربا المولى ان لم يكن الراد
ولدا فانه ينظر ان لم يكن في عياله فانه يستحق الجعل قياسا واستحسانا لان الراد بايع من وجه واجير من وجه
واي ذلك اعتبرنا وجب الجعل • لانه لو باع شيئا من قرابته استحق الثمن • ولو عمل له باجارة استحق الاجر وان
كان في عياله وجب الجعل قياسا لهذا المعنى • وفي الاستحسان لا يجب • لان الرد حصل في سبيل التبرع عرفا
وعادة • فان المرء فيما بين الناس اذا ابق عبد فانه يطلبه من كان في عياله ويرده متبرعا • فلو ثبت التبرع
نصا لا يجب الجعل فكذا اذا ثبت عرفا • لان الثابت عرفا كالثابت نصا • بخلاف ما اذا لم يكن في عياله لان
التبرع لم يوجد لا نصا ولا عرفا • فاما اذا كان الراد ولدا فجا بعل القياس والاستحسان • وجه القياس انه بايع
واجير • ووجه الاستحسان ان الزوج يطلب عبد امراته الابق تبرعا • والثابت عرفا كالثابت نصا • واما
اذا ردت المراة عبد زوجها فلا تستحق الجعل استحسانا لثلاثة اوجه احدها ان المراة ترد عبد زوجها تبرعا عرفا
والثاني انها في عيال الزوج • والثالث ان رد الابق في الخدمة والمراة لا تستحق بدل الخدمة على الزوج فان كان
الراد ولدا فلا جعل له اصلا • اما اذا كان في عيال الاب فالمعنى الذي ذكر في سائر الاقارب • واما اذا لم يكن
في عياله فلا جعل له ايضا بخلاف سائر الاقارب حيث يجب لهم الجعل اذا لم يكونوا في عيال المولى • ووجه الفرق
ان الراد بايع من وجه واجير من وجه فعلى الاول يستحق الابن الجعل • وعلى الثاني لا يستحق لان الجعل بدل الخدمة
فاذا استاجر الاب ابنه ليخدمه لم يجب الاجر فكذا هذا فاذا وجب من وجه ولم يجب من وجه لم يجب بالشك وانما
كان الجعل بدل الخدمة لانه بد لمن رد الابق ورده نوع من الخدمة عرفا • ولان العبد كان يعد للخدمة
وقد فاتت بالاباق فاعادها الراد معنى فكان الجعل بدل الخدمة من هذا الوجه • والابن لا يستحق على ابيه بدل
الخدمة بالشرط فكذا بالشرع • بخلاف الاب اذا لم يكن في عيال المولى فانه يستحق الجعل • سوا اعتبرناه بايعا
او اجيرا فعلى الاول ظاهر لانه لو باع شيئا من ابنه استحق الثمن وكذا الثاني فانه لو استاجره اباه ليخدمه كان للاب
ان يمتنع ولكن ان خدمه استحق الاجر • فلما استحق بدل الخدمة بالشرط استحقه بالشرع ايضا • وكذلك سائر الاقارب
اذا لم يكونوا في عياله فلهم الجعل باعتبار الامرين • هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده • وقال في المسايل في
ثم المبسوط رد الوصي عبد اليتيم او من كان في حجره لا جعل له لانهم يحفظون مال اليتيم وانه من الحفظ **قوله**
وهو في عياله • اي الراد في عيال المولى **قوله** قال وان ابق من الذي رده فلا شي عليه • اي قال
القدوري في مختصره • وقال في بعض النسخ القدوري فلا شي له مكان قوله فلا شي عليه • وصحح الشيخ ابو نصر في
شرحه حيث قال وذلك لان الجعل يستحق بالرد على المولى ولم يوجد ذلك • ولان الراد بمعنى البايع من المولى لان العبد
بالاباق زالت منافعه عن المولى وانما استفاد ذلك بالرد بما يجب عليه • ولهذا كان للراد حبسه بالجعل كالبايع في
حبسه بالثمن وكالملتقط اذا انفق على اللقطة باذن القاضي يكون له الحبس بالنفقة لانه كالبايع من حيث الاعتبار حيث احيى
ملكه بالانفاق • فلما كان الراد كالبايع والبايع اذا هلك في يده المبيع او ابق سقط الثمن فكذلك هنا يسقط الجعل • ومعنى قوله
فلا شي عليه • اي لا ضمان عليه لكن انما لا يجب الضمان عليه اذا اشهد كما في اللقطة • الا ترى الى ما قال الحاكم الشهيد رحمه الله في
الكافي وان مات عنده قبل ان يرده او ابق منه فان كان اشهد حين اخذه انه انما اخذه ليرده على صاحبه فلا ضمان عليه
وان كان حين اخذه لم يشهد على ذلك فهو ضامن لقيمته في قول ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف لا ضمان عليه اشهد او لم

يشهد اذا علم انه كان ابقا • واما لم يكن عليه الضمان بالاشهاد لانه امانة في يده وهو ماذون في الاخذ شرعا
قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه امانة في يده **قوله** ولو اعتقه المولى لما لقيه صار قابضا بالاعتاق
وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا لمسئلة القدوري • وهذا لان الراد بمنزلة البايع والمردود عليه بمنزلة
المشتري • ومن اشترى عبدا فاعتقه قبل القبض نفذ عتقه وصار قابضا فيتاكد عليه الثمن فكذا المردود عليه
لما اعتقه صار قابضا فتاكد عليه الجعل • بخلاف ما لو دبره [illegible] المولى قبل القبض حيث لا يجب الجعل لانه
لم يوجد بعد الرد من المردود عليه منع تصرفه قابضا وقد هلك ماليته قبل التسليم فلا يستحق جعلا • ولو دبره
المولى حين رفع اليه لا يكون قابضا • بخلاف الاعتاق • والفرق ان الاعتاق اتلاف للمالية فيصير به
المشتري به قابضا • والتدبير ليس باتلاف للمالية فلم يكن به قابضا قبل الوصول اليه • قال في خلاصة الفتاوى
الاعتاق قبض • بخلاف التدبير **قوله** وكذا اذا باعه من الراد ذكر هذا تفريعا لمسئلة القدوري
اعلم ان بيع الابق من غير الراد لا يجوز لانه غرر والنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر • اما اذا باعه
من الراد جاز ذلك ووجب الجعل كذا صرح خواهر زاده في مبسوطه • وذلك لانه سلم له البدل الابق وهو
وهو الثمن • وسلامة البدل كسلامة المبدل فيجب الجعل **قوله** والرد وان كان له حكم البيع لكنه
بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض • وهذا جواب سوال مقدر يرد على قوله لانه في معنى البايع
من المالك بان يقال لما كان الراد في معنى البايع كان المالك في معنى المشتري • فعلى هذا ينبغي ان لا يجوز بيعه من الراد
قبل القبض فقال في جوابه نعم انه في معنى البايع والرد حكم البيع لكن ليس ببيع من كل وجه بل من وجه من حيث اعادة
ملك التصرف اليه • وهذا لان ملك الرقبة ليس بزايل عن المولى • فلما كان كذلك جاز بيع المالك من الراد قبل
القبض • لانه لم يتناوله النهي الوارد في بيع ما لم يقبض • لان النهي ورد مطلقا • والمطلق يتناول الكامل فلم
يجاز البيع لعدم دخوله تحت النهي • وامتناع جواز البيع قبل القبض ليس من خصايص البيع لا محالة • فان بيع العقار
قبل القبض جايز في قول ابي حنيفة وابي يوسف جايز • وانما قيد بقوله وكذا اذا باعه احترازا عن الهبة • لان الهبة من الراد
لا توجب الجعل اذا كانت قبل القبض • لانه لم يتم الرد الى المولى قبل القبض • بخلاف البيع قبل القبض فان وصول بدله
كوصول عينه • قال في خلاصة الفتاوى لو وهب المولى الابق من الراد ان قبضه ثم وهبه يجب الجعل • وان
وهبه قبل القبض لم يجب الجعل **قوله** قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه ياخذه ليرده • اي قال القدوري
في مختصره • قال صاحب الهداية فالاشهاد حتم فيه عليه • اي واجب في اخذ الابق على الراد • ومما يدل انه لم
يجب الجعل عند ابي حنيفة ومحمد اذا لم يوجد الاشهاد عند الاخذ • لان الظاهر انه اخذه لنفسه فصار كالمشتري
من الاخذ اذا رده على مولاه لا جعل له لانه اخذه لنفسه الا اذا اشهد حين اشتراه انه انما اشتراه ليرده على صاحبه
لانه لا يقدر عليه الا بالشرا فله الجعل • لان هذا الشرا لا يفيد ملكا فكان كالاخذ بدون الشرا ولم يشهد لم يستحق
الجعل • وان اشهد استحق فكذا هذا • وكذا اذا وهبه الاخذ لرجل فرده الموهوب له على مولاه او ورثه
من الاخذ واحد فرده الوارث على مولاه • او اوصى الاخذ بالابق لواحد فرده الموصى له على مولاه • فهؤلاء صاروا
كالراد لانه لم ياخذه ليرده بل اخذه لنفسه • وهذا معنى قوله فصار كما اذا اشتراه من الاخذ او اتهبه او ورثه
ومسئلة الوصية ذكرها الحاكم في الكافي • وقال الحاكم فيه وان شهد شاهدان انه قال حين اخذه هذا ابق قد
اخذته لمن وجد له طالبا فليدله عليه فلا ضمان عليه • وان انكر المولى ان يكون عبده ابقا فالقول قوله الا ان
يشهد الشهود انه ابق من مولاه وان مولاه اقر به فيجب الجعل **قوله** وان كان الابق رهنا فالجعل على المرتهن
وهذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لان الاباق كالهلاك معنى فيسقط الدين فاذا عاد من الاباق ارتفع الهلاك
فعاد الدين فعاد الرهن كما لو كان الرهن شاة فماتت فدبغ جلدها فان الدين يعود فكذا هذا • ثم الجعل
يجب على المرتهن لا على الراهن • لان النافع له من حيث تبقيته في الرهن • الا ترى انه مضمون عليه بالدين فصار
كانه مملوك له فوجب الجعل عليه كما تلزمه النفقة على حفظه • ثم لا تفاوت بين ان يكون الرد حال حياة الراهن
او بعده • لان الرهن لا يبطل بموت الراهن فكان الرد بعد موته وقبله سوا • وانما يكون الجعل على المرتهن اذا
كانت قيمة الابق مثل الدين او اقل • اما اذا كانت اكثر فحصة الدين على المرتهن وحصة الفاضل على الراهن
لان حق المرتهن بالقدر المضمون لا غير فيجب عليه الجعل بقدره كثمن الدوا حيث يجب ذلك على المرتهن بقدر دينه
والباقي على الراهن • وتخليص العبد المرهون عن الجناية بالفدا • فان الفدا يجب على المرتهن بقدر دينه
وحصة الفاضل على الراهن فكذلك الجعل • قال خواهر زاده في مبسوطه الذي جاء به له ان يمسك العبد حتى
يعطيه المرتهن الجعل لانه استحقه عليه • فلو استحقه على الراهن كان له حق الحبس فكذا هذا • وذلك لانه مستحق شرعا
كالثمن كذا في الشامل **قوله** وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضا الدين • اي الجعل على المولى وهذه من
مسائل الاصل ذكرها تفريعا لمسئلة القدوري • يعني اذا كان العبد ماذونا في التجارة مديونا فرده انسان من
مسيرة سفر ان اراد المولى استبقا العبد على ملكه فالجعل عليه وان اراد بيعه بالدين فالجعل على الغرما يباع العبد فيستوفى

منه الحمل والباقي للعزماء • لان الحمل مرتبة من مؤن الملك وملك المولى في العبد بعد لحوق الدين صار كالموقوف بين ان يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين ان يصير للغرماء متى اختار البيع • ولما توقف الملك في العبد توقف مؤنة الملك وهو الحمل كذا قال خواهر زاده في مبسوطه قوله وان كان ذلك جنايا الى اخره اي ان كان الآبق جانيا • ذكر هذه المسئلة تفريعا لمسئلة القدوري وهي من مسائل الاصل • اعلم ان العبد اذا جنى جناية خطأ فقيل للمولى ادفعه او افده فلم يفعل شيئا حتى ابق ورده من مسيرة سفر فجعله على المولى ان اختار الفداء • لان منفعة الرد سلمت له فكان الجعل عليه • وان اختار الدفع فعلى اولياء الجناية • لان منفعة الرد سلمت لهم فكان الجعل عليهم • وذلك لان حقهم كان ساقطا بالاباق لانهم كانوا لا يستحقون على المولى شيئا • فلما رده عاد حقهم فحصلت منفعة الرد لهم فكانوا كالمرتهن حيث كان حقه ساقطا بالاباق فعاد هو بالرد فكذا هذا • فان قلت ينبغي ان لا يجب الجعل على المولى اذا اختار الفداء • لانه سلم له بعوض كالراهن لا يجب عليه • وان سلم له العبد بقضاء الدين لانه سلم بعوض • قلت لا نسلم ان العبد سلم للمولى في مسئلتنا بعوض الا ترى ان الواجب كان على احد شيئين اما الدفع او الفداء • فاذا اختار الفداء كان هو الواجب من الاصل فلما كان واجبا من الاصل لم يكن بدلا عن العبد فيكون العبد سالما له بغير عوض • بخلاف الراهن فان العبد سلم له بعوض لانه كان مضمونا بالدين والدين كالعوض عنه • وفرق محمد بين هذه المسئلة وبين ما اذا رجع الواهب في الهبة بعد ما رد العبد من اباقه وسلم الى الموهوب له فالجعل على الموهوب له فقد اوجب الجعل على من له الملك وقت الرد لا على من صار له بعد الرد • من وجه الفرق ان منفعة الرد • وفي مسئلة الجناية لم يكن الملك لاولياء الجناية وقت الرد بل حدث لهم الملك بعد الرد • ووجه الفرق ان منفعة الرد حصلت لاولياء الجناية بمجرد الرد • لانهم يستحقون عين العبد او بدله حينئذ على وجه لا يملك المولى ابطاله اصلا بتصرف يحدثه • فاذا حصل لهم منفعة الرد بنفس الرد وهي اما الفداء او الدفع وجب عليهم الجعل كما في الراهن • بخلاف منفعة الرد في الهبة متى رجع الواهب فان المنفعة ليست مضافة الى رد الراد • الا ترى ان الموهوب له لو تصرف في العبد تصرفا يزيل الملك كالهبة والبيع كان يبطل الواهب الرجوع فاذا كان كذلك كانت منفعة الواهب مضافة الى ترك الموهوب له التصرف لا الى رد الراد فلم يجب الجعل على الواهب فصار كان الموهوب له وهب العبد للواهب بترك التصرف المزيل للملك • فلو وهب الموهوب له العبد الآخر لم يجب الجعل على الموهوب له الثاني • فكذا لا يجب على الواهب الراجع لانه كالموهوب له الثاني • ولئن قال قائل منفعة الرد حصلت للواهب بالرد وبترك التصرف جميعا فيجب عليه بعض الجعل • قلت لا نسلم ولئن سلمنا لكن نقول اذا كانت منفعة الرد بهما جميعا لا تكون المنفعة بالرد وحده • لان جزء العلة ليس بعلة فاذا كانت مضافة اليه يلزم ان يكون الحكم مضافا الى ما ليس بعلة • لان العلة هي المجموع لا البعض • ولم يذكر محمد في الاصل حكم ما اذا قتل العبد انسانا عمدا فابق فرده راد قال خواهر زاده في مبسوطه قالوا لا يجب الجعل على احد لا على ولي القصاص ولا على المولى • اما المولى فلا يحصل له منفعة بالرد متى قتل العبد • وان لم يقتل وعفى عنه ولي القصاص فالمنفعة للمولى حصلت الى عفوه لا الى رد الراد • ولا يجب على ولي القصاص ايضا لانه ان عفى لم يسلم له شيء • وان قتل ولم يعف فانما سلم له الدم لا المالية والدم ليس بمال • والجعل انما لم يجب باعتبار رد المالية حتى لم يجب بالحر قوله لعودها اليهم • اي لعود المنفعة الى اولياء الجناية قوله وان كان موهوبا • وذكر هذه المسئلة تفريعا لمسئلة القدوري وقد مر بيانها قبل هذا على الاستقصاء قوله وان كان الصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه • وهذه من مسائل التناوي ذكرها تفريعا لمسئلة القدوري • قال الولوالجي في فتاواه اذا كان الابق لصبي فالجعل في ماله لان الراد بايع او اجير واي ذلك اعتبر يجب في مال الصغير • ومعنى جعل الرد بيعا من وجه حيث ان ملك التصرف كان زائلا فعاد اليه ثانيا من جهة الراد ببدل استوجبت عليه • ومعنى جعله اجارة من وجه من حيث انه استحق الجعل بمنافع بدنه • قال خواهر زاده في مبسوطه عبد ليتيم ابق فرده الوصي لا جعل له • لانه من جملة الحفظ • وحفظ مال اليتيم مستحق عليه لا يستحق الاجر عليه بالشرط فكذا بالشرع قال وكذلك اليتيم في حجر رجل يعوله فابق عبده فاخذه الرجل فانه ليس له جعل • لان الرد حصل على سبيل التبرع • لان عائل اليتيم لا يطلب عليه منه عرفا والثابت عرفا كالثابت نصا هذا حاصل ما ذكره • ونختم الكتاب بمسئلة ذكرها الحاكم الشهيد في الكافي اذا ابقت الامة ولها صبي رضيع فردهما واحد كان له جعل واحد فان كان ابنها غلاما قد قارب الحلم فله جعل ثمانين درهما • وعليه في الشامل وقال الحلواني من لم يراهق لم يعتبر ايقا

كتاب المفقود

المفقود هو الذي غاب ولم يدر انه حي او ميت بانقطاع خبره قوله اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولم يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه • هذا لفظ القدوري في مختصره • والاصل هنا ان القاضي نصب ناظرا في امر كل عاجز • والمفقود عاجز عن حفظ ماله الذي تركه في وطنه فنصب وكيلا يحفظ ماله ويستوفي حقه نظرا له لما انه عاجز عن القيام بذلك • اصله الصبي والمجنون • قال الحاكم الشهيد في الكافي وان طلب ولده وزوجته من القاضي ان ينصب خصما وكيلا في خصومته وجمع غلات المفقود وغير ذلك من اموره فعله القاضي وكان للوكيل ان يتقاضى ويقبض كل دين كان المفقود تولاه او هو يخاصم من يجحد حقا من عقد يجري بينه وبين هذا الوكيل • فاما كل دين كان المفقود تولاه او هو نصيب كان له في عقار او عرض في يد رجل • او حق من الحقوق فان الوكيل لا يخاصم فيه من يجحده الا ان هو يكون القاضي قد ولاه ذلك ورآه او انفذ الخصومة بينهم فيه يجوز حينئذ • لانه مما اختلف فيه الفقهاء الى هنا لفظ الحاكم رحمه الله • قال في خلاصة الفتاوى ذكر الامام السرخسي هذا بناء على ان القاضي هل يقضي على الغائب وهل ينصب وكيلا على الغائب وعن الغائب فعندنا لا وفيه مرونة • اما لو فعل ثم قضي على الغائب نفذ بالاجماع • وهكذا ذكر في الزيادات في اخر ابواب الدعاوى • فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف على امضاء قاض اخر • قلنا لا بل المجتهد فيه سبب القضاء • وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر للقضاء ام لا • فاذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف • ثم قال صاحب الخلاصة والفتوى على هذا • ونقل الاستروشني في فصوله عن فتاوى ظهير الدين ان نفس القضاء مختلف فيه فيتوقف على امضاء قاض اخر كما لو كان القاضي محدودا في القذف قوله والمفقود بهذه الصفة • اي هو عاجز عن النظر لنفسه قوله وصار كالصبي • اي صار المفقود كالصبي قوله لماله • اي لمال المفقود قوله والقائم عليه • اي على مال المفقود قوله بعقده • اي بعقد القائم الذي نصبه الحاكم القاضي في حقوقه • اي في حقوق العقد قوله ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود • وفائدته انه لا تقبل البينة عليه لانه ليس من النظر للمفقود وانه قضاء على الغائب قوله لانه • اي لان القائم عنه • اي عن المفقود • واراد بنصيب المفقود في عقار الا يكون العقار بينه وبين غيره مشتركا قوله وانما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين يعني ان الوكيل بقبض الدين من جهة المالك يملك الخصومة عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه قوله • واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب • اي لما كان الوكيل بالقبض من جهة القاضي لا يملك الخصومة يتضمن حكم القاضي بنفاذ ذلك قضاء على الغائب • وذلك لا يجوز الا اذا رأى ذلك القاضي وقضى بحكم بانفاذ الخصومة جاز لوقوعه في محل مجتهد فيه • قال الولوالجي في فتاواه ولو ادعى انسان على المفقود ان عنده حقا من دين او وديعة او شركة في عقار او رقيق او رد بعيب • او مطالبة باستحقاق لم يلتفت الى دعواه • لان الدعوى انما تسمع على الخصم والورثة انما يصيرون خصماء بعد موت المورث ولم يظهر موته • فان رأى القاضي سماع البينة وحكم بذلك نفذ حكمه لكونه مجتهدا فيه • الى هنا لفظه رحمه الله قوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي وهذه من مسائل المبسوط ذكرها تفريعا لمسئلة القدوري • وقال في شرح الطحاوي بالثمار ونحوه • والاصل هنا ان القاضي له ولاية الحفظ في مال الغائب نظرا • لانه عاجز عن الحفظ بنفسه • ثم اذا لم يبع ما يتسارع اليه الفساد يكون تاركا للحفظ صورة ومعنى فاذا باع كان تاركا للحفظ صورة لا معنى • لان المالية باقية بحفظ الثمن • والحفظ من وجه اولى من ترك الحفظ من كل وجه • ولا يبيع ما لا يتسارع اليه الفساد في نفقة ولا غيرها منقولا كان او عقارا • وبه صرح خواهر زاده في مبسوطه وذلك لان القاضي له ولاية الحفظ في مال الغائب لا غير • فاذا امكن له الحفظ صورة ومعنى لم يجز ترك الحفظ صورة بالتغيير الى معنى • ثم اذا باع ما يتسارع اليه الفساد ينفق منه على ازواجه وولده نص عليه الحاكم في الكافي • وذلك لانه اعانة على استيفاء صاحب الحق حقه وهو ليس بقاض بقضاء على الغائب • وسنذكر بعد هذا ان شاء الله تعالى • اما الاقارب اذا ارادوا ان يبيعوا مال الغائب لحاجتهم الى النفقة ففي العقار لا يجوز بالاتفاق وفي المنقول اذا لم يكن من جنس حقهم • نحو الخادم ونحو ذلك لا يجوز لغير الاب بالاتفاق • وفي الاب اختلاف قال ابو حنيفة يجوز له ان يبيع منقول ابنه الكبير اذا كان غائبا لحاجة النفقة • خلافا لصاحبيه • واذا كان حاضرا لا يجوز للاب بيع منقوله بالاتفاق • وجه قولهما ان بلوغ الابن عن عقل قاطع لولاية الاب فلا يجوز بيع المنقول كالعقار • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان الاب له فضل مزية على سائر الاقارب ولهذا يستحق النفقة بمجرد الحاجة • وغيره من الاقارب لا يستحقونها الا بالحاجة والعجز عن التكسب • فاذا كانت له فضل مزية جاز له بيع المنقول دفعا لحاجته • لان المنقول وان كان مما يتسارع اليه الفساد يخاف عليه الهلاك بخلاف العقار فانه لا يخاف عليه الهلاك • بدليل فضل مزية الاب تملك جارية الابن لحاجة الاستيلاد ولم يثبت ذلك لسائر الاقارب • ولا يلزم الام حيث لا يجوز لها بيع منقول الابن لحاجة النفقة • لانها لا تستحق النفقة

النفقة بالخارج والعجز عن الكسب ايضا • لانها خلقت في الاصل عاجزة عن الكسب لضعف بنيتها • ولهذا يجب
نفقة البنت بعد البلوغ والجنة بالصغيرة العاجزة • ثم قال في الكتاب قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ابطل
بيعه في ذلك كله ولا اجيزه الا بقضاء قاض • فاذا قضى القاضي بجوازه فقد قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه
عندهم كذا ذكره خواهرزاده في مبسوطه قوله قال وينفق على زوجته واولاده من ماله • اي مال
المفقود ذكره في مختصره • وجملته ما قال الحاكم الشهيد في الكافي ومن كان من ورثة المفقود يجب فلا نفقة
له في ماله ما خلا الزوجة • وان كانت له غلة جعل القاضي فيهما من يحفظ به ويقبضها وما كان يخاف عليه
الفساد من متاعه فان القاضي يبيعه وينفق على زوجته وولده منه • ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في
نفقته ولا غيرها • وان لم يكن له مال الا الدار والخادم ولده وزوجته الى النفقة لم يبع لهم الدار وكذا
لو كان له خادم • فان كان له دراهم او دنانير او تبرا اخذ لهما انفق عليهم • وكذلك الوديعة تكون له
عند رجل فانه ينفق عليهم منها • وكذلك الدين يكون له على الرجل وهو مقر به استحسانا • وان اعطاهم الرجل
منه شيئا بغير امر القاضي لم يبرا • وكذلك ان اعطاهم من الوديعة ضمنه • فان كان الذي عليه الدين جاحدا
للدين لم يكن احد من الزوجة والولد والابوين خصما في تثبيته عليه الى هنا لفظ الحاكم • والاصل ان كل
من يستحق النفقة في مال المفقود حال حضرته من غير قضاء قاض كالابوين والاولاد الصغار ذكورا كانوا او
اناثا • والاولاد الكبار من النساء • والزمنى من الذكور الكبار فالقاضي ينفق عليهم من مال المفقود
اصله قوله عليه السلام لهند امراة ابي سفيان خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف
واذا كان لهم اخذها بلا قضاء كان للقاضي اعانة على ذلك ولا يكون ذلك قضاء على الغايب • وهذا لان
للقاضي ان يعين صاحب الحق على ايفا حقه حال غيبته كما لو علم بوجوب الدين فانه يعطيه الدين من مال الغايب
والابوان بمنزلة الاولاد لشمولهم معنى الولادة • وكل من لا يستحق النفقة حال الحضرة بغير قضاء القاضي هو
لا ينفق عليه من مال المفقود كالاخ والاخت • والخال • والخالة • لانه متى لم يستحق حال الحضرة انفاق هو
القاضي حال الغيبة قضاء على الغايب بالايجاب المبتدا • وذلك لا يجوز لانه اعانة على ايفا حق وجب على الغايب
والفرق بين قرابة الولاد وغيرهم من سائر المحارم حيث استحق الاول النفقة بلا قضاء ولم يستحق الاخر
بلا قضاء • ان حق قرابة الولاد في النفقة اكد من حق غيرهم • لانهم يستحقون النفقة بالقرابة المحرمة هو
بالنكاح وبالولاد • وغيرهم بالقرابة المحرمة لا بالولاد • فلما ظهر فضل مزية ثبت استحقاق هم
النفقة بلا قضاء • بخلاف قرابة الاخوة • والاخوات • وسائر المحارم • واما الزوجة فحقها في النفقة
اكد ايضا من قرابة غير الولاد • ولهذا تستحق النفقة وان كانت غنية • والتحقيق هنا ان يقال ان هم
نفقة الزوجة عوض من وجه من حيث انها لا تستحق النفقة الا بمقابلة وجودها وهو احتباس ينتفع به الزوج
فكانت النفقة عوضا من هذا الوجه • وصلة من وجه من حيث انها في الاحتباس عاملة لنفسها حيث توفي
ما استحق الزوج عليها بعقد النكاح • والانسان في ايفا ما عليه عامل لنفسه فمن هذا الوجه كانت صلة فلما كان
عوضا من وجه صلة من وجه كان اكد من صلة من كل وجه • قال خواهرزاده في مبسوطه • وان
استوثق منهم بكفيل حسن لجواز انهم اخذوا نفقة هذه المدة من المفقود مرة فياخذ منهم كفيلا • حتى اذا حضر
المفقود واثبت انه دفع اليهم نفقة هذه المدة مرة ولم يقدر عليهم اخذ من الكفيل • وان شا ضمنهم • قالوا
والتضمين لا يفيد لانه لازم عليهم بلا شرط • لانهم متى كانوا اخذوها مرة كان الثاني مضمونا عليهم • ولكن
قالوا فيه نوع فائدة • وهو انهم ربما لا يعلمون وجوب الضمان عليهم فيشترط ذلك حتى يعلموا فيمتنعوا من هم
الاخذ مرة اخرى • هذا حاصل ما قالوا • وان كانت الورثة كبارا ليس لهم زمانة ولا بهم امراة وكانوا
اخوة من الرضاع او بني عم لم ينفق عليهم من ماله لانهم لا يستحقون حال حضرة المفقود فكذا حال غيبته • والصغار
من الذكور والابوان انما ينفق عليهم القاضي اذا كانوا محتاجين كما لو كان المفقود حاضرا • بخلاف الزوجة
حيث ينفق عليها وان كانت غنية • وهذا الذي ذكرناه من حكم الانفاق • وانما ينفق اذا كان مال المفقود
دراهم او دنانير • اما العروض فلا يبيع من ذلك الا ما يخشى عليه الفساد • لان للقاضي ولاية في حفظ
مال الغايب فجاز بيعه لاجل الحفظ • فاذا باع والثمن من جنس حقهم كان له ان ينفق عليهم منه • وذلك لان
حقهم الملبوس والمطعوم • فاذا لم يكن في ماله ملبوس ولا مطعوم يحتاج الى القضاء بالقيمة والقيمة دراهم
او دنانير فكانت من جنس حقهم الملبوس والمطعوم • وكذلك التبر لانه يصلح قيمة كالدراهم والدنانير فلهم اخذ جنس
حقهم وللقاضي اعانة في ذلك • والمودع قد وافق القضاء • وهذا الذي ذكرناه من انفاق القاضي عليهم من هم
الدراهم والدنانير اذا كانت في يد القاضي • فان كانت الدراهم او الدنانير وديعة عند رجل مقر بها • او
دينا عند رجل مقر به فللقاضي ان ينفق منها اذا كان النكاح والنسب ظاهرا عند القاضي • وان لم يكن ظاهرا عنده
فلا بد من اقرار ذي اليد بالنكاح والنسب • وهذا هو الاستحسان • وفي القياس لا ينفق عليهم من الوديعة والدين

قال خواهرزاده في مبسوطه وليس هذا القياس والاستحسان في الوديعة والدين خاصة بل في جميع اموال المفقود
ما كان في يد الحاكم وفي بيته القياس ان لا ينفق عليهم من ذلك • ولكن في الاستحسان ينفق عليهم الى هنا لفظه رحمه
الله • وجه القياس ان هذا قضاء على الغايب فلا يجوز • ولهذا لا ينفق على اخيه واخته من مال المفقود • وذلك
لان النفقة صلة لا عوض • والصلة لا تملك قبل القبض فقبل القبض قدر النفقة باق على ملك المفقود • فاذا اعطاهم
النفقة من ماله كان ذلك قضاء بازالة ملكه • وليس حد القضاء الا ازالة ما لم يكن زايلا واثبات ما لم يكن ثابتا فكان ذلك
قضاء على الغايب • ولان المودع مامور بالحفظ لا الدفع وحق المراة يصل اليها بالامر الاستدانة لانها امر مشروع كما لم يكن
وديعة فلا ضرورة في الانفاق من الوديعة • وجه الاستحسان ما روي في حديث هند امراة ابي سفيان انها
جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال النبي صلى الله عليه
وسلم خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فثبت بهذا جواز الانفاق من مال الغايب للزوجة هو
والولد • لان ابا سفيان كان غايبا • ولان الوديعة والدين مال المفقود وهو من جنس حقهم فكان للقاضي ان ينفق
عليهم من ذلك كما ينفق من ماله الذي في يد القاضي او في بيته • ثم الحكم اذا ثبت نصا بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره الا هو
من لم يجز الانفاق من مال الغايب على الاخوة والاخوات • بخلاف الابوين لانهما في معنى الاولاد لشمول معنى الولاد او
نقول ثبت جواز الانفاق على الاب دلالة لا قياسا • لان حق الاب في النفقة اكد من حق الولد فان الولد لا يستحق
النفقة بمجرد الحاجة ما لم يكن عاجزا عن الكسب • والاب يستحقها بمجرد الحاجة وان كان قادرا على الكسب • قال
خواهرزاده في مبسوطه ولم يذكر في الكتاب • يعني في المبسوط انه اذا كان للمفقود دين ووديعة ينفق اولا من هم
الوديعة او من الدين • ثم قال وذكر في السير الكبير ينفق من الوديعة اولا لان القاضي نصب ناظرا والنظر للغايب
في الانفاق من الوديعة اولا لا من الدين لانه متى انفق من الدين اولا فربما يهلك الوديعة في يد المودع فيمتنع الانفاق
فاذا حضر الغايب لا يصل اليه لا الدين ولا الوديعة • ومتى انفق من الوديعة ان كان جاء المفقود ان امكنه قبض الدين
لانه ربما يرد عليه التوى والتلف • فان اعطى من عليه الدين بغير امر القاضي كان الدين على حاله والابرا من ذلك هو
لانه لم يدفع الدين الى صاحب الدين ولا الى نايبه فصار كما لو دفع الى غريم اخر للمفقود او الى اجنبي اخر • بخلاف ما اذا
دفع بامر القاضي لان للقاضي ان يقبض دين الغايب لما فيه من الحفظ • فاذا كان له ان يقبض دين الغايب كان له ان يامر
غيره بالقبض فكان قبض هولا بامر القاضي كقبض القاضي فبرئ المديون عن الدين لانه نايب عن الغايب • فان قلت
القاضي نايب عن الغايب في القبض للحفظ ولا حفظ في القبض للانفاق فعلى هولا ان لا يكون نايبا • قلت القاضي نايب
عن الغايب في ايفا ما عليه من الحقوق كما هو نايب عنه في الحفظ • ولهذا جاز له ان يوفي ما عليه من الدين اذا علم
بوجوبه • بخلاف المودع فانه نايب في الحفظ لا في الايفا • وكذا اذا اعطى المودع بغير امر القاضي كان ضامنا لما انه
لم يصل الدفع الى المالك او الى نايبه فصار كدفعه الى اجنبي • فان قلت ينبغي ان لا يضمن المودع لانه اذا دفع الوديعة
الى من في عيال المودع لم يضمن • قلت انما لا يضمن لانه اذا دفع الوديعة بالدفع الى من في عياله اذا دفعها للحفظ فاذا
دفعها اليه للانفاق على نفسه ضمن • وهنا دفع للانفاق فضمن • اما اذا كان المودع جاحدا للوديعة او من عليه الدين
جاحدا للدين • او جحد الزوجية ونسب الولد او الوالدين فارادت امراة المفقود او ولده او والداه اقامة البينة
لاثبات الوديعة او الدين او الزوجية او النسب فلم يلتفت الى ذلك • لان الخصومة انما تسمع من المالك او نايب
المالك ولم يوجد لا هذا ولا ذاك فلا تسمع الخصومة • اما عدم وجود المالك فظاهر وكذا عدم النايب لان الغايب
لم يوكله حقيقة ولا يكون وكيلا حكما ايضا • لان ما يدعي على النايب ليس بسبب لما يدعي على الحاضر ثبوت الحق فيه
وهو النفقة لا محالة • لان النفقة كما يجب له في هذا المال يجب على مال اخر للمفقود فلم يكن خصما عن المفقود حكما
وكشف هذا سنوضحه في كتاب ادب القاضي ان القضاء على الغايب لا يجوز الا اذا حضر من يقوم مقامه بانابته او بانابة
الشرع • او يكونه نايبا حكما • وقال الولوالجي رحمه الله في فتاواه في فصل النفقات من كتاب النكاح • فان جحد
المال للغايب او النكاح • او كلاهما لم يقبل من المراة بينة عليهما • اما على المال فلانها تثبت الملك للمالك وهي
ليست بخصم في اثبات الملك للغايب • واما على النكاح فلانها تثبت النكاح على الغايب والمودع • والمديون ليس
بخصم في اثبات النكاح على الغايب وهذا قول ابي حنيفة الاخر وهو قول محمد • وكان ابو حنيفة وابو يوسف
يقولان اولا يقبل بينتها على النكاح لكن قول ابي حنيفة الاول يقضي بالنكاح • وعلى قول ابي يوسف الاول لا يقضي
قوله من الاول • اي ممن يستحق النفقة بغير قضاء قوله ومن الثاني • اي ومن لا يستحق النفقة الا
بالقضاء قوله وقوله من ماله • اي قول القدوري في قوله وينفق على زوجته واولاده من ماله المراد منه
الدراهم والدنانير قوله لان حقهم اي حق قرابة الولاد والزوجة قوله واذا لم يكن في ماله • اي لم
يكن المطعوم والملبوس في مال المفقود قوله بالقيمة • اي بقيمة المطعوم والملبوس قوله وهي النقدان
اي القيمة الدراهم والدنانير قوله والتبر بمنزلتهما • اي ما كان من الفضة والذهب غير مصنوع بمنزلة النقدين
في هذا الحكم • اي في القضاء بالقيمة قوله وهذا اذا كانت في يد القاضي • اي الانفاق من مال المفقود هو

على الزوجة وقرابة الولاد اذا كانت الدراهم والدنانير في يد القاضي ● فان كانت وديعة او دينا فيفصل ذلك
مرانفا قوله وهذا اذا لم يكونوا ظاهرين ● اي الانفاق على الزوجة وقرابة الولاد باقرار المودع
والمديون بالوديعة والدين والنكاح والنسب اذا لم تكن هذه الاشيا الاربعة ظاهرة عند القاضي فان
كانت ظاهرة عنده فلا حاجة الى الاقرار ● وانما في المسئلة قوله لم يكونا لانه جعل الوديعة والدين شيا واحدا
والنكاح والنسب شيا واحدا ● لان مدعي النفقة هنا المراة او قرابة الولاد في المال الذي هو وديعة او دين
فباعتبار المال جعل الوديعة والدين شيا واحدا ● وباعتبار المدعي جعل النكاح والنسب شيا واحدا ● فدل
على هذا التاويل ما ذكره بقوله فان كان احدهما ظاهرا الوديعة والدين او النكاح او النسب قوله يشترط
الاقرار بما ليس بظاهر ● وهذا مثل ان لم تكن الزوجية او النسب ظاهرا عند القاضي ● يشترط اقرارهم
المودع او المديون بان يقول هذه زوجة فلان المفقود ● او يقول هذا ابن فلان المفقود ● وكذا اذا لم
يكن الدين او الوديعة ظاهرا عند القاضي يشترط ان يقول من في يده المال هذه وديعة فلان المفقود او دين فلان المفقود
قوله هذا هو الصحيح ● اي الانفاق من الوديعة او الدين على الزوجة وقرابة الولاد هو الصحيح وهو
وجه الاستحسان ● واحترز بقوله هو الصحيح عن وجه القياس وهو قول زفر رحمه الله ● والوجهان قد بيناهما
آنفا قوله نايب عنه ● اي عن المفقود قوله وان كان المودع والمديون جاحدين اصلا اراد
بها جحودهما الزوجية والنسب ● وكون المال الذي في يدهما للمفقود ● وبيانه مر آنفا قوله ولا يفرق
بينه وبين امراته ● هذا لفظ القدوري في مختصره ● وقال مالك رضي الله عنه بعد ان يتربص اربع سنين فاذا
تربصت اربع سنين ولم يعلم بحال الزوج انه حي ام ميت يرفع الامر الى القاضي فيفرق القاضي بينهما ثم تعتد من
زوجها ● فاذا انقضت عدتها تزوجت بزوج آخر ان شاءت ● فان جاء زوجها الاول فهو بالخيار ان شاء تركها
على الثاني واخذ منه المهر ● وان شاء فسخ نكاح الثاني وتزوجها كذا نقل خواهر زاده في مبسوطه مذهب
مالك لما روي عن عبد الرحمن بن ابي ليلى انه قال ان الفتى المفقود حدثني بحديثه قال اكلت حريرا في
اهلي ثم خرجت فاخذني نفر من الجن فكنت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني ثم اتوا بي قريبا من المدينة ثم قالوا اتعرف
النخيل قلت نعم فخلوا عني فجئت فاذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد ابان امراتي بعد اربع سنين وحاضت فانقضت
عدتها وتزوجت فخيرني عمر رضي الله عنه ان يردها علي او بين المهر فاحتج مالك بهذا ● وقال هذا لا يعرف قياسا
فيحمل على انه كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خلافا وما روي عن علي فانه قياسي فلم يكن كالمروي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم فكان الاخذ بما روي عن عمر اولى ● ولان امراة المفقود تشبه امراة المولى من حيث
ان حقها في الجماع فات بصنعه في المولى كما ان حق امراة المولى في الجماع بصنعه وهو الايلا ● واشبه امراة العنين
من حيث ان حقها في الجماع فات من جهة الزوج بسبب هو فيه معذور ولان الغيبة مباح كما ان حق امراة العنين فات
في الجماع بغيبة الزوج وهو فيها معذور فقصرنا المدة على الخلاص لتصل الى حقها في الجماع اربع سنين اعتبارا بالسنين
فقدرناها بالاربع اعتبارا بشبهة الايلا ● وجعلنا الاربع من السنين اعتبارا بشبه العنة ● ثم لم يوقع الفرقة
بعد الاربع سنين الا بتفريق القاضي ● لان الفرقة في الايلا عندنا لا تقع الا بتفريق القاضي كما في العنة ● ولنا
ما روي علماونا في المبسوط عن مغيرة بن شعبة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في امراة المفقود
انها امراته حتى ياتيها البيان ● وروى محمد بن الحسن في الاصل عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علي بن ابي
طالب رضي الله عنه انه قال في المراة المفقود انها امراة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق ● ولان
الغيبة لا توجب ازالة الملك في ملك اليمين فكان ما بعد اربع سنين كما قبل اربع سنين ● ورجح علماونا قول علي
على قول عمر من ثلاثة اوجه احدها انه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل قوله فكان قوله تفسير المروي عن
النبي صلى الله عليه وسلم ● والثاني انه موافق للقياس ● والثالث انه روي عن عبد الرحمن بن ابي ليلى
ان عمر رضي الله عنه رجع عن ثلاث قضيات الى قول علي رضي الله عنه في امراة كنف وفي المفقود وزوجها ● وفي
المراة التي تزوجت بزوج آخر بعد نعي اليها وفاة زوجها ● فلما ثبت ان عمر رضي الله عنه رجع الى قول علي كان ذلك
اجماعا على قول علي رضي الله عنه ● اما تفسير امراة المفقود فقد مر بيانه آنفا ● واما تفسير امراة كنف
هو ما روي عن ابراهيم ان ابا كنف طلق امراته فاعلمها وراجعها قبل انقضا العدة وسافر ولم يعلمها وجا وقد تزوجت
فاتى عمر رضي الله عنه فقص عليه القصة فقال عمر رضي الله عنه ان وجدته لم يدخل بها فانت احق بها وان كان قد
دخل بها فليس لك سبيل فمالك في هذه المسئلة احتج بقول عمر رضي الله عنه وعلماونا احتجوا بقول علي رضي الله عنه
فانه قال في الرجل يطلق امراته فيعلمها ويراجعها ويشهد ولا يعلمها انها امراته اعلمها او لم يعلمها ● والمعنى في المسئلة
ان الثاني تزوج منكوحة الغير فيكون الاول احق بها كما لو لم يطلقها الاول ● وذلك لان رجعة الاول قد صحت
فلما صحت بقيت المراة منكوحة له كما كانت ولم يكن للطلاق اثر في الابانة ● ولهذا كان الاول احق بها اذا لم يدخل
بها الثاني بالاجماع ● واما تفسير المراة المنعي اليها زوجها فهو ما روي عن ابراهيم عن علي رضي الله عنه انه قال

في

في المراة ينعى اليها زوجها فتتزوج ثم يقدم المفقود انه زوجها الاول ويفرق بينها وبين الآخر ولها المهر بما استحل من
فرجها ولا يقربها زوجها الاول حتى تنقضي عدتها من الآخر ● وقال عمر رضي الله عنه فيها ان زوجها الاول بالخيار ان شاء اخذ
مهرها وتركها عند الآخر ● وان شاء اخذ امراته ● والجواب عن قياس مالك فنقول لا نسلم ان امراة المفقود تشبه
امراة المولى وامراة العنين ● وهذا لان الايلا كان طلاقا معجلا في الابتدا ثم صار طلاقا موجلا ● والطلاق مزيل
لملك النكاح ولم يكن ذلك لامراة المفقود لانه لم يوجد من الزوج طلاق اصلا لا طلاق معجل ولا موجل ● وفي باب العنة
يثبت حق الفرقة لفوات حق المراة في الجماع على التابيد ● لان امر العنة متردد بين ان يكون لخلقة وبين ان يكون عارضا
فجعل الشرع الحد الفاصل بينهما بمضي سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة المشتملة على الطبايع فاذا امضت سنة ولم تزل
العنة علم انها كانت خلقة وما كان خلقة لا يزول ابدا وهو الظاهر او لا يزول غالبا ● بخلاف امراة المفقود فان حقها
في الجماع لم يفت بالتابيد لانه يرجى مجيه بعد اربع سنين كما قبل ذلك فسد القياس ● هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده في
مبسوطه ● قال في المغرب الكنف بتحريك النون الناحية وبه كنى ابو كنف الذي طلق امراته وغاب قوله استهواه اي
ذهب به ● فقال استهواه اي جر الى المهاوي وهي المساقط والمهالك قوله اعتبارا بالايلا والعنة مر بيان ذلك
بعد ذكر قول مالك قوله اخذ المقدار ● اي اخذ مالك المقدار منهما ● اي من الايلا والعنة قوله وقول
علي رضي الله عنه مبتدا خبره قوله حجة قوله للبيان المذكور اراد به قوله عليه السلام حتى ياتيها البيان قوله
في الحديث المرفوع ● اي المرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم قوله بعد استمرارها سنة ● اي بعد استحكامها سنة
قوله قالوا اذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته ● اي قال القدوري في مختصره اعلم ان هذا
المفقود اذا مضى له مدة لا يعيش اكثر منها يحكم بموته وتجب على امراته عدة الوفاة ويقسم ماله بين ورثته الموجودين حينئذ
وفي تقدير المدة اختلاف الروايات ● ففي ظاهر الرواية مقدرة بموت الاقران كذا اعتبر محمد في الاصل ولم يذكر محمد
انه يعتبر موت اقرانه في السن في جميع البلدان لانه ذكر الاقران مطلقا فيتناول اقرانه في السن من جميع البلدان لا من
بلده خاصة ● وقال بعضهم يعتبر اقرانه في السن من اهل بلده ● لان الاعمار متفاوتة وتختلف باختلاف الاقاليم والبلدان
حتى قالوا الصقالبة اطول اعمارا من اهل الروم ● فاذا كانت الاعمار متفاوتة بتفاوت الاماكن يعتبر اقرانه في السن
من اهل بلده لا من جميع البلدان ● ثم قال خواهر زاده وهذا القول اصح وارفق بالناس لان التفحص عن اقرانه من جميع البلدان
اما ان يقع غير ممكن او بعد حرج عظيم ● والذي ذكره القدوري من تقدير المدة بمائة وعشرين سنة هو رواية الحسن
عن ابي حنيفة ● وفي رواية ابي يوسف مائة سنة كذا في الشامل وشرح الطحاوي ● وفي رواية عنه مائة وخمس
سنة كذا ذكر الامام صلاح الدين في فوايده عن نصير بن يحيى مائة سنة ● لان اعمار اهل زماننا قصرت فغاية
ما ينتهي اليه عمر الانسان مائة سنة والحياة بعدها نادر ولا عبرة بالنادر ● وروي انه عاش مائة وتسعين او اكثر
الى ربع من قوله ● كذا قال خواهر زاده في مبسوطه ● وروي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن حامد انها تسعون سنة
لان الغالب في اعمار زماننا ● قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى كذا ذكر في خلاصة الفتاوى ● وقال المتاخرون
زماننا انها تسعون سنة رفقا بالناس ونفيا للحرج عنهم لان في التفحص عن حال الاقران انهم ماتوا ام لا حرجا قال
خواهر زاده ما قاله محمد اقيس لانه يمنع ما قالوا من المدة ان دل على موته فبقي من بقي من اقرانه بعد مضي هذه المدة يدل
على حياته فيقع التعارض بين دليل الموت بالشك ● ومتى اعتبرنا موته بموت اقرانه فانما يثبت موته بدليل لا تعارض
فيه فكان ما قاله احوط واقيس الا ان فيه ضرب حرج من التفحص عن الاقران ● وما اعتبره المشايخ بعد ما رفق بالناس
وجه رواية الحسن ان الاعمار في زماننا قد قصرت فنهاية ما ينتهي اليه الاعمار في الغالب مائة وعشرون سنة والحياة
بعد ذلك نادرة والنادر لا يعتد به ● وقال في الفتاوى الولوالجي قال بعضهم هو مفوض الى راي القاضي ● يعني
اي وقت راى المصلحة حكم بموته قوله والاقيس ان لا يقدر بشي ● يعني ان الاقيس ان لا يقدر بشي من المقادير
المذكورة كالمائة والتسعين ونحو ذلك بل يعتبر بموت الاقران لان حياة الانسان بعد موت جميع اقرانه نادر ولا
عبرة بالنادر فكان موت اقرانه دليلا على موته من حيث الظاهر ● لان الظاهر انه لا يعيش بعد ذلك وكان ثبوت
موته بموت اقرانه بدلالة الظاهر كالثابت معاينة ● وبالبينة فيجري عليه حكم الاموات بعد ذلك ● قيل الاقيس
في فصل المفقود كالاظهر في فصل المشهور ● ومنه المثل اظهر من الشمس قوله واذا حكم بموته اعتدت امراته
عدة الوفاة من ذلك الوقت ● اي من وقت الحكم بالموت ● وذلك لان الموت الحكمي يعتبر بالموت الحقيقي ● فلو ثبت
موت المفقود حقيقة تعتد امراته ويقسم ماله بين ورثته الموجودين وقت الحكم بالموت فكذا في الموت الذي حكم به
بموت الاقران او بمائة وعشرين سنة ونحو ذلك قوله ومن مات قبل ذلك لم يرث منه ● هذا لفظ القدوري
في مختصره ● اي من مات من ورثة المفقود قبل الحكم بموت المفقود لم يرث من المفقود ● وذلك لان المفقود
قبل الحكم بموته حي في ماله ولا ارث لاحد من الحي وهو حي حكما فصار كالحي حقيقة قوله ولا يرث المفقود من احد
مات في حال فقده ● وهذا لفظ القدوري في مختصره ● وهذا لان المفقود ميت في مال غيره لان اعتباره حيا
في حال فقده باستصحاب الحال وهو عبارة عن ابقاء ما كان على ما كان لعدم الدليل المزيل فيصلح الاستصحاب حجة للدفع

لا للاستحقاق فلهذا اعتبر حيا في ماله ميتا في مال غيره حتى لم يرث احد من المفقود في حال فقده ولم يرث المفقود من احد بل يوقف نصيبه من مال مورثه • فاذا مضت المدة او علم موته يرد المفقود لاجله الى وارث مورثه الذي وقف من ماله • ولان الموقوف لم يعلم وجوب حق الغير في ماله الى هذه المدة لعدم التحقق بموته ولم يعلم وجوب استحقاقه في مال غيره لعدم التحقق بحياته فامسكنا عن الايجاب بلا علم وتركنا كل واحد من المالين على اهله كما في ميراث الغرقى والهدمى • قوله ولذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي • اي لا يقضى للمفقود بالوصية اذا مات الموصي في حال فقده بل تكون الوصية موقوفة كالميراث الى ان يظهر حاله • وهذه من مسائل المبسوط ذكرها تفريعا لمسئلة القدوري • قال محمد بن الحسن في الاصل • ولو اوصى رجل للمفقود بوصية لم اقض لها ولم ابطلها • وعلل خواهر زاده في مبسوطه وقال لان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يحبس حصة المفقود على المفقود الى ان يظهر حاله فكذا هذا • قال الولوالجي في فتاواه فالحاصل انه يوقف نصيب المفقود الى ان يقضي بموته فاذا قضى بموته جعل في ماله كانه مات الان وفي غيره واستحقاقه كانه مات حين فقد هذا تفسير محمد رحمه الله • يعني به قوله ان المفقود حي في ماله ميت في مال غيره قوله ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به فيعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي • وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا اي الاصل في مسئلة المفقود انه لو كان مع المفقود وارث لا يكون محروما عن الميراث بنصيب المفقود لكن ينتقص حقه بذلك الوارث المفقود فيعطى الوارث اقل النصيبين ويوقف الباقي الى ان يظهر حال المفقود • وان كان الوارث وارثا يحجب بالمفقود حجب الحرمان لا يعطى الوارث شيا كما في مسئلة الهداية • اعني في رجل مات وترك ابنتين وابنا مفقودا وابن ابن وبنت ابن • يعطى الابنتان النصف والباقي يوقف ولا يعطى ولد الابن شيئا لان ولد الابن لا ارث له لو كان الابن حيا فلا يرثان بالشك • وجملة البيان هنا ما قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وهو ما اذا مات الرجل وترك ابنتين وابن ابن وبنت ابن وترك ابنا مفقودا وترك مالا في يدي الابنتين فقال ابن الابن واخته مفقود وارثه بذلك الابنتان واختصموا الى القاضي فان القاضي لا ينبغي له ان يحرك المال من موضعه ولا ينفق منه شيا للمفقود • يريد بقوله لا يحرك المال عن موضعه • اي لا ينزع القاضي شيا مما في يدي الابنتين • وذلك لان النصف مما في ايديهما صار ميراثا للابنتين بموت ابيهما بيقين • لان الابن المفقود ان كان حيا يكون المال بين الابن وبين البنتين ايضا • وان كان ميتا فالبنتين الثلثان • والباقي لولد الابن فالنصف ميراث الابنتين بيقين ولا يوخذ من ايديهما • والنصف الاخر يوقف على يد من كان في يده للمفقود • فلهذا قال لا يحرك شيا من المال من موضعه • وقوله ولا ينفق منه شيا للمفقود • اي لا يجعل شيا مما في يد الابنتين ملكا للمفقود على الحقيقة بل يعزل النصف من ذلك ويحبسه على المفقود الى ان يظهر حاله فيكون موقوفا على حكم ملك الميت ان ظهر المفقود حيا يدفع اليه وان ظهر ميتا فالسدس يضم الى نصيب البنتين ليتم الثلثان والباقي وهو الثلث لولد الابن • قال ولو كانت الابنتان قالتا قد مات اخونا وليس بمفقود وقال ابن الابن وابنة الابن بل هو مفقود • والجواب كذلك في الاصل الوقف لا في تقدير الموقوف • لان في المسئلة الاولى يوقف النصف لان البنتين تدعيان النصف فيكون النصف الاخر موقوفا • وفي هذه المسئلة تدعيان الثلثان هو المال في ايديهما فيقضى بالثلثين لهما والثلث الاخر يوقف الى ان يظهر حال المفقود • قال ولو كان ميراث الجدة في يد ولد الابن المفقود فطلبت الابنتان ميراثهما واتفقوا ان الابن مفقود يعطى البنتان النصف ويوقف النصف الاخر على حكم ملك الميت الى ان يظهر حال المفقود • قال ولو كان مال الميت في يد رجل اجنبي فقالت ابنتا الميت مات اخونا قبل الاب • وقال ولد الابن هو مفقود • فان اقر الذي في يديه المال ان الملك للميت وان الابن مفقود يعطى الابنتان النصف ويوقف الباقي على يديه الى ان يظهر حال المفقود • وانما يعطيان النصف لانه يقين • ولو قال الذي في يديه المال مات المفقود قبل ابيه وجحد ذلك ولد المفقود • فان الذي في يديه المال يجبر على دفع الثلثين الى بنتي الميت لانهما يدعيان الثلثين وذو اليد صدقهما باقراره بموت المفقود ويوقف الثلث على يديه حتى يظهر حال المفقود • لان ذا اليد مقر لولد الابن بالثلث وهم لا يدعون ذلك لانهم قالوا ولو كان الذي في يديه المال جحد وانكر ان يكون المال لهذا الميت فاقامت ابنتا الميت ان اباهم مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فانه يقبل بينتهما ويدفع اليهما النصف • اما قبول البينة فلان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما لهم وعليهم • واما دفع النصف فلانه يقين وما زاد عليه الى الثلثين فيه شك فلا يثبت • ثم ينزع النصف الاخر من يد ذي اليد ويوقف على يد عدل لانه لما جحد ظهرت خيانته فلا يترك مال الغير في يد الخائن • بخلاف ما اذا كان ذو اليد مقرا حيث يترك في يده الى ان يظهر حال المفقود لانه لم يظهر خيانته • قال ولو ادعى ولد المفقود ان المفقود قد مات بعد شهادة الشهود لم ادفع اليهم شيا حتى تقوم البينة على موته بعطى هو النصف لان النصف صار لابيهما عن الجد ثم انتقل اليهما بالميراث • قال ولو انفق عليهم من ذلك المال شيئا ولو كانوا محتاجين وذلك بعد نصيب البنتين لان النصف الذي اوقفناه ليس للمسلم ولا لابيهم بل هو باق على حكم ملك الجد فلهذا

يمت

ت فلا يمكنا ايجاب النفقة عليه • هذا حاصل ما قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه • والباقي يعلم مما ان شاء الله تعالى قوله وارث لا يحجب به • اي لا يحجب الوارث بالمفقود • والجملة صفة نكرة • واراد بالحجب حجب الحرمان بدلالة قوله ولكنه ينتقص حقه به قوله معه • اي مع المفقود قوله ولا تصادق مواهم اذ تصادق الورثة والاجنبي قوله ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة • اي لا ينزع النصف الاخر من يده الا اذا ظهرت خيانته كما اذا جحد كون المال للميت من وهذا احتراز عما روي انه يوقف من بيانه انفا قوله ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى • اي نظير المفقود الحمل • يعني كما انه يوقف للمفقود يوقف الحمل لكن يوقف له نصيب ابن واحد على ما عليه الفتوى • وهذا احتراز عما روي انه يوقف نصيب اكثر من واحد • بيانه انه يوقف للحمل نصيب اربعة بنين ان كان نصيبهم اكثر من نصيب البنات كما اذا ترك امراة حاملا وعا ههنا نصيب اربعة بنين لانه اكثر ويعطى لبقية الورثة اقل الانصبا ويوقف للحمل نصيب اربع بنات ان كان نصيبهن اكثر من نصيب البنين كما اذا ترك امراة حاملا وابوين فالمسئلة من اربعة وعشرين والباقي من فروض اصحاب الفروض ثلاثة عشر في البنين • فلو فرض الحمل اربع بنات كان لهن ستة عشر من سبعة وعشرين فيقدر اربع بنات • وروي ليث بن سعد عن محمد رحمهما الله انه يوقف نصيب ثلاثة بنين • وفي رواية هشام عنه نصيب ابنين وهي احدى الروايتين عن ابي يوسف • وروى الخصاف عن ابي يوسف انه يوقف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى اليوم لاصحاب ابي حنيفة • كذا ذكر الامام سراج الدين في فرايضه • وقال في المختلف فان مات وترك ابنين وام ولد حاملا • وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة انه يوقف نصيب اربعة بنين ويوقف ثلثا ماله وبه اخذ ابن المبارك والنخعي ومالك وشريك • وقال ابو يوسف يوقف نصيب ابن واحد وهو ثلث المال • وقال محمد يوقف نصيب ابنين وهو نصف المال • له ان ولادة ولدين ثالث كولادة الواحد • ولابي يوسف ان الاغلب ولادة الواحد • ولابي حنيفة ان ولادة الاربع في بطن واحد قد يكون • قال شريك رايت بالكوفة لابي اسمعيل اربعة بنين في بطن واحد فيجب اعتباره احتياطا الى هنا لفظ المختلف • وقال الشيخ ابو الفضل الكرماني في فرايضه قال ابن ابي ليلى رايت اعجب من هذا المتولجي رايت من بني ابي اسمعيل اربعة ولدوا في بطن واحد محمدا وعمر وعليا واسمعيل قوله ولو كان معه وارث اخر الى اخره • اي لو كان مع الحمل وارث اخر فلا يخلو اما ان كان الوارث لا يسقط بالحمل ولا يتغير به كالابن والجد مثلا او يسقط به كابن الابن والاخ والعم او لا يسقط به لكن يتغير به كالام والزوجة • ففي الاول يعطى الوارث كل نصيبه • وفي الثاني لا يعطى وفي الثالث يعطى الاقل لكونه يقينا كما في المفقود فانه اذا مات وترك ابنا مفقودا وجدة معه او اخا او اما فللجدة السدس والباقي موقوف • لان الجدة لا تسقط ولا يتغير نصيبها ولا يعطى الاخ شيا لانه يسقط بالابن • ويعطى الام السدس لكونه يقينا لانه اقل من الثلث • لان المفقود ان كان ميتا استحقت الثلث فتعطى السدس والباقي يوقف الى ان يظهر حال المفقود قوله وقد شرحناه في كفاية المنتهى بانم من هذا • اي شرحنا حكم مسئلة المفقود في الشرح الموسوم بكفاية المنتهى بيانا اتم من هذا البيان ونحن قد استوفينا بيان ذلك قبل هذا نقلا من مبسوط شيخ الاسلام والله اعلم

كتاب الشركة

مناسبة الشركة بالمفقود من حيث ان المال في يد الشريك امانة كما ان نصيب المفقود امانة في يد من كان المال في يده ايضا ونصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين في الشركة ثم ذكرت عقيب المفقود للتناسب لكن لما كان للمفقود مناسبة خاصة بالاتباق من حيث ان المال على عرضة التوى فيهما قدم المفقود على الشركة • ثم اعلم ان الشركة عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يفرق احد النصيبين من الاخر • ومنه الشركة بالتحريك وهو حبالة الصائد سميت به لاختلاط بعض الحبل بالبعض • ثم تطلق اسم الشركة على عقد الشركة وان لم يوجد اختلاط النصيبين • لان العقد سبب له والشرك والشركة • قال ابن دريد الشركة مصدر شرك الرجل شركة شركا في المال • وشارك فلان فلانا شركة عنان او شركة مفاوضة فالعنان في بعض المال • والمفاوضة في جميعه • قال الشاعر ابن زمان كعب بن ضاهر مساكين شرك عنان وهو اسوار • وشريك الرجل مشاركه سوا كذا في الجمهرة • ثم ركن شركة الملك اجتماع النصيبين وحكمها ان يكون المال مشتركا بينهما وكل واحد من نصيب الاخر كالاجنبي لا يجوز تصرفه الا باذنه ثم ركن شركة العقود الايجاب والقبول بان يقول احدهما لصاحبه شاركتك في كذا وكذا • او يقول لصاحبه بلى وحكمها الشركة في الربح • ثم شركة الاملاك نوعان جبري واختياري • فالاول في العين بان ورثا رجلان • والثاني في العين يشتريا او يوهب لهما او يوصى لهما فقبلا قوله الشركة جائزة لانه عليه السلام بعث والناس يتعاملونها فقررهم عليه • يعني لما كان الناس يعقدون عقد الشركة والنبي عليه الصلاة والسلام لم ينكرهم دل ذلك على جوازها • فلو لم تكن جائزة لانكرها لانه مبعوث لبيان الحق • قال اصحابنا في كتبهم روي ان اسامة بن شريك جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اتعرفني

فقال وكيف لا اعرفك وكنت شريكي نعم الشريك لا تداري ولا تماري • وحدث صاحب السنن باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله عز وجل يقول انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خانه خرجت من بينهم ذكره في السنن في كتاب البيوع **قوله** قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه • وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي • اي قال القدوري في مختصره • وذلك لان التصرف في ملك الغير لا يجوز الا باذن او ولاية شرعية ولم يوجد ذلك في حق كل واحد من الشريكين فلم يجز تصرف احدهما في حق الآخر • قال صاحب الهداية وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب • اي شركة الاملاك لا تنحصر في المذكور في مختصر القدوري • والمذكور فيه شيئان الارث والشرا بل تتحقق في غيره كما اذا اتهب الرجلان عينا • اي قبلا عينا وهبت لهما • وكذا اذا ملكاها بالاستيلا مثل ما اذا استوليا على عين واحدة من اعيان مال اهل الحرب • وكما اذا اختلط مالهما من غير صنع منهما كما اذا انشق الكيسان فاختلط ما فيهما من الدراهم • وكما اذا اختلطا ماليهما خلطا لا يمكن التمييز اصلا كخلطة الحنطة بالحنطة او يمكن التمييز لكن بحرج كخلط الحنطة بالشعير • ثم الشركة الثابتة بالاختلاط او الخلط تخالف الشركة الثابتة بالارث او الشرا او بالهبة او بالاستيلا • فان الشركة متى تثبت بالاختلاط او بالخلط يجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه ولا يجوز من الاجنبي الا باذن الشريك والشركة متى تثبت بالارث وما يجري مجراه يجوز بيع احدهما نصيبه من الشريك ومن الاجنبي بغير اذن شريكه • لان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي يثبت به زوال الملك عن المخلوط الى الخالط واذا حصل بغير تعدي كان سبب الزوال موجودا من وجه لوجود الخلط غير موجود من وجه لانعدام صفة التعدي عن الخلط فكان الزوال موجودا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد منهما زائلا الى الشريك في حق البيع من الاجنبي كانه يبيع ملك الشريك من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كانه يبيع ملك نفسه عملا بشبهة الزوال وشبهة القيام • فاما الشركة الثابتة بالارث وما يجري مجراه لم يوجد فيها ثبوت الملك لكل واحد منهما سبب الزوال بوجه ما فكان ملك كل واحد منهما قائما في نصيبه من كل وجه فيجوز لكل واحد منهما بيع نصيبه كيف ما كان كذا ذكر الامام الولوالجي في فتاواه • والى هذا الفرق اشار صاحب الهداية بقوله وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى **قوله** لتعذر التمييز راسا او الا بحرج • اي يمنع ذلك الخلط التمييز اصلا او لا يمكن التمييز من المخلوطين او لا يمكن التمييز بينهما الا بحرج • يعني يمكن بحرج **قوله** في جميع الصور اي في جميع صور شركة الاملاك غير صورة الخلط والاختلاط وقد ذكرناها جميعا انفا **قوله** والضرب الثاني شركة العقود • هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وهي على اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنايع وشركة الوجوه • اي الضرب الثاني من ضربي الشركة **قوله** وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة سواء كان عنانا او مفاوضة • لان عقد الشركة يتضمن الوكالة لان المقصود من الشركة تحصيل الربح بالتجارة والتصرف في مال الغير لا يجوز الا بولاية او وكالة من طريق النطق او الحكم ولم توجد الولاية والنطق بالتوكيل فتعين الثالث لتحقق الحكم المطلوب من الشركة وهو الربح • وهذا معنى قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه • اي حكم عقد الشركة المطلوب من عقد الشركة **قوله** عقد الشركة منصوب على المصدر • واحترز بقوله قابلا للوكالة عن الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد لانها ليست بقابلة للوكالة فلا يجوز عقد الشركة فيها • وسيجي بيانه في فصل الشركة الفاسدة ان شا الله تعالى **قوله** ثم هي على اربعة اوجه • اي شركة العقود على اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنايع وشركة الوجوه • وهذا التقسيم فيه نظر لانه يوهم ان شركة الصنايع وشركة الوجوه تغايران المفاوضة والعنان • والاولى في التقسيم ما ذكر الشيخان ابو جعفر الطحاوي وابو الحسن الكرخي في مختصريهما بقولهما الشركة على ثلاثة اوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه • وكل واحد منها على وجهين مفاوضة وعنان وسيجي بيان المفاوضة والعنان في شركة الاعمال وشركة الوجوه فاذا وصلنا اليه بيناهما بين الوجهين هم **قوله** فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما • هذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لان المفاوضة هي المساواة والمشاركة والفوضى الشركة والناس فوضى في هذا الامر • اي سوا لا تباين بينهم كذا ذكر صاحب الفائق • الا ترى الى قول الشاعر وهو الافوه الاودي •

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم • ولا سراة اذا جهالهم سادوا

فلما كانت معنى المفاوضة المساواة اعتبر التساوي في المال الذي يصح فيه الشركة • اما اذا تفاضلا فيما لا يصح فيه الشركة كالعروض والعقار والديون فلا يفسد ذلك المفاوضة لانها لا تنعقد عليها الشركة فلا يضرها التفاضل بها كالتفاضل في الاولاد والزوجات • ويجب ان لا ينفرد احدهما بنوع من انواع التجارة لان المفاوضة تنعقد عامة في التجارات • ولان انفراد احدهما بنوع يزيل التساوي وهو شرط في المفاوضة • قال الشيخ ابو

الحسن

الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره شرط صحتها ان تكون في جميع التجارات ولا يختص احدهما بتجارة دون شريكه وان يكون ما يلزم احدهما من حقوق ما يتجران فيه لازما للآخر • وما يجب لكل واحد منهما يجب للآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل • وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه ويتساويان مع ذلك في رؤوس الاموال في قدرها وقيمتها • فان تفاوتا في شي من ذلك لم يكن مفاوضة وكانت عنانا • ويتساويان ايضا في الربح لا يفضل احدهما الآخر ولا يكون لاحدهما مال خاص في يده او بيد مودع له مما يثبت له ان الشركة تجوز به من الدراهم والدنانير والفلوس ايضا في قول ابي يوسف ومحمد • فان كان في يد احدهما شي من ذلك لنفسه مما يدخل في الشركة فسدت المفاوضة • وكذلك ان صار في يده شي من ذلك بعد المفاوضة فان المفاوضة تفسد وتصير شركة عنان الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وقال في الشامل في قسم المبسوط دراهم احدهما بيض ودراهم الآخر سود جازت المفاوضة الا ان يكون لاحدهما فضل على الآخر في الصرف فلا يجوز شركة المفاوضة لما عرف لاحدهما الف درهم وللآخر مائة دينار جازت ان استوت القيمة وان اختلفت تنعقد الشركة عنانا **قوله** قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا • اي لا تصلح امور الناس حال كونهم متساوين لا اشراف لهم يامرونهم وينهونهم • والسراة جمع سري • وبعد هذا البيت • اذا تولى سراة الناس امرهم نمى على ذاك امر القوم وازدادوا **قوله** فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء لتحققه اذ هي من المساواة فيها • اي لما كانت المفاوضة عبارة عن المساواة لم يكن بد من تحقيق المساواة فيما بينهما ابتداء وانتهاء • لان المفاوضة من العقود الجائزة • بدليل صحة امتناع كل واحد منهما عما يعقد العقد فكان لدوامها حكم الابتداء • فالتساوي في الابتداء شرط فكذا في الانتهاء • ولهذا لو كان المال لا ن سوا يوم الشركة وفضل احدهما قبل ان يشتريا شيئا فسدت لان المقصود من الشركة التجارة بالشرا فلا يتاكد قبل الشرا فما يمنع ابتداؤها كالمقارنة يبطلها بالطريان ويصير عنانا لانه ينعقد به العنان وان كان ذلك بعد الشرا بالمالين لا يفسد لان الشركة انتقلت عن الثمن الى المشتري فتغير سعر راس المال بعد خروجه عن الشركة لا يبطل شركتهما • ولو اشتريا جميعا بمال احدهما ثم فضل الآخر يفسد المفاوضة قياسا لان المشتري صار بينهما ورأس مال الآخر بقي على ملكه فحصل التفاضل • وفي الاستحسان لا يبطل لان الشرا بالمالين فلا يتحقق • فلو فسد فهذا الحجج هكذا ذكر في الشامل في قسم المبسوط **قوله** وذلك في المال اي تحقق المساواة في المال وكذا في التصرف • وكذا في الدين • حتى لو اختص احدهما بما لا تصح الشركة او تصرف او بدين فات التساوي وفسدت المفاوضة وكانت عنانا • لان كل موضع ينعدم فيه شرط المفاوضة وهو ليس بشرط في العنان كانت عنانا لانه اي العنان بمعنى الطان بعبارة المفاوضة **قوله** والمراد به ما تصح الشركة فيه • اي المراد بالمال الذي اشترط المساواة فيه هو المال الذي تصح الشركة فيه كالدراهم والدنانير والفلوس ايضا على قولهما فلا تصح فيه الشركة كالعروض والعقار فالتفاضل فيه لا يبطل المفاوضة **قوله** وكذا في التصرف عطف على قوله وذلك في المال • وكذلك قوله كذا في الدين عطف ايضا على قوله وذلك في المال **قوله** لما بين اشارة الى قوله لا بين المسلم والكافر **قوله** وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا • وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي ومالك رضي الله عنه لا اعرف ما المفاوضة ذكرها شريك الملة القدوري • وقال في المختلف قال الشافعي رحمه الله لا ادري ما المفاوضة • وجه القياس ان المفاوضة تضمنت شيئين وكل واحد منهما عند الانفراد لا يجوز بالطريق الاولى ان لا يجوز عند انضمامهما • بيانه انها تضمنت الوكالة والكفالة والوكالة بمجهول الجنس لا تجوز الا يرى انه لو قال وكلتك بالشرا او بشرا الثوب لا تصح الوكالة والكفالة لمجهول لا تجوز ايضا • بخلاف الكفالة بمجهول لمعلوم فانها جائزة كما في قوله ما ذاب لك على فلان فعلي • وهاهنا فيما نحن فيه الوكالة لمجهول الجنس • والكفالة لمجهول فينبغي ان لا تجوز • ولان المفاوضة شرطها المساواة عندكم واعتبارها لا يمكن • لان احدهما يكون له فضل على الآخر في متاع الاهل والثياب او نحو ذلك • فاذا لم يكن اعتبارها لم يمكن تصحيح المفاوضة • ووجه الاستحسان ما روي اصحابنا في عامة كتبهم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال فاوضوا فانه اعظم للبركة • وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي • وقد روي جواز شركة المفاوضة عن الشعبي وابن سيرين وغيرهما • ولان المسلمين تعاملوا هذه الشركة من غير نكير فكان دليلا على جوازها • ولان كل واحد من الوكالة والكفالة جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والجهالة التي ذكرها حصلت في ضمن صحة العقد فتحملت كما في المضاربة • لان هو المضارب وقت تصرفه • وقبل عن رب المال لكن بمجهول الجنس فتحملت الجهالة لثبوتها في ضمن عقد المفاوضة لا قصدا فكذا فيما نحن فيه فكم من شي يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كما في اعداد الكفالة لا يسمى قصدا وبثبت في ضمن المبايعة • ولا نسلم ان اعتبار المساواة لا يمكن لانا نشترط المساواة في مال التجارة لا غير وهو ممكن فيه هو **قوله** ولا ينعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد شرايطها عن علم العوام • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره والشرط في عقد الشركة انهما تفاوضا باللفظ بذكر ان ذلك لفظا عند عقدهما الشركة • فان تركا ذلك كانت عنانا • روى ذلك الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رضي الله عنه ولم يحك عن احد من اصحابنا خلافا وهو عندي قوله

ابي يوسف ومحمد الي هنا لفظ الكرخي رحمه الله • قال البيهقي في كفايته ان كان العاقد يعلم احكامها المعنى
وان لم يتلفظ به فيجوز لان العبرة بالمعنى **قوله** حتى لو بينا بلفظ الشركة • اي لو بين المتفاوضان
جميع ما تقتضيه المفاوضة يجوز وان لم يذكر لفظ المفاوضة • لان المقصود هو المعنى • الا ترى ان الكفالة
بشرط براءة الاصيل حوالة • والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة **قوله** فلا يجوز بين الحر البالغين
المسلمين • اي قال القدوري في مختصره وصاحب الهداية لم يذكر في روايته العاقلين بعد المسلمين والشيخ
ابو نصر ذكره فلا بد من ذلك • وذكر هذا بعينه وحكم لما تقدم من قوله فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك
الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما • يعني لما كان التساوي شرطا في المفاوضة جازت بين
الحرين المذكورين لوجود التساوي • وان كان احدهما ذميا والاخر مجوسيا جازت ايضا لتحقق التساوي
وهو المراد بقوله لما قلنا • وذلك لان الكفر كله ملة واحدة ولا يجوز المفاوضة اذا كان احدهما حرا والاخر
مملوكا • او كان احدهما صبيا والاخر بالغا لعدم المساواة • لان الحر البالغ يتصرف بولاية نفسه وهو اهل
الكفالة • بخلاف الصبي والعبد فان صحة تصرفهما وكفالتهما موقوفة على اذن الولي والمولى **قوله**
ولا بين المسلم والكافر • وهذه مسئلة القدوري ايضا ذكرها تفريعا لما تقدم • اي لا يجوز المفاوضة
بينهما لعدم التساوي • وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله • وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز ذلك
لتساويهما في التصرف • لان كل ما يملكه الذمي من شرى الخمر والخنزير يملكه المسلم ايضا بالتوكيل • وجوابه
ان الذمي يملكه بنفسه وبتوكيله • والمسلم لا يملكه بنفسه فانعدم التساوي فصار كالحر مع العبد • وقدم
نص الحاكم الشهيد على الاختلاف • هكذا في مختصر الكافي **قوله** ولا بزيادة تصرف يملكه احدهما
كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فانها جائزة • يعني انهما يتساويان في اصل التصرف كما ان احدهما
يملك التصرف اصالة ونيابة فكذلك الاخر لكن احدهما اختص بزيادة تصرف كالشفعوي يتصرف في متروك
التسمية عمدا لانه يستحله حلالا • بخلاف الحنفي • وكذلك النصراني مع المجوسي **قوله** الا انه يكره
استثناء من قوله • قال ابو يوسف يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة • وجه الكراهة ان الذمي
لا يهتدي الى العقود الجائزة او لا يحترز عن الربوا فلا يؤمن ان يوكل شريكه حراما **قوله** ولا يجوز
بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين • ذكره تفريعا لمسئلة القدوري • قال الحاكم في الكافي ولا
يجوز بين الحر والعبد ولا بين العبدين ولا بين المكاتب بعضهم والحر ولا بين المكاتبين ولا بين الصبيين وان اذن
اذن لهما ابوهما لانه لا يجوز ضمانها الي هنا لفظ الحاكم رحمه الله • يعني ان العبد والمكاتب والصبي كل واحد منهم
لا تصح كفالته • والمفاوضة تتضمن الكفالة فلا تصح مفاوضته **قوله** وفي كل موضع لم تصح المفاوضة
لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا • ذكر هذا الكل ليعلم ان كل موضع لا تصح المفاوضة فيه لفقد
شرطها وهو التساوي وليس ذلك بشرط في العنان كان عنانا • لانه اي معنى العنان بعبارة المفاوضة
لان العنان قد يكون عاما في انواع التجارة • وقد يكون خاصا في نوع منها • والمفاوضة عامة منها
نظيره ما ذكر في الشامل في قسم المبسوط وان تفاوض عبدان او مسلم وذمي كانت شركة عنان • قال
الولوالجي في فتاواه واذا فقد شرط من شروط المفاوضة • وذلك ليس بشرط في العنان كانت شركة
عنان لانه امكن اعتبار العنان بلفظ هو اعم كما يكن اثبات الخصوصية بلفظ العموم **قوله** قال
وينعقد على الوكالة والكفالة • اي قال القدوري في مختصره وتنعقد المفاوضة على الوكالة والكفالة يعني
ان كل واحد من الشريكين يكون فيما باشر وكيلا عن الاخر وكفيلا عنه • اما ثبوت الوكالة في المفاوضة فلتيسر
امر خاص فيها لان الوكالة امر عام في شركة العقود يثبت فيها سواء كانت عنانا او مفاوضة ليتحقق المقصود من الشركة
وهو تحصيل الربح • وهذا لان الربح لا يكون الا بالتصرف • ثم التصرف في مال الغير لا يخلو اما ان يكون
بولاية او وكالة ولم توجد الولاية فتثبت الوكالة • ثم الوكالة لا تخلو اما ان تثبت مطلقا او حكما لتحقق
المقصود من الشركة ولم يوجد النطق فتعين الثاني فيكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في النصف • واما
ثبوت الكفالة لتحقق معنى المفاوضة وهو المساواة في امر هو من مواجب التجارة • وذلك الامر هو توجه المطالبة
مع ما فيكون كل منهما كفيلا عن الاخر فيما وجب عليه بسبب التجارة • والمراد بالكفالة الثابتة في ضمن المفاوضة
ان يطالب كل واحد منهما بما يباشره الاخر في التجارة خاصة • اما اذا كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم الاخر عند
ابي حنيفة خلافا لصاحبيه وسنبين ذلك بعد هذا ان شاء الله تعالى • وجملة البيان هنا ما قال في شرح الطحاوي
ان كل واحد منهما يكون كفيلا عن صاحبه فيما هو من ضمان التجارة او من ضمان يشبه ضمان التجارة وصاحب الدين
بالخيار ان شاء اخذ بدينه الذي لزمه • وان شاء اخذ شريكه المفاوض بحق الكفالة • اما ضمان التجارة فهو ثمن
المشتري في البيع الجائز او قيمته في البيع الفاسد او اجرة او استيجاره • واما الضمان الذي يشبه ضمان التجارة
فهو ضمان غصب او ضمان وديعة اذا جحدها واستهلكها • لان تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له بملك الاصل

بغير اذن التجارة • ولو كفل احدهما ضمانا ليس من ضمان التجارة فلا يؤخذ به صاحبه كارش الجنايات والمهر
والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص **قوله** على ما بينا اشارة الى قوله قبل صفحة ليكون ما يستفاد
بالتصرف مشتركا بينهما **قوله** وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم • اي قال
القدوري في مختصره • وقال صاحب الهداية وكذا كسوته وكذا الادام • يعني يكون هذه الاشياء لاحد المتفاوضين
الذي اشتراه خاصة لا على الشركة لكن يطالب كل واحد منهما بالثمن • الا ترى الى ما قال الكرخي في مختصره واذا اشترى
احدهما طعاما لاهله او كسوة او ما لا بد لهم منه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه • وللبائع ان يطالب
ايهما شاء • وكذلك اذا اشترى احدهما جارية ليطاها باذن شريكه وليس له ان يشتري جارية للوطء اذا
لم ياذن له شريكه • وكذلك اذا اشترى جارية للخدمة الى هنا لفظ الكرخي • والقياس ان يقع المشترى مشتركا
بينهما لان قضية عقد المفاوضة المساواة فيما يصح فيه الاشتراك • والاشياء المذكورة مما يصح فيه الاشتراك كسائر
الاعيان • الا انهم استحسنوا وقالوا لا تقع هذه الاشياء مشتركة لان الضرورة داعية الى شراء القوت والكسوة
وما لا بد منه فكانت مستثناة بالضرورة عن المفاوضة فكانت خاصة بالمشتري لكن البائع يطالب بالثمن ايهما شاء
لان كل واحد من شريكي المفاوضة كفيل عن الاخر فيما يصح فيه الاشتراك وهذه الاشياء يصح فيها الاشتراك وان
اختص بها المشتري للضرورة ثم يرجع الشريك بما قضى على صاحبه المشتري لانه قضى دينه من ماله • وليس لواحد
منهما ان يشتري جارية للوطء او للخدمة الا باذن الشريك لانعدام الضرورة • فان اشترى بالاذن فهي له خاصة
والبائع يطالب بالثمن ايهما شاء • ولا يضمن المشتري نصف الثمن للاخر ان ادى من مال الشركة عند ابي حنيفة • وقالا يرجع
صاحبه عليه بنصف الثمن لانه قضى دينه من مال المفاوضة فصار كثمن الطعام والكسوة • ولابي حنيفة ان شراء الجارية
وقع على الشركة في الاصل لعدم الضرورة فيها الا ان الشريك ملك نصيبه للمشتري بالاذن ووهبه له فلا رجوع كذا في
المختلف • قال البيهقي في كفايته كانه قال اشتر الجارية بيننا وقد ملكتك نصيبي فيكون هبة • وقال في مختصر
الكرخي • وان اشترى احدهما جارية للوطء باذن شريكه فاستولدها ثم استحقت فعلى الواطئ العقر اخذ المستحق بالعقر
ايهما شاء لان هذا دين من البيع والشراء وليس هذا كالمهر في النكاح • وذلك لانه لولا الشراء لوجب الحد والعقر وانما وجب
العقر لاجل الشراء فكان الاخر كفيلا عنه كذا في الشامل **قوله** لان مقتضى العقد المساواة دليل قوله يكون على الشركة **قوله**
فان الحاجة الراتبة • اي الدائمة من قولهم رتب الشيء اذا استقر ودام وامر ترتب دائم ثابت **قوله** ولا يمكن
ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله • اي لا يمكن ايجاب شراء احد المتفاوضين على صاحبه ولا يمكن صرف الثمن من مال
صاحبه **قوله** ولا بد من الشراء • اي من شراء الطعام الاهل وكسوتهم **قوله** فيختص به ضرورة • اي يختص المشتري
بالطعام والكسوة ضرورة انه لا بد من شراء ذلك **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان مقتضى العقد المساواة **قوله**
وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء • يعني يطالب البائع بثمن الطعام والكسوة والادام • اي المتفاوضين شاء فان شاء طالب
المشتري بالاصل وان شاء طالب صاحبه وهو كفيل عنه ثم يرجع بحصته على المشتري بما ادى من مال الشريك لانه قضى دينه
وان كان ثمن الشراء للمشتري خاصة **قوله** قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالاخر ضامن له اعلم
ان المراد لو لزم احد المتفاوضين بدلا عما يصح فيه الشركة فالاخر ضامن له كثمن المشتري في البيع الجائز وقيمته في البيع الفاسد
والاجرة المستاجر وهو معنى قوله مما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستيجار • واذا كان الدين بدلا عما لا يصح فيه الشركة فهو
فالاخر ليس بضامن له كارش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص لانها لم تدخل تحت المفاوضة لانها ليست بتجارة
وهذا معنى قوله ومن القسم الاخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة وقد استوفينا بيان هذا عند قوله
قال وينعقد على الوكالة والكفالة • ولنا في عبارة صاحب الهداية نظر لان حق الكلام ان يقول لما يصح فيه الاشتراك ثمن المشترى
واجرة ما استاجر لانه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لان الشراء نفسه ولا الاستيجار وكذلك حق الكلام ان يقول
ومن القسم الاخر ارش الجناية والمهر والنفقة الى اخر ما قلنا لانها هي الديون الواقعة بدلا عما لا يصح فيه الاشتراك لا الجناية والنكاح والصلح
انفسها الى اخر ما قال فيعلم بادنى تفكر ان شاء الله تعالى • اما ضمان الغصب والاستهلاك والاقرار فانه لم يلزم الشريك ايضا
فيه • قال الكرخي في مختصره روى الحسن بن ابي مالك وعلي بن الجعد عن ابي يوسف ان الغصب والاستهلاك لا يلزم الاخر
فاعله دون شريكه وكذا الاقرار بذلك • وقول ابي يوسف في رواية محمد في الاصول مثل قول ابي حنيفة في الغصب الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
ووجه الظاهر ان ضمان الغصب يشبه ضمان التجارة وقد مر بيانه قبل هذا • ووجه ما روي عن ابي يوسف انه ضمان يتعلق بالفعل فلا يلزم
الشريك كضمان الجناية **قوله** ومن القسم الاخر اي مما لا يصح فيه الاشتراك **قوله** الجناية اراد بها الجناية على بني ادم لان ضمان الغصب
يلزم الشريك وهو الظاهر وقد مر انفا • قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رضي الله عنه • وقالا لا يلزم
وهي من مسائل الجامع الصغير ذكرها في كتاب الكفالة • قال الفقيه ابو الليث رحمه الله وهذا اذا كفل باذن المكفول عنه وان كفل بغير
اذن المكفول عنه ينبغي ان لا يجب على صاحبه بالاجماع • وجه قولهما ان هذا دين لزم احدهما لا على وجه التجارة فلا يلزم الاخر كارش الجناية
والمهر وهذا لان الكفالة تبرع بدليل انها لا يلزم من ليس من اهل التبرع كالصبي والعبد المأذون • ولهذا لو وقعت في مرض الموت يعتبر من الثلث
والتبرع احدهما على صاحبه لا يجوز الا ترى انه لو اعتق احدهما عبدا من شركتهما او وهب او تصدق انما يجوز ذلك في حصته خاصة لا في حصة

شريكه كذا في شرح الطحاوي فلم تلزم الكفالة بالمال على صاحبه كالكفالة بالنفس والاقراض • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان الكفالة
بالمال تبرع ابتداء معاوضة انتهاء • بيان كونه تبرعا ان المريض لو كفل يعتبر من الثلث ولو كفل العبد المأذون لا تجوز كفالته • وبيان
كونها معاوضة انه يجبر على الاداء اذا ادى عن المكفول عنه رجع عليه اذا كانت الكفالة بامره فلما كانت معاوضة في حالة البقاء
كانت في معنى ضمان التجارة • لان لزوم الكفالة على صاحبه بلا في حالة البقاء فلزمت صاحبه ولاجل انها معاوضة في حالة البقاء
صح اقرار المريض مرض الموت فيه بالكفالة بالمال من جميع المال • بخلاف ابتدائها فانه حيث يعتبر من الثلث فصار الكفالة بالمال من الماخوذ
كدين الغصب والرهن وليست هي كالكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وبقاء • والجواب عن قياسهما على الاقراض فنقول انه لا نسلم انه لا يلزم
عند ابي حنيفة رضي الله عنه بل هو يلزم على رواية الحسن لو اقرض احد المتفاوضين جاز عليه وعلى شريكه ولا يضمن لشريكه شيئا وهو مذهب
محمد ايضا • وعند ابي يوسف لا يجوز كذا في الايضاح وكفاية البيهقي • ولئن سلمنا ان الاقراض لا يلزم على صاحبه عند ابي حنيفة
فنقول الفرق بينه وبين الكفالة بالمال ظاهر لان الكفالة في معنى ضمان التجارة لما قلنا فكان معاوضة بخلاف الاقراض فانها
تبرع محض ليس فيه معنى المعاوضة ولهذا كان لمثل القرض حكم العين اذ لو لم يكن كذلك كان بيع النقد بالنسيئة في الاموال
الربوية فعلم ان له حكم العين لا حكم البدل فكان الاقراض اعارة لا معاوضة الا ترى ان الاقراض لا يصح فيه التاجيل لانه لو صح
يلزم الجبر فيما هو تبرع وهو فاسد فلما ظهر الفرق بين الكفالة بالمال وبين الاقراض فسد قياسها عليه **قوله** لانه تبرع ابتداء
لان عقد الكفالة تبرع • ولهذا لا تصح من الصبي ايضاح لكون الكفالة تبرعا **قوله** ولو صدر من المريض يصح من الثلث
وهذا ايضا ايضاح لكون الكفالة تبرعا واما ذكر الفعل اعني قوله صدر بلفظ التذكير على تاويل عقد الكفالة • والمراد من
المريض هو المريض مرض الموت **قوله** فصار كالاقراض اي صار عقد الكفالة • والمراد من المريض هذا المريض مرض الموت
بالمال كالاقراض حيث لا يلزمان الشريك **قوله** لانه يستوجب الضمان بما يؤدي عن المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره هذا
تعليل لكون الكفالة معاوضة بقاء • يعني ان الكفيل يستحق الضمان على المكفول عنه بما يؤدي عن المكفول عنه حيث يرجع الكفيل
عليه بما ادى اذا كانت الكفالة بامر المكفول عنه فكان الكفالة معاوضة بقاء وضمان المفاوضة يجب على صاحب المفاوض
قوله ممن ذكر • اي ذكر ابو يوسف ومحمد وكان القياس ان يقول ذكراه بضمير الاثنين والقياس ان يترك الضمير
المنصوب ويذكر الفعل بصيغة المبني للمفعول فلعله وقع هكذا من قلم الكاتب **قوله** ولهما الاقراض عن ابي حنيفة رضي
الله عنه انه يلزم صاحبه وهو رواية الحسن وقد مرت انفا • هذا جواب بطريق المنع والمراد من ذكر الصبي والعبد
المأذون والمكاتب • وقوله ولو سلم هذا جواب بطريق التسليم • وبيانه ايضا فيما بينا • قال الفقيه ابو الليث
في كتاب العيون روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رضي الله عنه • قال اذا اقرض احد المتفاوضين جاز ذلك هم
عليهما • قال الفقيه هذا خلاف رواية كتاب المبسوط **قوله** ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه في هو
الصحيح • وهذا اشارة الى اختلاف المشايخ فيما ذكر محمد في الجامع الصغير • يعني اذا كفل احد المتفاوضين بمال
عن اجنبي انما يلزم ذلك صاحبه عند ابي حنيفة اذا كانت الكفالة بامر المكفول عنه فاذا كانت بغير امره لم يلزم صاحبه
لانعدام معنى المعاوضة واليه ذهب الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وتبعه صاحب الهداية فقال مطلق
جواب كتاب الجامع الصغير عن قيد الكفالة بامر المكفول عنه على هذا القيد وهو ما اذا كانت الكفالة بامر المكفول عنه وعامة
المشايخ لم يقيدوا في شرح الجامع الصغير بينما اذا كانت بامره او بغير امره للاطلاق جواب كتاب الجامع الصغير **قوله** وضمان
الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رضي الله عنه • اعلم ان ضمان الغصب والاستهلاك يلزم الشريك في
ظاهر الرواية • وعن ابي يوسف انه لا يلزمه • وقد مر بيانه عند قوله وما يلزم كل واحد منهما من الديون هو
بدل لا يصح فيه الاشتراك وضمان الكفالة يلزم الشريك عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لصاحبيه وكان حق الكلام
ان يقول وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف على رواية الاصول لانهما
قوله فان ورث احدهما مالا تصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا
هذا لفظ القدوري في مختصره • اي صارت الشركة عنانا وقوله مالا نكرة موصوفة صفتها الجملة الفعلية بعدها قال
في شرح الطحاوي ولو استفاد احدهما مالا بالميراث او بالهبة او بالوصية • او بالصدقة فانه ينظر ان كان ذلك
مما لا تصح عليه عقد الشركة لم تبطل المفاوضة • وان كان مما تصح عليه عقد الشركة لم تبطل ايضا حتى يصل الى يده
فاذا وصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت شركتهما عنانا في جميع التجارات • لان الاصل ان المفاوضة اذا
فسدت صارت عنانا • وكذلك لو كان راس مال احدهما دراهم وراس مال الاخر دنانير وقيمتهما سواء فازدادت قيمة
او انتقصت قبل الشراء بالدنانير فسدت المفاوضة لان الدنانير باقية على ملك صاحبها فلما ازدادت او انتقصت فقد زال احدهما ولو ازدادت
او انتقصت بعد الشراء فانها لا توجب فساد المفاوضة لان المشتري بالدنانير صار بينهما نصفين فلا تعتبر قيمة الدنانير بعد ذلك وقد مر مثل هذا
عند قوله فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وبقاء **قوله** وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار اي العقار حكم
في الارث حكم العرض لا تفسد به المفاوضة ذكر هذا التركيب في مسئلة القدوري قال الامام الحلبي في فتاواه • وان ورث
عرضا • او ديونا لم تبطل ما لم يقبض الديون • لانه لا يبطل راس المال في الابتداء فلا يبطل العقد حالة
البقاء • وقال في العيون • قال ابن ابي ليلى • اذا ورث احدهما مالا فهو بينهما • وقال اصحابنا هو الذي ورثه

فصل

قوله ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة هذا لفظ القدوري في مختصره
قال صاحب الهداية النافقة وعند مالك بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا وقال في وجيزهم والاولى
انه يجوز في كل مال يعني شركة العنان لان المفاوضة لا تجوز عند الشافعي وقال في شرح الطحاوي وعند ابن ابي ليلى تجوز الشركة م
بالعروض وفي الولوالجي في فتاويه شرط جواز شركة المفاوضة والعنان ان يكون راس مال كل واحد منهما دنانير او دراهم
حاضرا في المجلس او غائبا عن المجلس والمال وقت العقد ليس بشرط صحة الشركة بل الشرط وقت الشراء حتى لو دفع الف درهم الى رجل
وقال اخرج مثلها واشتر وبع فما ربحت فهو بيننا فتصح الشركة لقيام الشركة عند المقصود • وجه قول مالك ان
النقود تنعقد بها الشركة لان راس المال معلوم فكذلك العروض ونحوها مما ليس بنقد لانها معلوم قيمتها بخلاف المضاربة
حيث لا تجوز بالعروض ونحوها لان القياس يأبى جوازها لان فيها ربح ما لم يضمن لان المال ليس بمضمون على المضارب بل هو امانة
فيه فاقتصرت المضاربة على مورد الشرع وهو الدراهم والدنانير • ولنا ان الشركة لو صحت في العروض اذ ان الى
ربح ما لم يضمن وانه لا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك وهذا لانه لو جازت في العروض فباع احدهما عرضه باضعاف
قيمته والاخر بمثل قيمته فاشتركا في الربح ياخذ الذي باع عرضه بمثل قيمته من ربح مال صاحبه فيكون ذلك له ربح ما لم يملك
وما لم يضمن بخلاف النقدين فان ما يشتري كل واحد منهما براس المال لا يتعلق الشراء براس المال بعينه وانما يتعلق عليه دينا في
الذمة فيتحقق شرط طيبة الربح وهو وجوب المال في الذمة • او نقول لان من اشترى بعرض عينه او عين له لا يصير العرض
مضمونا عليه وهو امانة عنده ان سلم تم البيع وان لم يسلم وهلك في يده بطل البيع فما ياكل كل واحد من ربح مال صاحبه يكون
ربح ما لم يضمن وانه حرام واما النقدان فلا يتعينان بل يجب مثله في الذمة وكان ربح ما يضمن وعلل صاحب التحفة بقوله في ح
العروض فانه لو قال لغيره بع عرضك على ان ثمنه بيننا لم يصح ولو قال الرجل اشتر بالف من مالك على ان ما اشتريته بيننا
وما اشتري بالف من مالي على ان ما اشتري بيننا جاز ذلك فكذا اذا شرط وهذا معنى ما قال صاحب الهداية الفلوس النافقة
قوله ويبيع احدهما ماله على ان يكون الاخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما شيئا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره م
جائز • واما فلم يذكر القدوري فيها خلافا في مختصره بل الحقها بالدراهم والدنانير بلا ذكر الخلاف وقال الحاكم الشهيد في
مختصره ولا تجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس ولم يذكر فيها خلافا ايضا وذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره
الاموال التي تصح بها عقد الشركة الدراهم والدنانير في قولهم جميعا ثم قال وقال ابو يوسف ومحمد تصح بالفلوس ايضا وقال
في الشامل في شرح المبسوط تجوز الشركة بالفلوس لانها لا تتعين في العقد • وعن ابي يوسف لا تصح وهو رواية عن ابي حنيفة
لانه يتبع تارة وثمن اخرى فاشبه المكيل والتبر والحلي الى هنا لفظ الشامل وقال الفقيه ابو الليث في كتاب العيون روى الحسن
ابن زياد عن ابي حنيفة ان المضاربة بالفلوس جائزة وروى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال لا تجوز
وقال في كتاب الديات لا تجوز المضاربة بالفلوس في قول ابي يوسف وتجوز في قول محمد الى هنا لفظ كتاب العيون وقال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو كان راس مال احدهما فلوسا لم تجز الشركة عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الفلوس
انما تكون ثمنا باصطلاح الناس وليس بثمن في الاصل وهم لم يتعاملوا ان يجعلوها راس مال الشركة وعند محمد تجوز وهو قول
ابي يوسف الاول لان الفلوس عنده ثمن على كل حال وقال صاحب الهداية قالوا هذا قول محمد اي قال المتاخرون هذا الذي
ذكر القدوري من جواز الشركة بالفلوس النافقة هو قول محمد واستدل عليه بمسئلتين احداهما ان الفلوس لا تتعين بالتعيين والثانية
لا يجوز بيع الفلسين بفلس عند محمد اذا كانا عينين فعلم ان الفلوس عنده كالنقود فتجوز الشركة بها وعندهما تتعين بالتعيين هم
ويجوز بيع الاثنين بواحد فاشبهت العروض لان ثمنيتها باصطلاحهم لا تبقى على واحد بل تتبدل وقتا فوقتا فتكون سلعة بخلاف
النقود • وجه قول محمد ان الثمنية ثبتت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما وتبقى كما كانت واذا بقيت الثمنية لا تتعين
بالتعيين ولا يجوز بيع الاثنين بواحد • لا يقال المراد من قوله ولا تنعقد الشركة شركة المفاوضة بدليل قوله بعد ذلك
ولا تنعقد الا بما بينا ان المفاوضة نص لانه اذا لم يكن المراد من المذكور اولا شركة المفاوضة يلزم التكرار في بيان شركة العنان
والاصل عدم التكرار • لانا نقول لا نسلم انه لتخصيص المفاوضة لانهما جميعا لا تنعقدان الا بالمال المذكور ولو كان مراد
القدوري التخصيص لاكتفى باسناد الفعل الى ضمير المفاوضة ولم يصرح بالشركة حتى يشمل النوعين جميعا لانهما سواء في هذا الحكم
واما ما اعاد قوله ولا تنعقد الا بما بينا ان المفاوضة نص به لان كلامه وقع عند سياق المفاوضة فلم يذكر ذلك الحكم عند
ذكر العنان لئلا يتوهم متوهم ان حكم العنان ليس كذلك فازال الوهم **قوله** باعيانها فيه نظر لان بيع الفلسين بفلس
واحد بعينه لا يجوز بالاتفاق لان احد وصفي الربوا يحرم النسا **قوله** ويروى عن ابي حنيفة مثل قول محمد يعني لا يجوز
بيع الفلسين بفلس واحد وهو قول ابي يوسف اولا وقد ذكرناه انفا عن شرح الطحاوي **قوله** والاول اقيس واظهر
اي قول ابي يوسف مع ابي حنيفة اقيس وهذا لان ابا يوسف جوز بيع الفلسين بفلس واحد اذا كانا عينين كابي حنيفة جعل
الفلوس كالعروض فلما كان مذهبه في مسئلة البيع كمذهب ابي حنيفة كان مذهبه كذلك ايضا في مسئلة الشركة لان العروض لا تصلح
راس مال الشركة والمضاربة **قوله** وعن ابي حنيفة صحة المضاربة بها اي بالفلوس وهي رواية الحسن وقد ذكرناه
انفا عن كتاب العيون والفلوس النافقة اي الرائجة يقال في الجمهرة نفاق ضد الكساد من نفق ينفق فهو نافق **قوله**
قال ولا تجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما اي قال القدوري في مختصره قال صاحب

الهداية هكذا ذكر في الكتاب اي في كتاب مختصر القدوري وقال الحاكم الشهيد في كتاب الشركة من مختصر الكافي والتبر
من الذهب والفضة والحلي المصوغ منهما بمنزلة العروض في ذلك • وقال الطحاوي في مختصره ولا تجوز الشركة بالاموال
التي تتعين للعقد كتبر الذهب والفضة ومصوغهما وغيرها سوى ذلك من العروض والحيوان الذي يتعين لعقود المبادلات
وقال الصدر الشهيد في كتاب المضاربة من الجامع الصغير ولا تكون المضاربة الا بدراهم او دنانير • وكذلك الشركة
لان غير المضروب يتعين بالتعيين فيؤدي الى ربح ما لم يضمن ولا يكون بمثابة ذهب او فضة لانهما سلعة في هذه الرواية و
يتعين بالتعيين فعلى قياس تلك الرواية يصح المضاربة والشركة بهما الى هنا لفظه رحمه الله • ونقل صاحب خلاصة الفتاوى عن
نسخة الامام السرخسي ان الشركة انما تصح بالدراهم والدنانير والتبر لا يصلح راس مال الشركات في ظاهر الرواية وفي رواية
كتاب الصرف • التبر كالنقود ثم قال والمعتبر فيه العرف حتى لو كان في بلد المبايعة بينهم بالتبر فهو كالنقود • وقال
في كفاية البيهقي واما التبر ففيه روايتان ثم قال وقيل هذا رجح على التفاضل وان تعاملوا به فهو كالاثمان تصح الشركة والا
فكالعروض فلا تصح لا قول وجه ما قال في كتاب الصرف ان الذهب والفضة خلقا ثمنين في الاصل فكان التبر والنقرة
كالدراهم والدنانير فلم يتعينا بالتعيين فصحت الشركة والمضاربة بهما ووجه ما قال في الجامع الصغير ان الذهب والفضة
خلقا للتجارة والتصرف لا للتمنية بدليل ان الحلي والاواني المصوغة منهما البست باعمالهم فيام الخلقة وانما التمنية بالصيغة
المخصوصة والضرب المخصوص بحيث لا ينصرف الذهب والفضة عنه وجود الضرب الى شيء آخر ظاهرا وغالبا اما التبر والنقرة
فليسا كذلك لانهما يعملان لانواع الصيغة فلا يتعينان ثمنين فلما لم يصيرا ثمنين صارا كالعروض فلم يصح بهما الشركة والمضاربة
الا اذا جرى التعامل باستعمالهما ثمنين فيصير التعامل كالضرب فيجعلان ثمنين فتصح بهما الشركة حينئذ • والتبر من الذهب
والفضة ما كان غير مضروب والنقرة القطعة المذابة من الذهب او الفضة **قوله** وهذا الماعرف اشارة الى ان
النقرة لا تتعين بالتعيين انها اي الذهب والفضة **قوله** الا ان الاول اصح استثناء من قوله فعلى تلك الرواية تصلح راس
المال فيهما اي على رواية كتاب الصرف من المبسوط تصلح النقرة راس المال في الشركة والمضاربة الا ان الاول وهو رواية
الجامع الصغير اصح وفي انها لا تصلح راس مال الشركة والمضاربة وقد مر بيانه آنفا **قوله** الا ان يجري التعامل
باستعمالها النقرة ثمنا فحينئذ تصلح راس مال الشركة هو **قوله** ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول الكيل والموزون
والعددي المتقارب اي قول القدوري في مختصره • ولا يجوز بما سوى ذلك اي لا يجوز عقد الشركة بما سوى الدراهم
والدنانير والفلوس النافقة يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب لتظهر ثمرة الخلاف بين ابي يوسف ومحمد عند
اشتراط التفاضل في الربح مع استواء المالين اذا خلطا • والاطلاق فيه كبير فائدة لانه لا يجوز عقد الشركة بالعددي متقاربا
كان او غير متقارب الى ترى الى ما قال الكرخي في او كتاب الشركة من مختصره فاما غير ذلك من سائر الاموال مما يكال او
يوزن او يعد او لا يكال ولا يوزن ولا يعد فان عقد الشركة لا تصح فيها وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رضي الله عنهم
الى هنا لفظ الكرخي • اعلم ان المكيل والموزون او العددي لا يجوز عقد الشركة به قبل الخلط باتفاق اصحابنا جميعا وهو معنى
قول صاحب الهداية ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط قال الحاكم الشهيد في الكافي اذا لم يخلطاه فلكل واحد منهما
متاعه له ربحه وعليه وضيعته • وقال في المختلف فان خلطا ثبت بينهما شركة ملك فاذا باعا فالربح والوضيعة بينهما على قدر
مالهما باعتبار الاعيان المشتركة • فلو خلطا ثم اشتركا فعن ابي يوسف انه لا يجوز الشركة يعني شركة العقد فلا يجوز اشتراطهم
فضل الربح وعن محمد انه يجوز الشركة بعد الخلط يعني شركة العقد وقال الكرخي في مختصره وقال ابو يوسف ذلك لا يجوز ولكل
واحد منهما فاشتريا بقدر قيمة متاعه فان كانت القيمة سواء فهو نصفان وان كانت مختلفة فعلى حساب ذلك ولم يبين انه
اعتبار القيمة يوم البيع او يوم الخلط قال في السابل في شرح المبسوط فان باعاه بعد الخلط فالثمن بينهما على قدر قيمة متاع
كل واحد يوم خلطاه مخلوطا • ثم قال والصحيح ان يقوم يوم باعه لان الحق انتقل الى البدل بالبيع فيعتبر قيمته يوم البيع
قيمة المتلف يوم الاتلاف فان كان احدهما زاد في الخلط خيرا يضرب بقيمته يوم يقسم له غير مخلوط • فقال قيل الصواب يوم
البيع بقيمته غير مخلوط قال في الكفاية تعتبر القيمة يوم القسمة فيما له مثل كالمكيل والموزون والمعدود الذي لا يتفاوت
وفيما لا مثل له يوم الشرب لانه لا يجوز ان يثبت مثله في المثال لانه لا مثل له فيعتبر يوم الشرب والمثلي وجب مثله في المثال
ثم وجه قول محمد في جواز شركة العقد بعد الخلط ان المكيل والموزون عرض من وجه ثمن من وجه لان كل منهما يتعين بالتعيين وثمن
من وجه من حيث ان الشراء به دينا في الذمة صحيح فلشبهه العرض لم تجز الشركة قبل الخلط ولشبهه الثمن جازت بعد الخلط عملا بالشبهين
بخلاف العرض فانه ليس له جهة الثمنية فلم تجز الشركة به بعد الخلط ايضا • ووجه قول ابي يوسف ان شرط جواز شركة العقد هو
ان يكون راس المال مما لا يتعين بالتعيين وما نحن فيه يتعين بالتعيين فلا تنعقد الشركة بل تكون شركة ملك كما لا تنعقد قبل الخلط هو
والجامع التعيين قبل الخلط وبعد جميعا **قوله** وعليه وضيعته فقال وضع التاجر وكس في سلعته وضيعة اي خسر
وقال قوم وضع يوضع مثل وجل يوجل ذكره في الجوهرة • **قوله** ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا
لا ينعقد الشركة ذكرها تفريعا لما تقدم من بيان من مسئلة القدوري لانه اثبت اولا ان الشركة لا تنعقد قبل الخلط في المكيل
والموزون والعددي المتقارب بلا خلاف بين اصحابنا ثم اثبت الخلاف بين ابي يوسف ومحمد ان الشركة هل تنعقد بعد الخلط ام لا
وذلك فيما اذا كان المال من جنس واحد • اما اذا كانا جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن فقال لا تنعقد الشركة هو

بالاتفاق

بالاتفاق ومحمد يحتاج الى الفرق لانه يقول بانعقاد الشركة بعد الخلط في جنس واحد ولا يقول بانعقادها اذا عقد عند هو
الشركة بعد الخلط في جنسين وفرق بان المخلوطين من جنس واحد مثلي يدل ان المتلف يضمن المثل بخلاف المخلوطين من جنسين فانهما
من ذوات القيم بدليل ان المتلف يضمن القيمة كالعروض فتمكن الجهالة لانه لا يمكن وصول كل واحد منهما الى عين حصته من راس المال قبل
القسمة فلا تنعقد الشركة للجهالة بخلاف الجنس الواحد فان كل واحد منهما يمكن ان يصل الى عين حصته من راس المال قبل القسمة باعتبار هو
المثل فانعقدت الشركة لارتفاع الجهالة **قوله** فاذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء اراد به ان شركة هو
العقد يعني ان شركة العقد لا تنعقد اذا عقدها بعد الخلط في جنسين اما شركة الملك فتثبت لا محالة لاختلاط المالين برضا صاحبيهما
وبعني بقوله فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء يعني ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق هو
المالك الى الضمان وكذا اذا خلط المودع الحل الردي بزيت نفسه • وقوله بيناه في كتاب القضاء فيه نظر لان صاحب الهداية
لم يذكر حكم الخلط فيه بل ذكره في كتاب الوديعة • وانما ذكر حكم الخلط في كتاب القضاء في شروح الجامع الصغير والله اعلم
بعجمه • فما قال الا اذا قيل انه بينه في كفاية **قوله** فله وجه ان يصح ذلك قال واذا اراد الشركة بالعروض باع
كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة اي قال القدوري في مختصره وهذه حيلة في جواز عقد الشركة بالعروض
وبه صرح في شرح الطحاوي وهذا لانه قال اولا ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة فكان الامر مضيقا على هو
الناس ثم ذكر الحيلة في جواز عقد الشركة بالعروض توسعة على الناس وتيسيرا فقال واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما
نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة ولا شك ان الظاهر من كلام القدوري هو شركة العقد لا شركة الملك لانه قال ثم
عقد الشركة فقال صاحب الهداية وهذه شركة ملك وعلل بقوله لما بينا ان العرض لا يصلح راس مال الشركة وهذا عجب من صاحب
الهداية وبعيد ولو عدل عن مثله نصا وتحقيقا • اما النص فقد ذكر في المبسوط ولو كان لاحدهما عروض وللآخر دراهم فباع
هذا نصف العروض بنصف تلك الدراهم وتقابضا واشتركا شركة عنان او مفاوضة جاز وكذا لو كان لكل واحد منهما عروض فباع
احدهما نصف العروض بنصف عروض صاحبه وتقابضا واشتركا ان شاء مفاوضة وان شاء عنانا • وقد نص الحاكم الشهيد في
مختصر الكافي قبل باب بضاعة المفاوضة على هذا فقال وان باعه نصف العروض بنصف الدراهم وتقابضا ثم اشتركا شركة مفاوضة
او شركة عنان جاز ذلك الى هنا لفظ الكافي رحمه الله وقد الحق المفاوضة والعنان في هذه الشركة وهما من شركة العقود لا من شركة
الملك وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي قال محمد ان اراد الشركة في العروض باع كل واحد منهما نصف عروضه بنصف
عروض الآخر وتقابضا فيصير ذلك كله بينهما ثم يشتركان بعد ذلك فيكون الشركة بينهما جائزة قال ولو اشتركا هكذا مفاوضة جاز ذلك
حكي ذلك ابو الحسن رحمه الله • ثم قال ابو بكر الرازي وانما جازت لانهما متساويان في المال شريكان فيه ولا يحتاج عند القسمة الى هو
اعتبار القيمة لان جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما نصفين الى هنا لفظ ابي بكر رحمه الله • واما التحقيق فنقول انما يمنع العرض راس
مال الشركة قبل البيع لانه يفضي الى ربح ما لم يضمن وقد حققناه في اول هذا الفصل بخلاف ما اذا باع كل واحد ماله بنصف مال الآخر
حيث يجوز عقد الشركة فيه لان كل واحد منهما يكون مضمونا على الآخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فافترقا • وقيل الفرق
ان فساد العقد قبل البيع لجهالة راس المال وقت القسمة لان العروض لا تبقى بعد التصرف فيجب احراز راس المال وقت القسمة باعتبار
القيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن وكان مجهولا وجهالة راس المال وقت القسمة توجب جهالة في الربح وهذا المعنى منعدم ههنا لان هو
وقت القسمة لا يحتاج الى تقويم راس مالهما لتمكنهما من قسمة المشترى لان المشترى يكون مقسوما بينهما على قدر ملكهما في العروض بعرف
قدر ملكهما في العروض المشترى من غير تقويم راس المال اما قبل البيع ربما يصير احدهما اكثر قيمة او اقل قيمة يوم القسمة فتمس الحاجة
الى التقويم يوم القسمة فيؤدي الى ما ذكرنا **قوله** وتأويله انه اذا كانت قيمة متاعهما على السوى اي تأويل ما قال
القدوري من بيع نصف عرض احدهما بنصف عرض الآخر فيما اذا كانا المتاعان سواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر
ما تثبت به الشركة مثل ان يكون قيمة عرض احدهما اربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض
الآخر فيكون الربح الآخر الحاصل من المالين ربح مال مضمون على كل واحد منهما فيطيب **قوله** واما شركة العنان فتنعقد على
الوكالة دون الكفالة اي قال القدوري في مختصره وهذا عطف على قوله فاما شركة المفاوضة في اوائل كتاب الشركة وانما
انعقدت على الوكالة تحقيقا للمقصود من الشركة وهو تحصيل الربح بالتصرف وذلك لا يكون في مال الغير الا بوكالة فتثبت الوكالة هو
وقد مر بيان هذا مرتين مرة عند قوله والضرب الثاني شركة العقود واخرى عند قوله وتنعقد على الوكالة والكفالة فتنظر
التحقيق ثم ومعنى هذا ان كل واحد من الشريكين يكون وكيلا عن صاحبه ويبيع بالنقد والنسيئة ويشتري اذا كان في يده مال
ناض من الشركة وكذا اذا كان عنده وكيلا او مودعا وان ما يشتري به لا شتاجار ولكل واحد ان يبضع وان يدفع مضاربة لان هو
المقصود تثمير المال وهذا طريق صالح وعن ابي حنيفة انه لا يدفع مضاربة لانه يؤدي الى اشتراك الغير في الربح والآخر لم يرض
به ولاحدهما ان يوكل بالبيع والشراء لانه من جملة التجارة كذا ذكره الولوالجي في فتاويه وانما لم تنعقد شركة العنان على الكفالة هو
لان لفظ العنان لا يدل على ذلك وانما ثبتت الكفالة في المفاوضة تحقيقا لمعنى المساواة التي دل عليها المفاوضة اما العنان فانه
مأخوذ من عن له اذا عرض سمي به لانه يعني عرض في هذا العقد لا على العموم على الوكالة والكفالة وقيل انه مأخوذ من عنان الدابة
لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالاخرى فكذلك الشريك ههنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي ثم عقد شركة هو
العنان قد يكون عاما وقد يكون خاصا اما العام فهو ان يشتركا في جميع انواع التجارات واما الخاص فهو ان يشتركا في شيء خاص

كالعبيد او الثياب او الحنطة وغيرها ۝ وهذا معنى قوله وهو ان يشتركا في نوع بز او طعام او يشتركان في عموم التجارات
وقوله او يشتركان عطف على سبيل القطع تقديره او هما يشتركان **قوله** كما بينا اشارة الى قوله في اول كتاب الشركة و
شرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب
منه **قوله** ويصح التفاضل في المال هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان العنان لا يقتضي المساواة فجاز التفاضل
قوله ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح هذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره ۝ قال في المختلف قال
زفر والشافعي لا يجوز اشتراط المساواة في الربح والمال ان على التفاوت ولا على العكس وعندنا يجوز ۝ وقال في الاسرار اذا
شرطا التفاضل في الربح مع التساوي في المال يصح ۝ وكذا اذا شرطا التساوي في الربح مع التفاضل في المال ۝ وقال زفر
والشافعي الربح على قدر راس المال ۝ وجه قولهما ان التفاضل في الربح مع تساوي المالين يفضي الى ربح ما لم يضمن وانه لا يجوز
بالحديث ۝ وذلك لان استحقاق احدهما زيادة الربح بلا ضمان لان الضمان بقدر راس المال ۝ ولان الربح احد موجبي عقد
الشركة فيتقسط على مقدار راس المال كالوضيعة ۝ ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم عن علي رضي الله عنه انه قال الربح على ما اشترطا
العاقدان ۝ والوضيعة على قدر المال ولانه عقد يقصد به الربح فجاز استحقاق الربح فيه بالعمل كالمضاربة ۝ ثم العمل قد يقع
من احدهما اكثر من الاخر ولا يرضى بالتسوية في الربح فلا بد من القول بصحة التفاضل في الربح ولان صاحب اكثر المالين يصير كانه
قال للاخر اعمل انت في مالك والربح لك وانا اعينك فيه واعمل انت ايضا في مالي على ان لك ربع ربحه وانا اعينك فيه ايضا ويكون
بمعنى المضاربة فيصح على هذا الوجه ۝ فان قلت اذا كان هذا العقد في معنى المضاربة ينبغي ان يبطل العقد لان اشتراط العمل
على رب المال في المضاربة يبطل العقد لان المال في المضاربة امانة في يد المضارب وانما تتم الامانة اذا كانت التخلية بينها
وبين الامين ۝ واشتراط العمل على رب المال ينافي التخلية فيبطل العقد لهذا ۝ بخلاف الشركة فان كل واحد من الشريكين كالاجير في
مال صاحبه حيث يستحق بعمله في مال صاحبه وجاز للرجل ان يستاجر اجيرا لنفسه على عمله فكذا جاز اشتراط العمل على رب المال في الشركة
فان قلت اذا شرط جميع الربح لاحدهما لا يجوز فكذا اذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسط على قدر المال
قلت اذا شرط جميع الربح لاحدهما خرج العقد عن موضوع الشركة وليس كذلك اذا شرط الفضل لانه لا يخرج عن موضوع الشركة ۝
وظهر الفرق وفسد القياس ۝ ولهذا قلنا اذا شرط جميع الربح لاحدهما في المضاربة بطل معنى المضاربة لانه لا يخلو من احد الامرين
اما ان يشترط الربح للدافع او للعامل ففي الاول يكون المال بضاعة وفي الثاني قرضا ۝ وهذا معنى قوله لانه يخرج العقد به من
الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه لرب المال والضمير في قوله باشتراطه راجع الى الربح
في الموضعين جميعا ۝ والجواب عن قولهما ان الوضيعة احد موجبي الشركة فنقول لا نسلم انها ليست مضمونة بالشركة فلم تكن
مضمونة فلما كانت على قدر راس المال بخلاف الربح فانه مقصود بالشركة ۝ فلما ظهر الفرق فسد القياس ۝ قال صاحب التحفة ثم لا
شك انهما لو شرطا الربح بينهما نصفين جاز بالاجماع اذا كان راس مالهما على السوية سواء شرطا العمل عليهما او على احدهما لان استحقاق
الربح بالمال او بالعمل وقد وجد التساوي في المال وان شرطا الربح بينهما اثلاثا ۝ فان كان العمل عليهما جاز سواء كان فضل
الربح لمن كان راس ماله اكثر او اقل لانه يجوز ان يكون به زيادة حذاقة فيكون الربح بزيادة العمل ۝ وان شرطا العمل على احدهما
فان شرطا العمل على الذي شرطا له فضل الربح جاز لانه عامل في ماله وربحه وعامل في مال شريكه ببعض ربحه ۝ والربح يستحق
بالعمل جاز لانه عامل وان شرطا العمل على اقلهما ربحا خاصة لا يجوز لان هذا اشتراط لزيادة الربح بغير عمل ولا ضمان ۝ والربح
لا يستحق الا بمال او عمل او ضمان ۝ ولا نعني بقولنا الا بعمل وجوده بل شرطه للاخر شرط العمل الى هنا لفظ التحفة **قوله** الشركة
في الاصل اي في اصل المال **قوله** وهذا العقد يشبه المضاربة الى اخره هذا جواب لقول زفر والشافعي ان التفاضل
في الربح مع تساوي المال يؤدي الى ربح ما لم يضمن بطريق التسليم ۝ بيانه ان هذا العقد اي شركة العنان له شبهة بالمضاربة
وشبهة بشركة المفاوضة ۝ اما الاول فباعتبار العمل لان كل واحد من الشريكين يعمل في مال رب المال ۝ واما الثاني فباعتبار
الاسم والعمل ايضا ۝ اما الاسم فلان كل واحد من العنان والمفاوضة يسمى شركة ۝ واما العمل فلان شركة العنان يعمل في نصيب
صاحبه كالمفاوضة فعملنا بالشبهين فقلنا بصح اشتراط الربح من غير ضمان لشبه المضاربة ولم يبطل العقد باشتراط العمل على صاحب
المال لشبه الشركة ۝ وهذا حاصل معنى كلام صاحب الهداية ولنا فيه نظر لانه لم يجوز عقد الشركة بالعروض مثل هذا لانه
يؤدي الى ربح ما لم يضمن ۝ فلو كان يجوز ربح ما لم يضمن باعتبار شبه المضاربة لجاز ايضا لحصول هذا الشبه فعلم ان فيه ضعفا
والتحقيق ما اسلفناه اولا وهو ان التفاضل انما جاز باعتبار العمل لان الربح يستحق باحدى الثلاثة بالمال او العمل او الضمان وقد
حصل العمل هنا كما في المضاربة **قوله** فانهما يعملان اي ان الشريكين يعملان كل واحد منهما في نصيب صاحبه **قوله**
ويشبه الشركة اي عملنا بشبهة الشركة **قوله** قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض اي قال
القدوري في مختصره اي يجوز ان يعقد شركة العنان كل واحد من الشريكين ببعض ماله دون البعض بان يكون له مال اخر
مما يجوز عليه الشركة سوى المال الذي اشتركا فيه وذلك لان المساواة في العنان ليست بشرط لانه لا دلالة فيه عليها **قوله**
ولا تصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح به هذا لفظ القدوري ايضا اي لا تصح شركة العنان الا بما تصح به المفاوضة قوله ولا تنعقد
الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة ۝ ولا تصح بالعروض لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وهو المراد من قوله الوجه
الذي ذكرناه يعني في اول هذا الفصل **قوله** ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دنانير ومن الاخر دراهم هذا لفظ

القدوري في مختصره ۝ قال صاحب الهداية وكذا من احدهما دراهم بيض ومن الاخر سود اي وكذا يجوز ان يشترك احد
الشريكين دراهم بيض ومن الشريك الاخر دراهم سود ۝ قال في الاسرار وكذلك الصحاح والمكسرة خلافا لزفر والشافعي لهما ان الدراهم
والدنانير مالان لا يختلطان فلا تنعقد بهما الشركة قياسا على الدراهم مع العروض ۝ ولنا انهما مالان من جنس الاثمان فتنعقد
بهما الشركة كما اذا كانا من جنس واحد وعلى صفة واحدة ۝ بخلاف الدراهم مع العروض لان احد البدلين ليس من جنس الاثمان
ولان اول هذا العقد توكيل في التصرف واخره اشتراك في الربح فلم يشترط الاتحاد في المال ولا الخلط كما في المضاربة فلو قالوا
ان الشركة في الجنسين تؤدي الى جهالة الربح لان راس المال عند القسمة يستوفى بالقيمة وهي مجهولة فلا تصح الشركة كالعروض
قلنا لا نسلم الجهالة لان كل واحد منهما يمكن ان يستوفي راس ماله بعينه من غير قيمة بخلاف العروض فظهر الفرق **قوله** ولا
يتحقق ذلك اي الخلط **قوله** وسنبينه اي سنبين اشتراط الخلط في جواز الشركة عند زفر والشافعي وعدم اشتراطه
عندنا عند قوله ويجوز الشركة وان لم يخلطا المال **قوله** قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الاخر
قال القدوري ذكره في مختصره وهذا لان شركة العنان تنعقد على الوكالة دون الكفالة فلا يكون كل واحد منهما كفيلا عن الاخر
فلما كان انعقادها على الوكالة كان المشتري عاقدا لنفسه في البعض بطريق الاصالة ولشريكه في البعض الاخر بطريق الوكالة والعاقد
في الشراء هو المطالب بالحقوق فلهذا توجه المطالبة اليه دون شريكه **قوله** قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه اي القدوري
ثم يرجع الذي اشترى على شريكه بحصة شريكه من الثمن يعني اذا ادى المشتري الثمن من مال نفسه يرجع على الوكيل فكذا هنا
واذا كان لا يعرف اداء الثمن من مال نفسه لان مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة البينة على ذلك وان عجز عن ذلك فالقول قول
صاحبه مع يمينه **قوله** قال واذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة اي قال القدوري
في مختصره وهذا لان هلاك المال يفوت المعقود عليه فاذا مات المعقود عليه لا يبقى العقد كما في البيع وانما يفوت المعقود
عليه بفوات المال لان المال وهو النقود في الشركة يتعين وان كانت لا تتعين في سائر المعاوضات عندنا خلافا لزفر والشافعي
ثم بطلان الشركة عند هلاك المالين ظاهر وكذا اذا هلك احد المالين قبل وجود التصرف لان الشركة لما بطلت في الهالك
بطلت فيما يقابله لان صاحبه لم يرض بمشاركته في ماله الا بشرط ان يشركه هو في ماله ايضا وقد عدم هذا الشرط بهلاك احد
المالين فبطلت الشركة في المالين جميعا ۝ ثم الهلاك يعتبر هالكا من مال صاحبه حتى لا يرجع بنصف الهالك على الشريك الاخر
لانه لم يهلك على الشركة حيث بطلت الشركة بهلاك المال وهذا ظاهر اذا هلك في يد صاحبه وكذا اذا هلك في يد الاخر
لان المال في يده امانة ولا ضمان على الامين ۝ بخلاف ما اذا هلك بعد الخلط لانه هلك على الشركة لعدم التمييز ۝ ثم قال
صاحب الهداية بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض فيه نظر لان
النقود تتعين في المضاربة والشركة جميعا قبل القبض والتسليم حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلتا نص عليه في الزيادات في باب
من الوكالة التي يكون على غير ما امره بخلاف الوكالة فان النقود فيها لا تتعين قبل التسليم ۝ اما بعد التسليم ففي تعينها اختلاف
المشايخ ۝ قال فخر الاسلام في شرح الزيادات في رجل وكل رجلا بان يشتري له جارية بما في هذا الكيس وهو الف درهم
او الف درهم التي في هذا الكيس فاشتراها له كما امره ثم نظر فاذا بالكيس دنانير او فلوس او اقل من الف او لا شيء فيه فان الشرا
جائز على الموكل لان الوكالة لا يراد بها الا الامتثال فاعتبرت الوكالة بالشرا بعقد الشرا لما كان وسيلة لا غير ۝ والنقود لا
تتعين في الشرا فلم تتعين في الوكالة بخلاف المضاربة والشركة فانها تتعين حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلت المضاربة والشركة بخلاف
الوكالة لان المقصود من الشركة الاشتراك والربح والتصرفات من ثمراته فلم يعتبر بالشرا والبيع بل اعتبر بنفسه وهو تشبه
بشرط المعاوضة لكنه بمعنى الهبة ۝ فتتعين النقود فيهما فاما اذا اتصل التسليم في الوكالة فقد قال بعض مشايخنا تتعين فيها النقود
وقال بعضهم لا تتعين الى هنا لفظ فخر الاسلام **قوله** والوكالة المفردة احترازا عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد
الشركة وفي ضمن عقد الرهن ۝ فان النقود تتعين فيها **قوله** الثمنان اراد بهما الدرهم والدينار **قوله**
فيهلك الهالك من المالين اي يهلك الهالك هالكا من المالين **قوله** وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الاخر
قبل الشرا فالمشترى بينهما على ما شرطا ۝ هذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره ۝ وذلك لانه اشترى حين كانت
الشركة قائمة بينهما فوقع الملك بينهما ثم هلاك مال الاخر بعد ذلك لا يغير حكم الملك ۝ ثم اختلف محمد والحسن بن زياد فقال
محمد هي شركة عقد حتى ان ايهما باع جاز ۝ وقال الحسن شركة ملك حتى لا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الاخر
وجه قول الحسن ان الشركة التي عقداها ارتفعت بهلاك مال الاخر وانما بقي ما هو حكم الشرا وهو الملك ۝ فلم يجز لاحدهما ان
يتصرف في نصيب الاخر ۝ وجه قول محمد ان هلاك احد المالين وقع بعد ما حصل المقصود من الشركة بالمال الاخر وهو
الشرا فتمت الشركة في المشترى وان كانت منتقضة في الهالك ۝ ثم هلاك المال الاخر بعد تمام الشركة لا يغير حكمها فجاز
تصرف كل في نصيب الاخر ۝ ثم لما كان المشترى بينهما قال القدوري يرجع على شريكه بحصته من ثمنه اي بحصة الشريك
من ثمن المشترى ۝ وذلك لانه اشترى حصة الشريك بالوكالة منه وقد قضى نصيب الشريك من مال نفسه ۝ والوكيل اذا
قضى الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل فكذا هنا ۝ هذا الذي قلنا فيما اذا اشترى احدهما بماله ثم هلك مال الاخر ۝ اما
اذا هلك احد المالين ثم اشترى الاخر بماله فلا يخلو من احد الامرين ۝ اما ان تكون الوكالة مصرحا بها او ثابتة في ضمن
عقد الشركة ۝ فالاول مثل ان يشتركا على ان ما يشتريه كل واحد منهما فهو بينهما نصفين او اثلاثا ۝ والثاني مثل ان يشتركا

على ان يشتريا ويبيعا فما كان من ربح فهو بينهما نصفين او اثلاثا • فبقي الوكالة المصرح بها فيكون المشترى بينهما بحكم الوكالة
المقصودة لا بحكم عقد الشركة • لان الشركة بطلت بهلاك احد المالين فبقيت الوكالة المقصودة فكان الشراء واقعا لهما
والملك بينهما على ما شرطا ويرجع على شريكه بحصته من الثمن فتكون الشركة شركة ملك لا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب
الاخر الا باذنه لان الملك حصل بالوكالة والوكيل لا يتصرف في المشترى بعد ان اداه الموكل كذا هذا • اما في الوكالة
الثابتة في ضمن عقد الشركة يكون المشترى لمن اشتراه خاصة لانه اشتراه بعد زوال الشركة والوكالة جميعا • لان الوكالة
كانت ثابتة في ضمن عقد الشركة فلما بطلت الشركة التي تضمنتها بطل ما كان في ضمنها ايضا قوله وقد بيناه اشارة الى قوله
معناه اذا اداه من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته قوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته
قوله وان كان ذكرا مجرد الشركة عطف على قوله ان صرحا بالوكالة قوله فاذا بطلت بطل ما في ضمنها
اي فاذا بطلت الشركة بطلت الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة ايضا وقد مر البيان قوله قال وتجوز الشركة وان
لم يخلطا المال اي قال القدوري في مختصره • وقال زفر لا تصح الشركة حتى يخلطا المالين خلطا لا يتميز احدهما
من الاخر وبه قال الشافعي رضي الله عنه كذا في شرح الاقطع • وجه قولهما ان الربح فرع المال ثم الشركة في الفرع الذي
هو الربح لا يكون الا بعد وجود الشركة في الاصل الذي هو المال ولا تكون الشركة في المال بلا خلط لان الشركة هي الخلط
وانما قلنا ان المال اصل والربح فرعه لان محل العقد هو المال والدليل على ان الربح فرع المال ان الربح يضاف الى المال وكذا
يشترط تعيين راس المال فلما ثبت هذا الاصل وهو ان الربح فرع المال والشركة في الفرع لا تكون الا بعد الشركة في الاصل
اشترطا الاتحاد في الجنس والخلط والتساوي في الربح عند التساوي في المال ولم تجز شركة التقبل لعدم المال • ولنا
انه عقد يقصد به الربح فلا يكون الخلط من شرطه كالمضاربة • الا ترى انه لو قال لرجل اشتر عبدا بالف على ان يكون بيننا
نصفين وقال له الاخر مثل ذلك فاشتريا عبدين صار كل واحد من العبدين مشتركا بينهما من غير خلط • فاذا احتملت
الشركة هنا بلا خلط فلان تجوز بلا خلط في عقد الشركة اولى لانه كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ولان الشركة في الربح فرع
الشركة في العقد لان هذا العقد اسمه شركة لانه لا يسمى بغير ذلك من العقود كالنكاح والبيع ونحوهما فلما حصلت الشركة في الاصل
الذي هو العقد حصلت الشركة في الفرع وهو الربح ايضا تحقيقا لمعنى اسم عقد الشركة فلم يشترط الخلط بيان ذلك ان عقد الشركة
توجب التصرف لكل واحد من الشريكين في نصيب الاخر بسبيل الوكالة ثم التصرف يكون سببا للربح فاذا حصل الربح كان مستندا
الى العقد لان العقد علة الوكالة في التصرف • والتصرف بحكم الوكالة علة الربح والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة
وكان الربح مستندا الى العقد بحق العقد على هذا الطريق لا الى المال كما قالا فلما صح ان الربح فرع العقد وقد حصلت الشركة في
الاصل وهو العقد بلا خلط حصلت الشركة في الفرع وهو الربح الذي استفيد من العقد فلم يكن اتحاد الجنس شرطا ولا الخلط ولا
ولا التساوي في الربح وصحت شركة التقبل وان لم يوجد المال • ولا نسلم ان الربح فرع المال الا ترى ان المضارب يستحق الربح
بلا اشتراك في اصل المال • فان قالوا موضوع عقد الشركة خلط المالين فان لم يوجد الخلط لا يوجد مقتضى العقد فيفسد كما في
الصرف والسلم اذا لم يحصل متقابضا هما في المجلس لعدم التقابض • قلنا لا نسلم ان موضوعه الخلط وهو عين النزاع وكيف يقال
هذا والانسان لا يقصد بالشركة مع اخر ان يكون لصاحبه حق في ماله بل المقصود الشركة في الربح والاعيان المشتركة والشركة
فيها تحصل بلا خلط • فاذا لم يكن موضوعه الخلط فقد فسد القياس • فان قلت قبل الخلط بقي المالان متميزين فلا تصح الشركة
في المتميزين كما في العروض • قلت لا نسلم ان علة فساد الشركة في الاصل عدم التمييز بل العلة فيهما انها ليست من جنس الاثمان وهو
يفضي الى ربح ما لم يضمن • بخلاف النقدين وقد مر بيان هذا في اول الفصل قوله عماله علة نصب بفرع الخاص اي
من عالمه علة وهي اجر العمل قوله وهذا اصل اشارة الى قوله لان الربح فرع المال قوله لهما اي لزفر والشافعي
قوله حتى يعتبر اتحاد الجنس ايضاح لكون هذا المذكور اصلا لهما قوله ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان
يبقى الشركة اي استمرارية في حق الاستحقاق اذا وجب الشراء بهما قوله في المستفاد به اي بالتصرف
قوله وهو الربح اي المستفاد هو الربح قوله بدونه اي بدون الخلط قوله وصار كالمضاربة اي
صار عقد الشركة كالمضاربة يعني ان الربح في المضاربة يستحق بلا شركة في اصل المال وكذا في عقد الشركة فلم يلزم من الاشتراك
في الربح الاشتراك في اصل المال قوله قال ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح اي قال القدوري
في مختصره وذلك لانه شرط يقتضي رفع عقد الشركة لانه من الجائز ان لا يكون الربح سوى القدر المذكور فحينئذ يكون الربح
لاحدهما خاصة • وهو خلاف مقتضى الشركة لان مقتضاها الاشتراك في الربح لا الاختصاص لاحدهما • وقال في الشافي
الصغري عن شيخ الاسلام جواهر زاده رحمه الله ذكر في الاصل المضاربة والشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان فيهما معنى الوكالة
والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة • واذا شرط في المضاربة ربح عشرة او في الشركة تبطل لا لانه شرط فاسد بل لانه
شرط ينفي به الشركة • قال في الشامل في قسم المبسوط اشترطا على ان يكون الوضيعة لا على قدر راس المال بان جاء احدهما
بالف والاخر بالفين على ان يكون الربح والوضيعة نصفين فهو فاسد يعني الشرط فاسد لان راس المال امانة في يد الشريك
والامانة لا تضمن بالشرط كالوديعة والعقد جائز لان الشركة عقد جائز والشرط لا يلزم في عقد جائز ولان المقصود الربح
والفساد مما لا يتعدى اليه • فان عملا على هذا الشرط فربحا فالربح على ما اشترطا على ما عرف والوضيعة على قدر راس ماليهما

ان ملاك الامانة يكون بمال صاحب المال الى هنا لفظ الشامل قوله ونظيره في المزارعة اي نظير ما قلنا من عدم
[ف]ساد الشركة ثابت في المزارعة وهو ما اذا اشترطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لانقطاع المشاركة في الخارج اذ من شرط
المزارعة ان يكون الخارج مشتركا بينهما لانها تنعقد شركة في الانتهاء قوله قال ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان
ان يبضع المال اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الشركة تنعقد على عادة التجار وفي عادتهم الابضاع فجاز • ولان
لكل واحد من الشريكين ان يستاجر اجيرا على عمل يحصل منه الربح • فاذا كان له ولاية الاستئجار وهو اعلى حالا من الابضاع
فهو دونه كان له ولاية الابضاع ايضا لان في الابضاع يحصل الربح بلا اجر وهو معنى قوله والتحصيل بغير عوض وهو الابضاع
وقوله والتحصيل بغير عوض بالرفع وكذا يجوز لكل واحد من الشريكين ان يودع مال الشركة لان عادة التجار فيما بين المسلمين
جرت كذلك قال الحاكم الشهيد في الكافي وليس له ان يعير في القياس فان فعل فاعار دابة فعطبت تحت المستعير فالقياس فيه
ان المعير ضامن لنصف قيمة الدابة لشريكه • ولكني استحسن ان لا اضمنه • وهذا قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد
وكذا لو اعار ثوبا او دارا او خادما الى هنا لفظ الحاكم رحمه الله قوله قال ويدفعه مضاربة اي قال القدوري
في مختصره وقوله ويدفعه بالنصب عطفا على قوله ان يبضع وهذه رواية الاصل • وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له
ان يدفع المال مضاربة لانها انحاء الشركة في الربح • وليس لشريك العنان ان يشارك غيره لان الشركة الثانية مثل
الاولى فلا تكون من اتباعها واحكامها فكذا لا يجوز له ان يدفعه مضاربة الا اذا نص على ذلك كما يجوز ان يشارك غيره اذا
نص عليها • وجه رواية الاصل ان المضاربة دون الشركة فجاز ان يتضمن عقد الشركة المضاربة • ولان لكل واحد من الشريكين
ان يستاجر على العمل في المال باجر مضمون في الذمة فاذا جاز ذلك له جاز استفادة العمل بلا اجر مضمون في الذمة بالطريق
الاولى لان رب المال لا يلزمه الاجر للمضارب • وانما قلنا ان المضاربة دون الشركة لان المضارب لا يلزمه شيء من الوضيعة
واذا فسدت المضاربة فليس للمضارب شيء من الربح • فالوكيل شيء يجوز للمضارب ان يعمله في مال المضاربة فللشريك ان يفعله
في مال الشركة لان تصرف الشريك اقوى من تصرف المضارب واعم فما جاز للمضارب جاز للشريك بالطريق الاولى قوله
ان الشركة غير مقصود اي في المضاربة قوله قال ويوكل من يتصرف فيه اي قال القدوري في مختصره وقوله
ويوكل بالنصب عطفا على قوله ان يبضع وذلك لان الشركة منعقدة على عادة التجار • وفي عادتهم توكيل الشريك لمن يتصرف
في مال الشركة فجاز ذلك له ولان المقصود من عقد الشركة التجارة فلا بد من التوكيل لتحصيل الربح وكل واحد من الشريكين ربما
لا يتهيا له المباشرة بنفسه للتجارة فلا بد من التوكيل فثبت التوكيل في ضمن التجارة ثم اقتضاء بدلالة الحال فصار كان كل واحد
منهما امر صاحبه ان يوكل وليس كذلك الوكيل بالشراء حيث لا يملك التوكيل لانه عقد خاص ثبت مقصودا لتحصيل شيء معلوم فجنسه
وسعه فلم يثبت في ضمنه ثبتا ما هو مثله • قال الكرخي في مختصره قال محمد في كتاب الرهن اذا رهن احد شريكي العنان متاعا
من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن • ولو ارتهن بدين لهما اداناه وقبض لم يجز على شريكه من قبل انه لم يسلطه
ان يرتهن فان هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهبت حصته ويرجع شريكه بحصته على المطلوب • ويرجع المطلوب بنصف
قيمة الرهن على المرتهن • وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن في يده بمنزلة الاستيفاء • وقال
الكرخي ايضا واذا باع احدهما لم يكن للاخر ان يقبض شيئا من الثمن • وكذلك كل دين وليه احدهما فليس للاخر قبضه وللمديون
ان يمتنع من دفعه • فان دفعه اليه بري من حصة القابض • ولم يبرا من حصة المداين وليس لواحد منهما ان يخاصم فيما اداناه
الاخر او باعه والخصومة للذي باع وعليه • وقال ايضا في الباب الذي بعد هذا الباب • ويجوز لاحد المتفاوضين ان يرهن ويرتهن
على شريكه • ويجوز قبض كل واحد منهما لما اداناه صاحبه او اداناه او وجب لهما على رجل من غصب وكفالة او غير ذلك وكل
واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف على علمه فيما هو من امر التجارة الى هنا لفظه رحمه الله
والباقي يعلم ثمة قوله قال ويده في المال يد امانة اي قال القدوري في مختصره يعني ان يد كل واحد
من المتفاوضين وشريكي العنان يد امانة حتى اذا هلك المال في يده بلا ضمان لان كل واحد منهما قبض مال الشركة لا على وجه
البدل ولا على وجه الوثيقة فلا يكون مضمونا عليه كما في الوديعة واحترزنا بقولنا لا على وجه البدل عن المقبوض
على سوم الشراء فانه مضمون بالقيمة • لان القابض على سوم الشراء قبضه على وجه البدل • واحترزنا بقولنا لا على وجه الوثيقة
عن الرهن فانه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين لان المرتهن قبضه على وجه الوثيقة قوله واما شركة الصنائع
وتسمى شركة التقبل فالخياطان والصباغان يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذه مسئلة القدوري
• اعلم اولا ان شركة الصنائع تسمى شركة التقبل وشركة الاعمال وشركة الابدان لان العمل بالبدن يكون ثم اعلم انها تكون
مفاوضة وقد تكون عنانا على ما صرح به في شرح الطحاوي • اما المفاوضة بينهما فهي ان يكونا جميعا من اهل الكفالة وان
يشترطا ان ما رزقهم الله تعالى بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة كما في الشركة بالاموال • واما العنان فيجوز سواء كانا
من اهل الكفالة او لم يكونا بعد ان كانا اهلا للتوكيل ثم اعلم ان شركة التقبل جائزة عندنا سواء اتفقت الصنعة او اختلفت
كقصارين او خياطين يشتركان على تقبل الاعمال من الناس او قصار واسكاف • وقال زفر هي جائزة بشرط اتفاق الصنعة وقال
زفر في رواية لا تصح اصلا • وبه اخذ الشافعي • وجه عدم الجواز ان الربح فرع المال ولا مال هنا وقد مر بيان ذلك عنه
قوله وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال ولنا ان المسلمين في سائر الامصار يعقدون هذه الشركة • وقد روي عن رسول

الله صلى الله عليه وسلم انه قال ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ۔ ولان المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح وتحصيل
الربح يحصل بتوكيل كل واحد من الشريكين صاحبه بقبول العمل لان كل واحد منهما اصيل في النصف ووكيل في النصف الاخر فيتحقق هو
الشركة في المال المستفادة بعقد الشركة حينئذ ۔ ثم اذا عملا فكل واحد يستحق ما يخرج من عمله وهو كسبه ۔ واذا عمل احدهما كان
القابل معينا لشريكه فيما لزمه بالتقبل فوقع عمله له وكان الشريك استعان باجنبي في عمل وهذا جايز ۔ لان المشروط مطلق
العمل لا عمل الصانع بنفسه فان القصار اذا استعان بغيره او استاجر غيره حتى عمل استحق القصار الاجر ۔ ثم لا يشترط اتحاد
العمل والمكان عندنا حتى اذا كان احدهما قصارا والاخر خياطا وفي دكانين جاز عندنا خلافا لمالك وزفر لانه اذا
كان العمل مختلفا يعجز كل واحد منهما عن عمل صاحبه الذي يتقبله لانه ليس ذلك من صنعته فلا يحصل المقصود من الشركة ۔ ولنا
ان المعنى المجوز للشركة تحصيل الربح بالتوكيل والتوكيل يصح ممن يحسن مباشرة العمل ولا يحسنه لانه لا يتعين على المتقبل اقامة
العمل بيده بل له ان يستعين بغيره او يستاجر ۔ فاذن كل واحد منهما عن اقامة العمل عاجزا وكان العقد صحيحا ۔ قال في
الشامل في قسم المبسوط وان غاب احدهما او مرض وعمل الاخر يكون الاجر بينهما ۔ وذلك لان عمله كعملهما **قوله**
شركة لا تفيد مقصودها اي مقصود الشركة اضاف المقصود الى الشركة وان كان المقصود الشريكين لان الشركة ملابسة هو
مقصودها والاضافة بادنى الملابسة جائزة كقولهم خذ طرفك لاحد حاملي الخشب ۔ وكقوله اذا كوكب الخرقاء لاح بسحرة
وفي بعض النسخ مقصودهما بتثنية الضمير اي مقصود الشريكين **قوله** وهو التثمير اي المقصود التثمير يقال ثمر الرجل
ماله اذا احسن القيام عليه ۔ وفي الدعاء ثمر الله ماله اي انماه **قوله** التحصيل اي تحصيل الربح **قوله** ولا
يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر ۔ ولا يقال قد سبق ان شركة التقبل لا تجوز عند زفر لانه يشترط خلط
المال ۔ فاذا كان كذلك لا تجوز عنده مطلقا فلا ينافي خلافه هنا بتجويزها عند اتحاد العمل ۔ لان في اشتراط خلط
المال عن زفر روايتين ذكرهما شمس الائمة السرخسي في المبسوط **قوله** وهو ما ذكرناه اشارة الى قوله ولنا
ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل **قوله** ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز ۔ وفي القياس
لا يجوز ذكر هذا تفريعا لمسئلة القدوري ۔ وقوله والمال منصوب والمراد منه الربح قال في شرح الطحاوي ويجوز هو
اشتراط الربح بينهما على التسوية وعلى التفاضل لجواز ان يكون احدهما احذق من الاخر في العمل وعند زفر لا يجوز متفاضلا هو
الى هنا لفظه ۔ وجه قول زفر ان الربح انما يستحق باحد ثلاثة اشياء اما بالمال واما بالعمل واما بالضمان فانعدمت هذه الاشيا
جميعا فيما نحن فيه فيكون اشتراط فضل الربح حراما اما انعدام المال فظاهر لانه ليس بشركة للاموال ۔ واما انعدام العمل
فلان العمل مشروط على الشريكين انصافا فلا يقدر ربا ان الربح على النصف لم يوجد العمل ۔ واما انعدام الضمان فلان الضمان
من كل واحد منهما بقدر عمله وعمله في النصف فلا يوجد الضمان ايضا فيما زاد على النصف ۔ فيكون شرط فضل ربح ما لم يضمن
وهو حرام لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك الا ترى انه لم يجز فضل الربح كما في شركة الوجوه اذا كان المشترى بينهما نصفين ۔ ووجه
قولنا ان المنافع لا تتقوم الا بالشرط ويجوز ان تتقوم منافع احدهما لحذق فيه اكثر من تقوم منافع الاخر كما في الاجارة ولهذا
لا يستحق بنصف العمل ثلثي الربح فلم يحرم الفضل ۔ ولان ما ياخذ كل واحد منهما بدل عمله واجرته لا ربح العمل في الحقيقة هو
لان الربح انما يكون اذا كان بين الربح وبين ذلك الشيء الذي هو ربحه جنسية ولا جنسية هنا بين المال والعمل فلا يكون المال
ربح العمل بل بدله والعمل يتقدر بتقدير التقويم فلا يحرم الفضل بخلاف شركة الوجوه ۔ فان الربح ثمة يتفق مع هو
راس المال ۔ لان كلاهما مال فاذا كان المشترى بينهما نصفين لم يجز اشتراط فضل الربح لاحدهما لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن
وهو ما لم يرد جوازه الا في المضاربة بخلاف القياس ۔ قالوا جواز اشتراط التفاضل في الربح مع التساوي في العمل
في شركة التقبل انما يجوز اذا كانت عنانا ۔ اما في المفاوضة فلا يجوز قال في خلاصة الفتاوى ولو شرط الربح في هذا
لاحدهما اكثر مما شرط للاخر جاز عندنا لان العمل متفاوت قد يكون احدهما احذق فان شرط الاكثر لادناهما عملا اختلف
المشايخ فيه الى هنا لفظه ۔ قلت الصحيح انه يجوز ايضا لان الربح بقدر ضمان العمل لا بحقيقة العمل الا ترى الى ما نص الحاكم
الجليل الشهيد في الكافي فان غاب احدهما او مرض ولم يعمل وعمل الاخر فهو ايضا بينهما ۔ وقال في شرح الطحاوي ولو ان
رجلا اجلس على دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس ان لا يجوز ۔ هذه الشركة لان من احدهما العمل ومن الاخر الحانوت
فتكون هذه شركة بالعروض فلا يجوز ۔ وفي الاستحسان يجوز لان هذه شركة التقبل لان تقبل العمل من صاحب الحانوت
عمل وصارت شركة بالاعمال **قوله** فلم نجز لنا ديه اليد اي لنا ذبه عقد شركة التقبل ۔ لما فيه ربح ما لم يضمن فيما
اداه اليه ذلك الامر انفا **قوله** وصار كشركة الوجوه اي صار عدم جواز التفاوت في الربح مع التساوي في العمل
في شركة التقبل كعدم جواز تفاوت الربح مع التساوي في المشترى في شركة الوجوه لان الضمان بقدر العمل ۔ اما اذا هو
اشترطا التفاوت في ملك المشترى جاز التفاوت في الربح ايضا في شركة الوجوه الا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي في
شركة الوجوه ۔ وينبغي ان يشترط الربح بينهما على قدر ضمانهما **قوله** قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه
ويلزم شريكه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان عمل احدهما دون الاخر فالكسب بينهما بالنصف ۔ وهذا
الذي ذكره القدوري من لزوم ما تقبله احدهما ظاهر فيما اذا كانت شركة التقبل مفاوضة ۔ اما اذا كانت عنانا
فالقياس ان لا يكون كل واحد منهما مواخذا الا بحكم عقده لان الشركة وقعت مطلقة عن الكفالة والكفالة في الشركة هو

تثبت الا في المفاوضة لاقتضائها اياها تحقيقا للمساواة ۔ وهنا المقتضي ليس بثابت فلا يثبت المقتضى وهو الكفالة وانما
ثبت المقتضي لان الشركة اذا اطلقت تكون عنانا ۔ لان العنان هو المتعارف بين الناس ۔ وجه الاستحسان ان العمل
الذي يتقبله كل واحد منهما مضمون على صاحبه لان عقد الشركة توكيل من كل واحد منهما لصاحبه في تقبل العمل وكان العمل هو
مضمونا على صاحبه بتقبل الشريك الوكيل الا ترى ان صاحبه يستحق الاجر بسبب ضمان العمل وان لم يوجد منه العمل حقيقة وكان
القابل عاملا لنفسه في النصف معينا لصاحبه في النصف الاخر ۔ فلما كان ما تقبله احدهما مضمونا على الاخر جرى ذلك مجرى
المفاوضة في حق ضمان العمل واقتضاء البدل اي بدل العمل وهو الاجر لا غير حتى كان على كل واحد منهما ان يطالب بالعمل وكان
لكل واحد منهما ان يطالب بالاجر فصح دفع كل واحد من القصارين الثوب الى صاحبه ۔ وصح دفع الاجر من صاحب
الثوب الى كل واحد منهما حتى يبرأ بذلك ۔ ولهذا قالوا اذا اقر احدهما بثمن صابون او اجر اجير او حانوت قد مضى فانه
لا يصدق على صاحبه الا باقرار او ببينة عليه ۔ قال في التحفة ولو جنت يد احدهما فالضمان عليهما جميعا لان ذلك ربما
على ضمان العمل وقد ضمناه جميعا **قوله** يطالب بالعمل بفتح اللام ويطالب بالاجر بكسر اللام **قوله** بالدفع
اليه اي بدفع الاجر الى كل واحد منهما **قوله** وهذا ظاهر اي لزوم ما تقبله كل واحد منهما شريكه هو
قوله وفي غيرها اي في المفاوضة يعني في العنان **قوله** ولهذا ايضاح لقوله مضمون على الاخر
قوله بسبب نفاذ تقبله عليه اي تقبل كل واحد منهما على الاخر **قوله** واما شركة الوجوه فالرجلان
يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا ۔ اي قال القدوري في مختصره وقوله
واما شركة الوجوه عطف على قوله فاما شركة المفاوضة في اول كتاب الشركة ۔ قال في شرح الطحاوي واما الشركة
بالوجوه فهو ان يشترك الرجلان وليس لهما مال ولا عمل على ان يشتريا بالنسيئة ويبيعا بالنقد فما حصل من الربح فهو بينهما
فهذا جايز ۔ وانما سميت هذه الشركة شركة وجوه لانهما اشتركا بوجوههما يعني لوجاهتهما وامانتهما عند الناس فيبيع هو
الناس منهما السلعة بالنسيئة لامانتهما ۔ وقال بعضهم انما سميت هذه الشركة شركة الوجوه لانه ليس لهما مال ولا عمل و
يجلس كل واحد منهما ينظر الى وجه صاحبه ۔ وقد تكون هذه الشركة مفاوضة ۔ وقد تكون عنانا فالمفاوضة
ان يكون الرجلان من اهل الكفالة وان يكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه ۔ وان يكون المشترى بينهما نصفين
وان يلفظا بلفظ المفاوضة ۔ واما العنان منها فهو ان يجوز التفاضل في ضمان ثمن المشترى بينهما ۔ وينبغي ان يشترط
الربح بينهما على قدر الضمان وان شرطا الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما الى هنا
لفظ الامام الاسبيجابي فيه ۔ ثم اعلم ان شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعي وجه قوله ان الربح فرع المال فما دام
لم يكن المال موجودا لا تنعقد الشركة لعدم تصور الربح بلا مال ۔ ولنا ان المسلمين تعاملوا على ذلك في سائر الامصار
من غير نكير فيجوز لقوله عليه الصلاة والسلام ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ۔ ولان المقصود من الشركة تحصيل
الربح وتحصيله ممكن بتوكيل كل واحد منهما صاحبه كما مر بيانه في شركة التقبل ۔ ثم التوكيل بشراء المال على الشركة صحيح من غير
احضار الثمن فكذلك الشركة ابتداء من غير احضار الثمن ۔ ولا يقال لو اشتركا ابتداء بالمال ثم هلك المال تبطل الشركة فاذا
اشتركا بغير مال ينبغي ان لا تنعقد كما اذا ابتاعا فهلك المبيع يبطل البيع فاذا ابتاعا على معدوم لا ينعقد ۔ لانا نقول
ذلك يبطل بالوكالة فانه اذا وكله على ان يشتري بماله سلعة اليه يصح ۔ ولو هلك المال يبطل الوكالة ۔ ومع هذا اذا وكله
بالشراء بثمن في الذمة جاز ۔ وانما لم يصح بيع المعدوم ابتداء لان الثمن في مقابلة المبيع ۔ فاذا لم يكن المبيع موجودا
كيف يقابله الثمن او نقول اذا عين المال لم يرض ان تكون المطالبة في الذمة بل رضي ان يثبت الحق في المال المعين ثم اذا
لم تبطل الشركة بهلاك المال يلزم ان يكون الحق في الذمة وهو لم يرض بهذا ۔ بخلاف الاشتراك بغير مال ابتداء فان كل هو
واحد منهما رضي ان يكون الحق في ذمته فلا جرم جاز ان تنعقد الشركة ۔ ثم صحة انعقاد شركة الوجوه مفاوضة لامكان
تحقيق المساواة بينهما فيحصل كل واحد منهما كفيلا عن الاخر ووكيلا عنه في الابدال اعني في الثمن والمثمن ۔ الا انها اذا اطلقت
تكون عنانا كما قلنا في شركة التقبل ۔ لان المطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف والمتعارف بين الناس هو العنان لا هو
المفاوضة وهذا اذا اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد **قوله** قال وكل واحد منهما وكيل عن الاخر فيما
يشتريه اي قال القدوري في مختصره وذلك لان تصرف كل واحد من الشريكين يقع عن نفسه وعن صاحبه ووقوع هو
التصرف عن الغير لا يخ اما ان يكون بولاية عليه او وكالة عنه والولاية منتفية فتعينت الوكالة ۔ وهذا معنى قوله هو
فتعين الاولى **قوله** فان شرطا ان المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا فيه ۔ فان شرطا ان يكون
المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك الى هنا لفظ القدوري في مختصره ۔ اعلم ان اشتراط فضل الربح على قدر الضمان لا يجوز
فان شرط الفضل فيه لاحدهما بطل الشرط وكان الربح بينهما على قدر ضمانهما وهذا لان ضمان الثمن اذا كان اثلاثا بينهما هو
مثلا وقد شرطا ان يكون الربح نصفين لكان لصاحب الثلث ربح ما ضمنه على غيره وهو السدس فيلزم من ذلك ربح ما لم يضمن
وهو حرام لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنه ۔ تحقيقه ان استحقاق الربح اما ان يكون بالمال كرب المال في المضاربة او بالعمل
كالمضارب او بالضمان كرجل يجلس على دكانه تلميذا يطرح عليه العمل بالنصف حيث يستحق نصف الربح استحسانا ۔ ولا يستحق هو
الربح في الشرع بلا واحد من الوجوه الثلاثة ۔ ثم استحقاق الربح في شركة الوجوه بضمان الثمن ۔ فاذا كان الضمان نصفين يكون

اشترط فضل الربح على النصف ربح ما لم يضمن فلا تجوز الشركة ● وهذا كان في تحقيق المسألة وما قاله صاحب الهداية فلا
يصح اشتراطه اي اشتراط ربح ما لم يضمن الا في المضاربة ● والوجوه ليست في معناها اي شركة الوجوه ليست في معنى المضاربة
لان المضارب فيها مال صاحبه وهنا لم يوجد بخلاف العنان لانه في معناها اي العنان في معنى المضاربة من حيث ان
كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلحق بها اي يلحق العنان بالمضاربة يعني يجوز ربح ما لم يضمن في العنان كما في المضاربة لشبهه
بها فيه نظر لان ربح ما لم يضمن لو كان جايزا في العنان لشبهه بالمضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان ونحو ذلك لا يجوز
لانه ربح ما لم يضمن ● واما في العنان استحقاق الربح باحد الوجوه الثلاثة وهو العمل فلا يكون فضل الربح منسوبا
الى ربح ما لم يضمن ● وقد مر بيانه عند قوله ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح **قوله** ولا يستحق بما
سواها اي لا يستحق الربح بما سوى هذه الاشيا الثلاثة المذكورة وهي المال والعمل والضمان وقوله لعدم هذه المعاني اشارة
الى هذه الاشيا **قوله** على ما بينا اشارة الى ما ذكر في شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه
ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتادية اليه وصار كشركة الوجوه **فصل** شرع في الشركة الفاسدة بعد فراغه
من الشركة الصحيحة لان الصحيح موجود اصلا ووصفا والفاسد موجود اصلا لا وصفا فكان تقديم ما كان موجودا ووصفا
من كل وجه اولى **قوله** ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاد كل واحد منهما او احتطبه فهو له
دون صاحبه هذا لفظ القدوري في مختصره ● قال صاحب الهداية وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح اي لا يجوز
الاشتراك في الاشيا المباحة كاجتنا الثمار من الجبال والبراري كالفستق والجوز وغير ذلك وطلب الكنوز من المعادن ونقل
الطين من ارض لا يملكانها والجص او الملح او الكحل وما اشبه ذلك وكذلك ان اشتركا على ان يلبنا من طين غير مملوك او يطبخا
آجرا ما ان كان الطين او النورة او سهلة الزجاج مملوكا فاشتركا ان يشتريا ذلك ويطبخاه ويبيعاه جاز وهو شركة الوجوه واما
لم تصح الشركة في الاشيا المباحة لان الشركة تتضمن الوكالة ● وشرط تحقق الوكالة ان يكون الموكل به بحيث لا يملكه الوكيل
بدون امر الموكل ● وفي المباحات يملكها الموكل بلا توكيل فلا يصح الشركة لعدم شرط الوكالة ويثبت ملك المباحات الجائزة
فكل من ثابت بالسبب ماخذها وعلى هذا اسوال الناس والتكدي قال الكرخي في مختصره ولكل واحد منهما ما اخذ ملكا له وتمنه
له وربحه ووضيعته عليه وان كان الاخر اعانه في عمله وجمعه فله اجر مثله لا يجاوز به نصف ثمن ذلك في قول ابي يوسف
وقال محمد يبلغ اجر مثله بالغا ما بلغ ● وقول ابي يوسف استحسان الى هنا لفظه رحمه الله ● وقال في شرح الطحاوي
وكذلك هذا الاختلاف في المضاربة الفاسدة اذا ربح فان الربح كله لرب المال وللمضارب عليه اجر مثله بالغا ما بلغ عند
محمد سواء ربح او لم يربح ● وعند ابي يوسف له اجر مثله ولا يجاوز عن المسمى من الربح الى هنا لفظه ثم انما كان للمعين اجر المثل
لانه عمل له بعقد فاسد ثم وجه قول محمد رحمه الله انه لا يمكن تقدير يعني تقدير اجر المثل لانه عمل له بعقد فاسد بنصف
قيمة المجموع لانه مجهول لجهالة ستا جنسا وقد ران يعني لا يدري اي نوع من الحطب يصيبان واي قدر منه يجمعان
ولا يدري ايضا هل يجدان ما عقدا عليه عقد الشركة ام لا يجدان ● فاذا كان كذلك لا يمكن ان يقال ان المعين رضي بنصف
المسمى من الحطب والكنز ونحوهما لان الرضا بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغا ما بلغ الا يرى انه لو اعانه عليه فلم يصيبا شيئا
كان له الاجر بالغا ما بلغ ● فهذا اولى لانهما اصابا ● ووجه قول ابي يوسف رحمه الله انه رضي بنصف ثمن المجموع وانه كان
ذلك مجهولا في الحال لانه يعلم في المال وكان جهالته على شرف الزوال فانه على عرض ان يصير معلوما عند الجمع فاذا كان
راضيا في الابتدا بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضيا بنصف ثمن المجموع في الانتها فلا يجاوز عن نصفه لانه يعتبر رضاه
في اسقاط حقه عن مطالبة الزيادة ● الا يرى انه لو استاجر رجلا ليحمل له حنطة بقفيز منها الى مكان يتعين منها لا يجاوز اجر
المثل عن المسمى وهو القفيز فكذا هنا بخلاف ما اذا لم يصيبا فان المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالتفاحش فالا وجه الا بوجوب
اجر المثل بالغا ما بلغ ● وكان صاحب الهداية مال الى قول محمد حيث قدمه في الذكر على ابي يوسف ولكن الحاكم الجليل
الشهيد والشيخ ابا الحسن الكرخي وشمس الايمة البيهقي صاحب الشامل قدموا ذكر قول ابي يوسف على قول محمد كما يقتضيه
القياس ● هذا اذا عمل احدهما واعانه الاخر ● اما اذا عملا جميعا وخلطاه فقد قال الحاكم قسم الثمن على كيل ووزن
ما كان لكل واحد منهما ان كان كيليا او وزنيا وعلى القيمة ان لم يكن كذلك فان لم يعرف المقدار صدق كل واحد منهما
الى النصف ولم يصدق على الزيادة الا ببينة لانه في يدهما جميعا الى هنا لفظ الحاكم في الكافي ● وقال في شرح الطحاوي
وان اختلفا يجوز دعوى كل واحد منهما الى النصف مع اليمين على دعوى صاحبه **قوله** لا يجاوز به بفتح الواو هو
على صيغة المبني للمفعول وقوله نصف ثمن ذلك بالرفع لقيامه مقام الفاعل ● وهذا نحو قولهم بلغ بعطائه خمسماية واصله
ان المفعول به المتعدي اليه بغير حرف له فضل على المتعدي اليه بحرف فلهذا لما اسند الفعل الى النصف دون الجار والمجرور
ولكن لو لم يكن ذكر النصف واقتصر على الجار والمجرور كان الاسناد اليهما حينئذ جايزا ● وقد عرف في المفصل **قوله**
وقد عرف في موضعه اي في كتاب الشركة من المبسوط قال الكرخي في مختصره وكذلك ان كان لهما كلب فارسلاه جميعا
كان ما اصاب بينهما ● ولو كان الكلب لاحدهما وكان في يده فارسلاه جميعا كان ما اصاب بينهما الكلب لصاحبه
خاصة ● وان كان لكل واحد منهما كلب فارسل كل واحد منهما كلبه فاصاب صيدا واحدا كان بينهما نصفين ● وان
اصاب كلب كل واحد منهما صيدا على حدة كان له خاصة **قوله** قال واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللاخر راوية

يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان صاحب البغل وان كان هو
صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل ● اي قال القدوري في مختصره وانما فسدت الشركة لانعقادها على اخذ مباح وهو الما
وقد بينا قبل هذا ان الشركة في المباحات باطلة كالاصطياد فاذا كانت فاسدة كان الكسب للمستقي خاصة كما في الشركة
في الاصطياد يكون الصيد لمن اخذ ثم المستقي يجب عليه اجر مثل البغل او الراوية لصاحب البغل او لصاحب الراوية لانه
استوفى بعقد فاسد منافع ملك الغير والروايا من الابل والبغال والحمير التي يستقى عليها الماء يقال روية القوم اذا استقيت لهم والبعير الذي يحمل عليه الماء الراوية وكثر ذلك حتى
سميت المزادة راوية كذا قال ابو زيد والمراد هنا المزادة قال ابو عبيد المزادة لا تكون الا من جلد بين جلدين يقام بجلد ثالث
بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزايد ● وقد قال اصحابنا رحمهم الله واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللاخر بعير على ان
يواجراه ويعملا فما رزق الله تعالى فيه من شيء فهو بينهما نصفان فهذا فاسد لان هذه شركة وقعت على اجارة الدواب
لا على تقبل العمل لان تقدير هذا ان يقول لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ● ولو صرحا بهذا كانت الشركة فاسدة
فلذلك هذا ● فان اجراهما في عمل معلوم قسم الاجر بينهما على مثل اجر البغل ومثل اجر البعير لان الشركة لما فسدت
والاجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة كان الاجر مقسوما بينهما على مقدار اجر مثل دابتيهما لان حكم الاجارة
تقسم على قيمة المنافع كما تقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين ● ولو تقبلا حمولة معلومة باجر معلوم ولم يواجرا البغل والبعير
فحملاها عليهما فالاجر بينهما نصفان لان الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد فكان البدل على قدر الضمان ولم يعتبر زيادة حمل البعير
على البغل لا يعتبر في شركة التقبل بكثرة عمل احدهما ● وان اجر البعير بعينه كان الاجر لصاحبه لانه هو العاقد وان كان الاخر
اعانه على الحمولة والنقل كان له اجر مثله لا يجاوز به نصف الذي اجر في قول ابي يوسف ● وقال محمد له اجر مثله بالغا ما
بلغ وجه الخلاف عرف في مسألة اول الفصل ● ولو ان قصارا له اداة القصارين وقصارا له بيت اشتركا على ان يعملا باداة
هذا في بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان جايزا لان الشركة وقعت على التقبل لا على الاداة والبيت فيكون هذه شركة
تقبل واما جازت وكذلك سائر الصناع نحو الخياطين والصباغين ● ولو ان رجلا دفع دابته الى رجل يواجرها على ان ما
اجرها به من شيء فهو بينهما نصفان كانت الشركة فاسدة والاجر لصاحب الدابة وللاخر اجر المثل ● وكذلك في السفينة
والبيت لان تقدير هذا كانه قال اجر دابتي ليكون اجرها بيننا ● ولو صرح بهذا كان فاسدا فكذا هذا ثم الاجر
كله لرب الدابة لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بامره ● وللعاقد اجر مثله لانه لم يرض ان يعمل له مجانا
● ولو دفع اليه دابة يبيع عليها البر والطعام على ان الربح بينهما نصفان كانت الشركة فاسدة والربح لصاحب البر والطعام
ولصاحب الدابة اجر مثلها لان العامل استوفى منفعة الدابة بعقد فاسد ● وكان عليه اجر مثلها والربح للعامل وهو
صاحب البر والطعام لانه كسب ماله ● والمسائل مذكورة في مختصر الكافي للحاكم ومختصر الكرخي وشرح القدوري
وغيرها والباقي يعلم ثمة **قوله** وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل هذا لفظ
القدوري في مختصره ● وذلك لان الشركة لما فسدت كان الربح معتبرا بقدر المال لان استحقاق زيادة الربح بالتسمية
وقد بطلت التسمية لفساد العقد لكونه واجب الدفع فصار كان التسمية لم توجد اصلا ● فبقي الربح تابعا للمال فصار
مقدرا بقدر المال **قوله** فيتقدر به اي يتقدر الربح بقدر المال **قوله** كان الربيع تابع للبذر
في المزارعة ● الريع النماء والزيادة كما في المجمل **قوله** واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب
بطلت الشركة ● هذا لفظ القدوري في مختصره ● وانما بطلت الشركة بموت احدهما لان الشركة تنعقد على الوكالة
سواء كانت مفاوضة او عنانا ● والوكالة تبطل بموت الموكل فلما بطلت الوكالة بالموت بطلت الشركة ايضا لان المشروط
يفوت بفوات الشرط ● وهذا لان كون كل واحد منهما وكيلا عن الاخر شرط انعقاد الشركة الا يرى ان الشركة لا تنعقد
فيما لا يصح فيه التوكيل كالاحتطاب والاصطياد ● ولان العقد اذا كان غير لازم كان لدوامه حكم الابتدا والشركة
من هذا الباب ● ثم الشركة لا وجود لها بين الحي والميت ابدا فكذا بقاؤها ولا فرق بين ان علم الشريك موت صاحبه او لم يعلم
لانه عزل حكمي فلا يشترط فيه العلم بخلاف العزل القصدي حيث لا يصح ما لم يعلم الاخر لانه يشترط فيه العلم ● ثم لما ثبت
بطلان الشركة بالموت ثبت بطلانها بالارتداد اذا لحق بدار الحرب ● وقضى القاضي به لانه موت حكمي الا يرى انه يقسم
ماله بين ورثته ● ثم الشركة في العزل القصدي تنفسخ اذا كان مال الشركة عينا يعني دراهم او دنانير ● ولو كان
مال الشركة عروضا وقت الفسخ فقد ذكر الطحاوي في مختصره انه لا ينفسخ وجعله بمنزلة المضاربة ● وقال الامام
الاسبيجابي في شرح الطحاوي لا رواية عن اصحابنا في الشركة ● وانما الرواية في المضاربة وهي ان رب المال اذا نهى
المضارب عن التصرف فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهي دراهم او دنانير صح النهي ● فان كان راس المال
دراهم كان له ان يصرف الدنانير الى الدراهم ● وان كان راس المال دنانير كان له ان يصرف الدراهم الى الدنانير
وليس له ان يشتري بها عرضا ● وان كان راس المال عروضا وقت النهي فلا يصح نهيه ● وجعل الطحاوي الشركة بمنزلة
المضاربة ● وبعض مشايخنا فرقوا بين المضاربة والشركة وقالوا يجوز فسخ الشركة وان كان راس المال عروضا بخلاف
المضاربة لان مال الشركة في ايديهما جميعا ● وولاية التصرف اليهما فيهما جميعا فيملك كل واحد منهما نهي صاحبه
عينا كان المال او عرضا ● واما مال المضاربة فانه في يد المضارب ● وولاية التصرف اليه فلا يملك رب

المال فيه بعد ما صار المال عرضا . كذا قاله في شرح الطحاوي . وقال في الفتاوى الولوالجي واذا ارتد احد المتفاوضين او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحوقه انقطعت المفاوضة . والعنان بخلافه حتى لو رجع مسلما فلا شركة بينهما لانه لما حكم بلحاقه جعل ميتا حكما وان لم يقض القاضي بلحاقه بدار الحرب انقطعت المفاوضة والعنان بينهما على سبيل التوقف بالاجماع فاذا عاد مسلما قبل ان يحكم الحاكم بلحاقه بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف . فان لم يقض القاضي بالبطلان حتى اسلم عادت المفاوضة وان مات بطلت المفاوضة من وقت الردة . واذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل تبقى عنانا عند ابي حنيفة لا وعندهما تبقى عنانا **قوله** على ما بيناه من قبل اشارة الى ما قال في باب احكام المرتدين بقوله ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى

فصل

قوله ليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكاة مال الآخر الا باذنه هذا لفظ القدوري في مختصره . وذلك لان الشركة لتحصيل الربح وتثمير المال واداء الزكاة ليس بتثمير فليس لكل واحد منهما ان يؤدي زكاة صاحبه حتى اذا ادى ضمن نصيب صاحبه لانه ادى بغير امره **قوله** فان اذن كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم يعلم . هكذا لفظ القدوري في مختصره ايضا . وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وعند صاحبيه لا ضمان على الثاني اذا لم يعلم باداء الاول . وذكر في بعض المواضع انه لا يضمن عندهما علم او لم يعلم . كذا نقل الولوالجي في فتاواه . ثم ضمان الثاني خاصة اذا اديا على التعاقب . اما اذا اديا معا فكل واحد منهما يضمن نصيب صاحبه . الا ترى الى ما قال في شرح الشامل في قسم المبسوط المتفاوضان امر كل صاحبه ان يؤدي زكاة ماله فاديا معا ضمن كل واحد نصيب ما ادى ونقل صاحب الاجناس عن الاصل في كتاب الزكوة في شريكين متفاوضين كل واحد منهما امر صاحبه اذا جاء الحول ان يؤدي زكاة ماله فاديا معا ضمن كل واحد منهما حصة صاحبه مما ادى سواء كان علم باداء صاحبه او لم يعلم في قول ابي حنيفة وجاز عن زكاة كل واحد منهما ما اداه عن نفسه ولا يجوز عن صاحبه ما اداه لان اداءه عن نفسه يوجب عن الآخر في ادائه فما اداه لم يكن مأمورا به . وصار كمن ادى زكاة غيره بغير امره لم يجز . وقد اعترض عليه بان زكاة كل واحد تسقط عنه بعد ادائه فيترتب عليه عزل وكيله وكان ما يؤدي عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكوة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الاداء الواجب عنه لانه امره باداء الزكوة عنه في حالة استقرار الزكوة على الآمر . وفي حالة ما يؤدي الموكل عن نفسه الزكوة هذه حالة زوال الزكوة وسقوطها عنه فلا يوصف في هذه الحالة اخصا حالة استقرار الزكوة فكان اداؤها على غير الوجه المأذون فكان مخالفا لما امر له فلا ضمن . ووجه قولهما في ان الثاني لا يضمن اذا لم يعلم باداء الاول لانه اداه بالامر ولا ضمان مع الامر ولهذا لا يضمن الاول . ولا يلزم العزل من مباشرة الامر بنفسه قبل العلم قياسا على العزل القصدي . تحقيقه ان في وسع الوكيل تمليك جزء من المال من الفقير لا يقع عنه زكوة لان وقوع الزكوة يتعلق بنية الموكل والمرء لا يكلف بما ليس في وسعه فلهذا لم يضمن الثاني . واذا لم يقع ما اداه زكاة وهذا ذكر في كتاب وكالة الاصل لو دفع الف درهم الى رجل وامره ان يقضيه دينا عليه فقضاه الموكل ثم ان الوكيل قضاه قال لا يضمن اذا لم يعلم باداء الموكل . ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان كل واحد منهما مأمور باداء الزكوة عن صاحبه فاداء الثاني ليس بزكاة لانها سقطت باداء الآمر فكان الثاني مخالفا فيضمن . وفساد قياس الثاني على الاول في عدم الضمان لان الاول ليس بمخالف وهذا مخالف . وهذا معروف لعروض خلاف الاول . وهذا لان العزل الحكمي لا يعتمد على العلم كما في موت الشريك فظهر الفرق وبطل القياس . ولان مقصود الآمر يعتمد على العلم من اداء الوكيل الزكوة هو الخروج عن عهدة الواجب . ثم اذا اداها الآمر بنفسه حصل المقصود فعرى اداء الوكيل بعد ذلك عن المقصود فكان معزولا علم او لم يعلم فيضمن نصيب الآمر . وعلى هذا الخلاف المأمور باداء الزكوة اذا ادى بعد ما ادى الآمر . والجواب عن مسألة كتاب الوكالة قال صاحب الاجناس من اصحابنا من قال ان هذا الجواب على قولهما فاما على قول ابي حنيفة يضمن الوكيل في جميع الاحوال . يعني هذا الاحتجاج ابو حنيفة الى الفرق وان قال لا يضمن كما ذهب اليه بعض اصحابنا فحينئذ يحتاج الى الفرق . ووجه ما قالوا انه امر في قضاء الدين بدفع مضمون . وقد فعل ذلك فلا يلزمه الضمان وفي مسألتنا امره بان يدفع الزكوة ولم يفعل ذلك فلزمه الضمان . بيانه ان الدين ثابت في الذمة وذلك لا يمكن تسليمه فما يدفع على وجه القضاء يصير مضمونا على القابض . ثم يصير الضمان بالضمان قصاصا **قوله** وهذا اذا اديا على التعاقب اشارة الى وجوب الضمان على الثاني خاصة **قوله** ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه اي عند ابي حنيفة . وقالا ليس عليه ضمان اذا لم يعلم باداء صاحبه وقد عرف في مختصر الكافي **قوله** لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر . بيانه ان زوال الملك في بعض ماله ضرر وفي دفع الوكيل بسبب الزكوة عند ذلك . وبقاؤه في عهدة الواجب ضرر ايضا وهو لم يلتزم ضرر دفع الوكيل ماله الا لدفع ضرر آخر وهو اسقاط الواجب عن ذمته فعلم ان المقصود من الامر باداء الزكوة اخراج النفس عن عهدة الواجب . وقد حصل هو المقصود باداء الآمر بنفسه فعزل المأمور بعد ذلك **قوله** واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الخلاف هذا جواب بسبيل المنع بان يقال لا نسلم ان المأمور بذبح دم الاحصار لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار بل يضمن عند ابي حنيفة . وان سلمنا انه لا يضمن بالاتفاق ففرق ونقول دم الاحصار ليس بواجب لا محالة لانه اذا صبر الى

ان يزول الاحصار ولا يطالب بدم الاحصار فلم يكن امرا مقصودا فلم يكن ان يقال ان المقصود حصل بفعل المحصر بل بفعل المأمور يعرى فعل المأمور عن المقصود بخلاف اداء الزكوة فانه واجب فكان اسقاط الواجب امرا مقصودا . وقد حصل هذا المقصود باداء الآمر بنفسه فعرى فعل المأمور عن المقصود فيضمن فظهر الفرق **قوله** قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة رضي الله عنه . وقالا يرجع عليه بنصف الثمن قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير في باب القضاء في كتاب الشركة مثل قولهما من غير خلاف انما ذكر قول ابي حنيفة في هذا الكتاب خاصة . لهما ان الشراء وقع للمأمور خاصة بدليل حل الوطء له ثم هو يقضي دينه وهو ثمن الجارية من مال الشركة فيرجع عليه صاحبه بنصف الثمن كما اذا اشترى طعاما او زيتا لاهله او كسوة وادى الثمن من مال الشركة تحقيقه ان الحاجة الى الوطء من الحوائج الاصلية الا انها ليست بلازمة كالطعام فلم تكن مستثناة من عقد الشركة بلا شرط بخلاف الحاجة الى الطعام فانها لازمة فكانت مستثناة بلا شرط . ثم لما جاء التصريح بالحاجة الى الوطء لحقت بحاجة الطعام فوقع شراء الجارية للمشتري خاصة . ولابي حنيفة رضي الله عنه ان شراء الجارية وقع على الشركة لقضية عقد المفاوضة ثم ادى المشتري ثمن ما وقع على الشركة من مال الشركة فلا يرجع عليه صاحبه كما اذا اشترى قبل الاذن وادى الثمن من مال الشركة حيث لا يثبت الرجوع فكذا هنا . الا ان اذن الآمر تضمن هبة نصيبه للمأمور لان الوطء لا يحل الا في الملك وقد حل لما انه حل له وطؤها ولم يذكر عوضا وكان تمليكها هبة بعد وقوع الشراء على الشركة وكانه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك لان الهبة في الشائع لان الجارية مما لا تنقسم بخلاف شراء الطعام والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة لان ذلك مستثنى من قضية عقد الشركة للضرورة . لان الحاجة اليهما اصلية لازمة . فاذا ادى الثمن من مال الشركة كان قاضيا دين نفسه خاصة من مال الشركة فيرجع عليه صاحبه بنصف الثمن وبما يخرج فيه فيقضي دينا عليهما لان الشراء وقع على الشركة ثم البائع يطالب ايهما شاء بالثمن لان المشتري لزمه الدين بالتجارة وما يلزمه بالتجارة يلزم صاحبه لان كل واحد من المتفاوضين كفيل عن الآخر وصارت الجارية المشتراة للوطء بالاذن كالطعام المشتري . فاذا استحقت الجارية فعلى الواطئ العقر يأخذ المشتري المستحق بالعقر ايهما شاء وقد مر ذلك عنه **قوله** وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة **قوله** وقال يرجع عليه اي على المأمور **قوله** لانه ادى دينا عليه لان المأمور ادى دينا على نفسه خاصة **قوله** لا يملكان تغييره اي الشريكان لا يملكان تغيير مقتضى الشركة ومقتضاها ان يقع الشراء على الشركة **قوله** ولا وجه الى اثباته بالبيع يعني لا وجه الى اثبات الملك بسبب البيع الذي حصل من مال الحال يعني لا يمكن ان يقال ان حل الوطء في الجارية بناء على انه اشترى جميعها لنفسه لان وقوع الشراء له خاصة يخالف مقتضى الشركة فلم يمكن القول بكون الشراء سببا لحل الوطء . فانكر القول بكون الهبة سببا له لانها تثبت في ضمن الاذن فاذا ثبت الهبة ثبت بطلان هذا ادل الشراء تضمن للاذن هبة تحل الوطء بالهبة الثابتة بعد الشراء **قوله** لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة اشارة الى قوله فيما على مقتضى الشركة **قوله** بخلاف الطعام والكسوة يتصل بقوله وله ان الجارية دخلت في الشركة **قوله** فيقع الملك له خاصة اي للمشتري وانما رجع الضمير اليه وان لم يذكر لظهوره لان المهم قائمة مقام الذكر **قوله** وفي مسألتنا اي فيما اشترى احد المتفاوضين الجارية للوطء باذن الآخر . وهذه المسألة مذكورة في كتاب القضاء في الجامع الصغير وذكرها في المبسوط في كتاب الشركة والله اعلم

كتاب الوقف

مناسبة الوقف بالشركة من حيث ان الانتفاع في كل واحد منهما بالفاضل على اصل المال لان المقصود من الشركة تحصيل الربح وهو زائد على رأس المال كالريع في العقار زائد عليه والاصل في جواز الوقف ما روى في الجامع الترمذي مسندا الى ابن عون عن نافع عن ابن عمر قال اصاب عمر ارضا بخيبر فقال يا رسول الله اصبت مالا بخيبر لم اصب مالا قط انفس عندي منه فما تأمرني قال ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر ان لا يباع اصلها ولا يوهب ولا يورث تصدق بها في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف لا جناح على من وليها ان يأكل منها بالمعروف او يطعم صديقا غير متمول فيه قال فذكرته لمحمد بن سيرين فقال غير متأثل مالا . وروى الترمذي ايضا باسناده الى ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا مات الانسان انقطع عنه عمله الا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له . وحدث محمد بن الحسن في الاصل اخبرنا صخر بن جويرية عن نافع مولى عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب كانت له ارض تدعى ثمغ قال وكان نخلا نفيسا قال فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اني استفدت مالا وهو عندي نفيس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق ثمره قال فتصدق عمر في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى ولا جناح على من وليه ان يأكل بالمعروف او يؤكل صديقا له غير متمول فيه . وقال محمد فهذا ناخذ اذا تصدق به في حياته وصحته كان ذلك من جميع ماله واذا تصدق به في مرضه كان ذلك من ثلثه . فاما ابو حنيفة فكان لا يجيز ذلك الا ان يجعله وصية بعد موته وذكر العتبي في حديث عمر انه قال في وصيته ان توفيت وفي يدي صرمة ابن الاكوع فسنتها سنة ثمغ قال الصرمة ها هنا قطعة من النخل ويقال للقطعة من الابل ايضا صرمة اذا كانت خفيفة . قال العتبي وثمغ مال لعمر كان وقفه . ثم اعلم انا بين تفسير الوقف لغة وشريعة ثم ركنه ثم شرط جوازه ثم حكمه . اما تفسيره لغة فنقول الوقف الحبس من قولهم وقفت الدابة

اذا اسقيته من النيران قال صاحب الجمهرة الوقف مصدر وقفت الدابة اقفه وقفا ● وكذلك كل شي حبسته وهذا احد
ما جا على فعلته ففعل ● وقال ابن الجني في شرح المتنبي اخبرني ابو علي الفارسي عن ابي بكر عن ابي العباس عن ابي عثمان
المازني قال يقال وقفت داري وارضي ولا يعرف اوقفت من كلام العرب ● وفي عرف الشرع يراد به حبس مخصوص
وهو حبس العين عن التمليك من الغير ... لا كل حبس ● واما ركنه وهو ما لا قيام للشي الا به ففيه اختلاف قال
ابو يوسف الوقف يوجد ويتم بمجرد قوله وقفت ارضي هذه او داري هذه ● وقال محمد وهلال الراي ان الوقف
لا يتم بهذا القدر ما لم يقل جعلتها صدقة موقوفة او موقوفة على المساكين ● وقال الخصاف واهل البصرة انه
الوقف لا يتم بقوله جعلت ارضي او داري صدقة موقوفة ما لم يقل على المساكين لان جواز الوقف متعلق بالتابيد
الا ان ذكر الفقرا ذكر للتابيد لانهم لا ينقطعون ابدا ● وجه قول ابي يوسف ومحمد وهلال الراي ان التابيد
كما يثبت بذكر الفقرا لانهم لا ينقطعون يثبت بذكر الصدقة ايضا لانه لا يحتمل النسخ هذا حاصل ما قاله شيخ الاسلام
جواهر زاده في مبسوطه ولكن ابو يوسف جعل ذكر الوقف ذكرا للتابيد ● واما شرط جوازه فعلى قول ابي حنيفة
... ان يكون موصى به حتى لو لم يوص به لا يصح ويبقى على ملكه يجوز له بيعه ويورث عنه الا ان يجيز الورثة فيصير
جائزا وينابد الوقف كذا قال شمس الايمة الحلواني في محيطه ● وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي بان الاضافة الى
الى ما بعد الموت ليس بشرط لصحة الوقف حتى يمنع من بيعه ولا يورث من مات ● قال شيخ الاسلام في مبسوطه
وحاصل الخلاف يرجع الى ان تقدير الوقف ماذا قال ابو حنيفة تقدير الوقف ان يقول حبست العين على ملكي وتصدقت
بثمرته على المساكين فلا يصح اذا كانت الثمرة معدومة الا بطريق الوصية كما لو نص على ذلك ● وعلى قولهم تقدير الوقف
كانه يقول ازلت العين عن ملكي الى الله عز وجل وجعلته محبوسا في ملكي ومنفعته للعباد ● واذا كان تقدير الوقف
هذا عندهم صح وان لم يكن موصى به كما في المسجد ● وجه قولهم ان النبي صلى الله عليه وسلم امر عمر رضي الله عنه بالوقف
ولم يامره بالاضافة الى ما بعد الموت ● ولان الواقف ذكر الصدقة والوقف والاول يوجب الزوال والثاني
يمنع الزوال فجعلنا العين زايلا الى الله تعالى محبوسا في ملكه عز وجل على وجه لا يصل عينه للفقير عملا بالامرين جميعا
● ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ما حدث الطحاوي في شرح الاسناد الى عكرمة عن ابن عباس قال سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما انزلت سورة النسا وانزل فيها الفرايض نهى عن الحبس وقال في المبسوط عن عكرمة
عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا حبس عن فرايض الله تعالى بعد سورة النسا والوقف حبس عن فرايض الله
تعالى فيكون باطلا عملا بظاهر الحديث ● واحتج ابو حنيفة ايضا بما روي عن شريح انه قال جا محمد ببيع الحبس وفي
رواية ببيع الحبيس قال شيخ الاسلام جواهر زاده والحبس ما كانوا يفعلونه في الابتدا قبل سورة النسا كانوا يحبسون
العين على ملكهم ويتصدقون بالغلة ويرون بيع الاصل ممتنعا لمكان الصدقة بالغلة فجا محمد صلى الله عليه وسلم ونسخ
هذا وجوز بيعه ● والمعنى في المسالة ان هذا تصدق بالغلة المعدومة لا بالعين فلا يمتنع ولا الارث اذا لم يكن موصى
به قياسا على ما لو قال تصدقت بغلة هذه الارض على الفقرا والمساكين ابدا ● وانما قلنا ذلك لانه ذكر ما يوجب الزوال
وما يمنع الزوال فعملنا بالصدقة في حق الثمرة وبلفظ الوقف في حق العين فجعلنا العين محبوسا على ملكه وجعلناه متصدقا
بالثمرة المعدومة عملا باللفظين بقدر الامكان ● واذا صار تقدير الوقف هكذا اعتبر بما لو نص ولو نص هكذا
لا يصح ما لم يكن موصى به فكذا هذا ● واما تعلقهم بحديث عمر فنقول ذلك يشهد لنا لان النبي صلى الله عليه وسلم
امر بحبس الاصل مطلقا ومقتضى الحبس يقتضي ان يكون باقيا على ملكه من كل وجه ● والامر بحبس العين على ملكه من
كل وجه وتسبيل الثمرة المعدومة لا يصح الا ان يكون مضافا الى ما بعد الموت ● والجواب عن قياسهم عن المسجد
فنقول انه لم يوجد ما يمنع الزوال عن ملكه فزال العين عن ملكه من كل وجه بخلاف ما نحن فيه فان لفظ الوقف يمنع
الزوال ● واما حكم الوقف فبعد صحة الوقف ففيه اختلاف ● قال ابو حنيفة حكمه حبس العين على ملكه والتصدق
بالثمرة المعدومة وهذا مشروع كما لو قال تصدقت بثمرة ارضي على الفقرا بعد موتي ● وذلك لان حكم الشي ما يثبت
بالشي والذي يثبت بالوقف عند ابي حنيفة هذا فلا تزول العين عن ملك الواقف الا بحكم الحاكم او بالتعليق بالموت
لان الوقف عنده حبس العين عن ملك الواقف على وجه لا يقبل النقل ● والتصدق بالغلة المعدومة ولا يصح التصدق
بالغلة المعدومة الا بطريق الوصية فكذا اما كان في معناه ● واذا حكم به حاكم فقد صادف حكمه محل الاجتهاد فينفذ
وقال ابو يوسف ومحمد وهو احد قولي الشافعي حكمه ان تزول العين عن ملكه الى الله تعالى ويصير محبوسا في ملكه
لا يصير العين للموقوف عليه انما له الغلة لا غير ● وقال الشافعي رضي الله عنه في قول حكمه ان يصير العين ملكا
للموقوف عليه الا انه لا يبيع ولا يهب حتى قال لو كانت ارضا كان الخراج عليه ● ولو كان فيه عبد كان صدقة
الفطر على الموقوف عليه وهذا ضعيف لانا لا نجد موضعا يصير العين فيه ملكا للفقير ● ثم لا يجوز بيعه فوقع كلاما
بلا اصل. **قوله** قال ابو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به حاكم او يعلقه بموته
فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا ● وقال ابو يوسف يزول الملك بمجرد القول ● وقال محمد
لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه هذا اللفظ القدوري في مختصره قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي

الوقف

الوقف عند ابي حنيفة رضي الله عنه على ثلاثة اوجه ● في وجه لا يجوز وهو ما اذا وقف داره او ارضه في صحته فلا
يجوز وان اشترط التابيد وسلم الى المتولي ويجوز بيعه ويكون ميراثا عن الواقف ● وفي وجه يجوز وهو اذا وقفه
في حال حياته وجعله وصية بعد وفاته فانه يجوز من ثلث ماله ● وفي وجه لا يجوز في ظاهر الرواية وهو اذا وقف
في مرض موته فهو كالوقف في حال صحته ● وروى الطحاوي عن ابي حنيفة وعند صاحبيه الوقف جايز في حالة صحته او
مرضه الا انهما اختلفا فيما بينهما ● قال ابو يوسف يجوز مشاعا كان او مقسوما سلمه الى المتولي او لم يسلمه شرط التابيد او لم
يشترط ● وقال محمد لا يجوز الا باستجماع شروطه الثلاثة ان يكون مقسوما مخرجا من يده مسلما الى المتولي وان يشترط
فيه التابيد وهو ان يجعل اخره الى سبيل خير لا ينقطع ابدا فيجوز الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي ● وجه قول محمد رحمه
الله ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه في نخل له اراد ان يتصدق بصدقته الى الله تعالى حبس الاصل وسبل
الثمرة ذكره في الفايق ● وقال جواهر زاده في مبسوطه بعد ما ذكر الحديث فتصدق بها عمر وجعلها في يدي حفصة
يدل ان التسليم شرط ● وقال ايضا فيه روي عن معاذ بن جبل وابن عباس رضي الله عنهما انهما قالا لا يجوز الصدقة
الا مقبوضة بلا فصل بين الصدقة المنفذة والموقوفة ● والمعنى فيه انه انما يثبت لله من الحق في رقبة الموقوف فانما
يثبت ضمنا للحق الثابت فيكون القبض شرطا لصحته قياسا على الصدقة المنفذة بل اولى لان المنفذة متفق عليه وهذا مختلف
في جوازه ● فلما كان القبض شرطا اشترط كونه مقسوما لان القبض لا يتحقق في المشاع الذي يقسم وكذا التابيد شرط فيه
الوقف لانه لو وقته لا يصح بالاجماع ● ووجه قول ابي يوسف ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بالوقف ولم يامر بالتسليم
الى المتولي فعلم ان التسليم ليس بشرط والفقه في المسالة ان الوقف تبرع مشروع لابطال ملك الواقف عن العين لا التمليك ثم
يتم من غير قبض كالاعتاق يتم بالقول ولا يشترط التابيد وكونه مقسوما والتسليم الى المتولي ● بيان ذلك ان التمليك
من الله تعالى لا يتحقق من جهتنا مقصودا الا ان ما في الدنيا ملك الله تعالى في الحقيقة وانما الثابت فيه ملك التصرف لا غير ولا
يتصور التمليك مما لا يملك التصرف لما لك الرقبة كما لا يتصور من المكاتب تمليك رقبته من المولى وانما له ابطال ما ثبت له من
ملك التصرف في نفسه فينفسخ الكتابة حتى يعود الى ملك المولى فكذلك ههنا يبطل بالوقف ما للواقف من ملك التصرف ولا يصير
ملكا رقبة الموقوف من الله عز وجل ● والابطال يصح من غير قبض بخلاف الصدقة المنفذة فانها تمليك من الفقير بدليل
انه يجوز بيعها وهبتها فاذا كانت تمليكا من الفقير فقد كانت تمليكا من الله عز وجل ضمنا فاشترط القبض ● ووجه قول
ابي حنيفة في عدم جواز الوقف وهو المذكور في الاصل ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا حبس عن فرايض الله تعالى
بعد سورة النسا والوقف حبس فلا يجوز ● وروي عن شريح انه قال جا محمد ببيع الحبيس وبيانه من عنده بيان شرط جواز
الوقف ولان الوقف تصدق بالغلة دايما ولا يمكن التصدق بها هكذا الا اذا بقي اصل الموقوف على ملكه ولانه لا يجوز
زوال الملك الا الى مالك كما في السايبة فلم يزل ملكه عن الاصل ● بخلاف الاعتاق فانه اتلاف والوقف تبرع بالملك مع بقا
الملوك فافترقا بخلاف المسجد فانه فيه ما يوجد ما يمنع الزوال عن الملك بل جعله خالصا لله تعالى فلا يمنع الزوال فافترقا
ولان الوقف لو صح لابد فيه من مراعاة شرايط الوقف ● فلو كان يزول الملك بالوقف لم يكن لمراعاتها معنى ● وقيل
ان الوقف جايز عند ابي حنيفة لكنه ليس بلازم حتى يجوز اعادته الى ملكه ● ولو قضى القاضي بلزومه يلزم بالاجماع
لانه مجتهد فيه وعندهما لازم على كل حال وهو قول الشافعي وقول زفر مثل قول ابي حنيفة ● قال في خلاصة الفتاوي
قال الامام السرخسي ظن بعض اصحابنا ان الوقف غير جايز عند ابي حنيفة ● واليه يشير في ظاهر الرواية لكن مراده
انه لا يجعله لازما ● اما اصل الجواز فثابت عنده ولو اوصى به يتابد وفايدته فانه يكون لازما ● وذكر محمد رحمه
الله في السير الكبير ان الوقف اذا اضيف الى ما بعد الموت فهو باطل ايضا عند ابي حنيفة وهو الصحيح ● واكثر اصحابنا
اخذوا بقولهما ثم ان ابا يوسف في قوله الاول ضيق غاية التضييق كما هو قول ابي حنيفة ● وفي قوله الاخر وسع غاية
التوسعة ومحمد توسط بينهما وبهذا اخذ عامة المشايخ بقوله كذا في الخلاصة ● وقال ايضا فيها والوجه الثاني و
للزوم الوقف عند ابي حنيفة رضي الله عنه ان يخرجه مخرج الوصية فيقول اوصيت بغلة داري هذه او بغلة ارضي هذه
او يقول جعلت هذه الدار وقفا بغلتها على المساكين ● وكذا الوصي بان يوقف يجوز من الثلث في قولهم وقال الولوالجي
في فتاواه رجل قال ارضي هذه صدقة او قال جعلت ارضي هذه صدقة كان هذا نذرا بالتصدق حتى لو تصدق بعينها على
الفقرا او بثمنها جاز ولو لم يذكر الصدقة وذكر الوقف بان قال ارضي هذه موقوفة او قال ارضي هذه وقف او قال
جعلت ارضي هذه موقوفة او قال جعلت ارضي هذه وقفا فان هذا يكون على الفقرا في قول ابي يوسف خاصة وكان مشايخ
بلخ يفتون بقول ابي يوسف ومشايخ بخارا ايضا يفتون بقوله لمكان العرف الى هنا لفظه رحمه الله ● قال شيخ الاسلام
خواهر زاده في مبسوطه قد قال مشايخنا ان محمدا اكثر الطعن على ابي حنيفة وابي يوسف في هذا الكتاب اي في كتاب
الوقف فلم يبارك له حتى لم يمكنه ان يفرع عليه فروعا كثيرة كما افرع ... وكما امكنه ذلك في ساير الكتاب **قوله**
وهو الملفوظ في الاصل اي المذكور في المبسوط والعبير راجع الى ... لو قوله فلا يجوز الوقف وفي عدم جواز الوقف
قوله واللفظ ينتظمها اي لفظ الوقف يتناول لما قال ابو حنيفة وهو حبس العين على ملك الله تعالى **قوله**
والترجيح بالدليل اي يرجح احد المذهبين على الاخر بالدليل فشرع بعد ذلك في بيان الدليل **قوله** يدعي ... ثم

في بنح الثا وسكون الميم وبالغين المعجمة ارض لعمر رضي الله عنه وقفها • وقد وقع سماعنا هنا بلا تنوين وقد اثبت
في كتب غرايب الحديث الصحيح عند الثقات منونا وغير منون كما في دعد **قوله** لم نظيره في الشرع اي
لا سقاط الملك وجعله لله تعالى من غير ان يدخل في ملك واحد وذلك النظير هو المسجد **قوله** وعن
شريح جا محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبس اي الموقوف وقد استلمنا تعيين عن شيخ الاسلام قبل هذا • وجه
الاستدلال به ان الوقف لو كان لازما لم يجز بيعه وشريح بن الحارث القاضي الكوفي كان من كبار التابعين ادرك
عاش مايه وعشرين سنة كذا قال العيني ومات سنة اثنين وثمانين كذا قال المدايني واستقضاه عمر على الكوفة
ولم يزل قاضيا بعد ذلك خمسا وسبعين سنة لم يتعطل فيها الا ثلاث سنين امتنع فيها من القضا في فتنة ابن الزبير واستعفى
شريح الحجاج من القضا فاعفاه فلم يقض بين اثنين حتى مات كذا قال العيني وقيل مات سنة سبع وسبعين وقيل سنة
ثمان **قوله** كالسايبة قال تعالى ما جعل الله من بحيرة ولا سايبة ولا وصيلة ولا حام • قال في الكشاف
كان اهل الجاهلية اذا نتجت الناقة خمسة ابطن اخرها ذكر بحروا اذنها اي شقوها وحرموا ركوبها ولا تطرد عن ما
ولا مرعى واذا لقيها المعيي لم يركبها واسمها البحيرة • وكان يقول الرجل اذا قدمت من سفري او برئت من مرضي فناقتي
سايبة وجعلها كالبحيرة في تحريم الانتفاع بها • وقيل كان الرجل اذا اعتق عبدا قال هو سايبة فلا عقل بينهما ولا
ميراث • واذا ولدت الشاة انثى فهي لهم وان ولدت ذكرا فهو لالهتهم فان ولدت ذكرا وانثى قالوا وصلت
اخاها فلم يذبحوا الذكر لالهتهم • واذا نتجت من صلب الفحل عشرة ابطن قالوا قد حمى ظهره فلا يركب ولا يحمل عليه ولا يمنع
من ما ولا مرعى **قوله** قال في الكتاب اي في مختصر القدوري **قوله** واما تعليقه بالموت فالصحيح
انه لا يزول ملكه يعني اختلف المشايخ فيه على قول ابي حنيفة قيل يزول الملك بالتعليق بالموت • وقيل لا يزول وهو
الصحيح لكنه يلزم لانه بمعنى الوصية بالمنافع مؤبدا **قوله** فالمراد بالحاكم المولى اي المراد بالحاكم المذكور في
قول القدوري الا ان يحكم به الحاكم هو المولى وهو الذي ولاه السلطان عمل القضا • واما الحكم وهو الذي جعل حكما
فيه اختلاف المشايخ • قال في كتاب القضا من خلاصة الفتاوى واما حكم الحكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدات
فالاصح انه ينفذ ولكن لا يفتى به ذكره في الاقضية • وقال في الفتاوى الصغرى الحاكم الحكم اذا قضى على الحكيمين نظائر
الجواب انه ينفذ وجواب فتاوى سمرقند انه لا ينفذ زجرا لهم عن ذلك • وانا اقول لا يحل لاحد ان يفعل ذلك
يعني في الطلاق المضاف ولا ازيد على هذا • وحكى عن شمس الايمة الحلواني انه قال مسالة الحاكم الحكم نعلم ولا نفتي به
وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز الا ان القاضي الامام الاستاد ابا علي النسفي كان يقول نكتم هذا الفصل ولا نفتي
به كيلا يتطرق الجهال الى ذلك فيودي الى هدم مذهبنا • فاما المذهب فهو الاول الى هنا لفظ كتاب الفتاوى
الصغرى **قوله** لو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بالمنافع بعد الموت يعني يلزم الوقف
حينيذ على مذهب ابي حنيفة بخلاف الوقف في الصحة فانه لا يلزم عنده • ثم قال الطحاوي في مختصره وقد روي
محمد عن ابي حنيفة ان ذلك لا يجوز منه في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على اصوله **قوله**
يزول بالقول عند ابي يوسف اي يزول الملك عن الواقف بمجرد قوله وقفت عند ابي يوسف اما عند محمد فزواله بشرايط ثلاثة
ذكرنا هما قبل هذا من كونه مقسوما مسلما مؤبدا **قوله** وقد يكون ثمنا الضمن فياخذ حكمه اي يثبت
التمليك من الله تعالى ضمنا التمليك من غير الله تعالى • وان كان لا يثبت التمليك من الله تعالى قصدا الماء في
في قول الفقها كم من شي يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فياخذ التمليك من الله تعالى حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم
والقبض **قوله** ينزل منزلة الزكوة يعني نزل التمليك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد منزلة
تمليك المال من الله تعالى في الزكوة حيث يتحقق التمليك منه تعالى في ضمن التسليم الى الفقير **قوله** قال واذا
صح الوقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه على الاختلاف وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله صح خرج من ملك الواقف
على اختلاف العلماء في صحته حيث لا يصح عند ابي حنيفة على رواية الاصل خلافا لصاحبيه خرج الموقوف من ملك الواقف
على قولهما لكن لا يدخل في ملك الموقوف عليه خلافا لمالك في تخيره بقوله وان وقف على معين فهو ملك الموقوف
عليه وذلك ضعيف لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لنفذ بيعه كما في ساير املاكه فعلم انه لم يدخل في ملكه • ولانه
لو دخل في ملكه وزال ملك الواقف لم ينتقل عن الموقوف عليه بعد موته الى غيره من الفقرا رعاية لشرط الواقف الا ترى
ان الواقف لو شرط في غير الموقوف من ساير املاك الموقوف عليه ان ينتقل عن الموقوف عليه الى غيره لا يصح • وهنا
فيما نحن فيه يصح فلو كان ملكه زايلا الى الموقوف عليه لم يصح شرطه لانه لا اثر لشرطه في ملك غيره • قال صاحب
الهداية وقوله خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره • يعني ان الوقف عندهما
حبس العين على ملك الله تعالى وزوال ملك الواقف عنه الى الله تعالى فلما زال ملك الواقف عندهما وجب ان يكون
قوله خرج عن ملك الواقف قولهما • بخلاف قول ابي حنيفة فان الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف والتصدق
بالمنفعة • فاذا كان العين محبوسا على ملك الواقف لا يصح **قوله** خرج عن ملك الواقف على مذهبه وهذا
ظاهر وقول القدوري في بعض نسخ المختصر استحق اي ثبت الوقف **قوله** قال وقف المشاع جايز

عند ابي يوسف اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه • وقال محمد لا يجوز والشافعي اخذ بقول ابي يوسف • قال الولوالجي
في فتاويه وقف المشاع صحيح عند ابي يوسف غير صحيح عند محمد • ثم قال ومشايخ بلخ اخذوا بقول ابي يوسف ومشايخ بخارا
اخذوا بقول محمد ثم قال وبه يفتى ثم قال فان رفع الى القاضي وقضى جاز عندي الكل لانه مختلف فيه فيصير متفقا عليه بالقضا الفضا
وقال في خلاصة الفتاوي ولو وقف نصف الحمام جاز يعني بالاتفاق بين ابي يوسف ومحمد لانه مشاع لا يحتمل القسمة فصار
كالمشاع فيما لا يحتمل القسمة • ثم اختلافهما في وقف المشاع بنا على ان القبض هل هو شرط لصحة الوقف ام لا فعند ابي يوسف
ليس بشرط خلافا لمحمد فلما كان كذلك قال محمد لا يصح مع الشيوع فيما يحتمل القسمة لعدم تحقق القبض مع الشيوع الا بانضمام غيره اليه
وليس ذلك بموقوف بخلاف ما لا يحتمل القسمة حيث اكتفى فيه بالقبض القاصر لانه لا يمكن غير ذلك فجاز مع الشيوع كما في هبة المشاع
فيما لا يحتمل القسمة وكما في الصدقة المنفذة وهي التي سلمت الى الفقير وجعلت مملوكة له وثمه لا يمنع الشيوع مكذا في الصدقة الموقوفة
وهي التي لم يملكها الموقوف عليه الا انه تصدق عليه بمنفعتها • وقال ابو يوسف يصح الوقف مع الشيوع فيما يحتمل القسمة وفيما
لا يحتملها لان القبض عنده ليس بشرط فلم يكن كونه مفرزا شرطا لصحة الوقف • والتحقيق في كون القبض شرطا ام لا مر بيانه عند
قوله قال ابو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم • ثم جعل الارض مسجدا او مقبرة لا يصح مع الشيوع عند
ابي يوسف ايضا وان كان مما لا يحتمل القسمة بان كان الموضع غير صالح للصلاة او الدفن بعد القسمة لان المسجد خالص لله تعالى هو
والشيوع ينافي الخلوص الا ترى الى قوله تعالى وان المساجد لله ولانهما لو صاما مع الشركة كان الانتفاع بهما بطريق المهاياة بان يصلي
فيه يوما ويجعل يوما اخر اصطبلا ونحو ذلك ان يدفن فيه الموتى مرة ويتبنوا مرة اخرى مثلها ويزرع فيه وهذا في غاية
القبح فلهذا قال بامتناع صحتهما مع الشيوع بخلاف وقف المشاع فان الانتفاع به للموقوف عليه بطريق المهاياة او باستغلاله ثم
قسمة غلته ممكن لا قبح فيه **قوله** لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته يعني ان كون الموقوف
مقسوما مفرزا من تمام القبض على معنى القبض يقع في المفرز تاما كاملا وفي غيره يقع قاصرا • ثم القبض عند ابي يوسف ليس بشرط
في صحة الوقف فكذا الاشتراط ما يتم به القبض وهو كونه مقسوما مفرزا **قوله** لانه يعتبر بالهبة والصدقة
المنفذة اي يعتبر محمد جواز الوقف مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بجواز الهبة المشاعة والصدقة المنفذة المشاعة وهما جايزتان
فكذا هذا لان القبض التام هو القبض الممكن في تفسير المنفذة يعني قبل هذا **قوله** لان المهاياة فيهما اي في المسجد هو
والمقبرة والمهاياة في الدار ونحوها منابه المنافع وهي ان يتراضى الشريكان ينتفع هذا بهذا النصف المفرز وذاك بذاك هو
النصف وهذا يجلمه في كداس الزمان ثم ذا يجلمه بكداس الزمان بقدر الاول **قوله** ولو وقف الكل ثم استحق
جز منه بطل في الباقي عند محمد ذكره مع ما قبله تفريعا لمسالة القدوري وانما بطل الوقف في الباقي بعد الاستحقاق لما ان
الشيوع الشمر لا حق المستحق كان ثابتا في الموقوف حال الوقف فلما كان الشيوع مقارنا لم يتم القبض وهو شرط عند محمد فبطل
في الباقي لانتفا الشرط بخلاف ما اذا رجع الواهب في نصف الموهوب بعد قبض الموهوب له او وهب في مرض موته او وقف فيه
فانه يرد الثلثان الى الورثة حيث لا تبطل الهبة • والوقف في الباقي لطريان الشيوع بعد القبض التام واصله ان حكم هبة
المريض حكم الوصية حتى يعتبر خروجها من الثلث وجوازها جواز المهاياة حتى ينفذ الملك اذا قبض وكذلك الصدقة ومسالة رجوع
الواهب ورد الثلثين الى الورثة مذكورتان في المبسوط كمسالة الاستحقاق • هذا اذا استحق جز شايع اما اذا استحق جز معين
لم يبطل الوقف في الباقي لانتفا علة الفساد وهو الشيوع • وكذلك الحكم في الهبة والصدقة المنفذة اذا استحق جز معين
حيث لا تبطل الهبة والصدقة في الباقي وهذا معنى قوله وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة اي المملوكة للفقير **قوله**
قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما حتى يجعل اخره لجهة لا تنقطع ابدا • وقال ابو يوسف اذا سمى فيه
جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقرا وان لم يسمهم • وهذا اسلة القدوري وجه قولهما ان التوقيت يبطل الوقف
حتى اذا وقف داره عشرين سنة لا يصح فلما كان التوقيت مبطلا كان التابيد شرطا ثم لما وقف على جهة تنقطع كان موقتا
من حيث المعنى فلا يصح وهذا هو الوجه الصحيح في بيان قولهما اما قول صاحب الهداية لهما ان موجب الوقف زوال الملك هو
بدون التمليك وانه يتابد كالعتق فيه نظر على الثلاثة لان حكم الوقف عند ابي حنيفة رضي الله عنه حبس العين على ملك الواقف
والتصدق بالمنفعة فكيف يصح زوال الملك مع حبس العين على ملك الواقف • فلو كان ملكه زايلا لم يصح في الوقف شرطه فيما
بعد اللهم الا اذا حكم به الحاكم فحينيذ يزول لانه مجتهد فيه • ووجه قول ابي يوسف ان المقصود من الوقف هو هو
التقرب الى الله تعالى بالصدقة بالمنفعة والتقرب كما يكون بالصرف الى جهة لا تنقطع يكون بالصرف الى جهة تنقطع فجاز
الوقف على هذا الوجه كما جاز على ذلك الوجه • وقيل ان التابيد شرط عند ابي يوسف ايضا لكن التصريح بالتابيد ليس
بشرط عنده لان ذكر الوقف ذكر للتابيد لان الوقف ازالة الملك بدون التمليك فصار كالعتق والعتق متابد فكذا الوقف
واشار القدوري الى هذا الى قوله وصار بعدها للفقرا وان لم يسمهم • ونقل الناطفي في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل
عن ابي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف وعليه الفتوى • وقال
في الذاكرة قال ابو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم يصرف الوقف الى المساكين فحصل عنه روايتان الى هنا لفظ كتاب الاجناس
قوله وهو مفرد عليه اي التقرب الى الله تعالى موفر على جعل الوقف لجهة تنقطع كما هو موفر على جعله لجهة لا
تنقطع يعني يحصل التقرب بهذا الوجه كما يحصل بذلك الوجه **قوله** منبية عنه اي عن التابيد **قوله**

قال ويجوز وقف المشاع هذا لفظ القدوري • وهذا لان عمر رضي الله عنه وقف ارضا بخيبر وكذا سائر الصحابة وقفوا
العقار قيل مثاله دار ولا عقار اي اصل مال كذا في الجمهرة • والمراد منه هنا الارض مبنية كانت او غير مبنية **قوله**
ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه • وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها
واكرتها وهم عبيده جاز • وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح هكذا ذكر القدوري والمفهوم منه ان حبس الكراع والسلاح
لا يجوز مقصودا عند ابي يوسف • ولكن قال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الوقف في عبد ولا في امة ولا في شيء سوى
العقار والارضين الا ان تكون ارضا فيها بقر او عبيد لمصالحها فيشترط ذلك في الصدقة فيجوز في الاتباع لها فيكون ذلك
وقفا معها • وقال محمد بن الحسن لا باس بحبس الخيل في سبيل الله تعالى وكذلك قال ابو يوسف الى هنا لفظ الطحاوي رحمه
الله وقد صرح بجواز حبس الخيل كما ترى • وكذلك ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال فاما وقف المنقول
مقصودا اذا كان كراعا او سلاحا وقد وقفهما في سبيل الله تعالى فانه يجوز استحسانا عند ابي يوسف ومحمد والى هذا الاطلاق
اشار صاحب الهداية بقوله وابو يوسف معه فيه على ما قالوا اي مع محمد في جواز حبس الكراع والسلاح على ما قال المشايخ
واما وقف ما سوى الكراع والسلاح من المنقول مقصودا فقد اختلفوا فيه قال شيخ الاسلام في مبسوطه لا يجوز عند ابي يوسف
قياسا اي شيء كان • وقال محمد ما تعارف الناس وقفه من المنقول فانه يجوز استحسانا كالفاس والمر والجنازة والمصحف
لقراءة القرآن والقدور والمراجل • وما لم يتعارف الناس وقفه لا يجوز كوقف الثياب والحيوان وغيره من الامتعة • وقال
الشافعي ان وقف المنقول يجوز مقصودا اذا كان المنقول شيئا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه اي شيء كان • واجمعوا انه لا يجوز
وقف الدراهم والدنانير • وجه قول الشافعي القياس على العقار والكراع والجامع امكان الانتفاع مع بقاء العين • ولنا
ان التابيد شرط في الوقف لانه لا يصح مع التوقيت والمنقولات لا تتابد فلا يصح وقفها لانتفاء الشرط • وكان القياس ان لا يجوز
وقف الكراع والسلاح الا انه ترك القياس بالنص وهو ما ذكر شيخ الاسلام وغيره ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر حين شكا اليه
خالد بن الوليد حين منع منه الزكوة فقال ولا تظلموا خالدا فانه حبس ادرعه وكراعه في سبيل الله تعالى ثم النص الوارد في الكراع
لا يلحق كالوارد في المصحف ونحوه لان الجهاد اعظم قربة من قراءة القرآن خارج الصلاة لانه فرض كفاية وهذا تطوع • وكذا
القربة في الانتفاع بالمنشار والفاس ونحوها دون القربة في الكراع فلم يثبت حكم الكراع فيها دلالة فبقي الحكم فيها على القياس ونحوهما
وقال محمد القياس في جميع المنقولات ذلك الا اني تركت القياس بتعامل الناس فانه يجوز تركه به كما ترك القياس بالتعامل في الاستصناع
وفيما لا عرف ولا نص فيه بقي الحكم على اصل القياس • وقياس الشافعي على العقار ضعيف لانه قياس ما لا يبقى على ما يبقى **قوله**
وهذا على الارسال اي عدم جواز الوقف في المنقولات على الاطلاق مقصودا او تبعا كراعا او غيره لا تعاملوا فيه او لا هو قول
ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله** اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها قال في المجمل ضيعة الرجل عقاره والاكرة جمع
الاكار وهو الفلاح **قوله** كالشرب في البيع والبناء في الوقف يعني لا يجوز بيع الشرب مقصودا على ظاهر الرواية ويجوز
تبعا للارض وكذا البناء لا يجوز وقفه مقصودا ويجوز تبعا للارض **قوله** ومحمد معه فيه اي مع ابي يوسف في جواز
وقف المنقول تبعا **قوله** يجوز حبس الكراع والخيل كذا في ديوان الادب **قوله** لما بينا انه بيل اي
من شرط التابيد لان المنقول لا يتحقق فيه التابيد لعدم بقائه **قوله** منها قوله عليه الصلاة والسلام واما خالد فقد
حبس ادرعا وافراسا في سبيل الله قال البخاري في كتاب الزكوة من الصحيح حدثنا ابو اليمان قال اخبرنا شعيب قال اخبرنا ابو
الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة قال امر رسول الله بصدقة فقيل منع ابن جميل وخالد بن الوليد وعباس بن عبد المطلب فقال
النبي ما ينقم ابن جميل الا انه كان فقيرا فاغناه الله ورسوله • واما خالد فانكم تظلمون خالدا قد احتبس ادراعه واعتده
في سبيل الله • واما العباس بن عبد المطلب فعم رسول الله فهي عليه صدقة ومثلها معها وفي الحديث فوايد تعرف من شرح الخطابي
قوله ويروى اي مكان قوله دروعه وفي هذا اللفظ نظر اعني في قوله اكراعه لان فعالا لا يجمع جمعه على افعال اما المؤنث
فيجمع جمعه على افعل كعناق واعنق • فعلى هذا لو قيل اكرعه لكان له وجه لان الكراع مؤنث **قوله** ويدخل في حكم الابل
في سبيل الله لانها تغزى عليها كالخيل **قوله** والقدوم قال في الجمهرة والقدوم التي ينحت بها تخفف الدال لا غير والجمع قدم
قوله والمراجل جمع مرجل والمرجل قدر من نحاس كذا في ديوان الادب • قال ابن دريد المرجل معروف عربي صحيح
قوله وجد التعامل في هذه الاشياء اي في وقف هذه الاشياء المذكورة وهي الفاس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها
والقدور والمراجل والمصاحف • قال الولوالجي في فتاواه رجل وقف بقرة على ان ما خرج من لبنها وسمنها يعطى لابناء السبيل جاز ان
كان في موضع تعارفوا ذلك لمكان العرف كالسقاية **قوله** وعن نصير بن يحيى قال صاحب التحفة وعن نصير بن يحيى انه وقف
كتبه على ابي حنيفة رضي الله عنه • وقال في النوازل سئل ابو نصير عن رجل وقف الكتب قال كان محمد بن سلمة لا يجيزه وكان نصير بن
يحيى يجيزه ويقف كتبه • قال الفقيه وكان ابو جعفر يجيز ذلك وبه ناخذ الى هنا لفظ كتاب النوازل ونصير بن يحيى من كبار
علماء بلخ مات سنة ثمان وستين ومائتين وكان تلميذ الحسن بن زياد رحمه الله ومات الحسن سنة اربع ومائتين وهو تلميذ ابي حنيفة
ومحمد بن سلمة مات في شوال سنة ثمان وسبعين ومائتين وابو نصير محمد بن محمد بن سلام مات سنة خمس وثلاثمائة • وابو جعفر الهندواني
مات ببخارا رحل الى بلخ سنة اثنين وستين وثلاثمائة وهو ابن اثنين وستين سنة وكان استاذ الفقيه ابي الليث وكان ابو نصير
تلميذ محمد بن سلمة ونصير جميعا وهما تلميذا عصام بن يوسف وغيره وعصام تلميذ ابي يوسف القاضي رحمه الله • ومات عصام

بلخ

ببلخ سنة عشر ومائتين **قوله** ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس يعني انه ان الوقف لا يجوز
في منقول تبعا ولا مقصودا • اما الاول فلقوله عليه الصلاة والسلام لا حبس عن فرايض الله تعالى • واما الثاني فلانه لا يتابد
فصار كالدراهم لكن جاز في الكراع والسلاح لمعارضة نص آخر وهو ما ذكرنا من حديث خالد وجاز فيما وجد التعامل بها وقيد بلفظ
الامام وهو الفرق كالفاس والمر ونحوها ولم يوجد المعارض هنا لا تعامل فيه وانما بقي على اصل القياس لانه لا يذكر اثبات الحكم في المنقول
الذي فيه نص تعامل او نص ليس في معنى العقار ولا في معنى الكراع لان العقار يتابد بخلاف المنقول ولا الكراع لان الجهاد الذي هو فرض
كفاية • والقربة في سائر المنقولات تطوع فلا يكون في معناه وهذا معنى قوله وهذا لان العقار يتابد والجهاد سنام الدين اي معظم
الدين وقوله وهذا اشارة الى بنائه على اصل القياس وسنام البعير معروف • قال في الجمهرة السنم مصدر سنم البعير سنما اذا عظم
سنامه • ومنه اشتقاق السنام ومجد مسنم عظيم وكل شيء رفعته فقد سنمته • ومنه اشتقاق اسم تسنيم وهو عين **قوله**
واذا صح الوقف لا يجوز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته اي قال القدوري
في مختصره واذا لم يجز بيعه ولا تمليكه بوجه من الوجوه لانه عليه الصلاة والسلام قال لعمر تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا
يوهب الا ان مقاسمة الواقف مع الشريك في وقف المشاع عند ابي يوسف جائز لان القسمة افراز وتمييز الحقوق والممنوع التمليك لا
الافراز غاية ما في الباب ان القسمة فيها معنى المبادلة وهي الغالبة في العقار دون العروض والحيوانات للتفاوت بخلاف المكيلات
والموزونات والعدديات التي لا تتفاوت فان الافراز هو الغالب فيها لكن في الوقف جعل الغالب معنى الافراز نظرا للوقف
فلم يعتبر المبادلة فيها تمليكا • ثم فرع صاحب الهداية على مسئلة القدوري فقال اذا وقف نصيبه من عقار مشترك فهو
الذي يقاسم وهذا التفريع على مذهب ابي يوسف • لان وقف المشاع جائز عنده خاصة يعني اذا كانت الارض بين رجلين فوقف
احدهما نصيبه فالمقاسم مع الشريك هو الواقف لا القاضي • لان الولاية في الوقف للواقف او لوصيه بعده اما اذا لم
تكن الارض مشتركة بل هي لواحد خاصة • فوقف نصفها ثم اراد القسمة فالوجه في ذلك انه يبيع النصف الباقي • ثم هو والمشتري
يقتسمان او يرفع الامر الى القاضي فيامر انسانا بقاسمه لان القسمة تجري بين اثنين ولا تتاتى في واحد • لانه لا يصلح ان يكون مقاسما
ومقاسما فلاجل هذا يبيع الباقي او يرفع الامر الى القاضي • وفي الصورة الاولى الوقف مع شريكه مقاسم ومقاسم فلا حاجة
الى القاضي • ثم ان كان في القسمة فضل دراهم بان يكون احد النصيبين اجود من الاخر فجعل بازاء الجودة دراهم فان كان الاخذ
الدراهم هو الواقف لا يجوز لانه يصير بايعا بعض الوقف وبيع الوقف لا يجوز • وان كان شريكه جاز لان الواقف مشتري لا بايع
فكانه اشترى بعض نصيب شريكه ثم وقفه **قوله** الا ان يكون مشاعا الى آخره استثناء من قوله لا يجوز بيعه ولا تمليكه
لان القسمة فيها معنى المبادلة غالب في العقار • والبيع مبادلة فيصح الاستثناء **قوله** اما امتناع التمليك فلما بينا
اشارة الى ما ذكر في اوايل كتاب الوقف من قوله عليه الصلاة والسلام لعمر رضي الله عنه تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا
يوهب • ويجوز ان يكون اشارة الى قوله لما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي
حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا **قوله** ان اعطي الواقف على صيغة المبني للمفعول وقوله وان اعطى جاز على
صيغة المبني للفاعل **قوله** قال الواجب ان يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف او لم يشرط • اي قال
القدوري في مختصره • واعلم ان البداءة بعمارة رقبة الوقف واجب من غلة الوقف سواء في ذلك شرط الواقف ذلك وعدمه
لان المقصود من الوقف تحصيل الثواب دايما بالصدقة الدائمة بالغلة • ولا يمكن التصدق دايما بالغلة بدون العمارة فكانت
العمارة مشروطة اقتضاء وربح التصدق دايما • ثم الوقف لا يخلو من احد الامرين اما ان كان على الفقراء او على واحد بعينه
ثم يعود الى الفقراء ففي الاول تجب العمارة من الغلة لعسرهم وعدم تعينهم وفي الثاني من مال الموقوف عليه لانه معين سواء كان
من الغلة او من غيرها هذا في حيوته ما دام يملك من الغلة • ثم العمارة لا تزاد على قدر ما وقف وعلى صفته اولا لان الصرف
الى العمارة لضرورة ان يكون دايما ولا ضرورة فيما زاد على ذلك • ولان صرف الغلة الى الموقوف عليه واجب والزيادة
في العمارة ليست بواجبة • فلا يجوز ترك الواجب الى غير الواجب بلا رضا مستحق الغلة • هذا اذا كان الموقوف الموقوف
عليه معينا • اما اذا كان وقفا على الفقراء فيه اختلاف المشايخ فقيل لا يجوز الزيادة لما قلنا وهو الاصح • وقيل يجوز
الزيادة بان يكون الثاني مزيدا على الاول **قوله** ولان الخراج بالضمان معناه الغلة بسبب ان ضمنت وقد مر بيانه
في كتاب البيوع • يعني لما كانت غلة الوقف للموقوف عليه كانت العمارة ايضا عليه فان كان الوقف على معين فهو ما له مطلقا وان
كان على فقراء فاقرب اموالهم الغلة فيها • وحدث ابو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري عن ابن ابي ذيب عن
مخلد بن خفاف عن عروة عن عايشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال قضى ان الخراج بالضمان • قال ابو عبيد معناه والله اعلم الرجل
يشتري المملوك فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند البايع فقضى انه يرد العبد على البايع بالعيب ويرجع بالثمن فياخذه وتكون له
الغلة طيبة وهو الخراج • وانما طابت له الغلة لانه كان ضامنا للعبد • ولو مات مات من مال المشتري لانه في يده الى هنا
لفظ ابي عبيد **قوله** لا يظفر بهم اي بالفقراء والظفر الفوز • وانما لم يظفر بهم لانهم لا يحصون **قوله** واقرب
اموالهم هذه الغلة وهذا لانه لا مال للفقراء لان الفقير عديم الملك ولكن ما قال الله غاد ورايح • فيمكن ان يحصل لهم مال
لكنه ليس بظاهر حصوله واقرب ما يحصل لهم من المال غلة الوقف فيجب منها اي يجب الابتداء بالعمارة في الغلة **قوله** ولا
يؤخذ من الغلة اي لا يؤخذ منها حصة وانما قيده بذلك لئلا يلزم التناقض في كلام المصنف • لانه قال ولو كان الوقف على رجل بعينه

واخره للفقراء فهو في ماله اي ماله شيا في حال حيوته ومن جملة ماله غلة الوقف لانها تصرف له فادون ان يستوعب الوقف بالغلة كما يجوز ماله الاخر فيناقض كلامه بالاطلاق في قوله ولا يوخذ من الغلة فلا بد من القيد لاندفاع التناقض **قوله** فاما الزيادة على ذلك اي على الصفة التي وقفه الواقف مثل الصفة **قوله** فليست مستحقة اي بواجبة **قوله** والغلة مستحقة له اي واجبة للموقوف عليه **قوله** ولو كان الوقف على الفقرا فكذلك اي لا يجوز الزيادة على البنا على الصفة التي وقفه الواقف **قوله** والاول اصح اي عدم جواز الزيادة في البنا اصح مما قال البعض من جوازها اذا كان الوقف على الفقرا لا على رجل بعينه **قوله** وان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه هو المنتفع به فكانت المونة عليه كالموصى له بخدمة العبد يكون نفقته عليه فما احسن التمثيل به وادخارها من تولى نافرها وقال القدوري فيه فان امتنع من ذلك او كان فقيرا اجرها الحاكم وعمرها باجرها فاذا عمرها ردها الى من له السكنى وذلك لانه لو لم يعمرها سبطل الحق حق الواقف وهو حق التصدق بالمنفعة وحق من له السكنى فاذا عمرت تبقى الحقان جميعا غاية ما في الباب ان في العمارة تاخير حق ما له حق السكنى وتاخير الحق اولى من ابطاله **قوله** فالاول اولى اي عمارة الحاكم الدار بالاجرة اولى من ترك العمارة لانه يفضي الى الاستيصال حق السكنى والاول يفضي التاني وارادة بالثاني ترك العمارة الذي دل عليه قوله لو لم يعمرها تفوت السكنى **قوله** ولا يجبر الممتنع على العمارة ذكره هذا تفريعا لمسلة القدوري اي لا يجبر الممتنع عن العمارة من الموقوف عليهم على العمارة لما في الاجبار عليها الزام الضرر وهو اتلاف المال بالنفقة على العمارة فله الامتناع عن الضرر كما اذا امتنع عند المزارعة وعمل من عليه البذر ثم امتنع من عليه البذر من العمل لا يجبر عليه لئلا يلزم الضرر وهو اتلاف ماله ثم لا يكون الامتناع رضا من الممتنع ببطلان الحق لتردد في الدلالة لان امتناعه يحتمل ان يكون لعدم القدرة على العمارة لعدم النفقة ويحتمل ان يكون لرجائه اصلاح القاضي ومرمته ويحتمل ان يكون لابطال حقه بالزوال عنه فلما ترددت الدلالة لم يثبت الرضى بالشك وهو معنى قوله لان من حين التردد والحرف في اللغة الناحية **قوله** ولا يصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك ذكره تفريعا لمسلة القدوري قال الاستروشني في فصوله الموقوف عليهم لا يملكون اجارة الوقف قال الفقيه ابو جعفر ان كان الاجر كله للموقوف عليه بان كان الوقف لا يسترم وعنى لا يشاركه في استحقاق الغلة احد فحينئذ يجوز وهذا في الدور والحوانيت واما الاراضي فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وساير المون فليس للموقوف عليه ان يواجرها واما اذا لم يشترط ذلك فيجب ان يجوز ويكون الخراج والمونة عليه الى هنا لفظ كتاب الاصول ونقله عن فتاوي ظهير ثم قال فيه ورايت في موضع اخر ان اجارة الموقوف عليه لا يجوز وانما يملكها المتولي والقاضي ومعنى قول صاحب الهداية لانه غير مالك لان الاجارة تمليك المنافع بعوض والتمليك انما يتحقق من المالك وهاهنا من له السكنى ليس بمالك للسكنى وانما ابيحت له منفعة السكنى ليحصل الثواب للواقف بخلاف المستاجر فانه يجوز له ان يواجر العين المستاجرة اذا لم يكن يختلف باختلاف المستعمل لانه مالك للمنفعة بدليل ان العين اقيمت مقام المنفعة في ابتدا العقد وفي الوقف لم تقم العين مقامها لظهور الفرق **قوله** وما انهدم من بنا الوقف والته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها اعلم ان النقض يصرف الى العمارة ان احتاج الوقف الى العمارة والا يحفظ الى وقت الحاجة اليها فيصرف فيها وذلك لان المقصود من الوقف هو حصول الثواب ابدا وهو لا يكون الا بالعمارة فلا بد من العمارة حينئذ ثم الوقف اذا احتاج الى صرف النقض فيها والا امسكه اي لا يحتاج كيلا يتعذر العمارة وقت الحاجة فيبطل المقصود من الوقف قال القدوري في مختصره ولا يجوز ان يقسمه بين مستحقي الوقف قال صاحب الهداية يعني النقض واعلم انه لا يجوز للحاكم ان يقسم النقض بين المستحقين للوقف لانه لا حق لهم في رقبة الوقف وانما حقهم في المنافع والغلة والنقض بعض من عين الموقوف وهو حق الله تعالى فلا يجوز للحاكم ان يدفع اليهم حق غيرهم والنقض بضم النون اسم البنا المنقوض كذا في ديوان الادب قال ذم البنا برمته رمّا ومرمة اذا اصلحه **قوله** بين مستحقي الوقف بلفظ الجمع وقد سقطت النون للاضافة **قوله** فان جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف رحمه الله هذا لفظ القدوري في مختصره وهما فصلان احدهما شرط الغلة لنفسه والثاني شرط الولاية له اما الفصل الاول فقد قال في الاجناس قال في كتاب الحج لعيسى بن ابان اذا وقف على نفسه لا يجوز في قول محمد بن الحسن وقال ابو يوسف يجوز وقال في الاجناس ايضا عن وقف هلال بن يحيى البصري لو قال ارضي صدقة موقوفة على نفسي كان الوقف باطلا وكذلك لو قال صدقة موقوفة على اني لي ما عشت لا يجوز الوقف وكذلك لو قال صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي ونسلي الوقف باطل وقال الولوالجي في فتاواه ومشايخ بلخ اخذوا بقول ابي يوسف والصدر الشهيد كان يفتي به ايضا ترغيبا للناس في الوقف وقال في وجيزه ولا يجوز الوقف على نفسه اذ لا يتحد له الاسم والتصرف ثم قال فيه وفيه وعند الله يجوز وعليه الفتوى هنا قال شيخ الاسلام في مبسوطه ومن شرط صحة الوقف عند محمد وهلال الراي ان لا يشترط الواقف لنفسه شيا وفي شرط لنفسه شيا بطل الوقف عند محمد وهلال الرابي وقال ابو يوسف لا يبطل الوقف متى شرط لنفسه شيا فاما اذا شرط الكل لنفسه ما دام حيا ثم على الفقرا فانه يجب ان يكون على هذا الخلاف هكذا ذكر الفقيه ابو جعفر الهندواني وكذلك على هذا الاختلاف اذا شرط الكل او شيا منه لمدبريه وامهات اولاده ثم ما سئله على الاختلاف هكذا اورد شيخ الاسلام وقال

قال صاحب الهداية قيل ان الاختلاف بينهما اي بين ابي يوسف ومحمد بنا على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز يعني عند ابي يوسف لا يشترط ذلك فلا جرم ابو يوسف صحح الغلة لنفسه لانه لا يشترط القبض والافراز ومحمد لا يصححه لانه يشترط القبض والافراز وقيل بل الاختلاف هنا وفيما اذا ابتدا وجه قول محمد القياس على الصدقة المنفذة بيانه انه لو جعل شيا منها او الكل لنفسه لم يجز لتقدم التمليك لانه يكون تمليكا من نفسه فكذا في الصدقة الموقوفة الا يرى انه لو جعل ارضه مسجدا وجعل شيا من المسجد لنفسه لم يصح فكذا هنا وكذا اذا شرط الامهات اولاده ومدبريه لانهم ملكه وشرطه لهم كشرطه لنفسه ووجه قول ابي يوسف ما روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ياكل من صدقته والمراد به الصدقة الموقوفة ذكر الحديث شيخ الاسلام في مبسوطه ثم اكل الواقف لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون بشرط او لا والثاني لا يحل بالاجماع فتعين الاول فدل على صحة الشرط وعمر رضي الله عنه قال لا جناح على من وليها ان ياكل منها بالمعروف وكذا ذكره الترمذي في جامعه قالوا ان عمر كان يلي امر صدقته وكان يجوز وانما فوض الى ابنته حفصة ام المومنين بعده فانه يدل قوله لا جناح الى اخره انما اشترط الواقف لنفسه صحيح الا يرى انه لو جعل ارضه خانا للنزول والمارة وشرط ان ينزل هو ايضا او جعل سقاية ليشرب منها الناس وشرط ان يشرب منها او جعل ارضه مقبرة لدفن المسلمين وشرط ان يدفن هو فيها اذا مات صح الوقف وان اشترط المنفعة لنفسه فكذا فيما نحن فيه **قوله** ان الملك في العين زال الى الله تعالى لا الى المولى لان شرطه المسلم الى المولى ولا يجوز ذلك فيما نحن فيه ان الملك في العين زال الى الله تعالى وهو لم يشترط ان يكون الملك له في العين وانما شرط من المنفعة والغلة حادثة على ملكه تعالى فجاز شرط ذلك لنفسه كما جاز لغيره لانه حينئذ يملك ملكا سقط من نفسه كما في الخان والمقبرة والسقاية لا يقال البنا في الخان ونحوه لا يصح لانه يدخل الواقف فيما نفعه الخان ونحوه بلا شرط ومع الشرط اولى وفي تملك الغلة لا يدخل الواقف فيما وقف من غير شرط وكذا مع الشرط لانا نقول الواقف لا يدخل فيما وقف من غير شرط من المقبرة والمقبرة عليه جميعا الا ان في الخان ونحوه ثبت الشرط عرفا والمعروف كالمشروط بالنص بخلاف تملك الغلة فانه لا عرف ثمة فاحتيج الى الشرط حتى يدخل الواقف ثم اذا شرط الواقف ان يستبدل بارض الوقف ارضا اخرى فهل يجوز ذلك ام لا فقد نقل في الفتاوي الصغرى عن السير الكبير ان استبدال الوقف باطل الا رواية عن ابي يوسف وقال في الفصل الثالث من كتاب الوقف في خلاصة الفتاوي اذا شرط في اصل الوقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شا ذلك فيكون وقفا مكانها فالوقف والشرط جايزان عند ابي يوسف وكذا لو شرط ان يبيعها ويستبدل بثمنها مكانها وعند محمد وهلال الوقف جايز والشرط باطل ثم قال وفي واقعات فخر الدين قاضي خان قول هلال مع قول ابي يوسف قال قال وعليه الفتوى لان هذا شرط لا يبطل الوقف لان الوقف يحتمل الانتقال من ارض الى ارض فان ارض الوقف اذا غصبها غاصب واجرى عليها الماء حتى صار بحرا لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بثمنها ارضا اخرى فتكون الثانية وقفا مكانها وكذا ارض الوقف اذا قل نزلها بافة وصارت بحيث لا تحتمل الزراعة ولا تفضل غلتها من مونتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بارض اخرى وقال الناطفي في الاجناس وان شرط في وقفه ان الحاكم يبيع ذلك الوقف وان يجعل ثمنها في وقف افضل منه جاز وله بيعه ثم قال ذكره في كتاب الزكاة املا رواية ابي سليمان الجوزجاني ثم قال وذكر الانصاري في وقفه الشرط لكن لا يبيعها الا باذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع اليه ولا منفعة للوقف ان ياذن له في بيعها اذا راه انظر لاهل الوقف واذا مات الواقف ولم يبعها لا يجوز لمن ولي بعده ولو اشترط ان يبيعها ويجعل ثمنها للمساكين لم يجز هذا الشرط قال هذا لفظ وقف الانصاري ثم قال وفي وقف هلال قال ان باعها واشترى بثمنها ارضا كانت وقفا وليس له بيع الارض الثانية الا ان يشترط ذلك في اصل الوقف وقال في الفصل الرابع من كتاب الوقف في خلاصة الفتاوي ذكر الامام السرخسي في السير الكبير مسئلة ثم قال وهذا يبين خطا من يجوز استبدال الوقف وقال في الخلاصة كان الشيخ الامام ظهير الدين يفتي بجواز الاستبدال ثم رجع عنه وقال الاستروشني في فصوله وذكر في المنتقى عن محمد رحمه الله اذا صار الوقف بحال لا ينتفع به المساكين فللقاضي ان يبيعه ويشتري بثمنه غيره وليس ذلك الا للقاضي ولو شرط الخيار لنفسه فيه اختلاف قال في المبسوط ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة ايام فعلى قول ابي يوسف الوقف والشرط جايز كما هو مذهبه في التوسع في الوقف وقال هلال بن يحيى الوقف باطل وهو قول محمد وقال يوسف بن خالد السمتي البصري الوقف جايز والشرط باطل وقال في الاجناس وان جعل لنفسه الخيار في ابطال اصل الوقف قال ابو يوسف في نوادر ابن رواية ابن سماعة الوقف جايز والشرط باطل لان الوقف ازالة ملكه لا الى مالك كالاعتاق فلو شرط الخيار فيه يبطل الشرط ويبقى العتق صحيحا فكذا في الوقف ولان الواقف لو شرط غلة الوقف لنفسه ما دام حيا صح الوقف والشرط جميعا عند ابي يوسف فكذا اذا شرط الخيار لنفسه مدة معلومة وعند محمد لا يجوز شرط الغلة لنفسه لانعدام معنى التسليم وهو شرط عنده وهذا معنى قوله وهذا بناء على ما ذكرنا وقال الفقيه ابو الليث في النوازل قد ذكر هلال بن يحيى هذه المسئلة وقال اذا وقف على انه بالخيار فالوقف باطل سوا بين الخيار وقتا او لم يبين وروي عن ابي يوسف انه قال ان بين الخيار وقتا جاز الوقف والشرط وان لم يوقت له وقتا فالوقف والشرط باطلان كما قال في البيع اذا باع شيا على انه بالخيار فان بين وقت الخيار جاز البيع والخيار وان لم يبين لم يجز وقد ذكر محمد بن الحسن ان الوقف باطل الى هنا لفظ النوازل واما الفصل الثاني وهو شرط الولاية لنفسه فقد نص القدوري في مختصره على جوازه عند ابي يوسف قال صاحب الهداية وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب ونقل الناطفي في الاجناس عن وقف هلال اذا جعل ارضه صدقة موقوفة ابدا ولم يشترط الولاية لنفسه ولا لغيره فالولاية للواقف اشترط ذلك او لم يشترط ثم قال الناطفي قال محمد في السير الكبير لا ولاية له الا ان يشرطه لنفسه

الى هنا لفظ كتاب الناطفي • وجه قول محمد ان التسليم الى القيم شرط صحة الوقف فبعد التسليم اليه لا تبقى له ولاية الا بالشرط من
السابق • ووجه قول ابي يوسف ان الولاية للقيم في الوقف تثبت بشرط الواقف فمحال ان لا تثبت للواقف الولاية وولاية غيره
مستفادة منه وفي الاجناس عن وقف هلال البصري قال ان شرط الواقف الولاية لنفسه في الوقف وان ليس للسلطان ولا للقاضي
ان يدخل في ذلك عليه غيره والواقف غير مأمون فالشرط باطل وينتزع منه القاضي ويوليها غيره الى هنا لفظه وذلك لان هذا
الشرط مع ان الواقف لا يؤمن على الوقف خلاف الشرع فلم يلتفت اليه **قوله** وهو قول هلال الراي هو هلال بن يحيى البصري
وهو من اصحاب يوسف بن خالد السمتي البصري ويوسف هذا من اصحاب ابي حنيفة ووصية ابي حنيفة له مشهورة يجب حفظها لكل فقيه
واضيف هلال الى الراي لكونه من اصحاب الراي والنظر قال صاحب المغرب والرازي تصحيف • وقيل ان هلالا هذا اخذ العلم
عن ابي يوسف وزفر ايضا والانصاري الذي مر ذكره انما هو محمد بن عبد الله البصري من اصحاب زفر كذا قال الناطفي في الاجناس
قوله لان اشتراطه لهم في حياته اي المدبرين وامهات الاولاد وذكر الضمير بالتذكير تغليبا للذكور على الاناث وانما
كان اشتراطه لهم كاشتراطه لنفسه لان ملكه فيهم باق ما داموا احياء اذا لم يوجد الاعتاق ابدا **قوله** وشرط بعض
بقعة المسجد نحو الطاعة عطفا على قوله في الصدقة **قوله** ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة
على ما بينا اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل اخره لجهة لا تنقطع ابدا بقوله لهما
ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك والى قوله ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب فعلم من هذا المجموع ان الوقف
ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة **قوله** ولو شرط الواقف الى اخر مرتباته **قوله** قال مشايخنا
الاشبه ان يكون هذا قول محمد اي الذي ذكره هلال في وقفه وهو ان تكون الولاية للواقف شرط او لا • فان قلت
مذهب محمد ان التسليم الى المتولي شرط وشرط الولاية لنفسه ينافي التسليم فما وجهه قلت لا منافات لان شرط الولاية
سابق والتسليم لاحق فبعد ذلك هل تكون له الولاية ام لا فان اذا وجد الشرط اولا كان له الولاية والا فلا **قوله**
ولو ان الواقف شرط الولاية لنفسه وكان الواقف غير مأمون مر بيانه انفا **فصل قوله** واذا بنى مسجدا
لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه وياذن للناس بالصلاة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عن ملكه عند ابي حنيفة رضي
الله عنه هذا لفظ القدوري في مختصره • قال في شرح الطحاوي ولو جعل داره مسجدا جاز بالاجماع • ولا يجوز مشاعا وانما
يجوز اذا سلمه والتسليم ان يصلي فيه بجماعة باذان واقامة باذنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف اذا قال
جعلت داري مسجدا اكتفي وقيد القدوري بالافراز لان المسجد مع الشيوع لا يكون خالصا لله تعالى واشترط الصلاة لان التسليم
شرط عندهما خلافا لابي يوسف لكن تسليم المسجد بالصلاة فيه كالخان تسليمه بالنزول • والمقبرة تسليمها بالدفن والسقاية تسليمها
بالشرب منها فيعتبر التسليم والقبض في كل شيء على ما يليق به وابو يوسف لا يشترط التسليم لانه اسقاط الملك كالاعتاق فيتم بالقبض •
اعلم ان التسليم الى المتولي شرط لصحة الوقف ولزومه عند محمد رحمه الله فيعد التسليم اليه قبضا في الاوقاف كلها • لان المتولي
نايب عن الموقوف عليهم في القبض كما هو نايب عن الواقف في صرف الغلة كالعدل نايب عن المرتهن في القبض وعن الراهن في الحفظ
فاذا كان المتولي نايبا عن الموقوف عليهم صار قبضه كقبضهم فاذا لم يوجد قبض المتولي ولكن وجد قبض الموقوف عليهم كان كافيا
لان قبض النايب اذا كان كافيا كان قبض المنوب اولى ان يكون كافيا وهذا كما في الخان اذا نزل فيه واحد او اثنان وكما في
المقبرة اذا دفن فيها واحد او اثنان وكما في السقاية اذا شرب منها واحد او اثنان كان كافيا ثم نزول الواحد او الاثنين كاف
لان القبض من جميع الجنس متعذر • ثم في نزول الخان ودفن المقبرة وشرب السقاية الغني والفقير سواء للعرف لان من يتخذ
هذه الاشياء لا يخص بها الفقير خاصة بل يجعلها للصنفين والمعروف بالعرف كالمشروط بالشرط • بخلاف ما اذا وقف ارضه ليصرف
غلته الى الحاج او الغزاة حيث يراد منه الفقير للعرف الا اذا نص على الغني هذا في ساير الاوقاف اما في المسجد فصلوة الجماعة
قبض باتفاق الروايات عن ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما لان بناء المساجد للصلاة بالجماعة فاذا وجد ذلك فقد وجد قبض
من جعل المسجد له فصح • اما اذا صلى فيه واحد او جماعة وحدانا فهل يكون قبضا ام لا فقال شيخ الاسلام خواهر زاده في
مبسوطه عن ابي حنيفة روايتان في رواية يكون قبضا وفي رواية لا يكون قبضا • وقال فخر الاسلام في شرح الجامع
الصغير وان صلى فيه واحد من المسلمين مع التسليم عند محمد ايضا وما في الاصح وعن محمد انه يشترط الصلوة بالجماعة فحصل
فيه عن محمد روايتان ايضا • وجه رواية القبض الاعتبار بالمقبرة والخان فان فيهما الواحد والجماعة سواء فكذا هاهنا • ووجه
رواية لا يكون قبضا لان المسجد يبنى لصلاة الجماعة لان الصلاة وحدانا تقام في غير المسجد • والذي يختص بالمسجد هو الصلاة
بالجماعة فما لم يوجد ذلك لا يعتبر قبضا هذا اذا صلى فيه اما اذا لم يصل فيه لكنه دفع الى المتولي فهل يكون ذلك قبضا على
قولهما فيه اختلاف المشايخ ذكر شيخ الاسلام قيل بانه ليس بقبض لان المسجد لا يكون له متولي كما يكون لساير الاوقاف فلا يكون
الدفع الى المتولي قبضا • وقيل بان الدفع اليه قبض لان المسجد يكون له خادم يكنس ويغلق الباب • والتسليم اليه قبض كما
في ساير الاوقاف واختلف المشايخ فيما اذا جعل ارضه مقبرة ودفعها الى المتولي ولم يذكر محمد في المبسوط فقال بعضهم انه قبض
كما في الخان والسقاية وقال بعضهم ليس بقبض لان المقبرة لا يكون لها متولي وانما ذكر محمد في المقبرة انه اذا دفن فيها واحد
او اثنان فانه يصير قبضا **قوله** وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل اشارة الى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف
عند ابي حنيفة ومحمد بقوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق **قوله** ومن جعل

مسجدا

مسجدا تحته سرداب او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله فله ان يبيعه وان مات يورث عنه وهذا ظاهر الرواية
وهو من خواص الجامع الصغير وروي عن ابي يوسف انه قال يجوز ويصير مسجدا يعني في الوجهين بما اذا كان تحته سرداب
او فوقه بيت • ثم قال وروى الحسن بن زياد انه قال اذا كان الاسفل مسجدا واعلاه بيتا يجوز • وان كان الاعلى مسجدا والاسفل
لا يجوز • وقال الصدر الشهيد وعن ابي يوسف انه اجاز ان يكون الاسفل مسجدا والاعلى ملكا لان الاسفل اصل ولم
يعكس هذا وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وعن محمد انه حين دخل الري اجاز ذلك كله للضرورة يعني لضيق
المكان وجه الظاهر ان المسجد خالص لله تعالى فاذا كان تحته سرداب او فوقه بيت لا يكون خالصا لله تعالى فاذا لم يكن خالصا
لله تعالى لم يجز على ذلك الوجه فكان له ان يجعل مسجدا يبيعه واذا مات يورث عنه ويؤيد ما روى ابو هريرة عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال قال الله تعالى انا اغنى الشركاء عن الشرك من عمل عملا اشرك فيه غيري فانا منه بريء ولان اتخاذ
المسجد انما يكون بالرتبة وفي الرتبة لم يكن المسجد الا فوقه وتحته لله تعالى الا ترى الى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي
بالمدينة والى المسجد الحرام الذي بناه ابراهيم صلوات الله عليه بالرخام والمرمر وجعل عليه قبة من ياقوت احمر وذلك
ذا الجوهر ابيض وانه تغزل بضوئه النساء في ظلم الليالي فكل مسجد لم يكن كذلك بان لا يكون خالصا لله تعالى لم يجز وافرد
الفقيه ابو الليث في هذا المقام سؤالا وجوابا فقال • فان قيل اليس مسجد بيت المقدس تحته مجمع الماء والناس ينتفعون به
قيل اذا كان تحته شيء ينتفع به عامة المسلمين يجوز لانه اذا انتفع به عامة المسلمين صار ذلك لله تعالى ايضا واما الذي اتخذ
بيتا لنفسه لم يكن خالصا لله تعالى ثم قال فان قيل لو جعل تحته حانوتا وجعله وقفا على المسجد قيل لا يستحب ذلك ولكنه لو
جعل في الابتداء هكذا صار مسجدا وما تحته صار وقفا عليه ويجوز المسجد والوقف الذي تحته ولو انه بنى المسجد اولا ثم اراد
ان يجعل تحته حانوتا للمسجد فهو مردود وهو باطل وينبغي ان يرد الى حالة الاولى الى هنا لفظ الفقيه والسرداب بكسر السين كذا
في ديوان الادب وهو بيت تحت الارض للتبرد معرب **قوله** لما تلونا اي من الضرورة **قوله** وكذا
اذا اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه وهذا من مسائل الجامع الصغير عطف على قوله ومن جعل مسجدا تحته
سرداب فله ان يبيعه اي كذلك له ان يبيعه في هذه الصورة • وان مات يورث عنه وذلك لان المسجد ما يكون
خالصا لله تعالى • وهذا ليس بخالص له لانه لم يفرزه الا ترى انه ابقى طريق المسجد ملكا لنفسه كما قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير ولو انه عزله عن داره وجعل له طريقا على حدة فقد صار مسجدا ولا يجوز بيعه ولا يصير ميراثا لانه
قد خرج عن ملكه وعن محمد انه لا يباع ولا يورث وان لم يجعل له طريقا وهو مذكور في المتن **قوله** ومن اتخذ
ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه وهذا من مسائل الجامع الصغير • وذلك لانه لما صار خالصا
لله تعالى لم يجز بيعه ولا ارثه لكن هذا اذا سلم الى المتولي او صلى فيه بجماعة شرط عند ابي حنيفة ومحمد وفي الصلاة وحدانا
اختلاف الرواية وقد مضى قبل هذا **قوله** ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف ذكر
هذه المسألة تفريعا لمسألة الجامع الصغير • قال ابو العباس الناطفي في الاجناس قال محمد في نوادر هشام اذا خرب المسجد حتى لا
يصلى فيه فالذي بناه ان شاء ادخله داره وان شاء باعه وكذا الفرس اذا جعله حبيسا في سبيل الله فصار لا يستطاع ان يركب فانه
يباع ويصرف ثمنه الى صاحبها او لورثته فان لم يعرف للمسجد بانيه فخرب وبنى اهل المسجد مسجدا اخر ثم اجمعوا على بيعه واستعانوا بثمنه
في ثمن المسجد الاخر فلا باس بذلك • ثم نقل الناطفي عن كتاب الصلاة اما المسجد اذا خرب اهله وعطلت الصلوات فيه لم يجز لاحد
ان يهدمه ولا يجعله منزلا ولا يبيعه ذلك • قال الناطفي هذا عندي قول ابي يوسف ثم قال الناطفي وقال في السير الكبير
اذا خربت القرية التي فيها المسجد وجعلت مزارع وخرب المسجد ولا يصلي فيه احد لا باس بان ياخذه صاحبه ويبيعه لمن يجعله
مزرعة واخذ ثمنه فيأكله او يجعل مزرعة الى هنا لفظ روايات الاجناس • وجه قول محمد رحمه الله انه اخرجه عن ملكه لجهة
من المنافع فاذا ابطل الانتفاع بتلك الجهة عاد الى ملكه كالكفن اذا اكل السبع الميت وهدايا الاحصار اذا زال الاحصار وكقنديل
المسجد وحصيره وحشيشه اذا خرب المسجد • ووجه قول ابي يوسف ان الجهة ما بطلت لان المسجد ليس لاهل المحلة خاصة
للعامة فاذا كان كذلك يمكن ان يعاد به العامر ويصلي فيه مار الطريق وان لم يوجد الساكنون حول المسجد يؤيده
ان الكعبة كانت عليها اصنام زمان الفترة وكانت تعطلت عن الطاعة فلم تخرج بذلك عن ان تكون موضعا للطاعة فكذا
ساير المساجد • اما الكفن فانه تبرع من الاجنبي لحاجة الميت فاذا وقع الاستغناء عنه عاد الى ملك المتبرع وليس هو بازالة الملك
كالعارية حالة الحبو عاد الى المعير بعد استغناء المستعير • واما القنديل والحصير والبوادي فقال في خلاصة الفتاوى
وغيرهما الصحيح من مذهب ابي يوسف انها لا تعود الى ملك متخذها بل تحول الى مسجد اخر او يبيعها قيم المسجد لاجل المسجد وقبل
هذه المسألة فاعلم ان اقامة الصلاة في المسجد ليست بشرط الصيرورة مسجدا عند ابي يوسف في الابتداء فلا يكون شرط البقاء وعند
محمد شرط في الابتداء فكانت شرط البقاء **قوله** قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا
او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهذه من مسائل مختصر القدوري
اعلم ان في اتخاذ الخان او السقاية او الرباط او المقبرة حكم القاضي شرط لزوال الملك عند ابي حنيفة وفي المسجد ليس بشرط بل
الشرط فيه ان يفرزه ويصلي فيه الجماعة وفي صلاة الواحد اختلاف الروايات كما بيناه • والفرق ان حق الواقف لم ينقطع في هذه
الاشياء المذكورة الا ترى ان له النزول في الخان والرباط والشرب من السقاية وان يدفن في المقبرة فاذا كان كذلك احتيج

الحكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في سائر الاوقاف عنده • واما المسجد فقد انقطع حقه عنه بمجرد الافراز والصلاة فيه لانه صار خالصا لله تعالى فلم يحتج الى الحكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو مذهبه في سائر الاوقاف ولا يقال بشرط التسليم وعند محمد لا بد من التسليم ولكن في كل باب يعتبر بما يليق به ففي الخان يجعل التسليم بالسكنى وفي الرباط بالنزول وفي السقاية بشرب الناس وفي المقبرة بدفنهم • ويكتفى اذا وجد هذه الاشياء من واحد لتعذر اجتماع الناس • ولو سلمها الى المتولي صح • واذا سلم المسجد او المقبرة الى المتولي هل يكون ذلك قبضا ام لا فيه اختلاف المشايخ • وقد ضمنا جمع ذلك في اول الفصل

قوله ذلك بما ذكرناه اي التسليم يحصل بالاستقاء والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة

قوله ولو جعل دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين او جعل دارا في غير مكة للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة او للمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا وهذا اشارة الى قوله وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى فاذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق وقد ذكر صاحب الهداية هذه المسائل تفريعا لما ذكر من مسئلة القدوري • ثم فرق بين جعل غلة الارض للغزاة حيث تكون للفقراء منهم ولا تكون للاغنياء الا بالتنصيص • ومن جعل الدار سكنى للغزاة او الحاج وكذلك من الخان والرباط والسقاية والمقبرة حيث يستوي الغني فيها لجريان العرف كذلك ولان الحاجة ثابتة في هذه الاشياء لكل احد فاستوى الفقير والغني والغلة لا يحتاج اليها الغني لغناه فاختصت بالفقير والحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر في قوله سامرا تهجرون بين العدو والثغر موضع المخافة والمسلمين كما في الجمهرة • ويقال رابط مرابطة ورباطا اذا قام في الثغر وهذا اخر شرح كتاب الوقف من كتاب الهداية من شرحنا المسمى بغاية البيان ويتلوه كتاب البيوع ان شاء الله تعالى

كتاب البيوع

مناسبة البيع بالوقف من حيث ان كلا منهما يقتضي ازالة الملك ففي الوقف يزول الملك عن الواقف بعد حكم الحاكم من غير ان يدخل في ملك الموقوف عليه وفي البيع يزول الملك عن البائع ويدخل في ملك المشتري وكان الوقف كالمفرد والبيع كالمركب من حيث ان الوقف فيه زوال بلا دخول • والبيع فيه زوال ودخول والمفرد مقدم على المركب فلهذا اخر ذكر البيع عنه • ثم اعلم ان مشروعية البيع تثبت بالكتاب والسنة والاجماع • اما الكتاب فقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا • وقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض • واما السنة فما روي في السنن مسندا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يا معشر التجار ان البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه بالصدقة وقد بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتبايعون فقررهم على ذلك • واما الاجماع فانه منعقد على جواز البيع اعني الايجاب والقبول مضافا الى المحل •

قوله فان البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي اي قال القدوري في مختصره وتحقيق هذا ما قاله ركن الاسلام في الايضاح بقوله لا ينعقد البيع الا بلفظين يعبر بكل واحد منهما عن الماضي لان البيع انشا تصرف وواضع اللغة لم يضع للانشاء لفظا خاصا لان الانشاء انما يعرف بالشرع فاستعمل اللفظ الذي للاخبار عن الماضي للانشاء الحال وانما خص هذه اللفظة التي هي خبر عن الماضي لتستدعي تحريره ليكون الكلام صحيحا حكمة وعقلا فصار الوجود ضمنا له بمقتضى الحكمة • فاذا قصد الانشاء والايجاد اختار اللفظ الذي لزمه الوجود وهو لفظ الاخبار عن الماضي وهو ان يقول احدهما بعت ويقول الاخر اشتريت وكذلك كل لفظ يؤدي معناه • فاما اذا قال احدهما ابيعك او قال المشتري بعني لم ينعقد البيع لان قوله ابيعك عدة وقوله بعني مساومة وطلب والطلب غير الايجاب غير • واما في النكاح استحسانا فانه لو قال زوجني فقال الولي زوجتك ينعقد النكاح لان المساومة لا تجري في باب النكاح فحملت اللفظة على الايجاب وقد نص محمد رحمه الله في الاصل فقال هذا كلام الناس وليس يقاس اليهنا لفظ كتاب الايضاح • ثم اعلم ان اشتراط الايجاب والقبول بان يكون بلفظ الماضي اذا لم يوجد نية الحال من لفظ المستقبل فاذا وجدت ينعقد بلفظ المستقبل ايضا الا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي ثم عقد البيع شرع ينعقد بلفظين وتارة ينعقد بثلاثة الفاظ • فاما الذي ينعقد بلفظين يجوز ان يكون لفظ المستقبل على الماضي او على الايجاب في الحال • اما الماضي فيجوز ان يقول البائع بعت منك هذا العبد بالف درهم فقال الاخر اخذت او قبلت تم البيع ولو قال المشتري فقال اشتريت منك هذا العبد بالف درهم وقال البائع بعت او قال هو تم البيع بينهما باللفظين • واما لفظ الايجاب نحو ان يقول البائع ابيع منك هذا العبد بالف درهم واراد به ايجاب البيع في الحال وقال المشتري قبلت او اشتريت او يقول المشتري اشتري منك هذه الجارية بالف درهم واراد به الايجاب فقال البائع بعت تم البيع بينهما • واما الذي ينعقد بثلاثة الفاظ نحو ان يكون لفظ احدهما بلفظ الامر نحو ان يقول البائع اشتر مني هذا العبد بالف درهم فقال المشتري اشتريت فلا يتم البيع ما لم يقل البائع بعت او يقول المشتري للبائع بع مني هذا العبد بالف درهم فقال بعت فلا يتم البيع بينهما ما لم يقل المشتري اشتريت بقبل مني هذا العبد بالف درهم او يقول البائع للمشتري اشتريت مني هذا العبد بالف درهم على سبيل سؤال فقال المشتري اشتريت فلا يتم البيع ما لم يقل البائع بعت او يقول المشتري للبائع ابيع مني هذا العبد بالف درهم فقال البائع بعت فلا يتم البيع ما لم يقل المشتري ثانيا اشتريت الى هنا لفظ رواية شرح الطحاوي • ثم البيع عبارة عن مبادلة المال بالمال على سبيل التراضي وركنه الايجاب والقبول وله شروط منها شرط الاهلية من العقل والبلوغ حتى لا ينعقد البيع من الطفل • فاما الصبي العاقل والمعتوه فمن اهل البيع حتى لو توكلا بالبيع والشراء جاز وينعقد عندنا خلافا للشافعي • ومنها شرط الانعقاد وهو المحل وهو ان يكون

مالا متقوما حتى لو باع الخمر او الخنزير او الميتة او الدم او جلد الميتة فانه لا يجوز اصلا بخلاف ما اذا كان من هذه الاشياء ثمنا فانه ينعقد فاسدا • ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك نفسه نفذ ولو باع الوكيل نفذ لوجود الولاية وحكم البيع ثبوت الملك للمشتري في المبيع وثبوت الملك في الثمن للبائع اذا كان البيع باتا من غير خيار • ثم البيع قسمان نافذ وموقوف فالاول ان يوجد الركن مع وجود الشرائط جميعا • والثاني ان يوجد الركن مع وجود شرط الانعقاد والاهلية لكن لم يوجد شرط النفاذ وهو الملك والولاية كما في بيع الفضولي فانه يتوقف عندنا على الاجازة وعند الشافعي لا ينعقد اصلا والمسئلة مشهورة • والمراد من الانعقاد ارتباط كلام احد العاقدين الى الاخر على وجه يظهر اثره في المحل شرعا • والايجاب عبارة عما صدر عن احد العاقدين اولا سمي به لان الايجاب نقيض السلب وهو الاثبات والمتكلم بينهما اولا بقوله بعت او اشتريت يريد اثبات العقد بشرط ان ينضم اليه ثبوت الاخر اوليس به لان قوله بعت او اشتريت فعل والفعل صرف الممكن من الامكان الى الوجوب • وكان قوله بعت او اشتريت ايجابا لانه قبل التلفظ به كان في حيز الامكان فصار بعد التلفظ واجب الوجود ولهذا سمي كلام الاخر قبولا لما وجد الاخر وان كان هو ايضا ايجابا في الحقيقة حتى يمتاز السابق من كلام العاقدين من اللاحق

قوله والانشاء وهو اثبات امر لم يكن ويراد به الايجاب للحال

قوله ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل هذا اذا لم ينو به الحال فاذا نوى ينعقد به ايضا وقد مر بيانه انفا

قوله وقد مر الفرق هنالك اي مر الفرق بين البيع والنكاح في كتاب النكاح واشار به الى ما قاله بقوله لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح • قال في التحفة قال اصحابنا في البيع والنكاح سوى ينعقدان بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي والاخر عن الحال من غير نية ثم قال والصحيح من مذهبنا ان البيع في العرف غالبا لا يكون الا بعد مقدمات ولفظة المستقبل للعدة في الاصل ولفظ الامر للمساومة فيحمل على حقيقته الا بدليل ولم يوجد بخلاف النكاح لانه يسبقه مقدمة الخطبة ولا يحمل على المساومة بدلالة العادة

قوله وقوله رضيت او اعطيت بكذا او اخذته بكذا في معنى

قوله بعت او اشتريت لانه يؤدي معناه بيانه ان المشتري اذا قال في جواب قول البائع بعت اخذت او قال قبلت او رضيت او قال فعلت او هو لك انعقد البيع • وكذا اذا قال البائع في جواب قول المشتري اشتريت اعطيته او بدلت او رضيت او هو لك او خذه بكذا انعقد البيع لانه في العرف يستعمل لايجاب الملك للحال بعوض وهذا معنى قوله لانه يؤدي معناه اي معنى قوله بعت او اشتريت

قوله والمعنى هو المعتبر في هذه العقود اي في العقود الشرعية فلما كان المعنى معتبرا انعقد البيع بسائر الالفاظ التي تؤدي معنى بعت واشتريت • قال صاحب الايضاح وهذا اصل لنا في جميع العقود الا في رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان المفاوضة لا تنعقد الا بلفظ المفاوضة لان هذا العقد يشتمل على معان وشروط والعوام لا يعلمون استيفاء ذلك حتى انه لو استوفى بلفظ اخر جاز

قوله ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح اي ولاجل ان المعنى هو المعتبر في العقود الشرعية قلنا بانعقاد البيع بالتعاطي لوجود معنى البيع وهو المبادلة مع التراضي وان لم يوجد لفظ بعت او اشتريت سواء كان المبيع نفيسا ان يكثر ثمنه كالعبد والحرة او خسيسا بان يقل ثمنه كالبقل والرمانة والخبز واللحم ونحو ذلك قال في النوازل قال نصير سمعت ابا معاذ قال رأيت سفيان الثوري جاء الى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا واخذ رمانة ولم يتكلم ومضى قال الفقيه وبهذا ناخذ نجوز البيع بالتعاطي وان لم يتعاقدان عقد البيع الا في قول الكرخي وقوله هو الصحيح احتراز عما روي عن الكرخي ان البيع في التعاطي انما ينعقد في الاشياء الخسيسة دون النفيسة وعامة المشايخ لم يعتبروا قولهما قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير في البيوع في رجل قال لرجل بعني هذا العبد لفلان فاشتراه له ثم انكر ان يكون فلان امره بذلك ثم جاء فلان فقال انا امرته فالعبد لفلان • فاذا قال فلان لم امره وقد كان اشتراه لفلان لم يكن لفلان الا ان يسلمه له المشتري فان سلمه واخذ المشتري الذي اشتراه له كان بيعا للذي اخذه من المشتري وكان العهدة عليه اي الاخذ على المشتري وثبت بهذا ان بيع التعاطي كما يكون باخذ واعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك وان كان اخذا بلا اعطاء لعادة الناس وثبت به ان النفيس من الاموال والخسيس في التعاطي سوا وكذلك ذكر الصدر الشهيد والعتابي ايضا في شرحيهما للجامع الصغير • ونقل في خلاصة الفتاوى عن شمس الائمة الحلواني انه افتى ان التعاطي باحد الجانبين لا يكون • ومن مسائل التعاطي ما قال في الفتاوى الصغرى اذا قال لاخر بعني هذا العبد بالف درهم فقبضه المشتري ولم يقل شيئا ينعقد البيع بينهما ثم قال نص شيخ الاسلام خواهر زاده في بيوعه • ومنها ما نقل في خلاصة الفتاوى عن المنتقى رجل له على اخر الف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال اعطيك بمالك دنانير فساومه بالدنانير فلم يقع بيع ثم فارقه فجاء بالدنانير فدفعها اليه بربد به الذي كان ساومه عليه ثم فارقه ولم يستانفا بيعا جاز الساعة وكذا لو ساوم رجلا بثوب اراد شراه ولم يكن معه وكان له جاز • ومنها ما قال فيها وفي الفتاوى الولوالجي رجل اتى الى رجل بطيخ فقال بكم عشر بطيخات من هذا البطيخ بعينها فقال بكذا واشترها ثم عزل البائع عشر بطيخات فقبلها المشتري ومضى على هذا جاز استحسانا • وان كان البطيخ متفاوتا وكذا الرمان لانه لما عزل كان هذا بمنزلة الايجاب فان قبل المشتري فالان تم البيع

قوله قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالاخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد اي قال القدوري في مختصره والخيار الذي ذكره هو خيار القبول والاصل في ثبوت الخيار ما حدث البخاري باسناده الى حكيم بن حزام رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا او قال حتى يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وان كتما وكذبا محقت بركة بيعهما والمراد من التفرق هو التفرق قولا لا بدنا وسيجيء بيانه ان شاء الله تعالى ولان المشتري لو لم يثبت له الخيار بالقبول او الرد يلزم الزام العقد

عليه بلا رضاه فلا يجوز وكذا يثبت الخيار للبائع قبل قبول المشتري فان شاء بقي على ايجابه وان شاء رجع عن ذلك لانه لم يترتب على ايجابه حكم العقد قبل قبول صاحبه فان رجع بعد ذلك عن ايجابه لا يلزم ابطال حق صاحبه فكان له الرجوع • ثم خيار القبول يمتد الى اخر المجلس ما لم يوجد دليل الاعراض من القيام او الاشتغال بعمل يدل على الاعراض • فاذا وجد فلا يصح القبول بعد ذلك وانما امتد الخيار الى اخر المجلس لان خيار ذلك يتوقف على المجلس كخيار المخيرة ولان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبر جميع ساعاته كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر ودفعا للعسر والضيق على الناس • قال تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج قال صاحب الهداية والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وذلك بان يكتب اليه اما بعد فقد بعت عبدي فلانا منك بالف درهم فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك اشتريت تم البيع لان الخطاب والجواب من الغائب بالكتاب يكون وكذا اذا ارسل رسولا بان يقول البايع بعت عبدي هذا من فلان الغائب بالف درهم فاذهب يا فلان فقل له فذهب الرسول فاخبره بما قال فقال المشتري في مجلسه ذلك اشتريت او قال قبلت تم البيع بينهما لان الرسول معبر وسفير ينقل كلامه اليه فاذا اتصل به الجواب ينعقد كذا في التحفة وشرح الطحاوي • ثم قال في شرح الطحاوي وبعد ما كتب شطر العقد او بعد ما ارسل رسولا اذا رجع عن ذلك صح رجوعه سواء علم الرسول او لم يعلم لما ذكرنا انه يملك الرجوع من شطر العقد قبل قبول صاحبه بخلاف ما اذا وكل وكيلا ثم عزله بغير محضر منه فلا يصح عزله • وقال في التحفة وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فاما في الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد على قبول الاخر في ذلك المجلس بالاجماع فان من قال خالعت امرأتي فلانة الغائبة على الف درهم فبلغها الخبر فاجازت او قبلت صح • وكذا اذا قال اعتقت عبدي فلانا الغائب على الف فانه يتوقف على اجازة العبد • فاما في جانب المرأة والعبد لا يتوقف اذا كان الزوج والمولى غائبين واما في النكاح فلا يتوقف الشطر عند ابي حنيفة ومحمد وعلى قول ابي يوسف يتوقف وتفسيره ما قال في شرح الطحاوي وهو ان يقول الرجل للشهود اشهدوا اني قد تزوجت فلانة بكذا فبلغها فاجازت او قالت المرأة هكذا فبلغ الزوج الخبر فاجاز فلا يجوز في قولهما ويجوز في قول ابي يوسف وفي البيع لا يتوقف بالاجماع • وقال شمس الائمة السرخسي في كتاب النكاح من مبسوطه كما ينعقد النكاح بالكتاب ينعقد البيع وساير التصرفات بالكتاب ايضا • وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه الكتاب والخطاب سوا الا في فصل واحد وهو انه لو كان حاضرا فخاطبها بالنكاح فلم تجب في مجلس الخطاب ثم اجابته في مجلس اخر فان النكاح لا يصح وفي الكتاب اذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس ثم زوجت نفسها في مجلس اخر بين يدي الشهود وقد سمع الشهود كلامها واما في الكتاب يصح النكاح وانما كان كذلك لان الغائب انما صار خاطبا لها بالكتاب والكتاب باق في المجلس الثاني فصار بقاء الكتاب في مجلسه وقد سمع الشهود ما في الكتاب في المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس اخر فاما اذا كان حاضرا فانما صار خاطبا بالكلام وما وجد من الكلام في المجلس الاول لا يبقى الى المجلس الثاني فانما سمع الشهود في المجلس الثاني احد شطري العقد وسماع الشاهد شطري العقد في مجلس واحد شرط لجواز النكاح

قوله وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الاخر بتفريق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد منهما لانه صفقات معنى بيانه اما البائع اذا اوجب البيع في شيئين فقبل المشتري في بعض ذلك او اوجب المشتري في شيئين فقبل البائع في بعضه فان ذلك لا يجوز لان فيه تفريق الصفقة واحد المتعاقدين لا يملك تفريق الصفقة على الاخر في الايجاب لان في التفريق ضررا وهذا لان الانسان قد يجمع بين الشيئين في البيع او الرابح منهما في بيع احدهما او يروج فاذا قبل صاحبه في البعض يفوت الغرض المبتغى من الجمع وهو ضرر لا محالة ولان فيه تصرفا في الايجاب برد الايجاب المضاف الى الكل الى البعض فلا يصح ولان فيه اثبات الشركة وهي عيب الا ان يرضى البائع في المجلس حينئذ يصح العقد • فان قبول المشتري في البعض لما لم يصح كان ذلك منه ابتداء عقد فاذا صح القبول للبائع في المجلس بما اذا قال البائع بعت هذين العبدين بكذا فقال المشتري قبلت في احدهما لم يصح قبوله لانه ابتداء الخطاب من المشتري وكان للبائع الخيار في القبول والرد لكن هذا فيما اذا كان لكل جزء حصة معلومة من الثمن بان ينقسم الثمن باعتبار الاجزاء كما في المثال المذكور واما اذا لم يكن كذلك فلا يصح العقد كما اذا كان الثمن منقسما باعتبار القيمة كما اذا اضاف العقد الى عبدين او ثوبين او نحو ذلك فقبل في احدهما لم يصح وان رضي البائع في المجلس لان حصة احدهما مجهولة الا ان يبين الثمن ويرضى البائع بذلك في المجلس وهذا الذي ذكرنا اذا لم يفرق البائع في الايجاب ولم يفرق فيه فقال بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائتين فللمشتري ان يقبل حينئذ في ايهما شاء لانه لا يلزم تفريق الصفقة على الاخر في الايجاب قال صاحب المغرب الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع او البيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه

قوله وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب هذا لفظ القدوري في مختصره يعني اذا وجد الايجاب من احد المتعاقدين ثم قام احدهما ايهما كان من البايع والمشتري قبل قبول صاحبه بطل الايجاب السابق لان القيام دليل الاعراض كما في المخيرة • فان قلت لو كان القيام دليل الاعراض يصح قبوله صريحا بعد القيام لان الصريح ابدا يفوت الدلالة • قلت انما لم يصح قبوله صريحا بعد القيام لانه بطل الايجاب بمجرد القيام لوجود الدلالة على الاعراض فبعد ذلك لم يعد الصريح لان المنسوخ لا تلحقه الاجازة انما يقال انما الصريح يفوت الدلالة فيما اذا تعارضا ولم يوجد ذلك هنا حين وجود الدلالة • قال في شرح الطحاوي واذا تعاقدا عقد البيع وهما يمشيان او يسيران على دابة واحدة او دابتين فان اخرج المخاطب جوابه متصلا بخطاب صاحبه تم العقد بينهما • وان فصل عنه وان قل فانه لا يصح وان كان على دابة واحدة في محل واحد لانه لما وجد سيرا او مشي من احدهما او منهما جميعا بين الخطابين وان قل فقد بطل المجلس ووجد الاعراض قبل تمامه فيبطل الا ترى انه لو قرأ اية واحدة من اية السجدة

وذكرها

وذكرها وهو يمشي او يسير على دابة لا يصلي عليها فانه يجب عليه لكل قراءة سجدة لتفرق المكان • ولو خير امرأته وهي تمشي او تسير على دابة فان وقفت بقيت على خيارها ما لم تعرض عن مجلسها ذلك وان مشت او سارت بطل خيارها باعراضها عن المجلس الا اذا اختارت نفسها متصلا بتخيير الزوج اياها بانت منه اذا نوى الزوج طلاقا • ولو تبايعا وهما في السفينة تجري فوجد ذلك بين الخطابين فلا يمنع انعقاد البيع بينهما • والسفينة بمنزلة البيت لانهما لا يملكان ايقافها فجريان السفينة لم يضف اليهما فلا ينقطع مجلسهما بجريانها بخلاف الدابة لانهما يملكان الايقاف فيضاف سير الدابة اليهما الا ترى انه لو قرأ اية السجدة مرارا في السفينة وهي تجري فلا يجب عليه الا سجدة واحدة كذا في شرح الطحاوي • ثم قال فيه ولو خير امرأته وهي واقفة فسار الزوج ومشى قبل ان تختار المرأة ثم اختارت المرأة نفسها وقع الطلاق ان نوى الزوج به طلاقا • ولو سارت المرأة قبل الاختيار ثم اختارت فلا يقع شيء من الطلاق وانما تقتصر على مجلسها خاصة دون مجلس الزوج بخلاف البيع لان فيه يقتصر على مجلسهما خاصة دون مجلس الزوج وقال في خلاصة الفتاوى رجلان يمشيان قال احدهما للاخر بعت منك كذا بكذا وقال الاخر بعد ما مشى خطوة او خطوتين اشتريت صح هكذا ذكر في مجموع النوازل • وقال الصدر الشهيد في الفتاوى في ظاهر الرواية لا يصح ولو كان المشتري في صلاة الفريضة وفرغ وقبل جاز • ولو كان في صلاة التطوع فقال البائع بعت كذا بكذا فاضاف اليها ركعة اخرى ثم قبل جاز • ولو كان في يده قدح ماء فشرب ثم قال قبلت جاز وكذا اللقمة واحدة لا يتبدل المجلس اما اذا اشتغل بالاكل يتبدل المجلس ولو كانا نائمين او نام احدهما ان كان مضطجعا فهي فرقة • اما اذا ناما جالسين لا يكون فرقة في المنتقى وهذا لفظ رواية الخلاصة

قوله وله ذلك اي لكل واحد منهما الاعراض والرجوع عما اوجب الموجب قبل قبول الاخر

قوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه الى قوله فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير

قوله واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او من عدم رؤية هذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان الايجاب والقبول اذا حصلا من الاهل مضافا الى المحل مع شرط النفاذ وهو الملك او الولاية لزم البيع وليس لواحد من المتعاقدين بعد ذلك فسخ العقد في المجلس ولا بعد افتراقهما الا برضا الاخر وهو مذهب اصحابنا ومالك وسفيان • وقال الشافعي يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس وهو مذهب احمد واسحق وجه قول الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا او يكون البيع خيارا رواه البخاري مسندا الى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم وروى البخاري مسندا الى حكيم بن حزام عن النبي صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا وروى البخاري ايضا باسناده الى ابن عمر قال قال النبي صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا او يقول احدهما لصاحبه اختر وروي عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا الا بيع الخيار وروي عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا او يخير احدهما الاخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وان تفرقا بعد ان تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع • فالشافعي اخذ بظاهر هذه الاحاديث وحمل التفرق على التفرق بالابدان لا بالكلام • وقال معنى قوله او يكون البيع خيارا هو ان يقول احدهما لصاحبه بعد ما تعاقدا في المجلس اختر فاذا فعل ذلك انقطع الخيار الاول الذي قد شرط فيه التفرق ولنا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض • وجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى اباح الاكل بوجود التجارة عن تراض والبيع تجارة عن تراض • فلو ثبت لكل واحد من المتبايعين خيار المجلس لم يجز تصرف المشتري بالاكل وقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود والبيع عقد يلزم الوفاء بظاهر الاية فلو كان خيار المجلس ثابتا لم يكن الوفاء بعقد البيع لازما • وقوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم وجه الاستدلال ان الله تعالى ندب الى الاشهاد على عقد البيع للتوثقة فلو كان خيار المجلس ثابتا لم يكن للتوثقة فائدة • ويدل على هذا ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فانه ان النبي صلى الله عليه وسلم جوز بيعه بعد القبض • فلو كان خيار المجلس ثابتا لم يكن بيعه جائزا وقد جوز بيعه بعد القبض فلو كان خيار المجلس ثابتا لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري فانه ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز بيع الطعام بعد جريان الصاعين بلا شرط للافتراق • فلو كان خيار المجلس ثابتا لاشترط ذلك • وروى البخاري ايضا باسناده الى ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله قال من باع نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا ان يشترط المبتاع فانه ان النبي صلى الله عليه وسلم اثبت الملك للبائع في النخل بمجرد العقد وفي الثمر بشرط المبتاع بدون شرط الافتراق • فلو كان خيار المجلس ثابتا لم يصح المشتري ذلك قبل الافتراق • والمعقول في المسألة ان النكاح والخلع والعتق على مال والكتابة كل واحد منها يصح ويتم بلا خيار المجلس فيجب ان يكون البيع كذلك والجامع كون العاقد راضيا بما تضمنه عقده من ايجاب الملك بلا شرط خيار المجلس • ولان البيع تم بالايجاب والقبول وتعلق حق كل واحد من المتعاقدين فلا يجوز ابطال حق كل واحد منهما باثبات الخيار لصاحبه كما في الاجارة ولانه خيار لا يثبت بعد الافتراق فلا يثبت قبل الافتراق ولا يلزم خيار الشرط والعيب والرؤية لان كل واحد منها كما يثبت في المجلس يثبت بعد المجلس • والجواب عن قوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا فنقول رواه مالك في الموطا ولم يثبت خيار المجلس فلو كان ذلك المراد بالحديث لكان اولى الناس بالعمل به او نقول المراد منه خيار القبول لان سياق الحديث يدل على ذلك لانهما سميا متبايعين حقيقة حالة التشاغل بفعل البيع بان يقول احدهما بعني ويقول الاخر بعت

مخير كل واحد منهما بعد ذلك. اما البائع فله الخيار اما ان يثبت على ما قال او يرجع عنه. واما المشتري فله الخيار ايضا اما ان يقبل او يرده ما داما في المجلس وهو تأويل قوله عليه الصلاة والسلام وكانا جميعا ولا يسميان متبايعين بعد انقضاء فعل البيع الا مجازا والاصل في الكلام الحقيقة او يحمل الحديث على ما قلنا بحمل عليه توفيقا بينه وبين ما قلنا من الدلائل النقلية والعقلية لان الاصل هو الجمع بين الدلائل والعمل بها جميعا. او نقول سمي المتبايعين المتساومان متبايعين لقربهما من التبايع كما سمي اسحق او اسمعيل ذبيحا لقربه من الذبح الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم اطلق اسم البيع على السوم في قوله عليه الصلاة والسلام ولا يبيع الرجل على بيع اخيه رواه البخاري بسنده الى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم. ويروى لا يسوم الرجل على سوم اخيه فدل ان احد اللفظين يغني عن معنى الاخر يدل على ما قلنا سياق الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام الا بيع الخيار لانه اثبت بعد البيع الخيار فدل ان المراد من قوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار قبل البيع وهو السوم. واما التفرق المذكور في الحديث ففيه وجهان عندنا يجوز ان يراد به التفرق بالابدان ويجوز ان يراد به التفرق بالاقوال يعني الاول ان احد المتبايعين اذا قال لصاحبه قد بعت هذا العبد فله قبوله في المجلس ما لم يفارقه وهذا صح الرجوع قبل قبول الاخر. فان افترقا قبل القبول وتمام البيع لم يكن له القبول والفسخ للايجاب. وفائدته ان خيار القبول مقصور على المجلس دون غيره روى هذا التأويل ابو جعفر الطحاوي في شرح الآثار عن عيسى بن ابان وروي ذلك عن ابي يوسف ايضا ولم يرد هذا لتطرح الآثار بل معناه. ومعنى الثاني وهو التفرق بالاقوال ان البائع اذا قال له قد بعتك هذا العبد فله الرجوع فيه قبل ان يقبله الاخر فان قبله الاخر فقد تفرق هو والبائع وانقطع الخيار وهذا كما قال الله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته فكان الزوج اذا قال للمرأة طلقتك على كذا فقالت المرأة قبلت فقد بانت وتفرقا بذلك القول وان لم يتفرقا بابدانهما وروى هذا التأويل ابو جعفر الطحاوي في شرح الآثار عن محمد بن الحسن ويقال في عرف الناس في مثل هذا اجتمع الناس على كذا او وافترقوا على كذا وهم حضور في المجلس. والدليل على ان الافتراق بالاقوال يسمى افتراقا وان لم يوجد الافتراق بالابدان ان قوله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقوله عليه الصلاة والسلام ستفترق امتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو ايضا في الاعتقاد رواه ابو هريرة في السنن. وروى صاحب السنن باسناده الى معاوية قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان من قبلكم من اهل الكتاب افترقوا على ثنتين وسبعين ملة وان هذه الملة ستفترق على ثلاث وسبعين ثنتان وسبعون في النار وواحدة في الجنة وهي الجماعة **قوله** قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع اي قال القدوري في مختصره. اعلم ان الاعواض اذا كانت مشارا اليها سواء كانت ثمنا او مثمنا لا يشترط فيها معرفة المقدار في جواز البيع لان بالاشارة يحصل التعريف النافي للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الذي اوجبهما عقد البيع وكل جهالة لا تمنع التسليم والتسلم لا تمنع جواز العقد كما في جهالة القيمة وكيل من صبرة اذا بيع منها وجهالة عدد الثياب المعينة لكن هذا في غير الاموال الربوية اما في الاموال الربوية فاذا قوبلت بجنسها كالذهب بالذهب والفضة بالفضة والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير ونحو ذلك فان العقد لا يجوز مع جهالة القدر فيها لاحتمال الربا واحترز بالاعواض المشار اليها عما لم يشر اليه كما في السلم لان معرفة القدر فيه شرط لجواز العقد لان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة المفضية المانعة من التسليم والتسلم لان رب السلم يطالب المسلم اليه بالمسلم فيه زائدا على ما يدفعه المسلم اليه فتقع المنازعة لا محالة لان احدهما لا يرضى بما قال الاخر **قوله** وجهالة الوصف فيه اي جهالة القدر في العوض المشار اليه **قوله** والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة هذا لفظ القدوري في مختصره. والمراد بالاثمان المطلقة الدراهم والدنانير لانهما اثمان بكل حال لان الله تعالى خلق الذهب والفضة ثمنا للاشياء والمعنى بالثمنية كونه بحال يقدر به مالية الاشياء ويتوصل به اليها وهما كذلك من الصنعة قبل الصياغة وبعدها. ويجوز ان يراد بها المطلقة عن قيد الاشارة بان يقول مثلا بعت بذهب او فضة فلا يجوز العقد الا ببيان القدر كالخمسة والعشرة والوصف كالبخاري والسمرقندي لانه اذا لم يبين القدر والصفة يفضي الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد فيبطل العقد وهذا لان وضع الاسباب لقطع المنازعات بان يكون كل من نازع بالسبب نائلا المسبب. فاذا افضى العقد الى المنازعة عاد الى موضوعه بالنقض فيفسد العقد. وينبغي ان يعرف الفرق بين المبيع والثمن فقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره ما يتعين في العقد فهو مبيع وما لم يتعين فهو ثمن. ونقل ركن الاسلام ابو الفضل الكرماني في الايضاح عن الفراء انه قال الثمن ما كان في الذمة. ثم الاموال على ثلاثة انواع ثمن مطلق وسلعة محضة وذات بينهما بيان ذلك فيما قال صاحب التحفة. ثم الدراهم والدنانير اثمان ابدا سواء كان في مقابلتها امثالها او اعيان فصحيح صرفا او لا حتى ان في الاثمان يصير صرفا ولو كانت في مقابلتها السلعة تصير ثمنا والسلعة مبيعا على كل حال لانها اثمان مطلقة على كل حال فلا تتعين بالتعيين. واما الاعيان التي ليست من ذوات الامثال كالثياب والدور والعقار والعبيد والعدديات المتفاوتة كالبطاطيخ والثمار فهي مبيعة وتتعين بالتعيين ولا يجوز البيع فيها الا عينا الا فيما يجوز فيه السلم كالثياب بخلاف العقار. ثم الثياب كما تثبت دينا في الذمة مبيعا بطريق السلم تثبت دينا في الذمة مؤجلا بطريق الثمن والاجل شرط في الثياب لا انه شرط في الاثمان ولكن شرط لتصير ملحقة بالسلم في كونها دينا في الذمة واما المكيل والموزون والعددي المتقارب ان كانت في مقابلتها اثمان فهي مبيعة وان كانت في مقابلتها امثالها اعني

الكيل والموزون والعددي المتقارب فكل ما كان موصوفا في الذمة مما يصحبه حرف الباء يكون ثمنا والاخر مبيعا لانه يتعين بالتعيين ويثبت دينا في الذمة ايضا فيتعين احد الوجهين بالدليل الى هنا لفظ التحفة **قوله** وكل جهالة هذه صفتها اي جهالة مفضية الى المنازعة تمنع جواز العقد **قوله** قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما اي قال القدوري في مختصره وذلك لقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا فدل باطلاقه على جواز البيع بمطلق الثمن حالا كان او مؤجلا لان الله تعالى احل البيع ولم يفصل بين ثمن وثمن. وقد حدث البخاري في الصحيح باسناده الى الاسود عن عائشة رضي الله عنها قالت اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما من يهودي نسيئة وفي رواية الى اجل ورهنه درعا له من حديد. واما كون الاجل معلوما فلما روي في الصحيحين والسنن مسندا الى ابن عباس رضي الله عنهما قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمر السنتين والثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم الى اجل معلوم. والمعنى فيه ان الاجل اذا كان مجهولا يفضي الى المنازعة المانعة من التسليم الذي اوجبه العقد لان البائع يطالب المشتري بتسليم الثمن في مدة قريبة والمشتري يريد تسليمه في مدة بعيدة فتقع المنازعة لا محالة ووضع الاسباب لرفع المنازعة فاذا ادى العقد الى المنازعة بسبب الجهالة كان فاسدا لخلو العقد عن المقصود **قوله** فهذا يطالبه اي البائع يطالب المشتري وذاك اي المشتري يؤخره اي في مدة بعيدة **قوله** قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها. اعلم ان الثمن اذا اطلق في البيع بان يذكر القدر دون الصفة مثل ان يقول المشتري مثلا اشتريت بعشرة دراهم ولم يقيدها بالبخارية او السمرقندية ونحو ذلك او قال اشتريت بكذا دينارا ولم يقيد بالخليفتي والركني ونحو ذلك يكون المراد من الثمن المذكور ما كان غالب نقد البلد لانه هو المتعارف في عرف الناس والمطلق من الالفاظ ينصرف اليه بدلالة العرف ولانه لو لم يحمل عليه يفسد العقد للجهالة وامور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد دون الفساد فما امكن يحمل على المتعارف في عرف البلد تحريا للجواز فاذا كان في البلد نقود مختلفة وتروج على السواء يكون البيع فاسدا للجهالة المانعة من التسليم والتسلم الا اذا كان البعض اروج فيكون هو المراد ويتبين بعض النقود بكونه هو المراد فتزول الجهالة حينئذ فيصح العقد لكن فساد البيع في الرواج على السواء اذا كانت النقود مختلفة ماليتها بان يكون البعض افضل من الاخر. اما اذا استوت ماليتها يصح العقد جائزا ويؤدي المقدار المذكور من اي نقد كان من انواع النقود لانه لا منازعة حينئذ لانه لا تفاوت بينها لا في الرواج ولا في المالية **قوله** الا ان يبين احدها اي احد النقود المختلفة وهو استثناء من قوله فالبيع فاسد يعني اذا بين احد النقود جاز **قوله** وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء اي فساد البيع في اختلاف النقود اذا كانت مستوية الرواج فاذا كان احدها اروج جاز العقد **قوله** وهذا اذا كانت مختلفة في المالية اي فساد العقد في النقود المستوية الرواج فيما اذا كانت تلك النقود مختلفة ماليتها فاذا استوت في المالية فلا فساد **قوله** فيها اي في المالية **قوله** كالثنائي والثلاثي والنصري اليوم بسمرقند الثنائي ما كان الاثنان منه يعتبر دانقا والثلاثي ما كان الثلاث يعتبر منه دانقا والنصري بسمرقند بمنزلة الناصري ببخارا كذا قال الامام حميد الدين الضرير في فوائده **قوله** والاختلاف بين العدالي نعم فانه وهي لغة فيما وراء النهر ويسمون الدرهم عدليا. وقد استعملوها في كتبهم **قوله** كذا قالوا اي قال المتأخرون من المشايخ. ثم اعلم ان المراد من قوله ومن اطلق الثمن هو الاطلاق عن الصفة بحسب فانه اذا اطلق عن القدر ايضا تكون المسألة تلك المسألة بعينها في قوله والاثمان المطلقة لا تصح قبل الاستثناء فيلزم التكرار فتلك المسألة قبل الاستثناء اطلاق عن القدر والصفة جميعا وبعد الاستثناء يفيد بهما جميعا. وهذه مطلقة عن الصفة مقيدة بالقدر وكانت غيرها **قوله** ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة هذا لفظ القدوري. والمراد من جواز البيع مجازفة اذا باع بخلاف الجنس لما روي في شرح الآثار مسندا الى عبادة بن الصامت قال امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نبيع الذهب بالفضة والبر بالشعير والشعير بالبر يدا بيد كيف شئنا. ولان الجهالة لا تفضي الى المنازعة فلا تمنع التسليم لجهالة القيمة مثلما اذا اشترى شيئا بمجهول القيمة بثمن معلوم ولا يدري ان القيمة ازيد من الثمن او انقص منه جاز ولا يعتبر تلك الجهالة لانها ليست بمانعة من التسليم وهذا معنى قوله فشابه جهالة القيمة. اما اذا باع الطعام جنسا بجنس مجازفة فلا يجوز لاحتمال الربا لان علة ربا الفضل القدر والجنس وهي موجودة. فاذا باع الطعام جنسا بجنس بما لا يدخل تحت القدر وهو الكيل مثلا بالمجازفة جاز كبيع الحفنة بالحفنة فانه جائز عندنا لعدم القدر. وكذلك التفاحة بالتفاحتين والتمرة بالتمرتين. وقال في خلاصة الفتاوي ادنى ما يكون فيه الربا نصف صاع حتى لو كان باع ما دون نصف صاع من الحنطة بمن ونصف من خبز ونقل في الفتاوي الصغرى عن المعلى بن منصور عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام. والمراد من الطعام في العرف الحنطة ودقيقها فلهذا عطف الحبوب على الطعام وان كان يشمل اسم الطعام على الحبوب ايضا واراد بالحبوب سائر الحبوب مثل الحمص والعدس ونحو ذلك **قوله** مكايلة ومجازفة والمكايلة معاملة الشخص بالكيل. قال في ديوان الادب فالمكايلة

اذا كال لك وكلك له والجزاف في البيع والشرا وهو بالحدس بلا كيل ولا وزن ◦ وكان القياس الكسر لو بني على الفعال
كذا في المغرب ◦ وقال في الجمهرة الجزاف الاخذ بكثرة ومن ذلك قولهم جزف له في الكيل اذا اكثر ◦ ومنه الجزاف
والمجازفة في الشرا والبيع وهو يرجع الى المساهلة ◦ قوله وهذا اذا باعه بخلاف جنسه اشارة الى جواز بيع
الطعام والحبوب مجازفة لا مكايلة لان البيع في صورة المكايلة يجوز مطلقا بلا قيد بخلاف الجنس لوجود المسوى
قوله لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد ولفظ
الحديث في السنن اذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد ◦ وحدث مالك في الموطا عن
ابن شهاب ان عبد الله كان يقول لا باس ان ياخذ الواحد بالاثنين من الطعام اذا اختلف يدا بيد قوله
قوله ولان الجهالة عطف على قوله عليه الصلاة والسلام ◦ قوله فشابه جهالة القيمة
قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره اي قال القدوري في مختصره اعلم
ان السلم لا يجوز الا بمكيال معروف ومعلوم القدر فاذا اشترط بمكيال غير معروف او باناء بعينه لا يعرف قدره لا يجوز
وبيع العين بمكيال لا يعرف قدره جائز كما اذا اشترى كذا قفيزا من صبرة باناء لا يعرف قدره يدا بيد ◦ والفرق
ان التسليم في بيع العين واجب للحال فيحصل له غالبا قيام الملك واليد فلا يمتنع جواز البيع بتجوز توهم هلاكه
الا انه نادر فلا يعتد به فلو اعتبر العجز الموهوم لم يجز عقد اصلا ◦ والتسليم في السلم ليس بواجب الحال بل هو
مؤجل لما مر والهلاك قبل زمان التسليم ليس بنادر ◦ فاذا لم يعرف مقدار الاناء والحجر فيفضي الى المنازعة
وهو خلاف وضع الاسباب ◦ ولهذا اشترط في السلم ان يكون المسلم فيه معلوم الكيل او الوزن حتى يكون القدرة
على التسليم ثابتة حكما فيرتفع المنازعة ◦ قال صاحب الهداية وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في البيع ايضا ووجه
ذلك الفقيه ابو الليث في العيون ثم قال وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع فقال اذا كان الاناء لا ينكبس اذا جعل
فيه فالبيع جائز مثل الطست ونحو ذلك ◦ واما الزنبيل والجوالق فلا يجوز يعني لاحتمال الزيادة والنقصان قوله
هلاكه قبله اي هلاك الاناء او الحجر قبل التسليم ◦ قوله والاول اصح واظهر اراد به ما ذكر في القدوري بقوله
ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره ◦ قوله قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد
عند ابي حنيفة الا ان يسمي جملة قفزانها اي قال القدوري في مختصره وعندهما يجوز في جميع القفزان سواء سمى جملة القفزان
او لم يسم ◦ اعلم انه اذا قال بعتك هذه الصبرة على انها كذا قفيزا وبعتك قفيزا منها فهما سواء والبيع واقع على قفيز واحد
كذا ذكره الكرخي في مختصره ◦ وذلك لان البيع وقع على المقدار فان وجد المشتري اقل من قفيز فله الخيار ان شا
اخذ الموجود بحصته وان شا ترك لتفرق الصفقة ◦ ولو قال بعتك هذا الطعام على انه كل قفيز بكذا فالبيع لازم في
الكل لان المبيع معلوم والثمن معلوم فان وجده زائدا فهو للبايع وان وجده ناقصا فللمشتري الخيار في اخذ الباقي
وتركه لما قلنا اما اذا قال ابيعك هذه الصبرة كل قفيز بكذا وهي مسئلة القدوري فالبيع جائز في قفيز واحد عند ابي
حنيفة وكذا اذا قال ابيعك هذه الصبرة كل قفيزين او ثلاثة بكذا فالبيع جائز عند ابي حنيفة وكذا اذا اطلق في العدد
المسمى من عدد القفزان الا اذا زالت الجهالة بعلم جميع القفزان بتسميتها او بالكيل في المجلس قبل الافتراق فحينئذ يجوز البيع
في الجميع ◦ وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وفي الزيادة البيع موقوف ◦ فان علم قبل ان يفترقا
ورضي به جاز ثم للمشتري الخيار بعد العلم لانه لم يكن راضيا بجهالة الثمن حال العقد اذ من الجائز ان يظهر الثمن اكثر مما
ظنه المشتري وانما انكشف له امر الثمن الان فكان له الخيار كما اذا اشترى ما لم يره وقبل الكيل لكل واحد
منهما الفسخ ذكره في الايضاح وذلك لان الجهالة باقية او لتفرق الصفقة وعندهما البيع في الكل لازم ولا خيار وقال
الكرخي في مختصره وكذلك الاعداد في كل مكيل او موزون او معدود من جنس واحد اذا لم يكن يختلف القيم يعني ان عند ابي
حنيفة رضي الله عنه يجوز البيع في قفيز واحد ومن واحد وفي واحد وعندهما يجوز في الكل ◦ وجه قولهما ان هذه
جهالة بيدهما ازالتها الا ترى انه اذا كاله في المجلس جاز بالاتفاق فصار كبيع عبد من العبدين وللمشتري الخيار
ان شا اخذ هذا وان شا اخذ ذاك ◦ فاذا اخذ ايهما شا ارتفعت الجهالة فكذا هنا ◦ ووجه قول ابي حنيفة
رضي الله عنه ان القدر المسمى من القفيز او القفيزين او الثلاثة معلوم القدر معلوم الثمن فجاز البيع فيه وما زاد
على ذلك مجهول القدر مجهول الثمن لان الثمن بعدد القفزان وعددها مجهول فكان الثمن مجهولا وجهالة الثمن مفسدة
للعقد كبيع الشيء برقمه لكن الجهالة لما لم تكن لازمة قلنا بثبوت الخيار بعد العلم ◦ قال في الايضاح وان كان المشتري
رضي به فليس للبايع ان يفسخ في رواية محمد عن ابي حنيفة رضي الله عنه وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه لا يجوز
العقد فيما زاد على القفيز الا بتراضيهما ◦ وجه رواية ابي يوسف ان الفساد تمكن في صلب العقد وهو جهالة
الثمن والعقد قام بهما فاوجبت هذه الجهالة خيار الفسخ لكل واحد منهما فلا يلزم الا بتراضيهما ◦ ووجه رواية محمد
ان جهالة الثمن تختص بما يتعلق بجانب المشتري وهو لزوم الثمن عليه لان الخيار في الاصل شرع لدفع ما عليه لا لدفع ما له
فاثبتنا الخيار للمشتري ◦ قال في المختلف فان كان صبرة من حنطة وصبرة من شعير فباع كل قفيز بدرهم لا يجوز عند
ابي حنيفة في شيء من ذلك للجهالة الواحد ايضا ◦ ثم اعلم انه اذا سمى جملة الثمن ولم يسم جملة الصبرة مثلا اذا قال بعتك

من الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم قال الطحاوي في مختصره وقع البيع على جميعها في قولهم جميعا كل قفيز منها بدرهم وهو صحيح
لان تسمية جميع الثمن كتسمية المبيع ومحمد لم يذكره في الكتب كذا قاله الامام الاسبيجابي ◦ قوله فيتقرر الصرف
بعد البيع ◦ قوله او بالكيل في المجلس قيد بالمجلس لان ساعات المجلس تعتبر ساعة واحدة دفعا للعسر فاذا حصل العلم
قبل الافتراق حيث لم ينقلب العقد جائزا بل النقي والعيب او الجهالة ◦ قوله ومثلها غير مانعة اي ومثل هذه الجهالة التي
بين المتعاقدين ان انهما غير مانعة من جواز البيع ◦ قوله واذا كان في المجلس اي للمشتري الخيار لكن لا لتفرق الصفقة
بل لانه لم يكن راضيا بجهالة الثمن وقد مر بيانه ◦ قوله ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها هذا
لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر الخلاف فيه وهو قول ابي حنيفة رضي الله عنه ◦ وقال ابو يوسف ومحمد يصح في الجميع
وبه قال الشافعي ومالك فيه وكذا من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان اي فسد البيع في الجميع عند
ابي حنيفة ويصح عندهما في الجميع قالوا في شرح الجامع الصغير فان علم بالذرع قبل الافتراق فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شا اخذ كل
ذراع بدرهم وان شا ترك وكذا الخلاف في كل معدود متفاوت كالبقر والابل والعبيد ونحو ذلك واصل ذلك ان جملة الثمن اذا
لم تكن معلومة يبطل البيع عنده كبيع كل شاة من هذا القطيع بكذا وعندهما هو جائز لان طريق المعرفة قائم من غير ان ينفرد به
احد العاقدين وقيام طريق المعرفة كقيام المعرفة ◦ ولهذا من باع هذا العبد بوزن هذا الحجر ذهبا جاز فكذا ها هنا وجه
ابي حنيفة ان الثمن مجهول حقيقة فيفسد البيع به كما اذا باع الشيء برقمه ◦ ولا يقال ان ثمن الواحد معلوم فانا نقول كل المبيع
مجهول لانه لا يعلم حال العقد مبلغ الشياه ومبلغ الذرعان وكل واحد ايضا مجهول للتفاوت فلا يمكن الصرف الى الواحد بخلاف
القفيز الواحد في بيع كل قفيز من هذه الصبرة بكذا فان البيع ينصرف اليه لتيقنه لعدم تفاوته ◦ قال صاحب المختلف ومسئلة الحجر
بل في بيان هذا الاختلاف ◦ قلت فاذا كانت هي على الاختلاف لا تصلح هي حجة لهما على ابي حنيفة قال الزاهد العتابي في شرح الجامع
الصغير وهذا في ثوب يضره التبعيض اما في الكرباس ينبغي ان يجوز العقد في ذراع واحد كما في الطعام لان التبعيض لا يضره ◦ ثم
اعلم انه انما قال ولم يسم جملة الذرعان لانه اذا سماها جاز الا ترى الى ما قال في الايضاح ◦ ولو قال ابيعك هذا القطيع
على انه خمسون رأسا او هذه الرزمة على انها خمسون ثوبا بكذا فالبيع جائز لان جملة المبيع والثمن صار معلوما بالتسمية فان وجد
احد المبيع زائدا او ناقصا فالبيع فاسد لان الزيادة لم يقع عليها العقد فيصير كانه باع خمسين ثوبا من احد وخمسين وهذا فاسد
لانه مجهول متفاوت ◦ وان كان ناقصا يحتاج الى ان يحط حصة الثوب الناقص وهي مجهولة فيفسد ايضا وكذلك في سائر ما
يختلف قيمه ◦ وان سمى لكل واحد ثمنا فان زاد فسد البيع كما قلنا وان نقص فالبيع صحيح بحصته لان ثمن كل ثوب معلوم قطعا
نفع العقد ◦ وذهب بعض اصحابنا ان هذا قولهما فاما على قول ابي حنيفة البيع فاسد في الكل لان الصفقة اشتملت على الموجود
والمعدوم فيفسد العقد في المعدوم فيتعدى الى الفساد الى الكل في قول ابي حنيفة ◦ قال محمد بن الحسن في الاصل واذا اشترى
الرجل ثيابا او برا او ابلا او عدل زطي كل اثنين من ذلك بعشرة دراهم فهو باطل لا يجوز من قبل انها مختلفة الا ترى انه الجيد
والجيد والردي فاي شيء يضم مع الجيد رديا ام جيدا هذا لفظ رواية الاصل ◦ قال في الشامل هذا بالاجماع لان كل شاة لا
يدري ثمنها الا بانضمام غيرها وانه مجهول لا يدري جيدا ام رديا ◦ وقال في الاصل ايضا واذا اشترى الرجل عدل زطي او جراب
هروي بثمن واحد وبحصته فالبيع في هذا لا يجوز لانه اشترى بما لا يعرف ◦ قوله مذارعة اي بشرط الذرع قوله
وكذا كل معدود متفاوت اي كالخشب والاواني ونحوها ◦ قوله لما قلنا اشارة الى قوله ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها
قوله لما بينا اشارة الى قوله فينصرف الى الاقل لكن الاقل وهو الشاة الواحدة او الذراع من ثوب لم ينصرف اليه
للتفاوت ◦ والقفيز الواحد من صبرة ينصرف اليه لعدم التفاوت فظهر الفرق ◦ قوله وتنتفي الجهالة في الاول
اي وتنتفي الجهالة المفضية الى المنازعة في بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب اذا صرف العقد الى الشاة الواحدة او الذراع الواحد
قوله قال ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شا اخذ الموجود بحصته
من الثمن وان شا فسخ البيع ◦ قال القدوري في مختصره اعلم ان المبيع اذا كان كيليا يتعلق العقد بما سمى من الكيل مثل ان قال
بعت هذه الصبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم ولا يتفاوت الحكم بين ان يسمي لكل قفيز ثمنا بان قال كل قفيز بكذا او لم يسم فاذا
وجد المسمى كان له وهو للمشتري بلا خيار ◦ فاذا وجد زائدا فالزيادة للبايع لانها لم تدخل تحت العقد لان العقد وقع على
مائة قفيز والزيادة ليست من المائة وان وجد ناقصا كان للمشتري الخيار لتفرق الصفقة لا محالة فله الخيار بين الاخذ والترك
فاذا اراد الاخذ اخذ الموجود بحصته من الثمن وطرح حصة النقصان لان القفزان لما كانت معقودا عليها انقسم الثمن عليها قاله
في شرح الطحاوي وكذا هذا الحكم في جميع المكيلات وكذلك هذا الحكم في جميع الوزنيات التي ليس في تبعيضها ضرر قوله
فوجدها اقل اي فوجد الصبرة اقل من مائة قفيز ◦ قوله على مقدار معين وهو مائة قفيز قوله ومن
اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شا اخذها بجملة الثمن
وان شا ترك ◦ وهذه من مسائل القدوري ذكرها في مختصره ◦ فان وجدها اكثر من الذرع الذي سماه فهو للمشتري ولا
خيار للبايع اعلم ان الذرعيات يختلف الجواب فيها بين ان يسمي لكل ذراع ثمنا بان قال كل ذراع بكذا وبين ان لم يسم اما اذا لم يسم
فقال بعت هذا الكرباس على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فوجده زائدا فهي للمشتري ولا خيار للبايع وان وجده ناقصا كان
للمشتري الخيار ان شا اخذ الموجود بجميع الثمن وان شا ترك ◦ وهذا لان الذراع في الاعيان المذروعة جارية مجرى الصفة

لكنها تحتمل ان تكون مقصودة بالذكر • والدليل على انها جارية مجرى الصفة ان وجودها يزيد في قدر الاصل وفي قيمته باعتبار
الصفات وانها يثبت بكثرة الذرعان السعة وبالقلة الضيق يقال دار واسعة ودار ضيقة • والسعة والضيق صفة وايضا
افتراق نقص الذرعان عن البعض يوجب تعيبا في الباقي الا ترى انه لا يشترى المتفرق من الذرعان كالمجتمع منها فلما كانت الذراع
صفة كانت الزيادة للمشتري لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فصار كانه اشترى دارا على انها ضيقة فوجدها واسعة وصار
كانه اشترى ثوبا على انه قصير فوجده طويلا فان وجدها ناقصا كان للمشتري الخيار لفوات الوصف المرغوب • فان اراد الاخذ
اخذ بجميع الثمن لان الوصف لا يقابله شيء من الثمن واما اذا سمى لكل ذراع ثمنا فانه يثبت هذا الخيار ايضا بان يشتريها على انها عشرة كل
ذراع بدرهم فان وجدها ناقصا كان للمشتري الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء
فسخ البيع • وهذا لان الذراع كانت تحتمل ان تصير مقصودة من حيث انها منتفع بها بنفسها فلما افرد كل ذراع بالذكر كان
اصلا مقصودا فصار معقودا عليه فكان كل ذراع ثوب فيحط من الثمن بقدر ما نقص من الذرعان وان وجدها زائدا كان المشتري
بالخيار ان شاء اخذ كله كل ذراع بدرهم وان شاء ترك اما ثبوت الخيار فلانه يتضرر بثبوته مضمرا لان الزيادة تنفع ولزوم الثمن
بازائها ضرر • واما اخذ الجميع كل ذراع بدرهم فلان الذراع من حيث انها صفة دخل جميع الذرعان في البيع ومن حيث انها اصل صار
مقصودا معقودا عليها بالافراد بالذكر فزيد في الثمن بازاء كل ذراع فلو لم يلزمه شيء بازاء الزيادة كان كل ذراع باقل من درهم
وذلك خلاف المشروط **قوله** • ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع كل ذراع بدرهم اي بعت الثياب او بعت الارض
وقد مر بيان المسألة قبل هذا وهي من مسائل القدوري **قوله** • والوصف لا يقابله شيء من الثمن الا اذا كان
مقصودا بالتناول حينئذ كما اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض يسقط نصف الثمن او كما لحق البائع كما اذا احدث عيب
اخر عند المشتري او لحق الشارع كما اذا خلط المشتري الثوب المبيع ثم اطلع على عيب يكون للوصف قسط من الثمن **قوله**
كاطراف الحيوان يعني اذا اشترى جارية فاعورت عند البائع لا ينقص شيء من الثمن وكذا المشتري يبيعها مرابحة اذا اعورت
بعدما قبضها بدون البيان ويجيء ذلك في باب المرابحة ان شاء الله تعالى **قوله** • فلهذا ياخذه بكل الثمن ايضاح
لقوله والوصف لا يقابله شيء من الثمن **قوله** • بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم كما اذا باع عبدا على انه اعمى
فوجده المشتري بصيرا حيث لا خيار **قوله** • فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب وقد وقع الذراع معرفة في النسخ
والقياس ان تنكر لانها لاحاطة الافراد لا الاجزاء اللهم الا اذا قيل اشار المصنف بهذه المعرفة الى النكرة المذكورة في قوله
كل ذراع بدرهم فله وجه كما قالوا في قول ابي حنيفة رضي الله عنه لا ادري ما الدهر اي الدهر المنكر ولا يقال لو كان الذراع
بمنزلة ثوب لفسد البيع اذا زاد الذراع كما اذا زاد الثوب في قوله ابيعك هذه الرزمة على انها خمسون ثوبا بكذا فاذا هي
احد وخمسون وقد مر قبل هذا لانا نقول انها بمنزلته من وجه دون وجه لا من كل وجه • بيانه انها بالافراد بالذكر صارت
اصلا معقودا عليه لكنها وصف حقيقة فباعتبار انها اصل دخل الزيادة في العقد وصار بازائها ثمن ومن حيث انها وصف كان
للمشتري بالنقصان لفوات الوصف المرغوب فيه الخيار **قوله** • لما بينا اشارة الى قوله قبل اربعة خطوط لكنه صار
اصلا بالافراد بذكر الثمن **قوله** • ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار وحمام فالبيع فاسد عند ابي
حنيفة وقالا هو جائز • وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم وهذه من مسائل الجامع الصغير يعني بقوله وقالا هو جائز
اذا كانت الدار كلها مائة ذراع هكذا ذكر الصدر الشهيد والامام الزاهد العتابي في شرحيهما وفهم هذا القيد من تعليلهما ايضا
لان العشرة انما تكون عشر الدار اذا كانت كلها مائة اما اذا كانت اقل من ذلك او اكثر فلا وجه قولهما ان بيع عشر الدار جائز بالاجماع
والعشرة الاذرع من المائة عشر فجاز ولهذا يجوز بيع عشرة اسهم من مائة سهم منها اجماعا • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه
ان البيع وقع على قدر من الدار معين لا على شايع وذلك القدر مجهول في نفسه لان موضعه لا يعلم امن جانب شرقي هو ام من
جانب غربي او من غيرهما فيصير هو باقي الحقيقة عشرة اذرع عينا من الدار وتلك الاذرع مجهولة في نفسها فلا يصح بيع المجهول
فصار كانه باع بيتا من بيوت الدار ولم يعين البيت او باع قسما من الاقسام من الدار المقسومة على ثلاث وهذا لان السهم ليس اسما
للشايع بل هو اسم لجزء معين لكنه لما كان مجهولا في نفسه لجهالة موضعه لم يجز البيع بخلاف عشر الدار او بيع عشرة اسهم من مائة سهم
من الدار لان العشر اسم لجزء شايع معلوم في نفسه وكذلك عشرة اسهم من مائة سهم فانها عشر ايضا والسهم لا يشبه الذراع الا ترى
ان ذراعا من مائة ذراع مثل ذراع من عشرة اذرع لا يزيد ولا ينقص • والسهم من مائة ذراع ليس مثل سهم من عشرة فظهر الفرق
وبيان ما قلنا ان البيع وقع على قدر معين من الدار لا على شايع ان الذراع في الاصل اسم لخشبة يذرع بها الممسوح وليست هي
بمرادة من البيع بل المراد ما يحله الذراع وتجاوره مجازا باطلاق اسم الحال على المحل فما يحله الذراع معين لا شايع لان الشايع
لا يتصور ان يذرع فلم يصح ان يستعار الذراع للشايع لان الشايع ليس بمحل الذراع فلما اريد من الذراع ما يحله وهو معين لكنه
مجهول الموضع بطل العقد وقال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في شرح الجامع ذكر الخلاف في هذه المسألة ان فساد البيع عند ابي
حنيفة لجهالة جملة الذرعان • فاما اذا عرفت مساحتها فيجوز وجعل ذلك نظير بيع كل شاة من القطيع بعشرة وذكر ابو زيد في
الشروط انه باطل وان عرفت جملة الذرعان وهو جواب الكتاب نصا ههنا وهو الصحيح الى هنا لفظ كتاب فخر الاسلام ثم قال
فخر الاسلام وقولهما استحسان • وقول ابي حنيفة قياس وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير ولم يذكرها ولا في
البيوع انه لو اشترى عشرة اذرع من هذه الدار ولم يقل من مائة ذراع كيف الحكم فيه على قولهما من اصحابنا من يقول انه لا يجوز

العقد

العقد قوله فيما لو اشترى سهما منها والاصح انه يجوز عندهما لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة فانه يمكن ان يذرع بجميع الدار حتى اذا كانت
مائة ذراع علم ان المبيع عشرها وان كانت خمسين علم ان المبيع خمسها بخلاف ما لو اشترى سهما منها ولم يقل من كذا سهما لان تلك الجهالة تفضي الى
المنازعة بينهما ولا طريق لرفعها فكانت مفسدة للعقد **قوله** • لما يذرع به وهو الخشبة **قوله** • فاستعير
لما يحله الذرعان اي استعير الذراع لمحل الذراع وهو الممسوح • وكان القياس ان تقول استعيرت الذراع لمحل الذراع لانه اسند الى
ضمير الذراع وهو مؤنثة لكن ذكر الفعل على تاويل الذراع بما يذرع به **قوله** • وهو المعين اي ما يحله الذراع غير
معلوم موضعه لانه لا يدرى من اي جانب هو **قوله** • والبيان مر انفا **قوله** • الخصاف هو ابو بكر احمد بن عمرو الخصاف من
كبار علمائنا المتقدمين وهو صاحب ادب القاضي والشروط واحكام الوقوف والرضاع والنفقات وكتاب الحيل في الفقه وكان
معاصرا مع الشيخ ابي جعفر احمد بن ابي عمران استاذ ابي جعفر الطحاوي رحمهم الله **قوله** • لبقاء الجهالة دليل قوله ولا
يجوز عند ابي حنيفة يعني ان جملة ذرعان الارض وان عرفت لا يعلم موضع عشرة اذرع من مائة ذراع منها فتبقى الجهالة **قوله**
ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هي تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع والثمن فيه لف ونشر لجهالة المبيع فيما اذا كان العدل
احد عشر لانه يكون بيعا عشرة اثواب من احد عشر ثوبا والعشرة مجهولة ولجهالة الثمن فيما اذا كانت العدل تسعة لانه لابد من حصة الثوب
الناقص وهي مجهولة فلو قال لجهالة الثمن او المبيع كان اولى • وهذا اذا لم يبين ثمن كل ثوب بل قال بعتك هذه الرزمة على انها عشرة بكذا
فكان فيها الزيادة في العدد او النقصان • اما اذا بين ثمن كل ثوب فقال بعتك هذه الرزمة على انها عشرة اثواب بمائة كل ثوب
بعشرة فان زادت على عشرة اثواب فلا شك في فساد البيع لان المبيع مجهول كما قلنا وان نقصت جاز البيع في الموجود لان ثمن كل ثوب
معلوم وللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه • وقال بعض اصحابنا هذا قولهما وعلى قول ابي حنيفة لا يجوز البيع في النقصان كما في الزيادة
لانسحاب الصفقة على الموجود والمعدوم ولم يجز في المعدوم فتعدى الى الموجود وقد مر بيانه مرة عنه **قوله** • ومن
ابتاع فنقل فان صاحب الهداية وليس بصحيح اي ما قيل ان عند ابي حنيفة لا يجوز البيع في فصل النقصان ليس بصحيح لان ثمن كل ثوب
معلوم مطلقا فاذا انتقص يكون باقي الثمن معلوما لا محالة ولا يشبه هذا ما اذا باع ثوبين على انهما هرويان فظهر احدهما مرويا
حيث لا يجوز البيع فيهما لانه جعل القبول في الثوب المروي وهو معدوم شرطا لصحة العقد في الهروي وهو شرط فاسد لانه لا
قبول في المعدوم فيفسد العقد فيهما جميعا سواء بين ثمن كل واحد منهما او لم يبين • ثم ان صاحب الهداية لم يذكر هذه المسألة
في البداية اعني مسألة اشتراء العدل على انه عشرة اثواب وانما ذكرها في الهداية تفريعا وكان الاليق ان يذكرها عند قوله وكذا
لو باعه مذارعة كل ذراع بدرهم **قوله** • فان قال اي شراء العدل على انه عشرة اثواب بمائة كل ثوب بعشرة فاذا هو
تسعة وشراء الثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي افترقا حيث جاز البيع في الاول دون الثاني والمروي يكون [illegible]
السالم والعدل الذي اذا عدل تسعة **قوله** • ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا
هو عشرة ونصف او تسعة ونصف الى اخره وهذه المسألة لم يذكرها صاحب الهداية محمد في رواية الاصول وانما ذكرها في النوادر
حكاه الفقيه ابو جعفر ولم يذكرها صاحب الهداية في البداية وانما ذكرها تفريعا ههنا كما ذكروا في شروح الجامع الصغير تفريعا
وان لم يذكر في اصل الجامع الصغير الذي صنفه محمد وكان ينبغي ان يذكر هذه المسألة عقيب قوله ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع
بعشرة او ارضا على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل او اكثر لحكما عرفته لان ثمة الزيادة والنقصان بذراع كامل وهنا بما
دون الذراع • ثم نقول اذا اشترى الثوب انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فزاد على العشرة نصف ذراع او نقص عنها نصف ذراع
قال ابو حنيفة ياخذ في الاول الثوب بعشرة ويسلم له النصف مجانا وهذا بلا خيار وفي الثاني ياخذ بتسعة ان شاء وابو يوسف جعل
نصف ذراع بمنزلة ذراع كامل ففي الاول ياخذ باحد عشر وفي الثاني ياخذ بعشرة وله الخيار في الوجهين وعند محمد ياخذ في الاول
بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف وله الخيار في الوجهين ايضا اعتبارا للجزء بالكل لان كل ذراع اذا قوبلت بدرهم يكون كل نصف
ذراع مقابلا بنصف درهم لا محالة وهذا ظاهر ثم اذا اراد الذراع الكامل باحد عشر فينبغي ان ياخذ بعشرة ونصف اذا
زاد نصف ذراع لكن للمشتري الخيار في الوجهين في الزيادة لانه يتضرر بثبوته وفي النقصان لتفرق الصفقة عليه وجه قول ابي
يوسف ان كل ذراع لما افرد بذكر بدل كانت كل ذراع كثوب يباع على انه ذراع • فاذا انتقص الثوب من الذراع لم ينتقص شيء من الثمن وللمشتري
الخيار فكذا هذا لكن الخيار في الزيادة لانه يتضرر بثبوته مضرة وفي النقصان لفوات الوصف المرغوب فيه • ووجه قول ابي
حنيفة ان الذراع يعتبر وصفا في الاصل وانما ياخذ حكم الاصل اذا وجد الشرط ثم الشرط وجد في الذراع لا فيما دونها وكان الحكم
فيما دون الذراع باقيا على الاصل وكان وصفا والوصف لا يقابله شيء من الثمن لكن لم يثبت الخيار في صورة الزيادة لان العشرة و
النصف بمنزلة العشرة الجيد فاذا اشترى شيئا على انه معيب فوجده سليما ياخذ بلا خيار وكذا ههنا في صورة النقصان ياخذ بتسعة
ان شاء لان النصف الزائد على التسعة بمنزلة الوصف فلا يقابله شيء من الثمن لكن الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه وهو النصف الناقص
عن العشرة ويقول محمد ناخذ • قال الزاهد العتابي رحمه الله في شرح الجامع الصغير قال مشايخنا هذا في الثوب الذي تتعيب بقطع
بعضه كالقميص والسراويل والعمامة ونحوها فاما اذا كان كرباسا لا يضره القطع فاشتراه على عشرة اذرع فوجده احد عشر لا يسلم له
الزيادة بل يرد على البائع كما في المكيلات والموزونات وعلى هذا قالوا لو باع ذراعا من هذا الكرباس يجوز كما لو باع قفيزا من صبرة يجوز لان
القطع والتمييز لا يضر بالباقي ولو باع ذراعا من هذا القميص وهذه العمامة لا يجوز لان القطع يضر فصار كما لو باع جذعا في
السقف وحلية في السيف لا يجوز لما قلنا كذا ههنا الا اذا قطعه وسلمه وقبل المشتري فحينئذ يجوز بطريق الابتداء الى هنا لفظ كتاب [illegible]

قوله فيجز عليه اي يقسم الذراع على الدرهم فيكون نصف الذراع بنصف الدرهم **قوله** فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل اي عند عدم الشرط وهو كونه مقيدا بالذراع عاد حكم الذراع الى الاصل وهو جريان الذراع مجرى الوصف فلا يجزم عند فصل نصف ذراع جودة نصارت العرض والنصف كالمعدوم **قوله** وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون وبيان هذا مر آنفا **قوله** الفصل وهو بالصاد المهملة اي القطع **قوله** قالوا اي قال المشايخ منه اي من الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه

فصل لما ذكر قبل هذا ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد مع لواحقهما شرع في هذا الفصل في بيان ما يدخل تحت البيع من غير ذكر وما لا يدخل **قوله** ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان اسم الدار في العرف يتناول البناء والعرصة جميعا فيدخل البناء كالعرصة والمطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف في العرف ولانهم في العرف من يبيع الدار يبيع عرصتها لا بنائها بل يبيعهما جميعا ● ولا يقال لا يرد عليكم مسئلة اليمين اذا حلف ان لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد الانهدام حنث فلو كانت الدار تتناول البناء لما حنث لانا نقول الوصف في الاعيان لغو اذا لم يكن داعيا الى اليمين والبناء ليس بداع الى اليمين بل هو داع الى الدخول قال الولوالجي في فتاواه رجل اشترى ارضا واراد ان لا يدخل الشرب والطريق الا بذكر الحقوق لانهما من الحقوق فلا يدخلان الا بذكر الحقوق وكذا الاشياء الاقرار والوصية والثلث وغيرهم ويدخلان في الاجارة والقسمة والرهن والصدقة الموقوفة ● وقال في خلاصة الفتاوي واذا لم يدخل في البيع قال في المنتقى للمشتري ان يرد ويقول ظننت ان لي منفذا الى الطريق الاعظم وفيها رجل باع دارا وكان لها طريق فسده صاحبها قبل ذلك وجعل لها طريقا غيره لا اثم بابها يجوز فلا يكون له الطريق الاول وله الطريق الثاني وسيجيء المباح في هذا الفصل ان شاء الله تعالى وكل شيء ليس فيها ما ليس غرضه **قوله** ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يدخل الزرع تحت الارض الا بالتسمية وذلك لان الشجر متصل بالارض اتصال تابيد وليس لقطعه غاية معلومة فاشبه البناء فدخل في بيع الارض تبعا بخلاف الزرع فانه ليس متصل بها اتصال تابيد ولقطعه غاية معلومة فاشبه المتاع الموضوع في الارض فلم يدخل تحت البيع الا بالشرط ● ولا يقال لا يرد عليكم بيع جارية او شاة او بقرة في بطنها ولد حيث يدخل الولد تحت البيع ● وان لم يتصل بالام اتصال تابيد ولانفصال الولد ايضا غاية معلومة بالحديث وهو حديث عائشة الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين لانا نقول الولد قبل الانفصال كاجزاء الام حكما وحقيقة اما حكما فانه يعتق بعتق الام واما حقيقة فانه يتغذى بغذاء الام وينتقل بانتقالها ● قال في خلاصة الفتاوي والقطن كالزرع لا يدخل واما اصل القطن فاختلف المشايخ فيه والصحيح انه لا يدخل ● واما الكراث ان اراد به شجر القطن كان ظاهرا فلا يدخل وما كان مغيبا فالصحيح انه يدخل ثم قال قال في المحيط والاصل انه ما كان لقطعه نوع معلومة نحو كالثمر فلا يدخل وما ليس لقطعه نوع معلومة يدخل كالشجر ثم قال واما الاشجار ان كانت تقطع في كل ثلاث سنين ان كانت تقلع من الاصل يدخل تحت البيع وهو الشجر الصغير الذي يباع في السوق في الربيع وان كانت تقطع من وجه الارض فالصحيح انها تدخل تحت البيع ايضا من غير ذكر مثمرة كانت او غير مثمرة صغيرة او كبيرة للحطب ولغيره وفيه اختلاف المشايخ واختار الولوالجي في فتاواه انها لا تدخل لانها بمنزلة الثمر ● وقال في الفتاوي الصغرى قال مشايخنا ان كان شجرا مما يقطع لا للبناء كشجر الحطب وغيره لا يدخل لانه بمنزلة الزرع وذلك لا يدخل تحت بيع الارض من غير ذكر كذا هاهنا وسئلة عن احد المزارعة الجيد تعادم وان قال في الخلاصة وشجر الخلاف والقرب للمشتري وكذا كل ما كان له ساق ولا يقطع اصله حتى كان شجرا والعامل الارض والزعفران للبائع والقصب في الارض كالثمر والرطبة التي تقطع نيشا بيست كالثمر والثمار وما يدخل في البيع وقوائم الخلاف تدخل في البيع وقوائم الباذنجان كذلك ذكر الامام السرخسي والامام النسفي جعل قوائم الخلاف كالثمر [illegible] ان القطع اولا قال وبه يفتي الى هنا لفظ الخلاصة ● وقال الولوالجي في فتاواه رجل اشترى كرما فيه ورق التوت والورد لا يدخل ذلك في البيع لانه بمنزلة الثمر **قوله** لانه متصل به اي بالزرع متصل بالارض وتذكير الضمير في به على تاويل المكان كنزله ولا ارض ايبل ابتالها **قوله** ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع وهذا لفظ القدوري في مختصره اي الا ان يشترط الثمر المشتري لنفسه فحينئذ تكون الثمرة له وقال مالك اذا كانت قد ابرت لم تدخل في البيع وان لم تؤبر فهي للمشتري وبه قال الشافعي كذا في شرح الاقطع وقال في وجيزهم وان كان عليها ثمر مؤبر لم تندرج تحته وغير المؤبر هو مندرج وهو قول احمد واسحق ايضا له ما روى مالك في الموطأ عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد ابرت فثمرها للبائع الا ان يشترط المبتاع ● ولنا ما روى محمد في شفعة الاصل ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اشترى ارضا فيها نخل فالثمر للبائع الا ان يشترط المبتاع بيانه ان قوله فالثمر للبائع يشمل المؤبر وغير المؤبر فيكون بعمومه حجة عليهم ولان العقد وقع على الاصل فلا يدخل تحته الثمر سواء ابرت النخل او لم تؤبر كما في ثمر سائر الشجر ولان اتصال الثمر بالنخل وان كان امرا اصليا لكنه للقطع لا للبقاء فصار كالزرع فلم يدخل تحت البيع ● والجواب عن حديث ابن عمر فنقول تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه والحكم في المسكوت عنه موقوف على وجود الدليل وقد وجد ذلك نقلا وعقلا وقد بيناه ولان الثمر اذا لم يدخل هو الثمر تحت بيع النخل والشجر قال القدوري في مختصره وقيل للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع ● وقال الشافعي ليس للمشتري الانتظار ان يكلف البائع قطع الثمار بل له الابقاء الى اوان القطاف للعرف كذا في وجيزهم ● ولنا ان ملك المشتري وهو الشجر والارض مشغول بملك البائع وهو الثمر والزرع فيجب على البائع تفريغه وتسليمه كما اذا باع ارضا فيها متاعه او جملا عليه رحله يجب التفريغ والتسليم فكذا هاهنا ولان فيما قال الشافعي ضرر على المشتري حيث يبقى عليه الانتفاع بملكه بغير عوض ولا رضي ولحوق الضرر على البائع ليس بمبيع له

انتفاع بملك الغير لا لو باع فانه ولهذا فصل فان الضرر على البائع قلت التسليم الواجب هو المعتاد ولهذا لا يجب نقل المتاع من الدار ليلة بالحال بل ينتظر الى ان يكون النهار وقد يوجد الحمال وكذا ينتظر الى ان يستحصد الزرع اذا انقضت مدة الاجارة ولا يؤمر بتسليم زرع بالحال والمعتاد في مسئلتنا ان ينتظر الى القطاف والحصاد قلت نقل المتاع اذا كان كبيرا لا يؤمر به بالحال لعدم الامكان لانه هو المعتاد فكذا لا يؤمر بالليل لهذا المعنى واما مسئلة الاجارة فالتسليم ثمة يجب بالحال ولهذا وجب تبقية الزرع باجر مثله فلو لم يكن تسليم الارض واجبا بالحال لم تجب اجرة اخرى **قوله** ويستحصد الزرع يقال استحصد الزرع حان له ان يحصد **قوله** وفي العادة ان لا يقطع اي لا يقطع الثمر قبل ظهور صلاحها **قوله** ولا فرق بينهما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح متصل بقوله ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع يعني ان الثمر للبائع في الحالين وقوله في الصحيح احترازا عن قول علي السعدي قال في الفتاوي الصغرى الزرع والثمار اذا لم يصر لهما قيمة لا يدخل في البيع لكن القاضي الامام علي السعدي يقول يدخل كالاوراق ذكره استاذنا في مجموعاته وتمام هذا في الواقعات الى هنا لفظ رواية الفتاوي الصغرى وقال في الواقعات في باب بيوع الحاوي نقلا عن الفتوى رجل اشترى ارضا قد بذر فيها صاحبها ولم ينبت لا يدخل تحت البيع لانه كالمودع فيها ايضا فان نبتت ولم يصر له قيمة هل تدخل في البيع قال الفقيه ابو الليث لا يدخل والصواب انه يدخل نص عليه في شرح القدوري وفي شرح المختصر المنسوب الى قاضي اسبيجاب وغيره الى هنا لفظ الواقعات ● وقال الولوالجي في فتاواه رجل اشترى شجرا وعليها ثمار لا انها بحال لا قيمة لها فالثمر للمشتري لان البائع لو قصد بيعها على الانفراد لا يجوز هكذا ذكر في بعض المواضع والصواب ان الثمر للبائع لان التعليل غير مسلم لان البائع لو باعها على الانفراد يجوز وفيه نظر يا ما عند الفتوى الى هنا لفظ رواية الولوالجي رحمه الله **قوله** لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبينه اشارة الى ما ذكره بعد نسخة خطوط بقوله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز **قوله** فلا يدخل في البيع بقوله ولا فرق يعني لما لم يكن الفرق بين الحالين لم يدخل الثمر في بيع الشجر بلا ذكر **قوله** واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها لم ينبت فيه وهذا باتفاق المشايخ رحمهم الله وذلك لانه لم ينبت لا يصير تبعا للارض فصار كالمتاع المودع فيها ● اما اذا نبت ولم يصر له قيمة قال ابو القاسم الصفار لا يدخل في البيع ● وقال ابو بكر الاسكاف ان الزرع اذا لم يكن له قيمة او الثمر دخل في البيع مع الارض ● وقال الفقيه ابو الليث في النوازل وبقول ابي القاسم اخذ ● وقال الولوالجي في فتاواه والصواب انه يدخل ثم قال نص عليه في شرح القدوري وفي شرح المختصر المنسوب الى قاضي اسبيجاب فقال بذر البذر من باب نصر اذا رماه على الارض **قوله** وكان هذا بتشديد النون **قوله** المنقار والمناجل مشفر البعير شفته وجمعه مشافر والمنجل بكسر الميم ما يحصد به الزرع والجمع مناجل **قوله** ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما اي لان الزرع والثمر ليسا من الحقوق والمرافق وقال في خلاصة الفتاوي عن شفعة الاصل رجل اشترى زرعا او ارضا فيها زرع او ذكر الحقوق في المرافق لا يدخل تحت البيع الا اذا شرط ذلك ان يكون للمشتري او قال بكل قليل وكثير فلو قال بكل قليل وكثير يدخل لانه منها او فيها وان قال في آخره من حقوقها لا يدخل وكذا لو قال مرافقها ● وقال في الفتاوي الصغرى اذا باع الارض بمرافقها لا يدخل الزرع الا رواية عن ابي يوسف **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لانهما ليسا منهما **قوله** الثمر الجيد ويجوز رواية بدال بين مهملتين او معجمتين وكلاهما بمعنى وهو المقطوع والاول هو الاولى من حيث اللفظ لمناسبة بينه وبين المحصود **قوله** ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع هذا لفظه في مختصره وتمامه فيه ووجب على المشتري قطعها ● وقال في وجيزهم فان كان بعد بدو الصلاح جاز بكل حال وموجب الاطلاق التبقية الى القطاف وان كان قبله بطل الا بشرط القطع قال في شرح الطحاوي قال بعض مشايخنا انما يجوز بعد الطلوع اذا كان الثمر بحال ينتفع به بوجه من الوجوه ● وان كان بحال لا ينتفع به بوجه من الوجوه فلا يجوز الا ان هذا غير سديد لان محمدا ذكر في كتاب الزكاة في باب العشر لو باع الثمار في اول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن البيع جائزا حين طلع لما وجب عشره على المشتري الى هنا لفظ رواية شرح الطحاوي ولفظ قول الشافعي على ما روى البخاري مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها والمعنى فيه الاحتياط لاموال الناس والاحتراز عن الغرر لان الصلاح اذا بدا امنت العاهة ● ولنا ما روي في الصحيح البخاري مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد ابرت فثمرها للبائع الا ان يشترط المبتاع وجه الاستدلال ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الثمر للبائع الا اذا شرط المبتاع الثمر لنفسه ويكون له باشتراطه اياها ويكون بيعا له لا تبعا ● واذا ثبت للمشتري بالشرط صح ايراد العقد عليه لان محل البيع مال وقد وجد فجاز البيع وذلك لان المال ما يكون منتفعا به في الحال او كان على عرض ان يصير منتفعا به والثمر قبل بدو الصلاح بهذه المثابة لانه ينتفع بها في ثاني الحال ولا يشترط الانتفاع في الحال الا ترى ان بيع الجحش والجارية مولودة في الحال يجوز وكذا بيع جحش لا ينتفع به بالحال يجوز فكذا بيع ثمر قبل بدو صلاحها لانه ينتفع بها في ثاني الحال ولهذا يجوز البيع بشرط القطع بالاتفاق فلو لم يكن محلا للبيع لم يجز بيعه اصلا والجواب عن الحديث فنقول ليس المراد منه ما قاله الخصم لان ظاهره ان لا يجوز البيع قبل بدو الصلاح وقد جاز قبله اذا شرط القطع فعلم ان ظاهره متروك فنقول المراد من البدو والظهور من الصلاح صلاحية الانتفاع به بان تخرج سليما والانتفاع حاصل في ثاني الحال فصح البيع ● والمراد منه النهي عن بيع ثمر لم يكن بعد كما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع السنين الا ترى الى ما حدث الطحاوي باسناده عن ابي الزبير عن سفيان عن حميد الاعرج عن سليمان بن عتيق عن جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن

السنن قال يونس قال لنا سلمان هو نهي عن بيع الثمار قبل ان يبدو صلاحها وقيل ان النهي الذي كان من رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها لم يكن على تحريم ذلك ولكن على المشورة يدلك على ذلك ما روى البخاري مسندا الى زيد بن ثابت
رضي الله عنه قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار فاذا جذ الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع انه اصاب الثمر الدمان
اصابه مراض اصابه قشام عاهات يحتجون بها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كثرت عنده الخصومات في ذلك فاما لا فلا
تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم **قوله** كاهات اي عاهات اي الدمان والمراض
والقشام وهذا وقع تفسير الهمن الاشياء عن زيد بن ثابت والدمان بفتح الدال فساد الطلع وتعفنه والمراض بضم الميم على وزن
الصداع والسلام اسم لانواع الامراض والقشام بضم القاف ان ينتقض ثمر النخل قبل ان يصير بلحا **قوله** فراعلم ان بيع الثمر
قبل الظهور لا يجوز [illegible] وجب على المشتري قطعه في الحال لان تسليك البايع مشغول بملكه فيجب تفريغه كما لو اشترى طعاما في بيت يجب
على المشتري نقل الطعام عن البيت **قوله** فان شرط تركها على النخل فسد البيع اي اذا اشتراها مطلقا عن شرط الترك [illegible]
انا اذا اشتراها بشرط الترك يكون البيع فاسدا لا خلاف بين مشايخنا سوا بدا صلاحها او لم يبد ولكن يحد ذلك اذا اشترى بشرط
الترك بعد تناهي عظمها اجاز محمد خلافا لهما واستحسن محمد لعادة الناس لان العادة جرت هكذا **قوله** وقال الشافعي اذا بدا صلاحها جاز
البيع بشرط الترك كذا في شرح الاقطع وكذا قال الشافعي ايضا [illegible] وقد روى محمد بن الشافعي
وعكرمة وقال اذا لم يبد [illegible] شرط الترك ويحدث في البيع اجزا من الارض والشجر فيفسد العقد لانه شرط
شارطا الجز المعدوم ولم يذكر كذا اذا اشتراها بعد تناهي عظمها لانه لا يحدث جز زايد **قوله** ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط
والمراد منه شرط لا يقتضيه العقد وهذا كذلك فلا يجوز [illegible] وهذا لانه يلزم منه شغل ملك الغير فلا يقتضيه العقد فصار
كما اذا اشترى حنطة بشرط ان يتركها في دار البايع شهرا ، او نقول اذا اشترى بشرط الترك يلزم صفقة في صفقة وقد نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة فيفسد العقد للنهي ، وانما قلنا ذلك لان الترك لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون بمقابلة
بدل او لا فان كان ببدل فهي اجارة في بيع وان كان بلا بدل فهي اعارة في بيع فيلزم صفقة في صفقة لا محالة [illegible]
يجوز بيعها بشرط الترك اصله اذا لم يبد صلاحها **قوله** ثم فرع على المسئلة اعني مسئلة القدوري بان قال ولو اشتراها مطلقا وتركها
[illegible] ان كان قد تناهى عظمها [illegible] يكون الترك باذن البايع
او بغير اذنه فان كان باذنه طاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لانه لا يطيب له ذلك ويتصدق به لانه حصل بجهة محظورة
وهي غصب ملك الغير وان كان قد تناهى عظمها لا يتصدق بشي سوا كان الترك باذن البايع او بغير اذنه لانه لم يحصل الازدياد
في عين المبيع [illegible] وهو تغير حال لا تحقق زيادة [illegible] ولو اشتراها
مطلقا ثم تركها وقد استاجر الاشجار الى ان يدرك الثمر فالاجارة باطلة ويطيب له الفضل ، اما بطلان الاجارة فلان
جواز الاجارة عرف بالاستحسان لتعامل الناس ولا تعامل للناس في استيجار الاشجار لترك الثمار عليها فلم يكن الاجارة متعينة
لا جايز ولا ناسخ ، واما طيب الفضل فلان الترك حصل باذن المشتري كذا في شرح الطحاوي وهذا بخلاف ما اذا
اشترى الزرع وتركه على الارض وقد استاجر الارض الى ان يدرك الزرع حيث لا يطيب له الفضل ويجب اجر المثل وهذا
لان اجارة الارض متعارف [illegible] في مسلكنا فسدت والواجب في الاجارة الفاسدة اجر
المثل ، وانما لم يطب له الفضل لانه [illegible] الادراك [illegible] وجب التصدق بالفضل والفرق بين الاذن الثابت
في ضمن الاجارة الباطلة وبينه في ضمن الاجارة الفاسدة ان الاذن في الاجارة الباطلة صار اصلا مقصودا بنفسه لان
الباطل لا وجود له والمعدوم لا يصلح ان يكون متضمنا ولم يكن كذلك الاجارة الفاسدة لان الفاسد فايت الوصف دون الاصل
فلم يكن معدوما باصله فصلح ان يكون متضمنا فاذا فسد المتضمن فسد المتضمن ، ولو اشتراها مطلقا واخرجت الشجر في مدة
الترك ثمرا اخرى فالحادث كله للبايع سوا كان الترك باذن البايع او بغير اذنه لان الحادث تولد عن ملك البايع ولم
يرد عليه العقد فان حللها البايع له جاز فان اختلط الحادث بالموجود وقت العقد حتى لا يمكن التمييز بينهما فان كان ذلك
قبل تخلية البايع بين المشتري وبين الثمار فسد العقد لان المبيع صار مجهولا بحيث يتعذر تسليمه كما لو تعذر بالهلاك وان
كان بعد التخلية لم يفسد العقد وكانا شريكين لاختلاط ملكيهما والقول في الزيادة قول المشتري لان المبيع في يده كذا ذكر صاحب
التحفة وصاحب الايضاح ، واما ما يوجد من الزرع بعضه بعد وجود بعض كالباذنجان والبطيخ والكراث فالروم قال
اصحابنا يجوز بيع ما ظهر منها من الخارج الاول ولا يجوز بيع ما لم يظهر لانه بيع معدوم ، وقال مالك اذا ظهر الخارج الاول
جاز بيع الكل لاجل الضرورة الا انا نقول لا ضرورة فانه يمكنه بيع الاصل بما فيه من الثمر فيصير الاصل ملكا له فيحدث ذلك
ما يتولد من الاصل يحدث على ملكه كذا في التحفة **قوله** والاصح اي جواز البيع **قوله** او
هو منتفع في صفقة دليل ثاني في بيان مر **قوله** وكذا اذا تناهى عظمها اي عظم الثمار اي يفسد البيع اذا اشتراها
بشرط الترك اذا تناهى عظم الثمار ايضا عند ابي حنيفة وابي يوسف لما قلنا اي لانه شرط لا يقتضيه العقد **قوله**
للعادة اي لعرف الناس **قوله** ولو اشتراها مطلقا اي عن شرط الترك وتركها باذن البايع طاب له اي الفضل **قوله**
هذا اذا لم يتناه عظمها **قوله** يتصدق بما زاد في ذاته يقوم قبل الادراك ويتصدق بما زاد من
القيمة الى وقت الادراك **قوله** لان هذا تغير حاله لا تحقق زيادة اي تغير حاله في الثمار بالنضج لا تحقق زيادة

في عينها

ان لا ساقي تركها بعد التناهي **قوله** لعدم التعارف اي ليس العرف جارية في استيجار الاشجار **قوله**
والمنة بالجواز ولعدم الحاجة يعني لعدم الضرورة الى استيجار الاشجار لترك الثمار لانه يمكن اشترا الثمار مع الاصول **قوله**
والقطع اي من فساد البيع وتقدم بيانه **قوله** قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة اي قال
القدوري في مختصره ، وقال في شرح الاقطع وقال مالك يجوز ثم قال في بيان دليلنا لانه اذا استثنى قدرا معلوما كان
الباقي مجهولا وجهالة المعقود عليه تفسد العقد ولا يشبه هذا اذا استثنى نخلة بعينها لان الباقي معلوم بالمشاهدة فصح الى هنا لفظ
رواية الاقطع واثبت رواية القدوري كما هي وصححها ولم يتعرض لكونها على خلاف ظاهر الرواية وكذلك ذكر صاحب النافع
رواية القدوري بعينها ولم يذكر شيا اخر والطحاوي اطلق ذكر المسئلة في مختصره ولم ينسبها الى نفسه حيث قال في باب بيع اصول
النخل والشجر والثمار ولا يجوز بيع الثمر الا صاعا منها ولكن قال صاحب الهداية وهذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي ، ثم قال
اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناوه من العقد وبيع قفيز من صبرة
جايز وكذلك استثناوه بخلاف استثنا الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناوه ، والتقريب ان يقال بيع ايراد
العقد على ارطال معلومة فكذا يصح استثناوها وانما قال على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز اي على قياس ظاهر الرواية لان حكم هذه
المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا فلاجل هذا قال ينبغي ان يجوز قياسا على الاصل الذي ذكر في ظاهر الرواية وهو ان بيع قفيز
من صبرة جايز فكذا استثناوه ، وبيع الحمل لا يجوز وكذا لا يجوز استثناوه ، وقال في الايضاح فلو باع الجملة واستثنى شيا فاستثنى
ما جاز افراده بالعقد جاز كما لو استثنى مشاعا وما لا يجوز افراده بالعقد لا يجوز استثناوه من العقد كعضو الشاة وما اشبه ذلك
لان الاستثنا اخراج من الكلام في حق الحكم فجاز في محل يكون اثبات الحكم فيه مقصودا الى هنا لفظ صاحب الايضاح فان قال قايل انتم
قلتم ان ايراد العقد على الارطال المعلومة جايز واستثناوها جايز ايضا لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول من جهة الاستثنا
قلت ان تلك الجهالة انما تكون مفسدة للبيع اذا كانت مفضية الى النزاع والعاقدان تراضيا على القدر الباقي فلا نزاع قلت فما قال صاحب
النافع نوهم هذا السوال فقال لعل البيع لم يكن لاجل الارطال فاذا كان كذلك خلا العقد عن النافع فلا يصح او نقول الجهالة
المفضية الى النزاع باقية بعد انتفاها على تقدير الارطال الباقية لانه يجوز ان يدفع المشتري جودتها والبايع رداتها فيقع وانما
قال القدوري ثم فسرنا الراجح فلو كانت في المرادة لم يصح استثنا الارطال فهذا ما بدا في خاطري في هذا المقام **قوله**
ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلا في قشره هذا لفظ القدوري في مختصره ، وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلا في القشر الاول
وكذلك على بيع الجوز واللوز والفستق في القشر الاعلى ، وقال في احد قوليه بيع الحنطة في سنبلها لا يجوز وكذلك الارز والسمسم
وقيل يجوز بيع الشعير والذرة في سنبله بالاتفاق لان المقصود وهو المبيع مستور بما لا منفعة له فيه فلا يجوز بيعه كما في تراب
الصاغة اذا بيع بجنسه والجامع استتاره بما لا منفعة فيه ولنا ما روى ابو داود في السنن باسناده الى نافع عن ابن عمر رضي الله
عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يزهوا وعن السنبل حتى يبيض ويامن العاهة نهى البايع والمشتري فيا لله ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم جاز البيع بعد ابيضاض السنبل لان حكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها فكان الخصم محجوجا بالحديث
ولانه مال متقوم منتفع به فيجوز بيعه كالشعير في سنبله ولا نسلم انه مستور بما لا منفعة فيه الا يرى ان الباقلا لا يبقى
رطوبته الا بالقشر الاعلى فاذا ازال ذلك القشر يفسد وكذا الجوز الاخضر واللوز الاخضر اذا ازال القشر يفسد بطول الزمان فكان
ابقاوه في القشر منفعة فتبين ضعف ما قال ، واما تراب الصاغة فانما لم يجز بيعه اذا بيع بجنسه لاحتمال الربا لا لاستتاره فالا
يرى انه اذا بيع بخلاف جنسه جاز لعدم ذلك الاحتمال ، وكذلك نقول في موضع النزاع اذا بيع بالجنس لا يجوز حتى اذا باع الحنطة
بالحنطة في السنبل لم يجز لاحتمال الربا فالحاصل في الاصل فان كان تراب ذهب بتراب فضة فهو جايز وكل واحد منهما بالخيار اذا راى
ما فيه ، ثم اعلم ان بيع تراب الصاغة بخلاف الجنس انما يجوز اذا وجد فيه الذهب او الفضة واذا لم يوجد فلا الا يرى الى ما
ذكر في الفتاوي الولوالجي بقوله رجل اشترى تراب الصواغين بعرض فهذا على وجهين ان وجد فيها ذهبا او فضة جاز البيع لانه
تبين انه اشترى الذهب والفضة بالعروض وان لم يجد فيها ذهبا ولا فضة لا يجوز لانه تبين انه اشترى الذهب والفضة وليس ثمه
ذهب ولا فضة ، قال ابو عبيد في كتاب غريب الحديث قال ابو زيد الكلابي زهى يزهو وازهى يزهي اي احمر الثمر او اصفر
ثم قال يزهو خطا انما هو يزهي **قوله** ومن باع دارا دخل مفاتيح اغلاقها هذا لفظ القدوري رحمه الله وهذا لان
الغلق يدخل في بيع الدار والحانوت لانه ركب فيه للبقا والمفتاح يدخل في بيع الغلق لانه لا ينتفع به بلا مفتاح فلا جرم يدخل
في الدار ، وقال في الفتاوي الصغرى وفي المفتاح القياس ان لا يدخل وفي الاستحسان يدخل ونقله عن باب الشفعة في الاجناس
والامام نجم الدين خواهر زاده ، ثم قال والسلم اذا كان غير متصل لا يدخل ، وقال ظهير الدين الولوالجي في فتاواه اذا باع
بيتا وعليه قفل لا يدخل القفل في البيع لان القفل لم يلحق بالباب فلم يدخل تحت البيع بخلاف المفتاح ، ولو باع حماما لا يدخل القصاع تحت
البيع سوا باع بمرافقه او لا بمرافقه لانه مباين عن الحمام وفي كونها من مرافق الحمام اشكال ونقل في خلاصة الفتاوي وقال وفي
الفتاوي رجل باع حانوتا دخل الالواح الحانوت في العقد سوا باع الحانوت بمرافقها او لا هو المختار ثم قال هكذا قال في باب
البيوع ثم قال وفي باب العين الالواح والاقفال للبايع بخلاف المفتاح ، ثم قال في الخلاصة اذا باع دارا وفيها بير وعليها بكرة
وعلى البكرة دلو وحبل ان باعها بمرافقها يدخلان في البيع وان لم يذكر المرافق لا يدخلان يعني الدلو والحبل اما البكرة فتدخل في
الرهن ، ثم قال فيها وكير الحداد يدخل في البيع وكير الصايغ لا وزق الحداد الذي ينفخ فيه للبايع وجذع القصار الذي

يدق عليه لا يدخل في البيع وان ذكر بمرافقه وكثير من المسائل بكسر القاف والاغلاق جمع غلق بالتحريك وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح **قوله** لانه بمنزلة بعض منه اي لان المفتاح بمنزلة بعض من الغلق **قوله** اذ لا ينتفع به بدونه اي بالغلق و بدون المفتاح • فان قلت يرد على هذا التعليل الطريق حيث لا يدخل في بيع الدار مع ان الدار لا ينتفع الا بها قلت انما لم يدخل الطريق لان المقصود من شرا الدار تملكها يكون بغير الملك لا الانتفاع بها بان يكون مراد المشتري من شراها اخذ دار يجعلها سبيل الشفعة حتى اذا كان المقصود الانتفاع تدخل الطريق ايضا كما في الاجارة والقسمة والصدقة الموقوفة **قوله** واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه واجرة وزان الثمن على المشتري • وانما يلزم اجرة الكيل على البائع لان ايفا المبيع لازم عليه والايفا لا يتحقق الا بالكيل اذا بيع مكايلة وكذا اجرة وزان المبيع اذا بيع بشرط العد والذرع لان تحقق الايفا بذلك • واما اجرة ناقد الثمن فالمذكور في المختصر رواية ابن رستم عن محمد ووجه ذلك ان النقد يكون بعد الوزن والتسليم فالذي يحتاج الى النقد بعد التسليم هو البائع لانه يحتاج الى تمييز حقه من الجيد من غير حقه من الردي كي ياخذ الجيد لا الردي والبائع يحتاج الى النقد لانه يرده اذا وجده معيبا • وفي رواية ابن سماعة عن محمد اجرة النقاد على المشتري لانه هو المحتاج الى تسليم الجيد لان حق البائع في القدر والجودة جميعا وايفا القدر والجودة على المشتري فكما ان الوزن لايفا القدر فكذلك النقد لايفا الجودة فيجب اجرة النقاد على المشتري كما يجب اجرة الوزن عليه لان الايفا عليه • وقال الفقيه ابو الليث في العيون اجرة وزان الثمن والناقد على المشتري لان عليه ان يوفيه الوزن • وقال في الفتاوى الصغرى اختلف المشايخ في اجرة الناقد قال بعضهم على البائع وقال بعضهم على المشتري ثم قال وبه افتى في اخر بيوع شرح الطحاوي • ثم قال وذكر القدوري انها على المشتري الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء به يعيب لزيافة ثم قال واجرة الوزان ايضا على المشتري • وقال في خلاصة الفتاوى والصحيح انها على المشتري • وقال في الخلاصة ايضا وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها في وعا المشتري على البائع ايضا هو المختار ثم قال فيها وفي المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشتري ثم قال في الخلاصة ايضا ولو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البائع تخليصها بالدوس والتذرية ودفعها الى المشتري ثم قال هو المختار ثم قال فيها وفي باب البيوع رجل اشترى عنبا جزافا فقطفه على المشتري وكذا كل شي باعه جزافا كالثوم والجزر والبصل اذا خلى بينها وبين المشتري وكذا قطع الثمر على المشتري **قوله** ليميز اي الناقد مما يتعلق بالصيرفي به راجع الى ما وما عبارة عن الجيد فلا حاجة اي حق البائع و من غير اي من غير حقه وغير حقه هو الردي **قوله** او ليرد المعيب كالزيف والستوقة **قوله** ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا هذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان للبائع حق حبس المبيع الى ان يستوفي الثمن اذا كان الثمن حالا ولا يلزمه الا اذا سلم المشتري الثمن لان قضية العقد المساواة بين المتعاقدين وحق المشتري متعين في المبيع فينبغي ان يتعين حق البائع ايضا في الثمن ولا يتعين الثمن الا بالقبض لان الدراهم والدنانير لا يتعينان عندنا في عقود المعاوضات في حق الاستحقاق والتعيين وانما يتعينان في حق الجنس والقدر والصفة بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا اذ ليس للبائع حق حبس المبيع لانه بالتاجيل اسقط حقه في الحبس وكذا اذا كان بعض الثمن حالا وبعضه مؤجلا فله حق حبس المبيع الى استيفا الحال • ولو سلم المشتري جميع الثمن الحال الا درهما فله حبس جميع المبيع لان حق الحبس لا يتجزى • قال في التحفة ولو دفع المشتري الى البائع الثمن رهنا او تكفل به كفيل لا يسقط حق الحبس لان هذا وثيقة بالثمن فلا يبطل حقه عن حبس المبيع لاستيفا الثمن • ولو احال البائع رجلا على المشتري بالثمن وقبل سقط حق الحبس وكذا اذا احال المشتري البائع على رجل وهذا عند ابي يوسف ومحمد فيه روايتان في رواية كما قال ابو يوسف وقال في رواية ان احال البائع رجلا على المشتري سقط حق الحبس • واذا احال المشتري البائع على رجل لم يسقط حق الحبس وهي مسئلة كتاب الحوالة • وهذا الذي قلناه من وجوب دفع الثمن اولا على المشتري فيما اذا كان المبيع حاضرا • اما اذا كان غايبا فلا نص عليه الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وقال فان كان المبيع غايبا عن حضرتهما فللمشتري ان يمتنع من التسليم حتى يحضر المبيع ويكون بحيث يمكنه قبضه في مكانه الى هنا لفظه رحمه الله وذلك لان المشتري انما امر بالدفع اولا ليتعين حق البائع في القبض وليتاخر حق المشتري فيه فلا يجوز ذلك لارتفاع المساواة • ثم المبيع في زمان الحبس في ضمان البائع الى ان يسلمه الى المشتري حتى اذا هلك في يد البائع انتقض البيع ويعود الثمن الى المشتري • وقال الكرخي في مختصره وتسليم الميزان يقول من عليه تسليم ذلك للمشتري تقدمة اليه حيث يمكن المشتري قبضه من غير مانع وتسليم الدين ان يحضره الذي عليه ويجوز اشهد ذا من غير ثم يقول كما قال الاخر فاذا فعل وصار في ضمان المسلم اليه ولا فهو خرج من ضمان المسلم اليه وصار في ضمان المسلم اليه فيقبل ذلك المسلم اليه امر لم يقبل اذا لم يكن هنالك مانع منه فان هلك هلك من مال المسلم اليه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان المتعاقدين استويا في ثبوت الحق والملك فلا مزية لاحدهما على الاخر فلا حاجة الى تقديم احدهما على الاخر في الدفع فيؤمران بالدفع معا لان في الصورة الاولى حق كل واحد منهما متعين قبل القبض وفي الثانية لا **قوله** قيل لهما اي للبائع والمشتري والله اعلم

باب خيار الشرط

لما فرغ من بيان البيع الذي فيه لزوم وهو ما لا خيار فيه شرع في بيان البيع الذي ليس فيه لزوم وهو ما فيه خيار • او نقول البيع المطلق عن الخيار اذا صدر من الاهل مضافا الى المحل علة اسما ومعنى وحكما لاثبات الملك في العلة الحقيقية لان الحكم وهو الملك يضاف اليه فكان علة اسما وهي مؤثر في اثبات الملك شرعا فكان علة معنى • والحكم وهو الملك يثبت بلا تراخ عنه فكان علة حكما والبيع بشرط الخيار علة

اسما ومعنى لا حكما وليس بعلة حكما لتراخي الحكم عنه وهي علة مجازا والاصل في الكلام الحقيقة فقدم البيع الذي ليس فيه خيار على ما فيه خيار هذا • ثم الخيار في البيع اربعة انواع خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار التعيين كما اذا اشترى احد الثوبين وهو بالخيار و عمل الى ان ياخذ ايهما شا وسيجي ذلك في هذا الباب ان شا الله تعالى ثم خيار الشرط من قبيل اضافة الحكم الى السبب وكذلك في اخواته • ثم شرط الخيار داخل في الحكم دون السبب تقليلا لمعنى الخطر لانه لو كان داخلا في السبب لكان داخلا في الحكم ايضا فادخلناه في الحكم لما قلنا وكان القياس ان لا يدخل في الحكم ايضا لان التعليق بالشرط في التمليكات يفضي الى معنى القمار بخلاف الاسقاطات حيث يكون الشرط داخلا على السبب لانه ليس في معنى القمار الا انا ادخلناه في الحكم بحديث حبان استحسانا **قوله** خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة ايام فما دونها هذا لفظ القدوري في مختصره وقوله ثلاثة ايام يروى بالنصب على انه ظرف اي في ثلاثة ايام وبالرفع على انه خبر بعد خبر او خبر مبتدا محذوف اي هو ثلاثة ايام وفي بعض النسخ ولهما الخيار ثلاثة ايام وذلك تفصيل بعد اجمال لانه ذكر جواز خيار الشرط اولا بلا بيان المدة ثم بين المدة كما هو عادة القدوري في اوايل الابواب • وعلى قول سفيان وابن شبرمة ان كان الخيار للمشتري جاز والا فلا كذا في التحفة • ثم الاصل في جواز شرط الخيار ما روي في الموطا والصحيح وغيرهما مسندا الى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم انه يخدع في البيوع فقال اذا بايعت فقل لا خلابة والخلابة الخديعة كذا في الجمهرة • ثم اعلم ان خيار الشرط كما يجوز للعاقدين يجوز لغيرهما ايضا وسيجي ذلك في هذا الباب ان شا الله تعالى عند قوله ومن اشترى وشرط الخيار لغيره • ثم اعلم ان شرط الخيار الى ثلاثة ايام جائز استحسانا بالاجماع لهذا الحديث ولا يجوز اكثر من ذلك عند ابي حنيفة وهو قول زفر والشافعي و يفسد البيع باشتراط الاكثر وعندهما يجوز اكثر من ذلك شهرا كان او سنة او اكثر اذا كانت المدة معلومة ولو شرط الخيار ابدا لا يجوز بالاجماع كذا في الخلاصة • وجه قول ابي يوسف ومحمد ان شرط الخيار شرع دفعا للغبن بالنظر والتروي والناس متفاوتون في ذلك وقد تمس الحاجة الى اكثر من ذلك فلا يتقدر بزمن كالتاجيل في الثمن والجامع انهما شرعا تحقيقا بالعقد لمساس الحاجة اليهما • وقد روى اصحابنا في شرح الجامع الصغير ان ابن عمر رضي الله عنه شرط الخيار شهرين كذا ذكر فخر الاسلام • وقال العتابي ان عبد الله بن عمر باع بشرط الخيار شهرا • وقال في الخلاصة روي عن ابن عمر انه باع جارية وجعل للمشتري الخيار شهرا • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ما روى مسلم في صحيحه باسناده الى الاعرج عن ابي هريرة رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر والبيع بشرط الخيار فيه غرر لانه لا يدري ان الذي حصل له المبيع او الثمن فاقتضى عمومه بطلان الخيار في قليل المدة وكثيرها • ولكن لما روى محمد بن الحسن في الاصل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل لرجل من الانصار الخيار في كل بيع يشتريه ثلاثة ايام فما دونها وانعقد الاجماع على جوازه خصصناه من عموم الخبر وفيما عدا الثلاثة بقي على قضية الخبر ونقول ان شرط الخيار في البيع ثبت بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص ومورده ثلاثة ايام فلا يزاد عليها • وانما قلنا انه مخالف للقياس لان قضية العقد اللزوم وثبوت الحكم والخيار ينافي ذلك وانما جوزناه بالنص استحسانا والثلاثة مدة ضاربة في ابلا العذر كما قال تعالى تمتعوا في داركم ثلاثة ايام • وكما قال تعالى في قصة العبد الصالح مع موسى عليهما السلام ان سالتك عن شي بعدها اي بعد هذه الثلاث • فلما كانت المدة ضاربة كان في اشتراط الخيار اكثر من ذلك ازدياد الخطر مع قلة الحاجة الى النظر فيه فلم يكن في معنى ما ورد به النص فلم يجز تعدية حكم النص اليه فمن له الخيار اذا ابطل خياره فلا يخلو اما ان يكون ذلك قبل ثلاثة ايام او بعدها • فان كان بعدها فلا ينقلب العقد جايزا اتفاقا الا في ابي يوسف ومحمد فعندهما اذا شرط الخيار مؤبدا ثم اسقط الخيار بعد الثلاثة جاز لان الخيار ابطل المدة جاز عندهما ولا ينقلب جايزا عند ابي حنيفة لان الخيار ابطل المدة لا يجوز عنده • وان كان ابطال الخيار قبل الثلاثة او سقط الخيار بموته او بموت العبد او اعتقه المشتري او حدث في المبيع ما يوجب لزوم العقد كان العقد جايزا عندنا • وقال في الايضاح قال زفر والشافعي العقد فاسد • وجه قولهما ان العقد وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا كبيع درهم بدرهمين وكما اذا باع وشرط الخمر ثم اسقط وذلك لان المفسد شرط الخيار اكثر من اربعة ايام او ابدا وقد وجد ذلك في العقد فيفسد فلا ينقلب جايزا كما لو دخل اليوم الرابع • ولنا انه اسقط المفسد قبل تقرره فعاد العقد جايزا لحل الخيار كما لو لم يكن كما لو باع ثوبا برقمه فسد العقد ثم علمه المشتري في المجلس وقبله عاد العقد جايزا وكما لو باع جذعا في سقف ثم نزعه وسلمه بخلاف ما اذا مضى جز من اليوم الرابع ثم اسقط الخيار لا يعود العقد جايزا عند ابي حنيفة كما لا يعود عند زفر والشافعي لان المفسد قد تقرر • ولان فساد العقد باعتبار اتصال اليوم الرابع فاذا حذف الشرط قبله حصل كان الخيار لم يكن مشروطا الى ذلك الوقت فاعتبر العقد صحيحا • قال صاحب الايضاح وعلى هذا الخلاف اذا باع بشرط الاجل الى الحصاد او الدياس او الى النيروز والمهرجان ثم حذف الاجل قبل ذلك الوقت يعني يصح العقد عنده خلافا لزفر والشافعي ولا يمتنع ان يكون العقد فاسدا ثم تلحقه الصحة كما اذا رهن عصيرا فصار خمرا ثم عاد خلا • والجواب عن قياسهما على بيع درهم بدرهمين ان الفساد في المقيس عليه في نفس المعقود عليه فلم يلحقه الصحة وبـ اجنبي عن المعقود عليه فلحقه الصحة فافترقا • فان قال الاصل الفساد في المقيس ايضا في المعقود عليه بدليل ان الثمن يزاد بزيادة الاجل وينقص بنقصان الاجل فكان الاجل معقودا عليه • قلنا لو كان الاجل معقودا عليه لم يصح العقد بدون ذكره لان العقد لا يكون بدون المعقود عليه ويصح بدون ذكره فعلم انه ليس بمعقود عليه ولان الاجل ليس بعوض ولا معوض فلم يكن معقودا • ثم اختلف مشايخنا في حكم البيع مشروطا فيه الخيار اكثر من ثلاثة ايام هل ينعقد فاسدا او موقوفا الى الاجازة في المدة على راي ابي حنيفة فقد نص الكرخي في مختصره ان البيع فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله فان اجاز من له الخيار في الثلاثة جاز وعلى ذلك اهل العراق • وقال مشايخ خراسان ان العقد موقوف الى الاجازة في المدة فاذا مضى جز من اليوم الرابع يحكم بفساد العقد • والى هذا ذهب شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من علمائنا وراء النهر **قوله** روي ان حبان بن منقذ هو بفتح الحا المهملة والبا المنقوطة بواحدة تحتها [illegible] ابا حبان بن منقذ

ابن عمر بن مالك وامها هند بنت ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب بن هشام بن عبد مناف كذا ذكره ابن شاهين في كتاب المعجم **قوله** كان يغبن اي يخدع يقال غبنه في البيع غبنا وهو من باب ضرب وغبن رايه غبنا اي ضعف وهو من باب علم • ويقال هو مغبون في البيع وغبين في العقل والدين **قوله** اي الروي يعني في النظر والتفكر **قوله** كما لو اجل في الثمن يعني يجوز ذلك الى ثلاثة ايام ولا اكثر منها كذا شرط الخيار • وجواب ابي حنيفة عن هذا ان ذكر الاجل في الثمن ليحصل القدرة على الاداء بالكسب او بدخل غلاته وهي لا تحصل غالبا فظاهرا في ادنى مدة ولهذا جاز الزيادة على الثلاثة بخلاف شرط الخيار فانه لا يلائم العقد وللنظر في ان البيع رابح او خاسر وهي الثلاث تامة في هذا المعنى فلا حاجة الى الزيادة **قوله** وهو اللزوم المعتبر راجع الى مقتضى العقد **قوله** فيقتصر على المدة المذكورة فيه اي يقتصر شرط الخيار لكونه بخلاف القياس على المدة المذكورة في النص وهي ثلاثة ايام **قوله** كما اذا باع بالرقم والرقم الكتابة وقد رقم التاجر الثوب اي اعلم ثمنه بنوع علامة عليه بان ثمنه كذا درهما **قوله** وهذا على الوجه الاول من التعليل وهو انه اسقط المفسد قبل تقرره وكان القياس ان يقول والوجه الاول على هذا اي الوجه الاول من التعليل بنا على هذا القول وهو ما قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع فالوجه الثاني من التعليل وهو قوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع بنا عليه **قوله** ولو اشترى على انه لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعا • وهذه من مسائل الجامع الصغير وقد ذكر صاحب الهداية قول ابي يوسف مع ابي حنيفة كما ترى • وكذلك ذكر الصدر الشهيد ايضا في شرح الجامع الصغير ولم يذكر محمد خلاف ابي يوسف في اصل الجامع الصغير وهذا الذي ذكره قول ابي يوسف الاول وروى الحسن بن زياد عن ابي يوسف انه رجع عن هذا القول وقال يجوز البيع كما هو قول محمد كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولهذا المعنى قال صاحب المنظومة واضطرب الاوسط فيه فاعقل • ثم اعلم انه اذا اشترى جارية على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما فالبيع جائز والشرط جائز عند علمائنا وقال في شرح الطحاوي وقال زفر لا يجوز وذكر في الايضاح قول الشافعي كقول زفر وجه قول زفر رحمه الله وهو القياس ان البيع بشرط الاقالة الصحيحة باطل كما اذا قال بعت هذا العبد على ان تقيل البيع بطل البيع لتعلقه بمجرد الاقالة للتنافي بين موجب البيع والاقالة اثباتا ونفيا وبشرط الاقالة الفاسدة اولى ان يبطل البيع وهي الاقالة المعلقة بشرط عدم النقد • وانما قلنا ان الاقالة فاسدة لانها لا تحتمل التعليق والخطر لان فيها معنى التمليك ولهذا تجعل بيعا في حق غير المتعاقدين • وجه قول علمائنا رحمهم الله وهو الاستحسان ما نقل الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن البرصا قال بعت من عبد الله بن عمر جارية على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فاجاز ابن عمر رضي الله عنهما هذا البيع ولم ير من احد منهم خلاف ولان شرط الخيار جائز الى ثلاثة ايام بالحديث المشهور وهو حديث حبان بن منقذ وهذا في معنى الخيار فيلحق بالخيار لان معنى الخيار ان شاء اجاز البيع ونقد الثمن وان شاء نقض البيع ولم ينقد الثمن • وهذا في معناه لان فيه معنى الخيار وتحقيقه ان الخيار شرع للحاجة الى التروي في ان البيع يوافق ام لا ومثل تلك الحاجة هنا موجود لانه يحتاج الى التروي في ان الثمن هل يصير منقودا ام لا الا انهما متغايران من حيث الصورة فان في شرط الخيار يتم البيع بمضي المدة اذا سكت من له الخيار وهنا ينفسخ البيع اذا مضت المدة والعبرة للمعنى لان عدم النقد هنا في ثلاثة ايام جعل علما على الفسخ وقد وجد عدم النقد فانفسخ البيع وفي شرط الخيار لما مضت المدة مع سكوت من له الخيار كان سكوته دليلا على اختيار البيع فتم البيع ثم انفساخ العقد عند عدم النقد في الثلاثة مذكور في شرح الطحاوي وبه صرح صاحب الايضاح ايضا واليه ذهب صاحب المختلف • وقال في الفتاوى الصغرى ولو مضى الثلاثة ولم ينقد الثمن فسد البيع الا انه لا ينفسخ حتى لو اعتقه المشتري بعد ذلك ان كان العبد في يده نفذ وان كان في يد البائع لا • وقال في شرح الطحاوي ولو كان هذا البيع بهذا الشرط للبائع كما اذا اشترى شيئا على ان البائع ان رد الثمن على المشتري الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما فهو على الاختلاف يعني ان البيع جائز بهذا الشرط عندنا خلافا لزفر • قال وهو بمنزلة شرط الخيار للبائع وفائدته ما ذكره في الفتاوى الصغرى بقوله ان اعتق البائع صح وان اعتق المشتري لا • ولو انه قال ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بيننا فالبيع فاسد في قول ابي حنيفة الا ان ينقد الثمن في ثلاثة ايام • وفي قول محمد البيع جائز كذا ذكره الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وقول ابي يوسف اولا كقول ابي حنيفة وقوله اخرا كقول محمد رحمهم الله • وقد مر ذلك ثم ابو حنيفة رضي الله عنه مر على اصله في شرط الخيار حيث لا يجوز عنده اكثر من ثلاثة ايام فكذا ما هو في معناه الا اذا نقد الثمن في الثلاث فكان البيع جائزا لانقطاع المفسد ومحمد مر على اصله ايضا لانه عنده يجوز شرط الخيار اكثر من ثلاثة ايام اذا كانت المدة معلومة فكذا ما كان في معناه وكذا ابو يوسف مر على اصله ايضا على قوله المرجوع اليه ولكنه فرق وهو بينه وبين شرط الخيار على قوله الاول حيث جوز الزيادة على الثلاثة في شرط الخيار ولم يجوز هنا لانه اتبع اثر ابن عمر في شرط الخيار اذ هو اجاز الزيادة فيه على الثلاثة • وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما في هذه المسألة انه اجاز ثلاثة ايام وقد مر ذلك قبل هذا فاذا كان كذلك لم يتجاوز ابو يوسف حد السنة والاثر واخذ بهما وفيما زاد على ذلك اخذ بالقياس لان القياس ان لا يصح هذا البيع اصلا كما قال زفر لانه بيع شرط فيه اقالة فاسدة وهي اقالة معلقة بالشرط والبيع بشرط الاقالة الصحيحة باطل فبشرط الاقالة الفاسدة اولى **قوله** والاصل فيه اي في الشرط بشرط انه اذا لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما ان هذا اي الشرط هذا الشرط في معنى اشتراط الخيار لان معنى الخيار نقد الثمن على تقدير اجازة البيع وعدم نقده على تقدير فسخ البيع فكذا هنا ان شاء نقد الثمن فتم البيع وان شا لم ينقد فانفسخ البيع • ثم الخيار مشروع للحاجة الى التروي والحاجة اليه موجودة هنا ايضا لانه يحتاج الى الفسخ اذا لم يكن الثمن منقودا فيكون مشروعا • ثم لما كان هذا البيع مشروعا كان ملحقا بالخيار فجاز الى الثلاثة كالخيار عند ابي حنيفة والى اكثر من ذلك اذا كانت المدة معلومة كالخيار عند محمد وكذا عند ابي يوسف على قوله الاخر وذلك على قوله الاول وقد بينا ذلك **قوله** تحرزا عن المماطلة في الفسخ اي عن المدافعة فيه تعليل لقوله الحاجة مست الى الانفساخ عند

عدم النقد وكانه ذكر هذا جوابا لسؤال يرد عليه بان يقال لا نسلم ان الحاجة ماسة الى الانفساخ لان الحاجة تندفع بالشرط شرط الخيار لانه اذا لم ينقد المشتري الثمن فالبائع ان شا اجاز وان شا فسخ فلا حاجة الى تصحيح هذا العقد لا حاجة فقال في جوابه هذا يعني ان الفسخ يكون في الشرط شرط الخيار لكن لمن له الخيار ان يفسخ بمحضر صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد فتحصل المماطلة حينئذ في الفسخ بخلاف ما اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما لانه اذا مضت المدة ولم ينقد الثمن ينفسخ البيع بلا مماطلة • **قوله** في الحق به اي في شرط الخيار **قوله** في الاصل بالاثر اي اخذ ابو يوسف في شرط الخيار حيث جوز الزيادة على الثلاثة باثر ابن عمر رضي الله عنه لانه جوز ذلك وفي هذا بالقياس اي وفيما اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما اخذ بالقياس ولم يجوز الزيادة على الثلاثة وبيان القياس مر انفا **قوله** لتعلقها بالشرط اي لتعلق الاقالة • وهذا بيان فساد الاقالة وقد حققناه قبل هذا **قوله** وجه الاستحسان ما بينا يعني ان هذا البيع لا يجوز الى ثلاثة ايام ايضا قياسا كما قال زفر لكن جوزناه استحسانا • ووجه ما بينا وهو ان الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد **قوله** وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه هذا لفظ القدوري في مختصره وجملة القول فيه ما قال صاحب المختلف اذا كان الخيار للبائع والمشتري جميعا لم يخرج المبيع عن ملكه ولا الثمن عن ملك المشتري بالاجماع ولو كان للبائع لم يزل المبيع عن ملكه ولم يدخل في ملك المشتري بالاجماع • والثمن يزول عن ملك المشتري بالاجماع لكن لا يدخل في ملك البائع عند ابي حنيفة وعندهما يدخل • ولو كان الخيار للمشتري لم يزل الثمن عن ملكه ولم يدخل في ملك البائع بالاجماع وخرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري عند ابي حنيفة خلافا لهما • واراد بالاجماع اجماع علمائنا اذ فيه خلاف الشافعي يثبت الملك اذا كان الخيار للبائع كما في الرواية على اصله لان الثابت حق الفسخ وليس من ضرورة حق الفسخ امتناع الملك • ولنا ان خيار البائع يمنع تصرف المشتري في المبيع ولا يمنع تصرف البائع مع وجود السبب الملك وفيه للمشتري فدل على انه لم يزل عن ملك البائع الا ترى ان اعتاق البائع ينفذ فيه ابتدا وكل تصرف ينفذ فيها اعتاق الانسان ابتدا لم يكن ملكا له كالعتق كما في سائر عبيده • وليس خيار الشرط كخيار العيب والرؤية لان خيار العيب والرؤية لا يمنع تصرف المشتري فلم يمنع انتقال الملك اليه وخيار الشرط للبائع مانع تصرف المشتري فمنع انتقال الملك اليه ثم هلاك المبيع فيما اذا كان الخيار للبائع لا يخلو اما ان هلك قبل التسليم او بعده فان هلك قبل التسليم انفسخ البيع لان هلاك المعقود عليه قبل التسليم في البيع البات يبطل الذي فيه الخيار اولى • وان هلك بعد التسليم في مدة الخيار بطل البيع ويلزمه القيمة اما بطلان البيع فلان المعقود عليه صار الى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه في تلك الحالة فلا تلحقه الاجازة • واما لزوم القيمة فهو مذهبنا • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول ابن ابي ليلى لا شيء على المشتري لانه قبض ملك البائع باذنه فصار امانة في يده ولنا ان المشتري لما قبضه على وجه البيع ولم يملكه صار بمنزلة اخذه على سوم البيع • ومن اخذ شيئا على سوم البيع يكون مضمونا بالقيمة فهذا اولى لان ثمه لم يوجد البيع اصلا وهنا وجد ولكن لم يملكه المشتري لخيار البائع ثم لزوم القيمة على المشتري فيما لم يكن المبيع مثليا اما اذا كان مثليا فيلزمه المثل كذا في شرح الاقطع فعلم • وهذا اذا هلك في مدة الخيار اما اذا هلك بعدها يلزمه الثمن لا القيمة وقد صرح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ان العقد قد لزم وانبرم **قوله** فيه مضمونا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة قال الفقيه ابو الليث في العيون عن ابي يوسف في رجل اخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيته اشتريته فضاع في يده لم يلزمه شيء • وان قال ان رضيته اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة ثم قال ابو الليث اذا اخذ شيئا على سوم البيع فان بين الثمن يكون مضمونا عليه وان لم يبين الثمن كان امانة في يده قال في شرح الفتاوى وعليه الفتوى **قوله** اعتبارا بالصحيح المطلق اي بالبيع الصحيح المطلق عن الخيار فان البيع ينفسخ بهلاك المبيع ثمة فكذا هنا • وانما قيد بالصحيح وان كان حكم الفاسد كذلك لان الاصل المعتبر به الذي يقاس عليه غيره هو الصحيح لا الفاسد **قوله** وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الخيار مانع الحكم في جانب من له الخيار لا في جانب من ليس له الخيار وهنا الخيار للمشتري لا للبائع فكان مانعا لخروج الثمن لا لخروج المبيع لان الخيار شرط نظرا لمن له الخيار لا لصاحبه • قال القدوري الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يملكه • وقال في وجيزهم ان كان الخيار للبائع وحده فالمبيع باق على ملكه على الاصح وان كان للمشتري وحده فالملك منتقل اليه وان كان لهما فثلاثة اقوال احدها انه موقوف لهما ان الخيار شرع بسبيل النظر لمن شرط له الخيار والنظر الذي شرع الخيار له الملك عنه لان منفعته دخوله في ملكه ولان الملك يزول عن البائع بالاتفاق • فاذا لم ينتقل الى المشتري كان زائلا الى مالك فلا يجوز لانه لا نظير له في الشرع • ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الثمن لم يزل عن ملك المشتري بحكم الخيار فلو دخل المبيع في ملكه يلزم العوض والمعوض في ملك احد المتعاقدين فلا يصح تمليكه بعقود المعاوضات فلا يجوز ذلك لانه لم يوجد له اصل في الشرع ولان الخيار شرط للتروي دفعا للغبن وربما لا يمكنه دفع الغبن اذا قلنا يدخل المبيع في ملك المشتري لانه اذا كان قريبه يعتق عليه فان قلت لا نسلم ان اجتماع العوضين والمعوض في ملك رجل واحد لا يجوز الا ترى ان غاصب المدبر يضمن قيمته لصاحبه اذا ابق ولا يخرج المدبر عن ملك صاحبه • قلت لا نسلم انه لا يخرج من ملك صاحبه بل يخرج شرطا لوجوب الضمان ولكن لا يدخل في ملك الغاصب صيانة لحق المدبر او نقول ضمان المدبر ضمانا بمقابلة اليد دون الرقبة فبطل السؤال • وقد عرف ذلك في اصول فخر الاسلام البزدوي في احكام النهي او نقول كلاهما مما يصح تمليكه والمدبر لا يصح تمليكه فلاجل هذا لم يدخل في ملك الغاصب • فان قلت يرد عليكم اجتماع الاجرة والمنافع في ملك الموجر اذا شرط تعجيل الاجرة • قلت لا نسلم الاجتماع لان المنافع معدومة وقد تكفي بكون الاجتماع تقديرا فاذا حدثت ملكها المستاجر فلا اجتماع اذا • والجواب عن قولهما لا نظير له في الشرع فلما بطل ذلك فيما اذا اشترى متولي الكعبة ستارة لها او عبيدا لسدانتها حيث يزول عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري ويجوز ان يقال يبطل بالتركة المستغرقة بالدين ايضا لان التركة تزول عن ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة **قوله** البدلان اي العوض والمعوض **قوله** حكما للمعاوضة احترازا عن الضمان في غصب المدبر وقد مر بيانه **قوله** قال وان هلك

في من هلك بالثمن اي قال القدوري في مختصره ان هلك المبيع في يد المشتري هلك بالثمن • وسوا هلك في مدة الخيار او بعدها فعليه الثمن في
الوجهين كذا قاله فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وعند الشافعي يجب عليه القيمة اذا هلك في المدة كذا في المختلف وهذا لانه عجز عن الرد قبل
تمام الملك فلزمته القيمة لانه كان مخيرا بين الرد والاجازة فلما هلك صار عاجزا عنهما جميعا • اما الرد فظاهر وكذا الاجازة لان المبيع صار
بحال لا يصلح لورود العقد عليه ابتدا فلم يصلح للاجازة فاذا كان عاجزا لم يكن تمام العقد فلزمته القيمة • ولنا ان الهلاك لا يخلو عن سبب
مقدم عليه وهو ان يتعيب اولا فيكون المبيع معيبا حين اشرف على الهلاك والعيب يمنع رده فلما هلك هلك والعقد قد انبرم فلزمه الثمن بخلاف
ما اذا كان الخيار للبايع فهلك في يد المشتري لان العيب قبل الهلاك لا يمنع الرد في حق خيار البايع فلما لم يمنع الرد لم يكن العقد منبرما
قبل الهلاك ثم لما هلك هلك • وقد كان العقد موقوفا حينئذ فلزمته القيمة لانه ليس بادنى حالا من المقبوض على سوم الشرا ولم يلزمه
الثمن لعدم انبرام العقد وكذا اذا دخله عيب في مدة الخيار فتعذر رده يلزمه الثمن لانبرام العقد قال الكرخي في مختصره واذا قبض
المشتري او عرض مثله ثم البيع عليه ولزمه الثمن • وقال في الايضاح واذا كان الخيار للمشتري فحدث في يده عيب يجوز ارتفاعه كالمرض
فهو على خياره لانه اذا زال المرض ارتفع النقص فصار كان لم يكن • قال وليس له ان يفسخ الا ان يرتفع العيب في الثلاث لما ذكرنا ان من
شرط الرد ان يرده كما قبض كيلا يؤدي الى تفريق الصفقة عليه فاذا مضت الثلاث والعيب قايم لزم العقد لتعذر الرد **قوله** وكذا
اذا دخله عيب اي اذا دخل المبيع عيب في يد المشتري والخيار له يجب الثمن • والمراد من العيب عيب لا يرتفع كقطع اليد فلا بد لقبيل
ما ذكرنا من رواية الايضاح **قوله** بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع يعني اذا كان الخيار للبايع وهلك في يد المشتري في مدة الخيار
يجب القيمة **قوله** ووجه الفرق اي بين ما اذا كان الخيار للمشتري وهلك في يده حيث يجب الثمن وبين ما اذا كان الخيار
للبايع وهلك في يد المشتري في مدة الخيار حيث يجب القيمة وقد بينا الفرق انفا **قوله** لا يعرى عن مقدمة عيب اي لا يعرى الهلاك
عن عيب يسبق الهلاك وقد مر بيانه انفا • **قوله** انبرم وهو مطاوع قولهم ابرمت الامر ابراما اذا احكمته **قوله** قال
ومن اشترى امراته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح • وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في رجل اشترى امراته على انه بالخيار ثلثة ايام قال لا يفسد النكاح فان وطيها كان له ان يردها • وقال محمد ويعقوب
يفسد النكاح فان وطيها لم يستطع ردها وتاويل المسألة فيما اذا كانت المراة ثيبا ولهذا قيد فخر الاسلام البزدوي بالثيب وذلك لانها
اذا كانت بكرا ينقصها الوطي لا محالة فليس له الرد حينئذ لحدوث النقصان عند المشتري ثم هذه المسألة بناء على المسألة المتقدمة وهي ان
الخيار اذا كان للمشتري لا يملكه المشتري عند ابي حنيفة خلافا لهما وجملة القول فيه ما قال في شرح الطحاوي بقوله والاصل عندهم جميعا ان
احد الزوجين اذا ملك رقبة صاحبه او شقصا منها فسد النكاح فعند ابي حنيفة رضي الله عنه لم يملكها وعندهما ملكها فاذا انقضت ثلاثة ايام في
مدة الخيار قبل الاختيار فانه ينظر ان كانت بكرا فنقصها الوطي صار مختارا في قولهم جميعا اما على قول ابي حنيفة فلاجل النقصان واما على قولهما
لاجل الوطي والنقصان جميعا وان كانت ثيبا ولم ينقصها الوطي فلا يصير مختارا في قول ابي حنيفة لانه وطيها بالنكاح لا بملك اليمين اذ عقد النكاح
قايم وفي قولهما يصير مختارا في قول ابي حنيفة لانه وطيها سوا كان نقصها الوطي او لم ينقصها لانه يكون وطيها بملك اليمين والنكاح عندهما
قد ارتفع واجمعوا انها لو لم يكن زوجة له ثم وطيها يصير مختارا سوا انقصها الوطي او لم ينقصها لانه يحل وطيه اياها بملك اليمين • وهذه المسألة نظاير
احصاها صاحب المختلف فيه منها ان الخيار اذا كان للمشتري وفسخ العقد فالزوايد ترد على البايع عنده وعندهما للمشتري • ومنها اذا
اشترى قريبه لم يعتق عليه عنده وعندهما يعتق • ومنها اذا اشترى زوجته الامة وقد ولدت منه لم تصر ام ولد عنده خلافا لهما
ومنها ان النكاح لا يبطل عنده خلافا لهما • ومنها انه لو وطيها في النكاح بعد الشرا وهي ثيب لم يصر مختارا عنده ولا يسقط الخيار عنده خلافا
لهما • ومنها انها لو حاضت في مدة الخيار لم تحتسب من الاستبرا عنده خلافا لهما • ومنها لو فسخ البيع قبل القبض او بعده فلا استبرا على البايع عنده
وعندهما ان فسخ قبل القبض لا يجب الاستبرا على البايع استحسانا وان فسخ بعده يجب قياسا واستحسانا • ومنها انه لو اشترى شيا على ان المشتري
بالخيار وقبضه باذن البايع ثم اودعه عند البايع فهلك عنده في مدة الخيار وبعده هلك على البايع ويبطل البيع عنده لان القبض قد
انتقض عنده فلم يلزمه شي من الثمن لانه اودعه المالك نفسه • ومنها ان الماذون اذا اشترى شيا من رجل حر على انه بالخيار ثم ابراه البايع
عن الثمن فالخيار باق • ويجوز رده وقالا لا يجوز لانه ملكه ورده تبرع لانه بغير ثمن • ومنها ان الذمي اذا اشترى خمرا او خنزيرا
من ذمي على ان المشتري بالخيار ثم اسلم المشتري بطل البيع عنده لان الاسلام يمنع التملك وعندهما لا يبطل لانه تم الملك **قوله**
ينقصها اي ينقص الوطي البكر وهو بالصاد المهملة **قوله** وهذه المسألة اخوات اي نظاير وقد احصيناها انفا **قوله** منها
عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار لانه لم يملكه وخياره كما كان فان فسخ البيع عاد الى ملك البايع وان اجازه
عتق عليه ولزم الثمن وعندهما يعتق عليه من زمان الشرا لانه ملكه ويلزمه الثمن ولا يبقى خياره **قوله** ومنها عتقه اذا كان
المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر يعني اذا قال ان ملكت عبدا فهو حر ثم اشترى عبدا بشرط الخيار لا يعتق عند ابي حنيفة في مدة
الخيار لانه لم يملكه خلافا لهما وهذا بخلاف ما اذا قال ان اشتريتك فانت حر فاشتراه بالخيار يعتق عليه ويبطل خياره ويلزمه الثمن
بالاجماع اما عندهما فلا اشكال لانه حنث بالشرا لان المعلق بالشرط كالمنطوق به عند وجود الشرط فكانه قال بعد الشرا وله الخيار انت
حر واما عند ابي حنيفة فيعتق لان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط • ولو ارسل العتق بعد شرايه بشرط الخيار يعتق عنده فكذا
هذا كذا في شرح الطحاوي **قوله** ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزا به من الاستبرا عنده يعني اذا اشترى جارية بالخيار
ثلاثة ايام وقبضها فحاضت عنده في مدة الخيار او حصل بها بعض الحيضة في مدة الخيار ثم اختارها وصارت للمشتري فلا يجتزا بتلك الحيضة
من الاستبرا وعليه ان يستبريها بحيضة اخرى عند ابي حنيفة وعندهما يجتزا بها عن الاستبرا • ولو اختار فسخ العقد وعادت الجارية

الى البايع فلا يجب على البايع الاستبرا عند ابي حنيفة سوا كان الفسخ قبل القبض وبعده لانه لم يملكها على البايع عنه عند ابي حنيفة
سوا كان الفسخ قبل القبض وعندهما ان كان الفسخ قبل القبض لا يجب على البايع استبرا استحسانا والقياس ان يجب عليه • وان كان الفسخ بعد
القبض يجب على البايع الاستبرا قياسا واستحسانا لان المشتري ملكها عندهما • واجمعوا ان العقد لو كان باتا ثم فسخ العقد بينهما بالاقالة
او بغيرها ان كان قبل القبض فالقياس ان يجب على البايع الاستبرا وفي الاستحسان غير واجب • وان كان بعد القبض فالاستبرا واجب
قياسا واستحسانا ولو كان الخيار للبايع ففسخ العقد فلا يجب عليه الاستبرا لانها لم تخرج من ملكه فان اجاز البيع فعلى المشتري ان يستبريها
بعد جواز البيع والقبض بحيضة مستانفة في قولهم جميعا كذا في شرح الطحاوي **قوله** ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح
لا تصير ام ولد عنده خلافا لهما • قال في شرح الطحاوي اشترى جارية وقد ولدت منه ولدا بشرط الخيار فعند ابي حنيفة لا تصير
ام ولد وخياره على حاله الا اذا اختارها فصارت ام ولد له وعندهما تصير ام ولد له بالشرا ويبطل خياره ويلزمه الثمن وقد صرح
فاذا ان الولادة كانت قبل الشرا وكذا ذكر الصدر الشهيد والعتابي وقاضيخان في شرح الجامع الصغير فلا بد حينيذ ان يحمل
كلام صاحب الهداية على وجه صحيح لان ظاهره مشكل لان المشتراة بشرط الخيار اذا ولدت في مدة الخيار يبطل الخيار ويلزم الثمن
لان الولادة عيب الا ترى الى ما صرح في الفتاوى الصغرى بقوله نفس الولادة عيب في بني ادم وفي البهايم لا الا ان يوجب
نقصانا ونقله عن المادة وفي الكبير لخواهرزاده فينبغي على هذا ان تصير الجارية بالولادة في المدة ام ولد بالاتفاق لان المبيع اذا تعيب
في يد المشتري لا يملك ان يرده كما قبض سليما فعلى هذا نقول ان المشتراة ولدت بالنكاح في مدة الخيار لكن الولادة كانت قبل القبض فلا تصير
ام ولد عنده خلافا لهما • وانما حملنا على هذا الاحتمال كلامه لان الولادة اما ان تقع بعد القبض او قبله فله ان يقول اردت
احدهما من الوجهين **قوله** ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البايع ثم اودعه عند البايع فهلك في يده في المدة اي هلك في يد
البايع قال في شرح الطحاوي اشترى شيا بعينه على انه بالخيار ثلاثة ايام فقبضه باذن البايع ثم اودعه عند البايع في مدة الخيار فهلك
المبيع في يد البايع في مدة الخيار او بعدها هلك على ملك البايع ويبطل البيع في قول ابي حنيفة • وقالا يهلك على المشتري ويلزمه الثمن لان
من مذهب ابي حنيفة انه لم يملكه المشتري وارتفع قبضه بالرد على البايع فهلك المبيع قبل القبض وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع وعندهما
ملكه المشتري وارتفع قبضه بالرد على البايع فصار مودعا له فصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده لان يد المودع كيده • ولو كان
الخيار للبايع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري اودعه البايع في مدة الخيار ثم هلك في يد البايع قبل جواز البيع او بعده يبطل البيع في قولهم
جميعا • ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البايع او بغير اذنه والثمن منقود او مؤجل وله فيه خيار الرؤية او خيار عيب فاودعه
البايع فهلك في يد البايع هلك على المشتري ولزمه الثمن بالاجماع لان خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنعان وقوع الملك فصار مودعا
ملك نفسه الى هنا لفظ رواية شرح الطحاوي **قوله** ومنها انه لو كان المشتري عبدا ماذونا فابراه البايع عن الثمن في المدة بقي
خياره عنده • قال في شرح الطحاوي في عبد ماذون له في التجارة اشترى من رجل سلعة بدراهم معلومة على انه بالخيار ثلاثة ايام ثم
ان البايع ابراه عن الثمن فالقياس ان لا يصح ابراوه لانه لا يملك الثمن وفي الاستحسان يصح ابراؤه لانه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد
فاذا صح ابراؤه فعلى قول ابي حنيفة خياره على حاله ان شا اجاز السلعة وان شا فسخ وعاد الى البايع بغير ثمن ويكون له بغير ثمن وعندهما
بطل خياره ولا يملك الفسخ والرد لان من مذهبهما انه ملكها وفي الفسخ والرد تمليك منه للبايع بغير بدل وهو ليس من اهله لذلك وعند
ابي حنيفة لم يملك فكون في الفسخ والرد امتناع عن التملك • ولو كان العقد باتا فبرى العبد الماذون عن الثمن برى البايع فليس
له ان يرد السلعة بخيار الرؤية ولا بخيار العيب بالاجماع لان فيه تمليكا بغير بدل وهو ليس من اهله ولو كان المشتري حرا والمسألة بحالها
فله ان يرد بخيار الشرط وان برئ من الثمن في قولهم جميعا اما على قول ابي حنيفة فلا اشكال لان من مذهبه انه يصح في العبد وفي الحر
وعندهما في العبد لا يصح لانه ليس من اهله والحر من اهله لانه يصح تمليكه ببدل وبغير بدل وله ان يرد بخيار الرؤية ايضا قبل القبض وبعد
وان برئ من الثمن لانه من اهل ان يملك بغير بدل • ولو وجد به عيبا فاراد ان يرده بعد ما برئ من الثمن فانه ينظر ان كان قبل القبض
فله الرد وان كان بعد القبض فليس له الرد لان العيب قبل القبض لا حصة له من الثمن فكان الرد لعدم رضاه وبعد القبض له حصة
من الثمن وكان الرد لاجل حصة العيب لان البايع ضمن نقصان العيب عنه وانما يظهر ذلك عند تسليم الثمن ولا يظهر قبله الى هنا لفظ
رواية شرح الطحاوي وتمامه فيه وذكر في الزيادات في باب ما يعذر على رده بالعيب البايع اذا ابرا المشتري عن الثمن ثم وجد به عيبا
لا يرده ولا يرجع بشي • **قوله** ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار اي اسلم المشتري وجملته ما قال
في شرح الطحاوي في ذمي اشترى من ذمي خمرا او خنزيرا فان الشرا لا يخلو اما ان يسلما او يسلم احدهما قبل قبض الخمر او بعد قبضه اما
اذا اسلما او اسلم احدهما قبل قبض الخمر او الخنزير بطل البيع في الاحوال كلها سوا كان البيع باتا او بشرط الخيار لهما او لاحدهما لانهما اسلما
والحرام غير مقبوض والاسلام يلاقي الحرمة القايمة بالرد والفاسد بالعفو • ولو اسلما او اسلم احدهما بعد القبض فانه ينظر ان كان
العقد باتا لا خيار فيه جاز العقد ولا يبطل لانهما اسلما والحرام مقبوض • وان كان العقد بشرط الخيار للبايع فاسلم البايع بطل
البيع لما ذكرنا ان المبيع لم يخرج عن ملكه والاسلام منع اخراجه عن ملكه بالعقد • ولو اسلم المشتري فلا يبطل العقد وخيار البايع
على حاله لان العقد من جانب المشتري بات فان اختار البايع الفسخ عاد الخمر اليه وان اختار الاجازة صارت الخمر للمشتري حكما والمسلم
من اهل ان يملك الخمر حكما كما يملك بالميراث • وان كان الخيار للمشتري فاسلم المشتري بطل العقد في قول ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا تم العقد ولا يبطل لان من مذهب ابي حنيفة ان المشتري لم يملك فالاسلام يمنعه من تملك الخمر بالعقد وعندهما ملكه والاسلام
منعه عن اخراجه من ملكه وان اسلم البايع لا يبطل بالاجماع وخيار المشتري على حاله لان العقد من جانب البايع بات فان اختار المشتري

البيع جاز لانه ان فسخ البيع صار الخمر للبائع حكما والمسلم من اهل ان يملك الخمر حكما • ولو شرط الخيار لهما جميعا فان البيع لا يخرج من ملك البائع والثمن ايضا لا يزول من ملك المشتري الى هنا لفظ رواية شرح الطحاوي وما عرفت به بعركا ولانه استوى في الباب • قوله • قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الاخر حاضرا • اي قال القدوري في مختصره اعلم ان من له الخيار سواء كان بائعا او مشتريا او اجنبيا فسخ العقد او اجاز فان اجاز بحضرة من صاحبه اي بعلمه وبغير حضرة منه وان فسخ يتوقف على علم الاخر الى ان علم به في المدة يجوز والا فلا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يصح الفسخ بغير علم الاخر وهو قول الشافعي كذا في الحلف وقال شيخ الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير الشرط عند ابي حنيفة ومحمد علم المشتري فاذا نقض بحضرة منه صح وان كان غايبا فان علمه قبل مضي المدة انتقض البيع • وان بلغه بعد مضي المدة فقد تم البيع لان تمام المدة دلالة لزوم البيع • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي عن ابي يوسف في هذا ثلاث روايات رواية كما قالا والاخرى ان الخيار اذا كان للبائع يجوز بغير حضرة من صاحبه واذا كان الخيار للمشتري لم يجز لان الخيار اذا كان للبائع فالمبيع على ملكه واذا ابى الشيء على ملكه نقضه جاز واذا كان الخيار للمشتري خاصة فقد خرج من ملك البائع فالمشتري برده اراد تمليك البائع فلا يجوز الا بحضرة من صاحبه • وفي الرواية الثالثة يجوز سواء كان الخيار للبائع او للمشتري لان الاخبار رحمه هذا لفظ رواية خابيه • ولان من له الخيار تصرف بغير حضرة من موكله جاز لانه مسلط فكذا هذا والدليل على التسليط انه لا يشترط رضا صاحبه في الفسخ • ولنا ان الفسخ تصرف ممن له الخيار في حق من ليس له الخيار فلا يجوز بغير حضرة منه كما في عزل الوكيل • وانما قلناه لان من له الخيار يريد بالفسخ ادخال المبيع في ملك البائع اذا كان الخيار للمشتري وادخال الثمن في ملك المشتري اذا كان الخيار للبائع • وهذا لان المبيع كان خارجا عن ملك البائع في صورة خيار المشتري وكان الثمن ايضا خارجا عن ملك المشتري في صورة خيار البائع فالفسخ اذن يثبت التصرف في حق صاحبه فلا ينفذ عليه دفعا للضرر والضرر ايضا بيان الضرر ان المشتري اذا فسخ بلا علم البائع ربما لا يطلب البائع لسلعته مشتريا وفيه نوع ضرر • واذا فسخ البائع بلا علم المشتري يتصرف المشتري في المبيع اعتمادا على البيع السابق فيغرم قيمته اذا هلك وربما تكون القيمة اكثر من الثمن وفيه الضرر والضرر ولا نسلم ان الفسخ يتسلط صاحبه لان صاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في شيء لا يملكه المسلط بخلاف الوكيل فان الموكل يملكه فيصح تسليطه فسد القياس ولا نسلم ان الفسخ كالاجازة لان الاجازة اتمام للعقد السابق فلم يحتج الى حضور صاحبه • والفسخ رفع العقد السابق الذي تراضيا عليه فلهذا اشترط حضوره فافترقا ولئن قال ابو يوسف رفع عقد فلا يعتبر حضور من لا يعتبر رضاه كالطلاق قلنا يبطل ذلك بما اذا قال اذا حضر فلان فانت طالق لان رضا فلان لا يعتبر في وقوع الطلاق ومع هذا يعتبر حضوره وكذا يعتبر حضور الزوجة في اللعان وان لم يعتبر رضاها • ويعتبر حضور الزوج في العنة وان لم يعتبر رضاه • وكذا يعتبر حضور الوكيل والشريك والمضارب في عزلهم ولا يعتبر رضاهم وكذا الزوم الاحكام الشرعية يعتبر فيها العلم دون الرضا ولا يلزم علينا الرجعة بغير حضور المراة لانا لا نسلم انها فسخ بل هي حق للزوج ينفرد به وهو استدامة ملك النكاح ولا يلزم خيار المعتقة اذا اختارت بلا حضور الزوج لان الملك ازداد عليها بالحرية حيث لزمها المقام في منزل الزوج فكان لها ان تدفع تلك الزيادة برفع العقد ولا يلزم علينا خيار البلوغ لان المراة انفردت بالسبب الذي استفادت به الخيار وهو البلوغ واما المخيرة فلا يتصور خيارها بغير حضور زوجها كذا في مختصر الاسرار وكذلك نقول في ابرا المديون حيث لا يعتبر حضور المديون لانه انفرد بالسبب الذي وجب به الدين عليه وهو الغصب او الاتلاف • ثم ينبغي لك ان تعرف ان شرط الخيار اذا كان للبائع يجوز العقد وينوده باحد معان ثلاثة اما بقوله اجزت البيع في المدة ولا يشترط حضور الاخر واما بموت البائع في المدة لان الخيار لا يورث عندنا • واما بمضي مدة الخيار من غير فسخ واما الفسخ فيثبت بالقول والفعل اما القول فقوله فسخت البيع فاذا قال ذلك انفسخ البيع بلا رضى المشتري • ولا يحتاج فيه الى قضا القاضي ولكن يشترط حضوره عندهما خلافا لابي يوسف وقد مر ذلك واما الفعل فما اذا تصرف في المبيع في مدة الخيار تصرف الملاك كالاعتاق والبيع والتقبيل ونحو ذلك فان العقد ينفسخ حكما حضر المشتري او لا بالاجماع لان الشيء قد يثبت حكما ولا يثبت قصدا • واما اذا كان الخيار للمشتري يجوز العقد ونفاذه بالمعاني الثلاثة التي ذكرناها وبمعاني اخر سواها نحو ان يصير المشتري في يد المشتري بحال لا يملك المشتري الفسخ على تلك الحالة كما اذا هلك المعقود عليه او انتقص في يد المشتري نقصانا يسيرا او فاحشا بفعل المشتري او بفعل البائع او بآفة سماوية او بفعل الاجنبي او بفعل المعقود عليه بطل خياره ونفذ البيع لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه العقد وهو عاجز عن رده كما قبض فبطل خياره ونفذ العقد وهذا عند ابي يوسف كذلك الا فيما اذا حصل النقصان بفعل البائع حيث لا يبطل خيار المشتري ان شاء رده عليه وان شاء اختاره واخذ من البائع الارش • ولو زاد المبيع في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الاصل كالحسن والجمال والبرء من المرض وذهاب البياض من العين او ذهاب الصمم وما اشبه ذلك فانها مانعة للرد والفسخ ويبطل خياره ونفذ البيع في قول ابي حنيفة وابي يوسف • وقال محمد لا يمتنع الرد وهو على خياره لان الزيادة المتصلة لا عبرة لها في عقود المبادلات عنده • وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة منه كالصبغ والخياطة وكتوب له بيتا او كانت ارضا فبنى فيها او غرس فيها وما اشبه ذلك فانها مانعة الرد والفسخ فيبطل الخيار وينفذ العقد وان كانت منفصلة غير متولدة منه كالهبة والصدقة والكسب والغلة فانها غير مانعة الرد والفسخ وهو على خياره الا انه اذا اجاز البيع فالزوائد له مع الاصل واذا اختار الفسخ رد الاصل مع الزوائد عند ابي حنيفة خلافا لهما لانه لم يملك المبيع عنده وكذا اذا تصرف المشتري تصرف الملاك بطل خياره ونفذ البيع • واما الفسخ اما بالقول كقوله فسخت في مدة الخيار • واما بالفعل كما اذا كان الثمن عينا فتصرف فيه تصرف الملاك ينفسخ العقد

ثم ان كان الاخر حاضرا وغايبا هذا الحاصل ما ذكر في شرح الطحاوي • ثم لا خلاف بين اصحابنا انه لا يجوز الفسخ بخيار العيب بغير حضور العاقد الاخر خلافا للشافعي كذا في شرح الاقطع لانه نقل الملك الى الغير ولا يصح ذلك بلا تراض او ولاية ولم يوجد منهما فلم يصح • ثم من له الخيار اذا مات قبل الاجازة او مضت المدة قبل الاجازة لزم البيع عندنا وانفسخ عند مالك لان البيع وجد مع الخيار فقد انعدم كذلك فينفسخ • ولنا ان المانع من لزوم البيع الخيار وقد بطل الخيار كذا ذكر صاحب المختلف قوله والشرط هو العلم وانما كني بالحضرة عنه اي عن العلم يعني ذكر الشيء واراد المسبب لان الحضور سبب العلم قوله في حق الغير اي في حق من ليس له الخيار قوله لا يطلب لسلعته مشتريا اي مشتريا اخر قوله كعزل الوكيل يعني اذا عزل الموكل الوكيل يتوقف العزل على علم الوكيل حتى لا يتضرر بلزوم الثمن عليه اذا كان وكيلا بالشرا وببطلان قوله اذا كان وكيلا بالبيع قوله قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته اي قال القدوري في مختصره قال الشافعي يورث والمراد بقوله المورث عنه ان العقد لا ينفسخ بفسخ الوارث كما كان ينفسخ بفسخ المورث حال حياته كذا في طريقة الخلاف له انه حق من حقوق الملك فيجري فيه الارث كخيار العيب والرؤية كذا في المختلف يعني على اصلنا لان ثمرا ما لم يرم لا يجوز علمه فلا يتاتى انتقال الخيار الى الوارث او هو نوع له نولا دين ثمرا ما لم يرم كذا في شرح الاقطع • وكخيار التعيين فانه يورث فكذا هذا كما اذا اشترى احد الثوبين على ان المشتري بالخيار في احدهما ياخذ ايهما شاء بثمن معلوم ويرد الاخر • ولنا ان الارث انما يكون فيما يتصور انتقاله لانهما لا يتصور انتقاله والخيار لا يتصور انتقاله فلا يجري فيه الارث • وانما قلنا ان الارث فيما يتصور انتقاله بدليل ان صفات المورث من القدرة والعلم ونحو ذلك لا يورث وكذا منكوحته لا تورث • وانما قلنا ان الخيار لا يتصور انتقاله لان خيار من له الخيار عبارة عن مشيئته وارادته في الفسخ والاجازة ومشيئته قد انقطعت بالموت كسائر صفاته فلم يجز الارث في الخيار ولانه شرع في عقد البيع فبطل بالموت كالاجل ولا يلزم المكاتب اذا مات وخلف ولدا ولد في الكتابة حيث ينتقل اليه الكتابة مع الاجل في النجوم لانا قلنا في عقد البيع لحرج به ذلك • ولان انتقال الكتابة الى الولد بسبيل التراضي لا بسبيل الارث لان المكاتب لا يورث او هو نوع خيار ليس بمال ولا يؤول الى مال • لا ترى انه لا ينتقل الى الوارث كخيار القبول ولا يلزم خيار الصفقة وهو ما اذا اشترى على انه خيار لانه في معنى المال ولا يلزم الرهن والكفالة والضمان حيث يورث الرهن والكفالة والضمان لان فيه وثيقة ومعنى المال وكذلك القصاص يؤول الى مال ولانه خيار شرط فلا ينتقل الى ورثة العاقد كالوكيل اذا شرط لنفسه والجواب عما قال فنقول لا نسلم انه حق من حقوق الملك بل هو من تصرف فيه في العقد ولا نسلم ان خيار العيب والرؤية ثبت للوارث بطريق الارث بل ثبت له ابتداء لان ذلك الخيار لم يثبت لمصلحة تتعلق بذات الملك لان الملك ثابت وانما ثبت لاستيفاء مصلحة تعلقت بالجزء الفائت بالعيب او لعدم الرؤية فكان الخيار للوارث ابتداء كما كان للمورث اما خيار الشرط فانما يثبت لمصلحة تعلقت بنفس العقد وان ثبوت الملك له في المبيع بهذا العوض هل هو مصلحة ام لا والعقد قول قد مضى فلا يتصور الانتقال والغرض الذي هو التامل من الخيار بطل لبطلان اهلية التامل بالموت لان الموت ينافي الاهلية فلما بطل لزم الملك بالسبب السابق الموجب للملك وارتفاع ما يمنع الملك وهو الخيار فبطل القول بالارث او نقول ان خيار الرؤية ممنوع الا يرى الى ما قال في شرح الطحاوي وخيار الرؤية لا يورث حتى ان المشتري لو مات قبل الرؤية فليس لورثته الرد • وقد نقل علاء الدين العالم في طريقة الخلاف عن الكرخي عن اصحابنا انه لا يورث • وكذا قال القدوري في مختصره في باب خيار الرؤية • والجواب عن خيار التعيين فنقول ثبت ذلك للوارث ابتداء لا بسبيل الارث اعني انه يطرد ذلك الخيار الاول ويحدث للوارث خيار اخر حكما لاختلاط ملكه بملك غيره الا يرى ان المورث كان له ان يفسخ وكان خياره موقتا والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت والباقي يعلم في الاسرار وطريقة الخلاف ان شاء الله قوله ليس الا مشيئة وارادة فيبطل النقل لعدم قبول المحل اي ليس الخيار شيئا الا مشيئة وقد مر بيان كون الخيار مشيئة قوله قال ومن اشترى وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض اي قال في الجامع الصغير اعلم ان احد العاقدين اذا اشترط الخيار لغيره بان كان البيع خيارا لهذا الشرط عند علمائنا الثلاثة • وقال زفر لا يجوز البيع بهذا الشرط وهو القياس لان الخيار حكم من احكام العقد فلا يجوز شرطه لغير العاقد اعني ان الخيار اذا اشترط يكون حكما من احكام العقد وواجبا من مواجبه فلا يصح اشتراط حكم العقد لغير العاقد كاشتراط الملك لغيره او اشتراط الثمن على غيره • وجه الاستحسان ان شرط الخيار لغير العاقد لم يثبت بطريق الاصالة بل بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء تصحيحا لتصرف العاقد على حسب الامكان فكانه اشترط الخيار لنفسه اولا ثم جعل الاجنبي نائبا عن نفسه فكان ثبوت الخيار للعاقد مقتضى صحة ثبوت الخيار للاجنبي ثم لا يثبت الا اقتضاء • ولهذا قال في قول الرجل اعتق عبدك عني على الف درهم فقال اعتقت يقع العتق على الامور والولاء له ويلزمه الالف • وعند زفر يقع العتق عن الامر والولاء له ولا يلزمه الالف وهي مسالة المختلف • ثم لما جاز البيع بهذا الشرط عندنا فالشارط والمشروط له الخيار ايهما اجاز البيع جاز وايهما فسخ البيع يفسخ العاقد الاخر انفسخ البيع لان كل واحد منهما يملك التصرف بانفراده • اما اذا اجاز احدهما وفسخ الاخر فالسابق اولى فيما كان او اجازة • واما اذا خرج الكلامان معا ففي رواية كتاب البيوع تصرف العاقد اولى نقضا او اجازة • وفي رواية كتاب الماذون النقض اولى في مسالة الوكيل والموكل • قال شمس الائمة السرخسي الصحيح ما ذكر في رواية الماذون وجه رواية كتاب البيوع وهو المراد من قوله وجه الاول في المتن ان تصرف العاقد تصرف بولاية الملك فلا تعارضه ولاية النيابة من الاجنبي هو فالواجب قول محمد • ووجه رواية الماذون وهو المراد من قوله وجه الثاني في المتن ان الوكيل نائب مناب الموكل فصار كانه هو فاستويا فيطلب الترجيح من حال التصرف وهو قوله والنقض يتبع الاجازة والاجازة لا تتبع النقض فكان النقض اولى فالواجب اذا

قول ابي يوسف واستخرج ذلك من مسئلة ذكرها في النوادر في الوكيل ببيع العبد اذا اخرج بعضه اياه من رجل وباع الموكل اياه من اخر معًا
انه يقسم الموكل اولي عند محمد وعند ابي يوسف يحصل نصفين ويخير كل واحد منهما ان شا اخذ النصف بنصف الثمن وان شا نقض البيع **قوله**
وشرط الخيار لغيره اي لغير المشتري وهو غير البايع ايضا **قوله** فايهما اجاز اي من المشتري ومن المشروط له الخيار **قوله** له
انتقضا اي العاقد **قوله** يجعل هو نايبا عنه اي يجعل من له الخيار نايبا عن العاقد **قوله** لتصرفه اي لتصرف العاقد
قوله وعند ذلك اي عند تقدم الخيار للعاقد انتقضا **قوله** في رواية اي رواية كتاب البيوع **قوله** في
اخري اي في رواية اخري وهي رواية الماذون **قوله** وجه الاول اي اعتبار تصرف العاقد وهي رواية البيوع **قوله**
وجه الثاني اي وجه اعتبار تصرف الفسخ وهي رواية الماذون **قوله** يعتبرهما اي يعتبر تصرف الموكل وتصرف الوكيل
قوله قال ومن باع عبدين بالف درهم علي انه بالخيار في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد فان باع كل واحد منهما بخمسماية
علي انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع • وهذه من مسايل الجامع المعادة وهي علي اربعة اوجه في ثلاثة اوجه • منها البيع فاسد
وفي وجه واحد جايز • اما الثلاثة فاحدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين • وثانيها انه يفصل الثمن ولا يعين من فيه الخيار وثالثها
ان يعين من فيه الخيار ولا يفصل الثمن • واما الوجه الذي البيع فيه جايز فهو ان يفصل الثمن ويعين من فيه الخيار • اما الوجه
الاول فانما فسد العقد لجهالة المبيع والثمن جميعا • وهذا لان المبيع بشرط الخيار لا ينعقد في حق الحكم بل هو موقوف في حق الحكم
الي وقت سقوط الخيار فينعقد حينئذ لما ان الخيار داخل في الحكم دون السبب فيمنع الحكم دون السبب • وقد عرف ذلك
في الاصول فلما كان الذي فيه الخيار ليس بداخل في الحكم بقي الذي ليس فيه الخيار منفردا في الحكم وهو مجهول وثمنه مجهول فيفسد
البيع كما في بيع احد العبدين كما في البيع بثمن بطريق الحصة ابتدا • واما الوجه الثاني فانما فسد البيع فيه لجهالة المبيع
وهذا لما قلنا ان الذي فيه الخيار ليس بداخل في حكم العقد فبقي الاخر منفردا وهو مجهول • واما الوجه الاخير فانما جاز
البيع فيه لان المبيع معلوم والثمن معلوم لانه عين من فيه الخيار حيث قال علي اني بالخيار في هذا وفصل الثمن ايضا لانه باع كل
واحد منهما بخمسماية درهم بقي هنا سوال بان يقال سلمنا ان البيع لا يفسد من جهة الجهالة ولكن ينبغي ان يفسد من جهة اخري وهي
ان يجعل قبول العقد في الذي فيه الخيار وهو غير داخل في الحكم شرطا لانعقاد العقد في الذي ليس فيه الخيار كما اذا جمع بين
حر وعبد حيث لا يجوز البيع • وان فصل الثمن والجواب ان الذي فيه الخيار داخل في العقد وان لم يكن داخلا في الحكم لان
الخيار لا يمنع السبب وهو محل البيع فصار كما اذا جمع بين قن ومدبر وباعهما بالف درهم نفذ البيع في القن بحصته من الثمن وان
كان قبول العقد في المدبر شرطا لانعقاد العقد في القن لما ان المدبر داخل في العقد لكونه مالا الا يري ان القاضي لو قضي بجواز
بيعه جاز فكان القبول شرطا صحيحا فكذا فيما نحن فيه بخلاف الحر فانه ليس بداخل في العقد اصلا لانه ليس بمال فكان قبوله شرطا
فاسدا فابطل البيع وفي الجمع بين قن ومدبر خلاف زفر وسيجي بيانه ان شا الله في اخر باب البيع الفاسد **قوله** ومن اشتري
ثوبين علي ان ياخذ ايهما شا بعشرة وهو بالخيار ثلاثة ايام فهو جايز وكذلك الثلاثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد
وهذه من مسايل الجامع الصغير اعلم انه اذا اشتري احد الثوبين او احد الاثواب الثلاثة وبين ثمن كل واحد منهما علي حدة
وثمن الكل متفق او مختلف علي ان ياخذ المشتري اي ثوب شا وهو بالخيار ثلاثة ايام جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز كما اذا
اشتري احد الاثواب الاربعة لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي ذكر قول زفر في الشامل وقول الشافعي في الايضاح
وجه الاستحسان ان شرط الخيار كان بخلاف مقتضي العقد شرع لحاجة الناس دفعا للغبن باختيار ما هو الارفق والاوفق ومثل
تلك الحاجة موجودة فيما نحن فيه فكان في معني ما ورد به النص فجوز البيع للحاجة لان الانسان قد يحتاج الي ذوج حضر وكم
ذلك ولا يتيسر له ان يخرج الي السوق بنفسه بان يكون من الروسا او من الدهاقين او من النسا في البيوت فيحمل اليه من يقوم مقامه
في الشرا من الانواع الثلاثة الجيد والوسط والردي حتي يختار هو ما يوافقه • والبايع ربما لا يمكنه من الحمل بلا بيع فكانت الحاجة
ماسة الي مثل هذا البيع فجاز ولم يجز في الاكثر من الثلاث لاندفاع الحاجة بما دون ذلك لاشتمال الثلاثة علي جميع الانواع والجهالة
ليست مفضية الي المنازعة لان من له الخيار وهو المشتري فوض اليه الامر باخذ اي ذلك شا الا ان الحاجة لما لم تكن موجودة
في الاكثر لم يجز البيع وان انعدمت المنازعة فيه بتعيين من له الخيار فبقي علي اصل القياس لان الرخصة في جواز هذا البيع كانت
بالامرين وجود الحاجة وانعدام الجهالة المفضية الي المنازعة وانعدام الجهالة المذكورة وان تحقق لم يتحقق للحاجة فلم تثبت
الرخصة لفوات شرط العلة فلما كانت العادة جارية بين الناس في الثلاثة جاز البيع فيه استحسانا وترك القياس فيما علم وفي
الاكثر لم يجز البيع قياسا واستحسانا • ولان الله تعالي ذكر ذكر الخيار في ثلاثة اشيا في كفارة اليمين وجزا الصيد وكفارة
الاذي فلما كان الثلاثة اثرا في كتاب الله تعالي استحسنا في الثلاثة وفيما زاد عليها اخذنا بالقياس • ثم لما جاز البيع بهذا الشرط
فللمشتري الخيار ان شا اخذ احد الثوبين ولزمه ثمنه والاخر عنده امانة • وان شا ردهما جميعا وليس له اخذهما جميعا
لان المبيع احدهما لا غير • قال في شرح الطحاوي في هذا البيع خياران للمشتري احدهما خيار تعيين المبيع من الامانة والثاني
خيار الشرط الا ان خيار الشرط فيهما موقت الي ثلاثة ايام في قول ابي حنيفة • وعندهما غير موقت بالثلاث وخيار التمييز غير
غير موقت • وهكذا ذكر محمد هذه المسئلة في الجامع الصغير • ثم قال واختلف فيه المشايخ قال بعضهم لا يجوز هذا البيع ما لم
يذكر الخيارين خيار التمييز وخيار الشرط لانه اذا لم يذكر خيار الشرط الي ثلاثة ايام تكون مدة خيار الشرط مجهولة • ومن اشتري
بشرط الخيار غير موقت لا يجوز البيع • وقال بعضهم يجوز هذا البيع وان لم يذكر فيه خيار الشرط فيثبت فيه خيار الشرط تبعا وضمنا

لخيار

لخيار التمييز وله ان ياخذ ايهما شا • وله ان يردهما لان التي قد ثبت ضمنا وتبعا • وان كان يبطل قصدا الا يري ان بيع الهوا
لا يجوز علي الانفراد لا يجوز • واذا باع الارض دخل الهوا تبعا • وبيع الشرب علي الانفراد لا يجوز • واذا باع الارض بحقوقها جاز ودخل
الشرب تبعا وبيع الشرب علي الانفراد لا يجوز واذا باع الارض بحقوقها جاز ودخل الشرب تبعا الي هنا لفظه وانه شرح الطحاوي ثم
قال والاول اصح • وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه اي في اشتراط خيار الشرط مع خيار التعيين
منهم من قال يشترط وهو المذكور في الكتاب • واليه مال الكرخي ومنهم من قال لا وهو المذكور في الجامع الكبير فانه ذكر
هذه المسئلة ولم يذكر فيها خيار الشرط • وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فقد ذكر اختلاف المشايخ والصحيح عندنا
انه ليس بشرط كذلك ذكر في الجامع ولكن لا بد من بيان من له خيار التعيين قطعا للمنازعة فان لم يشترط مع ذلك خيار الشرط
لزم البيع في غير المعين والاخر امانة عنده وان شرط مع ذلك خيار الشرط فلا بد من توقيته وعند ذلك لا يلزم العقد في غير المعين
ايضا في ان لصاحب الخيار ردهما جميعا • فان هلك من له الخيار بطل خيار الشرط وثبت للوارث خيار التعيين • فاما خيار الشرط
فلا جرم ان الوارث لا يملك ردهما جميعا وكذلك اذا انقضي وقت الخيار في حياة المورث بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما جميعا
الي هنا لفظ فخر الاسلام • وقال العتابي في شرح الجامع الصغير ذكر خيار الشرط مع خيار التعيين وقع اتفاقا لان البيع يجوز
بدون خيار الشرط ولكن لو ذكر فيه خيار الشرط مع خيار التعيين كان له ان يردهما • ولو لم يذكر فيه خيار الشرط له ان يرد
احدهما بخيار التعيين وليس له ان يردهما ولو مات يورث خيار التعيين ولا يورث خيار الشرط • واذا لم يذكر خيار الشرط
لا بد من توقيت خيار التعيين ثلاثة ايام فما دونها وبالزيادة لا يجوز عند ابي حنيفة وعندهما يجوز بما شا العاقدان يعني اذا
كانت المدة معلومة • قال شمس الايمة السرخسي في شرح الجامع الصغير اشتراط الخيار مع خيار التعيين هو الصحيح **قوله**
وكذلك الثلاثة اي البيع جايز في احد الاثواب الثلاثة ايضا **قوله** والحاجة الي هذا النوع من البيع اراد بهذا
النوع ان يشتري احد الثوبين او احد العبدين علي ان ياخذ ايهما شا بثمن معلوم **قوله** ولا يمكنه البايع بنقد
الكل **قوله** اليه الغير راجع الي من في قوله من يثق به وفي قوله من يشتريه لاجله **قوله** فما ورد به الشرع اراد
به شرط الخيار الذي ورد في حديث حبان **قوله** والجهالة لا تفضي الي المنازعة في الثلاث جواب لقوله والقياس
ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع **قوله** وكذا في الاربع اي الجهالة في الاثواب الاربعة ايضا لا تفضي الي المنازعة لكن
الحاجة الي الاربع ليست متحققة فلاجل هذا لم يجز البيع فيها والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية عطفا علي قوله
الحاجة وبيانه مر انفا **قوله** واذا لم يذكر خيار الشرط لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عند ابي حنيفة
وبمدة معلومة لما كانت عندهما يعني كما في خيار الشرط عندهما لا يقال ان ابا يوسف رحمه الله لم يجوز البيع في قوله ان لم ينقد
الثمن الي اربعة ايام كما هو قول ابي حنيفة اخذا بالقياس وابا غا للسنة فينبغي ان لا يجوز خيار التعيين عند ابي يوسف اكثر
من الثلاثة لان ثمة وجد التعليق بحرف الشرط • والتمليك لا يحتمل ذلك فاخذنا بالقياس وهنا فيما نحن فيه لم يوجد التعليق
بحرف الشرط فجاز في الاكثر لانه في معني شرط الخيار من حيث انه شرع للحاجة فكذا هذا جاز في الزيادة علي الثلاثة كما جاز شرط
الخيار **قوله** ثم ذكر في بعض النسخ اشتري ثوبين وفي بعضها اشتري احد الثوبين وهو الصحيح يعني اختلف الرواية في نسخ الجامع
الصغير والصحيح هو المذكور ثانيا لان المبيع احدهما لا هما والاول مجاز لانهما لا ان يكون كل واحد منهما هو المبيع • وانما تخرج
الامام النسخة الاولي لاعتبر مجازا • ويجوز ان نقول في وجه المجاز انه اطلاق اسم الكل علي البعض كما في قوله تعالي يخرج منهما
اللولو والمرجان • وانما يخرجان من الملح لا العذب **قوله** ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الاخر
للامانة لامتناع الرد بالتعيب قال قال في شرح الطحاوي ولو هلك احدهما قبل القبض فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء
اخذ الباقي بثمنه وان شا ترك • ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع • ولو هلك احدهما بعد القبض تعين الهالك المبيع ولزمه
ثمنه لانه عجز عن رده وتعين الاخر للامانة • ولو هلكا جميعا في يد المشتري ان كان الهالك علي التعاقب لزمه ثمن الهالك
الاول وهلاك الثاني في يده امانة • ولو هلكا معا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لانه ليس احدهما باولي بالتعيين من الاخر
وان هلك احدهما قبل الاخر غير انهما اختلفا فيه فلا تظهر فايدة الخلاف اذا كان الثمن متفقا وانما تظهر اذا كان مختلفا بان
يكون ثمن احدهما عشرة وثمن الاخر عشرين فقال البايع هلك الذي ثمنه عشرين اولا وقال المشتري هلك الذي ثمنه عشرة اولا
كان ابو يوسف يقول يتحالفا فايهما نكل قضي عليه بما ادعاه صاحبه • وان حلفا جميعا يجعل كانهما هلكا معا ولزمه نصف ثمن
كل واحد منهما ثم رجع وقال القول قول المشتري مع يمينه وهو قول محمد لان الثمن صار دينا علي المشتري هذا اذا لم يكن لهما
بينة • فلو اقام احدهما البينة قبلت فان اقاما جميعا فبينة البايع اولي لانه يثبت الفضل • ولو تعيب احدهما في يد البايع
قبل القبض فالمعيب منهما لا يتعين للبيع والمشتري علي خياره ان شا اخذ المعيب منهما بجميع الثمن وان شا اخذ الاخر وان شا
تركهما • ولو تعيبا جميعا في يد البايع فالمشتري بالخيار ايضا ولو تعيب احدهما بعد القبض تعين المعيب المبيع لزمه ثمنه وتعين
للامانة ولو تعيبا جميعا ان كان احدهما تعيب قبل الاخر لزمه ثمن المعيب الاول ويرد الاخر ولا يغرم لحدوث العيب
شيا لانه امانة • ولو تعيبا جميعا معا فلا يتعين احدهما للبيع وله ان ياخذ ايهما شا بثمنه وبطل خيار الشرط وليس له ردهما
جميعا واحدهما لازم له قال العتابي في شرح الجامع الكبير ولو اشتري احد العبدين علي ان ياخذ ايهما شا بالف درهم
وقبضهما فالبيع جايز في احدهما والتعيين اليه فان مات احدهما او عيبه المشتري او اعتقه او دبره تعين البيع • ولو اعتق

البايع احدهما بعينه فان عين المشتري ذلك للبيع نفذ فيه باطل وان عين الاخر بما وصفنا به او انتقض البيع نفذ عتق البايع في الذي اعتقه • والجايز يلحق بالفاسد في جميع ما وصفنا الا في حكمين احدهما ان في الجايز يملك المشتري احدهما قبل القبض وفي الفاسد لا يملك • والثاني في الجايز احدهما مضمون بالثمن بعد القبض • وفي الفاسد مضمون بالقيمة واراد بالفاسد ما ذكر قبل هذا بقوله اذا باع احدهما عبديه من رجل ولم يقل على ان المشتري بالخيار في تعيين ايهما شاء والبيع فاسد فان دفعهما اليه فاحدهما بملكه مضمون عليه بالقيمة وهو المبيع والاخر امانة في يده فان ماتا معا ضمن نصف قيمة كل واحد منهما لان احدهما مضمون بالقيمة • وليس احدهما باولى من الاخر فشاع فيهما • وان مات احدهما تعين هو للبيع لان احدهما واجب الرد وقد تعذر رد الميت فتعين الاخر للرد فاذا مات الاخر هلك امانة لانه يحتمل ان يكون المبيع هو الذي مات اولا وقد تعذر التعدي فيه بحكم الفساد وقد وقع الشك في النقض الاخر والبيع ثابت بيقين فلا ينتقض بالشك بخلاف ما اذا اعتق المولى احد عبديه ومات احدهما تعين الباقي للعتق لان العتق تعلق بشرط البيان من وجه وكان البيان انشاء من وجه والباقي محل للانشاء اما البيع فلا يقبل التعليق بشرط البيان فكان البيان فيه اظهارا محضا والميت محل لذلك والباقي يعلم في شرح الجامع الكبير في باب بيع احد العبدين ولم يبين احدهما **قوله** وتعين الاخر للامانة فان قلت كيف يكون للاخر امانة حتى اذا هلك لا يغرم لاجله شيئا ولا يكون هو ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء • قلت انما كان ذلك امانة لانه اذا اشترى احدهما لا غير وانما قبض الاخر ليرده على البايع اذا تعين احدهما لا ليتملكه فلا على سوم الشراء • وقد تعين احدهما هنا فبقي الاخر امانة لانه قبضه باذن البايع لا على جهة البيع فلم يلزمه شيء بسببه **قوله** ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا لانه انما **قوله** ولهذا لا يتوقف في حق الوارث هذا ايضاح لكون الباقي في خيار التعيين يعني ان الدليل على ان الباقي في خيار التعيين بعد موت من له الخيار لا خيار الشرط عدم توقفه في حق الوارث لان هو الذي لا يتوقف في حقه لم يثبت له بسبيل الارث بل لاختلاط ملكه بملك غيره فلو كان الباقي خيار الشرط لردهما الوارث جميعا ولتوقف في حق الوارث لكن خيار الشرط لا يورث لما بينا عند قوله • واذا مات من له الخيار بطل خياره **قوله** ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا وهذه من مسايل الجامع الصغير • وكان ينبغي ان لا تجب الشفعة عند ابي حنيفة للمشتري لانه لا يملك التي اشتراها بالخيار على مذهبه فكيف تجب له الشفعة في دار بيعت بجنبها • ولكن طريق ذلك ان يقال ان طلب الشفعة طلب على استدامة الملك في الدار المشتراة بالخيار لان ثبوت الشفعة لدفع ضرر الجوار وانما يحتاج الى دفع ضرر الجوار اذا كان له ملك في الدار التي ياخذ بسببها الدار المبيعة بجنبها بالشفعة فكان طلب الشفعة اذن دليلا على اختيار الملك فسقط الخيار فثبت الملك له من وقت الشرا سابقا على العقد الذي وقع على الدار المبيعة بجنبها فظهر الجوار سابقا فثبتت الشفعة • وهذا معنى قوله وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رضي الله عنه خاصة اي التقرير بان يقال ان طلب الشفعة يدل على اختيار الملك • واما على مذهبهما فلان الشفعة شرعت لدفع ضرر الجنب بجوار الدخيل • والانسان لا يدفع ضرر الجار في دار الاخر الى ان تكون مملوكة فلا بد للاخذ بالشفعة على سقوط الخيار في الدار المشتراة بالخيار **قوله** فهو رضا اي فالاخذ بالشفعة رضا **قوله** فيها الضمير يرجع الى دار في قوله اشترى دارا على انه بالخيار **قوله** ولذلك بالاستدامة اي دفع ضرر الجوار انما يحتاج اليه باستدامة الملك في المشتراة بالخيار **قوله** فيتضمن ذلك اي اختيار الملك عليه اي على طلب الشفعة • ثم ينبغي لك ان تعرف ان خيار الشرط يسقط بالشفعة ولا يسقط خيار الرؤية الا ترى الى ما ذكر الناطفي في الاجناس فقال عن اكراه الاصل • وقال ولو اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة له ان يرد الدار الاولى بخيار الرؤية • ولو كان هذا خيار الشرط بطل الخيار ولو عرض على بيع لا يبطل خيار الرؤية ويبطل خيار الشرط لانه لو قال ابطلت خيار الشرط سقط الخيار • ولو قال ابطلت خيار الرؤية لا يبطل قبل وجود الرؤية لانه موقوف على وجود الرؤية **قوله** قال واذا اشترى الرجلان على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للاخر ان يرده عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وهذه من المسايل المعادة في الجامع الصغير • قال في الحصر والخلاف على هذا في خيار الرؤية والعيب قبل القبض وبعده يعني اذا اشتريا شيئا ليس لاحدهما ان يرده بخيار الرؤية او بخيار العيب بدون صاحبه • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير رجلان اشتريا غلاما على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للاخر ان يرده في قول ابي حنيفة وفي قولهما له ذلك وروي عن ابي حنيفة رواية اخرى قال يوم الاخر الى هنا لفظ رواية الفقيه وقول الشافعي كقولهما كذا في الحصر • وجه قولهما ان اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد لان في خيارهما خيار كل واحد منهما فاذا رضي احدهما لا يسقط برضاه خيار الاخر لان فيه الزام الضرر عليه بابطال حقه في الخيار فكان للاخر الرد في نصيبه غاية ما في الباب انه يلزم تفريق الصفقة على البايع ولكن لما باع من اثنين لهما بالخيار كان راضيا بالتفريق لان كل واحد مشتر للنصف لا غير فله ان يرد الذي اشترى فصار كما اذا اشترى عبدا على انه بالخيار في نصفه • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان رد احدهما لو جاز يرد وصاحبه يلزم الرد بعيب حادث لم يكن عند البايع والرد بالخيار انما يصح اذا كان الرد على ما قبض اما بعيب حادث فلا وانما يلزم الرد بعيب حادث لان يد البايع كانت مجتمعة فاذا عاد اليه متفرقة كان التفرق عيبا لان الشركة عيب لان البايع قبل البيع كان يتمكن من التصرف في البيع متى شاء فبعد رد احدهما لا يتمكن منه الا بطريق التهايي وفيه الزام ضرر زايد عليه فلا يجوز ولا نسلم لزوم رضى البايع برد احدهما بل رضاه بردهما جميعا لان في ردهما جميعا لا يلزم الزام ضرر زايد بخلاف رد احدهما • ولا نسلم ان البايع رضي بتفريق الصفقة عليه بل رضي بتفريقها عليهما بخلاف المسئلة الاولى فانا

كما انه للمشتري بالخيار في نصفه كان البايع راضيا بتفريق الصفقة على نفسه لانه اثبت للمشتري ولاية الرد في النصف • ووجه الرواية الاخرى ان الذي امتنع عن الرد ابطال حق الاخر في الفسخ فليس له ذلك • وهذا لان المقصود الكلي اثبات الخيار لمن له الخيار هو الرد لا الاجازة لان الاجازة لو كانت للاجازة ما كان يحتاج الى الخيار لان العقد كان يتم بالسبب السابق بلا خيار • فاذا كان الرد هو المقصود وقد شرط لهما جميعا يقوم صاحب الرد بالرد لئلا يلزم ابطال حق الراد **قوله** ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك • وهذا لفظ القدوري في مختصره • وانما لم يفسد العقد بهذا الشرط لانه من مقتضيات العقد الى يري ان الوصف الذي شرطه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد من غير ذكر وما هذا سبيله فهو من مقتضيات العقد كما اذا اشترى شيئا على ان يسلم المبيع او على ان يسلمه البايع الى المشتري بخلاف ما اذا اشترى ناقة على انها حامل حيث يكون البيع فاسدا على رواية كتاب البيوع لان الحمل لا يعلم حقيقة لان انتفاخ البطن وتحرك ما فيه قد يكون لداء وكان غررا فاوجب فساد البيع وما عرف فيه يمكن الوقوف عليه للحال فلم يكن غررا ولان ما عرف فيه صفة محضة لا يتصور انفصالها اصلا وهنا الاغلب المقصود الولد بعد الولادة وهو مجهول واشتراط مال مجهول مع المبيع مفسد للبيع وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان ذلك البيع جايز ايضا فلا حاجة الى الفرق لاستوايهما في الجواب كذا قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير • ثم قال ولا رواية عن اصحابنا ان اشتراط في الجواري هل يوجب فساد العقد ام لا اختلف مشايخنا فيه فمنهم من قال لا يوجب قياسا على الناقة العين المذكور ثمة ومنهم من قال لا يوجب لان الحبل في الجواري عيب وكان ذكره للبراءة عن هذا العيب بخلاف الحبل في البهايم فانه زيادة وهي مجهولة وفي وجودها غرر فلا يجوز • ومنهم من فصل فقال ان اشتراها ليتخذها ظئرا فشرط انها حامل فالبيع فاسد لانه يطلب زيادة وفي وجودها خطر فصار كالناقة وان كان لا يريد اتخاذها ظئرا لكان جايزا لما مر انه اشتراط البراءة عن هذا العيب ولو اشتراها على انها حلوبة روى الحسن في المجرد انه يجوز لانه اشتراط زيادة صفة • وهذا على قياس ما روي انه لو اشترى ناقة على انها حامل يجوز لكن هذا اولى لان ذاك فيما لا يمكن الوقوف عليه للحال ويمكن الوقوف عليه للحال بان تحلب وروى ابن سماعة عن محمد في نوادره انه لا يجوز لان المشروط اصل في وجه وهو اللبن وهو على خطر الوجود ومجهول القدر فصار كاشتراط الحمل ثم لسنا اذا وجد العبد خبازا او كاتبا فيها ونعت وان وجد بخلافه فله الخيار بين الاخذ بجميع الثمن ان شاء والرد ان شاء لانه وصف مرغوب فيه فاذا فات وجب الخيار بين الامرين لكنه اذا اخذ اخذ بجميع الثمن لان الوصف لا يقابله شيء من الثمن لانه تبع يدخل في العقد من غير ذكر وفي جعله مقابلا بشيء من الثمن يلزم مرحلة اصلا فلا يجوز • وهذا معنى قوله على ما عرف والاصل هنا ان المعقود عليه ان شرط صفة فوجد المبيع بخلافها • فان كانت الصفة مما لا يتفاوت فيها الاغراض تفاوتا كثيرا كان المشتري بالخيار كما اذا اشترى حمارا على انه اتان فاذا هو ذكر او شاة على انها نعجة فاذا هي حمل • واذا كانت الصفة تتفاوت بها الاغراض تفاوتا كثيرا فالعقد فاسد كما اذا باع دارا على ان بناءها اجر فاذا هو لبن او باع عبدا على انه جارية فاذا هو عبد فالبيع فاسد لان الاختلاف كثير فهو بمنزلة الاختلاف في الجنس واما اذا شرط صفة فوجدها زايدة فهي للمشتري مثل ان يشتري ثوبا على انه عشرة اذرع فوجد احد عشر ذراعا وكذلك لو اشترى جارية على انها ثيب فاذا هي بكر فتكون الصفة الزايدة للمشتري ولا خيار لكن اشترى عبدا على انه معيب فوجد صحيحا فاذا وقع العقد على جنس فوجد بخلافه كالبيع فاسد مثل ان يبيعه هذا الثوب على انه كتان فاذا هو قطن او على انه هروي فاذا هو مروزي او فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل لان المعقود عليه معدوم وعدم المعقود عليه يفسد العقد وهذا الخيار يعني خيار الصفة وهو ما اذا اشترى على انه خباز يورث لان فيه معنى المال كذا ذكر في مختصر الاسرار • وذكر الامام الزاهد العتابي في شرح الجامع الكبير ان القول قول من يتمسك بالاصل وان العدم في الصفات العارضة اصل والوجود في الصفات الاصلية اصل وشهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة من غير يمين اذا تايدت بمؤيد وان لم تتايد يعتبر في حق توجه الخصومة لا في الزام الخصم • ثم قال مثاله اذا اشترى عبدا على انه خباز او كاتب ثم اختلفا قبل القبض او بعده فقال المشتري ليس هو بهذا الوصف وقال البايع هو بهذا الوصف للحال يؤمر بالخبز والكتابة فان فعل من ذلك ما يسمى خبازا او كاتبا باذني ما يطلق عليه الاسم لزم المشتري والا يرد • ولا يعتبر قول العبد في ذلك فان قال البايع كان كذلك حين سلمته اليك ونسي في يدك • وذلك في مدة يحتمل ان ينسى وقال المشتري لم يكن كذلك فالقول قول المشتري ويرد لان الاصل عدم هذه الصفة وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى يظهر هذه الصفة • وان اشترى جارية على انها بكر ثم اختلفا قبل القبض او بعده فقال البايع هي بكر في الحال فالقاضي يريها النساء فان قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البايع لان شهادتهن تايدت هنا لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتايد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة لتوجه اليمين في البايع لان اليمين لا بد لها من الدعوى والخصومة وحق الخصومة حق ضعيف لانه ليس بمقصود لعينها فيحلف البايع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبضها فالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل يرد عليه وان حلف لزم المشتري • وروي عن ابي يوسف ومحمد في رواية انها ترد بشهادتهن قبل القبض من غير يمين البايع وان لم يكن عند القاضي من النساء من يثق بهن لا يحلف البايع لان العيب لم يثبت في الحال ولا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليمين على البايع ويلزم الجارية على المشتري الى ان يحضر من النساء من يثق بهن • ولو قال البايع بعتها وسلمتها اليك وهي بكر وزالت في يدك فالقول قوله لان الاصل هو البكارة والقاضي لا يريها النساء لان البايع معترف بزوال البكارة لكن يقول زالت في يدك **قوله** وهذا يرجع الى اختلاف النوع اي للاختلاف في العبد بكونه خبازا او غير خباز وبكونه كاتبا او غير كاتب بمنزلة الاختلاف في النوع حتى لا يفسد

العقد به بل يكون للمشتري الخيار كالذكورة والانوثة في سائر الحيوانات كالفرس والبقر والغنم ونحوها بخلاف الاختلاف في الذكورة والانوثة في بني آدم فانه بمنزلة الاختلاف في الجنس فيفسد به العقد لفحش التفاوت **قوله** وصار كفوات وصف السلامة لان ما فوات وصف الخبز والخبازة فيما اذا اشترى على انه سليم فوجد معيبا فتعدم له ولاية الرد فكذا هنا **قوله** على ما عرف من بيانه انتهى

باب خيار الرؤية

لما فرغ من ذكر انواع الخيار قدم ما كان ثابته اكثر في العقد على غيره على التوالي ٥ وذلك لان الموانع خمسة مانع يمنع انعقاد العلة كالبيع المضاف الى الحر ومانع يمنع ابتداء الحكم كخيار الشرط ٥ ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية حتى لا تتم الصفقة بالقبض ٥ ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب حتى لا يمكن من رده بعد تمام الصفقة بالقبض كذا ذكر شمس الائمة في اصوله في فصل بيان فساد القول بجواز التخصيص في العلل الشرعية ٥٥ **قوله** قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذ وان شاء رده اي قال القدوري في مختصره وقال الشافعي في احد قوليه البيع باطل وهو اختيار المزني قاله في وجيزه ولعل اصح القولين له ان المبيع مجهول وبيع المجهول لا يصح كما اذا باع النبي برقمه وكما لو اشترى بأي ثمن شاء المشتري او شاء البائع وكما لو اشترى احد هذه العبيد الاربعة او الثياب الاربعة على ان الخيار ايهما شاء ٥ وكما اذا باع اللبن في الضرع والبذر في البطيخ او الدهن في السمسم او الصوف على ظهر الشاة فلا يصح البيع في هذه الصور لجهالة المبيع فكذا بيع ما لم يره الخيار اذا رآه وذكر محمد في كتاب المأذون في السير الكبير ايضا وروى الترمذي في جامعه باسناده الى محمد بن سيرين عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى ان يتلقى الجلب وان تلقاها انسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار اذا ورد السوق قال ابو بكر الرازي ولا معنى لهذا الخبر الا انه اذا اشترى الشيء وغابه ثم جلبه الى السوق فنظر اليه يجعل له فيه خيار الرؤية لان العادة كانت فيمن يتلقى الجلب ان يشتري الحمل على ظهره من البعير فلا يفتحه حتى يؤديه الى بلده ولانه باع مالا مملوكا معلوم الاجل مقدور التسليم فيصح غاية ما في الباب ان فيه جهالة الوصف وهي لا تفضي الى المنازعة فلا تكون الجهالة مانعة من صحة العقد بل اثرها في نفي اللزوم لانه ان رضي قبل وان رد فصار كترك الاشارة الى الجنس والنوع والقدر والوصف في المشار اليه ٥ ولانه عقد شرعي فلا تكون رؤية المعقود عليه شرطا كالنكاح ولهذا يصح بيع الصبرة وان لم ير المشتري باطنها وكذا يصح بيع الثوب المطوي وان لم ير باطنه والمعنى في الكل ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة ولهذا لو باع قفيزا من الصبرة جاز لانه لا يفضي الى المنازعة بخلاف بيع شاة من القطيع فانه لا يصح لانه يفضي الى المنازعة لان عين المبيع ليست بمعلومة وفيما نحن فيه المبيع معلوم عند البائع ممتاز عن اعيان اخر وعليه تسليمه فالظاهر انه يسلمه دون غيره فبعد ذلك اذا ادعى المشتري فلان لم يرض فسخ العقد باذن الشرع ٥ كما اذا اشترى عبدا فوجد معيبا وجهالة الوصف بعدم تمام الرضا وتمام الرضا ليس بشرط انبرام العقد لا لشرط جوازه ولهذا يجوز البيع بشرط الخيار مع عدم تمام الرضا ٥ وكذلك يجوز مع خيار العيب ولان العقد يصح مع عدم رؤية ما هو المقصود كلب الجوز واللوز وباطن البيض مع عدم رؤية ما ليس بمقصود وهو قشره اولى واحرى والجواب عما قاس عليه الشافعي فنقول انما لم يصح البيع بالرقم لانه يحتمل السقوط فيفضي الى المنازعة حتى لو حصل الاعلام بالاعلام في المجلس صح ايضا وفي البيع باي ثمن شاء هو او صاحبه انما لا يجوز لان المشيئة اذا انكار الاخر تفويض المشيئة اذا لم يكن ما برضاه فحمل يفضي الى المنازعة ٥ وفي بيع احد العبيد الاربعة او الثياب الاربعة انما لم يصح لكون المبيع مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولعدم الحاجة بخلاف احد الاثواب الثلاثة حيث يصح البيع عندنا للحاجة الى ذلك وقد مر بيانه قبل هذا الباب في مسألة ٥ ومن اشترى ثوبين على انه بالخيار في احدهما شاء بعشرة ٥ واما بيع اللبن في الضرع او البذر في البطيخ او الشعر على ظهر الشاة فانما لم يصح لانه يحتمل ان لا يكون ويختلط البيع بغيره او ينتقض فيعود لنقص المبيع قبل التسليم فيفضي الى المنازعة ٥ والدهن في السمسم مجهول فيفضي الى المنازعة وفيما نحن فيه لا يفضي الى المنازعة فبطل القياس ٥ فان قلت ان الشافعي ربما يحتج بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما لم يكن للمالك ملكا للبائع بدليل ما روى ابو داود في السنن باسناده الى الحاكم حكيم بن حزام قال يا رسول الله يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي فابتاعه له من السوق فقال لا تبع ما ليس عندك ٥ ونحن فيه المبيع ملك البائع فلم يبق حجة قال قلت يبيع مجهول الصفة عند العاقد لكان البيع باطلا كما اذا قال بعتك ثوبا قلت النهي في الاصل انما هو الجهالة في العين حيث يمنع من التسليم الواجب عقيب العقد ٥ ولهذا لم يصح وفي الفرع ليس كذلك لان الجهالة في الوصف لا العين فصار كجهالة الصفة فلم يمنع التسليم فصح البيع **قوله** جهالة الوصف في المعاين المشار يعني اذا اشترى ثوبا معينا مشارا اليه ولكن عند ذرعانه مجهول فانه يجوز لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة **قوله** وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده ذكر هذا المسألة القدوري يعني كما ان له خيار الرؤية اذا لم يقل رضيت قبل الرؤية له خيار الرؤية اذا قال رضيت قبل الرؤية وذلك لان الخيار ثبوته متعلق بالرؤية فلا يثبت قبل الرؤية ٥ فلو كان رضاه قبل الرؤية مسقطا للخيار لكان مسقطا للشيء قبل ثبوته وانه لا يجوز ٥ ولو فسخ قبل الرؤية صح ولا رواية في هذا ولكن المشايخ اختلفوا كذا في التحفة قال بعضهم لا يصح فسخه قياسا على الاجازة ٥ وقال بعضهم يصح الفسخ دون الاجازة وذكر الكرخي ان الفسخ يجوز قبل الرؤية ما لم يتصرف في المبيع تصرفا لا يملك المشتري رفعه من العتق واشباهه ٥ وان تصرف تصرفا يوجب لغير فيه حقا مثل الاجارة والرهن ونحوه فان ذلك لا يلزمه البيع ٥ والفرق بين الفسخ والاجازة ان ثبوت الفسخ له قبل الرؤية بسبب ان العقد لم يقع مبرما لجهالة الاوصاف لا باعتبار ثبوت الخيار له بحكم الحديث ٥ فلما كان العقد واهيا غير مبرم جاز فسخه ٥ وليس الاجازة كذلك لانه الزام العقد ٥ وانما يملك الالزام بسبب الخيار الذي يثبت بحكم الحديث معلقا بالرؤية

يكون بعد ما قبل الرؤية فلم تجز الاجازة وهذا اعني قوله وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث اراد به قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ٥ ولان رضاه قبل الرؤية لا يسقط الخيار بعد الرؤية لان الرضا عبارة عن ارادة الشيء مع ضرب استحسان الشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلم يصح رضاه قبل الرؤية ثم ينبغي لك ان تعلم ان خيار الرؤية في شراء الاعيان ولا يثبت في الديون كالسلم والاثمان وكذلك الثمن اذا كان عينا يثبت للبائع الخيار والخيار انما يثبت في كل عقد ينفسخ بالرد كالاجارة والقسمة والصلح عن دعوى مال والقسمة والشراء وما اشبه ذلك من العقود التي تنفسخ العقد برده ٥ ولا يثبت خيار الرؤية في كل عقد لا ينفسخ بالرد كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن القصاص وما اشبه ذلك من العقود التي يكون المعقود مضمونا بنفسه لا بما يقابله لان الرد في هذه المواضع لا يفيد لان الرد لا يرفع العقد وقيام العقد يوجب مطالبة العين ٥ فاذا قبض رده ايضا فيؤدي الى ما لا يتناهى كذا في شرح الطحاوي **قوله** ومن باع ما لم يره فلا خيار له هذا الذي ذكره من لفظ القدوري هو قول ابي حنيفة آخرا كذا في الايضاح وغيره وكان يقول اولا له الخيار لان الجهالة بصفات المعقود عليه وجدت في حقه فيثبت له الخيار كالمشتري وذلك لان السبب لا يلزم الا بتمام الرضا والرضا وثبوتا ٥ اما زوالا فلان ملك البائع لا يزول عنه الا برضاه ٥ واما ثبوتا فلان الملك لا يلزم على المشتري الا برضاه فبتمام الرضا لم يثبت من البائع للجهالة فيثبت له الخيار كالمشتري ولهذا لا يختص خيار العيب وخيار الشرط باحد الجانبين فكذا خيار الرؤية الا ترى ان للبائع ان يرد الثمن بالزيادة كما ان للمشتري ان يرد المبيع بالعيب الا ان البيع لا ينفسخ برد الثمن لعدم الاصالة في العقد وينفسخ برد المبيع للاصالة ٥ ولانا نقول خيار الرؤية ثبت بالحديث معلقا بالشراء فلا يثبت بالبيع لانه لو الحكم في الاصل معقول المعنى والمعنى هو الجهالة بصفات المعقود عليه فيثبت في الفرع مثل حكم الاصل بمثل علة الاصل وهو لازم الجواب بمرتبطه في هذا المقام ٥ وجه قول ابي حنيفة المرجوع اليه ما روى اصحابنا في كتبهم ان عثمان بن عفان رضي الله عنه باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره ٥ وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة فكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع ولان جانب البائع لا يشبه جانب المشتري لان المشتري يطلب خيرا مما اشترى فيرد لفوات الوصف المرغوب والبائع لو رد لرد باعتبار ان المبيع ازيد مما ظن فصار كما لو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار كذا في الايضاح **قوله** وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا اشارة الى قوله له الخيار اي ثبوت الخيار للبائع لعدم لزوم العقد لعدم تمام الرضا زوالا من جانب البائع وثبوتا في جانب المشتري والثبات زوالا **قوله** ووجه المرجوع اليه اي القول المرجوع اليه **قوله** دونه اي دون الزوال يعني لا يثبت الخيار في غير الزوال **قوله** ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله ذكر هذا التفريع المسألة القدوري ٥ قال صاحب التحفة اختلف المشايخ فيه يعني في ان خيار الرؤية مطلق او موقت بعضهم قال انه يثبت مطلقا فيكون له الخيار في جميع العمر الا اذا وجد ما يسقطه ٥ وبعضهم قالوا بانه موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ سقط خياره وان لم يوجد منه الاجازة والرضا صريحا ٥ وقال لانه الى هنا لفظ كتاب التحفة والصحيح انه غير موقت لان خياره ثبت في البيع حكما لانعدام الرضا فيبقى ما بقي السبب ولا يتوقت كخيار العيب ٥ ثم خيار الرؤية يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطله هو الذي يبطل خيار الشرط من تعيب يقع في المبيع او تصرف ثم تصرف المشتري ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يتعلق به حق الغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطل الخيار ويلزم البيع سواء كان ذلك التصرف قبل الرؤية او بعدها لان هذه الحقوق تمنع الفسخ فيلزم البيع فلما لزم تعذر الفسخ وبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار او عرضه على البيع او هبته بلا تسليم فان وقع ذلك قبل الرؤية لا يبطل خياره لانه لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية فان قال ابطلت خياري قبل ان يرى لم يبطل فلان لا يبطل بدلالة الرضا قبل الرؤية اولى وان وقع بعد الرؤية يبطل خياره لانه يدل على الرضا فالرضا بعد الرؤية يسقط الخيار صريحا كان الرضا او دلالة ثم خيار الرؤية بعد سقوطه بالبيع او الاجارة او الرهن اذا عاد الى ملكه برد المبيع بقضاء او بفك الرهن او فسخ الاجارة لا يعود خيار الرؤية لان الخيار بطل بسقط فلا يعود الا بعود ما يسببه ٥ ونقل في الفتاوى الصغرى عن كتاب الصلح ان خيار الرؤية اذا سقط لا يعود الا في رواية عن ابي يوسف ٥ ونقل في خلاصة الفتاوى عن شرح الطحاوي ان الرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده ولا حاجة الى قضاء القاضي ولا الى رضا البائع ولكن يشترط حضرة البائع خلافا لابي يوسف **قوله** والمساومة يقال سام البائع السلعة ثمنا وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعنى استامها سوما ٥ ومنه لا يسوم الرجل على سوم اخيه اي لا يشتري كذا ذكره صاحب المغرب **قوله** لا يربو اي لا يزيد ٥ قال ابن دريد ربا الشيء يربو ربوا اذا ارتفع وكذلك ربا حلقه ربوا اذا ورم واصابه ربو من علو او عدو اذا علت انفاسه **قوله** ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له هذا لفظ القدوري في مختصره ٥ والاصل ان رؤية جميع اجزاء المبيع ليست بشرط لتعذرها لا محالة فيكتفى برؤية ما يدل على المقصود لان الغرض من الرؤية معرفة ما هو المقصود فاذا حصل رؤية ذلك صار كانه رأى الجميع فيسقط الخيار اذا ثبت هذا فنقول لا يخلو اما ان كان المعقود عليه شيئا واحدا او اشياء فان كان اشياء فلا يخلو اما ان يتفاوت آحادها كالكيل والموزون والعددي المتقارب فاذا رأى البعض ورضي به يكون ذلك رضا بالبعض الذي لم ير اذا كان مثل ما رأى فعلى هذا يكون النظر الى وجه الصبرة مسقطا للخيار اذا كان الباقي مثله وذلك لان رؤية البعض تعرف حال الباقي لان الحنطة هو والشعير تعرض بالنموذج ٥ ولكن هذا فيما اذا كان المكيل في وعاء واحد ٥ اما اذا كان في وعاءين اختلف المشايخ قال مشايخ العراق

دون احدهما كرؤية الكل • وقال مشايخ بلخ لا يكون رؤية احدهما كرؤية الكل الآخر لانهما شيئان بمنزلة ثوبين وعليه الاصح هو
الاول وهو المروي عن ابي يوسف كذا في التحفة لان لا تعرف الباقي بها اذا كان الكل في وعاء واحد باعتبار المماثلة لا باعتبار
اتحاد الوعاء وان كان يتفاوت آحاده كالعدديات المتفاوتة نحو الثياب في صندوق والبطاطيخ في شريحة ونحو الرمانات
والسفرجلات في قفة فان رؤية البعض لا تعرف الباقي للتفاوت • وفصل الكرخي الجوز والبيض في مختصره من العدديات المتقاربة
وقال رواه ابن شجاع عن الحسن عن ابي حنيفة واختاره صاحب الايضاح لانه يختلف بالصغر والكبر فلا تكون رؤية البعض
دليلا على رؤية الباقي • وقال صاحب الهداية وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونهما متقاربة وفي هذا الوجه قال
صاحب الفتاوى الصغرى اما اذا كان المعقود عليه شيئا واحدا كالعبد والجارية فرأى الوجه دون سائر الاعضاء يسقط خياره
لان الوجه هو المقصود في بني آدم وغيره تبع ولهذا تتفاوت القيمة بتفاوت الوجه • وان كان سائر الاعضاء سواء بين
الجاريتين والعبدين • ولو رأى سائر الاعضاء دون الوجه فهو على خياره لانه لم ير المقصود هذا في بني آدم واما في سائر
الحيوان كالفرس والبغل والحمار ذكر ابن سماعة عن محمد انه قال ان نظر الى عجزه سقط خياره وان لم ير فهو على خياره جعل العجز
في سائر الحيوان كالوجه في بني آدم كذا في التحفة وذكر الكرخي في مختصره ان ابا يوسف قال لا يكون النظر الى وجه الدابة هو
مبطلا لخيار الرؤية واذا رأى وجهها ومؤخرها فلا خيار له • ونقل عن صاحب الاجناس عن كتاب المجرد عن ابي حنيفة في الدابة
اذا رأى عنقها او فخذها او ساقها او جنبها او صدرها ليس له خيار الرؤية • ولو رأى حافرها او ناصيته او ذنبه فليس ذلك
برؤية • ثم قال في الاجناس قال في البيوع املاء اذا رأى وجه الدابة ومؤخرها ليس له خيار الرؤية • وان رأى احد
الامرين فله خيار الرؤية • وقال الكرخي في مختصره قال ابو يوسف وان كانت شاة قنية فلا بد من النظر الى ضرعها او بقية
جسدها • وان كانت شاة لحم فلا بد من الجس حتى يعرف الهزال والسمن • ثم قال فان رأى ذلك من بعيد ولم يجسه فله
الخيار وذلك لان السمن لا يظهر من الصوف فلا بد من الجس واما في غير الحيوان فينظر ان كان شيء منه مقصودا عند الناس
في العادة كالوجه في العاقول والطنافس يسقط الخيار برؤية الوجه كما في بني آدم • وان رأى الظهر لا يسقط كذا ذكر الحسن
في المجرد عن ابي حنيفة وان لم يكن منه شيء مقصود كالكرباس يكون رؤية البعض كرؤية الباقي لانها تعرف الباقي لان التفاوت
في ثوب واحد منه يسير الا اذا وجد الباقي دون ما رآه فحينئذ يكون له الخيار • وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع
الصغير اذا كان في الثوب شيء مقصود لم يقع بصره عليه نحو الاعلام فله الخيار وان كان المعقود عليه دارا قال الصدر الشهيد
في اخر البيوع من شرح الجامع الصغير قال في كتاب الكتاب اذا رأى دارا اي الدار من الخارج يبطل الخيار وكذا اذا قال في الشجرة
في البستان اذا رأى الاشجار من الخارج يبطل الخيار • ثم قال وعامة مشايخنا هذا في عرفهم فان الباطن كان لا يخالف
الخارج فيقع التعريف • فاما في بلادنا فان الباطن يخالف الظاهر فلا بد من وقوع البصر على الباطن • وقال في التحفة و
قال مشايخنا ما ذكر في كتاب الفقه انه اذا لم يكن داخل الدار بنية • فاما اذا كان فيها ابنية لا يسقط الخيار ما لم ير
داخل الدار كله او بعضه لان داخل الدار هو المقصود والخارج كالتبع • ونقل في العيون عن الحسن عن ابي حنيفة في رجل اشترى
دهنا في قارورة فنظر اليه في القارورة ولم يصب على راحته ولا على اصبعه منه شيئا فليس برؤية وهكذا روى هشام عن محمد الى هنا
لفظ العيون • وذلك لان لون الدهن مما يتغير بلون القارورة ثم قال في العيون وروى ابن سماعة عن محمد انه اذا رآه
في قارورة لم يكن له خيار وذلك لانه رآه من الخارج تعرف حال الدهن قال في التحفة لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا لا
يسقط خياره لانه ما رأى عينه وانما رأى مثاله • وعلى هذا قالوا لو نظر في المرآة فرأى فرج ام امرأته عن شهوة لا يثبت حرمة
المصاهرة • ولو نظر الى فرج امرأته المطلقة طلاقا رجعيا عن شهوة في المرآة لا يصير مراجعا لها ثم قال في التحفة ولو
اشترى سمكا في الماء يمكن اخذه من غير اصطياد فرآه في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو
الصحيح لان الشيء لا يرى في الماء كما هو بل يرى اكبر مما هو فهذه الرؤية لا تعرف حاله حقيقة • واذا كان المبيع مغيبا في الارض
كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحو ذلك لم يذكر في ظاهر الرواية قال صاحب التحفة • وروى بشر عن ابي يوسف انه قال
ان كان شيئا يكال او يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والجزر فانه اذا قلع المشتري شيئا باذن البائع او قلع البائع برضا
سقط خياره في الباقي لان رؤية البعض كرؤية الكل وان قلع المشتري بغير اذن البائع لم يكن له ان يرد سواء رضي بالمقلوع
او لم يرض اذا كان المقلوع شيئا له قيمة عند الناس لانه صار معيبا لانه كان ينمو وبالقلع لا ينمو وحدوث العيب في يد المشتري
بغير صنعه يمنع الرد فمع صنعه اولى • وان كان شيئا يباع عددا كالفجل والسلق ونحوهما فرؤية البعض لا يكون رؤية الكل
لان هذا من العدديات المتفاوتة • واذا لم يكن المقلوع شيئا له قيمة عند الناس لا يسقط خياره لانه لا يحصل به العيب ثم قال
في التحفة • وذكر الكرخي مطلقا من غير هذا التفصيل • وقال اذا اشترى الرجل شيئا مغيبا في الارض مثل الجزر والبصل والثوم
وبصل الزعفران وما اشبه ذلك فله الخيار اذا رأى جميعه ولا يكون رؤية بعضه مبطلا خياره وان رضي بذلك البعض فخياره
باق الى ان يرى جميعه فيرضى او يرد • وقال في الايضاح قال ابو يوسف اذا اختلف البائع والمشتري في القلع فقال
المشتري اخاف ان قلعته لا يصلح لي ولا اقدر على الرد • وقال البائع اخاف ان قلعته لا ترضى به قال من تطوع بالقلع
جاز وان تشاحا على ذلك فسخ القاضي لانه لا يمكن الاجبار لما فيه من الاضرار **قوله** وعلامته ان يعرض بالنموذج اي علامة
الشيء الذي لا تتفاوت آحاده ان يعرض على البيع بالنموذج كما هو العادة بين الناس حيث تحمل السماسرة شيئا قليلا من المكيل او

الموزون

الموزون الى المشتري حتى يراه فان اعجبه اشتراه والنموذج بفتح النون بمعنى الانموذج بضم الهمزة معرب **قوله** منها
اي من الاشياء التي لا تتفاوت آحاده **قوله** حينئذ يكون له الخيار لان رؤية البعض لم تعرف الباقي **قوله** من
هذا القبيل اي من قبيل الذي تتفاوت آحاده **قوله** بما ذكر الكرخي اي في مختصره وقد مر بيانه قبل هذا انفا **قوله**
لا يشترط رؤيته بعينه اي غير المقصود **قوله** والاول هو المروي عن ابي يوسف وقد مر ذلك **قوله** من الحمر اي الحمر التي
قوله وفي شاة القنية اي في الشاة التي تتخذ للدر والنسل لا للتجارة **قوله** وما يطعم من الذوق اي لا بد
من الذوق كالدبس ونحوه **قوله** وان رأى صحن الدار فلا خيار له اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر فيه اذا رأى
خارج الدار سقط خيار الرؤية وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في الرجل يرى الدار من خارجها
او يرى الثياب مطوية يرى ظهورها ومواضع طيها ثم يشتريها قال لا يكون له خيار في شيء من ذلك وكذلك في كتاب الفقه و
في البستان ان رؤية الاشجار من خارج تمنع الخيار • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول ابن ابي ليلى وزفر
له خيار الرؤية ما لم يدخل في الدار لان المقصود بالدار هو الداخل فالواجب وجواب الجامع الصغير وقع على عادتهم وقد تغير
ذلك • وقال في شرح الاقطع الصحيح ما قاله زفر ومراد محمد في الثياب اذا كانت مستوية فالنظر الى مواضع الطي من الثياب
يكون بمنزلة عيان الكل • قال فخر الاسلام ولو كانت مختلفة حتى غاب عن بصره طرف بعضها فله الخيار في الكل وكذلك هذا
وقوم الخواعد قال في المهذب صحن الدار باحتها **قوله** قال نظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا
يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند ابي حنيفة وقالا هما سواء وله ان يرده اي قال في الجامع الصغير وصورة المسألة
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل طعاما ولم يره فوكل المشتري رجلا بقبضه فقبضه و
رآه المشتري فله ان يرده • وقال ابو يوسف ومحمد الوكيل والرسول سواء وللمشتري ان يرده اذا رآه ان شاء
اخذه وان شاء تركه وهذه من المسائل الفاذة • قال فخر الاسلام في المسألة ان الوكيل بالقبض هل يملك ابطال خيار الرؤية واما
ابطاله عند ابي حنيفة بان يقبضه وهو ينظر اليه فاما اذا قبضه مستورا ثم اراد بعد ما نظر اليه ابطال الخيار قصدا
فليس له ذلك كذلك • قال عامة مشايخنا هذا لفظ كتابه اما الوكيل بالشراء فرؤيته كرؤية الموكل بالاتفاق فليس للموكل
اذا رأى ان يرده لان حقوق العقد راجعة الى الوكيل بالشراء • وجه قولهما انه وكيل بالقبض لا بابطال الخيار فلا يتعدى
الحكم من القبض الى ابطال الخيار لان ابطال الخيار ليس من القبض ولهذا لو كان رسولا بالقبض بان قال ان فلانا يقول سلم الي
ما اشتريته منك فقبضه الرسول وهو يراه لا يبطل خيار المرسل فكذلك الوكيل بالقبض لو قبضه مستورا ثم اراد ابطال
الخيار ليس له ذلك وكذلك لو كان في البيع خيار الشرط او خيار العيب لا يسقط ذلك الخيار بقبض الوكيل فكذلك خيار الرؤية
ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان التوكيل بالشيء توكيل باتمامه كالوكيل بالخصومة في الدين فانه يملك قبض الدين لان
القبض من تمام الخصومة وهنا ابطال الرؤية من تمام القبض فيثبت ابطالها ضمنا تتميم القبض لان القبض لا يتم مع خيار
الرؤية ولهذا لا يملك المشتري التفريق بعد القبض قبل سقوط الخيار اذا كان المشتري اثنين فوجد في احدهما عيبا ليس له
الرد وحده كيلا يلزم تفريق الصفقة بل يردهما جميعا كما لو كان غير مقبوض فعلم ان الرؤية من تمام القبض بخلاف ما اذا
وجد احدهما عيبا بعد سقوط الخيار بوجود الرضا بالرؤية دلالة او صريحا حيث يكون له ان يرده وحده ولا يعتبر ذلك التفريق
الصفقة ثم الموكل يملك القبض التام والناقص فكذا الوكيل يملك التام وهو ان يقبضه وهو يراه والناقص وهو ان يقبضه مستورا
لانه قام مقامه ثم لما قبض الوكيل وهو ينظر اليه صلح القبض دلالة الرضا لان الحال حال الرضا لانه قبض وهو ينظر فسقط الخيار و
متى تم القبض كقبض الموكل حالة النظر بخلاف ما اذا قبضه مستورا حيث لا يكون ابطال الخيار قصدا لانه لم يفوض اليه الابطال
قصدا وانما ثبت له الابطال ضمنا تتميم القبض وهنا لما حصل القبض الناقص انتهى التوكيل فليس له بعد ذلك ابطال الخيار وبخلاف
الرسول فانه لا يملك الابطال اصلا اذ ليس له سوى تبليغ الرسالة لانه ينقل كلام المرسل فيكون الناقض في الحقيقة هو المرسل
فيكون الى المرسل اتمام العقد • وقال بعض مشايخنا في الفرق بين الوكيل والرسول ان الوكيل بالقبض وكيل بما لا يتم القبض الا به
والقبض في شراء ما لم يره لا يتم الا بعد الرؤية والرضا بخلاف الرسول لان الرسول بالشيء لا يكون رسولا بما لا يتم ذلك الشيء الا به
كالرسول بالشراء لا يكون رسولا بالقبض وان كان تمام الشراء به فكذا هنا كذا ذكر الولوالجي في فتاواه • واما خيار الشرط فلا نص
فيه عن ابي حنيفة كذا قال في شروح الجامع الصغير فمنع حينئذ ولا نسلم ولو سلم فالفرق ظاهر وهو ان شرط الخيار انما شرع
للتروي في ان المبيع هل يصلح ام لا وذلك لا يكون الا بعد القبض فكيف يكون القبض مسقطا للخيار ولهذا اذا قبضه الموكل
فاشتراه بشرط الخيار وهو يراه لا يسقط الخيار الا اذا وجد الرضا دلالة او صريحا فكذا لا يسقط الخيار لو قبضه الوكيل لذلك • واما
خيار العيب فانه لا يمنع تمام القبض لانه لم يشرع تتميما للقبض بل لسلامة الجزء الفايت ثم القبض مع بقاء الخيار ولهذا كان له رد المبيع
خاصة بعد القبض ولا يكون تفريق الصفقة قبل التمام فلما كان المقصود من خيار العيب سلامة الجزء لم يفوض الموكل اليه الا القبض لا الاسقاط
لا يملك الاسقاط قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقوله في الكتاب الا من عيب يحتمل الا من عيب لم يعلمه الوكيل فان كان علمه يجب
ان يسقط خيار العيب كذلك ذكر الفقيه ابو جعفر ولم يذكر مسألة خيار العيب والصواب عندنا ان لا يملك الوكيل بالقبض اتمام خيار
العيب يكون معناه علم او لم يعلم الى هنا لفظ فخر الاسلام وذكر في الفوائد الظهيرية ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني في قبض المبيع
وصورة الرسول ان يقول كن رسولا عني **قوله** توكيل بالقبض اي بقبول الوكالة **قوله** ملكه بنوعيه اي يملك القبض بنوعي القبض

وما الثامن والناقص فكذا الوكيل اي يملك الوكيل ايضا نوعي القبض لانه قائم مقام الموكل **قوله** وخيار الشرط على الخلاف ولا نص
في خيار الشرط عن ابي حنيفة رضي الله عنه كذا قالوا في شروح الجامع الصغير فعلى هذا يمنع ويقال لا نسلم ان خيار الشرط يصلح ان يكون
مبنيا عليه لانه لم يرو فيه نص على الاتفاق فيه بل يجوز ان يكون الحكم فيه ايضا كما في خيار الرؤية ولو سلم فالفرق بينهما ما بيناه انفا **قوله**
وبخلاف الرسول مر بيانه **قوله** وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى وهذا لفظ القدوري في مختصره • وانما جاز
ذلك عندنا لانه اشترى ما لم يره وذلك جائز بالحديث وقد مر في اول الباب وعند الشافعي لا يجوز شراء الاعمى في احد قوليه ومر
اختيار المزني وبيع سلمه اعتمادا على الوصف وجوابه انه لو وكل غيره بالشراء جاز شراء وكيله فشراؤه بنفسه اولى لان وكيله مشتري له
قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في الاعمى يشتري الشيء لم يره قال يقطع الثمن بحسبه اذا كان مما يحس وقال
ابو يوسف في الاعمى يشتري الشيء لم يره فيقول قد رضيته • قال وان يرده الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • وقال
في الاصل والاعمى في كل ما اشترى اذا قلبه ولم يمس بالخيار فاذا قلب وجس فهو بمنزلة النظر من الصحيح ولا خيار له اذا لم يجد
به عيبا وان وجد به عيبا فهو بمنزلة الصحيح الى هنا لفظ الاصل • ولم يزد على ذلك وانما قال في الكتاب وله الخيار اذا اختلف
الروايات فيه عن اصحابنا • قال صاحب التحفة والحاصل انما يمكن جسه وذوقه وشمه يكتفي بذلك لسقوط خياره في اشهر
الروايات • ولا يشترط بان الوصف له ويكون ذلك بمنزلة نظر البصير لان ذلك اقصى ما يستدل به على معرفة الشيء وفي
رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع ذلك لان التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا فاما فيما لا يمكن جسه كالثمر على رؤوس
الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في اشهر الروايات وهو المروي عن ابي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير لابي الليث وفي
رواية يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم يقول قد رضيت فيكون ذلك بمنزلة الرؤية • وهذا القول مروي عن ابي
يوسف في الجامع الصغير على ما مر ذكره • قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي وما ذكر في الجامع الصغير بانه ان
كان مما يجس مثل النخل والشجر يقوم مقاما لو كان بصيرا رآه فلا معنى له • وقد كان ابو الحسن الكرخي ينكر ولا زمانة في
في ذلك الموضع وفي غيره سوا لا نستفيد به علما • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي عن الحسن بن زياد
انه قال يوكل وكيلا حتى ينظر اليه فيصير رؤية الوكيل كرؤيته • وقال الفقيه قال بعضهم يوقف في مكان لو كان بصيرا
لكان يراه • ومع ذلك يوصف له وهذا احسن الاقاويل فالسوية ناخذ • قال في التحفة واما اذا كان المبيع دارا او عقارا
فالاصح من الروايات انه يكتفي فيه بالوصف • فاذا رضي به كان بمنزلة النظر من البصير • وقال في الشامل وفي العقار
قيل يوصف له وقيل يمس الحائط والباب وقيل يوقف بحيث لو وقف البصير رآه قال صاحب الايضاح وهذه الروايات
لا تختلف فان المعتبر ان يعني ما يتصور فيه ثم قال فيه ولو وصف له ثم ابصر فلا خيار له لان الخيار قد سقط فلا يعود ولو اشترى
البصير ثم عمي انتقل الخيار الى الصفة لانه كان اعمى عند العقد • وقال الفرا في كتاب المقصور والممدود الزنا والزنا اهل
الحجاز يمدونه واهل نجد يقصرونه **قوله** وقد ذكرنا من قبل اي ذكر جواز شراء ما لم يره وثبوت الخيار للمشتري
قبل هذا في اول الباب • والاعمى فيما يشتريه يكون كالبصير الذي يشتري ما لم يره فيجوز شراؤه مع ثبوت الخيار له كالبصير
قوله على ما مر انفا اي في المسألة المتقدمة **قوله** ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الاخر جاز له
ان يردهما وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه اشترى شيئين مختلفين بصفقة واحدة فلم يكن رؤية احدهما رؤية
الاخر لتفاوتهما فبقي له الخيار كما لو لم يرهما جميعا • ثم اذا اراد ان يرد ما لم يره اذا رآه ليس له ان يرده وحده بل يردهما
جميعا ان شاء فلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وكذلك الحكم في خيار الشرط لا يجوز له ان يفسخ البيع في احدهما دون الاخر
وهذا لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمام الصفقة سواء كان المبيع مقبوضا او غير مقبوض ولهذا يرد من له الخيار بلا
قضاء ولا رضا بخلاف خيار العيب فانه اذا اشترى ثوبين بثمن واحد فوجد باحدهما عيبا بعد القبض له ان يرد المعيب
وحده لان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بل تتم الصفقة بالقبض فلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام برد احدهما فلو وجد
باحدهما عيبا قبل القبض فليس له ان يرده وحده كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لانها لم تتم قبل القبض والمعنى في تفريق
الصفقة لزوم الضرر على البائع لانه ربما لا يمكنه ترويج احدهما بدون الاخر لجودة احدهما ورداءة الاخر وفي منع المشتري
عن الرد ايضا ضرر الا ان قبل القبض ضرر البائع اكثر لانه يحتاج الى ضرر مالي وضرر المشتري ليس بمالي بل هو ضرر بطلان مجرد القول
في الزيادة ردهما وبعد القبض ضرر المشتري اكثر لانه يحتاج الى رد الكل بسقوط حصته عن اليد والرقبة • وضرر البائع موهوم
فانه ربما يمكنه بيع المعيب بثمن جيد فيدفع اعلى الضررين بادناهما • ثم بعد القبض اذا وجد باحدهما عيبا لا يكون له ردهما
الا برضا البائع لان سبب الرد وجد باحدهما دون الاخر وفي المكيل والموزون من ضرب واحد اذا قبض فوجد ببعضه عيبا
ليس له الا ان ياخذ جميعا او يرده جميعا كذا ذكره محمد في الاصل • وذلك لان المالية ثابتة للكيل والموزون باعتبار الجمع
فانه لا قيمة للحبة وامثالها فصار الكل كشيء واحد حكما في حق الرد • ولهذا اصل رؤية البعض رؤية الباقي كما في الثوب الواحد
في مسألة الاستحقاق قال في الشامل في قسم المبسوط استحق احد المختلفين بعد القبض لا خيار له في الاخر لان استحقاق احدهما
لا يوجب نقصانا في الاخر لا حقيقة ولا اعتبارا • ولو كان واحدا فاستحق بعضه له الخيار لوجود النقصان فانه لا يمكن الانتفاع
الا بالتهايؤ وان كان قبض احدهما ولم يقبض الاخر ثم استحق احدهما له الخيار لتفرق الصفقة قبل التمام • ولو استحق بعض المكيل
بعد القبض لا يخير لان الشركة ليست بعيب فيه • ولو استحق قبل القبض يخير لتفرق الصفقة قبل التمام كذا في الشامل •

قوله ويكون فسخا من الاصل اي يكون الرد بخيار الرؤية فسخا من الابتداء **قوله** ومن مات وله خيار الرؤية
بطل خياره وهذا لفظ القدوري في مختصره • وانما يبطل خياره ولا يورث عندنا لان الارث فيما يحتمل الانتقال لا فيما
لا يحتمل الانتقال والخيار لا يحتمل الانتقال لانه صفة للمشتري كخيار الشرط بخلاف خيار العيب والتعيين يورث بالاتفاق وقد مر
في مسوغه في باب خيار الشرط **قوله** ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له هذا لفظ
القدوري في مختصره وذلك لان خيار الرؤية في شراء ما لم يره انما يثبت للجهل بصفات المعقود عليه • فاذا كان المبيع على ما
رآه من الصفة يحصل العلم بصفاته بالرؤية السابقة فانتفى الموجب للخيار بالرؤية المتقدمة فلم يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلم
ان هذا الذي رآه قبل البيع فحينئذ يكون له الخيار لانتفاء الرضا به وصورته ما قال في الفتاوى الصغرى عن فتاوى خواهر زاده
اذا اشترى ثوبا ملفوفا كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك الذي ثبت له خيار الرؤية لانه لا يكون راضيا به ومن
صوره ما قال في خلاصة الفتاوى عن الاصل في رجل رأى جارية عند رجل فساومه بها ولم يشترها ثم رآها بعد ذلك متنقبة
فاشتراها وهو لا يعلم انها هي التي رآها فله الخيار لعدم الرضا • وقال فيها ايضا ولو رأى ثوبين ثم لف
احدهما في ثوب وباعه له الخيار • ولو لفهما وباعهما منه لم يقم وهذا يعتبر له الخيار لانه عسى جعل على الثمين لا ردا منهما • ولو
باعهما بثمن واحد لا خيار له **قوله** فان وجده متغيرا فله الخيار هذا لفظ القدوري ايضا اي ان وجد ما رآه قبل الشراء
متغيرا عما رآه فله الخيار • وذلك لانه لما تغير صار كانه لم يره اصلا لان الرؤية السابقة انما تعتبر اذا كانت معلمة حال العقد
بمعنى فاذا تغير عما رآه قبل الشراء لم تكن الرؤية السابقة معلمة فيكون وجود تلك الرؤية وعدمها سواء **قوله** فان اختلفا في التغير
فالقول للبائع • وانما ذكر هذه المسألة في الهداية تفريعا وان لم يذكر في البداية لاجل ما ليس بمذكور في الجامع الصغير ومختصر
القدوري وهي من مسائل الاصل • قال فيه فان اختلفا فقال المشتري قد تغير وقال البائع لم يتغير فالقول قول البائع مع يمينه
وعلى المشتري البينة الى هنا لفظ الاصل وذلك لان دعوى التغير بعد وجود سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود
من المعقود عليه دعوى امر عارض لان دعوى التغير لانه اما ان يكون دعوى العيب او تبدل هيئة المبيع وكل منهما عارض فالقول
لمن يتمسك بالاصل وهو البائع بخلاف ما ذكره الكرخي في مختصره فيما اذا اختلفا في الرؤية فقال البائع بعد ما رأيت وقال
المشتري لم اره فالقول قول المشتري مع يمينه • وذلك لان البائع يدعي عليه امرا عارضا وهو العلم بالصفات والمشتري ينكر
فيكون القول قوله مع يمينه • ولو اراد المشتري ان يرده فاختلفا فقال البائع ليس هذا ما بعتك وقال المشتري هو ما بعتني
فالقول ايضا قول المشتري • قال الكرخي في مختصره وهذا قول اصحابنا جميعا قال في الايضاح وكذلك اذا اختلفا في رد
بخيار الشرط • وان اختلفا في الرد بالعيب فالقول قول البائع لان المشتري في خيار الرؤية وخيار الشرط ينفرد بالفسخ من غير ان
يتوقف على قضاء القاضي • فاذا انفسخ العقد بقوله يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض فالقول فيه قول القابض ضمينا
كان او امينا كالغاصب والمودع • وفي الرد بالعيب لا ينفرد بالفسخ • وانما يدعي المشتري ثبوت حق الفسخ في الذي احضره والبائع
ينكر ذلك فيكون هو الذي باعه فيكون القول قوله • قال في الفتاوى الصغرى اذا اشترى شيئا رآه قبل ذلك فقال وجدته
متغيرا ذكر خواهر زاده والقاضي الاسبيجابي انه لا يصدق ولم يرد على هذا • وذكر شمس الائمة السرخسي هذا اذا لم يطل المدة
عند تطاول المدة انه لا يتغير • اما اذا طالت فقال محمد رح ارايت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين او عشرين سنة وقال لم تتغير الام
يصدق لم يصدق لان الظاهر شاهد له وبه نفتي فنقول ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبائع • وان كان يتفاوت
فالقول للمشتري كما قال شمس الائمة السرخسي وذكر في الكافي اذا نظر الى مملوك او دابة ثم اشتراه بعد ذلك بشهر لم يكن فيه
خيار • فان قال المشتري تغير عن حاله الذي رأيته عليه فعليه البينة وعلى البائع اليمين ولم يصدق المشتري في تبدل المدة هو
واعتبر الشهر قليلا في هذا الحكم لانه لا يتغير في مدة الشهر غالبا الى هنا لفظ كتاب الفتاوى الصغرى **قوله** الا اذا بعدت
المدة استثناء من قوله فالقول للبائع **قوله** على ما قالوا اشارة الى ما ذكر شمس الائمة السرخسي وقد مر انفا **قوله**
بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية متصل بقوله فان اختلفا في التغير فالقول للبائع • يعني ان اختلفا في الرؤية يكون القول
للمشتري وقد مر بيانه انفا **قوله** ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها
الا من عيب • وكذلك خيار الشرط وهذه من المسائل المعادة في الجامع الصغير • وانما لم يكن له رد الباقي بعد البيع
والهبة والتسليم في خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يمنعان تمام الصفقة لعدم تكامل الرضا فلو جاز رد الباقي يلزم تفريق
الصفقة قبل التمام وهو باطل كتفريق الصفقة في خيار القبول حيث لا يجوز له ان يقبل شراء بعضه دون بعض فلما لم يجز
التفريق في خيار القبول لم يجز في خيار الرؤية ايضا لان كل واحد منهما لا يجب بمقابلته عوض مالي حتى اذا ابطل بطل لا الى بدل
واما في خيار العيب فله ان يرد ثوبا دون ثوب لانه لا يلزم تفريق الصفقة بعد التمام لان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة وقد
تم بعد القبض • وانما لم يمنعه لان العقد وقع على السلامة الظاهر هو السلامة فوجد الرضا من كل واحد منهما فتم الصفقة
لتمام الرضا والتفريق بعد تمام الصفقة جائز ثم للمشتري ان يرد المعيب ان شاء بعد رضى البائع • وان شاء رجع به قال في المغرب
الزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية • وقال في الجمهرة الزط هذا الجيل وليس بعربي محض وقد تكلمت به العرب
قال الشاعر • بجانحي واسط الملتها • وحان عيبهم رطها والاساور • **قوله** في وضع المسألة اي في القبض وضع هو
المسألة يعني في المقبوض • فاذا كان كذلك تمت الصفقة مع العيب **قوله** ولو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا

ذكر شمس الايمة السرخسي • وعن ابي يوسف انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري الي هنا لفظ كتاب الهداية
ولم يذكر هذه المسألة في الجامع الصغير في كتاب البيوع من الاصل وانما ذكرت في الاصل في كتاب الصلح في باب الخيار والمذكور في كتاب
الصلح على خلاف ما ذكر صاحب الهداية قال من اشترى شيا لم يره وباعه ممن لم يره ثم رد عليه الثاني بخيار الرؤية ليس له ان يرده بخلاف
العيب لان ثبوت حق الفسخ في البيع يبطل خيار الرؤية كذا في الشامل في قسم المبسوط من كتاب الصلح ولم يذكر رواية ابي يوسف
في الاصل وانما نص على رواية القدوري في شرحه وقال لا يعود خيار الرؤية واعتمد عليه • وقال في الايضاح روى ابو يوسف
انه اذا اوجب الحق للغير ثم انتقض الحق الذي وجب وعاد الي ما كان لم يعد خيار الرؤية نحو ان باع فرد عليه بعيب بقضا قاض او
فك الرهن او انتقضت مدة الاجارة • ولان الخيار قد بطل فلا يعود الا بسبب جديد • وقال في الفتاوي الصغرى ذكره
في كتاب الصلح ان خيار الرؤية اذا سقط لا يعود الا في رواية عن ابي يوسف وقد مر هذا مرة عند قوله ثم خيار الرؤية غير موقت
فاقول يحتمل ان يكون عن ابي يوسف روايتان لان رواية القدوري عن ابي يوسف غير رواية الفتاوي الصغرى • ومعنى قوله
ثم اذا اليه بسبب هو فسخ اي عاد الذي اشتراه ولم يره ثم باعه او وهبه وسلمه بسبب هو فسخ بان رد عليه بقضا في البيع وبقضا او بغير قضا
في الهبة • وكذا اذا رد عليه في البيع بخيار شرط او رؤية وسيجي تمام ذلك في كتاب الهبة وشمس الايمة هو ابو بكر محمد بن ابي سهل
السرخسي صاحب التصانيف الكثيرة في الاصول والفروع توفي في سنة ثمان وثمانين واربعماية سنة توفي ابو بكر خواهرزاده وقد
مر ذكر السرخسي مرة في كتاب الطهارات في باب الما الذي يجوز به الوضوء والامام القدوري رح هو ابو الحسين بن محمد بن جعفر البغدادي
توفي سنة ثمان وعشرين واربعماية وفي هذه السنة توفي ابو علي بن سينا الحكيم والقدوري تلميذ الشيخ ابي عبد الله الجرجاني وهو
تلميذ ابو بكر الرازي وهو تلميذ الكرخي رحمهم الله والله اعلم

باب خيار العيب

مروجه ترتيب الخيارات **قوله** واذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار ان شا اخذ بجميع الثمن وان شا رده هذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان • والاصل في ثبوت الخيار بسبب العيب ان اطلاق العقد يقتضي السلامة
في المعقود عليه في عرف التجار والمعروف بالعرف كالمشروط بالشرط صريحا • ثم اذا عدم وصف السلامة كان للمشتري الخيار ان شا
اخذ بجميع الثمن وان شا رد لئلا يلزمه ضرر بالزام ما لم يرض به يدل على ذلك ما روى البخاري في الصحيح وقال ويذكر عن العدا
ابن خالد قال كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول الله من العدا بن خالد بيع المسلم المسلم لا دا ولا خبثة ولا غايلة
ثم قال في الصحيح وقال قتادة الغايلة الزنا والسرقة والاباق والمشتري هو رسول الله صلى الله عليه وسلم كما ترى • وروى ابن
شاهين في المعجم عن ابيه قال حدثنا عبد العزيز بن معونة القرشي قال حدثنا عباد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب ابو وهب
قال قال لي العدا بن خالد بن هوذة الا اقرئك كتابا كتبه لي رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى العدا بن خالد بن هوذة من
محمد رسول الله عبدا او امة لا دا ولا غايلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم والمشتري هو العدا كما ترى • وايضا في الفايق كما في المعجم قال
ابو سليمان الخطابي في شرح الصحيح البخاري الدا ما يكون بالرقيق من الادوا التي يرد بها كالجنون والجذام والبرص ونحوها من
الافات والخبثة ما كان خبيث الاصل مثل ان يسبي من له عهد يقال هذا سبي خبثة اذا كان ممن يحرم سبيه • وهذا سبي طيبة على
وزن الخيرة اذا كان ممن يطيب سبيه ويحل استرقاقه • ومعنى الغايلة ما يغتال حقك من حيلة وما يدلس عليك في المبيع من عيب وقال
الزمخشري في الفايق الغايلة الخصلة التي تغول المال اي تهلكه من اباق او غيره ويدل على ما قلنا ما روى صاحب السنن باسناده الي
عروة عن عايشة رضي الله عنها ان رجلا ابتاع غلاما فاقام عنده ما شا الله ان يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الي النبي صلى الله عليه وسلم
فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان اي الغلة بسبب الضمان • ثم
ليس للمشتري امساك المبيع واخذ نقصان العيب لانه حينيذ يلزم الضرر على البايع فلا يجوز • وهذا لان البايع لم يرض
ان يخرج المبيع عن ملكه الا بالثمن المذكور فيلزم بتقدير اخذ النقصان ان يكون الثمن مقابلا بما رضي به والمشتري وان كان يتضرر
بالعيب ايضا يمكن تداركه ذلك برد المبيع فلا ضرورة في اخذ النقصان ولان الوصف لكونه تبعا لا يقابله شي من الثمن بمجرد
العقد الا اذا كان مقصودا بالتناول كما حدث عند المشتري عيب اخر حينيذ يكون له الرجوع بنقصان العيب على البايع وسيجي
ذلك ان شا الله تعالى • قال صاحب الهداية والمراد عيب كان عند البايع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض يعني ان
المراد من اطلاع المشتري على عيب هو العيب القديم الذي كان عند البايع ولم يره المشتري عند العقد او القبض لانه اذا راى
ذلك عند احد هذين الحالين يسقط خياره لرضاه بالعيب دلالة • وكذا اذا لم يكن هذا العيب الذي ظهر عند المشتري
موجودا عند البايع لم يكن للمشتري ان يرده **قوله** قال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب اي قال
القدوري في مختصره واراد بهذا بيان معرفة العيوب لانه لما قال اولا اذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار ان شا اخذ
بجميع الثمن وان شا رده وقع الحاجة الي معرفة العيوب فبين العيب بهذا الكلي يعني ان كل ما نقص الثمن عند التجار فهو عيب
وما لا فلا • وذلك لان المبيع انما جعل محلا بصفة المالية فما ينقص الثمن ينقص المالية لا محالة فيكون عيبا ولكن طريق معرفة نقصان
الثمن الرجوع الي اهل الخبرة وهم التجار • ثم تنقسم العيوب على ما ذكر صاحب التحفة على نوعين احدهما ما يوجب نقصانا في جزء من
المبيع وتغييرا من حيث الظاهر دون الباطن • والثاني ما يوجب النقصان من حيث المعنى دون الصورة • اما الاول
فكثير نحو العمى والعور والعمش والشلل والزمانة والاصبع الناقصة والسن السودا والسن الساقطة والظفر الاسود والخرس
والكلام والقروح والشجاج واثار الجراح والامراض كلها التي في ساير البدن • والحميات وهذا كله ظاهر • واما الثاني فنحو السعال

القدم والارتفاع الحيض في زمان طويل ادناه شهران فصاعدا في الجواري • ومنها صهوبة الشعر والشمط والشيب في العبيد
والجواري والبخر عيب في الجواري دون العبيد الا ان يكون فاحشا او يكون عن دا وكذلك الدفر • ومنها الزنا عيب في الجواري
دون الغلمان الا اذا كثر منهم وصار عادة لهم فيكون عيبا وكذا كونه ولد الزنا عيب في الجواري دون العبيد • والحبل عيب
في الجارية لا في البهايم والنكاح في الجارية والغلام عيب • والكفر عيب في الجارية والغلام ومن هذه الجملة الاباق والسرقة
والبول في الفراش والجنون • قال في العيون قال هشام سمعت ابا يوسف قال لو ان رجلا اشترى عبدا قد احتلم او جارية حاضت
يعني العبد ولم تحض الجارية قال ان كان مولدا فهو عيب وان كان جليبا فليس بعيب وان كان صغيرا فليس بعيب وقال
في الايضاح وحذف الحروف في المصحف او في نقطه عيب لانه يوجب نقصان الثمن **قوله** والاباق والبول في الفراش
والسرقة في الصغر عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ هذا لفظ القدوري في مختصره وحاصل
الجواب فيما قال في التحفة ان في الصغير الذي لا يعقل ولا يأكل وحده لا يكون عيبا لانه لا يعرف الامتناع من هذه الاشيا فلا
يكون وجود العيب بالاحتمال • فاما اذا كان صبيا عاقلا فانه يكون عيبا ولكن عند اتحاد الحالة يثبت حق الرد لا عند الاختلاف
بان يثبت انه ابق عند البايع ثم ابق عند المشتري كلاهما في حالة الصغر وكلاهما في حالة الكبر لان سبب وجود هذه الاشيا في
حالة الصغر عيب وهو قلة المبالاة وقصور العقل وضعف المثانة وفي حالة الكبر يكون السبب سوء اختياره وادا في الباطن فاذا
اتحد الحالان علم ان السبب واحد فيكون هذا العيب ثابتا عند البايع فاما اذا اختلف فلا يعرف لانه يجوز ان يزول الذي كان
عند البايع ثم حدث النوع الاخر عند المشتري فلا يكون له حق الرد كالعبد اذا حم عند البايع ثم حم عند المشتري فان كان هذا
الثاني غير ذلك النوع لا يثبت حق الرد • وان كان من نوعه يثبت حق الرد الي هنا لفظ التحفة **قوله** فليس ذلك بعيب حتى
يعاوده بعد البلوغ يعني اذا وجد في الصغير احد العيوب الثلاثة في صغره ثم بيع فبلغ في يد المشتري ثم وجد احد هذه الاشيا
فلا يعتبر ذلك عيبا لاختلاف الحالة الا اذا عاوده بعد البلوغ في يد البايع ثم باعه فوجد ذلك في يد المشتري يكون ذلك
عيبا لاتحاد الحالة **قوله** والجنون في الصغر عيب ابدا قال في الجامع الصغير • واذا جنت وهي صغيرة فهذا عيب ابدا
قال صاحب التحفة الجنون اذا ثبت وجوده عند البايع هل يشترط وجوده ثانيا عند المشتري للرد فيه روايتان ثم ما لاختلاف
المشايخ بعضهم قالوا لا يشترط لان محمدا قال الجنون عيب لازم ابدا فلا يشترط وجوده ثانيا عند المشتري بخلاف السرقة والاباق
والبول في الفراش فانه ما لم يوجد عند المشتري لا يثبت حق الرد وقال بعضهم لا يكون له حق الرد ما لم يوجد ثانيا عند المشتري كما
في الاباق ونظايره الا ان الفرق ان في الجنون لا يشترط اتحاد الحالة بان جن عند البايع وهو صبي عاقل ثم جن عند المشتري بعد
البلوغ فانه يثبت حق الرد في الاباق ونظايره لا يثبت حق الرد الا عند اتحاد الحالة • وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
من شايخنا من قال معنى هذا انه اذا ثبت الجنون عند البايع وجب الرد وان لم يعاوده عند المشتري • ثم قال فخر الاسلام وهذا
غلط نص محمد في بيوع الاصل وفي الجامع الكبير وغير ذلك ان الرد لم يثبت بعيب الجنون الا ان يعاوده عند المشتري لان
الله تعالى قادر على ان يزيله فلم يكن من ضرورة وجوده يوما بقاوه • ثم قال وانما معنى ما قال في الكتاب انه متى جن عنده
البايع ثم اصابه ذلك عند المشتري فهو الاول وان تقادم العهد لان المعاودة دليل على قيامه لانه شي واحد وهو
فساد في الباطن والي هذا ذهب الصدر الشهيد وصاحب الهداية • وقد قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير الي ان
المعاودة في يد المشتري لا تشترط لان الجنون عيب لازم ابدا لانه يخاف ان يعود في كل وقت لان الجنون لفساد في الدماغ
فاذا كان هكذا يكون ذلك عيبا ابدا • وللمشتري ان يرد ولا يبالي بما اذا ادعى فخر الاسلام من تنصيص محمد في الاصل نظر لان محمدا
قال فيه • والجنون عيب اذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم ابدا هذا لفظ الاصل • ولم نشترط المعاودة في يد المشتري
كما ترى لانا نقول قد قال محمد بعد ذلك في ثمار صحيحة • وان طعن المشتري باباق او جنون ولا يعلم القاضي ذلك فانه لا يستحلف
البايع حتى يشهد شاهدان انه قد ابق عند المشتري او جن عنده • فقد اشترط المعاودة في الجنون كما ترى كما اشترط في الاباق
واما ما قال في التعليل بقوله لان الله تعالى قادر على ان يزيله فلم يكن من ضرورة وجوده يوما بقاوه ففيه نظر لان قدرة
الله تعالى على الازالة تدل على امكان الزوال فلا يلزم من الامكان الوقوع على انا نقول زوال الجنون بعد ثبوته نادر فلا
اعتداد به • وجملة القول هنا ما قال الشيخ الامام ابو المعين النسفي رحمه الله في شرح الجامع الصغير • قال وقال الشيخ الامام
ابو بكر محمد بن حامد يقول ان المشتري لو اثبت وجود هذه العيوب عيوبا لازمة لا زوال لها بعد ثبوتها في تحقيق ان الجنون
لازم سوا اثبت في حالة الصغر او في حالة الكبر لانه لفساد محل العقل وهو الدماغ وهو مما لا زوال له والبول في الفراش في حالة
الصغر لضعف في المثانة والضعف قبل البلوغ شايع في الاعضا كلها • ثم عند البلوغ يكمل اعضاوه ويشتد فكذا هذا • فاذا بلغ
ومع هذا بال دل انه كان لمعنى اخر سوى ذلك الضعف الاصلي وهو ثبوت ضعف في المثانة بسبب اخر فحينيذ يكون عيبا لازما
وكذا السرقة والاباق في الصغر لعرام وقلة تمييز في الصبيان وهو يزول بالبلوغ فاذا ثبت شي منها بالبلوغ علم انهما الشرارة طبع عليهما
وخبث وسو دخلة جبل عليهما • وهذا مما لا زوال له فثبوته في وقت يدل على بقايه الي ان يموت وكان له ان يرد بذلك لانه
ثبوته عند البايع يظهر انه ثابت عند المشتري ايضا • ثم قال الشيخ ابو المعين وكثير من مشايخنا يذهبون الي هذا في الجنون
ويجاوزون ذلك فيقولون فلا يثبت للمشتري حق الرد ما لم يثبت ان هذه العيوب موجودة عنده لان الجنون لفساد في الدماغ
ومما يرتفع عادة • ولهذا قال محمد الجنون عيب لازم ابدا والاسباب الحاملة على الاباق والسرقة والبول في الفراش من الخبث

والشارة وضعف المثانة يكن رد لها وارتفاعها وكثيرا ما يخرج الشيء برد بوله فيثوب ويصير من اصلح عباد الله واكرمهم
خيرا • وضعف المثانة مما يزول وان كان بعد البلوغ لموافقة الاغذية واشباه ذلك فلم يثبت عند المشتري لا يثبت له حق
الرد • ثم قال الشيخ ابو المعين وعامة مشايخنا لا يفرقون بين الجنون وغيره بل يقولون كل ذلك متصور الزوال فلم
يثبت عند المشتري لا يثبت له حق الرد لتصور الزوال وارتفاع السبب الحامل وكم من مجنون افاق ثم لم يعد اليه وكذا
غيره • فاذا وجد شيء منها عند المشتري علم بقاء السبب الموجب الحامل عليه فيثبت حق الرد فان السبب الحامل على البول في
الفراش والسرقة والاباق في الصغير غير السبب الحامل عليها في الكبر فوجوده عند الكبر في يد المشتري لا تدل على انه كان لذلك
السبب لا محالة فلا يثبت له حق الرد لجواز انه حدث عنده لمعنى اخر مما لم يكن وجد عند البائع في الصغر • فاما الجنون فلا
يكون الا لفساد محل العقل وهو الدماغ فيبقى الا ان فتر ظهره فهو بذلك السبب فلم يكن عيبا حادثا وهذا معنى قول محمد
الجنون عيب لازم • ثم قال الشيخ ابو المعين وحكي عن الشيخ ابي بكر الاسكاف البلخي ان الجنون ايضا بمنزلة البول في الفراش
والاباق والسرقة فلا يمكن المشتري ان يرده بالجنون اذا جن عنده في حالة الكبر اذا كان الجنون عند البائع في حالة الصغر
وانما يثبت له حق الرد اذا كان الجنون عند البائع في حالة الكبر ايضا • ووجه ذلك انه يشبه في الصغر الضعف الشامل
على الاعضاء وهو يزول في الكبر كما في ضعف المثانة في حال الكبر لما داخل به محل العقل • والصحيح ما ذهب اليه عامة
المشايخ لان ضعف الدماغ لا يوجب الجنون بل يوجد فيه من العقل بقدره ولهذا نظهر اثار العقل في الصغار ثم يزداد
ذلك بزيادة قوته وكان الجنون ثابتا بالفساد فيه • ثم قال الشيخ ابو المعين وكان علي الرازي يقول البول في الفراش
انما لا يعد عيبا يرد به اذا كان صغيرا • فاما اذا كان كبيرا بان كان ابن عشر سنين واشباه ذلك فهو عيب يرد به هذا
حاصل ما ذكره الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير **قوله** ومعناه اذا جن في الصغر الى اخره اي معنى كون
الجنون في الصغر عيبا ابدا انه لا يختلف الحال بين حالة الصغر والكبر **قوله** وليس معناه اي ليس معنى قوله ابدا
انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري • وهذا نفي لقول بعض المشايخ انه لا يشترط المعاودة وقد مر بيان اختلافهم فيما
قوله والبخر والدفر عيب في الجارية هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وليس بعيب في الغلام الا ان يكون
من داء وقال الكرخي في مختصره البخر عيب في الجارية ولا يكون عيبا في الغلام الا ان يكون في الغلام من داء • ثم قال
والدفر في الجارية عيب وليس بعيب في الغلام الا ان يكون من ذلك شيء فاحش لا يكون في عامة الناس وهو مع ذلك ينقص
الثمن • ولفظ محمد في الاصل كما ذكر الكرخي • وقال الفقيه ابو الليث في خزانة الفقه اربعة اشياء عيب في الجارية دون
الغلام البخر والدفر والزنا وولد الزنا وذلك لان الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا
فيها بخلاف الغلام فانه للاستخدام خارج البيت فلا تكون هذه المعاني مانعة منه فلم تعد عيبا بخلاف ما اذا كان من داء
فحينئذ يكون عيبا في الغلام ايضا لان الداء عيب • ونقل في الاجناس عن البيوع للحسن بن زياد قال ابو حنيفة الدفر ليس بعيب
في الجارية ولا في الغلام الا ان يكون دفر فاحش الريح فيكون عيبا في الجارية دون الغلام • ثم قال وفي البيوع املاء الدفر
ليس بعيب في واحد منهما والعسر عيب وهو الذي يعمل بشماله ولا يعمل بيمينه الى هنا لفظ الاجناس • وقيل اذا كان العبد امردا
يكون البخر فيه عيبا والاصح ان الامرد وغيره سواء كذا في خلاصة الفتاوى والبخر رائحة متغيرة من الفم وكل رائحة ساطعة
فهي بخر ماخوذ من بخار القدر او بخار الدخان وهو البخور الذي يتبخر به من ذلك كذا في الجمهرة والدفر نتن ريح الابط قال
في الجمهرة الدفر النتن رجل ادفر وامرأة دفراء • ويقال للمرأة يا دفار معدول وقد سميت الدنيا دفار ودفر يكون النتن
وغيرها • واما الذفر بالذال المعجمة فهو حدة من طيب او نتن ورجل ذفر بالطيب فيه مسك اذفر كذا في الجمهرة • وقال
فيها وصفت امرأة من العرب شيخا فقالت ادبر دفر واقبل غمر **قوله** وهما يختلفان براي البخر والدفر يختلفان بالاستفراش
قوله والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام هذا لفظ القدوري في مختصره قال محمد في الاصل وان
كان زانيا او ولد الزنا لم يكن له ان يرده لان هذا ليس بعيب في الغلام وهو في الجارية عيب يردها منه اذا كانت زانية
او ولد الزنا لانها توطا وتتخذ ام ولد هذا لفظ الاصل • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره والزنا في الجارية عيب
وليس ذلك بعيب في الغلام في معنى المال وان كان عيبا في الدين • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير لو اشترى عبدا
فوجده زانيا لا يكون عيبا لان فيه زيادة نوع وزيادة الفعل لا تكون عيبا الا ترى انه لو اشترى عبدا فوجده فحلا لم يكن له ان
يرده فكذلك هنا • وذكر ابو يوسف في الامالي وذكر الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه قال اذا اشترى عبدا على انه خصي
فاذا هو فحل لزمه ذلك • واما اذا اشتراه على انه فحل فاذا هو خصي لم يلزمه فكذلك هذا في هذه المسألة • والتحقيق هنا
ان يقال ان الزنا مفسد للفراش وذلك مقصود في الجواري دون العبيد ولذلك كان الزنا عيبا في الجارية دون الغلام
قال مشايخنا الا ان يكون مدمنا للزنا ينقطع به عن خدمة المولى فيكون حينئذ عيبا • واذا كانت الجارية ولد الزنا
فهو عيب لانها تراد للاستيلاد ويعير ولدها به لذلك وليس بعيب في الغلام لانه يراد للخدمة كذا في الايضاح وغيره والفقيه
ابو الليث اورد سؤالا وجوابا فقال فان قيل لو وجد سارقا كان له ان يرد والمعنى في ذلك انه لا يؤتمن على الخزانة
والاموال • فاذا كان زانيا لم لا يكون عيبا لانه لا يؤتمن على الجواري والخدم قيل اذا كن مستورات يمكنه حفظ الفرج
واذا اشتغل المولى بالعلوق فما لا يتفرغ لذلك الامر فكذلك المعنى لا يكون عيبا **قوله** لان اتباعهن من اضافة المصدر الى

المفعول اي لان اتباع الغلام النسا **قوله** والكفر عيب فيهما اي في الغلام والجارية • قال محمد في الجامع الصغير عن
يعقوب عن ابي حنيفة فيمن اشترى عبدا فاذا هو يهودي او نصراني او مجوسي او اشترى امة فوجدها كذلك قال كل هذا
عيب يرده منه وهذا لان المسلم قلما يرغب في صحبة الكافر ويفر عنه فكان الكفر سببا لنقصان الثمن لفتور الرغبة فكان عيبا ولانه
يكره اعتاق الكافر في كفارة القتل بالاجماع ولا يجوز عنده في كفارة اليمين والظهار عند بعض الناس فاختلفت الرغبة قال
شيخ الاسلام في شرح الجامع الصغير فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة في الرد • وان اشتراه على انه كافر فوجده
مسلما لم يرده عندنا لانه شرط العيب فوجد السلامة • وقال الشافعي يرده لانه فات شرط مرغوب لان الاولى بالمسلم
ان يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب ان هذا امر راجع الى الديانة ولا عبرة به في المعاملات • الا يرى
انه لو اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا يرده • ولو اشتراه على انه اعمى فوجده بصيرا لم يرده • فاقول ذكر الكفر فيما اشتراه على
انه كافر يكون للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة فاذا ظهر مسلما كان سليما عن عيب فلا
حاجة الى الرد **قوله** فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهما عيب اي عدم الحيض والاستحاضة كلاهما
عيب وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة انه قال الجارية التي لا تحيض البتة
البالغة او المستحاضة هذا فيهما عيب • وقال محمد في الاصل والمستحاضة والتي يرتفع حيضها زمانا فهذا كله عيب وقيل في التحفة
ادنى ذلك الزمان شهران وقد مر ذلك في اول الباب • وانما كان ارتفاع الدم في اوانه والاستحاضة عيبا لان دم
العادة الاصلية في النسا التي هي حال السلامة الحيض في اوانه فاذا بلغت اوان الحيض وارتفع ذلك زمانا كان ذلك دلالة
داء في الباطن • قال ويعتبر في ذلك اقصى ما ينتهي اليه ابتدا الحيض والثاني العادة وهو سبعة عشر سنة عند ابي حنيفة و
كذا اذا طهرت مستحاضة يكون ذلك لداء في باطنها وكان له ردها بذلك العيب • قال الامام العتابي وغيره وانما
يرد ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يقف على ذلك غيرها ويحلف المولى مع ذلك بالله لقد سلمها بحكم البيع وما بها
هذا العيب وان نكل يرد بنكوله هذا اذا كان بعد القبض وان كان قبل القبض يحلفه بالله ما بها هذا العيب الذي يدعيه
المشتري في الحال وهذا على قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف في مسألة البكارة اذا اشترى جارية على انها بكر فقال
المشتري ليست ببكر وقال البائع هي بكر في الحال فان القاضي يري النسا فان قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البائع
لان شهادتهن تايدت بمؤيد وهو ان الاصل هو البكارة وان قلن هي ثيب لم يثبت حق الفسخ للمشتري بشهادتهن لان شهادتهن
ضعيفة وحق الفسخ قوي ولكن بشهادتهن يثبت للمشتري حق الخصومة في توجيه اليمين على البائع فيحلف البائع بالله لقد سلمها
بحكم البيع وهي بكر ان كان بعد القبض وان كان قبل القبض بالله انها بكر • وروي عن محمد انها ترد على البائع بشهادتهن من
غير يمين البائع فهكذا هنا ترد من غير يمين البائع • وقال في الفتاوى الصغرى اذا اشترى جارية فوجدها لا تحيض
لا تسمع منه الخصومة ما لم يدع ارتفاع الحيض بسبب الداء او الحبل فان ادعى بسبب الحبل يريها النسا فان قلن هي حبلى يحلف
البائع ان ذلك لم يكن عنده وان قلن ليست بحبلى لا يمين على البائع • وان ادعى المشتري ارتفاع الحيض بسبب الداء يريها الى اثنين من
الاطبا المسلمين فان ثبت العيب يحلف البائع كما تقدم وان لم يثبت لا يحلف والمرجع في معرفة الحبل قول النسا وفي معرفة الداء
قول الاطبا • وفي فتاوى الفضلي العيب الذي لا يثبت الا بقول الاطبا ما لم يتفق عدلان منهم لا يثبت العيب في حق سماع
الخصومة بخلاف ما لا يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة في باب العيوب من شرح ادب
القاضي • وفي شرح الطحاوي الى هنا لفظ فتاوى الصغرى • وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير
وان كان العيب خفيا لا يطلع عليه الا الاطبا يثبت بقول عدلين منهم لقوله تعالى فاسئلوا اهل الذكر وهم اهل الذكر في هذا
الباب وكذا ان كان لا يطلع عليه الا النسا يثبت بقول واحدة منهن موصوفة بالعدالة والثنتان احوط وهذا لان هذه
الشهادة مما لا يفضي به الى الحكم بنفي العدد شرط غير معقول المعنى فيما يقطع به الحكم على الخصم فلم يتعد ما ورد مورد الشرع فاما
العدالة فلا بد من اشتراطها لانها ترجح جهة الصدق على جهة الكذب • وقال صاحب التحفة اذا كان العيب باطنا
لا يعرفه الا الخواص من الناس كالاطبا والنخاسين فانه يرد ذلك الى من له بصارة في ذلك الباب فان اجمع على ذلك العيب
رجلان مسلمان او قال ذلك رجل مسلم عدل فانه يقبل قوله ويثبت العيب في حق اثبات الخصومة • ثم بعد هذا يقول
القاضي للبائع هل حدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان لم يكن عليه بينة استحلف البائع على الوجه
الذي ذكرنا فان حلف لم يرد عليه وان نكل قضى عليه بالرد الا ان يدعي الرضا او الابراء وان كان العيب مما لا يطلع عليه
الرجال ويطلع عليه النسا فانه يرجع الى قول النسا فيري امرأة مسلمة عدلة والثنتان احوط فاذا شهدت على العيب ففي هذه
المسألة عن ابي يوسف روايتان وكذا عن محمد روايتان في رواية قال ابو يوسف فيما اذا كان المبيع في يد البائع او في يد
المشتري فانه ان كان في يد البائع رد المبيع بشهادتها لان ما لا يطلع عليه الرجال فقول المرأة الواحدة فيه بمنزلة
البينة فيثبت العيب بقولها والعيب الموجود عند البائع ينفسخ به البيع وان كان بعد القبض لا يقبل قولها في اثبات الخصومة
ولا يقبل في حق الرد على البائع لان المبيع دخل في ضمان المشتري فلا ينتقل الضمان الى البائع بقول النسا ولكن يثبت حق
الخصومة ليثبت الاستحلاف • وفي رواية قال ان كان العيب مما لا يحدث مثله ينفسخ بقولها لان العيب قد ثبت
بشهادتهن وقد علمنا كون العيب عند البائع بيقين فيثبت حق الفسخ • وان كان عيبا يحدث مثله لم يثبت حق الفسخ بقولهن

وأما عن محمد في رواية فإنه لا يفسخ بقولهن • وفي رواية يفسخ قبل القبض ويقبل قولهن لأن قولها فيما لا يطلع عليه الرجال كالبينة
قوله ويعرف ذلك أي يعرف استمرار الحيض وارتفاعه • قوله فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو
الصحيح أي ترد الأمة إذا انضم قولها بأنها لا تحيض أو هي مستحاضة امتناع البائع عن اليمين وإنما قال هو الصحيح احترازا عما قال في
شروح الجامع الصغير من قياس قول محمد في مسألة البكارة أنها ترد بقولهن من غير يمين البائع إن كان قبل القبض وكذا هنا وقد
مر آنفا • النكاح عيب في الرجل والمرأة جميعا وعلله محمد في الأصل بقوله لأن فرج الجارية عليه حرام إذا كان لها زوج ولأن العبد
يلزمه نفقة المرأة قال في الفتاوى الصغرى وعدة الجارية عن طلاق رجعي عيب وعن البائن لا إذا اشترى جارية قد ولدت عند البائع
لا من البائع أو عند آخر ولم يعلم المشتري بذلك وقت العقد هل له أن يردها فيه روايتان على رواية البيوع لا يردها إذا لم يكن بسبب
الولادة نقصان ظاهر وعلى رواية المضاربة يردها لأن على تلك الرواية عيب لازم لأن التكسر الذي يحصل بسبب الولادة لا يزول أبدا
وعليه الفتوى شرح الولادة عيب في بني آدم وفي البهائم لا وكتبنا هذه المسائل تكثيرا للفوائد قوله وإذا حدث عند المشتري عيب
واطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه إلا أن يرضى البائع أن
يأخذه بعيبه • قوله ولا يرد المبيع برفع الدال لا غير لفساد المعنى على تقدير النصب • وقال مالك يرد المشتري مع نقصان
العيب الذي حدث عنده وهي مسألة الخلف وقال في وجيز الشافعية العيب الحادث مانع من الرد ولم يوجد في الظلامة أن يضم أرش
الحادث إلى المبيع ويرده أو يغرم البائع أرش العيب القديم • فإن تنازعا في تعيين أحد المسلكين فالأصح أن طالب أرش القديم أولى
بالإجابة لأن أرش العيب الحادث غرم دخيل لم يقتضه العقد إلى هنا لفظ وجيزهم • والأصل هنا أن رد السلعة بالعيب متى تعذر
لا بفعل وجد من المشتري كان له الرجوع بنقصان العيب إذا لم يصل إليه عوضه لأنه تعذر الرد وعدم رضاه بالعيب وإنما تعذر الرد
لأن شرط الرد أن يرده على البائع كما قبضه منه • فإذا ظهر فيه عيب حادث فات شرط الرد فلأجل هذا تعذر الرد وإنما يرجع
بالنقصان لأن المشتري لم يرض بالعيب وعليه الأصل أنه لو لم يكن له حق الرجوع بالنقصان لتضرر المشتري فراعينا حقه بإيجاب
نقصان العيب إلا إذا رضي البائع أن يأخذه بالعيب الحادث فله ذلك لأنا إنما قلنا بتعذر الرد نظرا للبائع فلما رضي بإسقاط حقه بخلاف
ما إذا كان المبيع عصيرا فتخمر في يد المشتري ثم اطلع على عيب في العصير فقد رضيه البائع وهي مسألة الجامع الكبير حيث لا يجوز
لا يكون للبائع أن يأخذ الخمر ويرد الثمن وإن وجد منه الرضا بالأخذ لأن الامتناع ثمة لحق الشرع لما فيه من تمليك الخمر وتملكها
فلا يرتفع بتراضي المتعاقدين كما لو تراضيا على بيع الخمر ولكن يأخذ المشتري نقصان العصير بأن يقوم يوم الشراء بلا عيب ويقوم
مع العيب وينظر إلى التفاوت فإن كان التفاوت مقدار عشر القيمة يرجع بعشر الثمن وإن كان أقل أو أكثر فبقدره • وأما إذا وصل إليه
بدله لا يرجع بنقصان العيب وإن تعذر الرد كما إذا قتل العبد عند المشتري خطأ لأنه لما وصل إليه البدل صار كأنه ملك العبد من
القاتل بما وصل إليه من البدل • فلو باع ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع بنقصان العيب وكذا هذا وجه قوله فإن فيه
رعاية الحقين • فلئلا يلزم الضرر على البائع ولا يجوز لأنه خرج من ملكه بعيب واحد فيعيبين فلا يكون الرد كما قبض منه ولا يقال
الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فكيف وجب في فوات وصف السلامة • ولأنا نقول نعم لا يقابلها إلا إذا صارت مقصودة و
بالتناول ولحكمه وهذه لجبر حق المشتري كالأوصاف صارت مقصودة بالإتلاف حيث يكون لها حصة من الثمن ويسقط حصتها من الثمن فكذا
هنا • وأما إذا امتنع الرد بفعل مضمون من قبل المشتري فليس له حق الرجوع نحو البيع والهبة والصدقة والقتل والإعتاق
على مال والكتابة لوجود الرضا بالعيب دلالة • قوله خرج من ملكه سالما ويعود معيبا أي خرج المبيع عن ملك البائع سالما
عن العيب الحادث ويعود إلى البائع معيبا بالعيب الحادث قوله عنده أي عند البائع قوله ومن اشترى ثوبا فقطعه
ثم وجد به عيبا رجع بالعيب وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في
في الرجل يشتري الثوب فيقطعه قميصا ولم يخطه ثم وجد به عيبا قال للمشتري أن يرجع بالعيب على البائع فإن قال البائع أنا
أقبل الثوب كان له ذلك فإن كان المشتري صبغه أحمر ثم وجد به عيبا رجع بالعيب على البائع فإن قال البائع أنا أقبله فليس
له ذلك أبدا • وإذا باعه المشتري بعدما صبغه أحمر وقد رأى به العيب فإنه يرجع بما بين العيب والصحة • وإن كان قطعه
قميصا ولم يخطه ثم وجد به عيبا ثم باعه لم يرجع بشيء إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير • اعلم أن قطع المشتري الثوب عيب
حادث فيه يمنع الرد به فلما امتنع الرد رجع المشتري بنقصان العيب القديم جبرا لحقه لأن حقه كان في السليم وقد فات السلامة
فلو قبل البائع بعيب القطع فله ذلك لأن امتناع الرد كان لحقه حتى لا يلحقه ضرر العيب الحادث وقد أسقط حقه لما رضي بالقطع
فلو باعه المشتري بعد العلم بالعيب أو قبله ليس له أن يرجع بنقصان العيب لأن المشتري حبس المبيع عن البائع لما باعه إذ كان
للبائع أن يقول أنا أقبل المبيع كذلك فلما باعه منعه من الرد وهو الحق الأصلي فلما أبطل الحق الأصلي بطل البدل وهو الرجوع
بالنقصان • بخلاف ما إذا باعه بعد الخياطة حيث يرجع بالنقصان سواء علم بالعيب يوم البيع أو بعده لأن امتناع الرد ليس
لحق البائع بل لحق الشرع لحصول الزيادة فيه بالخياطة فكان الرد ممتنعا قبل البيع بالخياطة لا بالبيع فلم يكن المشتري بالبيع حابسا
وصار وجود البيع وعدمه سواء وهذا لأنه لو رد بعد الزيادة لا يخلو من أحد الأمرين فإما أن يفسخ العقد في الأصل وحده أو
الثوب مع الزيادة أو يفسخ فيه لا مع الزيادة فلا يجوز الأول لأن الزيادة لم يرد عليها البيع ولا فسخ فيما لم يرد عليه العقد
ولا يجوز الثاني لعدم انفكاك الزيادة عن الأصل فامتنع الرد أصلا وكذا الحكم فيما إذا صبغه أحمر أو لت السويق بسمن ثم
باعه فله أن يرجع بالنقصان لأن الصبغ أو السمن زيادة لم يرد عليها البيع فلم يصح الفسخ فيها وقد تعذر فصلها عن الأصل فبطل

المبيع وتفسير نقصان العيب مر في المسألة المتقدمة وهو أن يقوم يوم الشراء بلا عيب ومع عيب فما نقص من القيمة بالعيب ينقص ذلك القدر من
الثمن • وإنما قيد في الجامع الصغير بالأحمر لكون الزيادة في المبيع بالاتفاق لأن السواد نقصان عند أبي حنيفة رضي الله عنه أما عندهما
فالسواد زيادة كالحمرة قوله فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه هذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه وليس للبائع أن يأخذه وقد مر البيان آنفا قوله في الأصل يريد بها أي في الثوب والسويق بدون الزيادة
قوله لأنها لا تنفك عنه أي لأن الزيادة لا تنفك عن الأصل فبعد لت السويق أي خلطه قوله لا لحقه أي لحق البائع قوله
وعن هذا قلنا أي عن الوجه الذي ذكرناه وهو أن المشتري إذا كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب فلما أن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا
لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لأنه بالقطع للصغير صار واهبا للثوب له مسلما إليه وصار الأب قابضا عنه وحق الرد
الذي هو الحق الأصلي صار باطلا بالقطع فبطل البدل وهو الرجوع بالنقصان لأنه صار حابسا للمبيع بخلاف ما إذا كان الولد كبيرا حيث يرجع
بالرجوع بالنقصان لأنه بمجرد القطع لا يكون مسلما إليه لأن الأب لا يعتبر قابضا عن ولده الكبير فلما خاطه على ملك نفسه فامتنع
الرد بالخياطة حقا للشرع لا بالهبة • والتسليم بعد الخياطة وصار وجود الهبة والتسليم وعدمهما سواء فيرجع بالنقصان لأنه لم يكن هو
حابسا للمبيع وهذا معنى قوله لأن التسليم حصل في الأول أي فيما إذا قطعه لباسا لولده الصغير قبل الخياطة • وفي الثاني أي فيما إذا
قطعه لباسا لولده الكبير بعدها أي بعد الخياطة فافهم قوله ومن اشترى عبدا فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب
رجع بنقصانه هذا لفظ القدوري ولفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه فيمن اشترى عبدا فأعتقه
على مال ثم وجد به عيبا قال يرجع على بائعه وهذه من الخواص أما الموت فإنما وجب فيه الرجوع بالنقصان لأن رد المبيع تعذر من
لم يرد الحكم لا بفعل البائع فيجب الرجوع وهنا امتنع الرد حكما لانتهاء الملك بالموت ألا يرى أنه لا يتصور نقل الملك في الهلاك • وأما الإعتاق
فلأن القياس أن لا يرجع بنقصان العيب وهو قول زفر كذا ذكره قاضي خان وهو قول الشافعي أيضا كذا نقل قوله في شرح الجامع الصغير
لأنه حبس المبيع بفعله فصار كالإعتاق على مال وكالقتل وفي الاستحسان يرجع لأن الإعتاق إنهاء للملك والشيء بانتهائه يتقرر فإذا ثبت الانتهاء
لم يتصور الحبس حال التناهي فيجعل كأن الملك باق وهو فيه استفادة بصفة السلامة ولم توجد فيرجع بالنقصان كما لو انتهى الملك بالموت
فلأنه الحبس وسقط فعل المشتري لما كان إنهاء لأن الإنسان لم يخلق للملك وإنما وقع الملك فيه عارضا الكرامة إنه وقع جزاء
الكفر في الأصل فلما لم يكن خليقة للتملك لم يكن الملك فيه أمرا ذاتيا بل هو موقت إلى غاية الإعتاق فإذا وجد الإعتاق فقد انتهى الملك
فصار كأنه بالموت بخلاف البيع فإنه قاطع لملك البائع إلى الغير لا منتهى للملك في العبد ولهذا ملكه المشتري فصار البائع كالمستبقي للملك
فلم يرجع بالنقصان وحكم التدبير والاستيلاد كالإعتاق لأن امتناع الرد حكمي أعني أن الرد امتنع بحكم الشرع لا بفعل المشتري • وأما
الإعتاق على مال فإنه كالبيع لأنه لما أخذ العوض بطل حكم الانتهاء فبطل الرجوع • ونقل الفقيه أبو الليث في شرحه للجامع الصغير عن الإملاء
قال إذا اشترى عبدا فأعتقه على مال أو كاتبه أو قتله ثم وجد به عيبا لا يرجع بشيء في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قول أبي يوسف
يرجع بنقصان العيب • ثم اعلم أن الأصل أن امتناع الرد من جهة المشتري إذا كان بفعل مضمون تبطل حقه في الرجوع بنقصان العيب
ثم التمليكات من البيع والهبة والصدقة وما أشبه ذلك • وكذا لو قتله أو أعتقه بمال أو كاتبه لا يبطل حق الرجوع بالنقصان لأن
القتل ليس بمضمون بدليل أن الشريك المعسر إذا أعتق لم يضمن وكذلك إذا دبر العبد أو استولد الأمة ثم اطلع على عيب له أن يرجع
بالنقصان لأن امتناع الرد من جهة الشرع ولأنه ليس بمضمون وامتناع الرد إذا لم يكن من جهة المشتري لا يبطل حق الرجوع كما إذا هلك
المبيع بآفة سماوية أو انتقص أو ازداد زيادة مانعة للرد والفسخ كما إذا قطع ثوبا وخاطه أو طحن حنطة أو شوى لحما أو خبز دقيقا
وهذا لأن في النقصان امتنع الرد لحق البائع • ولهذا لو قبل كذا للإجارة وفي الزيادة امتنع حقا للشرع • ولهذا ليس للبائع أن
يأخذ إذا تراضيا على الرد هذا حاصل ما قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي قوله وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهائه
إلى قوله وفي الاستحسان يرجع وبيانه مر آنفا قوله بالأمر الحكمي يعني لا بفعل المشتري وقد مر بيانه أيضا قوله فإن
قتل المشتري العبد أو كان طعاما فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة وهذه من مسائل القدوري رحمه الله • اعلم أن المشتري
إذا قتل العبد أو أكل الطعام ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب عند أبي حنيفة رضي الله عنه • وقالا لا يرجع في الأكل وهو
قول الشافعي وروي عن أبي يوسف أن القتل لا يمنع الرجوع أيضا لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم من أحكام الدنيا فصار كموته
حتف أنفه • ولو مات لا يمنع الرجوع فكذا القتل وروى هذه الرواية عن أبي يوسف أصحاب الإملاء كذا قال الطحاوي في مختصره ووجه
ظاهر الرواية أن القتل لا يوجد إلا مضمونا لقوله عليه الصلاة والسلام ليس في الإسلام دم مفرج أي مهدر وإنما سقط الضمان عن المولى
لسبب الملك وامتناع الرد إذا كان بفعل مضمون من المشتري يبطل الرجوع بالنقصان كالبيع ولأنه لما سقط الضمان بالملك صار كالمستفيد
به عوضا وهو سلامة النفس للمشتري فلو باع المشتري العبد ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لأن حبس البدل كحبس المبدل فكذا في القتل
لأنه صار كأنه حبس بدله ولا يشبه القتل الإعتاق بلا مال لأنه فعل ليس بمضمون على المشتري لأنه إنهاء الملك كالموت ألا يرى أنه لو أعتق
عبدا مشتركا لا يضمن لعدم فساد العتق والشريك المعسر إذا أعتق نصيبه لا ضمان عليه فعلم أن الإعتاق لا يقتضي الضمان لا محالة • ولا نسلم أن
قتل المولى لا يتعلق به حكم من أحكام الدنيا ألا يرى أنه تجب الكفارة لو كان خطأ • وأما الأكل فقال أبو حنيفة إذا اطلع على عيب
بعد الأكل لا شيء له على البائع • وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه بنقصان العيب وأخذ الطحاوي في مختصره بقولهما وكذا الخلاف
فيما إذا اشترى ثوبا فلبسه فتخرق ثم اطلع على عيب عند البائع فعند أبي حنيفة ليس له الرجوع بنقصان العيب خلافا لهما • وأجمعوا
أنه لو أتلف الطعام أو الثوب بسبب آخر ليس له حق الرجوع كذا في شرح الطحاوي ووجه قولهما أن الأكل تصرف مشروع يقصد بالمبيع لأجله

فكذا اللبس تصرف مشروع بقصد المبيع لاجله فلم يعد اتلافا لان استعمال العين لما طلب فيه باصل التحاقه فنسخ الهلاك على ملكه ولا يكون هو
كالاتلاف فلا يمنع الرجوع بالنقصان كالاعتاق بخلاف القتل • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان الرد تعذر بفعل مضمون على المشتري لان
الاكل واللبس اذا وقع في غير ملكه يوجب الضمان • وانما سقط الضمان هنا والبراءة عنه بسبب الملك فصار كالمستفيد عوضا فلم يجب
الرجوع بالنقصان لان الرد اذا امتنع بفعل مضمون لا يوجب الرجوع فصار كالبيع او نقول الاكل واللبس صنع المشتري اتلافا والمبيع يمنع
الرجوع بالنقصان كالتحريق والقتل بخلاف الاعتاق فانه ليس باتلاف كما انه اللائق فلم يمنع الرجوع بالعيب فان الاكل واللبس المفضي
الى التمزق يوجب الضمان لولا الملك وانما سقط الضمان بالملك فصار سقوط الضمان كالبدل الحاصل له فاشبه البيع فلم يجب الرجوع بالنقصان
كما لو امسكه ولم يرده والاعتاق لا تصور له بدون الملك فلا يكون موجبا للضمان ولا يمكن ان يقال انه بسبب الملك صار مخلصا نفسه
عن الضمان • وقولهما انه تصرف مشروع بقصد المبيع لاجله لا اثر له لانه انتقض بالبيع لانه تصرف مشروع قد يقصد بالشرا ومع هذا يمنع
البيع الرجوع بالنقصان • ولو اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب لم يرد ما بقي ولم يرجع بشي من النقصان في قول ابي حنيفة لان الطعام شي
واحد كالعبد الواحد فيتعذر الرد في بعضه بمعنى من قبله فيبطل الحق في الكل كذا في الايضاح • وقال في شرح الطحاوي اختلفوا فيه
على ثلاثة اقوال روي عن ابي حنيفة انه قال تبطل حصته من الرد ومن الرجوع بحصة العيب كما لو باع بعضه ولو باع بعضه بطل حقه في
الرجوع بنقصان العيب الا في قول زفر فانه يرجع بنقصان العيب في الباقي الا ان يرضى البايع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن وروي
عن ابي يوسف انه قال يرجع بنقصان العيب فيما اكل وفيما لم ياكل الا ان يرضى البايع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن وروي عن
محمد انه قال يرجع بنقصان العيب فيما اكل ويرد الباقي • وليس للبايع ان يمتنع من ذلك وكان الفقيه ابو جعفر يفتي بقول محمد وهو
اختيار الفقيه ابي الليث الى لفظ شرح الطحاوي وقال القدوري في كتاب التقريب اختلف الرواية عنهما في الباقي فقالا يرد الباقي
وروي عنهما انه لا يرد ويرجع بنقصان العيب **قوله** حتف انفه الموت وجمعه حتوف وليس له فعل يتصرف كذا في المهذب و
يقال مات فلان حتف انفه اذا مات على الفراش قيل هذا في الادمي ثم عم في كل حيوان اذا مات بغير سبب كذا قال صاحب
المغرب **قوله** كالمستفيد براي بالملك **قوله** واما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع اي بنقصان العيب • قال في خلاصة
الفتاوي والفتوي على قولهما **قوله** وعنه اي عند ابي حنيفة **قوله** ولا يعتبر بكونه مقصودا جواب عن قولهما
وهو انه صنع في المبيع ما يقصد بشرايه وبيانه مر انفا **قوله** فهو اي البيع **قوله** فكذا الجواب عند ابي حنيفة
اي لم يرجع بشي لان الطعام كشي واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض **قوله** في الاكل اي فيما اكل وفيما لم ياكل **قوله**
ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثا او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله وهذه من مسايل المبادوم
في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يشتري من الرجل الجوز او البيض او البطيخ او الخيار او القثا
فكسره فيجده فاسدا قال ان كان لا ينتفع به رجع بالثمن كله وان كان ينتفع به رجع بنقصان العيب • وقال الشيخ ابو جعفر الطحاوي
ومن اشترى شيئا ماكوله في جوفه فكسره فوجده فاسدا فان كان لقشره قيمة كان البايع بالخيار ان شا اخذ قشره ورد ثمنه على المشتري
وان شا ذلك ورد من ثمنه ما بين قيمته معيبا وما بين قيمته صحيحا على المشتري • وان كان لا قيمة له رجع بثمنه كله على البايع الى هنا
لفظ الطحاوي في مختصره وفرع الزاهد العتابي كونه لا ينتفع به فان كان لا ياكله الادمي والبهيمة وذلك لان البيع لا يصح الا بمال
فاذا كان بحيث لا ينتفع به بان كان لا ياكله الادمي اصلا لا يكون مالا لان المال ما يصلح لمصالح الادمي من غيره وهذا لا يصلح فلم
يصح البيع رجع بالثمن كله وان كان ينتفع به مع فساده لا يرده عندنا ويرجع بنقصان العيب الا ان يرضى البايع به مكسورا • قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير فان اكله بعدما علم بالفساد كان ذلك رضا منه ولا يرجع بشي • وقال في شرح الاقطع و
قال الشافعي اذا كان الكسر مقدارا لا يعلم العيب الا به فله الرد في الصحيح من قوليه • وجه قوله ان الكسر حصل بتسليط البايع
فلم يعتبر عيبا حادثا فجاز رده • ولنا ان الكسر عيب حادث كالقطع في الثوب والعيب الحادث يمنع الرد فيم حصل التسليط من
البايع على الكسر ولكن على الكسر في ملك المشتري لا في ملك البايع فكان عيبا فلو رد رد بعيبين وقد خرج من ملكه بعيب واحد وبه
ضرر على البايع لا محالة • هذا اذا وجد الكل فاسدا فاذا وجد البعض من ذلك فاسدا او البعض صحيحا ان لم يكن لقشره قيمة
يرجع على بايعه بحصته من الثمن • وان كان لقشره قيمة رجع بحصة العيب اعتبارا للجزء بالكل الا اذا كان الفاسد قليلا مقدار
ما يكون مثله في ذلك المبيع فلا يرجع بشي كذا في شرح الطحاوي • وقال فخر الاسلام فان وجد البعض من ذلك فاسدا فان كان
ذلك قليلا فان القياس ان يجعل ذلك كالخمر والميتة يضم الى المال وفي الاستحسان يجعل هذا القدر قليلا لا عبرة به في العادات
ثم قال فخر الاسلام كذلك ذكر مشايخنا ولا نص فيه وفي ذلك ضرورة ايضا لان جملة ذلك لا تخلو عن شي فاسد فلو بطل لما سلم البيع
ابدا فاما اذا كثر ذلك فانه يجعل بمنزلة الميتة والحر يضم الى المال على التفصيل والاختلاف يعني صح البيع فيما صلح بحصته من الثمن وبطل
في الفاسد عند ابي يوسف ومحمد وعند ابي حنيفة فسد في الكل لان الاصل عنده ان البيع في فسد بعضه فسد كله بعينا وفسادا هو
فسد كله والمراد من ان لا يكون لقشر الجوز قيمة ان يكون ذلك في موضع يكثر فيه الحطب الى ذلك اشار الولوالجي في فتاواه
وقال الولوالجي لو اشترى البيض او الجوز فوجدها مرا بعد الكسر له ان يرجع بجميع الثمن قليلا كان او كثيرا لانه لا قيمة لها بعد الكسر هو
قوله فان لم ينتفع به كالبيض المذر والبيضة المذرة **قوله** بتسليطه اي بتسليط البايع **قوله** والقليل ما لا
يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة • وجعل الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير في الجوز الخمسة او الستة
وعدو ذلك في المائة معفوا • وقال لان مثل ذلك قد يوجد في الجوز فصار هذا المقدار كالتابع منه **قوله** ومن باع عبدا

فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضا القاضي باقرار او بينة او باباء يمين له ان يرده ولفظ القدوري في مختصره
ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبله بقضا القاضي فله ان يرده على بايعه وان قبله بغير قضا فليس له ان يرده
وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل باع عبدا من رجل بعدما اشتراه من اخر فوجد به
المشتري الاخر عيبا فاختصما الى القاضي المشتري الاخر والبايع الاخر فرد القاضي العبد على البايع الاخر باقرار منه او باباء يمين عليه
وبين البايع الاول خصومة قال نعم • وقال فيه ايضا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اشترى من رجل عبدا ثم باعه من اخر
فوجد به الاخر عيبا لا يحدث مثله فرده على بايعه وقبله منه بغير قضا قاض قال ليس له ان يرده على البايع الاول ابدا • وقال
محمد هذا اذا رد بعد ثلاثة او زاد في مسئلة الوكيل محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يامر الرجل ببيع عبد له فيبيعه من رجل
ويدفعه اليه فلا يقبض الثمن او يقبضه ثم يريد المشتري ان يرده على المامور بعيب فيقدمه الى القاضي وهو عيب لا يحدث مثله
فرد عليه ببينة او باباء يمين او باقرار من المامور بالعيب قال للمامور ان يرده على الامر • وان كان العيب يحدث مثله فرد عليه
باباء يمين او ببينة قامت بانه باعه هذا وبه العيب رده المامور على الامر وان كان ذلك باقرار بالعيب لم يرده على الامر الى هنا
لفظ محمد في الجامع الصغير • ثم اعلم ان المشتري اذا باع المبيع ثم رد عليه بعيب فان كان ذلك قبل القبض كان له حق الرد على
بايعه يكون بمنزلة ما اذا لم يبع سواء كان بقضا او بغير قضا لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل في حق الكل فصار
ذلك الرد بمنزلة الرد بخيار الشرط او بخيار الروية • اما اذا قبضه المشتري الثاني ثم رد على المشتري الاول بعيب فعلى وجهين
فان قبله بقضا قاض فله الرد على بايعه وان قبله بغير قضا قاض فليس له الرد • وذلك لانه اذا قبل بغير قضا القاضي كان ذلك
رضا باصطلاحهما وتراضيهما فكان بمنزلة عقد مستانف • واذا قبله بالقضا باحد الاشيا الثلاثة بالبينة او بالنكول او بالاقرار
فله ان يرد على البايع الاول لان البيع الثاني انفسخ بفسخ القاضي فصار كان البيع الثاني لم يوجد اصلا • ولكن البيع الاول ما بقي
لم ينفسخ بفسخ الثاني فملك الخصومة • وفي قول زفر اذا جحد العيب فرد عليه بالبينة ليس له ان يرد على الاول كذا ذكر الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير • وذلك لانه لما جحد العيب فليس له ان يدعي على البايع الاول به عيبا لانه مناقض في كلامه
الا يرى انه لما رد عليه الاخر فانه بعدما رد عليه ليس به عيب ثم اراد ان يرده فليس له ذلك فكذلك اذا جحد قبل الرد وجوابه
ان جحوده كان لدفع الخصومة عن نفسه ولم يكن للتحقيق • ولانه لما رد عليه فقد كذب شرعا فبطل جحوده • وقال في شرح
الاقطع له رده عند الشافعي على بايعه وان قبله بغير قضا وقاس على ما اذا قبله بقضا والفرق ظاهر • وقدمنا ان في شرح
الجامع الصغير يستوي الجواب في مسئلة الكتاب بين ما يحتمل الحدوث وما لا يحتمل اذا رد عليه بغير قضا لم يكن له ان يخاصم الذي
باعه لان الرد بالتراضي بمنزلة بيع جديد في حق الثالث والبايع الاول ثالثهما فصار في حق البايع الاول كان المشتري الاول
اشتراه من المشتري الثاني • فلو كان هكذا فلا خصومة فكذا هذا • وانما استوى الجواب لان محمدا قال في عيب لا يحدث
مثله اذا قبله بغير قضا قاض ليس له ان يرده على البايع الاول ابدا واذا لم يرده في عيب لا يحدث مثله مع اليقين بانه
كان عند البايع الاول فلان لا يرده في عيب يحدث مثله وهو يحتمل الحدوث في يد المشتري اولى واحرى فاستوى الجواب
وقال الولوالجي بناء على ما ذكر في بعض روايات البيوع له حق الخصومة ليتيقن العيب عند البايع الاول وفي الايضاح عيبا لا يحدث
مثله كالاصبع الزايد والسن الناقصة وعيبا يحدث مثله كالقروح والامراض اما مسئلة الوكيل فنقول اذا رد عليه بعيب لا يحدث
مثله في مثل تلك المدة رده القاضي بغير بينة او باباء يمين او اقرار لان القاضي يعلم يقينا انه كان عند البايع ومع اشتراط البينة
او النكول او الاقرار في الكتاب محمول على ما اذا اشتبه على القاضي ان هذا العيب قديم ام لا او علم انه لا يحدث في مدة شهر
مثلا ولكن لم يعرف تاريخ البيع حتى كان منذ شهر او اكثر فاحتاج المشتري الى اقامة البينة او الى غيرها من الحجج ان تاريخ البيع
منذ شهر فيعلم القاضي حينئذ ان العيب كان في يد البايع فيرد عليه • فاما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج
الى شي منه فيكون الرد على الوكيل ردا على الموكل من غير ان يحتاج الوكيل الى خصومة • فاما اذا كان العيب يحدث مثله و
فان رد على الوكيل ببينة او نكول فهو لازم للموكل ولا يحتاج الوكيل الى الخصومة لان البينة حجة في حق الناس كافة والوكيل
مضطر في النكول فصار بمنزلة الرد بالبينة • وهذا لانه اذا كان عالما بالعيب عند الموكل لا يمكنه ان يحلف كاذبا ولانه لم يباشر
احوال العبد والموكل هو الذي وقع فيه فصار العهد عليه فان رده القاضي باقرار الوكيل كان ذلك ردا عليه • ولكن له
ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او نكول لان الرد بالقضا لا يحتمل ابتدا العقد فكان فسخا • ولكن فسخ بدليل قاصر وهو اقرار
الوكيل بالعيب عند الموكل من جهة كونه فسخا كان للوكيل حق الخصومة ومن جهة كونه قاصرا لزم الوكيل الا ان يقيم الحجة على الموكل هذا
فيما اذا رد عليه بالقضا • اما اذا رد على الوكيل باقراره بلا قضا القاضي فان كان عيبا يحدث مثله في هذه المدة فليس
للوكيل حق الرد على موكله لانه فسخ بالتراضي فكان بمنزلة عقد جديد في حق غيرهما فبطل حق الخصومة • وان كان عيبا لا يحدث
مثله قال فخر الاسلام وغيره وذكر في عامة روايات المبسوط انه يلزم الوكيل ولا يخاصم الموكل • وذكر في كتاب البيوع
انه يلزم الموكل من غير خصومة لان الخصمين فعلا عين ما يفعله القاضي لان الرد حق متعين فصار كتسليم الخصم وتسليم القاضي سوا
كتسليم الشفعة وقضا الدين والرجوع في الهبة • وجه عامة الروايات ان هذا رد ثبت بالتراضي فصار كالبيع الجديد ولا
ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعله القاضي لان الحكم الاصلي في هذا هو المطالبة بالسلامة • وانما يصار الى الرد لضرورة العجز
فاذا انتقلا الى الرد لم يصح في حق غيرهما الا يرى ان الرد اذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسايل الحكمية

لا يحمل النكول الا على عوض ما قدمنا قال ابو العباس الناطفي في كتاب الاجناس قد اعترض على قول محمد انه بنكول الوكيل يلزم الموكل بالنكول
يصح على اصولهم انما على قول ابي حنيفة رضي الله عنه فان النكول بذل وبذل الانسان لا يثبت في حق غيره واما على قولهما فانه في حكم
الاقرار واقرار الوكيل بالعيب لا يلزم الامر في عيب ما يحدث مثله لان نكوله الذي ابتنى عليه ما قال فقد اجيب عنه بان النكول ليس
بصريح البذل وانما اجراه مجراه عليه بذلك لو ادعى رجل الف درهم على عبد ماذون له في التجارة فانكر ونكل عن اليمين فان
الحاكم يحكم عليه بالمال ولو كان بذلا لم يحكم عليه لان بذل المال وهبته لا يصح وكذا في الدراهم والدنانير والثياب واعيان
الاموال انما جازت الصيانة البينة نصا بخلاف الدنانير والتي اذا جرى مجرى غيره لا يجب اجراؤه مجراه من جميع الوجوه وقد اجريناه
مجرى البذل فيما لا يصح في ستة اشياء في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والنسب والولاء والرق واللعان اما على قولهما فالنكول
لا يكون بمنزلة الاقرار بدلالة عليه انه لو نكل عن اليمين فان كل حكم كان له ان يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ۔ ولو كان بمنزلة الاقرار
لم يملك ان يرجع عن اقراره وكذلك نكول يختص بمجلس الحاكم والاقرار بالمال لا يختص بمجلس الحاكم الاعند ابي يوسف تجري مجرى الاقرار
وليس حكمه حكم صريح الاقرار ۔ وعند محمد حكمه حكم صريح الاقرار ويظهر فائدة الاختلاف بينهما بما قال في كتاب الدعوى املا رواية
بشر بن الوليد ۔ وقال ابو يوسف لو ادعى رجل دارا في يد رجل فانكر ونكل عن يمينه فقضى القاضي للمدعي ثم اقام المدعى عليه البينة
انه كان اشتراها من المدعي فان القاضي يسمع بينته ۔ وقال محمد في نوادر ابن سماعة لا تقبل بينته في الوجهين ۔ والنكول
بمنزلة الاقرار هذا لفظ كتاب فاما ابو يوسف فقبل بينته لانه ليس بصريح اقرار بل اجري مجراه لان حكم الحاكم عليه بسبب من جهته
كما في الاقرار حكم عليه بسبب من جهته ثم هذا الوجه تعتبر بهما قوله لانه فسخ من الاصل اي لان الرد على المشتري الاول
فسخ للبيع الثاني من الاصل لانه بقضاء القاضي وكان للمشتري الاول حق الخصومة مع بائعه قوله غاية الامر انه انكر قيام
العيب اي غاية امر المشتري الاول ۔ هذا جواب لما يقال من جهة زفر انه لما انكر العيب لم يكن له حق الخصومة لانه متناقض
في كلامه فقال نعم انه انكر العيب لكنه كذب شرعا فصار كانه لم ينكر اصلا قوله بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه
بعيب بالبينة متصل بقوله له ان يرده على بائعه يعني اذا قبل المشتري بقضاء القاضي بالبينة او باليمين او بالاقرار له حق الرد
والخصومة مع بائعه بعيب ولا يكون الرد عليه ردا على بائعه بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بالبينة او النكول يكون ذلك
ردا على الموكل والفرق ان البائع البيع في مسئلة الوكيل واحد وكان القضاء بالرد عليه ردا على الموكل ۔ اما في مسئلة بيع المشتري
فالموجود بيعان فلا يلزم من فسخ البيع الثاني فسخ البيع الاول فلاجل هذا لم يكن الرد على المشتري الاول ردا على بائعه قوله
وان قبل بغير قضاء القاضي عطف على قوله فان قبل بقضاء القاضي قوله والاول ثالثهما اي البائع الاول قوله وهذا
يبين اشارة الى المذكور في الجامع الصغير وقد مر بيانه آنفا قوله وفي بعض روايات البيوع اي بيوع الاصل قوله
ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينة ۔ وهذه من مسائل الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل عبدا بالف درهم وقبض العبد ثم جاء البائع يخاصمه
في الثمن فقال قد دلست لي هذا العيب قال لا يجبر على دفع الثمن وان شاء استحلف للاداء ودفع الثمن اليه هنا لفظ اصل الجامع
الصغير ۔ اعلم ان المشتري اذا ادعى العيب لا يجبر على دفع الثمن الى ان يقيم البينة او يحلف البائع ۔ وهذا لمعنيين احدهما
ان المشتري انكر وجوب تسليم الثمن على نفسه لما ادعى العيب ۔ وهذا لان دفع الثمن انما يجب على المشتري اذا تعين المبيع ولم يتعين
المبيع لان حق المشتري في التسليم الى المعيب ۔ والثاني ان الاجبار على دفع الثمن اشتغال بما لا يفيد لانه ربما يحتاج الى نقض قضائه
اذا ظهر العيب لانه يأمر البائع حينئذ برد الثمن على المشتري فيجب عليه صيانة قضائه عن البطلان فلاجل هذا يأمر المشتري باقامة
البينة او يحلف البائع حتى يظهر وجه الحكم فان استبان وجه الحكم بان قامت البينة او حلف البائع فكل رد المبيع والا اجبر
المشتري على نقد الثمن هذا اذا كان شهوده حضورا ۔ فان قال شهودي غيب بالشام لا ينتظر حضور الشهود لانه امر على خطر
ايكون ام لا يكون فلا يؤخر الواجب بل يحلف البائع فان حلف اجبر المشتري على دفع الثمن ويحلف بالله لقد سلمته اليه بحكم البيع
وما به هذا العيب ۔ وان نكل البائع عن اليمين لزمه حكم العيب لان النكول حجة في المال لانه بذل او اقرار فيعمل حجة
فيه بخلاف النكول في الحدود والقصاص فانه ليس بحجة ۔ وبخلاف النكول في الاشياء الستة فانه لا يصح عند ابي حنيفة رضي
الله عنه ۔ ثم في وجوب دفع الثمن على المشتري اذا حلف البائع لا ضرر على المشتري لانه على حجته لانه اذا احضر شهوده فاقاموها
على العيب يسترد الثمن من البائع ۔ وفي الانتظار الى حضور الشهود ضرر بالبائع لانه خرج عن ملكه عبده ولم يصل عوضه هو
وفي قولهم في بيان هذه المسئلة لان المشتري على حجته دليل ان اقامة البينة بعد حلف المدعا عليه معتبر ۔ قال في الفصل السابع
من كتاب القضاء في خلاصة الفتاوى لو اقام المدعي البينة بعدما حلف المدعا عليه تقبل ۔ وكذلك لو قال المدعي للمدعا عليه
احلف وانت بريء او قال اذا حلفت فانت بريء فحلف ثم اقام هو البينة تقبل ۔ اما اذا قال المدعي لا بينة لي فحلف المدعا
عليه ثم اتى هو بالبينة تقبل في رواية الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه وعن محمد ايضا لا تقبل الى هنا لفظ الخلاصة قوله
انكر اي انكر المشتري تعيين حقه لان حقه في التسلم الى المعيب قوله استحلف ودفع كلاهما على صيغة المبني للمفعول كذا هو
السماع قوله يعني اذا حلف اي معنى قوله دفع الثمن اذا حلف البائع على انه لم يكن به هذا العيب قوله وليس في
هذا الدفع كثير ضرر به اي ليس في دفع الثمن كثير ضرر بالمشتري لانه على حجته فاي وقت اتى بها قبل منه قوله ومن
اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده ۔ وهذه من مسائل الجامع الصغير الفائدة وصورتها

فيه

فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل باع رجلا عبدا فقال المشتري بعني ابقا وكذبه البائع قال لا احلف البائع
على الاباق حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده فاذا اقام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما ابق قط
الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير ۔ وضع المسئلة في الاباق والحكم في جميع العيوب التي لا تشاهد عند الخصومة كذلك
كالسرقة والبول على الفراش والجنون الا ان المعاودة في يد المشتري شرط في العيوب الثلاثة والحالة واحدة ۔ وهل
تشترط المعاودة في الجنون فيه كلام استوفيناه في اول الباب فلينظر ثمة لا محالة ۔ ثم اعلم ان المشتري لا يثبت له حق الرد
بهذه العيوب ما لم يثبت حصولها عنده بعد ذلك لا يخلو من احد الامرين اما ان يقر البائع حصولها عند المشتري او ينكر
فان اقر ثبت حق الرد للمشتري وان انكر فيقال للمشتري اثبت اولا ان هذا العيب حصل عندك فان اثبته بالبينة فقد ثبت
له حق الرد لكون البينة حجة ۔ وان لم يكن للمشتري بينة واراد تحليف البائع فله تحليفه على العلم عند ابي يوسف ومحمد
لانه تحليف على فعل الغير فيحلف البائع بالله ما نعلم ان هذا العبد جن عند هذا المشتري ولا ابق ولا سرق ولا بال على فراش
كذا ذكر في الجامع الكبير قولهما ولم يذكر قول ابي حنيفة واختلف المشايخ على قوله ۔ قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع
الكبير قال بعض مشايخنا منهم الشيخ الامام ابو بكر محمد بن حامد لا خلاف في هذه المسئلة وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على ان قول
ابي حنيفة خلاف قولهما ۔ ثم قال الشيخ ابو المعين فيه وحكى الشيخ ابو نصر الصفار عن القاضي ابي الهيثم انه كان يقول ان المسئلة
على الخلاف ولا يستحلف عنده وعندهما يستحلف والخلاف مسطور في النوادر وذكره الطحاوي ايضا ۔ وجه قولهما ان المشتري
لا يقدر على الرد الا باثبات العيب عنده بنفسه وطريق ثبوت الاشياء البينة او النكول ممن لو اقر به لزمه فيستحلف وهذا
اليمين لتوجه الخصومة فاذا حلف بريء ۔ وان لم يثبت للمشتري حق الرد وان نكل البائع ثبت العيب وكذا اذا اقام المشتري البينة
على العيب عنده لكن لا يثبت حق الرد للمشتري لاحتمال ان العيب حادث فيقال للبائع هل كان هذا عندك او ابق او سرق هو
او بال في الفراش بعد الكبر في العيوب الثلاثة فان اقر بذلك يرد عليه لانه اقر انه باع معيبا الا ان يدعي الرضا والابراء كما
قال صاحب التحفة ۔ وان انكر البائع وجود العيب عنده فيقال للمشتري اقم البينة على ذلك فان اقامها ثبت له حق الرد وان
وان لم يكن للمشتري بينة على وجود العيب عند البائع يحلف البائع على البتات وهذه اليمين يمين الرد ۔ وذلك لانه معنى
قوله لو اقر به لزمه ويحلف على البتات لانه يحلف على فعل نفسه ۔ وهو تسليمه صحيحا فان حلف بريء وان نكل رد عليه بالعيب
قال والصواب في التحليف ان يقال بالله ليس له حق الرد عليك بالعيب الذي يدعيه ۔ او يحلف بالله لقد سلمته بحكم البيع
وما به هذا العيب الذي يدعيه ۔ وفي الجنون يحلف بالله ما جن في يدك قط وفي العيوب الثلاثة بالله ما سرق وما ابق
وما بال في الفراش في يدك منذ بلغ مبلغ الرجال قط ۔ فاما لو حلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لم يكن فيه نظر
للمشتري لان العيب لو حدث في يد البائع بعد البيع قبل التسليم لم يحنث لان شرط الحنث قيامه في الحالين فيا ولا ان هو
العيوب لم يكن موجودة عند البيع فيكون صادقا فيبطل حق المشتري ۔ ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه في ان البائع
لا يستحلف على العيب عند المشتري ان الاستحلاف يكون عقيب الدعوى ولا دعوى على البائع الا بعد ثبوت العيب عنده واذا
بطل الدعوى بطل الاستحلاف ۔ والحاصل ان صحة الدعوى متعلقة بثبوت العيب في حق البائع ۔ وهذا اذا كان عيبا
لا يشاهد عند الخصومة فان كان عيبا مشاهدا لا يحدث كالاصبع الزائد والسن الشاغية له ان يرد لانا تيقنا انه كان عند
البائع وان كان عيبا مشاهدا يحدث كالعمى والشلل والقروح فان كان نعلم اهل البصر انه لا يحدث من وقت التسليم الى المشتري
له ان يرده لانا تيقنا بكونه في يد البائع وان كان ذلك ممن يحتمل الحدوث في يد المشتري وانكر البائع كونه في يده فالقول
قوله مع اليمين ۔ وان ادعى المشتري الحبل او الثيابة وقد اشتراها بكرا فالقاضي يريها امرأة عدلة والثنتان احوط فان لم
اخوف بذلك لسماع الدعوى والخصومة وان كان من وقت التسليم مدة يحتمل الحدوث في تلك المدة وانكر البائع كونه في
يده فالقول قوله ۔ وان كان مدة لا يحتمل الحدوث من وقت التسليم فكذلك لا يرد بقول المرأة الواحدة ۔ واما شهادة
المرأتين هل يرد على قياس قول ابي حنيفة لا وعلى قياس قولهما يرد وان كان داء في باطنه فالقاضي يري العدول فان شهد بذلك
رجلان عدلان وهما لا يحتمل حدوثه من وقت التسليم يرد وان كان مما يحتمل حدوثه لا يرد الا ان يشهد شاهدان انه كان
عند البائع والدعوى الصحيحة ان يدعي العيب في يد البائع وفي يده ايضا كذا ذكر الزاهد العتابي في شرح الجامع الكبير
قوله والمراد به التحليف على انه لم يابق عنده اي المراد من قول محمد لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة تحليف البائع
على ان العبد لم يابق عند البائع ۔ يعني لا يحلف البائع ولا يتوجه عليه الخصومة ما لم يثبت العيب عند المشتري وانما يحتاج
انكاره اي انكار البائع به بالمبيع ومعرفته اي معرفة قيام العيب قوله قال الكتاب اي في الجامع الصغير قوله
ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي اي ليس للمشتري حق الرد عليك ايها البائع بالعيب الذي يدعيه المشتري هو
قوله او بالله ما ابق عندك قط يعني او حلفه القاضي بهذا الوجه فيقول البائع بالله ما ابق عندي قط ۔ وانما قال
عندك لان القاضي يخاطب البائع كذلك ۔ فاذا حلف اضاف الى نفسه وقال عندي قوله والاول ذهول عنه
اي التحليف بقوله بالله لقد باعه وما به هذا العيب غفلة عن حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فلاجل هذا لا يحلف
بهذا الوجه لان العيب ربما لا يكون عند البائع ثم يحدث قبل التسليم وهو موجب للرد ۔ فاذا حلف على ان العيب
لم يكن عند البيع ينصرف المشتري لان البائع صادق في حلفه فلا يحنث قوله والثاني يوهم تعلقه بالشرط اي التحليف

بقوله بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب يوم تعلق العيب بالامرين جميعا اعني بالبيع والتسليم • يعني ربما يتناول البائع
ويقول لم يكن العيب عند الحالين بل عند التسليم فحسب فاذا حلف على هذا الوجه يكون صادقا ولا يحنث اذ باتنا الجرم
بتأول الكل فيتضرر المشتري قوله عنده اي عند المشتري قوله واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة اي اختلف
المشايخ في شروح الجامع الكبير كابي بكر محمد بن حامد وقد مر بيانه اننا قوله فاذا نكل عن اليمين عندهما اي اذا
نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشتري يثبت العيب عند المشتري فيتوجه الخصومة على البائع فبعد ذلك
اذا لم يقم المشتري البينة على وجود العيب عند البائع او انكر هو العيب يحلف للرد وهذه اليمين تسمى يمين الرد فان حلف برئ
وان نكل ثبت العيب عند البائع فيرد عليه قوله على الوجه الذي قدمنا اي يحلف على البتات على ما قدمه من قوله
بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط قوله اذا كان الدعوى في اباق الكبير
يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال • وذلك لان اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلاثة فلا يلزم الرد من وجودها
عند المشتري في الكبر اذا كان وجودها عند البائع في الصغر • فاذا حلف البائع مطلقا يكون فيه ترك النظر للبائع
لانه يمتنع عن اليمين مطلقا اذا وجدت هذه العيوب عنده في الصغر فافهم قوله ومن اشترى جارية وقبضها
ثم وجد بها عيبا وهذه من خواص الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى
من رجل جارية بالف درهم وقبض الجارية ونقد الالف ثم وجد بالجارية عيبا فجاء يردها فقال البائع بعتك هذه واخرى
وقد قبضتها • وقال المشتري انما بعتني هذه وحدها قال القول قول المشتري مع اليمين لان البائع يدعي عليه الزيادة وهو
والمشتري ينكر وعلى المنكر اليمين بالحديث • ولان حاصل اختلافهما واقع في مقدار المقبوض والقول قول القابض ضمينا
كان او امينا لانه اعرف بما قبضه الا يرى ان الغاصب لو انكر الزيادة في المقبوض كان القول قوله • وكذا المودع اذا
انكر الزيادة ولو اتفقا في مقدار المبيع واختلفا في المقبوض كان القول قول المشتري ايضا لما قلنا كما اذا اشترى عبدين
او جاريتين واتفقا على مقدار المبيع ولكن اختلفا في المقبوض فقال المشتري قبضت احدهما لا غير • وقال البائع قبضتهما
جميعا قوله لما بينا اشارة الى قوله لم يكن القول للقابض كما في الغصب قوله ومن اشترى عبدين صفقة
واحدة الى اخره وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من
رجل عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ثم وجد بالباقي عيبا فاراد رده قال له ان يأخذهما جميعا او يردهما • هذا لفظ
محمد رحمه الله في اصل الجامع • واصل ذلك ان تفريق الصفقة قبل التمام لا يملكه احد المتعاقدين على صاحبه ويملكه
في الفسخ الا يرى انه يجوز الاقالة في عبد حي وميت ولا يجوز ابتداء البيع والحالة هذه كذا قال الناطفي في الاجناس فلما لم
يجز تفريق الصفقة قبل التمام فاذا رد ما لم يتعلق بالعيب يلزم تفريقها قبله فلا يجوز ذلك لان العقد انما يتم بالقبض ولهذا
اذا هلك قبل القبض يكون من ضمان البائع بخلاف ما اذا هلك بعد القبض فانه من ضمان المشتري فلا يلزم حينئذ تفريق
الصفقة قبل التمام اذا رد المبيع خاصة بعد قبضهما جميعا • وهذا اذا وجد العيب في غير المقبوض ولو وجد في المقبوض
قالوا في شروح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه • والصحيح انه لا يرد المقبوض خاصة يعني ان شاء ردهما جميعا او اخذهما
وذلك لان الصفقة انما تتم بقبض المبيع وههنا شيئان فلم يقبضهما جميعا لا تتم الصفقة فاذا رد المقبوض وحده وهو معيب
يلزم التفريق فلا يجوز وهذا اذا وجد باحدهما عيبا بعد قبض احدهما اما اذا قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فله ان يمسك
الصحيح ويرد المعيب • وقال زفر والشافعي ليس له الا ان يردهما كذا ذكر قولهما في الايضاح • وكذلك ذكر شمس
الائمة البيهقي قول زفر في الكفاية • وكذلك شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي قول زفر فقال على قول زفر هو
يردهما ان شاء لان ضم الردي الى الجيد عادة ظاهرة • فلو رد الردي خاصة تضرر البائع • ولكن قال القدوري
في كتاب التقريب قال اصحابنا اذا اشترى عبدين صفقة واحدة فوجد باحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان
كان قبل القبض ردهما • وقال زفر يرد المعيب في الوجهين وعلل لزفر بان العقد صح بهما والعيب وجد باحدهما فصار
كما بعد القبض • وذكر صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكر القدوري فجعل الاختلاف في قول زفر على اختلاف الرواية
عنه • وجه قولهما على ما في الهداية اعتبار على ما قبل القبض وعلى خيار الشرط والرؤية والجامع دفع الضرر لان هو
العادة بين التجار ضم الجيد الى الردي لترويج الردي فاذا جاز رد احدهما دون الاخر يتوفر غرض البائع وفيه ضرر
ولنا ان الصفقة قبل القبض لم يتم بدليل ان الرد جاز بلا قضاء وبعد القبض تمت وتناهت • ولهذا لم يجز الرد بلا
قضاء فلم يتضمن الرد بعد ذلك تفريق صفقة ولا اضرار البائع لانه تضرر بتدليس المشتري على نفسه فعند العبارة والصفقة
لا تتم مع خيار الشرط والرؤية ايضا بان الرد • والدليل على ما قلنا من جواز رد احدهما بعد قبضهما ان احدهما
لو استحق كان له ان يرده خاصة دون الاخر كالعبدين والثوبين • اما اذا كان المشتري شيئين لا يمكن الانتفاع باحدهما
دون الاخر كخفين ومصراعي باب ونعلين فقبضهما ثم وجد باحدهما او بهما عيبا ردهما ان شاء او اخذهما وليس له ان يرد
احدهما دون صاحبه كذا قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره • وذلك لانه اذا رد احدهما يلزم الزام الضرر
ونقل في الفتاوى الصغرى عن شرح بيوع خواهر زاده اذا اشترى خفين فوجد احدهما ضيقا ان كان لا يدخل لعلة
في الرجل ليس له ان يرده • وان لم يكن كذلك له ان يرده قوله وقد ذكرناه اشارة الى ما ذكر قبل هذا

الباب بقوله بخلاف خيار العيب لان الصفقة مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله قوله وهذا لان القبض له
شبهة بالعقد اشارة الى قوله فيكون تفريقها قبل التمام يعني انما يلزم التفريق قبل التمام لان القبض له شبهة بالعقد فيكون
التفريق قبل القبض كالتفريق في العقد وذلك لا يجوز كما اذا قال بعت هذين العبدين وقال المشتري قبلت احدهما فكذلك
هذا • وجه شبهة القبض بالعقد من حيث ان الضمان ينتقل بالقبض من البائع الى المشتري كما ان الملك ينتقل بالعقد منه اليه
وكذلك يحصل له بالقبض ملك اليد كما يحصل ملك الرقبة بالعقد قوله ولو وجد في المقبوض عيبا اختلفوا اي اختلف المشايخ
فيه وروي عن ابي يوسف انه يرده خاصة • قال فخر الاسلام البزدوي وانما ذكر في كتاب البيوع في فصل الاستحقاق هو
اذا استحق احدهما المقبوض او غير المقبوض له ان يرد الاخر فصار رد ذلك دلالة على العيب وهما نص على حكم العيب
في المقبوض وهو مثل فصل الاستحقاق الى هنا لفظ فخر الاسلام • ثم قال وعن ابي يوسف انه قال ان وجد العيب في المقبوض
اعتبر الاخر مقبوضا وان وجد بغير المقبوض اعتبر الاخر غير مقبوض فيرد المعيب خاصة في الفصل الاول وفي الفصل الثاني لم
يردهما الا جملة لان الوجهين تعارضا فوجب العمل بهما والصحيح جواب الكتاب لانهما تعارضا فبقي على ما كان قوله
ومارده لحبس المبيع اي صار تمام الصفقة كحبس المبيع يعني ان تمام الصفقة لما تعلق بقبض المبيع تعلق بكله لا ببعضه فلم يحصل بقبض
الكل لا تتم كحبس المبيع • لما تعلق باستيفاء الثمن تعلق بكله لا ببعضه فما لم يحصل استيفاء كل الثمن لا يزول حق الحبس اعتبارا لاحد هو
الوصفين بالاخر قوله ولا يبرئه اي تفريق الصفقة قوله لا يتم به اي لا تتم الصفقة بخيار الرؤية والشرط
قوله ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الاخر اي بعد قبضهما وهذا ايضاح لقوله تفريق بعد التمام قوله
ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير
تفسير هذا اذا كان في وعاء واحد لان تمييز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب في المعيب فيصير ردا بعيب حادث
فلا يجوز • فاذا اذا كان في وعائين فوجد باحدهما عيبا فلا باس بان يرده اذا كان قبضهما لان ذلك لا يوجب عيبا زائدا
وقال الفقيه ابو الليث السمرقندي في شرحه للجامع الصغير • قال بعض المشايخ معنى هذا ان المعيب اذا كان مختلطا بالذي لم
يعب به فليس له ان يرد المعيب لانه لو ميز المعيب ورده على البائع كان ذلك اضرارا بالبائع • واما اذا كان المعيب
في جوالق والجيد في جوالق فله ان يرد المعيب خاصة لانه بمنزلة شيئين مختلفين • ثم قال الفقيه ابو الليث وهذا القول لم
يقع على قول محمد خاصة • واخذ الحسن بن زياد عن ابي حنيفة في المجرد ان رجلا لو اشترى اعدال سمن ثم وجد بعدل منها
عيبا فان كان الثمن كله من جنس واحد ليس له ان يرد المعيب خاصة لان الصفقة اذا كان من جنس واحد فهو بمنزلة شيء واحد
وليس له ان يرد بعضه دون بعض وهذه الرواية موافقة لظاهر هذه الرواية الى هنا لفظ الفقيه • ونقل الناطفي في
الاجناس عن البيوع املاء رواية بشر بن الوليد لو اشترى زقين من السمن او سلتين من زعفران او حملين من القطن او الشعير وقد
قبض الجميع له رد المعيب خاصة الا ان يكون هذا والاخر على سواء فاما ان يرد كله او يترك كله • ونقل ايضا عن بيوع هو
الاصل في خيار الشرط والرؤية ليس له رد بعضه سواء كان مكيلا او موزونا او ثيابا او عبيدا قبل القبض او بعده قوله
الكوى حتى اي الكرار ابيع الصبرة واحد ويكون المكيل جنس واحد كما اذا كان المكيل جنسين كالحنطة والشعير هو
فانهما لا يجعلان كشيء واحد حتى لا يكون للمشتري الا رد المعيب خاصة قوله وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد هو
بيانه انما قوله ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي اي بعض ما يكال او يوزن وصورة المسألة في الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يشتري الشيء مما يكال او يوزن من الطعام فيقبضه فيستحق بعضه
قال لا يكون له الخيار في رده • وان كان ثوبا فله الخيار ومسألة المكيل والموزون من الخواص وانما لم يكن له الخيار في
رد ما بقي لانه لا ضرر للمشتري فيه فصار كما اذا اشترى شيئين فاستحق احدهما لزمه الباقي بحصته فكذا هذا بخلاف الرد بالعيب
فانه يرد الكل اذا وجد ببعض الصبرة عيبا لان حصته وتمييزه يوجب زيادة عيب في المعيب فيلزم الرد بعيب حادث
ولا يجوز والباقي بعد الاستحقاق لم يتعيب فلا يلزم من قسمته ضرر ولا نقصان • وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع
الصغير روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان المشتري بالخيار في الباقي يعني بعد استحقاق بعض المكيل او الموزون لانه جعل
الكيلي والوزني اذا كانا من جنس واحد بمنزلة شيء واحد كما قال في الرد بالعيب انه يرد الكل وكذلك في الاستحقاق هو
ولان الشركة توجب مؤونة القسمة وذلك اضرار بالمشتري • واما اذا استحق بعض الثوب فله الخيار في رد الباقي لان الشركة
فيه عيب لانه لا يرغب في بعضه كما يرغب في الكل وانما قيد بالثوب لان استحقاق احد الثوبين بعد القبض لا خيار له في رد
الباقي لانه لا يعد عيبا في الباقي قوله فيه اي في الثوب الواحد قوله وقد كان وقت البيع اي كان التبعيض
اراد به التبعيض قوله ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضا وصورة
المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يشتري الجارية فيجد بها قرحا فيداويه
او يكون دابة فيركبها الى حاجته قال هذا رضا هذا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • اما مسألة المداواة فهي من الخواص
وانما كانت المداواة رضا لانه دليل على استبقاء الملك واما الكل لكن هذا اذا اراد الرد بذلك الجرح • اما اذا
اراد الرد بعيب اخر فله ذلك لانه لم يوجد منه الرضا بعيب اخر • واما الركوب لحاجة نفسه فانه دليل الرضا بالعيب
وكذلك كل ركوب ليس من اسباب الرد فانه دليل الرضا ايضا لانه تصرف فيه تصرف الملاك بخلاف ما اذا ركبها ليشتري علفها

بشرط الخيار حتى لا يكون الركوب مسقطا للخيار لان المقصود من الخيار الامتحان والاختبار وذلك بالاستعمال فلم يكن الركوب رضا لكونه مقصودا من الخيار ❁ واما اذا ركبها ليردها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضا لان في الركوب ضبط الدابة وهو احفظ لها وفي السقي والعلف منفعة الدابة فلم يجعل الركوب رضا استحسانا كما قال في مسئلة البيوع اذا وجد بالجارية عيبا ثم استخدمها لا يجعل ذلك رضا استحسانا ❁ قال شمس الائمة السرخسي في نسخة الاستخدام بعد العلم بالعيب مرة ليس برضا استحسانا والصحيح ان المرة الثانية دليل الرضا كذا في خلاصة الفتاوى قالوا في الركوب للسقي واشتراء العلف هذا محمول على ما اذا لم يجد من الركوب بدا لعجز نفسه او لصعوبة الدابة او لكون العلف في عدل واحد ❁ فاما اذا وجد منه بدا وكان العلف في عدلين كان الركوب رضا وقال في خلاصة الفتاوى فلو علف دابة اخرى وركبها اولم يركبها فهو رضا **قوله** لان ذلك دليل قصد الاستيفاء لان المداواة والركوب دليل قصد استيفاء الملك واستيفاء على ملكه بعد العلم بالعيب رضا **قوله** فيكون الركوب لها مسقطا اي لا يكون الركوب للدابة مسقطا هناك للاختيار اي في شرط الخيار لاجل الامتحان **قوله** لصعوبتها اي لصعوبة الدابة بان يكون شموسا او لعجزه اي لعجز المشتري عن المشي فالحاصل انه اذا لم يجد بدا من الركوب كان الركوب من اسباب الرد فلا يكون رضا ❁ قال ابن درستويه العدل العلم اذا عدل مثله **قوله** ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل باع عبدا قد سرق ولم يعلم المشتري فقطع في يد المشتري قال له ان يرده على البائع ❁ وقال محمد لا يرده على البائع ولكنه يرجع بنقصان عيبه ما بين قيمته سارقا الى غير سارق هذا لفظ اصل الجامع الصغير ❁ وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وكذلك لو وجد مباح الدم فقتل عند المشتري بذلك رجع بجميع الثمن عند ابي حنيفة وعندهما رجع بحصة العيب وهو حصة ما بين مباح الدم الى معصوم الدم وسبب اباحة الدم قتل العمد عند البائع او الردة او قطع الطريق فقتل ❁ وقال محمد في الاصل واذا اشترى الرجل عبدا قد حل دمه بقصاص فقتل عنده فانه يرجع على البائع بالثمن كله وكذلك لو كان مرتدا فقتل عنده ❁ ولو باعه وهو سارق فقطعت يده عنده كان له ان يرده ويأخذ الثمن كله وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه عامة شروح الجامع الصغير وفي المنظومة والحصر ❁ وذكر في المختلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري بسرقة عند البائع انه يرجع بنصف الثمن عند ابي حنيفة وقد ذكر في بعض نسخ كذلك ايضا حيث قال وليسترد النصف لمن يقطع ❁ وليس هذا في الحقيقة اختلاف في الرواية لان المشتري له الخيار بعد القطع بين الرد والامساك ❁ فان العبد اخذ كل الثمن وان لم يرد استرد نصف الثمن لان اليد من الادمي نصفه ❁ ولهذا قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقد قطعت يده بعد القبض والتسليم والمشتري غير عالم بذلك وقت العقد ولا وقت القبض فان شاء رضي بالعبد الاقطع بنصف الثمن وان شاء تركه ❁ وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يرده ولكنه يرجع بنقصان العيب بقوم عبدا قد وجب عليه القطع ويرجع بذلك النقصان من الثمن الا اذا رضي البائع ان يرده هكذا مقطوعا فيرده عليه ويرجع بجميع الثمن ❁ ولو كان المشتري عالما وقت العقد او بعد القبض صار راضيا بالعيب فلا يرجع على بائعه بشيء في قولهم جميعا كذا في شرح الطحاوي ❁ والحاصل ان ابا حنيفة رضي الله عنه اجرى كونه مستحق القطع او مباح الدم بمنزلة الاستحقاق وهما جعلاه بمنزلة العيب ❁ وجه قولهما ان تلف المبيع او عضو مضاف الى امر حادث في ضمان المشتري وهو الاتلاف فينتقض على ما قبض بعد ولا يضاف الى التابع ولا يجري مجرى الاستحقاق غاية ما في الباب انه سبب القتل او القطع وجد في يد البائع وليس ذلك منافيا للمالية ❁ ولهذا لو مات قبل الاستيفاء القتل او القطع تقرر الثمن على المشتري ويصح البيع وان اباه ولي القصاص ❁ ويصح تصرف المشتري فيدل على عدم المنافاة فاذا لم تثبت المنافاة للمالية بعد البيع فلم يظهر ان البيع كان باطلا فلم يسترد الثمن لكن المبيع لما كان معيبا وجب الرجوع بنقصان العيب عند تعذر رد المبيع ❁ اما التعذر في صورة القتل فظاهر وكذا في صورة قطع اليد لان الاستيفاء عند الوجوب فكان بمنزلة عيب حادث عند المشتري والعيب الحادث عنده يمنع الرد ولكنه يرجع بنقصان عيب السرقة لا بنقصان القطع وبه صرح الزاهد العتابي لان القطع وان كان مضافا الى السرقة لانه مستحق بها لم يكن فوات المالية في ضمنه مضافا اليها لان السرقة لا تفوت المالية لما قلنا ❁ والقطع يستحق من حيث انه ادمي لا من حيث انه مال فلهذا وجب الرجوع بنقصان عيب السرقة لا عيب القطع ❁ وهذا كما لو اشترى جارية حاملا فولدت عند المشتري فماتت في نفاسها وقد دلس البائع الحمل لا يرجع بجميع الثمن فكذا ههنا ❁ وكذا الوحمت عند البائع فماتت بالحمى عند المشتري ❁ ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان سبب وجوب القطع او القتل وهو السرقة او القتل العمد والمحرم وجد في ضمان البائع فكان كالهالك عند البائع ونزل منزلة الاستحقاق فيستند الحكم اليه فيظهر انه باع ما ليس بمحل للبيع او باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن كالواستحق بعض العبد فرده حيث يرجع بالثمن كله فكذا هنا وهذا لان الوجوب لما كان بسبب في ضمان البائع والوجوب يفضي الى الوجود صار كان الوجود حصل في يد البائع باسناد الوجوب الى السبب السابق فنزل منزلة الاستحقاق فكما انه يرجع بالثمن كله فكذا هنا او يقول ان التسليم لم يصح لانه مستحق القتل او القطع فصار كان الاستيفاء حصل قبل القبض ❁ وهذا لمن غصب عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا ورد على المولى فاقتص منه في يد المولى يضمن الغاصب قيمته كما لو قتل في يد الغاصب فكذا هنا ❁ وانما الجواب عن مسئلة الحمل فانها على الاختلاف ايضا ❁ وان لم يذكر الخلاف

في كتاب

كتاب البيوع اشد لانه ذكر في الجامع الصغير في نظير ذلك من الغصب في المغصوبة اذا حبلت ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت في نفاسها ان يضمن الغاصب جميع قيمتها عنده فكذلك ههنا لان هذا اصل ذلك ❁ واما مسئلة الحمى فقالوا ان علم انها ماتت بسبب الحمى يرجع بجميع الثمن عنده وان لم يعلم لم يرجع ❁ وان سرق العبد عند المشتري ايضا ثم قطع بعد ذلك بالسرقتين جميعا فعندهما يرجع بنقصان عيب السرقة الموجودة عند البائع كما مر وعند ابي حنيفة لم يرد له ان يرد العبد بلا رضا البائع بالعيب الحادث وهو السرقة عند المشتري والقطع لهما فلو لا يخلو من احد الامرين اما ان يقبله البائع كذلك او لا فان لم يقبله يرجع على البائع بربع الثمن لان اليد من الادمي نصفه وقد قطعت بسببين كان احدهما عند البائع والاخر كان عند المشتري فيرجع بما يقابل نصف اليد وهو الربع ❁ وان قبله البائع كذلك يرجع بثلاثة ارباع الثمن لان نصف اليد حصل قطعه بسبب كان في ملك المشتري فسقط ذلك عن البائع وحصة نصف اليد ربع الثمن ❁ ثم بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع اذا تداولته الايدي فقطع العبد في يد المشتري الاخير بتلك السرقة رجع الباعة بعضهم على بعض بالثمن كما في الاستحقاق عند ابي حنيفة لانه اجراه مجرى الاستحقاق وعندهما لا يرجع الاول كما في العيب ❁ قالوا في شرح الجامع الصغير قال محمد في الجامع الصغير ولم يعلم به المشتري فينبني على قولهما لان عندهما يجري هذا مجرى العيب ❁ فاذا كان عالما لا يرجع على البائع بشيء وقيل ان في قول ابي حنيفة كذلك لانه كونه مباح الدم او كونه مستحق القطع عيب لا محالة لكنه اجري مجرى الاستحقاق ❁ ولا منافاة بين الاستحقاق والعيب والعلم بالعيب وقت الشراء او وقت القبض يمنع الرجوع بنقصان العيب فلا يرجع ❁ ولهذا قال في شرح الطحاوي اذا كان المشتري عالما وقت العقد او قبل القبض صار راضيا بالعيب فلا يرجع على بائعه بشيء في قولهم جميعا ❁ وقد مر شرح اننا ❁ وقال فخر الاسلام والصحيح ان الجهل والعلم سواء لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع ولنا فيه نظر لانا نقول سلمنا ان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع ❁ لكن لا نسلم ان العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكن اجري مجرى الاستحقاق ❁ وعند ابي حنيفة نزل منزلته لا حقيقته لان في حقيقة الاستحقاق سواء كان عالما بذلك او جاهلا قبل القبض او بعده يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا ❁ وبه صرح في شرح الطحاوي وهنا لا يبطل البيع ❁ ولهذا لو اعتق المشتري قبل القتل او القطع ثم عند ابي حنيفة ايضا لا انه لا يرجع عند ابي حنيفة بشيء اذا قتل او قطع بعد الاعتاق بسبب كان في يد البائع لان القتل او القطع لم يفوت المالية حينئذ وعندهما يرجع بالعيب اعني نقصان عيب السرقة ونقصان كونه حلال الدم لان الملك ينتهي ويتقرر بالاعتاق كالموت فلا يبطل الرجوع **قوله** اذا قتل بسبب وجد في يد البائع نحو قتل العمد والردة وقطع الطريق بالقتل **قوله** عند تعذر رده اي رد المبيع بيانه مر انفا **قوله** او قطع بعد الرد يعني يرجع على الغاصب بنقصان القطع كانه قطع عنده وبه صرح الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير **قوله** وما ذكر من المسئلة اي من مسئلة الحمل وجه المنع مر بيانه انفا **قوله** يرجع بالنقصان اي بنقصان السرقة الاولى كما ذكرنا انفا اي قوله وقالا لا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق **قوله** بثلاثة الارباع مر بيانه انفا **قوله** رجع الباعة بعضهم على البائع كالحاكة جمع الحائك **قوله** وقوله في الكتاب اي قول محمد في الجامع الصغير **قوله** ولا يفيد على قوله في الصحيح اي على قول ابي حنيفة في الصحيح من الروايتين ❁ قال شمس الائمة في شرح الكافي اذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه ففي اصح الروايتين عن ابي حنيفة يرجع بالثمن ايضا اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وفي الرواية الاخرى قال لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق ❁ قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه ❁ ولنا في دعوى صحة تلك الرواية نظر قد ذكرناه انفا **قوله** ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها وهذا لفظ القدوري في مختصره وهو من مسائل الاصل ❁ قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا باع الرجل على انه بريء من كل عيب به ولم يسم شيئا من العيوب دون شيء فذلك جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد رحمهم الله الى ههنا لفظه رحمه الله ❁ وقال الشافعي في احد اقواله لا يصح البراءة من العيوب المجهولة ويفسد العقد ❁ قال في شرح الطحاوي وللشافعي اقوال ثلاثة في هذه المسئلة احدها البيع فاسد والشرط فاسد ❁ وفي قول البيع جائز والشرط فاسد ❁ وفي قول يجوز هذا الشرط في الحيوان خاصة ولا يجوز في غيره وجه قوله ان الابراء فيه معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد حتى لو ابرأت الدين المديون عن ذمته فرده ولم يقبله لا يبرأ ولهذا لا يقبل التعليق ❁ الا يرى الى ما قال في الجامع الصغير في كتاب الهبة اذا قال من له على اخر الف درهم اذا جاء غد فانت بريء منه فهو باطل فلا يصح تمليك المجهول ❁ ولنا انه اسقاط فيه معنى التمليك واسقاط الحق يصح مع الجهالة كالطلاق والعتاق كما اذا طلق نساءه او اعتق عبيده ولا يدري كم عدد النساء وكم عدد العبيد ❁ وانما لم يصح تمليك المجهول في البيع والهبة لانه تمليك محض يفتقر الى التسليم والجهالة مانعة من التسليم والتسليم يفضي الى المنازعة وشرع الاسباب لقطع المنازعة والابراء اسقاط فيه معنى التمليك لا يفتقر الى التسليم فلا يفضي الى المنازعة فيصح مع الجهالة فدل على كونه اسقاطا عدم توقفه على القبول ❁ وانما لم يصح التعليق في مسئلة الجامع الصغير لان التعليق انما يصح في الاسقاط المحض لا في اسقاط فيه معنى التمليك فان قلت اذا قال ابرأتك يصح ❁ واذا قال ابرأت احدكما لا يصح فظهر الفرق بين المعلوم والمجهول ❁ قلت اذا قال ابرأت

احد كما يصح ابراؤه عند بعض اصحابنا ويجبر على التعيين كذا ذكر في الاسرار ولئن سلمنا انه لا يصح فنقول انما لم يصح لان من له الحق مجهول لا لان
الحق مجهول الا ترى انه لو قال لفلان علي شيء يصح ولو قال لواحد علي الف لا يصح ولا يلزم على هذا ما اذا قال لامرأته احداكما طالق
لان الطلاق يجوز وموعده يكون رضا الله تعالى وهو معلوم والدليل على ان الحق لله تعالى انهما لو تراضيا على اسقاطه لا يصح ولان الامة
اجمعت على جواز الاستحلال واسقاط الحقوق المجهولة عند الموت من غير نكير فدل ذلك على صحة الابراء عن الحقوق المجهولة • وقال في
الجامع الكبير ولو اشترى عبدا بشرط البراءة من كل عيب دخل فيه الحادث والموجود عند ابي يوسف • وقال محمد يدخل الموجود
خاصة ولم يذكر قول ابي حنيفة في شرح الطحاوي قول ابي حنيفة مع قول ابي يوسف وكذلك ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
قوله مع قول ابي يوسف وهو ظاهر الرواية عن ابي يوسف • وقال الكرخي في مختصره فان حدث به عيب بعد البيع
قبل القبض لم يبرأ البائع منه وكان للمشتري ان يرد المبيع به وهذا قول زفر ومحمد والحسن بن زياد وهو ايضا رواية بشر
ابن الوليد بن سماعة عن ابي يوسف وروى محمد عن ابي يوسف انه يبرأ من الحادث ولم يذكر الكرخي لابي حنيفة قولا كما ترى
وجه قول محمد ان البراءة تتناول الثابت حالة البراءة وكان المراد الموجود لا الحادث • ووجه قول ابي يوسف ان المقصود
من البراءة التزام العقد باسقاط حق المشتري عن سلامة المبيع والالتزام بالاسقاط لا يتحقق الا بان يتناول البراءة الموجود والحادث
جميعا • قال الكرخي في مختصره فان قال البائع ابيعك على اني بريء من كل عيب به لم يدخل في البراءة العيب الحادث في جميع
الروايات عن ابي يوسف ومحمد • ووجهه انه لما قال به خص الموجود بالبراءة ولم يتجاوز غيره • وروي عن ابي يوسف
انه لو شرط في العقد البراءة من العيوب التي تحدث فسد البيع لانه لما خص بين انه لم يرد الزام العقد فانصرف البراءة
الى ذلك المذكور خاصة وانه ليس بموجود ولا وجد سببه وكان شرطا فاسدا دخل في العقد • وقال في خلاصة الفتاوى
ولو تبرأ البائع من كل عيب يدخل فيه العيوب والادواء فان تبرأ من كل داء فهو على المرض ولا يدخل فيه الكي ولا الاصبع الزائد
ولا اثر قرح تدبر وعن ابي حنيفة رضي الله عنه الداء هو المرض الذي في الجوف من طحال او كبد او نحو ذلك • وقال فيها
ايضا رجل باع عبدا او جارية وقال انا بريء من كل داء او لم يقل من كل عيب فانه لا يبرأ عن العيوب لان الداء يدخل في العيوب
اما العيب لا يدخل في الداء • وفيها ايضا لو قال للمشتري الجارية برئت اليك من كل عيب بعينها فاذا هي عوراء لا يبرأ وكذا لو
قال برئت اليك من كل عيب بيدها فاذا هي مقطوعة اليد لان البراءة عن عيب اليد والعيب يكون حال قيام اليد والعين لا حال
عدمها • وانما ذكرنا هذه المسائل تكثيرا للفوائد **قوله** لعدم الحاجة الى التسليم دليل قوله لا يفضي الى المنازعة •
قوله فلا يكون مفسدا اي لا تكون الجهالة في الاسقاط مفسدة للعقد **قوله** وذلك اشارة الى الزام العقد

باب البيع الفاسد

لما فرغ من بيان البيع الصحيح بنوعيه اللازم وغير اللازم •
شرع في بيان البيع الفاسد لان الصحيح هو الاصل لكونه مشروعا ذاتا وصفة بخلاف الفاسد فانه مشروع ذاتا لا صفة قال
الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره جملة ما يفسد به البيع ان يكون المبيع مجهولا او ثمنه او يكون محرما او ثمنه او يكون في
المبيع حق لغير بائعه لا يجوز للبائع فسخه او ان يشترط فيه شرطا فيه منفعة لاحد من الناس لا يوجبها العقد او يكون المبيع مما
لا يقدر على تسليمه او يكون في المبيع غرر او في ثمنه فالبيع فاسد في ذلك كله وكذلك بيع ما ليس عند البائع او بيع ما لم
يقبضه البائع وكذلك ان يبيع دينا له في ذمة غير المشتري او يشتري به من غير من هو عليه في ذمته وكذلك صفقتان في
صفقة وشرطان في بيع وكذلك بيع الارحام والاتباع من الحيوان وما لا ينفصل من غير الحيوان الا بضرر وان ينفصل من
غير الحيوان بغير ضرر جاز بيعه ولا يجوز ان يبيع بثمن ثم يشتريه باقل مما باعه قبل ان يقبض الثمن الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
والمراد من الجهالة في المبيع او الثمن جهالة مفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم بخلاف ما اذا لم يمنع التسليم حيث
يصح العقد كجهالة كيل الصبرة وعدد الثياب المعينة اما كون المبيع او ثمنه محرما فهو كالبيع بالخمر والخنزير او بيعهما ويجيء بيان
ذلك • واما كون المبيع حقا لغير البائع فكالمرهون والمستأجر فقد اختلف المشايخ في ذلك قال في موضع فاسد وقال
في موضع موقوف • ومن اصحابنا من حمل المسألة على روايتين ومنهم من قال ان البيع موقوف • وقوله فاسد معناه انه
لا حكم له فكان فاسدا في حق الحكم وهذا هو الصحيح كذا في الايضاح وتفسير اشتراط المنفعة لاحد من الناس لا يوجبها العقد
كاشتراط المنفعة للبائع كما اذا قال على ان اهب لك او اقرضك وكاشتراطها للمشتري نحو ان قال اشتريت على ان تقرضني
وكاشتراطها للمعقود عليه كما اذا قال ان تعتقه او تدبره وكاشتراطها لانسان اخر نحو ان قال على ان تقرض فلانا والاصل
فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط • واما اذا كان شرطا يقتضيه العقد لا يفسد به العقد كاشتراط
حبس المبيع الى استيفاء الثمن واشتراط انتفاع المشتري بالمبيع ومن جملة ما لا يقدر على تسليمه بيع الرهن على احدى الروايتين وبيع
الطير الذي طار من يده • وكذلك بيع الآبق وكذا اذا كان الغرر في المبيع والثمن كبيع السمك في الماء فان كان اخذه فالقاه
في الماء فهو بيع الغرر لعجزه عن التسليم • وان كان لم يأخذه فهو بيع ما ليس بمملوك وكذا بيع ما ليس عند الانسان لقوله عليه
السلام لا تبع ما ليس عندك وكذا بيع ما لم يقبضه البائع لورود النهي عن ذلك وكذا بيع الدين من غير من هو عليه لانه عاجز
عن تسليم ما في ذمة الغير ويجوز بيعه ممن هو عليه وهو كبيع المغصوب يصح من الغاصب ولا يصح من غيره اذا كان الغاصب منكرا
ولا بينة عليه لان البائع عاجز عن التسليم وكذلك صفقتان في صفقة نحو ان قال ابيعك هذا على ان تبيعني هذا لانه نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وعن بيعتين في بيع • وصورته ان يقول بعتك هذا بقفيز حنطة او بقفيز شعير

هذا

هذا ما ثبت في بيع واحد وكذلك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في بيع كما اذا قال ان اعطيتني الثمن حالا فبكذا
وان كان مؤجلا فبكذا • وكذلك بيع الاوصاف من الحيوان كبيع الالية من الشاة الحية لانها اجزاء قبل الذبح والحادث الذبح
على البائع من ذبحه • وكذلك بيع الاتباع كبيع نتاج الفرس واللبن في الضرع للنهي عن بيع حبل الحبلة وفي اللبن غرر
يحتمل انه انتفاخ وكذا بيع ما لا ينفصل من غير الحيوان الا بضرر كبيع ذراع من ثوب ونوى في تمر لان الضرر يلحق قطعا وان لم
يكن فيه ضرر جاز كبيع قفيز من صبرة وكبيع عشرة دراهم من هذه النقرة وشراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن فيه خلاف الشافعي
ويجيء بيانه في هذا الباب • ثم اعلم ان مصنف القدوري رحمه الله لقب الباب بالفاسد ثم ابتدأ بالبيع الباطل بقوله
كالبيع بالميتة والدم لان الفاسد اعم من الباطل لان كل باطل فاسد ولا ينعكس وهو ان الباطل ما يبطل الاصل والوصف جميعا
والفاسد يبطل الوصف دون الاصل كالجوهر اذا تغير واصله باق فقد فسد واذا لم يبق اصلا فهو الحال التي يقال بطل **قوله** واذا
كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان احدهما غير مملوك كالحر هذا
لفظ القدوري في مختصره • وانما قال العوضين تغليبا لان احدهما معوض ويفعل مثل ذلك فيما اذا كان احد الشيئين اخف من
الآخر كالعمرين لابي بكر وعمر او احدهما مذكرا كالقمرين او احدهما اشهر كالخبيبين لعبد الله بن الزبير واخيه مصعب بن الزبير
وكان يقال لعبد الله بن الزبير ابو خبيب وكان اشهر من اخيه • ثم اعلم ان ما ذكره القدوري جملة فيها تفصيل فانما البيع بالميتة
والدم باطل وكذا بيع الحر وذلك لانعدام حقيقة البيع لانها مبادلة المال بالمال على التراضي وهذه الاشياء ليست بمال عند
احد ممن له دين سماوي فيبطل البيع ولا يفيد الملك • وقد روى البخاري مسندا في الصحيح الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه
وسلم قال قال الله عز وجل ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استأجر اجيرا
فاستوفى منه ولم يعطه اجره • ومعنى اعطى بي اي اعطى ذمة من الذمات برسول الله بخلاف البيع بالخمر والخنزير فانه فاسد لا
باطل ويفيد الملك اذا اتصل القبض باذن البائع صريحا او دلالة بان يقبضه المشتري عقيب البيع ولا ينهاه البائع وهذا لان
الخمر والخنزير مال متقوم عند اهل الذمة ولكن الشرع اسقط التقوم بدليل حل الاتلاف بلا ضمان فمن حيث انه مال صلح ثمنا
ومن حيث انه ليس بمتقوم لم يصلح ثمنا فكان مشروعا باصله غير مشروع بوصفه وهو الفاسد ونظيره ما قلنا لو كان المشترى عبدا
فاعتقه المشتري بعد القبض لا ينفذ في الوجه الاول وينفذ في الوجه الثاني • ولو جاء مستحق واستحق على المشتري لا خصومة
بين المستحق وبين المشتري في الوجه الاول • والثاني يكون المشتري خصما في سماع البينة عليه لانه ملكه ثم اذا لم يفد الملك في
الوجه الاول هل يصير المقبوض مضمونا على القابض اختلف المشايخ فيه قال الشيخ ابو نصر احمد الطواويسي وهو استاذ شيخ الاسلام
ابي بكر المعروف بخواهر زاده انه امانة وليس بمضمون وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو قول ابي سعيد البردعي واليه ذهب
الشيخ ابو سهل الزجاجي قال وقد نص في السير الكبير على هذا ذكره الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير في باب الاستحقاق في
البيع • وقال بعض مشايخنا انه مضمون وهو قول ابي سعيد البردعي واليه مال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي • وروى ابن
سماعة عن محمد انه يكون مضمونا • وقال بعض مشايخنا وهو محمد بن سلمة البلخي الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام
الولد والمدبر ويجيء ذلك وجه الضمان انه ليس بادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء لانه مضمون فكذا هذا • ووجه الامانة
ان العقد باطل لا اعتبار له فبقي القبض باذن البائع فكان امانة وكذا البيع بالبول باطل ايضا وكذلك بيع الميتة والدم والحر
وبيع المحرم الصيد لان صيد البر حرام على المحرم كالميتة فيكون بيعه باطلا • واما بيع الخمر والخنزير فهو باطل اذا قوبل بالدين
اي ما يجب في الذمة كالدراهم والدنانير مثلا وفاسد ان قوبل بعين مثل ثوب فيملك الثوب بالقيمة بعد القبض عندنا خلافا
للشافعي • والفرق بين الحالتين ان الخمر والخنزير مال عند اهل الذمة وحقيقة المال موجودة فيهما ايضا لانه عبارة عما يميل
اليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع وقد يميل اليهما طباع الناس ولكن الشرع اسقط تقومهما اهانة لهما وتركا لاعزازهما • وفي
جعل الخمر والخنزير مبيعا بالدراهم والدنانير اعزاز لهما لان الدراهم او الدنانير تجب في الذمة فكانت وسيلة الى تحصيل الخمر او الخنزير
وكان مقصودا بالعقد وفيه اعزاز لا محالة فلا ينعقد العقد حتى لا يلزم الاعزاز المضاد للاهانة المقصودة من اسقاط التقوم
والى الاهانة اشار ما حدث صاحب السنن في كتاب البيوع منه باسناده الى الاعرج عن ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال ان الله حرم الخمر وثمنها وحرم الميتة وثمنها وحرم الخنزير وثمنه • وحدث ايضا صاحب السنن في كتاب
الاشربة باسناده الى ابن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها
وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة اليه بخلاف ما اذا قوبل الخمر او الخنزير بالثوب حيث يكون البيع فاسدا لا باطلا لانه يعتبر
ذلك شراء الثوب بالخمر او الخنزير لا شراء الخمر والخنزير بالثوب لانه مقايضة وفي المقايضة كل واحد من العوضين يعتبر مبيعا وثمنا
فلما امكن كون الخمر او الخنزير ثمنا جعل ادخال الباء في الثوب تصحيحا لتصرف المسلم بقدر الامكان وترجيحا لجهة الصحة
على جهة البطلان ثم انما يكون البيع فاسدا فيما اذا اشترى الثوب بالخمر او الخنزير لانه ليس فيه اعزاز الخمر او الخنزير بل فيه
اعزاز الثوب لانه هو المقصود لكونه مبيعا والمبيع هو المقصود لا الثمن الا ترى انه يشترط وجود المبيع لا الثمن وهلاك المبيع
قبل القبض يؤثر في انفساخ العقد بخلاف هلاك الثمن وهلاك المبيع يمنع الاقالة بخلاف هلاك الثمن والسلم في المبيع باطل هو
لا يرد لان كلامنا في العزيمة لا الرخصة **قوله** فيه يكون امانة اي في المبيع الباطل **قوله** عند بعض المشايخ اراد به
الشيخ ابا نصر احمد بن علي الطواويسي وقد بيناه انفا **قوله** لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء يعني انه مضمون

بكة المقبوض بالبيع الباطل بعوان نه لم يوجد صورة الشرا ولكنه قبض على سوم الشرا وهنا قبض على صورة الشرا فاولى ان يكون
مضمونا قال الفقيه ابو الليث في العيون اذا اخذ شيا على سوم البيع فان بين الثمن يكون مضمونا عليه وان لم يبين الثمن يكون امانة
في يده وذكر فيه عن ابي يوسف في رجل اخذ ثوبا فقال اذهب فان رضيت اشتريت فضاع في يده لم يلزمه شي • وان قال
ان رضيته اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة **قوله** في يد المشتري فيه اي في البيع الفاسد **قوله** وفيه خلاف الشافعي
اي وفي كون المبيع مضمونا في يد المشتري في البيع الفاسد خلاف الشافعي فصل ليس يعرفه **قوله** وسنبينه بعد هذا
اي في اول الفصل الذي يلي هذا الباب **قوله** وكذا اذا باع الخمر بالثوب اي يكون البيع فاسدا لا باطلا **قوله**
لكونه مقايضة اي لكون البيع مقايضة وهي بيع العرض بالعرض والعرض هو المتاع القيمي كائنا ما كان وسمعت في درب
الحجاز اعرابيا يقول عرضا بعرض وكان يريد مبادلة بتمر بشعير او نحوه • وقال في الحل التقبض المثل وتجوزا يقال على هذا ع
انما سمي هذا النوع من البيع مقايضة لان العوض مثل العوض في القيمة **قوله** قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب
فاسد اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية ومعناه باطل يعني اراد القدوري بالفاسد الباطل • اما ام
الولد فلما ذكر محمد في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وقال
لا يبعن في دين • وقال محمد فيه ايضا كان عمر رضي الله عنه ينادي على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان بيع امهات
الاولاد حرام ولا رق عليها بعد مولاها • وقال محمد بن عبد الله بن قارب اشترى ابي امة من رجل فما استطعت منه فامر
عمر بن الخطاب بردها • وقال ابعد ما اختلط لحومهن بلحومهم ودماؤهن بدمائهم • وروى الكرخي في مختصره باسناده
الى عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما رجل ولدت منه امته فهي معتقة عن دبر وروي عن ابن عباس
ايضا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين ولدت ام ابراهيم قال اعتقها ولدها • وقال الكرخي ايضا عن مسلم بن يسار قال
سالت سعيد بن المسيب عن عتق امهات الاولاد فقال ان الناس يقولون اول من اعتق امهات الاولاد عمر بن الخطاب وليس كذلك
ولكن رسول الله اول من اعتقهن فلا يجعلن في الثلث ولا يبعن في دين فلما ثبت لها استحقاق الحرية بحيث لا يجوز ابطاله
لم يجز بيعها • واما المدبر فلما روى الشيخ ابو الحسن الكرخي عن زيد بن ثابت وابن عمر وشريح وسعيد بن المسيب والشعبي
وابراهيم وعطا وابن سيرين انهم قالوا لا يباع الا من نفسه وهو قول اصحابنا وسفيان الثوري وقال رحمهم الله وقد روى
اصحابنا في كتبهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث • وذكر محمد بن الحسن
في الاصل عن ابي جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته ولان سبب الحرية وهو التدبير
حصل منعقدا في الحال وكانت التعليقات ليست باسباب عندنا في الحال لان ما بعد الموت زمان بطلان الاهلية فلما
انعقد السبب في الحال لم يجز ابطاله بالبيع • وعند الشافعي يجوز بيع المدبر وهو قول احمد واسحق لما روي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم باع المدبر وجوابه [illegible] عن ابي حنيفة [illegible] المدبر المقيد [illegible] قال
جز بيعه يجوز عندنا ايضا • واما المكاتب فلا يجوز بيعه عندنا وعند الشافعي في قوله الجديد [illegible] اذا شرط التن
ان يقوم مقام السيد في نفسه كما ذكره في الاسرار • وانما لم يجز لان المولى لا يد له على المكاتب وجواز البيع يتوقف
على اليد بدلالة الابق والمغصوب ولانها معاوضة ثابتة في ذمة العبد فمنعت من بيعها كالعتق على مال ولان المولى عقد
[illegible] فان رضي المكاتب بالبيع فيه روايتان في ظاهر
الرواية يجوز بيعه لان عدم الجواز كان لحقه فلما اسقطه بالرضا بالبيع انفسخت الكتابة وجاز البيع • وروي في النوادر انه
لا يجوز • فان قلت كيف قال صاحب الهداية ان بيع هولا باطل فلو كان باطلا كان بيعهم كبيع الحر ثم لو جمع بين قن وحر
لا يجوز البيع اصلا • ولو جمع بين قن وواحد من هولا يجوز البيع في حق القن بالحصة ولهذا قال محمد في الاصل • واذا
اشترى الرجل عبدين فاذا احدهما مكاتب او مدبر او اشترى امتين فاذا احداهما ام ولد وقد قبض المشتري المبيع فانه
يرد المكاتب والمدبر وام الولد في ذلك بحصته ويلزم الآخر بحصته من الثمن ولا يشبه هذا الحر الا ترى ان بعض الفقهاء
يجيز بيع ام الولد والمدبر وان هولا رقيق بعد لم يعتقوا وليس للمشتري خيار في الباقي فيما اذا علم بذلك يوم اشترى الى هنا
لفظ الاصل • قلت اراد بالباطل انه لا يفيد الملك قبل القبض كما يفيد الملك بعد القبض فاسدا باعتبار اتفاقات الناس وهولاء
ليسوا كالحر لانه لا يدخل في البيع اصلا وهولاء يدخلون لقيام الرق فيهم ثم يرد البيع لاستحقاقهم انفسهم فيبقى البيع بالحصة
وهو جائز بقاء وان لم يجز ابتدا ويجي ذلك في اخر هذا الباب ان شاء الله تعالى **قوله** والمعنى الملك بالبيع ليبطل
ذلك كله اي لو صح بيع هولا لبطل ما قلنا من المعاني وهي استحقاق ام الولد العتق وانعقاد سبب الحرية للمدبر في الحال
واستحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة في حق المولى فلم يجز بيعهم لئلا تبطل هذه المعاني **قوله** والاظهر الجواز احترازا
عن رواية النوادر وقد مر ذلك **قوله** وان ماتت ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة
وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه اي قولهما بالضمان في ام الولد والمدبر رواية عن ابي حنيفة وهذا هو المفهوم من ظاهر
كلام صاحب الهداية • وقال بعضهم في شرحه قالا رواية عن ابي حنيفة في حق المدبر يروي المعلى عن ابي حنيفة في حق المدبر
انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب • واما في حق ام الولد فاتفقت الروايات عن ابي حنيفة انها لا تضمن بالبيع
والغصب كذا ذكر رواية المعلى قاضي خان • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره ولا تضمن ام الولد عند ابي حنيفة

بالايدي لا تضمن في الغصب كما يضمن الرقيق وتضمن بما يضمن به الصبي الحر اذا غصب • وروي عنه في الاملاء انها تضمن قال الكرخي وهو
قول صاحب التحفة ايضا ذكرها انها اذا تلفت من سبب حادث من جهة الغاصب بان ذهب بها الى طريق فيها سباع فاتلفتها ونحو ذلك
واجمعوا انها تضمن بالقتل لان دمها متقوم وضمان القتل ضمان دم ثم صورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة رضي الله عنه في رجل باع ام ولد او مدبرة له فماتا في يد المشتري قال لا ضمان عليه • وقال ابو يوسف ومحمد يضمن
قيمتهما في الغصب والبيع وهو من الخواص • قال فخر الاسلام ونظير ذلك في السير الكبير رجل باع عبدا من رجل بميتة وقبضه
المشتري فهلك عنده لا ضمان عليه عند ابي حنيفة • وجه قولهما انه مقبوض بجهة البيع فكذا ما نحن فيه والدليل على قبضهما
بجهة البيع انهما قالا لان مضمونان بالاجماع ولهذا يدخلان في البيع الا ترى انه اذا جمع بين قن وبين احدهما وسمى الثمن صح البيع
في القن بحصته من الثمن واذا ثبت حكم البيع فيهما صار مضمونا بحكم البيع فيهما ولا ضمان في دفع الضمان عنهما وهذا لا يشبه المكاتب لان يده
ثابتة في نفسه بعقد ولا ضمان بدون تحقق القبض وهذا لان المكاتب في يد نفسه دون ام الولد والمدبر على انا نقول المدبر
والمكاتب يضمن في البيع كما في الغصب في رواية المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ذكره القدوري في التقريب فلا حاجة الى
الفرق حينئذ • وجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه انهما لا يدخلان تحت حكم البيع لا يكون مضمونا بالبيع كالمكاتب • ثم المدبر
وام الولد لا يدخلان تحت حكم البيع وهو الملك بالاتفاق لانهما ليسا بمحل لحكم البيع فلا يكونان مضمونين لان الضمان مقابل الملك
حتى يملك المضمون باداء الضمان فلما لم يصح الملك فيهما لم يكن الضمان كالمكاتب اذا هلك في يد المشتري • واما جهة البيع فانما
تلي حقيقة البيع اذا كان المحل قابلا حقيقة البيع والمدبر وام الولد ليسا كذلك • واما دخولهما في البيع فلم يكن ذلك في حق
انفسهما بل ليثبت حكم البيع في المضموم اليهما كما في المشتري لا يدخل تحت البيع اذا انفرد • واما اذا انضم الى مال البائع جعل
فاشتراهما المشتري دخل في البيع ليثبت الحكم في مال البائع على انقسام الثمن عليهما فصح البيع في مال البائع بحصته من الثمن
وهذا النظير اعني مال المشتري هكذا ذكر فخر الاسلام ولكن بعبارة اخرى • وقال في التتمة والفتاوي الصغرى اذا جمع
بين ماله ومال غيره وباع من ذلك الغير صفقة واحدة لا يجوز اصلا وبه كان يفتي ظهير الدين والاول هو الاصح **قوله**
وهذا لان المدبر وام الولد اشارة الى ان كل واحد منهما مقبوض بجهة البيع **قوله** وهما اي ام الولد والمدبر
قوله ذلك اشارة الى دخولهما في البيع **قوله** كذا هذا اي كذلك الحكم فيما نحن فيه يعني يثبت حكم الدخول
في البيع في حق المضموم اليه وهو القن لا في ام الولد او المدبر • ثم اعلم ان قيمة المدبر ما ذا فيه اختلاف المشايخ • قال في الفتاوي
الصغرى قال بعضهم ثلثا قيمة القن وهذا غير سديد فانه ذكر في المسئلة بعض ما نقصه التدبير خصوصا في الزيادات
في باب المدبر المجهول • وذكر الشيخ القاضي الامام علي السعدي في فوائده قيمته ثلثا قيمة القن لان منفعة الوطي والسعاية
باقية ومنفعة البيع زائلة وقيمة ام الولد ثلث قيمة القن • وذكر خواهر زاده في كتاب الدعوى في قيمة المدبر اختلاف
المشايخ قال بعضهم نصف قيمة القن لان قبل التدبير كان له نوع منفعة البيع وما شاكلها ومنفعة الاجارة وما شاكلها وقد زال
احدهما وهو البيع وبقي الاخر • وهكذا في فتاوي الفقيه ابي الليث وبه نفتي • وبعضهم قالوا قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم
يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن • وما قال خواهر زاده هو الاصح وعليه الفتوى الى هنا لفظ الفتاوي الصغرى و
قوله ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد • وهذا من مسائل القدوري وفي الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
فيمن باع سمكا في حظيرة ولا يستطيع ان يخرج منها الا بصيد لا يوجد الا بصيد فالبيع فاسد • وان كان يوجد بغير صيد فهو
فالبيع جائز والمشتري بالخيار اذا راه • قال فخر الاسلام معنى المسئلة اذا كان البائع اخذها ثم القاها في حظيرة ما هو
مكان ما لكه له يعني قول محمد بجواز بيع السمك اذا كانت توخذ بغير صيد فيما اذا كان يعني البائع قد اخذها ثم اذا كانت
توخذ بغير صيد صح البيع لانه باع ما ملكه وهو مقدور التسليم اذا لم يوجد بغير صيد لا يصح بيعها لعدم القدرة على التسليم عقيب
العقد كالعبد الابق والطير الطائر • اما اذا اجتمعت بنفسها من غير احتيال لاخذها فالبيع باطل لعدم الملك وان لم يستطع
الخروج كما اذا فرخ الصيد في ارضه من غير ان يتخذ له مكانا فاذا اتخذ له مكانا كان ملكا لصاحب الارض فاذا رآه المشتري
فله الخيار لانه اشترى شيا لم يره لان الرؤية في الما لا تتحقق كما هي • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر
محمد بن الحسن في المسائل الرقيات لو ان رجلا اتخذ حظيرة في ارضه فدخل الما واجتمع فيه السمك فقد ملك السمك وليس لاحد
ان ياخذ ولو اتخذ لحاجة اخرى فمن اخذ السمك فهو له • قال وكذلك الرجل حفر في ارضه حفيرة فوقع فيها صيد فتكسر قال
ان اتخذ ذلك الموضع للصيد فهو له وقد ملكه وان لم يتخذ ذلك للصيد فهو لمن اخذه • وقال ابو يوسف في كتاب الخراج لا يجوز
بيع السمك في الما لانه غرر وهو للذي يصيده فان كان يوخذ باليد من غير ان يصاد فلا باس ببيعه • ومثله اذا كان يوخذ
بغير صيد كالسمك في حب • فاذا كان لا يوخذ الا بصيد فمثله كمثل الظبي في البرية او الطير في السما فلا يجوز بيع ذلك لانه
غرر وهو للذي صاده • وقد رخص في بيع السمك في الاجام اقوام فكان الصواب عندنا في قول من كرهه حدثنا العلاء بن
المسيب بن رافع عن الحارث العكلي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال لا تبايعوا السمك في الما فانه غرر • وحدثنا يزيد
ابن ابي زياد عن المسيب بن رافع عن عبد الله بن عباس انه قال لا تبايعوا السمك فانه غرر الى هنا لفظ ابي يوسف في كتاب
الخراج • ثم قال ابو يوسف فيه حدثنا ابن ابي ليلى عن عامر الشعبي قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر • قال
في ديوان الادب الغرر الخطر **قوله** الا اذا اجتمعت فيها بانفسها استثنا من قوله جاز يعني لا يجوز بيع السمك اذا اجتمعت في الحظيرة

بانتهما من غير احتيال لهما فاذا اجتمعت فيها بالحيال يجوز بيعها اذا كانت تؤخذ بغير صيد وقدر على تسليمه . وان كان لا يمكن
اخذهما بغير صيد لا يجوز البيع الا اذا قدر على التسليم بعد ذلك وسلمه حيث يجوز البيع على قول الكرخي خلافا لمشايخ بلخ
هكذا ذكر الخلاف في شرح الطحاوي **قوله** ولا بيع الطير في الهواء اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه اذا كان طيرا
لم يصطد بعد فانه بيع ما لا يملكه فلا يجوز وان كان طيرا اخذه ثم انفلت منه او ارسله بنفسه فلا يجوز ايضا لانه غير مقدور
التسليم عند العقد وهذا هو الظاهر عن اصحابنا . ثم لو قدر على التسليم لا يعود الى الجواز على قول مشايخ بلخ كذا في شرح
الطحاوي واليه ذهب صاحب التحفة . وذلك لانه وقع فاسدا ويعود الى الجواز على قول الكرخي . وقال في التحفة
انه يعود جائزا وكذلك الحكم فيما اذا جعله ثمنا لان الثمن اذا كان عينا فهو مبيع في حق صاحبه . وقال القاضي فخر الاسلام
في فتاواه وان باع طيرا له طير في الهواء ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا
كان صاحب الهداية اختار هذا حيث قال ثم فيما من وديه والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مقدور
التسليم **قوله** ولا بيع الحمل ولا النتاج وهذه من مسائل القدوري . وذلك لما روي في الموطا والصحيح والسنن
وغيرها مسندا الى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة . وروي في الموطا
مسندا الى سعيد بن المسيب انه كان يقول لا ربا في الحيوان . وانما نهي عن الحيوان عن ثلث عن المضامين والملاقيح
وحبل الحبلة . وانما بطل هذا النوع من البيع لمعنى الغرر لانه لا يدري هل تنتج تلك الناقة ام لا تنتج ان تنتج فربما
فلان تحمل ولد والمضامين ما في اصلاب الفحول والملاقيح ما في البطون جمعا ملقوح ومملوك فبان لحق الناقة هو
ولدها ملقوح به الا انهم استعملوه بحذف الجار ومن التي يعني نصبه واستتر فيه الضمير كما يقال كذا وهو في ضمنه وكذا
مضمون كتابه كذا والحبل مصدر سمي به المحمول كما سمي بالحمل . وانما دخلت عليه التاء للاشعار بمعنى الانوثة فيه لان معناه
ان يبيع ما سوف يحمله الجنين الذي في بطن الناقة على تقدير انه يكون انثى كذا في الفايق . واراد بالنتاج نتاج الحمل
اعني ولد الجنين . وروى بعض الفقهاء الحبلة بكسر الباء ولم يثبت ذلك في كتب الحديث **قوله** ولان فيه غررا والمراد
الحمل وقيل المراد سوء النابتة **قوله** قال ولا اللبن في الضرع اي قال القدوري في مختصره ويجوز اعراب اللبن
بالجر على حذف المضاف وترك المضاف اليه على حاله على معنى ولا يجوز بيع اللبن في الضرع . ويجوز بالرفع ايضا على حذف
المضاف واقامة المضاف اليه مقامه لعدم اللبس لقوله تعالى واسأل القرية اي اهل القرية . وانما لم يجز ذلك لمعنى هو
الغرر وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الغرر . وقد حدث صاحب السنن وغيره مسندا الى الاعرج عن ابي هريرة
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ومعنى الغرر فيه احتمال الانتفاخ . وقال محمد بن الحسن في الاصل واذا اشترى
الرجل صوف الغنم وهو على ظهرها والبانها في ضروعها فان ذلك لا يجوز بلغنا ذلك عن عبد الله ابن عباس ولانه ربما يقع
التنازع بين البائع والمشتري في كيفية الحلب فلا يجوز البيع لادائه الى نقض الموضوع . لان وضع الاسباب لقطع
المنازعات فاذا افضى البيع الى ذلك لزم ما قلنا . ولانه يجوز ان يجتمع اللبن في الضرع بعد عقد البيع فيختلط المبيع
بغيره بحيث لا يمتاز عنه فلا يجوز . وكذلك لا يجوز اذا باع دقيقا في هذه الحنطة او زيتا في هذا الزيتون او دهنا في السمسم
او عصيرا في العنب او سمنا في اللبن ونحو ذلك **قوله** فمعناه انتفاخ وكانه اراد به نفخه انتفاخ بطريق التمييز
قوله قال والصوف على ظهر الغنم اي قال القدوري في مختصره ويجوز اعراب الصوف بالرفع والجر على ما تقدم
بيانه في قوله ولا اللبن في الضرع . ثم اعلم انه اذا باع الصوف على ظهر الشاة قال في بيوع الاصل لا يجوز ولم يذكر فيه
خلافا لابي يوسف . وقال في كتاب الصلح من ادعى في احد دعوى فاصطلحا على صوف على ظهر الشاة جاز عند ابي يوسف
خلافا لهما فقال لعدم البيع كذلك كذا في المختلف . وجه الجواز القياس على قوائم الخلاف لان كلا معلوم مقدور التسليم
في الحال . ووجه الظاهر ما روي عن ابن عباس انه ابطل بيع الصوف على ظهر الغنم ولان موضع القطع غير معلوم لانه
لا يتصور القطع في وجه لا يبقى شيء من الصوف على ظهر الشاة فكان المبيع مجهولا فلم يجز لادائه الى المنازعة في موضع
القطع ولان الصوف يزداد ساعة فساعة فيختلط المبيع بغير المبيع حينئذ فلم يجز كبيع اللبن في الضرع وليس الصوف
كقوائم الخلاف لان القوائم تنمو من فوق وكلما يزداد منها يزداد على ملك المشتري فلا يختلط المبيع بغيره والشعر ينمو من
تحت فيلزم اختلاط المبيع بغيره فظهر الفرق . وقال في الفتاوى الصغرى بيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لانه ينمو من اسفله
اما بيع قوائم الخلاف فالقياس ان لا يجوز لكن اجاز للتعامل الناس فيه ولان النمو من اعلاه لا من اسفله فلا يمكن الزرو
وبيع الكراث يجوز وان كان ينمو من اسفله للتعامل في بيوع خواهر زاده الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى . وكان الشيخ
الامام ابو بكر محمد بن الفضل يقول الصحيح عندي ان بيع قوائم الخلاف لا يجوز لانه وان كان ينمو من اعلاه فموضع
القطع مجهول **قوله** لانه من اوصاف الحيوان جعل الصوف وصفا لانه يقوم بالحيوان فلما كان تبعا لم يجز جعله مقصودا
بايراد العقد عليه **قوله** والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع يريد بهذا ان الفرق بين بيع
الصوف على ظهر الشاة وبين بيع القصيل حيث ان بيع القصيل يجوز لان القلع فيه كالقطع ولا يقع التنازع في موضع القلع
لا محالة والقلع في الصوف وهو نتفه ليس بمعهود بين الناس بل القطع هو المعتاد فيقع المنازعة في موضع القطع لا محالة
فلا يجوز لجهالة موضع القطع ولهذا احتاط من روى لفظ الهداية والقطع في الصوف غير متعين لانه وقع فيه من غير تكو

قوله في هذا الصوف اي في الصوف على ظهر الغنم وانما قيد بقوله في هذا الصوف احترازا عن الصوف المجزوز فانه يجوز
بيعه على جميع الروايات **قوله** وجذع في سقف وذراع من ثوب اي قال القدوري في مختصره ويجوز الرفع والجر
في اعراب الجذع والذراع على ما تقدم بيانه وانما لم يجز البيع لمعنى الضرر لانه لا يمكن التسليم بلا ضرر والعقد ما اوجب عليه
الضرر والتزام الضرر بلا عقد لا يكون لازما فلا يصير متمكنا من الرجوع فيتحقق المنازعة بخلاف ما اذا لم يكن في التبعيض والتسليم
ضرر حيث يجوز البيع كبيع عشرة دراهم من هذه النقرة وبيع قفيز من صبرة . قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير
ولا يلزم انه رضي لان ذلك لا يلزم فله ان يرجع عن ذلك فيبطل البيع الا ان يقطعه انما قبله قبل نقض البيع فينقلب البيع
صحيحا . قال في شرح الطحاوي ولو باع جذعا من سقفه او اجرا من حائط او ذراعا من كرباس او من ديباج فلا يجوز بيعه وان قطع
وسلمه لاجل الضرر فان رضي بالضرر وقطعه وسلمه الى المشتري نفذ البيع ويجبر المشتري على الاخذ الا اذا كان قبله وعمده بعد
البيع فلا يجبر المشتري على الاخذ الى هنا لفظ شرح الطحاوي . ثم اعلم ان بيع ذراع من كرباس انما لا يجوز اذا كان الثوب مما يضره
القطع بعضه كالقميص والسراويل والعمامة . اما اذا كان كرباسا لا ينقص بقطعه فجوابه انه يجوز بيع ذلك كذا قال الامام العتابي
وقد مر ذلك في اول كتاب البيوع في فصل اوله ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع . وقال في الفتاوى الولوالجي رجل باع حب
النواة في التمر فالبيع فاسد لانه لا يمكن نزعها الا بضرر . واما اذا باع حب هذا القطن فالبيع جائز فكذا اختار الفقيه ابو
الليث لان لا ضرر في نزعه **قوله** ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا والجهالة ايضا يعني هذا الذي ذكرنا من عدم جوازه
بيع جذع من سقف فيما اذا كان الجذع معينا . اما اذا لم يكن الجذع معينا فلا يجوز البيع للمعنيين احدهما ما ذكرنا في الجذع
المعين وهو انه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو المراد بقوله لما ذكرنا . والمعنى الثاني الجهالة لانه غير معين **قوله** بخلاف
ما اذا باع النوى في التمر والبذر في البطيخ متصل بقوله يعود صحيحا يعني اذا قطع الجذع او قطع الذراع وسلم عاد البيع
صحيحا بخلاف ما اذا اشترى التمر والبطيخ واخرج النوى والبذر وسلم لا يعود البيع صحيحا لان في وجودهما زمان البيع ولم
الجذع كذلك لانه موجود محسوس ولا احتمال فيه . والبذر بفتح الباء الحب الذي فيه بذر البقل وغيره **قوله** قال
وضربة القانص اي قال القدوري في مختصره وفي اعراب الضربة وجهان رفعا وجرا كما تقدم في قوله ولا اللبن في الضرع
وفسر صاحب الهداية القانص بقوله وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة وهو على هذا من القنص بمعنى مقنوص قنصا
اذا صاد وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن ضربة القانص . وروي في تهذيب الازهري انه نهى عن ضربة الغائص
وهو الغواص على اللآلي وكذلك روي في الفايق للزمخشري ايضا حيث فسر بقوله هو ان يقول اغوص غوصة فما اخرجته فهو لك بكذا
وهذا هو الصحيح والمعنى فيهما واحد وهو انه بيع المجهول لانه لا يدري ما الذي يحصل من الضربة وجهالة المبيع تفسد البيع
ولانه فيه غرر لانه يحتمل ان يحصل شيء من الضربة ويحتمل ان لا يحصل ولانه بيع ما ليس بملك الانسان لانه ما كان ملكا وقت
العقد لما يحصل من الضربة وقد قال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك والوجه الاخير ما يحج به خاطب **قوله** قال وبيع المزابنة
اي قال القدوري في مختصره وهو عطف على ما ذكر قبل هذا بقوله ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد . اعلم ان بيع المزابنة
لا يجوز وهو بيع التمر على النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا اي حزرا والمجذوذ المقطوع . وقال الشافعي يجوز ذلك فيما دون
خمسة اوسق وهو مذهب احمد واسحق . والاصل في ذلك ما روي في صحيح البخاري وغيره مسندا الى ابن عمر ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة اشتراء التمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا كذا عرفت في الحديث في الصحيح . وروى
الترمذي باسناده الى ابي هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة وحدث الطحاوي عن علي
ابن شيبة عن يزيد بن هارون عن محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر عن زيد بن ثابت قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن المحاقلة والمزابنة ورخص في العرايا وهذا الحديث ذكره في شرح الآثار بطرق مختلفة كلها تدل على صحة العرايا حتى قال
الطحاوي قد جاءت هذه الآثار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فتقبلها اهل العلم جميعا
ولم يختلفوا في صحة مجيئها ولكنهم تنازعوا في تأويلها فقال قوم العرايا ان تكون النخلة او النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل
آخر قالوا وقد كان اهل المدينة اذا كان وقت الثمار خرجوا باهليهم الى حوائطهم فيجيء صاحب النخلة او النخلتين فيضر ذلك بصاحب
النخل الكثير فرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب النخل الكثير ان يعطي صاحب النخلة او النخلتين خرص ما له من ذلك تمرا
لينصرف هو واهله عنه ويخلص تمر الحائط كله لصاحب النخل الكثير فيكون فيه هو واهله وقد روي هذا القول عن مالك بن انس
قال الطحاوي وكان ابو حنيفة يقول فيما سمعت احمد بن ابي عمران يذكر انه سمع محمد بن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
قال معنى ذلك عندنا ان يعري الرجل الرجل تمر نخلة من نخله فلا يسلم ذلك اليه حتى يبدو له فرخص له ان يحبس ذلك ويعطيه
مكانه بخرصه تمرا . قال الطحاوي وهذا التأويل اشبه واولى مما قال مالك لان العرية انما هي العطية الا ترى الى الذي
مدح الانصار كيف مدحهم اذ يقول ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح اي انهم كانوا يعرون في السنين الجوائح
فلو كانت العرية كما ذهب اليه مالك لما كانوا ممدوحين بها اذ كانوا يعطون كما يعطون . وقال في الفايق المزابنة بيع التمر
في رؤوس النخل بالتمر لانها تؤدي الى النزاع والمدافعة من الزبن وهو الدفع والعرية النخلة التي يعريها الرجل محتاجا اي يجعل
له ثمرها فرخص للمعري ان يبتاع ثمرها من المعري بتمر لموضع حاجته سميت عرية لانه اذا وهب ثمرها فكأنه جردها من الثمر وعراها
منه ثم اشتق منه الاعراء الى هنا لفظ الفايق ونخلة سنها اي ندية والرجبية النخلة التي ترجب اي يبنى حولها جدار لتعهد عليه

وقال الطحاوي في مختصره والعرية ان يهب الرجل ثمر نخلة ولا يجدها المعري حتى يبدو للمعري ان يمنعه منها وبعوضه منها تمرا ينقل ذلك منزلة المعرى فيطيب ذلك للمعري والمعرا ويخرج المعري بذلك من حكم من وعد وعدا ثم اخلفه ويخرج المعري كذلك من حكم من اخذ عوضا من شي لم يكن ملكه . فان قلت قد صح في حديث زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا فدل سياق الحديث ان المراد من العرايا بيع ثمر بتمر قلت البيان في النظم لا يدل على القران في الحكم وقد يدل النهي والحكم بهما تختلف وقد عرف ذلك في الاصول . فان قلت جاء في حديث ابي هريرة التوقيف على خمسة اوسق الا ترى الى ما اخرجه البخاري عن داود بن الحصين عن سوي ابن احمد عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا بما دون خمسة اوسق او في خمسة اوسق شك داود في الخمسة ولو لم يكن المراد او دونها وهذا دليل على انه بيع لانه لا يبقى حكم ما فوق الخمسة ولو لم يكن المراد البيع لم ينتف حكم الرخصة فيما فوقها . قلت لا نسلم انه ينفي ذلك لان تخصيص الشي بالذكر لا يدل على نفي ما عداه . وفائدة التخصيص في الخمسة لانهم كانوا يعرون في هذا القدر ولم يدل على نفي ما وراء ذلك وانما كان يدل على ذلك اذا كان قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يكون عرية الا في خمسة اوسق او فيما دون خمسة اوسق . فان قلت جاء في حديث جابر بلفظ الاستثنا بان قال الا العرايا والاستثنا من البيع يدل على ان العرية في البيع حملا للاستثنا على الحقيقة . قلت قوله عليه الصلاة والسلام التمر بالتمر مثل بمثل حديث مشهور فلو حمل العرايا على البيع يلزم التعارض بين الحديثين والاصل عدم التعارض فيوفق بينهما بالحمل على ما قال ابو حنيفة رضي الله عنه دفعا للتعارض . والاستثنا قد يكون منقطعا كما في قوله تعالى فانهم عدو لي الا رب العالمين . ويدل الدليل على ذلك لان العرية في لغة العرب هي العطية . وانما سميت بيعا مجازا لصورة البيع حيث جعل المعري تمرا مجذوذا هو بمقابلة ما على رؤوس النخل . فان قلت ان كان الامر على ما ذهب اليه ابو حنيفة رضي الله عنه من تفسير العرايا فما فائدة الرخصة فيها حينئذ . قلت فائدته ما رويناه عن مختصر الطحاوي وهو حصول الطيب للمعرى والمعرا وخروج المعري من حكم الخلاف في الوعد وخروج المعرا من حكم من اخذ عوضا من شي لم يملكه والله اعلم **قوله** وهي بيع التمر على النخل بتمر مجذوذ والاول بالنا المنوطة بالثلاث والثاني باثنين كذا وتم سماعنا مرارا بغير غاية وتحارا . وذلك لان ما على النخل قد يكون رطبا وقد يكون تمرا اذا اخف فقلنا بالثلاث على [illegible] . والغالب من حال المجذوذ ان يكون تمرا فقلنا بالاثنين ولو روينا بالثلاث فيهما جميعا او بالاثنين فيهما جميعا فالحكم كذلك لان بيع المزابنة لا يجوز كيف ما كان لشبهة الربا سواء كان من الرطب بالرطب والتمر بالتمر او احدهما بالاخر **قوله** والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا . قال في القاموس الحقل القراح من الارض وهي الطيبة التربة الخالصة من شائبة السبخ الصالحة للزرع . ومنه حقل يحقل اذا زرع والمحاقلة مفاعلة من ذلك وهي المزارعة بالثلث والربع وغيرهما . وقيل اكرا الارض بالبر . وقيل بيع الطعام في سنبله بالبر . وقيل بيع الزرع قبل [illegible] وكرايي هنا لفظ الفائق وكتاب المغرب [illegible] ما يقابلها من التمر خرصا . وانما كان [illegible] خرصا او كيلا [illegible] السنبل حنطة [illegible] **قوله** فلا يجوز [illegible] **قوله** [illegible] الربا باحتمال الفضل والشبهة [illegible] **قوله** وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق وفيما [illegible] لا يجوز الا [illegible] **قوله** يكون [illegible] البيع [illegible] المحذوف بر المبتدا بيانا لا بيعا **قوله** ولا يجوز البيع بالقا الحجر والملامسة اي قال القدوري في مختصره وفي بعض نسخ الهداية ذكر قوله والمنابذة بعد قوله والملامسة . قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره وبيع الملامسة والمنابذة لا ينعقد بهما بيع وهما بيعان كانا في الجاهلية يتراوض الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري فيكون ذلك ايجابا تاما للبيع بينهما لا بعد ذلك اولم يرض فهذه الملامسة . واما المنابذة فكان الرجلان يتراوضان في السلعة فيجب ما لكل الزام المساوم له عليها ايا ها بنبذها اليه فيلزمه بذلك لا يكون له ردها عليه . وبيع اخر قد كان اهل الجاهلية يتبايعونه ويسمونه بيع الحصاة وهو انهم كانوا يتراوضون ويتساومون على السلعة فاذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها تم له البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ان يجاوزها فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك الى هنا لفظ حكاية الطحاوي وروي في الصحيح البخاري وغيره مسندا الى الاعرج عن ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة . ولان في هذا البيوع تعليق الملك بالخطر والتمليكات لا تحتمل التعليق لافضائه الى معنى القمار فيفسد البيع وذلك لانه بمنزلة ما اذا قال البايع للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعته وكذلك اذا في عين بان يقول اي ثوب لمسته بيدك فقد بعته . وان يقول المشتري اي ثوب نبذته الي فقد اشتريته والمساوم من السوم . فقال تاج الشرع بيع السلعة اي عرضها وذكر ثمنها وساومها المشتري عني استامها سوما . ومنه لا يسوم الرجل على سوم اخيه اي لا يشتري كذا في المغرب **قوله** قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين اي قال القدوري في مختصره وانما لم يجز بيع احد الثوبين لكون المبيع مجهولا وجهالة المبيع مانعة من صحة العقد اذا كانت تفضي الى المنازعة وهنا تفضي اليها لان البايع لا يدري ما يسلم والمشتري ما يدري ما يتسلم فتقع المنازعة بخلاف جهالة القيمة وجهالة الصبغ المبيعة فانها لا تمنع من التسليم والتسلم . ولو قال بعت احد الثوبين على ان يأخذ المشتري ايهما شا بعشرة فقبل جاز استحسانا . والقياس ان لا يجوز . وهو قول زفر والشافعي رحمهم الله وقد مضى بيان المسلة مستوفى في اواخر باب خيار الشرط . والى ذلك الموضع وقعت الاشارة اليه في قوله وقد ذكرناه بفروعه **قوله** قال ولا يجوز بيع

المراعي ولا اجارتها وهذه من مسايل الجامع الصغير قالوا المراد بالمرعي الكلا . وانما فسر بهذا لان موضع الرعي اذا كان مملوكا للعاقد واذن له المالك جاز بيعه . اما الكلا فانما لم يجز بيعه لانه مباح مشترك فيه جميع الناس فلا يثبت الملك لاحد قبل الاحراز فلم يجز بيعه قبل الاحراز لانه باع ما لا يملكه الا ترى الى ما روى صاحب السنن عن علي بن الجعد باسناده الى رجل من المهاجرين من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما اسمعه يقول المسلمون شركا في ثلاث الكلا والما والنار ولهذا لم يجز بيع الما في النهر وبيع طريق الجادة فكذا هذا . واما اجارة الكلا فانما لم تجز لمعنيين احدهما ما ذكرنا وهو انه لا يملكه فلا يجوز اجارة ما ليس بملك . والمعنى الثاني ان العقد وقع على استهلاك العين والاجارة تقع على استهلاك المنافع مع بقا العين وهنا وقعت على استهلاك العين والاجارة تقع على استهلاك المنافع مع بقا العين وهو الكلا فلو وقعت على عين مملوكة لا يجوز الا ترى انه لو استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز وكذلك لا يجوز اذا استاجر النخل ليرعى دوابه . وهنا وقعت على عين ليست مملوكة وكان هو عدم الجواز بالطريق الاولى . قال الولوالجي في فتاواه رجل باع الزرع وهو بقيل فهذا على انه اوجه ان باع على ان يقطعه المشتري او يرسل دابته فتاكله جاز لانه شرط ما يقتضيه العقد وان باع على ان يترك لا يجوز لانه شرط ما لا يقتضيه العقد . وكذلك لو اشترى رطبة فهذا بالتفسير الذي ذكرنا فهو ايضا على هذه الوجوه الثلاثة الى هنا لفظ الولوالجي . وذكر ايضا في فتاواه بعد هذا ثم بعينين رجل باع حشيشا في ارضه ان كان صاحب الحشيش هو الذي انبت بان سقاها الما لاجل الحشيش فنبت فحكمه جاز بيعه لانه ملكه لنبر لاحد ان ياخذ بغير اذنه كما لو اخذ الصيد والقاه في الما فباع جاز . وان كان الحشيش نبت بنفسه فلا يجوز بيعه لانه ليس بمملوك لانه مباح الا ترى ان لكل واحد من الناس ان يحتش والكلا واحد الاكلاء وهو كل ما رعيه الدواب من الرطب واليابس كذا في المغرب **قوله** ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز اذا كان محرزا . وهو قول الشافعي وصورة المسلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنهم في رجل باع نحلا قال لا يجوز وانما النحل بمنزلة الزنبور وارايت ان وجد فيها عيبا كيف يردها . وقال محمد رحمه الله بيع النحل وكوارات الى هنا لفظ حكاية اصل الجامع الصغير وقال الكرخي في مختصره ولا يجوز بيع النحل عند ابي حنيفة وابي يوسف فان كان في كوارتها عسل فاشترى الكوارات بما فيها جاز وهذا حكاية لفظ الكرخي . وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي واما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل في طريق التبع وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق . ثم قال القدوري فيه وقد حكي عن ابي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذا الطريق ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبع ما هو من حقوق المبيع وتابعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف الى هنا حكاية لفظ القدوري في شرحه وهنا خبط في شرح بعضهم فلم ذلك بالاطلاع على ما ذكرنا . وجه قول محمد ان النحل حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه كغيره من الحيوان وحرمة الاكل لا تنافي البيع كما في البغل والحمار . ووجه قول ابي حنيفة وابي يوسف ما اشار اليه في الكتاب بقوله وانما النحل بمنزلة الزنبور يعني ان النحل من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنبور ولان الانتفاع بالنحل لا يقع لعينه وانما الانتفاع بما يحدث منه وذلك معدوم في الحال فلم يصح البيع بخلاف ما اذا باع كوارة فيها عسل وحيث يجوز بيع النحل تبعا للعسل لكن من شي يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا . وقوله في الجامع الصغير ان وجد فيها عيبا كيف يردها اشارة الى ان النحل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها وانما ذلك فيما يحدث منها وانما بيع دود القز وبيضه فلا يجوز عند ابي حنيفة كما لا يجوز بيع النحل عنده لان الدود من الهوام والبيض لا ينتفع به لعينه وما يحدث منه معدوم في الحال فلا يجوز بيعه . وقال محمد يجوز للعادة والضرورة . وقال ابو يوسف لا يجوز بيع الدود الا اذا ظهر القز فحينئذ يجوز تبعا وبيع البيض يجوز للضرورة قال في خلاصة الفتاوي والفتوى على قول محمد . قال الفقيه ابو الليث في العيون وروي محمد عن ابي حنيفة انه كان لا يجوز بيع دود القز ولا بيضه ولا بيع النحل . وقال محمد يجوز بيع النحل اذا كان في بيته محرزا وان كان اسا وضمنه ويجوز بيع دود القز وبيضه . وقال ابو يوسف ان بيع بذر القز الذي يكون منه الدود اجزت هذا مثل بذر البقلة والرطبة ولا باس ببيع دود القز اذا اخرج القز او بيضه فهو كبيع النحل فيه العسل وان لم يكن معه قز لم يجز فهو كبيع النحل بغير عسل وبيع الزرب بغير ارض . وقال الكرخي في مختصره بعد ما ذكر قول ابي حنيفة وابي يوسف واجاز محمد بيع النحل اذا كان مجموعا وكذلك دود القز يجوز بيعه والسلم فيه كيلا اذا كان في وقته وهذا احله في وقته . وكان محمد يفتي من قبل دود القز . وروى عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا بيع من قبله وهذا لفظ حكاية الكرخي . وقال الكرخي ايضا واجمعوا ان بيع هوام الارض لا يجوز الحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجعل والضب وهوام الارض كلها . وقالوا لا يجوز بيع شي من البحر الا السمك الضفادع والسرطان والسلاحف وغير ذلك الا السمك . وقال في الاجناس قال محمد بن الحسن اذا كانت الدود بين اثنين وورق التوت منه والعمل من احدهما على ان يكون القز بينهما نصفان او اقل او اكثر لا يجوز وكذلك لو كان العمل منهما لا يجوز ايضا يجوز اذا كان البيض منهما والعمل منهما والقز بينهما نصفان . واما اذا كان البذر بينهما على الثلث والثلثين لا يجوز . وقال في الولوالجي في فتاواه امراة اعطت بذر القز وهو بذر الفيلق بالنصف امراة فقامت عليه على ان ما حدث من بذرها وعلفها على صاحبة البذر ورقها الاوراق واجر مثلها . وعلى هذا اذا دفع البقرة الى انسان بالعلف ليكون ما حدث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة . وله على صاحب البقرة ثمن العلف واجر المثل وكذلك اذا دفع الدجاجة ليكون البيضة بالنصف ونعنى في بيع السباع سيجي في المسايل المنثورة قبل كتاب الصرف ان شا الله تعالى **قوله** لما انه من الهوام قال في الصحاح والهامة واحدة الهوام . ولا يقع هذا الاسم الا على المخوف من الاحناش . وقال في ديوان الادب الهامة

الدابة من دواب الارض وما ذكرنا بدنو الهامة هذا قوله والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه وانما قيد بقوله لا بعينه
احترازا عن بيع الهرة المحض فانه يجوز لانه ينتفع به عيانا في الحال وان كان لا ينتفع في الحال قوله
انصاف المتهيه قوله وروي عن ابي يوسف والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها
جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم وكان صاحب الهداية انما ذكر الحمام بعد ذكر النحل ودود القز اتباعا لما ذكر الصدر
الشهيد في شرح الجامع الصغير لانه ومعه ثمة كذلك والا كان من حق الوضع ان يذكر عند قوله ولا بيع الطير في الهواء قوله
ولا يجوز بيع الابق لنهي النبي صلى الله عليه وسلم وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في عبد لرجل ابق فجاء رجل الى مولاه فقال ان عبدك قد اخذته وهو عندي في البيت فبعه فباعه منه قال
البيع جائز وان قال اخذ هذا الرجل وهو عند فلان فبعنيه وصدقه الرجل بما قال فباعه المولى منه فبيعه باطل الى هنا لفظ
اصل الجامع الصغير والاصل هنا ما ذكر محمد في الاصل بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع
العبد الابق والغرر في الابق المطلق وهو ان يكون ابقا في حق المتعاقدين جميعا فاذا كان الماخوذ عند المشتري
زال الاباق في حقه فلم يبق ابقا مطلقا فجاز بيعه لان النهي المطلق لا يتناول المقيد ولان النهي معلول بعلة العجز عن التسليم
فاذا كان عند المشتري زال المعنى الموجب للفساد ولانه لا عجز عن التسليم في حق المشتري لانه في يده بخلاف ما اذا كان هو
في يد غيرهم لانه ابق في حقهما جميعا ولا قدرة على التسليم ايضا لان البائع لا يقدر على ان يسلم ما ليس في يده ثم لما جاز البيع
فيما اذا كان الابق عند المشتري هل يكون قابضا بمجرد العقد ام لا قالوا اذا كان اشهد حين اخذه انه اخذه للرد لا لنفسه
لا يكون قابضا حتى اذا هلك في يده قبل تجديد القبض هلك من مال البائع لانه امانة عند المشتري وقبض الامانة
لكونه ادنى لا ينوب عن قبض البيع وان لم يشهد يكون قابضا لانه حينئذ يكون غاصبا وقبض الغصب قبض ضمان فينوب عن
قبض البيع وهو قبض ضمان ثم اذا قدر البائع على تسليمه فيما اذا لم يكن الابق عند المشتري هل ينقلب العقد صحيحا ام لا قال
في شرح الطحاوي فان ظفر العبد وسلمه الى المشتري جاز البيع فان امتنع اما البائع عن تسليمه او المشتري عن القبض يجبر على
ذلك ولا يحتاج الى بيع جديد الا اذا رفعه المشتري الى القاضي وطلب منه التسليم وعجز البائع عن تسليمه وفسخ القاضي
العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد هكذا ذكر الكرخي في مختصره وجعل هذا كما اذا باع الصبي المغصوب
وهو في يد الغاصب فان صحة البيع موقوف على التسليم وقال مشايخ بلخ وابو عبد الله الثلجي يحتاج الى بيع جديد بخلاف
المغصوب لان العبد الابق ليس في ضمان نفسه وصار كبيع الطير في الهواء والسمك في الماء والوحش في الفلاة فانه اذا باع ثم
اخذ وسلمه لا يجوز وهذه حكاية لفظ شرح الطحاوي وجه ما ذهب اليه مشايخ بلخ وهو ظاهر الرواية ان شرط العقد
يراعى عند العقد فاذا لم يوجد عند العقد بطل العقد فلا ينقلب صحيحا ووجه ما ذهب اليه الكرخي ان العقد انعقد
لقيام المالية لان بالاباق لا يزول ملك المولى ولهذا لو اعتقه او دبره نفذ وكذلك لو وهبه لولده الصغير صحت الهبة
ولكن المانع من النفاذ هو العجز عن التسليم وقد ارتفع بالقدرة عليه فنفذ العقد ولان وجوب التسليم حكم العقد فيراعى
القدرة عند الحكم لا عند العقد فيصح العقد ولكن يكون للمشتري الخيار عند تعذر التسليم كما لو ابق بعد البيع وقال
الولوالجي في فتاواه ولو باع الابق ثم سلم في المجلس قبل الافتراق لا يجوز لانه باع ما لا يقدر على تسليمه فكان باطلا قوله
وعن ابي حنيفة انه يتم العقد اذا لم يفسخ يعني اذا مات العبد من اباقه يتم العقد ولكن بشرط ان لا يفسخ القاضي العقد
قبل عوده وان فسخه قبل ذلك فلا بد حينئذ من البيع الجديد وقد بيناه انفا قوله ولا بيع لبن امراة في قدح
وهذه من مسائل الجامع الصغير قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وهذه ابتنى من مسئلة كتاب الاجارات لانه قال
ثمة ولا يجوز بيع لبن بنات ادم على وجه من الوجوه ولم يذكر القدح وقال في وجيزهم يجوز بيع لبن الادميات
لانه طاهر منتفع به ولنا انه ليس بمال وما ليس بمال لا يجوز بيعه والدليل على انه ليس بمال انهم لا يتملكونه ولا يتمولونه فيما
بينهم ولانه جزء من الادمي وسائر اجزائه لا يجوز بيعه بعد الابانة كالظفر والشعر فكذا هذا الجزء فان قلت يرد عليكم
لبن الامة لانكم لا تجوزون بيعه مع انه مال قلت لا نسلم انه لا يجوز بيعه الا ترى ان اصحابنا رووا في شرح الجامع
الصغير عن ابي يوسف انه اجاز بيعه ولئن سلمنا عدم الجواز على ظاهر الرواية فنقول لا نسلم ان لبن الامة مال
وهذا لان الرق انما حل نفس الادمية لا لبنها فلا يكون اللبن مالا وانما قلنا هذا لان الرق ضد العتق لان ذلك
ضعف حكمي وهذا قوة حكمية واتحاد المحل في المتضادين شرط ثم محل العتق حي فيكون محل الرق حيا ايضا ولا حياة
في اللبن لانه موات فلا يوصف بالرق والمالية فلا يجوز بيعه قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير سمعت
الفقيه ابا جعفر يقول سمعت الفقيه ابا القاسم احمد بن حم قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سهوب يقول
سمعت محمد بن الحسن يقول اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة ثبت ان سبيله سبيل المنافع
وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز اجارته الا ترى ان رجلا لو استاجر بقرة على ان يشرب لبنها لم تجز
الاجارة فلما جازت اجارة الظئر ثبت ان لبنها ليس بمال وذكر في اجارة العيون لو ان رجلا استاجر شاة لترضع جديا
او صبيا فانه لا يجوز لان اللبن له قيمة قوله في قدح انما قيد بهذا دفعا لوهم متوهم ان بيع لبن المراة انما

لم يجز

لم يجز لانه في الثدي وقيد عن رفضناه بهذا يعني لا يجوز بيع لبنها وان كان في قدح او نقول اخرج الكلام مخرج العادة لان من
العادة في اللبن بيعها بعد الحلب واما بقيد المشروب الطاهر احترازا عن الخمر فانها نجسة فلا يجوز بيعها قوله لانه يختص
بمحل النفع التي هي صون وبيانه مر انفا والمعنوي لانه في محل راجع الى الرق والمراد من النوع السوق قوله قال ولا
يجوز بيع شعر الخنزير وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في شعر الخنزير قال لا يجوز بيعه ولا
باس بالانتفاع به للخرازين يخرزون به الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير اما عدم جواز البيع فلانه نجس العين فلا يكون مالا لانه بيع
ما ليس بمال لا يجوز وعليه انعقد الاجماع واما الانتفاع فانما جاز للضرورة لان عمل الخرز لا يتاتى بدون ذلك والضرورة
اثر في اثبات التخفيف وسقوط الحظر والانتفاع بالميتة جائز عند الضرورة قال تعالى فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم
فكان الانتفاع بشعره اولى عند الضرورة لان الشعر اخف منه بدليل ان شعر الميتة طاهر ولحمها لا ولا ضرورة الى التجويز البيع
لانه يوجد مباحا فاما قال الفقيه ابو الليث وان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء لانه من
حالة الضرورة واما البائع فيكره له البيع وقال ايضا روي محمد بن سيرين انه كان لا يلبس خفا قد خرز بشعر الخنزير وذكر
عن بعض الصالحين انه كان يامر ان يخرز خفه بليف وكان يكره ان يخرز بشعر الخنزير ولكن المسلمين قد توارثوا استعمال شعر الخنزير
وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تجتمع امتي على ضلالة قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قال محمد اذا وقع شعر الخنزير في
الماء القليل نجسه لان حل الانتفاع بدليل على الطهارة وعن ابي يوسف ان الماء لا ينجس لانه نجس العين الا في حال الضرورة ولا ضرورة
في هذا قوله فلا يجوز بيعه اهانة له فان قلت كيف حصل عدم جواز البيع في شعر الخنزير اهانة له وقد حصل جواز
البيع في شعر الانسان اهانة له ولا شك ان عدم جواز البيع اذا كان اهانة فجواز البيع يكون اعزازا فحصل من هذا ان بيع الشعر
في صورة اعزاز وفي صورة اهانة وهما ضدان والشيء الواحد لا يجوز ان يكون سببا للضدين قلت نعم اذا كان سببا
لهما في محل واحد اما في محلين فجائز ان يكون سببا لهما كالنكاح سبب لحل المنكوحة للناكح وسبب لحرمتها لابنه وابيه وهذا كالاحراق
فانه اهانة للادمي واعزاز للحطب بالاعتبار في الانتفاع قوله ولا يجوز بيع شعور الانسان والانتفاع بها قال
محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في شعور الناس قال لا يجوز بيعها والانتفاع بها قال الكرخي في مختصره وروى
ابن سماعة وبشر بن الوليد عن ابي يوسف انه لا يجوز الانتفاع بشعور بني ادم وروي بذلك ابن رستم عن محمد عن ابي حنيفة وقال
محمد لا يجوز بيعه ويجوز الانتفاع بالشعر الى هنا لفظ الكرخي وجه ما روي عن محمد انه طاهر وحرم البيع لحرمة الادمي ووجه
الظاهر ان الادمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز ان يكون هو او شيء منه مملوكا مبتذلا لئلا يلزم الاهانة فلا يجوز البيع ولا الانتفاع الا
بما حل الرق فيه ولا رق بما لا حياة له فلم يجز بيع شعره ولا الانتفاع لعدم الرق فيه يؤيده ما روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه لعن الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة رواه ابن مسعود في السنن وروي انه قال لعن الله النامصة والمتنمصة
والواشرة والموتشرة والواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة واتخاذ القرامل رخصة وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون
النساء وذوائبهن اي ليزيد في اصول شعرهن بالتكثير وفي الذوائب بالتطويل وقال فخر الاسلام قال اصحابنا شعر الانسان
طاهر وهو الصحيح عندنا وقال الشافعي نجس واحتج بحرمة الانتفاع به واحتج اصحابنا بالضرورة في الاحتراز عن تناثر الشعور
ولان شعر غير الادمي لا ينجس بالمزايلة فشعر الانسان اولى وهو اطهر واطيب ولانه لا حياة له فلا ينجس بموته وحرمة الانتفاع
لكرامته لا لخبثه بخلاف الخنزير تفسير الحديث لغة قال في الفائق النمص نتف الشعر والمنماص المنقاش والاشر تحديد الاسنان والوصل
ان تصل الشعر بالشعر ولا باس بالقرامل والوشم الغرز بالابر في الجلد وذر النؤور عليه لعن الله الفاعلة اولا والمفعول بها ثانيا
الى هنا لفظ الفائق وقال في السنن مسندا الى ابن عباس قال لعنت الواصلة والمستوصلة والنامصة والمتنمصة والواشمة والمستوشمة
من غير داء قال ابو داود الواصلة التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها النامصة التي تنقش الحاجب حتى ترقه والمتنمصة
المعمول بها هكذا في السنن وروى صاحب السنن عن محمد بن جعفر بن زياد عن شريك عن سالم عن سعيد بن جبير قال لا باس
بالقرامل ذكره في السنن في كتاب الترجل قوله قال ولا يباع جلود الميتة قبل ان تدبغ قال لا يجوز ذلك لانه ليس بمال
لانه نجس الا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب والاهاب اسم لجلد غير مدبوغ فاذا دبغ فاسمه
ادم كذا روي عن الخليل بخلاف ما اذا دبغ فان بيعه يجوز حينئذ لما روى مسلم في صحيحه عن ابن عباس قال تصدق على مولاة
لميمونة بشاة فماتت فمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلا اخذتم اهابها فدبغتموه فانتفعتم به فقالوا انها ميتة فقال
انما حرم اكلها وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير قال بعضهم انه لا يطهر بالدباغ وهو قول بشر واحتج بقوله تعالى حرمت
عليكم الميتة وبقوله عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وجوابه ما ذكر من حديث الصحيح ولان الدباغ مثل الذكاة
في ازالة الدماء والرطوبات النجسة فالذكاة يطهر الجلد بالاجماع فينبغي ان يطهر بالدباغ ايضا لوجود الجامع وهو ازالة الدماء
والرطوبات فاذا زالت النجاسة بالدباغ كان طاهرا فجاز بيعه والانتفاع به فان قلت اذا كانت النجاسة في الجلد باعتبار
الدماء والرطوبات ينبغي ان يجوز بيع الاهاب كالثوب النجس لانه ليس بنجس العين قلت هذا تعليل في معارضة النص فلا يقبل لانه
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الانتفاع باهاب الميتة او نقول نجاسة الثوب لا باعتبار اصل الخلقة فلم يعتبر نجس العين بخلاف
نجاسة الاهاب فانها باعتبار اصل الخلقة لان الدماء والدسومات والرطوبات متصلة بها باصل الخلقة فاعتبر الاهاب نجس
العين فالحق بالعين النجس المتصل بالجلد بدا عند فلم يجز بيعه ولا الانتفاع قبل الدباغ اما قوله تعالى حرمت عليكم الميتة

فالمراد منه والله اعلم حرمة الاكل لا حرمة الانتفاع بدليل حديث مولاة ميمونة **قوله** ولا باس ببيع عظام الميتة
الى اخره وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في جلد الميتة وعظامها اذا دبغ وعصبها وعقبها وصوفها
وشعرها ووبرها وقرنها قال لا باس بالانتفاع بذلك كله وبيعه جايز الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • اما باب الجلد فقد
مر • واما باب سائر الاشياء فهي طاهرة عندنا يجوز الانتفاع بها بيعا وغير ذلك • وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الانتفاع
بها لانها جزء من الميتة والانتفاع بها حرام لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة • ولنا قوله تعالى ومن اصوافها واوبارها واشعارها
اثاثا ومتاعا الى حين • وجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى من علينا بالانتفاع بشعور الانعام مطلقا من غير فصل بحالة الحيوة
وحالة الممات • وحديث مولاة ميمونة يدل على هذا ايضا لانه عليه الصلاة والسلام قال فيها انما حرم اكلها ولان الشعر
والصوف والوبر لا حيوة فيها فلا يحلها الموت لانه زوال الحيوة وزوال الشيء يقتضي سابقة وجود ذلك الشيء لا محالة • وانما قلنا
فقد الحيوة فيها لعدم الحس وعدم الالم عند القطع • فلو كان فيها حيوة لكان الحس والالم عند القطع فلما لم يكن فيها حيوة لم يوثر
فيها الموت فعلمنا انها اذا قطعت لا تحرم فلو كان فيها حيوة حرمت لقوله عليه الصلاة والسلام ما ابين من الحي فهو ميت ولهذا اذا
قطع السنام او الالية من الحي حرم • واما العصب والعظم فانها طاهرة عندنا لان العلة لجواز الانتفاع في حديث مولاة ميمونة
في ازالة الدما والدسومات والرطوبات النجسة • وهذه الاشيا ليست فيها هذه الاجناس فتعدى حكم العلة الى هذه الاشيا
وعند مالك الشعر ليس بنجس لعدم الحيوة فيه والعظم نجس لوجود الحيوة فيه الا ترى الى قوله تعالى من يحيي العظام وهي رميم • قل
يحييها الذي انشاها اول مرة • فنقول لا نسلم ان العظم فيه حيوة والالم الحاصل فيه عند القطع بسبب ما يتصل به من اللحم فلو لم
يتصل به لم يحصل الالم • ولهذا اذا قطع القرن لا يظهر اثر الالم • والجواب عن تمسكه بالاية فنقول المراد منه والله اعلم
اصحاب العظام او ردها الى ما كانت عليه طرية • واما جلد الكلب فيطهر ايضا بالدباغ وذكر في العيون عن الحسن بن زياد
انه جعله بمنزلة الخنزير • وقال الشافعي لا يطهر لانه نجس العين كالخنزير الا ترى ان سوره نجس وبدنه ايضا نجس ولهذا
لو اصاب الماء بدنه ثم اصاب ثوبا كان نجسا باجماع فيتناول بمكة بخلاف سائر السباع عندي • ولنا ان حيوان ينتفع به حراسة
واصطيادا فيطهر جلده بالدباغ كالفهد والنمر وسائر السباع والحمار فلو كان نجس العين لم يجز الانتفاع به كالخنزير والسباع
كلها كلاب كالاسد والضبع والثعلب الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم دعا على عتبة بقوله اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فسلط عليه
الاسد فافترسه بل الكلب اخص لمخالطته ايانا وقربه منا واعظم منفعة • واما الخنزير فلا يطهر جلده بالدباغ لانه نجس
العين لقوله تعالى ولحم خنزير فانه رجس وهذا ظاهر الرواية • وروي عن ابي يوسف انه يطهر بالدباغ كذا نقلوا عنه في شرح
الجامع الصغير • ونقل صاحب الاجناس هذا القول عن ابي يوسف من صلاة الاثر وقد بينا في البيان مر في كتاب الطهارة **قوله**
وقد قررناه من قبيل اشارة الى ما ذكر في كتاب الطهارة بقوله وشعر الميتة وعظمها طاهر الى اخره **قوله** والفيل هو
كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما بمنزلة السباع ذكر صاحب الهداية هذه المسئلة فيها بسبيل التفريع وهي ليست بمذكورة في الجامع
الصغير والمختصر • ولهذا لم يذكرها في البداية قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره • واما الفيل فاجمعوا على جواز بيعه
هذا النطع رحمه الله ولم يذكر الخلاف • وكذلك ذكر في بيوع العيون ولكن ذكر في باب الطهارات من العيون عن محمد بن
الحسن انه قال الفيل لا يقع عليه الذكوة واذا دبغ جلده لم يطهر • وروي عنه انه قال عظام الفيل نجسة لا يجوز بيعها ولا
الانتفاع بها • وروي عن محمد في كتاب الحج عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال لا باس ببيع عظام الفيل وغيرها من الميتة وكذلك
جلدها اذا دبغ • وروي عن ابي يوسف نحو هذا الى هنا حكاية لفظ الفقيه ابي الليث في العيون • وقال الفقيه ايضا
في شرحه للجامع الصغير قال محمد لا يجوز الانتفاع به ولا بيعه لان الفيل لا يقع عليه الذكوة فهو بمنزلة الخنزير • وقال
ابو يوسف في الامالي يجوز بيعه والانتفاع به • وروي عن ابي حنيفة هكذا الى هنا لفظ حكاية الفقيه • وجه قول محمد
رحمه الله الاعتبار بالخنزير في حرمة اللحم وغيرها فكان نجس العين • ولهما ان الفيل ينتفع به في الركوب والحمل وغير ذلك
فلم يكن نجس العين لجواز الانتفاع به فصار كالكلب وسائر السباع بخلاف الخنزير فانه لا ينتفع به عليا فنقول قام الدليل
القطعي وهو نص الكتاب على نجاسته فكان نجس العين ولم يوجد مثل ذلك في الفيل فمن ادعى قيام الدليل على نجاسة عينه
فعليه البيان • قال البخاري في كتاب الوضوء من جامعه الصحيح • وقال الزهري في عظام الموتى نحو الفيل وغيره ادركت
ناسا من سلف العلما يمتشطون بها ويدهنون فيها لا يرون به باسا • وقال ابن سيرين وابراهيم لا باس بتجارة العاج الى هنا لفظ
الصحيح البخاري • وذكر في العيون رواية ابراهيم بن رستم عن محمد في امراة صلت وفي عنقها قلادة فيها سن كلب او اسد او
ثعلب فصلاتها تامة لانه يقع عليها الذكوة **قوله** قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لاخر الى اخره وصورة المسئلة
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل له سفل بيت ولاخر علوه فوقعا فباع صاحب العلو بيته
العلو قال لا يجوز • وانما اجزنا بيعه اذا كان مبنيا لانه باع البنا الى هنا حكاية لفظ اصل الجامع الصغير ولم يذكر محمد
فيه بيع العلو قبل وقوعه والسفل قائم • ولا يجوز ذلك ايضا كذا ذكروا في شرح الجامع الصغير • وانما لم يجز بيع
العلو بعد الانهدام لان البيع انما يقع على عين مال هو متقوم او على حق له شبهة بالعين بان يتعلق بالعين وههنا لم يوجد
ذلك لان حق التعلي ليس بعين لانه عرض وهو ظاهر • وليس له شبهة بالعين ايضا لعدم تعلقه بالعين وانما يتعلق بالهواء
والهواء ليس بمال لان المال ما يمكن قبضه واحرازه واحراز الهواء لا يمكن • بخلاف ما اذا كان مبنيا لان البنا مال فبيع

المال جايز • فان قلت يرد على هذا بيع الشرب لان حق التعلي لم يجز بيعه فينبغي ان لا يجوز بيع الشرب ايضا لانه حق الارض
ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى ارضا لم يكن له شربها ولا مسيلها الا اذا شرط او اشتراها بكل حق هو لها او
بمرافقها ومع هذا يجوز بيع الشرب مع الارض وهذه رواية جميع الكتب • ويجوز ايضا بيع الشرب وحده في غير ظاهر
الرواية • واليه ذهب مشايخ بلخ رحمهم الله • قلت لا نسلم ان الشرب لا يشبه حق التعلي لانه عبارة عن نصيب من الما
وهو عين مال • والدليل على انه مال قول فخر الاسلام في الزيادات ان من سقى ارضه بما غيره يضمن لان ذلك متقوم
وحق التعلي ليس بعين مال • وكذا اذا استحق الشرب يبطل حصته من الثمن • وقد جعل في كتاب الشرب للشرب حصة من الثمن لانه
قال في شاهدين شهدا ان ارضا بالف درهم وذكر احدهما شربها وسكت عن الاخر ان الشهادة باطلة لان بعض الثمن مقابل الشرب فيصيران
مختلفين في قدر ثمن الارض • وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال وليس كذلك اذا بيع
مع الارض باتفاق الروايات فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض اما اذا باع الارض مع شرب ارض اخرى فاختلف المشايخ فيه قال
في الفتاوى الصغرى والصحيح انه لا يجوز **قوله** هو اختيار مشايخ بلخ قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه من مشايخ
ابي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة يجوز بيع الشرب يوما او يومين حتى يرد ادنيه المشتري لان اهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم الى
ذلك والقياس مما يترك بالتعامل كما جوزنا الاستصناع للتعامل وان كان القياس يابى جوازه • وكان الفقيه ابو جعفر واستاذه
ابو بكر البلخي كانا لا يجوزان ذلك • وقالوا هذا تعامل بلدة واحدة والقياس يترك بتعامل البلاد كلها كما في الاستصناع ولا
يترك القياس بتعامل بلدة واحدة الى هنا حكاية لفظ شيخ الاسلام **قوله** في كتاب الشرب اي من المبسوط **قوله**
قال وبيع الطريق وهبته جايز • وبيع مسيل الماء وهبته باطل اي قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير • اعلم ان المراد لا يخلو من احد
الامرين اما ان يكون هو رقبة الطريق والمسيل او حق المرور وحق التسييل فان كان المراد الاول فوجه الفرق حيث جاز بيع
الطريق وهبته دون المسيل لان الطريق معلوم طوله وعرضه فصح ذلك • بخلاف المسيل فانه ليس بمعلوم المقدار لانه قدر ما
يشغله الما لا يدري فلم يصح البيع والهبة للجهالة • وان كان المراد الثاني اعني حق المرور وحق التسييل فنقول في بيع حق المرور روايتان
فعلى رواية هذا الكتاب وهو رواية كتاب القسمة يجوز الا ترى الى ما قال في الشامل في قسم المبسوط دار بين رجلين فيها طريق لرجل اخر
ليس له منها من القسمة ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لا حق له في غير الطريق • فان باعوا الدار والطريق فثلث
الثمن برمته يضرب صاحب الاصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب المرور بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب المرور واحد • وقسمة حق
الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع الى هنا لفظ الشامل فقد جعل لحق المرور قسطا
من الثمن فدل ذلك على جواز البيع • والفرق بين حق المرور حيث جاز بيعه على هذه الرواية وبين حق التسييل حيث لم يجز بيعه انما
لان حق المرور يتعلق بالطريق وهو معلوم القدر • واما حق التسييل فان كان على السطح فهو نظير حق التعلي وبيع حق التعلي لا يجوز
باتفاق الروايات وان كان على وجه الارض فلا يجوز ايضا للجهالة لانه ربما يشغله الما • ثم الفرق بين حق المرور حيث جاز بيعه على هذه
الرواية وبين حق التعلي حيث لم يجز اصلا ان حق المرور يتعلق بالارض وهي باقية فاخذ حكم ما يبقى وهو العين فجاز بيعه وحق
التعلي يتعلق بالبنا وهو على السطح فاخذ حكم ما لا يبقى وهو المنافع فلم يجز بيعه • والرواية الثانية انه لا يجوز بيع حق المرور قال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير هذه الرواية هي الصحيحة لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز • قال في شرح الجامع
الصغير وفي رواية الزيادات **قوله** هو حق المرور حيث يجوز بيعه في رواية كتاب القسمة وحق التعلي حيث لا يجوز بيعه **قوله**
قوله على احد الروايتين يتعلق بحق المرور لان حق التعلي لا يجوز بيعه في جميع الروايات وقد مر البيان انفا **قوله**
قال ومن اشترى جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما اي قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة رضي الله عنه في الرجل يبيع من الرجل جارية فاذا هو غلام قال لا بيع بينهما • وهذه حكاية لفظ محمد بعينه والاصل ما
ذكر صاحب الايضاح وغيره ان التسمية والاشارة اذا اجتمعا فان كان المشار اليه مع المسمى جنسين مختلفين كانت العبرة للتسمية لان
التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات فانه اذا قال هذا صار الذات معينا • والتسمية اعلام الماهية
والذات زايدة على اصل الذات فكان ابلغ في التعريف فتعلق الحكم بالمسمى دون المشار اليه وان كان المشار اليه من جنس المسمى فالعبرة
للاشارة لان ما سمي وجد في المشار اليه فصار حق التسمية معتبرا بالمشار اليه • اذا ثبت هذا نقول اذا وقع البيع على جنس فاصاب
المبيع غير ذلك الجنس كان البيع باطلا كما اذا باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج او باع ثوبا على انه حرير فاذا هو مرعزي فالبيع
باطل ذكره في شرح الكرخي في مختصره • وان اصاب المبيع من ذلك الجنس الا انه يخالفه في الصفة فان كان التفاوت بينهما فاحشا كان حكمها
حكم الجنسين فيكون البيع باطلا كما اذا باع شخصا على انه عبد فاذا هو جارية او باع على انها جارية فاذا هو عبد قال القدوري في
ان البيع جايز لان الذكورة والانوثة وصفان فلا يختلف بهما جنس الذات كما اذا اشترى لحما على انه ذكر فاذا هو انثى قلنا التفاوت
الاغراض في بني ادم بالذكورة والانوثة تفاوتا فاحشا فاعتبر الجنسين مختلفين لاختلاف المقصود وذلك لان الانثى يصلح لخدمة
داخل البيت والفراش • والغلام يصلح لخدمة خارج البيت نحو الزراعة والتجارة وغير ذلك • فلما صار الجنس مختلفا باختلاف
المقصود فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم وبيع المعدوم باطل • وان كان التفاوت قليلا جاز البيع كالذكورة والانوثة في
الحيوانات فكان الجنس واحدا وفي الجنس الواحد يتعلق العقد بالمشار اليه وانه موجود • قال فخر الاسلام واخوه صدر الاسلام والصدر
الشهيد في شرح الجامع الصغير • فان كان الموجود اسفل وجب الخيار وعليه نص الكرخي في مختصره حيث قال فان كانت الصفة انقص

من الصفة التي شرط كان له الخيار ان شاء اخذ وان شاء ترك • وان كانت اردى فهي للمشتري الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله ونظيره
ما اذا اشترى على انه خباز فاذا هو ليس بخباز كان للمشتري الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه • وذكر صاحب المحيط والفتاوى
خيار المشتري من غير تقييد بكونه اسفل ونظيره ما اذا كان زيدا ما اذا اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع فوجده احد عشر كان للمشتري
وان وجده تسعا كان له الخيار • وان شاء اخذ بجميع الثمن وان شاء ترك **قوله** والفرق ينبني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح
لمحمد وذلك الاصل متفق عليه ولكن ذكر في كتاب النكاح في قصة قول محمد رحمه الله **قوله** الذكر والانثى من بني ادم جنسان
للتفاوت في الاغراض وقد مر بيان التفاوت • قال بعضهم في شرحه في هذا الموضع اختلفوا في هذا البيع • قال بعضهم الملك
وقال بعضهم فاسد ثم قال وهو اختيار الكرخي وقال كذا ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان اقول هذا اختلاف عجيب • وقول
عن الكرخي عجيب • اما الاول فلان محمدا رحمه الله قال في مسئلة الجامع الصغير فلا بيع بينهما فيكون تنصيصا على البطلان لان مثل
هذا التوكيد على الباطل لا الفاسد فكيف يصح بعد هذا قوله اختلفوا في انه باطل او فاسد • واما الثاني فلان الكرخي صرح في
مختصره بان اختلاف الصفة اذا وجب اختلافا فاحشا كان ذلك بمنزلة الاختلاف في الجنس ثم في اختلاف الجنس كما اذا باع فصا
على انه ياقوت فكان زجاجا او باع هذا الثوب على انه خز فاذا هو مرعزي قال فالبيع باطل **قوله** والمعتبر في هذا دون
الاصل اي التفاوت في الاغراض والتفاوت هو المعتبر في اختلاف الاجل الجنس الجادة دون اصل المادة يعني اذا تفاوت الاغراض
يجعل ما دل عليه العقد من الذي ظهر جنسين مختلفين وان اتصل اصلهما بشي واحد كالثياب المختلفة مع اتحاد الاصل والاشيا
المتخذة من البيت وهذا يعني قوله من القطن كالحلي والدرجيان والوذاري والزندنيجي جنسين على ما قال الوالي على ما قال الشارح
في شروح الجامع الصغير والوذاري بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة ثوب منسوب الى وذار وهي قرية بسمرقند والزندنيجي
ثوب منسوب الى زندنه وهي من اشهر قصبات بخارا وهي نسبة على خلاف القياس **قوله** ومن اشترى جارية بالف
درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن لا يجوز البيع الثاني • وهذا من مسائل الجامع الصغير اعلم
ان شرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لا يجوز عندنا خلافا للشافعي • وبعد نقد الثمن يجوز عندنا ايضا وبالمثل او الاكثر يجوز الا
سوا كان قبل نقد الثمن او بعده وكذا يجوز قبل نقد الثمن اذا اشترى بعرض قيمته اقل منه لانه لم يحصل شرائطه فجاز بيانا على ما
بعد نقد الثمن وعلى العرض والمثل والاكثر • ولنا ما روى ابو حنيفة في مسنده عن ابي اسحق السبيعي عن امراة ابي السفر ان امراة
سالت عائشة فقالت ان زيد بن ارقم ان الله عز وجل قد ابطل جهاده ان لم يتب • وما روى محمد عن الحسن في الاصل بسنده الى عائشة رضي
الله عنها ان امراة سالتها فقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم خادما بثمانمائة درهم الى اجل ثم بعتها منه بستمائة درهم فقالت بئسما اشتريت
وبئسما شريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله ابطل جهاده ان لم يتب • قال محمد حدثنا بذلك ابو حنيفة رفعه الى عائشة رضي الله عنها • وروى
الكرخي في مختصره قال روي عن عائشة ابو ليلها ان زيد بن ارقم باع الى العطا ثم اشترى باقل مما باع فقالت ابلغ زيد بن ارقم ان لم يتب
فقد ابطل جهاده مع رسول الله وابطال الجهاد لا يعرف الا بالتوقيف لان ثبات المعاصي دون الكفر لا يبطل الطاعة فيحمل على السماع من
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يلزم منه ربح ما لم يضمن لان المبيع خرج من ضمان البائع بالتسليم والثمن لم يدخل في ضمانه لعدم القبض
فاذا اشترى بالاقل لزم ربح ما لم يضمن لا محالة وذلك لا يجوز لما حدث صاحب السنن باسناده الى عبد الله بن عمر قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك • فان قلت نقلها عن عائشة رضي الله عنها
انما طلبت القول هكذا لان البيع كان الى العطا وهو اجل مجهول لا لانه ربح ما لم يضمن قلت كان من مذهب عائشة رضي الله عنها
جواز البيع الى اجل مجهول وهو مذهب علي وابن ابي ليلى وجماعة كذا قال القاضي ابو زيد في الاسرار • فان قلت ما معنى ذم البيع
الاول وهو جائز • قلت انه لما كان سببا الى البيع المحظور استحق الذم كالسفر يكون محظورا اذا كان لقطع الطريق وان كان السفر
مباحا في نفسه • وهذا بخلاف ما اذا اشترى بالعرض لانه لا يظهر الربح عند مخالفة الجنس وكذا اذا اشترى بالاكثر يجوز لان الربح
يكون للمشتري وقد حصل الربح من مبيع في ضمانه فلا يكون ربح ما لم يضمن • وبخلاف ما اذا اشترى بعد نقد الثمن بالاقل لانه ربح
ما هو مضمون لان الثمن دخل في ضمانه • ويجوز الشرا بالاقل اذا تعيب عند المشتري لان ما بقي من الثمن يكون بازاء ما فات من المبيع
بسبب العيب فلا يتحقق الربح حتى لو انتقص السعر لا يجوز ويجوز اذا اشتراه من غير الامر وارثه لانه لا يبدل الملك بتبدل العين حكما
فما زاد في منزلته لانه خلفه وصار شبهة والشبهة في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة • ولو باعه بدراهم واشتراه بدنانير لا يجوز
استحسانا • والقياس ان يجوز لان الربا لا يجري في حق التفاضل بين الدراهم والدنانير • وجه الاستحسان انهما من حيث الثمنية
كالشي الواحد فيثبت شبهة الربح • قال الكرخي في مختصره ولا يجوز ان يشتري ذلك وكيل البائع ولا مضاربه ولا شريكه في تلك
التجارة ولا مدبر للبائع ولا مكاتبه ولا عبد للبائع ماذون له في التجارة في قولهم جميعا فان اشتراه والد للبائع او ولده او ولد
ولده او سفل او من لا يجوز شهادته للبائع ولا شهادة البائع له لم يجز عند ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد ذلك جائز وكذلك
لا يجوز للمولى ان يشتري ما باعه مكاتبه ولا عبده الماذون ولا مضاربه باقل من الثمن الذي باع فان وكل البائع من يشتريه باقل
من الثمن الاول فاشتراه فالشرا جائز عند ابي حنيفة • وقال ابو يوسف الشرا لازم للوكيل ولا يلزم الامر • وقال محمد يلزم الامر
شرا فاسدا الى هنا لفظ الكرخي • وجه قول محمد انه امر بالربا شرعا فيقع يكون فاسدا • ووجه قول ابي يوسف ان العقد
له زيادة فساد بدليل ابطال الجهاد فلم يجز التوكيل به ولابي حنيفة ان الموكل في المعنى مشتري من الوكيل فصار كما لو اشترى من
غيره قال في شرح الطحاوي اذا مات المشتري فاشتراه البائع من الوارث لا يجوز لان الوارث يقوم مقام المورث الا ترى

انه

انه لو وجد به عيبا كان له ان يخاصم البائع في الرد • ولو لم يمت المشتري ولكن مات البائع فاشترى وارثه من المشتري جاز
الشرا اذا كان الوارث ممن تجوز شهادته للبائع في حال الحياة وقرابته من البائع لا تمنع بخلاف المشتري • والفرق بينهما ان وارث
المشتري قائم مقام المشتري في عين المبيع لانه قد نوع منه • واما وارث البائع فيقوم مقام البائع في الثمن والثمن الذي يثبت في
ذمته في الشرا ليس ما ورثه من البائع • وروي عن ابي يوسف انه قال لا يجوز شرا وارث البائع ايضا كوارث المشتري الى هنا لفظ
كتابه • والباقي يعلم بعد ويظهر في باب الشرا **قوله** لتلك المراة اي لتلك المراة السائلة **قوله** بئسما شريت اي بعت
لان الشرا يجي بمعنى البيع كقوله تعالى وشروه بثمن بخس **قوله** المعنى زيد بن ارقم هو زيد بن ارقم بن يزيد بن قيس بن النعمان
ابن مالك بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج الانصاري من مشاهير الصحابة • وفي كنيته اختلاف قيل ابو عمر • وقيل ابو عمارة • وقيل
ابو سعيد • وقيل ابو انيسة • وقيل ابو انيس وتوفي بالكوفة سنة ثمان وستين وهو الذي اخذ الراية يوم موتة حين
استشهد عبد الله بن رواحة كذا ذكر ابن شاهين في كتاب المعجم **قوله** في ضمانه اي في ضمان البائع الثاني **قوله**
بوله اي للبائع وهو الذي باع الجارية اولا **قوله** قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان
ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى وهذه من مسائل الجامع الصغير ذكرها محمد تفريعا على المسئلة
المتقدمة • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى جارية بالف درهم فقبضها المشتري ثم باعها
من البائع واخرى بخمسمائة درهم قال يجوز البيع في الاخرى التي لم يكن بيعت اولا بحصتها ويبطل البيع في هذه وذلك لان المشتري
لما باع الجاريتين بخمسمائة من البائع احداهما هي التي اشتراها البائع في المرة الاولى بخمسمائة والاخرى هي التي لم يشترها فاسد لم يكن
بد من ان يقسم الثمن في البيع الثاني بمقابلة التي لم يشترها منه فلا محالة يكون ثمن الجارية التي بيعت اولا اقل مما بيعت فيلزم شرا
ما باع باقل مما باع وهو فاسد عندنا لما قلنا في المسئلة المتقدمة فلاجل هذا قلنا ببطلان البيع في الجارية المبيعة دون ما ضمت
اليها ولا اشكال هنا على قولهما • واما الاشكال على قول ابي حنيفة لان مذهبه ان البيع اذا فسد بعضه فسد كله اذا كان الفساد
مقارنا وجوابه ان يقال ان الفساد فيما بيعت اولا ضعيف لانه اختلف العلماء في فساده فلم يسر لضعف الفساد الى صاحبتها كما اذا
اشترى عبدين احدهما مدبر حيث لا يفسد البيع بل يصح في القن بحصته من الثمن فكذا هنا يصح البيع في المضمومة بحصتها من الثمن ثم
ولان الفساد في المبيعة اولا لشبهة الربا بسلامة الفضل للبائع الاول من غير عوض ولا شبهة فيما يقابله احتياطا لان الربا لم يسر الى
المضمومة لعدم سبب الفساد اولا لان الفساد ليس بمقارن لانه ليس في صلب العقد بل هو طاري لانهما لم يذكروا في البيع ما هو
يوجب فساد البيع • وانما الفساد باعتبار شبهة الربا وهي امر خفي ظهر ذلك بعد العقد • اما بانقسام الثمن على قيمتهما او بالمقاصة
اعني مقاصة الثمن في البيع الثاني بمقداره ذلك الاقل من الثمن في البيع الاول فيبقى من الثمن الاول فضل من غير ان يقابله عوض فكيف
ما كان يظهر الفضل للبائع الاول فيكون مشتريا ما باع باقل منه والفساد الطاري لا يسري كما لو باع عبدين صفقة واحدة وبين ثمن
كل واحد منهما ثم الحقا الاجل الى وقت الحصاد في ثمن احدهما فسد البيع فيه ولا يتعدى الى الاخر فكذا هنا **قوله** او
لانه اعتبار شبهة الطواحه ثاني لكون الفساد ضعيفا ما او في المشتراة **قوله** او لانه طاري هذا دليل ثاني لعدم
شيوع الفساد عطفا على قوله لانه ضعيف وبيان الكلام قد مر انفا **قوله** فلا يسري الى غيرها اي لا يسري الفساد الى غير المشتراة
قوله قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد • وان اشتراه
على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه عن محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو الف رطل على ان يزنه بظروفه فيطرح عنه مكان كل رطل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد
وان كان قال على ان يطرح عنه وزن الظرف فهو جائز وذلك لان المبيع في الصورة الاولى مجهول وجهالته تفسد البيع لان وزن
الظرف يحتمل ان يكون اقل من خمسين او اكثر • فان كان اقل منه تخرج بعض الزيت من ان يكون مبيعا وذلك مجهول وان كان اكثر
منه يلزم الجهالة ايضا لان العدد الزائد على الخمسين من الظرف ليس بمبيع فاذا كان كذلك كان طرح الخمسين لوزن كل
ظرف شرطا لا يقتضيه العقد فافسد بخلاف الصورة الثانية حيث جاز العقد لان طرح قدر الوزن شرط يقتضيه العقد لان
الظرف ليس بمبيع فيخرج بوزنه والشرط لا يزيد الا تاكيدا لحكم العقد • ووضع المسئلة فيما اذا باع كل رطل منه بكذا كذا قالوا
قوله لان الشرط الاول اي طرح خمسين رطلا مكان كل رطل ظرف **قوله** بظروفه اي بظروف الزيت **قوله**
فيطرح عنه اي فيطرح البائع عن المشتري **قوله** والثاني اي الشرط الثاني وهو طرح وزن الظرف **قوله** ومن اشترى
سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري • وهذه من
مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق
كل رطل بدرهم فوزن له السمن والزق فبلغ مائة رطل وقبضه المشتري ثم جا فقال وجدت السمن تسعين رطلا والزق هذا
وزنه عشرة ارطال • وقال البائع الزق غير هذا ووزنه خمسة ارطال والسمن خمسة وتسعون رطلا قال هذا جائز والقول
قول المشتري في السمن وفي الزق الى هنا لفظ محمد في الاصل والجامع الصغير • وقال في الاصل فالقول قول المشتري مع يمينه
وعلى البائع البينة وانما القول قول المشتري على تقدير اذا لم يقم البائع البينة لان البائع ادعى عليه زقا اخر وهو ينكر او ادعى
عليه زيادة الثمن وهو ينكر ايضا فالقول قول المنكر مع اليمين او نقول القول قول المشتري لانه هو القابض والقول قول
القابض في تعيين ما قبض ضمينا كان او امينا كالغاصب والمودع فان القول قول كل واحد منهما فيما اخذ اذا جاء برده لان ذلك

من مستناد نكرناها **قوله** فهما كالغاصب **قوله** امينا كالمودع **قوله** قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة رضي الله عنه • وقالا لا يجوز على المسلم وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل مسلم له خمر امر نصرانيا ان يبيعها فباعها قال جائز • وقال يعقوب ومحمد لا يجوز • واذا امر مسلم نصرانيا ان يشتري له خمرا فاشتراها فهو جائز وقال يعقوب ومحمد لا يجوز على المسلم الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • قال الفقيه ابو الليث نعمل بقول ابي حنيفة لما اجاز البيع ينبغي للمسلم ان يتصدق بالثمن قال صاحب الهداية وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم ببيع صيد • وجه قولهما ان الموكل لا يملك بنفسه فلا يملكه غيره لانه تمليك ما لا يملك لا يجوز كنكاح المجوسية لا يجوز • ولان حكم التصرف يقع للموكل فيصير كانه باشره بنفسه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الشراء والبيع وجدا من النصراني وهو اهل لمباشرة ذلك غاية ما في الباب ان حكم التصرف وهو ملك الثمن او المبيع يثبت للموكل حكما لتصرف الوكيل لا قصدا لان التوكيل بالشراء والبيع طلب لهما لا مباشرة بهما والمسلم اهل لتملك الخمر والخنزير حكما كما في الارث بان كان ابو المسلم نصرانيا اسلم ولم يرجع ثم خمرا وخنزيرا فصار كمسلم له عبد نصراني مأذون او مكاتب اشترى خمرا صح ويثبت الملك للمولى ثم لما صح شراء الوكيل يحل الموكل الخمر ويسيّب الخنزير قاله صاحب المختلف وغيره وعلى هذا الخلاف المحرم اذا وكل حلالا بشراء صيد وبيعه فعنده ان العقد مقصور على الوكيل عندنا حتى ان الحقوق تلزمه • ولهذا لو عجز بوكيل النصراني المسلم بشراء الخمر وبيعها والمسألة مذكورة في الزيادات • فان قلت فما بالكم صححتم توكيل المسلم بشراء الخمر نصرانيا على ارث الخمر لا يصح لان الارث امر يثبت جبرا لا اختيارا والتوكيل على العكس • قلت ثبوت الملك للموكل بتصرف الوكيل امر جبري ايضا • ولهذا يثبت الملك للموكل شاء او ابى في غير هذه الصورة بالاتفاق • والجواب عما قالا ان الموكل لا يملكه فلا يملك غيره فنقول ذلك منقوض بالحاكم لا يحكم لنفسه ويجوز ان يحكم له غيره وكذا الوكيل بشراء عبد بعينه لو وكل آخر ان يشتريه له جاز وبيع الشراء للوكيل الاول وان كان هو بنفسه لا يملك ان يشتريه لنفسه كذا في وكالة المبسوط والقياس على نكاح المجوسية فاسد لان حقوق العقد في باب النكاح راجعة الى الموكل لا الى الوكيل وفي باب البيع والشراء على العكس **قوله** حتى لا يجري لاختياري فلذلك لم يجعل كالمباشر بنفسه **قوله** ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد وهذه من مسائل مختصر القدوري • والاصل فيه ما روى ابو يوسف عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ومطلق النهي يقتضي الفساد والاطلاق في هذه الجملة يتناول بشرائط البيع الا في شرط العتق فعند الشافعي يجوز ذلك وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه كذا في شرح الاقطع ثم اختلف الفقهاء في البيع والشرط على ثلاثة اقوال • قال اصحابنا البيع والشرط كلاهما فاسدان وقال ابن ابي ليلى البيع جائز والشرط باطل • وقال ابن شبرمة البيع والشرط كلاهما جائزان • وجه قول ابن شبرمة ما روي في السنن وشرح الآثار مسندا الى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال بعته يعني بعيره من النبي صلى الله عليه وسلم واشترطت حملانه الى اهلي • ووجه قول ابن ابي ليلى ما حدث البخاري في الصحيح عن عبد الله بن يوسف عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان عائشة رضي الله عنها ارادت ان تشتري جارية فتعتقها فقال اهلها نبيعكها على ان ولاءها لنا فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا يمنعك ذلك فان الولاء لمن اعتق • ووجه قولنا حديث ابن عمرو بن شعيب فقد مر آنفا • ثم البيع بشرط انواع منها ان يشترط شرطا يقتضيه العقد كما اذا اشترى شيئا بشرط ان يسلم البائع المبيع او يسلم المشتري الثمن او بشرط ان يملك المبيع او الثمن فالبيع جائز لان هذا مقرر لموجب العقد فان ثبوت الملك والتسليم والتسلم من مقتضى المعاوضة • وان شرط شرطا لا يقتضيه العقد ولكن ورد الشرع بجوازه كالاجل والخيار رخصة وتيسيرا فانه لا يفسد العقد لانه لما ورد الشرع به دل انه من باب المصلحة دون المفسدة • وهذا جواب الاستحسان والقياس ان يفسد لكونه شرطا مخالفا لموجب العقد وهو ثبوت الملك في الحال في العوضين ولكن اخذنا بالاستحسان للحديث الوارد في باب الخيار • وان شرط شرطا لا يقتضيه العقد ولم يرد الشرع به ايضا لكنه يلائم العقد ويوافقه • وذلك نحو ان يشتري بشرط ان يعطي البائع كفيلا بالثمن او رهنا بالثمن وهذا على وجهين اما ان يكون الكفيل او الرهن معلوما بالاشارة او التسمية او لم يكن معلوما فان لم يكن معلوما بان قال ابيعك بشرط ان تعطيني رهنا بالثمن ولم يسم رهنا ولا اشار اليه او قال بشرط ان تعطيني كفيلا بالثمن ولم يسم انسانا ولا اشار الى انسان كان البيع فاسدا لان هذه جهالة تفضي الى المنازعة مانعة عن التسليم والتسلم • واما اذا كان معلوما بالاشارة او التسمية فالقياس ان لا يجوز البيع وبه اخذ زفر • وفي الاستحسان يجوز وهو قول علمائنا رضي الله عنهم وهو الصحيح فان الرهن والحوالة بالثمن شرعا توثيق الثمن فيكون بمنزلة اشتراط الجودة في الثمن فيكون شرطا مقررا لما يقتضيه العقد معنى ثم انما يجوز البيع استحسانا في اشتراط الكفالة اذا كان الكفيل حاضرا في المجلس وقبل فاما اذا كان غائبا فانه لا يجوز وان بلغه الخبر فقبل فان وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف الى البيع فيصير الكفيل بمنزلة المشتري ان كانت الكفالة مشروطة في البيع وحضور المشتري في المجلس شرط فيصح الايجاب من البائع ولا يتوقف الى ما وراء المجلس فكذلك حضور الكفيل بخلاف الرهن فان حضرته ليست بشرط في المجلس لان الرهن من المشتري وهو حاضر فالموثوق الرهن • ثم في الرهن فما لم يسلم المشتري الرهن الى البائع لا يثبت فيه حكم الرهن وان انعقد عقد الرهن بذلك الكلام الا ان الرهن لا يثبت في حق الحكم الا بالقبض على ما عرف • فان سلم الرهن مضى العقد على ما عقد فان امتنع عن التسليم لا يجبر على التسليم عندنا وعند زفر يجوز لكن عندنا يقال للمشتري اما ان تدفع الرهن او قيمته او تدفع الثمن او نفسخ البيع لان البائع ما رضي

بوجوب

الثمن في ذمة المشتري الا بوثيقة الرهن وفي هذه الوجوه وثيقة • فان لم يفعل المشتري شيئا من ذلك فللبائع ان يفسخ البيع لانه فات غرضه فلا يكون العقد لازما فله ان يفسخ • وان شرط شرطا لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا احد فيه منفعة الا انه متعارف بان اشترى نعلا وشراكا على ان يحذوه البائع جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر ولكنا اخذنا بالاستحسان لتعارف الناس كما في الاستصناع • ولو شرط شرطا لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وليس بمتعارف وفيه منفعة لاحد المتعاقدين بان اشترى حنطة على ان يطحنها البائع او ثوبا على ان يخيطه البائع • او اشترى حنطة على ان يتركها في دار البائع شهرا او نحو ذلك فالبيع فاسد وهذه الجملة بجميعها مذكورة في التحفة • وقال ايضا فيه ولو شرط شرطا فيه ضرر لاحد المتعاقدين بان باع ثوبا او حمارا سوى الرقيق بشرط ان لا يبيعه او لا يهبه ذكر في المزارعة الكبير ما يدل على ان البيع بهذا الشرط لا يفسد فانه ذكر ان احد المزارعين يشترط في المزارعة على ان لا يبيع الآخر نصيبه او لا يهبه فان المزارعة جائزة والشرط باطل لانه ليس لاحد المتعاقدين فيه منفعة • وهكذا ذكر الحسن في المجرد وروي عن ابي يوسف في الاملاء وهو قوله ان البيع بمثل هذا الشرط فاسد والصحيح هو الاول **قوله** وهو من اهل الاستحقاق قال في شرح الطحاوي اذا كان في الشرط منفعة للمعقود عليه وهو من اهل الخصومة نحو ان يبيع عبدا او جارية بشرط ان لا يبيعه او لا يهبه ولا يخرجه عن ملكه فان هذه الشروط فيه منفعة للعبد لان تداول الايدي يشق على العبد والجارية وكذلك اذا اشترط التدبير والاستيلاد او شرط العتق فالبيع لا يجوز ولكن المشتري لو اعتقه لزمه الثمن في قول ابي حنيفة وعند صاحبيه يجب عليه القيمة • واجمعوا انه لو هلك في يده قبل الاعتاق لزمه القيمة في قول ابي حنيفة وعند صاحبيه يجب عليه القيمة في القيمة • وكذلك لو باعه من رجل او وهبه لرجل وجب عليه القيمة فوجوب الثمن علامة الجواز ووجوب القيمة علامة الفساد والحاصل عند ابي حنيفة ان العقد في الابتداء ينعقد على الفساد ثم ينقلب الى الجواز بالعتق وعندهما لا ينقلب وعليه القيمة • الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي • وقال في التحفة لو اعتقه قبل القبض لم ينفذ عتقه • وان اعتقه بعد القبض عتق فانقلب العقد جائزا استحسانا في قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد لا ينقلب العقد جائزا اذا اعتقه حتى يجب عليه قيمة العبد • وروي عن ابي حنيفة مثل قولهما كذا في التحفة **قوله** لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربا وذلك ان الربا عبارة عن فضل خال عن العوض وهذه الشروط خالية عن العوض لان العاقد بلا العوض مع العوض والشرط الذي شرطاه ليس في مقابلته عوض وفيه معنى المال ولهذا يجوز اخذ العوض عن الشرط كما في التدبير والكتابة والاعتاق ويجوز ذلك فادى الشرط الى الربا لا محالة **قوله** عن مقصود اي مقصود العقد وهو الاسترباح **قوله** هو الظاهر من المذهب احترازا لما روي عن ابي يوسف في الاملاء ان البيع بمثل هذا الشرط فاسد وقد مر آنفا **قوله** المدعي المطالبة اي من الدابة **قوله** هذه الشروط اشارة الى الاعتاق والتدبير والكتابة والاستيلاد **قوله** لان قضية الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما يعني ان قضية عقد البيع الاطلاق التصرف في المبيع للمشتري باختياره كيف شاء غير مقيد بتصرف دون تصرف والشرط يقتضي التقييد في التصرف والالزام على تصرف واحد على وجه لا يتجاوزه المشتري فكان الشرط مخالفا لموجب العقد فكان فاسدا والحتم الوجوب **قوله** والشافعي وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه اشارة الى ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط • وروي عن ابي حنيفة مثل هذا **قوله** ويقيسه على بيع العبد نسمة فيه نظر لان الشافعي يتمسك بحديث بريرة • وقد رويناه آنفا عن الصحيح البخاري في مسألة ابن ابي ليلى • والمراد من بيع العبد نسمة ان يباع للعتق اي يشترى ويعتق وانتصاب قوله نسمة على الحال يعني معرضا للعتق وذلك لان النسمة لما كرر ذكرها في مثل قوله عليه الصلاة والسلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانها اسم لما هو معرض للعتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا قال المطرزي • قال صاحب الهداية وتفسيره البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه ولئن صح هذا التفسير فقياس الشافعي البيع بشرط العتق عليه لان المقيس عليه والمقيس عليه غيران اما على ما قال في المبسوط من تفسيره بقوله وتفسيره البيع بشرط العتق فلا وجه للقياس لان المقيس هو المقيس عليه بعينه **قوله** كما اذا اتلفه بوجه احر اي بوجه غير وجه الاعتاق مثل البيع والهبة والقتل والموت **قوله** على ما ذكرنا اشارة الى قوله لان قضية الاطلاق في التصرف **قوله** ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب يصاغ لقوله والذي انتهاه يتقرر قال في التحفة والصحيح قول ابي حنيفة لان هذا الشرط يلائم العقد من وجه دون وجه من حيث ان الاعتاق ازالة الملك يكون تغيرا لحكم العقد ومن حيث انه انهاء الملك يكون ملائما لانه تقرر فقلنا بفساد البيع في الابتداء وبالجواز في الانتهاء عملا بالدليلين • وبالعكس لا يكون عملا بهما لانا نجد فاسدا انقلب جائزا كما في بيع الرقم ولكن لم نجد جائزا انقلب فاسدا فكان الوجه الاول • ولو باع بشرط التدبير والكتابة وفي الامة بشرط الاستيلاد فالبيع فاسد ولا ينقلب الى الجواز عنده وجود الشرط لان هذا شرط لا يلائم العقد لانه لا ينتهي الملك فما هنا يتبين الحال فلا يتبين بالجواز في التدبير والاستيلاد فلا يتغير حكمه كذا في التحفة **قوله** فكان الحال قبل ذلك موقوفا اي كان حكم العقد موقوفا قبل الاعتاق بين بقائه فاسدا وانقلابه الى الجواز بالاعتاق فلما وجد الاعتاق ترجح جانب الجواز فانقلب جائزا **قوله** قال وكذلك اذا باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية اي قال القدوري في مختصره وكذلك يفسد البيع بهذه الشروط • وذلك لمعان احدها نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وقد مر ذلك • والثاني ان كل واحد من هذه الشروط على خلاف مقتضى العقد لانها لا تلائمه والثالث

كانت جارية بالف درهم على ان يطأها او دامت مكاتبة او يخدمه ولم يبين الخدمة وقتا • او كاتبه وهي حامل من غيره واستثنى ما في بطنها فهذه شروط فاسدة دخلت في صلب العقد فافسدت الكتابة ولكنها اذا ادت الالف عتق ووجب عليه العقر اذا وطئها بعد موت الكتابة وان لم يكن الفساد في صلب العقد لا يفسد كما اذا كاتب عبدا على ان لا يخرج من المصر او على ان لا يتجر او ما اشبه ذلك من الشروط التي لا تدخل في صلب الكتابة فالكتابة صحيحة والشرط باطل فصار عقد الكتابة بين شبهين يشبه عقد النكاح من وجه بدليل انه يثبت دينا في الذمة ويجوز من غير ان يذكر صفة البدل ويقع على الوسط ويشبه البيع من حيث انه لا يقع الا ببدل معلوم فاعطي له حكم بين حكمين • فان كان الشرط الفاسد في صلب العقد افسده وان دخل لا في صلب العقد لم يفسد هذا حاصل ما قال في شروح الطحاوي والايضاح في فصل نمه في اول كتاب البيوع • وقيل يفسد عقد الكتابة البيع من حيث انه لم يحتمل الفسخ في الابتداء ويشبه النكاح من حيث انه لا يحتمل الفسخ هذا تمام المقصود **قوله** عبارة المصنف في الكتابة الى آخره استثنائه قوله تبطل بالشروط الفاسدة اي هذه الاشياء وهي الكتابة والاجارة والرهن تبطل بالشروط الفاسدة الا ان الشرط الفاسد في الكتابة في صلب العقد لا ما ادخل في غيره وقد مر بيانه آنفا **قوله** وكذا الوصية لا تبطل به اي بالاستثناء للحمل ويصح استثناء الحمل ايضا وذلك لان الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك في كل منهما يحصل بعد الموت • ثم الميراث يجري في الحمل فكذا الوصية • وفائدته تظهر فيما اذا قال اوصيت بهذه الجارية لفلان الا حملها يكون الحمل ميراثا والجارية وصية للموصى له • فان قلت يصح افراد الخدمة بالعقد بان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فتصح الوصية فينبغي ان يصح استثناؤها ايضا لان صاحب الهداية قال ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه فيفهم من كلامه ان ما صح افراده بالعقد صح استثناؤه قلت لانسلم لان صاحب الهداية لم يدع ذلك • ولئن قلنا فنقول ان الوصية ليست بعقد الا يرى ان القبول يصح من الموصى بعد موت الموصي فلو كان عقدا لم يصح لان العقد لا يصح الا بين اثنين وكذلك يدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بلا قبول اذا مات الموصي ثم مات الموصى له بلا قبول • فلما لم تكن الوصية عقدا كان السؤال ساقطا ومعنى قوله لان الميراث لا يجري فيها اي في الخدمة يعني ان استثناء الخدمة من الجارية انما لم يصح لان الاستثناء لو صح لكانت الخدمة ارثا • والارث لا يجري في الخدمة لانها منفعة • وانما يصح الارث في الاعيان لا في المنافع **قوله** ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد وهذه من مسائل مختصر القدوري • وذلك لانه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولاحد العاقدين فيه منفعة اعني للمشتري فيفسد البيع لورود النهي عن بيع وشرط • ولانه صفقة في صفقة وقد نهي عن ذلك اعني انه اجارة في بيع واعارة في بيع لانه لا يخلو من احد الامرين فان شرط مقابلة العمل شيء يكون اجارة وان لم يشرط يكون اعارة وهذا معنى قوله بقي ما مر وهو اشارة الى ما ذكر قبل بقوله لانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن الى آخره والفساد هو القياس وفيما اذا اشترى نعلا على ان يحذوها البائع او يشركها كذا في التحفة والايضاح وغيرهما الا انهم تركوا القياس بالاستحسان حيث جوزوا ذلك لان الناس تعاملوا على ذلك من غير نكير وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن • واخذ زفر والشافعي بالقياس **قوله** ووجه ما بينا اشارة الى قوله لانه شرط لا يقتضيه العقد **قوله** وصار كصبغ الثوب اي صار جواز شراء النعل بشرط حذو البائع وتشريكه كجواز صبغ الثوب لان الاجارة عقد على المنافع بعوض والصبغ عين قائم بنفسه ولهذا لا يجوز الاستئجار للبرء لشرب اللبن • ولكنهم استحسنوا جواز صبغ الثوب للتعامل وهو ترك القياس به فكذا فيما نحن فيه والتعامل اقوى من ترك القياس الى ترى انهم جوزوا الاستصناع بالتعامل وان كان القياس يأبى ذلك لكونه بيع المعدوم في الحذو النعل بالنعل اي قدرها مثاله كقولهم حذو القذة بالقذة والحذا بمعنى الحذو ذكره صاحب الجمهرة والحذا النعل بينهما ايضا والشراك وضع الشراك على النعل ومنه ما ذكر في النوابع شرك شراك وان اردت الشراك واراد بالنعل الصرم وهو تسمية الشيء باسم ما يؤول **قوله** والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد • وهذا لفظ القدوري في مختصره • وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة انه قال في الرجل يبيع الشيء الى النيروز او الى المهرجان او الى الحصاد او الى الدراس او الى الجزار ان البيع فاسد فاذا لم يذكر من هذه الاوقات فهو جائز الى هنا لفظ محمد رحمه الله فيه • اعلم اولا ان التأجيل الذي يصح انما انه فيه مايدفع الريبة بانقطاع المدة التي يمكن المشتري من تحصيل الثمن فيها وتأجيل الاعيان لا يصح لعدم الفائدة لانها موجودة في الحالين على سواء ولا حصل الفائدة للبائع في تأخير المسلم فلما جاز التأجيل في الديون لم يجز فيها الاجل المجهول لافضائه الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم • ثم اذا لم يعرف المتبايعان النيروز والمهرجان يفسد العقد لجهالة الاجل عندهما ومعرفة غيرهما لا تعتبر لان الاجل حق لهما فاذا عرفا ذلك جاز لارتفاع الجهالة لانه معلوم عندهما • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير عن عائشة رضي الله عنها • وفي قول ابن ابي ليلى جاز البيع الى هذه الآجال لان التفاوت قليل • وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وعن عائشة رضي الله عنها انها اجازت البيع الى العطاء قالوا وذلك مجهول عندنا على انها انما اجازت لان الخلفاء لم يكونوا يخلفون الميعاد فلم يختلف فاما بعد ذلك فقد تغير الامر فصار من جنس ما يتقدم ويتأخر • وقال فخر الاسلام قاضي خان في شرح الجامع الصغير • ولو كفل الى هذه الاوقات يجوز لان الكفالة عقد تبرع ومبنى التبرع على المساهلة ولهذا صحت الكفالة بالمجهول بان قال ما ذاب لك على فلان فهو علي فجهالة الاجل فيها اذا كانت يسيرة مستدركة لا تمنع صحة الاجل • ولو كانت غير مستدركة كالكفالة الى هبوب الريح او الى ان تمطر السماء صحت الكفالة ولا يصح الاجل ويكون حالا • اما البيع ينعقد معاوضة

او منفعة الخدمة والسكنى لا يخلو من احد الامرين فان قابلها شيء من الثمن يلزم الاجارة في البيع وان لم يقابلها يلزم الاعارة في البيع وكل ذلك فاسد لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صفقتين في صفقة • والرابع ان البيع بشرط الاقراض منهي بحديث النبي صلى الله عليه وسلم وهو ما روي في نص النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع وسلف اي قرض **قوله** ولانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف انما اخر المصنف هذا عن الدليل العقلي وهو قوله لانه شرط لا يقتضيه العقد لان الدليل العقلي عام يصلح دليلا لجميع ما ذكر وهذا خاص في البيع بشرط القرض قال الولوالجي في فتاواه ولو قال بعت هذه الدار بالف على ان يقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم القرض الاجنبي لانه لو لزمه انما يلزمه اما بطريق الضمان عن المشتري او بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لان هذا القرض ليس في ذمة المشتري فكيف يتحملها الكفيل ولا وجه الى الثاني لانه لم يقبل على اي ضامن • فاذا لم يلزم الاجنبي ولا خيار للبائع لان الخيار انما يثبت اذا لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري وههنا قد سلم له ما شرط في البيع على المشتري بخلاف ما اذا شرط الاقراض على المشتري حيث يفسد لما قلنا والثاني يعلم من باب الزيادة من غير المشتري في البيع من بيوع الجامع • وقال في الفتاوى الصغرى اذا قال لآخر بع عبدك من فلان على ان الثمن علي والعبد لفلان حكي عن ابي الحسن الكرخي انه يجوز لكن هذا خلاف ظاهر الرواية واستبعد ابو بكر الجصاص • والصفقة في اللغة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة كذا ذكره في مجمل اللغة ويراد بها في العرف العقد لان احد العاقدين يضع يده على يد الآخر اذا اراد العقد **قوله** قال ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى رأس الشهر فالبيع فاسد اي قال القدوري في مختصره وعلل صاحب الهداية بقوله لان الاجل في المبيع العين باطل واحترز بالعين عن المبيع اذا كان دينا كالمسلم فيه فان الاجل فيه صحيح فكان البيع يفسد بذكر الاجل اذا كان المبيع عينا فكذلك يفسد اذا كان الثمن عينا وبه صرح صاحب التحفة وذلك لان الغرض من ذكر الاجل الترفيه في التحصيل باتساع المدة • فاذا كان المبيع والثمن عينا لا يفيد الاجل فائدة لانه حاصل وتحصيل الحاصل محال فيكون ذكر الاجل شرطا لا يقتضيه العقد فيفسد العقد • اما الدين فليس بحاصل فصح ذكر الاجل فيه لحصول الفائدة • واما في الثمن الدين فان كان الاجل معلوما جاز والا فلا لافضائه الى المنازعة **قوله** ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع وهذه من مسائل مختصر القدوري والاصل هنا ما قال في شرح الطحاوي انه اذا استثنى من المعقود عليه ما يجوز افراد البيع عليه جاز البيع في المستثنى منه واذا استثنى ما لا يجوز افراد العقد عليه مفردا بطل البيع في المستثنى منه بيانه انه اذا قال بعت منك هذه الصبرة الا قفيزا منها بدرهم فالبيع جائز في جميع الصبرة الا قفيزا لانه استثنى ما يجوز افراد العقد عليه لانه لو باع قفيزا من الصبرة يجوز وبمثله لو قال بعت منك هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فالبيع فاسد لانه استثنى ما لا يجوز افراده بالعقد عليه لانه لو باع شاة من الجملة بغير عينها لم يجز • ولو قال بعت منك هذا القطيع الا هذه الشاة بعينها بمائة فالبيع جائز لانه استثنى ما يجوز افراده بالعقد وكذلك الحكم في جميع العددي المتقارب والعددي غير المتقارب وكذلك لو باع حيوانا واستثنى ما في بطنها لا يجوز كذا في شرح الطحاوي • واما لم يجز افراد العقد لان بيع ما في البطن لا يجوز كذا في شرح الطحاوي ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحمل وقد مر ذلك والمعول في المسئلة ان الحمل بمنزلة الاطراف لانه متصل بالام خلقة الا ترى انه يتغذى بغذائها وينتقل بانتقالها فكان بمنزلة الاطراف فكان بيعا لدخوله تحت العقد كالاطراف والاستثناء يدل على ان الحمل مقصود ولان الاستثناء استخراج من الكلام في حق الحكم فكان الاستثناء مخالفا لموجب العقد وكان شرطا فاسدا فيفسد به البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ومطلق النهي يقتضي الفساد **قوله** والحاصل هذا القبيل اي من قبيل ما لا يصح افراده بالعقد **قوله** والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع ذكر هذه المسائل تفريعا لمسئلة القدوري وذلك فيما كانت عقود على جارية الا حملها او اجر دارة على جارية الا حملها او رهن جارية الا حملها ففي الكل يفسد العقد كما يفسد البيع اذا استثنى الحمل وكون الرهن بمنزلة البيع من حيث ان ما كان محلا للبيع كان محلا للرهن وما لا فلا • ولهذا لم يجز رهن الحر والمدبر ونحو ذلك كما لم يجز البيع • وكذلك لا يجوز الكتابة والاجارة على حر وخمر وجملة القول هنا ما قال في شرح الطحاوي العقود على ثلاثة اوجه عقد يتعلق بالجائز من الشروط والفاسد من الشروط يفسد وعقد لا يتعلق بالجائز من الشروط والفاسد من الشروط لا يفسد • وعقد يتعلق بالجائز من الشرط والفاسد من الشرط فيه على نوعين نوع منه يفسد ونوع منه لا يفسد • اما العقد الذي يتعلق بالجائز من الشروط والفاسد من الشروط يفسد فكالبيع والشراء والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى مال وما اشبه ذلك مما هو مبادلة مال بمال • ومعنى قولنا ان هذه العقود تتعلق بالجائز من الشروط هو ذكر البدل فلا تصح هذه العقود الا بالبدل المنطوق به في العقد وينبغي ان يكون البدل معلوما حلالا لما يجري التمليك والتملك فصار ذكر البدل شرطا جائزا من حيث لا يجوز الا به في الفاسد من الشرط يفسد فانه اذا دخل فيه شرطا فاسدا لا يقتضيه العقد يفسد • واذا كان البدل مجهولا او حراما فلا يصلح فيه التمليك والتملك افسده • فاما العقد الذي لا يتعلق بالجائز من الشروط والفاسد من الشرط لا يفسد كالنكاح والخلع عن مؤخر المهر والعتق على مال هذه العقود كلها تصح بغير ذكر البدل وتجوز بالبدل المعلوم والمجهول والحلال والحرام ولا يبطل بالشرط • واما العقد الذي يتعلق بالجائز من الشرط والفاسد من الشروط فيه على نوعين نوع منه يفسد ونوع منه لا يفسد وهو عقد الكتابة فانه يتعلق بالجائز من الشرط من حيث انه لا ينعقد الا بالبدل المذكور • فان ادخل فيه شرطا فاسدا ينظر ان كان الفاسد في صلب العقد في البدل او في المبدل افسده نحو ان يكاتبه على بدل مجهول او بدل حرام او

ومبنى المعاوضة على المماكسة والمضايقة لانه عقد استرباح فجهالة الاجل فيها تفضي الى المنازعة فيها فتوجب فساد العقد • ولو
باع الى دم حال ثم اخر الثمن الى هذه الاوقات يصح لان هذه الاجال لم يشترط في عقد المعاوضة فيصح مع الجهالة • وقال
شمس الائمة السرخسي فان قيل كون الجهالة اليسيرة متحملة في موضع لابد ان يكون التاجيل الى هذه الاوقات المجهولة بخلاف
الا يرى ان الصداق يتحمل الجهالة اليسيرة حيث يتحمل جهالة الوصف ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الاجال • قلنا الجواب هذا
الفصل غير محفوظ في الكتب وبين مشايخنا فيه اختلاف والاصح انه يثبت هذه الاجال في الصداق لانه لا شك ان اشتراط
هذه الاجال لا تؤثر في اصل النكاح بخلاف البيع فيبقى هذا اجلا في الدين المستحق بالعقد • ومن يقول لا يثبت يقول هو
المعقود عليه في النكاح وهو المراة لا يحتمل الجهالة فكذا الاجل في البدل المشروط فيه بخلاف الكفالة • ثم اعلم ان النيروز
والمهرجان معربان • والاصل نوروز ومهركان والاول يوم في طرف الربيع • والثاني في طرف الخريف قال في ذخ ع
كوشيار النيروز اول يوم من فروردين ماه والمهرجان هو اليوم السادس عشر من مهرماه • وقال ابو الريحان في تفهيمه
في ذلك اليوم اظفر ديو بالضحاك بدنباوندي قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير هما عيد المجوس يوم
النيروز ويوم المهرجان • وحكي عن ابي حفص الكبير رحمه الله انه قال لو ان رجلا عبد الله خمسين سنة ثم جاء يوم النيروز
فاهدى الى بعض المشركين بيضة يريد به تعظيم ذلك اليوم فقد كفر بالله واحبط عمله خمسين سنة **قوله** لانها بهانات
الضمير الراجع الى البيع على تاويل المعاوضة او الصفقة • وقيل ان الضمير راجع الى المنازعة فليتامل **قوله**
على المماكسة اي على المجادلة **قوله** الا اذا كانا يعرفانه اي حينئذ يجوز تاجيل الثمن **قوله** عندهما اي عند
المتبايعين **قوله** لان مدة صومهم بالايام معلومة قيل هي خمسون يوما **قوله** وكذلك الى الحصاد
والدياس والقطاف والجزاز اي البيع الى هذه الاجال فاسد ايضا • والحصاد قطع الزرع ويجوز فيه فتح الحاء والكسر
والقطاف قطع العنب من الكرم والجزاز بالزايين كذا السماع من جز الصوف وغيره اذا قطعه • وفسر فخر الاسلام الجزاز
بالرطاب في شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك الجزاز فيما يجز من الرطاب • ثم قال وكذا جداد النخل **قوله**
يسيرة مستدركة اي يمكن تداركها وازالة جهالتها **قوله** لاختلاف الصحابة فيها اي في الاجال المذكورة يعني ان البيع
اليها فاسد يعني عند عامة الصحابة • وعن عائشة رضي الله عنها انها اجازت البيع الى العطاء **قوله** فيما ذاب اي فيما
وجب **قوله** في الوصف اي في وصف الدين وهو الاجل او الى ان تحمل الكفالة للجهالة وانما جعل الاجل وصفا
للدين لانه يقال دين موجل او ثمن موجل • ثم جهالة الدين لا تمنع صحة الكفالة فكذا جهالة الوصف وهو الاجل وجهالة الاصل
وهو الثمن تمنع صحة البيع فكذا جهالة الوصف وهو الاجل **قوله** ولو باع الى هذه الاجال ثم تراضيا باسقاط الاجل
قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وهذه من مسائل القدوري • وقوله ايضا
من كلام صاحب الهداية وانما قال ايضا لانه قال قبل هذا بخلاف ما اذا باع مطلقا • ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات
حيث جاز • قال في شرح الاقطع وقال زفر لا يصح وهو قول الشافعي • وجه قول زفر ان العقد وقع
فاسدا لجهالة الاجل فلا ينقلب جائزا بعد ذلك كما اذا باع وشرط فيه الخمر ثم اسقط • وكما لو باع درهما بدرهمين ثم
اتفقا على اسقاط احد الدرهمين • وكما في النكاح المؤقت على اصلكم لا يصح النكاح اذا اسقط الوقت • ولنا ان فساد
العقد حصل لمعنى في غير العقد وهو جهالة الاجل المفضي الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم • وذلك لان الثمن والمثمن
صحيحان يجوز العقد على كل واحد منهما • وانما فسد العقد لمعنى اجنبي من صلب العقد • ثم الفساد قد ارتفع قبل تقرره
فعاد الى الجواز كما في الخيار الصحيح المانع من ابرام العقد اذا اسقط ابرم العقد وجعل الخيار كان لم يكن فكذا
الاجل بعد الاسقاط يجعل كان لم يكن بخلاف ما قاس عليه زفر من شرط الخمر وبيع الدرهم بالدرهمين لان الفساد ثمة في صلب
العقد اعني في البدل فلم يصح القياس عليه • وبخلاف النكاح الى اجل لانه ليس بنكاح بل هو متعة وهو في اخر عمره النكاح فلم ينقلب
الى الجواز بعد اسقاط الاجل • وروى علاء الدين في طريقة الخلاف في اول كتاب البيوع ان بيع الدرهم بالدرهمين والقفيز
بالقفيزين فاسد مفيد للملك عند اتصال القبض كالبيع بثمن مجهول والبيع الى اجل مجهول قال وقوله في الكتاب
ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه واراد بالكتاب مختصر القدوري فقال استبد برايه اي تفرد
قوله كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل اي لا يعود جائزا على اصلكم بعد اسقاط الاجل • وعلى قول زفر هو
النكاح الى اجل اي لا يعود جائزا على اصلكم بعد اسقاط الاجل وعلى قول زفر النكاح صحيح والشرط فاسد • وقد مر
ذلك في كتاب النكاح في فصل المحرمات • قال في خلاصة الفتاوى • ولو باع الى هبوب الريح او الى ان تمطر السماء ثم
وان ابطل الاجل لم ينقلب جائزا **قوله** قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما اي قال
القدوري في مختصره ولم يذكر القدوري خلاف ابي يوسف ومحمد لانه ارادهما لم يفصل الثمن فيه اتفاق في
بطلان البيع • اما اذا فصل الثمن فعندهما يصح البيع في العبد والذكية • وقال القدوري في مختصره وان جمع
بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن وهذا عندنا • وقال زفر فسد فيهما
وهو احد قولي الشافعي كذا في شرح الاقطع • قال صاحب الهداية ومتروك التسمية يبطل البيع • واذا جمع
المكاتب او ام الولد مع العبد صح البيع في العبد بحصته من الثمن • وجه قول زفر ان المدبر ليس بمحل للبيع ولهذا

كان

كان بيعه مردودا وكان قبول العقد فيه شرطا لصحة البيع في العبد فلا يجوز كما لو جمع بين حر وعبد • ولانه بيع بحصة العبد من الثمن
والبيع بالحصة لا ينعقد لانه مجهول كما لو جمع بين حر وعبد • ووجه قولهما فيما اذا فصل الثمن ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى
الى القن بيانه ان المفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وقد وجد هذا المعنى في الحر خاصة دون القن فلا يتعدى الفساد منه الى القن
كما في المدبر اذا ضم مع العبد وكما اذا جمع اجنبية واخته في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يفصل ثمن كل واحد من الحر والعبد
حيث يبطل البيع فيهما جميعا لجهالة ثمن العبد • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان العقد عليهما صفقة واحدة بدليل انه لا يملك
القبول في احدهما دون الاخر واذا كان صفقة واحدة بطل العقد في الجميع كما اذا اطلق الثمن لانه جعل قبول العقد فيما
لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه العقد فكان شرطا فاسدا والبيع يبطل بالشرط الفاسد بخلاف النكاح فانه لا
يفسد به والفرق بينهما اذا ضم الحر مع العبد وبينما اذا ضم المدبر او المكاتب او ام الولد مع العبد ان الحر لا يدخل تحت البيع
اصلا فينعقد البيع ابدا بحصة العبد من الثمن وذلك لا يجوز لكونه مجهولا والبيع بالحصة لا ينعقد صحيحا ابدا كما لو قال بعت
منك هذا العبد بحصته من الالف اذا قسم على قيمته وعلى قيمة العبد الاخر اما هؤلاء فيدخلون تحت البيع لكونهم اموالا الا انهم
لم ينفذ في الحال ولكن حكم البيع لا يثبت فيهم بل يرد صيانة لحقهم ولهذا لم يخرجوا من ان يكونوا محلا للبيع الا يرى ان القاضي
اذا قضى بجواز بيع المدبر ينفذ وكذا اذا قضى بجواز بيع ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف ويصح بيع المكاتب برضاه في اصح
الروايتين برضاه بخلاف ما روي في النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يصح • فاذا دخلوا تحت البيع لا يكون قبول العقد
فيهم شرطا لصحة العقد فيما ينعقد فيه البيع ولا بيعا بالحصة ابتداء بل هو بيع بالحصة بقاء وذلك جائز كما اذا اشترى عبدين وهلك
احدهما قبل القبض حيث يبقى العقد في الباقي بحصته من الثمن ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر
باتفاق العلماء الثلاثة **قوله** وقال زفر فسد فيهما اي في المدبر والعبد جميعا • وقيل اي في الجميع المذكورين وهما
الجمع بين الحر والعبد والجمع بين المدبر والعبد ومتروك التسمية عامدا كالميتة • فان قلت متروك التسمية عامدا مجتهد فيه
لانه يحل عند الشافعي وكان ينبغي ان يكون حكمه كالمدبر • قلت ذلك منه لم يعتبر اجتهادا لكونه مخالفا للنص كتاب الله تعالى
وهو قوله ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وكان متروك التسمية كالميتة **قوله** فكان القبول في الحر شرطا للبيع
في العبد اي كان قبول العقد فيما فسد فيه العقد شرط صحة العقد في الاخر لانه باعهما معا • فان قلت اذا فصل الثمن لا تكون الصفقة
واحدة بل تكون متفرقة فلا يكون القبول في الحر شرطا للبيع في العبد • قلت لا يلزم من تفصيل الثمن ان تكون الصفقة
متفرقة ولهذا اذا قال بعت هذا الثوب بكذا وهذا بكذا او قال المشتري ذلك تكون الصفقة متحدة ذكره في الفتاوى الصغرى
قوله في المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف • اعلم ان بيع المدبر وام الولد
لا يجوز عندنا وقد مر بيانه في اول هذا الباب • اما اذا قضى القاضي بجواز بيع المدبر ينفذ قضاؤه لان قضاء القاضي
ينفذ اذا لم يكن ثمة نص او اجماع يخالفه • اما اذا قضى القاضي بجواز بيع ام الولد فهل ينفذ ام لا • وهذه المسالة كانت
مختلفا فيها في الصدر الاول • وكان عمر رضي الله عنه لا يجيز بيعها وكان علي يجيز بيعها • ثم اذا اجمع التابعون على عدم
جواز البيع فيما اذا قضى القاضي بعد ذلك بجواز بيعها هل ينفذ ذلك في موضع الاجماع او في موضع الخلاف وذلك بناء على ان
الاجماع المتاخر هل يرفع الخلاف السابق ام لا فعند البعض لا يرفع الخلاف السابق ولا ينعقد هذا الاجماع وعندنا ينعقد
هذا الاجماع ويرفع الخلاف السابق • وقد استدل صاحب التقويم على هذا بقوله وقد روى محمد بن الحسن عنهم جميعا ان
القاضي اذا قضى ببيع ام الولد لم يجز • وقد اختلف فيها الصدر الاول لان الخلف قد اجمعوا على انه لا يجوز • ولو بقي
قول الماضي معتبرا لكان هذا قضاء القاضي بما اختلف فيه الفقهاء الى هنا لفظ التقويم • وقال في فصول الاستروشني
وفي القضاء بجواز بيع ام الولد روايات واظهرها انه لا ينفذ • وفي قضاء الجامع انه يتوقف على امضاء قاض اخر ان امضى
ذلك القاضي نفذ وان ابطل بطل وهذا اوحد الاقاويل الى هنا لفظ الاصول **قوله** الا ان المالك استثنا من
قوله دخلوا تحت العقد **قوله** وكان هذا اشارة الى البقاء اي كان رد البيع اشارة الى بقاء البيع في حق الا ان
رد البيع انما يتحقق اذا كان ثمة بيع

فصل

في احكامه لما ذكر البيع الفاسد ذكر حكمه عقيبه لان حكم
الشيء اثره الثابت به وجوده وهكذا يتعقب ذكره طلبا للمناسبة **قوله** فاذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد
بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته هذا لفظ القدوري في مختصره • وقال
الطحاوي في مختصره ومن اشترى شيئا شراء فاسدا فلم يقبضه بامر بائعه لم يخرج عن ملك بائعه فان قبضه بامر بائعه خرج عن ملكه
الى ملك مبتاعه منه فملكه عليه ملكا فاسدا الى هنا لفظه رحمه الله • اعلم ان البيع الفاسد يثبت به الملك فاسدا وعند
الشافعي لا يثبت به الملك • ثم الاذن قد يكون صريحا وقد يكون دلالة فالاول كما اذا قبضه المشتري باذن البائع صريحا
بان امره بالقبض سواء قبضه بحضرته او غيبته • والثاني كما اذا قبضه المشتري عقيب العقد ولم يوجد النهي من البائع
فملكه ايضا كما اذا وجد الاذن صريحا استحسانا • وجه قول الشافعي انه حرام والحرام لا يفيد الملك الذي هو نعمة ولان
النهي ينافي المشروعية لانه يقتضي القبح وهي تقتضي الحسن وبينهما تناف لا محالة ولهذا لا يثبت الملك قبل القبض فصار كالبيع
بالخمر او الخنزير وكالبيع بالميتة او الدم او بيع الخمر بالدرهم • ولنا ان عائشة اشترت بريرة وشرطت الولاء لمواليها وقبضتها
واعتقتها فاجازه عليه السلام وامضى البيع فلو لم يصح البيع لم يجوز رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتاقها • ولان البيع بالخمر او الخنزير

منعقد لوجود ركن التصرف من الاهل مضافا الى المحل • اما الركن فقد حصل لوجود مبادلة المال بالمال • واما الاهل فلان العاقد
حر بالغ عاقل • واما المحل فلان المبيع مال والثمن مال من وجه لميلان طباع الناس الى الخمر والخنزير الا انه ليس بمتقوم لاهانة
الشرع • فلما كان الثمن مالا من وجه دون وجه لم يبطل البيع بل فسد وكان اصل البيع منعقدا واشتراط القبض لاثبات الملك لان
السبب وجد ضعيفا وصار كالهبة • واما النهي ورد لمعنى في غير المبيع بل لمعنى في غيره وهو الفساد في الثمن فكان المعنى البيع
مجاورا لم يعدم المشروعية • والميتة ليست بمال اصلا وكان البيع فيها بيعا بلا ثمن والبيع بلا ثمن لا ينعقد • وكذلك حكم البيع
بالدم لانه ليس بمال ونظيره الكتابة فانها تنعقد بالخمر والخنزير ولا تنعقد بالميتة وبيع الخمر والخنزير بالدراهم انما يفيد الملك
بالقبض لان الفساد وقع في الاصل وهو المبيع لان البيع فلم يصح القياس • فان قلت البيع الصحيح لا يفيد الملك قلت انما لم يثبت الملك
مع قوته اذا وجد القبض والبيع الفاسد اولى ان لا يفيد الملك • قلت انما لم يثبت الملك في البيع الصحيح بالقبض لان الملك قد سبق
فلو ثبت بالقبض لزم تحصيل الحاصل وهو محال والبيع الفاسد لا يثبت الملك فيه قبل القبض فثبت بعده كما كرم به قالوا قبض صدر
عن عقد فاسد فلا يحصل به الملك كالقبض في الهبة الفاسدة • قلنا لا نسلم ان في الاصل لا يثبت الملك بل يثبت الملك بالقبض على
احد الروايتين كذا قاله صاحب الاسرار • وعلى الرواية الاخرى نقول في الملك في الهبة الصحيحة لا تثبت الا بالقبض فلو
كان حكم الهبة الفاسدة كذلك لاستوى الصحيح والفاسد فلهذا لم يثبت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة بخلاف البيع فان الملك
يثبت في الصحيح منه بالعقد فاذا ثبت الملك في الفاسد فلا يثبت الملك الا بالقبض كالغصب والنهب • فلما تبعض ذلك بالبيع وثبت
الا داد ولان في الفروع وجد التسليط من صاحب المال بخلاف الاصل فلم يماثلا فلم يصح القياس • وذكر قال بعض اصحابنا
من اهل العراق ان المشتري في البيع الفاسد بالقبض يملك التصرف ولا يملك المبيع استدلالا بما قال في كتاب البيوع ان المشتري
اذا اعتقه جاز وكان الولاء للبائع لان البائع سلطه على ذلك • ولهذا لو كان المبيع جارية لا يجوز للمشتري وطؤها • ولو
كان دارا لا يجب شفعة للشفيع قال الفقيه ابو الليث هذا ليس بصحيح بل المشتري يملك عين المبيع في قول علمائنا بدليل
ان المبيع لو كان دارا فبيعت دار الى جنبها فللمشتري ان ياخذ الشفعة بالدار ولو لم يملك عين الدار لم يكن له الشفعة
ولو كان المبيع جارية فعتقها ثم ردها على البائع فعلى البائع الاستبراء • واما لم يجز للمشتري ان يطأها لانه وجب عليه ردها
كي لا يكون مصرا على المعصية فاشتغاله بالوطء اعراض عن الرد فلهذا المعنى لم يجز وطؤها لا لعدم الملك • واما لم يجب بها الشفعة
لان حق البائع لم ينقطع عنها كذا قاله الفقيه في شرح الجامع الصغير • وقال في شرح الطحاوي والاصل في البيع الفاسد ان كل
ما يملك بالبيع الجائز يملك بالبيع الفاسد اذا اتصل به القبض باذن البائع وكل ما لا يملك بالبيع الجائز لا يملك بالبيع الفاسد بيانه
ان المشتري من رجل عبدا بخمر او خنزير فانما يفسد لانهما مالان يملك المشتري العبد اذا قبضه باذن بائعه ولا يملك الاخر الخمر والخنزير
وكذلك لو اشترى من رجل عبدا بمدبر او مكاتب او ام ولد فتقابضا ملك المشتري العبد اذا قبضه باذن البائع ومشتري المدبر
والمكاتب وام الولد لا يملك وان قبض باذن البائع • وكذلك لو اشترى من رجل عبدا بمال الغير بغير اذن صاحبه وتقابضا
ملك مشتري العبد ولا يملك الاخر ما قبض حتى يجيز ما لكه البيع فيه **قوله** كما اذا باع بالميتة قال صاحب التحفة واذا
جعلا الميتة والدم ثمنا اختلف المشايخ وقال في الفتاوى الصغرى ذكر الطواويسي في بيوعه اذا باع بميتة او دم فقبض
روى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يكون مضمونا وابن سماعة عن محمد انه يكون مضمون البيع والدم ذكر في هذا الباب
تنصيصا على ان البيع بالميتة والدم لا يفيد الملك فانه قال اذا باع بالميتة والدم فجاء شيء يدعي على المشتري الخصومة
بين المشتري والمشتري لان المشتري لم يملك فلا يكون خصما وبمثله لو اشترى بالخمر والخنزير يسمع البينة عليه لانه ملكه وهل يكون هو
مضمونا بالقبض على المشتري فيه اختلاف المشايخ الى هنا لفظ كتاب الفتاوى الصغرى **قوله** وفيه الكلام جواب
سؤال مقدر بان يقال سلمنا ان ركن البيع مبادلة المال بالمال ولكن لم قلت انه موجود فاجاب بقوله وفيه الكلام يعني كلامنا
فيما اذا وجد الركن لان المالين موجودان في جميع البيوع الفاسدة **قوله** والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه
التصور بانه ذلك مستوفى في كتاب الموسوم بالتبيين **قوله** وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد
المجاور وهذا جواب لقوله ولهذا لا يفيد قبل القبض بيانه انه لو ثبت الملك قبل القبض لزم تسليم المبيع على البائع ثم تسليم الثمن على
المشتري فيؤدي الى تقرير الفساد وذلك لا يجوز لانه واجب الرفع فلا جرم لم يفد الملك قبل القبض **قوله** فبالامتناع عن
المطالبة اولى يعني ان البيع الفاسد اذا افاد الملك بالقبض يجب استرداد المبيع من يد المشتري رفعا للفساد واجتنابا
عن المعصية فبامتناع المشتري عن مطالبة تسليم المبيع منع الفساد اولى من رفع الفساد بالاسترداد لان الدفع اسهل
من الرفع • ولان في صورة الاسترداد نوع عبث لانه لم يثبت الملك بالقبض ثم ينفسخ بالاسترداد دون كان وجود الملك وعدمه
سواء الخلو عن النافع **قوله** ولان السبب قد ضعف هذا دليل ثان على ثبوت الملك قبل القبض عطفا على قوله كيلا
يؤدي تقرير الفساد المجاور يعني ان السبب وهو البيع الفاسد ضعيف لانه اقترن بالقبيح وهو النهي عنه فلاجل هذا لم
يفد الملك ما لم يتاكد بالقبض والاعتضاد بالقوي **قوله** والميتة ليست بمال جواب لقوله كما اذا باع بالميتة يعني ان
ركن البيع مبادلة المال بالمال ولم يوجد لان الميتة ليست بمال فلم ينعقد البيع لهذا فسد القياس **قوله** ولو
كان الخمر مثمنا فقد خرجناه هذا جواب لقوله او باع الخمر بالدرهم يعني ذكرنا تخريجه في اوايل باب البيع الفاسد واراد به
ما ذكره ثمة بقوله واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد

حتى يكون ما يقابله الى اخر ما قال ثمة وينظر هنالك **قوله** ثم الخ اي دليل اخر غير ذلك الدليل الذي ذكرناه الا يعني ان البيع
لو انعقد على الخمر يجب تسليم بتمامه لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها والقيمة انما تكون بالدراهم او الدنانير وهي تصلح ثمنا لا مبيعا
قوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع اي شرط القدوري اذن البائع في قوله بامر البائع في افادة القبض الملك
الا ان الاذن قد يكون صريحا وقد يكون دلالة وقد اضيفنا انه في اول الفصل **قوله** هو الصحيح اي وجه الاستحسان
وهو ثبوت الملك بالقبض عن اذن دلالة هو الصحيح وهو المذكور في الزيادات قال في التحفة وفي الايضاح وما قبضه بغير اذن البائع
في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذا هو ظاهر الرواية المشهور عن اصحابنا ثم ذكر بها • وذكر محمد في الزيادات اذا قبضه بحضرة
البائع فلم ينهه وسكت انه يكون قبضا ويصير ملكا وليس لمحمد خلافا **قوله** يخرج على البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع
مع نفي الثمن اي يخرج على قوله لان العقد عوضان كل واحد منهما مال يعني لا ينعقد البيع بهذه الاشياء لعدم المالية فيها • قال الولوالجي في
فتاواه اذا باع بغير ثمن فيه روايتان في رواية ينعقد وفي رواية لا ينعقد واجمعوا انه اذا سكت عن ذكر الثمن ينعقد الى هنا لفظه
رحمه الله • وقال في الايضاح لو باعه وسكت عن ذكر الثمن فالبيع ينعقد ويثبت الملك اذا اتصل به القبض قال شرطه في قول ابي يوسف
ومحمد اي نص القدوري لان مطلق البيع يقتضي المعاوضة بالقيمة • فاذا سكت عن الثمن كان عوضه قيمته فيصير كانه قال بعت بالقيمة و
هكذا حكم البياعات الفاسدة تكون مضمونة بالقيمة بخلاف ما اذا قال بعت بغير ثمن لانه لما نفى الثمن لم يكن اثبات المعاوضة بمقتضى
البيع لانه لا عبرة للمقتضى مع التصريح بخلافه • واذا لم يثبت المعاوضة لم يكن بيعا • وقال في التحفة لو قال بعت منك هذا العبد
ولم يذكر الثمن ينعقد البيع بالقيمة • ولو قال بعت منك هذا العبد بقيمته فكذلك • وقال صاحب الايضاح لو قال ابيعك
بالحكمة او بالريح لم يملك بالقبض لانه لم يسم مالا • ثم قال هكذا روي عن ابي يوسف **قوله** وقوله لزمته في ذوات
القيم اي قال القدوري في ذوات الاشياء ذوات الامثال القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة لان الاشياء ذوات الامثال كالمكيلات
والموزونات والعدديات غير المتفاوتة لان في ذوات الامثال يجب المثل لا القيمة لان المثل اعدل لاشتماله على الصورة والمعنى
فاذا حصل العجز عن المثل صورة ومعنى يصار الى المثل معنى وهو القيمة مثله ضمان الغصب • وانما لم يلزم الثمن حتى لا يلزمه تقرير البيع
الفاسد **قوله** قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه اي قال القدوري في مختصره ولكل واحد من البائع والمشتري
ولاية فسخ البيع الفاسد • وهذا بناء اذا لم يكن المبيع مقبوضا لانه لا حكم للبيع الفاسد قبل القبض لانه لا يثبت الملك قبله فيكون
الفسخ قبل القبض امتناعا من الحكم • واما اذا كان مقبوضا فان كان الفساد قويا داخلا في صلب العقد والمراد منه البدل
والمبدل فلكل واحد من المتعاقدين ان يملك فسخه بحضرة صاحبه عندهما وعند ابي يوسف يفسخ بحضرة صاحبه وبغير حضرته نظيره
بيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر وان كان الفساد غير قوي بان كان ذلك لشرط زائد مثل شرط المنفعة لاحد المتعاقدين او
مثل البيع الى النيروز والمهرجان ونحو ذلك فولاية الفسخ لمن له الشرط بحضرة صاحبه لا لمن عليه كذا قال في شرح الطحاوي ولكن
عبارته غير هذا وفي التجريد والايضاح حاصل هذا قول محمد • اما عندهما فلكل واحد من المتعاقدين الفسخ ايضا اذا كان الفساد
بشرط زائد كالرد باجل مجهول وعلله في الايضاح فقال وجه قول محمد ان منفعة الشرط اذا كانت عائدة اليه كان الفسخ مستحقا
لا يتعذر ان يسقط الاجل فيصح العقد • واذا فسخ الاخر فقد ابطل حقه لانه كان قادرا على تصحيح العقد وابو حنيفة وابو يوسف
يقولان بان الفسخ مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد • ومن له الخيار قادر على التصحيح بالحذف اي حذف الشرط • ولكن هو
الاخر قبل الحذف وهو بمنزلة الايجاب اذا وجد من البائع كان المشتري يتمكن من القبول ثم البائع لو رجع قبل قبول المشتري صح
ولا يلزم القبول فرجوعه يتضمن ابطال حق القبول على المشتري كذلك ههنا **قوله** رفعا للفساد بازالة الالة كذا السماع و
ذلك لان رفع الفساد انما يكون بعدم وجوده وذلك النهي وذو نفعه يكون قبل وجوده وقد عدم الفساد ههنا رافع وكان المسموع هو الصحيح
قوله ذلك اي الفسخ **قوله** لقوة العقد دليل **قوله** دون من عليه يعني ان فسخ من عليه لا يجوز
لان العقد قوي لان الشرط دخل في امر زائد لا في صلب العقد • وهذا قول محمد على ما رويناه من الايضاح **قوله**
الا انه استثناء من قوله لقوة العقد يعني ان العقد لما كان قويا كان القياس ان لا ينفسخ من له الشرط ايضا لانه لما لم يتحقق المراضاة
في حقه كان له الفسخ **قوله** فان باعه المشتري نفذ بيعه اي قال القدوري في مختصره فان باع المقبوض من دون
البائع المشتري نفذ بيعه وليس للبائع الاول الاسترداد • قال ابو جعفر الطحاوي في مختصره فان اخرجه ببيع او تمليك
منه اياه غيره جاز ما فعل من ذلك • وكان عليه قيمته يوم قبضه لبائعه وجملة القول فيه ما قال في شرح الطحاوي بقوله ولو لم
تصرف فيه اذا كان تصرفه بعدما قبضه باذن البائع • وليس للبائع ابطاله وعلى المشتري القيمة او المثل ان كان مثليا ويطيب
ذلك الملك الثاني لانه تملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الاول لانه لا يحل له ولا يطيب لانه ملكه بعقد فاسد وهذا بخلاف ما اذا
دخل دار الحرب بامان فاخذ مال حربي بغير طيب نفسه فاخرجه الى دار الاسلام ملكه • ولكن لا يطيب له ويفتي بالرد ولا يقضي
به ولو باعه صح بيعه • ولا يطيب ايضا للمشتري كما لا يطيب للاول بخلاف البيع الفاسد • ولو كان المبيع عبدا فاعتقه المشتري
او دبره صح عتقه وتدبيره • وكذلك لو كانت جارية فاستولدها صارت ام ولد ويلزمه القيمة ولا يلزمه العقر في رواية كتاب
البيوع • واحد الروايتين في كتاب الشرب وفي رواية اخرى في كتاب الشرب يلزمه العقر • ولو كاتب صحت الكتابة وليس هو
للبائع ابطاله • ولكن اذا ادى الكتابة عتق ويجب على المشتري ضمان القيمة • فان عجز ورد رقيقا ينظر ان كان العجز
قبل ان يقضي القيمة على المشتري يرد العبد على البائع • وان كان بعدما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل للبائع على العبد • وكذلك

وكان المشتري ادمن البيع مع الرهن • ولهذا للبايع ابطاله وان ملكه المشتري فان بنقض عليه بالهبة فانه يرد بحكم البايع وان
ملكه بعد ما تقبض عليه بالهبة فلا سبيل له على البيع • وان اجر المشتري بعد الاجارة عذر له للبايع ان يبطل الاجارة وتفسخ دو
البيع لان الاجارة تفسخ بالعذر وفساد البيع صار عذرا في فسخ الاجارة ايضا كذا في شرح الطحاوي • وقال في التحفة وكذا لو زوجها
من انسان قبل القبض فكان النكاح لا يفسخ والنكاح بحاله لانه زوجها في ملكه فيفسخ • قال فيه وكذا لو اوصى بالعبد المبيع
بيعا فاسدا فانه ينفسخ لان الوصية مما يحتمل الرجوع • ولو مات الموصي قبل الفسخ يبطل الفسخ لان الملك انتقل الى الموصى له فصار
كالبيع • ولو مات المشتري شرا فاسدا فورثه ورثة فللبايع حق الفسخ • وكذا الورثة لان الوارث يقوم مقام المورث
في حق الفسخ • ولهذا يرد بالعيب بخلاف الموصى له **قوله** يبطل الحق بتصرف فيه سواها كان بيعا او هبة او اعتاقا غير انه لا يحل
له الاكل اذا كان ماكولا • وان كان منه جارية لا يحل وطيها كذا في شرح الطحاوي • وكذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده بخلاف
بحرمه كذا في البناوي الصغرى فهذا يحل بعد الطيب ما ذكر في شرح الطحاوي من عدم الحل **قوله** وحق العبد
مقدم لحاجته • وانما قدم حق العبد على حق الله تعالى اذا اجتمعا باذن الشرع لحاجة العبد واستغنا به تعالى وتبقى لان
التصرف المشتري وان كان فانه ينكره وبه صرح الكرخي في مختصره • وذلك لان الفسخ مستحق حقا لله تعالى لان اعدام الفساد
واجب والتصرف فيه تقرير الفساد • فان قيل يرد على ما قلنا صاحب الهداية مسئلة الحلال اذا كان في يده صيدا فاحرم
فقد ذلك يجب عليه ارساله حقا لله تعالى وفيه تقديم حق الله تعالى على حق العبد • قلنا الاصل في التعارض الجمع اذا
امكن وقد امكن ذلك في صورة الارسال لانه يمكنه ان يرسله في موضع لا يضيع عن ملكه **قوله** ولان الاول مشروع
باصله دون وصفه هذا دليل ثاني على سقوط حق الاسترداد • والبايع بعد بيع المشتري من غيره يعني ان البيع الاول
مشروع باصله ووصفه لانه لا فساد فيهما جميعا باعتبار مجرد الفساد في الوصف في البيع الاول لا ينقض البيع الثاني وهذا
معنى قوله فلا يعارضه مجرد الوصف **قوله** ولانه حصل بتسليط من جهة البايع هذا دليل ثالث على سقوط حق الاسترداد
بعد بيع المشتري • فان قلت هذا المعنى وهو التسليط وجد قبل بيع المشتري ايضا ومع هذا لكل واحد من المتعاقدين
فسخه اعداما للفساد فانتقض العلة اذن • قلت معناه حصل بتسليط من جهة البايع وقد تعلق به حق الثالث فبطل الرد
قوله بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة حيث ينقض بقوله يسقط حق الاسترداد • يعني اذا اشترى دارا
يجب بها الشفعة شرا فاسدا فباعها المشتري من اخر لا يسقط حق استرداد الشفيع بل ياخذها بالشفعة لان كل واحد من حق
الشفيع والمشتري الثاني حق العبد فاستويا ولكن لما لم يجد التسليط من الشفيع كان له الاسترداد **قوله** قال
ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جايز اي قال محمد في الجامع الصغير • وانما
ذكر مسئلة البيع هنا وان كان ذكرها قبل هذا لانه كره ان يغير لفظ محمد رحمه الله • واصل المسئلة ان البيع الفاسد يفيد
الملك عند اتصال القبض به بالاذن عند اصحابنا خلافا للشافعي • وقد مر بيان ذلك مستوفي قبل هذا **قوله** على
ما مر اشارة الى قوله لتعلق العبد بالثاني وهو المشتري الثاني **قوله** والكتابة والرهن نظير البيع لانهما
لازمان يعني ينقطع حق الاسترداد اذا كاتب المشتري العبد او رهنه كما اذا باعه **قوله** الا انه يعود حق
الاسترداد فيهما بعود حق الاسترداد ايضا في البيع والهبة اذا عاد المبيع الى المشتري الاول • ولكن حق الاسترداد
انما يكون اذا كان العود قبل القضا بالقيمة فاذا قضي بها ثم عاد لا يثبت الاسترداد لتحول الحق الى القيمة • وقد مر
بيان ذلك قبل هذا • وقال في الايضاح ولو زال ملك المشتري ثم عاد الى حكم الملك الاول عاد الفسخ وذلك ان يرد
عليه بخيار رؤية او خيار شرط او عيب بقضا القاضي • وان عاد بحكم ملك مبتدا لم يثبت الفسخ لان اختلاف الملكين
كاختلاف العينين **قوله** وهذا بخلاف الاجارة ان انقطاع الاسترداد باعتاق المشتري وبيعه وهبته وكتابته
ورهنه بخلاف الاجارة يعني اذا اجر المشتري ما اشتراه شرا فاسدا لا ينقطع حق الاسترداد لان الاجارة تفسخ بالاعذار
واعدام الفساد عذر • والتزويج لا يمنع الفسخ ايضا ولكن النكاح قايم كما كان وقد مر ذلك **قوله** وللبايع
في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن وهذه مسئلة الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل جارية بالف درهم بيعا فاسدا فقبض الجارية وقبض الاخر الثمن • قال ليس لصاحب
الجارية ان ياخذها حتى يدفع الثمن الذي اخذه • فان مات الذي اخذ الدراهم وقد استهلك الدراهم فالمشتري الذي
الجارية في يده احق بها حتى يستوفي الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع وذلك لان المبيع مقابل بالثمن الذي اعطاه المشتري
لانه خارجي يرد البايع من الثمن الا بمقابلة على المبيع • وكان كل واحد من المبيع والثمن مقبوضا بمقابلة الاخر • وان
كان البيع فاسدا فاعتبرت المقابلة عند الفساد كاعتبارها عند الصحة فلما ثبت المقابلة كان المبيع في يد المشتري محبوسا
بالثمن كالرهن بالدين فلهذا لا ياخذ البايع المبيع بل يرد الثمن وصار المشتري احق بالمبيع حتى يستوفي الثمن فاذا تقدم
المشتري على البايع في حيوته كان مقدما على ورثته وغرمايه بعد موته كما في الرهن اذا مات الراهن تقدم المرتهن
على ورثته وغرمايه • قال كان البايع استهلك الثمن الذي اخذه قال فخر الاسلام وجماعة اخرون في شرح الجامع الصغير
باع بحذا اي باع الجارية بحذه فان وصل شي بصرف الى الغرما كما في الرهن بالدين • وقال فخر الدين قاضي خان في شرحه
للجامع الصغير • فان كان البايع استهلك الثمن يرد مثله لان المقبوض بالبيع الفاسد مضمون بالمثل ان كان مثليا • واما

اذا كان الثمن الذي اخذه البايع قايما فهل يتعين الرد فيه روايتان في رواية كتاب الصرف يتعين واليه ذهب فخر الاسلام و
الصدر الشهيد وذلك لان البيع الفاسد في حكم النقض والاسترداد كالغصب وفي رواية لا يتعين كما في البيع الجايز • قال شمس
علا الدين التاجر في طريقة الخلاف والمختار عدم التعيين يعني في العقود الفاسدة • وقال في شرح الجامع الصغير ما ذكرها هنا
من الملاك القبض دليل على ان المشتري شرا فاسدا اذا قبض المبيع بعد الافتراق بغير اذن البايع صح قبضه اذا كان نقد الثمن
وذكر في الماذون ان شرط الصحة القبض بعد الافتراق او اذن البايع وتاويله اذا لم ينقد الثمن او كان الثمن خمرا حتى لا يملك بالقبض
فاما اذا ملك الثمن بالقبض لا يحتاج الى الاذن ويكون قبض الثمن منه اذنا منه بالقبض **قوله** حتى يرد الثمن اي القيمة التي هو
اخذها من المشتري ذكره بعض الشارحين وفيه نظر لان القيمة انما تجب في البيع الفاسد اذا هلك المبيع وهنا المبيع قايم وانما
اثبت محمد اسم الثمن وان كان البيع فاسدا لتصور صورة الثمن حيث قوبل بالمبيع **قوله** وهو الاصح احترازا عن الرواية
الاخرى وقد مر الروايتان انا تركنا تعين الدراهم والدنانير في العقود الفاسدة على ما هو اختيار بعض مشايخنا بتعين في الوديعة
والغصب ايضا وكذلك يتعينان في الهبة والوصية والمضاربة والشركة قبل القبض والتسليم ويجيء تمام ذلك في كتاب الوكالة **قوله**
لانه بمنزلة الغصب لان المبيع الفاسد بمنزلة في حكم النقض والاسترداد فكان الغصب ينقض ويسترد المغصوب من يد الغاصب
ينقض البيع الفاسد ويسترد المبيع من يد المشتري **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه بمنزلة الغصب **قوله** ومن
باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها ولفظ محمد في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل باع رجلا
دارا بيعا فاسدا فبنى فيها المشتري بنا قال ليس للبايع ان ياخذها ولكنه ياخذ قيمتها ثم شك يعقوب في هذه المسئلة بعد ذلك
وقال يعقوب ومحمد ينقض البنا ويرد الدار على صاحبها الى هنا لفظ محمد رحمه الله • قال الكرخي في مختصره وان كان المبيع ارضا
فبنى فيها المشتري فقد استهلك عند ابي حنيفة • وليس للبايع ان ينقض البيع • وقال ابو يوسف ومحمد للبايع نقض البيع وقال
المعلى سمعت ابا يوسف بعد ذلك هو استهلاك الى هنا لفظ المختصر • وذكر في الايضاح قول ابي يوسف اخرا مع ابي حنيفة وقوله
الاول مع محمد • وقالوا في شرح الجامع الصغير ثمرة هذا الاختلاف يعني سقوط حق الفسخ عند ابي حنيفة خلافا لهما • ووجه
قولهما ان حق البايع اولى في الاسترداد من حق الشفيع في الشرا الصحيح بدليل ان حق البايع يورث ويثبت من غير قضا ولا رضي وحق
الشفيع لا يورث ولا يثبت من غير قضا ولا رضا وحق الشفيع يبطل بتاخير الطلب وحق البايع لا ثم اضعف الحقين وهو حق الشفيع
لا يبطل ببنا المشتري في الدار المشتراة بل ينقض البنا وياخذ الدار فالبايع اولى • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان
البنا والغرس تصرف حصل من المشتري بتسليط البايع وذلك لانه حصل بما يدوم فينقطع به حق الاسترداد وذلك لانه لا يجوز للانسان
ان يبني في ملك غيره ما قام من جهته فصار كما اذا باعه المشتري او وهبه من غيره بخلاف الشفيع فانه لم يوجد منه التسليط على
التصرف فكان له ان ينقض البنا والغرس وياخذ الارض بعينها • ولهذا لا يبطل حق الشفيع اذا باعها المشتري من غيره او
وهبها لعدم التسليط والوجه الاخر لابي حنيفة ان حق الاسترداد في البيع الفاسد لحق الشرع اعداما للفساد والبنا حق العبد
وحق العبد لحاجته مقدم على حق الله تعالى فلم يجز نقض البنا • قالوا في شروح الجامع الصغير وانما شك يعقوب في الرواية
فالمراد انه سمع منه ام لا حتى قال مشايخنا الاختلاف فيه ولكن ذكر الخلاف في كتاب الشفعة وعين من غير شك • وقال شمس
الايمة السرخسي رحمه الله وهذه هي المسئلة الثالثة التي جرت المحاورة فيها بين ابي يوسف ومحمد فقال ابو يوسف ما رويت
لك عن ابي حنيفة انه ياخذ قيمتها وانما رويت لك انه ينقض البنا • وقال محمد بل رويت لي انه ياخذ قيمتها **قوله** فانه يقصد
به الدوام احترازا عن الاجارة **قوله** وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع
حق البايع بالبنا وثبوته على الاختلاف معناه ان محمدا رحمه الله قال في كتاب الشفعة اذا بنى في الدار المشتراة شرا فاسدا فللشفيع
الشفعة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا شفعة فبنا على اصل ابي حنيفة ببنا المشتري ينقطع حق البايع في الاسترداد فلهذا قال ابو
حنيفة ينقطع فلا جرم كان للشفيع الاخذ بالشفعة لانه لم يبق اعتراض حق البايع وعندهما لا ينقطع حق البايع فلم يمكن الشفيع من
الاخذ فلما ثبت الخلاف في الشفعة بين ابي حنيفة وصاحبيه ثبت الخلاف في انقطاع حق البايع بالبنا عند ابي حنيفة • وفي ثبوت
حق البايع عندهما ايضا لان اخذ الشفعة وعدمه بنا على انقطاع الحق وثبوته • وهذا يعني قوله على الاختلاف قال بعض
الشارحين قوله وثبوته بالرفع عطفا على قوله مبني وهو ضعيف لفهم ذلك من تقرير ذلك انشا الله **قوله** ومن
اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبايع ما ربح في الثمن وصورة المسئلة في الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية بيعا فاسدا بالف درهم وتقابضا وربح كل واحد منهما
فيما قبض قال يتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيب الربح الذي قبض الدراهم وهذا لفظ محمد رحمه الله • والاصل
فيه ان المال نوعان نوع لا يتعين في العقود كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كغير الدراهم والدنانير • والمراد من عدم
التعيين في حق الاستحقاق • اما في حق القدر والجنس والوصف فيتعينان • والخبث وهو عدم الطيب ايضا نوعان احدهما باعتبار
عدم الملك • والثاني لفساد الملك فالخبث باعتبار عدم الملك كما في المغصوب والوديعة توجب حقيقة الخبث فيما يتعين
وتوجب شبهة الخبث فيما لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد لان ما لا يتعين بالتعيين لا تعلق للعقد به بل يتعلق بما في الذمة وانما
هو وسيلة من وجه فيوجب شبهة الخبث والشبهة معتبرة فلا جرم انعدم الطيب لعدم الملك في الحالين جميعا اعني فيما يتعين وفيما
لا يتعين • والخبث لفساد الملك يورث الشبهة فيما لا يتعين لان الخبث لفساد الملك ادنى من الخبث لعدم الملك • ويورث

شبهة الشبهة فيما لا يتعين وشبهة الشبهة ليست بمعتبرة فلهذا يتصدق الذي اخذ الجارية بالربح لوجود شبهة الخبث ولا يتصدق
الذي اخذ الدراهم بالربح لعدم الخبث حقيقة وشبهة وانما هي شبهة الشبهة فلا تعتبر • وقال الزاهد العتابي في شرح الجامع
الصغير وهذه المسألة على ثلاثة اوجه احدها ان يشير اليها وينقدها فلا يطيب له الربح لان الربح حصل بملك الغير من كل وجه وكذلك
ان اشار اليها ونقد من مال نفسه لان الربح ان لم يسلم له بملك الغير لكن جواز العقد كان بملك الغير لان الاشارة الى الدراهم
تصح لبيان القدر والجنس والوصف • فيما رجع الثمن قدره ووصفه امر لا بد منه لجواز العقد فقد توسل الى الربح
بمال الغير من وجه وان اشار الى مال نفسه ونقد من مال الغير فلا يطيب ايضا لان الربح سلم له بمال الغير فقد توسل الى الربح
بمال الغير من وجه وان عند ابي يوسف يطيب له في الوجوه كلها **قوله** فباعها اي باع مشتري الجارية اياها **قوله**
ويطيب للبائع ما ربح في الثمن اي لبائع الجارية **قوله** والفرق اي الفرق بين الامرين وهما طيب الربح لبائع الجارية
في الثمن وعدم طيب الربح لمشتري الجارية **قوله** والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود اي في عقود المبايعات
بخلاف المغصوب والوديعة والشركة ونحوها • قال الشيخ ابو المعين النسفي رحمه الله في شروح الجامع الكبير في اواخر الكتاب
في باب من الاجارة والربح الذي يتصدق صاحبها بالفضل هذا الجواب الذي ذكره محمد انما يستقيم على قول ابي يوسف
ان الدراهم والدنانير تملك ببيع فاسد سقط حق المالك عن عين الدراهم والدنانير • اما على الرواية التي تقول لا تستطيع
والمالك ان ياخذ بعينها يجب ان لا يطيب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد لان الفساد بقي معتبرا حكما في حقهما • وقال العتابي في شرح
الجامع الكبير قال محمد قال ابو حنيفة كل ما لا يحل من صاحبه بطيبة من نفسه بحكم الفساد في عقد فاسد وربح فيه يطيب
له الربح الا في الدراهم والدنانير لانها لا تتعين للرد بحكم الفساد في بعض الروايات • مسألة اذا اشترى الف درهم بمائة
دينار الى سنة حتى فسد الصرف فتصرف الدراهم وربح فيها طاب له الربح • ولو كانت الالف غصبا لم يطب لانعدام الملك
وعند ابي يوسف يطيب لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد والباقي يعلم ثمة **قوله** ثم ينتقض العقد الثاني
بعينها اي بعين الدراهم التي باع المشتري الجارية بها **قوله** وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اي هذا الذي
ذكرنا من الفرق بين ما يتعين وبين ما لا يتعين حيث لا يطيب الربح في الاول ويطيب في الثاني ذلك في الخبث لفساد الملك
قوله النوعين اراد بهما ما يتعين من المال وما لا يتعين **قوله** لتعلق العقد اي بمال الغير **قوله**
يتعلق فيما لا يتعين سلامة المبيع اي بعد الدراهم المغصوبة **قوله** او تقدير الثمن عطف على قوله سلامة المبيع
يعني ان الخبث لعدم الملك انما ثبت فيما لا يتعين بطريق الشبهة لانه تعلق به سلامة المبيع كما قلنا او تقدير الثمن بان يشير الى
الدراهم المغصوبة وتقديرها **قوله** وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة يعني ان الخبث لفساد الملك تنقلب
حقيقته شبهة اي ما كان من الخبث بسبيل الحقيقة في الخبث لعدم الملك لان الخبث لفساد الملك ادنى من الخبث لعدم الملك
ثم الشبهة باعتبار فساد الملك فيما يتعين تنحط الى شبهة الشبهة فيما لا يتعين والشبهة معتبرة لا شبهتها لانه حينئذ يلزم ان يفسد باب
العقود اذ لا تخلو عن شبهة الشبهة **قوله** قال وكذلك اذا ادعى على اخر مالا فقضاه اي الاخر اي قال في الجامع الصغير
وصورة المسألة فيه وذلك لو ان رجلا قال لرجل لي عليك الف درهم فاعطاه فقضاها ثم تصادقا انه لم يكن له عليه شيء وقد ربح
فالربح يطيب له وذلك لان الدين يثبت من حيث التسمية لان المدعي ادعاه فقضاه المدعى عليه ان الربح حاصل في ملكه • فاذا
تصادقا بعد ذلك على عدم الدين كانت الدراهم المقبوضة بمنزلة بدل المستحق وبدل المستحق مملوك ملكا فاسدا والخبث
لفساد الملك لا اثر له فيما لا يتعين لانه شبهة الشبهة فلهذا طاب له الربح ولم يجب التصدق **قوله** وبدل المستحق مملوك
هو الدين والبدل الدراهم المقبوضة

فصل

فيما يكره قيل لما كان المكروه ادنى درجة من
الفساد والكراهة شعبة من شعب الحرمة الحقه بالفاسد واخره عنه قال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد
في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره • اي قال القدوري في مختصره والاصل فيه ما حدث البخاري في الصحيح قال حدثنا
عبد الله بن مسلمة عن نافع عن ابن عمر قال نهى رسول الله عن النجش وحدث البخاري ايضا في الصحيح باسناده الى سعيد بن المسيب
عن ابي هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيع حاضر لباد ولا تناجشوا ولا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب
على خطبة اخيه ولا تسأل المرأة طلاق اختها لتكفأ ما في انائها • قال الخطابي في شرح الصحيح النجش ان يزيد الرجل في ثمن السلعة
وهو لا يريد شراءها • ولكن ليسمعه غيره فيزيد انه يادر والتاجران يكون ذلك من الغبن • وقال الخطابي ايضا
كيف الا ان ثلبة وتحويلها فيه الى غيره وهو مثل من يريد الخطوة عند الزوج • وقال الخطابي في مختصره ولا يحل النجش والنجش ان
يزيد الثمن ليرغب • قال في شرح الطحاوي وهذا اذا طلبها الراغب من صاحبها بمثل ثمنها • فاما اذا كان الراغب يطلب السلعة
من صاحبها بدون ثمنها فزاد رجل في ثمنها بمثل قيمتها فلا باس بذلك • وان لم يكن له الرغبة في ذلك وكذلك الرجل يبيع ما له
لحاجة الى ثمنه وطلبه منه بدون ثمنه فزاد رجل الى تمام قيمته فلا باس به وهذا محمود غير مذموم الى هنا لفظه • والنجش
في كراهية النجش الغرور والخداع • وقال في المغرب النجش بفتحتين ويروى بالسكون وقيل بالتحريك الاسم وبالسكون المصدر
قوله وعن السوم على سوم غيره • اي قال القدوري في مختصره وهو معطوف على قوله من النجش في الحديث
قال الطحاوي في مختصره لا ينبغي ان يسوم الرجل على سوم اخيه اذا جنح البائع الى بيعه • والاصل فيه ما رويناه
انفا عن الصحيح البخاري من قوله عليه الصلاة والسلام لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه • وروى ابو

عيسى الترمذي في جامعه وقال وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يسوم الرجل على سوم اخيه • ثم قال ومعنى البيع
في حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم هو السوم وقد روى اصحابنا في كتبهم عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يستام الرجل على سوم اخيه
قال محمد في كتاب الآثار في باب السوم على سوم اخيه اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن ابي سعيد الخدري وابي هريرة
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولا تناجشوا الحديث فيه طول في الآثار
قال في شرح الطحاوي صورته ان يتراضى الرجلان على السلعة ويتقاربا ما بينهما ورضي البائع والمشتري بذلك ولم يعقدا عقد البيع
حتى ياتي اخر على سومه ويشتريه منه فانه يجوز في الحكم ولكنه يكره هذا اذا جنح قلب البائع في البيع من الاول بما طلب منه
واما اذا لم يجنح قلبه ولم يرض بذلك فلا باس للثاني ان يشتريه فهذا بيع من يزيد • وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد وكذلك الرجل اذا خطب امرأة وجنح قلبها كره لغيره ان يخطبها وان لم يجنح قلبها الى الاول
فلا باس للثاني ان يخطبها ويدل على هذا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لفاطمة بنت قيس حين جاءته تستشيره وقد خطبها
ابو الجهم ومعاوية • اما ابو الجهم فلا يضع عصاه عن عاتقه • واما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي اسامة قال فتزوجت اسامة
فاغتبطت به **قوله** لا يستام ولا يخطب نفي اريد به النهي لاشتراكهما في دلالتهما على العدم ولم يرد حقيقة النفي لانه قد يوجد
حينئذ فانه يلزم الخلف في خبر الشارع واختار صيغة النفي لكونه ابلغ من النهي كان الشارع اخبار المنع من الامر **قوله**
على ما يذكر اشارة الى قوله وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد **قوله** وما ذكرناه
عن النهي اي قال القدوري في مختصره قال الطحاوي في مختصره ولا يصلح تلقي السلع في البلد الذي يضر ذلك باهله ولا باس به
في البلد الذي لا يضر ذلك باهله وكذلك بيع الحاضر للبادي في هذا لفظه رحمه الله • والاصل فيه ما روى البخاري في الصحيح
باسناده الى سعيد بن ابي سعيد عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن تلقي الجلب وان يبيع حاضر لباد
وحدث البخاري ايضا باسناده الى نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع بعضكم على بيع بعض
ولا تلقوا السلع حتى يهبط بها الى السوق وحدث الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى نافع عن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم ان تتلقى السلع حتى تدخل الاسواق • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي في بيان تلقي السلع صورته ان واحدا
من المصر اخبر بجيء قافلة بميرة عظيمة واهل المصر في قحط وجدب فيتلقى ذلك الواحد فيشتري منهم جميع ما يمتارون ويدخل المصر
ويبيعه على ما يريد من الثمن ولو تركهم ما دخلوا المصر باعوها من اهل المصر متفرقة فتوسع اهل المصر بذلك فلا يكره وقال
منهم صورته ان يلتقيه رجل من اهل المصر فيشتري منهم بارخص من سعر المصر وهم لا يعلمون بسعر المصر فالشراء جائز في الحكم ولكنه
مكروه لانه غرر سواء استضر به او لم يستضر به • والجلب بمعنى المجلوب **قوله** قال وعن بيع الحاضر للبادي اي قال
القدوري في مختصره والاصل فيه ما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى عبد الله بن طاوس عن ابيه عن ابن عباس قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد قلت لابن عباس ما قوله لا يبيع حاضر لباد قال لا يكون
له سمسارا • وهذا الحديث اعني قوله عليه الصلاة والسلام ولا يبيع حاضر لباد روي في الصحيح بطرق كثيرة • وحدث
صاحب السنن باسناده الى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبيع حاضر لباد ذروا الناس يرزق الله بعضهم من
بعض والرواية في كتب الحديث بلفظ النكرة في الحاضر والبادي • ولكن ذكر صاحب الهداية بلفظ المعرفة فيهما • وقد
فسر الحديث ابن عباس كما ترى • وقال في السنن باسناده الى انس بن مالك كان يقول لا يبيع لباد • وهي كلمة جامعة لا يبيع
له شيئا ولا يبتاع له شيئا • وقال الخطابي في شرح الصحيح قال ابن سيرين هي كلمة جامعة للبيع والشراء ولكن قال في شرح الطحاوي
صورته ان الرجل اذا كان له طعام واهل المصر في قحط وهو لا يبيعه من اهل المصر حتى يتوسعوا ولكن يبيعه من اهل البادية
بثمن غال واهل المصر يتضررون فلا يجوز • واذا كانوا لا يتضررون بذلك فلا باس ببيعه منهم • والى هذه الصورة ذهب
صاحب الهداية • وقيل انه يتوكل المصري من البدوي ليغالي الثمن ويكره ذلك كما اذا كان اهل المصر يتضررون بذلك والا فلا
والركبان جمع راكب قال في التهذيب يقال للمتوسط بين البائع والمشتري سمسار والعوز الحاجة ورجل معوز اي فقير **قوله**
والبيع عند اذان الجمعة وهو بالجر معطوف على قوله عن النجش • والاصل فيه قوله تعالى وذروا البيع نهى عن البيع عند
الاذان واقل احوال النهي الكراهة • ولان السعي الى الجمعة واجب بالنص وفي الاشتغال بالبيع ترك السعي الواجب
باتفاق الحال فانه ان البيع قد يوجد بلا ترك السعي بان وجد الايجاب والقبول حالة السعي • وقد لا يوجد البيع
مع ترك السعي بان يكون نائما او مشتغلا بعمل اخر • فاذا كان كذلك لم يلزم ترك السعي من البيع لا محالة بل لزم ذلك على بعض
الوجوه بان اشتغل بالبيع ولم يسع **قوله** وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة واراد به ما ذكره في باب
الجمعة بقوله والاصح ان المعتبر هو الاول اي الاذان الاول اذا كان بعد الزوال لحصول الاعلام به **قوله** قال
وكل ذلك يكره اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يفسد به البيع اي كل ما ذكرنا من اول الفصل الى هنا مكروه
وهو النجش والسوم على سوم غيره وتلقي الجلب وبيع الحاضر للبادي والبيع عند اذان الجمعة • وانما كره البيع في هذه الاشياء
لما ذكرنا من الدلائل في كل واحد منها منفردا وهو معنى قوله لما ذكرنا • وانما لم يفسد البيع بالنهي حتى وجب الثمن لا القيمة
وثبت الملك قبل القبض لان النهي ورد لمعنى خارج عن العقد مجاور له لا متصل به لا لمعنى في صلب العقد ولا في شرائط الصحة فاوجب
الكراهة لا الفساد والمراد من قبل العقد البدل والمبدل وشروط البيع انواع منها شرط الاهلية من العقل والبلوغ حتى لا ينعقد

البيع من الطفل ۔ فاما الصبي العاقل والمعتوه فمن اهل البيع حتى لو وكلا بالبيع والشراء اوبا فما جاز وينعقد عندنا خلافا للشافعي ۔ ومنها شروط الانعقاد وهو المحل وهو ان يكون مالا متقوما حتى لو باع الخمر او الخنزير او الميتة او الدم او جلد الميتة فانه لا يجوز اصلا حتى لا يملك بالقبض بخلاف ما اذا كان ثمن الاشياء ثمنا فانه ينعقد البيع بالقيمة ۔ ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك غيره لا ينفذ ۔ ولو باع الوكيل ينفذ لوجود الولاية فكذا في التحفة ۔ ولو باع المصنف لان النهي لمعنى خارج زايد لا في صلب العقد كان اولى من قوله لان الفساد في معنى خارج زايد وذلك لان الفساد ليس بثبات الاثر الشراء ورده دليلا لعدم فساد البيع

قوله قال ولا باس ببيع من يزيد وهو من خواص الجامع الصغير ۔ قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير واصله ان النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا لرجل وكان بيع من يزيد وانما اراد محمد بهذا انه خارج عن نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله ولا يسوم الرجل على سوم اخيه لان فعل النبي صلى الله عليه وسلم اوجب استثناء عن النهي وظهر ان النهي وردهما اذا ما سكن قلب كل واحد منهما وتاكد الامر وظهرت المواثقة ۔ فاما قبل ذلك فلا باس ولان المسلمين توارثوا بيع المزايدة في الاسواق والحاجة داعية الى ذلك فيجاز لان ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن **قوله** باع قدحا وحلسا وحدث الترمذي باسناده الى انس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا وقال من يشتري الحلس والقدح فقال رجل اخذتهما بدرهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم من يزيد على درهم فاعطاه رجل درهمين فباعهما منه ۔ وقال في الجمهرة والحلس كساء يطرح على ظهر البعير او الحمار والجمع احلاس وحلوس ۔ ويقال فلان حلس بيته اذا لم يبرح منه وهم احلاس من الخيل اذا اقتنوا ظهورها **قوله** نوع منه اي من البيع المكروه وكان المصنف فصل هذا عما تقدم لان هذا النوع له باب على حدة في الاصل والزيادات ۔ ولهذا ذكر الكرخي ايضا في مختصره في باب على حدة ولان هذا النوع من الكراهة مخصوص بذي الرحم المحرم وليس الكراهة فيما تقدم كذلك **قوله** ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الاخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا هذا لفظ القدوري في مختصره ۔ قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي ولا ينبغي لاحد ان يفرق بين ذوي رحم محرم منهما صغير فان فعل فان ابا حنيفة كان يكره ذلك ولا ينقض البيع ۔ وقال ابو يوسف ومحمد يكرهان ذلك ويبطلان البيع وكذلك الحكم فيه حتى يبلغ الصغير غير ان محمدا قال في الصبي اذا كان له اخوان او اختان او عمتان او خالتان فانه لا باس ببيع واحد من ذلك واختيار الصغير مع الاخر هذا لفظ الطحاوي ۔ وقد ذكر قول محمد مع ابي يوسف كما نرى ۔ وقد ذكر الكرخي في مختصره قول محمد مع ابي حنيفة فقال فيه وان فرق رجل بين من ذكرت لك ان التفرقة لا تجوز بينهم جاز بيعه في الحكم ولذا التاتي بالدين عند ابي حنيفة ومحمد وزفر وفي قول ابي يوسف الاخير يرد البيع في الولد اذا فرق بينه وبين امه ۔ وقال ابو يوسف لا ارد البيع في شيء من ذلك غيرهما ۔ وقال الحسن بن زياد انقض البيع في ذلك كله الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله ۔ وقال في وجيزه ويبني ان قوله والام بولدها وذلك في الصغير فان فرق بينهما بالبيع يفسد البيع قولان والاصل فيه ما روى ابو الحسن الكرخي في مختصره فقال روينا عن ابي يوسف قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين الجنة وهكذا ذكر لفظ الحديث شمس الائمة البيهقي في الشامل من الكفاية وكذلك ذكر في شرح الاقطع والايضاح ۔ ولكن ذكر صاحب الهداية بلفظ الاحبة وكذلك ذكر الترمذي في جامعه ۔ وقال الكرخي ايضا روينا عن ابي بردة بن ابي موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالدة وولدها وبين الاخ واخيه وحدث الكرخي ايضا في مختصره فقال حدثني الحضرمي قال حدثني ابن نمير ومحمد بن العلا قالا حدثنا وكيع عن سفيان عن جابر عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه عن ابن مسعود قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اتي بالسبي يعطي اهل البيت جميعا كراهة ان يفرق بينهم ۔ وحدث الكرخي ايضا قال حدثنا الحضرمي قال حدثنا العباس بن الوليد النرسي قال حدثنا حماد بن سلمة عن الحجاج عن الحكم عن ميمون بن ابي شبيب عن علي رضي الله عنه قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين فبعت احدهما فقال لي ما فعل الغلامين فقلت بعت احدهما فقال رده ۔ ولان الصبي يستانس بالصغير وبالكبير في التفريق زوال الانس وزيادة الايحاش فيجرح ما لم يبلغ الغلام او تحيض الجارية ۔ فاذا بلغا لا يكره التفريق لحصول الاستغناء عن الاستيناس ببعضهم ۔ وقال في الايضاح قال ابو يوسف البيع باطل في الوالدين خاصة جايز في الاخرين وتخصيص قرابة الولاد لزيادة تغليظ ورد الشرع به في منتهى العقد ۔ وجوابه لا فساد في نفس البيع لانه تصرف من اهله مضاف الى محله لكن كره العقد لمعنى مجاور وهو التفريق المورث للوحشة فيجوز فكان اشبه في الكراهة لا في الفساد كما في الاذان والسوم على سوم غيره ۔ قال في شرح الطحاوي واذا كانت التفرقة فيهما فلا باس به اي بالتفريق لحرازة نحو احدهما جنابة في بني ادم فلا باس بان يدفع المولى الجاني منهما ويمسك الاخر وان حصل التفريق وكذلك اذا استهلك احدهما مال انسان فانه يباع فيه وان كان يؤدي الى التفريق ۔ وكذلك اذا اشتراهما جميعا رجل وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا كان له ان يرد المعيب خاصة ۔ وروي عن ابي يوسف انه قال يردهما او يمسكهما وليس له ان يرد المعيب خاصة ۔ وانما اطلق القدوري في قوله ومن ملك مملوكين حتى يتناول جميع اسباب الملك من الشراء والهبة والصدقة والميراث والوصية والسبي ۔ وانما قيد بالصغير منهما او في احدهما لانه لا يكره التفريق بين الكبيرين ومراده بكراهة التفريق ان يكون ذلك في ملك واحد لانه اذا كان احدهما في ملك رجل والاخر في ملك الاخر لم يكره التفريق الا يرى الى ما قال في الشامل في قسم المبسوط ۔ ولو كان احدهما مملوكا له والاخر لولده الصغير او مكاتبه او مضاربه جاز

التفريق لان التفريق يتحقق في ملك واحد لا في ملكين ۔ وقال في شرح الطحاوي وكذلك اذا كان له ولدان صغيران فدخل احدهما في ملك احدهما والاخر في ملك الاخر فلا باس ببيع احدهما وان كانا في ملكه يبيعهما جميعا ۔ وقال فيه ايضا وكما يكره التفريق في البيع كذلك يكره التفريق في القسمة في الميراث والغنائم ۔ ولو اجتمع في ملكه صغير وكبيران وكل واحد من الكبيرين ذو رحم محرم من الصغير فانه ينظر ان كان قرابة احدهما اقرب الى الصغير من قرابة الاخر نحو ان يكون احدهما ابا والاخر جدا ۔ او احدهما ام والاخر جدة او احدهما اخ لاب وام والاخر لاب او لام وما اشبه ذلك فلا باس بان يبيع الابعد منهما ويترك الصغير مع اقربهما او يبيع الصغير مع اقربهما سواء كانت قرابة الكبيرين اليه من جانب واحد او من جانبين يعني من جانب الاب كلاهما او احدهما من جانب الاب والاخر من جانب الام بعد ان كانت قرابة احدهما الى الصغير اقرب من قرابة الاخر ۔ واما اذا كانت قرابة الكبيرين الى الصغير سواء فانه ينظر ان كانت قرابتهما من جانب واحد نحو ان يكون كلاهما اخا لاب وام او اخا لاب او لام او عمين او خالين او ما اشبه ذلك فالقياس ان لا يبيع واحد منهما ولا يفرق بينه وبين الصغير لان حق كل واحد منهما سواء ۔ وفي الاستحسان لا باس ببيع احد الكبيرين ويترك الصغير مع احدهما ۔ وقال في شرح الطحاوي ايضا ولو كانت قرابة الكبيرين الى الصغير من جانبين وقرابتهما اليه من جانبين سواء نحو ان يكون له اب وام او له اخ لاب واخ لام او له خال او عم او ما اشبه ذلك ۔ فالذي يدلي بقرابة الام يقوم مقام الام والذي يدلي بقرابة الاب يقوم مقام الاب واذا كان للصغير اب وام اجتمعوا في ملك واحد ليس له ان يترك الصغير مع احدهما كذلك ههنا ۔ وقال الكرخي في مختصره وما كره فيه التفرقة فانه يكره للبايع والمشتري ولا يكره عتق احدهما ولا كتابته وذلك لانه اتبع لمن دبر احدهما او استولدها جاز بيع الاخر لان المدبر وام الولد كالخارج عن ملكه والنص ورد في المملوكين كذا في الكفاية **قوله** فاما الغلامان والغلام اسم لمن لم يبلغ **قوله** حتى لا يدخل فيه اي في المنع عن التفرقة محرم غير قريب كالرضاع والمصاهرة حتى تحل التفرقة لعدم القرابة ولا قريب غير محرم كاولاد الاعمام واولاد العمات والخالات لعدم الحرمة **قوله** ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما ۔ قال في الزيادات والتفريق بين الزوجين جايز كبيرين كانا او صغيرين او احدهما صغير والاخر كبير لان بينهما انس تهوة وذلك يعد البلوغ يكون **قوله** لان النص ورد بخلاف القياس وذلك لان القياس يقتضي ان يحل التفريق لوجود الملك لانه عبارة عن المطلق الحاجز كما في الكبيرين وكما في غير بني ادم وكان ورود النص بمنع التفريق مخالفا للقياس فاقتصر على مورد النص وهو القرابة المحرمة للنكاح **قوله** ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا اشارة الى قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها وذلك لان التفريق انما يتحقق في ملك واحد لا في ملك اثنين وقد مر بيانه **قوله** ولو كان التفريق بحق مستحق لا باس به اي بالتفريق وذلك مثل ان يجني احدهما او جناية او شيء بهما وكان باحدهما عيب لم يطلع عليه عند العقد ۔ وذلك لان التفريق انما يمنع لدفع الضرر عن الصغير وليس من شرط دفع الضرر عنه تحمل الحاق الضرر بغيره ۔ فاذا تعلق باحدهما حق فالمنع من ابطال الحق اضرار بصاحب الحق ۔ وهذا معنى قوله لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به اي دفع الضرر عن غير الصغير لا الاضرار بالصغير فما هو مستحق فلا يلتفت اليه لانه لم يرتب ضمانا ولا يثبت قصدا ۔ قال في الايضاح روي عن ابي حنيفة انه قال اذا جنى احدهما يستحب الفداء لانه يتخير بين ان يدفع او يفدي فكان الفداء اولى **قوله** قال فان فرق كره ذلك وجاز العقد اي قال القدوري في مختصره قال في شرح الطحاوي وفي قول ابي يوسف لا يجوز البيع في الوالدين والمولودين خاصة ويجوز في غيرهما ۔ وفي رواية عنه اخرى لا يجوز البيع في جميع ذلك وهو قول زفر والحسن بن زياد وقد مر البيان قبل هذا **قوله** وقد صح ان عليه السلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين ۔ وذكر في كتاب المعارف العتبي عن عبد الله بن بريدة بن الحصيب عن ابيه قال اهدى امير القبط الى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين اختين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدى الجاريتين فولدت له ابراهيم ووهب الاخرى لحسان بن ثابت ۔ وقال غيره كان اسم الجارية سيرين وهي ام عبد الرحمن بن حسان يقال انه ولد ماتت تعني بخمس سنين وتحيم الفصل عسله ذكرها في الايضاح فقال والصبي المراهق اذا بيع باختيار ورضيت امه لم يكره ذلك لانه لا ضرر عليه اذا اختار التفريق ۔ وقال عيسى الترمذي في جامعه روي عن ابراهيم النخعي انه فرق بين والدة وولدها في البيع فقيل له ذلك فقال اني قد استاذنتها في ذلك فرضيت

باب الاقالة

مناسبة هذا الباب بباب البيع الفاسد من حيث ان في كل منهما يرجع المبيع الى البايع او نقول لما كانت الاقالة فسخا للبيع وهو فسخ تابعة البيع والبيع الفاسد يفسخ ناسب ان يذكر الاقالة عقيبه **قوله** الاقالة جايزة في البيع بمثل الثمن الاول هذا لفظ القدوري في مختصره ۔ والدليل على جواز الاقالة ما حدث في كتاب السنن عن يحيى بن معين ۔ قال حدثنا حفص عن الاعمش عن ابي صالح عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اقال مسلما اقال الله عثرته ۔ ولان الاقالة رفع العقد والعقد حق المتعاقدين وقد انعقد بتراضيهما فكان لهما رفعه دفعا للحاجة **قوله** فان شرط اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول وهذا ايضا لفظ القدوري ۔ وجملة الكلام فيه ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين في جميع الاحوال منقولا كان المبيع او غير منقول مقبوضا او غير مقبوض عند ابي حنيفة رضي الله عنه بيع في حق غيرهما حتى لا تصلح الزيادة على الثمن الاول ولا النقصان عنه ولا خلاف الجنس ولا الاجل الا اذا تعذر جعلها فسخا فحينئذ يبطل الاقالة ولا يجعل بيعا كما اذا ولدت المبيعة بعد القبض في يد المشتري قال في شرح الاقطع وعن ابي حنيفة رواية اخرى انها بيع بعد القبض وفسخ قبله ۔ وعند ابي يوسف الاقالة بيع بعد القبض وفسخ قبله الا اذا تعذر الفسخ كما لو كان المبيع عرضا بالدراهم فهلك العرض فحينئذ يبطل الاقالة اصلا قال

قال في شرح الطحاوي وروي عن ابي يوسف انه قال الاقالة بيع على كل حال حتى انه ابطل الاقالة في المنقول قبل القبض لانه لا يجوز بيعه • وعند محمد الاقالة فسخ على الثمن الاول سوا كانت المبيع منقولا او غير منقول لان بيع المبيع قبل القبض باطل عنده وفي غير المنقول وعندهما لا يصح البيع حمل على الفسخ الا اذا تعذر الفسخ كما اذا كانت الاقالة بخلاف الجنس الاول او بالاكثر فحينئذ يجعل بيعا جديدا فان تعذر حملها على البيع بطلت الاقالة كما لو كان المبيع غير مقبوض • وجه قول محمد ان الاقالة في اللغة هي الفسخ والرفع كما يقال في الدعا اللهم اقلني عثرتي اي ارفعها فيراد الفسخ لانه قضية اللغة فاذا تعذر الفسخ يحمل على البيع مجازا لاحتماله ولهذا كانت بيعا في حق الثالث وانما يحمل على البيع صيانة لكلام العاقل عن الالغا كما اذا كانت الاقالة بخلاف جنس الثمن الاول او بالزيادة عليه او ولدت الجارية ولدا اما اذا كانت الاقالة بالنقصان عن الثمن الاول يجعل فسخا لانه لو لم يذكر في الاقالة جميع الثمن صحت الاقالة فكذا اذا لم يذكر البعض • وكذا اذا وقعت الاقالة على ما جعل الثمن صحت الاقالة ويبطل الاجل • ووجه قول ابي يوسف ان موجب البيع تمليك المال بالمال بالتراضي وفي الاقالة ذلك فكانت بيعا غير انهما تلفظا بلفظ الاقالة • والعبرة للمعنى لا للفظ ولهذا لو كانت الحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة ولذا لم يشترط تسمية الثمن لانه معلوم كبيع التولية واخذ الدار بالشفعة • ولهذا اجعل بيعا في حق الثالث حتى وجبت الشفعة وبطلت الاقالة بعد هلاك المبيع • ووجب الرد بالعيب كما في البيع الا ان في المنقول قبل القبض لو حملت على البيع كان فاسدا فحملت على الفسخ خلافا لانها على الصحة حتى لو كان المبيع دارا وتقايلا قبل القبض يكون بيعا عند ابي يوسف لان بيع العقار قبل القبض جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف • ووجه قول ابي حنيفة ان الاقالة رفع العقد وبين العقد ورفعه مضادة فلا يجوز ان يجعل واحدا فكانت فسخا وجعلها بيعا جديدا في حق الثالث لا باعتبار الصيغة بل هو لضرورة وقوع الحكم فان حكم الاقالة وقوع الملك ببدل وهذا لان لهما ولاية على انفسهما لا على غيرهما فاعتبر الحكم في حق الثالث لا الصيغة اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الزيادة على الثمن الاول او اقل منه او وقعت بجنس اخر تبطل الشرط وتقع الاقالة على الثمن الاول لان رفع ما لم يرد العقد عليه محال • فاذا تعذر الفسخ كما اذا ولدت ولدا فالاقالة تبطل لتعذر اعتبار معنى اللفظ اذ الولد مانع من الفسخ • فان قلت اذا تعذر الفسخ ينبغي ان يجعل عبارة عن البيع المبتدا مجازا لان اللفظ يحتمله • ولهذا جعلت الاقالة بيعا في حق الثالث • قلت انما يحمل اللفظ على المجاز للتعذر للمضادة بين العقد ورفعه • واللفظ لا يجوز استعماله مجازا للتضاد وفي حق الثالث اعتبار معنى البيع لا باعتبار استعمال اللفظ مجازا بل باعتبار وجود معنى البيع وهو حصول الملك ببدل فاظهرنا هذا الموجب في حق الثالث لعدم ولايتهما على غيرهما وفي شرط الزيادة هو والنقصان والجنس الاخر تبطل الشرط ولم يبطل الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع • لان الشرط الفاسد في معنى الربا والزيادة يمكن اثباتها في البيع فيتحقق الربا بخلاف الاقالة فانه رفع ما كان ورفع ما كان زايدا على ما كان و لا يتصور فلهذا لم يؤثر الشرط الفاسد في الاقالة • قال في شرح الطحاوي عند ابي يوسف في الموضع الذي يجعلها بيعا جديدا يبطلها الشرط الفاسدة كما يبطل البيع • والحاصل ان عند ابي حنيفة لا يصح شرط الزيادة والنقصان فتقع الاقالة بالثمن الاول الا اذا احدث بالمبيع عيب عند المشتري فيصح شرط الاقل من الثمن الاول فيجعل النقصان بازا الجزء المحتبس عند المشتري وعند ابي يوسف ومحمد اذا شرط الزيادة يكون بيعا • اما عند ابي يوسف فظاهر لان البيع هو الاصل عنده واما عند محمد فان الفسخ لما لم يمكن حمل على البيع لامكانه واذا شرط الاقل يكون بيعا ايضا عند ابي يوسف لما قلنا من الاصل عنه ويكون فسخا عند محمد بالثمن الاول لانه لو سكت عند الاقالة عن جميع الثمن كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض • وعند زفر الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما **قوله** وهي احكام البيع اي الاشيا المذكورة من بطلان الاقالة والرد بالعيب وثبوت الشفعة احكام البيع **قوله** وكونه بيعا في حق الثالث من باب انه انما **قوله** وكذا اذا شرط الاقل يعني تقع الاقالة على الثمن الاول **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لتعذر الفسخ يعني ان الفسخ عبارة عن رفع ما كان على الوصف المذكور • وهذا المعنى لا يتحقق الا اذا وقعت الاقالة بالثمن الاول **قوله** فهو فسخ بالاقل لما بينا وهو اشارة الى قوله لان الحط يجعل بازا ما فات بالعيب **قوله** بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة ويجعل التسمية لغوا يعني اذا سمى جنسا اخر يلغو ذكره وتبقى لفظة الاقالة من غير تسمية فينصرف الى المذكور في العقد الاول وهو التسمية كذا في الايضاح **قوله** وعندهما بيع لما بينا اي لان البيع هو الاصل عند ابي يوسف • ولان الفسخ اذا تعذر يحمل على البيع عند محمد وهنا قد تعذر لوقوع الاقالة بغير جنس الثمن الاول **قوله** ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده اي عند ابي حنيفة • وعندهما يكون بيعا وهذا فيما اذا كانت الولادة بعد القبض بخلاف ما اذا ولدت قبل القبض حيث تكون الاقالة صحيحة عند ابي حنيفة • وحاصله ان الجارية اذا ازدادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سوا كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت او متصلة • وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه تعذر تصحيحها فسخا بسبب الزيادة لان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد فالفسخ وابو حنيفة لا يصح الاقالة الا بطريق الفسخ • وان كانت الزيادة متصلة فالاقالة صحيحة عنده لان الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ متى وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة وبطلان حقه في الزيادة وقد وجد الرضا لما تقايلا فامكن تصحيحها فسخا

عنه

عندا في الذخيرة • ثم اعلم ان فرع كون الاقالة فسخا تظهر في مواضع ذكرها في شرح الطحاوي احدها انه يجب على البايع رد الثمن وما نطقا بخلافه باطل • والثاني ان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة • والثالث بعد ما تقايلا البيع فلو ان يرد المبيع من المشتري لو باعه من المشتري ثانيا جاز البيع لانه فسخ في حقهما • ولو كان بيعا لم يجز ذلك قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لم يجز لانه بيع في حق الغير • ولو كان المبيع غير منقول جاز بيعه من غير المشتري ايضا في قول ابي حنيفة وابي يوسف وثمرة كونها بيعا في حق غيرهما تظهر في مواضع ايضا منها ان المبيع لو كان عقارا انما تجب فيه الشفعة فسلم الشفيع الشفعة في اصل البيع ثم تقايلا البيع وعاد الى ملك البايع فطلب الشفيع الشفعة في الاقالة كان له ذلك لانها بمنزلة البيع في حق الثالث سوى المتعاقدين • ومنها ان البيع لو كان صرفا فالتقابض في كلا الجانبين شرط في صحة الاقالة فيجعل في حق الشريعة كبيع جديد ومنها انه اشترى شيا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من اخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم ان البايع اشتراه من المشتري باقل من الثمن قبل النقد جاز فصار في حق البايع كانه ملك بسبب جديد • ومنها ان السلعة لو كانت هبة في يد البايع ثم تقايلا فليس للواهب ان يرجع على البايع لان البايع بمنزلة اشتراه في حق الواهب **قوله** وكذا عند ابي يوسف في المنقول اي لم تكن الاقالة فسخا عنده في المنقول قبل القبض • وروي عن ابي يوسف انها باطلة وقد روينا ذلك عن شرح الطحاوي قبل هذا **قوله** جايز عنده اي عند ابي يوسف **قوله** قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع صحتها اي قال القدوري في مختصره وتمام المسلة فيه فان هلك بعض المبيع جاز الاقالة في باقيه • وذلك لان الاقالة رفع العقد وهو يستدعي قيام العقد والعقد قايم بالمبيع دون الثمن • ولهذا لو اذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف هلاك الثمن قبله فاذا كان كذلك قلنا ان هلاك المبيع يمنع صحة الاقالة لفوات محل العقد ورفعه بعد فوات المحل محال بخلاف هلاك الثمن فان محل العقد وهو المبيع باق فلم يمنع صحة الاقالة • والاصل هنا ما ذكر في شرح الطحاوي ان هلاك احد المعقود عليه ما لا يمنع الاقالة ولا يبطلها بعد صحتها بيانه انه اذا ابتاعا عينا بعين مما يتعين كل واحد منهما للعقد وتقابضا ثم هلك احدهما في يد مشتريه ثم تقايلا البيع فالاقالة صحيحة • وعلى المشتري الهالك قيمته الهالك او مثله ان كان مثليا فيسلمه الى صاحبه ويسترد العين منه وكذلك لو تقايلا والمعقود عليهما قايمان ثم هلك احدهما • ولو اشترى عينا مما يتعين للعقد بثمن دين نحو ما اذا اشترى بعرض من العروض بعينه بدراهم او بدنانير وعين الدراهم او الدنانير او لم يعينها لانهما لا يتعينان في المبادلات وان عينا وكذلك الفلوس وكذلك الكيلي والوزني اذا كان موصوفا بغير عينه والعددي لان الكيلي والوزني او ما يشبههما ثمن واعيانهما سلع ثم تقايلا البيع فانه ينظر ان كانت العين قايمة في يد مشتريه صحت الاقالة سوا كان الثمن قايما في يد البايع او هالكا لان الثمن وان كان قايما فهو في حكم الهالك لانه لا يتعين للعقد ولو كان المعقود عليهما ثمنين وتقابضا ثم هلكا ثم تقايلا لا يمنع الاقالة وكذلك لو كانت احدهما هالكا وقت العقد والاخر قايم حتى صحت الاقالة ثم هلك القايم قبل الرد بطلت الاقالة • ولو عقد عقد السلم وراس المال في يد المسلم عوض يتعين للعقد او دراهم او دنانير او فلوس مما لا يتعين للعقد ثم تقايلا السلم وراس المال في يد المسلم اليه قايم او هالك فان الاقالة صحيحة لان السلم وان كان دينا في الحقيقة فان له حكم العين الى ترى انه استبداله قبل القبض لا يجوز فصار كانهما تقايلا واحد المعقود عليهما قايم فان كان راس المال قايما وهو مما يتعين للعقد فعلى المسلم اليه رد عينه • وان كان هالكا فعليه رد قيمته ان كان غير مثلي او مثله ان كان مثليا وان كان راس المال مما لا يتعين للعقد فعليه رد مثله قايما كان او هالكا • وكذلك لو قبض الثمن ثم تقايلا والمقبوض قايم في يد رب السلم صحت الاقالة على ما ذكرنا • وعلى رب السلم رد عين ما قبض لان المقبوض بعقد الثمن كعين ما ورد عليه العقد الاترى انه لا يجوز بيعه من الجنس على راس المال كذا قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي **قوله** ولو تقايضا اي عقدا عقد المقايضة وهي بيع عرض بعرض ماخوذ من قولهم هما قيضان اي مثلان

باب المرابحة والتولية

لما فرغ من بيان انواع البيوع اللازمة وغير اللازمة كالبيع بشرط الخيار وكانت هي بالنظر الى جانب البيع شرع في بيان انواعها بالنظر الى جانب الثمن كالمرابحة والتولية والربا والصرف وتقديم الاول على الثاني لاصالة البيع دون الثمن **قوله** والمرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح • والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة وهذا لفظ القدوري في مختصره • وفي بعض النسخ نقل ما يملكه بلفظ الماضي من باب التفعل • قال صاحب التحفة البيع في حق البدل ينقسم خمسة اقسام بيع المساومة وهو البيع باي ثمن اتفق وهو المعتاد • وبيع المرابحة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول مع زيادة ربح • والثالث بيع التولية وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان • والرابع الاشراك وهو بيع التولية في بعض المبيع من النصف ونحوه • والخامس بيع الوضيعة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول مع نقصان شي منه ثم الدليل على جواز المرابحة فعل الائمة في الامصار في ساير الاعصار من غير نكير • وما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن • ولان غير الراي والعقل الذي لا اهتدا له في التجارة يحتاج الى من يهتدي هو عليه في فعله فتطيب نفسه بالشرى المهتدى عليه فيعتمد عليه فيشتري منه بما اشتراه وبزيادة ربح فجوز مثل هذا البيع دفعا للحاجة الماسة ولهذا كان مبنى المرابحة والتولية على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها حتى اذا اشترى شيا مؤجلا ليس له ان يبيع مرابحة الا اذا بين الاجل • وقال محمد بن اسحق في كتاب السير تصنيفه فلما ان ابو بكر الراحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم

يعني حين اراد الهجرة قدم له احداهما ثم قال له اركب فداك ابي وامي يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني لا اركب بعيرا ليس لي قال هي لك يا رسول الله بابي انت وامي قال لا ولكن ما الثمن الذي ابتعتها به قال كذا وكذا قال قد اخذتها بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبها وانطلقا • وهذا يدل على جواز التولية **قوله** لان الغبي يقال فلا بد من الاعتماد على فعل الذكي اذا كان يخفى عليه الامور **قوله** ولهذا كان مبناهما الايضاح لقوله تحتاج الى ان يعتمد **قوله** ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل اي مثلي في البيع الاول وهذه من مسائل القدوري وجملة البيان فيه ما قال صاحب التحفة اذا باع شيئا مرابحة على الثمن الاول فلا يخلو اما ان يكون من ذوات الامثال كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون والعددي المتقارب او تكون من العدديات المتفاوتة مثل العبيد والثياب والدور والبطاطيخ والرمان ونحوها • اما اذا كان الثمن الاول مثليا فباعه مرابحة على الثمن الاول بزيادة ربح يجوز • سواء كان الربح من جنس الثمن الاول او لم يكن بعد ان يكون شيئا مقدرا معلوما نحو الدراهم وثوب مشار اليه او دينار لان الثمن الاول معلوم والربح معلوم • فاما اذا كان الثمن الاول لا مثل له فاراد ان يبيعه مرابحة عليه فهذا على وجهين اما ان يبيعه ممن كان العوض في يده وملكه او ممن ليس في ملكه فان باعه ممن ليس في ملكه ويده لا يجوز لانه لا يخلو اما ان يبيعه مرابحة بذلك العوض او بقيمته ولا وجه للاول لان العوض ليس في ملك من يبيعه منه ولا وجه ان يبيعه مرابحة بقيمته لان القيمة تعرف بالحزر والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة • واما اذا اراد ان يبيعه مرابحة ممن كان العوض في يده فهذا على وجهين ان قال ابيعك مرابحة بالثوب الذي في يدك وربح عشرة دراهم جاز لانه جعل الربح على الثوب عشرة دراهم وهي معلومة • وان قال ابيعك بربح ده يازده فانه لا يجوز لان تسمية ده يازده او احد عشر يقتضي ان يكون الربح من جنس راس المال لانه لا يكون احد عشر الا وان يكون الحادي عشر من جنس العشرة فصار كانه باع بالثمن الاول وهو الثوب والجزء من جنس الاول والثوب لا مثل له من جنسه • ثم في بيع المرابحة يعتبر راس المال وهو الثمن الاول الذي ملك المبيع به وجب بالعقد دون ما نقد بدلا عن الاول بيانه اذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ثم اعطى عنها دينارا او ثوبا قيمته عشرة دراهم او اقل او اكثر فان راس المال هو العشرة المسماة في العقد دون الدينار والثوب لان هذا يجب بعقد آخر وهو الاستبدال كذا في التحفة **قوله** لمن يملك ذلك البدل صورته رجل باع عبدا بثوب وملك ذلك الثوب غيره ثم بيعه من الاباد وذلك الغير الذي في يده الثوب يشتري هذا العبد بذلك الثوب وربح درهم جاز **قوله** وان باعه بربح ده يازده اي بربح درهم على عشرة دراهم حتى لو كان الثمن الاول عشرين كان الربح درهمين • وان كان ثلاثين كان الربح ثلاثة فقس على هذا **قوله** ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام هذا لفظ القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي ما جرت عادة التجار بالزامه المتاع من قصارة او بطانة او غسل او فتل او صبغ بعصفر او زعفران او سواد او صفرة او اجرة سمسار او حمل من بلد الى بلد فلا باس ان يلزم ذلك المتاع وذلك لان بيع المرابحة بيع امانة فما دام الى راس المال ما هو معتاد بين التجار حصل الاحتراز عن الخيانة فجاز بخلاف ما اذا ضم ما ليس معتادا فانه يوجب الخيانة فلا يجوز وما ذكر من الاشياء جرت العادة بضمه لانها تزيد في العين او في قيمتها كافي الحمل لان القيمة تتفاوت باختلاف الامكنة قال في شرح الطحاوي ذكر بعض مشايخنا اصلا في ذلك اصلا فقال كل ما يؤثر في المعقود عليه فانه يلحق راس المال وكل ما لا يؤثر في العين فانه لا يلحق براس المال الا ان هذا الاصل لا يصح فان الكراء واجرة السمسار وسائق الغنم يضم ولا يؤثر في العين • وقال في الايضاح والمعنى الذي اعتمد عليه من اعتبار عادات التجار يعم المواضع كلها • وقال في التحفة واما اجرة السمسار في ظاهر الرواية يلحق براس المال وفي البرامكة قال لا يلحق • وقال الكرخي في مختصره وكذلك ان كان مضاربا فانفق على الرقيق في طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه اذا كان ما انفق من ذلك بالمعروف فان كان اسرف لم يضم الفضل ثم ما بقي ولا يضم ما انفق على نفسه في كسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه • ولا يضم ايضا ما انفق على مرضى الرقيق في اجرة طبيب وحجام او دواء • ويضم ما انفق على الغنم في سقيها ولا يضم اجر الراعي ولا جعل الآبق ولا يضم التاجر ايضا ما انفق على نفسه ولا يضم ما انفق على الرقيق في تعليم صناعة ولا قرآن ولا شعر ولا في تعليم غير ذلك الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا هذا لفظ القدوري في مختصره يعني في كل موضع يجوز له ان يضم الى راس المال ينبغي ان يقول قام علي بكذا لانه صدق ولا يقول اشتريته بكذا لانه كذب • وانما يقول رقمه كذا وكذا فانا ابيعه مرابحة على ذلك قال محمد في الاصل ولو كان اصله ميراثا او هبة او صدقة او وصية فقومه قيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان ذلك جائزا **قوله** فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه • وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن • وقال ابو يوسف يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما وهذه من مسائل مختصر القدوري واحد قولي الشافعي مثل قول ابي حنيفة والآخر مثل قول ابي يوسف كذا في شرح الاقطع • ثم ظهور الخيانة اما باقرار البائع او بالبينة او بالنكول عن اليمين والحاصل ان ابا يوسف سوى بين المرابحة والتولية فقال يحط الخيانة في الفصلين ولا خيار للمشتري ومحمد سوى بينهما ايضا فقال لا يحط فيهما وله الخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وابو حنيفة فرق بينهما فقال في المرابحة يخير ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده • وفي التولية يحط قدر الخيانة من غير خيار • وجه قول محمد رحمه الله ان الاصل في الثمن هو المسمى في العقد لانه يجب ان يكون الثمن معلوما والعلم يحصل بالتسمية الا انه اذا لم يذكر الثمن بل قال بعتك مرابحة او تولية يجعل الثمن في العقد الاول معيارا للثمن في هذا العقد فيكون كالمسمى فاذا كان الاصل في الثمن التسمية كان ذكر المرابحة والتولية

للترويج والترغيب فاذا فات وصف مرغوب في الثمن بظهور الخيانة كان بمنزلة العيب فيتخير كما لو وجد المبيع معيبا • ووجه قول ابي يوسف ان الاصل كون العقد مرابحة او تولية لا التسمية ولهذا لو اقتصر على لفظ المرابحة او التولية صح بلا تسمية الثمن بان قال بعته مرابحة على الثمن الاول او قال وليتك بالثمن الاول اذا كان الثمن الاول معلوما لانهما جعلا راس المال في العقد الاول اصلا لهذا العقد فاذا كان لفظ المرابحة والتولية هو الاصل كان ذكر التسمية كالتفسير فبظهور الخيانة لغت التسمية لانها لا تصلح تفسيرا فبقي ذكر المرابحة والتولية فيتقدر الثمن في العقد بقدر ما قام في العقد الاول لان الثاني بناء على الاول فيحط الخيانة في الفصلين جميعا فبقي العقد مرابحة وتولية من غير خيار الا انه يحط قدر الخيانة في التولية من راس المال وفي المرابحة يحط ذلك من راس المال ومن الربح جميعا اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر ان البائع اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهما درهمان ويحط من الربح درهم فياخذ الثوب باثني عشر درهما • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه انه لو لم يحط في التولية لا يبقى العقد تولية لانه يبيع بالثمن الاول فلا جرم يحط قدر الخيانة لئلا يبطل معنى التولية وليس كذلك المرابحة لانه اذا لم يحط فيها لا يخرج عن موضوعه غاية ما في الباب ان الزيادة تكون اكثر فيجوز العقد عامته فيتخير لانه تغير عليه شرط عقده فكان بمنزلة العيب **قوله** فلو هلك قبل الرد او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة ذكر هذه المسألة تفريعا لما تقدم قال في الايضاح ولو هلك المبيع او حدث به ما يمنع الفسخ عند ظهور الخيانة في بيع المرابحة سقط خياره ولا شيء في قول ابي حنيفة وهو المشهور من قول محمد لانه لتعذر الرد سقط الخيار كما في خيار الرؤية والشرط • وقال شمس الائمة البيهقي في كفايته وعن محمد في رواية يرد المشتري قيمة المبيع ويرجع بالثمن لانه يصح الفسخ على القيمة نظرا للعاقد كما في التحالف **قوله** فيسقط ما يقابله عند محمد اي يسقط ما قابل البيت من الثمن عند عجز المشتري عن الرد لهلاك المبيع او لحدوث ما يمنع الفسخ **قوله** قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة • وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وهذه من مسائل الجامع الصغير وقول الشافعي كقولهما كذا في الاسرار وغيره واخذ الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير بقولهما فالصورة المسألة رجل اشترى ثوبا بعشرة دراهم وقبض ثم باعه من غيره بخمسة عشر وسلم المبيع وانتقد الثمن ثم اشتراه بعشرة فاراد ان يبيعه مرابحة يحط عن الثمن الاول الثاني الربح الذي ربح وهو خمسة فيبيعه مرابحة على خمسة عند ابي حنيفة ولا يقول اشتريته بخمسة لئلا يصير كاذبا ولكن يقول قام علي بخمسة • وعندهما يبيعه مرابحة على عشرة وان كان الربح يستغرق الثمن الثاني بان اشترى بعشرة وباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة من غير بيان عند ابي حنيفة بل يبيعه مساومة لانه اذا حط عنه الربح لا يبقى الثمن وعندهما يبيعه مرابحة على عشرة • وجه قولهما ان العقد الثاني عقد جديد ورد على مال معلوم وبدل معلوم لا تعلق له بالعقد الاول فجاز ان يبني المرابحة عليه كالاول كما اذا تخلل ثالث بان اشترى من مشتريه فانه يجوز بيعه مرابحة على الثمن الثاني • وكما لو اشترى ثوبا بعشرة فباعه بعرض يساوي خمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على عشرة • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان بيع المرابحة بيع امانة يتحرز فيه عن كل شبهة وخيانة • ولهذا اذا اشترى شيئا بثمن من رجل لم يجز له ان يبيعه مرابحة على ذلك الثمن حتى يبين لان الاجل حق يزاد في الثمن لاجله فكان لبعض الثمن شبهة المقابلة بالاجل فصار كانه اشترى شيئين ثم باع احدهما على ثمنهما جميعا مرابحة • وكذا لو اشترى ثوبين لا يجوز بيع احدهما مرابحة بحصته من الثمن لان الحصة لا تعلم الا بالحزر والظن وفي ذلك تجري الغلط وكذا لو كان له على آخر عشرة فصالحه عنها على ثوب لم يجز ان يبيعه مرابحة على عشرة لان الصلح مبني على الحط والتجوز غالبا فلو وجدت حقيقة الحط لم يبعه مرابحة على عشرة فكذا لو اذا تحقق شبهة الحط فثبت ان الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب المرابحة وفي مسألتنا وهي ما اذا اشترى ثوبا بعشرة ثم باعه بخمسة عشر كان الربح على شرف البطلان بفسخ البيع لانه كان يجوز ان يرد عليه بالعيب • فلما اشترى بعشرة بعدما باعه بخمسة عشر تاكد الربح لانه امن عن البطلان فاستفاد بهذا العقد ثوبا واستقرار ربح خمسة بعشرة فتصير الخمسة بالخمسة فيبقى الثوب بالخمسة فيبيعه مرابحة على الخمسة وليس له ان يبيع الثوب وحده مرابحة على العشرة والتاكيد شبهة الايجاب لا ترى ان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ضمنوا نصف المهر لانهم اكدوا ما كان على شرف السقوط • وفيما اذا اشترى بعشرة فباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة يصير كانه اشترى ثوبا وعشرة دراهم بعشرة فيبقى الثوب بلا ثمن بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان الربح تاكد بالثالث ولم يستفد المشتري الاول بالشراء الثاني فانتفت الشبهة • ووجه آخر لابي حنيفة ان عقد المرابحة مبني على الضم والجمع بدليل انه اذا اشترى ثوبا بعشرة ثم صبغه او قصره بدرهم ثم طرزه بدرهم فانه يضم اجرة المطرز والقصار والصباغ الى اصل الثمن حتى يقول قام علي بكذا فيبيعه مرابحة على ذلك فاذا ثبت هذا قلنا اذا ضمت العقود كان راس المال في الفصل الاول خمسة وفي الفصل الثاني يبقى الثوب مجانا فلا يبيعه مرابحة حتى يبين فاما لا يحتسب عليه بالخسران فيه ويحتسب عليه الربح فيه كالمضارب فانه لا يحتسب له بالخسران فيه ويحتسب عليه الربح حتى انه لو هلك بعض راس المال او نقص فضم اليه الربح يكمل به • ولو خسر لا يجبر بنى والمعنى في الاصل ان ثمة ما لا يضم الى هذا فكذا لا يضم ربحها الى ربح هذا بخلاف العين الواحد **قوله** لشبهة الحطيطة وهو ما يحط من ثمن السلعة **قوله** واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة • وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في العبد المأذون له في التجارة يكون عليه الدين الكثير يحيط برقبته فاشترى ثوبا بعشرة دراهم فباعه من مولاه بخمسة عشر درهما ثم يبيعه المولى مرابحة قال بعشرة دراهم وكذلك ان كان الذي اشتراه هو المولى

ثم باعه من العبد بخمسة عشر باعه العبد مرابحة بعشرة • هذا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • وقال في المبسوط واذا اشترى
الرجل من ابنه او امه او مكاتبه او عبده او عبد من مواليه او مكاتب مواليه متاعا بثمن قد قام على البايع باقل من ذلك فليس
للمشتري ان يبيعه مرابحة الا بالذي قام على البايع للتهمة هذا لفظ محمد في الاصل وقد اختلف نسخ شروح الجامع الصغير
فقد قيد فخر الاسلام دين العبد بالمستغرق • وقال الصدر الشهيد عبد ماذون عليه دين محيط برقبته او غير محيط
وقاضي خان قيد بالمحيط ايضا • والعتابي قيد بالماذون فحسب ولم يذكر الدين اصلا • وقال في شرح الطحاوي لو اشترى
من مماليكه ومكاتبه وعبده الماذون عليه دين او لا دين عليه فانه يبيعه مرابحة على اقل الثمنين الا ان يبين الامر على
وجه • ولكن قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير فقال ان كان العبد لا دين عليه فالشرا الثاني باطل لان العبد اذا
كان لا دين عليه فماله لمولاه • فاذا اشترى منه المولى صار كان المولى اشترى مال نفسه فلا يكون في هذا فايدة • ولو
كان العبد عليه دين جاز شرا المولى منه لان المولى بهذا الشرا يستفيد ملك اليد • ولكن لا يبيعه مرابحة الا بعشرة لان
العبد اذا كان عليه دين فماله لمولاه من وجه لان المولى يقدر على تخليص ماله لنفسه لو قضى دين العبد • فاذا كان هكذا
فشرا المولى منه شرا من وجه وليس بشرا من وجه وبيع المرابحة بيع الامانة فيوخذ فيه بالاحتياط فيبيعه على اقل الثمنين والحاصل
ان العقد الواقع بين المولى وعبده الماذون المديون والمكاتب جايز لافادة ملك اليد • ولكن له شبهة العدم لان الحاصل
للعبد لا يخرج عن حق المولى • ولهذا كان للمولى قضا دين العبد واستخلاص اكسابه وكذلك المكاتب اذا عجز فرد في الرق فيسلم
اكسابه للمولى فكان ملك العبد واقعا للمولى • فاذا باع المولى من عبده يجعل العقد كالعدم للشبهة ويكون العبد في
البيع الثاني كالوكيل عن مولاه فلو ثبتت الوكالة حقيقة لم يبعه الا على عشرة فكذا اذا تمكنت شبهة الوكالة لان الشبهة ملحقة
بالحقيقة في بيع المرابحة • واذا اشترى من مولاه يجعل العبد كالوكيل بالشرا عن مولاه فلو كانت الوكالة ثابتة حقيقة لم يبع
المولى الا على عشرة فكذا اذا تمكنت شبهة الوكالة • وقال في شرح الطحاوي اشترى من شريكه سلعة فانه ينظر ان كانت
السلعة ليست من شركتهما فانه له ان يبيعها مرابحة على ما اشترى ولا يبين • وان كانت السلعة من شركتهما فانه يبيع نصيب شريكه
على ما نقد في الشرا الثاني او نصيب نفسه على ما نقد في الشرا الاول نحو ان تكون السلعة اشتريت بالف من شركتهما ثم اشترى احدهما
من صاحبه بالف ومايتي درهم فانه يبيعه مرابحة على الف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن الثاني ستماية ونصيب نفسه
من الثمن الاول خمسماية فيبيعها على ذلك • ولو اشتريا سلعة ثم اقتسماها فاراد احدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على حصته
من الثمن فانه ينظر ان كان بحال تكون القسمة افرازا محضا كالكيلي والوزني والعددي المتقارب جاز بيعه مرابحة ٠:٠ هـ
قوله في هذا العقد اي في العقد الذي جرى بين العبد الماذون المديون وبين مولاه **قوله** لجوازه مع المنافي
يعني ان العقد جاز لقيام الدين • ولكن جوازه مع وجود المنافي للجواز وهو كون العبد ملكا للمولى فصار كانه باع ملك
نفسه من نفسه وكذا في الشرا فكان فيه شبهة عدم الجواز **قوله** في الفصل الاول اي فيما اذا باعه من مولاه **قوله**
فكانه يبيعه المولى لاجل المولى **قوله** في الفصل الثاني اي فيما اذا باعه المولى من عبده **قوله** واذا كان مع
المضارب عشرة بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف • وهذه
من مسايل الجامع الصغير اعلم ان بيع المضارب من رب المال جايز عندنا لانه يستفيد ولاية التصرف خلافا لزفر لان شرا
الانسان مال نفسه لا يجوز فكذا جاز ذلك عندنا فاراد رب المال ان يبيع مرابحة باعه مرابحة على اثني عشر ونصف • وهذا
لان بيع المرابحة بيع امانة يحترز فيها عن الخيانة وعن شبهتها • وهذا البيع وان صح عندنا ففيه شبهة العدم لما قلنا من
جهة زفر ولهذا قلنا ان المضارب وكيل عنه في البيع الاول ولهذا تبطل المضاربة بموت احدهما فاعتبر البيع الثاني عدما
في حق نصف الربح وهو درهمان ونصف لان ذلك في حق رب المال لم يكن لرب المال فيحط عن الثمن ولا شبهة في اصل الثمن وهو
عشرة ولا في نصيب المضارب من الربح وهو درهمان ونصف فلذلك لا يبيعه مرابحة على اثني عشر درهما ونصف • قال في شرح
الطحاوي وكذلك لو اشترى رب المال سلعة بالف درهم يساوي الف درهم وخمسماية وباعها من المضارب بالف وخمسماية فان
المضارب يبيعها مرابحة بالف ومايتين وخمسين الا اذا بين الامر على وجهه • وهذا الذي ذكرنا ان بيع المرابحة بيع امانة يجب
صونها عن الخيانة وعن شبهتها ما امكن وفي بيع هولا تتمكن من بعض شبهة وتمامه الى هنا لفظ شرح الطحاوي **قوله**
مع انه يشتري ماله بماله اي مع ان رب المال يشتري مال نفسه بمال نفسه لان رقبة المال له **قوله** لما فيه من استفادة
ولاية التصرف دليل قوله فقضي بجوازه • وذلك لان ولاية التصرف انقطعت عن رب المال بتسليم المال الى المضارب ثم لما
اشترى من المضارب استفاد ولاية التصرف **قوله** والانعقاد يتبع الفايدة ولهذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره
واشتراهما صفقة واحدة جاز ودخل عبده في الشرا لحصول الفايدة في حق انقسام الثمن ثم يخرج مكذا فيما نحن فيه لان المال
كالمملوك للمضارب في حق التصرف وكغير المملوك لرب المال في حق التصرف ولا يملك رب المال ابطال هذا الملك للمضارب
الا بالشرا فجاز ذلك لحصول الفايدة **قوله** ففيه شبهة العدم متعلق بقوله وان قضي بجوازه **قوله** الا يرى
انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه ايضاح شبهة العدم يعني ان المضارب لرب المال من وجه وهو وكيل عنه لان رقبة
المال لرب المال دون المال من وجه للمضارب • ولهذا اذا اشترى لا يجوز حجر رب المال على المضارب في البيع فلما كان كذلك
يبيعه على اقل الثمنين للاحتياط وهو حصة المضارب من الربح لان المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الاجنبي **قوله** فان

ومن اشترى جارية فاعورت او وطيها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين وهذه مسئلة الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى جارية فاعورت عنده من السما قال يبيعها مرابحة ولا يبين • وان هو فقا عينها او
فقاها انسان اجنبي فاخذ لذلك ارشا لم يبع مرابحة حتى يبين ثم قال فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اشترى جارية
وهي ثيب فوطيها ولم ينقصها الوطي شيا قال له ان يبيعها مرابحة ولا يبين وان كان اشتراها وهي بكر فوطيها لم يبعها مرابحة حتى يبين
الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • اما في الاعورار فانه يبيعها قبل ان يبين انه اشتراها سليمة فاعورت لان الاوصاف
لا يقابلها شي من الثمن ما لم تكن مقصودة بالاتلاف لانها اتباع • ولهذا لو اعورت بعد العقد قبل القبض لا يسقط شي من الثمن
فعلم ان ما يقابله من البدل قائم بالكلية فيبيع من غير بيان فاما اذا فقا المشتري عينها او فقاها اجنبي فاخذ المشتري ارشها
فانه لا يبيع مرابحة الا بالبيان لان الفايت صار مقصودا بالاتلاف • ولهذا لو فعل ذلك بعد العقد قبل القبض يسقط عنه
حصته من الثمن لانه حبس جزا صار مقصودا او حبس بدله فلا يجوز بيع الباقي مرابحة على ذلك الثمن • قالوا في شروح الجامع
الصغير وكذلك اذا اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار فهو بمنزلة الاعورار لا يلزمه البيان وان تكسر بنشره وطيه
لزمه البيان • وفي قول زفر اذا اعورت بافة سماوية لا يبيعها مرابحة من غير بيان لانها قد تغيرت عن حالها التي اشتراها
قال الفقيه ابو الليث وقول زفر اجود ثم قال وبه ناخذ • واما اذا وطي بكرا فازال عذرتها فلا يبيعها مرابحة قبل البيان
لانه حبس جزا من العين بخلاف ما اذا وطي ثيبا ولم ينقصها الوطي فانه يبيعها مرابحة قبل البيان لان المستوفي ليس بمال فلم يقابله
البدل وكان كالاستخدام **قوله** في الفصل الاول اي فيما اذا اشترى جارية فاعورت **قوله** فلما اذا فقاها
فيها وفي بعض النسخ واما اذا فقا وهو الاصح • ولو فقات عين نفسها فهو كالاعورار لا يلزمه البيان ذكره في المبسوط هـ
قوله قرض فار فيه قرض الثوب بالمقراض اي قطعه **قوله** والمعنى ما بينا يعني في قرض فار وحرق نار
لا يلزمه البيان لان الاوصاف تابعة لا يقابلها شي من الثمن وفي تكسر الثوب بنشره وطيه يلزمه البيان لانه صار مقصودا
بالاتلاف **قوله** ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء
قبل • وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى غلاما بالف درهم نسيئة
وقبضه فباعه من اخر بربح مائة درهم ولم يبين له انه اشتراه نسيئة قال اذا علم المشتري فان شاء رده عليه • وان كان قد
استهلكه لزمه الثمن كله • وان كان ولاه اياه فقط ولم يبين انها نسيئة فان شاء رده عليه وان كان قد استهلكه فهو بالالف حالة
الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • والاصل هنا ان بيع المرابحة مبني على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة
وفيما نحن فيه شبهة الخيانة فيجب الاحتراز عنها • وهذا لان الاجل يعني يراد في الثمن لاجله وكان الاجل شبهة المبيع
فالحق بحقيقة المبيع احتياطا فكانه اشترى شيين وباع احدهما بذلك الثمن مرابحة وذلك حرام يجب الاحتراز عنه فكذا هذا • فاذا
لم يبين انه نسيئة يظهر الخيانة فيظهر دها كالعيب فيكون له الخيار وان اهلك المبيع او استهلكه بوجه بان باعه او بوجه
اخر بطل خياره • ولم يرجع بشي لانه لما هلك او استهلك تعذر الفسخ والاجل لا يقابله شي من الثمن حقيقة ولكن فيه شبهة
المقابلة فاعتبار شبهة الخيانة كان له ان يفسخ البيع ان كان المبيع قايما فاما ان يسقط من الثمن شي بعد الهلاك بمقابلة الاجل
فلا • وكذا في التولية اذا لم يبين البايع انه اشتراه بالف نسيئة واذا علم المشتري كان له الخيار ان شا اخذه بالف حالة وان شا
رده وان علم بعد الهلاك لزمه الالف حالا كما في المرابحة لان كل واحد منهما بيع امانة يجب الاحتراز فيه عن شبهة الخيانة
وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي عن محمد انه قال للمشتري ان يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت
مقامه فكذلك هاهنا • وروي عن ابي يوسف في الزوايد انه قال يرد قيمة العين ويسترد الثمن • وهو نظير ما قال
فيمن كان له على اخر عشرة دراهم جياد فاستوفى زيوفا ولم يعلم حتى انفقها يرد زيوفا مثلها وياخذ الجياد • وقال فخر
الاسلام في شرح الجامع الصغير وكان الفقيه ابو جعفر البلخي يختار في الفتوى ان يقوم المبيع بثمن حال وبثمن موجل ويرجع المشتري
على البايع بفضل ما بينهما علما بمادة الناس **قوله** لا يقابله شي من الثمن اي حقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة ولهذا
يزداد الثمن لاجل الاجل **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الاجل لا يقابله شي من الثمن **قوله** وسنذكر
من بعد ان شا الله تعالى اي في مسايل منثورة قبيل كتاب الصرف **قوله** وقيل يقوم بثمن حال وموجل وهو قول الفقيه
ابي جعفر الهندواني رحمه الله وقد مر قبل هذا **قوله** وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال لو اشترى بعشرة نقد فلم
ينقد الثمن شهرا فله ان يبيعه مرابحة على عشرة دراهم نقدا لانه اشتراه بعشرة نقد كذا في الفتاوي الولوالجي **قوله**
قال ومن ولي رجلا شيا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد • اي قال في الجامع الصغير وتمامه فيه
فاذا علم المشتري بكم قام عليه فالخيار للمشتري ان شا اخذ وان شا ترك • اعلم ان المراد بما قام عليه ما اشتراه به مع ما
لحقه من المون نحو الصبغ والفتل • فاذا لم يعلم المشتري ذلك فالبيع فاسد لان ذلك لا يعلم الا بعيان البايع فاذا لم يبين
كان الثمن مجهولا فيفسد البيع لجهالته الا ان هذا الفساد فساد في صلب العقد وليس بمستقر قبل الافتراق لان ساعات المجلس كساعة
واحدة • ولهذا جاز تاخير القبول الى اخر المجلس فاذا اعلمه في المجلس صح لان الاعلام فيه بعد العقد كالاعلام في ابتدا العقد
فجعل تاخير الاعلام الى اخر المجلس عفوا كتاخير القبول اليه • وبعد الافتراق تقرر الفساد فلم يكن رفعه لان الفساد المتقرر
في صلب العقد لا يقبل الاصلاح • ونظيره من باع شيا برقمه اي بعلامة اعلمها البايع على الثوب ان ثمنه كذا فانه معلوم عند البايع

بمحضرٍ من المشتري فكان البيع فاسدًا لجهالة الثمن فان اعلمه البائع في المجلس جاز وقال فخر الاسلام وهذا الجواب اصل الفساد على احتمال الصحة عند ابي حنيفة وابي يوسف وكذلك عند محمد في رواية عنه انه صحيح على احتمال الفساد لان هذا اسم لمعلوم في نفسه والصحيح هو الاول لان هذا الاسم لا يفيد العلم لانه لا ينبئ عن القدر فصار الفساد فيه اصلا وانما وجب الخيار للخلل في الرضا لان الرضا لا يتحقق قبل المعرفة بمقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات وقد ورد الشرع في خيار الرؤية وهذا في معناه فكان ملحقًا به قال فخر الاسلام وهو معنى قول المشايخ انما تنكشف حال الثمن بعدما كانت ملتبسة والله اعلم

فصل

مسائل هذا الفصل لما كان البيع فيها مقيدًا بوصف زائد شبهت المرابحة والتولية من حيث ان فيهما قيدا زائدا على اصل البيع ولكن الحقت المرابحة والتولية بمجيء الفصل هذا **قوله** ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما لم يقبض وقد روى صاحب السنن عن عبد الله بن مسلمة عن مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه وفي السنن ايضا مسندا الى طاوس عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اشترى احدكم طعاما فلا يبعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه قال وقال ابن عباس واحسب كل شيء مثل الطعام وحدث الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى حكيم بن حزام قال كنت اشتري طعاما فاربح فيه قبل ان اقبضه فسالت النبي صلى الله عليه وسلم فقال لا تبعه حتى تقبض وروي في السنن وشرح الآثار مسندا الى ابن عمر قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل واعطاني به ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار الى رحالهم والاحاديث في هذا الباب كثيرة في السنن وشرح الآثار ولان في المنقول غرر انفساخ العقد الاول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض فيتبين حينئذ انه باع ملك الغير بغير اذنه وذلك مفسد للعقد وقد روي في السنن مسندا الى الاعرج عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه وجملة القول فيه ما قال صاحب الايضاح ان كل عوض ملك بعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه كالمبيع والاجرة اذا كانت عينا وبدل الصلح اذا كان عينا وما لا ينفسخ العقد بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد وعلل الكرخي في مختصره بقوله لان هلاكه لا ينقض العقد ويكون على الذي بذله قيمته وقال في الايضاح الفقه فيه ان المطلق للتصرف هو الملك وقد وجد لكن الاحتراز عن الغرر واجب ما امكن فاذا كان يتوهم غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بيعه عند احد ملكه واذا لم يتوهم غرر الانفساخ ابقى المانع فجاز العقد ولهذا المعنى جوز ابو حنيفة وابو يوسف بيع العقار قبل القبض وما لا يجوز بيعه قبل القبض فكذلك لا يجوز اجارته قال ولو وهب او تصدق به او اقرضه او رهنه من غير بائعه لم يجز في قول ابي يوسف وقال محمد يجوز لان هذه التصرفات يتعلق صحتها بالقبض فيصير الموهوب له وغيره ممن ذكرنا نائبا عنه في القبض ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال اطعم عني كفارة يميني جاز ويصير الفقير نائبا عنه في القبض ولابي يوسف ان صحة التصرف بناء على الملك فان كان غرر الانفساخ ثابتا لم يكن الملك مستقرا وصار كالمانع في حق اطلاق التصرف فاما اذا قال اطعم عن كفارتي فهذا طلب التمليك لانه تصرف يوجد منه بناء على الملك وفي مسئلتنا التصرف بناء على الملك وفيه قصور فلا يجوز التصرف وقال في شرح الطحاوي ولو اوصى لرجل قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالاجماع لان الوصية اخت الميراث ولو مات قبل القبض يجوز ان يورث فكذلك الوصية وقال في الايضاح وعن محمد لو وهب من البائع او رهنه لم يصح اتفاقا وروى محمد بن مقاتل عن محمد ان البائع لا يصير بمنزلة المشتري في القبض وعن محمد بن سلمة ولو ان المشتري وهب للبائع فقبله البائع انتقض البيع ولو باعه من البائع قبله لم يصح هذا البيع ولا ينتقض البيع الاول والفرق ان الهبة يجوز ان تجعل مجازا عن الاقالة فيقال وهبت له دينه والبيع لا يجوز ان يجعل مجازا عن الاقالة **قوله** ويجوز بيع العقار قبل القبض وهذا لفظ القدوري وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وهو الاستحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول محمد وزفر والشافعي كذا قال في شرح الطحاوي وصحة القبض باحد الامرين اما بالتخلية كما في المنقول وبقبض او بحقيقة القبض كما في المنقول وجه قول محمد عموم النهي وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما لم يقبض وهو يعم بيع المنقول والعقار جميعا ولان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز فكذا العقار المنقول لان عدم القبض موجود فيهما جميعا ولان المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن نهي شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدًا قبل القبض كما في المنقول لانه لم يدخل في ضمانه ولهذا لا يجوز اجارة العقار قبل القبض ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فجاز وانما لم يجز بيع المنقول قبل القبض لتوهم غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه قبل القبض وهذا المعنى لا يوجد في العقار لان لا يتوهم فيه الهلاك الا نادرا بغلبة الماء او الرمل او بحريق النار والنادر لا يعتد به والدليل على صحة هذا المعنى ان التصرف في المهر وبدل الخلع والعتق على مال والصلح عن دم العمد قبل القبض جائز لان بالهلاك لا ينفسخ العقد على انا نقول تجرد غلبة الماء والرمل لا يصير هالكا لانه يمكن ان ينتفع بالعقار في ثاني الحال بان ينضب عنه الماء او يزول الرمل بهبوب الريح وانما يصير هالكا بان يصير بحرا او يغلب عليه بحيث لا يزول اصلا وذلك في غاية الندرة بان كان على طرف نهر الغالب عليها الرمل او على شط البحر والمنقول عندنا سواء كذا قاله علاء الدين العالم

في طريقه الخلاف ولانه غير ملكت بسبب لا يخشى انفساخه بهلاكها فجاز التصرف فيها قبل القبض كالموروث ولانه سبب هو لانتقال الملك فجاز ان يثبت في العقار قبل القبض كالشفعة او نقل ملك كالشفعة والجواب عن الحديث فنقول المراد منه بيع المنقول وما يمكن نقله بالبراجم لانه هو الحقيقة في القبض يدل عليه ما روي عنه انه صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار الى رحالهم لان الحوز الى الرحال لا يكون الا في المنقول لانه عام مخصوص الا يرى انه يجوز الاعتاق قبل القبض والوصية قبل القبض فيختص بالمنقولات لانه هو المراد اجماعا وفي غيره خلاف ولان القياس ان يجوز بيع المنقول قبل القبض ايضا لدلائل جواز البيع في الكتاب والسنة والاجماع الا انه ترك القياس بالحديث فلم يجز بيعه قبل القبض وعلل الحديث بغرر انفساخ العقد بهلاك المبيع لان النام اذا لم يكن اجراؤه على العموم حمل على اخص الخصوص والجواب عن قوله ان المقصود من البيع الربح قلنا لا نسلم ان الربح هو المقصود من بيع العقار وشرائه ولئن سلمنا ذلك فنقول لا نسلم ان الربح بدون الضمان منهي ولا نسلم ان اجارة العقار قبل القبض لا تجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف بل هي جائزة عندهما ولئن سلمنا انها لا تجوز فنقول الاجارة ترد على المنافع وهلاك المنافع ليس بنادر والبيع يرد على العين وهلاك العقار نادر فظهر الفرق او نقول الاجارة بيع المنفعة وانه دون المنقول وبيع المنقول قبل القبض لا يجوز فهذا اولى فان قالوا المبيع لا يقبض فلا يجوز بيعه كالمنقول قبل القبض لا يجوز فهذا اولى فان قالوا ينقض بالثمن لانه ليس بمقبوض ومع هذا يجوز التصرف فيه فان قلت في العقار ايضا يتوهم انفساخ العقد بان يرد بالعيب قلت لا يستقيم ذلك لانه يجوز البيع فيه قبل القبض يصير المبيع ملكا للمشتري الثاني فبعد ذلك لا يقدر المشتري الاول على الرد بالعيب فزال توهم انفساخ العقد فان قلت غرر انفساخ العقد موجود بعد القبض ايضا بطريق الاستحقاق فكيف لم يعتبر قلت لان الحديث معلول بغرر انفساخ العقد فيما قبل القبض لان المراد به اخص الخصوص لما قلنا لا نقول يلزم حينئذ ان يكون بيع المبيع مقيدا وهو ممنوع بدلائل جواز البيع **قوله** والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد اي العقد الاول وقد جاء في شرح بعض الشارحين بقوله اي العقد الثاني وكانه سهو القلم او غلط في الاملاء **قوله** معلول به اي بغرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه قبل القبض **قوله** بدلائل الجواز اي من الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فاحل الله البيع وحرم الربا وقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض واما السنة فقوله عليه السلام يا معشر التجار ان البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه بالصدقة وفي رواية اللغو والكذب رواه في السنن قيس بن ابي غرزة رضي الله عنه وقد بعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يتبايعون فلم ينكر عليهم ذلك بل قررهم عليه وقد انعقد اجماع الامة على ذلك **قوله** قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن هذا لفظ القدوري في مختصره وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال اذا اشتريت شيئا مما يكال كيلا او مما يوزن وزنا او مما يعد عددا فلا تبعه حتى تكيله او تزنه او تعده فان بعته قبل ان تفعل وقد قبضته فالبيع فاسد في الكيل والوزن وان اشتريت شيئا مذارعة وقبضته ثم بعته قبل ان تذرعه فالبيع جائز هذا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير ذكر ولانه لا يبيع المعدود اذا اشتراه عددا حتى يعده ولم يذكر انه لو باعه قبل العد ما حكمه وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر ابو يوسف في الامالي وقال في قول ابي حنيفة لا يجوز وفي قول ابي يوسف يجوز وابو حنيفة جعل ذكر العدد بمنزلة الكيل والوزن وابو يوسف جعله بمنزلة الذرع وهكذا ذكر الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف في مختصر الكرخي ثم ذكر الفقيه في شرح الجامع الصغير قول محمد مع ابي يوسف وهكذا ذكر عامة مشايخنا في شروح الجامع الصغير واليه ذهب صاحب الهداية ولكن ذكر الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي قول محمد مع ابي حنيفة ثم اعلم ان الاموال ثلاثة اقسام مقدرات كالكيل والوزن وعدديات ومذروعات ففي القسم الاول كان اشتراه مجازفة وقبضه جاز تصرفه قبل الكيل والوزن لان الكل مبيع فيكون بائعا ما ملكه بعينه فجاز وهذا معنى قوله بخلاف ما اذا باعه مجازفة وان اشتراه بشرط الكيل والوزن بان قال اشتريت على انها عشرة اقفزة او على انه كذا منا لم يجز تصرفه حتى يعيد الكيل والوزن وذلك لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري فلما ثبت بهذا الحديث حكم الكيل ثبت حكم الوزن ايضا لانهما يجريان مجرى واحد لانهما شرط علة الربا والفقه فيه ان النهي عن البيع يدل على فساده اذا كان لمعنى في المبيع وهو جهالة قدره بيان ذلك ان البيع تناول ما يحويه الكيل والوزن وهو مجهول لاحتمال الزيادة والنقصان فان زاد رد الزيادة وان انتقص رجع بحصته من الثمن فاذن يكون فيه احتمال خلط المبيع بغير المبيع والتحرز عن مثله واجب فلم يجز التصرف فيه بعد القبض قبل الكيل والوزن وان كال البائع قبل البيع بحضرة المشتري او بغيبته لا يعتبر ذلك لانه ليس صاع البائع ولا صاع المشتري والشرط ان يوجد الصاعان منهما بالحديث وان كاله او وزنه بعد العقد بحضرة المشتري ففيه اختلاف المشايخ قال عامتهم كفاه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل الكيل والوزن ثانيا وعند البعض لا بد من الكيل والوزن وقيل احتجاجا بالحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن اعلام المبيع وامرازه وذلك يحصل بالواحد فلا حاجة الى الاعادة قالوا الحديث ورد فيما اذا وجد عقدان بشرط الكيل بان يشتري المسلم اليه من رجل كرا ليسلم كر المسلم وامر رب المسلم بقبضه اقتضاء عن السلم فانه لا بد بشرط صاعان صاع للمسلم اليه وصاع لرب السلم بعد ذلك فيكيله للمسلم اليه اولا ثم يكيله لنفسه لان ههنا وجد عقدان

بشرط الكيل فيشترط الكيل عند كيل على حدة • فاما اذا كاله البائع بعد العقد بغيبة المشتري فلا يعتبر ذلك على قول ذلك البعض
بلا شك واما على قول عامة المشايخ فالصحيح انه لا يكتفى بذلك حتى يوجد كيل آخر بحضرة المشتري لان الكيل من جملة التسليم لانه به يصار
المعقود عليه معلوما والتسليم من الغائب لا يتحقق فاذا لم يعتبر حتى باعه بعد ما قبضه فسد لجهالة المبيع لانه يحتمل ان يزيد فيختلط المبيع
بغيره واستدلوا بما ذكر في الجامع الصغير في بيع قفيز من صبرة اذا كاله البائع منه قفيزا بغير حضرة المشتري فهلك ان المبيع فاهم
قفيز فيما بقي ولا يتبع من الامرار وسلمنا وتلك المسألة على السواء • قال فخر الدين قاضي خان وان اشترى مكايلة او باع مجازفة قبل الكيل
في ظاهر الرواية لا يجوز • وذكر ابن رستم في نوادره انه يجوز • واما المذروعات كالثوب والعقار ونحو ذلك فان اشترى مجازفة
بكل الكيل في ظاهر او بشرط الذرع بان اشترى على انه عشرة اذرع مثلا فقبضه يجوز له التصرف فيه قبل الذرع لان احتمال خلط المبيع بغيره
ليس بثابت لان الذرع صفة تملك بملك الاصل لا يقابله شيء من الثمن الا يرى انه لو زاد لا يرد ولو انتقص لم يرجع بحصته من الثمن
وكانت الزيادة والنقصان في باب الثوب بمنزلة الصفة وتمام البيان فيه مر في اول كتاب البيوع عند قوله ومن اشترى ثوبا
على انه عشرة اذرع بخلاف الكيل والموزون لان الزيادة فيه ليست بوصف بل هو اصل بالجملة • واما المعدود كالجوز
والبيض فان اشتراه بشرط العد فقبضه هل يجوز له التصرف قبل العد فانما المزيد ذكر جوابه في الكتاب فقد ذكر في شرح الجامع الصغير
عن ابي حنيفة انه ابطل البيع قبل العد ثانيا كما في الكيل والوزن لان العد لمعرفة المقدار الا يرى انه لو اشترى جوزا على انه
مائة فزاد فالزيادة للبائع ولا يدخل في البيع • فاذا كان العد لمعرفة المقدار صار كالكيل والوزن • وروي عنهما
انه اجاز العقد قبل العد لان العدد يخالف الكيل والوزن الا يرى انه لا يجري فيه الربا ولهذا الوجه جوزه بجوز بين جاز فاذا
خالف حكمه حكم الكيل والوزن لم يثبت حكم الخبر الذي ورد في الكيل فيه **قوله** فاكتالوا انه الاكتيال الاخذ بالكيل
والاتزان الاخذ بالوزن فاكان المعطي فالاكتيال الاخذ ووزن المعطي والاتزان الاخذ **قوله** لم يجز للمشتري منه
اي للمشتري الثاني من المشتري الاول الذي اشترى مكايلة او موازنة **قوله** على ما سيجيء في باب السلم وقد جاء ذلك ايضا
وسيجيء ذلك في باب السلم عند قوله ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه كرا فامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء • وان
امر ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز **قوله** قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز اي قال
القدوري في مختصره اعلم ان التصرف في الاثمان وسائر الديون من المهر والاجرة وضمان المتلفات ونحوها سوى الصرف والسلم
جائز قبل القبض لان الملك مطلق وكان القياس ايضا ذلك في البيع المنقول الا انه ترك ذلك بالحديث وهو معلول بغرر انفساخ العقد
ولم يوجد هذا المعنى في الاثمان والديون بوفيق ما روي في السنن مسندا الى سعيد بن جبير عن ابن عمر قال كنت ابيع الابل
بالبقيع فابيع بالدنانير واخذ الدراهم وابيع بالدراهم واخذ الدنانير اخذ هذه من هذه واعطي هذه من هذه فاتيت رسول
الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيت حفصة فقلت يا رسول الله رويدك اسألك اني ابيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير واخذ الدراهم
وابيع بالدراهم واخذ الدنانير اخذ هذه من هذه واعطي هذه من هذه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا بأس ان تأخذها
بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء • واما الميراث فالتصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف المورث في الملك وكذا هو
الموصى له لان الوصية اخت الميراث ومعنى قوله عليه السلام لا بأس ان تأخذها بسعر يومها اي لا تطلب فيها الربح فيكون ربح ما لم
يضمن وانما اشترط ان لا يتفرقا وبينهما شيء لانه اذا ابتاع الدراهم من الدنانير صرف وعند الصرف لا يصح الا بالتقابض **قوله**
قال ويجوز للمشتري ان يزيد البائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك
اي قال القدوري في مختصره وقال زفر زيادة البائع والمشتري هبة مبتدأة ان قبضت استحقت بجميع ذلك اي بالمزيد والا
بطلت وبه قال الشافعي كذا في شرح الاقطع • ومعنى تعلق الاستحقاق بجميع ذلك اي المزيد والمزيد عليه ان للبائع ان يحبس المبيع
ما لم يستوف المزيد والمزيد عليه من الثمن اذا كان الثمن حالا • وليس للمشتري ان يمنع الزيادة بعد ذلك لانها التحقت باصل العقد
وكذلك المشتري • وليس له مطالبة البائع بتسليم المبيع ما لم يسلم المزيد والمزيد عليه من الثمن وكذلك المشتري يرجع على البائع
بجميع ذلك اعني بالاصل والزيادة اذا استحق المبيع • وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع اذا سلم ما بقي من
الثمن بعد الحط • وكذلك الشفيع يستحق المبيع بما بقي بعد الحط • وجه قول زفر ان المبيع دخل في ملك المشتري فلو جاز زيادة
الثمن يكون ذلك عوضا عن ملكه وكذلك الثمن دخل في ملك البائع فلو جاز زيادة المبيع كان عوضا عن ملكه ايضا فلا يصح ذلك ثم
ويجعل برا مبتدأ • ولنا ما روي اصحابنا في كتبهم كالاسرار وغيره في حديث جابر قال قضاني رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثمن جمل وازادني قيراطا فقلت هذا قيراط زادنيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يفارقني ابدا فلم يزل معي حتى جاء اهل الشام
واخذوه • ولان المتعاقدين لهما ولاية رفع العقد من الاصل فاولى ان يكون لهما ولاية تغيير وصف العقد من كونه رابحا الى كونه
خاسرا وبالعكس او الى كونه عدلا • ولان كل زيادة لو وجدت في الابتداء تعلق بها الاستحقاق فاذا وجدت بعد العقد جاز ان
تعلق الاستحقاق بها كالزيادة في الخلع ومدة الخيار والزيادة في الرهن ولانه تصرف في الثمن فجاز كالحط حقيقة ان الحط
من الثمن زيادة من البائع للمشتري كما ان زيادة الثمن زيادة من المشتري للبائع فاذا جاز احدهما جاز الآخر • لا يقال
الحط يثبت في حق الشفيع والمرابح بخلاف الزيادة فانهما لا تثبت فيها مضرة لهما بخلاف المنافع فان الزيادة تثبت في حقهما لثبوتها
بتراضيهما • لا يقال لو وجدت الزيادة في ابتداء العقد تثبت في حق الشفيع وان استضر بها لانا نقول لم يثبت ثم الزيادة
بعد ثبوت حق الشفيع وكان مخيرا بخلاف الزيادة بعد ابرام العقد اجتمع الخصم فكانت كل زيادة تلحق العقد قبل اللزوم لا محالة

تعد

بعد اللزوم كالزيادة في الدين الذي به رهن جوابه انه منقوض بالزيادة في الرهن فانها تلحق العقد قبل اللزوم وتتعلق
بالزيادة في الاصل والخيار والكيل والحط • وقوله لو جاز الزيادة كانت عوضا عن ملكه فلا نسلم ذلك لانها على تقدير
الصحة تلحق باصل العقد وكانها وجدت في ابتداء العقد فلا يلزم ذلك لانها على تقدير الصحة تلحق باصل العقد وكانها وجدت
في ابتداء العقد فلا يلزم ذلك • ومن اصحابنا من قال ينفسخ العقد الاول وينعقد على الثمن الاول والزيادة كما في الخلع • ثم
الزيادة في الثمن انما تصح اذا كان المعقود عليه قائما • اما اذا هلك فلا تصح سواء كان الهلاك حقيقة كما اذا مات او حكما كما في
مسألة الجامع وهي ما اذا اشترى الرجل من الرجل جارية بالف درهم فقبضها المشتري فاعتقها او دبرها او كاتبها او كان استولدها
ثم ان المشتري زاد في ثمنها فالزيادة لا تصح • وكذا لو باعها او وهبها من غيره وسلمها اليه قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح
الجامع الكبير كذا ذكر في ظاهر الرواية ثم قال وروى ابو يوسف ومحمد عن ابي حنيفة في غير رواية الاصول ان الزيادة في هو
في الفصول كلها جائزة ثم قال كذا ذكر الجصاص عن الكرخي كان يقول بجوازها جميعا روايا ذلك عن ابي حنيفة رحمهم الله ثم قال قال
وكان الكرخي يقول المذكور في الجامع قولهما خاصة • وقول ابي حنيفة هو ما رواه رحمه ما ذكر في الجامع ان الزيادة
تغيير للعقد حال قيام العقد فما دام المعقود عليه قائما كان العقد قائما لقيام اثره وهو الملك المستفاد في العين فاذا هلك
لم تصح الزيادة لان العدم لا يتصور تغييره بخلاف الحط فانه يصح بعد هلاك المعقود عليه فانه لو امكن ان يجعل تغييرا للعقد
لان العقد قائما جعل تغييرا وان لم يمكن جعله تغييرا كما في حالة الهلاك جعل ابراء عن الدين فصح الحط في الحالين • ووجه ما روي عن
ابي حنيفة ان الزيادة لا تقتصر على الحال بل تلحق بالعقد وهو موجودة عند العقد فامكن ان يجعل تغييرا له والمعقود عليه قائم
تقديرا • ولهذا قبل العقد الفسخ بالرد بالعيب بعد هلاك المعقود عليه اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث
يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل واشتراط المحل لاثبات الملك ابتداء فلم يكن
لابتداء العقد في حقه فائدة • واما اذا ما وراء ذلك فيه فائدة قالوا في شروح الجامع الكبير ولو رهنها او اجرها او قطعت
يدها صحت الزيادة لان المعقود عليه قائم والصواب ان اذا اجرها ثم اسلما تجوز الزيادة في الثمن لانه كالهالك في حق المسلم
ولو زاد في الثمن بعد هلاك الشاة لم تجز لان المحل ليس بقابل • فان قلت ينبغي ان لا يثبت حط البعض في حق الشفيع والمرابح كحط
الكل قلت لا نسلم ان القياس صحيح لان حط الكل يخرج العقد عن موضوعه حيث يصير هبة لانه يبقى المعقود عليه بلا عوض وليس
لنا ان يأخذ بلا عوض ولهذا لم يثبت في حقهما وليس كذلك حط البعض لان العقد بيع كما كان قال في شرح ابي نصر قال
الشافعي الحط بعد لزوم العقد لا يلحق بالعقد ويكون هبة وان كان في المجلس او في مدة الخيار لحق بالعقد **قوله**
وعلى تقدير الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه هو جواب عما علل به زفر والشافعي بقولهما لانه يصير ملكه عوض ملكه ثم
وهذا لان الزيادة لما التحقت باصل العقد صارت كالموجودة عند العقد فلا يلزم حينئذ ما قالا **قوله** ثم
الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية اي الزيادة في الثمن لا تصح بعد هلاك المعقود عليه حقيقة او حكما على ظاهر
الرواية وهي رواية الجامع الكبير • قال الكرخي والمذكور في الجامع قولهما • وعلى قول ابي حنيفة تصح الزيادة بعد الهلاك
روى ذلك عنه ابو يوسف ومحمد جميعا في غير رواية الاصول وقد مر بيان ذلك وقال في الشامل في رواية النوادر يجوز
الزيادة بعد الهلاك كالحط **قوله** بخلاف الحط اي الزيادة في الثمن لا تصح بعد هلاك المبيع والحط يصح بعد الهلاك
والفرق ان المبيع لم يبق على حال يصح اخذ العوض عنه فلهذا لم يصح الزيادة وليس كذلك الحط بعد الهلاك لانه يمكن اخراج
البدل عما يقابله بالاسقاط والابراء الحاقه باصل العقد اسنادا ولان الهلاك هو المبيع لا الثمن فصح الحط عن الثمن ولان الثمن
ان كان قائما كان تغييرا لاصل العقد فصح • وان لم يكن قائما كان الحط ابراء عن الدين فصح ايضا **قوله** قال ومن باع
بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا اي قال القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع قال زفر لا يلحق الاجل بالعقد
وبه قال الشافعي لانه دين حال فلا يتأجل كالقرض • ولنا ان الثمن حق البائع فجاز تصرفه فيه بالتأجيل دفعا من عليه وهو
المشتري تخفيفا ان التأجيل اثبات براءة موقتة الى حلول الاجل وهو يملك البراءة المطلقة بالابراء عن الثمن فلان يملك البراءة هو
الموقتة اولى واحرى • ثم انما يتقيد بالاجل المعلوم لانه اذا اجله الى اجل مجهول فلا يخ • اما ان كانت الجهالة متفاحشة غير
مستدركة فلا يجوز التأجيل كما اذا اجله الى ان تهب الريح او الى ان تمطر السماء وان كانت يسيرة كالتأجيل الى الحصاد هو
والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع الجهالة اليسيرة لانه تأجيل الدين بخلاف البيع الى الحصاد
والدياس والجزاز فانه يفسد البيع لانه يفضي الى المنازعة وقد بينا ذلك في باب البيع الفاسد وهو المراد من قوله وقد ذكرناه
من قبل • والجواب عن قياس زفر فنقول ان القرض لا يصح تأجيله في اصل العقد فكذلك لم يلحقه بعد العقد وتأجيل الدين يصح في
اصل العقد • ولهذا صح اشتراط الاجل اذا كان معلوما فافترقا **قوله** قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار
مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تأجيله لا يصح اي قال القدوري في مختصره وقوله لما ذكرنا حشو بين رواية القدوري واشار
به الى قوله لان الثمن حقه • قال الطحاوي في مختصره في باب المصراة من كان عليه دين من غير قرض فاخره الى اجل لزمه التأخير
وصار كانه كان في اصله مؤجلا وان كان قرضا لم يجز ذلك • وكان زفر لا يقيد القدوري بتأجيل الدين لان التأجيل في المبيع
العين يفسد العقد لعدم فائدته وهي الترفيه بالاكتساب لان العين موجودة في الحالين • وهذا المعنى موجود في الديون ثم
صح التأجيل فيها وقد مر ذلك في باب البيع الفاسد • واما لم يجز التأجيل في القرض لانه عارية فلو صح لزم الجبر فيما هو متبرع فلا

يجوز هذا على اعتبار الابتداء • اما على اعتبار الانتهاء وان كان القرض معاوضة لان الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين فلا
يصح التأجيل ايضا لانه يلزم حينئذ بيع الدرهم بالدرهم نسيئة وهو ربا والمعول هو النكتة الاولى لان على النكتة الثانية يلزم
ان لا يصح القرض اصلا وهو جائز بالاجماع • وكان الشيخ بالعين ذكرهما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وانما لم يجز
التأجيل في القرض لان القرض اصطناع المعروف • الا ترى انه لا يصح ممن لا يملك اصطناع المعروف كالعبد والصبي • وفي
جواز التأجيل جبر على اصطناع المعروف فلا يجبر عليه ولان القرض يملك به مثل العارية ولا يملك به مثل المبادلة لانه
لو ملك به ملك المبادلة لبطل لانه يكون الشيء بجنسه نسأ وهذا لا يجوز فيجعل في الحكم كان المستقرض يرد عين ما قبض وان
كان في الحقيقة يرد بدله • والاصل في العواري باطل وقد يجوز الاجل في القرض بحال وهو ان يوصي الرجل بان يقرض من
ماله فلان الف درهم الى سنة وذلك يخرج من ثلثه فانه ينفذ من ثلثه وصيته ويقرض من ماله كما امر • وليس للورثة
ان يطالبوه قبل السنة • واما التأجيل في ثمن البياعات وغيرها من الديون فجائز • ثم التأجيل لا يخلو اما ان يؤجله الى
اجل معلوم بالايام او بالشهور واما ان يؤجله الى اجل مجهول والجهالة غير متفاوتة كالحصاد والدياس والجذاذ والنيروز
والمهرجان والميلاد وما اشبه ذلك وجهالته متفاوتة كما اذا اجله الى هبوب الريح او الى ان تمطر السماء او الى قدوم الحاج
او الى قدوم رجل من سفره • واما اذا كان الاجل معلوما صح التأجيل اذا قبل المطلوب الاجل وان لم يقبل بطل الاجل وكان
حالا وان اجله الى اجل مجهول لجهالة متقاربة صح التأجيل ايضا بخلاف اجل البيع فان البيع بهذه الآجال فاسد والتأجيل
في الوصية بالاقراض الى سنة لا باعتبار انه قرض بل باعتبار انه وصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى فيلزم مراعاة حق
الموصي لانه يحتاج الى احراز الثواب بانفاذ وصيته والله اعلم

باب الربا

ذكر الربا وهو منهي عنه بقوله تعالى لا تأكلوا الربا بعدما ذكر ابواب البيع وهو مأمور به بقوله تعالى وابتغوا من فضل
الله لان النهي يقفو الامر لان الامر طلب الايجاد والنهي طلب الاعدام واعدام الشيء يقتضي سابقية وجوده لا محالة و

قوله الربا في كل مكيل او موزون بيع بجنسه فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس هذا لفظ القدوري
في مختصره اي حكم الربا وهو ثبوت الحرمة ثابت او داخل او جار او مستقر في كل مكيل بيع بجنسه وكل موزون بيع بجنسه
اذا وجد علة تحريم التفاضل • والعلة القدر والجنس والقدر الكيل او الوزن وهذا معنى قوله وهو اشمل لان القدر يعم
يعمهما وليهما • اعلم ان الربا نوعان ربا الفضل وربا النسأ فالاول فضل مال على القدر الشرعي وهو الكيل والوزن عند اتحاد
الجنس والثاني فضل الحلول على الاجل وفضل العين على الدين في المكيلين والموزونين عند اختلاف الجنس او في الجنس غير
المكيلين والموزونين • والاصل في جواز البيع وحرمة الربا قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا • والبيع عبارة عن
مبادلة المال بالمال على سبيل التراضي • والربا في اللغة عبارة عن مطلق الفضل والزيادة • وليس ذلك بمراد هو
بالاجماع فان فتح الاسواق في سائر بلاد المسلمين للاستفضال والاسترباح وانما المراد منه فضل مخصوص وهو فضل مستحق لاحد
المتعاقدين خال عما يقابله من العوض يدل على ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولم يبين لنا ابواب الربا • وروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه لا ربا الا في النسيئة ثم رجع عن ذلك كذا في الايضاح و
واختلافهم دل على ان مطلق الفضل ليس بمراد • ثم الاصل في باب الربا ما اخبر محمد بن الحسن في اول كتاب البيوع من الاصل
وقال حدثنا ابو حنيفة عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الذهب بالذهب
مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا • والحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل
ربا • والشعير بالشعير مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا • والتمر بالتمر مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا • والملح بالملح يدا بيد والفضل
ربا • وروى محمد بن الحسن ايضا في كتاب الصرف من الاصل باسناده الى عبادة بن الصامت قال سمعت رسول الله صلى الله عليه
وسلم يقول الذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد • والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد • والحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والشعير
بالشعير مثلا بمثل يدا بيد • والتمر بالتمر مثلا بمثل يدا بيد • وروى ابو داود في السنن باسناده الى عبادة بن الصامت رضي
الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب تبرها وعينها • والفضة بالفضة تبرها وعينها • والبر بالبر
مدي بمدي • والشعير بالشعير مدي بمدي • والتمر بالتمر مدي بمدي • والملح بالملح مدي بمدي فمن زاد او ازداد فقد
اربى ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة اكثرهما يدا بيد واما نسيئة فلا ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير اكثرهما
يدا بيد واما النسيئة فلا • وروى ابو داود ايضا باسناده الى عبادة بن الصامت ايضا ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح
الا سواء بسواء عينا بعين ولكن بيعوا الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر والتمر بالملح والملح
بالتمر يدا بيد كيف شئتم • وبعض الرواة زاد في هذا الحديث من زاد او ازداد فقد اربى • ثم اعلم ان الخبر المروي
عن ابي سعيد وعبادة معلول ام لا فالقائسون باجمعهم انه معلول لكنهم اختلفوا في العلة فقال اصحابنا العلة القدر مع
الجنس وعدوا هذا الحكم الى كل مكيل او موزون قوبل بجنسه حتى اثبتوا هذا الحكم في الجص والنورة ونحوهما لوجود الكيل
والجنس في الحديد والنحاس والرصاص ونحو ذلك لوجود الوزن • وقال الشافعي علة الربا هي الاكل في الاشياء الاربعة
كذا في شرح الطحاوي وغيره من اصحابه عبارته • وقالوا الطعم لان لفظة الطعم اعم من لفظة الاكل لانه يتناول المأكول والمشروب

جميعا

ولفظ الاكل لا يتناولهما ومن مذهبه ان الربا يجري في المأكول والمشروب جميعا • وقال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف
وللشافعي في الذهب والفضة قولان في قول هما غير معللين وفي قول معلل بعلة الثمنية • وعدى هذا الحكم الى كل ما صار ثمنا
بالاصطلاح كالدراهم المغشوشة والفلوس الرائجة وقيل بالثمنية المطلقة حتى لا يتعدى الى الفلوس والعطارنة كذا في المختلف
وقال مالك العلة هي الاقتيات والادخار بشرط المجانسة وكلما كان مقتاتا مدخرا يجري فيه الربا والا فلا • قال داود وهو
ابن علي ومن تابعه من اصحاب الظواهر بان الخبر غير معلول ولا يجري الربا الا في هذه الاشياء الستة المذكورة في الخبر • ثم عند
اصحابنا اذا وجد الوصفان من علة الربا اي القدر والجنس حرم التفاضل والنسأ واذا عدما جميعا حل التفاضل والنسأ واذا
عدم احدهما ووجد الآخر حل التفاضل وحرم النسأ • وقد امضينا ضعف قول داود في انكار القياس في كتابنا الموسوم
بالتبيين فلا نعيده • وجه قول مالك ان تحريم الربا لصيانة مصلحة العامة عن الفوات وذلك بما يقتات ويدخر • ووجه
قول الشافعي قوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء فانه اي الحكم هذا النص الحرمة لاقتضاء النهي ذلك
والمساواة بالكيل مخلص عن تلك الحرمة والجنس شرط يحض لعمل العلة عملها كالاحصان في باب الزنا • فان الاحصان شرط لا علة هو
لان العلة ما يكون لها تأثير في اثبات الحكم كالزنا هو علة موجبة للحد لكونه جناية متضمنة للعقوبة وليس الاحصان الذي
هو نعمة من الله تعالى على عباده بعلة لان النعمة لا تقتضي العقوبة الا ان العقوبة تتضاعف عند تكامل الجناية بتكامل النعمة
الا ترى الى قوله تعالى من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب • وبالاحصان تتكامل النعمة فكان له اثر في
اثبات الجناية عقوبة زائدة فكان شرطا لا علة فكذا ايضا فيما نحن فيه اذ الاثر للطعم والثمنية وكونه مكيلا او موزونا
لا اثر له بان الحكم النص لما كان الحرمة وانما تشعر بضيق طريق الوصول اليه وذلك دليل العزة والخطر والطعم والثمنية ينبئان
عن العزة والخطر لتعلق العالم بهما وكان الطعم علة في الاشياء الاربعة والثمنية في الذهب والفضة • ولنا ما روينا في حديث ابي
سعيد وعبادة بن الصامت رضي الله عنهما بيانه ان النبي صلى الله عليه وسلم شرط المماثلة في الحديث بقوله مثلا بمثل والمراد من المثل
القدر لانه روي في بعض الروايات كيلا بكيل او لان المماثلة بين الشيئين في الصورة والمعنى لان كل موجود محدث فانه يقوم
بصورته ومعناه فالقدر يسوي الصورة لانه عبارة عن امتلاء المعيار والجنس يسوي المعنى فان المجانسة عبارة عن المشاكلة
في المعنى فاذا استوى الشيئان في القدر والجنس كانا مستويين في الصورة والمعنى فكانا متماثلين ويكون الفضل على ذلك ربا
لان الفضل انما يتحقق بعد وجود التماثل وسقط اعتبار الفضل في الجودة اما بقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء وبالاجماع
فان من باع قفيزا جيدا من حنطة بقفيز رديء من حنطة وزيادة درهم او فلس بمقابلة الجودة لا يصح بالاجماع ولا اثر للطعم والثمنية
في العلية لان الفرع دليل التوسعة لا دليل التضييق فاعتبر ذلك بالماء والهواء فجعلهما علة لم يكن مناسبا ولان العلماء اجمعوا على
ان الكيل والوزن لهما اثر في تعلق الحكم بها • ولهذا قالوا ان جواز العقد يتعلق على التساوي في الكيل والوزن فان تساوى
الشيئان كيلا او وزنا جاز وان ازداد احدهما لم يجز فيتعلق الحكم بما يتعلق الحكم به بالاتفاق اولى من تعليقه بما اختلفوا فيه والدليل
على صحة ما روى اصحابنا في كتبهم في حديث عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا
الدينار بالدينارين ولا الصاع بالصاعين • وليس المراد من الصاع المكيال لان بيع مكيال بمكيالين يجوز بالاجماع بل
المراد منه ما يحل الصاع ويجاوره مجازا بيننا وذلك مكيل سواء كان مطعوما او غير مطعوم • والدليل على فساد علتهم انه يجوز
بيع الحيوان بالحيوان متفاضلا مع وجود الطعم ويجوز عندهم بيع الرطب على رأس النخل بالتمر على وجه الارض فيما دون خمسة
اوسق فان كان مطعوما متفاضلا والعجب من الشافعي انه يثبت حكم الربا في الطين الارمني لانه يجعل العلة طعما استدلالا بقوله
عليه السلام الطعام بالطعام مثلا بمثل وهذا لانه لا يسمى الطين طعاما ولا يسمى آكله الا بطيخ اكل طعام • ولهذا لا يسمى سوق
الصيادلة سوق الطعام ولان ما لم يوضع لمعرفة المقدار لا يصلح ان يكون علة الربا كالاسم واللون ثم فائدة الخلاف في ربا
الفضل على ما قال في التحفة تظهر في موضعين احدهما في بيع مطعوم بجنسه غير مقدر كبيع الحفنة بالحفنتين والسفرجلة بالسفرجلتين
ونحوهما يجوز عندنا لعدم القدر ولا يجوز عنده لوجود العلة وهي الطعم • والثاني في بيع مقدر غير مطعوم كبيع
قفيز جص بقفيزي جص او من حديد بمنوي حديد لا يجوز عندنا في الجص لوجود علة ربا الفضل وهي الكيل والجنس وعنده يجوز
لعدم العلة وهي الطعم وفي الحديد لا يجوز عندنا لوجود الجنس والوزن وعنده يجوز لعدم الثمنية والطعم • واجمعوا انه
اذا باع قفيز ارز بقفيزي ارز لا يجوز لوجود الكيل والجنس عندنا ولوجود الطعم والجنس عنده • وكذا اجمعوا انه اذا باع
من زعفران بمني زعفران او من سكر بمني سكر لا يجوز لوجود الوزن والجنس عندنا ولوجود الطعم والجنس عنده • واما
في نوع ربا النسأ ففائدة الخلاف بيننا وبين الشافعي فانه اذا باع قفيز حنطة بقفيز شعير نسيئة مؤجلا او دينا موصوفا في الذمة
غير مؤجل لا يجوز بالاجماع لوجود علة ربا النسأ وهي احد وصفي علة ربا الفضل وهو الكيل عندنا والطعم عنده • واذا باع
قفيز جص بقفيزي جص او نورة مؤجلا بان اسلم او غير مؤجل بان باع دينا في الذمة لا يجوز عندنا لوجود الكيل وعنده يجوز
لعدم الطعم • ولو اسلم من حديد في من رصاص لا يجوز عندنا لوجود الوزن المتفق لكونهما مثمنين وعنده يجوز لعدم الطعم
والثمنية • ولو باع من سكر بمن زعفران دينا لا يجوز بالاجماع لوجود احد وصفي علة ربا الفضل وهو الوزن المتفق عندنا
لانهما مثمنان ولوجود الطعم عنده • ولو اسلم دراهم في زعفران او في قطن او في حديد فانه يجوز بالاجماع • اما عندنا
فلانه لم يوجد الوزن المتفق فان الدراهم توزن بالمثاقيل • والقطن والحديد والزعفران بالقبان • ولو اسلم تبر ذهب

في شرح قفنة لا يجوز بالاجماع لوجود الوزن المتفق عندنا فانهما يوزنان بالمثاقيل وعنده لوجود الثمنية ٭ ولو اسلم الحنطة
في الزيت جاز عندنا لان احدهما مكيل والاخر موزون وكانا مختلفين قدرًا ٭ وعلى قوله لا يجوز لوجود الطعم كذا في التحفة
قوله والجنسية شرط اي شرط لعمل العلة عملها لان العلة وهي الطعم او الثمنية لا تعمل عملها الا عند وجود الجنسية
قوله والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده اي عند الشافعي فكان حق الكلام ان يقال والاصل هو الحرمة عنده و
والمساواة مخلص اي عن الحرمة ٭ والحرف الذي تدور عليه المسئلة وهو ان حرمة العقد في الاموال الربوية عند المقابلة
بجنسها اصل عند الشافعي ٭ والجواز يتعلق بشرطين المساواة في المعيار واليد باليد وعندنا جواز العقد فيها اصل كما في سائر
الاموال والفساد باعتبار فضل هو حرام وهو الفضل في المعيار وذلك لا يتحقق الا فيما يتحقق فيه المساواة في المعيار اذ الفضل
يكون بعد تلك المساواة ولا تتحقق هذه المساواة فيما لا يدخل تحت المعيار اصلا كذا ذكره شمس الائمة السرخسي في اصول الفقه
في فصل المماثلة قوله لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وهذا دليل قوله وعند الشافعي الطعم في المطعومات
والثمنية في الاثمان اي نص النبي صلى الله عليه وسلم في قوله يدا بيد مثلا بمثل على التقابض والمماثلة ٭ وانما جعلهما شرطًا لان قوله
يدا بيد مثلا بمثل حال اي فما بيعوا يدا بيد وحال مماثل احدهما الاخر والاحوال شروط الا ترى ان الركوب يجعل شرطًا كالدخول في قوله
ان دخلت الدار راكبة فانت طالقة ٭ والتماثل في الحال المعنى الذي اقتضاه الحال هذا على رواية النصب واما
على رواية الرفع فهما شرطان ايضًا لان الشارع قيد بالتقابض والتماثل فلو لم يجعلا شرطًا لم يكن لذكرهما فائدة قوله
وكل ذلك اي كل واحد من التقابض والمماثلة شرع بالعزم والحظر اي عند الشارع قوله لان للجنسية في
ذلك اي في اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطا اي جعلنا الجنس شرطا ٭ والحكم يدا بيد ومع الشرط خلاصة كلامه ان العلة
اما تعرف بالتاثير والطعم والثمنية اثر بخلاف الجنس لكن العلة لا تعمل الا عند وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم يدور مع الشرط
وجودا وعدما لا وجوبا به قوله تحقيقا لمعنى البيع يعني ان النبي صلى الله عليه وسلم شرط المماثلة في البيع لاحد امور ثلاثة
اما تحقيقا لمعنى البيع لان البيع يبنى على التقابل في البدلين والتقابل فيهما لا يكون الا بالمماثلة واما صيانة لاموال
الناس عن التوى والتلف لان احد البدلين اذا كان انقص من الاخر يكون الزائد خاليًا عن العوض فيتلف الزائد فلهذا
فاشترطت المماثلة حتى تصان اموال الناس واليه اشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله والفضل ربا اي الفضل على التماثل ربا
يعني ان الذي نطق به القران بقوله وحرم الربا المراد منه هذا الفضل واما تتميما للفائدة باتصال التسليم به اي بالتماثل
يعني ان الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يتعينان الا بالتسليم ٭ وان كان البدلان متماثلين وزنا فيراد اتصال التسليم
بالتماثل لان وجود التسليم بعد وجود التماثل صار ذلك تتميما لفائدة العقد لانها حصول التعيين بالتسليم صارا متماثلين
في الوزن والتعيين جميعا ٭ فاذا فات التماثل صورة ومعنى في القدر والجنس لزم حرمة الربا قوله
ولا يعتبر الوصف وكانه ذكر هذا جوابا لسؤال مقدر بان يقال اذا كانت المماثلة شرطا على ما قلتم فكيف اهدر
التفاوت في الوصف وهو الجودة في احد البدلين دون الاخر فقال في جوابه لا يعتبر الوصف لانه ليس متفاوت
في العرف او لانه لو اعتبر لانسد باب البيع وهو مفتوح لان الحنطة لا تكون مثل الحنطة اخرى من كل وجه او لقوله عليه
السلام جيدها ورديها سواء قوله اذا ثبت هذا فنقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل
جاز البيع اذا ثبت ما قلنا من ان المماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى وذلك بالقدر والجنس فنقول اذا بيع
المقدر بجنسه مثلا بمثل جاز لحصول المماثلة في المعيار ونقول ايضا بيع الحفنة بالحفنتين لوجود الطعم وعدم المخلص
وهو المساواة ٭ قال في شرح الطحاوي ولو باع بطيخة ببطيختين او تفاحة بتفاحتين او بيضة ببيضتين او جوزة بجوزتين
او حفنة من الحنطة بحفنتين يجوز عندنا لعدم الكيل وعنده لا يجوز لوجود الطعم ولذلك اذا باع حفنة بحفنة او حبة
بحبة او تفاحة بتفاحة يجوز عندنا وعنده لا يجوز كذا في شرح الطحاوي قوله ولهذا قال كان مضمونا بالقيمة
عند الاتلاف هذا ايضاح لقوله لان المساواة بالمعيار لم توجد يعني ان الحفنة والحفنتين والتفاحة والتفاحتين لو
لو كان داخلا تحت المعيار كان مضمونا بالمثل عند الاتلاف كما في سائر المكيلات والموزونات ٭ ولكنه مضمون بالقيمة
فدل انه لم يدخل تحت المعيار ٭ وهذا ينبغي ان يكون في العددي المتفاوت لا في المتقارب ٭ الا يرى ان فخر
الاسلام قال في شرح الجامع الصغير ولا يلزم ان الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذلك سائر هذه الجملة يعني ان التمرة
مثل التمرة والبيضة مثل البيضة ولم يجعل كذلك في حكم الربا لان الجوز ليس مثل الجوز لعدم الدليل المماثلة ولقيام
التفاوت الا ان الناس اصطلحوا على اهدار التفاوت فقبل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان ٭ فاما في حق الشرع وهو
وجوب التسوية وحرمة الفضل فلا قوله وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة حتى اذا باع خمس حفنات
من الحنطة بست حفنات منها جاز عندنا اذا لم يبلغ نصف الصاع لانه لم يرد التقدير في الشرع بما دون نصف صاع
وجاز العقد بر بنصف صاع في مدة القحط ٭ قال في الفتاوى الصغرى ادنى ما يكون مال الربا من الحنطة نصف
القفيز ٭ والمراد من القفيز صاع ٭ قال ايضا فيه ذكر المعلى بن منصور عن محمد رحمه الله انه كره التمرة بالتمرتين و
وقال كل شيء حرام في الكثير فالقليل منه حرام ٭ والحفنة ملء الكف قوله ولو تبايعا مكيلا او موزونا
غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا ذكره لتبيين التفريع كما ذكر بيع الحفنة بالحفنتين ايضا

كذا ذكره [illegible] اعني ان الجص يرجع الى الكيل والحديد يرجع الى الموزون اي لو تبايعا مكيلا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كبيع
او موزونا غير مطعوم بجنسه كبيع الحديد بالحديد متفاضلا لم يجز عندنا لوجود علة الربا وهو القدر والجنس وعند الشافعي يجوز
لعدم العلة وهي الطعم والثمنية عنده قوله قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء
اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه واذا وجدا حرم التفاضل والنساء واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم
النساء يعني ان علة الربا ذات وصفين فاذا انعدما جميعا حل التفاضل والنساء واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم
النساء لان الاصل في البيع الحل لقوله تعالى احل الله البيع وانما الحرمة لعارض علة الربا وهي القدر والجنس ٭ فاذا انعدمت علة
الربا كان حلالا بالحل الاصلي ٭ وهذا كما اذا اختلف النوعان فلا يكال ولا يوزن حيث يجوز التفاضل بان يباع اثنان بواحد
كالثوب الهروي بالمروي والجوز بالبيض والحيوان بالثياب ويجوز نسيئة ايضا ٭ واذا وجد الوصفان حرم التفاضل والنساء جميعا
لان العلة وجدت بتمام اجزائها وهذا كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير ونحو ذلك ٭ واذا وجد احد الوصفين وعدم الاخر
اما القدر او الجنس حل التفاضل وحرم النساء نظير انعدام القدر الثوب الهروي بالهروي يجوز التفاضل بان يباع واحد باثنين و
ولا يجوز ان يباع بالنسيئة ٭ ونظير انعدام الجنس الحنطة بالشعير يجوز التفاضل ولا يجوز النسيئة كما اذا اسلم احدهما في الاخر والحاصل
ان حرمة ربا الفضل بوجود الوصفين جميعا وحرمة النساء باحد الوصفين ٭ وعند الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء ما لم يوجد
الطعم ٭ وعنده الطعم بانفراده يحرم النساء بيانه فيما قال في شرح الطحاوي انه اذا باع ثوبا هرويا بثوب هروي او مرويا بمروي نسيئة
لا يجوز عندنا ويجوز عنده ٭ وكذلك لو باع حيوانا بحيوان فهو على هذا الاختلاف ٭ واجمعوا ان التفاضل يحل وكذلك اسلام الاثمان
في المكيلات والموزونات في الموزونات نحو الحديد والرصاص وما اشبه ذلك يجوز عندنا وعنده ويرد عليه المطعوم في المطعوم نسيئة
كالحنطة في الشعير حيث لا يجوز نسيئة ٭ وجوابه ان التقابض في بيع الطعام شرط عنده ولم يوجد التقابض فيفسد العقد
لهذا لا لكونه نساء ٭ قال صاحب الايضاح وهذا خرق الاجماع الصحابة فانهم اتفقوا على حرمة النساء ٭ وجه قول الشافعي في ان
الجنس بانفراده لا يحرم النساء ما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فامرني ان اشتري بعيرا ببعيرين
الى اجل لان حقيقة الفضل لا تحرم بالاجماع ٭ ولهذا يجوز بيع الواحد بالاثنين كالهروي بالهرويين والمروي بالمرويين فلان لا تحرم
شبهة الفضل وهي فضل الحلول عن النسيئة اولى واحرى ٭ ولنا ما روى ابو داود في السنن وقال حدثنا موسى بن اسماعيل قال حدثنا
حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولان الجنس احد وصفي علة الربا فيعتبر في
تحريم النساء كالوصف الاخر ٭ ولهذا لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة بالاتفاق ٭ ولان الحكم يثبت بقدر ثبوت العلة فاذا وجدت
علة الربا حقيقة بوجود وصفي العلة ثبتت حرمة الربا حقيقة ٭ واذا وجدت شبهة العلة بوجود احد وصفي العلة ثبتت شبهة الربا
والاحتراز عن شبهة الربا واجب كالاحتراز عن حقيقة الربا لان الشبهة في باب المحرمات ملحقة بالحقيقة فحقيقته ان احد وصفي علة الربا
من القدر او الجنس اذا وجد كان ذلك تمام الربا من وجه لحصول التفاوت بينهما من وجه ٭ اما اذا بالكيل او معنى بالجنس والفضل
من حيث الحلول افضل من حيث المعنى فيثبت به الربا من وجه لان الحكم يثبت بقدر العلة فيحترز عنه ٭ والجواب عن الحديث
بانه كان في دار الحرب وقد اخذه عبد الله من اهل الحرب ولا ربا بينهما عندنا ٭ وقيل انه كان قبل تحريم الربا ٭ والقياس على تحريم
التفاضل فاسد لان تحريم التفاضل لا يثبت الا بالوصفين ولم يوجد او تحريم النساء يثبت باحد الوصفين وقد وجد والدليل على فساده
بانه لو تحريم التفاضل لا يثبت بين الحنطة والشعير بالاتفاق وتحريم النساء يثبت بينهما بالاتفاق فالاعتبار ليس في تقدير كل واحد
منهما الربا فلا تجري حرمة النساء ايضا كالمروي بالهروي ٭ قلنا القياس فاسد لان المروي والهروي نوعان مختلفان بخلاف الهروي
بالهروي والمروي بالمروي ويبطل قياسهم ايضا بالحنطة والشعير فانه لا يجوز اسلام احدهما في الاخر مع وجود العلة فان قالوا المروي
والهروي نوع واحد لان اسم الثوب يعمهما فجوابه انه يبطل بالحيوان فان اسم الحيوان يشمل البعير والبقر والحمار ومع هذا ليس
نوعا واحدا فان قلت لو كان احدهما وصفي الربا يثبت به حرمة النساء لم يصح اسلام النقود كالدراهم والدنانير في الزعفران ونحوه
من سائر الموزونات كالقطن والحديد والرصاص والنحاس وغيرهما وذلك جائز بالاجماع فقد انتقض اصلكم اذا قلت الوزن في
النقود والزعفران ونحوه واحد جمعهما اسم الوزن ٭ قلنا ان الوزن في النقود والزعفران ونحوه بالصنجات والمثاقيل في الافراد
واثقاله بالامنا والقبان وهذا اختلاف الوزن بينهما صورة ٭ والنقود لا تتعين بالتعيين والزعفران ونحوه يتعين بالتعيين وهذا
اختلاف بينهما معنى وصورة يعني والصورة في النقود بل السنجات بخلاف الزعفران ونحوه ٭ ولهذا اذا اشترى دينارا ودراهم موازنة
وقبض كان له ان يبيعه موازنة بدون اعادة الوزن وفي الزعفران ونحوه يشترط اعادة الوزن اذا اشترى موازنة ثم باع
موازنة ٭ وهذا اختلاف بينهما حكما ٭ فاذا وجد الوزن من كل وجه يحرم النساء لوجود احد وصفي علة الربا لانه حصل شبهة
الربا فاذا وجد الاتفاق في الوزن من وجه دون وجه نزلت الشبهة الى شبهة الشبهة والمعتبر هو الشبهة لا شبهة الشبهة
والمروي يكون الثوب المنسوب الى بلد العراق ٭ وليس المراد به مروجان ٭ قال في الايضاح قيل يا بالثوب المروي الذي ينسج ببغداد
حلو غير الذي ينسج بخراسان ٭ وقال المطرزي مرو الرود ومرو الشاهجان وهما بخراسان ٭ وعن بعضهم زيادة الثياب المروية
يكون الثوب المنسوب الى بلد العراق على شط الفرات كذا في المغرب قوله والمعنى المضموم اليه اي الى الجنس اراد به
المعنى المضموم القدر يعني الكيل او الوزن والنساء التاخير قوله لعدم العلة المحرمة معناه ان علة حرمة الربا القدر
والجنس فلما انعدمت لم تثبت الحرمة وحل التفاضل والنساء لان الحل هو الاصل لقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا قوله

فالشبهة اولى اي بان لا تكون ربا نسيئة **قوله** نظرا الى القدر اي الى القدر وحده كما في الحنطة مع الشعير **قوله**
او الى الجنس اي نظرا الى الجنس وحده كالثوب الهروي مع الهروي **قوله** الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران
ونحوه يجوز استثناء من قوله وحرم النسا **قوله** فاذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء ۞ وانما
جاز اسلام النقود في الزعفران ونحوه كالقطن والحديد لعدم الاتفاق في الوزن ونذكر تحقيقه انفا **قوله**
بالصنجات هي بالتحريك جمع صنجة بالتسكين وهي معربة ۞ وعن ابن السكيت لا يقال بالسين وقال الزجاج السين افصح والكسر هو
العتبي اصلا كذا ذكره المطرزي **قوله** ولو باع بالنقود موازنة اي باع الزعفران بالنقود وفي بعض النسخ ولو
باع النقود موازنة اي باع الزعفران بالاخرى الباقي الاول النقود ۞ وتلك النسخة في الاصح يجوز ايضا **قوله** فاذا
اختلفا فيه اي في الوزن **قوله** تنزل الشبهة فيه اي الشبهة الواقعة في الوزن الى شبهة الشبهة لان اتفاق الوزن
وجد من وجه دون وجه والبيان مر انفا **قوله** قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل
فيه كيلا فهو مكيل ابدا ۞ وان ترك الناس الكيل فيه اي قال القدوري في مختصره اعلم ان ما كان مكيلا او موزونا على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتغير ابدا عن ذلك بل يعتبر ما كان مكيلا في عهده مكيلا ۞ ويشترط فيه التساوي بالكيل
ولا يلتفت الى التساوي في الوزن دون الكيل حتى لو تساوى الحنطة بالحنطة وزنا لا كيلا لم يجز وكذلك الشعير بالشعير والتمر
بالتمر والملح بالملح ۞ وما كان موزونا في عهده يعتبر موزونا ابدا ۞ فلا يلتفت الى التساوي في الكيل دون الوزن
حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلا لا وزنا لم يجز وكذلك الفضة بالفضة ۞ وذلك لان طاعة النبي صلى الله عليه وسلم
واجبة علينا ولان النص اقوى من العرف لكونه ثابتا بالنص ۞ قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن قال
القدوري وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس وهذه لفظة وبابه من الحديث ۞ قال في رحيم وما لم ينص فيه فلنا الوزن
احصر وقيل الكيل جائز لانه اعم ۞ وقيل انه ينظر الى عادات الوقت الى هنا لفظ الوجيز ۞ وروي عن ابي يوسف ان العرف
يعتبر على خلاف المنصوص ۞ ووجهه ان النص انما ورد بالكيل والوزن لجريان العادة في زمان رسول الله صلى الله عليه
وسلم كذلك ۞ فاذا تبدلت العادة يؤخذ بها ويترك تلك العادة في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ۞ حتى لو باع
الحنطة بالحنطة مع التساوي في الوزن دون الكيل لم يجز عندهما خلافا له ۞ وكذلك لو باع الذهب بالذهب مع التساوي
في الكيل دون الوزن لم يجز عندهما خلافا له ۞ وان كان العرف يجري بوزن الحنطة وكيل الذهب **قوله** الا
انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم استثناء من قوله لا يجوز عندهما يعني ان شرط جواز السلم
الاسلام في معلوم بالحديث وقد وجد فجاز ۞ قال الطحاوي في مختصره ولا بأس بالسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا
هذه النقطة رحمه الله **قوله** قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني اي قال محمد في الجامع الصغير عن ابي حنيفة
كل شيء ينسب الى الرطل فهو وزني مثل الامنا اي مثل ما ينسب الى الامنا ۞ قال فخر الدين قاضي خان تفسيره ان ما يباع بالاواقي
فهو وزني لان الاواقي قدرت بطريق الوزن فصار وزنيا ۞ اما سائر المكاييل ما قدرت بالوزن فلا يكون وزنيا
ومعنى هذا ان ما يباع بالارطال اذا بيع كيلا بكيل غير الاواقي سواء بسواء لا يجوز لانه باع الموزون بالموزون بالكيل
الذي لم يقدر بالوزن فيكون الموزون بالموزون مجازفة فيبطل ۞ قال ابو عبيد في كتاب غريب الحديث في حديث
النبي صلى الله عليه وسلم المكيال مكيال اهل المدينة والميزان ميزان اهل مكة والذي يعرف به اهل الكيل والوزن ان كل ما لزمه
اسم المختوم والقفيز والمكوك والمد والصاع فهو كيل ۞ وكل ما لزمه اسم الارطال والاواقي فهو وزن وقال في كتاب
يوحنا بن سرابيون الرطل اثنا عشر اوقية ۞ وقال ايضا والرطل عشرون استارا والاستار ستة دراهم ودانقان او اربعة
مثاقيل فعلى هذا فيكون الاوقية اربعون درهما ۞ وقال في تهذيب الديوان الاوقية وزن سبعة مثاقيل
وقال في تكملة الحساب المثقال وزن درهم وثلاثة اسباع درهم بوزن مكة **قوله** بخلاف سائر المكاييل يعني
ان المكيال فيما يكال لم يقدر بالوزن لم يثبت اصطلاحا واجماعا بلا وزن **قوله** واذا كان موزونا يعني اذا ثبت
انه ما ينسب الى الرطل وزني فاذا بيع بمكيال لا يعرف وزنه بكيل مثله سواء بسواء لم يجز لتوهم الفضل فصار كالمجازفة وهو
قوله قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر قبض عوضيه في المجلس اي قال القدوري في مختصره
اعلم ان عقد الصرف يشتمل على عقود ثلاثة بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة او احدهما بالآخر ۞ وله شروط هي
ثلاثة احدها وجود التقابض من الجانبين قبل التفرق بالابدان شرط لصحة الصرف سواء كان المعقود عليه عينين مما يتعين
للعقد كتبر الذهب والفضة او تبرهما او مصوغهما او دينين مما لا يتعينان للعقد كالدراهم المضروبة والدنانير
المضروبة او احدهما عين والآخر دين ووجود التقابض في مجلس العقد ليس بشرط لصحة الصرف ۞ ولكن وجود
التقابض قبل التفرق بالابدان شرط حتى لو تبايعا نقدا ولم يتقابضا ومشيا ميلا او اكثر لم يفارق احدهما صاحبه ثم
تقابضا وافترقا جاز الصرف ۞ وكذلك الحكم في تسليم رأس المال ۞ والثاني ان يكون عقد الصرف باتا ليس فيه
خيار الشرط ۞ ولو ابطل صاحب الخيار خياره قبل التفرق ثم تفرقا بعد ذلك عن قبض من الجانبين جميعا ينقلب العقد
الى الجواز ويتم عقد الصرف عند علمائنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز ۞ وكذلك عقد السلم وجب ان يكون باتا
لا خيار فيه ۞ ولو ابطل صاحب الخيار خياره قبل التفرق فهو على هذا الاختلاف ۞ والشرط الثالث ان لا يكون

بدل

بدل الصرف مؤجلا بل يكون حالا فان ابطل صاحب الاجل الاجل قبل التفرق ونقد ما عليه ثم افترقا عن قبض من الجانبين هو
انقلب العقد الى الجواز عندنا ۞ قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي ويحتاج الى شرط رابع لصحة عقد الصرف
اذا كانت العقود عليهما من جنس واحد وهو التساوي في الوزن كما اذا تبايعا ذهبا بذهب او فضة بفضة ۞ والباقي يعرف
في شرح الطحاوي في اول باب الربا ۞ وعلل صاحب الهداية على اشتراط التقابض بقول النبي صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاء وهاء
وقال معناه يدا بيد وهكذا اثر الحديث ابو عيسى الترمذي في جامعه حيث قال ومعنى الا هاء وهاء يدا بيد ۞ وحدث محمد
بن الحسن في الاصل عن ابي صالح عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال اشهد اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب
بالذهب والفضة بالفضة هاء وهاء من زاد فقد اربى ۞ وحدث ايضا محمد في اول كتاب الصرف عن كليب بن وائل قال سألت
عبد الله بن عمر عن الصرف فقال من هذه الى هذه وان استنظرك الى خلف هذه السارية فلا تفعل يعني من هذه اليد الى هذه من يدك
الى يدك ۞ وحديث ابن عمر ادل على المراد لان اصحابنا يحملون اليد باليد على التعيين لا على القبض باليد لانه جاء في حديث
عن في السنن والجامع الترمذي ۞ وقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا
هاء وهاء ۞ والتمر بالتمر الا هاء وهاء ۞ والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء ۞ وانما حملوا على التعيين لانه كما جاء ذكر اليد باليد
في الاثمان جاء في غير ذلك وليس القبض باليد في غير ذلك شرطا بل التعيين هو الشرط بدليل ما روي عن عبادة عينا بعين
وسنبينه بعد هذا ان شاء الله الا ان التقابض في الصرف اشترط لان التعيين لا يتحقق الا بالقبض لان الدراهم والدنانير هو
لا يتعينان في عقود المعاوضات عندنا واشترط التقابض بحديث ابن عمر وقد مر انفا ۞ قال المطرزي هاء بوزن هاع بمعنى
خذ منه ۞ ومن لغاتها هاء وهاءا وهاك **قوله** اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه ما فيتقابضان والعصر حظا
وما سواه فانه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر التقابض ۞ اي قال القدوري في مختصره يعني ان ما سوى عقد الصرف
ما يجري فيه الربا كالمكيلات والموزونات غير الذهب والفضة يعتبر فيه التعيين ولا يشترط التقابض قبل التفرق بالابدان هو
وعند الشافعي التقابض في المجلس شرط في بيع المطعوم بالمطعوم له ۞ قوله عليه السلام والحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد وقد
مر ذكر الحديث بتمامه في اول الباب ۞ وقال عليه السلام اذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد هو
ولنا ان ذكر البيع وهو الايجاب والقبول لا يتوقف على التقابض في المجلس وكذا لا يتوقف المصلحة المطلوبة من البيع وهي التمكن
من الانتفاع على التقابض فاذا كان كذلك لم يتوقف صحة البيع على التقابض قياسا على بيع الشاة بالشاة والعبد بالعبد والثوب بالثوب
ولهذا صح البيع بدون القبض في غير المطعوم بالاجماع ۞ والتمكن من الانتفاع يحصل بالتعيين لانه يمكن منه بواسطة القبض ۞ ويجوز
ان ينتفع الانسان بملكه بغير واسطة او بواسطة كالمال الموضوع في الصندوق او عند المودع او نقول عينان ليسا من جنس الاثمان فلا
يشترط في المجلس التقابض كالحديد بالحديد ۞ او نقول عقد لا يتم صرفا فلا يكون التقابض في المجلس شرطا كالجص بالجص ۞ ومعنى
قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين بدليل ما روى الطحاوي مسندا الى عبادة بن الصامت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الا سواء بسواء عينا
بعين فعلم ان المراد من اليد باليد التعيين لان التعيين في الصرف لا يتحقق قبل التقابض لما مر انفا فلاجل هذا اشترط التقابض هو
والثابت في القبض ليس بشيء لان هذا القدر معفو لانه لا يعد تفاوتا في العرف فلا معنى لقوله اذا لم يقبض في المجلس يثبت
القبض للعقد مزية وليس كذلك اذا كان احدهما نقدا والآخر مؤجلا لان الحلول فضل على النسيئة ۞ فلم يجز ۞ فان قالوا
لما كان يجري بينهما الربا بعلة واحدة فوجب ان يشترط فيهما التقابض في المجلس كالدراهم والدنانير ۞ قلت لا نسلم ان القياس
صحيح لان الاصل عقد صرف وهو عبارة عن صرف كل واحد من المتعاقدين ما في يده الى يد صاحبه فاقتضى العقد التقابض هو
في المجلس وهذا المعنى لم يوجد في الفرع ۞ فان قالوا كون الشيء مطعوما يشعر بكونه عزيزا لتعلق مصلحة البقاء به وكونه عزيزا هو
يشعر بتضييق طريق الوصول اليه لان ما صار طريق الوصول اليه يعز في اعين الناس ۞ وفي اشتراط القبض في المجلس تضييق
طريق الوصول اليه فكان اشتراط القبض مناسبا له ولهذا المعنى شرط القبض في المجلس في الذهب والفضة كذا هنا بل اولى لان
تعلق البقاء في المطعوم بغير واسطة وفي الذهب والفضة بواسطة فكان اكثر خطرا وعزة من الذهب والفضة ۞ فاشتراط
القبض ثم يكون اشتراطا هنا بالطريق الاولى ۞ قلنا لا نسلم بل الامر على العكس اولى لان كونه مطعوما يشعر بتعلق البقاء
وتعلق البقاء يقتضي توسيع طريق الوصول اليه تخلصا من الحرج على موجب التكليف واستيفاء المصالح بالطريق الموجود فعلم بهذا
ان اشتراط التقابض في الذهب والفضة ليس لهذا المعنى بل للتعيين والله اعلم **قوله** ويترتب ذلك اي التمكن من
التصرف **قوله** لان القبض فيه ليتعين به اي لان اشتراط القبض في الصرف ليتعين الذهب والفضة بالقبض
وانما اشترط التعيين لان ما كان مجهولا لا يمكن الانتفاع به **قوله** ويتفاوت القبض لا يعتبر تفاوتا في المال حتى عدم
قوله اذا لم يقبض في المجلس يتفاوت القبض **قوله** قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين
وانما ذكر هذه المسألة لانها من مسائل الجامع الصغير ۞ وقد علم حكمها قبل ذلك وكان القياس ان يذكرها عند قوله ويجوز
بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين ۞ وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين
او جوزة بجوزتين او فلس بفلسين او تمرة بتمرتين يدا بيد جاز اذا كان بعينه ۞ وقال محمد لا يجوز بيع فلس بفلسين واصل ذلك
ان ربا الفضل لا يثبت الا بالقدر والجنس ولم يوجد القدر وهو الكيل او الوزن فحل التفاضل لان الكبير من التمر والجوز كالـ

بالقليل فان كان احدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النسا • واما بيع الفلس بالفلسين فهو على وجوه اما ان كانا
دينين او عينين او احدهما دينا فان كان احدهما دينا لا يجوز لان الجنس يحرم النسا وكذلك اذا كانا دينين لهذا المعنى • ولان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الدين بالدين وان كان كل واحد منهما عينا جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا • وقال
محمد والشافعي لا يجوز قالوا هذا بناء على ان الفلوس هل تتعين بالتعيين ام لا فعندهما تتعين بالتعيين حتى لو هلك ينتقض العقد ولو
اراد ان يعطي غيره لا يجوز وقال محمد لا تتعين • وجه قول محمد رحمه الله ان الثمنية في الفلوس تثبت باصطلاح الناس جميعا فلا
ينتقض ذلك باصطلاح المتعاقدين لانه يثبت بالاجماع بالاحاد فلا يجوز • فاذا بقيت ثمنا لم تتعين بالتعيين الا يرى انه اذا قوبل
بغير جنسه لم تتعين كالدراهم فاذا قوبل بجنسه فصار كبيع الدراهم بالدرهمين فلم يحل الفضل وكذا اذا كانا غير
متعينين • ووجه قولهما ان الاصل في الفلوس ان يكون مثمنا لانه نحاس وانما ثبتت الثمنية في حق المتعاقدين باعتبار انهما اصطلحا
كذلك لا باعتبار اصطلاح الناس لانه لا ولاية لغيرهما عليهما • فاذا ثبتت الثمنية في حقهما باصطلاحهما كان لهما ان ينقضا ذلك
الاصطلاح باصطلاح اخر فعاد مثمنا كما كان فتعين بالتعيين ولا يعود ربا تصحيحا لتصرف العاقدين لانهما قصدا صحة العقد ولا
افادة ولا صحة للعقد الا بعد بطلان الثمنية فكان لهما نقضها فاذا عاد مثمنا جاز بيعه كذلك بالاثنين لان العددي اذا
لم يكن ثمنا جاز بيعه كذلك كالثوب بالثوبين والبيضة بالبيضتين • بخلاف ما اذا كانا غير متعينين حيث لا يجوز بيع
الواحد بالاثنين لانه كالي بكالي وهو حرام لنهي النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك اذا كان احدهما غير عين لان الجنس يحرم النسا
ولهذا كذلك بيع الدرهم بالدرهمين والدينار بالدينارين حيث لا يجوز بالاتفاق لان الثمنية ثبتت فيهما بخلق الله تعالى
النقود كذلك فلا يعتبر للعاقدين ولاية نقض الثمنية **قوله** لانه كالي بالكالي وقد نهي عنه • روى عن ابو عبيد
غريب الحديث عن زيد بن الحباب عن موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه انه نهى عن الكالي
بالكالي • قال ابو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة • وقال صاحب الفائق كلا الدين كلوا فهو كالي اذا تاخر • قال وعينه
كالكالي العمار كلا الله بك الا لعراي اطوله واسرع تاخيرا انشده ابن الاعرابي **قوله** نعتت عنها في العصور التي خلت
تكيف الشاني بعد ما كلا العمر • وكلات انا نه وكلات في الطعام اسلفت وتكلات كلاة اي استلمت نسية وهواك يكون
لك على رجل دين فاذا حل اجله استباعه ما عليه الى اجل **قوله** قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق اي هم
قال القدوري في مختصره اي لا يجوز بيع الحنطة بدقيق الحنطة ولا بسويقها لان المعيار في هذه الاشياء كيل • اما الحنطة
فالكيل فيها ثابت بالنص والدقيق والسويق كيلي بعرف الناس والتساوي بين الحنطة ودقيقها او سويقها لا يعرف لاجتماع الاجزاء
في الحنطة دونهما فلم يعتبر الكيل لعدم التساوي والاكتفاء بالاجماع **قوله** ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا
كيلا لتحقق الشرط ذكر هذا تفريعا لمسألة القدوري • قال في الشامل في قسم المبسوط والدقيق بالدقيق والمقلي بالمقلي
في رواية يجوز متساويا والمقلي بغير المقلي لا يجوز لانعدام التساوي بينهما بما على نقله • وقيل قوله متساويا من حيث الكيل
كيلا حالا لانه شدا حد طرفيه والاصح عندي انه كيلا تمييز اي متساويا من حيث الكيل قال الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل البخاري
يجوز بيع الدقيق بالدقيق كيلا اذا كانا مكبوسين • وقال في خلاصة الفتاوى سواء كان احدهما اخشن او ادق وكذا هو
بيع النخالة بالنخالة • وقال في شرح ابي نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة **قوله**
بيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة متفاضلا ولا متساويا ذكر هذا ايضا تفريعا • وعندهما يجوز متساويا ومتفاضلا
فيجب ان يكون يدا بيد كذا في خلاصة الفتاوي • والمراد منه دقيق الحنطة بسويقها وقال القدوري في كتاب التقريب
وقد روى ابن اسماعيل عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال لا يجوز بيع الدقيق بالسويق الا مثلا بمثل • وهذا محمول
على تساويهما في النعومة الى هنا لفظ القدوري • وجه قولهما ان دقيق الحنطة وسويقها جنسان مختلفان لاختلافهما في الاسم
والهيئة والمعنى • فاذا اختلفا جاز بيع احدهما بالاخر كيف كان لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلفت هذه الاصناف
فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فصار كدقيق الحنطة والشعير • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان شبهة
المجانسة باقية في الحال لانهما جميعا من اجزاء الحنطة وكان بيع مكيل بجنسه من وجه ولا يعرف التساوي بينهما فلم يجز بيع
احدهما بالاخر كبيع الحنطة المقلية بالحنطة غير المقلية • قال صاحب المختلف وعلى هذا الخلاف بيع خبز الحنطة بالحنطة
والمعنى ما بينا • وجملة هذه المسائل على ما قال في شرح الطحاوي على ثلاثة اوجه في وجه يجوز البيع اذا تساويا في الكيل
وفي وجه لا يجوز البيع تساويا في الكيل او تفاضلا • وفي وجه اختلفوا فيه • اما الوجه الذي يجوز البيع اذا تساويا
في الكيل وهو انهما اذا تبايعا حنطة بحنطة وهما عتيقتان او حديثتان او احدهما عتيقة والاخرى حديثة • وكذلك
اذا تبايعا حنطة مقلية بمقلية او دقيق حنطة بدقيق حنطة او سويق حنطة بسويق حنطة وتساويا في الكيل فانه يجوز
وكذلك حكم الشعير بالشعير على هذا • وكذلك اذا تبايعا تمرا بتمر كلاهما عتيق او كلاهما جديد او احدهما جديد والاخر
عتيق وتساويا في الكيل فانه يجوز بالاجماع • وكذلك اذا تبايعا عنبا بعنب او زبيبا بزبيب وكذلك الحكم كل ما اشبه
ذلك من الحبوب • واذا بيع بجنسه واما الوجه الذي لا يجوز تساويا في الكيل او تفاضلا فهو انهما اذا تبايعا حنطة
مقلية بغير مقلية او باع الحنطة بدقيق الحنطة او الحنطة بسويق الحنطة او تمرا مطبوخا بتمر غير مطبوخ او حنطة هي
مطبوخة بحنطة غير مطبوخة فلا يجوز تساويا او تفاضلا • ولو باع الحنطة بالخبز او باع الدقيق بالخبز جاز • وروى

عن

عن ابي حنيفة انه لا يجوز يدا بيد ولا نسيئة • واما استقراض الخبز روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال لا يجوز لا وزنا
ولا عددا • وروي عن ابي يوسف انه قال يجوز وزنا ولا يجوز عددا • وروي عن محمد انه يجوز وزنا وعددا و
قال محمد فلا نه من الدناءة استقراض الخبز وزنا والجلوس في دكان الحجام والنظر في مرآته • واما الوجه الذي اختلفوا فيه
فهو انهما اذا تبايعا رطبا بتمر او رطبا بالتمر او عنبا بزبيب وتساويا في الكيل يجوز في قول ابي حنيفة وعندهما لا يجوز تساويا او تفاضلا
وبيع البسر بالتمر او الرطب او بالتمر يجوز كيف ما كان بالاجماع لان الكفرى عددي وهو وعاء الطلع • وبيع الرطب بالرطب جائز
عندنا وعند الشافعي لا يجوز • ولو تبايعا دقيق حنطة بسويق حنطة لا يجوز في قول ابي حنيفة تساويا او تفاضلا وعندهما
يجوز لان الجنس قد اختلف ووجه خلاف الجنس ان لا يعود كل واحد منهما الى حال صاحبه وههنا لا يعود السويق دقيقا ولا هو
الدقيق سويقا فصار كالحنطة والشعير • ولو تبايعا حنطة مبلولة بحنطة يابسة او حنطة ندية بحنطة جافة يجوز في قول
ابي حنيفة وابي يوسف اذا تساويا في الكيل • وقال محمد لا يجوز وابو حنيفة مر على اصله لان من اصله ان يعتبر التساوي
في الحال ولا يعتبر النقصان الواقع في المآل كما قال في بيع الرطب بالتمر • ومحمد مر ايضا على اصله لانه يجعل النقصان الواقع
في المآل معتبرا في الحال كما قال في الرطب بالتمر • وابو يوسف فرق بينهما وقال في الرطب بالتمر لا يجوز وفي المبلولة بغير
المبلولة يجوز لان القياس يوجب ان يجوز بيع الرطب بالتمر اذا تساويا في الكيل كما قال ابو حنيفة لان الرطب تمر الا ان الشرع
ورد بخلاف القياس فاوجب ابطاله وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال اينقص اذا جف فقيل نعم
قال فلا اذا • والمعدول عن القياس لا يقاس عليه غيره • وكذلك هذا الاختلاف فيما اذا تبايعا زبيبا منقعا بغير منقع او تمرا منقعا
بغير منقع • ولو تبايعا حنطة مبلولة بمبلولة او ندية بندية او زبيبا منقعا بمنقع او تمرا منقعا بمنقع فعلى الاختلاف عند ابي حنيفة
وابي يوسف يجوز اذا تساويا في الكيل • وعند محمد لا يجوز فابو حنيفة وابو يوسف مرا على اصلهما كما قالا في بيع الرطب بالرطب
وفرق محمد بين هذا وبين الرطب بالرطب وقال بان في الرطب بالرطب تساويا في الحال واما النقصان بعد ما يصيران تمرا فهما
داما رطبا فالتساوي قائم وهما سواء في بيع الرطب بالرطب وههنا بيع النقصان في المآل واسم الحنطة قائم فاذا قد باع حنطة
بحنطة لا يدري تساويهما فلا يجوز كذا في شرح الطحاوي **قوله** كالمقلية بغير المقلية والعلكة بالمسوسة يعني لا يجوز هو
بيع الحنطة مقلية من قلي يقلي ومقلوة من قلا يقلو فهما لغتان ذكرهما اهل اللغة قال صاحب الجمهرة وعن نقل هذا عند من طعن على
ابي حنيفة في استعماله بالياء مخطئا والحنطة العلكة الجيدة • قال ابن دريد كل طعام علك متين الممضغة والحنطة المسوسة اي الدودة
قال سوس الطعام اذا وقع فيه السوس وهو الدود **قوله** ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر وهذه من مسائل القدوري • وقال الشافعي بيع اللحم
بالحيوان من جنسه لا يجوز قولا واحدا • وان باعه بلحم من غير جنسه ففيه قولان كذا في شرح الاقطع • وجه قول محمد انه باع
الموزون بالموزون وبغير الموزون فلا يجوز الا على طريق الاعتبار بان يكون اللحم الخالص اكثر من اللحم الذي في الشاة كما في بيع
الزيت بالزيتون ودهن الجوز بالجوز والا يلزم الربا وهو حرام بيانه ان اللحم الخالص اذا لم يكن اكثر من اللحم الذي في الشاة هو
لا يخ اما ان يكون مثله او اقل منه فان كان مثله يكون اللحم باللحم والسقط ربا وان كان اقل يكون فضل اللحم والسقط ربا • ووجه
قولهما انه باع الموزون وهو اللحم بما ليس بموزون وهو الشاة فيصح كبيع السيف بالحديد وهذا لان المقتضي لصحة البيع موجود هو
والمانع منتف وهو الربا لان شرط تحقق الربا الجنس والمعيار الشرعي ولم يوجد المعيار فيعمل الدليل المقتضي عمله لعدم المانع وانما
قلنا لم يوجد المعيار لان ما في الشاة من اللحم لا يوزن لان الموزون حقيقة ما يمكن معرفة مقدار ثقله بالوزن وهذا لا يتحقق
في لحم الشاة لان الحيوان يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى باختصاصه بضرب نوع فيه فلا يدري ان الشاة خفت نفسها او ثقلت بخلاف
الزيت بالزيتون ونحوه فانه موزون في الحال • ويعرف قدر الزيت اذا ميز الثقل ووزن • ثم الخلاف بين علمائنا فيما
اذا اشترى حيوانا بلحم من جنسه اما اذا كان بلحم من خلاف جنسه جاز كيف ما كان بعد ان يكون عينا بعين عندنا • وقال
الشافعي لا يجوز بيع اللحم بالحيوان سواء كان اللحم من جنسه او من خلاف جنسه • قال في شرح الطحاوي ولو كانت الشاة مذبوحة
غير مسلوخة فاشتراها بلحم الشاة فالجواب في قولهم جميعا كما قال محمد واراد بغير المسلوخة غير المفصول عن السقط • ولو اشترى
شاة حية بشاة مذبوحة يجوز في قولهم جميعا • اما على قولهما لا يشكل لانه لو اشتراها باللحم يجوز كيف ما كان فكذلك اذا
اشتراها بشاة مذبوحة • واما على قول محمد فانما يجوز لانه لحم بلحم وزيادة اللحم في احدهما مع سقطها بازاء سقط الاخرى
فلا يؤدي الى الربا فيجوز والباقي يعرف في شرح الطحاوي **قوله** ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي
يوسف اي اذا كانا عينا بعين وبه صرح في شرح الطحاوي وذلك لان احدهما اذا كان نسيئة لا يجوز لان السلم في اللحم او في
الحيوان لا يجوز **قوله** لو لم يكن كذلك اي لم يكن اللحم المفرز اكثر **قوله** من حيث زيادة السقط هذا على
تقدير ما اذا كان اللحم المفرز مثل ما في الحيوان من اللحم واراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء
والطحال **قوله** او من حيث زيادة اللحم هذا على تقدير ان يكون اللحم الخالص اقل وقد مر تعريف انما **قوله**
وصار كالخل بالسمسم الخل شيرج الحل المهملة دهن السمسم فلا يجوز بيعه بالسمسم بالاتفاق الا اذا كان الحل اكثر من الدهن الذي
في السمسم **قوله** بخلاف الخل بالسمسم **قوله** العصير وهو تمثيل كل ما يعصر كذا في المجمل
قوله قال والجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه والعنب بالزبيب قال

علا الدين العالم في طريقته قال ابو حنيفة بيع الرطب بالتمر متساويا كيلا يجوز • وقال الباقون من اهل العلم لا يجوز واجمعوا على
ان بيع الرطب بالرطب متماثلا لا يجوز لهم ما روي في الموطا والسنن مسندا الى زيد بن عياش عن سعد بن ابي وقاص قال سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم يسال عن اشتري التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اينقص الرطب اذا يبس قالوا نعم فنهاه رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن ذلك • ولان الشرط المساواة في الكيل في اعدل الاحوال وهو حال الجفاف ولم يوجد • ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان الرطب تمر والتمر بالتمر مثلا بمثل كيلا جائز فكذا الرطب بالتمر الا ان الرطب اختص باسم خاص كالبرني وانما قلنا ان
الرطب تمر لان التمر اسم لثمر النخل من حين ما يبدو صلاحها الى ان ينتهي • ولهذا لو حلف لا ياكل تمرا فاكل برا لا يحنث رطبا يحنث
في يمينه ثم ان مبنى الايمان على العرف ذكر علا الدين في طريقة الخلاف بخلاف ما اذا اكل طلعا لانه لم يبد صلاحه فلم يحنث في يمينه و
قال قلت لو حلف لا ياكل تمرا فاكل بسرا لا يحنث في يمينه فعلم ان التمر ليس باسم لثمر النخل من حين ما يبدو صلاحه الى ان ينتهي • قلت
منعه علا الدين العالم في طريقة الخلاف وقال يحنث عندنا • ولان الرطب لا يخلو من احد الامرين اما ان كان جنس التمر او جنس احدا مع التمر
او كانا جنسين فان كانا جنسا واحدا دخلا في عموم قوله عليه السلام التمر بالتمر مثلا بمثل فجاز بيع الرطب بالتمر متماثلا كيلا • وان كانا
جنسين دخلا تحت قوله عليه السلام واذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فجاز ايضا بيع الرطب
بالتمر • ولا يرد علينا الحنطة بالدقيق والمقلي بغير المقلي حيث لا يجوز مع انه يصح ان يقال ان مثلا بمثل هناك يتناول المقلي مع غير
المقلي جنسا واحدا او جنسان وان كانا جنسا واحدا جاز بيع احدهما بالاخر متماثلا كيلا لقوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل
وان كانا جنسين جاز بالحديث الاخر لانا نقول انهما لا يتساويان كيلا وكذا الحنطة مع دقيقها والتساوي في الكيل شرط • قال
القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يجوز بيع المقلية بغير المقلية • وقال محمد يجوز لهما لان المقلي منفعة
يلزم عليها الاعراض فصار كمن باع قفيزا بقفيزين ودرهم • ومن اصحابنا من حمل المسئلة على حنطة بلت في الملح والملح عين مال له قيمة و
فصار كمن باع قفيزا بقفيز وكف ملح • واما بيع المقلية بالمقلية فظاهر المذهب انه يجوز لتساويهما في الكيل والصنعة • ومن
اصحابنا من قال لا يجوز لان النار قد تاخذ من احدى الحنطتين اكثر مما تاخذ من الاخرى الى هنا لفظ التقريب • وبعض اصحابنا
استدلوا في كتبهم بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع التمر حتى يزهو وروي حتى يزهي فقيل وما يزهي قال ان يحمر او يصفر
سماه تمرا قبل الاحمرار وهذه اصفة الرطب فعلم ان الرطب تمر وفيه نظر لان الحديث لم يصح في كتب الحديث بلفظ التمر انما المضبوط
من فوق بالثنين بلا مع نقط ثلاث من فوق • ولهذا روى البخاري في الصحيح باسناده الى انس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى ان تباع ثمرة النخل حتى تزهو قال يعني حتى تحمر • وقال مالك في الموطا عن حميد الطويل عن انس بن مالك ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي فقيل له يا رسول الله وما تزهي قال تحمر **قوله** لقوله عليه السلام حين اهدي له رطب او
كل تمر خيبر هكذا فيه نظر ايضا لان الهدية كانت تمرا لا رطبا الا ما حدث مالك في الموطا عن عبد الحميد بن سهيل بن عبد الرحمن بن عوف
عن سعيد بن المسيب عن ابي سعيد الخدري وعن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال
له رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يا رسول الله انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاث
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا قال صاحب الفايق الجمع صنوف من التمر تجمع والجنيب
لون منه جيد وكانوا يبيعون صاعين من الجمع بصاع من الجنيب فقال ذلك تنزيها لهم عن الربا • والجواب عن الحديث فنقول المراد
منه النسيئة ونحن نقول به يدلك على ذلك ما روي في السنن وشرح الاثار للطحاوي مسندا الى زيد ابي عياش انه سمع سعد بن ابي وقاص
يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر نسيئة فعلم ان العلة في النهي النسيئة لا غير تحقيقه ان الرطب بالرطب
جائز والتمر بالتمر كذلك وان كان في احدهما رطوبة ليست في الاخر وكل ذلك ينقص اذا يبس وجف ولم ينظر الى ان المال في الحال
الحال فكذا هاهنا عن ذلك والله اعلم **قوله** ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة والمذكور في
كتب الحديث زيد ابو عياش ونقلوا التضعيف عن ابي حنيفة هكذا ولكن لم يصح ضعفه في كتب الحديث لمن ادعى تعليمه البيان والجواب
عما احتجوا ما ذكرنا انا **قوله** قال وكذلك العنب بالزبيب يعني اذا تساويا كيلا وعندهما لا يجوز بيع العنب بالزبيب
متساويا او متفاضلا كما قال في الرطب بالتمر • وقد ذكرنا الرواية قبل هذا على هذا الخلاف عن شرح الطحاوي عند قوله ولا يجوز
بيع الحنطة بالدقيق • وقيل لا يجوز بيع العنب بالزبيب قياسا على المقلي بغير المقلي والجامع عدم التساوي في الكيل • وقال
القدوري في التقريب فاما العنب بالزبيب فذكر ابو جعفر جواز بيع احدهما بالاخر في قولهم وذكر ابو الحسن عنهما انه لا يجوز وهو
الاصل الاعتبار فاما ابو حنيفة فاعتبر التساوي حال العقد ولم يعتبر ما بعده • وربما قيل لان الزبيب موجود في العنب فصار
كالزيت بالزيتون • وذكر ابو الليث قال بشر ابن الوليد لا باس بالعنب بالزبيب يدا بيد والعنب اكثر • وروى هشام عن
محمد انه قال لا باس بقفيز من عنب بقفيز من زبيب فالرسم الرطب بالتمر ولم ار ابا حنيفة رحمه الله من قوله • واما العنب بالعنب فيجوز
في قولهم كما في الرطب بالرطب • فاما البسر بالرطب فقال ابو حنيفة يجوز مثلا بمثل وقالا لا يجوز والى هنا لفظ التقريب **قوله**
والوجه فيه ما بيناه اي الوجه في بيع العنب بالزبيب ما بيناه في بيع الرطب بالتمر وهو ان الزبيب مع العنب ان كانا جنسا
واحدا جاز بيع احدهما بالاخر مثلا بمثل كيلا • وان كانا جنسين جاز ايضا لقوله عليه السلام واذا اختلفت هذه الاصناف
فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد **قوله** والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا ذكر هذه المسئلة تفريعا لمسئلة
بيع الرطب بالتمر وعند الشافعي لا يجوز بيع الرطب بالرطب • وكذا الخلاف فيما بينه في ابيانا لا لاخضر بمثله • وجه

قوله

ولو باع جنسا يجري فيه الربا بيع بعضه ببعض بلي وجرينا صار الى حالة الادخار فلا يجوز كالحنطة بالدقيق • ولنا انهما تساويا
في المقدار والصفة فجاز بيع احدهما بالاخر كالتمر بالتمر لانه لما جاز بيعه بجنسه بعد زوال رطوبته جاز بيعه قبل زوال
رطوبته جاز بيعه قبل زوال رطوبته كاللبن بجنسه وتعليله مبطل بالتمر الحديث بالعتيق لان الحديث في المال ينقص لا محالة فلم ان
المعتبر حالة العقد والاصل الذي ذكره ليس مثل مسئلتنا لان كلامنا في بيع الرطب بالرطب ومثله بيع الحنطة بالحنطة والدقيق
بالدقيق • اما الحنطة بالدقيق فلا والمعنى في الحنطة بالدقيق انهما لا يتساويان في المقدار • بخلاف الرطب بالرطب
قوله وكذا بيع الحنطة الرطبة والمبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما عند ابي حنيفة وابي
يوسف • وقال محمد لا يجوز جميع ذلك ذكر هذه المسائل تفريعا لما قبله • وقد ذكرنا جميع ذلك عن شرح الطحاوي عند قوله ولا
يجوز بيع الحنطة بالدقيق اي يجوز بيع الحنطة بالندية بمثلها وكذا يجوز بيع الحنطة المبلولة بمثلها وكذا يجوز بيع الحنطة المبتلة
المبلولة بالحنطة اليابسة وكذا يجوز بيع التمر المنقع بالمنقع منه وكذا يجوز بيع الزبيب المنقع بالمنقع منه هذا كله عند ابي حنيفة و
ابي يوسف ولكن اذا تساويا كيلا • وقال في خلاصة الفتاوى • وقال شمس الايمة الحلواني الرواية محفوظة عن محمد رحمه
الله ان بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة انما لا يجوز اذا انتفخت • اما اذا ابتلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة لمحمد ان الاعتبار المساواة
في اعدل الاحوال وهو حالة الجفاف كما ذهب اليه في بيع الرطب بالتمر بحديث سعد الا ان في بيع الرطب بالرطب اعتبر المساواة
في الحال لان التفاوت ثمة انما يكون بعد ما يكون الرطب تمرا وهو التمر فلا يكون التفاوت في المعقود عليه والحنطة و
المبلولة او الزبيب المنقع او التمر المنقع بعد الجفاف لا يزول عنه اسم المعقود عليه فكان التفاوت في المعقود عليه • ولابي
حنيفة وابي يوسف ان الاعتبار المساواة في الحال عملا باطلاق قوله عليه السلام التمر بالتمر مثلا بمثل والحنطة بالحنطة مثلا بمثل ولهذا
يجوز بيع التمر العتيق بالحديث بالاجماع مع وجود التفاضل في المال الا ان ابا يوسف اعتبر المال في بيع الرطب بالتمر وترك القياس بحديث
سعد بن ابي وقاص وقد مر ذلك • والحاصل عند محمد ان ظهور التفاوت مع بقاء الاسم في البدلين جميعا او في احدهما يفسد العقد
وبعد زوال الاسم عنهما جميعا لا يفسد العقد كالرطب بالرطب **قوله** او الزبيب المنقع قال الزبيب المنقع التاني بحضا من انقع
الزبيب في الخابية اذا القاه فيها ليبتل ويخرج منه الحلاوة لكن المشهور بين الفقها سمع بالتشديد وعليه ثبت المنظومة في باب
محمد **قوله** الا ان الضمير راجع الى ابي يوسف **قوله** بما رويناه اي لابي يوسف ومحمد يعني في بيان دليلهما
وارادوا بقوله عليه السلام اينقص اذا جف الى اخر الحديث **قوله** بين هذه الفصول اراد بها بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها
الى اخرها وقد فصلنا ها انفا **قوله** بقي الاسم الذي عقد عليه اراد به بقاء اسم الحنطة والزبيب والتمر بعد الجفاف
قوله ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز ذكر ايضا تفريعا لما قبله وانما لم يجز ذلك لان البسر تمر لان اسم التمر للتمر يقع
من اول ما ينعقد صورة التمر ولبس الكفري كذلك لان صورة التمر لم تنعقد فيه فجاز بيع الواحد من الكفري بما شاء من التمر وفي
البسر بالرطب مثلا بمثل خلاف وما ذكرناه عن التقريب قبل هذا • فان قلت ان لم يكن الكفري تمرا ينبغي ان يجوز اسلام التمر في الكفري فلت
انما لم يجز لانه لان الكفري عددي متفاوت والكفري مقصور بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء المهملة وعا الطلع ويسمى كافورا وكراما
ايضا كذا قال ابن دريد • وقيل سمي به لانه يستر ما في جوفه **قوله** قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون
الدهن والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالحبوب قال القدوري في مختصر اعلم ان وزن الدهن هو
الخالص اذا كان اكثر من الدهن الذي في الزيتون او السمسم يجوز لان الدهن بالدهن والزيادة من الدهن الخالص بالبحر وان كان الدهن هو
الخالص مثله او اقل يفسد البيع في هذين الوجهين بالاتفاق لان في الوجه الاول يكون البحر ربا • وفي الوجه الثاني يكون بعض الدهن
والبحر ربا وان كان لا يدري ان وزن الخالص مثله او اقل او اكثر جاز البيع عند زفر ولا يجوز عندنا لان الاصل هو الجواز في البيع
فلا يترك الاصل بالشك والاحتمال • ولنا ان الفساد من وجهين وهو اذا كان الدهن الخالص مثلا او اقل والحكم للغالب وعلى هذا
الوجوه الاربعة اذا اشترى فضة بحلية مصاغا او سيفا حلية فضة بشرط ان يكون الفضة الخالص اكثر لجواز البيع **قوله**
والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار ذكر هذا تفريعا لمسئلة القدوري • يعني اذا كان
الدهن الخالص اكثر من الدهن الذي في الجوز والسمن الخالص اكثر مما في اللبن والعصير الخالص اكثر مما في العنب والدبس الخالص
اكثر مما في التمر جاز والا فلا **قوله** واختلفوا في القطن بغزله اي اختلف المشايخ في بيع القطن بغزل القطن متساويا وزنا
قال بعضهم يجوز لان اصلهما واحد وكلاهما موزون • وقال بعضهم لا يجوز واليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوى لان القطن
ينتقص اذا غزل فصار كالحنطة مع الدقيق • واتفقوا في ثوب القطن بالقطن انه جائز وبيع المحلوج بالقطن اذا كان يعلم ان الخالص
اكثر جاز والا فلا **قوله** قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا اي قال القدوري في مختصره ومراده به
وكذلك البان البقر والغنم وخل الدقل بخل العنب • وقال الشافعي لا يجوز بيع اللحوم المختلفة متفاضلا في احد قوليه • وقال
في وجيزهم وفي لحوم الحيوانات قولان اصحهما انها مختلفة لتفاوت المعنى • وقال امتن الاسم اوجه قول الاتحاد ان المقصود من
اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوت واختلاف المقاصد مجرد لانه يرجع الى الوصف • ولنا ان الاصول مختلفة ان نصاب البقر
ان اصول اللحمان مختلفة فكانت فروعها اجناسا كالادقة والادهان • والدليل على ان الاصول مختلفة ان نصاب البقر لا يكمل بالابل
او بالغنم فاذا كان الاصول مختلفة كانت الفروع كذلك كالاولاد ولانه لا تشابه بين لحم الغنم ولحم الابل والدجاج كالانشابه
في الاصل • وما ادعى من الاتحاد في التغذي فكذلك لان اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والتفكه في الفواكه • ولا يلتفت

ابه لان الاعتبار في الاتحاد المعنى الخاص ۰ قالوا لو جعلها اسم خاص عند حدوث الربا فكان جنسا واحدا كالتمر ۰ قلنا يبطل
بالثمار والادقة ۰ قالوا الثمار اسم عام يقع تحته انواع وقد وقع الاحتراز عنه بقولنا اسم خاص ۰ قلنا اللحم ايضا اسم
تام تحته انواع يعرف ذلك بالاضافة كقولك لحم البقر ولحم الابل ولحم الدجاج ۰ والمعنى في الاصل ان التمر اصله جنس واحد
وهو النخل فكان فرعه كذلك وليس الفرع كذلك فان اصول اللحمان من البقر والابل ونحو ذلك مختلفة فاختلفت فروعها ايضا
قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولحوم الغنم كلها جنس واحد من الضان والمعز والنعجة والتيس حتى لو بيع لحومها بعضها
ببعض وشحومها بعضها ببعض والياتها بعضها ببعض لا يجوز الا متساويا على ما ذكرنا في اللبن والحنطة ۰ ولو باع لحوم الشاة بشحمها
او بالياتها او لحمها بصوفها يجوز ذلك كيف ما كان ولا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعها ۰ واما صوف الشاة مع شعر المعز جنسان
مختلفان لان منافعهما مختلفة ۰ ولو باع بعضها ببعض متفاضلا يجوز ولا يجوز نسيئة لان الوزن جمعها ۰ واما الرؤوس والاكارع
والجلود يجوز يدا بيد كيف ما كان ولا يجوز نسيئة لانه لم ينضبط بالوصف الا يرى ان السلم فيه لا يجوز ولحوم الابل كلها نوع واحد
من العراب والبخاتي او ذو سنامين او ذو سنام واحد والجواب فيه كالجواب في الشاة والمعز والضان وكذلك لحوم البقر والجواميس
كلها نوع واحد ۰ ولو باع لحم الابل بلحم الغنم او بلحم البقر او لبنها بلبن الغنم او لبن البقر يجوز كيف ما كان ولا يجوز نسيئة لان
الوزن جمعهما الى هنا لفظ شرح الطحاوي ۰ وقال في الايضاح روي عن ابي يوسف انه يجوز بيع لحم الطير بعضه ببعض
متفاضلا وان كان من نوع واحد لانه لا يوزن في العادة ۰ **قوله** وكذا اجزاؤها اي اجزاء الاصول **قوله**
اذا لم يتبدل بالصنعة مراده ان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم يتبدل الاجزاء بالصنعة فاذا تبدلت الاجزاء
بالصنعة تكون مختلفة وان كان الاصل متحدا كالهروي والمروي وكذا زندنيجي بخارا مع وداري سمرقند **قوله**
قال وكذا خل الدقل بخل العنب اي قال القدوري في مختصره يعني يجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا يدا بيد لانهما جنسان
للاختلاف في الاصل والماء ولا يجوز نسيئة لانه يجمعهما الوزن واما خل الدقل فهو نوع من ارداء التمر اجرى الكلام مجرى
العادة لانهم اعتادوا اتخاذ الخل من الدقل والا فالحكم في خل كل تمر كذلك **قوله** وشعر المعز وصوف الغنم جنسان
لاختلاف المقاصد لا يقال الشاة والمعز جنس واحد ولهذا يكمل انصاب احدهما بالآخر فينبغي ان يكون اجزاؤهما كذلك
فلم يجعل الشعر والصوف جنسين لانا نقول لما اختلفت المقاصد في الاجزاء جعلت مختلفة كالية الشاة مع لحمها الا يرى ان
احدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر ۰ ولهذا يتخذ من الصوف اللفافة واللبد ونحو ذلك ومن الشعر المسح والحبل الغليظ
ونحو ذلك **قوله** وكذا شحم البطن بالالية او باللحم اي يجوز بيعها بالآخر متفاضلا **قوله** لاختلاف
الصور والمعاني والمنافع هذا دليل لكون هذه الاشياء اجناسا مختلفة ۰ اما اختلاف الصور فلان الصورة
عبارة عن شكل وجود الشيء ولا شك ان شكل كل واحد من الشحم والالية واللحم مختلف ۰ واما اختلاف المعاني فلان حقيقة
كل واحد من هذه الاشياء تخالف حقيقة الآخر ۰ ولهذا يقع على احدها اسم الشحم وعلى الآخر اسم الالية وعلى الآخر اسم
اللحم ۰ واما اختلاف المنافع فان الالية جارية رطبة اكثر من الشحم تصلح لمن به برودة وسوسه ونفع العصب الجافي
ما دام رديء الغذاء الهضم وكذا اللحم كذلك **قوله** ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا وهذا لفظ القدوري
في مختصره ولكن هذا فيما اذا كان يدا بيد وذلك لان الحنطة والدقيق مكيل والخبز بواسطة الصنعة خرج من ان يكون
مكيلا وصار وزنيا او عدديا وحرمة ربا الفضل يعتمد الاتفاق في القدر والجنس ولم يوجد الاتفاق فجاز التفاضل
قال في شرح الطحاوي وروي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز لا يدا بيد ولا نسيئة ۰ ومعنى قوله في المتن وعن ابي
حنيفة انه لا خير فيه اي في بيع الخبز بالحنطة والدقيق ۰ يعني لا يجوز وهو نفي الجواز على وجه المبالغة لكونه نفي الخير قال
صاحب الهداية والفتوى على الاول يعني على جواز بيع الخبز بالحنطة والدقيق ۰ وذكر في النوازل عن ابي بكر ان بيع الحنطة
بالخبز لا يجوز لا متفاضلا ولا متساويا ۰ قال ابو الليث هذا الجواب يوافق قول ابي حنيفة خاصة كالحنطة بالدقيق
وهذا اذا كانا نقدين فان باع احدهما بالآخر نسيئة فهو على وجهين ذكرهما الولوالجي رحمه الله في الفتاوي ان كان الخبز
نقدا والدقيق والحنطة نسيئة يجوز لانه اسلم موزونا في مكيل ۰ والسلم فيه ما ينضبط بالوصف وان كان الحنطة
والدقيق نقدا والخبز نسيئة لا يجوز لان المسلم فيه وهو الخبز مما لا يمكن ضبطه بالوصف وزنا لان الخبز في نفسه متفاوت
من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة تفاوتا فاحشا وليس لهذه الاوصاف اسامي يمكن اعلامها ببيان تلك الاسامي
ثم قال الولوالجي ذكر هذا التفصيل في نوادر ابن رستم عن محمد وهذا التفصيل انما يجيء على قول ابي يوسف ۰ لانه
يجوز السلم في الخبز عنده كيف ما كان على قول ابي حنيفة وابي يوسف لانهما لا يجوزان السلم في الخبز انما لا يجيء ذكر
هذا الاختلاف ابن رستم في نوادره ۰ قال في ينبوع خواهر زاده ويجب ان يفتى على قول ابي يوسف لا محالة ۰ وجه
قول ابي يوسف انه اسلم في موزون فيجوز كما في سائر الموزونات وقالا نعم ولكنه اسلم فيما لا ينضبط بالوصف وزنا **قوله**
وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح وهو قول ابي يوسف واحترز به عن قولهما وعن قول الاختلاف انما **قوله**
ولا خير في استقراضه عددا ووزنا عند ابي حنيفة اختلف الروايات في استقراض الخبز فعند ابي حنيفة لا يجوز اصلا
للتفاوت بين الخبزين لانه يتفاوت بالخباز لانه ان كان حاذقا في هذا الباب يجيء احسن ما يكون بخلاف ما اذا لم يكن
حاذقا ۰ وكذا يتفاوت بالتنور لانه ان كان جديدا يجيء جيدا بخلاف ما اذا كان عتيقا ۰ وكذا يتفاوت ما يقع في

اول التنور وما يقع في آخره ۰ وهذا يبتني على قوله التقدم والتأخر ۰ وعند ابي يوسف يجوز وزنا لا عددا لانه يتفاوت في افراده
وعند محمد يجوز عددا ووزنا كذا ذكر محمد في شرح الطحاوي والمختلف والحصر وخلاصة الفتاوى ۰ وذكر الولوالجي وصاحب الفتاوى
الصغرى انه يجوز عند محمد عددا ولم يذكر الوزن وان كان لا يجوز السلم فيه لا وزنا ولا عددا ۰ قال الولوالجي وكان محمد
اختار جواز استقراضه اعدادا لتعامل الناس كما ترك القياس بالعرف في جواز الاستصناع وقال في الفتاوى الصغرى
النخالة الخالصة اكثر من النخالة في الدقيق ۰ وعند محمد لا يجوز بطريق الاعتبار وانما يجوز اذا تساويا كيلا ۰ ونقله عن
شرح جواهر زاده **قوله** قال ولا ربا بين المولى وعبده اي قال القدوري في مختصره ومراده اذا كان العبد
ماذونا له في التجارة ولم يكن عليه دين ۰ فاذا كان الحال هكذا لا يتصور الربا لان العبد لا يملك شيئا فما في يده
حقيقة ملك لمولاه بخلاف ما اذا كان عليه دين حيث يتحقق الربا لان المولى لا يملك ما في يده عند ابي
حنيفة اما عندهما وان كان يملك المولى ما في يده لكن تعلق حق الغرماء بما في يده فلا يكون ملكا للمولى مطلقا فصار العبد كالاجنبي
عن مولاه فيتحقق الربا بينهما كما يتحقق الربا بين المكاتب ومولاه **قوله** وان كان عليه دين لا يجوز اي لا يجوز البيع
متفاضلا فيما فيه الربا اذا كان على العبد دين **قوله** ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب هذا لفظ القدوري في مختصره
المسلم الذي دخل دار الحرب بامان اذا باع درهما بدرهمين او باع خمرا او خنزيرا او ميتة او قامرهم واخذ المال يحل عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهم الله خلافا لابي يوسف والشافعي كذا في الحصر ۰ ولهما ان الحربي اذا دخل دارنا بامان يجري الربا بينه
وبين المسلم فكذا اذا دخل المسلم دارهم بامان لان مال المسلم كان مباحا في الاصل فصار محظورا بعقد الامان ۰ ثم في دار الاسلام
يجري الربا بينهما فكذا في دار الحرب ۰ ولابي حنيفة ومحمد ما روي مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربا بين المسلم
والحربي في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن كذا في شرح ابي نصر ۰ ولان مال الحربي ليس بمعصوم بل هو على اصل الاباحة وانما
منع المسلم الذي دخل بامان منه لاجل عقد الامان حتى لا يلزم الغدر ۰ فاذا بذل الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي
حظر لاجله فصار ذلك اخذا على اصل الاباحة كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد ۰ ولان كل شخصين لا يجب الضمان على
كل واحد منهما باتلاف ما في يد الآخر لا يجري بينهما الربا كالمولى مع العبد ۰ ولا يلزم العدل مع الباغي لان عندنا يجب الضمان
على كل واحد منهما الا ان الحاكم لا يجبر على ذلك ولا يجبر لاجله ولا يجوز اعتبار دار الحرب بدار الاسلام لان دار الاسلام
دار الحظر ودار الحرب دار الاباحة ولا يقاس الربا على الزنا بان يقال كل دار حرم فيها الزنا حرم فيها الربا لان البضع لا يستباح
بالاباحة اصلا بل يستباح بالعقد بخلاف المال فانه يستباح بالاباحة بلا عقد فظهر الفرق **قوله** بخلاف المستأمن
منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة فعلم ان ماله محظور فلا يباح بخلاف مال
الحربي في دار الحرب فانه يحل تناوله لكل احد من الاباحة الاصلية الا ان المسلم المستأمن لئلا يلزم الغدر فاذا بذل الحربي
زال معنى الحظر والله اعلم

باب الحقوق

كان من حق مسائل هذا الباب ان يكون في الفصل المتصل باول كتاب البيوع ولكن المصنف لما اتبع وضع الجامع الصغير
الترتيب ذلك الوضع هكذا بعد ذكر مسائل البيوع وضع هكذا ايضا **قوله** ومن اشترى منزلا فوقه
منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له الى آخره وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل اشترى من رجل منزلا فوقه منزل قال لا يكون له الاعلى مع الاسفل الا ان يقول اشتريته بكل حق هو له
او يقول بمرافقه او يقول بكل قليل وكثير هو فيه او منه فيكون له المنزل الاعلى مع الاسفل محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الرجل يشتري البيت وفوقه بيت فاشترى البيت الاسفل بكل حق هو له قال لا يكون له البيت الاعلى ۰ وقال ابو حنيفة
اذا اشترى الدار بحدودها كان له العلو والكنيف ولم يكن له الظلة الا ان يقول بكل حق هو لها او يقول بمرافقها او
يقول بكل قليل وكثير هو فيها او منها فيكون له الظلة الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير ۰ ثم اعلم ان هنا ثلاث مسائل
الدار والمنزل والبيت والمنزل اسم لما بين المنزلين وهي الدور من الصغير فيما بين هذه الثلاثة فلهذا يشبه الدار من وجه
ويشبه البيت من وجه وهو يشتمل على مرافق السكنى ولكنه قاصر ليس فيه منزل الدواب وما يجري مجرى ذلك ۰ والدار
اسم لما ادير عليه الحوائط ويحيط بذلك كله والبيت اسم لمسقف واحد بابه فيه كذا قالوا في شروح الجامع الصغير ۰ وقال
شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير المنزل فوق البيت ودون الدار فالبيت اسم لمسقف واحد له دهليز والدار اسم
لما يشتمل على الصحن والبيوت والصفة والمطبخ والاصطبل والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت ومطبخ وموضع قضاء الحاجة ولكن
لا يكون فيه صحن الى هنا لفظ شمس الائمة رحمه الله ۰ والجواب في ذلك ان العلو لا يدخل في شراء البيت وان ذكر الحقوق
الا اذا ذكر اسم العلو صريحا لان البيت اسم خاص لمسقف واحد يبات فيه والعلو في ذلك مثل السفل والشيء لا يستتبع
مثله او فوقه والعلو يدخل في شراء المنزل اذا ذكر الحقوق او المرافق او كل قليل وكثير او اسمه الخاص في الابتداء وذلك لان
المنزل اسم لبيت او بيوت ينزل بها ليلا ونهارا ۰ والعلو في المنزل كالسفل الا انه دونه في احكام السكنى فكان اصلا
من وجه تابعا من وجه فان ذكره او ذكر اسم التبع دخل والا فلا والعلو في الدار يدخل فيه من غير نص باسمه الخاص ومن غير
ذكر الحقوق لان العلو من جملة ما ادير عليه الحوائط ۰ قال الامام الزاهد العتابي في شرح الجامع الصغير هذا في
عرفهم وفي عرفنا يدخل العلو من غير ذكر الفصول كلها لان في عرفنا الدار والمنزل والبيت كله واحد نو بذكر الدار

ما يدخل العلو بدخل الكنيف الشارع لانه من اجزاء الدار • انما الظلة وهي الساباط الذي احد طرفيه على الدار والطرف
الاخر على دار اخرى او على الاسطوانات في السكة ومنفذها في الدار المبيعة فعند ابي حنيفة لا يدخل في بيع الدار الا بذكر
كل حق هو لها او بمرافقها • او بكل قليل وكثير هو فيها او منها • وعندهما يدخل من غير ذكر المرافق والحقوق لان
منفذها اذا كان في الدار كان بمنزلة الكنيف الشارع • ووجه قول ابي حنيفة ان قرار احد طرفي الظلة على الدار المبيعة
وقرار الطرف الاخر على الدار الاخرى او على الاسطوانات فكانت تبعا للدار المبيعة من وجه دون وجه فان ذكرنا
دخلت والا فلا • قوله والشيء لا يكون تبعا لمثله كالدار المبيعة من وجه دون وجه فلا يدخل لانه يتبع الشيء لا يتبع لمثله لانه لا يتبع
لا يرد على هذا المستعير حيث كان له ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل ولا يرد المكاتب ايضا حيث كان له ان يكاتب لانا
نقول ذلك لا بطريق استتباع المثل بل باعتبار ان المستعير مالك المنافع فملكها من غيره والمكاتب بعقد الكتابة صار احق
بمكاسبه وكتابته عبده من جملة مكاسبه • قوله لانه اسم لما يسكن فيه ... في عرف بلاد العجم لا يسمى الا كان المسكن
صغيرا او كبيرا • قوله الكنيف وهو المستراح • قوله الظلة اي الساباط الذي ذكرنا اما قوله بذكرهم
ما ذكرنا اي بذكر الحقوق او المرافق او بكل قليل وكثير هو فيها او منها • قوله قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او
مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق له • قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اشترى
البيت في الدار او المنزل في الدار او المسكن في الدار فانه لا يكون له الطريق الا ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او يقول
بكل قليل وكثير هو فيه او منه ويكون له الطريق الى الباب الاعظم مثل الجامع الصغير • وذلك لان الطريق خارج عن الحدود الا
انه من التوابع فلا جرم لم يدخل في البيع من غير ذكره كما ذكرنا • وكذلك الشرب والمسيل وهذا بخلاف الاجارة البيت والدار
او المسكن او الارض حيث يدخل الطريق والشرب والمسيل بغير ذكره لان المقصود من الاجارة هو الانتفاع ولا انتفاع بدونه
ان تدخل هذه الاشياء والبيع ليس كذلك • فان المقصود منه تملك الرقبة لا الانتفاع بعينها والانتفاع من ثمراته ولهذا
لا يجوز بيع الجحش الصغير الذي لا ينتفع به في الحال ويجوز بيع الارض السبخة • ولا يجوز اجارة الجحش الصغير والارض السبخة
لعدم الانتفاع • قال الامام فخر الدين قاضي خان • واذا كان طريق الدار المبيعة او مسيلها في دار اخرى لا يدخل من
غير ذكر الحقوق لانه ليس من نفس الدار ولكنه من حقوق هذه الدار فلا يدخل الا بذكر الحقوق • فان قال البائع ليس للدار
المبيعة طريق من دار اخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له ان يردها بالعيب • وكذلك لو كانت جذوع دار
اخرى على الدار المبيعة فان كانت للبائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كان بمنزلة العيب • وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق
لدار اخرى او دار مسيل فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة لانه باعها من غير استثنا • وان كانت
لغير البائع كان بمنزلة العيب • **قوله** بخلاف الاجارة متعلق بقوله لم يكن له الطريق يعني في الاجارة تدخل هو
الطريق والشرب والمسيل وقد مر بيانه • **قوله** ولا يتحقق الا به اي لا يتحقق الانتفاع في الاجارة الا بالطريق
والله اعلم

باب الاستحقاق

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق لظهور
التناسب بينهما لفظا ومعنى • **قوله** ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان
اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها • وهي من مسائل الجامع الصغير • والفرق بين الاستحقاق بالبينة حيث ياخذها وولدها وبين
الاستحقاق بالاقرار حيث لا ياخذ ولدها ان البينة لكونها حجة مطلقة ثابتة في حق كافة الناس يثبت الاستحقاق من الاصل
لا من الحال لان الشهود لا يتمكنون من اثبات ما لم يكن ثابتا في الاصل ولا القاضي بل يثبتون ويظهرون ما كان ثابتا
في الاصل • فلما ثبت الاستحقاق من الاصل والولد يومئذ كان متصلا بالام ياخذها وولدها • ولهذا يرجع المشتري
بالثمن على البائع • ويرجع الباعة بعضهم على البعض • واما الاقرار فانه يثبت الاستحقاق في الحال فانه حجة قاصرة تعتمد
الملك منصوصا على الحال وثبوت الحجية ههنا بالاقرار ضرورة تصحيح الخبر لان الخبر لا بد له من مخبر به • والاقرار
اخبار فلا يظهر به ملك المستحق من الاصل • ولهذا لا يرجع المشتري بالثمن على البائع ولا يرجع الباعة بعضهم على البعض والولد
يوم الاقرار منفصل عن الام فلا يتعدى الحكم الثابت في الام الى الولد • ثم القضاء بالجارية في استحقاقها بالبينة هل يكون
قضاء بالولد ام يشترط الولد الى الحكم فقد ذكر فيه اختلاف المشايخ • ذكر فخر الاسلام البزدوي وغيره في شروح الجامع الصغير
قال بعضهم يكون ذلك قضاء على حدة بالولد لانه تابع الام فيدخل في الحكم تبعا • وقال بعضهم يشترط للولد قضاء على حدة
لانه اصل يوم القضاء لكونه منفصلا عن الام فلا بد من الحكم له • يدل على هذا ما قال محمد اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف
الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم • وكذا لو كان الولد في يد رجل اخر غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد • قال
بعض الشارحين القضاء باستحقاق المبيع لا يوجب انفساخ العقد ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق • وفيه نظر لان
غاية ما في الباب انه بيع الفضولي • وفيه اذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد • واثبات الاستحقاق دليل على عدم الرضا
فينفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة فكيف يتوقف • والاقرب الى الحق ما قال في الفتاوى الصغرى اشترى شيئا ثم استحق من يد
ثم وصل الى المشتري يوما لا يؤمر بالتسليم الى البائع • لانه وان حصل مقرا بالملك للبائع لكن بمقتضى الشراء وقد انفسخ
الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار لا جرم لو اشترى عبدا ثم اقر انه ملك البائع ثم استحق من يد المشتري ورجع بالثمن على
البائع ثم وصل اليه يؤمر بالتسليم الى البائع لان اقراره بالملك له لم يبطل ونقله عن شرح شيخ خواهر زادة في باب الثبت عليه

قوله قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البائع حاضرا او غائبا
غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع اي قال في الجامع الصغير
وتمام المسئلة في اصل الجامع الصغير • ولو ارتهن رجل عبدا مقرا بالعبودية بالف درهم بامر من رجل فاذا هو حر فالمرتهن لا
يرجع على العبد بشيء من ذلك ابدا ولا يشبه هذا البيع وفصل الرهن من الخواص والفصل الاول ذكر في كتاب العتاق • قالوا
في شروح الجامع الصغير وروي عن ابي يوسف انه لا يرجع على العبد بحال لان ضمان الثمن انما يجب بالمبايعة او بالكفالة ولم يوجد
شيء من ذلك من العبد وانما وجد منه الاخبار كاذبا فلا يلزمه شيء كما اذا قال الاجنبي اشتره فانه عبد فظهر حرا • وكما اذا قال
المدار بهنه فانه عبد فظهر حرا لم يرجع عليه بشيء • ووجه الظاهر ان البيع عقد معاوضة ولا معاوضة اذا لم يسلم العوض والعبد
من له سلامة العوض لانه اقدم على الشراء معتمدا على قوله اني عبد فلو لم يثبت له الا ما كان يقدم على ذلك • وهذا لان القول
وذي الحرية فلما ثبت هذا قلنا يصير العبد الغرور فيكون ضامنا من البائع لانه لا يدري اين هو فيكون للغرور كالمولى اذا
قال لاهل السوق ان هذا عبدي فقد اذنت له في التجارة فبايعوه ولحقه ديون ثم ظهر انه حر رجعوا عليه بديونهم كذا
هذا • فاذا علم مكان البائع رجع عليه وليس له على العبد سبيل لان البائع هو الذي اخذ ماله فوجب ان يسترده منه العبد
وما اخذ منه شيئا الا انه اذا لم يقدر على البائع رجع على العبد لانه غره حيث امره بالشراء والغى ماله فاذا قدر على البائع لم
يظهر التلف قال فخر الدين الحسن بن منصور بن محمود الاوزجندي المعروف بقاضي خان في شرح الجامع الصغير • وهذه المسئلة دليل
ان العبد اذا قبل ثمن نفسه على البائع صحت الكفالة فاذا اخذ رأس ماله من البائع يرجع عليه ثم يرجع العبد على البائع اذا
ضمن لانه ادى ما عليه • والرهن لا يشبه البيع لانه ليس بعقد معاوضة فلم يقتض سلامة العوض لان الرهن شرع لملك الحبس من غير
عوض فالمال ولكنه يصير بما فيه استيفاء اليمين حكما من غير عوض ولان صحة الدين لم يكن الرهن لان الدين يكون دينا وان لم يكن
رهن فلم يكن الاقرار بالرهن ضامنا بالسلامة والاجنبي لا يكون بقوله فلم يحصل الغرور • ثم في وضع المسئلة بقوله فاذا هو حر هو
اشكال فان الدعوى في حرية العبد شرط لقبول البينة عند ابي حنيفة رضي الله عنه والتناقض مبطل للدعوى وقوله انا حر بعد
قوله انا عبد تناقض لا محالة • وجوابه ان المراد منه لا يخلو اما ان يكون كان حرية الاصل او الحرية بعتاق عارض فان كان المراد به
حرية الاصل فلقبول البينة وجهان احدهما ما قاله عامة المشايخ ان الدعوى ليس بشرط لقبول الشهادة على حرية الاصل عندهم
جميعا • واما الخلاف في العتق المبتدأ لانها تتضمن تحريم الفرج لان الشهود لا بد لهم من تعيين الام • وفي ذلك تحريم الام وتحريم
بناتها واخواتها لان اذا كانت حرة الاصل كانت فرج الام حراما على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى فلا يشترط فيها الدعوى كما في
عتق الامة فان قبلت الشهادة عن حرمة الفرج كانت الدعوى فيهما شرطا • والثاني ما قاله بعض المشايخ ان الدعوى وان كان شرطا
في حرية الاصل ولكن التناقض لم يمنع صحة الدعوى لخفاء حال العلوق • وان كان المراد به الحرية بعتاق عارض فلقبول البينة وجه
واحد وهو ان التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لانه امر يجري فيه الخفاء لانه امر يتفرد به المولى وربما لا يعلم العبد اعتاقه
ثم يعلم بعد ذلك كما اذا اختلعت المرأة ثم اقامت البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع يقبل ذلك منها لان الزوج يتفرد بالطلاق
وربما لا يعلم المرأة بذلك ثم تعلم وكذا المكاتب اذا اقام البينة على اعتاقه قبل الكتابة • قال الناطفي في كتاب الاجناس رجل
باع غلاما وهو ساكت ثم قال بعد البيع مع علمه بالبيع انا حر لا يقبل قوله وهو عبد ذكر في كتاب اقرار الاصل • وقد زاد في مختصر
الطحاوي وقيل له قم مع مولاك فقام وقد كان اقر وسكت بالرق اي ههنا لفظ الاجناس في البيوع • **قوله** فاذا
هو حر غير مسوق لانه اذا المفاجأة معناه ان العبد وجد حر الاصل بعينه ابينة عليه • **قوله** ورجع هو على البائع وهذا
استحسان والقياس ان لا يرجع لما قلنا وهو قول ابي يوسف • **قوله** ان يجعل ضامنا للسلامة اي ان يجعل الامر بالشراء
بقوله اشترني فاني عبد ضامنا لسلامة المبيع للمشتري • **قوله** كما هو موجبه اي موجب البيع لان موجبه سلامة المبيع للمشتري
قوله لتضمنه تحريم فرج الام اي لتضمن الدعوى اي دعوى حرمة الاصل وذكر الضمير الراجع الى الدعوى لانه بمعنى الادعاء
قوله لا يعبأ بقوله اي لا يبالي به • **قوله** قال ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده الدار على
مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء اي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في رجل ادعى حقا في دار في يد رجل دعوى فصالحه من ذلك على مائة درهم ثم استحقت الدار الا موضع ذراع قال
لا يرجع عليه في المائة فان كان ادعى الدار كلها ثم استحق بعضها رجع في المائة بحصته ما استحق • وانما لم يرجع في المسئلة الاولى بشيء في
المائة لان الاستحقاق لم يقع فيما يتناوله الصلح لتمام التوفيق لان للمدعي ان يقول كان مرادي من الدعوى هذا الباقي لانه
ادعى حقا مجهولا والصلح عن المجهول على المعلوم جائز عندنا فلا يجب الرجوع الا اذا استحق الكل فحينئذ يجب الرجوع • وانما يرجع
في المسئلة الثانية بالحصة لعدم امكان التوفيق لانه ادعى كل الدار وصالح على ذلك فاستحق بعض الدار والمائة وقعت بدلا عن
كل الدار لان البدل ينقسم على اجزاء المبدل كما استحق بعض المبدل وجب الرجوع بحصته في البدل لان ما اخذه ذلك القدر من
البدل بغير حق • قال صاحب الهداية وذلك دليل على ان الصلح على المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي
الى المنازعة • ودل ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا يصح للجهالة ولهذا لا تقبل البينة
على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق فحينئذ يصح الدعوى ويقبل البينة وللابراء عن المجهول جائز عندنا • وقد مر بيانه
في اخر باب خيار العيب

فصل

في بيع الفضولي مناسبة هذا الفصل بباب الاستحقاق ظاهر جدا فان المالك

في الصور بين جميعا في يد صاحب اليد بلا اذن المالك • ثم ترجمة الفصل ببيع الفضولي لكونه ابين احسن من ترجمته بباب بيع عبد
الغير كما وقع في الجامع الصغير المرتب ثم الفضولي بضم الفاء وفتح الفاء خطأ وهي نسبة الى الفضول جمع الفضل بمعنى الزيادة وقد
غلب جمعه على ما لا خير فيه حتى قيل فضول بلا فضل وسن بلا سن وطول بلا طول وعرض بلا عرض كذا في المغرب وقيل لمن يشتغل بما
لا يعنيه فضولي وفي اصطلاح الفقهاء هو من يتصرف في حق الغير بلا اذن شرعي كالاجنبي يزوج او يبيع ولم يرد في النسبة الى الواحد
وان كان هو القياس لانه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالانصاري والاعرابي قوله قال ومن باع ملك غيره
فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ اي قال القدوري في مختصره ولفظه او رده هذه المسئلة في باب خيار الرؤية
لان المالك له الخيار ههنا بين الاجازة والفسخ كالمشتري اذا راى ما اشترى بلا رؤية • اعلم ان كل عقد له مجيز حال وقوعه
كالبيع والاجارة ونحوهما ينعقد من الفضولي ويتوقف نفاذه على اجازة المالك فان اجازه ثبت مستندا الى وقت العقد
وان ابطله بطل التصرف • وقال الشافعي لا ينعقد اصلا لانه تصرف في ملك الغير بغير اذن ولا ولاية شرعية فلا يصح كالشرا
ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم كالاسرار وغيره في حديث عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا يشتري
به اضحية فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار واتاه بالشاة والدينار فدعا له بالبركة • وروى الكرخي في اول كتاب
الوكالة وقال حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة سمعه
من قومه عن عروة البارقي • وحدثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة
قال اخبرنا الحسن عن عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا يشتري به اضحية فاشترى شاتين فباع
احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي عليه السلام في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه • ولان بيع الفضولي
تصرف تمليك صدر من اهله مضافا الى محله فوجب ان ينعقد • وهذا لان التصرف انما يقع اذا وجد ركنه من الاهل
مضافا الى المحل وقد وجد جميع ذلك فيصح • وذلك لان ركن البيع تمليك مال بمال وهو قصد ايقاعه تمليكا في محل قابل
للملك ولكن لا ينفذ في الحال قبل الاجازة لئلا يتضرر المالك وفي نفس الانعقاد لا ضرر بل فيه نفع للبايع والمشتري بصون
كلامهما عن الالغا ونفع للمالك حيث يكفي مؤنة طلب المشتري ومؤنة قرار الثمن والاهلية موجودة ايضا لانها بالعقل والبلوغ
وهما موجودان وكذا المحل لان محل البيع يكون مالا متقوما لا يكون مملوكا للبايع فلا يصح بيع الوكيل والوصي مع انه ليس مملوك
له فعلم ان محل البيع هو المال المتقوم لا المال المملوك وقد وجد • ولانه عقد له مجيز حال وقوعه فوجب ان يصح كالوصي
او وصي بجميع ماله او اوصى لوارثه ثم اجازت الورثة بعد موته • ولان في نفس الانعقاد لا ضرر على المالك فوجب ان ينعقد قياسا
على تصرف المالك والوكيل • فان قلت لا نسلم انه تصرف تمليك لان الملك لم يثبت في الحال عندكم قبل الاجازة وعند الاجازة
فلا يكون تمليكا • قلت انه تصرف تمليك ولكن لم ندع ان الملك يثبت متصلا بالتصرف اذ الحكم جاز ان يتراخى الى الزمان
الثاني كما في البيع بشرط الخيار وكما في الرمي فانه يقع تفويتا للحياة ويكون قتلا • وان كان تتراخى فوات الحياة عن الرمي
والجواب عن قياسهم على الشرا انا نقول فيه تفصيل ذكره اصحابنا • فان قال الفضولي بع هذا العين لفلان وقال الفضولي
اشتريت لاجله • وقال المالك ابتعت هذا العين لفلان وقال الفضولي قبلت لاجله يتوقف على هذا الاختلاف فلا يصح القياس
اما اذا قال اشتريت مثل هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعت او قال المالك بعت مثل هذا العبد لاجل فلان فقال
اشتريت فلا يتوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري لانه اضيف اليه ظاهرا ولا حاجة بنا الى ابقائه على رضا
الغير • وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك فلا يتوقف على غيره بخلاف البيع لانه لم يجد نفاذا على
غير المالك ولم ينفذ في حق البايع فاحتيج الى ابقائه على رضا الغير • والفرق بين الشرا والبيع ان المعنى في الاصل
اي في الشرا انه يثبت على نفسه ثمنا وهو الثمن ويثبت لنفسه حق المطالبة على الغير فلهذا لم يكن موقوفا • وفي مسئلتنا لم يثبت
لنفسه حق المطالبة على الغير فلهذا لم يكن موقوفا • وفي مسئلتنا لم يثبت لنفسه حق المطالبة على الغير قوله بالقدرة
الشرعية وهي بالملك او الاذن قوله تصرف تمليك من اضافة الجنس الى النوع لعلم الطلب • واحترز بالتمليك عن
الاسقاط كالطلاق والعتاق فان الصبي او المجنون اذا طلق امراته او اعتق عبده على مال او على غير مال لا يتوقف
لا الى اجازة الولي ولا الى اجازة نفسه بعد البلوغ بخلاف ما باع ماله او اشترى شيئا او تزوج امراة او زوج امته
فان هذه التصرفات منه يتوقف الى اجازة الولي او الى اجازته بعد البلوغ كذا ذكره بعض الشارحين ولكن فيه نظر لانه
قال يتوقف البيع والشرا والتزوج الى اجازته بعد البلوغ • وانما يتوقف عقد الفضولي اذا كان له مجيز وقت العقد
والا فلا وهنا لم يكن مجيز وقت العقد الا ترى الى ما قال صاحب التحفة بقوله فانما ينعقد عندنا على التوقف كل عقد له
مجيز حالة العقد • فاما اذا لم يكن له مجيز فانه لا يتوقف حتى ان الطلاق والعتاق في حق البالغ من الفضولي متوقف لانه
مجيز في الحال فاما اذا وجد الطلاق والعتاق والتبرعات من الفضولي في امراة الصبي والمجنون ومالهما فانه لا يتوقف
لانه ليس له مجيز حالة العقد لانهما ليسا من اهل الطلاق والعتاق والتبرعات وكذلك وليهما وكذلك الاب والوصي
اذا اعتقا او طلقا عبد الصبي او امراته الى هنا لفظ التحفة قوله لهذه الوجوه اراد بها كفاية مؤنة طلب
المشتري وقرار الثمن ونفع العاقدين بصون كلامهما عن الالغا قوله قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه
باقيا والمتعاقدان بحالهما • اي قال القدوري في مختصره انما شرط بقا المعقود عليه فلان الملك لم ينتقل فيه بعد

هلاكه كيف ينتقل • وانما شرط بقا المشتري فلان الثمن لم يلزمه في حياته فكيف يلزمه بعد وفاته مع انعدام اهليته ولذلك
البايع لم يلزمه حقوق العقد في حياته فلا يلزمه بعد وفاته وشرط بقا المالك ايضا لانه بموته يبطل العقد الموقوف فبعده لا
لايسد اجازة الوارث لان المفسوخ لا تلحقه الاجازة وفيما هذه الاربعة شرطا اذا كان الثمن دينا • اما اذا كان عرضا
فبقا الخمسة شرط للحوق الاجازة الاربعة هذه المذكورة • والخامس قيام العرض وجملة الكلام فيه على وجهين على ما قال في
شرح الطحاوي اما ان يبيعه بثمن عين او بثمن دين اما اذا باعه بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني
الموصوف في الذمة بغير عينه فان البيع موقوف على اجازة المالك وقيام الاربعة شرط للحوق الاجازة البايع والمشتري
والمالك والمبيع وقيام الثمن في يد البايع ليس بشرط فان اجاز المالك بعد قيام الاربعة جاز البيع ويكون الاجازة اللاحقة
بمنزلة الوكالة السابقة ويكون البايع كالوكيل للمجيز والثمن للمجيز ان كان قائما • فان هلك في يد البايع هلك امانة وقبل
ان يجيز المالك اذا فسخ البايع البيع انفسخ لان حقوق العقد ينصرف اليه فله ان يخرج من التزام العهدة • وكذلك لو فسخه
المشتري ينفسخ وفي باب النكاح لو ان فضوليا خطب امراة لرجل بغير امره فزوجت المراة نفسها من ذلك الرجل فان النكاح موقوف
على اجازته فان فسخ هذا الفضولي النكاح قبل الاجازة ففسخه باطل لان حقوق العقد لا ينصرف اليه وهو فيه معبر فاذا عبر
فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي • ولو فسخت المراة النكاح قبل الاجازة انفسخ • ولو لم يجز المالك البيع وفسخه انفسخ البيع
وله ان يسترد المبيع ويرجع المشتري بالثمن على البايع ان كان نقده • ولو مات المالك قبل الاجازة انفسخ البيع ولا يجوز
اجازة ورثته • وليس هذا كالقسمة عند ابي يوسف وهو ان مالا بين ورثة كبار يجبرون على قسمته اذا طلبها احدهم
فاقتسموا بغير امر القاضي وبعضهم غايب فالقسمة موقوفة على اجازة الغايب • فان مات الغايب قبل الاجازة فاجاز ورثته
جازت القسمة عند ابي يوسف استحسانا لانه لا فايدة في نقض القسمة لانها لو نقضت احتاج الى الاعادة • وقال محمد القسمة
فاسدة كالبيع فلا يجوز باجازة ورثته وهو القياس • ولو مات البايع او المشتري قبل اجازة المالك بطل البيع ايضا ولو
هلك المبيع فانه ينظر ان كان هلاكه قبل التسليم الى المشتري فانه يبطل العقد لان العقد البات قد يبطل لهلاك المبيع قبل
القبض والتسليم فلا يجوز بالاجازة فما ظنك بالعقد الموقوف فانه اولى ان يبطل • وان كان هلاكه بعد القبض فللمالك الخيار
بين ايهما شاء ان شاء ضمن البايع وان شاء ضمن المشتري فايهما اختاره برئ الاخر من حيث لا يتبع الاخر عليه بحال لان تخيير التضمين
تمليكا فاذا ملكه من احدهما لا يتعدى الى ان يملكه من غيره فان اختار تضمين المشتري بطل البيع لان اخذ القيمة كاخذ العين
وللمشتري ان يرجع بالثمن على البايع ولا يرجع عليه بما ضمن • وانما اختار تضمين البايع فانه ينظر ان كان قبض البايع مضمونا
عليه نفذ بيعه بضمانه لانه سبب ملكه تقدم عقده • وان كان قبضه امانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم بعد العقد لا ينفذ
بيعه بالضمان لان سبب ملكه تأخر عن العقد وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمين البايع وقيل في وجه ظاهر
الرواية انه لما سلم او لاجنبي صار مضمونا عليه بالبيع فصار كالمغصوب هذا اذا باعه بثمن دين فاما اذا باعه بثمن عين بان يتعين
للعقد اذا عينه فههنا قيام الخمسة شرط للحوق الاجازة • اما الاربعة فما ذكرنا والخامس قيام العين وهو الثمن شرط ايضا
فان اجاز المالك عند قيام الخمسة جاز البيع ويكون الثمن للبايع دون المجيز • وله ان يرجع على البايع بقيمة ماله ان لم يكن
له مثل • وان كان له مثل يرجع عليه بمثله • وانما كان كذلك لان الثمن اذا كان عرضا صار البايع مشتريا من وجه
والشرا لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا على العاقد وههنا وجد النفاذ لان العاقد من اهله غير انه صار ناقدا مال
غيره بغير امره في عقد عقده لنفسه فاذا اجازه مالكه صار مجيزا للنقد لا للعقد • ولا كذلك اذا كان الثمن دينا لانه
يكون بايعا من كل وجه ولا يكون مشتريا من وجه • فاذا اجاز صاحبه صار مجيزا للعقد فكان بدله له • ولو هلك
واحد من هذه الاشيا الخمسة بطل البيع ولا تلحقه الاجازة بعد ذلك الا على ما ذكرنا قوله لان الاجازة اللاحقة
بمنزلة الوكالة السابقة يعني من حيث ان كلاهما يثبت الحكم ويرفع المانع قوله بخلاف الفضولي في النكاح اي ليس
له ان يفسخ قبل الاجازة • وقد مر بيانه قوله ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد اي الاجازة من المالك فيما
اذا كان الثمن عرضا اجازة نقد اي اجازة ان ينقد الفضولي ثمن العرض من مال المالك لا اجازة عقد موقوف لان العقد
لازم على الفضولي فانه عليه لكونه شرا فلا يحتاج الى اجازة العقد قوله في الفصلين اي فيما اذا كان الثمن عرضا او دينا
قوله ولا يعلم حال المبيع اي لا يعلم ان المبيع باق او غير باق قوله قال ومن غصب عبدا فاعتقه المشتري ثم
اجاز المولى البيع فالعتق جايز • اي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
اغتصب من رجل عبدا فباعه من رجل فاعتقه ذلك الرجل ثم ان مولى العبد اجاز البيع فالعتق جايز • وان قطعت يد
العبد ثم اجاز المولى البيع ولم يكن المشتري اعتقه فالبيع جايز ويكون ارش اليد للمشتري ويتصدق بما زاد على نصف الثمن
وان كان لم تقطع يده ولكن المشتري باعه ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
ولم يذكر محمد فيه الاختلاف كما ترى والمذكور فيه قول ابي حنيفة وابي يوسف • ولهذا قالوا في شروح الجامع الصغير ان
العتق جايز استحسانا في قول ابي حنيفة وابي يوسف والقياس انه غير جايز وهو قول محمد وزفر • وقال فخر الاسلام البزدوي
وقد انكر ابو يوسف هذه الرواية على محمد عنه وزعم انه روى انه لا ينفذ فصار عنه روايتان فلاجل هذا قال في المختلف
وقول ابي يوسف مضطرب • وقال الحاكم الشهيد في كتاب المنتقى قال ابو سليمان هذه رواية عن ابي يوسف ونحن سمعنا

انه لا يجوز عتقه ويجي ثمه من ابي يوسف قول بجواز العتق بمنزلة ولاملك قبل الاجازة في بيع الفضولي فيمتنع اعتاق المشتري من
الغاصب باطلا لعدم الملك حينئذ قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن ادم ولو ثبت الملك في الاخير عند الاجازة يثبت هو
مستندا او الثابت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه وهذا القدر لا يكفي لصحة الاعتاق لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل
يدل على هذا الاحكام منها ان الغاصب اذا اعتق ثم ملكه باداء الضمان لا ينفذ اعتاقه فاذا لم ينفذ اعتاقه فلان لا ينفذ اعتاق
الذي يتلقى الملك من جهته اولى ● ومنها ان المشتري اذا اعتق والخيار للبائع ثم اجاز البائع لا ينفذ العتق ومنها ان المشتري
اذا اعتق والخيار للبائع ثم اجاز البائع لا ينفذ العتق ● ومنها ان المشتري من الغاصب لو باع من غيره ثم اجاز المالك
بيع الغاصب لا ينفذ بيع المشتري منه فلما لم ينفذ بيعه لم ينفذ اعتاقه بالطريق الاولى لان العتق احوج الى الملك من البيع
الا يرى ان المكاتب اذا باع صح واذا اعتق لم يصح فعلم بهذا ان البيع اسرع نفاذا من العتق ● ولهذا ينفذ بيع الغاصب اذا
ادى الضمان ● ومنها ان اعتاق المشتري من الغاصب اذا اعتق ثم ملكه الغاصب باداء الضمان واجاز العتق لا ينفذ ● ومنها ان
الطلاق في نكاح الفضولي لا يتوقف حتى اذا زوج امراة بلا اذنها من انسان فطلقها الزوج قبل الاجازة ثم اجازت المراة
النكاح لا يقع الطلاق والطلاق في النكاح كالعتق في الملك لانه لا طلاق الا في النكاح ولا عتق الا في الملك فاذا لم يتوقف
الطلاق ثم لا يتوقف العتق هنا ● ولابي حنيفة وابي يوسف ان الاعتاق صادف ملكا موقوفا لوجود سبب الملك من الاهل
مضافا الى المحل فيتوقف الاعتاق ايضا بتوقفه فاذا تم الملك باجازة المالك تم الاعتاق ايضا قياسا على اعتاق المشتري من
الراهن بدون اجازة المرتهن ● ثم اذا اجاز المرتهن البيع نفذ اعتاق المشتري فكذا هذا وكان القياس اجازة المرتهن
ثم اذا اجاز المرتهن الا وكان ان لا يتراخى الحكم عن السبب الا انه تراخى الى زمان الاجازة دفعا للضرر عن المالك والضرر
النافذ لا في ثبوت الملك على التوقف ● والجواب عن المسائل فنقول اما الغاصب فلم ينفذ اعتاقه بعد اداء الضمان لان
الغصب ليس بسبب للملك فيثبت الملك من ذلك الوقت مطلقا بل يثبت الملك عند اداء الضمان مستندا الى ذلك الوقت ضرورة
فلا يظهر في حق الاعتاق ولهذا استحق عند اداء الضمان الزوايد المتصلة لا المنفصلة بخلاف البيع فانه سبب موضوع لافادة الملك
الا ان الملك تراخى دفعا للضرر ولهذا يستحق المشتري عند الاجازة الزوايد المتصلة والمنفصلة جميعا لان الملك يثبت مطلقا
لا ضرورة اداء الضمان ● واما المشتري اذا اعتق والخيار للبائع ثم اجيز البيع لم ينفذ الاعتاق لانه لم يصح بلا ملك والملك
لم يثبت بهذا السبب لان شرط الخيار منع البيع من ان يكون سببا للملك في الحال ثم يثبت الملك على التوقف لان الخيار منع انعقاد
السبب في حق الحكم وهو الملك بخلاف ما نحن فيه فان البيع وقع مرسلا غير مشروط بشرط الخيار فانعقد في حق الملك ولكن على
سبيل التوقف لما قلنا فتوقف ما هو من حقوق الملك ايضا وهو العتق لانه منه الملك ● واما المشتري من الغاصب اذا باع من
غيره فاجيز البيع الاول لا ينفذ البيع الثاني لان اثبات الملك للمشتري الثاني لا يمكن اصلا لا باتا ولا موقوفا لان المشتري
الثاني يتلقى الملك من المشتري الاول لا من المالك فاذا اجاز المالك البيع الاول يثبت الملك للمشتري الاول باتا من كل وجه
يظهر اثره في حق جميع الاحكام ● فاذا ثبت الملك للاول من كل وجه كان محالا ان يبقى الملك للثاني في حكم ما ● وهذا معنى
قول مشايخنا رحمهم الله ان الملك البات اذا طرأ على الملك الموقوف رفعه ● قال في المبسوط وهذا المعنى فقهي وهو انه لا
يتصور اجتماعهما اعني الملك البات والملك الموقوف في محل واحد والبيع بعدما بطل لا تلحقه الاجازة ● وكذلك لو وهبه
مولاه للغاصب او تصدق به عليه او مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف بطرو الملك البات في المحل ● وفي صورة
اعتاق المشتري من الغاصب لم يطرأ الملك الموقوف البات على الملك الموقوف فنفذ اعتاق المشتري ● وكان الولاية واما
المشتري من الغاصب اذا اعتق ثم ملك الغاصب بالضمان فاجاز الغاصب العتق قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف فيه خلاف
المشايخ والاصح انه ينفذ والمراد اشارة في وقف هلال الرازي فانه قال وقف المشتري من الغاصب اذا ملكه الغاصب بالضمان
والوقف تحرير الارض كالاعتاق تحرير العبد ● واما الطلاق في النكاح الموقوف فلم يقع لانه لم يوجد الملك والعقد اصلا
لانه يبتنى ثبات الملك فلو ثبت الملك قبل الاجازة لثبت مقصودا لصحة الطلاق وملك النكاح لا يثبت مقصودا لصحة
الطلاق ● اما ملك اليمين جاز ان يثبت لصحة الاعتاق مقصودا ● وقد وجد السبب فيثبت كذا ذكر العالم رحمه الله
قوله لما روينا اشارة الى قوله لا عتق فيما لا يملك ابن ادم **قوله** ان الملك يثبت موقوفا احتراز عن البيع
بشرط الخيار لان ثمة الملك لا يثبت اصلا لا موقوفا ولا باتا **قوله** بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك احتراز عن
الغصب فانه لم يوضع لافادة الملك **قوله** على ما مر اشارة الى قوله ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله
الى الحرم **قوله** كاعتاق المشتري من الراهن يعني اشتراه منه بلا اجازة المرتهن فاعتقه ثم اجازه المرتهن والجامع اعتاق
في بيع موقوف **قوله** وينفذ اذا قضى الديون اي ينفذ اعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة اذا قضى الوارث
الديون بعد الاعتاق **قوله** ونزل الشرط به اي بالبيع **قوله** كذا ذكره هلال هو هلال الرأي بن يحيى البصري
صاحب الوقف والرازي تصحيف كذا ذكره صاحب المغرب ● ورايت في بعض الكتب ان هلال بن يحيى اخذ العلم عن ابي يوسف
وزفر وله كتاب الشروط واحكام الوقف **قوله** فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش
للمشتري هذا احدى المسائل الثلاث التي ذكرناها من الجامع الصغير والاولى اعتاق المشتري من الغاصب والاخرى اذا قطعت
يد العبد في يد المشتري من الغاصب فاخذ المشتري ارشها ثم اجاز المولى بيع الغاصب فالارش للمشتري فينبغي ان يعلم

اولا ان قطع اليد لا يمنع الاجازة لقيام المعقود عليه بخلاف ما اذا قتل العبد او مات ثم اجاز المولى فانه لا يجوز لفوات المعقود عليه
وذلك لان الملك ثبت بالاجازة فصار كانه باعه في الحال الا انه اسند الاجازة الى العقد وحينئذ للملك شرع في الحال فاذا كان هكذا
لا يجوز الا ان يكون بحال لا يجوز ابتداء العقد عليه كذا قال الفقيه ابو الليث ● وانما كان ارش اليد للمشتري لان الملك ثبت له
بالاجازة من وقت الشراء فظهر ان القطع كان على ملكه فيكون الارش له وهذا لان البيع موضوع لافادة الملك له في المتصل والمنفصل
جميعا بخلاف ما اذا اغتصب عبدا فقطعت يده في يد الغاصب ثم ادى الغاصب الضمان حيث لا يكون الارش للغاصب لان الغصب لم يوضع
لافادة الملك وانما الملك ثبت مستندا الى وقت الغصب بطريق الضرورة في المتصل لا في المنفصل ويتصدق المشتري من الغاصب بما زاد من
ارش اليد على نصف الثمن لانه استفاده في غير ملكه وكان ربح ما لم يضمن وقد نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ● وهذا لان ارش
اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمان المشتري بمقابلة اليد المقطوعة نصف الثمن وما زاد عليه
لم يدخل في ضمانه وكان ربح ما لم يضمن فيتصدق بالفضل ● وهذا قوي ● وقال صاحب الهداية او فيه شبهة عدم الملك لان
الملك بعد الاجازة ثابت للمشتري بطريق الاستناد الى حال البيع وذلك ثابت من وجه دون وجه فكان شبهة العدم فيتصدق
بالفضل وفيه نظر لانه اذا كان لشبهة العدم اعتبار ينبغي ان يتصدق بجميع الارش لا بالفضل وحده ● قال فخر الدين قاضي خان
فان كان المشتري اعتق العبد فقطعت يده ثم اجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد **قوله** وهو حجة على محمد في
كون ارش اليد للمشتري بعد الاجازة حجة يعني عليه لما تم الملك من وقت الشراء حتى كان الارش للمشتري كان ينبغي ان ينفذ اعتاق
اعتاق المشتري من الغاصب ايضا عنده لان الاعتاق يكون حينئذ في الملك ● وجواب محمد عن هذا ان يقول ان الارش ليس كالاعتاق
لان الملك من وجه ● ولهذا اذا قطعت يد المكاتب فاخذ الارش في ذي الرق فالارش للمولى ● واما الاعتاق فلا يكفيه
الملك من وجه لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل ولم يوجد **قوله** بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه
يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة انما لم ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك
الكامل لا الملك من وجه دون وجه **قوله** على ما مر اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل **قوله**
قال فان باعه المشتري من اخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني ● وهذه الثالثة من المسائل الثلاث التي ذكرناها
وانما لم يجز البيع الثاني لان الملك البات اذا طرأ على الملك الموقوف ابطله والى هذا اشار بقوله لما ذكرنا ● والفرق الزاهد
الفارق بين اعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة وبين البيع الثاني حيث لا ينفذ بالاجازة البيع الاول ● وقال
ان العتق ينهي الملك والمنهي مقرر حكما وما كان مقررا للشيء كان من حقوقه فيتوقف بتوقفه بخلاف البيع لانه غير مقرر للملك لانه
ازالة الملك لا انهاء الملك فلم يكن من حقوقه ولا يتوقف بتوقفه ● وحقيقة الفقه في ذلك ان زوال الملك ضد الملك والشيء لا
يتوقف بتوقف ضده ● اما العتق فمقرر للملك ومقرر الشيء جاز ان يتوقف بتوقفه ● والدليل على الفرق بينهما ان المشتري لو
اعتق ثم اطلع على عيب يرجع بنقصان العيب ● ولو باع ثم اطلع على عيب لا يرجع بنقصان العيب **قوله** ولان فيه اي البيع
الثاني **قوله** بخلاف الاعتاق عندهما اي ينفذ اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة على قول ابي حنيفة وابي يوسف
وان كان فيه غرر ايضا على تقدير عدم الاجازة للبيع لان الغرر لا اثر له في الاعتاق الا يرى ان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز واعتاق
العبد قبل القبض يجوز **قوله** قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز ● ولم يذكر محمد هذه المسألة
في الجامع الصغير لكن ذكرها في شروحه ● وصاحب الهداية ايضا ذكرها تفريعا وذلك لان قيام المعقود عليه والعاقد
والمجيز شرط للاجازة وقد فات المعقود عليه فلا تجوز الاجازة وقد بيناه في المسألة الثانية **قوله** بخلاف البيع الصحيح يتعلق
بقوله لا يمكن ايجاب البدل للمشتري يعني في البيع الصحيح اذا قتل العبد قبل القبض يمكن ايجاب البدل للمشتري فيكون البيع باقيا
على قيمته والمشتري مخير فان اجاز البيع كان البدل وهو القيمة له **قوله** قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري
البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد البيع لم تقبل بينته اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل باع عبد رجل بغير امره فقال المشتري اريد البيع لانك بعتني بغير امر صاحبه وجحد البائع
ذلك فاقام المشتري البينة انه قال انا رب العبد امرته لم يامر البائع ببيعه قال لا اقبل البينة على هذا وان شهدت الشهود على
اقرار البائع نفسه انه باعه بغير امر رب العبد وهو يجحد لم اقبل بينته وان اقر البائع اقرارا عند القاضي انه باعه بغير امر رب
ابطل البيع ونقضه اذا اراد ذلك المشتري الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ● اما البينة فانما لم تقبل لانها تبنى على صحة
الدعوى فاذا بطلت الدعوى بطلت البينة والا فلا وهنا بطلت الدعوى للتناقض لان اقدام المشتري على الشراء دليل على عدم صحة
الشراء وان البائع ملك البيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير امر دليل على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض
فلم تسمع البينة على اقرار البائع انه كان بغير امره او على اقرار رب العبد انه لم يامره فان اقر عند القاضي فسخ البيع اذا طلب
المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار الا يرى ان من انكر شيئا ثم اقر به صح اقراره لان الاقرار حجة قاصرة فاقتصر
في حق المقر خاصة ● فاذا وافقه المشتري نفذ عليهما فلذلك شرط طلب المشتري حتى يكون نقضا باتفاقهما ● قال في الزيادات
في الباب الثالث من الكتاب على ترتيب محمد فان ادعى المشتري اقرار البائع بملك المستحق قبلت بينته لان هذه البينة انما قامت
على وجوب رد الثمن قصدا لا لان اقراره بملك المستحق اقرار منه بوجوب رد الثمن ● وهذا اثبات امر غير ثابت ● قال
صاحب الهداية وفرقوا ان العبد في هذه المسألة في يد المشتري وفي تلك في يد غيره وهو المستحق ● وشرط الرجوع بالثمن

ان لا يكون العقد مسلما للمشتري اي فرق المشايخ بين رواية الجامع الصغير والزيادات فقالوا ان العبد في مسئلة الجامع الصغير
في يد المشتري فلم تقبل البينة على الاقرار من البائع او من رب العبد ان البيع كان بغير امر لان المقصود منه الرجوع بالثمن وشرط
الرجوع سلامة العين للمشتري والعين هنا سالمة له لا ينازعه فيها احد ◦ وفي مسئلة الزيادات ايضا ان العبد في يد المشتري ◦ ولو
سلمنا ان العبد في يد المستحق فلا نسلم ان البينة تقبل حينئذ لان التناقض في الدعوى موجود لا محالة كما بينا ومبنى البينة على صحة
الدعوى فلم تصح فلا تصح البينة ◦ والاولى ان يقال ان المشتري اقام البينة في اقرار البائع او رب العبد قبل البيع في
مسئلة الجامع الصغير فلهذا لم تقبل البينة للتناقض ◦ وفي مسئلة الزيادات اقام البينة على الاقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض
فقبلت البينة وهذا محمل صحيح ◦ ولهذا لم تقبل البينة في الزيادات ايضا في اخر الكتاب في الباب الذي يلي باب تمام
الكتاب بعلي بن زينب محمد حيث قال رجل باع من رجل ثم قال البائع ان صاحبه لم يأمرني به ◦ وقال المشتري بل امرك
به او قال المشتري لم يأمرك به وقال البائع بل امرني به فان القول قول الذي يدعي الامر لان المتعاقدين بينهما دليل على
نفاذه وصحته ◦ فاذا ادعى احدهما خلاف ذلك بطل التناقض ولا يرتفع في نقض ما اوجبه فيبطل فان اراد المدعي
منهما الفسخ ان يقيم البينة على اقرار صاحبه ان صاحب المال لم يأمر بالبيع ◦ او اراد يمين صاحبه على ذلك لم يكن له شيء
من ذلك لان الدعوى بطلت لما قلنا فبطل ما ينبني على ذلك فان تصادقا ان البيع وقع بغير امر صاحب المال فسخ القاضي
البيع بينهما لانهما ان تصادقا فانهما ذا كل واحد منهما فسخ البيع الموقوف وان كذباه فسخهما في حقهما وجعل كالبيع المبتدأ في حق
صاحب المال فلا يحلفه من رجوب العهد بعد اقرارهما كالبيع المبتدأ ومعنى فسخ القاضي ان يمضي حكم اقرارهما ◦ فاما ان يتوقف
فسخهما عليه فلا بل لكل واحد منهما حق الفسخ ◦ فان حضر صاحب المال فصدقهما فيما زعما نفذ الفسخ وان كذبهما وقال كنت
امرته بالبيع فان البيع تام في حقه والفسخ باطل في حقه ولكن ذلك الاصل صحيحا في حق المتعاقدين واقاله وبيعا جديدا في حق
غيرهما ويبطل الثمن عن المشتري للامر لان الفسخ ابطال له وهو ما قال لذلك في قول ابي حنيفة ومحمد والبائع يضمن لصاحب
المال مثله ◦ وعند ابي يوسف الثمن باق على المشتري للامر والامر هو الذي يستوفيه منه والباقي يعلم في الزيادات
ان شاء الله تعالى **قوله** في هذه المسئلة اي في مسئلة الجامع الصغير **قوله** وفي تلك اي في مسئلة الزيادات
قوله ومن باع دار الرجل فادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اخرا
و**قوله** فادخلها المشتري في بنائه من الخواص وبناؤها على ان الغصب في العقار لا يتحقق في قول ابي حنيفة وقول
ابي يوسف المرجوع اليه وعند محمد يتحقق وتعيينه اذا غصب دارا فانهدمت او ارضا فانغصت ويجيء بيان الخلاف
في غصب العقار في الغصب ان شاء الله تعالى ◦ قال فخر الاسلام ومعنى المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب وكذبه المشتري

باب السلم

لما فرغ من بيان انواع البيع التي لا يشترط فيها القبض لاحد
العوضين ولا لاحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه قبض احد العوضين في المجلس والصرف يشترط فيه قبض العوضين جميعا
في المجلس وقدم السلم على الصرف لان الشرط في السلم قبض احد العوضين وفي الصرف قبضهما والترقي ابدا يكون من الادنى الى
الاعلى ◦ قال صاحب التحفة البيع اربعة انواع احدها بيع العين بالعين كالسلع بانواعها نحو بيع الثوب بالثوب والعبد بالعبد
ويسمى هذا بيع المقايضة ◦ والثاني بيع العين بالدين نحو بيع السلع بالاثمان المطلقة وبيعها بالفلوس الرائجة وبالمكيل
والموزون والعددي المتقارب دينا ◦ والثالث بيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الدراهم والدنانير
وانه يسمى عقد الصرف ويعرف في كتابه ان شاء الله ◦ والرابع بيع الدين بالعين وهو السلم فان المسلم فيه مبيع وهو دين
وراس المال قد يكون عينا وقد يكون دينا ثم القياس انه لا يصح السلم لانه بيع المعدوم ولكنه شرع رخصة لضرورة حاجة
المفاليس لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ◦ وقد روى صاحب
السنن فيه باسناده الى ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم
ووزن معلوم الى اجل معلوم كذا رواه البخاري ايضا ◦ وفي رواية الصحيح البخاري عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه
وسلم قال من اسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم ◦ واما تفسير السلم لغة فما قال صاحب التحفة بقوله
هو عقد يثبت الملك في الثمن عاجلا وفي المثمن اجلا يسمى سلما واسلاما وسلفا واسلافا لما فيه من تسليم راس المال الحال ◦ وفي
عرف الشرع عبارة عن هذا ايضا مع زيادة شرائط ورد الشرع بها الا ان السلم اخذ عاجل باجل لم يعرفها اهل اللغة فعن هذا
عرفت فساد ما قيل في بعض الشروح ان السلم اخذ عاجل باجل لان السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل يوجد هذا المعنى وليس بسلم
ولو قيل بيع اجل بعاجل لم يرد الاعتراض ◦ وركن السلم الايجاب والقبول بان قال رجل لاخر اسلمت اليك عشرة دراهم في
كر حنطة او قال اسلفت وقال الاخر قبلت ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم ايضا ويسمى الاخر المسلم اليه ◦ ولو
قال المسلم اليه لاخر بعت منك كر حنطة بكذا وذكر شرائط السلم ينعقد ايضا لان السلم نوع بيع ◦ واما شرائط السلم
فنذكرها عند قوله ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا بسبع شرائط ◦ واما حكم السلم فهو ثبوت الملك لرب
السلم في المسلم فيه مؤجلا بمقابلة ثبوت الملك في راس المال المعين او الموصوف للمسلم اليه معجلا بطريق الرخصة دفعا لحاجة
الناس **قوله** اجل السلف المضمون اي السلم الواجب في الذمة وهي من الصفات المفرقة لا المميزة كقوله تعالى يحكم بها
النبيون الذين اسلموا وكقولهم الحبشي الاسود والكافور الابيض وهذا لان المسلم فيه واجب في الذمة لا محالة **قوله**

وانزل

وانزل فيها اي في السلف والقائلات المهر على تأويل المداينة ومثل ذلك التجار كما روى صاحب الجمهرة عن ابي حاتم عن الاصمعي عن
الاصمعي قال قال ابو عمرو بن العلاء سمعت اعرابيا يمانيا يقول فلان لغوب جاءته كتابي فاحتقرها فقلت اتقول جاءته كتابي فقال
نعم اليس بصحيفة فقلت له ما اللغوب فقال الاحمق **قوله** فلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين اي اذا
داين بعضكم بعضا فقال داينت الرجل اذا عاملته بدين معطيا او اخذا كما تقول بايعته اذا بعته او باعك قال رؤبة داينت اروى
والديون تقضى فمطلت بعضا وادت بعضا والمعنى اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه ◦ وفائدة قوله مسمى ليعلم ان من حق الاجل
ان يكون معلوما ◦ وعن ابن عباس ان المراد به السلم ◦ وقال لما حرم الله الربا اباح السلف وعنه اشهد ان الله اباح
السلف المضمون الى اجل معلوم في كتابه وانزل فيه اطول اية كذا في الكشاف قال وهو في المكيلات والموزونات اي قال هو
المذكور في المختصر ان السلم جائز في كل كيلي ووزني لقوله عليه السلام من اسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل
معلوم ◦ والاصل فيه ان ما يمكن ضبطه ويعلم قدره يجوز السلم فيه وما لا فلا والكيليات يمكن ضبطها فجاز السلم فيها
وكذا الموزونات ولكن المراد بالموزونات سوى الدراهم والدنانير لانها اثمان لا تتعين بالتعيين عندنا والمسلم فيه مثمن يتعين
بالتعيين فلم يجز السلم فيها ثم اختلف المشايخ في السلم في الدراهم والدنانير ◦ قال بعضهم هو باطل لما قلنا وهو الاصح ◦ وقال
بعضهم ينعقد بيعا بثمن مؤجل لتحصيل غرض المتعاقدين بقدر الامكان واختلافهم فيما اذا اسلم غير الاثمان فيهما كالحنطة ونحوها
في الدراهم والدنانير اما اذا اسلم الاثمان في الاثمان فلا يجوز بالاتفاق ◦ واما الذرعي فيجوز السلم فيه كالثياب والبسط
والبواري ونحوها اذا بين الطول والعرض والصفة والنوع قال في الايضاح والقياس ان لا يجوز السلم في الثياب لانها
ليست من ذوات الامثال الا ترى انه لا يضمن مستهلكها بالمثل وانما جوزناه استحسانا لان الثياب مصنوع العبد والعبد يصنع
بالالة فاذا اتحد الصانع والالة يتحد المصنوع ولا يبقى بعد ذلك الا قليل تفاوت وقد يتحمل قليل التفاوت في المعاملات
ولا يتحمل في الاستهلاكات الا ترى ان الاب لو باع بغبن يسير كان متحملا ولو استهلك شيئا يسيرا وجب عليه الضمان ◦ وقال
في الايضاح ايضا ويحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج اذا كان يبقى التفاوت بعد ذكر الطول والعرض
لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته والحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته فلا بد
من بيانه ◦ واما العددي المتقارب وهو الذي لا تتفاوت احاده في المالية كالجوز والبيض فيجوز السلم فيه الا ترى انه
لا يشترى بيضة بدانق والاخرى بفلس فعلم ان التفاوت مهدر عرفا ◦ قال في شرح الطحاوي وصغير البيض وكبيره سواء
بعد ان كان من جنس ثم كما يجوز السلم في العددي المتقارب عددا يجوز كيلا ايضا عندنا ◦ وقال زفر لا يجوز كيلا لانه
عددي لا كيلي ◦ وروي عن زفر لا يجوز عددا ايضا لوجود التفاوت في الاحاد ولنا ان التفاوت يسير وقد اهدر
ذلك في اصطلاح الناس ◦ وقال في وجيزهم ولا يكفي العد في المعدود بل لا بد من ذكر الوزن ◦ ثم عندنا يجوز
السلم في بيض النعام ايضا في ظاهر الرواية لانه معلوم مضبوط ◦ وعن ابي حنيفة انه لا يجوز لتفاوت في المالية بين احادها
واما العددي المتفاوت وتفسيره ما نقل عن ابي يوسف ما اختلف احاده في القيمة واتفق اجناسه فلا يجوز السلم فيه
وذلك كالدر والجوهر واللالي والادم والجلود والخشب والرؤوس والاكارع والرمان والبطيخ والسفرجل ونحوها
الا اذا بين من جنس الجلود والادم والخشب والجذوع شيئا معلوما وطولا معلوما وغلظا معلوما وبين جميع شرائط السلم والنحو
المتقارب يجوز وكذا السلم في الجوالق والمساتق والفراء كذا في التحفة ◦ فان قلت السلم ثبت بخلاف القياس لانه بيع المعدوم وما
ثبت بخلاف القياس فغيره لا يقاس عليه وقد ورد النص في الكيلي والوزني فينبغي ان لا يجوز السلم في الذرعي والعددي المتقارب
قلت انما جاز السلم فيهما استحسانا لا قياسا او نقول ثبت الحكم دلالة لان ذكر الكيل والوزن امكن التسليم على ما وصف بذكر
الذرع والعد فان قلت النص الصريح اقوى من الدلالة وقد صرح رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنهي عن بيع ما ليس عند الانسان فينبغي ان
لا يجوز السلم في العددي والذرعي قلت ذلك عام مخصوص خص منه الكيلي والوزني فيخص المتنازع ايضا لكونه في معناه ◦
قوله وكذا في الفلوس عددا اي يجوز السلم فيها عددا وهو ظاهر الرواية ◦ وروي عن محمد انه ابطل السلم فيها لانه
ثمن والسلم في الاثمان لا يجوز كذا ذكر في شرح الطحاوي ◦ وجه قولهما ان الثمنية في الفلوس في حقهما ثبتت باصطلاحهما
فاذا ابطلا الثمنية بقيت متعينا بالتعيين فجاز السلم وهذا معنى قوله وقد ذكرناه من قبل اي في باب الربا في مسئلة بيع الفلس
بالفلسين **قوله** ولا يجوز السلم في الحيوان هذا لفظ القدوري رحمه الله اعلم ان السلم في الحيوان باطل عندنا ◦
وعند الشافعي يجوز اذا ذكر النوع واللون والذكورة والسن بان يقال عبد تركي ابيض ابن سبع طويل او قصير او ربعة ويقول
في البعير ثني احمر من نعم بني فلان غير ناقص الخلقة ويتعرض في الخيل السن واللون والنوع ويتعرض في الطيور للنوع والكبر
والصغر من حيث الجثة كذا ذكر في وجيزهم ◦ ووجه قوله ان المعتبر في عقد السلم ان يكون المسلم فيه معلوما مضبوطا فبذكر
الجنس والنوع والسن والوصف يحصل العلم فبعد ذلك لا يبقى الا تفاوت قليل وذلك ساقط العبرة كما في الثياب فيجوز السلم
ولنا ما حدث الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار قال حدثنا ابو بكرة قال حدثنا شجاع بن الوليد عن سعيد بن ابي
عروبة عن ابي معشر عن ابراهيم عن ابن مسعود رضي الله عنه قال السلف في كل شيء الى اجل مسمى لا بأس به ما خلا الحيوان ◦ وحدث
الطحاوي ايضا باسناده الى سعيد بن جبير قال كان ابن عمر يكره السلم في الحيوان ◦ وحدث الطحاوي ايضا عن نصر
ابن مرزوق عن الخصيب عن حماد عن حميد عن ابي نضرة انه سأل ابن عمر عن السلف في الوصفاء فقال لا بأس به فقلت ان امراءنا

يسمونا عن ذلك قال فاطيعوا امراكم قال وامرا اباحنيفة يوميذ عبد الرحمن بن سمرة واصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فيعلم
بهذا ان السلم في الحيوان لا يجوز ولان الاصل في عقد السلم ان لا يجوز لكونه بيع المعدوم الا انه جوز رخصة فيما يعلم ويضبط
فيعد ذكرما قال الخصم ففي الحيوان تفاوت فاحش في المالية باعتبار الاوصاف والخصايص التي تزيد في القيمة حتى ان ربما
يشتري بضعف ما يشتري الاخر وان استويا في النوع واللون والسن لمعنى في احدهما من حسن المشي والقدر وكذلك دون
الاخر وكذلك في ساير الحيوانات من العبيد والاما والبعران فاذا كان التفاوت فاحشا لم يجز السلم لافضايه الى المنازعة
لان الاسباب وضعت لرفع المنازعة فبقي الحكم في الحيوان على الاصل وهو عدم الجواز بخلاف الثياب لان فيها بعد ذكر
الذرع والصفة والنوع لا يبقى الا تفاوت يسير يحتمل ذلك في المعاملات كما مر بيانه لان الصانع والالة اذا اتحد اتحد
المصنوع وليس الحيوان كذلك لانه ما يحدث فيه يحدث باحداث الله ايضا باسناده الى ابي رافع ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فامرنا رافع ان يقضي الرجل بكره فرجع اليه ابو رافع
فقال لم اجد فيها الا خيارا رباعيا فقال اعطه اياه فان خيار الناس احسنهم قضا فدل ذلك على ثبوت الحيوان في الذمة
قلت قال اصحابنا ان ذلك لم يكن فرضا فلا يدل ذلك على ثبوت الحيوان في الذمة • قلت قال اصحابنا ثابتا في ذمة
رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف يجوز ان يا خذ حيوانا حتى يعطي حيوانا اخر فيما بينه نسية وقد حدث صاحب السنن باسناده
الى سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسية قالوا يحتمل انه استسلف زكوة فجاء الحول فلا زكوة
على المسلف فقضاه في حق الفقرا او يكون استقرض للمسلمين فثبت القرض في بيت المال لا في ذمته فثبت مع الجهالة • فان قيل
قلت قد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم في الدية بماية من الابل وفي الجنين بغرة عبد او امة فثبت بذلك ان الحيوان
يثبت في الذمة قلت قد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم ايضا ان بيع الحيوان بالحيوان نسية لا يجوز فعلم ان الحيوان
لا يثبت في الذمة فلما ورد اصلان متعارضان وفقنا بينهما فقلنا ان ما كان بدلا عن مال لا يثبت الحيوان فيه دينا في
الذمة كما في السلم قياسا على بيع الحيوان بالحيوان نسية وما لم يكن بدلا عن مال يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة كالتزوج
او الخلع على عبد وسط او امة وسط قياسا على ابل الديات وغرة الجنين **قوله** قال ولا في اطرافه اي قال
القدوري ولا يجوز السلم ايضا في اطراف الحيوان كالروس والاكارع لانها عدديات متفاوتة لاختلافها بالصغر والكبر
والسمن والهزال والعددي المتفاوت كالبطيخ والرمان وغير ذلك لا يجوز السلم فيه للجهالة وكذا هذا والاكارع جمع كراع
الشاة والبقر ويجمع على اكرع ايضا • وفي المثل يعطي العبد الكراع فيطمع في الذراع **قوله** قال ولا في الجلود
عددا ولا في الرطبة جرزا اي قال القدوري في مختصره وعندنا لا يجوز السلم في الجلود عددا وكذا في رؤس الحيوان
وعندنا لا يجوز ذلك ما لم يبين طولها وعرضها وصفتها • وكذا يجوز في الروس اذا بيعت وزنا والمسلة عرفت في المختلف
لانه لا تفاوت فيها قلنا لا نسلم بل فيها تفاوت فاحش ونقل في الخلاصة عن شرح الشافي فقال ولا باس بالسلم في العنب
وزنا ولا خير في السلم في الرطبة ولا في الحطب حزما واحمالا واوقارا ولا خير في السلم في جلود الابل والبقر والغنم ولا في
الاوراق والادم الا ان يشترط من الورق والادم ضربا معلوم الطول والعرض والجودة • وقال في الشامل
في قسم المبسوط ولا يجوز السلم في كل عددي يتفاوت عددا كالبطيخ والاواني والجذوع والخشب اجمالا لان التفاوت
فيه فاحش فيطلب الطالب جزما وياتي به المطلوب فلا تنقطع المنازعة • فاذا علم بعد هذه الاشياء طولا وعرضا جاز
لعدم الجهالة المفضية الى المنازعة • وقال في الشامل ايضا ولا خير في السلم في الرطبة لانها تباع جزما فانها متفاوتة
كالرمان ويجوز في القت لانه يباع وزنا قال في الجمهرة وكل شي جمعته كالاضبارة فقد حزمته ومنه سميت حزمة الحطب
وقال صاحب ديوان الادب الرطبة القضب والجرز بالجيم المضمومة والرا المفتوحة المهملة بعدها الزا المعجمة جمع
جرزة وهي الحزمة • واما الجرز بكسر الجيم والزا بين المعجمتين فهي جمع جزة وهي الصوف المجزور وليس هذا موضعه
قوله قال ولا يجوز السلم حتى يكون فيه موجودا من حين العقد الى حين محل الاجل اي قال القدوري في مختصره
وفايدة هذا اللفظ ان يشترط وجود المسلم فيه زمان العقد وزمان المحل وفيما بينهما حتى لو كان منقطعا عند العقد
او عند المحل او فيما بينهما لا يجوز السلم ولقب المسلة ان السلم في المنقطع لا يجوز عندنا خلافا للشافعي فانه يقول يشترط
وجوده عند المحل فحسب لثبوت القدرة على التسليم والعجز قبل ذلك لا يعتبر لانه ليس باوان توجه المطالبة ولنا ما روى
ابو داود في سننه الى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تسلفوا في النخل حتى يبدو صلاحه • وقد شرط عليه
السلام لصحة السلم وجود المسلم فيه حال العقد وهي حجة على الخصم ولان القدرة على التسليم في البيع شرط وفيما كان
منقطعا في بعض هذه الاوقات التي ذكرناها لا توجد القدرة على التسليم لانه لا بد للقدرة على التسليم من الاكتساب
فلا يقدر المسلم اليه على اكتساب المنقطع • وقوله القدرة على التسليم عند المحل موجود قلنا انما يكون القدرة حينئذ
موجودة اذا بقي العاقد حيا الى ذلك الوقت • وفي بقايه حيا شك فلا تثبت القدرة بامر مشكوك فيه فان قال
الاصل هو الحيوة وما ثبت يبقى الى ان يوجد دليل الزوال • قلنا الاصل يعتبر لابقا ما كان على ما كان والقدرة
في الحال معدومة فلا يعتبر الاصل لاثبات شي يوجد في المستقبل • قال الولوالجي في فتاواه وحد الانقطاع
ما قاله الفقيه ابو بكر البلخي ان لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت **قوله**

ولو

ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شا فسخ السلم وان شا انتظر وجوده ذكره بتفريع المسلة القدوري • قال في الايضاح
فان اسلم فيما هو موجود الى حين حلول السلم فلم يقبض حتى انقطع فالسلم صحيح على حاله ورب السلم بالخيار ان شا فسخ العقد وان شا انتظر
وجوده لان العقد قد صح ولكنه عجز عن التسليم فثبت له حق الفسخ لان المسلم فيه بمنزلة المبيع العين فصار بمنزلة اباق العبد
قبل القبض والمحل بكسر الحا مصدر وقولهم حل الدين **قوله** ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما
وهذا من مسايل الجامع الصغير • قال صاحب التحفة فاما السلم في السمك فقد اضطربت عبارة الروايات عن اصحابنا في الاصل
والنوادر والصحيح من المذهب ان السلم يجوز في السمك الصغار وزنا وكيلا ويستوي فيه المالح والطري في حينه • واما
الكبار ففيه روايتان عن ابي حنيفة في ظاهر الرواية يجوز كيف ما كان • وفي رواية ابي يوسف في الامالي عنه انه لا يجوز
وعلى قول ابي يوسف ومحمد يجوز في ظاهر الرواية كما في اللحم • وفي رواية اخرى عنهما لا يجوز بخلاف اللحم الى هنا لفظه رحمه
الله تعالى فاجمعه وبين اللحم اذا اشترطا مكانا معلوما من الشاة • وهذا المعنى لا يوجد في السمك فصار كالسلم في مسالخ
الغنم وابو حنيفة انما لم يجوز في اللحم لاختلافه سمنا وهزالا والوصف والسمك لا يختلف في هذا المعنى ولا يختلف باختلاف الطعام
لان عظامه يوكل معه فجاز العقد • واما الكبار فيختلف باختلاف السمن والهزال كاللحم • ووجه الرواية الاخرى ان
السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالصغار • قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة لا يجوز السلم في السمك
الطري الا ان يكون في حينه وزنا معلوما • قال الفقيه ابو الليث السمرقندي قال بعض الناس هذا الحرف خطا يعني قوله في حينه
لان السمك صيد والصيد لا يكون له حين في كل وقت يمكن صيده • ثم قال الصحيح ما ذكر في الكتاب لان صفة الانقطاع
ان لا يوجد في الاسواق والسمك الطري ربما يوجد في السوق وربما لا يوجد • فان اسلم في وقت يوجد في السوق جاز
السلم • وان اسلم في وقت لا يوجد في السوق لا يجوز • والحاصل هنا ما قال في شرح الطحاوي السلم في السمك لا يخلو اما ان
كان طريا او مالحا • ولا يخلو اما ان يسلم عددا او وزنا فان اسلم فيه عددا طريا كان او مالحا لا يجوز لانه لا يتساوى
وان اسلم فيه وزنا فانه ينظر ان كان مالحا يجوز وان كان طريا ان كان العقد في حينه والاجل في حينه ولا ينقطع فيما بين ذلك
فانه يجوز والا فلا • قال ابن دريد سمك مليح ومملوح ولا يلتفت الى قول الراجز بطعمها المالح والطريا • قال ولد لا يوجد بلغته
وقال في ديوان الادب ملح القدر طرح الملح فيها بقدر فعلى هذا يجوز ان يقال سمك مالح **قوله** ولا خير فيه الجواز
على سبيل المبالغة لانه نفي جنس الخير فيفهم منه نفي الجواز بطريق الوجوب لانه نفي الخير اصلا **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله
المتفاوت **قوله** وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز في لحم الكبار منها اي من السمك وهي رواية الامالي
وقد مر انفا **قوله** ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة الا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز
وهذه من مسايل الجامع الصغير وعندهما يجوز السلم في اللحم اذا بين الجنس بان قال لحم شاة والسن ما قال ثني والنوع بان قال
ذكر والصفة بان قال سمين والموضع بان قال من الجنب والقدر بان قال عشرة امنا وجه قولهما انه اسلم في موزون معلوم فجاز
السلم فيه كساير الموزونات الا يرى انه اذا غصب اللحم اذا اتلفه يضمن المثل وزنا ويجوز استقراضه وزنا ايضا ويجري فيه ربا الفضل
بخلاف لحم الطير فانه لا يجوز السلم فيه لانه لا يمكن وصف موضع منه لقلة لحمه • ولابي حنيفة رضي الله عنه وجهان احدهما انه
مجهول لجهالة العظم وكثرته وقلته فتثبت الجهالة وهي تؤدي الى المنازعة فلا يصح السلم مع الجهالة لافضايه الى المنازعة فعلى هذا يجوز
السلم في منزوع العظم • قال صاحب المختلف وهي رواية الحسن بن زياد عن ابي حنيفة والثاني انه يختلف باختلاف السمن والهزال
لقلة الكلا وكثرته على اختلاف الاوقات فيفضي الى الجهالة المفضية الى المنازعة فلا يصح السلم على اختلاف الاوقات فيفضي الى الجهالة
المفضية الى المنازعة فلا يصح السلم • وعلى هذا لا يجوز السلم في منزوع العظم قال صاحب المختلف وهو رواية ابن شجاع عنه
وهذا الوجه هو الاصح وقولهما ان الغاصب يضمن المثل قلنا ذاك ممنوع على مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه بل على مذهب ابي
حنيفة يضمن القيمة • الا ترى الى ما قال في الجامع الكبير في باب من الاستحقاق في البيع • ولو ان رجلا غصب من رجل لحما شواه
فوجا اخر واستحق ذلك لا يبطل ضمان الغصب وكان للمغصوب منه ان يضمنه قيمة اللحم قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع
الكبير قول محمد في هذه المسلة كان للمغصوب منه ان يضمنه قيمة اللحم نص على ان اللحم مضمون بالقيمة دون المثل ولا يوجد الرواية
اخرى دون القيمة وليس بمثلي الا في هذا الموضع يعني في الجامع الكبير • ولهذا قال صاحب الفتاوي الصغرى تضمين اللحم
بالمثل قولهما • ثم قال ورايت وسط غصب المبسوط روى ابو يوسف عن ابي حنيفة اذا استهلك لحما قال عليه قيمته ويمنع
الاستقراض وزنا ايضا فنقول ذلك مذهبهما • ولين سلمنا ان اللحم مضمون بالمثل على ما ذكر في التتمة عن اجناس شيخ الاسلام
علي الاسبيجابي رحمه الله ان اللحم مضمون بالمثل وانما يضمن بالقيمة اذا انقطع عن ايدي الناس فنقول ذلك باعتبار ان المثل اعدل
من القيمة لان الاصل في ضمان العدوان المماثلة والمماثلة في مثل الشي صورة ومعنى فيكون اعدل من القيمة لانها مثل معنى لا صورة
وليس استقراض اللحم كالسلم فيه لان السلم لا يكون الا موجلا فعند حلول الاجل لا يعلم اللحم على اي حال يكون من السمن والهزال
بخلاف الاستقراض فان القبض فيه حال معاين فلا تقع المنازعة فيه بخلاف السلم فتظهر الفرق • وقولهما موزون فيصح السلم فيه
كالموزونات • قلنا ينتقض ذلك بالمشوي والمطبوخ فان قالا جز من الحيوان فيجوز السلم فيه كالشحم والالية • جوابه ان الفرق
بين المقيس والمقيس عليه ظاهر لان الاصل لا يتفاوت ولا يكون شحم امرى من شحم • ولا يوجد فيه عظم بخلاف الفرع قال
الولوالجي في فتاواه ولا خير في السلم في شي من الطيور ولا في لحومها لانه سلم في الحيوان فان كان هذا الحيوان لا يتفاوت

لان العصفور لا يتفاوت فصار كالعدديات المتقاربة الا انه يعني المنقطع لانه لا يبقى ولا يحبس للتوالد وقد يكون لحم وقد
لا يكون بخلاف السمك الطري في حينه لان امكان الاخذ في السمك راجح فكانت العبرة لامكان الاخذ لا لحقيقة الاخذ • واما
لحومها من مشايخنا من قال انه لا يجوز اذا اسلم عددا • اما اذا اسلم وزنا يجوز عندهما كما في اللحم والصحيح انه لا يجوز عددا
ووزنا عندهم جميعا لان المراد من لحم الطيور طيور لا تبقى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب انه اسلم في المنقطع ولا
كذلك سائر اللحوم • واما اذا اسلم وزنا فيما يبقى ويحبس للتوالد فتكلم المتاخرون فيه فمنهم من قال على الاختلاف كما لو اسلم
في اللحم • ومنهم من قال يجب ان يكون بالاتفاق يجوز وهو الصحيح • وابو حنيفة يقول بينهما فرق والفرق انما يقع من
التفاوت في اللحم بسبب العظم • وفي الطيور تفاوت لا عبرة به عند الناس فانه لا يجري المماكسة وكان بمنزلة عظم الالية
وعظم السمك الى هنا لفظ كتابه رحمه الله **قوله** قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا اي قال القدوري في مختصره
اعلم ان سلم الحال وهو السلم بغير اجل لا يجوز عندنا • وقال الشافعي يجوز السلم حالا ومؤجلا لما روي عنه عليه السلام
انه رخص في السلم ولان الاجل شرع ترفيها وتيسيرا رخصة وشرع الرخصة لا ينافي العزيمة • ولنا ما روي في السنن مسندا
الى ابن عباس قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في التمر السنتين والثلاث فقال رسول الله
صلى الله عليه من اسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم • فقد اشترط رسول الله الاجل كما ترى
ولان عقد السلم شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس بدليل قوله ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند
الانسان ورخص في السلم فلا بد من بيان الاجل ليكون قادرا على اداء المسلم فيه بالاكتساب في تلك المدة فاذا لم
يوجد الاجل لا توجد القدرة ويثبت العجز عن الاداء فلا يصح السلم بلا اجل لان سلم الحال لو جاز لا يخلو اما ان كان المسلم اليه
قادرا على التسليم في الحال او لم يكن قادرا • وان كان قادرا لا يجوز السلم لان السلم شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس الى
ما ليس عندهم على ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رخص في السلم والرخصة استباحة الشيء مع قيام دليل الحرمة والرزق
ولا ضرورة ههنا الى شرعه لانه لما كان قادرا امكن الوصول الى الثمن بطريق اخر غير السلم وهو البيع وان لم يكن قادرا على التسليم
في الحال لا يجوز سلم الحال ايضا لوجهين اما لافضائه الى المنازعة لان رب السلم يطالبه بالتسليم في الحال بحكم العقد والمسلم
اليه يمتنع بحكم العجز والمنازعة مفسدة للعقد واما لان العقد غير مقصود لان المقصود منه التسليم والسلم • فاذا كان المسلم
اليه عاجزا امتنع المقصود ففسد العقد لامتناعه والجواب عما روي انه عليه السلام رخص في السلم فنقول ذلك يدل على
جواز السلم بطريق الرخصة والضرورة ونحن نقول به • ولكن لا ضرورة في سلم الحال لانه ان كان قادرا انتفت الضرورة
وان لم يكن قادرا انتفى الغرض والمقصود وقد مر بيانه • فان قلت معاوضة محضة فلا يكون التأجيل فيها شرطا كما في
بيوع الاعيان • قلت يبطل ذلك بالكتابة عند الخصم فانه يشترط الاجل فيها ويبطل ايضا بالسلم في المعدوم **قوله**
لم يوجد المرخص اراد بالمرخص عجز المسلم اليه **قوله** بنوع على النافي اي بني الحكم على النافي وهو ما روي انه
عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان • وهذا لان دليل الرخصة لم يوجد لوجود القدرة على الاداء **قوله**
قال ولا يجوز الا باجل معلوم • اي قال القدوري في مختصره وذلك لما روينا في حديث ابن عباس رضي الله عنهما الى
اجل معلوم ولان الجهالة مفضية الى المنازعة فيفسد العقد كما في البيع فلا بد من تعيين الاجل • قال صاحب التحفة ثم
لا رواية عن اصحابنا في المبسوط في مقدار الاجل واختلفت الروايات منهم والاصح ما روي عن محمد انه مقدر بالشهر لانه ادنى
الاجل واقصى العاجل الى هنا لفظ التحفة • وقال صاحب الايضاح وتقدير الاجل الى العاقدين وان قدر بنصف
يوم جاز وبعض اصحابنا قدروا اقله بثلاثة ايام استدلالا بمدة خيار الشرط وانه ليس بصحيح • لان التقدير ثمة بالثلاث
بيان اقصى المدة • واما ادناه فغير مقدر **قوله** وقيل ثلاثة ايام وهو المروي عن الشيخ ابي جعفر احمد بن ابي
عمران استاذ الطحاوي • وقال الصدر الشهيد في طريقته المطولة والصحيح ما روي الكرخي انه مقدار ما يمكن فيه
تحصيل المسلم فيه **قوله** والاول اصح اي تقدير الاجل بالشهر هو الاصح لما مر انفا • ولا يجوز السلم بمكيال رجل
بعينه ولا بذراع رجل بعينه وهذا لفظ القدوري في مختصره • قال صاحب الهداية معناه لا يعرف مقداره يعني اذا
كان لا يعرف مقدار المكيال والذراع لا يجوز لان هلاك ذلك يعجز عن التسليم بخلاف بيع العين فانه يجوز لان فيه يتعجل التسليم
فيندر الهلاك وقد مر في اول البيوع وجملة القول فيه ما قال في شرح الطحاوي • ولو اعلم قدره بمثل هذا الاناء لم يجز
اذا كان لا يدري كم يسع فيه بخلاف بيع العين فانه اذا قال بعت منك من هذه الصبرة بمثل هذا الاناء بدرهم ولا يدري
كم يسع في الاناء فالبيع جائز • وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه قال لا يجوز بيع العين ايضا لانه بيع ليس بمجازفة
ولا مكايلة وبيع الحنطة انما يجوز على احدهما • وقيل هذا اذا كان الاناء من حديد او خزف او خشب او ما اشبه ذلك
فلا يحتمل الزيادة والنقصان فاما اذا كان الاناء يحتمل الزيادة والنقصان كالزنبيل والجوالق والغرارة • وما اشبه
ذلك فلذلك لا يجوز بيع العين ايضا الا ان ابا يوسف استحسن في قرب الماء واجازه • وان كان يحتمل الزيادة والنقصان
وهو ان يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء من هذه القربة وعينها جاز البيع فيه وان كان السلم وزنيا فينبغي ان يعلم
قدره بوزن يؤمن فقده من ايدي الناس • وان اعلم بوزن هذا الحجر ولم يعلم ما وزنه فانه لا يجوز السلم • ويجوز
في بيع العين • واذا كان السلم ذرعيا ينبغي ان يعلم ذرعه بقدر يؤمن فقده من ايدي الناس فانه اعلم بخشبة

بعينها

بعينها ولا يدري كم هو او بذراع رجل بعينه فلا يجوز السلم لجواز ان يهلك الخشبة او الرجل فلا يدري ما اسلم فيه • وفي بيع العين يجوز الكلام
في شرح الطحاوي فيأخذ بقدر التمر اي علة **قوله** قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها اي قال القدوري في مختصره
وجملة القول فيه ايضا ما قال في شرح الطحاوي ولا يجوز السلم في طعام من موضع بعينه لانه ورد فيه الخبر وهو ما روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه سئل عن السلم في تمر فلان فقال اما من تمر حائط فلان فلا ارايت لو اذهب الله تمره بم يستحل احدكم مال اخيه فنهى عن
ذلك • وكذا اذا اسلم في حنطة سمرقند او في حنطة بخارا او في حنطة اسبيجاب فان السلم لا يجوز لانه موهوم انقطاعه عن ايدي
الناس فيصير عقد السلم معقودا على خطر النقص فلا يجوز ذلك • وكذا لو اسلم في حنطة هراة لا يجوز للمعنى الذي ذكرنا ولو
اسلم في ثوب هراة وذكر جميع شرائط السلم فانه يجوز • والفرق بينهما ان اضافة الحنطة الى هراة ليس يفيد بيان الجنس والنوع
وانما يفيد تخصيص البقعة والمكان فيحصل السلم في موهوم انقطاعه فلم يجز • الا يرى ان السلم يجوز في الحنطة من غير ان يضيفها
الى هراة • واما في الثوب فان اضافته الى هراة يفيد بيان الجنس والنوع ولا يكون لتخصيص المكان والبقعة • الا يرى ان السلم
لا يجوز بغير ذكر الهروي والمروي فان المسلم فيه اذا اتى بثوب نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروي فانه يجوز ويجبر رب السلم
على قبوله فثبت ان ذكر هراة في ذكر الثوب عبارة عن بيان جنسه • وذكر هراة عند ذكر الحنطة عبارة عن تخصيص البقعة
ولو اسلم في حنطة العراق او في حنطة خراسان فالسلم جائز لان العراق اسم لولاية • وكذلك خراسان فلا يتوهم انقطاعها
من ايدي الناس في عامة الولاية فجاز • ولو اسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لانها مستهلكة في الحال • وكونها
موجودة في وقت العقد الى وقت المحل شرط لصحة السلم الكل من شرح الطحاوي ولم اعترض لفظة المتروك **قوله** ولو
كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة يعني لبيان الجودة لا بأس به على ما قالوا اي على ما قال المشايخ كالخشمراني ببخارا وهو نوع من
الحنطة يسمى بذلك ثمة • والبساخي بفرغانة وهو ايضا نوع من الحنطة عندهم وكذا اذا ذكر النسبة في الثوب لبيان الصفة ثم
كما اذا قال هروي يجوز لان الثوب الهروي يعني ما ينسج على صفة معلومة سواء نسج في تلك القرية او غيرها • قال في خلاصة
الفتاوى ولو كان ذكر النسبة لبيان الصفة لا لتعيين المكان كالخشمراني ببخارا فانه يذكر لبيان الجودة فلا يفسد السلم وان كان
يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع **قوله** قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط • اي قال القدوري
في مختصره ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا بسبع شرائط تذكر في العقد جنس معلوم ونوع معلوم وصفة معلومة
ومقدار معلوم واجل معلوم ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان مما يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود
وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة • وقال ابو يوسف ومحمد لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا
ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد • اعلم ان شرائط صحة السلم سبعة عشر ستة في رأس المال واحد عشر في المسلم فيه
اما التي في رأس المال فاحدها بيان الجنس انه دراهم او دنانير او سائر الموزونات كالحديد والقطن ونحو ذلك او من المكيلات
كالحنطة والشعير • والثاني بيان النوع انها بخارية او سمرقندية اذا كان في البلد نقود مختلفة • فاذا لم يختلف فذكر الجنس
كاف وينصرف الى نقد البلد • والثالث بيان الصفة من الجودة والرداءة والوسط والرابع اعلام قدر رأس المال اذا
كان العقد يتعلق بالمقدار كالمكيل والموزون والعددي المتقارب على قول ابي حنيفة وسفيان وهو احد قولي الشافعي وقال
ابو يوسف ومحمد ليس بشرط وهو احد قولي الشافعي • واما اذا لم يتعلق العقد بالمقدار كالثوب فلا يشترط اعلام القدر
ويكتفي بالاشارة والتعيين في الذرعيات في قولهم وذلك لان الذرعيات في الثوب يجري مجرى الوصف • ولهذا اذا
اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع فوجده زائدا فالزيادة له ولو وجده ناقصا لا يحط شيء من الثمن ولكن له الخيار وفي بيع العين
اعلام قدر الثمن ليس بشرط بالاجماع اذا كان مشارا اليه • والخامس كون الدراهم والدنانير منتقدة عند ابي حنيفة وعندهما
ليس بشرط • وهذا بناء على مسألة اخرى وهو ان المسلم اليه اذا وجد اكثر رأس المال زيوفا فرده واستبدل في مجلس الرد فسد
السلم في المردود عند ابي حنيفة خلافا لهما فالشرط الانتقاد تحرزا عن الفساد وعندهما ليس بشرط • والسادس تعجيل رأس
المال وقبضه قبل افتراق المتعاقدين بابدانهما سواء كان رأس المال عينا او دينا • وقال مالك لا يشترط تعجيله ان كان عينا
وان كان دينا يشترط في قول • وفي قول يجوز التأخير يوما او يومين وفي الصرف يشترط قبل الافتراق بابدانهما اجماعا
سواء كان عينا كالتبر والمصوغ او دينا كالدراهم والدنانير • واما التي في المسلم فيه فاحدها بيان الجنس كالحنطة والشعير
ونحو ذلك • والثاني بيان النوع كقولك كشية او سقية سهلية او جبلية وفي الهداية قال في بيان النوع كقولنا سقية
او بخسية • والثالث بيان الصفة كقولك جيد او رديء او وسط • والرابع اعلام قدر المسلم فيه انه كذا كذا قفيزا بكيل
معروف عند الناس • والخامس ان لا يشتمل البدلين احد وصفي علة ربا الفضل وهو القدر المتفق او الجنس لان حرمة النساء
تتحقق به • والسادس ان يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين حتى لا يجوز السلم في الدراهم والدنانير وفي التبر لا يجوز على قياس
رواية كتاب الصرف لانه الحق بالمضروب • ويجوز على قياس رواية كتاب الشركة لانه الحق بالعروض وهو رواية عن ابي
يوسف وفي الفلوس عندنا اهل يجوز وقد مر بيانه • والسابع الاجل وفيه خلاف الشافعي وقد مر • والثامن ان لا ينقطع من حين
العقد الى حين المحل وفيه خلاف الشافعي وقد مر ايضا • والتاسع ان يكون العقد باتا ليس فيه خيار الشرط لان شرط الخيار
في البيع ثبت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة اليه في السلم ولو ابطل الخيار قبل التفرق ورأس المال قائم في يد المسلم اليه انقلب
جائزا عندنا خلافا لزفر ولو كان رأس المال هالكا لا ينقلب جائزا اتفاقا والعاشر بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة كالحنطة

والتسليم عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يتعين مكان العقد للايفاء اذا امكن اما اذا لم يمكن كما اذا كان العقد في البحر
او على رأس الجبل لا يتعين مكان العقد بل يسلم في اقرب المواضع الذي يمكن التسليم فيه • وفيما ليس له حمل ومؤنة كالمسك والكافور
واللآلي ونحوها في رواية عن اصحابنا يتعين مكان العقد وفي رواية لا يتعين ويسلم حيث لقيه • والحادي عشر كون المسلم فيه
مضبوطا بالوصف كالاجناس الاربعة المكيل والموزون والذرع والعددي المتقارب كالجواهر واللآلي والادم والخشب
والرمان ونحوها لا يجوز السلم الا اذا بين من جنس الجلود والادم والخشب شيئا معلوما وطولا معلوما والى جميع شرائط السلم
والتحق بالمتقارب لجنيد يجوز **قوله** سقيه او بخسه والسقية ما يسقى سيحا والبخسية خلافه ثم الاصل هنا في شرائط
الشرائط ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من اسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن
معلوم الى اجل معلوم فاشترط رسول الله صلى الله عليه وسلم العلم بالمسلم فيه والاجل فصار ذلك اصلا في كل جهالة تفضي الى
المنازعة يجب نفيها عن العقد وهو المراد من قوله والمعنى فيه ما بينا اشار به الى قوله ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة
فصار هذا كبيع السلم بمكيال رجل بعينه لا يعرف مقداره • وجه قولهما في ان اعلام قدر رأس المال ليس بشرط ان المقصود وهو
التعيين يحصل بالاشارة ويكتفى بها فلا حاجة الى معرفة قدر رأس المال كيلا او وزنا كما لو كان ثوبا او حيوانا وكما لو كان
المكيل او الموزون ثمنا في البيع مشارا اليه • ولابي حنيفة رضي الله عنه ان رأس المال ربما يوجد بعضه ستوقا او زيوفا
فيرد الزيف ولا يستبدل في مجلس الرد فينفسخ العقد فيه ثم لا يعلم في كم بقي العقد وفي كم انفسخ • ولا يقال هذا موهوم
والموهوم لا يعتبر لانا نقول الموهوم في عقد السلم كالمحقق لان الاصل عدم الجواز لكونه بيع المعدوم • وانما جوز اذا وقع
الامن عن الغرر من كل وجه • واذا بقي نوع غرر بقي الامر على ما كان وهو عدم الجواز يوضح قوله ارايت لو ذهب الله
تعالى بثمر هذا الحائط ثم يستحل احدكم مال اخيه وليس كذلك الثوب والحيوان لان الذرعان في الثياب تجري مجرى الوصف
ولهذا اذا كان بعض الثوب مجزوفا كان المسلم اليه بالخيار ان شاء اخذ بجميع المسلم فيه وان شاء ترك • واذا كان بعض المراد
الحيوان ثالثا والوجه الاخر لابي حنيفة انه احد عوضي السلم فيشترط معرفة مقداره كالعوض الاخر وهو المسلم فيه اذا كان
يتعلق العقد على قدره • والوجه الاخر انه عقد يشترط فيه القبض في المجلس فيشترط فيه معرفة القدر كالصرف والرهن
فان قالا لا عوض في معاوضة فلا يشترط فيه معرفة المقدار بعد التعيين كالعوض في البيع والنكاح والاجارة • قلنا يبطل
ذلك بالقرض والصرف على انا نقول البيع في المقدار في الجنسين جميعا الا ترى انه لو قال بعتك مثل هذه القصعة طعاما بوزن
هذا الحجر ذهبا جاز وليس السلم كذلك والنكاح يجوز مع الجهالة اوصاف المنكوحة ومهر المثل • وكذلك اذا استاجره
لنقل صبرة طعام من مكان الى مكان فانه يجوز مع جهالة مقدار الصبرة • والمدة التي ينقل فيها ووجه قولهما في ان بيان
مكان الايفاء ليس بشرط لجواز السلم عندهما ان الموجب للتسليم العقد فيتعين مكان العقد اذا لم يعين مكان اخر الا انه يتأخر
بالاجل فاذا حل الاجل كان الوجوب بالعقد السابق فكانه لا اجل فيه • ولهذا يتعين مكان العقد فيما ليس له حمل ومؤنة
وكذا في القرض والغصب فكذا هذا • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان تعين مكان العقد للايفاء ليس من مقتضيات
العقد • ولهذا اذا عين مكانا اخر صح فلو كان تعين مكان العقد من مقتضيات العقد لم يصح تعيين مكان اخر لكونه مغيرا
لمقتضى العقد • فاذا لم يتعين مكان العقد للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا فيفضي الى المنازعة لان مالية الاشياء تختلف
باختلاف الاماكن • ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه الثمن والمسلم اليه يسلمه في موضع يقل ثمنه فيفضي الى المنازعة فيشترط
البيان لقطعها بخلاف القرض والغصب فان وجوب التسليم ثابت في الحال فكان تعين مكان القرض والغصب اولى • وبخلاف
ما ليس له حمل ومؤنة لانه لا يختلف قيمته باختلاف الاماكن بالحمل **قوله** له حمل ومؤنة هو مقصد رحل الشيء يفتقر بما له
ثقل يحتاج الى في حمله الى ظهر او اجرة حمال ما بر في لفظ الاصل ما له مؤنة في الحمل كذا في المغرب **قوله** فهما مسئلتان
اي اعلام قدر رأس المال وبيان مكان الايفاء مسئلتان مستقلتان فانه يحتاج في كل منهما الى اقامة دليل من الطرفين هو
قوله لتوهم المنافي اي لكون السلم مرة وما نع المنافي وهو كونه بيع المعدوم **قوله** ومن فروعه
اي ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال يعني اذا قال اسلمت اليك هذه العشرة الدراهم في كر حنطة وكر شعير
ولم يبين مقدار احدهما لم يجز عند ابي حنيفة خلافا لهما • وكذا اذا قال رب السلم اسلمت اليك هذه الدراهم واشار
اليها وهذه الدنانير واشار اليها ولم يعلم وزنها • قال صاحب التحفة هذا اذا اسلم فيما يتعلق العقد فيه بالقدر • فاما
اذا اسلم فيما لا يتعلق العقد فيه بالقدر كالذرعيات والعدديات المتفاوتة لا يشترط بيان القيمة فيها ويكتفى بالاشارة واليمين
في قولهم جميعا **قوله** فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر يعني ان الجزء الاول من الوقت يتعين لنفس الوجوب
وان لم يتعين لوجوب الاداء لعدم مزاحمة جزء اخر • وكذلك مكان العقد يتعين لوجوب الايفاء لعدم مزاحمة مكان اخر
قوله وصار كالقرض والغصب يعني يتعين ثمة مكان القرض والغصب للتسليم **قوله** وصار كجهالة الصفة
اي صار اختلاف المكان كجهالة الصفة يعني ان باختلاف الصفة في المسلم فيه تختلف القيمة فكذلك باختلاف المكان تختلف ايضا
مع جهالة الصفة لا يجوز السلم لافضائه الى المنازعة • وكذلك لا يجوز مع جهالة المكان لهذا المعنى فلا بد من البيان
قوله وعلى هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عندهما يوجب التحالف كما في الصفة اي على هذا
الذي قلنا وهو اختلاف المكان كجهالة الصفة • قال بعض مشايخنا ان الاختلاف في المكان يوجب التحالف عند ابي

حنيفة كما اذا اختلفا في صفة الجودة والرداءة في احد بدلي السلم • وقيل على عكسه يعني لا يتحالفان عند ابي حنيفة بل القول
قول المسلم اليه • وعندهما يتحالفان هكذا ذكر الخلاف القدوري وصاحب الايضاح وصاحب الكفاية لان المكان يتعين
عندهما بمقتضى العقد فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد فيتحالفان • ولابي حنيفة ان المكان لا يتعين
باقتضاء العقد ولا يوجب الاختلاف فيه تبديل الاصل فان السلم في المكانين شيء واحد فصار كالاختلاف في الاجل فلا يتحالفان
بخلاف الاختلاف في الوصف لان الاختلاف فيه يجري مجرى الاختلاف في الذات لان الواجب في الذمة يجب بصفته وهو غائب عنا
فيختلف الاصل باختلاف الوصف **قوله** وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة الثمن ان يكون الثمن كيليا او موزونا
دينا في الذمة ثمنا في البيع يشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة خلافا لهما • وقال بعض مشايخنا لا يشترط تعيين
مكان الايفاء في ثمن البيع بالاجماع • قال فخر الاسلام وبعض في شرح الجامع الصغير وهو غلط • لان الثمن بمنزلة الاجرة بلا
تفاوت • وصورة الاجرة منصوص في كتاب الاجارات اذا كان الثمن الذي جعل اجرا دينا وله حمل ومؤنة عند ابي حنيفة لا يصح الا
بتعيين مكان الايفاء • وعندهما يجوز من غير تعيين ويتعين مكان الدار في اجارة الدار • ويتعين مكان تسليم الدابة في
اجارة الدابة • وصورة القسمة دار بين رجلين اقتسماها فاخذ احدهما اكثر من نصيب صاحبه وزاد في نصيب الاخر مكيلا
او موزونا دينا في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة وعندهما لا يشترط **قوله** قال وما لم يكن له حمل
ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع • اي قال في الجامع الصغير وان كان شيء لا مؤنة في حمله • ولا يشترط
بيان مكان الايفاء فيه ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه • اعلم ان بيان مكان الايفاء لا يشترط لصحة العقد اجماعا فيما ليس
له حمل ومؤنة كالمسك والكافور والجواهر واللآلي ونحوها ولكن هل يتعين مكان العقد مكانا للايفاء فيه روايتان في رواية
الجامع الصغير وبيوع الاصل يتعين • وذكر في كتاب الاجارات انه لا يتعين مكان العقد • وله ان يطالبه بالتسليم في اي
مكان لقيه لانه لا يتيسر بالتسليم في اي مكان كان • وبهذا اجاب مشايخنا رحمهم الله • وقال فخر الدين قاضي خان في شرحه
للجامع الصغير بعض مشايخنا • قال وامر اذا لم يبينا زعفرانا او نافة في مكان العقد • واذا اشار زعفرانا احسن بالتسليم حيث لقيه
وزاد في التحفة ولو شرطا مكانا اخر للايفاء سوى مكان العقد ان كان فيما له حمل ومؤنة يتعين • وان كان فيما ليس له حمل ومؤنة
فيه روايتان في رواية لا يتعين وله ان يوفيه في اي مكان شاء • وفي رواية يتعين وهو الاصح **قوله** فيما ذكرنا
اي المصرح بان المواضع كبقعة واحدة في القيمة حيث لا تختلف باختلاف المحال • ولهذا لو دفع المال مضاربة ليعمل بالكوفة
كان له ان يعمل في اي مكان شاء منها **قوله** قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه اي قال القدوري في
مختصره والمراد منه المفارقة بالابدان الا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي تسليم رأس المال ليس بشرط في مجلس العقد وانما
حق تسليمه الى المسلم اليه شرط قبل الافتراق بالابدان الا ترى انهما لو تبايعا فعقدا عقد السلم ومشيا بعد ذلك يوما الى الليل ولم
يغب احدهما عن صاحبه ثم سلم رأس المال واخر قائم صح السلم • اعلم ان تسليم رأس المال قبل المفارقة شرط سواء كان رأس المال
دينا كالدراهم والدنانير او عينا كالبر والمصوغ والثوب والحيوان • اما اذا كان دينا فانما شرط التسليم قبل المفارقة
لان الدين لا يتعين الا بالقبض • فاذا افترقا عن غير قبض كان افتراقا عن دين بدين • وذلك لا يجوز لان النبي صلى
الله عليه وسلم نهى عن الكالئ بالكالئ اي عن النسيئة بالنسيئة • ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
ورخص في السلم والسلم والسلف عبارة عن عقد يثبت الملك في الثمن عاجلا وفي المثمن اجلا فاشترط تعجيل رأس المال ليتحقق المعنى
الذي وضع له الاسم • واما اذا كان رأس المال عينا ففيه قياس واستحسان ذكرهما صاحب الايضاح وغيره فالقياس
ان لا يبطل السلم بالتفرق قبل القبض لانه افتراق عن عين بدين وذلك ليس بمنهي • وفي الاستحسان يبطل لان الاصل في
رأس المال ان يكون دينا لا عينا فاذا وقع عينا كان ملحقا بالاصل ولم يتغير شرط الاصل باعتبار هذا الفرد او يقول شرط
التسليم قبل المفارقة ليتحقق معنى اسم السلم لانه يدل على التعجيل **قوله** لينقلب المسلم اليه فيه اي ليتصرف **قوله**
ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما هذا ايضاح لاشتراط القبض المستفاد من قوله ولانه لا بد
من تسليم رأس المال يعني ان خيار الشرط لما كان مانعا لانعقاد العقد في حق الحكم وهو الملك لم يصح القبض لان القبض انما يتم
اذا كان مبنيا على الملك فلما لم يثبت الملك لم يصح القبض فكان شرط الخيار في السلم مبطلا للعقد لعدم تمام القبض • بخلاف
خيار الرؤية في رأس المال وخيار العيب حيث لا يفسد السلم لانهما لا يمنعان الملك فلم يمنعا تمام القبض ايضا **قوله**
وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية وفيه اشكال لان الضمير في قوله فيه اما ان يراد به رأس المال او المسلم فيه فلا يجوز الاول
لان خيار الرؤية ثابت في رأس المال • ولهذا صرح في التحفة ان خيار الرؤية في رأس المال لا يفسد السلم لانه لا يمنع ثبوت
الملك ولا يجوز الثاني ايضا لانه لا يرتبط الكلام لان سوق كلامه ان تسليم رأس المال شرط قبل المفارقة واوضح ذلك
بعدم صحة السلم بخيار الشرط وبني قوله وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية احدهما **قوله** لانه غير مفيد يعني لا يفيد
خيار الرؤية فائدته لان فائدة الفسخ في باب بيع العين والفسخ في السلم لا يتحقق حكم الرؤية لانه لا يرد على عين ما تناوله
العقد لان ما تناوله العقد دين ثابت في الذمة والمقبوض ليس هو بعينه • فاذا رد المقبوض عاد حقه في مثله فلا
يثبت خيار الرؤية لعدم الفائدة **قوله** ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر
لان البيع وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا • ولنا ان المفسد ان تقرر قبل تقرره فصار كان لم يكن **قوله** وقد مر نظيره

اي في باب البيع الفاسد وهو انه اذا باع الى اجل مجهول كالحصاد والدياس ونحوهما ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل الاحتجاز
عنده فاخلافا لزفر على هذا الخلاف اذا باع بشرط الخيار ابدا ثم اسقط الخيار قبل مضي ثلاثة ايام ● وانما قيد بقوله وراس المال
قائم لان اسقاط خيار الشرط اذا كان بعد هلاك راس المال لا ينقلب العقد الى الجواز اتفاقا قوله وجملة الشروط
جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله ● قال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير وشرائط السلم عند ابي حنيفة خمسة اشيا اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله
وبيان المكان الذي يوفيه فيه ● وفي قولهما هكذا الا في شيئين اعلام راس المال ومكان الذي يوفيه فيه وقول الشافعي
مثل قولهما الا في الاجل الى هنا لفظ الفقيه رحمه الله ثم قوله اعلام راس المال يشمل بيان الجنس والنوع والصفة والقدر واراد
بتاجيله تاجيله الى اجل معلوم على حسب ما يرضى المتعاقدان واراد بالقدرة على تحصيله ان لا يكون منقطعا ● وكان الفقيه لم
يذكر هذا الشرط في الضابط لما ان عدم الانقطاع وان كان شرطا لصحة السلم لكن ذكره ليس بشرط لانعقاد السلم لان الانقطاع
عارض والاصل عدمه ● وهذه الشروط من بيان جميعها عند قوله ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط ● ولو قيل في الضابط
وان يكن تحصيله او قيل وان يستطاع تحصيله كان اولى لرعاية السجع قوله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها
دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل وهذه من مسائل الجامع الصغير ● اعلم ان السلم في حصة الدين باطل لانه
دين بدين وقد نهى رسول الله عن ذلك وان نقد الدين قبل الافتراق صح لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاملات
وان عينت فصار الاطلاق والتعيين سوا ● ثم لا يشيع الفساد ولا يثبت في حصة النقد فساد حصة الدين اذا لم ينقد قبل
الافتراق لان الفساد لم يقترن بصلب العقد بل هو طاري لان السلم صح في الكل ● ولهذا اذا نقد الدين قبل الافتراق جاز وانما
ثبت الفساد في حصة الدين بالافتراق من غير قبض ● اما اذا اطلق السلم بالمائتين ثم قاصا بمائة منهما بما على المسلم اليه فظاهر عدم
الفساد ظاهر لا اشكال فيه لان العقد صح في الكل ● وانما وقع الفساد في احد المائتين بالافتراق من غير قبض ● وكذا اذا
اضاف العقد الى الدين لان الدراهم لا تتعين اذا كانت عينا فكذا اذا كانت دينا ● وهذا قالوا اذا باع شيئا بدين ثم تفاسخا
ان لا دين عليه لا يبطل البيع فان الرهنين الدين صار الاضافة اليه والاطلاق سواء ولا دخل المنظومة سوا لاجل ياخذ
فيه وفي قوله ان كان راس المال نوعين فعند هذا وذا ان ذلك والكر وقدر لم يبين قسط ذا وقسط ذا والى الشعير
والزيت كذا احب شاع الفساد ● وعلى مذهبهما في حنيفة في الكل وعندهما لم يمتنع بل يبطل في حصة الدين لان ثم راس المال
نوعان دراهم ودنانير احد النوعين دين والاخر عين ● فاذا بطل في حصة الدين بطل في حصة العين ايضا لانه لا
في كر الشاد وفي كر انه يشيع فلا حلا هنا ذا صاحب المنظومة بقوله ان لم يبين قسط ذا وقسط ذا اشارة من اي ان اذا بين
قسط كل واحد من النوعين لا يتعدى الفساد الى السلم عند ابي حنيفة ايضا ● وهذا في مسلة الهداية وفي مسلة الجامع
الصغير راس المال نوع واحد وهو الدراهم لكن بعضها عين وبعضها دين ● فان ذا بطل في النصف الذي هو دين لم يكن له الباقي
مجهولا بل هو معلوم فلم يشيع الفساد الى الباقي ● الا ترى ان صاحب الهداية قال شيئا قاله صاحب المنظومة ايضا فلهذا
حيث قال ومن اسلم وعشرة اذا السلم في حنطتين ولم يبين راس مال كل واحد ● او اسلم حنطتين ولم يبين مقدار احدهما اذا
سلم عشرة دراهم في كر حنطة وكر شعير ولم يبين حصة الحنطة وحصة الشعير ● او اسلم حنطة معينة وشعيرا معينا
في كذا فسار الزعفران لا يجوز عند ابي حنيفة خلافا لهما **قوله** لما بينا اشارة الى قوله وقد نهى النبي صلى الله
عليه وسلم عن الكالي بالكالي **قوله** وهذا لان الدين لا يتعين في البيع اشارة الى قوله اذ السلم وقع صحيحا ه
قوله ولا يجوز التصرف في راس المال والمسلم فيه قبل القبض وهذه من مسائل القدوري ● واما لم يجز التصرف
في راس المال قبل القبض لان قبضه قبل الافتراق بالابدان شرط لصحة عقد السلم حتى لا يلزم الكالي بالكالي
بالكالي فاذا جاز التصرف بالبيع والهبة ونحو ذلك يفوت الشرط فيفسد العقد وهو معنى قوله لما فيه من تفويت القبض
المستحق بالعقد ● واما لم يجز التصرف في المسلم فيه قبل القبض لان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز لما
روي في السنن مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه
وانما قيد بقوله قبل القبض احترازا عما بعد القبض ● ولهذا قال في شرح الطحاوي ولا باس ان يبيع رب السلم سلمه بعد
قبضه اياه مرابحة على راس المال ● وان يبيعه تولية وان يبيعه مواضعة وان يشرك فيه غيره كما لو اشترى عينا
لان المقبوض بعقد السلم يجعل في الحكم كعين ما ورد عليه العقد فصار كما لو اشترى عينا براس المال وراس المال ان
كان مثليا يجوز له ان يبيعه مرابحة عليه وان كان غير مثلي لا يجوز بيعه مرابحة عليه الا ان باعه ممن عنده به وبزيادة
ربح عليه معلوم فيجوز **قوله** ولا يجوز الشركة والتولية هذا ايضا لفظ القدوري ● وانما خصهما بالذكر بعد
تناولهما **قوله** ولا يجوز التصرف في راس المال والمسلم فيه قبل القبض لانهما اكثر وقوعا من المرابحة والمواضعة
وقيل احترز عن قول البعض انه يجوز على التولية في بيع العين والسلم **قوله** وان تقايلا السلم لم يكن له
ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله ● وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اسلم الى رجل عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا السلم فاراد رب السلم
ان يشتري براس المال شيئا قبل ان يقبضه قال ليس له ذلك ● ولا يجوز شراؤه اعلم اولا ان الاقالة في السلم كله او

بعضه

قبضه ما ليس ذلك الغاية اذا كان الباقي منه جزءا معلوما كالنصف ونحوه وبه صرح الطحاوي في مختصره ● لا تصح الاقالة اذا تقايلا
قبل قبض راس المال اذا اشترى شيئا من المسلم اليه هل يجوز ذلك ام لا ● قال في شرح الجامع الصغير وفي الايضاح لم يجوزه علماؤنا
والقياس انه لا يجوز وهو قول زفر ● وجه قولهما انهما لما تقايلا ارتفع العقد وعاد الملك في الدراهم على قديم الملك فجاز الاستبدال
عنه ولهذا لم يجز قبضه في المجلس فصار كبدل القرض والغصب ● واحتج اصحابنا بما روي عن ابي سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال لا تاخذ الا سلمك او راس مالك يعني سلمك في حال سلامة العقد وراس مالك في حال انفساخ العقد ● ثم السلم لا يحتمل
الاستبدال حال سلامة العقد فكذلك راس المال عند الاقالة ● ولان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في
حق غيرهما ● وحرمة الاستبدال ثبتت حقا للغير وهو الشرع فلم يجز التصرف في حق الغير ● ولان راس المال اخذ شبها بالمبيع لما كان
هو المقصود لسقوط المسلم فيه بالاقالة فلم يجز التصرف فيه قبل القبض ● وقبضه في مجلس الاقالة ليس بشرط لانها ليست بيعا
من كل وجه ● وهذا بخلاف ما اذا كان السلم وقع فاسدا من الاصل لفقد شرط من شروطه وقبض المسلم اليه راس المال فان تصرف
رب السلم في راس المال قبل القبض جائز وبه صرح في شرح الطحاوي والايضاح وغيرهما لانه لا يكون له حكم السلم فصار كسائر الديون
قوله وفيه خلاف زفر فيما اذا تقايلا السلم واشترى رب السلم براس المال شيئا قبل القبض فعنده يجوز ذلك وهو
القياس ● وقد بيناه انفا **قوله** ما ذكرنا اراد به قوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك ● قال
محمد في الاصل ولا ياخذ الا سلمه بعينه او راس ماله بلغنا ذلك عن ابراهيم **قوله** ومن اسلم في كر فلما حل الاجل
اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله
لنفسه جاز وهذا من مسائل الجامع الصغير ● واصل هذا ان العقد اذا وقع مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري ان يتصرف
حتى يعيد الكيل او الوزن ثانيا لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري قال
ابن ماجه في سننه حدثنا علي بن محمد قال حدثنا وكيع عن ابن ابي ليلى عن ابي الزبير عن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البايع وصاع المشتري والسلم عقد بشرط الكيل فيشترط الكيل ثانيا ● وانما قلنا
انه عقد بشرط الكيل لان السلم في الطعام لا يصح الا بكيل معلوم ● والمعنى في اشتراط الكيل ثانيا انه اذا كاله ثانيا ربما يزيد
على قدر الكر فلا يحل له الزيادة ● فلو جاز التصرف قبل الكيل ثانيا يلزم التصرف في مال الغير وهو حرام ● ثم المسلم اليه لما امر
رب السلم بقبض الكر الذي اشتراه المسلم اليه فصار بحوزة رب السلم صار كانه باع المسلم اليه ذلك الكر من رب السلم فاجتمع صفقتان
فلا بد من الكيل مرتين مرة لنفسه ومرة للمسلم اليه لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان ● وانما قلنا
انه صار كانه باع المسلم اليه ذلك الكر من رب السلم لان حق رب السلم كان في الدين وهذا عين حقيقة ● وهو غير الدين لما جعل
العين عين الدين حكما لئلا يلزم الحرام وهو استبدال المسلم فيه وبما وراء الاستبدال صار كالبايع من رب السلم ● ولو لم يكن الكر سلما
بل كان قرضا اكتفي بكيل واحد ● صورته ما قال الامام العتابي في شرح الجامع الصغير ولو استقرض كرا من انسان فلما طالب
المقرض اشترى المستقرض من رجل كرا وامر المقرض بقبضه قضاء بحقه صح الامر ● فاذا قبضه يكتفي بكيل واحد لاجل المستقرض لان الشرى
يشترط غير حقه لكون القرض عارية فلا حاجة له الى الكيل فيجب كيل واحد للمستقرض بحكم شرائه من بايعه ● قال في الشامل في قسم
المبسوط في كل موضع وجد عقدان لا يكتفي بكيل واحد وان كان بحضرة الاخر وفي كل موضع وجد عقد واحد يكتفي بكيل واحد ه
وكذلك ان اشترى موازنة لا يتصرف فيما لم يتزن فان اشترى مجازفة او اخذ قرضا جاز ان يترك الكيل والوزن ● اما المجازفة
فلان المعقود عليه عين ما يشار اليه لا القدر فلا يكون الكيل تمام القبض ● واما القرض فلانه عارية فقبض البيع لا يعتبر فيه ولهذا
ولو اشترى المعدود عدا فلا يشترط العد ثانيا فيه روايتان ثم تربا بهما قبل باب الربا والحرام لسين تعيرا كذا قال الازهري
وما قيل في بعض النسخ اثنتان لاربعين تغيرا ففيه نظر **قوله** على ما مر اشارة الى ما ذكر في الفصل الذي بعد باب
المرابحة والتولية بقوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما بين **قوله** والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق
وانه بمنزلة ابتداء البيع هذا جواب سوال مقدر بينها الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير ● فقال فان قيل ان بيع المسلم
اليه مع راس السلم كان سابقا على شرا المسلم اليه من بايعه فلا يكون المسلم اليه بايعا بعد الشرا فكيف يدخل تحت النهي قيل له قد باع
من وجد بعد الشرا لان ما باع قبل الشرا كان دينا وانما يصير بايعا للعين عند اقتضاء رب السلم الا ان هذا العين جعل عين حقه حكما
حتى لا يصير مستبدلا ● اما فيما وراء ذلك فهو كالبايع عند الاقتضا فيصير بايعا ما اشترى مكايلة قبل الكيل فكان باطلا ه
قوله ينعقد بلفظه اي ينعقد القرض بلفظ الاعارة ● وانما جعل القرض اعارة لانه لو لم يكن اعارة يلزم تمليك الشيء
بجنسه نسيئة وذلك ربا ● ولهذا لا يصح الاجل في القرض لان التاجيل في العارية ليس بلازم لان التبرع باق في اللزوم ● فاذا
كان القرض اعارة كان ما اخذ المقرض من حقه لم يجمع الصفقتان فاكتفي بكيل واحد لاجل المستقرض بسبب شرائه من بايعه ه
قوله قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرايره ففعل وهو غائب لم يكن قبضا ● اي قال
محمد في الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل كرا من طعام وامره ان
يكيله في غراير المشتري ففعل والمشتري غائب قال هذا قبض وان امره ان يكيله في جانب بيته البايع ففعل والمشتري غائب لم يكن
قبضا ● ثم يدير اذا كان الطعام عينا ثم قال في السلم اذا امره ان يكيله في غراير المشتري ففعل لم يكن قبضا ● وانما قيد بقوله
والمشتري غائب لانه اذا كان حاضرا صار المشتري قابضا سوا كان الغراير له او للبايع او كانت مستاجرة ● وبه صرح الفقيه ابو

الليث لو الدقيق بين السلم وبين شرا العين لان الامر بالكيل لم يصح لانه يتناول عينا مملوكة للبائع • وهذا لانه حق رب السلم
في الدين لا في العين وحق الدين وهو وصف ثابت في الذمة في غرائر رب السلم محال وحقه في العين انما يتحقق بالقبض ولم
يوجد فلم يصر المسلم اليه نائبا عن رب السلم في امساك الغرائر بل صار مستعيرا لها • وقد جعل المسلم اليه ملك نفسه فيها
فلم يصر رب السلم في امساك الغرائر قابضا حتى اذا هلك هلك من مال المسلم اليه وفي الدين في ذمته كما كان • وكذا لا
يصير قابضا ايضا اذا كانت الغرائر للبائع لانها اذا كانت للمشتري لا يثبت القبض لعدم صحة الامر فهنا اولى • وكذا
اذا كان له على رجل دراهم فدفع اليه كيسا وامره بان يزن فيه من دراهمه لم يصر قابضا لما ذكرنا وفي الرابع الامر
فصار قابضا لانه بناء على ملك نفسه لانه لما وجد الشرا ثبت الملك له في العين فصار البائع وكيلا عنه في امساك الغرائر فصار
الواقع في الغرائر واقعا في يد المشتري فصار قابضا • ولو كانت الغرائر في صورة الشرا للبائع لا يصير قابضا لان المشتري
يصير مستعيرا للغرائر من البائع فلم تصح العارية لعدم القبض فلم يصر الواقع فيها واقعا في يد المشتري فصار كما لو امره ان يعزل
الكر في جانب بيت البائع فعزله لا يكون المشتري قابضا وكذا هنا • ولو امر المشتري البائع بالطحن كان الدقيق للمشتري لصحة
الامر لانه بناء على ملك نفسه وفي السلم كان الدقيق للمسلم اليه لعدم صحة الامر • فان اخذ رب السلم الدقيق كان حراما لكونه
بدلا عن المسلم فيه والاستبدال في السلم حرام • ولو امر المشتري ان يلقيه في البحر هلك من مال المشتري وفي السلم من مال
المسلم اليه فان اجتمع الدين والعين بان اشترى كرا معينا وله على البائع كر آخر دين وهو المسلم فيه فدفع رب السلم الغرائر وامره
ان يجعل الدين والعين فيها فان بدأ بالعين ثم بالدين صار المشتري قابضا لهما جميعا • اما العين فلصحة الامر واما الدين فلانه
اتصل بملك المشتري والعين في ملكه فصار الدين ايضا في يده لاتصاله بها فصار قابضا بالكل ونظيره ما اذا استقرض كرا
من حنطة وامره ان يزرعه في الارض المستقرض صح القرض وصار المستقرض قابضا لاتصاله بملكه فكذلك ههنا • وكذلك قال
في كتاب الصرف في رجل دفع دينارا الى الصائغ وامره ان يزيد من عنده نصف دينار حتى يصير زينا ويصير بالاتصال الى
ملكه قابضا فان بدأ بالدين ثم بالعين لم يصر قابضا • اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلط حنطة المشتري
بحنطة نفسه بحيث لا تتميز فصار مستهلكا • والبائع اذا استهلك المبيع قبل القبض انتقض البيع وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
اما عند صاحبيه فالمشتري بالخيار ان شاء شاركه في المخلوط بقدر حنطته لان الخلط ليس باستهلاك عندهما وان شاء نقض
البيع **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لصحة الامر **قوله** في الصحيح احتراز عما قيل في الشرا لا يكتفى بكيل واحد
بل يشترط كيلان وقد مر ذلك قبل باب الربا **قوله** والقبض بالوقوع في غرائر المشتري اي القبض يتحقق بوقوع الكر
في غرائر المشتري **قوله** وهذا الخلط غير مرضي به من جهته اي الخلط بالبداية بالدين ثم العين ليس بمرضي به من جهة
المشتري • وهذا جواب لسؤال مقدر بان يقال لم ينتقض البيع وقد حصل الخلط باذن المشتري وهذا جواب لسؤال
مقدر بان يقال لم ينتقض البيع وقد حصل الخلط باذن المشتري فكان الخلط المأذون بان وقع على وجه يصير المشتري
قابضا وهنا لم يصر قابضا فلم يصر الخلط مأذونا به ومرضيا به وانما اذن له بالخلط على وجه يصير قابضا بالبداية بالعين
قوله ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو
تقايلا بعد هلاك الجارية جاز وهذا من مسائل الجامع الصغير وصورة المسألة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
اشترى من رجل جارية بالف درهم وقبض الجارية ثم تقايلا البيع فالاقالة جائزة وان ماتت الجارية في يد المشتري بعد ذلك بطلت
الاقالة وكان المال على المشتري • وان ماتت الجارية قبل الاقالة ثم تقايلا فالاقالة باطلة • ثم قال في السلم في رجل
اسلم جارية الى رجل في كر من حنطة ودفع اليه الجارية ثم تقايلا السلم فالاقالة جائزة فان ماتت الجارية بعد فعلى المسلم اليه قيمة
الجارية يوم قبضها • ثم اعلم ان الفرق بين السلم حيث تصح الاقالة بعد هلاك الجارية في يد المسلم اليه قبل الرد الى رب السلم
سواء هلكت قبل الاقالة او بعد الاقالة وبين البيع حيث لا تصح الاقالة اذا هلكت الجارية سواء كان الاقالة قبل هلاكها
او بعد هلاكها فهو ان الاقالة فسخ العقد ولا قيام للاقالة الا بقيام العقد ولا قيام للعقد الا بقيام المبيع لانه هو الاصل
والمبيع وهو المسلم فيه قائم في صورة السلم بعد هلاك الجارية التي هي رأس المال فصحت الاقالة لقيام المبيع فانتقض العقد
في المسلم فيه فلما انتقض فيه انتقض في رأس المال ايضا ضرورة والمسلم اليه عاجز عن رد الجارية لهلاكها فتعين قيمتها يوم القبض
فاذا صحت الاقالة وهي هالكة يوم الاقالة لان تبقى صحيحة ايضا اذا هلكت بعد الاقالة قبل الرد لان البقاء اسهل من الابتداء
والدليل على ان المسلم فيه مبيع ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم لانه
انه عليه السلام قد جعل المسلم فيه مبيعا بخلاف بيع الجارية بالدراهم فان الاقالة لا تصح بعد هلاك الجارية لفوات المعقود
عليه وبفواته لا يبقى محل البيع فلما فات محل البيع لم تصح الاقالة لانها لا تصح بدون قيام المعقود عليه • وكذا الاقالة باطلة
اذا هلكت الجارية بعد الاقالة قبل الرد • وهذا لان ما كان راجعا الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سوا • ولو كان البيع
مقايضة لا تبطل الاقالة بهلاك احد العوضين لان كل واحد من العوضين ثمن ومثمن فبهلاك احدهما لا يفوت محل العقد
فتصح الاقالة لقيام المعقود عليه • ثم فيما صحت الاقالة اذا اختلفا في القيمة فالقول قول المطلوب والبينة بينة الطالب
وهو رب السلم الذي يدعي ما نص محمد في الاصل بقوله • واذا مات كالسلم ورب المال ثوب فهلك الثوب عند المطلوب
قبل ان يقبض الطالب فعلى المطلوب قيمته • والقول في ذلك قول المطلوب وعلى الطالب البينة على ما يدعي من فضل القيمة

الدهنا

الاوصاف الاصلية ذكره في موضع آخر فيه ان القول قول المطلوب مع يمينه الا ان يقوم للطالب بينة على ما يدعي **قوله** فانت
في يد المشتري اراد بالمشتري المسلم اليه لانه اشترى الجارية بالحنطة التي هي دين في ذمته **قوله** ومن اسلم الى رجل دراهم
في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت لك رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه • وهذا الفصل من الخواص وصورته
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اسلم الى رجل عشرة دراهم في كر من حنطة فقال المسلم اليه شرطت لك
طعاما رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه • ولو قال رب السلم كان في السلم اجل وقال المسلم اليه لم يكن في السلم
اجل كان القول قول رب السلم الى هنا لفظ الجامع الصغير • واصل هذا ان الكلام متى خرج مخرج التعنت لا يخرج الخصومة تطلبه وكان القول
لمدعي الصحة لان كلام المتعنت مردود فاذا رد بقي كلام الآخر بلا معارض وكان القول قوله • وان خرج مخرج الخصومة كان القول
لمدعي الصحة وان انكرها صاحبه عند ابي حنيفة اذا اتفقا على عقد واحد • وقالا للمنكر وان انكر الصحة • بيانه ان الطالب
وهو رب السلم اذا ادعى الاجل والمطلوب وهو المسلم اليه انكره فالقول للطالب لان المطلوب متعنت لانكاره ما ينفعه وهو
حد لان الاجل حق له لان الاجل لتأجيل المسلم فاذا انكر ذلك انكر ما هو حقه فتعين الفساد عرضا له فكان قوله باطلا • وهذا
اتفاق فاذا كان القول قول رب السلم كان القول قوله ايضا في مقدار الاجل • فاذا ادعى المسلم اليه الاجل فانكره رب السلم
عند ابي حنيفة القول قول المسلم اليه وعندهما القول قول رب السلم لانه انكر حقا على نفسه وهو الاجل فلم يكن متعنتا وان كان
فيه فساد العقد كما اذا اختلف رب المال مع المضارب فقال رب المال شرطت لك نصف الربح الا عشرة • وقال المضارب شرطت
لي نصف الربح مطلقا فالقول لرب المال لانه انكر حقا على نفسه وهو زيادة الربح وان كان فيه فساد العقد وكذا ههنا • ولابي
حنيفة انهما اتفقا على عقد واحد ولا صحة للعقد الا بشرط والاجل شرط السلم فكان اتفاقهما على العقد اقرارا بالصحة فكان
القول قول من يدعي الصحة لان الظاهر يشهد له بذلك لان الظاهر من حال المسلم ان يباشر العقد بوصف الصحة كما اذا اختلف
الزوجان في شهود النكاح فالقول لمن يدعي النكاح بشهود • ونقل الفقيه ابو الليث عن كتاب البيوع ان في قول ابي حنيفة
القول قول المطلوب وهو استحسان • وهذا بخلاف مسألة المضارب لانهما لم يتفقا على عقد واحد لان رب المال يدعي
الاجارة بدعواه فساد المضاربة لان المضاربة اذا فسدت صارت اجارة وهو منكر لهذا العقد في الحقيقة والمضارب
يدعي الشركة • وكان الاختلاف في نوع العقد وكان القول قول المنكر وهو رب المال وما نحن فيه ليس كذلك لانهما اتفقا على عقد
واحد وكان القول لمدعي الصحة • ولان المضاربة ليست بعقد لازم لان لكل واحد من المتعاقدين فسخ ذلك فباختلافهما
يرتفع العقد ويبقى مجرد دعوى الربح والآخر ينكر فالقول للمنكر والسلم عقد لازم لا ينفسخ بفسخ احدهما فبالاختلاف لا يرتفع فاذا
بقي العقد كان القول لمدعي الصحة لشهادة الظاهر • ثم لما جعل القول قول المسلم اليه في الاجل كان القول قوله ايضا في
مقدار الاجل • ونقل فخر الاسلام عن بعضهم ان القول قوله الى ادنى الآجال وذلك الشهر وفي الزيادة عليه لا يقبل الا
بالبينة • واذا ادعى المسلم اليه شرط الردي وانكر رب السلم الشرط اصلا كان القول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت
في انكاره وقول المتعنت مردود • وهذا لانه انكر حق نفسه وهو المسلم اليه فتعين الفساد عرضا له ولانهما اتفقا على عقد
واحد واختلفا في صحة شرط صحة العقد وهو بيان الوصف وكان القول لمدعي الصحة لان الظاهر شاهد له • اما اذا ادعى
رب السلم بيان الوصف وانكر المسلم اليه فقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير لم يذكر هذا الفصل في الكتاب يعني في
الجامع الصغير • ثم قال يجوز ان يقال القول قول المسلم اليه لان الشرط منتفع من جهته وهو منكر • ويجوز ان يقال
القول قول رب السلم لانه انكر الفساد • وقال فخر الاسلام البزدوي وصدر الشهيد وفخر الدين قاضي خان في شروحهم للجامع
الصغير يجب ان تكون المسألة على الاختلاف على قول ابي حنيفة القول قول من يدعي الصحة وهو رب السلم • وعندهما القول
قول المسلم اليه **قوله** والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ينبغي ان
لا يكون المسلم اليه متعنتا في انكاره الاجل لانه يرد رأس المال لفساد العقد بعدم الاجل ويرد رأس المال يحصل له المسلم
فيه والمسلم فيه خير من رأس المال وانفع منه فقال في جوابه والفساد غير متيقن لمكان الاجتهاد فان عند بعضهم السلم بدون
الاجل جائز وهو قول الشافعي وفي عكسه قالوا اي قال المتأخرون في شرح الجامع الصغير مثل فخر الاسلام وغيره وقد مر انفا
واراد بالعكس ما اذا ادعى رب السلم بيان الوصف بان قال شرطت لي رديا وانكر المسلم اليه وقال لم تشترط لي شيئا **قوله**
وستمر من بعد اي في المسألة التي تلي هذه عند قوله القول لرب السلم عندهما لانه منكر حقا عليه **قوله** وفي عكسه
القول لرب السلم عندهما يعني فيما اذا ادعى المسلم اليه الاجل وانكر رب السلم ثم الاختلاف في الاجل على ثلاثة اوجه احدها
في اصل الاجل ففيه القول قول المدعي للاجل مع يمينه طالبا كان او مطلوبا • وعندهما القول قول الطالب سواء كان هو
مدعيا للاجل او منكرا • والثاني في مقدار الاجل مثل ان يدعي احدهما انه شهر وقال الآخر انه شهران ففيه القول قول
الطالب مع يمينه لانه ينكر الزيادة وان قامت لاحدهما البينة يقضى ببينته وان قامت لهما يقضى ببينة المطلوب لانه يثبت الزيادة
والثالث في مضي الاجل فان الطالب كان الاجل شهرا وقد مضى • وقال المطلوب كان شهرا ولم يمض فالقول قول المطلوب
مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة • فان اقام احدهما البينة يقضى ببينته وان اقاما فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة
الاجل • ثم ينبغي لك ان تعرف ان الاختلاف في قدر الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لزفر لان التحالف في البيع ثبت بخلاف
القياس عند اختلاف المتبايعين في المعقود عليه او بدله • والاجل بمعزل من ذلك بخلاف ما اذا اختلفا في الوصف فانهما

يتحالفان لان الوصف جاري مجرى الاصل لان الدين يعرف به ويختلف اصله باختلافه وليس كذلك الاجل **قوله** وان
خرج خصومة بان يدفع عن نفسه استحسانا في التحالف كما اذا ادعى المسلم اليه الاجل وانكر رب السلم وباقي المتن ظاهر من قبل هذا
قوله ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة وهذه من مسائل القدوري • اعلم ان السلم في الثياب
ليس بجائز قياسا لانه ليس بمثلي وجاز استحسانا لانه بعد اتحاد الصانع والالة لا يبقى الا تفاوت يسير • وكذلك القدر معفو
في المثليات دون الاستهلاكات • ولهذا اذا باع الاب بغبن يسير يتحمل ذلك بخلاف ما اذا استهلك شيئا يسيرا فانه يضمن
بيان الطول والعرض والرقعة لانه اذا لم يبينها يبقى تفاوت فاحش • قال في الايضاح ويحتاج الى بيان الوزن في ثياب
الحرير والديباج اذا كان يبقى التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل وزنه
ازدادت قيمته والحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته فلا بد من بيانه الى هنا لفظ الايضاح الحرير الابريسم المطبوخ وفي
الثوب المتخذ منه حريرا وفي جميع التفاريق الحرير ما كان مصمتا ولحمته حريرا كذا في المغرب • وقال فيه ايضا الديباج الثوب
الذي سداه ولحمته ابريسم وعندهم اسم للمنقش والجمع ديابيج • وقال الشيخ ابو نصر البغدادي قالوا اذا كانت الثياب
مما يقصد وزنها فلا بد من ذكر الوزن ايضا كثياب الحرير • ثم قال وهذا على وجهين ان كان لو ذكر الطول والعرض والرقعة
لم يتفاوت بالوزن لم يحتج الى ذكر الوزن وان كان يختلف باختلاف وزنه فلا بد من ذكر وزنه • وقال ظهير الدين
الولوالجي في فتاواه ولو بين الذرعان ولم يبين الوزن هل يجوز السلم في الحرير اختلف المشايخ فيه منهم من قال ليس بشرط
ومنهم من قال شرط • واليه قال الشيخ الامام شمس الائمة ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي وهو الصحيح بخلاف سائر الثياب
فانه لا يشترط فيها الوزن مع الذرع لان الحرير يختلف باختلاف الوزن كما يختلف باختلاف الطول والعرض ولا كذلك الكرباس
وذكر في الذخيرة قال بعض مشايخنا لا شك ان بيان الوزن في الكرباس ليس بشرط لان الكرباس لا يختلف باختلاف الوزن • وذكر
شمس الائمة السرخسي اشتراط الوزن في الوذاري وفيما يختلف بالثقل والخفة • وذكر الفقيه ان بيع ثوب حرير بوزن يدا بيد
لا يجوز الا وزنا لانه وان كان ثوبا فلا يباع الا وزنا كما في الصغرى • وقال في فتاوى ظهير الدين اسحق الولوالجي السلم في الكاغد
يجوز عددا لانه عددي كالجوز والبيض • وكذلك الاستراض عددا قال في المجمل نعت الثوب رقيقا والجودة رقعة
وقال في المغرب يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه وثخانته وهو مجاز **قوله** على ما ذكرنا اشارة الى ما ذكر
عند قوله في اول الباب وكذا في المذروعات **قوله** ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز وهذه من مسائل
القدوري والاصل ان كل معدود متفاوت احاده في المالية لا يجوز السلم فيه كالبطيخ والرمان والجواهر واللآلي وهذه
المثابة لانه ربما يكون بين لؤلؤتين تفاوتا فاحشا في المالية وان كان بينهما اتفاق في العدد والوزن وكل معدود لا تتفاوت
احاده في المالية جاز السلم فيه كالجوز والبيض اذا كان من جنس واحد وفيه خلاف زفر مر بيانه اول الباب • اما اللؤلؤ
الصغير الذي يباع وزنا ويستعمل في الادوية جاز السلم فيه لانه لا يتفاوت في المالية **قوله** ولا بأس بالسلم
في اللبن والاجر اذا سمى ملبنا معلوما وذلك لانه عددي لا تتفاوت احاده في المالية اذا كان الملبن معلوما والصفة
معلومة • قال الولوالجي في فتاواه ولا بأس بالسلم في اللبن والاجر اذا اشترط فيه ملبنا معروفا لانه متى بين ملبنا
معروفا فما بقي من التفاوت بين لبن ولبن يكون يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيلحق بالعدديات المتقاربة فيجوز فيه السلم
بخلاف ما لو باع ما فيه احرى من اجر لم يجز لان الاجر مثل اللبن واحد من العدديات المتقاربة باعتبار القدر ولكن من العدديات
المتفاوتة باعتبار الوصف لان التفاوت بينهما في النضج تفاوت فاحش فالحقناه بالمتفاوت باعتبار الوصف في حق السلم وفي
المتقاربة في حق البيع عملا بهما قاله في شرح الجامع الصغير لقاضي خان • اما السلم في الاجر فجاز عددا لما ذكر محمد رحمه
الله وذكر شمس الائمة السرخسي انه يجوز وزنا في الجوز والبيض هذا لفظه رحمه الله **قوله** قال وكل ما امكن ضبط
صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه • اي قال القدوري في مختصره وما لا ينضبط صفته ولا يعرف مقداره
لا يجوز السلم فيه • وهذا اصل كلي يتخرج منه المسائل ذكره بعد ذكر مسائل السلم للضبط كما هو دأبه • اعلم ان ما كان هو
مضبوطا بالوصف ويعرف قدره جاز السلم فيه كما في الاجناس الاربعة من المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات
المتقاربة • والاصل فيه قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم • وما لا ينضبط
وصفه ولا يعرف قدره وهو كغير الاجناس الاربعة نحو الجواهر مثلا لا يجوز السلم فيه لان السلم دين لا يعرف بدون بيان الوصف
والقدر فيبقى المعقود عليه حينئذ مجهولا وجهالة المعقود عليه تفسد العقد لافضائه الى المنازعة **قوله** ولا بأس
بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف • وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في الرجل يسلم في الطست او القمقمة او الخفين ونحو ذلك فان كان شيئا من ذلك يعلم ويعرف فلا بأس به • وذلك
لانه اذا لم يعرف لا يجوز السلم لان النبي صلى الله عليه وسلم شرط السلم في قوله في كيل معلوم نصا فصار ذلك الحديث اصلا في باب
السلم • ولان السلم دين لا يعرف الا بالاستقصاء في الوصف فاذا عرف بالوصف جاز والا فلا • ثم اذا جاز انما يجوز اذا
وجد سائر شرائط السلم من تعجيل راس المال • وبيان الجنس والنوع والقدر والصفة وغير ذلك **قوله** قال
وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا • وصورته في الجامع الصغير وان استصنع في شيء من ذلك بغير اجل
جاز فاذا فرغ منه فالمستصنع بالخيار ان شاء اخذ وان شاء ترك • اعلم ان الاستصناع على نوعين استصناع فيما ليس فيه تعامل

وهذا

وهذا فاسد بالاتفاق كما اذا طلب من الحائك ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده او ما طلب من الخياط ان يخيط له قميصا بكرباس من
من عنده • واستصناع فيما فيه تعامل كما اذا طلب من الخفاف ان يخرز له خفا بأديم من عنده او طلب من الصفار ان يصنع له قمقمة بصفر
من عنده وهذا جائز عندنا استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي كذا ذكر الخلاف قاضي خان في شرح الجامع
الصغير ولم يذكر قول زفر في الاسرار ومختصر الاسرار • ومعنى الاستصناع ان يطلب من الصانع ان يصنع له شيئا من ذلك
بثمن معلوم • وصورته ما قال صدر الاسلام البزدوي في مبسوطه وهو ان يجيء انسان الى اسكاف فيقول اخرز لي خفا من
ويبين صفتها وقدرها ويعطي الثمن او يجيء الى صفار فيقول له اصنع لي آنية من صفر ويبين قدرها وصفتها وجنسها ونوعها ويعطي
الثمن • وجه القياس انه بيع المعدوم فلا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ولانه اجارة في بيع
او بيع في اجارة فلا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع صفقتين في صفقة • ووجه الاستحسان ما روي عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه قال ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد تعامل المسلمون في سائر الاعصار من غير نكير على استصناع
ما فيه تعامل والقياس يترك بالعرف • الا ترى انه يجوز دخول الحمام باجر غير مقدر في مدة غير مقدرة • وليس هذا
كالمزارعة والمعاملة عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه نقل عن الخلاف من الصدر الاول وهو متروك بالاتفاق • واما
الاستصناع في الثياب قال في الاسرار لم تجر العادة به من لدن النبي صلى الله عليه وسلم وانما حدث في زماننا • ثم الاستصناع
الجائز فيما فيه تعامل هل هو بيع او مواعدة فيه اختلاف المشايخ • قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير هو بيع عند عامة
مشايخنا لا مواعدة لانه سماه في الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الرؤية • وذكر القياس والاستحسان ولكن الروايات
اختلفت في اللزوم فروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه قال يتخير كل واحد منهما • وقال ابو يوسف يجبر المستصنع دون الصانع
وهو قوله استحسانا جميعا في المبسوط ورجع عن هذا فقال لا خيار لواحد منهما الى هنا لفظ فخر الاسلام • ووجه عدم الخيار لهما
ان الصانع باع والبائع اذا باع ما لم يره لا خيار له والمستصنع لا خيار له لان الصانع اتلف ماله بقطع الادم ليتصل الى بدله
فاذا ثبت للمستصنع الخيار يلحق الضرر بالصانع حيث لا يشتريه غيره بما اشتراه المستصنع • ووجه الخيار لهما ان المستصنع
مشتري ما لم يره فله الخيار وهذا هو ظاهر الرواية • وروي عن ابي حنيفة في غير ظاهر الرواية ان للصانع الخيار دفعا
للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر لان قطع الصرم واتلاف الخيط ضرر عليه • قال في الشامل في قسم المبسوط
ليس للصانع بيعه ومنعه اذا رآه المستصنع ورضيه فان باعه قبل ان اراه جاز لان باحضاره وارائته اظهر انه عمل له وهو رضي
فصار كالمبيع بخلاف ما قبل الاحضار • وقال في الفتاوى الصغرى اذا استصنع لا يجبر الصانع على العمل ولا المستصنع على اعطاء
الاجر وان شرط التعجيل وان قبض الصانع الدراهم ملكها ويبطل الاستصناع بموت الصانع ونقل عن بيوع خواهر زاده وشمس
الائمة **قوله** والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة احترازا عن قول بعض المشايخ وفائدة كونه بيعا ان الصانع يجبر على العمل
قوله والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما يعني لان الاستصناع على قول بعض المشايخ بيع لا عدة وبيع المعدوم لا يجوز فيما
سوى السلم وهذا البيع ينبغي ان لا يجوز فقال والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما وان كانت معدومة حقيقة كطهارة
المستحاضة مع وجود المنافي جعلت موجودة حكما وان لم توجد حقيقة للتفصي عن عهدة التكليف فكذا فيما نحن فيه الحاجة اولا
وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا حكما لتعامل الناس • وقد يكون الشيء موجودا حقيقة ويجعل معدوما حكما كالماء
المستحق للعطش حتى يجوز التيمم مع وجوده **قوله** ولا يتعين الا بالاختيار اي لا يتعين المعقود عليه الا باختيار المستصنع
قوله وهذا كله هو الصحيح اي كون الاستصناع بيعا لا عدة وكون المعقود عليه العين لا العمل وكون المعقود عليه
بحيث لا يتعين الا بالاختيار هو الصحيح انما قيد بالصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ اذ في كل منها قول آخر **قوله** وله الخيار
اي المستصنع **قوله** ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط حتى يجبر على العمل كذا ذكر الامام العتابي وذلك
لانه باع ولا خيار للبائع في بيع ما لم يره **قوله** اما الصانع فلما ذكرنا يعني ان الصانع لا خيار له لما ان الاستصناع بيع
ولا خيار للبائع فيما لم يره **قوله** وانما قال بغير اجل يعني انما قيد محمد رحمه الله بقوله بغير اجل في قوله وان استصنع
في شيء من ذلك بغير اجل لانه لو ضرب الاجل كان سلما عند ابي حنيفة فيما فيه تعامل حتى لا يثبت فيه الخيار ويشترط قبض راس
المال واستقصاء الوصف • وقال ابو يوسف ومحمد هو استصناع بحاله • واذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه يكون
سلما بالاتفاق • وجه قولهما ان لفظ الاستصناع حقيقة له لا يتغير بذكر الاجل ويكون ذكر الاجل للاستعجال فلا يكون
سلما • ولهذا اذا ذكر في الاستصناع شرطا اخر سوى الاجل لا ينقلب سلما فكذا اذا ذكر الاجل ولابي حنيفة ان السلم بحذف الاجل
لا ينقلب استصناعا فكذا الاستصناع بذكر الاجل لا ينقلب سلما بخلاف الاستصناع فيما لا تعامل فيه اذا ذكر فيه الاجل ينقلب
سلما لانه لم يمكن حمله على الاستصناع لفساده فحمل على السلم بدلالة الاجل تصحيحا لتصرف العاقل ما امكن وذلك لانه لما لم يمكن
العمل بحقيقته حمل على المجاز • ووجه قول ابي حنيفة انه يمكن ان يعتبر سلما لانه اتى بمعنى السلم حتى اتى بشرائط السلم فيصير سلما
كالكفالة بشرط براءة ذمة الاصيل كان حوالة • ويمكن ان يعتبر استصناعا عملا بحقيقة اللفظ فلما احتمل الامرين حمل على السلم
بدلالة ذكر الاجل لانه لا بد ان يكون لازما وانما يلزم اذا كان سلما فصار كالاستصناع الفاسد اذا ذكر فيه اجل او نقول
لما احتمل الامرين كان حمله سلما اولى لان السلم ثابت بالكتاب باية المداينة على ما روي عن ابن عباس وبالسنة والاستصناع
في ثبوته شبهة لكونه مجتهدا فيه فكان حمله على السلم اولى لكونه اقرب الى الجواز واحق بالرخصة او نقول انما كان حمله سلما

اولى لان السلم اقرب الى القياس من الاستصناع لان في السلم المبيع ثابت في الذمة وان لم يكن عينا وفي الاستصناع المبيع
ليس بعين ولا ثابت في الذمة • وكان جعله سلما اولى وقال الامام فخر الدين قاضي خان حكي عن الفقيه ابي جعفر انه قال
ان كان ذكر الدرع من قبل المستصنع نحو الاستعجال فلا يصير سلما وان كان من قبل الصانع نحو الاستمهال فيكون الصغير م
قوله نوع شبهة لان الشافعي ينكر الاستصناع **قوله** مسائل منثورة اي هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن م
ابوابها ولم تذكر ثمة فاستدركت بها في آخر كتاب البيوع **قوله** ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع اي قال القدوري
في مختصره • ثم اطلاق جواب الكتاب بلا تقييد في ذكر هذه الاشياء يدل على جواز بيع المعلم منها وغير المعلم • وهذا معنى
قوله في المتن المعلم وغير المعلم في ذلك سواء اي في جواز البيع • قال في الايضاح بيع كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من
الطير جائز معلما كان او غير معلم في رواية الاصل • وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب والنمر والاسد الى هنا لفظ الايضاح
ونقل الناطفي في الاجناس عن مسائل الفضل بن غانم قال ابو يوسف اجيز بيع كلب الصيد العقور في الجنايات قال محمد
ومن قتله ضمن قيمته الى هنا لفظ الاجناس • ونقل في الاجناس ايضا عن شرح اختلاف زفر روى ابن ابي مالك عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة لا يجوز بيع الاسد حيا ويجوز ان كان مذبوحا وجاز بيع الفهد • وفي البيوع للحسن جاز بيع القرد وذكر
في الاجناس ايضا قال ابو يوسف اكره بيع القرد لانه لا منفعة فيه انما هو للهو وبيع الفيل جائز نابه في البيع الفاسد • وجه
قول الشافعي ما روي في الصحيح البخاري والسنن مسندا الى ابن مسعود الانصاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن
ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن • وروي في السنن مسندا الى ابن عباس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن
الكلب فان جاء يطلب ثمن الكلب فاملأ كفه ترابا وباسناده ايضا الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل ثمن
الكلب ولا حلوان الكاهن ولا مهر البغي والبغي الزانية قال تعالى وما كانت امك بغيا ولان الكلب نجس العين بدلالة نجاسة
سؤره لانه متولد من اللحم • ولا يجوز بيع ما كان نجس العين كالخنزير • وذلك لان البيع يدل على اعزازه ونجاسة العين م
تدل على اهانته وبينهما منافاة فكان جواز البيع منتفيا • ولنا ما روي في الصحيح البخاري في كتاب الذبائح والصيد مسندا
الى ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم من اقتنى كلبا ليس بكلب ماشية او ضارية نقص كل يوم من عمله قيراطان و
في رواية عن ابن عمر في الصحيح البخاري قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول من اقتنى كلبا الا كلبا ضاريا لصيد او كلب
ماشية فانه ينقص من اجره كل يوم قيراطان • وفي رواية عن ابن عمر ايضا في الصحيح قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم من اقتنى كلبا الا كلب ماشية او ضارية نقص من عمله كل يوم قيراطان • وذكر في السنن في كتاب الاضاحي مسندا
الى ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اتخذ كلبا الا كلب ماشية او صيد او زرع انتقص من اجره
كل يوم قيراط • وحدث البخاري ايضا في الصحيح باسناده الى عدي بن حاتم قال قلت يا رسول الله انا نرسل الكلاب
المعلمة قال كل ما امسكن عليك قلت وان قتلن قال وان قتلن • قلت انا نرمي بالمعراض قال كل ما خزق وما اصاب بعرضه
فلا تاكل • وحدث ايضا باسناده الى عدي بن حاتم سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقلت انا قوم نصيد بهذه
الكلاب فقال اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما امسكن عليك وان قتلن الا ان ياكل الكلب فاني اخاف
ان يكون انما امسكه على نفسه • وان خالطها كلاب من غيرها فلا تاكل • وحدث الطحاوي عن ابي بكرة قال حدثنا
سعيد بن عامر قال حدثنا شعبة عن ابي التياح عن مطرف عن عبد الله بن المغفل قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل
الكلاب ثم قال ما لي وللكلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه سعيد • والاحاديث في هذا الباب رواها
الطحاوي في شرح الآثار بطرق كثيرة • وجه الاستدلال ان النبي صلى الله عليه وسلم اباح الانتفاع بكلب الصيد والماشية
والزرع ورخص في ذلك فعلم ان النهي كان قبل الاباحة وما يجوز الانتفاع به يجوز بيعه والكلب يمكن الانتفاع به معلما كان او
غير معلم اما اصطيادا او اما حراسة لان كل كلب يحفظ البيت ويخبر عن الجاني بنباحه يدل عليه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح م
مكلبين والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطير • واصل الاجتراح الاكتساب يقال امراة لا جارح لها اي لا كاسب
قال في الكشاف المكلب مؤدب الجوارح اشتقاقه من الكلب لان التاديب اكثر ما يكون في الكلاب • وقال القتبي مكلبين
اصحاب كلاب • وحدث ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي باسناده عن عبد الباقي بن قانع الى جابر رضي الله عنه
قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب والهر الا الكلب المعلم فدل ذلك على جواز بيع الكلب الذي ينتفع بها
من جهتين احدهما انه اذا جاز بيع الكلب المعلم جاز بيع غيره من الكلاب لان احدا لم يفرق بينهما • والثاني ان ذكر الكلب
المعلم لاجل ما فيه من النفع وكل ما ابيح الانتفاع به منها فهو مثله ويدل ذلك على ان النهي انما تناول الكلاب التي لا نفع فيها
وانما يقتنى للهراش والقمار • وحدث الطحاوي في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو انه قضى في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وقضى في كل كلب ماشية بكبش وبقية
السباع يثبت حكمها بالقياس على الكلب • والجامع كونها جارحة ينتفع بها اصطيادا او حراسة • وهذا بخلاف الهوام
المؤذية من الحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب وهوام الارض جميعا فانها الخبائث لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث
ولعدم الانتفاع • ولا نسلم ان الكلب نجس العين لانه لو كان كذلك لم يجز الانتفاع به اصلا كالخنزير ويجوز الاصطياد
به فعلم انه ليس بنجس العين ولا نسلم ان حرمة لحمه تدل على حرمة بيعه الا ترى ان الحمار الاهلي حرام اكله ويجوز بيعه والانتفاع

بثمنه

بثمنه • ووجه ما روي عن ابي يوسف انه يكره بيع الكلب العقور ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن امساكه وامر بقتله • وجوابه
انه كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد والماشية او الزرع • ونقل في بيوع الاجناس عن كتاب الجنايات عن الحسن
ابن زياد لا ينبغي لاحد ان يتخذ كلبا في داره الا ان يخاف من لصوص او غيرهم فلا باس بان يتخذ وكذلك الاسد والفهد والضبع و
وجميع السباع بمنزلة الكلب في جميع ذلك • وهذا قياس قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف الى هنا لفظ الاجناس • وبيع الزيت
يجوز عندنا وسيجيء في كتاب الكراهية ان شاء الله تعالى **قوله** ولا يجوز بيع الخمر والخنزير وهذا لفظ القدوري في مختصره
والاصل فيه قوله تعالى انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه والرجس اسم للحرام النجس وقوله
تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير • ولا يجوز التصرف في الحرام • وحدث صاحب السنن باسناده الى الاعرج عن ابي
هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله حرم الخمر وثمنها وحرم الميتة وثمنها وحرم الخنزير وثمنه وحدث
ايضا مسندا الى مسروق عن عائشة رضي الله عنها قالت لما نزلت الآيات الاواخر من آية البقرة خرج رسول الله فقراهن علينا وقال
حرمت التجارات في الخمر • وروى البخاري في الصحيح في كتاب البيوع مسندا الى سعيد بن ابي سعيد عن ابي هريرة عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال قال الله عز وجل ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه • ورجل استاجر اجيرا
فاستوفى منه ولم يعطه اجره واعطى بي اي اعطى ذمة من الذمامات ثم نقضه كذا فسره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي في الاجارات
ويأتي التقرير في بيع الخمر والخنزير مرة في باب البيع الفاسد فينظر ثمة • وقال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا
محمد بن قيس ان رجلا من ثقيف يكنى ابا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خمر فاهدى اليه في العام
الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا في خمرك قال
فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي يا ابا عامر ان الله حرم شربها وحرم بيعها واكل ثمنها **قوله** قال
واهل الذمة في المبايعات كالمسلمين اي قال القدوري في مختصره واهل الذمة في المبايعات كالمسلمين الا في الخمر والخنزير خاصة
فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقدهم على الشاة اي يحل لهم ما يحل لنا ويحرم عليهم ما يحرم علينا
من البيوع سوى الخمر والخنزير وذلك لانهم لما قبلوا الجزية صاروا كالمسلمين فيما لهم وعليهم الا الخمر والخنزير فانهم امرنا بالعقد الاما
على ان يكون ذلك لهم الا انا لو لم نجوز تصرفهم حرج ذلك من ان يكون مالا وفيه نقض الامان • والربا مستثنى في عهودهم لانه
لم يقع عليه عقد الامان • قال تعالى واخذهم الربا وقد نهوا عنه • وروي في الايضاح وعن ان النبي صلى الله عليه وسلم
كتب في عهودهم من اربى فلا عهد له • وروى ابو يوسف في كتاب الخراج بتضعيفه الى قصة نجران واملا في كتاب النبي صلى الله عليه
وسلم من عمرو بن حزم ومن اكل ربا من ذي قبل فذمتي منه بريئة • وحدث ايضا في كتاب الخراج في فصل من تجب عليه الجزية عن ه
اسرائيل عن ابراهيم بن عبد الاعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال يا هؤلاء انه بلغني
انكم تاخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال اجل انهم يفعلون ذلك فقال عمر فلا تفعلوا ولكن ولوا اربابها بيعها
ثم خذوا الثمن منهم الى هنا لفظ كتاب الخراج • وقال محمد في الاصل ولا يجوز فيما بين اهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان
نسيئة ولا يجوز السلم فيما بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد • ولا الصرف بالنسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا
بمثل يدا بيد وكذلك كل ما يكال او يوزن اذا كان صنفا واحدا هم في البيوع كلها بمنزلة اهل الاسلام ما خلا الخمر والخنزير
ولا اجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم فاما الخمر والخنزير فاني اجيز بيعهما بين اهل الذمة لانها اموال لاهل الذمة استحسن ذلك
وادع القياس فيه من قبل الاثر الذي جاء في نحو من ذلك عن عمر رضي الله عنه الى هنا لفظ الاصل **قوله** ومن قال لغيره بع
عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز وياخذ الالف من المشتري والخمسمائة من
الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف • ولا شيء على الضمين وهذه من مسائل الجامع الصغير • صورة المسالة ان يطلب
انسان من آخر ان يبيع عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالف درهم فجاء آخر ويقول لصاحب
العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فيقول صاحب العبد بعت كذا هو
قال الصدر الشهيد ولو لم يوجد الاباء ولا المساومة ولكن الخاطب للبيع بالالف حصل عقيب ما قال الرجل كان كذلك استحسانا ويكون
البيع بعوض دلالة على القبول لانه امتثال بذلك كقول الرجل لامراته طلقي نفسك ان شئت فقالت قد طلقت انه يجعل قبولا هو
استحسانا فكذلك هذا كذا قال فخر الاسلام • وقال زفر والشافعي جاز البيع بالف ولا شيء على الضامن كذا ذكر قاضي خان
في شرح الجامع الصغير وهذه المسالة من فروع الزيادة في الثمن والمثمن وهي جائزة عندنا خلافا لهما لانه تغيير العقد من وصف
مشروع الى وصف مشروع لان العقد قد يقع بثمن عدل او رابح او خاسر وكل ذلك مشروع • ثم لو زاد المشتري منه في الثمن
جاز وكذلك اذا زاد الاجنبي • ولكن ينبغي لك ان تعلم ان اصل الثمن لا يشترط الا مقابلة مال بخلاف فضول الثمن فانه مقابلة
تسمية المال يكفي لا مقابلة حقيقة المال الا ترى ان من اشترى عبدا قيمته الف بالفين جاز وان لم يقابل الالف الزائد مال الا تسمية
فصار اشتراط الفضل على الاجنبي جائزا بعد ثبوت الاصل على المشتري بخلاف ما اذا لم يقل من الثمن حيث لا يجب على الضامن ش
لانه لم يوجد صورة المقابلة ولا معناها ولم يكن ذلك واجبا بالبيع فصار التزام مال قبيل الرشوة والاحرام باطل
واورد الامام العتابي في هذه المسالة سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا قبل من الثمن كيف يكون ثمنا ولم يدخل في ملكه شيء من
البيع وكذلك هذا بيع بثمن على غير المشتري وانه فاسد • قلت الثمن ما وجب مقصودا بالشرط ان يدخل في ملكه شيء من المبيع

وهما ثبت الزيادة متفاوضا وكالزيادة في الثمن بعد البيع وليس هذا بيع بالثمن على غير المشتري معقودا بل البيع معقودا بالثمن
على المشتري وهكم زيادة ثبتت تبعا على غير المشتري وهذا جاير كالزيادة في الثمن بعد البيع **قوله** ثم يرد لا يستعيد المشتري
مقابلا يبقى لا يسلم للمشتري شي بمقابلة الزيادة اذا كان الالف بدون الزيادة تساوي المبيع فاذا كان كذلك كان نظير الخلع لانه
لا يسلم شي للمراة بمقابلة بدل الخلع لانه اسقاط محض فاشتراط البدل على الاجنبي ثمة جايز فكذا لك اشتراط الضمان هنا على غير المشتري وصح
هذا فيما قال ابو الليث السمرقندي ان ايجاب الضمان يجوز وان لم يكن له شي من البدل الا ترى ان رجلا لو ادعى على رجل بالف درهم
وكفل عنه رجل بغير امره جاز الضمان وان لم يكن له وجب على المطلوب شي فكذلك هنا صح ايجاب الضمان على نفسه وان لم يجب على المشتري
شي من ذلك الزيادة **قوله** فان زوج من اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطيها الزوج فالنكاح جايز اي قال محمد في الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في من اشترى جارية فلم يقبضها حتى زوجها فالنكاح جايز فان وطيها الزوج فهذا قبض من المشتري
وان لم يطاها فليس بقبض ◦ اعلم ان التزوج قبل قبض المبيع جايز كالاعتاق لان المبيع مملوك له يجوز تصرفه بخلاف بيع المبيع قبل القبض
فانه لا يجوز لورود النهي في ذلك ولان النكاح ليس ببيع ولا في معناه فلا يثبت حكم البيع فيه الا يرى ان البيع ينفسخ بهلاك المعقود
عليه قبل القبض بخلاف النكاح ولان شرط البيع كونه مقدور التسليم بخلاف النكاح فانه ليس بشرط فيه ◦ ولهذا لا يجوز بيع الآبق ويجوز
نكاحها ◦ ثم اذا جاز النكاح هل يصير المشتري قابضا بمجرد النكاح ام لا فالرواية في شروح الجامع الصغير في القياس يصير بالنكاح قابضا
كذا ذكر في الاصل لانه تعيب والتعييب يصير قابضا ◦ ولانه تصرف فيها تصرف الملاك فجاز تصرفه فصار كالعتق والتدبير
وما ينقض بكذا هذا ◦ وجه الاستحسان ان النكاح عيب حكما والعيب الحقيقي انما يصير قابضا لوجود الاستيلاء على المحل حقيقة ولم
يوجد الاستيلاء حقيقة بالعيب الحكمي فلا يصير قابضا الا اذا وطي الزوج فحينئذ يكون قابضا لانه حصل بتسليط من المشتري فصار
كانه فعل بنفسه ولان التزويج سبب لاباحة الوطي فلا يكون قابضا بمجرد التزويج كالمراجعة لا يكون قابضا بمجرد الشراء لانه سبب
لاباحة الوطي والاعتاق استيلاء لانه اتلاف المحل بانهاء الملك فيه **قوله** ومن اشترى عبدا فغاب اي ابق وهذه من مسايل
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل باع عبدا من رجل ثم غاب المشتري قبل ان يقبضه فاقام البايع
البينة انه باعه اياه قال ان كان المشتري غايبا غيبة معروفة لم يبعه وان كان غايبا لا يدري اين هو باعه القاضي فاوفى البايع ثمنه
اعلم ان القاضي لا يلتفت الى البايع اذا طلب بيع العبد بثمنه ما لم تقم البينة انه باعه اياه وانه غاب قبل نقد الثمن فاذا اقامها
ينظر ان كان المشتري غايبا غيبة معروفة لا يبيعه القاضي لانه اذا عرف مكانه يمكن استيفاء الثمن منه فلا حاجة الى البيع ◦ وان
كان لا يدري مكانه يبيعه القاضي ويوفيه ثمنه لتعذر الاستيفاء من المشتري وهذا لان القاضي نصب ناظرا في امور المسلمين وفي
البيع نظر للبايع والمشتري لان البايع يصل الى حقه والمشتري يسقط عنه الدين ◦ وموضوع المسالة فيما اذا لم يقبضه المشتري ولم
ينقد الثمن لانه اذا لم يقبض بقي رصد الاستيفاء حق البايع منه اذا تعذر استيفاؤه منه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات
مفلسا قبل القبض وليس هذا ايضا على الغايب بل هو اعتبار اقرار الانسان بما في يده وانما طلب منه البينة لاظهار الامر عند القاضي
ولدفع التهمة لا لاثبات على الغايب لان الدعوى لم توجد منه ◦ وانما قلنا انه اعتبار اقرار الانسان بما في يده لانه لو اقر
به لغيره كان ملاحظا ذلك لانه في يده بحكم البيع فكذا اذا اقر انه قضى مستعر لانه صح ايضا فيثبت الملك فافهم وهذا بخلاف ما اذا قبضه
المشتري ثم غاب ولم يدر مكانه حيث لا يباع العبد لانه انقطع تعلق البايع بالعبد ◦ ثم اذا بيع العبد فما فضل من الثمن الاول يسلم
ذلك للبايع فان فضل يمسك القاضي الفضل الى ان يحضر المشتري ◦ وان نقص يكون النقصان دينا على المشتري ◦ واورد
الفقيه ابو الليث سوالا وجوابا فقال فان قيل كيف يجوز بيع ما لم يقبض قبل القاضي اذا قبضه يصير قبضه بمنزلة قبض المشتري
فصار كان المشتري قبض ثم غاب **قوله** فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه فاذا
حضر الاخر لم ياخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن ◦ وهذا قول ابي حنيفة ومحمد ◦ وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر
الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه ذكرهن وهي من مسايل الجامع ترتيبا لما تقدم ◦ والخلاف
في موضعين في قبض الكل وفي الرجوع ◦ اعلم اولا ان الحاضر ليس له ان يقبض العبد حتى يودي كل الثمن الاتفاق لان للبايع
حق الحبس بكل الثمن فاذا ادى كل الثمن لا يقبض الا نصيبه ولا يرجع على صاحبه بما ادى عند ابي يوسف ◦ وعندهما يقبض الكل ويرجع
بما ادى ◦ وجه قول ابي يوسف ان الحاضر نصيبه النصف لا غير فلا يقبض نصيب صاحبه لانه ليس بوكيل عنه ولا يرجع عليه بما ادى
عنه لانه متبرع في قضا دينه ◦ ولهما انه ادى كل البدل فياخذ كل المبدل لانه اوفى الكل بمقابلة الكل ◦ وانما يرجع على صاحبه
بما ادى عنه لانه مضطر في دفع كل الثمن لانه لا يصل الى استيفاء حق نفسه ما لم يرد كل الثمن لان للبايع حق الحبس ما بقي من الثمن
شي ◦ فاذا كان مضطرا لم يكن متطوعا فيرجع بما ادى كمعير الرهن وهو ما اذا اعار انسانا فانه يرهنه فرهنه المستعير ثم افلس
او غاب فافتكه المعير يرجع بما ادى عنه عليه وان كان ذلك الادا بغير امره لانه مضطر فكذا هذا ◦ ثم اذا كان له الرجوع
على صاحبه كان له ان يحبسه الى ان يستوفي منه ما ادى عنه كالوكيل بالشرا اذا ادى الثمن من ماله **قوله** لم يقبض الاخر
نصيبه اي يقبض نصيبه خاصة عند ابي يوسف نظرا الى المهايات **قوله** ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة
فهما نصفان ◦ وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يقول للرجل
ابيعك هذه الجارية بالف مثقال جيد ذهب وفضة ◦ قال هذا نصفان خمسماية مثقال ذهب وخمسماية مثقال فضة وقوله
ابيعك مساومة لا ايجاب ◦ قالوا وانما وجب التنصيف ولم يترجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل ولم يترجح الفضة لجواهها

فان في المبادلات لانها لو تعارضا لم يوجد المرجح صير الى نصفه الاضافة والبيان توجب من كل واحد منهما النصف لعدم اولوية
احدهما على الاخر ◦ وكذلك لو قال اشتريت منك بالف درهم ودنانير يجب من كل واحد منهما خمسماية ولا يحتاج الى التعارف بخلاف
الذهب والفضة سوى الدراهم والدنانير حيث يحتاج الى ذكر الصفة من الجيد او الوسط او الردي لان الناس لا يتبايعون بالتبر
فلا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة ففي هذا عرفت ان صاحب الهداية سامح في البياعات حيث لم يذكر الجودة عند ذكر
الذهب والفضة وقد ذكرهما محمد في اصل الجامع الصغير ◦ قال صاحب الهداية لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة
يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما ◦ قلت
ينبغي ان يراد في زماننا حسابية درهم من النقد المروج في ذلك البلد الذي وقع العقد فيه لانه هو المعهود المتعارف في كلام
الناس ووزن السبعة لم يبق معهودا ولا يفهم ذلك في عرف ناس الطلاق اللفظ **قوله** فان كان له على اخر عشرة
دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد ◦ وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه
ويرجع بدراهمه اي قال في الجامع الصغير وقولهما هو القياس ◦ وقول ابي يوسف هو الاستحسان وله ان حقه في صفة الجودة
مرعي كما في الاصل الا يرى ان المقبوض لو كان ستوقا او رصاصا لا يسقط حقه في الجودة ◦ وكذا اذا كان بهرجه فيمن الثابت
مثل ما قبض ويرده ويسترد الجياد ليصل كل واحد منهما الى حقه ويندفع الضرر ◦ وهذا ان كان ضمانا لنفسه على نفسه جاز لانه
سيد كالمولى اذا اتلف شيا من اكساب عبده الماذون المديون ◦ قال فخر الاسلام وضمان الانسان لنفسه لا يصح لعدم الفايدة
وقد حصل هنا فايدة وهو تدارك حقه كان شرا الانسان مال نفسه باطل فاذا افاد فايده صح كما اذا يشتري مال المضاربة او كسب
عبده الماذون المديون فكذا هذا ◦ ولهما ان الزيوف من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به في الصرف والسلم جاز مع انه لا يجوز الاستبدال
بهما فعلم ان اصل الادا حاصل ولكنه بقي حقه في الجودة والجودة لا ينفرد بالانفراد عن الاصل لا صورة ولا معنى في اموال الربا
فسقط حقه في الجودة لعدم امكان رعاية المماثلة لم يمكن صيانة حقه في الجودة بايجاب ضمان الزيوف لان الانسان انما يضمن حقا
لغيره عليه لا حقا لنفسه على نفسه وهو محال لانه لا نظير له في الشرع ◦ واوضح الفقيه ابو الليث قولهما فقال الا يرى ان رجلا لو اشترى
ابريق فضة بدراهم فوجد به عيبا فلم يرده بجز عن الفسخ ◦ وكذا هنا **قوله** انه من جنس حقه اي المقبوض به وهو الزيوف
قوله لو تجوز به اي احتمل ما فيه من النقصان حقه **قوله** فيما لا يجوز الاستبدال اراد به الصرف والسلم **قوله**
ما ذكرنا اشارة الى قوله لانه لا يمهد له عند المقابلة بجنسه **قوله** واذا افرخ طير في الارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض
فيها ◦ وكذا اذا تكنس وهذه من مسايل الجامع الصغير وانما صار الفراخ او البيض او الطير المتكنس للآخذ لا لصاحب الارض
لانه مباح سبقت يده اليه ◦ وذلك لان رب الارض لم يحرزها اليه ولانه صيد والصيد لمن اخذه بالحديث والبيض اصل الصيد
فاخذ حكمه ◦ ولهذا وجب على المحرم الجزا اذا كسر البيض او شواه كما اذا قتل الصيد هذا اذا لم يعد صاحب الارض موضعا للفراخ
الصيد ليأخذها فاما ان نصب حبة او نصب الحبال فتعلق بها صيد فهو للآخذ فان اعد موضعا للفراخ فهو لصاحب الارض وروي
ذلك عن محمد لانه صار آخذا حكما ◦ ولهذا قالوا في شروح الجامع الصغير في نثر الدراهم والسكر اذا وقع الدرهم او السكر في
ثوب رجل لم يملكه الا ان يضم ذلك الى نفسه بعد الوقوع او يقصد ذلك فقصده ويهيا له بخلاف النحل اذا عسل في ارض انسان
كان العسل لصاحب الارض لانه ليس بصيد بل هو من انزال الارض فيملكها بتبع لصاحبها كالشجر الثابت في ارض انسان والتراب
الذي اجتمع فيها من السيل ◦ ونقل الفقيه ابو الليث عن الرقيات مسايل نحو هذا قال قال محمد لو ان رجلا اتخذ حظيرة في ارضه
فدخل الماء واجتمع فيه السمك فهو لصاحب السمك وليس لاحد ان ياخذه ◦ ولو اتخذ حاجة اخرى فاخذ السمك فهو له فان كان
الرجل حفر في ارضه حفيرة فوقع فيها صيد فتكسر فان اتخذ ذلك الموضع للصيد فهو له وقد ملكه وان لم يتخذ ذلك للصيد
فهو لمن اخذه ◦ وكذلك لو ان رجلا نصب فسطاطا على ظهر بيت لحال المطر فاما ان رجلا عصر واخرج منه الماء فله ان
يسترد فان كان وضعه لاجل ما المطر فله ان يسترده وان كان وضعه لغيره لم يكن له ان يسترده ◦ وذكر الفقيه ابو
الليث ايضا في نار العيون في باب الصيد ولو ان صيدا باض في ارض رجل او تكسر فيها فجاء رجل ليأخذه فمنعه صاحب الارض
فان كان منعه اياه في موضع قد رصاحب الارض على اخذه قريبا منه كان الصيد لرب الارض لمنعه اياه كانه اخذه قبل اخذه وان
لم يكن بحضرته لا يملكه ◦ ولو ان صيدا دخل دار رجل فاغلق عليه الباب فان كان يقدر على اخذه بغير صيد فقد ملكه ولو انه اغلق
الباب ولم يرد به الصيد ولم يعلم به فلا يملكه فاذا اخرج منه فهو لمن اخذه ◦ والجمع فرخ الطير وفرخ بيض واحد وارادة بقوله تكسر
اي استتر ومعناه في الاصل دخل في الخاس وهو موضع الظبي ◦ ويروى تكسر اي تكسر رجله ◦ وانما قيد به لانه لو كسر احد كان
له ما لم يكنه او كان مستعدا له هو في نوع البغي كما في قوله تعالى لم تكن امنت من قبل او كسبت في ايمانها خيرا **قوله**
قوله عسل النحل هو بالحاء المهملة فقال رجل نحل اي حل فيه العسل وعسلت النوم اي زود فيه العسل **قوله** عد
من انزاله سبع الجوع اي عد العسل من انزال الارض وذكر الضمير الراجع الى الارض وهي مونثة على تاويل المكان كقوله ولا ارض
ابقل ابقالها والانزال جمع نزل يقال طعام كثير النزل اي الريع وهو الزيادة

كتاب الصرف

وجه المناسبة ترقي او لابواب السلم **قوله** الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان ◦ وهذا
لفظ القدوري في مختصره ◦ وقال الكرخي في مختصر الصرف اسم للعقد الواقع على جنس الاثمان ◦ والدليل على جواز
عقد الصرف ما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الذهب

بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائبا بناجز وروى صاحب السنن باسناده الى ابن عمر رضي الله عنهما قال كنت ابيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير واخذ الدراهم وابيع بالدراهم واخذ الدنانير اخذ هذه من هذه واعطي هذه من هذه فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيت حفصة فقلت يا رسول الله رويدك اسالك اني ابيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير واخذ الدراهم وابيع بالدراهم واخذ الدنانير اخذ هذه من هذه واعطي هذه من هذه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا باس ان تاخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء قال صاحب الهداية سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت النافلة صرفا وحاصل معنى كلامه ان العقد الواقع على جنس الاثمان سمي بالصرف اما لمعنى النقل فيه واما لمعنى الزيادة اما معنى النقل والرد فكما قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم واما معنى الزيادة فقال في تهذيب ديوان الادب الصرف فضل الدرهم على الدرهم في القيمة وجودة الفضة ورايت في كتاب العين لخليل الصرف فضل الدرهم على الدرهم في القيمة واما قوله سميت العبادة النافلة صرفا ففيه نظر لانه اورد الزمخشري في فائقه في حديث النبي صلى الله عليه وسلم في ذكر المدينة من احدث فيها حدثا او اوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيامة لا يقبل منه صرف ولا عدل فقال الصرف التوبة لانه صرف للنفس الى البر عن الفجور والعدل الفدية من المعادلة وقال صاحب الجمهرة قال بعض اهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة وقال قوم الصرف الوزن والعدل الكيل الى هنا لفظ الجمهرة قال الامام الاسبيجابي رحمه الله اعلم ان الصرف اسم لعقود ثلاثة بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة او احدهما بالاخر فلما اختص باسم الصرف اختص بشرائط ثلاثة احدها وجود التقابض من الجانبين جميعا قبل التفرق بالابدان والثاني ان يكون عقد الصرف باتا ليس فيه خيار الشرط ولو ابطل صاحب الخيار خياره قبل التفرق ثم تفرقا بعد ذلك عن قبض من الجانبين جميعا انقلب العقد الى الجواز وبيع عقد الصرف عند علمائنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز وكذلك عقد السلم وجب ان يكون باتا لا خيار فيه ويثبت في عقد الصرف خيار العيب وخيار الرؤية كما يثبت في غيره من العقود الا ان خيار الرد بالعيب يثبت في العين والدين جميعا وخيار الرؤية انما يثبت في العين خاصة لان خيار العيب والرؤية يثبت حكما بغير شرط ولا يمنع وقوع الملك فلم يؤثر في عقد الصرف لا يبطله بخلاف خيار الشرط لانه يثبت بالشرط ويمنع وقوع الملك والشرط الثالث ان لا يكون بدل الصرف مؤجلا ويكون حالا فان ابطل صاحب الاجل الاجل قبل التفرق ونقد ما عليه ثم افترقا عن قبض من الجانبين جميعا انقلب العقد الى الجواز عندنا هذا حاصل ما قال في شرح الطحاوي والباقي يعرف ثمة ويجوز ان يقال بطريق الاختصار شرائط الصرف التقابض قبل الافتراق ولا افتراق بلا خيار ولا تاجيل **قوله** اذ لا ينتفع بعينه اي لا ينتفع بعين الذهب والورق وانما ينتفع بغيرهما مما يليهما من نحو الخبز واللحم والثوب في دفع الجوع والعطش ودفع الحر والبرد وغير ذلك **قوله** فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة وهذا لفظ القدوري في مختصره اي وان اختلف العوضان في الجودة بان يكون احدهما اجود من الاخر وفي الصياغة بان يكون احدهما احسن صياغة من الاخر والاصل فيه ما حدث محمد بن الحسن في بيوع الاصل عن ابي حنيفة عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا وتمام الحديث ذكرناه في اول باب الربا وقد روينا مثل هذا ايضا عن الصحيح البخاري عن ابي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض الحديث واعتبار فضل الجودة ساقط اما بقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء او بالاجماع وقد مر بيان ذلك في اول باب الربا وحدث محمد في اول كتاب الصرف في الاصل عن ابي حنيفة عن الوليد بن سريع عن انس بن مالك قال اتي عمر بن الخطاب باناء خسرواني قد احكمت صياغته فبعثني به لابيعه فاعطيت وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال اما الزيادة فلا **قوله** قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق اي قال القدوري في مختصره يعني قبل الافتراق بالابدان وانما اشترط التقابض قبل الافتراق لقوله عليه السلام يدا بيد وقد مر انفا وقد حدث صاحب السنن عن القعنبي عن مالك عن ابن شهاب عن مالك بن اوس عن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والحديث الذي رويناه في اول كتاب الصرف عن ابي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ذكر في اخره ولا تبيعوا منها غائبا بناجز يدل على وجوب التقابض قبل الافتراق لان الغائب لا يكون مقبوضا وروى محمد في اوائل كتاب الصرف وقال حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن عبد الله بن عمر بن الخطاب عن عمر انه قال الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض لا يباع منها غائب بناجز فاني اخاف عليكم الرماء او ان استنظرك الى بيته فلا تنظره والرماء بالمد يعني الربا وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي عن ابن عمر انه قال وان وثب من سطح فثب معه ومعنى قوله هاء وهاء اي يقول كل واحد من العاقدين لصاحبه اي خذ فيتقابضان قبل الافتراق ولان قبض احدهما واجب لا محالة ولا يكون الكالي بالكالي فوجب قبض الاخر ايضا قبل الافتراق طلبا للمساواة احترازا عن الربا ولان احد العوضين ليس باولى من الاخر في القبض لان خلقة الذهب والفضة للثمنية

وان كانا

وان كانا متساويين كالتبر والمصوغ واطلاق الحديث في قوله الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء يدل على ان حكم العين والدين سواء فيهما **قوله** لما روينا اشارة الى قوله يدا بيد **قوله** فلا يتحقق التعيين لان جواب الثمن هو قوله لا بد **قوله** لاطلاق ما روينا اشارة الى قوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل **قوله** والمراد منه الافتراق بالابدان اي المراد من الافتراق المذكور في قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق هو الافتراق بالابدان قال في شرح الطحاوي ثم وجود التقابض في مجلس العقد ليس بشرط لصحة الصرف ولكن وجود التقابض قبل التفرق بالابدان شرط حتى انهما لو تعاقدا ولم يتقابضا حتى مشيا ميلا او اكثر فلم يفارق احدهما صاحبه ولا غاب عنه ثم تقابضا وافترقا جاز الصرف وكذلك الحكم في راس المال في باب السلم يعني ان قبض راس المال في باب السلم قبل التفرق بالابدان شرط وقال شمس الائمة البيهقي في كفايته والافتراق المعتبر الافتراق بالبدن دون المكان حتى لو قاما فذهبا معا او ناما في المجلس او اغمي عليهما او طال عقودهما لا يبطل لما مر ان الدراهم والدنانير لا يتعينان وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي سواء كان المبيع دينا بدين او عينا بعين او عينا بدين وذلك لان العقد على الدراهم والدنانير فهو لا تتعين التعيين وانما تتعلق بالذمة فالتعيين وعدمه سواء وان كان العقد على التبر والانية فعندنا تتعين الا انها جنس الاثمان فتاكد حكم القبض فيها فصار التعيين وعدم التعيين سواء **قوله** المعتبر ما ذكرناه وهو الافتراق بالابدان يعني ان هو نقض راس المال قبل الافتراق بالابدان شرط **قوله** بخلاف خيار المخيرة مرتبط بقوله لا يبطل الصرف يعني ان الصرف لا يبطل بذهاب العاقدين معا وخيار المخيرة يبطل وان مشت مع زوجها لان اشتغالها بالمشي دليل الاعراض فاصل المسالة تبطل خيارها وان لم يفارق الزوج كذا قال القدوري رحمه الله في شرحه **قوله** وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ووجب التقابض والاصل فيه ما روينا في اول باب الربا عبادة بن الصامت عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد وروى عبادة ايضا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين ولكن بيعوا الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر والتمر بالملح والملح بالتمر يدا بيد كيف شئتم وقد مر في اول باب الربا وحدث صاحب السنن مسندا الى عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء وتمام الحديث مع شرحه مر قبل هذا ومعنى قوله ربا اي حرام بطريق اطلاق اسم الملزوم على اللازم مجازا وذلك لان الربا يستلزم الحرام وهذا الحديث يدل على جواز التفاضل ووجوب التقابض جميعا قبل الافتراق لانه استثنى التقابض من الربا فبقي هذا الاستثناء على عمومه لجواز التساوي والتفاضل والمجازفة بين الذهب والورق فافهم **قوله** فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لما بينا ان التقابض قبل الافتراق بالابدان شرط لدلائل مقتضية فلما كان التقابض شرطا فاذا افترق العاقدان قبل قبض العوضين او احدهما يفوت الشرط فيبطل العقد لعدم شرطه والدليل على ان القبض شرط عدم شرط صحة الخيار لهما او لاحدهما وعدم صحة الاجل ايضا وهذا لان شرط الخيار يمنع الملك فلا يبقى القبض بعد ذلك مستحقا فيفوت الشرط والاجل يفوت القبض الواجب بعقد الصرف فيفوت الشرط ايضا فان ابطل الخيار قبل الافتراق او كان الخيار لاحدهما فابطله من له الخيار قبل افتراقهما جاز البيع عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد في الاستحسان والقياس ان لا يجوز العقد بعد وقوعه على فساد وهو قول زفر وقد مر ذكره شرح والقدوري ذكر القياس والاستحسان هكذا في شرحه فاذا اسقط الاجل قبل الافتراق او كان الاجل لاحدهما فاسقطه قبل الافتراق صح البيع ايضا استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعن ابي يوسف ان صاحب الاجل اذا ابطل الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه وفرق في هذا المعنى بينه وبين الخيار لان الاجل في الاصل لا يمنع من وقوع الملك فاذا شرط في الصرف منع من وقوع الملك فصار كالبيع المشروط فيه الخيار لهما لا يصح باسقاط احدهما وليس كذلك الخيار لانه موضوع في الاصل لنفي الملك ويمنع الملك باسقاط خيار صاحب الخيار خاصة فكذلك اذا شرط في الصرف فيمنع من الملك ويصح العقد باسقاطه خاصة ولهذا ان العقد فسد بمعنى ملحق وهو التاجيل كما فسد بمعنى ملحق وهو الخيار فاذا صح باسقاط من له الخيار خياره وان لم يرض الاخر كذلك يصح اذا اسقط صاحب الاجل اجله ويعود العقد الى الاطلاق كذا ذكر الشيخ ابو الحسين القدوري في شرحه لمختصر الكرخي **قوله** ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه اي في الصرف وهو ايضاح لكون القبض شرطا وانما قيد بشرط الخيار لان خيار العيب وخيار الرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود الا ان خيار الرؤية لا يثبت الا في العين وقد مر ذلك في اول كتاب الصرف قال الشيخ ابو الحسن الكرخي وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية عند اصحابنا جميعا وكذلك سائر الديون التي يقع عليها العقود قال القدوري في شرحه وذلك لانه لا فائدة في ردها بالخيار لان العقد لا ينفسخ بردها وانما يرجع بمثلها ويجوز ان يكون المقبوض مثل المردود فاذا دون فلا يفيد الرد فائدة وكذلك لا يثبت الخيار **قوله** قبل تقرره اي قبل تقرر الفساد وانما قيد بهذا لان اسقاط الخيار او الاجل اذا كان في صرف بعد الافتراق لا يعود العقد صحيحا ابدا لتقرر الفساد **قوله** ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف اذا ابرا صاحبه مما عليه قبل القبض او وهبه له او تصدق عليه قبل الاخر بطل الدين وانتقض الصرف لان البراءة توجب

توجب سقوط القبض والقبض مستحق حقا لله تعالى لانه اوجب القبض شرطا لبقاء العقد صحيحا • واذا اتفقا عليه لم يبطل لان البراءة
بسبب الفسخ فلا يثبت فيقول احدهما بعد صحة العقد لم يفعل شيئا من ذلك ولكنه اشترى به عرضا من العروض او شيئا من المكيل
والموزون او قبض عنه شيئا من غير جنس الدين فالبيع فاسد وثمن الصرف على حاله يقبضه منه ويتم العقد الاول • وقال
زفر البيع الثاني جائز ويكون ثمن المبيع مثل الدين في ذمة المشتري • قال القدوري في شرحه وهذا على احد الروايتين
عن زفر ان الدراهم لا تتعين فاذا لم تتعين يقع البيع بمثل ثمن الصرف في الذمة • وجه قولنا ان كل واحد من بدلي الصرف
مبيع لانه لا بد للبيع من مبيع ولا اولوية لاحدهما • والتصرف في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز ولان قبض بدل الصرف
حق الشرع فاسقاطه لا يجوز ولم يذكر فيه خلاف زفر قال في الشامل في قسم المبسوط اشترى ببدل الصرف قبل ان يقبضه لا يجوز
قال الشيخ ابو المعين النسفي رحمه الله في شرح الجامع الكبير اختلف مشايخنا في الدراهم والدنانير انهما عند الاشارة اليهما هل
يتعينان في العقود ام لا • قال ابو طاهر الدباس انهما لا يتعينان وحكاه عن القاضي ابي حازم وهو قول اكثر مشايخ
بلخ ونسبه الشيخ ابو سهل الشرعي الى عامة المشايخ • وقال الكرخي اذا اشار اليهما تعينت ولكن مع هذا للمشتري ان يمنعها
ويدفع غيرها لعدم التفاوت بينهما وبين غيرها وسيجيء البحث فيه في باب الوكالة بالبيع والشراء ان شاء الله تعالى **قوله**
فينصرف العقد الى مطلقها اي الى مطلق الدراهم فصار كانه لم يضف العقد الى بدل الصرف • وذلك لعدم تعين الدراهم
والدنانير في المعاوضات **قوله** وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في السلم في هذا جواب
سؤال مقدر بان يقال لو كان كل واحد من بدلي الصرف مبيعا لكان متعينا فاجاب عنه بمنع الملازمة كما في المسلم فيه
لانه مبيع واجب في الذمة وليس بعين **قوله** ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وهذا لفظ القدوري
اعلم ان بيع الذهب بالفضة او الفضة بالذهب يجوز مجازفة سواء كانا متساويين في الوزن او كان احدهما اكثر من الاخر
لان المساواة ليست مشروطة عند اختلاف الجنسين لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
اذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد • فلما لم تكن المساواة مشروطة لم تكن المجازفة حراما لان
حرمة المجازفة لاحتمال التفاضل • ولكن يشترط التقابض قبل الافتراق بالابدان لظاهر الحديث • ولقوله عليه السلام
الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء وهو المراد بقوله في المتن لما ذكرنا **قوله** بخلاف بيعه بجنسه مجازفة يتعلق
بقوله ويجوز بيع الذهب بالفضة يعني لا يجوز بيع الذهب والفضة بالجنس اذا لم يعرف المتعاقدان وزن احدهما او كانا
يعرفان وزن احدهما ولا يعرفان وزن الاخر • او كان احدهما يعرف وزنهما ولا يعرف الاخر • وقال زفر اذا وزنا
فوجدا سواء جاز سواء عرف في المجلس او بعد التفرق • وعندنا اذا وزنا في المجلس فكانا سواء جاز وان وزنا بعد التفرق ثم
وجدا سواء فسد والاصل فيه قوله عليه السلام الفضة بالفضة مثل بمثل والفضل ربا • فاذا باعها مجازفة لم يجز لاحتمال
الربا • ولم يرد النبي صلى الله عليه وسلم المماثلة في علم الله تعالى لانه لا سبيل اليه • وانما اراد المماثلة في علم العاقدين
ولم يوجد ذلك • فاما اذا وزنا في المجلس فوجدا سواء فكان القياس ان لا يجوز لان العقد وقع على فساد فلا يصح بعد
ذلك • وفي الاستحسان يجوز لان ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر • وكان العلم بالمماثلة
في المجلس كالعلم بها في حالة العقد • وجه قول زفر ان الوزن يحتاج اليه للمماثلة فاذا كانت المماثلة موجودة في الواقع
جاز **قوله** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال فضة بالفي مثقال
فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة • وهذه من مسائل الجامع الصغير وهذا استحسان كذا
قال الفقيه ابو الليث وذلك لان قبض حصة الطوق قبل الافتراق مستحق واجب ولا مقاصة بين الواجب وغير الواجب
والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب • ونظيره صحة العقد كمن ترك في صلاته سجدة صلبية واتى بسجدتي السهو تصرف
احداهما الى الصلبية • وكمن ترك طواف الزيارة واتى بطواف الصدر ينتقل ذلك الى طواف الزيارة حملا لامره على الصحة
وكذا هنا • وكذا لو اشترى الجارية التي في عنقها طوق فضة بالفي مثقال الفا نسيئة يكون المنقود حصة
الطوق والمؤجل حصة الجارية • لان الاجل ينافي القبض المشروط في عقد الصرف • والظاهر من حال المسلم مباشرة
العقد على وجه الجواز فلا جرم كان النقد حصة الطوق دون الجارية **قوله** منهما اي من المنقود هو
قوله وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع • وكذا المنقود
ثمن الحلية وان لم يبين ذلك • وهذه من مسائل القدوري • وذلك لان الظاهر منه الاتيان بالواجب • وهو
المراد بقوله بينا قال القدوري في مختصره وكذا ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما يعني يكون الخمسون المدفوع حصة
الحلية حملا لامره على الصلاح • وهذا لان الاثنين يجوز ان يراد بهما الواحد كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان
وانما يخرج من الملح دون العذب • وكقوله تعالى يا معشر الجن والانس الم ياتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس لا من
الجن • وكقوله تعالى في قصة موسى وفتاه نسيا حوتهما وكان الناسي احدهما وهو الفتى • وكما في قوله عليه السلام
لمالك بن الحويرث ولابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما وانما اراد ان يؤذن احدهما • فاذا احتمل الاثنان الواحد يراد
الواحد فيما نحن فيه حملا لامور المسلمين على الصلاح ما امكن • قال في شرح الطحاوي ولو اشترى بالفضة فضة مع غيرها او
ذهبا بالذهب مع غيره كما اذا اشترى بالفضة سيفا محلى حليته فضة او منطقة مفضضة او لجاما مفضضا او اشترى جارية

وفي

وفي عنقها طوق من فضة مع طوقها • فهذه المسائل على اربعة اوجه في ثلاثة منها البيع فاسد • وفي وجه البيع جائز اما الثلاثة
التي يفسد البيع فيها احدها ان يكون وزن الفضة المفردة مثل وزن الفضة مع غيرها لان الفضة بالفضة والفضل ربا سواء
الفضل من جنسها او من خلاف جنسها • والثاني ان يكون وزن الفضة المفردة اقل او اكثر فالبيع لا يجوز عندنا لان جهة
الفساد غالبة لانه يفسد من وجهين اذا كانا سواء وكان وزن الفضة اقل • ويجوز من وجه واحد وهو ان يكون وزن
المفردة اكثر فيحمل على الفساد • وعند زفر يجوز البيع لان البيع لا يفسد بالشك • واما الوجه الذي يجوز البيع فهو ان
يكون وزن المفردة اكثر فيكون الفضة بالفضة والزيادة بازاء خلافه • وقال ايضا وكذلك هذا الحكم فيما اذا اشترى
ذهبا مع غيره بذهب كما اذا اشترى بالذهب ثوبا منسوجا بالذهب • او اشترى جارية مع حليتها والحلي من الذهب بالذهب
فهو على اربعة اوجه على ما ذكرنا **قوله** فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية هذا لفظ مختصر القدوري
وترتيب لفظه • فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية والسيف ان كان لا يتخلص الا بضرر • وان كان
يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية • فالحاصل ان الافتراق يوجب بطلان العقد في حصة الحلية لا محالة
لانه صرف • اما في حصة السيف فهل يوجب بطلان العقد ام لا فنقول ان كان لا تتخلص الحلية بغير ضرر فيوجب البطلان
في حصة السيف ايضا • وان كان يتخلص بغير ضرر فيوجب البطلان في حصة الحلية خاصة وذلك لان بيع الحلية دون
السيف او السيف دون الحلية جائز اذا كانت تتخلص بغير ضرر ابتداء فكذا بقاء • وبيع احدهما دون الاخر لا يجوز ابتداء اذا
كان لا يتخلص الا بضرر وكذا بقاء وصار كبيع ذراع من ثوب وجذع من سقف لكن هذا فيما اذا علم ان الدراهم اكثر من الحلية وان
علم ان الدراهم مثل الحلية او اقل لا يجوز البيع لانه يلزم الربا • وان لم يعلم ان الدراهم مثل الحلية او اكثر او اقل حتى افترقا
بطل البيع لاحتمال الربا من وجهين وهو اذا كانت الدراهم مثلها او اقل منها • قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وكذلك
اذا اختلف التجار فقال بعضهم الثمن اكثر منها وقال اخرون هو مثله او اقل فان البيع باطل في قول ابي حنيفة وابي يوسف
ومحمد • وقال زفر والحسن البيع جائز حتى يعلم ان الحلية مثل الثمن او اكثر لان عقود المسلمين محمولة على الصحة فما لم يعلم التفاضل
فالعقد جائز • ولنا ان المماثلة في العقد شرط فاذا لم يعلم لم يوجد الشرط ولا يصح العقد **قوله** وكذا في السيف
اي بطل العقد في السيف ايضا • او كان لا تتخلص الحلية الا بضرر **قوله** وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد
ما بيناه اي جواز البيع في السيف وبطلانه في الحلية فيما اذا كانت الفضة المفردة اكثر من فضة الحلية التي في السيف وفي الفضة
المضمومة الى السيف لانه حينئذ تكون الفضة بالفضة والباقي بمقابلة النصل والجفن والحمائل • ولكن بطلانه في الحلية لفوات
شرط صحة العقد فيها وهو التقابض قبل الافتراق **قوله** فان كانت مثله او اقل منه او لا يدري لا يجوز البيع في
السيف ايضا اذا كانت الفضة المفردة مثل ما في السيف او اقل مما في السيف من الفضة للربا لان الفضة بالفضة والزائد ربا
واذا كانت الفضة المفردة لا يدري انها مثل ما في السيف او اقل او اكثر لا يجوز البيع لاحتمال الربا من وجهين وهو اذا كانت
الفضة المفردة اقل او مثله **قوله** وجهة الفساد من وجهين فترجح ولا احتمال لا يجوز الترجيح بما يصلح ان يكون
علة وها هنا كل واحد من الوجهين علة لفساد الربا • وكيف صلح مرجحا لانا نقول معناه ان كل واحد من الوجهين اذا كان
علة لفساد البيع كان اولى بان يفسد اذا اجتمعا • وليس معناه ان الفساد لم يثبت باحدى الجهتين فالم يثبت جهة اخرى هو
قوله قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض • وكان الاناء
مشتركا بينهما اي قال القدوري في مختصره وذلك لان التقابض قبل الافتراق شرط صحة العقد فيما وهذا العقد صرف
كله وقد وجد شرط الصحة في حق البعض دون البعض فصح العقد فيما وجد فيه الشرط دون ما لم يوجد فيه ولم يكن
الفساد شائعا في الكل لان الفساد طارئ • وهذا لان التقابض صحة الشرط فيما ابتداء فاذا كان كذلك وقع العقد صحيحا
ثم طرا الفساد بالافتراق قبل التقابض **قوله** لانه صرف كله اي لان هذا العقد صرف كله بخلاف مسئلة الجارية التي
في عنقها طوق فضة • ومسئلة السيف المحلى فان العقد ثمة بيع وصرف فلهذا اذا وقع حصة الحلية او الطوق قبل الافتراق
جاز البيع في الكل لان التقابض ليس بشرط فيما اذا لم يكن صرفا • وفيما نحن فيه لما كان العقد صرفا محضا اشترط التقابض في الكل
فصح فيما وجد وبطل فيما لم يوجد **قوله** ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء
رد وهذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لانه تعيب بعيب الشركة من غير صنعه • وانما قلنا انه تعيب لان الشركة
في الاعيان المجتمعة تعد عيبا لان التشقيص بالتبعيض يوضحه انه لو تزوج امراة على دار فاستحق نصفها كان لها الخيار • ولا يثبت
الخيار في المهر الا بعيب فثبت ان الاستحقاق عيب لكونه شركة • فاذا ثبت العيب يثبت الخيار كما في سائر العيوب فان اختار الاخذ
اخذ الباقي بالحصة لان حصة المستحق انفسخ العقد فيها فسقط عنه • وهذا بخلاف المسئلة الاولى حيث كان الاناء مشتركا ومع هذا
لم يثبت الخيار بعيب الشركة لان العيب حصل بصنع منه وهو الافتراق قبل التقابض فظهر الفرق **قوله** وان باع هو
قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصته ولا خيار له هذا لفظ القدوري في مختصره • وانما لم يثبت الخيار لان الشركة
في قطعة نقرة ليس بعيب لانها لا تنتقص بالتفريق بخلاف الاناء • فاذا لم يكن عيبا لم يثبت الخيار لان الخيار لا يثبت بلا عيب
والنقرة قطعة فضة مذابة كذا في تهذيب الديوان • فعلى هذا تكون الاضافة في قوله قطعة نقرة من قبيل اضافة الجنس
الى النوع • والنقرة ايضا حفرة في الارض غير كبيرة ونقرة كذلك **قوله** قال ومن باع درهمين ودينارا بدينارين

ودرهم جاز البيع وجعل كل جنس بخلاف جنسه ● اي قال القدوري في مختصره وعلى هذا اذا باع كر حنطة وكر شعير بكري حنطة وكري شعير ● او باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا يعلم حليهما يصح البيع عندنا ● وقال زفر والشافعي لا يصح العقد اصلا لانه قابل الحلية بالحلية فاستجر من هذا الجانب الا وقابله جزء من الحلية في الجانب الاخر ● فتحقق الربا وان لم يتحقق من حيث انه مقابلة الجنس بخلاف الجنس يتحقق من حيث انه مقابلة الجنس بالجنس ● وذلك لان قضية عقد المقابلة انقسام البدل على المبدل على الشيوع ● الا ترى انه لو اشترى عبدا وجارية بثوب وفرس ثم استحق العبد يرجع بحصة العبد في الثوب والفرس جميعا بالاجماع فلولا ان قضية هذه المقابلة التي اطلقها العاقدان الانقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعا ولان تصحيح العقد لا يمكن الا بصرف مقابلة الجنس الى خلاف الجنس وهو تغيير لمطلق المقابلة التي اطلقها العاقدان فلا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف لانه تغيير المقابلة غير الاولى ويكون التصرف تصرفا اخر بدليل على هذا المنقول والاحكام ● اما المنقول فهو ان الواجب تصحيح تصرف القائل على الوجه الذي باشره وتصحيح لا على خلاف ذلك ● والعاقدان قصد المقابلة المطلقة لا مقابلة الجنس الى خلاف الجنس في انشاء تصرف اخر وفسخ التصرف الاول ● واما الاحكام منها انه لو باع قلب فضة وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم وثوبا بثمنه عشرة دراهم بعشرة دراهم ثم باعهما مرابحة بربح عشرين لا يجوز وان امكن تصحيح التصرف بصرف الربح الى الثوب خاصة ● وانه اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن خاصة مع عبد اخر بالف وخمسمائة لا يجوز ويفسد العقد فيما اذا اشتراه اولا عندكم لانه يصير بائعا باقل مما باع وان امكن تصحيح العقد بصرف الالف الى المشترى والباقي الى العبد الاخر ● ومنها انه لو باع عبدا مطلقا وله عبد واحد لا يجوز وان امكن صرفه الى العبد المملوك لما فيه من ابطال وصف الاطلاق وكذا لو جمع بين عبده وعبد غيره فقال بعت احدهما لا يجوز وان امكن تصحيح العقد بصرفه الى عبد نفسه ● ومنها انه لو باع درهما وثوبا بثوب ودرهم ثم افترقا قبل التقابض لا يجوز في الدرهمين وان امكن تصحيح التصرف بصرف الجنس الى خلاف الجنس ● وكذا لو باع قفيز تمر بقفيز تمر لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرف النوى الى التمر والتمر الى النوى لما فيه من ابطال وصف الاطلاق ● ولنا ان العاقدين ذكرا المقابلة مطلقة وهي تحتمل مقابلة الجنس بالجنس وبخلاف الجنس فتحمل على مقابلة الجنس بخلاف الجنس حملا لامور المسلمين على الصلاح لان الظاهر من حال المسلم قصد الصحة والصلاح كمن باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره يصرف العقد الى نصف البائع لا الى النصف الشائع بين النصيبين والدليل على احتمال مقابلة الجنس بخلاف الجنس صحة التفسير فانه اذا قال بعت الدرهمين ودينارا بدينارين ودرهم على ان يكون الدرهمان بدينارين والدينار بدرهم صح ● والنهي لا يجوز تفسيره بما لا يحتمله ● وكذا لو قال عنيت به ذلك جاز ولا يلزم من مقابلة الجملة بالجملة الا انه يتقيد احد الوجهين دون الاخر وهو كون الجنس بخلاف الجنس لا كون الجنس بالجنس ● الا ترى ان احدا لو قال قابلت هذه الطائفة بجميع الطائفة الاخرى يحتمل ان يقابل كل واحد من احدى الطائفتين بجميع الطائفة الاخرى او يقابل كل واحد من هذه بكل واحد من تلك على التعيين ● قال في الاشارات الكلام من حيث التحقيق راجع الى ان العقد شرع جائزا والفساد انما يكون بمفسد او معارض وههنا في حكمنا بالفساد مع امكان حمل اللفظ على وجه الصحة فقد اثبتنا ● او عارضا مفسدا لم يات هو به ولم يسمع فلا يجوز على انا نقول اذا اريد بهذه المقابلة مقابلة الجنس بخلاف الجنس لا يتغير اصل المقابلة بل يتغير وصفها من الاطلاق الى تقييد ● وكل مطلق يجوز ان يراد به المقيد ● ولهذا صح التفسير لكنا قد اريد المقيد هنا بدلالة حال المتصرف فكان هذا تصحيح التصرف على الوجه الذي قصده المباشر لا على خلافه ● والجواب عن الاحكام فنقول اما الجواب عن مسئلة المرابحة فهو ان الربح لو صرف كله الى الثوب لا يبقى بيع القلب والثوب جميعا مرابحة لانه حينئذ يكون بيع الثوب مرابحة وبيع القلب تولية والعاقد قصد بيعهما مرابحة فيلزم تغيير تصرفه اصلا بخلاف ما نحن فيه ● واما الجواب عن المسئلة الثانية فنقول الطريق في تصحيح العقد ثمة متعدد وليس بمتعين فيبقى الثمن مجهولا فيفسد العقد ● وهذا لانا لو صرفنا خمسمائة او الالف من ذلك بدرهم او درهمين او ثلاثة ونحو ذلك الى العبد الاخر لا يلزم شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن بخلاف ما نحن فيه ● فان طريق التصحيح متعين وهو صرف الجنس الى خلاف الجنس ● واما الجواب عن الثالثة والرابعة فانه لم يصرف العقد الى عبد مملوك للعاقد لانه اضاف العقد الى المنكر وهو غير المعين ● ولا يمكن تصحيح تصرف المباشر في محل اخر غير المحل الذي باشر فيه ● واما الجواب عن الخامسة فنقول لا حاجة ثمة الى صرف الجنس الى خلاف الجنس لان العقد صحيح بدون ذلك وانما الفساد وقع في حالة البقاء بالافتراق من غير قبض وفيما نحن فيه لا يصح العقد ابتداء بدون صرف الجنس الى خلاف الجنس فافترقا ● واما بيع قفيز تمر بقفيز تمر فانما لم يجز وان كان النوى غير التمر حينئذ لان الشرع جعلهما شيئا واحدا حيث اجرى الربا في التمر ● وفي المسئلة السابعة التي استشهد بها الخصم انما رجع المشتري بحصة العبد في الثوب والفرس جميعا لان نقض الاعراض لم يرد في البعض وفيما نحن فيه تصحيح العقد في صرف الجنس الى خلافه فحمل عليه **قوله** وعلى هذا الخلاف وكذا الخلاف ايضا فيما اذا باع درهما ودينارا بدرهمين ودينارين ● وبه صرح في طريق الخلاف **قوله** اشترى قلبا اي سوارا **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين **قوله** وفيه تغيير وصف التقابل من الاطلاق الى القيد لا تغيير اصل التقابل لان اصل التقابل باق كما كان ● ولهذا ابتنى الموجب الاصلي لتقابل الكل بالكل وهو ثبوت الملك في الكل **قوله** والطريق في المسئلة الثانية ان طريق تصحيح العقد واراد بالمسئلة الثانية قوله اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع

عبد اخر بالف وخمسمائة **قوله** وفي الثالثة اي في المسئلة الثالثة وهي ما اذا جمع بين عبده وعبد غيره ثم قال بعت احدهما **قوله** وفي الاخيرة اي وفي المسئلة الاخيرة وهي ما اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض **قوله** ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم وهذا لفظ القدوري في مختصره وعند الشافعي لا يصح هذا البيع لان شرط جواز بيع الفضة بالفضة التماثل بالحديث وقد وجد فضل زيادة درهم بمقابلة دينار ● ولا يشترط التساوي بينهما لاختلاف الجنسين وانما جوزنا على هذا الوجه حملا لامور المسلمين على الصلاح ولان كل عقد جاز بيعها بجنسها جاز بيعها بجنسها وبغير جنسها كالثياب والاصل في هذه المسائل ما ذكر الشيخ ابو الحسن القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ان قسمة احد البدلين على الاخر في البيع لا ما يخ لا ليحصل احكام العقد وفي الرد بالعيب والرجوع عند الاستحقاق بثمن ووجوب الشفعة بما فيه الشفعة ● فاذا كان العقد لا ربا فيه قسم ما في احدى الجنسين على الاخرى فما كان من ذلك لا يتفاوت قسم ما في احدى الجنسين على الاخرى فما كان من ذلك لا يتفاوت قسم البدل على الاخر وان كان مما يتفاوت قسم على القيمة ● واما ما فيه الربا فانه يقسم على الوجه الذي يصح فيه العقد لا على الوجه المفسد لان القسمة انما تطلب لتصحيح احكام العقد ولا يحصل احكامه الا مع صحته فلم يجز ان تقسم قسمة يبطل فيها العقد واحكامه ● واذا كان كذلك فالقسمة فيما فيه الربا على ضربين احدهما قسمة الاعتبار وهو ان يبيع الجنس بجنسه وغير جنسه فلا يجوز العقد حتى يكون الجنس المفرد اكثر من جنسه الذي في مقابلته فيحصل الجنس مثله في الوزن ان كان موزونا وفي الكيل ان كان مكيلا ● والفضل في الجنس الاخر ● وهذا كبيع عشرة دراهم بخمسة ودينار ● والنوع الثاني من القسمة المخالفة بين البدلين وهو ان يبيع جنسين فيهما الربا بجنسهما وهناك تفاضل مثل درهمين ودينار بدينار ودرهم وكذي حنطة ومد شعير بمدي شعير ومد حنطة فالعقد جائز عندنا ● قال في شرح الاقطع ويسمى هذه القسمة قسمة المخالفة بين البدلين **قوله** ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شيء اخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة ● وهذه المسئلة ذكرها تفريعا ولم يذكرها في البداية لانها ليست من مسائل الجامع الصغير ومختصر القدوري ● قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واذا تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب وفي احدهما اكثر من وزن الاخر ومع اقلهما شيء اخر من خلاف جنسه فالبيع جائز لانه يصير وزنا بوزن والزيادة بازاء خلافه ● وان كان قيمة الخلاف تبلغ قيمة الزيادة او اقل مما يتغابن الناس فيه يجوز ذلك من غير كراهة ● وان كانت قيمة الخلاف قليلة كالجوزة والفلس والكاغذ ● واما اذا خلا لا يجوز البيع فان البيع جائز في الحكم ولكنه مكروه ● وهكذا روي عن محمد انه كره ذلك فقيل له كيف تجده في قلبك قال اجده مثل الجبل وان لم يكن للخلاف قيمة كمثل من تراب او نحوه فان البيع لا يجوز لان الزيادة لا تكون بازائها بدل فيكون ربا ● وقال في شرح الطحاوي ايضا واذا اشترى تراب المعادن فهذا لا يخلو اما ان يكون تراب معدن الفضة او تراب معدن الذهب اشتراه بجنسه او بخلاف جنسه ● اما اذا كان تراب معدن الفضة ان اشتراه بفضة او بدراهم لا يجوز البيع لان المعقود عليه من التراب ما فيه الفضة دون التراب لان التراب لا قيمة له فيكون فضة بفضة مجازفة لا يدري تساويهما فلا يجوز ● وان اشتراه بذهب جاز البيع لان الجنس قد اختلف فلا يؤدي الى الربا ولكنه يكون صرفا ● ويراعى فيه شرائط الصرف ثم ينظر ان لم يخلص من التراب شيء من الفضة تبين فساد البيع لانه اشتراه على انه مال فاذا هو ليس بمال فهو كمن اشترى عبدا فوجده حرا او اشترى شاة مذبوحة فاذا هي ميتة وان خلص شيء من الفضة فالبيع جائز والمشتري بالخيار لانه اشترى شيئا لم يره فصار كمن اشترى ثوبا في سفط او سمكة في جب فانه يجوز وله الخيار وان راه ● واذا اشتراه بثوب او بعرض من العروض فالشرا جائز ولا يراعى فيه شرائط الصرف ● ثم ينظر ان لم يخلص منه شيء من الفضة فسد البيع ● واذا خلص جاز البيع وله الخيار ● وان راه ● ولو اشترى ذلك بثوب مثله لا يجوز البيع لان المعقود عليهما ما فيه فصار كانهما تبايعا فضة بفضة مجازفة ● ولو اشترى تراب معدن الذهب بتراب معدن الفضة جاز ويراعى فيه شرائط الصرف ● فان لم يخلص منه شيء من الفضة او الذهب تبين بطلان العقد ● وكذلك اذا خلص من احدهما ولم يخلص من الاخر تبين بطلان البيع ● وان خلص من كل واحد منهما جاز البيع ولهما خيار الرؤية والباقي يعلم في شرح الطحاوي **قوله** ومن كان له على اخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ● وهذه من مسائل الصغير ● قالوا في شروح الجامع الصغير هنا ثلاثة فصول احدها هذا وهو ما اذا باع الدينار بالعشرة المطلقة ● والثاني ان يضيف الى الدين بان يبيع الدينار بالعشرة التي عليه ● والثالث ان يبيعه دينارا بعشرة ثم يحدث لمشتري الدينار عشرة على بائع الدينار بان باع منه ثوبا بعشرة ثم تقاصا ● اما اذا اضاف الى الدين صح بالاجماع وسقط العشرة عن ذمة من هي عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار وغاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض احد العوضين احترازا عن الكالي بالكالي ويشترط قبض الاخر احترازا عن الربا وذلك لان بقبض احد البدلين حصل الامن عن خطر الهلاك فلو لم يقبض الاخر يكون فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التاوي فيلزم الربا وهذا المعنى معدوم فيما نحن فيه ● لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث ملكه فلم يبق خطر الهلاك ● وحقيقته ان يتعين البدل الاخر بعد قبض احد البدلين انما كان احترازا عن الربا ولا ربا في دين سقط وانما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته ● ولهذا قلنا ان الدين بالدين حرام ومع هذا لو تقاصا دراهم دين بدنانير دين لم يصح ● واما اذا اطلق العقد بان باع الدينار بعشرة مطلقة ولم يضفه الى العشرة

التي هي دين فهو جائز عندنا اذا تقاصا بالقرض الذي هو دين استحسانا • وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله • وجه القياس انه استبدال ببدل الصرف قبل القبض ولهذا لم تجز هذه المقاصة بلا تراضي • ولهذا لو اخذ مكان الدراهم دنانير او عرضا لا يجوز • وجه الاستحسان ان العقد لما اطلق وجب به ثمن تعيينه بالقبض كيلا يلزم الربا والدين لا يصلح لذلك فلم يكن تقاصا • ثم اذا تقاصا بالتراضي جاز عندنا لان اقدامهما على المقاصة اقتضى فسخ الصرف المطلق وهو بيع الدينار بعشرة مطلقة وتحويل العقد الى عقد اخر وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين فلا يلزم الاستبدال ببدل الصرف قبل القبض اذ لا يشترط في العقد المضاف الى العشرة التي هي دين قبضها لفوت الخطر لانه دين يسقط واياه ذلك لا يلزم لانه لا يقول بالاقتضاء ومخالفنا فيه كما خالفنا في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم • واما اذا احدث الدين بعد بيع الدينار بالعشرة بان باع مشتري الدينار ثوبا من بايع الدينار بعشرة دراهم فسلم الثوب ولم يقبض العشرة ثم تقاصا العشرة بالعشرة في المجلس ففيه روايتان في رواية ابي حفص لا يجوز • واختاره شمس الائمة السرخسي وقاضي خان • وفي رواية ابي سليمان يجوز المقاصة واختاره فخر الاسلام والصدر الشهيد والزاهد العتابي رحمهم الله • وجه رواية حفص ان النبي صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة في حديث ابن عمر في دين سابق لا لاحق • ووجه رواية ابي سليمان ان العقد الاول ينفسخ انفساخا تصحيحا للمقاصة او تخصيص النبي الدين لا يدل على نفي ما عداه والمسئلة في كتاب الصرف • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض بايع الدينار عشرة دراهم من المشتري او غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد منه القبض **قوله** ووجهه اي وجه الجواز وهو جواز الاستحسان **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق الى اخر ما قال ثمة **قوله** على ما بينه اشارة الى قوله فكذلك الجواز اي الاضافة الى الدين كان للجواز لانه دين يسقط لا خطر فيه **قوله** ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة اي قال القدوري في مختصره والغلة من الدراهم المقطعة التي في القطعة منها قيراط او طسوج او حبة كذا في المغرب ونقله المطرزي هكذا عن ابي يوسف في رسالته وشرح صاحب الهداية بقوله ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ومعنى يرده بيت المال الغلة لا لزيافة فيها بل لكونها قطعا • وفي بعض الحواشي دراهم غلة اي مكسرة وفي زيادة الفقهاء الغلة من الفلول وهو الخيانة يقال غل واغل بمعنى خان • وقال الشافعي لا يجوز هذا البيع كذا في شرح الاقطع • ولنا ان المماثلة في الوزن هي الشرط في عقد الصرف لقوله عليه السلام الفضة بالفضة مثلا بمثل والفضل ربا وقد وجدت المماثلة فجاز العقد غاية ما في الباب ان الصحيح اجود من المقطع والجودة لا اعتبار لها في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فسقط اعتبار الاجود فصار كان الكل صحاح او غلة او الدراهم الفضية بين دراهم اذا كان الغالب غلة • وذكر الشيخ ابو نصر البغدادي سؤالا وجوابا فقال فان قيل البدل يختلف فاشتم عوضه على قيمته وصار حصة الغلة اقل من وزنها وهذا لا يجوز قيل ان الجودة لا قيمة لها اذا لاقت جنسها فيما فيه الربا **قوله** قال وان كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر بينهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد • اي قال القدوري في مختصره وهذا لان الدراهم والدنانير لا يخلو عن قليل غش لانهم قالوا انها لا تنطبع الا مع الغش فاذا لم تخل عن القليل اعتبر الغالب كما في كثير من الاحكام يعتبر الغلبة فان غلبت الفضة او الذهب على الغش كانت الدراهم او الدنانير في حكم الفضة الخالصة او الذهب الخالص حتى لا يجوز بيع هذه الدراهم بالذهب الخالص الا مثلا بمثل لا زيادة ولا نقص وكذا لا يجوز بيع هذه الدنانير بالذهب الخالص الا مثلا بمثل • وكذا لا يجوز استقراضها عددا بل يجب الوزن **قوله** وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير • وهذا ايضا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فاذا بيعت بجنسها متفاضلا جاز • اعلم ان الكرخي سمى هذا النوع السوق فقال السوق عندهم ما كان الصفر او النحاس هو الغالب • فاذا كان الصفر او النحاس هو الغالب كانت في حكم الصفر او النحاس حتى لا يباع الصفر او النحاس الا مثلا بمثل يدا بيد ولكن اذا بيعت هذه الدراهم بجنسها متفاضلا جاز ويصرف الجنس الى خلاف الجنس تجويزا للعقد • ويشترط القبض لكونه صرفا لانه بيع فضة بفضة فلما اشترط القبض في الفضة اشترط في الصفر او النحاس ايضا لانه في ضمنه صرف • وان بيعت هذه الدراهم او هذه الدنانير بالفضة الخالصة او بالذهب الخالص ينظر ان كانت الفضة الخالصة او الذهب الخالص اكثر مما في المغشوشة جاز وان كان الخالص مثل ذلك او اقل او كان لا يدري انه اقل او مثله او اكثر لا يجوز كما مر في حلية السيف • قال في شرح الاقطع عند قوله فان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير المراد به اذا كانت الفضة لا تخلص من الغش لانها صارت مستهلكة فلا اعتبار بها • فاما اذا كانت تخلص من الغش فليست مستهلكة فاذا بيعت بفضة خالصة فهو بيع نحاس وفضة بفضة فيجوز على الاعتبار • وقال صاحب الهداية ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا • فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا اراد بالمشايخ علماء بخارا وسمرقند لا مشايخ الصوفية واراد بالديار بلاد ما وراء النهر فلم يجوزوا التفاضل في بيع هذه الدراهم بجنسها • وان كان الغش فيها غالبا احترازا عن الوقوع في الربا والدراهم الغطريفية منسوبة الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد كذا قال المطرزي وقيل انه خال هارون الرشيد • وجملة القول هنا ما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي الدراهم المضروبة على ثلاثة انواع • احدها في الدراهم التي ثلثاها صفر وثلثها فضة او ثلاثة ارباعها صفر وربعها فضة • او خمسة

اسداسها صفر وسدسها فضة • او كان الصفر هو الغالب • ونوع منها هي الدراهم التي ثلثاها فضة وثلثها صفر او ثلاثة ارباعها فضة وربعها صفر او خمسة اسداسها فضة وسدسها صفر او كانت الفضة هي الغالبة • ونوع منها نصفها فضة ونصفها صفر فان النوع الاول من الدراهم يجعل في الحكم كشيئين مختلفين صفر وفضة ولا يكون احدهما معلوما بصاحبه ويعتبر كل واحد منهما على حدة فان اشترى بهذا النوع من الدراهم فضة خالصة او ما له حكم الفضة الخالصة فان ذلك على اربعة اوجه في ثلاثة منها البيع فاسد وفي وجه منها البيع جائز • اما الثلاثة الاوجه التي لا يجوز ان يكون وزن الفضة الخالصة اقل من وزن الفضة التي في الدراهم لان الفضة بالفضة وزيادة الفضة في احدهما مع زيادة الصفر تكون ربا • والثالث اذا كان لا يدري وزنها فلا يجوز البيع عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر يجوز البيع • واما الوجه الذي يجوز البيع ان يكون وزن الفضة الخالصة اكثر من وزن الفضة التي في الدراهم يجوز البيع ويكون فضة بفضة والزيادة من الفضة الخالصة بازاء الصفر ولكن في الصفر ايضا لان في ضمنه صرفا كالسيف المحلى • ولو اشترى بهذا النوع من الدراهم ذهبا يجوز البيع كيف ما كان لان الجنس قد اختلف فلا يؤدي الى الربا ويراعى فيها شرائط الصرف • ولو اخل بشرط من شرائطه فسد الصرف وفسد البيع في الصفر ايضا لان في ضمنه صرفا • ولو تبايعا بهذا النوع من الدراهم بعضها ببعض يجوز كيف ما كان متفاضلا او متساويا لانه باع جنسين مختلفين ولا يؤدي الى الربا والتقابض فيهما جميعا شرط لانه يصرف الفضة الى الفضة وزيادة الفضة في احدهما مع الصفر بازاء الصفر الاخر فاذا اشترط القبض في قدر الفضة اشترط في الصفر لان في ضمنه صرفا • وهل يجوز المبايعة والاستقراض عددا ام لا ينظر في ذلك ان كان تروج في معاملات الناس وزنا وعددا فانه يجوز وزنا وعددا • وان كان بعضها افضل من بعض وان كان تروج وزنا ولا تروج عددا فلا يجوز عددا • ولو اشترى به ثوبا او عرضا واشار اليه واضاف العقد اليه فان العقد جائز ولا يتعلق العقد به اذا كان تروج فيما بين الناس لان الدراهم والدنانير الرائجة فيما بين الناس لا يتعينان في عقود المبادلات • وان عينت حتى انه اذا هلك قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما • ويجب عليه ان ينقد مثله • وان كان هذا النوع من الدراهم لا تروج فيما بين الناس فيكون حكمه حكم السنوق والرصاص والفلوس الكاسدة فيتعين بالعقد اذا اشير اليها وهلاكها قبل التسليم يبطل العقد هذا اذا كانا يعلمان بحال الدراهم ويعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم وان كانا لا يعلمان او يعلم احدهما ولا يعلم الاخر او يعلمان ولكن لا يعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالمشار اليها الدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي عليها معاملات الناس فلا يتعلق بالمشار اليه • وان كان مما يقبله البعض ولا يقبله البعض يكون حكمه حكم الزيوف والنبهرجة فيجوز البيع ولا يتعلق البيع بنفسه • ولكن يتعلق العقد بجنس تلك الدراهم الزيوف اذا كان البايع يعلم بحاله خاصة لانه رضي بجنس الزيوف وان كان البايع لا يعلم لا يتعلق البيع بجنس المشار اليه لكنه يتعلق بالجيد من النقد في البلد وكذلك الفضة المغشوشة حكمها على ما ذكرنا اذا كان غشها غالبا على الفضة • وعن محمد بن الحسن اعتبر الفضة وان كان في رواية الجامع الصغير ولم يجعله مغلوبا بالصفر لكثرة الصفر وقلة الفضة حكي عن علماء الصيادلة وغيرهم ان الفضة والصفر اذا اختلطا لم يتميز الفضة من الصفر حتى يحترق الصفر فيذهب الصفر ويبقى الفضة فكان الصفر اكثرهما ذهابا • فاذا كان كذلك لم يعتبر الفضة مغلوبة بالصفر وان قلت • قال وكذلك حكم الذهب اذا اختلط بغيره فهو على هذه الاقسام • واما اذا كان مموها بماء الذهب والفضة فالتمويه ليس بشيء ولا يعتبر ذلك • ولا يراعى فيه شرائط الصرف لانه لا يخلص وهو بمنزلة اللون • واما النوع الثاني في الدراهم يجعل في حكم الفضة الخالصة ويكون الصفر مغلوبا بالفضة • ولو اشترى بهذا النوع من الدراهم فضة خالصة لا يجوز الا متساويا وزنا بوزن والمبايعة والاستقراض لا يجوز الا وزنا الا اذا اشترى به ثوبا او عرضا بعينه واشار اليه واضاف العقد اليه فان العقد جائز وان لم يسم وزنه لانه يصير معلوما بالاشارة ولكن لا يتعين للعقد • وكذلك حكم الفضة المغشوشة اذا كان غشها قدر ثلثها او اقل فيكون حكمها كفضة خالصة • واما النوع الثالث وهو ان يكون نصفها فضة ونصفها صفرا فهذا النوع من الدراهم لم يبسطه محمد رحمه الله في الاصل فيه • وقال ان كانت الفضة هي الغالب فيكون حكمه حكم النوع الذي ثلثاه فضة وثلثه صفر • وقال ان كانت الفضة هي الغالب فيكون حكمه حكم النوع الثاني الاول في احكامه على ما ذكرنا • وهذا كله في شرح الطحاوي وقال في التحفة وان كان الفضة مع الغش سواء يكون حكمه حكم الفضة في انه لا يباع الا وزنا ولا يجوز بيعه مجازفة وعددا • واذا قوبل بالفضة الخالصة في البيع يراعى فيه طريق الاعتبار • وان علم ان الفضة الخالصة اكثر جاز حتى يكون الفضة بازاء الفضة وزنا والزيادة بازاء الغش وان كانت الفضة الخالصة اقل من الفضة التي في المغشوش او مثلها او لا يدري لا يجوز لما فيه من الربا **قوله** ثم ان كانت تروج بالوزن يعني ان كانت الدراهم التي غشها غالب او الدنانير التي غشها غالب تروج بالوزن فيعتبر بالوزن في المبايعات والاستقراض • وان كانت تروج عددا فيعتبر العدد • وان كانت تروج بهما يعتبر ان جميعا اعتبارا بالعادة فيما لم ينص عليه **قوله** ان كان البايع يعلم بحالها اي بحال الدراهم او الدنانير المغشوشة وان كان البايع لا يعلم لا يتعلق العقد بجنس المشار اليه بل يتعلق بالجيد من نقد البلد وقد مر تمام البيان قبل هذا **قوله** واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد عليه قيمتها يوم البيع • وقال محمد قيمتها اخر ما يتعامل الناس بها • وهذا لفظ القدوري في مختصره اي اشترى بالدراهم التي غشها غالب ثم كسدت • قال في التتاوي الصغرى وتفسير الكساد مذكور في البيوع انها لا تروج في جميع البلدان ثم قال هذا

على قول محمد • اما عندهما الكساد في بلدة يكفي لفساد البيع في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبارا
لاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا لانه يعتبر اصطلاح الكل • وقال ايضا ولو كان مكانه بكاغد يجب مهر المثل • وفي العيون ان عدم رو
الجواز انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك لعيب فكان للبائع الخيار
ان شاء قال اعطني مثل النقد الذي وقع عليه العقد • وان شاء اخذ قيمته ذلك دنانير • وجه قولهما ان الكساد لا يوجب الفساد
لان غاية ما في الباب ان التسليم يتعذر به وتعذر التسليم لا يوجب فساد العقد كمن باع برطب ثم انقطع فاذا بقي العقد وقد تعذر
التسليم يجب قيمة ما وقع عليه العقد ولكن عند ابي يوسف يجب القيمة وقت البيع لانها كانت مضمونة • وعند محمد يجب القيمة
يوم الانقطاع لان الحق انتقل الى القيمة في ذلك اليوم • قال في التحفة وهذا كالاختلاف بينهما فيمن غصب مثليا وانقطع • قال
ابو يوسف يجب قيمته يوم الغصب • وعند محمد يوم الانقطاع • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان الثمنية بطلت بالكساد
لان الدراهم التي غشها غالب انما جعلت ثمنا بالاصطلاح • فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح فلم يبق ثمنا فبقي البيع بلا ثمن والبيع
بلا ثمن باطل • واذا بطل العقد يجب على المشتري رد المبيع على البائع ان كان قائما وان كان هالكا يجب رد قيمته يوم القبض كالمقبوض
على وجه البيع الفاسد قوله وما بقي فيه بلا ثمن اي ما بقي الاصطلاح على الثمنية بعد الكساد فبقي العقد حينئذ
بيعا بلا ثمن وقد لا باطل • ونقل في خلاصة الفتاوى عن المحيط ولو باع متاعا بغير باذنه بدراهم معلومة واستوفى الدراهم
فقيل انه يدفع الى صاحب المتاع كسدت الدراهم لا يفسد البيع لان حق القبض له قوله ويجوز البيع بالفلوس هذا لفظ
القدوري في مختصره وذلك لانه نوع من انواع المال يجوز البيع به كسائر الاموال قوله فان كانت نافقة جاز البيع
وان لم يعين هذا اللفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه • وان كانت كاسدة لم يجز البيع حتى يعينها • قال ابو الحسن
الكرخي قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد الفلوس والدراهم والدنانير اثمان الاشياء لا يتعين في البيع • وان شرط المتبايعان
اعيانها ويكون ما اوجب كل واحد منهما في العقد على نفسه دينا في ذمته ولا يجبر كل واحد منهما ان يسلم ما شرط من العين ان شاء
اعطى العين وان شاء اعطى مثلها • وليس للمشتري منه ان يجبر على تسليم العين اليه والخيار في ذلك الى البائع دون المشتري قال
القدوري في شرحه وذلك لان الفلوس النافقة لا تتعين في عينها اذا صارت كالدراهم والدنانير • واذا لم يعين فالبائع بالخيار
ان شاء سلم ما اشار اليه وان شاء سلم غيره وان هلكت لم ينفسخ العقد فيها كما لا لم يقع عليها • وهذا بخلاف ما اذا كانت كاسدة
لانها سلعة فالبيع لا يصح اطلاق العقد عليه ما لم يعين والنافقة الرائجة قوله واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت
بطل البيع عند ابي حنيفة خلافا لهما • وهذا الخلاف الذي ذكره القدوري خلاف ما ذكر في الاصل وشرح الطحاوي والاشارات
لانه ذكر بطلان البيع عند الكساد فيها بلا خلاف • قال في الاشارات اذا اشترى شيئا بفلوس فكسدت قبل القبض فسد العقد
عندنا خلافا لزفر • وقال في شرح الطحاوي ولو اشترى ما يبلغ درهم فقبض الفلوس او الدراهم ثم افترقا جاز البيع لانهما
افترقا عن عين بدين فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه ينظر ان كان الفلوس هو المقبوض فلا يبطل البيع لان كساد الفلوس بمنزلة
هلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع • وان كان الفلس غير مقبوض بطل البيع استحسانا لان كساد الفلوس بمنزلة
الهلاك وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس انه لا يبطل لانه قادر على اداء ما وقع العقد عليه • وقال بعض
مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشتري ابطاله فسخا لان كسادها بمنزلة عيب فيها • والمعقود عليه اذا حدث به
عيب قبل القبض يثبت للمشتري فيه الخيار والاول اظهر • ولو نقد الدراهم وقبض من الفلوس نصفها حتى ثم كسدت الفلوس بطل
بقدر النصف الاخر يبطل البيع في نصفها وله ان يرد المبيع اذا كان قائما او قيمته او مثله ان كان هالكا • وروي عن ابي يوسف
انه قال عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع • وفرق بين هذا وبين المسألة الاولى وهو انه اذا باع الفلوس بدرهم لان هناك لو
اوجبنا قيمة الفلوس يمكن فيه الربا وههنا لا يمكن وفي المسلمين جميعا اذا لم يكسد الفلوس غير انه بينهما غلت او رخصت فلا يبطل
البيع وعليه ان ينقد مثل العدد الذي اوجبه العقد ولا ينظر الى القيمة الى هنا لفظ شرح الطحاوي والباقي يعلم ثم قوله
وهو نظير الاختلاف الذي بيناه اي الاختلاف في كساد الفلوس كالاختلاف في كساد الدراهم التي غشها غالب يعني عند ابي حنيفة
يبطل البيع بكساد الفلوس وعندهما لا يبطل ولكن عند ابي يوسف يجب قيمتها يوم البيع • وعند محمد اخر ما يتعامل الناس بها وهو
يوم الانقطاع في السوق قوله ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة رضي الله عنه مثلها • وهذه المسألة
لم تذكر في الهداية وانما ذكرها هنا تفريعا على ما تقدم • وانما قيد بالكساد احترازا عن الرخص والغلا لان الامام الاسبيجابي
ذكر في شرح الطحاوي واجمعوا على ان الفلوس اذا لم تكسد ولكن غلت قيمتها او رخصت فعليه مثل ما قبض من العدد • قال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره • واذا استقرض الرجل من رجل دراهم بخارية او طبرية او يزيدية او فلوسا في الحال التي هو
تنفق فيها فكسدت قال بشر بن الوليد قال سمعت ابا يوسف قال عليه في القياس قول ابي حنيفة مثلها • ولست اروي ذلك عنه
ولكن لرواية في الفلوس اذا اقرضها ثم كسدت • قال ابو الحسن لم تختلف الرواية عن ابي حنيفة في قرض الفلوس اذا كسدت
ان عليه مثلها • قال بشر وقال ابو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم وقع القرض في الدراهم التي ذكرت لك اصنافها
وقال محمد عليه قيمتها اذا كسدت في اخر وقت نفاقها قبل ان تكسد وجه قول ابي حنيفة ما قال القدوري ان القرض يقتضي
رد المقبوض مثله ورد المثل ممكن فلم يجز العدول الى القيمة • ولان بالكساد يتغير القيمة وهذا لا يوجب القيمة كالرطب
رخص • ولان الكساد يخرج الفلوس عن كونها اثمانا ولا يختص الاستقراض بما هو ثمن • ولهذا يجوز الاستقراض بعد الكساد

ابدا فلان يجوز البقا اولى • ولهما ان الكساد عيب فيه من حكم جنسها لانها كانت اثمانا فكانت كالعروض فيعتبر الرد على الوجه الذي
نقضت بعين القيمة ثم اختلفا في وقت القيمة كما اختلفا في المغصوب المثلي اذا انقطع فعند ابي يوسف يجب القيمة يوم الغصب • وعند
محمد يوم الانقطاع وسيجي بيان تلك المسألة في اول كتاب الغصب ان شاء الله • قال القدوري واذا ثبت من قول ابي حنيفة في قرض
الفلوس ما ذكرنا فالدراهم البخارية فلوس على صفة مخصوصة والطبرية واليزيدية هي التي يغلب الغش عليها فتجري مجرى الفلوس فلذلك
قاسها ابو يوسف على الفلوس قوله وقول محمد انظر للجانبين اي الجانب المقرض والمستقرض • وهذا لانه على قول ابي حنيفة
يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض • وعلى قول ابي يوسف يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمته يوم القبض اكثر من قيمته
يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد نظرا لهما جميعا قوله وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة
للمقرض والمستقرض وسائر الناس وقيمته يوم الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان قول ابي يوسف ايسر قوله
وموجبه رد العين معنى اي موجب القرض رد العين حكما لانه لو لم يجعل كذلك يلزم مبادلة الشي بجنسه نسا وهو حرام وقد بيناه في
باب السلم قوله والثمنية فضل فيه اي في القرض قوله اذ القرض لا يختص به الثمن اي لا يحتاج الى الثمنية على تأويل معنى
الثمنية قوله ويجوز ان يرجع الى الثمن الذي دل عليه قوله والثمنية قوله والاصل الاختلاف اي الاختلاف بين ابي يوسف
ومحمد قوله ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم فلوس هذا لفظ القدوري في مختصره
قال صاحب الهداية وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز • وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك كذا ذكر الخلاف في المختلف
والحصر وغيرهما • وجه قول زفر ان الفلوس تقدر بالعدد وتقدر به لا بالدانق والدرهم • فاذا لم يبين عدد الفلوس كان ذكر
مجهولا فلا يجوز • ولان العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرطا فيه من الفلوس فيكون صفقتين في صفقة فلا يجوز كما لو اشترى بدرهم
فلوس • ولنا انهم لما ذكروا فيما اذا كان مما يباع بنصف درهم او بدانق من الفلوس كما يكون كذلك في بعض البلاد • فاذا كان
قدر الفلوس معلوما كان كما لو صرح بقدرها فجاز لعدم الجهالة • ولا نسلم ان العقد وقع على الدانق والدرهم عن الكل بل وقع
على الفلوس لانه اوضحه بلفظ الفلوس والفلوس تستعمل في الكسور عوضا للدراهم عن الكسر وذكر الدانق لتقدير الفلس الواجب بالعقد
بخلاف ما اذا اشترى بدرهم فلوس لان الفلوس لا تستعمل مكان الدرهم وكان العقد واقعا على الدرهم ثم شرط ايفاءه من الفلوس فهو
شرط صفقة في صفقة فلا يجوز كذا في اشارات الاسرار قوله والكلام فيه اي فيما اذا كان معلوما قوله
ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذا عند ابي يوسف ذكر هذه المسألة تفريعا على ما تقدم من مسألة القدوري • قال
في الاصل واذا اشترى الرجل من الفاكهة او من الادام بدانق فلوس او بدانقين فلوس او بقيراط فلوس فهذا جائز • وعليه من
الفلوس ما يسمى لان الدانق والقيراط معروف • ولو اشترى شيئا من ذلك بدرهم فلوس كان مثل ذلك في القياس وهو في الدراهم
اخبث الى هنا لفظ محمد في الاصل • وقال في المختلف والحصر قال هو كذا في القياس ولم يذكر انه يجوز او لا اي قال محمد في الاصل
هكذا ولكن لم يصرح بالجواز وعدمه • ثم قال في المختلف والحصر وعن ابي يوسف انه يجوز وعن محمد انه لا يجوز لانه لا تعامل
فيه بخلاف دانق فلوس • ولابي يوسف انه اذا باع بثمن معلوم فصار كدانق فلوس • قال مشايخنا قول ابي يوسف اصح لا سيما
في ديارنا بما وراء النهر لانه قد ربما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم واراد هذه المسألة وهي شرا الفاكهة بدرهم فلوس في كتاب
الصرف لانه يشبه مسائله الدرهم بالفلوس وهي من جملة الاثمان والصرف نوع بيع يتم في الاثمان قوله سيما
في ديارنا هذا تركيب محدث فينبغي ان يقال لا سيما كما قال امرؤ القيس ولا سيما يوم بدارة جلجل قوله قال ومن اعطى الصيرفي
درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما اي قال القدوري في مختصره
وهذه الرواية عن المختصر لم يثبتها الشيخ ابو نصر البغدادي وقال هو غلط من الناسخ لان العقد فيه فاسد عند ابي حنيفة
وعندهما جائز في الفلوس فاسد في قدر النصف الاخر على اختلافهم في الصفقة الواحدة اذا تضمنت الصحيح والفاسد • وقال في المنهاج
اذا دفع درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه درهما صغيرا وزنه نصف درهم الا حبة جاز البيع في حصة الفلوس ويبطل في
حصة الفضة • فيلزم على قياس قول ابي حنيفة يفسد في الكل وذكر القدوري انه يجوز البيع وكانت الفلوس والنصف الا حبة
بدرهم الى هنا لفظ كتاب المنهاج للامام شرف ابي حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري العقيلي • وجه قولهما ان بيع النصف بالفلوس
جائز وبيع النصف الاخر بالنصف الا حبة باطل حرام لكونه ربا • وثبوت الحلول بقدر العلة فلا جرم لم يتعد المفسد في البعض
الى البعض الاخر • ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الفساد في البعض يشيع الى الاخر لان الصفقة واحدة فكان قبول العقد فيما
لا يجوز شرطا لصحة العقد فيما يجوز وهي حصة الفضة قوي لكونه مجمعا عليه فيشيع في حصة الفلوس ايضا قوله وقد
مر نظيره اي في اخر باب البيع الفاسد في مسألة الجامع الجمع بين العبد والحر فاذا لم يفصل الثمن يشيع الفساد اتفاقا واذا فصله لا
يشيع عندهما • وقال ابو حنيفة يشيع قوله ولو كرر لفظ الاعطا كان جوابه كجوابهما لانهما بيعان ذكر هذا تفريعا
على ما تقدم وفيه نظر لانه يفهم من هذا الجواب ان قول ابي حنيفة كقول صاحبيه اذا كرر لفظ الاعطا بان يجوز العقد في
حصة الفلوس ويبطل في حصة الفضة وليس كذلك فان محمدا ذكر في كتاب الصرف من الاصل وقال اذا دفع الرجل الى رجل
درهما فقال اعطني بنصفه فلوسا كذا كذا فلسا واعطني بنصفه الباقي درهما صغيرا يكون فيه نصف درهم الا حبة قال هذا
فاسد لانه صرف وضعه بنصف الا حبة وينبغي في قياس قول ابي حنيفة ان يفسد في الفلوس والدرهم الصغير جميعا لانهما صفقة واحدة
فاذا فسد بعضها فسد كلها • وفي قول ابي يوسف الفلوس جائز لازمة والدرهم الصغير بنصف درهم الا حبة باطل الى هنا لفظ

يحد في الاصل فقد صرح ان الصفقة واحدة وصاحب الهداية قال انهما بيعان **قوله** ولو قال اعطني نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة جاز هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه قابل الدرهم بالفلوس ونصف درهم الا حبة فجاز ذلك لان الدرهم لما كان عبارة عن قدر معلوم من الفلوس صار كانه قال اعطني بهذا الدرهم كذا كذا فلسا ونصف درهم الا حبة فلو صرح بهذا جاز فكذا اذا ذكر ما هو معناه وكان النصف الا حبة بازائه من الفضة من الدرهم والفلوس بازاء الباقي من الدرهم قال في الاصل ولو شارطه فقال اعطني كذا كذا فلسا او قد رهما صغيرا وزنه نصف درهم الا ابترا لما كان هذا جايزا كله اذا تقابضا قبل ان يتفرقا **قوله** في اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية اراد بالمختصر مختصر القدوري والمسئلة الثانية قوله ولو قال اعطني نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة جاز يعني لم يذكر في اكثر مختصر القدوري المسئلة الاولى وهو قوله ومن اعطى الصيرفي درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي • وهذا قال في شرح الاقطع وهو غلط من الناسخ • وقوله فلوس بجر ورعلى انه صفة لدرهم اي درهم هو فلوس ويجوز بالنصب ايضا على انه صفة للنصف في قوله نصف درهم والله اعلم

كتاب الكفالة

ذكر كتاب الكفالة عقيب البيوع من حيث ان الكفالة تكون غالبا في البياعات • ولان الكفالة اذا كانت بامر معنى المعاوضة انتها فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة • اعلم ان الكفالة في اللغة الضم منه قوله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقرى بتشديد الفاء ونصب زكريا اي جعله الله كافلا لها او ضامنا لمصالحها • وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة دون اصل الدين • وعلى اختيار بعض المشايخ في اصل الدين وهو مذهب الشافعي والاول اصح حتى لا يلزم الدين الواحد دينين لان الالف المكفول به بعد الكفالة ان على ذمة الاصيل كما كان • فلو ثبت الدين مع هذا على ذمة الكفيل كان الالف الواحد الفين وليس من ضرورة المطالبة وجوب الدين • الا يرى ان الوكيل بالشرا يطالب بالثمن واصل الثمن على الموكل • ولهذا لو ابرا البايع الوكيل عن الثمن صح • وشرايط الكفالة كون الكفيل من اهل التبرع لان الكفالة تبرع بالتزام المال فلا يصح من الصبي والعبد المحجور عليهما • وكذا لا يصح كفالة المكاتب • وكذا لا يصح كفالة المريض الا من الثلث • ومن شرطه ان يكون الدين صحيحا سوا كان على الصغير او على العبد المحجور لانه يطالب بعد العتق • واما الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز لانه ليس بدين صحيح لانه لا يجب للمولى على عبده شي وانما وجب مخالفا للقياس لصحة الكتابة نظرا للعبد حتى يصل الى العتق • ثم المكفول به نوعان الديون والاعيان والكفالة بالدين جايزة بلا خلاف وصاحب الدين مخير بين مطالبة الاصيل والكفيل ولا يوجب براءة الاصيل خلافا لابن ابي ليلى وذلك فاسد لانه حينئذ تصير الكفالة كالحوالة والكفالة بالاعيان ثلاثة انواع • احدها الكفالة بعين هو امانة غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة وهي لا تصح اصلا • والثاني الكفالة بعين هو امانة لكنه واجب التسليم كالعارية والمستاجر في يد المستاجر وكذا العين المضمون بغيره وهو ما لا يجب عند هلاكه مثله ولا قيمته ان لم يكن له مثل كالمبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين والجواب في الكل واحد وهو انه يصح الكفالة بتسليم العين فيجب على الكفيل تسليم العين • والثالث العين المضمون بنفسه وهو ما يجب عند هلاكه مثله ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا هو او المقبوض على سوم الشرا يصح الكفالة ويجب عليه تسليم العين ما دام قايما • واذا هلك يجب عليه تسليم قيمته في ثبت الغصب بالبينة او بالاقرار • ثم الكفالة بالنفس بعد الدعوى من قبيل القسم الثاني فانه مضمون بالتسليم فانه يجب عليه تسليم النفس واحضارها الى باب القاضي حتى يقيم الخصم البينة يصح الكفالة به عندنا خلافا للشافعي • ولكن لو هلك الكفيل لا شي عليه من المال المدعى به ولا يوخذ من تركته كذا في تحفة الفقهاء • والثاني يعلم منه وركن الكفالة ايجاب الكفيل وقبول المكفول له خلافا لابي يوسف في القبول وحكمها وجوب المطالبة على الكفيل بما على الاصيل • وعند الشافعي حكمها وجوب الدين على الكفيل والفاظ الكفالة مثل قوله انا ضامن ما عليه او كفيل بذلك او قبيل او زعيم او هو علي او الي او هو لك عندي او هو لك قبلي • واذا اقر وقال لفلان عندي كذا يكون اقرارا بالوديعة وهنا حمل على الضمان لان قوله عندي يحتمل هو في يدي ويحتمل في ذمتي فيقع على الادنى وهو الوديعة • واما الدين فلا يكون في اليد بل في الذمة فحمل على الوجوب كذا في التحفة • والاصل في مجده هو الكفالة قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم اي انا بحمل البعير كفيل اوديه الى من جاء به واراد وسق بعير من طعام جعلا لمن حصله كذا في الكشاف • وقوله تعالى سلهم ايهم بذلك زعيم وقوله عليه السلام الزعيم غارم ثم لا بد هنا • ثم لا بد هنا من معرفة اسما المكفول له وهو الداين والمكفول عنه وهو المديون والمكفول به وهو المال او النفس والكفيل وهو الذي وجب عليه المطالبة بما على الاصيل **قوله** قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جايزة والمضمون بها احضار المكفول به اي قال القدوري في مختصره قال علماؤنا الكفالة بنفس من عليه الدين وبالاعيان المضمونة نحو المغصوب والمستعار يصح • وقال الشافعي لا يصح في النفس قولا واحدا وله في العين قولان كذا ذكر الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف • وقد جعل عدم صحة الكفالة بالنفس عند الشافعي قولا واحدا كما ترى وفيه نظر لانه قال في شرح الاقطع جواز الكفالة بالنفس خلاف احد قولي الشافعي وهو الصحيح لانه اثبت في وجيزهم صحة كفالة البدن عن كل من وجب عليه الحضور لحق الحكم على الاظهر لانه حق كالدين • ولا يشترط كونه مالا • وجه احد قولي الشافعي انه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه ربما في مثله لا سيما اذا كانت الكفالة بلا امر المكفول عنه • والمال ليس كذلك لانه يقدر على تسليمه من مال نفسه • وكذا لا يقدر على تسليم النفس

اذا كانت الكفالة بلا امره لانه لا يلزمه لا ينقاد له ولا يد له على نفسه • وجه قول اصحابنا رضي الله عنهم قوله عليه السلام الزعيم غارم • قال في الفايق والكفيل الزعيم الكفيل وبدل الحديث بعمومه على صحة نوعي الكفالة من النفس والمال • ولا نسلم انه لا يقدر على تسليمه بل تسليمه مقدور بالدلالة بان يدل الطالب بمكانه فيستعين باعوان القاضي ولان الحضور حق واجب على الاصيل فيصح الكفالة به كسائر الحقوق ولا يقال لو صحت الكفالة لم يبرا الكفيل لا اداء ولا ابراء • فاذا مات المكفول عنه سقط الكفالة نعم ان الكفالة ليست هو صحيحة لانا نقول بالموت يسقط الحضور عن الاصيل وسقوط الحق عنه يوجب سقوطه عن الكفيل • ولا يقال التمسك بالحديث لا يصح لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الزعيم غارما • والزعيم بالنفس لا يغرم شيئا لان الغرم في اللغة ما يلزم اداؤه والغرم اللازم لذاو في الحال والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار • وقد قال بعض مشايخنا وجد ركن الكفالة وامكن تحقيق معنى الكفالة ووجد المعنى الداعي الى تصحيحه فوجب القول بصحته قياسا على الكفالة بالدين • اما ركن الكفالة فانه يتحقق بالفاظ الكفالة كقوله ضمنت او كفلت ونحو ذلك مع وجود الايجاب والقبول وقد حصل ذلك • واما معنى الكفالة فقد وجد ايضا لانه هو الضم لغة كما مر قبل هذا • وهذا هو القدر حاصل لضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في المطالبة بما كان واجبا على الاصيل • واما المعنى الداعي الى تصحيح الكفالة فحاجة المكفول له لانه ربما يعجز عن استيفا حقه عن الاصيل بغيبته او بامتناعه عن القضا فيحتاج الى الكفيل حتى لو عجز عن الاستيفا عن الاصل يستوفي من الكفيل وهذا المعنى موجود في الكفالة بالنفس لانه ربما يعجز عن الوصول الى حقه الا بالكفالة فتصح الكفالة دفعا للحاجة • فان قلت يرد عليكم الاحكام منها ان الكفالة بنفس من عليه القصاص والحدود لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا على العبد • ومنها ان الكفالة بنفس الشاهد لا تصح وان كان تسليم النفس لاداء الشهادة واجبا عليه كتسليم النفس • الجواب فنا قلت لا نسلم ان الكفالة بنفس من عليه الحد لا تصح بل تصح لانه نص في اول كتاب الكفالة من مختصر الكافي ان الكفالة بنفس من عليه الحد القذف وحد الشرب ومن عليه القصاص في النفس وما دون النفس تصح انما الخلاف في الجبر على اعطا الكفيل في الحدود ولا يجبر بالاجماع • وفي القصاص عند ابي حنيفة لا يجبر وعندهما يجبر • وقال في الشامل في قسم المبسوط وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت الكفالة بالنفس لان هذه الحقوق من حقوق العباد من وجه او من كل الوجوه فيجوز ذلك ولا يجوز بنفس الحد لانه لا يوخذ من عنده نفسه الى هنا لفظ الشامل • وقال علا الدين العالم في طريقة الخلاف ثم ان جرينا معه في حد الزنا والشرب فنقول انما لم يصح لا لانه حق الشرع بل لانه امر يحتال لدرئه والكفالة للاستيثاق والاحتياط للاستيفا فلا يليق به • واما الكفالة بنفس الشاهد فانما لم تصح لانها ليست بمفيدة لان الشاهد عند مطالبة المدعي المدعى اياه لاداء الشهادة اما ان يحضر او لا ففي الاول لا حاجة الى الكفيل وفي الثاني يلزم فسقه لامتناعه عن الواجب وهو اداء الشهادة فبعد الفسق لا تقبل شهادته بخلاف ما نحن فيه لانه اذا احضر الكفيل اذا امتنع المكفول عنه هو عن الحضور يتم الكفالة فيرتج **قوله** بنوعيه المراد راجع الى الكفالة على تاويل عقد الكفالة **قوله** بطريقه اي بطريق التسليم **قوله** بتخلل جنسه وبينه اي بتخلل الكفيل بين الطالب وبين المكفول به **قوله** والحاجة ماسة اليه اي بهمة الى عقد الكفالة • وقد مر وجه الحاجة **قوله** وهو الضم في المطالبة لانه يتم معنى الكفالة بضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في المطالبة الثابتة المكفول له في الاصيل **قوله** قال وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او براسه اي قال القدوري في مختصره وكذا ببدنه او بنصفه او بثلثه قال صاحب الهداية وكذا ببدنه او بوجهه وذلك لان هذه الاشيا يعبر بها عن البدن حقيقة لما في النفس والجسد والبدن وبعضها يعبر به عن البدن عرفا اختصر فكان الكفيل بهذه الاشيا كالتكفيل بالذات فتصح الكفالة فكذا اذا اضاف الكفالة الى جز شايع ثبتت وترتب الى الجملة كما في الطلاق والعتاق • وهذا لان الكفالة لا تتجزى في النفس الواحد بان يكون بعضها كفيلا وبعضها لا فاذا كان كذلك ثبت الى الكل لان البعض ليس باولى من البعض • وهذا بخلاف ما اذا اضاف الكفالة الى جز معين لا يعبر به عن البدن كاليد والرجل ونحو ذلك حيث لا تصح الكفالة لانه لما عين جزا خاصا كان اولى بالارادة من ساير الاجزا • ولكن الكفالة ليست بمتجزية فلغت لعدم تجزيها ولهذا لم يصح اضافة الطلاق الى جز خاص لا يعبر به عن البدن **قوله** اليهما اي الى اليد والرجل **قوله** ونحوها تقدم اي في الجز الشايع كالنصف والجز يصح اضافة الطلاق وكذا يصح اضافة الكفالة **قوله** وكذا اذا قال ضمنته هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه او هو علي او الي او انا زعيم به او قبيل • وهذه كلها من الفاظ الكفالة • اما قوله ضمنته فهو تصريح بموجب الكفالة لان موجبها ضمان الكفيل بما وجب على الاصيل والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كما ينعقد البيع بلفظ التمليك واما قوله علي فهو من الفاظ الوجوب فكان دالا على الضمان فصحت الكفالة به • وقد روي في اول كتاب الكفالة والحوالة ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بجنازة فقال عليه السلام اعلى ميتكم دين فقالوا نعم فامتنع عن الصلاة فقال ابو قتادة هو علي يا رسول الله فصلى واما قوله الي فهو من الفاظ الضمان ايضا فكانه قال ضمانه متوجه الي • واما قوله انا زعيم فهو بمعنى الكفيل من قولك زعم به اي كفل به وزعم زعامة • قال عليه السلام الزعيم غارم • واما قوله قبيل فهو بمعنى الكفيل ايضا من قولهم قبل به اي كفل صبح اليمن في الماضي • ثم هنا وكرها في الصحاح قبالة والقبيل ايضا بمعنى الكفيل فقال قبل به يقبل قبالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع اي كفل به • ومنه ما روي في الفايق عن النبي صلى الله عليه وسلم الحميل غارم **قوله** وقد روينا فيه اشارة الى قوله عليه السلام الزعيم غارم • ومعنى قوله عليه السلام من ترك كلا او عيالا فالي اي من ترك يتيما او عيالا لان الكل يجي بمعنى اليتيم والعيال وهنا اريد اليتيم بدلالة العطف لانه يقتضي المغايرة **قوله** بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته فلان لانه التزم المعرفة دون المطالبة بتصل بقوله وكذا اذا قال ضمنته يعني ذلك من الفاظ الكفالة وهذا لا • وفي

الاصل لو قال انا ضامن لمعرفة فلان او ضامن لمعرفته او على معرفته فيه اختلاف المشايخ ● كذا نقل في خلاصة الفتاوى عن شرح الشافي ● وقال الفقيه ابو الليث روى عن علي بن احمد عن نصير قال سالت محمد بن الحسن ابا سليمان الجوزجاني عن رجل قال لآخر انا ضامن لمعرفته قال ابو سليمان انا في قول ابي حنيفة وابيك لا يلزمه شيء ● واما ابو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم ● ثم قال الفقيه ابو الليث في النوازل هذا القول عن ابي يوسف غير مشهور ● والظاهر ما روي عن ابي حنيفة ومحمد ● قال في خزانة الواقعات وبه نفتي اي بظاهر الرواية ● وقال في الفتاوى الصغرى اذا قال لآخر اشناسي فلان بين قال الفقيه ابو جعفر يكون كفيلا ● وقال الفقيه ابو الليث لا وعليه الفتوى ● ثم نقل الفتاوى الصغرى عن الواقعات ان الفتوى على انه يصير كفيلا ● ثم قال فيها قال فلان اشناسي من است او قال اشناست مارت كفالة بالنفس عرفا ● ولو قال ان حجه نزابر فلان است من جواب كويم هو كفالة بحكم العرف ● ولو قال ان حجه نزابر فلان است من بدهم لا يكون كفالة من وعد لغيره ان يقضي دينه بان قال بدهم لا يجب ● ونقله عن فتاوى شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله **قوله** فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ● فان احضره والا حبسه الحاكم وذلك لان الكفالة بالنفس نوع ضمان فيصح التاجيل فيها كالكفالة بالمال ● فاذا حل الاجل يجب الاحضار ان كان ممكنا ويتوقف الحق على مطالبة صاحب الحق لان الحق له فاذا امتنع عن الاحضار يحبس لان الحق واجب عليه وعليه الخروج فصار كمن عليه دين فامتنع من الاداء قال في تحفة الفقهاء ثم الكفيل بالنفس يؤخذ باحضار المكفول عنه ما دام احضاره ممكنا معهودا ● فان صار بحال لا يقدر على احضاره بوجه من الوجوه بان مات بطلت الكفالة ولا شيء على الكفيل ● واما اذا كان يرجى حضور المكفول عنه بان غاب فانه يتاخر المطالبة بالاحضار عن الكفيل الحال ويؤجل الى ان يمكنه الاحضار في تلك المدة فان لم يحضره ظهرت مماطلته فانه يحبس الكفيل ● فاذا ظهر للقاضي انه تعذر عليه الاحضار بدلالة الحال او يشهد الشهود بذلك فانه يخرج من الحبس وينظر الى وقت القدرة كما في الاعسار في حق الدين ● واذا اخرجه القاضي فان الغرما يلازمونه ولا يحولون بينه وبين الغرما ● ولكن ليس للغرما ان يمنعوه من اشتغاله كما في الافلاس سوا **قوله** ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيه فان مضت ولم يحضره حبسه ذكر هذا بسبيل التفريع ● هذا اذا علم مكان المكفول به اما اذا لم يعلم سقطت المطالبة ● قال في كفاية المنتهي وان تعذر الاحضار بغيبته يؤجل الكفيل مقدار المسافة في رجوعه وذهابه ● فان احضره والا حبس لانه قصر في احضاره لهذا الطريق غير انه لا يحال بين المكفول له والكفيل بالنفس غير لزومه باحضار المكفول له ليلا او نهارا ولا يمنعه من التصرف فيما لا بد له من القوت والكسوة لنفسه وعياله بالمعروف وقال في الشامل فان كان في موضع يتعذر الخروج اليه لم يحبس لانه لا يقدر على احضاره **قوله** قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة وهذا لفظ القدوري في مختصره الا قوله مثل ان يكون في مصر فانه تفسير من صاحب الهداية للمكان الذي يقدر المكفول له على المخاصمة والمحاكمة فيه ● وذلك لان المقصود من الكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في مكان صفته ما قلنا برئ الكفيل من الضمان لحصول الغرض **قوله** واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان سلمه في برية لم يبرا وذلك لان الغرض المحاكمة يحصل بالتسليم في السوق لانه يقدر على المحاكمة بخلاف البرية فانه لا يقدر على المحاكمة فيه ● قال في خلاصة الفتاوى اذا شرط في الكفالة ان يوفيه في المسجد الجامع فدفع اليه بالسوق او شرط الدفع في مجلس القاضي فدفع اليه بالسوق برئ ● ثم قال قال الامام السرخسي المتاخرون من مشايخنا قالوا هذا بنا على عادتهم في ذلك الوقت ● اما في زماننا فاذا شرط التسليم في مجلس القضا لا يبرا بالتسليم في غير ذلك المجلس ● وقال في الشامل في قسم المبسوط شرط على المكفول ان يسلم اليه في المسجد الاعظم فسلمه في السوق برئ لان المصر كبقعة واحدة ● ثم قال فيه وعن ابي يوسف انه لا يبرا لان الناس لا يعينون للاحضار ● ثم قال ويجب ان يكون الفتوى على هذا اليوم هو **قوله** ولو سلمه في مصر اخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة وهذه من مسايل الخلاف ذكر هذا تفريعا على ما تقدم ولم يذكرها القدوري في مختصره وانما ذكرها في شرح مختصر الكرخي ● قال في خلاصة الفتاوى ولو سلمه اليه في السواد او في موضع ليس ثمه قاض لا يبرا في قولهم ● ولو شرط ان يدفع اليه عند الامير فدفع عند القاضي او عزل ذلك الوالي وولي غيره فدفع اليه عند الثاني جاز الى هنا لفظ الخلاصة ● وجه قول ابي يوسف ومحمد ان المقصود ربما لا يحصل بتسليم النفس في غير البلد الذي شرط التسليم فيه لانه ربما يكون شهوده في الموضع الذي عينه ويتعسر عليه اقامة البينة في بلد اخر ● ووجه قول ابي حنيفة ان الغرض من تسليم النفس في البلد الذي عينه المحاكمة عند القاضي والمحاكمة تتحقق عند كل قاض فصار التسليم في البلدين سوا غاية ما في الباب انه عاجز عن اقامة البينة في بلد اخر فذلك عجز منه ولكن التسليم الذي هو سبب الوصول الى حقه قد حصل فيبرا الكفيل **قوله** ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرا لانه لا يقدر على المحاكمة فيه ذكر هذا ايضا تفريعا على ما تقدم ● ونقل في الفتاوى الصغرى عن كفاية العيون اذا امر الاخر بنفسه لحبس المطلوب في السجن فاتى به الذي ضمنه الى مجلس القاضي فدفعه اليه قال محمد لا يبرا لانه في السجن وان كان انما ضمنه بنفسه وهو في السجن فدفعه اليه في السجن برئ ● وان كان ضمنه في السجن ثم خلي عنه فحبس ثانيا فدفعه اليه قال

ان كان الحبس الثاني في امر من امور التجارة او نحوها فله ان يدفعه اليه في الحبس ● وان كان في شيء اخر من امور السلطان لا يبرا و قال في خلاصة الفتاوى عن المنتقى رجل كفل بنفس محبوس ينبغي للقاضي ان يخرجه حتى يدفعه الكفيل الى المكفول له ثم يعيده الى الحبس ● وقال في الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس لم يصح وان لم يات به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عاجز عن احضاره ● ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى ياتي به لانه حال ما كفل قادر على اتيانه **قوله** قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس عن الكفالة لانه عجز عن احضاره اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الكفيل بالنفس اذا مات او مات المكفول به برئ من الكفالة ● وذلك لانه اذا مات المكفول به تعذر تسليمه ● ولان الكفيل ما تحمل الا باحضار النفس وقد سقط الحضور عن الاصيل فكذا عن الكفيل لان براءة الاصيل من الحق المضمون يوجب براءة الكفيل ● واذا مات الكفيل سقطت الكفالة ايضا لعدم قدرته على التسليم ● ولا يقال يؤدي على المكفول به من تركة الكفيل لانه التزم باداء المال واما التزم بالتسليم النفس والمال لا يصلح وفا بهذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال اذا مات حيث يؤدي من تركته لحصول المقصود بالمال لان المال يصلح وفا للمال فيقوم المال مقام الكفيل فلا تبطل الكفالة فيرجع ورثة الكفيل على المكفول عنه بعد اداء المال ان كانت الكفالة بامره كما في حقوق الكفيل اذا ادى الدين بنفسه ● ولو مات المكفول له لا تسقط الكفالة لان موت من له الحق لا يسقط الحق ● ثم الوصي يطالب الكفيل ان كان لقيامه مقام المكفول له وان لم يكن الوصي فالمطالبة للوارث لهذا المعنى **قوله** فان تكفل بنفس اخر ولم يقل اذا دفعته اليك فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ اي قال في الجامع الصغير وذلك لان موجب الكفالة بالنفس البراءة عن التسليم وقد وجد التسليم وموجبات الاشيا تثبت بلا تصريح ولا يتوقف على وجود الشرط كالغاصب اذا رد المغصوب الى المغصوب منه يبرا بمجرد التسليم مع انه جان وهذا اولى لانه لم يوجد منه الجناية وكثبوت الملك بالشرا فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف ● وكحل الاستمتاع يثبت بمجرد النكاح الصحيح فانه موجبه وكذا في ساير الموجبات ● قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير انما اورد هذا لنفي الاشتباه لان تسليم النفس يحتاج اليه وقتا بعد وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب يقول لما لم اصل الى حقي من المطلوب لا يبرا الكفيل ولكن يقال له الكفيل قد اوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد التسليم **قوله** ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح ● وهذه من مسايل المبسوط ذكرها تفريعا على ما تقدم ولم يذكرها في البداية ● قال في الشامل في قسم المبسوط دفع المكفول به نفسه الى الطالب من كفالة فلان يبرا الكفيل لانه سلم حقه وكذا لو وكيل الكفيل او رسوله لو سلم جاز لانهما بمنزلته ● ولو لم يقل من كفالته لا يبرا لانه يجب عليه تسليم نفسه بكونه عن نفسه الى هنا لفظ الشامل **قوله** لانه مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ مطالب بالحضور وقوله مطالب صح بفتح اللام سماعا يعني ان المكفول به مطالب بالحضور اذا طولب الكفيل باحضاره لان الكفيل يطالبه بالحضور حينئذ ● فاذا كان المكفول به مطالبا من جهة الكفيل كان للمكفول به ان يدفع ذلك عن نفسه وقد دفع حيث قال دفعت نفسي عن كفالة فلان فيقع تسليمه نفسه عن كفالة الكفيل بخلاف ما اذا لم يقل عن كفالة فلان حيث لا يبرا الكفيل لان تسليم النفس واجب على المكفول به فيقع التسليم عن نفسه ما لم يصرح و يقول عن كفالة فلان **قوله** لقيامهما مقامه اي لقيام وكيل الكفيل ورسوله مقام الكفيل **قوله** قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى الوقت لزمه ضمان المال اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يبرا عن الكفالة بالنفس وهذا عندنا ● وقال الشافعي الكفالتان باطلتان اما الكفالة بالنفس فقد مر بيانها عنده في قوله الكفالة ضربان ● واما الكفالة بالمال فانها لم تصح ايضا لان تعليقها تعليق سبب وجوب المال بالشرط فلا يصح كالبيع وكما لو قال لك علي مائة درهم ان دخلت الدار ● ولنا قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والزعيم الكفيل بيانه ان الله تعالى علق الكفالة بالمال بالشرط وهو المجي بالصاع فعلم ان تعليق الكفالة بالشرط صحيح وهذا لان شريعة من قبلنا تلزمنا اذا قصها الله تعالى من غير انكار ● ولان الكفالة بالمال لها شبهان شبه بالنذر من حيث انها التزام ابتدا فيصح تعليقها من هذا الوجه ● وشبه بالبيع من حيث انها معاوضة انتها حيث يرجع الكفيل بما ادى على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فلا يصح تعليقها بوفر من الجانبين حظا فقلنا يصح تعليقها بشرط متعارف ● ولا يصح تعليقها بشرط غير متعارف وتعليق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس متعارف بين الناس لانها لتاكيد الكفالة بالنفس لان الغرض من الكفالة بالنفس الوصول الى الحق ● وفي الكفالة بالمال كذلك ● فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال فاذا ادى المال لا يبرا عن الكفالة بالنفس لانه اذا ادى المال برئ عن احد الضمانين فلا يلزم من براءة احد الضمانين البراءة عن الضمان الاخر فيلزمه احضاره لعدم المنافاة بين الضمانين لان الضمانين للتوثق فيجوز ان يدعي عليه دينا اخر فلا جرم وجب الاحضار **قوله** ان لم يواف به اي ان لم ياته من الموافاة يقال وافاه اذا اتاه **قوله** فهو ضامن لما عليه اما قيد بهذا لانه اذا لم يقل لما عليه بل قال اذا لم يواف به الى وقت كذا لا يصح الكفالة عند محمد وسيجي بعد هذا ان شا الله ● واما قوله وهو الف فليس فيه كثير فايدة لانه اذا لم يبين قدر المكفول به جازت الكفالة بان قال الكفيل اذا لم اوافك به الى وقت كذا فعلي ما لك عليه ● وهذا لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة كضمان الدرك لان مبناها على التوسع ● وكالضمان بالشجة فانه يصح مع انه مجهول لا يعلم انها تسري الى النفس ام لا **قوله** لا يصح هذه الكفالة اي الكفالة بالمال فاعتبره بقوله هذه لان الكفالة بالنفس لا تصح عند الشافعي على ما هو القول الصحيح **قوله** تعليق سبب وجوب المال بالخطر واراد بالسبب الكفالة بالمال لانها سبب وجوب المال فيكون تعليقها بالشرط تعليق سبب وجوب المال فلا يصح لان المال لا يحتمل التعليق بالخطر لافضايه الى معنى القمار **قوله** كهبوب

الربع وبحق اراد به دخول الدار وبحي المطر **قوله** ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال ٭ وهذه من مسايل الجامع الصغير وذلك لانه علق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالمكفول به وقد تحقق الشرط فلما تحقق وجب المال لقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم والفرق بين هذه المسئلة ومسئلة القدوري التي تقدمت ان في هذه لم يذكر لفظ الغد في اكثر نسخ الجامع الصغير ٭ ولهذا لم يذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضي خان ٭ وانما ذكره بعضهم فكان مسئلة القدوري مقيدة بوقت ٭ وهذه مطلقة عنه فحصل الفرق ٭ والوجه الثاني من الفرق ان المكفول به هنا مات قبل الغد ومسئلة القدوري هو حي ولكن الكفيل لم يواف به في ذلك الوقت فذكر مسئلة الجامع الصغير ازاحة لوهم بعض الناس انه ربما يكون فرق بين عدم الموافاة وهو حي وعدم الموافاة وهو ميت فقال لا فرق بينهما بل يجب المال اذا وجد الشرط وهو عدم الموافاة وهو ميت في الوقت **قوله** ومن ادعى على اخر ماية دينار بينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المال فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف ٭ وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه ٭ وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل لزم رجلا وادعى عليه ماية دينار فبينها او لم يبينها او لزمه ولم يدع ماية دينار فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه الى غد فان لم يواف به غدا فعلي ماية دينار فرضي بذلك فلم يواف به غدا قال عليه المائة الدينار في الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه له ٭ وهذا قول ابي يوسف ٭ وقال محمد ان ادعى ولم يبينها حتى كفل له المائة دينار وادعاه بعد ذلك لم التفت الى دعواه الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير ٭ واراد بالوجهين ما اذا بين صفة المائة انها جيد او ردية او وسط ٭ وما اذا لم يبينها وقال في الشامل في قسم المبسوط قال ان لم اوافك به غدا فعلي الف درهم ولم يقل التي لك عليه والطالب يدعي الفا لزمه الف درهم عند ابي حنيفة ٭ وقالا لا يلزمه ثم رجع ابو يوسف الى قول ابي حنيفة الى هنا لفظ الشامل ٭ وقال ابو الليث في شرح الجامع الصغير رجل كفل بنفس رجل على انه اذا لم يواف به غدا فعلى الكفيل ماية دينار ولم يقل التي لك عليه فلم يواف به في الغد لزمته المائة دينار في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر ٭ وفي قول محمد الكفالة بالنفس جايزة ولا يلزم المال ٭ وقال الزاهد العتابي في شرح الجامع الصغير فعند محمد لا يصح الكفالة بالنفس ولا بالمال حتى لو لم يواف به غدا لا يلزمه شي ٭ وعند ابي حنيفة وابي يوسف صحت الكفالتان اذا بين المال بعد ذلك بماية درهم وادعى انها له ٭ وقال في الاشارات الاسرار اذا كفل بنفس رجل على انه ان لم يوافه به غدا فعليه الف درهم صحت الكفالة ٭ وقال محمد لا يصح الى هنا لفظ الاشارات ٭ ثم لمحمد طريقان احدهما ما اختاره الشيخ الامام ابو منصور الماتريدي في شرح هذا الكتاب وهو ان هذا في معنى الرشوة ٭ لان قوله ان لم اوافك به غدا فعلي ماية دينار بلا نسبة المائة الى الاصيل يحتمل لانه يحتمل انه اراد بذل المال ابتداء بسبيل الرشوة ويحتمل انه اراد ما على الاصيل لا بسبيل الرشوة ولم يكن المال لازما فلا يلزم بالشك فعلى هذا لا يصح الكفالة وان كان المال مقدرا عند الدعوى ٭ والثاني ما اختاره الشيخ ابو الحسن الكرخي في شرح هذا الكتاب وهو ان الكفالة بالنفس باطلة لجهالة المدعى به فلم يجب عليه احضار النفس فاذا لم يصح الكفالة بالنفس لا يصح الكفالة بالمال ايضا لانها مرتبة عليها لانه اذا لم يصح الاولى لم يصح الثانية او نقول لما بطلت الاولى بطلت الثانية لانها تعليق وجوب المال بالخطر ابتداء من غير ان يكون موكدا لكفالة النفس فعلى هذا يصح الكفالة اذا كان المال معلوما عند الدعوى ٭ ولابي حنيفة وابي يوسف ان الكفالة دارت بين الصحة والفساد وكل عقد يحتملها حمل على الصحة تصحيحا لكلام العاقل عن الالغاء ٭ وبيانه ان المال اذا كان معلوما عند الدعوى والكفالة صحت الكفالة بالنفس فيصح الكفالة بالمال ايضا لانها بناء عليها ٭ وان لم يكن معلوما عند الدعوى والكفالة صحت الكفالة ايضا على احتمال البيان لان العادة الناشية ان المدعي لا يبين المال جنسا وقدرا عند الدعوى احترازا عن حيل الخصوم الى ان يحضر مجلس القاضي فاذا بينه علم بصرف بيانه الى ابتداء الدعوى فيصير كانه معلوما من الاول فيظهر صحة الكفالة بالنفس فاذا ظهرت صحتها ظهرت صحة الكفالة بالمال ايضا لانها بناء عليها ويقبل قول المدعي انه اراد ذلك عند الدعوى لانه يدعي الصحة قال الفقيه ابو الليث في وجه قول محمد انه اخرج الكلام مخرج الاقرار والاقرار لا يتعلق بالاخطار بدليل انه لو قال ان دخلت الدار فلك علي ماية دينار ٭ او قال ان لم اتك غدا فلك علي ماية دينار ٭ ولو قال هكذا لا يلزمه شي ثم قال الجواب لابي حنيفة ان قوله يحتمل الاقرار ويحتمل الكفالة وصرفه الى الكفالة اولى لان تعليق وجوب المال بعدم الموافاة يجري في باب الكفالة ولا يجري في باب الاقرار ٭ واذا كان هكذا صرف كلامه الى ما يصح صرفه اليه **قوله** ولا يصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها ٭ اي لا يصح الكفالة على وجه تعليق المال مطلقا بخطر وان بين صفة المائة للجودة والرداءة والوسط **قوله** ولنا ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه يعني ان المال في قول الكفيل ذكر معرفا حيث قال ان لم اواف به غدا فعليه المال فينصرف الى ما على الاصيل لانه هو المعهود ٭ وهذا صحيح على ما ذكره في صورة المسئلة ٭ ولكن لفظ محمد في الجامع الصغير منكر لانه قال فعلي الف درهم ٭ وكذلك لفظ الاشارات وغيرها ٭ وقد ذكرنا جميع ذلك قبل هذا ثم على هذا لا يصح تعليله بكون المال معرفا فافهم والاولى في التعليل ما ذكرناه **قوله** قال ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص ٭ اي قال القدوري في مختصره وهي من مسايل الجامع الصغير ٭ وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة ٭ قال لا كفالة في الحدود والقصاص ولا يحبس في الحدود والقصاص الا ان يشهد شاهدان او شاهد عدل يعرفه القاضي الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير ٭ قال فخر الاسلام في شرحه معنى قوله لا كفالة في

الحدود والقصاص ان القاضي لا يفعل ذلك لان فيه احتيالا للاثبات والشرع امر بالدرء وهو خلافه ٭ ثم قال فخر الاسلام وهذا قول ابي حنيفة ٭ وقال ابو يوسف ومحمد لا باس به لان الكفالة لتسليم النفس وتسليم النفس الى مجلس القاضي اوجب فيهما والزم ٭ ثم قال فاما اذا تحقق سند بدل الكفالة فهو جايز لان تسليم النفس واجب الى مجلس القاضي ٭ وقال فخر الدين قاضي خان معناه انه لا يجبر على اعطا الكفيل لان الحدود والقصاص يحتال لدرئه فلا يليق به الجبر على التوثق ٭ ثم قال وهذا قول ابي حنيفة ٭ وقال ابو يوسف لا باس به ٭ وقول محمد مضطرب الى هنا لفظ كتابه وكذلك قال العتابي ايضا ٭ وكذلك ذكر الشيخ الامام علاء الدين الاسبيجابي في اول باب الكفالة من شرح مختصر الكافي ان الكفالة بنفس من عليه حد القذف وحد السرقة ومن عليه القصاص في النفس وما دون النفس انما الخلاف في الجبر على اعطا الكفيل في الحدود لا تجبر بالاجماع ٭ وفي القصاص لا يجبر عند ابي حنيفة وعند صاحبيه يجبر وقال في الشامل في قسم المبسوط وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت الكفالة بالنفس ولا يجوز الكفالة بنفس الحد وقد ذكرناه في اول كتاب الكفالة ٭ وقال في الشامل ايضا في اواخر كتاب الكفالة من قسم المبسوط لا يجوز كفالة في قصاص وحد ويقول القاضي لمدعي القذف الزمه الى قيامي ان كانت بينتك حاضرة عند ابي حنيفة وعندهما ياخذ كفيلا ثلاثة ايام ٭ ثم قال والخلاف في امر القاضي اعطائه لا في الصحة فانه لو كفل انسان صح ٭ وذكر ابو الحسن الكرخي ان الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جايزة في قولهم اذا بذلها المطلوب بنفسه ٭ ولكن هل للقاضي ان يامره بالكفيل اذا طلب الخصم قال ابو حنيفة لا ياخذ القاضي منه كفيلا ولكن يحبسه حتى يقيم عليه البينة او يبسو في كذا ذكر صاحب التحفة ٭ ثم لا يحبسه القاضي في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي فيشهد انه في او قبل فيحبسه القاضي حينئذ لثبوت التهمة باحد شطري الشهادة من العدد والعدالة حتى يشهد عليه الشهود العدول ٭ وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة بخلاف الاموال حيث لا يحبس فيها بشهادة الواحد لان الحبس فيها انتهى فاتى الباب من العقوبة عند الامتناع عن الايفاء فلم يجز الحبس قبل ثبوت المال ٭ وفي الحدود والقصاص انتهى ما في الباب من العقوبة القتل والقطع والضرب فجاز الحبس قبل ثبوت القصاص والحدود بخلاف ما اذا كان الشاهد مجهولا حيث لا يحبسه لعدم العدد والعدالة جميعا ٭ وقد ورد في شرح الاقطع سوالا وجوابا فقال فان قيل فقد قال ابو حنيفة رضي الله عنه يحبس والتوثق بالحبس اعظم من التوثق بالكفيل قيل له ليس الحبس للتوثق وانما هو للتهمة لان الشهود قد اخبروا انه يفسد في الارض ويقتل الناس وانتهاك الامام والحبس بالتهمة واجب ٭ ونقل الناطفي في اجناسه عن نوادر ابن رستم في التعزير لا يحبس حتى يسال عن عدالة الشهود ويقبل فيه الشهادة على الشهادة ٭ والشهادة مع النساء مع الرجال وتجوز فيه العفو وتصح فيه الكفالة وهو حق الادمي ٭ وفي نوادر ابي يوسف رواية ابن سماعة في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة احبسه وادبه ثم اخرجه من يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فاني احبسه واخلده في السجن الى ان يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه لهذا اللفظ ذكره في كتاب الحدود من الاجناس **قوله** وفي القصاص لانه خالص حق العبد وفيه نظر لان القصاص مما اجتمع فيه الحقان حق الله تعالى من حيث اخلاء العالم عن الفساد ٭ وحق من حيث تشفي الصدور **قوله** ولكن حق العبد فيه غالب لصحة الاعتياض والعفو ٭ وقد مر بيانه في كتاب الرسوم بالتبيين في شرح الاخسيكثي **قوله** لا يجوز الكفالة فيها بالاتفاق يعني لا يجوز الكفالة فيها بالاتفاق ٭ بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى اراد بها حد الزنا وشرب الخمر ٭ وابي حنيفة قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل يعني لم يفرق بين حد فيه حق العبد وبين حق هو خالص حق الله تعالى فلا يجوز الكفالة في جميع الحدود ٭ وهذا من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاف في ادب القاضي عن شريح ٭ وقال الصدر الشهيد في شرح ادب القاضي وروي هذا الحديث مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم ٭ ولنا في رفعه نظر **قوله** اي التعزير اي يجبر المطلوب على اعطا الكفيل فيما يجب فيه التعزير **قوله** ولو سمحت به نفسه اي لو تبرع اعطا الكفيل ثابع في ذلك النفس المطلوب وبذل الكفيل بنفسه في القصاص وحد القذف والسرقة صحت الكفالة بالاجماع لانه التزم تسليم النفس وتسليم واجب **قوله** فيهما اي الموضعين ذوي بصيغة التثنية وروي بالافراد على التاويل فعلى الثاني معناه في الحدود وعلى الاول معناه في حد القذف والقصاص **قوله** للتهمة بالفتح ويجوز الاسكان ايضا **قوله** وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة يعني ان عندهما لما كانت الكفالة ثابتة في الحدود والقصاص لم تقع الحاجة الى الحبس فلا يحبس لان الاستيثاق يحصل بالكفالة ٭ وعند ابي حنيفة لا كفالة فيها جبرا فيحبس حتى يشهد عليه الشهود العدول **قوله** والرهن والكفالة جايزان في الخراج وهذه من خواص الجامع الصغير ٭ وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال الكفيل والرهن في الخراج جايز ٭ اعلم ان الخراج الموظف يجوز الكفالة والرهن به لانه دين مطالب من جهة العباد فتصح الكفالة به والرهن به كساير الديون بخلاف الزكاة حيث لا تصح الكفالة بها لانها ليست بدين ٭ ولهذا لا يوخذ الزكاة من تركته بعد الموت ولان الرهن شرع بما كان مضمونا يمكن استيفاوه من الرهن والخراج مضمون يمكن استيفاوه من الرهن فصح الرهن بالخراج ٭ والكفالة شرعت لتحمل المطالبة بالمضمون والخراج مطالب مضمون فصحت الكفالة هو نفس هذا عرفت ان في قول صاحب الهداية لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء ترتيبا الى الرهن **قوله** فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما اراد بالعقد الكفالة والرهن وموجب الكفالة كونه ضامنا وعقد لتحمل المطالبة وموجب الرهن كونه مضمونا وما يمكن استيفاوه من الرهن ٭ والضمير في عليه راجع الى الخراج وفي فيهما راجع الى الرهن والكفالة ٭ والدليل على كون الخراج دينا الحبس والملازمة لاجله ومنع وجوب الزكاة **قوله** ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب واخذ منه كفيلا اخر فهما

كفيلان وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل كفل بنفس رجل ثم لقي الطالب المكفول به
واعطاه كفيلا اخر بنفسه قال لا يبرأ الكفيل الاول وهما كفيلان جميعا يعني يطالب من له الحق ايهما شاء فيسلم نفس الاصيل ولا يبرأ الكفيل
الاول لان الكفالة عقد توثيق وبالثاني يزداد التوثيق ولا منافاة بين التزام الثاني والاول فلا يبرأ الاول • ومذهب الشافعي
لا ينافي هنا لان الكفالة بالنفس عنده لا تصح • قال الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير • وفي قول ابن ابي ليلى برئ الكفيل الاول
لانه لما وجب حق المسلم على الثاني لا يجب على الاول لان حقا واحدا لا يكون في موضعين • وهذا على اصله مستقيم لان من اصله ان الكفيل
اذا كان كفيلا بالدين برئ المكفول عنه فكذلك هنا اذا كفل الثاني برئ الاول واما اصحابنا يقولون يجوز ان يكون حق المسلم على
الثاني وعلى الاول جميعا • ثم قال الفقيه فان قيل لما اخذ الطالب المطلوب واخذ منه كفيلا فقد صار مستوفيا للغرض فصار
في يديه فلم لا يبرأ الكفيل الاول بمنزلة الكفيل بالدين اذا اخذ الطالب من المطلوب الدين برئ الكفيل قيل له لان الطالب اذا اخذ
الدين لم يبق له حق وههنا حقه باق وتسليم النفس اليه يحتاج في كل وقت حتى يستخرج حقه **قوله** واما الكفالة بالمال فجائزة
معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع • هذا
لفظ القدوري في مختصره وقوله واما الكفالة بالمال متصل بما ذكره في اول الكتاب بقوله الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال
اعلم ان الكفالة بالنفس جائزة عندنا خلافا للشافعي وقد مر في اول كتاب الكفالة • واما الكفالة بالمال ففي الديون جائزة بلا
خلاف وفي الاعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة ويجب تسليم العين ان كانت قائمة
وان هلكت يجب تسليم القيمة وقد مر بيان انواع الاعيان في اول كتاب الكفالة وعند الشافعي لا تجوز الكفالة بالاعيان المضمونة
لان العين لا تلزم في الذمة • ولنا ان شرط الكفالة ان يكون المكفول به مقدور التسليم وقد وجد ذلك • ثم الكفالة بالمجهول
تصح عندنا اذا كان دينا صحيحا • وعند الشافعي لا يصح ضمان المجهول ولا ضمان ما لم يجب • قال في شرح الاقطع ونص الشافعي على جواز
ضمان الدرك • ولنا قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم • وجه الاستدلال ان حمل البعير مجهول القدر يحتمل الزيادة والنقصان
وشريعة من قبلنا تلزمنا على اصلنا يعني اذا قصها الله من غير انكار ولم يوجد الانكار • ولان الجهالة تتحمل في الكفالة اذا كانت
متفاوتة • الا ترى ان الكفالة بالدرك تصح بالاجماع وضمان الدرك عبارة عن ضمان الاستحقاق وهو مجهول لانه لا يدرى ان المبيع
يستحق بعضه او كله • وكذا الكفالة بالشجة خطأ تصح مع انها جهالة لانه لا يدرى انها تسري الى النفس ام لا بخلاف الكفالة بالشجة عمدا لان
فيه القصاص فلا تصح الكفالة بالقصاص • واورد في شرح الاقطع سؤالا وجوابا فقال فان قيل ضمان ما لم يجب لو لم يصح كالوكالة ممن
لا يتصرف الرجل فلان قيل هذا يصح عندنا والجارية الى الضامن بمنزلة ما يقدر ابيا • ثم شرط ان يكون الدين صحيحا احترازا عن بدل
الكتابة لان الكفالة ببدل الكتابة لا تصح لانه ليس بدين صحيح لان الدين الصحيح لا يسقط الا بالاداء او الابراء وقد يسقط بدل الكتابة
بدون الاداء والابراء بتعجيز النفس • ولان المولى لا يجوز له الكفالة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا فبدل الكتابة لا يثبت
ثبوتا صحيحا الا اضطرارا استحسانا بقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا **قوله** مثل ان يقول تكفلت عنه بالف نظير كون المكفول
به معلوما **قوله** او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع نظير كون المكفول به مجهولا **قوله** يتحمل فيها الجهالة
اي اذا كانت الجهالة يسيرة ومتفاوتة **قوله** الدرك والدرك التبعة وتحريك الراء وتسكينها جائز **قوله** وكفى
بصحته اي الاجماع **قوله** وشرط ان يكون دينا صحيحا في قوله اذا كان دينا صحيحا اي شرط القدوري ان يكون المكفول
به دينا صحيحا في قوله اذا كان دينا صحيحا **قوله** والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله
وهذا لفظ القدوري في مختصره يعني لما صحت الكفالة بالمال معلوما كان المكفول به او مجهولا فلطالب المكفول له الاصيل ان شاء والكفيل
ان شاء لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة وهذا المعنى لا يوجب براءة الاصيل على خلاف ما يقوله ابن ابي ليلى ان الكفالة توجب براءة الاصيل
الا اذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل فحينئذ تكون حوالة فانه في معنى الحوالة • قال وفيما على الكفيل يرجع على الاصيل
خلافا للشافعي والنووي باحد الامرين او باحد الامور الثلاثة يجيء بيانه في كتاب الحوالة بعد هذا ان شاء الله تعالى • ثم للمكفول له هو
مطالبة الاصيل والكفيل جميعا • فاذا اختار مطالبة احدهما لا يسقط مطالبته عن الاخر بخلاف المغصوب منه اذا اختار احد
الشخصين من الغاصب وغاصب الغاصب فليس له تضمين الاخر بعد ذلك • والفرق ان تضمين احدهما يتضمن نقل الملك اليه ومحال
ان يملك العين الواحد جميعها اثنان في زمان واحد والمطالبة لا تقتضي التمليك فما لم يوجد الاستيفاء فله ان يطالب احدهما
مطالبة الاخر **قوله** عليه الاصل اراد بالاصل الدين لان مطالبة الكفيل بما على الدين **قوله** بخلاف المالك اذا
اختار احد الغاصبين يعني ليس له ان يضمن الاخر بعد اختيار احدهما في التضمين اذا قضى القاضي بذلك كذا ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده
في مبسوطه واراد بالغاصبين الغاصب وغاصب الغاصب وبه صرح في التحفة وغيرها ولم يفسر الشارح على غاصب الغاصب كذا في شرح
الطحاوي **قوله** ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فعلي هذا
لفظ القدوري في مختصره • وانما قيد بذكر المكفول له والمكفول عنه لانه اذا كان احدهما مجهولا لا تصح الكفالة • الا ترى
الى ما قال في شرح الطحاوي ولو قال لرجل ما ذاب لك على احد من الناس فهو علي فانه لا تصح لجهالة المكفول عنه • وكذا الاذ لو قال
ما ذاب عليك لاحد من الناس فهو علي فانه لا تصح لجهالة المكفول له • اعلم ان تعليق الكفالة بشرط ملائم جائز عندنا خلافا للشافعي
لقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم • فانه تعالى علق الكفالة بشرط المجيء بالصاع فعلم ان تعليقها بالشرط جائز لان شريعة
من قبلنا تلزمنا على انه شريعة رسولنا اذا قصها الله من غير انكار ولم يوجد الانكار • ولان الكفالة بالمال التزام ... المدد

ابدا من حيث الالتزام وشبهه بالبيع من حيث المعاوضة انتهى فصح التعليق من الوجه الاول دون الثاني فوفر باحظها من الوجهين وقد
يرد للايراد عند قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه • ثم الشرط اذا كان ملائما جاز تعليق
الكفالة به وذلك بان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع فانا ضامن لذلك او شرطا لامكان الاستيفاء كقوله اذا قدم المكفول
عنه فانا كفيل لك بما عليه • وهذا لان الاستحقاق سبب للوجوب وقدوم المكفول عنه سبب للوصول الى الاداء او شرطا لتعذر الاستيفاء
كقوله ان غاب المكفول عنه عن البلدة فانا ضامن لك بما عليه وان كان الشرط بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجيء المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط
ولا تفسد الكفالة ويجب المال حالا لان كل ما جاز تعليقه بالشرط لا يفسد بالشروط الفاسدة اصله الطلاق والعتاق • قال في الاجناس
كل موضع اضاف الضمان الى ما هو سبب للزوم المال فذلك جائز يدل عليه جواز ضمان الدرك • وكل موضع اضاف الضمان الى ما هو ليس بسبب
للزوم المال فيه لان الضمان باطل كقوله ان هبت الريح فالذي على فلان فهو علي • وقال في الاجناس ايضا ولو قال ما قضي لك به على فلان فعلي
انه لا يلزم الكفيل ما اقر به المطلوب حتى يقضى به عليه • ولو مات المطلوب قبل ان يقضى عليه فخاصم الطالب ورثته او وصيه فقضي له عليهم لزم
لزوم الكفيل • ولو مات الكفيل فخاصم ورثته ذكره في كفالة الاصل وفي نوادر هشام عن محمد لو قال للاخر ما غصبك اهل هذه الدار
فانا ضامن فهو باطل حتى يسمي انسانا بعينه لان معناه من ضمنت لك ما يجب لك على واحد من الناس ولو صرح بذلك لم يجز ولا كذلك
اذا سمى انسانا بعينه لانه لو صرح فقال ما يجب لك على فلان فهو علي جاز • وعلى هذا المعنى ذكر في كتاب كفالة الاصل لو قال من بايع فلانا
اليوم من شيء فعلي فبايعه غير واحد لم يلزم الكفيل شيء لان تقديره ضمنت لواحد من الناس فلم يصح • ولو قال لقوم حاضرين بايعوه
بما شئتم فعلي جاز لانه قد ضمن لمعينين • ولو قال ان لم يعطك فلان ما لك فانا ضامن له لم يلزمه الضمان حتى يتقاضاه الطالب
فيقول لا اعطيك • ولو مات المطلوب قبل التقاضي فقال وارثه اعطيك او لا اعطيك فالمال يلزم الكفيل وفي نوادر ابن سماعة
عن محمد لو قال ان تقاضيت فلم يعطك فانا ضامن فمات المطلوب قبل التقاضي بطل عن الضامن • وقال المجرد قال ابو حنيفة
في رجل قال لرجل بايع فلانا فما بايعته فعلي فبايعه مرة بعد مرة يلزمه ثمن ما بايعه في اول مرة ولا يلزمه ثمن ما بايعه بعد • وفي نوادر
ابي يوسف رواية ابن سماعة يلزمه كله هذه المسائل كلها مذكورة في الاجناس • ونقل في خلاصة الفتاوى عن الاصل رجل قال
للمودع ان اتلف المودع وديعتك او جحدها فانا ضامن لك صح • ولو قال ان قتلك او ابنك فلان خطأ فانا ضامن للدية صح بخلاف
قوله ان اكلك سبع **قوله** فاذا جعل الاجل وجب مستعارا من هبوب الريح كذا ذكره المطرزي **قوله** وكذا اذا
جعل واحدا منهما اجلا يعني اذا جعل هبوب الريح او مجيء المطر اجلا للكفالة بطل الاجل وتصح الكفالة • قال في الاجناس اذا كفل بنفس
رجل الى الحصاد او الدياس او المهرجان او الى العطاء او الى ان يقدم المكفول به من سفره او الى صوم النصارى جازت الكفالة هو
والتاجيل جميعا • ولو قال الى ان تمطر السماء او الى ان يقدم فلان غير المكفول به جازت الكفالة والتاجيل باطل ذكره في كتاب
كفالة الاصل من البيع قال ابو حنيفة الضمان باطل الى هنا لفظ الاجناس • وعند الشافعي لا تصح الكفالة الى الآجال المجهولة والبيع
الى هذه الآجال لا يجوز بالاجماع • قال في التحفة ولا خلاف في جواز الكفالة الى اجل معلوم من الشهر والسنة ونحوها وقد مر بيانه في
الكلام في باب البيع الفاسد **قوله** فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة على الف عليه ضمنه الكفيل هذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه فان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم
يصدق على كفيله • وانما ضمن الكفيل الالف اذا قامت البينة على ذلك لان الكفيل ضمن ما عليه وقد ظهر بالبينة ان ما على المكفول عنه الف
والثابت بالبينة كالثابت عيانا فصار كانه ضمن بالالف الذي عليه فلزمه ذلك • اما اذا عجز الطالب عن البينة فالقول قول الكفيل
في مقدار ما اقر به لانه ما كان مجهولا لزمه بقوله فكان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال • واما اذا اقر المكفول عنه باكثر مما
يقر به الكفيل لم يصدق في الاكثر على الكفيل لان اقرار المكفول عنه تضمن شيئين احدهما على نفسه والاخر على الكفيل فيصدق في اقراره
على نفسه لان له ولاية على نفسه ولا يصدق على الكفيل لعدم ولايته عليه • قال في الشامل في قسم المبسوط ما ذاب لك على فلان فهو
علي او ما ثبت او ما قضي عليه فاقر المطلوب بمال لم يلزم الكفيل الا قوله ما قضي عليه لم يلزمه الا ان يقضي القاضي لان قوله ما ذاب اي حصل
وقد حصل باقراره • ولو قال ما لك او ما اقر لك به امس فقال المطلوب اقررت له بالف لم يلزم الكفيل لانه قبل مالا واجبا عليه
لا مالا يجب عليه في الحال ولم يثبت انه واجب فانه قال ما اقر فلان في الحال لزمه • ولو قامت بينة انه اقر له قبل الكفالة بالمال
لم يلزمه لانه لم يقل ما كان اقر لك • ولو ابى المطلوب اليمين فالزمه القاضي لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل بدل الى هنا
لفظ الشامل وكتبنا هذه المسائل تكثيرا للفوائد **قوله** قال وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره اي قال القدوري
في مختصره والاصل فيه قوله عليه السلام الزعيم غارم وهو باطلاقه يتناول الكفالة سواء كانت بامره او بغير امره • وقد روينا قبل هذا
عند قوله وكذا اذا قال تضمنه عن اول كتاب الكفالة والحوالة ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بجنازة فقال عليه السلام اعلى ميتكم
دين قالوا نعم فامتنع عن الصلاة فقال ابو قتادة هو علي يا رسول الله فصلى فعلم ان الكفالة بغير امر جائزة ولان الكفالة اذا كانت بامر
كانت بمعنى القرض فكانه قال اقرضني كذا او اد عني الى فلان وذلك جائز وكذا هذا • ولان في الكفالة تقوية للطالب واعانة للمطلوب
وذلك نفع لهما فصحت الكفالة بامره او بغير امره والرجوع عند الامر وان كان ضررا على المكفول عنه لم يلتفت اليه لوجود دليل
الرضا به وهو الامر **قوله** لاطلاق ما روينا اشارة الى قوله عليه السلام الزعيم غارم **قوله** اذ هو اي الرجوع هو
قوله وقد رضي اي رضي المكفول عنه بالرجوع عليه هذا جواب لا اشكال فيه لا يلزم ان في الكفالة نفعا للمكفول عنه ولا
ضرر عليه ورجوع الكفيل عليه بما ادى ضرر فقال لا نسلم انه ضرر مع وجود الرضا بالرجوع **قوله** فان كفل بامره رجع بما ادى

يلحيه هذا اللفظ القدوري في مختصره يعني اذا كانت الكفالة بامر المكفول عنه رجع الكفيل على المكفول عنه بما ادى وهذا بالاتفاق
وذلك لان امره بالاداء في معنى القرض والمقرض له الرجوع بكذا هذا ● قال في شرح الاقطع وهذا الذي ذكره انما يصح اذا قال
اضمن عني فلان كذا فاما اذا قال له اضمن الالف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الاداء لان قوله اضمن يحتمل ان يكون على وجه التبرع ويحتمل
عني فلا يجوز ايجاب الضمان الا بلفظ يختص به فاذا قال اضمن عني دل على الضمان فلزمه ولا يلزمه عند الشك ولكن هذا الذي ذكره
مذهب ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف بدليل ما قال في اشارات الاسرار اذا قال الرجل اضمن لفلان الف درهم او اقضه الالف درهم
ففعل لم يرجع على الامر الا اذا كان خليطا له او شريكا ● وقال ابو يوسف لانه وجد القضاء على الامر فلا بد من اعتبار الامر فيه وان
يكون كذلك الا اذا كان قضاء من جهة الذي الامر قضاء كما لو قال اقض عني ويتضمن ذلك استقراضا منه ومتى قلنا بانه لا يقع عن الامر
امر لغا الامر لانه يصير قاضيا عن نفسه ويصير وجود الامر وعدمه بمنزلة ونحن نقول وقوع القضاء صحيحا ليس يستدعي ان يكون
على الذي امر فلا يجعله عنه الا بقرينة زائدة وهي خلطة او شركة فاما الامر فليس يستدعي ان يكون الاداء واقعا عن الذي امره
يكون ارشادا الا ترى انه لو قال اشتر كذا لم يكن توكيلا بل كان امر ارشاد ● ثم ينبغي لك ان تعرف ان رجوع الكفيل على المكفول
عنه اذا وجد الامر انما يكون اذا كان المكفول عنه ممن يجوز اقراره على نفسه بالدين ويملك التبرع والا فلا وبه صرح في التحفة
تكفالة المنتهي وغيرها حتى ان الصبي المحجور اذا امر رجلا ان يكفل عنه فكفل وادى لا يرجع لان الاصيل مستقرض عن الكفيل معنا
واستقراض الصبي لا يتعلق به ضمان بخلاف استقراض البالغ ● واما العبد المحجور فلا يرجع عليه الا بعد العتق لان امره صحيح في حق
نفسه دون مولاه ● قال في التحفة ثم الكفيل يرجع بما ضمن لا بما ادى لانه ملك ما في ذمة الاصيل حتى اذا كان عليه دراهم صحاح
جيد فادى زيوفا وتجوز به صاحب الدين فانه يرجع بالجياد ● وكذا لو ادى عنها من المكيل والموزون او العروض فانه يرجع بالدراهم
بخلاف الوكيل بقضاء الدين فانه يرجع بما ادى لا بما على الغريم ● وبخلاف الصلح اذا صالح من الالف على خمسمائة فانه يرجع بخمسمائة
لا بالالف لانه اسقاط البعض **قوله** وان كفل بغير امره لم يرجع عليه بما يؤديه هذا لفظ القدوري في مختصره
وعند مالك يرجع كذا في التحفة وكفاية المنتهي له ان صاحب الدين ملكه الدين بما اخذ منه ● ولنا ان تمليك الدين من غير من عليه
الدين لا يجوز لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه بخلاف التمليك ممن عليه لانه في قبضه **قوله** كما اذا ملكه بالهبة او بالارث
يعني اذا ملك الكفيل المكفول له بان وهبه المكفول له للكفيل يرجع الكفيل على المكفول عنه بالمكفول به وكذا اذا مات المكفول
له فورثه الكفيل يرجع على المكفول عنه بالمكفول به كما لو ملك ذلك بالاداء ● قال في شرح الطحاوي ولو وهب الدين له او تصدق
عليه يحتاج الى القبول فاذا قبل له ان يرجع على الاصيل كما اذا ادى قلت هذه المسئلة ترجح قول بعض المشايخ ان الكفالة ضم
الذمة الى الذمة في الدين في حق المطالبة فحسب وهذا لانه لو لم يجب على الكفيل دين بالتزامه لزم تمليك الدين من غير من عليه
الدين وهو لا يجوز عندنا **قوله** وكذا اذا ملك المحتال عليه يعني اذا احال المديون غريمه على رجل ليس للمديون على
الرجل دين فقبل الحوالة فادى يرجع المحتال عليه على المحيل بما ضمن لا بما ادى لانه ملك الدين بالاداء كالكفيل **قوله**
لما ذكرنا في الحوالة اي في حوالة كفالة المنتهي **قوله** والخلاف فيما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة اي و
يرجع بما ادى وهو خمسمائة لا بما ضمن وهو الالف لان الصلح اسقاط **قوله** كما اذا ابرأ الكفيل يعني اذا اخذ من الكفيل
خمسمائة وابرأه عن خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه الا بما اداه وهو خمسمائة لا بما ضمن وهو الالف فكذا اذا صالح على
خمسمائة عن الالف لا يرجع الا بخمسمائة فكانه ابرأه عن الخمسمائة الباقية وهذا الوجه هو الذي يقتضيه وجه الكلام ● ويجوز
ان يقال معناه اذا ابرأ الكفيل عن مجموع الدين لا يرجع على المكفول عنه فكذا اذا صالح الكفيل اياه على بعض لا يرجع بالباقي
اعتبارا لابراء البعض بابراء الكل **قوله** قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه اي قال
القدوري في مختصره وذلك لان الكفيل كالمقرض معنا والمقرض لا يرجع على المستقرض ما لم يقرض فكذا الكفيل لا يرجع على
المكفول عنه ما لم يؤد ● وعلى ما قال في المتن نقول اذا ادى رجع لانه ملك الدين بالاداء وان لم يؤد لم يرجع لانه
لانه لم يملكه بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع بالثمن على الموكل قبل الاداء لانه انعقد بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية ● الا
ترى ان الملك ينتقل الى الموكل من جهة الوكيل ● ولهذا يتحالفان اذا اختلفا في الثمن وللوكيل ان يحبس المبيع بالثمن فلما
ثبتت المبادلة الحكمية كان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري ● وللبائع حبس المبيع بالثمن وكذا للوكيل ● اعلم ان الكفيل
بالامر اذا طولب طالب الاصيل ● واذا حبس حبسه ● واذا ادى رجع عليه اذا لم يكن على الكفيل دين مثله للمكفول عنه واما
اذا كان عليه دين مثله فليس للكفيل ملازمة الاصيل اذا لوزم ولا له ان يحبسه اذا حبس ولا له ان يرجع عليه اذا ادى
ولكنه يسقط عنه دين المكفول عنه كذا في شرح الطحاوي ● هذا كله اذا كانت الكفالة بامر من عليه ● اما اذا كانت
الكفالة بغير امر فليس للكفيل الرجوع والمطالبة والحبس للاصيل لان الكفيل متبرع **قوله** قال فان لوزم بالمال
كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه ● وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه اي قال القدوري في مختصره وهذا اذا
كانت الكفالة بالامر وقد مر بيانه ● وانما كان للكفيل ملازمة الاصيل والحبس لان الاصيل هو الذي اوقعه في هذه الورطة
فعليه خلاصه عنها **قوله** واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل هذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لان الكفالة لا يكون الا فيما يكون مضمونا على الاصيل وقد سقط الضمان عن الاصيل بالاداء او بالابراء فيسقط عن الكفيل
ايضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوب الضمان على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا او نقول لا دين على الكفيل في ما

من مختار بعض المشايخ وانما عليه المطالبة بالدين الذي على المكفول عنه ● وقد سقط الدين فتسقط المطالبة ايضا وجملة
القول هنا ما قال في شرح الطحاوي واذا ابرأ المكفول له المطلوب عن الدين وقبل ذلك برئ الاصيل والكفيل جميعا لان براءة
الاصيل توجب براءة الكفيل وبراءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل الا انه اذا برئ الاصيل يشترط في ذلك قبوله او يموت قبل
القبول والرد فيقوم ذلك مقام القبول ● ولو رده ارتد ودين الطالب على حاله واختلف مشايخنا في ذلك لانه الدين
هل يعود الى الكفيل ام لا ● قال بعضهم يعود وقال بعضهم لا يعود ● ولو ابرأ الكفيل صح الابراء قبل او لم يقبل ولا يرجع على
الاصيل ● ولو وهب الدين له او تصدق عليه يحتاج الى القبول فاذا قبل كان له ان يرجع على الاصيل كما اذا ادى وفي
الكفيل حكم ابرائه والهبة يختلف في الابراء لا يحتاج الى القبول وفي الهبة والصدقة يحتاج الى القبول ● وفي الاصيل يتفق حكم
ابرائه والهبة والصدقة تحتاج الى القبول في الكل ● ولو كان الابراء والهبة والصدقة بعد موته فقبل ورثته صح ● ولو
رد ورثته ارتد ويبطل الابراء عند ابي يوسف لان الابراء بعد الموت ابراء للورثة ● وقال محمد لا يرتد بردهم كما لو ابراه
في حال حياته ثم مات الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي **قوله** عليه اي على المكفول عنه في
الصحيح اي في القول الصحيح وهو احتراز عن قول بعض المشايخ حيث قالوا الكفالة ضم الذمة الى الذمة في الدين **قوله**
بدونه اي بدون المطالبة عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الدين الذي عليه الاصل وهو
من مسائل الجامع الصغير ● وجملة القول فيه ما قال في شرح الطحاوي واذا اخر الطالب الدين عن الكفيل الى مدة فقبل الكفيل
فهذا التاخير صح التاخير عن الكفيل خاصة ولا يكون ذلك تاخيرا عن الاصيل ● ولو رد الكفيل التاخير ارتد بخلاف
الابراء للكفيل لانه لا يرتد برده ● ولو اخر الدين عن الاصيل تاخر عنهما جميعا لان ضمان الكفيل تبع لضمان الاصيل وضمان الاصيل
ليس بتبع لضمان الكفيل ● ولو كان له على رجل دين مؤجل فاخذ منه كفيلا ثبت على الكفيل مؤجلا كما كان على الاصيل لانه تحمل هو
دينا مؤجلا ● ولو كان الدين حالا او كفل عنه رجل للطالب مؤجلا صحت الكفالة وتاخر الدين عنهما لان الاجل الحق بالدين والدين
على الاصيل الا ان يشترط الطالب وقت الكفالة الاجل لاجل الكفيل خاصة فلا يتاخر الدين حينئذ عن الاصيل ● ولو ان الكفيل
احال المكفول له على رجل فقبل المكفول له والمحتال عليه الحوالة فقد برئ الكفيل والمكفول عنه لان الكفالة حصلت باصل الدين
واصل الدين كان على المكفول عنه فلذلك تضمنت هذه الحوالة براءتهما جميعا ● ولو اشترط الطالب وقت الحوالة ابراء الكفيل خاصة
برئ الكفيل والاصيل له على الكفيل حتى يتوى المال على المحتال عليه **قوله** مؤجلا حال من قوله كفل **قوله** انما
قيد بما كفل حالا لانه لو اخر عنه الطالب لم يكن ذلك تاخيرا عن الاصيل وحاصله ان التاجيل اذا كان في ابتداء الكفالة كان
اجلا عنهما جميعا لانه صار وصفا للدين بخلاف ما اذا وجدت الكفالة ثم اخر الطالب عن الكفيل لا يكون ذلك تاخيرا عن الاصيل
لان التاجيل لم يكن وصفا للدين حين وجود الكفالة ● قال في الفتاوى الصغرى الكفيل بالدين المؤجل اذا ادى قبل حلول
الاجل لا يرجع على المكفول عنه حتى يحل الاجل **قوله** فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل
والذي عليه الاصل ● وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل له على رجل الف درهم فكفل بها
عنه رجل فصالح الكفيل الطالب من الالف على خمسمائة قال برئا جميعا الكفيل والذي عليه الاصل ● وذلك لان الكفيل تحمل المطالبة
واما المال على الاصيل فاذا اضاف الصلح الى الالف الذي فقد اضافه الى ما على الاصيل فبرئ الاصيل عن الخمسمائة لان الصلح اسقاط
فلما برئ عنها برئ الكفيل ايضا لان براءته توجب براءة الكفيل ثم برئا عن الخمسمائة الباقية بالايفاء ويرجع بذلك الكفيل على الاصيل
ان كانت الكفالة بامره وان صالحه مطلقا او ابراه بطلت المطالبة عن الكفيل وبقي الحق على الاصيل كذا قال فخر الاسلام رحمه
هذا في صورة الابراء ظاهر ● واما اذا صالح الكفيل مطلقا فبقاء الحق على الاصيل مشكل الا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي و
واذا كفل لرجل بمال له عليه ثم ان الكفيل صالح الطالب على بعضه كما لو كان عليه الف درهم فصالحه على خمسمائة درهم فهذا على
ثلاثة اوجه في وجهين يبرأ الكفيل والمكفول عنه جميعا عن الخمسمائة الباقية وفي وجه يبرأ الكفيل عن الخمسمائة خاصة ● ولا يبرأ
الاصيل ● واما الوجهان فهو ان يقول الكفيل للطالب صالحتك على الالف التي لك علي على خمسمائة على اني والمكفول عنه براء
عن الخمسمائة الباقية برئا جميعا ● والطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء اخذها من الكفيل والكفيل يرجع على
الاصيل ان كان بامره ● وان شاء اخذها من الاصيل ● والوجه الثاني ان يصالح على خمسمائة درهم برئا جميعا لان
الصلح وقع على اصل الدين والدين كان اصله على المكفول عنه فيقتضي هذا الصلح براءتهما جميعا ● واما الوجه الذي يبرأ الكفيل
دون الاصيل فهو ان يشترط الطالب في الصلح براءة الكفيل خاصة فالطالب بالخيار ان شاء اخذ جميع دينه من الاصيل وان
شاء اخذ من الكفيل خمسمائة ومن الاصيل خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ان كان الصلح بامره الى هنا لفظ الامام
الاسبيجابي في شرح الطحاوي ● وقال الامام شرف الدين ابو حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري العقيلي في كفاية المنتهي بالمنهاج وان
صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة ولم يقل على ان تبرئني برئ الكفيل والاصيل عن الزيادة وان قال على ان تبرئني
برئ الكفيل منها خاصة ● وقال في الشامل في قسم المبسوط صالح الكفيل الطالب من الدين الالف على مائة على ان يبرئهما جميعا
برئا ويرجع الكفيل على المطلوب بمائة ● ولو صالحه على مائة على ان وهب له الباقي يرجع بالالف لان في الصورة الثانية ملك
بعض الالف بالاداء لانه يقوم مقام الاصيل في ثبوت ملكه في الدين وبعضه بالهبة لانها لفظ تمليك ● وفي الصورة الاولى
ابراء الاصيل عن تسعمائة فلم يملك الا المائة لاجرم لو صالحه على جنس سوى الدين يرجع بكل الدين لانه يمكن ان يجعل [illegible]

ما ادى وفي جنس واحد لا يجوز ان يملك الغاية بما به فيصير اسقاطا للسعاية الى هنا لفظ النهاية **قوله** ولو كان صالح
عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل • والمراد مما استوجب بالكفالة المطالبة **قوله** ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد
برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه • وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في رجل كفل عنه رجل بامره لرجل بمال فقال المكفول له للكفيل قد برئت الي من هذا المال قال هذا قبض ويرجع
الكفيل على المكفول عنه بالمال وان كان قال قد ابرأتك من هذا المال فهو بريء ولا يرجع الكفيل على المكفول عنه بشيء الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير ذكر هنا مسئلتين احداهما قوله برئت الي والاخرى ابرأتك ولا خلاف فيهما • والمسئلة الثالثة فيما اذا قال برئت
ولم يقل الي ذكرها الخلاف في المبسوط بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اما في قوله برئت الي فانما يرجع الكفيل على المكفول عنه
لانه اضاف البراءة الى الكفيل منتهية الى المكفول له والبراءة التي يكون ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى المكفول له لا يكون
الا بالاداء • فاذا كان كذلك كان قوله برئت الي اقرارا بالايفاء وكانه قال استوفيت منك حقي • فاذا اقر الطالب بالايفاء
يرجع الكفيل فكذا هذا • واما في قوله ابرأتك فلا يرجع الكفيل على المكفول عنه لان البراءة في هذه الصورة ابتداؤها وانتهاؤها من
الطالب والبراءة التي ابتداؤها وانتهاؤها من الطالب لا يكون الا بالاسقاط فاذا اسقط عن الكفيل لا يرجع لان رجوع الكفيل على
المكفول عنه بحكم ملك الدين بالاداء او الهبة ولم يوجد فلا يرجع لان رجوع الكفيل على المكفول عنه لان براءة الكفيل لا توجب
براءة الاصيل • واما المسئلة الثالثة فهي ما اذا قال برئت ولم يقل الي فعند ابي يوسف يرجع الكفيل على المكفول عنه • وعند
محمد لا يرجع لان قوله برئت يدل على البراءة فيثبت • والاستيفاء امر زائد فلا يثبت لكونه محتملا • وهذا لان قوله يحتمل
البراءة الى الكفيل فاستدعى ذلك حصول البراءة من قبل الكفيل وحصول البراءة من قبله لا يكون الا بالايفاء • قال الراوي في شروح
الجامع الصغير هذا اذا كان الطالب غائبا فاذا كان حاضرا يرجع اليه في البيان انه قبض او لم يقبض وذلك لان الاصل في
الاحكام الرجوع الى بيان المجمل **قوله** والابراء الخ عطفا على قوله بالاداء **قوله** يثبت الاداء وهو البراءة
بالابراء الا البراءة بالاداء • وهذا لان البراءة بغير بدل ادنى من البراءة ببدل **قوله** ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة
بالشرط اي قال القدوري في مختصره اعلم ان تعليق الكفالة بشرط ملائم يصح عندنا وقد مر بيانه • اما تعليق البراءة من الكفالة
لا يجوز مثل ان يقول اذا جاء غد فانت بريء من الكفالة او اذا قدم المكفول عنه فانت بريء من الكفالة • او اذا قدم الكفيل
غدا فانت بريء من الكفالة • وذلك لان فيها معنى التمليك والتمليكات لا يجوز تعليقها بالشروط لافضائه الى معنى القمار والدليل على
ان فيها معنى التمليك ان المكفول له لو ابرأ المكفول عنه يرتد بالرد وهذا هو الظاهر • وروي ان تعليق البراءة من الكفالة
يصح لان الابراء اسقاط محض فصار كالطلاق فيصح تعليقه بالشرط • والدليل على هذا ان ابراء الكفيل لا يرتد بالرد وليس ذلك
مثل ابراء الاصيل فانه يرتد بالرد • وهذا لان الكفيل ليس عليه الا المطالبة لا الدين على ما هو القول الصحيح من مشايخنا
فاذا كان كذلك كان ابراء الكفيل اسقاطا محضا **قوله** وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يجوز الكفالة به كالحدود
والقصاص هذا لفظ القدوري في مختصره • قال صاحب الهداية معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه يعني ان الكفالة بنفس الحد
لا تجوز • اما الكفالة بنفس من عليه الحد فتجوز لان الكفالة لتسليم النفس وتسليم النفس الى باب القاضي واجب بخلاف الكفالة
بنفس الحد فانها لا تجوز لان العقوبات لا تجري فيها النيابة لعدم حصول المقصود لان المقصود الزجر وهو لا يتحقق بالنائب
وباقي الكلام مر عند قوله ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص **قوله** واذا تكفل عن المشتري بالثمن
جاز هذا لفظ القدوري في مختصره • وانما جازت الكفالة بالثمن لانه دين صحيح يمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة
به كما في سائر الديون وكالقرض **قوله** وان تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح هذا لفظ القدوري ايضا واعلم انه لم يصح
الكفالة به لانه عين لا يمكن اداؤه من الكفيل اذا هلك والمراد الكفالة بعين المبيع لانه اذا تكفل بتسليم المبيع جاز لانه ملتزم
اعلم ان الاعيان على نوعين امانة ومضمونة والكفالة بالامانة لا تصح لان موجب الكفالة وجوب ما هو مضمون على المكفول عنه
على الكفيل فاذا كان العين امانة غير مضمونة على الاصيل لا يجب ضمانها على الكفيل ايضا وهي كالودائع والعواري ومال المضاربة
والشركة والعين المستاجرة غير ان العارية والعين المستاجرة واجبة الرد ان كان لها حمل ومؤنة بخلاف الودائع ومال المضاربة
والشركة فانه يجب مؤنة الرد على الواجب التخلية فلو كفل بتسليم العارية والمستاجرة صح لان التسليم واجب فلو هلك لا يجب
على الكفيل قيمة العين لانه امانة • واما الاعيان المضمونة فما كان منها مضمونا بنفسه على معنى انه يجب ردها ان كانت قائمة
وقيمتها ان هلكت تصح الكفالة به لان الاعيان المضمونة بنفسها يجب ضمانها على الذي هي في يده فكذلك يجب ضمانها على الكفيل
وهي كالعين المغصوبة والمقبوض على سوم الشراء والمبيع بيعا فاسدا وما كان منها غير مضمون بنفسه بل هو مضمون بغيره كالمبيع
في يد البائع والمرهون في يد المرتهن لان المبيع مضمون بالثمن والرهن مضمون بالدين لا تصح الكفالة به لان المبيع اذا هلك لا
يجب على البائع قيمة المبيع بل ينفسخ العقد ويجب عليه رد الثمن فاذا لم يجب على الاصيل شيء لم يجب على الكفيل وكذا الرهن اذا هلك
في يد المرتهن يكون مستوفيا لقدر دينه ولا يلزمه شيء فكذا لا يلزم الكفيل شيء بخلاف ما اذا تكفل بتسليم المبيع فانه يصح لان التسليم
واجب على الاصيل وهو البائع فكذا على الكفيل لانه يمكن استيفاؤه منه **قوله** ومن استاجر دابة للحمل فان كانت
بعينها لم تصح الكفالة بالحمل وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه • وان كان بغير عينها جازت الكفالة وذلك
لان الدابة اذا كانت بعينها فالواجب على المؤجر تسليم الدابة دون الحمل فالكفالة بالحمل كفالة بما لا يجب على الاصيل فلا تصح

بخلاف

بخلاف ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الحمل ويمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة كذا قال الشيخ ابو نصر رحمه
وقال في المبسوط ولو تكارى دابة او عبدا او عجل الاجر ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيل بذلك حتى يدفعه اليه
فان الكفيل يؤخذ به ما دام حيا لان التسليم مستحق على الاصيل وهو مما تجري فيه النيابة فتصح الكفالة به فان هلك المستاجر
لم يكن له على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل من ان يكون مطالبا بتسليم العين وانما عليه رد الاجر والكفيل ما
كفل بالاجر **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه عاجز **قوله** ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس
هذا لفظ القدوري في مختصره اي في مجلس عقد الكفالة • قال في شرح الطحاوي ولا تجوز الكفالة ولا الحوالة الا بقبول
المكفول له والمحتال له عند ابي حنيفة ومحمد بيانه هو ان الذي عليه الدين اذا قال لرجل ان لفلان بن فلان علي دينا فاكفل
له او احتل له عني ففعل ذلك الآخر ثم بلغ ذلك الى الطالب فاجازها فانه لا يجوز ذلك عندهما ويجوز عند ابي يوسف
وكذلك لو ان فضوليا قال اشهدوا اني ضمنت ما لفلان على فلان من الدين وهما غائبان فبلغهما فاجازا فهو على الاختلاف وكذلك
هذا الاختلاف في النكاح اذا قال الفضولي اشهدوا اني قد زوجت فلانة من فلان بمهر كذا فبلغهما فاجازا لم يجز عندهما وان
قبل عن الغائب احد فانه يتوقف بالاجماع • وقال في التحفة وهذا بناء على ان شطر العقد يتوقف في النكاح عند ابي يوسف
خلافا لهما فهذا كذلك الا انهما استحسنا في المريض اذا قال عند موته لورثته اضمنوا ما علي من الدين لغرمائي ففعلوا فهو جائز
وان لم يسم الغرماء • والحاصل ان الكفالة بالنفس او المال اذا كانت بحضرة المكفول له والمكفول عنه صحت بالاجماع فان كان
الطالب غائبا فهي جائزة عند ابي يوسف وقالا لا تجوز الا ان يقبل عنه قابل فيتوقف على اجازته كذا في المختلف • وجه قول
ابي يوسف ان عقد الكفالة التزام فيتفرد به الملتزم وما فيه من معنى التمليك ثابت في ضمن الالتزام • وهذا كله كالابراء يتفرد به
المبري وان كان فيه معنى التمليك لانه ثابت • فاما في حق المكفول له فهو تمليك حتى لم يكن ثابتا وهو مطالبة الكفيل • وجه
قولهما ان فيه معنى التمليك فلم يتفرد الواحد به لانه شطر العقد او نقول ان الكفالة عقد وثيقة فيعتبر بما شرع له الوثيقة كالرهن وهو
قال في مختصر الاسرار لا يقال فقلت نقول يستوي فيه المريض والصحيح لانا نقول انه قال عنه في المريض يعتبر الرضا ايضا لانه
لو الدين اذا كان غائبا رجع ولم يرض بما ان الوارث فبطل كفالته فاذا الرضا معتبر وانما حضوره ليس بمعتبر • والتعليل
فيه للرضا لا للحضور • وقال في مختصر الاسرار ايضا وكان الكرخي يقول يعتبر الرضا في تلك المسئلة ايضا يعني في مسئلة المريض
اذا قال لورثته اضمنوا الدين لغرمائي فضمنوا مع غيبة الغرماء **قوله** ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة اي في بعض نسخ
كتاب المبسوط يعني على مذهب ابي يوسف جازت الكفالة عند غيبة المكفول له مطلقة لا موقوفة على الاجازة لانه لا ضرر
فيه على الطالب ان شاء طالبه وان شاء تركه فيتفرد به الملتزم لهذا المعنى **قوله** وهذا وجه هذه الرواية عنه اي عن
ابي يوسف اي هذا التعليل وهو انه تصرف التزام • ووجه الرواية التي لم تشترط فيها الاجازة بل جازت الكفالة مطلقة
قوله ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح يعني ان وجه الرواية التي جازت الكفالة عند غيبة المكفول
له موقوفة على الاجازة هو الذي مر في نكاح الفضولي ان شطر العقد يتوقف على ما وراء المجلس عنده والجامع عدم الضرر
وعند ابي حنيفة ومحمد لا يتوقف شطر العقد على ما وراء المجلس كما في البيع **قوله** الا في مسئلة واحدة وهو ان يقول
المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فتكفل به مع غيبة الغرماء • وهذا تمام مسئلة القدوري استثناء من قوله ولا تصح
الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس يعني تصح كفالة الوارث عن مورثه المريض للغرماء الغائب استحسانا لانه ايصاء • وهذا
لو مات لا عن تركة لا يؤخذ الورثة بادائه والايصاء بقضاء الدين يصح كذا في الشامل او نقول ان المريض قائم مقام الطالب
وهو المكفول له لحاجته الى اقامته نفسه مقام الطالب لتفريغ ذمته عن الدين فصار كان الطالب حضر بنفسه وقال للوارث
تكفل عن ابيك لي فتكفل به الوارث فيصح كذا هذا • قال في اشارات الاسرار ومن اصحابنا من يقول المريض بمنزلة الاجنبي الا انه
لا يبعد تبرعه فانزل خطابه منزلة خطاب الاجنبي فيكون العقد قائما بشطرين فيصح • قال في خلاصة الفتاوي ثم هذا
من المريض يصح وان لم يسم الدين ولا اصحاب الدين **قوله** وانما يصح بهذا اللفظ متصل بقوله لان ذلك وصية
يعني ان قول المريض لوارثه تكفل عني ايصاء • ولهذا لا يصح اذا لم يكن له مال • ولكن الايصاء صح بلفظ الضمان • قال في خلاصة
الفتاوي واختلف مشايخنا فيما اذا كان المريض ذلك للاجنبي بعض الاجنبي بالتماسه يعني قيل تصح كفالة الاجنبي للغرماء الغائب
وقيل لا تصح وهذا معنى ما قال في المتن • ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه **قوله** ولا يشترط القبول
لانه يراد به التحقيق دون المساومة اي دون الطلب • هذا جواب سؤال بان يقال لو كان المريض نائبا عن الطالب
لكان ينبغي ان يشترط قبول الطالب كما اذا قال لآخر بعني فقال بعت لا ينعقد البيع ما لم يوجد القبول من المشتري وهو قوله
اشتريت فاجاب عنه وقال المراد منه التحقيق لا المساومة تفريغا للذمة فكان قوله لوارثه تكفل عني تكفل عنه قائما مقام قوله
قبلت كفالتك كما في النكاح لو قال زوجني نفسك فقالت زوجت نفسي منك يكون ذلك كالقبول فكانها قالت زوجت وقال قبلت
قوله قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا تصح اي قال القدوري في مختصره وقول الشافعي كقولهما كذا في شرح الاقطع • اعلم ان الكفالة عن الميت المفلس لا تصح
عند ابي حنيفة خلافا لهما والشافعي لهم انه كفل بدين ثابت ولم يوجد المسقط • والدليل على انه ثابت ان انسانا لو تبرع به
بادائه صح والكفالة التزام التبرع • وكذلك لا تصح الكفالة عن الميت اذا بقي عنه مال • ولو كان الدين يسقط بالموت في

احكام الدنيا لم يصح الكفالة عنه لان بقاء الدين في ذمة الاصيل شرط الكفالة وكذا لان الكفالة في حالة الحياة بقي بعد الموت المكفول عنه يعلم ان الدين ثابت على الاصيل ولابي حنيفة رضي الله عنه انه كفل بدين ساقط فلا تصح الكفالة لان شرط الكفالة وجود الدين في الاصيل فاذا سقط عنه سقط عن الكفيل ايضا • وانما قلنا انه كفل بدين ساقط لان محل الدين فات وقيام الدين من غير محل محال • وهذا لان محل الدين هو الادمي بوصف الذمة وقد خربت الذمة بالموت لان الميت التحق بالجماد في حق احكام الدنيا والكفالة من احكام الدنيا فلا تصح • فاذا انعدم الوجوب في حق الاصيل لم تصح الكفالة لابتنائها على الوجوب في جانب من عليه بخلاف التبرع عن الميت في اداء دينه فانه يصح لان التبرع لا يبتني على قيام الدين فانه يصح وان لم يوجد الدين والكفالة لا تتحقق الا بعد قيام الدين وقد فات الدين لفوات محله • وبخلاف الكفالة عن الميت الملي فانه يصح لان محل الاستيفاء موجود وهو المال فامكن القول ببقاء الدين لبقاء ثمرته وهو الاستيفاء فصحت الكفالة • وبخلاف ما اذا كانت الكفالة في حالة الحياة حيث يبقى الدين ولا تبطل الكفالة لان الحق ثبت في ذمة الكفيل حين كان الاصيل مطالبا فبقي كما كان ولم يسقط بالموت لان الكفيل خلف الميت في قضاء الدين فصار قيامه كقيام الميت وكان الميت لم تخرب ذمته **قوله** لان الدين هو الفعل حقيقة هذا دليل لسقوط الدين يعني ان الدين انما سقط لان الدين عبارة عن الفعل وهو فعل تمليك المال • والفعل انما يجب على القادر عليه والميت عاجز عن الفعل فيسقط عنه لئلا يؤدي الى تكليف ما ليس في الوسع • وانما قلنا ان الدين عبارة عن الفعل لانه يوصف بالوجوب والوجوب من خصائص الافعال لا من خصائص الاموال الا ترى انه يقال وجب الدين ويقال الدين واجب • وانما قلنا ان الوجوب من خصائص الافعال لان الفعل المجرد عن المال يوصف بالوجوب كالايمان والصلاة والصوم وغير ذلك فانما هو واجب • والمال المجرد لا يوصف بالوجوب الا ترى انه لا يصح وصفه بذلك لا يقال هذا الجدار واجب او هذا الحمار واجب فاذا كان كذلك علم ان الوجوب من خصائص الافعال • ووصف المال بالوجوب مجازي قولهم وجب على فلان الف درهم من ثمن مبيع او ثمان استهلاك ونحو ذلك وجوز المجاز كون المال محل الواجب كالمرهون يسمى رهنا • ولهذا صح نفي الوجوب عن المال بان يقال هذا المال ليس بواجب بل اداؤه واجب وصحة النفي امارة المجاز ولكن الشرع جعل الدين مالا واعطاه حكم المال في انعقاده نصاب الزكاة وجريان الارث وجواز الزيادة والهبة ممن عليه لكونه وسيلة الى المال وللشرع هذه الولاية **قوله** واذا كان به كفيل او له مال خلفه او الافضاء الى الاداء باق وهكذا وقع السماع مرارا وقد كان في نسخة الشيخ الامام حافظ الدين الكبير البخاري وهكذا ايضا وهو جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل يعني اذا كانت الكفالة في حالة الحياة يبقى بعد موت الاصيل • ولذلك تصح الكفالة عن الميت اذا مات مليا لان خلف الميت باق وهو الكفيل او الافضاء الى الاداء باق اذا مات عن تركة فلم يسقط الدين لوجود القدرة على الاداء بالكفيل او المال بخلاف ما اذا لم يكن الكفيل في حال الحياة او لم يبق منه مال حيث لا تصح الكفالة للعجز عن اداء المال وفي بعض النسخ اذ الافضاء الى الاداء باق بسبيل التعليل على خليفة الكفيل او المال يعني ان الدليل على خليفة الكفيل او المال هو الافضاء الى اداء الدين بكل واحد من الكفيل والمال لان الخلف ما يقوم مقام الاصيل وكل واحد منهما يقوم مقام الاصيل في قضاء الدين فثبتت الخليفة **قوله** ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها الضمير المستتر في قوله فقضاه راجع الى الرجل وهو المكفول عنه والبارز راجع الى من وهو الكفيل وفي يعطي راجع الى من وهو الكفيل والبارز الى الالف وصاحب المال منصوب على انه مفعول ثان لفعل الاعطاء • والضمير في له راجع الى الرجل وهو المكفول عنه وفي فيها راجع الى الالف على تاويل الدراهم • وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل كفل عن رجل بالف درهم بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيها صاحب المال فليس له ان ياخذها منه فان كان ربح فيها ربحا فهو له • ولا يتصدق به وان كانت الكفالة بكر حنطة فقضاه الذي عليه الاصل فباعه الكفيل فربح فيه فان الربح له الا انه احب الي ان يرده على الذي قضاه ويرده عليه ولا اجبره على ذلك في القضاء • وقال يعقوب ومحمد هو له ولا يرده على الذي قضاه الكر الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • اعلم ان رجلا اذا كفل عن رجل بالف درهم بامره فادى الاصيل المال الى الكفيل قبل ان يؤديه الكفيل الى الطالب ثم اراد الاصيل ان يسترد الالف من الكفيل ليس له ذلك الا ان يقضي الدين بنفسه قبل اداء الكفيل فحينئذ يسترد ذلك لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير المدفوع حق القابض على تقدير اداء الدين من مال الكفيل فما لم يتعذر هذا الاحتمال باداء الاصيل نفسه لا يصح المطالبة كمعجل دفع الزكاة الى الساعي وكدفع الثمن الى البائع في البيع بشرط الخيار قبل سقوط شرط الخيار • فان تصرف الكفيل في الالف وربح فهل يطيب له الربح ام لا فقال في الجامع الصغير فهو له ولا يتصدق به وذلك لانه ملكه حين قبضه فالربح حصل اذا على ملك صحيح وملك الكفيل المدفوع اليه اذا قضى الكفيل الدين ظاهر • اما اذا قضاه الاصيل بنفسه فكذلك يملكه الكفيل لانه وجب للكفيل على الاصيل مثل ما وجب للطالب على الكفيل وهو المطالبة بالدين الا انه اخر مطالبة الكفيل الاصيل الى وقت اداء الكفيل فنزل ما على الاصيل للكفيل منزلة الدين المؤجل والدين المؤجل اذا عجله من عليه واعطاه صاحبه ملكه وكذا الكفيل يملكه بالقبض • والدليل على كونه منزلة الدين المؤجل ان ابراء الكفيل الاصيل يصح قبل اداء الكفيل • قالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفصل على وجهين فاما ان يدفع الاصيل اليه على وجه الرسالة او على وجه الاقتضاء وكل ذلك على وجهين • اما ان كان المدفوع مما لا يتعين بالتعيين كالنقود او مما يتعين كالعروض فان دفع على وجه الرسالة بان قال خذ هذا المال وادفع الى الطالب لا يطيب له الربح سواء كان المدفوع مما لا يتعين او يتعين في قول ابي حنيفة ومحمد وطاب له عند ابي يوسف وذلك لان الخبث

بين

بين تقدم الملك لان تصرفه وجد في غير ملكه فاستوى فيه الحالان • قال قاضي خان رحمه الله اصل المسئلة ان المودع او الغاصب اذا تصرف في الوديعة او المغصوب وربح فعندهما لا يطيب له الربح خلافا لابي يوسف • وان دفع على وجه الاقتضاء بان قال الاصيل للكفيل اني لا امن ان ياخذ الطالب حقه منك فانا اقضيك قبل ان تؤدي طاب له الربح اذا كان المدفوع مما لا يتعين كالنقود لانه ملكها بالقبض لما قلنا غاية ما في الباب ان للاصيل الرجوع على الكفيل اذا ادى الاصيل بنفسه وبالرجوع لا يتبين انه لم يملك لانه لا يتعين وان كان المدفوع مما يتعين كغير النقود • قال ابو حنيفة في رواية هذا الكتاب يستحب ان يرد على الاصيل وقال في كتاب الكفالة من الاصل يتصدق به • وقال في كتاب البيوع منه يطيب له وعند ابي يوسف ومحمد يطيب له ولا يرد ولا يتصدق به • قال فخر الاسلام ويستوي في هذا ان اداء المطلوب الى الطالب بنفسه او اداء الكفيل وجه قولهما ان الكفيل بعقد الكفالة استوجب على الاصيل دينا مؤجلا كما بينا • ولهذا صح ابراء الكفيل الاصيل قبل اداء الكفيل حتى اذا ادى لم يكن له الرجوع وصاحب الدين المؤجل اذا استوفاه قبل الاجل يكون استيفاؤه صحيحا وكان الربح حاصلا على ملكه فطاب له • ولابي حنيفة رضي الله عنه ان ملك الكفيل في المدفوع اليه قاصر وذلك لان الطالب اذا اخذه من الكفيل ينقض ملكه • واذا اخذ من الاصيل ينتقض فكان الملك قاصرا فلو لم يكن الملك اصلا لثبت حقيقة الخبث • فاذا كان قاصرا ثبت شبهة الخبث فلم يطب له الربح فاذا لم يطب له الربح فبقي في رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه يتصدق به لان سبيل الخبث التصدق وفي رواية يرده على الاصيل فان رده على الاصيل فان كان الاصيل فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان ذكرهما في كتاب الغصب • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير والاشبه ان يطيب له لانه انما يرد عليه على انه حقه **قوله** على ما بينا اشارة الى قوله بعد خطين اما اذا قضى الدين فظاهر الى اخره **قوله** بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة يعني يرجع الاصيل على الكفيل بالمدفوع اليه لانه امانة عنده **قوله** فان ربح الكفيل فيه فهو له ولا يتصدق به الضمير في فيه راجع الى الالف وفي له الى الكفيل وفي به الى الربح هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء فان قبضه على وجه الرسالة يتصدق بالفضل في قولهما ويطيب له الفضل في قول ابي يوسف وهذا بمنزلة من غصب من انسان دراهم وربح فيه يتصدق بالفضل في قولهما لان اساس الربح من مال خبيث • وفي قول ابي يوسف يطيب له لانه قال الخراج بالضمان **قوله** قضى الدين اي قضى الكفيل **قوله** وجب له اي الكفيل **قوله** مثل ما وجب للطالب عليه اي على الاصيل واداء مثل ما وجب المطالبة بالدين **قوله** اخرت المطالبة اي مطالبة الكفيل الاصيل الى وقت الاداء اي اداء الكفيل **قوله** فنزل منزلة الدين المؤجل اي نزل ما على المكفول عنه للكفيل منزلة الدين المؤجل بدليل ان الكفيل لو ابراه اذا ابرا الاصيل صح حتى لم يكن له الرجوع بعد الاداء **قوله** الا ان فيه نوع خبث استثناء من قوله فهو له ولا يتصدق به وكانه ذكره جوابا لسوال بان يقال في هذا الربح نوع خبث فينبغي ان يتصدق به لان حق المال الخبيث التصدق فاجاب عنه • وقال لكن فيه نوع خبث مع الملك فلا يعمل الخبث مع الملك فيما لا يتعين فلاجل هذا لم يؤمر بالتصدق **قوله** نبينه اشارة الى قوله في وجه قول ابي حنيفة وله انه تمكن الخبث مع الملك الى اخره **قوله** وقد قررناه في البيوع اي في اخر باب البيع الفاسد قبل فصل فيما يكره **قوله** وهو رواية عنه اي قول ابي يوسف ومحمد رواية عن ابي حنيفة ايضا وهو ان الربح للكفيل ولا يرده على الاصيل وهو رواية كتاب البيوع **قوله** وعنه انه يتصدق به اي روي عن ابي حنيفة ان الكفيل يتصدق بالربح وهي رواية كتاب الكفالة **قوله** على الوجه الذي بيناه اشارة الى قوله لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه **قوله** او لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل اي لان المكفول عنه رضي بكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار اداء الكفيل اي لان المكفول عنه رضي بكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار اداء الكفيل الدين **قوله** ويرده عليه في رواية اي يرد الكفيل الربح على المكفول عنه في رواية فاذا رده عليه طاب له ان كان فقيرا وان كان غنيا ففيه روايتان وقد مر قبل هذا **قوله** وهذا اصح اي القول برد الربح على المكفول عنه اصح من القول بالتصدق **قوله** لان الحق له اي للمكفول عنه هذا دليل قوله وهذا اصح اي القول بالرد هو الاصح لان الامر بالتصدق لحق المكفول عنه فلما رد اليه يصل الى ذي حق حقه فلا حاجة الى التصدق **قوله** ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشرا للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه • وهذه من الخواص والضمير المجرور في ان يتعين عليه راجع الى الاصيل وفي فهو عليه راجع الى الكفيل اي على الكفيل اعلم ان الاصيل اذا امر الكفيل ان يتعين عليه حريرا اي امر ان يشتري حريرا بطريق العينة فالشرا للكفيل والربح عليه ايضا والعينة مكروهة لقوله عليه السلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم • والمراد باتباع اذناب البقر الزراعة واختلفوا في تفسير العينة قال بعضهم تفسيرها ان ياتي الرجل رجلا ليستقرضه فلا يرغب المقرض في الاقراض طمعا في الفضل الذي لا يناله بالقرض فيقول لا اقرضك ولكن ابيعك هذا الثوب ان شئت باثني عشر درهما وقيمته في السوق عشرة ليبيعه في السوق بعشرة فيحصل لذلك للمستقرض عشرة دراهم ولرب الثوب ربح درهمين بطريق البيع وسمي عينة لانه اعراض عن الدين الى بيع العين • وقال بعضهم تفسير العينة ان يبيعه رب الثوب باثني عشر درهما فيبيع المشتري من غيره بعشرة دراهم • ثم ان البائع الاول يشتريه بعشرة دراهم فيحصل لرب الثوب ثوبه ودرهمان بعد عشرة دراهم

يكون مكروها لانه حمل غرضه في الربا بطريق المواضعة ونزع عن القرض المندوب . وحكي عن محمد بن سلمة البلخي رحمه الله انه كان يقول للتجار ان العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم هذه . اذا ثبت هذا نقول اذا قال المكفول عنه للكفيل بعني حريرا لم يكن ذلك توكيلا لانه اتى بكلمة الضمان وهي علي ولم يقل بعني لي على انه لا يتم الوكالة لهذا القدر ايضا لانه لما لم يسم مقدار الحرير ولا مقدار الثمن كانت الوكالة فاسدة كرجل امر رجلا ان يشتري له حنطة ولم يبين الثمن ولا مقدار الحنطة ولا مقدار الثمن . وكذا اورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير سوالا وجوابا فقال فان قيل قصد المطلوب بهذا الكلام قضا الدين والدين الف درهم فلم لا يجعل كانه بين مقداره من طريق الدلالة وهو الف درهم قيل له لانه امره بان يتعين عليه ولم يبين انه امره بذلك لاجل قضا الدين او غيره . وجواب اخر انه وان بين ذلك فانه يحتاج الى ان يشتري بنسيئة باكثر من الالف حتى يمكنه ان يبيعه بالالف فصار كانه قال اشتر حريرا باكثر من الف درهم وان قال هكذا لم يجز ايضا لانه لم يبين المقدار الذي يزاد على الالف . قالوا ومعنى كلمة الضمان انه امره ان يشتري ثوبا باثني عشر ليبيعه في السوق بعشرة فيقضي منه الدين على انه ان اصابه فيه خسران فالخسران عليه والضمان بالخسران باطل لان الضمان لا يكون الا بمضمون والخسران ليس بمضمون على احد فبطل الضمان لكن قال العبد الضعيف في السوق على ان كل خسران يصيبك فانا ضامن بذلك او كفيل لم يجز ان ابو نا ذا لم يصح الوكالة والضمان كان الشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع على الكفيل ولا تفاوت بين القولين وكلاهما من العينة **قوله** مطاوعة لمذموم البخل قال في ابواب الصدقة من كتاب تنبيه الغافلين روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال البخيل بعيد من الله بعيد من الناس بعيد من الجنة قريب من النار والسخي قريب من الله قريب من الناس قريب من الجنة بعيد من النار **قوله** وهو فاسد اي الضمان بالخسران فاسد لان الخسران ليس بمضمون على احد **قوله** الزيادة عليه اي على الكفيل يعني ما الزيادة على قدر الدين ومعنى قوله وكيفما كان اي سوا كان قوله تعين على كفالة او وكالة فاسدة **قوله** ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكفل للرجل بما ذاب له عليه من حق او بما قضي له عليه من حق فغاب المكفول عنه فجاء المدعي الكفيل فاقام عليه البينة ان له على المكفول عنه الف درهم قال لا اسمع منه بينة على الكفيل حتى يحضر المكفول به الى هنا لفظ محمد رحمه الله في اصل الجامع الصغير . وذلك لان الكفيل التزم ما لا يقضى به في المستقبل بما لم يقض به لا يجب شي على الكفيل لان شرط وجوب المال على الكفيل القضا على الاصيل ولم يوجد الشرط وهذا ظاهر فيما اذا كفل بما قضي له عليه اما اذا كفل بما ذاب له عليه فكذلك لان معنى ذاب وجب مستعار من ذوب الشحم كذا ذكر المطرزي واللفظ وان كان ماضيا يراد به المستقبل كقولهم اطال الله بقاك وادام عزك فلما كان كذلك قلنا ان الكفيل كفل بما يجب على الغايب بعد عقد الكفالة لا قبله ودعوى المدعي على الكفيل مطلقة عن ذلك حيث لم يتعرض لوجوب المال بعد عقد الكفالة بل يحتمل انه كان واجبا قبل الكفالة وذلك لا يدخل تحت الكفالة فتفسد الدعوى فلم تسمع البينة حتى لو اقام البينة انه وجب له على الغايب الف درهم بعد عقد الكفالة قبلت بينته كذا قالوا في شروح الجامع الصغير وباقي الكلام من عند قوله ولم يجوز تعليق الكفالة بالشروط **قوله** ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضي به على الكفيل خاصة . وصورة المسئلة في الجامع الصغير . وقال يعقوب ومحمد اذا كفل عن رجل بمال لرجل بامر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجا الطالب بالكفيل فاقام عليه بينة ان له على فلان كذا وكذا وان هذا كفل له بامر فلان فاني اقضي بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغايب فان كانت الكفالة بغير امر الغايب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل خصما عن الغايب الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير . قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر في الكتاب عن ابي يوسف ومحمد خاصة وليس في المسئلة اختلاف لانه لم يرد عن ابي حنيفة خلاف هذا . وقال شمس الايمة السرخسي وانما خصهما بالذكر لانه لم يحفظ عن ابي حنيفة نصا وانما قبلت البينة هنا ولم تقبل في المسئلة المتقدمة لان ثمة المكفول به مال مقيد وهو ما يجب على الكفيل بعد عقد الكفالة ودعوى المدعي المال وقعت مطلقة لم يتعرض لذلك فسدت الدعوى فلم تقبل وهنا المكفول به مال مطلق لانه قال وان هذا الكفيل عنه بامره ودعوى المدعي المال مطلقة ايضا فصحت الدعوى فقبلت البينة لانها بنيت على صحة الدعوى وما يرتب القضا على الكفيل وعلى المكفول عنه انه لو حضر المكفول عنه لا يحتاج الى اقامة البينة عليه لانه لما اثبت الكفالة على الحاضر بامر الغايب وقضى القاضي بذلك ثبت امر الغايب بالكفالة عنه وثبت اقراره بالدين وانتصب الحاضر خصما عن الغايب بخلاف ما اذا اقام البينة على انه كفل بغير امر الغايب ثبت الدين على الكفيل خاصة ولا يثبت على الغايب شي لانه لما لم يثبت الامر من الغايب لم ينفذ القضا اليه كذا قال الامام الزاهد العتابي . وقال فخر الاسلام الدين قاضي خان الفرق بين الكفالة بامر المكفول عنه وبين الكفالة بغير امره ان الكفالة بامره معاوضة في الثاني والكفالة بغير امره تبرع محض فكان بينهما مغايرة . فاذا ادعى الكفالة بامره لا يمكن القضا بالكفالة الا بعد الصحة ومن ضرورة القضا بامره القضا على الغايب لان امره اقرار بالمال . فاما اذا ادعى الكفالة بغير امره لم يكن من ضرورة القضا بها القضا على الغايب . ولان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا ذلك كان الجواب ما ذكرنا في صورة الكفالة بالامر اذا ادى الكفيل يرجع بما ادى على الاصيل عندنا . وقال

زفر

زفر لا يرجع لان الكفيل لما انكر الكفالة صار ذلك الدين اقرارا بان الاصيل لم يامره واقرار المرء على نفسه صحيح لانه مواخذ بزعمه فلا رجوع اذا قلنا لما قضى القاضي بالكفالة بامره بالبينة صار الكفيل مكذبا شرعا فيما زعم فبطل زعمه فثبت له الرجوع كمن اشترى شيا من انسان واقر ان البائع باع ملك نفسه ثم استحق المبيع بالبينة كان للمشتري الرجوع بالثمن على البائع لانه بطل زعمه **قوله** وانما تقبل اي اقامة البينة حتى يقضي بالمال على الكفيل **قوله** بخلاف ما تقدم اي بخلاف المسئلة المتقدمة حيث لا تقبل بينة المدعي على الكفيل **قوله** لانهما يتغايران اي لان الكفالة بامر والكفالة بغير امر يتغايران لان الاولى تبرع ابتدا معاوضة انتهاء والثانية تبرع محض ابتداء وانتهاء **قوله** ثبت امره اي امر المكفول عنه **قوله** وهو يتضمن الاقرار بالمال اي الامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال لانه لا يامر الكفيل ان يودي عنه الا اذا كان معترفا بالمال **قوله** جانبه اي جانب المكفول عنه **قوله** لانه يعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل والصيرفي لانه مهر الشان والقصة اي لان الشان يعتمد صحة الكفالة وجود الدين في اعتقاد الكفيل وهو حاصل نعم ولكن لا يتعدى القضا بالكفالة الى المكفول عنه لانه لما لم يكن بامره لم يعتبر جانبه . قال في الجمهرة الزعم والزعم لغتان فصيحتان قال عنترة زعم لعمر ابيك ليس بمزعم واكثر ما يقع الزعم على الباطل وكذلك هو في التنزيل زعم الذين كفروا ان لن يبعثوا وكذلك ما جاء من الزعم في القران وفي فصيح الشعر قال الشاعر زعمت سخينة ان ستغلب ربها فليغلبن مغالب الغلاب **قوله** اليه اي الى المكفول عنه **قوله** ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يبيع الدار ويكفل رجل للمشتري بما ادركه من درك فهذا الكفيل يدعيها قال كفالته تسليم للبيع فان شهد على البيع وختم لم يكن شهادته وختمه تسليما للبيع الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وهذا لان الحواس اعلم ان ضمان الدرك عبارة عن قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فاذا كفل رجل للمشتري بدرك المبيع كان ذلك عند الكفالة تسليما للبيع حتى اذا كفل الكفيل بالدرك وادعى المبيع لا تسمع دعواه لانه لو صح دعواه واخذ المبيع كان للمشتري ان يرجع عليه بحكم الضمان فلا يفيد . ولانه لو كانت الكفالة مشروطة في البيع ان باع بشرط الكفالة كان تمام البيع متعلقا بقبول الكفيل فصار كانه هو الموجب للعقد فلو صح دعواه بعد ذلك يكون ساعيا في نقض ما تم من جهته فلا يجوز ذلك ولهذا يبطل شفعته لو كان شفيعا وهذا الوجه يوجب ان لا يكون تسليما اذا لم يكن ضمان الدرك مشروطا في البيع لانه ربما لا يرغب في الشرا اذا لم يضمن الدرك احد فيكون المراد منه ترغيبا وتاكيدا للعقد فكانه قال اشتر هذا فان العقد جايز والمبيع ملك البايع فان لحقك درك فيه فانا ضامن لك فاذا كان كذلك كان الكفيل مقرا بملك البائع فلا يصح دعواه بعد ذلك للتناقض وهذا الوجه يوجب التسوية فيما اذا كان الضمان مشروطا في البيع او لم يكن مشروطا . وجواب الجامع الصغير مطلق . واما اذا شهد وختم فذلك ليس بتسليم حتى يصح دعواه بعد ذلك وتقبل شهادته فيه ايضا لان نفس كتابة الشهادة لا يكون اقرارا منه بان المبيع ملك البايع لانه قد يبيع ملك غيره كما يبيع ملك نفسه وكانت الشهادة على البيع صورة لا معنى فان بيع مال الغير بلا اذنه بيع صورة لا معنى . والشهادة على البيع صورة لا تدل على صحته ونفاذه لان الاقرار بملك البايع لم يوجد بخلاف المسئلة المتقدمة فان الضمان بالدرك اقرار من الكفيل بملك البايع . قال الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع الصغير فالاحتياط اذا كتب الشهادة على البيع ما يوجب صحته ونفاذه بان كتب في الصك باع وهو يملك ذلك وهو كتب شهد بذلك فانه تبطل دعواه الا ان يكون كتب الشهادة على اقرارهما بذلك كله فحينئذ لا تبطل دعواه وباد يكتب في الشهادة باع فلان كذا من فلان وقد اقر البايع انه ملك نفسه . وذكر ظهير الدين في فوايد تتبير للمختصر فقال ذكر الشيخ شمس الايمة الحلواني ان الشاهد كان اذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري عليه التزوير والتبديل وهذا كان في عرف زمانهم وهذا الرسم لم يبق في زماننا يعني تسليم اي الضمان بالدرك من الكفيل تسليم وتصديق بان البايع باع ملك نفسه **قوله** وهو كتب شهد بذلك يعني تسليم اي ذكر الشهادة انه باع وهو يملكه او باع بيعا نافذا فانه تسليم من الشاهد حتى لا يصح دعواه بعد ذلك

فصل

في الضمان والكفالة بمعنى وانما التغاير في اللفظ باعتبار تغاير اللفظ اورد مسايل هذا الفصل في فصل على حدة لان مسايله مذكورة بلفظ الضمان . ولهذا قال محمد في اصل الجامع الصغير في هذا المقام باب الضمان **قوله** قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع فالضمان باطل وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يعطي الرجل ثوبا ليبيعه بربح فيفعل ثم ضمن البايع الثمن للامر قال الضمان باطل . وكذلك المضاربة اذا باعها الرجل ومنها فلا ضمان عليه الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير . وانما كان الضمان باطلا لوجهين احدهما ان حق قبض الثمن للوكيل والمضارب فلو صح الضمان كان ضامنا لنفسه عن نفسه وهو محال لان الضمان تحمل المطالبة بالمضمون والمطالبة حق الوكيل والمضارب قبل المشتري فلو صح الضمان يكون لنفسه وهو باطل . والثاني ان الوكيل امين في حق الموكل في الثمن فلا يصح ضمانه لان الامين لا يكون ضمينا لان لزوم ضمانه نقض حكم الشرع كالمودع اذا ضمن الوديعة للمودع وكالمستعير اذا ضمن العارية للمعير بالشرط وانه باطل فكذا هذا بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن المهر عن الزوج فانه يصح لان الوكيل في باب النكاح سفير ومعبر لا ترجع حقوق العقد اليه فلا يلزم من صحة الضمان وقوع الضمان لنفسه . ومعنى قوله باع لرجل اي لاجل رجل **قوله** فيرد عليه وهذا كرسمي في صلاته فسلم بنية الخروج يرد ذلك عليه لكونه تغيير حكم

الشرع هي لزمه اذ ليس في سجدة السهو ما لم يوجد منه ما ينافي الصلاة **قوله** وكذلك لو رجلان باعا عبدا صفقة واحدة
وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن اي الضمان باطل • وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في رجلين باعا من رجل عبدا صفقة واحدة فضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن قال الضمان باطل وذلك لان الثمن مشترك بينهما
فلو صح الضمان فلا يخلو اما ان يصح من نصف الثمن مطلقا او في حصة الشريك فلا وجه الى الاول لانه يلزم ان يكون ضامنا لنفسه وهو باطل
لانه ما من جزء من الثمن الا وهو مشترك بينهما • الا يرى انه لو قبض شيئا من الثمن كان صاحبه شريكا فيه ولا وجه الى الثاني ايضا
لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وذلك باطل لان الدين في ذمة من عليه لا يقبل القسمة فلا يتميز نصيب صاحبه لان القسمة
افراز الانصباء والافراز لا يتحقق الا في العين دون الدين في الذمة • فاذا لم يتميز نصيب صاحبه يقع الضمان عن نصيب الضامن
لنفسه وهو باطل • وان كان البيع صفقتين بان كان سميا لكل نصيب ثمنا صح ضمانه لانه لا يلزم ان يكون الضامن لنفسه لان
نصيب كل واحد منهما متميز عن الاخر لما انقطعت الشركة • ولهذا لو اخذ احدهما نصيبه من الثمن لم يكن للاخر ان يشاركه فيه
وكذلك المشتري اذا قبل نصيب احدهما ورد الاخر صح • ولو قبل الكل ثم نقد حصة الاخر احدهما لم يقبض نصيبه هو
قوله وان قبل الكل اي قبل المشتري الكل بكلام واحد **قوله** قال ومن ضمن عن الاخر خراجه ونوائبه
وقسمته فهو جائز وهذه من خواص الجامع الصغير اما الخراج فالصحيح الضمان به لانه دين مضمون حقا للعبد مطالب به وكلام في
نصاب زكاته كسائر الديون بخلاف الضمان بالزكاة فانه لا يصح في الاموال الظاهرة والباطنة جميعا لان الزكاة عبارة عن تمليك
جزء من نصاب بمقدار معلوم من عين فلا يكون دينا في الذمة • ولهذا لا يؤخذ بعد الموت من التركة بخلاف الخراج لانه دين لان
الدين عبارة عن وجوب تمليك المال في الذمة بدلا عن شيء اخر كقيم المتلفات وثمن المبيع والمهر ونحو ذلك والبدل كالدين
ملكا له فيكون البدل ملكا له ايضا والخراج بدل عن منفعة الحفظ فيكون دينا وليس الزكاة بدلا عن شيء اخر فلا يكون
دينا وكان الملك متعلقا بالتمليك وهذا معنى قوله لانها مجرد فعل يعني ان الزكاة عبارة عن مجرد فعل وهو تمليك المال من
غيره فيكون دينا وقد سبق بيان مسئلة الخراج قبل هذا الفصل باوراق عند قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج وهو
معنى قوله فقد ذكرناه • وقد قيل المراد من الخراج الذي يصح الكفالة عنه الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف
الامام كل سنة على مال معلوم لا المقاسمة بالربع او الثلث فان خراج المقاسمة ليس بواجب في الذمة فلم يكن دينا • واما النوائب
فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم المراد منها ما يكون بحق كاجر الحارس وكري النهر العامة وانه دين وهي نائبة • وقال
بعضهم هو ما يحتاج اليه الامام نحو تجهيز المقاتل وفداء الاسارى بان لا يكون في بيت المال شيء فيوظفها على الناس فيجوز ذلك
فيجب اداؤه على كل مؤمن نظرا للمسلمين فضمن انسان قسمة صاحبه اي نصيبه من ذلك يجوز • واما النوائب التي يوظفها
السلطان على الناس كالجبايات في زماننا بسبيل الظلم فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يصح الكفالة بها لان الكفالة شرعت
لالتزام ما على الاصيل حكما وليس ههنا مطالبة حكمية على الاصيل لانه لا دين عليه فلا يصح الكفالة • وقال بعضهم تصح الكفالة
بها حتى اذا ادى يرجع بما ادى ان امره يرجع عليه لان العبرة في الكفالة لتوجه المطالبة حسا فكان بمنزلة دين واجب • واليه ذهب
فخر الاسلام البزدوي رحمه الله وقال والعبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها • ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع
هذه النوائب على القسط والمعادلة يكون مأجورا • وان كان اصله من جهة الذي يأخذ باطلا ولهذا قلنا ان من ضمن
بنائبة غيره باذنه يرجع اليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع الى هنا لفظ فخر الاسلام لكن هذا اذا امره به
لا عن اكراه • اما اذا كان مكرها في الامر لا يعتبر امره في الرجوع هكذا ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله • واما القسمة
فقد قال الفقيه ابو الليث السمرقندي رحمه الله ذكر عن ابي بكر بن ابي سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلطا لانه لا معنى له
يعني ان القسمة مصدر والمصدر هو الفعل غير مضمون • وكان الفقيه ابو جعفر يقول معناه اذا طلب احد الشريكين القسمة
من صاحبه وامتنع صاحبه من ذلك فان القسمة واجبة عليه فاذا ضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة يجوز ذلك لانه ضمن شيئا
مضمونا وهو يقدر على ايفائه كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير • وقال بعضهم منهم فخر الاسلام البزدوي
يحتمل ان يكون المراد بالقسمة ما وظف عليه من النوائب الراتبة كاجر الحارس ونحوها والمراد بالنوائب المذكورة اولا ما
ينوبه ما هو غير متعارف ولا يوظف الا انه يحتمل الوقوع **قوله** الامام البزدوي اراد به فخر الاسلام علي بن
محمد بن الحسين بن عبد الكريم النسفي قال صدر الاسلام قال ابي عدم الصحة • وعبد الكريم هذا كان تلميذ الشيخ الامام
ابي منصور محمد بن محمد بن محمود الماتريدي السمرقندي **قوله** فقد قيل هي النوائب بعينها او حصة منها اي من النوائب
والرواية على تقدير اراد الحصة يكون بكلمة او ويعني اذا قسم الامام ما ينوب العامة بينهم نحو مؤنة كري النهر المشترك
فاصاب واحدا منهم شيء يجب عليه اداؤه فتكفل به رجل صح ذلك **قوله** وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة
اراد بها التوظيفات الديوانية في كل شهر او ثلاثة اشهر هكذا ذكر في بعض الشروح وذكرها في شرح الجامع الصغير باجر
الحارس ونحوها وقد مر قبل هذا **قوله** والمراد بالنوائب اي بالنوائب المذكورة اولا **قوله** والحكم
ما بيناه يعني ان الكفالة بالنوائب جائزة **قوله** ومن قال لاخر لك علي مائة درهم الى شهر فقال المقر له هي
حالة قال القول قول الذي ادعى انها حالة فالقول قول المدعي وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال لرجل لك علي مائة درهم الى شهر وقال الاخر بل هي حالة قال القول قول الذي زعم

انها حالة وعن ابي حنيفة في رجل قال لرجل قد ضمنت لك عن فلان مائة درهم الى شهر فقال المضمون له لا ولكنها حالة قال
القول قول الضامن • قال قاضي خان في شرح الجامع الصغير قال الشافعي القول قول المقر في الفصلين • وروى ابراهيم
ابن رستم عن ابي يوسف انه قال لا يصدق الضامن ويجب المال حالا كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير نقل
هذا تكون الرواية الصحيحة في الهداية والشافعي الحق الاول بالثاني وابي يوسف فيما يروي عنه الحق الثاني بالاول اي الحق
الشافعي الاقرار بالدين بالاقرار بالكفالة حيث صدق المقر بالدين المؤجل كما صدقنا المقر بالكفالة المؤجلة وابو يوسف الحق الاقرار
بالكفالة المؤجلة بالاقرار بالدين المؤجل حيث لم يصدق المقر فيهما جميعا • وفي بعض النسخ والشافعي الحق الثاني بالاول وابي
يوسف فيما روي عنه الحق الاول بالثاني وذلك ليس بصحيح • وجه قول الشافعي ان الدين قد يكون حالا وقد يكون مؤجلا
فيصح اقراره لانه اقر باحد نوعي الدين كما في الكفالة • ووجه قول ابي يوسف انهما تصادقا في وجوب المال واختلفا في
الاجل فيثبت ما اتفقا عليه ولم يثبت ما اختلفا فيه ووجه الظاهر ما قال اصحابنا في شرح الجامع الصغير ان الاجل في الديون
الواجبة لا بعقد الكفالة كالقروض وثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات عارض • ولهذا اذا اطلقت تكون حالة فاذا
انكر الاجل فقد انكر العارض فكان القول قوله • ولهذا قلنا في خيار الشرط اذا ادعاه احد العاقدين لا يثبت بقوله لانه
عارض • واما الاجل في الكفالة فقد تثبت من غير شرط بان قال كفلت بما لك على فلان وعلى الاصيل دين مؤجل يكون مؤجلا
على الكفيل من غير شرط فلم يكن الاجل في الكفالة امرا عارضا بل الكفالة المؤجلة احد نوعي الكفالة والاقرار باحد النوعين لا يكون
اقرارا بالنوع الاخر **قوله** فكان القول قول من انكر الشرط مع اليمين **قوله** كما في الخيار اي في خيار الشرط هو
اي القول قول من ينكره لانه عارض **قوله** تنوع اي نوع من الكفالة يعني ان الكفالة المؤجلة احد نوعي الكفالة **قوله**
والرهن نظيره اشارة الى قوله ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه الى اخره **قوله** ومن اشترى
جارية وكفل له بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع • وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يشتري من الرجل جارية ويكفل له رجل بما ادركه من درك فاستحقت الجارية
قال ليس للمشتري ان يأخذ الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير قال ابو يوسف
في الامالي له ان يأخذ الكفيل قبل ان يقضى على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك يجب
على الكفيل • وجه الظاهر ان بمجرد الاستحقاق لا ينفسخ البيع ما لم يقض القاضي على البائع بالثمن لان في ابقاء البيع فائدة لانه يصح البيع
اذا اجازه المستحق فاذا قضى القاضي بالثمن على البائع انفسخ البيع لسقوط احتمال الاجازة ولزم البائع رد الثمن فوجب المطالبة على
الكفيل ايضا لان الكفالة بمحل الضمان عن عين فما لم يقض على الاصيل لا يجب التحمل على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية حيث ينفسخ البيع بمجرد
القضاء لعدم محلية البيع فيرجع المشتري على البائع وعلى كفيله ان شاء وتفسير ضمان الدرك وقيل هذا الفصل عند قوله ومن باع دارا
وكفل عنه رجل بالدرك **قوله** لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع اي لم يأخذ المشتري الكفيل حتى يقضى للمشتري على
البائع برد الثمن **قوله** على ظاهر الرواية احترازا عن رواية الامالي وقد مر قبل هذا **قوله** فيرجع على
البائع والكفيل اي يرجع المشتري **قوله** وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل زاد بترتيب الاصل ترتيب محمد
رحمه الله لان محمدا رحمه الله افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون ولان ابا يوسف كان يملي وكان ابن محمد يكتب تلك الامالي
وكان محمد يجعل تلك الابواب اصلا ويزيد عليها من عنده ما تم به تلك الابواب فكان اصل هذا الكتاب من تصنيف ابي يوسف
وزياداته من تصنيف محمد فلذلك سماه كتاب الزيادات ولذا اختلفت ابوابه ولم يتفق ترتيبها • وقد وقع مخالفا لسائر الكتب
لانه تبرك بامالي ابي يوسف • وقد رتبه بعض مشايخنا كذا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات • وقال الاسروشني
في فصوله ذكر في الزيادات الاستحقاق نوعان استحقاق مبطل للملك كالعتق ونحوه واستحقاق ناقل للملك كالاستحقاق بالملك هو
والناقل لا يوجب فسخ العقد في ظاهر الرواية والمبطل يوجب على الروايات كلها • ثم انهما يتفقان من وجه ويختلفان من وجه
اخر فوجه الاتفاق انهما يجعلان المستحق عليه ومن يملك ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم حتى ان واحدا منهم لو ادعى واقام البينة
على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته • ووجه الاختلاف ان الاستحقاق الناقل اذا ورد فان كل واحد من الباعة لا يرجع على
بائعه ما لم يرجع عليه ولا يرجع على الكفيل ما لم يقض على المكفول عنه • وفي الاستحقاق المبطل يثبت لكل واحد منهم الرجوع على
بائعه وان لم يرجع عليه ويرجع على الكفيل وان لم يقض على المكفول عنه والباقي يعلم في الفصول وذكر فيه ايضا عن دعوى هو
المبيع المستحق اذا اقام البينة على المشتري ان العين له ولم يؤقت وقتا وقضي له رجوع المشتري على البائع بالثمن • وان اقام
المدعي بينة ان العين له منذ شهر وقد اشتراه المشتري قبل ذلك يقضى للمدعي ولا يرجع المشتري على البائع بالثمن وذكر في الفصل
ايضا قولا في انفساخ العقد قال بعضهم اذا قبض المستحق ينفسخ • وقال بعضهم ينفسخ بنفس القضاء ثم قال والصحيح انه لا
ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن فاذا رجع ينفسخ حتى لو اجاز المستحق بعد قضاء القاضي او بعد قبضه قبل ان يرجع المشتري
على بائعه بالثمن يصح • ثم قال فيه قال شمس الائمة الحلواني والصحيح من مذهب اصحابنا ان القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات
كلها ما لم يرجع كل واحد على بائعه بالقضاء **قوله** ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل وصورة المسألة
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يشتري العبد فيضمن رجل العهدة قال ضمان العهدة باطل وهذه من خواص
الجامع الصغير • وانما صار الضمان باطلا لان العهدة لفظ مشتبه المراد لاشتراكها فلا يجب العمل به قبل البيان لان العهدة عند

ضمهم اسم للعقد اخذت من العهد والعهد والعقد سواء • ويجعل اسما للصك لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهد ليسمى عهدة وضمان الصك باطل لانه لا يلزم الضامن تسليمه الى المشتري • ويحتمل حقوق العقد لانها من ثمرات العقد • وقد يطلقون على خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط ويحتمل الدرك فسمي عهدة ايضا فاذا كان كذلك بطل العمل به قبل البيان • فاما الدرك فقد صار مستعملا في ضمان الاستحقاق خاصة فوجب العمل به • كذا قال فخر الاسلام وقال ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي العهدة هي كتاب الشراء وهو للمشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه وهذا باطل لان صحة الضمان انما يتعلق بما كان مضمونا على الغير فيضمنه الكفيل عنه وكتاب الشراء ليس بمضمون على احد فيضمنه الكفيل • واما ابو يوسف ومحمد فقالا لما ادخلنا الضمان على هذا المعنى بطل وصار لغوا فحملناه على ضمان الدرك بما عقد عليه الشرا ليصح معنى الضمان ولا يصير لغوا الى هنا لفظ ابي بكر الرازي في شرحه وقال في اول كتاب الكفالة من الاجناس وفي البيوع املاء ابي يوسف رواية ابن سماعة قال ابو يوسف ضمان العهدة كضمان الدرك وهو جائز ويضمن الثمن • ثم اعلم ان ههنا ثلاثة الفاظ ضمان الدرك وهو جائز بالاتفاق وضمان العهدة وهو باطل بالاتفاق على ظاهر الرواية وضمان الخلاص وهو باطل عند ابي حنيفة ومعناه لو استحق المبيع تخليصه وتسليمه الى المشتري • ووجه قوله انه ليس بقادر على ايفاء ما ضمن • ووجه قولهما انه بمنزلة ضمان الدرك وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او تسليم الثمن ان عجز عن تسليم المبيع وانه صحيح كذا قال العتابي • وفي قول صاحب الهداية او فيمن نظر فالذي في الجمهرة العهدة كتاب يكتب بين قوم تعاهدوا وتحالفوا • وقال في تهذيب الديوان يقال عهدته على فلان اي ما ادرك فيه من درك فاصلاحه عليه ويقال ان فيه عهدة اي نقصا او عيبا ما فيه من خلل • وقال في الجمل العهدة وثيقة المتبايعين والله اعلم

باب كفالة الرجلين

شرع في كفالة الرجلين بعد كفالة الرجل لان الاثنين بعد الواحد في الوجود فاخر ذكرها وضعا للتناسب **قوله** واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لا يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة وهذا لفظ القدوري الا قوله كما اذا اشتريا عبدا الى قوله عن صاحبه فانه ليس من لفظ القدوري • وانما اورد صاحب الهداية نظيرا لكون الدين على اثنين وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجلين اشتريا من رجل عبدا بالف درهم على ان يكون كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فادى احدهما شيئا فانه لا يرجع على صاحبه بشيء حتى يؤدي اكثر من النصف فاذا ادى اكثر من النصف رجع على صاحبه بالذي ادى زيادة على النصف وذلك لوجهين احدهما ان النصف المؤدى يحتمل ان يكون وقوعا عن نفس المؤدي ويحتمل ان يكون وقوعا عن صاحبه بطريق الكفالة لان المال وجب على كل واحد منهما نصفه بطريق الكفالة لحمله ووقوعا عن نفسه بطريق الاصالة اولى لانه اقوى لانه اداء لحقيقة الدين وما عليه بطريق الكفالة من ثمرات الدين وهو المطالبة • والاصل فرع الشيء فاذا زاد المؤدى على النصف فحينئذ يرجع على صاحبه بالزيادة لانه لم يبق معارضة الاصل • والثاني انه لا فائدة في الرجوع لانه لو رجع على شريكه لجاز لشريكه ان يرجع عليه فيؤدي الى الدور والمناقضة وهذا لان صاحبه يقول ان اداءك بحكم الكفالة عني بامري كادائي بنفسي فان رجعت علي بحكم الكفالة فانا ارجع عليك ايضا بما اؤدي لاني كفيل عنك ايضا فلا يسلم عن المناقضة فبطل الرجوع في النصف فوقع اداء النصف عن المؤدي بخلاف ما اذا زاد المؤدى على النصف اذ ليس في الفضل معارضة ولا مناقضة فوقع عن صاحبه فيتعذر الرجوع **قوله** لان اداء نائبه كادائه اي اداء الكفيل عنه فيستند النيابة كادائه بنفسه فلو ادى هو بنفسه حقيقة كان يرجع عليه فكذا اذا ادى نائبه يؤدي الى الدور فلا يرجع ما لم يزد على النصف **قوله** ثم هو تابع للاول اي الثاني وهو ما عليه بحق الكفالة تابع لما عليه بحق الاصالة لان المطالبة مبنية على الدين **قوله** واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه رجع على شريكه بنصفه قليلا كان او كثيرا وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجلين كفلا لرجل عن رجل بالف درهم على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فالكل شيء اداه احد الكفيلين فله ان يرجع بنصفه على الكفيل معه وان شاء رجع به كله على المكفول عنه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع الصغير يريد ان كل واحد من الكفيلين كفيل عن الاصيل بجميع الالف وعن صاحبه ايضا بالجميع • وانما يرجع احد الكفيلين عن صاحبه بما ادى قليلا كان او كثيرا لانهما استويا في العلة وهي ضمان الكفالة والاستواء في العلة يوجب الاستواء في الحكم وهو الغرم هنا فلما ثبت الاستواء بينهما وقع ما ادى احدهما شائعا عنهما فيرجع المؤدي بنصف ما ادى على صاحبه ليستويا في الحكم • وهذا لان كل واحد منهما كفيل عن الاصيل وعن صاحبه والكل كفالة ولا ترجيح للبعض على البعض لانه ليس احدهما فوق البعض فلا يثبت المساواة لا يلزم رجوع غير المؤدي على المؤدي فلا يلزم الدور بخلاف ما تقدم حيث لا يرجع على صاحبه ما لم يزد على النصف لان اداء النصف كان بحق الاصالة والنصف الاخر بحق الكفالة فوجب الترجيح الاول لقوته بعد حصول صورة المعارضة فاذا ثبت الرجوع على صاحبه بما ادى قليلا كان او كثيرا يرجع الكفيلان جميعا بالمؤدى على الاصيل لانهما اديا ما على الاصيل بامره احدهما بنفسه والكفيل الاخر بنائبه وهو صاحبه الذي كفل عنه وان شاء الكفيل المؤدي رجع بجميع ما ادى على الاصيل لانه ادى ما عليه بامره • قالوا في شروح الجامع الصغير • ولو ابرا رب الدين احد الكفيلين الاخر بجميع الدين وذلك لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فاذا الدين بحاله على الاصيل والكفيل الاخر كفيل بجميع الدين فيطالب بذلك **قوله**

والمطالبة متعددة لان كل واحد من الكفيلين مطالب بالكل من جهة الاصيل ومطالب بالكل ايضا من جهة الكفيل **قوله** كما تصح الحوالة عن المحال عليه اي تصح حوالة المحال عليه بما احيل عليه على اخر **قوله** لان قضية الاستواء لان حكم عقد الكفالة في هذه المسألة الاستواء للاستواء في العلة وهي ضمان الكفالة وذلك لان الكل كفالة فلا يترجح البعض على البعض **قوله** وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه عطف على قوله رجع على شريكه بنصفه قليلا كان او كثيرا **قوله** على ما بينا اشارة الى قوله وبالكل عن الشريك **قوله** ياخذ به اي ياخذ رب المال الكفيل الذي لم يبرئه بجميع الدين **قوله** واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاؤوا بجميع الدين وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في متفاوضين تفرقا وعليهما دين قال لاصحاب الدين ان ياخذوا ايهما شاؤوا بجميع الدين فان ادى احدهما شيئا لم يرجع على شريكه بشيء حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالفضل الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وهي من الخواص واصله ان المفاوضة شركة عامة في كل مال وهي صحيحة عندنا فتبتني على ثلاثة اشياء التوكيل من كل واحد منهما لصاحبه فيما كان من اعمال التجارة والكفالة بما كان من ضمان التجارة والاستواء في جنس راس المال ابتداء وانتهاء فاذا كان انعقادها على الكفالة كان للغرماء ان يطلبوا بجميع الدين ايهما شاؤوا لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة فلا تبطل بالافتراق فاذا طلبوا احدهما واخذوا الدين منه ليس له ان يرجع على صاحبه حتى يزيد المؤدى على النصف لما بينا من الوجهين في مسألة اول الباب **قوله** واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل كاتب عبدين مكاتبة واحدة وكل منهما كفيل عن صاحبه قال وكل شيء اداه احدهما فله ان يرجع بنصفه على صاحبه فان لم يؤد واحد منهما شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه وان اخذ الاخر لم يرجع على المعتق بشيء الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • قالوا في شروح الجامع الصغير هذا العقد باطل قياسا لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل ذلك باطل لان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملك التبرع • والكفالة انما تصح بدين صحيح وبدل الكتابة ليس بدين صحيح فلا تصح الكفالة به جائز استحسانا لانه يمكن تصحيح هذا العقد بان يجعل كل البدل على احدهما والاخر تبعا له في العتق ان يكون كل واحد منهما اصلا في الكل كفيلا عن صاحبه في حق صاحبه بالكل كانه هو المولود في الكتابة حتى يكون مكاتبا تبعا لامه فلما امكن هذا العقد الصحة صح وجعل كل واحد منهما كان المال عليه وكان مؤاخذا بحكم الاصالة لا الكفالة فاذا ادى احدهما شيئا يقع عن جميع البدل ليقع عن صاحبه نصف ذلك لاستوائهما • فان اعتق المولى احدهما صح لانه ملكه وسقط عنه بدل الكتابة لان البدل في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعلنا كل واحد منهما اصيلا لتصحيح الضمان فاذا ثبت عتق احدهما استغنى عن بدل رقبته ثم للمولى ان ياخذ ايهما شاء بالنصف الباقي المعتق بحكم الكفالة والاخر بحكم الاصالة فان اخذ من المعتق رجع على صاحبه لانه ادى عنه بحكم الامر وان اخذ من غير المعتق لم يرجع على صاحبه لانه ادى دين نفسه بحكم الاصالة هذا حاصل ما قالوا ولنا فيه نظر لان مطالبة المولى المعتق بالنصف الباقي بحكم الكفالة والكفالة ببدل الكتابة لا تجوز وانما جوزنا الكفالة احيانا لتصحيح الضمان بان يجعل كان كل البدل على كل واحد منهما بحكم الاصالة لا الكفالة فاذا سقط النصف بالعتق سقطت مطالبته بالاصالة وبقي المطالبة بالكفالة وهي باطلة فينبغي ان لا يطالب المعتق اصلا • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وجوه هذه المسائل على ثلاثة اوجه في وجه يكون الاداء عن نفسه ما لم يزد على النصف • وفي وجه يكون عنهما جميعا • وفي وجه يكون على الذي ادى الا ان يقول اديت عن صاحبي • فاما الوجه الذي يكون الاداء عن نفسه ما لم يزد على النصف فهو ما ذكرنا اذا كان الدين على رجلين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه • واما الوجه الذي يكون الاداء عنهما جميعا فالمكاتبان اذا كانت كتابتهما واحدة والكفيلان اذا كان الدين على غيرهما وهما كفيلان وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فايهما ادى شيئا فله ان يرجع بنصفه على صاحبه لانهما في الكفالة سواء فوجب ان يكون الضمان عليهما • واما الوجه الذي يكون الاداء عن نفسه ما لم يقل اديته عن صاحبه فهو الدين على رجلين واحدهما كفيل عن صاحبه وصاحبه لا يكون كفيلا عنه فما ادى الكفيل يكون الاداء عن نفسه الا ان يقول اديت عن صاحبي لان الحق عليه والبيان اليه وبيانه لا يؤدي الى التناقض ولا الى تغيير الشرط • والاصل ان من كانت عليه ديون فانه يؤدي بعد ما عليه فادى شيئا عن ايها شاء الا ما يؤدي الى التناقض او الى تغيير الشرط • فاما الذي يؤدي الى التناقض فهو الدين على رجلين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه • واما الذي هو يؤدي الى تغيير الشرط فهو المكاتبان كتابتهما واحدة فادى احدهما شيئا يكون عنهما جميعا • ولا يجوز ان يجعل عن احدهما لانه لو جاز يؤدي ذلك الى تغيير الشرط لانه يعتق اذا كان الاداء عنه خاصة وكان شرط الكتابة ان لا يعتق احدهما دون الاخر ما لم يؤد جميع الكتابة **قوله** كتابة واحدة بان قال كاتبتكما على الف الى سنة وانما قيد بالكتابة الواحدة لان المولى اذا كاتب كل واحد منهما على حدة وكفل احدهما عن الاخر لا يصح ذلك قياسا واستحسانا والله اعلم

كتاب كفالة العبد

وعقد اي كفالة العبد عن الحر وكفالة الحر عن العبد وانما اخر هذا الباب لان الاحرار مقدمة على العبيد لشرف الولايات فيهم دون العبيد • قال تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء • ولان الاصلية في بني ادم هو الحرية والرق عارض فلما كان كذلك وجب ان يتقدم ما يتعلق بالاحرار على ما يتعلق بالعبيد **قوله** ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال • وصورة المسألة في الجامع محمد عن يعقوب

عن ابي حنيفة رضي الله عنه في العبد الذي استهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غيره كان
قد يؤخذ به حالا قال فخر الاسلام اراد به اقرارا بالاستهلاك لانه قد يتطرق عليه • فاما اذا استهلك عيانا فانه يؤخذ
به في الحال الا في المودع المحجور اذا استهلكها فانه لا يضمنها حتى يعتق عند ابي حنيفة ومحمد وكذلك لو اقرضه انسان او باعه هو
او وطئ امرأة بغير اذن المولى لم يؤاخذ به حتى يعتق ايضا • فهذا كله نوع واحد في الحكم وجوابه ان الكفيل يؤخذ به
حالا • وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير في صورة المسئلة اذا اقر العبد باستهلاك مال فكذبه المولى
او كان محجورا او دفعه انسان فاستهلك الوديعة فانه لا يجب يؤاخذ به حتى يعتق في قول ابي حنيفة ومحمد • ولو اقرضه
انسان او باعه وهو محجور او وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى فانه لا يؤاخذ بالمهر حتى يعتق فان كفل انسان به ولم يسم
حالا ولا غيره فهو حال • اما صحة الكفالة فلان المال مضمون على الاصيل • واما لم يطالب الاصيل في الحال لعسرته لان
العبد وما في يده لمولاه ولم يظهر ما وجب على العبد لصحة سببه في حق المولى لان المولى لم يرض به والكفيل ليس بمعسر فيطالب
حالا لان المانع عن مطالبة العبد وهو العسر لم يوجد في حق الكفيل فصار بمنزلة الكفالة عن غائب حتى يصح ويؤخذ به الكفيل
حالا • وان تأخر المطالبة عن مطالبة الاصيل وبمنزلة الكفالة عن مفلس مفلسه القاضي حيث تصح الكفالة ويؤخذ به الكفيل
حالا لعدم اعتبار الكفيل بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل • فان كفل لا يطالب قبل حلول الاجل لان الدين ثمة اخر عن الاصيل
بمؤخر وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه كذلك الا مؤجلا • وما نحن فيه ليس كذلك لان الدين على الاصيل وهو العبد حال ليس
بمؤجل ولكنه لم يطالب في الحال قبل العتق لحق المولى • ثم اذا ادى الكفيل عن العبد لا يطالبه قبل العتق لان المكفول له
ما كان يطالبه قبل العتق فكذا الكفيل لانه قائم مقامه في المطالبة • واورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
هذا المقام سؤالا وجوابا • فقال فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم لا يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل • ولو كفل
رجل بدين مؤجل لا يجب على الكفيل الا بعد الاجل قيل له الدين اذا كان مؤجلا كان الاجل لمن له الدين فاذا كفل به لان الدين يجب
عليه اي ذلك الاجل واما ههنا فالاجل ليس للدين ولكن الطالب عجز عن قبضه منه لحق المولى فصار كعجزه عن قبضه لغيبة فان
فان الكفيل يؤخذ في الحال فكذلك ههنا • قوله لا يجب هذه الجملة وقعت صفة للنكرة وهي قوله مال اي مالا لا يجب واجب
اداؤه على العبد قبل العتق • قوله ولم يرض بتعلقه به اي لم يرض المولى بتعلق المال الذي استهلكه العبد برقبته في ع
يلزم من الكسب • قوله او مثلثا بتشديد اللام المفتوحة • قوله قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل له
رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يدعي على المملوك
دينا فيكفل له رجل بنفس المملوك فيموت المملوك قال برئ الرجل من كفالته وان ادعى الرجل رقبة المملوك فكفل رجل به فمات
المملوك فاقام المشتري البينة فالكفيل ضامن لقيمة المملوك الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وذلك لان في الفصل الاول
كفل عن العبد بتسليم نفسه فسقط التسليم عن الاصيل بموته فيسقط عن الكفيل ايضا لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل
وفي الفصل الثاني كفل عن المدعا عليه بتسليم رقبة العبد فاذا مات العبد واقام المدعي البينة بعد ذلك لزم المدعى
عليه قيمة العبد ولزمها الكفيل ايضا لان الكفالة تحمل الضمان عن الغير فاذا وجب الضمان القيمة على الاصيل وجب على
الكفيل ايضا لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فينتقل في حق الكفيل ايضا
وفي المسئلة الاولى لم يجب الضمان على المولى فلا يجب على الكفيل ايضا قال الفقيه ابو الليث وهذا اذا كفل بنفس العبد
ولو كفل بالدين الذي عليه في الفصل الاول لا يجب الضمان على الكفيل وان مات بمنزلة من كفل بعد موته عن حر فمات الحر مفلسا
لا يبرأ الكفيل من كفالته في قولهم جميعا وليس بمنزلة من كفل بعد موته • وقد ذكر عن ابي حنيفة انه قال لا تجوز الكفالة له
اذا لم يكن للميت تركة • واما في هذه المسئلة فقد صحت الكفالة في حال حياته فلا تبطل بموته • قوله فان ادعى
رقبة العبد اي ادعى على ذي اليد • قوله فاقام المدعي البينة انه كان له • وانما قيد بالبينة احترازا عما
اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد او بنكوله عن اليمين حيث يقضي بقيمة العبد الميت على المدعا عليه ولا يلزم ذلك على الكفيل
الا اذا اقر الكفيل بما ادعى على الاصيل لان الاقرار حجة قاصرة لا متعدية • قوله واذا كفل العبد عن سيده
بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وصورة المسئلة في الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في عبد لرجل كفل عن مولاه بمال بامره ثم اعتق العبد فادى المال
قال لا يرجع على المولى بشيء وكذلك ان كان العبد هو الذي عليه المال فكفل عنه المولى بامره ثم اعتق العبد فادى
المولى المال لم يرجع على العبد بشيء الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • قالوا في شروح الجامع الصغير • وقال
زفر يرجع كل واحد منهما • وقال صاحب الهداية ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين وفي بعض نسخ
الهداية ان يكون بلا حرف النفي واولى النسختين هي الاصح لانه اذا لم يكن عليه دين كان الحق لمولاه في ماليته وله ان
يرهنه بالدين او يبيعه بالدين فكذا اذا امره ان يكفل • وجه قول زفر ان الموجب للرجوع قد تحقق وهو الكفالة بامره
الا انه امتنع لمانع الرق لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا وقد زال المانع وهو الرق بالعتق فيرجع • ولنا ان
الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى
لا يستوجب على عبده دينا بحال فاذا انعقدت غير موجبة للرجوع فلا يصير بعد ذلك موجبة للرجوع ابدا كمن كفل عن

انسان بغير امره فاداه حيث لا يرجع ثم بلغه فاجازه • قوله اما الكفالة عن العبد فتصح على كل حال اي كفالة المولى
عن العبد تصح مطلقا سواء كانت الكفالة بالنفس او بالمال او كان على العبد دين او لم يكن قال اصحابنا كل من لا يصح تبرعه لا تصح
كفالته لان الكفالة عقد تبرع فيصح ممن يصح تبرعه فعلى هذا لا تصح كفالة الصبي المحجور كما لا يصح قرضه • فاما كفالة العبد
المحجور عليه فانه لا يطالب بحكمها في الحال ويطالب بذلك بعد العتق • فاما اذا اذن له مولاه صحت الكفالة وتباع رقبته
في الدين لان المولى يملك ان يعلق الدين برقبة عبده وتكون كفالة المريض من الثلث كما ان تبرعه من الثلث والمكاتب لا تصح كفالته
كما لا يصح تبرعه كذا في شرح الاقطع • قوله قال ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة لان القياس ان لا تجوز
الكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وهذا معنى قوله لانه يثبت مع المنافي الا ان عقد الكتابة جوز استحسانا لقوله
تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا فلا يظهر اثر الجواز الذي يثبت مع المنافي في حق صحة الكفالة فلا تصح الكفالة بمال الكتابة ولان
الكفالة انما تصح بدين صحيح والمراد بالدين الصحيح ان لا يسقط الا بالاداء او الابراء وبدل الكتابة قد يسقط بدونهما بتعجيز
النفس فلا يكون دينا صحيحا فلا تصح الكفالة • قوله ويمكن اثباته على هذا الوجه اي اثبات عقد الكفالة مع سقوط بدل
الكتابة بتعجيز النفس ولا يمكن اثبات عقد الكفالة ايضا في حق الكفيل مطلقا لانه حينئذ يكون ما على الكفيل فوق ما على الاصيل
فلا يجوز ذلك لانه التزم ما على الاصيل لا غير ذلك وهذا معنى قوله ومن شرطه الاتحاد اي من شرط عقد الكفالة الاتحاد بين
الكفيل والاصيل في الضمان • قوله وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة يعني كما ان الكفالة ببدل الكتابة
لا تجوز فكذلك لا تجوز الكفالة ببدل السعاية لان المستسعى كالمكاتب عنده في عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين والحدود
وغيرها لكن على اعتبار النكتة الاولى وهي قوله لانه يثبت مع المنافي الى اخره لا على اعتبار النكتة الثانية لان المستسعى لا يسقط عنه
بدل السعاية بتعجيز النفس والله اعلم بالصواب

كتاب الحوالة

مناسبة الحوالة بالكفالة من حيث ان كل واحد منهما التزام بما على الاصيل ولهذا جازت استعارة كل واحد منهما للاخر حتى كانت
الحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة اعتبارا للمعنى • ولهذا قال محمد في الجامع الكبير
والاصل كتاب الحوالة والكفالة فجمعهما في كتاب واحد • وانما اخر الحوالة في الهداية كما هو المختصر لان الحوالة مبرئة
ابدا والكفالة غير مبرئة والاصل عدم البراءة بعد ثبوت المطالبة ثم الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل وموجبها تحول الدين
من ذمة الاصيل الى ذمة المحال عليه • ويحتاج هنا الى معرفة اربعة اشياء المحيل وهو الذي عليه الدين والمحال له وهو ع
الدائن والمحال عليه وهو الذي قبل الحوالة والمحال به وهو المال • ثم اختلف المشايخ المتأخرون ان الحوالة توجب البراءة
عن الدين والمطالبة جميعا او عن المطالبة دون الدين قال بعضهم توجب البراءة عن المطالبة دون الدين وقال بعضهم عن
المطالبة والدين جميعا وانما اختلفوا لان محمدا ذكر مسائل تدل على القولين جميعا اما من قال انها توجب البراءة عن المطالبة
دون الدين يقول بان المحال له متى ابرأ المحال عليه عن الدين والمحال عليه لا يرجع على المحيل بشيء وان كانت الحوالة بامر المحيل
ولو وهب الدين من المحال عليه رجع اذا لم يكن للمحيل عليه دين كالجواب في الكفيل وكذا لو ابرأ المحال عليه لا يرتد برده ولو
وهب يرتد برده كالجواب في الكفيل • ولو كان التحول الى المحال عليه المطالبة والدين جميعا كان الابراء والهبة في حقه سوا
يرتد برده كما في حق الاصيل والجامع بينهما ان الهبة والابراء حينئذ يكون تمليكا من وجه لا اسقاطا محضا والدليل عليه لو قضى
الطالب الذي نفسه اجبر على القبول ولم يجعل متبرعا • ولو برئ عن المطالبة والدين كان متبرعا • ومنها انه لو وكل المحال
له المحيل بقبض ما على المحال عليه لا يصح • ولو لم يكن الدين عليه صح • واما من قال توجب البراءة عن المطالبة والدين جميعا يقول
انا اجمعنا ان المحال له لو ابرأ المحال عليه عن دين الحوالة او وهب منه صح • ولو ابرأ المحيل او وهب منه لم يصح ولو بقي الدين
على المحيل لصح • فالحاصل ان الحوالة ابراء لفظا لكونها نقلا مطلقا تاجيل معنى لانه اذا توي ما في ذمة المحال عليه عاد الدين الى ذمة
المحيل وهذا هو معنى التاجيل فوجب اعتبارها عن المطالبة دون الدين والعمل بحقيقة اللفظ والمعنى متعذر في كل حكم لتنافي بينهما
فاعتبر محمد رحمه الله الحقيقة في بعض الاحكام فجعلها ابراء واعتبر المعنى في بعض الاحكام وجعلها تاجيلا لكون اعمالهما بقدر الامكان
كذا ذكر الشيخ ابو المعين وغيره في شروح الجامع الكبير • قوله وهي جائزة بالديون قال القدوري في مختصره
الحوالة جائزة بالديون • وذلك لان الحوالة ماخوذة من التحويل وتحويل الدين من ذمة الى ذمة ممكن • فاما الاعيان فالحق
المتعلق بها التسليم وذلك لا يمكن تحويله الى الغير فلهذا لم تصح الحوالة فيها وصحت هكذا قال الشيخ ابو النصر البغدادي في شرحه
وحقيقته ان الدين يثبت بالوصف كما اذا قال لفلان علي الف فجاز ان يقبل النقل بالوصف ايضا • ولا يقال الدين وصف ثابت في الذمة
وهو عرض فكيف يقبل النقل لانا نقول الاحكام الشرعية لها حكم الجواهر لان الشرع يحكم ببقائها بعد المباشرة • ولان العين لا يثبت
في الذمة فلا ينافي نقلها من ذمة الى ذمة فلم تصح الحوالة في العين • والدليل على جواز الحوالة قوله عليه السلام من احيل على ع
مليء فليتبع • وروى ابو داود في السنن وقال حدثنا القعنبي عن مالك عن ابي الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع • وقال ابو عيسى الترمذي في جامعه بعدما روى هذا الحديث باسناده
الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم حديث ابي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه انه اذا احيل احدكم على ملي فليحتل اي فليقبل
ولانه قادر على ايفاء ما في الذمة فجاز كالكفالة وهذا لان كل واحد من الكفالة والحوالة التزام بما على الاصيل • قوله
قال وتصح برضا المحيل والمحال عليه اي قال القدوري في مختصره الحوالة برضا هؤلاء الثلاثة • اما رضا المحال له فلان الدين

حته وبالحوالة ينتقل الدين او المطالبة الى ذمة اخرى على اختلاف المشايخ والذمم متفاوتة في المطالبة فلا بد من رضا
من له الحق وهو المحتال له فلا تصح الحوالة الا برضاه • ولهذا المعنى اعتبر رضى المحيل ايضا ولم يشترط في الزيادات رضا
المحيل لانه لا ضرر عليه بل له نفع لان المحتال عليه اذا ادى الدين لا يرجع على المحيل اذا لم تكن الحوالة بامر المحيل فكان نفعا محضا
واما رضا المحتال عليه فهو شرط عندنا • وقال الشافعي رضي الله عنه ان كان على المحتال عليه دين فرضاه ليس بشرط واختاره
الجرجاني من اصحابنا كذا في مختصر الاسرار • وذلك لان بالحوالة ينتقل الدين او المطالبة بالدين الى ذمة المحتال عليه فلم تجز
الحوالة بدون رضاه كما لو لم يكن عليه دين • ولانه نوع ضمان فلا يصح الا برضا الضامن كما في الكفالة • ولا يقال صاحب
الحق يستوفي حقه بنفسه وبغيره كما يستوفيه بوكيله فكذا هنا له ان يستوفيه بالمحتال له لانا نقول موجب الحوالة التي اقتضاها
المداينة لا تتغير في الاصل لان من عليه الدين ان شاء سلم الى الوكيل وان شاء سلم الى الموكل وفي الفرع يتغير لان الدين ينتقل من ذمة الى
ذمة ويحتمل الملك في الدين الى المحتال له ويكون المطالبة له خاصة • وقد يكون المحتال له اصعب من المحيل وفي المطالبة
فيتضرر به المديون فكذلك لم تجز الحوالة بلا رضا المحتال عليه **قوله** واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره
في الزيادات • وفائدة شرط رضاه تظهر في الرجوع على المحيل اذا كانت الحوالة بامر المحيل او لم يكن له على المحتال عليه دين
لا يرجع المحتال عليه بما ادى بل يستفاد **قوله** وهو لا يتضرر به اي المحيل لا يتضرر بتصرف المحتال عليه في حق نفسه
قوله قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الحوالة اذا
تمت بقبول المحتال له والمحتال عليه برئ المحيل ولا يرجع الطالب بالدين عليه ابدا الا بالتوى • وقال زفر والقاسم بن معن لا
يوجب الحوالة براءة الاصيل ذكر قول القاسم هكذا فخر الاسلام في شرح الزيادات وجملة القول هنا ما قال في شرح الطحاوي
ان الحوالة مبرئة والكفالة غير مبرئة والطالب بالخيار ان شاء طلب حقه من الاصيل وان شاء من الكفيل الا ان يكون الكفالة
بشرط براءة الاصيل فتكون حوالة وعند زفر الحوالة والكفالة سواء وكل واحد منهما غير مبرئة للاصيل لان كل واحد منهما عقد التوثق
الغير فما يصح التحمل اذا كان الاصيل مبينا • وقال ابن مالك الكفالة والحوالة سواء وكلاهما مبرئ للاصيل وللطالب ان ياخذ حقه من
الكفيل خاصة لان الحق واحد وان لم يبطل الاصيل بريا ما ربحن الا ان علمائنا فرقوا بين الحوالة والكفالة فقالوا الحوالة مبرئة
لانها مشتقة من التحويل والحق متى تحول من ذمة الى ذمة يثبت ذمة الاول فارغة لانك اذا حولت الشيء من موضع الى موضع يبقى مكان
الاول فارغا لا محالة والكفالة غير مبرئة لانها مشتقة من الكفل وهو ضم الشيء الى الشيء وضم الشيء الى الشيء لا يوجب فراغ الاول الا ان
يكون بشرط براءة الاصيل فيصير حوالة لانها في معنى الحوالة الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي **قوله**
والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية يعني ان العمل بما في اللغات واجب في الاحكام الشرعية فلما كان كذلك قلنا ان
الكفالة هي الضم لغة وهو لا يقتضي البراءة والحوالة النقل وهو يقتضي البراءة **قوله** والتوثق باختيار الاملى والاحسن في
التقاضي جواب عن قول زفر ان الحوالة ليست بمبرئة لانها للتوثق كالكفالة لا لاختيار الاملى والاحسن في التقاضي لا بما طلب في قضاء
الدين ويؤديه اجود وارجح مما كان وهذا لا يدل على ان الحوالة ليست بمبرئة **قوله** وانما يجبر على القبول اذا نقد
المحيل • ومعنى الجبران يجعل بمنزلة القابض بالتخلية بين المحتال له والمنقود وهذا جواب سؤال بان يقال لا نسلم ان المحيل
يبرأ بالحوالة فلو برئ لم يجبر المحتال له على القبول فاجاب وقال انما يجبر لان الدين يحتمل العود اليه بالتوى لانه انما انتقل الى ذمة
اخرى بشرط السلامة فاذا توى يرجع فلم يكن المحيل متبرعا في القضاء **قوله** ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى
حقه عطف على قوله برئ المحيل من الدين • قال في شرح الاقطع قال الشافعي رضي الله عنه لا يرجع المحتال بدينه عند التوى فان
احال له عليه بشرط الملاءة فبان انه غير ملي ففيه وجهان الصحيح انه يرجع • وقال في مختصر الاسرار اذا مات المحتال عليه مفلسا رجع
المحتال له عليه بالدين • وقال لا يرجع وهو قول الشافعي • واما اذا جحد وحلف ففيه روايتان يعني عن الشافعي رضي الله عنه
وقد ذكر خلافهما كما ترى ولم يذكر في سائر الكتب بل ذكروا قولهما كقول ابي حنيفة • ولهذا قال علاء الدين العالم وغيره في
طريقة الخلاف وغيرها قال علماؤنا رضي الله عنهم المحتال عليه اذا مات مفلسا يثبت للمحتال له ولاية مطالبة المحيل بقضاء دينه وقال
الشافعي لا يثبت وعلى هذا الخلاف اذا جحد المحتال عليه الحوالة وحلف ولم يكن للمحتال له بينة • وانما اخترنا الكلام في هذا
الحكم لاختلاف عبارات المشايخ في عود الدين والاعادة الى ذمة المحيل فالبعض يفسخ الحوالة ويعاد الدين كالمشتري
اذا وجد بالمبيع عيبا • وقال بعضهم بفسخ الحوالة ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض • وقال بعضهم في الموت عن افلاس
بفسخ ويعود • وفي الجحود يفسخ ويعاد فاخترنا الكلام في ولاية مطالبة المحيل بقضاء الدين لانه الحاصل من الخلاف الى هنا لفظ العالم
في طريقة الخلاف • وجه قول الشافعي ان البراءة حصلت مطلقة عن قيد الرجوع على المحيل عند التوى من غير عوض فلا يعود الى ذمة
المحيل بالتوى لان الغرض من الحوالة في جانب المحيل فراغ ذمته عن شغل الدين • فاذا حصل فراغ ذمته بالنقل الى ذمة اخرى
لا يعود الى ذمة الاول الا بسبب جديد • كما لو صالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين لان البراءة ما ثبتت مطلقة
بل بعوض • فاذا لم يسلم له العوض يعود • ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم كالاسرار وغيره عن عثمان بن عفان رضي الله عنه انه
قال اذا توى المال على المحتال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال امرئ مسلم وذكر محمد في الاصل عن شريح مثله ولم
يعرف مخالف فحل الاجماع • ولان البراءة بطريق الاستيفاء لتحصل الاستيفاء لا بطريق الاسقاط • وهذا لان المقصود من
الحوالة التوصل الى الاستيفاء لا مجرد النقل من ذمة الى ذمة لان الذمم لا تتفاوت في حق نفس الوجوب فان الوجوب كان ثابتا

في ذمة المحيل وانما تتفاوت الذمم في حق الاداء فربما يكون الذمة الثانية اسرع الى الاداء فلما كان المقصود التوصل الى الاستيفاء
وفات ذلك ثبت للمحتال له ولاية مطالبة المحيل بقضاء دينه بعود الدين او بالاعادة من غير تعيين الطريق قياسا على المشتري اذا
وجد بالمبيع عيبا او مات المبيع قبل القبض فلو لم يثبت له حق مطالبة المحيل بقضاء الدين لفات حقه بلا رضاه لانه ما رضي بقبول الحوالة
الا لهذا الغرض فاذا فات هذا الغرض ولم يثبت له حق مطالبة المحيل بقضاء الدين اما بفسخ الحوالة او بالانفساخ يؤدي الى الاضرار
به او تفويت عصمة حقه فلا يجوز ذلك • فان قيل انما يسقط به المطالبة بالدين ويبدله عن ملي مكلف فوجب ان لا يعود بالتعذر
كالابراء • قلنا لا نسلم ان القياس صحيح لان في الاصل اسقط حقه من غير عوض فادام الاسقاط لم يعد الدين وفي الفرع
اسقط حقه بعوض ابتغاه فاذا لم يسلم العوض رجع في الدين وينتقض ما قالوا بما لو استأجر منه دارا بدينه ثم هلكت الدار وبما
لو صالح اجنبيا على مال فان المطالبة تسقط بالدين وبدله ثم لو استحق المصالح عليه من يد المدعي رجع بالدعوى والمعنى في الاصل
ان الابراء اسقاط لا الابراء نقل • بخلاف الفرع فافترق • فان قيل لو مات المحيل والمحال عليه مفلس لا يرجع فكذا فيما نحن فيه قلنا
لا نسلم بل يثبت له الرجوع الا انه سقطت المطالبة ولهذا كلما ظهر لاحدهما مال اخذ كما في الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مفلسين
بطل الكفالة ثم لا يدل على ان المطالبة لا تثبت حال حيوة المكفول عنه • فان قيل ان الحوالة جعل كالمقبوض لانه لو لم يكن هو
كالمقبوض لادى الى الافتراق عن دين بدين ولانه يجوز الحوالة براس مال الصرف والسلم • ولو لا انه كالمقبوض لم تجز الحوالة
فاذا مات المحيل مفلسا لا يكون المحتال له اسوة للغرماء فاذا كان كالمقبوض لا يرجع • قلنا ليس كالمقبوض اذ لو كان كالمقبوض
لجاز للمحتال له ان يشتري به شيئا من غير المحتال عليه كما يجوز ان يشتري من المحتال عليه فلما لم يجز دل على انه ليس كالمقبوض وقولهم
لو لم يكن كالمقبوض صار دينا بدين لا يصح لانه انما يؤدي الى ما قالوا اذا كان العقد منه المعاوضة • فاما اذا لم يكن هو
العقد المعاوضة لا يؤدي اليه كالقرض • واما الصرف والسلم فحجة لنا لانه لو كان كالمقبوض لجاز ان يتفرقا عن المجلس فانه
اذا احال ببدل الصرف او براس مال السلم فافترقا من غير قبض يفسد العقد • ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا بعد
القبض ولا يفسد العقد حينئذ • فاما اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحتال عليه فان المحتال له لا يصير اسوة للغرماء
لا نسلم ذلك الا ترى الى ما قال في الجامع الكبير وان المحتال اخر الحوالة سنة ثم مات المحيل وعليه دين اخر سوى دين المحتال
له يقسم دينه على المحيل بين المحتال له وبين الغرماء بالحصص لان هذا مال المحيل ولم يصر بالحوالة ملكا للمحتال له لان تمليك الدين من
غير من عليه الدين لا يتصور لكن تعلق به حق المحتال • ولهذا لا يصير المحتال له احق به ما لم تثبت اليد بدليل ان العبد المأذون
اذا كان عليه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين اخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص
والباقي يعرف في طريقة الخلاف **قوله** مقيد بسلامة حقه يعني ان البراءة وان كانت مطلقة لفظا مقيدة معنى
بدلالة العادة بسلامة الحق **قوله** اذ هو المقصود اي وصول الحق الى المحتال له سالما هو المقصود من الحوالة
لفواته اي لفوات المقصود **قوله** اذ هو المقصود الى لانه قابل للفسخ اي لان عقد الحوالة قابل للفسخ لانهما لو تفاسخا
عقد الحوالة ينفسخ ولو لم يكن قابلا للفسخ لما انفسخ **قوله** فصار كوصف السلامة في المبيع يعني ان المشتري اذا وجد
بالمبيع عيبا رجع بنقصان العيب وان لم يشترط الرجوع في البيع لان سلامة المبيع مقصود مستحق بالبيع فلما فات رجع فكذلك هو
هنا الحاصل التوى فات المقصود وهو سلامة المقصود فرجع بالدين على المحيل **قوله** قال والتوى عند ابي حنيفة
احد الامرين وهو اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له او يموت مفلسا • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه
وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته • قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي
التوى عند ابي حنيفة رضي الله عنه على وجهين احدهما ان يموت المحتال عليه مفلسا ولا يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا على
المحتال عليه فقد توى وعاد المال الى المحيل ولا يكون التوى عند ابي حنيفة غير هذين الوجهين • وعندهما التوى على ثلاثة
اوجه وجهان ما ذكرنا ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم عليه بالافلاس كذا في شرح الطحاوي • اما اذا جحد المال وحلف
لانه لا يقدر على مطالبته بعد اليمين لعدم البينة فقد توى الحق • وكذا اذا مات مفلسا لانه لم يبق ذمة تتعلق بها الحق
ولا تركة فسقط الحق عن المحتال عليه فثبت للمحتال له الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة اسقاط
فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع • واما تفليس القاضي بالمشهود حال حيوة المحتال عليه فذلك مبني على ان تفليس القاضي هل يصح
ام لا وابو حنيفة لا يرى ذلك وهما يريان لانه عجز عن استيفائه فصار كموت المحتال عليه ولابي حنيفة انه عجز يتوهم ارتفاعه
بحدوث المال لان مال الله غاد ورائح فلا يعود عن المحيل كما قبل التفليس بخلاف الموت فانه عجز لا يتوهم ارتفاعه • قال
في النافع الصغير المحتال عليه اذا جحد وحلف على ذلك ولا بينة للمحتال يرجع على الاصيل في ظاهر الرواية • وروى محمد
عن ابي حنيفة في غير رواية الاصول انه لا يرجع ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في الحوالة يقال توى المال يتوى توى اذا
تلف معصور غير ممدود وهو نوو ونا وكذا في الجمهرة **قوله** اما ان يجحد اي المحتال عليه **قوله**
ولا بينة له اي لمدعي الحوالة وهو المحتال له او المحيل **قوله** بافلاسه افلس الرجل افلاسا اذا قل ماله وهو مفلس وهي
كلمة غريبة كذا في الجمهرة • وقال في المجمل افلس الرجل اذا صار ذا فلوس بعد ان كان ذا دراهم • وقال في تهذيب الديوان
فلس القاضي فلانا اذا نادى انه افلس **قوله** لان مال الله غاد ورائح يعني يذهب ويجيء ويختلف حال المرء فيه في الصباح
والمساء من الفقر الى الغنى وبالعكس فلما كان حكم المال كذلك لم يعتبر ابو حنيفة قضاء القاضي بالافلاس ولم يثبت التوى به • م

قوله وان طالب المحال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان
عليه مثل الدين وهذه من مسائل القدوري والضمير في قوله وعليه راجع الى المحيل اذا اراد المحال عليه بعد قضاء الدين الى
المحتال له ان يرجع بما ادى عليه لا يقبل قول المحيل فالقول قول المحال عليه على المحيل فقال المحيل ليس لك ان ترجع علي لاني كنت احلت
عليك بدين لي عليك فقال المحال عليه بل لي ان ارجع عليك لا يقبل قول المحيل فالقول قول المحال عليه نص عليه في كتاب الكفالة وذلك
لان سبب الرجوع ثابت بيقين وهو قضاء الدين بالامر فثبت الرجوع الا اذا اثبت المحيل الدين بالبينة فيبطل حق المحال عليه في الرجوع
قوله وان طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين كان لي عليك
فالقول قول المحيل وهذه من مسائل القدوري واراد بالمحتال المحتال له وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل احال رجلا بالف درهم على رجل ثم قال المحيل هو مالي وقال المحتال هو مالي قال القول قول المحيل
معناه ان المحيل قال للمحتال له لا شيء لك علي فقد كنت وكيلي في قبض مالي وما للمحتال له يرد الالف الى المحيل لان ما قبضه المحتال له من
المحال عليه مال المحيل ومجرد الاحالة لا يكون اعترافا من المحيل بالدين للمحتال له لان الاحالة كما تستعمل في نقل الدين او نقل المطالبة
بالدين تستعمل في نقل التصرف من الموكل الى الوكيل مجازا كما قال محمد في المضاربة اذا صار مال المضاربة دينا على الناس ولم يكن فيها
ربح وامتنع المضارب عن التقاضي يقال له احل رب المال على الغرماء اي وكله بالقبض فلما صح استعمال لفظ الحوالة في الوكالة لم يكن المحيل معترفا
بالدين بمجرد الحوالة فكان القول قوله مع اليمين لانه ينكر الدين قوله ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه اخر فهو
جائز وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اودع رجلا الف درهم
ثم احال على المودع الف درهم فاحال المودع الذي له الالف بالالف على المستودع بالالف الذي عنده قال جائز وهو ضامن فان هلكت
الوديعة عنده برئ من الحوالة • وذلك لان الحوالة اذا اطلقت جازت فاذا قيدت بالوديعة جازت بالطريق الاولى لان التقييد
بالوديعة التزم على الاداء فاذا هلكت الوديعة بطلت الحوالة وبرئ المودع من الضمان لانه التزم الضمان من مال معين لا من مال
مطلق فاذا هلك ذلك المال بطل الضمان لان الحق كان متعلقا بذلك المال كالزكاة تسقط بهلاك النصاب فان الحق كان متعلقا
به فيبطل بهلاكه • وجعل القول هنا ما ذكر الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي بقوله الحوالة على ضربين حوالة مبهمة وحوالة
مطلقة [illegible] الحوالة جائزة في هذا كله وتبرأ المحيل من دين المحتال
له [illegible] على المحيل قبل ان يؤدي [illegible] فاذا ادى [illegible] بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل كما كان في الاصل ولا يعود
الدين على المحيل [illegible] • قال والفرق بين الحوالة المقيدة وبين الحوالة المطلقة ان الحوالة اذا كانت مقيدة انقطعت
مطالبة المحيل عن المحال عليه [illegible] وان سقط عنه الدين بمعنى كان يرجع [illegible]
يتبين براءة من الاصل فلا تبطل الحوالة [illegible] سقط الثمن عنه ولا تبطل الحوالة ولو
اذا ادى المحال عليه قبل سقوط الدين يرجع بما ادى على المحيل لانه قضى دينه بامره وكذا لو قيد الحوالة بالالف وديعة عند رجل فهلكت
الالف عند المودع بطلت الحوالة • ولو كانت الالف على المحال عليه مضمونة فلا تبطل الحوالة بالهلاك لانه يجب عليه مثلها وتبطل
الحوالة بالاستحقاق • ولو كانت الحوالة مطلقة لا تستطيع مطالبة المحيل من المحال عليه الا ان يؤدي فاذا ادى سقط ما عليه
قصاصا ولو تبين براءة المحال عليه من دين المحيل لم تبطل الحوالة • وكذلك لو استحق مال المحيل الذي له عند المحال عليه لم
تبطل الحوالة • بخلاف المقيدة ولو مات المحيل قبل ان يؤدي المحال عليه الى المحتال له وعلى المحيل ديون سوى دين المحتال
له وليس له مال سوى هذا الدين والحوالة كانت مقيدة فالمحتال له لا يكون احق بذلك من سائر الغرماء عندنا وعند زفر هو احق
به من سائر الغرماء كالرهن اذ المرتهن احق به من سائر الغرماء بالاتفاق • وعلماؤنا فرقوا بين الرهن وبين الحوالة المقيدة والفرق
بينهما ان المرتهن احق بعين الرهن من سائر الغرماء الا ترى انه لو هلك الرهن سقط دين المرتهن خاصة • فلما كان المرتهن احق بعينه
كان احق بثمنه • واما في الحوالة المقيدة فليس المحتال له احق بعين ذلك المال الا ترى انه لو توى لم يسقط دينه عن المحيل والتوى
على المحيل دونه فلما لم يكن هو احق بعينه من سائر الغرماء لم يكن احق ببدله فكان المال بين غرماء المحيل اسوة • قوله برئ لتقييدها بها
اي برئ المحال عليه وهو المودع لتقييد الحوالة بالوديعة • قوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب يعني لا يبرأ المحال
عليه وهو الغاصب اذا كانت الحوالة مقيدة بالمغصوب فهلك المغصوب لان عين المغصوب فاتت ولكن خلفه وهو المثل او القيمة فاذا
يكون الفوات كلا فوات فلا تبطل الحوالة • قوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا يعني ان الحوالة المقيدة كما تكون
بالعين كالوديعة والغصب تكون مقيدة بالدين ايضا مثل ثمن المبيع • قوله وحكم المقيد في هذه الجملة حكم الحوالة المقيدة
بالعين او الدين ان المحيل لا يملك مطالبة المحال عليه بذلك حتى اذا دفع المحال عليه ذلك اليه ضمن • وذلك لتعلق حق المحال له كالرهن
لما تعلق به حق المرتهن لم يكن للراهن مطالبة الرهن قبل اداء الدين • قوله وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل هذا بيان
الفرق بين مال الحوالة وبين الرهن ان المرتهن احق بالرهن من سائر الغرماء وليس كذلك المحتال له فانه ليس احق بمال الحوالة من
سائر الغرماء بعد موت المحيل بل يشاركونه بالحصص • وان كان مال الحوالة والرهن سواء في عدم مطالبة المحيل والراهن
ووجه الفرق مر قبل هذا • قوله بخلاف المطلقة يتصل بقوله وحكم المقيد في هذه الجملة لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه
يعني اذا كانت الحوالة مطلقة غير مقيدة بالعين او الدين يملك المحيل مطالبة المحال عليه بحقه لانه لا تبطل الحوالة حينئذ لان حق المحتال

لم يتعلق بذمة المحال عليه لا بذلك العين او الدين للمحيل على المحال عليه قوله لتعلق حقه به اي لحق المحتال بالذي للمحيل على المحال
عليه من الغصب او الدين او عند المحال عليه من الوديعة قوله مما عليه اي على المحال عليه من الغصب او الدين قوله
او عنده اي باخذ ما عند المحال عليه من الوديعة قوله قال ويكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق
اي قال القدوري في مختصره وتفسير السفاتج ما ذكره القدوري وهي جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب اصله سفته بمعنى المحكم وسمي
هذا القرض به لاحكام امره قال في الفتاوى الصغرى السفتجة اذا كانت مشروطة في القرض فهو حرام • والقرض بهذا الشرط فاسد وان
لم يكن مشروطا جاز • قال في الواقعات رجل اقرض رجلا مالا على ان يكتب له بها الى بلد كذا فانه لا يجوز • وان اقرضه بغير شرط
وكتب كان هذا جائزا • وكذلك لو قال اكتب لي سفتجة الى موضع كذا على ان اعطيك هنا فلا خير فيه • وقال في كفاية البيهقي وسفاتج
التجار مكروهة وهذا لانه ينتفع باسقاط خطر الطريق الى ان يقرض مطلقا ثم يكتب السفتجة فلا باس هكذا روي عن ابن عباس والاصل فيه
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر نفعا • ولانه يملك دراهم بدراهم فاذا شرط ان يدفع في بلد اخر صار في حكم التاجيل والتاجيل
في الابدال لا يصح وهذا هو القياس اذا لم يشترط الدفع في بلد اخر الا انهم استحسنوا فقالوا لا باس كذا في شرح الاقطع • ثم قيل انما اورد
القدوري هذه المسئلة في هذا الباب لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة • ونقل عن الامام بدر الدين الكردري انه
قال انما اوردها في الحوالة لانه احال اي احال المقرض الخطر المتوقع على المستقرض فتكون في معنى الحوالة والله اعلم

كتاب القضا

قوله ادب القاضي لما كان وضع القضا لقطع الخصومات وتنفيذ الاحكام واكثر الخصومات تقع في المبايعات والديون وقد ذكرها ذكر بعدها كتاب القضا
لمساس الحاجة الى القضا • الادب الخصال الحميدة سميت به لانها تدعو الى الخيرات والحسنات من الادب بسكون الدال وهو
الدعا قال طرفة نحن في المشتاة ندعو الجفلى لا ترى الآدب فينا ينتقر والآدب فاعل من الادب ادب ادبا اذا دعا ومنه مادبة ابو
زيد في حديث ابن مسعود انه قال ان هذا القران مادبة الله فتعلموا من مادبته والمادبة بالضم عبارة عن الصنيع الذي يصنعه و
الانسان ويروى بفتح الدال ايضا بمعنى المصدر كالادب • ومنه ما روي في حديث ابن مسعود ان هذا القران مادبة الله و
تعلموا من مادبته وكان الاحمر يجعلها بمعنى واحد قال ابو عبيد الله لم اسمع احدا يقول هذا غيره • والقضاء يستعمل في اللغة
ويراد به في الشرع الالزام قوله قال لا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرايط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد
اي قال القدوري في مختصره وانما شرط شرايط الشهادة من الحرية والعقل والبلوغ والعدالة في القضا لان القضاء ولاية و
كالشهادة بل القضاء ولاية تامة فلما شرط في الشهادة من الصفات كان اشتراطها في القضاء اولى • قال صاحب الهداية والفاسق
اهل حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة يعني ان الفاسق لا ينبغي ان يقبل شهادته ولو قبلت جاز ثم فكذا القاضي
الفاسق لا ينبغي ان يقلد ولو قلد صح • قال الفقيه ابو الليث في خزانة الفقه ويصلح للقضاء من اجتمع فيه ثمانية اشياء الموثوق في عقله
ودينه وعفافه وصلاحه وعلمه ومعرفته بالسنة والاثار والتاويل ويستن من مضى قبله من القضاة ولا يصلح للقضاء من لا تقبل
شهادته مثل الاعمى والاصم والمحدود في القذف • واما المراة فتصلح للقضا في الاموال دون الحدود والدماء ولا يجوز قضا
اهل الذمة على المسلمين الى هنا لفظ الخزانة • وقال في خلاصة الفتاوى واختلفت الروايات في تقليد الفاسق القضاء والاصح انه يصح
ولا ينعزل بالفسق • ثم قال قال في المحيط يستحق العزل عند عامة المشايخ الا اذا شرط في التقليد انه متى جار ينعزل • وعند الشافعي
ينعزل والامام يصير اماما مع الفسق ولا ينعزل بالفسق بلا خلاف الى هنا لفظ الخلاصة • ونقل الناطفي في الاجناس عن ادب القاضي
لابي بكر الخصاف اذا ارتشى القاضي وحكم لا يجوز حكمه فاذا ارتشى فاخذ ثم تاب فهو على قضائه • وفي نوادر هشام قال محمد لو فسق
القاضي ثم تاب فهو على قضائه • وحكي عن ابي الحسن الكرخي انه ينعزل بنفسه • وعن علي الرازي صاحب ابي يوسف انه ينعزل
القاضي بنفسه ولا ينعزل الخليفة بنفسه الى هنا لفظ كتاب الاجناس • وقال فيه ايضا وفي ادب القاضي للحسن بن زياد في قاض يكون
وهو عدل ثم فسق بعد ذلك وارتشى وقد كان قضى بقضايا قبل ان يفسق وبقضايا بعد ما فسق ابطل كل قضية قضى بها بعد ما فسق
وانفذت القضايا التي قضاها قبل ان يفسق • وقال ابو حنيفة لو ان قاضيا قضى بين الناس زمانا وانفذ قضايا كثيرة ثم علم انه
فاسق مرتش لم يزل منه وانا على ذلك ينبغي للقاضي الذي يخصمون اليه ان يبطل كل قضية قضاها ذلك القاضي الى هنا لفظ الاجناس • وذكر
الاسروشني في فصول القاضي اذا ارتشى وحكم لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وينفذ فيما لم يرتش • وذكر الامام البزدوي انه ينفذ فيما
ارتشى ايضا • وقال بعض مشايخنا ان قضاياه فيما ارتشى وفيما لم يرتش باطلة وبالقول الاول اخذ شمس الائمة السرخسي وهو اختيار
الخصاف وان ارتشى ولد القاضي او كاتبه او بعض اعوانه فان كان بامره ورضاه فهو وما لو ارتشى القاضي سواء ويكون قضاؤه مردودا
وان كان بغير علم القاضي نفذ وكان على المرتشي رد ما قبض الى هنا لفظ الفصول • قال ابو العباس الناطفي في اجناس ادب القاضي من
كتاب الاجناس الفقيه اذا كان فاسقا يجوز ان يستفتى فيه كلام بين المشايخ ذكر محمد بن شجاع في نوادره سمعت بشر بن غياث يقول
ارى الحجر على ثلاثة فقيه فاسق وطبيب جاهل ومكار مفلس • وقال محمد بن شجاع في قول نفسه لا باس بان يستفتى من الفقيه الفاسق
لانه يكره ان تخطئه العلماء فيجيب بما هو الصواب • وقال في الواقعات واختار الطحاوي ان الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا
ولو فسق ينعزل بالفسق والصحيح ما ذكر في شرح ادب القاضي ان القاضي بنفس الفسق لا ينعزل بل يعزل • والفاسق اذا قلد يصير قاضيا
ومتى قضى ينفذ قضاؤه الا ان يكون لقاض اخر ان يبطله اذا كان من رايه خلاف ذلك • ومتى ابطله ليس لقاض اخر ان ينفذه وهذا قول
علمائنا • ورايت في كتاب ادب القاضي لابي محمد الناصحي البستي يروي انه قال قال اخذ القاضي الرشوة وحكم للذي رشاه و

حتى لبس فيه ظلم كان هذا الحكم باطلا ولا يحل لاحد ان ينفذ ذلك القضاء من القضاة بل يرده فقد سقطت عدالة المرتشي لان
الله تعالى قال لولا ينهاهم الربانيون والاحبار عن قولهم الاثم واكلهم السحت ● وقال تعالى اكالون للسحت روي عن ابن عباس رضي
الله قال يعني الرشوة وعن مسروق ان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه سئل عن السحت فقال هو الرشا فقال الرجل في الحكم فقال
ذلك عند الله الكفر ثم تلا قوله تعالى ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون ● وذكر شمس الائمة السرخسي في شرح
كتاب ادب القاضي للخصاف حديث ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم ثم قال وروي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الراشي والمرتشي في النار ● وروي عنه انه قال الراشي والمرتشي والرائش ملعون ● ثم قال
والرشوة من الرشا وهو الحبل الذي لا يتوصل الى استقاء الماء الا به فكذلك الانسان اذا كان لا يتوصل الى مقصوده الحرام فانه يرشو ليتوصل
الى ذلك المقصود ● والراشي المعطي والمرتشي الآخذ والرائش الذي يسعى بينهما يستوي امره ● وهذا لان الله تعالى ذم اليهود
على الرشوة بقوله تعالى سماعون للكذب اكالون للسحت كما ذمهم على الربا بقوله تعالى واخذهم الربا وقد نهوا عنه فكانت الرشوة
بمنزلة الربا وذلك حرام محض فكذلك الرشوة ● ولا يخلو اما ان يرشو لانه يخوفه ويهدده فيعطيه الرشوة ليدفع الخوف
عن نفسه او يرشو ليسوي امره فيما بينه وبين السلطان ويسعى في ذلك الباب او يرشو ليقلده القضاء من السلطان او يرشو
القاضي ليقضي له ● اما الاول فانه اذا كان يرشو ليدفع الخوف عن نفسه فانه لا يحل للآخذ ان يأخذ لان الكف عن التخويف والتهديد
واجب عليه بدين الاسلام فلا يحل له ان يأخذ المال على ذلك فان اخذ المال لاقامة ما هو واجب الاقامة بدون المال يكون
حراما ● واما المعطي فيحل له الاعطا لانه خاف منه وجعل المال وقاية لنفسه وهو موافق للرخصة الا ترى الى ما روي عن بعض
الصحابة رضوان الله عليهم انه قال ما وجدنا في زمن زياد شيئا خيرا من المال كنا ندفع به عن ديننا وانفسنا يدل انه يحل له ان يبذل
المال دفعا للخوف عن نفسه ● واما الثاني اذا رشاه ليسوي امره فيما بينه وبين السلطان ويسوي امره بين يدي السلطان لا يحل له الاخذ
لان القيام بمعونة المسلمين واجب بدون المال فهو اخذ المال لاقامة ما وجب بدون المال فلا يحل له اخذ المال والحيلة في ذلك
ان يقول ذلك الرجل له استاجرتك يوما الى الليل ببدل معلوم فيستاجره فيكون صحيحا ● ثم ان المستاجر بالخيار ان شا استعمله في
ذلك العمل وان شا استعمله في عمل آخر ● وان رشا السلطان ليقلده القضا فالراشي والمرتشي في النار الا ترى الى ما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انا لا نقلد العمل من يطلبنا عليه بالشفعا فاذا كان لا يقلد من يطلب فكيف يقلد من يرشو ● وهذا لانه اذا رشا
ليأخذ من اموال الناس عوضه فيحرم الاخذ والاعطا ● واما الفصل الاخير اذا ارتشى القاضي ليقضي له فهذا لا يخلو اما ان يكون
القضاء بالجور او بالحق فان كان القضا بالجور فحرمة المال لوجهين احدهما لانه رشوة فيكون حراما ● والثاني لانه سبب القضا
بالجور وان كان القضا بالحق فالحرمة لمعنى واحد وهو ان القضا واجب عليه بدون المال فاذا اخذ عليه المال فهو اخذ المال
على العبادة او على اقامة الفريضة فيكون حراما ولا ينفذ القضا الذي ارتشى فيه وحكمه في ذلك يكون باطلا ● فاما قضاياه
بعد ذلك فهل تنفذ للناس فيه كلام والصحيح من المذهب عندنا انه ينفذ قضاياه بعد ذلك كذا في شرح ادب القاضي ● واما
الشرط الثاني وهو كون القاضي من اهل الاجتهاد فذلك شرط الاولوية عندنا لا شرط الجواز وهو الصحيح ● وقيل شرط الجواز
واليه مال صاحب شرح الاقطع ● وقال في وجيزه لا بد للقاضي من صفات وهو ان يكون ذكرا حرا مجتهدا بصيرا عدلا فلا
يجوز قضا المراة والاعمى والصبي والفاسق والجاهل والمقلد الى هنا لفظ الوجيز ● وقال صدر الاسلام البزدوي في اصوله
اجمع العلما والفقها ان المفتي يجب ان يكون من اهل الاجتهاد ولا يحل له ان يفتي الا بطريق الحكاية فيحكي ما يحفظ من اقوال الفقها
ولا يحل له ان يفتي بما لا يحفظ فيه قولا من اقوال المتقدمين الى هنا لفظ صدر الاسلام ● وقد ذكر محمد في الاصل ان المقلد
لا يجوز ان يكون قاضيا ● وذكر الخصاف ما يدل على جوازه لانه قال القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له راي فان لم يكن
له راي وسال فقيها اخذ بقوله ● وجه قول الشافعي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم حين بعث معاذا الى اليمن قال له بم
تقضي قال بكتاب الله ● قال فان لم تجد قال بسنة رسول الله قال فان لم تجد قال اجتهد رايي فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى به رسول الله ● ولانه اذا لم يكن مجتهدا يجوز ان يقع حكمه بخلاف النص او
الاجماع فلا يجوز ● ولان القضا يستدعي القدرة ولا قدرة بدون العلم ● واما لم يذكر معاذ الاجماع حين ساله رسول
الله عن الحكم لانه لم يكن اجماع للصحابة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ● ولنا ان المقصود من القضا تنفيذ الاحكام وايصال
الحق الى مستحقه ● وهذا المعنى يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره كما يحصل من المجتهد ما ذكر احمد بن حنبل في مسنده عن علي رضي
الله عنه قال انفذني رسول الله الى اليمن وانا حديث السن فقلت تنفذني الى قوم يكون بينهم احداث ولا علم لي بالقضا فقال
ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك ● وروى صاحب السنن باسناده الى علي قال
بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله ترسلني وانا حديث السن ولا علم لي بالقضا فقال ان الله
سيهدي قلبك ويثبت لسانك فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقض حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الاول فانه احرى ان يتبين
لك القضا قال فما زلت قاضيا او ما شككت في قضا بعد فعلم ان الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا رضي الله عنه لم يكن من اهل
الاجتهاد ولا يقال كيف لا يصلح ان يكون مفتيا لا يصلح ان يكون قاضيا كالفاسق لان المفتي يجوز له ان يفتي بالسماع عن غيره
بطريق الحكاية فكذلك القاضي يقضي بفتوى غيره لا براية ● وقضا المراة يجوز فيما تسمع شهادتها فيه خلافا للشافعي لان المقصود
وهو تنفيذ الاحكام وانصاف المظلوم من الظالم حاصل بخلاف قضائها في الحدود والقصاص لان شهادتها لا تجوز فكذا قضاؤها

ثم الاجتهاد وهو بذل المجهود لنيل المقصود وشرط صيرورة المرء مجتهدا ان يكون عالما بالنصوص من الكتاب والسنة مما
يتعلق به الاحكام الشرعية ولا يشترط ان يكون عالما بجميع ما في الكتاب والسنة وهذا عزيمة والرخصة في ذلك ان يكون عالما
بحكم تلك الحادثة الواقعة من النصوص التي تتعلق بها الاحكام ● ويشترط ايضا ان يكون عالما بوجوه العمل بالكتاب والسنة و
الاجماع على ما عرف في اصول الفقه واذا بلغ الرجل هذا الحد يصير مجتهدا ويجب عليه العمل باجتهاده ويحرم عليه تقليد غيره
كذا في الميزان ● وقال صدر الاسلام البزدوي في اصوله واهل الاجتهاد من يكون عالما بالكتاب ناسخه ومنسوخه وعالما
بالسنن ناسخها ومنسوخها وعالما بمعاني الكتاب والسنن التي هي اقيسة والى هذا اشار محمد في كتاب الحدود ● وبعضهم قالوا
يجب ايضا ان يكون عالما بعرف بلده وكلامهم ولغتهم من الصريح والكناية ● والصحيح ان اهل الاجتهاد في مسايل الفقه من
يكون عالما بادلة الفقه وهي الكتاب والسنة والاجماع والقياس الى هنا لفظ صدر الاسلام ● وقال الاستروشني في فصوله
قال بعضهم اذا كان صوابه اكثر من خطاه حل له الاجتهاد هذا لفظ الفصول ● وروي عن مالك انه سئل اربعين مسالة فقال في
ست وثلاثين منها لا ادري ● وقال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي وينبغي ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه او
صاحب فقه له بصر ومعرفة في باب الحديث والتفاوت بين العبارتين ان الاول مشتهر بالحديث وله فقه ايضا ● والثاني
مشتهر بالفقه وله بصر بالحديث ايضا ● وقال النسفي في اصوله قال بعض اصحابنا اذا كان عالما في مسالة لم يعرف حقيقتها ولا يخفى عليه
وجهها يكون من اهل الاجتهاد في تلك المسالة ● ثم اذا استجمع اهلية الشهادة والاجتهاد في واحد هل له ان يتقلد القضا قال
خلاصة الفتاوى فيه اربعة اقوال قال بعضهم يجوز وقال بعضهم لا باس به ● وقال بعضهم وعليه عامة المشايخ ان التقليد
رخصة والترك عزيمة ● وروى الحسن عن ابي يوسف ومحمد اذا قلد من غير مسالة لا باس به وان سال يكره وهذا ذكر في المنتقى الى هنا
لفظ خلاصة الفتاوى ● وذكر الفقيه ابو الليث في العيون عن الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال لا ينبغي لاحد ان
يطلب القضا ولا يتعرض له فان فعل فهو مسيء ● وقال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف انه قال دخل في القضا
قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلح واسلم لدينه لانه يلتزم بالقضا لانه يقضي بحق ولا يدري ايعدل
على الزمانة او لا يعدل وفي ترك الدخول فيه صيانة نفسه ● وهذا اذا كان في البلد غيره من يصلح للقضا ● فاما اذا لم يكن
غيره في البلد من يصلح للقضا فانه يدخل في القضا ● فان كان في البلد قوم يصلحون للقضا فامتنع كل واحد منهم عن الشروع في
القضا فكلهم ياثمون اذا كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم ● فاما اذا كان السلطان يفصل بنفسه فامتنعوا جميعا لا ياثمون ولو
امتنع الكل حتى قلد جاهلا فانهم مشتركون في الاثم لانه يؤدي الى تضييع احكام الله تعالى كذا في شرح ادب القاضي **قوله**
في المولي اسم الفاعل من التولية **قوله** يستفي من حكم الشهادة اي يؤخذ ويستفاد منه **قوله** لا ينبغي ان يقلد
اي الفاسق لانه لا يؤتمن على امر الدين **قوله** ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا
هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا اراد بغيره الزنا وشرب الخمر ونحو ذلك من المعاصي ● واراد بالمشايخ علما بخارا وسمرقند قال
ابو حفص الاستروشني في الفصول وكون القاضي عدلا ليس بشرط ايضا حتى قال اصحابنا ان الفاسق يصلح ان يكون قاضيا والعدالة
شرط الاولوية في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر شرط لصحة التقليد ● ولو قلد وهو عدل ثم فسق يستحق العزل ولكن
لا ينعزل وبه اخذ عامة المشايخ ● ويجب على السلطان ان يعزله الى هنا لفظ الفصول **قوله** وهل يصلح مفتيا فيه
اختلاف المشايخ وقد مر مثل هذا **قوله** واما الثاني اي الشرط الثاني في المولى وهو شرط الاجتهاد وقد مر بيانه ايضا
قوله وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه اي في اصول الفقه لفخر الاسلام وغيره في باب معرفة احوال المجتهدين
قوله وان يكون صاحب قريحة ● قال صاحب الجمهرة القريحة خالص الطبيعة ومنه اشتقاق القراح وهو الخالص الذي لم
يمزج بغيره من السمن وغيره ● وقال في تهذيب الديوان قريحة البير اول مائها والقريحة الطبيعة ● وقال في المجمل القريحة
اول ما يستنبط من البير ولذلك قيل لفلان قريحة جيدة يراد استنباط العلم ● وقال في الصحاح كما في المجمل قال المطرزي في
الايضاح القريحة في الاصل اول ما يستنبط من البير وهي فعيلة بمعنى مفعولة اسما للبير من قرحها اذا احتفرها ثم سموا المناسبة للملاءمة
بينهما ● ثم قالوا فلان حسن القريحة اذا ابتدع شعرا او خطبة اجاد فاستعاروها للطبع وهو من مستعار المجاز لان اصل القرح هو
الجرح والشق ومنه القارح وهو الفرس الذي شق نابه اي شق ● وقال النسفي في اصوله قال بعضهم اهل الاجتهاد من كان عالما
بالكتاب والسنة واقاويل معانيها فهو من اهل الاجتهاد ● وقال بعضهم اهل الاجتهاد من كان مع علم الجملة عرف الناس وعادات عصره
الا ان هذا ليس بقوي لانه شرط زايد لا حاجة الى اشتراطه فان من عرف كتاب الله وسنن رسوله وعرف ناسخه ومنسوخه و
وقف على ما به يمكنه الاجتهاد ● كذا قال النسفي في كتاب الاصول **قوله** عليها اي على عادات الناس **قوله**
قال ولا باس بالدخول في القضا لمن يثق بنفسه ان يؤدي فرضه اي قال القدوري في مختصره والاصل فيه قوله تعالى يا داود
انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ● وقال تعالى لنبينا صلى الله عليه وسلم انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس
ولان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقضي بين الناس وولى اصحابه القضا وانفذهم الى النواحي ● وقد روينا قبل هذا ان النبي صلى الله
عليه وسلم بعث عليا قاضيا الى اليمن ● وكان الخلفا الراشدون يفصلون بين الناس ولان القضا امر بالمعروف ونهي عن المنكر
والامر بالمعروف واجب وبعض السلف انما كرهوا الدخول في القضا لخوفهم على انفسهم من العجز عن القيام بحق القضا فلو لم يجز
الشروع فيه لم يول رسول الله صلى الله عليه وسلم اصحابه القضا ولم يقض بنفسه ولكن مع هذا ترك الدخول اسلم لدينه كما مر بيانه

قوله قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف • وذلك لقوله عليه السلام القضاة ثلاثة قاضيان
في النار وقاض في الجنة • ولقوله عليه السلام من ولي القضا فكأنما ذبح بغير سكين فلاجل هذا الوعيد كره الدخول فيه لمن لا
يأمن على نفسه ان يحيف ويجور على الناس • وان كان القضا في نفسه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف • وقد قال صاحب الهداية
الصحيح ان الدخول فيه رخصة والترك عزيمة • وجملة القول فيه بيناها قبل هذا نقلا عن شرح ادب القاضي وخلاصة الفتاوى
والحيف الجور والظلم من حاف عليه يحيف حيفا **قوله** كيلا يصير شرطا اي كيلا يصير الدخول في القضا **قوله** فحينئذ
يفترض عليه التقليد يعني اذا كان واحد من اهل المدينة يتعين للقضا لعلمه وعفافه يفترض عليه طلب القضا وقبوله حتى لا يضيع
حقوق الناس فاذا امتنع هو وقلد الجاهل او الفاسق ياثم هو لامتناعه وقد مر ذلك وهذا كصلاة الجنازة فان الواحد اذا تعين
لا قائم بها يفترض عليه عينا **قوله** وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسالها هذا لفظ القدوري في مختصره اي لا يطلب
ولاية القضا بقلبه ولا يسالها بلسانه • وذلك لما روى عيسى الترمذي في جامعه باسناده الى انس بن مالك رضي الله عنه قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سال القضا وكل الى نفسه ومن اجبر عليه ينزل عليه ملك يسدده • وروي ايضا باسناده
الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ولي القضا او جعل قاضيا بين الناس فقد ذبح بغير سكين • وروي في
السنن باسناده الى انس بن مالك رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من طلب القضا واستعان عليه وكل
اليه ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه انزل الله ملكا يسدده • وروى صاحب السنن ايضا باسناده الى ابي موسى قال قال النبي صلى الله
عليه وسلم لن نستعمل او لا نستعمل على عملنا من اراده • وحديث البخاري في الصحيح باسناده الى عبد الرحمن بن سمرة قال قال النبي صلى
الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسال الامارة فانك ان اوتيتها عن مسالة وكلت اليها وان اوتيتها عن غير مسالة اعنت عليها ولان
الظاهر من حال من يطلب القضا انه يطلبه للدنيا وحظ النفس • وطلب الدنيا وحظ النفس منهي عنه بخلاف من اكره على القضا
حيث لا يوجد هذا المعنى **قوله** وكل الى نفسه على صيغة المبني للمفعول بتخفيف الكاف اي فوض امره اليها ومن فوض امره الى
نفسه كان مخذولا غير مرشد الى الصواب لان النفس امارة بالسوء **قوله** ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما
يجوز من العادل ذكر هذا تفريعا على ما تقدم من مسالة القدوري قال في فصول الاستروشني ويجوز تقلد القضاء من السلطان
اما من السلطان العادل فظاهر واما من الجائر فلان الصحابة تقلدوا الاعمال من معاوية بعد ما اظهر الخلاف لعلي والحق كان في
نوبته وتقلدوا من يزيد مع فسقه وجوره والتابعون تقلدوا من الحجاج مع انه كان افسق اهل زمانه الى هنا لفظ الفصول وقال
الامام ابو محمد الناصحي النيسابوري في تهذيب ادب القاضي للخصاف قاضي اهل البغي والخوارج اذا كان منهم فقضى بشيء ثم رفع الى
قاضي اهل العدل لم يجزه وابطله لان الخوارج اذا خرجوا على اهل العدل بالسلاح فانهم يستحلون اموالهم فلا تجوز شهادتهم واذا لم تجز
شهادتهم لم يجز قضاؤهم ايضا • وهذا قول ابراهيم النخعي ولا يعمل على كتابه ايضا لانه لا يجوز قضاؤه فلا يعمل على كتابه • ثم قال
الناصحي قال في الكتاب اي قال الخصاف في ادب القاضي اذا بلغ الامام ان قوما يجمعون ويخرجوا عليه فانه يبادر اليهم فيقتلهم ويرد
شهادتهم من يستحق القتل لا يستعمل يكون قاضيا فلا ينفذ قضاؤه قاضي اهل العدل وان كان قاضي الخوارج من اهل الجماعة والعدل
نفذ قضاؤه • ثم رفع الى قاضي اهل العدل امضاه • ويجوز قضاؤه بين الناس لان شريحا كان يتولى القضا من جهة معاوية ومن بعده من
بني امية وكانوا خارجين على امام الحق ولم يرو عن احد من اهل العدل انه فسخ قضاه وكذلك غير شريح تولوا لهم ولم يرو عن احد من
الائمة نقض قضاياهم فدل على ان القاضي اذا كان عدلا في نفسه لا يضره فسق من ولاه وليس كذلك اذا كان عبدا او كافرا لانه لا يد
له على المسلمين • قال في الفصول اهل البغي هم الخارجون على امام الحق بغير حق بيانه ان المسلمين اذا اجتمعوا على امام وصاروا امنين
به فخرج عليه طائفة من المؤمنين فان فعلوا ذلك لظلم ظلمهم فهم ليسوا من اهل البغي وعليه ان يترك الظلم وينصفهم ولا ينبغي للناس ان
يعينوا الامام عليهم لان فيه اعانة على الظلم ولا ان يعينوا تلك الطائفة على الامام ايضا لان فيه اعانة لهم على خروجهم على
الامام وان لم يكن ذلك لظلم ظلمهم ولكن ادعوا الحق والولاية فقالوا الحق معنا فهم اهل البغي فعلى كل من يقوى على القتال ان
ينصر امام المسلمين على هؤلاء الخارجين لانهم ملعونون على لسان صاحب الشرع لانه قال الفتنة نائمة لعن الله من ايقظها **قوله**
والحق كان بيد علي في نوبته انما قيد بنوبته احترازا عن قول الروافض لعنهم الله فانهم يقولون الحق كان بيد علي رضي الله عنه
في نوبة ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم وهذا مخالف لقول الله تعالى ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير
سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم • وهذا لان خلافتهم انعقد عليها اجماع الصحابة ولم يرو عن علي خلاف ذلك وباقي البيان
يعرف من علم الكلام ان شا الله تعالى **قوله** الا اذا كان لا يمكنه من القضا بحق استثنا من قوله يجوز التقلد من السلطان
الجائر من القضا بحق فحينئذ لا يجوز التقلد منه لان المقصود من القضا وهو تنفيذ الاحكام لا يحصل **قوله** قال ومن قلد
القضا سال ديوان القاضي الذي قبله • اي قال القدوري في مختصره والمراد من ديوان القاضي الخرائط التي فيها السجلات
والصكوك والمحاضر وكتاب نصب الاوصياء والقيم في اموال الوقف وكتاب تقدير النفقات • وانما يساله لان ديوان القاضي
المقصود منه الحجة والوثيقة للناس فيجب ان يجعل في يد من ينظر في امورهم وهو القاضي المولى وهذا لانه يحتاج الى معرفة ما فيه
فكان له اخذه وهذا ظاهر اذا كان البياض الذي كتب عليه السجلات ونحوها من بيت المال وكذا اذا كان من مال الخصوم لانهم
ذلك انما سلموه اليه ليعمل القاضي وقد انتقل العمل الى غيره فيوخذ الديوان منه شا او ابى وكذا اذا كان البياض للقاضي المعزول
لانه وضع عنده لصيانة حقوق الناس تدينا لا تمولا • قالوا ويبعث القاضي المولى رجلين امينين حتى يسالا الخرائط من المعزول

او امينه وذلك لان قول الامنا لا يقبل الى القاضي فاقل من اثنين ويسال الامينان اياه عن شي شي ويجعلان كل ما دفعه
في خريطة على حدة كي لا يشتبه الحال على القاضي المولى ويتيسر الوصول اليه ما اراد وسوال الامينين لكشف الحال لا لالزام
قول القاضي المعزول ملزم اذ هو صار كواحد من الرعايا بالعزل • فاذا قبض الامينان الديوان ختما على ذلك خوفا عن احتمال
الزيادة والنقصان • قال الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف فما كان من القماطر فيها الاقرارات وشهادة الشهود والمحاضر
فيها الاسناد مختومة لانها ليست بحجة اذ القاضي لا يقضي بها لانها انتسخه القاضي الاول من اقرار او شهادة لا يكون حجة عند
القاضي الجديد فيها جملة مختومة وما كان من القماطر فيها حجج الناس من الصكوك والسجلات كتبا شيئا فشيئا ويكتبان قمطر كذا فيه كذا وكذا
صكا باسم فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني يكتب الجميع مفسرا على هذا الوجه وقمطر فيه كذا وكذا صكا باسم
فلان بن فلان الفلاني لان فيه حجج الناس فيجب ان يحتاط فيها فيكتبها مفصلا فهو اسرع وجودا عند الحاجة اليه ويكتبان ذلك
بحضرة القاضي المعزول او بحضرة امينه لانهما يستفسران منه فيكتبان بحضرته او بحضرة امين يقيمه مقام نفسه • وكذلك يكتبان عدد
ضياع الوقوف ومواضعها واسما الامنا الذين للقاضي المعزول لانه يحتاج الى معرفتهم ومعرفة ما في ايديهم فوجب ان يكتب اسماهم
قوله قال وينظر في حال المحبوسين اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فمن اعترف بحق الزمه اياه ومن انكر لم
يقبل قول المعزول عليه الا ببينة يعني ينظر القاضي المولى في حال المحبوسين ويبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتيه باسمائهم ويسال
المحبوسين عن سبب حبسهم • وذلك لان القاضي نصب ناظرا للامور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لانه صار كواحد من الناس
لانه لا ولاية له في الحال فلا ينفذ قوله عليهم غير انه يعرف ما عنده • ثم يسالهم ويجمع بين خصمهم فان اقروا بما يوجب الحبس وطلب
خصمه ذلك حبسهم لان الحق يجب بالاقرار • وقد قال عليه السلام لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته وان عرفهم بالعدالة ردهم الى
الحبس لانه يجب الحكم بشهادة الشهود لقوله تعالى ولا يأب الشهدا اذا ما دعوا فان لم يعرفهم بالعدالة اخذ من المحبوس كفيلا
بنفسه واطلقه الى ان يسال عن الشهود فان عدلوا رده الى الحبس لانه يبتدي القضا الان ولا يبقى ماضي قضاء كما لو شهد
الشهود ابتداء على واحد بحق **قوله** وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كان على فعل نفسه يعني ان قول المعزول
ليس بحجة لانه كواحد من الناس وشهادة الفرد لا تقبل على فعل غيره فاولى ان لا تقبل على فعل نفسه **قوله** فان لم
تقم البينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي وينظر في امره هذا لفظ القدوري في مختصره • وفي بعض نسخ المختصر ويستظهر في امره
قال اهل اللغة الاستظهار الاحتياط • قال ابو محمد الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف فان قال واحد من المحبوسين حبست
بغير حق وان لم يحضر له خصم فان القاضي ينادي اياما فان لم يحضر له خصم اطلقه واخذ منه كفيلا بنفسه لان ظاهر امر القاضي
المعزول انه لم يحبسه الا بحق فلا يطلق في الحال ويتانى فيه • ولان السجان امين في الظاهر والمحبوس في يده فلا يترك في الحال
وينادي اياما من حبس فلان بن فلان الفلاني فليحضر فان لم يحضر خصمه اطلقه لان قول القاضي ناظر يحتاط فاذا راى الاحتياط
ان ياخذ كفيلا فعل لجواز ان يكون له خصم غائب يحضر ويدعي عليه فان قال انا محبوس لفلان وفلان غائب واراد الطالب
اطلاقه وتدعي القاضي الطالب او ارتاب له شهود مستعد واعلمه قال القاضي فيه لانه يجوز ان يكون له خصم اخر فوجب
ان يتانى • فان لم يجد له خصما اخر اطلقه لانه قد احتاط فان لم يقف من امره على حقيقة اخذ منه كفيلا واطلقه لما ذكرنا
ان الناظر يحتاط فان لم يعرف القاضي الطالب ولم يعرف عنه نادى عليه اياما من كان حبس فلان ابن فلان في حبس القاضي
فليحضر ثم ياخذ منه كفيلا ويطلقه لانه يجوز ان يكون يحضر واحدا ويقول هذا حبسني فيحتاط القاضي بهذا النوع من الاحتياط
ويأخذ الكفيل وان قال لا كفيل لي ولا اعطي كفيلا فانه لا يجب عليه ينادي عليه شهرا ثم يتركه لان الحق لم يثبت عليه فلا يلزمه
اعطا الكفيل • وانما طلبه به القاضي احتياطا فاذا لم يعطه وجب عليه ان يحتاط بنوع اخر فينادي عليه شهرا فما ذا ادعى
المدة المطلوعنه كذا قال الامام الناصحي **قوله** لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه اي لم يعجل القاضي باطلاق المحبوس
بل يتانى وينادي على المحبوس اياما في مجلسه من كان يطلب فلان بن فلان الفلاني المحبوس بحق فليحضر **قوله** وينظر
في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل به على ما تقوم به البينة او يعترف به هذا لفظ القدوري في مختصره • وانما ينظر
في الوديعة وارتفاع الوقوف فيعمل به لان القاضي نصب ناظرا في امور الناس يحتاط فيها وانما يعمل على حسب ما تقوم به البينة
او يعترف به من الوديعة في يده لان كل واحد من البينة والاقرار حجة • اما البينة فظاهر لقوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم • وكذا الاقرار لقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق ولان من في يده الوديعة امين والقول قول الامين
من حالهم ما لم يكذبه الظاهر **قوله** ولا يقبل قول المعزول هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان
يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيهما • وفي بعض النسخ الذي هو في يده وانما لم يقبل قول المعزول لانه
بالعزل التحق بالرعايا فصار كواحد من الناس • واليه اشار بقوله لما بينا الا اذا اعترف الذي في يده الوديعة بان القاضي
المعزول سلمها اليه فحينئذ يقبل قول المعزول لانه لما اقر بتسليم المعزول اليه كان معترفا بان يده مستفادة من جهة المعزول
فيقبل قول المعزول في مستحقها كما لو كانت الوديعة في يده فاذا لم يعترف في يده الوديعة بتسليم المعزول لم يقبل قول المعزول
في مستحقها كما لو كانت الوديعة في يده لانه مدع بغير حجة **قوله** الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي اليه استثنا من
قوله فيقبل قوله فيها اي قول المعزول في الوديعة • يعني انما يقبل قول المعزول اذا اعترف من في يده الوديعة بتسليم المعزول اليه
اما اذا بدا ذو اليد بالاقرار لواحد ثم اقر بتسليم القاضي المعزول اليه فقال المعزول هي لفلان اخر يسلم الوديعة الى من اقر له ذو ا

لا الى من اقر له المعزول وبعض ذو اليد لمن اقر له المعزول بعينها وتمام البيان فيه ما قال الامام الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف • وان قال الامين الذي عمل في يده مال قد دفعه الي القاضي ولا ادري لمن هو فقال القاضي هو لفلان صدق فيه لان الامين انكر بانه وصل اليه من قبل القاضي فصار كانه في يده • ولو كان في يده كان القول قوله كذلك هذا وان قال دفعه الي القاضي وهو لفلان فقال القاضي هو لفلان رجل اخر فالقول قول القاضي لانه لما اقر بوصوله اليه من جهة القاضي واليد له فيه قبل اقراره لغيره فصار كما لو كان في يد القاضي • ولو كان في يده فاقر له لواحد واقر هذا به لاخر فالقول قول القاضي كذلك هذا • وان قال الامين هو لفلان وقد دفعه الي القاضي هو لفلان رجل اخر فالقول قول الامين لان ظاهر اليد له اي له اي ان يقر به لغيره فاذا اقر بما في يده في الظاهر لغيره صح الاقرار ووجب الملك للمقر له • فاذا اقر باليد في ملك غيره لغيره لم يصدق • ثم قال الناصحي وذكر ابو علي بن موسى انه يغرم مثله للذي اقر له القاضي لانه اقر بالاخذ من القاضي وقد اتلفه باقراره للاول فيغرم قيمته **قوله** لما بينا اشارة الي قوله لانه بالعزل التحق بالرعايا **قوله** لسبق حقه اي حق المقر له الاول وهو الذي اقر له ذو اليد **قوله** ثم يقر اي ذو اليد **قوله** وقال يجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد اي قال القدوري في مختصره وقال صاحب الهداية والمسجد الجامع اولي لانه اشهر • وقال الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف قال ابو حنيفة ويقضي القاضي في مسجد الجامع لانه ارفق بالناس واجري ان لا يخفي وان قعد مسجد حيه او في بيته فلا باس بذلك • وقال الطحاوي في مختصره لا باس بان يقضي في منزله حيث احب الا ان احسن ذلك ان يقضي حيث الجماعة • وقال في خلاصة الفتاوي والافضل ما يجلس في المسجد الجامع وفي مسجد حيه او بيته لا باس به عندنا • قال الشيخ الامام علي البزدوي هذا اذا كان الجامع ومسجد الحي وبيته وسط البلد • اما اذا كان في طرف من البلد يختار مسجدا وسط البلد الي هنا لفظ الخلاصة • وذلك لئلا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب الي طرف البلد • وقال في المغني يختار مسجد السوق لانه اشهر • وقال في وجيز م ويكره ان يتخذ المسجد مجلسا للقضاء وروي شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي عن مالك ان القاضي اذا كان في المسجد فتقدم اليه الخصمان لا باس بفصل الخصومة فيه وان تعمد الذهاب الي المسجد لفصل الخصومة في المسجد يكره • وقال احمد بن حنبل ويجوز القضاء في المساجد والجوامع من غير كراهة وجه قول الشافعي ما قال في شرح ادب القاضي بان المساجد انما بنيت لاقامة العبادة وذكر الله تعالى • قال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه لا لفصل الخصومات فيكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومات وربما يجري الكذب على لسان احد الخصمين او شهد الشهود بها زور او يقع اليمين الفاجرة وذلك من الكبائر • قال تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور او يقع اليمين الفاجرة وذلك من الكبائر لان اليمين الغموس كبيرة الي ما روي البخاري باسناده الي الشعبي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس فلو جلس القاضي في المسجد كان سببا للاقدام على الكذب • ولان مجلس القضاء تحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول فيه ويحضره المشرك وهو نجس قال تعالى انما المشركون نجس • ولنا ما روي اصحابنا في كتبهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفصل بين الخصوم في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يفصلون الخصومات في المسجد • وكان الكفار يفدون على رسول الله وفدا وهو في المسجد • وروي الخصاف في ادب القاضي باسناده الي هشام بن ابي عبد الله مولي لقريش قال سمعت الحسن يحدث قال اتيت المدينة مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم بالهاجرة فاذا انا بابن عفان قد كوم كومة من الحصا ووضع رداه ثم اتكا فاذا هو برجل حسن الوجه حسن اللحية فاذا هو جنيد فكان من انور الخدري وان الشعر قد غطى ساعديه قال فجاء سقا معه قربة يخاصم رجلا قال فجعل ينظر فيما بينهما ففي هذا دلالة على ان القاضي في سعة على ان ينفذ الحكم في المسجد الجامع • وروي عن الحسن ايضا انه كان يقضي في المسجد وكان قاضي البصرة من جهة عمر بن عبد العزيز • وروي ايضا عن الحسن وزرارة بن ابي اوفى انهما كانا يقضيان في الرحبة خارجا من المسجد • وروي عن يحيى بن يعمر انه كان يقعد في الطريق فيقضي • وعن شريح انه كان يقضي في داره اذا كان يوم مطير • وعن الشعبي انه كان يقضي في المسجد • وعن محارب بن دثار انه كان يقضي في المسجد ويخضب بالسواد • وعن شريح انه كان يقضي في المسجد ايضا • ولان القاضي مامور بالقضاء والقضاء من اشرف الطاعات وافضل العبادات فكان الجلوس في المسجد للقضاء بمنزلة الجلوس للتدريس والفتوي والوعظ وذلك لا باس به فكذا هذا • ولان الجلوس في المسجد مانع من الاقدام على الكذب لا حامل عليه لان الانسان يحترز عن الكذب فيه اكثر مما يحترز في غيره الا ترى ان الشافعي قال اذا كان الدعوى في العظيم من المال يحلف المدعي عليه في المسجد الحرام بين الركن والمقام لان الانسان يمتنع عن اليمين الكاذبة في هذه المواضع • ونجاسة المشركين في اعتقاده لا على ظاهر بدنه ولا يصيب الارض منه شي • والحائض مسلمة تعتقد حرمة الدخول في المسجد فالظاهر انها تخبر بحالها فيخرج القاضي او ياتيه اليها الي باب المسجد كما اذا كانت الدعوي في الدابة • قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي وقد ذكر في السير الكبير ان المشرك يمنع من دخول المسجد عملا بقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام • وذكر في الجامع الصغير ان الكافر لا يمنع من دخول المسجد • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وابو سفيان بن حرب دخل المسجد الحرام عام الحديبية والاية وردت في الطواف بالبيت يعني ان الكفار كانوا يطوفون بالبيت عراة ويتلوثون بالفواحش فنهاهم الله تعالى لاجل ذلك لا لاجل الدخول نفسه • وقال الناصحي في تهذيب ادب القاضي كان شريح يقضي في المسجد وكذلك الحسن والشعبي **قوله** ولو جلس في داره لا باس به كرهذا تفريعا على ما تقدم • قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي وان اختار الجلوس في مسجد حيه لا باس وان اختار ان يجلس في داره فله ذلك بشرط ان لا يمنع احدا من الدخو

بجلسه لان لكل احد احتياجا في مجلسه وعلى هذا من كان يجلسه ان لو كان في المسجد حتى يكون ابعد من التهمة يعني من تهمة الظلم والرشوة • وقال الطحاوي في مختصره ولا ينبغي له ان وقال الناصحي في تهذيب ادب القاضي روي ان شريحا اذا كان يوم مطير قضي في داره يقضي وهو يمشي او يسير **قوله** ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته هذا لفظ القدوري في مختصره • واما الرسول القاضي هدية لما روي البخاري باسناده الي عروة بن الزبير عن ابي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا اهدي لي • قال عليه السلام فهلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر ايهدى له ام لا • وقال البخاري ايضا في الصحيح قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره في باب الهدية • وقال الناصحي في تهذيب ادب القاضي روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث ابن رواحة الي اهل خيبر اهدوا اليه فرده وقال هو سحت وعن مسروق • قال القاضي اذا اخذ الهدية فقد اكل السحت • واذا اخذ الرشوة فقد بلغت به الكفر • اما جواز قبول الهدية من ذي رحم محرم او من رجل بينه وبين القاضي مهاداة قبل القضاء فلان الاول صلة والثاني جري على العادة فلا يكون الا ان يزيد على ما قبل القضاء والا ان يقع لذي رحم محرم خصومة مع اخر فيكره الهدية حينئذ لانه للحكم فلا يحل • والحاصل هنا ما قال شمس الائمة السرخسي في ادب القاضي للخصاف اذا اهدي الي القاضي هدية ان علم القاضي ان له خصومة لا يقبل لانه لو اخذ فقد اكل بقضائه وذلك حرام وان علم ان لا خصومة له فالافضل له ان لا ياخذ لانه لا يخلو عن الشبهة • وان اخذ لا باس به وان كان بين القاضي وبين ذلك المهدي مهاداة قبل القضاء فاهدي اليه ان كانت الهدية على حسب ما كان عليه قبل القضاء فانه لا باس به وان كان زيادة على تلك الزيادة انما كانت لتقلده القضاء فلا ياخذ منه ان الزيادة وان كان بينهما سبب موجب للهدية كالقرابة فلا باس ان يقبل منه ذلك وان لم يكن بينهما سبب موجب للهدية فلا ياخذ • وقال الناصحي فان كانت له خصومة لم يقبل منه هدية ايضا ما دامت له خصومة لانه يدخل عليه التهمة فان قبل منه هدية بعد الخصومة لم تسقط عدالته لانه اهدي اليه حرا على افعاله الاولي لا للحكم فلا تسقط عدالته • وقال في شرح الاقطع والفرق بين الرشوة والهدية هو ان الرشوة ان يعطيه بشرط ان يعينه والهدية ان لا يكون معها شرط **قوله** ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة هذا لفظ القدوري في مختصره • قال الطحاوي في مختصره ولا يجيب الدعوة الخاصة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف • وقال محمد لا باس ان يجيب الدعوة الخاصة للقرابة وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ذكر الطحاوي هذا الاختلاف ولم يذكر الاختلاف في قبول الهدية فانه قال يجوز قبول الهدية من ذي رحم محرم • ثم الدعوة العامة انما يحضرها القاضي اذا لم يكن المضيف احد الخصمين فاذا كان احدهما فلا يحضرها وكذلك عيادة المريض انما يعوده اذا لم يكن خصما فاذا كان فلا لان فيه ايذاء الخصم الاخر وتهمة الميل وقد صرح به في الاسلام في مبسوطه • وجملة القول ما قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف ويجيب الدعوة اذا كانت دعوة العامة لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب الدعوة وكان يقول من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم • وكان الصحابة يجيبون الدعوة ولكن لا يجيب الدعوة الخاصة لانه ياكل بقضائه ولا ينبغي له ان ياكل بقضائه لان الدعوة الخاصة مما يجري فيه الكلام من كل نوع وربما يجري من الخصومات فيتهمه الخصوم في ان القاضي يتكلم بشي من خصومتنا في دار فلان • والفرق ما بين الدعوة الخاصة والعامة قالوا ان كان خمسة نفر او ستة نفر الي عشرة فهي دعوة خاصة فاذا جاوز العشرة فهي دعوة عامة • والصحيح ان صاحب الدعوة ان كان بحال لو علم ان القاضي لا يحضر لا يمتنع من اتخاذ الدعوة فالقاضي يجيب هذه الدعوة فهذه دعوة عامة وان كان بحال لو علم صاحب الدعوة انه لو اتخذ الدعوة لا يحضرها القاضي يمتنع الدعوة ولا يتخذ الدعوة فهذه دعوة خاصة فلا يجيبها القاضي لانه اذا كان صاحب الدعوة يمتنع من اتخاذ الدعوة اذا كان القاضي يمتنع عن الحضور فهذه الدعوة اتخذت للقاضي فلو حضرها القاضي كان اكلا بقضائه ولا ينبغي له ان ياكل بقضائه وان كان يتخذ الدعوة مع علمه ان القاضي لا يحضرها فهذه الدعوة ما كانت لاجل القاضي فاذا حضر لا يكون اكلا بقضائه • وهذا اذا لم يكن بين صاحب الدعوة وبين القاضي قرابة او لم تكن بينهما هذه المباسطة قبل القضاء فاما اذا كان بينهما قرابة او كان بين القاضي وبين صاحب الدعوة هذه المباسطة قبل القضاء في اضافته يجيبه القاضي ويكون ذلك مجازا على السبب الثابت لا على القضاء لان امور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما امكن فلا يكون اكلا بقضائه **قوله** قال ويشهد الجنازة ويعود المريض اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه امر مندوب اليه وليس فيه تهمة ايضا • وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يشهد الجنازة ويعود المرضى وهو مقتدي الحكام قال تعالى لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة **قوله** قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين اي عد من تلك الستة شهود الجنازة وعيادة المريض روي ابو ايوب عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للمسلم على المسلم ست خصال واجبة ان ترك شيا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته وحدث البخاري في الصحيح في باب الامر باتباع الجنائز باسناده الي سعيد بن المسيب ان ابا هريرة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وعيادة المريض واتباع الجنائز واجابة الدعوة وتشميت العاطس **قوله** ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه هذا لفظ القدوري في مختصره وفي بعض النسخ دون صاحبه وذلك لما روي في الشامل وغيره عن علي رضي الله عنه انه قال نهانا رسول الله ان نضيف الخصم الا ان يكون خصمه معه ولان الاضافة والخلوة تورث التهمة **قوله** واذا حضرا سوي بينهما في الجلوس والاقبال هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة

مذاهله لفظ القدوري رحمه الله والمراد من الاقبال تسوية النظر من الجانبين ● وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ● وروي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى ابي موسى عبد
الله بن قيس الاشعري آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك قاله
المبرد في كتابه المسمى بالكامل **قوله** آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك يقول سوّ بينهم وتفسيره احمل بعضهم اسوة
بعض **قوله** اي قال عمر في كتابه حتى لا يطمع شريف في حيفك اي في ميلك معه لشرفه ولان في هذه الاشياء من مسارة احدهم
والاشارة اليه والاقبال عليه تهمة فيجب على القاضي ان لا يفعل شيئا يؤدي الى التهمة ولان في ذلك اعانة لاحد الخصمين
وكسر قلب الآخر ثم الاشارة اما ان تكون بالرأس او بالعين او بالحاجب وكل ذلك منهي شرعا **قوله** ولا يضحك في وجه احدهم
ذكره تفريعا على ما تقدم وكذا قوله ولا يمازحهم ولا واحدا منهم ● قال في التاتارخانية ثم في المبسوط ولو اعتراه هم او نعاس او
جوع او عطش او حاجة حيوانية كف عن القضاء لقوله عليه السلام لا يقضي القاضي حين يقضي وهو غضبان ● ولانه يمنع كل واحد
من هذه المعاني عن القضاء **قوله** قال ويكره تلقين الشاهد اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال يكره ان يلقن الشاهد ● قال فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير وصورته
ان يقول له القاضي اتشهد بكذا وكذا وهذا قول ابي يوسف اولا وهو القياس ثم رجع ابو يوسف عن هذا واستحسن ورخص
في التلقين في غير موضع التهمة كما اذا ترك لفظ الشهادة مثلا ذكر رجوع ابي يوسف في اشارات الاسرار لان القضاء مشروع
لاحياء حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القضاء فكان في تلقينه احياء الحقوق وصح كالاشخاص والتكفيل ولم يكن ذلك
من اعانة احد الخصمين ● بخلاف ما اذا كان التلقين في موضع التهمة حيث يبطل ذلك لانه اعانة مثل ما اذا ادعى الفا وخمسمائة
وشهد الشاهد بالالف والقاضي يلقنه بقوله يحتمل انه ابرأه عن خمسمائة فيلقن الشاهد ذلك ويوفقه فلا يجوز انما قالوا
ان تلقين الشاهد اعانة لاحد الخصمين على الآخر وما دون التلقين مما فيه تهمة الميل حرام على القاضي فالتلقين اولى ان يحرم
وصار كتلقين الخصم فلا يجوز ذلك كذا هذا ● ولان الشاهد اذا شهد بالتلقين كانت الشهادة بالتلقين لا بما يعلم فلا
قال الامين يشهد بالحق وهو يعلمون ● وقوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم ● ولانه اذا لقنه ربما يشهد بخلاف
الشاهد فنظر ما عاين فلا يجوز ان يشهد بخلاف ما عاين **قوله** واستحسنه ابو يوسف رحمه الله
ابي يوسف يدل على ان المصنف اختار قوله **قوله** يتحصر في القضاء والمهلة من بلغ اي يعني قوله
الاستحسان فانحصر من بلد الى بلد ذهب مخصوصا واحتج بعده ● والمراد من الاشخاص الاحد الابد **قوله**
في الحبس لما كان الحبس من انواع حكم القاضي ذكره في فصل على حدة ● اعلم ان الحبس مشروع لقوله تعالى او ينفوا من الارض
والمراد منه الحبس عند بعض اهل التأويل ● وروى صاحب السنن مسندا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لي الواجد
يحل عرضه وعقوبته ● قال عبد الله بن المبارك يحل عرضه يغلظ له وعقوبته اي يحبس له ● وروى صاحب السنن ايضا باسناده الى
معمر عن بهز بن حكيم عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة ● وذكر الخصاف في ادب القاضي عن سلام بن مسكين
ان ناسا من اهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلا فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبسهم ● وروي في التابعين وعن ابن عباس
رضي الله عنهما [illegible]
يبدأ ثم سجنا بالحصى واسانيه ● وهذا دليل على ان الحبس مشروع ومن جهة النظر ان القاضي منصوب لايصال
الحقوق الى مستحقيهم ● فاذا امتنع المطلوب من اداء حق الطالب لم يكن بد للقاضي ان يجبره على اداء الحق للطالب ولا خلاف
بين الناس انه لا يجبره بالضرب فينبغي ان يجبره عليه بالحبس ● والحبس موضع التحبير وهو الدليل والحبس الثاني في الاسلام
والمكيس المنسوب الى الكيس المعروف به وامثاله اي وضعت امثالا بعض الحجارة كذا في الفائق **قوله** قال واذا ثبت
الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه اي قال القدوري في مختصره وذلك لان
الحبس عقوبة لقوله عليه السلام لي الواجد يحل عرضه وعقوبته فالعقوبة لا تجب على احد الا بمعنى يوجد من جهته ولم يوجد
فلا يجب الحبس ● بخلاف ما اذا امتنع عن دفع ما عليه حيث وجد منه الظلم بالمماطلة لقوله عليه السلام مطل الغني ظلم فاستحق
الحبس ● قال صاحب الهداية وهذا اذا ثبت الحق باقراره يعني انما لم يعجل القاضي بحبس الغريم اذا ثبت الدين بالاقرار لانه
لا يتحقق المطل في اول مرة ● بخلاف ما اذا ثبت بالبينة حيث يحبسه لان البينة انما يحتاج اليها عند الجحود وبجحود الحق
يكون ظالما فيستحق الحبس كما ثبت الحق ● قال قاضي خان في شرح الجامع الصغير وعلى قول الخصاف في البينة ايضا لا يحبسه
في اول الوهلة ● وقال الامام ابو محمد الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف ● واذا ثبت المال على المدعى عليه
ببينة او اقرار وطلب المدعي حبسه فان القاضي يأمره ان يخرج اليه من حقه فان لم يفعل واعاده عليه يريد حبسه فان القاضي
يحبسه له الى هنا لفظ الخصاف بعينه في كتابه ● وقال الناصحي وانما قلنا انه يأمره لان الحبس عقوبة فلا يعجل بالعقوبة قبل ان
ان يظهر الامتناع ولانه يعلمه بما يريد ان يمضي عليه اذا لم يرد فلعله يؤدي من غير حبس فيكون احسن كما قلنا في النكول انه
يعلمه بما يريد ان يمضي عليه فان لم يفعل اعاده حبسه لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته
وفي بعض الروايات مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته الى هنا لفظ الناصحي في كتابه ● وقال الصدر الشهيد وهذا مذهبنا
وكان شريح يحبس في الاقرار ايضا احتياطا الا ان الناس قال في الاجناس قال في كتاب كما له الاصل قال ابو حنيفة ينبغي للامام

ان يحبس

ان يحبس في الديون فرضا كان او غصبا او ثمن مبيع او مهرا لكن لا يحبسه في اول ما يتقدم اليه ويقول له قم فارضه
فان عاد اليه حبسه وهو قول ابي يوسف ومحمد ثم يسأل بعد حبسه عن حاله ● ثم الدين اذا ثبت فالقاضي لا يسأل المدعي
الى ان الامام لا بل اذا ثبت الدين يحبسه لكن اذا ثبت الدين بالبينة يحبسه في اول وهلة ● واذا ثبت بالاقرار يحبسه
اذا ظهر تعنته بان اعيد الى المجلس ثانيا ● ولا يسأل المدعي ان له مالا الا اذا ادعى المديون الاعسار وطلب من القاضي ان
يسأل المدعي فان زعم المدعي انه معسر لا يحبسه وان زعم انه موسر وزعم المديون انه معسر ففيه اختلاف المشايخ سنذكره
بعد هذا ان شاء الله تعالى ● وقال الناصحي في تهذيب ادب القاضي قال الخصاف والصواب عندنا ان لا يحبسه حتى يسأل الذي
قال فان احبسه وان قال لا فان للطالب الذي يثبته على ان له مالا حتى يحبسه وهو قول الحسن بن زياد ● ثم قال القاضي
قال الشيخ ابو بكر الجصاص ان الذي ذكره الخصاف انه لا يحبسه حتى يسأل عنه لا نعرفه عن اصحابنا ● والمشهور من مذهبهم
حبسه قبل المسألة عن افلاسه ولا يكلف الطالب اثبات غناه حتى يحبس وانما يحبسه اولا لانه موسر الا في المهر والكفالة لانه
لم يدخل بدله شيء متقوم في ملكه ولا انه يحصل بعقد المداينة والغصب او الوصية بل في الظاهر الى ان يعرف زواله ولم يعرف
زوال الحكم بانه في دين قادر على ادائه ● واما في المهر والكفالة فلم يدخل شيء متقوم في ملكه فلم يحكم بقدرته على ادائه
قال الناصحي قال ابو بكر الجصاص الذي ذكر في الخصاف من الفرق بين المهر والكفالة وسائر الديون لا نعرفه عن اصحابنا الا ان
الزوج والكفيل بالدخول في العقد مقر بقدرته على اداء ما التزمه فصار كسائر الديون في وجوب الحبس به **قوله**
في اول الوهلة يقال لقيته اول وهلة اي اول كل شيء **قوله** قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل
في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة اي قال القدوري في مختصره فان امتنع الغريم عن اداء ما عليه حبسه
القاضي في كل دين وجب عليه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع والقرض او وجب عليه بعقد التزمه كالمهر والكفالة وذلك
انما يحبسه اذا طلب المدعي ذلك الا ترى الى ما قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولا يحبسه عند ثبوت الاقرار
والبينة الا عند طلب المدعي ● وقال شريح يحبسه من غير طلبه والصحيح مذهبنا لان الحبس حق المدعي فلا يستوفى الا عند
طلبه كاليمين قال الشيخ ابو نصر البغدادي هذا الذي ذكره القدوري رواية ابن شجاع انه يحبس في ذلك ولا يقبل قوله في
الاعسار ثم قال وذكر الخصاف عن اصحابنا انه يحبس فيما كان بدلا عن مال حصل في يده خاصة ولا يحبس فيما سوى ذلك والاصل
في ذلك ان الاصل في الانسان الفقر والغنى طارئ فوجب استصحاب الحال حتى يعلم حدوث ما يخالفه وما كان بدلا عن مال
فقد علم حصول الغنى به فسقط حكم الاصل ووجب استصحاب الغنى حتى يعلم زواله فلهذا لم يصدق في الاعسار وصار امتناعه
ظلما فحبس لاجله ● واما ما التزمه بعقد فوجه ما قاله ابن شجاع ان العاقد لا يلتزم بعقد والظاهر انه لا يلتزم الا وهو
قادر على ادائها ● فاذا ادعى الاعسار فقد يريد اسقاطها عن نفسه فلا يقبل قوله ويحبس ● ووجه ما ذكره الخصاف ان الحبس
عقوبة يستحق بالامتناع مع الغنى فلا يجوز اثباتها بالظاهر كسائر العقوبات فلا يقبل ● وحاصل المذهب عندنا ان القاضي لا يسأل
المدعي ان له مالا الا اذا ادعى المديون الاعسار فحينئذ يسأله فان قال المدعي انه معسر خلى سبيله ● وان قال انه موسر
وقال المديون اني معسر ففيه اختلاف المشايخ ● وروى الخصاف ان القول قول المديون لانه متمسك بالاصل لان الفقر اصل
في بني آدم والغنى عارض ● وقيل ان كان الدين وجب عليه بدلا عن مال كثمن متاع او بدل قرض فالقول قول المدعي ● واذا كان
بدلا عما ليس بمال كالمهر ونحوه فالقول قول المدعى عليه ● ونسب الخصاف هذا القول في ادب القاضي الى ابي حنيفة وابي يوسف
لانه اذا كان الدين بدلا عما هو مال فقد عرف دخول شيء في ملكه وقدرته على قضاء الدين فبقي متمسكا بالاصل انه معسر فيكون
القول قوله ● والرواية محفوظة في كتاب العتاق ان احد الشريكين في العبد اذا اعتق بالاصل انه معسر فيكون القول قوله
لان هذا الضمان وجب عليه لا بمقابلة شيء دخل في ملكه ● وقال والرواية محفوظة في كتاب النكاح ان المرأة اذا ادعت
على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج لان السبب الذي
وجب به النفقة دينا في ذمته لم يدخل في ملكه شيء بذلك السبب فبقي متمسكا بالاصل ● وقال الفقيه ابو جعفر الهندواني ان
كان الدين لزمه بمباشرة العقد فالقول للمدعي وان كان الدين لزمه حكما لا بمباشرة العقد فالقول للمديون فان الدين في
لزمه بمباشرته فالظاهر من حال الانسان انه لا يشرع في امر لا يقدر عليه ولا يمكنه الوفاء به فيكون ذلك دليلا على انه قادر
على القضاء ● فاذا ادعى انه عاجز لا يقبل قوله ● فاما اذا كان الدين لزمه حكما لا بمباشرة عقد من جهته فلم يوجد دلالة
على انه قادر على قضاء الدين فكان القول قوله في مسألة العتاق ومسألة النفقة بسبب النكاح لان ذلك ليس بدين بل هو صلة
فان النفقة تسقط بالموت ● ومن العلماء من قال يحكم فيه الزي ان يرى زي الفقراء كان القول قول المديون وان يرى زي
الاغنياء كان القول قول الطالب لان ذلك علامة ودليل الا في حق العلوية والفقهاء فانهم يتكلفون في لباسهم حتى لا يذهب
ماء وجههم مع حاجتهم فلا يكون الزي دليلا وعلما على اليسار فيهم ● فان كان على المطلوب زي الفقراء وادعى الطالب
انه غني وقد كان عليه زي الاغنياء قبل ان يحضر مجلس القاضي فان القاضي يسأله البينة ان اقام البينة على انه اذا كان
عليه زي الاغنياء قبل ذلك تسمع منه البينة ويجعل القول قوله ● وان لم يكن اقامة البينة يحكم زيه في الحال ويجعل القول
قول المطلوب كذا في شرح ادب القاضي **قوله** والمراد بالمهر معجله دون مؤجله وذلك لان العادة جارية
بتسليم المعجل فكان الاقدام على النكاح دليلا على القدرة والرضا بالمعجل فلا يقبل قوله انه معسر ● قال فخر الاسلام البزدوي

هذا في المعجل • فاما اذا طلبت المرأة المؤجل في المهر بعدما حل فان القول قول الزوج في عسرته لانه لا دلالة فيهما على القدرة منه على ادائه • فاما في النفقة فان القول قول الزوج في انه معسر في نفقة الزوجة **قوله** ثم قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا اي قال القدوري في مختصره لا يحبس القاضي الغريم اذا قال اني فقير في غير ما وجب عليه بدلا عن مال او التزمه بعقد الا اذا اثبت المدعي ان له مالا فحينئذ يحبسه وانما لا يحبسه فيما سوى ذلك من بدل الغصب وارش الجناية ونفقة الزوجات لان الاصل في بني آدم هو الفقر ولم يوجد دليل الغنى فلم يستحق الحبس الذي هو العقوبة لعدم الظلم بخلاف ما اذا اثبت بالبينة ان له مالا حيث يحبسه لوجود الظلم • قال عليه السلام مطل الغني ظلم • اما اذا اقام المدعي البينة على اليسار واقام المدعى عليه البينة على الاعسار فالبينة بينة المدعي كذا في الذخيرة لانهم شهدوا بامر لم تعرفه شهود المديون **قوله** ويروى ان القول لمن عليه الدين الا فيما بدله مال يعني ان القول فيما بدله مال للمدعي ونسب الخصاف هذا القول الى ابي حنيفة وابي يوسف وقد مر بيانه **قوله** والمسئلتان يريدان القولين الاخرين • واراد بالمسئلتين مسئلة النفقة ومسئلة اعتاق العبد المشترك فيهما القول قول الزوج والمعتق في الاعسار • واراد بالقولين الاخرين قوله ويروى ان القول لمن عليه الدين في جميع ذلك وقوله ويروى ان القول له الا فيما بدله مال **قوله** والتخريج على ما قال في الكتاب اي تخريج مسئلة الانفاق والاعتاق على ما قال في مختصر القدوري حيث جعل القول قول المدعي في كل دين التزمه بعقد ومع وجود الالتزام لم يكن القول للمدعي في المسئلتين • فاجاب عنه وقال ان النفقة ليست بدين مطلق بل هو صلة يسقط بالموت فلو كان دينا مطلقا لم يسقط الا بالاداء او بالابراء وكذلك الاعتاق فان المريض اذا اعتق في مرض موته عبدا مستغرقا كما لا يجب عليه الضمان عند ابي حنيفة فاذا لم يكن دينا مطلقا لم يستدل بوجوبه وثبوته على انه قادر على القضاء بخلاف الديون المطلقة فانه لما التزمها دل ذلك على انه قادر على القضاء فاذا ادعى العجز بعد ذلك لا يسمع **قوله** او يثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول المديون اي في غير ما وجب بدلا عن مال او التزمه بعقد كما في بدل الغصب وارش الجناية **قوله** يحبسه شهرين او ثلاثة هذا رواية محمد عن ابي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة • وروى الحسن عن ابي حنيفة ان التقدير فيه باربعة اشهر على قياس مدة الايلاء • وذكر الطحاوي ان التقدير فيه بشهر لان ما زاد على الشهر في حكم الآجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار هو ادنى الآجل واقصى الآجل لا غاية له فقدره بشهر واحد هكذا ذكر اختلاف الرواية شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي ثم قال فيه والحاصل انه ليس فيه تقدير موقت معتمد لازم بل الامر مفوض الى رأي القاضي فان رأى بعد اربعة اشهر ووقع له انه متعنت يستديم حبسه وان كان دون ذلك بان كان شهرين او شهرا او دونه ووقع انه عاجز لا مال له اطلقه من الحبس وقال الصدر الشهيد في شرحه لادب القاضي قال شمس الائمة الحلواني ما قاله الطحاوي ارفق الاقاويل • وقال الناطفي في تهذيب ادب القاضي قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد يحبسه شهرين او ثلاثة • وعلى رواية محمد تقديره اربعة اشهر وعلى رواية الحسن ستة اشهر • ثم قال وهو موقوف على رأي القاضي • وقال في شرح الاقطع وفي رواية الحسن ما بين اربعة اشهر الى ستة اشهر ثم قال والتقدير في هذا غير معتبر وهو مردود الى رأي القاضي • وقال في شرح الاقطع وفي رواية الحسن ما بين اربعة اشهر الى ستة اشهر ثم قال والتقدير في هذا غير معتبر وهو مردود الى رأي القاضي والمقصود بالحبس ان يضجر فيظهر ماله ان كان له مال وهذا امر يختلف باختلاف الناس فيوقف على اجتهاد القاضي فيه • وقال في خلاصة الفتاوى وفي رواية الطحاوي ستة اشهر وفيه نظر **قوله** ثم يسأل عنه اي يسأل القاضي بعد الحبس عن حال المحبوس جيرانه واهل الخبرة به انه موسر او معسر • قال الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع الصغير فاذا شهد عنده شاهدان من اهل الشهادة انه موسر قادر على قضاء الدين ابد الحبس لظلمه وان قالا انه معسر ضيق الحال خلى سبيله اطلقه لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة • فان رأى القاضي ان يسأل قبل انقضاء الحبس فله ذلك • ثم البينة على الافلاس تقبل بعد حبسه بالاجماع • اما اذا اقامت البينة على اعساره وافلاسه قبل الحبس ففيه روايتان في احد الروايتين تقبل وبه كان يفتي الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل وفي رواية اخرى لا تقبل ما لم يحبس وعليه عامة المشايخ • واليه ذهب شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي وهو الاصح **قوله** ليستبرئ حاله اي ليستبرئ حال الناس و ظهور ماله لو كان **قوله** ويروى غير ذلك اي غير الشهرين او الثلاثة **قوله** لاختلاف احوال الناس فيه اي في الحبس لان بعض الناس يضجر بالحبس في مدة قليلة ما لا يضجر الآخر في مدة كثيرة فكان الرأي في ذلك الى القاضي **قوله** فان لم يظهر له مال خلى سبيله هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يحول بينه وبين غرمائه قال صاحب الهداية يعني بعد مضي المدة اي خلى سبيله بعد مضي المدة التي رآها القاضي او اختارها على ما اختار بعض المشايخ كالشهر ونحو ذلك والمفهوم من كلام صاحب الهداية اعني من قوله بعد مضي المدة انه لا يخليه ما لم تمض المدة وبعض ذلك فان اصحابنا ذكروا في شرح ادب القاضي وقالوا واذا ثبت اعساره اخرجه من الحبس لان الله تعالى قال وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة • وقال الله عز وجل لا يكلف الله نفسا الا وسعها • ثم اذا خلى سبيله بعد ثبوت افلاسه هل يمنع القاضي صاحب الحق عن ملازمته ام لا • وعلى ظاهر الرواية لا يمنع • وقال الناطفي في تهذيب ادب القاضي قال ابن كاس في ادب القاضي قال ابو يوسف ومحمد اذا صح انه معسر فلا سبيل الى لزومه • وقال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي

للخصاف

للخصاف وعلى قول اسمعيل بن حماد ليس للمدعي ان يلازمه ولكن يأخذ المدعي من الخصم كفيلا لان المال غاد ورائح وربما يظهر له مال فلو لم يأخذ منه كفيلا يفوت ذلك المال ويخرج من بين يديه فلا يتوصل المدعي الى حقه كما في الابتداء فانه يلازمه كذلك هنا يطالبه بالكفيل فان ابى يلازمه • وجه قول ابي يوسف ومحمد ان الله تعالى قال فنظرة الى ميسرة • فانه لما لم يقدر لم يلزمه الاداء في الحال فصار كالديون المؤجلة • ووجه الظاهر قوله عليه السلام لصاحب الحق اليد واللسان فسروا اليد بالملازمة واللسان بالتقاضي • ولان ثبوت الاعسار لا يوجب اسقاط الحق على المطلوب • والجواب عما قال اسمعيل ان الغريم لو امتنع من اعطاء الكفيل كان للمدعي ان يلازمه ولو لم يكن له حق الملازمة لم يلازمه اذا امتنع من اعطاء الكفيل كما في الدين المؤجل اذا اجله صاحب الدين لم يكن له ان يلازمه **قوله** وهذا كلام في الملازمة اي قوله ولا يحول بينه وبين غرمائه اي لا يمنعهم القاضي من ملازمة المديون كلام في ان للغرماء ولاية الملازمة للمديون بعد تخليته من الحبس ام لا فيه اختلاف • والمراد من الملازمة الطواف معه اين طاف حتى يأخذ فضل كسبه لا المطالبة وهذا هو الجواب عن احتجاجهما بالآية اعني عن قوله تعالى فنظرة الى ميسرة اي نظرة الى المطالبة **قوله** وسنذكره في كتاب الحجر اي في باب الحجر بسبب الدين عند قوله ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من البيع والتصرف والسفر الى قوله وقالا اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين الغرماء الا ان يقيموا البينة ان له مالا **قوله** وفي الجامع الصغير رجل اقر بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسأل عنه • وانما ذكر رواية الجامع الصغير دفعا لوهم التناقض بين روايته ورواية القدوري • وهذا لانه روي لفظ القدوري في اول الفصل بقوله واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه • ثم قال وهذا اذا ثبت الحق باقراره ولفظ الجامع الصغير يدل على جواز الحبس متصلا بالاقرار وبينهما توهم التناقض فدفع ذلك الوهم بقوله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته يعني مراد محمد فيما اذا ثبت الحق بالاقرار ثم ثبتت المماطلة فترافعا الى القاضي فحينئذ يحبسه لا بمجرد الاقرار فاندفع ذلك الوهم **قوله** والحبس اولا ومدته قد بيناه اي الحبس المذكور اولا قبل السؤال في الجامع الصغير في قوله يحبسه ثم يسأل عنه قد بينا ذلك قبل هذا في رواية القدوري عند قوله يحبسه شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه وبينا مدة الحبس ايضا مع الاختلاف المذكور فيها فلا حاجة الى الاعادة **قوله** قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته اي قال القدوري في مختصره وقال شمس الائمة في شرح كتاب النفقات للخصاف فان فرض لها القاضي فسألت حبسه بذلك لم يحبسه القاضي لان الحبس عقوبة فلا يستحق الا بالظلم ولا يظهر الا بالمنع بعد الوجوب ولم يوجد فان قدمته في اليوم الثاني وطلبت حبسه حبسه القاضي لانه ظهر ظلمه بمنعه وان كان مقدار النفقة يسيرا بان كان درهما او دانقا او رأى القاضي ذلك **قوله** ولا يحبس والد في دين ولده هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا اذا امتنع من الانفاق عليه • وذلك لان الحبس عقوبة والاب لا يستحق العقوبة لاجل ولده كالحدود والقصاص يوضح قوله تعالى ولا تقل لهما اف فانه لما نهى عن التأفيف لما كان حراما لمعنى الاذى كان الحبس حراما بالطريق الاولى لان العقوبة بالحبس في الاذى فوق التأفيف • واما اذا امتنع من الانفاق عليه ولو لم يحبس دفعا للهلاك عن الولد ولانه لا يمكن تداركه الا بالحبس لانه يسقط بمضي الزمان وليس هذا كسائر الديون التي لا تسقط بمضي الزمان ونظير ما قالوا في المرأة اذا امتنعت من الوطء تضرب لانه يفوت بمضي الزمان • ونظير ما قلنا ولا يمكن استدراكه الا بالضرب وتمام الفصل مسئلة ذكرها في الفتاوى الصغرى المحبوس اذا سأل عنه القاضي بعدما مضى زمان فاخبر انه موسر ابد الحبس وان اخبر انه معسر خلى سبيله وخبر الواحد العدل الثقة يكفي والاثنان احوط ولا يشترط لفظة الشهادة ونقلها عن باب الحبس من كتاب شيخ الاسلام خواهر زاده

باب القاضي الى القاضي

لما كان كتاب القاضي الى القاضي من انواع ما يتعلق بالقضاء ذكره في باب على حدة • ولكنه اورده عقيب فصل الحبس لان ذلك يتم بشاهد واحد وهذا يتم باثنين او الواحد يقبل الاثنين **قوله** ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده اي قال القدوري في مختصره واراد بالحقوق الحقوق التي تثبت مع الشبهات ولا يحتاج الى الاشارة اليه وقوله شهد على صيغة المبني للمفعول • والضمير في به راجع الى كتاب القاضي وفي عنده راجع الى القاضي المكتوب اليه قال في الاجناس قال في ادب القاضي الاصل لا يكتب القاضي الى القاضي فيما ينقل ويحول مثل العبد والدابة والثوب ويكتب في العقار ويتم شهادة الشهود على ذلك اذا بين حدودها الاربع • وقال ابو حنيفة لو كتبت في العبد لكتبت في الدابة وفي الحمار وفي هذين لا اكتب فكذلك في العبد وفي جعل الآبق قال ابو يوسف اكتب في العبد وفي الجارية لا يكتب في قولهم • وقال ابو يوسف في ادب القاضي املاء رواية بشر بن الوليد في الجارية تكتب الى هنا لفظ كتاب الاجناس • وقال الصدر الشهيد في شرح ادب القاضي روي عن ابي يوسف في النوادر انه قال يجوز في جميع العروض وبه اخذ مشايخنا المتأخرون • وقال في شرح الطحاوي وقال ابن ابي ليلى يقبل في جميع ذلك اي يقبل كتاب القاضي الى القاضي في المنقول وغيره ثم قال فيه والفتوى على هذا لتعامل الناس • والاصل في جواز قبول القاضي كتاب القاضي الى القاضي ما روى الامام ابو بكر احمد بن عمر الخصاف في ادب القاضي قال حدثنا محمد بن عبد الله قال حدثنا عيسى بن يونس عن عبيدة عن ابراهيم النخعي قال كتاب القاضي الى القاضي جائز • وقال الخصاف حدثنا حميد بن عبد الرحمن عن الحسن بن صالح عن عيسى بن ابي عزة عن عامر الشعبي انه كان يجيز الكتاب المختوم يرد من القاضي • ولان الكتاب يقوم مقام الخطاب بدليل كتاب الله تعالى • وقد كتب رسول الله صلى الله عليه

وسلم الى الملوك وقام مقام الخطاب في اللزوم ولزمنا او امر الله تعالى ● ولو ان قاضيا قال للناس اخبرني هؤلاء الشهود
شهدوا عندي بكذا فانه يقبل ويقضي به اذا كان في موضع ينفذ قضا كل واحد منهما فيه كذلك هذا ● وانما قلنا انه يجوز ان
يسمع البينة مع غيبة المدعى عليه لان القاضي يسمع هذه الشهادة لينقلها الى القاضي الثاني لا للقضاء فجاز مع غيبته كالشهادة
على الشهادة ويجوز مع غيبة المشهود عليه كذلك هذا ● ولان الضرورة داعية الى قبول الكتاب لانه يجوز ان يكون شهود
صاحب الحق في موضع والمدعى عليه في موضع اخر ولا يمكنه الجمع بين الشهود والمدعى عليه فيضيع الحق فلاجل هذه الضرورة جوزنا
كتاب القاضي الى القاضي ● لكن يشترط ان يكون مختوما معنونا في داخله وخارجه مع شرائط اخر نذكرها بعد ● قال الخصاف
في ادب القاضي حدثنا الحكم بن مروان الضرير قال حدثنا الحسن بن صالح بن حي عن عيسى عن الشعبي انه كان يجيز كتاب القاضي اذا جاء
بغير بينة ● وقال الخصاف ايضا حدثنا عبد الله بن محمد قال حدثنا معاذ بن معاذ عن عمر بن ابي زائدة او عمرو قال جاءنا كتاب
من قاضي الكوفة الى اياس بن معاوية فجئت وقد عزل اياس واستقضي الحسن فدفعت كتابي اليه فقبله ولم يسأل البينة عليه ففتحه
ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من اهل البصرة بخمسمائة درهم فقال لرجل يقوم على رأسه اذهب هذا الى زياد فقل
له ارسل الى فلان بن فلان فخذ منه خمسمائة درهم وادفعها الى هذا فذهب فقبل **قوله** بعلم ما فيه اشارة الى قوله فقد
هذه المسائل الحاجة الى اخره **قوله** فان شهدوا واعلم الخصم حكم بالشهادة ليحكم بها المكتوب اليه الى هنا لفظ القدوري
رحمه الله وذلك لان الشهادة لا تصح الا على خصم فاذا كان الخصم حاضرا حكم عليه لوجود الحجة وكتب بحكمه الى القاضي وهذا الكتاب
يسمى سجلا ● واذا لم يكن الخصم حاضرا يسمع الشهادة ولا يحكم بها ويكتب بما سمعه من الشهادة الى القاضي حتى يحكم القاضي المكتوب اليه
بذلك اذا ثبت عنده انه كتاب القاضي الكاتب وهو بمنزلة نقل الشهادة وهذا الكتاب الى القاضي يسمى الكتاب الحكمي لانه
يكتب ليحكم به القاضي المكتوب اليه **قوله** ويختص بشرائط ان يختص وهو ان يكون الكتاب من معلوم الى معلوم في معلوم
لمعلوم على معلوم اعني ان يكون القاضي الكاتب معلوما والقاضي المكتوب اليه معلوما والمدعى به معلوما والمدعي معلوما والمدعى
عليه معلوما **قوله** وعن ابي يوسف انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها اي في العبد دون الامة
فمست الحاجة الى قبول الكتاب في العبد دون الامة **قوله** وعنه انه يقبل فيهما اي في العبد والامة وهي رواية بشر
ابن الوليد وقد مرت انفا **قوله** بشرائط تعرف في موضعه وموضعه في كتاب الاباق من المبسوط واراد بها ان حلية
العبد وصفته ونسبة الذي اخذه ويختم في عنقه واخذ الكفيل ● وحاصله ما قال في شرح الطحاوي واعلم ان كتاب القاضي الى
القاضي في الدين والعين الذي لا يحتاج الى الاشارة اليه كالدار والعقار ● واما المنقول الذي يمكن الاشارة اليه لا يقبل عند
ابي حنيفة ومحمد ● وقال ابو يوسف مثل ذلك الا في العبد الابق فاذا ابق فاخذ في بلد فاقام صاحبه البينة عند القاضي ان عبد
احمر فلان في مصر كذا وشهد الشهود على الحلية فيجب عليه ان يكتب الى ذلك القاضي انه قد شهد الشهود عندي وذكروا ان عبدا
صفته كذا احمر فلان بن فلان وانه لفلان بن فلان ونسبهما الى ابيهما والى جدهما وتقطع الشركة بينه وبين الاخر ويكتب العنوان
في الداخل والخارج اسمه واسم المكتوب اليه ونسبهما والعبرة للداخل لا للخارج ● فاذا جاء الكتاب وشهد الشهود على ذلك يسلم
العبد ويختم في عنقه واخذ منه كفيلا ثم يبعث به الى القاضي الذي كتب اليه حتى يشهد الشهود عليه بعينه عنده ثم يكتب له كتابا
اخر على ذلك الى القاضي الذي كتب اليه اولا فاذا ثبت عنده قبله وقضى به وسلم العبد الى الذي جاء بالكتاب وابرأ الكفيل الى
هنا لفظ شرح الطحاوي ● وهذا الكتاب بهذه الشرائط يكتب كذلك في الامة ايضا على رواية قبول الكتاب في الامة وهو
معنى قوله يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه ● قال في خلاصة الفتاوى ولو كتب اسم القاضي الكاتب ونسبه ولم يكتب اسم
القاضي المكتوب اليه ونسبه ولكن كتب الى من يبلغ كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم لا يجوز وابو يوسف وسع واجاز وعليه
عمل الناس اليوم واجمعوا انه لو كتب اسم المكتوب اليه ونسبه ثم كتب والى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم
جاز فان كل قاض من وصل اليه عمل به ● ولو لم يكتب في الكتاب التاريخ لا يقبله وان كتب فيه تاريخا ينظر هل هو كان قاضيا
في ذلك الوقت ام لا ولا يكتفى بالشهادة اذا لم يكن مكتوبا ● وكذا لو كان كتاب القاضي لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون الكتاب
وكذلك لو شهدوا على اصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لم يعمل به الى هنا لفظ الخلاصة ● وقال في شرح الطحاوي وكتاب
القاضي الى القاضي في حقوق الناس من النكاح والطلاق وغيرهما جائز الا في الحدود والقصاص لان كتاب القاضي الى القاضي
بمنزلة الشهادة على الشهادة والشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص لا تقبل ● وقال في خزانة الفقه ويجوز كتاب
القاضي الى القاضي في المصر او من قاضي مصر الى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي الرستاق الى قاضي مصر وقد كتبت هذه المسائل
تكثيرا للفوائد **قوله** ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين اي قال القدوري في مختصره لا يقبل
القاضي المكتوب اليه الا بحجة تامة وهي شهادة رجلين او رجل وامرأتين ● قال في شرح الطحاوي فاذا جاء كتاب القاضي الى
القاضي فانه لا يقبل حتى يشهد الشهود انه كتابه وخاتمه وانه قرأه عليهم وشهدوا على اسمه ونسبه ثم يقرأ على الشهود بحضرة
من المكتوب له ● وهذا قول ابي حنيفة ومحمد ● وقال ابو يوسف في الامالي اذا لم يكن الكتاب مختوما لم يجز عند ابي
حنيفة سواء شهد الشهود او لم يشهدوا ● وعند ابي يوسف ان شهدوا على ما فيه جاز والا فلا الى هنا لفظ شرح الطحاوي
وقال في شرح الاقطع وقد كان الشعبي يقبل الكتاب من غير شهادة والصحيح ما قلنا لان الخط يشبه الخط فلا يؤمن من
التزوير على القاضي فيحتاط في ذلك بالشهادة ● ولان القاضي لا يعمل بخط نفسه اذا وجده في قمطره وتحت ختمه اذا لم يذكره

فلان لا يعمل بخط غيره بلا حجة اولى فلما كانت الشهادة واجبة قلنا انه حق لا يسقط وهو مما يطلع عليه الرجال يشترط فيه رجلان
او رجل وامرأتان كما في سائر الحقوق **قوله** بخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي اي ورسول المزكي الى
القاضي يعني يقبل فيه بلا اشتراط الحجة ● لان التزكية ليست بملزمة لان الالزام يكون بالشهادة لا بالتزكية ● وانما شرعت التزكية
لرجحان جانب الصدق على جانب الكذب فلا يكون ملزما شيئا ● الا ترى انه لو قضى بدون التزكية جاز وكذا كتاب اهل الحرب ليس بملزم
ولا يشترط الحجة في قبوله لان الامام بالخيار ان شاء اعطى الامان وان شاء لم يعطه وكتاب القاضي ملزم فانه يجب على القاضي ان ينظر وان لم
يكن كذا قال شمس الائمة السرخسي في ادب القاضي **قوله** قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه اي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم ● يعني يجب على القاضي الكاتب ان يقرأ الكتاب على الشهود حتى تقع لهم المعرفة
بما فيه لان علم الشهود بما في الكتاب شرط عند ابي حنيفة ومحمد وحصول العلم لهم بطريقين ● اما بالقراءة عليهم او باخبار ما في الكتاب
ثم يختم الكتاب بحضرة الشهود ويسلم الكتاب الى الشهود ● وهذا رواية القدوري وهو خلاف ما ذكر في ادب القاضي لانه قال
ثم يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعي ● الا ترى الى ما قال الامام الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف وهو لفظ الخصاف
ايضا كتابه ويقرأ الكتاب على الشهود الذين يشهدهم عليه ● ويدفع اليهم نسخة تكون معهم ويختم الكتاب بحضرتهم ويشهدهم
ان هذا كتابه الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا وكذا وهذا خاتمه ● ثم يدفع الكتاب الى الطالب وان قرأ الكتاب عليهم وهم لا يحفظون
ما فيه وليس نسخته معهم ولم يختمه بحضرتهم لم يجز ذلك عند ابي حنيفة ● وقال ابو يوسف يجوز وان لم يقرأ عليهم ولم يشهدهم وانما
فيه ان يشهدوا ان هذا كتابه وخاتمه ويقبله القاضي الثاني الا ترى ان الخلفاء يقبلون كتاب القضاة بغير بينة ● ثم قال الناصحي
وقول محمد مثل قول ابي حنيفة هكذا ذكره ابن كاس في ادب القاضي وابو بكر الرازي ● وقول ابن ابي ليلى مثل قول ابي يوسف وجه
قول ابي حنيفة هكذا ذكره ابن كاس في ادب القاضي رحمه الله انهم يشهدون بما في الكتاب ولا يعلمون فلم يجز قال الله تعالى الا من
شهد بالحق وهم يعلمون ● ولان الحكم متعلق بما في باطن الكتاب فوجب ان يشهدوا بعلمه ● ووجه قول ابي يوسف وابن ابي ليلى
انهم يشهدون على الكتاب والختم وهو معلوم لهم فجازت شهادتهم ولو لم يعلموا ما فيه كما لو شهدوا على صك ولم يعلموا ما
فيه فانه يجوز ● ولان باطن الكتاب موضع سر الحكم ولا يطلعون عليه غيرهم فاذا شهدوا بالكتاب والختم كفى ● قال صاحب الهداية
واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف ● واجمعوا في الشهادة على الصك ان علم ما فيه شرط لصحة الشهادة **قوله** قال
ابو يوسف اخرا ليس من ذلك بشرط اشار بقوله اخرا الى ان قوله الاول مثل قول ابي حنيفة ان علم ما في الكتاب وحفظه والختم
بحضرتهم شرط **قوله** قال واذا وصل الى القاضي لا يقبله الا بحضرة الخصم ● وذلك لان المقصود من سماع الكتاب
وقبول الحكم بما فيه فلا يجوز الحكم بما فيه على غير خصم فيشترط حضور الخصم وليس كذلك سماع القاضي الكاتب شهادة الشهود حيث يجوز
بغير خصم لان المقصود نقل الشهادة لا الحكم فصار كشهود الفرع بشهادة الاصول ● قال في شرح الاقطع قال ابو يوسف يقبله من غير
حضور خصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله ● والحكم يقع بعد ذلك بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم
عند الحكم به ● قال الامام ابو محمد الناصحي النيسابوري في تهذيب ادب القاضي واذا ورد الى القاضي كتاب قاض بحق على رجل
جمع بين الذي جاء بالكتاب وبين خصمه ثم يدعو بالكتاب والشهود الذين يشهدون على الكتاب لان هذه شهادة يقع القضاء بها فلا
تسمع على غير خصم كالشهادة على الشهادة لا تسمع الا على خصم فان شهدوا بان هذا الكتاب فلان وختمه سألهم هل قرأ عليكم الكتاب وختمه
بحضرتكم فان شهدوا على ذلك قبله وان قالوا لم يقرأ علينا ولكن ختمه بحضرتنا لم يقبله ● وكذلك لو قالوا قرأه علينا ولم يختمه
بحضرتنا لم يقبله ● وقال ابو يوسف يقبله في ذلك كله ولو كان العنوان من فلان بن فلان او من ابي فلان الى ابي فلان لم
يقبله لان مجرد الاسم ومجرد الكنية لا يحصل التعريف به فاذا لم يعرف انه المكتوب اليه لم يقبله وليس كذلك الى قاضي بلد كذا لانه
واحد في الاغلب فتعرف بالاضافة الى البلد ولا يلزم ايضا اذا كتب الى قضاة المسلمين فانه يقبل لانه كتب الى كل قاض وههنا كتب
الى واحد وهو مجهول ● وقال ابو يوسف يقبله اذا شهد الشهود انه كتاب فلان القاضي ببلد كذا البلد لا يعرف الكتاب
اليه بقوله الى قاضي بلد كذا ويعرف المكتوب اليه بالاشارة اليه الا ان تكون الكنية مشهورة مثل كنية ابي حنيفة يعني يقبل
حينئذ لان المقصود وهو التعريف يحصل بدون الاسم والنسبة ● قال ابو بكر الرازي في شرح ادب القاضي وكذلك النسبة
الى ابيه مثل عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب لان الغرض منه التعريف وقد حصل ● وذكر ابو علي عن ابي يوسف انه ان كتب
من ابن فلان الى ابن فلان لم يجز وان كان مشهورا مثل ابن ابي ليلى وابن شبرمة ● وذكر ابن كاس في ادب القاضي ذلك في
محمد الى سليمان يجوز ● وفي شرح ادب القاضي لابن كاس الذي شرحه ابو علي السمرقندي ان الكنية لو كانت مشهورة مثل ابي حنيفة
يقبل في رواية ابي سليمان ولا يجوز في سائر الروايات لان الناس يشتركون في الكنى الا ان احدهم يشتهر به فالمكتوب اليه لا
يعرف ان الكاتب هو الذي اشتهر بهذه الكنية او غيره فلا يقبل ● قال محمد بن الحسن لو كان على الكتاب اسماؤهما واسماء ابائهما ولم يكن
ذلك في داخل الكتاب لم يقبله ● وذكر ابو علي قال ابو يوسف اذا اتي بكتاب القاضي الى قاض غيره ● وليس عليه عنوان وهو
مختوم بخاتمه فانه يقبله اذا شهدوا على الكتاب والخاتم ● فان لم يكن داخل الكتاب اسم القاضي واسم المكتوب اليه او كان فيه
اسماؤهما ولم يكن فيه اسماء ابائهما وكتب اسم القاضي ونسبه الى جده في عنوانه ولم يكن داخل الكتاب اسماؤهما وختمه لم يقبله كلام
الناصحي **قوله** لم يقبله الا بحضرة الخصم اي لم ياخذ القاضي المكتوب اليه الكتاب الا بحضرة الخصم وهو المدعى عليه وفي
بعض النسخ لم يمسكه بالكاف من الامساك **قوله** واذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه

الباقي مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه اي قال القدوري في مختصره وهذا الذي
ذكره قول ابي حنيفة ومحمد . وقال ابو يوسف وابن ابي ليلى اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله ولا حاجة الى اعتبار قراءة القاضي
الكتاب على الشهود لانهم لما شهدوا ان الكتاب كتابه والختم ختمه ثبت انه كتاب القاضي الكاتب فاذا قرأه عرف ما فيه . وجه
قولهما ان الشهادة بما في الكتاب فاذا لم يعرف الشهود ما في الكتاب لم تقبل شهادتهم . واما اعتبار الختم بحضرة الشهود فلانه
لا يؤمن ان يزاد فيه فلم يجز ان يشهدوا بالشك على ما مر اشارة الى ما قال قبل هذا . وقال ابو يوسف اخيرا من ذلك ليس
بشرط . والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه **قوله** ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح اي لم يشترط
القدوري في مختصره العدالة لفتح الكتاب لانه قال فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا
وختمه فتحه القاضي ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا فعلم انه لم يشترط العدالة . قال صاحب الهداية والصحيح انه يفض الكتاب
بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف . قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف . واذا شهد الشهود على الكتاب
وعلى ختم القاضي وهو كتاب صحيح فان كان القاضي يعرف الشهود الذين يشهدون على الكتاب بالعدالة فك الخاتم بمحضر من الطالب
والمطلوب ويعمل بما فيه ويتبع . وذلك لانهم لو شهدوا على الحق وقد عرف القاضي العدالة عمل بشهادتهم ايضا ولا يحتاج الى ان
يسأل . وذلك لان السؤال انما يكون لظهور العدالة فاذا كان ظاهر العدالة فلا حاجة الى السؤال في هذا الموضع وان كان
لا يعرفهم بالعدالة لم يفك الخاتم ولكن يسأل عنهم . وذلك لان الفك للخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة
الشهود على الكتاب . ولان العدالة متى لم تظهر احتاج المدعي الى ان يزيد في شهوده وانما يمكنه ان يزيد في شهوده اذا لم
يفك القاضي الخاتم حتى يشهدوا ان هذا خاتم . فاما اذا فك الخاتم لا يمكنهم ان يشهدوا بان هذا خاتم القاضي فلم يكن فيه فائدة وكان
فيه ضرر للمدعي فلا يفك الخاتم ما لم تظهر عدالة الشهود . قال القاضي فان لم يعرفوا قال القاضي زد في شهودك لانه لم يثبت انه
كتاب الحاكم فوجب ان يأتي بشهود آخرين **قوله** وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء لو مات او عزل
او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله ذكر هذا تفريعا على ما تقدم من مسائل القدوري . قال ابو محمد الناصحي في
تهذيب ادب القاضي للخصاف فان لم يصل الكتاب حتى مات القاضي الذي كتب او عزل او عمي او فسق او صار بحال لا يجوز حكمه لم يقبل
المكتوب اليه ذلك الكتاب لانه خرج من ان يكون كما كان في هذه الحال فلا ينفذ الحكم بكتابه كما لو خرج شهود الاصل من ان يكونوا
من اهل الشهادة بفسق او عمى لم تجز الشهادة على شهادتهم كذلك هذا . ولو مات شهود الاصل قبلت الشهادة على شهادتهم . ولو
مات القاضي الكاتب لم يبطل كتابه لان الموت لا يبطل حكم الشهادة بدليل ان الشهود لو ماتوا قبل التعديل ثم عدلوا حكم بتلك الشهادة
والموت يخرج القاضي من القضاء بدليل انه لو سمع الشهادة ثم مات قبل التعديل فعدلوا عند القاضي الثاني لم ينفذ ذلك السماع ولا
فرق بين موته وعزله فاذا لم يقبل بعد العزل لم يقبل بعد الموت **قوله** لو مات المكتوب اليه اي لا يقبله قاض آخر لانه
كتب الى غيره وهو قد مات الا اذا كتب الى قاضي بلد كذا فلان بن فلان الفلاني والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
حينئذ يقبل الكتاب بعد موت قاضي تلك البلدة المكتوب اليه لان غير المكتوب اليه صار تبعا له وهو معلوم بخلاف ما اذا كتب
ابتداء من قاضي كورة كذا فلان بن فلان الفلاني الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث لا يقبل عند ابي حنيفة . وعليه مشايخنا
خلافا لابي يوسف لانه مجهول . ورأيت في كتاب المجرد للحسن بن زياد . وان مات القاضي الذي كتب به اليه لم ينبغ للقاضي ان
يقبل منه الكتاب ولا يسمع منه اذا مات او عزل فان قبل القاضي منه في هذه الوجوه وسمع منه وقضى به كان ذلك خطأ وهو
ما يختلف فيه وينفذ ذلك . وان اختصم فيه الى قاض آخر وقد قضى له انفذه لانه مما يختلف فيه القضاة . ثم قال الحسن وهذا
كله قول ابي حنيفة رضي الله عنه . وقال في شرح الاقطع قال اصحابنا اذا مات القاضي الكاتب او عزل قبل وصول كتابه لم يقبله
المكتوب اليه . وعن ابي يوسف في الاملاء انه يقبل وبه قال الشافعي . وقال فيه ايضا قال ابو حنيفة وزفر اذا انكسر ختم القاضي
لم يقبله المكتوب اليه . وقال ابو يوسف يقبله . وجه قولهما ان كسر الختم يوجب تهمة فيما شهد به الشهود لجواز ان يكون زيد
فيه لم يقبل مع التهمة وهذا اذا لم يحفظوا ما فيه وعلى قول ابي يوسف قد وقعت الشهادة على الكتاب وما فيه يعلم بالقراءة فلم يؤثر
كسر الختم فيه . ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر هشام قال ابو يوسف ان عزل القاضي او مات وهو المكتوب اليه ثم قدم الخصم
الذي عليه المال الى القاضي الذي كتب الكتاب وقد غاب بينته واحتج المكتوب له بكتاب بعلمه قال لا اقضي بذلك عليه لانهم
شهدوا على رجل غائب حتى تحضر بينته ثانية على خصمه وهو حاضر لكن لو كان وصل الكتاب الى القاضي الذي كتب اليه بذلك ثم
كان الكتاب بمنزلة الشهود . وقد كان ابو يوسف ابتلي بهذا مرة **قوله** ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على
وارثه لقيامه مقامه ذكر تفريعا ايضا يعني لو مات الخصم وهو المدعى عليه قبل وصول كتاب القاضي الى القاضي ينفذ القاضي المكتوب
اليه الكتاب على وارث الخصم **قوله** ولا يقبل كتاب القاضي في الحدود والقصاص هذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لان كتابه ينقل شهادة الاصول كما ان شهود الفرع ينقلون شهادة
الاصول . ثم الشهادة على الشهادة لا تجوز في الحدود والقصاص فكذلك كتاب القاضي فيهما لان فيه شبهة البدلية والحدود
والقصاص تسقط بالشبهات . ولان الكتاب قد يزور لان الخط قد يشبه الخط فيتمكن نوع شبهة . وختم الباب بما ذكره الحسن
في المجرد من صورة كتاب القاضي الى القاضي وهو قوله من فلان قاضي كورة كذا الى فلان بن فلان قاضي كورة كذا سلام عليك
فاني احمد اليك الله الذي لا اله الا هو اما بعد فان رجلا اتاني يقال له فلان بن فلان وذكر ان له على رجل في كورة كذا حقا

فاني ان اسمع من بينته واكتب اليك بما يستقر عندي من ذلك فسألته البينة فاتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان وحليتهم و
ونسبتهم فشهدوا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني كذا كذا درهما دينا حالا وسألني ان احلفه ما قبض منها شيئا ولا قبضه له قابض
بوكالة ولا احتال بشيء منها فاحلفته فحلف بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البينة عندي ولا قبضه له وكيل
ولا قبضه له قابض ولا احاله عليه فسألني ان اكتب له اليك بما استقر عندي فكتبت اليك هذا الكتاب واشهدت عليه شهودا انه كتابي
وخاتمي وقرأته على الشهود . قال ثم يطوي الكتاب ويختم عليه ويختم الشهود عليه فهو اوثق . ثم يكتب عليه عنوان الكتاب
من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه الى المدعي . فاذا اتى به المدعي القاضي الذي بالكورة فذكر ان هذا
كتاب القاضي اليه سأله البينة على كتاب القاضي ولا ينبغي له ان يسمع من بينة المدعي حتى يحضر الخصم فاذا احضره واقر انه فلان بن
فلان الفلاني قبل بينته وسمع منهم فاذا انكر قال له جئني بالبينة ان هذا فلان بن فلان فاذا جاء ببينة وعدلوا اسمع من بينة المدعي
على ان هذا كتاب القاضي الذي ذكره فيقول لهم اقرأ عليكم ما فيه فاذا قالوا نعم قد قرأه علينا واشهدنا ان هذا كتابه ثم ختمه وقال
هذا قاضي فاذا اسمع منهم لم يكسر الخاتم حتى يسأل عنهم فاذا عدلوا لم يكسر الخاتم حتى يحضر الخصم فاذا احضر الخصم كسر الخاتم وقرأ عليهم وعلى
الخصم ما في الكتاب فان قال الشهود نعم قد شهدنا على ما فيه على ما قرأ علينا سأل الخصم عما شهد به عليه فان اقر الزمه اياه وان انكر
قال الك حجة والا قضيت عليك بما فيه فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبل حجته . وان قال لست انا فلان الذي
شهدوا عليه بهذا المال قال له هات بينة ان في هذه الصناعة او القبيلة رجلا ينسب بمثل ما تنسب اليه والا الزمتك ما شهد
به فان جاء ببينة على ان في تلك القبيلة او الصناعة من ينسب بمثل ما نسب اليه ابطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة ولا الصناعة
احد على اسمه واسم ابيه قضى عليه الى هنا لفظ كتاب المجرد

فصل

اخر قال ويجوز قضاء المرأة في كل شيء
الا في الحدود والقصاص . وهذه من مسائل القدوري . اعلم اولا ان كتاب القاضي الى القاضي اذا كان سجلا يجب على القاضي
المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في محل مجتهد . واذا كان كتابا حكميا فله الخيار بين الامضاء والرد فلما كان كذلك احتاج الى
بيان نفاذ محال الاجتهاد بذكر اصل يجمعها فذكر هذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به . قال الامام العتابي في شرح الجامع
الصغير امرأة قلدت القضاء فقضت في الاموال صح ولانها تصلح شاهدة فيما هو من باب المال فتصلح قاضية . ولو قضت بالحدود والقصاص
وامضاه قاض آخر يرى جوازه نفذ بالاجماع لان نفس القضاء مجتهد فيه فان شريحا كان يجوز شهادة النساء مع رجل في الحدود والقصاص
وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وقضاء المرأة فيما سوى الحدود جائز لان شهادتها فيه مقبولة . وفي الحدود هو
موقوف قضاؤها لان الناس اختلفوا في جواز شهادتها في الحدود فاجازه البعض فكان القضاء مجتهدا فيه وليس بعالم ولكن بعض
نافع . والمروي عن الزهري مضت السنة من رسول الله والخليفتين من بعده ان لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص لا يقبض
لم يقبل لعدم كمال الحال في حال انفرادهن فلم تنفذ شهادتهن عند الانضمام الى الرجال بدليل المطوح فكانت لهن على قولهم لا في الجملة شهادة
ولو قضى القاضي بشهادة رجل وامرأتين نفذ قضاؤه وليس لغيره ابطاله لانه قضى في فصل مجتهد فيه . وليس نفس القضاء هنا مختلفا
فيه الى هنا لفظه رحمه الله **قوله** وقد مر الوجه اشارة الى ما قال قبل هذا الفصل بخط وهو قوله لان فيه شبهة
البدلية **قوله** وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك وهذا لفظ القدوري في مختصره . قال
الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير القاضي لا يجوز استخلافه الا اذا فوض السلطان اليه ذلك لانه استفاد القضاء بالاذن
فيتوقف ما لم يؤذن به يبقى على ما كان قبل الاذن ويجوز استخلافه بعدما فوض اليه لانه ملك ذلك باذن السلطان كما ملك
القضاء بنفسه بين الناس واعتبر هذا بالوكيل بالبيع اذا وكل غيره بخلاف المستعير حيث كان له ان يعير لان المنافع تحدث على
ملكه فيملك تمليك ذلك من غيره فكان متصرفا بحكم الملك بخلاف ما نحن فيه فانه يتصرف بحكم الاذن فيملك بقدر ما اذن له
فيه وغيره مما يخالف هذا قال الوارث قام مقام غيره لغيره لا يكون له ان يقيم غيره مقام نفسه كما في الوكيل والمودع وغير
ذلك . ومن قام مقام غيره لنفسه كان له ان يقيم غيره مقام نفسه وقضيته ما بينا ثم قال فلو ان القاضي الذي لم يؤمر
بالاستخلاف امر غيره ليقضي فقضى ثم اجازه القاضي ينظر ان كان هذا المستخلف ممن يصلح ان يكون قاضيا صحت الاجازة والا
فلا . وبيانه فيما قال العتابي فان لم يول الخليفة ذلك فقضى المامور بين اثنين فاجازه القاضي جاز ان كان المامور من
اهل القضاء ان كان محدودا في قذف وتاب جاز امضاؤه وان كان صبيا او عبدا او نصرانيا لم يجز امضاؤه . ولا يرد
على هذا الوصي فانه يملك التفويض الى غيره توكيلا . وايضا لانا نقول ان ثبوت الوصاية بعد الموت لعجز الموصي
عن المباشرة بنفسه والموصي قد مات حينئذ لا يمكن الرجوع الى رأيه فجاز الاستعانة بالغير دلالة . وقال ابو حفص محمد
ابن محمود الاسروشني في كتاب الفصول القاضي اذا لم يكن مأذونا بالاستخلاف فاستخلف غيره لا ينفذ قضاء خليفته سواء
كان الاستخلاف في صحته او مرضه او سفره وان استخلف غيره باذن الامام يكون خليفته قاضيا من جهة الامام حتى لا يملك
القاضي عزله الا اذا قال له الخليفة ول من شئت واستبدل من شئت فحينئذ يملك عزله بخلاف المامور باقامة الجمعة
فان له ان يستخلف غيره وان لم يأذن له الامام وكذا الوصي يملك التفويض الى غيره وان لم يأذن له الموصي وتمام هذا
في المحيط . واذا لم يكن مأذونا بالاستخلاف فاستخلف وحكم خليفته في مجلس القاضي بين يديه جاز كالوكيل بالبيع اذا وكل
غيره فباع الثاني بحضرة الاول . ولو حكم في غيبته ثم دفع قضاءه الى القاضي فاجازه نفذ قضاؤه عندنا استحسانا وكذلك
القاضي اذا اجاز حكم الحاكم في المجتهدات كذا ذكر في فتاوى القاضي ظهير الدين . وقال في الفصول ايضا السلطان اذا

قال لرجل جعلتك قاضيا ليس ان يستخلف الا اذا اذن له بذلك صريحا او دلالة بان يقول جعلتك قاضي القضاة لان قاضي
القضاة هو الذي يتصرف في القضاء تقليدا وعزلا كذا ذكره في الذخيرة • واجاب نجم الدين النسفي عن مختصره انه غير صحيح
لانه ذكر فيه ان هذا القاضي مقلد من جهة قاضي القضاة فلان وليس فيه ان قاضي القضاة ماذون بالاستخلاف من جهة
السلطان **قوله** بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف متصل بقوله وليس للقاضي اي يستخلف على القضاء فالواو
انما يجوز ان يستخلف المامور بالجمعة غيره وان لم ياذن له الامام بالاستخلاف اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة وان لم يشهد
الخطبة لم يجز الاستخلاف لان الخطبة من شرائط افتتاح الجمعة فاذا لم يجمع المستخلف شرائطها لم يجز له افتتاحها كالاول ح
قوله واذا فوض اليه يملكه اي اذا فوض الاستخلاف الى القاضي يملك القاضي الاستخلاف نحو ما اذا قال له الامام ول
من شئت ولكن لا يملك القاضي عزله لانه نايب من جهة الامام الا اذا قيل له واستبدل من شئت فحينئذ يملك عزله **قوله**
واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وهذا من مسائل
القدوري • وفي بعض نسخ المختصر او يكون قولا لا دليل عليه • والمراد بالحاكم القاضي وبالامضاء التنفيذ • والاصل هنا
ما قال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير ان قضاء القاضي في فصل مجتهد فيه ينفذ لان المسلمين مع اختلافهم اتفقوا ان قضاء
القاضي ينفذ في المجتهدات على من خالف رايه حسب نفوذه على من وافق رايه فاذن هذا قضاء انعقد الاجماع على نفوذه
وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه كان يقضي بقضايا ثم يقضي في العام القابل بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك على ما
قضيت وهذه على ما نقضي • وروي عن علي رضي الله عنه انه قال لما قدم الكوفة بعدما انتهت الخلافة اليه قال اني لم
اقدم لاحل عقدة عقدها عمر ولا لاعقد عقدة حلها عمر رضي الله عنه اراد به والله اعلم ان ما امضاه عمر رضي الله عنه بالاجتهاد
لا ينقضه هو • ولان الاجتهاد الاول تايد بالقضاء والاجتهاد والثاني عري عن التاييد ونقض المتايد بما ليس كذلك لا يجوز ولذلك
في المقول حتى ان القضاء بخلاف النص لا ينفذ لكون النص اقوى • ولان القول بذلك يؤدي الى ما لا نهاية له وهو فاسد هو
هذا كله فيما اذا كان قضاء القاضي الاول فيما يسوغ فيه الاجتهاد اما اذا كان لا يسوغ فيه الاجتهاد بان كان جورا او مخالفا للكتاب
او السنة المشهورة او الاجماع فانه لا ينفذه القاضي الثاني لان الاول قضى بما لا يسوغ فيه الاجتهاد فلم ينفذ قضاؤه كما لو حكم
بخلاف النص بغير اجتهاد • والمراد من خلاف الكتاب خلاف نص الكتاب الذي لم يختلف في تاويله السلف مثل قوله تعالى ولا
تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء وقد اتفق السلف انه لا يجوز ان يتزوج امراة الاب ولا جاريته ولا يطاها اصلا فمهما لو حكم القاضي بجواز
نكاح امراة الاب كان للقاضي الثاني ان يفسخه وكذا اذا قضى بحل متروك التسمية عامدا لا ينفذ ويبطله القاضي الثاني لانه يخالف
نص الكتاب • قال تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه • ونظير خلاف السنة المشهورة ما اذا قضى القاضي بالقصاص هو
بالقسامة اعني يحلف المدعي خمسين يمينا اذا وجد قتيل في محلة وكان ثمة عداوة ظاهرة يحلف المدعي على ان فلانا قتله كان له ان
ينقضه وهو قول مالك وهو قول الشافعي في القديم كذا ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي • وهذا الحكم ليس
بصحيح لمخالفة السنة المشهورة وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر • وكذا اذا قضى بحل المطلقة الثلاث
للزوج الاول قبل دخول الزوج الثاني فالقاضي الثاني يبطله لانه يخالف السنة المشهورة وهي حديث العسيلة وقد مر بيان
الحديث في كتاب الطلاق في فصل فيما تحل به المطلقة • ونظير خلاف الاجماع ما اذا قضى بجواز بيع ام الولد كان للقاضي الثاني
ان ينقضه كذا ذكره الخصاف في ادب القاضي • وذلك لانه يخالف اجماع التابعين • وذكر الشيخ ابو بكر الرازي ان
هذا مذهب محمد • فاما مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فيجوز قضاؤه ولا ينقض كذا ذكره الامام الناصحي • وقال شمس الائمة
السرخسي وهذه المسألة تبتني على ان الاجماع المتاخر هل يرفع الخلاف المتقدم ام لا فعند محمد يرفع وعند ابي حنيفة وابي يوسف
لا يرفع هكذا ذكر في شرح الادب للقاضي يعني ان الصحابة اختلفوا في جواز بيع امهات الاولاد • وروي عن علي انه قال اجتمع
رايي وراي عمر رضي الله عنهما في امهات الاولاد انهن لا يبعن • ثم رايت بعد ذلك ان ارقهن فقال عبيدة السلماني رايك
في راي عمر احب الي من رايك وحدك • ثم اجمع التابعون على عدم جواز بيعهن وكان قضاء القاضي بجواز البيع بخلاف
الاجماع فيبطله الثاني عند محمد وعندهما لما لم يرتفع الخلاف المتقدم بين الصحابة واجماع التابعين كان قضاء القاضي في
فصل مختلف فيه فلا ينقضه الثاني • وقال القاضي ابو زيد في اخر فصول الاجماع من كتاب التقويم ان محمد بن الحسن روى
عنهم جميعا ان القاضي اذا قضى ببيع ام الولد لم يجز • وذكر عن ابي يوسف في النوادر انه لا ينفذ القضاء وكذا لو قضى قاض
بالقسامة لانه لو ادعى مالا وحلف خمسين يمينا لم يجز له اخذ المال كان استحقاق المال باليمين لا يجوز اجماعا فينقض قضاؤه
ثم ينبغي ان المعتبر من الاختلاف هو اختلاف المتقدمين من الصحابة ومن كان بينهم لا اختلاف التابعي ولا اختلاف
مالك لان مالكا والشافعي لم يكونا موجودين في الصحابة فلم يكن خلافهما معتبرا ولهذا كان للقاضي الاخر ان يبطل ما قضى به
القاضي المالكي او الشافعي براية وهذا هو المراد بقوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول **قوله** فلو قضى في المجتهد
فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان ذكر هذه المسألة تفريعا على ما تقدم
اعلم ان القاضي اذا قضى بمذهب غيره قال ابو حنيفة ينفذ القضاء • وقال ابو يوسف لا ينفذ هكذا ذكر
الخصاف في ادب القاضي الخلاف بينهما ولم يذكر قول محمد وكذلك ذكر الناصحي في تهذيب ادب القاضي • وكذلك ذكر
الفقيه ابو الليث في اجناس القاضي من العيون حيث قال ولو ان قاضيا خوصم اليه في امر من الامور وراى فيه اختلاف

وهو

وهو يذهب في ذلك الى مذهب وليس مذهبه وقضى بخلافه فان اباحنيفة قال يمضي هذا الحكم ولا يرجع عنه • وقال ابو
يوسف يرد ذلك بعضا بما كان رايه في ذلك فلو ان رجلا قال لامراته انت خلية او برية يجعلها ثلاثا فان اباحنيفة قال يمضي
هذا القضاء ولا يرجع عنه • وقال ابو يوسف يجعلها واحدة ان لم يكن يرى ذلك ثلاثا الى هنا لفظ العيون • وذكر التمرتاشي
في شرح الجامع الكبير لو قضى القاضي بشهادة الاعمى والمحدود في القذف بعدما تاب او قضى بشهادة احد الزوجين مع رجل
لصاحبه وراه جائزا ينفذ قضاؤه لان الخلاف في جواز القضاء هو الحجة لا في نفاذ القضاء فيكون قضاء في محل مجتهد فيه فان من
العلماء من يقول بشهادة هؤلاء فلا ينقضه بالاجماع فلا يكون لقاض اخر ابطاله • وقال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير
ثم انما يجوز للثاني ولاية الابطال اذا كان الاول يرى ذلك حقا وعلم الثاني انه كان يرى حقا • فاما اذا علم ان الاول
لم ير ذلك حقا وقضى بخلاف رايه انه كان للثاني ابطال قضائه لانه قضاء مع اعتقاده خلاف ذلك ومع غيبة الكل ومع تحري
ه ابي حنيفة وميل الى غيرها معتقدا ان المسألة هي الاولى قال هكذا ذكر الشيخ الامام عبد الله الخبازي رحمه الله واليه اشار
محمد يعني في قوله وراه جائزا • ثم قال وروي عن الشيخ الامام عبد الواحد الشيباني رحمه الله قال في هذا دليل على ان ما
يفعله القضاة من تقليد شفعوي المذهب ليحكم في الطلاق المضاف بالبطلان انما يجوز ان لو كان القاضي يرى بطلان الطلاق
المضاف كما هو مذهب الشافعي • فاما لو كان لم ير بطلان ذلك لا يجوز تقليد الشفعوي المذهب لانه يكون تقليد البعض
ليعمل ما هو الباطل عنده وتفويض ما هو الباطل غير صحيح فلم يصح التقليد • ثم قال الشيخ ابو المعين ولكن هذا خلاف ما عليه السلف
فانهم كانوا يقلدون القضاء الخلفاء ويروون ما يحكمون على رايهم فانه وان كان ذلك مخالفا لراي الخلفاء لاتباعهم في المسائل
حد مع عبد الله بن عباس • ولو ان القاضي كان محدودا في قذف وتاب او كان اعمى او قضى لامراته فابطله قاض اخر لا يرى
شهادة هؤلاء كان له ذلك لان هذا ليس بقضاء في المجتهد فيه بل نفس القضاء مجتهد فيه فهو موقوف وهل القاضي اهل للقضاء ام لا
يتوقف على راي غيره فينفذ بتنفيذه ويبطل برده وابطاله • وقد نقل الاستروشني في فصوله عن صاحب المحيط انه قال
ورايت في بعض الكتب عن اصحابنا في نفاذ قضاء القاضي بخلاف رايه روايتان • وكان شمس الائمة الاوزجندي يفتي بعدم النفاذ
في هذه الصورة والصدر الشهيد وظهير الدين المرغيناني يفتيان بالنفاذ الى هنا لفظ الفصول **قوله** ثم المجتهد فيه ان
يكون مخالفا لما ذكر يعني ان القاضي اذا قضى بمذهبه فقضى بخلافه في المجتهد فيه نفذ عند ابي حنيفة ولكن يشترط ان لا يكون المجتهد
فيه مخالفا للكتاب او السنة او الاجماع فان كان مخالفا لاحدها يبطله القاضي الثاني لانه وقع باطلا **قوله** وفيما اجمع عليه
الجمهور ولا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف بيان ذلك ما قال في خلاصة الفتاوي لو قضى بجواز بيع الدرهم بالدرهمين
يدا بيد باعيانهما اخذا بقول ابن عباس رضي الله عنه لا ينفذ وان كان مختلفا بين الصحابة لانه لم يوافقه احد من الصحابة كما يجوز
قال في مجمع الفتاوي رجل زنى بام امراته فرفع الى القاضي ولم يفرق القاضي بينهما ثم رفع الى قاض اخر يرى التفريق لا يفرق
لان الاول في فصل مجتهد فيه اختلف فيه الصحابة **قوله** والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول يريد به الاختلاف الواقع في
قرن الصحابة وقد مر بيانه قبل هذا **قوله** قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وكذا اذا قضى باحلال • وهذه من مسائل الجامع الصغير واصل المسألة ان القضاء في العقود والفسوخ بشهادة
الزور ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة رحمه الله • والمراد بنفاذ الحكم ظاهرا ان يثبت فيما يحتمل ثبوت التمكين والنفقة والقسم
وغير ذلك • والمراد من نفاذه باطنا ثبوت الملك والحل فيما بينه وبين الله تعالى • ثم ينبغي لك ان تعرف ان النفاذ ظاهرا
وباطنا فيما اذا كان الدعوى بسبب معين كالبيع والنكاح لان في الاملاك المرسلة اي المطلقة لا ينفذ باطنا بالاتفاق فانه لا يمكن
اثبات الملك بدون سبب وفي الاسباب كثرة فتعذر تعيين سبب الارث اليها ذكره في خلاصة الفتاوي واجمعوا ان في الاملاك
المرسلة ينفذ ظاهرا لا باطنا • واجمعوا ان الشهود لو ظهروا عبيدا او محدودين في قذف او كفارا لا ينفذ ظاهرا لا باطنا واجمعوا
انه لو اقر بالطلقات الثلاث ثم انكر وحلف وقضى له قاض لا يحل له وطؤها الى هنا لفظ الخلاصة • وجه قولهم ان تصحيح القضاء
على وفاق الحجة وهذه الحجة باطلة لان الشهود كذبة والكذب باطل فلا ينفذ القضاء باطنا • ولكن العدالة الظاهرة دليل
الصدق ظاهرا فاعتبرت حجة من حيث وجوب العمل ظاهرا فاما ثبوت حقيقة التنفيذ فممتنع لانعدام دليله وهي الحجة الصحيحة
ووجه قول ابي حنيفة ان حجة القضاء قامت وافترض على القاضي العمل بها بحيث لو امتنع عن ذلك ياثم وذلك لان حقيقة
الصدق ساقطة العبرة في حق القاضي ووجوب العمل لانه لا طريق الى ذلك فصارت ساقطة العبرة وصفة العبرة لدليل
الصدق من حيث الظاهر هو العدالة فاذا وجدت فقد قام دليل اوجب الشرع العمل به بمنزلة الاجتهاد من المجتهد يكون
حجة في حق وجوب العمل به فاذا بنى القاضي القضاء على ما جعل في الشرع دليلا يجب صون قضائه عن البطلان مما امكن لانه فعل
صدر منه بامر الشرع مضافا اليه • قال تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله • وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء فاذا قضى
بما رضي من الشهداء فقد قضى بامر الله تعالى فوجب ان ينفذ قضاؤه في الظاهر والباطن جميعا • الا ترى انه لو فرق بين
الزوجين بامر الزوج وقعت الفرقة في الظاهر والباطن جميعا فبامر الله تعالى اولى وكذلك لو لاعن بين الزوجين وفرق
بينهما وقعت الفرقة في الظاهر والباطن مع ان احدهما كاذب كذا في اشارة الاسرار وغيرها وباقي البيان مر في كتاب
النكاح في باب الاولياء والاكفاء فلينظر ثمة • وصورة القضاء في العقود كثيرة منها اذا ادعى على امراة نكاحا وهي تجحد
واقام عليها شاهدي زور فقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للزوج وطؤها وحل للمراة التمكين منه عندنا وعندهما لا يحل لهما ذلك

وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد ● ومنها اذا قضى بالبيع بشهادة الزور وهو على وجهين اما ان تكون الدعوى من
جانب المشتري بان يدعي على غيره انك بعت مني هذه الجارية والاخر ان يكون من جانب البايع بان قال انك اشتريت هذه
الجارية يحل للمشتري وطيها في الوجهين ● وصورة القضاء بالفسوخ كثيرة ايضا منها اذا ادعى احد المتبايعين فسخ العقد
واقام بينة زور ففسخ القاضي يحل للبايع وطي الجارية ومنها اذا ادعت على زوجها انه طلقها ثلاثا واقامت بينة زور وقضى
القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج اخر بعد انقضاء العدة يحل للزوج الثاني الوطي ظاهرا وباطنا عنده كذا في الذخيرة البرهانية
قوله ولا يقضي القاضي على غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه هذا لفظ القدوري في مختصره ● وقال في مختصر
الاسرار لا يجوز للقاضي ان يقضي على غايب حتى يحضر هو او من يقوم مقامه اما بامره واما حكما ● وقال ابو يوسف ينصب
القاضي عنه خصما ويقضي عليه ● وقال في شرح الاقطع وقال الشافعي يجوز القضاء عن الغايب عن المصر بالبينة وان كان حاضرا
في نفسه وجهان له ان البينة تقبل على الغايب كما لو كان حاضرا للبيان والاظهار عند خفاء الحال على القاضي لا لاثبات ما لم يكن ثابتا
وظهرت الحال بالبينة فيحكم بها على الغايب كما لو كان حاضرا فسكت ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لعلي حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع من الاخر ● ولانه لو حضر تجوز ان يقيم حجة تبطل حجة المدعي
فلا يجوز القضاء مع غيبته ولان البينة حجة لاحد الخصمين فلا يلتفت اليها مع غيبة الاخر كاليمين ● ولان شرط القضاء لم يوجد
فلا يصح القضاء بالبينة لان شرط اقامة البينة الانكار لهذا اذا كان الخصم حاضرا فاقر بالحق لا حاجة الى البينة وهذا لان سبب
نشر الامر محتمله للصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل لان الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة وانما الحق اليها
سمعه ولا منازعة عند عدم الانكار فاذا انعدم الانكار انعدمت الضرورة الموجبة لكون البينة حجة فلا يصح قضاء القاضي
بدون الحجة ● وانما قلنا بان الانكار لم يوجد من الغايب لانه يحتمل ان يكون مقرا ويحتمل ان يكون منكرا بل الظاهر منه الاقرار
لان المدعي صادق ظاهرا لوجود دينه وعقله الصارفين عن الكذب الداعيين الى الصدق ● فاذا كان المدعي صادقا لا ينكر
المدعى عليه ايضا لانه لا يترك الصدق لدينه وعقله فاذا كان الظاهر من حاله الاقرار لا تنتفي بالبينة بخلاف ما اذا سكت
عن الجواب لان الشرع انزله منكرا دفعا للظلم وكان الانكار موجودا ● اما هنا فبخلافه لانا ما تحققنا عدم الاقرار نظرا الى الدين
ولان القاضي لا يمكنه القضاء هنا لان وجه القضاء مشتبه لانه لا يدري باي حجة يقضي لان الاحكام مختلفة حكم القضاء بالبينة
ان يجب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوايد المتصلة والمنفصلة وحكم القضاء بالاقرار خلاف ذلك فيتعذر القضاء
اصلا والباقي يعلم في طريقة الخلاف ان شاء الله تعالى **قوله** ولو انكر ثم غاب فكذلك يعني لو انكر المدعى عليه ثم غاب
لا يقضي القاضي ايضا في غيبته وان كان وجد منه الانكار وهو قول محمد ● وقال ابو يوسف يقضي لوجود الانكار منه صريحا
وهو معنى قوله وفيه خلاف ابي يوسف ● وقال محمد ان الانكار الى وقت القضاء شرط وبقاء الانكار في وقت القضاء باستصحاب
الحال النص وذلك يثبت للدفع لا للاثبات **قوله** ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة
القاضي وقد يكون حكما بان يكون ما يدعي على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا تفسير لقوله من يقوم مقامه في قوله ولا
يقضي القاضي على غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه يعني ان القايم مقام الغايب قد يكون قصدا بانابة الغايب بان يجعله وكيلا
او بانابة الشرع كما لو وكل القاضي وكيلا على الغايب او يكون نيابة الحاضر عن الغايب بان يجعله وكيلا حكما بان كان ما يدعي
على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر وتفصيل هذه الجملة ما نقل في الفتاوى الصغرى عن شيخ الاسلام خواهرزاده ان الحاضر
انما ينتصب خصما عن الغايب وهو ظاهر ● والثاني ان يكون المدعى على الحاضر والغايب شيا واحدا وما يدعي على الغايب سببا
لثبوت ما يدعي على الحاضر لا محالة ففي هذه الحالة يقضي على الحاضر والغايب جميعا حتى لو حضر الغايب وانكر لا يلتفت الى انكاره ●
والثاني ان يكون المدعي شيين مختلفين ويكون ما يدعي على الغايب سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر على كل حال بحيث لا ينفك
في هذه الحالة ينتصب الحاضر على الغايب ويقضي عليهما جميعا ● اما اذا كان ما يدعي على الغايب قد يكون لما يدعي على الحاضر
وقد لا يكون بان كان مما ينفك عنه الحال فانه ينظر في ذلك ان كان ما يدعي على الغايب نفسه يكون سببا لما يدعيه على الحاضر
فانه يقضي بالبينة في حق الحاضر ولا يقضي بها في حق الغايب حتى لو حضر الغايب وانكر فلذلك يحتاج الى اعادة البينة عليه وان
كان ما يدعيه على الغايب نفسه لا يكون سببا لما يدعي على الحاضر وانما يكون سببا باعتبار البقاء الى وقت الدعوى فانه لا يقضي
بالبينة بما ادعاه على المدعى لا في حق الحاضر ولا في حق الغايب اما تفسير الاصل الثاني وهو ان يكون المدعى على الحاضر والغايب
شيا واحدا وما يدعي على الغايب سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لا محالة فبيان ذلك في ثلاث مسايل احدها رجل ادعى دارا
في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام المدعي البينة ان الدار داره اشتراها من فلان الغايب وهو يملكها فانه يقضي بها في حق
الحاضر والغايب بان المدعى شي واحد وهو الدار وما ادعى على وهو الشرا سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لان الشرا من المالك
سبب لا محالة ● والثانية اذا ادعى على اخر انه كفل عن فلان بما ذاب له عليه فاقر المدعى عليه بالكفالة وانكر الحق فاقام البينة
انه ذاب له الف على فلان الف درهم فانه يقضي بها في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغايب جميعا حتى لو حضر الغايب وانكر
لا يلتفت الى انكاره ● والثالثة اذا ادعى الشفعة في دار في يد انسان وقال ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من احد
فاقام المدعي البينة ان ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان بالف درهم وهو يملكها وانه شفيعها يقضي بالشرا في حق ذي اليد والبايع
جميعا ● واما الاصل الثالث وهو ما اذا كان المدعي شيين وما يدعي على الغايب سبب لما يدعيه على الحاضر فبيانه ثلاث

سايل احدها رجل قذف محصنا حتى وجب عليه الحد فقال القاذف انا عبد وعلي حد العبيد وقال المقذوف لا بل كان اعتقك
مولاك وعليك حد الاحرار واقام البينة على ذلك تقبل هذه البينة ويقضي بالعتق في حق الحاضر والغايب جميعا حتى لو حضر الغايب
وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره ● وان ادعى شيين مختلفين لانه ادعى على الحاضر حد الاحرار وعلى الغايب عتقا لكن لما كان العتق
سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر لان تكميل الحد لا ينفك عن العتق بحال يقضي بالبينة في حق الحاضر والغايب جميعا ● والثاني شاهدان
شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغايب واقام المشهود له البينة ان مولاهما قد اعتقهما بل هذا او هو
يملكهما تقبل هذه البينة ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغايب لان العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة ● والثالثة
رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غاب احدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغايب عفى عن نصيبه فانقلب نصيبي مالا وانكر القاتل
فاقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويقضي بها على الحاضر والغايب جميعا ● فان قيل يبطل هذا بما اذا كان العبد بين حاضر وغايب
فادعى على الحاضر ان الغايب اعتق نصيبه وهو موسر وادعى تضمين الحاضر عن نفسه لنصيبه وقيمته مكانها عند ابي حنيفة رضي الله
عنه واقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة اصلا واعتاق الغايب سبب لتضمين الحاضر عنه لا محالة ● قلنا هذه
الشهادة لا تقبل عند ابي حنيفة لا لعدم الخصم عن الغايب بل لجهالة المقضي عليه بالخيار لان الشاهد ان اختار تضمين المعتق فان العبد
يصير مكاتبا من جهة المعتق ● وان اختار الاستسعا يصير مكاتبا من جهة الساكت فكان المقضي عليه بالكتابة مجهولة فلم تقبل لهذا
واما اذا كان المدعي شيين وما يدعيه على الغايب لا يكون سببا لما يدعيه على الحاضر لا محالة بل قد يكون سببا وقد لا يكون
فبيانه في مسئلتين احدهما رجل جا الى عبد انسان وقال ان مولاك قد وكلني ان احملك اليه فاقام العبد البينة ان مولاه اعتقه
تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغايب حتى لو حضر الغايب وانكر العتق يحتاج العتق الى اقامة البينة والثانية
رجل جا الى امراة الغايب وقال ان زوجك وكلني بان انقلك اليه فاقامت البينة ان زوجها طلقها ثلاثا يقضي بقصر يد الوكيل عنها ولا يقضي
بالطلاق لان المدعي شيان الطلاق والعتاق على الغايب وقصر يد الحاضر والعتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل
ان لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجبا للانعزال ان وجد بعد الوكالة فلا يكون انعزال الوكيل حكما اصليا بالطلاق والعتاق
من حيث انه ليس بسبب لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغايب ومن حيث انه قد يكون سببا قبلنا البينة
فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لا لانه ليس من ضرورة انعزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق ولا من
ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل فلا يقضي بالطلاق والعتاق ● واما اذا كان المدعي شيين وسبب ما ادعى
على الغايب لا يكون سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر الا باعتبار البقاء فبيانه في مسايل احدها ما قالوا فيمن اشترى جارية فادعى
المشتري على البايع ان البايع كان زوجها من فلان الغايب وقد اشتراها المشتري وهو لا يعلم بذلك وانكر البايع واقام
المشتري على ذلك البينة فانه لا يقضي بالبينة في حق الحاضر ولا في حق الغايب لان المدعي شيان الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على
الغايب وما ادعى من النكاح على الغايب نفسه ليس بسبب لما يدعي على الحاضر من غير اعتبار البقاء لجواز ان يكون تزوجها ثم طلقها
وان اقام البينة على البقاء او شهدوا انها امراته في الحال لا تقبل ايضا لان البقاء تبع للابتداء ● والثانية المشتري شرا فاسدا اذا
اقام البينة انه باع من فلان الغايب لا تقبل لابطال حق البايع في الاسترداد لجواز انه باع ثم انفسخ البيع بينهما فيعود حق البايع
في الاسترداد ● واذا لم يكن خصما في اثبات تحقق البيع لم يكن خصما في اثبات البقاء لان البقاء تابع ● والثالثة رجل في يديه
دار بيعت بجنبها دار فاراد الذي في يديه الدار ان ياخذ المشتراه بالشفعة فقال المشتري للشفيع الدار التي في يديك ليست لك
انما هي لفلان فاقام الشفيع البينة ان الدار التي في يديه داره اشتراها من فلان الغايب لا يقضي بالشرا لا في حق الحاضر ولا في
حق الغايب لان المدعي شيان مختلفان وما ادعى على الغايب من شرا الدار ليس بسبب لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقا
فانه لو كان اشتراها ثم فسخا البيع وازال الصانع ملكه بوجه من الوجوه لا يكون له الشفعة وانما يكون له الشفعة باعتبار البقاء ولم
تقم البينة على البقا ● ولو اقامها على البقا لم تقبل ايضا لما مر انه تبع والبقا يعلم في كتاب ادب القاضي في مسايل القضاء على الغايب
من الفتاوى الصغرى وفي الفصل الرابع من فصول الاستروشني **قوله** او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي قال
بعضهم في شرحه يقيد بالوصي من جهة القاضي احترازا عن المسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين نقل صاحب الفصول
عن المحيط والذخيرة وصاحب الفتاوى اذا ادعى انسان على اخر والقاضي يعلم انه مسخر لا ينبغي عليه لا يجوز ● ولو حكم عليه لا يجوز هو
وتفسير المسخر ان ينصب القاضي وكيلا عن الغايب ليسمع الخصومة عليه وكذا لو احضر رجل غيره عند القاضي ليسمع الخصومة
عليه والقاضي يعلم انه مسخر ليس بخصم فالقاضي لا يسمع الخصومة عليه وانما يجوز نصب الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس
الحكم بعد ما بعث امناءه الى داره ونودي على باب داره ● ثم قال صاحب الفصول وذكر في شرح ادب الجامع رجل غاب فجاء رجل
وادعى على رجل ذكر انه خصم الغايب وان الغايب وكله بطلب كل حق له على غيره ما به بالكوفة وبالخصومة فيه والمدعى عليه ينكر وكالته
واقام المدعي بينة على وكالته فقضى القاضي عليه بالوكالة وهذه المسئلة دليل على جواز التسخير فانه قال ادعى على رجل ذكر انه خصم الغايب
ولم يقل انه غريم الغايب لكن هذا عندنا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي بكونه مسخرا لا ينبغي عليه لا يجوز ولو حكم عليه لا يجوز وتفسير
المسخر ان ينصب القاضي اما اذا علم القاضي ذلك لا يثبت ثم قال وذكر في ادب القاضي ان الحكم على المسخر لا يجوز ثم قال فيقول وينبغي
ان تكون هذه المسئلة على روايتين لان هذا في الحاصل قضاء على الغايب وفي القضاء على الغايب روايتان عن اصحابنا وكان ظهير
الدين المرغيناني يفتي في القضاء على الغايب بعدم النفاذ كيلا ينظروا الى هدم مذهب اصحابنا الى هنا لفظ صاحب الفصول في

الفصل الرابع **قوله** أما إذا كان شرطاً لحقه فلا معتبر به في جعله خصماً عن الغائب يعني إذا كان ما يدعي على الغائب شرطاً لثبوت ما يدعي على الحاضر لا يجعل الحاضر خصماً على الغائب وهذا قول عامة المشايخ وصورته ما ذكر في الفتاوى الصغرى رجل هو قال لامرأته إن طلق فلان امرأته فأنت طالق فادعت امرأته عليه أن فلاناً طلق امرأته وفلان غائب فأقامت البينة لا تقبل هذه البينة ولا يقضى بوقوع الطلاق عليها لأن بينتها على فلان الغائب لا يصح لأن ذلك ابتداء بالقضاء على الغائب • وقد أفتى بعض المتأخرين بأن هذه البينة تقبل ويقضى بوقوع الطلاق إلا أن الأول أصح فإن قيل أليس لو قال لها إن دخل فلان الدار فأنت طالق فأقامت المرأة البينة أنه دخل وفلان غائب كانت البينة صحيحة الجواب إن صحت هناك لأنه ليس فيها إبطال حق الغائب فلا يكون قضاء على الغائب • والحاصل أن الإنسان إذا أقام البينة على شرط حقه بإثبات فعل على الغائب فإن لم يكن فيها إبطال حق على الغائب يقبل هذه البينة وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب • وإن كان في قبول البينة إبطال حق على الغائب من طلاق أو عتاق أو بيع أو ما أشبه ذلك الأصح أن لا يقبل وقد أفتى بعض المتأخرين أنه يقبل ويقضى على الحاضر والغائب جميعاً وبه أخذ القاضي الإمام وشمس الإسلام محمود الأوزجندي حكى ذلك عنه الشيخ الإمام ظهير الدين إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى • ثم قال فيها بعد أوراق وذكر الشيخ الإمام علي البزدوي في باب ما يقام عليه البينة من نكاح الجامع أن الإنسان ينتصب خصماً عن الغائب في إثبات شرط حقه كما ينتصب خصماً في إثبات سبب حقه لأنه محتاج إلى إثبات حقه وكما لا يمكنه إثبات حقه إلا بإثبات سببه لا يمكنه إلا بإثبات شرطه كما لو قذف إنسان فادعى القاذف أنه عبد فلان وأقام المقذوف بينة أن فلاناً كان أعتقه تقبل هذه البينة وإن كان إعتاق الغائب شرط الحد • وقد ذكرنا أن شيخ الإسلام خواهر زاده يقول إن الإعتاق سبب لكمال الحد لأن كمال الحد لا ينعقد بدونه بحال فما وكل ما لا ينعقد حقه بحال فما كان بمنزلة السبب فينتصب فيه الحاضر خصماً عن الغائب **قوله** قال ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق أي قال محمد في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في القاضي يقرض أموال اليتامى قال هكذا ينبغي له أن يصنع يقرضها ويكتب بها ذكر الحقوق • وإن أقرضها الوصي ضمن إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وهي من الخواص • بيانه أن القرض تبرع ابتداء معاوضة انتهاء لأنه قطع الملك عن العين يبدل في ذمة المقترض • وهذا لأن الإنسان لا يستقرض عادة إلا إذا كان عنده [illegible] ولهذا أحل محل الصدقة في الثواب بل زاد عليها لبعض الحاجة في المستقرض دون الفقير لأنه لا يستقرض ما لم يكن محتاجاً وقد يرى التحصص فقيراً ولا يكون في الواقع كذلك • فإذا ثبت أن القرض تبرع صار كالعتق على مال فلا يملكه من لا يملك التبرع بمال اليتيم إلا أن القاضي لما كان قادراً على استخراج المال من المستقرض كان له ولاية الإقراض لأن الدين في ذمته حكم ولاية القاضي كان معاداً لا للعين وزيادة لأنه لو لم يقرض ربما يهلك المال فإذا أقرض كان مصوناً عن التوى والتلف لأن القاضي يقدر على الاستخراج بعلمه فإذا كان كذلك كان إقراض القاضي نظراً لليتيم بخلاف الوصي لأنه لا يقدر على الاستخراج بنفسه وليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تسمع قضاء فإقراض الوصي ضرر في حق اليتيم فيضمن • وأما الأب فهل يملك إقراض مال الصغير أم لا لم يذكر محمد ذلك في الجامع الصغير • قال الفقيه أبو الليث يجوز أن يقال لا يجوز قرضه كما لا يجوز قرض الوصي • يعني أن الأب لا يتمكن من الاستخراج بنفسه كالوصي ويجوز أن يقال يجوز قرض الوالد لأن ولاية الأب أعم من ولاية الوصي وهو غير متهم في أمر لفرط شفقته فأشبه حال القاضي وإلى الوجه الأول ذهب شمس الإسلام البزدوي والصدر الشهيد والزاهد العتابي في شروحهم للجامع الصغير • وأراد بذكر الحق كتابة الصك للتذكر والتوكيد **قوله** والأب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين أراد بأصح الروايتين ما ذهب إليه فخر الإسلام ومن وافقه

باب التحكيم

شرع في بيان حكم الحكم لأنه من أنواع القضاء إلا أنه أخره ذكراً لأن حكمه أدنى حالاً من حكم القاضي • ولهذا إذا خالف حكمه مذهب القاضي الذي ينتهي إليه أبطله ولهذا لا يجوز حكمه في الحدود والقصاص بخلاف حكم القاضي الثاني فإن القاضي الثاني ينفذ حكمه إذا لم يكن مخالفاً لنص الكتاب والسنة المشهورة والإجماع • ويجوز حكم القاضي في الحدود والقصاص ولا يجوز حكم الحكم فيهما ويجوز حكم القاضي بعد الحكم بدلالة ولا يجوز حكم الحكم إلا بعد رضى الخصمين • فالحكم أي فوض الحكم إليه **قوله** قال وإذا حكم رجلان رجلاً يحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز • أي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه إذا كان بصفة الحاكم يعني إذا كان الحكم من أهل الشهادة • وهذا لأن الحكم بمنزلة القاضي في حقهما فاشترط صفة القاضي في الحكم حتى لا يجوز أن يحكما بينهما محدوداً في قذف أو عبداً أو أعمى أو ذمياً لأن شهادة هؤلاء لا يجوز • والأصل في جواز التحكيم قوله تعالى وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها وحكم النبي صلى الله عليه وسلم سعد بن معاذ في بني قريظة ورضي بحكمه فقالوا هو لا ترلوا على حكمك فقال يقتل مقاتليهم ويسبى ذراريهم وكان بين عمر بن الخطاب وأبي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت رضي الله عنه **قوله** ويشترط أهلية القضاء يعني لما كان الحكم بمنزلة القاضي في حق المحكمين اشترط أهلية القضاء في الحكم فعلى هذا يجوز تحكيم المرأة فيما يثبت بالشهادة لأنها من أهل الشهادة فيها **قوله** ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي وهذا لفظ القدوري في مختصره • وهذا كله من إضافة المصدر إلى المفعول • فلو كان المراد إضافة المصدر إلى الفاعل لجاز وهذا لأن الحكم بمنزلة القاضي في حكم المتخاصمين والقاضي لا يصلح أن يكون بواحد من هذه الصفات فكذا الحكم **قوله** والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز

عندنا كما مر في المولى • يعني إذا ولي الفاسق القضاء جاز عندنا • ولكن ينبغي أن يقلد فكذا الفاسق إذا حكم ينبغي أن يجوز بناء على ذلك ولكن لا ينبغي أن يحكم وقد مر بيان القاضي الفاسق في أول كتاب أدب القاضي **قوله** ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما هذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لأن حكمه موقوف على رضاهما فإذا رجع واحد منهما قبل نفاذ الحكم صار كأن الرضا لم يوجد في الابتداء أو نقول إنهما سلطاه على التصرف عليهما فصار كالتوكيل وللموكل عزل الوكيل قبل البيع فكذا هنا بخلاف ما إذا قضى الحكم حيث لا يكون لواحد منهما أن يرجع لأنه فعل ما فعل بتسليطهما فلم يكن لهما أو لأحدهما نقض ذلك كالوكيل إذا باع لا ينقضه الموكل فكذا هنا • وأورد شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي في هذا المقام سؤالاً وجواباً فقال فإن قيل أليس أن التحكيم إنما يثبت باتفاقهما وكان ينبغي أن لا يصح الإخراج إلا باتفاقهما أيضاً قلنا لا لأن العقد لا يثبت إلا باتفاقهما ثم ينفرد أحدهما بالفسخ كما في المضاربة والشركة ونحوهما • وهذا لأن أحدهما لم يرض بهذا التحكيم فلو لم يكن راضياً في الابتداء لا يصح التحكيم فإذا لم يرض بعد ذلك لا يبقى التحكيم أيضاً • فأما إذا نفذ الحكم فلا يجوز لواحد منهما أن يرجع عن ذلك كالقاضي إذا قضى ثم عزله السلطان لا يبطل ذلك القضاء • ولو عزله قبل القضاء لا ينفذ حكمه فكذا في الحكم • وقال في شرح الأقطع قال الشافعي في أحد قوليه لا يجوز التحكيم وإن حكم لم يلزمه لنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز حكم سعد بن معاذ على بني قريظة ولو جاز رجوع المحكوم عليه بعد الحكم لم يلزمهم ذلك مع كراهتهم أو كراهة بعضهم **قوله** وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه • هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وإن خالفه أبطله • وقال في شرح الأقطع قال الشافعي رضي الله عنه على القول الذي يقول بجواز التحكيم ليس له فسخه • ثم اعلم أن حكم الحكم لا يخلو إما إن كان موافقاً لرأي القاضي الذي يرفع إليه أو مخالفاً له فإن كان موافقاً يمضيه لا محالة لعدم فائدة النقض لأنه إذا فسخه يحتاج إلى أن يبرمه ثانياً لأن رأيه هو الذي حكم به الحكم • وإن كان مخالفاً لرأيه رده لأن حكم الحكم إنما يثبت بتسلط المحكمين على أنفسهما ولا تسلط من القاضي فلا يكون حكم الحكم حجة على القاضي • وهذا بخلاف حكم القاضي إذا رفع إلى القاضي آخر حيث يمضيه سواء كان ذلك موافقاً لمذهبه أو مخالفاً له إذا كان في فصل مجتهد فيه ولم يكن مخالفاً للكتاب والسنة المشهورة والإجماع لأن للقاضي ولاية عامة على كافة الناس فكان قضاؤه حجة على الكل وحكم الحاكم بمنزلة الصلح فلو وقع الصلح إلى القاضي وكان مخالفاً لرأيه أبطله فكذا هنا ثم فائدة إمضاء القاضي أن القاضي الثاني إذا رفع إليه لا يبطله وإن كان ذلك مذهب الثاني لأن إمضاء القاضي الأول بمنزلة حكمه بنفسه ابتداء **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص هذا لفظ القدوري في مختصره • وقال الشافعي على القول الذي يجوز التحكيم يجوز • قال الإمام الناصحي في تهذيب أدب القاضي ولو حكما بينهما في حد أو قصاص لم يجز ثم قال قال أبو بكر الرازي في القصاص ينبغي أن يجوز لأنه ولي القود لو استوفى القصاص من غير أن يرفع إلى السلطان جاز فكذلك إذا حكم فيه لأنه في حقوق بني آدم • ثم قال الناصحي وقال الحاكم في مختصره قضاء الحكم في الأموال والقصاص جائز إذا وافق رأي القاضي • وكذا ذكره ابن كاس النخعي في أدب القاضي ثم قال الناصحي قال ابن كاس • وقال الحسن بن زياد في كتاب أدب القاضي لو أن رجلين حكما رجلاً في حد أو قصاص فحكم بينهما لم يجز • وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي من أصحابنا من قالوا إنما يجوز هذا في الحدود الواجبة لله تعالى لأن الإمام هو المتعين لاستيفاء حقوق الله تعالى وليس لهما ولاية على سائر الناس فلا يصح • فأما في القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم لأن الاستيفاء إليهما والحق في القصاص وحد القذف لهما فيجوز التحكيم كما في الأموال ولكن صاحب الكتاب أطلق وقال لا يجوز التحكيم فيه وما قالوا لا • والقصاص وحد القذف لا يجوز استيفاؤهما بالصلح والعفو فكذلك لا يجوز التحكيم فيه ولأن القصاص وحد القذف مما يندرئ بالشبهات وفي حكمه شبهة لأنه حكم في حقهما وليس بحكم في حق غيرهما وأي شبهة أعظم من هذا **قوله** قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح إلا أنه لا يفتى به أي قال مشايخنا المتأخرون وتخصيص القدوري الحدود والقصاص في قوله ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالحكم في الكنايات بأنها رواجع وفسخ اليمين المضافة وغير ذلك وهذا الذي قالوا من جواز حكم الحكم في سائر المجتهدات صحيح إلا أنه لا يفتى به كيلا يتجاسر الناس على ذلك • قال في الفتاوى الصغرى حكم الحاكم الحكم ينفذ في الطلاق المضاف لكن لا يفتى به • ثم قال فيها وحكى عن شمس الأئمة الحلواني أنه قال مسألة الحاكم الحكم تعلم ولا يفتى به وكان يقول ظاهر المذهب أنه يجوز إلا أن القاضي الإمام الأستاذ أبا علي النسفي كان يقول نكتم هذا الفصل ولا نفتي كيلا يتطرق الجهال إلى ذلك فيؤدي إلى هدم مذهبنا فأما المذهب فهو الأول • وروي عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا وهو أن صاحب الحادثة إذا استفتى فقيهاً عدلاً من أهل الفتوى فأفتاه ببطلان اليمين وسعه اتباع فتواه وإمساك المرأة المحلوف بطلاقها وروي عنهم ما هو أوسع من هذا أيضاً وهو أنه إذا استفتى أولاً فقيهاً فأفتاه ببطلان اليمين وسعه إمساك المرأة فإن تزوج امرأة أخرى كان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيهاً آخر فأفتاه بصحة اليمين فإنه يفارق الأخرى ويمسك الأولى عملاً بإفتائهما إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى **قوله** وإن حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه هذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لأن حكم الحكم لا ينفذ في حق غير المحكمين فلا ينفذ إذن في حق العاقلة لأنهم ما رضوا بحكمه ولو حكم بالدية على القاتل في ماله لا يجوز لأنه مخالف للشرع • قال النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حمل بن مالك قوموا فدوه وسمى ذلك في كتاب المعاقل بل يقضي القاضي بالدية على العاقلة إلا إذا ثبت القتل بإقرار القاتل فحينئذ يجوز الحكم بالدية في ماله

القائل لان القائلة لا تعقل صلحا ولا عمدا ولا اعترافا قوله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول هذا لفظ القدوري في مختصره • قال صاحب الهداية وكذا بالاقرار وذلك لانهما سلطاه على الحكم عليهما بتراضيهما وليس الحكم الاسماع البينة والقضاء بالنكول او الاقرار فجاز لكونه موافقا للشرع قوله ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله اي قول الحكم ذكره تفريعا على ما تقدم • يعني اذا قال الحكم لاحد الخصمين قد اقررت عندي بكذا او قال قامت البينة عليك او الزمتك بالحكم وانكر المقضي عليه ان يكون اقر فالحكم ماض عليه لان له ان يبتدي فيحكم ما دام في المجلس فالمجلس باق فاذا انه حكمت صدق • وان قال الحكم كنت حكمت بكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قول المعزول في حكمت بكذا عليه • ولانه لما قام من مجلسه صار معزولا فصار كالقاضي بعد العزل اذا قال قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا قوله وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل • وذلك لان اهلية الشهادة شرط للقضاء فكل من لا يصلح شاهدا لا يصلح قاضيا والشهادة لهؤلاء لا تجوز فكذا لا يجوز الحكم لهم والقاضي والحكم فيه سوا بخلاف الحكم عليهم فان ذلك جائز كالشهادة عليهم لان في الشهادة لهم تهمة بخلاف الشهادة عليهم قوله ولو حكما رجلين لابد من اجتماعهما ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري وهي مذكورة في ادب القاضي • قال الناطفي في الهداية ادب القاضي • واذا حكما رجلين فراى احدهما شيئا وراى الآخر خلافه لم يجز لهما ان يحكما حتى يجتمعا على شي لانهما رضيا برايهما • ولو شهد عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان او غابا فسال المدعي الحكمين ان يشهدا له على شهادة شاهدين لم يجز من قبل ان الشاهدين لم يشهدا على شهادتهما لان الشهادة على الشهادة تحمل فلم يتحمله لم يجز له ان يشهد على شهادته

مسائل شتى من كتاب القضاء

تدعون عادة المصنفين ان يذكروا ما شذ من المسائل في اخر الكتاب استدراكا للفائت ويترجمون بقولهم مسائل منثورة او بقولهم مسائل شتى او بقولهم مسائل منثورة وكان القياس على هذا ان يذكر صاحب الهداية مسائل هذا الفصل في اخر كتاب ادب القاضي قوله قال واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في علو لرجل وسفل لآخر قال ليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة • وقال ابو يوسف ومحمد له ان يصنع فيه ما لا يضر بالعلو الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير يريد بقوله الجدار والسقف كذا قال الامام العتابي • وقال في كتاب الدعوى في شرح المبسوط من الشايل صاحب السفل اراد ان يهدم سفله او يفتح كوة او يدخل جذعا فيه لم يكن له ذلك الا برضا صاحب العلو • وكذا ليس لصاحب العلو ان يضع على علوه جذعا او يشرع كنيفا لم يكن له ذلك • وعندهما ليس له ذلك كله اذا لم يضر بالآخر الى هنا لفظ الشايل • قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رضي الله عنه ان الاباحة اذا اراد المنع ما يكون فيه ضرر ظاهر يكون فيه ضررا عليه لان التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بلا ضرر • وقال بعضهم بل عند ابي حنيفة الحظر اصل والاطلاق بعارض عدم الضرر والاطلاق فيه لم يعد اذا ضرر لصاحب فان له ان يصنع ما لا يضر به بالاتفاق • وانما الخلاف في حالة الاشكال به يصير اذا لم يعلم ابي حنيفة لم يترك ذلك الا برضا صاحبه • وعندهما له ذلك لان التصرف حصل في ملكه والاصل في الملك هو الاطلاق • ووجه قول ابي حنيفة ان تصرفه حصل في ملك مشغول بحق محترم للغير فصار المنع اصلا كالراهن اذا باع المرهون • ولهذا لا يملك صاحب السفل ان يهدم حمل الجدار والسقف فكذا البعض لان نقب الكوة لا يخلو عن توهين الحائط في الحال او في الثاني • قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقول ابي حنيفة قياس الكوة بفتح الكاف كذا في الديوان في الزوزني قال وتد الوتد يتده اذا ضربه من باب ضرب قوله واذا كانت زايغة مستطيلة ينشعب منها زايغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزايغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزايغة القصوى • وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في زايغة مستطيلة انشعبت منها زايغة مستطيلة وهي غير نافذة هل للرجل من اهل الزايغة الاولى ان يفتح من حايطه في الزايغة القصوى بابا قال لا • وان كانت زايغة مستديرة وقد لزق طرفاه كان له ان يفتح الى هنا لفظ الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث اذا كانت سكة غير نافذة وفيها سكة اخرى عن يمينها او عن يسارها ولرجل في السكة دار بابها الى السكة العظمى وبعض حوايطها الى السكة الاخرى التي هي من السكة فاراد ان يفتح بابا في تلك السكة ليس له ذلك لان تلك السكة خاصة لاهلها الا ترى لو بيعت دار في تلك السكة فالشفعة لهم خاصة دون اهل السكة العظمى تثبت ان الشفعة لهم خاصة • فان اراد انسان من اهل تلك السكة ان يفتح بابه الى السكة العظمى له ذلك لان السكة لهم جميعا وان كانت زايغة مستديرة يعني سكة فيها اعوجاج حتى يبلغ عوجها راس السكة فلكل واحد منهم ان يفتح بابه في تلك السكة في اي موضع شا لانها سكة واحدة من اولها الى اخرها وهي بينهم بالشركة الا ترى ان وجوب الشفعة لهم جميعا • وقال شمس الايمة الحلواني في مبسوطه في كتاب الشفعة سكة غير نافذة بيعت فيها دار فاهلها شفعا لانهم شركا في حقوق المبيع • فان كان فيها عطف ان كان مربعا فاصحاب العطف اولى فما بيع في عطفهم لانه بسبب التربيع يصير العطف المربع كالمنفصل عن السكة لان هيات الدور في العطف المربع تخالف هيات الدور في السكة فصار العطف المربع بمنزلة سكة اخرى فصار كسكة في سكة ولهذا تختلف به نصب الدور به اعلام • وهم واهل السكة فيما بيع في السكة سوا حتى لو بيعت دار في السكة العظمى فهم واهل السكة الصغرى فيها سوا • وان كان العطف مدورا فالكل سوا لان العطف المدور اعوجاج في نفس السكة وبذلك لا يصير بمنزلة

سكتين لان هيات الدور فيها لا تتغير بسبب الاعوجاج فكانت سكة واحدة الى هنا لفظ شمس الايمة الحلواني • وانما قيد بقوله وفيه نفي لانها اذا كانت نافذة يتبني لعامة المسلمين فلا يمنع من فتح الباب اليها ولكن هذا انما اذا اراد ان يفتح الباب للمرور فانه نافذ لانها اذا كانت غير نافذة فلا يمنع من ذلك كذا نقله فخر الاسلام عن الفقيه ابي جعفر رحمه الله منع استحسانا • واذا اراد به الاستضاءة او الريح دون المرور لم يمنع من ذلك • فلو نقض وقال فخر الدين قاضي خان وعن المشايخ من قال لا يمنع من فتح الباب في الفصل الاول لان فتح الباب ليس الا نقض بعض الحائط • فلو نقض الكل لا يمنع فكذا اذا نقض البعض • ولكن يمنع من المرور لانه ليس له حق المرور • ثم قال والاصح انه يمنع من فتح الباب لانه بعد فتح الباب ربما فتح بابا وقال ليس له ان يفتح بابا • وهذا لان من فتح الباب فقد اتخذ لنفسه طريقا لانه لا يمكنه منعه في كل ساعة وزمان حتى لو فتح بابا للاستضاءة والريح يمنع لا يمنع ثم صورنا الزايغتين كما نقلناه مكتوبتين على حاشية كتاب الامام حافظ الدين الكبير البخاري بخط سيث لها ميلها من طرف الى الطريق

هذه الصورة • والزايغة المحلة • وفي ديوان الادب الزايغة الطريق الذي حاد عن الطريق الاعظم والمستطيلة الطويلة من استطال بمعنى طال • وقال في مسئلة اي طويل قوله قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهذه من مسائل الجامع الصغير • قال صاحب الهداية وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شا الله تعالى • يعني ان الصلح على الانكار جائز عندنا خلافا للشافعي حتى يثبت الملك للمدعي في بدل الصلح عندنا وينقطع حق الاسترداد للمدعى عليه ويبطل حق الدعوى في اصل المدعي • وقال بعضهم في شرحه يريد به اذا كان المدعي به معلوما كالثلث ونحوه حتى يكون الدعوى صحيحة • ولنا نظر لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح • وقد مر بيانه في اخر باب الاستحقاق • ويرد كلام هذا القايل كلام صاحب الهداية ايضا حيث قال والمدعي وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة • والاصل فيه ان ما يجب تسليمه يشترط العلم به لان الجهالة تفضي الى منازعة مانعة من التسليم والتسلم • وما لا يجب تسليمه لا تضر الجهالة فيه • ووجه قولنا انه اخذ على سبيل المرسوق فلا يجوز • ولنا اطلاق قوله تعالى والصلح خير • ولا يقال الاية نزلت في الزوجين فلا تكون حجة في ان الصلح خير من الفرقة لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وقد عرف ذلك في الاصول • وذلك لان الكرالاية بالالحا وردت في حوادث خاصة ومع هذا كان حكمها عاما • وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى ابي موسى الاشعري والصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا • قال مشايخنا معناه احل حراما لعينه كالصلح عن مال على خمر او خنزير او حرم حلالا لعينه كالمصالحة امراته وجها على مال على ان لا يبيت عندها • وقوله عمر والصلح جائز بين المسلمين تمام يتناول الاقرار والانكار جميعا فيكون حجة على الخصم • ولانه لو لم يجز الصلح على الانكار ادى ذلك الى ابطال الصلح كله فيما بين الناس لان الصلح في الغالب انما يجري بين الناس في الانكار لانه لو كان مقرا لاخذ حقه فلا يحتاج الى الصلح والباقي سوف يجي بيانه في كتاب الصلح ان شا الله تعالى قوله ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسيل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه واقام البينة على الشرا قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته • الى هنا في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له وسلمها اليه في وقت ثم جا بالبينة على الشرا في وقت قبله لم تقبل البينة وذلك لانه متناقض • لان المدعي لما ادعى في الهبة لم يكن مشتريا لها في ذلك الوقت وادعى الشرا بعد الهبة • فاذا اقام البينة على الشرا قبل الهبة كان متناقضا لا محالة فلا تقبل البينة قال محمد في الهبة فاشتريتها ادعى الشرا بعد الهبة • لانه يحمل على ان الشرا الا اضافت البينة الشرا الى وقت قبل الهبة فاشترى منه بخلاف ما اذا قال جحدني الهبة فاشتريتها منه فقد اقام البينة على الشرا لا اضافت البينة لانه ليس متناقض لانه امكن التوفيق • لانه لما جحده الهبة فاشتراها كان الشرا مقررا للملك الواهب عند الهبة فلم يكن متناقضا • بخلاف ما اذا ادعى الهبة ولم يقل جحدني الهبة ثم اقام البينة على الشرا قبل الهبة حيث لا تقبل بينته لمكان التناقض لان دعوى الهبة اقرار من المدعي بان الملك للواهب • ودعوى الشرا قبل الهبة رجوع عن اقرار بالملك للواهب فكان متناقضا قوله ملكه اي ملك الواهب قوله عندها اي عند الهبة قوله قال ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر اذا اجمع البايع على ترك الخصومة وسعه ان يطاها • وهذه من خواص الجامع الصغير • وقال بعضهم لا يجوز له ان يطاها ويقال هو قول زفر كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وجه قوله انه لما باعها بقي على ملك المشتري فلا يتملكها من البايع او يتقايلا • ولنا ان الاقالة قد تكون بلفظ الاقالة وبلفظ الرد وجحودها ان يجاحدوا البيع • ثم اذا جحد المشتري البيع حصل الفسخ من جهته • فاذا عزم البايع على ترك الخصومة بعد ذلك واقترن عزمه بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من مجلس الخصومة الى منزله واستخدامها ونحو ذلك كان ذلك الامساك دلالة الرضا فتم الفسخ بينهما • الا ترى ان ما قال الولوالجي في شرح الجامع الصغير اذا قال لآخر اجرتك هذه الدار بكذا او بعتك هذا الثوب بكذا فاخذ الدار او الثوب فذهب به كان ذلك قبولا منه كذا هنا فيقال اجتمعت على الامر اجماعا اذا عزمت عليه واجمعت الشي اذا جعلته من مواضع شتى كذا في الجمهرة • والمراد فيما نحن فيه هو الاول قوله ونقلها اي نقل الجارية من موضع الخصومة الى بيته قوله ومن يضاهيه اراد به الاستخدام ونحوه قوله ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى ان ذلك انه زيوف صدق • وفي بعض النسخ انتهى اي ذكر في بعض نسخ الجامع الصغير انتهى مكان قبض وانتهى لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • اعلم انه اذا قال لآخر اقتضيت من فلان كذا درهما ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة صدق لان الاقتضا عبارة عن القبض فلو قال قبضت منك عشرة دراهم او قال اخذت ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة صدق فكذا اذا قال قبضت • وهذا لان الزيوف كالجياد فلا يكون في دعوى الزيوف متناقضا فيسمع دعواه • بخلاف ما اذا ادعى انها ستوقة او رصاص حيث لا يقبل دعواه لانه متناقض لانه قال قبضت الدراهم ثم دعواه الستوقة

او الرصاص انكار منه لقبض الدراهم لانها ليست من جنس الدراهم ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم لم يجز • وهذا اذا لم يزد
على اقتضاء الدراهم او قبضها شيئا اخر • اما اذا زاد وقال قبضت ما لي عليك او استوفيت ما لي عليك او قبضت حقي منك او قال
قبضت الجياد ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة لا يصدق لانه لما اقر بقبض الجياد كان مناقضا بعد ذلك في دعوى الزيافة
وكذا اذا اقر باستيفاء ما له عليه او بقبض حقه منه لان حقه وما له عليه كان في الجياد ودعوى الزيافة تناقض فلا تسمع قال
الفقيه ابو الليث وكذلك اذا قال قبضت الاجر او الثمن لا يصدق بعد ذلك انها زيوف لان الاجر او الثمن كان جيادا
قوله صدق لما ذكرنا اذا اقر بقبض الجياد او دلالة كما اذا اقر بقبض حقه او بقبض الثمن او اقر باستيفاء حقه لان الاقرار بذلك اقرار
بالجياد دلالة لان حقه في الجياد **قوله** بما ذكرنا في الصرف والسلم **قوله** والزيف ما زيفه بيت المال اي رده
والنبهرجة ما يرده التجار والستوق ما يغلب عليه الغش • والستوق تعريب سه تو من النبهرج • قال في النوازل قال ابو نصر
الزيوف هي الدراهم المغشوشة والنبهرجة هي التي تضرب في غير دار السلطان • والستوقة صفر مموه بالفضة • وكان الفقيه ابو
جعفر يقول الزيوف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار • والستوقة فارسية معربة الى هنا لفظ النوازل **قوله**
ومن قال لاخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء وهذه من
مسائل الجامع الصغير • وذلك لان الاقرار يرتد بالرد وينفرد به المقر له لانه حجة على المقر فاذا كان كذلك ارتد بالرد
فاذا عاد الى التصديق بعد ذلك لا يصح لانه عاد اليه بعد بطلان الاقرار • بخلاف ما اذا اقر بالبيع فانكر المشتري ثم
صدقه في مكانه يصح لان البيع لا ينفسخ بجحود المشتري وحده • فاذا عاد الى التصديق عاد والبيع قائم لم ينفسخ فيصح وهذا
لان المعتبر وهو البيع لا ينفرد باحد العاقدين فاذا رده المشتري لم يرتد حتى يساعده الاخر ولم توجد المساعدة • فاذا
عاد المشتري الى التصديق صح **قوله** قال ومن ادعى على اخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف
واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذا على الابراء وهذه من مسائل الجامع الصغير يعني كما تقبل البينة على القضاء تقبل
ايضا على الابراء • قال صاحب الهداية وقال زفر لا تقبل • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير • وفي قول
ابن ابي ليلى لا تقبل بينته لانه لما قال في الابتداء ما كان لك علي شيء قط • ثم ادعى انه قضاه صار متناقضا في كلامه فيبطل
دعواه • وهذه المسألة على ثلاثة اوجه احدها هذه فتقبل البينة فيها عندنا خلافا لابن ابي ليلى وزفر لامكان التوفيق لان
المدعى عليه ربما يقضي دفعا لشغب المدعي واذاه ودفعا للخصومة فيوجد صورة القضاء وان لم يكن عليه حق الا ترى انه يجيء
ان يقال قضى بباطل كما يقال قضى بحق • واذا كان التوفيق ممكنا كانت بينته على القضاء صحيحة • قال في شرح الجامع الصغير
وتلك المسألة على انه اذا امكن التوفيق بين الكلامين يقبل ويوفق بين الكلامين من غير دعوى التوفيق • ثم قال وذكر في
بعض المواضع وشرط دعوى التوفيق لقبول البينة ايضا لان التوفيق هنا اوضح لانه يقول لم يكن علي شيء لانك ابرأتني او لاني قضيته
والوجه الثالث ما اذا قال المدعى عليه في الابتداء ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك ثم اقام بينته بعد ذلك على القضاء
او الابراء لا تقبل بينته للتناقض لانه لا يتصور ان يكون بين اثنين خصومة وقضاء واخذ واعطاء • ولا يعرف احدهما الاخر
قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير • وذكر القدوري في هذه المسألة عن اصحابنا انه تقبل البينة على القضاء لان
الرجل قد يؤذى على رجل محتجب او امراة محتجبة يؤذونه بالشغب على باب داره فيامر بعض وكلائه ان يرضيه فيكون
قد قضاه وهو لا يعلم به ثم علم به من بعد • وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير فعلى هذا لو كان المدعى عليه
يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته لانه لا يمكنه التوفيق من هذا الوجه **قوله** ومن ادعى على اخر انه باعه جارية فقال
لم ابعها منك قط فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه بريء اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع
وهذه من مسائل الجامع الصغير ولم يذكر فيه خلافا بين اصحابنا • وذكر الخصاف هذه المسألة في ادب القاضي واثبت
فيه الخلاف فقال لا تقبل بينة البائع على البراءة في قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف تقبل • وجه قول ابي يوسف
الاعتبار بالدين فانه لو انكر الدين اصلا ثم اقام البينة على القضاء او الابراء تقبل البينة لامكان التوفيق لان غير الحق قد
يقضى وهنا يمكن التوفيق ايضا لانه يجوز ان يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى علي البيع سألته ان يبرئني عن العيب فابرأني
فلما امكن التوفيق قبلت البينة لعدم التناقض • ولان البيع غير البراءة من العيب فجحود احدهما لا يمنع دعوى الاخر • وجه
الظاهر انه مناقض في دعوى البراءة فلا تسمع بينته لان التبري عن العيب تغيير لصفة العقد عن اقتضاء صفة السلامة الى
غيرها ولا وجود لصفة العقد بدون العقد وقد انكر العقد اصلا ودعوى البراءة يقتضي سابقة العقد فكان مناقضا لا
محالة فبطل دعواه فلم تسمع بينته بخلاف المسألة المتقدمة فان التوفيق ممكن لان القضاء لا يدل على سابقة الوجوب لا محالة لانه
غير الحق قد يقضى دفعا للشغب والخصومة فظهر الفرق **قوله** اعتبارا بما ذكرنا اراد به ما ذكر في المسألة المتقدمة بان
التوفيق ممكن من حيث انه انما **قوله** قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء
الله او كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله بطل الذكر كله • وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ان
شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق • وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في الرجل يكتب على نفسه ذكر الحق فيكتب في اسفله ان شاء الله او يكتب الشراء فيكتب في اسفله فما ادرك فيه فلانا
من درك فعلى فلان خلاصه ان شاء الله قال ان شاء الله يبطل الدين ويفسد الشراء • وقال ابو يوسف ومحمد الشراء جائز والدين

لازم وقوله ان شاء الله من قام بذكر الحق وعلى الخلاص الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • وقولهما استحسان كذا ذكر
في الشامل في كتاب الاقرار من قسم المبسوط • اعلم انه اذا كتب صكا وكتب في اخره ان شاء الله يبطل الصك كذا عند ابي حنيفة
وقالا ينصرف الاستثناء الى ما يليه لان الصك يشتمل على اشياء ولا تعلق للبعض بالبعض فانصرف الى الذي يليه ولان الصك يكتب
للاستيثاق والتأكيد لا للابطال فكان ذلك دلالة على قصر الاستثناء على الذي يليه لانه لو انصرف الى الكل يبطل الصك اصلا
ولا يبقى الاستيثاق استيثاقا • ولان الكتاب كالخطاب وفي الخطاب لا بد ان ينقطع النفس فلا يجوز ان يلحق الاستثناء بالكل
ولابي حنيفة ان الصك يشتمل على فصول متداركة معطوف بعضها على بعض من غير فصل في الكتبة فصار كمن تكلم بكلمات في نفس
واحد واستثنى في اخرها فان الاستثناء ينصرف ثمة الى الكل فكذا هنا يحققه ان الصك لما كان جامعا جملا صار ما فيه كشيء
واحد فانصرف الاستثناء الى الكل • ولهذا اذا قال لامراته طالق وعبده حر وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى
ينصرف الاستثناء الى الكل ولا يلزمه شيء • وقولهما ان الصك يكتب للاستيثاق قلنا لا نسلم لانه قد يكتب للابطال لغرض ولئن
سلمنا انه يكتب للاستيثاق لكن لا نسلم ان كتبته للاستيثاق يمنع بطلانه عند وجود المبطل • وقولهما لا بد من ان ينقطع النفس
قلنا توالي السطور والكلمات في الكتابة بمنزلة اتصال الكلام حقيقة فلم يكن الكتاب كانقطاع النفس في الخطاب حتى قالوا
لو لم يكن السطور متوالية خاصة له لا لاتصل **قوله** وقالا ان شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق يعني ان
قوله ان شاء الله ينصرف على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق لا على مجموع الصك عندهما • والمراد بالذكر الحق يعني ان من
اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك ان شاء الله **قوله** ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق اي لو ترك
فرجة اي موضعا بياضا بل قوله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله • قال المشايخ لا يلتحق **قوله**
ان شاء الله حينئذ بجميع الصك بل يلتحق بقوله من قام بذكر الحق والله اعلم

في القضاء بالمواريث

قوله ذكر هذا الفصل في اخر ابواب القضاء لان الموت اخر احوال الانسان في الدنيا فكان ذكر ما يتعلق بالموت مناسبا
واذا مات النصراني فجاءت امراته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته • وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة
وهذه من مسائل الجامع الصغير • وقال صاحب الهداية وقال زفر القول قولها وذلك لان الحادث يضاف الى اقرب
الاوقات والاسلام حادث فيحصل موجودا بعد الموت لا قبله • ولنا ان سبب حرمان المراة وهو اسلامها عن ميراث زوجها
النصراني ثابت في الحال فيحكم الحال عند عدم دليل اخر واجب • والحال يصلح للدفع لا للاستحقاق الا ترى ان رب الطاحونة
مع المستاجر اذا اختلفا بعد مضي المدة في جريان الماء وانقطاعه يحكم بحال ماده فكان جاريا في الحال كان القول قول رب الطاحونة
وان لم يكن جاريا كان القول قول المستاجر • وهذا بخلاف ما اذا مات المسلم وله امراة نصرانية فجاءت مسلمة وقالت اسلمت
قبل موته وقالت الورثة لا بل اسلمت بعد موته كان القول قول الورثة ولا يجعل الحال حكما لان الحال حجة من حيث الظاهر
والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق والمراة تدعي الاستحقاق فلم يصلح الظاهر حجة للاستحقاق • وفي المسألة الاولى الورثة
يريدون الدفع والظاهر يصلح للدفع لا للاثبات **قوله** قال ومن مات وله في يد رجل اربعة الاف درهم وديعة
فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه اي قال في الجامع الصغير وصورة المسألة فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل يموت وله في يد الرجل وديعة الف درهم فيقول المودع هذا ابن الرجل الذي اودعني لا
وارث له غيره قال يقضي القاضي بان يدفع اليه الوديعة • فان قال لاخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري
قال يقضي للاول بالمال كله الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وهي من الخواص وذلك لان المودع اقر بان ما في يده صار
للمقر له ملكا ويدا خلافة • فلو اقر بانه للمورث في حال حياته اصالة جاز فكذا اذا اقر خلافة كالمديون اذا اقر لرجل انه
وكيل بقبض الدين فانه يؤمر بالدفع اليه فكذا هنا بخلاف المودع اذا اقر لرجل انه وكيل المودع في قبض الوديعة حيث لا
يؤمر بالدفع لانه مقر بقيام حق المودع فلا يملك التصرف فيه • وليس هذا كالمديون اذا اقر انه وكيل بقبض الدين لانه يقر
في حق نفسه لا في حق رب الدين لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فكان اقراره على نفسه فيصح • وانما يكون جميع المال
للابن المقر له الاول لان اقراره للثاني حصل بعد انقطاع يده عن المال فوقع شهادة على الاول فلم يصح ولم يغرم المودع
للابن الثاني شيئا باقراره له لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث
فلا يكون الاقرار بالبنوة اقرارا بالمال **قوله** قال واذا قسم الميراث بين الغرماء فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث
اي قال في الجامع الصغير وصورة المسألة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في ميراث قسم بين الغرماء
قال لا اخذ من الغريم كفيلا ولا من الوارث كفيلا هذا شيء احتاط به القضاة وهو ظلم • وقال ابو يوسف ومحمد ياخذ
الكفيل قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وتفسيره اذا ثبت الدين للغرماء وقضى القاضي ديونهم واحتمل ان يكون على
الميت دين غيره او قامت البينة على الوارث ولم تشهد الشهود انهم لا يعلمون له وارثا غيره • قال القاضي شاء فان فعل
ولم يظهر له وارث غيره فهل ياخذ كفيلا ام لا الى هنا لفظ فخر الاسلام يعني اذا ثبت الدين والارث بالاقرار يؤخذ الكفيل
بالاتفاق واذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره فلا حاجة الى التلوم والكفيل بل يدفع المال بلا تلوم ولا كفيل عندهم
وكذلك اذا قالوا لا وارث غيره استحسانا • وقال في الفتاوى الصغرى في كتاب الدعوى وفي كل موضع قال يتانى هو
ويتهم بتلوم القاضي يكون ذلك مفوضا اليه هكذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في الباب الاول من وصايا الجامع ثم

فان قيل ندرج الجحاري من المعلوم بالحول • وجه قولهما ان الموت قد يقع بغتة وربما يظهر غريم اخر ووارث اخر فيحتاط و
باخذ الكفيل كما في تسليم الابق واللقطة • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان حق الحاضر معلوم ثابت وحق الغايب
مجهول غير ثابت لانه ربما يكون وربما لا يكون فلا يجوز تعطيل الحق المعلوم الثابت بالمجهول الموهوم لان المجهول لا يصلح حجة
ولهذا اذا كان الدار لها شفيعان فحضر احدهما قضي له بالشفعة ولا ينتظر للغايب فهذا اولى • واما مسئلة الابق واللقطة
فان فيها روايتين هنالك فقال في رواية لا احب ان ياخذ منه كفيلا • وقال في رواية احب ان ياخذ منه كفيلا • قال في بعض
شروح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى قول ابي حنيفة مثل ما قال لو لا يصح قياسها على تلك المسئلة • وقال الامام
العتابي وفي العبد الابق واللقطة اذا وجد اثنان فادعي اخر ان ذلك له واقام البينة فانه يدفع اليه ولا ياخذ منه
كفيلا عند ابي حنيفة وعندهما ياخذ وان دفع اليه باخبار عن العلامة او بقول العبد يوخذ منه كفيل بالاجماع في الغا
لقطة رحمه الله • وذلك لان الحق ليس ثابت • ولهذا كان له ان يمنعه فيحتاج الى الكفيل صيانة للقضاء والبائع
بسط في كتاب اللقطة من شرحنا هذا عند قوله واذا حضر رجل وادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى تقوم البينة **قوله**
ولا في حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا • اما قطعا فيما اذا كان القاضي تعرف يقينا لا وارث للميت غير الحاضر
واما ظاهرا فيما اذا لم يعرف القاضي وارثا اخر واحتمل وجود الاخر وعدمه لان حق الحاضر ظهر عند القاضي ولم يظهر
حق الغايب • وهذا لان القاضي مامور بالحكم بما ظهر عنده لا بدرك الغيب **قوله** فهو دليل على ان المجتهد يخطي و
يصيب ونص على ان الامام ابا حنيفة واصحابه برآء عن مذهب اهل الاعتزال حيث قالوا كل مجتهد مصيب وهذا
لان الاجتهاد شرط القضاء • ولكن الاختلاف في انه شرط الاولوية او شرط الجواز وقد مر بيانه في اول كتاب ادب القاضي
قوله لا يجعل اي من المشتري او من رب الدين **قوله** وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل
بالاجماع هكذا قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير **قوله** عن مذهبه اي عن مذهب ابي حنيفة **قوله** واذا
كانت الدار في يد رجل اقام اخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان قضي له بالنصف وترك النصف
الاخر في يد الذي هو بيده ولا يستوثق منه بكفيل • وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه • وهذا من مسائل الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في دار في يد رجل اقام رجل البينة ان اباه مات وتركها ميراثا
بينه وبين اخيه فلان لا وارث له غيرهما قال يقضي له القاضي بنصفها ويترك النصف الباقي في يد الذي في يديه الدار ولا
يستوثق منه بكفيل • وقال ابو يوسف ومحمد اذا جحدها اخذها منه وجعلها في يدي امين حتى يقدم الغايب • وان لم
يكن جحدها ترك النصف في يده حتى يقدم الاخر الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • قال في المختلف قيل ان هذا الاختلاف
بناء على انه هل يجوز القضاء على الغايب عندهما يجوز وعنده لا يجوز • وقيل الاختلاف في القضاء ولكن في ترك نصيبه في يدي ذي اليد
الى هنا لفظ المختلف • وقال الزاهد العتابي ولو كان عروضا يوخذ من يده بالاجماع لان العروض يمكن تغييبه وان كان
عقارا لم يوخذ نصيب الغايب من يده بالاتفاق • وجه قولهما انه لما جحد صار خاينا غاصبا ومال الغايب لا يترك في
يد الخاين كما لو كان عروضا بخلاف ما اذا لم يجحد لانه امين الميت فلا ينزع من يده لعدم الخاين لانه اذا اخذ منه يوضع
في يد امين اخر • فاذا كان الذي في يده الدار امينا لا يحتاج الى امين اخر • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان
القضاء وقع للميت مقصودا لان القضاء بالارث قضاء بملك الميت ولهذا يقضي ديونه منه وهذا امين الميت فلا ينزع من يده و
والغايب يرضى ايضا بكون نصيبه في يد الامين فيترك في يده نهاية ما في الباب انه جحد ولكن وقع الامن عند قضاء
القاضي ولا يشبه العقار العروض فلم يصح القياس لان العقار محفوظة بنفسه • والعروض تحتاج الى الحفظ والنزع اولى
بالحفظ • ولهذا يملك الوصي بيع العروض على الكبير الغايب دون العقار • وكذلك يملك وصي الاخ والام والعم بيع العروض
على الكبير الغايب دون العقار • وكذلك يملك وصي الاخ ثم اذا حضر الغايب واراد اخذ نصيبه هل يكلف اعادة البينة
انما كانت لابيه امر لا يعلى ظاهر الرواية لا يكلف اعادة البينة كذا ذكر فخر الاسلام وغيره • وقد نص الخصاف عليه في
ادب القاضي لان بينة الحاضر كانت له وللغايب لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه الا انه
لم يظهر دعواه فاذا ظهرت دعواه قضي له كما قال ابو حنيفة في قتل الخطا اذا اقام الحاضر البينة ثم حضر الغايب لا يحتاج
الى اعادة البينة ويأخذ نصف الدية فكذلك ههنا • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير • وقال بعضهم على
قياس قول ابي حنيفة ينبغي ان يكلف اعادة البينة لان تلك البينة كانت للحاضر خاصة كما قال في باب القصاص اذا اقام
الحاضر البينة انه قتل اباه عمدا ثم حضر الغايب يحتاج الى اقامة البينة على قول ابي حنيفة كذا ههنا **قوله**
والنزع اليم فيه اي نزع المنقول من يد المدعى عليه الم لانه اذا وضع في يد امين يبقى محفوظا **قوله** وقيل المنقول
على الخلاف ايضا يعني لا يوخذ نصيب الغايب من يد المدعى عليه على قول ابي حنيفة خلافا لهما • قال الاسبيجابي في اصوله
واما المنقول فلا شك انه على قولهما يوخذ نصيب الغايب من يده ويوضع على يد عدل • واختلف المشايخ على قول
ابي حنيفة • قال بعضهم لا ينزع من يده • وقال بعضهم ينزع من يده **قوله** وقول ابي حنيفة فيه اظهر لحاجته
الى الحفظ يعني ان قول ابي حنيفة في المنقول اظهر من قوله في العقار لان المنقول يحتاج الى الحفظ • فادام ينزع من
يده كان مضمونا عليه • واذا نزع منه لم يبق مضمونا عليه فكان الحفظ في عدم النزع اكثر • وانما يوخذ الكفيل لانه

انما صوته والقاضي انما نصبت لقطعها لا لانشائها يعني لا يوخذ الكفيل من صاحب اليد اذا لم ينزع نصيب الغايب من يده
لانه يفضي الى انشاء الخصومة • لانه ربما لا ينازع في اعطاء الكفيل من صاحب اليد والاخ الحاضر يطالبه فينشا الخصومة
والقاضي نصب لقطع الخصومة ودفعها لا لانشائها بخلاف ساير الصور التي يوخذ الكفيل فيها لان الخصومة قد تقدمت
ثم واخذ الكفيل دفع لها **قوله** بخلاف الاستيفاء نفسه يعني ان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين لان المقضي عليه
في الحقيقة هو الميت فكان احد الورثة نايبا عنه في القضاء له وعليه وليس كذلك الاستيفاء • لان المستوفي عامل لنفسه فلا
يصلح ان يجعل نايبا عن الغير فلما لم يصلح نايبا في حق الاستيفاء يستوفي الا نصيب نفسه من الدار كما اذا ثبت احد الورثة
دينا على انسان للميت يثبت الدين في حق الكل ولكن بالاتفاق يدفع الى الحاضر نصيبه شايعا غير مقسوم **قوله** الا انه
انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده استثناء من قوله لان احد الورثة انما ينتصب خصما
عن الباقين فيما يتحول له وعليه يعني انما ينتصب احد الورثة خصما عن الباقين في الاستحقاق عليه في حق الكل اذا كان الكل
في يده والا فلا ينتصب خصما في حق الكل الا ترى الى ما قال في الجامع الكبير في باب الشهادة في المواريث • ولو مات وترك
دارا وثلاثة بنين وابنان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقضي عليه القضاء وقال ماتت والدنا واحد
اخوي فلان وفلان نصيبهما واو دعاني وغابا • وقال المدعي كانت الدار في يد ابيكم واني اعلم ان الغايبين قبضا ثلثي الدار بانها
واودعاعندك لكن انا اقيم البينة انها داري قبل بينته وذوا اليد خصم لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما يدعي عليه فان
حضر الغايبان وصدقاه في الارث وجحدا حق المدعي فالقضاء ماض • وان كذباه وقالا لا ارث من ابينا فثلثا الكل في ثلثي الدار لنا
لا بطريق الارث من ابينا فقال للمدعي اعد بينتك عليهما في ثلثي الدار لان ذلك قضاء على غير الخصم لان اقرار الحاضر يعمل في حقه لا في
حق الغايبين • قال العتابي قال لمشايخنا هذا اذا لم يكن الدار مقسومة • فاما اذا اقتسموا فاودع ابنان نصيبهما
الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والمحق هذا بما اذا لم يكن الحاضر خصما عنهما • بخلاف
ما قبل القسمة لانه يبقى على حكم ملك الميت على ما عرف • ولو كانت ثلثا الدار في يد رجل اخر مقسوم او غير مقسوم اودع هو
عند الغايبان وهو مقر بانها وديعة للغايبين ميراثا من ابيهما لم يكن خصما للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصما في ذلك
لان الوارث انما يكون خصما للمدعي على الميت فيما في يده لا فيما في يد غيره • وقال الاسبيجابي في الفصل الخامس من الفصول
فالحاصل ان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت في عين هو في يد ذلك الوارث لا في عين ليس في يده حتى ان من ادعى عينا
من التركة واحضر وارثا ليس في يده تلك العين في يده لا تسمع دعواه • وفي دعوى الدين احد الورثة ينتصب خصما عن الميت
وان لم يكن في يده شي من التركة كذا ذكر في المحيط والذخيرة **قوله** ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما
فيه الزكوة • وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال اذا قال الرجل مالي في
المساكين صدقة فهذا على ما يكون فيه الزكوة • وقال اذا اوصى رجل بثلث ماله فهذا على كل شي الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير • قال في شروح الجامع الصغير وهذا استحسان اخذ به علماؤنا الثلاثة والقياس ان يلزمه التصدق
بجميع ماله وهو قول زفر • وكذا اذا قال ما املكه فهو على ما يكون فيه الزكوة وبه صرح في كتاب الهبة • قال في الشامل
في قسم المبسوط في باب الصدقة قال جميع ما املك في المساكين صدقة يتصدق بجميع ما يملك من اموال الزكوة استحسانا • وقال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر ابو يوسف في الامالي حكاه عن ابي حنيفة وعن نفسه انه اذا قال مالي في المساكين
صدقة انصرف الى مال الزكوة • واذا قال ما املك صدقة انصرف الى جميع الاموال • وفي قول مالك يتصدق بثلث
ماله • وفي قول الشافعي عليه كفارة اليمين • وروي عن الشعبي انه لا يجب عليه شي الى هنا لفظ الفقيه في شرحه • وجه
القياس ان المال اسم عام فيتناول ما يجب الزكوة فيه وما لا يجب الزكوة فيه فينصرف النذر الى الكل كما لو اوصى بثلث ماله
ينصرف الى الكل ولا يختص بما فيه الزكوة الا ترى الى قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل حيث يتناول الاموال كلها
وكذا قوله عليه السلام من ترك مالا فلورثته • ووجه الاستحسان ان النذر انصرف الى مطلق المال • والمال المطلق
يراد به مال الزكوة والسوايم بدليل ان رجلا لو حلف بالله ما له مال فان يمينه تنصرف الى مال الزكاة من الدراهم او
والدنانير ومال التجارة والسوايم فكذا ههنا • ولان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ثم ايجاب الله تعالى الصدقة
في مطلق المال منصرف الى مال الزكاة فكذا ايجاب العبد قال تعالى خذ من اموالهم صدقة والصدقة لا توخذ من جميع
المال بخلاف الوصية فانا لم نجد فيها نصا مقيدا بمال الزكاة فانصرفت الى مطلق المال • ولان الوصية اخت الميراث
لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت والميراث لا يختص بمال الزكوة فكذلك الوصية • ووجه ما قال في كتاب الهبة
في قوله ما املك ان الملك عبارة عن مال فكان ذكر الملك كذكر المال فانصرف الى ما فيه الزكاة استحسانا • ووجه
رواية الامالي ان الملك اعم من المال لان الملك قد يقع على غير المال ايضا كالنكاح والقصاص والخمر • فاذا اخرج كلامه
على العموم انصرف الى عموم المال • ووجه قول مالك ان الاعتبار بالوصية فان الايجاب غير مشروع واوسع التبرعات
الوصية وهي مقدرة بالثلث • ووجه قول الشافعي قوله عليه السلام النذر يمين وكفارته كفارة يمين • ووجه
قول الشعبي انه ارتكب النهي لان الله تعالى قال لنبيه صلى الله عليه وسلم ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل
البسط • ثم الاراضي الخراجية لا تدخل في الايجاب فيما اريد به مال الزكوة لانها ليست من مال الزكوة • واختلف

ابو يوسف ومحمد في الاراضي العشرية فقال ابو يوسف تدخل لانها من اسباب الصدقة وفي العشر • وقال محمد لا تدخل
لانها من اسباب المؤنة مثل عبد الخدمة • وحاصل ذلك ان جهة المؤنة غالبة عند محمد • ووجه الصدقة عند ابي يوسف
ومحمد في الاراضي العشرية • فقال ابو يوسف تدخل لانها من اسباب الصدقة وفي العشر • وقال محمد لا تدخل لانها من
اسباب المؤنة والاختلاف في النوادر كذا نقل فخر الاسلام • وقال في شرح الطحاوي وروي عن ابي حنيفة انه قال تدخل
ارض العشر لانها من جنس مال الزكوة • وقال في شرح الطحاوي ايضا فاما في لفظ نذر ان يقول لله علي ان اهدي جميع مالي
او قال جميع ملكي او حلف به فقال ان فعلت كذا فلله علي ان اهدي جميع مالي يدخل فيه جميع ما يملك وقت اليمين ووقت
النذر فيجب ان يتصدق ذلك كله لا بد ودونه • فان استفاد اخر اهدى بمثله **قوله** والمبدأ بجانب الزرع بحنو
البا **قوله** على ما مر اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان **قوله** ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت
الايجاب يمسك من ذلك قوته • ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك وذلك لان حاجته نفسه اهم وانه مقدم ولم يقدر
محمد رحمه الله مقدار القوت لان ذلك يختلف بقلة العيال وكثرته • وقيل ان كان محترفا يمسك قوت يومه وان
كان صاحب غلة يمسك قوت شهر • وان كان صاحب ضياعة يمسك قوت سنة • وان كان من التجار يمسك مقدار ما
يرجع اليه ماله لان يد الدهقان الى ما يستغل انما يصل سنة فسنة • ويد صاحب الغلة شهرا فشهرا ويد العامل يوما فيوما
كذا ذكر التمهيد وغيره في شروح الجامع الصغير • واراد بصاحب الغلة صاحب الدور والحوانيت التي يؤاجرها هو
قوله ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم
وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يموت فيوصي الى رجل لا يعلم انه اوصى اليه
فيبيع شيئا وهو لا يعلم بالوصية قال جائز وهو وصي • وقال في الوكيل لا يجوز بيعه حتى يعلم انه وكيل فاذا اعلمه انسان فباع
فهو جائز ولا يكون نهيا عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • والمسئلة
الاولى من الخواص ولم يذكر في الجامع الصغير قولهما كما نرى • وقد ذكروا في شروح الجامع الصغير ان عندهما يثبت العزل
بخبر الواحد سواء كان عدلا او فاسقا او عبدا او حرا او غير ذلك كالوكالة • قال صاحب الهداية وعن ابي يوسف انه لا
يجوز في الفصل الاول ايضا يعني لا يجوز بيع الوصي ايضا قبل العلم بالوصاية اعتبارا بالوكالة لان كل واحد منهما نيابة لكن الوكالة
قبل الموت وتلك بعد الموت • وروى فخر الدين قاضي خان عن ابي يوسف خلاف هذا فقال في شرح الجامع الصغير وعن ابي
يوسف ان الوكالة بمنزلة الوصاية ولا يشترط فيهما العلم لان كل واحد منهما اثبات الولاية والفرق بينهما على ظاهر الرواية
لان الوصاية خلافة لا نيابة والخلافة تثبت بدون العلم كالارث • ولهذا اذا باع الوارث شيئا من التركة صح قبل العلم كذا
الوصي لان الخلافة في الوصايا بالاستخلاف وفي الارث لا بالاستخلاف وليس كذلك الوكيل فان تصرفه بحكم النيابة لا
بحكم الخلافة • ولهذا يبطل الوكالة بالموت فاذا كان الوكيل نائبا لا يثبت تصرفه قبل العلم لان الوكيل متبرع بالمنافع ولا
يتصور التبرع بدون العلم بخلاف الوصاية لان الوصي يخلف الموصي عند خلو مكانه كالوارث يخلف المورث عند خلو مكانه ولا
حاجة الى العلم • ولان التوكيل والعزل امر ونهي فيعتبر اوامر العباد ونواهيهم باوامر الله تعالى ونواهيه ولا يلزم ذلك
الا بعد العلم والسماع فكذا هذا • ولهذا لم يؤمر بالاعادة من صلى من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى بيت المقدس بعد
ما حولت القبلة الى الكعبة قبل العلم • واذا صار وصيا قبل العلم لزمت الوصاية حكما لنفاذ البيع حتى لا يجوز رد الوصاية
بعد ذلك • وهذه المسئلة مكرر ذكرها وسوف يجيء ذلك في اخر الكتاب في باب الاوصياء • وهذا الذي ذكرنا من عدم جواز
التصرف قبل العلم بالوكالة اذا ثبت مقصودة وكذلك الاذن للصبي والعبد بالتجارة ان كان قصدا لا يثبت بدون العلم لان
الاذن من الاذان بمعنى الاعلام والاعلام لا يتصور بدون العلم • اما اذا ثبتت الوكالة في ضمن امر المخاطب الحاضر فالتصرف
فيه روايتان بيانه ان قال الموكل لرجل اذهب بعبدي الى فلان يبيعه فلان منك فذهب الرجل بالعبد اليه واخبر ان صاحب
العبد امره ببيعه فاشتراه منه صح شراؤه منه وان لم يخبره بذلك واشتراه منه ذكر محمد في كتاب الوكالة ان البيع جائز
وعلى الحرمة المشتري التوكيل لمعرفة البائع • وذكر في كتاب الزيادات انه لا يجوز البيع • وذكر في المأذون الكبير
ما يدل على جواز البيع وهو ان يقول المولى لقوم بايعوا عبدي فاني قد اذنت له في التجارة فبايعوه جاز • وان لم يعلم
العبد بامر المولى كذا في شرح الطحاوي • واما العزل القصدي لا يصح بدون العلم والحكمي يصح بدون العلم كما اذا مات الموكل
ونحو ذلك وكذلك الحجر ثم اثبات الوكالة يصح بخبر الواحد مطلقا • وعند ابي حنيفة يشترط العدد او العدالة حتى لا يثبت
العزل عنه الا بخبر الاثنين او بخبر الواحد العدل • قالوا في شروح الجامع الصغير وعلى هذا الخلاف مولى العبد الجاني
اذا اخبر بالجناية فباع او اعتق هل يصير مختارا للفداء وكذا الشفيع اذا سكت بعدما اخبر بنكاح الولي وكذا الذي اسلم في
دار الحرب ولم يهاجر فاخبر بالشرائع وكذا العبد المأذون اذا اخبر بالحجر فعند ابي حنيفة لا بد من العدد او العدالة
حتى يصير المولى مختارا للفداء • ويبطل حق الشفيع بالسكوت ويكون السكوت رضا في البكر ويلزم الشرائع على الذي اسلم وعندهما
لا يشترط العدد والعدالة • وجه قولهما ان هذا من باب المعاملات وليس بشهادة • ولهذا لا يشترط لفظة الشهادة
ومجلس القضاء فيعتبر بخبر الواحد عدلا كان او لم يكن كما في الوكالة والاذن وكما اذا كان المخبر رسولا حيث لا يشترط
العدد • والحاصل انهما يعتبران الانتهاء بالابتداء لانه لو اخبر واحد بالوكالة جاز فكذا اذا اخبر واحد بالعزل

ووجه

ووجه قول ابي حنيفة ان الاخبار بالعزل والحجر ونحو ذلك يشبه الاخبار بالوكالة من حيث انه يتصرف في ملك نفسه هو
ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء ويشبه الالزامات من وجه لانه يلزمه الامتناع من التصرف فلو كان هو
الزاما من كل وجه لروعي فيه شرائط الشهادة وهو الزام من وجه دون وجه فروعي فيه احد وصفي الشهادة وهو العدد
او العدالة • ولهذا فارق الاخبار بالوكالة لانه ليس فيها معنى الالزام لان الوكيل مخير بين ان يفعل وبين ان لا يفعل
فلم يراع فيها شرائط الشهادة • وقال فخر الدين قاضي خان في شرحه للجامع الصغير • وذكر الطحاوي والفقيه ابو جعفر
ان الوكالة لا تثبت بقول الواحد الفاسق عند ابي حنيفة وانما يثبت متى صدقه الوكيل حتى لو كذبه لا تثبت فعلى هذا لا فرق
بين الوكالة والعزل لان في العزل اذا صدقه ينعزل **قوله** لان الوصاية انابة اي جعل الغير نائبا منابه ولا ينافي ذلك لانا
لم نستعملها كتب اللغة لهذا المعنى لان المستعمل فيها انابة بمعنى الرجوع الى الله تعالى لانا نقول كل ثلاثي اذا اريد تعديته باحد
الاشياء الثلاثة الهمزة والباء والتضعيف وهو القياس • ولهذا قال الزمخشري في اول سورة الروم في تفسير قوله ادنى
الارض اي في ادنى ارضهم الى عدوهم على انابة اللام مقام المضاف اليه ثم قال اذا كان الفعل المعدى باحد هذه الاشياء لازما
يكون به متعديا الى واحد واذا كان متعديا الى واحد يكون متعديا الى اثنين واذا كان متعديا الى اثنين يكون به متعديا
الى ثلاثة فافهم **قوله** بخلاف الاول وهو الاعلام بالوكالة يعني ليس فيه معنى للالزام اصلا فلا يشترط فيه العدد والعدالة
قوله واذا باع القاضي او امينه عبد الغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن • وهذه من مسائل الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يموت وعليه دين مائة درهم لرجل وله عبد يساوي مائة
درهم فيرجع الغريم الوصي الى القاضي فيامر بالبيع للغريم في دينه فيبيعه بمائة درهم فيقبض الوصي الثمن فيهلك ثم يستحق العبد من
يد المشتري قال يرجع المشتري بالثمن على الوصي ويرجع الوصي على الغريم • ولو كان الذي باعه امين القاضي او القاضي رجع المشتري
على الغريم بالثمن والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم سواء الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • اعلم ان الوصي اذا باع العبد
وقبض الثمن فصار الثمن في يده ثم استحق العبد او مات قبل القبض رجع المشتري بالثمن على الوصي لان حقوق العقد ترجع اليه
لانه عاقد ثم يرجع الوصي بذلك على الغريم لان الضمان لحقه لاجل عمله لاجل الغريم والقاضي الى امر الوصي بالبيع صار كالمكره
فوجب حاصل الضمان على الغريم لان البيع وقع لاجله فلو باع القاضي او امينه وقبض الثمن وضاع في يده ثم استحق العبد او مات
قبل القبض لا يرجع المشتري على القاضي ولا على امينه وان كان عاقدا بل يرجع على الغريم • لان امين القاضي لا عهدة عليه كما لا
عهدة على القاضي لانا لو اوجبنا الضمان على القاضي او امينه لتقاعد الناس عن تقلد هذه الامانة حذرا من الضمان فحينئذ
يضيع حقوق المسلمين فلما تعذر الرجوع على القاضي او امينه وجب الرجوع على الغريم لان البيع وقع لاجله كما اذا كان العاقد
عبدا محجورا او صبيا محجورا • ولو باع الوصي العبد لنفقة الوارث فقبض الثمن فضاع ثم استحق العبد او مات قبل القبض رجع
المشتري بالثمن على الوصي ثم الوصي على الوارث • ولو باعه امين القاضي يرجع المشتري على الوارث • فان كان الوارث
صغيرا ينصب القاضي عنه وصيا يقضي دينه • واورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير سؤالا وجوابا في هذا
المقام فقال فان قيل لو ظهر للميت مال اخر بعد ذلك ما حكمه قيل للغريم ان ياخذ دينه بلا شك • واما المائة التي غرم
يجوز ان يقال يرجع في ذلك ايضا لان ذلك الضمان لحقه لامر الميت فيرجع في ذلك الى مال الميت **قوله** عبد الغرماء
اي لاجل الغرماء **قوله** واخذ المال اي الثمن فضاع اي المال وهو الثمن **قوله** لم يضمن اي القاضي او امينه **قوله**
محجورا عليه اي عبدا محجورا • وانما اطلقه ليتناولهما جميعا **قوله** ولهذا يباع بطلبهم اي يباع العبد بطلب الغرماء وهو
ايضاح لقوله لان البيع واقع لهم اي لاجل الغرماء **قوله** كما اذا باعه بنفسه اي باعه الميت حال حياته بنفسه **قوله**
يرجع الغريم فيه بدينه اي يرجع رب المال بدينه في المال الذي ظهر للميت يعني ياخذ دينه من ذلك المال **قوله** قالوا
اي قال المشايخ وهذا اشارة الى جواب الفقيه ابي الليث **قوله** يرجع بالمائة التي غرمها اي يرجع الغريم اذا بيع له اي لاجل
الوارث وقد مر بيانه

فصل

اخر مسائل هذا الفصل متفرقة يجمعها اصل واحد وهو ان قول القاضي هو
بانفراده قبل العزل وبعده مقبول ام لا فلذلك ذكرها في فصل على حدة **قوله** واذا قال القاضي قد قضيت على هذا
بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال اذا قال القاضي لك قد قضيت على هذا بالرجم وسعك ان ترجمه • واذا قال
قد قضيت عليه بالقطع فاقطعه وسعك ان تقطعه • وكذلك الضرب الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • وقال
الفقيه ابو الليث وروي عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن انه قال لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته • قالوا في شرح
الجامع الصغير وعلى قياس هذه الرواية ان لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي • ثم قالوا ولهذه الرواية اخذ مشايخنا هو
وقالوا ما احسن هذا في زماننا لان القضاة قد فسدوا فلا يؤمنوا الا انهم لم ياخذوا بهذه الرواية في كتاب القاضي
الى القاضي واخذوا بظاهر الرواية للضرورة • وجه هذه الرواية ان قول الواحد لا يكون حجة وقبول خبر الواحد
روايته الانبياء عليهم السلام لان معهم علامات المعجزة وهم معصومون عن الكذب • واذا لم يكن قول الواحد حجة لا يقبل
قوله ما لم تكن الشهادة بحضرته • ووجه ظاهر الرواية قوله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم
والقاضي من اولي الامر فيقبل قوله لان قبول قوله من الطاعة • ولان القاضي امين المسلمين فيما فوض اليه فيجب تصديقه

وضا راجباره نحو الولاية كاخبار الجماعة توجب الاعتماد على قوله • ولهذا كان كتاب القاضي الى القاضي حجة لان شهادته
واخباره بمنزلة شهادة شاهدين فصح نقله كشهادة الشاهدين على شهادة شاهدين • وقال الشيخ ابو منصور الماتريدي المسئلة
على اربعة اوجه ان كان القاضي عالما عدلا يقبل قوله لقوله تعالى واولي الامر منكم • وان كان فاسقا جاهلا او فاسقا عالما
لا يقبل ولا يعمل به الا ان يعاين سبب الحكم • وان عدلا غير عالم يستفسر ان احسن وجب تصديقه وقبول قوله وان لا فلا وانما
لا يقبل قوله اذا كان فاسقا بل يعاينه سبب الحكم لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا **قوله** يستفسر اي من قضايه
قوله فان احسن اي تفسير قضايه **قوله** واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت
بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي • وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه فان عزل القاضي
عن القضا فقال قد اخذت منك دراهم فدفعتها الى فلان قضيتها له عليك فقال الماخوذ منه بل اخذتها ظلما كان
القول قول القاضي • وكذلك ان قال قضيت عليك بقطع اليد في حق فقال صاحب اليد بل قطعتها ظلما كان القول قول القاضي
اذا كان المقطوع يده والماخوذ منه المال مقرا انه فعل ذلك وهو قاض فقبل ان يعزل الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع و
الصغير • وذلك لانهما لما توافقا ان القاضي فعل ذلك في حالة القضا وهو امين في تلك الحالة فكان القول قول القاضي
بشهادة الظاهر لان الظاهر من حال القاضي ان لا يجور فلا يكون ضامنا لان فعل القاضي على وجه الحكم لا يوجب الضمان
ولا يمين على القاضي لانه لو وجب تحليفه لتباعد الناس عن مباشرة القضا فيضيع حينئذ حقوق الناس • ولانا لو الزمنا
تحليفه اليمين لكان خصما وقضا الخصم لا يجوز والقاضي عمد امينا لا خصما • ولا ضمان على الاخذ والقاطع ايضا لان فعلهما وقع
بقضا القاضي ظاهرا فلا يوجب الضمان • وكذلك لو قال الماخوذ منه والمقطوعة يده اخذت او قطعت قبل ان تكون
قاضيا او بعد العزل فالقول قول القاضي ايضا في الصحيح لانه لما اسند فعله الى حالة القضا وكان
قضا ومعهودا كان منكرا اصلا الا ان الاخذ والذي استوفي القطع ان كان قصاصا ثم في هذه الصورة اذا كان
معترفا انه فعله القاضي لانهما اقرا بسبب يوجب الضمان لا يقبلنا قول القاضي في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال الضمان عن
غيره بخلاف الفصل الاول فانهما لا يضمنان وان اقرا بما اقربه القاضي لان قول القاضي في حال قضايه حجة ودفعه المال
الى رب الدين والمستحق صحيح • هذا اذا كان المال مستهلكا اما اذا كان قايما في يد الاخذ واقرا بما اقر به القاضي يوخذ
منه سوا صدق الماخوذ منه القاضي انه فعله في حالة القضا او ادعى فعله في غير حالة القضا لان الاخذ اقر ان اليد كانت
حيث اقر ان اليد كانت للماخوذ منه فلا يسمع قوله في دعوى التملك بلا حجة • وقول القاضي المعزول ليس بحجة **قوله**
لم اذا كان معاينا يعني اذا كان دفع القاضي المال الى الاخذ معاينة في حال القضا لا يضمن الاخذ لانه وجد الاخذ
في حالة القضا فكذلك هنا لا يضمن ايضا لان الاخذ وجد في حال القضا لان الماخوذ منه مقر ان ذلك وقع في حالة
القضا ولكنه وقع ظلما **قوله** معهودا اي معلوما عند الناس **قوله** ولو اقر القاطع والاخذ في هذا و
الفصل بما اقر القاضي يضمنان اراد بهذا الفصل ما اذا زعم الماخوذ والمقطوعة يده ان الاخذ او القطع وقع
قبل تقليد القضا او بعد العزل • لا يقال القاضي لا يضمن لاضافة الفعل الى حالة معهودة منافية للضمان فينبغي
ان لا يضمن الاخذ والقاطع ايضا لانهما اسندا الفعل ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان • لانا نقول لجهة الفاد
لا راحجة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية • وقضا القاضي حجة ظاهرا والظاهر لا يعارض
القطعي • وختم كتاب ادب القاضي بمسايل قضا القاضي بعلمه قال في خلاصة الفتاوى القاضي يقضي في حقوق العباد
بعلمه بما علم في حال قضايه في مصره ان فلانا غصب مال فلان او طلق امراته • وفي المجرد في اخر كتاب الحدود
عن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا او قال لا يقضي بعلمه وفي الحدود التي هي حق الله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر لا يقضي
بعلمه الا انه اذا رأى بالسكران يعزره • وفي القصاص وحد القذف يقضي بعلمه • واما اذا علم قبل القضا في حقوق
العباد عند ابي حنيفة لا يقضي بذلك العلم اذا رفعت اليه تلك الحادثة • وعندهما يقضي وعلى هذا الخلاف اذا علم
في غير المصر الذي هو فيه قاض ثم حضر مصره فرفعت اليه تلك الحادثة وفي التجريد جعل قول محمد مع ابي حنيفة ولو
علم في رستاق مصره عندهما يقضي • واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رضي الله عنه وسوا كان مقلدا على الرستاق
او لم يكن واصل هذا ان قضا القاضي في القرية والمفازة لا تنفذ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله • ولو علم حادثة
وهو قاض في مصره ثم عزل عن القضا ثم اعيد على القضا بعد ذلك عند ابي حنيفة لا يقضي وعند ابي يوسف يقضي وفي
الفتاوى قال اصحاب الامالي انه عند ابي يوسف ينفذ قضاوه في السواد وهكذا ذكر عن محمد في النوادر انه ينفذ
قضاوه في السواد الكل مذكور في الخلاصة

كتاب الشهادة

ذكر كتاب الشهادة بعد كتاب ادب القاضي لان القاضي يحتاج في حكمه الى الشاهد فكان ذلك من تتمة حكمه **قوله**
الشهادة فرض يلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي وهذا لفظ القدوري في مختصره • والاصل فيه
قوله تعالى ولا يأب الشهدا اذا ما دعوا قيل وجاز ان احدهما لا يمتنع المدعوون لتحمل الشهادة عن الحضور ليتحملوا
الشهادة والثاني لا يمتنع المتحملون اذا دعوا الى الشهادة ليودوها والاول للندب والثاني للفرض كذا في التيسير وقال
في شرح التاويلات وهذا اشبه لان للشهود ان يقولوا للخصم هاهنا ليشهد عليه فانا لا نحضر المكان الذي هو فيه ولكن لحضور

هذا

هذا الشرط في الاداء اذ الاداء لا يكون الا عند الحاكم فقد التزموا الحضور الى بابه فلذلك كان اولى • وقوله تعالى و
لا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه • قال في شرح التاويلات جعل القلب اثما بكتمان الشهادة لان ذلك انما يتحقق بعزم
القلب على ذلك لان كل فعل يعتقد طاعة او معصية انما يكون بفعل القلب وهو القصد والاختيار وهي معنى قول النبي صلى
الله عليه وسلم ان في الجسد مضغة اذا صلحت صلح الجسد كله واذا فسدت فسد الجسد كله الا وهي القلب • وقال في الكشاف
كتمان الشهادة هو ان يضمرها ولا يتكلم بها فلما كان اثما مقترفا بالقلب اسند اليه لان اسناد الفعل الى الجارحة التي
يعمل بها ابلغ الا تراك تقول اذا اردت التوكيد هذا مما ابصرته عيني ومما سمعته اذني ومما عرفه قلبي ولان القلب هو رئيس
الاعضا والمضغة التي ان صلحت صلح الجسد كله وان فسدت فسد الجسد كله فكانه قيل فقد تمكن الاثم في اصل نفسه وملك
اشرف مكان فيه ولئلا يظن ان كتمان الشهادة من الاثام المتعلقة باللسان فقط وليعلم ان القلب اصل متعلقه ومعدن
اقترافه واللسان ترجمان عنه • ولان افعال القلوب اعظم من افعال ساير الجوارح وهي لها كالاصول التي تتشعب منها الا
ترى ان اصل الحسنات والسيات الايمان والكفر وهما من افعال القلوب فاذا جعل كتمان الشهادة من اثام القلوب فقد
شهد له بانه من معاظم الذنوب • ثم انما تلزم فريضة ادا الشهادة بطلب المدعي لان الحق لما كان له لم يلزمهم الشهادة
بلا طلبه بل يتوقف على الطلب كما في ساير الحقوق **قوله** والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار
وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه والستر افضل وذلك لانه مخير بين امرين اقامة الحد حسبة لله تعالى
والستر توقيا عن هتك المسلم ولكن الستر افضل لما روى مالك في الموطا عن يحيى بن سعيد انه بلغه ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال لرجل من اسلم يقال له هزال لو سترته بردايك لكان خيرا لك قال مالك فحدثت بهذا الحديث في مجلس فيه يزيد
ابن نعيم بن هزال الاسلمي فقال يزيد هزال جدي وحدث صاحب السنن عن مسدد عن يحيى عن سفيان عن زيد بن اسلم عن
يزيد بن نعيم عن ابيه ان ماعز بن مالك اتى النبي صلى الله عليه وسلم فاقر عنده اربع مرات فامر برجمه • وقال لهزال
لو سترته بثوبك كان خيرا لك • قال ابن شاهين في كتاب المعجم وهزال هو الذي اشار عليه ان ياتي النبي صلى الله عليه
وسلم يعني اشار على ماعز وحدث الشيخ ابو جعفر الطحاوي باسناده الى ابي هريرة قال اتي بسارق الى النبي صلى الله
عليه وسلم فقالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق • وروى صاحب السنن باسناده الى ابي امية
المخزومي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم ما اخالك سرقت قال بلى فاعاد عليه مرتين او ثلاثا فامر به فقطع • وجي به فقال استغفر الله وتب اليه فقال استغفر الله
واتوب اليه فقال اللهم تب عليه ثلاثا • وحدث صاحب السنن باسناده الى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لماعز
ما اتاك لعلك قبلت او غمزت او نظرت قال لا قال افنكتها قال نعم فقال فعند ذلك امر برجمه فدلت هذه الاحاديث
ان الستر هو المندوب يؤيده قوله عليه السلام من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والاخرة رواه ابو هريرة في
الجامع الترمذي وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من راي عورة فسترها كان كمن احيا موؤودة
من قبرها **قوله** الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه
فيه ولا يقول سرق وذلك لان القطع والضمان لا يجتمعان عندنا فاذا سقط القطع لشبهة وجب المال وان وجب
القطع سقط الضمان فاذا كان كذلك وجب على الشاهد ان يقول اخذ ولا يقول سرق مراعاة للجانبين جانب صاحب
المال وجانب السارق فيقول اخذ حتى يجب المال ولا يجب القطع لانه اذا وجب المال يحيى حق صاحب المال • واذا
لم يجب القطع يكون الستر على السارق بخلاف ما اذا قال سرق لانه يسقط الضمان حينئذ فيضيع حق صاحب المال فلهذا
كان الشهادة بالاخذ اولى من السرقة لان الشهادة على جهة وجه يثبت المال دون الحد وفيها رعاية الجانبين فو
ان قلت كيف كان الستر افضل مع تنصيص قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة • قلت الاية نزلت في المداينة في حقوق
العباد لا في الحدود بدلالة الاحاديث التي رويناها انفا **قوله** قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في
الزنا يشترط فيها اربعة من الرجال اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الشهادة على مراتب نذكر جميعها على الترتيب
ان شاء الله تعالى منها الشهادة في الزنا لا يقبل فيها الا شهادة اربعة رجال عدول مسلمين وهم احرار وهم يشهدون
انهم راوه كالميل في المكحلة واشتراط الاربعة لقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهدا • وقوله تعالى واللاتي ياتين
الفاحشة من نسايكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم • وقيل لان الزنا فعل اثنين فيشترط على كل واحد منهما اثنان هو
واشتراط العدالة لما مر في كتاب الحدود ان الفاسق في اداء خلل وهو موضع التهمة الكذب والكافر ليس باهل هو
للتحمل والاداء وكذلك العبد ليس له اهلية الاداء • ولا يقبل في الشهادة في الزنا شهادة النساء اصلا لا وحدهن ولا
مع الرجال ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي • اما شهادة النساء فلحديث الزهري مضت السنة
من لدن رسول الله والخليفتين من بعده ان لا تقبل شهادة النساء مع الرجال في الحدود والقصاص • ولان في
شهادة النساء شبهة البدلية لقيام شهادتهن مقام شهادة الرجال • والحدود تندرئ بالشبهات • واراد بالخليفتين
ابا بكر وعمر رضي الله عنهما والزهري من كبار التابعين بالمدينة توفي في شهر رمضان سنة اربع وعشرين ومائة
كذا قال الفتني وغيره **قوله** ولا يقبل فيها شهادة النساء هذا لفظ القدوري وقد مر بيانه انفا **قوله**

فيها الشهادة بينة الحدود والقصاص يقبل فيها شهادة رجلين وهذا لفظ القدوري في مختصره وغاية فيه • ولا يقبل فيها
شهادة النساء وذلك لقوله تعالى واستشهدوا ذوي عدل منكم • وقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فيتناول بعموم
اللفظ الا فيما دل دليل الخصوص كما في الزنا لانه خص بنص آخر على حدة • كقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء والايات من
الحدود والقصاص في الزنا لان الحدود ولا يجوز اثباتها بالقياس لشبهة فيه ولانه يلزم حينئذ معارضة الرأي النص
فلا يجوز وهذا العموم قوله تعالى واستشهدوا ذوي عدل منكم يقتضي ان يجوز شهادة الشاهدين في الحدود والقصاص
والقياس على الزنا يقتضي عدم جوازها بل يقتضي اشتراط الاربعة فيلزم المعارضة لا محالة • وانما لم يجز شهادتهن لحديث
الزهري الذي قدمناه • ولان الحدود والقصاص مما يسقط بالشبهة وفي شهادة النساء شبهة البدلية فلا يقبل • قال
في الاجناس قال في نوادر ابن رستم ويقبل فيه اي في التعزير الشهادة على الشهادة والشهادة من النساء مع الرجال ويجوز
فيه العفو ويصح فيه الكفالة وهي حق الادمي قوله لما قلنا اشارة الى حديث الزهري وما ذكر من شبهة البدلية
قوله قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامراتين سواء كان الحق مالا او غير مال
مثل النكاح والطلاق والوصية اي قال القدوري في مختصره وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء الا في الاموال
وحقوقها كالاجل والخيار والشفعة والاجارة وقتل الخطاء وكل جرح لا يوجب الا المال ويثبت برجل وامراتين وكذا
فسخ العقود وقبض نجوم الكتابة الا النجم الاخير فانه وجان لم يسأل العتق عليه وما ليس بمال ولا يؤول الى مال كالنكاح
والرجعة والطلاق والعتق والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص
حتى الوصاية والوكالة تثبت برجلين ولا تثبت برجل وامراتين • واما ما لا يظهر للرجال كالولادة وعيوب النساء
والرضاع فانه يثبت باربعة نسوة ولا تثبت الولادة بقول القابلة وحدها كذا في وجيزهم • وجه قوله ان الاصل
في شهادة النساء عدم القبول لنقصان ضبطهن ونقصان عقولهن الى ان قوله تعالى ان تضل احديهما فتذكر احداهما
الاخرى • وقال عليه السلام انهن ناقصات العقل والدين • ولهذا لا تقبل شهادتهن في الحدود والقصاص ولا تقبل
شهادتهن منفردات ولانهن مختلة ايضا • ولهذا لا يصلح للامارة والقضاء فعلم بذلك ان الاصل في شهادتهن في الحدود
والقصاص عدم القبول الا انها قبلت في الاموال ضرورة لان المبايعات تتسع كثيرة وربما يتعذر احضار الذكور فلا
يمكن الحاق النكاح وحقوقه بالمال لان المال اقل خطرا من البضع • ولهذا يجري البذل والاباحة في الاموال دون
الابضاع • وكذا النكاح لا يتبع بعقده بل يعقد مشاورة فلم يلزم من اعتبار شهادتهن في الاموال وحقوقها اعتبارها
في غيرها • ولنا قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان فيقبل شهادة المرأتين مع الرجل الا فيما دل دليل
الخصوص كالزنا والحدود والقصاص • ولان الاصل في شهادتهن القبول لقيام الحرية والعقل والبلوغ والضبط
والدليل على الضبط قبول روايتهن في الاخبار غاية ما في الباب ان في عقولهن نقصانا وضلالا وذلك ينجبر بانضمام
الاخرى اليها كما قال تعالى فتذكر احداهما الاخرى ولا يبقى بعد ذلك الا الشبهة فيسقط بها ما يسقط بالشبهة
كالحدود والقصاص ويثبت ما لا يسقط بالشبهة كسائر الحقوق • بخلاف شهادة النساء منفردات حيث كان القياس
ان يقبل لوجود الحرية والعقل والبلوغ والضبط الا انها لم تقبل على خلاف القياس لئلا يفضي ذلك الى كثرة خروجهن
وهن مأمورات بالقرار في بيوتهن • قال تعالى وقرن في بيوتكن • ولا يقال لما لا يقصد به المال اذا لم تقبل فيه شهادة
النساء منفردات ينبغي ان لا تقبل ايضا شهادتهن مع الرجال كما في الحدود والقصاص • لانا نقول يبطل ذلك بالاجل
والخيار على انا نقول القياس مع وجود الفارق بين الاصل والفرع باطل وقد وجد الفارق لان الاصل يسقط بالشبهة
فلم تقبل شهادة النساء بخلاف الفرع قوله ونحو ذلك كالعتاق والنسب وتوابعها اي وتوابع الاموال نحو الخيار
والاجل والشفعة ونحو ذلك مما ذكرنا قوله الا انها قبلت في الاموال استثناء من قوله لان الاصل فيها عدم
القبول وبيانه مر آنفا قوله بالاول اي بالمشاهدة قوله وبالثاني يبقى اي بالضبط يبقى العلم للشهادة قوله
وبالثالث اي بالاداء قوله وهذه الحقوق اراد بها النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك قوله
وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امراة واحدة هذا لفظ
القدوري في مختصره وقال مالك تجوز شهادة امراتين منفردتين في الولادة والاستهلال وعيوب الاماء ولا
يجوز في ذلك شهادة امراة واحدة هذا لفظ كتاب التفريع لاصحاب مالك ومذهب ابن ابي ليلى في المبسوط كقول
مالك • وقال الشافعي يشترط الاربع فيما لا يظهر للرجال كالولادة وعيوب النساء والرضاع ولا يثبت الولادة
بقول القابلة وحدها • وقد امضينا الرواية عن وجيزهم • وذكر الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل في مختصره فيما لا
يطلع عليه الرجال مثل الرضاع والولادة والحيض والعدة وما اشبهها شهادة امراة عدلة • وقال في المختلف وعندنا
الواحدة تكفي والثنتان احوط • وقال محمد بن الحسن في المبسوط شهادة امراة حرة مسلمة تقبل فيما لا يطلع عليه الرجال
كالولادة • وان كانت امراتان او ثلاث فاحب الي لما روي عطاء بن ابي رباح عن النبي صلى الله عليه وسلم
شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه جائزة • وجه قول الشافعي ان كل امراتين تقومان مقام رجل
واحد كما في المداينات • ووجه قول ابن ابي ليلى ومالك ان المعتبر في الشهادة شيئان الذكورة والعدد ثم تعذر

الذكورة فيما لا يطلع عليه الرجال فيعتبر العدد • ولنا ما روينا من حديث عطاء عن النبي صلى الله عليه وسلم وقد رواه محمد
في اول باب شهادة النساء من شهادات الاصل عن ابي يوسف عن غالب بن عبد الله عن مجاهد • وعن سعيد بن المسيب وعطاء بن
ابي رباح وطاوس قالوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه • وجه الاستدلال
بذلك ان اللام للعهد ولم يكن العهد بالعهد لانه لا معهود في اقسام الجموع فحمل على الجنس فجاز الاولى في الجنس بمعنى الجماعة ومعنى العهد
ايضا لانه يراد به هذا الجنس من اقسام الاجناس فكان الحمل على الجنس اولى ثم الجنس يتناول الادنى ليتعيد مع احتمال الكل فيثبت
شهادة الواحدة فكان الحديث حجة على الخصوم • ولان اصحابنا رووا في الاسرار وغيره عن حذيفة رضي الله عنه ان النبي صلى
الله عليه وسلم اجاز شهادة القابلة في الولادة • وكذلك روي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما • ولانه مما يقبل فيه قول النساء على
الانفراد لا يعتبر فيه العدد كالاخبار عن النبي صلى الله عليه وسلم • وقد ذكر في مختصر الاسرار عن الحاكم انه ذكر في المنتقى ان لفظ
الشهادة والحرية غير معتبر عندنا • ثم قال وقد حكي عن الكرخي ان الشهادة على الولادة ليست بشهادة وانما هي خبر • وقال
في المختلف لنا ان هذا خبر وليس بشهادة • ولهذا لا يشترط لفظ الشهادة وخبر الواحد في الديانات مقبول • ولا يقال
شهادة حق يشترط فيها العدد كسائر الشهادات • لانا نقول لسائر الشهادات لما اعتبر فيها العدد لم يعتبر شهادة النساء على
الانفراد • وهنا لما اعتبر شهادتهن على الانفراد لم يعتبر العدد كما في الاخبار عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا يقال لما اشترط
في سائر الشهادات اشترط هنا فيشترط العدد لانا نقول يبطل ذلك بالذكورة حيث لم يشترط بالاجماع قوله ثم حكمها في
الولادة شرحناه في كتاب الطلاق اي حكم شهادة المرأة الواحدة شرحناه في الطلاق في باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد
الولادة يثبت بشهادة امراة واحدة تشهد بالولادة ويتطرق فيه شرحنا هذا قوله واما حكم البكارة فان شهدن انها
بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل • وذكر في كتاب الاستحسان ان امراة العنين مع زوجها
اذا اختلفا فيدعي الدخول فقال هو وصلت اليها وقالت هي لم يصل الي فانها ترى النساء فان قلن هي بكر فانها تخير فلو اختارت الفرقة
فرق القاضي بينهما فانه ثبت القرار بقولهن لتأيد بشهادة الاصل وهي البكارة قوله وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط
البكارة • قال العتابي في شرح الجامع الكبير في باب البيع الذي يكون فيه الاختلاف شهادة النساء انفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال
حجة من غير يمين اذا تأيدت بمؤيد وان لم تتأيد يعتبر في حق توجه الخصومة لا في الزام الخصم ثم قال وان اشترى جارية على
انها بكر ثم اختلفا قبل القبض او بعده فقال البائع هي بكر في الحال فان القاضي يريها النساء فان قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين
البائع لان شهادتهن تأيدت بمؤيد ههنا لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوي وشهادتهن
حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد لكن ثبت حق الخصومة لتوجه اليمين على البائع لان اليمين لا بد لها من الدعوى والخصومة وحق الخصومة
حق ضعيف لانه ليس بمقصود لنفسه فجاز ان يثبت بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن منها بالله لقد بعتها
وهي بكر فان نكل رد عليه وان حلف لزم المشتري والباقي يتطرق في اخر شرط الخيار من شرحنا هذا قوله واما شهادتهن
على استهلال الصبي لا يقبل عند ابي حنيفة رضي الله عنه في حق الارث • اعلم ان شهادة المرأة الواحدة الحرة المسلمة على استهلال
الصبي في حق الصلاة عليه يجوز بالاتفاق • اما في حق الارث فلا تقبل الا شهادة رجلين او رجل وامراتين عند ابي حنيفة وعندهما
تقبل فيه شهادتها وحدها لان صوته يسمع عند الولادة وعندها لا يحضر الرجال • ولابي حنيفة ان شهادتها على الاستهلال
في حق الارث من باب القضاء والالزام فلا تقبل شهادة القابلة وحدها لعدم الضرورة لان صوت الصبي مما يطلع عليه الرجال
بخلاف شهادتها في حق الصلاة لانها من امور الدين فيقبل خبر الواحد في الديانات واستهل الصبي اذا صاح عند الولادة قوله
قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة • وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته
اي قال القدوري في مختصره وقد بينا قبل هذا ان الشهادة على مراتب اربعة شهادة في الزنا يشترط فيها اربعة من الرجال
ولا يعتبر شهادة النساء • وشهادة في سائر الحدود والقصاص يشترط فيها شهادة رجلين ولا تقبل شهادة النساء • وشهادة
في سائر الحقوق تعتبر فيها شهادة رجلين او رجل وامراتين • وشهادة فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والبكارة وعيوب
النساء يقبل فيها شهادة امراة واحدة عدلة • والثنتان احوط ثم لا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة • وهذا هو
اختيار القدوري وعليه مشايخنا ومشايخ بلخ ومشايخ العراق على خلافه هكذا ذكر في الخلاصة قبيل الفصل الثالث من الشهادات
وقد ذكرنا قبل هذا عن المنتقى ان لفظ الشهادة والحرية غير معتبر • وقد حكي عن الكرخي ان الشهادة على الولادة ليست
بشهادة وانما هي خبر • واليه ذهب صاحب المختلف • اما اشتراط العدالة فلقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقوله
تعالى ممن ترضون من الشهداء والفاسق ليس بمرضي فلا تقبل شهادته • وقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا • ولان الفاسق
لما لم يبال مما هو محرم دينه فربما يقدم على شهادة الزور ايضا فترد شهادته للتهمة • وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها
ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يقدم على الكذب لمروءته • ولا يستاجر على شهادة الزور لوجاهته والاول اصح لما تلونا من
الايات • ولان في قبول شهادة الفاسق اكرامه • والفاسق يجب اهانته زجرا له عن المعصية يوضح قوله عليه السلام اذا
لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر • واما اشتراط لفظة الشهادة فلان النصوص جاءت بلفظ الشهادة كقوله تعالى واشهدوا
ذوي عدل منكم وقوله ممن ترضون من الشهداء • وقوله تعالى واقيموا الشهادة لله وغير ذلك فلما وردت النصوص بلفظ
الشهادة لم يجز تغييرها وتبديلها قوله هو الصحيح احترازا عن قول مشايخ العراق وقد مر قبل هذا قوله ويشترط

به الحرية والاسلام اي يشترط في الشاهد الحرية والاسلام في جميع ما ذكرنا من مراتب الشهادة قوله قال ابو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا في الحدود والقصاص فانه يسال عن الشهود وان طعن الخصم فيهم سال عنهم • فقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسال عنهم في السر والعلانية ومذهب الشافعي كقولهما كذا في شرح الاقطع كان الشيخ ابو بكر الرازي يقول لا اختلاف في هذه المسئلة بين اصحابنا لان ابا حنيفة اجاب في زمانه وكان الغالب على ما شهد منهم العدالة وقد زكاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم خير القرون قرني الذي انا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب • واجاب ابو يوسف ومحمد في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك ابو حنيفة لقال بقولهما • وهذا معنى قوله في المتن وقيل هذا اختلاف عصر وزمان • اعلم ان في الحدود والقصاص لا يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة بل يسال عن الشهود لانه يحتال لدرء الحدود لقوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات • ولان الحدود يحتاط فيها ما لا يحتاط في غيرها • ولهذا لا تقبل فيها شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة فوجب الاحتياط بالسؤال عن العدالة • واما في غير الحدود والقصاص فان طعن الخصم في الشهود سال عنهم بالاتفاق لانه حق وجب له بدعواه وان لم يكن كذلك قبل الدعوى لحصول علم الحكم والاستحلاف وان لم يطعن الخصم يكتفي بظاهر العدالة عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه • وجه قولهما ان الشاهد قد يكون عدلا وقد يكون فاسقا وقد يكون عبدا او كافرا فلا بد من الاستكشاف صيانة للقضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة الاعرابي على رؤية الهلال ولم يسال عن عدالته في الباطن حيث اظهر الاسلام • ولان الظاهر هو العدالة في المسلمين قال عمر رضي الله عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ويكتفى بالظاهر لتعذر الوصول الى القطع لان قول المزكي ايضا عمل بالظاهر بخلاف ما اذا طعن في الشهود لانه حينئذ يقابل عن الشهود ولانه يقابل الظاهران لان الشاهد المسلم لا يكذب ظاهرا فكذا المسلم الخصم لا يكذب في طعنه ظاهرا فوجب السؤال طلبا لترجيح احد الظاهرين على الآخر • وهذا كمدعي الشفعة بالجوار حيث لا يلزمه القاضي اقامة البينة على ملك الدار فاذا طعن الخصم حينئذ يلزمه اقامة البينة لان الظاهر لا يعتبر للالزام فكذا فيما نحن فيه • ولان السلف الصالح لم يسالوا عن الشهود بل اكتفوا على ظاهر العدالة • واول من سال عنهم ابن شبرمة فدل انهم على اعتبار عدالة الاسلام كذا في شرح الاقطع قوله وان طعن الخصم فيهم سال عنهم يعني في غير الحدود والقصاص لان في الحدود والقصاص يسال بلا طعن قوله يتعرف اي القاضي فيما لا نعرفه قوله ما عدى اي نطلبه منه حتى نعرفه قوله ثم التزكية في السر يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد على انه جواب النهي وكذا قوله يقصد عطفا عليه واراد بالمستورة الرقعة التي يبعثها القاضي من امينه الى المعدل وسميت بها لسترها عن نظر العوام • قال صاحب الهداية وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد • وذلك لانه قد يشترط الاثنان في الاسم والنسبة والصفة ويجمع بينهما فيقول هذا هو الذي عدلته قطعا للشركة • اعلم ان التزكية على نوعين تزكية السر وتزكية العلانية فصورة تزكية العلانية ان يجمع القاضي بين المعدل والشاهد فيقول المعدل للشاهد الذي عدله الذي عدلته وصورة تزكية السر ان يبعث القاضي رسولا الى المزكي ويكتب اليه كتابا فيه اسماء الشهود وانسابهم وحلاهم ومحالهم وسوقهم ان كانوا سوقيا حتى يعرف المزكي ويسال عن جيرانهم واصدقائهم فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب ذلك تحت اسمه بل يكتب احترازا عن هتك الستر او يقول الله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ومن لم يعرفه بالعدالة ولا بالفسق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي مستور ثم القاضي ان شاء جمع بين تزكية العلانية وبين تزكية السر وان شاء اكتفى بتزكية السر كذا ذكر فخر الاسلام قاضي خان في فتاواه وقوله والحلى بالكسر جمع حلية ويروى الضم ايضا • وحلية الانسان ما يرى منه من لون وغيره وقوله والمصلى وهو المسجد الذي يصلي فيه الشاهد وقيل المراد منه المحلة قوله ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة وذلك لان الشهود فيما يلون المزكي اذا جرحهم بالاذى ويقع بينه وبينهم العداوة قوله وقد يكتفى بقوله ان يكتفي بقول المعدل هو عدل ولا يشترط ان يقول هو عدل جائز الشهادة • وذلك لان كل من نشأ في دار الاسلام فالظاهر من حاله الحرية والاول احوط لانه ربما يكون الشاهد عدلا ولا يكون حرا فلا تجوز شهادته قوله قال ومن قول من راى ان يسال عن الشهود ولم يقبل قول الخصم انه عدل اي قال ابو حنيفة في الجامع الصغير لا يقبل تعديل المدعى عليه على قول من قال يسال القاضي عن الشهود فكان هذا نظير مسئلة المزارعة حيث خرج ابو حنيفة فيه ايضا على قول من يجيزها • وذلك لان من اصل ابي حنيفة ان القاضي لا يسال عن الشهود في غير الحدود والقصاص الا اذا طعن الخصم • ومع هذا اذا سال عنهم على قول من راى ذلك فقال المشهود عليه هو عدل لا يكتفى بذلك حتى يسال غيره لان تعديل المشهود عليه ليس بتعديل على الكمال هو تعديل من وجه وجرح من وجه حيث لم يصدقه على شهادته ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة انه قال في قول من راى ان يسال عن الشهود فانه لا يجوز اذا قال الخصم المشهود عليه هو عدل حتى يسال عنه اي هذا لفظ اصل الجامع الصغير • قال الصدر الشهيد وعبرة في شرح الجامع

الصغير وهذا اذا قال هم عدول لكنهم اخطأوا او نسوا • اما اذا قال هم عدول صدقوا في شهادتهم فقد اعترف بالحق فهو يقضي عليه • وهذا كله اذا جحد الخصم فان كان ساكتا وهو ممن يجوز ان يرجع اليه في التعديل صح منه التعديل وكان هو كافيا عند ابي يوسف وعند محمد يضم اليه اخر حتى يتم التعديل • وذكر محمد في كتاب الزيادات ان المشهود عليه اذا كان من اهل التزكية فاذا اخبر ان الشاهد عدل فانه يسال اصادق هو في هذه الشهادة ام كاذب فان قال هو كاذب بطل تعديله حيث كذبه وان قال هو صادق كان ذلك اقرارا منه بما ادعي عليه • فان قال هو صادق ولكنه وهم في هذه الشهادة او غلط في حكم الشهادة يكون ذلك تزكية منه • ويسال غيره فاذا زكاه آخر قضي بشهادته لان من اصل محمد انه لا يجيز الا تزكية اثنين • وروي عن ابي يوسف ايضا انه يجيز تزكية المدعى عليه كذا ذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله قوله منطلق في اصراره بالصاد المهملة والاصرار هو الثبات على الشيء اي الخصم منطلق في ثباته على الانكار قوله قال واذا كان رسول القاضي الذي يسال عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف • وقال محمد لا يجوز الا الاثنان وهذه من مسائل الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع الصغير واراد بالرسول المزكي وعلى هذا الخلاف المترجم عن الشاهد ورسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي يخبره عن حال الشهود • وله ان التزكية في معنى الشهادة لانه يظهر ما كان خفيا عند القاضي كالشاهد نفسه فيعتبر العدد فيها كما يعتبر في اصل الشهادة • ولهذا يعتبر فيها الحرية والعدالة بالاتفاق ولان التزكية بمنزلة الشهادة على الشهادة لان الشهادة تثبت بالتزكية والشهادة على الشهادة لا تجوز الا من اثنين فكذا التزكية • ولهما ان التزكية خبر ليس بشهادة لانها لا تعرض لاصل الحق باثبات فلا يشترط في الخبر العدد ولهذا لا يشترط في التزكية لفظة الشهادة ومجلس القضاء ايضا • ولان اشتراط العدد في الشهادة امر ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره لان رجحان الصدق بالعدالة لا بالعدد في حق العمل كما في رواية الاخبار • وهذا لان خبر الاثنين لا يوجب العلم كخبر الواحد فاقتصر الحكم على مورد النص فلم يتعد الى غيره وفي حق العلم بالتواتر فلا يشترط العدد وانما اعتبرت الحرية والعدالة لانها امارة للشهادة فكان عملها فوق عمل الشهادة • قال في الفتاوى الصغرى في مسائل الجرح والتعديل الخلاف في عدد المزكي في تزكية السر اما في تزكية العلانية فشرط بالاجماع • ثم قال اهلية الشهادة في تزكية السر ليس بشرط وفي الترجمة شرط • وقال في المحلف ويشترط الاربعة في الزنا عند محمد قوله ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود يعني بالاجماع وكذلك في القصاص ذكره في المحلف في كتاب الشهادات في باب محمد وذكر في المحلف والمحصر في كتاب الحدود من باب ابي حنيفة يشترط الذكورة في المزكي عند ابي حنيفة خلافا لهما • وقال في خلاصة الفتاوى والترجمان اذا كان اعمى فعن ابي حنيفة لا يجوز وعن ابي يوسف انه يجوز وتعديل العبد لمولاه والابن للاب في الرجع عند ابي حنيفة وابي يوسف والصبي اهل لتعديل السر وكذا كل من لا يقبل شهادته ثم قال في الخلاصة شرط الخصاف ان يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر اما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية ذكره في الفصل الثاني من كتاب القضاء

فصل

لما ذكر قبل هذا ان الشهادة فرض لا يسع كتمانه وذكر مراتب الشهادة شرع في هذا الفصل يذكر ان الشهادة يتوقف على الاشهاد ام لا فقسمه على ضربين قوله وما يتحمله الشاهد شرع في هذا الفصل على ضربين احدهما ما يثبت بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او راه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان اداء الشهادة على نوعين نوع يصح اداء الشهادة بدون الاشهاد ولا يحتاج الى الاشهاد بل يصح ذلك بمجرد الرؤية في المرئيات والسماع في المسموعات كقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم ان الله تعالى جوز اداء الشهادة بعد العلم وقد حصل العلم بالرؤية والسماع فيصح الشهادة يدل عليه الاجماع ايضا الا ترى ان رجلا لو طلق امرأته ثلاثا او اعتق امته وسمع الرجلان ذلك تجازت المرأة او الامة تطلبت شهادتهما لم يسعهما ترك الشهادة وكذلك يسع الرجل في الوطء الحرام قالوا انما يجوز ذلك اذا راوه يفعل ذلك او عرفوا صوته فان سمعا كلامه من وراء حجاب وغلط او حائط لم يسعهم الشهادة لان الصوت يشبه الصوت فلا يجوز الشهادة بالشك • والنوع الثاني الشهادة على الشهادة لا يصح ولا يثبت بنفسه بدون الاشهاد بيانه بعد هذا ونقل في الفتاوى الصغرى عن كراهية الواقعات رجل طلب منه ان يكتب شهادة او يشهد على عقد فابى ذلك فان كان الطالب يجد غيره فللشاهد ان يمتنع والا فلا يسعه الامتناع فلو كتب الشهادة وطلب منه الاداء عند الحاكم فان كان في الصك شهادة جماعة ممن يقبل شهادتهم • واجابوه يسعه ايضا ان يمتنع فان لم يكن في الصك جماعة سواه او كانوا لكن لا يقبل شهادتهم او يقبل لكن شهادة هذا اسرع قبولا لم لا يسعه الامتناع لانه تضييع الحق قوله قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه لو قال اشهدني لم يجز لانه كذب لانه لم يشهده فلا تجوز شهادة الكاذب بخلاف ما اذا قال اشهد انه باع لانه شهد عن علم فجاز ذلك قوله ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ذكر هذا سبيل التفريع على مسئلة القدوري • وذلك لما قلنا ان الصوت يشبه الصوت فلا يحصل المعرفة لعدم الامتياز • بخلاف ما اذا احاط علمه بان ليس في البيت غير المقر وليس للبيت منفذ آخر والشاهد على الباب يسمع صوته ولا يرى شخصه حيث يجوز شهادته في هذه الصورة لتحقق العلم • وقال في الفتاوى الصغرى اذا اقرت المرأة وراء الحجاب لا يجوز لمن سمع ان يشهد على اقرارها الا اذا راى شخصها فحينئذ يجوز شرط في شهادة النوازل رؤية شخصها دون وجهها قوله ولو فسر للقاضي

بان قال اني اشهد من وراء الحجاب والنغمة الصوت الخفي **قوله** ومنه الا ينبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة
فاذا سمع شاهدا يشهد يعني لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهد وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه
وكذلك لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع السامع ان يشهد • وذلك لان الشهادة لا تثبت شيئا بنفسها ولهذا
يفتقر الى قضاء القاضي بذلك فاذا كانت كذلك لم يكن بد من الانابة بتحمل الشهادة على الفرع حتى ينقلها الفرع الى مجلس القاضي
وكذلك لا يجوز شهادته بالسماع اذا سمع الشاهد يشهد غيره لانه لم يوجد التحميل في حق السامع لانه حمل غير السامع
قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال اشهد ان لفلان على فلان كذا وكذا قال لا ينبغي ان
يشهد على شهادته حتى يقول اشهدوا على شهادتي بذلك • قال فخر الاسلام واصله ان الشهادة على الشهادة تحمل
وتوكيل فلا يصح من غير تحميل • اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فان الحكم يضاف الى الفروع لكن تحملهم انما يصح
بيان ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليس بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فتبين ان التحمل حمل
ما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل • فاما عند محمد فان الحكم انما يقع بشهادة الكل فاذا كان
كذلك لم يكن بد من نقل الشهادة الى مجلس القاضي • واصل هذا الاختلاف في الضمان عند الرجوع لا ضمان على الاصول
عندهما وعند محمد يشتركون ان رجعوا جميعا • وقال محمد في الجامع الصغير ايضا في رجل اشهد قوما على شهادته فسمع اخرون
قال ليس ينبغي لهم ان يشهدوا على شهادته بذلك لما ذكرنا ان التحميل شرط وهو بخلاف القاضي اذا شهد على قضية وسمع هو
بذلك اخرون وسعهم ان يشهدوا لان قضاء القاضي حجة بمنزلة الاقرار والبيع وغيره فلا يشترط التحميل من غيره كذا ذكر فخر
الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير **قوله** قال ولا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد الا ان يتذكر
الشهادة اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر الخلاف فيه كما ترى وكذا لم يذكر الخلاف في شرح الاقطع
وكذلك ذكر الخصاف المسئلة في ادب القاضي في باب الرجل يرى اسمه وخطه ولا يذكر الشهادة مطلقا ولم يذكر
الخلاف فلاجل هذا قال صاحب الهداية قيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد وكذلك ذكر الخلاف
في المختلف حيث قال اذا وجد القاضي محبته فيها شهادة شهود عدول وهو غير حافظ للحادثة لم يقض بذلك • وكذلك
قال في الصك • وفي رواية الاخبار • وقالا في النوازل قال نصير بن يحيى كتبت الى محمد بن مقاتل فيمن يرى
شهادته ووجد خطه وعرفه قال يسعه ان يشهد اذا كان الخط في حرزه وكتب الى ابن الثلجي فقال لانه يكون
في الخط غلط يعني لا يسعه ان يشهد • قال الفقيه وهو قول ابي حنيفة والاول قول ابي يوسف ومحمد وقال
في الاجناس قال في المجرد قال ابو حنيفة لو شهدوا على صك فقالوا نعرف ان هذا خطنا وخواتيمنا لكنا لا نذكر لم
يكن للقاضي ان يقبل شيئا من ذلك فان اسلموا قاضيا غيره ثم احضروا اليه في ذلك فانه لان هذا مما تختلف القضاة
ثم قال في الاجناس وقد ذكر في نوادر ابن رستم عن محمد بن الحسن انه يسع الشاهد ان يشهد على خطه وان لم
يذكر ولم يذكر صاحب الاجناس خلاف ابي يوسف • وقال صاحب الهداية وقيل هذا بالاتفاق وانما
الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة من ديوانه او قضيته يعني عدم حل الشهادة للشاهد بمعرفة الخط بدون
تذكر الحادثة بالاتفاق • وانما الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه فيما اذا راى القاضي قضيته في ديوانه
او شهادة ولم يتذكر الحادثة فعند ابي حنيفة لا يعمل بذلك خلافا لصاحبيه • والى هذا الوجه مال ركن
الاسلام ابو الفضل الكرماني في اشارات الاسرار حيث قال • واذا وجد القاضي في قمطره نصا بخطه مختوما
بختمه ولم يتذكر لم يعمل به عند ابي حنيفة خلافا لهما • وقال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي في باب
القاضي ينسى فعله القاضي اذا وجد سجلا في ديوانه بحله وهو مختوم بخاتمه ومكتوب بخطه ولكنه لا يذكر ذلك
فعند ابي حنيفة لا ينبغي له ان يقضي به حتى يتذكر وعندهما يقضي • وذلك لان السجل انما يكتب ليكون حجة عند الحاجة
اليه وانما يحتاج اليه عند النسيان • فاما اذا كان القاضي ذاكرا فانه لا يحتاج الى الرجوع الى السجل في
ديوانه فاذا وقعت الحاجة اليه عند النسيان يجب ان يكون ذلك حجة ينفذها • وابو حنيفة يقول
بان العلم شرط لنفوذ القضاء ولم يوجد العلم • وكذلك اذا وجد خطه مكتوبا في صك في يدي رجل ولكنه
لا يذكر الشهادة فعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يشهد • وعند محمد يشهد محمد فرق على اصله وابو يوسف فرق
بين مسئلة الشهادة وبين مسئلة السجل الذي كتبه القاضي في ديوانه • وذلك لان السجل في ديوانه وخريطته
وتحت ختمه فيؤمن فيه الزيادة والنقصان والتغيير والتبديل وليس كذلك الشهادة على الصك لانه في يد غير
الشاهد فلا يؤمن فيه الزيادة والنقصان فلا يشهد حتى يتذكر الحادثة • وفي رواية الاخبار عن النبي صلى
الله عليه وسلم اذا وجد سماعه مكتوبا في موضع ولا يتذكر ذلك عند ابي حنيفة لا يحل له ان يروي وعند محمد
يحل له ان يروي • وعن ابي يوسف روايتان كذا في شرح ادب القاضي وابو حنيفة شدد في هذا الباب
فشرط لحل رواية الاخبار ان يحفظ الحديث على ظهر القلب من حين سمع الى ان يروي • ولهذا قلت روايته
الاخبار • وعندهما لا يشترط هذا لرواية الاخبار لان الباب باب الدين وباب الديانات مبني على التوسع الا
ترى ان قول الواحد فيه مقبول • ولان في الاخبار كثرة لا يمكن حفظ الكل بخلاف الشهادات على قول ابي

يوسف لان ما لم يكن حفظها يشترط الحفظ في باب الشهادات دون رواية الاخبار • قلت وعند ابي حنيفة احوط لقوله
تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون • ولقوله عليه السلام لابن عباس اذا رايت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان الخط
يشبه الخط فاذا لم يتذكر الحادثة فلا يؤمن ان يكون ذلك الخط خط غيره فلا يجوز الشهادة بالشك **قوله** وجد
القاضي شهادة في ديوانه يعني ان القاضي كان اثبت شهادة المشهود في ديوانه ثم جاء المشهود له يطلب حكم القاضي و
والقاضي لا يتذكر الحادثة لم يجز له ان يحكم بذلك عن ابي حنيفة **قوله** او قضيته بالنصب عطفا على قوله شهادة
والضمير راجع الى القاضي **قوله** في قمطره اي في خريطته **قوله** وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت
فيه الشهادة اي على ما قيل من الوجهين من وجه الاتفاق والاختلاف يعني اذا ذكر مجلس الشهادة ولم يتذكر الحادثة
لا يحل له ان يشهد بالاتفاق • وقيل ذلك على قول ابي حنيفة خلافا لهما وكذلك الحكم فيما اذا اخبره قوم ممن يشهد معنا
حضروا انت وهو لا يتذكر الحادثة **قوله** قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح
والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به اي قال القدوري في مختصره
قال في شرح الاقطع وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز الشهادة • وجه القياس ان الشهادة ماخوذة
من المشاهدة ولم توجد المشاهدة فلم تجز الشهادة كما في البيع والهبة ونحو ذلك • ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا
رايت مثل الشمس فاشهد والا فدع • ووجه الاستحسان انه لا طريق الى معرفة هذه الاشياء سوى الخبر لان الولادة لم يحضر
يحضرها الناس وانما يرون الصبي مع امه وينسبونه الى الاب ويقولون هو ابن فلان وكذا عند الموت لا يحضر الا
الاقارب • فاذا راوا الجنازة والدفن حكموا بان فلانا مات وكذلك النكاح لا يحضر كل واحد فاذا اخبر بعضهم بعضا
ان فلانا نكح فلانة يتصورون على ذلك التحقق وكذلك الدخول لا يعلم الا بامارة وكذلك ولاية القاضي لا يحضرها كل
احد فاذا راى الحكم وجلس القاضي في مجلس الحكام وتقدم بين الخصوم تحققوا انه قاض فلما لم يكن طريق غير الخبر في معرفة هذه
الاشياء مع الشهادة بالتسامع وان لم توجد المعاينة لانه اذا اشترط المعاينة يلزم الحرج لانه لا يحصل المعاينة الا لخواص
من الناس وقد تعلقت بهذه الاشياء احكام تبقى على مضي الدهور فلو اشترطت المعاينة ضاعت الحقوق وفي ضياعها حرج عظيم
والحرج مدفوع شرعا • الا ترى انا نشهد ان عليا بن ابي طالب وان لم نعاين الولادة ونشهد ان ابا بكر وسائر الصحابة
ماتوا وان لم نعاين الموت • ونشهد ان عائشة زوجة النبي صلى الله عليه وسلم وان لم نعاين النكاح • وكذا نشهد ان النبي
صلى الله عليه وسلم دخل بها وان لم نعاين الدخول • وكذا نشهد ان شريح بن الحارث كان قاضيا وان لم نعاين ذلك ونقل
الشيخ ابو نصر البغدادي عن الاصل انه اذا سمع ذلك من واحد ثقة جاز ان يشهد • ثم قال وذكر بشر عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة انه لا يشهد حتى يسمع من جماعة • ثم قال وعن ابي يوسف حتى يسمع من عدلين • ثم قال قال الخصاف
لا يسعه حتى يسمع ذلك من العامة ويظهر اذا انتشر به الاخبار ويقع في قلبه تصديق ذلك وسعه ان يشهد به قال
في الفتاوى الصغرى الشهادة بالشهرة في النسب وغيره بطريقين الشهرة الحقيقية او الحكمية فالحقيقية ان يشتهر ويسمع من قوم
كثير لا يتصور تواطؤهم على الكذب ولا يشترط في هذا العدالة بل يشترط التواتر والحكمية ان يشهد عنده عدلان من الرجال
او رجل وامراتان بلفظة الشهادة • ثم قال فيها اذا الشهادة انما تجب بالشهرة في الاربعة في النسب • وان لم يعاينوا
الولادة والنكاح وان لم يعاينوا العقد والقضاء وان لم يعاينوا التقليد والموت وان لم يعاينوا موته لكن الشهرة في الثلاثة
الاول لا تثبت الا بخبر جماعة لا يتوهم تواطؤهم على الكذب او خبر عدلين بلفظة الشهادة وفي باب الموت بخبر الواحد العدل
وان لم يكن بلفظة الشهادة ونقله عن باب النسب من شهادات شيخ الاسلام خواهر زاده • ونقل الاسروشني في فصوله
عن شهادات المحيط لا تجوز الشهادة على الاملاك وعلى اسبابها نحو البيع والهبة والصدقة بالشهرة والتسامع • وتجوز
الشهادة بالشهرة والتسامع في انسابها النسب حتى لو سمع من الناس ان هذا فلان بن فلان العلاني وسعه ان يشهد بذلك
وان لم يعاين الولادة على فراشه • وطريق معرفة النسب ان يسمع انه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب
عند ابي حنيفة وعندهما اذا اخبره عدلان انه ابن فلان تحل له الشهادة على النسب • والفقيه ابو بكر الاسكاف كان
يفتي بقولهما وهو اختيار النسفي كذا ذكره القاضي الامام ظهير الدين • وكذا تجوز الشهادة بالتسامع في النكاح حتى لو راى
رجلا يدخل على امراة وسمع من الناس ان فلانة زوجة فلان وسعه ان يشهد انها زوجته وان لم يعاين عقد النكاح وكذا
تجوز الشهادة على القضاء بالتسامع حتى لو راى رجلا يقضي لرجل بحق من الحقوق وسمع من الناس انه قاضي هذه البلدة وسعه
ان يشهد انه قاضي بلدة كذا يقضي لفلان بكذا وان لم يعاين تقليد الامام اياه • وكذا الموت اذا سمع من الناس ان فلانا مات
او راهم صنعوا به ما يصنع بالموتى وسعه ان يشهد به • واما في النسب فلا يسعه ان يشهد به حتى يشهد عنده عدلان
هذا قولهما وعلى قول ابي حنيفة على ما يقع في القلب وهكذا روى بشر بن الوليد عن ابي حنيفة انه لا يحل له ان يشهد بالنسب
حتى يسمع من العامة • والجواب في النكاح والقضاء نظير الجواب في النسب فقد سوى جميعا بين الموت وبين الاشياء
الثلاثة فاكتفوا بخبر الواحد في الموت دون الاشياء الثلاثة • ثم قال في الفصول ذكر القاضي الامام ظهير الدين في
نكاح فتاواه والصحيح ان الموت بمنزلة النكاح وغيره لا يكتفى فيه بشهادة الواحد والذي ان الموت قد يتفق في موضع لا
يكون فيه الا واحد فلو قلنا بانه لا تقبل الشهادة على الموت بالاخبار ضاعت الحقوق بخلاف الاشياء الثلاثة لان الغالب

فيان نكون بين الجماعة • ومن المشايخ من قال لا فرق بين الموت والنسب والقضاء والنكاح وانما اختلف الجواب لاختلاف
الموضوع وموضوع مسئلة الموت انه اخبره واحد عدل لم يوثق به ولم يذكر العدل الموثوق به في الاشيا الثلاثة • ولو
كان الواحد المخبر في الاشيا الثلاثة عدلا موثوقا به حل له ان يشهد • ثم قال في الفصول ثم في الاشيا الثلاثة اذا ثبت
الشهرة والاستفاضة عندهما بخبر العدلين يشترط ان يكون الاخبار بلفظة الشهادة كذا ذكر الخصاف وشيخ الاسلام وبه
اخذ الصدر الشهيد برهان الائمة وفي فصل الموت لما ثبت الشهرة بخبر الواحد لا يشترط فيه لفظة الشهادة بالاجماع
بل يكتفى بمجرد الاخبار قوله فصار كالبيع اي صار كل واحد من هذه الاشيا كالبيع حيث لا يجوز الشهادة بالتسامع
في البيع لعدم المشاهدة فكذلك هنا قوله احكام تبقى كالارث في النسب والموت والنكاح وكثبوت الملك في قضاء
القاضي وكثبوت كمال المهر في الدخول ونحو ذلك مثل النسب والملك والاحصان قوله بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد
هذا لبيان الفرق بين البيع وبين الاشيا المذكورة لانه يجوز الشهادة بالتسامع فيها دون البيع على وجه الاستحسان
وقال في خلاصة الفتاوى الشهادة على الدخول بالمنكوحة بالتسامع جائزة في مختصر القدوري • ثم قال وفي فوايد
استاذنا ظهير الدين لا يجوز لهم ان يشهدوا على الدخول بالتسامع ولو ارادوا ان يثبت الدخول يثبتوا الخلوة الصحيحة
قوله وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به اي الاشتهار انما يكون حقيقة او حكما فالاول بالتواتر والثاني باخبار
من يثق به كرجلين عدلين او رجل وامراتين عدول بلفظ الشهادة وقد مر بيان ذلك عن الفتاوى الصغرى قوله
كما قال في الكتاب اي في مختصر القدوري وهذا اشارة الى ما ذكره بقوله قبل هذا اذا اخبره بها من يثق به قوله
وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة انما قال بلفظ قيل لان في الموت اختلاف المشايخ فعامتهم على انه يكتفى باخبار
واحد عدل وهو المروي عن ابن سماعة عن محمد قال اذا اخبره عدل بالموت وسعه ان يشهد به وقد مر ذلك وبعضهم قال
لا يكتفى بخبر الواحد كما في النكاح واليه ذهب ظهير الدين في نكاح فتاواه وقد مر ذلك قبل هذا قوله وينبغي ان
يطلق اداء الشهادة • اما لو فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته • وفي الفصول عن المحيط واذا
شهد شاهدان على موت رجل فهذا على وجهين ان اطلقا ذلك اطلاقا ولم يبينا شيئا او قالا لا انا رايناه او انما سمعنا
من الناس ففي الوجه الاول تقبل شهادتهما وتحمل على سبب يطلق لهما اداء الشهادة وهو الشهرة او المعاينة • وفي الوجه
الثاني ان لم يكن موت فلان مشهورا لا تقبل الشهادة بالاتفاق والشهرة لا تثبت بقولهما سمعنا من الناس لان السماع قد يكون
على وجه تثبت به الشهرة فان السماع من جمع لا يتصور تواطيهم على الكذب او من واحد عدل تثبت الشهرة وقد يكون
السماع على وجه لا تثبت به الشهرة بان سمعا من واحد غير عدل او من جماعة يتصور تواطيهم فلهذا لا تقبل الشهادة وان
كان موت فلان مشهورا ذكر في الاقضية انها تقبل وهكذا ذكر الخصاف في ادب القاضي • وقد قال بعض مشايخنا
لا يقبل وبه اخذ الصدر الشهيد حسام الدين قوله ثم اذا فسر لا تقبل بان قال رايت هذه العين في يد فلان
في وقت من الاوقات قوله ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي
قبله لان الاول من الشهادة والثاني من الشهود يعني الحضور • ولو فسر للقاضي بان قال كنت حاضرا دفنه او صليت على
جنازته قبل قوله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشيا ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف • وعن ابي
يوسف اخرا انه يجوز في الولاء ينفي تصريحا اعتبار التسامع في كتاب القدوري على الاشيا الخمسة في قوله الا النسب والموت
والنكاح والدخول وولاية القاضي ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف اي لا يجوز الشهادة بالتسامع فيهما • قال
في شرح الاقطع قال ابو حنيفة ومحمد لا يجوز الشهادة بالولاء الا ان يسمعا المعتق هكذا ذكر في الاصل في رواية ابي حفص
وهو قول ابي يوسف الاول • ثم رجع وقال اذا اشتهر واعلى ولاء مشهورا جاز وهو احدى الروايتين عن محمد الى هنا
لفظ شرح الاقطع • وجه قول ابي يوسف الاخر ان الولاء لحمة كلحمة النسب ثم في النسب يجوز الشهادة بالتسامع
في الولاء الا ترى انا نشهد ان ثوبان مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم وبلالا مولى ابي بكر الصديق وعكرمة مولى
ابن عباس • ووجه قولهما ان المعتبر في باب الشهادة هو العلم لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون • والعلم
انما يكون بالعيان او بما يبلغ درجة العيان فلا يعتبر التسامع لان الولاء مما لا يشتهر ولان الولاء من احكام العتق لانه
يثبت به العتق ولا يثبت العتق بالخبر المستفيض فكذا ما يتعلق به من الولاء وليس كذلك النسب فانه يتعلق به العوارض والارث
يثبت بخبر الاستفاضة فكذا النسب يثبت بذلك • وايضا انما اتبعنا في النسب التسامع لمكان الضرورة لان النسب لا
يثبت بالعلوق ولا وقوف لاحد على العلوق • فلو لم يعتبر التسامع لادى الى حرج عظيم ولا ضرورة في الولاء لان الاصل
هو الملك والتسامع ليس بحجة في باب الملك • واما حديث ثوبان وبلال فذلك من باب الاخبار كما نخبر ان عضباء ناقة
رسول الله • وقال في شرح الاقطع ولا يجوز الشهادة بالوقف بالاستفاضة وقال محمد يجوز وهو احد قولي الشافعي
الى هنا لفظ شرح الاقطع • وقال في الفصول ذكر في الاملا عن محمد ان الشهادة على المهر بالتسامع لا يجوز والشهادة
في الوقف هل تحل بالشهرة والتسامع لا رواية لهذا • ثم قال في الفصول وقد اختلف المشايخ فيها بعضهم قالوا تحل وبعضهم
قالوا لا تحل • ومن المشايخ من قال تجوز الشهادة على اصل الوقف بالتسامع • اما على شرايط الوقف فلا والدقاق
شمس الائمة السرخسي • وهو الاصح لان اصله يشتهر • اما شرايطه فلا تشتهر ولو شهدا بالوقف وصرحا بالتسامع يقبل وقال

في الفتاوى الصغرى في باب الشهادة بالنسب والموت وبعض الفصل ان الشهادة على الوقف بالشهرة لا يجوز • وذكر في الفتاوى
الصغرى ايضا في الفصل الثاني من كتاب الشهادات اذا شهدوا على ان هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغي ان يقبل
في بعض الديون من القاضي المرد[illegible] • قال الشيخ الامام ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما لا بد من ذكر الواقف
واذا شهدوا على ان هذه الصيغة وقف ولم يذكروا الجهة لا يجوز ولا يقبل ولا يشترط ان يقولوا وقف على كذا • ثم قال
في الفتاوى الصغرى وما ذكرنا هنا وفي الاصل صورته ان يشهدوا بالتسامع على انها وقف على المسجد او على المقبرة
ولم يذكروا انه يجب ان يصرف الى كذا ثم ما فضل يصرف الى كذا الا انه يشهد على هذا الوجه بالتسامع قوله ومن
كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له وهذه من خواص الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال اذا رايت شيئا في يد رجل سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له وذلك لان اليد
اقصى ما يستدل به على الملك اذ لا وقوف على حقيقة الملك في حق الشاهد سوى ذلك لان اقصى ما في الباب
معاينة الشاهد اسباب الملك من الشراء والهبة ونحو ذلك والملك للمشتري او الموهوب له انما يكون اذا كان ذلك الشيء ملكا
للبائع او الواهب وملكهما يثبت باليد والتصرف فصار مرجع الدلالة على كون الشيء ملكا لمن في يده هو اليد فكان اقصى ما يستدل
به على الملك اليد فجاز ان يشهد الشاهد بدلالة اليد على الملك • ولكن لا يقول عند الشهادة اشهد بانه ملكه لاني رايته
في يده لان الظاهر يكفي لاداء الشهادة • انما لا يكفي للقضاء الا في العبد والامة اذا كانا كبيرين يعبران عن انفسهما لانهما
في يد انفسهما فلا يكون بمجرد استعمالهما دليل الملك لان الحر قد يخدم الحر اعانة او اجارة كالعبد • واذا كان هذا
امرا معتادا فيما بين الاحرار لم يجز الاستدلال باليد على الملك • وهذا اذا كان لا يعرف انهما رقيقان اما اذا عرف انهما
رقيقان فيجوز الشهادة لان العبد والامة لا يد لهما على انفسهما وكذا يجوز الشهادة بالرق اذا كانا صغيرين لا يعبران عن
انفسهما اذا لم يعرفا انهما رقيقان لهذا المعنى • قال ابو محمد الناصحي النيسابوري في تهذيب ادب القاضي واذا كانت الدار
او الثوب او الدابة او العبد في يد رجل وسعك ان تشهد انه له وان لم تكن رايته قبل ملك الساعة في يده في رواية عن ابي
يوسف في الاملا • ثم قال وذكر محمد في الجامع الصغير عن ابي حنيفة اذا رايت الشيء في يده سوى العبد والامة وسعك ان
تشهد له • ثم قال قال ابو بكر الرازي اراد برواية الجامع الصغير اذا كان العبد كبيرا ممن يثبت له يد ويعبر عن نفسه
فاما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه وقول غلبة فهو كالثوب • وجه رواية ابي يوسف ان الملك يعرف باليد والتصرف
وقد ظهر من يده ذلك فله ان يشهد بالملك له • واما رواية الجامع الصغير فلان العبد اذا كان كبيرا يعبر عن نفسه فهو في
يد نفسه وظاهر الحرية فلا يصدق الشاهد عليه انه عبد • ثم قال الناصحي قال ابو يوسف انما يجوز ان يشهد على الملك
اذا وقعت معرفة ذلك في قلبه • ثم قال الناصحي قال ابو بكر الرازي هذا قولهم جميعا لانه يشهد بالملك بالاستدلال
فوجب ان يشهد عند سكون القلب وحصول غالب الظن قوله وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض
مشايخنا اراد به الخصاف كذا ذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي وذلك لان اليد محتمل والمحتمل لا يكون حجة • ونحن نقول
ايضا التصرف محتمل لانه يجوز ان يتصرف بحكم الملك ويجوز ان يتصرف بالوكالة وغيرها قوله ثم ان عاين المالك والملك
حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا اعلم ان مسائل هذا الباب اوردها في شرح ادب القاضي
على اربعة اوجه الوجه الاول ان يعاين المالك والملك جميعا فيجوز له ان يشهد لانه شهادة عن علم ويقين • والوجه
الثاني ان لا يعاين واحدا منهما فلا يجوز ان يشهد لانه مجازف في هذه الشهادة • والوجه الثالث ان يعاين المالك ولا
يعاين الملك لم يجز له ان يشهد لان المشهود به وهو الملك مجهول وكذلك لا يجوز ان يشهد اذا عاين الملك ولم يعاين المالك
وهو الوجه الرابع لان الملك يقتضي مالكا والمالك ملكا كذا ذكر الناصحي في تهذيب ادب القاضي • ثم قال الناصحي قال
ابو بكر الرازي اذا عاين المالك ولم يعاين الملك ينبغي ان لا تقبل • وانما تجوز الشهادة اذا عاين الدار ولم يعاين المالك
اذا كان مشهورا بالاستحسان لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون • وقال الناصحي ايضا في كتابه فان كان المالك
امراة لا تخرج ولا يراها الرجل • فان كان مشهورا ان الملك لها جاز له ان يشهد عليه • لان شهرة الاسم كالمعاينة
بدليل انه لو قال لفلان علي الف درهم والمقر له مشهور وطلب المقر له الشاهد تلك الشهادة جاز له ان يشهد قوله واما
العبد والامة ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك اي وسعك ان تشهد انه له قوله فكذلك مصرف الاستثناء اراد
به قوله سوى العبد والامة قوله والفرق ما بيناه اي الفرق بين الثياب وبين العبد والامة ان اليد اقصى ما
يستدل به على الملك فيما سوى العبد والامة اذا كانا كبيرين لان لهما يدا على انفسهما

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما ذكر ما يسمع فيه الشهادة وما لا يسمع شرع في بيان من يسمع الشهادة ومن لا يسمع
الا انه قدم الاول لان المحل شرط والشرط مقدم كالطهارة في الصلاة قوله ولا تقبل شهادة الاعمى وهذا
لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان شهادة الاعمى لا تجوز عند ابي حنيفة سوا كان بصيرا عند تحمل الشهادة اعمى عند الادا
او اعمى في الحالين • وقال ابو يوسف اذا كان بصيرا عند التحمل اعمى عند الشهادة تقبل شهادته في غير الحدود والقصاص
وهو قول مالك والشافعي وابن ابي ليلى كذا ذكر الخلاف في المختلف والحصر وكذا ذكر خلاف ابي يوسف في ادب القاضي
وفي الاسرار • ولكن ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي خلاف ابي يوسف كذلك • وذكر قول محمد مع ابي يوسف

ولم يذكر القدوري خلاف أبي يوسف • ولم يذكر القبة وذكر المسألة بالإطلاق كما نرى • ولكن قال في كتاب المقرب
بالتقريب قال أبو حنيفة ومحمد وزفر إذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم عمي لم تقبل شهادته • وقال أبو يوسف تقبل إلى هنا
لفظ التقريب • ثم قال فيه وقد ذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة وزفر جواز شهادة الأعمى في النسب لأن ذلك مما يسمع بالاستفاضة
ولا يحتاج فيه إلى نظر ومعاينة كذا في التقريب • وقال في الأسرار وعند زفر تجوز شهادة الأعمى فيما تجوز فيه الشهادة
بالاستفاضة كالنسب والموت وبه قال الشافعي وهي رواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه كذا في الأسرار • ووجه قول أبي
يوسف أن حدوث العمى بعد التحمل لم يفقد فيه المعاينة المشهود عليه والإشارة إليه وهذا لا يمنع من الشهادة كما لا
يشهد البصير بعد التحمل لم يفقد معه المعاينة في على غائب أو ميت • ووجه قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما قوله عليه السلام
لابن عباس إذا رأيت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع • ولأن الأعمى لا يمكنه التمييز بين الخصمين إلا بالاستدلال بالنغمة وفيها شبهة
ولا بد في الشهادة من العلم ولو يوجد العلم فلم تجز الشهادة • ولأن العمى معنى يمنع تحمل الشهادة فيمنع أداءها أيضا كزوال
العقل وعدم الضبط • ولأن كل شخص لا يجوز أن يكون قاضيا في حادثة لا يجوز أن يكون شاهدا فيها كالعبد والصبي فأما
في حالة الموت أو الغيبة فلا بد من حضور وكيل أو وصي أو وارث يشار إليه والأعمى عاجز عن ذلك حقيقة • فإن قيل يجوز
خبر الأعمى في الديانات إذا كان عدلا فلم لا يجوز قبول شهادته قيل له إن الشهادة مخالفة للخبر ألا ترى أنا نقبل خبر
العبد والمحدود في القذف ولا نقبل شهادتهما في الحدود والقصاص وما تسقطه الشبهة فقد بان لك أن الشهادة غير جارية
مجرى الخبر كذا قال أبو بكر الرازي في شرحه لأدب القاضي • وجه قول زفر أن صحة الشهادة موقوفة على العلم بالمشهود به
والمشهود عليه ويوجد هذا المعنى في حق الأعمى بالضبط والاستفاضة كما يوجد في حق البصير • ولنا أن من لا تقبل
شهادته فيما لا يجوز فيه الشهادة بالتسامع لا تقبل شهادته فيما تجوز فيه الشهادة بالتسامع كالصبي والمجنون • وقولهم إن
الأعمى يحصل له العلم بالضبط والاستفاضة كالبصير قلنا لا نسلم لأن أكثر ما يوجد في حق الأعمى الاستدلال بالنغمة • وفيها
اشتباه **قوله** وفيه شبهة أي في النغمة وذكر الضمير على تأويل الصوت ومثل ذلك جائز كما في قوله ولا أرض أبقل إبقالها
قوله يمكن التحرز عنها احترازا عن وطء الأعمى أمته أو امرأته **قوله** ولو عمي بعد الأداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة
ومحمد • اعلم أن الشاهد إذا عمي أو خرس بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها لم يجز الحكم بها عند أبي حنيفة ومحمد خلافا
لأبي يوسف كذا ذكر الخصاف الخلاف في أدب القاضي • وذكر قول الشافعي مع أبي يوسف في الأسرار • وجه قول أبي
يوسف أنه معنى طرأ بعد أداء الشهادة فلا يمنع الحكم بها كما لو مات الشاهدان بعد أداء الشهادة أو غابا أو جنا أو عميا
بعد الحكم بها • ولنا أن العمى يبطل الشهادة ويخرج الأعمى أن يكون شاهدا • فإذا طرأ على الشهادة قبل القضاء بها منع القضاء
كالفسق والكفر بخلاف الموت لأنه يتم الشهادة بها فلا يبطلها والغيبة لا تبطل أهلية الشهادة وليس كذلك العمى بعد الحكم
بالشهادة لأنه وجد بعد انتهاء الحكم بها ولا نسلم أن الجنون بعد الشهادة قبل الحكم بها لأن الرواية عن أبي حنيفة بخلاف ذلك
ألا ترى إلى ما ذكر الخصاف في أدب القاضي وكذلك كل من صار قبل أن ينفذ القضاء بشهادته بحال لا تقبل شهادته مثل أن
يذهب عقله أو يجن فإن شهادته تبطل لما ذكرنا **قوله** قال ولا المملوك أي قال القدوري في مختصره وهذا عطف
على قوله شهادة الأعمى أي ولا تقبل شهادة المملوك • وقال في الفتاوى الصغرى في باب من تقبل شهادته العبد تقبل عند
مالك وشهادة الصبي فيما لا يحضره إلا الصبيان تقبل عنده أيضا • ثم قال ذكر في شرح مختلف الرواية • اعلم أن من يجيز
كان يجيز شهادة العبد وكذا داود بن علي الأصفهاني كذا ذكر الشيخ أبو المعين النسفي في أول قضاء شرح الجامع • ولكن
مذهب مالك خلافا وما ذكر في الفتاوى الصغرى غلط فيه • ولهذا قال الشيخ أبو المعين في شرح الجامع وقول مالك لم يثبت
عنه لأن محمدا ادعى الإجماع وهو كان عالما بمذاهبه • ولو كان هذا ثابتا لما ادعى فيه الإجماع وكذا الشافعي لم يذكر هذا
المذهب عن مالك • ولو كان ثابتا عنده لما خفي على الشافعي لأنه كان تلميذ له • وقيل إن يحيى بن أكثم القاضي كان أعرف
الناس أقاويل أهل زمانه وهو ادعى الإجماع في قبول شهادة العبد ولو أن قولا لمالك غير ثابت عنه بل هو سهو لعلمه إلى هنا
لفظ الشيخ أبي المعين رحمه الله • وقال الإمام العتابي في شرح الجامع وأجمع الصحابة أن لا شهادة للعبد • وقال
الخرقي من أصحاب أحمد بن حنبل وتجوز شهادة العبد في كل شيء إلا في الحدود وفي دعوى الإجماع نظر • لأن البخاري
قال في صحيحه وقال أنس شهادة العبد جائزة إذا كان عدلا وأجازه شريح وزرارة بن أوفى • وقال ابن سيرين
شهادته جائزة إلا العبد لسيده وأجازه الحسن وإبراهيم في الشيء التافه • وقال شريح كلكم بنو عبيد وإماء إلى هنا
لفظ الصحيح • والأصل في عدم قبول شهادة العبد قوله تعالى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا بيانه أنه تعالى جعل
من صفة الشاهدين يلزمه الإجابة إذا دعي والعبد لا يلزمه ذلك فلم يكن شاهدا لأنه يخل بخدمة مولاه لأنه يشتغل
في كل يوم في إقامة الشهادات وهذا غير جائز عند الجميع لأن عليه أن يخدم المولى بين استخدمه فدل أنه ليس بداخل
في الخطاب لأن الشهادة من باب الولاية لأنها تنفيذ القول على الغير ولا ولاية للعبد لقوله تعالى وأشهدوا ذوي
عدل منكم والعدالة مأخوذة من استقامة الحال والعبد غير مستقيم الحال فلم يكن شاهدا ولأن العبد لا يرث
بحال فلا يكون شاهدا لأن الإرث يجري مجرى الشهادة لأن شهادة المرأة على النصف من شهادة الرجل وترث نصف ما يرث
الرجل فإذا لم يرث لم يكن شاهدا • وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي ذكر عن ابن عباس رضي الله عنه أنه

قال

قال لا يجوز شهادة العبد قال الخصاف في أدب القاضي حدثنا عبد الله بن محمد قال حدثنا حفص بن غياث عن الحجاج عن
عطاء عن ابن عباس قال لا تجوز شهادة العبد • وقال الخصاف أيضا حدثنا قبيصة بن عقبة وموسى بن مسعود قالا حدثنا
سفيان الثوري عن ابن أبي نجيح عن مجاهد واستشهدوا شهيدين من رجالكم قال من الأحرار **قوله** ولا المحدود في قذف
وإن تاب وهذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم أن المحدود في قذف لا تقبل شهادته عندنا وإن تاب • وقال الشافعي
تقبل إذا تاب وهو قول مالك وعثمان البتي لقوله تعالى إلا الذين تابوا بيانه أن المانع من قبولها كونه فاسقا وبالتوبة
ارتفع الفسق فتقبل شهادته فيما سوى المحدود في الزنا أو الشرب أو السرقة إذا تاب فإن شهادته تقبل بالاتفاق
إلا عند الحسن بن حي والأوزاعي فإن عندهما لا تقبل شهادة من حد في الإسلام بعد التوبة في قذف أو غيره كذا ذكره أبو
بكر الرازي في شرح الطحاوي • ولنا قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين
جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم بيانه
أن الله تعالى ذكر عدم قبول الشهادة على التأبيد ولا يكون ذلك إلا إذا لم تقبل شهادته بعد التوبة • ولو كان
المراد بعدم القبول الشهادة قبل التوبة لم يحتج إلى ذكر التأبيد • لأن عدم قبول الشهادة يعني التأبيد ولا يكون ذلك
قبل التوبة فيهم من مجرد قوله ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا • والاستثناء ليس براجع إلى جميع ما تقدم لأن من جملة قوله
تعالى فاجلدوهم ولا يرتفع الجلد بالتوبة فعلم أن الاستثناء ليس براجع إلى جميع ما تقدم إلى ما يليه وهو قوله تعالى وأولئك
هم الفاسقون وليس من دفع الفسق قبول الشهادة كالعبد العدل يوضحه قوله تعالى في قصة لوط إنا أرسلنا إلى قوم
مجرمين إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته أن الاستثناء راجع إلى المنجين لا إلى المهلكين • وكذا قوله تعالى ومن قتل
مؤمنا خطأ إلى قوله إلا أن يصدقوا فإن الاستثناء ينصرف فيه إلى الدية دون الكفارة ولأنه لو قال لفلان علي عشرة
دراهم إلا ثلاثة إلا اثنين يلزمه تسعة فصار كل واحد من الاستثناء إلى ما يليه يؤيده قول عمر رضي الله عنه فيما كتب إلى أبي
موسى الأشعري المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلودا في حد قذف وهو مشهور عن عمر ذكره المبرد في كتابه المسمى بالكامل
ونقل في شهادة المحدود في القذف بل العلة قذف بشرط العجز عن إقامة البينة
بدليل قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء • وإنما قلنا إنه ليس بعلة إذ لو كان علة لترتب
الحكم عليه وسائر أولئك هم الفاسقون فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا فلما قال وأولئك هم الفاسقون بعد
قوله ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا علم أن الفسق ليس بعلة فلما لم يكن الفسق علة لم يلزم من زواله قبول الشهادة • فإن قلت
لو قال إن فعلت كذا فعلي حجة وعلي صدقة إن شاء الله فإنه يرجع إلى جميع ما تقدم فكذا ينبغي أن يرجع الاستثناء في الآية
إلى جميع ما تقدم قلت لا إنكار لذلك لأن الجلد لا يرتفع بالتوبة • ولأن الاستثناء بمنزلة التخصيص لأن كل واحد منهما يخرج
من الكلام بعضا والتخصيص يكون في المحقق لا في المشكوك فكذا الاستثناء ورفع الفسق بالتوبة محقق فينصرف الاستثناء
إلى ما يليه لا إلى جميع ما تقدم لأنه مشكوك وقياس الاستثناء بالأجل الاستثناء بإن شاء الله باطل لأن إن شاء الله موضوع لرفع
الكلام بكماله والاستثناء بإلا موضوع لإخراج بعض الجملة منها فسد القياس • ألا ترى أنه لو قال لفلان علي عشرة دراهم
إلا عشرة لم يصح الاستثناء ويلزمه العشرة • ولو قال إن شاء الله يصح ولم يلزمه شيء • فإن قلت كيف ينصرف الاستثناء إلى
ما يليه والأصل في الاستثناء هو المتصل • وهو أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه والتوبة ليست من جنس الفسق • قلت
الاستثناء عموم الأحوال كأنه قال والله أعلم وأولئك هم الفاسقون في جميع الأحوال إلا في حال التوبة فيكون الاستثناء
متصلا أو نقول الاستثناء منقطع بمعنى لكن كقوله تعالى فإنهم عدو لي إلا رب العالمين فلا يرد السؤال • والباقي يعرف
في طريقة الخلاف وغيرها من كتب أصحابنا رضي الله عنهم **قوله** ولأنه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة
كأصله أي لأن عدم قبول الشهادة من المحدود في القذف من تمام الحد يعني من جملة الحد • لأن قوله تعالى ولا تقبلوا
عطف على قوله فاجلدوهم والجلد مع حد لكونه مانعا عن ارتكاب القبيح فيكون عدم قبول الشهادة أيضا حدا لكونه
مانعا عنه • ثم بعد التوبة لا يرتفع الجلد فكذا لا يرتفع عدم القبول بخلاف المحدود في السرقة أو الزنا أو شرب الخمر
حيث تقبل شهادته بعد التوبة لأن الرد هنالك للفسق وقد زال بالتوبة فظهر الفرق **قوله** فلو حد الكافر
في قذف ثم أسلم تقبل شهادته ذكر هذا تفريعا على ما تقدم وقد أصحابنا أنه في باب حد القذف • اعلم أن الذمي
إذا حد في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على أهل الذمة • ثم إذا أسلم جازت شهادته على أهل الذمة وعلى أهل الإسلام
جميعا لأن هذه الشهادة بعد الإسلام شهادة حادثة غير تلك الشهادة المردودة وتمة الحد لا تحصل بعد الإسلام
بخلاف العبد إذا قذف فحد ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته لأنه لم يكن للعبد شهادة أصلا حال رقه لا على الكافر ولا على
المسلم • ولا بد في حد القذف من رد الشهادة • وإنما حصلت له الشهادة بعد العتق فترد شهادته إلا أن تمة الحد قال
في الشامل في قسم المبسوط شهد الصبي والعبد والكافر على مسلم فردت شهادتهم ثم شهدوا بعد البلوغ والعتق والإسلام
تقبل لأن المردود ليس بشهادة • والفاسق لو ردت شهادته ثم شهد بها بعد التوبة لا تقبل لأن المردود شهادة فيكون
فيه نقض قضاء قد أمضي بالاجتهاد كأحد الزوجين ردت شهادته ثم أعادها بعد الإبانة لا تقبل والمولى إذا شهد لعبده
ثم أعادها بعد الإعتاق كذلك • ولو شهد لمولاه بعد العتق وقد تحملها حال الرق جاز جازت وإلى هنا لفظه

الثالث قوله قال ولا شهادة الوالد لولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده اي قال القدوري في مختصره وهذا
الذي ذكره بالاجماع • والاصل فيه ما ذكر الخصاف باسناده في كتاب ادب القاضي قال حدثنا صالح بن زريق وكان
ثقة • قال حدثنا مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته
ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده ولا الشريك لشريكه • ولا الاجير لمن استاجره ولان منافع الاملاك متصلة في قرابة
الولاد • ولهذا لا يجوز وضع الزكاة فيهم فلو جازت شهادة الوالد لولده او على العكس كان ذلك شهادة لنفسه من وجه فلم
تجز • ولان مال الولد داخل في حكم مال الوالد • ولهذا كان له حق التملك بدليل ما روي في شرح الآثار ومسند م
سند جابر بن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انت ومالك لابيك فلو جازت الشهادة كانت شهادة لنفسه
وقال في شرح الاقطع قال داود تقبل الشهادة في جميع ذلك • قلت هذا خلاف الاجماع فلا يلتفت اليه • قال صاحب
الهداية والمراد بالاجير التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه • وقال في خلاصة الفتاوى
ولا تجوز شهادة الاجير المشترك اذا شهد للمستاجر تقبل • واما الاجير الواحد وهو الذي استاجره مياومة او مشاهرة
او مسانهة باجرة معلومة لا تقبل الى هنا لفظ الخلاصة • وذلك لان منافع الاجير الواحد مستحقة للمستاجر ولهذا
لا يجوز له ان يوجر نفسه من آخر في تلك المدة • فلو جازت شهادته للمستاجر كانت شهادة بالاجر فلا يجوز • وذلك
لان شهادته من جملة منافعه وهي مستحقة بالاجر • وهذا معنى قوله في المتن فيصير كالمستاجر عليها اي على الشهادة وقال
الفقيه ابو الليث في كتاب العيون قال محمد في رجل استاجر رجلا يوما واحدا فشهد له الاجير في ذلك اليوم قال
القياس ان لا تقبل • ولو كان اجيرا خاصا فشهد فلم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل فان ابطلها بمنزلة رجل شهد لامراة
ثم طلقها • ولو شهد ولم يكن اجيرا ثم صار اجيرا له قبل ان يقضي بها ابطل شهادته فان لم يبطل شهادته حتى بطلت الاجارة
ثم اعاد الشهادة جازت بمنزلة المراة اذا طلقها قبل ان ترد شهادته ثم اعاد تجوز الى هنا لفظ العيون • قال ابو العباس
الناطفي في الاجناس قال في كتاب ديوان الاصل تقبل شهادة الاجير قال ابو العباس هذا محمول على الاجير المشترك لانه
قد ذكر في نوادر ابن رستم قال محمد لا اجيز شهادة الاجير مشاهرة وان كان اجيرا مشتركا قبلت شهادته قوله وهو
معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت اي التلميذ الخاص هو المراد من القانع المذكور في الحديث • وقد
حدث صاحب السنن عن حفص بن عمر عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة • وذي الغمر • ورد شهادة القانع لاهل البيت واجازها على غيرهم • وقيل
اراد بالقانع من يكون مع القوم كالخادم والتابع والاجير ونحوه لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم كذا قال المطرزي
في المغرب • والمتعلم الذي ياكل في بيت استاذه يكون في معنى القانع المذكور في الحديث قوله ولا تقبل شهادة احد
الزوجين للآخر هذا لفظ القدوري في مختصره وعند الشافعي تقبل شهادة احد الزوجين للآخر على احد القولين كذا في
وجيزهم • وجه قوله ان عقد النكاح اوجب وصلة بين الزوجين فيما اوجبه عقد النكاح والمال امر وراء ذلك ولهذا
مميزة بحيث لا يتصرف احدهما في مال الآخر فجازت شهادة كل واحد منهما للآخر كالاخ من غاية ما في الباب التهمة بتهمة
الكذب وهي منتفية بالعدالة • بخلاف قرابة الولاد حيث لا تجوز الشهادة • لان الشهادة كانها واقعة لنفس الشاهد باعتبار
وجود البعضية • ولنا ما روى الخصاف باسناده الى عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجوز
شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته • ولان كل واحد منهما ينتفع بمال الآخر
عرفا نصا ومهما فات الشهادة لجر النفع الى نفسه • وشهادة المتهم مردودة فلم تقبل • ولان بينهما سببا يوجب التوارث
في جميع الاحوال فلم تجز شهادة احدهما للآخر كالوالد والولد بخلاف شهادة الغريم لمديونه حيث تجوز لان الغريم لا ولاية
له على المال المشهود به فلم يكن متهما فجازت شهادته • فان قلت روي ان فاطمة رضي الله عنها ادعت فدك بين يدي ابي
بكر رضي الله عنه فشهد لها علي رضي الله عنه وام ايمن فقال ابو بكر رضي الله عنه ضمي الى الرجل رجلا او الى المراة امراة
فعلم بذلك ان ابا بكر رضي الله عنه اجاز شهادة احد الزوجين لصاحبه حيث امرها بالضم وعلي رضي الله عنه جوز ذلك
حيث شهد لها وفاطمة رضي الله عنها جوزت ذلك ايضا حيث استشهدت عليا رضي الله عنه ولم ينكر عن غيرهم فحل ذلك
وكان اجماعا والاجماع مقدم على القياس • وخبر الواحد قلت الصحيح من الروايات الا ابا بكر رد دعواها فانها ادعت
فدك ميراثا من النبي صلى الله عليه وسلم فرد دعواها • وقال سمعت رسول الله يقول انا معاشر الانبياء لا نورث ما
تركناه صدقة • فان قلت هما شخصان بينهما سبب لا يوجب العتق اذا ملك احدهما الآخر فجازت شهادة كل للآخر كابن العم
قلت هذا وصف لا تاثير له لبطلانه بالعبد مع مولاه لان بينهما سببا وذلك السبب لا يوجب العتق عند الملك • ومع
هذا لا تجوز شهادة احدهما للآخر • قال الخصاف في كتاب ادب القاضي حدثنا عبد الله بن محمد قال حدثنا وكيع قال كان
ابن ابي ليلى يجيز شهادة الزوج لامراته ولا يجيز شهادة المراة لزوجها قوله والايدي متميزة اي مجتمعة • يعني لان يد
كل واحد من الزوجين تنتصر في التصرف على ملك نفسه لا يتعدى الى ملك صاحبه حيث لا يجوز تصرفه فيه من غير حاجة
الداعي اليه يجوز ها جوزنا اذا اجمع دشاهد بها • وكذلك الجار اذا شاق اليه قوله ولا معتبر بما فيه من النفع اي لا

يعني بما في قوله لشهادة الزوجين لصاحبه من النفع الحاصل منه للشاهد لان كل واحد منهما يعد نفع صاحبه نفع نفسه يعني
لا يعتبر الشاهد هذا القدر من النفع لان ذلك النفع ليس بمقصود بل حصل في ضمن الشهادة فلا يعتبر كما في الغريم وهو رب الدين
اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس تقبل شهادته وان كان له فيه نفع لان النفع حصل ضمنا لا قصدا قوله ولنا ما روينا
اشارة الى قوله ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته قوله ولا شهادة المولى لعبده هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه
ولا لمكاتبه وذلك لما روينا في حديث الخصاف ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم والمأذون
له لا يخلو اما ان يكون عليه دين او لا فان لم يكن عليه دين كانت شهادة المولى له كشهادته لنفسه لان ما يحصل له للمولى لان العبد
وما في يده لمولاه • وان كان عليه دين فلا تقبل الشهادة ايضا لانه شهادة لنفسه من وجه لان الملك يظهر في الكسب للمولى عند
فراغ العبد عن حاجته فكان الملك مراعا موقوفا حاله بين ان يكون للغرما او للمولى فكان في الشهادة نفعا للمولى فلم يقبل
قوله ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما هذا لفظ القدوري في مختصره • وانما لم تجز شهادة الشريك لما روينا
من الحديث • ولان كل ما يحصل للمشهود له للشاهد فيه نصيب فكانت شهادته لنفسه فلم تجز بخلاف الشهادة فيما ليس من شركتهما
حيث تقبل لانه شهادة عدل لغيره ولا تهمة فيه • قال في الشامل في قسم المبسوط ولا تقبل شهادة الشريك المفاوض وان كان عدلا
فيما خلا الحدود والقصاص وغير المفاوض ايضا في تجارته قوله وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه وذلك لعموم قوله تعالى
واشهدوا ذوي عدل منكم فيعمل بعمومه الا فيما ورد التخصيص بالدليل ولانه لا اتصال في الاملاك ولا بسوطة ما بعدهن
ولان العداوة والتحاسد بين الاخوة ظاهرة فتنتفي التهمة المانعة من الشهادة الا ترى ان اول عداوة ظهرت
في الدنيا بين الاخوة كما عرفت في قصة قابيل وهابيل وكذلك قصة يوسف واخوته • وروي عن شريح في ادب القاضي للخصاف
انه اجاز شهادة الاخ للاخ وكذا روي نحوه عن ابن سيرين والشعبي وعمر بن عبد العزيز • وقال في الشامل وتقبل لولد الرضاع
ولام المراة لان هذه المعاني لا توجب الا حرمة النكاح لا ايصالا في منافع الاملاك • وقال في خلاصة الفتاوى وتقبل لام
امراته وابنها ولزوج ابنته ولامراة ابيه ولاخت امراته ومن المشايخ من قال لا تقبل شهادة الاخ لاخيه
ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي قوله قال ولا تقبل شهادة مخنث اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه
فاسق بفعله فلا تقبل شهادة الفاسق • وقد روى صاحب السنن باسناده الى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه
وسلم لعن المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء يعني المتشبهات من النساء بالرجال • وهذا في المخنث في الفعل الخبيث • اما الذي
يشبه النساء بخنثا الضعف خلقته ولين الته وهو عدل في نفسه فتقبل شهادته ولا يكون ذلك قادحا في شهادته قوله
قال ولا نائحة ولا مغنية اي قال القدوري في مختصره والاصل في ذلك ما روى البخاري في الصحيح في كتاب الجنائز
باسناده الى مسروق عن عبد الله بن مسعود قال قال النبي صلى الله عليه وسلم ليس منا من لطم الخدود وشق الجيوب ودعا
بدعوى الجاهلية • وروى صاحب السنن باسناده الى ام عطية قالت نهانا رسول الله عن النياحة • وروى ايضا باسناده
الى ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال لعن رسول الله النائحة والمستمعة • بيانه ان النوح مما كان منهيا وقد بارتكابه
النائحة لم يؤمن ان تشهد شهادة الزور ايضا فلا تقبل شهادتها • وذكر في الذخيرة لم يرد بالنائحة التي تنوح في مصيبتها
وانما اراد به التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبة • ولنا فيه نظر لان النبي عليه السلام نهى عن النياحة مطلقا
من غير فصل • واما المغنية فانها مرتكبة للحرام ايضا فلا تقبل شهادتها لانها لم تمتنع عن محظور دينها فيجوز ان لا تمتنع عن شهادة
الزور ايضا وهي محظورة دينها والدليل عليه ما ذكر الواحدي في سورة لقمان في سبب نزول قوله تعالى ومن الناس من
يشتري لهو الحديث باسناده الى ابي امامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل تعليم المغنيات ولا بيعهن واثمانهن
حرام وفي مثل هذا انزلت هذه الآية ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله الى آخر الآية • وما من رجل
يرفع صوته بالغناء الا بعث الله عليه شيطانين احدهما على هذا المنكب والآخر على هذا المنكب فلا يزالان يضربان بارجلهما
حتى يكون هو الذي يسكت • وقد روى اصحابنا في كتبهم ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية
ونقل صاحب الاجناس عن ادب القاضي املاء قال لا تقبل شهادة اصحاب العصبية وقطاع الطريق واصحاب النجوم والمخنثين
بعمل قوم لوط • ومن يقعد مع الغناء والنائحة والنائح والمغني والمغنية لا تقبل شهادة واحد من هؤلاء الى هنا لفظه
قوله ولا مدمن الشرب على اللهو هذا لفظ القدوري اي لا تقبل شهادة مدمن الشرب على اللهو • وانما اطلق ادمان
الشرب على اللهو ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر ونقيع الزبيب والتمر من غير طبخ والفضيخ والباذق والفضيخ
البسر اذا اخرج منه الماء وغلا وقذف بالزبد وذلك انه يسكر ويذق • والباذق هو المطبوخ ادنى من الثلثين وكل ذلك يحرم
شرب قليلها وكثيرها الا ان منكر حرمة الخمر يكفر ومنكر حرمة هذه الاشيا لا يكفر • ويجب الحد في الخمر بشرب قليلها اذا لم يكن
عن ضرورة العطش والاكراه • وفي هذه الاشربة لا يجوز الحد الا بالسكر ويشترط الادمان في الخمر • وهذه الاشربة تسقط
العدالة • الا ترى ان محمدا قال في الاصل ولا تجوز شهادة الخمر ولا شهادة الفاسق ولا شهادة اكل الربا المشهور بذلك
المعروف به المقيم عليه ولا شهادة مدمن الخمر ولا شهادة مدمن السكر الى هنا لفظ محمد في الاصل وكذلك ذكر الحاكم الشهيد
في مختصر الكافي وشرط الادمان في الخمر والسكر جميعا وهذا قال الامام فخر الدين قاضي خان في فتاواه ولا تقبل شهادة
مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة • ثم قال وانما شرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من اتهم في شرب الخمر في

يلبه لا تبطل عدالته وان كانت كبيرة وانما تبطل اذا اظهر ذلك او خرج سكرانا يسخر منه الصبيان لان مثله لا يحترز عن الكذب
وقال في الفتاوى الصغرى في مسائل الجرح والتعديل شرب الخمر في السر لا يسقط العدالة لان محمدا شرط الادمان في كتاب الشهادات
واما من ادمن الشرب على غير لهو وهو يعتقد تحليله فشهادته مقبولة لانه لم يوجد منه ما يوجب الفسق ولا ترك المروة كذا قال
في شرح الاقطع • واما ما سوى هذه الاشربة مما يتخذ من الحنطة والشعير والذرة والسكر والفانيذ والتين فهي مباحة وان
سكر منها ولا حد على من سكر منها هو الصحيح من الرواية كذا قال صاحب التحفة قال لان هذه من جملة الاطعمة ولا عبرة بالسكر
فان في بعض البلاد من يسكر المر من الخبز ونحوه والبنج يسكر ولبن الرمكة يسكر • وروى الحسن عن ابي حنيفة ان المسكر منه حرام
كما في المثلث • ولكن اذا سكر منه لا حد فيه بخلاف المثلث كذا في التحفة فيما اذا ادمن على الشيء اذا داوم عليه قوله ولا
من يلعب بالطيور هكذا لفظة القدوري في مختصره • وانما لم تقبل شهادة اللاعب بالحمام والطيور لان اللعب بها يورث
الغفلة لصاحبه ولا يؤمن على الغفلة من الزيادة والنقصان فلا تقبل شهادته • ولانه قد يتم نظره على عورات الاجانب
والحرمات بسببها نظر ثانية وذلك حرام • ولا تجوز شهادة مرتكب الحرام • ولانه تارك للمروة باشتغاله بفعل سخيف
فلا يؤمن عليه ان يأتي في شهادته بما لا اصل له • قال صاحب الهداية وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني
اي وفي بعض نسخ القدوري قوله قال ولا من يغني للناس اي قال القدوري في مختصره • وذلك لانه تارك للمروة
وعلل صاحب الهداية بقوله لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة • وقال في الاجناس وسئل محمد بن شجاع عن الذي يترنم
مع نفسه فقال لا يقدح ذلك في شهادته • واختلفوا في حد الكبيرة فقال في الفتاوى الصغرى ذكر الشيخ الامام خواهر
زاده في شرح الشهادات ان حد الكبيرة ما كان حراما محضا يسمى فاحشة في الشرع كاللواطة او لم يسم في الشرع فاحشة لكن
شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع • اما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا وقتل نفس بغير حق او الوعيد بالنار في الاخرة و
كاكل مال اليتيم ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لان هذا الحد ما ثبت بنص قاطع الا اذا داوم على ذلك فان
العدالة تزول بالاصرار على الصغائر فهذا اولى وكذا اكل الربا يشترط فيه الادمان والتهمة الى هنا لفظ الفتاوى
الصغرى • وقال بعضهم ما فيه حد فهو كبيرة • وقيل ما كان حراما لعينه • وقال في خلاصة الفتاوى ما فيه حد
بنص الكتاب ثم قال واصحابنا لم ياخذوا بذلك وانما بنوا ذلك على ثلاثة معان • احدها ان يرتكب ما كان شنيعا بين
المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والثاني ان يكون فيه منابذة المروة والكرم وكل فعل يرفض المروة والكرم فهو من
الكبائر • والثالث ان يصر على المعاصي والفجور الى هنا لفظ الخلاصة • والاصل هنا ان العدل تقبل شهادته وغير العدل
لا تقبل شهادته لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم • قال في الفتاوى الصغرى العدل من يجتنب عن الكبائر كلها
حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفي الصغائر العبرة للغلبة او الدوام على الصغيرة لتصير كبيرة • ونقله عن ادب
القاضي للخصاف • وقال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي في باب المسألة عن الشهود عن ابراهيم النخعي انه قال العدل
في المسلمين من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج • وقد حدث البخاري في بيان الكبائر باسناده الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه
وسلم قال اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله وما هن قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله الا بالحق واكل
الربا واكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات ذكره في الصحيح في كتاب الحدود و
وحدث البخاري ايضا باسناده الى عبد الرحمن بن ابي بكرة عن ابيه قال قال النبي صلى الله عليه وسلم الا انبئكم باكبر الكبائر
قالوا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما
زال يقولها حتى قلت لا يسكت ذكره في كتاب الادب • وذكر البخاري ايضا في كتاب الحدود من الصحيح باسناده الى عبد
الله قال قلت يا رسول الله اي الذنب اعظم قال ان تجعل لله ندا وهو خلقك قلت ثم اي قال ان تقتل ولدك من اجل ان يطعم
معك قلت ثم اي قال ان تزاني حليلة جارك • وذكر صاحب السنن هذا الحديث باسناده الى عبد الله عن النبي صلى الله
عليه وسلم في اخر كتاب الطلاق ولكن قال فيه فانزل تصديق قول النبي صلى الله عليه وسلم والذين لا يدعون مع الله الها
اخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون الاية قوله ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد
اي قال القدوري في مختصره • وذلك كقتل الزنا والسرقة وقذف المحصن وقطع الطريق وانما لا تقبل شهادة من يأتي
نوعا من انواع الكبيرة لانه فاسق وشهادة الفاسق غير مقبولة لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا • ونقل الناطفي
في تهذيب ادب القاضي عن الخصاف فقال ولا تقبل شهادة قطاع الطريق واللصوص واصحاب الفجور بالنساء ومن يعمل
عمل قوم لوط ومن يشرب الخمر او من يسكر من النبيذ لان هؤلاء فساق • ولم يشترط الخصاف في شرب الخمر الادمان كما شرط في
ووجهه ان نفس شرب الخمر يوجب الحد فيوجب رد الشهادة • وشرط في شهادات الاصل الادمان فقال ولا تقبل شهادة
مدمن الخمر ومدمن السكر فابد له انه اذا شرب في السر لا تسقط عدالته • قال صاحب الاجناس وهذا شرط صحيح لانه
متى دام عليه فهو مصر على معصية وان لم يدم عليه فهو تائب نادم • وقال الناطفي ايضا ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس
الفجور والمجانة على الشرب وان لم يسكر لان اختلاطهم وترك الامر بالمعروف يوجب سقوط عدالته وان لم يكن يشرب
الجلوس فسقا فلا تقبل شهادته قوله قال ولا من يدخل الحمام بغير ازار وذلك لان كشف العورة حرام ومرتكب الحرام
فاسق فلا تقبل شهادته • ولان ذلك يدل على ركاكة دينه وقلة مبالاته فلا يؤمن عليه من شهادة الزور فلا تقبل شهادته

قوله او باكل الربا او يقامر بالنرد او الشطرنج هذا لفظ القدوري في مختصره وهو عطف على قوله من يدخل الحمام بغير ازار • وانما
لم تقبل شهادة اكل الربا لانه فاسق لارتكابه الحرام قال الله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا • وقال تعالى وذروا ما بقي من
الربا ان كنتم مؤمنين فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله • وقد روينا عن الصحيح البخاري ان [illegible] ما بقي من الربا
اكل الربا من السبع الموبقات • ونقل صاحب الاجناس عن شهادة الاصل ولا تقبل شهادة اكل الربا اذا كان مشهورا لانه اذا
لم يكن مشهورا تتطرق اليه التهمة وعدالته ظاهرة فلا تبطل بتهمة معصية لم تتحقق • واما الذي يلعب بالشطرنج اذا قامر
عليه او شغله عن الصلاة او اكثر الحلف بالكذب او الباطل فلا تجوز شهادته كذا قال الخصاف في ادب القاضي • وذلك لان
القمار وتفويت الصلاة والكذب حرام فيسقط شهادته • اما اذا لم يوجد احد هذه المعاني ولعب الشطرنج وحافظ على
الصلاة في اوقاتها ولم يقامر عليه ولم يحلف بالكذب فانه لا تسقط شهادته • وذلك لان العلماء اختلفوا في حرمة اللعب
بالشطرنج واباحته عند انعدام هذه المعاني فعلى قول مالك والشافعي يحل كذا نقل مذهبهما شمس الائمة السرخسي في شرح ادب
القاضي في باب المسألة عن الشهود • ولان الناس لا يعدونه من الكبائر ولا يستخفون صاحبه فلا ترد شهادته • وجه
قول الشافعي انه يشحذ الخواطر وفيه تعلم امر الحرب في انتهاز الفرصة ودفع الكيد عن نفسه وذلك امر محمود فصار كالعب
بالنرد والقوس • ولنا ما روى صاحب السنن باسناده الى عقبة بن عامر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس من اللهو
الا ثلاث تاديب الرجل فرسه وملاعبته اهله ورميه بقوسه ونبله فبموجب هذا الحديث يكون اللهو بالشطرنج حراما لانه
غير الثلاث • وروي في كتاب الامالي في معرفة الصحابة في باب الخامس مسندا الى حبة بن مسلم رضي الله عنه قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم ملعون من لعب بالشطرنج والناظر اليها كالآكل لحم الخنزير • وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال ما انا من دد ولا الدد مني • واما الذي يلعب بالنرد فمردود الشهادة على كل حال كذا في الدرجة وذلك لانه
حرام بالاجماع قوله ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق هذا لفظ القدوري في
مختصره وهنا نسخ المستحقرة والمستخفة والمستقبحة وكلها على صيغة اسم المفعول • وروي المستخفة بالخاء المشددة المكسورة مع
مواضع النسخ وهي من التسخيف وهي النسبة الى السخف وهو رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل • ويروى
المسخفة بكسر الخاء اي الافعال المسخفة بصاحبها • قال الناطفي في الاجناس وكان شيخنا ابو عبد الله الجرجاني يحكي عن ابي
بكر الرازي عن ابي الحسن الكرخي ان من يأكل في السوق بين ايدي الناس لا تقبل شهادته • وكذلك من يمشي في السوق
بسراويل ليس عليه غيره لانه تارك للمروة • وقال الناطفي في تهذيب ادب القاضي حكي عن ابي الحسن ان شيخا لو صارع
الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لان هذا سخف وان لم يحكم بفسقه كذلك قوله ولا تقبل شهادة من يظهر سب
السلف هذا لفظ القدوري في مختصره • والمراد من السلف الصحابة والتابعون وابو حنيفة منهم • وقال شمس الائمة الس
في شرح ادب القاضي قال ابو يوسف ايما رجل اظهر شتيمة اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تكون شهادته مقبولة وذلك
لانه لو اظهر شتيمة واحد من المسلمين لا تكون شهادته مقبولة وتسقط عدالته فاذا اظهر الشتيمة لواحد من اصحاب رسول
الله كيف يكون مقبولا • ونقل صاحب الاجناس في الموضعين في ادب القاضي وفي الشهادات عن نوادر ابي يوسف رواية
ابن سماعة لا اقبل شهادة من يشتم اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم • واقبل شهادة من يتبرأ منهم وفرق بينهما بان
اظهار الشتيمة مجونة وسفه لا يأتي بذلك الا الاوضاع والاسقاط وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك التبري لانه يفعله
دينا وان كان على باطل فلم يظهر فسقه • وانما قيد القدوري باظهار سب السلف لانه اذا اعتقد ذلك ولم يظهره وهو
عدل في افعاله فان شهادته تقبل كذا في شرح الاقطع قوله وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية اراد باهل
الاهواء اصحاب البدع كالخارجي والرافضي والجبري والقدري والمشبهة والمعطلة سموا اهل البدع اهل الاهواء لميلانهم و
الى محبوب نفوسهم بلا دليل شرعي او عقلي والهوى محبوب النفس في هوي الشيء اذا احبه • وقد مر في السنن في باب اقسام
السنة وعند الشافعي لا تقبل شهادة اهل الاهواء لان الفسق من حيث الاعتقاد شر من الفسق من حيث التعاطي • ولنا
ان صاحب الهوى مسلم لا يتهم بالكذب اذا امتنع عن سائر محظور دينه وانما وقع فيما وقع لتشدده في الدين وذلك م
مانع من الكذب لا سيما اذا اعتقد الكذب كفرا وهو مذهب الخوارج فيكون ذلك ابعد من التهمة • قال في شرح الاقطع
قال محمد في الخوارج ما لم يخرجوا الى قتال اهل العدل فشهادتهم جائزة لانهم لم يظهروا من انفسهم الفسق وانما اعتقدوه
فاذا قاتلوا فقد اظهروا الفسق فلم تقبل شهادتهم • واما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض • قال في شرح الاقطع
هم ينسبون الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم ان عليا هو الاله الاكبر
وجعفر الصادق الاله الاصغر وكانوا يعتقدون ان من ادعى عندهم شيئا على غيره يجب له ان يشهد له بقية شيعته • وقال
شمس الائمة السرخسي في اصول الفقه في فصل بيان وجوه الانقطاع في تفسير الخطابية هم ضرب من الروافض يجوزون اداء
الشهادة اذا حلف المدعي بين ايديهم انه محق في دعواه ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فيتهيأ هذا الاعتقاد ما يرجح جانب
الكذب في شهادتهم • ونقل في الاجناس عن نوادر ابن رستم قال محمد شهادة اهل الاهواء جائزة الا الرافضة فان صنفا
منهم يعتقدون شيئا يشهدون له فلا تقبل شهادتهم • وفي ادب القاضي اهل الاهواء الا الرافضة هم الخطابية • وقال
في المغرب الخطابية طايفة من الرافضة نسبوا الى ابي الخطاب محمد بن ابي وهب الاجدع • وقال ابو حاتم احمد بن حمدان

الرازي الخطابية طائفة من الرافضة نسبوا الى ابي الخطاب واسمه محمد بن ابي زينب الاسدي الاجدع وكان يقول بامامة
اسمعيل بن جعفر فلما مات اسمعيل رجعوا الى القول بامامة جعفر وغلوا في القول غلوا كبيرا • وخرج ابو الخطاب في حياة جعفر
بالكوفة فحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن العباس واظهر الدعوة الى جعفر فتبرا منه جعفر ولعنه ودعا عليه وقتل هو
واصحابه كلهم • ويقال انه لم يفلت منهم الا رجل واحد اسمه سالم بن مكرم الجمال ويكنى بابي سلمة ويلقب بابي خديجة • وكان
ابو الخطاب يقول بالهية جعفر تعالى الله عما يقول الظالمون علوا كبيرا وثبت قوم من اهلها على القول بذلك و
وقالوا في الائمة كلهم بالغلو الشديد • وخرجت فرقة منهم الى القول بامامة محمد بن اسمعيل بعد ابيه اسمعيل وزعموا ان
ابا الخطاب امرهم بذلك ودلهم عليه وقالوا فيه مثل ما قالوا في سائر الائمة من القول الكبير والكفر العظيم • ثم تفرقوا
بعد ذلك فرقا كثيرة يذكر اساميهم بعد ذلك عند ذكر الملاة الى هنا لفظ ابي حاتم الرازي **قوله** وتقبل شهادة
اهل الذمة بعضهم على البعض وان اختلفت مللهم وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا مذهبنا وهو قول شريح والنخعي
وعمر بن عبد العزيز وابن شهاب ويحيى بن سعيد • قال الطحاوي عن ابن ابي عمران قال سمعت يحيى بن اكثم يقول لما وجدت
عن احد من المتقدمين ابطال شهادة النصارى بعضهم على بعض الا ربيعة • وقال مالك والشافعي لا تجوز لانهما
ان الكافر فاسق لقوله فيهم في سورة النور ومن كفر بعد ذلك فاولئك هم الفاسقون ولا تقبل شهادة الفاسق لقوله
تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا او لان الشهادة من باب الولاية والكرامة والكافر من اهل الاهانة فلا تقبل شهادته
كالمرتد والحربي • ولنا ما حدث الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى عامر الشعبي عن جابر بن عبد الله ان اليهود
جاوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم برجل وامراة منهم زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ايتوني باربعة
منكم يشهدون فعلم بذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم جوز شهادتهم عليهم • ولان الكافر له ولاية على نفسه وعلى الصغار
من اولاده فيكون له ولاية على جنسه كالمسلم لما كان له ولاية على نفسه واولاده الصغار كان له ولاية على جنسه من
المسلمين • بخلاف المرتد فانه لا ولاية له اصلا لانه لا دين له يقر عليه • وبخلاف شهادة الحربي على الذمي لان
الذمي اعلى حالا منه • ولان خبر الذمي اثر في غلبة الظن لصدوره عن عقل ودين صارف عن تعمد الكذب بحيث
العمل بغلبة الظن فتقبل شهادته كالمسلم بخلاف شهادة الذمي على المسلم حيث لا تقبل للتهمة لانه يعادي المسلم وربما
يريد اضراره بالكذب عليه • ولانه لا ولاية له على المسلم بالنص فان قيل من لا تقبل شهادته على المسلم لا تقبل شهادته
على الكافر كالفاسق • قلنا الكافر لا تقبل شهادته على المسلم للتهمة لانهم يستحلون دماءنا واموالنا • وهذه التهمة معدومة
في شهادة بعضهم على بعض بخلاف الفاسق فانه مردود الشهادة لفسقه وهو موجود في شهادته على الكافر كما هو موجود
في شهادته على المسلم فبطل القياس لان علة الرد وجدت في شهادة الفاسق دون شهادة الكافر • فان قلت على هذا
ينبغي ان لا تقبل شهادة اليهودي على النصراني وبالعكس لان كلا منهما يستحل دم الاخر • قلت لما كانوا جميعا اهل
الذمة وكانوا تحت اذلالنا واهانتنا وظهرت ذلتهم بيننا وبينهم عداوة انتفت لان اجتماعهم فانتفت التهمة **قوله** لانه
لا ولاية له اي لان الشان لا ولاية للذمي بالاضافة اليه اي بالنسبة الى المسلم • وانما قيد بالاضافة الى المسلم لان
للذمي ولاية على نفسه وعلى اولاده الصغار **قوله** يتقول عليه اي يفتري الذمي على المسلم **قوله** يغيظه قهره
اياه اي قهر المسلم الذمي يقال غاظه اي اغضبه **قوله** ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي وهذا لفظ القدوري
في مختصره وذلك لان اختلاف الدارين قاطع للولاية والعصمة والشهادة ولاية فلم تقبل شهادته • ولان الحربي
عدو ومطلوب من اهل دارهم والذمي من اهل دارنا وقبل خلف الاسلام وهو الجزية حتى كان له وعليه مثل ما كان للمسلم
وعليه فكان اعلى حالا من الحربي فلم يجز ان يكون له ولاية على الذمي وتقبل شهادة الذمي على المستامن لان الذمي اعلى
حالا منه فجاز ان يكون له ولاية عليه كشهادة المسلم على المستامن وعلى الذمي • وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض
بشرط اتحاد الدار فاذا اختلف فلا لارتفاع الولاية والعصمة • ولهذا لا يجري التوارث عند اختلاف الدارين و
بخلاف اهل الذمة حيث تقبل شهادة بعضهم على بعض وان كان هذا روميا وذلك تركيا لانهم لما قبلوا الجزية صاروا
من اهل دارنا فكانت دارهم متحدة حكما • قال الناطفي في تهذيب ادب القاضي فان اسلم المشهود عليه قبل ان يقضي
عليه بطلت الشهادة لانا لو قضينا لقضينا الان • ولا يجوز ان يقضي بشهادة كافر على مسلم • واذا عرض ما يمنع القضا
بالشهادة قبل القضاء بمضيه كما لو رجع الشهود قبل القضاء بالشهادة فانه لا يقضي كذا هنا • وان قضي عليه بشهادة
الكافر ثم اسلم فالقصاص ويوخذ منه المال لان الشهادة تمت بالقضاء فطريان ما يبطل الشهادة لم يبطل القضا
كما لو رجع الشهود بعد القضاء الا في الحدود والقصاص في النفس وفيما دون النفس فاني ارى ذلك عفوا لان الامضاء
من القضاء في باب الحدود فاذا عرض مانع قبل الاستيفاء لم يستوف الحد والقصاص **قوله** قال وان كانت الحسنات
اغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية اي قال القدوري في مختصره قال ابو محمد
الناصحي في تهذيب ادب القاضي في باب المسئلة عن الشهود • واذا سلم الرجل من الفواحش التي تجب بها الحدود وما
يشبه ذلك من العظائم نظرنا في معاصيه وفي طاعته • فان كان يؤدي الفرائض واخلاق البر فيه اكثر من المعاصي
الصغار قبلنا شهادته اذ لا يسلم عبد من ذنب وان كانت المعاصي اكثر من اخلاق البر رددت شهادته لانه لا يرتكب

الكبائر والخير عليه غالب وصغير الذنب مع ظاهر الصلاح لا يوجب رد الشهادة • ثم قال بعد ورقتين قال ابو يوسف
اذا كان اكثر امور الانسان حسنة فهو عدل اذا كان الذي يكون منه من الشيء ليس من الكبائر لان احدا لا يخلو عن ذلة
فاذا كان غالب امره الصلاح قبلت شهادته وان كان صاحب كبيرة فاستغفر الله منها وتاب وظهرت توبته واصلح فهو عدل • وقال
شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي قد نقل ابو الليث عن السلف في اشتراط العدالة في الشهود • والحاصل ما روي
عن القاضي ابي حازم انه سال عبيد الله بن سليمان وزير المعتضد بالله عن العدل في الشهادة فقال احسن ما نقل في هذا الباب
ما روي عن ابي يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري القاضي رحمه الله انه سئل عن العدل في الشهادة فقال ان يكون مجتنبا
للكبائر ولا يكون مصرا على الصغائر ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطائه وان يستعمل الصدق ديانة
ومروة ويجتنب عن الكذب ديانة ومروة فاستحسنوا ذلك والتوقي في ديوان الحضرة الى هنا لفظ شمس الائمة الذي ذكره
لان احدا لا يمكنه الاجتناب عن جميع الذنوب الكبائر والصغائر الا الانبياء صلوات الله عليهم فلو شرط الاجتناب عن
جميع ذلك في العدالة انسد باب الشهادة وهو مندوب اليه بقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقوله ممن ترضون
من الشهداء فلما كان كذلك اعتبر الغالب فمن غلبت حسناته سيئاته قبلت شهادته اذا كان يجتنب الكبائر وان كان على العكس
فلا قال في ادب القاضي واذا ترك الرجل الصلاة في الجماعة استخفافا او مجانة لم تقبل شهادته • قال ابو بكر الرازي لم يرد
بالاستخفاف الاستهزاء لان الاستهزاء بشيء من الشرائع كفر • وانما اراد به التواني والتكاسل لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال من رغب عن سنتي فليس مني وان تركها على تاويل وكان عدلا فيما سوى ذلك قبلت شهادته لانه ليس بذنب فلا يوجب
رد الشهادة • وقال في الشهادة الفتاوى الصغرى في مسائل الجرح والتعديل تفويت الجماعة كما يفعله العوام وكذا ترك الجمعة
من غير عذر يسقط العدالة ذكر الخصاف في موضعين فذكر في احدهما الترك ثلاثا وهو الذي اختاره شمس الائمة السرخسي
ولم يذكر في الموضع الثاني تكرار الترك قال يعني ترك الجمعة رغبة عنها على غير تاويل شهادته غير جائزة وهذا الذي اختاره
شمس الائمة الحلواني فانه قال المرة الواحدة تكفي لسقوط العدالة كتبته في باب شهادة الطبيب • فاما اذا تركها لمرض او لبعد
المصر او تاويل بان كان الامام يفسق لا يسقط عدالته الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى **قوله** الم بمعصية يقال الم الرجل
اي اتى اللمم وهو دون الكبير من الذنوب كذا في تهذيب الديوان • ومنه ما ذكر الهروي في غريب الحديث من حديث عبد
الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما قال حدثني عبد الرحمن عن عمه عن يعقوب بن مسلم عن ابن ابي طرفة الهذلي انه قال سمعت ابا
خراش يسعى بين الصفا والمروة وهو يقول لاهم هذا خامس ان تما اتمه الله وقد اتما ان تغفر اللهم تغفر جما واي عبد لك لا الما
وكذلك نسب البيت في تهذيب الديوان الى ابي خراش • ولكن قال ابو سليمان الخطابي في شرح الصحيح البخاري في كتاب الصوم
انه قول امية **قوله** قال وتقبل شهادة الاقلف اي قال القدوري في مختصره قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي
ولا نص عن اصحابنا في الاقلف • ثم قال وذكر صاحب الكتاب يعني الخصاف انه تجوز شهادته وتجوز صلاته وامامته وتوكل
ذبيحته الا اذا ترك ذلك على وجه الرغبة عن السنة • وقال الناطفي في تهذيب ادب القاضي وتجوز شهادة الاقلف اذا كان عدلا
لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة فتركه لا يمنع قبول الشهادة • ولان الكبير قد يخاف التلف
على نفسه من الختان فيعذر في تركه • قال ابو بكر الرازي فان كان لا يخاف فتركه تهاونا بالسنة فانه يصير فاسقا ولا تقبل
شهادته ولا توكل ذبيحته اذا لم يتركه رغبة عن السنة الى هنا لفظ كتاب الناطفي • وروي عن ابن عباس انه لا تقبل شهادة الاقلف
ولا تقبل صلاته ولا توكل ذبيحته • قال الشيخ ابو نصر البغدادي وانما اراد به المجوس والاقلف الذي لا يختتن **قوله** قال
والخصي قال الخصاف وتقبل شهادة الخصي اذا كان عدلا كما تقبل شهادة رجل واحد على الزنا والقصاص وغير ذلك • روي ان عمر
رضي الله عنه اجاز شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون رواه الخصاف باسناده الى الزهري عن عبد الله بن عامر بن ربيعة
عن عمر • ولان قبول الشهادة بعهد العدالة والخصاء لا يقدح في العدالة لانه ليس الا قطع العضو منه وقطع سائر الاعضاء لا
يوجب سقوط العدالة فكذا هذا **قوله** قال وولد الزنا اي قال القدوري في مختصره قال الخصاف في ادب القاضي شهادة
ولد الزنا على الحد وغيره جائزة اذا كان عدلا • وذلك لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وولد الزنا عدل فتقبل شهادته
ولان فسق ابويه ليس باكثر من كفرهما وكفرهما لا يمنع قبول شهادته اذا كان عدلا وفسقهما اولى على انا نقول قال تعالى
ولا تزر وازرة وزر اخرى وهو لا يعتبر زانيا بزنا ابويه ولا يواخذ بفعلهما فلا يكون فعلهما مانعا لشهادته • ورايت
في كتاب التفريع لاصحاب مالك قال ولا باس بشهادة ولد الزنا الا في الزنا وما اشبهه من الحدود وما ضاهاها لا يجوز الى هنا لفظ
كتاب التفريع • ووجه ذلك انه يريد ان يكون جميع الناس مثله وهذا ضعيف لان كلامنا فيما اذا كان ولد الزنا عدلا
والعدل لا يرضى بذلك **قوله** قال وشهادة الخنثى جائزة اي قال القدوري في مختصره اعلم ان شهادة الخنثى وهو
الذي له الة الرجال والة المراة جائزة اذا كان حرا عدلا لانه لا يخلو في الواقع اما ان يكون رجلا او امراة وتجوز شهادة
الصنفين جميعا لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ولكن ينبغي ان يكون
معه رجل وامراة لان مبنى امره على الاحتياط • وينبغي ان لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لانه يحتمل ان يكون
امراة وفي شهادتهن شبهة البدلية والحدود تدرا بالشبهات **قوله** قال وشهادة العمال جائزة وهذا من خواص
الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه كان يجيز شهادة العمال • قال فخر الاسلام

معناه العمال الذين كانوا اعوان السلطان في ذلك العصر • لان الصلاح كان غالبا عليهم • فاما هولاء الذين في زماننا فلا تقبل شهادتهم لان الظلم غالب فيهم وهذا يبتني قول صاحب الهداية والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ • وقال بعضهم اراد بهم اذا كان العامل وجيها ذا مروة غير مجازف في كلامه تقبل شهادته والا فلا • وهذا كما مر عن ابي يوسف في اوايل كتاب الشهادات ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروة تقبل شهادته • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ان كان العامل مثل عمر بن عبد العزيز او نحوه تجوز شهادته • وان كان مثل يزيد بن معاوية او نحوه لا تقبل شهادته • وانما جازت شهادة العامل لان العامل اذا كان صالحا يكون اعظم اجرا • لانه روي في خبر ابي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم • قال سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله وعد السبعة وذكر فيهم الامام العادل • وذكر في الواقعات في باب الشهادات بعلامة السين عمال السلطان الذين ياخذون العشر والصدقات وغيرها جازت شهادتهم اذا كانوا امناء • لانهم انما حملوا على ذلك لامانتهم فالظاهر انهم يتحرزون عن الكذب **قوله** واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جايز استحسانا وهذه من مسايل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في شاهدين شهد الرجلان ان اباهما اوصى اليه قال جايز ان ادعى ذلك وان انكر لم تجز شهادتهما • وان شهدا ان اباهما وكله بقبض ديونه بالكوفة كان باطلا في ذلك كله الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا تقبل في الايصا ايضا ذكر القياس والاستحسان في كتاب الوكالة • وهذه المسلة على وجوه خمسة احدها ان يدعي رجلا انه وصي فلان الميت ويشهد بذلك وارثان • والثاني ان يشهد الغريمان للميت عليهما دين • والثالث ان يشهد الغريمان لهما على الميت دين • والرابع ان يشهد الموصى لهما • والخامس ان يشهد الموصى اليهما فالجواب في جميع الفصول ان الشهادة جايزة استحسانا غير جايزة قياسا • وهذا اذا كان الموت ظاهرا فان لم يكن ظاهرا لا تقبل شهادة هولاء الا الغريمين للميت عليهما دين فان شهادتهما تقبل وان لم يكن الموت معروفا • وجه القياس ان لهما في هذه الشهادة منفعة وكل شهادة جرت نفعا او دفعت مغرما لا تقبل قياسا على الوكالة كما لو شهد الغريمان في حال الحيوة انه وكل هذا الرجل بقبض الدين او باقتضايه لا تقبل الشهادة فكذا هنا • ووجه الاستحسان ان القاضي يملك نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت للقاضي بهذه الشهادة ولاية لم يكن وانما سقط عنه مونة تعيين الوصي كالقرعة بموجبه • وثم هذا جواز استعمالها في تعيين الايصا دفعا للتهمة عن القاضي نصبت دافعة لا حجة موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عن القاضي مونة التعيين بخلاف الشهادة على ان اباهما وكله بقبض ديونه حيث لا تقبل لانه ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغايب فلو ثبتت الوكالة تثبت بهذه الشهادة وقد تمكنت فيها التهمة فلا تقبل • ولان القاضي لو رد هذه الشهادة يحتاج الى ان ينصب للميت وصيا لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين فلا يجوز ان يبطل امور الميت • فاذا كان يحتاج الى نصب وصي اخر عند رد هذه الشهادة لم يكن في الرد فايدة • وبخلاف ما اذا لم يكن الموت معروفا او الوصي لا يدعي ذلك لا تقبل الشهادة لان القاضي حينيذ لا يملك نصبه وصيا بغير رضاه او برضاه والموت ليس بمعروف فيكون ثبوت الوصاية مضافا الى الشاهدين فلا تقبل بسبب التهمة • بخلاف الغريمين عليهما للميت دين فان شهادتهما تقبل في الموت والوصية اذا ادعى الوصي ذلك لان هذا اعتراف على انفسهما بحق قبض الدين فانتفت التهمة • فان قلت ذكرت قبل هذا ان القاضي لو رد هذه الشهادة يحتاج الى نصب وصي فلا فايدة في رد الشهادة وهذا مستقيم في الفصول كلها • ولكن فيما اذا شهد الموصى اليهما اشكال بان يقال كيف يحتاج الى نصب وصي للميت وصيان • قلت انهما لما شهدا ان الميت اوصى الى هذا الرجل الثالث فقد اقرا ان لا حق لهما في التصرف ما لم يكن معهما ثالث • فلو رد شهادتهما احتاج الى ان ينصب وصيا اخر حتى يتصرف معهما فلا يكون لرد الشهادة فايدة كذا ذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله • وبهذا عرفت ان ما ذكره صاحب الهداية بقوله والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا جواب سوال مقدر فاعرفه والباقي يعرف في شروح الجامع الكبير في باب الشهادة في المواريث فيما اذا اوصى الى جماعة وصيا واوصى له بكذا اي جعله موصى له **قوله** ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك هذا لفظ القدوري في مختصره اراد به ذلك الجرح المجرد وهو الذي لا يدخل تحت حكم القاضي كما اذا قال المدعى عليه ان شهود المدعي فسقة • او قال استاجر الشهود وانما لا تقبل الشهادة على جرح مجرد خلافا للشافعي لان القاضي مامور بالستر على المسلمين • وفي سماع البينة هتك الحرمة واشاعة الفاحشة وذلك حرام لقوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا لهم عذاب اليم في الدنيا والاخرة والله يعلم وانتم لا تعلمون الا اذا انتصب خصما للشرع او للعبد فحينيذ تقبل • ولان المقصود من سماع البينة الحكم بها والفسق لا يدخل تحت الحكم لان المقصود من الحكم التوثق وليس للقاضي التوثق في اثبات الفسق • ولانه لا فايدة في الحكم لان المحكوم عليه يمكنه ابطاله بالتوبة **قوله** ولو شهدوا على اقرار المدعي بذلك تقبل وفي بعض النسخ الا اذا شهدوا وهو استثنا من قوله ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح • يعني اذا شهد شهود المدعى عليه ان المدعي اقر ان شهوده فسقة تقبل الشهادة على الجرح لان معناه اثبات اقرار المدعي بانه لا حق له على المدعى عليه والمرء مواخذ بزعمه **قوله** قال ولو اقام رجل اي المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اقام البينة ان هذا استاجر الشهود قال لا اقبل البينة على استيجار الشهود وهذا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • قال الفقيه ابو

الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول ابن ابي ليلى تقبل لانه اثبت انهم فسقة وشهادة الفسقة لا تقبل • ثم قال الفقيه وهذا القول احسن • وذكر فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير ذكر الخصاف في الجرح المجرد انه مقبول • وقال الناصحي في تهذيب ادب القاضي في وجه قول الخصاف ان هذه المعاني تسقط العدالة فتقبل البينة عليها كالرق وظاهر الرواية عن اصحابنا انها لا تقبل الشهادة على الجرح المجرد وهو المذكور في الجامع الصغير هنا والتزكية وغير ذلك • ولهذا قال الناصحي في تهذيب ادب القاضي حكي بن كاس عن اصحابنا وهو المشهور من مذهبنا انهم اذا شهدوا بمال على رجل او بالزنا فادعى المشهود عليه انهم جميعا اكلة الربا او شراب خمر او مستاجرون على هذه الشهادة وجاء على ذلك بالبينة فاني لا اقبل ذلك منه وكذا لو اقام البينة انه رجع عن الشهادة او يشهد على اقرار الشاهد بانه لا شهادة عنده او هو مستاجر على هذه الشهادة فانها لا تقبل وانما تقبل اذا اقام المشهود عليه البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او كانت الشهادة بمال فيقيم البينة انه شريكه فانها تقبل • وجه الظاهر ان البينة انما جعلت حجة لاثبات ما يدخل تحت الحكم • وفي وسع القاضي الزام ذلك والجرح المجرد لا يدخل تحت الحكم لان الجرح حرام لما مر الا ان يتضمن حقا للشرع لا بد منه او حقا للعبد ولم يوجد ذلك فلا يسمع • وليس في وسع القاضي الزام ذلك لقدرة المدعى عليه على دفع ذلك بالتوبة وان اتصل به حكم صحيح • ولان مقصود المدعي من اقامة البينة ابطال شهادة شهود المدعي ونفيها والبينات شرعت للاثبات لا للنفي فلا تقبل ولان هذه الشهادة وقعت على شي لا يمكن اثباته لانهم شهدوا انهم فسقة او اكلة الربا ونحو ذلك فلا يمكن اثبات ذلك لان الانسان قد تغير احواله فيصير عدلا بعد ان كان فاسقا • اما اذا تعلق بالجرح حكم بان قال ادعي زناه او قال صالحت الشهود بكذا من المال وسلمت اليهم حتى لا يشهدوا علي باطل وقد شهدوا فانا قايم على ذلك بينة فبلت لانه ادعى حقا لنفسه • بخلاف ما اذا قال لم ادفع اليهم فان الصلح حيث لا تقبل بينته • اما الرجوع عن الشهادة فلان الرجوع لا يصح الا عند القاضي • وذلك لان الشهادة لا تصح الا عند القاضي فكذلك الرجوع عنها • وقول الشاهد لا شهادة عندي او ظني فلا تقبل الشهادة عليه • واما في الرق وحد القذف والشركة في المال فالمشهود عليه يثبت بينة ان لا شهادة له فتقبل عليه البينة • ولان هذه المعاني محكوم بها الرق والشركة في المال محكوم به وشهادة القاذف مردود ودفع التوبة وليس فيه هتك ستر فيحكم به • واذا كانت محكوما بها جاز فوت الشهادة بها • وقال فخر الاسلام وغيره في بيان قول الخصاف معناه اذا كان الذي يشهد بذلك يصلح مزكيا يجعل كشاهد زكاه فوجد جرحه فرا • ويحمل على انهم شهدوا باقرار المدعي بذلك وذلك مقبول **قوله** والاستيجار وان كان امرا زايدا عليه فلا خصم في اثباته هذا جواب سوال بان يقال لا نسلم ان الشهادة على الاستيجار جرح مجرد بل فيه امر زايد على نفس الجرح • لكن المدعى عليه اجنبي ليس بنايب عن المدعي في اثبات حقه فلم يلتفت الى ذلك لعدم الخصم في الاثبات فبقي جرحا مجردا حتى لو قال استاجرهم من مالي الذي في يد فلان يثبت بينته لقيامه خصما • ونقل في الاجناس عن الحساسيات لو شهد شهود المدعى عليه على شهود المدعي بسرقة او شرب خمر او زنا لم تقبل شهادتهم ويجب الحد عليهم وتبطل شهادتهم اذا وجب عليهم الحد • وقال في حدود الاصل اذا ادعى المشهود عليه ان شاهد المدعي اكل الربا او شارب خمر او انه استوجر على هذه الشهادة فاقام البينة عليه فانه لا تقبل بينته • ثم قال صاحب الاجناس ليس هذا باختلاف الرواية وانما هو على اختلاف موضوعها فما ذكر في الحدود يقصد به جرح صاحب المدعي على شرب خمر او زنا او سرقة قد تقادمت • وما ذكر في الحساسيات يقصد به اثبات الحد دون جرح الشاهد • الا ترى انه قال اذا اوجب الحد تبطل شهادتهم ولم يكن المشهود به متقادما **قوله** ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته • وهذه من خواص الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يشهد فلا يبرح حتى يقول اوهمت بعض شهادتي قال ان كان عدلا اجازت شهادته وان سال تقبل عدل اجازت شهادته • قال فخر الاسلام معنى قوله اوهمت اخطات نسيانا لم كان يحق ذكره وبجهل او وهمت بزيادة ما كان باطلا • وقال فخر الدين الاسلام معنى قوله اوهمت اخطات بنسيان ما كان يحق ذكره وبجهل او وهمت بزيادة ما كان باطلا • خان صورته اذا شهد ثم قال اوهمت في درهمين اعلم ان كلام الشاهد يقبل في قوله اوهمت اذا كان عدلا اذا لم يبرح مجلس القاضي لان مهابة مجلس القاضي يوقع عليه الغلط بالزيادة او النقصان فاذا تدارك الغلط قبل البراح وهو عدل قبل ذلك منه فكان ذلك ملحقا باصل شهادته بخلاف ما اذا لم يتطهر عدالته او كان عدلا لكنه برح مكانه حيث لا تقبل شهادته لانه يوهم التلبيس بزيادة من المدعي او نقصان من المدعى عليه • قالوا هذا اذا كان الموضع موضع الشبهة يعني شبهة التلبيس بزيادة من المدعي او بنقصان اما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام اذا كان عدلا سوا اتحد المجلس او اختلف كما اذا ترك لفظة الشهادة او مثلها نحو ان يترك ذكر اسم المدعي المدعى عليه او يترك الاشارة الى المدعي او المدعى عليه **قوله** وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود وذلك بان يذكر الحايط الشرقي مكان الغربي او على العكس **قوله** او في بعض النسب مثل ان يذكر محمد بن احمد بن علي بن احمد يعني تقبل شهادته اذا تدارك الغلط في المجلس والا فلا **قوله** وعن ابي حنيفة وابي يوسف يقبل قوله في غير المجلس اي يقبل قول العدل اوهمت في غير المجلس في جميع المسايل سوا كان الموضع موضع شبهة اولا **قوله** والظاهر ما ذكرناه يعني ان ظاهر الرواية ما ذكرناه وهو ان شهادته تجوز اذا قال اوهمت اذا لم يبرح مكانه بعد ان كان عدلا فان برح فلا • يقال اوهم في الحساب اي اسقط ويقال برح المكان براحا • قال تعالى فلن ابرح الارض اي لا ازال

باب الاختلاف في الشهادة

لما ذكر مسائل الاتفاق وهو الاصل شرع في مسائل الاختلاف **قوله** قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان
خالفتها لم تقبل اي قال القدوري في مختصره وذلك لان حقوق العبد تتوقف على مطالبته او من يقوم مقامه • والبينة حق من
حقوقه فاذا وافقت البينة الدعوى قبلت لان الدعوى وجدت • واذا لم توافقها لم تقبل لانها بلا مدع • ثم المعتبر في
الاتفاق بين الشهادة والدعوى هو الاتفاق في المعنى لا من حيث اللفظ الا ترى ان المدعي يقول ادعي كذا والشاهد يقول
اشهد بكذا ولا اتفاق بينهما من حيث اللفظ • فاذا عرفت هذا فاعرف ان كل موضع يمكن التوفيق بين الدعوى والشهادة
لم تبطل • واذا لم يمكن بطلت • قال في الفصل الخامس عشر من الفصول وذكر في باب اختلاف الشهادات من شهادات
الجامع وليس الاختلاف بين الشاهدين بمنزلة الاختلاف بين الدعوى والشهادة لان شهادة الشاهدين ينبغي ان يكون كل
واحد منهما مطابقة للاخر في اللفظ الذي لا يوجب اختلاف المعنى خاصة ولا عبرة للتطابق لو ادعى الغصب وشهد
احدهما على الغصب والاخر على الاقرار بالغصب لا تقبل • ولو شهدا على الاقرار بالغصب تقبل **قوله** قال ويعتبر
اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما
تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين • اي قال القدوري في مختصره وجملة الكلام فيه ما قال الامام
الاسبيجابي في شرح الطحاوي قال واذا ادعى رجل على رجل الفي درهم وهو ينكر فاقام شاهدين فشهد احدهما
على الف والاخر على الفين لم تقبل عند ابي حنيفة رضي الله وعندهما تقبل على الالف • ولو كان المدعي يدعي اقل المالين
وهو الف درهم • والمسئلة بحالها لم تقبل بالاجماع الا اذا قال كان لي عليه الف وخمسماية الا انه قضى خمسماية او ابرأته
من خمسماية والشاهد لا يعلم بذلك فيقضى له عليه بالف • ولو كان يدعي عشرين فشهد احدهما على عشرة والاخر على عشرين
فهو على هذا الاختلاف • هذا كله اذا كان دعوى المال • فاما اذا كان دعوى عقد لم تقبل بالاجماع في الفصول
كلها • بيانه انه ادعى انه باع عبدا من فلان بالفي درهم والمشتري ينكر فشهد شاهد على الف والاخر على الفين او
احدهما على الف والاخر على الف وخمسماية لم تقبل بالاجماع • وكذلك لو كان المدعي هو المشتري والبايع ينكر وان
كان هذا في الاجارة فان كان المدعي هو الموجر في اول المدة فهذا دعوى عقد فلا تقبل • وان كان بعد انقضاء المدة
فهذا دعوى دين وهو كفصل الدين • وان كان المدعي هو المستاجر قبل انقضاء المدة او بعد انقضائها فهذا دعوى العقد
بالاجماع • ولو كان هذا الدعوى في النكاح فان كانت المراة هي المدعية للنكاح فهذا دعوى المال عند ابي حنيفة
حتى انها لو ادعت النكاح بالف وخمسماية فشهد احدهما بالف والاخر على الف وخمسماية • فان كان النكاح جايز بالف
وعندهما لا تقبل الشهادة كدعوى العقد • ولو كان المدعي هو الزوج والمراة منكرة فهذا دعوى العقد بالاجماع
فاما اذا وقعت الدعوى في الطلاق او في الخلع على مال او العتق على مال او الصلح عن دم العمد على مال • فان كان
المدعي هو الزوج او المولى او ولي القصاص فهذا دعوى المال • وان كان المدعي هو المراة او القاتل او العبد
فهذا دعوى عقد لا تقبل بالاجماع • واما في دعوى الكتابة ان كان المدعي هو المكاتب فهذا دعوى عقد وان كان
المدعي هو المولى فلا يصح لان المكاتب له ان يعجز نفسه متى اراد • واما في الرهن فان كان المدعي هو الراهن فهذا لا يتصور
لان حفظ الرهن للمرتهن • وان كان المدعي هو المرتهن فهذا دعوى الدين الى هنا لفظ شرح الطحاوي • قال صاحب
الهداية وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث يعني اذا شهد احد الشاهدين بماية درهم
والاخر بمايتين او شهد احدهما بطلقة والاخر بطلقتين • او شهد احدهما بطلقة والاخر بثلاث لا تقبل عند ابي حنيفة
وتقبل على الاقل عندهما • وذكر في شرح الاقطع قول الشافعي كقولهما • وجه قولهما انهما اتفقا على الاقل واختلفا
في الزيادة فيثبت ما اتفقا دون ما اختلفا كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية او شهد احدهما بطلقة
والاخر بطلقة ونصف • ووجه قول ابي حنيفة انهما اختلفا لفظا ومعنى • اما اللفظ فظاهر لان احدهما يشهد
بالف والاخر بالفين • وكذا المعنى لان احدهما فرد والاخر جمع لان الالفين عبارة عن الف اجتمع مع الف اخر فكان
على كل واحد منهما شاهد واحد فلا تقبل فصار كما اذا شهد احدهما بالف درهم والاخر بماية دينار • او شهد احدهما
بكر حنطة والاخر بكر شعير • وهذا معنى قوله كما اذا اختلف جنس المال بخلاف ما اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف
وخمسماية • والمدعي يدعي اكثر المالين حيث تقبل في الالف لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى • لان عطف الخمسماية
على الالف بيان للالف • وعلى هذا اذا شهد احدهما بطلقة والاخر بطلقة ونصف • بخلاف ما اذا شهد احدهما
بعشرة والاخر بخمسة عشر لان العطف لا يوجد فحصل الاختلاف بين الشاهدين كما في الالف والالفين **قوله** لانهما
جملتان متباينتان يعني الالف والالفين جملتين ولم يرد بالجملة ما هو مصطلح النحاة وهي الكلام بل اراد بها الجملة اللغوية
وهي عبارة عن شي مجموع من اجزا • يقال اجملت الشي اجمالا اذا جمعت عن تفرقه • ويقال الجملة من الدراهم وجملة من الغنم
وما شابه ذلك والالف من هذا القبيل ايضا لانها مجموعة عن اجزا هي وحدان • والمراد من قوله جملتان متباينتان
ان كل واحد من الالف والالفين يفهم منه ما لا يفهم بالاخر غاية ما في الباب ان الالفين لها دلالة على الالف لكن هو
بسبيل التضمن والمدلول عليه ضمنا انما يثبت اذا ثبت المتضمن ولم يثبت المتضمن هنا وهو الالفان لعدم موافقة الشاهد
الاخر فلا يثبت ما في ضمنه ايضا وهو الالف **قوله** قال فان شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية والمدعي

يدعي

يدعي الالف وخمسماية قبلت الشهادة على الالف • اي قال القدوري في مختصره وذلك لانهما اتفقا على الشهادة على الالف
لفظا ومعنى وانفرد احدهما بذكر خمسماية وذلك ليس بقادح في الشهادة بالالف كما اذا شهد احدهما بماية درهم والاخر بماية
درهم ومائة دينار وهو يدعيهما • ولو قال المدعي لم يكن حقي الا الالف فشهادة الذي زاد على الالف باطلة لتكذيب المدعي
لان تكذيبه تفسيق • وكذا اذا ادعى الالف ولم يقل لم يكن حقي الا الالف وسكت عما زاد عليه فشهد احدهما بالف وخمسماية كانت
شهادته باطلة لان التكذيب هو الظاهر لان السكوت في موضع البيان بيان فكان سكوته عما زاد على الالف نفيا
له وهو تكذيب للشاهد • قال وان وفق المدعي وقال كان اصل حقي الفا وخمسماية الا اني استوفيت الخمسماية او ابراته
عنها والشاهد لم يعلم بذلك قبلت الشهادة على الالف اعني فيما اذا ادعى الالف وشهد احد الشاهدين بالالف والاخر بالف
وخمسماية لانه يمكن ان يكون الامر كما قال والشهادة يجب حملها على الصحة **قوله** واذا شهدا بالف وقال احدهما
قضاه منها خمسماية قبلت شهادتهما بالالف • وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولم يسمع قوله انه قضاه الا ان
يشهد معه الاخر قال في شرح الاقطع هذا هو المشهور • وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسماية لان مضمون قول من شهد و
القضا ان لا دين سوى خمسماية فلا يجوز ان يثبت اكثر من ذلك • وجه المشهور انهما اتفقا على الالف وثبت ذلك وتفرد
احدهما بالقضا فلم يثبت ذلك فصار كما لو شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية **قوله** وجوابه ما قلنا اشارة الى قوله
لانه شهادة فرد **قوله** قال وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسماية • اي قال
القدوري في مختصره وذلك لئلا يكون الشاهد معينا للمدعي في الظلم • بيانه انه اذا شهد لا يخلو اما ان يشهد
بالالف او بالخمسماية فان شهد بالالف وقضا الخمسماية تثبت الالف لاتفاق الشاهدين عليه ولا يثبت القضا لتفرد احد
الشاهدين بذلك فتكون في هذه الشهادة اعانة على الظلم لا محالة لان المدعي ادعى تمام الالف بغير حق • وان شهد بالخمسماية
لا تقبل شهادته اصلا لاختلاف الشاهدين حينئذ في لفظ الشهادة فيضيع حق المدعي فاذا كان كذلك ينبغي ان لا يشهد الذي
عرف قضا خمسماية حتى يقر المدعي بقبض ذلك كي لا يكون اعانة على الظلم او ضياع حق المدعي **قوله** وفي الجامع الصغير رجلان
شهدا على رجل بقرض الف فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جايزة على القرض • قال الطحاوي في مختصره ومن شهد
له شاهدان على رجل بقرض الف درهم وشهد له احدهما انه قد قضاه اياه قبلت شهادتهما على القرض وقضي له بالمال على المدعي
عليه • وقد روي عن ابي يوسف انه قال لا تقبل شهادة الشاهد الذي شهد على القضا لانه يشهد ان لا شي للمدعي في
المدعى عليه مما يشهد به الى هنا لفظ الطحاوي رحمه الله وذكروا قول زفر مثل قول ابي يوسف • ووجه قول زفر انه
اكذب شاهد القضا فصار كما لو لم يصدقه • ووجه الظاهر ظاهر وهو انهما اتفقا على الالف وتفرد احدهما بالقضا
فيثبت ما اتفقا عليه دون ما اختلفا عليه • وجواب زفر ان شهادته بالقضا غير شهادته بالالف • وتكذيبه في احد
الشهادتين لا يوثر في الاخرى كما لو شهد له بالف وشهد عليه بدين فكذبه فيما شهد به عليه فانه لا يمنع قبول شهادته
له ولا يلزم من الاكذاب التفسيق لجواز ان يكون غلط الشاهد او نسي • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
اذا علم احد الشاهدين بالقضا لا ينبغي له ان يشهد على دعواه وهو يعلم انه ادعى بغير حق لان فيه اعانة على الاثم
والعدوان **قوله** واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتل يوم النحر بالكوفة
واجتمعوا عند الحاكم لم تقبل الشهادتين • وهذا لفظ القدوري في مختصره فان سبقت احديهما وقضي بها ثم حضرت
الاخرى لم تقبل • وذلك لان الاولى لم يتمكن تكذيبها حين اتصل الحكم بها وكل بينة لم يتطرق تكذيبها جاز قبولها فلما
قبلها الحاكم وقضى بها ثم حضرت الاخرى لا يلتفت اليها لان الحكم بها ينافي الحكم بالاولى والاولى قد صحت ظاهرا حيث
اتصل الحكم بها ولم ينتقض الكذب فبقيت كما كانت • ونظيره رجل معه ثوبان احدهما نجس فوقع تحريه على احدهما
وصلى فيه ثم وقع تحريه على الاخر لا يجوز الصلاة فيه لان الاول اتصل به حكم فلا ينتقض بتحري اخر • ونقل في الفصول
عن شهادات فتاوي القاضي الامام ظهير الدين الشهادة على عقد تمامه بالفعل كالرهن والهبة والصدقة لا يبطلها الاختلاف
في الزمان والمكان الا عند محمد • وفي البيع والاجارة والصلح والخلع لا يبطلها الاختلاف في الزمان والمكان وكذلك
لو شهد احدهما على الفعل والاخر على الاقرار به لا يضر • وكذلك القرض وان كان تمامه بالقبض • قال فلو
شهد احدهما على اقراره اليوم بالف وشهد الاخر على اقراره امس بالف جازت شهادتهما • ثم قال في الفصول وذكر
في الشهادات الفتاوي الصغرى اذا اختلف الشاهدان في الزمان او المكان او في الانشا او في الاقرار بان شهد احدهما
على الانشا والاخر على الاقرار فان كان هذا الاختلاف في الفعل حقيقة وحكما يعني في تصرف فعلي كالجناية والغصب
او في قول ملحق بالفعل كالنكاح لتضمنه فعلا او في قول ملحق بالقول وهذا القرض لا يمنع القبول وان كان لا يتم القرض الا بالتسليم
وهو التسليم لان ذلك يحول على قول المقرض اقرضتك فصار كالطلاق والعتاق والبيع • واذا شهدا بالرهن واختلفا
في الزمان واختلفا في الزمان او المكان وهما يشهدان على معاينة القبض فالشهادة جايزة وكذا الشرا والصدقة والهبة
لان القبض قد يكون غير مرة • واذا شهدا على اقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت الشهادة • ولو
ادعى البيع وشهدا على اقرار البايع بالبيع واختلفا في الزمان او المكان تقبل شهادتهما • وذكر في باب شهادة الزور
من المبسوط لو ادعى الشرا وشهد احدهما على الشرا والاخر على الاقرار بالشرا تقبل لان لفظ الشرا يصلح للاقرار ويصلح و

الابتداء فقد اتفقا على امر واحد هذا كله من الفصول • ثم قال فيه وذكر في الفتاوى الصغرى لو سكت شاهدا البيع
عن بيان الوقت والمكان فسألهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك تقبل شهادتهما لانهما لم يكلفا حفظ ذلك **قوله** قال
واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع • وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في شاهدين شهدا جميعا على انه سرق بقرة واختلفا في لونها قال اجيز الشهادة واقطعه وقال
ابو يوسف ومحمد لا تجوز الشهادة ولا نقطعه • ولو شهد احدهما انه سرق بقرة وشهد الاخر انه سرق ثورا فالشهادة
باطلة في قولهم جميعا • الى هنا لفظ محمد رحمه الله • ولو شهدا على الغصب واختلفا في اللون لا تقبل بالاجماع • قيل
هذا الخلاف في الالوان المتشابهة كالحمرة مع السواد • والاصح ان الخلاف في الكل واحد كذا قال فخر الدين قاضي
خان في شرح الجامع الصغير • لهما ان المشهود به اختلف فلم يتم على ما شهد به كل واحد منهما نصاب الشهادة فلا تقبل كما
في الغصب بل اولى لان الاختلاف لما منع قبول الشهادة في المال فلان يمنع في الحد اولى • وكما لو اختلفا في قدر القيمة وكما
لو اختلفا في الذكورة والانوثة • ولابي حنيفة رضي الله عنه ان اختلافهما في اللون اختلاف في امر زائد لم يكلفا نقله
الا ترى انهما لو سكتا عنه جازت شهادتهما كما لو اختلفا في لون ثوب السارق • ولان قبول قول العدل واجب ما
امكن التوفيق والتلفيق وذلك ممكن لان اللونين المختلفين قد يجتمعان في حيوان في طرفيه فيرى احد الشاهدين احد
طرفيه والاخر الطرف الاخر ولا يستوعب نظر كل واحد منهما طرفي الحيوان • لان السرقة غالبا تتم حينئذ بالليالي من بعيد
عادة فاذا احتمل هذا وجب القبول كما في شهود الزنا اذا شهد اثنان انه زنى في هذا الجانب من البيت • وشهد
اثنان انه زنى في الجانب الاخر من البيت جازت شهادتهم لامكان التوفيق فكذلك ههنا بخلاف الغصب لانه يقع نهارا و
جهارا من قرب الشاهد فلا يشتبه عليه لون المغصوب • وبخلاف اختلافهما في القيمة لان الشاهدين يكلفان بيان ذلك
حتى يعلم ان المسروق كان نصابا ام لا فصار ذلك اختلافا في نفس الشهادة لا في امر زائد • وبخلاف اختلافهما في الذكورة
والانوثة لان التوفيق ليس بممكن لان اجتماعهما وثباتهما لا يكون في حيوان واحد عادة • ولان الشاهدين يكلفان
بيان الذكورة والانوثة لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافهما فيهما في نفس الشهادة • **قوله** قال ومن
شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد اخر انه اشتراه بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة • اي قال في الجامع الصغير
وكان الانسب لهذا الوضع ان يذكر هذه المسألة بعد قوله وان شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا
وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لان تلك المسألة في دعوى المال وهذه في دعوى العقد • ثم صورة المسألة في الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال في الرجل يدعي على الرجل انه باعه هذا العبد بالف وخمسمائة
درهم وينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهدا بالف وشاهدا بالف وخمسمائة قال هذا باطل • وكذلك الكتابة اذا ادعاها العبد وانكر المولى
وكذلك الخلع اذا ادعته المراة وانكر الزوج • فاما النكاح فان ابا حنيفة كان يقول اذا جاءت بشاهد يشهد على الف
وخمسمائة وشاهد يشهد على الف جازت الشهادة بالف وهي تدعي الفا وخمسمائة • فاما يعقوب ومحمد فقالا النكاح باطل
ايضا الى هنا لفظ محمد رحمه الله في اصل الجامع الصغير وفصل النكاح من الخواص • وهذه ثمان مسائل البيع والاجارة
والكتابة والخلع والعتق على مال والصلح عن دم العمد والنكاح والرهن • ثم كل واحد منها على وجهين اما ان
يدعي هذا وينكر الاخر او يدعي الاخر وينكر هذا • وقد استوفينا بيان جملة ذلك في شرح الطحاوي عند قوله ويعتبر
اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى وهو مع هذا نذكر ما يقتضيه الموضع • اما البيع اذا ادعى البائع وانكر المشتري
او ادعى المشتري وانكر البائع فلا تقبل الشهادة اذا شهد احدهما على الف والاخر على الفين او شهد احدهما على الف والاخر
على الف وخمسمائة سواء ادعى الاقل او الاكثر لان الاختلاف وقع بين الشاهدين في العقد فكل واحد منهما يشهد على عقد غير
ما شهد عليه الاخر فاختلف المشهود به فلم يتم على كل عقد نصاب الشهادة فلم تقبل الشهادة • وانما قلنا ان الاختلاف
وقع في العقد لان دعوى البيع والشراء قبل التسليم دعوى العقد وهو يختلف باختلاف البدل • فاذا اختلف الشاهدان
لم يثبت احد العقدين • واما الاجارة فان كانت الدعوى في اول المدة قبل استيفاء المنفعة واختلف الشاهدان
لم تقبل الشهادة كما في البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل • وان كانت بعد مضي المدة واستيفاء
المنفعة والمدعي هو المؤاجر فهو دعوى المال فان شهد احدهما على الف والاخر على الف وخمسمائة والمؤاجر ادعى الزيادة
جازت الشهادة على الالف لان المدة اذا انقضت تكون المنازعة في وجوب الاجر فصار كرجل ادعى على رجل دينا
شهد احدهما على الف والاخر على الف وخمسمائة جازت شهادتهما على الاقل • وان شهد احدهما على الف والاخر على
الفين لا تقبل في قول ابي حنيفة وعندهما تقبل على الاقل فكذلك ههنا • وان كان المدعي هو المستاجر فهذا دعوى العقد
بالاجماع • واما الخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال فان كانت الدعوى من العبد والقاتل لا تقبل الشهادة
اذا اختلف الشاهدان في البدل لان الغرض اثبات العقد • وان كان المدعي هو الزوج او المولى او ولي القصاص
جازت الشهادة على الاقل لانه دعوى المال • وذلك لان العتق والعفو والطلاق وقع باعتراف هؤلاء فبقي
الدعوى في وجوب المال فصار الكلام فيه كالكلام في الاجارة بعد مضي المدة • واما الكتابة فان ادعى المولى
والمكاتب منكر لا يلتفت الى الشهادة لان الدعوى لا تتصور لان العبد متمكن من الفسخ • ولان العتق لا يثبت قبل الاداء

نكاح

فكان المقصود اثبات العقد • وان ادعى المكاتب فهذا دعوى العقد لا تقبل الشهادة اذا اختلف الشاهدان في بدل
الكتابة كما في البيع والشراء • واما النكاح فان كان الزوج يدعي والمراة منكرة واختلف الشاهدان في المهر لا تقبل الشهادة
لان غرض الزوج اثبات العقد لا المال فكان الاختلاف في المهر اختلافا في العقد فلا تقبل الشهادة • وان كانت المراة هي
المدعية فهذا دعوى المال عند ابي حنيفة • حتى لو ادعت النكاح بالف وخمسمائة واختلف الشاهدان فالنكاح جائز
عند ابي حنيفة وعندهما لا تقبل الشهادة ولا يقضى بالنكاح • قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير • وذكر
في الدعوى من الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة • وجه قولهما ان المقصود اثبات العقد والنكاح بالف
غير النكاح بالف وخمسمائة فوقع الاختلاف اذا في المشهود به كما في البيع فلا تقبل الشهادة • ووجه قول ابي حنيفة رضي
الله عنه ان المال تابع في باب النكاح لان المقصود من النكاح هو ملك البضع والازدواج والمال تابع • الا ترى انه
ينعقد النكاح بلا تسمية المهر ويملك النكاح من لا يملك التصرف في المال كالاخ والعم • وقد اتفق الشاهدان على الاصل
وهو ملك البضع فيقضى بذلك ولا ينظر الى الاختلاف في التبع وهو المال لان حكم التبعية ان لا يغير الاصل • الا ترى
ان العقد لا يفسد بفساد المهر ولا يبطل بنفيه فكذلك لا يختلف باختلافه • فاذا لم يختلف الاصل باختلاف التبع بقي المهر
منفردا فيقضى باقل المقدارين لانهما اتفقا عليه وهو متيقن كما في دعوى المال بخلاف البيع لان البدل ثمة اصل كالمبيع
ولهذا لا يصح بدون ذكر الثمن فكان ذلك دعوى العقد • واما الرهن فان ادعى الراهن واختلف الشاهدان لا تقبل
الشهادة لانه لا حظ له في الرهن لان حظ الرهن للمرتهن فكانت الشهادة بلا دعوى فلا تقبل لان الدعوى لم توجد
من المرتهن • وان ادعى المرتهن فشهد احدهما على الف والاخر على الف وخمسمائة جازت شهادتهما على الاقل • لان
الاختلاف وقع في وجوب الدين والدين يصح بغير رهن فيقضى بشهادتهما على الاقل كما في الدين **قوله** يقضى بالاقل
لانهما اي يقضى بالنكاح باقل المقدارين لاتفاق الشاهدين على ذلك **قوله** ويستوي دعوى اقل المالين والاكثر
في الصحيح وفيه نظر فينبغي ان يكون الجواب فيه كالجواب في الدين • فان ادعى الاكثر يقضى بالاقل والا فلا لان ملك
البضع ثابت بلا اختلاف فبقي دعوى المال منفردا فصار كدعوى الدين • وقد صرح محمد بدعوى الاكثر في رواية الجامع
الصغير وقد بيناه قبل هذا **قوله** وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا اصح اي الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه في الفصلين
جميعا يعني فيما اذا كان مدعي النكاح الرجل او المراة • ولنا في قوله وهذا اصح نظر لانهم لم يذكروا الخلاف في
شروح الجامع الصغير • وكذلك لم يذكر في شروح الطحاوي فيما اذا كان المدعي هو الزوج بل قالوا لا تقبل الشهادة
لان الاختلاف وقع في العقد وقد مر بيانه **قوله** والوجه ما ذكرناه اشارة به الى ما ذكر من دليل الطرفين
عند قوله لهما ان هذا اختلاف في العقد الى اخر ما ذكر والله اعلم

فصل في الشهادة على الارث

لما ذكر الشهادة التي تتعلق بحال الحياة شرع في الشهادة المتعلقة بحال الممات لان الموت يتلو الحياة فناسب وضع
ما يتعلق بالموت عقيب ذلك **قوله** قال ومن اقام البينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي في
يديه فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له • اي قال في الجامع الصغير وصورتها في الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال اذا شهدوا فقالوا نشهد ان هذا كان في يد فلان مات وهو في يديه
جاز ذلك • وان قالوا للرجل ان هذا كان في يديه منذ شهر او منذ سنة كان باطلا الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
وهذا هو ظاهر الرواية عن اصحابنا • وروى هشام بن عبيد الله الرازي عن ابي يوسف انه تقبل شهادتهم كذا ذكر
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وهذا الذي ذكره ظاهر على قول ابي يوسف لانه لا يشترط الجر والانتقال
في الميراث لان ملك المورث اذا ثبت عند الموت ثبت ملك الوارث • وعندهما يشترط الجر والانتقال في الميراث لان
ملك الوارث ملك متجدد بدليل انه لما كان صدقة على المورث يحل للوارث وان كان غنيا فلما كان ملكه متجددا فلابد
من اثبات الملك له ابتداء وذلك بالجر والانتقال بان تقول الشهود نشهد انه مات وترك هذا الشيء ميراثا لهذا
لكن لما اثبت الشهود يد المورث عند الموت بان شهدوا على انه مات وهذا الشيء في يده اثبتوا الملك له عند الموت لان
اليد حينئذ تصير يد ملك بالضمان لان الامانة مضمونة عند الموت بالتجهيل فلو شهدوا على الملك عند الموت جاز واغنى عن
الجر والانتقال لان الملك عند الموت سبب التوريث فكذا اذا شهدوا على اليد عند الموت فصار كانهم شهدوا على انه
مات وترك ميراثا ويد المستعير والمودع كيد المعير والمودع لانهما نائبان عنهما • بخلاف ما اذا شهدوا ان هذا الشيء
كان في يد هذا المدعي منذ شهر حيث لا تقبل شهادتهم في ظاهر الرواية • خلافا لما روي عن ابي يوسف • وجه قوله
ان اليد مقصودة كالملك • ولو شهدوا ان هذا الشيء كان ملكه بالامس تقبل فكذا اذا شهدوا انه كان في يده بالامس
وذلك لان هذا الشيء متى ثبت انه كان في يده ثبت ان يد المدعى عليه حادثة فيؤمر بالاعادة اليه كما لو اقر المدعى عليه
بكون الشيء في يد المدعي • وكما لو شهدوا انه كان في يد فلان يوم مات او شهدوا بالاخذ من المدعي • وجه
الظاهر ان يد المدعي زائلة في الحال فلا يؤمر بالاعادة اليه الا عند التيقن بكون الشيء حقا له ولم يتيقن بذلك لان الايدي
مختلفة يد ملك ويد عارية ويد وديعة ويد غصب وغير ذلك وحكمها مختلف بعضها يوجب الاعادة وبعضها لا • فاذا
كانت الايدي مختلفة كانت الشهادة على اليد شهادة على المجهول فلا يجب الاعادة الى يد المدعي بالشك • بخلاف الشهادة

على اليد عند الموت لانها شهادة على المعلوم لان اليد عند الموت تصير واحدة لانها تصير يد ملك بواسطة الخلط والتجهيل
وبخلاف ما اذا اقر المدعى عليه بان اليد كانت للمدعي اذ الاقرار بالشيء المجهول صحيح بخلاف الشهادة بالمجهول • وبخلاف
ما اذا شهدوا على اقرار المدعى عليه انه اخذ من المدعي لان الاخذ موجب للرد شرعا لقوله عليه السلام على اليد ما
اخذت حتى ترد • او نقول ان يد صاحب اليد ثابتة بالمعاينة وقد شهدوا للمدعي بالخبر وليس الخبر كالمعاينة فلا
يجوز نقض اليد التي تثبت بالمعاينة بما تثبت بالخبر • وقد شهدوا على مجهول كما ذكرنا • وذكر في الشامل في قسم المبسوط
في باب الدعوى في الميراث من كتاب الدعوى لقبول الشهادة على الارث شرايط • منها ان يشهدوا انه كان لمورثه
حتى لو قالوا انه لمورثه لا يقبل لان المورث ان كان حيا فالمدعي ليس بخصم وان كان ميتا فاثبات الملك للميت كالمحال
ومنها ان يدركوا الميت لان الشهادة على الملك بالتسامع لا يصح • ومنها ان يبينوا وجه الاستحقاق حتى لو قالوا
اخوه مات وتركه ميراثا لا يقبل ما لم يقولوا اخوه لابيه او لامه او لهما لان الارث يختلف باختلاف الجهات • ومنها
ان يجروا الملك اليه حتى لو قالوا كان لابيه ولم يقولوا مات وتركه ميراثا او يقولوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركه
ميراثا لابيه ثم ابوه مات وتركه ميراثا لا تقبل • وعند ابي يوسف اجر اليمين لشرط ان يقولوا مات وتركه ميراثا
غير انه يسال البينة عن عدد الورثة للقضا لابي يوسف احتمالوا اقام البينة على ان المدعى عليه اقر بانه كان لابيه
يقضى له وان لم يقولوا مات وتركه ميراثا كذلك هنا • لما لا يصير خصما مع المدعى عليه الا بجر الملك والشهادة لا
حكم لها الا على خصم • بخلاف مسالة الاقرار لانه يثبت الحكم بنفسه فيصير خصما بدون الجر • فان شهدوا انه كان هو
لابيه تركه ميراثا ولم يقولوا لا نعلم له وارثا سواه فان كان هو ممن يرث في حال دون حال لا يقضى لانه يحتمل ان
لا استحقاق له وان كان ممن يرث على كل حال يحتاط وينظر القاضي ثم يقضي بكله له اما النظر فاحتياط • واما
الدفع فلان سبب الاستحقاق ظهر ولا مزاحم • وفي الزوج والزوجة يقضي باقل النصيبين الربع والثمن عند ابي حنيفة
ولابي يوسف بقول الاقل يعين والاكثر يشك فلا يقضي الا به وليس الاصل ان يكون له وارث ويأخذ القاضي كفيلا
بما يدفع عندهما احتياطا • وعند ابي حنيفة لا يأخذ فاذا رأيت لم يوجد كفيلا الا دفع اليه حصته • فان قالوا
لا نعلم له وارثا بهذا الموضع يكفي عند ابي حنيفة وعندهما لا يكفي لانه لا يعينان لا وارث بموضع آخر • ولابي
حنيفة ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للشاهدين على الارث هل تعلمون له وارثا غيره فكم • ولان الشهود
يشهدون على ما عندهم لا غير فلا يؤخذ عليهم غيره الى هنا لفظ الشامل • وقال قاضي خان في شرح الجامع الصغير
فالحاصل عند ابي حنيفة ومحمد لا يقضى للوارث ما لم يشهدوا على الانتقال نصا او على الملك عند الموت او على ما يقوم
مقام الملك وهو اليد عند الموت **قوله** وكذا على قيام يده اي يكتفى بالشهادة على قيام يده عند الموت **قوله**
ما تذكر اشارة الى ما ذكره بقوله لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك **قوله** وان شهدوا انها
كانت في يد فلان اي في يد ابيه وبه صرح الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير حيث قال وان شهدوا انها كانت
في يد ابيه مات وهو في يده جازت الشهادة لانهم لما شهدوا باليد له وقت الموت فقد شهدوا بالملك له وقت
الموت لان يده لا تخلوا اما ان تكون يد ملك او يد غصب او يد امانة • فان كانت يد ملك فلا شك وان كانت يد
غصب تصير يد ملك بالضمان • وان كانت يد امانة تصير يد غصب بالتجهيل فتصير يد ملك فدل انهم شهدوا بالملك له
وقت الموت فيثبت النقل الى الورثة بالضرورة • وروي الحسن انها لا تقبل لانهم شهدوا بيد منقضية والاصح انها
تقبل لما مر في الجواب **قوله** وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل واراد بالمدعي
الرجل الحي المذكور • وانما قيد بالحي لانهم اذا شهدوا للميت وقالوا انها كانت في يده وقت الموت تقبل كما قلنا **قوله**
وان اقر بذلك المدعى عليه اي اقر بان الدار كانت في يد المدعي • وبيانه مر قبل هذا **قوله** لان الجهالة
في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وانما يجب عليه بيان ذلك كما اذا اقر لفلان عليه شيئا يجب عليه بيانه **قوله**
وهو معلوم اي المشهود به وهو الاقرار معلوم والمجهول هو المقر به والجهالة فيه ليست بما يمنع لصحة الاقرار
والله اعلم

باب الشهادة على الشهادة

لما فرغ من شهادة الاصل
شرع في شهادة الفرع لان الفرع على الاصل مؤخر وجودا فاخره وضعا للتناسب **قوله** قال الشهادة على الشهادة
جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة اي قال القدوري في مختصره واراد بكل حق لا يسقط بالشبهة غير الحدود
والقصاص وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز كذا في شرح الاقطع • وجه القياس ان الشهادة
عبادة وجب اداؤها على شاهد الاصل فلا يجوز ان يقيم غيره مقامه كالصلاة والصوم وساير العبادات
ووجه الاستحسان ان شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة بنفسه لعذر الغيبة او المرض او الموت فلو
لم تجز الشهادة على الشهادة لتويت حقوق الناس الا ان في الشهادة على الشهادة شبهة من حيث انها بدل لانها
نائبة مناب شهادة الاصل والابدال لا مدخل لها في الحدود والقصاص فلم تقبل الشهادة على الشهادة فيها كشهادة
الرجال مع النساء • وعليه اشارات الاسرار بان التهمة في شهادة الفروع ثابتة وكذا في شهادة الاصول فكانت
التهمة من وجهين • وقد امكن الاحتراز عن هذه الزيادة بجنس شهود الاصل في الجملة فلم تقبل هذه الشهادة فيما

لا يثبت مع الشبهات كالحدود وهذا مذهبنا • وقال الشافعي يقبل في القصاص وحد القذف وفي بقية الحدود له قولان
كذا في شرح الاقطع اصح بانه حق الادمي كساير الحقوق • وجوابه ما قلنا • وقال الفقيه ابو الليث في خزانة الفقه خمسة
اشيا لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة كتاب القاضي الى القاضي وحد الزنا والسرقة والقصاص والقذف وحد شرب
الخمر • وقال في اول كتاب الكفالة من الاجناس قال محمد بن الحسن في نوادر ابن رستم يجوز في التعزير العفو والشهادة
على الشهادة **قوله** ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين هذا لفظ القدوري في مختصره • قال في شرح
الاقطع والقياس ان يكون شهود الفرع اربعة على كل واحد من شاهدي الاصل اثنان • وقال مالك ويجوز الشهادة
على الشهادة في الحدود والحقوق كلها • وذلك ان يشهد شاهدان على شهادة شاهدين يشهدان جميعا على شهادة
رجل واحد من الشاهدين الاولين ولا يصح ان يشهد كل واحد منهما على شهادة واحد من الشاهدين الاولين والشهادة
على الشهادة في الزنا جائزة وذلك ان يشهد اربعة على شهادة كل واحد من شهود الاصل الاربعة الى هنا لفظ كتاب
التفريع لاصحاب مالك • وقال الشافعي ليشهد على كل شاهد شاهدان فان شهدا على شهادتهما جميعا جاز على اقيس
القولين كذا ذكره في وجيزهم • وعند احمد بن حنبل اذا شهد كل واحد من شهود الفرع على واحد من شهود الاصل كذا
في كتابهم المسمى بالمستوعب • وحجة من قال بجواز شهادة واحد على واحد ظاهر لان كل واحد من الفرعين قايم مقام اصل
فلو شهد الاصلان واحد الاصلان جاز فكذا اذا شهد الفرعان • ووجه اشتراط الاربعة في الفروع ان كل فرعين
نائبان مقام اصل واحد • فلو شهد واحد من الاصلين على شهادة نفسه وشهد مع هذا على شهادة غيره لا يجوز فكذا
اذا شهد الفرعان على شهادة اصل ثم شهدا على شهادة اصل اخر لا يجوز • ولنا ما روي اصحابنا في كتبهم عن علي رضي
الله عنه انه قال لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين • وجه الاستدلال به ان عليا رضي الله عنه جوز
شهادة الرجلين على شهادة رجل ولم يفصل بين ان يشهدا على شهادة رجل اخر ولم يشترط ان يكون بازاء كل اصل فرعان
على حدة فدل اطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعا على شهادة الاصلين ولم ير وعن غيره خلافه فحل محل الاجماع
ولان المشهود به في حق الفروع شهادة الاصول فقامت على شهادة كل اصل شهادة رجلين • ولهذا اعتبر لكل اصل
فرعان فقبول الشهادة في شيء لا يمنع قبولها في موضع اخر كما اذا شهد الاثنان بحق اخر الا ترى انهما لو شهدا على اقرار
رجلين جاز • ولان الاستحقاق يتحقق بشهادة شهود الاصل وكل قول اخر • الا ترى انهما لو شهدا على اقرار رجلين
جاز • ولان الاستحقاق يتعلق بشهادة يتعلق به الاستحقاق يجوز ان ينقل الى القاضي باثنين اصله الاقرار بخلاف ما اذا
شهد شاهد الاصل على شهادة نفسه ثم على شهادة غيره حيث لا يجوز لئلا يجمع البدل والمبدل ومثل ذلك لا يوجد
في مسالتنا **قوله** ولا تقبل شهادة واحد على واحد هذا لفظ القدوري في مختصره • وقال ابن ابي ليلى واحمد
والامامي يجوز كذا في شرح الاقطع • ولنا ما رويناه من حديث علي انفا وهو المراد بقوله في المتن لما رويناه • ولانه
نقل قول الغير الى القاضي فلا يصح نقل واحد كما في الاقرار • وقال في قسم المبسوط من الشامل لا يجوز على شهادة رجل
الا من شهادة رجلين او رجل وامرأتين لان شهادة حق فلا يثبت الا بما هو حجة **قوله** وهو حجة على مالك اي حديث
علي حجة عليه فلا تقبل عنه شهادة واحد على واحد • ولكن في هذا النقل عن مالك نظر لانه لا يجوز شهادة واحد على واحد
وهو المشهور عنه وقد مر بيان مذهبه انفا **قوله** وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد
على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه • وهذا لفظ القدوري في مختصره
وتمامه فيه وان لم يقل واشهدني على نفسه جاز • وانما قيد بقوله اشهد على شهادتي لان الشهادة على شهادة الغير
لا يجوز بدون الاشهاد لانها ليست بموجبة بنفسها • وانما تصير موجبة بنقل شهادة الاصل الى مجلس القضا فلا بد
من الاشهاد والتحميل وقد مر بيانه في اول الفصل الثاني من كتاب الشهادات • واليه اشار في المتن بقوله على ما مر
وهذا بخلاف ما ثبت حكمه بنفسه كالاقرار والبيع والغصب وحكم القاضي حيث لا يحتاج فيه الى الاشهاد واما قال
على شهادتي لانها هي المعنى الذي يقع عليه شهادة الفرع • واما قال الاصل اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي لانه
لا بد للاصل ان يشهد عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي حتى ينقل الفرع شهادة الاصل الى مجلس القاضي بعينها
واما قوله واشهدني على نفسه فذكره تاكيدا للشهادة بامر المشهود عليه وان لم يقل ذلك جاز • لان الشاهد
الاصل ان يشهد وان لم يستشهد لان ما يثبت حكمه بنفسه يجوز للشاهد ان يشهد فيه بدون الاشهاد **قوله**
لان الفرع كالنائب عنه ولا شك ان الفرع قائم مقام الاصل نائب عنه لان القاضي ان يقضي بشهادة اصل واحد وفرعين
عن اصل اخر ولو كان الفرع نائبا حقيقة لما جاز الجمع بين الاصل والخلف كما لا يجوز الجمع بين الوضوء والتيمم **قوله**
وان لم يقل له اشهد اي وان لم يقل المقر للشاهد اشهد على اقراري • وقال الحاكم الجليل في التحميل
اشهد واشهدك على شهادتي بكذا وهذا قريب من الاول **قوله** قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد
ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك اي قال القدوري في مختصره
وقال الحاكم يقول عند الاداء اشهد ان فلانا شهد عندي واشهدني على شهادته انه شهد بكذا • وذكر الخصاف
انه يكرر لفظ الشهادة ثماني مرات فيقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته انه يشهد ان فلان بن فلان اقر عنده

واشهدني على نفسه ان لفلان بن فلان هذا عليه الف درهم وقال لي اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان
اقر عندي لفلان بكذا ● قال الشيخ ابو نصر البغدادي ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاث لفظات وهو
ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عندي بكذا ● وما ذكره صاحب الكتاب اولى واحوط
لان قوله اشهد لا بد منه وهو لفظ شهادته ثم يخبر بعد ذلك بصفة ما يقع عليه شهادته وهو التحميل ● اما
قوله او قال لي اشهد على شهادتي فهو شرط عند ابي حنيفة ومحمد ● وقال ابو يوسف ان لم يذكره لك جاز
وجه قولهما انه اذا لم يقل وقال لي اشهد على شهادتي احتمل ان يكون امره ان يشهد بمثل شهادته وذلك كذب
ويحتمل انه امره على وجه التحميل فلا يجوز اثباته تحميلا بالشك ● ووجه قول ابي يوسف ان امر الشاهد محمول
على الصحة ما امكن وانه لا يكذب ● وليس ذلك الا ان يحمل على انه اراد التحميل فيصح كذا في شرح الاقطع **قوله**
ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوساطها ● اي لشهادة الفرع عند الاداء لفظ اطول من
الذي ذكره القدوري وهو كما قال الخصاف ولفظ اقصر منه كما ذكر الشيخ ابو نصر وخير الامور الاوسط
يعني ان ما ذكره القدوري في مختصره احسن لانه وسط ● وذكر الخصاف انه يكفي ثلاث شينات في الاشهاد وست
في الاداء وهو ان يقول في الاشهاد اشهد ان فلان اقر عندي لفلان بكذا فاشهد على شهادتي ان لفلان على فلان
كذا ● ويقول في الاداء اشهد ان فلانا اشهدني ان لفلان على فلان كذا واشهدني على شهادته فانا الان اشهد
على شهادته ان لفلان على فلان كذا وهو معنى ما قال في نظم الجامع ● ويروى فيها تثليث حملها وبالست في
حال الاداء مرددا ● وقال الشيخ ابو القاسم الصفار يقول في الاشهاد اشهد عندكم بكذا واشهدكم على شهادتي
بكذا وامركم ان تشهدوا بذلك ● ويقول في الاداء اشهد ان فلانا اشهدني بكذا واشهدني على شهادته
بذلك وامرني ان اشهد على شهادته بذلك ● وقال الفقيه ابو جعفر اذا قال في الاداء اشهد على شهادة فلان
بكذا يكفي ولا يحتاج الى الزيادة ذكره الفقيه ابو الليث في النوازل في اول باب الشهادات ● وقال الفقيه ابو
الليث في شرح الجامع الصغير ● وذكر عن ابي نصر بن محمد بن سلام انه كان يقول الشاهد على الشهادة اذا اراد ان
يشهد عند الحاكم ينبغي ان يقول اشهد ان فلانا شهد بكذا واشهدني على شهادته بكذا وان قال اشهد اني اشهد على اقرار
فلان بن فلان بكذا وكذا فان ابا حنيفة قال لا اقبل ذلك ● وقال ابو يوسف في الامالي هو جائز لان معناه في العرف
اشهد على شهادتي فجاز ان يكتفى به ● ووجه المشهور ان الشهادة على الشهادة تحميل ولم يوجد فلا يجوز لانه امره
ان يشهد بان شاهد الاصل يشهد وجواب قوله انا لا نزيد في اللفظ بما ليس بمذكور كذا ذكر الناصحي في تهذيب
ادب القاضي ● وقال في الفتاوي الصغرى شهود الفرع يجب ان يذكروا اسماء الاصول واسماء ابائهم واجدادهم
حتى لو قالا للقاضي نشهد ان رجلين نعرفهما اشهدانا على شهادتهما انهما يشهدان بكذا وقالا للقاضي لا نسميهما او قالا لا
نعرف اسميهما لم تقبل حتى يسميا لانهما تحملا تحملا مجازفة لا عن معرفة **قوله** ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد
السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي ● وهذه من مسائل الجامع الصغير وذلك لان الفرع نائب عن الاصل
في الشهادة والنيابة لا بد لها من الانابة ولا تكون الانابة الا بالتوكيل والتحميل ولم يوجد ولا بد اذا ان يقول
اشهد ان فلانا اقر لفلان بكذا فاشهد على شهادتي هذا عند محمد ظاهر لان اصل محمد ان القضاء مضاف الى شهادة
الاصول والفروع لانهم اذا رجعوا جميعا فالمشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع عند محمد كما
سيجيء بيانه في اواخر كتاب الرجوع عن الشهادة ● واذا كان القضاء مضافا الى شهادة الاصول والفروع لم يكن
بد من النقل ولا بد للنقل من التحميل وهذا معنى اشتراكهم في الضمان لان معناه ان نصف الضمان على الاصول ونصفه
على الفروع ● واما عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وان كان القضاء مضافا الى الفرع حتى وجب الضمان
على الفرع خاصة عند رجوع الاصول والفروع جميعا فلا بد من التحميل ايضا لانهم انما ضمنوا بالنقل لان شهادة
الاصول لم تكن حجة قبل النقل وانما صارت حجة بنقل الفروع ذلك الى مجلس القاضي فاذا كان ذلك نقلا لشهادة
الاصول لم يكن للفرع ان ينقلوا شهادتهم بدون تحميلهم ● ولو قال الرجل اشهد على شهادتي فسمعه اخر لم يشهد
على شهادته لان التحميل شرط بخلاف القاضي اذا اشهد قوما على قضيته وسمع اخرون وسع للسامعين ان يشهدوا
لان قضاءه حجة بمنزلة الاقرار والبيع وغير ذلك فصحت الشهادة عليه بالمعاينة من غير تحميل **قوله**
فيظهر بالنصب جواب النفي وهو قوله لا بد ويجوز الرفع على انه عطف على قوله ليصير **قوله** قال ولا تقبل
شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون
حضور مجلس الحاكم اي قال القدوري في مختصره وهذه من خواص الجامع الصغير ● وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في شاهدين شهدا على شهادة الرجل قال لا يجوز الا ان يكون المشهود على شهادته
مريضا بالمصر لا يستطيع اتيان القاضي او يكون على مسيرة ثلاثة ايام ولياليها ● وذلك لان جواز الشهادة
على الشهادة للحاجة ● وانما تتحقق الحاجة عند العجز عن شهادة الاصول ● وانما قلنا ان جوازها للحاجة لان القياس
لا يجوز لزيادة شبهة وهي شبهة عدم الاشهاد من الاصل ويمكن الاحتراز عنها بجنس الشهود لكثرتهم وهذه الاشيا

يثبت بها العجز فمست الحاجة الى جوازها فجوزت لان تكليف المريض بالحضور الى مجلس القاضي بالاطلاق نفيا للحرج وقدر البعد
بمدة السفر لان البعيد معتبر في اثبات العجز والقصير ليس بمعتبر فيفصل بينهما بمدة السفر لان ما دون السفر في حكم المصر
والاصل هنا قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا ● وقوله تعالى واقيموا الشهادة لله ● وجه الاستدلال بالآية ان اداء الشهادة
على شهادة الاصل واجب بموجب النص حتى اذا امتنع عنه كان فاسقا فلا يجوز الشهادة على الشهادة الا اذا كان غائبا
المدة المذكورة او مريضا فحينئذ يكون معذورا في التخلف لعجزه عن الحضور كما اذا كان غائبا فيجوز الشهادة على
الشهادة ● وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ● وذكر ابو يوسف في الامالي اذا كان في موضع
لو جاء الى الحاكم لا يمكنه ان يرجع في يومه ذلك الى اهله فهو معذور في التخلف ● قال الفقيه وبهذا القول ناخذ
لانه يلحقه المشقة في الحضور فصار حكمه حكم المريض والمسافر ● واما اذا كان دون ذلك فلا مشقة تلحقه فيه
فلا تعتبر تلك المشقة ● وقال فخر الاسلام وقول ابي يوسف حسن ● وقال في شرح الاقطع وقال ابو يوسف
ومحمد تقبل وان كانوا في المصر اي تقبل الشهادة على الشهادة وان كان شهود الاصل في المصر لانهم ينقلون قولهم
فصار كنقل اقرارهم ● ونقل في الفتاوي الصغرى عن اخر شهادات المنتقى قال محمد رحمه الله اقبل الشهادة على
الشهادة والمشهود على شهادته في المصر من غير مرض به ولا علة **قوله** حتى ادير عليها عدة من الاحكام اي على مدة
السفر اديرت الاحكام كقصر الصلاة وفطر المسافر وامتداد المسح الى ثلاثة ايام وعدم وجوب تكبير التشريق على قول
ابي حنيفة وعدم وجوب الاضحية والجمعة وحرمة خروج المرأة بلا محرم او زوج **قوله** الاول احسن لان العجز
بعد المسافة ومدة السفر بعيدة **قوله** فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز هذا لفظ القدوري في مختصره
قال في الفتاوي الصغرى واذا شهدا على شهادة شاهدين وعدلا الشاهدين ينبغي للقاضي ان يسالهما عن عدالة الذين
شهدا على شهادته لم يذكر محمد في المبسوط سؤال القاضي اياهما عن عدالة الاصول ● وانما عرف هذا من الخصاف
فان قالا لا هو عدل تثبت عدالة الاصل ان كانت عدالة الفروع ثابتة وان لم تكن عدالة الفروع معلومة فال
منها القاضي فان تثبت عدالتهما تثبت عدالة الاصول ايضا الى هنا لفظ الفتاوي الصغرى ● وقال شمس الائمة
السرخسي رحمه الله في شرح ادب القاضي وروي عن محمد ان تعديلهما لا يكون صحيحا لان الفرع نائب عن الاصل فتعديله
الاصل يكون بمنزلة تعديل الاصل نفسه ● ووجه ظاهر الرواية ان الفرع نائب عن الاصل في نقل عبارته الى مجلس
القاضي فقد انتهى حكم النيابة وهو بمنزلة سائر الاجانب فكما ان التعديل من سائر الاجانب يكون صحيحا فكذلك التعديل
من الفروع ينبغي ان يكون صحيحا وذكر هنا في شرح الاقطع سؤالا وجوابا ● فقال فان قيل شهادته نفسه لا تصح الا و
تعديله مكان متهما به فيما اوجب تصحيح شهادته لا توجب التهمة الا ترى ان ذلك موجود في ترك نفسه وموجود
في صلاحه وعدالته فيجب على قولك ان لا تقبل شهادته وكذلك لو شهد رجلان عند القاضي فعدل احدهما صاحبه
جاز وان كان في ذلك تصحيح شهادته كذلك هذا **قوله** وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم شهود
الاصل هذا لفظ القدوري في مختصره اي ان سكت شهود الفرع عن تعديل شهود الاصل جاز شهادة الفرع ونظر القا
في حال شهود الاصل يعني يسال القاضي عن عدالة شهود الاصل غير شهود الفرع ● قال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره
قول ابي يوسف ● وقال محمد لا تقبل الشهادة اذا لم يعدلاه ● وجه قول ابي يوسف ان شهود الفرع يلزمهم النقل
ولا يلزمهم التعديل لان ذلك قد يخفى عليهم فوجب ان يرجع فيه الى القاضي كما يرجع اليه في تعديل شهود الفرع
ولانهم نقلوا قولهم فكانهم حضروا وشهدوا فسال القاضي عنهم ● ووجه قول محمد ان نقل الشهادة يحتاج الى ان
ينقلوا الشهادة وذلك لا يكون الا بالعدالة ● فاذا لم يعرفوا ذلك لا يصح كما لو شهدا على من لا يعرفون عدالته
هكذا ذكر الخلاف ابو محمد الناصحي النيسابوري في تهذيب ادب القاضي للخصاف واليه ذهب صاحب الهداية
وذكر شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي خلاف محمد على خلاف هذا فقال وان قال الفروع لا نخبرك بشيء لم تقبل
شهادتهما على شهادتهما في ظاهر الرواية لان هذا يكون جرحا في شهادة الاصول ● الا ترى ان الفرع لو قال نتهمه
في هذه الشهادة لا تكون شهادته حجة فكذلك اذا قال لا نخبرك بشيء يكون جرحا ● ثم قال وروي عن محمد انه قال
لا يكون جرحا فان هذا يحتمل ان يكون جرحا في الشهادة ويحتمل ان يكون توقفا في حالهما فلا يثبت الجرح بالشك ● وقال
في الفتاوي الصغرى وذكر شمس الائمة الحلواني ان القاضي يقبل شهادتهما ويسال عن الاصل وهو الصحيح لان الاصل بقي مستورا
قوله الماخوذ عليهم اي الواجب على الفروع **قوله** وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع
هذا لفظ القدوري في مختصره ● وذلك لان شرط صحة الشهادة على الشهادة التحميل فاذا انكر شهود الاصل شهادتهم
لا يوجد التحميل فلا يصح شهادة الفروع لعدم الشرط ● ومعنى التعارض المذكور في المتن بين خبري الاصول والفروع
ان الاصول انكروا التحميل والفروع ادعوه وشرط صحة الشهادة على الشهادة التحميل فاذا انكر الاصول التحميل انتفى
الشرط فلا يصح شهادتهم بعد ذلك **قوله** واذا شهد شاهدان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا
اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين انها فلانة وهذه من
مسائل الجامع الصغير اي قال الفرعان ان الاصلين اخبرانا ان الاصلين يعرفان فلانة وقوله فجاء بامرأة بتوحيد الفعل اي

لها المدعي بامراة وفي بعض النسخ لها بلفظ التثنية اي لها الزعمان بامراة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا قال الزعمان لا ندري ان المعرفة بالنسبة هي هذه الحاضرة ام لا • وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجلين يشهدان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم ويقولان قد اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامراة فقالا لا ندري هذه هي ام لا قال يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة الفلانية بعينها ما جاز الشهادة • وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لشهادة شاهدين • وقال ابو حنيفة ان قالا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • وذلك لان الفرعين شهدا على شهادة الاصول على فلانة بنت فلان من غير ان يعرفها الفرعان بعينها فيحتاج الموقف الى ان ياتي المدعي بشاهدين يشهدان ان الحاضرة هي المعرفة بالنسبة اذ يحتمل ان يكون هي غير المعرفة • قال الشارح وعين نظيره اذا ادعى رجل على رجل محدودا في يده وشهدا الشهود ان هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملك هذا المدعي في يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود فالي ذلك الشهود فيقال للمدعي هات شاهدين ان الذي في يده محدود بهذه الحدود • وقال قاضي خان وهذا كرجلين يشهدان ان فلانا اشترى دارا في بلد كذا بحدود كذا ولا يعرفان الدار بعينها فيقال للمدعي هات شاهدين ان هذه الارض المحدودة بهذه الحدود في يد هذا المدعى عليه ليصح القضاء • وكذلك كتاب القاضي الى القاضي الاخر اذا شاهدين عدلين شهدا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلانية كذا من الدراهم فاقض عليها انت بذلك فاحضر المدعي فلانة في مجلس القاضي المكتوب اليه يقول القاضي المكتوب اليه للمدعي هات شاهدين ان التي احضرتها هي فلانة بنت فلان الفلانية المذكورة في هذا الكتاب ليمكن الاشارة اليها في القضاء عليها لان هذا في معنى الشهادة على الشهادة • وان قالوا في هذين البابين اعني في الشهادة على الشهادة • وفي كتاب القاضي الى القاضي هي فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتى ينسبوها الى فخذها فسر صاحب الهداية الفخذ بالقبيلة الخاصة وفسر العتابي بالاب الاعلى الذي ينسب ابوها اليه • وذلك لان بني تميم قوم لا يحصرون فلا يحصل التعريف بذلك ما لم ينسبوا الى القبيلة الخاصة • قال الفقيه ابو الليث كما انهما لو شهدا على فلانة البلخية لا يقع هذا التعريف ما لم ينسباها الى محلتها وسكتها فكذلك ههنا قوله وشهدوا على المشتري اي على شرا المشتري وهو بكر الراكذا السماع قوله الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل • هذا جواب سؤال وهو ان يقال ان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لان القاضي الكاتب ينقل شهادة شاهدين الى القاضي المكتوب اليه كما في الشهادة على الشهادة يشترط الاثنان فينبغي ان يكون القاضي الكاتب اثنين ايضا فقال انما جاز كتاب القاضي الواحد لكمال ديانته ووفور ولايته لان ولايته عامة وليس لغيره هذه الولاية قوله ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى • يعني ان الفخذ اسم الجد الاعلى في القبيلة خاصة فكان ذكرها في التعريف بمنزلة الجد الادنى هو اب الاب • قال في الجمهرة الفخذ من العرب دون القبيلة وفوق البطن بسكون الخاء والجمع افخاذ • وكذلك اثبت صاحب المجمل ايضا واثبت صاحب ديوان الادب بخلاف هذا فقال في باب فعل بفتح الفاء وكسر العين الفخذ من العشاير اقل من البطن • وقال صاحب التيسير في سورة الحجرات قال الزبير بن بكار العرب على ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة فالشعب يجمع القبائل والقبيلة يجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ تجمع الفصائل فمضر شعب وربيعة شعب ومذحج شعب وحمير شعب وسميت شعوبا لان القبائل انشعبت منها وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة • وكذلك ذكر صاحب الكشاف ايضا • وقال الاسبيجابي في الفصل الثالث من فصوله • ورايت في موضع ثقة ولو ذكر اسمه واسم ابيه ومحلته وصناعته ولم يذكر الجد يقبل • وشرط التعريف ذكر ثلاثة اشياء يعني هذا لو ذكر لقبه واسمه واسم ابيه هل يكفي فيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يكفي • وفي اشتراط ذكر الجد اختلاف • فاذا قضى القاضي بدون ذكر الجد ينفذ لانه وقع في فصل مختلف فيه كذا رايت في بعض الشروط • ونقل عن فتاوى قاضي خان وان حصل التعريف باسمه واسم ابيه ولقبه لا يحتاج الى ذكر الجد وان كان لا يحصل بذكر الاب والجد لا يكفي بذلك ذكر شهادة الزور بعد شهادة الصدق لان الاصل في الشهادة هو الصدق ولكن ذكرها في فصل على حدة لان لها احكاما مخصوصة قوله قال ابو حنيفة شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه هذا لفظ القدوري في مختصره • وقول الشافعي كقولهما كذا في شرح الاقطع • قال في شرح الطحاوي تعزيره تشهيره يبعث الى سوقه ان كان سوقيا او الى محلته ان كان من غير اهل السوق ويقول ان القاضي يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس عنه

ولا يعزر

وعندهما يعزر بالضرب ولا يسود وجهه ولا يطاف به في الاسواق بالاجماع الى هنا لفظ شرح الطحاوي • ولكن قال في شرح الجامع الصغير العتابي والتشهير ان يطاف في البلد وينادى في كل محلة ان هذا شاهد بالزور فلا تشهدوه وجه قولهما ان عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه • ولان شهادة الزور كبيرة يلحق ضررها بالناس ولم يرد فيها حد مقدر فوجب التعزير • وانما قلنا انها كبيرة لان الله تعالى قرنها بعبادة الاوثان حيث قال فاجتنبوا الرجس من الاوثان • واجتنبوا قول الزور ولما روى البخاري باسناده الى عبد الرحمن بن ابي بكرة عن ابيه قال قال النبي صلى الله عليه وسلم الا انبئكم باكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يقولها حتى قلت لا يسكت ذكره البخاري في كتاب الادب من الصحيح • ووجه قول ابي حنيفة ما روي عن شريح القاضي رضي الله عنه انه كان اذا اخذ شاهد زور بعث الى سوقه ان كان سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس وكانت قضايا شريح بمحضر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه احد فوجب اتباعه فقال الخصاف في ادب القاضي حدثنا وكيع قال حدثنا سفيان عن حصين قال كان شريح يبعث شاهد زور الى المسجد قومه او الى سوقه فيقول انا قد زيفنا هذا • ولان التعزير للزجر والضرب يصلح زاجرا من وجه ولا يصلح زاجرا من وجه لان الناس صنفان صنف منهم على قصد مباشرة الكبيرة • وصنف منهم قد باشرها والضرب يصلح زاجرا في حق من لم يباشر ولا يصلح في حق من باشر لان الضرب يصده عن الرجوع • لانه اذا علم انه اذا رجع يضرب يمتنع عن الرجوع فيتلف به اموال الناس فلم يكن بد من التعزير نظرا الى القسم الاول وهو الذي لم يباشر ووجب التخفيف نظرا الى القسم الثاني وهو الذي باشر فاكتفى بالتشهير وكان كافيا في دفع شره • ولان هو الانسان قد يحترز عن تشهير كذبه اكثر مما يحترز عن الضرب خصوصا اذا كان معروفا بين الناس فانه يرى الضرب في خفية ولا يرى بالتشهير على الملأ فكان التشهير اولى لان المقصود دفع الضرر عن الناس بشهادته الباطلة وقد حصل وما احتجا به من حديث عمر فذاك محمول على السياسة لا على التعزير لانه لو كان بسبيل التعزير لم يبلغ الاربعين لبلوغه حد الحر والتسخيم بدعة ايضا لانه مثلة وهي منسوخة بالاجماع • قال في شرح الاقطع ومن اصحابنا من قال لا خلاف بينهم في هذه المسألة الا ان ابا حنيفة اجاب في الشاهد اذا جاء تائبا فانه لا يستحق التعزير لان المقصود منه الزجر وقد انزجر حين تاب وهما اجابا في الذي لم يتب وذلك يستحق التعزير لانه اتى منكرا ليس فيه حد مقدر • ومن اصحابنا من قال قول ابي حنيفة لا يعزر لان اشهاره في سوقه تعزير بل هو اشد من الضرب في بعض الناس الى هنا لفظ شرح الاقطع • قال الشيخ ابو بكر الرازي في شرحه لادب القاضي ومذهب ابي حنيفة في هذا انه لا يعزر ولكن يعرف للناس ويشهر وينادى عليه في قبيلته او في سوقه ويحذر الناس منه • قال ابو بكر وهذا اذا كان قد تاب فاما اذا لم يكن قد تاب ويقول اني شهدت بالزور وانا على ذلك فانه ينبغي ان يعزر لابي حنيفة انه قوله شهدت بالزور توبة وندم على ما فعل اذا لم يكن مصرا عليه والتائب لا يجب عليه التعزير لانا لو اوجبناه لرغبناه عن توبته • فاما اذا كان مصرا على ذلك فانه يعزر لانه في ذلك اصر على ارتكاب المعاصي واتلاف حقوق الناس بشهادته قوله والتسخيم بالجيم عطفا على قوله بدلالة التبليغ يقال سخم وجهه اي سوده قوله وفائدته اي وفائدة وضع الجامع الصغير وهذا لان وضع المسألة فيما اذا اقر انهما شهدا بزور وفائدته انه لا يثبت كذب الشاهد الا باقراره اذ لا سبيل الى معرفة ذلك بالبينة لان البينة اذا قامت على انهما شهدا بغير حق فلا يلتفت الى ذلك لان الشهادة على النفي لا تسمع والتناسب والله اعلم

كتاب الرجوع عن الشهادة

ظاهر بين الرجوع عن الشهادة وبين ما تقدم لان الرجوع عنها ينتفي ما ثبت بالشهادة لا محالة فيليه لكنه ترك الشاهد شهد بالزور • وشرطه ان يكون عند القاضي • وحكمه ايجاب التعزير على كل حال سوا رجع قبل اتصال القضا بالشهادة او بعد اتصال القضا والضمان مع التعزير ان رجع بعد القضا وكان المشهود به مالا مع تدارك بغير عوض والرجوع عن الشهادة مشروع بالاجماع واثر عمر رضي الله عنه قال الرجوع الى الحق خير من التمادي في الباطل قوله قال واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت اي قال القدوري في مختصره وانما تسقط الشهادة بالرجوع قبل الحكم لان الشهادة لا يتعلق بها حكم قبل القضا • فاذا لم يقض القاضي بها صار وجودها وعدمها سوا فسقطت • وهذا لان القاضي انما يقضي بكلام يترجح فيه جانب الصدق على الكذب والكلام المتناقض من الشهود لا رجحان فيه للصدق على الكذب فلا يصير حجة فسقطت الشهادة ولا يلزم الضمان على الشهود لانه لم يوجد منهم الاتلاف قوله فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم هذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لان الشاهد لما اكذب نفسه بالرجوع تناقض كلامه والقضا بالكلام المتناقض لا يجوز فلا ينقض القاضي حكمه بالرجوع ولان الرجوع ليس بشهادة بدليل انه لا يشترط فيه لفظ الشهادة وما ليس بشهادة لا يبطل به الحكم • وذكر الخصاف في ادب القاضي وقال حدثنا وهب بن جرير بن حازم قال حدثنا شعبة عن يزيد بن زادي عن الشعبي في شاهدين

شهدا انه طلق امراته فرق القاضي بينهما ثم ان احدهما رجع عن شهادته وتزوج الآخر المراة قال هذا حكم لا يرد
يريد بهذا ان رجوع الشاهد بعد القضا لا يكون معتبرا في ابطال القضا ● قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب
القاضي للخصاف ● وروي عن ابراهيم النخعي انه ان كان حال الشهود عند الرجوع احسن من حالهم وقت الاداء صح
وان كان حالهم في اداء الشهادة احسن لم يصح الرجوع قال وهذا قول ابي حنيفة الاول ● فاما في قوله الآخر قال
بان رجوع الشاهد لا يعتبر في حق ابطال قضا القاضي لانه متناقض فلا يبطل قوله ولكن يصح الرجوع في حق نفسه
حتى يجب عليه الضمان والاصل فيه قول علي رضي الله عنه فانه روي ان رجلين اتيا عليا برجل فشهدا عليه انه سرق
فقطع علي رضي الله عنه يده ثم جاءا بعد ذلك فقالا غلطنا في الاول انما كان هذا الذي سرق فقال علي رضي
الله عنه لا اصدقكما على هذا الثاني واغرمكما دية الاول ● ولو علمت انكما تعمدتما ذلك لقطعت ايديكما
ذكر محمد رحمه الله في كتاب الرجوع عن الشهادة انه قال اغرمكما دية يد الاول والخصاف اورد هذا وقال
اغرمكما الدية فيحتمل ان القطع سرى الى النفس فيكون الواجب دية النفس فثبت بهذا ان رجوع الشهود يصح في
حق وجوب الضمان ● فاما في حق ابطال قضا القاضي فلا يصح كذا في شرح ادب القاضي **قوله** وعليهم ضمان
ما اتلفوه بشهادتهم هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانهما اقرا بانهما تعديا ووضعا الشهادة في
غير موضعها وصار ذلك سببا الى تلف المال والاتلاف بسبب اذا كان بسبيل التعدي يوجب الضمان كما في حافر
البير وواضع الحجر على قارعة الطريق غاية ما في الباب ان كلام الشهود متناقض ولا يمنع ذلك صحة الاقرار
لكونه غير متهم على نفسه ولا يسترد المال من المحكوم له لان رجوع الشاهد صح في حق نفسه لا في حق غيره
قوله قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الرجوع عن الشهادة
وان لم تكن شهادة فسخ للشهادة ونقض لها فكان مقابلا للشهادة فاختص بموضع الشهادة كالسواد مع البياض
لما كانا متنافيين كانا متضادين واشترط للتضاد اتحاد المحل فكذا هنا ● ولان الرجوع عن الشهادة توبة عن
جناية الكذب والتوبة انما تكون على حسب الجناية كانت مختصة بمجلس القضا فينبغي ان تختص التوبة عنها وهي الرجوع
عن الشهادة الباطلة مختصا بمجلس القضا ايضا الا يرى الى ما روي عن معاذ بن جبل رضي الله عنه ان النبي صلى
الله عليه وسلم بعثه الى اليمن فقال معاذ اوصني يا رسول الله فقال عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت واذكر الله تعالى
عند كل شجر وحجر واذا عملت شرا فاحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية وفي هذا الحديث لطائف
ذكرها ابو بكر بن ابي اسحق الكلاباذي في بحر الفوائد ● والحاصل في المسالة ما ذكر في الفتاوى الصغرى الشاهد
اذا رجع في غير مجلس القضا لا يصح ● ولو رجع في مجلس قاض غير القاضي الذي شهد عنده صح حتى لو ادعى المشهود
عليه رجوع الشاهد في غير مجلس القاضي فاقام البينة عليه لا تقبل ● ولو ادعى رجوعه عند قاض اخر تقبل البينة
عليه ● ولو ادعى رجوعه مطلقا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في المبسوط انه لا يقبل وان لم يكن لمدعي الرجوع
بينة واراد استحلاف الشاهد فان كان يدعي رجوعه مطلقا او في غير مجلس القاضي لا يستحلف ● وان كان
يدعي رجوعه في مجلس القضا يستحلف اذا ادعى الرجوع على الشهود واراد استحلافه واقام البينة على ذلك
فان ادعى الرجوع في غير مجلس القاضي لا يصح ● ولو ادعى الرجوع عند القاضي ولم يدع القضا بالرجوع لا يصح لان
الرجوع عند القاضي انما يصح اذا اتصل به القضا ● اما اذا ادعى الرجوع عند القاضي والقضا به لا يصح و
يستحلف الشاهد وتقبل البينة على ذلك ● ولو شهد عند قاض ورجع عند قاض اخر يصح ويجب الضمان عليه
لكن اذا قضى عليه هذا القاضي بالضمان كما لو رجع عند القاضي الذي شهد عنده انما يجب عليه الضمان اذا قضى
القاضي عليه بالضمان ونقله في شرح شيخ الاسلام خواهر زاده ● ثم قال وكان استاذنا فخر الدين يستبعد توقف
صحة الرجوع على القضا بالرجوع او بالضمان **قوله** ادعى رجوعا باطلا لان الرجوع في غير مجلس القاضي غير صحيح
قوله لان السبب صحيح اي سبب التمكين وهو الرجوع عند القاضي **قوله** واذا شهد شاهدان بمال
فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه وهذا لفظ القدوري في مختصره وهو مذهب مالك واحمد
وقال في شرح الاقطع قال الشافعي في قوله الجديد لا ضمان عليهم لانه اجتمع في هذا الاتلاف المسبب والمباشر
ولا عبرة للتسبب مع وجود المباشرة فيسقط حكم التسبب فلا يجب الضمان على الشهود كالحافر مع الدافع ولنا
ان الشهود لما رجعوا علم ان المال وصل الى المقضي له بغير حق لان القاضي قضى بشهادتهم وشهادتهم كانت باطلة
وتسليم مال الغير الى الغير بغير حق موجب للضمان والضمان لا يجب على المقضي له ولا على القاضي بالاجماع ● اما
المقضي له فلان رجوع الشهود لا يصح في حق الغير ● واما على القاضي فلانه كالملجا على القضا لان القضا فرض عليه
بما ثبت عنده ظاهرا حتى لو لم ير وجوب القضا عليه يكفر ولو راى ذلك ومع هذا اخر القضا يفسق اذا كان ذلك
كان متعمدا وراى في قضائه ● ولانه لو وجب الضمان على القاضي لامتنع الناس عن تقلد القضا مخافة الضمان ثم
يتعطل حينئذ امور المسلمين فلم يوجب الضمان عليه كيلا يتعطل امور الناس ● ثم لما لم يجب الضمان على المقضي له وعلى
القاضي تعين ايجاب الضمان على الشهود لانهم صاروا سببا لازالة مال معصوم للغير بغير حق كما لو شهدوا بالعتق

ثم رجعوا

ثم رجعوا ولان التسبيب على وجه التعدي يوجب الضمان كحافر البير وواضع الحجر فوجب الضمان على الشهود وقوله لا عبرة للتسبب
مع وجود المباشر ينتقض بشهود القصاص اذا رجعوا على اصله وبالمحرم اذا امسك صيدا حتى قتله محرم اخر ● لا يقال ان الشهود
لم يوجد منهم الا مجرد القول ومجرد القول لا يوجب الضمان لانا نقول يبطل ذلك بشهود العتق والطلاق قبل الدخول اذا ثم
رجعوا **قوله** وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق يعني ان الشاهدين اذا رجعا
انما يضمنان اذا قبض المشهود له المال من المشهود عليه سوا كان المشهود به دينا او عينا لان الضمان يجب على الشهود بالاتلاف
ولا يتحقق الاتلاف بدون قبض المشهود له المال ● وهذا هو اختيار شمس الائمة السرخسي ● اما شيخ الاسلام خواهر زاده
فقد فرق بين العين والدين فقال في العين يجب الضمان على الشهود اذا رجعوا قبض المشهود له المال او لم يقبض ● وفي الدين لا يجب
الضمان ما لم يستوف المشهود له الدين من المشهود عليه ● والى هذا ذهب شمس الائمة البيهقي في تتمة المبسوط من الشامل قال
شهدا بعين ثم رجعا ضمنا قيمته قبضه المشهود له ام لا لانهما ازالا الملك الآخر عن العين المقضي به او لانهما كالآبقة ومثله فان
كان المشهود به دينا ثم رجع الشهود قبل قبض المدين لا يضمنون لانهما ما اتلفا وما حالا ● ولانهما اوجبا دينا فلا يوجب ضمان
العين لان ضمان العدوان مقيد بالمثل ولا مماثلة بين الدين والعين لا جرم لو قبض المشهود له وصار عينا يضمن الآن
لفظ الشامل **قوله** ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين يعني ان المشهود به اذا كان دينا ولم يستوفه المشهود
له لا يجب الضمان على الشهود لان الضمان يعتمد على المماثلة ولا مماثلة بين العين والدين ● وجه قول السرخسي في شرط
القبض لضمان العين ان قضا القاضي بالملك للمقضي له في زعم المقضي عليه باطل والمرء مؤاخذ بزعمه فلا يضمن الشهود ما لم
يخرج الملك عن يده **قوله** فان رجع احدهما ضمن النصف هذا لفظ القدوري في مختصره والاصل هنا ما ذكروا في شرح
الجامع الكبير ان العبرة في الرجوع لبقا من بقي لا لرجوع من رجع ● وان الشاهد برجوعه يضمن للمشهود عليه ما اثبت
بشهادته للمشهود له ● ورجوعه يعتبر في حق الضمان عليه لا في ابطال ما اثبت للمشهود له ولبقا من بقي لانه لو كان العبرة
لرجوع من رجع لزم ان يكون الضمان واجبا على الراجع مع بقا الحق عند وجود المبقي كما اذا رجع احد الثلاثة لانه لو
كان كذلك لكان ضمان الاتلاف بلا تلف وهو فاسد اذ الحق باق لم يتلف منه شي ببقا الشاهدين ● واذا ثبت هذا الاصل
قلنا ان احد الشاهدين لما رجع بقي نصف الحق ببقا الشاهد الآخر على شهادته فاذا كان الباقي نصف الحق كان التالف
نصف الحق لا محالة فيضمنه الراجع **قوله** وان شهد بالمال ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه هذا لفظ القدوري
في مختصره وهو بنا على الاصل المتقدم ● وذلك لان كل الحق لما بقي ببقا شهادة من بقي على شهادته لم يوجد من الراجع
اتلاف شي فلم يلزمه الضمان **قوله** وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع
وهذا اشارة الى قوله لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ● بيانه ان استحقاق المشهود له للمشهود به بعد رجوع احد
الثلاثة باق ببقا الحجة اعني ببقا الشاهدين لان الاستحقاق متى ثبت في المتلف بعد الضمان يرفعه وهنا فيما نحن
فيه لم يجب الضمان بعد فاولى ان يدفعه الاستحقاق الثابت بالحجة ويمنعه لان الدفع اسهل من الرفع كما اذا اتلف
انسان مال زيد مثلا فقضى القاضي بضمانه عليه لزيد ثم استحق العين المتلف عمرو واخذ الضمان عن المتلف سقط ذلك
الضمان الواجب لزيد **قوله** فاولى ان يمتنع اي الضمان **قوله** فان رجع اخر ضمن الراجعان نصف المال
وهذا ايضا لفظ القدوري وذلك بنا على الاصل المتقدم ايضا لان العبرة لما كانت ببقا من بقي كان الباقي نصف
الحق فاذا بقي نصف الحق كان التالف بالرجوع نصف الحق لا محالة فيضمنه الراجعان جميعا لان احدهما ليس باولى من الآخر
فكان ضمان النصف عليهما على السوا ● واورد في شرح الاقطع في هذا المقام سوالا وجوابا فقال فان قيل لو قال
الراجع الاول كيف يجوز ان يلزمني الضمان برجوع غيري وفي وقت رجوعي لم يجب علي شي ● قيل له كما يلزم الضمان
جميع الشهود اذا رجعوا لزمهم فلانه ● ولو قال كل واحد منهم لو رجعت وحدي لم يلزمني الضمان فلا يلزمني لم يسمع و
لم لا كذلك هذا **قوله** وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت ربع الحق وهذا لفظ القدوري في مختصره
وتمامه فيه وان رجعتا ضمنتا نصف الحق ● وذلك لان ببقا الرجل على شهادته بقي نصف الحق فبرجوع المراتين تلف
النصف فيضمنان ذلك فاذا رجعت واحدة منهما وحدها تضمن الربع لانه هو التالف اذ بقي ثلاثة ارباع الحق ببقا
الرجل والمراة الاخرى على الشهادة **قوله** وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن هذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه فان رجعت اخرى كان على النسوة ربع الحق ● وذلك لان العبرة لبقا من بقي وقد بقي الرجل
والمراتان على الشهادة فبقي تمام الحق فلم يجب الضمان على الراجعات فان رجعت امراة اخرى وجب ضمان الربع على
الراجعات التسع لانه هو التالف برجوعهن اذ بقي ثلاثة ارباع الحق ببقا الرجل والمراة الثابتة على الشهادة **قوله**
وان رجع الرجل والنسا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رضي الله عنه ● وعندهما
على الرجل النصف وعلى النسوة النصف هذا لفظ القدوري في مختصره يعني اذا كان الشهود رجلا واحدا وعشر نسوة
فرجعوا جميعا بعد الحكم يجب الضمان اسداسا عند ابي حنيفة وعندهما يجب انصافا ● وجه قولهما ان النسا وان
كثرن يقمن مقام رجل واحد في الشهادة بدليل انه لا تقبل شهادتهن وحدهن فصارت شهادة عشر نسوة كشهادة
امراتين عند الاختلاط بمنزلة شهادة رجل واحد فيصير شهادة عشر نسوة بمنزلة شهادة خمسة رجال فصار كان

الشهود كما لو شهد ستة رجال فرجعوا جميعا فوجب الضمان اسداسا قال في شرح الطحاوي ولو رجع الرجل وحده فعليه نصف
المال بالاجماع • ولو لم يرجع الرجل ولكن رجع النسوة فعليهن نصف المال ايضا **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لانهن
وان كثرن يقمن مقام رجل واحد **قوله** ولو شهد رجلان وامراة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المراة وهذه من
مسايل المبسوط ذكرها تفريعا على مسالة القدوري • وانما لم يجب الضمان على المراة لانه لم يبق شاهد لانها نصف
شاهد فلا يضاف الحكم الى بعض العلة • قال في الشامل في قسم المبسوط شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامراة ضمن
الرجل والمراة نصف المال اثلاثا في قياس قول ابي حنيفة وعندهما ضمن الرجل نصف المال ولم تضمن المراة لان عندهما
الثابت بشهادة النساء نصف الحق وبقي بشهادة المرأتين نصف الحق • وعند ابي حنيفة الحق بشهادة الرجال والنساء على الشيوع
ثم تقوم كل امراتين مقام رجل فثلاث نسوة يقمن مقام رجل ونصف • فان رجعوا جميعا فعندهما انصافا وعند ابي حنيفة
اخماسا على النسوة ثلاثة اخماسه الى هنا لفظ الشامل **قوله** قال وان شهد شاهدان على امراة بالنكاح بمقدار
مهر مثلها يعني لا ضمان على الشاهدين ثم رجعا فلا ضمان عليهما اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وكذلك
اذا شهدا باقل من مهر مثلها يعني لا ضمان على الشاهدين اذا رجعا • وانما لم يجب الضمان لان الضمان يستدعي المماثلة لقوله
تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين العين والمنفعة التي هي العرض اعني منفعة البضع فلا يجب الضمان
كما في اتلاف ساير منافع المغصوب حيث لا يجب الضمان عندنا خلافا للشافعي • ولان منفعة البضع لا قيمة لها عند الخروج
عن ملك المراة • الا ترى ان امراة مريضة لو زوجت نفسها باقل من مهر مثلها لم يجب لها كمال المهر بخلاف ما لو باعت
في مرض موتها شيا باقل من قيمته • وانما يجب للبضع قيمة عند الدخول في ملك الزوج ابانة لخطر المحل • قال القدوري
في مختصره وكذلك ان شهدا على رجل يتزوج امراة بمقدار مهر مثلها يعني لا ضمان عليهما اذا رجعا وذلك لانهما
لما اخرجا من ملك الرجل مقدار مهر المثل واتلفاه فقد ادخلا في ملكه عوضا بازايه لان البضع متقوم عند الدخول
في ملك الزوج • فاذا كان الاتلاف بعوض كان كلا اتلاف فلا يجب الضمان • وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم
رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفا الزيادة بلا عوض حيث لم يدخلا بازايها شيا • والاصل هنا ما ذكر في شرح الطحاوي
ان كل من اتلف بالشهادة على المشهود عليه منفعة فلا ضمان عليه بالرجوع وان اتلف عين مال ان كان بعوض هو عين المال
او منفعة لها حكم عين المال فلا ضمان عليه وان كان بغير عوض فانه يجب الضمان اذا عرفنا هذا فنقول اذا ادعت المراة
على رجل انه تزوجها على الف درهم وهو ينكر فشهد بذلك شاهدان وقضى القاضي بالنكاح بالف درهم ثم رجعا فان القاضي
لا يفسخ النكاح وينظر الى مهر المثل ان كان مهر مثلها الفا او اكثر فلا ضمان على الشهود لانهما اتلفا على الرجل عين مال بعوض
لان البضع يعتبر مالا في حال دخوله في ملك الزوج • الا ترى ان الاب اذا زوج من ابنه امراة جاز لان البضع كعين المال
في حق الزوج • وكذلك المريض اذا تزوج امراة على الف درهم وذلك مهر مثلها جاز ولا يعتبر من الثلث • فلما كان في
حق الزوج كعين مال في حال دخوله في ملكه فقد حصل الاتلاف بعوض فلا ضمان عليه • وان كان مهر مثلها اقل من الف يضمنان
الزيادة على مهر المثل لان التلف حصل بغير عوض • هذا اذا كان الزوج هو المنكر ولو كانت المراة تنكر والزوج
يدعي ذلك فقضى بالنكاح بالف ومهر مثلها الفان لم يضمنا للمراة شيا لانهما اتلفا عليها المنفعة ومتلف المنفعة لا ضمان
عليه • وكذلك لو ادعى رجل انه اجر دارا منه شهرا بعشرة والمستاجر ينكر فشهد شاهدان على ذلك ثم رجعا فان كان في
اول المدة ينظر ان كان اجر الدار مثل المسمى فلا ضمان عليه لانهما اتلفا عين مال بعوض لان المنفعة اذا دخلت تحت العقد
تتقوم كعين مال قايم • وان كان دونه فيضمنان الزيادة وان كانت الدعوى بعد مضي المدة الاجر لانهما اتلفا بغير عوض فلو
كان المدعي هو المستاجر يدعي انه استاجر الدار منه بشهر واجر مثلها ماية والمواجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا فلا ضمان عليهما
لانهما اتلفا المنفعة الى هنا لفظ شرح الطحاوي **قوله** وان شهدا ببيع بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا اي قال
القدوري في مختصره وتمامه فيه وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان • وانما لم يجب الضمان في الصورة الاولى
لانهما لما اخرجا المبيع عن ملكه فقد ادخلا في ملكه بازايه مثله والاتلاف بعوض كلا اتلاف فلا يجب الضمان • بخلاف
ما اذا شهدا بالبيع باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا ذلك القدر بغير عوض • قال في شرح الطحاوي ولو ادعى رجل
على انه باع عبده بالف درهم والمشتري ينكر وقيمة العبد خمسماية فشهد شاهدان بذلك ثم رجعا يضمنان للمشتري خمسماية
اخرى • ولو كان المشتري يدعي انه اشتراه بخمسماية وقيمته الف والبايع ينكر ذلك ثم رجعا يضمنان للبايع خمسماية
اخرى لانهما اتلفا عليه خمسماية ببدل وخمسماية بغير بدل • ولو كان قيمة العبد الفا وادعى المشتري انه اشتراه بالثمن
الى سنة وان شاء ابراه والبايع منكر فشهد شاهدان ثم رجعا بعد القضاء فالبايع بالخيار ان شاء اتبع المشتري بالثمن
الى سنة وان شاء ابراه وضمن الشاهدين الف درهم حالة واي ذلك فعل برئ الاخر وان اختار اتباع كان لهما ان ياخذا
من المشتري عند حلول الثمن الف درهم لهما الف اذا ضمنا وتصدقا بالف درهم **قوله** ولا فرق بين ان يكون البيع
باتا او فيه خيار البايع لان السبب هو هو السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فاضاف التلف يعني ان السبب
المزيل للملك هو العقد السابق على مضي المدة وعند سقوط الخيار بمضي المدة فيضاف الحكم وهو زوال الملك عند سقوط
الخيار الى ذلك السبب • وقد حصل بسبب الزوال الشهادة الشهود فيضاف التلف اليهم فيجب عليهم ضمان النقصان وهذ

الذي ذكره جواب سوال بان يقال ينبغي ان لا يجب الضمان على الشاهدين اذا شهدا بالبيع بشرط الخيار لانهما لم يتلفا شيا
على البايع لانهما اثبتا البيع بشرط الخيار والبايع لم يزل ملكه عن المبيع بعد وانما يزول اذا امضت المدة وهو ساكت فاذا
سكت عن الرد كان راضيا بزوال ملكه فكيف يجب الضمان على الشهود حينيذ فقال سبب التلف هو العقد السابق • وذلك
ثبت بشهادتهم فيجب عليهم الضمان غاية ما في الباب انه سكت ومضت المدة وسكوته دليل رضاه بزوال الملك الا انا لم نلتفت
الى ذلك لانه كان منكرا للبيع فلو تصرف في البيع بحكم الخيار وفسخ البيع كان مقرا بالبيع وبظهر كذبه عند الناس والعاقل
يحترز عن الكذب والمهاره فلاجل هذا امتنع من التصرف في المبيع بحكم الخيار فلم يدل سكوته على رضاه • ومع هذا لو اوجب
البيع في مدة الخيار لم يضمن الشاهدان شيا لانه ازال ملكه باختياره • وكذلك لو اثبتا الخيار للمشتري ومضت المدة
وهو ساكت وفي قيمة المبيع نقصان عن الثمن يضمنه الشاهدان • ومع هذا لو اوجب الشراء في المدة سقط الضمان عنهما
لانه التزمه باختياره فافهم **قوله** وان شهدا على رجل انه طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر
هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فان كان بعد الدخول لم يضمنا ولم يذكر تمامه في الهداية مع انه ذكر
في البداية فلا ادري كيف فات عنه في الهداية • وذلك لانهما قررا ما كان على شرف السقوط بارتدادها
او تقبيلها ابن زوجها لانه حينيذ يسقط عنه جميع المهر والتاكيد شبيه بالايجاب • ولهذا اذا اكره الرجل على طلاق امراته
قبل الدخول بها كان له ان يرجع بنصف المهر على الذي اكرهه • او نقول ان الطلاق قبل الدخول في معنى الفسخ لان
المعقود عليه وهو البضع عاد الى المراة سالما كما كان فصار كهلاك المبيع قبل القبض فانه يسقط جميع الثمن • وانما
يجب نصف المسمى في الطلاق قبل الدخول ابتداء على طريق المتعة وقد الزمه الشاهدان على الزوج ولم يكن واجبا عليه
فوجب الضمان عليهما فصار كما اذا شهدا بمال فقضى به ثم رجعا • وهذا بخلاف ما اذا كان رجوع الشاهدين بعد
دخول الزوج حيث لا يضمنان شيا • وذلك لان شهادتهما تضمنت خروج البضع عن ملك الزوج والبضع لا قيمة له عند
الخروج وهما لم يتلفا شيا له قيمة ولا قررا شيا على شرف السقوط فلم يجب الضمان عليهما • وقال الشافعي يجب عليهما
الضمان كما قبل الدخول لان منافع البضع متقومة فصار كما لو شهدا بعين ثم رجعا • ولنا ان ضمان العدوان
مبني على المماثلة بالنص ولا مماثلة بين العين والعرض اعني بين المال وبين منفعة البضع فلا يجب الضمان • وانما تقومت
المنافع بالعقد التراضي بخلاف العين فلا يقاس عليه غيره بخلاف ما اذا شهدا بالعين ثم رجعا لان المماثلة بين العين
والعين ثابتة • وبخلاف ما اذا كان الرجوع قبل الدخول لانهما اكدا على الزوج ما على شرف السقوط **قوله** كما
مر في النكاح اي في باب المهر عند قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها زوجها قبل الدخول
بها وقد سمى لها مهرا • قال في التحفة ولو شهدا على رجل انه طلق امراته ثلاثا وقد دخل بها وقضى القاضي ثم رجعا
لم يضمنا الا ما زاد على مهر المثل لان مقدار المهر اتلاف بعوض وهو استيفا منافع البضع • ولو كان قبل الدخول
ان كان المهر مسمى ضمنا النصف وان لم يكن المهر مسمى يضمنان المتعة لان ذلك التلف بشهادتهما ولم تحصل له مقابلته عوض
قوله قال وان شهدا على انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته اي قال القدوري في مختصره وذلك لانهما اتلفا ماليته على
المشهود عليه بلا عوض فعليهما ضمانه سواء كانا موسرين او معسرين لانه ضمان اتلاف المال والولاء للمولى لان العتق لا يتحول
للشاهدين بضمانهما لان العتق لا يحتمل الفسخ وثبوت الولاء للمولى لا يكون عوضا لان الولاء ليس بمال وانما هو سبب يورث
به • قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره واذا شهد شاهدان على رجل انه اعتق عبده فقضى القاضي عليه بشهادتهما
بذلك ثم رجعا عن شهادتهما كان عليهما ضمان قيمة العبد لمولاه ويكون ولاؤه لمولاه دونهما • واذا شهد شاهدان
على رجل انه اقر ان هذه الامة قد ولدت منه وهو ينكر ذلك فقضى القاضي بشهادتهما عليه بذلك ثم رجعا عن شهادتهما
كان عليهما الضمان ما بين قيمتها مملوكة الى قيمتها ام ولد • فان توفي المولى بعد ذلك عتقت كان عليهما بقية قيمتها امة يرد
ذلك الى تركة مولاها يكون حكمها حكمها • ولو كانا شهدا ان مولاها اقر انها ولدت منه ابنا لها في يده والمسالة على
حالها كان عليهما لمولاها في الامة كما ذكرنا وكان عليهما ايضا لمولاها ضمان قيمة ولدها • فان قبض ذلك المولى منهما
ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه ان يردها على الشاهدين مما ورث مثل ما كان الميت اخذ من الشاهدين في حصوله
من قيمته ومن قيمة امه لانه يقول ان الميت اخذ ذلك منهما ظلما • وانه دين في تركته لهما • واذا شهد شاهدان
على رجل انه دبر عبده فقضى القاضي عليه بذلك بشهادتهما ثم رجعا عنها فعليهما له ضمان ما بين قيمة العبد مدبرا الى قيمته
غير مدبر • وان مات المولى بعد ذلك فعتق من ثلث تركته كان عليهما ضمان بقية قيمته عبدا للورثة • واذا شهد
شاهدان على رجل انه كاتب عبده على الفي درهم الى سنة وقيمته الف درهم فقضى القاضي بذلك ثم رجعا عن شهادتهما
فان المولى بالخيار ان شاء ضمن الشاهدين الف درهم حالا لانه رجعا بالمكاتبة على المكاتب الى اجلها • فاذا قبضاها
احتسبا لنفسهما منها الفا وتصدقا بالفضل على ذلك • وان شا المولى اتبع المكاتب بالمكاتبة وترك تضمين الشاهدين
فاي الوجهين اختار المولى ثم ادى المكاتبة فعتق كان ولاؤه لمولاه • ولو لم يعتق المكاتب ولكنه عجز فعاد رقيقا
بري الشاهدان من الضمان ورجع على المولى ما دفع ان كان قبضه منهما من قيمة العبد عليهما الى هنا لفظ الطحاوي في
مختصره **قوله** واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما هذا لفظ القدوري في مختصره

قال في كتاب التقريب لاصحاب مالك وان شهدا على رجل بالقتل فقتل ثم رجعا واقرا بالكذب او الغلط غرما الدية وتحملها العاقلة ولم يلزمهما القود • وقال اشهب يقتص منهما اذا شهدا وتعمدا وان الدية اذا غلطا الى هنا لفظ كتاب التقريب وقال في وجيز الشافعية وان رجع بعد استيفاء القتل فعليه القصاص ان قال تعمدت • وقال اصحاب احمد بن حنبل قال الشهود تعمدنا فيلزمهم القصاص في ذلك • وان قالوا اخطانا بان سهونا واشتبه علينا فعليهم دية ذلك في اموالهم تحمل عنهم الاموال بالاعترافهم لان العاقلة لا تحمل الاعتراف كذا في كتابهم المسمى المستوعب • وجه قولهم في ايجاب القصاص على الشاهدان هذا قتل تسبيبا فيجب القصاص على الشاهد كما يجب على المكره • وهذا لان الشاهد كالمكره ايضا للقاضي ايضا على قضائه فانه لو لم ير وجوب القصاص على نفسه بعد الشهادة بكفره ولو رأى واحد يفسق ثم المكره يجب عليه القصاص فبالطريق الاولى ان يجب على الشاهد لان الشهادة بالقصاص اكثر افضاء الى القتل من الاكراه على القتل لان الولي في صورة الشهادة يعان على استيفاء القصاص من جهة المسلمين والمكره على القتل يمنع ولا يعان • وجه قول اصحابنا ان القتل لم يوجد من الشهود مباشرة لانهم لم يباشروه وانما باشره الولي • ولا نسلم انه وجد منهم تسبيبا لان السبب ما يفضي الى وجود ذلك الشيء غالبا • والشهادة بالقتل لا تفضي الى القتل غالبا لكون العفو مندوبا شرعا • قال تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فلم تكن الشهادة سببا الى القتل غالبا بخلاف الاكراه على القتل فانه سبب الى القتل غالبا لان المكره يختار دفع الهلاك عن روحه فيفضي الاكراه الى القتل غالبا • ولئن سلمنا ان الشهادة بالقتل سبب الى القتل فنقول القتل بالسبب يتعلق به الدية دون القصاص كما في حافر البئر وواضع الحجر ولان الفعل الموجود من فاعل مختار يقطع نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل هنا وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح فينقطع نسبته الى الشهود فلا يجعل القتل كانه وجد من الشهود • ولهذا لا يضمن من حل قيد عبد فابق لانقطاع النسبة عن الحال بتخلل فعل فاعل مختار • ولو لم ينقطع بتخلل الفعل الاختياري النسبة فلا بد من ان يورث شبهة قطع النسبة ولا يجب القصاص بالشبهة • فاذا لم يجب القصاص للشبهة وجبت الدية على الشهود • ولانه يدرء في الابتداء دم مهدر والمال يثبت بالشبهات بخلاف المكره فان تخلل فعل لم يقطع نسبة الفعل الى الذي اكرهه صحيح • والفاسد يقابله الصحيح كالعدم فجعل المكره كالاله له والفعل الموجود منه كالموجود من الذي اكرهه او نقول الشاهد ان شاركا في القتل من لا قود عليه فلا يجب القصاص كما اذا اشترك الخاطئ والعامد • واورد في شرح الاقطع هنا سؤالا وجوابا فقال فان قيل روي عن علي رضي الله عنه انه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطعت يده ثم اتيا بعد ذلك باخر فقالا اوهمنا انما السارق هذا فقال لهما لا اصدقكما على هذا واضمنكما دية الاول فلو اني اعلم انكما فعلتما ذلك عمدا قطعت ايديكما بل له يحتمل قطعت ايديكما على وجه الحد لما صار عنده من يسعى في الارض بالفساد بالشهادة وتكررها منهما **قوله** فاشبه المكره بكسر الرا **قوله** والمكره يعني بفتح الرا وكذلك قوله بخلاف المكره بفتح الرا ايضا **قوله** ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة يعني اذا كان الاختيار صحيحا • اما اذا كان فاسدا كما في فعل المكره فلا **قوله** والباقي يعرف في المختلف اي في مختلف الرواية تصنيف الفقيه ابي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم • قال الامام شرف الدين العالم ابو حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري العقيلي البخاري في كتاب المنهاج رايت عن بعض مشايخنا شرح الجامع الكبير في الباب الثاني من كتاب الشهادات اذا شهدوا على رجل انه قتل ولي فلان خطا او عمدا او قضى به القاضي واخذ الولي الدية في الخطا من العاقلة او قتل القاتل في العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا فالعاقلة في الخطا ان شاؤوا رجعوا على الاخذ بغير حق • ثم هو لا يرجع على احد • وان شاؤوا ضمنوا الشهود لانهم سببوا المتلف بغير حق ثم هو لا يرجعون على الولي لانهم ملكوا المضمون وهو الدية باداء الضمان فتبين ان الولي اخذ ما لهم وفي العمد لا يجب القصاص على الولي الذي اقتص من المشهود عليه ولا على الشاهدين لان القضاء اورث شبهة لكنه يجب الدية ويخير ورثة المقتول ان شاؤوا ضمنوا الولي الدية ثم هو لا يرجع على احد وان شاؤوا ضمنوا الشاهدين ثم هما لا يرجعان عند ابي حنيفة لانهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لانه لا يقبل التملك لانه ليس بمال • وعندهما يرجعون بما ضمنوا لان اداء الضمان انعقد سببا لملك المضمون لكن لم يثبت الملك في المضمون لعدم قبوله فيثبت في بدله كمن غصب مدبرا وغصب منه اخر ومات في يده وضمن المالك الاول يرجع الاول على الثاني بما ضمن لما قلنا كذا ههنا • وانما كتبنا هذه المسئلة وان لم يتعرض لها صاحب الهداية لتكثير الفوائد **قوله** واذا رجع شهود الفرع ضمنوا هذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان شهود الفرع اذا رجعوا عن شهادتهم في مجلس القاضي بعد القضاء بشهادتهم ضمنوا المشهود به لان اتلاف المشهود به حصل باداء الشهادة في مجلس القاضي فكان الاتلاف مضافا الى شهادتهم فوجب عليهم الضمان **قوله** ولو رجع شهود الاصل • وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم • هذا لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر فيه الاختلاف بين اصحابنا • وكذلك اثبت صاحب الهداية مطلقا بلا ذكر الخلاف • وقال في شرح القدوري للشيخ الامام ابي نصر البغدادي هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف • وقال محمد يضمنون وهو رواية عن ابي حنيفة الى هنا لفظه • وقال الشيخ الامام ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير في الباب الثاني من كتاب الشهادات فيما اذا شهدا على شهادة شاهد بن على

رجل

رجل انه قتل فلان بن فلان خطا فان القاضي يقضي بالدية على عاقلة القاتل لان الخطا موجب للمال • وما هذا سبيله يثبت بالشهادة على الشهادة • واذا قبض الولي الدية من عاقلة المشهود عليه ثم جاء المشهود بقتله حيا فلا ضمان ايضا على الشهود الفروع لعدم رجوعهم وعدم كذبهم بيقين لان من الجائز ان الاصلين اشهدا هما غير ان الولي يرد على العاقلة ما اخذ لانه استوفى ما لم يستحق • ولا يد الا استيفاء • فلو حضر الاصلان وقالا لم نشهدهما على شهادتنا ثم يلتفت الى انكارهما لان ما ثبت بقضاء القاضي بدليله لا يبطل بانكار واحد ولا ضمان على الاصلين • اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانهما لو رجعا فقالا لا شهدناهما بباطل لا ضمان عليهما لان شهادتهما واشهادهما للفرعين كان في غير مجلس القضاء والشهادة في غير مجلس القضاء لا تكون سبب الضمان كالرجوع في غير مجلس القضاء • فاذا لم يضمنا بالرجوع فكذا اذا ظهر المشهود بقتله حيا لا يضمنان • فاما عند محمد فهما يضمنان بالرجوع لان الفرعين نقلا شهادتهما الى مجلس القضاء وجعل حكما كانهما اثبتا شهادتهما في مجلس القاضي بانفسهما ورجعا • ثم ههنا قال لا يضمنان اي قال محمد في مسئلة الانكار على الاشهاد لا ضمان على الاصلين فاما ان يحمل ذلك على قولهما خاصة او يحمل على ان جواب محمد فيما اذا رجعا او انكرا فظهر المشهود بقتله حيا • ولو حمل على الوفاق ههنا فيحتاج محمد الى الفرق بين رجوعهما وبين المشهود بقتله حيا والشهادة في حقهما غير ثابتة لم يضمنا • بخلاف ما اذا رجعا لان شهادتهما تثبت باعترافهما اذ لا رجوع الا بعد الثبوت • واذا ثبت في حقهما وانتقل الى مجلس القاضي بنقل الفرعين ضمنا عند الرجوع هذا تقرير الشيخ ابي المعين في شرح الجامع الكبير **قوله** لانه خبر محتمل اي لان انكار الاصلين الاشهاد خبر محتمل للصدق والكذب فلا يبطل القضاء الاحتمال كما اذا رجع الشهود بعد القضاء لا يبطل القضاء بالرجوع فكذا لا يبطل بالانكار الا انه بخلاف ما قبل القضاء يعني اذا انكر شهود الاصول الاشهاد قبل القضاء بشهادة الفروع لا يقضي القاضي بشهادة **قوله** الفروع بعد ذلك كما اذا رجع الشهود قبل القضاء حيث لا يحكم القاضي بذلك **قوله** وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا هذا لفظ القدوري في مختصره اي قال الاصول انا اشهدناهم على شهادتنا لكن رجعنا من الاصول • ولم يذكر القدوري الخلاف كما ترى • قال صاحب الهداية وهذا عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا ضمان عليهم وكذلك ذكر الخلاف في شرح الطحاوي وعامة شروح الجامع الكبير والشامل • وقال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي روي محمد عن اصحابنا انه لا شيء عليهم • وروي ابو يوسف عن ابي حنيفة في الامالي ان عليهم ضمان ذلك • فاما في ظاهر الرواية فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يضمنون • وعلى قول محمد نفسه يضمنون كما روى ابو يوسف في الاملا • اعلم ان الفرعين لا ضمان عليهما في هذه الصورة بالاتفاق لانهما لم يرجعا عما شهدا • واما الاصلان فعليهما الضمان على قول محمد • ولكن العاقلة بالخيار ان شاؤوا ضمنوا الولي وان شاؤوا ضمنوا الاصلين • فان ضمنوا الولي لم يرجع الولي لا يرجع على الاصلين وان ضمنوا الاصلين رجعا على الولي • وجه قول محمد ان شهادة الاصلين صارت منقولة الى مجلس القضاء والشهادة في مجلس القضاء سبب وجوب الضمان عند ظهور كذب الشهود • فاما رجعت الحقيقة شهادتهما وجدت في غير مجلس القضاء والشهادة في غير مجلس القضاء لا يصلح سببا لوجوب الضمان • وان ظهر كذب الشهود فعلمنا بالحقيقة حال انعدام رجوعهما وعلمنا بالحكم حال رجوعهما • ولابي حنيفة وابي يوسف ان القياس يابى جواز القضاء بالشهادة على الشهادة لان الفرع شهادته تنقل الى مجلس القاضي شهادة الاصل التي وقعت في غير مجلس القاضي والشهادة في غير مجلس القاضي ليست بحجة ولكنا تركنا القياس وجوزنا القضاء بها • وجعلنا شهادة الاصل كالموجودة في مجلس القضاء في حق جواز القضاء لتعامل الناس ضرورة احياء الحقوق • ولا ضرورة الى جعلها كالموجودة في مجلس القضاء في حق ايجاب الضمان لان الاحياء يحصل بدونه فبقي شهادة الاصول في حق وجوب الضمان في غير مجلس القضاء حقيقة وحكما • فان قيل الفرع نائب عن الاصل في النقل وفعل النائب كفعل المنوب عنه • قلنا القياس يابى جواز النيابة في الشهادة لانها حق بدني والنيابة لا تجري في البدنيات • وانما جوزنا هذه النيابة للضرورة على ما بينا كذا في شرح الجامع البرهاني **قوله** ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير وذكر هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري وهي من مسائل الاصل **قوله** من الوجه الذي ذكرا اي ذكر ابو حنيفة وابو يوسف واراد بذلك الوجه ما ذكر بقوله لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم اي شهادة الفروع **قوله** من الوجه الذي ذكر اي ذكر محمد وهو ان الفروع نقلوا شهادة الاصول **قوله** فيخير بينهما اي يخير المشهود عليه في التضمين بين الوجهين ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع على مذهب محمد **قوله** والجهتان متغايرتان لان شهود الاصل يشهدون على اصل الحق وشهود الفرع يشهدون على شهادة الاصول ولا مجانسة بين الشهادتين وشهود الفرع لا يعتبر شهادة الفرعين بمنزلة شهادة واحدة فلهذا لم يجمع بين الاصول والفروع في التضمين بل يتعلق بعض الضمان على المدعى عليه ايضا فابل له الخيار في تضمينه اي الفريقين شاء **قوله** وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل وغلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك هذا لفظ القدوري في مختصره • قال ابو محمد الناصحي في تهذيب ادب القاضي • وان قال الذان شهدا عند القاضي قد اشهدنا انا على شهادتهما ولكنهما كذبا في هذه الشهادة وهذا القول بعد القضاء بشهادتهما لم يلتفت اليه ولم يلزمهما ضمان ذلك لانهما يقران على غيرهما بانهما كذبا فلا يقبل قولهما فيه **قوله** قال وان

رجع المزكون عن التزكية ضمنوا • اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر الخلاف • قال صاحب الهداية وهذا عند
ابي حنيفة • وقالا لا يضمنون • وكذلك اثبت الخلاف في شرح الاقطع • وقد مرت المسئلة في باب الشهادة على الزنا
وجه قولهما ان المزكين اثنوا على الشهود خيرا ولم يشهدوا بحق فصاروا كشهود الاحصان • وجه قول ابي حنيفة
رضي الله عنه ان القاضي لا يقضي بالشهادة على الزنا الا بعد تزكية الشهود فكانت التزكية علة للشهادة فكانت في معنى
علة العلة والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة بخلاف شهود الاحصان ولا يتوقف ثبوت الزنا على ثبوت
الاحصان ويتوقف الحكم بشهود الزنا على التزكية فظهر الفرق والباقي مر بيانه في الحدود **قوله** واذا شهد
شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة • وهذا لفظ القدوري في
مختصره • قال الشيخ ابو المعين النسفي في اواخر كتاب الايمان من شرح الجامع الكبير قبيل باب اليمين في طلاق السنة
وغير السنة اذا شهد شاهدان على رجل انه قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر وشهد اخران انه دخل الدار
وقضى القاضي بعتقه ثم رجعوا ضمن شاهدا اليمين دون شاهدي الدخول لان العبد تلف بقضاء القاضي والقاضي
قضى بعتقه بشهادة شهود العتق لان العتق يثبت عند دخول الدار بقوله انت حر لا بدخول الدار فكان التلف مضافا
الى ما اثبته شاهدا اليمين دون شاهدي الشرط • قال في شرح الجامع ولا يلزم هذا اذا شهد اثنان انه تزوج
فلانة وشهد اخران انه دخل بها وقضى القاضي بجميع المهر ثم رجعوا فيجب الضمان على شهود الدخول وان كان وجوب
المهر مضافا الى التزوج لا الى شهود الدخول لان الزوج استوفى عوض ما وجب عليه من المهر فخرجت شهادة شهود
النكاح من ان يكون اتلافا • وقال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع لم يذكر محمد رحمه الله ان شاهدي الشرط لو رجعا
عند الانفراد هل يضمنان ثم قال وينبغي ان يقال يضمنان لان ايجاب الضمان على محصل الشرط عند انعدام امكان
الايجاب على صاحب العلة واجب • وقال العتابي في شرح الجامع وان رجع شهود الشرط وحدهم قال بعضهم لا يضمنون
كشهود الاحصان اذا رجعوا وحدهم • وقال اكثر المشايخ يضمنون لانهم سببوا التلف بغير حق ولا اثر في وجود العلة
عند الشرط فيكون سبب الضمان عند عدم العلة • بخلاف الاحصان لانه لا يؤثر في منع وجود العلة وهو الزنا لا في وجوده
بل يلحق العلة • وقال شمس الائمة السرخسي في اصوله في فصل تقسيم الشرط • فلما شهود التعليق وشهود الشرط اذا
رجعوا فالضمان على شهود التعليق خاصة لانهم نقلوا قول المولى انت حر وهذا بانفراده علة تامة لاضافة حكم العتق
اليه فلم يكن الشرط هنالك شبه العلة فلهذا لا يضمن شهود الشرط شيئا سواء رجع الفريقان او رجع شهود الشرط خاصة
وكذلك اذا رجع شهود التخيير وشهود الاختيار فان الضمان على شهود الاختيار خاصة • لان التخيير سبب وما
عارضه وهو الاختيار علة تامة للحكم فكان الحكم مضافا اليه دون السبب فلم يضمن شهود السبب شيئا كما لا يضمن شهود
الشرط الى هنا لفظ شمس الائمة **قوله** فالضمان على شهود اليمين خاصة فيه خلاف زفر لانه يوجب الضمان على الفريقين
لان التلف حصل بشهادة الجميع **قوله** منت السبب اي العلة لان شهود اليمين يثبتون علة العتق كما مر بيانه انفا الا
ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط • يعني ان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها • وان لم يشهد
بالدخول وان لم يتعلق بها ثم حق صار كشهود الاحصان فلا يلزمهم الضمان كذا في شرح الاقطع **قوله** اختلف
المشايخ فيه ومال شمس الائمة السرخسي الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط انفا **قوله** ومعنى المسئلة يمين العتاق
والطلاق قبل الدخول يعني شهد رجلان على انه علق عتق عبده او طلاق امراته بدخول الدار وشهد اخران انه وجد
الشرط فقضى القاضي بوقوع العتق والطلاق ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين دون الشرط لما قلنا • وانما قيد
بقوله قبل الدخول لان رجوع الشهود بالطلاق عن الشهادة اذا كان بعد دخول الزوج لا يضمنون شيئا • وقد مر بيان
ذلك عند قوله وان شهدا على رجل انه طلق امراته قبل الدخول ثم رجعا ضمنا نصف المهر والله اعلم

كتاب الوكالة

اورد كتاب الوكالة عقيب كتاب الشهادة
لان في كل واحد من الشهادة والوكالة اعانة الغير احياء حقه • والوكالة بكسر الواو وفتحها التفويض والتسليم من قولهم
وكل اليه الامر اذا فوضه اليه قال تعالى على الله توكلنا اي فوضنا امورنا اليه ومنه قوله تعالى في سورة هود اني توكلت
على الله ربي وربكم اي فوضت امري الى الله مدبري ومدبركم لا اعتمد الا عليه ولا اخاف غيره اذ كل شيء في قبضته
وقدرته وسلطانه • وفي عرف اهل الشرع تفويض التصرف الى الغير ليقوم به ذلك الغير لاجل المفوض **قوله** كل
عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل فيه غيره هذا لفظ القدوري في مختصره • يعني قوله ان يعقده
بنفسه اي باهليته بنفسه على سبيل الاستبداد • واحترز به عن توكيل الوكيل اذا لم ياذن له الموكل فانه لا يجوز
لانه لا يتصرف فيما وكل به مستبدا • ثم هذا الكلي يطرد ولا ينعكس لانه لا يقال كل ما لا يجوز له ان يعقده بنفسه
لا يجوز له ان يوكل غيره لان المسلم لا يجوز بيع الخمر وشراؤها • ويجوز له ان يوكل الذمي بذلك على مذهب ابي حنيفة
رضي الله عنه • ولا يرد على طرد الكلي الذمي لانه يملك بيع الخمر بنفسه ولا يملك توكيل المسلم بذلك ايضا ولكن انما لا
يملك توكيل المسلم بذلك لانه ممنوع عن اقتراب الخمر حيث امرنا باجتناب الخمر فكان ذلك امرا عارضا في الوكيل والعوارض
لا تقدح في القواعد • ثم الاصل في جواز الوكالة قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة • وروى

اصحابنا في كتبهم ان النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام دينارا ليشتري له به اضحية ووكل عمر بن ابي سلمة
في نكاح ام سلمة • ولان الانسان قد يعجز عن مباشرة العقود بنفسه لعلة هذا به ولكثرة اشغاله او لكثرة ماله ونحو ذلك
فلو لم يجز التوكيل يلزم الحرج وهو منتف بالنصوص فجاز التوكيل نفيا للحرج ودفعا للحاجة **قوله** حكيم بن حزام هو حكيم بن حزام
بن خويلد بن اسد بن عبد العزى بن قصي ويكنى ابا خالد ولد قبل الفيل بثلاث عشرة سنة او باثنتي عشرة سنة على اختلاف الرواية
اسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم مسلما وكان من وجوه قريش واشرافها وعاش في الجاهلية ستين سنة
وفي الاسلام ستين سنة ومات بالمدينة في خلافة معاوية سنة اربع وخمسين وهو ابن مائة وعشرين سنة وذهب بصره قبل
ان يموت كذا ذكره ابن شاهين في كتاب المعجم • وقال الكرخي في اول كتاب الوكالة في مختصره حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي
قال حدثنا يعقوب الدورقي قال حدثنا عبد الرحمن بن مهدي عن سفيان عن ابي حصين عن شيخ من اهل المدينة عن حكيم بن
حزام ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا يشتري له اضحية فاشترى له اضحية بدينار فباعها بدينارين ثم اشترى اضحية
بدينار فجاء بدينار واضحية فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار ودعا له بالبركة • وقد روينا حديث عروة
البارقي في اواخر البيوع في فصل بيع الفضولي **قوله** عمر بن ابي سلمة هو عمر بن ابي سلمة المخزومي ويكنى ابا حفص قال محمد بن
سعد توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ابن تسع سنين وقد حفظ عن رسول الله وتوفي في خلافة عبد الملك بن مروان
بالمدينة كذا ذكره ابن شاهين • وفي اثبات توكيل عمر بن ابي سلمة نظر لان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ام سلمة بعد وقعة
بدر في سنة اثنتين كذا قاله ابو عبيدة معمر بن المثنى • وكان عمر بن ابي سلمة يوم توفي رسول الله ابن تسع سنين قاله الواقدي
فيكون على هذا الحساب سن عمر بن ابي سلمة يوم تزوج ام سلمة سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو طفل
قوله قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي قال القدوري في مختصره اعلم ان التوكيل بالخصومة
في جميع الحقوق واثباتها جائز الا في الحدود والقصاص فان التوكيل باثباتها جائز عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف
وزفر كذا في المختلف وقول محمد مضطرب في بعض الروايات ذكر قوله مع ابي حنيفة وفي بعضها مع ابي يوسف كذا في شرح
الطحاوي • وذكر الطحاوي في مختصره قول محمد مع ابي حنيفة قال فيه ولا تجوز الوكالة في الحدود ولا في القصاص
الا في اثبات البينات عليهما فاذا وجبت اما بها لم يتم الا بحضرة الموكل هذا في قول ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو
يوسف لا تقبل الوكالة في شيء من ذلك من خصومة فيهما ولا من اثبات بينة عليهما ولا من غير ذلك منهما الى هنا لفظ الطحاوي
وقال في شرح الطحاوي التوكيل في استيفاء الحدود والقصاص باطل بالاجماع ولو كان الموكل حاضرا وامر باستيفاء القصاص
جاز • اما التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق فانما جاز لما روينا هذا ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل في الشراء فاذا
جاز التوكيل فيه جاز في غيره لانه عقد يجوز ان يتولاه الموكل بنفسه فجاز ان يوكل غيره كالبيع • ولان الانسان قد
يعجز عن المباشرة بنفسه فجاز ان يوكل غيره وهو المراد من قوله لما قدمنا • وقد ذكر اصحابنا في كتبهم ان عليا رضي
الله عنه وكل عقيلا في الخصومات وكان فطنا ذكيا فلما كبر عقيل واسن وكل عبد الله بن جعفر وحدث ابو عبيد في كتاب
غريب الحديث عن عباد بن العوام عن محمد بن اسحاق عن رجل من اهل المدينة يقال له جهم عن علي انه وكل عبد الله بن جعفر
وقال ان للخصومة قحما وفي الفائق عن علي انه وكل اخاه عقيلا بالخصومة ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر وكان لا يحضر الخصومة
ويقول ان لها قحما وان الشياطين تحضرها اي مهالك وشدائد وقحم الطريق ما صعب منه وشق على سالكه • وقال الخصاف
في ادب القاضي حدثنا معاذ بن اسد الخراساني • قال حدثنا عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحاق عن جهم بن ابي
الجهم عن عبد الله بن جعفر ان عليا كان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها قحما يحضرها الشيطان فجعل الخصومة الى
عقيل فلما كبر ورق حولها الي فكان علي يقول ما قضي لوكيلي فلي وما قضي على وكيلي فعلي الى هنا لفظ كتاب الخصاف • وفي هذا
الحديث دليل على جواز التوكيل بالخصومة وفيه دليل ايضا على ان لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه وهو مذهبنا ومذهب
عامة العلماء تبعا لعلي رضي الله عنه • وقال بعض العلماء الاولى ان يحضر بنفسه لان الامتناع من الحضور الى مجلس القاضي
من علامات المنافقين وقد ورد الذم على ذلك • وقال تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق
منهم معرضون • انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم ان يقولوا سمعنا واطعنا • والجواب
ان تاويل الاية الرد من المنافق والاجابة من المؤمن اعتقادا كذا في شرح ادب القاضي • واما التوكيل باستيفاء
الحدود والقصاص فانما لم يجز حال غيبة الموكل لشبهة العفو والحدود تندرئ بها والظاهر العفو لقوله تعالى وان
تعفوا اقرب للتقوى • بخلاف حضرة الموكل لانعدام الشبهة • وبخلاف حالة غيبة الشهود حيث يستوفى الحدود
والقصاص مع غيبتهم وان كان رجوعهم محتملا لان الظاهر عدم رجوعهم احترازا عن الكذب والفسق • واما التوكيل
باثبات الحدود والقصاص فجائز عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف وذكر على اضطراب قول محمد • وجه قول ابي يوسف
ان خصومة الموكل تدل على خصومة الوكيل ولا مدخل للابدال في باب الحدود والقصاص • ولهذا لا يثبت بشهادة
رجل وامراتين ولا بالشهادة على الشهادة • ولا يجوز التوكيل باستيفائها اتفاقا مع غيبة الموكل • ووجه قول
ابي حنيفة رضي الله عنه ان ثبوت الحدود والقصاص يعتمد على حجة كاملة عند القاضي وقد وجدت الحجة كاملة فيجب
استيفاؤها فاما اجاز وان الاستيفاء فلا يستوفى الا بحضور الموكل كذا في شرح ادب القاضي بخلاف شهادة رجل وامراتين

والشهادة على الشهادة فان تلك الحجة قاصرة فلم يجز استيفا الحدود والقصاص بها وكون الوكيل بدلا لا يخل بظهور الحق
بعد وجود الحجة الكاملة • ولهذا اذا قضى بهما نايب القاضي جاز • ولان الاصل في اضافة الحكم هو العلة والحكم
هنا وهو وجوب الحد او القصاص مضاف الى الجناية وهي العلة وظهور ذلك عند القاضي يثبت بالشهود فيعتبر الخصومة
في ذلك شرطا محضا لاحظ لها في الوجوب والظهور فاشبهت ساير الحقوق فجاز التوكيل بالخصومة باثبات الحدود
والقصاص كما في ساير الحقوق لان التوكيل بها اثبات حق لا يؤثر فيه الشبهة **قوله** في ساير الحقوق قال
الجوهري في كتاب الراي في فصل السين مع اليا ساير الناس جميعهم قالوا انه وهم من وجهين احدهما في تفسير لان الساير
بمعنى الباقي لا بمعنى الجميع • والثاني انه اورده في الاجوف وهو مهموز العين وفي المثل الساير اليوم اليوم وقد زاد
الظهر من سار بمعنى بقي يضرب لطالب الشي بعد اليأس منه ويجوز ان يراد بالساير الجميع مجازا **قوله** وليس كل احد
يحسن الاستيفا هذا جواب سوال مقدر بان يقال ينبغي ان لا يجوز التوكيل باستيفا الحدود والقصاص بحال حضرة
الموكل وهو البيان لانه استيفا بما قام مقام الغير فصار كالشهادة على الشهادة فاجاب عنه • وقال اما جواز
التوكيل باستيفا بها حال حضرة الموكل وهو الاستحسان لانا لو لم نجوز النيابة بطلب الحدود والقصاص لان المستحق
لها ربما لا يحسن استيفاها فلا بد من ان يستنيب من يقدر عليه ولذلك لا يضيع الحقوق • وقال في شرح الاقطع
قال الشافعي يجوز الاستيفا مع غيبة الموكل • وهذا لا يصح لانه يستوفي القصاص مع تجويز العفو الظاهر لا اصله
اذا ادعى القاتل العفو وزعم ان له بينة قال قيل حتى يدخل النيابة فجاز ان يتوكل في استيفايه مع غيبته كالدين
قيل الدين لا يسقط بالشبهة ويمكن استدراكه بعد استيفايه والاكثر الاحوال ان يكون صاحب الدين قد ابراه وهنا
لا يمنع الاستيفا والقصاص يؤثر فيه الشبهة ولا يمكن استدراكه بعد الاستيفا فاختلفا **قوله** وهذا الذي
ذكرناه قول ابي حنيفة رضي الله عنه اي جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص **قوله** وكما في الاستيفا
يعني قال ابو يوسف التوكيل باستيفا الحدود والقصاص مع غيبة الموكل لا يجوز بالاتفاق لشبهة النيابة يعني ان
لا يجوز التوكيل باثباتها ايضا لهذا المعنى **قوله** وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من يجب اي اذا
وكل من عليه الحد او القصاص رجلا بالجواب عنه قال ابو حنيفة يجوز وقال ابو يوسف لا يجوز • وقول محمد
مضطرب ولكن لا يصح اقرار الوكيل على موكله بان قال قتل موكلي القتيل الذي يدعيه الولي لشبهة عدم الامر
بذلك وان كان التوكيل بالجواب صحيحا على مذهب ابي حنيفة **قوله** وقال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل
بالخصومة الا برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غايبا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا • وقالا يجوز التوكيل
بغير رضا الخصم هذا لفظ القدوري في مختصره وقول الشافعي كقولهما كذا في شرح الاقطع • قال صاحب الهداية
ولا خلاف في الجواز وانما الاختلاف في اللزوم يعني يجوز التوكيل بلا رضا الخصم بالاتفاق ولكن لا يلزم الوكالة عند ابي
حنيفة وتلزم عندهما وفرع الشارحون بقولهم يرتد الوكالة عنده برد الخصم وعندهما لا يرتد فعلى هذا يكون معنى قول
القدوري لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم اي لا يلزم اطلاقا لاسم الجواز على اللزوم لان الجواز من لوازم
اللزوم • وذكر شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي في باب اثبات الوكالة ان التوكيل عند ابي حنيفة بغير
رضا الخصم صحيح • ولكن للخصم ان يطالب الموكل بان يحضر بنفسه ويجيب فلا يسقط حق الخصم في مطالبة الخصم بالجواب
بنفسه • وقال علا الدين العالم في طريقة الخلاف التوكيل بغير رضا الخصم لا يقع لازما • وقال ابو يوسف
ومحمد والشافعي يقع لازما وهذا الذي ذكر من خلاف ما يفهم من ظواهر الفاظ محمد بن الحسن والحسن بن زياد والطحاوي
وغيرهم من الكبار رضي الله عنهم • الا ترى الى ما قال محمد بن الحسن في الاصل واذا وكل الرجل رجلا بالخصومة
في دعوى يدعيها وهو مقيم بالبلد فانه لا يقبل منه ذلك الا برضا من خصمه الا ان يكون مريضا وان كان غايبا فلا
يقبل وكيل الا ان تكون غيبته مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فيقبل منه الوكالة • وهذا قول ابي حنيفة وكذلك المراة
والرجل في ذلك سوا • وقال ابو يوسف ومحمد اقبل ذلك كله في الوكالة وان سخط الخصم الى هنا لفظ محمد في الاصل
وقال الحسن بن زياد في كتابه المسمى بالمجرد قال ابو حنيفة في رجل اراد ان يخاصم رجلا في حق في مال او في دار
فاراد ان يوكل وكيلا انه لا ينبغي للقاضي ان يقبل منه وكيلا وهو حاضر الا ان يكون غايبا او مريضا فيقبل منه
وكالة الوكيل الذي وكله في ذلك وكذلك المراة اذا كان بينها وبين رجل خصومة وهي طالبة او مطلوبة فلا ينبغي
ان يقبل منها وكيلا الا ان تحضر بنفسها او تكون مريضة او غايبة او يكون القاضي يقضي بين الناس في المسجد وهي
معتلة من الحيض فيقبل منها وكيلا الى هنا لفظ كتاب المجرد • وقال الخصاف في ادب القاضي قال ابو حنيفة لا اقبل
وكالة من حاضر صحيح الا ان يرضى خصمه بذلك • فان كان رجل يريد سفرا قبلت وكالته وكذلك ان كان مريضا
لا يقدر على حضور المجلس اعني مجلس القاضي مع خصمه قبلت وكالته • وقال ابو يوسف اقبل وكالة الحاضر الصحيح
وان لم يرض خصمه لان هذا ارفق بالناس الى هنا لفظ الخصاف ولم يذكر قول محمد • وقال الشيخ ابو جعفر
الطحاوي في مختصره وليس له ان يوكل في خصومة لنفسه ولا في خصومة فيما يطالبه به غيره الا برضا من يخاصمه
بذلك الا ان يكون مريضا لا يستطيع الحضور للخصومة او يكون غايبا على مسيرة ثلاثة ايام ولياليها فاذا كان

بذلك

كذلك تقبل الوكالة منه في هذا وهذا قول ابي حنيفة وسوا عنده في ذلك الرجال والنساء • واما ابو يوسف ومحمد فيقولان
الوكالة في ذلك جائزة من الناس جميعا رضي الخصم او لم يرض الى هنا لفظ الطحاوي رحمه الله • وقال الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي التوكيل في الخصومة عند ابي حنيفة لا يجوز الا برضا الخصم سوا كان وكيل المدعي او وكيل المدعى عليه الا من
عذر والعذر سفر او مرض ويستوي على ان كان الموكل رجلا او امراة بكرا كانت او ثيبا • وقال صاحباه يقبل الوكالة
من الرجال والنساء جميعا في جميع الاحوال • ثم قال في شرح الطحاوي • وقال ابن ابي ليلى يقبل من البكر ولا يقبل من الثيب
ولا من الرجل • وقال ابو الحسن الكرخي في مختصره الوكالة في الخصومة جائزة في جميع الحقوق التي يجوز المطالبة
بها كان الموكل بذلك الطالب والمطلوب في قول ابي يوسف ومحمد • وكذلك قال ابو يوسف الا في الحدود والقصاص
واللعان فانه لم يجز الخصومة في ذلك • قال ابو حنيفة لا اقبل الوكالة في الخصومة من حاضر في المصر صحيح • فان كان مريضا
في المصر او غايبا عنه قبل وكالته في الخصومة • قال معلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة لا اقبل الوكالة في الخصومة من رجل
ولا امراة بكر وان كانت مخدرة الا من عذر مرض او غيبة • وقال ابو يوسف ومحمد ذلك جائز وان كان الموكل
حاضرا غير مريض الى هنا لفظ الكرخي • وذكر شمس الايمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط لا يصح التوكيل بغير رضا الخصم
وعندهما يصح • فان كان مريضا او مسافرا جاز • وقال في كفايته التوكيل بغير رضا الخصم وان كانت الموكلة امراة
مخدرة لا يجوز الا من عذر مرض او غيبة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجوز • وقال في المختلف والحصر
التوكيل بغير رضا الخصم لا يصح • وقالا يصح وهو قول ابن ابي ليلى • وقال الامام الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف
قال ابو حنيفة لا اقبل وكالة الا برضا الخصم فان اراد سفرا او كان مريضا لا يقدر على حضور مجلس القاضي قبلت وكالته
وقال ابو يوسف اقبله على كل حال لانه ارفق بالناس وقول محمد مثل قول ابي يوسف • وقال في خلاصة الفتاوي
التوكيل من غير رضا الخصم والموكل صحيح مقيم لا يصح وعندهما يصح • والفقيه ابو الليث كان يفتي بقولهما • وقال
شمس الايمة الحلواني في ادب القاضي المفتي مخير في هذه المسئلة ان شا افتى بقول ابي حنيفة وان شا افتى بقولهما • قال
رحمه الله ونحن نفتي ان الراي الى القاضي • واما المريض والمسافر يصح توكيلهما والبكر والثيب والمسلم والذمي سوا في
هذا • وقال مشايخنا في المخدرة يصح من غير رضا الخصم • وفي ادب القاضي لشمس الايمة الحلواني المراة التي تخرج في
حوايجها ليست بمخدرة الى هنا لفظ خلاصة الفتاوي • والظاهر من هذه الروايات يدل على نفي جواز التوكيل عند
ابي حنيفة بلا رضا الخصم الا من عذر • وقال في شرح الاقطع فاما المراة التي لم تجر عادتها بالخروج ولا حضور مجلس
الحكم فكان الشيخ ابو بكر الرازي يقول يجوز لها ان توكل لانها لا تصل الى ما تحتاج الرجال فاذا حضرت مجلس الحكم
انقبضت فلم تنطق بحجتها فلحقها بذلك ضرر فسقط عنها الحضور وجاز لها ان توكل • ثم قال قال الشيخ ابو بكر وهذا
شي استحسنه المتاخرون من اصحابنا • فاما ظاهر الاصل فيقتضي خلاف ذلك • ثم وجه قولهما ظاهر وهو ان التوكيل
بالخصومة تصرف من الموكل في حق نفسه فيصح بلا رضا الخصم كالتوكيل في ساير حقوقه من ايفا الدين واستيفايه
ولان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا بالخصومة ولم ينقل عنه اشتراط رضا الخصم • ولابي حنيفة رضي الله عنه ما روي
اصحابنا في كتبهم في حديث ام سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي احدكم بالقضا فليسو بينهم في المجلس والنظر
وقال لعلي لما ولاه القضا لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر فيا ثبت ان القاضي لما كان مامورا بالتسوية
بين الخصوم لم يجز ان يصول احد الخصمين ويتبذل الاخر فلم يجز التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم • ولان الخصومة
حق مختلف اختلافا من يقوله فلا يجوز بغير رضا الخصم كالحوالة بالدين ولان الجواب حق للمدعي على المدعى عليه على وجه
يطالب بطلبه ويترك بتركه وهو الذي ينتفع به على الخصوص وهذا آية كونه حقا للعبد وفي التوكيل هذا الحق الى
الغير على وجه لا يعري عن الضرر بصاحب الحق لان الناس متفاوتون في الخصومات وفي جواب الخصومات فرب
انسان يصور الباطل بصورة الحق ورب انسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه فيحتمل ان الوكيل ممن احذق في
الخصومات فيتضرر بذلك الخصم فيشترط رضاه • والدليل على تفاوت الناس في الخصومات قول النبي صلى الله عليه
وسلم انكم تختصمون الي ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشي من مال اخيه فلا ياخذ فانما اقطع له قطعة
من نار ذكر في ادب القاضي في الاقرار ايضا • وحدث مالك في كتاب الاقضية من الموطا عن هشام عن عروة
عن ابيه عن زينب بنت ابي سلمة عن سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انما
انا بشر وانكم تختصمون الي فلعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له بشي من
حق اخيه فلا ياخذن منه شيا فانما اقطع له قطعة من النار **قوله** بخلاف المريض والمسافر متصل بقوله الا ان
يكون الموكل مريضا او غايبا يعني يجوز التوكيل حينيذ بلا رضا الخصم لعدم وجوب الحضور والجواب عليهما لعجزهما بالمرض
والاحرا بالغيبة • وهذا لان الجواب لو لم يسقط عنهما لزم الحرج • قال تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج
قوله ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة • قال قاضي خان في فتاواه
لكن لا يصدق انه يريد السفر والقاضي ينظر الى عدة سفره ويسال عمن يريد ان يخرج معه فيسالهم عن رفقايه
كما في فسخ الاجارة • يعني اذا اراد المستاجر فسخها بعذر السفر فمجرد قوله اريد السفر لا يثبت العذر اذا لم يصدقه

الاجر تكريما له فيقول له القاضي قم من يريد الخروج تدليسا له فيقوم قال ثم لو انهم عشق العذر وهو السفر في فسخ الاجارة
نكذا هنا كذا في الفتاوى الصغرى **قوله** قال الرازي اراد به ابا بكر الجصاص احمد بن علي الرازي وهو صاحب
التصانيف الكثيرة في الاصول والفروع واحكام القران واليه انتهت رياسة اصحاب ابي حنيفة ببغداد بعد الشيخ ابي
الحسن الكرخي وكانت ولادته سنة خمس وثلاثمائة ومات سنة سبعين وثلثمائة **قوله** قال وهو شيء استحسنه المتأخرون
اي قال ابو بكر الرازي في كتاب الوكالة بعلامة السرخسي وافتاء الصدر الشهيد امراة لا تخرج من البيت توكلت
وكيلا بالخصومة فوجبت عليها اليمين ان كانت ممن لا تعرف بالخروج من بيتها ومخالطة الرجال في الحوائج يبعث الحاكم اليها
ثلاثة من العدول يستحلفها احدهم ويشهد الاخران على يمينها او نكولها **قوله** قال ومن شرط الوكالة ان يكون
الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه والوكيل ممن يعقل العقد
ويقصده • ثم انما شرط في الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد التصرف من الموكل فاذا
كان لا يملك الموكل بنفسه لا يملك الوكيل • قيل لا يستقيم هذا الشرط الا على مذهبهما ابي يوسف ومحمد لانه لو كان هو
شرط الوكالة ان يكون الموكل مالكا للتصرف على مذهب ابي حنيفة لم يجز ان يوكل المسلم الذمي ببيع خمر او شرائها
وهو جائز على مذهب ابي حنيفة مع ان المسلم لا يملك التصرف بنفسه فعلم انه ليس بشرط على مذهبه بل الشرط عنده
ان يكون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به • ولهذا قال لا كل عقد لا يجوز للموكل ان يباشره بنفسه
لا يجوز للوكيل ان يباشره له كالمرتد وكله ببيع الدم والميتة قلنا ينتقض هذا الكل بعقد الصرف فانه لا يجوز للموكل
ان يباشره بنفسه اذا كان غائبا ويجوز للوكيل ان يتولاه وكذلك الحاكم لا يجوز ان يحكم لنفسه ويجوز ان يحكم
لغيره • والقياس على الدم والميتة ضعيف لان اهل الذمة لا يعتقدونه مالا فلا يملك الوكيل تصرفه بخلاف
الخمر فانه عندهم مال • قلت هذا الشرط الذي شرطه القدوري يستقيم على مذهب الكل • وانما حصل هذا
القايل الاستقامة على مذهبهما لانه لا يدرك تمام كلام القدوري اذ معنى كلامه ان الوكالة لها شرط في الموكل
وشرط في الوكيل فالاول ان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام • والثاني ان يكون الوكيل ممن
يعقل البيع ويقصده • ومعنى قوله ان يكون ممن يملك التصرف ان يكون له ولاية شرعا في جنس التصرف باهلية
نفسه بان يكون عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير
بيعا وشرا لان المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعا في جنس التصرف لان كل الاثر ادعلى وجه يلزمه حكم التصرف
فيما تصرف بولايته والشرط الاخر وهو ان يعقل البيع ويقصده حاصل في الوكيل ايضا وهو الذمي لانه يعقل معنى
البيع والشرا ويقصده فصح الشرط اذا على مذهب الكل والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا
الله • وانما شرط ان يكون الموكل ممن يلزمه الاحكام احترازا عن الوكيل اذا وكل غيره حيث لا يصح توكيله بما
وكل به الا اذا اطلق له الموكل او يجيز ذلك لان الوكيل وكيل بخصومة موكله لان حكم العقد وهو الملك لا يلزم
الوكيل بل يلزم الموكل • ولهذا لا يملك الوكيل بالشرا المبيع ولا يملك الوكيل بالبيع الثمن • وقيل هذا احتراز عن الصبي
المحجور والعبد المحجور فانهما اذا اشتريا شيئا لا يملكانه فلا يصح توكيلهما ايضا وهذا هو الاصح من الاول • وانما
شرط ان يعقل العقد بان يعرف ان البيع سالب للملك والشرا جالب ويعرف الغبن اليسير من الفاحش لانه اذا لم يعقل
ذلك كالصبي الذي لا يعقل والمجنون الذي لا يعقل لا يصح وكالتهما اذ لا يتعلق بقولهما حكم في البيع والشرا **قوله**
واذا وكل الحر البالغ او الماذون مثلهما جاز • هذا لفظ القدوري في مختصره وكان ينبغي ان يقيد بالعاقل
ايضا لان المجنون اذا وكل غيره لا يصح وكانه انما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لان الغالب من الحر البالغ ان
يكون عاقلا • وقد يجنون نادرا • وانما اطلق الماذون ليتناول العبد والصبي الذي يعقل البيع والشرا
اذا كانا ماذونا لهما في التجارة لان توكيل الصبي الماذون غيره جائز كتصرفه بنفسه بخلاف ما اذا كان الصبي
محجورا حيث لا يجوز له ان يوكل غيره • وانما جاز توكيل الحر العاقل البالغ وتوكيل الماذون لوجود شرط
الوكالة وهو ان يكون الموكل مالكا للتصرف بولاية شرعية والوكيل ممن يعقل البيع • والشرا يقصده فاذا
وجد الشرط والمانع منتف تحقق الحكم وهو صحة الوكالة • وكذلك يجوز للوصي ان يوكل ولهذا قال في الشامل
في قسم المبسوط للوصي ان يوكل لانه يتصرف بالولاية كالاب **قوله** وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشرا
او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما هذا لفظ القدوري في مختصره • قال في شرح
الاقطع قال الشافعي لا يجوز توكيل الصبي • وجه قوله انه غير مكلف فصار كالمجنون • ولنا انهما من اهل
العبارة لان كلامهما يبنى عن معنى مفهوم فصح توكيلهما كالبالغ والمجنون ليس كذلك لانه لا يقصد البيع فصار كالهازل
فلم ينعقد بيعه وفي اعتبار عبارة الصبي منفعة يحصل له فصح كاحتطابه واحتشاشه • وهذا لان الادمي يمتاز من
سائر الحيوانات بالنطق فيعتبر كلامه كيلا يلزم الحاقه بالبهيمة والعبد مالك للتصرف على نفسه لكونه مكلفا
الا انه لا يملك التصرف في حق مولاه كيلا يلزم الضرر به • ولهذا لا تلحقه العهدة لحق المولى • ولهذا لا يلحق
العهدة الصبي لانه ليس باهل للضرر لقصور ولايته لعدم البلوغ • فاذا جاز توكيلهما ولم تلحق العهدة بهما لحقت

العهدة بموكلهما لانه اقرب الناس اليهما حيث انتفع بتصرفهما • قال في شرح الاقطع روي عن ابي يوسف ان المشتري ان علم
ان بايعه صبي او محجور عليه لم يتعلق الحقوق به وان لم يعلم ثم علم ثبت الخيار له لانه اذا لم يعلم فالظاهر انه دخل في العقد على
ان حقوقه يتعلق بالعاقد واذا لم يكن كذلك صار بمنزلة العيب فيثبت له الخيار • وقال في خلاصة الفتاوى الوكيل هو
بالبيع اذا كان صبيا ان كان ماذونا فالعهدة عليه استحسانا وان كان محجورا فعلى الامر وكذلك في العبد المحجور ثم اذا
عتر على عيب والجامع عدم الرضا **قوله** قال والعقود التي يعقدها الوكلا على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه
كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فيسلم المبيع ويقبض الثمن
ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم • وقال في بعض نسخه والعقد الذي يعقده اي جنس هو
العقد • وقال في شرح الاقطع قال الشافعي الحقوق تتعلق بالموكل • وجه قوله ان حكم العقد وهو الملك يقع للموكل فكذا
الحقوق وقال الشافعي ... ولنا ان الوكيل
لما كان حقا للملك لان حق الملك تبع للملك فصار الوكيل في البياعات كالوكيل في النكاح وكالرسول • ولنا ان الوكيل
هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بكلامه وحكما لانه يستغنى عن اضافة العقد الى نفسه وهو من يلزمه الضمان بفعله لانه حر مكلف فتعلقت الحقوق به والعهدة عليه
كالعاقد لنفسه ولا يلزم الصبي المحجور والعبد المحجور اذا صارا وكيلين حيث لا يلزمهما العهدة دفعا للضرر كما بينا قبل
هذا • ولا يلزم القاضي وامينه ايضا لان ايجاب الضمان عليهما ينافي القضا لانه يصير خصما فلا يصح قضاء الخصم • وا و رد
الشيخ ابو نصر البغدادي في هذا المقام سوالا وجوابا فقال فان قيل الثمن حق للموكل يجوز لو كيله المطالبة به كجائز
للموكل ان يطالبه اصله سائر الحقوق • قيل لا نسلم ان الثمن حق للموكل بل هو للوكيل متعين بحق الموكل • ولهذا يجوز
ابراؤه منه • ولان الوكيل لا يطالب بالثمن بمقتضى الوكالة وانما له المطالبة بعقده فاحكم عقده • ولهذا لو عزله الموكل
عن المطالبة لم ينعزل وسائر الحقوق بخلاف ذلك • قال في الفتاوى الصغرى حق القبض في البيع للوكيل ولو قبض هو
الموكل صح وقال هذا في غير الصرف اما في الصرف فلا يجوز قبض الموكل لانه بمنزلة الايجاب والقبول ونقله عن اخر
من الكافي من شرح الصدر الشهيد • وقال في الفتاوى الصغرى ايضا الوكيل ما دام حيا وان كان غائبا لا ينتقل
الحقوق الى الموكل • وقال ايضا ذكر الفضلي ان الوكيل بالبيع اذا مات عن وصي فالحقوق تنتقل الى وصيه دون الموكل
ولو مات ولم يوص يرفع الامر الى القاضي لينصب وصيا وهو قول بعض مشايخنا • وقال بعضهم تنتقل الى موكله ولايه
قبض الثمن ونقله عن اخر الباب الاول من شهادات الجامع • ثم اعلم ان المشايخ اختلفوا في ان الملك يثبت للوكيل بالشرا
ثم ينتقل منه الى الموكل او يثبت للموكل ابتدا • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي ومن تابعه بالاول واليه ذهب بعض اصحابنا
وهو اختيار قاضي خان كذا في التحرير • وقال ابو طاهر الدباس بالثاني وهو مذهب جماعة من اصحابنا قالوا ان الملك
يثبت للموكل ابتدا والسبب انعقد موجبا حكمه للموكل الا ان الموكل قام مقامه في ثبوت الملك له بالتوكيل السابق فيثبت
للموكل على وجه الخلافة عن الوكيل كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فيقع الملك فيه لمولاه على وجه الخلافة
واليه ذهب صاحب الهداية بقوله هو الصحيح • قال في الفتاوى الصغرى قال شمس الائمة السرخسي قول ابي طاهر اصح هو
قول الشافعي قول ابي طاهر كذا في شرح الاقطع • وقال في الفتاوى الصغرى ذكر الصدر الشهيد ان القاضي
ابا زيد خالفهما فقال الوكيل نايب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم ينتقل الى الموكل من قبله فوافق
ابا الحسن في حق الحقوق ووافق ابا طاهر في حق الحكم • وهذا حسن • وجه قول ابي طاهر ان الوكيل اذا اشترى ذا رحم
محرم منه لم يعتق عليه فلو ثبت الملك له لعتق • وجه قول ابي الحسن ان الوكيل اذا خالف لزمه المشتري فلو لم ينتقل الملك
اليه لم يلزمه بالمخالفة كما لا يلزم الوكيل بالنكاح اذا خالف دل على انتقاله اليه وان لم يخالف ولا يرد الصبي المحجور
والعبد المحجور لانهما اذا خالفا لا ينتقل الملك اليهما ولا يلزم القاضي اذا عقد على مال الصغير على وجه لا يجوز في
الصغير ان العقود ينتقل اليه وان كان لو لم يخالف لم ينتقل لان من اصحابنا من قال ان الملك ينتقل اليه ولان لا
يلزمه الضمان كيلا يضيع امور المسلمين بتقاعد الناس عن القضاء خوفا عن الضمان • ومنهم من قال ان القاضي اذا اعتمد
العقد على وجه لا يجوز خرج من القضا وصار عقده كعقد الوكيل وان نعلم ذلك ساهيا لم يخرج من القضا ولم
ينتقل الملك اليه كما لا ينتقل الى العبد المحجور • وجواب قول ابي طاهر ان نفوذ العتق يحتاج الى ملك مستقر دايم
وملك الوكيل غير مستقر ولا دايم فيه الا ترى انه يزول عنه في ثاني الحال وينتقل الى الموكل باعتبار الوكالة السابقة
كما قال في الزيادات فيمن تزوج امة ثم حج على رقبتها فاجاز مولاها فانه تصير الامة مهر الحرة ولا يفسد النكاح
وان ثبت الملك للزوج فيها لان ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه الى الحرة فكذلك ههنا **قوله** وصار كالرسول
اي صار الوكيل في عدم تعلق الحقوق به كالرسول في البيع حيث لا يتعلق الحقوق به • صورة ارسال الرسول ان
يقول البايع بعت عبدي هذا من فلان الغايب بالف درهم فاذهب يا فلان فقل له فذهب الرسول فاخبره بما
قال فقال المشتري في مجلسه ذلك اشتريت او قال قبلت تم البيع بينهما كذا ذكر في اول كتاب البيوع في شرح الطحاوي
قوله واذا كان كذلك كان اصلا اي اذا كان الوكيل عاقدا حقيقة وحكما كان اصلا في الحقوق فيتعلق به اي يتعلق
الحقوق بالوكيل **قوله** في الكتاب اي في مختصر القدوري **قوله** خلافة عنه اي عن الوكيل **قوله**
كالعبد يتهب ويصطاد اي يقبل الهبة يعني يثبت الملك للمولى على وجه الخلافة عن العبد بفعله وقبضه • قال

الكرخي في مختصره في اخر كتاب الهبة اذا وهب رجل لعبد رجل هبة فالقبول الى العبد فان قبل وقبض صحت الهبة وكان
الملك للمولى • ولا يجوز قبول المولى ولا قبضه كان على العبد دين او لم يكن الى هنا لفظ الكرخي **قوله** هو الصحيح
اي ثبوت الملك للموكل خلافة عن الوكيل هو الصحيح • وهذا احتراز عن قول ابي الحسن الكرخي وقد مر بيانه **قوله**
وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره يعني ان الخصومة في العيب للوكيل وعليه ولكن فيها تفصيل سيذكر في الباب الذي بعد هذا
عند قوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب **قوله** قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن
دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المراة تسليمها اي قال
القدوري في مختصره وذلك لان الوكيل لا بد له من الاضافة في هذه العقود الى موكله لانه لو اضاف العقد الى نفسه
لا يقع عن موكله فلما لم يكن بد من اضافة العقد الى الموكل كان الوكيل بمنزلة السفير لم تتعلق حقوق العقد به كالرسول
وانما لم يكن له بد من اضافة العقد الى الموكل في هذه العقود لان هذه العقود لا يقبل الحكم فيها الانفصال عن السبب لان
السبب وهو العقد اذا وجد وجد معه الحكم لا محالة لان فيها معنى الاسقاط ايضا لان الاصل في المراة التي خلعت محلا
للنكاح المالكية فبعقد النكاح سقط عنها نوع المالكية والساقط لا يعود فلا يمكن ان يقال لم يسقط عنها هذه المالكية و
لا حل الوكيل وتثبت هي للوكيل ثم تنتقل الى الموكل لان الساقط يتلاشى فلما لم يقبل الحكم الانفصال عن السبب وقع العقد لمن
اضيف اليه • فان اضيف الى الموكل وقع له وان اضيف الى الوكيل وقع له فلم يتصور اذا صدر العقد من شخص باضافته اليه
وثبوت حكمه لغيره فبقي الوكيل في ذلك سفيرا محضا بخلاف البيع والاجارة فان الوكيل في ذلك يستغني عن اضافة العقد الى موكله ولهذا لا يشترط
ذلك بناء على ان الحكم يقبل الفصل عن السبب لانه لا يلزم من وجود العقد وهو السبب وجود الحكم وهو الملك لا محالة كما في البيع بشرط الخيار فاذا كان
كذلك قلنا بثبوت الحكم وهو الملك اولا للوكيل ثم انتقل منه الى الموكل على ما ذهب اليه الكرخي وفي باب النكاح يثبت الحكم اولا للموكل لعدم انفكاك الحكم
عن السبب هذا معنى تقرير صاحب الهداية فافهمه ان شاء الله تعالى وقد تكلف فيه بعضهم بتقرير ثقيل وحله القول هنا ما قال في شرح الطحاوي بقوله اعلم
ان حقوق العقد في البيع والاجارة والاستيجار وما كان بمعناه فانها ترجع الى العاقد فالعاقد في حقوق عقده كالمالك والمالك كالاجنبي وهذا
اذا كان الوكيل اهلا لان يعقد لنفسه واما اذا لم يكن اهل العقد لنفسه فلا ينصرف حقوق العقد اليه وانما ينصرف حقوق العقد الى الموكل
كالعبد والصبي المحجور والمعتوه المحجور الذي يعقل البيع والشرا وحقوق العقد هي قبض الثمن وتسليمه فلو ان الموكل طالب المشتري بالثمن ليس له ذلك
ولو امر الوكيل الموكل بقبض الثمن فانما طالبه بالثمن اجبر المشتري على تسليم الثمن اليه فلو نهى الوكيل الموكل عن قبض الثمن صح نهيه ولو
نهى الموكل الوكيل عن قبض الثمن فانه لا يصح نهيه غير ان المشتري لو نقد الثمن الى الموكل برئ من الثمن استحسانا • ولو كان الوكيل
هو الذي ابرأ المشتري من الثمن او وهبه له او ابراه عن البعض او حط عنه فان ذلك كله جائز ويضمن الوكيل للموكل ما اسقط عن
المشتري • وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما • وقال ابو يوسف لا يصح ابراؤه ولا هبته ولا حطه • وكذلك اذا
اخر الوكيل الثمن هو على هذا الخلاف • ولو فعل ذلك الموكل صح ذلك بالاجماع وللوكيل ان يطالب البايع بتسليم المبيع اذا نقد الثمن
الثمن ولا يطالب الموكل به • ولو استحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الوكيل ان نقد الثمن اليه وان نقد الثمن الى الموكل رجع عليه
بالثمن • ولو لم يستحق المبيع ولكن المشتري وجد به عيبا فله ان يخاصم مع الوكيل • فاذا اثبت عليه العيب ورد عليه بقضاء قاض
اخذ الثمن من الوكيل اذا نقد اليه • ولو نقد الثمن الى الموكل اخذ منه وكذلك الوكيل بالشرا هو المطالب بالثمن دون الموكل لانه هو
الذي يقبض المبيع من البايع دون الموكل • فاذا استحق المبيع فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على البايع دون الموكل لانه هو
الذي يقبض المبيع من البايع • ولو وجد بالمبيع عيبا فانه ينظر ان كان المبيع في يده بعد ولم يسلمه الى الموكل فله ان يرده عليه
بالعيب • فلو كان سلمه الى الموكل فلا يرده الا برضا الموكل وكذلك هذا الحكم في الاجارة والاستيجار • ولو كان هذا
وكيلا في المبادلة التي هي مبادلة بغير مال كالنكاح والخلع والصلح على دم العمد والكتابة والعتق على مال فان الوكيل في
هذه العقود معبر وسفير وينصرف حقوق العقد الى الموكل دون الوكيل فان كان الوكيل بالنكاح وكيل الزوج فلا يؤاخذ
الوكيل بالمهر وانما يؤاخذ الزوج الا اذا ضمن فيؤاخذ بالضمان لا بالعقد وكذلك لو كان الوكيل وكيل المراة ليس له قبض المهر
وكذلك الوكيل بالكتابة ليس له قبض بدل الكتابة وكذلك الوكيل بالخلع ان كان وكيل الزوج ليس اليه قبض بدل
الكتابة • وان كان وكيل المراة فلا يؤاخذ ببدل الخلع الا اذا ضمن وكذلك الوكيل بالصلح عن دم العمد فهو على هذا الى هنا
لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي **قوله** والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح عن الانكار
والضرب الثاني مبتدا ومن اخواته العتق جملة وقعت خبرا له اي من اخوات الضرب الثاني العتق على مال • واراد بالضرب الثاني
كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله فتتعلق حقوق العقد بالموكل لا بالوكيل جعل الكتابة من قبيل مبادلة ما ليس بمال بما هو مال
لان بدل الكتابة يقابله فك الحجر وكذا جعل الصلح على الانكار من هذا القبيل لان بدل الصلح يقابله دفع الخصومة في حق
المدعى عليه **قوله** فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول اراد به الصلح عن اقرار جعله جاريا مجرى البيع لانه مبادلة
مال بمال فكان حكمه حكم البيع فتتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل **قوله** والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع
والرهن والاقراض سفير ايضا • يعني اذا وكل رجلا ليهب عبده من فلان او يتصدق عليه او يعيره او يودعه او يرهنه عنه
او يقرضه ففعل ما امر به صح لان الموكل وكل غيره بما يملكه بنفسه وكان الوكيل سفيرا محضا فيتعلق حقوق العقد بموكله لا به
نحو الرجوع في الهبة واسترداده الى يده ولم يكن للوكيل ان يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض من يد لانه

يضيف العقد الى موكله ويقول وهبه لك موكلي او رهنه • والتحقيق فيه ان هذه الاشياء لا يثبت الحكم فيها قبل القبض وانما يثبت
بالقبض والقبض يقع على محل مملوك للغير لان الوكيل يضيف العقد الى غيره كما قلنا فاذا كان كذلك لم يمكن ان يجعل الوكيل اصلا
في الحقوق فكان سفيرا • وهذا معنى قوله لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصلا والضمير في انه
يرجع الى القبض **قوله** وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس يعني اذا كان الوكيل من جانب المستعير والمرتهن والموهوب له ع
يكون الوكيل سفيرا ايضا لا يتعلق حقوق العقد به بل تتعلق بالموكل لان الوكيل يضيف العقد الى موكله **قوله** وكذا الشركة والمضاربة
يعني ان الوكيل في هذين العقدين سفير ايضا لا تتعلق حقوق العقد به بل تتعلق بالموكل لان الوكيل لا بد له من اضافة العقد
الى موكله فكان سفيرا حتى لو اضاف العقد الى نفسه لا يقع عن موكله **قوله** الا ان يكون التوكيل بالاستقراض باطل وهذا
استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس • قال بعضهم في بيان بطلان استقراض الوكيل بان العبارة للوكيل
والمحل الذي امره بالتصرف فيه ملك الغير فان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل
قلت هذا الذي قال يبطل بالتوكيل بالاستعارة فانه صحيح مع ان الموكل امره بالتصرف في ملك الغير وليس معنى كلام المصنف
ما فهمه هذا القائل بل معناه ان الوكيل بالاستقراض اذا اضاف العقد الى نفسه • وقال اقرضني كان التوكيل باطلا حتى
لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل الا اذا اضاف العقد الى الموكل واخرجه على وجه الرسالة فقال ارسلني فلان اليك يستقرض
كذا فحينئذ يصح الاستقراض ويقع القرض للموكل وليس للوكيل ان يمنع الموكل عنه فافهمه ففيه غناء عن تطويل لا طائل تحته
قوله قال واذا طالب الموكل بالبيع المشتري فله ان يمنعه عنه • قال القدوري في مختصره اعلم ان الموكل بالبيع اذا
طالب المشتري بالثمن فللمشتري منعه عنه لان الموكل اجنبي عن حقوق العقد لان الحقوق تتعلق بالعاقد وهو الوكيل • ولهذا
اذا نهاه الوكيل صح ذلك فلو نهاه الموكل عن قبض الثمن لا يصح • فاذا كان كذلك لم تجز مطالبة الموكل الا بامر الوكيل ولكن
مع هذا لو دفع المشتري الثمن الى الموكل جاز وبرئ المشتري من الثمن استحسانا • وقد روينا ذلك عن شرح الطحاوي قبل هذا
وليس للوكيل ان يطالبه ثانيا لان القبض وان كان حق الوكيل لكن الثمن ملك الموكل فلا فائدة في الاسترداد منه ثم الدفع
اليه • ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة • هذا ايضاح لكون الثمن المقبوض حق الموكل • اعلم ان الوكيل
بالبيع يملك اسقاط الثمن عن المشتري بالاقالة والابرا والمقاصة بما على الوكيل عندهما • وقال ابو يوسف لا يملك ذلك
كذا في الفتاوى الصغرى • وجه قوله انه تصرف في ملك الغير بلا رضاه • وجه قولهما انه تصرف في حقوق العقد فيصح
ومن ضرورته اسقاط الحقوق اسقاط الملك فصار كانه اتلف ملك الموكل فوجب الضمان • قال محمد في الاصل ولو كان البايع
ابرا المشتري يعني ان الوكيل ابراه من الثمن فهو جائز وهو له ضامن وكذلك لو وهبه له وكذلك لو اشترى متاعا او كانت
دنانير فاخذ بها منه دراهم او كانت دراهم فاخذ بها منه دنانير فهو ضامن للثمن • والذي اشترى هو له وكذلك
لو صالحه عليه صلحا ولم يقبض وكذلك لو اخر عنه الثمن الى اجل كان ضامنا للثمن وجاز التاخير ولو حط عنه كان ضامنا
لما حط عنه • وهذا كله قول ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف لا يجوز شيء مما صنع من هذا من هبة وغيرها والمال
على حاله على المشتري الى هنا لفظ محمد في الاصل في باب الوكالة بالقيام على الدار • وقال في الفتاوى الصغرى ثم في وقوع
المقاصة اذا كان دين المشتري على الموكل وهو مثل الثمن صار قصاصا اجماعا وان كان دينه على الوكيل فعلى الاختلاف
وان كان عليهما يصير قصاصا بدين الموكل • اما عند ابي يوسف فظاهر • واما عندهما فان الثمن لو صار قصاصا
بدين الوكيل لاحتجنا الى قضاء الوكيل للموكل • ولو صار قصاصا بدين الموكل لا يحتاج الى قضاء اخر فقصرنا المسافة • ولان
الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشتري بالاجماع فعلى هذا الحيلة في موضعين • احدهما اذا كان لرجل على زيد دين لا يؤديه
فيوكل الدائن على الغير في شراء عين من زيد فاذا اشترى تقع المقاصة بين دين الوكيل على البايع وبين دين وجب للبايع
على الوكيل ثم الوكيل ياخذ الثمن من موكله • والثاني ان يوكل رب الدين غريمه بالشرا المديون فتقع المقاصة بين دين
الموكل وبين ما وجب للبايع على الوكيل اخر هذه الحيلة استفدنا من الزيادات في باب من البيع • وحكى الفقيه ابو الليث
في وصايا النوازل عن كتاب الماذون اذا باع الوكيل وللمشتري على الموكل دين مثل ذلك الثمن يصير قصاصا • ولو كان
للمشتري دين على الوكيل ايضا يصير قصاصا بدين على الموكل دون الدين الذي على الوكيل • وحكى الناطفي عن مناسك
الثلجي ان الوكيل بالبيع اذا باع من دائنه فللدائن ان يجعل الثمن قصاصا بما له عليه في قياس قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله • ويضمن الوكيل للموكل بمنزلة ابرا الوكيل المشتري عن الثمن • وفي قول ابي يوسف لا يصير قصاصا وفي نوادر ابن
سماعة ان كان دين المشتري على الموكل فاراد ان يجعله قصاصا ليس له ذلك لان الموكل ليس له مطالبة المشتري بالثمن الى
هنا لفظ الفتاوى الصغرى **قوله** وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد لما انه
يملك الابرا عنه • يعني ان الوكيل يملك ابرا المشتري عن الثمن عندهما وهو ابرا بغير عوض لان القبض حقه فيملك المقاصة
ايضا لانه ابرا ايضا ولكنه بعوض فكان بالطريق الاولى ان يملكه **قوله** ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين اي ولكن
الوكيل يضمن الثمن للموكل في فصل الابرا وفصل المقاصة بدين الوكيل والله اعلم

باب الوكالة بالبيع والشرا

فصل في الشرا

قدم باب الوكالة بالبيع والشرا على سائر الابواب لكثرة وقوع
البيع والشرا ومساس الحاجة الى الوكالة في ذلك ثم قدم فصل الشرا لان الشرا مثبت للملك وهو الاصل في عقد البيع وهو المبيع

والبيع من يده والثبوت قبل الزوال فكان الشراء أولى بالتقديم **قوله** قال ومن وكل رجلا له بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه أي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه إلا أن يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت وأراد بالجنس النوع لاصطلاح أهل المنطق وهو الكلي المقول على كثير من مختلفين بالنوع في جواب ما هو والنوع هو المقول على كثير من مختلفين بالعدد في جواب ما هو أو أراد مصطلح أهل الفقه وهو ما علق على شيء بعينه وعلى كل ما أشبهه ويجوز أن يريد بالجنس ما يندرج تحته أشخاص وقد مر بيان ذلك في كتاب النكاح في باب المهر ■ قال الشيخ أبو نصر البغدادي هذا الذي ذكره القدوري استحسان والقياس أن لا يجوز وأن يمنع من جواز الوكالة ما يمنع من جواز البيع وجه القياس أن المبيع ينتقل إلى الوكيل ومن جهته إلى الموكل فصار الوكيل بمنزلة البائع فكما لا يجوز إذا منع البيع مع الجهالة فكذلك لا يجوز التوكيل ■ وجه الاستحسان ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عروة البارقي دينارا وأمره أن يشتري شاة فذكر الجنس وقدر الثمن وسكت عن الصفة ولم يذكر الصفة فصار أصلا في ذلك لأن الثمن إذا علم صارت الصفة معلومة ■ وإذا ذكر الصفة صار الثمن معلوما فأغنى ذكر أحدهما عن الآخر ■ وأما إذا أطلق له الأمر ولم يخصه فقال اشتر ما رأيت فإنه يصح مع الجهالة فإنه فوض الرأي إليه فصح مع الجهالة كالبضاعة والمضاربة وكان الشيخ أبو بكر الرازي يقول هذا المعنى على وجه آخر وهو أن الوكالة الخاصة إذا كانت تجمع أجناسا مختلفة أو ما هو في حكم الأجناس فإن الوكالة لا تجوز حتى يبين الصفة أو الثمن كقوله اشتر لي ثوبا لأن اسم الثوب يقع على أجناس فلا بد أن يذكر جنسا منها ■ فإن اشترى الوكيل شيئا منها كان مشتريا لنفسه ■ وكذلك إذا قال اشتر لي دارا لأن الدار وإن كانت جنسا واحدا إلا أنها قد صارت في حكم الأجناس لكثرة تفاوتها ■ فأما إذا كان الاسم يقع على جنس واحد جاز وإن لم يذكر الصفة ولا الثمن كقوله اشتر لي حمارا لأن الصفة تصير معلومة بحال الموكل كذا في شرح الأقطع ■ قال محمد بن الحسن في الأصل وإذا وكل الرجل رجلا أن يشتري له جارية أو عبدا فإن هذا لا يجوز من قبل أن العبيد والجواري مختلفون فإن وكله أن يشتري له عبدا مولدا أو حبشيا أو سنديا أو سمى جنسا من الأجناس فإن ذلك جائز ■ وكذلك الجارية وإن لم يسم جنسا من الأجناس وسمى الثمن فإن ذلك جائز أيضا وتسمية الثمن وتسمية الجنس سواء ■ ثم قال في الأصل وإذا وكله أن يشتري له دابة فإن ذلك لا يجوز وإن سمى الثمن فإن ذلك جائز أيضا وتسمية الثمن من قبل أن الدواب مختلفة ■ وإذا قال له اشتر لي حمارا ولم يسم الثمن فهو جائز عليه ■ وكذلك لو قال اشتر لي بغلا فإن اشترى له شيئا لا ينتفع الناس في مثله لا يلزم الآمر ولزم المشتري ■ ثم قال في الأصل وإذا أمره أن يشتري له ثوبا فإن ذلك لا يلزم الآمر ■ وإن سمى الثمن فإن ذلك أيضا لا يجوز من قبل أن الثياب مختلفة ■ فإن قال اشتر لي ثوبا يهوديا ولم يسم الثمن فهو جائز إذا اشتراه مما يشترى مثله أو زاد على ذلك بما يتغابن الناس في مثله وكذلك كل جنس سماه من الثياب ■ فإن سمى له عجميا فزاد على ذلك الثمن لم يلزم الآمر وإن نقص من ذلك الثمن لم يلزم الآمر ■ فإن وصف له صفة وسمى له ثمنا فاشترى له تلك الصفة بأقل من ذلك الثمن جاز ذلك على الآمر ■ ثم قال في الأصل وإذا وكله أن يشتري له دارا ولم يسم الثمن فإن ذلك لا يلزم الآمر ولا يجوز عليه هذا كله لفظ محمد في الأصل ■ وقال في شروح الجامع الصغير رجل أمر آخر أن يشتري جارية أو ثوبا أو دابة أو دارا ولم يسم الثمن فهو مشتر لنفسه والوكالة باطلة ■ وإن سمى ثمن الدار والثوب جاز ■ وقال قاضي خان في شرحه والأصل في هذا أن الوكالة ضربان خاصة وعامة فإن كانت عامة تصح مع الجهالة الكثيرة كما لو قال اشتر ما شئت أو ما رأيت لأنه فوض الرأي إليه فصار بمنزلة البضاعة والمضاربة ■ وإن كانت خاصة فإن كانت الجهالة يسيرة لا تمنع صحة الوكالة لأنها لا تمنع الامتثال ■ وقال شمس الأئمة المرغيناني تمنع وإن كانت كثيرة تمنع لأنها تمنع الامتثال والجهالة أنواع ثلاثة فاحشة وهي ما كانت في الجنس تمنع الوكالة وإن بين الثمن كما لو وكله بشراء ثوب أو دابة لا يصح ما لم يبين النوع لأن الثوب أجناس مختلفة تقع على الكرباس والحرير والخز وغير ذلك وبين الجنس والجنس تفاوت فاحش وبيان الثمن لا يزيل الجهالة فإنه قد يكون نحو ما يوجد بعشرة أيضا فلا يقدر على الامتثال فيحتاج إلى بيان الصفة والدابة اسم الأجناس مختلفة لأنه اسم لما يدب على وجه الأرض حقيقة وفي عرف الناس يتناول البقر والغنم والحمار والإبل فما لم يبين النوع لا يجوز ■ وجهالة يسيرة وهي ما كانت في النوع المحض كما لو وكله بشراء حمار أو فرس أو ثوب يهودي يصح وإن لم يبين الثمن ■ لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للأضحية وجهالة النوع عفو ولأن التفاوت بين النوع والنوع يسير فلا يمنع الامتثال لكن تنصرف الوكالة إلى ما يليق بحال الموكل حتى أنه لو كان كناسا أو ناليا فاشترى الوكيل حمارا مصريا بألف لا يلزم الآمر وكذا لو وكل واحد من العوام رجلا أن يشتري له فرسا فاشترى فرسا يصلح للملوك لا يلزم الآمر ■ والثالثة ما يكون بين الجنس والنوع كما لو وكله بشراء عبد أو جارية إن بين الثمن أو الصفة بأن قال تركيا أو هنديا أو روميا صحت الوكالة وإن لم يبين الثمن أو الصفة لا تصح لأن اختلاف العبيد والجواري أكثر من اختلاف سائر الأنواع وعادة الناس في ذلك مختلفة فكانت بين الجنس والنوع وكذا الدار ملحقة بالجنس من وجه لأنها مختلفة بقلة المرافق وكثرتها ■ فإن بين الثمن ألحقت بجهالة النوع وإن لم يبين ألحقت بجهالة الجنس والمتأخرون قالوا في ديارنا لا يجوز بدون بيان المحلة لأنها تختلف باختلاف المحلة وبما يبين من الثمن وكذا لو قال اشتر لي حنطة ما لم يبين عدد القفزان أو الثمن لأن اسم الحنطة يتناول القليل والكثير فما لم يبين المقدار أو الثمن لا يجوز

قوله

قوله من تسمية جنسه وصفته والجنس كالعبد والجارية والصفة كالتركي والحبشي على ما يجيء بيانه في المتن **قوله** إن كان اللفظ يجمع أجناسا كالدابة والثوب **قوله** أو ما هو في معنى الأجناس كالدار **قوله** والمولد وهو ما كان من الرقيق مولودا في البيت لا مجلوبا **قوله** لما ذكرناه إشارة إلى قوله لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما **قوله** والسطة السطة مصدر قولهم وسطت القوم سطة أي توسطتهم ■ قال تعالى فوسطن به جمعا وهو بمعنى كالعدة والوعد والعظة والوعظ **قوله** لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكسا وكأنه أراد بالأطلس الأرفع من الثياب ومن الكسا أدونها ولم يرد في اللغة هكذا ■ قال صاحب الجمهرة الطلسة كدرة في غبرة والذئب أطلس وكذلك لون كل شيء يشبهه يقال طلس يطلس طلسا ■ وقال في تهذيب ديوان الأدب الأطلس على لون الذئب يقال ذئب أطلس والأطلس الخلق من الثياب ولبعض الفضلاء الأطلس مشتق من الأطلس ■ والأطلسان تنأى عن الأنس ثيابهم طلس ولكنها عرض ثيابهم طلس **قوله** قال ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها أي قال في الجامع الصغير في البيوع في أول باب الوكالة بالبيع والشراء ■ قال محمد في الأصل وإن دفع إليه دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فاشترى له بها حنطة جاز ذلك على الآمر وإن اشترى بها لحما أو فاكهة لم يجز على الآمر استحسن ذلك ■ وإن اشترى بها دقيقا أو خبزا فإن كان ذلك يشترى بمثل تلك الدراهم فهو جائز على الآمر وإن كانت دراهم كثيرة لم يشتر بها مثل ذلك لم يجز ذلك على الآمر وإذا لم يدفع إليه شيئا وقال اشتر لي حنطة فاشترى له حنطة فإنه لا يجوز على الآمر من قبل أنه لم يسم له كم يشتري كذا في الأصل في باب الوكالة بالأصل بالشراء والبيع الذي لا يجوز على صاحبه ■ وأراد بالدقيق والخبز دقيق الحنطة وخبز الحنطة لأن الوكيل بشراء الطعام إذا اشترى الشعير لا يجوز فكذا إذا اشترى دقيقه وخبزه ألا ترى إلى ما نص محمد في الأصل في باب الوكالة في السلم بقوله وإذا وكل الرجل رجلا أن يسلم له دراهم في طعام فالطعام عندنا الحنطة استحسن ذلك فإن أسلم في شعير أو تمر أو في سمسم فهو جائز على الوكيل ولا يجوز على الآمر إلى هنا لفظ الأصل والقياس أن يتناول كل طعام من الفاكهة واللحم وغير ذلك لأن الطعام اسم لما يطعم وهو عام ■ ولهذا لو أوصى بالطعام يدخل فيه كل مطعوم ولهذا لو حلف أن لا يأكل طعاما كان عاما فيما يطعم وهو ما يتأتى فيه المضغ والابتلاع فكذا هذا ■ وجه الاستحسان أن الطعام في عرفهم يتناول الحنطة ودقيقها إذا ذكر مقرونا بالشراء ■ ولهذا يسمى عندهم السوق التي يباع فيها الحنطة ودقيقها سوق الطعام ■ وإذا كان العرف هكذا تركنا القياس به لأن العرف أقوى من القياس لأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص ولا عرف في اليمين والوصية فبقي مطلق الطعام مرادا كما هو أصل الوضع ■ قال في الفتاوى الصغرى قال شيخ الإسلام خواهر زاده إن كانت الدراهم كثيرة بحيث يشترى بها الحنطة لا الدقيق والخبز فاشترى بها الوكيل خبزا أو دقيقا لا يجوز على الموكل وإن كانت وسطا يشترى بها الحنطة أو الدقيق فاشترى بها الوكيل الحنطة أو الدقيق جاز ■ ولو اشترى بها الخبز لا يجوز وإن كانت قليلة بحيث لا يشترى بمثلها في العرف إلا الخبز فإنه يجوز إذا اشترى الخبز ■ وذكر الصدر الشهيد في أول باب الوكالة بالبيع والشراء من بيوع الجامع الصغير ■ قال الفقيه أبو جعفر إذا كثرت الدراهم فعلى الحنطة وإن قلت فعلى الخبز وإن كانت بين ذلك فعلى الدقيق ■ وقال في الفتاوى الصغرى فما ذكر محمد عرفهم أما في عرفنا فالطعام ما يمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه فتنصرف الوكالة إلى ذلك دون الدقيق والحنطة والخبز والمشوي على هذا ■ وفي العيون روي عن أبي يوسف إذا كانت له وليمة فدفع إليه دراهم كثيرة فهو على الخبز وإذا وكله بشراء اللحم بدرهم فاشترى المطبوخ أو المشوي منه لا يجوز على الآمر إلا إذا كان مسافرا نزل خانا ولحم الطير أو الوحش يجوز عليه إذا كان في بلد يباع في أسواقه منه يشتري الناس وشراء الشاة الحية أو المذبوحة لا يجوز عليه وإن سمى الآمر بعشرة دراهم إلا أن تكون مسلوخة ■ ولو أمره بشراء البيض فهو على بيض الدجاج بخلاف اليمين على أكل البيض حيث يقع على بيض الطير هذا كله في الفتاوى الصغرى فليتنبه لكثير الفوائد **قوله** إن العرف أملك أي أقوى من القياس **قوله** وهو على ما ذكرناه أي العرف وأنه على الحنطة ودقيقها وقد مر البيان **قوله** فبقي على الوضع وهو أن الطعام اسم لما يطعم **قوله** وقيل إن كثرت الدراهم إلى آخره وهذا قول الفقيه أبي جعفر الهندواني وقد مر قبل هذا **قوله** وإن قلت فعلى الخبز لأنه لا بد من زيادته **قوله** قال وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده ■ أي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه وذلك لأن هذا من حقوق العقد وهي كلها راجعة إلى الوكيل في باب البياعات والرد بالعيب من حقوق العقد فيرده الوكيل ما دام في يده بخلاف ما إذا سلمه إلى الموكل حيث لا يرده إلا بإذنه لأنه انقطع حق الوكيل بانتهاء الوكالة ■ ولهذا قالوا إذا سلمه إلى الموكل لم يكن للشفيع أن يطالب الوكيل بالشفعة لأنه خرج من الوكالة وانقطع حقه كذلك هذا ■ قال محمد بن الحسن في الجامع الكبير الوكيل بالشراء إذا اشترى جارية ودفعها إلى الآمر ثم علم بعيب فإنه لا يردها إلا برضا الآمر فإن لم يدفعها إلى الآمر فله أن يردها فإن رضي بالعيب أو أبرأ البائع عن العيب وقد أمره الآمر بردها فصح رضاه وإبراؤه في حقه دون الآمر حتى كان للآمر أن يأخذ الجارية مع العيب وإن شاء تركها على المأمور وضمنه الثمن ■ قال في شروح الجامع الكبير وهذه المسألة حجة لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله على أبي يوسف في مسألة الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن فلو لم يكن الإبراء عن الثمن صحيحا ثمة في حق الآمر لم يصح الإبراء عن العيب ههنا أيضا من المشايخ من قال تأويل ما ذكر ههنا إذا أبرأ الوكيل البائع عن العيب بلا عوض

القبض لان قبل القبض العيب لا حصة له من الثمن بدليل ان البائع اذا صالح المشتري عن العيب على ثوب بعينه قبل القبض لم يكن للثوب حصة العيب بل يصير كان البائع زاد في المبيع ثوبا حتى ينقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما فاذا لم يكن للعيب حصة من الثمن لم يكن ابراء البائع عن العيب ابراء عن شيء من الثمن فيصح • فاما بعد القبض لا يصح الابراء عند ابي يوسف لان للعيب بعد القبض حصة من الثمن بدليل ان الصلح لو كان بعد القبض كان الثوب بحصة العيب حتى لو وجد به عيبا يرده بقدر نقصان العيب من الثمن فكان الابراء عن العيب ابراء عن بعض الثمن فلا يصح عليه • ومنهم من قال لا بل صح الابراء عن العيب عند الكل قبل القبض وبعده وفرقوا لابي يوسف بين ابرا الوكيل بالشرا عن العيب وبين ابرا الوكيل بالبيع عن الثمن والفرق هو انه لا ضرر للآمر في ابرا الوكيل بالشرا عن العيب فان للآمر ان يتركها على المأمور • اما في ابرا الوكيل بالبيع عن الثمن فله ضرر لانه لو صح الابرا كان الثمن على الوكيل ويبرا المشتري وربما يكون المشتري املا من الوكيل فاعتبر من هذا الوجه فان لم يختر الآمر شيئا حتى هلكت في يد المأمور هلكت من مال الآمر لان يده كيد المالك فيه حتى الهلاك ما لم يحدث منعا • ويرجع الآمر على المأمور بنقصان العيب لان الآمر يستوفي منه حكما وقد وجدها عيبا وعجز عن ردها بموتها فيرجع حكما وكذا اذا لم تمت لكن اعورت في يد الوكيل يرجع الموكل عليه بنقصان العيب لان الاعورار عيب حدث في يد الآمر حكما كذا ذكره الامام العتابي في شرح الجامع الكبير والباقي يعلم في شرح الجامع الكبير **قوله** ومن كلها اليه اي الحقوق كلها الى الوكيل **قوله** ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشتري اي ولاجل ان حقوق العقد كلها الى الوكيل كان الوكيل خصما للمدعي قبل التسليم الى الموكل لا بعده **قوله** كالشفيع وغيره كالصبي المأذون بالشرا **قوله** ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم الى الموكل لا بنفسه وهذا لفظ القدوري في مختصره وذكر الطحاوي في اول كتاب الوكالة بقوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره وعقد الصرف والسلم يجوز ان يباشره الموكل بنفسه فجاز توكيل غيره • ولكن يرد على هذا اذا وكل المسلم اليه رجلا بقبول عقد السلم فانه لا يجوز مع ان مباشرة الموكل بنفسه يجوز وجوابه ان القياس ان لا يملك المسلم اليه ايضا لكونه بيع المعدوم الا انه جوز ذلك من المسلم اليه رخصة له دفعا لحاجة المفاليس وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وما ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد النص فلم يجز توكيله غيره • او نقول جاز بيع المعدوم ضرورة دفع حاجة المفاليس والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر اثره في التوكيل ولم يرد نقضا على الكلي الذي قاله الطحاوي لان تمليك المسلم اليه العقد بنفسه لعارض الضرورة والعوارض لا تقدح في القواعد هذا ما سنح به خاطري في هذا المقام • قال محمد في الاصل في اول باب الوكالة في الصرف • واذا وكل الرجل رجلا ودفع اليه عشرة دنانير يصرفها بدراهم فهو جائز ولا يفسد ذلك غيبة رب الدنانير عن الصرف لانه لم يلزمه العهدة انما ولي العهدة الوكيل واذا وكل الرجل رجلا يصرف له دراهم ووكل آخر رجلا بدنانير يصرفها فالتقى الوكيلان وتصارفا فهو جائز ولا يفسد ذلك غيبة الموكلين الى هنا لفظ الاصل • وقال محمد في الاصل في اول باب الوكالة في السلم واذا وكل الرجل رجلا ان يسلم له عشرة دراهم في كر حنطة فاسلمها الى رجل الى اجل واشترط شيئا من الحنطة معلوما واجلا معلوما وسمى المكان الذي يوفيه فيه او كيلا مسمى فهو جائز • وللوكيل ان يقبض الطعام اذا حل • وان كان الوكيل نقد الدراهم من عنده ولم يدفع اليه الذي وكله شيئا فهو جائز والطعام للذي وكله والدراهم دين للوكيل على الموكل فاذا قبض الوكيل الطعام فله ان يحبسه عنده حتى يقبض الدراهم من الموكل ويستوفيها الى هنا لفظ الاصل **قوله** ومراده التوكيل بالاسلام اي مراد القدوري بجواز التوكيل بعقد السلم التوكيل بالاسلام يعني ان المراد منه التوكيل بعقد السلم من جهة رب السلم دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز وهذا لا يجوز لانه لو صح التوكيل يلزم ان يكون المبيع في ذمة الوكيل على ان يكون الثمن لغيره وهو الموكل وهو لا يجوز لان من باع ملك نفسه من الاعيان على ان يكون الثمن لغيره لم يجز فكذا في الديون لا يجوز نص على ذلك محمد في باب البيوع في السلم فقال واذا وكل الرجل رجلان ياخذ له دراهم في طعام فاخذ الوكيل دراهم في طعام مسمى الى اجل مسمى ثم دفعها الى الذي وكله فالطعام على الوكيل • وانما للوكيل على الذي وكله دراهم قرض الى هنا لفظ محمد رحمه الله • والمعنى في بطلان التوكيل ما قلنا • فاذا بطل التوكيل بقي الوكيل عاقدا لنفسه فملك راس المال • فلما سلمه الى الموكل على وجه التمليك كان قرضا عليه **قوله** فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد هذا لفظ القدوري في مختصره اي فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذي عقد معه قبل القبض بطل العقد • لان من شرط الصرف والسلم قبض البدل في المجلس وقبض البدل من حقوق العقد وهي تتعلق بالعاقد وهو الوكيل • فاذا وجد القبض من الوكيلين في الصرف والسلم في المجلس صح العقد لوجود القبض المستحق • فاذا حصل الافتراق قبل القبض بطل العقد لانتفاء الشرط وهو القبض في المجلس ولا يعتبر مفارقة الموكل قبل القبض لانه ليس بعاقد ولا يشبه قبض الوكيل قبض الرسول لان قبضه بعد مفارقة المرسل لا يعتبر لان حقوق العقد لا تتعلق بالرسول فقبضه اذن لا يمنع عن القبض المستحق بسبب الافتراق من غير قبض فيبطل العقد بين ذلك ان الرسالة بالعقد تتضمن الايجاب والقبول الذي هو العقد ولا يتضمن غير ذلك والقبض خارج عن العقد فلا يدخل تحت الرسالة فيصير قبض الرسول كقبض غيره فلا يمنع عن القبض المستحق

وهذا

وهذا معنى قوله لان الرسالة في العقد لا في القبض • وهذا الذي ذكره من بطلان العقد بمفارقة الوكيل قبل القبض فيما اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد • واما اذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كان الموكل صارفه بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل قبل القبض كذا ذكره الامام خواهر زاده **قوله** والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا تتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور • يعني ان قبض الوكيل يصح وان كان هو ممن لا يلزمه العهدة كما اذا كان الوكيل صبيا او عبدا محجورا لانه العاقد فيصح بخلاف الرسول حيث لا يعتبر قبضه لانه اجنبي عن العقد اذ هو سفير فانه خلاف الرسول اي الرسول في الصرف والرسول في السلم • وفي بعض نسخ الهداية بخلاف الرسول وهو **قوله** مرتبط بقوله فيصح قبضه اي يصح قبض الوكيل بخلاف قبض الرسول فانه لا يصح **قوله** قال واذا دفع الوكيل بالشرا الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ودفع الثمن من حقوق العقد فيتعلق بالعاقد وهو الوكيل • فاذا كان مطالبا بالدفع كان له ان يرجع بما دفع على الموكل • ولانه ثبت بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية فصار الوكيل بالشرا كالبائع من الموكل فيرجع بما دفع على الموكل • والدليل على المبادلة ان الوكيل والموكل اذا اختلفا في الثمن تحالفا والتحالف من خواص المبادلة • ولهذا كان للموكل ان يرد المبيع على الوكيل بالشرا بالعيب وله ان يرجع نقصان العيب اذا هلك عند الموكل وقد مر ذلك **قوله** فيرجع عليه اي يرجع الوكيل على الموكل **قوله** اليه اي الى الوكيل **قوله** فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان المبيع امانة في يد الوكيل لانه قبضه للموكل فليس على الامين شيء ما لم يحدث منعا فلا يضمنه كما اذا هلكت الوديعة في يد المودع **قوله** وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن وهذا لفظ القدوري اي للوكيل حبس المبيع عن الموكل لاستيفاء الثمن • وقال زفر ليس للوكيل حق الحبس فاذا حبسه صار غاصبا • وذلك لان قبض الوكيل كقبض الموكل حكما لو وقع المبيع في يد الموكل فيصير الوكيل كانه سلمه الى الموكل فاذا سلمه اليه حقيقة سقط حق الحبس فكذا اذا سلمه حكما • ولان الوكيل امين • الا ترى انه لا يضمن بالهلاك عنده كالمودع فليس للامين حق الحبس بعد الطلب كالمودع ولنا ان انتقال الملك الى الموكل من جهة الوكيل فصار الوكيل كالبائع من الموكل • فللبائع حق الحبس لاستيفاء الثمن فكذا للوكيل لانه كالبائع • قال صاحب الذخيرة لم يذكر محمد في شيء من الكتب ان الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل الى ان يستوفي الثمن • ثم قال حكي عن الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني انه قال لا بان حق الحبس للوكيل ليس لاجل ما نقد بل لاجل بيع حكمي انعقد بين الوكيل والموكل • وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وقبله • قلت هذا الكلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفي عليه هذا وقد صرح محمد في الاصل في باب الوكالة في الشرا فقال واذا وكل الرجل رجلا ان يشتري له عبدا بالف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه فطلب الآمر اخذ العبد من الوكيل وابى الوكيل ان يدفعه فللوكيل ان يمنعه ذلك حتى يستوفي الثمن في قول ابي حنيفة • وان كان الوكيل لم ينقد الثمن لم ينقد هو شيئا • الى هنا لفظ محمد في الاصل • وقال في الفتاوى الصغرى الوكيل بالشرا اذا اشترى بالنسيئة فحل الثمن بموته لا يحل في الآمر • ذكره في باب الوكالة بالشرا من وكالة الكافي **قوله** هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس • يعني لا يجعل قبض الوكيل كقبض الموكل في اسقاط الحبس لان قبض الوكيل لا يمكن الاحتراز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس الا بالقبض فلم يجعل الوكيل بمجرد القبض راضيا بسقوط حقه لان سقوطه باعتبار الرضا ولم يوجد الرضا لانه كالمجاني في القبض لما قلنا • وطريق اخر هنا في جواب زفر ان الامر متردد في القبض بين ان يقع للوكيل او للموكل فان لم يحبسه الوكيل عن الموكل بعد القبض وقع القبض للموكل • وان حبسه وقع للوكيل لا للموكل فلم يصر الموكل قابضا بقبض وكيله لانه يتبين بعد الحبس ان قبضه ما كان لاجل موكله بل كان عاملا في القبض لاجل نفسه • فاذا وقع للوكيل لم يوجد التسليم منه الى الموكل فلم يسقط الحبس لانه لم يكن بعد التسليم الى الموكل وهذا معنى قوله على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه **قوله** فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف وضمان المبيع عند محمد هذا لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر قول ابي حنيفة كما لم يذكر في المختلف والمصفى وغير ذلك • وقال الشيخ ابو نصر البغدادي ذكر في الجامع قول ابي حنيفة مثل قول محمد رحمه الله ثم اعلم ان المضمونات انواع منها الرهن وهو المضمون بالاقل من قيمته ومن الدين والمبيع في يد البائع وهو مضمون بالثمن حتى اذا هلك سقط الثمن قل الثمن او كثر • والمغصوب وهو مضمون بالمثل ان كان مثليا او بالقيمة ان كان قيميا بالغة ما بلغت والمشترى اذا حبسه الوكيل لاستيفاء الثمن فهلك ففيه خلاف • فقال ابو يوسف هو مضمون بالاقل من قيمته ومن الثمن كالرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين • وقال ابو حنيفة ومحمد مضمون بالثمن كالمبيع يهلك قبل القبض • وقال زفر مضمون ضمان الغصب لانه من مذهبه ان ليس له حق الحبس فصار بالحبس غاصبا • ولنا ان الوكيل كالبائع من الموكل لان الملك انتقل اليه من جهته ثم الوكيل قد عين حق الموكل في المشترى حيث اشتراه فوجب على الموكل ايضا ان يعين حق الوكيل في الثمن بالتسليم اليه فكان حبسه لاستيفاء الثمن حقا فلم يكن غاصبا • ثم قال ابو يوسف انه مضمون ضمان الرهن حتى لو كان فيه وفاء بالثمن سقط ولا يرجع بالفضل • وقال محمد مضمون ضمان المبيع فاذا هلك سقط كل الثمن لان الوكيل كالبائع • ووجه قول ابي يوسف

انه ليس ببايع حقيقة الا انه بمنزلة المشتري بدين على الموكل وهو الثمن وهو الرهن بعينه لان الرهن هو الحبس بالدين
قال صاحب الهداية في تعليل ابي يوسف مضمون بالحبس بعد ان لم يكن اي بعد ان لم يكن مضمونا فكان كالرهن ولم
المبيع كذلك لان المبيع مضمون بالثمن ابتدا لا بواسطة الحبس فلم يكن كهلاك المبيع لان المبيع ينفسخ ثمه ۝ بخلاف ما نحن
فيه فاجاب عنه صاحب الهداية وقال ينفسخ هنا ايضا بين الوكيل والموكل كما اذا رده على الوكيل بالعيب ورضي هو به
فانه يصير للوكيل وهذه مغالطة على ابي يوسف لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل التسليم في يد البايع وبين هلاكه بين
يدي الوكيل بالشرا بعد حبسه عن الموكل لاستيفا الثمن ففي الاول ينفسخ البيع وفي الثاني لا ۝ وانفساخ البيع بين الوكيل
والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع ۝ ثم ثمرة الخلاف
تظهر فيما اذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة فعند ابي يوسف يرجع الوكيل على الموكل بالفضل وهو الخمسة
ويظهر فيما بين ضمان الغصب في عكس هذا وهو ان يكون قيمة المبيع خمسة عشر والثمن عشرة يرجع الموكل على الوكيل بخمسة و
فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بالخمسة ۝ وعلى قول محمد لا يتفاوت الحال بين ان يكون الثمن كثيرا او قليلا لانه يسقط
بهلاك المبيع لا يجب شي اصلا **قوله** واذا وكله بشرا عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع
منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرون وهذا لفظ القدوري
في مختصره ۝ قال صاحب الهداية وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة اي ذكر في بعض نسخ مختصره
القدوري ۝ ثم قال صاحب الهداية ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل ۝ وهذا لان محمدا قال في الاصل
في اخر باب الوكالة في الشرا ۝ واذا وكله ان يشتري له عشرة ارطال لحم بدرهم لزم الامر منها عشرة بنصف درهم وكان
للمامور عشرة ارطال بنصف درهم الى هنا لفظ الاصل ولم يذكر الخلاف كما ترى ۝ وجه قول ابي يوسف ان النبي
صلى الله عليه وسلم وكل عروة البارقي ليشتري له اضحية فاشترى شاتين فاجاز النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولانه
امر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم على سعر ان اللحم عشرة بدرهم فاذا زاد فقد فعل خيرا فلزم الامر كمن وكل رجلا ببيع
عبده بالف فباعه بالفين جاز فكذا هذا ۝ ولابي حنيفة رضي الله عنه ان المقصود في باب البيع المبيع فكان مقصود
الموكل في صرف الدرهم الى عشرة ارطال من اللحم تحصيل ذلك القدر منه فيلزمه ذلك القدر لانه المامور به دون
الزيادة لانه ما امر بها ۝ ولانها زيادة متحققة ابتاعها الغير بغير امره ولا ولاية له عليه فلم يلزمه كما اذا اشتراها
ابتدا ولا يلزم علينا الزيادة القليلة كعشرة ارطال ونصف رطل حيث يلزم الجميع الامر لانها تدخل بين الوزنين
فلا يتحقق حصول الزيادة ۝ والجواب عما قال ابو يوسف ان الزيادة ثمة عوض ملك الامر فلا يجوز ان يستحقه
الوكيل الا باذن الموكل ولا بغير اذنه ۝ ولهذا لو قال بع ثوبي هذا على ان ثمنه لك لا يصح فلما لم يستحقه الوكيل اصلا
كانت الزيادة للامر ۝ بخلاف ما لو امره بشرا عشرة ارطال بدرهم فاشترى ذلك وزيادة متحققة على ذلك لا يلزم
الزيادة الامر لان الزيادة ليست عوض ملك الامر لا محالة لان الزيادة مشتراة بثمن على ملك الامر ويجوز ان
يشتري بالعين لنفسه الا ترى انه لو قال اشتر لنفسك عبدا بدراهمي جاز ۝ وبخلاف ما اذا اشترى عشرين رطلا
من اللحم من لحم يباع عشرون رطلا منه بدرهم حيث يلزم الجميع على المامور وهو الوكيل بالاتفاق لانه خالف لان الموكل امره
بشرا السمين لا المهزول وهذا المهزول ۝ وقال في شرح الاقطع اذا امره ان يشتري عبدا بماية فاشترى له عبدين
يساوي كل واحد منهما ماية عن ابي حنيفة انه لا يلزم الامر واحد منهما ونقله عن المنتقى ۝ وذكر في التتمة وقال
اذا امره ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة وكل واحد منهما يساوي عشرة قال ابو حنيفة
لا يجوز البيع في واحد منهما لاني لا ادري ايهما اعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن
ونقله عن المنتقى **قوله** ولو وكله بشرا شي بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك
لانه يلزم فيه الغدر بالمسلم وهو حرام ۝ ولانه لو صح شراؤه لنفسه يلزم اخراجه نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل فلا يجوز
ذلك لانه فسخ عقد فلا يصح من غير علم صاحبه كساير العقود ۝ فاذا لم يصح عزله نفسه عن الوكالة يقع شراؤه للموكل حيث
لم يقع لنفسه ۝ قال في تتمة الفتاوي الوكيل بشرا شي بعينه اذا اشترى لنفسه بنفسه لا يصح سوا نوى عند العقد الشرا لنفسه او
صرح بان قال اشهد واني قد اشتريت لنفسي الا اذا خالف في الثمن الى خير او الى جنس غير الذي سماه الموكل ۝ واذا
وكل غيره بالشرا فاشترى له صح ۝ وقال في التتمة هذا اذا كان الموكل غايبا فان كان حاضرا وصرح الوكيل بالشرا
لنفسه يصير مشتريا لنفسه ۝ والمعنى في وقوع الشرا للوكيل انه خالف امر الامر فينفذ الشرا على نفس الوكيل ۝ واذا صرح
بالشرا لنفسه والمعنى في وقوع الشرا للوكيل انه خالف امر الامر فينفذ الشرا على نفس الوكيل ۝ واذا صرح بالشرا لنفسه فقد عزل
نفسه ولكن عزله نفسه انما يصح اذا كان بعلم من الموكل اما في غيبته فلا وهذا بخلاف الوكيل بنكاح امراة بعينها اذا تزوجها
لنفسه بنفسه يصح ۝ والفرق بين الوكيل بنكاح امراة بعينها وبين الوكيل بشرا شي بعينه ما قال محمد في اول باب الوكالة
في النكاح ان الوكيل هو المشتري فقد يكون مشتريا لنفسه ومشتريا بالغير ۝ واذا زوج الوكيل امراة لم يكن الوكيل
هو المتزوج ۝ واذا تزوج الوكيل لنفسه لم يجز ان يقول انه زوج فلانا وانما تزوج هو **قوله** فلو كان الثمن مسمى
فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرايه فاشترى الثاني وهو غايب يثبت

الملك

٤٨٦

الملك للوكيل وهذه الوجوه ذكرها من الوجوه الثلاثة تفريعا على مسالة القدوري ۝ يعني انما لا يكون المشتري للوكيل
الشرا ايضا وكل بشرا شي بعينه اذا لم يوجد احد هذه الوجوه الثلاثة ۝ اما اذا وجد فالشرا للوكيل الا اذا كان الاول
حاضرا حالة شرا الوكيل الثاني فحينئذ يكون الشرا للموكل لانه لم توجد المخالفة من الوكيل الاول حيث حضر رايه ۝ قال
في الفتاوى الصغرى في مسايل الوكيل بالطلاق والخلع والنكاح والاعتاق واذا وكل بالطلاق او العتاق فطلق الاجنبي او
اعتق فاجاز الوكيل ذلك لا يجوز لان المطلوب عبارة في الاول وكالة العيون ۝ وفي مسايل شتى من النوازل وكذا
لو وكل الوكيل رجلا فطلق الثاني فلا يقع وان كان بحضرة الوكيل الاول بخلاف الوكيل بالبيع والنكاح والخلع والكتابة
اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الاول او فعل اجنبي ذلك فبلغ الوكيل فاجازه لانه يجوز الى هنا لفظ كتاب الفتاوي
الصغرى ۝ والفرق ان الوكالة تفويض الامر الى الغير ليعمل فيه برايه ۝ فاذا كان الوكيل الثاني فعل المامور به بحضرة
الوكيل الاول وجد راي الاول وكذا اذا فعل اجنبي فاجازه الوكيل ۝ ثم حقيقة الوكالة انما تتحقق فيما يحتاج فيه الى الراي
كالبيع والنكاح والخلع والكتابة والاجارة ولا تتحقق فيما لا يحتاج فيه الى الراي كالطلاق والعتاق بغير مال فكان الوكيل
رسولا لا ينقل كلام الموكل وطلاق الوكيل الثاني وعتاقه ليس بطلاق الوكيل الاول وعتاقه لان الثاني لم ينقل كلام الموكل
الاول فلم يقع نقلا لكلام الموكل والموكل انما وكل بنقل كلامه فلاجل هذا لم يقع طلاق الوكيل الثاني وعتاقه وان كان في
حضرة الاول والله اعلم **قوله** حضره رايه اي الوكيل الاول **قوله** فلم يكن مخالفا اي لم يكن الوكيل الاول مخالفا للموكل
قوله قال فان وكله بشرا عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشرا للموكل او يشتريه بمال
الموكل اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية هذه المسالة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الامر كان للامر
وهو المراد بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد يعني ان المراد من قول القدوري او يشتريه بمال الموكل هو الاضافة وقت
الشرا الى دراهم الموكل لا الدفع من مال الموكل ۝ لانه اذا اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد فان نقد من دراهم الموكل و
يقع الشرا للموكل ۝ وان نقد من دراهم الوكيل يقع الشرا للوكيل وهذا معنى قوله لان فيه تفصيلا اي لان في نقد الدراهم
بعد الشرا مطلقا تفصيلا وهو هذا الذي ذكرناه وفيه خلاف ايضا لانهما اذا توافقا على انه لم تحضره النية يقع الشرا لمن
وقع النقد من دراهمه وكيلا كان او موكلا عند ابي يوسف وعند محمد للموكل سوا كان النقد من دراهمه او لا ۝ وهذا الذي
ذكره القدوري في مختصره بالاتفاق ولفظه مطلق غير مقيد عن قيد الاضافة الى دراهم الامر وقت الشرا وعن عدم
الاضافة فيحمل المطلق على هذا المقيد وهو ما اذا اضافه وقت الشرا الى دراهم الامر بدلالة الاجماع لانه لا خلاف في صورة
الاضافة وقت الشرا الى دراهم الامر لان الشرا يقع للموكل في صورة الاضافة الى دراهمه حملا لحال الوكيل على ما يحل له شرعا
لانه لو وقع الشرا للوكيل مع اضافة الشرا الى دراهم الموكل يلزم ان يكون الوكيل غاصبا لدراهم الموكل والغصب حرام لا يليق بحال
المسلم او حملا لحال الوكيل على ما جرى في عادات الناس لان العادة ان يقع العقد لصاحب الدراهم اذا اضيف العقد الى دراهم
معينة ۝ والوجه الثاني ان يضيف الوكيل العقد الى دراهم نفسه فيقع العقد له لانه يستنكر عادة ان يقع الشرا للموكل مع
اضافة الشرا الى دراهم الوكيل ۝ والوجه الثالث ان يشتري مطلقا من غير اضافة الى دراهم احد فينظر هل نوى وقت
الشرا ام لا فان اشترى بنية الموكل فالشرا له وان اشترى بنية نفسه فالشرا للوكيل لان له ان يعمل لنفسه اصالة ولغيره وكالة
لان المامور به غير معين فكانت بنيته معتبرة لان الملك ينتقل الى الموكل من جهة الوكيل ۝ هذا اذا لم يوجد التكاذب
اما اذا وجد فقال الموكل اشتريته لي وقال الوكيل اشتريته لنفسي يحكم النقد اتفاقا حملا لحاله على ما يحل له شرعا او على
عادة ۝ وهذا هو المراد بقوله على ما ذكرنا ۝ والوجه الاخر اذا توافقا على انه لم تحضره النية ففيه اختلاف بين ابي
يوسف ومحمد ۝ قال ابو يوسف يحكم النقد وقال محمد هو للوكيل لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا قام الدليل
على خلافه ولم يقم لانه لم يضفه الى دراهم الامر ولم ينوه له فوقع العقد للوكيل ۝ وجه قول ابي يوسف ان شراه مطلق
يحتمل الامرين جميعا ان يقع للموكل او للوكيل فكان الامر موقوفا الى ان يوجد النقد لانه يصلح مبينا كما في حالة التكاذب
بل ان فيه حمل حال الوكيل على الصلاح لانه لا يلزم ان يكون غاصبا دراهم الغير ۝ فان قلت كيف قلتم اذا اضاف العقد الى
دراهم الامر يقع الشرا له وان اضافه الوكيل الى دراهم نفسه يقع الشرا له ۝ والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود و
الفسوخ عندنا فكانت الاضافة وعدم الاضافة سوا ۝ قلت لا نسلم انها لا تتعين مطلقا بل يتعين في الوكالة وقد صرح صاحب
الهداية في اواخر هذا الفصل في تعليل قول ابي حنيفة ويجي تمام البيان ثمة ان شا الله تعالى ۝ ولهذا اذا هلكت في يد
الوكيل تبطل الوكالة ۝ او نقول لا نريد تعينها بتعلق الشرا بعينها على وجه تكون مستحقة بل نريد تقيد الوكالة بها
فاذا تقيدت الوكالة بها حتى اذا هلكت قبل الشرا بطلت الوكالة فمطلق الاضافة الى احدهما مبينة لوقوع العقد منه **قوله**
لان فيه تفصيلا وخلافا اي في النقد بعد الشرا مطلقا اراد بالتفصيل صورة التكاذب والتوافق ففي التكاذب يحكم
النقد اتفاقا وفي التوافق على عدم النية يحكم النقد عند ابي يوسف وعند محمد هو للوكيل وقد مر بيانه انفا **قوله**
وهذا بالاجماع اي الذي ذكره القدوري اراد به وقوع الشرا للموكل بالاتفاق اذا اشترى بمال الموكل وقد مر بيانه
قوله وهو مطلق اي الذي ذكره القدوري مطلق لا تفصيل فيه **قوله** حملا لحاله على ما يحل له شرعا دليل قوله
ان اضاف العقد الى دراهم الامر كان للامر **قوله** او يفعله عادة عطف على قوله يحل له شرعا وهو دليل قوله وان

اما نقد الى دراهم نفسه كان لنفسه **قوله** اذا اشترى العبد باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا ، هذا تعليل
لقوله على ما يحل له شرعا **قوله** في هذا التوكيل اي في التوكيل بشراء عبد بغير عينه واحترز به عن التوكيل بشراء عبد بعينه
لانه ليس للوكيل ثمة ان يشتريه لنفسه الا في الصور الثلاث مرتبا بها **قوله** مما ذكرنا اشارة الى قوله حملا لحاله على ما
يحل له شرعا **قوله** يحكم الوجهين اراد بهما وقوع الشراء للوكيل **قوله** يحكم النية للامر يعني يحمل انه نواه ثم نسيه **قوله**
حملا لحاله على الصلاح وهو ان لا يجعل الوكيل غاصب دراهم الموكل **قوله** والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه اي على
الوجه المذكور في الوكيل بالشراء ، فان اضاف الوكيل بالسلم العقد الى دراهم الامر كان السلم له ، وان اضاف الى دراهم
نفسه كان له ، وان عقد مطلقا من غير اضافة الى دراهم احد فان نوى السلم للموكل كان له وان نوى لنفسه كان لنفسه وان
تكاذبا يحكم النقد وان توافقا على انه لم يحضره النية كان السلم للوكيل عند محمد ، وقال ابو يوسف يحكم النقد فمن دراهم
ايهما نقد فالعقد له ثم اعلم ان الاصل لم يذكر مسئلة الوكيل بالسلم اولا ثم يقول والوكيل بالشراء على هذه الوجوه لان محمدا
رضي الله عنه ذكر في الاصل مسئلة الوكيل بالسلم ولم يذكر الوكيل بالشراء الا ان صاحب الهداية لما كان ملتزما للجمع بين مسائل
الجامع الصغير ومختصر القدوري شرع في بيان مسئلة القدوري فلما فرغ عن ذلك ذكرها ذكر محمد ايضا بسبيل الاختصار
حيث قال على هذه الوجوه ، فلما لم يذكر محمد مسئلة الوكيل بالشراء في شيء بغير عينه اذا عقد ولم يحضره نية اختلف المشايخ
فيه ، قال بعضهم الخلاف فيه كالخلاف في الوكيل بالسلم ، واليه ذهب القدوري وتبعه صاحب الهداية ، ومنهم من
قال الجواب فيه عندهما كجواب محمد في السلم وفرق لابي يوسف بين السلم والشراء فقال النقد في باب السلم تاثير في تعيين
العقد فيصلح معينا كالاضافة بخلاف الشراء **قوله** قال ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال
الامر اشتريته لنفسك فالقول قول الامر ، اي قال محمد في البيوع الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة رضي الله عنه في الرجل يامر الرجل ان يشتري له عبدا بالف درهم فجاء المامور فقال قد اشتريت لك عبدا بالف
درهم وقبضته فمات وقال الامر اشتريت عبدا بالف وقبضته ومات عندك وانما اشتريته لنفسك فالقول
قول الامر الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وهي من الخواص وهذه المسئلة على وجه اما ان يكون الوكيل مامورا
بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا او لم يكن وكل وجه على وجهين اما ان
يكون العبد قائما او هالكا ، فان كان العبد بغير عينه والثمن غير منقود وقال الوكيل اشتريت وقبضت وهلك لم
يقبل قوله وهي مسئلة الكتاب لان غرضه الرجوع بالثمن على الامر وهو ينكر فكان القول قوله مع اليمين ، وهذا لان
الوكيل لا يملك استيناف العقد لكون العبد خارجا عن المحلية لكونه ميتا فكان غرضه الرجوع بالثمن ، وان كان الثمن منقودا
فالقول قول الوكيل لان الامر يدعي الرجوع بالثمن على الوكيل وهو يريد الخروج عن عهدة الامانة فكان القول قوله ، وان
كان العبد حيا والثمن منقودا فاختلفا فقال المامور اشتريته لك ، وقال الامر اشتريته لنفسك فالقول قول المامور
لانه اخبر عما يملك انشاءه للحال ، وان لم يكن الثمن منقودا ففيه اختلاف عرف في المختلف ، قال ابو حنيفة القول للامر
وقال ابو يوسف ومحمد القول للمامور ايضا لانه امين اخبر عما يملك انشاءه لانه يملك الشراء للحال فالقول قول الامين
كما اذا كان الثمن منقودا ، ولابي حنيفة ان الوكالة لا تثبت في مواضع التهم ، وهذا موضع التهمة فلا يقبل
قول الوكيل ، بيانه انه ربما اشتراه لنفسه وقد وجده عيبا او لم يعجبه فلما لم يوافقه اراد ان يلزمه الامر حالة
الصفقة ومثله متعارف بين الوكلاء فلا يقبل قوله لهذه التهمة ، ولا نسلم انه يملك استيناف العقد مع هذه التهمة
بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين يدعي الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله باعتبار الثمن يثبت
حكم البيع ايضا تبعا لذلك ، وان كان العبد بعينه فالقول قول الوكيل سواء كان الثمن منقودا او غير منقود اذا كان
العبد قائما ، لانه اخبر عما يملك انشاءه للحال فلا يصح تكذيبه ولا تهمة فيه ايضا لان الوكيل لا يملك ان يشتريه لنفسه
وان كان العبد هالكا فالقول قول المامور ايضا اذا كان الثمن منقودا ، لانه يدعي الخروج عن عهدة الامانة من
الوجه الذي امر به فكان القول قوله ، وان لم يكن الثمن منقودا فالقول قول الامر لانه اخبر عما لا يملك استينافه
ولا تهمة فيه يعني اذا كان العبد حيا وهو مامور بشرائه بعينه ، فان قلت لا اصل في الدلائل الا الاطراد وهذا لا
يطرد على اصل ابي حنيفة رضي الله عنه لان الاب اذا اقر على الصغير او الصغيرة بالنكاح لم يصح الاقرار الا ببينة
وكذا وكيل الزوج او الزوجة ومولى العبد اذا اقر بالنكاح لا يصح الا ببينة عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه مع ان
المقر يملك استيناف العقد ، قلت لا نسلم انه يملك استيناف العقد مطلقا بل يملك مقيدا بحال حضرة الشهود ولم يكن شهود
النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود وهذا هو الجواب الثاني ، وقول بعض الشارحين ان قوله
يملك استينافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول ابي حنيفة بعيد عن التحقيق لان المجموع دليل ابي حنيفة
لا قولهما ولا تهمة فيه وحده **قوله** في حال غيبته اي غيبة الموكل قيد به لانه اذا كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء
لنفسه يقع الشراء للوكيل وان كان مامورا بشرائه بعينه لانه خالف فانعزل بمخالفته له بحال حضرته **قوله** على ما قدمنا
اشارة الى ما ذكر قبل صفحة بقوله ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه **قوله** على ما ذكرنا لابي حنيفة اشارة
الى دليل ابي حنيفة قبل خطوط وهو قوله لانه موضع تهمة **قوله** ومن قال لاخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر

ان يكون

ان يكون فلانا امره فان فلانا ياخذه وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال
لرجل بعني هذا العبد لفلان فاشتراه له ثم انكر ان يكون فلان امره بذلك ثم جاء فلان فقال انا امرته قال ياخذه فلان ، فان
قال فلان لم امره ولم يكن اشتراه لفلان الا ان يسلمه له المشتري ، قال يسلمه واخذه الذي اشتراه له هو
كان بيعا للذي اخذه من المشتري وكانت العهدة عليه ، وهذا كله من الخواص يعني قوله بعني هذا العبد لفلان اي لاجل فلان
يعني ان فلانا امرني ان اشتري هذا العبد لاجله فباعه صاحب العبد ثم انكر المشتري امر فلان بعد الشراء وقال لم يكن فلان
امرني بل اشتريته لنفسي ينعقد البيع في الحال لانه لا منازع في الحال فاذا جاء فلان بعد ذلك ، وقال كنت امرته بالشراء
فله ان ياخذ العبد من المشتري لان قول المشتري بعني لفلان اقرار منه بالوكالة واقراره على نفسه صحيح فرجوعه بعد
ذلك لا يصح ويقع الشراء للموكل ، وان قال فلان لم امره بذلك لم يكن له على العبد سبيل ، وان قال بعد ذلك امرته
لان اقراره ارتد برد المقر له فاذا عاد الى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لانه عاد حين انتفى الاقرار فلم يصح تصديقه
ولزم الشراء للمشتري الا اذا سلم المشتري العبد الى فلان بعد قوله لم امره فيكون ذلك بيعا مبتدا بسبيل التعاطي ثم
وصار كمن اشترى شيئا لغيره بغير امره لزم المشتري ، فان طلب المشتري له فسلمه المشتري اليه واخذه كان ذلك
بيعا بالتعاطي ، قال فخر الاسلام رحمه الله في شرح الجامع الصغير وثبت بهذا ان بيع التعاطي كما يكون باخذ واعطا
قد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك وان كان اخذا بلا اعطا لعادة الناس وثبت به ان النفيس من الاموال
والخسيس في بيع التعاطي سوا **قوله** وكانت العهدة عليه يعني لما انعقد بينهما بيع التعاطي كانت العهدة للاخذ على
المشتري كذا اشار فخر الاسلام البزدوي وفخر الدين قاضي خان وهو المفهوم من كلام محمد رحمه الله و **قوله** الا
ان يسلمه المشتري له استثناء من قوله لم يكن له والمشتري بكسر الراء وهو الظاهر من كلام محمد ، وان كان بالفتح وجه
يعني الا ان يسلم المشتري العبد الى المشترى له **قوله** وهو المعتبر في الباب اي التراضي هو المعتبر في باب البيع
فلما وجد التراضي انعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس خلافا لما يقوله الكرخي ان بيع التعاطي لا ينعقد الا في الاشيا
الخسيسة وقد مر ذلك في اول كتاب البيوع **قوله** قال ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له
ثمنا فاشترى احدهما جاز ، اي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في رجل امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم ثمنا فاشترى له احدهما قال جائز ، وان
امره ان يشتريهما بالف درهم فاشترى احدهما بخمسمائة او اقل وقيمتهما سوا فهو جائز ، وان اشترى باكثر لم يلزم الامر
الا ان يشتري الاخر ببقية الالف قبل ان يختصما ، وقال ابو يوسف ومحمد اذا اشترى احدهما باكثر من خمسمائة بما يتغابن
فيه الناس وقد بقي ما يشتري بمثله العبد الباقي فهو جائز ، وهذه من خواص الجامع الصغير ، اعلم ان المامور بشرا
عبدين باعيانهما اذا لم يكن الثمن مسمى اذا اشترى احدهما بمثل قيمته او باقل من قيمته او باكثر من قيمته بما يتغابن الناس
فيه جاز على الموكل لانه قد يتفق الجمع بينهما وقد لا يتفق فجعل توكيلا بشرا كل واحد منهما ، ثم الشرا باكثر من قيمته بما يتغابن
الناس فيه جائز على الموكل لان الاحتراز عما يتغابن الناس فيه متعذر فكان داخلا تحت الوكالة بخلاف ما لا يتغابن في
الناس فيه فان الزيادة لا تنفذ على الموكل ، وهذا بالاتفاق بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع بغبن فاحش جاز عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وسيجي ذلك في الفصل الثالث ، وان امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سوا فاشترى احدهما
بخمسمائة او باقل جاز على الموكل بالاجماع ، وان اشتراه باكثر من خمسمائة لم يلزم الامر الا ان يشتري الباقي ببقية الالف
قبل ان يختصما ، قلت الزيادة على خمسمائة او كثرت ، وقال ابو يوسف ومحمد اذا اشترى احدهما باكثر من نصف
الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز على الموكل ، قال الفقيه ابو الليث رحمه
الله في شرح الجامع الصغير احتمل ان المسئلة لا اختلاف فيها لان ابا حنيفة رضي الله عنه انما قال لم يجز شراؤه على الامر
اذا زاد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها ، وابو يوسف ومحمد قالا في الذي يتغابن الناس في مثله انه يلزم الامر
فاذا حملت على هذا الوجه لا يكون في المسئلة اختلاف واحتمل في المسئلة اختلاف في قول ابي حنيفة رضي الله عنه اذا زاد
على خمسمائة قليلا او كثيرا لا يجوز على الامر ، وفي قولهما يجوز اذا كانت الزيادة قليلة الى هنا لفظ الفقيه ابي الليث وجه
قولهما ان التوكيل حصل مطلقا من غير تقييد بخمسمائة والمطلق ينصرف الى المتعارف والزيادة على خمسمائة بغبن يسير لا تخرج
من المتعارف فلم يكن الوكيل مخالفا فجاز شراؤه على الموكل ، الا ترى انه بقي من الالف ما يمكن به شرا العبد الباقي ببقية الالف
قبل ان يرده الامر جاز على الامر بالاتفاق فكذا هذا بخلاف الغبن الفاحش فانه خارج الالف عن التعارف فلم يدخل
تحت الوكالة ، ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان مطلق مقابلة الالف بالعبدين حال استوائهما في القيمة دلالة
انقسام الالف عليهما على السوا فكان امرا بشرا كل واحد منهما بخمسمائة دلالة كالثابت صريحا فعلى هذا القياس لا يجوز الشرا
على الامر اذا اشترى العبد الباقي ببقية الالف لانه مخالف الا انا استحسنا وقلنا بنفاذ الكل على الامر اذا اشترى العبد
الباقي ببقية الالف لانه خالف الدلالة ، وهذا لان الموكل صرح ان غرضه حصول العبدين بالف وانقسام الالف
على العبدين ثبت دلالة ، فاذا اشتراهما جميعا جاء الصريح فبطلت الدلالة **قوله** الا بما لا يتغابن الناس فيه
استثناء من قوله جاز **قوله** لانه توكيل بالشرا احتراز عن التوكيل بالبيع فان ذلك يجوز من الوكيل بغبن فاحش عند ابي

حينئذ وسيجيء ذلك **قوله** عرضه اي عرض الامر **قوله** وهو تحصيل العبد من المهر راجع الى عرضه **قوله** والفرع فوقها اي فوق الدلالة فيما ندخل فيما بيننا **قوله** وهو فيما قلنا اي المتعارف فيما بين الناس فيه **قوله** قال ولو قال له على الف درهم فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز اي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل كان له على رجل الف درهم فامر الذي له المال ان يشتري له بها هذا العبد فاشتراه قال جائز • وان امره ان يشتري له بها عبدا بغير عينه فاشتراه فاذا قبضه الامر فهو له وان مات في المشتري قبل ان يقبضه الامر مات من مال المشتري والا له على المشتري كما هي • وقال يعقوب ومحمد ذلك جائز لازم للامر في الوجهين جميعا اذا قبضه المامور الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • قالوا في شروح الجامع الصغير وكذا اذا قال اسلم ما لي عليك الى فلان في كذا صح بالاجماع • ولو قال الى من شئت فعلى الاختلاف • وقال في المختلف وكذلك الصرف • فالحاصل انه اذا امر غريمه ان يشتري له بما عليه شيئا فان عين المبيع او البايع جاز والا فلا • وقال ابو يوسف ومحمد يجوز في الوجهين • لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات وهو ظاهر عندنا خلافا لزفر والشافعي وقد عرف ذلك في طريقة الخلاف وفي كتاب الصرف فما لا يتعينان اذا كانا عينا لا يتعينان اذا كانا دينا • ولهذا اذا اشترى شيئا بدين له على البايع ثم تصادقا على ان لا دين له لا يبطل الشراء ووجب مثل ذلك الدين فاذا لم يتعين دراهم الدين صار التقييد والاطلاق سواء • فاذا اطلق الشراء بدراهم مطلقة جاز على الموكل فكذا اذا قيد بدراهم الدين فصار كما اذا عين البايع او المبيع الا ترى انه لو قال تصدق بما لي عليك على المساكين جاز • ولابي حنيفة رضي الله عنه ان هذا توكيل بالباطل والتوكيل بالباطل باطل • وهذا لانه توكيل بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو البايع فلا يجوز لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه بخلاف التمليك ممن عليه الدين لانه في قبضه • وانما قلنا انه توكيل بتمليك الدين من غير من عليه الدين لان الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالة • ولهذا قالوا في شروح الجامع الصغير ان الدراهم اذا عينت في التوكيل بالشراء ثم هلكت عند الوكيل بطلت الوكالة الا ترى ان الناطفي نقل في الاجناس عن الاصل الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل • ثم قال الناطفي فهذه المسئلة تدل على ان الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالة • وهذا بخلاف ما اذا عين البايع او عين المبيع حيث يصح التوكيل لان البايع يصير نايبا عنه بالقبض لا بتعين البايع يكون اذنا في الموكل بالقبض ثم بتمليك الدراهم فلا يؤدي الى تمليك الدين من غير من عليه الدين لان قبض النايب كقبض الموكل فالقبض ثم يتم الشراء بعده وبخلاف الامر بالتصدق لانه اخراج المال الى الله تعالى وهو معلوم وليس كذلك اذا لم يكن البايع معينا لان انابة مجهول لا يتحقق بقبض الدين • واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء للوكيل • فاذا هلك يهلك من ماله عليه • فان دفعه الى الامر وقبله الامر فهو له لانه ينعقد البيع بينهما ابتداء بالتعاطي لانه دفعه على جهة التمليك وبيع التعاطي جائز عندنا فيما عز من الاموال او حقر • ثم اعلم ان الدراهم والدنانير يتعينان في الهبة والوصية والمضاربة والشركة قبل القبض والتسليم نص عليه في الزيادات في باب من الوكالة بالبيع يكون على غير ما امر فعلم بذلك ان ما قاله صاحب الهداية في الفصل الثاني من كتاب الشركة بقوله بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمن فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض فيه نظر ثم بيانه في كتاب الشركة • اما في الوكالة فان النقود فيها لا تتعين قبل التسليم وفي بيعها بعد التسليم اختلاف المشايخ ذكره فخر الاسلام في شرح الزيادات ويذكر ذلك ايضا • وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير في باب من الايمان ما يوجب الرجل نفسه اختلف مشايخنا في الدراهم والدنانير انها عند الاشارة اليهما هل يتعينان في العقود ام لا • قال ابو طاهر الدباس انها لا يتعينان وحكاه عن القاضي ابي خازم وهو قول اكثر مشايخ بلخ • ونسبه الشيخ ابو سهل الفرضي الى عامة المشايخ • وقال الكرخي اذا اشار اليها تعينت ولكن مع هذا للمشتري ان يمسكها ويدفع غيرها لعدم التفاوت بينها وبين غيرها • وفسر الشيخ ابو المعين قول الكرخي انهما يتعينان في العقود جوازا لا وجوبا • وقال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا الثلاثة الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات وفسوخها وان عينت حتى لا يبطل المشتري باداء مثل الدراهم • وله ان يمسكها ويسلم غيرها ولا ينفسخ البيع بهلاكها قبل القبض • وقال زفر والشافعي يتعينان حتى يجب على المشتري تسليمها عينا وينفسخ البيع بهلاكها كما في جانب المبيع • ثم قال العالم فيها وعن اصحابنا روايتان في ان الدراهم والدنانير هل يتعينان في العقود الفاسدة والمختار عدم التعين الى هنا لفظ العالم رحمه الله • ثم اعلم ان عدم تعين الدراهم والدنانير في حق الاستحقاق لا غير فانهما يتعينان جنسا وقدرا ووصفا بالاتفاق وبه صرح الامام العتابي في شرح الجامع • واستدل لعامة المشايخ بمسئلة الجامع وهي ما اذا قال ان بعت عبدي هذا بهذا الالف وهذا الكر فهما صدقة فباعه بهما لزمه التصدق بالكر دون الدراهم لان البيع سبب لملك الكر لا بعينه وليس بسبب لملك هذه الالف لانها لا تتعين • واستدل الكرخي بهذه المسئلة ايضا فقال لولا ان العقد تناولهما لما وجب التصدق بالكر الا ان التصدق بالالف لا يجب لان حالة لزوم التصدق حالة وجوب النذر وهو يوجد حكما عند الفراغ عن البيع وكما فرغ عن البيع صار الكر ملكا له لانعدام الخيار لمالكه فصادفه النذر فوجب التصدق به فاما الالف وان كان متعينا ولكن كان للمشتري الخيار ان شاء سلم عينها وان شاء لم يسلم فكان له عند وجوب النذر خيار في حق

الالف

الالف لم يزل عن ملك المشتري وان تناوله العقد فصار النذر وقت وجوبه مضافا اليه ولا ملك فيه للناذر فلم يجب التصدق • **قوله** ولو عين البايع يجوز على ما نذكر اشارة الى ما ذكره بقوله بعد عشر خطوط بخلاف ما اذا عين البايع لانه يصير وكيلا عنه بالقبض **قوله** الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك او اسقط الدين بطلت الوكالة قال بعض الشارحين انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوصة بالاستهلاك دون الهلاك • وهذا الذي ذكره مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة • فاقول كان المصنف قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم كما في هلاك المبيع قبل التسليم **قوله** وكذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين له على غير المشتري ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز • ولهذا لم يجز توكيل المديون ان يشتري المديون بما عليه عبدا من اخر كما اذا اشترى الوكيل بدين له على غيره كما اذا امر زيد مثلا ان يشتري بدين لزيد على عمرو شيئا من اخر لانه تمليك الدين من غير من عليه الدين فكذا فيما نحن فيه وهو ما اذا امر الوكيل ان يشتري بدين له على الوكيل عبدا بغير عينه **قوله** او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله اي قبل القبض • وهذا عطف على قوله كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين يعني لما تعينت الدراهم والدنانير في الوكالات كان توكيل المديون بان يبتاع بما عليه تمليك الدين من غير من عليه الدين او كان ذلك امرا من الموكل للوكيل ان يدفع الوكيل ما لا يملكه الموكل بلا قبض قبل القبض وذلك باطل لان الدين لا يملكه صاحب الدين قبل القبض لانه وصف ثابت في ذمة المديون • فاذا كان لا يملكه قبل القبض كان امرا او توكيلا بما لا يملكه فكان باطلا • وهذا لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها او صاف في الذمة لا يمكن تمليكها والدراهم التي حصلت قضاء للدين لو نزعنا كانت ملكا للمديون فملكها رب الدين بالقبض لانه قبل القبض كان التوكيل بدفعه باطلا لان الموكل لا يملكه كما اذا قال اعط ما لي عليك من الدين من شئت او اتصدق بالحجر كان باطلا • بخلاف ما اذا قال اعط ما لي عندك من العين من شئت او اتصدق بالحجر كان التوكيل صحيحا لان الموكل يملكه • والمراد من صرف ما لا يملكه دفعه لا عقد الصرف **قوله** ومن دفع الى اخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الامر اشتريتها بخمسمائة • وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور • قال صاحب الهداية ومراده اذا كانت تساوي الفا وهذه من خواص الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل دفع الى رجل الف درهم وامره ان يشتري له بها جارية فاشتراها فقال الامر انما اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف درهم قال القول قول المامور • وان كان الامر قال اشتر لي جارية بالف درهم ولم يدفع اليه شيئا فاشتراها فقال الامر انما اشتريتها بخمسمائة وقال المامور بل اشتريتها بالف قال القول قول الامر ويلزم الجارية المشتري ولا يلزم الامر الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • اعلم انه اذا دفع الالف الى رجل وقال له اشتر لي بها جارية فاختلفا فقال الامر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف ينظر ان كانت الجارية تساوي الفا فالقول قول المامور كما قال محمد في الجامع الصغير لانه وافق امر الامر وقد ادعى الامر عليه ضمان خمسمائة والمامور ينكر فكان القول قوله فان كانت تساوي خمسمائة فالقول للامر ويلزم الجارية المامور لانه خالف الامر لان الامر تناول جارية تساوي الفا لا خمسمائة سواء اشتراها بالف او بخمسمائة مع ان في شرائها بالف اذا كانت قيمتها خمسمائة غبنا فاحشا والوكيل بالشراء لا يملك ذلك • هذا اذا كان الثمن منقودا الى الوكيل فان لم يكن منقودا فاختلفا فالقول قول الامر • ويلزم الجارية المامور سواء كانت تساوي الفا او خمسمائة فان كانت تساوي خمسمائة فاشتراها بالف فلانه اشتراها بغبن فاحش • وان اشتراها بخمسمائة فلانه خالف الامر • وان كانت تساوي الفا فالقول قول الامر ايضا • قالوا في شرح الجامع الصغير بخلاف ما فيه ويلزم الجارية المشتري فانه اطلق في الكتاب في هذا الفصل وقال القول قول الامر ولم يفصل بينما اذا كانت قيمتها الفا او اقل • وكان ينبغي ان يكون القول قول المامور اذا كانت تساوي الفا • لانه اذا اشتراها بالف فقد وافق الامر • وان اشتراها بخمسمائة فالوكيل بالشراء بالف اذا اشترى بخمسمائة يلزم الامر ومع هذا قال يلزم المامور • وانما كان هكذا لان الوكيل بالشراء مع الموكل بمنزلة البايع مع المشتري • لان الوكيل في حق الحقوق مشتر لنفسه ثم بايع من موكله والاختلاف في الثمن بين البايع والمشتري يوجب التحالف فكذا هنا • واذا حلفا فسخ البيع الذي جرى بين الامر والمامور فلزمت الجارية المامور كذا ذكر الصدر الشهيد وفخر الدين قاضي خان وغيرهما في شروح الجامع الصغير **قوله** وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الامر في الوجهين جميعا • وهما ما اذا كانت قيمة الجارية الفا وخمسمائة **قوله** ينفسخ العقد الذي جرى بينهما اي العقد الذي جرى بين الوكيل والموكل تقديرا • لان الملك ينتقل الى الوكيل اولا ثم ينتقل الى الموكل **قوله** قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الامر اشتريته بخمسمائة وقال المامور بالف وصدق البايع المامور فالقول قول المامور بيمينه وهذه من الخواص • يعني ان البايع وهو مولى العبد صدق المامور وهو الوكيل بانه اشتراه بالف • قال الفقيه ابو جعفر الهندواني هذه المسئلة فارقت المسئلة المتقدمة حيث اوجب التحالف ثمه والزم الجارية المامور ثم وههنا لم يوجب التحالف والزمه الامر لان البايع ههنا حاضر وقد صدق المامور فبطل الاختلاف • قال الشيخ ابو منصور الماتريدي يجب التحالف هنا ايضا • وجواب الكتاب محمول لانه ذكر يمين الموكل وهو البايع من الموكل ولايمين

على البائع لانه مدع في صورة التحالف فلما ثبت يمين البائع ثبت يمين المشتري وهو الموكل بطريق الاولى لانه منكر فعلى
المنكر اليمين بكل حال هذا هو الصحيح لان تصديق البائع لو لم يشترط لانه ان كان استوفى الثمن كان بمنزلة الاجنبي عن
الوكيل والموكل جميعا لانه لا اشتغال له معهما وان لم يستوف الثمن كان هو اجنبي عن الموكل لانه لا اشتغال بينهما لانه لم يتبع العقد بينهما
فلا يصدق على الموكل فاذا لم يعتبر تصديق البائع بقي الخلاف بين البائع وهو الوكيل وبين المشتري وهو الموكل فوجب التحالف
ولم يذكر الامام فخر الدين قاضي خان قول ابي منصور وكانه جعل قول ابي جعفر اصح **قوله** قيل لا تحالف وهو قول
ابي جعفر وقد مر بيانه **قوله** قد تبين الاختلاف اي في المسألة الاولى **قوله** وقيل يتحالفان وهو قول الشيخ ابي
منصور **قوله** وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع اي ذكر محمد رحمه الله يمين البائع وهو الوكيل لانه بائع
تقديرا من موكله • واما جعله معظم يمين التحالف لان يمين البائع مخصوص بصورة التحالف وليس المشتري كذلك لانه يجب
عليه اليمين بكل حال لكونه منكرا **قوله** فلا يصدق عليه اي لا يصدق البائع على الموكل والله اعلم

فصل في التوكيل بشرى نفس العبد

ذكر هذا الفصل عقيب فصل الشرا لانهما يتناسبان صورة من حيث الشرا ولكن لما كان
شرا العبد نفسه من مولاه اعتاقا معنى ذكره في فصل على حدة **قوله** قال واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي
بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولا للمولى • اي قال محمد في الجامع
الصغير وصورة المسألة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في العبد المحجور عليه يأمر الرجل ان يشتري نفسه
له من مولاه بالف درهم فيدفعها اليه فيشتريه الرجل قال ان كان الرجل قال للمولى اي اشتريته لنفسه فبين ذلك
فباعه مولاه على هذا فالعبد حر والولا للمولى كانه هو اشترى نفسه من المولى • وان كان لم يبين للمولى انه يشتريه
لنفسه فهو عبد للمشتري وتكون الالف للبائع وعلى المشتري الف درهم مثلها الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
وقال محمد في الاصل • واذا وكل العبد رجلا ان يشتري له نفسه من مولاه او يسأل له العتق على مال ففعل ذلك
الوكيل والمولى فالعتق جائز والمال على العبد ولا شيء منه على الوكيل لانه لم يضفه الى هنا لفظ محمد في باب وكالة
العتاق من الاصل وذكر في بعض شروح الكافي لبعض مشايخنا انه قال هذا خلاف ما ذكر في الجامع الكبير فانه
ذكر ثمة انه ان اشترى نفسه من مولاه يطالب بالثمن الوكيل • ولو سأله العتق له من مولاه بمال فسأل المولى فالمال
يكون على العبد • لانه اذا كان بلفظ الشرا امكن ان يجعل كالمشتري لنفسه في حق الحقوق فصار كما لو اشترى نفسه
لغيره حتى لو نقد فان كان العبد مدبرا يكون الثمن على العبد • ثم قال والصحيح ما ذكره هنا لان بيع العبد
من نفس العبد اعتاق وقبول ذلك قبول الاعتاق • وفي الاعتاق وقبوله الوكيل سفير محض الى هنا لفظه
رحمه الله وكانه جعل في المسألة روايتين • وقال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير في المسألة روايتان ولو
ما ذكر هنا يعني في الجامع وفي باب وكالة العبد المأذون من الاصل جواب الاستحسان • وما ذكر في باب الوكالة
بالعتق من الاصل جواب القياس وكان عيسى بن ابان يأخذ القياس ويطعن على ما ذكر محمد في الجامع • وجه القياس
وهو وجه الطعن انا اجمعنا ان الموكل من جانب المولى ببيع نفس العبد من العبد اعتبر توكيلا بالاعتاق على مال حتى جاز
وان كان الى اجل مجهول وكان قبض الالف الى المولى لا الى الوكيل فكذا التوكيل بالشرا من جانب العبد يجب ان يجعل توكيلا
بالاعتاق ايضا فصار كان العبد وكل هذا الرجل ان يسأل المولى ان يعتقه على الف الى العطا فاعتقه جاز وكان على
العبد الف لا يعتقه وكان قبض الالف الى المولى كما اذا كان مدبرا • وكما اذا اشترى العبد نفسه بنفسه • ووجه الاستحسان
وهو ما ذكر في الجامع ان الوكيل من جانب العبد يصير مشتريا لنفسه ولا تم بايجاب العبد نفس العبد في صدد فيطالب
الوكيل لاجل هذا بخلاف الوكيل من جانب المولى لانه توكيل ببيع العبد من نفسه فلا يمكن ان يجعل بايعا لنفسه او لاجل
المدبر لانه لا يمكن ان يجعل مشتريا لنفسه او لاتمام بايجاب المدبر لان شرا المدبر لا يصح فيكون توكيلا بقبول الاعتاق
وبخلاف ما اذا اشترى العبد نفسه بنفسه لان ذلك قبول الاعتاق مجازا لان العمل بحقيقة البيع متعذر لان البيع مما
يفيد الملك للمشتري والمشتري وهذا العبد لا يملك نفسه لانه مملوك لمولاه حالة البيع والشخص الواحد في حالة واحدة
لا يصلح ان يكون مالكا لنفسه ومملوكا لغيره فصار بيع نفس العبد من العبد مجازا عن الاعتاق بطريق الاسقاط حتى لا يلزم
التناقض القايل • وهذا لان البيع للازالة والنقل • وفي الاعتاق ازالة فاريد الاعتاق مجازا • ثم في مسألة
الجامع الصغير شرط بيان الوكيل فقال ان بين انه يشتريه لنفس العبد فهو حر والولا للمولى فان لم يبين فهو عبد للمشتري
والالف المدفوع للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف اخر ثمن العبد ولم يشترط البيان فيما اذا كان الموكل بالشرا
العبد بين الوكيل ان اشتراه لنفس العبد بمعنى البيع اعتاقا معنى الولا اذا لم يبين وشرا الوكيل على حقيقته لفظ
البيع وفي المعاوضة ولا يثبت الاعتاق وكان بين الشراءين تفاوت فلم يكن بد من البيان لانه ربما يرضى البائع
باحد الامرين دون الاخر • بخلاف ما اذا كان الموكل غير العبد حيث يقع العقد شرا على كل حال لا اعتاقا فان بين الوكيل
او لم يبين فلا تفاوت اذن بين الشراءين لانه يكون العهدة للبائع على الوكيل على كل حال فلا حاجة الى البيان • ثم
اذا اشترى الوكيل العبد لنفس العبد فهل يلزم العبد الف اخرى لا لم يذكره محمد رحمه الله • قالوا في شروح الجامع
الصغير ينبغي ان يلزمه لان الالف المدفوع كان مال المولى **قوله** دفعها اليه اي دفع العبد الالف الى الرجل

الذي

الذي وكله **قوله** لان اللفظ حقيقة للمعاوضة لان المولى قال بعت هذا العبد بالف وقال الوكيل اشتريت **قوله**
وامكن العمل بها اي بالمعاوضة **قوله** فيحافظ عليها اي على المعاوضة **قوله** بخلاف شرا العبد نفسه يرتبط بقوله
فيحافظ عليها يعني لا يحافظ على المعاوضة فيما اذا اشترى العبد نفسه بنفسه وان كان اللفظ للمعاوضة لان العمل بحقيقة
المعاوضة متعذر لما مر بيانه انما تعين المجاز وهو الاعتاق **قوله** نفسه بالجر كذا السماع على انه بدل من العبد او
النصب على انه مفعول به **قوله** لان المجاز متعين اي في شرا العبد نفسه وهو كون الشرا مستعملا للاعتاق **قوله**
اذا كان معاوضة يتصل بقوله لان اللفظ حقيقة للمعاوضة **قوله** يثبت الملك له اي للمشتري **قوله** فانه في ذمته
اي فان الثمن في ذمة المشتري **قوله** حيث لم يصح الاداء لان الوكيل ادى ذلك الالف الى المولى من كسب عبده وكسبه
ملك المولى فلا يقع ثمنا **قوله** على غط واحد اي نمط النوع كذا في ديوان الادب **قوله** ومن قال لعبد اشتر لي
نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر وهذه من مسائل الجامع الصغير ذكرها محمد في البيوع
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة الرجل يقول لعبد الرجل اشتر لي نفسك من مولاك فيقول نعم فيأتي مولاه
فيقول بعني نفسي من فلان بكذا وكذا فهو جائز وهو للذي امره • وان قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر الى هنا
لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • واصله ان العبد يصلح ان يكون وكيلا عن غيره في شرا نفسه لان البيع يرد عليه
باعتبار مالية لا ادمية وهو اجنبي عن مالية نفسه فكان توكيله وتوكيل اجنبي اخر سواء الا ان بين كون العبد وكيلا
وبين كون الاجنبي وكيلا فرقا وهو ان الوكيل اذا كان اجنبيا لا يشترط اضافة العقد الى الموكل لانه ان اطلق العقد
يقع للموكل ايضا كما اذا اضافه اليه • واذا كان الوكيل بشرا نفس العبد يشترط اضافة العقد الى الموكل حتى يقع
له فان لم يضفه اليه بل اطلقه يكون اعتاقا • والفرق ان الوكيل مامور بالشرا ثم تصرف الاجنبي بالوكالة يقع شرا على
كل حال اشتراه لنفسه او لغيره فيتعذر ما قبل الوكالة محل ما يصلح لنفسه لموكله فصار الاضافة اليه والاطلاق سواء
فلم يكن مخالفا للامر • اما تصرف العبد فكذلك لانه ان اضاف العقد الى نفسه كان اعتاقا وذلك لا يصلح للامتثال
وان اضاف العقد الى موكله كان بيعا وان اطلق احتمل ان يكون اعتاقا او بيعا فلا يجعل الاعتاق بالشك فلا جرم اشترط
الاضافة الى الموكل حتى يكون امتثالا • وان بين العبد لمولاه انه يشتري نفسه لموكله فالعبد للامر والثمن في ذمة
العبد يرجع به على الامر • اما العبد فللامر فلان المولى رضي بزوال الملك من غيره ولا يرتد برضه • واما الثمن في
رقبة العبد فلانه هو العاقد وحقوق العقد ترجع الى العاقد • فان قيل العبد المحجور اذا اشترى لغيره لا يلزمه
الحقوق • قلنا نعم اذا اشترى بغير اذن المولى وهنا اشترى باذنه فيلزمه الحقوق • واما رجوعه على الامر فلان
الوكيل بالشرا اذا لزمه الثمن كان له ان يرجع على الامر • فان وجد الامر بالعبد عيبا علم العبد به لم يرده لانه
كان وكيلا بالشرا والوكيل بالشرا اذا اشترى شيئا به عيب وقد علم به وقت الشرا لا يكون له الرد لانه صار راضيا بذلك
وان كانت في موضع لا يعلم به العبد رده به • والذي يلي الخصومة في الرد هو العبد لانه لم يرض به فكان له الرد من
غير استطلاع راي الموكل لان المشتري وهو العبد في يد الوكيل والوكيل بالشرا يرد بعيب لم يرض به من غير استطلاع
راي الموكل ما دام المشتري في يده • ثم لو اراد البائع حبس العبد حتى يأخذ الثمن ليس له ذلك لانه باع شيئا هو في
يد المشتري والمشتري حاضر في مجلس الشرا فلا يكون للبائع حق الحبس لانه بنفس البيع يصير مخليا بين المبيع وبين المشتري
فيصير قابضا كالمودع اذا اشترى الوديعة والوديعة حاضرة في مجلس البيع فاراد صاحب الوديعة ان يحبسها
لم يكن له ذلك • فان قيل ان كان العبد في يد نفسه من حيث الحقيقة فهو في يد المولى من حيث الحكم • قيل له نعم لكن
مراعاة يد العبد اولى لانه يد حقيقة • ويد البائع قبل البيع كانت حكمية فكان مراعاة اليد الحقيقية والحقها
او في العبد اولى بالاعتبار كما في الوديعة كذا قال الشيخ الامام ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير في باب
الوكالة في البيوع ما يضمن وما لا يضمن والباقي يعلم ثمة **قوله** الا ان ما لبينه في من استثنا من قوله اجنبي عنه
ما لبينه وكانه قاله جوابا للسؤال • بان يقال لما كان اجنبيا عنها كان للبائع حبس العبد لاجل الثمن فقال ليس له ذلك
لان ما لبينه في يد العبد وهو مشتر وقد مر البيان **قوله** وان عقد لنفسه فهو حر لان بيع العبد من نفسه اعتاق
مجازا وقد رضي به المولى دون المعاوضة فلا يقع العقد للامر لانه لو وقع له يصير المولى مغرورا لان المولى
لا يرضى بان يخرج من ملكه بغير ثبوت الولا فلا يجوز ان يزول ملكه بغير رضاه لان الله تعالى اجاز التجارة بالتراضي
قوله والعبد وان كان وكيلا بشرا شي معين ولكنه اتى بجنس تصرف اخر وفي مثله ينفذ على الوكيل • هذا جواب
سؤال مقدر بان يقال الوكيل بشرا شي بعينه ليس له ان يشتريه لنفسه بل يقع الشرا للامر وقد مر ذلك قبل هذا الفصل
فكان ينبغي على هذا ان يقع الشرا للامر لان الموكل به معين وهو نفس العبد فقال نعم كذلك الا ان الوكيل بالشرا
اذا اتى بجنس تصرف اخر ينفذ الشرا على الوكيل وهذا اتى بتصرف اخر غير الذي سماه الموكل لان شرا العبد نفسه لنفسه قبول
الاعتاق لا قبول الاعتاق وقد مر بيانه قبل هذه المسألة

فصل في البيع

ذكر فصل البيع بعد فصل
الشرا لان الازالة تنبني على سابقة الاثبات **قوله** قال والوكيل بالبيع والشرا لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده
ومن لا تقبل شهادته له عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه • اي

قال القدوري في مختصره يعني لا يجوز للوكيل ان يعقد عند البيع او الشراء مع ابيه وجده ومع من لا يقبل شهادته
له كولده وولد ولده وزوجته وعبده وام ولده عند ابي حنيفة ۰ وقال في المختلف الوكيل بالبيع او الشرا اذا باع
او اشترى مع من لا تقبل شهادته له بولادة او زوجية لا يجوز ۰ وقالا يجوز ثم قال والسلم والصرف والاجارة
على هذا الخلاف ۰ قال محمد بن الحسن في الاصل في باب الوكالة بالقيام على الدار ۰ ولو باع الوكيل من نفسه او من ابن
له صغير في عياله لم يجز وكذلك الاجارة ۰ ولو باع الوكيل شيا من ذلك من ابن له كبير او من امراته او ابيه
او امه او عبد او امته او مكاتبه فهو جايز الا من عبده او امته فانه لا يجوز لانه قال فما باعه من شي فهو جايز
ولو لم يقل ذلك لم يجز ذلك في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله وكذلك الاجارة الى هنا لفظ الاصل ۰ وقال
في شرح الكافي في هذا الباب ۰ ولو باعه الوكيل بالبيع من نفسه او من ابن له صغير لم يجز وكذلك الاجارة
لان البيع منه بيع من نفسه وانه لا يملك ذلك ۰ ولو باعه من ابن له كبير او من امراته او من ابويه او من مملوكه
او مكاتبه وقد اجاز له في الوكالة ما باع به من شي فهو جايز الا من مملوكه اذا لم يكن عليه دين لانه بيع من نفسه
وانما جوز البيع من هولا لانه فوض اليه ذلك ولو لم يقل ذلك لم يجز البيع في قياس قول ابي حنيفة ۰ وكذلك
الاجارة لانه يمكنه التهمة فيه والوكالة امانة فيجب تنزيهها عن الخيانة ۰ وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
لا يجوز شرا الوكيل لنفسه ولا بيعه منها وكذلك اذا امره الموكل ان يبيعه من نفسه او يشتري من نفسه لم يجز ايضا
وكذلك لو باعه الوكيل من ابن له صغير لم يجز كانه باع من نفسه ولو باع من نفسه لم يجز وكذلك لو باعه من عبد له
او مكاتبه لم يجز بالاجماع ۰ واذا باعه من ابويه فان علوا او باعه من اولاده وان سفلوا ۰ وان باعه من زوجته
او الزوجة اذا باعته من زوجها او باعه من لا يجوز شهادته له لا يجوز بيعه عند ابي حنيفة وعندهما يجوز ۰ ولو
امر الوكيل بالبيع من هولا واجاز له ما صنع فبيعه من هولا جايز بالاجماع الا ان يبيعه من نفسه او ولده الصغير
او من عبده ولا دين عليه فانه لا يجوز وكذلك الحكم في الوكيل بالشرا اذا اشترى من هولا الى هنا لفظ شرح الطحاوي
وقال الشيخ ابو الفضل الكرماني في اشارات الاسرار الوكيل بالبيع اذا باع من لا تقبل شهادته له لا يصح في قول
ابي حنيفة الا اذا زاد على ثمن المثل وعندهما يجوز ۰ وجه قولهما ان الاملاك متباينة وهو ظاهر الا ترى ان للابن
ان يطا جارية نفسه فلو لم يكن الملك مختلفا لم يكن له ذلك لان وطء الجارية المشتركة لا يجوز ولا يجوز له ان
يطا جارية ابيه فلما تباين الملك بين الوكيل وبين هولا كان عقده معهم بيعا وشرا كالعقد مع الاجنبي ۰ ولهذا لو حصل
للوكيل شي من المبيع اصلا فكان العقد صحيحا ۰ بخلاف ما اذا باع من عبده الذي لا دين عليه لانه وما بيده ملك مولاه
والبيع منه كالبيع من نفسه فلو باع الوكيل من نفسه لا يجوز فكذا اذا باع من عبده الذي لا دين عليه وكذلك اذا
باع من مكاتبه لان الرق باق في المكاتب فصار كالعبد القن ۰ وبخلاف ما اذا باع من ابنه الصغير لانه بيع من
نفسه والوكيل لا يملك ذلك ۰ ووجه قول ابي حنيفة ان الوكالة امانة فيجب تنزيهها عن الخيانة وما يحصله
الانسان لهولا بمنزلة ما يحصله لنفسه ۰ الا ترى انه لا يجوز شهادة بعضهم لبعض فصار عقد الوكيل مع هولا كالعقد
مع نفسه فلا يجوز ۰ نعم ان الاملاك متباينة ولكن منافع الاملاك متصلة حيث ينتفع بعضهم بمال البعض عادة فاذا
تمكن في العقد تهمة الايثار والنفع للوكيل لم يصح حتى يزول التهمة بالزيادة على ثمن المثل كالوصي اذا باع من نفسه
وقال في تتمة الفتاوى بيع الوكيل من لا تقبل شهادته له باقل من قيمته لا يجوز عند ابي حنيفة وباكثر من قيمته
يجوز وبمثل القيمة في رواية البيوع والوكالة لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز انما الخلاف في البيع بغبن يسير
ذكره في وكالة شرح الايمة السرخسي رحمه الله كما في الوكيل الخاص وبيع المضارب وشراوه من لا تقبل شهادته له
بسبب القرابة او الزوجية بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله كما في الوكيل الخاص وبيعه منه باكثر من القيمة
وشراوه منه باقل يجوز اجماعا وبيعه وشراوه بمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند ابي حنيفة باتفاق الروايات
وابو حنيفة فرق بين الوكيل الخاص والمضارب على رواية الوكالة والبيوع وبيع المفاوض من لا تقبل شهادته
ياتي في شركة هذا الكتاب انه ينفذ وفيه كلام لبعض اصحابنا من قال يجب ان يكون الجواب في الوكيل الخاص
عند ابي حنيفة نظير الجواب في المضارب ۰ ومنهم من فرق بين الوكيل والمضارب الى هنا لفظ التتمة ۰ وجه
الوجه ان المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه ۰ ولهذا لا يجوز نهيه بعدما صار المال عروضا وان شرط له في الربح
فلا تلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة من هولا لانه لا ايثار في العين دون المالية وفي العين هو كالمتصرف لنفسه فكان
البيع بالعين فانه ايثار له في شي من المالية وهو في ذلك نايب محض ۰ اما الوكيل فنايب في العين والمالية
جميعا ۰ فلهذا لم يجز بيعه من هولا بمثل القيمة الا ان يكون الموكل قد اجاز له في الوكالة بان قال بع ممن شئت
فما باع به من شي يجوز بيعه من هولاء **قوله** ويتعلق حقيقة بالعجز اي يتعلق حق المولى في كسب المكاتب الى حقيقة
الملك بعجز المكاتب عن اداء الكتابة لان المولى يملك جميع ما في يده **قوله** قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل
والكثير والعرض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم
والدنانير وهذه من مسايل القدوري الا انه لم يذكر في مختصره قوله والعرض ولا قوله ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير

قال محمد في الاصل فان باعه بثمن يسير فان ابا حنيفة رحمه الله قال هو جايز ۰ وان باعه بدرهم ۰ وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا يجوز البيع الا ان يحط من ثمنه ما يتغابن الناس في مثله فان حط اكثر من ذلك لم يجز ۰ وان باعه بنسية
او بنقد فهو جايز ۰ وان باعه بدنانير او بدراهم او بعروض او بشي مما يكال او يوزن فهو جايز ۰ وقال ابو يوسف و
محمد لا يجوز الا ان يبيعه بدنانير او بدراهم لانها الاثمان التي يقع عليها بيوع الناس الى هنا لفظ محمد في الاصل في اول
باب الوكالة في البيع ۰ وقال في الاسرار روى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز بيعه الا بمثل القيمة ونقصان يتغابن في مثله وهو
قولهما وقول الشافعي كذا في المختلف وشرح الاقطع ۰ وجه قولهما ان التوكيل بالبيع وقع مطلقا والمطلق ينصرف
الى المتعارف والمتعارف هو البيع بثمن المثل وبالنقود لا بالغبن الفاحش ولا بالعروض فيتقيد التوكيل بالمتعارف فاذا باع بغير
ذلك لم يجز ۰ وانما قلنا ان المطلق ينصرف الى المتعارف بدلالة الاحكام ۰ منها انه لو امره بشرا الفحم في الشتا او بشرا الجمد في
الصيف يتقيد بزمان الشتا والصيف بدلالة العرف ۰ وكذا لو امره بشرا الاضحية يتقيد بايام النحر من تلك السنة ۰ ومنها
انه اذا اشترى بدراهم مطلقة ينصرف الى النقد المعتاد في البلد لانه المتعارف ۰ ومنها انه اذا وكل بشرا شي لم يجز ان يشتريه
باكثر من ثمنه لانه ليس بمتعارف ۰ ومنها لو حلف لا يشتري راسا فاشترى راس عصفور لا يحنث لانه لا يتبادر اليه الوهم في العرف
وينصرف ذلك الى راس الغنم خاصة عند ابي حنيفة والى راس البقر ايضا عندهما وكل ما اجاب على عرف زمانه ۰ وانما قلنا
ان المتعارف هو البيع بثمن المثل لان البايع يمتنع عادة ان يبيع باقل من القيمة لانه يتضرر به كما يمتنع المشتري عن الشرا باكثر
من القيمة فكان المتعارف هو البيع بمثل القيمة ۰ ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه فلم يتناوله مطلق
البيع ۰ بيانه انه اذا باع شيا يساوي عشرة بخمسة كان في قدر الخمسة تمليك مال بمال فكان بيعا وفيما فوق ذلك تمليك
مال بغير عوض فكان هبة ۰ ولهذا لا يجوز للاب والوصي بيع مال الصبي بغبن فاحش لوقوعه تبرعا ولو كان بيعا من كل
وجه لجاز منهما لانهما يملكان بيع مال الصبي لا التبرع ۰ ولهذا اعتبر من المريض مرض الموت ما له من الثلث اذا
باعه بغبن فاحش ۰ وانما قلنا ان المتعارف هو البيع بالنقود لان البيع بالعرض مقايضة وهي بيع من وجه شرا من وجه
فلا يدخل تحت مطلق التوكيل بالبيع ۰ ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان التوكيل بالبيع وقع مطلقا فلا بد ان يجري على اطلاقه
ثم قد اتى الوكيل بما وكل به فجاز ۰ وانما قلنا ان التوكيل وقع مطلقا لانه قال بع هذا العين واطلق فيجري على الاطلاق
الا اذا امتنع منه مانع كما في امر صاحب الزيتة ۰ وانما قلنا ان الوكيل اتى بما وكل به لانه امر بمطلق البيع والبيع مطلقا
هو بيع من كل وجه والبيع بغبن فاحش بيع من كل وجه بدلالة الحقيقة والعرف والحكم فيكون الوكيل اتيا بما امر به فيجوز
بيعه ۰ اما الحقيقة فلان البيع تمليك مال بمال والبيع بغبن فاحش كذلك ۰ واما العرف فان الناس يقولون هذا بيع
رابح وذلك بيع خاسر وذلك بيع عدل فلولا ان البيع بغبن فاحش بيعا لم يصح اطلاق البيع عليه ۰ واما الحكم فان من حلف
ان لا يبيع فباع بغبن فاحش حنث في يمينه فلولا انه بيع من كل وجه لم يحنث ۰ ولا نسلم ان البيع بالغبن الفاحش او بالعرض ليس
بمتعارف بل ذلك متعارف عند اشتداد الحاجة الى تحصيل الثمن وعند التبرم من المبيع والاطلاق لفظ الموكل واقدام الوكيل
على ذلك من غير تهمة دليل على وقوع الحاجة ۰ على انا نقول ان ادعيتم ان المتعارف هو البيع بثمن المثل وبالنقود دايرا فنقول به
ان ادعيتم العرف القولي وهو ان تعارف الناس اطلاق اللفظ عليه دون غيره فلا نسلم انه ثابت هنا ۰ وان ادعيتم العرف
العملي وهو ان يطلقوا اللفظ على هذا وعلى ذلك الا انهم يفعلون ذلك دون غيره فلا نسلم تقييد المطلق بالعرف العملي بدلالة الحكم
فان من حلف لا ياكل لحما فاكل لحم ادمي او لحم خنزير حنث وان وجدت العادة على الامتناع عن اكله لانه لحم حقيقة في العرف
القولي لم يتقيد اليمين بالعرف العملي ولم يمنع الحنث ۰ والجواب عما تعلقوا من الاحكام فنقول ثبت التقييد في الفحم والجمد و
الضحية عن باب الوكالة بالشرا ان تقييد التوكيل بشرا الاضحية والجمد والفحم مروي عن ابي يوسف ۰ اما عند ابي حنيفة
يعتبر الاطلاق يعني لا يتقيد بزمان الاضحية والصيف والشتا ۰ وهذا معنى قوله في المتن والمسايل ممنوعة على قول ابي حنيفة
ولين سلمنا ان التوكيل يتقيد فنقول انما تقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لان الغرض من شرا الفحم دفع ضرر البرد و
ذلك يختص بالشتا ۰ والغرض من شرا الجمد دفع ضرر الحر وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بان وجد
التوكيل ممن يعتاد تربص الفحم كالحدادين وغيرهم او تربص الجمد كالفقاعيين وغيرهم لا يتقيد كذا قال الامام علا الدين
العالم في طريقة الخلاف ۰ وكذا التوكيل بالاضحية تقيد بايام النحر بالغرض لا بالعادة لان غرض الموكل خروجه عن عهدة
الوجوب الذي يلحقه في ايام تلك السنة ۰ واما الوكيل بالشرا انما لم يجز له الشرا بغبن فاحش على احد الروايتين عن ابي
حنيفة للتهمة لان من الجايز انه اشتراه لنفسه ثم لما راى فيه الخسران الحقه بالامر حتى لو انتفت التهمة بان كان وكيلا بشرا
شي بعينه جاز نفاذه على الامر عند ابي حنيفة ايضا لعدم التهمة ۰ اما اذا حلف لا يشتري راسا لا يقع على راس العصفور
لان الناس لا يطلقون اسم الراس عليه على الاطلاق بل يقولون راس العصفور فتقيدت اليمين بالعرف القولي ۰ وايضا
الغرض من اليمين المنع او الحمل ۰ وهذا انما يتحقق في امر معتاد لا في غير معتاد وشرا راس العصفور غير معتاد فلم يتناوله
اليمين وهذا هو الجواب عن تقييد اليمين براس الغنم عند ابي حنيفة وبراس البقر ايضا عندهما لان ما هو المعتاد ادير
على اختلاف المذهبين بدلالة الغرض ۰ واما الاب والوصي فانما لا يملكان بيع مال الصبي بغبن فاحش وان كان ذلك بيعا
من وجه لانه شرع عن نظر الصبي وهما لا يملكان التصرف في مال الصبي الا على الوجه الذي لم يكن فيه نظر ۰ واما المريض فانما

اعتبر بيعه بغبن فاحش من الثلث لانه تعرض لحق الورثة بالابطال • ولهذا لو باع بغبن يسير يعتبر من الثلث ايضا • اما
فيهما فالامر بخلافه **قوله** بزمان الحاجة اي من هذه السنة **قوله** وكذا المقايضة في بيع العرض بالعرض يجوز بها
لان كل واحد من العوضين مثل للاخر فاذا تبايعا فهما مثلان **قوله** والمسائل متفرعة على قول ابي حنيفة رحمه الله
اراد بها مسائل شرا اللحم والجمد والاضحية وتقدم البيان **قوله** والمقايضة شرا من كل وجه وبيع من كل وجه
جواب من قولهما وكذا المقايضة بيع من وجه شرا من وجه فلا يتناولها مطلق اسم البيع فقال لا نسلم انها كذلك بل هي شرا
من كل وجه بيع من كل وجه • اذ كل واحد من العوضين يصلح ان يكون مبيعا وثمنا ويعرف احد الامرين من الاخر بدخول
حرف البا الذي يصحب الاثمان التي في اتباع فعلى ايهما دخل البا يجعل ثمنا والاخر مبيعا • فاذا كان بيع المقايضة هو
بيعا من كل وجه تناوله مطلق التوكيل بالبيع اذ الوكيل باع العرض الذي كان وكيلا ببيعه بالعرض الذي في يد العاقد معه
حيث قال بعت هذا بذاك ولم يقل اشتريت ذاك بهذا الذي في يدي لانه يجري على وفاق امر الموكل وتدارك امره بالبيع
لا بالشرا لحصل البيع فيما وكله به من كل وجه فتناوله التوكيل بالبيع مطلقا • وقال في تتمة الفتاوى الوكيل بالبيع
المطلق اذا باع بثمن مؤجل قيل على قول ابي حنيفة رحمه الله يجوز وان طالت المدة • وعندهما يجوز باجل متعارف
في تلك السلعة والزيادة على ذلك فلا وعن ابي يوسف ان وكله بالبيع على وجه التجارة فله ان يبيعه بالنسية وان وكله
بالبيع لحاجة الى النفقة او قضا الدين وما اشبه ذلك فليس له ان يبيعه بالنسية ونقله عن باب الوكالة بالسلم للصدر
الشهيد • ثم قال في التتمة وذكر في الباب الثاني من شرح بيوع الكافي ان الوكيل بمطلق البيع يملك البيع بالنسية و
عندنا خلافا للشافعي • ثم قيل يجوز البيع بالنسية على قول ابي حنيفة رحمه الله طالت المدة او قصرت • وعندهما
لا يجوز الا باجل متعارف في تلك السلعة وهو المأخوذ **قوله** قال والوكيل بالشرا يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة
يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله • اي قال القدوري في مختصره • وقال في شرح الاقطع
وعن ابي حنيفة رواية اخرى يجوز بالقليل والكثير لعموم الامر • وانما جاز عقد الوكيل بالشرا بزيادة يتغابن
الناس في مثلها لانها زيادة غير ظاهرة لدخولها تحت تقويم المقومين فلم يتحقق الغبن فكانت الزيادة كالعدم فجاز
الشرا على الامر لعدم التهمة • بخلاف الشرا بزيادة لا يتغابن الناس في مثلها لانها زيادة ظاهرة لعدم دخولها تحت
تقويم المتقومين فتحقق الغبن وكان الوكيل متهما في الحاق الشرا بالامر فلم يجز على الامر لانه من الجايز ان يشتري لنفسه
ثم لما راى الخسران في الشرا الحقه بالموكل لانه يجوز شرا ذلك الشي لنفسه حتى اذا انتفت التهمة بان كان وكيلا بشرا شي بعينه
يقع شراؤه على الامر لانه لا يملك الوكيل ان يشتريه لنفسه وان نوى الشرا لنفسه او صرح بذلك بان قال اشهدوا
اني قد اشتريتها لنفسي الا اذا خالف في الثمن الى الاجر او خالف الى جنس اخر وتقدم ذلك مرة • قال الشيخ الامام خواهر
زاده جواز عقد الوكيل بالشرا بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند اهل البلد • فاما ماله قيمة
معلومة عندهم كالخبز واللحم اذا اراد الوكيل بالشرا على ذلك لا يلزم الامر قلت الزيادة او كثرت • قال في بيوع
التتمة وبه يفتى **قوله** على ما مر اشارة الى ما ذكر في المتن قبل ورقتين بقوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه
فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر **قوله** وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه له لانه موضع تهمة امراة باكثر من مهر
مثلها جاز عنده اي عند ابي حنيفة يعني لعدم التهمة • قال محمد في الاصل في اول باب الوكالة في النكاح • واذا وكل
رجل رجلا ان يزوجه امراة بعينها فزوجها اياه فهو جائز • وان زادها على مهر مثلها فهو جائز في قول ابي حنيفة رحمه الله و
في قول ابي يوسف ومحمد اذا زوجها بما يتغابن الناس في مثله فهو جائز • واذا زاد اكثر من ذلك لم يلزم الزوج
النكاح الا ان يرضاه • واذا وكل رجل رجلا ان يزوج امراة بعينها فتزوجها الوكيل فهو جائز وهي امراته • ولا
يشبه هذا الشرا لو امره ان يشتري عبدا بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للامر الى هنا لفظ الاصل • قال
في شرح الكافي في هذا الباب واصله ما ذكر في كتاب البيوع ان المحاباة المطلقة يراعى فيها الصيغة ولا يتقيد بالعقد
المعروف عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد والنكاح باكثر من مهر المثل بما لا يتغابن الناس فيه ليس بمعروف • وكان
ينبغي ان يكون الجواب على قول الكل هكذا لان الوكيل من قبل الزوج في معنى الوكيل بالشرا والوكالة بالشرا مما يتقيد
بالعرف • قلنا بلى ولكن الوكالة بالشرا انما يتقيد بالعرف في موضع التهمة لا يدخل في هذا الباب لانه لا يتوهم
ان يكون عاقدا لنفسه • بخلاف الوكيل بشرا شي بغير عينه حتى لو ارتفع هذا التوهم في الشرا ايضا كان التوكيل بشرا
شي سوا اشترى لنفسه او طلق يصير مشتريا بالموكل اذا كان التوكيل بشرا شي بعينه • وفي الوكيل بالنكاح اذا اضاف
العقد الى موكله ينعقد عليه • واذا اضافه الى نفسه يصير مخالفا وان كان كذلك لان في الشرا العاقد هو الوكيل
ولهذا يؤخذ بحقوق العقد الا انه التزم ان يكون حكم عقده واقعا لغيره على وجه عقده • وفي النكاح العاقد
هو الموكل فانما يكون عاقدا له اذا اضاف العقد اليه فاذا اضاف العقد الى نفسه فقد جعل نفسه عاقدا فصار هو
مخالفا • وهذا لانه لا يستقيم ان يجعل عاقدا لنفسه فيما بينه وبين العاقد • ثم الامر فيما بينه وبين الامر في النكاح
لان حكم النكاح لعقد وموضعه للحصر لا يقبل النقل الى غيره • وفي الشرا يستقيم ان يجعل عاقدا لنفسه فيما بين المتعاقدين
ثم للامر فيما بينه وبين الامر لما جعلناه هكذا كذا في شرح الكافي **قوله** لانه يطلق العقد اي يستغني الوكيل بالشرا

عن

عن اضافة العقد الى الموكل **قوله** قال والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المتقومين • اي قال القدوري رح
في مختصره قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره والمقدار الذي يتغابن الناس فيه نصف العشر او اقل منه وهذا غير
منصوص عنهم ولكن مذاهبهم تدل عليه الى هنا لفظ الطحاوي • وقال الامام في شرح الطحاوي وروي عن نصير بن يحيى انه
قال قدر ما يتغابن الناس فيه في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده • وفي العقار ده دوازده • وقال
الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير في الباب الثاني في كتاب الزكاة القليل من المحاباة في باب البياعات ملحق
بالعدم لتعذر الاحتراز عنه لدخول ذلك تحت تقويم المقومين • والكثير منها غير ملحق بالعدم لدخول الامتناع عنه تحت
الامكان • ثم قال اختلف المشايخ في الحد الفاصل بين القليل والكثير منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل وما لا يتغابن
الناس فيه كثير • ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل وما لا يدخل فهو كثير • والمعنى في ذلك هو امكان
التحرز وعدم الامكان • ومنهم من قال ذلك مفوض الى راي القاضي ومحمد قدر في هذا الكتاب ده نيم يعني في الجامع
الكبير ومشايخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه ابو القاسم بن شعيب بن ادريس حكي عنهم انه قال قدروا اليسير في العقار ده
دوازده • وفي الحيوان ده يازده • وفي العروض ده نيم الى هنا لفظ الشيخ ابو المعين رحمه الله • ثم اعلم ان المتصرفين
للغير منهم من يعفى عنده الغبن اليسير في تصرفه بيعا كان او شرا ولا يتحمل منه الغبن الفاحش • وذلك كالاب في مال الصغير والجد
والوصي ومتولي الوقف • ومنهم من يعفى له في تصرفه الغبن اليسير اجماعا وفي الغبن الفاحش خلاف • وذلك كالعبد
الماذون والمكاتب فان الغبن اليسير عفو عنهما اجماعا • وكذلك الغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما في البيع
والشرا في ذلك على السوا • ومنهم من لا يعفى عنده الغبن الفاحش في شرايه اجماعا ويعفى عنده الغبن الفاحش في بيعه على الخلاف
وذلك كالمضارب وشريك العنان والمفاوض والوكيل بمطلق البيع بيع هولا بغبن فاحش جايز عند ابي حنيفة خلافا لهما وشرا هولا
بغبن فاحش لا ينفذ اجماعا • ومنهم من لا يعفى عنده الغبن وان كان يسيرا كالمريض مرض الموت عليه دين مستغرق لا يعفى عنه
اليسير ويعفى عن وصيه بعد موته اليسير اذا باع تركته لقضاء ديونه وكذا المريض لو باع من بعض ورثته فلا يعفى عنه قليل
المحاباة عند من يجوز بيع المريض من وارثه وهو ابو يوسف ومحمد • ويخير المشتري منه بين ان يؤدي الثمن الى تمام
القيمة وبين ان يفسخ • وعلى قول ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز بيع المريض من وارثه وان كان باكثر من قيمته حتى يجيز سائر
ورثته وليس عليه دين • ولو باع المضارب ممن لا تجوز شهادته له لا يعفى عنه المحاباة اليسيرة • ولو باع الوصي فكذلك
كذا في تتمة الفتاوى **قوله** واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رحمه الله في رجل امر رجلا ان
يبيع عبدا له هذا فباع نصفه قال هو جايز • وقال يعقوب ومحمد لا يجوز الا ان يبيع النصف الاخر • وقال محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في رجل امر رجلا ان يشتري له هذه الدار فاشترى نصفها قال لا يجوز • وان اشتراها نصفا نصفا او شقصا
شقصا حتى اشتراها كلها جاز الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • وقال في شرح الطحاوي ومن وكل ببيع عبد ثم
فباع نصفه او ما سواه من اجزايه لا يلزم الاخر ولزم الوكيل • فان ابتاع الباقي منه قبل الخصومة لزم الامر عندنا
وعند زفر يلزم الوكيل دون الامر • ولو اختلف الوكيل مع الموكل الى القاضي قبل ان يشتري الوكيل الباقي والزم القاضي
الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل بالاجماع • وكذلك هذا الحكم في جميع الاشيا التي في تبعيضها
مضرة ويكون التبعيض فيه عيبا كالعبد والامة والدابة والثوب وما اشبه ذلك • ولو وكله بشرا شي ليس في تبعيضه
مضرة ولا يكون التبعيض فيه عيبا فاشترى بعضه لزم الامر نحو ان يوكله بشرا كر من حنطة بماية درهم فاشترى نصف الكر
بخمسين درهما لزم الامر • وكذلك لو وكله بشرا عبدين فاشترى له احدهما لزم الامر بالاجماع • وكذلك لو وكله بشرا جماعة من
العبيد فاشترى واحدا منها لزم الامر • ولو وكله ببيع عبده فباع نصفه او جزا معلوما منه جاز بيعه عند ابي حنيفة رحمه
الله سوا باع الباقي منه او لم يبع • وعندهما لا يجوز بيع نصفه الا ان يبيع الباقي فحينئذ يجوز بيعه بهما جملة كالشرا
وهو فرق بينهما الى هنا لفظ شرح الطحاوي • واصل ذلك ان ابا حنيفة رحمه الله يعتبر العموم والاطلاق في التوكيل بالبيع واما
في التوكيل بالشرا يعتبر المتعارف الذي لا ضرر فيه ولا تهمة • وعندهما كلاهما سوا فكما انه لا يملك الشرا بغبن فاحش لانه ضرر
لا يملك البيع بغبن فاحش ايضا عندهما لانه ضرر • وهذا لان الصرف ليس بمطلوب بالعقد بل المطلوب هو البيع • فاذا كان
كذلك لا يجوز للوكيل ببيع العبد ان يبيع نصفه لانه ضرر اذ في التفريق تعييب لانه لا يشترى متفرقا كما يشترى جملة الا
اذا باع الباقي قبل نقض الموكل البيع فحينئذ يجوز عندهما ايضا استحسانا لانه ربما لا يتفق له بيع الكل جملة فاذا باع الباقي
ظهر ان بيع البعض وسيلة الى تحصيل مقصود الامر فجاز • ولابي حنيفة رحمه الله ان الوكيل بالبيع وقع مطلقا عن قيد
الجمع والتفريق لان الموكل لم ينص على ذلك • فلهذا اجاز ابو حنيفة البيع بالغبن الفاحش عملا بالاطلاق فاذا جاز بيع الكل
بهذا القدر من الثمن جاز بيع النصف بذلك الثمن بالطريق الاولى لان امساك البعض مع بيع البعض بهذا الثمن انفع له من
بيع الكل بذلك الثمن بخلاف الشراء حيث لا يجوز شرا النصف للتهمة لانه متهم لانه يحتمل انه اشتراه لنفسه لانه يجوز ان يشتريه
لنفسه او لامره • ولهذا لم يجز شراوه بالغبن الفاحش للتهمة لانه يحتمل انه راى فيه الغبن فالحقه بموكله • وفي شرا النصف
تهمة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والعيب ضرر فيحتمل انه الحقه بموكله اجنبيا بالعيب عن نفسه وليس البيع كذلك
لانه لا بيع للوكيل بل بيع للموكل فلا يكون متهما • ولان العبد او الدار قد يكون مبرا الجماعة لا يتفق شرا ذلك جملة

فاذا اشترى بنصفه اشترى الباقي ظهر ان شرا البعض عند شرا الباقي كان وسيلة الى تحصيل مقصود الامر فجاز
فصار كانه اشترى جملة وزالت التهمة فكان الشرا للامر. قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير في قول زفر
يكون الشرا لنفسه في الاحوال كلها. لانه لما اشترى النصف فهو مخالف في الظاهر فصار مشتريا لنفسه. فلو اشترى
النصف الاخر صار الشرا لنفسه ايضا. لان الشرا لا يتوقف فلما صار الاول له ظهر ان النصف الثاني له ايضا الجواب
ان يقال انما يصير الشرا لنفسه للتهمة فلما اشترى النصف الاخر ارتفع التهمة فصار بمنزلة الشرا جملة **قوله** وان
وكله بشرا عبد فاشترى نصفه فالشرا موقوف يعني بالاتفاق وقد مر بيان المسئلة. قال القدوري في كتابه
المسمى بالتقريب قال ابو يوسف اذا وكل رجل رجلا ان يشتري له عبدا فاشترى نصفه جاز عتق الامر فيه ولم يجز
عتق الوكيل. وقال محمد يجوز عتق الوكيل فيه دون الموكل وجه قول ابي يوسف ان الوكيل بشرا النصف لا
يملك الشرا لنفسه فتوقف على حكم ملك الامر. فاذا اعتقه كان اجازة فنفذ عتقه. ووجه قول محمد ان الوكيل
لما خالف ما امر به لزمه ذلك وثبت العزل من جهة الحكم فاذا ملكه جاز عتقه **قوله** على ما مر اشارة الى قوله
قبل عشرين خطا لان التهمة فيه متحققة **قوله** واجاز الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه
والامر بالشرا صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق اي دليل اخر في الفرق بين البيع والشرا
لابي حنيفة رحمه الله ان الامر في صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الامر فصح امره لولايته على ملكه فاعتبر
اطلاق الامر فجاز بيع النصف لان الامر وقع مطلقا عن الجمع والتفريق. فاما الامر في صورة التوكيل
بالشرا صادف ملك الغير وهو مال البايع فلم يصح الامر مقصودا لانه لا ولاية للامر في مال الغير. وانما صح ضرورة
الحاجة اليه ولا عموم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر اطلاقه فلم يجز شرا البعض لان الثابت بالضرورة يتقيد بقدر الضرورة
وذلك يتاتى بالمتعارف وهو شرا الكل لا البعض لان الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشرا البعض الا اذا اشترى
الباقي قبل ان تختصما فيجوز على الامر لانه حصل مقصوده لانه ربما لا يتمكن من تحصيله بدفعة فيشتريه بدفعتين
فلما اشترى الكل ظهر انه قصد امتثال الامر. فلما لم يفعل ظهر انه قصد الخلاف فلم ينفذ على الامر. ولا يقال
امر الامر في صورة الشرا ايضا صادف ملك نفسه. لانا نقول الثمن تابع في باب البياعات فلم يلتفت
اليه **قوله** قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب لا يحدث
مثله بقضا القاضي ببينة او اقرار او باباء يمين فانه يرده على الامر. اي قال محمد في بيوع الجامع الصغير وصورة
المسئلة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يامر الرجل ببيع عبده فيبيعه من رجل ويدفعه اليه
فلا يقبض الثمن او يقبضه ثم يريد المشتري ان يرده على المامور بعيب فيقدمه الى القاضي وهو عيب لا يحدث
مثله فيرده عليه ببينة. او باباء يمين او باقرار من المامور بالعيب قال فللمامور ان يرده على الامر وان
كان العيب يحدث مثله فرده عليه باباء يمين او ببينة فاقامت بانه باعه وبه هذا العيب رده المامور على
الامر. وان كان ذلك باقرار من المامور بالعيب لا يرده على الامر الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
واصل ذلك ان الوكيل بالبيع والشرا يرجع اليه حقوق العقد ومن جملة الحقوق الرد بالعيب فيرد عليه. ولكن
اذا رد عليه فهل يكون ذلك ردا على الموكل ام لا. فان كان العيب لا يحدث مثله كالاصبع الزايدة والسن
الشاغية. او لا يحدث مثله في مثل هذه المدة رده القاضي بلا بينة ولا اقرار ولا نكول لعلم القاضي بقيامه
عند البايع فيكون ذلك ردا على الموكل. ولا يحتاج الوكيل في الرد الى خصومة. وانما شرط محمد في الجامع
الصغير البينة او الابا او الاقرار لاشتباه الامر الى القاضي بان العيب قديم ام لا او يعلم القاضي يقينا ان مثل
هذا العيب لا يحدث في مدة شهر مثلا ولكنه لا يعلم تاريخ البيع متى كان فيحتاج المشتري الى واحد من هذه الحجج
على ان تاريخ البيع منذ شهر حتى يظهر عند القاضي ان هذا العيب كان في يد البايع فيرد المبيع عليه. ونقض
ما بحثناه ذكروا تاويل اخر لقبول البايع وهو ان يكون عيبا في الباطن لا يحدث مثله لكن انما يطلع النسا
كالعفل في الفرج فيحكم القاضي بقول النسا فان شهدن بذلك فلا يثبت الرد بقولهن ولكن يثبت حق الخصومة
للمشتري في توجيه اليمين على البايع فيحلفه القاضي فيرد عليه بنكوله ويكون ذلك ردا على الموكل ايضا
من غير خصومة. فاما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر لا يحتاج في الرد الى شي من هذه الحجج
فيكون ذلك ردا بلا خصومة. وان كان عيبا يحتمل الحدوث في هذه المدة بعد البيع فالقاضي لا يرده
الا بحجة اما ببينة او بنكول البايع او باقراره بان هذا العيب كان فيه قبل التسليم الى المشتري. فاذا قضى
القاضي بالرد على الوكيل بواحد من هذه الحجج هل يكون ذلك ردا على الموكل حتى لا يحتاج الوكيل الى الخصومة
مع الموكل. فان رد بالبينة فهو لازم للموكل لان البينة حجة في حق الناس كافة. وكذا ان اذا رد عليه
بالنكول لان الوكيل مضطر الى النكول لانه لم يباشر احوال العبد والموكل هو الذي اوقعه في هذه الورطة
فكان الخلاص عليه فكان الرد على الوكيل ردا على الموكل. وان رد بالاقرار لزم المامور ولكن له ان يخاصم
الموكل فيلزمه ببينة او نكول لان الرد لما كان بالقضا لم يجعل ابتدا عقد لفقد الرضا بل جعل فسخا. ولكنه

بدليل

بدليل انه مامور وهذا اقرار الوكيل بقيام العيب عند الموكل من حيث انه فسخ كان للوكيل حق المخاصمة. ومن حيث
انه يثبت بدليل قاصر لم يثبت الرد على الموكل الا بحجة. فاما اذا كان الرد بمجرد اقرار الوكيل بلا قضا لم يكن له
ان يخاصم الموكل لانه فسخ بالتراضي فكان له حكم عقد جديد في حق غيرهما فبطل حق الخصومة. هذا في عيب يحدث
مثله. اما اذا كان عيبا لا يحدث مثله والرد بغير قضا قاض. قال التمرتاشي في شرح الجامع الصغير فقد ذكر في عامة روايات
المبسوط انه يلزم الوكيل ولا يخاصم الموكل. وذكر في كتاب البيوع في الاصل انه يلزم الموكل من غير خصومة لان المتعين
فعلا عين ما يفعله القاضي. لان الرد حق متعين في هذا فاذا تعين الحق صار تسليم الخصم وتسليم القاضي سوا كتسليم الشفعة
وقضا الدين والرجوع في الهبة. وجه عامة الروايات ان هذا رد ثبت بالتراضي فصار كالبيع الجديد فلم يلزم الموكل
ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعل القاضي لان الرد ليس متعين لان الحق في مطالبة التسليم ثم في الرد عند العجز عن ذلك
ثم في الرجوع بحصة العيب عند العجز عن الرد فلم يكن الرد متعينا. وبما ذكرنا من المسايل الحق متعين لا يحتمل التحول الى
غيره فسد القياس لعدم الجامع **قوله** فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضا القاضي ببينة او باقرار
او باباء يمين فانه يرده على الامر. فان قلت اذا كان الوكيل مقرا بالعيب يرد عليه فلا حاجة الى قضا القاضي فما فايدة
ذكره. قلت الكلام وقع في الرد على الموكل فاذا كان الرد على الوكيل باقراره بلا قضا لا يرده على الموكل وان
كان عيبا لا يحدث مثله في عامة روايات المبسوط فظهرت الفايدة اذن فافهم واغتنمه **قوله** الى هذه الحجج اشارة
الى البينة والاقرار وابا اليمين **قوله** وتاويل اشتراطها في الكتاب اي اشتراط الحجج المذكورة في الجامع
الصغير وتقرير البيان انما **قوله** يفتقر اليها للرد اي يفتقر المشتري الى الحجة وهي نكول البايع عن اليمين مثلا
لرد العيب وتقرير البيان ايضا **قوله** الى ثبوتها اي من الحجج في البينة او الاقرار او ابا اليمين **قوله**
لامكان السكوت والنكول بعد السكوت والنكول اي لانه يمكنه النكول والسكوت **قوله** بخلاف ما اذا
كان الرد بغير قضا والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بايعه وكان ينبغي ان يقال ان يخاصم موكله او يقول
امره وكان ينبغي ايضا ان يقول كان قوله والبايع ثالثهما والموكل ثانيهما والامر ثالثهما. لان الكلام في مخاصمة الوكيل
مع الموكل وهو ليس ببايع **قوله** في رواية اراد بها رواية كتاب البيوع من الاصل **قوله** وفي عامة
الروايات من المبسوط **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه بيع جديد في حق ثالث **قوله** والحق في وصف
الثلاثة اي اخر جواب لقوله لان الرد متعين وبيان ذلك ذكرناه انفا **قوله** قال ومن قال لاخر امرتك
ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة. وقال المامور امرتني ببيعه ولم تقل شيا فالقول قول الامر. اي قال في الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل قال لاخر امرتك ان تبيع عبدي بالنقد فبعته
بالنسيئة فقال المامور بل امرتني ان تبيعه ولم تقل شيا. قال القول قول المولى. وقال ايضا عن يعقوب عن ابي
حنيفة رحمه الله في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فاختلفا فقال رب المال امرتك ان تبيع بالنقد دون ما سواه
وقال المضارب اعطيتني المال مضاربة ولم تقل شيا قال القول قول المضارب لانه الذي اخذ المال الى هنا لفظ
محمد في اصل الجامع الصغير. وقال في الاصل واذا وكل الرجل رجلا ببيع عبد فقال الامر امرتك بالف
وقد باعه الوكيل بخمسماية فان البيع باطل لا يجوز والقول قول الامر مع يمينه. وكذا ان لو باعه بدينار
وقال الامر امرتك بدراهم او بحنطة او بشعير فالقول في ذلك قول الامر مع يمينه ولا يجوز البيع فان باعه
بنسيئة فقال الامر امرتك بالحال فالقول قول الامر والبيع مردود وكذلك هذه المسئلة في النكاح والخلع
والمكاتبة والاجارة والعتق على مال الى هنا لفظ محمد في الاصل. وانما كان القول قول الموكل لان الاذن
يستفاد من جهته فكان القول قوله في كيفيته لحقيقته ان الامر قد يقع مطلقا وقد يقع مقيدا ولم يوجد دليل
على احد الوجهين فكان القول قول الموكل لانه يدعي الخصوص والاصل في الوكالة الخصوص. ولهذا الوكالة
وكيلا في مالي يصير وكيلا في الحفظ لانه الادنى وليس له ان يتصرف فيه. وهذا بخلاف ما اذا اختلف
رب المال مع المضارب كان القول قول المضارب. وفي قول زفر القول قول رب المال وهو القياس لان
الامر مستفاد من جهة رب المال فصار كما في الوكالة. قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وعلماونا
استحسنوا في المضاربة لان المضاربة بناوها على العموم وقد تصادقا على المضاربة ثم رب المال ادعى زيادة
شرط والمضارب منكر فالقول قوله وليس كالوكيل لان الوكالة عقد خاص والمضاربة تقتضي العموم ثم رب المال
اذا امر بالمضاربة فقد اقر ان المضارب يملك عموم التصرف لان المضارب له ان يوكل ويستاجر ويصنع فاذا
امر بامر عام ثم ادعى معنى الخصوص لا يصدق على ذلك. ولو كان رب المال يدعي المضاربة في نوع مسمى والمضارب
يدعيها في نوع اخر كان القول قول رب المال لان العموم والاطلاق سقط باتفاقهما في نوع فصار نظير الوكالة
قوله ولا دلالة على الاطلاق اي لا دلالة على اطلاق الامر لان التوكيل قد يقع مطلقا عن قيد النقد
والنسيئة وقد يكون مقيدا باحدهما. فلو دل الدليل على الاطلاق كان القول قول من يدعي النسيئة. فلما لم
يوجد الدليل كان القول قول الموكل لان الاذن يستفاد من جهته **قوله** ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمهما

ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف وكان الانسب ان يذكر مسئلة النسيئة في اوايل
الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والى ذلك الموضع اشار بقوله والوجه قد تقدم في
الوجه من الجانبين قد تقدم ثمة لان ابا حنيفة رحمه الله عمل باطلاق الامر وهما بالمتعارف **قوله** قال ومن
امر رجلا يبيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه
اي قال في الجامع الصغير صورة المسئلة فيه قال يعقوب ومحمد اذا امر رجل رجلا ان يبيع له عبدا فباعه ثم اخذ
بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فهو جائز ولا ضمان عليه الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وليس في المسئلة اختلاف الا انه روي عن ابي يوسف ومحمد ولم يرو عن ابي
حنيفة وذلك لان استيفاء الثمن من حقوق العقد وهي راجعة الى الوكيل • وفي الكفالة والرهن توكيد الاستيفاء
فلكلهما الوكيل فصار هلاك الرهن في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل فلم يضمن كما اذا هلك الثمن في يد الوكيل بخلاف
الوكيل بقبض الدين فانه لا يملك اخذ الكفيل والرهن والفرق ان الوكيل بالبيع اصيل في حق الحقوق • ولهذا لو حجر
الموكل عن قبض الثمن لم يجز حجره • والوكيل بقبض الدين يفعل ما يفعله نيابة لا اصالة • ولهذا اذا نهاه الموكل
عن قبضه جاز • والموكل جعله نائبا في قبض الدين لا في اخذ الكفيل والرهن فظهر الفرق • قيل المراد من الكفالة
في قوله اخذ به كفيلا هو الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة • وقيل بل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق
فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسا • وقال شيخ الاسلام علاء الدين ابو الحسن علي بن محمد الاسبيجابي في شرح
مختصر الكافي للحاكم الشهيد في اول باب الوكالة في الرهن • واذا دفع الرجل الى الرجل متاعا فقال بعه وارتهن
لي به رهنا ففعل فهو جائز لانه اتى بما امر به • ولو فعله بنفسه جاز فكذا اذا فعله نائبه • فان كان الرهن
اقل من الثمن بما لا يتغابن الناس فيه فهو جائز في قول ابي حنيفة رحمه الله ولم يذكر قولهما • ويحتمل ان لا يجوز على
قولهما بناء على ان اخذ الرهن يشبه البيع لان قبض الرهن قبض ضمان ويصير مستوفيا لا مستوفيا بالعاقد والوكيل بالبيع
عندهما لا يملك البيع بالغبن الفاحش • وعند ابي حنيفة يملك • ولو باعه ولم يرتهن لم يجز البيع لانه امره بالبيع بثمن
موكد بالرهن فاذا باعه بثمن غير موكد يصير مخالفا • ولو قال بعه برهن ثقة فارتهن رهنا اقل قيمة مما
يتغابن الناس فيه فهو جائز لانه يحصل التوثيق لانه ما بل الدين ومقارب له فيصلح وثيقة له لان الوثيقة ما هو
يفضي الى الحقيقة وان كان اقل منه مما لا يتغابن الناس فيه لم يجز لان توثيق الكثير بجنس القليل ما لا يعتد لانه لا يفضي
الى استيفائه • وان ارتهن رهنا ثقة وقبضه ثم رده على صاحبه فهو ضامن لانه تعلق به حق الامر لان نايل التوثق
مرجعه اليه فيكون الوكيل بالرد مبطلا له فيضمن • وانما كتبنا هذه المسايل لكثير الفوايد **قوله** فتوي المال
عليه اي على الكفيل **قوله** وقبض الثمن منها اي من الحقوق **قوله** لا يملك الموكل حجره عنه اي حجر الوكيل
عن قبض الثمن

فصل

انما فصل هذا الفصل عما تقدم وان كان الفصل المتقدم فصل البيع ايضا
لان هذا الفصل في وكالة الاثنين ووكالة الواحد مقدم عليه لا محالة • ولكن مع هذا لم يكن لذكر الفصل
كثير حاجة الا ان يقال بهم هنا يحتاج غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتزويج والكتابة
والاعتاق والاجارة وهذا احسن **قوله** واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون
الاخر • هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يوكلهما بالخصومة او بطلاق زوجته بغير عوض
وعتق عبده بغير عوض او برد وديعة عنده او بقضاء دين عليه • والاصل هنا ما ذكر الشيخ ابو المعين النسفي
في شرح الجامع الكبير في كتاب الطلاق ان الوكيلين بالتصرف اذا انفرد احدهما ينظر ان كان تصرفا يحتاج فيه
الى الراي ويحتاج فيه الى التروي ليحصل الاحتراز عن الغبن لا يجوز تصرف المنفرد به • لان الموكل في مثل هذا
التصرف لا يرضى الا بمجموع رايهما فكان غير مفوض ذلك الى كل واحد منهما على الاستبداد • وان كان لا يخاف
فيه الغبن ينفذ تصرف كل واحد منهما لما لا حاجة في تحصيله الى اجتماع الراي والتفاوت في التامل ليظهر ما يلي
ان يتمكن فيه من الغبن فيكون الموكل راضيا بتصرف كل واحد منهما على الاستبداد • وقال محمد في الجامع الصغير
عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يامر الرجلين بيبيعا له هذا العبد بالف درهم فيبيعه احدهما بذلك
قال لا يجوز • وكذا ان امر رجلين يخلعان امراته منه بالف درهم فخلع احدهما لم يجز الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع
الصغير • وقال في الاصل واذا وكل الرجل الرجلين ببيع عبد له او دار او دابة او شي من الاشيا فباع احدهما
دون صاحبه فان ذلك لا يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله من قبل انه لم يرض براي احدهما
منهما في الوكالة وحده • ولو كان سمى لهما ثمنا فباع احدهما لم يجز • وان باعا جميعا بذلك الثمن فهو جائز وان
لم يسم لهما ثمنا فباعا جميعا بثمن نسيئة فان ابا حنيفة كان يقول هو جائز • وان باعا بدرهم شيئا يساوي الفا • وقال
ابو يوسف ومحمد اذا حطا من الثمن ما لا يتغابن الناس في مثله لم يجز • وقال ابو حنيفة انه وكلهما ان يشتريا له
شيئا فزاد على ثمنه ما لا يتغابن الناس في مثله فانه لا يلزمه وقال البيع والشراء في ذلك مختلف في قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد هما سواء ولا يجوز على الامر الا ما يتغابن الناس في مثله • واذا وكل الرجل الرجلين ان

بزوجاه

بزوجاه امراة بعينها او بغير عينها فزوجها احدهما دون صاحبه فان ذلك لا يجوز فان كان صاحبه حاضرا واجازه •
ورضي فهو جائز • ولو وكلهما يخلع امراة له او مكاتبة عبد له او بعتق عبد له على مال فمضى احدهما ذلك دون الاخر
فان ذلك باطل لا يجوز ولا ينفذ • ولو كان سمى لهما مالا فامضى احدهما بذلك المال لم يجز • وان امضياه بذلك المال
جاز • وان لم يسم لهما مالا وطلقا جميعا على درهم او كاتباه على درهم او اعتقاه على درهم فانه يجوز في قول ابي حنيفة بمنزلة
البيع ولا يجوز في قول ابي يوسف ومحمد الى هنا لفظ محمد في الاصل • وقال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره واذا وكل
الرجل رجلين ببيع عبد او بابتياعه او بتزويج امراة او بخلع امراة منه على مال او بعتق عبد على مال او بمكاتبته ففعل ذلك
احدهما دون الاخر لم يجز الا ان يجيزه الاخر فيجوز وان وكلهما بعتق عبده بغير مال او بطلاق امراته بغير مال ففعل ذلك احدهما
دون الاخر جاز الى هنا لفظ الطحاوي رحمه الله • قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي الاصل فيه ان الوكيلين
بالمبادلة اذا فعل احدهما المبادلة دون صاحبه لم يجز ولم ينفذ حتى يجيزه الوكيل الاخر او الموكل ولا يجوز فعل احدهما
لان المبادلة تتعلق بالراي والمشورة وقد رضي برايهما ومشورتهما ولم يرض براي احدهما سواء كان الثمن مسمى والوكيل
الاخر حاضر او غايب الا ان في الشرا ينفذ عليه ولا يتوقف لان الشرا اذا وجد نفاذا على العاقد نفذ ولا يتوقف
بخلاف البيع فانه يتوقف على اجازة الموكل او الوكيل بالتزويج والخلع والكتابة بمال اذا فعله احدهما لا يجوز حتى يجيزه الموكل
والوكيل الاخر • واما الوكيلان بالعتق على غير مال والوكيلان بالطلاق على غير مال فلاحدهما ان يعتق ويطلق وكذلك
الوكيلان بالخصومة لاحدهما ان يخاصم الا انه اذا انتهى الى قبض المال لا يجوز قبض احدهما حتى يجتمعا لان الخصومة ما لا يتاتى
فيها اثنان بالاجماع والنص ما يتاتى فيه الاجماع • وكذلك لو وكل اثنين بتسليم ما وهب الى الموهوب له فسلم احدهما صحت
الهبة • وكذلك لو وكل اثنين بقضاء الدين وسلم المال اليهما فقضاه احدهما جاز • فاما الوصيان فليس لاحدهما التصرف الا
باذن صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله كالوكيلين بالبيع الا في اشياء معدودة قد ذكرها في الوصايا • وعند ابي يوسف
لكل واحد منهما ولاية التصرف على حدة • ولو دفع ماله الى اثنين مضاربة فليس لاحدهما التصرف الا باذن صاحبه بالاتفاق
كذا في شرح الطحاوي • وقال في شرح الاقطع فاما التوكيل بالخصومة فلاحدهما ان ينفرد بها • وقال زفر لا يجوز
وجه قول زفر ان الخصومة منهما لا يمكن في حالة واحدة • الا ترى ان القاضي لا يسمع منهما اذا تكلما معا واذا لم يمكن علم ان
الموكل جعل ذلك الى كل واحد منهما فيجوز ان ينفرد • وجه قول زفر ان الخصومة تحتاج الى الراي وهو لم يرض براي
احدهما لان راي الاثنين يخالف راي الواحد فلهذا لم يجز لواحد منهما ان ينفرد كما في الوكالة بالشرا • وقال فخر الدين
قاضي خان في شرح الجامع الصغير لا ينفرد احد الوكيلين الا في اربعة اذا وكلهما بالطلاق والثاني اذا وكلهما بالعتاق
والثالث اذا وكلهما برد وديعة او عارية او غصب او دين عليه لرجل • والرابع اذا وكلهما بالخصومة لان في الثلاثة
لا يحتاج الى الراي • واما في الخصومة فقد ذكرنا في الجامع لو قال لرجلين طلقا امراتي ان شئتما او ارد تما فطلقها احدهما
لم يقع لانه علق الطلاق بمشيتهما فلا ينزل عند مشية احدهما • وكذلك لو قال امرها بايديكما لانه جعل الراي اليهما • وكذلك
لو قال امر امراتي بايديكما فطلقها احدهما لا يقع لانه جعل الراي اليهما لا الى احدهما **قوله** فليس لاحدهما ان يتصرف
فيما وكلا به فالمراد هذا اذا وكلهما بكلام واحد دفعة واحدة بان قال وكلتكما ببيع عبدي هذا وخلع امراتي • اما اذا
وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما ان يتصرف لان كل واحد منهما مسلط على البيع والخلع بانفراده **قوله** او برد
وديعة فقد بردها • لانه اذا وكل الاثنين بقبض الوديعة ليس لواحد منهما ان ينفرد **قوله** على الطلاق بفعلهما
فاعتبر بدخولهما اي اعتبر تعلق الطلاق بفعل الرجلين تعليق الطلاق بدخول الرجلين يعني يشترط ثمة لوقوع الطلاق
دخولهما جميعا حتى لو قال ان دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعا فكذا هنا في قوله طلقاها ان
شئتما لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعا **قوله** قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به اي قال
القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان ياذن له الموكل في ذلك او يقول له اعمل برايك • قال شيخ الاسلام علا
الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في اول كتاب الوكالة • وليس للوكيل ان يوكل غيره لانه رضي برايه والناس يتفاوتون
في الراي فلا يكون راضيا براي غيره الا اذا قال له ما صنعت في ذلك من شي فهو جائز لانه جعله وكيلا عاما يملك التوكيل
لانه باذن • قال صاحب الهداية فاذا جاز في هذا الوجه اي اذا جاز توكيل الوكيل غيره فيما اذا اذن له الموكل
في التوكيل او قال له اعمل برايك يكون الوكيل الثاني وكيلا عن الموكل لا عن الوكيل الاول • وفايدته ان الوكيل
الاول لا يملك عزل الوكيل الثاني ولا ينعزل الوكيل الثاني بموت الوكيل الاول لكن ينعزلان جميعا بموت الموكل **قوله**
وقد مر نظيره في ادب القاضي وهو ما ذكر في اول فصل قبل التحكيم بقوله وليس للقاضي ان يستخلف على القضا الا ان يفوض
اليه ذلك اي ان قال • ولو قضى الثاني بحضرة الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة **قوله** فان
وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز • اي قال القدوري في مختصره يعني عقد وكيل الوكيل بحضرة الوكيل
الاول • قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل وكل رجلا بدفع عبد فامر الوكيل رجلا
ببيعه فان باعه والوكيل الاول حاضر جاز ذلك • وان باعه وهو غايب عنه لم يجز • وقال محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في رجل وكل رجلا ببيع عبد فباعه رجل غير الوكيل فبلغ الوكيل فسلم البيع فهو جائز الى هنا لفظ محمد في اصل

الجامع الصغير • وقال في شرح الطحاوي وليس للوكيل ان يوكل غيره بما وكل به الا ان يطلق له الذي وكله او يجيز امره
فيما وكل به فيكون له ذلك • لان بنا الوكالة على الخصوص فليس له ان يفوض الى غيره الا ان ياذن له الموكل بذلك او
يقول له وقت التوكيل ما صنعت من شي فهو جائز فحينئذ يجوز • ولو وكل رجلا ببيع عبد ولم يجز له ما صنع • ولو اذن
له في ذلك فوكل الوكيل غيره ببيع ذلك فباعه الوكيل الثاني فانه ينظر ان باعه بحضرة الوكيل الاول جاز البيع وصار
كان الوكيل الاول هو الذي باعه • ولو باعه بغير حضرة الوكيل الاول لم يجز بيعه حتى يجيز الوكيل الاول او الموكل و
وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سوا كان بحضرة الوكيل الاول او بغير حضرته • وقال ابن ابي ليلى يجوز بيع
الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول او بغير حضرته • واما الوكيل بالشرا اذا وكل غيره فاشترى الثاني فهو على الخلاف لما
هنا لفظ شرح الطحاوي • وجه قول ابن ابي ليلى ان الوكيل قائم مقام الموكل والموكل لو وكل غيره جاز فكذا وكيله لانه لما ملك
ان يباشر بنفسه ملك ان يوكل غيره • ولهذا كان للمودع ان يودع غيره فصار كالعبد الماذون والمضارب فانهما
يملكان التوكيل • ولنا ان الموكل رضي براي الاول دون الثاني فلا ينفذ بيع الثاني عليه بخلاف مسئلة الاذن فان بناها
على العموم بخلاف الوكالة • وجه قول زفر ان الموكل رضي ببيع الاول ولزوم العهدة على الاول ولم يرض بلزوم العهدة و
على غيره فلو جاز بيع الثاني كانت العهدة عليه والموكل ما رضي به الاول ولزوم العهدة على الاول ولم يرض بلزوم العهدة
ولنا ان المقصود الانتفاع براي الاول • فاذا حضر حصل ذلك فجاز والا فلا • ولزوم العهدة ليس بامر مقصود لانه
قد يظهر وقد لا يظهر • وانما المقصود وقوع الملك وحصول الثمن • ولو باعه الوكيل الثاني حال غيبة الاول فبلغه
او باعه اجنبي فاجاز جاز لانه حصل رايه • وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وزاد في كتاب الوكالة اذا قدر
الثمن للوكيل الثاني صح وان لم يعقد بحضرته لان رايه قد وجد • قال في الفتاوى الصغرى طلبت هذه الرواية
في كتاب الوكالة وتتبعتها فلم اجدها فيها لكن ذكره البقالي ايضا وقد وجدته في كتاب الرهن • ونقل في الفتاوى
الصغرى عن وكالة شيخ الاسلام خواهرزاده ان الوكيل بالبيع او الاجارة اذا وكل غيره فباع الثاني او اجر والاول
حاضر او غايب فاجاز الوكيل الاول ذلك جاز فقد شرط الاجازة من الوكيل الاول للجواز • وان حصل البيع او الاجارة
من الثاني بحضرة الاول • وذكر بعد هذا انه اذا باع الثاني بحضرة الاول يجوز ولم يشترط الاجازة وهو المذكور في
الجامع الصغير ذكرها بين الروايتين في باب الوكالة بالقيام على الدار من المبسوط لشيخ الاسلام خواهرزاده • ثم قال
شيخ الاسلام خواهرزاده حكي عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسئلة اختلاف الروايتين لكن ما ذكر مطلقا في بعض
المواضع محمول على ما اذا اجاز الوكيل الاول ذلك • والى هذا ذهب عامة مشايخنا • ووجه ذلك ان توكيل الوكيل
لما لم يصح التحق بالعدم فيكون الثاني فضوليا وعقد الفضولي لا يتم بمجرد حضرة المجيز ما لم يجز • ومنهم من جعل في المسئلة
روايتين في رواية يشترط الاجازة كما ذكرنا • وفي رواية يكتفى بحضور الاول كما ذكر في الجامع الصغير • قال
شيخ الاسلام خواهرزاده على هذا الحد وكيل البيع او الاجارة اذا امر صاحبه فباع بحضرته او اجر جاز في رواية
ولا يجوز في رواية ما لم يجز الامر الثاني او المالك كذا في التتمة والفتاوى الصغرى قوله وتوكلوا في حقوقه
يعني اذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز لكن في حقوق العقد كلام قال بعضهم يرجع الى الاول لان الموكل
رضي بلزوم العهدة على الاول دون الثاني كذا نقل في الفتاوى الصغرى عن فتاوى النسفي • وقال بعضهم يرجع
الى الثاني لان العقد هو السبب وجد من الثاني واليه ذهب ابو الليث في حيل العيون قوله وكذا لو
باع غير الوكيل فبلغه فاجازه • يعني اذا باع الاجنبي فاجازه الوكيل بعد بلوغ الخبر جاز قوله على ما
بينا اشارة الى قوله في المسئلة المتقدمة والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراي في الزيادة
واختيار المشتري يعني في اختيار المشتري الذي لا يماطل في تسليم الثمن قوله قال واذا زوج المكاتب او الذمي
او العبد ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز • وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في الذمي او المكاتب او العبد يزوج واحد منهم ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة قال لا يجوز • وكذلك
ان باع لها او اشترى لم يجز الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وذلك لقوله عليه السلام لا نكاح الا بولي وليس
الكافر من اهل الولاية على المسلم قال تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا • وقال تعالى والذين كفروا
بعضهم اوليا بعض • وقال تعالى والمؤمنون بعضهم اوليا بعض • ولهذا لم يكن الكافر من اهل الشهادة والحكم عليه
والعبد لا ولاية له على نفسه • الا ترى الى قوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شي فاذا لم يكن له
ولاية على نفسه لم يكن له ولاية على غيره بالطريق الاولى لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة • ولهذا
لم يصلح العبد ان يكون قاضيا ولا سلطانا ولا شاهدا • وكذلك المكاتب عبد ما بقي عليه درهم • ولان الولاية
على الصغار والصغاير ثبتت نظرا لهم لعجزهم والنظر انما يحصل من القادر المشفق ولا شفقة للكافر على المسلم ولا قدرة
للرقيق فانتفت الولاية لعدم تحقق النظر • وكذلك لو اشترى واحد منهم لها او باع للصبي الذي قلنا قوله
وقال ابو يوسف ومحمد والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك • وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها
فيه • وقال يعقوب ومحمد وكذلك عندنا المرتد اذا قتل على ردته والحربي المستامن لا يجوز شراه او احد منهما لا

بنه

يبعد ولا نكاح على ابنته اذا كانت ابنته صغيرة مسلمة ولا يزوجها ولا يزوجها الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • وقال
الفقيه ابو الليث هذا قولهم جميعا • واما الذي لم يكن للحربي ولاية لما قلنا لانه ابعد من الذمي لانه من اهل دارنا وقد قبل الجزية
التي هي خلف الاسلام والمستامن ليس من اهل دارنا ولم يوخذ منه خلف الاسلام فاذا لم يثبت الولاية للذمي على الصغير
المسلم فاولى ان لا يثبت للحربي • ولهذا لم يجز شهادة الحربي على الذمي • واما المرتد فان ولايته موقوفة بالاجماع
اما ابو حنيفة فمر على اصله ان عقوده في مال نفسه موقوفة • وكذلك في مال ولده • واما ابو يوسف ومحمد فانهما
يجعلان عقوده في مال نفسه ويجعلانه بمنزلة المسلم في البيع والشرا ويجعلان عقوده في مال ولده موقوفة • فان اسلم
جاز والا فلا لان الولاية نظرية واتفاق الملة داع الى النظر • وذلك متردد بين الوجود والعدم لانه معدوم في
الحال ولكنه يرجى وجوده لانه يجبر عليه فوجب التوقف • فاذا قتل على ردته استقرت جهة الانقطاع فبطلت
عقوده لانه لا ولاية للكافر على المسلم وان اسلم كانه كان على الاسلام فتنفذ عقوده لان الارتداد كان عارضا
فاذا انتفى العارض زال حكمه وعاد حكم الاصل على ما كان • قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وهذه من مسايل
الوكالة وبيان الولاية في كتاب الماذون قوله وذلك اشارة الى الولاية النظرية قوله وهي اي
الملة قوله فيبطل اي تصرف المرتد والله اعلم

باب الوكالة بالخصومة وبالقبض

لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا اخرت
صرفها الى مطلق الجواب مجازا اطلاقا لاسم السبب على المسبب ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمهجور بل هو مطلق
يجري على حقيقته قوله والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض هذا لفظ القدوري في مختصره • قال قاضي خان
في شرح الجامع الصغير هذا ظاهر الرواية • وقال في اشارات الاسرار الوكيل بالخصومة يملك قبض الدين عندنا خلافا
لزفر • وقال شمس الايمة في كتابه الوكيل بتقاضي الدين له القبض اتفاقا • وجه قول زفر انه رضي بخصومته في الخصومة
لا بامانته في القبض اذ يوتمن على الخصومة من لا يوتمن على القبض فلا يملك القبض • ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه
وتمام الخصومة بالقبض لا ذنبا منتهاه فانصرف الامر بالخصومة الى اتمامها بالقبض فملك القبض • ولان المقصود
من الخصومة الاستيفا فيكون الاستيفا من حقوقها • ومن كان وكيلا بشي كان وكيلا بحقوقه كالوكيل بالبيع • وقال
في الواقعات في باب الوكالة بعلامة النون الوكيل بالتقاضي او بالخصومة ليس له ان يقبض الدين في زماننا لان الخيانة
ظهرت فيما بين الناس وهو اختيار مشايخ بلخ خصوصا في الوكلا على باب القاضي وبه اخذ الفقيه ابو الليث قوله لانه في معناه
وضعا اي لان التقاضي في معنى القبض فيه نظر لانه قال في المغرب تقاضيته ديني وتقاضيته بديني واستقضيته
طلبت قضاءه واقتضيت منه حقي اخذته قوله الا ان العرف بخلافه اي بخلاف الوضع • يعني لا يراد القبض من
التقاضي في عرف الناس لانهم لا يفهمون منه بل يفهمون من التقاضي المطالبة ونحن لا نسلم ان الوضع على خلاف العرف
بل يراد منه في الوضع ما يراد منه في العرف قوله والفتوى على ان لا يملك يعني ان الوكيل بتقاضي الدين يملك
القبض اتفاقا في جواب كتاب الوكالة لكن فتوى المشايخ على ان لا يملك لفساد الزمان قوله فاذا كانا وكيلين
بالخصومة لا يقبضان الا معا وهذه من مسايل الجامع الصغير قد بينا قبل هذا الفصل ان الوكيلين بالخصومة لاحدهما
ان يخاصم لانه اذا انتهى قبض المال لا يجوز قبض احدهما • وذلك لان شرط اجتماعهما على الخصومة لتعسر الامر على
الحاكم بالشغب فلم يلزم اجتماعهما • ثم لا يجوز لاحدهما ان يقبض الا باذنهما ولم يوتمن احدهما قوله بخلاف الخصومة
على ما مر يعني ان الوكيلين بالخصومة لا يشترط اجتماعهما على الخصومة بل يجوز لاحدهما ان ينفرد بالخصومة كما مر في اول
الفصل المتقدم عند قوله واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الاخر الا ان يوكلهما بالخصومة
وعند زفر ليس للوكيل بالخصومة ان يقبض الدين • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ومشايخ هذه البلدة
كانوا يقولون بقول زفر وبه ياخذون • يعني مشايخ بلخ وبه ناخذ قوله والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا
بالخصومة عند ابي حنيفة وهذه من مسايل مختصر القدوري • قال القدوري في كتابه المسمى بالتقريب • قال ابو
حنيفة الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة • فاذا اقام المطلوب البينة انه قضى الموكل قبلت بينته عليه • وقالا
لا تقبل بينته على القضا الا ان الخصومة تسقط • وروى الحسن عن ابي حنيفة مثله الى هنا لفظ كتاب التقريب وقال
في اشارات الاسرار الوكيل بقبض الدين تسمع عليه البينة بقبض الموكل او ابرايه عن الدين عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا
لهما • ثم انما قيد بالوكيل بقبض الدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون خصما اجماعا • ونقل في الفتاوى الصغرى عن مبسوط
شيخ الاسلام خواهرزاده ان الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة اجماعا ان كان الوكيل من القاضي كما لو وكل وكيلا
بقبض ديون الغايب • وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل له في يدي رجل عبد فوكل رجلا بقبضه
من الذي العبد في يديه • ثم غاب الموكل فاقام الذي في يديه العبد البينة ان الغايب قد باعه اياه قال اقفه
حتى يحضر الغايب • وكذلك الطلاق والعتاق وكل شي الا الدين فانه اذا كان لرجل على رجل دين فوكل رجلا بقبضه
فاقام الذي عليه الدين البينة انه قد اوفاه قبلت بينته • وقال ابو يوسف ومحمد هذا والاول سوا الى هنا لفظ
محمد في اصل الجامع الصغير • وجه قولهما انه مامور بالقبض والقبض غير الخصومة فلا يكون الوكيل بقبض الدين وكيلا

بيان المغايرة ان القبض يبتني على امانة الرجل والخصومة تعتمد على جدله فاذا كان كذلك لم يملك الخصومة كالوكيل بقبض العين • كالوطلب الامر منه ذلك بصيغة الامر لا بصيغة التوكيل لكن يوقف الامر احتياطا حتى لا يكون له ولاية القبض الا ان يحضر الغائب • ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان التوكيل بقبض الدين توكيل بالتمليك والتملك لانه يتملك المقبوض بمقابلة ما في الذمة قصاصا لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها لان الدين لا يمكن قبضه لانه وصف ثابت في الذمة • لكن لما اخذ المقبوض كان على القابض مثل ما على المطلوب فالتقى الدينان قصاصا • فلما كان هذا توكيلا بالتمليك كان خصما عن الغائب في التمليك ينبغي ان يكون خصما عن الغائب كالوكيل بالشراء والوكيل باخذ الدار بالشفعة اذا قامت عليه البينة ان الموكل سلم الشفعة يصح ويقضى بذلك • وكذلك الوكيل بالرجوع في الهبة خصم وكذا الوكيل بالقسمة والرد بالعيب فكذا هذا • قالوا في شروح الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين اشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الوكيل بالشراء لانه خصم قبل قبض الدين كما ان الوكيل باخذ الشفعة خصم قبل اخذ الدار بخلاف الوكيل بالشراء فانه لا يصير خصما قبل مباشرة الشراء • وهذا بخلاف الوكيل بقبض العين فانه ليس بخصم لانه امين محض لم يوجد فيه معنى التمليك والمبادلة فلم يكن خصما فكان كالرسول • وبخلاف الوكيل بنقل المرأة والعبد والامة اذا اقامت المرأة البينة على الطلقات الثلاث او اقام العبد او الامة البينة على الاعتاق حيث لا يكون الوكيل خصما ولا تسمع البينة على الطلاق والعتاق الا في اليد استحسانا • ويوقف الامر الى ان يحضر الغائب والقياس ان لا يوقف الامر بل كان ينبغي ان يدفع الى الوكيل لان البينة تبطل لقيامها على غير خصم ووجه الاستحسان في قبول البينة في قصر اليد خاصة ان الوكيل في نقل القبض قائم مقام الموكل فجعل خصما في ابطال حق القبض احتياطا • فاذا حضر الغائب تعاد عليه البينة • وقال فخر الاسلام ذكر الاستحسان والقياس في كتاب الوكالة واورد الهبة وفي سوال الاوجه في كتاب التعريب • فان قيل لو كان الوكيل بالقبض وكيلا بالتمليك لم يجز توكيل المسلم في قبض الخمر كما في توكيله في تمليكها • فالجواب ان هذا تمليك من طريق الحكم والمسلم يصح ان يملك الخمر حكما وان لم يجز عقده عليها **قوله** نقيد بالجر على انه بدل من الدين **قوله** الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه استثناء من قوله لان الديون تقضى بامثالها • يعني ان الديون وان كانت تقضى بامثالها لا باعيانها لما بينا الا ان المقبوض جعل لحكم عين الدين بدليل ان رب الدين يجبر على القبض • فلو كان تمليكا محضا لما جبر فيه لانه يعني استيفاء عين الحق لم يجبر على القبض • وكذا اذا ظفر بجنس حقه حل له التناول **قوله** فاشبه الوكيل باخذ الشفعة اي اشبه الوكيل بقبض الدين الوكيل باخذ الشفعة انه خصم فكذا هذا **قوله** والرجوع في الهبة بالجر عطفا على قوله باخذ الشفعة يعني اذا وكل وكيلا بالرجوع في الهبة كان خصما حتى اذا اراد الرجوع فاقام الموهوب له البينة ان الواهب اخذ العوض تقبل بينته **قوله** او القسمة بالجر ايضا عطفا على ما قلنا يعني ان احد الشريكين اذا وكل رجلا بان يقاسم شريكه فاراد الوكيل المقاسمة فاقام الشريك الاخر البينة ان الموكل اخذ نصيبه تقبل بينته لان الوكيل خصم لان في القسمة معنى التمليك **قوله** والرد بالعيب بالجر عطفا على ما قلنا ايضا • يعني ان المشتري اذا وكل وكيلا برد المشترى بسبب العيب فاقام البائع البينة ان المشتري رضي بذلك قبلت بينته **قوله** وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا اشارة الى انه وكله بالتمليك فاشبه الوكيل باخذ الشفعة • يعني انه لما وكله بالقبض بالتمليك كان فيه معنى المبادلة والمبادلة تقتضي حقوقا من التسليم والتسلم والرد بالعيب والوكيل في الحقوق اصيل فكان خصما **قوله** انه خصم في قصر يده اي الوكيل جعل خصما في حق قصر يد الوكيل لا غير فيقتصر عليه اي على يد الوكيل ابتداء دون غيره **قوله** وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك • قال محمد في الاصل واذا وكل الرجل رجلا بقبض عبد له او جارية فادعى العبد العتاق من مولاه واقام البينة فاني لا ادفعه الى الوكيل ولا اقضي بالعتق ولكن اقفه لانه لم يوكله بالخصومة في ذلك وانما وكله بقبضه وبالجارية • وكذلك لو وكله باخراج امرأة فاقامت المرأة البينة ان زوجها قد طلقها ثلاثا وكذلك لو وكله بقبض دار فاقام الذي في يديه الدار البينة انه اشتراها من الذي وكله فاني لا اقبل ذلك كله عليه لانه لم يوكله بالخصومة • ولو وكله بقبض دين له فاقام الغريم البينة انه قد اوفاه الطالب قبلت ذلك منه • وليس هذا كالدار والعبد لان الدار تقبض بعينه والدين ليس بشيء قائم بعينه وهو قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ليس بخصم في شيء من ذلك فانه قد وكله بقبض الدين وغيره سواء الى هنا لفظ محمد في الاصل **قوله** دون العتق والطلاق اي تقبل بينة المرأة والعبد والامة في حق قصر يد الوكيل خاصة لا في حق العتق والطلاق **قوله** واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد استحسانا الا انه يخرج من الوكالة • وقال ابو يوسف يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء • وهذه من مسائل القدوري ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل له على رجل مال فوكل رجلا بالخصومة فيه والمدعى عليه يجحد فاقر الوكيل عند القاضي ان الذي وكله قد استوفاه قال يقضى على الذي له المال باقرار الوكيل وان اقر عند غير قاض فشهد عليه بذلك شاهدان لم يقض على الذي له المال بذلك الا ان الوكيل لا ينبغي له ان يدفع المال اليه اذا شهدت الشهود باقراره وهذا قول ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف اقراره يلزم الموكل عند القاضي وعند غير القاضي وهو لازم الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وقال في الاصل واذا وكل الرجل بالخصومة في شيء فهو

جائز وهو خصم بمنزلة الذي وكله غير انه لا يجوز اقرار الوكيل على الذي وكله الا عند القاضي • فاما عند غير القاضي فلا يجوز وهذا في قول ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف يجوز اقراره عند القاضي وعند غيره وتقبل البينة عليه بذلك الى هنا لفظ الاصل • وقال الفقيه ابو الليث في كتاب التقريب قال ابو حنيفة ومحمد يجوز اقرار الوكيل على موكله بحضرة الحاكم ولا يجوز بغير حضرته • وقال لا يجوز في الحالين الى هنا لفظ التقريب • وهو قول ابي يوسف اولا وكذلك قول زفر كذا في المختلف • وكذلك قول الشافعي مثل قوله ايضا • وقول مالك في التقريب كقوله ايضا وقال في كتب الحنابلة ولا يصح اقرار الوكيل على الموكل لا عند الحاكم ولا عند غيره ولا مصالحته ولا الابراء الا ان يصرح بذكر ذلك في توكيله ثم اعلم ان قول ابي حنيفة ومحمد استحسان وقول زفر قياس كذا ذكر فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير • وصورة المسألة ما اذا كان الوكيل وكيل المدعي فاقر ببطلان الحق او كان وكيل المدعى عليه فاقر بلزوم الحق عليه • وجه قول زفر انه وكله بالخصومة والمنازعة والاقرار مسالمة ومساعدة فكان بين الاقرار والخصومة تضاد فلا يدخل تحت ما يضاده فلا يجوز اقرار الوكيل على موكله كما لا يجوز صلحه وابراؤه مع ان الصلح اقرب الى الخصومة من الاقرار • وكما لو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة بشرط ان لا تقر علي فاقر الوكيل لم يصح اقراره لان لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار فلو تناول لما بطل الاستثناء ولما صح الاقرار لان الخصومة في شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز • ولان الداخل تحت الامر جواب هو منازعة وهو الانكار لا الاقرار تمسكا بحقيقة اللفظ وعلاهم الفرق • لان الحاجة الى الاستعانة واختيار الاهدى فالاهدى انما يكون في المنازعة دون الاقرار • والفرق يصلح دليلا مبتدأ كان التوكيل بشراء الفحم والجمد ينصرف الى وقت الحاجة بالعرف فكذا هنا • ولنا ان حقيقة التوكيل بالخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فيصار الى المجاز صونا لكلام العاقل عن الالغاء ومطلق الجواب يصلح مجازا • لان الخصومة سبب للجواب واطلاق السبب وارادة المسبب طريق من طرق المجاز • ثم مطلق الجواب يتناول الانكار والاقرار جميعا فكما ان انكار الوكيل يصح منه حيث انه جواب فكذا يصح اقراره من انه جواب • لان الجواب تارة يكون بنعم وتارة يكون بلا فيصح اقرار الوكيل كانكاره • ولا يقال بان الخصومة جواب مقيد ينبغي ان لا يملك مطلق الجواب اذ المطلق فوق المقيد • لانا نقول المقيد يشتمل على الاصل والوصف والمطلق يتعرض للاصل دون الوصف فكان في المقيد ما في المطلق وزيادة فجاز جعله مجازا عنه الى هذا اشار شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد • والجواب عما قال زفر ان التوكيل ابدا انما يكون مملوكا للموكل واحد الجوابين من الانكار والاقرار ليس بمملوك له قطعا لان خصمه اذا كان محقا يلزمه الاقرار • واذا كان مبطلا يلزمه الانكار فلم يتعين احد الجوابين الذي هو عبارة عن الخصومة وهو الانكار لاحتمال وتردد في كونه مرادا فحمل كلامه تعيين من حيث ديانته على ما ينطلق عليه اسم الجواب مطلقا مجازا • ثم الاقرار والانكار يندرجان تحت مطلق الجواب فيصح اقرار الوكيل كالانكار لا باعتبار انه اقرار ولا باعتبار انه انكار بل باعتبار انه جواب ولا يلزم على هذا توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها فانه يجوز على مذهب ابي حنيفة مع ان المسلم لا يملك ذلك بنفسه • لانا نقول ان ذلك مملوك للمسلم ضمنا وحكما لتصرف الوكيل وان لم يكن مملوكا قصدا على وجه لا يلحقه اللوم والاثم في ذلك على انا نقول ان للمسلم ولاية في جنس التصرف لكونه حرا عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته • ولا يشترط ان يكون للموكل ولاية في كل الافراد وقد مضى بيان ذلك في اوائل كتاب الوكالة عند قوله ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام • ولا يلزم على هذا اقرار الاب والوصي على اليتيم فانه لا يجوز لانه غير موكل بالجواب ولانه مأمور اذ تصرفهما بالولاية على طريق النظر ولا نظر فيه • ولا يلزم اقرار الوكيل بالقصاص والحدود لا يجوز على الموكل لشبهة عدم الامر بذلك • والجواب عن القياس على الصلح فنقول انما لم يصح صلح الوكيل لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح بل هو تصرف ابتداء يتعلق باختيارهما • والجواب عما اذا استثنى حيث يصح ويبطل اقرار الوكيل • فنقول لا نسلم انه يصح الاستثناء بل لا يصح الاستثناء عند ابي يوسف كذا ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وفي اصول فقهه ايضا في باب بيان التغيير فعلى هذا يصح اقراره لبطلان الاستثناء • وهذا لان الموكل وكله بما لا يملكه فهو انكار الحق ولئن سلمنا انه يصح الاستثناء على ما روي عن محمد فنقول انما صح لان تنصيصه على الاستثناء الاقرار دليل على ملك الموكل الاستثناء والاقرار لان غرضه انكار الوكيل • واذا كان غرضه الانكار الذي هو احد الجوابين هنا لم يصح اقراره لانه لا يمكن ارادته مجازا عن الخصومة للتردد في احد الجوابين عينا • بخلاف ما اذا اطلق الجوابين التوكيل بالخصومة ولم يستثن الاقرار حيث يصح اقرار الوكيل على الموكل حملا للكلام على ما هو الاولى وهو مطلق الجواب • وعن محمد انه فرق بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب فقال اذا وكل المطلوب واستثنى الاقرار لا يصح لان المطلوب مجبر على الخصومة ولا يمكنه التوكيل بما فيه اضرار الطالب • بخلاف الطالب لانه لا يجبر قال في تتمة الفتاوى اذا وكل بالخصومة واستثنى الاقرار صحت الوكالة • والاستثناء في ظاهر الرواية • وعن ابي يوسف انه لا يصح وعن محمد يصح استثناء الاقرار من الطالب لانه مخير ولا يصح من المطلوب لانه لا يحوز عليه • فان قلت التوكيل لاجل حاجة الموكل وهو لا يحتاج الى التوكيل بالاقرار ظاهرا لانه لا يعجز عن الاقرار بنفسه فينبغي ان لا يصح اقرار الوكيل عليه لانه ليس بمأمور بالاقرار ظاهرا

لانه لا يعجز عن الاقرار بنفسه فينبغي ان لا يصح اقرار الوكيل عليه لانه ليس بمامور باقرار ظاهرا • قلت لا نسلم ان الاحتياج الى التوكيل باقرار لانه ربما لا يعرف توجه الحق اليه او لا صحة الدعوى فيوكل من هو اعلم منه • او ربما يوكل ليبرأ بهذا القدر على وجه لا يلزمه شيء اخر ويندفع عنه خصومة اخرى • ثم بقي الكلام مع ابي يوسف • وجه قولهما ان الوكيل قائم مقام الموكل فاقرار الموكل باقرار الموكل يجوز في مجلس القضا وغيره فكذا اقرار وكيله لانه نايب منابه • ووجه قولنا ان اقرار الوكيل انما صح باعتبار انه جواب الخصومة مجازا والخصومة تختص بمجلس القضا فيكون صحيحا • فاذا كان الجواب المعتبر هو الجواب في مجلس القضا لم يعتبر اقرار الوكيل على موكله في غير مجلس القضا • فاذا اقامت البينة على اقراره وذلك خرج من الوكالة حتى لا يدفع المال اليه لانه مع الاقرار لا يصلح للخصومة لانه مناقض في دعواه لانه كذب نفسه بالقول الاول **قوله** ولهذا لا يملك الصلح والابرا هذا استدلال من زفر بالاحكام • منها انه اذا وكله بالخصومة واستثنى الاقرار صح الاستثنا وبطل اقرار الوكيل • لان الامر بالشيء لا يتناول ضده • وهذا لانه مامور بالمنازعة والاقرار مسالمة وبينهما تضاد • ولهذا اذا اقر في غير مجلس القاضي لا يصح • ومنها اذا وكله بالانكار فاقر لا يصح لان الانكار منازعة والاقرار ضدها **قوله** وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة • ولهذا اختار فيه الاهدى وكان هذا سهو القلم من صاحب الهداية وظني انه اراد بذلك تتميما وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة • يعني لما كان الامر بالشيء لا يتناول ضده حتى لا يملك الوكيل الصلح وصح استثنا الموكل الاقرار تبع ان التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لا بجواب هو مسالمة وهو الاقرار • ولاجل ان التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار في التوكيل بالخصومة الاهدى في الخصومة فالاهدى • ولا يمكن تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره • لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار • لان المامور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا ولا مضادة بين الجواب والاقرار بخلاف المامور بالخصومة اذ يجوز ان يقول زفر بين الخصومة والاقرار مضادة • ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح • فعلم انه اذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة • وقد تحير بعض الشارحين في هذا المقام فقال هذه مسألة مبتداة لا للاستشهاد • فاقول لو قال صاحب الهداية في هذا المقام كما قلنا اولا لكان اولى بيان قول زفر بقولنا ولان الداخل تحت الامر جواب هو منازعة وهو الانكار لا الاقرار تمسكا بحقيقة اللفظ وعملا بالعرف لان الحاجة الى الاستثناء واختيار الاهدى فالاهدى انما يكون في التناكر دون الاقرار لكان اولى واقرب الى التحقيق **قوله** التوكيل صحيح قطعا اي التوكيل بالخصومة صحيح اجماعا **قوله** دون احدهما عينا اي دون احد الجوابين عينا وقد بيناه قبل هذا **قوله** وطريق المجاز اي بين الخصومة ومطلق الجواب وقد مر البيان انفا **قوله** على ما بينه اشارة الى ما ذكر عند قولهما يقولان ان التوكيل بالخصومة صحيح تناوله جوابا هو خصومة **قوله** بتصرف اليه اي يصرف التوكيل بالخصومة الى مطلق الجواب **قوله** ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف انه لا يصح جواب عن قوله ويصح اذا استثنى الاقرار **قوله** وعند الاطلاق يحمل على الاولى اي عند اطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثنا الاقرار يحمل التوكيل بالخصومة على ما هو الاولى وهو مطلق الجواب **قوله** وعند اي وعن محمد **قوله** ولم يصححه في الثاني اي لم يصح محمد استثنا الاقرار من المطلوب **قوله** لكونه مجبورا عليه اي على ترك الانكار او بيان لكون المطلوب متحصنا مجبرا عليه في الخصومة **قوله** فبعد ذلك يتقول ابو يوسف هذا مشروع في بيان المحاجة مع ابي يوسف بعد فراغ بيان المحاجة مع زفر **قوله** وهما يقولان اي ابو حنيفة ومحمد **قوله** ان التوكيل تناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا • يعني ان التوكيل بالخصومة يراد به الجواب • ثم الجواب ان كان انكارا كما قال زفر يكون ذلك للحقيقة في الخصومة اذ لا فرق بين الانكار والخصومة وان كان اقرارا كما قلنا يخرج جميعا كان تناول الخصومة على الاقرار مجازا • لان الخصومة سبب للجواب وهو يشتمل على الاقرار والانكار جميعا • ثم الخصومة تختص بمجلس القضا فكذا جوابها **قوله** يختص به اي يختص جواب الخصومة بمجلس القضا **قوله** وصار كالاب والوصي اذا اقر في مجلس القضا لا يصح ولا يدفع المال اليهما • يعني ان الاب والوصي اذا ادعى شيئا للصغير فانكر المدعى عليه فصدقه الاب والوصي ثم جاء يدعي ذلك المال لا يدفع المال اليهما لانهما خرجا عن الولاية والوصاية في حق هذا المال باقرارهما على الصبي فكذلك ههنا خرج الوكيل عن الوكالة بالاقرار في غير مجلس القضا لا يدفع المال اليه • ومسألة التوكيل بالخصومة من مسائل طريقة الخلاف قد بيناها بحسب ما لاح لنا فمن طلب المزيد فعليه بكتب المتقدمين رحمهم الله **قوله** قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا • اي قال في الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل عليه مال لرجل فتكفل به انسان فوكل صاحب المال الكفيل بقبضه من الغريم قال لا يكون وكيلا في ذلك ابدا • هذا لفظ محمد فيه • وانما لم يصح الوكالة لوجهين احدهما ان الوكيل الذي يعمل لغيره لتحمل النيابة وهذا عامل لنفسه لانه بقبض الدين عن الغريم يبرى ذمة نفسه عن الضمان • وبين الامرين تضاد فلا تصح الوكالة

والثاني ان الكفيل ضمين والوكيل امين فلا تصح الوكالة لئلا يلزم ان يكون الضمين امينا • وهذا لان قبول قول الامين واجب وقبول قول الضمين ليس بواجب لانه يدعي براءة نفسه • فاذا ابقي قبول قول هذا الوكيل لكونه كفيلا انتفت الوكالة ايضا لان انتفا اللازم يستلزم انتفا الملزوم • قال الواقف في شروح الجامع الصغير نظير هذا ما ذكر في الماذون ان المولى اذا اعتق عبده الماذون المديون ضمن قيمته والعبد يطالب بجميع الدين كان المولى كفيلا عنه • فان وكل الطالب المولى بقبض الدين من العبد كان باطلا • لان المولى في قبض الدين عن العبد عامل لنفسه فلا يصلح وكيلا عن غيره • قال في كتاب الماذون من شرح الطحاوي المولى اذا اعتق عبده المديون جاز عتقه لان ملكه باق فيه والغرما بالخيار ان شاؤوا اتبعوا العبد بالدين وان شاؤوا اتبعوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين سوا كان عالما بالدين او لم يكن • بخلاف الجناية فان العبد اذا جنى فاعتقه المولى ان كان عالما بالجناية صار مختارا للفدا وان كان غير عالم لم يلزمه شيء الا الاقل من القيمة لا غير • وفي باب الدين يلزمه القيمة وان كان عالما • والفرق بينهما ان الضمان وجب على المولى في الجناية لانه ما قبله الا انه كان يتخلص منه بالدفع فالعتق ابطل حق الدفع فصار مختارا للدية ان كان عالما • واما في الدين فهو في ذمة العبد • الا ترى انه يباع فيه المولى ابطل حق لو بيع لا يكون الاقدر القيمة لانه في الظاهر لا يشترى باكثر من القيمة فلذلك لزمت القيمة • وفي مسألتنا لو اختار اتباع المولى لا يكون ابرا العبد • ولو ابتع العبد لا يكون ذلك ابرا للمولى • بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب اذا اختار التضمين من احدهما انقطع حقه عن الاخر • والفرق بينهما ان هناك وجب على كل احد منهما على طريق الاصالة • فاذا ضمن احدهما فقد ملكه فبعد التمليك لا يملك الرجوع عنه • واما ههنا الدين وجب على العبد الا انه وجب على المولى في سبيل الكفالة اذ لم يثبت هذا التضمين تمليك الدين من المولى فيثبت انه كالكفيل • ومن طالب الكفيل والمكفول عنه لا يكون في ذلك ابرا للاخر فلذلك افترقا الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي • وقال الشيخ ابو المعين النسفي في الباب الثاني من كتاب الوكالة من شرح الجامع الكبير رجل له على رجل الف درهم ورجل به كفيل فامر رب المال احدهما ان يبري صاحبه فابراه جاز • اما اذا وكل الاصيل بابرا الكفيل فلانه وكله باسقاط عن الدين لا بابرا نفسه • فان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل • ولو وكله بابرا والتوكيل بابرا الغير جائز • واما اذا وكل الكفيل بابرا الاصيل فلانه وكل الكفيل بابرا ما عليه بما لغيره وهو براءة الاصيل • ولو وكله بابرا ما عليه مقصودا جاز هذا اولى • وكذلك عبد عليه دين امر رب المال ان يبريه المولى لانه امر المولى بابرا غيره • ولو امره بابرا نفسه صح هذا اولى • وقيل هذا اورد سؤالا وجوابا في ابراء النفس فقال فان قيل الوكيل من يكون عاملا لغيره وهو عامل لنفسه فبطل ان كان عاملا لنفسه من حيث انه يفرغ ذمته من الدين فهو عامل لرب المال من حيث انه يسقط دينه عن نفسه فيصلح وكيلا من حيث انه يعمل لرب المال ان كان لا يصلح من حيث انه يعمل لنفسه وقد ورد الامر بهذا • فان الشرع ورد بتخيير المراة من باب الطلاق والمحبة فيها يجعل نفسها عاملة لنفسها من وجه وللزوج من وجه والباقي يعلم في شرح الجامع الكبير **قوله** لم يكن وكيلا في ذلك ابدا اي قبل براءة الكفيل وبعدها **قوله** فانعدم الركن اي ركن الوكالة وهو العمل للغير **قوله** فينعدم هو بانعدام لازمه اي ينعدم التوكيل يقول لا يصح بانعدام الازم منه التوكيل وهو قبول قول الوكيل لان الملزوم ينتفي بانتفا اللازم **قوله** ضمن قيمته للغرما اي ضمن المولى قدر قيمة العبد سوا كان موسرا او معسرا **قوله** فلو وكله الغير راجع الى المولى **قوله** لما بيناه وهو انه يصير عاملا لنفسه لانه مبرئ نفسه **قوله** قال ومن ادعى انه وكيل الغايب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم المال اليه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان حضر الغايب صدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده والامر بتسليم الدين الى الموكل مذهبنا • وقال الشافعي لا يجبر على التسليم كذا في شرح الاقطع • واذا ادعى انه وصي الميت فالصحيح انه لا يجبر بالتسليم اليه وحكى الخصاف بعضه لانه يلزم اسقاط ولا بد القاضي التي تثبت بثبوت الموت • وجه قولنا ان المديون اقر للوكيل بحق وهو استحقاق القبض وليس فيه ابطال حق الغايب بل اقراره على نفسه في خالص ماله فيصدق ويجبر على التسليم اذا ابى كما اقر له بدين ثم ابى ان يدفع • وكما اذا صدقه في دعواه انه وارث الميت ولا وارث له غيره • فان قلت يرد على هذا الوكيل بقبض الوديعة فان المودع اذا صدقه ثم ابى ان يدفع اليه لا يجبر على التسليم اليه • قلت انما لم يجبر المودع على التسليم لانه اقر بثبوت الحق في القبض في ملك الغير لان الوديعة ملك الغير فلم يصح اقراره في ملك الغير فلاجل هذا لم يجبره القاضي على التسليم • بخلاف الدين فان اقراره بحق القبض وقع في ملك نفسه لا في ملك الغير لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فكان اقراره صحيحا فاجبر على الدفع وليس كذلك اذا كذبه في الوكالة فانه لا يجبر على التسليم لانه لم يثبت الوكالة اصلا لا في حق الغايب ولا في حق المديون • وفي النظر يثبت الوكالة في حق المديون وان لم يثبت في حق رب المال فاجبر على الدفع • كما اذا اقر ان صاحب الدين مات وهذا ابنه لم يثبت النسب في حق صاحب الدين • ومع هذا يومر بالدفع اليه لان النسب يثبت في حق المقر • قال فان حضر الغايب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا • وذلك لان الغايب لما لم يصدقه في دعوى براءة ذمته عن الحق لم يصح الاداء فامر بالدفع ثانيا الى الموكل • قال في شرح ادب القاضي في باب اثبات الوكالة كان للغريم ان يحلفه بالله ما يعرف فلان بن فلان الفلاني هذا المال بامرك ووكالتك • لان الغريم يدعي عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكر يستحلف

فان حلف كان له ان يرجع على الغريم • والغريم يرجع على الوكيل بما اخذ منه ما دفع اليه ان كان قائما في يده لان الوكيل
اخذ للغير وذلك الغير قد اخذ حقه ثانيا فوجب للغريم رد ما قبضه لان غرضه وهو براءة ذمته لم يحصل بالدفع اولا
وان ضاع المال في يده ليس للغريم ان يرجع على الوكيل لانه لما صدقه في الوكالة اعتقد انه امين في القبض ولكن
الموكل ظلمه فيما يطالبه ثانيا • فلما كان امينا كان محقا في القبض • ثم لما اخذ الغريم من الوكيل كان ذلك ظلما فلا
يجوز لاحد ان يظلم غيره • وان كان هو مظلوما وهذا معنى قوله والمظلوم لا يظلم • وان نكل الطالب عن اليمين
كان ذلك بمنزلة الاقرار فلا يكون له بعد ذلك سبيل لا على المطلوب ولا على احد غيره • ثم الغائب اذا لم يصدق
الوكيل ليس له ان يطالب الوكيل • وقال بعض اصحاب الشافعي له ان يضمن الوكيل • قال الشيخ ابو نصر البغدادي
وهذا لا يصح لان حقه في ذمة الغريم لم يتعين بالدفع فكان له اتباع الذمة فاما الوكيل فانما قبض مال الدافع
فلا سبيل لصاحب الدين عليه • فان الوكيل قد اعترف انه قبض مالا لصاحب الحق وان ادعى انه يقبل قوله في الامانة
في قبضه لما عينه بغير امره فيضمن • قيل له لما كذب في هذا الاقرار سقط حكم الاقرار وصار كانه لم يكن فلا
يتعلق به حكم • وقال الخصاف في ادب القاضي وان اقر الغريم بالدين وجحد الوكالة فطلب الوكيل يمينه على العلم
لم يحلف عليه عند ابي حنيفة رحمه الله • وقال ابو يوسف رحمه الله يحلف بالله ما يعلم ان الطالب وكل بقبض
ذلك منه • وذكر في شرح ادب القاضي قول محمد مع ابي يوسف • وجه قولهما ان الوكيل يدعي عليه ما لو اقر به
لزمه فاذا جحد يحلف لقيام نكوله مقام اقراره • ووجه قول ابي حنيفة ان اليمين انما تبتني على خصومة متوجهة
والخصومة لم تصح لانه انما يكون خصما اذا ثبت كونه وكيلا ولم يثبت واليمين لا يستحق عليه الانسان من غير خصم
قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي وهذه المسألة في الحقيقة تبتني على ان النكول بذل او اقرار فعندهما
اقرار فكل ما يعمل فيه الاقرار يعمل فيه النكول • ولو اقر المطلوب بان هذا الرجل وكيل الطالب فانه يصح منه ويجبر
على الدفع • وكذلك لو حلف لنكل فيجبر على الدفع اليه وعند ابي حنيفة النكول بذل فلا يجبر لان البدل لا يعمل
فيه النكول وبذل المطلوب الوكالة بهذا المعنى لا يصح واذا لم يصح فيه البدل لا تاثير في النكول الذي هو
بذل فلا يحلف • قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع هذا استثناء من قوله وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه
اي اذا ضاع المال في يد الوكيل لا يرجع المطلوب عليه اذا اخذ الطالب منه ثانيا الا اذا جعل المطلوب الوكيل
ضامنا عند الدفع وقال اضمن لي ما دفعت اليك حتى اذا اخذ مني الطالب ثانيا اخذته منك فحينئذ
يرجع على الوكيل لانه ضمنه على الوكالة • وذلك لان المأخوذ ثانيا مضمون على رب الدين في زعمهما
والوكيل لان اخر الدينين يكون قضاء عن الاول فكان التضمين كفالة مضافة الى حالة قبض رب الدين ثانيا فصحت
الكفالة كما اذا كفل عما ذاب على فلان اي بما يجب عليه فاذا كفالة مضافة الى وجوب في المستقبل كذا هذا ثم
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الوكالة في الدين فان ضاع المال
في يد الوكيل رجع به عليه الغريم لانه قبضه على وجه الضمان فكان مضمونا عليه ان كان كذبه او لم يكذبه وصدقه
وضمنه لانه دفع اليه على ظن انه وكيل فاذا اختلف ذلك الظن ظهر انه لم يكن راضيا بقبضه وان صدقه
ولم يضمنه لم يرجع به عليه لانه يزعم انه قبضه بحق فلا ينبغي الرجوع عليه الى هنا لفظ شيخ الاسلام الاسبيجابي
قوله فصدقه الغريم اي المديون قوله يسلم المال اي الدين وفي اكثر النسخ قال يسلم الدين قوله
خالص ماله اي مال المديون قوله انكر الوكالة اي انكر الموكل قوله والقول في ذلك اي في انكار
الوكالة قوله مع يمينه اي قول الغائب وهو منكر الوكالة قوله ويرجع به على الوكيل اي يرجع المديون
بما ادى الى الوكيل على الوكيل قوله فله ان ينقض قبضه اي فللمديون ان ينقض قبض الوكيل قوله
مضمونا عليه اي على رب الدين قوله في زعمهما اي في زعم المديون والوكيل قوله اي حالة انتصاب
قبض رب الدين ثانيا قوله ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة هذا اذا لم يصدقه ولم يكذبه ايضا
لان صورة التكذيب تجيء بعد هذا عند قوله وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة قوله على
ادعائه اي على دعوى الوكيل قوله وهذا اظهر اي رجوع الغريم على الوكيل في صورة الدفع مع التكذيب
اظهر من رجوعه عليه في الصورتين الاوليين • وهما اذا دفعه مع التصديق والتضمين • واذا دفعه
مع غير تصديق ولا تكذيب لانه لما ثبت الرجوع فيهما مع عدم التكذيب ففي التكذيب اولى لانه في حق المديون
كالغاصب قوله لما قلنا اشارة الى قوله دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه
قوله وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب ذكر هذا تفريعا على مسألة القدوري
واراد بها الوجوه الاربعة المذكورة وهي الدفع مع التصديق بلا تضمين والدفع مع التصديق والتضمين
والدفع بلا تصديق ولا تكذيب • والدفع مع التكذيب • قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي واذا
ادعى الرجل ان فلانا وكله بقبض دينه على هذا فلم يقر الغريم به ودفع المال اليه على الانكار ثم اراد ان
يسترده منه لم يكن له ذلك لانه دفعه على وجه القضاء • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه

اشار الى المعنى وهو ان الدفع وقع على احتمال ان يصير قضاء فما لم يبطل هذا الاحتمال لا يبطل • ولهذا قلنا انه لو دفع
الذي عليه الى انسان على رجاء ان يجيز المالك لان الدفع متى كان لغرض لا ينقض مع احتمال حصول الغرض قوله لان المودع
صار مقرا للغائب اما ظاهرا او محتملا اي لكونه حقا للغائب ظاهرا فيما اذا كان الوكيل عدلا ظاهر العدالة فيكون
صادقا في قوله اني وكيل فلان فيكون ما اخذ حقا للغائب بالنظر الى الظاهر • واما لكونه حقا للغائب محتملا فيما
اذا كان الوكيل فاسقا او مستورا • لان قوله يحتمل الصدق او نقول كونه حقا للغائب ظاهرا فيما اذا وجد
التصديق من رب المال بعد الدفع الى الوكيل والتصديق هو الظاهر لان المسلم لا يكذب المسلم ظاهرا • او كونه
ماله محتملا فيما اذا وجد التكذيب من رب المال لاحتمال ان الوكيل صادق في قوله وما اخذ حق للغائب قوله
ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه • وذلك لانه لا يجوز ان يسعى الانسان في
نقض ما تم من جهته لانه عبث وهو حرام • ولهذا لم يكن الشفعة لوكيل المشتري حتى لا يلزم نقض ما تم من جهته قوله ومن
قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه • وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان
اقراره وقع في مال الغير وهو لا يملك ذلك • بخلاف ما اذا صدق الوكيل بقبض الدين حيث يؤمر بالتسليم لانه اقرار
في خالص ماله وقد مر البيان • قال القدوري في كتاب التقريب • وروى الحسن عن ابي يوسف انه يجبر على
الدفع • ثم اذا اخذ الوكيل الوديعة فجاء الغائب فصدقه في الوكالة برئا جميعا • وان انكر الوكالة فقال
ما وكلته وحلف على ذلك كان له ان يضمن المودع فاذا ضمنه فان كانت العين قائمة في يد الوكيل رجع بها المودع
على الوكيل • فان كانت ضاعت في يده فهل للمودع ان يرجع عليه فهو على وجوه احدها ان يدفعها اليه المودع مع
التصديق ولا تضمين فلا رجوع فيه لانه في زعمه ان الوكيل محق في الاخذ • ولكن الموكل ظلم بالاخذ ثانيا بالتضمين
والمظلوم لا يأخذ بزعمه • والثاني ان يدفع بالتصديق وشرط الضمان احتياطا من تكذيب الغائب فله الرجوع لان
ذلك ضمان معلق بشرط وهو جائز عندنا • فاذا ضمنه الغائب رجع على الوكيل لاجل ضمانه • والثالث ان يدفع
مع التكذيب فاذا ضمنه الغائب كان له الرجوع على الوكيل لانه في زعمه انه اخذ بغير حق • والرابع ان يدفع
بلا تصديق ولا تكذيب فاذا ضمنه الغائب كان له الرجوع ايضا لان الدفع كان على رجاء الاجازة من الغائب
فاذا انقطع الرجاء رجع على الوكيل قوله ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره
وصدقه المودع امر بالدفع اليه ذكره تفريعا على مسألة القدوري • وذلك لانه لا تصديقه لم يقع في ملك
الغير لان المودع لم يبق اهلا للملك لان الموت ينافي اهلية الملك وقد اتفقا على ان المال مال الوارث فلا جرم يؤمر
المودع جبرا بتسليم المال الى الوارث • وقوله لا ابن وارث بالنصب على انه حال كما في قوله كلمته فوه الى فيّ اي مشافها
يعني لا ابن وارث بعد موت ابيه قوله ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه
المودع لم يؤمر بالدفع اليه • وذكر هذه المسألة ايضا تفريعا على مسألة القدوري • ولهذا لم يذكرها في البداية
وذلك لان تصديق المودع المشتري في دعوى الشراء اقرار منه بانتقال الملك من الغير الى الغير لا يصح الاقرار في
ملك الغير لان صاحب المال ما دام حيا كان اهلا للملك فلا يصدق المودع والمشتري في دعوى البيع على رب
المال بخلاف المسألة الاولى فانه لما صدقه في دعوى الارث لم يقع اقراره في ملك الغير • لان الميت لم يبق اهلا
للملك قوله فلا يصدقان اي مدعي الشراء والمودع المصدق عليه اي على المودع قوله فان وكل وكيلا
بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه • وهذه من مسائل الجامع الصغير
في البيوع • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يكون له على الرجل المال فوكل وكيلا
بقبض المال فاقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال
الى الوكيل ثم اتبع رب المال فاستحلفه الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • وذلك لان الوكيل اثبت حق
القبض والغريم يدعي الايفاء يريد ابطال حق الوكيل فلا يصدق على ذلك الا بحجة ولم توجد وقد امكن الجمع بين
الحقين حق الوكيل وحق الغريم بان يؤمر بالاداء بلا تأخير الى تحليف رب الدين لقيام الحق في الحال ثم يتبع الغريم رب
الدين فيستحلفه فان حلف مضى الاداء • وان نكل يتبع الدافع فيسترد ما قبض فان طلب الغريم يمين الوكيل بالله
الموكل لم يستوف لا يحلف • قال القدوري في كتاب التقريب وقال زفر احلفه على علمه فان ابى ان يحلف خرج
من الوكالة • ولنا ان الوكيل قائم مقام الموكل في الخصومة ومن قام مقام غيره لا يستحلف فيما يدعي قبله من
الاستيفاء كالوصي • ولان الغريم يدعي الايفاء على الموكل واليمين عليه فلا تصح النيابة فيها • وجه قول زفر ان البينة
لما جاز ان يسمع على الوكيل لما فيه من اسقاط حقه في الخصومة جاز ان يستحلف لينكل فيثبت هذا المعنى وكما لو اقر
سقط خصومته قوله ويتبع رب المال اي يتبع المديون رب الدين قوله لجانبه اي لجانب الغريم وهو
المديون قوله ولا يستحلف الوكيل لانه نائب لان النيابة لا تجري في الايمان قوله وان وكله بعيب
في جارية فادعى البائع رضى المشتري لم يرد عليها حتى يحلف المشتري • وهذه من مسائل البيوع في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل اشترى جارية فطعن بعيب فوكل وكيلا فخاصم وقال

التابع بدعوى المشتري • وقال هذا الاراده حتى يحضر المشتري فيحلف الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • والفرق
بين هذه المسئلة وبين المسئلة الاولى حيث يدفع المال الى الوكيل بلا تاخير الى حضور رب الدين وحلفه وفي هذه المسئلة
لا يرد المبيع على البائع بل يوخر الامر الى ان يحضر المشتري فيحلف انه ما رضي بالعيب ان التدارك في مسئلة الدين و
ممكن اذا ظهر خطا القاضي وصدق الغريم بان ينكل رب الدين عن اليمين باسترداد ما قبض الغائب منه • وفي مسئلة
الرد بالعيب اذا ارد بالعيب لا يمكن التدارك بعد ذلك اذا ظهر خطا القاضي وصدق البائع لان قضا القاضي
في الفسوخ بالشهادة الباطلة ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة فكان القضا بالفسخ نافذا لا رضا • فاذا انفسخ
البيع لا رضا ظاهرا وباطنا لا يمكن اعادته بعد ذلك فلاجل هذا يوخر الرد الى ان يحضر المشتري فيحلف حتى قالوا
في شروح الجامع الصغير لما كان قضا القاضي بالشهادة الباطلة لا ينفذ عند محمد باطنا يرد على البائع بالعيب بلا تاخير
كما في مسئلة الدين فكانت المسئلتان سوا لامكان التدارك فيهما • واما عند ابي يوسف لو كان المشتري حاضرا
فاراد ان يرد بالعيب يستحلف المشتري بالله ما رضي بهذا العيب نظرا للبائع سوا ادعى البائع ذلك او لم يدع واذا
كان المشتري غايبا وعجز البائع عن استحلافه لا يرد حتى يحضر المشتري ويحلف نظرا للبائع ايضا وصيانة للقضا
عن البطلان اذا ظهر خطا القاضي بنكول المشتري عن الحلف وهذا هو الاصح من قول ابي يوسف وهو المراد
من قول صاحب الهداية • وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يوخر في الفصلين اي في مسئلة الدين ومسئلة الرد نظرا
للغريم والبائع • وقيل يحتمل ان يرد المبيع بالعيب عند ابي يوسف بلا تاخير كما قال محمد لامكان التدارك **قوله**
من هنالك اي في مسئلة الدين **قوله** عند نكوله اي نكول رب الدين عن اليمين على انه لم يستوف الدين **قوله**
وفي الثانية اي في المسئلة الثانية وهي مسئلة الرد بالعيب **قوله** لان القضا بالفسخ ماض على الصحة وان
ظهر الخطا لان قضا القاضي في العقود والفسوخ بالشهادة الباطلة ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة رحمه
الله • والمراد من نفاذه ظاهرا ان يثبت فيما بيننا ومن نفاذه باطنا ان يثبت فيما بينه وبين الله تعالى وقد
مر بيان ذلك قبيل باب التحكيم من كتاب ادب القاضي **قوله** لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري • اي لان
ابا يوسف يعتبر النظر للبائع يعني انه يستحلف المشتري نظرا للبائع ادعى البائع رضى المشتري ام لا • فاذا
كان المشتري غايبا ينتظر هو الى ان يحضر فيحلف للنظر للبائع ايضا • فعلى هذا ينتظر عنده في الدين ايضا نظرا
للغريم • وهذا معنى قوله فينتظر للنظر • وقوله حتى يستحلف بالرفع لانه حق الحال **قوله** قال ومن دفع
الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة اي قال في الجامع الصغير ومعنى
قوله فالعشرة بالعشرة اي تكون العشرة التي حبسها عنده له بالعشرة التي انفقها من خاص ماله • ولا يكون متبرعا في
العشرة التي انفقها ولا يرد العشرة المحبوسة على الموكل • ولم يذكر محمد في الاصل مسئلة الانفاق بل ذكر مسئلة قضا
الدين فقال في كتاب الوكالة واذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم فقال ادفعها الى فلان قضا عني فدفع
الوكيل غيرها واحتبس الالف عنده كان القياس ان يدفع التي حبسها الى الموكل ويكون متطوعا في التي دفع
ولكن ادع القياس في ذلك واستحسن ان اجيزه الى هنا لفظ الاصل • ولم يذكر محمد القياس والاستحسان
في الجامع الصغير • قالوا في وجه هذا الذي ذكره استحسان والقياس ان يردها على الموكل ان كانت
قايمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر • وجه القياس ان الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالات وان
كانتا لا يتعينان في عقود المعاوضات عندنا حتى لو هلكت الدراهم قبل الانفاق او قبل الشرا في التوكيل
بالشرا بطلت الوكالة • فاذا انفق بعشرة من عنده كان متبرعا فلا يكون له ان يرجع على الموكل • ولانه خالف
الامر فيرد مال الموكل امره بان ينفق من المال الدافع لا من مال نفسه فلما انفق من مال نفسه خالفه وكان متطوعا
وجه الاستحسان ان التوكيل بالانفاق توكيل بالشرا لان معنى الانفاق شرا ما يحتاج اليه والوكيل بالشرا اذا
نقد الثمن من مال نفسه كان له ان يرجع به على الموكل • واذا ظفر بجنس حقه من مال الامر كان له ان ياخذه
واذا كان للوكيل حق الرجوع وحق الاخذ اذا ظفر بجنس حقه وقد ظفر بذلك كانت تلك العشرة المحبوسة عنده
بالعشرة التي انفقها • ولان الوكيل فيه دينا كان مضطرا لنيابة لانه ربما يحتاج في وقت لا يكون الدراهم بحضرته
فيحتاج الى ان يدفع من مال نفسه فكان من طريق الدلالة كان الموكل امره بان ينفق من مال نفسه فاذا كان
كذلك كان له حق الرجوع على الموكل ولم يكن متطوعا فيما فعل كالوصي اذا قضى دين الميت من مال نفسه او الوارث
قضى دين الميت بغير اذن الورثة من مال نفسه لا يكون متطوعا فكذلك هاهنا • قالوا في شروح الجامع
الصغير من المشايخ من قال مسئلة كتاب الوكالة في قضا الدين وليس في قضا الدين معنى الشرا فورد فيه
القياس والاستحسان الذان ذكرهما محمد في كتاب الوكالة • اما الانفاق شرا فلم تختلف فيه وجه القياس
والاستحسان بل صح ذلك قياسا واستحسانا حتى رجع الوكيل على الموكل بما انفق قياسا واستحسانا • وهذا
معنى قول صاحب الهداية • وقيل القياس والاستحسان في قضا الدين لانه ليس بشرا • فاما الانفاق يتضمن الشرا
فلا يدخلانه اي لا يدخل القياس والاستحسان في الشرا بل يكون حكمهما واحدا ولا يكون الوكيل متبرعا في الانفاق

من مال

من مال نفسه **قوله** والحكم فيه ما ذكرنا اي الحكم في الوكيل بالشرا ان يرجع على الموكل بما ادى **قوله** وقد قررناه
اي في باب الوكالة بالبيع والشرا عند قوله واذا دفع الوكيل بالشرا من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع على الموكل لانه انعقدت
بينهما مبادلة حكمية • قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي للحاكم الشهيد • واذا دفع الرجل
الى الرجل الف درهم فقال ادفعها الى فلان قضا عني فدفع الوكيل غيرها او احتبسها عنده كان القياس ان يدفع الالف
التي احتبس الى الموكل ويكون متطوعا فيما دفع لانه لم يامره بالدفع من مال نفسه فيكون متطوعا وقد بطلت جهة قضا الدين
فلزمه الرد الى المالك ولكن استحسن اذا اجيزه لان المامور بقضا الدين مامور بشرا ما في الذمة الامر بالدراهم الوكيل
بالشرا اذا اشترى نقد الثمن من عند نفسه سلم المنقوض له والله اعلم

باب عزل الوكيل

اخر العزل عن الوكالة لما انه يقتضي سبق ثبوتها فناسب ذكره اخرا **قوله** وللموكل ان يعزل الوكيل من الوكالة
اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الوكالة حق الموكل فله ان يبطلها متى شا الا اذا كانت الوكالة بطلب
الخصم فليس له حينئذ ان يعزله بلا رضا الخصم لئلا يلزم ابطال حق الغير • قال شيخ الاسلام علي بن محمد علا الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا وكله بالخصومة فله ان يعزله متى شا لان التوكيل استنابة فاذا عزله فقد بين
انه استغنى عنه فيملك ذلك الا في خصلة واحدة وهو ان يكون الخصم قد اخذه حتى جعل له وكيلا في الخصومة فلا يكون له
ان يخرجه منها الا بمحضر من الخصم في قول ابي حنيفة وابي يوسف وصورته ان يقول له اني اخاف ان تغيب فوكل وكيلا ان
تعنت اخاصمه فيقضى عليه فقد تعلق بها حق الطالب فلا يملك ابطالها الا باذنه الى هنا لفظ شيخ الاسلام رحمه الله • وقال
الامام محمد بن احمد الاسبيجابي في شرح الطحاوي قال وللموكل ان يعزل وكيله متى شا ويكون بعزله اياه خارجا عن
وكالته وهذا اذا لم يتعلق بوكالته حق الغير • فاما اذا تعلق بوكالته حق الغير فلا يملك الموكل عزله بغير رضا من له الحق
كما لو رهن ماله عند رجل بدين له عليه او وضعه عند رجل عدل وجعل المرتهن او العدل مسلطا على بيعه عند محل الاجل
ثم عزل الراهن المسلط على البيع فانه لا يصح عزل المدعي • وكذلك لو وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعي بالتماس
المدعي ثم عزل المدعى عليه بغير حضرة المدعي فلا ينعزل لانه تعلق بهذه الوكالة حق الغير **قوله** بطلب من جهة الطالب
اي بالتماس من جهة المدعي **قوله** قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جايز حتى يعلم • اي قال
القدوري في مختصره وعند الشافعي ينعزل الوكيل قبل بلوغ الخبر اليه في اشبه القولين كما ينعزل بموت الموكل واعتاقه
وينعزل بعزل نفسه كذا في وجيزهم • وجه قوله انه يتصرف في خالص حقه فلا يتوقف على علم الوكيل كما في العزل الحكمي • ولنا
انه نهي بعد الامر فيشترط فيه العلم كنهي صاحب الشريعة لئلا يلزم الضرر وقد بينه بان يلزم الوكيل الضرر في عزله بلا
علم لانه ربما يتصرف بعد ذلك بيعا وشرا فيتصرف حقوق العقد اليه من نقد الثمن من مال الموكل اذا كان وكيلا بالشرا
ومن تسليم المبيع اذا كان وكيلا بالبيع ثم اذا انفذ او سلم يضمن حقوق العقد اليه من نقد الثمن ما تصرف لانه فعله بعد
العزل وهذا اضرار ولا محالة فقلنا لا يصح العزل قبل بلوغ الخبر دفعا للضرر بخلاف العزل الحكمي فانه حكم من حكم يثبت ضمنا
ولا يثبت قصدا كعتق الكفارة فانه لا يتعين قصدا وتثبت في ضمن المباشرة فيضمنه اي يضمن الوكيل ما نقد من
الثمن وما سلم من المبيع اذا صح عزله **قوله** ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول يعني ان العزل لا يصح
قبل علم الوكيل اصلا في الوكيل بالنكاح وغيره سوا نظرا الى الوجه الاول وهو الاضرار بالوكيل من حيث ابطال ولاية
الوكيل وكذا عزل الوكيل بالطلاق لا يصح من غير علمه ذكره في باب المشيئة من طلاق مختصر الكافي **قوله** وقد
ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر اشارة الى ما ذكره في فصل القضا بالمواريث من كتاب ادب القاضي ثم
قوله ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله اعلم ان الوكالة
تثبت بخبر الواحد حرا كان او عبدا عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امراة صبيا كان او بالغا • وكذلك العزل عندهما
وعند ابي حنيفة لا يثبت العزل الا بخبر الواحد العدل او بخبر الاثنين اذا لم يكونا عدلين وعلى هذا الخلاف اعتاق ثم
العبد الجاني بعد الاخبار بالجناية وصيرورته مختارا للفدا وسكوت الشفيع والبكر وتزوجها الولي ومن اسلم في دار
الحرب باخبر بالشرايع وحجر العبد الماذون وقد مر جميع ذلك في فصل القضا بالمواريث لهما انه من باب المعاملات
فيستوي فيه الواحد عدلا كان او فاسقا كما في جانب الاذن • ولابي حنيفة رحمه الله ان الاخبار بالعزل والحجر
يشبه الاخبار بالوكالة من حيث انه تصرف في ملك نفسه • ولهذا لم يشترط لفظة الشهادة وعلى القضا فيه معنى
الالزام ايضا لانه يلزمه الامتناع من التصرف شيا او اي فاشبه الشهادة • فلو كان فيه معنى الالزام من كل وجه
لروعي فيه شرايط الشهادة جميعا فلما كان فيه معنى الالزام من وجه دون وجه روعي فيه احد شطري الشهادة العدد
او العدالة والتوكيل ليس فيه الزام من وجه لانه على حرمة ان شا تصرف وان شا ابى فلم يراع فيه شي من شرايط الشهادة
وكذلك الرسول لم يشترط فيه شي من شرايط الشهادة لان الرسول قايم مقام المرسل فصار كان المرسل شافهه بالعزل
فلم يعتبر صفات الرسول وباقي البيان مر في فصل القضا بالمواريث واورد القدوري في كتاب التقريب سوالا وجوابا
فقال لا ابتدا له فلم جاز قبول خبر اثنين غير عدلين • قلنا لان عدد المخبرين له تاثير بدلالة ان خبرهم قد يفضي الى العلم
مع عدم العدالة **قوله** وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا • هذا لفظ

القدوري في مختصره • وذلك لان كل تصرف ليس له دوام يجعل لدوامه حكم الابتدا لانه يقبل من الفسخ والنقض في
كل ساعة • فاذا امتنع عن الفسخ صار كانه انشا العقد • ثم لما كان للدوام حكم الابتدا وقيام الامر شرط حالة
الابتدا فيكون شرط حالة البقا ايضا وقد بطل الامر بعارض الموت والجنون المطبق واللحاق بدار الحرب فيبطل
التوكيل لانه لا يكون بدون الامر • قال في التتمة والفتاوي الصغرى وهذا كله في موضع يملك الموكل عزله اما في
موضع لا يملك عزله كالعدل في باب الرهن والامر باليد للمراة فانه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة
بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحسانا ولا ينعزل قياسا وقال
شيخ الاسلام علا الدين ابو الحسن علي بن محمد الاسبيجابي في اوايل كتاب الوكالة في شرح الكافي • واذا وكل الرجل
وكيلا في خصومة او بيع او شراء ثم كان له ان يخرجه من الوكالة لان التوكيل حق الموكل فكان له ابطاله • فان
لم يخرجه حتى ذهب عقل الموكل زمانا دايما فقد خرج الوكيل من الوكالة لان بقا النيابة يستدعي بقا اهلية المنوب
عنه فقد تبطلت وهذا في شي يملك العزل فاما في شي لا يمكنه عزله فلا يبطل مثل الامر باليد وما اشبهه لان هذا تصرف
لازم لا يحتاج الى التجديد فلا يشترط بقا الاهلية بخلاف التصرف الجايز لانه يتلاشى في كل ساعة فاعتبر بقاوه
اهلا • ولو كان ذهب عقله ساعة او من ساعة ثم افاق فالوكيل على وكالته • لان هذا العارض لا دوام له فاشبه
النوم والاغما ثم اختلفوا فقال ابو يوسف لا ينعزل الوكيل حتى يجن اكثر السنة لانه الملحق بالميت في حق اكثر احكام
الشرع • وقال محمد حتى يجن شهرا لانه يسقط عنه الصوم • وقال اخيرا حتى يجن سنة كاملة حتى يسقط جملة التكاليف
والوظايف وكل ذلك للاجتهاد فيه ساغ الى هنا لفظ شيخ الاسلام الاسبيجابي رحمه الله • وقال الناطفي في الاجناس
وقال ابن سماعة في نوادره قال محمد في قوله الاول حتى يجن يوما وليلة • ثم يخرج الوكيل من الوكالة ثم رجع وقال
حتى يجن شهرا ثم رجع وقال حتى يجن سنة • وقال في الفتاوي الصغرى في كتاب النكاح وتفسير الجنون المطبق عند
ابي يوسف اكثر السنة • وفي رواية عنه اكثر من يوم وليلة حكى هذه الروايات عن ابي يوسف ابو بكر الرازي
وجعل الشهر قول ابي يوسف حنيفة • وقال في الواقعات الحسامية في باب البيوع الخارج بعلامة الواو والحا
ما قاله ابو حنيفة انه مقدر بالشهر لان ما دون الشهر حكم العاجل فكان قصيرا والشهر فصاعدا في حكم الاجل
فكان طويلا • وقال القدوري في كتاب التقريب قال في الاصل اذا ذهب عقل الموكل زمانا خرج الوكيل من
الوكالة فيما له اخراجه منه • ولو ذهب عقله ساعة فالوكيل على وكالته واجعل هذا كالنوم ولا اقيسه الاول
وهاتي القياس سوا • والاستحسان في الجنون ساعة ذكره في باب وكالة المكاتب وفي الوكالة في الطلاق ذكره
الاستحسان في المتطاول وليس بصحيح • وعن ابي يوسف ان لا ينعزل حتى يجن اكثر السنة • وروي عن محمد يوم
وليلة ثم رجع فقال الشهر ثم رجع فقال سنة • وذكر ابو الحسن في حد الجنون المطبق عند ابي يوسف شهرا قال ابو
القدوري قال ابو الحسن قال وروى ابن سماعة عن محمد انه كان يقول هذا ثم رجع فقال لا يكون مطبقا الا حولا
كاملا • وجه القياس في الجنون اليسير ان التكليف يسقط فيه لعدم العقل فصار كالصغر وليس كذلك الاغما والنوم لان
العقل لا يزول فيهما وانما يحدث امر يمنع من الاستدراك • واما الاستحسان فروي عن محمد يوم وليلة لانه يسقط
الصلاة فما دونه لا يوثر فصار كالنوم ثم رجع فقدره بشهر لانه يسقط الصلاة والصوم فيصير كالصغر • ثم رجع
فاعتبر السنة لانه يسقط الصيام والصلاة والزكاة والحج فصار كالموت والصغر فيولى عليه • واما ابو يوسف
فاعتبر اكثر الحول لانه يحكم له بجميع الحكم والاقل كالتابع • الا ترى انه من دام به جنون فانه قد يفيق في السنة
اليوم واليومين ولا يعتد بذلك • وقد قال محمد فيمن اوصى ثم جن تبطل وصيته لان الجنون يبطل الامر كما
يبطل الوكالة وليس كذلك الموت لانه لا يبطل الامر الى هنا لفظ القدوري في كتاب التقريب • ولم يذكر الناطفي
والقدوري وشيخ الاسلام علا الدين قول ابي حنيفة في الجنون المطبق كما ترى ولكن ذكر في الواقعات والفتاوى
الصغرى انه شهر عنده • وجنون مطبق بسكون الطاء وكسر البا اي دايم • ومنه تسمية الاطبا الحمى الدوبة هي
اللازمة بالمطبقة • **قوله** لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم الابتدا لا يقال البيع بشرط
الخيار تصرف غير لازم ايضا ومع هذا لا يبطل مع اعتراض الموت بل يتقرر ويبطل الخيار فعلم ان كون التصرف
غير لازم لا يستلزم ان يكون لدوامه حكم الابتدا • لانا نقول الاصل في البيع اللزوم وعدمه بعارض الخيار
فاذا مات يتقرر الاصل ويبطل العارض • **قوله** وقد تبطل بهذه العوارض اي تبطل امر الموكل بموته وجنونه
مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا • **قوله** قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رحمه الله • اي قال
المشايخ الحكم المذكور في اللحاق في مختصر القدوري • اما عندهما فلا بد من حكم القاضي باللحاق لان المرتد
وان كان بلحاقه بدار الحرب حربيا علينا وهو اموات في حقنا شرط الحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق لانه ليس يستقر
قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح القدوري وهذا الذي ذكره القدوري قول ابي حنيفة • وقال
ابو يوسف بمنزلة من غلبه الموت وعند محمد بمنزلة المريض فاذا حكم بلحاقه زال ملكه وصار كالميت • **قوله** وقد
مر في السير اي مر كون تصرف المرتد موقوفا او نافذا في السير في باب احكام المرتدين عند قوله وما باعه او

اشتراه

اشتراه او وهبه او تصرف فيه عن امواله في حال ردته فهو موقوف • **قوله** لان ردتها لا توثر في عقودها على ما عرف
لان المرتدة لا تقتل عندنا لان علة القتل الحراب ولم يوجد لانه ليس لها بنية صالحة للحراب • **قوله** واذا وكل المكاتب
ثم عجز او المأذون ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة علم الوكيل او لم يعلم • وهذا لفظ
القدوري في مختصره • قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح المختصر وذلك لان الوكيل يتصرف من طريق الامر وقد
بطل امره ولاية في المال فبطلت الوكالة علم الوكيل او لم يعلم لانه عزل من طريق الحكم فلا يعتبر فيه العلم كالموت • ثم
قال الشيخ ابو نصر وهذا الذي ذكره القدوري جميعه جار على الاصل الا في الشريكين وفيما ذكره صاحب الكتاب
نظر الى هنا لفظه يعني ان احد شريكي العنان والمفاوضة اذا وكل وكيلا ثم افترقا بطلت الوكالة على ما ذكره القدوري
ولكن ذلك على خلاف الرواية الا ترى الى ما قال محمد في الاصل واذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشي مما ذكرت
لك وهو الذي ولي ذلك ثم افترقا واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم ان الوكيل امضى الذي كان وكله وهو
يعلم او لا يعلم فانه يجوز ذلك كله عليهما جميعا • وكذلك لو كانا وكلاه جميعا لان وكالة احدهما جايز على الاخر وليس
تفرقهما ينقض الوكالة الى هنا لفظ محمد في باب وكالة احد المتفاوضين • وقال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في
شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الوكالة من المضارب والشريك • واذا وكل احد المتفاوضين وكيلا في شي هو وليه ثم تفرقا
واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم جاز ذلك عليهما جميعا لان فعل الشريك بعقد
عليهما في التصرف في حق وعقد باشره من القبض والتسليم وغيرهما في حالة الشركة بعد الفسخ لما عرف ان حقوق العقد تكون
راجعة الى من ولي العقد كانه هو الاصيل في العقد في حق من يعامل فيما يبيع ويشتري ولما بعد المفارقة بقي وكيله هكذا ولذلك
لو كانا وكلاه جميعا لان وكالة احدهما جايز على الاخر وليس تفرقهما نقضا للوكالة لان اثر النقض لا يظهر في توابع عقود
باشرها احدهما قبل ذلك الى هنا لفظ شيخ الاسلام الاسبيجابي رحمه الله • والعجب من صاحب الهداية انه ابهم الامر
ولم يتعرض لكلام القدوري • والغالب على ظني ان القدوري اراد بذلك الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة لا هو
الوكالة الابتدائية القصدية لان المقتضي وهو عقد الشركة اذا بطل بطل ما في ضمنه لا محالة والا يلزم ان يكون قوله
مخالفا للرواية لا محالة • وقال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي في باب وكالة العبد المأذون
والمكاتب • واذا حجر المولى على عبده او عجز المكاتب عن مكاتبته انقطعت وكالة وكيله الا في القضا والتقاضي في كل
شي وليه العبد لان الوكيل يتصرف بولايته وولايته قد تبطلت بالحجر والعجز في التصرفات اجمع الا في حقوق عقد باشره
في حالة الاذن فكذا ولاية وكيله وان باعه باذن الغرما او مات بطلت ولاية وكيله في جميع ذلك لانه انما بقي ولايته
في حقوق العقد ان لو امكن ابقا الاذن فيه بدا فيجعل الحجر كلا حجر فيما يتعلق حق الغريم وانما يستقيم هكذا في ملك نفسه
لا في ملك غيره او في حالة الحياة لا في حالة الموت • وليس لمولاه اذا غاب العبد ان يتقاضى دينه ولا يوكل بذلك ان كان
عليه دين او لم يكن له حقوق العقد ترجع الى العاقد لا الى عبده • فان امضى شيا من هذا او وكيله فهو جايز ان لم يكن
على العبد دين لان العبد بمنزلته فاذا قبض بنفسه فقد دفع الواسطة فصح • وان كان عليه دين لم يجز لان العبد لا
يتصرف له وانما يقبض لغرمايه • وكذلك الوديعة والمضاربة والبضاعة وما اشبهها • **قوله** قال واذا مات
الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الوكيل يتصرف بامر المنوب عنه هو
وامره بطل بموته وجنونه فلا يصح تصرفه • **قوله** وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف حتى يعود مسلما
هذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان الوكيل اذا عاد مسلما تعود الوكالة عند محمد وعند ابي يوسف لا تعود
الوكالة حتى يجددها كما في الموكل اذا عاد مسلما حيث لا تعود الوكالة بالاتفاق وهذا هو المشهور في عود الموكل وروي
عن محمد في غير الكبير ان الوكالة تعود وجه تلك الرواية ان الوكالة بطلت لزوال ملك الموكل فاذا عاد مسلما عاد ملكه
الاول فوجب ان تعود بحقوقه كما في الراهن وكل رجلا ببيع عبده ثم باعه الموكل انعزل الوكيل • فان رد على الموكل هو
بعيب بقضا فامر عادت الوكالة لان الملك الاول عاد فعادت بحقوقه • وجه قول ابي يوسف اذا قضي بلحاقه فقد
قضي بموته • والوكالة لا تبقى بعد الموت فبطلت والباطل لا يعود بخلاف املاكه فانها باقية بعد الموت فجاز ان تعود
ولان اللحاق يمنع ابتدا الوكالة فاذا طرا عليها ابطلها كالجنون • وجه قول محمد ان تقدم تصرف الوكيل في دار الحرب
لا باعتبار انه ترك بل لاعتبار ان الامر لم يبق ولذلك النعمة كمن قال لعبده بع ثوبي ببغداد فاخرجه منها لم يجز بيعه
فاذا عاد جاز بيعه فكذلك هاهنا • ولان الوكيل ليس بميت حقيقة الا انا الحقناه بالاموات لانقطاع ولاية التصرف
وهذا العارض بعرض الزوال فاذا زال ظهر حكم الاصل فشابه الجنون وليس كذلك اذا لحق الموكل بالدار ثم عاد مسلما
حيث لا تعود الوكالة على ما هو المشهور لان ذلك يوجب زوال املاكه والوكالة كانت متعلقة بعين المال فلم يجز بقاوها
مع زوال الملك فيه والوكيل ليست وكالته بما يملك • قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في اول
الباب من كتاب الوكالة • ثم قدر من اللحاق باقل من سنة قال ان بقي اقل من سنة ثم عاد تعود الوكالة لانا تيقنا
على احتمال ان يعود • فاما اذا بقي اكثر من سنة ثم عاد لا تعود الوكالة لان احتمال العود قد بطل بالحول ظاهرا وغالبا
فصار كالجنون اذا كان اقل من سنة لا تبطل الوكالة • واذا استوعب السنة تبطل الى هنا لفظه رحمه الله في شرح الكافي

قال القدوري في كتاب التقريب • قال محمد الا ترى ان الموكل لو كان قال للوكيل وكلتك ببيع هذا في دار الحرب فارتد
ولحق جاز بيعه فدل ان المنع من التصرف ليس هو لاجل العزل ولكن الامر بقي وزال ملك المنفعة • ثم قال القدوري
وهذه مسئلة لا نعرفها من مذهب ابي يوسف فلا معنى لالزامه **قوله** وهذا عند محمد اي جواز تصرف الوكيل اذا
عاد مسلما مذهب محمد رحمه الله **قوله** لمحمد ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع • اما الوكيل يتصرف بمعنى قائم
به الى اخره • معناه ما قال شيخ الاسلام ابو الفضل الكرماني في اشارات الاسرار بقوله لان الوكالة اطلاق في
التصرف فانه يتصرف بحكم اهليته لكنه منع من التصرف لحق الغير فاذا وكله فقد فتح عليه باب التنفيذ • وقد عجز عن
التنفيذ بسبب اللحاق بدار الحرب • فاذا عاد مسلما يملك لان الباب الذي انفتح عليه لم ينسد ولكنه عجز وقد ارتفع
العجز وهذا بخلاف الموكل لان الاهلية قد بطلت فبطلت الوكالة كالموت **قوله** ولابي يوسف انه اثبات ولاية
التنفيذ • قال في الاشارات وابو يوسف يقول بان الوكيل يملك فانه من قبل لم يملك التنفيذ وانما ملك بالوكالة
ودلالة كونه تمليكا للتنفيذ ان هذا المعنى يعتمد الملك بالاتفاق فلا يصح من غير المالك • فاذا ثبت انه تمليك نقول
املاكه تبطل باللحاق فلا يعود الا فيما يحتمل العود وهو ما يثبت للورثة وهذا لا يحتمل العود فسقط بخلاف الجنون فانه
لا يبطل الاملاك ولكنه يعجز عن التصرف الى هنا لفظ الاشارات **قوله** قال ومن وكل اخر بشي ثم تصرف بنفسه
فيما وكل به بطلت الوكالة • اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكل
باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امراة او بشراء شي ففعله بنفسه او يوكل بطلاق فطلقها
الزوج ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف لنفسه تعذر على الوكيل التصرف
فبطلت الوكالة • واراد بقوله بشراء شي بعينه حيث يكون مباشرته بنفسه عزلا للوكيل • وانما قيد بقوله وانقضت
عدتها لانه اذا طلقها بنفسه واحدة ولم تنقض عدتها كان للوكيل ان يطلقها ما دامت في العدة بخلاف ما اذا طلقها بنفسه
ثلاثا حيث لا يكون للوكيل ان يطلقها بعد ذلك لا في العدة ولا بعدها • قال في شرح الطحاوي والعزل الحكمي لا يحتاج
الى معرفة الوكيل وينعزل سواء علم الوكيل او لم يعلم نحو ان يموت الموكل او يوكل وكيلا ببيع عبده ثم ان الموكل اخرج العبد
من ملكه قبل ان يبيع الوكيل او دبره او كاتبه او رهنه لرجل انعزل الوكيل علم الوكيل او لم يعلم • وكذلك اذا وكل
رجلا بان يخلع امراته ثم طلقها باينا انعزل الوكيل • ولو ان العبد عاد الى ملك الموكل ينظر ان عاد الى ملكه شيئا هو
الوكالة وان عاد بحكم ملك جديد لم تعد الوكالة • الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي • وقال
محمد في الاصل واذا وكل الرجل رجلا ببيع عبد له ثم ان الموكل باع العبد او دبره او كاتبه او وهبه او تصدق او
رهنه وقبض منه او اجره او كانت امة فوطئها فولدت او لم تلد فان ذلك كله نقض للوكالة ما خلا الوطي اذا لم تلد
وما خلا الاجارة والرهن وكذلك الخدمة ليس بنقض للوكالة • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي للحاكم الشهيد • ولو باعها الامر او الوكيل ثم ردت بعيب بقضاء فللوكيل ان يبيعها لانه عاد بقديم الملك
فيها فعادت الوكالة وان قبلها المولى بغير قضاء فاقبض بعيب او بغير عيب بعد القبض لم يكن للوكيل ان يبيعها لان الرد هنا
في حكم عقد جديد فكان العايد اليه ملكا اخر فلا تعود الوكالة وان كان الرد بخيار شرط كان للبايع او للمشتري
او بفساد البيع او بخيار رؤية فالوكيل على وكالته لان الرد هاهنا فسخ للعقد من الاصل • وان رجعت الامة
الى الامر بميراث او بعيب بملك جديد لم يكن للوكيل ان يبيعها لان الوكالة قد انتهت حيث تم زال موجب تصرفه فلا
يعود وكيلا الا بتوكيل جديد • ولو وكله ببيع عبد ثم اذن له في التجارة او جنى عليه جناية كان الوكيل على
وكالته لان محل التصرف قائم ثم اعلم ان الخلاف لم يذكر في الاصل ولا في الكافي ولا في شرحه فيما اذا رد العبد
بعيب بقضاء حيث كان للوكيل ان يبيعه • ولكن ذكر القدوري في شرحه خلافا بين ابي يوسف ومحمد فقال قال ابو
يوسف ليس للوكيل ان يبيعه • وقال محمد له ان يبيعه • وجه ما روي عن ابي يوسف ان الموكل لما تصرف بنفسه
صار ذلك عزلا للوكيل فلا تعود الوكالة الا بالوكالة مستقبلة • ووجه قول محمد ان الوكالة باقية لانها اطلاق
الا انه عجز عن التصرف بخروج العبد عن الملك • فاذا عاد على حكم الملك الاول زال العجز فعادت الوكالة وليس
هذا كالوكيل بالهبة اذا وهب بنفسه ثم رجع حيث لا يكون للوكيل ان يهب لان رجوع الواهب باختياره دليل
على عدم حاجته الى الهبة والوكيل فكان ذلك عزلا دلالة • وقال شيخ الاسلام الاسبيجابي في باب الوكالة في
النكاح من شرح الكافي • ولو وكله ان يزوجه امراة بعينها فاذا لها زوج فمات عنها او طلقها او انقضت العدة ثم زوجها
اياه الوكيل جاز لانه امره بانكاحها اياه وهو متصور بواسطة الموت وانقضاء العدة فانصرف التوكيل اليه وصار
كانه نص على اضافة التوكيل الى تلك الحالة والوكالة بما يقبل التعليق والاضافة الى زمان في المستقبل • ولو
تزوجها الموكل ثم ابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها اياه لانه حصل مقصوده بالتوكيل والامر فانتهى الامر ضرورة
لانه لما فعله بنفسه فقد اعجزه عن التحصيل فصار ذلك بمنزلة العزل • ولو تزوجها الوكيل ودخل بها ثم ابانها
وانقضت عدتها ثم زوجها اياه جاز لانه لم يحصل مقصود الامر بعد فقد بقي بعد هذا العارض متصور الوجود
فبقي الامر • ولو ارتدت فلحقت بدار الحرب ثم سبيت واسلمت فزوجها اياه الوكيل جاز في قياس قول ابي حنيفة ولم

يجز في قول ابي يوسف ومحمد لانها صارت امة ونكاح الامة ليس بمعهود وغير المعهود خارج عن مواد المتكلم عند
ولم يكن كذلك ولكن الموكل تزوج امها او ذات رحم محرم منها او اربعا سواها فقد اخرجه عن الوكالة لانه فعل
فعلا يعجز عن تحصيل ما امره فصار عزلا دلالة وان لم يتزوج ولكنه قال ان تزوجها فهي طالق فليس باخراج له من
الوكالة • وقال شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي في باب توكيل الزوج بالطلاق او الخلع • ولو وكله ان
يطلقها ثم طلقها الزوج فان طلاق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة لان محلية الطلاق لم تنعدم فيطلق الزوج
وكذلك لو خالعها الزوج فان لم يطلقها الوكيل حتى انقضت العدة فتزوجها الوكيل لم يقع لانه وكيل في الملك الاول
وهذا غير الملك الاول • ولو ارتدت او ارتد الزوج فان طلاق الوكيل يقع عليها في العدة لان محلية الطلاق
تبقى ما بقيت العدة • وقد روي عن ابي حنيفة ان المرتدة وان كانت مقيمة لا يقع طلاق الزوج عليها لان النكاح قد
ارتفع فيما بينهما بطريق الفسخ فصار كارتفاعه بسائر وجوه الفسخ • فعلى قياس تلك الرواية ينبغي ان تبطل الوكالة
وان لحق الزوج بدار الحرب مرتدا ثم طلق الوكيل وهي في العدة لم يقع طلاقه عليها • وكذلك ان عاد مسلما فزوجها
لانه صار بمنزلة الميت فانعزل وكيله ضرورة • ولانه يسقط حكم العدة التي وجبت حقا للازواج لان الطلاق
مشروع لم يقع وقد ثبت حقا للازواج وقد بطل ذلك وكذلك اذا ارتدت المراة لان عدتها سقطت بلحاقها بدار
الحرب ولم يبق محلا للطلاق وكذلك ان عاد مسلما او مسلمة فتزوجها لان هذا ملك جديد غير الملك الاول الى هنا
لفظ شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي **قوله** لانه مختار اي لان الواهب مختار في الرجوع بالهبة **قوله**
فكان دليل عدم الحاجة اي كان رجوع الواهب مختارا دليلا على عدم حاجته الى الهبة وتوكيله فكان عزلا عنه
الوكالة دلالة

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة
من انواع الوكالات وهي سبب داع الى الدعوى والخصومة ناسب ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة
لان المسبب يقتضي سابقة السبب • اعلم اولا ان الدعوى مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة • اما الكتاب
فقوله تعالى في قصة داود عليه السلام وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب وهل اتاك نبا الخصم اذ تسوروا
المحراب اذ دخلوا على داود ففزع منهم قالوا لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض فاحكم بيننا بالحق ولا تشطط
واهدنا الى سواء الصراط • قال في التيسير والكشاف عن علي رضي الله عنه في تفسير فصل الخطاب انه البينة
على المدعي واليمين على المدعى عليه • وهذا وان كان شريعة من قبلنا يلزمنا على انه شريعة رسولنا ما لم يرد
الحكم النسخ والخصم الخصمان يقع على الواحد والجمع كالضيف وتسوروا المحراب اي تصعدوا سوره ونزلوا اليه
والسور الحائط المرتفع ولا تشطط اي لا تجر وسواء الصراط وسطه مثل لغير الحق وعينه كذا في الكشاف • واما
السنة فما روى محمد بن الحسن عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال البينة
على المدعي واليمين على من انكر • وروى سماك بن حرب عن تميم بن طرفة انه قال اختصم رجلان الى النبي عليه السلام في
بعير واقام كل واحد منهما البينة انه بعيره فقضى النبي عليه السلام بينهما نصفين • وروى عبد الرحمن بن ابي ليلى انه قال
كنت قاعدا عند ابي الدرداء فاختصم اليه رجلان في فرس فاقام كل واحد منهما البينة انه نتج في ملكه وانه لم يبع ولم يهب
فقضى به بينهما وقال ما احوجنا الى سلسلة بني اسرائيل كانت تنزل فتاخذ بعنق الظالم وعلى هذا انعقد اجماع الامة
ثم ينبغي لك ان تعرف تفسير الدعوى لغة وشرعية وركنه وشرطه وحكمه • اما تفسيرها لغة فهي في اللغة عبارة
عن اضافة الشي الى نفسه حالة المسالمة والمنازعة جميعا ماخوذ من قولهم ادعى فلان شيئا اذا اضافه الى نفسه بان قال
هو لي • ومنه دعوة الولد لانه يضيفه الى نفسه فيقول ابني • وفي عرف الشرع يراد به اضافة الشي الى نفسه في حالة
مخصوصة اي في حالة المنازعة لا في حالة المسالمة • ولهذا قال النبي عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر
فالبينة واليمين انما يحتاج اليهما في حالة المنازعة • واما ركنها فما هو تفسيرها لغة وهو اضافة الشي الى نفسه لان
ركن الشي ما يقوم به الشي • والدعوى انما تقوم باضافة المدعي الى نفسه فكان ركنا • واما شرطها فمجلس القضا لان
الدعوى لا تصح في غير مجلس القضا حتى يجب على المدعى عليه جواب المدعي وان يكون المدعي من اهل المعرفة • والتمييز شرط
لصحته الا انه ليس بشرط خاص له بل شرط لصحة الكلام دعوى كان او غيره • واما حكمها فوجوب الجواب على الخصم اما
بنعم واما بلا • ولهذا وجب على القاضي احضاره مجلس الحكم حتى يوفي ما استحق عليه من الجواب وحكم الشي ما يجب به
فكان وجوب الجواب حكما • ثم اذا اجاب بنعم يجب ما اداه المدعي باقرار المدعى عليه وان قال لا يقول القاضي
للمدعي الك بينة فان قال لا يقول لك يمينه فان طلب المدعي يمينه استحلفه فان حلف برئ عن الدعوى وان نكل لزمه
الدعوى • والاصل في ذلك ما روي ان الحضرمي والكندي اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال النبي عليه
السلام للمدعي منهما الك بينة فقال لا فقال لك يمينه ليس لك غير ذلك كذا ذكر شيخ الاسلام ابو بكر الحسن بن الحسين
المروزي خواهر زاده في مبسوطه • وقال شيخ الاسلام علاء الدين ابو الحسن علي بن محمد الاسبيجابي في شرح الكافي
للحاكم الشهيد • اعلم بان قطع الخصومة والمنازعة واجب عقلا وشرعا والدعوى منازعة وخصومة • وطريق
قطعها البينة من جهة المدعي لانه يترجح جهة الصدق في خبره بانضمام قول العدلين اليه واليمين من جهة المدعى عليه لانه يظهر

جهة الصدق في كلامه وعليه دل عليه قوله عليه السلام فيما رواه محمد بن الحسن باسناده عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال البينة على المدعي واليمين على من انكر جعل البينة حجة جانب المدعي واليمين حجة جانب المنكر
وعن ابراهيم قال البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وكان لا يرد اليمين وهو مذهبنا الى هنا لفظه رحمه الله **قوله**
قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة اي قال القدوري في مختصره اعلم ان
المشايخ اختلفوا في حد عبارة المدعي من المدعى عليه قال الشيخ الامام الفقيه محمد بن احمد الاسبيجابي في شرح الطحاوي
قال بعضهم ينظر الى المنكر منهما فايهما كان منكرا فالاخر مدع • وقال بعضهم كل من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا فهو مدع
وكل من ادعى ظاهرا واقرار الشيء على هيئته فهو منكر كما اذا ادعى عينا في يد رجل وانكر صاحب اليد فالخارج مدعي
لانه يدعي باطنا ليزيل به ظاهرا لان اليد تدل على الملك في الظاهر لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق وصاحب اليد منكر لانه
يدعي قرار يده وملكه على ظاهره • وكذلك اذا ادعى دينا فهو المدعي لانه يدعي شغل الذمة والذمة في الظاهر فارغة
والاخر منكر لانه يدعي ظاهر الشيء وهو فراغ الذمة • وقال بعضهم صورة المدعي هو انه اذا ترك دعواه ترك • والمنكر
هو الذي اذا ترك دعواه لا يترك • وقال بعضهم كل من شهد بما في يد غيره لنفسه فهو مدع وكل من شهد بما في يده
لنفسه فهو منكر وكل من شهد بما في يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من شهد بما في يده لغيره فهو مقر الى هنا لفظ الامام
الاسبيجابي في شرح الطحاوي • وقال شمس الائمة في شرح الكافي المدعي لغة من يقصد ايجاب الحق على الغير • اي في عرف
الناس اللسان بينا ولمن لا حجة له من له حجة فان القاضي يسميه مدعيا قبل اقامة البينة فاما بعد اقامة البينة ف
يسميه محقا • ويقال للمسيلمة مدعي النبوة ولا يقال لرسول الله مدعي النبوة لانه قد اثبتها بالمعجزة فعرفنا ان اطلاق الاسم
على من لا حجة له عرفا • وقال بعضهم المدعي من يتمسك بما ليس بثابت والمدعى عليه من يتمسك بما هو ثابت الا ان التمسك
بما هو ثابت تارة يثبت نصا وتارة يثبت اقتضاء اما نصا فكما اذا ادعى عينا في يد اخر انه له فقال ذو اليد هو لي ولم
كذا كان ذو اليد منكرا والخارج مدعيا لان الخارج ادعى ما ليس بثابت فان الملك له فيما ادعى لم يعرف ثبوته وذو اليد
تمسك بما هو ثابت نصا انه قال هو لي فان الملك له ثابت بظاهر يده • واما اقتضاء فكما اذا قال ليس لك لانه لما نفى
ملك المدعي نفى الملك له فكانه قال لي اقتضاء وكذلك اذا ادعى على احد دينا وانكر المدعى عليه كان صاحب الدين مدعيا
لانه يدعي ما ليس بثابت فانه يدعي شغل ذمته وانه ليس بثابت والاخر مدعى عليه لانه تمسك بما هو ثابت نصا
انه قال ذمتي فارغة عن الدين وان قال ليس لك علي دين اقتضاء لانه لم يكن عليه دين فانه ذمته فارغة كما خلقت
في الاصل • واذا اقر المديون بالدين وادعى الايفاء والابراء كان المديون مدعيا وصاحب الدين منكرا لان
صاحب الدين تمسك بما هو ثابت باتفاقهما وهو شغل ذمته بالدين والمدعي ادعى ما ليس بثابت وهو فراغ ذمته عن الشغل
بعد ما ثبت الشغل فان قيل هذا يشكل بالمودع اذا قال رددت الوديعة وقال رب المال لم ترد كان المودع
منكرا حتى كان عليه اليمين وصاحب المال مدعي وصاحب المال تمسك بما هو ثابت وهو عدم الرد • والمدعي ادعى
ما ليس بثابت وهو الرد • فالجواب عنه ان المدعي للمودع ان ادعى ما ليس بثابت من حيث الصورة وهو الرد فقد
تمسك بما هو ثابت من حيث المعنى وهو فراغ ذمته عن الضمان فانه انما يدعي فراغ ذمته عن الضمان وفراغ ذمته
عن الضمان اصل • وصاحب المال ان تمسك بما هو ثابت من حيث الصورة وهو عدم الرد فقد تمسك بما ليس بثابت
من حيث المعنى وهو شغل ذمة المودع بالضمان والعبرة للمعنى كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه **قوله**
اختلف عبارات المشايخ فيه اي في الفرق بين المدعي والمدعى عليه **قوله** فمنها ما قال في الكتاب اي من جملة
عبارات المشايخ ما قال القدوري في مختصره **قوله** وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من
يتمسك بالظاهر وهذا في معنى قول بعضهم كل من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا فهو مدع • وكل من ادعى ظاهرا واقرار
الشيء على هيئته فهو منكر وقد مر بيان ذلك **قوله** وهذا صحيح اي الذي ذكره محمد بقوله المدعى عليه هو المنكر
قوله لكن الشان في معرفته اي في معرفة المنكر لانه اذا عرف ان احد المتخاصمين منكر فالاخر مدع لا محالة
والترجيح بالفقه اي ترجيح احد المعنيين على الاخر من كون الشخص مدعيا او مدعى عليه بالنظر الى المعنى لا بالنظر
الى الصورة لانه ربما يكون مدعى عليه معنى وان كان مدعيا صورة كما اذا قال المودع رددت الوديعة وقد
مر البيان • وقال في الشامل قيل المدعي من يثبت شيئا والمدعى عليه من ينفيه • ومما يشبه مسألة المودع ما ذكر شيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وان كان الذي في يده ادعى انه باعه من هذا الرجل واجره فهو
المدعي وعليه البينة • وعلى الاخر اليمين لانه يدعي عليه الاجر او الثمن وانه ليس في يديه يتبع بينة وينفي بها
ودعوى ايفاء الدين من المديون مثل هذا وقد مر • وكذلك لو ادعى اجلا لانه يدعي تاخير المطالبة بعد قيام
سببها فكان عليه البينة **قوله** ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره اي قال القدوري
في مختصره وذلك لان فائدة الدعوى الزام الخصم بالحجة والالزام انما يترتب على الدعوى اذا كانت صحيحة لا فاسدة
والدعوى الفاسدة لا يلزم المطلوب حكمها كما اذا ادعى وكيل على المدعى عليه ابطال الوكالة اذا صحت الوكالة فكانت
دعواها فاسدة • وكذلك اذا ادعى شيئا مجهولا لا يلتفت القاضي الى ذلك ولا يكلف المدعى عليه الجواب لانه ان انكر لا

نعم

نعم اقامة البينة عليها مع الجهالة وان نكل عن اليمين لا يمكن القضاء بالمجهول فسقط الدعوى فاذا كان كذلك اعتبرت الدعوى
الصحيحة وهي بان يكون المدعى معلوما في جنسه كحنطة وقدره كخمسة اقفزة ونحو ذلك **قوله** فان كان عينا في يد
المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى هذا لفظ القدوري في مختصره • قال صاحب الهداية وكذا في الشهادة
وكذا في الشهادة والاستحلاف • يعني اذا شهد الشهود على العين المدعاة واستحلف المدعى عليه على العين المدعاة كلف احضارها
وذلك لان الدعوى يشترط ان تقع في معلوم حتى يصح والمنقول لا ينضبط بالوصف فوجب الاحضار ليقع العلم به وينتفي ما يمكن من
الاشتباه لان الاشارة ابلغ من التعريف **قوله** ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور اي احضر يعني يتعلق بالدعوى الصحيحة وجوب
حضور الخصم مجلس القاضي في هذا القضاء من اجرهم في كل عصر يعني اجمع القضاة على وجوب حضور الخصم من غير نكير حتى اذا قال
المدعي لي على فلان دعوى في حق فان القاضي يعديه الا ترى الى ما قال في شرح ادب القاضي في باب الدعوى اذا تقدم الرجل
الى القاضي وادعى قبل رجل حقا فان القاضي يعديه بمجرد الدعوى فان القضاة يفعلون هذا ولم ينكر احد من الفقهاء
فان ابن ابي ليلى كان يفعل ذلك ولم ينكر عليه ابو حنيفة وعمر بن الخطاب فعله وعثمان وعلي فعلا ذلك والتابعون بعد
الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين فعلوا ذلك من غير نكير ولا زجر • وهذا استحسان والقياس ان لا يعديه لان الدعوى خبر
متردد بين الصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة وفيه اضرار ايضا بالمدعى عليه لانه ينقطع عن اشغاله ودعا بنفسه
ما هذه بحضوره مجلس القاضي • وجه الاستحسان الاثار المشهورة التي وردت في نحو قوله عليه السلام ما راى المسلمون
حسنا فهو عند الله حسن • ولان القاضي نصب لايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم ولا يمكنه ذلك الا بالجمع بين الخصمين
حتى يتامل فيميز المحق من المبطل والباقي يعلم في شرح ادب القاضي ويتعلق بالدعوى وجوب الاحضار واليمين والجواب
على المدعى عليه بنعم او بلا لان المقصود من حضوره الجواب ويتعلق بالدعوى وجوب احضار العين المدعاة مجلس القاضي في
المدعى عليه اذا كانت منقولة فانه يمتد بها حتى يشير المدعي والشهود اليها والمدعى عليه عند الاستحلاف ويتعلق بالدعوى
ايضا وجوب اليمين على المدعى عليه اذا انكر الحق اذا لم يقدر المدعي على اقامة البينة والاصل في وجوب حضور
الخصم قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون ذمهم الله تعالى على الامتناع
عن الحضور فعلم ان الحضور واجب **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله ليشير اليها بالدعوى **قوله** واليمين بالجر
عطفا على احضار العين في قوله ولزم احضار العين **قوله** وسنذكره اي سنذكر وجوب اليمين على الخصم في
اخر هذا الباب **قوله** وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها هذا لفظ القدوري في مختصره يعني ان لم تكن العين المدعاة
حاضرة في يد المدعى عليه بل كانت هالكة ذكر المدعي قيمتها حتى يصح الدعوى بوقوعها على معلوم لان عين المدعى تعذر
مشاهدتها ولا يمكن معرفتها بالوصف فاشترط بيان القيمة لانها شيء تعرف العين الهالكة به • وهذا معنى قوله والقيمة
تعرف به اي القيمة شيء يعرف العين بذلك الشيء • قال الاسبيجابي في فصوله في الفصل التاسع ان الدعوى لا تخلو اما ان تقع
في الدين او في العين فان وقعت في العين فلا يخلو اما ان كان عقارا او منقولا فان كان منقولا فلا يخلو اما ان كان قائما
او هالكا • فان ادعى منقولا قائما فان امكن احضاره مجلس الحكم فالقاضي لا يسمع دعوى المدعي ولا شهادة شهوده الا
بعد احضاره وتقع الدعوى مجلس الحكم حتى يشير اليه المدعي والشهود لينقطع الشركة بين المدعى وغيره • قال شمس الائمة
الحلواني ومن المنقول ما لا يمكن احضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم فالقاضي بالخيار ان شاء حضر
ذلك الموضع لو تيسر له ذلك وان كان لا يتهيأ له الحضور وكان ماذونا بالاستخلاف يبعث خليفته الى ذلك الموضع
وهو نظير ما اذا كان القاضي في داره ووقعت الدعوى في جمل ولا يسع في باب داره فانه يخرج الى باب داره
او يامر نائبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود بحضرته • وفي القدوري اذا كان المدعي شيئا يتعذر نقله كالرحى فالحاكم
بالخيار ان شاء حضر وان شاء بعث امينا كذا ذكر في الذخيرة • وذكر القاضي الامام ظهير الدين وهذا انما يستقيم
اذا كان العين المدعى في المصر • اما اذا كان خارج المصر كيف يقضي القاضي به والمصر شرط لجواز القضاء في ظاهر
الرواية لكن الطريق فيه ان يبعث واحدا من اعوانه حتى يسمع الدعوى والبينة ويقضي ثم بعد ذلك يمضي قضاؤه وذكر
رشيد الدين في الباب الثاني من فتاواه في دعوى احضار المدعى مجلس القضاء لا بد ان يقول فواجب عليه احضاره مجلس
القاضي لانه لم يكن البينة عليه ان كان جاحدا ولا بد من ذكر هذه اللفظة في الدعوى ذي اليد لو كان مقرا لا يلزمه
الاحضار لانه ياخذ من المقر الى هنا لفظ كتاب الفصول • وقال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي في باب
الرجل يدعي الشيء في يدي رجل من الرقيق والمتاع والعقار • ولو ان رجلا ادعى جارية في يد رجل او غلاما او
دابة او ثوبا او عرضا من العروض او شيئا من النقليات فان القاضي يامر المدعى عليه بان يحضر ذلك الشيء مجلس
القاضي ان كان قائما • وذلك لان المدعي والشهود يحتاجون في الدعوى والشهادة الى الاشارة الى ذلك
الشيء ولا يمكنهم الاشارة اليه الا ان يكون ذلك حاضرا في مجلس القاضي فيكلفه احضاره • الا ترى ان القاضي يحضر
المدعى عليه مجلسه لانه لا يتحقق الدعوى والشهادة ولا يصح شرعا الا بحضرته فوجب على القاضي احضاره فكذلك في حق
المدعى فيه وامكن احضاره • واذا احضر ذلك الشيء فينظر ان كان القاضي يجلس في المجلس للمسجد او في غير المسجد فان
كانت دابة ولا يسع بصر القاضي ولا تتاتى الاشارة من الشهود والمدعي والدابة على باب المسجد فان القاضي يامر

ادخال الدابة في المسجد فان ادخال الدابة في المسجد عند وقوع الحاجة جائز الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت على ناقته وجعل يستلم الاركان بمحجنه والطواف بالبيت انما يكون في المسجد الحرام • فلما جاز ادخال الدابة في المسجد الحرام عند وقوع الحاجة مع ان حرمة المسجد الحرام فوق حرمة سائر المساجد فلان يجوز ادخالها في غيره من المساجد اولى والصحابة لم يمنعوا الدواب في الطواف وان كانت بحيث لو وقفت على باب المسجد يقع بصر القاضي عليه ويحصل الاشارة اليه فانه لا يدخلها في المسجد فانه لا يامن ما يكون منها وقد امرنا بتطهير المساجد والحاجة منعدمة لان المقصود يحصل بدون الادخال في المسجد ثم اذا احضر ذلك الشيء الى مجلس القاضي فشهد الشهود بان هذا الشيء له ولم يشهدوا بانه ملكه يجوز ويقضي لان اللام في هذا للتمليك فصار كانهم قالوا هذا ملكه الا ترى ان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة • ولو عاين القاضي اقرار الرجل بان هذا الشيء لهذا فان القاضي يقضي بذلك فكذلك في حق الشهادة • وكذلك ان شهدوا ان هذا ماله او شهد الشهود على اقرار المدعى عليه بان هذا الشيء للمدعي فان هذا يجوز ذلك لا اشكال فيه • واما الشبهة في فصل وهو ان المدعي لو ادعى انه اقر هذا الشيء لهذا فان القاضي يقضي به لذلك فكذلك ولم يدع بانه ملكي واقام الشهود على ذلك هل يسأل القاضي ذلك منه وهل يقضي بالملك من اصحابنا من يقول بان القاضي يقضي به لان هذا من المدعي يعتبر بما لو كان هذا من الشهود فقد ذكرنا ان الشهود لو شهدوا بان هذا اقر هذا الشيء له فان القاضي يقبل شهادتهم • وان لم يشهدوا بانه ملكه فكذلك المدعي اذا ادعى عليه انه اقر هذا له ولم يقل هو ملكي وجب ان تصح هذه الدعوى ويقضي له القاضي اذا اقام البينة والاكثر على انه لا تصح هذه الدعوى ما لم يقل اقر به لانه ملكي لان الاقرار خبر والخبر يحتمل الصدق والكذب وانما يجب له الملك اذا كان صدقا • فاما اذا كان كذبا فانه لا يوجب والمدعي يقول اقر به لي لا يصير مدعيا للملك والاقرار غير موجب للملك فلم يوجد دعوى الملك فلا يقضي بالملك فهذا او شرط دعوى الملك وهو ان يقول وهو ملكي بخلاف الشهادة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة لما بينا • ثم لا يشترط في الشهادة ان يشهدوا بان هذا الشيء في يده اذا كان منقولا • بل اذا اقر المدعى عليه بان ذلك في يده يكفي وفي العقار اذا اقر المدعى عليه بان العقار الذي وقع فيه الدعوى في يدي فان القاضي لا يلتفت الى ذلك ما لم يشهد الشهود ان هذا المحدود في يديه لان في المنقولات لا يخلو اما ان تكون العين قائما او مستهلكا في يد المدعي فان كان قائما فلا بد من الاحضار • ومتى احضر فالقاضي يعاين انه في يده فلا حاجة الى الشهود على الشهادة بانه في يده • وان كان غائبا فان المدعى عليه يقول في يدي او استهلك في يدي فقد لزمه بوجوب الضمان على نفسه واقرار الانسان على نفسه مقبول صحيح فلا حاجة الى الشهادة على انه في يده • فاما في العقار يمكن فيه تهمة المواضعة وهو ان المدعي ربما واضع رجلا واحضره مجلس القاضي وادعى عليه العقار وبين الحدود وقرر ذلك الرجل بان العقار في يده فيقضي القاضي عليه فيكون ذلك استحقاقا عليه وعلى غيره والعقار في الحقيقة لم يكن في يده وانما كانت في يد غيره • واذا قضى القاضي يثبت الاستحقاق على صاحب اليد فلما تمكن تهمة المواضعة في هذه الصفة قلنا بان القاضي لا يكتفي باقرار المدعى عليه انه في يده • ولكن يحتاج الى ان يشهد الشهود انه في يده بخلاف المنقول بما مر كذا في شرح ادب القاضي **قوله** وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة قال محمد بن محمود الاسروشني في فصوله في الفصل السابع واذا ادعى قيمة دابة مستهلكة هل يحتاج الى ذكر الانوثة والذكورة اختلف المشايخ رحمهم الله فيه • وذكر الصدر الشهيد في باب قبض المحاضر والسجلات من ديوان القاضي المعزول اذا ادعى قيمة دابة مستهلكة لا بد من ذكر الانوثة والذكورة ولا بد من بيان السن وهذا على اصل ابي حنيفة رحمه الله مستقيم لان عنده القضاء بقيمة المغصوب على اكثر من قيمته فلو لم يكن عين المستهلك ملكا له لما يجوز الصلح على اكثر من قيمته لانه حينئذ يكون الواجب في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة • واذا صالح من الدين على اكثر من جنسه لا يجوز • واذا كان القضاء بالقيمة بناء على القضاء بملك المستهلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضي • وهذا القائل يقول مع ذكر الانوثة والذكورة لا بد من ذكر النوع بان يقول فرسا او حمارا او ما اشبه ذلك ولا يكتفى بذكر اسم الدابة لانها مجهولة • فالحاصل ان ظاهر مذهب ابي حنيفة رحمه الله ان حق المالك في العين المستهلك قائم ويتحول الى القيمة بقبض القيمة او بقضاء القاضي هو ظاهر مذهبهما ان حق الملك ينقطع بنفس الاستهلاك وقد ذكر في بعض الكتب خلاف ذلك • ومن المشايخ من ابى ذكر الذكورة والانوثة وقال المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة والمدعي والشهود لا يستغنون عن بيان القيمة والشهادة على القيمة مقبولة وكذا دعوى القيمة مسموعة فلا حاجة الى بيان الذكورة والانوثة • الا ترى ان من ادعى على آخر مائة لا مقدرا وشهد الشهود له بذلك فسأل القاضي عن السبب فقالوا استهلك دابة فالقاضي يقبل ذلك منهم ويطالبه بما قلنا • ولا يشترط ذكر اللون والسن حتى لو ادعى انه غصب حمارا او ذكر شيته واقام البينة على دعواه واحضر المدعى عليه حمارا فقال المدعي هذا الذي ادعيته وزعم الشهود كذلك ايضا فنظروا فاذا بعض شياته على خلاف ما قالوا بان قال الشهود انه مشقوق الاذن وهذا الحمار غير مشقوق الاذن فان هذا لا يمنع القضاء للمدعي ولا يكون هذا خلافا في شهادتهم كذا ذكر في فتاوى القاضي الامام ظهير الدين البخا

لفظ

لفظ الفصول **قوله** قال وان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به • اي قال القدوري في مختصره ذكر هنا فصولا ثلاثة الاول تحديد العقار وهو بيان حده • والثاني ذكر المدعي ان المدعى في يد المدعى عليه • والثالث ذكر المدعي انه يطالب المدعى عليه بالمدعى • اما الفصل الاول فنقول انما شرط التحديد لان الدعوى لا تصح في المجهول والعقار لا يعلم الا بالتحديد فاشترط التحديد حتى تقع الشهادة على معلوم • قال في شرح الاقطع لو وقعت الدعوى في غير محدود لم يقع في حضر الحاكم عند الاحضار فيسمع الدعوى على عينها او يشير الشهود اليها بالشهادة • قال في شرح ادب القاضي يجب على المدعي وعلى الشهود الاعلام باقصى ما يمكن واقصى ما يمكن في الدار البلد ثم المحلة التي فيها الدار في تلك البلدة ثم يبين حدود الدار لان التعريف باقصى ما يمكن هذا وهو ان يبين اولا الاسم العام وهو البلد ثم يبين ما هو الاخص منه وهو المحلة ثم يعرف بما هو اخص من المحلة وهو الحدود الاربعة ليحصل التعريف والاعلام باقصى ما يمكن فاذا فعل ذلك وشهد الشهود على ذلك كله قبل القاضي وقضى به • وقال الاسروشني في الفصل الثامن من فصوله ذكر الشيخ الامام الفقيه الحاكم ابو نصر احمد بن محمد السمرقندي في شروطه اذا وقعت الدعوى في العقار لا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار • ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ الكاتب بذكر الكورة ثم بذكر المحلة اختيارا لقول محمد بن الحسن فان المذهب عنده ان يبدأ بالاعم ثم ينزل من الاعم الى الاخص • وقال ابو زيد البغدادي يبدأ بالاخص ثم بالاعم فيقول في سكة في محلة كذا في كورة كذا قياسا على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد فيبدأ بما هو اقرب ثم يترقى الى الابعد لكن تمام ما قاله محمد بن الحسن احسن لان العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لان الاعم اسمه فان جعفر الدباغ كثيرا فان عرف والا ترقى الى الاخص فيقول ابن محمد وهو اخص فان عرف والا ترقى الى الجد الى هنا لفظ الفصول • وقال في هذا الفصل ايضا في موضع آخر وذكر في الذخيرة اذا ادعى محدودا في موضع كذا وبين الحدود ولم يبين ان المحدود كرم او ارض او دار وشهد الشهود كذلك هل يسمع وهل يصح الدعوى والشهادة حكي فتوى شمس الائمة السرخسي انه لا يصح الدعوى والشهادة • وحكي فتوى شمس الائمة نظام الاوزجندي ان المدعي اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود يصح الدعوى ولا يجب ترك بيان المحدود جهالة في المدعي • وكان ظهير الدين المرغيناني يكتب في جواب الفتوى لو مع نقص هذه الدعوى يجوز • وقيل ذكر المصر والقرية والمحلة ليس بلازم • وذكر رشيد الدين انه لا بد ان يكتب باي قرية وباي موضع لترتفع الجهالة الى هنا لفظ الفصول ايضا • ثم اذا ذكر المدعي الحدود الثلاثة يكتفى بها عندنا خلافا لزفر • وقال شمس الائمة السرخسي في باب القاضي يقضي في المسجد من شرح ادب القاضي ولو بينوا ثلاثة حدود ولم يبينوا الحد الرابع جاز عندنا وعند زفر لا يجوز حتى يبينوا الحدود الاربعة ولو بينوا الحدود الاربعة وغلطوا في احد الحدود الاربعة لا تقبل الشهادة بالاجماع ثم زفر رحمه الله قاس ترك احد الحدود على وقوع الغلط في احد الحدود الاربعة • ثم وقوع الغلط يمنع قبول الشهادة فكذلك الترك لان المشهود به يصير مجهولا لاختلاط غيره به فيختلف المشهود به ولا يقبل • وعلماؤنا رحمهم الله فرقوا بينهما فقالوا اذا غلطوا في احد الحدود تختلف المشهود به فالمشهود به في شهادة هذا غير المشهود به في شهادة الآخر فلا يمكن القبول بخلاف ما لو تركوا احد الحدود الاربعة لان المشهود به لا يصير به شيئا آخر فقلنا بانه يقبل الى هنا لفظه في هذا الباب • وذكر في باب الرجل يكون في الشيء في يدي رجل من الرهون والمتاع والعقار اختلاف المشايخ فيما اذا غلطوا الحد الرابع فقالوا اذا شهدوا والحدود الاربعة وغلطوا الحد الرابع منهم من يقول بانه يقبل هذه الشهادة لان ما غلطوا فيه يجعل كانهم تركوا اصلا فلو ترك الحد الرابع تقبل الشهادة كذا هذا • ومنهم من قال لا تقبل لانهم اذا غلطوا صار المشهود به شيئا آخر فكان ذلك شهادة بغير ما شهدوا به واذا صار ذلك غير ما شهدوا به صار مجهولا • فاما اذا تركوا اما صار المشهود به شيئا آخر وقد ذكروا اكثر الحدود والاكثر يقوم مقام الكل فصار المدعى به معلوما • ونظير هذا ما لو شهد الشاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركوا ذكر الثمن جاز • ولو غلطوا في الثمن لا يجوز شهادتهم لانهم متى غلطوا في الثمن صار هذا عقدا آخر غير ما ادعاه المدعي ولا يقبل شهادتهم • وان ذكروا الحدين لا يجوز شهادتهم لان المشهود به لا يصير معلوما بذكر الحدين لانها ان ذكر الحدين طولا بقي العرض مجهولا • وان ذكر الحدين عرضا بقي الطول مجهولا لان المحدود قد يكون مخمسا او مسدسا فلم يوجد بذكر الحدين ذكر الاكثر ليقوم مقام الكل فقلنا بانه لا يجوز • بخلاف ما اذا ذكروا الثلاثة لان الظاهر ان يكون المحدود مربعا ويكون له حدود اربعة فبذكر الثلاث صار الكل مذكورا فيصير معلوما • وروي عن ابي يوسف انه قال ان ذكر احد الحدين طولا وذكر الحد الثاني عرضا يجوز وهذه الرواية شاذة في ظاهر الرواية لا يجوز كذا في شرح ادب القاضي • وقال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة ان ذكر ثلاثة حدود وسكتوا عن الرابع جاز • وحكي عنهما انه لا يجوز • ثم الدار اذا كانت مشهورة لا يستغنى عن ذكر الحدود على قول ابي حنيفة على ما ذكر في النوادر • وعلى قولهما يستغنى عن ذكر الحدود • وكذا في شرح ادب القاضي هو وقال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة اذا شهدوا بدار ولم يحدوها لم تقبل شهادتهم وقالا اذا كانت الدار مشهورة معروفة جاز ذلك كدار الصيارفة بالكوفة ودار القطن ببغداد • وجه قول ابي حنيفة ان الدار المشهورة يمكن ان يراد بها بعضها والاسم مستعمل في وجه واحد فصارت الشهادة واقعة

بالمجهول وليس كذلك الرجل المشهور باسمه لان المقصود ان يميز الشخص وهذا المعنى يحصل بذكر المشهور باسمه • والمقصود
بالدار حصول لحيتها وهكذا يختلف وان تميزت باسم • ووجه قولنا ان الحدود في العقار كالاسم والنسب فاذا كان
المشهور باسمه كالطابع والقادر لا يحتاج الى ذكر نسبه كذلك العقار والمشهور باسمه • ثم في تحديد العقار لا
بد من اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد على مذهب ابي حنيفة رحمه الله • قال شمس الائمة السرخسي
في شرح ادب القاضي • وروي في رواية شاذة عن ابي يوسف ان ذكر الاب لا يشترط ايضا • وهذا لا يعتمد
عليه وان كان الرجل مشهورا كالمشهور ابي حنيفة وابن ابي ليلى يستغني به عن ذكر النسب • وان ذكر اسمه واسم ابيه
وذكر صناعته لا يكفي لان الصناعة ليس بشيء لازم وان الانسان قد يشتغل بالصناعة في زمان ثم يشتغل بصناعة
اخرى غير تلك الصناعة في زمان اخر فلا يحصل به التعريف باقصى ما يمكن الى هنا لفظ شمس الائمة في باب القاضي
يقضي في المسجد • وقال في باب اداء الشهادة من الفتاوى الصغرى شرط الخصاف ذكر الجد للتعريف وهكذا امر
ذكر في الشروط من مشايخنا من قال هذا قولهما اما على قول ابي يوسف ذكر الاب يكفي وهو المروي عن محمد رحمه
الله توسع في الكتب وترك اسم الجد • وذكر شمس الائمة الحلواني في شرح ادب القاضي ان هذا قول ابي حنيفة رحمه
الله • اما على قولهما ذكر اسم الاب يكفي وهكذا ذكر الاختلاف ابو زيد في شروطه والصناعة لا يقوم ذكرها
مقام ذكر الجد الا ان تكون صناعة يعرف بها لا محالة الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى • ونقل في الفصل الثاني
من الفصول عن المحيط والذخيرة واذا كتب احد حدودها دار فلان لا يكتب اشتراها بحدودها لان الحد
يدخل وان كتب احد حدودها ينتهي الى دار فلان او بلزق دار فلان يكتب اشتراها بحدودها • وذكر
الحاكم • وكان محمد بن الحسن يكتب يلي دار فلان وما ذكرناه احسن لان ما يلي الشيء قد يكون بينهما فرجة وليس
ينبئ عن الملاصقة • ثم قال في الفصول وان ادعى محدودا واحد حدوده او جميع حدوده متصل بملك
المدعي هل يحتاج الى ذكر الفاصل قيل لا يحتاج وان كان متصلا بملك المدعى عليه يحتاج الى ذكر الفاصل وقيل
ان كان المدعى ارضا يكتفى بذلك الجواب وان كان بيتا او دارا او منزلا فلا حاجة الى الفاصل والجواد فاصل وان
كان المدعى ارضا واحتيج الى ذكر الفاصل قد ذكروا الفاصل بالجرم قد لا يكفي هكذا حكى فتوى شمس الائمة الاوزجندي
لان الجرم لا يحيط بجميع المدعى والفاصل يجب ان يكون محيطا بجميع المدعى حتى يكون معلوما • ونقل في الفصول
ايضا عن شهادات الذخيرة المنبرع اذا كانت ذروة تصلح حدا وان لم تكن ذروة لا تصلح حدا • ونقل ايضا عن شهادات
المحيط اذا ذكر في الحد لزيق ارض الوقف فذلك لا يكفي وينبغي ان يذكر انها وقف على الفقراء او على مسجد كذا وما
اشبهه • ونقل ايضا عن المحيط والذخيرة اذا ذكر في الحد لزيق مملكة ورثة فلان لا يكون لان الورثة مجهولون
ونقل عن العدة اذا اجمل احد الحدود ولزيق ارض لا يدري لمن لكنها لا يكفي ما لم يقل لزيق ارض في يد فلان حتى
تحصل المعرفة • وذكر في موضع اخر منها اذا ذكر احد الحدود وارض المملكة يصح وان لم يذكر انها في يد من لان
ارض المملكة تكون في يد السلطان او بواسطة يد نائبه لكن يشترط ان يقول والفاصل بينهما مسناة قد يمنعه
وقال ايضا في الفصول والنهر لا يصلح حدا عند بعض اهل الشروط وكذا السور وهو رواية عن ابي حنيفة
وظاهر المذهب انه يصلح حدا والخندق نظير النهر كذا ذكر في المحيط والذخيرة • وقال الامام ابو محمد الناصحي
ايضا يروي في تهذيب ادب القاضي قال لو قال الشاهدان نشهد ان الدار التي في موضع كذا لهذا الرجل ولم
يحددوها وتعرفها ولا نعرف اسماء الحدود بعث القاضي مع الشاهدين جماعة ليقف المشهود على الحدود هم
ويحضرهم ويقولون هذه الدار التي شهدنا بها لهذا الرجل وهذه حدودها ويأتون القاضي فيشهد هؤلاء
الذين حضروا مع الشاهدين فان القاضي يقضي بها للمشهود له لان اعلام العقار بالتحديد وقد علموا الحدود
وجهلوا الاسم فلم يمنع صحة الشهادة كما لو شهدوا على رجل مشار اليه لا يعرفون اسمه فانه يقبل كذلك هذا • ولما
الفصل الثاني وهو ذكر المدعي ان المدعى في يد المدعى عليه فانما شرط ذلك لان المدعى اذا لم يكن في يد المدعى
عليه لا يكون المدعى عليه خصما للمدعي فلا يصح دعواه • ونقل في خلاصة الفتاوى عن دعوى الاصل رجل ادعى في
اخر دارا في يديه وقال ملكي وفي يدي وانكر المدعى عليه انها ملك المدعي لكنه مقر انها في يده فاقام
المدعي البينة انها ملك المدعي فان القاضي لا يقضي بهذه البينة ما لم يشهدوا انها في يد المدعى عليه • قال
بعض اصحابنا اذا قال المدعي انها ملكي في يدك لا اسمع هذه الدعوى ويقول له القاضي اذا كان ملكك في
يدك ايش تطلب والجواب ان يقول ان هذا اذا لم يكن ثمة منازع • اما اذا كان ثمة من ينازعه فيهما
او في احدهما يقبل وتسمع الدعوى • وفي ادب القاضي للخصاف اذا اقام احدهما البينة انها في يديه واقام
الاخر البينة انها له فهو لصاحب الملك دون صاحب اليد • قال مشايخنا نصفه على وجه القضا ونصفه على
وجه الترك لان الكلام فيما اذا كان في يديهما والظاهر ان كله على وجه القضا الى هنا لفظ الخلاصة
وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في اول كتاب الدعوى من شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا كانت
الدار في يد رجلين كل واحد منهما يدعي انها له فكل واحد منهما مدع لما في يد صاحبه وعليه البينة وكل

واحد منهما على صاحب اليمين فان حلفا على دعوى صاحبه برئ عنهما عن اليمين وايهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه
لا يد ذكر كل واحد منهما فانه على النصف فكان خارجا فيما في يد صاحبه فيكون بينته بينة على ما في يد الاخر واليمين على
صاحبه وكذلك الحيوان والعروض • فاذا تنازع رجلان في دار يدعي كل منهما انها في يده فعلى كل واحد منهما البينة
انها في يده لان اليد منازع فيها كالملك فيجب اثباتها بالبينة فان اقام كل واحد منهما البينة انها في يده جعل في يد كل
واحد منهما نصفها لانهما استويا في الحجة فيستويان في استحقاق اليد وقد تعذر القضا بثبوتها على الكمال لمكان النزاع فيقضى
بثبوتها على النصف وان لم يقم لهما بينة فطلب كل واحد منهما يمين صاحبه على ما في يديه فعلى كل واحد منهما ان يحلف
البتة ما هي في يد صاحبه • فان حلفا لم يجعلها في يد واحد منهما وايهما نكل عن اليمين لم يجعلها في يده لانه قضا رضيت
الحجتان فيقدر القضا بها فيكون في ايديهما فيقضا بترك لا بقضا استحقاق • فان وجدها القاضي في يد غيرهما لم ينزعها
من الذي في يديه بالذي انفذه بين هذين لان القاضي ما قضى باليد لهما قضا استحقاق فلا يسلمها اليهما • واما الفصل
الثالث وهو ذكر المدعي انه يطالب المدعى عليه بالمدعى فانما شرط ذلك لان المطالبة حق المدعي فلا يلتفت القاضي
الى دعواه الى ان يطلب حقه • ولانه يحتمل ان المدعى في يد المدعى عليه مرهون او محبوس بالثمن فلا تصح الدعوى قبل
اداء الدين او اداء الثمن فبطلبه يزول الاحتمال لانه لو كان مرهونا او محبوسا بالثمن لم يطالب بالانتزاع من ذي اليد
على مجرد الدعوى انه ملكه اذ مجرد الملك لا يدل على ان البدل • قال صاحب الهداية وعن هذا قالوا في المنقول
يجب ان يقول في يده بغير حق • يعني قال المشايخ في دعوى المنقول يجب ان يقول المدعي ان هذا الشيء في يده بغير
حق لهذا المعنى الذي قلنا وهو احتمال كونه مرهونا او محبوسا بالثمن • قال في كتاب اقضية ذات من الفتاوى الصغرى
والتتمة اذا شهدا انه ملك المدعي ولم يشهدا انه في يد هذا بغير حق يعني انه يقبل وسمعت انه ذكر شمس الائمة الحلواني في
الجامع انه اختلف المشايخ فيه وقال الاصح انه لا يقبل • وذكر نجم الدين النسفي عن ابي الحسن السغدي والبزدوي انه
شرط ما لم يثبت ان في يده بغير حق لا يملك المطالبة بالتسليم وبه كان يفتي اكثر مشايخنا قال صاحب التتمة وهو الصحيح هو
وعليه الفتوى **قوله** قال العقار يعرف به اي بالتحديد والعقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قولهم
ما له دار ولا عقار كذا في الصحاح • وقيل العقار اسم للعرصة المبنية والضيعة اسم للعرصة لا غير **قوله** ويذكر
اسماء اصحاب الحدود اي حدود العقار **قوله** هو الصحيح احترازا عما روي عنهما ان ذكر الاب يكفي **قوله**
ولو كان الرجل مشهورا فالمشهور يكتفى بذكره يعني لا حاجة الى ذكر الاب والجد حينئذ لحصول التعريف بالاسم لا بذكر
النسب **قوله** فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر • وقد ذكر القدوري في كتاب
التقريب قول ابي يوسف ومحمد كقول زفر ولكنه لم يذكر فيه قول زفر وقد مر مثل هذا **قوله** بخلاف ما اذا غلط
في الرابعة • يعني اذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابع جاز • واذا ذكر الرابع وغلط فيه لا يجوز بالاتفاق
بيننا وبين زفر • ولكن ينبغي ان يكون هذا على اختيار بعض المشايخ لانا قد روينا قبل هذا اختلاف المشايخ من شرح ادب
القاضي فيما اذا غلط الشهود في الحد الرابع حيث قبلت الشهادة عند بعضهم ولا شك ان التحديد يشترط في الشهادة كما شرط
في الدعوى **قوله** وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انها في يده • يعني اذا ادعى المنقول فاقر
المدعى عليه انها في يده يقبل اقراره • وفي العقار لا يعتبر اقرار المدعى عليه انه في يده بل يشترط قيام الشهادة على انه
في يده نفيا للاحتيال • وقد مر بيان ذلك عند قوله ان لم يكن خاصمه ذكر قيمتها • قال في الفصل الثامن من الفصول
لو شهد شاهدان بملكية الدار للمدعي ولم يشهدا انها في يد المدعى عليه عند محمد يقبل وفي ظاهر الرواية لا يقبل حتى
يشهدا ان الدار في يد المدعى عليه • فان شهد شاهدان بالملك للمدعي في دعوى الدار ولم يتعرضا انها في يد المدعى
عليه وشهد اخران بكونها في يد المدعى عليه تقبل كلتا الشهادتين لان الحاجة لاثبات يد المدعى عليه حتى يصير خصما
ولاثبات الملك للمدعي ولا فرق في ذلك بين ان يثبت كلا الحكمين بشهادة فريق واحد او فريقين • ثم اذا شهد
الشهود انها في يد المدعى عليه يسألهم القاضي اعن سماع يشهدون انها في يده او عن معاينة لانهم ربما سمعوا اقراره
انها في يده وظنوا ان ذلك يطلق لهم الشهادة • قال وقد اشتبه على كثير من الفقهاء ان مجرد اقراره هل يثبت يده عليه
حكما فاذا كان في موضع الاشتباه فلما تريد كونه فيه شهادتهم انهم عاينوا يد المدعى عليه لا يسأل القاضي منهم ولا يختص هذا
في هذه الحادثة بل في غيرها كذلك حتى لو شهدوا على البيع والتسليم يسألهم القاضي انشهدون على اقرار البائع او على
معاينة البيع والتسليم والحكم يختلف في ذلك فان الشهادة بالبيع معاينة شهادة بالملك للبائع والشهادة على اقرار البائع
بالبيع والتسليم لا تكون شهادة بالملك للبائع وعسى لا يفرق الشاهد بين الامرين فيسأل القاضي ازالة لهذه الشبهة هكذا
حكي عن الخليل بن احمد السجزي كذا اورد ظهير الدين في شروطه الى هنا لفظ الفصول **قوله** قال وان كان دينا في
الذمة ذكر انه يطالبه به • اي قال القدوري في مختصره يعني اذا كان المدعي دينا لا عينا لا يشترط فيه الاحضار
الى مجلس القاضي كما يشترط في العين القائمة لان الاحضار انما اشترط ثمة ليصير المدعي معلوما بالاشارات اليه عند
الدعوى والشهادة وعند استحلاف المدعى عليه لان العين قد تشترك مع عين اخرى في الوصف والحلية فلا ينتظم الشركة
فالم يكن الاشارة اليها في الحضور والدين لا يمكن اعلامه بالاشارة اليه فلم يشترط احضاره بل اكتفى ببيان الجنس والقدر والصفة

بخلاف ما اذا كانت العين مستهلكة حيث يقبل الشهادة عليها من غير اشارة لان الدعوى في قيمتها اذا لم تكن من ذوات
الامثال وفي مثلها ان كانت من ذوات الامثال والمثل والقيمة دين في الذمة والشهادة في الدين تقبل الدعوى
وذوات الامثال بلا اشارة اليها ولكن لا بد من بيان الجنس والقدر والوصف • والى هذا اشار القدوري اولا بقوله
قوله ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان ذلك يشمل العين والدين جميعا • ولكن ان كان
نقليا فانما يبينه بشروط الاحضار وان كان عقارا يجب التحديد بخلاف الدين فافهم **قوله** قال واذا صحت الدعوى
سال المدعى عليه عنها • اي قال القدوري في مختصره يعني اذا صحت الدعوى ببيان القدر والجنس وحضور المدعى
عليه مجلس القاضي او صحت ببيان التحديد ان كان المدعى عقارا سال القاضي المدعى عليه عن الدعوى حتى ينكشف وجه
الحكم لان الاسباب التي ينقطع بها المنازعة ثلاثة الاقرار والبينة واليمين • قال فان اعترف قضى عليه بها اي ان اعترف
المدعى عليه بما ادعى المدعي قضى القاضي على المدعى عليه بدعوى المدعي اي بما ادعاه من الحق • يعني الزمه ذلك وذلك
لان اقرار الانسان على نفسه حجة لكونه غير متهم فيه بقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة اي شاهد يدل
على جواز الاقرار • قال وان انكر سال المدعي البينة وذلك لما حدث الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار مسندا
الى علقمة بن وائل عن ابيه قال جاء رجل من حضرموت الحضرمي ورجل من كندة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
يا رسول الله ان هذا قد غلبني على ارض كانت لي فقال الكندي هي ارضي في يدي ازرعها ليس له فيها حق فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم للحضرمي الك بينة فقال لا فقال النبي عليه السلام فلك يمينه فقال انه فاجر لا يبالي فقال النبي عليه
السلام ليس لك منه الا ذلك فانطلق ليحلفه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اما انه ان حلف على ماله ظالما ليلقين
الله عز وجل وهو عنه معرض فعلم بهذا ان سؤال البينة مقدم على اليمين لانه عليه السلام رتب اليمين على فقد
البينة لانه عليه السلام طلب يمين المدعى عليه بعدما قال المدعي لا بينة لي • وهذا على اصل ابي حنيفة موافق
جدا لانه لا يرى الاستحلاف اذا قال المدعي لي بينة حاضرة فلهذا وجب السؤال عن البينة • قال فان احضرها قضى
بها اي ان احضر المدعي البينة على وفق دعواه قضى القاضي بالبينة • وذلك لان دعوى المدعي خبر محتمل بين الصدق
والكذب فيترجح صدق الدعوى بالبينة لان الشرع جعلها حجة • قال وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها
اي ان عجز المدعي عن اقامة البينة وطلب يمين المدعى عليه استحلفه القاضي حينئذ على دعواه • وذلك لحديث الحضرمي
والكندي الذي رويناه انفا • وروي في السير مسندا الى ابن ابي مليكة قال كتبت الى ابن عباس ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه • قال في شرح ادب القاضي معنى قوله قضى اي شرع • وروى محمد بن الحسن في اول كتاب
الدعوى باسناده الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي عليه السلام انه قال البينة على المدعي واليمين على من انكر
وروى الطحاوي في شرح الاثار ايضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لو يعطى الناس بدعواهم لادعى الناس
دماء رجال واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم • وانما شرط طلب المدعي يمين
خصمه لان اليمين شرعت مستحقة على المدعى عليه حقا للمدعي فلا بد من طلب صاحب الحق كما في سائر الحقوق **قوله** فان
احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها اي عن الدعوى لان جهة الصدق يترجح بالبينة على جهة الكذب فلا جرم يقضي القاضي
بالبينة **قوله** لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه **قوله** ولا بد من
طلبه اي من طلب المدعي استحلاف خصمه **قوله** الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام هذا ايضاح لقوله لان اليمين
حقه اي حق المدعي يعني ان اليمين حقه خاصة • فاذا كان حقه فلا بد من طلبه والدليل على ذلك ان النبي عليه السلام
اضاف اليمين الى المدعي بلام الاختصاص في قوله لك يمينه فعلم ان اليمين حق له وانما اضيف بتذكير الفعل وان كان مسندا
الى ضمير اليمين التي هي مؤنثة على تاويل القسم او الحلف كقوله والارض ابقل ابقالها بتاويل المكان والله اعلم ::

فصل

اقول لما كان نحتاج هنا الى الفصل بالباب لكان
ينبغي ان يكون الكلام متواليا لانه لما ذكر صحة الدعوى رتب عليها الحكم بالاقرار والبينة واليمين **قوله**
واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله هذا لفظ القدوري في مختصره
قال صاحب الهداية ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي وهذه رواية
عجيبة لان الشيخ ابا جعفر الطحاوي قال في مختصره ومن ادعى على رجل مالا فانكره وطلب من القاضي استحلافه له على ذلك
بعد انكاره الدعوى عليه عند القاضي ما ادعاه عليه المدعي من ذلك فان ابا حنيفة رحمه الله قد روي عنه في ذلك ان
القاضي لا يستحلف له المدعى عليه اذا ذكر المدعي ان له على دعواه بينة حاضرة ولم نجد هذه الرواية عن محمد • وقال
ابو يوسف يستحلف له على ذلك ولا يمنعه من استحلافه ذكره له ان له بينة حاضرة تشهد له على دعواه الى هنا لفظ
الطحاوي في مختصره وقد انكر الرواية عن محمد اصلا كما ترى ومع هذا كيف يدعي صاحب الهداية ان محمدا مع ابي حنيفة
فيما ذكر الطحاوي الا ترى ان القدوري قال في كتاب التقريب قال الطحاوي لم نوجد هذه الرواية عند محمد هو
وقوله ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف فيه نظر ايضا لان الخصاف لم يذكر الخلاف في ادب القاضي الا بين ابي
حنيفة وابي يوسف ولم يذكر لمحمد قولا • وكذلك نقل ابو بكر الرازي في شرح ادب القاضي للخصاف ولم يذكر قول

محمد اصلا لان ابا بكر الرازي قال في شرحه وجه قول ابي حنيفة كذا • ووجه قول ابي يوسف كذا الا ترى ان الامام ابا
محمد الناصحي النيسابوري قال في تهذيب ادب القاضي للخصاف قال ابو حنيفة اذا ادعى الخصم ان له بينة حاضرة وسال
يمين المدعى عليه لم استحلفه • وقال ابو يوسف يستحلف ثم قال ولم يذكر الخصاف قول محمد • ثم قال وذكر ابو علي هو
ابن موسى ان قول محمد مثل قول ابي يوسف فيما روى عبد الرحمن الهروي وغيره من اصحاب محمد فعلم بهذا ان ما قال صاحب
الهداية موضع النظر ثم ان قول محمد كقول ابي يوسف ولكن لا فيما ذكر الخصاف • وجه قولهما ما ذكر شمس الائمة السرخسي
في شرح ادب القاضي في باب اليمين ان اليمين حق المدعي والبينة حق المدعي فكان له ان يستوفي اي الحقين شاء يدل عليه ان له
في اليمين غرضا لان المدعى عليه ربما يقر او ينكل فيتوصل الى حقه في اقرب الاوقات وانما يحتاج الى التوصل الى حقه باقصر
الطرق • فاذا عجز عن الوصول الى حقه باقصر الطرق فحينئذ يشتغل باطول الطرق ولا ينعقد عليه اثبات حقه باقامة
البينة بعد ذلك اذا حلف المدعى عليه قلنا بانه يحلف ولابي حنيفة احتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه
قال للمدعي الك بينة فقال لا فقال لك يمينه فالنبي عليه السلام رتب اليمين على عدم البينة فدل على ان اليمين انما يكون
حجة عند عدم البينة • ولان اليمين الكاذبة مهلكة فالمدعى عليه متى اتوى حق المدعي فالشرع جعل اليمين الكاذبة جزاء
له حتى يصير مهلكه اياه فانما اهلك من المال اهلاكا بازاء اهلاك • وانما يتحقق اتواء الحق على المدعي اذا لم يكن له بينة • فاما
اذا كان له بينة لا يتوى حقه بل يمكنه اثبات حقه بالبينة فلا يجعل اليمين المهلكة جزاء له في هذه الحال لانه في غير وقته
لان المدعي اذا كان له بينة وقصد استحلاف المدعى عليه فقد قصد افتضاح المسلم فانه يحلفه ثم يقيم البينة فيكون فضيحة
المسلم وقد امرنا بالستر ونهينا عن افتضاح المسلم فلهذا لم يمكن له ان يحلفه متى كان له بينة • وان قال لا بينة لي او لم يتعرض
حيث فانه يحلفه القاضي ويغلظ عليه اليمين زجرا له عن الاقدام على اليمين الكاذبة وصفة التغليظ يجيء بيانها في اول الفصل
الذي يعقب هذا الباب **قوله** معناه حاضرة في المصر اي معنى قول القدوري لي بينة حاضرة اي حاضرة في المصر
وهذا احتراز عما اذا كانت البينة غائبة عن المصر فحينئذ يستحلف بالاتفاق واحتراز ايضا عما اذا كانت البينة حاضرة في
المجلس فلا استحلاف حينئذ بالاتفاق • واليه اشار صاحب الهداية عند تعليل قول ابي حنيفة بقوله كما اذا كانت البينة حاضرة
في المجلس **قوله** بالحديث المعروف اراد به قوله عليه السلام الك بينة قد مر قبل هذا الباب ويجوز ان يريد به
قوله عليه السلام واليمين على من انكر **قوله** لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك
يمينه **قوله** فلا يكون حقه دونه اي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن اقامة البينة اي بغير العجز هو
وهذا منع لقولهما ان اليمين حق المدعي • يعني لا نسلم ان اليمين حق المدعي مطلقا وانما يكون حقه اذا عجز عن اقامة
البينة وهو لم يتحقق عجزه اذا كانت البينة حاضرة في المصر فاشبه ما اذا كانت حاضرة في المجلس فحينئذ لا يثبت
له حق اليمين فكذا هنا والجامع القدرة على اقامة البينة **قوله** قال ولا ترد اليمين على المدعي اي قال القدوري
في مختصره وعند الشافعي يقضى بيمين المدعي في موضعين وهو مذهب مالك واحمد واهل الحجاز جميعا احدهما اذا نكل
المدعى عليه عن الحلف يحلف المدعي فاذا حلف يقضى بما ادعى وان ابى انقطعت المنازعة • والثاني اذا اقام المدعي شاهدا
واحدا ولم يكن له شاهد اخر وحلف يقضى له وعندنا لا يقضى بيمين المدعي اصلا في الفصل الاول يقضى بنكول المدعى عليه هو
وفي الفصل الثاني يحلف المدعى عليه • فان نكل يقضى به • وجه قولهم ما روي في شرح الاثار عن سهل بن ابي حثمة في
القسامة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للانصار ايبرئكم يهود بخمسين يمينا فقالوا كيف نقبل ايمان قوم
كفار فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون وتستحقون • وجه الاستدلال ان رسول الله عليه السلام جعل
الايمان على المدعين بعد ان جعلها على المدعى عليهم فعلم ان رد اليمين جائز • وروى مالك في الموطا عن جعفر بن محمد
عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشهادة • قال مالك وانما يكون ذلك في الاموال
خاصة ولا يقع ذلك في شيء من الحدود ولا في نكاح ولا في طلاق ولا في عتاقة ولا في سرقة ولا في فرية • وروي
في السنن وشرح الاثار مسندا الى سيف بن سليمان المكي عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس ان النبي عليه
السلام قضى باليمين مع الشاهد • وحدث الطحاوي عن يونس بن بلال عن ربيعة عن ابي عبد الرحمن عن سهيل بن ابي
صالح عن ابيه عن ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثله وحدث الطحاوي ايضا في شرح الاثار باسناده
الى عبد العزيز بن محمد عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن فذكر باسناده مثله قال عبد العزيز فلقيت سهيلا فسالته عن هذا
الحديث فلم يعرفه وحدث ابو داود في السنن • قال حدثنا احمد بن ابي بكر ابو مصعب الزهري • قال حدثنا الدراوردي
عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد
قال ابو داود وزادني الربيع بن سليمان المؤذن في هذا الحديث قال اخبرنا الشافعي عن عبد العزيز قال فذكرت
ذلك لسهيل فقال اخبرني ربيعة وهو عندي ثقة اني حدثته اياه ولا احفظه • قال عبد العزيز وقد كانت اصابت
سهيلا علة اذهبت بعض عقله ونسي بعض حديثه فكان سهيل بعد يحدثه عن ربيعة عنه عن ابيه • وروي
في شرح الاثار باسناده الى عبد الرحمن بن عبد الوهاب بن عبد المجيد الثقفي عن جعفر بن محمد عن ابيه عن جابر بن عبد الله عن رسول
الله عليه السلام مثله • وروي فيه ايضا مسندا الى عثمان بن الحكم عن زهير بن محمد عن سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن زيد

ابن ثابت عن رسول الله عليه السلام مثله • والمعقول في المسألة ان اليمين حجة من يشهد له الظاهر وهو نافٍ لما يدعى
عليه لان الاصل براءة ذمته فاذا تحول الظاهر الى المدعي يصير اليمين حجة في حقه • ولنا ما روى محمد بن الحسن
في اول كتاب الدعوى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي عليه السلام انه قال البينة على المدعي واليمين على
من انكر بيانه ان النبي عليه السلام جعل البينة حجة جنس المدعين واليمين حجة جنس المنكرين فيكون جميع الايمان
على المنكرين فمن رد اليمين على المدعي لم يجعل جميعها على المنكرين فيكون ذلك نسخا للحديث المشهور لانه عمل به الامة وانه
لا يجوز بخبر الواحد ولا بالقياس والمعنى في ذلك ما ذكر ابو بكر المعروف بخواهر زاده في كتاب الشهادات وهو
القياس ان لا يكون قول الغير حجة على الغير اذا لم يكن معصوما عن الكذب الا انا تركنا هذا القياس في الشهادة
وفي اليمين المدعى قبل بالنص وما ثبت نصا بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره • والنص الوارد بجعل الشهادة حجة
للاستحقاق مع احتمال الكذب لا يكون واردا في يمين المدعي دلالة لان ما يتمكن في يمين المدعي من الكذب اكثر مما يتمكن في
الشهادة لان الشاهد يشهد لغيره والمدعي خصم يثبت لنفسه ولا شك ان المثبت لنفسه اكثر تهمة من المثبت
لغيره • ولهذا لم يكن شهادة الاب حجة وكذلك النص الوارد بجعل اليمين حجة للمنكر وانه بيمينه لم يستحق ما لم يثبت
له بل يدفع ما هو ثابت له لا يكون واردا دلالة في حق المدعي والمدعي بيمينه يثبت ما لم يثبت له لان اثبات
ما هو غير ثابت فوق ابقاء ما هو ثابت • واذا لم يعتبر واردا دلالة رددنا ما تنازعنا فيه الى ما يقتضيه القياس
والقياس ان لا يكون قول الغير حجة على الغير فكيف قول الانسان لنفسه على الغير على انا نقول استدل بعض اصحابنا
في المسألة بقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان بيانه ان الله تعالى
بين حكم الشهادة اصلا وخلفا فمن جوز القضاء باليمين مع الشاهد بخبر الواحد فقد زاد على النص وانه لا يجوز الزيادة
به لانه نسخ عندنا على ما عرف في اصول الفقه • ولان اليمين حجة لاحد المتداعيين فلم يجز نقلها الى الاخر كالبينة
بيان ذلك ان البينة تدخلها النيابة من جهة الشهود واليمين بخلافه فاذا لم يجز رد البينة من صاحبه فاليمين
اولى • ولان يمين المدعي قوله فلا يستحق به الشيء المدعى على غيره كدعواه يؤيده ما روي في شرح الاثار عن ابن عباس
ان رسول الله عليه السلام قال لو يعطى الناس بدعواهم لادعى الناس دماء رجال واموالهم ولكن اليمين على المدعى
عليه ذكره مسلم ايضا في صحيحه عن ابن الطاهر عن ابن وهب عن ابن جريج عن ابن ابي مليكة عن ابن عباس عن النبي عليه
السلام فثبت بذلك ان المدعي لا يستحق بدعواه دما ولا مالا وانما يستحقهما بيمين المدعى عليه خاصة • وهذا حديث
ظاهر المعنى يحمل عليه ما خفي في حديث الخصم • ويحمل المراد من اليمين يمين المدعى عليه فافهم • والجواب الثاني
عن حديث الخصم فنقول اضعفه الطحاوي في شرح الاثار فقال واما حديث عثمان بن الحكم عن زهير بن محمد عن سهيل
عن ابيه عن زيد بن ثابت فمنكر لان ابا صالح لا يعرف له رواية عن زيد • ولو كان عند سهيل من ذلك شيء لما انكر على الدراوردي
وروى ما ذكر عن ربيعة • واما حديث ابن عباس فمنكر ايضا لان قيس بن سعد لا نعلمه يحدث عن عمرو بن دينار
بشيء فكيف يحتج به الخصم في مثل هذا • ولان سليمان سيف بن سليمن ضعيف لا يحتج بروايته في اثبات السنن كذا قال
ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي • وقال الخصاف في ادب القاضي ذكر هذا الحديث لعلي بن المديني فقال هذا
غلط من سيف • واما حديث ابن جعفر بن محمد عن ابيه عن جابر فان عبد الوهاب ذكره هكذا • واما الحفاظ
مالك وسفيان فرووه عن جعفر بن محمد عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يذكروا فيه جابرا وهم لا يعجزون
لعبد الوهاب فيما خالف فيه الثوري ومالكا كذا قال الطحاوي او نقول ان صح الحديث فتاويله ان المدعى عليه
ادعى على المدعي الايفاء • وفي مثله تجب اليمين على المدعي لانه ينقلب مدعيا عليه او تاويله ان النبي عليه السلام ادعى
على المدعي فقضى باليمين على الشاهد يعني باليمين مع الشاهد فيما اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد
اخر فقضى رسول الله عليه السلام باليمين مع المدعى عليه مع وجود الشاهد الواحد ولم يلتفت الى وجوده قال
ابو بكر الرازي ومن عجز مذهب القائل بالشاهد واليمين انه يستحلف المدعي اذا كان ذميا مع شهادة المسلم ويوجب
له الحق وزعموا ان يمين الطالب قائمة مقام المرأتين فينبغي ان يقبل المرأتين اذا كانتا من اهل الذمة كما قبل يمين
الذمي بل شهادة المرأتين الذميتين ابعد من التهمة من يمين الطالب الذمي • وينبغي ان يكون الذي من يرضى من
الشهداء جائزا اذا شهد على مسلم كان مقبول الشهادة • والذي روي ان النبي عليه السلام قال للانصار اتحلفون
وتستحقون فلا دليل فيه للخصم لانه قال عليه السلام ذلك على سبيل الانكار عليهم بدليل ان اليمين عند المخالف
لا يرد على المدعي الا بعد ان يرد المدعى عليه واليهود لم يستعملوا من اليمين • وانما كان الانصار لا يرضى بايمانهم
فدل ان الكلام خرج على وجه الانكار • وحدث الطحاوي في شرح الاثار عن وهبان بن عثمان البغدادي قال
حدثنا ابو همام • قال حدثنا ابن المبارك عن ابن ابي ذيب عن الزهري ان معاوية اول من قضى باليمين مع الشاهد
وكان الامر على غير ذلك • فان قلت ابطلتم القضاء باليمين مع الشاهد لكونه زيادة على النص بخبر الواحد وجوزتم
شهادة المرأة الواحدة في الولادة والبكارة وعيوب النساء في موضع لا يطلع عليه الرجال وفيه زيادة على النص
ايضا بخبر الواحد • قلت شهادة النساء جوزت بالاجماع في هذه الصورة من غير اشتراط الذكر اليمين والحكم الثابت

بالاجماع كالحكم الثابت بالنص • واما جواز شهادة امرأة دفعا للضرورة • ثم لما سقط اعتبار الذكورة سقط اعتبار العدد فيها
عندنا لان اعتبار العدد في الشهادة بخلاف القياس لان ذلك لا يفيد شيئا زائدا على انا نقول قوله عليه السلام شهادة النساء
جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه للجنس والجنس يتناول الادنى مع احتمال الكل وهو حديث مشهور يجوز الزيادة به على
الكتاب فعند مالك يشترط الثنتان وعند الشافعي تشترط الاربع • ومذهبنا مروي عن علي رضي الله عنه • وقد روى
محمد هذا الحديث في شهادات الاصل في اول باب شهادة النساء عن ابي يوسف عن غالب بن عبيد الله عن مجاهد وعن سعيد
ابن المسيب وعطاء بن ابي رباح وطاوس قالوا قال رسول الله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال
النظر اليه **قوله** قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى اي قال القدوري في مختصره
قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال زفر والشافعي ان بينة ذي اليد اولى وقول مالك كقول الشافعي
كذا في التقريب وقول احمد بن حنبل كقولنا كذا ذكر الخرقي في مختصره واراد بالملك المطلق ان يدعي الملك
من غير ان يتعرض للسبب بان يقول هذا ملكي ولم يقل هذا ملكي بسبب الشرا او الارث او نحو ذلك • وهذا لان المطلق
ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات • وجه قول الشافعي ان الخارج وذا اليد تساويا في البينة
وانفرد ذو اليد باليد فكان اولى بدليل عامة الاحكام • منها انهما اذا ادعيا النتاج كان ذو اليد اولى • ومنها
انهما اذا ادعيا نكاح امراة واقاما البينة على ذلك فصاحب اليد اولى • ومنها انهما اذا ادعيا الملك مع الاعتاق
او الاستيلاد او التدبير او الكتابة بان قال احدهما هذا عبدي اعتقته او دبرته او كاتبته او قال هذا امتي استولدتها
وقال الاخر كذلك واقاما البينة على ذلك كان ذو اليد اولى • ومنها اذا ادعيا الشراء من ثالث فاقاما البينة كان
ذو اليد اولى لان بينة ذي اليد تايدت بمؤيد وهو اليد • ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على
المدعى عليه بيانه ان النبي عليه السلام جعل جميع البينة من جانب المدعي لان اللام في البينة للجنس لعدم العهد فلم يبق
في جانب المدعى عليه الا اليمين • والمدعي اسم لمن يدعي الشيء ولا دلالة معه • ولهذا يقال مسيلمة الكذاب مدعي
النبوة والخارج بهذه المثابة لانه لا دلالة معه على الملك بخلاف ذي اليد فان اليد دليل الملك • ولان البينات
وضعت للاثبات فما كانت اكثر اثباتا كانت اولى وبينة الخارج اكثر اثباتا فكانت اولى لان بينة الخارج يثبت
الملك من كل وجه وبينة ذي اليد لا تثبت الملك من كل وجه بل من وجه لان اليد دليل الملك • ولهذا لو راى عينا
في يد انسان يتصرف فيه تصرف الملاك جاز لمن راى ان يشهد بالملك له • ولهذا لو اختلف البائع والمشتري في مقدار
الثمن واقاما البينة كانت بينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا فكذا هنا • ولان بينة ذي اليد قامت على ما يشهد
ظاهر اليد فلا يقبل كما لو اقامها ابتداء ولم يقم الخارج البينة او اقامها بعد ما قضى القاضي للخارج • او اقامها ذو اليد
على الملك المطلق واقامها الخارج على الشراء من ذي اليد • ولا يلزم على هذا البينة بالتاريخ لان ظاهر اليد لا يدل
على تقدم الملك فقد اقام ذو اليد البينة على ما لا يدل عليه ظاهر يده • وكذلك البينة على النتاج لان اليد
لا يدل عليه وكذلك البينة على الاعتاق ونحوه لان المقصود منه اثبات الولاء وكل واحد منهما اثبته ببينته فترجح
ذو اليد باليد • وكذلك دعوى كل واحد منهما الشراء من ثالث قال في مختصر الاسرار ولا يلزم الشفيع اذا اقام البينة
على ان الدار الملاصقة للمبيعة ملكه حيث يسمع بينته لانه يقصد بها استحقاق ملك الغير وهي الدار المبيعة • ولان
ذو اليد اقام البينة فيما يشهد له الظاهر فيما يحتمل النقض على وجه المعارضة فلا يسمع كمن ادعى عليه دينا وانكر فاقام
البينة انه لا دين عليه • ولا يلزم اذا اقام البينة على الحرية حيث تقبل وان كان الظاهر يشهد له لانه لا يحتمل النقض
ثم يستوي الجواب بين ان يكون الخارج مسلما او ذميا او مستامنا او عبدا او حرا او امراة او رجلا والمدعى قبله
كذلك والمدعى به كذلك اي ما كان لعموم قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر والباقي يعرف من كتب
اصحابنا المتقدمين **قوله** وكذا على الاعتاق واختيه اي اليد لا يدل على الاعتاق والاستيلاد والتدبير كما
لا يدل اليد على النتاج فكانت بينة ذي اليد اولى لانها قامت على غير ما دلت عليه اليد فترجحت باليد **قوله**
بها اي بهذه الاشياء في الاعتاق والاستيلاد والتدبير **قوله** قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه
بالنكول والزمه ما ادعي عليه • اي قال القدوري في مختصره وفي بعض نسخ المختصر ولزمه • وقال في كتاب التقريب
لاصحاب مالك واذا ادعى على رجل دعواه لم يحلف له بمجرد دعواه حتى يثبت ان بينهما خلطة فاذا ثبت ذلك حلف
المدعى عليه وبرئ فان نكل عن اليمين لم يحكم عليه بمجرد النكول وحلف المدعي على ما ادعاه واستحق ما ادعاه بيمينه
ونكول خصمه • فان لم يحلف لم يحكم له هذا لفظ التقريب • وقال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف
قال علماؤنا رحمهم الله النكول حجة يقضى بها في باب الاموال • وقال الشافعي رحمه الله لا يقضى بمجرد النكول بل ينقل
اليمين الى المدعي فاذا حلف الان يقضى • وروي عن احمد بن محمد بن حنبل انه قال اذا نكل المدعى عليه حبسته ابدا حتى يحلف
او يقر فيحكم عليه • ومذهب سفيان الثوري كمذهب اصحابنا كذا ذكر مذهب بعض اصحاب مالك • وجه قول
الشافعي في عدم القضاء بالنكول ورد اليمين على المدعي الاستدلال بما روي عن النبي عليه السلام انه رد اليمين على المدعي
وقد ابطلنا ذلك قبل هذا بابلغ الوجوه • ثم استدل على رد مذهبنا على ما يقتضيه قياس اصحابنا فقال ظاهر قوله

تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ينفي القضاء بالنكول لانه زيادة على كتاب
الله تعالى وهي نسخ عندكم ❊ وكذا ظاهر قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر ينفي ذلك لانه جعل حجة
المدعي البينة لان النكول لو جعل حجة استحقاق المدعي فقد زاد على الحديث المشهور وهو نسخ عندكم ❊ ولان النكول
عن اليمين يحتمل التورع عن اليمين الصادقة والتحرز عن اليمين الفاجرة والتروي لاشتباه الامر والمحتمل لا يصلح حجة فاما
من قال بالحبس فانه قاس على دعوى القصاص اذا نكل المدعى عليه عن اليمين ❊ وفي باب اللعان اذا امتنعت المراة عن
اللعان فانها تحبس حتى تحلف ولا يقضى بحد الزنا ولا بالقصاص ❊ قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وهو
مذهب مالك فانه يقول المدعى قبله اذا نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالقصاص ولكن يحبسه حتى يحلف او يقر ❊ ولنا
اجماع الصحابة على القضاء بالنكول ❊ قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده قال في مبسوطه روي عن عمر وعثمان
وعلي وعبد الله بن عمر وابن عباس وابي موسى الاشعري رضي الله عنهم انهم قضوا بالنكول وروي ذلك عنهم بالفاظ
مختلفة ولم يرو عن اقرانهم خلاف ذلك فحل محل الاجماع ❊ والمعنى في المسئلة ان المدعى قبله لما نكل عن اليمين فقد
منع بدل حق المدعي فكان على القاضي ان يوصله الى اصل حقه وهو كما ادعى قياسا على من اشترى عبدا بالف درهم فوجد
المشتري به عيبا كان عند البايع فاقر به البايع كان على القاضي ان يوصل المشتري الى اصل حقه ❊ وانما قلنا انه منع بدل
حق المدعي لان ما ادعاه المدعي ثابت في حق المدعي لانه صادق في حق نفسه ان كان كاذبا في حق المنكر ❊ ولهذا
جاز الصلح على الانكار فثبت الجواز على زعمه بالشرع اوجب اليمين على الناكل بدلا عما ادعاه المدعي فيما ادعي في حقه
ولهذا قال النبي عليه السلام للمدعي لك يمينه اضاف اليمين الى المدعي بلام التمليك فدل ان اليمين حق المدعي من حيث
انه بدل حقه فكان على القاضي ان يوصله الى اصل حقه كيلا يبطل حقه عن الاصل والبدل جميعا هذا تقرير
خواهر زاده ❊ ولان النكول وهو الامتناع عن اليمين جعل بذلا على مذهب ابي حنيفة او اقرارا على مذهب
صاحبيه فلولا انه لما حلف المدعى عليه عملا بالواجب عليه وجب لم يقدم على اليمين دل انه بذل الحق او اقر فاذا
بذل او اقر وجب على القاضي الحكم بذلك فكذا اذا نكل ❊ ولا يقال كيف يعتبر النكول اقرارا او بذلا ولا تكرار النكول
شرط دون الاقرار ❊ لانا نقول لا يعتبر التكرار شرطا في النكول على ما ذكر محمد في الاصل ❊ ولئن سلمنا ان التكرار
شرط على ما ذكره الخصاف فنقول لا يمتنع ان يعتبر التكرار في النكول دون الاقرار مع تساويهما في الاستحقاق
كالبينة مع الاقرار ❊ ولا يقال يقبل الرجوع عن النكول دون الاقرار ❊ لانا نقول يقبل الرجوع عن الاقرار ايضا
في الحدود الواجبة حقا لله تعالى فانه اذا اقر ثم رجع يقبل بخلاف الاقرار بحد القذف والقصاص فان الرجوع
عنه لا يصح لتعلق حق العبد ❊ وقال في اشارات الاسرار وانا نقول حق منع المال معروف باليمين فان الشرع ما تركه
بمجرد انكاره بل وجب عليه اليمين واطول المنع لهذا المعنى وانما ينقطع هذا الزمان لان احياء الحقوق واجب
بقدر الوسع والامكان وكما لا يظهر الصدق من كلام المدعي حق القاضي لم يظهر الصدق من كلام المدعى عليه واليد
التي له على المحل يحتمله بعض تركه وبمجرد انكاره ضاع جانب المدعي فالشرع جعل للمدعى عليه حق المنع وجعل له الضمانا
وهي اليمين فتصير اليمين في جانب المدعي سببا لاهلاك نفس المدعى عليه كما هو اهلاك على المدعي ماله وفي زعم المدعى
عليه ان اليمين ذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم وفيه هذا ضرر في جانبه فانا تحملنا في جانبه اكثر من هذا
وهو احضاره مجلس الحكم وتكليفه الجواب فكذا تكليفه اليمين فان كان في يمينه صادقا على ما عليه زعمه فلا ضرر عليه
ومن زعم المدعي انه اهلك نفسه بهذه اليمين الكاذبة فجعل المنع معروفا باليمين من هذا الوجه طريقا الى احياء
الحق بقدر الوسع ❊ وهذا لان الخصومة نشأت من منع المال الا ترى انه لو قال لا امسك انقطعت الخصومة
فجعلنا اليمين مالك المنع الذي هو اصل الخصومة فاذا لم يحلف ولم يبق له حق المنع اخذه المدعي ولم يبق له مانع فعلى
هذا التقرير سقط جميع كلمات الخصم ❊ ثم وجه قول ابي يوسف ومحمد في ان النكول في معنى الاقرار ان انكاره
بعد النكول غير معتبر فيصير مقرا من وراءه ❊ ولهذا اعتبر النكول ممن لا يصح منه البذل وهو المكاتب والعبد
الماذون والصبي الماذون وجرى في الديون والبذل في الديون لا يصح فعلم انه بدل عن الاقرار ووجه
قول ابي حنيفة رحمه الله ان حق المنع معروف باليمين كما مر ومتى لم يات بالقضاء فقد ابطل حقه في المنع وصار
تقديره لا حق لك فيما تدعي لكن لا امسك من ذلك لاني لا ابالي عما هو مانع في الشرع فيكون النكول بذلا فانا
لا حاجة الى جعله مقرا ودفع انكاره لان الخصومة نشأت في المنع حقيقة بدليل ما بينا ❊ ولانا لو انزلناه
مقرا فقد كذبناه فيما سبق منه من الانكار ❊ ومتى جعلناه باذلا لا امكن ان يجعل مصرا على انكاره باذلا لما
يدعيه دفعا للخصومة فلا يثبت هنا شيء زايد وهو تكذيب واقرار المنكر فلا حاجة اليه ❊ وقوله لما يصح
من المكاتب والعبد الماذون وغيرهما ❊ قلنا هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه باعتبار ما فيه من دفع
الخصومة وان كان لا يملكه باعتباره كالاعارة اليسيرة وغيرها من الضيافة يملكها لانها من توابع
التجارة ❊ واما الدين فالبذل لا يجري فيه ابتداء اذا كان لا يتعلق به حق احد وههنا تعلق به حق
المدعي وفي زعمه انه ليس ببذل وانما هو ايفاء حق والحيلة ان بذل الدين في الذمة ابتداء لا يصح ❊ اما اذا

جل

جعل في الشرع عليه ضمان وامتنع عن ايفاء الضمان يبذل نبي فهذا صحيح فيخرج القضاء بالنكول في الاشياء الستة
وهي النكاح والفيء في الايلاء والرجعة والرق والولاء والنسب على الاصلين لان النكول بذل عند ابي حنيفة والبذل
لا يجري في هذه الاشياء ❊ وعندهما بدل عن الاقرار والقضاء في الاشياء الستة بناء بالامر الجابر كالشهادة
على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي فكذا بالنكول الذي هو بدل عن الاقرار ويبتنى على هذا القضاء بالنكول
في الطرف فعندهما لا يقضى به لان النكول بدل عن الاقرار وفيه شبهة ❊ والقصاص في الطرف يمتنع بالشبهة
كما في النفس الا انه يجب المال لتعذر استيفاء القصاص لمعنى في جانب من عليه كما لو ادعى العمد فاقر بالخطا ❊ وعند
ابي حنيفة يقضى بالنكول في الطرف لان البذل في الاطراف لا يسلك بها مسلك الاموال بخلاف النفس الا ترى ان هو
[illegible] كاستيفائه مجرى في حق سقوط القصاص والتمادي اذن رجل رجلا في قطع يده ❊ واذا صح بذله كان
استيفاؤه بالنكول كالاقرار والجواب عن تعلق الخصم بالاية والحديث ❊ قلنا الحبس في النكول عن اليمين في دعوى
المال على الحبس في دعوى القصاص اذا نكل المدعى عليه وعلى حبس المراة اذا امتنعت المراة عن اللعان فنقول ان
ايفاء حق المدعي بالحبس غير ممكن للقاضي لان الحبس ان وجب من حيث ان اليمين بدل حق المدعي وهو قادر على ايفائه
لم يجب الحبس من حيث ان اليمين حق المنكر من حيث انه يدفع دعوى المدعي عن نفسه ولا يحبس الانسان بحق امتنع
من استيفائه ❊ واذا وجب الحبس باحد الوجهين لم يجب باعتبار الاخر فلا يجب الحبس بالشك فاذا لم يجب الحبس
صار القاضي عاجزا عن ايفاء حق المدعي في البذل وقدر على ايفاء حقه في الاصل لان النكول في حق المدعي منع بدل
حقه انه مطلق للقضاء باصل الحق ❊ وفي حق المنكر النكول بذل من جهته او بدل من الاقرار والبذل والاقرار
مطلق للقضاء باصل الحق فوجب القضاء باصل الحق بخلاف القصاص لان الشك كما تمكن في الحبس تمكن في القصاص لان
القضاء بالقصاص ان جاز من حيث ان النكول منع لبدل الحق في حق المدعي لم يجز من حيث انه بذل او بدل عن الاقرار
في حق المنكر ❊ واذا تمكن الشك في كل واحد منهما ولا بد من القضاء باحدهما حتى لا يبطل حق المدعي اصلا كان ايجاب
الحبس وانه اخف العقوبتين مع الشك اولى من ايجاب القصاص وحد الزنا **قوله** والترفع عن الصادقة اي عن
اليمين الصادقة روي عن عثمان رضي الله عنه انه نكل عن اليمين وقال اخاف ان يوافقها قضاء ❊ وقال عثمان
خلفه كاذبا كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه **قوله** فترجح هذا الجانب اي ترجح جانب كون الناكل باذلا او
او مقرا على الوجه المحتمل هو كونه متورعا او نحو ذلك لان النكول امتناع عن اليمين التي وجبت عليه فلولا ان اليمين
بذل او اقرار لكان النكول امتناعا عن الواجب وظلما على المدعي والعاقل الدين لا يترك الواجب ولا يقدم على
الظلم ❊ والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين
الصادقة يكون بذلا ❊ ولا يجوز ان يكون الامتناع عن اليمين للتروي لاشتباه الحال اذ لو كان كذلك لاستمهل
من القاضي لينكشف الحال **قوله** ولا وجه لرد اليمين لما قدمنا اشارة الى قوله عليه السلام البينة على المدعي
واليمين على من انكر ❊ بيانه ان النبي عليه السلام جعل جنس اليمين على المنكر بحكم العهد فلو رد شيء منها على المدعي
كان ذلك منه رد الحكم الحديث وهو فاسد **قوله** وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاثا فان
حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه ❊ اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات
قضى عليه بالنكول ❊ اعلم ان التكرار في النكول ليس بشرط على ما ذكر في الاصل اذا قضى بالنكول مرة جاز ❊ وانما
ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط ❊ قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف لابي حازم القاضي ❊ وذكر الخصاف
ان الاستحلاف يتعلق بالنكول ثلاث مرات فاذا امتنع ثلاثا قضى عليه بالنكول ❊ ثم قال القدوري فيه فان كان
المذهب على اطلاق الاصل فالوجه فيه ان النكول قائم مقام البذل فلا يعتبر فيه التكرار كما لا يعتبر في الهبة
وعلى قول لما هو قائم مقام الاقرار في الاموال لا يعتبر فيه التكرار وان كان المذهب ما حكاه الخصاف فوجهه ان
النكول اضعف من البذل لانه ليس بصريح بذل فجاز ان يقوى بالتكرار ❊ ولان الناكل قد ينكل وهو لا يعلم ما يلزمه
بالنكول فوجب ان يكرر القاضي عرض اليمين ❊ ولهذا قالوا ان القاضي يقول له في كل مرة ان لم تحلف قضيت عليك
لانه لا يعلم ما يلزمه بالنكول فوجب ان يعرفه حتى يحلف او ينكل وهو يعلم حكم النكول فاذا حصل النكول لم يتعلق به
الاستحقاق الا بمعنى ينضم اليه لانه مختلف في تعلق الحكم به فما عبر حكم الحاكم لزوال الخلاف **قوله** اذ هو موضع الخفاء
اي الحكم بالنكول موضع الخفاء لانه مجتهد فيه **قوله** لما قدمنا اشارة الى ما ذكر ان النكول دل على كونه
باذلا او مقرا **قوله** هو الصحيح احترازا عن قول الخصاف فانه يشترط التكرار **قوله** والاول اولى اي
ما ذكره الخصاف اولى كما في المرتد انه يمهل ثلاثة ايام وهو اولى فان قبل الامهال جاز **قوله** من خرس او طرش
هو الصحيح اعلم ان الروايات اختلفت فيما اذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا احلف فقال
بعض اصحابنا اذا سكت سال القاضي عنه هل به خرس او طرش فان قالوا لا احلف قال لا وقضى عليه ❊ ومنهم من قال يحبس
حتى يجيب والاول هو الصحيح كذا في شرح الاقطع ❊ والاخرس اذا قال بالاشارة تمنع من الكلام اصلا ❊ وقيل الطرش بطرش
طرشا من باب علم اي صار اطروشا وهو الاصم **قوله** قال وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة

ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقال
ابو يوسف ومحمد يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان • اي قال القدوري في مختصره الا انه لم يذكر اللعان وقد
ذكره محمد في الجامع الصغير في كتاب القضا • وقال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف الاستحلاف لا يجري في الاشيا
الثلاثة وهي النكاح ويندرج تحته الرجعة والفيء في الايلاء لانهما دعوى النكاح في الحقيقة والرق ويندرج تحته الولاء لانه
من احكام الرق والنسب ويندرج تحته امومية الولد لانها من اثار النسب • وقال ابو يوسف ومحمد يجري • وقال
القدوري في كتاب التقريب واتفقوا على انه لا يستحلف في الحدود • وقال القدوري ايضا في شرح كتاب الاستحلاف
قال ابو حنيفة رحمه الله اذا تعلق بهذه الاشيا استحقاق مال استحلف القاضي في المال وان كان لا يستحلف في نفسه كالمراة
اذا ادعت النكاح والمهر والرجل اذا ادعى النسب والنفقة وذلك لان المال المدعى بهذه الاسباب يصح بذله فجاز
ثبوته منفردا عنها فجاز الاستحلاف فيه وان لم يستحلف في صوره • ثم صورة المسايل ادعى رجل على امراة نكاحا او هي عليه
فانكر الاخر ادعت المراة عليه بعد انقضا العدة او هو عليها انه راجعها في العدة وانكر الاخر ادعت المراة عليه وهو
عليها بعد انقضا مدة الايلا انه فا اليها في المدة وانكر الاخر ادعى على مجهول انه عبده او على العكس وانكر الاخر ادعى
عليه انه معتقه ومولاه او على العكس وانكر الاخر • وكذا في ولا الموالاة لان الولاء يشملهما ادعى على مجهول ولاء هو
او على العكس وانكر الاخر ادعت الجارية انها ولدت منه هذا الولد او ولدا فقد مات وانكر المولى • وصورة
دعوى الاستيلاد تاتي من جانب واحد لان المولى اذا ادعى ذلك يثبت ولا يلتفت الى انكارها • والخلاف في هذا
المسايل مبني على ان النكول بذل او اقرار فعند ابي حنيفة هو في معنى البذل ولا يجري البذل في هذه الاشيا
وعندهما هو بدل عن الاقرار • وتثبت هذه الاشيا بسائر الابدال فكذا بالنكول الذي هو بدل عن الاقرار
وقد مر قبل هذا • قالا ان النكول يصح ممن لا يصح منه البذل وهو الوكيل والماذون والمكاتب فدل على انه ليس ببذل
ولان البذل لا يجبر عليه الانسان فلما كان الحاكم يجبر الناكل على المال دل انه ليس ببذل • قال القدوري في
كتاب التقريب وهذا ليس بصحيح لانا لم نقل انه بذل وانما قلنا انه في معناه وما في معنى البذل يصح من الوكيل
والعبد على قول ابي حنيفة فيمن باع من يساوي عشرة بخمسة فكذا للذي ما في معنى البذل قد يجبر الحاكم عليه كالنفقات
وقال ابو حنيفة ان المدعى عليه ان براة ذمته مخير بين اليمين ليسقط عن نفسه الدعوى وبين ان ينكل فيستحق عليه المال
فجعل الواهب لما خير بين الهبة وتركها من غير عوض • وهي خير بين تسليم المال واسقاطه فاختار التسليم فهو بذل
كالواهب وليس كذلك المقر فانه غير مخير في الاقرار • لان الدين ان كان ثابتا وجب عليه ان يقر وان لم يكن ثابتا
لم يجب ان يقر • فلما كان النكول بذلا لان الاموال قابلة البذل استحلف فيها بخلاف هذه الاشيا فانها ليست بقابلة له
فلا يستحلف فيها • والدليل عليه ان من ادعى في اخر مالا في مجلس القاضي فقال المدعى عليه لست له على ذلك • ولكني هو
اترك ما ادعي حتى يخلص نفسي من خصومته قال القاضي يمكنه من ذلك • ولو ادعى على امراة نكاحا او شيا من هذه
الاشيا فقالت المراة ليس بيننا نكاح ولكن اسلم نفسي حتى لو تخلص من خصومته فالقاضي يمنعه عن ذلك فثبت ان البذل
لا يجري في هذه الاشيا يوضحه ان المستوفي الوطء مع البذل كالمستوفي له من غير البذل فيما يتعلق به من الحكم وهو الحد
فاذا لم يصح بذله حتى استحلفناه فنكل لم يلزمه شي فسقط اليمين عنه بفعله من غير عوض وما امكن المدعى عليه اسقاطه
عن نفسه بفعله لم يكن حقا للمدعي لعدم الفايدة فيه • فلهذا لا يستحلف فقد ذكرنا ما مر في باب خيار العيب من الاعتراض
على اصولهم في كون النكول بذلا عند ابي حنيفة واقرارا عندهما منقولا عن الاحتيار • فان قلت يرد على قولكم لا يحلف
عند ابي حنيفة في الرجعة ما ذكر في كتاب الطلاق ان الرجل اذا طلق امراته طلاقا رجعيا ثم قال لها راجعتك قالت
اخبرني امرا انقضت في الحيضة الثالثة وقالت المراة انقضت عدتي وما اخبرتك بشي فانها تستحلف فاذا نكلت بقي
عليها بالنكول وهذا قضا بالنكول في باب الرجعة • قلت قال الامام علاء الدين العالم في طريقته ذاك ليس بقضا
بالنكول لان من حق الرجعة كانت ثابتة واهلها باقية بقا العدة ظاهرا فالمراة تدعي بطلان الرجعة الواقعة حينئذ
بانقضا العدة فكانت منكرة صحة المراجعة معنى فالعبرة في حق التحليف للانكار معنى فيستحلف فاذا نكلت لم يثبت انقضا
العدة فصحت الرجعة بنا على بقا العدة لا بالنكول • اما في مسالتنا فالمراة منقضية العدة فلو ثبتت الرجعة ثبتت بالنكول
فظهر الفرق • قال في مختصر الاسرار لا يستحلف في شي من الحدود خلافا للشافعي في حد القذف • لنا انه حد من الحدود
فلا يستحلف فيه كحد الشرب والزنا • وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف وقد قالوا انه يستحلف في التعزير لانه
في حكم الاموال ولذلك يصح فيه العفو والابرا **قوله** على ما قدمناه اشارة الى قوله لو لا ذلك لا تدم عليه
قوله او بذلا عند يتبع الدال اي خلفا عن الاقرار يعني انه قايم مقام الاقرار **قوله** واللعان في معنى الحد ولذا
لانه قايم مقام حد القذف في حق الزوج حتى ان كل قذف يوجب حد القذف على الاجنبي اذا قذف الاجنبيات فذلك
يوجب اللعان على الزوج وقايم مقام حد الزنا في حق المراة وقد مر ذلك في اللعان **قوله** الا ان هذا بذل لدفع
الخصومة فيملكه المكاتب والعبد الماذون جواب سوال مقدر بان يقال لو كان النكول بذلا لم يجز القضا بالنكول
من المكاتب والعبد الماذون لانهما لا يملكان البذل فقال انما ملكاه باعتبار ما فيه من دفع الخصومة في حق المدعي

وان كانا لا يملكانه بانفراده كالضيافة اليسيرة منها لانهما من توابع التجارة وقد مر بيان ذلك عند قوله واذا نكل
المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول **قوله** ويصح في الدين بنا على زعم المدعي الى اخره جواب سوال مقدر بان
يقال لو كان النكول بذلا لم يصح القضا بالنكول في الدين لان البذل لا يتحقق فيه لان الدين وصف ثابت في الذمة فقال
انما صح فيه بنا على زعم المدعي لانه ياخذ الحق حقه صح في الدين والمتاع بمعنى ابتنا الحق وحقيقة ان البذل ترك المنع فيما
ادعاه المدعي يجري فيما يستباح بالاباحة كالاموال ولا يجري فيما لا يستباح بالاباحة فصح ترك المنع في المال لان امره
من اي يهل لانه خلق في الاصل مباحا مبتذلا لمصالح الناس ولم يصح في الاشيا الستة لان امرها الى خطير **قوله**
ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع وهذه من مسايل الجامع الصغير في كتاب القضا • وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رحمه الله قال لا يمين في حد الا ان رجلا لو ادعى على رجل سرقة استحلفه فان ابى ان يحلف ضمنته السرقة
قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف قال ابو حنيفة لا يستحلف في شي من الحدود ولا في الزنا ولا في السرقة ولا
القذف ولا شرب الخمر ولا السكر الا انه ان طالب المسروق منه بمال المال استحلفه فان نكل عن اليمين ضمنه المال ولم
يقطعه وذلك لان الدعوى تتضمن امرين الضمان والقطع والضمان يستوفي بالنكول لو جاز ثبات احدهما واسقاط الاخر
والاصل لذلك ما قالوا في شروح الجامع الصغير ان الاستحلاف شرع للنكول والنكول اما بذل او اقرار فيه شبهة وكل
ذلك لا يصلح حجة في الحدود • ولان الاستحلاف لاستخراج الحقوق على وجه المبالغة والحدود يحتال لدرئها فلا
يتكلف لاستخراجها فلا يشرع اليمين فيها الا في السرقة لان المقصود هو المال فيستحلف فيها ويقضى بالمال عند النكول كما يقضى
لها بشهادة رجل وامراتين في المال دون القطع **قوله** لان المنوط بفعله شيان اي لان المتعلق بفعل السارق شيان
ضمان المال وقطع اليد اما الضمان فيثبت بالنكول لانه يجري فيه البذل ويثبت بما فيه شبهة • واما القطع فلا يثبت
بالنكول لانه لا يجري البذل في الحد ولا يثبت بما فيه شبهة الاقرار فصار كما اذا شهد بالسرقة رجل وامراتان حيث
يثبت المال ولا يثبت القطع **قوله** واذا ادعت المراة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر
في قولهم جميعا • وهذه من مسايل الجامع الصغير ذكرها فيه في كتاب القضا • وذلك لان المقصود من هذه الدعوى
هو المال وهو نصف المهر لا التزوج والاستحلاف يجري في المال • قال صاحب الهداية وكذا في النكاح اذا ادعت هي
الصداق يعني اذا كان مع النكاح دعوى المال يجري الاستحلاف بالاتفاق لان المقصود هو المال • ثم بالنكول
يثبت المال ولا يثبت النكاح لان البذل يجري في الاول دون الثاني **قوله** وكذا في النسب اذا ادعى حقا
كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة • يعني اذا ادعى في النسب حقا اخر سوى النسب كالمسايل
المذكورة يستحلف بالاتفاق وان كان لا يستحلف عند ابي حنيفة في دعوى النسب المجرد • صورة دعوى الارث
ما اذا ادعى على اخر انه اخوه مات ابوهما وترك ميراثا في يد المدعى عليه فانه يستحلف بالاتفاق • فان حلف
بري وان نكل يقضى بالمال دون النسب • وصورة دعوى الحجر في اللقيط اذا ادعت امراة حرة الاصل صبيا لا يعبر عن
نفسه في يد رجل التقطه انه اخوها وانها اولى بحضانته فانه يستحلف فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي الى حجرها ولا
يثبت النسب • وصورة دعوى النفقة ادعى رجل على موسر انه اخوه وان نفقته عليه فانكر الاخر يستحلف فان حلف
بري وان نكل يقضى بالنفقة دون النسب • وصورة امتناع الرجوع في الهبة ما اذا اراد الواهب الرجوع في
الهبة فقال الموهوب له انا اخوك فانكر الواهب فانه يستحلف فان نكل ثبت الامتناع ولم يثبت الاخوة **قوله**
وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره • يعني يثبت الاستحلاف عند ابي يوسف في النسب
المجرد بدون دعوى حق اخر • ولكن بشرط ان يثبت النسب باقرار المقر • اما اذا كان بحيث لا يثبت النسب
باقرار المقر فلا يجري الاستحلاف في النسب المجرد عندهما ايضا بيانه ان اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد
والزوجة والمولى لانه اقرار عليه بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ولا يصح اقراره بما سواهم • ويصح اقرار
المراة باربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد ومن سوى هولا لان فيه تحميل النسب على الغير الا اذا صدق
الزوج في اقرارها بالولد او تشهد بولادة الولد قابلة • قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه
في باب الاستحلاف في الادعا • الاصل في هذا الباب ان المدعى قبله النسب اذا انكر هل يستحلف ان كان بحيث لو اقر
به لا يصح اقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين لا يقصد فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلا
او اقرارا فيقضى عليه • فاذا كان لا يقضى عليه لو اقر فانه لا يستحلف عندهم جميعا • وان كان المدعى قبله بحيث
لو اقر به لزمه ما اقر به فاذا انكر هل يستحلف على ذلك فالمسالة على الاختلاف عند ابي حنيفة لا يستحلف وعند ابي يوسف
ومحمد يستحلف فان حلف بري عن الدعوى وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل تخرج مسايل الباب الى
هنا لفظ خواهر زاده • وقال ايضا ثم جميع ما ذكرنا انه لا يمين في النسب اذا وقع الدعوى في مجرد النسب
فاما اذا وقع في النسب والميراث والنفقة وانكر المدعى قبله فانه يستحلف عند ابي حنيفة للمال لا للنسب يستحلف
بالله ما له في ذلك المال الذي يدعيه حق • وعندهما يستحلف للنسب والمال جميعا • وهذا لان الدعوى وقع في
النسب والمال جميعا • والمال مما يجري فيه الاستحلاف عندهم جميعا فيستحلف للمال وان كان لا يستحلف للنسب عنده

ابو حنيفة وكان الجواب فيه عند ابي حنيفة كالجواب في السرقة عند الكل اذا انكر السارق فانه يستحلف بالله ما له قبلك
من هذا المال وان كان لا يستحلف للقطع فكذلك هذا **قوله** والاب في حق المراة كما اذا ادعت انه ابوها وقد
من البيان **قوله** لان في دعواها الابن اي في ادعائها الابن تحميل النسب على الغير فلا يصح اقرارها به **قوله** والمولى اي السيد
قوله في حقهما اي في حق الرجل والمراة وهو متعلق بقوله والمولى والزوج جميعا لان اقرار الرجل والمراة جميعا بالمولى
والزوج يصح **قوله** قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس
يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يلزمه الارش
فيهما اي قال القدوري في مختصره وهي مسئلة الجامع الصغير في كتاب القضاء وهذا في دعوى القتل على واحد من
اهل المحلة وفيه يبرا باليمين الواحدة ولا يجب شيء اخر بعد ذلك فاما اذا كان دعوى القتل على اهل المحلة او على
بعضهم ففيه القسامة والدية جميعا وسيجيء في باب القسامة من كتاب الديات تمام البيان ان شاء الله تعالى ثم اعلم
انه اذا ادعى القصاص في النفس او في الطرف يحلف بالاتفاق فان حلف بري وان نكل يقتص في الطرف ولا يقتص
في النفس ولكن يحبس حتى يقر او يحلف او يموت جوعا وعندهما يقضى بالمال في النفس والطرف جميعا وهذا الاختلاف
فرع على اختلافهم في معنى النكول فعند ابي حنيفة هو في معنى البذل وعندهما في معنى اقرار فيه شبهة لانه لم يصرح بالاقرار
فالنكول اقرار فيه شبهة والقصاص عقوبة والعقوبات لا تثبت بما فيه شبهة ولهذا لا يثبت القصاص بالنكول
في النفس بالاتفاق ولهذا لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بشهادة رجل وامراتين ولا بكتاب القاضي الى القاضي
واذا تعذر استيفاء القصاص وجب المصير الى المال وبين كان التعذر من جهة المدعي لا يصار الى المال الا ترى
انه اذا ادعى العمد واقر بالخطا يصار الى المال لان التعذر جاء من قبل المدعى عليه ولو ادعى الخطا واقر بالعمد لا
يصار الى المال لان التعذر جاء من قبل المدعي وههنا التعذر جاء من قبل المدعى عليه حيث لم يقر بالقصاص واذا
اتى بشهادة رجل وامراتين في دعوى العمد فالتعذر جاء من قبل المدعي حيث لم يات بحجة صالحة لاستيفاء القصاص
فلا يصار الى المال ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان النكول في معنى البذل حتى لا يلزم تكذيب المسلم في انكاره
سابقا باقراره ثانيا وقد مر بيان ذلك عند قوله واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول ثم قال
لا يخلو اما ان يكون جعل النكول اقرارا حقيقة في حق المدعي او بذلا في حق المدعى عليه فان كان اقرارا فالطرف محل قابل
للاقرار وان كان بذلا فالطرف محل قابل للبذل لان الاطراف خلقت وقاية وصيانة للنفوس ليعود نفعها الى النفس
كالاموال لتجار فيها الاترى اذا كانت في يده اكلة يباح له قطعها لصيانة النفس ودفع الهلاك عنها وكذا يجوز
قلع السن للوجع لهذا المعنى وفي بذل الطرف دفع الهلاك عن نفسه ودفع العار والشارع نهاه لان اليمين الكاذبة سبب
لهلاك النفس في الدنيا والاخرة بخلاف النفس فانها اذا كانت قابلة للايفاء غير قابلة للبذل لان البذل في الطرف
انما صار مشروعا صيانة للنفس وليس في بذل النفس صيانة النفس فلا يكون بذلها مشروعا واذا تعذر استيفاء القصاص
لا يصار الى المال بل يحبس حتى يحلف او يقر لان اليمين اصل حقه لا بد له منه ويبنى في منع المال وهو الدية لو قام
الاقرار بالقصاص فتعذر استيفاء الدية من هذا الوجه وتعذر ايضا من وجه اخر وهذا انا لو قضينا بالدية يكون
هذا قضاء على غير ما وقع عليه الدعوى لانه ادعى القصاص ولم يدع المال والقصاص عندنا موجب العمد عينا وانما
المال يصير موجبا له عند الضرورة فلو قلنا باستيفاء المال يكون ذلك قضاء على خلاف موجب العمد وعلى غير ما وقع عليه
الدعوى فان قيل المال موجب العمد عند تعذر القصاص كما في الخطا قلنا صيرورة المال موجب العمد مع انه لا
يدعي المال خلاف الحقيقة عرفناه نصا بخلاف القياس في قتل الخطا لان القياس ثمة ان يستوفي القصاص لان الخطا انما يعفى
عذرا في حقوق الله تعالى لا في حقوق العباد غير ان الله تعالى عفا عنه لعذر فيه وجعل موجب القتل المال بحيث النظر
باي طريق صار المال موجبا للقتل فنقول هناك المال صار موجبا للقتل باعتبار ان التعذر جاء من قبل القاتل مع سلامة
النفس في كل موضع جاء التعذر من قبل القاتل مع سلامة النفس يصار الى الدية واذا مات القاتل فالتعذر ما
جاء من قبل القاتل وما جاء من جانب المحل فلا يصار الى المال واذا ادعى العمد واقر بالخطا يصار الى المال لان التعذر
جاء من قبل القاتل المدعى لانه لم يات بحجة صالحة للاستحقاق لانه اتى بمجرد الدعوى والدعوى لا تصلح سببا للاستحقاق
فيما خلق معصوما في الاصل بخلاف الاموال كذا ذكر البرهان الاجل صاحب المحيط عبد العزيز بن عمر بن ابي سهل البخاري
المعروف بمازه في طريقته المسماة بالطريقة البرهانية **قوله** خصوصا اذا كان امتناع القصاص بمعنى من جهة
من عليه يعني اذا امتنع القصاص من جهة من له القصاص كما اذا اتى بشهادة رجل وامراتين في دعوى العمد لا يثبت
القصاص ولا يجب المال ايضا فلان لا يثبت القصاص فيما اذا امتنع من جهة من عليه مع سلامة النفس وجوب الدية
اولى لان القصاص والدية لا يجتمعان وهو معنى قوله خصوصا وقد مر البيان الشافي قبل هذا **قوله** الا
انه لا يباح لعدم الضرورة يعني اذا قطع يده من قال اقطع يدي لا يجب الضمان ولكن لا يباح القطع لعدم الضرورة
كما اذا قال لغيره خرق ثوبي واتلف مالي لا يباح لعدم الضرورة حتى اذا كان في القطع فائدة يباح كما في قطع اليد المتآكلة
وقلع السن لدفع الوجع وهذا بخلاف النفس فانه لا يباح قتلها اذا قال اقتلني حتى اذا قتله لا ينتفي الضمان بل يجب القصاص

في رواية عن اصحابنا وهو قول زفر وتجب الدية في ماله في رواية وتدعو في الحلف **قوله** كقطع اليد للاكلة والاكلة
قرحة كابرة في البدن تتزع العضو وسببها دم فاسد عفن يستحيل الى السوداء واول علاجها استفراغ الخلط السوداوي والباقي
في كتب الطب **قوله** يحلف به اي بالحق المستحق كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا **قوله**
قوله قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه فان فعل والا امر بملازمته الا ان يكون غريبا على الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي الى هنا لفظ القدوري
رحمه الله ثم اخذ الكفيل احتلف السلف فيه روي عن قتادة والشعبي انه لا يجوز وروي عن ابراهيم النخعي انه جوزه
اخذ الكفيل وهذا استحسان اخذ به علماؤنا رحمهم الله والقياس ان لا يجوز كذا ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح
ادب القاضي في باب اخذ الكفيل ووجه القياس ان بمجرد الدعوى لم يثبت الاستحقاق الا ترى الى ما روي في شرح الاثار
عن ابن عباس رضي الله عنه ان رسول الله عليه السلام قال لو يعطى الناس بدعواهم لادعى الناس دماء رجال واموالهم ولكن
اليمين على المدعى عليه كيف وقد عارضه المدعى عليه بالانكار فاذا صار الدعوى معارضا بالانكار لم يثبت حجة لاستحقاق
شيء فاذا لم يثبت لم يجب عليه اعطاء الكفيل ووجه الاستحسان ان في اخذ الكفيل نظرا للمدعي فان المدعي ربما احضر
بينته ثم ما يخفي المدعى عليه نفسه فلا يقدر المدعي على اثبات حقه بالبينة فيكون في ذلك اضرار للمدعي ولو قلنا
بانه يصار الى التكفيل يحصل به النظر للمدعي ولا يكون فيه كثير ضرر على المدعى عليه فقلنا بانه يصار الى التكفيل الا ترى
ان القاضي بمجرد الدعوى يعدي على الخصم ويشخصه عن اشغاله وان كان دعواه محتملا لانه لا يمكنه الانصاف والنظر
للخصمين الا بهذا الطريق فكذلك يجوز له ان ياخذ كفيلا ايضا نظرا للمدعي بمجرد دعواه وان لم يثبت بمجرد الدعوى شيء
وقال في الفتاوى الصغرى في كتاب ادب القاضي ادعى على اخر وقال لي بينة حاضرة في المصر فطلب من القاضي ان
ياخذ من المدعى عليه كفيلا ياخذ الى ثلاثة ايام او الى المجلس الثاني وهذا اذا كان المدعى عليه غير معروف
فان كان معروفا فكذا في ظاهر الرواية وروي عن محمد انه لا ياخذ وكذا في ظاهر الرواية انه ياخذ كفيلا وان
كان المال حقيرا وعن محمد انه اذا كان المال حقيرا لا ياخذ الكفيل وهذا اذا كان المدعى عليه من المصر اما
اذا كان غريبا لا ياخذ منه كفيلا وهذا اذا كان المدعي يقول لي بينة حاضرة في المصر اما اذا قال لي بينة غائبة
لا ياخذ ثم تقدير الكفالة بثلاثة ايام او نحوها ليس لاجل ان يبرا الكفيل عن الكفالة بعد ذلك الوقت فان الكفيل
الى شهر لا يبرا بعد مضي شهر ولكن التكفيل الى شهر لتوسعة الامر على الكفيل حتى لا يطالب الكفيل الا بعد مضي شهر
لكن لو عجل الكفيل صح ونقل في الفتاوى الصغرى في كتاب الكفالة عن النوازل قال الفقيه ابو جعفر فيمن كفل
بنفس رجل الى ثلاثة ايام قبضا لا الايام الثلاثة لا يبرا عن الكفالة وانما الثلاثة الايام اجل لتاخير المطالبة لا للالتزام
وعن ابي بكر الاسكاف انه قال كنت عند الحاكم عبد الحميد فاراد ان يطالب رجلا يجعل له نفس قد كفل الى ثلاثة
ايام فقلت له لا يلزم المطالبة الا بعد ثلاثة ايام فاذا مضت ثلاثة ايام فله المطالبة بنفسه ابدا ما لم يسلم اليه
ومثل له في البيع عند الى ثلاثة ايام والثمن لا يلزمه الا بعد ثلاثة ايام فكذلك هنا فقال عبد الحميد كنت لم اعلم
بذلك والحاصل في المسئلة ما قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي في باب اخذ الكفيل قال ابو حنيفة وعامة
اصحابنا جميعا اذا تقدم الرجل الى القاضي ومعه رجل يدعي عليه حقا وسال ان ياخذ منه كفيلا ثلاثة ايام
وقال لي بينة حاضرة في المصر فان القاضي ياخذ له منه كفيلا ثلاثة ايام اذا كان المطلوب من اهل المصر وروي
عن ابي يوسف انه ياخذ كفيلا الى المجلس الثاني فان القاضي كان له ان يجلس على الدوام ومتى ادعى في هذا المجلس
لا يمكنه احضار البينة واثبات حقه فيه وانما يمكنه الى المجلس الثاني فياخذ منه كفيلا الى اليوم الثاني او ياخذ
كفيلا الى ثلاثة ايام في ظاهر الرواية يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل اذا طالبه المدعي بذلك سواء كان المدعى عليه
معروفا او لم يكن معروفا والمدعى به خطيرا او حقيرا وروي عن محمد انه قال اذا كان الرجل معروفا والظاهر
من حاله انه لا يخفي شخصه بذلك القدر من المال فانه لا يجبر على اعطاء الكفيل ولكن ان اعطى بنفسه كفيلا مختارا
يوخذ منه وان لم يعط لا يجبره القاضي على ذلك وكذا اذا كان المال حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك القدر
من المال لا يجبر ولكنه ان اعطى الكفيل من غير جبر يقبل والا فلا وفي ظاهر الرواية لم يفصل بينهما لان اعطاء
الكفيل لما كان مستحقا عليه لا يقع الفرق بينهما اذا كان معروفا او لم يكن وكان المال خطيرا او حقيرا كاليمين
واما اذا كان المطلوب غريبا لا يجبر على اعطاء الكفيل ولكن ان اعطى كفيلا بنفسه مختارا يقبل ذلك منه وان لم
يعط لا يجبر على ذلك وذلك لان الكفيل يمنعه من السفر والذهاب الى منزله فيؤدي الى الحاق الضرر به
قلنا بانه لا يجبر وان كان المدعي يتضرر بذلك لان ضرر المسافر حقيقة وضرر المدعي موهوم ربما يكون صادقا
في الدعوى او كاذبا والموهوم لا يعارض المحقق ثم المسافر لا يجبر على اعطاء الكفيل ولكن يمهله القاضي الى اخر
المجلس لانه بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة ويحصل النظر للمدعي فاما في امساكه على باب القاضي يوما او اكثر
المدعي بينته ضرر على المطلوب فلا يجوز المصير اليه دفعا للضرر فاذا جاء اوان قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر
المدعي بينته فان القاضي يحلفه ويخلي سبيل المطلوب ليذهب حيث شاء فان اختلف الطالب والمطلوب فقال

المطلوب انا مسافر وقال الطالب انه لا يريد السفر فتكلموا اينه باقوال • قال بعضهم القول قول المدعي لانه يتمسك بالاصل لان الاصل هو الاقامة والسفر عارض فيكون القول قول من تمسك بالاصل وهذا لان الظاهر يشهد للطالب لانهما في المصر والموضع موضع الاقامة لا موضع السفر فالمطلوب بقوله انا مسافر يريد اسقاط الحق عن نفسه فلا يسمع منه • وقال بعضهم القاضي يسال ممن يريد السفر فاذا صحبه مع فلان فالقاضي يبعث الى الرفقة اناسا من امنائه يسال ان فلانا هل استعد للخروج معكم • قال من اراد السفر لا بد من ان يكون مستعدا له لان الامر كذلك فقال ولو ارادوا الخروج لا عدوله عنه فان قالوا نعم قد استعد كذلك انعم قولهم الى قوله بقبلها ذلك الامه فيمهله الى اخر المجلس • فاذا احضر المدعي بينته في هذه المدة والا خلي سبيل المطلوب وان لم يقولوا من حاله شيئا نعلم انه يقول لاجل الاستعداد فقلنا بانه يجبر على اعطا الكفيل ثلاثة ايام فانه لا يمكنه الخروج الا بالاستعداد وذلك لا يمهننا له الا في مدة فقلنا بانه يطالب باعطا الكفيل ونظير هذا العرب اذا ادعى المطلوب انه معسر فان القاضي يحكم فيه الزي الا اذا كان المرء من العلما او من العلوية لانهم يتكلفون في لباسهم مع فقرهم • فاما في حق غيرهم يحكم الزي اذا كان عليه زي الفقرا كان القول قوله • وان كان عليه زي الاغنيا لا يكون القول قوله وتحكيم الثياب والزي جائز قال الله تعالى ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فدل على ان تحكيم العلامة جائز • وان ادعى الطالب قبل المطلوب حقا في قذف او قصاص وقال لي بينة حاضرة وطلب كفيلا من المطلوب فانه يجبر على اعطا الكفيل عند ابي يوسف ومحمد • وعلى قول ابي حنيفة لا يجبر وان كان اعطى كفيلا جاز في الحدود والواجبة خالصا لله تعالى خالصا كحد الزنا وشرب الخمر لا يطالب بالكفيل بالاتفاق وقد مر ذلك في كتاب الكفالة **قوله** وقد مر من قبل اي في اول كتاب الكفالة وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز الكفالة بالنفس **قوله** واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان • قال في الفتاوى الصغرى ذكر في باب العدوى من ادب القاضي انه لا يعدى بمجرد الدعوى • ثم قال قالوا وهذا اذا كان الموضع بعيدا من المصر • اما اذا كان قريبا يعدى بمجرد الدعوى كما كان في المصر والفاصل بينهما اذا كان بحال لو ابتكر من اهله امكنه ان يحضر مجلس القاضي ويجيب خصمه ويبيت في منزله فهو قريب والا فهو بعيد • ثم اذا كان هذا ماذا يصنع القاضي • قال بعضهم يامر المدعي باقامة البينة على موافقة دعواه لا لاجل القضا بل لاجل الاحضار وحضره والمستور في هذا يكفي فاذا اقام يامر اشخاصا بحضر خصمه • ومنهم من قال يحلفه القاضي فان نكل يامر باشخاصه وان حلف يامر اشخاصا بحضر خصمه **قوله** يعدى عليه اي يعان على المدعي عليه بالاحضار منه قول الشاعر وتستعدي الامير اذا ظلمتم • يعدي اذا ظلم الامير **قوله** وهو الصحيح احترازا عما روي عن ابي يوسف انه ياخذ الكفيل في المجلس الثاني • قال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره اختلاف في الحقيقة لان ابا حنيفة لم يكن يجلس من دأب القضاة وجلوس الحكام يوما ويوما لان المجلس الثاني يكون في اليوم الثالث **قوله** في الظاهر اي في ظاهر الرواية **قوله** بين الحائل بين الرجل • لا اذا كان ساقط القدر **قوله** غير متعين يحتمل ... **قوله** فالاستثناء منصرف اليهما اي الى الاستثناء المذكور في مختصر القدوري في قوله الا ان يكون غريبا ... الى التكفيل والملازمة جميعا • يعني اذا رتب لا يؤخذ منه الكفيل والا يلازم وتقدم بيانه • ومعنى قوله فان ابى ان يعطي المدعي عليه الكفيل ... **قوله** وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر قال في الفتاوى الصغرى في مسايل العدوى المدعي اذا طلب من القاضي ان ياخذ من المدعي عليه كفيلا والمدعى عليه اعطا الكفيل للقاضي ان يامر المدعي بملازمته • ثم قال وتفسير الملازمة ان يدور معه حيث دار ويجلس ... ولكن لا يحبسه في موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعي يدور معه • واذا انتهى المطلوب الى داره فان المطلوب لا يمنع من الدخول على اهله بل يدخل المطلوب على اهله والطالب الملازم يجلس على باب داره • ثم قال ورايت في الزيادات في الباب الخامس والاربعين ان المطلوب اذا اراد ان يدخل بيته فاما ان ياذن للمدعي بالدخول معه او يجلس معه على باب الدار لانه لو تركه حتى يدخل الدار ربما يهرب من جانب اخر فيفوت ما هو المطلوب والمقصود من الملازمة • لما ذكر شرعية اليمين اي موضع يكون لها

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

وفي اي موضع لا يكون ذكر في بيان كيفيتها لان الصفة تتبع الموصوف • وكيفية ما ذكر نفس اليمين في موضع التي ... **قوله** واليمين بالله تعالى دون غيره • اي قال القدوري في مختصره وذلك لما روى مالك في الموطا عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرك عمر رضي الله عنه وهو يسير في ركب وهو يحلف بابيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت وفي رواية السنن او ليسكت وقد مر بيان حديث اليمين في كتاب الايمان **قوله** ويؤكد بذكر اوصافه هذا لفظ القدوري في مختصره • قال صاحب الهداية وهو التغليظ اي التاكيد بذكر صفات الله تعالى في اليمين هو

التغليظ

التغليظ بها • اعلم ان القاضي اذا اكتفى بذكر اسم الله تعالى في اليمين جاز لان معنى القسم الذي يراعى حرمته قد وجد واذا غلظ اليمين على الحالف زجرا له عن الاقدام على اليمين الكاذبة جاز • قال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي والقضاة يختلفون وكل واحد اختار لنفسه شيئا ولكن ينبغي ان يبالغ حتى لا يتكرر عليه الايمان فانه متى حلف بالله الرحمن الرحيم يكون يمينا واحدة • فاذا احلفه بالله والرحمن والرحيم يكون ثلاثة ايمان والمستحق عليه يمين واحدة فيراعي القاضي هذا ثم صفة التغليظ ان يقول له قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب المدرك المهلك الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية الخبير المتعال ما لفلان بن فلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شي منه وذكر النعوت بالله تعالى دون الاقتصار على اسمه عز وجل للتاكيد والتغليظ لانه اذا عظم اليمين وعظم شانها لم يتجاسر عليها الانسان • والاولى اقتصر على قوله والله كان جائزا كذا ذكر ابو بكر الرازي في شرح ادب القاضي • وقال بعضهم يعتبر القاضي في هذا حال المكر ان عرفه بالصلاح اكتفى بذكر اسم الله تعالى وان عرفه على غير ذلك الوصف غلظ اليمين • وقال بعضهم يعتبر المدعي به ان كان دما لا عظيما غلظ اليمين عليه لانه دعا الا ايسالي من ذكر اسم الله هو وان كان حقيرا اكتفى بذكر اسم الله تعالى **قوله** ويحتاط فيه كي لا يتكرر عليه اليمين • وانما يذكر في الحلف قوله ولا شي منه لجواز انه قد ادى البعض قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق اي قال القدوري في مختصره وقال في كتاب ادب القاضي في الاصل ولا يحلف بالطلاق ولا بالعتاق ولا بالحج • وذلك للنظائر وبنا في حديث ابن عمر رضي الله عنه • وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر • ولان القسم ينبغي تعظيم المقسم به وهذا النوع من التعظيم لا يستحقه الا الله تعالى • قال في الفتاوى الصغرى التحليف بالطلاق والعتاق لا يجوزه اكثر مشايخنا واجازه البعض وبه افتى الامام ابو علي بن الفضل لمن قصد وفتي انه لا يجوز وان مست الضرورة يجوز • فاذا بالغ المستفتي في الفتوى يفتي بان الراي الى القاضي ابتداء الا هو لا السلف • وقال في خلاصة الفتاوى فلو حلفه القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاوه • وذكر في الواقعات الحسامية في كتاب ادب القاضي في الباب المتعلق بملازمة الداو واذا سئل الرجل بما يدعي عليه ينبغي ان يرضى خصمه بشي ويصالحه ولا يعجل باليمين احترازا عن الوقوع في الحرام وهو اليمين الكاذبة وان ابى الخصم الا ان يحلفه فان كان اكبر رايه انه محق في دعواه فلا يحلف وان كان اكبر رايه انه مبطل على الحق وسعه ذلك • ويذكر هنا بعد من مسايل ذكرها الخصاف في اواخر كتاب الحيل قال كل امراة لي طالق وتزوج كل امراة اتزوجها باليمن او بالهند او بالسند او في بلد من البلدان له نيته في ذلك ولا يحنث في ذلك • وقال اذا ابتدا اليمين بالله تعالى ويقول هو الله ويدع ذلك الحي لا يعلم المستحلف • فان قال المستحلف انا احلفك عما اريد فقل انت نعم كلما او قلت انا كيف تحلف في ذلك وقد كتب اليمين في كتاب وتريد ان يستحلفه بالله والطلاق والعتاق والحج وصدقة ما يملك قال يقول له نعم وينوي نعم من النعم اي من الانعام فاذا اجابه بنعم ينوي نعما من الانعام لم يلزمه شي • وكذلك ان قال نساء طوالق وينوي نساه العورا والعميان او العرجان او المماليك او اليهود يات او النصرانيات وبقصد الصدقة من تلك الصفات التي ذكرناها • وكذلك المماليك وجميع ما يملك من نوع من تلك الانواع التي ذكرناها يقصد بنيته اليها ما شرحت لك فيكون له نيته ولا يحنث • وقال اذا كان يستحلفه على بعض ... ان يحلف له انه لم يفعل كذا وكذا ان احضر الملوك قال يصنع بلبن على راس الملوك او المهر ويقول هذا حرا يعني طرح حرا ذكان فعل كذا وكذا ولا يعتق المملوك وان حلف يعتق المملوك ان لم يفعل كذا يعني لم افعل ذلك التي بمكة او في المسجد الحرام او في مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم او في بلد من البلدان وينوي ذلك فلا يحنث ان كان قد فعل ذلك الشي في غير ذلك الموضع الذي نوى وقصد • وان اراد ان يحلف بطلاق امراة قال يقول امراته هذه طالق ثلاثا وينوي عملا من الاعمال مثل الخبز والعسل او طالق من وثاق وينوي بقوله ثلاثا ثلاثة ايام او ثلاثة اشهر او ثلاثة جمع فلا يكون عليه في ذلك حنث • وقال فلت ارايت سلطانا بلغه عن رجل كلام فاراد ان يحلف الرجل على ذا الكلام الذي بلغه فما الوجه فيه ان يقول الرجل الذي استحلف ما الذي بلغك عني فاذا قال بلغني عنك انك قلت كذا وكذا وحكى له الكلام فان شاء حلف له بالعتاق والطلاق انما قال هذا الكلام الذي حكاه هذا ولا سمع به الا الساعة • يعني ما تكلم بهذا الكلام الذي حكاه ولا سمع به ظرف الكلام بعينه قبل الساعة فلا يكون عليه اثم • وان شاء نوى في الطلاق والعتاق ما شرحناه • وان شاء حلف انه لم يتكلم بهذا الكلام بالكوفة او هو بالبصرة او في اليمن او في بلد من البلدان غير البلد الذي كان تكلم بهذا فيه وينوي بالليل ان كان تكلم بالنهار • وان تكلم بالليل نوى انه لم يتكلم به بالنهار او نوى في دار فلان او في المسجد الجامع او في شهر رمضان او ما اشبه هذا والباقي مذكور في كتاب الحيل **قوله** قال ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى • اي قال القدوري في مختصره • وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف قال ابو يوسف قال ابو حنيفة اهل الذمة واهل الاسلام والعبد التاجر والمكاتب والصبي التاجر والمراة فيما ادعوا او ادعي عليهم سواء • اما الذمي فانه لا يفارق المسلم في احكام المعاملات • ولانهم محمولون على احكامنا الا ما استثني بعقد الامان • واما العبد التاجر فلانه لم يصح اقراره فجاز ان يستحلف وكذا الصبي التاجر على اصلنا

اذ الاذن في التجارة لم يجاوز فيصير كالعبد المأذون والمكاتب في يد نفسه فهو في باب المعاملات كالحر ولا
لانا نقول الرجال في باب التصرف تجري مجرى واحد الى هنا لفظ القدوري • وقال في شرح الطحاوي ويستحلف
النصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى ولا يستحلف المجوسي
بالله الذي خلق النار وعند محمد يحلف بالله الذي خلق النار ولا يستقبل به القبلة ولا يدخل المسجد ولا يدخل
الكعبة ولا الكنيسة ولا بيت النار الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي • وقال في الاجناس قال
في المجرد قال ابو حنيفة ان لم يتهمه القاضي اقتصر على قوله بالله الذي لا اله الا هو وان اتهمه حلفه بالله الذي لا اله
الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية الذي يعلم خائنة الاعين وما تخفي
الصدور وفي حق المسلمين • واما في حق اليهود يحلف بالله الذي انزل التوراة على موسى • وفي حق النصارى بالله الذي
انزل الانجيل على عيسى بن مريم • وان كان مجوسيا بالله الذي خلق النار ويحلف غيرهم من اهل الشرك بالله تعالى ولا
يحلف في كنيسة اليهود ولا بيعة النصارى ولا بيت نار المجوس وانما استحلفه عند القاضي ونقله عن ادب القاضي
الاصل والاصل ان فائدة اليمين النكول الذي هو اقرار او بذل والكافر يصح منه الاقرار والبذل فيتوجه عليه
اليمين كما في المسلم وكل ذي دين يعتقد الحرمة لمعبوده فيمتنع من الاقدام على ما فيه هتك حرمة معبوده والكافر
يمتنع من اليمين الكاذبة فيحصل ما هو المطلوب كما في حق المسلم غير ان المسلم تغلظ عليه اليمين بنحو ما قلنا واليهودي
يغلظ عليه بالله الذي انزل التوراة على موسى لانه يعتقد نبوة موسى ويعتقد الحرمة • الا ترى الى ما روي في السنن
مسندا الى البراء بن عازب رضي الله عنه قال مر على النبي عليه السلام يهودي محمم فدعاهم فقال هكذا تجدون
حد الزاني قالوا نعم فدعا رجلا من علمائهم فقال انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى هكذا تجدون حد الزنا
في كتابكم فقال اللهم لا ولولا انك نشدتني بهذا لم اخبرك نجد حد الزنا في كتابنا الرجم ولكنه كثر في اشرافنا فكنا
اذا اخذنا الرجل الشريف تركناه واذا اخذنا الضعيف اقمنا عليه الحد فقلنا تعالوا فلنجتمع على شيء نقيمه على الشريف
والوضيع فاجتمعنا على التحميم والجلد وتركنا الرجم فقال رسول الله عليه السلام اللهم اني اول من احيى امرك اذ اماتوه
فامر به فرجم • وهذا الحديث حجة لابي يوسف في رجم الكافر على ابي حنيفة ومحمد وجوابهما انه نسخ لانه كان
بحكم التوراة وقد مر في الحدود • والنصراني يحلف بالله الذي انزل الانجيل على عيسى لان النصراني يعتقد نبوة
عيسى ويعتقد الحرمة له وان اختلفوا فيما بينهم انه ابن الله والمسيح هو الله او ثالث ثلاثة فيمتنع من الاقدام على
اليمين الكاذبة فيحصل ما هو المقصود • واما المجوسي فهل يحلف بالله الذي خلق النار قال محمد يحلف وذلك لانه
يعتقد الحرمة في النار فيمتنع من اليمين الكاذبة فيحصل المقصود وقد مر ذكره في الاصل وشرح الطحاوي ومر
ذلك انفا • وقال الخصاف في ادب القاضي ويحلف غير اليهود والنصارى من اهل الشرك بالله لما روي عن النبي عليه
السلام انه قال من كان منكم حالفا فليحلف بالله واذا كان كذلك يحلف بالله لا بذكر النار ونحوها لان في ذكر
النار تعظيما لها بخلاف ذكر التوراة والانجيل لان كتب الله معظمة واليه ذهب بعض مشايخنا • وقال في شرح الاقطع
واما الصابئة فانهم كانوا مؤمنين بادريس عليه السلام فيحلفوا بالله الذي انزل الصحف على ادريس عليه السلام وان
كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالله الذي خلق الكواكب • **قوله** لابن صوريا هو بالقصر اسم اعجمي
قوله انشدك بالله تعالى نشدته الله ونشدته بالله نشدة اي ذكرته ونشدت الضالة نشدانا طلبتها
قوله في كتابكم هذا اي التحميم • **قوله** والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون بالله تعالى والدليل
على ذلك قوله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله • ولا يقال لو كانوا يعتقدون الله لم يعبدوا الاوثان
لانا نقول انما يعبدونها تقربا الى الله تعالى على زعمهم • الا ترى الى قوله تعالى ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى
فاذا ثبت انهم يعتقدون الله تعالى يمتنعون عن الاقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فيحصل الفائدة المطلوبة
من اليمين وهي النكول • **قوله** ولا يحلفون في بيوت عبادتهم هذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك
لان فيه تعظيم المكان • ولانه يكره للقاضي حضور ذلك المكان والحلف يقع بالله تعالى لا بالمكان ففي اي مكان
حلفه جاز قال في الاجناس قال في المأخوذ للحسن وان سأل المدعي القاضي ان يبعث به الى بيعته او كنيسته
فيحلفه هناك فلا بأس ان يفعل اذا اتهمه • وقال في الاجناس ايضا قال في المجرد ولا ينبغي للقاضي ان يحلف المدعي
ان شهوده قد شهدوا بالحق ولا شهوده انهم يشهدون بحق • ورأيت في محيط شمس الائمة الحلواني واستحلاف
الاخرس ان يقول القاضي عليك عهد الله ان كان لهذا عليك هذا الحق ويشير الاخرس برأسه اي نعم ولا يستحلف
بالله ما لهذا عليك حق فيقول يشير الاخرس برأسه اي نعم لان الاشارة من الاخرس اذا كانت معروفة تقوم في النفي
والاثبات بمنزلة العبارة من الناطق في سائر الاحكام فكذا في حق الحلف والقاضي لو استحلف الناطق بان قال
لهذا عليك الف درهم فقال نعم لا يكون يمينا لانه يصير كانه قال احلف وذلك لا يكون يمينا لانه يصير كانه قال
احلف وذلك لا يكون يمينا فكذلك الاخرس • ولو قال عليك عهد الله فقال نعم يكون يمينا لانه يصير كانه قال
علي عهد الله ان كان لهذا علي كذا • **قوله** قال ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا بمكان اي قال

القدوري في مختصره • وعند الشافعي يغلظ بالمكان والزمان • اما المكان فانه يحلف بين الركن والمقام بمكة وعند
منبر رسول الله بالمدينة • وعند الصخرة ببيت المقدس وفي الجوامع في سائر البلدان • واما الزمان فبعد العصر
وهذا التغليظ فيما ليس بمال كالنكاح والطلاق والعتاق والنسب والرجعة والقتل والجرح • واما المال اذا كان دون
عشرين دينارا او اكثر غلظت اليمين بالمكان والزمان كذا في مختصر الاسرار • وقال في كتاب التقريب لاصحاب مالك ويحلف
الناس في المساجد ولا يحلف عند منبر من المنابر الا عند منبر رسول الله عليه السلام ولا يحلف عنده الا على ربع دينار
فصاعدا ويحلف على اقل من ذلك في سائر المساجد • واذا وجبت يمين على امرأة حلفت في المسجد ليلا ان كانت ممن لا تخرج
نهارا ويحلف اليهودي والنصراني حيث يعظمان من الكنيسة والبيعة ولا يحلفان الا بالله عز وجل الى هنا لفظ كتاب التقريب
وقال في كتاب المستوعب للحنابلة واما التغليظ بالزمان فان يحلفه بعد صلاة العصر وبين الاذان والاقامة واما
التغليظ بالمكان فبمكة بين الركن والمقام وبالمدينة عند منبر النبي عليه السلام وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي بقية
البلدان عند المنبر في الجامع ويحلف اهل الذمة في المواضع التي يعظمونها ويتوقون ان يحلفوا بها كاذبين • ثم قال
فيه ولا تغلظ اليمين الا فيما له خطر مثل الجنايات والحدود والعتاق والطلاق ونحو ذلك وفي المال الذي يجب فيه
الزكاة وقيل فيما يقطع فيه يد السارق الى هنا لفظ المستوعب ومذهب سفيان الثوري كمذهبنا نقله هكذا بعض اصحاب
مالك • وجه قولهم ما روي عن جابر ان رسول الله عليه السلام قال من حلف على منبري هذا بيمين كاذبة فليتبوأ مقعده
من النار • ولانه معنى يغلظ به يمين احد المتداعيين فجاز للحاكم ان يغلظها به كالتأكيد باللفظ • ولنا قوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على من انكر رواه محمد في كتاب الشهادات من الاصل في باب الاستحلاف عن ابي يوسف
عن الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن رسول الله عليه السلام • بيانه ان النبي عليه السلام
اطلق اليمين ولم يقيد بزمان ولا مكان فعلم ان ذلك ليس بشرط • ولان اليمين حجة لاحد الخصمين فلا يختص بزمان
ولا مكان كالبينة • ولان اليمين في المال القليل لا يختص بزمان ولا مكان فكذلك المال العظيم لان كل ذلك حق
يجب على المدعى عليه باليمين • ولان اليمين وضعت لقطع الخصومة فلا يتغلظ بزمان ولا مكان كحكم الحاكم واقامة
البينة يوضحه ان البينة تسمى حجة واليمين لا تسمى حجة • فاذا لم تتغلظ البينة بزمان ولا مكان فاليمين اولى والجواب
عن حديث الخصم نقول ذلك وامثاله يدل على تأكد حق اليمين على منبره عليه السلام وعظم المأثم لا انه شرط في اليمين
والجواب عن معقولهم قلنا نحن نقول بموجبه لان عندنا للحاكم فعله ان رأى ذلك وانما الخلاف في كونه واجبا او
سنة فان ادعوا ذلك فلا نسلم ذلك في الاصل لان ذلك التغليظ على ما يراه القاضي كما في مسئلتنا على انا نقول لم يرو
ان النبي عليه السلام حلف احدا عند منبره او بين الركن والمقام • وانما كانت الايمان بحضرته وهذا دليل على ان
التحليف عند المنبر ليس بشرط • والفقه في ذلك ان المقصود من ذكر اسم الله في اليمين تعظيم المقسم به والتعظيم حاصل
بلا اشتراط مكان ولا زمان على ان في اشتراط المكان والزمان حرجا على القاضي في الحضور والحرج مدفوع
شرعا فلا يشترط • **قوله** قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه
ولا يستحلف بالله ما بعت • اي قال القدوري في مختصره قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وانما يحلف
على صورة انكار المنكر عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يحلف على صورة دعوى المدعي لا على صورة انكاره
الا اذا كان يعرض المنكر فحينئذ يحلف على صورة انكاره بالله ليس له عليك شيء من هذا المال الذي يدعيه عليك وفي
الوديعة يحلف بالله ما له قبلك هذا المال الذي يدعيه ولا شيء منه ولا بدله ولا بدل جزء منه • وعند ابي يوسف
يحلف بالله ما اودعه وما باعه ولا اقرضه الا اذا قال المنكر للقاضي الرجل قد يقرض او يودع ثم يسترده
وكذلك يبيع ثم يفسخ • فاذا عرض للقاضي بمثل هذا فحينئذ يحلف على ما ينكر • وفي البيع يحلف بالله ما بينك وبينه
هذا البيع الذي ادعى قائما الساعة عند محمد ولا يحلف بالله ما باعه • وكذلك عند ابي يوسف اذا عرض المدعى هو
للقاضي • ولو ان امرأة ادعت على رجل انه طلقها ثلاثا وهو ينكر فانه لا يحلف بالله ما طلقها ثلاثا لانه يجوز ان
يطلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج اخر ولكنه يحلف بالله ما طلقها في النكاح الذي بينكما ثلاثا • وكذلك اذا
ادعت امة على مولاها انه اعتقها فانه لا يحلف بالله ما اعتقها لانه يجوز ان يعتقها ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب
ثم سبيت • ولكن يحلف بالله ما اعتقها في الرق القائم في الحال في ملكه هذا • وهذا ينبني على تكرر الحرية كالعبد
اذا كان ذميا او صغيرا او امة • فاما اذا كان العبد كبيرا مسلما فانه يحلف بالله ما اعتقه لانه بعد الحرية
لا يلحقه رق • ولو ادعى رجل على امرأة نكاحا او ادعت المرأة على الزوج فعلى قول ابي حنيفة لا يستحلف وعندهما
يستحلف • ثم عند ابي يوسف يحلف على صورة دعوى المدعي • وعند محمد يحلف على صورة انكار المنكر • ولو ادعى
رجل على اخر قتلا خطأ وجب عليه الدية وهو ينكر وجوب الدية فعند ابي يوسف يحلف بالله ما قتلت • وعند محمد
يحلف بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك فان حلف بريء وان نكل فيقضي عليه في ماله دون العاقلة كما اذا اقر الى هنا
لفظ الامام الاسبيجابي • وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف وجملة هذا الباب ان الدعوى اذا وقعت
بما يرتفع بعد وقوعه فان اليمين تقع على ثبوت حكمه في الحال ولا تقع على نفس الحق هكذا روى الحسن عن ابي حنيفة

رحمه الله وذكر الخصاف ان الاستحلاف يقع على السبب المدعى الا ان يعرض الخصم وهو قول ابي يوسف • ومتى كانت
الدعوى فيما لا يرتفع بعد وقوعه او لا يتغير حكمه باليمين يقع على السبب المدعى الا ان يعرض قال ابو يوسف
اذا ادعى رجل قبل رجل كفالة بنفس او بمال او ادعى وديعة او عارية او اجارة فان القاضي يحلفه بالله ما له قبلك
ما ادعاه • وان ادعى بيعا لم يستحلف بالله ما بعت ولكنه يستحلفه بالله ما هذا لهذا المدعي بهذا الشرا • قال رحمه
الله قال الخصاف واحلف بالله ما بينك وبينه بيع قائم في هذا الوقت • والوجه في ذلك ان البيع قد يطرا عليه
الاقالة ويتعقبه الفسخ • والوديعة قد يطرا عليها ما يغيرها والغصب قد يطرا عليه ما يغير الضمان • فلو استحلفه
على اصل الشيء جاز ان يكون قد حدث ما اوجب تغيير حكمه في بعض الوجوه التي قدمناها • وان حلف المدعى عليه
على نفي اصل الشيء كان كاذبا وان لم يحلف وادعى المعنى الطارئ لم يقبل قوله وان استحلفه الحاكم على حكم ثبوت
ذلك في الحال فقد روعي المدعى عليه الا ترى انه انما يدعي العقد ليثبت احكامه ولم يسقط بذلك حقا
للمدعى عليه لانه ان كان قد حدث ما يوجب تغيير الحكم كان صادقا في يمينه • ومتى امكن ايفا حقهما كان اولى
من ايفا حق احدهما واسقاط حق الاخر • ووجه الرواية الاخرى ان اليمين يستوفى لحق المدعي فوجب ان يكون
مطابقا لدعواه وجواز ان يكون قد تغير الحكم لا معنى له لان ذلك يراعى لحق المدعى عليه ويمكنه ان يعرض
للحاكم فيستدرك هذا الحق فمتى لم يعرض لم يكن ذلك حقا له فوجب ان يعتبر حق المدعي • وصفة التعريض ان
يقول المدعى عليه للقاضي اذا عرض عليه اليمين بالله ما بعت قد يبيع الانسان شيئا ثم يقيل فيه فحينئذ يلزم
القاضي الاستحلاف على حكم الشيء في الحال وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا للمطلوب حين طالب
به • وعلى هذا النكاح اذا ادعي لان الطلاق يرد عليه كما ترد الاقالة على البيع وجعلوا الطلاق الذي ادعته
وقالوا في الامة اذا ادعت العتق على مولاها انه لا يستحلف بالله ما اعتقها لان عتق الامة يطرا عليه ما يغير
حكمه • الا ترى انها قد ترتد وتلحق بدار الحرب فتسبى فيستحلف بالله ما هي حرة في الحال • واما العبد اذا ادعى
عتقا على مولاه فهو على وجهين ان كان مسلما استحلف المولى بالله ما اعتقه لان عتقه لا ينفسخ بعد وقوعه فلا
معنى للعدول عما اقتضته الدعوى وان كان كافرا فهو كالامة لانه قد ينقض العهد ويلحق بدار الحرب
فيسبى الى هنا لفظ العمدة ودي في شرح كتاب الاستحلاف **قوله** ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق
عليك رده • ولا يستحلف بالله ما غصبت هذا لفظ العمدة ودي في مختصره والمعنى بيناه **قوله** وفي النكاح
بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال • هذا لفظ العمدة ودي ايضا وهذا على مذهبهما لان الاستحلاف لا يجري
في النكاح عند ابي حنيفة رحمه الله **قوله** وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت
ولا يستحلف بالله ما طلقها وهذا لفظ العمدة ودي ايضا **قوله** الا اذا عرض فقد مر انفا صفة التعريض
قوله يحلف على الحاصل اي على ثبوت الحكم في الحال **قوله** وذلك مثل ان يدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج
ممن لا يراها وذلك اشارة الى ترك النظر • يعني اذا كان الزوج شافعي المذهب وهو لا يرى نفقة المبتوتة
وادعتها عليه لا يحلف على الحاصل لان الزوج يكون صادقا في اعتقاده انه لا نفقة لها فلا يمتنع عن اليمين فيكون
فيه ترك النظر لها بل يحلف على السبب لئلا يلزم ترك النظر • وكذا اذا ادعى شفعة بالجوار والمدعى عليه لا يراها
بان كان شافعيا لا يحلف على الحاصل لهذا المعنى بل يحلف على السبب • قال العمدة ودي في شرح كتاب الاستحلاف
روي ان رجلا ادعى على رجل عند اسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة انه اشترى دارا في جواره وانه يطالب
بالشفعة فيها وانكر المدعى عليه الشرا فاراد اسمعيل ان يستحلفه بالله ما اشتريت فقال قد يشتري الانسان ويبطل
الشفيع شفعته فاراد استحلافه بالله ما له عليك شفعة في هذه الدار في الحال فقال المدعي ان هذا يعتقد ان
شفعة الجوار غير واجبة فان استحلفته ما ولذلك يحلف فقال اسمعيل للمدعى عليه ان كان الامر على ما يدعي
من الشرا فقد حكمت عليك بالشفعة ثم استحلفه بالله ما يستحق عليك شفعة في هذه الدار في الحال فامتنع من اليمين
قوله وعليه بنقض العهد اي يكرر الرق على العبد الكافر بنقض العهد واللحاق بدار الحرب كما يكرر
على الامة فلا جرم يستحلف على الحاصل بخلاف العبد المسلم فانه لا يكرر الرق عليه بالسبي فاذا ادعى العتق
على مولاه يحلف على السبب **قوله** قال ومن ورث عبدا وادعاه اخر استحلف على علمه • اي قال
في الجامع الصغير في كتاب القضا • وصورتها بنا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يرث العبد
فيجي رجل فيزعم انه له ولا بينة له على اي شي يستحلف قال على علمه وان وهب لرجل عبد او قبضه او اشتراه
او جا رجل فزعم انه له فانه يستحلف البتة • والاصل في ذلك ان من ادعى عليه فعل من جهته او ادعي عليه حق في شي
استفاده بفعله فان اليمين اذا وجبت في ذلك كانت على البتات • وكل من ادعي عليه فعل غيره او حق
في شي ملكه بغير فعله فاليمين في ذلك على العلم • والاصل في ذلك ان النبي عليه السلام استحلف في القسامة
بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا فاستحلفهم على فعلهم على البتات وعلى فعل غيرهم بالعلم • ثم الوارث قائم مقام
المورث والخصومة توجهت الى الميت ولا علم للوارث بما صنع المورث فيحلف على العلم والمشتري والموهوب

له يحلفان على نفي فعل انفسهما لان الشرا والهبة سبب موضوع للملك شرعا وذلك يطلق له اليمين بانه ملكه ولا ملك لغيره فيه
فتقع اليمين على البتات • وقال الاسبيجابي في الفصل الثالث من فصوله واما كيفية التحليف فنقول ان وقعت الدعوى
على فعل المدعى عليه من كل وجه بان ادعى على رجل انك سرقت هذا العين مني او غصبت هذا العين مني يستحلف على البتات
وان وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم حتى لو ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك
او ادعى ان اباك سرق هذا العين مني او غصب هذا العين مني يحلف على العلم وهذا مذهبنا • قال شمس الائمة الحلواني
هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها ان التحليف على فعل الغير يكون على العلم الا في الرد بالعيب يريد به ان المشتري اذا ادعى ان
العبد سارق او ابق واثبت اباقه او سرقته في يد نفسه او ادعى انه ابق او سرق في يد البائع واراد تحليف البائع
يحلف على البتات بالله ما ابق بالله ما سرق في يدك وهذا تحليف على فعل الغير • وهذا لان البائع ضمن تسليم المبيع سليما
عن العيوب • والتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات • وكان فخر الاسلام البزدوي يزيد على هذا
الاصل حرفا وهو ان التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على العلم الا اذا كان شيئا يتصل به فحينئذ يحلف
على البتات خرج على هذا فصل الرد بالعيب لان ذلك مما يتصل به لان تسليم العبد سليما واجب على البائع وان وقعت
الدعوى على فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بان قال اشتريت مني اشياء جرت بيني واستقرضت مني فان هذه
الا بفعله وفعل غيره فانها تقوم باثنين ففي هذه الصور يحلف على البتات • وقد قيل ان التحليف على فعل الغير انما
يكون على العلم اذا قال الذي استحلف لا علم لي بذلك • فاما اذا قال لي علم بذلك يحلف على البتات • الا ترى ان المودع
اذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة مني فانه يحلف المودع على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري
ثم اقر البايع ان الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه فاذا حلف برئ المشتري ويحلف الوكيل
على البتات بالله لقد قبض الموكل وهذا تحليف على فعل الغير • ولكن الوكيل يدعي ان له علما بذلك فانه قال قبض
الموكل الثمن فكان له علم بذلك فيحلف على البتات الى هنا لفظ الفصول والباقي يعلم ثمة **قوله** قال ومن ادعى
على اخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة فهو جائز اي قال في الجامع الصغير في كتاب القضا وصورتها
بنا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يدعي عليه المال فيفتدي يمينه بعشرة دراهم قال جائز • وليس للمدعي ان
يستحلفه على تلك اليمين بعد ذلك وكذا ان صالحه على يمينه على عشرة دراهم • اما جواز الافتدا فلما روى اصحابنا
في شروح الجامع الصغير عن عثمان رضي الله عنه انه دفع المال ولم يحلف • وكذلك روي عن حذيفة رضي الله عنه
وهذا في الحاصل صلح على الانكار فانه لو قال صالحت على عشرة دراهم انقطعت الخصومة وسقط اليمين فكذا اذا
اتى بمعنى الصلح لان العبرة للمعنى ولانه بذل المال لقطع الخصومة ودفع الشغب والانسان يملك التصرف في ماله الى
ما ينتفع به وهذا المعنى اعظم المنافع فيملك صرف ماله فيه ثم لا يستحلفه المدعي ابدا لانه ابطل خصومته باخذ
المال • وقال في الفصول ويجوز الافتدا عن اليمين بالدراهم وكذا يجوز الصلح عن اليمين على الدراهم حتى لا يكون
للمدعي ان يحلف المدعى عليه بعد ذلك لان الافتدا عن اليمين بالدراهم والصلح عن اليمين صلح على الانكار وبعد الصلح
على الانكار لا يسمع دعوى المدعي فيما وقع الصلح عنه **قوله** اسقط حقه اي بالصلح والافتدا

باب التحالف

لما ذكر حكم اليمين الواحد شرع في باب يمين الاثنين لان الاثنين بعد الواحد في الوجود فوضع
ما يتعلق بهما ذكرا تحقيقا للتناسب **قوله** قال واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى
البايع اكثر منه او اعترف البايع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها اي
قال القدوري في مختصره وذلك لان صاحب البينة نور دعواه بالحجة ولم يوجد من الطرف الاخر الا دعوى
مجردة وهي لا تعارض البينة فكان القضا بها اولى لكونها اقوى **قوله** وان اقام كل واحد منهما بينة كانت
البينة المثبتة للزيادة اولى هذا لفظ القدوري في مختصره • يعني ادعى المشتري انه اشترى الكر بعشرة وادعى
البايع انه باعه بخمسة عشر واقام كل واحد منهما بينة على دعواه فالبينة المثبتة للزيادة اولى وذلك لان البينات
وضعت للاثبات فكلما كان اكثر اثباتا كان اولى ولا تتعارض البينتان لان البينة المثبتة للاقل لا تتعرض للزيادة
فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض **قوله** ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البايع
اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع • صورته ما قال في الشامل في قسم المبسوط قال البايع بعتك هذه
الجارية وحدها بمائة دينار وقال المشتري لا بل مع هذا العبد بخمسين واقاما البينة يقضي بهما جميعا للمشتري
بمائة دينار • ولان كل واحد منهما اثبت ببينته زيادة فتقبل في حق تلك الزيادة **قوله** وان لم يكن لكل
واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البايع والا فسخنا البيع • وقيل للبايع اما ان تسلم
ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان المقصود من شرع هذه
الاسباب قطع المنازعات ودفع الخصومات ويحصل ذلك برضى احدهما بما يدعي الاخر • ولان كل واحد منهما
ربما لا يريد فسخ العقد فيعود الى الرضا اذا علم ان العقد ينفسخ فلا جرم يقول القاضي افسخ البيع اذا لم يرض كل واحد
منكما بما يدعيه الاخر حتى يحصل الرضا فتنقطع الخصومة **قوله** وهذا جهة فيه اي في قطع المنازعة **قوله**

بان يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الاخر هذا لفظ القدوري في مختصره ● اي ان لم يتراض البايع
والمشتري يعني لم يرض البايع بما ادعاه المشتري من المبيع ولم يرض المشتري بما ادعاه البايع من الثمن يستحلف القاضي
كل واحد من البايع والمشتري على دعوى صاحبه ● قال صاحب الهداية وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس
وبعد القبض مخالف للقياس ولكنه ثبت بالحديث استحسانا ● اعلم ان المستحسن انواع مستحسن بالاثر كالسلم ومستحسن
بالاجماع كالاستصناع فيما فيه تعامل ومستحسن بالضرورة كتطهير الحياض والابار والاواني ومستحسن بالقياس
الخفي وله نظير كثير في الفروع ● ثم الانواع الثلاثة الاول لا تصح التعدية فيها لكونها على خلاف القياس وتصح
التعدية في النوع الاخير لموافقته القياس الخفي بيانه ان المتبايعين اذا اختلفا في قدر الثمن قبل قبض المبيع لا يجري
التحالف ولا يجب اليمين على البايع قياسا لان البايع مدعي واليمين على المنكر بالحديث المشهور وهو ليس بمنكر
لان المشتري لا يدعي عليه شيا ويجري التحالف استحسانا لان كل واحد منهما مدع والاخر منكر لان البايع يدعي
زيادة الثمن والمشتري يدعي تسليم المبيع باقل الثمنين والبايع منكر فيجري التحالف حكما للانكار ● ثم يتعدى هذا
الحكم الى وارثي البايع والمشتري اذا اختلفا قبل القبض والى الاجارة اذا اختلف المواجر والمستاجر قبل استيفا
المنافع في قدر البدل ● فاما تحالف البايع والمشتري بعد القبض فمخالف للقياس لان المبيع سالم للمشتري لا
يدعي على البايع شيا ولكنه ثبت التحالف بخلاف القياس باطلاق قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة
قايمة بعينها تحالفا وترادا فلم تصح التعدية لثبوته بخلاف القياس حتى لم يجز التحالف بين الوارثين بعد القبض
ولا يتحالف العاقدان بعد هلاك السلعة عند ابي حنيفة وابي يوسف ● ولا يتحالف المواجر والمستاجر
اذا اختلفا بعد استيفا المعقود عليه وقد مر ذلك في كتابنا المرسوم بالتبيين في باب ذكر القياس **قوله**
ويبتدي بيمين المشتري هذا لفظ القدوري في مختصره ● قال الشيخ ابو نصر البغدادي هذا الذي ذكره قول
ابي حنيفة رحمه الله اخرا يبدا بيمين البايع ● وكذلك ذكر ابو الحسن في جامعه وهو قول ابي يوسف الاول
ثم رجع وقال يبدا بيمين المشتري وعند زفر يبدا بيمين البايع كقول ابي يوسف اولا كذا في التقريب وقال
اصحاب الشافعي في المسلة ثلاثة اقوال احدها يبدا بيمين البايع والثاني بيمين المشتري ● والثالث الحاكم
بالخيار ● ومنهم من قال يبدا بيمين البايع بكل حال كذا في شرح الاقطع ● وجه قول زفر وهو قول ابي يوسف
اولا قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع خص البايع بالذكر حيث جعل القول قول
البايع ● واقل احوال هذا التخصيص ان يفيد التقديم ولان المبيع مستحق على البايع وهلاكه يوجب فساد
العقد ● وله ان تحجير المبيع حتى استوفى الثمن فكان تقديم من في حبسه المبيع اولى ● ولنا ان اليمين تطلب لما
يتعلق بها من فايدة النكول ونكول المشتري يتعلق به فايدة عاجلة وهو تسليم الثمن في الحال ● ونكول البايع
لا يتعجل فايدته لانه يقال له احبس المبيع الى ان تستوفي الثمن فكان تقديم من يتعجل بنكوله الفايدة اولى ● ولهذا
قالوا اذا تبايعا عينا بعين او ثمنا بثمن كان القاضي مخيرا في تقديم ايهما شا لان كل واحد منهما اذا نكل لا يلزمه
تسليم شي في الحال فتساويا ● وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف قد ذكر في هذا الكتاب رواية
اخرى عن ابي يوسف اي في كتاب الاستحلاف وهي ان المشتري ان كان ابتدا بالخصومة وادعى على البايع ابتدي
بيمين البايع ● وان كان البايع ابتدا بالدعوى ابتدي بيمين المشتري ● ثم قال القدوري واما صفة التحالف
فقد ذكر في الاصل ان كل واحد منهما يحلف على دعوى الاخر ● وهذا يقتضي ان يحلف البايع بالله ما باعه بماية
ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بمايتين ● وذكر في الزيادات ان البايع يحلف بالله ما باعه بماية ولقد باعه
بمايتين ● ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بمايتين ولقد اشتراه بماية ● ومما ذكره في الاصل موضوع اليمين
لانها لا تشرع عندنا الا بالنفي ● فلو جمعنا بين الامرين لتضمنت الاثبات والنفي وهذا لا يصح ● ووجه ما
في الزيادات ان الجمع بين الامرين تاكيد للنفي وليس يمتنع ان يكون اليمين موضوعها النفي ويضم اليها الاثبات
على طريق التاكيد كقول الشاهد اشهد ان فلانا مات وهذا وارثه لا وارث له غيره ● وقال في شرح الاقطع
جوابا عن الحديث الذي رواه زفر انما خص البايع بالذكر لان يمين المشتري معلومة لا تشكل لقوله عليه السلام
واليمين على من انكر فسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه
قوله وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدا القاضي بيمين ايهما شا لاستوايهما ذكره تفريعا على مسلة
القدوري **قوله** على ذلك اي على النفي **قوله** قال فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما اي قال القدوري
في مختصره يعني اذا استحلف الحاكم كل واحد منهما فحلفا فسخ البيع ● وهذا الذي ذكره القدوري في مختصره
يدل على انه لا ينفسخ البيع بنفس التحالف ما لم يفسخ الحاكم ● وبه صرح في كتاب الاستحلاف لابي حازم القاضي حيث
قال اذا تحالفا فسخ الحاكم البيع ولم ينفسخ بالتحالف ● وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي فان حلف البايع ان
يترك المبيع للمشتري بما قال وفي الاستحلاف يتراد ان يلتزم المبيع بما قال صاحبه قبل فسخ الحاكم كان له ذلك
وقال بعضهم ينفسخ التحالف بنفسه والاول اصح الى هنا لفظ الطحاوي ● ووجه ذلك ان اليمين تسقط ما يدعيه

كل واحد منهما من البدل فيبقى البيع بمجهول لانه لم يثبت الثمن الذي ادعاه البايع وكذا لم يثبت المبيع الذي ادعاه المشتري
واختلاف البدل يوجب اختلاف العقد لان كل واحد ادعى عقدا غير العقد الذي ادعاه الاخر فبقي مجهولا لجهالة البدل فاذا
سقط ذلك فسد العقد لعدم البدل والبيع الفاسد لا بد له من الفسخ ● وقال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي في
باب اليمين وان حلفا جميعا انتفى الثمنان بقي بيعا بلا ثمن فيفسد فينقض العقد فيما بينهما ● وانما ينقض القاضي العقد فيما
بينهما اذا طلبا او طلب احدهما من القاضي النقض ● فاما بدون الطلب فلا ينقض وفرق بين هذا وبين اللعان
وهو ان الزوجين اذا فرغا من اللعان فان القاضي يفرق بينهما سوا طلبا من القاضي او لم يطلبا ذلك لان الحرمة
المحل تثبت شرعا باللعان على ما قال عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا وهذه الحرمة حق الشرع فلا يحتاج
فيه الى طلب العبد ● واما العقد وفسخ العقد حقهما فيشترط طلب العاقد لهذا ● وقال الامام الناصحي في تهذيب
ادب القاضي وان حلفا لم ينقض القاضي البيع بينهما حتى يطلبا ذلك او يطلب احدهما لان الفسخ حق لهما بدليل ما روي
ان النبي عليه السلام انه قال تحالفا وترادا **قوله** وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر وهذا لفظ
القدوري في مختصره ● قال في شرح ادب القاضي اذا اختلفا في الثمن والسلعة قايمة مقبوضة كانت او لم تكن مقبوضة
فانهما يتحالفان يحلف البايع على دعوى المشتري ● فان نكل لزمه البيع بالف درهم ويحلف المشتري على دعوى البايع
فان نكل لزمه دعواه وهو البيع بالفي درهم وان حلفا جميعا فقد مر بيانه انفا ● واصل ذلك ان النكول في معنى البذل
وبذل الاعواض صحيح فاذا كان الناكل باذلا لم يبق دعواه معارضا لدعوى صاحبه فثبت دعوى صاحبه لخلوها
عن المعارض **قوله** قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفا بعض الثمن فلا تحالف بينهما اي قال
القدوري في مختصره قال في مختصر الاسرار اذا اختلفا في شرط الاجل او الخيار او مقداره او شرط الرهن فالقول
قول من ينفيه خلافا لزفر والشافعي انهما يتحالفان لان الاجل جار مجرى الوصف فان الثمن يزداد عند زيادة الاجل هو
والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا ● ولنا ان هذا اختلاف في غير المعقود عليه فلا يتحالفان هو
كالاختلاف في الحط والبراة من الثمن ● والدليل على انه اختلاف في غير المعقود عليه ان العقد لا يختل بفوات
الاجل او شرط الخيار ● بخلاف الاختلاف في وصف الثمن اعني في جودته او رداته والاختلاف في جنسه بان قال
احدهما دراهم والاخر دنانير فان ذلك يوجب التحالف لانه راجع الى نفس الثمن لانه دين لا يعرف الا بوصفه
والاجل ليس بوصف الثمن ● ولهذا يبقى الثمن بعد مضي الاجل والتحقيق هنا ان يقال ان التحالف شرع بالنص اذا وقع
الاختلاف في الثمن او المثمن اذا امكن الفسخ بعد التحالف ليتوصل كل واحد منهما الى راس ماله اذا لم يتصل له ما ادعي
قبل صاحبه ● وهذا ممكن عند الاختلاف في الثمن او المثمن لانهما اذا تحالفا لم يثبت واحد من الثمنين والمثمنين
فبقي البيع بغير ثمن او مثمن وهو فاسد فيجب الرد والمتاركة بسبب الفساد وفيما نحن فيه اختلفا في شرط زايد وهو
الاجل والخيار ● فاذا تحالفا لم يثبت الشرط والبيع يبقى صحيحا بدونه كما لو عقد العقد بدونه في الابتدا فلا يمكن
ان يفسخ مع بقايه على الصحة ● وشرع التحالف الفسخ فلا تحالف في موضع لا يودي الى الفسخ ● ولانه ايضا لخيار الشرط
فنقول نوع خيار فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف كخيار ● وقال الامام الاسبيجابي في بيوع شرح الطحاوي ● والاصل
في هذا ان العاقدين متى اختلفا في الملفوظ بالعقد يتحالفان ● ومتى اختلفا في الملفوظ بالشرط لم يتحالفا ● او تقول متى
اختلفا في كلمة العقد تحالفا ● ومتى لم يختلفا في كلمة العقد لم يتحالفا والاجل ملفوظ بالشرط وليس في كلمة العقد والثمن
والمثمن ملفوظ بالعقد وهو من كلمة العقد ● ثم الاختلاف في اجل الثمن لا يخلو اما ان يختلفا في اصله او في قدره
او في مضيه ● وان اختلفا في اصله فالقول قول البايع لانه استفاد من جهته ● وان اختلفا في قدره فالقول
قوله ايضا والبينة في المسلتين جميعا بينة المشتري لانه يثبت الزيادة ● وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على القدر
فالقول قول المشتري انه لم يمض والبينة بينته ايضا لانه يثبت ● وان اختلفا في المضي والقدر فالقول قول المشتري
في المضي وفي القدر قول البايع ويجعل شهر لم يمض والبينة بينة المشتري ● وهذا اذا كان المبيع عينا فاما اذا
كان المبيع دينا يعني السلم فاختلفا في اجل السلم فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف والمراد عند علماينا الثلاثة لانهما
اختلفا في الملفوظ بالشرط ● وعند زفر يتحالفان ويترادان لان السلم لا يصح الا به فالاختلاف فيه كالاختلاف في
صفة السلم ● ثم الاختلاف في اجل السلم لا يخلو اما ان يختلفا في اصله او في قدره او مضيه او فيهما جميعا ● اما
اذا اختلفا في اصله فانه ينظر ان كان مدعي الاجل هو رب السلم فالقول قوله قياسا واستحسانا ● ويجوز السلم وان
كان مدعي الاجل هو المسلم اليه فالقول قوله ايضا استحسانا ● ويجوز السلم وهو قول ابي حنيفة ● وقال ابو يوسف ومحمد
القول قول رب السلم ويفسد السلم وهو القياس ● ولو اختلفا في قدره فالقول قول رب السلم ● ولو اختلفا في مضيه
فالقول قول المسلم اليه والبينة ايضا بينته ● وان اختلفا في قدره ومضيه فالقول في القدر قول رب السلم والقول
في المضي قول المسلم اليه ● ولو اقاما جميعا البينة فالبينة بينة المسلم اليه على اثبات الزيادة وان لم يمض ● وقال
في الفتاوى الولوالجي وان اختلفا في الاجل فهذا على ثلاثة اوجه ان اختلفا في اصل الاجل ● بان قال احدهما كان
باجل وقال الاخر بغير اجل ان كان المدعي للاجل هو الطالب فالقول قول الطالب مع يمينه لانهما اتفقا على عقد

واحد واختلفا في فساده وجوازه توجب ان يكون القول قول من يدعي الجواز لانه متمسك بالظاهر الذي يدعوه
عقله ودينه كما في النكاح والبيع والاجارة • فاذا ادعى احدهما الفساد فالقول لمن يدعي الجواز فكذا هنا وان
كان المدعي للاجل هو المطلوب قال ابو حنيفة القول قول المطلوب • وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الطالب
فالحاصل ان عند ابي حنيفة القول قول من يدعي الاجل طالبا كان او مطلوبا • وعندهما القول قول الطالب
مدعيا كان للاجل او منكرا لهما يقولان ان الطالب بانكار الاجل لانه بانكار الاجل يدعي فساد العقد من غير ان
يدفع عن نفسه استحقاقا في الحال • وابو حنيفة يقول اتفقا على وجود عقد واحد واختلفا في الفساد والجواز
فيكون القول قول من يدعي الجواز كما لو كان الطالب مدعيا للاجل والمطلوب منكرا هذا هو الكلام في الوجه
الاول وهو الاختلاف في اصل الاجل • واما الوجه الثاني وهو الاختلاف في مقدار الاجل ان لم يقم لاحدهما
بينة فالقول قول الطالب مع يمينه ولا يتحالفان لان النص تناول الاختلاف في المعقود عليه او في الثمن لانه
ذكر وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يوجد به
من البيع وذلك المعقود عليه او الثمن وان قامت لاحدهما البينة يقضى ببينته وان قامت لهما البينة يقضى ببينة
المطلوب لانه يثبت الزيادة • واما الوجه الثالث وهو الاختلاف في مضي الاجل بان قال الطالب كان شهرا وقد
مضى وقال المطلوب كان شهرا لكنه لم يمض • واما اخذ في مثل المسئلة ان لم يقم لهما البينة فالقول قول
المطلوب مع يمينه لان الطالب يدعي توجه المطالبة بالمال فيه والمطلوب ينكر • فان اقام احدهما البينة يقضى
ببينته وان اقامت لهما البينة فالبينة بينة المطلوب لان بينته تثبت زيادة اجل من حيث المعنى فكان القول
قوله في شيء والبينة بينته في شيء آخر **قوله** هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به اي الاختلاف في الاجل
وشرط الخيار او استيفاء بعض الثمن اختلاف في غير المعقود عليه وهو المبيع واختلاف في غير المعقود به وهو الثمن
فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وذلك لا يوجب التحالف فكذا هذا **قوله** وهذا لان بانعدامه لا يختل
ما به قوام العقد واما ذلك في قوله اختلاف في غير المعقود عليه • واما لا يختل قوام العقد لان الاجل وشرط
الخيار امر زائد في العقد لان العقد يصح بدونه • بخلاف الثمن والمثمن فان قوام العقد بهما لا ينعقد البيع
بدونهما • ولهذا لو اختلفا في الثمن فشهد احد الشاهدين بالبيع بالف درهم والاخر بالدنانير لا يقبل • ولو اختلفا
في الاجل فشهد احد الشاهدين بالبيع بالف الى شهر والاخر بالبيع بالف نقدا يقضى بالبيع بالف نقدا • وكذا لو
شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار ثلاثة ايام والاخر شهد انه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة **قوله**
في وصف الثمن او جودته او ذاته وجنسه وهو كون الثمن دراهم او دنانير **قوله** بمنزلة
الخيار والاجل لانه يثبت بالشرط • اي قال القدوري في مختصره يتحالفان كالقول في المنكر لانه
ذلك امر عارض والقول للمنكر في العوارض • وهذا ظاهر الرواية • وعن ابي حنيفة ان القول قول مدعي
الجيد كذا في المختلف لانه يتمسك بالاصل **قوله** قال ولا يتحالف البائع والمشتري ولا يمين على البائع
لما قال ابو حنيفة وابو يوسف والقول قول المشتري • وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك
اي قال القدوري في مختصره قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال ابو حنيفة وابو يوسف اذا
اختلف المتبايعان في مقدار الثمن والسلعة هالكة بعد القبض لا يتحالفان فالقول قول المشتري مع يمينه • وقال
محمد والشافعي يتحالفان ويترادان العقد بالقيمة • واجمعوا على ان السلعة اذا كانت قائمة يتحالفان سواء
كان قبل القبض او بعد القبض • وحاصل الخلاف في تحليف البائع عندنا لا يحلف البائع وعندهما يحلف • وجه
قول محمد ان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فان البائع يدعي عقدا ينكره المشتري والمشتري يدعي عقدا ينكره
البائع وله في هذه الدعوى فائدة وهي دفع الزيادة التي يدعيها البائع فيتحالفان • ولهذا تقبل بينته على
دعواه لانها صحيحة فيتوجه اليمين له على البائع ايضا لان دعوى المشتري صحيحة تقبل • قوله عليه السلام
اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا من غير فصل بين قيام السلعة وهلاكها يدل عليه الاحكام كما اذا اختلفا
في جنس العقد بعد هلاك السلعة بان ادعى احدهما البيع والاخر الهبة او اختلفا في جنس الثمن بان ادعى احدهما
البيع بالدراهم والاخر البيع بالدنانير يتحالفان ويترادان • وكذلك لو اختلفا في مقدار الثمن حال قيام
السلعة قبل القبض يتحالفان فكذا هذا كذا في شرح طريقة الخلاف • ولنا ان التحالف بعد القبض حال قيام السلعة
يثبت بخلاف القياس بقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا • لان المشتري
ليس بمدع حقيقة لان المدعى هنا هو الشراء والشراء لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكم الشراء لزوم الثمن وسلامة
المبيع للمشتري • فلو كان مدعيا للشراء لا يخلو اما ان كان مدعيا للزوم الثمن او لسلامة المبيع للمشتري فلا وجه
الى الاول لانه حكم يلزمه لا يدعيه فكيف يصلح مدعيا • ولا وجه الى الثاني ايضا لان المبيع سالم له بدون الدعوى
والبائع مقر بذلك • فاذا لم يكن المشتري مدعيا لا يتوجه اليمين على البائع لان اليمين على المنكر بالحديث وكذا
عرفنا ان الحكم اذا ثبت بخلاف القياس لا يتعدى الى غير مورد النص فلا يثبت التحالف حال هلاك السلعة والجواب

من الحديث الذي رواه محمد فنقول هو مقيد بحال قيام السلعة وان ورد مطلقا عنه بدليل انه مقيد به في قوله وترادا لان الرد
بعد القبض ونقض القبض بعد هلاك السلعة لا يتصور • او نقول المطلق والمقيد اذا وردا في حادثة واحدة في حكم واحد
يحمل المطلق على المقيد على ما هو المختار وقد مر ذلك في كتابنا الموسوم بالتبيين فلا يبقى ذلك الحديث مطلقا • والجواب عن
قوله ان دعواه مفيدة دفع زيادة الثمن فنقول الفائدة انما تعتبر بحيث ان يثبت بما يوجبه العقد للمشتري ولا حاجة الى يمين البائع
والجواب عن الاحكام فنقول اذا اختلفا في جنس العقد وجنس الثمن حال هلاك السلعة فقول بعض اصحابنا وخرجوا وقالوا
كل واحد منهما يحلف على عقد غير العقد الذي يحلف عليه الاخر فاذا حلفا لم يظهر واحد من العقدين فبقيت العين في يده
بانه من بلا عوض فيجب قيمتها من غير فسخ • وفي مسئلتنا اتفقا على عقد واحد فاذا لم تثبت الزيادة احتجنا الى فسخ عقد
ثابت باتفاقهما • والفسخ ابدا لا يمنع في هالك • وبعض اصحابنا منعوا وقالوا انهما على هذا الخلاف وهو الصحيح والمذكور
في بعض الكتب قول محمد كذا ذكر علاء الدين العالم في طريقة الخلاف • واما اذا اختلفا في مقدار الثمن حال قيام السلعة
قبل القبض فنقول كل واحد منهما مدع حقيقة منكر حقيقة لان البائع يدعي تسليم الثمن الذي يدعيه مقابلا لهذا المبيع وهو
والمشتري ينكره • والمشتري يدعي تسليم المبيع بعد النقد من الثمن الذي يدعيه والبائع ينكر فكان كل واحد منهما منكرا
حقيقة فيحلف • اما هنا فبخلافه • فان قلت صورة الدعوى حاصلة من المشتري وان لم يكن مدعيا حقيقة فينبغي
ان تكون الصورة كافية لتوجه اليمين على البائع كما هي كافية لقبول بينة المشتري قلت الفرق بين البينة واليمين ظاهر
لان اليمين يتوجه على المدعى عليه وهو واقف على حقيقة الحال فلم يكتف لصورة الدعوى والبينة قول الشهود ولا وقوف لهم
ولا علم على حقيقة الدعوى فاكتفى بصورتها • ولهذا اذا قال المودع رددت الوديعة او هلكت واقام البينة على ذلك
تقبل • ولكن لا يحلف المالك وان كان منكرا صورة لكون المودع مدعيا صورة • وجملة القول هنا ما قاله في شرح الطحاوي
اذا اختلفا والمبيع هالك في يد المشتري سقط التحالف في قول ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري في الثمن مع يمينه
بان يحلف على ما قال وان نكل لزمه ما قال البائع • وقال محمد يتحالفان ويترادان القيمة وهلاك السلعة عنده لا يمنع
التحالف • ولو اختلفا في مقدار القيمة بعد التحالف فالقول قول المشتري مع يمينه • ولو ادعى احدهما الهبة والاخر
البيع فانهما يتحالفان بالاجماع وان كان المعقود عليه هالكا • ولو اتلف المعقود عليه اجنبي قبل القبض واتبعه الى القيمة ثم
اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان بالاجماع لان القيمة قائمة مقام العين وهذا الفصل حجة محمد • ثم الهلاك على ضربين
هلاك حقيقي وهلاك حكمي • اما الهلاك الحقيقي فظاهر وهو ان هلك العبد او كان طعاما فاكله او كان ثوبا فاحرقه
وما اشبه ذلك مما يوجب الفوات • والهلاك الحكمي ان يخرج من ملكه كله او بعضه وخروج البعض من ملكه في منع التحالف
بمنزلة خروج الكل عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع الا اذا رضي البائع ان ياخذ القائم
وحصة الهالك من الثمن بقول المشتري فحينئذ يتحالفان ويترادان فيما بقي في ملك المشتري وعليه حصة الخارج من ملكه بقوله
وعند محمد خروج الكل من ملكه لا يسقط التحالف كذلك خروج البعض • ثم اذا تحالفا ينظر ان خرج الكل من ملكه فعلى المشتري
رد القيمة او مثله ان كان مثليا • وان خرج البعض من ملكه فانه ينظر ان كان المبيع مما في تبعيضه ضرر ويكون التبعيض
فيه عيبا فالبائع بالخيار بعد التحالف ان شاء اخذ الباقي وقيمة الهالك • وان شاء رد الباقي واخذ قيمة الكل • وان
كان المبيع مما ليس في تبعيضه ضرر ولا يكون التبعيض فيه عيبا فللبائع ان ياخذ الباقي ومثل الفائت وان عاد الى ملكه ثم اختلفا
ينظر ان كان العود فسخا يتحالفان ويترادان العين • وان كان عاد بحكم ملك جديد لا يتحالفان في قول ابي حنيفة وابي
يوسف • وقال محمد يتحالفان ويترادان القيمة دون العين • ولو اختلفا في الثمن بعدما ازداد المبيع في يد المشتري
فالزيادة لا تخلو اما ان تكون متصلة متولدة من الاصل كالسمن والجمال والحسن وغيره او غير متولدة من الاصل كالصبغ في
الثوب • وكالبناء في الارض والغرس وغير ذلك • او منفصلة متولدة من الاصل كالولد والارش والعقر او غير متولدة منه
كالهبة والكسب والغلة • اما اذا كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل فانه يمنع التحالف في قول ابي حنيفة وابي يوسف
لان الزيادة المتصلة تمنع الفسخ في عقود المعاوضات على قولهما • وعند محمد لا تمنع الفسخ ويترادان القيمة • وان كانت
متصلة غير متولدة من الاصل فهو على الخلاف الا ان محمدا قال يتحالفان ويترادان القيمة لان هذا هالك بطريق الحكم والهلاك
لا يمنع التحالف ولكن يرد القيمة • وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فانه يمنع الفسخ ويمنع التحالف عندهما وعند
محمد يتحالفان ويترادان القيمة ايضا • وان كانت الزيادة منفصلة غير متولدة فانه لا يمنع الفسخ بالاجماع ويتحالفان ويترادان
المبيع دون الزيادة • والزيادة للمشتري وتطيب له • ولو اختلفا في الثمن بعدما انتقص المبيع في يد المشتري فانه ينظر
ان كان النقصان بآفة سماوية او بفعل المشتري او بفعل المبيع فانهما لا يتحالفان والقول قول المشتري على قولهما الا اذا رضي
البائع ان ياخذه ناقصا ولا ياخذ لاجل النقصان شيئا وان شاء ترك واخذ القيمة • وقال بعضهم على قوله ان اختار اخذ
العين اخذ معه النقصان كالمقبوض بالبيع الفاسد • وان كان النقصان بفعل الاجنبي او بفعل البائع وجب الارش ويمنع التحالف
في قولهما ويكون القول قول المشتري • وعند محمد يتحالفان ويترادان القيمة • هذا كله اذا هلك المبيع كله او بعضه هلاك
حقيقة او هلاك حكم • واما اذا كان المبيع قائما ولكنه مات احد المتعاقدين او ماتا جميعا • ثم وقع الاختلاف
بين الوارثين او بين احدهما وورثة الاخر فانه ينظر ان كان المبيع غير مقبوض فانهما يتحالفان ويترادان الا ان اليمين على الورثة

على النكول لانهم يحلفون على فعل الغير • وانما جرى التحالف بينهما لان القبض له شبهة بالعقد • ولو كان المبيع مقبوضا
فلا تحالف بينهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري او وارثه بعد وفاته لان من مذهبهما ان هلاك
المعقود عليه يسقط التحالف وكذلك هلاك العاقدين • وعند محمد يتحالفان ويترادان القيمة لان من مذهبه
ان هلاك المعقود عليه لا يمنع التحالف كذلك هلاك العاقد • وهذا كله اذا اتفقا على اختلافهما على الثمن وان
اختلفا في عين الثمن ودينه فادعى البائع ان الثمن عين وادعى الآخر الدين • فان كان مدعي العين هو البائع كما اذا
بعت منك جاريتي بعبدك هذا والمشتري يقول اشتريت منك بالف فان كانت الجارية قائمة يتحالفان ويترادان وان
كانت هالكة عند المشتري سقط التحالف والقول قول المشتري • وعند محمد يتحالفان • ولو كان مدعي العين هو
المشتري وهو يقول اشتريت جاريتك بغلامي هذا فقال البائع بعتها منك بالف درهم او بمائة دينار • فان كانت
الجارية قائمة يتحالفان وان كانت هالكة كذلك يتحالفان ويترادان القيمة في قولهم جميعا • فاما على قولهما
فلا يشكل واما على قولهما فلان وجوب اليمين على المشتري لا اشكال فيه ووجب اليمين على البائع ايضا هنا لان
المشتري يدعي عليه الزام العين وهو الغلام وانكر البائع فيتحالفان لهذا المعنى • ولو كان البائع يدعي بعض
الثمن عينا وبعضه دينا والمشتري يدعي الكل دينا فان كان المبيع قائما يتحالفان وان كان هالكا فكذلك الاختلاف
وان كان المشتري يدعي البعض عينا والبعض دينا نحو ان يقول اشتريت منك جاريتك بغلامي
هذا وبالف درهم وقيمة الغلام خمسمائة درهم • وقال البائع بعت منك جاريتي بالفي درهم فان كانت الجارية قائمة
يتحالفان ويترادان وان كانت هالكة فانهما يتحالفان ايضا في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان الجارية تقسم على
قيمة الغلام وعلى الف درهم فما كان منها بازاء الغلام وهو ثلثها يرد المشتري القيمة • وما كان منها بازاء الالف
وهو ثلثها الجارية يرد الالف درهم ولا يرد القيمة • لان المشتري لو كان يدعي جميع الثمن دينا كان القول قوله ولا
يتحالفان فاذا كان يدعي بعضه دينا وبعضه عينا يرد القيمة بازاء العين والقول قوله بازاء الدين • وعند محمد يتحالفان
ويترادان جميع القيمة الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي **قوله** فان هلك المبيع ثم اختلفا
اي هلك بعد قبض المشتري ثم اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن **قوله** وعلى هذا اذا اخرج المبيع عن ملكه
اي على هذا الخلاف لان خروج المبيع عن ملك المشتري هلاك حكما فالهلاك لا يمنع التحالف عند محمد خلافا لهما **قوله**
وانه يفيد دفع زيادة الثمن اي ان دعوى المشتري يفيد ذلك • وتذكير الضمير يتاول الادعاء **قوله** ولانه
لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود • يعني ان البيع لا يحاد المقصود لا لاختلاف السبب • وهذا
جواب عما قال محمد ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكر معناه ان دعوى كل واحد
منهما لهذا الوجه اختلاف في السبب وهو العقد لا يبالي به لان المقصود من العقد سلامة المبيع للمشتري وقد سلم
فبطل دعوى المشتري كان لم يكن فلا يجري التحالف **قوله** وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد • هذا جواب
عن قوله وانه يفيد دفع زيادة الثمن • يعني ان الفائدة ينبغي ان يكون مما يوجبه العقد للمشتري ولزوم الثمن عليه
حق البائع ولا فائدة للمشتري فيه فلا يكون ذلك من موجبات العقد فلا يعتبر دعوى المشتري لعدم الفائدة **قوله**
وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان اي هذا الذي قلنا من عدم التحالف عند ابي حنيفة وابو يوسف
في صورة هلاك المبيع اذا كان الثمن دينا كالدراهم والدنانير او مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة • فان كان
الثمن عينا كالعبد والثوب ونحو ذلك فهلك المبيع ثم اختلفا يجري التحالف لان كل واحد من العوضين في بيع المقايضة
مبيع وثمن فاذا هلك المبيع يبقى المبيع في الجانب الآخر فيتحالفان ويرد القائم ويرد مثل الفائت ان كان مثليا والا
قيمته **قوله** قال وان كان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى البائع
ان يترك حصة الهالك • اي قال القدوري في مختصره • ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رحمه الله في الرجل يشتري عبدين فيقبضهما ثم يموت احدهما ثم يختلفان في الثمن ان القول قول المشتري الا ان يشا
البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ شيئا • وقال ابو يوسف القول قول المشتري في حصة الهالك الى هنا لفظ محمد في اصل
الجامع الصغير في البيع • قال فخر الاسلام في شرح جامع الصغير • واصل هذه المسألة ان المتبايعين اذا اختلفا
في الثمن تحالفا في قيام السلعة وجب التحالف بالسنة قبل القبض وبعده • واذا هلك المبيع بعد القبض لم يتحالفا عند ابي
حنيفة وابي يوسف وانما يحلف المشتري • وقال محمد يتحالفان ويرد المشتري قيمة الهالك او مثله فاذا كان المبيع
شيئين فهلك احدهما لم يتحالفا عند ابي حنيفة اصلا والقول قول المشتري فيهما • وقال ابو يوسف يتحالفان في القائم
دون الهالك • وقال محمد يتحالفان فيهما اما محمد فقد مر على اصله وانما اختلف ابو حنيفة وابو يوسف • فوجه
قول ابي يوسف ان الهالك هو المانع فيتقدر الامتناع بقدره لان الحكم لا يزيد على العلة • ولابي حنيفة رحمه
الله ان التحالف بعد القبض ثبت بخلاف القياس لما عرف ان البائع غير منكر • وانما ثبت بالسنة وانما وردت عند
قيام السلعة وهو اسم لجميع المبيع فاذا هلك بعضه فقد فات الشرط فزال الحكم الذي تعلق به غير معقول • والنقد من
وجهين • احدهما ان التحالف في القائم انما يجب بحصته وهو مجهول يعرف بالظن لم يثبت الشرع اثباتا اولا المشتري دلالة ان البائع

فيحلفان كاذبين على التأويل • والثاني ان التحالف شرع نظرا لهما ليعود كل واحد منهما الى رأس ماله فاذا تضمن ضررا او شبهة
ضرر كان مردودا • وفي هذا ضرر من الصفقة لان المبيع خرج جملة وفي الشرع شبهة ضرر بخلاف الرد بالعيب لانه لا يمنع
هذا الضرر • ولان الرد بالعيب ثبت لدفع الظلم فلم يسقط بشبهة الظلم والضرر • فاما هذا فانما صير اليه دفعا لما يبطل عند
تمكن شيء من الضرر ولان الرد بالعيب واذا ثبت هذا على الطريق الاول لا يتحالف وان رضي به البائع • فقول ابي حنيفة الا ان
يشا البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ شيئا ينصرف الى يمين المشتري انه يحلف الا ان يصطلحا على ان يأخذ البائع العبد الحي • ولا
يطالب المشتري بشيء من الثمن ولا من القيمة • وهذا معنى قوله ههنا اي في الجامع الصغير ولا يأخذ شيئا • وقال في البيوع ولا
يأخذ من ثمن الميت شيئا لوقوع الصلح • وعلى الطريق الثاني لا يتحالفان الا ان يرضى البائع فيتحالفا فتأويل قول ابي حنيفة وقوله
لا يأخذ شيئا اي من قيمة الهالك ومن الفضل الذي يدعيه في حصة من الثمن • وهذا معنى قوله في الاصل من ثمن الميت او من قيمته
او من ثمنه الذي يدعي من الزيادة • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وتفسير المسألة ان البائع اذا قال بعتهما
منك بالفي درهم وقال المشتري اشتريتهما بالف في قول ابي حنيفة رحمه الله يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بالفين فان هو
نكل عن اليمين لزمه الثمن وان حلف لزمه الالف ولا يتحالفان الا ان يرضى البائع ان يأخذ الحي خاصة فان رضي بذلك
يتحالفان فان كان المشتري قد حلف كما ذكرنا يحلف البائع بالله ما بعتهما بالف فان نكل عن اليمين يأخذ الف درهم وان حلف
فسخ البيع فيأخذ البائع الحي ولم يكن له غير ذلك • واما عند ابي يوسف يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بالفي درهم
فان نكل عن اليمين لزمه الثمن وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالف درهم فان نكل لا يأخذ الا الف درهم وان حلف
يفسخ البيع في الحي فيأخذه وفي حصة الهالك القول قول المشتري يحلف بالله ما عليه الا من ثمن الهالك الا خمسمائة فان حلف
يؤخذ منه خمسمائة وان نكل لزمه الف درهم • وهذا اذا لم يختلفا في قيمة واحد منهما واختلفا في الثمن • واما اذا اختلفا
في قيمة الحي او في قيمة الهالك وفي قيمة الهالك القول قول البائع لان المشتري ادعى زيادة البراءة والبائع منكر فالقول
قوله مع يمينه • واما في الحي فينظر الى قيمته في الحال فان كانت قيمته مثل ما قال المشتري او اكثر فالقول قوله مع يمينه وان
كانت قيمته فيما بين ذلك فالقول قول كل واحد منهما مع يمينه في مقدار القيمة في قول ابي يوسف يحلف المشتري بالله ما
اشتريتهما جميعا بالفين فان حلف برئ وان نكل لزمه الثمن • ثم يحلف البائع بالله ما بعتهما بالف فان نكل اخذ الالف
وان حلف فسخ العقد في الحي ويحلف المشتري في حصة الهالك وهو العبد الميت بالله ما اشتريته الا بخمسمائة فان حلف يدفع
خمسمائة وان نكل لزمه الالف حصة الباقي • وفي قول محمد يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بالفين وان حلف يحلف البائع
بالله ما بعتهما بالف وان حلف فسخ البيع فيهما جميعا فيأخذ البائع الحي وقيمة الهالك وان اختلفا في قيمة الهالك فالقول
قول المشتري • اما مذهب ابي حنيفة فيما ان القول قول المشتري لان المشتري هو الذي انكر الزيادة فلا يتحالفان لان
التحالف عرف بالاثر والاثر انما ورد في التحالف اذا كانت السلعة قائمة بعينها لان النبي عليه السلام قال اذا اختلف
المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فالقول قول البائع او يترادان فاشار الى جميع السلعة وههنا القائم بعض السلعة
فلم يوجد الشرط الا ان البائع اذا رضي بان يأخذ الحي كله ذلك لانه لما رضي بذلك فقد رضي بادخال النقصان على نفسه
فصار كان البيع لم يقع الا على الباقي • الا انه لو اشترى شيئا فتعيب المبيع في يد المشتري ورضي البائع بذلك فانهما يتحالفان
ويترادان فكذلك ههنا • واما مذهب ابي يوسف فلان السلعة لو كانت كلها قائمة يترادان الكل • ولو كانت كلها هالكة
كان القول قول المشتري • فلما كان البعض هالكا والبعض قائما يترادان في القائم والقول قول المشتري في الهالك • ولان
البيع مرة ينتقض بالتحالف والتراد ومرة بالعيب • ثم اتفقوا انه لو وجد باحدهما عيبا والآخر هالك فانه يرد القائم بالعيب
فكذلك ههنا • ثم اذا تحالفا يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما ولا يحلف بالله ما اشتريت هذا الحي خاصة وان كان القصد
به التحالف في الحي لانه لو حلف في الحي خاصة فلعله يبار ولعل في ذلك ويقول ما اشتريت هذا الواحد بالف وان كان قد
اشتراهما بالفين فاذا كان يؤدي الى هذا وجب ان يحلف على العقد حتى لا يتاول فيسطل حق صاحبه • ثم اذا تحالفا
وترادا البيع في الحي يحلف المشتري في ثمن الهالك مرة اخرى • لان اليمين الاولى كانت لاجل التحالف فيحلف مرة اخرى لما
وجب عليه من الثمن كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرحه الجامع الصغير • قال فخر الاسلام هذا غلط وانما عليه يمين واحدة
ولا معنى بان يحلف على شيء قد حلف عليه • ثم قال الفقيه وينبغي ان يعلم ان هذه المسألة اختلاف في اختلاف احد الاختلافين
ان من اصل ابي حنيفة وابي يوسف ان السلعة اذا كانت هالكة او متعيبة لا يتحالفان الا ان يرضى البائع بسلعة متعيبة
وفي قول محمد يتحالفان • والاختلاف الثاني بين ابي حنيفة وابي يوسف ان من اصل ابي حنيفة انه يجعل هلاك احدهما تغيرا
في الآخر وابو يوسف لا يجعل هلاك احدهما تغيرا في الآخر **قوله** هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم
الى التحالف • يعني ان المشايخ اختلفوا في الاستثناء المذكور في الجامع الصغير في قوله الا ان يشا البائع ان يأخذ
الحي ولا يأخذ شيئا فقال عامة المشايخ ينصرف الى التحالف اي لا يتحالفان عند ابي حنيفة الا ان يشا البائع ان
يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا فيتحالفان لانه حينئذ صار الحي كل المبيع • وقال بعضهم ينصرف الى يمين
المشتري وعليه مشايخ بلخ • قال الصدر الشهيد في شرح الجامع وهو الصحيح • يعني القول قول المشتري مع اليمين الا ان
يشا البائع ان يأخذ الحي فلا يعطيه شيئا مما يدعي من الزيادة من الثمن في حق الميت بل يأخذ ما يقر به المشتري فحينئذ لا يحلف

المشتري لان الاستحلاف انما شرع في حق المشتري اذا كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة • فاذا ترك البائع دعوى
الزيادة فلا حاجة الى استحلاف المشتري **قوله** ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله لما كان قول ابي حنيفة عدم
وجوب التحالف استغنى عن التفسير فشرع على قولهما **قوله** ما بيناه في القائم اي في المبيع الباقي على حاله اراد به ما
ذكره بقوله وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف الى اخره **قوله** واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف
اي اختلف المشايخ في تفسير التحالف في قوله يتحالفان في القائم دون الهالك • فمنهم من قال يتحالفان على القائم لان الفسخ
يمكن في حصته لا غير • والصحيح انهما يتحالفان عليهما كما هو قول محمد • وان كان الفسخ في القائم لانه لا يمتنع من الحلف على القائم
لتاويله انه اشتراهما بذلك الثمن • ولكن حصة القائم هذا والصحيح انه يحلف المشتري اولا بالله ما اشتراهما بما يدعيه
البائع من الثمن وان نكل ثبت ما ادعاه البائع وان حلف لم يثبت • ثم يحلف البائع بالله ما باعهما بالثمن الذي يدعيه
المشتري فان نكل ثبت ما ادعاه المشتري وان حلف لم يثبت فيرد المشتري القائم وينفسخ العقد فيه • ويلزم على
المشتري حصة الهالك من الثمن الذي اقر به المشتري ولا يلزم قيمة الهالك لان وجوب القيمة حكم انفساخ العقد
والعقد لم ينفسخ في الهالك عند ابي يوسف فيلزمه حصته من الثمن فيقسم الثمن الذي اقر به المشتري على القائم والهالك
على قدر قيمتهما يوم القبض • فان اتفقا ان قيمتهما يوم القبض كانت على السواء لزم المشتري نصف الثمن الذي اقر
به وسقط نصفه • وان تصادقا ان قيمتهما كانت على التفاوت يسقط من الثمن بقدر قيمة القائم ويلزمه حصة
الهالك بقدر قيمة الهالك • فان اختلفا في قيمة الهالك فقال المشتري كانت قيمته يوم القبض خمسمائة وقيمة
القائم يوم القبض كانت الفا وقال البائع على عكس هذا • فان كانت قيمة القائم في الحال موافقا لقول احدهما
كان القول قوله لان الحال يدل على ما قبله وان لم يكن فالقول قول البائع مع يمينه • لانهما اتفقا على وجوب
الثمن الذي اقر به المشتري • ثم المشتري بدعواه ان قيمة الهالك كانت اقل يدعي سقوط زيادة الثمن والبائع
ينكر فكان القول قول البائع • وايهما اقام البينة قبلت بينته لانه اثبت دعواه بالحجة • وان اقاما البينة
فبينة البائع اولى لان في البينة يعتبر الظاهر لان الشاهد يقف على الظاهر والبائع مدع في الظاهر
لانه يدعي زيادة القيمة في الهالك وفي اليمين تعتبر الحقيقة لان من عليه اليمين يعرف الحقيقة والبائع هو المنكر
حقيقة لانه ينكر سقوط بعض الثمن الذي كان واجبا على المشتري • كذا ذكر الامام العتابي وقاضي خان وغيرهما
قالوا في شروح الجامع الصغير اصل هذه المسئلة ما ذكرها في كتاب البيوع من الاصل في رجل اشترى عبدين وقبضهما
ولم ينقد الثمن ثم رد احدهما بعيب وهلك الاخر عنده سقط عن المشتري حصة المردود ويلزمه حصة الهالك
فان اختلفا في قيمة الهالك فادعى المشتري الاقل والبائع الاكثر فالقول قول البائع • وان اقاما البينة
فالبينة بينته ايضا • لان بينة البائع تثبت زيادة الثمن في ذمة المشتري والمشتري بينته تنفي تلك الزيادة
والبينات شرعت للاثبات فما كان اكثر اثباتا كان اولى **قوله** في بيوع الاصل اي المبسوط **قوله** فان
اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع يعني في مسئلة الاصل **قوله** وان اقاما البينة فبينة البائع
اولى اي في مسئلة الاصل **قوله** وهذا الفقه اي اعتبار يمين البائع وبينته لمعنى فقهي وبين الفقه بقوله وهو
ان في الايمان تعتبر الحقيقة الى اخره وقد مر بيانه **قوله** على احد العاقدين اي اذا كان مدعى عليه حقيقة
لا صورة **قوله** والبائع منكر حقيقة • يعني ان المشتري يدعي سقوط زيادة الثمن والبائع ينكر **قوله** وهذا
يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف اي الذي ذكر في بيوع الاصل يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف
في الجامع الصغير وهو ان القول للبائع **قوله** قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن
فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول اي قال في بيوع الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه
الله في رجل اشترى جارية بالف درهم وقبضها ودفع الالف ثم تقايلا البيع ثم اختلفا في الثمن قال يتحالفان ويترادان
ويعود البيع الاول الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وتاويل المسئلة اذا تقايلا ولم يدفع المشتري الجارية الى البائع
حتى اختلفا في الثمن فقال المشتري كان الثمن الفا فعليك ان ترد الالف وقال البائع كان خمسمائة فعلي رد خمسمائة
فانهما يتحالفان لان الاقالة بمنزلة بيع جديد في حق الشرع قطع المنازعة حق الشرع • او نقول ان التحالف ورد
في البيع بالسنة والاقالة ليست ببيع في حق المتعاقدين بل هي فسخ في حقهما فكان ينبغي ان لا يشترط النص الوارد في
التحالف في باب البيع قبل القبض ثابت قياسا لمعنى معقول لان كل واحد منهما مدع ومنكر لان البائع يدعي زيادة
الثمن والمشتري ينكر • والمشتري يدعي تسليم المبيع باقل الثمنين والبائع ينكره فكان التحالف موافقا للقياس ولهذا
عديناه هذا الحكم الى الاجارة والى الوارث والى القيمة اذا استهلك المبيع في يد البائع غير المشتري • فلما كان موافقا
للقياس تعدى الحكم الى الاقالة ايضا لان موضوع المسئلة فيما اذا تقايلا ولم يقبض البائع الجارية يتحالفان ويعود
البيع الاول حتى لا يجب على واحد منهما ان يرد على صاحبه شيئا • وان اختلفا بعد قبض البائع الجارية بحكم الاقالة
يتحالفان في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان التحالف بعد القبض مخالف للقياس ويكون القول قول البائع مع يمينه
لانه منكر زيادة ثمن يدعيه المشتري ولا يحلف المشتري لان البائع لا يدعي شيئا • وعند محمد ينبغي ان يتحالفا على قياس

البيع اذا اختلفا بعد القبض لان النص غير معلول بعد القبض ايضا بالاختلاف في العقد الشرعي **قوله** وما اثبتنا هو
التحالف فيه بالنص اي في التقابل • وذلك لان النص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ورد
في البيع المطلق • والاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما فاذا كان كذلك لم يثبت التحالف فيه بالنص بل بالقياس
وباقي التقرير بما مر آنفا **قوله** لان المسئلة مفروضة قبل القبض اي قبل قبض البائع الجارية بحكم الاقالة **قوله** على
ما مر اي في اول الباب **قوله** والقيمة على العين فيما اذا استهلك في يد البائع غير المشتري وهذه هي النسخة المقابلة
بنسخة المصنف • وفي بعض النسخ فيما اذا استهلك المبيع المشتري وفي نسخة اذا استهلك المبيع • قال الامام حافظ الدين
الكبير البخاري على حاشية كتابه الصحيح استهلك المشتري **قوله** قال ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم
اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم • اي قال في بيوع الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في رجل اسلم الى رجل عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا السلم ثم اختلفا في راس المال ان القول قول المسلم اليه
مع يمينه • ولا يعود السلم • اعلم انه لا تحالف بعد اقالة السلم اذا اختلفا في راس المال والقول قول المسلم اليه مع يمينه • وانما
لم يجز التحالف لان اليمين على المنكر ورب السلم يدعي فضلا في راس المال والمسلم اليه ينكره فيحلف • واما المسلم اليه لا يدعي
على رب السلم شيئا فلا يحلف لان رب السلم فيه دين سقط بالاقالة والدين الذي سقط لا يحتمل العود فلا يعود السلم لان الاقالة
في السلم لا تحتمل الفسخ بخلاف الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ • الا ترى ان راس المال لو كان عرضا ووجد المسلم اليه عيبا
ورد السلم ثم هلك العرض قبل التسليم الى رب السلم لا ترتفع الاقالة ولا يعود السلم • ولو اشترى عرضا فرده بحكم العيب
ولم يسلم الى البائع حتى هلك يبطل الرد ويعود البيع • قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير والفقه فيه ان الاقالة
في السلم حكمها سقوط السلم عن ذمة المسلم اليه • فلو انفسخت الاقالة كان حكم الانفساخ عود المسلم فيه والساقط مما لا
يحتمل العود لانه تلاشى • اما حكم اقالة البيع ان يعود المبيع الى ملك البائع فاذا انفسخت الاقالة يعود الى ملك المشتري
والملك مما يقبل الانتقال • والوجه الثاني انهما يتحالفان قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
انهما لو تقايلا فقد برئ الذي عليه السلم وصارت السلعة مستهلكة • والسلعة اذا كانت مستهلكة كان القول قول المشتري
ولا يتحالفان فكذلك هاهنا • قال وهذا على اصل ابي حنيفة وابي يوسف مستقيم لان من اصلهما ان المتبايعين اذا اختلفا
والسلعة هالكة كان القول قول المشتري ولا يتحالفان فكذلك هاهنا • واما مذهب محمد وقد فرق بين السلم والبيع
فقال في البيع اذا كانت السلعة هالكة يتحالفان لان القيمة تقوم مقامها • واما في باب السلم فلا تقوم القيمة مقام السلم
لانه لا يحل لرب السلم ان ياخذ الا راس المال او السلم فلما لم تقم القيمة مقام السلم لا يجوز ان يتحالفا لان اقالة السلم لا
تحتمل النقض والرد بدليل انهما لو قصدا ابطال الاقالة لا يجوز **قوله** فرده بالعيب اراد به قضاء القاضي بالرد
لا حقيقة الرد **قوله** بينهما اي بين السلم وبيع العين **قوله** قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه
تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان اقاما
البينة فالبينة بينة المراة وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة ولا يفسخ النكاح • وصورة المسئلة في
الجامع الصغير ما ذكرناها في كتاب النكاح في باب المهر وهي محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يتزوج
المراة فيختلفان في المهر قال القول قول المراة الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد • وان طلقها قبل الدخول بها
فالقول قول الزوج في نصف المهر وهو قول ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف القول قول الزوج في المهر
قبل الطلاق وبعده الا ان يأتي من ذلك بشيء قليل فلا يصدق في الطلاق • اعلم ان الزوجين اذا اختلفا في مقدار المهر
فقال الزوج الف وقالت المراة الفان فان كان بعد الدخول قبل الطلاق او بعد الطلاق يحكم مهر المثل حتى لو
كان مهر المثل الفا او اقل فالقول قول الزوج مع يمينه في انكار الزيادة بالله ما تزوجها على الفين فان كان اعطاها
الثمن على سبيل التسمية دراهم لا خيار للزوج فيها • وان حلف لا يثبت الفضل وايهما اقام البينة قبلت بينته فان
اقاما جميعا كانت بينة المراة اولى لانها اكثر اثباتا • هذا اذا كان مهر المثل الفا او اقل • اما اذا كان مهر المثل
الفين او اكثر فالقول قول المراة مع يمينها بالله ما رضيت بالف لانها تنكر الحط الذي يدعيه الزوج فان نكلت
يجب لها الالف باعتبار التسمية وان حلفت يجب لها الالفان الف منهما باعتبار التسمية والاخر باعتبار حكم
مهر المثل • وللزوج خيار في هذه الالف ان شاء اعطاها دراهم كما سماها وان شاء اعطاها من الدنانير [illegible]
الف درهم فايهما اقام البينة على دعواه قبلت بينته لان كلا منهما مدع ظاهرا • فاذا اقاما جميعا كانت بينة
الزوج اولى وهو الصحيح لانها اكثر اثباتا لان بينة الزوج تثبت الاصل وهو سقوط احد الالفين • وبينة المراة
تثبت صفة التعيين وهو وجوب المسمى دراهم ولا تثبت الاصل لان الاصل وهو الالفان ثابت لها باعتبار حكم مهر
المثل فالمثبت للاصل اولى لكونه اقوى من المثبت للوصف • واما اذا كان مهر مثلها الفا وخمسمائة يجب التحالف
لان كل واحد منهما مدع ومنكر • اما الزوج فانه يدعي الحط والمراة تنكره • واما المراة فانها تدعي خمسمائة
اخرى زائدا على مهر المثل والزوج ينكر ذلك • قالوا في شروح الجامع الصغير يبدأ بالتحالف بالقرعة لانه لا رجحان
لاحدهما على الاخر • وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف يبدأ في التحالف بيمين الزوج وذلك لان المهر في حكم

الثمن والبضع كالمبيع وفي المتبايعين بدا بيمين المشتري فكذا هاهنا يبدا بيمين الزوج واليه ذهب الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي واليه ذهب صاحب الهداية ايضا في هذا المقام ولكنه لم يتعرض له في باب المهر • ثم ان نكل الزوج عند
القاضي مضى وان نكلت الزوجة تثبت الالف وان حلفا جميعا يجب الف وخمسمائة الالف باعتبار التسمية وخمسمائة بحكم مهر
المثل وللزوج خيار فيها فايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما جميعا تهاترت البينتان للتعارض ووجب مهر المثل
الف وخمسمائة الالف باعتبار التسمية وخمسمائة بحكم مهر المثل وللزوج خيار فيها ويتخير الزوج فيها وهذا كله قول ابي
حنيفة ومحمد على تخريج ابي بكر الرازي اعني ان التحالف في فصل واحد على تخريجه وهو ما اذا خالف مهر المثل قولهما
بان وافق قول احدهما فالقول قوله لان الظاهر معه • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي يجب التحالف على قولهما في الفصول
كلها ثم يحكم مهر المثل قالوا وهو الصحيح لان مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية وانما يتقدم التسمية بالتحالف لانه
حينئذ يكون كان العقد لم يكن فيه تسمية اصلا فيصار الى مهر المثل فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون
الظاهر مع الذي يوافقه مع مهر المثل • وقال ابو يوسف القول قول الزوج مع يمينه ولا يحكم مهر المثل الا ان يأتي
بشيء قليل وذلك لان مهر المثل قيمة البضع والبضع ليس بمتقوم وانما يتقوم بالتقويم ولا حاجة الى التقويم عند
وجود التسمية ولان مهر المثل انما يعتبر عند انعدام التسمية وقد اتفقا على اصل التسمية فلا يحكم مهر المثل ولا معنى
للمصير الى التحالف لانه للفسخ والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ • ولهذا لا يصار الى تحكيم المتعة اذا طلقها قبل
الدخول بل لها نصف ما يقوله الزوج • وهذا لان المتعة موجب نكاح لا تسمية فيه بعد الطلاق كمهر المثل قبل
الطلاق • ولابي حنيفة ومحمد ان البضع متقوم عند النكاح • ولهذا اذا لم توجد التسمية يجب مهر المثل فلما اختلفا
في المسمى وجب تحكيم الموجب الاصلي وهو قيمة البضع اعني مهر المثل • ولا نسلم ان النكاح لا يحتمل الفسخ • الا ترى انه
يفسخ بخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسمية والسلم نافية البيع من هذا الوجه فوجب
التحالف • وقول ابي يوسف الا ان يأتي بشيء مستنكر وتكلموا في معناه قال بعضهم هو ان يدعي الزوج اقل من عشرة
دراهم • وقال بعضهم هو ان يدعي ما لا يتعارف مهرا لها كما اذا ادعى في مهر بنت الملك مثلا عشرين دينارا لا يصدق
على ذلك • هذا كله اذا اختلفا بعد الدخول اما اذا اختلفا قبل الدخول فالقول قول الزوج في نصف المهر اذا طلقها
عند ابي حنيفة ومحمد ولا يحكم متعة مثلها وهذا على رواية الجامع الصغير والمبسوط • وقال في الجامع الكبير يحكم
متعة مثلها فان شهدت لاحدهما فالقول له مع يمينه وان كانت بين الامرين تحلف كل واحد منهما كما في حال قيام النكاح
وعند ابي يوسف القول قول الزوج مع يمينه الا ان يأتي بشيء قليل يكذبه الظاهر • ووجه التوفيق بين الروايتين ان وضع
المسألة في الاصل في الالف والالفين ولا فائدة في تحكيم المتعة لان الزوج معترف بنصف الالف والمتعة لا تبلغ ذلك
غالبا • اما في الجامع فقد وضع المسألة في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فكان تحكيم المتعة وجواب الجامع الصغير
ساكت عن ذكر المقدار فحمل على المتعارف وهو الاختلاف في الالوف كما ذكر في الاصل • وهذا اذا كان الاختلاف في قدر
المسمى • اما اذا كان الاختلاف في اصل التسمية فانكر احدهما يجب مهر المثل بالاتفاق • اما عندهما فظاهر لانه هو
الاصل بحكم مهر المثل عندهما وكذا عند ابي يوسف لانه في المسألة الاولى جعل القول قول الزوج لانه يتبين وقد
وجد الاتفاق من الزوجين على اصل التسمية وهنا انكر احدهما المسمى فلم يمكن القضاء بالتسمية فوجب المصير الى مهر المثل
والباقي ينظر في باب المهر من شرحنا هذا **قوله** لان المهر تابع فيه اي في النكاح **قوله** ولكن يحكم مهر
المثل اسرد لان من قوله ولا يفسخ النكاح **قوله** وان كان مثل ما اعترف به الزوج اي اخره ثم تفسير القول له
بحكم مهر المثل **قوله** ذكر التحالف اولا ثم التحكيم اي ذكر القدوري في مختصره التحالف اولا اذا اختلفا في
المهر اذا لم يكن لهما بينة • ثم ذكر بعد ذلك تحكيم مهر المثل وهو قول الشيخ ابي الحسن الكرخي رحمه الله **قوله**
وسقوط اعتبارهما بالتحالف اي اعتبار التسمية والبيانات من انما **قوله** وتخريج الرازي بخلافه اي تخريج ابي بكر
الرازي بخلاف قول الكرخي لان ابا بكر الرازي يقول بتحكيم مهر المثل اولا اذا وافق ذلك قول احدهما ثم يقول
بالتحالف اذا خالف قول احدهما وقد مر بيانه انفا **قوله** وذكرنا خلاف ابي يوسف وهو ان القول قول
الزوج الا ان يأتي بشيء مستنكر **قوله** ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية
فهو كالمسألة المتقدمة ذكر هذه المسألة تفريعا على مسألة القدوري • قال في الايضاح وان ادعى الزوج ان المهر
هو هذا العبد وقالت المرأة هذه الجارية فالكلام فيه كالكلام في الالف والالفين الا في فصل واحد وهو ان
مهر مثلها اذا كان مثل قيمة الجارية او اكثر فلها قيمة الجارية لان تمليك الجارية لا يكون الا بالتراضي فاذا لم
يتفقا على ذلك فقد تعذر التسليم فوجبت القيمة • قال شمس الائمة البيهقي في الكفاية اذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية
او اكثر فلها مهر مثلها لا يجاوز قيمة الجارية وان كان اقل من قيمة العبد فلها مهر مثلها الا ان يرضى باخذ العبد
لان تمليك عين الحيوان لا يمكن الا اذا اتفقا عليه ولم يتفقا على ملك الجارية فيرجع الى قيمتها • وقال في التحفة
وعلى هذا اذا اختلفا في طعام بعينه فقال الزوج انه كر وقالت المرأة انه كران لان القدر معقود عليه
في الطعام المعين بخلاف القدر في الثوب المعين فانه بمنزلة الصفة في باب بيع العين فلا • واما الذرع والكيل

والصفة

والصفة اذا كان في الذمة فهو معقود عليها فاذا اختلفا فيها تحالفا • وعلى هذا ايضا اذا ادعى احدهما الف درهم
والاخر مائة دينار فهو مثل الالف والالفين يعني ان مهر مثلها ان كان مثل مائة دينار او اكثر فلها مائة دينار لان مهر
المثل يقضى به من جنس الدراهم والدنانير جميعا ان يستحق مائة دينار من غير تراض بخلاف العبد والجارية لما ذكرنا وقد
طلقها قبل الدخول فلا يمكن التحكيم به فيجب المتيقن وهو نصف الالف في مسألة الجارية لها المتعة الا ان ترضى ان تاخذ نصف
الجارية لانهما لم يتفقا على تسمية احدهما فلم يكن القضاء بنصف الا باختيارها بخلاف الالف والالفين • واما اذا كان
المهر دينا فاختلفا في جنسه او نوعه او وصفه فهو كالاختلاف في العبد كذا في التحفة ولان في الدين غاية مذكور
يتعلق اصله باختلاف وصفه **قوله** وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا هذا لفظ
القدوري في مختصره • قال صاحب الهداية معناه اختلفا في البدل او في المبدل اراد بالبدل الاجر وبالمبدل
المنافع التي وقع عقد الاجارة عليها • وانما وجب التحالف قبل استيفاء المعقود عليه عند اختلافهما لان التحالف في باب
البيع قبل قبض المبيع على وفاق القياس على ما تقدم بيانه في اول الباب فيتعدى من البيع الى الاجارة لان الاجارة
نظير البيع من حيث انها عقد معاوضة يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرع فصار الاختلاف في الاجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف
في البيع قبل قبض المبيع فجرى التحالف هنا كما جرى ثمة • قال شمس الائمة البيهقي في باب الاجارات من الكفاية اختلفا في قدر
الاجر قبل القبض فقال المستاجر بخمسة وقال الاجر بعشرة او في المدة فقال الاجر شهرا وقال المستاجر شهرين او المسافة
فقال هذا الى القصر وهذا الى الكوفة تحالفا وفسخ الاجارة • وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه • ومن اقام بينته
قبلت فان اقاما فالبينة للاجر ان كان الخلاف في الاجر او نوعها او جنسها • فاما ان كان في المدة فللمستاجر وبدأ بيمين من كانت
بينته اولى اذا اقاما لانه دخل في باب التحالف • فان ادعى كل واحد فضلا فيما يطلب ونقصانا فيما يطلب الاخر وقال
الاجر اجرتك الى القصر بعشرة وهو يقول الى الكوفة بخمسة فالتحالف والنكول وقبول البينة على ما ذكرنا • وان اقاما
البينة قبلت بينة كل واحد عن الفضل الذي يدعيه كذا في الكفاية **قوله** وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا
وكان القول قول المستاجر هذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لان فائدة التحالف فسخ العقد والتراد وبعد
استيفاء المنافع لا يمكن الفسخ فيها لانها اضمحلت وتلاشت ولان اليمين على المنكر والمستاجر لا يدعي على الاجر شيئا للمنافع لان
المستاجر استوفاها فلا يكون الاجر منكرا فلا يجري التحالف وانما اليمين على المستاجر لانه المنكر للزيادة التي عليها الاجر
وهذا على اصل ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه في البيع يمنع التحالف عندهما • اما عند محمد فلانه لم
يمنع التحالف في باب البيع لان العين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقام العين وفي باب الاجارة المنافع ليست متقومة
بانفسها بل بالعقد فاذا انفسخ العقد بالتحالف لا يبقى العقد ولا يتقوم المنافع بلا عقد فلهذا لم يجز التحالف عنده ايضا فوجب
الرجوع الى قول المستاجر لانه هو المستحق عليه ومتى وقع الخلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه مع يمينه **قوله**
واذا امتنع اي التحالف **قوله** وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي
قول المستاجر هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان كل جزء من المنافع المعقود عليه عقد مبتدا لان العقد في باب الاجارة
ينعقد ساعة فساعة فكان الباقي من المدة كالمعقود بالعقد فيتحالفان فيه • بخلاف هلاك بعض المعقود في باب البيع فانه
يمنع التحالف على مذهب ابي حنيفة لان العقد ورد على الجملة دفعة واحدة فلا يكون البعض كالمعقود بالعقد • فاذا سقط
التحالف في البعض سقط في الباقي ايضا لان الجملة مملوكة بعقد واحد فظهر الفرق وجعل القول في الماضي قول المستاجر لانه
المستحق عليه وهو المدعى عليه فكان القول قوله مع يمينه **قوله** قال وان اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة
لم يتحالفا عند ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد يتحالفان وتفسخ الكتابة اي قال القدوري في مختصره وقول الشافعي
رحمه الله كقولهما كذا في شرح الاقطع • وجه قولهما ان كل واحد مدع من وجه ومنكر من وجه لان المولى يدعي بدلا زائدا
ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكر فيتحالفان كما في الاختلاف في الثمن
وابو حنيفة يقول موجب العقد للحال ثبوت حق اليد والتصرف وذلك سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء
فقبله لا مقابلة فبقي الاختلاف للحال في قدر البدل لا غير والعتق قبل الاداء عدم فلم يكن للحال مقابلة ولا اختلاف فيه فلا
يتحالفان كذا في اسرار الاسرار **قوله** قال واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل اي
قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة وما يصلح لهما فهو للرجل • وان مات احدهما واختلف
ورثته مع الاخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما • وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج
في الطلاق والموت • وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته
في الطلاق والموت سواء • وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة وللحي بعد الموت • وقالا العبد الماذون
له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر • قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير واذا اختلف الزوجان في متاع البيت
والنكاح بينهما قائم او طلقها فادعى كل واحد منهما ان الكل له قال اصحابنا ما يصلح للرجال مثل العمامة والقلنسوة والجبة
والاسلحة والكتب ونحو ذلك فالقول فيها قول الرجل لان الظاهر شاهد له • وفي الدعاوى القول قول من يشهد له
الظاهر وما يكون من النساء كالوقاية والملاءة ونحوها فالقول قول المرأة لان الظاهر شاهد لها • واما المشكل

وهو ما يصلح لهما كالفرش والشاة والعبد والجواهر والاواني والامتعة والذهب والفضة والعقار فعند ابي
حنيفة ومحمد القول فيه قول الرجل مع يمينه • وعند ابي يوسف القول قولها في جهاز مثلها مع يمينها وفيما زاد على
ذلك القول قول الزوج مع اليمين لان في معتاد جهاز المثل الظاهر لها فان العادة الجارية في الجهاز شاهدة فكان القول
قولها مع اليمين • ووجه قول ابي حنيفة ومحمد ان المراة وما في يدها كلها في يد الزوج لان المراة في يد الزوج الا
يرى انه لو تنازع رجلان في امراة وهي في بيت احدهما كان القول قوله باعتبار ان المراة في يده والاثنان اذا
تنازعا في شيء هو في يد احدهما كان القول قول صاحب اليد بخلاف ثياب بدنها وما يصلح لها لان في ذلك وجد ظاهر
يشهد لها اظهر من يد الزوج فجعلنا القول قولها وصار هنا كالاجير مع المستاجر اذا اختلفا في متاع الحانوت القول
قول المستاجر والاجير ما عليه من ثياب بدنه • وما قال ابو يوسف مثل الجهاز قد يكون وقد لا يكون وقد يجوز وقد
لا يبقى فلا يبطل به يد الزوج • وقال مالك وهو احد قولي الشافعي رحمه الله المشكل بينهما نصفان لاستوائهما في سبب
الاستحقاق وهو اليد • وقال زفر ما يصلح للرجال فهو للرجال وما يصلح للنساء فهو للمراة والمشكل بينهما نصفان وقال
ابن ابي ليلى الكل للرجال الا ما على المراة من ثياب بدنها • وقال الحسن البصري ان كان البيت للمراة فالمتاع كله
لها لان يد صاحب البيت على ما في البيت اقوى والظاهر من يدعيه يقتضي بالكل لصاحب البيت فهذا اذا كانا حيين فان
مات احدهما واختلف الباقي مع ورثة الميت قال ابو يوسف ومحمد الجواب فيه كالجواب فيما اذا كانا حيين لان ورثة
الميت تقوم مقام الميت • وعند ابي حنيفة المشكل للباقي منهما رجلا كان او امراة • اما اذا كان الباقي هو الرجل
فلا يشكل وان كان الباقي المراة فكذلك فان بعد الموت المال في يدها حقيقة والميت لا يد له والمراة تكون في يد الرجل
على حياته لا بعد وفاته فالورثة يدعون ما في يدها وهي منكرة فكان القول قولها • وهذا اذا كانا حرين فان
كان احدهما حرا والاخر رقيقا فان كان تاجرا ماذونا له في التجارة او مكاتبا فعلى قول ابي يوسف ومحمد الجواب فيه كالجواب
في الحرين لان لكل واحد منهما معتبرة • الا يرى ان حرا وعبدا او مكاتبا وحرا تنازعا في شيء هو في ايديهما يجعل بينهما
لاستوائهما في اليد • وعند ابي حنيفة المال للحر منهما ايهما كان لان يد الحر اقوى لانها يد ملك • ولان يد الحر يد
نفسه ويد العبد يد المولى من وجه فكان اعتبار يد الحر اولى • ووجه اخر لابي حنيفة انهما تنازعا في مال بيت
بينهما بسبب النكاح فكانت المنازعة بينهما واقعة في حكم من احكام النكاح والمكاتب والماذون بمنزلة المحجور
في ذلك لان النكاح لا يدخل تحت الاذن والكتابة وفي المحجور يقضى بالمتاع للحر منهما كذلك في الماذون والمكاتب
فهذا اذا كانا حيين فان كان احدهما ميتا فالقول قول الحي منهما سواء كان حرا او مملوكا فان كان الحي حرا لانه في
حالة الحياة يقضى للحر منهما فبعد الموت اولى وان كان الباقي مملوكا فكذلك لانه لا يد للميت حتى يبطل يد العبد بمقابلته
كذا ذكره فخر الدين قاضي خان • وقال في شرح الطحاوي ومعنى قولنا انه للرجل او للمراة اي يجعل في يده حتى يكون القول
قوله مع يمينه وعلى الاخر البينة **قوله** ظاهرا اقوى منه وهو يد الاستمتاع قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير اما ابو حنيفة ومحمد وزفر كلهم اتفقوا ان ما كان للرجل فهو للرجل وهذا لا يشكل لانه في يده وهو القائم عليها • وما كان
للمراة فهو للمراة لان المراة اكثر استعمالا والاستعمال يدل على اليد والقضاء بشهادة الحال جائز لقول الله عز وجل وان كان
قميصه قد من دبر فكذبت واذا ثبت ان القضاء بشهادة الحال جائز فالحال شاهد للمراة لانها اكثر استعمالا • اما اذا
كان مشكلا فان كانت المراة فيه اتفاق بين ابي حنيفة ومحمد انه يقضى للزوج • وانما يظهر الاختلاف بين ابي حنيفة ومحمد في
واحد اذا مات الزوج وبقيت المراة في قول ابي حنيفة رحمه الله يقضى للمراة وفي قول محمد يقضى لورثة الزوج • اما
مذهب ابي حنيفة فان للمراة يدا حقيقة وللزوج يد مجازية لانه لما مات فقد زالت يده • وانما جعلت يد الورثة
بمنزلة الحكم على طريق الحكم والمجاز والمراة يد حقيقة لان يدها باقية ويد الحقيقة اولى بالاعتبار من يد المجاز • واما
مذهب محمد فان الورثة قاموا مقام المورث فصارت خصومتهم بمنزلة خصومة المورث • ولو كان الميت في الاحياء كان
احق به فكذلك وارثه • واما مذهب ابي يوسف ان الزوج هو القائم على المراة وما في يدها كانه في يده فينبغي في القياس
ان يقضى للزوج كما قال ابن ابي ليلى • الا يرى ان رجلا لو كان يعول اخته او بنته واختلفا في متاع البيت فالقول قول
الرجل في ذلك جميعا فكذلك هذا • الا انه استحسن في جهاز مثلها لان الحال شاهد لها بذلك المقدار • واما مذهب
زفر المشكل بينهما نصفان لان حقهما قد استويا في ذلك وليس احدهما اولى من الاخر ولو قال ابو يوسف يدفع الى
المراة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه اي في المشكل كذا قال بعض الشارحين اسنده لا لما ذكروا في شروح الجامع
الصغير والاشارة كتاب الاشارات ان قوله في المشكل وعبر كذلك لانه قيل فيما اذا اختلف الزوجان في متاع البيت
قال ابو يوسف يعطى للمراة جهاز مثلها باعتبار الظاهر والعادة والظاهر يصلح للترجيح وما بقي فللرجل • وقال ابو حنيفة
ومحمد ما يصلح للرجال فهو له وما يصلح للنساء فهو لها اعتبارا باليد الاستعمال وما كان مشكلا فهو للرجل لان يده اقوى فانه القوام
وفي التحقيق في بيته اذا مات احدهما قال ابو حنيفة المشكل للحي ايهما كان • وقال محمد للزوج او لورثته ان كان ميتا
الى هنا لفظ الاشارات

فصل فيمن لا يكون خصما

لما ذكر احكام من يكون خصما شرع فيما
لا يكون خصما • وتقديم الاول لان الكتاب كتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة فجر الكلام الى ذكر من لا يكون خصما

فذكر

فذكر تبعا **قوله** فان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام
بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وهذه مسئلة القدوري وهي تسمى المسئلة المخمسة وهي من مسائل كتاب الدعوى من الاصل
والزيادات الكتب في مواضع كثيرة وسميت مخمسة لما فيها من الخلاف في مواضع خمسة كذا ذكر الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير
هذا الذي ذكره القدوري اذا كان العين قائما • اما اذا هلك فلا تندفع الخصومة بدعوى هذه الاشياء • الا يرى
الى ما ذكر في الجامع في باب الرجل يكون خصما فيما لو هلك في يده عبد مات في يد انسان فادعى انسان غصبه فان العبد
واقام ذو اليد بينة انه كان وديعة فلان ونحو لا تندفع الخصومة عنه لانه يدعي الدين في ذمته • ويجوز ان
يكون مودع الغاصب فيكون ضامنا • قال الامام العتابي في شرح الجامع الكبير دارا او ثوب في يد انسان ادعى رجل
عليه انها له فقال ذو اليد هو لفلان الغائب اودعنيه او اعارنيه او اجرنيه او رهنه مني او غصبته منه ففي خمسة
اوجه وفي خمسة لهذا انه ان لم يكن له بينة على ذلك لم تندفع عنه الخصومة الا على قول ابن ابي ليلى لانه متهم في ذلك
لدفع الخصومة عن نفسه فلا يسمع من غير حجة • وان اقام ذو اليد بينة على ذلك فان ذكر الشهود اسم الغائب ونسبه
تقبل البينة على وصول العين اليه من الغائب وتندفع عنه الخصومة بالاجماع الا على قول ابن شبرمة ولا تقبل على اثبات
الملك للغائب لان ذا اليد خصم فيما يحتاج اليه لدفع الخصومة وذلك باثبات وصول العين اليه من جهة الغائب اما
لا حاجة له في اثبات الملك للغائب فلم يكن خصما عنه في اثبات الملك له • الا يرى ان الشهود لو قالوا ان فلانا الغائب
دفعها اليه ولا ندري اكان ملكه ام لا تقبل شهادتهم على الدفع وتندفع الخصومة عن ذي اليد • وقول ابي يوسف
الاول كقول ابي حنيفة ومحمد اذا اقام البينة ان فلانا اودعه نعرفه باسمه • ووجهه حيث تقبل الشهادة وتندفع
الخصومة كذا ذكر خواهرزاده في مبسوطه • وروي عن ابي يوسف ان ذا اليد اذا كان مشهورا بالتزوير والاحتيال
فالقاضي لا يسمع هذا الدفع عنه اذا وقع عنده كونه متهما في الدفع على ما مر في الدعوى • معناه ما قال الامام
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لان العادة قد جرت بان يدفع الى ما في يد الرجل ليودعه
اياه ثم يغيب فلان يتوجه عليه الخصومة فهي انهم لا تقبل بينته • فان قال الشهود نعرف فلانا الغائب بوجهه ولكن
لا نعرف اسمه ونسبه فكذلك لا يندفع الخصومة في قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه يثبت وصول العين الى ذي اليد من جهة
غير المدعي فثبت انه يدعيه وانه ليس بخصم وهذا يكفي لدفع الخصومة كما لو اقر المدعي بذلك يندفع الخصومة هو
فكذلك هذا وعند محمد لا يسمع هذه البينة ما لم يذكروا اسم الغائب ونسبه لان ذا اليد خصم باعتبار اليد وهو يريد
نقل الخصومة الى غيره • اما لا يملك ابطال الخصومة لانه حق المدعي • ومتى صار الغائب معروفا بالاسم والنسب
كان نقلا • واذا لم يصر معروفا لا يتمكن المدعي من الخصومة معه فيكون ابطالا لحق المدعي • وان قال الشهود اودعها
رجل لا نعرفه ولا نعرفه بوجهه • وقال ذو اليد اعرفه بوجهه لا تندفع الخصومة لان هؤلاء شهادة
للمجهول ولعل المودع هو المدعي فعلى اعتبار كون المدعي هو المودع لا تندفع الخصومة واليد دليل الخصومة فلا تندفع
الخصومة بالشك • وان قال الشهود نعرفه بوجهه وقال ذو اليد اعرفه بوجهه لا تقبل لانهم شهدوا بزيادة
على ما يدعيه ذو اليد فصار مكذبا لهم في بعض شهادتهم • فان قال ذو اليد اعرفه بوجهه وشهوده شهدوا انه
اودعها رجل فالقاضي يسال الشهود هل تعرفونه بوجهه فان قالوا نعم قبلت شهادتهم والا فلا تقبل • وان شهدوا
على المدعي انه اقر ان رجلا دفع اليه تقبل وتندفع الخصومة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة • ولو اقر المدعي
عند القاضي ان رجلا دفعه اليه لا اعرفه بوجهه ونسبه تندفع الخصومة فكذا هذا • وهذا لان الشهادة حصلت
بالمعلوم وهو اقرار المدعي فيقبل لكن اقرار المقر له مجهول وجهالة المقر له لا تمنع صحة الاقرار • فاما جهالة
المشهود له تمنع قبول الشهادة • ولو لم يكن لذي اليد بينة على الايداع عنده حتى قضى القاضي به للمدعي ثم وجد ذو
اليد بينة على الايداع لا تسمع والقضاء للمدعي ماض • وهذا بخلاف ما اذا اقام الخارج البينة على النتاج او على الملك
المطلق على ذي اليد وقضى القاضي به ثم اقام ذو اليد البينة على النتاج حيث يبطل القضاء للخارج لانه ظهر به بطلان
القضاء • ولو قال المدعي هذه الدار كانت دار فلان الغائب اشتريتها منه وقبضتها منه ونقدت الثمن وقال ذو اليد
فلان ذلك اودعنيها وانكر شراه فلا خصومة بينهما لانهما اتفقا انها ملك الغائب وصلت اليه من جهته وانه ليس
بخصم • قال في الجامع ولو ان ذا اليد ادعى على ذي اليد ان ذا اليد غصبها منه او اودعها او اعارها اياه او اجرها
او رهنها وقبضها واقام ذو اليد بينة انها وديعة فلان لا تندفع الخصومة لانه يدعي عليه الفعل وانه يكون في
يد الغير ولا يكون في يده لا يبين ان الفعل لم يوجد منه • فاذا انكر ما يدعي عليه صار بمنزلة دعوى الغصب
عليه ثم في كل موضع صار ذو اليد خصما وقضي بالعين للمدعي ثم حضر المقر له واقام البينة على المدعي ان العين له تقبل بينته
لانه لم يصر مقضيا عليه بالقضاء على ذي اليد لان ذا اليد لم يتلق الملك من جهته ولم يثبت كونه مودع فلان حتى يكون
القضاء عليه قضاء على المقر له فكان المقر له كاجنبي اخر سواء • ولو ان المودع ادعى الشراء من ذي اليد واقام ذو اليد البينة انها وديعة
فلان لا تندفع الخصومة لانه يدعي عليه البيع • وحكي عن القضاة الثلاثة وهم القاضي ابو الهيثم والقاضي ابو سعيد
البردعي • والقاضي ابو خازم انا نقبل المسئلة اذا لم يذكر الشهود قبض البيع لانه حينئذ يدعي عليه التسليم • اما اذا

ذكروا القبض والتسليم كان بمنزلة ما اذا شهدوا بالملك المطلق فيندفع الخصومة قوله وقال عيسى بن ابان لا
تندفع الخصومة وان ذكروا القبض لان دعوى الشراء معتبر في ان القاضي لا يقضي بالزوائد المنفصلة ولا يرجع
الباعة بعضهم على البعض • وكذا اذا ادعى المدعي ان ذا اليد وهبها او تصدق بها على المدعي وقبضها
منه او اجرها او رهنها منه وقبضها • وعن القضاة الثلاثة ان هذا الجواب مستقيم في الرهن والاجارة
مع القبض • لان دوام القبض فيهما مستحق فلا تندفع الخصومة • اما في الهبة والصدقة مع القبض
كان كدعوى الملك المطلق تندفع الخصومة • وقال عيسى هو دعوى الهبة والصدقة معتبر لما ذكرنا في
التابع • كذا ذكر الامام العتابي في شرح الجامع الكبير قوله لعدم الخصم عنه اي عن الغائب لانه لم
الغائب لم يوكله باثبات الملك له • واذا لم يقبل هذه البينة فكانه لم يقم البينة قوله كما بينا من قبل اي في
باب الوكالة بالخصومة والقبض يعني ان بينة المراة على الطلقات الثلاث تقبل في حق قصر يد الوكيل عن نقلها لا في
حق الطلاق قوله ولا تندفع الخصومة بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى • يعني ان عند ابن ابي ليلى
تندفع الخصومة بمجرد اقرار ذي اليد انه لفلان الغائب او دعه اياه او اجره او غصبه منه • وجه قوله ان الثابت
بالاقرار اذا صح الاقرار كالثابت معاينة او كالثابت بالبينة • ولو ثبت ما ادعى معاينة فان عاين القاضي انه
فلان الغائب اودعه هذا المال واقام البينة على ما ادعى من الايداع اندفعت الخصومة عنه فكذا اذا اقر
اقراره لان البدل والاقرار في ذي اليد صحيح • والدليل عليه ما لو كان المنزل حاضرا فصدقه اندفعت
الخصومة عنه كما لو ثبت الايداع بالبينة او بالمعاينة قوله وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا
فالجواب كما قلناه اي يندفع الخصومة باقامة البينة وان كان معروفا بالحيل لا يندفع عنه الخصومة • يعني وان
اقام البينة على انه وديعة لانه يجوز ان ياخذ زيد مال اخر ويدفعه الى عمرو ثم يدفعه الى زيد عند
الشهود ويقول انه وديعة • ثم اذا ادعاه انسان على ذي اليد فاقام البينة على انه وديعة لا يقبل هذه
البينة دفعا للتزوير والحيل • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ما ذهب اليه ابو يوسف استحسانا
ذهب اليه بعدما ابتلي بالقضاء لانه مارس القضاء فوقف على احوال الناس ما لم يقف عليه غيره • وكما قالوا لا يقبل لان
البينات حجج من ثابت يجب العمل بها ولا يجب تعطيلها بمجرد الوهم واما قوله لا تندفع الخصومة باقامة البينة
على الوديعة ونحوها وان لم يعرف الرجل بالحيل لفساد زماننا وغلبة التزوير يريد والغالب كالمحقق قوله ولو
قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة اي لا نعرفه اصلا لا باسمه ونسبه ولا بوجهه والمسئلة الاولى
عرفوه بوجهه واسمه ونسبه قوله ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رحمه
الثاني اي لا تندفع الخصومة لانه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه قوله وهذه المسئلة مخمسة كتاب
الدعوى اي هذه المسئلة من مسائل كتاب الدعوى من الاصل تسمى مخمسة لما فيها من خمسة اوجه لان ذا اليد قال هذه
وديعة او عارية او اجارة او رهن او غصب • او تسمى مخمسة لان فيها خمسة اقوال علمائنا الثلاثة وابن ابي
ليلى وابن شبرمة وهما من فقهاء التابعين بالكوفة ولد عبد الله بن شبرمة سنة اثنين وسبعين من الهجرة ومات
سنة اربع واربعين ومائة • ومحمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى قاضي الكوفة ولد سنة اربع وسبعين ومات سنة
ثمان واربعين ومائة كذا في كتاب طبقات الفقهاء قوله قال وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم هذا لفظ
القدوري في مختصره اذا ادعى على ذي اليد عينا فقال ذو اليد اشتريته من الغائب لا تندفع الخصومة لان
هذا القول يتضمن المالك والبدلية في الحال دون الغائب كما في الباب ان ذلك كان للغائب قبل هذا فلا يخرج
بذلك عن الخصومة كما لو ادعى ذو اليد الملك مطلقا قوله ولو قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع
الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة وهذه ذكرت في بعض نسخ المختصر ولم يذكر في البداية والنافع
وهي مذكورة في الجامع الكبير وتقدمت • اعلم ان المدعي اذا ادعى فعلا على ذي اليد وقال الدار داري
اودعتها عندك او استاجرتها مني او ارتهنتها او غصبتها مني • وقال الذي في يديه الدار انها لفلان الغائب هو
اودعنيها او غصبتها منه وغير ذلك واقام على ذلك البينة فان الخصومة لا تندفع عنه • والفرق بين ما اذا
ادعى الملك مطلقا او ادعى الفعل ان في الفعل الاول انتصب ذو اليد خصما بملكه بدليل انه لو لم يكن في يده لم يكن
خصما لان دعوى الملك لا يصح على غير ذي اليد • فاذا ثبت ان يده يد غيره كان الخصم ذلك الغير • وفي هذه المسئلة
انتصب خصما بفعله بدليل ان الخصومة متوجهة عليه بدون ثبوت يده لان دعوى الفعل يصح على غير ذي اليد
وهذه البينة لا تظهر ان الفعل لم يكن منه لانه تحقق انه الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة • ولو سمع منه
انه غصب هذه الدار او ارتهنها من فلان او استودعها عنده • ثم ادعى انه لفلان انسان اخر لا يسمع منه او
او دعها اياه لا يسمع قوله وعدمنا قضاء فكذا هذا ذكره الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير قوله
وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهي من مسائل
القدوري • وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله • وقال محمد رحمه الله تندفع وهو القياس كذا في شرح

الاقطع

الاقطع • وجه قول محمد ان التحمل اسند قول السرقة فيبقى دعوى الملك فيندفع الخصومة باثبات الوديعة كما لو جهل الغصب
وقال غصب مني على ما لم يسم فاعله واقام ذو اليد البينة على الوديعة من اخر تندفع الخصومة فكذا هذا • ووجه قولهما
ان المقصود من التجهيل ان لا يجب القطع على المدعى عليه فصار كما لو ادعى عليه السرقة فلا تندفع الخصومة بخلاف الغصب فانه
غير متعذر في التجهيل كذا في اشارات الاسرار قوله وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه هو
فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانهما توافقا على وصول العين الى ذي اليد من جهة
فلان فلم يكن يده يد خصومة واما هو وكيل في الحفظ على قوله فلا يكون بينهما خصومة الا اذا اقام المدعي البينة ان فلانا
وكله بقبضها فكان احق بامساكها والله اعلم

باب ما يدعيه الرجلان

لما ذكر فيما تقدم دعوى الواحد شرع في دعوى الاثنين لان المثنى بعد الواحد قوله قال واذا ادعى اثنان عينا في يد
اخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما • اي قال القدوري في مختصره وقال الشافعي رحمه الله في
قول تهاترت البينتان وتجب القسمة بينهما على قول ويقرع بينهما على قول فيسلم لمن خرجت قرعته ويتوقف الى الصلح على قول كذا في
وجيزهم • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وكذلك على هذا الخلاف خارجان ادعيا نتاج دابة واقاما البينة
جميعا • وكذلك اذا ادعيا الشراء من واحد واقاما جميعا البينة والدار في يد ثالث ولم يعرف سبق احدهما • وجه
قوله في التهاتر ان القاضي تيقن بكذب احدهما فلم يمكن تعيين الصادقة من الكاذبة فتهاترتا جميعا كما لو شهد اثنان انه
اعتق عبده يوم النحر بمكة وشهد اخران انه طلق امراته يوم النحر بكوفة فانه تهاترت البينتان جميعا • وكما لو ادعيا نكاح
امراة واقاما جميعا البينة ولابد لاحدهما تهاترت البينتان • وجه قوله في القرعة ان سعيد بن المسيب روى ان
رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء فاقام كل واحد منهما البينة فاقرع بينهما • ولنا ما روى اصحابنا
في المبسوط عن سماك بن حرب عن تميم بن طرفة رضي الله عنه ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعير فاقام
كل واحد منهما البينة شاهدين انه بعيره فقسم النبي عليه السلام بينهما نصفين • وروي عن ابي الدرداء مثل هذا فيما
انه قضى في مثل هذا نصفين • كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده • وقال الخصاف في ادب القاضي حدثنا عبد الله بن
محمد قال حدثنا ابو معاوية عن حجاج بن ارطاة عن سماك بن حرب عن تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم في ناقة ليست في يد واحد منهما فاقام كل واحد منهما البينة انها ناقته فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم
بينهما نصفين • وقال الخصاف ايضا فيه قال حدثنا حجاج عن حماد بن سلمة عن عطاء بن السائب عن عبد الرحمن بن ابي ليلى
ان رجلين اختصما الى ابي الدرداء في فرس فاقام كل واحد منهما انه نتجه لا نعلمه باعه ولا وهبه فقضى به ابو الدرداء
بينهما نصفين • ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيما يقبل قسمته فوجب ان يكون بينهما كما لو اقام كل واحد منهما البينة
ان الميت اوصى له بالثلث فاما اذا شهد لكل واحد منهما شاهدان على نكاح امراة لانها لا تحتمل القسمة • ولان الدليل
الذي الحق لكل واحد منهما الشهادة موجودة فانه يجوز ان يكون احدهما عاين العقد سبب الملك والاخر شهد لانه
راه في يده • واذا صحت الشهادتان وجب العمل بهما اذا امكن وقد امكن • لان الاصل في الحجج اذا قامت ولا تعارض
في اثباتها ان يصير الحكم مستحق الثبوت بكل حجة كانها منفردة • ثم القاضي يقضي لكل واحد منهما بالنصف لان الحكم
يقبل الوصف بالتجزي فهذا طريق العمل بالدليلين بقدر الوسع كذا في اشارات الاسرار • ولا يجوز التهاتر لانه يمكن
القاضي ان يحمل شهادة كل فريق على ما يطلق له اداء الشهادة • وحديث القرعة كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ لما حرم
القمار • ولان القرعة لو جاز اعتبارها لاعتبرت عند اختلاف المتبايعين في الثمن • وكل موضع اشتبه الحق فيه فعلم
انها لا تصلح لايجاب الحق • واما القول بالتوقف بين البينتين فباطل عندنا لان القاضي نصب لفصل الاحكام لا لانشائها
ولان المتبايعين اذا اختلفا في الثمن او المبيع واقاما البينة لا يتوقف بل يتساقطا مع تعارضهما فكذا هنا • وهذا كله فيما
اذا استوت البينتان في العدد والعدالة • فاما اذا كان لاحدهما زيادة عدد او زيادة عدالة فكذلك الجواب
عندنا يقضى بينهما نصفين • وقال الشافعي رحمه الله يثبت الرجحان بزيادة العدد في الشهود وبزيادة العدالة وهو
قول مالك كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه لان زيادة العدد وزيادة العدالة تدل على زيادة
صدق • ولنا ان كل واحد من البينتين لو انفردت استحق بها المال المدعى فينبغي ان يستويا عند الاجتماع كما لو تساويا في
عددهما وعدالتهما • ولانه حكم اعتبر فيه الشهود فكان حكم الشاهدين فيه والثلاثة سواء كما في انعقاد النكاح كذا في
مختصر الاسرار قوله قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امراة واقاما البينة لم يقض لواحد منهما اي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه ويرجع الى تصديق المراة لاحدهما • وذلك لان النكاح لا يقبل القسمة والاشتراك وليست
احدى البينتين باولى من الاخرى فتهاترتا جميعا وبقي مجرد دعوى النكاح فيرجع الى تصديق المراة لان النكاح يحكم به اذا
وقع التصادق من الزوجين • وجملة القول فيه ما قال الاسبيجابي في فصوله في الفصل السابع عشر عن القاضي الامام
ركن الاسلام علي السغدي اذا تنازع اثنان في امراة كل واحد منهما يدعي انها امراته واقاما البينة على ذلك فهذا
على وجوه ان ارخا تاريخا سواء او ارخا على السواء لكل واحد منهما يدا او لم يؤرخا فهو من الفصول الثلاثة لا يقضى بالمراة
لاحدهما لانهما استويا في الحجة فيستويان في الاستحقاق • وان ارخا على السواء الا ان يدا فانه يقضى لصاحب اليد لان حجته

ثم يحكم باليد وان ورخ احدهما ولم يورخ الاخر فصاحب التاريخ اولى لان نكاح صاحب التاريخ ظهر من وقت التاريخ
ونكاح الاخر لم يظهر الا كان منعقدا وقت التاريخ فصاحب التاريخ اولى • وان ارخا للنكاح وتاريخ احدهما
اسبق يقضي للذي تاريخه اسبق • وان كان لاحدهما يد وللاخر تاريخ فصاحب اليد اولى لان حجته مرجحة لان كل
واحد منهما يثبت الملك من جهته واحدهما يد لا على ان ملكه اسبق فكان اولى • فان اقرت المراة لاحدهما
للثاني تاريخ فانها تكون للذي اقرت لان الاقرار بمنزلة اليد وهذا اذا ارخا على السوا الا ان المراة اقرت لاحدهما
والزوج صدقها فانه يقضي بالنكاح بينهما ويفرق بينها وبين الاخر • وان لم تقر لاحدهما يفرق بينها وبينهما
لانهما استويا في الدعوى فان كان قبل الدخول لا يقضي على احد الزوجين بشي من المهر ولا يجب عليها العدة هكذا ذكر
في الفتاوى • وذكر في نكاح المحيط اذا تنازع رجلان في امراة كل واحد منهما يدعي انها امراته واقاما البينة
فان كانت في بيت احدهما او كان دخل بها احدهما فهي امراته لانه تمكن من الدخول بها او من نقلها الى بيته دليل
سبق عقده الا اذا اقام الاخر بينة انه تزوجها قبل فحينئذ يسقط اعتبار دليل السبق عند التصريح بالسبق
وان لم يكن في بيت احدهما ولا دخل بها احدهما فان وقتا فالاول اولى وان لم يوقتا او وقتا وقتا واحدا
فالذي ذكرت بينته اولى • وان ذكرت البينتان فتسال المراة عن ذلك فان لم تقر المراة بنكاح احدهما يفرق بينها
وبينهما • وان اقرت لاحدهما انه تزوجها قبل الاخر فهي امراته الا ان اقام الاخر انه تزوجها قبل هذا وهذا
لان العمل بالبينتين متعذر لتعذر اعتبارهما وتعين اعتبار احدهما الزوجين مع المراة فيثبت النكاح بينهما
بتصادقهما • وهذا كله اذا كان التنازع حال قيام المراة • فاما اذا كان بعد وفاة المراة فهذا على وجوه
ولا يعتبر فيه الاقرار واليد • فان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضي بالنكاح له والميراث له ويجب عليه
تمام المهر • وان لم يورخا او ارخا على السوا فانه يقضي بالنكاح بينهما ويجب على كل واحد من الزوجين نصف
المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد وفرق بين الدعوى حالة الحيوة وبين الدعوى بعد الوفاة • والفرق
ان المقصود في حال الحيوة هو المراة وهي لا تقبل الشركة بينهما • والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال
يقبل الشركة • فان جاءت بولد يثبت النسب من الابوين ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان النسب
لا يتجزى هكذا ذكر في الفصول • وذكر في الفصول ايضا عن نكاح الذخيرة اذا ادعى النكاح بمحضر من الشهود
لا بد ان يذكر سماع الشهود كلام المتعاقدين لان بين العلما اختلافا في ان سماع الشهود كلام المتعاقدين
هل هو شرط والاصح انه شرط فلا بد من ذكره لتصح الدعوى **قوله** فصاحب الوقت الاول اولى لان السبق
من اسباب الترجيح **قوله** وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امراته لتصادقهما • قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في باب اختلاف الاوقات في الدعوى من شرح الكافي • ولو ادعى رجلان عبدا في ايديهما
ولا بينة لهما فقال العبد انا لاحدهما هذا بعينه لم يصدق وهو لهما لان ايديهما دليل الملك على العبد لانه لم
يبق له يد دافعة فلا يقبل قوله بخلاف ما لو ادعى امراة في ايديهما فاقرت لاحدهما حيث يقضي لها له لان
المراة ليست في يد احد لانها في يد نفسها فيعتبر اقرارها لاحد زوجيه **قوله** لان البينة اقوى من الاقرار لان
البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة **قوله** فلا ينقض ما هو مثله بل دونه اي لا ينقض القضا بالبينة
الثانية التي هي مثل الاولى بل دونها لان الاولى تاكدت بالقضا • وهذا لان في الظنيات لا ينقض المثل بالمثل
ولهذا لا يهدم الراي بالراي الا اذا ثبت سبق التاريخ في الثانية فحينئذ ينقض الاول لكونه خطا بيقينا
قوله قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه واقام بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شا اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شا ترك وتمام
البيان هنا ما ذكر شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه فقال هذا على وجهين اما ان
ادعيا الشرا من واحد وادعى الشرا من اثنين وكل واحد من ذلك لا يخلو من ثلاثة اوجه • اما ان كان العين
في يد ثالث او في يد احدهما او في ايديهما وكل وجه من ذلك لا يخلو من اربعة اوجه اما ان لم يورخا
او ورخا وتاريخهما على السوا او ارخ احدهما ولم يورخ الاخر او ارخا وتاريخ احدهما اسبق • وان ادعيا الشرا
من واحد والعين في يد ثالث ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا فانه يقضي بالدار بينهما نصفان لاستوائهما
في الدعوى والحجة والتاريخ وعدم التاريخ والمقضي به مما يحتمل الاشتراك فوجب القضا بينهما نصفين كما لو ادعيا
ملكا مطلقا ثم يخير كل واحد منهما ان شا اخذ نصفها بنصف الثمن وان شا ترك لان كل واحد منهما اثبت شراه
على جميع الدار وقد استحق عليه النصف ببينة صاحبه فيتخير في الباقي لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب
فان اختار الاخذ رجع كل واحد منهما على البائع بنصف الثمن ان كان نقد الثمن وان لم ينقد ادى كل واحد
منهما الى البائع نصف الثمن وان اختار الرد سلم الدار كلها للبائع رجع كل واحد منهما على البائع بجميع الثمن ان
كان نقد فان لم يكن نقد فلا شي لواحد منهما على البائع • فان اختار احدهما الاخذ ورد الاخر ان كان
قبل القضا فانه ياخذ الذي اختار جميع الدار ولا خيار له لان الذي اختار الاخذ هو الذي اثبت شراه في

جميع

جميع الدار • وانما يقضي بالنصف لمزاحمة الاخر فاذا رد الاخر فقد زالت المزاحمة وشراه قائم في جميع الدار فكان له اخذ
جميع الدار • فان اختار الرد بعد ما قضى القاضي بينهما نصفين لا يكون للذي اختار الاخذ ان ياخذ جميع الدار
وان زالت مزاحمة الاخر لان مزاحمة الاخر زالت بعد ما فسخ شرا الذي اختار الاخذ في النصف والمفسوخ لا ينفسخ نقضا
القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد وان ارخ احدهما ولم يورخ الاخر فانه يقضي للمورخ عند محمد رحمه الله
لان شرا الذي لم يورخ متاخر من حيث المعنى فيعتبر بما لو كان متاخرا حقيقة بان ارخ هو منذ شهر والاخر منذ سنة كان
صاحب السنة اولى فكذا اذا كان شرا صاحبه متاخرا عن شرا المورخ من حيث المعنى • وانما قلنا بان شرا الذي لم يورخ
متاخر من حيث المعنى لان شراه حادث والاصل في الحوادث انه يحكم بحدوثها لاقرب ما ظهر اذا لم ينقض الحكم بحدوثه
نقض ما هو ثابت بالعيان لان الحكم بحدوثه لاقرب ما ظهر ثابت باستصحاب الحال لا بدليل اوجب الحدوث والحال
لم ينقض نقض ما هو ثابت بالعيان بل يقرر ما هو ثابت وهو ملك المورخ منذ سنة فاعتبر شرا الذي لم يورخ متاخرا
معنى ولو تاخر حقيقة كان يقضي بجميع الدار للاخر فكذا اذا كان متاخرا معنى • وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فانه
يقضي لاسبقهما تاريخا لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة • ولو عاين القاضي شرا احدهما منذ سنتين
وشرا الاخر منذ سنة فانه يقضي لصاحب السنتين لان شرا صاحب السنة لا يصح من البائع ما لم ينتقل الدار الى البائع
ثانيا والشهود لم يشهدوا بذلك فكذلك اذا اثبت ذلك بالبينة فهذا الذي ذكرنا كله اذا كان العين في يد
ثالث • فاما اذا كان العين في يد احدهما ان لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا او ارخ احدهما فانه يقضي بجميع
الدار في هذه الفصول الثلاثة لذي اليد • وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق وهو الفصل الرابع فانه يقضي لاسبقهما
تاريخا خارجا كان او ذا اليد • اما اذا لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا فهذين الفصلين يقضي بجميع الدار
لذي اليد لانهما استويا في اثبات الاستحقاق على ثالث فان كل واحد منهما ادعى تلقي الملك من جهته بيد واثبت ذلك
بالبينة واستويا في التاريخ وعدم التاريخ • فاذا استويا في ذلك ولاحدهما يد يترجح باليد كما في النتاج لهذا
استويا في اثبات اولوية الملك من كل وجه ولاحدهما يد يترجح باليد فكذلك هذا • وان ارخ احدهما فانه يقضي
بجميع الدار لذي اليد سوا كان هو المورخ او صاحبه • فان كان ذو اليد هو المورخ فلا اشكال لان ذا اليد اولى من غير
تاريخ فمع التاريخ اولى • وان كان التاريخ للخارج فذو اليد اولى بجميع الدار وكان يجب ان يقضي للخارج • وتفسير
شرا ذي اليد الذي لا تاريخ له متاخرا عنه لانه حادث والاصل في الحوادث انه يحكم بحدوثها لاقرب ما ظهر اذا لم
يترتب عليها على وقت ظهورها اذا لم ينقض الحكم بحدوثه للحال نقض ما هو ثابت بالعيان • وهذا الحكم بحدوثه
للحال يتضمن نقض ما هو ثابت بالعيان وهو اليد فانه ثابت بيقين فلو اعتبرنا شراه حادثا للحال وجب نقضها وان
اعتبرناه سابقا على شرا الاخر لم يجز نقضها وكلا الامرين يحتمل ان يكون متاخرا عن شرا صاحبه ويجوز ان يكون
متقدما فلا ينقض يده وشراه بالشك • بخلاف ما لو كان العين في يد ثالث لانا لو حكمنا بحدوث شرا الذي لا تاريخ له
للحال لا ينقض ما هو ثابت بيقين بل نقرر ما هو ثابت بيقين وهو ملك المورخ منذ سنة • فان قيل من حكمنا بحدوث
شرا الذي لا تاريخ له للحال نقضنا ملك من لا تاريخ له بظاهر الحال وهذا لا يجوز • فالجواب عنه انا لو لم نحكم بحدوث شراء
للحال ولم ينقض ملك الذي لم يورخ باستصحاب الحال احتجنا الى نقض ملك المورخ منذ سنة بدليله بالاحتمال ان يكون شرا
الاخر سابقا ولم يكن بد من نقض احد الملكين كان نقض ما لم يثبت بدليله منذ سنة اولى من نقض الثابت بدليله
منذ سنة • فاما هنا من حكمنا بحدوث شرا ذي اليد للحال نقضنا ما هو ثابت بالمعاينة وهو اليد ومن لم نحكم
بحدوثه للحال نقضنا الملك الثابت للاخر منذ سنة بالخبر • ولا بد من نقض احد الامرين فكان نقض ما هو ثابت
بالخبر اولى من نقض ما ثبت بالمعاينة على ما قبل ليس الخبر كالمعاينة • ولهذا قلنا اذا اثبت الخارج الشرا مع القبض وللاخر
القبض معاين فان صاحب اليد القبض المعاين اولى • لان الثابت معاينة فوق الثابت بالخبر فكذا هذا • فاما اذا
ارخا وتاريخ احدهما اسبق فانه يقضي لاسبقهما تاريخا كان لا ناقض نقضا لذي اليد بان كان الخارج اسبقهما
تاريخا فانما ينقضه بيقين لا بالاحتمال لان ذي اليد ارخ منذ ستة اشهر والاخر منذ سنة فشرا ذي اليد ثبت
متاخرا من كل وجه فلو نقضنا انما نقضنا بيقين ونقض الثابت بيقين يجوز بيقين مثله • فاما لا يجوز بالاحتمال
يجوز ان يكون شرا ذي اليد سابقا على شرا الخارج • واذا لم يعرف له تاريخ يحتمل ان يكون متاخرا فلا ينتقض
بالاحتمال • هذا اذا كان العين في يد احدهما • فاما اذا كان في ايديهما ان لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا
او ارخ احدهما دون الاخر فان في الفصول الثلاثة يقضي بالدار بينهما نصفين • اما اذا لم يورخا او ارخا
وتاريخهما على السوا فلا اشكال لانهما استويا في الدعوى والحجة والتاريخ وعدم التاريخ واليد والمقضي به مما يقبل
الاشتراك فيقضي بينهما نصفين • وان ارخ احدهما دون الاخر فكذلك يقضي بينهما نصفين لانه لا عبرة للتاريخ حالة
الانفراد اذا كان للذي لا تاريخ له يد معين • الا ترى انه لو كان في يد احدهما فارخ الخارج لا يكون لتاريخه
عبرة حتى لا ينقض يد ذي اليد بالاحتمال فكذا لا يكون لتاريخ احدهما عبرة اذا كان في يديهما حتى لا ينقض ما ثبت
من يد الاخر في النصف بتاريخه • واذا لم يكن للتاريخ حالة الانفراد عبرة بمقابلة اليد صار وجود التاريخ من احدهما

وعدمه بمنزلة • ولو عدم نقض بايراد بينهما نصفين فكذلك هذا • فاما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فانه يقضي لاسبقهما تاريخا وان كانت في ايديهما فكذلك اذا ثبت بالبينة هذا كله اذا ادعيا الشرا من واحد فاما اذا ادعيا الشرا من اثنين فالجواب فيه كالجواب فيما اذا ادعيا ملكا مطلقا سوا كان العين في يد ثالث او في يد احدهما او في ايديهما ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا • او ارخ احدهما ولم يورخ الاخر او ارخا وتاريخ احدهما اسبق وكل جواب عرفته ثمة على الوفاق والخلاف فهو الجواب هنا • وانما اعتبر واعا لو ادعي اثنان فيهما ملكا مطلقا لان كل واحد من المشتريين يحتاج الى اثبات الملك لبايعه ملكا مطلقا لان الملك غير ثابت لبايعه باتفاق خصمه • واذا كان كل واحد منهما محتاجا الى اثبات الملك لبايعه في هذه الدار ملكا مطلقا لهما حتى يثبت شراهما صار البايعان حضرا وادعيا ملكا مطلقا في هذه الدار ولو ادعيا ملكا مطلقا في الدار كان الجواب على التفصيل الذي ذكرنا فكذلك هذا • بخلاف ما لو ادعيا الشرا من واحد لانه لا حاجة هنا الى اثبات سبب الملك الى نفسه • فاذا استويا وتعذر ترجيح احدهما على الاخر يقضي بينهما نصفين • وان امكن ترجيح احدهما على الاخر قضينا بالراجح • هذا كله ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه في باب الدعوى في الشرا والصدقة والوقف في ذلك وان قضى القاضي بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان ياخذ جميعه • وهذا لفظ القدوري في مختصره وتقدم البيان انفا

قوله ونظيره تسليم احد الشفيعين قبل القضا نظيره ما اذا قال احد المدعيين لا اختار الاخذ قبل تخيير القاضي حيث يكون للاخر اخذ الجميع احد الشفيعين قبل القضا • يعني اذا سلم احد الشفيعين الشفعة قبل قضا القاضي كان جميع ذلك للاخر **قوله** ونظير الاول تسليمه بعد القضا • اي نظير ما اذا قال احد المدعيين للشرا لا اختار الاخذ بعد قضا القاضي حيث لا يكون للاخر ان ياخذ جميعه تسليم احد الشفيعين الشفعة بعد قضا القاضي بالدار بينهما لم يكن للاخر ان ياخذ نصيبه لان القاضي ابطل شفعة كل واحد منهما فيما قضى به للاخر كذا في شرح الاقطع

قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما هذا لفظ القدوري في مختصره وتقدم البيان وذلك لانا لما حكمنا بالبيع الاول ملكه الاول فيكون البايع بعد ذلك بايعا ملك غيره فلا يصح فاذا ذكر احدهما التاريخ ولم يذكر الاخر كان صاحب التاريخ اولى لان تقدم شراه على زمان الدعوى ثبت بذكر التاريخ فبقي الاخر معنى حادث لا نعلم تاريخه فيحكم له بالحال فكان المتقدم اولى **قوله** وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى • هذا لفظ القدوري في مختصره • قال صاحب الهداية معناه انه في يده اي معنى قوله ومع احدهما قبض • وقد مر البيان مستقصى • قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان لم يوقت واحد منهما وقتا وكانت الدار في يد احد المدعيين قد قبضها قضيت بها للذي في يده بهذا القبض دلالة السبق في حقه لان القبض انما يقع صحيحا اذا تقدمه عقد فكان اوليا ورد البايع الثمن على الاخر • فان شهد شهود الاخر على وقت لم يمتنع الان شهد وان البيعة كان قبل الاخر فاقضي بها له لانه ثبت الملك له في وقت سابق على وقت الاخر لا يثبت الثاني الا بدعوى تلقي من قبله **قوله** وان ادعى احدهما شرا والاخر هبة وقبضا • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وانا ما بينة ولا تاريخ معهما فالشرا اولى • قال صاحب الهداية معناه من واحد • اي معنى قوله ادعى احدهما شرا والاخر هبة وقبضا دعواهما تلقي الملك بسببين مختلفين من رجل واحد • لانه اذا ادعى كل واحد منهما تلقي الملك من رجل اخر يكون بينهما نصفين فلا يكون الشرا اولى وسيجي بيان ذلك عند قوله ولو ادعى احدهما الشرا من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي للحاكم الشهيد • واذا كانت دابة في يد رجل فاقام رجل البينة انها دابته اشتراها من فلان بثمن مسمى ونقد الثمن وقبض الدابة واقام الاخر البينة ان فلانا ذلك وهبها له وقبضها منه قضى به لصاحب الشرا لانهما اذا لم يورخا صار كانهما وقعا معا والشرا اقوى من الهبة لانه يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبت الملك بدون القبض وكذلك الشرا اولى من الصدقة والرهن والنكاح بلها في قول محمد • وكذلك قول ابي يوسف الا في الشرا والنكاح فانها تكون بينهما نصفين • والرهن والنكاح عليها في قول محمد اولى من الهبة والصدقة والنكاح اولى من الهبة والصدقة والصدقة والهبة سوا وابو يوسف يقول الشرا والنكاح يستويان في افادة الملك من غير توقف فتعارضا • ومحمد يقول التعارض عند تعذر العمل بهما وقد امكن ذلك لان الشرا لا يمنع التزوج عليها • لان التزوج على دابة الغير صحيح فيدفع بينهما في امكان الجمع بينهما يعمل بهما والرهن اولى من الهبة في هذه الرواية • وروي عن ابي حنيفة ان الهبة اولى • وجه هذه الرواية ان الشهادة على الرهن تثبت ملكا مضمونا والشهادة على الهبة تثبت الملك من غير ضمان فكانت مثل الشرا ووجه الرواية الثانية ان الهبة تثبت الملك والرهن يثبت اليد والملك اقوى من اليد فكانت الى هنا لفظ شيخ الاسلام المذكور **قوله** ولا تاريخ معهما فيه تفصيل ذكره شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه فقال اذا ادعيا من جهة واحدة والعين في يد ثالث ان لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا فالشرا اولى حتى

بالدار

الدار لمدعي الشرا ولا يقضي لمدعي الهبة بشي لانه كان قد وقع فيه الدعوى مما لا يحتمل القسمة لو جعلنا احدهما ان الشرا سابق على الهبة من حيث المعنى فيعتبر سابقا لو كان سابقا حقيقة بان ارخ صاحب الشرا منذ سنة ولم يورخ الاخر فلو كان كذلك كان الشرا اولى فكذا هنا • وانما قلنا ان الشرا سابق من حيث المعنى لان العقدين قد ظهرا • او جهل التاريخ بينهما فيجعل كانهما وقعا معا ولو وقعا كان الشرا سابقا لان الشرا يوجب الملك بنفسه والهبة لا توجب الملك بنفسها وانما توجب بالقبض فيصير الشرا سابقا معنى من هذا الوجه • والثاني ان الشرا يوجب الملك بعوض والهبة بغير عوض • فاذا اجتمعا في شي احدهما كان نقض ما يوجب الملك بغير عوض • وفيه تقليل النقض اولى من نقض الذي بعوض وفيه تكثير النقض فصار الشرا اولى بهذين الوجهين • وهذا بخلاف ما اذا ادعيا ذلك من جهة اثنين فانه يقضي بينهما نصفين ان كان ما وقع فيه الدعوى مما لا يحتمل القسمة وان كان الشرا سابقا من حيث المعنى لانه لا يعتبر السبق من حيث المعنى بالسبق من حيث الحقيقة • ولو كان السبق ثابتا من حيث الحقيقة بان ارخ صاحب الشرا ولم يورخ الاخر كانت بينهما نصفين اذا ادعيا من جهة اثنين فكذا اذا اعتبر سابقا من حيث المعنى • ولو ادعيا من جهة واحدة احتج لتعيين السبق من حيث المعنى بالسبق من حيث الحقيقة • ولو ثبت السبق من حيث الحقيقة كان الشرا اولى فكذا اذا ثبت من حيث المعنى • وان ارخ احدهما ولم يورخ الاخر فالمورخ اولى ايهما كان الشرا فان كان المورخ هو المشتري فلا اشكال لان الشرا من غير تاريخ اولى مع التاريخ اولى • وان كان ارخ الهبة فالهبة اولى لان الشرا متاخر معنى فيعتبر بما لو كان متاخرا حقيقة • فان ارخ صاحب الشرا منذ سنة اشهر وصاحب الهبة منذ سنة • وانما قلنا ذلك لان الشرا حادث والاصل في الحوادث اذا لم يعرف حال حدوثها انه يحكم بحدوثها لاقرب ما ظهر اذا لم يعرف تقدمها على وقت ظهورها اذا لم ينقض الحكم بحدوثها للحال نقض ما هو ثابت من حيث المعنى العيان • والحكم بحدوث الشرا للحال لا ينقض نقض ما هو ثابت من حيث الحقيقة والعيان فيعتبر حادثا للحال • واذا اعتبر حادثا للحال صح قولنا ان الشرا متاخر معنى من الهبة فيكون الهبة اولى • وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فالسابق ايهما كان لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة • وان كان العين في يد احدهما ان لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا فذو اليد اولى ايهما كان لانهما استويا في اثبات الاستحقاق على ثالث ولاحدهما يد فيترجح باليد • وان ارخ احدهما فكذلك صاحب اليد اولى لانه يدعي ما ثبت بيقين ووقع الشك في نقضه فلا ننقضه بالشك ولا يعتبر حادثا للحال وان لم يكن لذي اليد تاريخ وان كان الاصل في الحوادث انه يحكم بحدوثها لاقرب ما ظهر اذا لم يعرف حال حدوثها للحال هنا كذلك اذا لم يتضمن نقض ما هو ثابت من حيث العيان • وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فانه يقضي لاسبقهما تاريخا ايهما كان ويقضي بذي اليد لانا لو نقضنا يده نقضنا بيقين لا بالاحتمال • والثابت بيقين يجوز ان ينقض باليقين فاما لا يجوز ان ينقض بالاحتمال وان كان في ايديهما فانه يقضي بينهما نصفين في الفصول الثلاثة لان يد كل واحد منهما ثابت في النصف فيعتبر بما لو كان ثابتا في الكل ولو كان ثابتا في الكل لم يجز نقض يده بالاحتمال فكذلك هذا • وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فانه يقضي لاسبقهما تاريخا ايهما كان كما لو كان في يد احدهما ثابتا في الكل ينقض به اذا كان تاريخ صاحبه اسبق فكذا اذا كان في يد كل واحد منهما ثابتا في الكل ينقض به اذا كان في النصف • ثم انما يقضي نصفين في الفصول الثلاثة اذا كان المقضي به لا يحتمل القسمة • فاما اذا كان مما يحتمل القسمة فانه يقضي لمدعي الشرا لان بينة مدعي الهبة غير مسموعة لانها تثبت هبة المشاع كذا قال خواهر زاده في مبسوطه **قوله** ولا ترجيح باللزوم جواب سؤال مقدر بان يقال ان الهبة مع القبض والصدقة مع القبض سواء حتى يكون العين بين المدعيين نصفين وكان ينبغي ان تكون الصدقة اولى لانها تثبت الملك اللازم من الهبة لانها تثبت ملكا غير لازم فاجاب عنه بما قال في الكتاب وهو ان لزوم الصدقة باعتبار المال حيث لا يجوز الرجوع فيها لا باعتبار الحال • والترجيح انما يكون بالامر الثابت في الحال فلا يترجح الصدقة على انا نقول الهبة اذا كانت لذي رحم محرم كانت لازمة ايضا وكذا في الاجنبي اذا كانت بشرط العوض فيستويان فيندفع السؤال **قوله** وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح اي كون الهبة والصدقة سواء فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة صحيح هذا بالاتفاق **قوله** وكذا فيما يحتملها عند البعض اي الهبة والصدقة سواء ايضا عند البعض فيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها ويقضي بينهما نصفين وهو قول لما لان الشيوع طاري عند البعض لا يمنع ولا يبقى لما بقي وهو قول ابي حنيفة رحمه الله لانه تنفيذ الهبة في الشايع • قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فان كان مما لا يحتمل القسمة كالدار ونحوها فلا يقضي لهما في قول ابي حنيفة وعندهما يقضي بينهما نصفين • ولو كان في يد احدهما يقضى له بالاجماع الى هنا لفظه رحمه الله **قوله** قال واذا ادعى احدهما الشرا وادعت المراة تزوجها عليه فهما سواء اي على هذا العبد • يعني يقضي بالعبد بينهما نصفين هذا ان لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا • وهذا قول ابي يوسف وعند محمد الشرا اولى • اما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فالسبق اولى كما في دعوى الهبة مع الشرا كذا ذكره خواهر زاده في مبسوطه • وجه قول ابي يوسف ان كل واحد من الشرا والنكاح يثبت الملك بنفسه ولا يتوقف في اثبات الملك الى شي اخر كما توقف الهبة والصدقة الى القبض وكل واحد منهما عقد معاوضة يتعلق به الضمان فاستويا في القوة فكانا سوا كالشراين • ووجه قول محمد رحمه الله ان تصحيح البينتين واجب ما امكن هنا الطريق بالشهود

ثم قلنا بسبق الشراء وصحة التسمية في النكاح لان التزوج على عبد الغير صحيح • ولو قلنا بسبق النكاح بطل الشراء اذا
كان كذلك فقلنا بسبق الشراء لانه يفضي الى تصحيح البينتين جميعا فكان الشراء فيه اولى ووجب للمراة على الزوج قيمة ذلك
لان من تزوج امراة على عبد الغير صح ووجبت القيمة لكونه ذلك هنا **قوله** وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر
هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع وهذا استحسان • وذكر
في كتاب الشهادات ان الهبة اولى • وجه القياس ان الهبة تثبت الملك والرهن يثبت اليد والملك اقوى من اليد
فكانت الهبة اولى • ووجه الاستحسان ان الرهن يثبت ملكا مضمونا • ولهذا قلنا ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته
ومن الدين والهبة يثبت ملكا غير مضمون فكان الرهن اولى لانه اكثر اثباتا فصار الرهن مع الهبة كالشراء مع الهبة
بخلاف الهبة بشرط العوض فانها اولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لان الرهن يثبت الملك بماليته
اذا هلك معنى لا صورة والبيع يثبته صورة **قوله** وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب
التاريخ الاقدم اولى • هذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان الاثنين اذا تنازعا في عين واقاما جميعا
البينة فهذا على وجهين اما ان ادعيا ملكا مطلقا او ادعيا ملكا بسبب اما بالميراث او بالشراء من جهة
واحد • او من جهة اثنين والعين في يد ثالث او في يد احدهما او في ايديهما وكل وجه من ذلك على اربعة
اوجه اما ان اقاما البينة على ما ادعيا ولم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء • او ارخ احدهما ولم يؤرخ
الاخر • او ارخا وتاريخ احدهما اسبق • فان ارخ احدهما منذ سنة والاخر منذ سنتين فان ادعيا ملكا والعين في يد
ثالث ولم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء فانه يقضى بينهما نصفين عندهم جميعا لاستوائهما في الدعوى والحجة
والتاريخ • وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فعلى قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف الاخر وهو قول محمد في رواية
ابي حنيفة يقضى لاسبقهما تاريخا • وعلى قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد في رواية ابي سليمان يقضى بينهما نصفين
ولا يكون للتاريخ عبرة على قولهما • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ما ذكر في رواية ابي حفص عن محمد
انه يقضى لاسبقهما تاريخا فهو قوله الاول • وما ذكر في رواية ابي سليمان انه يقضى بينهما نصفين قوله الاخر وقوله
الاخر مع قول ابي يوسف الاول • وقوله الاول مع قول ابي يوسف الاخر • وجه قول ابي يوسف اولا وهو قول
محمد اخرا ان دعوى مطلق الملك دعوى اولية الملك من حيث الحكم كدعوى النتاج حتى يستحق الاصل بالزوائد المتصلة
والمنفصلة جميعا • ويرجع الباعة بعضهم على بعض كدعوى النتاج والتاريخ في دعوى النتاج لغو على كل حال ارخا وتاريخ
احدهما اسبق او على السواء • او ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر لان المقصود من اثبات النتاج اثبات زيادة الاستحقاق
على خصمه ليترجح بينته على بينة خصمه واثبات زيادة الاستحقاق على الاخر لا يتصور في دعوى النتاج لان دعوى اولية
الملك فكذا هذا • واذا لغي التاريخ كما في النتاج صار كانهما لم يؤرخا فيكون بينهما نصفين • وجه قول ابي حنيفة
وهو قول ابي يوسف اخرا وقول محمد اولا ان صاحب التاريخ الاقدم اقام البينة على انه اول المالكين • وان العين لا تملك
الا من جهته • واقام الاخر بينة على الاستحقاق لا من جهته فلم تقبل بينته لصاحب النتاج والملك المطلق • وللشافعي رحمه
الله قولان لان في قول يعتبر السبق وفي قول يتساويان • هذا اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق • فاما اذا ارخ احدهما
ولم يؤرخ الاخر فقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه لم يذكر محمد هذا الفصل في الكتاب يعني في المبسوط
ثم قال وذكر الطحاوي في كتابه خلافا فيما بينهم فقال على قول ابي حنيفة يقضى بينهما ولا عبرة للتاريخ حالة الانفراد
عنده • وعلى قول محمد يقضى للذي لم يؤرخ • وعلى قول ابي يوسف يقضى للمؤرخ • ثم قال شيخ الاسلام وذكر في كتاب
الملك انه للذي لم يوقت لانه اقدمهما تاريخا • ووجه قول ابي حنيفة ان الذي لم يؤرخ سابق من وجه على المؤرخ
ولاحق من وجه • اما كونه سابقا لانه ادعى مطلق الملك دعوى اولية الملك من حيث الحكم كدعوى النتاج فيكون
سابقا على المؤرخ ولكنه يحتمل دعوى التملك من جهته ادعى تملكه من حيث الحقيقة فهذا يوجب ان يكون لاحقا على المؤرخ
كما لو ادعيا الشراء من واحد وارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر والعين في يد ثالث يجعل المؤرخ سابقا على الذي
لم يؤرخ حتى يقضى له فاذا صار كل واحد من المؤرخ وغير المؤرخ لاحقا من وجه لاحقا من وجه استويا فجعل كانهما
ملكا فسقط اعتبار التاريخ حالة الانفراد بخلاف لو ارخا وتاريخ احدهما اسبق لانه سابق من كل وجه والاخر
لاحق من كل وجه • وبخلاف ما لو ادعيا الشراء من واحد وارخ احدهما والعين في يد ثالث فان المؤرخ اولى • وان
احتمل ان يكون الشراء من واحد وارخ احدهما والعين في يد ثالث فان المؤرخ اولى • وان احتمل ان يكون الشراء
الذي لم يؤرخ سابقا لان سبق شراء الذي لم يؤرخ ثابت بالوهم من غير ان يكون على السبق دليل فلم يثبت السبق بالوهم
فكان لاحقا من كل وجه فكان المؤرخ اولى • فاما هنا سبق الذي لم يؤرخ على المؤرخ ثابت بدليله • فان دعوى
مطلق الملك دعوى اولية الملك من حيث الحكم كدعوى النتاج لكن لاحق باعتبار دعوى التملك كما في دعوى الشراء
فاستويا • واما ما روى الطحاوي عن محمد وما ذكر في كتاب الملك انه يقضى للذي لم يؤرخ على قول محمد فهو قوله
الاول لان على قوله الاول يعتبر التاريخ حالة الاجتماع • حتى قال لو ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما تاريخا
واذا اعتبر التاريخ على قوله الاول صار الذي لم يؤرخ اسبقهما تاريخا من حيث المعنى لانه ادعى اولية الملك وقد ثبت

السبق بدليله وصار كما لو صار على صاحبه سابقا بالتاريخ نصا • فاما على قوله الاخر يجب ان يقضى بينهما نصفين لان تاريخ
احدهما لو سبق يثبت سابقا على الاخر من حيث النص لم يكن للتاريخ عبرة فكان بينهما نصفين • فاذا ثبت سابقا على الاخر
من حيث المعنى لا من حيث النص اولى ان لا يكون لها عبرة • واما على قول ابي يوسف فما روى الطحاوي عنه مستقيم على قوله
الاخر لانه يعتبر التاريخ في قوله الاخر كما في دعوى الشراء فيكون المؤرخ اولى كما لو ادعيا الشراء من واحد بالشراء او
ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر والعبد في يد ثالث • فاما على قوله الاول لا عبرة للتاريخ حالة الاجتماع فكذا حالة الانفراد
فاذا سقط اعتبار التاريخ على قوله الاول صار كانهما لم يؤرخا اصلا فيكون بينهما نصفين هذا الذي ذكرنا اذا كان العين
في يد ثالث • فاما اذا كان في يد احدهما ان لم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء فالخارج اولى • اما اذا لم يؤرخا
فلان احدهما خارج والاخر ذو اليد وقد تنازعا في ملك مطلق • وكذلك اذا ارخا وتاريخهما على السواء فكانهما لم
يؤرخا فيكون الخارج اولى • فاما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق ذكر في كتاب الدعوى ان على قول ابي حنيفة وهو قول
محمد يقضى لاسبقهما تاريخا سواء كان خارجا او ذا اليد • وعلى قول ابي يوسف الاول قال يقضى للخارج ثم رجع وقال يقضى
لاسبقهما تاريخا ان كان خارجا فلا اشكال لانه لو لم يكن اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد فانه استحق عليه الملك الثابت
له بظاهر اليد للحال وزيادة ملك فيما مضى بقدر سنة فان الخارج ارخ منذ سنتين وان كان اسبقهما تاريخا ذا اليد
فهو اولى لان البينتين استويا في حق الثبات والاستحقاق فترجح بينة ذي اليد باليد كما في دعوى النتاج • واما على
قول ابي يوسف الاول يكون الخارج اولى لانه لا عبرة للتاريخ على قوله الاول فكانهما لم يؤرخا ولو لم يؤرخا كان
الخارج اولى • وعلى قوله الاخر للتاريخ عبرة فيكون اسبقهما تاريخا اولى ايهما كان • وعلى قول محمد اسبقهما تاريخا
اولى على قوله الاول لان للتاريخ عبرة على قوله الاول • فاما على قوله الاخر فالخارج اولى • وقد ذكر اصحاب
الامالي عن محمد ان الخارج اولى لان التاريخ على قوله الاخر ساقط الاعتبار فكان ما ذكر من قول محمد مع ابي حنيفة
قوله الاول • فاما اذا ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر فعلى قول ابي حنيفة الخارج اولى لانه لا عبرة للتاريخ عنده
حالة الانفراد فكان الخارج لان احدهما خارج والاخر ذو اليد وقد تنازعا في ملك مطلق • واما على قول محمد الاول
يقضى للذي لم يؤرخ لانه اسبقهما تاريخا باعتبار المعنى وهو دعوى اولية الملك • فاما قوله الاخر لا عبرة للتاريخ فكان
المؤرخ لم يؤرخ فيكون الخارج اولى • واما على قول ابي يوسف الاول فلا عبرة للتاريخ فيكون الخارج اولى • واما
على قوله الاخر يقضى لذي اليد سواء كان التاريخ له او للخارج لان للتاريخ عبرة على قوله الاخر باعتبار دعوى التملك وذو
اليد اولى على كل حال • هذا الذي ذكرنا اذا كان العين في يد احدهما • فاما اذا كان في ايديهما ان لم يؤرخا او ارخا
وتاريخهما على السواء يقضى بينهما نصفين لاستوائهما في الدعوى والحجة واليد • وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما
تاريخا في قول ابي حنيفة • فاما على قول ابي يوسف الاول يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ على قوله الاول • وعلى قوله
الاخر للتاريخ عبرة فيقضى لاسبقهما تاريخا • وعلى قول محمد الاول يقضى لاسبقهما تاريخا • فاما على قوله الاخر فلا عبرة
للتاريخ عنده فيقضى بينهما نصفين • وان ارخ احدهما فعلى قول ابي حنيفة لا عبرة للتاريخ فيقضى بينهما نصفين • وعلى
قول ابي يوسف الاول والاخر يقضى بينهما نصفين • اما على قوله الاول فلانه لا عبرة للتاريخ فيقضى نصفين • واما على
قوله الاخر التاريخ وان كان معتبرا باعتبار دعوى التملك الا ان في دعوى من ارخ واليد في ايديهما او بيد احدهما
يقضى بينهما نصفين • وعلى قول محمد الاول يقضى للذي لا تاريخ له لانه اسبقهما تاريخا من حيث المعنى • والتاريخ معتبر
على قوله الاول • فاما على قوله الاخر فلا عبرة للتاريخ فيقضى بينهما نصفين • هذا الذي ذكرنا اذا ادعيا ملكا مطلقا
فاما اذا ادعيا ملكا بسبب بان ادعيا تلقي الملك من اثنين بالميراث والشراء فالجواب كالجواب في الملك المطلق • لان كل
واحد منهما يحتاج الى اثبات ملك لملكه فكان الملكين حضرا وادعيا بانفسهما ملكا مطلقا والعين في يد ثالث او في يد احدهما
او في ايديهما فالجواب فيه على التفصيل الذي ذكرنا كما اذا ادعيا ملكا مطلقا • فاما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد
بالشراء او كان العين في يد ثالث ان ارخا وتاريخهما على السواء او لم يؤرخا يقضى بينهما نصفين لاستوائهما في الدعوى
والحجة والتاريخ • وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فانه يقضى لاسبقهما تاريخا عندهم جميعا لان التاريخ معتبر
عندهم جميعا في دعوى الشراء من واحد • واذا اعتبر التاريخ صار اسبقهما تاريخا اولى من الاخر كما لو ثبت الشراء معاينة
وان ارخ احدهما فالمؤرخ اولى عندهم • لان التاريخ حالة الانفراد معتبر في دعوى الشراء من واحد فيكون المؤرخ اولى
لان شراء الذي لم يؤرخ لاحق من حيث الحكم لانه لم يثبت سبق شرائه بدليل • وسبق شراء المؤرخ ثابت بالتاريخ فكان
الذي لا تاريخ له لاحقا • فاما ان كان في يد احدهما فذو اليد اولى الا ان يؤرخا وتاريخ احدهما اسبق فالسابق اولى
لان يد ذي اليد ثابت بيقين فلا تنقض بالشك • وان كان في ايديهما فهو بينهما نصفين الا اذا ارخا وتاريخ احدهما
اسبق لان يد كل واحد منهما ثابت من حيث الحقيقة فلا ينقض بالشك كذا ذكر شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر
زاده في اول باب الدعوى في الميراث في مبسوطه **قوله** قال ولو ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد
واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الثابت بالبينة كالثابت
معاينة • فلو ثبت السبق معاينة كان السابق اولى فكذا اذا ثبت بالبينة • وقول صاحب الهداية في تفسير قول القدوري

معناه من غير صاحب اليد نظر لان معنى دعوى تلقي الشرا من واحد دعوى الشرا من واحد لا من اثنين وذلك الواحد هو
الثابت • ثم بعد ذلك لا يخلو اما ان تكون العين التي وقع فيها الدعوى في يد ذلك الثالث او في يد احدهما او في
ايديهما ولا معنى لقوله منه من غير صاحب اليد وتمام البيان مر عند قوله • ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى
منه هذا العبد **قوله** وان اقام كل واحد منهما البينة على الشرا من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء • اي قال احد الخارجين
اشتريته من زيد وقال الآخر اشتريته من عمرو وذكرا تاريخا واحدا كان بينهما لاستوائهما وان كان تاريخ احدهما اسبق
كان اولى على قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف آخرا وقول محمد في رواية ابي حفص • وعلى قول ابي يوسف الاول
يقضى بينهما نصفين وذلك لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فصار كان البائعين حضرا وادعيا ملكا مطلقا بانفسهما والحكم
في دعوى الملك المطلق ذلك وكذا هنا وقد مر ذلك عند قوله وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ وعند
قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد **قوله** ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت
الاخرى قضي بينهما نصفان هذا لفظ القدوري في مختصره يعني اذا ادعى الخارجان شرا كل واحد من رجل آخر واقاما البينة
وارخ احدهما دون الآخر قضي بينهما نصفين كما اذا ادعيا ملكا مطلقا والحكم فيها اذا كانت العين في يد ثالث او في يد
احدهما او في ايديهما سواء • وذلك لان المشتريين يحتاج كل واحد منهما الى اثبات الملك لبائعه ملكا مطلقا لان هو
الملك غير ثابت لبائعه باتفاق خصمه فصار كان البائعين حضرا وادعيا ملكا مطلقا فتوقيت احدهما لا يدل على سبق
ملك بائعه فلعل ملك بائع الآخر اقدم • بخلاف ما لو ادعيا الشرا من واحد لانه لا حاجة هنا الى اثبات الملك للبائع
ثابت باتفاقهما • فاذا ثبت تاريخ احدهما يحكم به ويحال الحدوث في الآخر الى اقرب الاوقات **قوله** ولو
ادعى احدهما الشرا من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه • والرابع الصدقة والقبض
من آخر قضي بينهم ارباعا • وهذه من مسائل المبسوط ذكر تفريعا وذلك لانهم استووا في دعوى الملك دون السبب
وقد انتفى بالحجة فيوزع بينهم **قوله** قال وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم
تاريخا كان اولى • اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو
رواية عن محمد • وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه اي هذا قوله الآخر المرجوع اليه • قال القدوري
في كتاب التقريب ذكر ابن سماعة عن محمد انه رجع عن هذا بعد عوده من الرقة سنة ثلاث وثمانين ومائة وقال
الخارج اولى • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه روى اصحاب الاملاء عن محمد ان الخارج اولى لان التاريخ
على قول الآخر ساقط الاعتبار فكان كما ذكر من قول محمد مع قول ابي حنيفة قوله الاول وقد مر تمام البيان عند
قوله • وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى ويتفرع عليه قال شمس الائمة
البيهقي ارخا تاريخا سواء فالخارج اولى لانه لم يثبت تقدم احدهما فكانهما لم يؤرخا او ارخا وتاريخ احدهما اقدم فالاولى
اقدم عندهما • وعند محمد الخارج • وفي المسألة اختلاف الروايات في الاصول والمراد في هذا محمد التاريخ لا يدل
على سبق الملك اولا واخرا فصار وجوده وعدمه سواء لما الاقدم اثبت لنفسه الملك في زمان سابق ولا يمكن اثبات
الملك الا من جهته • وعلى هذا الخلاف اذا كانت الدار في ايديهما فوقتا فصاحب الوقت الاقدم اولى • وعند
محمد لا عبرة بالوقت **قوله** ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقت احدهما دون الآخر فعلى قول
ابي حنيفة ومحمد الخارج اولى • وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى • كذا ذكر الخلاف
في شرح الاقطع وهذه ذكرت تفريعا على مسألة القدوري • ثم قال وجه قولهما ان تاريخ صاحب اليد لا يدل على تقدم
ملكه لجواز ان يكون الخارج لو وقت شهوده كان ملكه اقدم • فاذا لم يدل التاريخ على تقدم الملك سقط فكانت
بينة الخارج اولى • ووجه قول ابي يوسف ان بينة صاحب اليد قد دلت على تقدم الملك فكانت اولى من الملك
المطلق كالمدعيين للشرا من واحد اذا ارخ احدهما الجواب ان الشرا معنى حادث • واذا لم يؤرخ حكم بوقوعه في
الحال فكان المتقدم اولى منه • والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه في الحال • قال شيخ الاسلام خواهر زاده
في مبسوطه في هذه المسألة اذا ارخ احدهما ولم يؤرخ الآخر فعلى قول ابي حنيفة الخارج اولى لانه لا عبرة للتاريخ عند
حالة الانفراد • وعلى قول محمد الاول يقضى للذي لم يؤرخ لانه اسبقهما تاريخا • وعلى قوله الآخر لا عبرة للتاريخ فيكون
الخارج اولى وهو قول ابي يوسف الاول وعلى قوله الآخر يقضى لذي اليد سواء كان التاريخ له او للخارج • هذا حاصل
ما قال شيخ الاسلام وتمام البيان مر عند قوله وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ
الاقدم اولى **قوله** ووقع الشك في التلقي من جهة ذي اليد • يعني ان الاحتمال والتردد وقع في معنى الدفع
هاهنا فلا يترجح بينة ذي اليد لانه لا اوجب بينة ذي اليد ولم يؤرخ بينة الخارج لم يتيقن بان يكون الملك
للخارج متلقى من جهة ذي اليد لجواز ان يكون الخارج لو وقت شهوده كان اقدم • فاذا وقع الاحتمال والتردد
في تضمنه معنى الدفع بطل بينة ذي اليد مع الشك **قوله** وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما اي على هذا الخلاف
اذا كانت الدار في ايديهما فارخ احدهما دون الآخر عندهما لا عبرة بالتاريخ • وعند ابي يوسف للمؤرخ **قوله**
ولو كانت في يد ثالث والمسألة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة • وقال ابو يوسف الذي وقت اولى • وقال محمد الذي لم

الطلق

الطلق اولى اراد بقوله والمسألة بحالها ان احدهما ارخ دون الآخر • قال القدوري في كتاب التقريب وقال ابو يوسف
فصاحب الوقت اولى • وروي عن ابي حنيفة ذلك • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه لم يذكر محمد هذا الفصل في
في المبسوط • ثم قال وذكر الطحاوي في كتابه خلافا بينهم فقال على قول ابي حنيفة يقضى بينهما ولا عبرة للتاريخ حالة الانفراد
عنده • وعلى قول محمد يقضى للذي لم يؤرخ • وعلى قول ابي يوسف يقضى للمؤرخ وقد ذكرنا تمام البيان عند قوله وان اقام الخارج
البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى • وجه قول محمد ان البينة بالملك المطلق تدل على ملك الاصل الا
ترى ان من اقام البينة على ملك في جارية استحقها واولادها وملك الاصل اولى من التاريخ • ووجه قول ابي يوسف ان
صاحب التاريخ اثبت ملكا متقدما فكان اولى لانه اثبت الملك من ذلك الزمان بيقين والذي لم يؤرخ يحتمل غير الاولية
والعمل باليقين راجح على المحتمل كما اذا ادعيا الشرا وارخ احدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ اولى • ووجه قول ابي حنيفة
ان التاريخ ساقط الاعتبار لانه يحتمل عدم التقدم فصارا كانهما اقاما البينة على ملك مطلق ولم يؤرخا كان بينهما
بخلاف الشرا حيث يرجح المؤرخ لان الشرا امر حادث فيضاف الى اقرب الزمان فيثبت شرا الآخر متأخرا عليه من زمان التاريخ
لا محالة **قوله** بخلاف ما اذا ارخ احدهما **قوله** قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب
اليد اولى اي قال القدوري في مختصره • وقال ابن ابي ليلى الخارج اولى كذا في شرح الاقطع • قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي واذا كانت الدابة في يد رجل فادعى رجل انها دابته نتجها عنده واقام البينة على ذلك واقام
الذي هي في يده البينة انها دابته نتجها عنده • فانه يقضى بها للذي هي في يده اخذ في هذا بالسنة والقياس ان لا يقضى
بواحد منهما لانهما تعارضا في الاثبات وليس احدهما باولى من الآخر • لكنا تركنا القياس بالسنة وهو ما روى عن ابي
حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجها عنده • واقام الذي في
يده انها ناقته نتجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي في يده • قال الخصاف في ادب القاضي حدثنا عبد الله
ابن محمد قال حدثنا ابو معاوية عن داود بن ابي هند عن الشعبي عن شريح قال اختصم اليه قوم في مهر فاقام هؤلاء البينة
انه مهرهم نتجوه • واقام هؤلاء البينة انه مهرهم نتجوه وهو في يد احدهما فقضى به شريح للذي هو في ايديهم • وقال
الآخرون اولى بالشبهة الى هنا لفظ الخصاف • ومعنى قوله اولى بالشبهة اي بضعف الحجة فكان المعنى فيه ان احدى
البينتين عارضت الثانية فبقيت اليد بلا معارض • او يقال بان بينة صاحب اليد تايدت باليد واليد تصلح سببا للترجيح
من حجته فرجحت بينة صاحب اليد بحكم اليد وكذلك العبد والامة • وقال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر
زاده في مبسوطه اختلف بعد هذا مشايخنا المتاخرون ان القضا لذي اليد في باب النتاج قضا ترك ام قضا استحقاق
فعلى قول عامة مشايخنا قضا استحقاق • وعلى قول عيسى بن ابان قضا ترك • وفائدة هذا الاختلاف تظهر في حق الاستحلاف
عندنا يقضى لذي اليد قضا استحقاق ولا يستحلف ذو اليد للخارج • وعنده يستحلف ذو اليد للخارج • وذهب في ذلك
الى ان البينتين تهاترتا فبطلتا فكانهما لم يقيما البينة اصلا • ولو لم يقيما البينة يقضى لذي اليد قضا ترك بعد ما يستحلف
للخارج فكذلك هاهنا • وانما قلنا بان البينتين تهاترتا وذلك لان القاضي تيقن بكذب احد الفريقين على وجه لا يجد
لذلك محلا يطلق له اداء الشهادة بالنتاج معاينة الولادة لاظهار اليد فعلى قياس ما قال عيسى يجب ان لا يقبل بينة
الخارجين على النتاج ويجب ان لا يقبل بينة ذي اليد اذا قامت بعد القضا للخارج كما في مسألة كوفة ومكة فيقضى
بشهادة احد الفريقين لا ينقض القضا بشهادة الفريق الآخر فكذلك هاهنا • ووجه ما ذهب اليه علماؤنا ان القاضي لم يتيقن
بكذب احد الفريقين لانه يجد لشهادة كل فريق محلا يطلق له الشهادة بالنتاج بان عاين احد الفريقين الولادة في يد الغاصب
ولم يعلموا بكونه غاصبا في الباطن وكانوا يرونه يتصرف في الدابة تصرف الملاك فحل لهم ان يشهدوا بالنتاج له ثم
والذين علموا الغصب يحل لهم ان يشهدوا للمغصوب منه • او عاين احد الفريقين حقيقة الولادة من هذه الدابة وعاين
الفريق الآخر ارتضاع هذه الدابة الاخرى والارتضاع من لبنها • فاذا وجد القاضي لشهادة كل فريق محلا يطلق له اداء الشهادة
لا يتيقن بكذب احد الفريقين فتقبل شهادتهما فكانت هذه الشهادة والشهادة بمطلق الملك سواء فكما لا تهاتر البينتان ثمة
فكذلك هاهنا • ومتى لم تتهاترا كان قضا استحقاق لذي اليد لا قضا ترك بخلاف مسألة كوفة ومكة لان المطلق للشهادة ثم
بالطلاق والعتاق معاينة الشهود ايقاع الطلاق والعتاق معاينة الشهود ايقاع الطلاق والعتاق لا طريق للاطلاع
غيره لك وانه لا يتصور في يوم واحد بكوفة ومكة فكانت احديهما كاذبة لا يجد لذلك محلا فيهما فتهاترت البينتان
يقال نتجت الناقة على ما لم يسم فاعله نتاجا ونتجها اهلها نتجا • كذا في الصحاح **قوله** ولو تلقى كل واحد منهما الملك
من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه اي لو ادعى كل واحد من الخارج
وذي اليد الملك من رجل على حدة واقام كل منهما البينة على النتاج عند بائعه صار اقامة البينة على النتاج عند بائعه
كاقامة البينة عليه عند نفسه فكان ذو اليد اولى • وقد ذكر هذه المسألة تفريعا على ما تقدم **قوله** ولو اقام
احدهما البينة على الملك والآخر النتاج فصاحب النتاج اولى • وهذا ايضا تفريع وذلك لان دعوى النتاج دعوى
اولية الملك ولا يثبت الملك للآخر الا بالتلقي من جهته **قوله** وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج
اولى • وهذا ايضا تفريع على مسألة القدوري • وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان بينته على اولية الملك • هذا

اذا ادعى احدهما الملك والاخر النتاج • اما اذا ادعى الخارجان فاقام كل واحد منهما البينة انها دابته نتجها عنده
فانه يقضي بها بينهما نصفين لانه فقد المرجح في حق كل واحد منهما فيعمل بهما بقدر الامكان • قال وان وقتت بينة احدهما
ولم توقت بينة الاخر وهي مشكلة يقضي بينهما نصفان لانها لا تكون رفضا للتوقيت وعدمه سواء • وان وقتا وقتين
كان سنها على احد الوقتين قضيت بها لصاحبه لانه ظهر كذب الثانية • وان كانت على غير الوقتين او كانت مشكلة تقضيت
بها بينهما نصفين لانه لم يثبت الوقت فصار كما لو لم يوقت • وفي رواية ابي الليث الخوارزمي اذا كان سن الدابة
على غير الوقتين فالبينتان باطلة لانه ظهر كذب بهما فلا يقضي بهما • كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين ابو الحسن علي بن محمد المعروف
بالاسبيجابي في شرح الكافي **قوله** ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضي له الا ان يعيدها
ذو اليد • وذكر هنا ايضا تقريبا • وذكر في الاصل اذا تنازعا شاة واقام كل واحد منهما بينة على النتاج
قضي به لصاحب اليد فجاء اخر وادعى انها نتجت في ملكه واقام بينة على ذلك يقضي له الا ان يعيد صاحب اليد بينة وذلك
لان الثالث لم يكن مقضيا عليه ببينة ذي اليد فيسمع بينة الثالث فيكون اولى الا اذا اعاد ذو اليد البينة
على النتاج على الثالث فترجح بينته باليد **قوله** وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج
يقبل وينقض القضاء • وذكر هذا تقريبا • وهذا لانه اذا ادعى الخارج وذو اليد الملك فاقام البينة تقضى بها للخارج
ثم ان ذا اليد اقام البينة على النتاج يقبل لانه نص على اولية الملك فينقض القضاء الاول **قوله** قال وكذا النسج
في الثياب التي لا تنسج الا مرة • اي قال القدوري في مختصره وهذا عطف على قوله وان اقام الخارج وصاحب
اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى • يعني اذا اقاما البينة على نسج ثوب مما لا يتكرر نسجه كغزل
القطن كان ذو اليد اولى لان ما لا يتكرر في معنى النتاج وهو لا يتكرر • وكذلك حلب اللبن فاذا اقام كل واحد
منهما البينة ان هذا اللبن حلب في ملكه وكذلك اتخاذ الجبن فاذا اقام كل واحد منهما البينة ان الجبن صنعه في ملكه
وكذا اتخاذ اللبد والمرعزى انه صنعه في ملكه • وكذلك الصوف اذا اقام كل واحد منهما بينة انه صوف جزه
من غنمه واقام ذو اليد البينة على مثل ذلك كان ذو اليد اولى • وان كان يتكرر نسجه كثوب الخز يقضي به للخارج
وان اشكل يرجع الى اهل الخبرة • وان اشكل عليهم ايضا اختلفت الرواية • وتمام البيان ما قال شيخ الاسلام
ابو بكر الرازي المعروف بخواهر زاده في مبسوطه هذا اذا تنازعا في ملك عين بسبب النتاج فاما اذا تنازعا
في ملك عين بسبب النسج • فان ادعى الخارج ان هذا الثوب نسجه واقام عليه البينة وذو اليد ادعى كذلك
واقام عليه البينة فهذه المسألة لا تخلو من ثلاثة اوجه اما ان يكون الثوب ثوبا يعلم يقينا انه لا يتكرر نسجه
ولا يلبس كالثوب المتخذ من غزل القطن والابريسم • او ثوبا يتكرر نسجه كالثوب المنسوج من الصوف والشعر
والوبر او كان مشكلا بين ان يتكرر وبين ان لا يتكرر فان كان ثوبا وقع فيه التنازع ثوبا علم يقينا انه لا يتكرر
نسجه كان الجواب فيه كالجواب فيما لو ادعيا النتاج لان كل واحد منهما ادعى في الثوب اولية الملك على وجه لا يتكرر
ولا يلبس فكان كدعوى النتاج • وان كان يعلم يقينا انه يتكرر لم يكن بمعنى النتاج فكان بمنزلة لو ادعيا ملكا
مطلقا في الثوب واقام البينة في مطلق الملك يقضي للخارج لانه يجوز ان يكون نسجه على ذي اليد بان غصب
من ذي اليد نقضه ونسجه مرة اخرى فكان بمعنى دعوى ملك مطلق من هذا الوجه • وان كان مشكلا بان اشكل
على القاضي فانه يرجع في ذلك الى اهل الصنعة فلقوله عز وجل فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون • فان قالوا
من قبيل ما يتكرر نسجه يقضي للخارج • وان قالوا من قبيل ما لا يتكرر نسجه يقضى لذي اليد وان اختلفوا في ذلك
حتى بقي مشكلا على القاضي اختلف الروايات في هذا الفصل ذكر في رواية ابي سليمان انه يقضي لذي اليد والحقه بما
لا يتكرر نسجه بيقين • وذكر في رواية ابي حفص انه يقضي للخارج والحقه بما يتكرر نسجه بيقين • وجه ما ذكر في
رواية ابي سليمان وهو ان يد ذي اليد ثابت على القبض الثوب بيقين • ووقع الشك في نقضه فلا ننقضه بالشك
قياسا على ما وقع هذا الاشكال في النتاج بان ارخا وسن الدابة مشكل • ويجوز ان يكون موافقا لوقت
كل واحد منهما • ويجوز ان يكون مخالفا يقضي لذي اليد لانه وقع الشك فيه • والدليل عليه ما لو ادعيا الشراء
من واحد والشيء في يد احدهما وارخ الخارج فانه يقضي لذي اليد لان يده ثابت بيقين فلم يجز نقضه بالشك • ووجه
في رواية ابي حفص ان القياس ان تكون البينة بينة الخارج في النتاج فانه اكثر اثباتا فانه يستحق الملك
الثابت لذي اليد ظاهرا • وذو اليد لا يستحق شيئا على الخارج الا انا تركنا القياس بالنص والضرورة
في النتاج فما كان بمعنى النتاج من كل وجه يلحق به ويكون النص الوارد في النتاج واردا فيه دلالة وما لم
يكن بمعنى النتاج من وجه دون وجه لا يلحق به فيرد الى ما يقتضيه القياس **قوله** والمرعزى المرعزى الزغب
الذي تحت شعر العنز وكذلك المرعزاء اذا خففت مددت وان شددت قصرت وان شئت تحذف الالف فتقال مرعز كذا ذكره الجوهري • وقال ابو علي بن قاسم بن عبيد وابن صاحب الاحتشاء كتاب
المقصور والممدود في باب ما جاء من المقصور على مثال مفعلى اسما ولم يات صفة المرعزى معروف ولا يجيء منه
غير هذا الحرف وهو مثل الخزاي الشيء المتكرر في الملك كالخز فانه ينسج فاذا بلي نقض ثم نسج مرة اخرى • والخز

ام

ام دابة في الاصل ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا كذا قاله صاحب المغرب • وكذلك الغرس والزراعة
والحبوب تتكرر فانه يغرس في موضع ثم يقلع ويغرس ثانيا • وكذلك الحبوب تزرع ثم تغربل فيزرع مرة اخرى **قوله**
والمعدول عنه بخبر النتاج يعني ان القضاء ببينة الخارج هو الاصل لانه القياس • لكن تركنا القياس بالخبر وهو
خبر النتاج وهو حديث جابر الذي رويناه قبل هذا • فاذا اشكل حال الثوب لم يكن الحاقه بالنتاج فيرد الى الاصل
وهو القياس فيقضى للخارج • وفي بعض النسخ بخبر النتاج بضم الخاء وسكون الباء • يعني انما عدلنا عن الاصل وهو القياس
بعلم النتاج ومعرفته • فاذا اشكل امر الثوب ولم يعلم لم يكن الحاقه بالنتاج لانه ليس في معناه • فرجعنا الى الاصل
قوله قال فان اقام الخارج البينة على الملك فاقام صاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى • اي قال القدوري
في مختصره وذلك لان دعوى الملك المطلق يدل على اولية الملك فيقتضي ان يكون الملك للخارج اولا والشراء يقتضي تلقي الملك منه ابدا
لان الشراء حادث ولا تنافي بين الامرين فيقضى ببينة ذي اليد فيجعل كان ذا اليد اشترى الملك من الخارج ثم اقام البينة انه
اشتراه منه • ثم انما يقدم صاحب اليد لانه اذا اقام كل واحد منهما البينة على ملك مطلق كان بينة الخارج اولى عندنا
من بينة ذي اليد خلافا للشافعي رحمه الله لانها اكثر اثباتا والمسألة معروفة في طريقة الخلاف **قوله** قال وان اقام كل
واحد منهما البينة على الشراء من الاخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد • اي قال القدوري في
مختصره اي ادعى الخارج انه اشترى من ذي اليد وادعى ذو اليد انه اشترى من الخارج واقاما البينة على ذلك تهاترت البينتان
عندهما اي تساقطتا خلافا لمحمد • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه اذا ادعى كل واحد منهما تلقي الملك من جهة صاحبه
كدار في يد رجل جاء رجل وادعى انه اشتراها من ذي اليد بالف درهم ونقد الثمن • وادعى ذو اليد انه اشتراها من الخارج
بمائة درهم ونقد الثمن واقاما جميعا البينة على ما ادعيا فهذا لا يخلو من اربعة اوجه اما ان لم يؤرخا او ارخا وتاريخهما
على السواء • او ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر • او ارخا وتاريخ احدهما اسبق • فان لم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء او ارخ
احدهما ولم يؤرخ الاخر فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قضاء ترك لا قضاء
استحقاق سواء شهد الشهود بالشراء والقبض جميعا او شهدوا بالشراء ولم يشهدوا بالقبض • وعند محمد تقبل البينتان جميعا ويقضى
بهما ثم لا يخلو اما ان شهدوا بالشراء ولم يشهدوا بالقبض فان شراء ذي اليد يتقدم على شراء الخارج فيجعل كان ذا اليد اشترى اولا
من الخارج وقبض ثم باع من الخارج ولم يسلم اليه فيؤمر بالتسليم الى الخارج • وان شهدوا بالقبض والشراء جميعا فانه يقدم
شراء الخارج على شراء ذي اليد كان الخارج اشترى اولا من ذي اليد وقبض ثم باع من ذي اليد بعد ذلك وسلم اليه فيقضى لذي
اليد بشراء الخارج • نص على هذا الفصل في الجامع الكبير يعني في البيوع في الباب الذي يلي باب الطويل • فاما محمد
ذهب في ذلك الى ان البينات حجج فيجب العمل بها ما امكن • وانما يمكن العمل بالبينتين اذا تقدم احد الشراءين بعينه على الاخر
الا ترى ان الشهود لو ارخوا وتاريخ احدهما اسبق حتى يثبت تقدم احد الشراءين بعينه على الاخر فانه يقضي بالعقدين • وهنا
احد الشراءين بعينه تقدم على الاخر من حيث الحكم والمعنى فيجب العمل بالبينتين كما لو ثبت تقدم احدهما بعينه على الاخر حقيقة بالتاريخ
فاما اذا شهدوا بالشراء ولم يشهدوا بالقبض فلان الثابت لذي اليد شراء القبض معاينة • والثابت للخارج شراء من غير قبض
فان الشهود شهدوا له بمجرد القضاء ولم يشهدوا له بالقبض ولم يثبت القبض معاينة • والشراء المقبوض اكد من الشراء من غير قبض
فاعتبر شراؤه سابقا على شراء الخارج تبسطا كما ذكرنا فانه لو لم يكن شراؤه سابقا لم يمكن من قبضه • واذا ثبت تقدم شراء ذي اليد
من حيث المعنى والحكم كان بمنزلة ما لو ثبت ذلك حقيقة بالتاريخ • ولو ثبت حقيقة بالتاريخ وجب القضاء بالعقدين فكذلك
هذا • وان شهدوا بالشراء والقبض جميعا يقدم شراء الخارج فان الانقضاء يدل على السبق والقيام على التاريخ فاعتبر مشتريا
الخارج سابقا على شراء ذي اليد بضرب من المعنى فكان بمنزلة ما لو ثبت حقيقة بالتاريخ والحق كالاقرار فانه تهاتر البينتان اذا لم
يؤرخا وادعى كل واحد منهما الاقرار من جهة صاحبه لانه لا يمكن اثبات السبق لاحد الاقرارين بعينه لا بالتاريخ ولا من حيث
المعنى • اما من حيث التاريخ فلاشكال فانهم لم يشهدوا بالتاريخ • واما من حيث المعنى بالقبض ان يجعل الاقرار الذي اتصل به
سابقا بحكم القبض فلان الاقرار لا يتاكد بالقبض حتى يجعل القبض دليل السبق من حيث المعنى • ولهذا قالوا لو ادعيا الاقرار
من جهة ثالث والشيء في يد احدهما • واقاما البينة فانه يقضى بينهما نصفين ولا يترجح ذو اليد بالقبض • واذا لم يجعل قبض ذي
اليد دليل السبق في باب الاقرار لم يثبت سبق احدهما على الاخر بعينه من حيث الحقيقة ولا من حيث المعنى فيعمل كانهما وقعا
معا كما في الغرقى والحرقى • ولو وقعا معا بطلا • ولما لم يمكن اثبات السبق لاحدهما بعينه لم يمكن العمل بالبينتين فتهاترتا واما
اثبات السبق لاحد الشراءين بسبب القبض يمكن على الاخر من حيث المعنى فامكن العمل بالبينتين فوجب العمل بهما • واما ابو حنيفة
وابو يوسف ذهبا في ذلك الى ان الشراءين قد ظهرا وجهل التاريخ بينهما فيجعل كانهما وقعا معا • كما لو ادعيا الشراء من ثالث
واقاما البينة لم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء جعل كانهما وقعا معا الا انهما لو وقعا معا حقيقة محال ان لم يبطل
فكذا اذا اعتبرا واقعين حكما • وهنا لو وقعا معا حقيقة بطل بان قال احدهما بعت منك وقال الاخر بعت منك وخرج
الكلامان معا فيطلا • وكذلك اذا ارخ احدهما لانه لا عبرة لتاريخ احدهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول
بين ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل اخر غير الذي ادعاه صاحبه • واذا لم يكن لتاريخ احدهما عبرة صار التاريخ وعدمه
بمنزلة فيجعل كانهما وقعا معا كما في الاقرارين • فاما اذا وقتا ووقت احدهما اسبق بان ارخ احدهما منذ شهرين والاخر

ثم هذا على وجهين اما ان يكون لهما تاريخا هو الخارج او ذا اليد • فان كان الخارج فهو على وجهين اما ان
شهد الشهود بالقبض والشرا جميعا • او شهدوا بالشرا دون القبض • فان شهدوا بالشرا والقبض جميعا فانه يقضي بالدار
جميعا • حتى لو كان الثمنان من وجه واحد ثم يتعذر تقاصا الا انه يقضي بالدار لآخرهما تاريخا • اما القضا بالعقدين
فلانه امكن ذلك لانه يثبت تقدم شرا الخارج على شرا ذي اليد بالبينة والثابت بالبينة كالثابت معاينة • ولو علمنا
ان الخارج اشترى اولا وقبض ثم باع من ذي اليد وسلم اليه كنا نقضي بالعقدين ونقضي بالدار لآخرهما تاريخا وهو ذو اليد
فكذا اذا ثبت هذا بالبينة • وان شهدوا بالشرا ولم يشهدوا بالقبض فانه يقضي بالدار لذي اليد عندهم جميعا بطريقين
مختلفين • وهل يقضي بالعقدين على قول ابي حنيفة وابي يوسف يقضي • وعلى قول محمد لا يقضي وذلك لان تقدم شرا الخارج
ثبت على شرا ذي اليد بالبينة ولم يثبت قبض الخارج والثابت بالبينة كالثابت معاينة • ولو عاين القاضي ان الخارج
اشترى اولا ولم يقبض ثم باع بعد ذلك من ذي اليد قبل القبض صح العقدان جميعا شرا الخارج وشرا ذي اليد بعد
قبل التسليم الى الخارج • لان بيع العقار قبل القبض جائز فكذا اذا ثبت بالبينة • واذا ثبت شرا ذي اليد آخرا قضي له
بالدار عندهما وقضي بالعقدين حتى لو كان الثمنان من جنس واحد ولم ينقد الثمن تقاصا • وعند محمد القضا بالعقدين
متعذر كما لو ثبت معاينة • فانا لو عاينا ان الخارج اشترى اولا من ذي اليد قبل ان يقبض ما اشترى من ذي اليد
باع بعد ذلك من ذي اليد لا يصح لان من مذهبه قبل القبض ان بيع المشترى لا يجوز عقارا كان او منقولا فكان القضا
بالعقدين متعذرا على مذهبه • حتى لو كان الثمنان من جنس واحد ولم ينقدا لا يقع مقاصة ولكن يقضي بالدار لذي
اليد بحكم البيع لانه لما تعذر تصحيحه بيعا من ذي اليد قبل القبض يجعل فسخا واقالة كما لو وهب المشتري المبيع من البائع
قبل القبض والبيع قبل يجعل اقالة لما تعذر تصحيحه هبة فكذلك ههنا الخارج لما باع ما اشترى من بائعه قبل القبض
ولم يمكن تصحيحه بيعا يعتبر اقالة فتصير الدار لذي اليد بحكم الاقالة • وما ذكر في الكتب ان المشتري اذا باع المبيع
من البائع قبل القبض لا يجوز فذاك قولهما • فاما على قول محمد يكون اقالة • فاما اذا كان اسبقهما ذا اليد فانه
يقضي للخارج ويقضي بالعقدين عندهم جميعا شهدوا بالقبض او لم يشهدوا • واما اذا شهدوا بالقبض فلانه يثبت
سبق شرا ذي اليد على شرا الخارج وقبضه بالبينة العادلة • والثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة • ولو
عاين القاضي ان ذا اليد اشترى اولا وقبض ثم باع من الخارج وسلم اليه والآن تراه في يد ذي اليد كان يقضي بعقدين
ويرد على الخارج كذا ههنا • وان لم يشهدوا بالقبض فانه يقضي بعقدين ويقضي بالدار للخارج في قولهم جميعا • اما
القضا بعقدين فلانه يثبت سبق شرا ذي اليد بعينه على شرا الخارج بالبينة وثبت قبضه معاينة ويثبت شرا الخارج
بعد ذلك من غير قبض بالبينة • ولو ثبت الامران معاينة صح العقدان • فانه لو اشترى ذو اليد اولا وقبض ثم
باع من الخارج ولم يسلم يقضي بعقدين ويؤمر بالتسليم الى الخارج عندهم جميعا فكذا اذا ثبت البينة كذا ذكره خواهر
زاده في مبسوطه في باب الدعوى في الشرا والصدقة والوقت في ذلك وباقي التقرير يعلم في باب الطويل من بيوع
الجامع الكبير قوله ولهما ان الاقدام على الشرا اقرار منه بالملك للبائع كل واحد منهما اقام البينة فصار كأنهما قاما
على الاقرارين • يعني ان دخول كل واحد منهما في البيع اقرار منه بالملك لبائعه فصار كأن كل واحد منهما اقام البينة
على اقرار الآخر • ولو اقاموا البينة على الاقرار تهاترت البينتان كذلك هذا ويبقى الشي في يد الذي هو في يده كذا
في شرح الاقطع قوله ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك يعني ان السبب اذا كان مفيدا للحكم يعتبر والا فلا وههنا
السبب وهو شرا كل واحد منهما من صاحبه لا يفيد الحكم وهو الملك لان القضا بالملك لاحدهما لا يمكن الا على وجه يبقى الملك
على صاحبه فيبقى مجرد السبب بلا حكم فلا يعتبر اثباته فتهاتر البينتان قوله فان لم يشهدوا على نقد الثمن
فالتقاص مذهب محمد للوجوب عنده اي لوجوب الثمن عليه لان البينتين لما جمعا عليه كان كل واحد منهما موجبا
للثمن على المشتري فيتقاص الوجوب بالوجوب قوله ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترا بالاجماع
لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول • اي لو شهد فريقا شهود الخارج وذي اليد
تهاترتا بالاجماع على اختلاف التخريج • اما عندهما فباعتبار ان دعوى كل واحد منهما اقرار بالملك لصاحبه • ولو
اثبتوا اقرار كل واحد منهما تهاترت البينتان فكذلك هذا • وعند محمد باعتبار انهم لما اثبتوا البيع والقبض كل واحد منهما
كان بيعهما جائزا وليس احدهما باولى من الآخر فسقطا للتعارض فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت فصار كأنهم
لم يشهدوا وهو معنى قوله لان الجمع غير ممكن بخلاف الاول وهو ما اذا لم يشهدوا بالقبض حيث يقضي بالعين ويكون
للخارج عنده لان الجمع بين البينتين ممكن لانا لو جعلنا بيع الخارج لاحقا يلزم البيع قبل القبض وهو لا يجوز فيجعل بيعه
سابقا قوله وان وقتت البينتان في العقار ولم يثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضي لصاحب اليد عندهما • وانما
قيد بالعقار ليبان الخلاف المذكور • وانما يقضي لصاحب اليد عندهما لان بيع العقار قبل القبض يجوز عندهما فيجعل
كأن الخارج اشترى ثم باع من ذي اليد قبل القبض • وعند محمد يقضي للخارج لان بيع العقار قبل القبض لا يجوز عنده
كالمنقول فيجعل كأن ذا اليد اشترى ثم باع ولم يسلم قوله وان اثبتا قبضا يقضي لصاحب اليد اي بالاتفاق لان بيع
العقار يجعل كأن الخارج اشترى وقبض ثم باع من ذي اليد على القولين اي على قولهما وقول محمد قوله وان كان

وثبت

وثبت صاحب اليد اسبق يقضي للخارج في الوجهين • اي فيما اذا شهد الشهود بالقبض او لم يشهدوا به • ووجهه ان يجعل
ذي اليد وقبضه محلا سابقا فيعد كانه باع ولم يسلم او باع وسلم الى الخارج ثم وصل الى ذي اليد بسبب آخر قوله
قال وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء اي قال القدوري في مختصره يعني لا يترجح احد المدعيين
على الآخر بزيادة العدد في بينته • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه قال الشافعي رحمه الله يثبت الرجحان
بزيادة العدد في الشهود وبزيادة العدالة وهو قول مالك والاصل ان الترجيح لا يقع بكثرة العلل لان كل علة صالحة
لنصب الحكم ابتدا • ولا يترجح بعض العلة بعلة اخرى الا اذا كانت في احديهما وصف زائد وهو القوي بها دون الاخرى وكل
شاهدين من الاربعة يصلحان ان يكونا علة فلا يترجحان بانضمام شاهدين آخرين اليهما • الا ترى الى ما قال شمس الائمة
السرخسي في اصوله في باب الترجيح ان ما يصلح علة للحكم ابتدا لا يصلح للترجيح فما لا يصلح علة موجبة للحكم ويتاتى ذلك في الشهادات
فان احد المدعيين لو اقام شاهدين واقام الآخر اربعة من الشهود لم يترجح الذي شهد له الاربعة لان زيادة الشا(هدين)
في حد علة تامة للحكم فلا يصلح مرجحا للحكم في جانبه وكذلك لو زيادة شاهد واحد لاحد المدعيين لانه من جنس ما يقوم
به الحجة فلا يقع به الترجيح اصلا • وانما يقع الترجيح بما يقوي ركن الحجة او يقوي معنى الصدق في الشهادة وذلك في ان
تتعارض شهادة المستور مع شهادة العدل بان اقام احد المدعيين مستورين والآخر عدلين فانه يترجح الذي شهد
له العدلان لظهور ما يؤكد معنى الصدق في شهادة شهوده وكذلك في النسب او النكاح لو ترجح حجة احد الخصمين
باتصال القضا بها لان ذلك مما يؤكد ركن الحجة فان بقضا القاضي يتم معنى الحجة في الشهادة ويتعين جانب الصدق
وعلى هذا قلنا في العلتين اذا تعارضتا لا تترجح احديهما بانضمام علة اخرى اليها وانما يترجح بقوة الاثر فيها فيه
بالذكر ما هو الركن في صحة العلة وكذلك الخبران اذا تعارضا لا يترجح احدهما على الآخر بخبر آخر بل بما به يثبت معنى
الحجة فيه وهو الاتصال برسول الله عليه السلام حتى يترجح المشهور بحكم رواية على الشاذ لظهور زيادة القوة فيه
من حيث الاتصال برسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يترجح بفقه الراوي وحسن ضبطه واتقانه لانه لا يتقوى به معنى هو
الاتصال برسول الله صلى الله عليه وسلم على الوجه الذي وصل الينا بالنقل • وكذلك الآيتان اذا وقعت المعارضة
بينهما لا يترجح احديهما بآية اخرى بل يترجح بقوة في معنى الحجة وهو ان يكون نصا مفسرا والآخر مؤولا • وكذلك لا يترجح احد
الخبرين بالقياس لما عرفنا انما يقع به الترجيح هو ما لا يصلح علة للحكم ابتدا بل انما يكون مقويا لما به صارت العلة موجبة للحكم ولنا
هذا اشار في المتن بقوله على ما عرف في اصول الفقه قوله قال واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما
جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة • اي قال القدوري
في مختصره وقال ابو يوسف ومحمد هي بينهما اثلاثا • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه اذا كانت الدار في
يد رجل ثالث ان لم يقم لهما بينة فانه يحلف ذو اليد فان حلف ترك الدار في يده لانه لما حلف انقطع دعواهما فكأنهما
لم يدعيا • وان اقاما البينة فبينة كل واحد منهما مسموعة على ما ادعى لان كل واحد منهما فيما ادعى لنفسه خارج
وبينة الخارج مسموعة على ذي اليد • واذا سمعت بينة كل واحد منهما قسمت الدار بينهما عند ابي حنيفة على طريق المنازعة
ارباعا واصله من سهمين لحاجتنا الى النصف فمدعي الجميع يدعي الجميع ومدعي النصف لا يدعي الا سهما فقد تفرد بدعوى الجميع
بدعوى سهم فيكون له بلا منازعة فبقي سهم استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما فتنكسر فتضعف فيصير اربعة • وان شئت
قلت انا نحتاج الى حساب له نصف ولنصفه نصف صحيح • واقل ذلك اربعة اسهم فاصل الدار على اربعة اسهم فنقول
لا منازعة لمدعي النصف فيما زاد على النصف وهو سهمان ويدعيه صاحب الجميع فيكون له نصف الدار فبقي النصف
وذلك سهمان استوت منازعتهما فيه فيصير بينهما نصفان لكل واحد منهما سهم فقد حصل لمدعي الجميع سهمان بلا منازعة
وسهم مع المنازعة وذلك ثلاثة ارباع الدار فكان له ثلاثة اسهم ولمدعي النصف سهم • وعلى قولهما يقسم على طريق العول
والمضاربة فيضرب مدعي الجميع بالكل وذلك سهمان ومدعي النصف بالنصف وذلك سهم فيصير الدار بينهما على ثلاثة
اسهم ثلثا الدار لمدعي الجميع والثلث لمدعي النصف والله اعلم والباب مبني على اصول احدها ان التساوي في سبب
الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق كالبنين في الميراث • واصل آخر وهو ان بينة صاحب اليد والخارج
اذا تعارضا في الملك المطلق كان الخارج اولى • واصل آخر ان عند ابي حنيفة ان من يدلي بسبب صحيح يضرب بجميع حقه كاصحاب
العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرما الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه • وكل من لا يدلي بسبب صحيح فانه
يضرب بقدر نصيبه حالة المزاحمة • وذلك مثل مسئلتنا ومثل الموصى له باكثر من الثلث • وقال ابو يوسف ومحمد
يضرب كل واحد بجميع ذلك كاصحاب العول • والفرق بين السبب الصحيح وغيره على قول ابي حنيفة ان كل سبب يتعلق
به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه فهو سبب صحيح • وما لا يتعلق به الاستحقاق الا بمعنى ينضم اليه فليس بسبب
صحيح • ووجه قول ابي حنيفة ان السبب الذي لا يتعلق به الاستحقاق بنفسه اضعف من السبب الذي يتعلق به الاستحقاق
بنفسه بدليل ان الهبة والوصية التي لا يتعلق الاستحقاق بعقدهما اضعف من البيوع الذي يتعلق الاستحقاق بنفس العقد فلو
سوينا بينهما في المضاربة لسوينا بين السبب الضعيف والقوي وهذا لا يصح • ووجه قولهما ان كل واحد منهما لو انفرد
استحق جميع ما يدعيه فاذا تزاحما ضرب بما يدعيه كاصحاب العول • واصل آخر ان من كان في يده شي من الدار فقام

البينة على استحقاق سهام منها فيقسمه ينصرف الى ما في يده • فان فضل ما في يده كان ما في يد صاحبه لانه
لو لم يكن كذلك لصار ممسكا ما في يده بغصب من غير حق والواجب حمل امر المسلم على الصحة ما امكن فاذا ثبت
هذه الاصول قلنا كل واحد من المتداعيين لا يدلي بسبب صحيح • الا ترى ان الدعوى لا يتعلق بها الاستحقاق الا
بانضمام معنى اخر اليها اما اقرار او بينة او حكم حاكم • واذا كان كذلك اشبهت الدار عند المنازعة على الدعاوي ثم
فنقول مدعي النصف لا دعوى له في النصف الاخر ما تفرد به صاحب الجميع والنصف الاخر كل واحد منهما يدعيه وقد
اقاما عليه البينة والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فكان هذا النصف بينهما
نصفين فيحصل لصاحب الجميع ثلاثة ارباع الدار ولمدعي النصف الربع على قولهما يضرب كل واحد منهما بجميع دعواه
لان الاسباب كلها سواء عندهما فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب بذلك صاحب الجميع
ويضرب مدعي النصف بسهم فيكون بينهما اثلاثا كذا في شرح الاقطع وغيره • وقال في شرح الطحاوي وصورة
المنازعة ان كلما خرج من دعوى فهو مسلم للاخر بلا منازعة فههنا صاحب النصف يدعي النصف فالنصف خلا
من دعواه وسلم لصاحب الجميع والنصف الاخر استوت منازعتهما فيه فيقضي بينهما نصفين لصاحب الجميع ثلاثة ارباعها
ولصاحب النصف الربع • وصورة العول ان يضرب كل واحد منهم بسهمه فيجمع السهام كلها ويقسم العين على مبلغ السهام
فههنا صاحب الجميع يدعي الجميع وصاحب النصف يدعي النصف فيحتاج الى حساب له نصف واقل ذلك سهمان فصاحب
الجميع يدعي سهمين وصاحب النصف يدعي سهما فيقسم بينهما على ذلك • واجمعوا ان المنازعة اذا وقعت في الاعيان
الثلاثة فانه يقسم على طريق المنازعة وهو انه لو كان ثلاثة اعبد في يد رجل فجاء ثلاثة نفر احدهم يدعي الجميع و
الاخر يدعي اثنين بعينهما والاخر يدعي واحدا بعينه فان العبد الثالث لمدعي الجميع بلا منازعة • والعبد
الثاني بين مدعي الجميع وبين مدعي الاثنين نصفين • والعبد الثالث بينهم اثلاثا كذلك اذا وقعت المنازعة
في اجزاء العين عند ابي حنيفة • وفي الميراث يقسم على طريق العول بالاجماع كما في امراة ماتت وتركت زوجا واختا
لاب وام واختا لاب للزوج النصف وللاخت لاب وام النصف وللاخت من الاب السدس تكملة الثلثين فتعول
الفريضة الى سبعة وكانت في الاصل من ستة وكذلك ههنا على قولهما • والاصل عند ابي حنيفة انه متى وجب
الضرب في العين لنفسه يقسم على طريق المنازعة على ما ذكرنا في هذه المسئلة • ومتى وجب الضرب في العين و
لغيره يقسم على العول كالميراث كرجل مات وترك الفا ولرجل عليه الف درهم وللاخر عليه خمسمائة فالالف
بينهم اثلاثا على طريق العول لان حقهم كان في الذمة ثم انتقل الى العين **قوله** يضرب بكل حقه سهمين اي هو
ياخذ بحسب كل حقه سهمين **قوله** ولهذه المسئلة نظائر واضداد اي للمسئلة المذكورة اشباه اي حكم فيها
ابو حنيفة بالمنازعة كما في هذه المسئلة وهما حكما بالعول كما في هذه واضداد اي حكم فيها ابو حنيفة بالعول وصاحباه
بالمنازعة فمن النظائر الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بجميع العين مع الموصى له
بنصف تلك العين • ومن الاضداد ما نقل الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي عن كتاب الماذون على ضد
هذا الاختلاف ان على قول ابي حنيفة يقسم على طريق العول وعندهما يقسم على طريق المنازعة وهو ان عبدا بين رجلين
اذن له في التجارة فادان لاحدهما مائة درهم ولاجنبي مائة درهم • فان دين الاجنبي يثبت كله ودين المولى
يثبت نصف الذي يصيب نصيب شريكه • ولا يثبت النصف الذي لاقى نصيب نفسه فبعد ذلك اذا بيع العبد
بمائة او مات وترك من كسبه مائة درهم او قتل فاخذت قيمته مائة درهم فان هذه المائة تقسم بين المولى الاخر
الذي دانه وبين الاجنبي اثلاثا على طريق العول عند ابي حنيفة وعلى طريق المنازعة عندهما ارباعا ومسئلة ذكرها
في كتاب الزيادات على ضد هذا الاختلاف الذي في كتاب الدعوى وهي ان المدبر اذا قتل رجلا عمدا وله ابنان
وقتل اخر خطا فعفا احد وليي العمد انقلب نصيب الاخر مالا له نصف الدية خمسة الاف ولصاحب الخطا كل
الدية عشرة الاف فالمولى يغرم قيمته واحدة لانه لا يمكن دفع المدبر ولكن تلك القيمة تقسم بين وليي العمد والخطا
اثلاثا عند ابي حنيفة على العول وقياس هذا على ما لو قتل المدبر رجلا خطا وقتل اخر خطا فان المولى يغرم القيمة
بينهما اثلاثا كذلك ههنا • وعلى قولهما ارباعا على طريق المنازعة وكذلك هذا في عبد قتل رجلا عمدا وله ابنان
وقتل اخر خطا فعفا احد وليي العمد وانقلب نصيب الاخر مالا فله النصف الدية خمسة الاف ولصاحب الخطا
عشرة الاف فدفع المولى العبد اليهما عند ابي حنيفة يقسم اثلاثا وعندهما ارباعا • ولو فدى فدى بجميع حقهما
بالاجماع والباقي يعلم في شرح الزيادات في باب جناية ام الولد على مولاها عمدا **قوله** ولو كانت الدار في
ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء • وهذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لان الدار في ايديهما واليد من اسباب الاستحقاق • والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب
التساوي في نفس الاستحقاق فصار في يد كل واحد منهما النصف • ثم دعوى مدعي النصف ينصرف الى النصف
الذي في يده دون النصف الاخر لانه لو لم يكن كذلك يلزم ان يكون غاصبا في امساك النصف الذي في يده ولحمل
المسلم يجب حمله على الصلاح ما امكن وقد اقام الخارج وذو اليد البينة على ذلك النصف فكان الخارج اوليا

وهو

وهو مدعي الكل والنصف الذي في يد مدعي الجميع سلم له لا على طريق القضاء لانه لا منازع له فيه • فان لم يقم لهما بينة فانه
يحلف مدعي النصف لمدعي الجميع ولا يحلف مدعي الجميع لمدعي النصف لان مدعي النصف لا يدعي لنفسه شيئا مما في يد صاحب
الجميع • وصاحب الجميع يدعي النصف الذي في يد صاحب النصف وهو منكر فيحلف • فان حلف انقطع دعوى صاحبه وصار
الحال بعد الحلف كالحال قبله وقبل الحلف كانت الدار في ايديهما نصفين فبعد الحلف كذلك **قوله** لانه خارج
في النصف فيقضي ببينته والنصف الذي في يده صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له • ولو لم
ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده اي لان صاحب الجميع في ذلك النصف
والنصف الذي في يدي صاحب الجميع لا يدعي ذلك النصف صاحب صاحب الجميع وهو مدعي النصف • وانما لا يدعيه لان
مدعاه النصف لا غير فلما كان كذلك سلم النصف الذي في يد صاحب الجميع عن المنازعة فسلم ذلك النصف له بلا قضاء وهذا
معنى قوله وهو في يده سالم له • اي والنصف الذي في يد صاحب الجميع سالم لصاحب الجميع • ولو لم ينصرف اليه دعواه هو
متعلق بقوله لان دعواه النصف اي ولو لم ينصرف دعوى صاحب النصف الى النصف لا غير كان بامساك النصف الذي
في يده ظالما غاصبا • فاذا كان دعوى النصف منصرفا الى النصف الذي في يده لم يوجد الدعوى من صاحب النصف
في النصف الذي في يد صاحب الجميع ولا قضاء بلا دعوى فيترك في يده اي فيترك النصف الذي في يد صاحب الجميع له لا على وجه
القضاء **قوله** قال واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة
يوافق احد التاريخين فهو اولى • اي قال القدوري في مختصره وبيان المسئلة مر عند قوله وكذا اذا كان الدعوى
من خارجين فبينة النتاج اولى **قوله** وان اشكل ذلك كانت بينهما اي وان اشكل سن الدابة كانت الدابة
بينهما ويسقط التوقيت لانه لا دلالة فيه فكانهما اقاما البينة على النتاج **قوله** وان خالف سن الدابة الوقتين
بطلت البينتان • وكذا ذكر الحاكم قال في شرح الاقطع فان خالف سن الدابة الوقتين قضي بها لصاحب اليد • ثم قال
الحاكم والصحيح ان تبطل البينتان • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان كانت
على غير الوقتين او كانت مشكلة قضيت بها نصفين لانه لم يثبت الوقت فصار كانهما لم يوقتا • وفي رواية ابي الليث
الخوارزمي اذا كان سن الدابة على غير الوقتين فالبينتان باطلة لانه ظهر كذبهما • اي هذا لفظ شيخ الاسلام المذكور
وقد مر مرة • وقال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه فان كان على غير الوقتين او كانت مشكلة
فاني اقضي بها نصفين • ثم قال هكذا ذكر محمد ثم قال قالوا ما ذكر من الجواب مستقيم جوابا لاحدى المسئلتين وهي قوله او
كانت مشكلة لانها متى كانت مشكلة يحتمل ان يكون سن الدابة مخالفا الوقت كل واحد منهما وموافقا فلم يتيقن بكذب احد
الفريقين وقد استويا في الدعوى والحجة فيقضي بينهما نصفين • فاما متى كان على غير الوقتين فانهما لا يقضى لهما بشيء
لان القاضي تيقن بكذب شهادة كل فريق وهذا مانع من قبول الشهادة كما في حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع ايضا
ثم قال خواهر زاده والدليل على صحة هذا ما روى ابو الليث الجواب عن محمد على هذا التفصيل فقال اذا كان سن
الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشيء ويترك في يد ذي اليد قضاء ترك فكانهما
لم يقيما البينة • ومنهم من يقول بان الالف في قوله او كانت مشكلة زيادة وقعت غلطا من الكاتب فكانه قال وان
كان على غير الوقتين وكانت مشكلة يقضى بينهما نصفين فيكون قوله وكانت مشكلا تفسيرا لقوله على غير الوقتين يعني
على غير الوقتين على سبيل الشك لا على سبيل اليقين يعني يجوز ان يكون موافقا للوقتين ويجوز ان يكون مخالفا • فاما
متى كان مخالفا للوقتين بيقين فانه لا يقضى لهما بشيء ويترك في يد ذي اليد كما في حالة الانفراد اذا خالف سن الدابة
الوقت فيحمل ما ذكر محمد في الكتاب على احد هذين التاويلين كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه **قوله**
واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والاخر بوديعة فهو بينهما • وهذه من مسائل
الجامع الصغير ذكرها في كتاب القضاء • وذلك لان المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب فصار دعوى الوديعة
والغصب سواء والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق

فصل في التنازع بالايدي

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوع الملك بظاهر
اليد لان الاول اقوى • ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد **قوله** واذا تنازعا في دابة احدهما
راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الراكب له تصرف ظاهر فصار
كالمتنازعين في الدار احدهما ساكنها والاخر اخذ بحلقة الباب ان الساكن اولى • وكذلك اذا تنازعا في بعير وعليه
حمل لاحدهما كان صاحب الحمل اولى لان له يدا ظاهرة وتصرفا • قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو كانا
جميعا راكبين احدهما في السرج والاخر خارج السرج قضي بالدابة بينهما بالاجماع • وروي عن ابي يوسف انه قال
يقضى بالدابة للراكب في السرج الى هنا لفظه في كتاب الصلح من شرح الطحاوي • ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر هشام
اللؤلؤي رجلان على دابة احدهما راكب في السرج والاخر رديف فادعيا الدابة فهي لراكب السرج • فان كانا في السرج
فهي بينهما نصفان فعلم بما ذكر في شرح الطحاوي والاجناس ان الدابة في ظاهر الرواية بينهما نصفين • ومما ذكر صاحب
الهداية بقوله اذا كان احدهما راكبا في السرج والاخر رديفه فالراكب اولى اي راكب السرج اولى من الرديف

فذلك على رواية النوادر **قوله** بخلاف ما اذا كانا راكبين اي في السرج **قوله** واذا تنازعا في بغل واحدهما راكبه والاخر متعلق بلجامه فالراكب اولى • هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الراكب اظهر تصرفا من المتعلق • ولهذا يصير غاصبا بالركوب دون التعلق **قوله** ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما • قال صاحب الهداية معناه لا على طريق القضاء وانما ذكره تفريعا على مسئلة القدوري في مختصره • وذلك لان الجلوس على البساط لا يدل على اليد • ولهذا لا يصير غاصبا به بخلاف الركوب على الدابة وكذا النوم على البساط ليس بدليل على اليد وبه صرح في شرح الطحاوي • وهذا كله اذا لم يقم البينة فاذا اقاما البينة فبينة الخارج اولى من بينة ذي اليد **قوله** قال واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد اخر فهو بينهما نصفان • اي قال في كتاب القضاء من الجامع الصغير وذلك لان احدهما لا يترجح بكثرة الامساك لان الزيادة من جنس الحجة فلا تصلح للترجيح كزيادة الشهود في احد المدعيين • الا ترى انهما لو تنازعا في دابة عليها حمل لكل واحد لكل منهما وحمل احدهما اكثر كانت بينهما نصفين ولا يترجح صاحب الكثير فكذا هنا **قوله** قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكون في يده الصبي الصغير فيقول هو عبدي فيبلغ الغلام فيقول انا حر فالقول قول الغلام هو عبد للذي هو في يديه • فان كان صبيا يعبر عن نفسه او كان كبيرا وهو في يديه فقال هو عبدي فقال لا بل انا حر فالقول قول الذي ادعى انه حر هذا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير في كتاب القضاء وذلك لان الصغير بمنزلة الثوب والبهيمة فالقول فيه قول صاحب اليد • فاذا كبر وادعى الحرية لم ينتقض الامر الثابت ظاهرا بغير حجة • فاما اذا كان يعبر عن نفسه فهو صحيح القول فيما ينفعه كالاسلام وقبول الهبة ودعوى الحرية تنفعه فيقبل قوله وكذلك الكبير لانه في يد نفسه فلا سبيل لاحد عليه ما لم يثبت رقه فيكون القول قوله في دعوى الحرية • والمراد من المعبر عن نفسه ان يتكلم ويعقل ما يقول

قوله ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده • وصورة المسئلة في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل يكون في يده الصبي الكبير فيقول هو عبدي فلان هو لاخر فالقول قول الذي في يده لانه اقر بانه لا يد له والكبير شاهد برقه هو في يده بل في يد صاحب اليد • وذلك لان اقراره بالرق اذا كان صغيرا لكنه لم يعبر عن نفسه كان من الامة الزنجية اخرا ضعيفة وثبوت الرق هنا بدعواه في اليد لان عند ملاصقة بدعوى الحرية لا يثبت له اليد عليه • لانه عدم المعارض ويكون القول قوله رقه بمنزلة الصبي الذي لا يعقل **قوله** قال واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللاخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشئ • اي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه في كتاب القضاء محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الحائط لرجل عليه جذوع وللاخر عليه هرادي قال الحائط لصاحب الجذوع وليست الهرادي بشئ • والهرادي جمع هردية وهي قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم ترسل عليها قضبان الكرم كذا في ديوان الادب • لكن صحح في الديوان الهاء والحاء جميعا • وقال في الصحاح الحردي من القصب نبطي معرب ولا تقل الهردي • ورايت في نسخة نقية عتيقة من نسخ مختصر الكرخي الحرادي بالحاء • وقال صاحب الجمهرة في باب الحاء والدال والراء الذي يسميه البصريون الحردي من القصب فهو نبطي معرب وكذا قال صاحب الديوان ايضا الحردي واحد حرادي القصب فعلى هذا يجوز ان يقال بالحاء والهاء جميعا والرواية في الاصل والكافي للحاكم الشهيد بالحاء • وفي الجامع الصغير لشرح الكافي وقعت بالهاء لا غير • قال الامام شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا كان الحائط بين داربن فادعاه صاحب كل واحد من الداربن فان ابا حنيفة رحمه الله قال ان كان لاحدهما عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع لانه في يد صاحب الجذوع • يعني ان اليد المستعملة واليد المستعملة لصاحب الجذوع لان الحائط ما بني الا له وصار كاثنين تنازعا في دابة احدهما راكبها والاخر اخذ بلجامها يقضي بها للراكب لانها في يده وللاخر فيها نوع تعلق كذا ههنا • فان كان له عليه هرادي او بواري لم يستحق بها شيئا وكان الحائط لصاحب الجذوع لانه هو المستعمل للحائط استعمالا مثله لانه يبنى لوضع الجذوع والتسقيف عليه دون وضع الهرادي لكنه لا يؤمر برفع الهرادي والبواري لان القضاء وقع له بالحائط بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الاستحقاق الثابت للغير ظاهرا وان كان الحائط متصلا ببناء احدهما وللاخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع لانه مستعمل للحائط كالذي بيده وثبوت اليد على ما جاوره وقد لا يكون فوقا عليه الا ان يكون اتصالا بتربيع وهو ان يكون احد طرفي الاخر في هذا الحائط والطرف الاخر في الحائط الاخر حتى يصير في معنى حائط واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوتا على الكل فيكون الحائط لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع موضع جذعه • وكذلك اذا كان الحائط متخذا من الخشب فتكون الخشبة التي في هذا الحائط مركبة بالخشبة التي في ذلك الحائط ولان اتصال التربيع ادل على سبق اليد من وضع الجذوع فتكون الخشبة التي على الجدار لانه

اما لو وضع عليه لعد تمامه وصيرورته حائطا حتى يرد فاستوى يد احدهما فصيرناه له به الا انه لا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه لانا قضينا لصاحب الاتصال ذي التربيع بالجدار بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الثابت فيكون لصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لانا لم نتيقن بكونه مبطلا في الوضع لانه قد يستحق الوضع مع كون الحائط لغيره كالبيت فلم يكن هذا امرا زائدا فان لم يكن متصلا ببناء احدهما ولم يكن عليه جذوع فهو بينهما نصفان لان كل واحد منهما يدعيه وليس احدهما باولى من الاخر فيقضي بينهما **قوله** وقد يسمى اتصال تربيع اي يسمى اتصال المداخلة بين اتصال تربيع • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه تفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر او اجر فان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلا في غير المتنازع فيه وانصاف لبن غير المتنازع فيه داخلا في المتنازع فيه وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساجة احدهما مركبا في الاخر • فاما اذا نقب وادخل لا يكون تربيعا **قوله** ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة • قال في شرح الاقطع فان كان لهما جميعا عليه جذوع فهو بينهما نصفان سواء كثرت جذوع احدهما او قلت بعد ان يكون لاحدهما عليه ثلاثة جذوع • وذلك لانهما تساويا في كون الحمل لهما على الحائط فلا يعتبر بالزيادة اذا كان لكل واحد منهما حمل مقصود كما لو تنازعا في بعير ولاحدهما عليه مائة رطل وللاخر خمسون انها جميعا سواء كذلك في هذا • وان كان لاحدهما عليه جذع واحد او اثنان وللاخر ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة فاما دون الثلاثة موضع جذعه والحائط للاخر وهو رواية اصحاب الاملاء عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله • وذكر محمد رحمه الله في كتاب الاقرار ان الحائط لصاحب الخشب الكثير ولصاحب الخشبة الواحدة ما تحت خشبه من حق الوضع وفي رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما ما تحت خشبه • والقياس ان يكون بينهما نصفين • ووجهه ان وضع الخشبة تصرف فهو يد لان في ايديهما فلا معتبر بالقلة والكثرة كثوب تنازعه اثنان احدهما ممسك لطرفه والاخر باكثره • وانما تركوا القياس لان وضع الخشب ما استحق به الحائط استحق صاحب القليل بقدر خشبه وصاحب الكثير بقدر خشبه لثبوت يد كل واحد منهما في ذلك المقدار الذي وضع عليه • ووجه رواية كتاب الاقرار ان الخشبة الكثير حمل مقصود ولان الحائط يبنى له والخشبة الواحدة ليست بحمل مقصود فصار كبعير تنازعه اثنان لاحدهما عليه حمل وللاخر اداوة الا ان على هذه الرواية تترك الخشبة الاخرى على حالها لما قدمنا ان الظاهر هو يصلح للدفع لا لابطال الثابت ثم اختلف اصحابنا المتاخرون على الرواية التي لكل واحد منهما ما تحت خشبه في حكم ما بين الخشب • قال بعضهم هو بينهما نصفان لانه لا يد لاحدهما فيه فلم يكن احدهما باولى من الاخر كرجلين تنازعا في دار وفي يد احدهما بيت منها وفي يد الاخر بيتان ان الساحة بينهما نصفان كذلك ما بين الخشبة • ومنهم من قال يكون ذلك بينهما على قدر خشب كل واحد منهما لان صاحب الخشب الكثير مستعمل للحائط اكثر من استعمال الاخر فاعتبر مستعملا بحائط الجذوع وهو المراد من قوله وقيل على قدر خشبهما حتى يكون لصاحب الجذع عشر حصان ولصاحب الجذوع الثلاثة ثلاثة الاخماس **قوله** وللاخر موضع جذعه في رواية اي حق الوضع وهو رواية كتاب الاقرار **قوله** وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبه وهي رواية كتاب الدعوى والصلح كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه **قوله** ثم قيل ما بين الخشب بينهما اي نصفان • يعني اختلف المشايخ على رواية كتاب الدعوى والصلح في حكم ما بين الخشب فقيل بينهما • وقيل على قدر خشبهما وقد مر انفا **قوله** ولو كان لاحدهما جذوع وللاخر اتصال فالاول اولى • وهنا نسختان احديهما هذه والاخرى لو كان لاحدهما اتصال وللاخر جذوع • قيل النسخة الاخرى هي الصواب لانها الموافقة لما في الكتاب من المعنى لانه اراد بقوله وجه الاول الاتصال فينبغي ان يكون ذكر الاتصال مقدما على النسخة الاولى • ينبغي ان يقال وجه الثاني مكان قوله وجه الاول لان الاتصال هو الثاني فيها • وكذلك اثبت في بعض النسخ ايضا قال في شرح الاقطع في اختلافهما في الحائط ولاحدهما اتصال به من احد جانبيه وللاخر جذوع • والاتصال هو مداخلة اللبن بعضه في بعض قد ذكر في كتاب الدعوى ان صاحب الجذوع اولى • وذكر الطحاوي ان صاحب الاتصال اولى • وجه الرواية الاولى ان الجذع تصرف ظاهر والاتصال من جانب به فصاحب التصرف اولى من صاحب اليد كما لو تنازعا الدابة لاراكبها ومتعلق بلجامها • ووجه الرواية الاخرى ان الاتصال يجعل الجميع كحائط واحد وقد حكمنا ببعضه لصاحب الدار فاستحق باقيه • وكان الشيخ ابو عبد الله الجرجاني يقول هذه الرواية هي الصحيحة فان كان لاحدهما اتصال تربيع وهو ان يكون الحائط مداخلا للحائط المتنازع فيه فيصير الجميع بناء واحدا وهو كالقبة والازج فاذا حكمنا له ببعضه حكمنا له بجميعه ويكون اولى من صاحب الاجذاع • واذا ثبت اتصال التربيع يستحق به الحائط ترك الجذوع على حالها لان صاحب التربيع استحق الحائط بالظاهر فلا يجوز ان يستحق به ذلك يد صاحب الجذوع وليس يمتنع ان يكون الحائط في الاصل لاحدهما والاخر عليه حق الوضع **قوله** وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني اي كون صاحب الاتصال من جهة واحدة اولى من صاحب الجذوع • رواية الطحاوي وقال الشيخ ابو عبد الله الجرجاني هي الصحيحة • قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وان كان وجه الحائط الى احدهما وظهره الى الاخر قال ابو حنيفة رحمه الله يقضي بالحائط بينهما ولا يقضي لمن اليه وجه الحائط • وقالا يقضي بالحائط لمن اليه وجه الحائط • هذا اذا جعل الوجه الوقت البناء حيث بنى • فاما اذا جعل الوجه بعد البناء بالنقش والتطيين فلا يستحق به الحائط في قولهم جميعا • وكذلك الاختلاف فيما اذا تنازعا في حص بين الكرمين والقمط الى احدهما قال ابو حنيفة يقضي به بينهما • وقالا يقضي به لمن اليه القمط • ولو تنازعا في باب مغلق على حائط بين داربن والغلق الى احدهما

قال ابو حنيفة يقضي بالباب والغلق بينهما • وقالا لا يقضى بالباب لمن اليه الغلق • ولو كان للباب غلقان من الجانبين جميعا قضي بالباب بينهما بالاجماع كذا ذكر في كتاب الصلح من شرح الطحاوي **قوله** واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد الاخر بيت فالساحة بينهما نصفان وهذه مسئلة الجامع الصغير • وذلك لانهما استويا في استعمال الساحة في المرور ووضع الامتعة وكسر الحطب ونحو ذلك لانها لم تكن في يد احدهما دون الاخر فكانت بينهما نصفين كالطريق يستوي فيها صاحب الدار وصاحب المنزل وصاحب البيت • بخلاف ما اذا تنازعا في الشرب حيث يحكم فيه بمقدار الارض • قال في شرح الطحاوي ولو كان العلو في يد احدهما والسفل في يد الاخر والساحة في ايديهما ولم يكن لهما بينة وحلفا وكل واحد منهما يدعي الجميع يترك السفل في يد صاحب السفل والعلو في يد صاحب العلو والساحة لصاحب السفل ولصاحب العلو حق المرور وفي رواية اخرى الساحة بينهما نصفين • وان اقاما البينة يقضى بالسفل لصاحب العلو وبالعلو لصاحب السفل والساحة للذي قضي له بالسفل على الرواية التي قال الساحة لصاحب السفل • وعلى الرواية التي قال يكون بينهما نصفان يقضى بما في يد هذا للاخر وبما في يد الاخر لهذا **قوله** قال واذا ادعى الرجلان انهما يعني يدعي كل واحد منهما انها في يديه لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما • اي قال في كتاب القضاء من الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في ارض ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعيها انها في يديه قال لا اقضي انها في يد واحد منهما الا ان يقيما البينة انها في ايديهما وان اقام احدهما البينة انها في يده ولم يقم الاخر البينة جعلتها في يد الذي اقام البينة انها في يديه • وان ارادا قسمتها وقد اقاما البينة انها في ايديهما لم اقسمها الا ان يقيما البينة انها لهما • وكل شيء كان في ايديهما سوى العقار ادعيا انه لهما واراد قسمته قسمته الى هنا لفظ محمد وانما لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة لان اليد في العقار لا تشاهد والقاضي لا يقضي بما غاب عن علمه الا بحجة • ولعل اليد لغيرهما • وان اقام احدهما البينة انها في يده جعلت في يده وجعل الاخر خارجا لانه نور دعواه بالحجة • وان اقاما البينة انها في ايديهما يقضى باليد لهما لانهما استويا في الحجة • فان طلبا القسمة من القاضي فالقاضي لا يقسمها ما لم يقيما البينة على الملك وكل شيء في ايديهما سوى العقار اذا طلبا القسمة فان القاضي يقسمه • وان لم يقيما البينة على الملك من المشايخ من قال ما ذكر ههنا قول ابي حنيفة • اما في العقار على قولهما ايضا يقسم وان لم يقيما البينة على الملك وحاصل المسئلة ان المسئلة ذكرها في القسمة اذا طلب الورثة من القاضي قسمة العقار بينهم فانه لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة على الميراث • وعندهما يقسم من غير اقامة البينة فان كان مشتراه بان قالا اشتريناها من فلان وطلبا القسمة فانه يقسمها بينهم عند الكل في ظاهر الرواية • وان لم يقيموا البينة فعند ابي حنيفة رحمه الله اذا كان لا يقسم في الميراث بدون البينة • وهذا العقار يحتمل ان يكون موروثا بينهما ويحتمل ان يكون غير موروث لا يقسم احتياطا وعندهما يقسم بدون البينة فههنا اولى • ومنهم من قال ما ذكر ههنا قول الكل فلا يقسم لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة • والعقار غير محتاج الى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم حتى لو كان في ايديهما شيء سوى العقار يقسم من غير اقامة البينة لان ما سوى العقار يحتاج الى الحفظ والصيانة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لقيام الحجة **قوله** وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده • وصورة المسئلة في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في ارض صحراء ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي انها في يديه واحدهما قد لبن فيها لبنا او حفر فيها او بنى فيها بيتا قال هي في يد الذي احدث فيها اللبن والحفر او البناء • وذلك لان هذا الفعل استعمال منه للارض وهو من ضرورة الاستعمال اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب كذا ذكر فخر الاسلام والله اعلم

باب دعوى النسب

لما فرغ عن بيان دعوى المال شرع في بيان دعوى النسب وقدم الاول لكونه اهم لكثرته ووقوعه **قوله** قال واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن البائع وامه ام ولد له • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ويفسخ البيع ويرد الثمن والدعوة الى الطعام بفتح الدال والدعوة في النسب بالكسر هذا اكثر كلام العرب • فاما عدي الرباب فيفتحون في النسب ويكسرون في الطعام كذا رايت في امالي ثعلب • وكذلك ذكر الجوهري ايضا • ثم اعلم ان الدعوة على ثلاثة اوجه دعوة استيلاد • ودعوة ملك ودعوة شبهة • اما دعوة الاستيلاد فانها دعوة فرع تستند في الملك وغير الملك بشرط ان يكون اصل العلوق في ملكه لان الحرية تستند الى وقت العلوق وتوجب هذه الدعوة فسخ ما جرى من العقود اذا كانت محلا للفسخ وسقوط الاعتراف بالوطي • ودعوة الملك ان لا يكون اصل العلوق في الملك وتنفذ في الملك ولا تنفذ في غير الملك لان الحرية تقتصر على وقت الدعوة • ولا توجب هذه الدعوة فسخ ما جرى من العقود ولا يشترط الاعتراف بالوطي ودعوة شبهة الملك كدعوة الاب ولد جارية ابنه • وانما تصح بشرط ان يكون ملك الابن ثابتا في الجارية والولد من وقت العلوق الى وقت الدعوة لان حق التملك يثبت له بحكم ولاية التصرف في ماله لانه لا ملك للاب حقيقة ولا حق ملك بل له حق التملك عند الحاجة فصحت دعوته لحق يثبت له في مال الابن فتقتضي الدعوة سابقا عليه ثم تستند الى وقت العلوق كما في حقيقة الاستيلاد ويثبت الملك له في مال ابنه سابقا على الاستيلاد وتصحيحا له فلا بد من قيام ملك الابن من وقت العلوق

الى وقت

الى وقت الدعوة ليثبت له الحق في ماله تصحيحا لدعوته • ثم اعلم ان البائع والمشتري اذا ادعى ولد الجارية المبيعة فلا يخلو اما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لستة اشهر فصاعدا ما بينها وبين سنتين من وقت البيع او جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع • وقد علم ذلك او لم يعلم • وكل وجه من الاوجه الثلاثة على اربعة اوجه • اما ان ادعى البائع وحده او المشتري او هما جميعا معا او على التعاقب فان جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر وقد علم ذلك او لم يعلم وكل وجه من الاوجه الثلاثة على اربعة اوجه اما ان ادعى البائع وحده او المشتري او هما جميعا معا او على التعاقب فان جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر وقد علم ذلك فادعاه البائع وكذبه المشتري صح دعوته استحسانا وهو قول ابراهيم النخعي حتى يثبت نسب الولد منه ويفسخ البيع ويرد الثمن على المشتري ان كان نقد • وقال زفر لا تصح دعوة البائع اذا كذبه المشتري وهو القياس وهو قول الشافعي رحمه الله كذا ذكره خواهر زاده في مبسوطه • وذلك لان دعوة البائع الولد دعوى منه ابطال ملك المشتري فلا يصدق عليه من غير تصديقه • ولان اقدامه على البيع اعتراف بان الولد عبد فصار مناقضا في دعوته ودعوى المناقض مردودة • الا ترى انه لو اقر انه كان اعتقها لا تصح • وكذلك لو ادعى بعد ما ادعاه المشتري او اعتقه المشتري • او جاءت بولد لستة اشهر فصاعدا • وجه الاستحسان ان علوق الولد في ملك المدعي بيقين بمنزلة البينة العادلة حكما في حق ثبات النسب وحرية الولد من الاصل وصيرورة الجارية ام ولد له استدلالا بالاب ادعى ولد جارية ابنه صح دعوته وان كذبه الابن اذا علم العلوق في ملك الابن فهذا اولى لان الاب له شبهة ملك في مال الابن وللبائع حقيقة ملك والتناقض مغفول لمكان الخفاء في النسب • واذا صح دعوة الاستيلاد يرد البيع لانها تستند الى وقت العلوق فيظهر انه باع ام الولد وانه لا يجوز وملك المشتري يحتمل الفسخ فيفسخ بخلاف ما اذا اعتق المشتري او ادعاه حيث لا يصح دعوة البائع بعد ذلك لان الاعتاق والنسب حق لازم لا يحتمل الفسخ ولا يلزم ما اذا ادعى البائع انه كان اعتقها او دبرها لانه لم يكن له على هذه الدعوى بينة لا حقيقة ولا حكما • وفيما نحن فيه العلوق في ملكه بيقين صار كالبينة حكما وان لم توجد البينة حقيقة • ولا يلزم ما اذا جاءت بالولد لستة اشهر فصاعدا لعدم البينة لا حكما ولا حقيقة فاعتبر ذلك اقرارا حقيقة على الغير فلم يعتبر هذا اذا ادعى البائع لا غير • فان ادعى هو المشتري وحده صحت دعوته لان دعوة المشتري دعوة تحرير حتى كان للمشتري ولاء على الولد كما لو اعتقه والمشتري لا يصح منه التحرير فتصح منه دعوة التحرير • فان ادعيا جميعا ان خرج الكلامان معا فدعوة البائع اولى عندنا لانه سابق معنى فيعتبر سابقا لو كان سابقا حقيقة • ولو كان سابقا حقيقة بان ادعى اولا ثم ادعى المشتري صح دعوة البائع ولم يصح دعوة المشتري فكذا هذا • وانما قلنا انه سابق لانه من وقت العلوق ودعوة التحرير تقتصر على الحال • وان سبق احدهما صاحبه فالسابق اولى • وان كان السابق هو البائع فلما ذكرنا وان كان هو المشتري فلان النسب لا يحتمل النقض • هذا كله اذا جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر وقد علم ذلك • فان جاءت به لستة اشهر فصاعدا ما بينها وبين سنتين من وقت البيع وقد علم ذلك فالمسئلة على وجوه اربعة فان ادعاه البائع لا غير فانه لا تصح دعوته الا ان يصدقه المشتري لان علوق الولد لما لم يتيقن في ملكه صار دعوته ودعوة اجنبي آخر سواء الا ان الفرق بين البائع والاجنبي ان المشتري اذا صدق الاجنبي يثبت نسب الولد ولكن بقي الولد عبدا ولا تصير الجارية ام ولد فانه لم يثبت علوق الولد في ملكه بتصادقهما • وفيما اذا صدق البائع يثبت النسب وتصير الجارية ام ولد له وينتقض البيع لحصول العلوق في ملكه • وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه وفيما يحتمل العلوق اولى • ويجب ان يكون دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه ممكن • فان ادعيا معا او سبق احدهما صاحبه تصح دعوة المشتري لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي • فاما اذا جاءت بالولد لاكثر من سنتين وقد علم ذلك فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا • فان ادعاه البائع لا تصح الا بتصديق المشتري • لانه لو ادعى فيما اذا جاءت به لستة اشهر لا تصح بدون تصديقه مع احتمال العلوق في ملكه فهنا اولى ان لا تصح بدون تصديقه لانه لا يحتمل العلوق في ملكه اصلا • وان صدقه المشتري صحت الدعوى ويثبت النسب كما في الاجنبي الا انه لا ينتقض البيع ولا تصير الجارية ام ولد له ويبقى الولد عبدا للمشتري وهو ثابت النسب من البائع • وان ادعيا معا او سبق احدهما صاحبه صح دعوة المشتري لان البائع كالاجنبي • وهذا الذي ذكرنا كله اذا علم مدة الولادة بعد البيع فاذا لم يعلم انها جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر او لستة اشهر فصاعدا ما بينها وبين سنتين او لاكثر من سنتين فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا • فان ادعاه البائع فانه لا تصح دعوته الا ان يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه • وان ادعاه المشتري صح لان اكثر ما في الباب ان علوق الولد في ملك البائع بان جاءت به لاقل من ستة اشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري • وان سبق احدهما صاحبه في الدعوى ان سبق المشتري صحت دعوته • وان سبق البائع ثم ادعى المشتري لا تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبات النسب من كل واحد منهما • وان ادعيا معا فانه لا تصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبدا للمشتري لانه وقع الشك في ثبات النسب من كل واحد منهما • لانه ان كان لاقل من ستة اشهر لم يثبت النسب من المشتري ويثبت من البائع • وان كان لستة اشهر او لاكثر من سنتين يثبت من المشتري ولم يثبت من البائع فلا يثبت مع الشك • وهذا عندنا وعند ابراهيم النخعي يثبت

منها لانه لما وقع الشك كان الاثبات اولى لما فيه من الاحتياط • هذا حاصل ما ذكر خواهر زاده في مبسوطه
قوله وان ادعاه المشتري مع دعوة البايع او بعده فدعوة البايع اولى هذا لفظ القدوري في مختصره وقد
مر البيان • **قوله** وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البايع ذكره تفريعا وقد مر البيان
قوله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البايع فيه الا ان يصدقه
المشتري وقد مر البيان انفا • **قوله** فان مات الولد فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت
الاستيلاد في الام • هذا لفظ القدوري في مختصره • قال في شرح الاقطع وعلى هذا لو اعتقه المشتري او دبره
والاصل في ذلك انه متى حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ بطلت الدعوة ولم يثبت النسب • ثم اذا مات الولد تعذر
اثبات النسب فيه لان الحقوق لا تثبت ابتدا للميت ولا عليه • واذا لم يثبت النسب لم يثبت الاستيلاد لانه فرع
النسب وكانت الام بحالها • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي اعتق الولد او دبره او قتل
عنده فاخذ قيمته ثم ادعاه البايع لم يصدق على ذلك لانه بطلت عليه الدعوة بالهلاك • اذ النسب ليس بامر
مقصود بعد الوفاة وكذا العتق والتدبير تصرف لازم لا يحتمل النقض فتعذر تصحيح الدعوة في الولد • واذا لم يصح
في حق الولد لم يصح في حق الام لانها تابعة الا اذا صدقه المشتري على ذلك فيقبل ويصير كالامر الظاهر • ولو لم
يقتل الولد ولكنه قطعت يده فاخذ المشتري نصف قيمته ثم ادعاه البايع فانه يصدق على الدعوة ويرد البايع
ما قبض من الثمن الا حصة اليد لانها صارت مقصودة بالقطع فانقطع حكم التبعية عنها فلا يظهر الاستحقاق فيها
وكذلك لو كان القطع في الام • وكذلك لو كان رجل فقا عيني الولد فدفعه المشتري واخذ قيمته ثم ادعاه
البايع فدعوته جايزة ويرد الثمن على المشتري • ويرجع الجاني على المشتري بالقيمة التي اعطاه ولا يكون للعبد
ارش على الجاني في قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد على ما نقصه بنا على اصل وهو ان الضمان يجب في مقابلة
الجثة عند ابي حنيفة رحمه الله بشرط سلامتها للجاني وقد تعذر • وعندهما في مقابلة النقصان والنقصان
متحقق عندهما فيجبر بالضمان • وكذلك لو فقا عيني الام **قوله** وان ماتت الام فادعاه البايع وقد جاءت
به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البايع هذا لفظ القدوري في مختصره وعامه فيه • ويرد
الثمن كله في قول ابي حنيفة رحمه الله • وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يرد حصة الولد ولا يرد حصة
الام • وذلك لان الولد لم يحدث فيه ما لا يلحقه الفسخ فصحت الدعوة فيه والام قد وجد فيها ما لا يلحقه
الفسخ فلم يؤثر الدعوة فيها • ولان النسب يجوز ان ينفرد عن الاستيلاد والدليل عليه ولد المغرور • ولان الاستيلاد
فرع والنسب اصل وتعذر الفرع لا يبطل الاصل وتعذر الاصل يمنع من ثبوت الفرع • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي للحاكم الشهيد اعتق الام او دبرها او استولدها ثم ادعى البايع الولد ثبت نسبه منه ورد اليه حصته
من الثمن ولم يرد حصة الام لانه لاما نع من الدعوة لانه يجوز ان العلوق وقع في الملك فلك الدعوة وهو اصل
في هذه الحالة فاخذ قسطا من الثمن ويتعذر تصحيح الدعوة في حق الام لزوالها عن الملك • وقال شيخ الاسلام خواهر
زاده في مبسوطه وكان يجب ان يبطل عتق المشتري في الام حكما لثبات النسب لان من حكم ثبات النسب ان يصير
الجارية ام ولد له كما قبل اعتاق المشتري الام اذا ادعى البايع الولد فاجاب عنه بان صيرورة الام ام الولد ليس
من احكام ثبوت النسب لكن لبس مرض وزانه بحيث لا ينفصل عنه النسب بحال بل يجوز الانفصال عنه كما في ولد
المغرور • ثم قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي ولو لم يفعل شيا من ذلك ولكن الام ماتت ثم ادعى البايع
الولد فهو مصدق في ذلك ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رحمه الله • وقال ابو يوسف ومحمد لا يرد حصة
الام بنا على اصل وهو ان ام الولد لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تضمن فتبين ان العقد لم
يصح في حقها ولا في حق ولدها ولا هي مضمونة وجب رد ما يقابلهما • وعندهما ام الولد متقومة فاذا انتقض
العقد وجب عليه ردها وقد تعذر فلا يرد ما يقابلها وجعل اتلاف الحصة كاسترادها • وقال شيخ
الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ماتت الام عند المشتري فادعى البايع الولد فعلى قول ابي حنيفة تصح دعوته
في حق الولد والام جميعا حتى يجب على البايع رد جميع الثمن كما لو كانت الام حية • وعلى قولهما لا تصح الدعوة في
حق الام كما لو اعتقها المشتري فادعى البايع الولد وانما تصح في حق الولد فلا يلزمه رد الثمن بحصة الام عندهما
لانه استوى الموت والعتق في حق الولد فينبغي ان يستويا في حق الام • الا ترى انه لا تصح دعوة البايع بعد موت
الولد كما لا تصح دعوته بعد اعتاق المشتري • ثم دعوة البايع الولد لا تصح في حق الام اذا كان اعتقها المشتري
فكذا اذا ماتت • وابو حنيفة رحمه الله يقول صيرورة الجارية ام ولد من احكام ثبوت نسب الولد لا مرض وزانه
بحيث لا ينفصل عنه بحال • ولو كان من احكامه وعرض وزانه لثبت على كل حال حتى ثبت نسب الولد ثبت هذا الحق
لها وان كانت ميتة ومن حيث انه ليس مرض وزانه بل ينفصل عنه بحال لم يثبت لها هنا الحق لعدمها توفيرا على
الامرين حظها بقدر الامكان والباقي يعلم في مبسوط خواهر زاده • ثم قال في شرح الكافي ولو كانت الام
او باعها او وهبها او رهنها او اجرها او زوجها ابطلت جميع ذلك وردها الى البايع لان هذه التصرفات فيها

محل النقض بعد سهما فلا ينقض عند عدم الصحة اصلا كان اولى **قوله** وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك
رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البايع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان
المشتري انما اعتق الولد فدعواه باطلة • قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ذكر شمس الايمة السرخسي ان هذا قول
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله • اما على قول ابي حنيفة رحمه الله يرد الولد بجميع الثمن لان عنده لا مالية لام الولد • وثنا فيه
نظر لان محمدا نقل في الجامع الصغير عن ابي حنيفة صريحا انه يرد الولد بحصته من الثمن • وقال في الاصل واذا حبلت الام
عند الرجل فباعها فولدت عند المشتري لاقل من ستة اشهر ثم ان المشتري اعتق الام ثم ادعى البايع الولد فان دعوته فيه
جايزة في قول ابي حنيفة ويرد اليه بحصته من الثمن ولا يصدق على الام ولا ترجع امة يوطا بقول البايع بعد ان صارت حرة
الى هنا لفظ الاصل وكذلك اثبت في الكافي للحاكم الشهيد • وكذلك ذكر الطحاوي والكرخي في مختصريهما • وكذلك ذكر الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير • وكذلك ذكر شمس الايمة البيهقي في الشامل والكفاية الا ترى ان محمدا قال في الجامع الصغير
عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يشتري الجارية فتلد عنده ولدا وقد كان اصل الحبل عند البايع واعتق المشتري الام
ثم ادعى البايع الولد قال هو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن • وان كان المشتري اعتق الولد ولم يعتق الام ثم ادعى البايع الولد
فدعوته باطلة الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • وقال الطحاوي في مختصره ومن باع امة حاملا حملا كان اصله في ملكه
فجاءت بولد في يد المشتري لاقل من ستة اشهر فادعاه البايع قبلت دعواه وفسخ البيع فيه وفي امه • وان كان المشتري قد
اعتق امه قبل ذلك لم يصدق البايع على ردها رقيقا وصدق في ولدها فقسم الثمن عليه وعلى امه ثم فسخ البيع فيه بحصته من الثمن
وان كان المشتري قد اعتق الولد ولم يعتق الام والمسلة على حالها كانت دعوته باطلة وكان البيع على حاله الى هنا لفظ الطحاوي
في مختصره • وقال الكرخي في مختصره • ولو كان المشتري اعتق الام ولم يعتق الولد ثم ادعاه البايع والمسلة على حالها
جازت الدعوة في الولد ولم تجز في الام وفسخ البيع في الولد دون الام وكان على البايع رد حصة الولد من الثمن اذا قسم الثمن
على قيمة الام يوم وقع العقد وعلى قيمة الولد يوم ولد الى هنا لفظ الكرخي • وقد ذكرنا قبل هذا رواية شرح الكافي ومبسوط
خواهر زاده على هذا الوجه • وقال في الكفاية المشتري اعتق الام او دبرها لا الولد جازت دعوة البايع وفسخ في حق
الولد دون الام وعلى البايع حصة الولد اذا قسم الثمن على قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة فعلم بهذا
المجموع ان ما ذكر شمس الايمة السرخسي فيه نظر لان الرواية ثبتت في الاصول بخلاف ما قال • وانما فارق هو اعتاق الام فيما
قوله ولكن الفرق بين الاعتاقين والموتين ذكره خواهر زاده في مبسوطه وقد مضى قبل هذا وقوله لان عنده لا مالية الام
الولد عند ابي حنيفة رحمه الله • ولكن اذا اثبت الامية الولد ولم تثبت فيما صورة اعتاق المشتري الام لانها ليست
من مرض وزانه ثبات النسب لجواز الانفصال كما في ولد المغرور **قوله** وجه الفرق اي بينما اذا اعتق المشتري الام ولم
يعتق الولد حيث يكون دعوى البايع صحيحة في حق الولد خاصة وبينما اذا اعتق المشتري الام ولم يعتق الولد دون الام
حيث بطل دعوى البايع اصلا لان الولد هو الاصل في ثبات النسب والام تابعة • فاذا كان الاصل باقيا صحت الدعوة
ولا عبرة بفوات التبع بالاعتاق فيرد الولد بحصته من الثمن ولا يرد الام رقيقا لانها نالت اشرف الحالين فلا ترد الى اخس
الحالين • بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ادعى البايع حيث لا تصح الدعوة لان الاصل فات ولا عبرة ببقا التبع **قوله** فيما مر
اشارة الى قوله لان الولد هو الاصل في النسب **قوله** وفي الوجه الاول اي فيما اعتق المشتري الام لا الولد **قوله**
وليس من ضروراته اي ليس استتباع صحة الدعوة في الولد من ضرورات صحة الاستيلاد في الام • اي لا يلزم من عدم صحة
الاستيلاد عدم ثبات النسب لجواز الانفصال في ولد المغرور فانه حر بالقيمة ثابت النسب من المستولد وامه امة تباع في
الاسواق **قوله** وكما في المستولدة في النكاح يعني اذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا تثبت امية الولد
قوله وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل اراد بالفصل الثاني ما اذا اعتق المشتري الولد **قوله** وانما كان الاعتاق
مانعا اي كان اعتاق المشتري الولد مانعا من دعوة البايع الولد لان الاعتاق لا يحتمل النقض • ثم ان الاعتاق كما لا
يحتمل النقض لا يحتمل النقض ايضا حق استحقاق نسب الولد من البايع وحق استيلاد البايع للام فاستويا • اي استوى اعتاق
المشتري الولد وحق البايع استحقاقا واستيلادا ولكن ترجح جانب المشتري لان الثابت في حقه حقيقة الاعتاق • والثابت
في حق البايع حق الاستحقاق وحق الاستيلاد فترجح جانب المشتري فكان اعتاقه مانعا من دعوة البايع الولد لان الحقيقة
اقوى من الحق **قوله** وقد ثبت به بعض اثار الحرمة اي ثبت بالتدبير عدم جواز النقل من ملك الى ملك بالبيع ونحو ذلك
من اثار الحرمة **قوله** وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد كل الثمن هو الصحيح اراد بالفصل الاول
ما اذا اعتق المشتري الام والفصل الثاني اعتاق المشتري الولد وقد ذهب صاحب الهداية في هذا الى ما ذهب اليه شمس
الايمة السرخسي وسماه الصحيح ولكن هذا خلاف ما نص عليه محمد عن ابي حنيفة في الجامع الصغير وغيره وقد مر انفا **قوله**
قال ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من اخر ثم ادعاه البايع فهو ابنه ويبطل البيع • اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل باع عبدا ولد عنده ثم باعه المشتري من الاخر فادعاه
البايع الاول انه ابنه قال هذا ابنه ويبطل البيع اجمع اي يبطل البيع الاول والثاني وهذا استحسان • والقياس ان لا تصح
دعوته وهو قول زفر لانه مناقض في كلامه لان اقدامه على البيع اقرار بانه عبد فاذا ادعى انه ابنه كان مناقضا • وجه

الاستحسان ان صحة الدعوى تعتمد على اتصال العلوق بملكه لانه دليل ظاهر على كون الولد من المولى لان الظاهر عدم
الزنا وقد وجد هنا ولادة الجارية في ملكه فكان امرا يشهد له الظاهر فيقبل قوله وينفسخ البيع لانه مما يحتمل النقض
وحق الدعوة لا يحتمل النقض فكان اقوى فينتقض البيع لاجله • وقوله انه مناقض لا عبرة به لان العلوق امر خفي والنسب
يبتني عليه والتناقض في الامر الخفي معفو كما اذا اختلعت المراة ثم اقامت البينة ان زوجها كان طلقها ثلاثا قبل الخلع تقبل بينتها
لان المستبد بالطلاق هو الزوج وقد يوقعه في غيبة المراة فيخفى عليها فلا يكون اقدامها على الخلع مانعا لصحة دعواها
الطلاق • وكذلك المكاتب اذا اقام البينة ان مولاه كان اعتقه قبل الكتابة تقبل ولا يحمل على التناقض كذا قال في شرح
بيوع الجامع الصغير **قوله** فينتقض البيع لاجله اي لاجل ما له من حق الدعوة **قوله** وكذلك اذا كاتبه او رهنه
او اجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة • يعني اذا وجد دعوة البائع بعد وجود هذه الاشيا
من المشتري تصح وتنتقض هذه الاشيا لانها تحتمل النقض • بخلاف ما اذا ادعى البائع بعدما ادعى المشتري حيث لا تصح دعوة
البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض • وبخلاف ما اذا ادعى بعدما اعتق المشتري او دبر لان الولاء
الثابت من المشتري لا يحتمل النقض • وانما ذكر هذه المسائل وهي من مسائل المبسوط تفريعا على مسألة الجامع الصغير **قوله**
قال ومن ادعى احد التوأمين ثبت نسبهما منه • اي قال القدوري في مختصره وذلك لانهما حمل واحد فثبوت نسب
احدهما شاهد على نسب الاخر **قوله** في الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان الى اخره وصورتها فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل في يده غلامان توأمان ولدا في ملكه فباع احدهما فاعتقه المشتري
ثم ادعى البائع الغلام الذي عنده انه ابنه قال هما ابناه وانتقض عتق المشتري الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • اما صحة
الدعوة في الذي عنده فلانها وجدت في ملك تام وقت الدعوة والعلوق جميعا فصحت فلما صحت فيه صحت في الذي عند المشتري
لانهما توأمان لا يتصور احدهما ان يكون من مائه والاخر من ماء غيره فانتقض البيع فيه وبطل اعتاق المشتري ضرورة ثبوت
الحرية الاصلية فيه • وهذا لانه لما بطل البيع بعد ثبوت النسب لانه باع ابنه بطل اعتاق المشتري ايضا ضرورة
لانه كان حر الاصل • بخلاف ما اذا كان الولد واحدا فباعه واعتقه المشتري ثم ادعاه البائع لا يبطل اعتاق المشتري
لانه لو بطل لبطل مقصودا لحق دعوة البائع فلا يجوز ابطاله مقصودا لان العتق لا يحتمل الفسخ بخلاف ما نحن فيه فان
بطلان اعتاق المشتري ثبت ضرورة حرية الاصل ضمنا وتبعا لا مقصودا وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا
قال في المغرب التوأم اسم للولد اذا كان معه اخر في بطن واحد ويقال هما توأمان كما يقال هما زوجان • وقولهم هما
توأم وهما زوج خطأ **قوله** وهنا ثبت تبعا لحرية فيه حرية الاصل يعني فيما نحن فيه يثبت بطلان اعتاق المشتري
لا مقصودا بل تبعا لثبوت الحرية الاصلية الثابتة في الذي باعه فعلى هذا يكون اعراب حرية الاصل مجرورا على
البدل من قوله لحرية • ويجوز ان يكون منصوبا على الاختصاص بسبيل المدح بتاويل اعني **قوله** فان لم يكن
اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد
الاتصال وهو اتصال العلوق في الملك • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد
واذا ولدت امة الرجل ولدين في بطن واحد ولم يكن اصل الحبل عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعاهما
البائع فهما ابناه ولا ينتقض البيع ولا عتق المشتري • اما ثبات النسب فلانه لما ثبت احدهما ثبت نسب الثاني
ضرورة ان احدهما لا ينفصل عن الاخر • واما عدم انتقاض البيع فلانه حدث في الحمل ما يمنع الانتقاض وهو
الحرية لانه تعذر اثبات الحرية بطريق التبعية مع ثبوتها بجهة الاصالة فلم يظهر فيه احكام العتق بطريق التبعية
فلا ينتقض البيع فيه وتمامها في التفريعات نقلا في باب المبسوط في باب دعوة التوأم **قوله** واذا كان الصبي في يد رجل
قال هو ابن عبدي الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد يكون ابنه اي قال في الجامع الصغير
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الصبي يكون في يدي الرجل قال هو ابن عبدي الغائب ثم يقول هو ابني
قال لا يكون ابنه ابدا • وقال يعقوب ومحمد اذا جحد العبد ان يكون ابنه كان ابن المولى الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير • قال صاحب الهداية وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه
وهذه من مسائل المبسوط ذكرها تفريعا • قالوا في شروح الجامع الصغير وتفسير المسألة رجل في يديه صبي ولد
في يديه وهو يبيعه فلا يأمن المشتري ان يدعيه البائع يوما فيقر بالنسب لعبده الغائب خوفا من انتقاض البيع
قال هذا يكون مخرجا عند ابي حنيفة فان الغائب ان صدقه انه ابنه او كذبه او لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب
لم تصح دعوة المقر بعد ذلك بحال • وعندهما اذا صدق الغائب او لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب لم تصح دعوة المقر
اما اذا كذب الغائب تصح دعوة المقر عندهما وهو موضع الخلاف • وانما لم تصح دعوة المقر في الصورتين الاوليين
لان المقر اوجب للغائب حق التصديق فليس له ان يبطله • فاما في الصورة الثالثة فوجه قولهما ان اقرار
المولى بطل بتكذيب الغائب فصار وجوده وعدمه بمنزلة • ولو انعدم الاقرار اصلا صحت دعوة المولى
فكذا هذا • وانما يبطل الاقرار بالنسب لانه مما يرتد بالرد وان لم يحتمل النسب الفسخ • والدليل على ذلك ان الاقرار
والمقر له بطلانه فيه • الا ترى انه لو اكره على الاقرار ببنوة عبد ثم اقر لا يجوز • ونظيره من اشترى عبدا ثم اقر ان البائع

كان

كان اعتقه فكذبه البائع • ثم قال المشتري انا اعتقته يتحول الولاء عليه بخلاف صورة التصديق حيث لا تصح دعوى المولى
لانه ادعى نسبا ثابتا من الغير • وبخلاف ما اذا لم يوجد التصديق والتكذيب لانه تعلق بالاقرار حق الغير فلا يجوز
ابطاله كمن نفى ولد المنكوحة ولاعن القاضي بينهما لا تصح دعوة نسبه من الغير • لان الملاعن متعلق به الا ترى ان له
ان يكذب نفسه فتصح دعوته • ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الاقرار بالنسب من الغير اقرار بما لا يحتمل النقض
فلا تصح دعوة المقر بعد ذلك • وانما قلنا انه لا يحتمل النقض لان في زعم المقر انه ثابت النسب والنسب اذا ثبت لا ينتقض
بالجحود والتكذيب • ولهذا لو عاد المقر له الى تصديقه جاز وثبت النسب منه فصار كالذي لم يصدقه ولم يكذبه
لمن اقر بحرية عبد انسان وكذبه المولى لا يبطل اقراره حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه ولا يلزم على هذا اذا اقر
بالرد المقر له ثم ادعاه لان الاملاك ينفسخ بالرد فيبطل الاقرار ولم يبق الا حق المقر فجاز ان يدعي • او نقول انه
اقر بثبوت نسبه من الغير واقراره ان لم يصلح حجة على الغير يصلح حجة في حق المقر فصار النسب ثابتا فيما يرجع الى زعم
المقر وثبات النسب من الغير يمنع صحة الدعوى بخلاف ما اذا قال ليس هو ابني ثم ادعاه تقبل دعواه لانه لم يقر بثبوت
نسبه من الغير فاذا ادعاه تقبل دعواه لان الانسان قد لا يدعي الولد لريبة فاذا زالت الريبة عاد الى الدعوة
اما جعل النسب الى الغير لا يكون الا اذا تيقن انه ليس منه فاذا قال بعد ذلك هذا ابني لم تقبل • قال فخر الاسلام في شرح الجامع
الصغير وكذلك من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته بتهمة ثم ادعاه الشاهد لم تصح • وكذلك اورد صاحب
الهداية هذه المسألة حجة عليهما • ولكن لقائل ان يقول فيه نظر لان ذلك قول ابي حنيفة رحمه الله لا قولهما • الا ترى الى
ما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي بقوله • وعلى هذا الخلاف اذا شهد انه ابن فلان فلم يقبل
تلك الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا يقبل عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما الى هنا لفظ شيخ الاسلام رحمه الله • اما
مسألة الولاء فعلى الاختلاف وليست بحجة على ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يتحول الولاء عنده • الا ترى الى ما ذكر الحاكم
الشهيد في كتاب الولاء في باب الاقرار بالولاء • وان اقر ان فلانا ما اعتقه فقال فلان ما اعتقتك ولا اعرفك ولا
انت مولاي فاقر انه مولى لاخر لم يجز ذلك في قول ابي حنيفة رحمه الله بمنزلة النسب لو اقر انه ابن فلان ثم اراد ان
ينتسب الى اخر • وفي قول ابي يوسف يجوز ذلك الى هنا لفظ الحاكم في كافيه **قوله** والاقرار بمثله لا يرتد
بمثل النسب الثابت **قوله** وهذا لانه تعلق به حق المقر له اشارة الى قوله لا يحتمل النقض **قوله** ولو سلم
الى اخره • يعني لا نسلم ان مسألة الولاء على الاتفاق حتى يكون ذلك حجة على ابي حنيفة بل هي على الخلاف ذكر في كتاب
الولاء • ولئن سلمنا انها على الاتفاق فنقول بين الولاء وبين النسب فرق وهو ان الولاء يبطل باعتراض ما هو اقوى
كما في جر الولاء • الا ترى الى ما ذكر الحاكم في كتاب الولاء واذا تزوج العبد حرة فولدت اولادا فاولادها موالي لموالي
الام معتقة كانت او مولاة فمتى ما اعتق ابوهم جر ولاءهم الى مولاه • وقد اعترض هنا على الولاء الموقوف وهو ولاء
البائع ما هو اقوى منه وهو دعوة المشتري فبطل الولاء والنسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته فلم يبطل فلم تصح دعوة المولى
بعد اقراره بابن عبده **قوله** على ما مر اشارة الى قوله ان النسب مما لا يحتمل النقض **قوله** وهذا يصلح مخرجا على اصله
اي اقرار البائع بنسب عبده الذي يبيعه لعبده الغائب يصلح مخرجا على اصل ابي حنيفة رحمه الله اي حيلة ومخلصا
من دعوة البائع لانه لا يصح بعد على جميع التقادير **قوله** قال واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال
النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر • اي قال في الجامع الصغير وذلك لان في دعوى
احدهما رقا وفي الاخر حرية وهو انفع للصبي واولى من الرق فكانت دعوى الحرية اولى • ولان دعوى الرق مقتصرة
على الحال ودعوى الحرية والنسب مستند الى حال متقدم والسبق من اسباب الترجيح فكانت دعوى النسب اولى • لا يقال
ينبغي ان يكون دعوى المسلم مترجحة بالاسلام كما اذا ادعى كل واحد منهما انه ابنه لانا نقول لا بد للترجيح من المعارضة
بين الدعويين • والمعارضة بينهما انما تكون اذا استويا ولا مساواة بينهما لان منفعة الحرية اكثر واعظم
للصبي لانه يملك اكتساب الاسلام بنفسه ولا يملك اكتساب الحرية بنفسه ما لم يعتقه المولى • فلما انتفت المعارضة لعدم
المساواة لم يثبت الترجيح • بخلاف ما اذا ادعيا نسبه حيث يرجح الاسلام لانهما استويا في الدعوة **قوله** لان
الاسلام مرجح بحال [illegible] **قوله** ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى وهذا عندنا • وقال زفر رحمه الله
يستويان • وقال الشافعي رحمه الله يحكم القائف كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه والمسألة عرفت في
المختلف **قوله** واذا ادعت امراة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امراة على الولادة • اي قال في الجامع
الصغير قال صاحب الهداية ومعنى المسألة ان تكون المراة ذات زوج وانكر الزوج ذلك لانها تقصد الزام النسب
على الزوج وسبب لزوم النسب وان كان قائما وهو النكاح • ولكن الحاجة الى اثبات الولادة والنكاح لا يوجب
الولادة لا محالة ولا يثبت الولادة وتعيين الولد الا بحجة وشهادة القابلة حجة فيها لان الولادة مما لا يحضرها الرجال
فقبلنا قول النساء فيها وفي اثبات الولادة وتعيين الولد الزام النسب على الزوج لان النسب له كذا قال في شرح الجامع
الصغير • وقال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في كتاب الدعوى من مبسوطه في باب دعوى الحمل امراة تقر
بالصبي انه ابنها فانها لا تصدق الا ببينة • قال محمد بعد ذلك القابلة تثبت النسب • ثم قال وهذا اذا لم يكن ثمة منازع فاما

اذا كان منازع بكر ان ادعت النسب من رجل والرجل حاضر بنكر ذلك فانه لا يثبت ذلك بشهادة القابلة عندهم جميعا وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين عندهم جميعا لانها تدعي الحاصل نكاحا على الرجل وانه لا يثبت عندهم جميعا الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين • ثم قال فاما اذا كانت المنازعة لها بامرأة اخرى ذكر هذه المسألة في كتاب اللقيط واختلف الرواية فيه في احدى الروايتين كانها رواية ابي سليمان انه يقضي بالنسب بينهما اذا اقامت كل واحدة منهما امرأة واحدة • وفي رواية اخرى وكانها رواية ابي حفص انه لا يقضي بالنسب من واحدة منهما ما لم تقم كل واحدة منهما رجلين او رجلا وامرأتين **قوله** ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله • يعني هذا الذي ذكرنا فيما اذا كانت منكوحة • اما اذا لم تكن منكوحة لكنها معتدة وادعت النسب على الرجل احتاجت الى حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله وهي شهادة رجلين او رجل وامرأتين الا ان تكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة • وقالا ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة وقد مر في باب ثبوت النسب **قوله** وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة يعني اذا صدقها الزوج في دعواها فهو ابنهما ولا حاجة الى شهادة المرأة لان النسب يثبت بمجرد اقرار الزوج بلا دعوى المرأة اذ ليس فيه تحميل النسب على الغير ومع دعوى المرأة اولى وهذه من مسائل الجامع الصغير **قوله** وان كان الصبي في ايديهما فزعم انه ابنه من غيرها وزعمت المرأة انه ابنها من غيره فهو ابنهما وهذه من مسائل الجامع الصغير اي زعم الزوج انه ابنه من امرأة اخرى وزعمت المرأة انه ابنها من زوج اخر فكان ابنهما لان الولد لما كان في ايديهما كان الظاهر انه منهما • ثم كل واحد منهما انه يعنيه يدعي ابطال حق الاخر فلا يصدق في حق صاحبه كثوب في يدي رجلين ادعى كل واحد منهما انه بينه وبين رجل اخر يكون بينهما ولا يصدق كل واحد منهما في ابطال حق صاحبه فكذا هذا الا ان ثمة المقر له يدخل في نصيب المقر لاحتمال التجزي وهنا لا يدخل لانه لا يحتملها هذا اذا كان الغلام لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر عن نفسه وليس هناك رق ظاهر فالقول قول الغلام ايهما صدق يثبت نسبه بتصديقه كذا في شرح الطحاوي **قوله** قال ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم • اي قال في الجامع الصغير في كتاب القضاء وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل اشترى من رجل جارية فوطئها فولدت له ولدا ثم استحقها رجل قال يغرم الاب للمولى قيمة الولد يوم يخاصم ان جاء الولد حيا • وان جاء الولد قد مات فلا شيء على المشتري وان جاء وقد مات الولد وقد ترك عشرة الالف درهم فلا شيء على الاب ان قتل الولد فاخذ الولد ديته فعلى الاب قيمته الى هنا لفظ محمد رحمه الله في اصل الجامع الصغير والاصل في ذلك ان الولد المغرور حر الاصل باجماع الصحابة رضي الله عنهم كذا ذكر ابو بكر الرازي رحمه الله في شرحه لمختصر الطحاوي في كتاب النكاح قال لا خلاف بين الصدر الاول ومن بعدهم من فقهاء الامصار ان ولد المغرور حر الاصل لا خلاف ايضا بين السلف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية • يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله • وان كان جارية فعليه جارية مثلها • وقال علي بن ابي طالب عليه قيمتها واليه ذهب اصحابنا رحمهم الله الى هنا لفظ ابي بكر الرازي • والمغرور من يستولد امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح على انها حرة ثم يستحقها رجل بالبينة على انها امته وولدها حر باجماع الصحابة روي ذلك عن عمر وعلي من غير نكير من الصحابة رضي الله عنهم فحل محل الاجماع • بيانه فيما روى محمد في الاصل في كتاب الدعوى عن ابي يوسف عن محمد بن اسحاق عن يزيد بن عبد الله بن قسيط قال ابقت امة فاتت بعض قبائل العرب فانتمت الى بعض قبائل العرب فتزوجت رجلا من بني عذرة فنثرت له ذا بطنها ثم جاء مولاها الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرفع ذلك اليه فقضى لمولاها بها وقضى على اب الولد ان يفدي ولده الغلام بالغلام والجارية بالجارية • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي افاد فاذا ان نكاح الامة بغير اذن مولاها ينعقد بوصف الفساد • وافاد ان ولد المغرور حر بالقيمة وعن الشعبي ان رجلا اشترى جارية من رجل فولدت منه فاستحقها رجل فرفع الى علي بن ابي طالب رضي الله عنه فقضى بالجارية لمولاها وقضى باولادها لمولاها وقضى للمشتري على البائع ان يفك ولده بما عز وهان لانه ضمن له سلامة الولد فكان فكاكه عليه ولان المستولد على ظاهر الملك مستحق للنظر والمستحق للجارية ايضا مستحق النظر فراعينا حقهما بقدر الامكان فاعتبرنا حق المستولد في صورة الولد وحق المستحق في معناه وهو القيمة • وجعل حرا في حق المستولد من الاصل عبدا في حق المستحق فيضمن بالمنع • ولهذا يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة اذ المنع يتحقق يوم الخصومة لا قبله • وان مات الولد قبل الخصومة لا يضمن شيئا لانه لا يتحقق قبل المنع • ثم اعلم ان ولد المغرور انما يكون حرا بالقيمة اذا كان المغرور حرا • اما اذا كان مكاتبا او مأذونا له في التزوج يكون ولده عبدا للمستحق خلافا لمحمد رحمه الله وسيجيء ذلك في كتاب المكاتب • قاله الفقيه ابو الليث السمرقندي رحمه الله في شرح الجامع الصغير • وفي قول الشافعي رحمه الله يجب عليه قيمته يوم الولادة وان مات الولد لا يسقط عنه الضمان ثم ان جاء المستحق بعد ما مات الولد وترك عشرة الاف درهم وورثه ابوه لم يغرم شيئا على ما اني حق المستولد ولا

يلزم الاب قيمة الولد لانه لم يمنع الولد والميراث ليس ببدل عن الولد حتى يكون منعه كمنع الولد • ولو قتل الاب الولد يغرم قيمته للمستحق لانه منعه منه • وكذا لو قتله غيره واخذ ديته يضمن قيمته لان سلامة البدل كسلامة الولد ومنعه كمنعه • وان لم ياخذ الدية من القاتل لا يضمن شيئا لانه لم يمنع الولد اصلا لا حكما ولا حقيقة كذا ذكر فخر الدين قاضي خان وغيره في شروح الجامع الصغير • وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ويغرم الواطئ العقر للمستحق لانه وطئ ملك الغير بشبهة ولا يرجع بالعقر على الغار لان الوطء في هذا بمنزلة جزء تلفه منها ولا ثمنا وله لنفسه فلا يرجع به على غيره كما لو قطع يدها لم يرجع به على غيره • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي قال واذا ابقت الامة فاتت رجلا فاخبرت انها حرة وتزوجها على ذلك بنكاح صحيح في الظاهر او فاسد فولدت ولدا ثم اقام مولاها البينة انها امته فقضى له بها فانه يقضي بالولد ايضا لمولى الجارية الا ان يقيم البينة انه تزوجها على انها حرة • فان اقام البينة على ذلك جعلت الولد حرا ولا سبيل عليه • ثم قال ووضع المسألة فيما اذا لم يتزوجها على هذا الشرط فيكون هذا اغترارا من حيث بنى امره على مطلق خبرها • فاما اذا شرط ذلك عند العقد يصير الزوج مغرورا فيكون ولده حرا ولا سبيل عليه وجعلت على ابيه قيمته يوم قضى به له دينا حالا في ماله دون مال الولد كذا ذكر في كتاب الدعوى في باب الغرور **قوله** ويرجع بقيمة الولد على بائعه كما يرجع بثمنه • اي يرجع الاب اذا استحقت الجارية بقيمة ولدها على الذي باعها منه لان البائع ضمن له سلامة الولد • وهذا كما انه يرجع بثمنه لو كان مبيعا فاستحق ولكنه لا يرجع بالعقر عليه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه ضامن لزمه بسبب فوت السلامة المستحقة بالعقد فيرجع عليه به كما يرجع بقيمة الولد ولنا ان العقر انما وجب لاستيفائه منافع البضع فلو رجع به لزم سلامة المستوفى للواطئ مجانا • وذلك ليس بمشروع وقد ختم كتاب الدعوى في الجامع الصغير بقوله واذا قالت المرأة لرجل انا امرأتك وهذا ولدك واراد استحلاف الرجل فلم يحلف في قول ابي حنيفة رحمه الله خاصة لان امومية الولد تابعة للنسب ولا يرى اليمين في النسب والله اعلم

كتاب الاقرار

انما ذكر هذه الكتاب عقيب كتاب الاقرار عقيب كتاب الصلح وكتاب المضاربة وكتاب الوديعة عقيب كتاب الدعوى للمناسبة لان المدعى عليه اما ان يقر او ينكر فان اقر فثبت به الاقرار وان انكر فالانكار منازعة وخصومة والخصومة يستدعي الصلح فبعد ما ثبت الملك اما بالاقرار او بالصلح لا يخلو اما ان يسترخ بنفسه او بغيره • والاسترباح بنفسه بالبيع وقد مضى ذلك والاسترباح بغيره هو المضاربة • فان لم يرد الاسترباح فلا يخلو اما ان يحفظ المال بنفسه او بغيره وحفظه بنفسه لا يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حكم حفظه بغيره وهو الوديعة • ثم اعلم ان الاقرار حجة شرعية فوق الشهادة لان التهمة فيه منتفية فاذا قبلت الشهادة كان الاقرار اولى • والدليل على ذلك الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق يا ثم امر تعالى امر باملال الذي عليه الحق • فلو لم يلزمه بالاملال شيء لما امر به والاملال لا يتحقق الا باقرار • وقوله تعالى ءاقررتم واخذتم على ذلكم اصري قالوا اقررنا بيانه انه طلب منهم الاقرار • فلو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه • وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والشهادة على النفس اقرار • واما السنة فهي ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا باقراره • وقال في قصة العسيف واغد يا انيس الى امرأة هذا • فان اعترفت فارجمها فاثبت الحد بالاعتراف والاحاديث فيه تكثر في كتب الحديث • فلو لم يكن الاقرار حجة لما اثبت الحد به • فاذا ثبت الحد به فثبوت المال اولى • وروى صاحب السنن باسناده الى ابي امية المخزومي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت فاعاد عليه مرتين او ثلاثا فامر به فقطع • واما الاجماع فان المسلمين اجمعوا على جواز الاقرار من غير نكير • واما المعقول فهو ان الخروج عما وجب على الانسان واجب عليه ولا يمكن الخروج عنه الا بالاقرار فثبت انه حجة • ثم الاقرار في اللغة والشريعة عبارة عن اخبار عن لزوم حق على نفسه • فاذا كان الاخبار عن حق لغيره على غيره فهو شهادة • واذا كان الاخبار عن حق لنفسه على غيره فهو دعوى وشرطه الحرية والعقل والبلوغ • وركنه ان يقول المقر لفلان علي كذا لان الاقرار يقوم بذكر الشيء ما يقوم به ذلك الشيء • وحكمه ظهور ما اقر به لا انشاؤه ابتداء كالشهادة • ولهذا صح الاقرار بالخمر للمسلم فلو كان تمليكا مبتدأ لم يصح • ولهذا لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه • وذكر في الطريقة البرهانية ما يؤيد هذا فقال اذا اقر الرق على نفسه لا يصح والاقرار بالرق يصح • ثم اعلم ان الاقرار هل يثبت الملك ام لا • قال الاستروشني في الفصل التاسع من فصوله ذكر شمس الائمة الحلواني في شرح الحيل اختلف المشايخ في ان الاقرار هل هو سبب للملك ام لا قال محمد بن الفضل الاقرار ليس بسبب للملك واستدل بمسئلتين احدهما المريض الذي عليه دين اذا اقر بجميع ماله لاجنبي يصح اقراره ولا يتوقف على اجازة الوارث ولو كان تمليكا لا ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم الاجازة • والثانية العبد المأذون اذا اقر لرجل بعين في يده يصح اقراره ولو كان الاقرار تمليكا يكون تبرعا من العبد فلا يصح • ثم قال في الفصول ورأيت في طريقة بعض المشايخ ان الاقرار هل هو ذكر القاضي ابو حازم ان الاقرار اخبار عن امر سابق • وذكر ابو عبد الله الجرجاني انه تمليك في الحال • استدل ابو عبد

الله بمسائل منها اذا اقر لرجل ثم رد اقراره ثم قبل لم يصح ولو كان اخبارا لصح • ومنها اذا اقر المريض لوارثه بدين
لم يصح ولو كان اخبارا لصح • ومنها ان الملك الثابت بسبب الاقرار لا يظهر في حق الزوائد المستهلكة حتى لا يملك المقر
له مطالبتها من المقر ولو كان اخبارا كانت مضمونة عليه اذا استهلكها • واستدل ابو حازم بمسائل منها اذا اقر
بنصف داره مشاعا صح ولو كان تمليكا لم يصح عند ابي حنيفة • ومنها اذا اقرت المرأة بالزوجية صح ولو كان
تمليكا لم يصح الا بحضرة الشهود • ومنها اذا اقر المريض بدين يستغرق جميع ماله صح • ولو كان تمليكا لم يصح الا
في الفضول **قوله** قال واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما
قال العبد وذي في مختصره اما لزوم الاقرار فلما بينا من دلائل الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من
المعقول • واما اشتراط الحرية فلما ان العبد المحجور اذا اقر بمال لا يلزمه الا بعد الحرية بخلاف اقراره
بحد او قصاص حيث يلزمه في الحال لانه يبقى على اصل الحرية فيما هو من خواص الادمية • وذلك لان وجوب
العقوبة فيها على الجناية والجناية فيها على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الادمية • وبخلاف المأذون
فان اقراره بالمال صحيح لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى • فلما اختلف حكم اقرار العبد شرط الحرية
ليصح مطلقا • واما اشتراط البلوغ والعقل فلقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم
وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ • ولان الصبي والمجنون ليسا من اهل الالتزام ولا يلزم
باقرارهما شي الا اذا كان الصبي مأذونا فحينئذ يصح اقراره لانجبار رأيه برأي الولي فيعتبر كالبالغ • واما
جهالة المقر به فلا تمنع صحة الاقرار • لان المقر اخبر عما يلزمه ويثبت في ذمته • وقد يلزم الانسان
الحقوق المجهولة كما اذا اتلف مالا لا يدري قيمته او يلزمه ارش جناية او يكون عليه بقية حساب
بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار نحو ان يقول لزيد علي الف درهم فلا يصح الاقرار لان زيدا في الدنيا
كثير الا اذا عين كذا في شرح الطحاوي • هذا اذا كانت الجهالة متفاحشة فان لم تتفاحش فلا تمنع صحة
الاقرار • ولهذا قال في باب الاقرار بعلامة الواو من الواقعات الحسامية جارية في يدي رجل
قال ان هذه لاحد هذين الرجلين جاز ويحلف لكل واحد منهما اذا ادعياها • ولو قال ان هذا العبد
لواحد من الناس لا يجوز لان هذا اقرار للمجهول جهالة متفاحشة • وقال في شرح الطحاوي وكذلك
جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو ان يقول لرجل لك على احدنا الف درهم لان المقضي عليه مجهول **قوله**
ويقال له بين المجهول هذا لفظ القدوري في مختصره • يعني اذا لزمه ما اقر به مجهولا يقال له بين المجهول
وذلك لان الاجمال وقع من جهته فعليه البيان ولكن بين شيئا يثبت دينا في الذمة قل او كثر نحو ان
يبين له حبة او فلسا او جوزة وما اشبه ذلك • اما اذا بين شيئا لا يثبت في الذمة لا يقبل منه نحو ان
يقول عنيت حق الاسلام او كفا من تراب ونحوه كذا في شرح الطحاوي **قوله** فان قال له علي شيء
لزمه ان يبين ما له قيمة هذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لانه اقر بوجوب شيء في ذمته وما
لا قيمة له لا يثبت في الذمة فاذا بين ما لا قيمة له بعد ذلك صار كالرجوع عما اقر به فلا يقبل منه فالقول
قوله مع يمينه اذا ادعى المقر له اكثر من ذلك لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر كذا
في شرح الاقطع • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي • واذا اقر الرجل انه غصب
رجلا شيئا ولم يبين شيئا فانه يلزمه من ذلك ما شاء وكان القياس ان لا يلزمه شيء لانه اقر بالمجهول والمجهول
لا يصح التزامه الا انا نقول بان هذه الجهالة مستدركة بالبيان فوجب عليه البيان ليصح الكلام منه
ولابد ان يعين شيئا والقول قوله مع يمينه لان الغصب يستدعي محلا ينتقل منه وهل يشترط الاقرار بما له قيمة
قال بعض اصحابنا لا يشترط والصحيح انه يشترط لان ما لا قيمة له لا يرد عليه الغصب وان اطلق عليه الاسم
فباعتبار المجاز يكون كذا في شرح الكافي • وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه فاذا بين
شيئا فهذا على وجهين اما ان يبين ما هو مال متقوم بان قال غصبت منه درهما او فلسا او قفيز حنطة او بين
ما ليس بمال متقوم بان قال غصبت منه كفا من تراب او حبة حنطة او غصبت منه امرأته او ولده الصغير
فان بين ما هو مال متقوم بان قال غصبت منه درهما او فلسا او دينارا ان صدقه المقر له فيما بين لم يدع
عليه الزيادة ولم يكن عليه الا تسليم ما اقر به لان بيانه خرج ملائما لمجمل اقراره فصح البيان • وتبين
المحل الحق وصار كالمنطوق به حالة الاقرار • ولو اقر بما بين في الابتداء وصدقه المقر له في ذلك ولم
يدع عليه شيئا لم يكن عليه الا تسليم ما اقر به ولم يكن على المقر يمين كذلك هذا • فاما ان صدقه فيما بين
ولكن ادعى عليه الزيادة لزمه تسليم ما بين ويوجد في الزيادة في باب الدعوى والانكار فيكون القول
قول المنكر للزيادة مع يمينه • وذلك لان بيانه خرج ملائما لمجمل اقراره فكانه اقر بهذا في الابتداء وصدقه
المقر له وادعى عليه الزيادة • وان كذبه فيما بين وادعى شيئا آخر بطل اقراره وكان القول قول المقر مع يمينه
فيما ادعى عليه لان البيان صح منه فصار كانه اقر من الابتداء • ولو اقر به من الابتداء وكذبه المقر له فيما اقر

به وادعى عليه مالا آخر بطل اقراره فيما اقر له لتكذيبه • وكان القول قوله فيما ادعي عليه مع اليمين لانه لم يوجد
منه بذلك اقرار فكذلك هذا • وما يقول في الكتاب ان القول قول المقر مع يمينه محمول على ما اذا صدقه فيما بين وادعى
الزيادة او كذبه وادعى شيئا آخر • فاما اذا صدقه فيما بين ولم يدع عليه الزيادة لم يكن عليه يمين في هذا
الفصل • فاما اذا بين ما ليس بمال ان صدقه المقر له فيما بين لم يكن عليه شيء آخر سوى ما بين مما يقصد بالغصب او لا
فان قال غصبت منه كفا من تراب او حبة حنطة او سمسمة لان هذا رجوع عما اقر به وليس ببيان لمجمل اقراره على ما نذكر
الا انه لو رجع عن اقراره وصدقه المقر له في الرجوع لم يكن عليه شيء لان الحق في الاقرار للمقر له فكذلك هذا • فاما
اذا كذبه فيما بين وادعى عليه غصب مال متقوم هل يصدق المقر فيما بين ان بين ما لا يقصد بالغصب فانه لا يصدق
فيما بين بلا خلاف بين المشايخ لان هذا رجوع منه وليس ببيان لمجمل اقراره فانه اقر بغصب شيء واسم الغصب انما يطلق
على ما يقصد بالغصب ولا يطلق على ما لا يقصد بالغصب فانه لا يقال غصبت فلانا من فلان حبة حنطة او كفا من
تراب فكانه قال غصبت منه شيئا يقصد بالغصب • ولو صرح بهذا ثم قال غصبت منه ما لا يقصد به كان رجوعا عما اقر
به ولم يكن بيانا لمجمل اقراره فكذلك هذا • فاما اذا بين ما يقصد بالغصب الا انه ليس بمال متقوم هل يصح بيانه
اختلف فيه المشايخ حكي عن ابي نصر الدبوسي وابو القاسم الصفار وغيرهما من مشايخنا انه يصح بيانه ويوجد
فيما يدعي عليه باب الدعوى والانكار كما لو بين مالا متقوما • وعامة مشايخنا يقولون بانه لا يصح بيانه ويكون
مجبرا على ان يبين شيئا هو مال متقوم وهو الاصح لانه جعل مطلق الغصب انما يوجب رد العين حال قيامه ورد
القيمة عند هلاكه • وذلك انما يتحقق اذا كان المغصوب مالا متقوما • ووجه ما ذهب اليه هؤلاء ان هذا
رجوع منه وليس ببيان لمجمل اقراره فلا يصدق في الرجوع قياسا على ما لو بين شيئا لا يقصد بالغصب • وانما
قلنا ذلك لان المالية والتقوم ان لم يثبت بذكر الشيء فانه يتناول المال وغير المال لانه اسم لكل موجود يثبت
المالية والتقوم بذكر الغصب فان مطلق الغصب شرعا اسم لاخذ مال متقوم ثبت ذلك بقوله عليه السلام
على اليد ما اخذت حتى ترد فقد اوجب بمطلق الاخذ بغير حق وهو الغصب الرد فينصرف الى رد كامل وذلك
في ان يرد المأخوذ من حيث الحقيقة او من حيث المعنى بان يرد قيمته لان القيمة قائمة مقام رد العين من حيث
الحكم • واذا انصرف مطلق الرد الى رد كامل لا الى رد ناقص • وذلك في ان يرد المأخوذ ذاتا حقيقة
او اعتبارا صار كان النبي عليه السلام قال على اليد ما اخذت حتى ترد عينه او قيمته • ولو نص على هذا كان
منه بيانا ان الغصب ما يوجب رد العين حالة قيامه والقيمة حالة هلاكه وذلك لا يتحقق الا في مال متقوم
ولا يتحقق فيما ليس بمال وان كان يقصد بالغصب • واذا ثبت ان الغصب شرعا اسم لاخذ مال متقوم صار كانه
قال غصبت مالا متقوما من فلان • ولو نص على هذا ثم بين انه عنيت الخمر بمال متقوم لا يكون بيانا لمجمل كلامه
بل كان رجوعا منه بعد الاقرار فلا يكون مصدقا • فاذا لم يصدقه المقر له فكذلك هذا • وهذا بخلاف ما
لو قال لامرأته خالعتك على ما في كفك من شيء • او قال خالعتك على ما في بطنك من شيء وليس في البيت فانه يقع الخلع
مجانا لان المال لم يصر مذكورا لا باسم الشيء فانه اسم للمال وغير المال فانه اسم لكل موجود ولا باسم الخلع شرعا
لان الخلع طلاق والطلاق شرعا يصح بمال او بغير مال وههنا ان لم يصر المالية والتقوم مذكورا باسم الشيء صار
مذكورا باسم الغصب فانه اسم لاخذ مال متقوم على ما بينا فكان نصا على المال كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه
قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها • قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الاقرار بغير عينه • واذا اقر لفلان علي حق ثم قال عنيت حق
الاسلام لم يصدق فلا بد ان يعين له شيئا لان الحق اذا اطلق في الاقرارات فينصرف الى الحقوق المالية فلا يسمع
تفسيره بغير المال **قوله** وكذا لو قال غصبت منه شيئا • وهذه من مسائل المبسوط ذكرها تفريعا على مسألة
القدوري وقد مر بيانها **قوله** تعويلا على العادة اي اعتمادا عليها **قوله** ولو قال لفلان علي مال
فالمرجع اليه في بيانه وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ويقبل قوله في القليل والكثير • وانما كان
المرجع اليه البيان لان الاجمال وقع منه والرجوع فيه الى المجمل فاذا بين يقبل ذلك قليلا او كثيرا لان المال اسم
عام يتمول به • وذلك موجود في القليل والكثير • قال صاحب الهداية الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه
لا يعد مالا عرفا • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب الاقرار بغير تسمية المبلغ في شرح الكافي
ولو قال له علي مال فالقول قوله ولو درهم قال • ثم قال وهذا اللفظ يوهم انه لا يقبل قوله اذا بين اقل من درهم
وقال بعضهم ينبغي ان يقبل قوله في البيان لان اسم المال يطلق على نصف درهم وسدس درهم كما يطلق على الدرهم
ثم قال والصحيح انه لا يقبل لان المال الذي يدخل تحت الالتزام والاقرار لا يكون اقل من درهم • وهذا ظاهر
في حكم الهداية اعتمادا عليه كما كذا في شرح الكافي • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه في باب الاقرار
بدراهم عند مشايخنا في هذه المسألة اذا بين ما دون الدرهم نصف درهم او دانق قالوا القياس ان يصدق وفي
الاستحسان لا يصدق فيما دون الدرهم • وقال الناطفي في اجناسه وفي نوادر هشام قال محمد لو قال لفلان

بل يقال له ادّ من بدرهم • ثم قال وقال في الهاروني لو قال لفلان عليّ مال وهو على عشرة دراهم جياد
ولا يصدق في اقل منه في قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق دونها
منه الى هنا لفظ الاجناس **قوله** ولو قال مال عظيم لا يصدق في اقل من مائتي درهم هذا لفظ القدوري
في مختصره قال صاحب الاجناس فيه ناقلا عن اقرار الاصل اذا قال لفلان عليّ مال عظيم من الدراهم يلزمه
مائتا درهم • ولو قال مال عظيم من الدنانير يلزمه عشرون دينارا في قول ابي يوسف ومحمد ولم يذكر قول
ابي حنيفة رحمه الله اي لم يذكر محمد قول ابي حنيفة في الاصل • ثم قال في الاجناس وقال في نوادر
ابي يوسف رواية ابن سماعة قال ابو حنيفة يلزمه مائتا درهم • وكذلك لو قال اموال عظام فهي مائتا
درهم • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد • ولو قال له عليّ مال عظيم
من الدراهم فعليه ما تجب فيه الزكاة مائتا درهم في قولهما والعظيم والكثير واحد ولم يذكر قول ابي حنيفة في هذا
الفصل اي في قوله مال عظيم • قال شيخ الاسلام والصحيح انه مثل قولهما • يعني ان المشايخ اختلفوا على قوله في قوله مال
عظيم • قال بعضهم يلزمه عشرة دراهم كما لو اقر بدراهم كثيرة يلزمه عنده عشرة دراهم • وقال بعضهم يلزمه
مائتا درهم كما هو قولهما وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا حتى يجب مراعاة اللفظ فيه فاوجبنا العظيم من حيث المعنى
وهو المال الذي يجب فيه الزكاة لانه لا يعلو مال فيه خطر في الشرع • وجه الرواية الاخرى عن ابي حنيفة ان العشرة
يقطع بها يد السارق مع عظيم حرمة المسلم ولا يقطع فيما دونها فدل على انها صارت في حكم العظيم • وقال في التحفة
وقيل يعتبر على قول ابي حنيفة حال المقر ان كان غنيا يقع على ما يستعظم عند الاغنياء • وان كان فقيرا يقع على
النصاب • وقال في الشامل في شرح المبسوط في كتاب الاقرار لو قال درهم عظيم يلزمه درهم واحد لانه معلوم
القدر فيكون العظيم صفة لعرضه • وذكر في شرح الاقطع ناقلا عن المنتقى في المال النبيل انه درهم • ونقل في
الاجناس عن نوادر هشام عن محمد لو قال لفلان عليّ مال لا قليل ولا كثير يلزمه مائتا درهم لانه لما قال لا قليل
لزمه الكثير والمال الكثير في الشرع مائتا درهم • وقال شمس الائمة البيهقي في كفايته عن ابي يوسف قال لفلان عليّ
دراهم مضاعفة يلزمه ستة لان اقل الدراهم ثلاثة والتضعيف ان تضم مرة فيضعف مرة • قال له عليّ دراهم اضعافا
اضعافا مضاعفة او قال مضاعفة اضعافا فعليه ثمانية عشر لان الاضعاف جمع ضعف فيضاعف ثلاثة ثلاث مرات
فكانت تسعة • وقوله مضاعفة يقتضي ضعف ذلك فيكون ثمانية عشر قال وفي الصورة الثانية الدراهم المضاعفة
ستة واضعافها ثلاث مرات فيكون ثمانية عشر • قال على عشرة اضعافا مضاعفة عليه ثمانون درهما لان اضعاف
العشرة ثلاثون فاذا ضممتها الى العشرة كانت اربعين فاوجبنا مضاعفة فيكون ثمانين الى هنا لفظ الكفاية • وقال
في شرح الاقطع وهذا كله اذا قال مال عظيم من الدراهم فان لم يقل من الدراهم صدق في اي جنس ذكر فان كان مما
يجب فيه الزكاة لم يصدق في اقل نصاب منه • وان كان مما لا نصاب له صدق فيما يبلغ قيمة النصاب • وقال
في الفتاوى الصغرى لو قال مال نفيس او كريم او خطير او جليل • قال الناطفي لم اجد منصوصا وكان الجرجاني يقول
مائتان **قوله** ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا قول
ابي حنيفة • وعندهما يلزمه مائتان ولا يصدق في اقل من ذلك • وقال الشافعي يصدق في ثلاثة دراهم
ولا يصدق في اقل من ذلك • وكذلك لو قال لفلان عليّ دنانير كثيرة كذا ذكر الحلواني وشيخ الاسلام خواهر زاده
في مبسوطه • وقال القدوري في كتاب التقريب روى عن ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة مثل قولهما
وجه قول الشافعي انه وصف الدراهم بصفة لا يمكن العمل بها فيلغو ذكر هذه الصفة لانه وصف الدراهم بالكثرة
واثبات صفة الكثرة لمقدار من المقادير غير ممكن لا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم • اما
من حيث الحقيقة فما من مقدار من المقادير يجعل الكثرة صفة له الا ويكون قليلا بمقابلة ما هو اكثر منه • واما
العرف فان الناس متفاوتون في ذلك فان من الناس من يستكثر مقدارا من الدراهم ومنهم من يستقل ذلك المقدار
واما الحكم فلان الاحكام التي تتعلق بالكثير من المقادير مختلفة فمنها ما يتعلق بالعشرة عندكم وما دون العشرة عندي
كالنصاب في السرقة والمهر • وبعضها يتعلق بالمائتين كالزكاة وحرمة الصدقة • وبعضها يتعلق باكثر من المائتين
وهو الاستطاعة في باب الحج فاذا تعذر العمل بهذه الصفة لغا ذكرها وكانه لم يذكر صفة الكثرة ولو قال
لفلان عليّ دراهم • ولو قال لفلان عليّ دراهم كان عليه ثلاثة دراهم فكذلك هذا • ولابي يوسف ومحمد رحمهما
الله ان العمل بهذه الصفة وان تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعي رحمه الله امكن العمل بها حكما
ولا يلغى من كلام العاقل ما امكن تصحيحه فيجب حمل الكثرة على الكثرة من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه الصفة هو
فصار كانه قال لفلان عليّ دراهم كثيرة حكما والدراهم الكثيرة حكما من كل وجه مائتا درهم لانها كثيرة
شرعا في حق القطع والمهر ووجوب الزكاة وحرمة الصدقة فان العشرة ان كانت كثيرة في حق القطع وحل
النكاح فهي في حق حرمة الصدقة ووجوب الزكاة قليل ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل من ذلك الاسم لا الى
الناقص واقل ما ينطلق عليه اسم الكثرة حكما من كل وجه مائتا درهم • فاما العشرة فبين القليل والكثير

من حيث الحكم فكان نقصانا من حيث الكثرة حكما • ولابي حنيفة ان الكثرة من حيث الحكم غير متعذر نصا وانما يثبت
ضرورة انه لا يصير صفة الكثرة لغوا فان العمل بها باعتبار الحقيقة والعرف متعذر • وما ثبت بمقتضى صحة الغير يثبت
لاجل ما يصح به الغير • وادنى ما ثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم فان القطع متعلق شرعا بالكثير من المال لا بالقليل
على ما روي انه كان لا يقطع في الشيء التافه ثم اعتبر النصاب في حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة • وقال
بعض اصحابنا في وجه قول ابي حنيفة ان اكثر ما يتناوله اسم الدراهم فيما له عدد محصور عشرة واقله ثلاثة • فاذا زاد
على العشرة يقال احد عشر درهما وعشرون درهما ومائة درهم والف درهم بلفظ الواحد فلما وصف الدراهم بالكثرة
وجب ان يلزمه اكثر ما يتناوله الاسم ولا يصدق فيما دونه • ولا يقال ينبغي ان يصدق فيما بين الثلاثة والعشرة
لانه كثير لانا نقول لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ ما يصلح له • قال الشيخ ابو النصر البغدادي هو
والفرق لابي حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم ان الدراهم تفيد العدد لان الكثرة تكون بزيادة
العدد فاعتبر الكثرة التي ترجع الى العدد • وقوله عظيم لا يقتضي عددا فوجب ان يحمل على المستعظم لا من جهة العدد
والعظيم في الشرع ما يصير به غنيا فيجب الزكاة بنفسه فاعتبر ذلك **قوله** ولو قال دراهم فهي ثلاثة هذا لفظ
القدوري في مختصره • وذلك لان الدراهم جمع واقل الجمع الصحيح ثلاثة فيلزمه ذلك لانه متيقن وما زاد على ذلك
مشكوك فيه فيتوقف على البيان • قال صاحب الهداية ويصرف الى الوزن المعتاد اي بين الناس وذلك لان المطلق
من الالفاظ ينصرف الى المتعارف وهو غالب نقد البلد ولا يصدق في اقل من ذلك لانه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه
قال في تحفة الفقهاء لو قال عليّ الف درهم فهو على ما يتعارفه اهل البلد من الاوزان والنقود وان لم يكن شيئا متعارفا
يحمل على وزن سبعة فانه الوزن المعتبر في الشرع وكذلك في الدينار فيعتبر وزن المثاقيل الا في موضع يتعارفون بخلافه
ولو قال لفلان عليّ دريهم او دنينير فعليه التمام لان التصغير قد يذكر لصغر الحجم وقد يكون لاستحقار الدرهم
وقد يكون لخفة الوزن فلا ينتقص الوزن بالشك الى هنا لفظ التحفة • وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا قال
الرجل لفلان عليّ مائة درهم عددا ثم قال بعد ذلك هي وزن خمسة او وزن ستة وكان الاقرار منه بالكوفة فعليه
مائة درهم وزن سبعة ولا يصدق على النقصان اذا لم يبين وزنها موصولا بكلامه • وكذلك الدنانير وان كان
في بلاد يتبايعون على دراهم معدودة والوزن بينهم ينقص عن وزن سبعة صدق اذا ادعى ان الذي اقر به هو على وزنهم
ولا يصدق ان ادعى وزنا دون ذلك • وان كان نقد البلد مختلفا فهو على الاقل من ذلك الى هنا لفظ الكافي **قوله**
ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر هذا لفظ القدوري في مختصره • قال شيخ الاسلام المعروف
بخواهر زاده في مبسوطه • واذا اقر رجل ان عليه لفلان كذا كذا درهما فانه يلزمه احد عشر درهما والزيادة تتوقف
على بيانه • فان قال كذا وكذا فانه يلزمه احد وعشرون والزيادة موقوفة على بيانه وهذا عندنا • وقال
الشافعي رحمه الله يلزمه في قوله كذا كذا درهما درهم وفي قوله كذا وكذا درهمان لان كذا اسم مبهم للواحد لا للعدد
بدليل انه اذا اقر فقال لفلان عليّ كذا وسكت ثم بين بالدرهم الواحد صدق ولو كان اسما للعدد لم يصدق كما لو
قال لفلان عليّ دراهم ثم بين بالواحد لم يصدق وهاهنا صدق فعلمنا انه اسم مبهم للواحد الا ان الواحد مجهول لا
يدرى ما ذا فاذا قال درهما فقد فسره بالدرهم • واذا صار الدرهم تفسيرا للواحد الذي اقر به مبهما وكرر ذكره
بغير حرف العطف فكانه كرر ذكره بغير واو العطف ولو كرر الدرهم يلزمه درهم واحد فكذا هذا فاذا كرره بينهما حرف
العطف وفسره بالدرهم فكانه كرر ذكر الدرهم وثمة يلزمه درهمان فكذا هذا • ولنا انه ذكر عددين مبهمين بغير
حرف العطف وذكر في اخرهما درهما بالنصب فيجعل عبارة عن عددين مصرحين ليس بينهما حرف العطف يستقيم ذكر الدرهم
عقيبهما بالنصب واقل ذلك احد عشر واكثره تسعة عشر فانه يقال احد عشر درهما الى تسعة عشر الا ان الاقل يلزمه من غير
بيان والزيادة تقف على بيانه • واذا قال كذا وكذا فقد ذكر عددين مبهمين معطوفا احدهما على الاخر بواو العطف
وذكر عقيبهما درهما بالنصب فيجعل عبارة عن عددين مصرحين بينهما واو العطف يستقيم ذكر الدراهم عقيبهما بالنصب
واقل ذلك احد وعشرون واكثره تسعة وعشرون الا ان الاقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه
ولا يجوز ان يجعل كذا كذا عبارة عن الدرهم الواحد لان الدرهم عقيب الواحد لا يذكر بالنصب وانما يذكر بالرفع
فيقال احد درهم او درهم واحد **قوله** ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين • هذا لفظ
القدوري في مختصره وقد مر بيانه وفيه خلاف الشافعي رحمه الله **قوله** ولو قال كذا درهما فهو درهم هذا ذكره
تفريعا لمسألة القدوري ولم يذكر في الاصل • وقال الامام برهان الدين ابو حفص عمر الانصاري في الفصل الحادي
في كتاب المنهاج • وان قال له عليّ كذا درهما لزمه درهم • اقول كان ينبغي ان يلزمه في هذه احد عشر لانه اول
العدد الذي يقع مميزها منصوبا • هكذا ينقل عن اهل اللغة واذا كان كذلك ينبغي ان لا يصدق في بيانه بدرهم
او اثنين فيه ما قاله في مختصر الاسرار • ولو قال له عليّ كذا درهما لزمه عشرون لانه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب
وذلك يكون من عشرين الى تسعين فيجب الاقل وهو عشرون لانه متيقن **قوله** وان ثلث بالواو فمائة واحد
وعشرون وان ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره ذكره تفريعا • قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه

ولو قال لفلان علي كذا وكذا وكذا درهما فانه يلزمه مائة واحد وعشرون لانه ذكر ثلاثة اعداد مبهمة وذكر بين الاول والثاني والثالث حرف العطف وذكر الدرهم عقيب الكل بالنصب فيجعل عبارة عن ثلاثة اعداد ذكر حرف العطف بين الاول والثاني والثالث ويستقيم ذكر الدرهم بالنصب عقيبها واقل ذلك مائة واحد وعشرون وان قال اربع مرات كذا وكذا وكذا وكذا قالوا يلزمه الف ومائة واحد وعشرون لانه ذكر اربعة اعداد وذكر واو العطف بين الاول والثاني والثالث والرابع وذكر الدرهم عقيبها بالنصب فيجعل عبارة عن اعداد مصرحة على هذا الوجه ليستقيم ذكر الدراهم عقيبها بالنصب واقل ذلك الف ومائة واحد وعشرون درهما هذا كله اذا قال بالنصب • فاما اذا قال درهم بالخفض بان قال كذا درهم يلزمه مائة درهم قال خواهرزاده هكذا روي عن محمد لانه ذكر عددا مبهما مرة واحدة وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد مصرح يستقيم ذكر الدرهم عقيبه بالخفض واقل ذلك مائة درهم • وان قال كذا كذا درهم يلزمه ثلاثمائة لانه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما واو العطف • وذكر الدرهم عقيبهما بالخفض واقل ذلك من العدد المصرح ثلاثمائة لان ثلاثا عدد ومائة عدد وليس بينهما حرف العطف ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما قاله شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الاقرار بشيء غير مسمى المبلغ واذا اقر ان لفلان عليه كذا كذا درهما وكذا وكذا دينارا فعليه من كل واحد منهما احد عشر لانه لو افرد كل واحد منهما في الذكر لزمه احد عشر فكذلك اذا جمع بينهما يلزمه من كل واحد احد عشر • ولو قال له علي كذا كذا دينارا ودرهما كان عليه احد عشر منهما جميعا لانه اقر بعدد من جنسين فوجبا منهما جميعا وكيف يستقيم القياس ان يكون خمسة ونصف من الدنانير الا انا نقول لو فعلنا ذلك ادى الى الكسر وليس في لفظه ما يدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير • فان قيل هلا جعلت ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم • قلنا لان الدراهم اقل مالية من الدنانير فصرفنا اليها احتياطا كذا ذكر علاء الدين الاسبيجابي قوله وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين وهذه من مسائل الاصل ولم يذكر في الجامع الصغير والقدوري لم يجعل لفظ قبلي اقرارا بالدين بل جعله اقرارا بالامانة حيث قال في مختصره واذا قال علي فقد اقر بدين وان قال عندي او قبلي فهو اقرار بامانة في يده وكان قياس وضع المسئلة ان لم يذكر ما ذكره القدوري فيه يذكر ما ذكره الاصل لان الهداية شرح البداية التي تجمع مسائل الجامع الصغير والقدوري والزوائد عليهما مذكورة متفرقا • لان صاحب الهداية لما رأى المذكور في الاصل هو الاصح قدمه • ولهذا لم يذكر في الهداية غير ما ذكره في الاصل • اما قوله علي فانما كان اقرارا بالدين بسبيل الاقتضاء ان لم يذكر الدين صريحا • لان كلمة على تستعمل في الايجاب قال تعالى ولله على الناس حج البيت ومحل الايجاب الذمة والثابت في الذمة الدين لا العين فصار مقرا بالدين مقتضى قوله على والثابت اقتضاء كالثابت نصا • ولو نص فقال لفلان على الف درهم دين كان مقرا بالدين لا بالعين فكذلك هذا • واما قوله قبلي فيبنى عن معنى الضمان • ولهذا يسمى الكفيل قبيلا والصك قبالة فكان ضمانه اي كفيل فكان اقرارا بالدين ولان قوله قبلي وان كان يستعمل في الايجابات والامانات • ولهذا يقال لفلان قبلي وديعة وقبلي امانة غلب استعماله في الايجاب والمطلق من الكلام ينصرف الى ما هو الغالب في الاستعمال كالدراهم المطلقة ينصرف الى نقد البلد • وجه ما قال القدوري ان قبلي لما كان مستعملا في المضمون والامانة كان محتملا فلم يلزمه الضمان بالشك واريد الامانة لتيقنها لكونها اقل من المضمون • والدليل على انه مستعمل بهما جميعا ما ذكر محمد في الاصل اذا قال لا حق لي على فلان بريء فلان مما هو مضمون عليه • فان قال لا حق في عنده فهو بريء مما اصله الامانة • وان قال لا حق لي قبل فلان بريء مما عليه ومما عنده لانه يتناول ما قبله وما عليه قبله قوله ولو قال المقر هو وديعة اي بعد قوله على او قبلي قوله ولو قال عندي او معي او في يدي او كيسي او صندوقي فهو اقرار بامانة في يده وهو من مسائل الاصل • اما كلمة عند فلانها تستعمل في الامانات ومطلق الكلام ينصرف الى ما هو المتعارف تصادفت الامانة مذكورة عرفا ان تصير مذكورة نصا واقتضاء • والثابت عرفا كالثابت نصا واقتضاء • واما اذا قال لفلان على الف درهم في وديعة لان مع في غالب الاستعمال مستعمل في الامانات ومطلق الكلام يحمل على ما عليه المتعارف • وكذلك لو قال له في منزلي الف درهم او في بيتي او في كيسي او في صندوقي كان اقرارا بالوديعة لان ما في بيته او منزله او صندوقه لا يتصور ان يكون دينا في ذمته فصار مقرا بالعين مقتضى قوله في منزلي او في كيسي • ولان كل ذلك اقرار بكون الشيء في اليد بنوع ابدال ضمان وامانة والثاني اقلهما فيثبت ليتيقنه • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الاقرار بالفاظ مختلفة • وان قال له في مالي مائة درهم او قال دراهمي هذه مائة درهم فهذا اقرار بالشركة • لانه اذا اختلط ماله بماله كان شريكا له فيه • ولو قال

له من مالي الف درهم • او قال لفلان من دراهمي هذه الف درهم فهذه هبة ولا يجوز الا ان يدفعها اليه لانه حين قال من مالي اسند ما اقر به الى نفسه فلا يكون لغيره ما كان يملكه ولا يصير الا بالهبة فكان هذا اللفظ هبة فيتوقف حكمه على القبض • ولو قال له في مالي الف درهم لا حق لي فيه فهذا اقرار بالدين لانه اقر بالف انقطع حقه عنها في ماله فيتوقف التسليم اليه كذا في شرح الكافي • وجعل في ادب القاضي الخصاف من النفقة قوله هو لك عندي او هو لك قبل من الفاظ الضمان والكفالة وجعل قوله لفلان عندي كذا اقرارا بالوديعة وفرق لان قوله عندي يحتمل هو في يدي ويحتمل هو في ذمتي فيقع على الادنى وهو الوديعة • فاما الدين فلا يكون الا في الذمة ولا يكون في اليد فحمل على الوجوب قوله ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهذا اقرار لفظ القدوري في مختصره • الاصل فيها ان ما لا يصلح للابتداء من الكلام ويصلح للبناء يجعل مرتبطا بما تقدم ذكره ويعتبر به فيما يتعلق به لا بالغو لانه لا يلغى من كلام العاقل ما امكن • واذا كان يصلح للابتداء او يصلح للبناء فانه يجعل للابتداء ولا يجعل مرتبطا بما تقدم ولا يعتبر به حتى لا يلزمه المال بالشك • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب ما يكون اقرارا • واذا قال الرجل للرجل اقضني الالف التي لي عندك فقال نعم او قال ساعطيكها او غدا اعطيكها او سوف اعطيكها او اقعد فاتزنها او انتقد فانتقدها او انتقد ما انبعها • او قال الرجل للرجل اتزنها او اعددها او تاخذها او ارسل غدا من يتزنها او من يقبضها او قال ليست عندي اليوم او ليست بمتيسرة اليوم يكون ذلك اقرارا لان الكلام خرج جوابا للخطاب والهاء كناية عن المذكور السابق فيستدعي وجود هاء وجوبها • وكذا لو قال اجلني بها لان التاجيل في الدين يستدعي وجوب الدين او قال اصبر بها او قال لم تحل لك فلم اقضها او قال غممتني بها او لم تبق بها او اديتها بها • او قال والله لا اقضيكها او لا ازنها اليك اليوم او لا تاخذها مني اليوم فهذه الالفاظ كلها تدل على الوجوب لان الهاء كناية عن المذكور في الخطاب نصا ان تصير ثابتا • وكذلك لو قال حتى يدخل علي مالي او حتى يقدم علي غلامي فهذا كله اقرار يلزمه لانه امر بوجوب الاداء عليه لكنه طلب منه التاخير وطلب التاخير انما يكون في دين واجب فيكون اقرارا بالوجوب • وان قال اتزن وانتقد او خذ فليس بشيء وهذا اقرار لان الامر بالفعل غير مضاف الى محل معين فلا يكون اقرارا • وكذلك الحكم في سائر الديون • ولو قال لا اقضي الدراهم التي تطلبها لعدم الا بدعوتي فقال احلتها على فلان او من شئت سهم او ابتني برجل سهم اصحابها او تحال بها على فهذا كله اقرار لان الهاء كناية عن الالف المذكورة في الا اقتضاء بتسري وجوبه البيع منها او قبولها • واذا تقاضاه بمائة درهم فقال قد قضيتكها او قال قد ابرأتني منها او قال قد حللتها لك او قال حللتني منها او قد وهبتها لي او قد احللتك بها او تصدقت بها علي فهذا كله اقرار لان الهاء كناية عن المطلوب بالاداء لان الاجابة بدعوى الابراء يتطلب الوجوب فيكون اقرارا بالوجوب كذا في شرح الكافي • قال في الكتاب يقسيمه قولي الاجابة بخلاف الطلب قال ترك الاخذ كما يقول بعد البيع وانتقد الاخذ • وكذلك كل ما كان قوله قال ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه • فان ذكر عبدا بعينه المقر له في الدين وكذبه في الاجل لزمه الدين حالا • اي قال المقدوري في مختصره وذلك لانه اقر له بمال وادعى بنفسه حقا لنفسه وهو الاجل فلا يصدق كما اذا اقر بعبد في يده لغيره ثم ادعى الاجارة فلا يصدق في دعوى الاجارة ولا يشبه ذلك ما اذا اقر بدراهم سود حيث يصدق لان دعوى السود صفة للدراهم ولا يلزمه غير ما اقر به • بخلاف دعوى الاجل فانه ليس بصفة في الديون الواجبة لا يفقد الكفالة بها وصار كالبياعات والمهور وقيم المتلفات بل الاجل فيها امر عارض • ولهذا اذا طلقت صارت حالة لكان القول قول من انكر الاجل مع اليمين لانه انكر العارض • بخلاف ما اذا قال ضمنت لك عن فلان الف درهم الى شهر فانكر المقر له الاجل فالقول قول الضامن • لان الاجل في الكفالة ليس بعارض ولهذا يثبت من غير شرط لانه لو قال كفلت الف عالك على فلان وعلى الاصيل دين مؤجل يكون مؤجلا على الكفيل من غير شرط فكانت الكفالة له النوعان احد نوعي الكفالة فيصدق المقر في دعوى الاجل لان اقراره باحد النوعين لا يحمل اقرارا بالنوع الاخر فيلزمه ما اقر لا غير قوله وقد مرت المسئلة في الكفالة اي قبل باب كفالة الرجلين عند قوله ومن قال لاخر لك على مائة درهم الى شهر فقال المقر له هي حالة قوله فان يستحلف المقر له على الاجل اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه منكر الاجل وعلى المنكر اليمين لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قوله وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم • ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه • هكذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم انه اذا قال له علي مائة ودينار او قال مائة ودرهم او مائة وقفيز حنطة او مائة وثلاث • او مائة ومن زعم ان القياس ان يلزمه المعطوف والمرجع في بيان المعطوف عليه الى المقر وبالقياس اخذ الشافعي رحمه الله • ولكن استحسن علماؤنا في المكيل والموزون والعددي المتقارب وجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وصاحب الاسرار وقال له علي مائة وثوب • او مائة وعبد • او مائة وشاة • يلزمه المعطوف والمرجع في بيان المعطوف عليه الى المقر بالاتفاق ولو قال مائة وثلاثة دراهم • او قال مائة وثلاث شياه • او ثلاثة اثواب يكون البيان في المعطوف عليه في المعطوف

بيانا في المعطوف عليه بالاتفاق والحكم في قوله مائة وثوبان مثله في قوله مائة وثوب • وان قال
ثوبان اثنان لان والاثر فيه كذا في مختصر الاسرار • وجه قوله انه معطوف على مبهم فلا يكون تفسيرا له
كما في قوله مائة وثوب ومائة وشاة ومائة وعبد • ولنا انه معدود معطوف على مبهم معدود فوجب
ان يكون من جنس واحد • كما في قوله له علي مائة وخمسون درهما او ثوبا او شاة • والتحقيق في الباب انه
مال الى الحذف والتمييز في المعطوف عليه والاكتفاء بالبيان في المعطوف اختصارا واختصار اثبت عرفا وعقلا اما
العرف فكما في الصور المذكورة والثابت عرفا كالثابت نصا • واما العقل فلان المعطوف مع المعطوف عليه بمنزلة
شيء واحد من حيث لا وجود للعطف الا بهما كالمضاف والمضاف اليه لا وجود للاضافة الا بهما • ثم البيان في
المضاف اليه بيان للمضاف كقوله ثلاثة رجال فكذلك البيان في المعطوف بيان للمعطوف عليه • ثم الحذف
للاختصار انما يكون فيما فيه كثرة انما استحسنا لا لحاق في المقدرات من المكيل والموزون وفي العددي المتقارب
لانها تكثر في عقود التجارات وتثبت في الذمة حالا ومؤجلا فاستثقلوا تكرار ذكر التمييز في المعطوف والمعطوف
عليه فحذف من المعطوف عليه او ذا ناكما في الجمع كقوله الدنانير ثلاثة دراهم او ثلاثة اثواب او ثلاث
شياه • بخلاف ما قاس الشافعي رحمه الله فانه ليس بكثير لاستعماله لانها لا تثبت في الذمة في جميع المعاملات
بدليل انها لا تثبت في الذمة قرضا ولا بيعا مطلقا الا في السلم او ما هو في معنى السلم كالبيع بثياب موصوفة باجل
فليس بكثير ايضا فاذا لانه ليس بلفظ الجمع فلم يكن البيان في المعطوف بيانا في المعطوف عليه وقد مر ان الثياب
تثبت دينا في الذمة بطريق السلم وبطريق الثمن اذا وصفت في اوايل البيوع عند قوله والاعيان المطلقة
لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب الاقرار بشيء عند سمي
المبلغ من شرح الكافي • ولو قال له علي ما بين كذا مثقال فضة وذهب فعليه من كل واحد منهما النصف لانه جعل الواجب
منهما جميعا من غير تفصيل فيتنصف والقول في الجودة والرداءة قوله قيل هذا على قول ابي يوسف ومحمد لانه اذا اقر
بالفضة عن مبيع ثم قال هي زيوف يصدق اذا وصل • وعند ابي حنيفة لا يصدق وصل ام فصل • وقيل هذا
بالاتفاق لان ابا حنيفة انما وجبت عليه الجياد لانه اقر بثمن المبيع والسلامة مستحقة بمقتضى البيع • اما هاهنا
اقر مطلقا والتي تجب في الذمة تارة بوصف السلامة وتارة لا بد لها من الوصف فكان مجهولا فيصير الى بيانه
وقيل المراد به الجودة والرداءة من حيث العيار والنقش وكذا هذا في جميع ما يقر به من المكيل والموزون والثياب
وغيرها قرضا او ثمنا او وديعة او غصبا او بيعا او مهرا في نكاح او جعلا في خلع او وصية او كفالة او غير ذلك
لان هذه اسباب الوجوب والحكم يتحد في جميع ذلك • ولو قال له علي كر من حنطة وشعير وسمسم كان من كل واحد
منهن الثلث لان قدر الكل الواجب لحق الاخبار الثلاثة فيقتضي الانقسام بالسوية كذا ذكر شيخ الاسلام الاسبيجابي
رحمه الله **قوله** قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة اي قال القدوري في مختصره قال
صاحب الهداية وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة وكذلك الحكم اذا قال غصبت الطعام في السفينة
او قال غصبت الحنطة في الجوالق وجب عليه الظرف والمظروف جميعا • قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر
زاده في مبسوطه • ولو اقر انه غصب ثوبا في منديل كان مقرا بالثوب والمنديل ويرجع في البيان اليه لان كلمة
في للظرف يقال حصلت الدراهم في الحقيبة والحنطة في الجوالق وقد امكن العمل بحقيقته على موافقة العادة الجارية
فيما بين الناس لانه في غالب العادة يجعل المنديل ظرفا للثوب • واذا امكن العمل بحقيقته وجب اعتباره فاذا وجب
اعتباره هذا اقر بغصب ثوب مظروف في منديل ولا يتصور غصب ثوب مظروف في منديل الا بعد غصب الثوب
والمنديل جميعا • فانه يعني غصب الثوب دون المنديل لا يكون غاصبا لثوب مظروف في المنديل فصار مقرا
بغصب ثوب في منديل الا انه لم يعين الثوب والمنديل فيرجع في البيان اليه • وكذلك لو قال غصبتك عشرة اثواب
في عيبة كان مقرا بغصب عشرة اثواب وعيبة ويرجع في البيان اليه لما ذكرنا في غصب الثوب والمنديل • وكذلك
الحكم في غصب التمر في القوصرة لان ايقاع فعل الغصب على التمر لا يكون بدونها بل بزمانه • وقال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي • ولو قال غصبتك كذا وكذا او كذا مع كذا او قال كذا بكذا • او قال كذا عليه
كذا لزماه جميعا • لان هذه الالفاظ تقتضي الصاق احدهما بالآخر وضمه اليه فيرد عليهما الغصب دفعة
واحدة • ولو قال كذا من كذا وكذا على كذا لزمه الاول فقط لانه يقتضي الانفصال والتمييز لا الجمع بينهما حتى يجمع
ورود الغصب عليهما • ولو قال غصبتك كذا في كذا والثاني ما يكون وعاء للاول لزماه نحو ثوب في منديل وطعام
في سفينة وما اشبه ذلك لانه مظروفه في حالة ورود الغصب عليه فيرد ظرفه ضرورة • وان كان الثاني مما لا
يكون وعاء للاول نحو قوله غصبتك درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الدرهم لا يصلح ظرفا للدرهم مثله • وان كان مما
لا يكون في وسطه نحو قوله غصبتك ثوبا في عشرة اثواب فيه خلاف بين ابي يوسف ومحمد وسيجيء بيانه بعد هذا القوصرة
وعاء للتمر منسوج من قصب • قال صاحب الجمهرة اما القوصرة فاحسبها دخيلا وقد روي انهم من كانت له قوصرة
فليأكل منها كل يوم مرة • ثم قال لا ادري ما صحة هذا البيت **قوله** علا ونحا اذا قال غصبت من قوصرة

لان كلمة من للانتزاع • ووجهه ان كلمة من تستعمل للتبعيض والتمييز فيكون الانتزاع لازما لان معناه ان من موضوعة
للانتزاع • وكذا لو قال غصبت طعاما من بيت او من ظهر دابة **قوله** قال ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة
خاصة اي قال القدوري في مختصره وذلك لان غصب العقار لا يتحقق عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا يلزمه الا الدابة
وعند محمد العقار يضمن بالغصب فيلزمانه • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو قال غصبتك مائة كر
حنطة في بيت ضمن الطعام والبيت في قول محمد لانه يرى الغصب في البيت • وابو حنيفة وابو يوسف لا يريانه
فيضمن الطعام لا غير • ولو قال غصبتك البيت بالطعام ولم احوله لم يصدق واخذ بهما جميعا في قول محمد لانه
اقر بالغصب في الحنطة وذلك لا يكون الا في النقل • فاذا قال لم احول الطعام فقد انكر بعدما اقر فلا يصدق
قوله قال ومن اقر لغيره بخاتم فله الحلقة والفص اي قال القدوري في مختصره وذلك لان اسم الخاتم
يتناول الجميع عرفا فلزمه الجميع والفص عند السيف **قوله** ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لان اسم
الحجلة يتناول جميع ذلك عرفا فيلزمه الجميع • قال في الصحاح الحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة • قال في
الجمهرة حجلت العروس اذا اتخذت لها حجلة **قوله** فان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا هذا لفظ
القدوري في مختصره وقد مر بيانه **قوله** وكذا لو قال علي ثوب في ثوب اي يلزمه الثوبان جميعا لانه اقر
بغصب ثوب في ثوب ولا يتحقق ذلك الا بغصبهما جميعا • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه لو قال غصبتك
ثوبا يهوديا في زطي ولا يتصور غصب اليهودي مظروفا في زطي الا بعد غصبهما **قوله** فان قال ثوبا
في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف • وقال محمد لزمه احد عشر ثوبا • وهذا لفظ
القدوري في مختصره • وجه قول محمد ان كلمة في حقيقتها للظرف وقد امكن العمل بالحقيقة فلا يصار الى المجاز
وذلك لان الثوب الواحد قد يلف لعزته في عشرة اثواب او يلف فيها اذا كان تذكرة من انسان احببنا طاقي صيانة
فصار مقرا بغصب ثوب مظروف في عشرة اثواب ولا يتحقق الا بغصب الكل • ولابي يوسف رحمه الله ان العادة لم تجر
بان تكون العشرة ظرفا للواحد فيترك الحقيقة بدلالة العادة ويحمل كلمة في على المجاز ويجعل بمعنى البين والوسط
كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي فيصير كانه قال غصبت ثوبا من وسط عشرة اثواب فلا يلزمه الا ثوب واحد
لان كلمة في لما احتملت استعمالها فيما قلنا كما استعملت للظرف لم يلزمه الا ثوب واحد لوقوع الشك فيما زاد عليه
والمال لا يجب بالشك والاحتمال لان الاصل في الذمم هو البراءة لانها خلقت بريئة عن الحقوق فلا يجوز
شغلها الا بحجة قوية • فلما لم يصلح العشرة للظرف صار كقوله غصبتك درهما في درهم او درهما في حنطة حيث لا يلزمه
الحنطة لانه خلاف العادة فكذا هذا على انا نقول ان كل ثوب من العشرة موعي اي مظروف في جوفها ووراءه ولم يوعيها
الا الثوب الذي هو ظاهر فتعذر حقيقة بان يجعل العشرة وعاء للثوب الواحد فتعين ما قلنا من حملها على معنى البين
وقال الامام ابو بكر الشاشي رحمه الله في قوله غصبت ثوبا في منديل او تمرا في قوصرة ونحو ذلك لا يلزمه الظرف لانه اقر
بالمظروف دون الظرف وقاس على دابة في اصطبل ونخلة في بستان • والجواب ان فعل الغصب لا يمكن ايقاع
الفعل في الثوب المعقود دون ظرفه او في التمر في القوصرة دون القوصرة • وفي الاصل يمكن ايقاع الفعل في الدابة
دون محلها فلذلك لم يجعل في ضمانه فبطل القياس وبطل ايضا بما لو قال غصبت ثوبا في لفافة • قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي • ولو اقر انه غصبه ثوبا من عيبة او تمرا من قوصرة او طعاما من بيت او من ظهر
دابة ضمن الثوب والتمر والطعام دون العيبة والقوصرة والبيت والدابة لانه ما اقر بغصب هذه الاشياء لان الغصب
منها لا بد له على غصبها **قوله** ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة هذا لفظ
القدوري في مختصره • قال صاحب الهداية • وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون اراد بالحسن بن زياد صاحب
ابي حنيفة • ومذهب زفر مثل قول الحسن كذا في كتاب التهذيب • وجه قول زفر ان قوله خمس في خمس يعبر به في العادة
عن خمسة وعشرين فصار خمسة وعشرين عبارتان فيلزمه باحدهما ما يلزمه بالآخر • ولنا ان الخمسة لا تصير خمسة
وعشرين الا بضم عدد اليها ليس بمذكور في لفظه فلم يجز الزامه • ولان في قد تكون على وجه الشرط وذلك
لا يصح في الاقرار • وقد تذكر بمعنى مع كقوله تعالى فادخلي في عبادي • وقد تكون بمعنى على كقوله تعالى
ولاصلبنكم في جذوع النخل • وقد تكون بمعنى الظرف وذلك لا يصح في الدراهم • وقد تكون بمعنى الضرب والحساب
وذلك في الحقيقة يتأتى فيما له مساحة • فاما الاعداد فلا مساحة لها فلا يصح فيها الضرب • وانما يذكر على
وجه التشبيه بما له مساحة ومعناه خمسة دراهم اذا اضيفت الى مثلها اربع مرات كانت خمسة وعشرين • وذلك لم
يتضمنه لفظ الاقرار فلا يلزمه • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الاقرار بالفاظ
مختلفة قال ابو حنيفة رحمه الله اذا قال لفلان علي عشرة دراهم في عشرة دراهم فعليه العشرة الاولى لان كلمة في
تستعمل للظرف والعشرة لا تصلح ظرفا لعشرة اخرى فلغا قوله في عشرة وبقي قوله لفلان علي عشرة • وكذلك لو قال في
عشرة دنانير الا ان يقول عنيت هذه وهذه • لان كلمة في تذكر ويراد بها مع • قال تعالى فادخلي في عبادي
اي مع عبادي ولكنها خلاف الظاهر فلا يصرف اليها الا بالنية • ولو قال علي درهم في قفيز حنطة لزمه الدرهم والقفيز

لان القفيز وان صلح ظرفا للدرهم لكنه التزم المظروف دون الظرف فلا يلزمه الظرف • وقيل انه كما قال خواهر زاده انه اقر بدرهم في الذمة وما في الذمة لا يتصور ان يكون مظروفا في شيء اخر • ولو قال له علي قفيز حنطة في درهم لزمه القفيز وبطل الدرهم لان الدرهم لا يصلح ظرفا له • وكذلك لو قال له علي فرق زيت في عشرة مخاتيم حنطة لزمه الزيت والحنطة باطل • لانها لا تصلح ظرفا كذا في شرح الكافي قوله وقد ذكرناه في الطلاق اي في باب ايقاع الطلاق ولم يذكر هذه المسئلة صاحب الهداية ثمة صريحا بل فهم ذلك بالاشارة من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر في قوله انت طالق ثنتين في ثنتين وقد اراد الضرب والحساب فعندنا يقع ثنتان وعنده ثلاث • وانما ذكر مسئلة الاقرار ههنا في كتاب الطلاق في شرح الجامع الصغير • قال في شرح الكافي لو قال له علي درهم مع درهم او معه درهم لزمه درهمان لان كلمة مع للضم فصار كانه قال له علي درهمان وكذلك لو قال له قبله درهم او بعده درهم لانه اخبار عن حالة الوجوب فقد اقر بوجوب درهم اخر سابقا عليه او متاخرا عنه فيؤخذ به • وان قال درهم فدرهم • او درهم ودرهم لزماه جميعا لان مقتضى الجمع والقران في الوجوب • ولو قال له علي درهم فدرهم لزمه درهم واحد • فرق بين هذا وبينما اذا قال لامراته انت طالق طالق حيث يقع ثنتان لان الاقرار اخبار فيحمل الثاني مؤكدا للاول والطلاق انشاء والتاكيد لا يدخل في الانشاء فكان الثاني غير الاول فاقتضى وقوع طلاق اخر • ولو قال له علي درهم بدرهم لزمه درهم لان الباء للبدلية يعني عوضه درهم فاخبر ان الوجوب بطريق المعاوضة • وكذلك لو قال له علي درهم على درهم لانه وصف الاول بالوجوب والثاني يكون موصوفا له فلا يتصف الثاني بالوجوب فيلزمه درهم واحد • ولو قال له علي درهم ثم درهمان لزمه ثلاثة دراهم لانه اقر بوجوب الدرهم ثابتا على وجوب الدرهمين فيلزمه ثلاثة دراهم • وهذه المسائل ذكرناها تكثيرا للفوائد • وفي قوله درهم فدرهم عند الشافعي رحمه الله يلزمه درهم واحد وعرف ذلك في اصول فخر الاسلام وغيره في باب حروف المعاني قوله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال له ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة • وهذه من مسائل القدوري • وعند زفر يلزمه ثمانية وعلى هذا الخلاف اذا قال انت طالق من واحدة الى ثلاث فعند ابي حنيفة يقع ثنتان وعندهما يقع الثلاث وعند زفر يقع واحدة لان الحد لا يقع تحت المحدود كما في قوله بعت من هذا الحائط الى هذا الحائط • وعندهما تدخل الغايتان جميعا لان الغاية قد تخرج من الكلام وقد لا تخرج فلا تسقط بالشك ما تضمنه لفظه • ولابي حنيفة رحمه الله ان الابتداء لو سقط لصار ما بعده ابتداء وذلك لا يصح لان ما بعده قبله ابتداء فلذلك لزمه الابتداء ولم يسقط • ولان ما بعد الابتداء هو المقصود من الكلام وما بعده فرع عليه فلم يجز اسقاط المقصود من الكلام واما الغاية فلا حاجة اليها ليكون ما بعدها مبنيا عليها وهي قد تدخل في الكلام وقد لا تدخل فلا يجوز اثباتها بالشك وقد بينا اتم من هذا في باب ايقاع الطلاق وذكرنا اعتراض الامنبي على زفر وجوابه ايضا ثمة • والحاصل ان ما قاله ابو حنيفة في الغاية الاولى استحسان وفي الغاية الثانية قياس واستحسان وما قالا في الغايتين استحسان وما قاله زفر فيهما قياس كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه لكن بغير هذه العبارة • وقال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة فيمن قال لفلان علي ما بين كر شعير الى كر حنطة لزمه كر شعير وكر حنطة الا قفيزا ولم يجعل الغاية جميع الكر لان العادة ان الغاية لا تكون اكثر الشيء ولا نصفه • والكر عبارة عن جملة من القفزان فوجب ان يعتبر الانتهاء الى واحد منها • ثم قال وقد حكي عن ابي الحسن انه قال لو قال له علي من درهم الى دينار لم يلزمه الدينار وهذا يلزم ان تكون الغاية اكثر الشيء

فصل

قوله ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له بها فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح وهذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان الاقرار للحمل في البطن على ثلاثة اوجه احدها وجها يستقيم به وجوب المال للجنين مع الاقرار كما اذا قال لحمل بطن فلانة علي من جهة وصية اوصى بها له فلان بعينها او ميراث ورثها من ابيه او غيره فاستهلكها عليه وصارت له دينا للجنين علي او كان لفلان علي الف درهم واوصى بها لحمل بطن فلانة ثم مات او كان لابيه او قريب له اخر مات وتركها ميراثا له • وذلك لان الاقرار صدر من اهله مضافا الى محله ولم يتيقن بكذب ما اقر به فكان صحيحا كما لو اقر به بعد الانفصال • وهذا لان الاقرار صدر من مكلف مضافا الى الجنين وهو اهل ان يجب له عليه دين بهذا السبب لانه اهل لان يملك المال بالميراث والوصية وان كان لا يملكه بالتجارة ولم يتيقن بكذبه لجواز ان يكون الامر كما اقر به وان بين وجها لا يستقيم وجوب المال به للجنين فانه لا يصح اقراره ولا يلزمه شيء بان قال لحمل بطن فلانة علي الف درهم بالبيع او الاجارة او الاقراض فان الاقرار لم يضف الى محله فان الجنين ليس من اهل ان يستحق دينا على احد بالتجارة لان الجنين لا يتجر ولا يتجر له • فاذا لم يكن الجنين اهلا لاستحقاق الدين بالسبب الذي اقر به كان للجنين بسبب التجارة كذبا بيقين والكذب بيقين لا يتعلق به حكم فيكون وجوده وعدمه بمنزلة فكان كمن اقر انه قطع يد فلان عمدا او خطا ويد فلان صحيحة لا يلزمه شيء لهذا

الاقرار في لانه كذب بيقين فكذا هذا بخلاف ما لو اقر لرضيع ان له عليه الف درهم دين البيع او الاجارة لان الرضيع من اهل ان يستحق الدين بهذا السبب تجارة وليه لا انه يتجر له اذ كان لا يتجر هو بنفسه • بخلاف الجنين وان اقر مطلقا ولم يبين اقراره وهو معنى قوله في المتن وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وقال محمد يصح لان الاصل في كلام العاقل ان يصحح مهما امكن وقد امكن بالحمل على انه استهلك مال الجنين فيحمل عليه • ولابي يوسف انه لم يمكن تصحيح هذا الاقرار الا بتعيين جهة هو الغصب او الجحود وانه بخصوصه والشبهة فيه التي دون التقرير لم يمكن تصحيح الاقرار فصار كانه اقر بدين لم يبين جهته ثم يجز • ولان مطلق الاقرار بالمال يحمل على الالتزام بالعقد لانه شرع به لان دينه وعقله يمنعانه من الاستهلاك ثم لانه حرام وقد يدعوانه الى الالتزام بالعقد • ولهذا اذا اقر احد المتفاوضين بمال مطلق يلزم شريكه • والعبد المأذون اذا اقر بالمال مطلقا يصح اقراره ويؤخذ به في الحال فحمل اقراره مطلقا على جهة التجارة فكذا ههنا يحمل مطلق الاقرار هو على جهة التجارة لان المقصود هو من الجنين فلم يصح الاقرار له بمطلق المال • قال شيخ الاسلام ابو بكر الحسن بن زياد بن النجار المعروف بخواهر زاده في مبسوطه اذا اقر الرجل بالف درهم لما في بطن فلانة لاقل من ستة اشهر فالاقرار باطل اذا لم يبين المقر السبب ولم يفسر عند ابي يوسف • وعند محمد جائز لانه اقر لما في البطن مطلقا ولم يفسر وقد تيقن بوجوده وقت الاقرار فتكون المسئلة على الاختلاف • وكذلك ان جاءت لسنتين او اكثر عند ابي يوسف لان الاقرار عنده باطل متى اقر لما في البطن مطلقا ولم يفسر وان تيقن بوجوده وقت الاقرار • فاذا وقع الشك في وجوده وقت الاقرار اولى • واما على قول محمد ان كان ابو الجنين حيا ووطئ ام الجنين ايضا حلال فالاقرار باطل اذا جاءت به لسنتين من وقت الاقرار لان الوطء حلال فلا ننسبه الى العلوق الى اقرب الاوقات فلا يثبت الوجود قبل الاقرار لا حقيقة ولا حكما • فاما اذا كان ابو الجنين ميتا فان الاقرار صحيح عنده اذا جاءت به لسنتين لانا حكمنا بوجوده وقت الاقرار من حيث الحكم لان الاب غير متمكن من وطئ امه متى كان ميتا فيكون العلوق محالا الى ما قبل الموت كما في المطلقة • واذا احيل الى ما قبل الموت فقد حكمنا بوجوده وقت الاقرار من حيث الحكم • وان جاءت به لاكثر من سنتين فانه لا يصح الاقرار لانه لم يثبت وجوده وقت الاقرار من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم • قال شيخ الاسلام علاء الدين ابو الحسن علي بن محمد المعروف بالاسبيجابي في شرح الكافي • ولو اوصى بدابة رجل ان يعلف بعد موته جازت الوصية لانها وصية لصاحب الدابة لان الدابة لا تصلح مستحقة فيصير ذكرها تعيين المصرف قوله لانه اقر في الحقيقة لهما اي لان الاقرار للحمل لانه اقر في الحقيقة للموصي للحمل وللمورث لان المقر قال اوصى له فلان وهذا اقرار للموصي وقال او مات ابوه فورثه وهذا اقرار للمورث وانما ينتقل الملك الى الجنين اذا ولد حيا • فلما لم يولد حيا لم ينتقل اليه فيقسم المقر به بين ورثة الموصي والمورث قوله ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولا تفاوت بين ان يكون احدهما ذكرا والاخر انثى لان الذكر والانثى سواء في الوصية وان كان احدهما ميتا كانت الوصية للحي كما اذا اوصى لحي وميت كان الكل للحي • ولو ولدت حيا ثم مات كان المال ميراثا لورثته وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين قوله ولو قال المقر باعه او اقرضه لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا اي بين وجها مستحيلا حقيقة وحكما • اما حقيقة فظاهر لانه لا يبيع ولا يقرض • واما حكما فلانه لا ولاية لاحد عليه حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرفه فيصير مضافا اليه من هذا الوجه لايتان انه رجع فلا يصح الا انه لو لا يلزم بوهم بيان لسبب محمل فيصح قوله وهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه اي على الاقرار بسبب التجارة • حتى اذا اقر احدهما بمال المفاوضة يلزم اقراره لشريكه الاخر لانصرافه الى جهة التجارة قوله فيصير كما اذا صرح اي فيصير المقر كما اذا صرح به من التجارة ولو بان قال له علي لحمل بطن فلانة كذا بالتجارة كان فاسدا فكذا هذا قوله قال ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان هذا الاقرار له وجه صحيح يمكن حمله عليه ان اوصى له بما في بطن الجارية وما في بطن الشاة فوجب حمله عليه ولكن يصح بتبع الحمل • والفرق لابي يوسف بين هذه المسئلة حيث جوز الاقرار بالحمل وبين المسئلة الاولى حيث لم يجوز الاقرار للحمل اذا ابهم الاقرار ان هنا طريق التصحيح متعين وهو الوصية بخلاف الاولى فان طريق التصحيح ليس بمتعين لازدحام الجهات الوصية • والى ذلك اشار محمد رحمه الله في الاصل لابي يوسف فقال ارايت لو ولدت غلاما وجارية كيف يقسم المال بينهما الا اثلاثا باعتبار الميراث ام نصفين باعتبار الوصية • يعني اشار الى ان جواز الاقرار يستعقب الاحتمال وجهين ارثا ووصية قوله قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط اي قال القدوري في مختصره قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا اقر لرجل بدين او قرض او غصب او وديعة او عارية قائمة او مستهلكة على انه بالخيار فيه ثلاثة ايام فالاقرار جائز والخيار باطل لان الاقرار اخبار والاخبار لا يدخل فيه الخيار سواء صدقه صاحبه او كذبه الى هنا لفظه رحمه الله • وتحقيقه ان الاقرار لا يحتمل الفسخ والمقصود من الخيار هو الفسخ فلما لم يحتمل الاقرار الفسخ لم يجز شرط الخيار ولزمه المال لان المقصود من شرط الخيار فسخ المقر به والمقر به لا ينفسخ بفسخ الاقرار لان المقر به وجوب الف درهم ووجوبه ما كان بالاقرار حتى ينفسخ بفسخ الاقرار لان الاقرار اخبار عما كان وليس بايجاب مبتدا واذا لم يثبت المقصود من شرط الخيار فيجعله لم يكن الاقرار محتملا للفسخ كما في باب الطلاق والعتاق لما لم يكن فسخ ما هو المقصود من الاعتاق والطلاق وهو ما سقط بهما لم يكونا محتملين للفسخ فكذلك هذا • واورد شيخ الاسلام

خواهر زاده في مبسوطه في هذا المقام هو الانجرار فقال قبل الاقرار ما يحتمل الفسخ بعد وقوعه فانه يفسخ
برد المقر له فالجواب عنه ان الرد بالمقر له ليس فسخ للاقرار لان الفسخ يرفع الشيء بعد ثبوته ويكذب المقر له المقر
في اقراره ليس يرفع الاقرار بعد ثبوته في حقه بل بيان انه غير ثابت في حقه اصلا لان الاقرار يحتمل الصدق
والكذب • فاذا كذبه المقر له يثبت الكذب في حقه لانه اقرار على نفسه. واذا صح التكذيب في حقه ظهر ان
الاقرار لم يكن ثابتا من الاصل لا انه انفسخ في حقه بعد وقوعه بخلاف البيع لانه تصرف يحتمل الفسخ لان ما هو
المقصود في البيع وهو الملك فانه ينفسخ بانفساخ البيع لانه ثابت به والمقصود من فسخ السبب فسخ حكمه فاذا كان
الحكم محتملا للفسخ كان السبب كذلك • واذا كان حكم السبب لا يحتمل الفسخ بفسخ السبب لا يكون السبب قابلا
للفسخ • فان قيل الاقرار وان لم يكن قابلا للفسخ فالسبب الذي به وجب المال في التجارة قابل للفسخ فيجب
ان يصح الخيار مشروطا في سبب الوجوب وان لم يصح اشتراطه في الاقرار فالجواب عنه ان سبب الوجوب غير
مذكور فانه اقر بالمال مطلقا ولم يذكر السبب • وانما يعتبر السبب مذكورا ضرورة صحة الاقرار
فانه اخبار عن امر كان وليس بايجاب مبتدا ولا بد من سبب سابق للوجوب متقدم على الاقرار حتى يصح الاقرار
واذا ثبت السبب مقتضى صحة الاقرار يعتبر السبب مذكورا في صحة الاقرار ولا يعتبر مذكورا في حق صحة
اشتراط الخيار فيه • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وان اقر بالدين من كفالة
على اشتراط الخيار مدة معلومة طويلة او قصيرة وصدقه المقر له فهو كما قال والخيار له الى اخر المدة لان
الكفالة تلائم اشتراط الخيار لانها تحتمل الجهالة والخطر ما لا يحتمله عقد البيع فاذا جاز اشتراطه في البيع ففي
الكفالة اولى • ثم يقدر الخيار في البيع بثلاثة ايام عند ابي حنيفة ولم يقدر الخيار في الكفالة بل لان
اطلاق الخيار ينافي حكم البيع لان حكمه الملك المطلق وحكم الخيار منع السبب من العمل وبينهما منافاة وحكم
الكفالة هاهنا لزوم الدين انه يصح مطلقا ومقيدا فلا يكون اشتراط الخيار منافيا وان كذبه المقر له في الخيار
لزمه المال ولم يصدق على شرط الخيار لانه يدعي عليه التاخير وهو ينكر وان اقر بدين من ثمن مبيع على انه
فيه بالخيار ولزمه المال ولم يصدق على شرط الخيار لانه يدعي عليه التاخير وهو ينكر • وان اقر بدين من
ثمن مبيع على انه فيه بالخيار فلانا هذا دعوى الخيار في البيع • فان صدقه فيه صاحبه فهو جائز • وان كذبه
في الخيار فالمال لازم له لان الدين لزمه باقراره فلا يثبت التاخير الا بدليل **قوله** لوجود الصيغة
الملزمة وهي قوله على كذا **قوله** ولم ينعدم اي الاخبار بهذا الشرط الباطل وهو قوله على اني بالخيار
والله اعلم

باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر موجب
الاقرار بلا تغيير شرع في موجبه مع المغير وهو الاستثناء لان الاصل عدم التغيير **قوله** فالذي
استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي • اي قال القدوري في مختصره قال شيخ الاسلام المعروف
بخواهر زاده في مبسوطه واذا اقر الرجل بالف درهم واستثنى فقال الا مائة درهم فان الاستثناء جائز وله
تسعمائة • لان جواز الاستثناء فلانه استثنى بعض ما دخل تحت اللفظ مقصودا • والاستثناء ما دخل تحت
اللفظ مقصودا جائز اذا كان المستثنى اقل من المستثنى منه عندهم جميعا • فاذا صح الاستثناء صار معنا بما
وراء المستثنى وذلك تسعمائة كانه قال لفلان علي تسعمائة • فاما اذا قال لفلان علي الف الا تسعمائة وتسعين
درهما فان الاستثناء يصح ويكون عليه عشرة دراهم • وهذا عندنا وعند مالك والفراء وهو قول ابي يوسف
على ما روي عنه في غير رواية الاصول لا يصح الاستثناء ويلزمه الالف لان المستثنى اكثر من المستثنى منه كذا
ذكر خواهر زاده • ووجهه ان من عادة العرب انهم يقصدون بالاستثناء اخراج الاقل دون الاكثر لكن
نقول اذا عمل الاستثناء لم يفرق الحال بين ان يخرج الاقل والاكثر **قوله** فان استثنى الجميع لزمه
الاقرار وبطل الاستثناء هذا لفظ القدوري ايضا اذا قال لفلان علي الف درهم الا الفا كان الاستثناء
باطلا لان استثناء الكل من الكل باطل لكونه رجوعا • وهذا لان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا ولا باقي
بعد استثناء الكل فيكون رجوعا لا محالة والرجوع عن الاقرار لا يصح • وكذلك اذا استثنى اكثر من الالف
لانه لما لم يجز استثناء الالف من الالف فلان لا يجوز استثناء الالف وزيادة اولى • وهذا اذا استثنى
الجنس من الجنس ففيه خلاف نبينه في المسئلة التي تليه ان شاء الله تعالى **قوله** وتقدم الوجه في الطلاق
اي في فصل الاستثناء **قوله** ولو قال له علي الف درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة
لزمه الف درهم الا قيمة الدينار والقفيز • هذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم انه اذا استثنى
من خلاف الجنس ففيه خلاف فان كان استثناء المقدر من المقدر كما في الصورة المذكورة يصح الاستثناء
عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا ويطرح قدر قيمة المستثنى مما اقر به والقياس ان لا يصح الاستثناء وهو
قول محمد وزفر • وان كان استثنى غير المقدر من المقدر لا يصح الاستثناء عندنا كما اذا قال لفلان علي مائة
درهم الا ثوبا قياسا واستحسانا خلافا للشافعي رحمه الله لان الاستثناء كلام اخر يعارض الصدر بحكمه ولكن

من شرطه المجانسة الا ترى الى قوله وبلدة ليس بها انيس الا اليعافير والا العيس قد استثنى من خلاف الجنس • ولنا ان هو
الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي بعد الثنيا وعليه اهل اللغة فلا بد من المجانسة لان معنى الاستثناء لا يتحقق الا بان يكون
المستثنى داخلا تحت صدر الكلام لو لم يكن الاستثناء الدخول تحت صدر الكلام لا يكون اذا لم توجد المجانسة فيكون هو
الاستثناء لبيان ان المستثنى لم يدخل في الصدر • وجه ما قال محمد وزفر ان استثناء جنس من خلاف الجنس لا يصح قياسا
على ما استثنى من المقدر ثوبا او حيوانا في الحجة لابي حنيفة وابي يوسف قياسا على ما لو استثنى كيلا في الحجة على الشافعي
وهذا لان الاستثناء اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام • وهذا المعنى لا يتحقق في خلاف الجنس فلا يطرح قدر المستثنى ووجه
قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله عليهما ان الاستثناء اخراج بعض ما تحت صدر الكلام ولا يمكن اخراج المستثنى من صدر
الكلام في حق التكلم لان ذلك لا يمكن لان الحقائق لا ترد لها ويمكن اخراجه في حق الحكم وهو الوجوب لان المقدرات كلها
جنس واحد في حق الوجوب بالعقد • ولهذا لا يصح ايجابها في الذمة كالدراهم فيصح استثناء وهاهنا يصير تقدير الكلام له
علي الف الا قدر قيمة المستثنى فيصير صدر الكلام عددا ما في اصله قدره في حق الوجوب • بخلاف ما اذا استثنى غير المقدر
حيث لا يصح لانه مالية غير معلومة لكونه متفاوتا في نفسه فيكون استثناء المجهول من المعلوم فيفسد ولان الثوب لا هو
يجانس الدراهم لا صورة ولا وجوبا في الذمة فان الثوب لا يجب في الذمة الا سلما او ما هو في معنى السلم كالبيع بثياب
موصوفة والدراهم يجب مطلقا • وهذا معنى قوله لا يجب مطلق عقد المعاوضة فلم يجز ان يضم الى اقراره ما لم يتضمنه
اقراره • قال الامام محمد بن احمد المعروف بالاسبيجابي في شرح الطحاوي لو قال له علي عشرة دراهم الا سبعة دراهم الا
خمسة دراهم الا ثلاثة دراهم الا درهما فانه ينظر الى المستثنى الاخير وهو درهمان من الذي يليه وهو خمسة يبقى ثلاثة
ثم يستثني الباقي وهو ثلاثة من الذي يليه وهو سبعة يبقى منها اربعة ثم يستثني الباقي وهو اربعة دراهم من الذي يليه
وهو عشرة دراهم يبقى ستة دراهم فيلزمه ذلك وكذلك ان ادخل الاستثناء على الاستثناء على هذا القياس • وقال شيخ
الاسلام علاء الدين علي بن محمد الاسبيجابي في شرح الكافي لو قال لفلان علي الف درهم ولفلان مائة درهم الا عشرة
كان الاستثناء من الاخير لان الاصل في الاستثناء ان ينصرف الى الذي يليه • ولو قال لفلان علي الف درهم الا
عشرة ولفلان مائة دينار الا درهما من الالف كان كما قال لانه نص على محل المستثنى منه فينصرف الاستثناء اليه
ولو لم يبين انه من الالف جعلته من الدنانير لان الاصل ان يصرف الاستثناء الى ما يليه والذي يليه الدنانير • ولو اقر
لرجل واحد فقال له علي الف درهم ومائة دينار الا درهما جعلت الاستثناء من الدراهم لان الاصل ان يصرف
الاستثناء الى ما هو جنس له من كل وجه الا عند التعذر ولا تعذر هاهنا لان المسمى واحد • وكذلك لو قال له علي
كر حنطة وكر شعير الا قفيز حنطة فان كان الانسان واحدا جعلت الاستثناء من نوعه استحسانا لان الصرف اليه اولى
لانه جنس له من كل وجه كذا في شرح الكافي • وقال فيه ايضا لو قال لفلان علي الف درهم استغفر الله الا مائة درهم
فالاستثناء باطل لان قوله استغفر الله ليس من نسق الكلام لان الاستغفار لا يلائم الاخبار والاقرار فصار فاصلا
وروي عن ابي حنيفة انه لا يصير فاصلا لانه يستعمل في العرف لاستدراك الغلط فصار كانه قال غلطت الا مائة
درهم فلا يعد فاصلا • ولو قال لفلان علي الف درهم سبحان الله الا خمسين درهما لم يكن استثناء لان التسبيح لا يذكر
لاستدراك الغلط في مجرى العادة فكان نسقا اخر فيعد فاصلا • ولو قال لفلان علي الف درهم يا فلان الا عشرة
دراهم كان الاستثناء جائزا لانه اخرجه مخرج الاخبار لشخص خاص وهذا صيغته فلا يعد فاصلا • ولو قال لفلان علي
مائة درهم فاشهدوا علي بها الا عشرة دراهم كان الاستثناء باطلا لان قوله فاشهدوا علي بها حشو لا يحتاج الاقرار اليه
فعد فاصلا • بخلاف قوله يا فلان لانه لم يقع حشوا **قوله** قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره
لم يلزمه عند علمائنا • قال الله تعالى ستجدني ان شاء الله صابرا ولا اعصي لك امرا • بيانه انه لو لم يقل ان شاء
الله ولم يصبر كان مخالفا في الوعد فلما قال ان شاء الله ولم يصبر لم يعد مخالفا للوعد فعلم بذلك ان المشيئة اذا علق
بها المنع ثبوت الحكم • وهذا الذي ذكرناه استحسان والقياس ان لا يصح الاستثناء ويلزمه المال ذكر القياس والاستحسان
شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه • وجه القياس ان ما يرد التعليق تاخير الحكم الى ان يوجد الشرط وتاخير ما
كان متحققا في الماضي لا يصح لان الاقرار اخبار بشرط غير متحقق لا يعرف وجوده كما في الطلاق والعتاق فاذا كان تعليقا
كان الاقرار باطلا لان الشرط يوجب للعرض ضار والايجاب يبطل بالتعليق كالهبة والبيع او لانه تعليق بشرط لا يعرف
وجوده ووقع الشك في وجود الشرط فلا يقع المعلق بالشك كالطلاق والعتاق اذا علقنا بمشية الله تعالى **قوله**
لان الاستثناء بمشية الله اما ابطال او تعليق يعني انه ابطال عند محمد تعليق عند ابي يوسف • بيانه فيما قال في كتاب
الطلاق من الفتاوى الصغرى والتتمة اذا قال انت طالق ان شاء الله فهو يمين عند ابي يوسف حتى لو قال لامراته
ان حلفت بطلاقك فانت طالق ثم قال لها انت طالق ان شاء الله يحنث • وعند محمد لا يكون يمينا حتى لا يحنث به
منه • وقال في باب الطلاق بعلامة النون من الواقعات الحسامية رجل قال لامراته انت طالق يجري على لسانه
ان شاء الله من غير قصد وكان قصده ايقاع الطلاق لا يقع الطلاق لان الاستثناء موجود حقيقة والكلام مع الاستثناء
لا يكون ايقاعا **قوله** بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا فطر الناس بقي

يكون ناجلا فيلزمه الاقرار لا تعليقا • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد • ولو
قال اشهدوا ان له علي مائة درهم ان مت ففي عليه ان عاش او مات وليس هذا باستثنا ولا مخاطرة لان هذا اللفظ
اقرار للحال وامر بالشهادة بعد الموت • يعني اشهد وا بعد موتي حتى لا يبقى الدين علي وهذا امور المسلمين • وكذلك
لو قال له علي الف درهم اذا جا راس الشهر او افطر الناس او الى الفطر او الى الاضحى فهذا كله اقرار وهو حال غلبة او
لم يرد الطالب بالاجل لانه ذكر الوقت وانما يذكر لتاخير المطالبة فكان منزلة دين مؤجل فيلزمه • وقال في شرح
الكافي ايضا ولو قال لفلان علي الف درهم ان شا فلان فقال فلان قد شئت فهذا الاقرار باطل لانه علق وما
يجوز فاللزوم حكم التنجيز لا حكم التعليق • وكذلك كل اقرار علق بخطر او شرط نحو قوله ان دخلت الدار وان مطرت
السما وان هبت الريح او ان قضى الله او ان اراده او ان رضيه او ان احبه او ان اصبت مالا او ان كان كذلك او الامر
كان ذلك لان هذا لان تعليق الاقرار بالشرط فلا يكون اقرارا للحال ولا يمكن جعله اقرارا عند وجود الشرط لانه ليس بموجود
في تلك الحالة • بخلاف تعليق الطلاق والعتاق لانا بعينا من حيث انه يمين وله حكم في الحال وهو الحلف والمنع • ثم اذا
جا الشرط انحل التركيب فوقع الطلاق وههنا الحكم بخلافه قوله قال ومن اقر بدار واستثنى بناها لنفسه فللمقر له الدار
والبنا اي قال المصنف ودي في مختصر وذلك لان البنا داخل تحت الدار معنى لا لفظا وانما يصح الاستثنا فيما كان داخلا
تحت صدر الكلام لفظا فلم يصح الاستثنا والبنا داخل تحت الدار • قال صاحب الهداية والفص في الخاتم والنخلة في البستان
نظير البنا في الدار • يعني كما لا يصح استثنا البنا لا يصح استثنا الفص والنخلة لانه داخل تحت الصدر تبعا لا لفظا • قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب من الاقرار ببعض شي من ملك انسان والاستثنا بالاقرار • واذا
كانت الدار في يد رجل فاقر انها لفلان الا بيتا معلوما فانه لي فانه على ما قال • وكذلك لو قال الا ثلثها او الا نصفها
اعتبارها فانه يصدق لانه بالاستثنا بين انما اقر بما سوى المستثنى لانه تكلم بالباقي • ولو قال الدار لفلان وهذا
البيت لي كانت الدار كلها لفلان • وكذلك لو قال الدار لفلان ولكن هذا البيت لي وكذلك لو قال هذه الدار لفلان
وبناؤها لي • او قال هذه الارض لفلان ونخلها لي او قال النخل باصوله لفلان وثمره لي لانه اقر بكله لفلان ثم
ادعى منه شيئا بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة • ولو قال هذه الدار لفلان الا بناؤها فانه لي لم يصدق ايضا لان
البنا والبنا تابع وليس هذا باستثنا لان الاستثنا اخراج بعض ما دخل تحت صدر الكلام والبنا لم يدخل تحت
صدر الكلام وانما دخل بطريق التبعية والاتباع لا يثبتها الاستثنا كما لو قال هذه الجارية لفلان الا بناها فانها
او حملها فانه لي البنا انه لا يصدق كذا هنا وكذلك لو قال هذا البستان لفلان الا نخلة بغير اصوله فانه لي او
قال هذه الجبة لفلان الا بطانتها فانها لي • او قال هذا السيف لفلان الا حليته فانها لي لم يصح الاستثنا لانه استثنا
للتوابع وانها لم تدخل تحت صدر الكلام كذا في شرح الكافي • وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في باب الاقرار
في الدار من مبسوطه • ولو اقر فقال هذه الدار لفلان الا بناؤها فانه لي فانه لا يصح هذا الاستثنا ويكون الارض
مع البنا للمقر له والبيت للمقر • وجه الفرق بينهما هو ان البنا انما دخل تحت الاقرار تبعا من حيث انه مركب على الارض
لا مقصودا كما دخل البنا تحت بيع الدار تبعا لا مقصودا حتى اذا احترق البنا قبل القبض لا يسقط شي من الثمن ولكن يخير
المشتري فدل ان البنا انما دخل تحت الاقرار بالدار تبعا لا مقصودا • ولا يجوز استثنا ما دخل تحت الاقرار تبعا كما
لو اقر بالعبد واستثنى يده او رجله او وصفه من اوصافه لم يصح لانه دخل تحت الاقرار تبعا فلم يصح استثناؤه وهذا
لان الاستثنا اخراج للمستثنى مقصودا من اللفظ فلا يجوز اضافته الى ما دخل تحت الاقرار تبعا كما لا تقابله لا يجوز
اضافتها الى ما دخل تحت البيع تبعا لانه تبع للبيع مقصودا واذا لم يصح الاستثنا صار كانه لم يستثن • ولو لم يستثن
كان البنا والارض للمقر له فكذلك هذا بخلاف البيت فانه دخل تحت الاقرار مقصودا كما في البيع يدخل تحت البيع مقصودا
حتى لو استحق البيت سقط حصته من الثمن واستثنا ما دخل تحت الاقرار مقصودا صحيح واذا صح الاستثنا فصار
له ما وراء البيت • وكذلك لو قال هذا البستان لفلان الا نخله بغير اصوله فانه لي فانه لا يصح الاستثنا لان النخل
انما دخل تحت الاقرار بالبستان تبعا لا مقصودا كما في البيع وكان كالبنا من هذا الوجه واستثنا البنا لا يصح فكذلك
هذا • بخلاف ما لو استثنى نخله باصلها لان الاصل دخل تحت الاقرار مقصودا لا تبعا فكان كالبيت • وكذلك
لو قال هذه الجبة لفلان الا بطانتها لان البطانة دخلت تحت الاقرار مقصودا لا تبعا فكان كالبيت كما في باب
البيع تدخل البطانة تحت الجبة من غير ذكر تبعا كالبنا • قال خواهر زاده وقد ذكر في السير الكبير ان الامام
اذا نفل فقال من اصاب جبة خز فهي له فاصاب جبة خز كان له الظهارة دون البطانة فلم يجعل البطانة
التنفيل تبعا للجبة واعتبر ههنا تبعا للظهارة حتى لم يصح الاستثنا وتاويل ذلك ان ما قال في السير الكبير محمول
على جبة خز بطانتها مثل ظهارتها في النفاسة فلا تكون البطانة تبعا للظهارة فكانتا بمنزلة جبتين • وما
ذكر ههنا محمول على جبة بطانتها في النفاسة دون ظهارتها فتكون تبعا للظهارة ولا تكون بمعنى جبتين حتى لو
كانت البطانة مثل الظهارة في النفاسة بان كانت جبة خز ظهارتها وبطانتها من خز او من غير خز لكنهما
في النفاسة مثلها يصح استثنا البطانة لان كل واحد منهما يكون داخلا تحت الاقرار مقصودا لا تبعا فيصح استثنا

احدهما

احدهما الآخر حينئذ • قال وكذلك لو قال هذا السيف لفلان الا حليته فانها لي فانه لا يصح الاستثنا لان
الحلية دخلت تحت الاقرار بالسيف تبعا كما في باب البيع • ولهذا لا يسقط بفواته قبل القبض شي من الثمن فكانت
بمنزلة البنا من هذا الوجه قوله ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال • وهذا لفظ
القدوري ايضا في مختصره يعني ان عرصة الدار للمقر له والبنا للمقر • وذلك لان العرصة في اللغة عبارة عن كل
بقعة ليس فيها بنا فلم يثبتا ولا العرصة البنا فلم يكن البنا للمقر له بالعرصة • الا ترى ان صاحب الجمهرة قال عرصة
الدار ما لا بنا فيه • قال صاحب الهداية بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البنا للمقر له يعني
اذا قال بنا هذه الدار لي وارضها لفلان يكون البنا والارض جميعا للمقر له بالارض • وذلك لان الاقرار بالارض
اقرار بالبنا ايضا كما اذا اقر بالدار لان الارض عبارة عن الاصل فيكون الاقرار بالاصل اقرارا بالتبع • قال
الحاكم في الكافي ولو بدا فقال بنا هذه الدار لي وارضها لفلان كانت الارض والبنا لفلان • ولو قال البنا
لفلان والارض للآخر كان البنا للاول والارض للثاني ولا يجوز اقراره للثاني على الاول كما لا يجوز على نفسه
الى هنا لفظ الكافي • قال شمس الائمة في شرح الكافي لان اول كلامه هنا اقرار معتبر للبنا الاول بعد ان اخر كلامه
اقرار بالارض والبنا ولكن اقراره بما صار مستحقا للغير لا يصح فكان للثاني الارض خاصة • فاما في الاول
اخر كلامه اقرار بالارض والبنا وهما جميعا ملكه قوله ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه
ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شي لك هذا لفظ القدوري
في مختصره • اعلم انه اذا اقر ان عليه لفلان الف درهم من ثمن هذا العبد فلا يخلو اما ان كان العبد في يد
المقر او في يد المقر له او في يد ثالث • فاذا كان في يد المقر فان صدقه الطالب فيما اقر لزمه الف درهم لان
الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة • ولو عاينا انه اشترى منه هذا العبد في يده كان عليه الف درهم فكذلك
هذا • فاما اذا قال الطالب العبد عبدي وانما بعتك عبدا غيره فاخذ العبد منه فانه لا يلزمه شي لانهما
لم يتصادقا على الوجوب فان المقر انما اقر له بالف درهم بدلا عن هذا العبد فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له
بدله • فاما اذا قال العبد عبدك وانما بعتك عبدا غيره وقبضته ولي عليك الف درهم من ثمنه فانه يلزمه
الف درهم لانهما اختلفا في الجهة التي وجب الالف واتفقا على الوجوب • اما الطالب فلانه ادعى وجوب الف
درهم بسبب بيع عبد اخر اشتري منه وقبضه وهو اقر بالوجوب بدلا عن هذا العبد وقد سلم له العبد فقد
تصادقا على الوجوب واختلفا في جهة الوجوب وفي مثل هذا يقضي بالف درهم كما لو اقر فقال علي الف درهم
لفلان من غصب وقال الاخر لا بل من قرض • وان كان العبد في يد المقر له ان صدقه المقر له فيما اقر به فانه
يسلم الثمن ويأخذ العبد لان بيع هذا العبد ثبت بتصادقهما فصار كالثابت معاينة • ولو عاينا انه اشترى
منه هذا العبد والعبد في يد البائع فقال للمشتري ادفع الثمن وخذ العبد صح فكذلك هذا • فاما اذا
قال العبد عبدي لكن بعتك الف درهم من ثمن عبد اخر قبضته منى فانه يلزمه الف درهم لانهما تصادقا على الوجوب
واختلفا في جهة الوجوب والاختلاف في الجهة لا يمنع الوجوب بعد تصادقهما على الوجوب • وهذا لانه لا عبرة
باختلاف الطريق اذا وقع الاتفاق على الحكم • وان قال لم ابعك هذا العبد والعبد عبدي وانما بعتك عبدا
اخر وقبضته مني لا يلزمه الالف لانهما لم يتصادقا على الوجوب لان المقر انما اقر بوجوب الالف مطلقا وانما اقر
بدلا عن العبد ولم يسلم له العبد فلا يكون مقرا بالوجوب فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فيسلم العبد
للمقر له ويبطل المال لان الطالب يدعي عليه تسليم الثمن ببيع غير هذا العبد وهو ينكر والمقر يدعي تسليم هذا
العبد وهو ينكر فيتحالفان • فلو كان العبد في يد ثالث ان صدقه المقر له وامكنه تسليمه لزمه المال والا
فلا قوله وان قال من ثمن عبد اشتريته ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند
ابي حنيفة رحمه الله هذا لفظ القدوري ايضا • وقال ابو يوسف ومحمد القول قول المطلوب انه لم يقبضه
اذا وصل كلامه وان قطع لم يصدق وهو قول الشافعي رحمه الله كذا في شرح الاقطع • وقول زفر والحسن
مثل قول ابي حنيفة كذا في كتاب التقريب • والحاصل انه لا يصدق عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل وعند
صاحبيه يصدق اذا صدقه المقر له في الجهة وصل ام فصل وان كذبه صدق اذا وصل وذلك لانهما يجعلانه
بيانا مغيرا اذا صدقه في الجهة لان الاتفاق وقع على وجوبه بجهة تسليم الثمن الا وان يكون المبيع مقبوضا ولم
يوجد الاقرار في القبض • وان كذبه في الجهة كان بيانا فيه معنى التغيير على معنى ان الحكم لا بد له من سبب
وقضية مطلق الاقرار يستدعي ان يكون مطالبا به وباعتبار بيان السبب غير مطالب فكان بيانا فيه معنى
التغيير فلا يصح مفصولا • كما اذا قال لفلان علي الف درهم الا انه نقد بلد كذا لا يصح مفصولا كذا هذا • ولابي
حنيفة رحمه الله ان الاقرار بالف علة لوجوب المطالبة بالالف فان علة وجوب الالف هو كونه واجبا في الذمة
وبراءتها عنه كان منزلة الحكم فباعتبار النظر الى السبب يصير قوله الا اني لم اقبض معارضا له في منع الحكم فلا يقبل
دعوى المعارض • وقولهما بان الاتفاق على الجهة متى وجد لا يجب الا بعد القبض ولم يقر بالقبض • قلنا

الاقرار بالوجوب اقرار بعلة وجوب التسليم فيكون المبيع مسلما او غير مسلم ليس من السبب في شيء انما هو حالة الوجوب
فيما نظر الى الحكم دون العلة • وقالا الحكم هو وجوب التسليم لا يثبت الا عند تسليم المبيع ولم يوجد فيقبض المبيع فصار
ممتنعا عن التزام الحكم وابو حنيفة يقول هذا باعتبار السبب بمنزلة المعارض فان امتناع الحكم بعد وجود السبب
لا يكون الا لمعارض ومتى صار معارضا بصفة السبب لم يقبل لانه رجوع كذا في اشارات الاسرار • وقال في
كتاب التقريب في تعليل ابي حنيفة ان اقراره يقتضي ثبوت المال في ذمته واضافته الى مبيع غير معين يقتضي اسقاطه
فلم يصدق في الرجوع عن الاقرار • ولانه لا يخلو اما ان يدعي جهالة المبيع حالة العقد فلا يستحق عليه ثمنه او
يدعي انه كان معلوما ثم جهل • وهذا يوجب فساد البيع وسقوط الثمن • الا ترى ان من اشترى عبدا فاقتله
بغيره فسد البيع • ومن اعترف بدين ثم ادعى سقوطه لم يقبل وليس كذلك المبيع المعين لان ثمنه يجوز ان يلزمه
فعدا اقا في الدين الى جهة يجوز ثبوته منها • وقال في شرح الاقطع وقد قيل على قولهما يرجع الى المقر له فان صدقه
انه من ثمن عبد فالقول قوله انه لم يقبضه لان العبد لا يصير في ضمانه الا بالقبض فلا يقبل قول البايع عليه في
القبض وان جحد لزمه المال لانه يريد الرجوع عما اقر به فلا يقبل منه **قوله** ولو قال ابتعت منه بيعا الا
اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع ذكر هذا تفريعا على مسئلة القدوري • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي ولو قال ابتعت منه بيعا بالف درهم ثم قال لم اقبضه كان القول قوله في قولهم جميعا لانه ما اقر
بالوجوب عليه بل اقر بالبيع وليس من ضرورة صحة البيع ان يكون المبيع مقبوضا **قوله** قال وكذا لو قال من ثمن
خمر او خنزير اي قال القدوري في مختصره وهذا عطف على قوله لزمه الالف عند قوله وان قال من ثمن عبد ما
اشتريته ولم اقبضه لزمه الالف يعني اذا قال له علي الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره ولم يذكر
القدوري في مختصره خلافا • واما ذكر الحاكم في مختصر الكافي • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في
شرح الكافي لو قال له علي الف درهم من ثمن خمر وصل لم يصدق في قياس قول ابي حنيفة ويصدق في قول ابي
يوسف ومحمد فاعتبرا على اصلهما ان هذا بيان مغير ابو حنيفة يقول لما قال علي فقد وصف بالوجوب فاذا قال
من ثمن خمر فقد ناقض لان ثمن الخمر لا يتصف بالوجوب عليه كذا في شرح الكافي ولكن هذا فيما اذا كذبه الطالب
اما اذا صدقه في ذلك لا يلزمه شيء في قولهم جميعا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة • وكذلك
الحكم فيما اذا قال من ثمن خمر او ميتة او دم وبه صرح شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه في باب الاقرار بدين
من ثمن متاع • ونقل في الاجناس عن كتاب اقرار الاصل رواية هشام لو قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمر او
خنزير وهما مسلمان وقال الطالب بل هو من ثمن بر فالمال لازم للمطلوب مع يمينه ولا شيء عليه • الا ترى انه لو
قال علي درهم ثمن ميتة او رطل خمر كان ذلك باطلا • ثم قال في الاجناس ذكر في نوادر ابي يوسف رواية ابن
سماعة لو قال لفلان علي الف درهم حراما او باطلا لزمه في قول ابي حنيفة رحمه الله **قوله** ولو قال له علي الف
من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد عند ابي
حنيفة • وقالا ان قال موصولا يصدق وان كان مفصولا لا يصدق وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة قال
الحاكم الشهيد الجليل في مختصر الكافي في باب الاقرار بالزيوف • واذا اقر الرجل بالف درهم دين من قرض او ثمن
مبيع وادعى انها زيوف او نبهرجة لم يصدق في قول ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل • وقال ابو يوسف
ومحمد ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق • وكذلك قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وشيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ايضا وعلى هذا نص في الاصل • وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في
مبسوطه • واذا اقر الرجل فقال لفلان علي الف درهم من ثمن مبيع او قرض الا انها زيوف او نبهرجة فانه لا يصدق
عند ابي حنيفة وصل ام فصل ويلزمه الف درهم جياد نقد البلد • وقال ابو يوسف ومحمد ان وصل صدق فيما
اقر به وان فصل لا يصدق ويلزمه الجياد نقد البلد • وكذلك ذكر الفقيه ابو الليث الخلاف في شرح الجامع
الصغير • وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير • وحاصله انه لا يصدق فيما قال عند ابي حنيفة
وعليه الجياد في القرض والبيع • وان وصل وقالا لا يصدق الا اذا فصل • وفي الغصب والوديعة يصدق وان
فصل بالاجماع • وفي دعوى الستوقة والرصاص لا يصدق في ثمن البيع والقرض اذا فصل ويصدق اذا وصل عندهما
ايضا • وفي الغصب والوديعة يصدق في ذلك اذا وصل ولا يصدق اذا فصل بالاجماع • ثم قال وذلك في كتاب
الاقرار مشروح • وقال الامام الاسبيجابي وكان ابو يوسف يقول اولا في الستوق والفلوس الكاسدة بانه لا يصدق
في الكل اذا وصل لانه انما اقر بالبيع فاسد • ثم ذكر الطحاوي من قول ابي يوسف هو قوله الاول وقوله الاخر
مع محمد ايضا الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي • وقال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة اذا اقر بمال
من ثمن بيع او قرض ثم قال هي زيوف لم يصدق وصل ام قطع • وقالا لا يصدق اذا وصل بكلامه فعلم ما ذكرنا
ان ما قاله الصدر الشهيد من عدم التصديق على قولهما في هذا الفصل فيه نظر لانه قال في كتابه رجل قال
لفلان علي الف درهم من ثمن المتاع او الف درهم قرض ثم قال هي زيوف او نبهرجة لم يصدق هذا فصل واحد

والفصل

والفصل الثاني قال وكذلك ان قال اقرضني الف درهم زيوفا • او قال له علي الف درهم زيوف من ثمن المتاع وقال
ابو يوسف ومحمد يصدقان في الفصل الثاني ولا يصدق في الفصل الاول • والفصل الثالث قال وكذلك لو قال علي الف
من ثمن المتاع الا انها زيوف • او قال لفلان علي الف درهم قرض الا انها زيوف ووصل لا يصدق عند ابي حنيفة وعندهما يصدق
وبعده قاضي خان في شرحه • وجه قولهما ان هذا بيان تغيير فيصح بشرط الوصل كالتعليق والاستثناء وانما قلنا انه بيان
لان الدرهم قد يكون جيدا وقد يكون زيفا فكان الزيف نوعا من الدرهم فكان ذكره بيانا الا ان مطلق العقد لما
كان يقتضي السلامة والجودة عرفا كان دعوى الزيافة تغييرا الاصل فسماه بيان تغيير فصح بشرط الوصل وكذلك الستوقة
تسمى دراهم مجازا والنقل من الحقيقة الى المجاز بيان فيه معنى التغيير فيصح متصلا لا منفصلا دل على هذا انما اذا قال الا
انها وزن خمسة او ستة وقد اطلق الدراهم وزن سبعة صدق ان كان موصولا ولم يصدق ان كان مفصولا • وكذلك اذا
قال لفلان علي كر حنطة من قرض او ثمن مبيع الا انه ردي فانه يصدق لانه بيان نوع الا انه في دعوى رداءة الحنطة
يصدق موصولا ومفصولا لانه بيان تفسير لان الحنطة في حق الصفة ثلاثة انواع جيد ووسط وردي ولم يتعين صفة
منها عرفا ولا ذكر نصا فبقي مجملا في حق الصفة وبيان المجمل بيان تفسير وبيان التفسير يصح موصولا ومفصولا بخلاف دعوى
الزيافة في باب الدراهم فانها بيان تغيير لان الجياد التي هي نقد البلد تعينت عرفا لان المطلق ينصرف الى نقد البلد
فكان البيان بيان تغيير فصح بشرط الوصل لا غير • ووجه قول ابي حنيفة ان هذا رجوع عما اقر به ودعوى امر عارض
فلا يقبل وان وصل • وذلك لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى عيب امر لا يقبل
فكذا دعوى الزيافة لا يقبل لان السلامة مستحقة بالعقد • وانما قلنا ان الزيافة عيب لان الزيافة لا تكون الا
لغش في الدرهم وذلك عيب فيه • ولهذا قالوا لو وجد البايع بعض الثمن زيوفا كان له رد ذلك • ولان المطلق
ينصرف الى الكامل ذاتا ووصفا والزيافة نقصان في الدراهم ودعوى الزيافة منهما رجوع عما اقر به فلا يصح وكذلك
دعوى الستوقة رجوع عن الاقرار لان موجب البيع ما يصلح ثمنا والستوقة ليست من جنس الاثمان • بخلاف ما اذا
قال الا انها وزن خمسة لانه استثناء المقدار لان مطلق اسم الدراهم انصرف الى وزن سبعة عرفا فيجعل كالمنصوص
عليه • ولو نص على المقدار واستثنى منه مثاقيل صح اذا كان موصولا فكذا هذا واما الجودة والرداءة وصف في الدراهم
لا مقدار فلا يجوز استثناء الوصف كاستثناء البناء من الدار • وبخلاف ما لو قال لفلان علي كر حنطة الا انها ردية
لان دعوى الرداءة دعوى نوع لا دعوى براءة عن العيب لان الحنطة في حق الاوصاف ثلاثة انواع جيد ووسط وردي
ولهذا قالوا لو اشترى حنطة مشار اليها فوجدها ردية لا يكون له الرد بالعيب فلهذا صح موصولا ومفصولا ودعوى
الزيافة دعوى براءة عن العيب فلم يصح موصولا كان او مفصولا الا اذا صدقه الاخر • قال شمس الائمة السرخسي في اصوله
في فصل بيان التغيير والتبديل الرداءة ليست بعيب في الحنطة فالعيب لا يخلو عنه اصل الفطرة • والرداءة في الحنطة
تكون باصل الخلقة فيكون هذا بيان النوع لا بيان العيب فيصح موصولا كان او مفصولا • وقال القدوري في كتاب
التقريب اذا قال له علي عشرة افلس من ثمن بيع ثم قال هي كاسدة لم يصدق عند ابي حنيفة وان وصل لان كساد الفلوس
عيب فيها فصار كالزيوف وروي عن ابي يوسف مثله وفرق بين الكاسد والزيوف لانه اذا ادعى الكساد فقد ادعى
فساد العقد عليه ثم رجع وقال يصدق اذا وصل وهو قول محمد لان استثناء الصفة كاستثناء القدر **قوله**
وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل • يعني اذا قال لفلان علي الف درهم
قرض هي زيوف فيصدق اذا وصل قوله هي زيوف بقوله الف درهم قرض • اما اذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان
هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات • وذلك لان القرض يقضى بالمثل ثم ربما يكون المقبوض زيفا فيصدق بذا اذا
وصل كما في الغصب • واراد بالاصول الجامعين والزيادات والمبسوط وهي ظاهر الرواية وغيرها غير ظاهر
الرواية كالامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات • ووجه الظاهر ان المطلق ينصرف الى ما هو
المتعارف كما في نقد البلد والمتعارف في التعامل في القرض بالجياد فيجب عليه ذلك • ثم دعوى الزيافة لا يقبل لانه
رجوع عما اقر به **قوله** ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم
الدراهم يتناولها اي يتناول الزيوف • قال في الفتاوى الصغرى ولو ارسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال
الفقيه ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول ومن المشايخ من قال هو على هذا الاختلاف ومنهم من قال هاهنا يصدق اجماعا
لان الجودة تجب على بعض الوجوه دون البعض فلا تجب مع الاحتمال الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى • والذي قال على
الاختلاف هو الكرخي كذا ذكر قاضي خان في شرح الجامع الصغير ثم بهذا عرفت ان معنى قوله في المتن وقيل لا يصدق اي
لا يصدق على مذهب ابي حنيفة وصل ام فصل وعندهما يصدق اذا اتصل لان بيانه تغيير فيصح بشرط الوصل وعند ابي حنيفة
لا يصدق لانه رجوع عما اقر به • وذلك لان الاقرار الصادر منه مطلقا ينصرف الى العقود كالقرض وثمن المبيع لانها
المشروعة والحكم في القرض والبيع هذا عنده • ولا ينصرف الى الغصب حتى يحمل ما قصد فانه في دعوى الغصب لانه حرام فلا يجوز
حمل امر المسلم على الحرام ما امكن • ولا يمكن ان ينصرف اقراره الى الوديعة فيصدق في دعوى الزيافة كما في الغصب
لانا نقول قوله علي الف درهم ينفي الوديعة لانها ليست في الذمة **قوله** ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني

ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل وهذه من مسايل الجامع الصغير ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقول غصبت فلانا الف درهم ثم قال بعد ذلك هي زيوف او نبهرجة قال
يصدق • وكذلك اذا قال اودعني فلان الف درهم ثم قال بعد ذلك هي زيوف او نبهرجة قال يصدق وذلك
لان الغصب والوديعة لا يقتضيان صفة السلامة عن العيب عرفا لان كلا منهما كما يرد في الجياد يرد في الزيوف
فكان ذلك بيان النوع فصح موصولا ومفصولا لا يصار كما اذا ادعى بالغصب والوديعة بان غصب ثوبا او كان عنده
وديعة فجاء به وهو معيب خلق فقال كان ذلك يوم الغصب او الوديعة كذلك كان القول قوله فكذا هنا • وقال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول زفر والحسن بن زياد ان قال موصولا يقبل وان قال مفصولا
لا يقبل قوله **قوله** وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اي لا يصدق في الغصب اذا ادعى
الزيافة مفصولا لا في الوديعة لان في الوديعة يصدق • الا ترى الى ما نقل في الفتاوى الصغرى عن المنتقى
اذا قال غصبك الف درهم وسكت ثم قال هي زيوف لم يصدق في قول ابي حنيفة وابي يوسف ويصدق في
الوديعة • وقال القدوري في كتاب التقريب ذكر في الاصل انه يصدق في الغصب وان قطع • وروى
بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه لا يصدق وهو قول ابي يوسف الى هنا لفظ كتاب التقريب **قوله**
اذ القبض فيهما اي في الغصب والقرض **قوله** ولو قال هي ستوقة او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة
ووصل صدق وان فصل لم يصدق ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الصغير تفريعا • قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد • وان قال هي ستوقة او رصاص صدق ان وصل ولم يصدق ان فصل
يعني في الغصب والوديعة • وذلك لانها ليست من جنس الدراهم حقيقة فان كانت من جنسها صورة فصار ارادتها
بسم الدراهم كارادة المجاز باسم الحقيقة • واذا بين انه اراد باللفظ المجاز موصولا قبل والا فلا **قوله** وان
قال في هذا كله الف ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق • يعني اذا اقر وقال لفلان علي الف
درهم او قال اودعني الف درهم او قال غصبته الف درهم او اقرضني الف درهم او نقدني الف درهم ثم قال بعد
ذلك كله الا انه ينقص كذا صدق ان وصل والا فلا لانه استثنا لبعض ما اقر به من المقدار والاستثنا لا يصح
الا موصولا لا فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى وهي من مسايل الجامع الصغير **قوله** ولو كان الفصل ضرورة
انقطاع الكلام فهو واصل يعني يصح الاستثنا اذا كان الفصل لانقطاع النفس باعتبار الضرورة • قال فخر الدين
قاضي خان في شرح الجامع الصغير • ولو فصل بينهما بفصل بطريق الضرورة بان انقطع عنه الكلام ثم وصل نقل عن ابي
يوسف انه يصح استثناؤه وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج الى ان يتكلم بكلام كثير مع الاستثنا ولا يقدر ان
يتكلم بكلام كثير بنفس واحد فيجعل ذلك عفوا **قوله** ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله
وهذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لان الغصب عبارة عن ايقاع فعل بسبيل التعدي في العين وذلك
لا يقتضي السلامة لا محالة لان الانسان يغصب ما يجد من الصحيح والمعيب والجيد والزيف فكان القول قوله
فيما غصب متصلا ام منفصل **قوله** ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها
غصبا فهو ضامن • وان قال اعطيتها وديعة فقال غصبتها لم يضمن وهذه من مسايل الجامع الصغير • اما في المسئلة
الاولى فكان القول قول المقر له مع اليمين والمقر ضامن الا ان ينكل المقر له عن اليمين لان المقر اقر بسبب الضمان وهو
الاخذ لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد • ثم بقوله وديعة يدعي براءة عن الضمان فلا يصدق وفي
المسئلة الثانية كان القول قول المقر مع اليمين لانه ما اقر بالفعل من نفسه حيث اضاف الفعل الى المقر له فلم يكن مقرا
بسبب الضمان الا ان ينكل عن اليمين فحينئذ يضمن كذا قال الامام الزاهد العتابي في شرح الجامع الصغير ثم لما ذكر
المقر لفظ الاخذ وقال اودعني الف درهم او قال دفعت الي الف درهم فضاعت وقال الطالب غصبتني واتهمني
فالقول قول المقر مع يمينه ولا ضمان عليه لانه لم يقر بسبب الضمان ذكره خواهر زاده في مبسوطه في باب الاقرار
بالوديعة **قوله** والقبض في هذا كالاخذ يعني لو قال المقر قبضت منك الف درهم وديعة فقال المقر له غصبتها
كان ضامنا كما اذا قال اخذتها وديعة **قوله** والدفع كالاعطا يعني لا يضمن المقر اذا قال دفعت الي الف
درهم وديعة فقال المقر له غصبتها كما لو قال اعطيتني ولا يقال الاعطا والدفع يقتضي القبض فاذا اقر بالقبض
ينبغي ان يضمن بالاقرار بهما لان القبض ثابت اقتضاء ضرورة والثابت بالضرورة يثبت بادنى ما تندفع به الضرورة
فلا يكون سببا للضمان لانه لا حاجة اليه • وقد يوجد الاعطا والدفع بالتخلية والوضع بين يدي المقر بدون
قبضه فلا يكون مقرا بالقبض فلا يرد السؤال **قوله** وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال
الآخر لا بل قرضا • يعني هذا الذي قلنا من ضمان المقر بالاخذ وديعة اذا قال المقر له اخذتها غصبا خلاف
ما اذا قال اخذتها وديعة وقال الطالب اخذتها قرضا حيث لا يضمن المقر لانهما اتفقا على الاخذ بالاذن
لان الاخذ بالقرض لا يكون الا بالاذن وكذلك الوديعة ولكن المقر له ادعى سبب الضمان بدعوى القرض والمقر
منكر فكان القول للمنكر **قوله** فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه

باخذها

باخذها وهذه من مسايل الجامع الصغير • وذلك لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى على المأخوذ منه
فلا يصدق في دعوى الايداع الا بحجة **قوله** وان قال اجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال
اعرته ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده فالقول قوله عند ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الذي
اخذ منه الدابة والثوب وهذه من مسايل الجامع الصغير • قال فخر الاسلام وكذلك الاختلاف في الاجارة
ذكره في كتاب الاقرار يعني اذا قال اجرت دابتي هذه فلانا فركبها ثم ردها علي • او قال اجرت ثوبي
هذا فلانا فلبسه ثم رده علي فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب لي فالقول للمقر عند ابي حنيفة وللمقر
له عندهما • وعلى هذا الخلاف الاسكان بان قال اسكنت فلانا بيتي هذا ثم اخرجته فادعى الساكن انه له
فالقول قول صاحب البيت في قول ابي حنيفة رحمه الله • وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الساكن بعد ما
يحلف انه ما اسكنه وهو القياس كذا في شرح الاقطع ثم قال فيه وعلى هذا الخلاف ايضا اذا قال ان فلانا
الخياط خاط لي قميصي بنصف درهم وقبضت منه القميص وقال الخياط بل هو قميصي اعرتكه وكذلك الثوب يسلم
الى الصباغ على هذا الخلاف • وان قال رب الثوب خاط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يرد
الثوب على الخياط في قولهم لانه لم يقر للخياط باليد لجواز ان يكون خاطه في منزله • وجه قولهما ان المقر
اقر باليد له ثم ادعى الاستحقاق فلا يقبل قوله الا بحجة ثم يجب الرد على المقر له كما في الوديعة واستحسن ابو
حنيفة الفرق بين مسئلة الوديعة حيث جعل فيها القول قول المقر له وبين مسئلة الاعارة والاجارة حيث جعل
القول قول المقر • وذكر الفرق بينهما فقال ان في مسئلة الوديعة قال اخذتها منه فوجب عليه ضمانه وجزاء
الاخذ الرد • وفي مسئلة العارية قال ردها علي فانه اقر انها في يده في الوضع • قال العتابي في شرح الجامع الصغير
هذا الفرق ليس بشي لانه ذكر الاخذ في كتاب الاقرار • وكذلك ذكر عن ابي يوسف ومحمد فيهما فقال اخذها
الذي اقر انه اخذها منه ولانه اقر له باليد مع ذلك • وانما الفرق من وجهين احدهما ان الشرع استحسن
في اطلاق العواري والاجارات رفقا بالناس وقضاء لحوائجهم مع ان المنافع معدومة وكل قياس يرجع الى نقض
هذا الاستحسان فهو باطل مثل قياس من علل بعدم المنافع لابطال هذه العقود • واذا كان اطلاق العواري
والاجارات لرفق الناس فلم يقبل قول المقر بعد ذلك لا يمتنع الناس من العارية والاجارة وذهب رفق
الناس • لان الانسان اذا عرف انه اذا اعار شيئا او اجره ثم رده عليه يصير القول قول المستعير والمستاجر امتنع
من الاعارة والاجارة خوفا من ذهاب ماله فاذا كان كذلك جعل القول قول المقر حتى لا يختل حوائج الناس فهذا
وجه يرجع الى الاجماع • والوجه الثاني وهو الوجه الفقهي ان اليد في العارية والاجارات ليست بمقصودة
بل في ضرورية تثبت ضرورة الانتفاع بالعين فلا تظهر فيما وراء الانتفاع بالعين فلا يظهر في الاقرار باليد لغيره
ثم دعواه لنفسه فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم مدعيا لنفسه • بخلاف الوديعة لان اليد في الايداع مقصودة
لان المقصود هو الحفظ ولا يكون الحفظ بدون اليد فاذا كان اليد مقصودة في الوديعة كان اقرارا باليد للغير
كانت في يدي والاقرار لا قرار باليد اقرار بالملك • وهذا الوجه علم الشيخ ابو منصور الماتريدي في شرح الجامع
الصغير حيث قال اليد في الايداع مقصود دون الاعارة **قوله** في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ انه
على الاتفاق يكون فيه القول للمقر ولكن ذلك ليس بصحيح لانه ليس بثابت في الاصول **قوله** كما بيناه اشارة
اشارة الى قوله لانه اقر باليد له **قوله** فيكون عدما فيما وراء الضرورة اي يكون اليد عدما فيما وراء
الانتفاع وموضع الضرورة هو الانتفاع بالعين للمستعير والمستاجر وما وراه هو ثبوت الملك للمقر له **قوله**
وليس مدار الفرق على ما ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة ثم احتاج الى ان قال
هذا لدفع فرق البعض وقد مر بيانه وارادوا بالاخير الاعارة والاسكان • وانما ذكر الضمير الراجع الى الاجارة
على تأويل العقد **قوله** وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته
الف ثم اخذتها منه فانكر المقر له حيث يكون القول قوله اي قول المقر له • اي هذا الذي ذكرناه في الاعارة
والاجارة والاسكان بان القول قول المقر عند ابي حنيفة خلاف ما اذا قال اقتضيت او قال اقرضت واخذت
حيث يكون القول قول المقر له • ووجه الفرق ما قال ان الدين يقضى بالمثل فاذا اقر باقتضاء الدين واخذ القرض
كان مقرا باخذ مثل حقه والمثل ملك المقر له في الاصل فيكون مقرا انه قبض ملك المقر له • اما في صورة الاعارة
والاجارة والاسكان فالمقبوض عين ما ادعى فيه هذه الاشياء فلا يكون مقرا بالملك للمقر له • قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب بعد باب الاقرار بالجناية • واذا اقر الرجل انه اقتضى من فلان الف
الف درهم كانت له عليه ثم قال فلان ما كان لك علي شي ولقد اخذتها مني ظلما فان المقر يؤخذ بردها عليه بعد ان يحلف
انه لم يكن عليه شي لانه اقر باخذ مال الغير ومطلق الاخذ سبب لوجوب الضمان وقد ادعى جهة تمنعه من
الضمان فلا يصدق الا بحجة • وكذلك لو ادعاها هبة او صدقة او وديعة لانه ادعى جهة تمنعه
من الضمان فلا يصدق • او قال قبضتها بوكالة من فلان كانت له علي او وهبتها له فامرني فقبضتها ودفعتها

اليه كان ضامنا للمال لانه اقر بالقبض ولم يثبت الجهة التي ادعاها **قوله** ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاه فلان وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر . اي استعنت بك على الزراعة او البنا او الغرس وهذه من مسائل المبسوط ذكرها تفريعا . قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه في باب اقرار الرجل بالمال اقتضاه من اخر . ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم او غرس هذا البستان وذلك كله في يد المقر فانه لا يؤمر بالرد عليه لانه لم يقر بالقبض منه لعدما اقر بهذه الاشيا وفي مثل هذا لا يجب على المقر الرد فيرجع الى القايل كما قلنا في مسئلة الخياطة اذا قال خاط لي فلان هذا الثوب ولم يقل قبضته منه فانه لا يلزمه الرد عليه لما بينا فكذا ههنا ا هـ

باب اقرار المريض

اخر اقرار المريض اما لان المرض عارض والاصل عدم العارض او لان في اقرار المريض اختلافا في بعض الصور كما سيجي بيانه واقرار الصحيح ليس فيه اختلاف فكان اقوى وبالتقديم اولى **قوله** واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فاذا قضيت وفضل شي كان فيما اقر به في حال المرض . وهذه الجملة تشتمل على مسائل منها اقرار المريض لاجنبي والقياس ان لا يصح الا من الثلث لانه يملك ثلث ماله ولا يملك ما زاد على ذلك . الا ترى انه لو وهب ما زاد على الثلث لا ينفذ ولكنهم استحسنوا جواز اقراره في الجميع لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه قال اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله ولا يعرف له مخالف فحل محل الاجماع ولانه غير متهم في حق الاجنبي فينفذ اقراره في الجميع كالصحيح . بخلاف اقراره لوارث حيث لا يصح لانه متهم لجواز ايثاره على باقي الورثة . ومنها ان دين الصحة يقدم على دين المرض عندنا حتى لو اقر من عليه دين في صحته في مرضه لاجنبي بدين او عين مضمونة او امانة بان قال مضاربة او وديعة او غصب يقدم دين الصحة ولا يصح اقراره في حق غرما الصحة فان فضل شي من التركة حينئذ يصرف الى غرما المرض وعند الشافعي يستوي الدينان . قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وقال ابن ابي ليلى ما اقر به في الصحة والمرض من الدين سوا وذلك لان الدينين تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق لان المساواة في السبب توجب المساواة في الحكم لا محالة والسبب في حالة الصحة والمرض هو الاقرار الصادر عن عقل ودين وهما يمنعانه عن الكذب خصوصا اذا كان فيه ضرر على نفسه والمعنى الذي دل على صحة الاقرار في حالة الصحة موجود في حالة المرض بل الدلالة ههنا اقوى والحاجة اليه امس . اما قوة الدلالة فلان الحال حال الندم واستدراك ما فرط فالظاهر لا يقدم الا على ما هو صدق وكذلك الحاجة الى التدارك امس لانه لا يطمع في الحياة غالبا فلا يطمع في امكان التدارك وفي حالة الصحة يطمع في الجميع فيؤخر التدارك فصار اقراره في المرض كتصرفه مبايعة ومناكحة فيستوي الحالان . ولنا ان حق غرما الصحة تعلق بماله فلا يتعلق به حق غرما المرض . ولهذا كان محجورا عن التبرع والمحاباة وما كان الحجر الا لتعلق حق غرما الصحة فلما كان حق غريم الصحة متعلقا بماله لم يصح اقراره لغريم اخر في المرض قياسا على المرهون مع سائر الغرما . وانما قلنا ذلك لان المقتضي للتعلق وجوب الدين عليه لان الدين اذا وجب تعلق بذمته ما دام صالحا لقضايه ووجب عليه صرفه الى تلك الجهة لتفريغ ذمته الا ان الشرع جعل هذا التعلق لا في حالة صحته لانه يقدر على الكسب غالبا فيقيم غيره مقامه او جعل المال الذي هو بعرض الحصول كالحاصل فلا يتعلق بهذا المال على التعيين حق . اما اذا مرض فقد عجز عن الكسب غالبا فوقع الياس عن حصول مال اخر فظهر قضية الاصل وهو التعلق بهذا المال واما الشرا والنكاح والاستهلاك فليس بوارد علينا لان الشرا ابطال موجب الصورة لا المعنى وحق الغرما متعلق بالمعنى لا بالصورة والمعنى موجود وهو المالية فلم يكن الشرا تعرضا لحق الغير . والنكاح من الحوايج الاصلية لان طريق بقا النفس بالتناسل ولا طريق اليه الا النكاح فلم يكن ممنوعا عن التصرف في حوايجه الاصلية فلم يكن دين الصحة مقدما على المهر فكان ذلك كصرف ماله الى الاغذية والادوية والاستهلاك فعل حسي لا يقبل الحجر بعدما تحقق والاقرار خبر يحتمل الصدق والكذب فامكن رده في حق الغريم . قال في اشارات الاسرار وهذا بخلاف ما قالوا فيما اذا اقر لان الاقرارين صدرا في حالة واحدة وهي حالة المرض وهذه الحالة في حق التعلق على السوا فاستويا في التعلق . فاما دين الصحة كان واجبا فسبق تعلقه اقراره في المرض فامتنع الظهور في حقه . وهذا بخلاف ما اذا اقر بالوديعة او لاخر بالدين لان التعلق بالعين باعتبار الوديعة ليس هو من موجب المرض فاذا اقر صح وتعلق به لا من جهة انه موجب المرض . فاذا وجد الاقرار بالدين بعد ذلك ولا مال له بل يتعلق به . فاما اذا اقر بالدين اولا ثم اقر بالوديعة بعد ذلك فمنزلة وديعة مستهلكة وهو بمنزلة الدين فاستويا

والباقي

والباقي يقام في بيع طريقة الخلاف والمسئلة مشهورة فيها . ومنها ان كل دين لزم المريض من ثمن مال ملكه او استهلكه او مهر وجب بعقد اقراره كان كدين الصحة . وسيجي بيانه بعد هذا **قوله** وهو مهر المثل اي نكاح المريض جايز الموت الذي عليه دين يعتبر بمهر المثل والزيادة على ذلك باطل والنكاح جايز **قوله** وهذا حالة الحجر اي حالة المرض حالة الحجر عن الاكتساب **قوله** وجعلنا المرض حالة واحدة جواب عما يقال من جهة الخصم بان يقال ان اقر المريض بدين يتعلق حق الغريم برقبة هذا لا يمنع اقراره لغريم اخر فينبغي ان لا يمنع تعلق حق غريم الصحة ايضا اقراره في المرض فقال هي حالة واحدة لانها حالة الحجر . ولهذا يمنع عن التبرع فكان الاقراران سوا . بخلاف حالة الصحة وحالة المرض لانهما مختلفان لان الاولى حالة اطلاق والاخرى حالة حجر **قوله** لان الاولى حالة الاطلاق وهذه حالة عجز لو قال حالة حجر كان اولى لكونه اشد مناسبة بالاطلاق **قوله** وانما تقدم المعروفة الاسباب اي يقدم الديون المعروفة الاسباب كالثمن في البيع والقرض والمهر في النكاح والاجر في الاجارة على دين ثبت بالاقرار في المرض كالعصمة ونحوه . قال في المبسوط ان استقرض مالا في مرضه وعاين الشهود دفع المقرض المال الى المستقرض . او اشترى شيا بالف درهم وعاين الشهود قبض المبيع . او تزوج امراة بمهر مثلها . او استاجر شيا بمعاينة الشهود فان هذه الديون تكون مساوية لديون الصحة وذلك لانها وجبت باسباب معاينة لا مرد لها . ولانه بالقرض والشرا لم يفوت على غرما الصحة شيا لانه يزيد في التركة مقدار الدين الذي يتعلق حقها به لم يتعرض لحقهم بالابطال بل نقله ابطالها . قال خواهر زاده في مبسوطه فان قضى المريض دين هو لاجل الغرما الصحة حق المشاركة فيما قبضه القابض . وان قضى دين المراة ودين الاجر كان لهم حق المشاركة فيما قبضه القابض وذلك لان المريض بقضا دين المقرض والبايع لم يبطل حق غرما الصحة لان حقهم ليس في اعيان التركة الا في معناه وهي المالية حتى كان للميت ان يقضي مكانه اخر . فاذا كان حقهم متعلقا بمعنى المال وهي المالية لا باعيان المال والاعيان كلها صالحة لقضا حقهم على السوا لم يصر بهذا القضا مبطلا عليهم حقهم بل صار ناقلا حقهم من عين الى عين ولهذا المثل فانه لو باع وادى من ثمنها كان جايزا . بخلاف ما لو قضى المهر والاجر لانه بهذا القضا مبطل حقهم في عين المال وفي ماليته لان ما وصل اليه من العوض لا يصلح لقضا حقهم فصار وجود هذا العوض في حقهم وعدمه بمنزلة فصار بهذا القضا مبطلا حقهم وله النقل لا الابطال فقد جعل للمريض ان ينقل حق الغرما من مال الى مال بتحقق الاسباب ولم يجعل للراهن ذلك فان الراهن لو باع المرهون او استاجر به شيا او تزوج به امراة لم يجز وكما تعلق حق المرتهن بالرهن فقد يتعلق حق الغرما بماله بعرض الموت لضعف ذمته . وانما فعلوا هكذا لان حق المرتهن في الرهن انما ثبت في حق العين والمالية جميعا لانه ثبت له بالرهن يد الاستيفا من حيث الحكم حتى لو هلك صار مستوفيا الدين حكما كما لو استوفاه حقيقة . فاما حق غرما الصحة قبل استيفا الدين لم يثبت في العين . وانما ثبت في معنى العين وهي المالية والبيع والقرض لا يبطل حقهم عن المالية لان الاعيان كلها في حق المالية على السوا . فان قيل انه كان ينقل حقهم من مال الى مال بالبيع والقرض فالنكاح والاجارة يبطل حقهم لان ما يصل اليه من العوض لا يصلح لقضا حقهم فكان ينبغي ان لا يصح الا بوصايا من الثلث . فالجواب عنه ان حقهم وان كان يبطل الا انه يبطل بسبب اقامة حاجته وله ابطال حقهم بحوايجه . الا ترى انه ينفق على نفسه وان كان في ذلك ابطال حقهم ولكن وان كان في ذلك ابطال حقهم لانه يحتاج اليه فقد جعل للمريض ابطال حقهم بسبب اقامة حاجته والنكاح والاجارة من حوايجه فلذا ابطل حقهم بالنكاح والاجارة كما ملك بالانفاق على نفسه . فاما الراهن فلا يملك ابطال حق المرتهن لا بحاجة ولا بغير حاجة فانه لو احتاج الى نفقة ذلك على نفسه او احتيج الى ان يكفن بالرهن بعد وفاته فانه لا يبطل حقه . فلهذا لا يملك هذه التصرفات في الرهن ويملك في ماله بعد المرض وان تعلق بها حق الغرما **قوله** لما بينا اشارة الى قوله اذ المعاين لا مرد له **قوله** ولو اقر بعين في يده لاخر لم يصح في حق غرما الصحة يعني اذا اقر بعين سوا كانت امانة او مضمونة لا يصح ذلك في حق غريم الصحة . على معنى ان دين الصحة يقدم على ذلك لما تقدم من بيانه وانما ذكر هذا تفريعا **قوله** ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرما دون البعض وهذا ايضا تفريع على مسئلة القدوري . يعني اذا قضى المريض بعض الديون من ديون الصحة والديون المعروفة الاسباب يرد ذلك ويجعل بين الغرما بالحصص الا اذا قضى القرض او ادى ثمن المبيع فيكون المقرض والبايع احق بذلك . وليس لغرما الصحة وغيرهم شي من ذلك وقد مر بيانه قبل هذا **قوله** قال فان قضيت يعني الديون المتقدمة وفضل شي يصرف الى ما اقر به في حالة المرض . اي قال القدوري في مختصره وقوله يعني الديون المتقدمة تفسير من صاحب الهداية لقوله قضيت . واراد بالديون المتقدمة ديون الصحة والديون اللازمة باسباب معلومة **قوله** وفضل شي من التركة بعد قضا الديون المذكورة وانما يصرف ما فضل الى الدين الذي اقر به في حالة المرض لان الاقرار وقع صحيحا في نفسه . وانما رد لحق غرما الصحة فلما قضي حقهم سقط حقهم ولم يبق مانعا فكانه لم يكن دين الصحة اصلا ولو لم يكن ذلك يصرف التركة الى ما اقر به حالة المرض فكذا هذا . وهذا معنى قوله فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته اي صحة اقراره في المرض **قوله** قال وان

لم يكن عليه دين في صحته جاز اقراره في حالة المرض لكن غرماء المرض مقدما على الورثة لكن غرماء الصحة
لان الدين مقدم على الارث • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي • ولو مرض وفي يده الف
درهم لا مال له غيرها وللميت عليه دين الصحة فاقر بدين الف درهم ثم اقر بان الالف التي في يده وديعة
لفلان او مضاربة ثم اقر بدين الف ثم مات قسمت الالف بينهم اثلاثا • لانه اقر بالدين اولا فتعلق
حق الغرما بالالف التي في يديه • فاذا اقر بانها وديعة فقد اقر بوديعة مستهلكة لانه لا يمكنه التسليم
الى المقر له فيكون اقرارا بالدين معنى والكل في حالة المرض فاستوت الديون في التعليق • ولو قال صاحب
الدين الاول لا حق لي قبلك او تزوج امراته من ذمتي كان الالف بين صاحب الوديعة والغريم الاخر
نصفين لان البراة وجدت بعد تعلق الكل فلا يتغير الحكم ولا يبطل الاخر بالابرا الاول • ولو لم يبريه
الاول ولكنه كذبه في الاقرار ورده كانت الالف كلها للذي اقر له بالوديعة لانه بالاكذاب تبين
انه لا حق له ولا تعلق فيكون الاقرار بالوديعة صحيحا سابقا على الاقرار بالدين فيستحقه في التعلق لما بينا
في شرح الكافي **قوله** لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته قيل
لانه روي في مبسوط خواهر زاده وغيرهم عن ابن عمر لا عن عمر • وكذلك روي في الامالي عن
محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله العرزمي عن نافع عن ابن عمر انه قال اذا اقر الرجل في مرضه
بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله **قوله** قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا
ان يصدقه فيه بقية الورثة • اي قال القدوري في مختصره • واحد قولي الشافعي رحمه الله مثل قولنا
وقال في قول اخر يصح اقراره له كذا في شرح الاقطع • وجه قوله انه اقر بما لكه له فصح كاقراره له حالة
الصحة وكاقراره للاجنبي في مرض الموت وكاقراره بوارث اخر وكاقراره انه استهلك وديعة الوارث ولنا
حديث الدارقطني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا وصية لوارث ولا اقرار له بدين • ولانه
يحجر عليه في هذا الاقرار لتعلق حق الورثة بالتركة اوانا على اعتبار اتصال المرض بالموت • والدليل في
تعلق حقهم انه لو وهب لواحد منهم شيئا او اوصى له بشي لا يجوز لحاجته من ايثار البعض وتهمة الايثار في
حقه • الا ترى انه لا ينفذ تبرعه عليه الى الاقرار • واقرار المحجور عليه باطل • بخلاف ما لو اقر في
حالة الصحة لانه ليس بمحجور عن التبرع فلا يتحقق تهمة الميل ولان حالة مرض الموت حالة استيفا الوارث ماله
في حق بعض التصرفات والمصالح وذلك يقتضي ثبوت الملك من ذلك الوجه لورثته الذين هم اقرب الناس
اليه وفي ايثار البعض ابطال حق الباقي فلا يجوز ذلك لانه يتصدى بهم قياسا على ما اذا تبرع لواحد منهم الا
ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي ولم يكن محجورا في الاقرار له لانه لا يتهم بالميل عن التبرع الى الاقرار
لان تبرعه للاجنبي يصح في الثلث • ولانه لو كان محجورا عن الاقرار للاجنبي لامتنع الناس عن المعاملة معه
في الصحة ولضاق الامر على الناس ووقعوا في الحرج وهو مدفوع شرعا • وهذا المعنى لا يوجد في حق الورثة
لانه لا يحتاج الى المعاملة معهم عادة • والجواب عن الاقرار لوارث اخر فنقول انما صح الاقرار به لانه
اقرار بالنسب فينفذ ذلك لانه من الحوائج الاصلية ولانه حمل النسب على نفسه فيصح • واذا ثبت الميراث بعده
واما الجواب عن مسئلة الجامع وهو ان الاستهلاك اذا اودع ابنه او الابن او دع اباه ثم اقر باستهلاك في
مرض موته فانما صح ذلك وان وقع اقرارا بالدين للوارث لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الايداع ثابتا
ومحضرا من الشهود فيكون اقراره باستهلاك الوديعة اقرارا باستهلاك وديعة ثابتة بالمعاينة او البينة
فلا يكون الضمان مضافا الى الاقرار بل الى انه لو مات مجهلا والحرز له فيصح • الا ترى انه لو جحده في الحال
لو ثبت كان مضافا الى الاقرار فلم يصح القياس • فاما اذا صدقه بقية الورثة فانما يصح اقراره لان المنع
كان لحقهم فاذا صدقوه فقد اسقطوا حقهم فجاز الاقرار والباقي يعلم في طريقة الخلاف ان شاء الله تعالى
قوله وان اقر لاجنبي جاز اقراره وان احاط بماله لما بينا الى قوله لانه لو حجر عن الاقرار
بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه **قوله** والقياس ان لا يجوز الا في الثلث وهو مذهب بعض الناس
كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه • ووجه القياس ما بينا في اول الباب ان الشرع قصر تصرفه
على الثلث بدليل انه لا ينفذ هبته • ووجه الاستحسان ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه قال في المرض
اذا اقر بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله • ولانه لا تهمة فيه بخلاف اقراره لوارث
فانه فيه تهمة الايثار • وقد مر بيانه • ثم اعلم ان الاقرار للوارث لما كان باطلا عندنا فنقول اذا اقر
لوارث بدين ثم لم يمت المريض حتى صار الوارث غير وارث في هذه الحالة • وهذا كما اذا اقر لاخيه وليس
له ابن ثم حدث له ابن وحجب الولد الاخ عن الارث • وان كان يوم اقر ليس بوارث ثم صار وارثا
يوم مات بطل اقراره لانه لو صدقه في حالة كونه وارثا يصير اقرارا للوارث فلا يجوز وهذا اذا كان
وارثا بسبب ان صار وارثا بالولا او بالزوجية لم يبطل اقراره لان الاستحقاق غير مضاف الى القائم

بل الى السبب الحادث فلو بطل اقراره بطل من غير تهمة • بخلاف اذا صار وارثا بسبب القرابة لان القرابة كانت
ثابتة في تلك الحالة الا انه امتنع عملها لمانع فاذا زال المانع عمل السبب من ذلك الوقت وههنا بخلافه • وان
كان يوم اقر وارثه بموالاة او زوجية ثم يوم مات وارثه وقد خرج فيما بين ذلك من ان يكون وارثه ببينونة
او فسخ للموالاة فالاقرار باطل في قول ابي يوسف الاول وهو جائز في قوله الاخير وهو قول محمد وهو يقول المعتبر
حالة الاقرار وحالة الموت لان حالة الاقرار حالة انعقاد السبب وحالة الموت حالة ثبوت الحكم وفيما بين ذلك
لا عبرة به لانه لا تعلق للحكم به • ومحمد يقول بان الاقرار وجد في حال كونه اجنبيا • والاقرار للاجنبي صحيح قوله
حال فيادة هو وارث قلنا نعم ولكن بسبب جديد فلا يكون الارث مضافا الى السبب السابق لان الثاني غير الاول
وصار كما لو اقر لاجنبية ثم تزوجها المريض لا يبطل اقراره كذلك ههنا • وان اقر لوارث او لاجنبي ثم مات المقر
له ثم مات المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز ذلك الاقرار في قول ابي يوسف الاول وهو جائز في قوله
الاخر وهو قول محمد هو يقول هذا اقرار للوارث في الثانية فلا يجوز ومحمد يقول انما صار له بسبب جديد لان
استفاده بجهة الوراثة من الاجنبي لا بسبب اقراره فصار كما لو استفاده بسبب الشرا منه البتة يجوز كذلك ههنا
كذا في شرح الكافي للاسبيجابي **قوله** قال ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان
اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها • اي قال القدوري في مختصره • والفرق ان النسب اذا ثبت ثبت
مستندا الى وقت العلوق فتبين بثبوت النسب ان اقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل • بخلاف الزوجية فانها
اذا ثبتت ثبتت مقتصرة على زمان العقد فلا يبطل الاقرار لانه لم يقع لوارث • وفي قول زفر تبطل الاقرار لها
بالدين بحدوث الزوجية كما تبطل الهبة والوصية • وجوابه ما قلنا بخلاف الهبة فانها تبرع وتبرع المريض
مضاف الى ما بعد الموت حكما فيعتبر بالمضاف اليه وهو الوصية فتبطل الوصية بحدوث الزوجية فكذا الهبة
لانها وارثة حال نفاذ الوصية • قال في وصايا الجامع الصغير ولو ان المريض اقر بدين لابنه وهو نصراني او عبد
ثم اسلم الابن او اعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين اقر كان سبب التهمة بينهما لم يكن قائما وقت
الاقرار • وذكر فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير خلاف زفر في الاقرار لابنه وهو نصراني او عبد
فقال ان الاقرار صحيح عند زفر لانه وقت الاقرار لم يكن وارثا **قوله** قال ومن طلق زوجته في مرضه
ثلاثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه • اي قال القدوري في مختصره وذلك هو
لانهما متهمان لعلهما تواطئا على ذلك ليفتح باب الاقرار ولا تهمة في الاقل • هذا اذا كان موته قبل انقضا
العدة فان مات بعده جاز اقراره • فاذا اقر لها بدين المهر فعند شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي ولو اقر لامراته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاص غرما الصحة بل لانه اقر بما
يملك انشاه فانعدمت التهمة • ولو اقرت المراة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم يصدق لانها اقرت بدين الزوج
لان القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم يلتقيان قصاصا • والاقرار بالدين للوارث لا يصح • وقال في الفتاوى
الصغرى المريضة اذا اقرت باستيفا مهرها فان ماتت وهي منكوحة او معتدة لا يصح اقرارها • وان ماتت
غير منكوحة ولا معتدة بان طلقها قبل الدخول يصح ونقله عن اقرار الجامع

فصل

ذكر الاقرار بالنسب بعد الاقرار بالمال لان ذلك كثير الوقوع فصار تقديمه اهم • وهذا قليل الوقوع فكان
احق بالتاخير لذلك **قوله** ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه
الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا • وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ويشارك الورثة
في الميراث وذلك لان اقرار الرجل بالولد جائز لانه ليس فيه حمل النسب على الغير بل هو يلزمه في نفسه فيقبل اقراره
فيه • وانما اشترط ان يولد مثله لمثله لانه اذا لم يكن يولد مثله لمثله يكون مكذبا في اقراره في الظاهر
فلا يصح اقراره • وانما اشترط ان يكون الولد غير معروف النسب لان معروف النسب لا يصح دعوى نسبه لانه
اذا ثبت من احد لا يقبل الفسخ بعد ذلك • وانما اشترط تصديقه لان وضع المسئلة فيما اذا كان المقر له
بالنسب كبيرا يعبر عن نفسه فاذا كان يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لانه في يد نفسه • بخلاف ما اذا كان صغيرا
لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه لانه في يد غيره فيقبل الاقرار بنسبه من غير تصديق منه • فاذا ثبت
الاقرار من الصحيح بالنسب صح من المريض ايضا لان اقرار المريض انما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغرما او الورثة
ولا تهمة في دعوى النسب لانه لا يلزمه من صحة النسب الاقرار بالمال اذ يجوز ان يكون ابنه ولا يرث
لمانع من الارث • واذا صح اقراره بالنسب صار كالابن المعروف فشارك الورثة في الميراث • والحاصل
ان صحة الاقرار بنسب الولد يشترط ثلاث شرائط • احدها ان يكون بحيث يولد مثله لمثله • والثاني ان لا يكون
المقر له ثابت النسب من الغير • والثالث ان يصدق المقر له المقر في اقراره اذا كان له عبارة صحيحة • واذا
لم يكن كذلك فلا يصح اقراره • وكذلك اذا اقر بالوالدين يصح بشرط ان يولد مثل المقر من المقر لهما • وبشرط ان لا يكون
للمقر له نسب معروف • وبشرط ان يصدقه الاب والام اذا كانا عاقلين • وكذلك المراة اذا اقرت بالوالدين يصح

بجميع الشروط كذا ذكر الامام سراج الدين في شرح فرائضه • قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه
في باب الاقرار بالولد • واذا اقر الرجل بالولد فقال هذا ابني وهو غلام صبي في يديه فان كان لا يعبر عن نفسه
فانه يثبت نسبه منه لانه لو ادعى انه ابنه كان اولى • بخلاف ما لو قال لرجل هذا ابي فانه لا يثبت النسب الا بتصديق
لان الاب ليس في يده فكان بمنزلة الصبي الذي يعبر عن نفسه • ولو كان صبيا يعبر عن نفسه يشترط تصديقه لثبات
النسب فكذلك هذا **قوله** بخلاف الصغير اي لا يشترط تصديقه اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه **قوله** على ما مر
من قبل اي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى عند قوله وان كان الصبي في ايديهما فان المراد منه صغير لا يعبر
عن نفسه **قوله** ولا يمتنع بالمرض اي لا يمتنع الاقرار بالنسب بسبب المرض يعني انه يصح من المريض كما يصح من الصحيح
قوله قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والزوجة والمولى اي قال القدوري في مختصره انما اطلق المولى ليتناول
الاعلى والاسفل جميعا • ولهذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ويجوز اقرار الرجل بالولد
والوالدين والزوجة والمولى من فوق ومن تحت اذا صدقه الاخر لان الحكم لا يعدوهما فيكون اقرارا على انفسهما
فيقبل ولا يجوز اقراره بغير هؤلاء الثلاثة لما ذكرنا ان اقرارهما في حق هؤلاء اقرار على نفسهما وفيما عداه اقرار على
الغير • ولا يجوز اقرار المراة بالولد وان صدقها لانهما يتوارثان ان لم يكن لهما وارث معروف لانه اعتبر
اقرارهما في حقهما ولا يقضى بالنسب لانه لا يثبت بدون الحجة وهو شهادة القابلة • فان شهدت لها امراة على
ذلك وقد صدقها الولد ثبت نسبه منها • وكذلك ان لم تشهد لها امراة وقد صدقها زوجها فيه ثبت النسب
منهما لان النسب يثبت بتصادقهما لانه لا يتعدى الى غيرهما كذا في شرح الكافي • والاصل في هذا ان من اقر بنسب
يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره فاقراره مقبول كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق واقرار الرجل بمن ذكرنا
فيه حمل النسب على غيره فيقبل وكذلك المراة الا في الولد لانه اذا ثبت نسبه منها كان فيه حمله على الزوج لانه
يلزمه بالفراش فلا يثبت الا بتصديقه او شهادة امراة بالولادة فتثبت الولادة بشهادتها ويلحق النسب بالفراش
كذا في شرح الاقطع **قوله** وقد مر في الطلاق اي باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد الولادة تثبت بشهادة
امراة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم **قوله** وذكرنا في اقرار
المراة تفصيلا في كتاب الدعوى اي عند قوله واذا ادعت امراة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امراة
على الولادة حيث قال ومعنى المسئلة ان تكون المراة ذات زوج • يعني ان دعوى المراة الصبي وهو اقرارها
به انما لا يصح اذا كانت ذات زوج • وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيها
الزاما على نفسها دون غيرها فان كان لها زوج وصدقها يثبت النسب منهما بدون شهادة القابلة لانه التزم نسبه
فلا حاجة الى الحجة وباقي البيان مر تقريره في شرحنا هذا في باب دعوى النسب **قوله** ويصح التصديق في النسب
بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت ذكر تفريعا على مسئلة القدوري • يعني ان المقر له بالنسب اذا كان يعبر
عن نفسه فلا بد من تصديقه لانه في يد نفسه فاذا صدق في حال حياة المقر صح فكذا اذا صدق بعد موته لبقاء
النسب بعد الموت **قوله** وكذا تصديق الزوجة اي يصح تصديق الزوجة زوجها في اقراره بالنكاح بعد
موته لبقاء حكم النكاح بعد الموت وهو العدة وهذا بالاتفاق • اما اذا اقرت المراة بالنكاح ثم ماتت فصدقها
الزوج بعد موتها لم يعمل تصديقه عند ابي حنيفة خلافا لهما لان الاقرار لا يبطل بالموت فلحقه التصديق
كالزوج اذا اقر ثم مات فصدقته المراة بعد موته • ولابي حنيفة ان النكاح يثبت له عليها ملكا لها عليه
فاذا ماتت المراة بطل المحل فلا يبقى الاقرار بعد فوات المحل كما اذا اقر بعبد لانسان ثم مات العبد بطل
الاقرار • فاما في جانبه فمحل النكاح هو المراة وهي باقية وامكن القول ببقاء النكاح الا ترى انه يحل لها
ان تغسله ولا يحل له ان يغسلها بعد موتها كذا في اشارات الاسرار **قوله** ولا يصح التصديق على اعتبار
الارث هذا جواب سؤال مقدر يرد على قول ابي حنيفة بان يقال سلمنا ان تصديق الزوج في اقرار الزوجة
بعد موتها لا يصح نظرا الى انقطاع حكم النكاح • بدليل ان الزوج لا يحل له ان يغسل زوجته بعد موتها باتفاق
اصحابنا خلافا للشافعي ولكن لم لا يجوز تصديق الزوج اياها بعد موتها نظرا الى الارث وهو ايضا من اثار
النكاح فقال التصديق اذا ثبت يستند الى اول الاقرار وفي تلك الحالة لا يوجد الارث لانه يتحقق بعد الموت
فلا يمكن اعتبار التصديق نظرا الى الارث ايضا **قوله** قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره
في النسب اي قال القدوري في مختصره • اعلم ان النسب لا يثبت في غير الوالدين وان صدق المقر له بالنسب لان
فيه حمل النسب على الغير لان الاخ لا يكون اخا الا اذا ثبت نسبه من الاب وكذلك العم لا يكون عما الا اذا ثبت
نسبه من الجد وليس للمقر ان يحمل النسب على الغير فلم يصح اقراره بالاخ والعم ونحو ذلك • ثم لما لم يثبت النسب
من المقر ينظر هل للمقر وارث اخر غير المقر له بالنسب ام لا سواء كان ذلك الوارث قريبا كصاحب الفرض او العصبة
او بعيدا كذي رحم فان كان له وارث معروف فهو اولى بالميراث لان المقر له بالنسب لما لم يصح نسبه لم يزاحم
للوارث المعروف • وان لم يكن له وارث كان الميراث للمقر له بالنسب لان اقرار المقر تضمن شيئين النسب واستحقاق

مال المقر بعده ولا يثبت النسب لكونه اقرارا على الغير وثبت الارث لكونه اقرارا على نفسه وهو غير متهم فيه
وهذا لانه لما لم يكن له وارث كان له ان يتصرف في ماله بما شاء • الا ترى ان له ان يوصي بجميع ماله فاذا اقر
بمن لا يثبت نسبه صار كانه اقر بان جهة تصرف ماله فكانه اوصى له به وليس هذا بوصية في الحقيقة بدليل انهم
قالوا فيمن اقر باخ ولا وارث له ثم اوصى لرجل بجميع ماله ان للموصى له الثلث والباقي للاخ • ولو كان الاخ بمعنى
الوصية وجب قسمة الثلث بينهما فظهر بهذا انهم جعلوه في حكم الموصى له بمعنى انه يستحق المال بقول المريض وليس هنالك
نسب ثابت يستند الاستحقاق اليه **قوله** لكنه بمنزلته استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة اي لكن
الاقرار بنسب الاخ والعم بمنزلة الايصاء بالمال • ولهذا لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر النسب
ثم اوصى لاخر بجميع ماله كان المال للموصى له بالجميع • ولو لم يوص لاحد كان المال لبيت المال لان رجوعه لما صح
بطل الاقرار اصلا • وينبغي لك ان تعرف ان الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب
كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير وليس له ذلك • اما اذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد
ذلك لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته • ولهذا بينا في اخر كتاب الدعوى في قوله اذا كان الصبي في يد رجل فقال
هو ابن عبدي الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا • لان النسب اذا ثبت لا ينتقض بالجحود والتكذيب
قوله قال ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ويشاركه
في الارث لانه اقر على نفسه وانما لم يثبت لانه حمل النسب على الغير وهو معنى قوله لما بينا • وانما شاركه في
الارث لانه اقرار على نفسه فيثبت ذلك لثبوت ولايته على نفسه ولم يثبت النسب لعدم ولايته على الغير ومثل
هذا ليس بممتنع كالمشتري اذا اقر ان البائع كان اعتق المبيع يقبل اقراره في العتق ولم يقبل في الرجوع بالثمن
قوله قال ومن مات وترك ابنين وله على اخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض خمسين منها فلا شيء للمقر
وللاخر خمسون • اي قال في الجامع الصغير وهذا من الخواص • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رحمه الله في رجل مات وترك مائة درهم دينا على رجل وترك ابنين فاقر احدهما ان اباه اقتضى منه خمسين
درهما قال لا شيء لهذا وللاخر خمسون درهما وذلك لان المائة صارت ميراثا بينهما فلما اقر احدهما باقتضاء
ابيه صح ذلك في نصيبه خاصة لا في نصيب اخيه فبقيت حصة الاخر كما كانت فيجعل كان المقر استوفى نصيبه ولان
الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون لان الديون تقضى بامثالها فيجب للمطلوب على الطالب بقبض الطالب مثل ما وجب
للطالب على المطلوب فيلتقيان قصاصا فيسقط ما على المطلوب • فاذا كذبه اخوه في الاقرار لم ينفذ الاقرار
على المنكر فنفذ في حق المقر خاصة فيسقط نصيب المقر • واورد الفقيه ابو الليث السمرقندي رحمه الله في شرح الجامع
الصغير سؤالا وجوابا فقال فان قيل يزعم هذا المقر ان اباه قد قبض الخمسين والخمسون الباقية بينهما نصفان ثم
لم يبطل حقه في الكل • قيل له لو اخذ من تلك الخمسين شيئا ادى ذلك الى الدور والتناقض لانه لو اخذ منه كان ثم
للابن الاخر ان ياخذ من المطلوب تمام الخمسين لان الابن المنكر يقول لم ياخذ ابي من الدين شيئا ولي تمام خمسين فله
ان يرجع على الغريم بتمام الخمسين ثم للغريم ان يرجع على الابن المقر بما اخذ من اخيه • واذا كان يؤدي الى هذا
ليس له ان ياخذ فيما بقي له من الخمسين **قوله** استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا احترازا عن
قول ابن ابي ليلى فان عنده هلاك الدين بسبب الاقرار يشيع في نصيبين **قوله** غاية الامر انهما تصادقا
على كون المقبوض مشتركا اراد بالمقبوض الخمسين الباقي بعد الاقرار وهذا جواب سؤال قد اندرج بيان ذلك
فيما ذكرنا • قال محمد بن محمود الاسروشني في الفصل الخامس من فصوله • فان ادعى الدين على الميت وبعض الورثة
حاضر وبعضهم غائب او فيهم صغير فلا يخلو اما ان يقر الحاضر بالدين او ينكر فان كان في الورثة صغار واقر
الكبار بالدين على الاب يحتاج الغريم الى اقامة البينة ليثبت دينه في حق الصغار • ثم قال وذكر شمس الائمة
الحلواني في باب اثبات الدين على الميت من ادب القاضي ان احد الورثة اذا اقر بالدين يلزمه ذلك حتى يستغرق
جميع حصته • وهذا قول علمائنا وعند من خالفنا لا يلزمه • ثم قال وذكر في النوازل اذا ادعى رجل دينا
على ميت واقر بعض الورثة بذلك في قول اصحابنا يؤخذ من حصة المصدق جميع الدين • قال الفقيه ابو الليث
هو القياس لكن الاختيار عندي ان يؤخذ منه ما يخصه من الدين وهو قول الشعبي والحسن البصري وابن ابي ليلى
وسفيان الثوري ومالك بن انس والشافعي وغيرهم ممن تابعهم وهذا القول ابعد من الضرر • ثم قال في الفصول
وذكر شمس الائمة هذا • قال المشايخنا وههنا زيادة شيء لم يشترط في الكتب وهو ان يقضي القاضي باقراره عليه
لان مجرد اقراره لا يحل الدين في نصيبه وانما يحله قضاء القاضي • ثم قال فيه وذكر في هذا الباب ايضا
اذا اقر الوارث بالدين فاراد الطالب ان يقيم البينة على حقه ليكون حقه في جميع مال الميت يقبل بينته لانه اذا
اقام البينة يستوفي نصيبه من كل التركة ونصيب التركة كلها مشغولة بدينه • ثم قال وذكر فيه ايضا اذا ادعى
على الميت دينا والورثة الكبار غيب والصغير حاضر فنصب القاضي عن الصغير وكيلا ويدعي عليه واذا قضى على
الوكيل يكون قضاء على جميع الورثة غير ان الغريم يستوفي دينه من نصيب الحاضر اذا لم يقدر على نصيب الكبار فاذا

اخذ التيا ربرح في ذلك عليهم لان الدين مقدم على الميراث هكذا ذكر شمس الايمة الحلواني وهذه المسئلة دليل على ان الدين اذا ثبت على واحد من الورثة بالبينة يستوفى جميع الدين مما في يده لا ما يخصه كذا في الفصول

كتاب الصلح

قد مر بيان المناسبة في اول كتاب الاقرار الصلح اسم من المصالحة وهي المسالمة بعد المحاربة • واصله من الصلاح وهو استقامة الحال • وفي الشرع عبارة عن عقد يرتفع به المنازعة **قوله** قال الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقراره وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر • وصلح مع انكار وكل ذلك جايز • اي قال القدوري في مختصره وجه الحصر ان المدعى عليه اما ان يجيب لدعوى المدعي او لا والثاني هو السكوت • والاول لا يخلو اما ان يكون بالاقرار او الانكار ولا ثالث فانحصر على الثلاثة لا محالة • والاصل في جواز الصلح قوله تعالى والصلح خير • وقوله عليه السلام الصلح جايز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا رواه صاحب السنن باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام • وعلى ذلك انعقد الاجماع ايضا • ثم الصلح بثلاثة انواعه جايز عندنا وهو مذهب مالك وقد ذكر اصحابه ان الصلح على الاقرار والانكار جايز • وقال في التحفة ان الصلح عن انكار لا يجوز عند ابن ابي ليلى وهو قول الشافعي رحمه الله • ويجوز الصلح ايضا عن سكوت المدعى عليه عند ابن ابي ليلى كما هو مذهبنا • وعند الشافعي لا يجوز • وقال في اشارات الاسرار قال ابو حنيفة الصلح على الانكار اجوز ما يكون لان معناه قطع الخصومة والمنازعة وتحقق معنى عقد الصلح يكون حالة التناكر • فاما في حالة الاقرار فهو اسقاط لبعض الحق من غير تحقيق معنى الخصومة والتنازع • وقال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف والمراد بجواز الصلح عبارة في اثبات ملك المدعي في بدل الصلح وانقطاع حق الاسترداد للمدعى عليه وبطلان حق الدعوى في اصل المدعي • والكلام المروي في المسئلة ان هذا بذل المال بطريق المعاوضة في جانب المدعي لقيام امارات ثبوت الحق في حقه وبذل المال لدفع الخصومة وصيانة النفس في حق المدعى عليه احتج الشافعي رحمه الله بقوله عليه الصلاة والسلام الصلح جايز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا • والصلح على الانكار بهذه المنزلة ولانه اخذ المال عوضا عن الخصومة والشغب واخذ المال عوضا عن الخصومة والشغب لا يجوز لانه يشبه الرشوة فصار كما اذا صالح بعد الحلف وكما اذا صالح في دعوى استهلاك الوديعة على مال لا يجوز كذلك ما قلنا فكذا هذا • بخلاف ما اذا كان مقرا لانه اذا كان مقرا كان المال واجبا عليه فيكون اخذ المال عوضا عن المال وانه جايز • ولنا قوله تعالى والصلح خير وكذا قوله عليه السلام الصلح جايز بين المسلمين لانه مطلق يتناول جميع انواع الصلح الا ما قام عليه دليل التقييد • فان قلت لا يصح التمسك بالاية لانه انما يصح اذا كان المراد بالالف واللام الجنس لا العهد وقد وجد دليل العهد لانه قال تعالى وان امراة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا والصلح خير اي ذلك الصلح • ولئن سلمنا ان المراد به الجنس فلا يجوز ايضا صرفه الى الكل لان ما ينطلق عليه اسم الصلح لا يجوز • ولهذا لم يجز الصلح بعد اليمين وصلح المودع لا يجوز ايضا واذا ادعى على اخر قذفا لا يجوز الصلح • وكذا اذا ادعى على امراة نكاحا فانكرت فصالحت على مال لا يجوز • فاذا لم يمكن صرفه الى الكل وجب حمله الى الادنى لتيقنه وهو الصلح على اقراره قلت التعلق بالاية صحيح لدخول الالف واللام وهي مطلقة لا فصل فيها وحمله على العهد ضعيف لان الله تعالى امر بالصلح وعلل بكونه خيرا وهو المفهوم من لسان العرب وكانه قال اصالحوا فان الصلح خير يعني ان جنس الصلح خير كما يقال صل والصلاة خير اي جنس الصلاة خير غاية ما في الباب انه انصرف الى الصلح المذكور اولا ولكن وصفه تعالى بكونه خيرا لانه صلح فكلما يكون صلحا يكون خيرا وايضا قد يكون ذلك الصلح عن انكار ايضا لان نشوز الزوج والاعراض قد يكون عن انكار حقها فيكون ذلك صلحا على الانكار ومع ذلك جاز وقولهم بانه لا يمكن صرفه الى الجنس كلها فالجواب عنه بقوله لم يرد لانه ما دام لا يمكن العمل بالاطلاق في بعض المواضع ترك العمل بالاطلاق بدليل التقييد ووجوده في بعض المواضع لا يدل على وجوده في كل المواضع فلا يمنع ذلك العمل بالاطلاق فيما وراء دليل التقييد • وقد تأيد هذا بقوله عليه السلام الصلح جايز بين المسلمين • فان قيل قال في اخر الحديث الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وهو يدل على ان الصلح عن انكار لا يجوز لان بدل الصلح كان حراما على المدعي قبل الصلح والان حل وكان حلالا للمدعى عليه والان حرم قلنا ينتقض ذلك بالصلح عن اقرار لانه احل حراما وحرم حلالا لان المدعي كان حراما عليه قبل الصلح والان حل وكان حلالا للمدعي قبل الصلح والان حرم وبدل الصلح حاله كذلك ومع هذا جاز فلا بد ان يكون التاويل معناه احل حراما لعينه او حرم حلالا لعينه • قال الله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك تبتغي مرضات ازواجك • واذا صالح انسانا على مال على خمر او خنزير لا يجوز لان هذا الصلح احل حراما • والفقه في المسئلة ان الصلح سبب لقطع المنازعات والخصومات فيجب تصحيحه ما امكن لانه دفع الفساد والله لا يحب الفساد

وقد

وقد امكن تصحيحه بان يجعل المدعي مسقطا لبعض حقه ومستوفيا لبعض حقه • ويجعل المدعى عليه باذلا للمال لازالة دفع الخصومة وانه جايز لان المال خلق وقاية للنفس فيجوز بذله للدفع عن النفس • اما الجواب عن الصلح بعد الحلف فقد قال في الطريقة البرهانية روي عن محمد انه يجوز • ولئن سلمنا انه لا يجوز فانما لم يجز لانه زمان يبذل حقه الى ان يقيم البينة ووصول البدل كوصول المبدل ولو وصل المبدل لا يجوز الصلح فكذا اذا وصل البدل وكذلك قال في مسئلة الوديعة عند محمد يجوز وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انما لا يجوز لانه مسلط على الرد وانه امين والقول قول الامين في الشرع • ولهذا تنقطع الخصومة بقوله رددته الا انه يحلف نفيا للتهمة • فاذا انقطع الخصومة بقوله لا يحتاج الى الصلح • وكذا اذا ادعى على اخر قذفا او ادعى نكاحا لا يجوز الصلح على مال لانه هنالك لم يثبت في حق المدعي حتى يكون اخذ المال عوضا عنه بخلاف ما نحن فيه على انا نمنع عدم جواز الصلح على مال في دعوى النكاح عليها اذا انكرت فصالحت على مال لانه لا يجوز وبه صرح القدوري في مختصره وسيجيء ذلك في فصل عقيب هذا • فان قلت اذا ادعى على اخر قصاصا فانكر فصالحه على مال لا يجوز فما الجواب عنه • قلت ذلك ممنوع لان علاء الدين العالم قال في طريقة الخلاف انه يجوز ثم قال نص عليه في اول صلح الجامع الكبير والباقي يعلم في نسخ طريقة الخلاف خصوصا في الطريقة البرهانية المطولة اعني طريقة الصدر الكبير البرهان الاجل صاحب المحيط ابي محمد بن عمر بن عمر بن ابي سهل البخاري المعروف بمازه **قوله** ودفع الرشوة لدفع الظلم جايز • روى محمد في السير الكبير عن ابي عميس المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن عبد الله بن مسعود انه كان بالحبشة فرشى دينارين وقال محمد هذا لا باس به وليس هذا بسحت الا من اكله فاما من اعطاه لمنفعة فلا باس بذلك له • وكذلك في دار الاسلام ايضا ان رشى انسانا يخاف ظلمه وحبسه فلا باس بذلك للذي يعطي وكره ذلك للذي يأخذ قال محمد بلغنا عن ابي الشعثاء جابر بن زيد انه قال ما وجدنا في زمن الحجاج او زياد او ابن زياد شيئا خيرا لنا من الرشا • قال محمد هذا لا باس به للمعطي لانه يدفع به عن نفسه ظلامة وانما يكره ذلك للاخذ الى هنا لفظ شرح السير الكبير • قال في الفتاوى الصغرى قال شيخ الاسلام خواهر زاده الصلح مع المودع على اربعة اوجه • الاول اذا ادعى صاحب المال الايداع وجحد المودع • والثاني اذا ادعى صاحب المال الايداع والاستهلاك والمودع اقر بالايداع وسكت ولم يدع الرد والهلاك • وفي هذين الوجهين الصلح جايز عندهم • والثالث اذا قال المودع هلكت او رددت وصاحب المال ساكت او قال لا ادري فاصطلحا لا يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ويجوز في قول محمد • الرابع اذا قال المودع ضاعت او رددت وقال المالك لا بل استهلكت فاصطلحا لا يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول • وفي قول ابي يوسف الاخر وهو قول محمد يجوز • قال استاذنا فخر الدين وهكذا ذكر في المنتقى ايضا قال شيخ الاسلام خواهر زاده والفتوى على قول ابي حنيفة رحمه الله وعامة المشايخ لم يفرقوا بينهما اذا قال المالك استهلكتها وقال المودع ضاعت او رددت • او قال المودع اولا ضاعت او رددت وقال المودع استهلكتها وذكروا الخلاف فيهما جميعا • وقال القاضي الامام علي السغدي اذا قال المودع اولا استهلكتها وقال المودع ضاعت او رددت يجوز الصلح في قولهم الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى **قوله** قال فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع على مال بمال • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان المدعى عليه يعطي عوضا عما اقر به بتراضي المتعاقدين وذلك معنى البيع لان البيع مبادلة المال بالمال على سبيل التراضي فاذا تحقق معنى البيع فيه اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات من جريان الشفعة في العقار وثبوت خيار العيب والرؤية والشرط وفساد العقد بجهالة البدل لانها تفضي الى المنازعة لانه يفسد باشتراط القدرة على تسليم البدل ايضا حتى اذا وقع الصلح على عبد ابق لا يجوز **قوله** وان وقع على مال بمنافع يعتبر بالاجارات هذا لفظ القدوري في مختصره • وانما اعتبر بالاجارة لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بعوض والاعتبار في العقود للمعاني ولهذا كان البيع بالتعاطي صحيحا وكان الهبة بشرط العوض بيعا وكانت الحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة فاذا اعتبر بالاجارة كان التوقيت من شرطه حتى لو وقع الصلح عن سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز • واذا لم تكن المدة معلومة فلا ويبطل الصلح بموت احد المتعاقدين ايضا كما في الاجارة ويرجع المدعي في دعواه بعد ما يستوفي من المنفعة • قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي الاصل ان الصلح على معلوم عن معلوم او عن مجهول على معلوم جايز والصلح على شيء مجهول عن معلوم او عن مجهول لا يجوز الا ان يكون ما وقع عليه الصلح مستغنيا عن القبض والتسليم فجهالته لا تبطل عقد الصلح كما اذا ادعى كل واحد منهما حقا مجهولا فاصطلحا جميعا على التتارك جاز الصلح لان الجهالة لا تبطل العقود بعينها وانما تبطل العقود لمعنى فيها وهو وقوع المنازعة فان كان مما يستغني عن قبضه ولا تقع

المنازعة في ثاني الحال جاز • وان كان مما يحتاج الى قبضه وتقع المنازعة في ثاني الحال عند القبض لم يجز • ثم قال فيه واذا ادعى رجل عينا مالية في يد رجل كالعبد والدار والارض وغيرها فادعاه او بعضه والمدعى عليه منكر او جاحد او ساكت فان الذي وقع عليه الصلح لا يخلو اما ان يكون دراهم او دنانير او كيليا او موزونا او حيوانا او ثيابا لا يخلو اما ان يكون معينا او موصوفا غير معين او وقع الصلح على منفعة • اما اذا وقع الصلح على دراهم بعينها فالشرط بيان مقدارها ويقع على الجياد من نقد البلد • وان كانت في تلك البلد نقود مختلفة يقع على الغالب منها وان لم يكن لبعضها على بعض غلبة فلا يجوز الصلح ما لم يبين نقدا منها مع بيان القدر • ويجوز الصلح عليها حالة ومؤجلة وقبض ما وقع عليه الصلح في المجلس قبل الافتراق ليس بشرط لان الافتراق عن عين بدين في غير الصرف والسلم مما لا يبطله الشارع لا يبطل العقد هذا اذا كانت الدراهم غير معينة • واما اذا كانت معينة جاز الصلح ولا يحتاج الى بيان القدر والوصف ولكن لا يتعلق العقد بعينها لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاملات حتى ان المدعى عليه لو اراد ان يحبسها ويعطي المدعي مثلها كان له ذلك • ولو هلكت في يده قبل التسليم الى المدعي او استحقت لم يبطل العقد وعليه تسليم مثلها • ولو اختلفا في قدرها ووصفها بعد الهلاك فانهما يتحالفان ويردان الفضل كما في البيع اذا اختلفا والسلعة قائمة بعينها وههنا المعقود عليه قائم وهو عين في يد المدعى عليه وكذلك الصلح اذا وقع على الدنانير وهو كما لو وقع الصلح على الدراهم في جميع ما وصفنا • وان صالح من دعواه على كيلي كالحنطة والشعير • او على وزني كالحديد والصفر ان كان معينا اضاف العقد اليه وهو حاضر او غائب بعد ان كان ذلك في ملك المدعى عليه صح الصلح ويقع على ما سمى من الكيل والوزن • وان اشار اليه ولم يسم الكيل والوزن جاز ويقع على ذلك • فان كان موصوفا في الذمة فالشرط فيه بيان القدر والوصف وبيان الاجل ليس بشرط لو بين الاجل جاز ويثبت والاصل ان الكيلي والوزني اعيانهما سلع واوصافهما ثمن فاذا عينا تعلق العقد باعيانهما • واذا اوصفا ولم يعينا صار حكمهما حكم الدراهم والدنانير • وان صالحه على ثياب ان كانت معينة جاز الصلح والشرط فيه الاشارة لا غير • وان كان غير معين فالصلح لا يجوز حتى يأتي بجميع شرائط السلم لان الثياب لا تثبت دينا في الذمة الا على اعتبار شرائط السلم • ولو صالح من دعواه على حيوان او على ما يجوز فيه السلم بعينه فلا يصح الصلح الا ان يكون معينا • ولو صالح في دعواه على منفعة معلومة فان كان ذلك مما يجوز ورود الاجارة عليه صح الصلح وان كان ذلك مما لا يجوز ورود الاجارة عليه لم يجز الصلح الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي **قوله** والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة • وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان المدعي يزعم انه محق في دعواه وان الذي اخذ عوض عن حقه والمرء مؤاخذ بزعمه فيجعل في حقه بمعنى المعاوضة • والمدعى عليه يزعم ان المدعي مبطل في دعواه وان الذي يعطيه لدفع الخصومة والشغب والذب عن نفسه وليس يمتنع ان يختلف حكم الصلح في حقهما كالاقالة فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق الثالث • وكالخلع فانه معاوضة في جانب المرأة في جانب الرجل وكالهبة الواجدة عند التحري فيكون قبله في حق من توجه اليها ولا يكون في حق من توجه الى غيرها • وكالنكاح حكمه الحل للناكح والحرمة لابيه وابنه • وكذلك حكمه الحل في حق المرأة والحرمة في حق امها الى غير ذلك مما شاكله • وهذا الذي ذكرناه ظاهر في الصلح على الانكار واما اذا كان الصلح عن سكوت فكذلك لان السكوت يحتمل الامرين جميعا لانه يجوز ان يكون جاحدا او مقرا في الباطن فلما احتمل الامرين لم يجعل معاوضة في حق المدعى عليه بالشك **قوله** لما بينا اشارة الى ما ذكرنا بيانا من ادلة عشر خطا بقوله لان المدعي يأخذ عوضا عن حقه في زعمه الى آخره **قوله** قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة • اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية ومعناه اذا كان عن انكار او سكوت وذلك لان الصلح عن دار اذا كان مع اقرار المدعى عليه يجب فيها الشفعة لوجود معنى المعاوضة • وانما لم يجب الشفعة فيما نحن فيه لان المدعى عليه اعطى المال لدفع الخصومة لا للمعاوضة ولا يصدق عليه المدعي في زعمه انه اخذ المال عوضا عن حقه من غير بينة • بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة وان كان عن انكار • لان المدعي في بيع الدار يزعم انه تملكها بعوض والمرء مؤاخذ بزعمه فصار كانه قال اشتريتها منه فيجب الشفعة • وجملة القول فيه ما قال الشيخ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي • قال واذا ادعى رجل دارا في يد رجل فصالح منه على مال معلوم فان كان الصلح عن اقرار يجب للشفيع فيه الشفعة لان صاحب اليد مقر بان الدار كانت للمدعي وانما صارت له بهذا الصلح فصار بمنزلة الشرا • فان كان دينا وقع عليه الصلح مثليا اخذها الشفيع بمثله من صاحب اليد • وان كان غير مثلي اخذها بالقيمة • وان كان الصلح عن انكار فلا شفعة للشفيع فيها لان يزعم المدعى

عليه

عليه ان الدار كانت له وانما بذل المال للمدعي لدفع باطل خصومة لا بدلا للدار ولكن الشفعة تقوم مقام هو المدعي وله ان يدلي بحجته • وان اقام البينة على صاحب الدار ان الدار كانت للمدعي او حلف المدعى عليه فنكل فله الشفعة لانه تبين ان الدار انما حصلت بالصلح فصارت بمنزلة الشرا • وان كان الصلح وقع على ارض بعينها او على دار بعينها للمدعى عليه وجب للشفيع فيها الشفعة بقيمة الدار المتروكة سواء كان الصلح عن اقرار او انكار لان من زعم المدعي انه انما اخذها بدلا عن الدار المتروكة وان للشفيع فيها الشفعة فاستوى في المأخوذة حكم الاقرار والانكار واختلف في المتروكة حكم الاقرار والانكار • ولو صالح من دعواه في الدار على منافع لا على عين مال فلا شفعة في المتروكة سواء كان الصلح من اقرار او انكار لانه بدل الدار ليس بعين مال • ولو اصطلحا على ان يأخذ المدعي هو الدار ويعطيه دارا اخرى فيجب في كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الدار الاخرى اذا كان الصلح عن انكار لان الصلح اذا كان عن انكار كانت هذه مبادلة دار بدار • ولو كان الصلح مثل هذا عن اقرار فلا يصح الصلح ولا تجب الشفعة فيهما جميعا لان الدارين جميعا ملك للمدعي كذا في شرح الطحاوي **قوله** قال واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصته ذلك من العوض اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الصلح عن اقرار معاوضة فصار كالبيع سواء • فاذا استحق بعض المبيع رجع بحصته ذلك من العوض فكذلك هنا يرجع المدعى عليه على المدعي بقدر المستحق من العوض اي من بدل الصلح • هذا اذا استحق بعض المصالح عنه اما اذا استحق كل المصالح عنه عن اقرار رجع المدعى عليه على المدعي بكل العوض كما في البيع • وهذا في الصلح عن اقرار • اما اذا كان الصلح عن انكار او سكوت فان استحق المصالح عنه كله رد المدعي بدل الصلح كله على المدعى عليه ورجع بالخصومة على المستحق لان المدعى عليه انما اعطاه المال ليسقط الخصومة عن نفسه ويدفع اليمين • فلما استحق المصالح عنه ظهر انه لم يكن للمدعي على المدعى عليه حق لا خصومة ولا يمين فما اخذ اخذه بغير حق فلزمه رد ما اخذ ثم يرجع بالخصومة على المستحق ان شا لان الدار في يده • وان استحق بعض المصالح عنه كائنا ما كان او دينا او عوضا رد المدعي من العوض على المدعى عليه بقدر ذلك ورجع بالخصومة في ذلك القدر على المستحق كما لو استحق بعض المبيع وذلك لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض لان غرض المدعى عليه انما دفع العوض بقاء المصالح عنه على ملكه فاذا استحق بعضه ظهر المستحق خلا من العوض بقدر ذلك عن الغرض فلذلك يرد المدعي ذلك القدر من العوض **قوله** وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض هذا لفظ القدوري في مختصره وتقدم بيانه انفا **قوله** وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة هذا لفظ القدوري وقد مر البيان ايضا **قوله** ولو استحق المصالح عليه باقرار رجع بكل المصالح عنه ذكر هذا تفريعا على مسألة القدوري يعني ان هذا الذي ذكرناه فيما اذا استحق المصالح عنه كله او بعضه في صورتي الاقرار والانكار • اما اذا استحق المصالح عليه عن اقرار فان استحق كله رجع بكل المصالح عنه وان استحق بعضه رجع بذلك القدر • وان استحق كل المصالح عليه عن انكار رجع المدعي الى الدعوى في كل المصالح عنه لانه انما ترك الدعوى على ان يسلم له المال الذي اخذ فلما لم يسلم له ذلك رجع الى المبدل وهو دعوى المتنازع فيه • وان استحق البعض رجع هو بقدر ذلك الى الدعوى على المدعى عليه لان البدل لم يسلم له في هذا القدر • وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا ثم استحق ذلك الشي حيث يرجع بالمدعى صورته ادعى دارا فصالحه المدعى عليه على بيع ثوب فها فاستحق الثوب من يد المدعي يرجع المدعي على المدعى عليه بالمدعى وهو الدار • وذلك لان الاقدام على البيع اقرار بالملك في الدار للمدعي والصلح عنها على بيع ليس باقرار لان الصلح قد يكون لدفع الخصومة • الا ترى الى ما ذكر في الشامل ادعى على آخر البنا فانكر ثم صالحه منه على ان باعه عبدا جاز وانه اقرار بالدين • بخلاف ما لو صالحه لانه اسقاط • ونقل الاستروشني في الفصل السابع من الفصول عن باب الصلح والغرور من الجامع الكبير ادعى على آخر عينا فصالحه من ذلك على دار عن انكار وبنى المدعي فيها بناء ثم استحقت الدار رجع المدعي في دعواه لان الصلح انتقض باستحقاق البدل فان لم يكن له بينة في دعواه ولا يرجع بالبنا • وان اقام البينة او حلفه فنكل عن اليمين واخذ العين المدعي فله ان يرجع عليه بقيمة البنا في الدار المستحقة لانه قد ظهر ان الآخر غره بتمليكها اياه فكان بمنزلة البائع فكان للمدعي ان يرجع عليه بقيمة البنا • ولو ادعى دارا فصالحه منها على دار اخرى وبنى كل واحد منهما في الدار التي في يده ثم استحقت الدار التي هي بدل الصلح يرجع في دعواه الى تمامه الا ان ههنا اذا اقام المدعي بينة على دعواه او حلفه فنكل عن اليمين يرجع عليه بقيمة البنا في الدار التي كانت بدل الصلح ولا يرجع عليه بالدار المدعى بها • وانما يرجع عليه بقيمة الدار المدعاة وليس له ان ينقض بناءه عند ابي حنيفة لان من اصله ان من اشترى دارا شراء فاسدا وبنى فيها تصير الدار مستهلكة ويسقط حق البائع في الاسترداد ويلزم القيمة • وعندهما له ان ينقض بناءه ويأخذ الدار لان الدار المشتراة شراء فاسدا لا تصير مستهلكة بالبنا فيها فله ان ينقض بناءه ويأخذ الدار • هذا اذا استحقت الدار التي هي بدل الصلح فان استحقت

الدار المدعاة للبرله ان يرجع بقيمة البنا على المدعي لان في زعمه انه بنى في ملك نفسه وانه غير مغرور ولكنه
يرجع على المدعي بقيمة الدار التي هي بدل الصلح وللبرله ان يسترد بدل الصلح عند ابي حنيفة لان المدعي ملكها
من جهته ملكا فاسدا وبنى فيها فانقطع حق المدعي عليه في الاسترداد . وعندهما له ان ياخذ عين الدار لان
البنا لم يبطل حقه في الاسترداد كذا ذكر هذه المسايل في الجامع الكبير وهذه المسايل تدل على ان من اشترى
دارا شرا فاسدا وبنى فيها ثم استحقت يرجع بقيمة البنا على البايع كما في البيع الصحيح . وينبغي ان يكون كذلك
لتحقق الغرور والمسلة كانت واقعة الفتوى لم ير فيه كذا في الفصول **قوله** ولو هلك بدل الصلح فالحكم
فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اي في فصل الاقرار والانكار **قوله** قال وان ادعى حقا
في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيا من العوض . اي قال القدوري في مختصره
وذلك لانه باستحقاق بعض الدار لا يتبين ان الحق المدعاة من الدار استحقت لجواز ان يكون ذلك الحق
في الباقي بعد الاستحقاق . بخلاف ما اذا استحق جميع الدار حيث يرجع على المدعي بما اخذ . لانه تبين انه
اخذ ما اخذه بغير حق **قوله** على ما قدمناه في البيوع اي في اخر باب الاستحقاق **قوله** ولو ادعى دارا
فصالح على قطعة منها لم يصح لان ما قبضه عين حقه وهو دعواه في الباقي اي في باقي الدار . قال صاحب
الهداية والوجه فيه احد امرين اي وجه الصحة وهو الحيلة في صحة الصلح احد امرين . اما ان يزيد درهم
درهما في بدل الصلح حتى يكون ذلك بمقابلة الباقي بعد تلك القطعة او قول المدعي بريت عن باقي الدار او
عن دعوى الباقي . وانما ذكر هذه المسلة تفريعا على مسلة القدوري . قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي
في باب الصلح في العقار من شرح الكافي . وان صالح على بيت منها او على سكنى بيت منها او من غيرها سنين معلومة
جاز لانه ان وقع على بيت من غيرها يكون بيعا وعلى سكنى بيت من غيرها يكون اجارة على بدل معلوم
في ذمة المدعي فيجوز . وان كان على بيت منها او سكنى منها يكون استيفا للبعض او استيفا لبعض منافع حقه
وتركا للباقي . وفي ذمة المدعي عليه يكون البدل رشوة في الوجهين لصيانة ما وجهه فيستقيم في
الجانبين . ولو اراد المدعي ان يدعي البينة ليس له ذلك ان كان الصلح على غير المدعى لانه وصل اليه
كل حقه باعتبار بدله . وان كان الصلح على بعض المدعى له ذلك لان حقه لا يسقط بالترك . ولو
كان الدعوى في الدين لا يكون له ذلك فيكون ذلك بمنزلة الابرا . الى هنا لفظ شرح الكافي . وقال
في الفصل الرابع عشر من دعوى خلاصة الفتاوى . وعن محمد رحمه الله لو قال الرجل لاخر ابراتك من هذه
الدار او من خصومتي في هذه الدار او من دعواي او بريت من هذه الدار جاز ولا حق له فيها فعلم بهذا
ان ما قاله بعضهم في شرحه ناقلا عن الذخيرة ان صورة الابرا ان يقول بريت من هذه الدار او بريت
من دعوى في هذه الدار . لا قوله ابراتك عن هذه الدار او عن خصومتي في هذه الدار لان ذلك باطل
فيه نظر لان معناه انه لا تسمع بينته على المخاطب في دعوى الدار بعد قوله ابراتك ولكن تسمع على غيره
ولا يكون البراة ثابتة في حق غيره بل يكون باطلا في حق غيره لانه خاطبه خاصة . بخلاف قوله بريت
حيث لا تسمع بينته لا عليه ولا على غيره . الا ترى الى ما ذكر في الواقعات الحسامية في باب الدعوى بعلامة
الواو رجل ادعى دارا او عبدا ثم قال المدعي للمدعى عليه ابراتك عن هذه الدار او عن خصومتي في هذه الدار
او عن دعواي في هذه الدار فهذا كله باطل . حتى لو ادعى بعد ذلك يسمع . ولو اقام البينة يقبل
بخلاف ما لو قال بريت من هذه الدار او قال بريت من دعواي اي في هذه الدار لا تقبل بينته بعد ذلك
وكذلك اذا قال انا بري من هذا العبد او خرجت فليس له ان يدعي بعد ذلك لان قوله ابراتك عن
خصومتي في هذه الدار خطاب الواحد فله ان يخاصم غيره في ذلك . بخلاف قوله بريت لانه اضاف
البراة الى نفسه مطلقا فيكون برا الى هنا لفظ الواقعات . فعلم بهذا التعليل ان المراد من البطلان
المذكور في الذخيرة صحة الدعوى على غير المخاطب وسماع البينة على غيره بعد ابرا المخاطب

فصل

لما ذكر قبل هذا امر دعوى الصلح وانواعه الثلاثة ذكر في هذا الفصل
ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز **قوله** والصلح جايز عن دعوى الاموال هذا لفظ القدوري في
مختصره وتمامه فيه والمنافع وجناية العمد والخطا . اما جوازه عن دعوى المال فلما روي ان عثمان
رضي الله عنه صالح تماضر امراة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين الف درهم وكان
ذلك بمحضر الصحابة من غير نكير وسيجي ذلك في فصل التخارج . ولان الصلح عن الاموال في معنى البيع
فما جاز بيعه جاز الصلح عنه . اما معنى البيع في الصلح عن اقرار فظاهر لانه معاوضة من الجانبين وفي
الصلح عن انكار او سكوت لانه معاوضة في زعم المدعي لانه ياخذ ما ياخذ عوضا عن حقه فكان فيه معنى
البيع ايضا . واما الصلح عن دعوى المنافع فلانه يجوز اخذ العوض عنها في العقود فكذلك بالصلح اصله الاجارة
قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الصلح في الوصايا . واذا اوصى الرجل بخدمة

عبد سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم او على سكنى بيت او على خدمة عبد اخر
او على ركوب دابة او على لبس ثوب شهرا فهو جايز . والقياس ان لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير
لا يملك تمليك المنفعة من احد ببدل . ولهذا الواجر منهم لا يصح الا انا نقول بان هذا ليس تمليك اياهم
ببدل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظة الصلح لفظة تحتمل التمليك وتحتمل الاسقاط
فان لم يكن تصحيحه تمليكا امكن تصحيحه اسقاطا فصححناه اسقاطا وهو حق معتبر يوازي المال فاحتمل التقويم
بالشرط . ولهذا اجاز الصلح عن خدمة عبد اخر . فلو كان هذا تمليكا لكان باطلا لان بيع الخدمة بالخدمة
لا يجوز وكذلك لو فعل ذلك ذمي او الوارث الصغير لانه تصرف نافع في حقه . فان كان العبد الموصى له بخدمته
بعدما قبض الموصى له ما صالحوه عليه فهو جايز لانه عقد اسقاط وقد تم بالموت لان حقه في منفعته ما دام حيا
وقد اسقط كل ذلك بالصلح فسلم له بدله . بخلاف ما اذا اجر عبدا ثم مات قبل مضي المدة فانه لم يسلم جميع ما قبل
بالبدل فلا يسلم البدل ايضا في مقابلته **قوله** والمنافع بالجر اي الصلح جايز عن دعوى المنافع **قوله**
قال ويصح عن جناية العمد والخطا . اي قال القدوري في مختصره . قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في
شرح الكافي والصلح عن كل جناية فيها قصاص على ما قل من المال او كثر جايز . لان القصاص مما يحتمل الاسقاط بغير
مال فيحتمله بالمال ايضا وهو حق يحتمل التقويم بالكتاب والسنة واجماع الامة . اما الكتاب فقوله تعالى فمن
عفي له من اخيه شي فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان . قيل ان الاية نزلت في الصلح عن دم العمد وهو قول
ابن عباس رضي الله عنه . وقيل ان الاية نزلت في دم بين شريكين عفا احدهما فيتبعه نصيب الاخر مالا . واما
السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان
احبوا اخذوا الدية اراد به برضا القاتل واجماع الامة على هذا كذا في شرح الكافي . ولان دم العمد حق يجوز
ان يؤول الى مال وهو اذا دخله شبهة فجاز الصلح عنه على مال كالرد بالعيب . واما الصلح عن جناية الخطا
على مال فجايز لان الواجب فيها مال . ويجوز الصلح عن الاموال **قوله** اما الاول فكقوله تعالى فمن عفي
له من اخيه شي الاية في تاويل الاية اختلاف قال بعضهم من كناية عن القاتل وكذلك في قوله عفي له اي عفا عنه
اذا عفى الولي عن القاتل فليتبع باخذ الدية بالمعروف شيا القاتل او الى ليودي القاتل الدية اليه باحسان وقال
بعضهم تاويل قوله فمن عفي له من اخيه شي هو الولي دون القاتل لانه قال فمن عفي له والقاتل هو المعفو عنه فاما
المعفو له فهو الولي معناه من بذل له واعطي من اخيه شي بطريق الفضل والسهولة . وهكذا روي عن ابن عباس
قال الشيخ ابو منصور وهذا القايل هو الصحيح عندنا . والواجب هو القود بطريق التعيين في قتل العمد فان
صدر الاية يدل عليه وهو قوله كتب عليكم القصاص اخبر ان المكتوب والمحكوم عليه هو القصاص . فلو كان الخيار
بين القصاص والعفو واخذ الدية من القاتل شيا واني لم يكن القصاص مكتوبا عليه انما المكتوب عليه احدهما
والباقي يعلم في شرح التاويلات وغيره **قوله** وهو بمنزلة النكاح اي الصلح بمنزلة النكاح . يعني ان كل ما يصلح
تسميته مهرا في النكاح يصلح بدل الصلح . ولا ينعكس فكل ما يصلح بدل الصلح يصح مهرا لانه اذا صالحه على ان يعفوا عن
هذا الدم على ان يعفو الاخر عن قصاص له قبل رجل اخر جاز وعفو القصاص لا يصح مهرا . قال شمس الايمة البيهقي في
الكفاية وكل ما يصلح مهرا يصلح بدل الصلح عن الدم وكل ما ذكر مهرا ولم يصح تسميته ووجب مهر المثل هناك يجب الدية
والارش في ما دون النفس هنا لا لان الدية هنا كمهر المثل هناك لان كل واحد يجب بدلا عن ما ليس بمال . ثم القود يسقط بما ذكرنا
في ولم يرض بخلاف ما ذكرنا الا في فصل اذا صالح عن دم العمد على خمر يسقط القصاص ولا يجب شي بخلاف المهر
لان هناك بلك العقد بلا شي لو اذا ذكر ما لا يصلح عوضا اصلا فكانه عفى . وفي النكاح لا يمكن بدون المهر . وتمامه
في الايضاح في بدل الصلح في دم العمد جار مجرى المهر وكل جهالة تحملت في المهر تحملت هنا . وما يمنع صحة التسمية يمنع وجوبه
في الصلح . والمعنى الجامع بينهما انه مال وجب ابتدا لا في مقابلة مال . وفي كل موضع تبطل التسمية في النكاح فكذلك
في الصلح الا ان القصاص يسقط ويجب بدل النفس وهو الدية كما ان يصالح على ثوب كما يجب مهر المثل في النكاح الا انهما
يفترقان من وجه وهو انه اذا تزوجها على خمر يجب مهر المثل . ولو صالح عن دم العمد على خمر لم يجب شي لان وجوب
المهر في باب النكاح من ضرورات العقد فانه لم يشرع بلا مال . فاذا لم يمكن التسمية لا لغت التسمية فصار كانه لم يسم
مهرا فوجب مهر المثل . فاما في باب الصلح فوجوب المال ليس من ضروراته لانه لو عفى ولم يسم مالا لم يجب شي **قوله**
وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين اي في فصل فساد التسمية للجهالة وفي فصل ذكر ما لا يصلح مهرا كالخمر لان النكاح
لم يشرع بلا مال . قال الله تعالى واحل لكم ما ورا ذلكم ان تبتغوا باموالكم **قوله** ويجب مع السكوت كما اي يجب
مهر المثل مع السكوت عن ذكر المهر شرعا **قوله** ويجب في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونه
اراد بجواب الكتاب قوله ويصح عن جناية العمد والخطا لان الجناية اعم من ان يكون واقعة على النفس او ما دونه وبهذا
قال شمس الايمة البيهقي في الكفاية يجوز الصلح من القصاص في نفس او ما دونه على اكثر من الدية وفي الخطا لا
يجوز على الزيادة لان الواجب في الصورة الاولى ليس بمال فجاز كيف ما كان . وفي الثانية الواجب مال مقدر

ثم بخلاف القياس فلا يتجاوز عنه **قوله** وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة اي الذي قلنا من صحة الصلح عن جناية العمد والخطا بخلاف الصلح عن حق الشفعة فانه لا يجوز لانه مجرد حق لا يثبت ذلك في المحل بل المالك في المحل وهو الدار مثلا والقصاص ليس كذلك لان الملك ثابت في المحل من له القصاص قبل اخذ القصاص فجاز اخذ العوض عنه لانه عوض عن ملكه كاخذ العوض عن عبده في الاعتاق على مال • فاذا لم يصح الصلح عن حق الشفعة بطلت الشفعة لانها تبطل بالاعراض عن طلب الشفعة والاشتغال بالصلح اعراض • واعلم ان الصلح عن حق الشفعة على مال لا يجوز اذا صالح من شفعته على نصف الدار او على ثلث منها او ربع جاز وقد ذكره في الاصل قال في الشامل في باب الصلح في الشفعة من قسم المبسوط اشترى دارا ولها شفيع فصالح من شفعته على نصف الدار بنصف الثمن جاز لان هذا يكون من مبادلة الاخذ بالشفعة لانه ليس له اخذ البعض دون البعض ويجوز الشرا على هذا الوجه صالحه على ان يسلم الشفعة على بيت من الدار بحصته من الثمن فالصلح باطل وحق الشفعة باق • ولو صالحه على تسليم الشفعة على دراهم لا يجب المال وبطلت الشفعة لانه لما صالح على بيت منها فقد ذكر في الصلح ما يصح اخذه لو كان معلوما • الا ترى انه لو اشترى ربع الدار بربع الثمن جاز الا انه يبطل الاخذ لاجل الجهالة وبقي الحق • اما في الصورة الثانية فشرط في الصلح ما لا يجوز اخذه فبطل حقه مجانا الى هنا لفظ الشامل **قوله** والكفالة بالنفس بمنزلة الشفعة اي لا يجوز الصلح على الكفالة بالنفس على مال حتى لا يجب المال على الكفيل للمكفول له • فاذا لم يجز الصلح عن الكفالة بالنفس فهل تبطل الكفالة ام لا فيه روايتان في رواية ابي حفص في الصلح تبطل وعليه الفتوى وهي رواية كتاب الشفعة وكتاب الحوالة والكفالة • وفي رواية ابي سليمان لا تبطل وهي رواية كتاب الصلح من رواية ابي سليمان كذا في الفتاوى الصغرى • قال صاحب التحفة ان الكفيل بالنفس اذا صالح المكفول له بمال معلوم على ان يبريه من الكفالة فالصلح باطل والكفالة لازمة **قوله** على ما عرف في موضعه اي في المبسوط **قوله** وانما الثاني وهو عطف على قوله اما الاول واراد بالثاني الصلح عن جناية الخطا فانه يجوز لان موجبها مال فكان كالبيع فجاز الا انه يقع لمقابلتها عوض عن المال الا انه لا يجوز الصلح على اكثر من الدية لئلا يلزم المجاوزة عن المقدار الشرعي • بخلاف الصلح عن القصاص فانه يجوز على اكثر من قدر الدية لان المال لم يجب بالعمد وانما وجب بالعقد فيتقدر بقدر ما وقع عليه العقد قل او كثر **قوله** وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اي عدم صحة الزيادة على قدر الدية فيما اذا صالح على جناية الخطا على احد مقادير الدية كالابل والذهب والفضة • اما اذا صالح على غير مقادير الدية كالمكيل والموزون جاز الصلح على الزيادة لان عند اختلاف الجنس لا تظهر الزيادة الا انه يشترط قبض بدل الصلح في المجلس لئلا يكون دينا بدين وهو دين الدية بدين بدل الصلح وهذا الذي قلنا من عدم جواز الزيادة على قدر الدية فيما اذا لم يقض القاضي بذلك • اما اذا قضى القاضي بنوع من المقادير الدية ثم صالح على نوع اخر منها بالزيادة جاز كما اذا قضى القاضي بمائة بعير فصالح على اكثر من مائتي بقرة او الف دينار جاز لانه تعلق الوجوب في الابل بالقضا فكان البقر بدلا عنها فجاز كيف ما كان • قال ابو العباس الناطفي في اخر كتاب الصلح من الاجناس نقلا عن نوادر ابن سماعة عن محمد لو صالحه بعد القضا بمائة من الابل على ثلثمائة بقرة وقبض جاز • وان كان قبل القضا لم يجز • ولو صالحه قبل القضا بالابل على اكثر من عشرة الاف درهم او الف دينار لم يجز وان كان بعد القضا جاز اذا قبض • ثم نقل في الاجناس عن كتاب الجنايات للحسن بن زياد اذا حكم بالابل ثم صالح على اكثر من مائتي بقرة او الفي شاة لم يجز الا ان يكون من غير جنس الدية فيجوز **قوله** بخلاف الصلح ابتدا اذ لا يجوز الصلح بالزيادة على نوع من مقادير الدية قبل قضا القاضي على نوع اخر منها لان تراضيهما على نوع منها بمنزلة تعيين القاضي للواجب الشرعي فلا يجوز الزيادة على المتعين شرعا **قوله** قال ولا يجوز من دعوى حد اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الحدود حق الله تعالى فلا يجوز اخذ العوض عن حق غيره • قال محمد في الاصل ولو ادعى قبله انه شارب خمر وقال ارفعك الى السلطان فصالحه على مائة درهم على ان يكف عنه • او صالحه بمائة درهم على ان يبريه من شرب الخمر فان هذا كله باطل لا يجوز • وكذلك لو ادعى انه زنى بهذه المراة فصالحه على مائة درهم على ان يكف عنه ولا يرفعه الى السلطان فان هذا كله باطل لا يجوز الا ترى انه انما صالحه على حد وهو من حدود الله تعالى • ولو ادعى قبله سرقة متاع فصالحه المدعى قبله على مائة درهم على ان يبريه من السرقة فهذا جائز لان هذا ادعى قبله حقا وذلك لان دعوى السرقة دعوى المال لانه انما يصح دعواه في حق المال فيصح الصلح فيه على مال يا خذ المدعي كما في سائر المواضع • ثم قال في الاصل ولو صالحه على مائة درهم على ان يبريه بالسرقة فتنظر لذلك فان كانت العروض قائمة بعينها فالصلح جائز وان كانت مستهلكة فالصلح باطل • هذا لفظ محمد في الاصل في باب دعوى الجراحات والحدود وتفسير ما قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في باب الصلح في دعوى القصاص والحد من شرح الكافي

فان كانت العروض قايمة بعينها جاز لانه يكون بيعا لذلك العروض في زعمه بمائة درهم وان كانت مستهلكة لم يجز لانه يكون بيع الدرهم بدراهم اقل منه او اكثر • ثم قال في الاصل والصلح في الحدود كلها على مال او غير مال مردود فلا يجوز **قوله** ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المراة نسب ولدها • هذا ايضاح لقوله فلا يجوز الاعتياض عن حق غيره • وذلك لان النسب حق الولد • قال شمس الائمة البيهقي في الكفاية المطلقة البائنة ادعت ان هذا الولد للمطلق وصالح من النسب على مائة لا يصح لانه حق الولد • وايضا لا يمكن اخذ العوض عن النسب • ولو ادعت نكاحا بغير ولد فصالح على مائة لم يجز ويسترد المال ان دفع لان العوض على ترك هو النكاح من جانب الزوج ليس بمشروع الى هنا لفظه في الكفاية **قوله** وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه في طريق العامة هذا ايضا ايضاح لقوله فلا يجوز الاعتياض عن حق غيره وتمام البيان فيه ما ذكر شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الصلح في العقار • قال ولو كان لرجل ظلة او كنيف شارع على طريق نافذ فخاصمه رجل فيه واراد طرحه فصالحه من ذلك على دراهم مسماة ليتركه كان باطلا وهذا على وجهين • اما ان كان هذا على طريق نافذ او غير نافذ والصلح على الترك او على الطرح وفيه بالنافذ ما لا يكون لقوم خاصة وغير النافذ ما يكون لقوم خاصة قد يكون النافذ خاصا ولكن الظاهر انه متى كان المنتفع به العامة كان حق العامة ولا يخلو اما ان يكون ذلك بحق او بغير حق والصلح على الطرح او الترك • اما اذا كان الطريق نافذا كالعامة وعليها ظلة او كنيف لرجل فصالحه رجل على الطرح فيعطي له شيئا او على الترك فياخذ منه شيئا ان كان بغير حق كان باطلا لان طرحه واجب عليه لكونه شاغلا هوا المسلمين بغير حق فواجب على كل واحد من احاد الناس ان يامره بالطرح على سبيل الامر بالمعروف فلهذا في الحقيقة ياخذ المال ليترك الامر بالمعروف فيكون حراما • وكذلك ان صالح على الطرح لان الطرح عليه واجب فهذا في الحقيقة ياخذ المال لاقامة امر واجب فيكون حراما وان كان الظلة والكنيف بحق ويتصور ذلك بان اختط الامام موضعا لانسان حين فتح البلد وجعل هواه لاخر فالصلح فيها على الطرح جائز لانه يسقط حقه وهو الشغل بماله وفيه نفع لهذا المصالح وللناس كافة فيصح ولو صالح على الترك لا يجوز لانه لا يستفيد بهذا الصلح شيئا • وان كان على طريق غير نافذ ان كان بحق فصالح على الطرح جاز وعلى الترك لا يجوز لما قلنا وان كان بغير حق ان صالح على الطرح جاز لان له فيه نوع حق فهذا يسقط حقه بازاء ما اخذ وفيه نوع نفع للمصالح واهل السكة فيجوز • وان صالح على الترك جاز • وذكر الشيخ ابو بكر محمد بن ابراهيم البغدادي قال انما يجوز اذا اجازه اهل السكة لانه ينتفع بهذا الصلح حينئذ • اما اذا لم يجيزوا ينبغي ان لا يجوز لانه لا يفيد والصحيح انه يجوز سوا سلم اهل السكة او لم يسلموا لان هذا الرجل انما اخذ العوض عن حق نفسه فانه كان له حق في ذلك الهوا وقد ابطله بعوض فيصح وهو مفيد في الجملة عند استرضا الباقين كذا ذكر شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي هو ونقل بعض الشارحين عن شيخ الاسلام خواهر زاده ان الامام لو صالح صاحب الظلة على دراهم ان يترك الظلة جاز الصلح وان كانت في طريق العامة اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضع ذلك في بيت المال لان الاعتياض من الترك العامة جائز من الامام فانه لو باع شيئا من بيت المال يجوز **قوله** ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف اي تدخل حد القذف تحت قوله ولا يجوز من دعوى حد لان الحد بالاطلاق يتناول كل حد • قال شمس الائمة البيهقي في الكفاية صالح من حد القذف على مال لا يصح ويسترد المال وهو على مجيئه لان الغالب حق الله تعالى كما لو اخذ من مرتكب كبيرة على ان لا يرفعه الى السلطان وكذا ايضا دفع ما لا الى شاهد لئلا يشهد فهو باطل ويسترد المال ويصير الشاهد فاسقا لا تقبل شهادته الا اذا تاب كذا في الشفعة **قوله** واذا ادعى رجل على امراة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع هذا لفظ القدوري في مختصره • وهذا بنا على ان الصلح يجب اعتبارا باقرب العقود اليه واخذ المال عن ترك البضع هو الخلع فصار في حق المدعي في معنى الخلع وذلك جائز وفي حقها يكون ما بذلته لاسقاط الخصومة • والمراد من جواز الصلح نفاذه في الظاهر • فاما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان خلاف ما قال لا يحل له اخذه كذا في شرح الاقطع وهذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك بل هذا لا يرد علينا سوال الشافعي رحمه الله في مسئلة الصلح على الانكار بقولهم اذا ادعى على امراة نكاحا فانكرت فصالحت على مال لا يجوز وليس صحة تلك المسئلة كما اوردها في نسخ طريقة الخلاف فالجواب فيها ما مر في تلك المسئلة • قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو ان رجلا هو ادعى على امراة انها امراته فانكرت ذلك فصالحته على مائة درهم على ان يبرا من تزويجها الذي ادعى اجزته اذا قبل ويكون هذا خلعا في حق المدعي وبذل المال والرشوة في حقها قطعا للمنازعة • ولو اقام بينة

على تزويجه بعد الصلح لم يقبل لانه لا ينفذ لانه يفيد معنى الخلع • وكذلك لو قالت اعطيك مائة
درهم على المباراة او على انك بريء من دعواك • او على انه لا نكاح بيني وبينك كذا في شرح الاقطع
في باب الصلح في الاجارة والمهر والنكاح والطلاق **قوله** قالوا اي قال المشايخ المتاخرون
قوله قال فان ادعت امراة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز قال صاحب الهداية
هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز • يعني اختلف الرواية في نسخ مختصر القدوري في هذه
المسئلة فذكر في بعضها الجواز وفي بعضها عدم الجواز ورايت في نسخة ثقة من نسخ القدوري مكتوبة
في تاريخ سنة خمس وعشرين وخمسمائة عدم الجواز فقال وان ادعت امراة نكاحا على رجل فصالحها
على مال بذله لها لم يجز • قال صاحب الهداية وجه الاول اي وجه الجواز ان يجعل زيادة في مهرها
وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وخلع الرجل عنه على مال والصلح
عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر والاصح هو الوجه
الثاني وهو الذي اثبته واعتمد عليه في شرحه الشيخ ابو نصر البغدادي الاقطع • وقد روينا ذلك
ايضا عن الكافي قبل هذا • وقد نص الكرخي على بطلان الصلح في مختصره وعلل الشيخ ابو نصر
بقوله وذلك لانه اذا دفع اليها ليترك دعوى النكاح فليس يخلو اما ان يجعل تركها للدعوى فرقة
او لا يكون فرقة ولا يجوز ان يجعل فرقة لان الزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم تكن فرقة
فالحال على ما كانت عليه من قبل الدعوى فلا يكون ما اخذ عوضا عن شيء فلا يجوز ويلزمها رده **قوله**
قال وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة
الاعتاق على مال • اي قال القدوري في مختصره قال محمد في الاصل في باب دعوى الرق والصلح
فيه • واذا ادعى رجل على رجل مجهول انه عبده فانكر المدعى عليه ذلك ثم صالحه المدعى عليه
من ذلك على مائة درهم فهو جائز • وان اقام المدعي البينة بعد ذلك انه عبده لم يقبل منه وهو
بمنزلة العتق غير انه ليس له ولاء الا ان يقيم بينة الى هنا لفظ محمد في الاصل • وذلك لان في
زعم المدعي انه اخذ المال عن اسقاط الرق واسقاط الحق عن الرق جائز باخذ المال كالكتابة
وفي زعم المدعى عليه انه حر الاصل فانما يسقط الخصومة عن نفسه بما يعطيه وذلك جائز فان
اقام المدعي البينة فلا شيء له الا الولاء لان رضاه باخذ العوض من عبده عتق على مال فلزمه وان
لم يقم له بينة فلا ولاء له ولانه غير مصدق في الدعوى فلا يثبت له الولاء بمجرد دعواه كذا في شرح
الاقطع • وقال في شرح الكافي لم يكن له ولاء بقضية الصلح لانه لم يكن لاعتاق ظاهرا بوجه
فله ان يبين ان الصلح السابق وقع اعتاقا وان له عليه الولاء فيقبل بينته من حيث انه يدعي الولاء
لا من حيث انه يدعي العتق • وقال محمد في الاصل وكذلك لو قال صالحتك من دعواي على وصيف
الى اجل او على كذا من الغنم الى اجل كان ذلك جائزا • وكذلك الحيوان كله والثياب والعروض
وكل شيء يجوز فيه المكاتبة فهو في هذا الباب جائز • ولو اخذ منه كفيلا بذلك لزم الكفيل
الكفالة ولا يشبه هذا المكاتبة لان هذا قد عتق حين وقع الصلح الى هنا لفظ محمد في الاصل
وذلك لان الحيوان يثبت دينا في الذمة في حق ما له بغير مال كما في النكاح والديات
وهكذا في زعم المدعي هكذا وفي زعم المدعى عليه هكذا لانه يسقط حق الخصومة بهذا • وكل شيء تجوز
الكتابة به فهو جائز في هذا لانه نظيرها فجاز اخذ الكفيل بذلك لانه نظير الاعتاق على مال يكون
دينا على حر فيصح الكفالة بها بخلاف بدل الكتابة **قوله** ولهذا يصح على حيوان في ذمته الى
اجل ايضاح لقوله وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال • يعني ان الحيوان لا يثبت دينا
في الذمة في مقابلة ما ليس بمال • ولو كان الصلح عن دعوى الرق على حيوان كذلك لم يصح الصلح
ولكنه صح الصلح على حيوان لان الحيوان يثبت دينا في الذمة في مقابلة ما ليس بمال كما في الديات
والنكاح فعلم ان هذا الصلح بمنزلة الاعتاق على مال في حق المدعي **قوله** قال واذا قتل العبد
الماذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز
وهذه من مسائل الجامع الصغير • وذلك لان الماذون يملك التصرف بما هو من كسبه وتجارته
ورقبته ليست من كسبه وليست هي من تجارته • ولهذا لا يملك بيع نفسه وانما هي للخدمة ولهذا
لا يجب الزكاة على مولاه في رقبته وانما عليه صدقة الفطر كالقصد في رقبته الى مولاه لا
اليه فلما لم يكن له التصرف في نفسه لم يجز له ان يصالح عن نفسه • بخلاف ما اذا كان لهذا
الماذون عبد فقتل رجلا عمدا فصالح عنه مولاه الماذون جاز لان عبده من كسبه وتجارته
ولهذا كان له ان يبيعه وقد صار عبده بحكم الجناية مستحق الهلاك والمستحق كالزائل عن ملكه

فاذا صالح عنه صار كانه اشتراه فجاز لان الماذون يملك الشراء **قوله** وهذا شراء اي صالح الماذون عن عبد هو
القاتل عمدا بمنزلة شرائه ابتداء لانه مستحق الهلاك والمستحق كالزائل فيملك اي يملك الماذون الشراء لانه من التجارة هو
قوله ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه • اي قال في الجامع الصغير هذا اذا كان المغصوب
مستهلكا وان كان قائما فالصلح جائز بالغا ما بلغ في القولين جميعا وعليه نص في باب الصلح في الغصب وعلى هذا
الخلاف اذا غصب عبدا فابق منه او هلك في يده فصالحه على اكثر من قيمته من اصحابنا من قال الخلاف فيما اذا
ابق العبد اما اذا كان مستهلكا فصالح باكثر من قيمته لا يجوز عندهم والاصح ان الخلاف فيهما جميعا كذا ذكر فخر
الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير • وعلى هذا الخلاف اذا غصب عبدا فهلك في يده فصالحه على مال ثم
اقام الغاصب البينة على ان القيمة اقل مما صالح عليه بكثير لم تقبل بينته في قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف
ومحمد تقبل بينته ويرد زيادة القيمة على الغاصب اذا كان العبد مستهلكا كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي • وجه قولهما ان الواجب عند اختيار الضمان قدر القيمة فاذا صالح على اكثر من القيمة كان ربوا
فلا يجوز كما اذا صالح من الدية على اكثر من الف دينار او من عشرة الاف درهم لا يجوز • وكما اذا قضى القاضي للشفيع
بالشفعة باكثر من الثمن الذي اشترى به المشتري ورضي به الشفيع لم يجز وكما اذا كان العبد بين اثنين اعتقه احدهما
وهو موسر فصالحه الاخر على اكثر من نصف قيمته فالزيادة باطلة • وكما لو قضى القاضي بقيمة المغصوب على الغاصب
ثم صالح على اكثر من القيمة لا يجوز بالاتفاق فكذا هذا بخلاف ما اذا صالح على عرض قيمته اكثر من قيمة المغصوب
فانه يجوز لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس فلا يكون ربوا • وبخلاف الغبن اليسير فانه لما دخل
تحت تقويم المقومين لم يعد ذلك فضلا فلم يكن ربوا **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله ان حق المغصوب
منه في المغصوب الهالك لم ينقطع ولم يتحول الى القيمة فاذا كان حقه باقيا فيه كان هذا صلحا عن المغصوب
لا عن قيمته فلو صالح عنه حال قيامه على اكثر من قيمته جاز فكذلك بعد هلاكه لانه لا يتحقق الربا بين الثوب
والعبد وبين الدراهم والدليل على ان حقه لم ينقطع انه مخير بين ان يتبع المغصوب على ملكه ويبريه من ضمان القيمة
ولهذا الاختيار ذلك يكون الكفن على المالك ويظهر ملكه في حق الخصومة وجواز الصلح عنه حتى لو كان العبد ابقا
فعاد من الاباق عاد ملكه • ولو كان اكتسب كسبا كان الكسب له • ولو كان نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد
موته كان للمغصوب منه وانما يملك الكسب بملك الاصل وبين ان يزيل المغصوب عن ملكه الى القيمة فاذا اختار القيمة
واخذ القيمة حق ثابت له فكان التقدير اليهما فاذا قد رضيا جاز على ما تراضيا فتكون القيمة ما اصطلحا فيه فلا
يلزم الربا • والدليل على ان حقه لم ينقطع فيه ايضا انه لو صالح من القيمة على مكيل غير معين وتفرقا في المجلس صح
ولو كان الحق منقطعا ووجبت القيمة عينا لما صح لانه يكون سلما فلا بد من شرائط عقد السلم • او نقول ان حق
المغصوب منه في المثل صورة ومعنى لانه هو الاصل في ضمان العدوان وانما ينتقل عنه الى المثل معنى وهو المثل
بالقيمة عند القضاء • فقبل القضاء اذا تصالحا على الاكثر لا يلزم الربا لان ذلك اعتياض عن حقه في العين لا اسقاط
العين حقه باكثر منه فلا يتحقق الربا • بخلاف ما اذا كان الصلح على الاكثر بعد قضاء القاضي بالقيمة لانه تقرر الحق
فيها فتكون الزيادة ربا لا محالة • وبخلاف الدية فانها مقدرة شرعا فلم تجز الزيادة على ذلك لئلا يلزم تغيير
الثابت شرعا • وبخلاف مسئلة الشفعة ايضا فان المشتري مجبور على ازالة الملك الى الشفيع بثمن مقدر وهو الثمن الذي
قام عليه فكان ذلك متعينا فلا يملك التغيير بالزيادة على ذلك • وبخلاف ضمان العتق لانا نقول لا نسلم انه لا يجوز
الصلح على اكثر من قيمة نصف العتق على قول ابي حنيفة لان بعض اصحابنا منعوا ذلك على قول ابي حنيفة كذا ذكر شيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي • ولئن سلمنا ذلك فنقول لا يرد علينا ذلك لان ثمة حق الساكت
مقدر في القيمة شرعا لا يحتمل المزيد • قال النبي عليه السلام من اعتق عبدا بينه وبين شريكه قوم العبد قيمة عدل
لا وكس فيه ولا شطط فان كان المعتق موسرا فعليه خلاصه والا سعى العبد فيه وفيما نحن فيه لم يوجد التقدير شرعا
وان كان المغصوب قائما فالصلح على اكثر من القيمة جائز في قولهم جميعا لانه بيع **قوله** ثوبا يهوديا يهود
قوم من اهل الكتاب ينسب اليهم الثوب فيقال ثوب يهودي **قوله** يكون الكفن عليه اي كفن العبد على المغصوب
منه **قوله** فقبله اي قبل القضاء **قوله** قال واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه
الاخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في عبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالح الذي لم يعتق العبد على اكثر من نصف قيمته دراهم
او دنانير قال ابطل الفضل على نصف قيمته • وان صالحه على عروض فهو جائز الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع
الصغير • قال صاحب الهداية وهذا بالاتفاق وقد سبقه بعض اصحابنا من بيانه قبل هذا • وعلى تقدير
التسليم فنقول مذهبهما ظاهر لانهما انما ابطلا الفضل بالغبن الفاحش في المسئلة المتقدمة لكونه ربا وههنا
كذلك • وابو حنيفة رحمه الله فرق فقال الفضل في صلح الشريك الساكت على اكثر من نصف القيمة لا يجوز لان القيمة

مقدرة بتقويم عدل فلا يجوز تغييرها لانه تقدير الشرع لعيره بخلاف تقدير القاضي • فاذا قدر القاضي
لا يجوز الصلح على اكثر من ذلك لكنا لا نجوز الفضل على التقدير الشرعي • بخلاف المسئلة المتقدمة فان القيمة
ليست بمخصوصة فكانت القيمة ما اتفقا عليه فلا يلزم الربا • وبخلاف ما اذا صالح على عروض حيث يجوز الصلح
على الفضل لان عند اختلاف الجنس لا تظهر الزيادة فلا يتحقق الربا

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

فلما كان صلح الانسان بمباشرته اصلا قدمه على الصلح
الواقع بمباشرة غيره وتصرفه وهو المراد من التبرع بالصلح لان عمل الشخص لعينه نوع **قوله** فان وكل رجل
وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه المال لازم للموكل اي قال القدوري
في مختصره ورواية الشيخ ابي نصر في المختصر صالح عليه والضمير راجع الى ما • والمراد منه بدل الصلح وعلى رواية
صاحب الهداية الضمير في عنه راجع الى من وكل اي عن الموكل فعلى التقدير بن يكون معناه لم يلزم الوكيل ما
صالح وهو بدل الصلح بل هو لازم على الموكل الا اذا ضمنه واللام في للموكل بمعنى على كما في قوله تعالى وان اسأتم
فلها اي فعليها • قال صاحب الهداية وتاويل المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما
يدعيه من الدين • يعني ان هذا الذي ذكره القدوري وهو قوله لم يلزم الوكيل ما صالح لا يصح على الاطلاق
وانما يصح فيما اذا لم يكن الصلح في معنى المعاوضة كالصلح على دم العمد • او كان الصلح على بعض ما يدعيه من
الدين يعني ان هذا الذي ذكره القدوري لانه اسقاط فكان الوكيل فيه سفيرا ولا يتعلق حقوق العقد بالسفير
كما في الوكيل بالنكاح الا اذا ضمن بدل الصلح فحينئذ يلزمه بحكم الكفالة والضمان لا بحكم عقد الصلح • اما
اذا وكله بالصلح عن مال بمال فيجب ان يلزم المال الوكيل لانه في معنى البيع وحقوق العقد في البيع يتعلق بالوكيل
دون الموكل كذا في شرح الاقطع • وهذا التقدير على ما قال صاحب الهداية ولكن صاحب التحفة قال على
الاطلاق جواب المختصر اذا لم يضمن • وكذلك قال في شرح الطحاوي ايضا قال في التحفة اذا كان الصلح باذن
المدعى عليه يصح الصلح ويكون وكيلا عنه في الصلح ويجب المال على المدعى عليه دون الوكيل سواء كان الصلح
عن اقرار او عن انكار • لان الوكيل في الصلح لا يرجع اليه الحقوق وهذا اذا لم يضمن بدل الصلح عن المدعى عليه
فاما اذا ضمن فانه يجب عليه بحكم الكفالة والضمان لا بحكم العقد • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي لو ادعى في دار رجل دعوى فصالحه عنه آخر فاذا اضاف الصلح الى الذي في يده الدار سواء كان
عن اقرار او عن انكار ان كان بامره فالضمان على الامر لا على المصالح والمصالح عنه سالم للذي في يديه
لانه اخرج الكلام مخرج الرسالة حيث اضاف الصلح الى غيره بقوله صالح فلانا ولا عهدة على الرسول ولهذا
اذا قال صالحتك ولم يذكر فلانا فهو بمنزلة الاضافة الى فلان لان الصلح لقطع الخصومة والخصومة بين
المدعي وبين فلان فصار هذا والاضافة اليه سواء • وان اضاف نفسه بان قال صالحني فقد جعل نفسه
اصلا في العقد فيوخذ به ثم يرجع بما ضمن على الامر لو قوع حكم العقد له وكذلك لو لم يضف الى نفسه ولكن
ضمن واضاف الى مال نفسه بان قال صالحتك على مائة درهم من مالي او على عبدي هذا لانه لما التزم المال
فقد جعل نفسه اصلا وانه يصح اصلا في هذا العقد ثم يرجع بما ضمن على الامر لانه بمنزلة الوكيل بالشراء ومنزلة
الوكيل بالخلع • وفي الموضعين الجواب هكذا الى هنا لفظه في شرح الكافي **قوله** قال وان صالح رجلا
عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالحه بمال وضمنه تم صالح • اي قال القدوري في مختصره
هذا الذي ذكره احد الوجوه الاربعة وذلك ان المال وان لم يجب عليه بعقد الصلح يجب بالضمان
ويلزمه ضمانه للمدعي لان قضاء دين الغير بغير اذنه جائز لان الصلح بطريق الاسقاط يصح والساقط
يتلاشى فيستوي فيه الفضولي والمدعى عليه فيصلح الاجنبي اصيلا في حق الضمان اذا اضاف الضمان الى نفسه
بان قال صالحني على الف على اني ضامن كالزوج اذا خالع امرأته مع اجنبي فضولي من جانب المرأة وضمن
الاجنبي ذلك كان بدل الخلع عليه وكان اصلا في الضمان ومتبرعا على المدعى عليه باسقاط الخصومة فكذا
هنا • قال في التحفة فاما اذا كان بغير اذنه فهذا صلح الفضولي وهو على اربعة اوجه في ثلاثة منها يصح الصلح
ويلزم المال على المصالح الفضولي ولا يجب على المدعى عليه شيء بان يقول الفضولي للمدعي اصالحك من دعواك هذه
على فلان بالف درهم على اني ضامن لك هذه الالف او على هذه وهما فصل واحد • او قال على الفين او على عبدي
هذا اذا اضاف المال الى نفسه او عين البدل فقال على هذه الالف او على هذا العبد وانما كان هكذا لان التبرع
باسقاط الدين بان يقضي دين غيره بغير اذنه صحيح والتبرع باسقاط الخصومة من غيره صحيح والصلح عن اقرار
اسقاط الدين والصلح عن انكار اسقاط الخصومة فيجوز كيف ما كان وفي فصل واحد لا يصح بان قال اصالحك
من دعواك هذه على فلان على الف درهم او على عبد وسكت فان هذا الصلح موقوف على الاجازة المدعى عليه
ان اجاز يصح ويجب المال عليه دون المصالح لان الاجازة بمنزلة ابتداء التوكيل والحكم في الوكيل كذلك وان
لم تكن يبطل الصلح لانه لا يجب المال والمدعي لا يسقط • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وان

كان الصلح بغير امره ان لم يضف الى نفسه او لم يضمن المال او لم يضف الى مال نفسه توقف على اجازة الذي في يده الدار
فانه تصرف على غيره فلابد ان يتوقف على اجازته • وان اضاف الى نفسه او الى مال نفسه او ضمن نفذ لانه جعل نفسه
اصلا في هذا العقد بهذه الدلالات • فان كان الذي في يده مقرا بذلك صار مشتريا لنفسه ذلك الشيء وان كان
منكرا صار ذلك بمنزلة عقد الخلع على معنى انه يبذل لما لا بازاء اسقاط حق والاجنبي يصلح اصلا في مثل هذا العقد
فنفذ عليه بما شرط على نفسه من الضمان وسقط الدعوى قبل الذي في يده الدار **قوله** وفي حقها اي في حق البراءة فيه
اي في الصلح **قوله** ويكون متبرعا على المدعى عليه بالواو وهذا يرتبط بقوله فصلح اصلا يعني صلح الاجنبي الفضولي
اصيلا في حق الضمان ومتبرعا على المدعى عليه في اسقاط الخصومة كما اذا قضى دينه بغير اذنه • بخلاف ما اذا كان
الصلح بامره حيث لا يكون متبرعا **قوله** ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده اي لا يكون
الدين المدعى المصالح عنه للمصالح بان يجعل كانه اشتراه بل يكون ذلك للمدعى عليه • بخلاف ما اذا كان المدعى عينا
والمدعى عليه مقر بذلك حيث يجعل المصالح بغير امره مشتريا لذلك الشيء والفرق ان تمليك الدين من غير من عليه الدين
لا يجوز فلهذا لم يجوز شرا الدين بخلاف شرا العين التي في يد المدعى عليه حيث يجوز ان يشتريها اجنبي من المدعي اذا كان المدعى
عليه مقرا **قوله** ولا فرق في هذا بينما اذا كان مقرا او منكرا اي لا فرق في تمام الصلح من الفضولي اذا ضمن وكونه اصيلا
في الضمان ومتبرعا في اسقاط الخصومة على المدعى بينما اذا كان المدعى عليه مقرا او منكرا • ويدل على هذا التقدير
رواية التحفة وغيرها • ويجوز ان يقال لا فرق في هذا اي في ان المصالح الفضولي لا يملك الدين سوا كان المدعى
عليه مقرا او منكرا لانه حينئذ يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز **قوله** وكذلك لو قال صالحتك
على الف هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها • اي لزم الفضولي تسليم الالف وذلك لان اضافة المال
المعقود عليه الى نفسه يقتضي التزام التسليم اذ لو لم يقتض ذلك لم يكن لاضافته الى نفسه معنى فلما لزمه التسليم بدلالة هذه
الاضافة تم عقد الصلح • وهذا الذي ذكره هو الوجه الثاني من الوجوه الاربعة **قوله** وكذلك لو قال على الف
الف وسلمها اي يتم الصلح ايضا اذا صالح على الف مطلقة وسلم الالف وهذا هو الوجه الثالث من الوجوه الاربعة وذلك
لان تسليم بدل الصلح الى المدعي يوجب سلامة البدل للمدعي • والمقصود من عقد الصلح سلامة البدل له فاذا حصل
المقصود تم العقد **قوله** ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه هذه
الالف وان لم يجزه بطل • وهذا لفظ القدوري في مختصره وهو الوجه الرابع من الوجوه الاربعة التي ذكرها
وذلك لان الاصل في عقد الصلح هو المدعى عليه لانه هو المحتاج الى اسقاط الخصومة عن نفسه والفضولي يتبرع
بعقد الصلح لا بالتزام المال فلا يلزمه ما لم يلزم فلما لم يلزمه ذلك قلنا يكون العقد موقوفا على الاجازة لان
تصرفه وقع في حق الغير فلابد من اجازته فاذا اجاز صار كانه عقد بامره ولزمه المال المدعى عليه فتم العقد
لسلامة العوض للمدعي • واذا لم يجز بطل الصلح لعدم سلامة العوض للمدعي لان المقصود من الصلح هو سلامة
العوض فاذا لم يسلم العوض لا تسقط الخصومة عن المدعى عليه لان سقوطها موقوف على سلامة العوض • هذا اذا
كان المدعى عليه منكر الحق • فاذا كان مقرا يرجع المدعي على المدعى عليه **قوله** قال العبد الضعيف ووجه آخر ان يقول
صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم
بقوله اي سلامة المصالح عليه للمدعي فيتم الصلح بقول المصالح ذكر هذا تفريعا على مسئلة القدوري **قوله** ولو
استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح ذكره تفريعا على مسئلة القدوري • قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الصلح في العقار • وان صالحه على عبد بعينه فوجد به عيبا فرده
واستحق او وجد او حكا فبنا او مدبرا عاد في دعواه ولم يكن له على المصالح شيء لانه لم يضمن للمدعي شيئا اذا تبرع بمال
خاص وقد بطل فلا يلزمه التبرع بمال آخر وعاد المدعي الى دعواه لانا اسخنا فيه بدل الصلح • ولو صالحه على دراهم
سماه وضمنها له ودفعها له فاستحقت او وجدت زيوفا او ستوقة فله ان يرجع على الذي صالحه بحكم الضمان دون الذي
في يديه الدار • ولو صالحه على دراهم وضمنها ثم قال لا اؤديها اجبرته على ان يؤديها كذا في شرح الكافي **قوله**
ولهذا اجبر على التسليم يعني على تسليم الدراهم اذا ضمنها • بخلاف ما اذا لم يضمن حيث لا يجبر

باب الصلح على الدين

لما ذكر الصلح مطلقا في عموم الدعاوى ذكر هذا الصلح في الدين لانه صلح مقيد والمقيد
بعد المطلق لان القيد وصف زائد في الذات **قوله** وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل
على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه • هذا لفظ القدوري في مختصره فمعنى قوله وهو
مستحق بعقد المداينة اي من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بعقد المداينة التي جرت بينهما والمداينة
البيع بالدين وان كان الحكم في الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح لانه هو المشروع لا الغصب كما في قوله عليه
السلام من نام عن صلاة او نسيها لان الغالب من حال المسلم ان يترك الصلاة بالنوم او النسيان • وان كان الحكم كذلك
في تركها قصدا ومجانة • وهذا الذي ذكره مثل من له على رجل الف درهم فصالحه منها على خمسمائة وكمن له على رجل الف
جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكان ابرأ من بعض حقه • والاصل في هذا ان امور المسلمين محمولة على الصحة والسلامة

والجواز ما امكن فما وجد للصلح الذي ذكرنا فيه وجه للصحة يجب حمله عليه في مسئلتنا اذا وقع الصلح على ما هو مستحق
بعقد المداينة لا يمكن حمله على المعاوضة لما فيه من الربا فيحمل على انه اسقط بعض حقه وحطه في القدر او الجودة
فصح ذلك على هذا الوجه كذا في شرح الاقطع • وهذا معنى قوله يحمل اسقاط البعض في المسئلة الاولى والبعض
والصفة في الثانية • وجملة الكلام فيه ما ذكره صاحب التحفة قال واما اذا كان المدعى به ذهبا وفضة فان
كان الصلح عن اقرار والبدل من جنس المدعى به لا يصح الا سوا بسوا • ويشترط التقابض وان كان بخلاف جنسه
كالذهب مع الفضة يجوز مع التفاضل ولكن يشترط القبض في المجلس لان هذا صرف فيشترط شرائط الصرف
وكذلك الجواب في الصلح عن انكار في حق المدعي هذا كله اذا كان المدعى به عينا فاما اذا كان دراهم او
دنانير وبدل الصلح غيرها مما له معلوم من غير الكيل والوزن فانه يجوز ويكون ذلك بمنزلة بيع العين بالدين
ان كان عن اقرار وان كان على انكار ففي حق المدعي كذلك الا اذا كان البدل من الذهب والفضة الذي
يتعين كالتبر والاواني منهما يكون صرفا فيشترط التساوي والتقابض في المجلس والتقابض في خلاف الجنس
دون التساوي • فان كان البدل من الدراهم والدنانير ان كان من جنسه كما اذا كان عليه الف درهم جياد
فصالح من ذلك على الف غلة او زيوف يكون هو استيفاء عن حقه • وان صالح عن خمسماية جياد او زيوف
يكون استيفا للبعض وابرا للبعض • فان صالح على الف درهم ودرهم لا يجوز لانه لا يمكن ان يجعل استيفا
فيجعل صرفا والتساوي شرط لصحة الصرف عند اتحاد الجنس • واصل هذا ان الصلح متى وقع على جنس ما
هو المستحق بعقد المداينة يجعل استيفا • فان لم يمكن ان يجعل استيفا يكون صرفا فيشترط فيه شرائط الصرف
وعلى هذا اذا صالح من الف درهم ردي على خمسماية جيد لا يجوز • ومستحق الردي لا يستحق الجيد فلا يمكن ان
يجعل استيفا فيكون صرفا • وبيع الف درهم ردي بخمسماية جيد لا يجوز لانه ربا • ولو صالح من الف درهم
سود على الف بيض وسلمها في المجلس جاز لانه صرف وليس باستيفا • فاذا وجد التقابض وهما من جنس واحد
لان الجودة لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها جاز وان افترقا بطل • ولو صالح عن الف بيض على خمسماية سود
جاز فيكون حطا عن القدر والصفة واستيفا لبعض الاصل • ولو صالح من الدين الحال على المؤجل وهما في
القدر سوا جاز ويكون هذا تاجيلا للدين • ولو كان على العكس يجوز ويكون استيفا ويصير الاخر تاركا
حقه وهو الاجل • ولو كان الدين مؤجلا فصالح على بعضه معجلا لا يجوز • لان صاحب الدين المؤجل لا يستحق
المعجل فلا يمكن ان يجعل استيفا فصار عوضا • وبيع خمسماية بالف لا يجوز • ولو كان البدل بخلاف جنسه بان
صالح من الدراهم على الدنانير ان وجد التقابض يجوز والا فلا لانه لا يمكن ان يجعل استيفا لاختلاف الجنس
فيصير صرفا فيشترط فيه شرائط الصرف • وعلى هذا اذا كان الدين كيليا فصالح على جنسه او على خلاف
جنسه على الفصول الذي ذكرنا من غير تفاوت **قوله** ولو صالح على الف مؤجلة جاز وصار كانه اجل
نفس الحق • وهذا لفظ القدوري في مختصره • يعني اذا صالح الطالب عن الف درهم حالة على المطلوب
على الف درهم مؤجلة جاز وذلك لما قلنا ان امور المسلمين محمولة على الصحة فلو حملناه على المعاوضة يلزم
بيع الدراهم بالدراهم نسا وذلك لا يجوز لانه بيع الدين بالدين • لان الدراهم الحالة والدراهم المؤجلة
ثابتة في الذمة والدين بالدين لا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الكالي بالكالي فلما لم يمكن حمله
على المعاوضة حملناه على التاخير تصحيحا للتصرف لان ذلك جايز لكونه تصرفا في حق نفسه لا في حق غيره
قوله ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز وهذا لفظ القدوري في مختصره • اي لو صالح الطالب
المطلوب عن الدراهم الحالة على دنانير مؤجلة لم يجز وذلك لانه لا يمكن حمله على تاخير الحق لان حق الطالب
كان في الدراهم لا في الدنانير لان الدنانير لم تكن مستحقة بعقد المداينة فلما لم يمكن ذلك حمل على المعاوضة
لانه لا وجه الى غير ذلك لان الصلح اما ان يكون باسقاط حق الطالب وهو تصرف في حق نفسه خاصة وفي تاخير
الحق ذلك او يكون تصرفا في حقه مشتملا على حق الغير وهو المعاوضة فلما لم يمكن الاول لكون الدنانير غير
مستحقة تعين الثاني وهو المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسا لا يجوز فلذلك لم يجز الصلح • قال شيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب الصلح في الدين من شرح الكافي فاذا كان لرجل على رجل الف درهم فلو صالح
على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض بطل الصلح لانه صرف • وان كان وقع على انكار لانه صرف في زعم
المدعي وكذلك كل ما يكال او يوزن بغير عينه لان الطعام متى قوبل بالدراهم صار ثمنا وبيع ما ليس عنده
باطل • ولو صالحه من الالف على ماية درهم وافترقا قبل القبض لم يبطل الصلح • وكذلك كل صلح وقع على
بعض الدين لانه حط **قوله** ولو كان له الف مؤجلة فصالحه على خمسماية حالة لم يجز • هذا لفظ القدوري
في مختصره • وذلك لان الطالب لا يستحق المعجل بعقد المداينة لان حقه في المؤجل فلما لم يمكن المعجل مستحقا
حمل على المعاوضة • وبيع خمسماية بالف لا يجوز لانه ربا • او نقول انه اعتياض عن الاجل وانه باطل لان هو
تعجيل الخمسماية التي كانت مؤجلة في الاصل يكون بمقابلة الخمسماية المحطوطة المؤجلة فيكون اعتياضا عن الاجل • وقال

الحسن

الحسن بن زياد في كتاب المجرد اخبرنا ابو حنيفة عن زياد بن ميسرة عن ابيه قال كان لرجل علي رجل مال الى اجل
فسالني ان اعجله ويضع عني بعضه فذكرت ذلك لابن عمر فنهاني عنه وكان ابو حنيفة ياخذ بهذا الحديث • وقال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو كان له عليه الف درهم الى اجل فصالحه منها على خمسماية درهم حالة
ودفعها اليه لم يجز • وعلى قياس قول ابي يوسف ينبغي ان يجوز لانه احسان في القضا بالتعجيل واحسان من صاحب
الدين في الاقتضا بحط بعض حقه لكنا نقول هذا حسن اذا لم يكن احدهما مشروطا في الاخر فاذا اشترط احدهما
في مقابلة الاخر دخل فيه معاوضة فاسدة فكان فاسدا • وروي ان رجلا سال ابن عمر عن ذلك فنهاه ثم
ساله فقال ان هذا يريد ان اطعمه الربا • وعن الشعبي مثل ذلك • وعن ابراهيم انه قال لا باس بذلك انما هو
مال حط بعضه عنه • وابو يوسف اخذ بقوله الى هنا لفظ شرح الكافي **قوله** وان كان له الف سود فصالحه
على خمسماية بيض لم يجز • وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان البيض ليست مستحقة بعقد المداينة فحمل على
المعاوضة فلم يجز التفاضل لكونه ربا • بخلاف ما اذا كان له بيض فصالحه على ما دون ذلك من السود جاز لان ذلك
من جنس حقه لان المستحق الجياد مستحق لما دونها • الا ترى انه لو اخذ السود من مال غريمه بدون رضاه جاز ولم
يجبر على الرد ولو اخذ البيض مكان السود بدون امره لم يجز ويجبر على الرد • فاذا كان كذلك كان الصلح واقعا
على المستحق بعقد المداينة فيحمل على انه اسقاط حقه في الجودة • وقال المراد من الدراهم السود في الدراهم المضروبة
من النقرة السود **قوله** بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود اي بدل الصلح اجود معناه ما قال
في شرح الكافي لو كان عليه الف درهم غلة فصالحه منها على الف درهم بخية حالة • فان قبض قبل ان يتفرقا جاز • وان
تفرقا قبل ان يقبض بطل لانه صرف • ولا يقال بان هذا من جنس حقه ولكنه اجود فيكون هذا من الاستيفا فلا يبطل
بعدم القبض في المجلس • ولهذا لو استوفاه من غير شرط جاز لان هذا ان كان من جنس حقه باعتبار ذاته ولكنه لما
تعذر استحقاق صفة الجودة بالشرط ولا وجه الى ذلك الا ان يجعل صرفا وامكن ان يجعل صرفا باعتبار المقابلة وصفا
لا بد من اعتبار معنى الصرف فيها وقد بطل هذا المعنى بالافتراق قبل القبض فبطل الاستحقاق المبني عليه • وان جعل
له اجلا فهو باطل لانه صرف لما قلنا • والبخية اسم لما هو الاجود من الدراهم السود ولكن كل واحد منهما من جنس الدراهم
قوله ولو كان له عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح ذكره تفريعا
على مسئلة القدوري • وذلك لان المائة لما كانت مستحقة بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة فحمل على انه اسقط
حقه في الدنانير اصلا واسقط حقه في الدراهم الا مائة واذا كان كذلك جاز التاجيل في المائة لانها ليست بعوض
بل هي بعض ما كان في الذمة • قال في شرح الكافي وان كان لرجل على رجل مائة درهم ومائة دينار فصالحه من ذلك
على خمسين درهما وعشرة دنانير الى شهر جاز لانه حط بعض حقه قدرا وبعض حقه وصفا وقد ذكرنا ان الحط لا يبعد
على استيفا ما بقي • وكذلك لو صالح من ذلك على خمسين درهما الى اجل او حال لانه حط احد حقه اصلا والاخر
بعضه • والاصل في جنس هذه المسائل اي مهما امكن ان يكون استيفا وصرفا يجعل استيفا لانه دون الصرف لان في
الصرف عقد مبتدا له احكام مبتداة • والاستيفا يتم بما يقتضيه العقد السابق فكان حمل التصرف عند التردد عليه
اولى **قوله** او لان معنى الاسقاط فيه الزم اي في هذا الصلح وهو الصلح على مائة درهم عن الف درهم ومائة دينار
لان الصلح يبنى على الحطيطة والحط في هذا اكثر فيكون معنى الاسقاط الزم **قوله** قال وان كان له على اخر الف درهم فقال
اد الي غدا منها خمسماية على انك بري من الفضل ففعل فهو بري • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل يكون له على رجل الف درهم حالة فقال له اد الي غدا منها خمسماية على انك بري من الفضل
قال فهو بري من الفضل • فان لم يدفع اليه الخمسماية غدا عادت الالف عليه في قول ابي حنيفة ومحمد ولا تعود عليه
في قول يعقوب الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • وقال محمد في الاصل اذا كان لرجل على رجل الف درهم فقال
له صالحتك على ان احط عنك خمسماية على ان تعطيني اليوم خمسماية فصالحه على ذلك فان ابا حنيفة ومحمدا قالا في ذلك ان
اعطاه يومئذ خمسماية جاز الصلح وان مضى ذلك اليوم قبل ان يعطيه انتقض الصلح وبطل وكانت الالف عليه على حالها
وقال ابو يوسف عليه خمسماية وهو بري من الخمسماية الاخرى الى هنا لفظ محمد في الاصل • وقال في الاجناس اذا كانت
البراة معلقة بالشرط في حق من عليه اصل الدين لم تصح • واذا كانت البراة واقعة في الحال ولا يعني من المال معلقا
بالشرط كانت البراة صحيحة • قال ابو الليث في شرح الجامع الصغير هذه المسئلة على ثلاثة اوجه في وجه يبرا عن الخمسماية وان
لم يود شيئا • وفي وجه لا يبرا اذا لم يود • وفي وجه اختلفوا فيه • اما الوجه المختلف فيه فوجه قول ابي يوسف
فيه ان الابرا حصل مطلقا فتثبت البراة مطلقا اعطى او لم يعط فصار كما اذا بدا بذكر الابرا • وهذا لان هذا الكلام
خارج مخرج المطالبة لا مخرج العوض لان كلمة على وان كانت للمعاوضة لا يصلح اداء الخمسماية عوضا لان اداء ذلك واجب
عليه بمقتضى السبب ولابي حنيفة ان المعاوضة انما تكون اذا استفاد كل واحد منهما ما لم يكن استفاده من قبل وانما
استفاده باستحقاق طاري فلما لم يصلح اداء ذلك عوضا صار ذكره وعدمه بمنزلة والابرا مطلقا فلم يتقيد الابرا
بشرط سلامة العوض • ووجه قولهما ان هذا ابرا بشرط مرغوب فيه فيكون ابراء مقيدا بشرط سلامته

العوض كما اذا ابراه عن شرط سماه • او يقيد الابرا بشرط الكفالة او الرهن كما لو قال ابراتك على الخماسية بشرط ان
تعطيني بالباقي اليوم كفيلا او رهنا ففي اليوم ولم يعط عاد الالف عليه كذا هذا وكالحوالة لما كانت براءة المحيل
مقيدة بشرط سلامة الدين عن ذمة المحتال عليه فاذا فات هذا الشرط بموت المحتال عليه مفلسا عاد الدين الى
المحيل فكذا هذا • وانما قلنا ذلك لانه يكون مما له على انسان يقصر في الاداء فيريد ان يشترط الحط عن بعضه
بشرط التعجيل في مقابلته حتى يكون ذلك حاملا له على التعجيل وهذا متعارف بين الناس فصار الابرا مقابلا
بالتعجيل فيتقيد بسلامته على سلامة ذلك كما لو شرط شرطا اخر • ولان كلمة على ان كانت للمعاوضة حملت على معنى الشرط
لان معنى المعاوضة لا يصح هنا لما قلنا حملت على الشرط لان فيه معنى المعاوضة لان في المعاوضة مقابلة احد العوضين
بالاخر • والشرط ايضا يقابل الجزا فصار الشرط كالمذكور فكانه قال ان لم ينقد فلا صلح فاذا لم ينقد بطل الصلح
وقوله التعجيل مستحق بدون الشرط قلنا لا نسلم بان التعجيل مستحق بل المستحق الاداء المطلق فصار الاداء على الفور بوصف
التضييق مستحقا بالشرط • وهذا بخلاف ما اذا لم يوقت للاداء وقتا لانه اذا لم يوقت يكون وقته العمر فلا
ينتقض البراءة بعدم الدفع • واما الوجه الذي لا يبرا اذا لم يؤد ويكون المال عليه وهو الوجه الثاني وهو
ان يقول ابراتك عن خمسماية على ان تنقد في غد خمسماية فان لم تنقد في غد خمسماية فالالف عليك فمضى الغد
ولم يعطه فالالف عليه بالاتفاق لانه علق لزوم الابرا بشرط ايفاء الباقي • قال عليه السلام المسلمون عند
شروطهم والابرا يجوز ان يتوقف لزومه على شرط مرغوب عرفنا ذلك باخر كلامه وهو قوله فان لم تنقدها
غدا فالالف عليك وهذا لان الابرا فيه معنى التمليك • ولهذا يرتد بالرد فجاز ان يتوقف لزومه على الشرط وصار
نظير البيع والبيع يتقيد لزومه بمثل هذا الشرط فانه لو قال بعت منك هذا العبد بكذا على انك ان لم تنقد
الثمن اليوم فلا بيع بيننا كان البيع موقوفا فالزومه على النقد كما شرط حتى لو لم ينقد انفسخ البيع بينهما فكذلك الابرا
واما الوجه الذي يبرا وان لم يؤد وهو الوجه الثالث وهو ان يقول ابراتك عن الخماسية من الالف على ان تعطيني
الخماسية غدا فههنا الابرا واقع بالاجماع اعطى الخماسية غدا ولم يعط لان الابرا وقع مطلقا والاداء الخماسية
لا يصلح عوضا لانه واجب عليه بالسبب السابق بدون ابرا البعض • ولكنه يصلح شرطا في تقييد بالشرط ثم لاتثبت
الشرط بالشك بقي الابرا مطلقا • بخلاف ما اذا بدا بابرا خماسية حيث يعود الالف عليه اذا لم يؤد الباقي في
الوقت المذكور لان الابرا لم يقع مطلقا بل وقع مقرونا بالاداء • ولكن اداء الخماسية لما لم يصلح عوضا لكونه
واجبا بالسبب السابق لا بسبب طارئ احتمل ان يقع الابرا مطلقا من حيث انه شرط مرغوب فيه لا يقع الابرا مطلقا
بل يتقيد باداء الخماسية فاذا كان احتمل الوجهين كان في الابرا شك فلا يثبت الابرا مطلقا بالشك فافترق الوجهين
وهو ما اذا بدا بالابرا واما اذا بدا باداء الخماسية وهذه الوجوه الخماسية الثلاثة ذكرها في شرح الجامع الصغير
كشرح فخر الاسلام البزدوي وشرح الصدر الشهيد وغيرهما • وههنا وجهان اخران ذكرهما صاحب الهداية
احدهما قوله • والرابع اذا قال ادي الى خماسية على انك بري من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا • وجوابه
انه يصح الابرا ولا يعود الدين وذلك لان الابرا وقع مطلقا لانه شرطا شرطا هو ثابت بدون الذكر وهو الاداء
مطلقا والاداء مطلقا واجب عليه بدون الشرط فلما الشرط وبقيت البراءة مطلقة • بخلاف الوجه الاول على قول
ابي حنيفة ومحمد لانه ثمة وقت الاداء الخماسية وقتا وهو الغد والاداء لم يكن مختصا بالغد فاذا خصه بوقت لابد
وان يتعلق به مصلحة تختص بالاداء في ذلك الوقت فيتقيد البراءة بالاداء في ذلك الاداء الوقت الخاص فاذا فات الشرط
بطل البراءة فظاهر الفرق بين الوجهين • والوجه الثاني ما ذكره وهو قوله والخامس اذا قال ان اديت الى خماسية
او قال اذا اديت او متى اديت • والجواب فيه انه لا يصح الابرا • قال في الاجناس ولو قال صالحتك على
انك متى اديت الى خماسية فانت بري من خماسية • او قال صالحتك اذا اديت الى اليوم خماسية فانت بري
مما بقي فهذا كله سوا لا يبرا ايضا لان البراءة معلقة بالشرط بدلالة عليه لو قال لاخر ان اعطيتني الف درهم الى الشهر
فقد ابراتك منه هذا العبد لا يصح البيع ولا كذلك المسئلة الاولى لان البراءة واقعة في الحال • وانما
شرط التعجيل ما بقي من المال في الوقت فلا يبرا الا بدلالة عليه لو قال بعت منك هذا العبد على ان تعطيني الالف درهم على
ان يكون الثمن مؤجلا الى الشهر فان البيع جائز لان البيع وقع في الحال وثمنه مؤجل الى الشهر • وقال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الصلح على تعجيل المال بشرط البراءة • وكذا قال في الذخيرة والتكميل اذا ادى اليه نصف المال
فانت بري عن الباقي فادى لم يبرا عن الباقي • وكذا لو قال كل براءة علق وقوعها بشرط لان في البراءة معنى التمليك
وتعليق التمليكات بالاخطار باطل • وكذا لو قال لمكاتبه • وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع
الصغير لو قال للغريم او الكفيل اذا اديت الى خماسية او متى اديت او ان اديت الى خماسية فانت بري من الباقي
هذا كله باطل لا يبرا عن الباقي • واذا ادى اليه خماسية سوا ذكر لفظ الصلح او لم يذكر لانه علق البراءة بالشرط
صريحا فبطل كما لو قال ان دخلت الدار فقد ابراتك • بخلاف ما تقدم لانه ما صرح بالتعليق وانما كان فيه
معنى التعليق • وحقيقة الفرق بينهما لان البراءة اسقاط حتى لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد فلما فيه من معنى

التقييد وتعليق التقييد بالشرط باطل كتعليق البيع وتعليق الاسقاط جائز كتعليق الطلاق والعتاق فاعتبرنا شبهة التقييد
وقلنا بانه اذا صرح بالتعليق لا يصح واعتبرنا شبهة الاسقاط وقلنا بالصحة اذا لم يصرح • وكذلك اذا قال للكفيل
وفيه نوع اشكال لان ابرا الكفيل اسقاط محض • ولهذا لا يرتد بالرد فينبغي ان يصح تعليقه بالشرط الا ان ابرا الكفيل
كابرا الاصيل من حيث انه لا يحلف به كما يحلف بالطلاق فيصح تعليقه بشرط متعارف ولا يصح تعليقه بما ليس بمتعارف ولهذا
قلنا انه اذا كفل بمال عن رجل وكفل بنفس المكفول عنه ايضا على انه ان وافى بنفسه غدا فهو بري عن الكفالة بالمال
فوافى بنفسه بري عن المال • وان علق البراءة بالاداء لان هذا تعليق بشرط متعارف فصح **قوله** وانه يصلح
عوضا حذارا فلاسه اي ان اداء الخماسية في الغد يصلح مقصودا للطالب حذرا من افلاس المطلوب • ويجوز ان
يقع المقصود له مرة كما في قوله حرجت مخافة الشر وقوله حذارا فلاسه من هذا القبيل **قوله** والابرا
ما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به بمعنى يجوز ان يكون الابرا مقيدا بالشرط مرغوب فيه حتى اذا فات الشرط
انتقض الابرا كما في الحوالة فانها مقيدة بشرط سلامة الدين من ذمة المحتال عليه حتى اذا مات المحال عليه مفلسا
انتقضت الحوالة وعاد الدين الى ذمة المحيل ولكن لا يجوز تعليق الابرا بالشرط اصلا لما فيه من معنى التمليك وقد
مر البيان **قوله** ويخرج البداية بالابرا هذا عذر عن تاخير جواب ما قاس عليه ابو يوسف بقوله كما
اذا بدا بالابرا • يعني تذكر الفرق بين المقيس والمقيس عليه عند قوله والثالث اذا قال ابراتك الى اخره **قوله**
بخلاف ما تقدم اي بخلاف ما اذا وقت للاداء وقتا في قوله ادالي غدا منها خماسية على انك بري من الفضل
قوله بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط • يعني ان الابرا فيه معنى الاسقاط ومعنى التمليك فاذا
صرح بالتعليق لم يصح اعتبارا لشبهة التمليك واذا لم يصرح به صح اعتبارا لشبهة الاسقاط وقد مر البيان انفا
قوله فالدين قال لاخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه • اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل كان له على رجل مال فقال لا اقر لك حتى تؤخره عني
او حتى تحط عني ففعل قال هو جائز • الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وهي من الخواص فمعنى قوله ففعل اي اخر
رب الدين او حط بعض الدين بان ابرا المديون عن بعض الدين • ومعنى قوله هو جائز اي التاخير والحط جائز
لازم على رب الدين حتى لا يتمكن من المطالبة في الحال في صورة التاخير • ولا يتمكن من مطالبة كل الدين في صورة
الحط • وذلك لان الطالب راضيا في التاخير والحط لانه لو شاء لم يفعل ذلك الا ان يجد البينة او يحلف الاخر
فيتكل عن اليمين فلما فعل بلا انتظار ذلك انه كان راضيا بذلك فجاز ولا يقال انه مكره في فعل التاخير والحط لانه
لو لم يفعل ذلك كان لا يقر • لانا لا نسلم الاكراه لان الاكراه انما يكون بالعقوبة والحبس ولم يوجد • غاية ما
في الباب انه لو لم يفعل لا يقر ولا يلزم من ذلك عدم الجواز • لان الصلح على الانكار جائز ربما يكون لان الصلح
انما يكون عند المنازعة وهي عند الانكار لا الاقرار قال في شروح الجامع الصغير وهذا انما يكون في
السر اما اذا قال ذلك علانية يؤخذ باقراره • وتخريج الفصل على ما ذكرها في شرح الكافي في باب الصلح في
الدين • قال ولو كان لرجل على رجل دراهم لا يقر فادان وزنها فصالحه منها على ثوب او غنم فهو جائز • لانه جاز
المصالح عنه لا تمنع من صحة الصلح • فان صالحه على دراهم فهو على ما يدعي القياس • لانه يحتمل ان بدل الصلح اكثر
منه وفي الاستحسان انه جائز لان الظاهر انه كان اقل مما عليه لان مبنى الصلح على الحط والاغماض فكان تقدير هما
بدل الصلح بنى دلالة ظاهرة انهما عرفاه اقل مما عليه • وان كانا لا يعرفان قدر ما عليه في نفسه

فصل في الدين المشترك

لما ذكر مطلق الدين شرع في الدين المشترك لان الاشتراك
عارض والاصل عدم العارض فناسب التاخير **قوله** واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه
على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع
الدين • وهذا لفظ القدوري في مختصره والاستثناء من قوله فشريكه بالخيار • يعني اذا ضمن الشريك المصالح
ربع الدين ليس للشريك غير المصالح الخيار لان حقه في الدين ولا يكون له سبيل في الثوب وانما وضع المسئلة في
الدين بين شريكين لانه اذا ادعى اثنان في دار فصالح احدهما في نصيبه من الدار على مال لم يشركه الاخر
الا ترى لما ذكر الحاكم الشهيد في باب الصلح في الغصب من مختصر الكافي ولو ان رجلين ادعيا في دار دعوى ميراث
عن ابيهما فصالح رب الدار احدهما على مال لم يشركه الاخر فيه ان كان المصالح مقرا او منكرا وكذلك المعروض لان في
دعيهما انه بايع حصته في الميراث • وقال الحاكم ايضا في باب الصلح في العقار ولو ان رجلين ادعيا في يد رجل دارا
وقالا ورثناها عن ابينا وجحد ها الرجل ثم صالح احدهما من حصته من الدعوى على مائة درهم واراد شريكه
ان يشركه في المائة لم يكن له ذلك ولم يكن له ان ياخذ من الدار شيئا الا ان يقيم البينة • وكذلك قال
شيخ الاسلام في شرح الكافي بقوله لانه في زعمه انه يبيع نصيبه من الدار المشتركة بينه وبين اخيه • ومن باع نصيبه
من مال مشترك بينه وبين غيره ليس للشريك ان يشاركه في الثمن لان الثمن بدل ملكه لا بدل ملك مشترك • قال
شيخ الاسلام قال ابو الفضل يعني الحاكم الشهيد ذكر عن ابراهيم بن رستم ان ابا يوسف قال يشاركه وان محمدا قال

لا يشاركه لأن المذهب عند أبي يوسف أن الصلح ليس بمعاوضة بل هو استيفاء حقه وأجمعوا أن المدعى إذا كان دينا فصالح
أحدهما من نصيبه على شيء لم يكن لشريكه أن يشاركه لأنه استيفاء على قول الكل • والأصل هنا أن الدين المشترك الذي يثبت بسبب
واحد للشريكين إذا قبض أحدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين لأنا لو جعلناه من نصيب أحدهما لكنا قد قسمنا الدين حال
كونه في الذمة وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا يجوز والدليل على ذلك هو أن القسمة تمييز الحقوق وذلك لا يتأتى
فيما في الذمة ولأنهما لو اقتسما الأعيان دون غير تمييز لم يصح لعدم التمييز ألا ترى أن من صب طعاما بين شريكين لو قال
أحدهما للآخر خذ منها هذا الجانب لك وهذا الجانب لي لم يصح لعدم التمييز وكذلك القسمة فيما في الذمة لما لم يتميز
ولأن القسمة فيها معنى التمليك لأن كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضا عما في يد الآخر وتمليك
الدين لغير من في ذمته لا يجوز • فإذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعا فكان لشريكه أن يأخذ نصف
المقبوض بعينه وإن كان أجود منه فإن الجودة لا يعتبر بها في الجنس الواحد • ألا ترى أن من عليه الدين إذا
أدى أجود أجبر صاحب الدين على قبضه وصار كأنه قبض بعض حقه فلزمه أن يعطيه نصفه وإن كان المقبوض أردأ
منه فلم يسلم له من دينه إلا هذا القدر فلم يلزمه ضمان غيره • وإذا ثبت هذا جئنا إلى مسألة الكتاب فقلنا إذا
صالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه لأن الدين ثابت في ذمته فكان
له أن يرجع عليه بنصفه كما لو اشترى شريكه بنصيبه ثوبا • وإن شاء أخذ نصف الثوب من الشريك لأن الصلح وقع
على نصف الدين وهو مشاع بدليل ما بينا أن قسمة الدين حال كونه في الذمة لم يصح وحق الشريك متعلق بكل جزء
من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فيتوقف على إجازته وأخذ البعض دلالة على إجازة العقد فصح لأنه
وجاز • فإن ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لأن حقه في الدين كذا في شرح الأقطع **قوله**
فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب احترازا عما إذا اشترى أحدهما بنصيبه سلعة حيث لا يكون للآخر أن يشركه ويجيء ذلك
بعد هذا **قوله** في المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير **قوله** لأنه ازداد بالقبض أي لأن الدين ازداد
خيرا بسبب كونه مقبوضا ومنقودا وهذا دليل على مشاركة الشريك الآخر في المقبوض والأولى في التعليل ما
ذكرنا من أن قسمة الدين حال كونه في الذمة لا يجوز فلما لم يجز ذلك شاركه الآخر **قوله** ولكنه قبل المشاركة
باق على ملك القابض هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد
لم يجز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز تصرف أحد الشريكين في الثمرة والولد بدون إذن الشريك الآخر فأجاب
عنه وقال ولكن المقبوض قبل مشاركة الشريك الآخر باق على ملك القابض لما بين العين والدين من التفاوت وقد قبض العين
بدلا عن حقه في الدين فجاز تصرفه فيه **قوله** والدين المشترك كالثمرة والولد بدون إذن الشريك الآخر
أن يكون واجبا بسبب متحد كعبد لاثنين بيعت بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة وأخرج هذا بيان الدين بين الشريكين
يعني أن الدين بين الشريكين هو الذي يحصل لاثنين بسبب متحد كعبد لاثنين ثمنا لا للمشتري فإن باعاه مثلا وهو صفقة
واحدة وكذا إذا استهلك إنسان حطا مثلا وجبت القيمة عليه لهما أو كان الدين ميراثا لاثنين واحترز بالصفقة الواحدة
عن الصفقتين حيث لا يكون للشريك الساكت المشاركة ألا ترى إلى ما قال في شرح الكافي عبد بين رجلين باع أحدهما
نصيبه من رجل بخمسمائة درهم وباع الآخر نصيبه من ذلك الرجل بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بألف درهم فقبض
أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه لأنه لا شركة لهما في الدين لأن كل دين وجب بسبب على حدة **قوله**
وإن شاء أخذ نصف الثوب ونصف الثوب بقدر ربع الدين لأن الثوب صولح عليه بنصف الدين فيكون الثوب بدل نصف
الدين ونصف النصف ربع لا محالة **قوله** قال ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشركه
فيما قبض • أي قال القدوري في مختصره وتمامه ثم يرجعان على الغريم الباقي وإنما كان لشريكه أن يشركه
فيما قبض لما بين قبل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض
وهذا معنى لما قلنا فإذا كان المقبوض على الشركة كان الباقي كذلك فيرجعان بها على الغريم **قوله** ولو اشترى
أحدهما بنصيبه من الدار سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين • أي قال القدوري في مختصره وذلك لأن
أحد شريكي الدين لما اشترى بنصيبه من الدين من المديون سلعة وجب على ذمته مثل ما وجب في ذمة المديون
فالتقيا قصاصا فصار كأنه قبض نصف الدين فلو استوفى نصف الدين كان لشريكه أن يرجع عليه بحصته من ذلك
فكذا هنا **قوله** لأن مبنى البيع على المماكسة دليل قوله صار قابضا بحقه بالمقاصة كلا **قوله** بخلاف الصلح يعني
أن أحد الشريكين في الدين إذا اشترى بنصيبه سلعة ليس له الخيار بل يضمنه ربع الدين • بخلاف ما إذا صالح من نصيبه
على سلعة كالثوب مثلا حيث يكون المصالح بالخيار إن شاء دفع إليه نصف الثوب وإن شاء دفع إليه ربع
الدين • وعند زفر يلزمه أن يؤدي إليه ربع الدين بلا خيار كما لو اشترى لأنه صار به قابضا ونحن نفرق بينهما
وجه الفرق أن مبنى الصلح على الحطيطة والتجوز دون الحق وما صار إليه إلا الأقل فإذا ألزمناه ربع
حصة الساكت يلزم الضرر • بخلاف الشراء لأن مبناه على المماكسة دون التجوز فلا يلزم الضرر في إلزام ربع الحصة
قوله كما ذكرنا إشارة إلى قوله إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين إذ فيه إشارة إلى المصالح له خيار في أن

بدفع

يدفع نصف الثوب أو ربع الدين لأن تقدير الكلام ثم إن غير المصالح بالخيار في اتباع المديون وأخذ نصف
الثوب إلا أن يضمن القابض ربع الدين فحينئذ لا يكون لغير المصالح وهو الشريك الساكت خيار **قوله** ولا سبيل
للشريك على الثوب في البيع أي لا يكون للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع يعني في صورة الشراء لكن مع هذا
لو اتفقا على الشركة في الثوب جاز لأن الثوب على ملك القابض فإذا أسلم إلى الشريك الساكت نصفه ورضي هو بذلك
صار كأنه باع منه نصف الثوب **قوله** والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين بالرفع جواب سؤال مقدر بأن
يقال إن أحد شريكي الدين لما اشترى بنصيبه من الدين ثوبا حصلت المقاصة بين ثمن الثوب وبين الدين والدين
كان مشتركا فينبغي أن يكون الثوب أيضا مشتركا بينهما لحصوله بدين مشترك فكيف تقولون إنه لا سبيل للشريك
على الثوب فأجاب عنه وقال الاستيفاء بالمقاصة بدينه الخاص لا بدين مشترك فلا يكون للشريك الساكت سبيل على
الثوب **قوله** وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا أي للشريك الساكت اتباع المديون بحصته في صورة
الصلح على ثوب وصورة أخذ الدين من الدراهم والدنانير وصورة شراء السلعة لأن الساكت باق في ذمة المديون
غاية ما في الباب أن للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض ولا يلزمه المشاركة وهذا معنى قوله لكن له حق المشاركة
فله أن يشاركه **قوله** فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض هذا تفريع على مسألة
القدوري • يعني لو سلم الشريك الساكت للقابض المقبوض أو الثوب المصالح عليه أو الدراهم والدنانير أو الثوب
المشترى بأن قال سلمت لك ما قبضت ولا أرجع عليك بحصتي ثم توى على الغريم بأن مات مفلسا كان له أن يرجع على
القابض بحصته لأنه إنما سلم على رجاء سلامة ما في ذمة الغريم • فإذا توى لم يسلم فيرجع كما في الحوالة إذا مات
المحال عليه مفلسا يرجع المحال له على المحيل **قوله** ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه
الشريك لأنه قاض لا مقتض أي مؤد دينه لا مستوف دينه • وهذا الذي ذكره تفريع على مسألة القدوري
وصورته ما ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي في باب الصلح في الدين إلى أجل • قال وإذا
كان لرجلين على رجل ألف درهم من ثمن مبيع فأقر أحدهما أنه كان للمطلوب عليه خمسمائة قبل دينهما فقد برئ المطلوب
من حصته ولا شيء للشريك عليه لأن في زعمه أنه قضى دين المطلوب بما داينه أو أبرأه منه ومن قضى دينا عليه من مال
مشترك لم يضمن للشريك أن يشاركه • ولو اقتضى من دين مشترك شيئا كان للشريك أن يشاركه لأن فيما يحصل به هو قابض
لا مقتض لأن آخر الدينين يصير قضاء عن أولهما • أما أولهما لا يصير قضاء لأن القضاء لا يسبق الوجوب وكذلك لو أبرأه
منه أو وهبه لأنه إسقاط حقه والإسقاط لا يسمى استيفاء **قوله** ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما
بقي من السهام • يعني لو أبرأ أحد الشريكين المديون عن بعض نصيبه كان باقي الدين ما بقي من سهامهما في الدين كما
إذا أبرأ أحدهما عن نصف دينه والدين عشرون درهما يكون بين الطالبين خمسة دراهم وللساكت عشرة
دراهم **قوله** ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتبارا بالإبراء المطلق ولا يصح عندهما
لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض إنما ذكر تفريعا على مسألة القدوري • اعلم أن ذكر الخلاف على هذا الوجه
فيه نظر لأن قول محمد مع أبي يوسف في سائر الكتب لا مع أبي حنيفة ألا ترى أن محمدا قال في باب اختلاف
الشراء والصلح من كتاب صلح الأصل إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم من ثمن بيع حالة فصالحه أحدهما على مائة
درهم على أن أخر عنه ما بقي من حصته وهو أربعمائة درهم سنة فإن ما قبض بينهما نصفين وما أخر عنه فإنه
لا يجوز في قول أبي حنيفة • وقال أبو حنيفة إذا كان الدين بين رجلين فأخر أحدهما حصته لم يجز ذلك لأنه
يدخل على صاحبه من ذلك مؤنة فإن توى ما أخر رجع عليه وكذلك الشريكان شركة عنان • وأما المفاوضة
فإن تأخير أحدهما جائز على الآخر لأنه من التجارة إلى هنا لفظ محمد في الأصل • وقال شيخ الإسلام علاء الدين
الإسبيجابي في باب الصلح في الدين إلى أجل من شرح الكافي وهو المبسوط • وإذا كان لرجلين على رجل ألف درهم
من ثمن بيع فصالحه أحدهما على مائة درهم على أن أخر عنه ما بقي من حصته سنة لم يجز التأخير في قول أبي حنيفة
ومحمد وما قبض فهو بينهما نصفين • وكذلك إن أخرها من غير صلح لم يجز عند أبي حنيفة • وقال أبو يوسف
ومحمد تأخير أحدهما جائز في حصته إلى هنا لفظ شرح الكافي والخلاف هكذا مشهور في المنظومة في باب
أبي حنيفة خلافا لصاحبيه والدين بين اثنين هذا قد جعل نصيبه مؤجلا شهرا أبطل وكذا ذكر الخلاف في المختلف
والحصر • وقال في إشارات الأسرار إذا أخر أحد ربي الدين إذا أجل نصيبه من الدين لم يصح في قول أبي حنيفة
خلافا لهما ولكن قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي في كتاب الشركة قبيل باب شركة المفاوضة وإن كان لهما
أي لشريكي العنان على الرجل دين فأخره أحدهما لم يجز على صاحبه وليس هذا كالمفاوضة • وقال أبو يوسف
تأخير أحدهما حصته جائز فإن توى ما على الرجل فإنه يرجع على صاحبه بنصف ما أخذ فعلى هذا يكون
ما ذكره صاحب الهداية بناء على اختلاف الروايتين كتاب الشركة وكتاب الصلح ففي كتاب الشركة قول
محمد مع أبي حنيفة • وفي كتاب الصلح مع أبي يوسف • وجه قول أبي يوسف ومحمد على ما ذكر في كتاب الصلح
أن التأخير إسقاط في نصيبه فيصح ألا ترى أنه يملك الإبراء فلأن يملك التأخير أولى وكذلك لو اشتريا جميعا

نفسه فيصح فلو لا انه قال الا انه انما يصح احسان بذلك • وابو حنيفة يقول ان في هذا قسمة الدين قبل القبض لانه
بالدلالة اذا كان لهما الف درهم سود والف درهم بيض على رجل فاصطلحا على ان يكون البيض لاحدهما والسود
للاخر كان باطلا ولا شك ان في معنى القسمة لتمييز نصيب احدهما عن نصيب الاخر ويعني من القسمة هذا ودليل
فساد قسمة الدين ظاهر بوجهين احدهما ان في القسمة معنى التمليك فيكون فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين والثاني
ان القسمة • ووجه اخر ان في تاخير نصيبه ضررا بصاحبه فانه متى صح التاخير يستحق الاخر نصيبه ثم الذي
احرانه يشاركه فيما استوفي لان الشركة في اصل الدين لم تبطل بالتاجيل • ثم اذا شاركه فيبقى الباقي مشتركا
بينهما • ثم الاخر يستوفي نصيبه ثم المؤخر يشاركه فيما استوفي ويبقى الباقي مشتركا بينهما ثم الى ان يصير الحق
كله مستوفى باستيفاء احدهما فيؤدي الى ابتناع هذه الاستيفاء على صاحبه فيما هو مشترك بينه وبين صاحبه وفيه
ضرب ضرر وجب القول بتوقف تصرفه على رضا صاحبه دفعا للضرر عنه وهذه النكتة تشير الى انه يصح تاخيره
لو رضي صاحبه به والنكتة الاخرى تشير الى انه لا يصح اصلا ولا يلزم اذا ابرا عن نصيبه فان الابرا ذا يري في ابطال
نصيبه فلا يتحقق فيه معنى القسمة لان القسمة تعتمد قيام الحقين بوصف التشابه ولا يلزم اذا اقر بتاخير نصيبه فانه
انما يصح اذا اقر بتاخير كله الا انه بقدر اقراره في نصيب نفسه وكان في زعمه ان الكل مؤجل وفي زعم الاخر ان الكل
حال • اما لو اقر بتاخير نصيب نفسه خاصة لا يصح عند ابي حنيفة لانه اقر بامر لا يملك انشاءه كذا ذكره في شرح
الكافي **قوله** ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه
قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف • وهذا الخلاف جار في الجميع اعني الغصب والشراء الفاسد
والاستيجار والاحراق حتى عند محمد لما كان قبضا كان لشريكه ان يرجع عليه بحصته • وعند ابي يوسف لما لم
يكن قبضا لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اما بيان الغصب فما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب الصلح في
الدين الى اجل من شرح الكافي في اقتضاء النقاع ان غصبه ثم الغصب يشاركه صاحبه لانه وصل اليه عوض ما يستقدم
وهو المغصوب لانه يملكه من وقت الغصب عند اداء الضمان • وان رضي فيه فاصابه فاحترق او احرقه ابتدا
عند ابي يوسف لا يشاركه لانه ضمان جناية فلا يستند ملكه في المضمون لانه عند تحققه لا يبقى المضمون قابلا للملك
وعند محمد يشاركه لانه قبل الجناية صار مستوليا على المحل فصار به غاصبا فانعقد سببا للضمان من ذلك
الوقت وهو قابل للملك في ذلك الوقت فامكن تحقيق الاستيفاء به فلما عرفت الجواب في الغصب على الخلاف
عرفت ذلك كذلك في الشراء الفاسد لان المبيع مضمون بالقيمة اذا اتصل بالقبض على ما روى ابن سماعة عن محمد
وهو قول ابي سعيد البردعي رحمه الله فمتى ما يخالف البيع ذهب شيء لانه الزرخي وقد مر ذلك في باب البيع الفاسد • فاما
بيان الاستيجار فما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في اخر الباب المذكور • قال وكذلك لو استاجر
منه احدهما دارا بحصته سنة وسكنها فهو بمنزلة القبض وكذلك خدمة العبد وزراعة الارض • وكذلك لو
استاجر منه احدهما دارا او اجر عطى ثم تاصته او لم يتاصه حتى مضت المدة • ثم قال شيخ الاسلام وقد روي عن
ابي يوسف انه لا يلزم لشريكه شيا لانه لم يوجد فيه علامة الاستيفاء وهو وصول عين مال مستقدم فان المنافع ليست
بعين ولا بمتقومة في ظاهر الرواية حتى جعله مستوفيا لان المنافع لها حكم المالية عند ورود العقد عليها
فصار بمنزلة المال المطلق وقد وصل اليه فتحقق الاستيفاء • واما الاحراق فقد مر وهو مذكور في المنظومة
والمختلف **قوله** والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية • يعني اذا تزوج احد ربي الدين امراة بنصيبه من
دين لهما عليها لا يكون ذلك قبضا للدين بل يكون اتلافا حتى لا يكون لشريكه ان يرجع عليه بنصيبه قال
في شرح المبسوط من التساوي احد الشريكين في دين على امراة تزوجها على حصته منه جاز ولا يرجع عليه صاحبه
ولو تزوجها على جناية يرجع شريكه بنصفه لان في الصورة الاولى ملك البضع بنصيبه ولا مشارك في البضع فاما
في الصورة الثانية وجب لها في ذمته جناية ثم صار قصاصا والاستيفاء بالمقاصة كالاستيفاء باليد • واما
قيد بظاهر الرواية وهو المذكور في الاصل لاعتبار احترازا عما روي في شرح الكافي عن ابي يوسف انه قال بالشركة
في الفصل الاول ايضا لانه وان اضاف النكاح الى ما عليه من الدين لا يتقيد الاضافة بل لان الدراهم لا تتعين في
حق الاستحقاق فيتعين في حق النقد فصار المهر مثل ما في ذمتها على وجه لا يستوفي لان استيفاء الدين وقع
بالبضع وهو لا يحتمل الشركة • قال محمد في الاصل لو كان لامراتين على زوج احدهما الف درهم فاختلعت امراته
بحصتها منه فان شريكها لا ترجع عليها بشيء لانها لم تقبض شيا انما هنا لفظ الاصل • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وفي الخلع لم يذكر انه اذا اطلق البدل اشاركها بنصفه فالوا ان يشاركها لانه وجب عليه دين مثله
ثم وقعت المقاصة وفيه معنى الاستيفاء الدراهم كما ذكرنا في النكاح والصحيح انه لا يشاركها لانه انما يحكم
بالاستيفاء عند وقوع المقاصة عند وجود علامة الاستيفاء وعلامته ان يصل اليه عين متقوم لان الاستيفاء
يكون بالاعيان • وفي الخلع لم يصل اليه عين ولهذا لو جنى عليه جناية يلزمه ارشها بحصته لا يشاركه
صاحبه وان وجد صورة المقاصة كذا هاهنا **قوله** وكذا الصلح عليه على جناية العمد وذكر هذا ايضا

بيل

يبطل التخريج وهو مذكور في الاصل • يعني اذا جنى احد ربي الدين على المديون جناية عمد فيما دون النفس يكون له
ارشها مثل دين الجنايتين فصالحه الجاني على نصيبه من الدين لا يكون ذلك بمنزلة القبض حتى لا يكون لشريكه عليه شي لما
بينا انفا • وكذلك اذا صالحه من جناية عمد فيها قصاص **قوله** واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما من
نصيبه على راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف يجوز الصلح وهذه من مسائل القدوري وقد
ذكر الخلاف هكذا في الاصل • وفي شرح الطحاوي للاسبيجابي وفي المختلف والحصر والمنظومة وفي كتاب التقريب للقدوري
وغير ذلك • وقال في شرح الاقطع لم يجز عند ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد يجوز الصلح وجعل قول محمد
مع ابي يوسف فمعناه ان احد شريكي السلم اذا صالح من نصيبه من المسلم فيه على نصيبه من راس المال بان اراد ان
ياخذ راس المال وفسخ عقد الشركة جاز عند ابي يوسف خلافا لهما • قال القدوري في كتاب التقريب قال
ابو حنيفة ومحمد اذا اسلما في طعام ثم صالح احدهما على حصته من راس المال لم يجز الا ان يجيزه شريكه • وقال ابو يوسف
يجوز ذلك في حصته وشريكه بالخيار ان شاء شاركه فيما قبض واتبعا المطلوب ببقية الطعام فكان بينهما فان شاء اتبع
المطلوب وسلم للقابض ما قبض ذكره هكذا في كتاب البيوع • وجه قول ابي يوسف انه دين مشترك فجاز صلح احد
الشريكين عن نصيبه منه كسائر الديون ولان صحة الفسخ باعتبار المسلم فيه وملك كل واحد منهما ممتاز عن الاخر
فجاز تفرده بالفسخ كما لو اشتريا عينا ثم اقال احدهما ولهما انه لو جاز صلح احدهما لا يخلو اما ان يجوز في نصيبه
خاصة او في نصف من نصيبهما جميعا فان جاز في نصيبه خاصة يلزم قسمة الدين قبل القبض وذلك فاسد لما بينا
قبل هذا عند قوله ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف وعند قوله واذا كان الدين بين شريكين فصالح
احدهما من نصيبه على ثوب وان جاز في نصف من النصيبين جميعا يكون ذلك فسخا في حق شريكه ولا يملك ذلك
فلا بد من رضا الاخر • ولان الفسخ في باب السلم بولاية العقد فان المسلم فيه حادث بالعقد ليس بمحسوس لانه
ثابت في الذمة فصار العقد اصليا فيه واستند ولانه الفسخ الى العقد والعقد قائم بهما جميعا فلا ينفرد احدهما
بالفسخ • بخلاف الاقالة احدهما في بيع العين لان ملك المبيع هو الاصل وهو ثابت حسا ومشاهدة فكانت ولاية
الفسخ بناء على الملك فينفرد احدهما بالفسخ لانه تصرف في ملك نفسه • ولان احدهما في اقالة بيع العين تصرف في
الحكم في حالة البقا فلم يكن ذلك متعديا الى العقد لان الحكم في حالة البقا يستغني عن العقد السابق فاذا كان كذلك
لم يكن تصرف احدهما تصرفا فيما قام بهما جميعا • ولا يلزم اذا صالح احد الشريكين عن نصيبه من الدين المشترك
لان حق الشريك لا ينقطع عن الدين المقبوض فلا يؤدي الى قسمة الدين وفيما نحن فيه ليس كذلك لانه لا يخلو اما ان
ينقطع حق الشريك او لا فان انقطع يلزم قسمة الدين قبل القبض وذلك لا يجوز وان لم ينقطع يكون ذلك فسخا عن
النصيبين فلا يصح • ولا يلزم اذا رضي الشريك الاخر لانه اذا رضي صار كانهما فسخا جميعا فجاز • ثم اذا صح الصلح
من احدهما على راس المال في قول ابي يوسف فللاخر ان يشركه لاستيفا رجعهما • ولو لم ياخذ راس المال وقبض شيئا
من المسلم لم يكن لصاحبه لانه دين مشترك بينهما **قوله** بخلاف شرا العين جواب عن قوله كما اذا اشتريا عبدا فاقاله
احدهما في نصيبه وقد مر بيانه انفا **قوله** وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد اي حادثا بالعقد
فانتابه اشارة الى وجه الفرق بين احد شريكي السلم وبين اقالة احد مشتري العين حيث لا يصح الاول عندهما خلافا
لابي يوسف ويصح الثاني بالاتفاق والبيان مر انفا **قوله** ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض يعني لو جاز
صلح احدهما على راس المال كما قال ابو يوسف لشاركه الشريك الاخر في المقبوض من راس المال • فاذا شاركه واخذ
منه حصته رجع الشريك المصالح بذلك القدر من المسلم فيه على المسلم اليه لانه لم يسلم له ذلك القدر بالصلح الواقع
بين المصالح والمسلم اليه وقد كان ذلك القدر ساقطا بالصلح ثم عاد فيلزم عود السلم بعد سقوطه وذلك باطل
لانه يلزم من نفيه ثبوته **قوله** قالوا اذا خلطا راس المال اي قال المتاخرون من مشايخنا هذا الخلاف
فيما اذا خلطا راس المال وكان راس المال مشتركا بينهما وثانيا فيه نظر لان محمدا ذكر المسالة في باب الصلح في السلم
بين الرجلين على الخلاف المذكور ولم يتعرض للخلط وعدمه بل اطلق الجواب والحاكم الشهيد وضع المسالة في مختصر
الكافي في كتاب الصلح فيما اذا لم يخلطا وصرح بذلك ووضعها في كتاب البيوع فيما اذا نقد راس مال مشترك
بينهما وذكر خلاف ابي يوسف في الموضعين كما بينا **قوله** فعلى الوجه الاول اراد به النكتة الاولى وهي
لزوم قسمة الدين في الذمة **قوله** وعلى الوجه الثاني اراد به النكتة الثانية وهي قوله ولانه لو
جاز لشاركه الاخر على الاتفاق اي صح صلح احدهما على الاتفاق على راس ماله لا على راس المال اذا لم يكن
مخلوطا وقبضه صاحبه لم يكن لشريكه ان يشاركه فيه لانه لا حق له فيه لانه ماله اليس • وبحثم الفصل بمسالة
نذكرها في الواقعات الحسامية في باب الصلح مسالة النوادر رجلان لهما دين على رجل فاراد احدهما ان ياخذ
نصيبه على وجه لا يكون لشريكه فيما قبض نصيب فالحيلة في ذلك ان يبيع من المطلوب كفا من زبيب بمقدار دينه
ويسلم اليه ثم يبريه عن حصة دينه ويطالبه بثمن الزبيب فحينئذ لا يكون لشريكه فيما قبض نصيب **قوله**
فصل في التخارج معنى التخارج ان يصالح بعض الورثة من نصيبه على شي فيخرج من البين وانما اخر هذا الفصل

لئلا يتوهمه لان كل احد لا يرضى بان يخرج من البين بغير اخذ لان الظاهر ان الذي ياخذ دون نصيبه **قوله** وإذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا اي قال القدوري في مختصره وهذا اذا كان الصلح عن عقار او عروض فالصلح اذن بمنزلة البيع فيجوز بقليل العوض وكثيره واليه اشار في شرح الاقطع وهذا لان التركة اذا كانت ذهبا او فضة يجي حكمها بعد هذا • والاصل في جواز التخارج ما روى محمد بن الحسن في الاصل في اول كتاب الصلح عن ابي يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث • وقال محمد ايضا حدثنا ابو يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس انه قال يتخارج اهل الميراث • وكذلك روى الحاكم الشهيد في الكافي عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث • وقد اثبت شمس الائمة السرخسي وعلاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لفظ الكافي كما هو من غير تغيير الا ان شمس الائمة السرخسي قال وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له اربع نسوة فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءا من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين الفا وقد ذكر محمد الالف مطلقا ولم يفسرانها دراهم او دنانير وذكر لانه قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة ولم يذكر ان عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار • وقال محمد بن سعد في كتاب الطبقات الكبير اخبرنا عارم بن الفضل قال حدثنا حماد بن زيد عن ايوب عن محمد ان عبد الرحمن بن عوف توفي وترك اربع نسوة فاخرجت امراة من ثمنها بثلاثين الفا • ثم قال محمد بن سعد اخبرنا محمد بن عامر قال حدثنا اسامة بن زيد الليثي عن صالح بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف قال اصاب تماضر بنت الاصبغ ربع الثمن فاخرجت بمائة الف وهي احدى الاربع • ثم قال محمد بن سعد اخبرنا الفضل بن دكين ابو نعيم قال حدثنا كامل ابو العلا قال سمعت ابا صالح قال لما مات عبد الرحمن بن عوف وترك ثلاث نسوة فاصاب كل واحدة مما ترك ثمانون الفا • وقال الواحدي في كتاب اسباب نزول القران في براءة في قوله تعالى الذين يلمزون المطوعين قال قتادة وغيره حث رسول الله صلى الله عليه وسلم على الصدقة فجاء عبد الرحمن بن عوف باربعة الاف درهم وقال يا رسول الله مالي ثمانية الاف جئتك بنصفها فاجعله في سبيل الله وامسكت نصفها لعيالي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بارك الله لك فيما اعطيت وفيما امسكت فبارك الله في مال عبد الرحمن حتى انه خلف امراتين يوم مات فبلغ ثمن ماله لهما مائة وستين الف درهم وفي هذا الحديث دليل ان جهالة المصالح عنه لا يمنع من صحة الصلح لانه لا يكون مستدركا فلا يكون نصيب المصالحة مستدركا والله اعلم **قوله** وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك اي قال القدوري في مختصره يعني اذا كانت احدى النقدين فاعطى الورثة احدهم من النقد الاخر جاز قليلا كان ما اخذه المصالح او كثيرا • لان هذا الصلح بمنزلة البيع كيف ما كان في النوعين الا انه يشترط القبض في المجلس لانه صرف فلا بد من التقابض ولكن اذا كان الذي في يده بقية التركة جاحدا لا حاجة الى تجديد القبض لان قبضه قبض ضمان فجاز ان ينوب عن قبض الصلح وهو قبض ضمان لانه مثله وان كان مقرا فلا بد من تجديد القبض بالتخلية بالانتهاء الى مكان يتمكن فيه من قبضه لان قبضه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الضمان والاصل ان القبضين اذا تجانسا امانة او ضمانا ناب احدهما مناب الاخر • واذا اختلفا ناب قبض الضمان عن قبض الامانة ولا ينعكس • قال في الفتاوى الصغرى اذا ادعى على اخر الف درهم فانكر فاصطلحا على عشرة دنانير فافترقا من غير قبض لم يصح لان هذا صرف في زعم المدعي والصلح مبني على زعم المدعي قال فيها ولو ادعى على اخر الف درهم امانة في يده فاصطلحا على عشرة دنانير وقبض المدعي بدل الصلح ولم يدفع عليه المصلح الدراهم فان كان المدعى عليه مقرا بما ادعاه المدعي فالصلح باطل لان قبضه الاول قبض امانة فلا ينوب عن قبض الشراء وان كان جاحدا يجوز لان قبضه الاول قبض غصب في زعمه فينوب عن قبض الشراء وجملة الكلام هنا ما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وقال قال ابو حنيفة ايما امراة صولحت على ثمنها ولم يكن لزوجها دين على الناس وكان ما اخذت اكثر من نصيبها من العين فذلك جائز وان لم يبين لها ما ترك زوجها وان كان فيما ترك زوجها دين فالصلح باطل وبه نقول لانها تصير مملكة نصيبها من الدين من غير من عليه الدين وتمليك الدين من غير من عليه الدين يكون باطلا • واذا بطل في بعضه بطل في كله • قال وقيل هذا قول ابي حنيفة خاصة اما على قول ابي يوسف ومحمد يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين لان المذهب عندهما ان فساد العقد في بعض المعقود عليه بدليل مقصود الفساد لا يوجب فساد العقد في الباقي وعند ابي حنيفة يوجب • وقيل هذا قول الكل لان بيع الدين باطل وليس بفاسد فصار بمنزلة بيع الحر والعبد • ثم قال واذا لم يكن فيه دين ان كان بدل الصلح دراهم او دنانير ولم يكن في التركة دراهم ودنانير جاز ولا يشكل لانها تكون بائعة نصيبها

من التركة بما اخذت • وان كان فيها دراهم وبدل الصلح دراهم او دنانير ان كان نصيبها من الدراهم التي في التركة اكثر مما اخذت من الدراهم لم يجز لانها تكون بائعة نصيبها من الدراهم والعروض بدراهم اقل من نصيبها فيدخل فيه الربا ويصير الوارث ما نقص مما ياخذ فيما زاد على ما استوفت من غير بدل فيكون باطلا • ولو كانت الدراهم التي اخذت اكثر من نصيبها من الدراهم جاز فيكون في مثل نصيبها من دراهم التركة استيفا لحقها وفي الزيادة عوضا عن نصيبها وان اخذت دنانير كان جائزا الا انهما اذا افترقا من غير قبض يبطل العقد في حصة الدراهم لانه في حق ما يقابل نصيبها من الدراهم يكون صرفا ولا يبطل في الباقي لانه فساد طارئ • وكذلك ان كان في التركة دنانير والصلح على الدنانير فهو على الاقسام التي قلناها • وان اخذت عوضا فهو جائز لانه يصلح عوضا عن جميع نصيبها في التركة من العين وغير العين • ثم قال شيخ الاسلام الاسبيجابي قال ابو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على اقل من نصيبها من العين في حالة التصادق وقد بين ذلك في موضع اخر من هذا الكتاب اي من مختصر الكافي اما في حالة المناكرة فالصلح جائز لانه ان لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه اسقاطا • ثم قال شيخ الاسلام والصحيح انه باطل في الوجهين لانه يكون معاوضة في حق المدعي فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلنا • وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضا يحدث بينهم الضغاين • قال مشايخنا هذا في حال اشتباه وجه القضا اما في حال ظهور وجه القضا ينبغي ان يقضي بينهما لان في الدعا الى الصلح امر الاحدهما بترك بعض حقه وما ينبغي للقاضي ان يفعل ذلك والصحيح انه يجوز دعا وهما بطريق الندب لا بطريق الالزام لما قلنا من النابرع وهو صيانة عن الوقوع في العداوة وينبغي ان لا يدعوهما الى ذلك الامر او مرتين فان انتهى عن ذلك يفصل بينهما بالقضا • وينبغي ان يتولاه هو بنفسه ولكن يردهما الى من يثقان بقوله من اهلهما لان صاحب الحق عسى ان يحتشم من القاضي فيترك بعض حقه حشمة من القاضي وفي بعض الروايات ردوا الخصوم من ذوي الارحام الى اهلها والصلح في حقهما اندب احترازا عن قطيعة الرحم • ونقل في خلاصة الفتاوى عن فوائد شمس الاسلام ان التخارج لا يصح اذا كان على الميت دين ايضا قوله باطل اي يبطله رب الدين لان حكم الشرع ان يكون رب الدين على جميع الورثة **قوله** وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة • وهذا لفظ القدوري في مختصره يعني اذا كانت التركة ذهبا وفضة وعروضا وعقارها فصالحت الورثة احدهم على احد النقدين لم يجز حتى يكون بدل الصلح اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة كيلا يلزم الربا **قوله** ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا يعني سوا قل بدل الصلح او كثر لانه لا يلزم الربا • وانما ذكر هذا تفريعا على مسئلة القدوري ولا يشترط التقابض ايضا لانه ليس بصرف **قوله** ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز كيف ما كان يعني يجوز الصلح بلا اشتراط التساوي في الجنس والزيادة على ذلك قل بدل الصلح او كثر صرفا للجنس الى خلاف الجنس تصحيحا للعقد ولكن يشترط التقابض في المجلس لانه صرف وقد ذكرنا ايضا تفريعا **قوله** قال وان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل • اي قال القدوري في مختصره يعني ان الصلح باطل في الكل في العين والدين جميعا • وذلك لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين لان المصالح ملك نصيبه من الدين من سائر الورثة بما اخذ من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز • ولهذا قالت بعد العين الذي في على فلان لا يجوز • واذا بطل في حق الدين بطل في حق العين ايضا لاتحاد الصفقة • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وهذه المسئلة ترد نقضا على ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فيما اذا اسلم حنطة في شعير وزيت فانهما قالا انه يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير وههنا افسد الكل وهذا اما غلط والجواب عن النقض الذي قال خواهر زاده ما ذكرنا قبل هذا من اختلاف المشايخ حيث قال بعضهم هذا قول ابي حنيفة خاصة وعلى قولهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين • وقال بعضهم هذا قول الكل لكن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والعبد **قوله** وان شرطوا ان يبرئ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز • هذا لفظ القدوري في مختصره وهي حيلة الجواز في الصلح اذا كان في التركة دين على الناس يعني اذا شرط الورثة ان يبرئ المصالح من نصيبه من الدين الغرماء وهم المديونون ولا يكون الرجوع لسائر الورثة بعد ذلك على الغرماء بنصيب المصالح من الدين جاز الصلح لانه اسقاط الدين من ذمة المديون او تمليك الدين ممن في ذمته وكلاهما جائز • وحيلة اخرى ان يتبرع الورثة بقضا نصيب المصالح من الدين ثم يصالحونه عما بقي من التركة • ولكن في هذين الوجهين نوع ضرر لسائر الورثة لان في الوجه الاول لا يمكنهم الرجوع على الغرما بقدر نصيب المصالح • وفي الوجه الثاني ضرر النقد لان النقد خير من الدين والاوجه في جواز الصلح ان ينظر الورثة الى مقدار نصيب المصالح من الدين فيقرضون ذلك المقدار اياه فيكون لهم عليهم ويوكلهم المصالح بقبض نصيبه ويناصون به بماله عليه ذكر الخصاف هذا الوجه في كتاب الحيل **قوله** ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون ذكر هذا تفريعا على مسئلة القدوري يعني اذا لم يكن في التركة دين على الناس ولكن اعيان التركة ليست بمعلومة فصالح بعض الورثة من نصيبه على كيل كالحنطة

والشعير والوزني كالحديد والصفر هل يجوز هذا الصلح ام لا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لاحتمال
الربا لانه يجوز ان يكون في التركة كيلي ووزني وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك او اقل لانه زاد على
بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا • وقال بعضهم يجوز لانه شبهة الشبهة وانما المعتبر الشبهة لا شبهة
الشبهة وذلك لانه لو علم اعيان التركة يكون شبهة الشبهة لانه يحتمل ان يكون في التركة كيلي ووزني و
يحتمل ان لا يكون قوله ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة وهذا ايضا
تفريع على مسألة القدوري • يعني اذا لم يكن في التركة دين وليس فيها مكيل وموزون ايضا وقع الصلح
عن نصيب بعض الورثة على مكيل وموزون واعيان التركة غير معلومة هل يجوز الصلح ام لا اختلف المشايخ
فيه • قال بعضهم لا يجوز لانه بيع المجهول فلا يجوز لان المصالح باع نصيبه من التركة وهو مجهول بما اخذ من
المكيل والموزون • وقال بعضهم يجوز لان العلة في عدم جواز البيع اذا كان المبيع مجهولا افضاؤه
الى المنازعة لان المصالح عنه في يد بقية الورثة ولا يطلبون شيئا آخر من المصالح بمقابلة بدل الصلح وهذا
الوجه هو الاصح • والدليل على ما قلنا انه لو باع قفيزا من صبرة جاز لان الجهالة ليست مفضية الى المنازعة
فلو كان بعض المصالح عنه في يد المصالح وهم لا يعرفون قدره لا يجوز الصلح لافضائه الى المنازعة قوله
وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يملكها الوارث ذكر هذا ايضا تفريعا
على مسألة القدوري وهذا لا كلام فيه اذا كان الدين مستغرقا واما اذا لم يكن مستغرقا اختلف المتأخرون
فيه قال بعضهم يجوز • وقال الكرخي لا يجوز القسمة استحسانا ومع هذا لو ارادوا الجواز كيف يعملون في
الفتاوى الصغرى من كتاب القسمة اذا ارادوا قسمة التركة وفيها دين فالحيلة ان يضمن اجنبي باذن الغريم
بشرط براءة الميت • وان لم يكن الضمان بشرط براءة الميت لا تنفذ القسمة لان الكفالة اذا كانت بشرط
براءة الميت كانت الحوالة فينتقل الدين الى ذمة المحتال عليه وهو الكفيل فتخلو التركة عن الدين فتنفذ القسمة
بخلاف ما اذا لم يكن بشرط براءة الميت • وكذا اذا ضمن بعض الورثة بشرط براءة الميت وكذا اذا ضمن بعض الورثة
الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى • وكذا اذا قضوا دين الميت من مال آخر ثم اقتسموا وصالحوا جاز • وقال
شمس الائمة البيهقي في الكفاية في كتاب القسمة قسم الورثة التركة وعلى الميت دين فطلبه الغريم نقض
القسمة وان قل الدين الا اذا كان للميت مال سواه يجعل الدين فيه وتبقى القسمة او ادى الورثة الدين
لان الدين يمنع تصرف الوارث كالرهن قل الدين او كثر • وكذا لو كان في التركة وصية واقتسموا نقضه صاحب
الوصية الا اذا اقتسموا بقضاء القاضي فلا يبطل لا الموصى له ثم يكن الوارث بمنزلة القاضي اذا القسمة متعينة
احد الشركاء فلو اثبت احد المقتسمين دينا على الميت بالبينة نقض القسمة ولا يكون القسمة ابراء لان القسمة تصح
مع وجود الدين ثم قضي من مال آخر وبقيت الورثة فلم يكن اقرارا بعدم الدين الى هنا لفظ الكفاية • وقال
في شرح المبسوط من الشامل في كتاب القسمة على الميت دين لغائب غير مستغرق فحلف القاضي قدر الدين وقسم
لان فيه مراعاة الحقوق وان كان مستغرقا لا يقسم لما عرف فيه ثم ظهر دين على الميت نقض القسمة الا ان يقضيه
الورثة من مال آخر • لان حق ذي الدين متعلق بالتركة وكذلك لو ظهر وارث آخر لان له حقا في عين
المقسوم • ولو قضى بعض الورثة له الرجوع على الباقين ان شرطا الا لا ان يتبرع لان كل واحد من الورثة مطالب
بالدين لما عرف الى هنا لفظ الشامل •

كتاب المضاربة

تقدم وجه المناسبة في اول كتاب الاقرار • اعلم اولا ان المضاربة هي دفع المال الى الغير ليتجر به
على ان يكون الربح الحاصل فيه بينهما على ما شرطا مأخوذ من الضرب في الارض وهو السير فيها لان غرض العامل
حصول الربح ولن يحصل ذلك عادة الا بالضرب في الارض • قال الله تعالى واذا ضربتم في الارض فليس
عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة • واطلق اسم المضارب على العامل لانه ضارب في الارض لا على رب
المال لانه طالب للضرب • والاصل في جواز المضاربة الكتاب والسنة والآثار التي ذكرها محمد في الاصل
واجماع الامة • اما الكتاب فقوله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله • وقال
تعالى واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة • والضرب في الارض قد يكون لطلب
نفسه وقد يكون ربما للغنم • واما السنة فتقرير النبي عليه السلام تجار زمانه على ذلك وكانوا يباشرون
عقد المضاربة في زمانه فدل تقريره اياهم على جوازها • واما الآثار فما ذكرها محمد عن عمر بن الخطاب
انه اعطى مال يتيم مضاربة افاد ان المضاربة مشروعة وافاد ان القاضي له ولاية دفع مال اليتيم
مضاربة لانه تصرف نافع في حقه لانه يحصل به صيانة المال مع الاستفضال • وعن ابراهيم ان ابن مسعود
اعطى زيد بن خليدة مالا مضاربة فاسلم ذلك الى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة باسنان معلومة
الى اجل معلوم فحل الاجل فاشتد عليه فاتى عتريس الى عبد الله بن مسعود يستعين به عليه فذكر له ذلك فقال
عبد الله بن مسعود لزيد خذ راس مالك ولا تسلم مالنا في الحيوان • وذكر الحسن بن زياد في كتاب المجرد

هذا الحديث وقال اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن عبد الله بن مسعود انه اعطى زيد بن خليدة البكري مالا
مضاربة فاسلم زيد المضاربة الى رجل من بني شيبان يقال له عتريس بن عرقوب في قلائص الابل فحلت فادى
بعضها وبقي بعضها فذكر ذلك لعبد الله فقال له خذ منه راس مالك ولا تسلم في شيء من الحيوان الى هنا لفظ كتاب
المجرد افاد ان المضاربة مشروعة وافاد ان السلم في الحيوان لا يجوز حيث امر زيد بان ياخذ راس المال • وعن
ابراهيم انه كان يكره المضاربة بالثلث والنصف وزيادة عشرة دراهم وقال ارايت ان لم يربح الا تلك العشرة
وبه نقول لان هذا شرط يتوهم فيه قطع الشركة وهذا عقد شركة فكل شرط يتوهم قطعها كان مفسدا للمضاربة
وان كانت المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة ولكن هذا شرط ذاتي للشركة فلا يوجد بدونه • واما
الاجماع فلان الناس اتفقوا على جواز ذلك في كل عصر فصار ذلك اجماعا من الامة • قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي والقياس ان يكون عقد المضاربة فاسدا لانه في الحقيقة استئجار العامل باجر
مجهول او معدوم على عمل مجهول • ولهذا الوصف كان اجارة بالاجماع وجهالة العمل والاجر يوجب فساد الاجارة
الا انا استحسنا وجوزناها بما ذكرنا من الدلائل على انا لا نجوزها اجارة بل نجوزها شركة والشركة مشروعة بسائر
انواعها فكذا هذا النوع وهذا لان غرضهما الشركة في الربح وتستتم تحقق الشركة فيه لان ما يتولد من الربح مشترك
بينهما لان الربح يحصل من المال بواسطة العمل لان الربح لا يتولد من المال بدون العمل لانه لا ينمو بذاته ولا من
العمل بدون المال لانه لابد له من محل يلاقيه فكان حصول الربح متعلقا بهما فتحققت الشركة كما في سائر الشركات
الا ان في سائر الشركات يكون المال منهما والعمل منهما وهاهنا المال من احدهما والعمل من الآخر والحاجة الى
الشركة على هذا الوجه ماسة فان الانسان قد يكون له مال ولا يهتدي الى العمل وقد يهتدي رجل الى العمل
ولا يكون له مال فيحتاجان الى الشركة على هذا الوجه فيحصل مقصودهما وهو الربح وانما يكون شركة اذا صح الشرط
في اشتراك الربح ومتى فسد الشرط بقي اجارة لانه اجارة في الحقيقة لانه لغيره يتبع يطلبه في مقابلة عمله والربح
حاصل بالمال لا بالعمل فلا يكون شركة • واذا صح الاشتراك في الربح التحق بالشركة في الاموال ولصحة المضاربة
شرائط اعلام راس المال اما تسمية او اشارة • والثاني التسليم • والثالث كون راس المال من جنس الاثمان • والرابع
بيان نصيب المضارب في الربح فان اجتمعت هذه الشروط والا تفسد وتنقلب اجارة • قال القدوري وكان ابو
بكر الرازي ينكر هذه الطريقة يعني كون عقد المضاربة مخالفا للقياس فنقول هذا اصل من الاصول فلا يقال انه
يخالف القياس وانما يقال ذلك في مسائل الاجتهاد قوله يعني عن التصرف من المبادلة وهو تقليل النطقة
قوله صرف اليد عنه اي عن المال وفي بعض النسخ صفر اليد اي خالي اليد قوله ثم المدفوع الى المضارب
امانة في يده اي اخره فذا بيان حكم المضاربة ولها احكام مختلفة فاذا وقع المال الى المضارب فهو امانة
في حكم الوديعة لانه قبضه بامر المالك لا على وجه البدل والوثيقة • وقولنا لا على وجه البدل احتراز عن المقبوض
على سوم الشراء فانه مضمون بالقيمة • وقولنا لا على وجه الوثيقة احتراز عن الرهن فانه مضمون بالاقل من قيمته
ومن الدين • واذا اشترى بالمال فهو وكالة لانه تصرف في مال الغير بامره واذا ربح صار شريكا لانه ملك
جزءا من المال بشرط عمله والباقي نماء مال المالك فهو له فكان مشتركا بينهما • واذا فسدت المضاربة بوجه من
الوجوه صارت اجارة لان الواجب فيها اجر المثل وذلك يجب في الاجارات • واذا خالف المضارب صار غاصبا
وصار المال مضمونا عليه لانه تعدى في ملك الغير ويكون ربح المال بعد ما صار مضمونا عليه للمضارب ولكنه لا
يطيب له عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يطيب له كالغاصب والمودع اذا تصرفا وربحا لا يطيب لهما
الربح على الاختلاف كذا في شرح الطحاوي وذكر فيه حيلة ليكون المال مضمونا على المضارب وهي ان يقرض رب
المال جميع المال من المضارب الا درهما واحدا راس مال المستقرض ويسلمه اليه ثم انهما يشتركان في ذلك شركة
عنان على ان يكون راس المال المقرض درهما واحدا راس مال المستقرض جميع ما استقرض على ان يعملا جميعا
ويشترط الربح بينهما • ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فاذا هلك المال في يده كان القرض
عليه على حاله • ولو ربح فالربح بينهما على الشرط قوله قال المضاربة عقد الشركة بمال من احد الجانبين
اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية ومراده الشركة في الربح • اي مراد القدوري من قوله
عقد على الشركة والشركة في الربح لان المضارب لا شركة له في راس المال وذلك لان المقصود من عقد المضاربة
هو الاشتراك في الربح بان يكون المال من جانب والعمل من جانب فانهما اذا لم يشرطا الشركة في الربح لم يكن العقد
مضاربة • لانه حينئذ لا يخلو اما ان يشرطا الربح جميعه لرب المال او للمضارب فالاول بضاعة والثاني
قرض قوله قال ولا تصح الا بالمال الذي الاترى ايضاح لقوله عقد على الشركة وجه الايضاح ان انتفاء
قوله قال ولا يصح الا بالمال الذي تصح به الشركة • اي قال القدوري في مختصره قال في شرح الطحاوي
الاصل في هذا ان كل ما يجوز عليه عقد الشركة يجوز عليه عقد المضاربة من الدراهم والدنانير والفلوس
على الاختلاف او المطعومة في موضع الذي يروج كما يروج الدراهم او التبر الذي يروج كما يروج الدراهم

وكل ما لا يجوز عقد الشركة لا يجوز عقد المضاربة من العروض الى معنى للعقد عندنا وعند ابن ابي ليلى
يجوز الى هنا شرح الطحاوي • قال القدوري في شرح مختصر الكرخي في كتاب الشركة واما الفلوس فالمشهور
عن ابي حنيفة وابي يوسف ان الشركة والمضاربة لا يجوز بها • وقال محمد اذا كانت نافقة جاز • وروى
الحسن عن ابي حنيفة ان المضاربة بالفلوس جائزة • قال وقال ابو يوسف يجوز الشركة بالفلوس ولا يجوز
المضاربة بها • وجه المشهور ان الفلوس تارة تكون ثمنا وتارة تكون مبيعا كالحنطة والشعير فصارت
كالعروض • واما فرق ابي يوسف بين الشركة والمضاربة فلانهما اذا اشتركا بالفلوس وكسدت لم يؤد
ذلك الى جهالة الربح • لان راس المال ينقسم على عددها عند الشراء فيصير المال كله بينهما على ذلك فاما
المضاربة فلابد من استرجاع راس المال فاذا كسدت اخذ راس المال بالقيمة وذلك مجهول فلم يصح • وقال
القدوري ايضا في كتاب المضاربة من شرح الكرخي قال ابو الحسن الكرخي المضاربة جائزة عند المسلمين جميعا
بالدراهم والدنانير واختلفوا في غيرهما من سائر الاموال فقال ابو حنيفة ومحمد والحسن بن زياد هي ايضا
جائزة بالفلوس اذا كانت نافقة بين الناس يتعاملون بها في تجاراتهم • وقال ابو يوسف لا يجوز
المضاربة بالفلوس على حال وهو المعمول عليه من قوله عندي رواه اصحاب الاملاء ومحمد في املائه وروى
عنه محمد في المضاربة الكبيرة خلاف ذلك ثم قال القدوري والصحيح من قول ابي يوسف ان المضاربة
بها فاسدة وانه لا يجوز لان من مذهبه انها تتعين بكل حال • فاما عند محمد فانها لا تتعين كالدراهم
والدنانير • وعن ابي حنيفة روايتان في المضاربة بها في رواية لا يجوز لانها تتعين كالعروض
وفي الاخرى يجوز لانها لا تتعين في الشراء والبيع اذا لم يتقابل جنسها فصارت كالدراهم والدنانير • واما
تبر الذهب والفضة فقد ذكر في المضاربة ان المضاربة لا يجوز واجراه في كتاب الصرف مجرى الدراهم
وهذا مبني على وقوع التعامل به فاما الزيوف والنبهرجة فيجوز المضاربة بها ذكره محمد لانها لا تتعين بالعقد
كالجياد • واما الستوقة فان كانت لا تروج فهي كالعروض وان كانت تروج فهي كالفلوس • وقد ذكر ابن
سماعة عن ابي يوسف ان المضاربة لا يجوز بالدراهم البخارية لانها كسدت عندهم كذا ذكر القدوري في شرح
قوله وقد تقدم بيانه من قبل اي في كتاب الشركة وقد استقصينا بيانه ثمة **قوله** ولو دفع
اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز ذكر هذا تفريعا على مسئلة القدوري • يعني هذا وجه
الحيلة وقال قلت ارايت رجلا اراد ان يدفع الى رجل مضاربة وليس عنده الا متاع كيف يصنع قال يبيع
المتاع من رجل يثق به ويقبض المال ثم يدفعه الى المضارب فضاربه ثم يشتري المضارب هذا المتاع من هو
الرجل الذي ابتاعه من صاحبه • قال القدوري في شرح مختصر الكرخي واما المضاربة بالعروض فلا
يجوز عندنا • وقال مالك يجوز وقال صاحب الهداية في كتاب الشركة وقال مالك يجوز الشركة بالعروض
والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا • بخلاف المضاربة يفهم من ذلك ان المضاربة بالعروض
لا يجوز عند مالك ايضا يحتمل اختلاف الروايتين وكان الاصح عدم الجواز لان صاحب كتاب التفريع صرح
فيه بعدم جواز المضاربة بالعروض ولم يذكر غير ذلك • قال الفقيه ابو الليث وفي قول ابن ابي ليلى
جازت المضاربة بالعروض • وجه قوله ما ذكر في الجواز ان العروض مال متقوم يجوز الاسترباح به
عليه عادة بالتجارة فيكون كالدراهم والدنانير فيما هو المقصود من العقد • ولنا ان النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن فلو جاز هذا العقد بالعروض لزم ذلك فلا يجوز بيانه ان المضارب
لو باع العروض فتلك العروض في يده لم يضمنها لان العروض امانة عنده ان سلم ثم البيع وان هلك في يده
تبطل البيع فاذا لم يكن العروض مضمونا عليه فالربح الحاصل منه يكون ربح ما لم يضمن وهو حرام للنهي وقد قال
محمد في الاصل بلغنا عن ابراهيم النخعي والحسن البصري انهما قالا لا يكون المضاربة بالعروض انما تكون بالدراهم
والدنانير ولان قيمة العروض مختلفة اختلافا يدل على جهالة الربح وذلك لا يجوز • وذلك لان الربح
لا يتبين الا بعد تحصيل راس المال وقيمة راس المال تعرف بالحزر والظن • والمضاربة اذا كانت بربح مجهول
لا يجوز • ولانه قال بع ثيابي على ان ثمنها لك لم يجز فكذلك اذا جعل له جزءا من الثمن وليس كذلك الدراهم
والدنانير لانه لو قال اشتر بها على ان جميع ما تشتري به لك جاز • وكذلك اذا جعل له جزءا منه ولكن لو دفع
اليه عروضا فقال بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم او دنانير جاز • وقال في شرح الاقطع
وقال الشافعي لا يجوز لنا انه اضاف المضاربة الى الثمن لا الى العروض والثمن يصح به المضاربة والمضاربة
تقبل الاضافة لان فيها معنى التوكيل والاجارة فيل ان المسئلة مبنية على جواز تعليق الوكالة بالخطر
واورد الشيخ ابو نصر سؤالا وجوابا فقال فان قيل ان المضاربة لا تنعقد في مال مجهول فلا تتعلق
بشرط كالبيع قيل له المقصود بالبيع الملك وذلك لا يقف على شرط فكذلك العقد • والمقصود من المضاربة
الربح وذلك يقف على شرط فجاز ان يقف العقد على شرط ايضا قال لو باعها بمكيل او موزون

جاز البيع عند ابي حنيفة بناء على اصله ان الوكيل يجوز ان يبيع بالاثمان وغيرها والمضاربة فاسدة لانها صارت
مضاربة الى الحنطة والشعير • فاما على قول ابي يوسف ومحمد فالبيع لا يجوز لان من اصلهما ان الوكيل بالبيع لا يبيع بغير
الاثمان • وقال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه ان المضاربة بالمكيل والموزون غير المنقود جائزة عند ابن ابي ليلى والدليل
من الطرفين ما بينا من طرفنا وطرف مالك في العروض **قوله** وكذا اذا قال اقبض مالي الذي على فلان واعمل به
مضاربة جاز ذكر هذا ايضا تفريعا على مسئلة القدوري • اعلم ان المضاربة براس مال هو دين لا يجوز نحو ما اذا قال
اعمل بالدين الذي في ذمتك مضاربة بالنصف • واما اذا قال اقبض الدين الذي لي على فلان واعمل مضاربة جاز وتمام
البيان فيه ما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد قبيل باب اشتراط الربح لغيرهما
ولو كان لرجل على رجل دين فامره ان يعمل به مضاربة ويشتري به ما بدا له من المتاع ويبيعه فما كان فيه من فضل
فهو بينهما نصفان فهذا فاسد لان الدين الذي عليه لا يصلح راس مال المضاربة لكونه مضمونا عليه ومن شرط المضاربة
كون راس المال امانة عنده وما اشترى فهو مشتر لنفسه وربحه له ولا شيء لرب المال فيه في قول ابي حنيفة ودينه
عليه على حاله • وقال ابو يوسف ومحمد ما اشترى وباع من ذلك فهو لرب المال ويبرى المضارب من دينه وللمضارب
على رب المال مثل اجر عمله لان المضاربة اذا فسدت بقي امر بالشراء بما عليه وذلك باطل عند ابي حنيفة فيصير هو
مشتريا لنفسه وعندهما الامر به صحيح فيصير مشتريا للامر وله الحق في مقابلة عمله شيئا ولم يصح فيلزم رب المال
اجر مثل عمله • ولو كان الذي امره بالشراء منه معلوما يصح الشراء للامر بالاجماع والمسئلة بدلائلها مذكورة في البيوع • ولو
قال رب المال لرجل اقبض مالي على فلان ثم اعمل به مضاربة بالنصف فهو جائز بالاجماع لانه ما عقد عقد المضاربة
في الحال انما يصير عقد بعد قبض المال • والمال بعد القبض يصلح مال المضاربة وانه عقد يحتمل الاضافة الى زمان
في المستقبل لانه توكيل والله اعلم كذا في شرح الكافي **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لانه يقبل الاضافة
لانه توكيل والتوكيل يقبل الاضافة الى زمانه ولهذا قال في وكالة الجامع اذا وكله يبيع عبده غدا كان وكيلا
في الغد وفيما بعده ولا يكون وكيلا فيما قبل ذلك • وكذلك الاجارة تقبل الاضافة • ولهذا اذا قال
اذا جاء راس الشهر فقد اجرتك هذه الدار يجوز **قوله** حتى لا يصح المضاربة اي بالاثمان **قوله** على
ما مر في البيوع اي في بيوع الوكالة وذلك اشارة الى ما ذكر في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله ومن له على اخر
الف فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز اي لازم **قوله** فالم شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا
لا يشترط لاحدهما دراهم مسماة في الربح • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان المقصود من عقد المضاربة
هو الشركة في الربح • فاذا اشترط لاحدهما دراهم مسماة كالمائة ونحوها تفسد المضاربة لانه شرط ذلك يفضي
الى قطع الشركة لانه ربما لا يكون الربح الا ذلك القدر فلا يبقى للاخر شيء من الربح • قال شمس الائمة البيهقي في الكفاية
شرطه ان يكون قدرا معلوما مشاعا في كل الربح مثل الثلث والربع • فان شرط لاحدهما مائة من الربح مثلا او مائة
مع الثلث او الثلث الا مائة والباقي للاخر لم يجز المضاربة لانه يؤدي الى قطع الشركة في الربح لجواز ان لا يربح الا
ذلك القدر • ثم الشرط الفاسد على وجهين ان ادى الى جهالة الربح فسدت المضاربة لان المقصود وان لم يؤد
وبطل الشرط مثل ان يشرط الوضيعة على المضارب فهذا لا رشاء يقف صحته على القبض لا يبطل بالشرط الفاسد كما مر
كالهبة والرهن ولانها وكالة لا يبطلها الشرط الفاسد • وقال في الفتاوى الصغرى واذا شرط المضارب ربح عشرة
تفسد لانه شرط فاسد لانه شرط ينفي من الشركة عيني **قوله** فان شرط لاحدهما زيادة عشرة دراهم فله اجر
مثله • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل دفع الى رجل الف درهم
مضاربة على ان الربح بينهما نصفان وعلى ان الذي اخذ المال مضاربة زيادة من الربح عشرة دراهم قال لا خير
في هذا وله اجر المثل فيما عمل الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير • وذلك لان المضاربة عقد على الشركة فما ادى هو
الى قطع الشركة يكون العقد فاسدا لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فلا يحصل للاخر شيء واذا فسدت المضاربة
كان للعامل اجر مثل عمله لانه ابتغى لعمله عوضا • فاذا لم يسلم له ذلك لفساد العقد كان له اجر المثل كما في الاجارة
الفاسدة • ومعنى قوله زيادة عشرة اي من نصف صاحبه **قوله** وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة
اي وجوب اجر المثل للعامل **قوله** ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف خلافا لمحمد كما بينا
في الشركة • يعني عند محمد يجب الاجر بالغا ما بلغ كما في الشركة على الاحتطاب والاحتشاش وقد مر البيان ثمة **قوله**
ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل • يعني يجب اجر المثل في المضاربة الفاسدة سواء ربح او لم يربح على رواية
الاصل • ووجه ذلك ان المضارب يكون في معنى الاجير اذا فسدت المضاربة • ثم الاجير انما يستحق الاجر اما بتسليم
المنافع كما في اجير الوحد فانه يسلم نفسه وفي تسليم نفسه تسليم المنافع • واما بتسليم العمل كما في الاجير المشترك وقد
وجد تسليم المنافع والعمل جميعا فيستحق الاجر ولكن لا يستحق الاجر المسمى لفساد العقد فيستحق اجر المثل • وروى في
النوادر عن ابي يوسف ان لم يربح شيئا فلا اجر له • ووجه ذلك الاعتبار بالمضاربة الصحيحة لانه لا يجب شيء اذا
لم يكن الربح ففي الفاسد اولى ان لا يجب لان الصحة فوقها في اقتضاء الحكم واستحقاق الربح **قوله** والمال في الفاسد

الناسخ غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ذكره تفريعا • قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره والمضارب في المضاربة الفاسدة كالاجير فيها فان ضاع في يده المال وهو على ذلك فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وبه ناخذ وعليه الضمان فيه في قول ابي يوسف ومحمد الى هنا لفظ الطحاوي • وقد ذكر الاختلاف كما ترى ولم يذكر الاختلاف في ظاهر الرواية وجعله امانة كما في المضاربة الصحيحة وجملة البيان ههنا ما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فقال ولو قال اعمل بما رزق الله تعالى من شيء فللمضارب مائة درهم فهي مضاربة فاسدة لانه يوهم قطع الشركة لانه عسى لا يربح الا مائة ومتى فسدت المضاربة انقلبت اجارة فاسدة حتى لو عمل على ذلك فربح مالا او لم يربح شيئا فله اجر مثل عمله وليس له من الربح شيء وهل يجاوز نصف الربح ينبغي ان يكون على الخلاف الذي ذكرنا في مسئلة الاختلاف والاحتشاش ان المجموع يكون للعامل وللاخر اجر مثله لا يجاوز نصف المجموع عند ابي يوسف • وعند محمد يجب ما بلغ لانه لا يمكن تقديره بنصف الربح وليس له من الربح شيء لانه اجير • ولو ضاع المال او تلف المال فلا ضمان عليه لانه امين • وقيل هذا على قول ابي حنيفة وعندهما يكون مضمونا لانه بمنزلة الاجير المشترك والاصح انه لا ضمان عليه على قول الكل لانه اخذ بحكم المضاربة والمال في يد العامل صحت المضاربة او فسدت يكون امانة وهذا لانه لما قصد ان يكون المال مضاربة عنده فقد قصد ان يكون امينا وله ولاية جعله امينا وكذلك لو مضاربة فاسدة عمل بها المضارب فربح او وضع فله اجر مثله ولا ربح له والربح لرب المال الى هنا لفظ شرح الكافي **قوله** وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسد اي يفسد عقد المضاربة ذكر هذا الاصل لبيان ان الشرط الفاسد في باب المضاربة على ضربين فما اوجب جهالة في الربح افسد العقد كاشتراط زيادة العشرة لاحدهما • وما لم يوجبها لا يفسد العقد كشرط الوضيعة على المضارب بل يبطل الشرط وقد مر ذلك مرة عند قوله ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا • وعلى هذا الاصل قال محمد فيمن دفع الفا مضاربة على ان الربح بينهما نصفان وعلى ان يدفع اليه رب المال ارضه يزرعها سنة او على ان يسكنه داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جائزة لانه الحق بها شرطا لا يقتضيه • ولو قال المضارب هو الذي شرط عليه ان يدفع ارضه ليزرعها رب المال سنة او يدفع داره الى رب المال يسكنها سنة فسدت المضاربة • وذلك لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وعن اجرة الدار والارض فصارت حصة العمل مجهولة بالعقد فلم يصح العقد كذا في شرح مختصر الكرخي والوضيعة اسم الجزء الهالك من المال يقال وضع التاجر في سلعته اي خسر يوضع وضيعة • وقال قوم وضع يوضع مثل وجل يوجل كذا الجمهرة **قوله** قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه • اي قال القدوري في مختصره اعلم ان التسليم الى المضارب شرط صحة المضاربة وشرط عمل رب المال فيه • اي عقد المضاربة يفسدها لان المال امانة فلا يتم الا بعد تسليم رأس المال الى المضارب كالوديعة • واذا شرط عمل رب المال معه لا يتحقق التسليم لان يده تبقى على المال فيمنع من تمام التسليم بخلاف الشركة فانها تجوز مع تقايد الشريكين لان العمل فيها من الجانبين • فلو شرط خلوص اليد لاحدهما بانتفاء يد الاخر لم تنعقد الشركة وفي المضاربة المال من جانب والعمل من جانب اخر فلا بد من التسليم حتى يتحقق العمل من الجانب الاخر لان المضاربة فارقت الشركة في الاسم فلا بد ان تفارق في المعنى بزوال يد رب المال عنه بالتسليم **قوله** وسواء كان رب المال عاقدا او غير عاقد • يعني ان اشتراط عمل رب المال في عقد المضاربة مفسد للعقد سواء كان رب المال عاقدا كالبالغ او غير عاقد كالصغير مثل الاب او الوصي اذا دفع مال اليتيم مضاربة وشرط عمل الصغير تفسد عقد المضاربة لان الصغير مالك للمال فبقاء يده تمنع من صحة المضاربة كالكبير وكذلك من يستحق الربح بمال اذا شرط عمله مع المضارب يفسد العقد كاحد المتفاوضين او شريكي العنان اذا دفعا مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب فان كان ممن يجوز ان ياخذ المال مضاربة كالدافع • فاما العاقد اذا لم يكن مالكا للمال فشرط ان يتصرف في المال مع المضارب فان كان ممن يجوز ان ياخذ المال مضاربة لم تفسد المضاربة كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير وشرطا ان يعملا مع المضارب بجزء من الربح لانهما لو اخذا مال الصغير مضاربة جاز فصارا كالاجنبيين • وان كان العاقد ممن لا يجوز ان ياخذ المال مضاربة فشرط عمله تفسد العقد مثل الماذون يدفع مالا مضاربة فصار كالمالك فاما اذا شرط الماذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لان المولى يستحق الربح بالمال وان كان عليه دين فالمضاربة جائزة • وذلك لان المولى على قول ابي حنيفة لا يملك هذا المال فصار كالاجنبي • فاما المكاتب اذا شرط عمل مولاه لم تفسد المضاربة لان المولى لا يملك اكساب مكاتبه فهو بها كالاجنبي كذا ذكر القدوري في شرح المختصر الكرخي • وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه اي يفسد عقد المضاربة • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو شرط ان يعمل معه شريك رب المال ان كانت شركة مفاوضة لم يجز لان يد الشريك لم تنتف عند الشركة فصار كان رب المال يده باقية على المال فتمنع من تمام التسليم • وكذلك شريك العنان في مال الشركة

لان

لان يدهما واحدة ولو كان المدفوع اليه من غير مال الشركة لم تفسد بالشرط لان شريك العنان في غير مال الشركة بمنزلة الاجانب **قوله** لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا تعليل لقوله وكذا احد المتفاوضين يعني يفسد العقد اذا عقد احد الشريكين وشرط عمل صاحبه لقيام الملك لصاحبه وان لم يكن صاحبه عاقدا في المال **قوله** كالماذون ليس بقيد بل هو نظير ما اذا كان العاقد غير مالك لم يصح اخذه مضاربة واشترط العمل عليه وقد مر بيانه انفا بالتفصيل فيما اذا دفع المال مضاربة الى مولاه اذا كان عليه دين او لم يكن قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي • واذا دفع الرجل الى الرجل مالا مضاربة بالنصف ثم دفع المضارب الى رب المال وامره ان يبيع ويشتري على المضاربة فعمل وربح فهو جائز على المضاربة والربح على ما اشترطا لانه لم يوجد ما ينقض ولانه لانه صار مستعينا به على العمل ومن دفع العمل من رب المال اعانة لا يجعل هذا استردادا فلا ينقض به اليد الثابتة للمضارب • بخلاف ما اذا شرط عمل رب المال في حال العقد لان ذلك مانع من تمام التسليم والتسليم شرط صحة المضاربة فرق بين هذا وبين الاجير المشترك اذا استعان بالمستاجر فعمل حيث لا يستحق الاجر لان المعقود عليه في باب الاجارة هو العمل فاذا لم يعمل لا يستحق الاجر • اما ههنا فالعمل غير معقود عليه لان المضارب عامل لنفسه في تحصيل الربح فافترقا وصار كالمالك وهب للمضارب رأس المال ثم اشتركا ولو فعل كذلك كان الربح بينهما كذا ههنا كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين ولو دفع المضارب المال مضاربة الى رب المال فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الاولى جائزة ويكون الربح بينهما على شرط المضاربة الاولى عندنا وعند زفر تنفسخ المضاربة الاولى بدفع المال الى رب المال والرد عليه كذا في شرح الطحاوي وهي تعرف في المختلف **قوله** قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع • اي قال القدوري في مختصره اراد بالمضاربة المطلقة ان لا تكون مقيدة بزمان ولا مكان لانها اذا كانت مقيدة لا يجوز للمضارب ان يعمل في غير ذلك الزمان وغير ذلك المكان ويجيء ذلك بعد هذا ان شاء الله تعالى • اعلم ان الرجل اذا دفع الى رجل مالا مضاربة ولم يقل فيه اعمل برايك فله ان يشتري كلما بدا له من اصناف التجارات ويبيع بالنقد والنسيئة لان غرضه حصول الربح ولا يحصل ذلك عادة الا بان يملك جميع انواع التجارات لانه قد يربح في نوع منها وقد لا يربح فوجب ان يكون بسبيل من جميع اصناف التجارات يملك البيع بالنقد والنسيئة لانه لو كان وكيلا خاصا ملك ذلك باطلاق الوكالة • فاذا كان عاما اولى وهذا لانه عسى لا يحصل له الربح الا بالنسيئة • وقال ابن ابي ليلى ليس له ان يبيع بالنسيئة وهذا على اصل مستقيم لان الوكيل المطلق لا يملك البيع بالنسيئة عنده كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وله ان يوكل بالبيع والشرا لانه من عادة التجارة ولان الوكالة اخص من المضاربة فجاز ان يستفاد بها لانه ملك التصرف بامر تام فجاز ان يوكل به كالشريك وله ان يسافر ايضا بمال المضاربة • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وللمضارب ان يسافر بالمال وان لم يقل له اعمل برايك في قول ابي حنيفة في رواية محمد والحسن بن زياد وهو قولهما ايضا وكذلك روى محمد عن ابي يوسف • وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر بالمال • وقال ابو يوسف عن ابي حنيفة اذا دفع اليه المال بالكوفة وهما من اهلها • فان كان ابا حنيفة قال ليس له ان يسافر بالمال • وان كان الدفع في مصر غير الكوفة فللمضارب ان يخرج به حيث شاء الى هنا لفظ الكرخي • اما وجه الرواية المشهورة فلان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض وذلك يقتضي السفر ولانها اذن عام فلا يختص بمكان دون مكان • واما وجه رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة فلان السفر بالمال خطر فلا يجوز الا باذن المالك او ما يدل على الاذن • فاذا دفع اليه في غير بلدهما فالعادة ان الانسان لا ياخذ المضاربة فيه ويترك وطنه فصار دفع المال رضا بالرجوع الى الوطن فيتضمن المضاربة السفر فجاز ان يسافر حيث شاء كذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي وكذا له ان يبضع ويودع لان ذلك من عادة التجار • ولان المضارب يملك ان يستاجر من يعمل في المال بعوض فاذا ابضع فقد حصل العمل بغير عوض فهو اولى به • وانما قلنا يملك ان يستاجر لانه لا يتوصل الى الربح الا بالعمل وربما لا يتمكن المضارب من جميع الاعمال بنفسه فلا بد له من الاجير لان ذلك عادة التجار ولانه لا يقدر على حفظ المال الا بذلك وهو مما دون في حفظ المال • وله ان يستاجر السفن والدواب والرجال لحمله لان الربح يحصل بنقل المال من موضع الى موضع ولا يمكنه نقله بنفسه • قال الكرخي في مختصره وله ان يرهنه بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وان يرتهن بدين له منها على رجل لان الرهن ايفاء والارتهان استيفاء وهو يملك ذلك بعقد عام • والحاصل ههنا ما قال الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع الصغير ان التصرفات في المضاربة ثلاثة اقسام قسم هو من باب المضاربة وتوابعها فيملكها بمطلق الايجاب وهو الايداع والابضاع والاجارة والاستيجار والرهن والارتهان وما اشبه ذلك • وقسم اخر ليس من المضاربة المطلقة لكنه يحتمل ان يلحق بها عند وجود الدلالة وهو اثبات الشركة في المضاربة بان يدفع الى غيره مضاربة او يخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره فانه لا يملك هذا بمطلق المضاربة لان رب المال لم يرض بشركة غيره وهو امر زائد

على ما يقوم به التجارة فلا يتناوله مطلق عقد المضاربة لكن يحتمل ان يلحق به فاذا قيل اعمل برايك فله ذلك وثم
آخر ليس من المضاربة ولا يحتمل انه يلحق بها وهو الاقراض والاستدانة لانه على المال لان الاقراض ليس بتجارة والاستدانة
على المال تصرف بغير راس المال والتوكيل مقيد براس المال فلا يحتمل التعدي الا ان ينص عليه • فاذا نص عليه اعتبر
بنفسه حتى يصير بمنزلة شركة الوجوه لا مضاربة لانه ليس لاحدهما فيه راس المال • قال في شرح الاقطع لا يجوز
للمضارب ان يستدين على المضاربة • وان فعل ذلك لم يجز على رب المال وذلك لان ما يبتاعه المضارب
بمثله • واذا كان كذلك لكان رب المال لم يرض ان يضمن الا مقدار راس المال • فلو جوزنا الاستدانة لزمه ضمان
ما لم يرض به وذلك لا يصح • واذا لم يصح استدانته على رب المال لزمه الدين خاصة • واما اذا استدان
باذن رب المال فما يشتريه بينهما شركة وجوه • الا ترى ان المشتري بالدين لا يجوز ان يكون مضاربة لانها لا
تصح الا في مال عين • واذا لم تكن مضاربة لم يبق الا ان يكون شركة وجوه • واطلاق الشركة يقتضي التساوي
فلهذا كان بينهما نصفين • وقد قالوا ليس للمضارب ان ياخذ سفتجة لان ذلك استدانة وهو لا يملك الاستدانة
وكذلك ايضا لا يعطي سفتجة لان ذلك قرض وهو لا يملك القرض • وكذلك لو قال اعمل برايك لم يكن له شيء
من ذلك لان ذلك ينصرف الى ما يعود الى التجارة ولا يتناول التبرع والاستدانة **قوله** وعن ابي
يوسف ليس له ان يسافر هذا اذا لم يقل له اعمل برايك وهذه الرواية رواها اصحاب الاملاء عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة كذا ذكر الطحاوي في مختصره وبه ناخذ **قوله** قال ولا يضاربه وذلك لان فيه تعريض المال
على الهلاك ثم قال فيه وقال ابو يوسف من رواية له ان يسافر الى الموضع الذي يقدر على الرجوع منه الى
اهله فيبيت فيهم نحو قطربل من بغداد **قوله** والظاهر ما ذكر في الكتاب اي ظاهر الرواية عن اصحابنا
جميعا هو ما ذكر القدوري في مختصره وهو جواز المسافرة بمال المضاربة وان لم يقل له اعمل برايك واشار
به الى انه يجوز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر اي يسافر به الى حيث شاء كذا ذكر الطحاوي
في مختصره وبه ناخذ **قوله** قال ولا يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك • اي
قال القدوري في مختصره وذلك لان رب المال رضي بشركته ولم يرض بان يشركه غيره في الربح فلا يجوز الاشراك
ولان العقد المطلق لا يستفاد به مثله وانما يستفاد به ما هو دونه والمضاربة مثل المضاربة فلان المضارب
كالوكيل لا يملك التوكيل فلا بد من التنصيص على ذلك او التفويض اليه مطلقا بقوله اعمل برايك لانه فوض اليه الراي
الذي يملكه التجار ان يفعلوه لانهم ربما يفعلونه وليس كذلك الايداع والابضاع لان ذلك دون المضاربة
فملكهما المضارب وليس كذلك الاقراض ايضا لانه لا يملكه اصلا • وان فوض اليه الراي مطلقا لانه تبرع وليس
كذلك الاقراض من التجار الا ترى ان المقرض لا يجوز ان ياخذ زيادة على درهم القرض لانه ربا فلم تحصل
الغرض من المضاربة وهو الربح وكذا ليس له ان يشارك مع غيره شركة عنان او يخلط المال بمال نفسه او بمال
غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره ولان الشي لا يتضمن ما هو فوقه والشركة اعم من المضاربة
وفي خلط المال تثبت في مال رب المال حقا لغيره فلا يجوز اذا قيل له اعمل برايك وان لم يقل له ذلك فدفع المضارب
المال الى غيره مضاربة قال في شرح الطحاوي ان كانت المضاربة فاسدة فلا يضمن المضارب الاول وان
عمل المضارب الثاني في المال لانه بمنزلة الاجير وللمضارب ان يستاجر ويجب للثاني اجر المثل في مال المضاربة
فان كانت المضاربة الثانية صحيحة لم يكن المال مضمونا على المضارب الاول بمجرد الدفع حتى ان المال
لو هلك في يد الثاني قبل ان يعمل هلك امانة لان مال المضاربة وديعة عند المضارب الاول فقبل ان يعمل
لا يكون المضارب الاول مخالفا بالايداع الا عند زفر فانه يضمن بمجرد الدفع • واذا عمل الثاني صار
الاول مخالفا وكان رب المال بالخيار وان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الثاني رجع بما ضمن على الاول وان ضمن
الاول لا يرجع على الثاني بما ضمن وصحت المضاربة بين الاول والثاني لانه لما تقرر الضمان على الاول فقد ملك
وصار كانه دفع مال نفسه مضاربة الى الثاني • هذا في ظاهر الرواية وروي عن ابي حنيفة انه قال
لا يضمن اذا عمل الثاني ما لم يربح لانه بمنزلة التوكيل الا ان يظهر الربح ولا يصير الاول مخالفا بالتوكيل
وانما يصير مخالفا بالاشراك • وكذلك لو خلط مال نفسه بمال المضاربة ضمن مثل مال المضاربة والربح له
والصدقة عليه • وكذلك لو شارك مع غيره شركة عنان وخلط ضمن بصحة الشركة بينهما • هذا اذا لم يقل له
اعمل فيه برايك فان قال له اعمل برايك فله ان يخلط مال المضاربة بمال نفسه واذا ربح قسم الربح بين المالين
فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضاربة يكون بينهما على الشرط • وكذلك لو شارك مع غيره شركة
عنان جاز ويقسم الربح بينهما على الشرط • فاذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربة مع حصة المضارب
من الربح يستوفي منها رب المال راس ماله وما فضل فهو بينهما على الشرط كذا في شرح الطحاوي **قوله**
ولا يجوز الزيادة عليه اي على القرض اي لا يجوز اخذ الزيادة على ذلك **قوله** فيدخل تحت
هذا القول اي يدخل المذكور وهو الشركة والخلط بمال نفسه تحت قوله اعمل برايك اي يكون ذلك **قوله**

قال

قال وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها • اي قال القدوري
في مختصره وهذا الذي ذكره في المضاربة الخاصة • والاصل فيه ان رب المال متى شرط على المضارب شرطا
في المضاربة ان كان شرطا لرب المال فيه فائدة فانه يصح الشرط ويجب على المضارب مراعاته والوفاء به واذا لم يف
صار مخالفا وعاملا بغير امره • وان كان شرطا لا فائدة فيه لرب المال فانه لا يصح ويجعل كالمسكوت عنه اذا ثبت
هذا نقول اذا اشترط على المضارب ان يعمل بها بالكوفة فقد شرط عليه شرطا لرب المال فيه فائدة فيجب مراعاته
ويصير المضارب بتركه مخالفا ضامنا • ثم تحتاج الى معرفة ما يصير شرطا من الالفاظ في المضاربة وما يكون
مشورة لا شرطا فما يصير شرطا ستة الفاظ احدها ان يقول دفعت اليك الالف مضاربة بالنصف على ان تعمل بها
في الكوفة • الثانية ان يقول اعمل بها بالكوفة • والثالثة ان يقول تعمل بالكوفة بالجزم • الرابعة ان يقول
تعمل بالكوفة بالرفع • الخامسة ان يقول فاعمل بها بالكوفة • السادسة دفعت اليك الالف مضاربة بالنصف
بالكوفة • وما يكون مشورة ولا يكون شرطا فلفظان احدهما ان يقول دفعت اليك الالف مضاربة بالنصف
اعمل بها بالكوفة • والاصل في معرفة الاصل المتنوع ان رب المال اذا ذكر عقيب لفظة المضاربة لفظا لو اعتبر
ابتداء لا يصح يعني لا يستقيم الابتداء • ومتى اعتبر متعلقا بما تقدم يصح فانه يعتبر متعلقا بما تقدم ولا يعتبر ابتداء
حتى لا يلغو • واذا ذكر كلاما يستقيم الابتداء لا يعتبر متعلقا بما قبله ويصير كلاما مبتدأ والالفاظ الستة
لا يصح الابتداء بها لان الواو وما يجري لا يجوز الابتداء واعتبر كلاما مبتدأ غير متعلق بما قبله فبقيت المضاربة مطلقة
عن الشرط وكان هذا من رب المال مشورة اشار بها على المضارب كانه قال ان فعلت كذا فهو احسن وانفع هذا
حاصل ما ذكره في تجريد المحيط والمشورة استخراج الراي على غالب الظن • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في باب ما يجوز للمضارب من شرح الكافي • واذا دفع اليه مالا مضاربة على ان يعمل به في الكوفة فليس له ان يعمل
في غيرها ولا ان يعطيه بضاعة لمن يخرج به فان اخرجه من الكوفة فاشترى به او باع في غيرها فربح او وضع
فالربح له ان يتصدق به والوضيعة عليه وهو ضامن لراس المال يريد به انه يصير مخالفا لانه يملك التصرف بتفويضه
وتفويض اليه التصرف مقيدا بالكوفة وهذا التقييد مفيد لان التجارات مما تختلف باختلاف الامكنة في الاسعار
والامان ومقصود رب المال مما يختلف باختلافه • فان اخرجه من الكوفة فلم يشتر به شيئا حتى رده الى الكوفة فهو
مضاربة على حاله لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق وتكلموا انه هل يصير مخالفا بنفس الاخراج والاصح انه
يصير ضامنا بنفس الاخراج لانه مامور بالحفظ في ضمن الامر بالعمل والامر بالعمل مقيد فصار الامر بالحفظ مقيدا
ايضا • فان اشترى ببعضه في غير الكوفة ثم اشترى بما بقي منه في الكوفة فهو مخالف فيما اشترى بغير الكوفة
وما اشتراه بالكوفة فهو على المضاربة لان دليل الخلاف وجد في بعضه دون بعضه كذا في شرح الكافي هـ
قوله قال فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن • اي قال القدوري في الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة على ان يشتري ويبيع بالكوفة فخرج
الى البصرة فاشترى فهنا قال اذا اشترى فهو ضامن الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير فقد شرط الشراء
للضمان كما ترى • وقال في كتاب المضاربة اذا اخرجه من الكوفة فقد خالف وقد جعله مخالفا بنفس الاخراج
قيل هو الصحيح • وانما شرط الشراء في الجامع الصغير لتقرر الضمان لا لاصل الوجوب لانه يسقط الضمان عنه بالعود
قبل الشراء **قوله** وكان ذلك له وعليه • يعني اذا اشترى خارج الكوفة وباع وربح او وضع فالربح له
والوضيعة عليه ولكن يتصدق بالربح عند ابي حنيفة ومحمد • وعلى قول ابي يوسف يطيب له الربح ولا يتصدق
اصله المودع اذا تصرف في الوديعة وربح **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لتقيده بالعقد السابق
قوله وهذا بخلاف ما اذا قال ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد • اي هذا الذي ذكرنا
من التقييد بالبلد حيث لزمه الضمان اذا جاوزه خلاف ما اذا قال على ان تعمل في سوق الكوفة لانه لا يتقيد
بها حتى اذا اشترى وباع بالكوفة في غير سوقها لم يضمن وهذا الذي ذكره استحسان • قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي ولو دفعه مضاربة على ان يعمل به في سوق الكوفة له ان يعمل في غير السوق هـ
بالكوفة استحسانا والقياس ان لا يعمل لانه تبرع به الا انا استحسنا • فلنا يعمل في غير السوق اذا كانت
في الكوفة لان الشراء لا يتفاوت في مصر واحد فلا يكون التقييد مفيدا • ولو قال لا تعمل به الا في السوق هـ
يعمل بالكوفة في غير السوق فهو مخالف • بخلاف ما اذا قال على ان تعمل في السوق لانه اطلق العمل به ثم قيده
بمكان والتقييد لغو وفي الفصل الثاني بدا بالنهي واستثنى تصرفا خاصا فلو الغينا لا يستقيم الاطلاق
بصدر الكلام نظيره ما قال في كتاب الوديعة لا تحفظ الا في هذا البيت انه لو حفظ في بيت اخر لا يضمن هـ
والفرق ما قلناه • ولو قال خذه مضاربة على ان تشتري به الطعام او قال فاشتر الطعام او تشتري به
الطعام • او قال خذه مضاربة بالنصف في الطعام فهو مضاربة في الحنطة والدقيق خاصة وليس له ان يشتري
بغيرهما لان هذه الالفاظ توجب التقييد هكذا في شرح الكافي • وقال صاحب المحيط هذا على عرفهم فانهم

سوقا سوق الطعام يباع فيها الحنطة وقد فيها **قوله** ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا او في
مكان كذا كذا متعلق بقوله وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها
بيان الالفاظ التي تكون للشرط وما تكون للمشورة وقد ذكرنا قبل هذا ما يكون للشرط وما يكون للمشورة
فالاول ستة الفاظ والثاني لفظان **قوله** ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد ذكر هذا
تفريعا على ما تقدم وبيانه فيما ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قال فاذا قال على ان تشتري من فلان
وتبيع منه فهو على فلان خاصة لا يتعداه لان هذا التخصيص فيه فائدة فيثبت حكمه ۰ واذا قال على ان تشتري
طعاما من اهل الكوفة وتبيع فاشترى وباع من رجل من الكوفة من غير اهلها جاز لان هذا التخصيص لا فائدة فيه
لان السعر لا يختلف فكانه قال على ان تشتري بالكوفة ۰ وكذلك اذا دفع اليه مالا مضاربة في الصرف لانه
تخصيص لا فائدة فيه الا التخصيص بالبلد او النوع فاذا حصل ذلك من صيرفي او غيره فهو سواء **قوله** لان فائدة
الاول اراد الاول قوله على ان تشتري طعاما من اهل الكوفة **قوله** وفائدة الثانية اراد بالثاني قوله
على ان تشتري من الصيارفة **قوله** بالنوع اراد به الصرف **قوله** قال وكذلك ان وقت للمضاربة
وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه ۰ اي قال القدوري في مختصره وذلك لان التقييد مفيد فيختص به كالتقييد
بالنوع نحو الطعام والمكان نحو الكوفة ۰ وهذا لان المضاربة فيها معنى الوكالة فيتقيد بما يقيد الموكل
كالوكالة الموقتة **قوله** قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها من يعتق
عليه باليمين بان حلف على عتقه اذا ملكه ۰ والاصل هنا ان المضارب اذا اشترى ما لا يملك بالقبض او اشترى
ما لا يصح بيعه بعد الشرا فانه لا يكون على المضاربة ۰ وذلك لان المضاربة اذن في التصرف الذي يحصل به
الربح وذلك لا يكون الا بالشرا والبيع فما لا يملك لا يحصل فيه الربح وما لا يقدر على بيعه لم يحصل فيه الربح فلم
يدخل ذلك تحت الاذن ۰ فان اشترى كان مشتريا لنفسه فاذا دفع اليه المضاربة ضمنه وذلك مثل ان
يشتري خمرا او خنزيرا او مدبرا او مكاتبا او ام ولد او ميتة او دما لان هذه الاشيا لا يملك او نصفها فلا
تدخل تحت الاذن ۰ فان اشترى عبدا او ثوبا او عرضا من العروض بشيء مما ذكرنا غير الميتة والدم فالشرا
على المضاربة لان المبيع يملك بالقبض ويجوز بيعه والاذن في الشرا على المضاربة يتناول الصحيح والفاسد
فاما اذا كان الثمن ميتة او دما فاشتراه لا يكون على المضاربة لان ذلك لا يملك بالقبض ۰ وان اشترى
ذا رحم محرم من رب المال فهو مشتر لنفسه لانه لو اشتراه على المضاربة عتق على رب المال فلم يقدر على بيعه
كذا ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وتمام البيان فيما ذكرناه ۰ قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
قال وليس للمضارب ان يشتري بمال المضاربة من لا يقدر على بيعه كما اذا اشترى بمال المضاربة من يعتق
على رب المال اذا دخل في ملكه ويكون المضارب مشتريا لنفسه ۰ بخلاف الوكيل في شرا العبد على الاطلاق
بالالف درهم فاشترى للموكل عبدا بالالف درهم يعتق عليه بالقرابة او باليمين حيث لا يكون مخالفا ويكون الشرا
للموكل ويعتق عليه لان في باب الوكالة اطلق الوكالة اطلاقا وفي المضاربة لم يطلق بل قيدها بوصف وهو الشرا
بما يظهر فيه الربح بالبيع ۰ واذا اشترى من لا يقدر على بيعه فقد خالف على قيده ۰ وفي باب الوكالة لو
قيدها ايضا فقال اشتر لي جارية او عبدا بالف درهم فاشترى عبدا يعتق عليه بان اشترى قريبه صار
مخالفا ولا فرق بينهما ۰ وكذلك ليس للمضارب ان يشتري بمال المضاربة من الامامين قد ولدت من رب
المال لانه لو صح شراؤه للمضاربة صارت ام ولد لرب المال ولا يقدر على بيعها ۰ وكذلك لو اشترى بمال
المضاربة خمرا او خنزيرا او ميتة او دما صار مخالفا ۰ ولو نقد مال المضاربة ضمن ۰ ولو اشترى بمال
المضاربة من يعتق على المضارب اذا ملكه من ذي الرحم المحرم ۰ او جارية قد ولدت منه فانه ينظر الى قيمته
وقت الشرا فان لم تكن في قيمته فضل على راس المال لا يصير مخالفا وصح شراؤه للمضاربة لانه اشترى من يقدر
على بيعه لانه لا يظهر للمضارب فيه نصيب فلا يعتق ولا يصير الجارية ام ولد له ۰ ولو كان وقت الشرا في قيمته
فضل على راس المال يكون مخالفا ويكون مشتريا لنفسه ويعتق عليه لانه لو صح شراؤه للمضاربة قدر على بيعه
لانه يعتق منه قدر نصيب المضارب من الفضل ويكون الباقي مستسعى ولا يجوز بيع المستسعى ولم يصح شراؤه
للمضاربة ويصير مشتريا لنفسه ويعتق كله وتصير الجارية ام ولد ويضمن ما نقد من مال رب المال
ولو لم يكن في قيمته فضل على راس المال وقت الشرا ثم ازدادت قيمته بعد الشرا وظهر للمضارب فيه نصيب
فلا يكون مخالفا ايضا لانه لا صنع له فيه ولكن يعتق على المضارب ما ملك منه وهو نصف الفضل ولا ضمان على
المضارب لانه لا صنع له فيه ويسعى الغلام في قدر راس المال وفي حصة رب المال من الفضل والولاء بينهما
على قدر ذلك وعندهما عتق ذلك كله على المضارب لان العتق لا يتجزى ويسعى الغلام لرب المال على ما ذكرنا
والولاء كله للمضارب ۰ ولو كانت المشتراة جارية قد ولدت من المضارب ولم يكن في قيمتها فضل على راس
المال لم يصر مخالفا وكان له ان يبيعها ۰ ولو ازدادت قيمتها بعد الشرا وظهر للمضارب فيها نصيب صار ذو

ذلك العبد

ذلك العبد منها ام ولد للمضارب فلما جاز البعض ام ولد له صار الكل ام ولد له لان امية الولد لا تتجزى ومن المضارب
لرب المال قدر راس المال وحصته من الربح معسرا او موسرا لانه ضمان حبس المال فيستوي فيه اليسار والاعسار لا ضمان على ام
الولد **قوله** بخلاف البيع الفاسد متصل بقوله لا يدخل في المضاربة ولا يكون به مخالفا لانه يملك المبيع بالقبض وقد مر
البيان آنفا **قوله** ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة ۰ اي قال القدوري في مختصره يعني لو اشترى
المضارب من يعتق على رب المال كان الشرا خاصة للمضارب وذلك لان الشرا لم يدخل تحت الاذن كالوكيل اذا اشترى
ما لم ياذن له كان الشرا له فكذا هنا **قوله** قال وان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه ۰ اي
قال القدوري في مختصره وقوله عليه اي على المضارب وذلك لانه لم يدخل تحت الاذن لانه اذا كان فيه ربح يعتق نصيبه
ولا يقدر على بيعه بعد ذلك وما لا يقدر على بيعه لا يدخل تحت الاذن **قوله** ويفسد نصيب رب المال او يعتق
يعني اذا اعتق نصيب المضارب يفسد نصيب رب المال على قول ابي حنيفة لانه مستسعى وبيع المستسعى لا يجوز ويعتق كل العبد
على قولهما فاذا فسد نصيب رب المال او عتق العبد يمتنع التصرف في العبد في البيع ولا يحصل المقصود من المضاربة وهو
الربح وهذا يدل على ان قوله على الاختلاف المعروف اشارة الى ان الاعتاق يتجزى عنده خلافا لهما **قوله** وان اشتراهم
من مال المضاربة وهذا لفظ القدوري ايضا يعني ان اشترى المضارب من يعتق عليه ضمن لانه اشترى بمال المضاربة
لنفسه **قوله** وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم هذا لفظ القدوري ايضا وذلك لانه اذا لم يكن ربح انتفى
المانع من الشرا فدخل ذلك تحت الاذن فجاز **قوله** فان زادت قيمتهم بعد الشرا عتق نصيبه منهم وهذا لفظ
القدوري ايضا وتمامه فيه ولم يضمن لرب المال شيئا وانما عتق نصيب المضارب لانه ملك القريب اعتاق بالحديث
وانما لم يضمن لعدم الصنع منه لانه ازدياد القيمة وتملكه ذلك امر حكمي لا اختيار له فيه كما اذا ورثه مع غيره كما اذا
اشترت امراة ابن زوجها فماتت وتركت زوجها واخا لا يضمن الزوج للاخ لعدم الصنع منه فكذا هنا **قوله** ويسعى
العبد في قيمة نصيبه منه هذا لفظ القدوري ايضا اي في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو راس المال ونصيب
رب المال من الربح وذلك لان احد الشريكين اذا اعتق عليه العبد لم يلزمه الضمان لوقوعه بطريق الحكم يجب على العبد
السعاية لاحتباس المالية عند العبد كما في الوراثة فكذا هنا وصورة الوراثة ما اذا اشترت ابن زوجها ثم ماتت
وتركت زوجها واخاها **قوله** فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها الى اخر صورتها [?]
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية
تساوي الفا فوطئها فجاءت بولد فادعى انه ابنه ثم زاد الغلام حتى صار يساوي الفا وخمسمائة والرجل المدعي موسر فان
ان شاء رب المال استسعى الغلام في الالف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق الغلام فاذا دفع اليه الفا ضمن المدعي نصف قيمة
الام الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير **قوله** والمدعي موسر اي المدعي للولد وهو المضارب وانما قيد بيساره
نفيا للشبهة بردها فانه كان ينبغي ان يضمن المضارب نصيب رب المال اذا كان المضارب موسرا لان ضمان العتق يختلف
باليسار والاعسار ولكنه لا يضمن وان كان موسرا لان نفوذ العتق بمعنى حكمي لا صنع للمضارب فيه على ما بيناه ۰ اعلم
ان الولد اذا لم يزد قيمته على الف فدعوة المضارب باطلة لانه لا ملك في واحد من الولد والام لان كل واحد منهما
مشغول براس المال وانتفى الحد لاحتمال تعلق حقه به على تقدير ظهور الربح في الثاني ولا يثبت النسب لعدم الملك ويضمن
العقر فيكون من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب وله ان يبيع الجارية والولد لانهما مال المضاربة وقال
بعض المشايخ هذا قول ابي حنيفة لانه لا يرى قسمة الرقيق فيعتبر راس المال في كل عبد فلا يظهر الربح ۰ اما على قول
ابي يوسف ومحمد يجوز قسمة الرقيق فيجعل الام والولد كعبد واحد فيظهر الربح فملك المضارب نصف الربح فصح دعوته
فان لم يبع واحدا منهما حتى زاد الغلام فصار يساوي الفا وخمسمائة نفذت الدعوة السابقة لان الدعوة كانت صحيحة
في الظاهر حملا لها على وجه الصحة وهو فراش النكاح لكنها لم تنفذ لعدم الملك لانهما مشغولان براس المال لانه يحتمل ان يهلك
احدهما فيتعين الاخر لراس المال فلا يظهر الربح فاذا وجد الملك بظهور الربح نفذت الدعوة وعتق الولد على المضارب
الا ترى ان المضارب اذا اشترى عبدين بمال المضاربة ليس في كل واحد منهما فضل فالربح لا يظهر فيهما عندنا خلافا لزفر
فاذا ازدادت قيمة الغلام الفا وخمسمائة فالان ظهر الربح وهو خمسمائة ونصفه للمضارب وهو مائتان وخمسون فقد ملك
المضارب شيئا من الولد فنفذت دعوته الموقوفة ۰ بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ظهرت الزيادة حيث لا يصح الاعتاق لان
ذلك انشاء قد بطل لعدم الملك فلا ينفذ بعد ذلك ۰ اما هذا اخبار فينفذ اذا حدث الملك كما اذا اقر بحرية عبد
الغير فاشتراه بعد ذلك يعتق عليه فاذا صحت الدعوة بحدوث الملك ثبت النسب وعتق الولد ولا ضمان على المضارب
لرب المال موسرا كان او معسرا لانه حين ادعى لم تنفذ الدعوة لعدم الملك وحين نفذت الدعوة لم يوجد صنع من المضارب
فلا يكون ضامنا لان ضمان العتق ضمان اتلاف فلا بد من الصنع ولم يوجد وهذا لان العتق ثبت بالنسب والملك جميعا والحكم
اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الى اخرهما وجودا على ما عليه عامة المشايخ والملك هنا اخرهما وجودا وقد حصل
بلا صنع من المضارب لانه بازدياد القيمة ولا صنع له في ازدياد القيمة وعلى قول بعض المشايخ الحكم يضاف اليهما جميعا
لكن الملك لما لم يكن بصنعه لم يتم العلة فاذا عتق نصيب المضارب من الولد فسد نصيب رب المال لانه لم يقدر على بيعه

فيستحق رب المال في الف ومائتين وخمسين والالف راس ماله ومائتان وخمسون نصيبه من الربح لان قيمة العبد هو
احتبست عند العبد وان شاء اعتق نصيبه من الولد • قال استسعاه وذفع الغلام الى رب المال فصار من الجارية
ام ولد للمضارب لانه لما دفع اليه الف درهم وصل اليه راس المال فتمحضت الجارية ربحا فتصير بمنزلة جارية مشتركة
بين اثنين استولدها احدهما فيصح استيلاده ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها موسرا كان او معسرا لان ضمان تملك
لانه تملك كسرا وخدمتها فصار ذلك الضمان بدله والضمان اذا كان بدلا يستوي فيه اليسار والاعسار فلا يفتقر الى
الصنع من جهته • بخلاف ضمان العتق لانه ضمان اتلاف فلا بد من الصنع كذا في شرح الجامع الصغير وغيرها • وقال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والاصل في مال المضاربة اذا كان من جنس واحد كالكيلي والوزني والعروض
والحيوان التي تجري القسمة فيها اذا كانت جماعة وفيها فضل على راس المال يظهر للمضارب فيها نصيب نحو ان يصير كل حنطة
او كله دراهم او دنانير او عروضا او حيوانا من جنس سوى الرقيق او ثيابا من جنس واحد حتى ان الزكاة تجب عليه
اذا كان نصيبه منه يبلغ نصابا كاملا • ولو صار مال المضاربة من اجناس مختلفة فكل جنس منها مشغول براس ماله
حتى انه لا يجب عليه شيء من الزكاة ويجب على رب المال زكاة ثلاثة ارباعها لانه يحصل له في الحاصل هذا القدر لان
راس المال كان الفا فاشترى بها نسناوي الفين • ولو صار مال المضاربة رقيقا فانه ينظر ان كان واحدا وقيمته
تفضل على راس المال يظهر للمضارب فيه نصيب وهو نصف الفضل • ولو كانوا جماعة قيمة كل واحد منهم مثل راس المال
يظهر للمضارب فيه نصيب فلا يظهر للمضارب فيه نصيب ويكون كل واحد منهم مشغولا براس المال فيكون كالاجناس
المختلفة لانها لا تقسم • وقيل هذا على قول ابي حنيفة • وعلى قولهما يقسم الرقيق فيظهر للمضارب نصيب من كل عبد
قدر ربعه هكذا ذكر الفقيه ابو الليث وكذلك سائر الحيوانات اذا كانت من جنس واحد • وان كانت جماعة
فانه ينظر الى قيمة الكل فان كان في قيمة الكل فضل على راس المال كان للمضارب نصف الفضل كذا في شرح الطحاوي
قوله بخلاف ضمان الولد على ما مر اشارة الى قوله ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت
بالنسب والملك اخرهما يضاف اليه ولا صنع له فيه فقد مر البيان **باب**

المضارب يضارب

لما ذكر حكم دفع المال مضاربة من رب المال الى غيره
ذكر حكم دفع المضارب الى غيره مضاربة لان الاولى مضاربة مفردة وهذه مركبة والمركبة بعد المفرد وجودا
وعدما **قوله** قال واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال في المضاربة لم يضمن
بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال • اي قال القدوري في مختصره واعا
يضمن المضارب الاول لرب المال فاذا دفع الثاني اذا لم يقل له رب المال اعمل برايك لانه اذا قيل له ذلك لا يضمن
اصلا • وكذا لا يضمن اذا كانت المضاربة الثانية فاسدة فهو بمنزلة الاجير وللمضارب ان يستاجر وقد مر بيان ذلك
عند قوله ولا يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك • وهذا الذي ذكره القدوري هو رواية
ابن شجاع عن الحسن عن ابي حنيفة انه لا ضمان على الاول حتى يعمل به الثاني ويربح كذا ذكر القدوري في شرح مختصر
الكرخي • وقال ابو يوسف ومحمد يضمن اذا تصرف الثاني ربح او لم يربح وهو ظاهر الرواية كذا في شرح الطحاوي
وقد مر ذلك • وعن ابي يوسف انه رجع عن هذا وقال يضمن بمجرد الدفع وهو قول زفر كذا ذكر القدوري
والحاصل ان لا ضمان على واحد منهما قبل عمل الثاني في ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة • واذا عمل الثاني بالمال
ان عمل عملا لم يدخل تحت المضاربة بان اشترى بالمال شيئا فانه ربح فيه الضمان وان لم يربح فلا ضمان على واحد
منهما في ظاهر الرواية • وجه قول زفر ان دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ليس بمطلق له فصار به مخالفا
فيضمن كالمودع اذا اودع • ووجه قولهما وهو ظاهر الرواية عن ابي حنيفة ان مجرد الدفع لا يتعلق به الضمان • الا
ترى ان المضارب له ان يودع ويبضع فلم يضمن بمجرد الدفع لعدم تحقق المخالفة • بخلاف ما اذا تصرف الثاني حيث
يجب الضمان لانه حصل العمل في المال على وجه لم يرض به المالك فتحقق الخلاف فوجب الضمان فجعل الامر مراعى موقوفا
قبل العمل حتى اذا عمل الثاني وجب الضمان والا فلا ووجه ما روي عن ابي حنيفة ان الدفع مطلق له لانه قبل العمل ابداع
وبعده ابضاع فيملك المضارب كليهما جميعا وانما الممنوع اثبات الشركة وذلك يحصل بالربح فلا يضمن ما لم يربح فصار
كما لو خلط المضارب المال بغيره او شارك به • ثم اذا ثبت وجوب الضمان على اختلافهم في الضمان انه يجب بالدفع او
بالتصرف او بحصول الربح • قال القدوري في المختصر من المضارب الاول ولم يذكر الثاني ولكن المشهور من المذهب
ان رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني ذكر الخيار هكذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في
شرح الكافي وهذا ظاهر مذهب ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الاول صار غاصبا بالدفع والثاني بالتصرف فصار
الغير كالمودع اذا اودع • فاما على اصل ابي حنيفة فالضمان يجب على المودع الاول ولا يجب على الثاني لان الاول
ضمن بقبض الثاني فلا يجب بالقبض الواحد الضمان على اثنين بحيث يضمن كل واحد منهما جميع المقبوض فمن اصحابنا من قال
يجب ان تكون المسالة المضاربة هكذا • وعلى هذا الوجه حمل القدوري المسالة في المختصر • وهذا معنى قول صاحب
الهداية • وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة • ومن اصحابنا من فرق بين المسالتين فقال مسالة المضاربة

خلاف مسالة الوديعة • لان المضارب الثاني يعمل في المال لمنفعة نفسه وهو طلب الربح فجاز ان يضمن لذلك
والمودع الثاني لا يقبض لمنفعة نفسه وانما يقبض لمنفعة الاول فلا يضمن الثاني • ثم اذا كان رب المال بالخيار
بين ان يضمن ايهما شاء فان ضمن المضارب الاول صحت المضاربة بين الاول والثاني وكان الربح على ما شرط لانه
لما ضمن ملك بالضمان فصار كان المضارب دفع ملك نفسه • وان ضمن الثاني رجع على الاول بالضمان لانه غر العقد
فصار كالمودع وصحت المضاربة لان حاصل الضمان على المضارب الاول فكان رب المال ضمنه ابتداء ولهذا
كالرهن اذا غصب رجل شيئا فرهنه فهلك في يد المرتهن فضمنه المالك رجع على الراهن بالضمان ولا يبطل الرهن لا يستحق
المرتهن ابطال القبض حين استحق وصحة الرهن تتعلق بالقبض فاذا هلك الرهن لم يبطل الرهن ببطلان قبضه • واما
المضاربة فتضمين الثاني ابطال القبض بعد وجوده وذلك لا يبطل المضاربة • الا ترى ان المضارب لو باع المال
زال قبضه ولم يبطل المضاربة • ولو رد المرتهن الرهن على الراهن بطل الرهن • وقال ابن سماعة عن محمد يطيب
الربح للاسفل لانه يرجع بما ضمن ولا يطيب للاعلى في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله • وذلك لان المضارب الاول
استحق الربح براس المال وقد حظر عليه التصرف فيه • والربح اذا حصل على مال محظور وجب التصدق • واما
المضارب الثاني فانما استحق بدلا عن عمله وذلك ليس بمحظور عليه • كذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي وقال
في شرح الكافي ولو كان المضارب الثاني لم يعمل بالمال حتى ضاع في يده فلا ضمان على واحد من المضاربين لان الضمان لا
يجب بمجرد الدفع اذ هو حفظ وصيانة وله ان يامر غيره بالحفظ • وانما يجب بالتصرف وقد انعدم التصرف فههنا
ولو استهلك المضارب الثاني المال كان الضمان عليه خاصة لانه غير مستند الى امره وانقطعت اضافته عنه **قوله**
وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة • وان كانت فاسدة لا يضمنه الاول • وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر
مثله اي وجوب الضمان فيما اذا كانت المضاربة صحيحة • وهذا على فصول اربعة احدها ان تكون المضاربتان
جائزتان فيجب الضمان بتصرف الثاني كما بينا • والثاني ان تكون الاولى فاسدة والثانية جائزة فلا ضمان
على واحد من المضاربين لان المضارب الاول اجير في المال لا حق له في الربح فلا ينعقد شركة فيه فلا يلزمه الضمان
والضمان انما يلزم باثبات الشركة ويكون لرب المال جميع الربح لانه ربح في مضاربة فاسدة • وللمضارب الاول
اجر مثله لان العمل الثاني وقع له فكانه عمل بنفسه • وللثاني اذا كانت الاولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان
على واحد من المضاربين لان المضارب الثاني لا يستحق شيئا من الربح في المال وانما هو اجير مثله فكان المضارب الاول
استاجر من يعمل في المال • والرابع اذا كانت الاولى والثانية فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان المضارب
الاول اجير في المال والثاني اجير الاول فصار كمن استاجر رجلا يعمل في ماله فاستاجر الاجير رجلا وهذه الفصول
الاربعة في جواهر الاصل • وقد ذكر ابو الحسن الكرخي عن ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل دفع الى رجل الف
درهم مضاربة على ان للمضارب مائة درهم من الربح وما بقي فلرب المال فدفعها الرجل المضارب الى رجل مضاربة بالنصف
قال فالاول ضامن للمال ودفعه الى الثاني جائز في مضاربة بينهما • وهذا خلاف رواية الاصل والاول هو
الصحيح • ووجه هذه الرواية ان المضاربة يضمن بالدفع على احد الروايات عن ابي يوسف كما يضمن المودع بالايداع
وهو موجود في المضاربة الصحيحة والفاسدة كذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي **قوله** ذكره في الكتاب
اي ذكر القدوري في مختصره **قوله** ان المودع يضمنه لمنفعة الاول اي المودع الثاني يقبض المال لمنفعة
المودع الاول فلا يكون الثاني ضامنا والمضارب الثاني يعمل في المال لمنفعة نفسه فيجوز ان يضمن رب المال فبهذا
يظهر الفرق بين المودع الثاني والمضارب الثاني **قوله** لا على الوجه الذي رضي به اي رضي به رب المال
فانه لم يرض بدفع المضارب المال الى غيره مضاربة **قوله** رجع على الاول بالعقد اي رجع المضارب الثاني على
المضارب الاول بما ضمن • وفي بعض النسخ رجع على الاول بالعقد اي بسبب العقد يرجع على الاول بالعقد **قوله**
لانه عامل له اي لان المضارب الثاني عامل لاجل المضارب الاول لا لنفسه وهذا يرى تناقضا لانه جعل المضارب
الثاني قبل هذا عاملا لنفسه وجعل هذا عاملا لغيره لانه عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره بسبب انه
مودع المودع في الابتداء وعمل المودع وهو الحفظ للمودع ومع اختلاف الجهة لا يتحقق التناقض لان اتحاد الجهة شرط
التناقض **قوله** كما في المودع يعني ان مودع الغاصب اذا ضمن يرجع على الغاصب بما ضمن **قوله** ولانه مغرور
من جهته بالدلالة من العقد وكذا المساع **قوله** وصحت المضاربة اي الثانية **قوله** ويطيب الربح للثاني ولا
يطيب للاعلى اراد بالاعلى المضارب الاول وقد مر البيان **قوله** لا يعرى عن نوع خبث لان المضارب الاول
يستحق الربح باعتبار انه يملك راس المال عند اداء الضمان بسبيل الاستناد والثابت بالاستناد ثابت من وجه دون
وجه فلا يثبت الملك من كل وجه فيتمكن الخبث في الربح فلا يطيب **قوله** قال فان دفع اليه رب المال مضاربة
بالنصف واذن له ان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح • فان كان رب المال قال
له على ان ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول
السدس • اي قال القدوري في مختصره قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا دفع الرجل

الى رجل الف درهم مضاربة على ما رزق الله تعالى من شيء فهو بيننا نصفان • او قال مما كان في ذلك من ربح او ما
كان في ذلك من رزق • او قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف • او قال على ان ما كان في هذا المال من فضل
فهو بيننا نصفان وقال له اعمل فيه برأيك فدفعه المضارب الى آخر مضاربة بالثلث فعمل به وربح فللمضارب
الآخر ثلث الربح وللمضارب الاول السدس • ولرب المال النصف لانه شرط للمضارب الثاني ثلث الربح فيكون ذلك
من نصيبه خاصة دون نصيب رب المال • ولو دفع المضارب الاول الى الثاني مضاربة بالنصف فعمل به فربح
فنصف الربح للمضارب الثاني ونصفه لرب المال ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل ما له لغيره فلا يبقى له شيء ولو
شرط المضارب الاول للثاني ثلثي الربح كان له ان يأخذ نصف الربح ويرجع بسدسه عليه في ماله خاصة لانه
شرط له ذلك من الربح وقد عجز عن التسليم ولم يمكن ايفاؤه الى مثله كما لو استأجره بدراهم فاستحقت ولا يبطل العقد
الاول للثاني مخالفا هذا الشرط لانه صح موجبا للزيادة من ماله خاصة كذا في شرح الكافي والحاصل ان هذا على
ثلاثة اوجه احدها ان يشرط المضارب الاول للثاني اقل مما شرط كالثلث لانه عقد على بعض ما يستحقه فجاز ويطيب
ذلك له لانه عمل الثاني وقع للاول فكانه عمل بنفسه كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر من يخيطه بنصف
طاب له الفضل لانه عمل اجيره وقع له فكانه عمل بنفسه • والثاني ان يشرط الاول للثاني مثل ما شرط له كالنصف
فيجوز ذلك لانه عقد على جميع حقه فكان الربح بين رب المال والثاني نصفين ولا شيء للاول لانه لم يبق له شيء
كمن استأجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر من يخيطه بدرهم • والثالث ان يشرط الاول للثاني اكثر مما
شرط له كثلثي الربح ويجوز ذلك بينهما والربح بين رب المال والثاني نصفين ويغرم الاول للثاني السدس من ماله
وذلك لان رب المال لم يرض لنفسه باقل من نصف الربح فلم يصح شرط الزيادة في حقه فيغرم الاول للثاني ذلك
لانه غره بالتسمية والغرور في العقود يتعلق به الضمان ولانه عقد على ملك غيره فدخل في العقد وخرج لعدم
الاجازة فلزمه مثله كمن اشترى بمال غيره • ونظير هذا من الاجارة ان يستأجر انسانا على خياطة ثوب
بدرهم فاستأجر من يخيطه بدرهم ونصف انه يضمن زيادة الاجر قوله ويطيب لهما ذلك اي يطيب
الربح للمضارب الاول والثاني قوله وان كان قال له على ما رزق الله فهو بيننا نصفان فللمضارب
الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان • وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك
لان رب المال فوض الرأي الى المضارب الاول وجعل لنفسه نصف ما رزق الله للمضارب وما رزقه الله له قوله
هو الثلثان فيكون الثلثان بين رب المال والاول نصفين • بخلاف الفصل الاول لان رب المال شرط لنفسه
نصف جميع الربح ونصف جميع ما رزق الله مطلقا من غير اضافته الى المضارب وذلك ينصرف الى كل الربح قاله
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي • ولو دفع المال مضاربة الى رجل وقال له على ان ما رزقك
في هذا المال من شيء • او على ما صار لك فيه من ربح او على ان ما رزقك الله تعالى او ما كسبت فيه من كسب
او ما رزقت فيه من شيء فهو بيننا نصفان وقال له اعمل فيه برأيك فدفعه المضارب الى آخر مضاربة بالنصف
فعمل فيه فربح فالنصف للثاني والنصف بين الاول وبين رب المال نصفين لانه اضافه الى الحاصل والحاصل له نصف
الربح • ولو كان المضارب شرط للثاني ثلثي الربح فالثلث بينه وبين رب المال لما بينا انه الحاصل قوله
ولو كان قال له فما رزقك الله من شيء فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين
الاول ورب المال • وهذه من مسائل الجامع الصغير وقد مر بيانها آنفا قوله ولو كان قال له على ما
رزقك الله فلي نصفه • او قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف
فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول وهذه مذكورة في الجامع الصغير والمختصر
جميعا • وذلك لان الاول جعل للثاني جميع حقه فلم يبق للاول شيء وقد مر البيان آنفا قوله ولو شرط
للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس
الربح في ماله • هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان التسمية وقعت صحيحة لكونها معلومة في عقد
يملكه الا ان الزيادة لم تنفذ في حق رب المال لعدم رضاه لانه لم يرض باقل من نصف الربح فيلزمها الاول للثاني
لانه غره في ضمن العقد وقد مر بيانه قبل هذا قوله غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع اي الغرور في
ضمن العقد سبب الرجوع • وانما قيد بضمن العقد لانه اذا لم يكن في ضمن العقد لا يجب الضمان • كما اذا قال
الآخر هذا الطريق آمن فاسلكها فسلكها فقطع عليه الطريق لا يجب الضمان

فصل

قوله واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز وهذه
من مسائل الجامع الصغير • وذلك لان اشتراط العمل عليه لا يمنع التخلية التي هي شرط صحة المضاربة لان للعبد
يدا معتبرة • ولهذا لم يكن للمولى استرداد وديعة العبد من يد المودع • واذا جازت المضاربة كان نصيبه
من الربح للمولى اذا لم يكن عليه دين • وان كان عليه دين فهو لغرمائه وهي بذلك كسائر اكسابه • بخلاف شرط
العمل على رب المال فانه يمنع التخلية فلا تصح المضاربة • وجملة القول هنا ما قال القدوري في شرح مختصر

الكرخي

الكرخي اذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم مضاربة على ما رزق الله تعالى من ذلك فللمضارب ثلثه ولعبد المضارب
ثلثه ولرب المال ثلثه فهذا جائز فان ربح فالثلثان للمضارب والثلث لرب المال • وذلك لان عبد المضارب
اذا لم يكن عليه دين فالمشروط له مشروط للمضارب لانه هو الذي يملكه فكانه شرط للمضارب الثلثين • قال
وكذلك لو شرط للمضارب الثلث ولرب المال الثلث ولعبد رب المال الثلث جاز لان ما شرط لعبد رب المال
اذا لم يكن عليه دين مشروط لمولاه فكان رب المال شرط لنفسه الثلثين • وعلى هذا قالوا لو شرط ثلث الربح لقضاء
دين المضاربة او لقضاء دين رب المال لان المشروط في قضاء دين احدهما مشروط له • واما اذا شرط الثلث
لابن المضارب او لزوجته فالمضاربة جائزة وما شرط لابن المضارب فهو لرب المال لان ابن المضارب لا يجوز ان
يستحق من غير مال ولا عمل فصار المشروط له مسكوتا عنه وما سكت عنه من الربح فهو لرب المال لانه لا يجوز ان يستحق
ربحا في المضاربة من غير عمل ولا مال فصار المشروط له كالمسكوت عنه • وعلى قولهما اذا كان عليه دين فما شرط
له فهو مشروط لمولاه عمل او لم يعمل • واما اذا شرط الثلث لعبد المضارب وعليه دين فان شرط عمله جاز عند ابي
حنيفة رحمه الله لان المضارب لا يملك كسبه فصار كالاجنبي • وان لم يشرط عمله فما شرط فلرب المال لانه مسكوت
عنه • وقال ابو يوسف ومحمد للمضارب لانه يملك كسبه كما يملك لو لم يكن عليه كذا في شرح الكرخي قوله ولهذا
يجوز بيع المولى من عبده المأذون ان كان مديونا ويجيء ذلك في كتاب المأذون ومر في باب المرابحة والتولية
ايضا ان العبد اذا لم يكن عليه دين لا يصح بيعه من مولاه كذا على العكس قوله على ما مر اشارة الى ما ذكر في
اول كتاب المضاربة بقوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب وتمام البيان يطلب
ثمة في شرحنا هذا قوله على ما عرف اي المولى لا يملك اكساب عبده المأذون المديون وقد عرف ذلك في كتاب
المأذون

فصل في العزل والقسمة

اي في عزل المضارب والربح لما كان عزل المضارب
امرا عارضا على عقد المضاربة وكذا قسمة الربح عارضة على الربح ذكر ذلك بعد بيان المضاربة وشرائطها قوله
قال واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان المضارب
يتصرف في المال باذن رب المال كالوكيل • فاذا مات رب المال بطل الاذن فلم يجز التصرف في ملك الغير بغير
اذنه • وكذلك اذا مات المضارب تبطل المضاربة لانه بمنزلة الوكيل وموت الوكيل تبطل الوكالة ولا ينتقل هو
ذلك الى ورثته فكذلك هذا قوله لانه توكيل اي لان عقد المضاربة توكيل على ما تقدم اشارة اليه
فيما ذكر في اول كتاب المضاربة بقوله وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه قوله وقد مر من قبل
اي مر بطلان الوكالة بموت الموكل او موت الوكيل في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة • ثم اعلم ان عقد المضاربة
بمنزلة الوكالة الخاصة لكن يفترقان في مسائل منها ما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب
شراء المضارب وبيعه • واذا اراد المضارب ان يرد عبدا اشتراه بالعيب فطلب البائع يمين المضارب ما رضي
بالعيب ولا عرضه على البيع منذ اشتراه فنكل المضارب عن اليمين لزم العبد على المضاربة لا اقضي على البائع
ان يحمل هذا الشراء ابتداء • ولو اشتراه ابتداء فكذا اذا استرد بالعيب • وكذلك لو اقر بالعيب يلزمه العبد على
المضاربة لما ذكرنا • بخلاف الوكيل لانه لا يملك الشراء فلا يصح اقراره • ومنها ما ذكر في شرح الكافي ايضا في باب
المضاربة يدفع المال مضاربة • واذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم مضاربة بالنصف وقال اعمل فيه برأيك
فدفعه الى رجل مضاربة بالثلث فعمل فيه فربح فللمضارب الآخر ثلث الربح وللاول سدسه ولرب المال نصفه فان
دفع الثاني الى ثالث مضاربة وقد كان قال للثاني اعمل فيه برأيك فهو جائز والمضارب الثاني فيه بمنزلة الاول
لانه لما قال له اعمل فيه برأيك له ان يشارك به وان يخلط بماله فرق بين هذا وبين الوكيل اذا قال الموكل له اعمل
برأيك كان للوكيل ان يوكل غيره • ولو قال الوكيل الاول للثاني اعمل فيه برأيك لم يكن للثاني ان يوكل غيره
لان الاول استفاد ولاية التوكيل بالاذن والاذن وجد في حقه خاصة فلا يثبت هذه الولاية • بخلاف
المضارب لانه استفاد هذه الولاية بعقد الشركة لانه استفاد ولاية التجارة مطلقا بقوله اعمل فيه برأيك
فيملك جميع انواع التجارات وهذا نوع تجارة فملك التفويض الى غيره • ومنها ان الوكيل اذا دفع اليه الثمن
قبل الشراء وهلك هذا الثمن فانه يرجع به على الموكل • ثم لو هلك مما اخذ ثانيا لا يرجع به مرة اخرى والمضارب
يرجع على رب المال مرة بعد اخرى الى ان يصل الثمن الى البائع وهو مذكور في الهداية قبيل فصل في الاختلاف
من كتاب المضاربة • والفرق ان الثمن اذا توى في يد الوكيل قبل التسليم الى البائع رجع به على الموكل • ثم لو
توى ثانيا لم يملك الرجوع لان الوكيل متصرف لنفسه • ولهذا كانت العهدة عليه فعليه كلما ادى الثمن باجرة
كان له ان يرجع عليه واذا يرجع عليه مرة اخرى فقد قبض ما وجب له على الموكل فبرئت ذمته فلا يرجع ثانيا بخلاف
المضارب فانه نائب للمضاربة لا لنفسه لانه عامل للمضاربة كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين في باب المرابحة
للمضاربة • ومنها ان المضارب اذا اشترى بمال المضاربة عروضا ثم عزله رب المال عن المضاربة لم يعمل عزله
وان نهاه يعزله ويبيع ذلك المال بعد حظوظ وذلك لانه لا يملك حجره في هذه الحالة لتعلق حق المضارب

به وهو حق البيع ليربح عليه . بخلاف الوكيل فانه ينعزل اذا علم لانه لم يتعلق حقه . ومنها رب المال لو ارتد ولحق
بدار الحرب ثم عاد مسلما فالمضارب على مضاربته لانه نقض ردته قبل تقررها ثم ردها فصار كانه لم يزل مسلما
بخلاف الوكيل فانه اذا رجع الموكل مسلما لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد وقد مر في
باب عزل الوكيل **قوله** وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة . وهذا
لفظ القدوري في مختصره . وذلك لان الحكم بلحاقه يزيل ملكه ويوجب قسمة ماله بين ورثته فهو بمنزلة
موته . ولكن هذا اذا لم يعد مسلما فاذا عاد مسلما فالمضاربة على حالها وتمام البيان فيه ما ذكر شيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي بقوله واذا دفع الرجل الى الرجل مالا بالنصف فارتد المضارب
عن الاسلام او دفعه اليه بعدما ارتد ثم اشترى وباع فربح او وضع ثم قتل على ردته او مات او لحق
بدار الحرب جاز من ذلك ما فعل والربح بينهما على ما اشترطا . اما عندهما فانه بمنزلة المسلم في جميع
تصرفاته . واما عند ابي حنيفة فلان الردة تنافي الولاية الاصلية دون الولاية المستفادة من قبل الغير
ولهذا لو ارتد الوكيل لم ينعزل عن وكالته وهذا في معناه والعهدة في جميع ما اشترى وباع على رب المال عند
ابي حنيفة كوكيل المرتد وفي قولهما العهدة على المرتد لان ولايته لم تبطل وعند ابي حنيفة بخلاف ولايته
موقوف على اللحوق او القتل . ومتى قتل على ردته صار القتل كانه موجود في ذلك الوقت فاثر في بطلان
تصرفه . ولو لم يرتد المضارب وارتد رب المال . او كان مرتدا حين اشترى المضارب وباع فربح او
وضع ثم قتل المرتد او مات او لحق بدار الحرب فان القاضي يجيز البيع والشرا على المضارب والربح له وضمانه
راس المال في قياس قول ابي حنيفة . وقال ابو يوسف ومحمد هو على المضاربة لان التصرف في مال المضاربة
انما ينفذ على المضاربة بالولاية الاصلية فيتوقف ويبطل بالموت او بالقضا باللحوق . ولو لم يرفع الامر الى
القاضي حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لانه انتقض ردته قبل اتصال القضا بها فبطل حكمها
ولو كان رب المال امراة فارتدت فهي بمنزلة المسلمة في تصرفاتها لانها لا تقتل فلم ينعقد سبب التلف في حقها واذا
دفع الرجل الى الرجل مالا مضاربة بالنصف فارتد رب المال ولحق بدار الحرب ثم لم ينقض في ماله شي حتى رجع مسلما
او قد اشترى المضارب بالمال وباع ورب المال في دار الحرب فذلك كله جائز على المضاربة لما بينا انه نقض ردته
قبل تقررها فصار كانه لم يزل مسلما . ولو كان المضارب هو الذي ارتد ولحق بدار الحرب فاشترى به في دار
الحرب وباع فربح ورجع بالمال مسلما فان له جميع ما اشترى من ذلك وباع لانه صار غاصبا باللحاق بدار الحرب
فملكه بالاحراز كما لو غصبه من المسلم واحرزه بدار الحرب فاذا عاد الينا لم يتعرض لفعله السابق بالنقض لان الربح [?]
قبل الاسلام الطارئ فاسقط الحكم بفعله السابق ويكفر الله لقوله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما
قد سلف . وقال عليه السلام الاسلام يجب ما قبله **قوله** فالمضاربة على حالها اي في قولهم جميعا
وتقدم البيان **قوله** قال فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز اي
قال القدوري في مختصره يعني اذا عزل المضارب لا يصح قبل علمه لان العزل نهي والاحكام المتعلقة بالامر لا
يتحقق فيها النهي قبل العلم بدليل علمه اوامر صاحب الشرع ونواهيه فاذا لم يصح العزل قبل العلم صار الحال
بعد العزل كما قبله فجاز تصرف المضارب شرا وبيعا . بخلاف ما اذا مات رب المال حيث ينفسخ عقد المضاربة
سوا علم المضارب بموته او لا لانه حكمي لكن هذا اذا كان المال نقدا . فاما اذا كان عروضا فان بيع المضارب
جائز حتى يصير نقدا فيؤدي راس المال ولا ينعزل بالعزل صريحا وكذا بالموت كذا في التحفة **قوله** وان علم
بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك . وهذا لفظ القدوري في مختصره اي لا يمنع العزل
المضارب من البيع اذا كان المال عروضا لان حق المضارب يتعلق بالمال بواسطة الربح والربح لا يظهر الا
بالقسمة والقسمة لا يكون الا بناء على راس المال والقسمة بناء على راس المال لا يتحقق قبل ان ينض المال ولا ينض الا
ببيع العروض الذي اشتراها فيمتنع حتى ينض فيظهر حصته في الربح بالقسمة فلاجرم لم يؤثر العزل حتى لا يلزم اسقاط
حق المضارب **قوله** وانما ينض بالبيع اي يحصل ورقا بعدما كان متاعا والناض عند اهل الحجاز الدراهم
والدنانير كذا في المغرب معه ما ذكر في الفائق في حديث عمر رضي الله عنه كان يأخذ الزكاة من ناض المال
هو ما نض منه اي صار ورقا وعينا بعد ان كان متاعا **قوله** فان نهاه لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا
اخر . اي قال القدوري في مختصره يعني اذا باع المضارب العروض بعد عزل رب المال لا يجوز له ان يشتري
بثمن ذلك شيئا اخر لان بيع العروض بعد العزل انما جاز ضرورة معرفة راس المال . فاذا نض فقد حصل هذا
المعنى فزالت الضرورة فعمل العزل السابق عمله فلم يجز له التصرف بعد ذلك **قوله** فان عزله وراس المال
دراهم او دنانير قد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها . وهذا لفظ القدوري في مختصره . وذلك لان المال
اذا نض دراهم او دنانير صح عزل المضارب فلم يجز تصرفه بعد ذلك لان العزل انما لم يصح فيما اذا كان المال
عروضا لضرورة معرفة راس المال والضرورة منتفية هنا . ولكن هذا اذا كان الناض من جنس راس

المال . اما اذا كان من خلافه بان يكون راس المال دراهم والناض دنانير او على العكس في القياس لا يجوز له التصرف
فيها لانهما جنس الاثمان فصار كان راس المال قد نض . وفي الاستحسان يجوز ان يبيعها بجنس راس المال لان الواجب
على المضارب ان يرد مثل راس المال وذلك لا يمكن الا بان يبيع ما في يده بجنس راس المال فكان له ذلك كما اذا كان في يده
عروض كذا في الاقطع **قوله** وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها . وهذا اشارة الى قوله لا يمنعه
العزل من ذلك . يعني لا ينعزل المضارب بموت رب المال اذا كان المال عروضا بل يبيعها بعد العزل كما لا ينعزل اذا عزله
رب المال والمال عروض لان الموت حجر حكمي فالحق بالحجر القصدي . ثم لو حجر رب المال على المضارب والمال سلع
لم يعمل حجره هاهنا وفقهه ان حق المضارب متعلق به . فلو عمل الحجر فيه لبطل حق المضارب بغير رضاه . وهاهنا لا يعود [?]
اراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب او قتل او مات مرتدا ثم باع المضارب العروض جاز
بيعه على المضاربة لما قلنا والضمير في ونحوها على هذا يرجع الى بيع العروض بان اعطي للمضاف حكم المؤنث باعتبار
اضافته الى المؤنث كما في قوله كما شرقت صدر القناة من الدم . ويحتمل هذا بقال بجر الواو وكما في بعض النسخ هو [?]
بقوله اراد به اذا كان راس المال دراهم والمال دنانير كان له ان يبيع الدنانير بالدراهم . وهذا الوجه
لما بينا من وجه الاستحسان . وقد ذكر قبل هذا ونحوه ان يرجع الى العروض على معنى في بيع العروض وفي
بيع نحو العروض كما اذا كان راس المال دراهم والمال دنانير وعلى العكس لانها كالعروض في ان المضارب لا ينعزل بموت
رب المال **قوله** واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون وهذا
لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه . وان لم يكن فيه ربح لم يلزمه الاقتضاء ويقال له وكل رب المال
في الاقتضاء . والمراد من افتراق رب المال والمضارب فسخهما عقد المضاربة . ولفظ محمد في الجامع الصغير عن
يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في المضارب اذا دان المال المضاربة . فان كان فيه فضل اجبر على ان يتقاضاه وان
لم يكن فيه فضل لم يجبر واحال رب المال حتى يتقاضاه . والمراد من قوله اذا دان المال اي جعله دينا على الناس ثم امتنع
من التقاضي والقبض كذا في شرح الطحاوي للامام الاسبيجابي . وقال الشافعي رحمه الله يلزمه الاقتضاء وان لم
يكن في المال ربح كذا في شرح الاقطع . والمراد من قوله احاله اي وكل لان الحوالة مستعار للوكالة في معنى
النقل . وانما يجبر المضارب على التقاضي والقبض اذا كان في المال ربح لانه له فيه نصيبا فيكون عمله على الاجر والاجير
يجبر على العمل وان لم يكن فيه فضل على راس المال لم يجبر على التقاضي والقبض لان عمله عمل الوكيل والوكيل غير مجبور على
قبض الثمن غير انه يضمن المضارب او الوكيل ان يحيل رب المال على الذي عليه الدين حتى يمكنه قبضه لان حقوق العقد
راجعة الى العاقد فلا يثبت للاجر حق القبض الا باحالة العاقد . ولو ضمن العاقد لرب المال هذا الدين عن الذي
عليه الدين لم يجز ضمانه . لان العقد حصله امينا فلا يملك ان يجعل نفسه ضمينا بما حصله العقد امينا . قالوا في شروح
الجامع الصغير وكذلك كل وكيل بالبيع لا يجبر على الاستيفاء ويحيل الموكل على المشتري لان العهدة على العاقد فوكيله
بقبض الثمن يصح مطالبته . فاما الذي يبيع بالاجر كالبياع والسمسار فلا بد ان يجبر على الاستيفاء بحمل عمله الاجارة
الصحيحة لعرف الناس . وذكر في شرح الاقطع ان الاصح انه تمسك الشافعي رحمه الله واجاب عنه فقال فان قيل هو
المضارب يجب عليه رد راس المال بصفته فيجب ان ينض الديون حتى يصير بصفته قيل له المضارب لا يلزمه التسليم
وانما يجب رفع يده عن المال كالمودع . فاذا احاله به فقد ازال يده عنه فلا يلزمه اكثر من ذلك قال في الفائق
السمسرة البيع والشرا قاله [illegible] وطلبي بالسمسرة . ويقال للمتوسط بين البايع والمشتري سمسار وقال الاعشى شعرا
زمانا وما بيننا رسول يراجع فاصبحت لا استطيع الجواب سوى ان اراجع سمسارها يريد السفير بينهما وطلب الرجل امراته
قوله قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون راس المال . اي قال القدوري في مختصره قال
ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم مضاربة بالنصف فربح الفا فاقتسما الربح وراس
المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلك الالف التي هي في يد المضارب بعد قسمتهما الربح . او جزء منها فان المضارب
فان القسمة الاولى لا تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من راس ماله وما قبضه المضارب ضمن عليه يرد منه حتى
يستوفي رب المال راس ماله . قال القدوري في شرحه وذلك لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال مثل المؤمن
مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له راس ماله كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزايمه فهذا يدل على ان
الربح لا يثبت حكمه قبل ان يتعين راس المال . ولان المال اذا بقي في يد المضارب فحكم المضاربة بحاله فلو صححنا
قسمة الربح لثبت الربح قبل اصله وهذا لا يجوز . واذا لم تصح القسمة فمن هلك ما في يد المضارب صار الذي
اقتسماه هو راس المال فوجب على المضارب ان يرد منه تمام راس المال **قوله** كما يصرف الهلاك الى العفو
في الزكاة يعني عند ابي حنيفة وابي يوسف **قوله** فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب
هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ان كان لم يقتسما الربح . وذلك لان المضارب امين في راس المال
فاذا هلك بلا صنع منه لا يجب عليه الضمان كالمودع **قوله** وان كان اقتسما الربح والمضاربة بحالها
ثم هلك المال كله او بعضه ترادا الربح حتى يستوفي رب المال راس المال هذا لفظ القدوري في مختصره وتمام

فيه • فان فضل شيئا كان بينهما وان عجز عن رأس المال لم يضمن المضارب • وذلك لان حكم الربح مرعي لا يستقر بلا
سلامة رأس المال لرب المال • فاذا هلك رأس المال بطلت القسمة فكان ما اخذ رب المال من الربح محسوبا من
رأس ماله ويرد المضارب ما اخذ من الربح حتى يتم رأس المال • فان فضل من الربح شي كان بين رب المال والمضارب
نصفين • وان عجز الربح عن تمام رأس المال اي نقص عنه لا يضمن المضارب شيئا لانه امين • وهذا معنى قوله
لما بينا **قوله** ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول • وهذا لفظ
القدوري في مختصره وذلك لانهما لما عقدا المضاربة بعد فسخ المضاربة الاولى كانت تلك المضاربة مستقبلة
ولم تنتقض القسمة بعد الهلاك لان رب المال لو استوفى رأس المال زالت المضاربة الاولى فكان هذا عقدا اخر
فهلاك المال فيه لم ينقض القسمة في عقد غيره • وقال في شرح المبسوط من الشامل ولو دفع الفين فاخذ رب
المال رأس ماله الفا واخذ المضارب من الالف حصته الفا ولم ياخذ رب المال حصته حتى هلك رد المضارب
نصف ما اخذ من الربح لان رب المال ما لم ياخذ فهو على المضاربة وصار كانه لم يكن الربح الا في يد المضارب
وان كان ما اخذ المضارب هلك بطل من ماله لانه صار مستوفيا حقه فخرجت المضاربة والاصل ان ما يستوفيه
المضارب لنفسه صار في ضمانه والذي لم يستوف رب المال باق على حكم المضاربة **قوله** فهلك المال في الثاني
اي العقد الثاني **قوله** لا يوجب انتقاض الاول اي انتقاض الاقتسام الاول • واذا صحت المضاربة مطلقة جاز
للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع • الا انه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه
ذكر هنا ما لم يذكر ثمة

فصل فيما يفعله المضارب

قوله قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة
اي قال القدوري في مختصره • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله واذا دفع الرجل الى رجل مضاربة
ولم يقل اعمل فيه برأيك فله ان يشتري ما بدا له من اصناف التجارات ويبيع بالنقد والنسيئة لان غرضه حصول
الربح ولن يحصل ذلك عادة الا بملكه جميع انواع التجارات لانه قد يربح في نوع منها وقد لا يربح فوجب ان يكون
بسبيل من جميع اصناف التجارات ويملك البيع بالنقد والنسيئة • لانه لو كان وكيلا خاصا ملك ذلك باطلاق الوكالة
فاذا كان عاما اولى وهذا لانه عسى لا يحصل الربح الا بالنسيئة • وعند ابن ابي ليلى ليس له ان يبيعه بالنسيئة وقد
مر ذلك عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة والحاصل ان المضارب يملك على رب المال ما هو تجارة من كل وجه
دون وجه ولم يكن ذلك من صنع التجار لا يملك المضارب على رب المال • وعلى هذا قلنا ان المضارب لا يملك تزويج
غلام المضاربة لانه ليس بتجارة • واما تزويج الامة فقد ذكر في مضاربة الاصل برواية ابي حفص انه ليس له ذلك
في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وذكر في نوادر ابي سليمان انه ليس له ذلك في قول ابي حنيفة ولم يذكر قول
ابي يوسف في الاصل • وذكر القدوري في المضاربة ان يملك تزويج الامة عند ابي يوسف وله ان يبيع بالنقد والنسيئة
قال صاحب الهداية الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه • يعني اذا باع المضارب الى اجل طويل ليس من عادة
التجار ان يبيع الى مثله لا يجوز كعشر سنين مثلا والنسيئة بالعرف على ورد نسيئة وربما تدفع بعد التصنيف كالحنطة
والثياب الى مدة التاخير **قوله** لان له الامر بالمعروف بين التجار اي المضارب له ولاية الامر الشائع المشهور
في عرف التجار • يعني به ما هو من صنع التجار والدليل على ان له من الولاية ان له ان يشتري دابة للركوب والحمل
ولا يشتري سفينة للركوب ويشتري سفينة للحمل اعتبارا لصنيع التجار • قال في المبسوط من الشامل دفع مضاربة
على ان يشتري الطعام خاصة له ان يستأجر لنفسه او يشتري دابة للركوب والحمولة لانه مما يعمله التجار ولا يشتري
سفينة يحمل فيها الطعام لانه ليس من عادة التجار لاجرم في بلد عادتهم ذلك يجوز • ولو كانت المضاربة في التجارة
في الرواية المشهورة هذا ايضاح ايضا لقوله لان له الامر العام المعروف عطفا على قوله ولهذا كان له ان يشتري
دابة • قال شمس الائمة البيهقي في الكفاية في المشهور يملك ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة لانه من عادة
التجار • وعن محمد لا يملك باطلاقه لان الاذن في التجارة اعم من المضاربة **قوله** ولو باع ثم اخر الثمن جاز
بالاجماع يعني ان المضارب يملك تاجيل ثمن المبيع بالاتفاق • وهذا على اصل ابي حنيفة ومحمد ظاهر لان الوكيل بالبيع
يملك ذلك فالمضارب اولى • لان ولاية المضارب اعم لانه يصير شريكا في الربح دون الوكيل • واما ابو يوسف
يجوز تاجيل المضارب دون الوكيل لان المضارب يملك ان يشتري السلعة ثم يبيعها نسيئة فملك التاخير وهذا
لانه يملك الاقالة فاذا ملك الاقالة كان له ان يؤجل فكانه باع نسيئة ابتداء والوكيل لا يملك الاقالة فلا يملك
التاجيل • قال في تجريد المحيط وان باع شيئا من مال المضاربة واخر الثمن جاز على رب المال ولا يضمن شيئا
بخلاف الوكيل الخاص في هذا • ولو لم يؤخر ولكن حط بعض الثمن فان كان ذلك لعيب طعن به المشتري فان كان
حصة العيب من الثمن مثل ما حط او اكثر بحيث يتغابن في مثله جاز • وان كان ما حط اكثر من حصة العيب من الثمن
مثل ما حط بحيث لا يتغابن الناس فيه يصح عند ابي حنيفة ومحمد ويضمن ذلك من ماله لرب المال وكان رأس ماله من
ذلك ما بقي من على المشتري وما حط المضارب لم يبق رأس المال **قوله** ولو احتال بالثمن على الايسر او على الاعسر
جاز وهذا ايضا لكونه بسبيل الايضاع • يعني لو قبل المضارب الحوالة من المشتري بالثمن على غير المشتري جاز وان

كان المحال عليه اعسر من المشتري لان ذلك من صنع التجار ولان له ان يقابل البيع مع الاول ثم يبيعه من الاعسر • بخلاف
الوصي يقبل الحوالة من مشتري مال اليتيم على اعسر منه حيث لا يجوز لان ولايته نظرية وليس في ذلك نظر **قوله**
والاصل ان ما يفعله المضارب ثلاثة انواع • اي الاصل فيما يجوز للمضارب ان يفعله وما لا يجوز وقد اصلنا فيما
قبل ذلك عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري **قوله** وهو ما ذكرنا اشارة الى
البيع بالنقد والنسيئة والاذن لعبد المضاربة وتاخير الثمن والاحتيال بالثمن وكذلك يجوز للمضارب **قوله**
على ما ذكرنا من قبل اشارة الى ما ذكر في اول كتاب المضاربة بقوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب
ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع **قوله** وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما
اشترى برأس المال السلعة اي الاستدانة ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال بثمن دين هو
ويذكر الضمير لتذكير • قال في شرح الطحاوي ولو اشترى سلعة بثمن دين وليس عنده من مال المضاربة من جنس
ذلك الثمن الذي اشترى به يكون استدانة • ولو اشترى سلعة حال قيام رأس المال بثمن دين من جنس رأس ماله
او من خلافه لكن ان يكون ما يجوز عليه عقد المضاربة جاز الشرا على المضاربة ولا يكون استدانة • وقال زفر
اذا اشترى بخلافه يكون استدانة **قوله** وما اشبه ذلك اي من انواع الاستدانة كما اذا اشترى بخلاف جنس
سلعة باكثر من مال المضاربة وهو الالف مثلا كانت حصة الالف للمضاربة يؤدي الى خلط مال المضاربة بماله
وذلك لان هذا خلط من طريق الحكم فلا يوجب الضمان كما لو اشترى نصف عبد ثم باعه هو البائع لم يضمن باختلاط
الثمن • فان كان لو خلط المال ابتداء لم يجز من جملة الاستدانة ما اذا كان رأس المال الف درهم فاشترى بما
يكال او يوزن او بعبد او اشترى بثوب موصوف الى اجل لان الشرا بغير الاثمان استدانة على المال لانه ليس
في يده من مال المضاربة ما يؤديه • فاما اذا كان في يده دراهم فاشترى بدنانير او كان في يده دنانير فاشترى
بدراهم فالقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه اشترى بجنس ليس في يده كما لو اشترى بالعروض وانما استحسنوا الجواز
يجوز ذلك لان الدراهم والدنانير قد اجريا عند التجار مجرى الجنس الواحد • الا ترى انهما اثمان بهما تقوم الاشياء
والاروش وقيم المتلفات ولا يتعذر نقل كل واحد منهما الى الاخر فكانه اشترى بجنس هو في يده • واما الفلوس
فالقياس فيها ما ذكرنا والاستحسان ان يكون كالدراهم على قول من جوز المضاربة فيها لانها اثمان كسائر الاثمان وعلى
قول ابي يوسف لا يجوز المضاربة بها كالعروض فلا يجوز الشرا بها اذا لم يكن في يده كذا ذكر العتابي في شرح مختصر
الكرخي **قوله** ولو اذن له رب المال في الاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وذلك
لان المشتري بالدين لا يجوز ان يكون مضاربة لانها لا تصح الا في مال عين واذا لم يكن مضاربة لم يبق الا ان يكون
بينهما شركة وجوه واطلاق الشركة تقتضي التساوي فلهذا كان بينهما نصفين وقد مر ذلك في اوائل كتاب المضاربة
قوله واخذ السفاتج عطف على قوله وهو الاستدانة اي النوع الذي لا يملك المضارب بدون التنصيص
عليه هو الاستدانة واخذ السفاتج لان ذلك استدانة وكذا اعطاء السفاتج لانه اقراض والمضارب لا يملك الاستدانة
والاقراض والعتق والهبة والصدقة لانه تبرع محض ليس من صنيع التجار والسفاتج عبارة عن قرض استفاد به
سقوط خطر الطريق وقد مر ذلك في اخر كتاب الحوالة **قوله** ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة اي قال
القدوري في مختصره قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب ما يجوز للمضارب ان يفعله
وما لا يجوز • واذا اشترى المضارب بمال المضاربة عبدا او امة لم يكن له ان يزوج واحدا منهما في قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله • وقال ابو يوسف يزوج الامة لانه نوع اكتساب التجارة وهذا لا يعد في العرف تجارة وابو
يوسف يقول هذا في معنى التجارة لانه يحصل شي من المال لنفسه ولرب المال من غير ان يفوت عليه مالا • واذا جاز
التحصيل بتفويت شي فلان يجوز بدون التفويت اولى واحرى وهما يقولان ان المضارب يتصرف بحكم التوكيل والتفويض
فيما كان من التجارة وهذا ليس بتجارة والاصل عدم الولاية فلا يثبت الا بدليل • ولهذا لم يكن له ان يكاتب ويعتق
على مال لان ذلك ليس بتجارة **قوله** فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب
المال وباع فهو على المضاربة وهذه من مسائل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل دفع
الى اخر الف درهم مضاربة بالنصف فدفع المضارب بعضها الى رب المال بضاعة فباع رب المال فيها واشترى قال
هو مضاربة على حالها الى هنا لفظ محمد رحمه الله وعند زفر تفسد المضاربة لانه يكون متصرفا في ملك نفسه لنفسه
فيكون مستردا • ولنا ان التخلية التي هي شرط صحة المضاربة قد حصلت وصار التصرف حقا للمضارب وصار رب
المال في حق التصرف كالاجنبي • فاذا ابضعه رب المال صار كانه وكل اجنبيا في التصرف فصح فلا يصح توكيلا لم يكن هو
اخذ رب المال استردادا فلم تنتقض المضاربة وكانت على حالها حتى لو اخذ رب المال بغير رضاه وعمل فيه انتقضت
المضاربة • بخلاف ما اذا اشترط العمل على رب المال ابتداء لانه لا يصح لعدم شرط العقد وهو التخلية لان شرط
العمل على رب المال ينفي التخلية • وبخلاف ما اذا دفع المضارب الى رب المال مضاربة بالنصف حيث لا تصح المضاربة
الثانية لان المضاربة تنعقد شركة بان يكون المال من الدافع والعمل من المضارب والربح على الشركة ولا مال هنا للمضارب

فلو جاز دفع ذلك يلزم قلب الموضوع وذلك لا يجوز • فاذا دفع المضاربة الثانية بقي عمل رب المال بامر المضارب
على انه وكيل عن المضارب في التصرف فلم تبطل المضاربة الاولى • فان قلت كيف يصح اضافة الابضاع الى المضارب
وانما يصح ذلك اذا كانت البضاعة للمبضع ولا مال للمضارب قلت ليس بشرط ان تكون البضاعة ملكا للمبضع لان هم
تفسير الابضاع الاستعانة بالغير في التصرف ورب المال يصلح معينا له فيه والاستعانة بالاجنبي جائزة فبرب المال
اولى لان نفقته في ماله اكثر **قوله** ولا مال هنا اي لا مال للمضارب فيما اذا دفع الى رب المال مضاربة
لانه ليس عاملا براس المال **قوله** قال واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال • اي قال في الجامع الصغير
ولفظ محمد فيه عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فعمل بها في المصر
قال لا يكون نفقته منها فان سافر بها انفق منها في طعامه وشرابه وكسوته وركوبه • فاما دواء من مرض فانه في ماله فاذا
ربح اخذ صاحب المال ما انفق من راس ماله الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • وذلك لان مال المضارب
لرب المال فلا يجوز للمضارب ان ينفق من ماله بغير رضاه لان الله تعالى قال ولا تاكلوا اموالكم بينكم
بالباطل • وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه • وهذا
بخلاف ما اذا سافر فان نفقته في مال المضاربة استحسانا وكان القياس ان لا يكون فيه للمعنى الذي قلنا لان
العادة جرت بين الناس انهم ينفقون من مال المضاربة اذا سافروا فكانت العادة كالاذن دلالة ولانه انما
لم يوجد صريحا وهذا المعنى غير موجود في المصر ولان النفقة جزاء الاحتباس كنفقة القاضي والمفتي وبيت المال
ونفقة المراة فما دام المضارب في مصره فانه ساكن بالسكنى الاصلية لا لاجل المال فلا يجب نفقته فيه • بخلاف
ما اذا سافر • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وقد جرت العادة في بلادنا انهم ياكلون بالنهار
من مال المضاربة • فاذا كانوا في الاسواق صارت العادة الجارية بمنزلة الاذن • واذا عمل المضارب
وهو في المصر او الريف بالنهار من غير اسراف فلا باس بذلك ولا حرج عليه ان شاء الله تعالى • ثم اذا ثبت ان
المضارب يجوز له ان ينفق في السفر فانما دون ذلك في الطعام والكسوة والركوب • واما الدواء والحجامة ونحو ذلك
فليس له ذلك لان النفقة المعروفة للطعام والكسوة • الا ترى ان القاضي يقضي بنفقة الزوجة بالطعام والكسوة
ولا يقضي بالدواء والحجامة فكذلك هنا هذا الاصح ان يكون في موضع جرت العادة في ذلك • وذكر عن الحسن بن زياد
انه كان يقول لا يجوز له ان ينفق في الحجامة وحلق الشعر ونحو ذلك • قال الفقيه ومعنى هذا اذا كان في موضع جرت
العادة في ذلك • وقال فخر الاسلام فان كان من وجه دون السفر نظر فانه فان كان يغدو ثم يروح ويبيت في
منزله فليس بخارج وانما هو بمنزلة اهل المصر لان اهل المصر يخرجون في السوق ثم يبيتون في منازلهم فلا نفقة له وان
كان لا يبيت باهله كانت نفقته في المضاربة لان خروجه قد صار للمضاربة فيما لم يصر السفر شرطا فالنفقة هي ما
يصرف الى الحاجة الدارة الراتبة وهي الطعام والشراب والكسوة • واما الدواء فانه من العوارض فلا يدخل في
النفقة الا ترى ان نفقة المراة على الزوج ودواءها في مالها ونفقة الرهن على الراهن ودواؤه على المرتهن فاذا ربح
المضارب اخذ رب المال راس ماله لان الربح انما يتبين بعد سلامة راس المال • وقال في شرح الاقطع قال
الشافعي رحمه الله في احد قوليه انه لا ينفق من مال المضاربة في السفر ايضا وهذا لا يصح لانها مؤنة يلزم لعمل المضارب
وجب ان يكون فيها اصله حمل المتاع • فان قيل هي في نصيبه من الربح ولا يستحق الزيادة عليه من غير شرط قيل له
النفقة ليست مستحقة له لكنها من مؤن المال كاجر الاجير للحمل في المال واجر الحمال • وقال في شرح الطحاوي ولو
خرج الى السفر بماله وبمال المضاربة جميعا كانت النفقة على قدر المالين بالحصص **قوله** في المال اي في مال
المضاربة **قوله** ووجه الفرق اي بينما اذا عمل في المصر حيث لا نفقة له في مال المضاربة وبينما اذا عمل
في السفر حيث يجب نفقته في المال **قوله** وبخلاف المضاربة الفاسدة يعني لا يستحق النفقة وان سافر قال
القدوري في شرح مختصر الكرخي واذا دفع الرجل الى الرجل مالا مضاربة فاسدة فسافر بها فلا نفقة له لان المضاربة
الفاسدة في معنى الاجارة • الا ترى ان الواجب فيها الاجرة والاجير لا ينفق من المال **قوله** وبخلاف البضاعة
يعني لا يجب النفقة للمستبضع في مال البضاعة لانه متطوع فيها الا ان يكون اذن له فيها **قوله** قال فلو بقي شيء
بعدما قدم مصره رده في المضاربة • فلو كان ذكر هذه المسألة بدون ذكره قال في اولها لكان احسن لانها لا
تذكر في الجامع الصغير • وفي مختصر القدوري ولهذا لم يذكرها البداية ايضا • وانما ذكرت المسألة في المبسوط
قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي واذا دخل المصر وقد بقي معه ثياب او طعام او غير ذلك رده في المضاربة
لان جواز الانتفاع به لدفع الحاجة في زمان تفرغ نفسه لعمل المضاربة ولم يبق على تلك الحالة فوجب الرد الى مال
المضاربة • وهذا معنى قوله لانتهاء الاستحقاق يعني ان استحقاق النفقة في السفر لتفريغ النفس لعمل المضاربة فاذا
قدم مصره انتهت المسألة فانتهى الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا بقي معه شيء من النفقة بعد رجوعه وكالمولى اذا بوأ
امته مع زوجها طرفتها فخدمته وقد بقي معها شيء من النفقة بعد رجوعه كان للزوج ان يسترد ذلك منها **قوله**
الى الحاجة الراتبة اي الثابتة **قوله** وهو ما ذكرنا اي الحاجة الراتبة في الطعام والشراب والكسوة والركوب

قوله ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز اي من
جملة الحاجة الراتبة • اعلم ان الدهن في مال المضارب في قول ابي حنيفة وابي يوسف • وقال محمد الدهن في مال
المضاربة • وجه قولهما ان الدهن ليس مما ذكر في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولا تدعو اليه الضرورة فصار هو
كاجرة الطبيب • ووجه محمد ان الدهن يستعمل لمنفعة البدن وعينه نادرة كالطعام والشراب كذا ذكر الفقيه رحمه
في شرحه • وقال ابو الحسن الكرخي وليس في الخضاب رواية عن ابي يوسف ومحمد والظاهر انه كالحجامة • وروي
عن ابي يوسف انه سئل عن اللحم فقال كما كان ياكل **قوله** وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف • قال الامام
الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولا ينبغي له ان يسرف في النفقة وانما ينفق على المعروف عند التجار واذا جاوز ذلك
من الفضل **قوله** فاما الدواء ففي ماله اي قال في الجامع الصغير **قوله** في ظاهر الرواية ليس في ذكره
كثير فائدة لوجهين لان رواية الجامع الصغير وما ذكر فيه كله ظاهر الرواية ولانه ذكر بعد هذا • وعن ابي
حنيفة انه يدخل في النفقة فيفهم منه اشارة انه ظاهر الرواية لان كلمة عن تستعمل في غير ظاهر الرواية
فيما كان نادرا • وتلك الرواية عن ابي حنيفة رواها الحسن بن زياد **قوله** قال واذا ربح اخذ رب
المال ما انفق من راس المال • اي قال في الجامع الصغير وبيانه مر قبل هذا **قوله** فان باع المتاع مرابحة حسب
ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه • ولفظ محمد في الجامع الصغير قال عن
ابي حنيفة ما انفق على المتاع في الحملان يحتسب بذلك على المتاع وما انفق على نفسه لم يسع المتاع مرابحة عليه
والاصل فيه ان كل ما يوجب زيادة في راس المال حقيقة بان اشترى ثوبا فصبغه احمر او حكما بان الكرى والدواب
للمتاع لان القيمة تزداد بالنقل من بلد الى بلد يكون ملحقا في راس المال حقيقة فيرابح عليه ويقول قام
علي بكذا • او يقول اشتريته بكذا لان ما اشتراه به يكون كاذبا فيه وما انفق على نفسه لا يوجب زيادة
في المال لا حقيقة ولا حكما فلا يكون ملحقا براس المال والحملان اجر ما يحمل عليه من الدواب كذا في الديوان **قوله**
قال وان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع وهذه
من مسائل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف
فاشترى بها متاعا وقد كان صاحب المال قال له اعمل فيه برايك فلما اشترى المتاع حمله بمائة من عنده او قصره
بمائة من عنده قال فهو متطوع فيما صنع وليس من المائة شيء في راس المال • وان كان صبغ الثياب حمرا كان
شريكا بما زاد الصبغ في الثياب ولا يضمن الثياب الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • والاصل هنا ما ذكرنا
في اوائل كتاب المضاربة ان تصرفات المضارب ثلاثة اقسام قسم منها لا يملكه المضارب الا ان ينص عليه رب المال
وهو الاستدانة • فاذا عرفت ذلك قلنا اذا حملها بمائة من عنده فقد استدان على المضاربة بعدما استغرق
راس المال فلا ينفذ على رب المال ويكون متبرعا • وكذا اذا قصرها بمائة من عنده ولا يصير شريكا في المال لان
القصارة ليست بعين مال قائم في الثوب • واما اذا صبغها لم يهلك ذلك على المضاربة لما قلنا لكن لا يصبغ هو
ماله • الا ترى ان الغاصب لو قصر يضيع ماله ولو صبغ لا يضيع فهنا اولى • لوجه الوصف لو اصاب احمرا واصفرا
لم يكن بماله الا ان يا خذه فيخير رب الثوب ان شاء اخذ الثوب واعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة
لا يوم الاتصال بثوبه • وان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض فياخذ المضارب من الثمن ما زاد الصبغ فيه وما بقي يكون
على المضاربة ولا يكون على المضارب ولا يكون المضارب ضامنا للثياب لان رب المال قال له اعمل فيه برايك فثبت
له ولاية الخلطة والشركة ولولا ذلك كان لرب المال ان يضمنه • انما الاستدانة ولا يستفاد ولا بها الا بالتصريح
ولم يوجد كذا قال قاضي خان وغيره في شروح الجامع الصغير قال فخر الاسلام وحصل الجرح لان السواد نقصان عند
ابي حنيفة واما سائر الالوان فمثل الحمرة • يعني اذا صبغ الثياب سوادا كان كالقصارة سواء عند ابي حنيفة لان
السواد عنده نقصان وعندهما زيادة وهذا الاختلاف لاختلاف الزمان ولا يضمن النقصان الذي دخل في الثياب
بفعله لانه ماذون فيه بعقد المضاربة • الا ترى انه لو كان في يده فضل فصبغ الثياب سوادا فنقصها ذلك لم يضمن
فكذا اذا صبغها بماله نفسه كذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي • وقال في تجريد المحيط وان صبغها المضارب
بعصفر او زعفران او صبغ اخر يزيد في الثوب فان كان رب المال قال له في المضاربة اعمل فيه برايك فالمضارب
لا يضمن وان لم يقل له ذلك ضمن فاذا لم يقل له رب المال اعمل فيه برايك كان رب الثوب بالخيار فان شاء ضمن المضارب
قيمة ثوب ابيض يوم صبغه وان شاء اخذ الثياب واعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم اتصل بثوبه
كما في الغاصب • وهذا اذا لم يكن في مال المضاربة فضل • فاما اذا كان في مال المضاربة فضل فيعتبر ضمانه في
حصة المضارب من الثياب لا يضمنه • فان لم يفعل رب المال شيئا من ذلك حتى باع المضارب الثياب
جاز بيعه وبرئ من الضمان ولم يكن لرب المال ان يضمنه من البيع • واذا جاز بيعه ينظر بعد ذلك الى ان باعها
مساومة يقسم الثمن بين رب المال وبين المضارب على قيمة الثياب غير مصبوغة وعلى قيمتها مصبوغة فيتفاوت
ما بينهما يكون قيمة الصبغ حتى انه اذا كان قيمة الثياب غير مصبوغة الفا وقيمتها مصبوغة الفا ومائتان وبيعت

بالف ومائتين فالالف للمضاربة والمايتان للمضارب بدل صبغه ۰ وان باعها مرابحة فان هذا الثوب يقسم
على الثمن الذي اشترى المضارب الثياب وعلى قيمة الصبغ الذي صبغ المضارب الثياب به ۰ وفي المبسوط رجل
دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاكترى سفينة بمائة درهم والمال على حاله ثم اشترى بالالف كله وحمله
في السفينة فهو متطوع في الكرا ۰ ولو قال اشترى بتسعمائة منها طعاما وبقيت في يده مائة فاداها في الكرا لم
يكن متطوعا في الكرى وباعه مرابحة على الكرا **قوله** بخلاف القصارة والحمل متصل بقوله كان له حصة
الصبغ وقد مر البيان قال المطرزي قصر الثياب ان يجمعها القصار فيغسلها وحرفته القصارة بالكسر

فصل اخر

لما كان مسائل هذا الفصل متفرقة نحو هلاك المال ونحو بيع عبد اشتراه من
رب المال مرابحة ونحو جناية عبد المضاربة ذكرها في فصل على حدة **قوله** فان كان معه الف بالنصف
فاشترى بها بزا فباعه بالفين واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة
والمضارب خمسمائة ويكون ربع المال للمضارب وثلاثة ارباعه على المضاربة ۰ اي قال في الجامع الصغير
قالوا هذا جواب الحاصل يعني ان حاصل الضمان يجب هكذا ولكن الالفين في الابتدا يجبان جميعا على المضارب
ثم يرجع المضارب على رب المال بالف وخمسمائة لان المضارب هو المباشر للعقد واحكام العقد ترجع اليه
بيان ذلك ان المضارب لما اشترى بزا على المضاربة فلما باعه بالفين ظهر نصيب المضارب لان المال نض
فصار من جنس واحد فلما ظهر له فيه نصيب وهو الربع وهو اشترى بذلك جارية فهلك المال قبل النقد
وجب ضمان الربع عليه وثلاثة ارباعه على رب المال فيكون ربع الجارية للمضارب لان ربع الثمن له
وثلاثة ارباعها لرب المال فلما ملك المضارب ربعها بسبب ضمان ربع الثمن خرج ربعها من المضاربة لان مال المضاربة
امانة وبين الامانة والضمان منافاة وبقي ثلاثة الارباع على المضاربة لعدم المنافاة لان ضمان رب المال
لا ينافي المضاربة فيكون راس المال الفين وخمسمائة لان رب المال دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة فان اراد
ان يبيعها المضارب مرابحة باعها على الفين لان بيع المرابحة بيع بالثمن الاول وقد اشترى بالفين ۰ فان باعها باربعة
الاف كان ربع الثمن وهو الالف للمضارب خاصة يبقى ثلاثة الاف ياخذ منها رب المال راس ماله وهو الفان وخمسمائة
فاذا استوفى ذلك من ثلاثة ارباعه يكون الباقي وهو خمسمائة بين رب المال والمضارب نصفين لان ذلك القدر
هو الربح والبز متاع البزاز **قوله** على ما نبين اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته **قوله** لما بينا
اشارة الى قوله اذ هو النافذ **قوله** قال فان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه
اياه بالف فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة ۰ اي قال في الجامع الصغير صورة المسألة فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة ثم اشترى رب المال عبدا بخمسمائة فباعه اياه بالف
على كم يبيعه مرابحة قال على خمسمائة ۰ قال فان اشترى الذي اخذ المال مضاربة عبدا بالف فباعه من رب
المال بالف ومائتين قال يبيعه رب المال مرابحة بالف ومائة اذا كانت المضاربة بالنصف الى هنا لفظ محمد في
اصل الجامع الصغير واصل ذلك ما قال الولوالجي في شرح الجامع الصغير ان بيع المرابحة يبنى على الامانة ويمنع بشبهة
الخيانة كما يمنع بحقيقتها ۰ الا ترى ان بدل الصلح لا يباع مرابحة الا ببيان لشبهة الحط وكذا المشتري بنسيئة
لا يباع مرابحة بدون البيان لشبهة الزيادة بمقابلة الاجل ۰ فاذا اشترى رب المال بخمسمائة وباعه من
المضارب بالف والمضارب اشترى من رب المال لانه وكيله وبيع الانسان من نفسه باطل لكن لما كان حق المضارب
بمنزلة حق الاجنبي صح البيع وبقيت شبهة بطلان البيع فيبيعه مرابحة على الثمن المتيقن وهو خمسمائة ۰ فاذا اشترى
المضارب بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه رب المال مرابحة على الف ومائة لان العقدين وقعا
لرب المال ولم يتبع للمضارب عنده الا قدر ما يناله وفيما وقع لرب المال لا يعتبر الربح لشبهة بطلان العقد الثاني
وهذا اذا كان الشرط على النصف قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب المرابحة بين المضارب وبين رب
المال ۰ واذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم مضاربة فان باعه المضارب مساومة بينهما نصفان فاشترى
رب المال عبدا بخمسمائة درهم فباعه من المضارب مساومة باعه كيف شا لان بيع المساومة لا يتقيد بثمن
بل الثمن ما اتفقا عليه وقد اتفقا على القدر الذي ذكراه في العقد ۰ وان باعه مرابحة باعه على خمسمائة
درهم لان عقد المضاربة عقد امانة فيجب تنزيهه عن الخيانة وعن شبهة الخيانة والعقد الاول وقع لرب
المال والثاني كذلك لان شرا المضارب لا يخرج عن ملك رب المال الا انه صح العقد لزيادة فايدة وهي ثبوت
اليد والتصرف للمضارب فبقي شبهة عدم وقوع العقد الثاني فيبيعه مرابحة على الثمن الاول وذلك خمسمائة
درهم ۰ ولو كان رب المال اشتراه بالف فباعه من المضارب بخمسمائة باعه المضارب مرابحة على خمسمائة لان العقدين
وقعا لرب المال فيبيعه على اقل الثمنين احترازا عن شبهة الخيانة لما بينا ۰ ثم قال في شرح الكافي فاذا دفع
الرجل الى الرجل الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب بها عبدا فباعه من رب المال بالفي درهم باعه
رب المال مرابحة على الف وخمسمائة لانا نعتبر الثمن الاول وذلك الالف في حق رب المال وحصة المضارب من الربح

وذلك

وذلك خمسمائة درهم فيبيعه مرابحة على الف وخمسمائة درهم بيانه ان الالف خرج عن ملك رب المال في ثمن العبد فيعتبر
في بيع المرابحة ونصف الالف التي هي الربح ملك رب المال قبل البيع وبعده فلا يعتبر ۰ اما النصف الذي هو حصة المضارب
من الربح وهو خمسمائة درهم خرج عن ملك رب المال في ثمن العبد الى ملك المضارب حقيقة فاذا هذا العبد يعتبر **قوله**
وقد مر في البيوع اراد به ما ذكر في باب المرابحة بقوله واذا كان مع المضارب عشرة بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة
وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف ۰ وذلك لان في البيع الثاني شبهة العدم
فاعتبر عدما في حق نصف الربح ۰ وعند زفر لا ينعقد البيع بين رب المال والمضارب وقد مر ذلك ثمة **قوله**
قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطا فثلاثة ارباع الفدا على
رب المال وربعه على المضارب ۰ اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رجل دفع
الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها عبدا يساوي الفين فقتل العبد رجلا خطا قال الفدا عليهما ارباعا
ثلاثة ارباعه على رب المال وربعه على الذي اخذ المال مضاربة فاذا فدياه كان لرب المال ثلاثة ارباع العبد وللاخر
ربع العبد يخدم رب المال ثلاثة ايام والاخر يوما ۰ الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ۰ اعلم ان الدفع او الفدا
لا يكون الى المضارب خاصة بل يكون اليه والى رب المال جميعا لانهما ليسا من مقتضيات المضاربة اذ المقصود منها الربح
ولا يحصل الربح بالدفع او الفدا ويكون الخيار لهما جميعا ان شا فديا وان شا دفعا فاذا فعلا ايهما شا ابطل عقدهما
المضاربة ۰ اما في صورة الدفع فلانه فات مال المضاربة ۰ واما في صورة الفدا فنصيب المضارب بطل لان الضمان
ينافي عقد المضاربة ولان بالفدا يتقرر نصيب المضارب في العبد فيملكه وكان الفدا كالقسمة وبها ينتهي المضاربة
واما نصيب رب المال فلان العبد صار كالزايل عن ملكهما لان المجني عليه استحق العبد وبالفدا زال الاستحقاق فيه فيصير
بالفدا كالمشترى ابتدا ۰ ولو اشترياه ابتدا لا يكون على المضاربة فكذا هذا ويبقى العبد بينهما ارباعا يخدم للمضارب
يوما ولرب المال ثلاثة ايام وتمام البيان فيه ما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب جناية العبد من شرح
الكافي للحاكم الشهيد ۰ قال ولو اشترى المضارب بالف المضاربة عبدا قيمته الف درهم فجنى جناية خطا لم يكن للمضارب
ان يدفعه بالجناية لانه ملك رب المال والمضارب ملك التجارة ۰ وهذا ليس من باب التجارة فان فداه المضارب
كان متطوعا في الفدا لانه فعل ما لم يجب عليه وكان العبد على المضاربة ولانه لم يبق عليه شي من حكم الجناية ۰ ولو كان
رب المال حاضرا قيل له ادفعه او افده فان دفعه او ان تبع العبد ۰ وان اختار الفدا اخذ فلم يكن للمضارب عليه
سبيل لان المقصود من الفدا استخلاص العبد لنفسه وابقا الملك فيه وذلك ينفي انفساخ العقد ۰ فان اراد دفعه
فقال المضارب انا افديه ويكون على المضاربة لاني اريد ان ابيعه فاربح فيه كان له ذلك لانه قصد استبقا حق التصرف
لنفسه فلا اذ لا ضرر فيه بالمولى ۰ ولو كان المضارب غايبا لم يكن لرب المال ان يدفعه لانه في يد المضارب وانما له
ان يفديه لان بالدفع يفوت يد المضارب مقصودا ۰ بخلاف الفدا لانه يفوت العقد ضمنا ۰ ولو كان المضارب اشترى
ببعض المضاربة عبدا فجنى جناية خطا في يد المضارب من المضاربة مثل الفدا او اكثر لم يكن له ان يفديه بالمال الذي
في يده لانه ليس من التجارة وهو ماذون في التجارة ۰ ولو كان اشترى بالالف عبدا يساوي الفين فجنى جناية خطا
تحيط بقيمته او اقل منها لم يكن لواحد منهما ان يفديه حتى يحضرا جميعا لان الملك لهما فكان الفدا عليهما وايهما فداه فهو متطوع
به لما بينا ۰ فاذا حضرا خوطبا بالدفع او الفدا كما لو حضرا حالة الجناية ۰ فان اختارا الفدا فهو عليهما ارباعا
لان مونة الملك فتقدر بقدره ولا يبقى العبد على المضاربة بعد ما فداه مولاه لانه استخلصه لنفسه ۰ فان اختار المضارب
وحل الدفع دفع حصته وهو الربع ويخير رب المال في ثلاثة ارباع العبد بين الدفع والفدا لانهما على ملكه فكان الخيار
اليه وخرج العبد من المضاربة لما نقص من معنى الافراز والقسمة ۰ وكذا لو دفع رب المال ثلاثة ارباعه وفدى المضارب
ربعه صح وكان له ذلك لانه فدى ملك نفسه ووقعت القسمة بينهما لانه صار بالفدا مستخلصا نفسه كما لو اقتسما ابتدا وقال
الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال محمد اذا اشترى ببعض مال المضاربة عبدا يساوي الفا فقتله رجل عمدا فلا قصاص
فيه وذلك لان رب المال لو اقتص لم يصر مستوفيا لراس ماله بالقصاص لان القصاص ليس بمال ولا يجوز ان يقتص المضارب
لانه لم يتعين له فيه ملك ولا يجوز ان يجتمعا على القصاص لان حق كل واحد منهما غير متعين ۰ ولو كان اشترى بمال المضاربة
وهو الالف عبدا قيمته الف فقتل فلرب المال القصاص لانه ملكه لا حق للمضارب فيه الى ها هنا في شرح مختصر الكرخي **قوله**
لما بينا اشارة الى قوله ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه **قوله** والمضاربة تنتهي
بالقسمة ۰ بخلاف ما تقدم اشارة الى مسئلة اول الفصل وهو ما اذا ضاع الالفان بعد ما اشترى بهما عبدا حيث لا يخرج
العبد ثمة عن المضاربة بل يكون ثلاثة ارباعه على المضاربة كما كانت وربعه للمضارب خاصة وقد مر البيان ثمة
قوله بخلاف ما تقدم يعني ان دفع الفدا هنا كابتدا الشرا فيخرج العبد عن المضاربة ۰ بخلاف مسئلة اول الفصل
فان ثلاثة ارباع العبد لا تخرج عن المضاربة لان الواجب ثمة دفع الثمن فلا يكون كابتدا الشرا فيبقى المضاربة فيها
لعدم المنافاة ۰ بخلاف الربع فانه للمضارب خاصة وتبطل المضاربة فيه للمنافاة وقد مر البيان ثمة **قوله**
قال فان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلك يدفع رب المال ذلك الثمن وراس المال جميع ما يدفع

اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل دفع الى اخر الف درهم مضاربة فاشترى بها عبدا فلم ينقد الالف بعد الشرا حتى هلكت الالف قال على رب المال ان يدفع اليه الفا اخرى ابدا • فاذا دفعها المضارب الى البائع ثم باع العبد بربح كثير فراس المال جميع ما دفع اليه رب المال ثم يقتسمان الربح من بعد • قال فخر الاسلام وقوله ابدا من الجواهر وحاصل المسئلة ما قال الامام في شرح الجامع الصغير ان المضارب اذا هلك المال رجع مرة • فان هلك رجع اخرى فان هلك فكذلك لانه لم يكن له ايضا حتى يسلم الى البائع • والوكيل بالشرا اذا هلك الثمن قبل التسليم الى البائع • فان كان الثمن منقودا اليه فاشترى ثم قبض الثمن من الموكل فهلك الثمن قبل التسليم الى البائع يغرم من ماله ولم يرجع اصلا على الموكل لانه بين فعل الوكالة ان قبض الوكيل قبل الشرا بحق الامانة دون الاستيفا • فاذا هلك بعد الشرا وهو دائم على الامانة فرجع به على الموكل صار مستوفيا • ثم لا يرجع بعد ذلك اصلا والفرق بين المضاربة والوكالة ان الضمان لا ينافي الوكالة ولهذا لو وكل المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب يصير وكيلا ولا يخرج عن الضمان بمجرد الوكالة • حتى لو هلك المغصوب يجب الضمان عليه ولا يصير امينا وعقد الوكيل يوجب دينا للبائع على الوكيل وللوكيل على الموكل فاذا قبض من الموكل ثم بعد الشرا احتمل قبضه على جهة الاستيفا لا على جهة الامانة • فاذا استوفى حقه مرة لم يبق له حق اصلا • بخلاف المضارب فان الضمان ينافي المضاربة فلا يكون ضامنا بحال فيحمل قبضه على جهة الامانة لا على جهة الاستيفا فلو حمل على الاستيفا كان المضارب ضامنا وهو باطل • ولهذا رجع المضارب مرة بعد اخرى ما لم يسلم الى البائع قوله لو وقع الاستيفا على ما مر اشارة الى قوله لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشرا فجعل مستوفيا بالقبض بعده اي بعد الشرا اخر الاختلاف

فصل في الاختلاف

اي في الاختلاف بين رب المال والمضارب اخر الاختلاف لان الاصل عدم الاختلاف قوله فان كان مع المضارب الفان فقال قد دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فربح فيها الف درهم فقال المدفوع اليه المال دفعت الي الف درهم مضاربة وربحت فيها الفا على ان الربح بيننا نصفين • وقال رب المال دفعت الالفين مضاربة قال القول قول الذي اخذ المال مضاربة اي هذا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • قال الفقيه ابو الليث وهذا قول ابي حنيفة الاخر وهو قولهما • وفي قول ابي حنيفة الاول وهو قول زفر القول قول رب المال لان المضارب ادعى شركة في ذلك المال ورب المال ينكر فكان القول قول رب المال • الا ترى انه لو قال دفعت اليك بضاعة فالقول قوله • وجه قوله الاخر وهو قولهما لان الاختلاف وقع في مقدار ما قبض المضارب والمضارب انكر زيادة القبض لانه يقول لما قبضت منك الا الف درهم ورب المال يقول قبضت مني الفي درهم فالقول قول المضارب لانه انكر زيادة القبض فاذا لم يظهر الا قبض الالف فالالف الزائد يكون ربحا • الا ترى ان المضارب لو جا بالفي درهم وقال الف درهم مضاربة والالف درهم وديعة لفلان عندي • او قال الف درهم مضاربة والف درهم من خالص مالي ورب المال يقول لا بل الفا درهم راس المال والف درهم ربح فالقول قول المضارب بالاتفاق فكذا هاهنا كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير قوله وفي مثله القول قول القابض اي في مثل هذا الاختلاف في مقدار المقبوض واحترز بالاختلاف في المقدار عن الاختلاف في الصفة • فان القول فيه لرب المال كما اذا قال هي قرض او بضاعة وسيجي ذلك بعد هذا قوله ضمينا كان القابض او امينا كالمودع وذلك لانه اعرف بمقدار المقبوض • الا ترى انه لو قال لم اقبض شيا كان القول قوله • وكذلك اذا اعترف بقبض شي دون شي قوله ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال ذكر هذا تفريعا على ما تقدم • قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في باب الاختلاف من شرح الكافي • فان اختلفا مع ذلك فيما شرط له من الربح فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت لي النصف فالقول قول المضارب في راس المال وفيما شرط من الربح لانه يستفاد من قبله • ثم اذا اتهمها اي يحلف كل واحد منهما فيما جعلنا فيه القول قوله لم يبدا بيمين المضارب لانه ربما ينكل فيصير كل ما في يده راس مال كما يزعم رب المال فيستغني عن تحليف رب المال • فاما اذا كان المال زائدا على الالفين وظهر الربح يبدا ايضا بيمينه لان راس المال هو الاصل والربح متفرع عنه • فان اقاما البينة فالبينة بينة رب المال ويأخذ الالفين لانه المدعي لزيادة راس المال وقد اثبتها بالبينة • فان كان المال ثلاثة الاف كانت البينة بينة المضارب على ما ادعى من الربح في الالف الفاضلة عن الالفين لانه ادعى زيادة استحقاق في الربح بشرطه وقد اثبته بالبينة كذا في شرح الكافي قوله ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال هي بضاعة فالقول قول رب المال • وهي من مسايل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة وربح بها الفا فقال الذي اخذ المال مضاربة دفعت الي الف درهم مضاربة على ان الربح بيننا نصفين وربحت الفا وقال رب المال دفعت اليك الف درهم بضاعة وربحت فيها الفا قال القول قول رب المال اي هاهنا اصل الجامع الصغير • وذلك لانهما اتفقا على مقدار المقبوض الا ان المضارب ادعى عليه تقويم عمله • او ادعى الشركة او الشرط ورب المال ينكر فكان القول قوله قوله ولو قال المضارب اقرضتني وقال

رب المال هو بضاعة او وديعة فالقول قول رب المال والبينة بينة المضارب ذكره تفريعا على ما تقدم • قال القدوري في مختصر الكرخي • ولو قال المضارب اقرضتني المال والربح لي وقال رب المال دفعته اليك مضاربة او بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه التمليك • فان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت التمليك ولانه لا تنافي بين البينتين لجواز ان يكون اعطاه بضاعة او مضاربة ثم اقرضه • ولو قال المضارب دفعت الي مضاربة وقال رب المال اقرضتك فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على ان الاخذ باذن المالك ورب المال يدعي على المضارب الضمان فالقول قوله في نفسه • فان قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال وذلك لانه يثبت الضمان • وقال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا دفع الرجل الى الرجل مالا فربح فيه ربحا فقال القابض اقرضتني هذا المال وقال الدافع دفعته اليك بضاعة او قال مضاربة بالثلث • او قال مضاربة ولم اسم لك شيا • او قال اسميت لك مائة من الربح فالقول قول رب المال لانه في الاول ينكر استحقاق شي من الربح عليه وفي الثاني ينكر استحقاق زيادة على قدر ثلث الربح • وفي الثالث والرابع لم يقر له بشي من الربح فكان القول قوله • فان هلك المال في يد المضارب بعد هذا القول صار ضامنا للكل لانه بدل اليد لنفسه فصار غاصبا بعض كذا في شرح الكافي قوله ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الاخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب ذكر هذا تفريعا والاصل هنا ان الاصل في المضاربة العموم والاطلاق لا التخصيص • ولهذا لو قال خذ هذا الالف مضاربة بالنصف له اي تعمل في انواع التجارات • ولو لم يكن مقتضى العقد العموم لما صح الا بالتخصيص فاذا اختلفا فالقول قول من يدعي العموم لانه متمسك بالاصل الذي يقتضي العقد والاخر يدعي امرا زايدا لانه يدعي زيادة شرط فلا يقبل قوله فاذا اتفقا اي العقد وقع خاصا فالقول قول رب المال لانهما اتفقا على العقد وليس ظاهر العقد يدل على انه وقع على الخصوص فصار كالوكالة الخاصة اذا اختلفا فيها ان القول قول الموكل • وقال الكرخي في مختصره • وقال الحسن بن زياد القول قول رب المال في الوجهين جميعا • قال القدوري في شرحه ومن اصحابنا من قال انه قول زفر لان الامر مستفاد من جهة رب المال في الوجهين جميعا فالقول قوله في كيفه • فان اقاما بينة فالبينة بينة رب المال لانهم اذا شهدوا باطلاق المضاربة فشهود رب المال قد شهدوا بشرط زايد فشهادتهم اولى • فان قال رب المال دفعت في البز وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال في قولهم لانهما اتفقا على خصوص العقد لم يجز الرجوع الى ما يقتضيه العقد فكان القول قول من استفيد الاذن من جهته فان اقاما البينة فبينة المضارب اولى لانه ينفي الضمان عن نفسه وهو محتاج الى ذلك والاخر لا يحتاج الى ذلك • ولو تعارضت البينتان في صفة الاذن وقد وقتا فالوقت الاخير اولى لان الشرط الثاني ينقض الاول فكان الرجوع اليه اولى كما اذا قال رب المال دفعت اليك الثاني بز في رمضان • وقال المضارب دفعت الي الفا مضاربة في طعام في شوال واقاما بينة كان المضارب اولى • وقال في تجريد المحيط واعلم بان العموم في المضاربة لا يثبت بالتنصيص عليه بل يثبت بمقتضى لفظ المضاربة • واذا اختلفا على الوجه الذي ذكرنا وكان ذلك قبل التصرف كان القول قول رب المال ويجعل انكار رب المال العموم نهيا له عن العموم • ولو ثبت العموم بالنص او باتفاقهما ثم نهاه رب المال عن العموم قبل التصرف عمل نهيه فكذلك هذا • فاما اذا كان هذا الاختلاف بعد التصرف فالقول قول المضارب مع يمينه استحسانا وعلى رب المال البينة وفي الاستحسان احد علمائنا والقياس ان يكون القول قول رب المال مع يمينه والقياس احد زفر • وان كان رب المال يدعي العموم والمضارب يدعي الخصوص بعد التصرف فالقول قول رب المال قياسا واستحسانا • وعلى المضارب البينة فاجمعوا على انهما اذا اتفقا على الخصوص واختلفا في الجنس الذي وقع فيه الخصوص فقال رب المال اذنت لك في البز وقال المضارب اذنت لي في الطعام فكان هذا الخلاف بعد تصرف المضارب ان القول قول رب المال • ولو اقاما جميعا البينة فيما ادعى المضارب العموم ورب المال ادعى الخصوص او على العكس او وقتت البينتان ووقتا احديهما قبل صاحبتها فانه يقضي ببينة الذي تثبت الاخرى من الامرين • ولو لم توقت البينتان وقتا او وقتتا وقتا واحدا على السوا • او وقتت احديهما ولم توقت الاخرى ولم يعلم الاول من الاخر فانه يقضي ببينة الذي يدعي الخصوص • لان مدعي الخصوص اثبت ببينته ما ليس بثابت وهو تغيير العقد عن مقتضاه بشرط زايد فكانت به والله اعلم

كتاب الوديعة

مناسبة هذا الكتاب بما تقدم مرت في اول الاقرار ثم ذكر بعد العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة فلا تمليك وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وهو معنى اللزوم وما كان لازما اقوى واعلى مما كان ليس بلازم فكان في الكل الترقي من الادنى الى الاعلى فاول المبيت نظر ثم ترتيب • ثم اعلم ان عقد الوديعة مشروع مندوب اليه والدليل على ذلك قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وهو تعاون على البر لان فيه اعانة لصاحبها بحفظ ماله • وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من ابتلي بامانة فليؤدها ولا خلاف بين الامة في ذلك • وقد قال تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها • واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل ان الله نعما يعظكم به ان الله كان سميعا بصيرا • قال ابن مسعود الامانة في كل شي في الوضو

والصلاة والصوم والزكاة وغسل الجنابة في الكيل والوزن واعلم ان ذلك الودايع كذا في التيسير **قوله** قال
الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها . اي قال القدوري في مختصره وهذا من قبيل حمل الخاص على العام
وهو جايز كما في قولك الانسان حيوان ولا يجوز عكسه لان الوديعة عبارة عن كون الشي امانة باستحفاظ صاحبه
عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد كما اذا هبت الريح والقت ثوب انسان في حجر غيره يكون ذلك امانة
عنده ولكن بلا قصد فعلى هذا معنى قوله الوديعة امانة اي غير مضمونة اذا هلكت من غير . وانما لم يلزمه الضمان
لما حدث الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال حدثنا الحضرمي قال حدثنا كامل بن طلحة قال حدثنا ابن لهيعة
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ومن استودع وديعة فلا ضمان عليه . وذكر
الكرخي ايضا باسناده الى عمر بن الخطاب قال العارية بمنزلة الوديعة لا يضمن صاحبها الا ان يتعدى . وروى
الكرخي ايضا باسناده الى محمد بن الحنفية عن علي رضي الله عنه قال لا تضمن العارية انما هو المعروف الا ان يخالف
وروى الكرخي ايضا وقال حدثني الحضرمي قال حدثنا محمد بن العلا قال حدثنا ابو معوية عن شيبان عن جابر عن
عامر عن الحسن قال ادركت ثمانين من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ما رايتهم يضمنون الودايع . وروى ايضا
باسناده الى شريح قال كان يقول من استودع فاودعها غيره بغير اذن اهلها فقد ضمن ولان الناس تقع بهم الحاجة
كثيرا الى ان يستعينوا بالغير في حفظ اموالهم . فلو لزم الضمان من غير تعد لامتنعوا عن القبول وتعطلت المصالح وفيه
من الحرج ما لا يخفى على احد والحرج مدفوع شرعا **قوله** لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على
المستودع غير المغل ضمان فيه نظر لان ابا عبيد جعله من كلام شريح في غريب الحديث حيث قال في حديث النبي صلى الله
عليه وسلم في صلح الحديبية حين صالح اهل مكة وكتب بينه وبينهم كتابا فيه ان لا اغلال ولا اسلال وان بينهم عيبة
مكفوفة . قال ابو عمرو الاسلال السرقة يقال في بني فلان سلة وخيانة . ومنه قول شريح ليس على المستعير غير المغل ضمان
ولا على المستودع غير المغل ضمان يعني خاين . قال النمر بن تولب يعاتب امراة حرة في بني كرهة منها جزى الله عنا حمزة ابنة نوفل
جزاء مغل بالامانة كاذب كذا ذكره في غريب الحديث . وذكر الفقيه ابو الليث السمرقندي رحمه الله في خزانة الفقه
لا ضمان على المودع الا في ثلاثة اشياء التقصير في حفظها ولو خلطها بماله ومنعها من مالكه بعد الطلب ثم قال فيها اربعة
نفر يجوز للمودع دفع الوديعة اليهم ولا يضمن عند تلفها الزوجة والولد والمملوك والاجير . ثم قال فيها شيان
لا يوجبان الضمان مع الخلاف اذا قال لا تدفع الى زوجك فدفع اليها وتلف او قال احفظها في هذا البيت فحفظها
في بيت اخر من تلك الدار **قوله** قال وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله . اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة
فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى . الى هنا لفظ المختصر . وانما كان له ان يحفظها بيده وبيد من في عياله لان
المالك رضي بذلك لانه اراد ان يحفظها كما يحفظ مال نفسه والانسان يحفظ عادة بيده وبيد من في عياله لان المالك
رضي بذلك لانه اراد ان يحفظها كما يحفظ مال نفسه لكن فكان المالك راضيا بحفظ من في عياله . ولان المودع لا يمكنه
من الحفظ بنفسه دايما عادة لانه ربما يخرج من بيته فيبقى جميع ما في البيت في يد من هو فيه فكان كاستحفاظ
المودع استحفاظ من في عياله فكان المودع ماذونا في الحفظ بنفسه وبمن في عياله دلالة فلا يضمن اذا هلكت
الوديعة عند من في عياله . وقال الشافعي رحمه الله يضمن الا ان يستحفظهم استعانة من غير ان يغيب عن عينه
واستدل بانه لو اودع وديعة بغير اذن صاحبها من غير حاجة لزمه الضمان كما اذا اودعها من اجنبي . والجواب
عن الدليل الاول ان ذلك ليس بايداع وانما هو استخدام واستحفاظ يبين ذلك ان المودع يزيل يده عن يد المودع
وههنا يده غير منزوعة عنه وحرزهم حرز واحد فصار كما لو وضعها في بيت ثم استحفظ اهل البيت فظهر الفرق بين الاجنبي
ومن في عياله . قال في شرح الطحاوي الذين هم في عياله الذين يسكنون معه ويجب عليه نفقتهم من اجيره وغلامه
وامراته وولده وغيرهم . وهذا اذا لم ينهه صاحب الوديعة عن الدفع الى من في عياله . فاما اذا نهاه عن ذلك
ثم دفع وضاعت الوديعة فانه ينظر ان كان يجد بدا من دفعها اليه فانه يضمن . وان كان لا يجد بدا من دفعها
اليه فلا ضمان عليه كذا في شرح الطحاوي . وقال في الفتاوى الصغرى وتفسير من في عياله في هذا الحكم ان يساكن
معه سوا كان في نفقته او لا . ونقله عن وديعة النوازل والواقعات . والمراد من الاجير اجير المشاهرة والمسانهة
دون المياومة كذا في خلاصة الفتاوى . وذكر في الواقعات الحسامية في باب الوديعة بعلامة النون امراة
اودعت وديعة فدفعت الى زوجها لا تضمن وان لم يكن الزوج في عيالها . لان العبرة في هذا الباب للمساكنة
دون النفقة . الا ترى اذا كان معها ابنا كبيرا وليس في عيالها تخرج من المنزل وتركت المنزل على الابن لا يضمنان رجل
اجر من داره بيتا انسانا فدفع الوديعة الى هذا المستاجر فهذا على وجهين . اما ان كان لكل واحد منهما
غلق على حدة او لم يكن وكل واحد منهما يدخل على صاحبه بغير حشمة ففي الوجه الاول يضمن لانه ليس في عياله ولا بمنزلة
من في عياله . وفي الوجه الثاني لا لانه بمنزلة من في عياله . وقال فيها في هذا الباب ايضا ولو دفعها الى رجل
يجري عليه نفقته كل شهر يعني يريد به اذا كان يجري على نفقته لكن لا يسكن معه . ويقال بالفارسية اجراخوار لان

هذا

فهذا ليس في عياله لانه غير ساكن معه . رجل له امراتان ولكل واحدة منهما ابن من غيره يسكن معه وينفق عليهما
فهما في عياله لانه وجد نفسه من في عياله وهو كونه ساكنا معه . وقال في خلاصة الفتاوى الثيابي اذا ترك
ثياب الناس في الحمام وخرج عن الحمام وترك خلفه في الحمام وذهب فضاع ثوب الرجل لا يضمن بمنزلة الركاب . وقال
[illegible] الجامع الكبير المودع لو دفع الوديعة الى عايلة يعني الى الذي المودع في عياله لم يضمن قال الامام الزاهد
العتابي وهذه الرواية لم توجد الا في هذا الكتاب . يعني في الجامع الكبير . وقال في الولوالجي ولو وضع الثياب
في الحمام بمراى عين صاحب الحمام ولم يقل شيئا باللسان ودخل الحمام لم يكن للحمام ثيابي وهو الذي يقال له بالفارسية
جامه دار يضمن صاحب الحمام لان وضع الثياب بمراى عينه استحفاظ منه وان كان للحمام ثيابي حاضر لا يضمن صاحب
الحمام لان هذا استحفاظ للثيابي دلالة في اي موضع يضع الا اذا نص على استحفاظ صاحب الحمام . بان قال لصاحب
الحمام اين اضع هذه الثياب فحينئذ صار صاحب الحمام مودعا وان كان ثمة ثيابي يضمن ما يضمن المودع **قوله**
فان حفظها بغيرهم او اودعها بغيرهم ضمن هذا لفظ القدوري وذلك لان المالك لم يرض بحفظها بيد من ليس في عيال
المودع لان الايدي تتفاوت في الحفظ والامانة فلا جرم يضمن اذا اودعها غيرهم الا اذا وقع حريق غالب يخاف منه
على الوديعة فيلقها الى جاره . او كان المودع في سفينة فيها يخاف الغرق واللصوص وما اشبه ذلك فدفعها الى غيره لا
يضمن لانه مامور بالحفظ من جهة المالك ولا طريق للحفظ في مثل هذه الحالة الا بالدفع الى غيره وكان ماذونا في الدفع
دلالة فلا يضمن . قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال ابو يوسف ولا يصدقه على العذر حتى يقيم البينة
ثم قال وكذلك قياس قول ابي حنيفة وذلك ان الايداع سبب للضمان فاذا ادعى سقوط الضمان للضرورة لم يقبل
قوله كما لو ادعى ان المالك اذن له في الايداع . وقال في خلاصة الفتاوى فان دفع لضرورة بان احترق بيت
المودع فدفعها الى جاره لا يضمن وكذا فيما يشبه هذا ثم قال فيها شمس الايمة الحلواني في صلح الاصل هذا اذا لم يجد
بدا من الدفع الى الاجنبي . اما اذا امكنه الدفع الى من في عياله فدفعها الى الاجنبي يضمن . وقال الامام خواهرزاده في
كتاب الصلح ايضا هذا اذا كان الحريق غالبا احاط بمنزل المودع . اما اذا لم يكن محيطا يضمن بالدفع الى الاجنبي ونقل
في الخلاصة عن المنتقى ان علم انه وقع الحريق في بيته قبل قوله والا فلا **قوله** ولان الشي لا يتضمن مثله كالوكيل
لا يوكل غيره لا يقال ينتقض هذا بالمستعير والعبد الماذون والمكاتب حيث يكون لهم الاعارة والاذن والكتابة
لان المستعير مالك المنفعة والماذون يتصرف بحكم المالك فيملك التمليك وكذا المكاتب **قوله** والوضع في حرز غيره
ايداعه يعني يضمن بالوضع في حرز غيره كما يضمن بالايداع الا اذا استاجر بيتا يحرز فيه متاعه فوضع الوديعة فيه لا
يضمن لانه حرزه حيث استاجره وان كان ملكا للغير **قوله** الا ان يقع في داره حريق اي نادر وهذا استثنا
من قوله ضمن وقد مر البيان انفا **قوله** فان طلبها صاحبها فحبسها عنه وهو يقدر على تسليمها ضمن اي قال
القدوري في مختصره والاصل في ذلك ان رد الوديعة الى صاحبها واجب لقوله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا
الامانات الى اهلها وقوله تعالى فان امن بعضكم بعضا فليؤد الذي اوتمن امانته فاذا كان الرد واجبا بحكم الشرع
ولم يرد بعد الطلب يكون ممتنعا عن الحفظ متعديا في امساك المال بغير اذن صاحبه فيضمن وكذا قالوا ان الواجب عليه
التمكين من اخذها دون حملها الى صاحبها . قال في شرح الطحاوي وكذلك لو جحد الوديعة ثم اقر بها صارت مضمونة
عليه ولا يبرا من ضمانها الا بالتسليم الى صاحبها . بخلاف المودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك الخلاف وعاد الى الوفاق
ارتفع الضمان عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يرتفع كالجحود **قوله** قال فان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها
اي قال القدوري في مختصره وقال محمد في كتاب [illegible] من الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اودع رجلا
الف درهم فخلطها بالف درهم اخرى قال الالف دين على المودع وليس لصاحبها الذي اودعها عليه سبيل . وقال ابو
يوسف ومحمد يشتركان ان شا قالوا في شروح الجامع الصغير هذا اذا خلطها من غير اذنه . فاما اذا كانت باذنه
فجواب ابي حنيفة لا يختلف بل ينقطع الملك بكل حال . وروي عن ابي يوسف انه جعل الاقل تابعا للاكثر . وقال محمد هو
يشترك بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده كما في الرضاع امراتان حلبتا لبنهما في قدح وصب ذلك في حلق صبي هو
عند ابي يوسف العبرة للاكثر . وعند محمد يثبت الرضاع منهما والحاصل هنا ما قالوا في شروح الجامع الصغير ان الخلط
على اربعة اوجه خلط بطريق المجاورة مع امكان التمييز كخلط الجوز باللوز والدراهم البيض بالسود وانه لا ينقطع
حق المالك بالاجماع لتيسر الوصول الى عين حقه . والثاني خلط بطريق المجاورة على وجه يتعذر التمييز كخلط الحنطة
بالشعير وذلك يقطع حق المالك في بعض الروايات لان الحنطة لا تخلو من حبات الشعير وكذا الشعير لا يخلو عن حبات
الحنطة فيتعذر التمييز حقيقة والتمييز حكما وهو القسمة المعتبرة ايضا لاختلاف الجنس فكان الخلط استهلاكا . والثالث
خلط بطريق الممازجة في خلاف الجنس كخلط الدهن بالخل ونحوه وانه يقطع حق المالك . وعندهما يتخير المالك
بالاجماع لتعذر الوصول الى عين الحق . والرابع الحنطة بالشعير والدراهم البيض بالسود فعند ابي حنيفة يقطع حق
المالك وعندهما يتخير المالك ان شاء ضمنه مثله وان شاء شاركه في المخلوط لان التمييز والوصول الى عين الحق
ان تعذر من حيث الحقيقة لم يتعذر من حيث الحكم بالقسمة فيمتنع الهلاك والقسمة فيما يكال او يوزن افراز وتمييز

بالاجماع حتى ينفرد كل واحد من الشريكين ان ياخذ حصته من غير قضاء ولا رضا • ويملك كل واحد منهما ان يبيع نصيبه
مرابحة على نصف الثمن فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيتخير ان شاء مال الى جانب الهلاك وضمنه القيمة
اخذا بالوجه الذي هو مستهلك • وان شاء اخذ بالوجه الذي هو غير مستهلك وشاركه • ولابي حنيفة ان الجنس
بالجنس لا يحتمل التمييز فكان استهلاكا لانه يمنع المالك عن الانتفاع بحقه فينقطع الحق الى الضمان كما في الخلط بخلاف
الجنس على وجه يتعذر التمييز • وما قالا من القسمة لا تصلح مانعا من الهلاك لان القسمة من ضرورات الشركة
فلا تصلح علة للشركة اعني ان القسمة حكم الشركة فلا يكون علة للشركة لانه حينئذ ينقلب العلة حكما والحكم علة وهو
فاسد **قوله** وخلط الخل بالزيت بالخاء المهملة كذا السماع وهو دهن السمسم **قوله** ومن هذا القبيل خلط
الحنطة بالشعير في الصحيح اي من قبيل انقطاع حق المالك • وقوله في الصحيح احترازا عن رواية الحسن قال شمس
الائمة البيهقي في كتاب الغصب من الكفاية روى الحسن في مسئلة خلط الحنطة بالشعير عن ابي حنيفة مثل قولهما
قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه
قوله قال وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها اي قال القدوري في مختصره وذلك
لان الوديعة اذا تلفت بغير فعل المودع لا يضمن فكذا اذا اختلطت لانه وقع في نسخة المصنف هكذا • لانه لو لم
يوجد التعدي منه لم يوجد التعدي منه • قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي فان انشق الكيس في صندوقه
فاختلطت بدراهمه فلا ضمان عليه وهما شريكان • وان هلك بعضها هلك من مالهما جميعا ويقسم الباقي بينهما
على قدر ما كان لكل واحد منهما • يعني اذا كان لاحدهما الف وللاخر الفان يقسم الباقي بينهما على قدر ما كان
اثلاثا لانه اختلط بمال الاخر خلطا لا يمكن التمييز بينهما فثبتت الشركة بينهما حيث لم يجب الضمان لعدم التعدي
فيجري ملك كل واحد منهما في بعضه • قال الولوالجي في فتاواه هذا اذا كان الدراهم صحاحا او مكسرة فان كان
دراهم احدهما صحاحا ودراهم الاخر مكسرة لا تثبت الشركة بينهما بل يميز كل واحد منهما فيدفع الى المودع ماله ويمسك
المودع ماله لنفسه لانه يمكن التمييز بينهما • واذا كان مال احدهما دراهم صحاحا جيادا وفيها بعض الردي ودراهم
الاخر صحاحا زيوفا وفيها بعض الجياد تثبت الشركة بين المالين لان هذا خلط لا يمكن التمييز بينهما • ثم كيف يقتسمان
ان تصادقا ان ثلثي مال احدهما جياد وثلثه ردي وثلثي مال الاخر ردي وثلثه جيد يقتسمان الجياد من المال
المختلط اثلاثا والردي اثلاثا على قدر ما كان لكل واحد منهما وان لم يتصادقا وكان لا يعرف وادعى
كل واحد منهما ان ثلثي ماله جياد وثلثه ردي ومال صاحبه ثلثاه ردي وثلثه جيد ياخذ كل واحد منهما
ثلثه وذلك الثلث في ايديهما في يد كل واحد منهما على دعوى صاحبه فان حلفا برئا عن الدعوى ويترك
المال في ايديهما كما كان • وان نكلا قضى لكل واحد منهما بنصف الثلث وهو سدس الكل الذي في يد صاحبه
وكذلك ان قامت لهما جميعا البينة • وان حلف احدهما ونكل الاخر برئ الحالف ويرد الناكل نصف الثلث
وسدس الكل الذي في يده الى صاحبه • وقال الحاكم الشهيد وان فعل ذلك انسان في بيته من عياله من صغير
او كبير او مملوك او اجنبي فلا ضمان فيه على المستودع والضمان على الذي خلطها وان لم يجب الضمان على المودع لانه
لم يوجد منه التعدي ويجعل من في عياله كمثله فيما فيه ضرورة وهو الحفظ لا في حق الاستهلاك ووجب
الضمان على الخالط لان سبب الضمان وهو الاستهلاك وجد منه **قوله** قال فان انفق المودع بعضها
ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان البعض الذي انفقه يجب
عليه ضمانه بالاتلاف والبعض الباقي يجب ضمانه ايضا لان المردود ماله وقد خلطه بالوديعة والخلط
استهلاك لانه لا يمكن التمييز فلذلك ضمن الجميع • قال الولوالجي في فتاواه وان كانت الوديعة دراهم
او دنانير او شيئا من المكيل والموزون فانفق طائفة منها في حاجته كان ضامنا لما انفق منها لانه اتلف
بالانفاق ولا يضمن ما بقي لانه لم يتلف فاذا جاء بمثل ما انفق وخلط بالباقي صار ضامنا لجميعها ما انفق بالاتلاف
وما بقي من الخلط • هذا اذا لم يجعل ما له علامة حين خلط بمال الوديعة • اما اذا كان ثمة علامة
لا يضمن سوى ما انفق لامكان التمييز **قوله** قال واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة
فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده برئ عن الضمان
عندنا • خلافا لزفر والشافعي • كذا في شرح طريقة الخلاف • وقال في التحفة وفي المستاجر والمستعير
اذا خالفا ثم تركا الخلاف برئا عن الضمان • وعند بعضهم هذا بمنزلة المودع كذا في التحفة • وقال في خلاصة
الفتاوى في الاجارة والاعارة الاصح انه لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق • واختلف المشايخ في
ان العين بالخلاف هل يدخل في ضمانه ام لا قال بعضهم لا يدخل في ضمانه حتى لو هلك في حالة الخلاف لا يضمن
واليه ذهب الفقيه ابو جعفر الهندواني والصحيح انه يدخل في ضمانه بالخلاف فان محمدا نص في الكتاب
انه اذا هلك في حالة الخلاف واختلفا في القيمة فالقول قول المودع والبينة بينة المالك كذا ذكر الامام
علاء الدين العالم في طريقة الخلاف • وقال في الطريقة البرهانية الاصح ان العين يدخل في ضمانه لان

محمدا ذكر في لفظ البراءة والبراءة انما تكون بعد الوجوب • وجه قولهما ان عقد الوديعة ارتفع بالخلاف لانه
الخلاف خيانة والوديعة امانة وبين الامانة والخيانة منافاة فلا يجتمعان فلا يبرأ عن الضمان لانه لو برئ انما
ان يبرأ بالابراء او بالرد الى المالك او بالرد الى نائب المالك ولم يوجد واحد من هذه الاشياء فلا يبرأ عن الضمان
والحاصل انهما اعتبرا الخلاف فعلا بالخلاف قولا فانه اذا جحد الوديعة ثم اقر لا يبرأ عن الضمان فكذا هنا • ولنا
ان الامر بالحفظ باق بعد الخلاف لاطلاق الامر لانه لم يختص بوقت دون وقت • ولهذا يملك امساكها على التابيد
فاذا كان الامر باقيا وحكمه لزوم الحفظ المامور به وقد عاد الى الوفاق كان حافظا بحكم الامر فيبرأ عن الضمان
لانه بالوفاق حصل الرد الى نائب المالك وهو المودع المامور رعاية ما في الباب انه بالخلاف فوت الامتثال وهذه
الامر ليس بموقوف على وجود الامتثال فوقوع الامتثال في المستقبل كيف يعدمه • ولا يكون الخلاف ردا للامر لا من حيث
البينة ولا من حيث الدلالة • الا ترى ان امر صاحب الشريعة لا يبطل بالخلاف فاذا كان الامر باقيا وعاد الى
الوفاق حال قيام الامر زال الضمان وارتفاع حكم العقد الذي هو لزوم الحفظ المامور به حالة الخلاف ضرورة هو
ثبوت نقيضه وهو تفويت الامتثال لا بتصرف وجد من المودع برفع العقد وابطاله • والثابت بالضرورة
يتقدر بقدر الضرورة فكان الارتفاع مقتصرا على القدر الذي وجد الخلاف وفات الموجب لا غير فيبرأ عن الضمان
بالعود الى الوفاق • والدليل ان الخلاف لا يبطل الامر ان من وكل رجلا ببيع عبد فاعتقه او رهنه او باعه
بثمن يسير وقد امر ان يبيعه باكثر من ذلك لا يجوز ما فعله لانه خالف وتعدى ومع هذا لا يبطل الامر حتى لا
يمنعه من بيعه في الثاني بالثمن الذي كان امره به هذا الذي قلنا من بقاء الامر ظاهر فيما اذا كان الامر مطلقا
اما اذا كان موقتا بما بعد الوقت فكذلك لان الامر انما يثبت بالتنصيص بقوله احفظ هذا المتاع شهرا
وذلك المؤقت قائم حال الخلاف لانه كان قائما قبل الخلاف • ثم ادعى الارتفاع بالخلاف فعليه الدليل
فاذا كان قائما فبالعود الى الوفاق حصل الرد الى نائب المالك فبرئ عن الضمان غاية ما في الباب انه
بالخلاف دخل العين في ضمانه ولكن موقتا الى غاية الرد بدليل قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد
فاذا وجد الرد الى نائب المالك انتهى الضمان وزال • والتحقيق في المسئلة ان الخلاف ليس برافع للامر وضعا
وليس بضاد له شرعا بيان الاول ان الخلاف اثره في لبس الثوب وركوب الدابة وليس موضوعا لرفع الامر • وبيان الثاني
ان الخلاف اثره في تفويت الحفظ المامور به وتفويت الحفظ لا ينافي الطلب بل يحقق شرط الطلب لان الطلب ابدا انما
يكون في المعدوم لا في الموجود • فاذا كان شرط الطلب كيف يكون منافيا للطلب • فان قلت سلمنا ان الخلاف
ليس برافع للامر وضعا ولا دلالة ولكن لم قلت بانه لا يتضمن معنى ذلك المعنى يقتضي انفساخ العقد • بيانه ان المودع
للبس من المودع تمليك المنافع والمودع يكون هذا عقد الاعارة لان الاعارة تمليك المنفعة وبالخلاف استرد ما اعار
لانه كان حافظا لمالكه والان صار حافظا لنفسه واذا صار حافظا لنفسه يكون قابضا لنفسه فلا يكون قابضا
لمالكه وصار هذا كما اذا كانت العارية عينا فاسترد تنفسخ • قلت لا نسلم ان المودع معير بدليل انه يملك بقول
الوديعة من اشاء شيئا ولو كان معيرا لما ملك ولئن سلمنا انه معير ولكن لا نسلم ان الخلاف استرداد ما اعار
سلمنا انه كان حافظا لمالكه فصار حافظا لنفسه ولكن نقول قبض العارية انما يوجب انفساخ العقد باعتبار العجز
والعجز هنا ليس بثابت فان القدرة قائمة والجواب عن مسئلة الجحود فنقول روي عن ابي يوسف في شرح الطحاوي انه
اذا جحد الوديعة في حالة غيبة المودع لا يضمن فنقول لا نسلم انه يضمن اذا عاد الى الوفاق • ولئن سلمنا فنقول
ان الجحود فسخ للعقد لانه انكار من الاصل • ولهذا اذا تجاحد المتبايعان انفسخ البيع بينهما فكان الجحود كناية
عن الفسخ فاذا انفسخت الوديعة بالجحود لم تعد الى العقد حيث لم يوجد فلم يزل الضمان بالاقرار بعد ذلك
بخلاف خلاف المودع مع الاعتراف لانه لا يزول الامر بالحفظ فاذا عاد الى الوفاق زال الضمان بزوال السبب • واما
مسئلة العارية فالجواب عنها على التفصيل ان استعار ذاهبا وجائيا برئ عن الضمان والعقد فيه انه اذا استعار
ذاهبا لا جائيا فاذا بلغ المكان انتهى العقد فاذا جاوز دخل العين في ضمانه فاذا عاد لا يبرأ والامر ليس بباق فلا
يبرأ عن الضمان • واما اذا استعار ذاهبا وجائيا فان ذلك المكان لا ينهي العقد فاذا جاوز دخل العين في ضمانه
فاذا عاد عاد والامر باق فيبرأ عن الضمان • وخرج الجواب ايضا عن مسئلة الاجارة على هذا الوجه هذا اذا قيل ان
المستاجر والمستعير كالمودع والجواب على الاصح ان يد المستاجر لنفسه لا للمالك فلو عاد الى الوفاق لم يرد الى المالك
ولا الى نائبه وكذلك المستعير لان يده لنفسه لا للمالك بخلاف المودع فان يده يد المالك لانه نائبه لقيام الامر
والباقي يعلم في نسخة طريقة الخلاف خصوصا في طريقة البرهانية المطولة اعني طريقة الصدر الكبير البرهان
الاجل صاحب المحيط ابي محمد عبد العزيز بن عمر ابن ابي سهل المعروف بمازه البخاري رحمه الله **قوله** فاذا ارتفع
اي نقض حكم العقد ارتفع بالعود الى الوفاق ونقضه تفويت الامتثال والنقض الذي يلزم من وجوده ارتفاع
ما يقابله ومن ارتفاعه وجود ما يقابله عاد حكم العقد وهو لزوم الحفظ المامور به **قوله** فحصل الرد الى
نائب المالك وهو المودع فيبرأ عن الضمان **قوله** قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها • اي قال القدوري

في مختصره وتمامه فيه • فان عاد الى الاعتراف لم يبرا عن الضمان فبدا بالجحود عند الطلب لانه اذا جحد عند صاحبها
لابنا على الطلب لا يضمن حكي في خلاصة الفتاوي عن شيخ الامام السرخسي اذا جحد الوديعة في وجه المالك لابنا على
الطلب من المالك بان قال المالك ما حال وديعتي ليشكره على الحفظ فقال ليس له عندي وديعة لا يضمن في قول ابي
يوسف • ويبدا بالجحود عند صاحبها لانه اذا جحدها عند الاجنبي لا يضمن قال الولوالجي في فتاواه رجل قال للمودع
انسان هل عندك مال فلان فقال لا لا يضمن لان الجحود حال غيبة المالك ليس مبطلا للعقد • وقال في شرح الطحاوي
ولو جحد الوديعة في حالة غيبة المودع روي عن ابي يوسف انه لا يضمن وعند زفر يضمن ذكر في المختلف في باب
زفر اذا قال اجنبي للمودع اعندك وديعة فلان فقال لا ضمن وعندنا لا يضمن له ان جحد الوديعة يضمن كما لو كان هو
المالك حاضرا وكما لا استهلاك عند غيبته • ولنا ان جحود الوديعة عند الاجنبي من تمام الحفظ لانه ربما يخاف
على الوديعة من جهته فلا يكون سببا للضمان • بخلاف حال حضرة المالك ثم بالاعتراف بعد الجحود عند المالك
لا يبرا عن الضمان الا بالتسليم اليه لان المودع لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ لان المودع كان وكيلا بحفظ
الوديعة والعزل فسخ من جهة المالك • فاذا جحد الوديعة بحضرة صاحبه حصل الفسخ من جهته ايضا لان انكار
من الاصل فسخ تبوت النفي في بدل لا على وجه الامانة فصار كقبض الغصب • ثم بعد ارتفاع العقد لا يبرا من
الضمان بالاعتراف لان العقد لا يعود الا بالاستيناف ولم يوجد • والجحود قد يكون فسخا كما في جحود الوكيل
الوكالة بحضرة صاحبه وكما في منكر مدعي البيع اذا تجاحدا كان ذلك فسخا للبيع بخلاف خلاف المودع فعلا اذا
وافق حيث يبرا عن الضمان لقيام الامر وعدم بطلان العقد • وقال في كتاب من الاجناس فاما المودع اذا جحد
الوديعة قال شيخنا ابو عبد الله الجرجاني يقول انه على وجهين ان نقل الوديعة عن الموضع الذي كان فيه حالة
جحوده وهلكت ضمن وان لم ينقلها عن موضعها حتى هلكت لا يضمن • ونقل في خلاصة الفتاوي عن المنتقى اذا كانت
الوديعة او العارية مما يحول يضمن بالجحود وان لم يحولها • وقال في اول كتاب الوديعة من الاجناس الامانة
تنقلب مضمونة بالموت اذا لم يبين الا في ثلاث مسائل • احدها متولي الاوقاف اذا مات ولم يعرف حال غلتها
التي اخذها ولم يبين لا ضمان عليه ذكره في كتاب الوقف لهلال البصري • والثانية السلطان اذا خرج الى الغزو
وغنموا فاودع بعض الوديعة بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من اودع لا ضمان عليه ذكره في السير الكبير
والثالثة احد المتفاوضين في يده مال الشركة ومات ولم يبين لا ضمان عليه ذكر في كتاب السير الاصل • وذكر
في الواقعات في باب الوديعة بعلامة النون المودع اذا قال دفنت الوديعة في مكان كذا ونسيت موضعها
فهذا على وجهين • اما ان قال دفنتها في داري او في كرمي او في موضع اخرى ففي الوجه الاول والثاني لا يضمن
اذا كان للدار والكرم باب لانه ليس بتضييع • وفي الوجه الثالث يضمن لانه تضييع وذكر في هذا الباب ايضا اذا
قال المودع سقطت مني الوديعة فضاعت لا يضمن لانه ليس بتضييع • وذكر في هذا الباب ايضا اذا قال • ولو قالت
اسقطت يضمن لان هذا تضييع • ونقل في الاجناس عن نوادر ابن رستم اذا ادعى المستودع ضياع الوديعة منذ
عشرة ايام فقال صاحب الوديعة انا اقيم البينة انها كانت في يده منذ يومين فقال المستودع وجدتها بعد
ذلك فضاعت صدق • فان قال حين خوصم ليس له عندي وديعة ثم قال وجدتها فضاعت ضمن وكتبنا
هذه المسائل تكثيرا للفوائد قوله لجحود الوكيل الوكالة يعني بحضور من الموكل • وذلك لانه ترك الالتزام
فكان فسخا • ونقل في الاجناس عن نوادر ابن سماعة عن محمد اذا وكل ثم قال لم اوكله لم يكن رجوعا وعزلا
عن الوكالة • وفي عصب الاجناس نقل عن وصايا الاصل اذا اوصى ثم انكر وصية فقال لم اوص فهو رجوع وقال
في الجامع لا يكون رجوعا • وفي نوادر ابن سماعة عن محمد اذا اوصى الرجل ثم قال لم اوص له لم يكن رجوعا • ولو قال
اشهدوا اني لا اوصي له فهو رجوع • وكذلك لو وكل وكيلا ببيع عبد له ثم قال اشهدوا اني لم اوكله فهو كذب
وهو وكيل • ولو قال اشهدوا اني لا اوكله ببيع عبد فهو عزل • ولو شهدوا عليه بالكفر فجحد وقال ما تلفظت
به يكون ذلك توبة ورجوعا عنه قوله فتم الرفع اي رفع عقد الوديعة وهو فسخه قوله بخلاف
الخلاف اي فعلا قوله ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف خلافا لزفر • هكذا ذكر الخلاف
في شرح الطحاوي بين ابي يوسف وزفر • وذكر في المختلف وقال عندنا لا يضمن • ونقل في الاجناس عن خلاف
زفر عند اصحابنا لا ضمان عليه وقال زفر يضمن قوله او طلبه اي بغير طلبه قوله بخلاف ما اذا كان
بحضرته • اي كان الجحود بحضرة صاحب الوديعة قوله قال وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل
ومؤنة • اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر القدوري فيه الخلاف • وقال في شرح الاقطع هذا الذي
ذكره قول ابي حنيفة الا في موضع واحد وهو ان يكون طعاما كثيرا فانه يضمن استحسانا اذا سافر به لا قياسا
وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز ان يسافر بما له حمل ومؤنة • وقال الامام الاسبيجابي ولو ان المودع سافر
بمال الوديعة ان كان الطريق مخوفا ضمن • وان كان غير مخوف لا يضمن الا اذا نهاه صاحب المال عن السفر فحينئذ
يضمن • وروي عن ابي يوسف ومحمد انهما قالا اذا كانت الوديعة لها حمل ومؤنة فسافر بها ضمن • وقال

الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف اذا كان لها حمل ومؤنة فعند ابي يوسف لا يضمن سواء كان المصر قريبا او بعيدا
وقال ابو يوسف ان كان بعيدا يضمن والا فلا • ثم قال واجمعوا على ان الطريق اذا كان مخوفا يضمن كيف ما كان • لهم
ان الحفظ على انه لو سافر بالوديعة في البحر يضمن • وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير واجمعوا على ان
الاب والوصي اذا سافر بمال اليتيم لا يضمن واذا سرق او ضاع فيما لا حمل له لا يضمن فيما له حمل ومؤنة • ونقل عن كتاب
الصرف لشمس الائمة السرخسي • ثم قال فخر الدين قاضي خان هذا اذا كان الطريق امنا • فان كان مخوفا فللمودع ان
السفر مع الامان وكذا الاب والوصي • وان كان مخوفا ولا بد من السفر ان سافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه
ضمن لانه يمكنه ان يتركها في اهله • وكذلك الاب والوصي • وجه قولهما ان المالك يلحقه مؤنة الرد والظاهر انه لم
يرض بها فيتقيد بمكان الوديعة • وهذا لان المودع يجوز ان يموت في بعض الطريق فيلزم المالك الرد والظاهر انه
لا يرضى بما يلحقه من مؤنة الرد • ثم ابو يوسف رحمه الله جعل الخروج المصير عفوا لانه قليل قياسا على الغبن اليسير في
التجارات وانه عفو بالاجماع • وقال محمد لا ضرورة في الخروج بماله حمل ومؤنة فلا يجعل عفوا كيف ما كان لعدم الضرورة
ولابي حنيفة ان الامر بحفظ الوديعة لان صاحبها لم يخص مكانا دون مكان وكان للمودع ان يحفظها حيث شاء لاهمه
بالاطلاق كما حفظ ماله لان الانسان يحفظ ماله حيث هو فكذا يلزمه حفظ الوديعة • وحفظ المال في السفر معهود
مطلق في الشرع • ولهذا اذا فعل الاب او الوصي ذلك لا يضمن اذا كان الطريق امنا • ولان المودع ربما يحتاج الى السفر
لمصالحه فبعد ذلك ان يترك السفر لحفظ الوديعة فلا يلزمه ذلك لانه لم يلتزمه او يودع الوديعة عند غيره
فلا يلزمه ذلك لانه يضمنها او يستاجر امينا للحفظ فلا يلزمه ذلك ايضا لانه ضمان لا يلزمه فلم يبق وجه الا ان يسافر
بالوديعة • فان قلت المسافر في المفازة الهلاك بدليل قوله صلى الله عليه وسلم المسافر وماله على قلت الا ما
الله • قلت لا نسلم اذا كان الطريق امنا وكلامنا فيما اذا كان امنا • والحديث ورد في ابتدا الاسلام حيث
كانت الطريق مخوفة بسبب غلبة الكفار ولا كلام لنا فيه • فان قلت ان الحفظ المامور به هو الحفظ من كل وجه وهو
الحفظ في المصر • فاذا سافر فقد ترك ذلك فيلزمه الضمان • قلت لا نسلم انه ترك الحفظ من كل وجه بل اتى به من كل
وجه لانه ما فات شي من اسباب الحفظ لانها حماية السلطان والامن كل ذلك حاصل فلا ضمان اذن • بخلاف
البحر فان الهلاك فيه غالب بالرياح والامواج وغير ذلك • ولئن لم يكن الهلاك غالبا فالنجاة ليست بغالبة بل كل
واحد منهما محتمل على السوا فلا يحكم بالنجاة بالاحتمال فيضمن • فان قلت الحفظ في السفر لم يدخل تحت الاطلاق لانه ليس هو
متعارف لان المتعارف هو الحفظ في الامصار • قلت لا نسلم ان الحفظ في المصر هو المتعارف • الا ترى ان اهل البوادي
يحفظون اموالهم ثمة ولا ينقلونها الى المصر كما يحفظ اهل المصر فيه • او نقول العرف مشترك فلا يصلح مقيدا للاطلاق
بالاحتمال • او نقول الحفظ في المصر انما يراد به في المصر • لا لكونه في المصر فكل موضع يحصل فيه الحفظ دخل تحت
الاطلاق • فان قلت يرد عليكم هنا مسئلتان احداهما اذا وكل رجلا بالبيع فسافر بالمال يضمن والامر بالبيع يتقيد
بمكان البيع عادة وهو المصر • وكذلك اذا استاجر رجلا يحفظ ماله بدرهم شهرا فسافر بذلك المال فانه يضمن والامر
بالحفظ ثبت مطلقا ومع هذا تقيد بمكان الحفظ عادة وهو المصر • قلت فالوكيل في مسئلة الوكيل قياسا واستحسانا
فعلى وجه القياس يضمن عملا بالاطلاق • وعلى وجه الاستحسان نقول انه مامور بالبيع وليس بمامور بالحفظ مقصودا
وانما يثبت كونه مامورا بالحفظ ضرورة • ولهذا ملك البيع مطلقا حتى لو باع في مصر اخر جاز ولكن لما ثبت الحفظ بطريق
الضرورة • والثابت بالضرورة يتقيد بمكان الحفظ عادة وهو المصر فلا ضرورة الى غيره وليس الثابت بالضرورة هو
لا يعم فيه التعميم فلا يراد غير المصر لارادة المصر بالاجماع لئلا يلزم التعميم • واما مسئلة الاجارة فانها تمليك المنفعة
بعوض فكانت المنفعة تسليمها مستحقا بالعقد فيتعين مكان العقد للتسليم لان مكان العقد يتعين في المعاوضات فاذا
سافر ضمن للخلاف • واما فيما نحن فيه فلم يتعين مكان العقد لحفظ الوديعة لان المودع لم يلتزم ذلك فيه فلم يضمن
بالسفر • وقال الشافعي رحمه الله نقل الوديعة من قرية الى قرية ان كان بينهما مسافة تبيح السفر ضمن وان لم يكن
فان نقل من قرية اهلة الى معمورة الى قرية غير اهلة ضمن لان القرية الاهلة احرز في حقه وان كان بالعكس لم يضمن الا اذا
ظهر نقصان الحرز في القرية الاهلة الى هنا لفظ وجيزهم قوله وان كان له حمل ومؤنة الحمل بالفتح مصدر حمل
الشي • ومنه ماله حمل ومؤنة يعنون ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة حمال كذا في المغرب قوله مؤنة الرد
تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به جواب عن قولهما انه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة • يعني سلمنا
ان المؤنة تلحق المالك اذا مات المودع في السفر لكن انما تلحقه مؤنة الرد لا مؤنة السفر لان الوديعة ملكه وقد تلحقه
عند الضرورة كون الوديعة محفوظا في ذلك المكان بامتثال المودع امر المالك مطلقا لا بمعنى من قبل المودع فلا يبالي بلحاق
المؤنة ضرورة ودفعا قوله يقتضي التسليم في مكان العقد لا ينال موضع العقد في السلم لا يتعين للايفاء عند ابي حنيفة
حتى جعل بيان موضع الايفاء من شرائط السلم لانا نقول التسليم ثمة ليس بواجب ثمة في الحال فلهذا وجب تعيين المكان حتى لا
يفضي الى الجهالة المفضية الى المنازعة • بخلاف الاجارة فان التسليم واجب في الحال فيتعين مكان العقد للتسليم قوله
واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن • قال محمد في اصل الجامع الصغير فان نهاه المودع ان يخرج به فخرج

بهلاك فهو ضامن • وذلك لانه انما لم يضمن بالسفر قبل النهي لانه لم يخص مكانا دون مكان فكان له ان يسافر علا بتعميم الامر • فاذا نهاه عن السفر والخروج عن مكان الوديعة فقد خص مكانا للوديعة يحفظها فيه فاذا خرج فقد خالف لانه ترك امتثال الامر فيضمن اذا هلكت والتقييد بالمصر مفيد معتبر لان المصر احرز فيتقيد بالحفظ بالمصر **قوله** واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه نصيبه حتى يحضر الاخر عند ابي حنيفة وقالا يدفع اليه نصيبه • اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية والخلاف في المكيل والموزون هو وهو المراد بالمذكور في المختصر اي في مختصر القدوري • وانما قال وهو المراد لان كلام القدوري بالاطلاق يشمل ما يقسم وما لا يقسم فكان محتملا للوجهين فقال المراد منه ما يقسم اسند لا لا يوضع الجامع الصغير لان محمدا قال فيه ثلاثة نفر اودعوا رجلا الف درهم فغاب اثنان وجاء واحد يريد ان ياخذ نصيبه قال ليس له ان ياخذ • وقال ابو يوسف ومحمد له ان ياخذ الى هنا لفظ الجامع الصغير • قالوا في شروح الجامع الصغير وكذلك هذا الخلاف في كل الاموال التي تحتمل القسمة • وكذلك وضع المسئلة في مختصر الطحاوي حيث قال ومن استودعه ثلاثة نفر من الدراهم او ما سواها مما يقسم ثم جاء احدهم يطلب نصيبه منها ولم يحضر صاحباه لم يكن عليه ان يعطيه منها شيئا وهذا قول ابي حنيفة وبه ناخذ • وقال ابو يوسف ومحمد عليه ان يعطيه ثلثها الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره • قال الامام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي • وقال صاحباه يدفع نصيبه اليه ولا يكون هذا قسمة على الغايبة حتى ان الباقي لو هلك في يد المودع كان للغايب ان يشارك القابض فيما قبض • ولو هلك المقبوض في يد القابض فليس له ان يشارك الغايب فيما بقي • وقال الشيخ ابو نصر البغدادي وهذا الخلاف الذي ذكره انما هو في المكيلات والموزونات قاله ابو يوسف استحسانا • قال محمد قول ابي حنيفة اقيس وقول ابي يوسف اوسع الى لفظ ابي نصر في شرح القدوري • وكذلك بعد الخلاف في اشارات الاسرار عما يكال او يوزن لكن ذكر محمد الخلاف في اصل ما يقسم وفيما لا يقسم قال في الاصل قلت ارايت رجلين استودعا رجلا دراهم او دنانير او ثيابا او دوابا او عبيدا فجاء احدهما والاخر غايب فقال للمستودع ادفع الي حصتي فابى ذلك فتقدما الى القاضي فقصا القصة ايبغي للقاضي ان يامر المستودع ان يدفع الى صاحبه حصته بغير محضر من الاخر قال لا حتى يجتمع هو وصاحبه جميعا • قلت لم قال لم ارايت الا ترى ان المستودع ليس بوكيل فكيف يستطيع ان يقسم المال وهذا قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد يقسم ذلك فيدفع اليه حصته ولا يكون قسمته جائزة على الغايب الى هنا لفظ محمد في الاصل • وقال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا استودع رجلان رجلا وديعة من دراهم او دنانير او ثياب او دواب او عبيد ثم حضر احدهما وطلب نصيبه منها لم يكن له حتى يجتمعان لان المستودع ليس بوكيل في القسمة وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يدفع اليه نصيبه ولا يكون قسمته جائزة على الغايب • وعلى هذا الوجه اثبت الشيخ ابو الحسن الكرخي الخلاف في مختصره ولم يعتبر فيما يقسم • وكذلك ذكر شمس الايمة البيهقي في الشامل من مسايله • وفي هذه كتابته واورده شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي حكاية الحامي وهي ان رجلين دخلا حماما ودفعا الى الحامي كيسا من الدراهم فخرج احدهما قبل صاحبه واخذ الكيس من الحامي وذهب به فخرج الاخر وطلب منه الكيس فقال اخذه صاحبك فتعلق به وطالبه وقال انا دفعناه اليك وقد ضيعت حين الدفع اليه وجاء بالحامي الى ابي حنيفة مستعينا به وقص عليه القصة فقال له ابو حنيفة قل له اني لا ادفعه اليك وحدك لانكما دفعتماه الي ولكن ايت بصاحبك حتى ادفعه اليكما فتخلص دعواه بهذه الحيلة • وجه قولهما ان الحاضر طلب نصيبه فيجب ان يسلم نصيبه اليه كما اذا كان الدين بين اثنين فطلب احدهما نصيبه جاز للمديون ان يدفع اليه نصيبه فكذا هذا ولان يد المودع كيد المودع فلو كان المال في ايدي الشريكين كان لكل واحد منهما ان ياخذ نصيبه بغير رضا الاخر وكذلك ههنا له ان ياخذ نصيبه من المودع • ووجه قول ابي حنيفة ان حق الحاضر في الشايع والمودع لا يملك تسليم النصف مفرزا مقسوما لما فيه من دفع نصيب الغايب ايضا ولا يملك المودع افراز نصيب الحاضر لانه ليس بوكيل عن الغايب • فلو صح الافراز لزم القسمة على الغايب والمودع لا يملك القسمة على الغايب بالاتفاق • وبه صرح في الاصل ومختصر الكافي ومختصر الكرخي وشرح الطحاوي • وهذا بخلاف الدين لان المديون يسلم مال نفسه لا مال الغير لان الديون تقضى بامثالها والمودع يسلم مال الغير ونظيره رجل له وديعة عند انسان او دين فجاء رجل وقال انه وكلني بقبض الوديعة منك فصدقه وابى ان يسلمها اليه لم يجبره القاضي بالتسليم في الوديعة ويجبره في الدين لما قلنا من الفرق والجواب عن قولهما انه لو كان في ايديهما كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه • نقول لا يلزم من ذلك ان ياخذ نصيبه العرزم الاخر • الا ترى ان الغريم اذا اخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز ان ياخذه من مودع الغريم • وهذا معنى قوله كما اذا كان له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذ اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه **قوله** وعليه الف اي على المودع **قوله** فلغريمه اي الغريم المودع • قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير وان كانت الوديعة عروضا فالصحيح انه لا يكون للحاضر ان ياخذ نصيبه في قولهم جميعا **قوله** قال وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما

الي الاخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الاخر • اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر الخلاف في مختصره فلاجل هذا قال صاحب الهداية وهذا عند ابي حنيفة • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا اودع رجل رجلين ما لا قال ياخذ كل واحد منهما نصفه يقتسمانه • قال فان دفع احدهما المال كله الى صاحبه فتوي المال قال يضمن في قول ابي حنيفة الذي دفع النصف ولا يضمن في قول ابي يوسف ومحمد شيئا • قال محمد ان ابا حنيفة قال ذلك فيما يستطاع قسمته واما ما لا يستطاع قسمته نحو المملوك والثوب فاذا دفع احد المستودعين ذلك الى صاحبه لم يضمن • وكذلك قول ابي حنيفة اذا ارتهن رجل رجلين شيئا فدفع احد المرتهنين الى صاحبه او وكل رجل رجلين ببراني فدفع اليهما ما لا فدفعه احدهما الى صاحبه فضاع ضمن النصف وما كان لا يقدر على قسمته لم يضمن شيئا مما دفع • فاما في قول ابي يوسف ومحمد في ذلك كله سوا لا يضمن منه شيئا مما دفع ما استطاع قسمته او لا يستطاع قسمته الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وجه قولهما ان المالك رضي بامانتهما حيث اودعهما ما لا فكان دفع كل واحد منهما الى صاحبه دفعا الى امين المالك فكان له ان يسلمه اليه فلا يضمن الدافع اصله ما لا يقسم • ولابي حنيفة ان المالك رضي بحفظهما جميعا لا بحفظ كل واحد على الانفراد بدلالة انه اودعهما جميعا الوديعة • فلو رضي بحفظ كل واحد منهما لامرهما بالقسمة ثم الحفظ • او قسم ثم اودع النصف عند هذا والنصف عند الاخر لان الوديعة مما يحتمل القسمة وحيث لم يفعل كذلك على انه ما رضي الا بامانتهما جميعا وحفظهما معا فاذا امكن كل واحد منهما الحفظ على الوجه المامور وهو حفظهما معا ولم يحفظ على ذلك الوجه صار ضامنا كالمودع الواحد اذا دفع الوديعة الى غيره ولا يضمن القابض شيئا لان المودع لا يضمن عند ابي حنيفة • بخلاف ما لا يقسم حيث لا يضمن الدافع لوجود الاذن بالدفع دلالة لان الوديعة ما كانت مما لا يستطاع قسمته وتعذر اجتماعهما على حفظها دايما كان ذلك دليلا على ان صاحبها رضي بحفظ كل واحد منهما على الانفراد على سبيل المهاياة فلم يضمن احدهما بالدفع الى صاحبه • وقال في تتمة المبسوط من الشامل لو اودع رجلين عبدا فتهايا على ان يكون عند احدهما شهرا وعند الاخر شهرا لم يضمنا لانه لا يمكن الحفظ معا بخلاف هذا الوجه **قوله** واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لم يضمن هذا لفظ القدوري في مختصره • قال الحاكم الشهيد في المختصر المسمى بالكافي • وان قال لا تدفعها الى امراتك او عبدك او ولدك او اجيرك فابى انهم عيلها فدفعها الى الذي نهاه عنه فهلكت فان كان المستودع لم يجد بدا من دفعها اليه لم يضمنها • وان كان يجد من اهله وخدمه يدفعها اليه ويضعها عنده غير هذا فاعطاه وهو يجد غيره ضمنه صاحب الوديعة الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه خالفه في الوجه الاول لعذر • وفي الوجه الثاني خالفه بغير عذر • قالوا في شروح الجامع الصغير فان نهاه عن الدفع الى عياله فدفع بعد النهي ان دفعه الى من لا بد له لا يضمن وان كان له منه بد ضمن لان الناس يختلفون في الامانة فاذا كان له منه بد امكن العمل به فيكون الشرط مفيدا • واذا لم يكن له بد منه بان كانت الوديعة دابة فقال لا تدفعها الى غلامك • او كان شيئا يحتاج الى حفظها الى امراته فقال لا تدفعها الى امراتك فدفع لم يضمن لان هذا مما لا يستطاع الامتناع عنه فلا يعتبر هذا الشرط • والمراد من الاخير مر في اول كتاب الوديعة • قال ظهير الدين اسحق الولوالجي في فتاواه رجل غاب عن منزله وحلف امراته وكان في بيته وديعة فلما رجع طلب فلم يجد ان كانت امراته امينة متهمة يضمن لانه مضيع **قوله** وهو محل الاول اي المذكور في الجامع الصغير وهو الدفع الى من لا بد له منه • المراد من الاول وهو الذي ذكره القدوري من باب الصان اذا دفع الوديعة الى الزوجة بعد النهي من الدفع اليها • يعني اذا وجد بدا من الدفع الى الزوجة فدفع ضمن وان لم يجد بدا من الدفع لم يضمن **قوله** فان من العيال قال في ديوان الادب عيال الرجل من يعوله والمراد منه ههنا من يسكن معه سوا كان في نفقته او لا وقد مر في اول كتاب الوديعة **قوله** فاعتبر الشرط **قوله** وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت اخر من الدار لم يضمن وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه • وان حفظها في دار اخرى ضمن • قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اودع رجلا وديعة وامره ان يحفظها في داره ونهاه عن الوضع في دار اخرى فوضعها في التي نهاه عنها فهلكت قال هو ضامن • وان كان بيتان في دار والمسئلة بحالها لم يضمن • وقال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي • واذا قال صاحب الوديعة للمستودع احبسها في بيتك هذا فخباها في بيت اخر من داره تلك فضاعت فلا ضمان عليه استحسانا • الا ترى انه لو قال امسكها بيدك ولا تضعها ليلا ولا نهارا فوضعها في بيته فهلكت لم يضمنها • ولو قال احبسها في دارك هذه ولا تخباها في دارك الاخرى فوضعها في التي نهاه عنها ضمن الا ترى انه لو قال لا تخرجها من الكوفة فخرج الى البصرة كان ضامنا لها وان انتقل من الكوفة الى البصرة او الى غيرها لشي لم يكن له منه بد فهلكت فلا ضمان عليه الى هنا لفظ الكافي • وعند الشافعي رحمه الله يضمن كذا في شرح الاقطع هو وذلك لانه نقلها الى بيت احرز من غيره وذلك فصار كما اذا نقلها الى دار اخرى • ولنا ان الدار حرز واحد بدلالة ان السارق اذا اخذ من بيت من الدار فنقل الى بيت اخر منها لم يقطع لانه لم يهتك الحرز بعد والحرز الواحد لا فايدة في تخصيص بعضه دون بعض • وما لا فايدة في تخصيصه بالامر يسقط في الايداع كما لو قال احفظها بيمينك هو دون شمالك • او قال ضعها في يمين البيت دون يساره حتى لو كان بين البيتين تفاوت في الحرز بان كانت الدار عظيمة

نظير البيت الذي بناه عند لحق السكة وكره ذلك قالوا في شروح الجامع الصغير يضمن • بخلاف الدارين فان هو
التفاوت في الحرز ظاهر فيهما • ولهذا لو اخذ السارق من احدى الدارين فنقل الى الاخرى قطع حتى لو كانا دارا
الى خفاء عن الوضع فيها احرازا وكانت استواء في الحرز فلا يضمن وبه صرح في شرح الطحاوي لان النهي ليس بمفيد والاصل
ان كل شرط يفيد اعتباره ويمكن المودع مراعاته فهو معتبر • وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد اعتباره فهو لغو
وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولو قال احفظها في كيسك ولا تحفظها في صندوقك ولا تحفظها
في البيت فحفظ في البيت لا يضمن • والصندوق من البيت بمنزلة البيت من الدار لقلة التفاوت بينهما **قوله**
عورة ظاهرة في ديوان الادب العورة سوءة الانسان وكل موضع يتخوف منه فهو عورة القوم وكذلك كل امر
يستحيا منه وعورات الجبال شقوقها • وقال في الكشاف العورة الخلل ومنها اعور الفارس واعور المكان والاعور
المختل العين واعور الفارس اي بدا منه موضع خلل • قال تعالى ان بيوتنا عورة وما هي بعورة ان يريدون
الا فرارا ومنه قول النابغة الذبياني غسان متى تلقهم لا تلق للبيت عورة ولا الجار محروما ولا الامر ضائعا

قوله قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها اخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان ياخذ الاخر • وهذا
عند ابي حنيفة • اي قال في الجامع الصغير وصورة المسألة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في
رجل اودع رجلا الف درهم فاودعها المستودع الاول رجلا اخر فهلكت في يديه قال لصاحب الالف ان يضمن المستودع
الاول ولا يضمن الاخر • وقال ابو يوسف ومحمد يضمن صاحب المال ايهما شاء • فان ضمن الاول لم يرجع على الاخر
بشيء وان ضمن الاخر رجع على الاول الى هنا لفظه في اصل الجامع • وقول الشافعي رحمه الله مثل قولهما كذا في شرح
الاقطع وفي قول ابن ابي ليلى لا ضمان على واحد منهما كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير • وجه
قول ابن ابي ليلى ان كل من ملك شيئا ملك تمليكه غيره بمثل ما ملكه كالعبد المأذون والمكاتب يكاتب
والمستاجر يؤاجر والمستعير يعير • فاذا كان كذلك لم يجب الضمان على واحد منهما لانه لم يوجد التعدي من
الاول في الايداع ولا من الثاني في القبض • ولنا ان صاحب المال رضي بحفظ المودع لا بحفظ غيره فكان ايداع
المال الى غير من في عياله تعديا فيجب الضمان وقياسه ضعيف لان المودع ليس بمالك اصلا لانه ليس بمالك العين
الوديعة ولا لمنفعتها وانما هو رجل ملك حفظا في نفسه فلا يملك تسليم الوديعة الى غيره وغير من في معناه ممن
كان في عياله • بخلاف المأذون فانه يتصرف بحكم الملك فيملك التمليك وكذلك المكاتب والمستعير مالك لمنفعة
العين • وكذا المستاجر نظير المزارع • ووجه قولهما ان الثاني قبض المال من يد ضمين بدليل ان الاول
يضمن بالاتفاق فيضمنان جميعا بالخيار للصاحب فيضمن الاول بالدفع والثاني بالقبض لان كل واحد منهما تصرف
في المال بغير اذن المالك فصار كمودع الغاصب الا ان الاول لا يرجع بما ضمنه على الثاني لانه ملك العين بالضمان
مستندا فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني يرجع على الاول لانه عامل له • ووجه قول ابي حنيفة ان الاول
لا يضمن بمجرد الدفع الى غيره لانه امين في الدفع لان المالك رضي بحفظه باعتبار رايه وتمييزه لا بصورة يده فاذا
دفع الوديعة باقيا على الامانة حالة الدفع صار الثاني اخذا من يد امين • فاذا فارق الاول الثاني وذهب
عنه ضيع الوديعة لانه ترك الحفظ الملتزم وابتداء القبض لم يكن موجبا للضمان فبقاؤه اولى لان البقاء اسهل من
الابتداء • وهذا كالوكيل بالبيع لا يملك التوكيل بالبيع الا ان يبيع وكيله بحضرته لان المراد من التعيين التخصيص
رايه لا عبارته فكذلك هاهنا • فان قلت ان الاول اذا كان ضامنا كان الثاني اخذا من يد ضمين فينبغي ان يكون
الثاني ضامنا ضرورة • قلت هذا مغالطة لان الاول لم يكن ضامنا بمجرد الدفع قبل المفارقة بل هو امين حينئذ
لما قلنا وانما صار ضامنا بالمفارقة بصنع منه والثاني لم يوجد منه صنع فلا يضمن كالريح اذا هبت في ثوب
انسان والقته في حجر غيره فهلك لا يضمن لانه لم يوجد منه صنع • والدليل على ما قلنا ان المالك لو قال اذنت
لك ان تدفع الوديعة الى فلان بشرط ان لا يفارقه ففارقه فهلكت ضمن الاول دون الثاني فصار ذلك دليلا
مسلما سواء

قوله قال ومن كان في يده الف ادعاها رجلان كل واحد انها له واودعها اياه وابى ان يحلف
لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما • اي قال في الجامع الصغير وصورة المسألة محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في الف درهم في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي انه اودعها اياه فابى ان يحلف لهما قال
يكون هذا الالف بينهما ويغرم الفا اخرى فيكون بينهما نصفين • الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير • وفي قول ابن ابي ليلى لا يجب عليه الا دفع الالف بعينها لانه لم ياخذ
الا الفا واحدة فلا يجب عليه الف اخرى • اما مذهب علمائنا فلانه لما نكل لاحدهما فقد اقر انه قبض منه الفا
فلما نكل للاخر فقد اقر انه اخذ منه الفا • فلما اقر لكل واحد منهما بالالف ولم يصل الى كل واحد منهما الا نصفه
فعليه ان يغرم لكل واحد منهما تمام الالف • بيان المسألة ان كل واحد من المدعيين ادعى دعوى صحيحة لاحتمال
الصدق في دعوى كل واحد منهما فتوجهت اليمين لكل منهما على المنكر لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين
على من انكر • ولكن يحلف لكل واحد منهما على الانفراد لان كل واحد منهما ادعى عليه معنى لو اقر به يلزمه فاذا نكل

يحلف والقاضي اذا بدا بالتحليف لاحدهما جاز لان الاجتماع متعذر بالحجج • ولو تشاحا في البداية بالحلف يقرع القاضي
احترازا عن تهمة الميل • فان استحلف لاحدهما ثم حلف للاخر ايضا • فان حلف انقطعت خصومتهما لان اليمين
شرعت لقطع الخصومة وان نكل للثاني فالالف له لان النكول بمنزلة البذل او الاقرار وانقطعت خصومة الاول
باليمين • وان نكل للاول استحلف للثاني ايضا لانه لم يكن للثاني بعد نكوله • فان حلف للثاني انقطعت خصومته
والالف للاول لان النكول بمنزلة البذل والاقرار • وان نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما لانه اوجب الالف
لكل واحد منهما بالبذل على مذهب ابي حنيفة او بالاقرار على مذهب صاحبيه • فاذا لم يسلم الكل كان ضامنا
قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ينبغي للقاضي ان لا يقضي بالنكول للاول حتى يحلفه للثاني ليظهر
له وجه الحكم • معناه ان الثاني اذا نكل له ايضا يكون الالف بينهما ويقضي لهما جملة واذا حلف للثاني كان كل الالف
للاول • ثم قال فخر الاسلام فان حكم للاول ثم حلفه للثاني فنكل يجب ان يكون الجواب كذلك وهو ان الالف القائم
بينهما ويغرم الفا اخرى بينهما لان تقديم اليمين لاحدهما اما ان يقع باختيار القاضي وذلك لا يقع بابطال حق المستحق
واما ان يقع بالقرعة وهي ليست بحجة لابطال او ايجاب فيجب ان يكون بينهما والالف الاخرى بينهما لانه بنكوله هو
اوجب لكل واحد منهما كل الالف كان ليس معه غيره • فاذا صرف اليهما فقد صرف نصف نصيب هذا الى هذا ونصف
نصيب هذا الى هذا فهذا الذي ذكرنا من كون الالف بينهما اذا نكل للثاني بعد القضاء للاول هو اختيار مشايخنا
قال صاحب الهداية ذكر الخصاف انه ينفذ قضاؤه للاول وينبغي ان يكون كل الالف له ولا يكون بينهما • ولكن الخصاف
وضع المسألة في العبد في ادب القاضي • وقال الخصاف لا يحلف للثاني لان العبد صار حقا له لانه بعد ما صار حقه
للاول لا فائدة في النكول ولكن هل يحلفه له بان قال ما لهذا عليك اداء هذا العبد ولا قيمته وهي كذا وكذا دينارا
او درهما ولا اقل من ذلك • قال الخصاف ينبغي ان يحلفه على هذا الوجه عند محمد خلافا لابي يوسف بناء على
ما اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا لابي يوسف • وجه البناء ان النكول اقرار
فالاقرار بالوديعة ضمن عند محمد فكذا بالنكول • وعند ابي يوسف لم يضمن بالاقرار فكذا هنا بالنكول

قوله يقدمه اما بنفسه او بالقرعة اي يقدم القاضي الاول للتحليف اما باختيار او بالاقراع بينهما **قوله**
وهذه فريعة تلك المسألة وقد وقع فيه بعض الاطناب اي هذه المسألة التي ذكرناها من تحليف القاضي المودع
للثاني بعد قضائه للاول ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته من تفريعات تلك المسألة التي اختلف ابو يوسف
ومحمد فيها في الضمان وعدمه • وفي تلك المسألة وقع بعض المبالغة في البيان ببيان التفريعات في الاصل وهي
ان اقرار الرجل بالمال وقد دفعه الى اخر ولكن لم يذكر محمد في الاصل خلافا لابي يوسف بل ذكر الضمان مطلقا
قال خواهر زاده في مبسوطه وانما ذكر الخلاف في الجامع الكبير وحاصل الاطناب ما ذكر شمس الائمة البيهقي
في الكفاية بقوله ما ل دفع الي فلان هذه الالف وهي لفلان وكل واحد يدعيها يكون للدافع لانه لما بدا بالاقرار
له فقد اقر بوجوب الرد عليه فلما اقر للثاني وقد تعلق حق الاول به فلا يقبل اقراره لو قال هي لفلان دفعها الي
فلان فهي للاول لا للدافع لتعلق حق الاول به ابتداء • ثم ان دفع الى الاول بقضاء لا ضمان عليه للثاني عند ابي يوسف
لانه اقر بالوديعة ولم يوجد منه تعد والحاكم ازال يده بغير تعديه وهذا ابتنى مجرد اقراره في ملك الغير وانه لا
يوجب الضمان وعند محمد يضمن لان الحاكم ازال يده باقراره فكانه دل على الوديعة من اتلفها كما لو سلم الى الاول
بغير قضاء يضمن اتفاقا فان قال هذه الالف لفلان اودعنيها فلان وادعياه يكون للمقر له اولا وللمقر عليه الف
درهم لانه اقر له بعقد يتعلق به الضمان • وذكر مسائل من جنس الاول احدها قال هذه الالف لفلان لا بل لفلان
فدفع الالف الى الاول بقضاء لم يضمن للثاني شيئا وبغير قضاء يضمن له الف مثلها • الثانية قال اودعنيه فلان
لا بل فلان فهو مثل الاول عند ابي يوسف ومحمد يضمن للثاني الف مثلها سواء سلم الى الاول بقضاء او بغير قضاء • الثالث
غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان وادعاه كل واحد يلزمه تسليم العبد الى الاول ويضمن للثاني قيمته
سواء سلم الى الاول بقضاء او بغير قضاء لان في الغصب تجب قيمته على الغاصب وان زال بغير فعله او الخياط
ان هذا الثوب الذي في يدي لفلان سلمه اليه فلان وكل واحد يدعيه فالثوب للذي اقر له اولا ثم وكذلك
القصار وكل عامل ولا يضمن للثاني شيئا في قياس قول ابي حنيفة • وعند ابي يوسف يضمن قيمته للثاني اذا سلمه
الى الاول بقضاء لان عند ابي حنيفة اجير المشترك امين لا يتعلق بقبضه ضمان فكان كالمودع • وعندهما يتعلق
به الضمان فصار كالغاصب • فاذا استحق الاول الثوب بالاقرار صار كانه استهلكه فيضمن قيمته للثاني وقال
محمد يضمن قيمته من قبل اقراره ان الثوب وصل اليه من جهته لا من قبل ضمان الاجير فاذا اقر ان هذا الثوب سلمه اليه
فلان ليقطعه قميصا وهو لفلان وادعاه كل واحد فالثوب للمسلم اليه لا للثاني لانه بقوله سلم الي اعترف
له بالثوب ثم قوله وهو لفلان اقرار في ملك الغير فلا يصح كذا في الكفاية في باب الاقرار • وقال ذ دفعه اليه
فلان • وقال في اخر كتاب الوديعة من شرح الطحاوي ومن كان في يده الف درهم فحضر رجلان كل واحد
يدعي انه اودعها اياه وقال المودع اودعنيها احدكما ولا ادري ايكما هو فالمدعيان اذا اصطلحا فيما بينهما على ان

ياخذ تلك الالف من بينهما كان لهما ذلك • وليس للمودع الامتناع عن تسليم الالف اليهما لانه قد اقر بها لاحدهما وهما قد اصطلحا على اخذ بينهما • وبعد هذا الاصطلاح ليس لهما الى الاستحلاف سبيل فلا ضمان لهما على المودع وانما اذا لم يصطلحا ولكن كل واحد منهما يدعي ان الالف له خاصة واراد احدهما من المودع فليس ذلك لان المقر له مجهول فلكل واحد منهما ان يستحلف المودع • ثم هذا لا يخلو من ثلاثة اوجه اما ان يحلف لهما او ينكل لهما او يحلف لاحدهما وينكل للاخر • فان حلف لهما انقطع دعواهما وليس لهما الى الاصطلاح واخذ الالف بينهما سبيل بعد الاستحلاف في قول ابي يوسف • وقال محمد لهما ان يصطلحا بعد الاستحلاف على اخذ الالف بينهما ايضا حتى يحصل لكل واحد منهما الف درهم على الكمال • وان نكل لاحدهما وحلف للاخر قضي بالالف للذي نكل له عن اليمين خاصة ولا شي للذي حلف للذي لم ينكل لهما

كتاب العارية

قد سبق بيان وجه المناسبة في اول الوديعة فلا حاجة الى الاعادة • قال الجوهري والعارية بالتشديد كانها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب وينشد انما انفسنا عارية والعواري قصارى ان ترد والعارة مثل العارية • قال ابن مقبل فاخلف واتلف انما المال عارة وكله مع الدهر الذي هو اكله كذا في الصحاح • وقال المطرزي واخذها من العار العيب او من العري خطا **قوله** العارية جائزة اي قال القدوري في مختصره والدليل على جوازها ما روى صاحب السنن في كتاب الاقضية باسناده الى عطاء بن ابي رباح عن صفوان بن يعلى عن ابيه قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اتتك رسلي فاعطهم ثلاثين درعا وثلاثين بعيرا قال فقلت يا رسول الله اعارية مضمونة او عارية مؤداة قال بل مؤداة • ولان الانسان يحتاج الى المرو والقدوم والفاس ونحو ذلك ولا قدرة له على هذه الالات ويتعذر عليه شراؤها لضعف حاله واحد فشرع الشارع العارية ليتوسل بها الى دفع الحاجة **قوله** وهي تمليك المنافع بغير عوض • هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا الذي ذكره هو اختيار ابي بكر الرازي • قال في شرح الاقطع وكان الشيخ ابو الحسن الكرخي يقول انها اباحة المنافع • وروي كذلك عن اصحاب الشافعي رحمه الله • وجه قول الكرخي انها لو كانت تمليك المنافع لا اباحة لكان بيان المدة شرطا لان تمليكها مع الجهالة لا يصح اصله الاجارة لانها لو كانت تمليكا لجاز اجارة المستعير من غيره كالمستاجر ولهذا ينعقد بلفظ الاباحة بان قال ابحت ركوب هذه الدابة لك او ابحت لبس هذا الثوب لك وكذلك يصح نهي المعير المستعير عن الانتفاع • فلو كانت تمليكا لم يصح كما في الاجارة • الا ترى انه لو اجر دابته شهرا ثم قبل انقضاء المدة لو نهاه عن الانتفاع بها لم يصح • ووجه ما ذهب اليه ابو بكر الرازي ان العارية والعمرى احدهما مشتق من الاخرى • ولكل حد كل واحد منهما باسم فقالوا في تمليك الاعيان عمرى • وفي تمليك المنافع عارية فدل ان العارية تمليك لا اباحة • ولهذا ينعقد بلفظ التمليك • الا ترى انه لو قال ملكتك سكنى هذه الدار شهرا صح والدليل على هذا ان المستعير يجوز ان يعير من غيره • فلو كانت اباحة لم يملك ان يملكها من غيره كالمباح له الطعام لا يجوز له ان يبيح من غيره • اما عدم بيان شرط المدة فلان الجهالة ليست مفضية الى المنازعة هنا لان المعير يتمكن من الاسترداد متى شاء • وانما يشترط بيان المدة في الاجارة دفعا للمنازعة وانعقادها بلفظ الاباحة بسبيل الاستعارة كانعقاد الاجارة بلفظ الاباحة • وانما لا يملك المستعير الاجارة لان الاعارة عقد جائز لا لازم فلو جاز له ان يواجر لتغلب من الجواز الى اللزوم وفيه ضرر بالمعير وخرج الجواب عن صحة النهي لانها لما كانت جائزة كان للمعير ان ينهى **قوله** والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع بينهما دفع الحاجة اي بين الاعيان والمنافع • يعني اذا جاز التمليك بنوعيه بعوض وبغير عوض في الاعيان دفعا لحاجة الناس لانهم يحتاجون الى نوعي التمليك وهذا المعنى موجود في المنافع فيجوز تمليكها بالنوعين جميعا • ثم تمليك العين بعوض كالبيع وبغير عوض كالهبة والصدقة والوصية ونحو ذلك وتمليك المنفعة بعوض كالاجارة وبغير عوض كالعارية **قوله** ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك الى اخره جواب عما قال الكرخي وقد اندرج الجواب فيما قلنا **قوله** على ما نذكر اشارة الى ما ذكره من الدليل عند قوله وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره **قوله** قال وتصح بقوله اعرتك • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه واطعمتك هذه الارض ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة واخدمتك هذا العبد وداري لك سكنى وداري لك عمرى سكنى الى هنا لفظ المختصر • اما قوله اعرتك فانما تصح العارية به لانه صريح بها • واما قوله اطعمتك هذه الارض فهو مستعمل في العارية مجازا لا حقيقة لان عين الارض لا تطعم وعين الارض لا تطعم فكان المراد اطعم ما يخرج منها بطريق الاطلاق اسم الشي على المسبب وهو من طرق المجاز • واما قوله منحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة فانما يراد به تمليك العين بطريق الهبة فاذا لم يرد به الهبة حمل على العارية مجازا اذ هو ادنى ما يقتضيه اللفظ • واما قوله اخدمتك هذا العبد اي جعلته خادما لك فهو اذن في الاستخدام وهو معنى العارية لانه ملكه منفعة العبد بغير عوض • واما قوله داري لك سكنى او داري لك عمرى سكنى فهو عارية لان معناه سكناها لك او سكناها لك مدة عمرك فتمليك السكنى تمليك المنفعة فكان عارية • وقوله سكنى منصوب بطريق التمييز وقوله

لك لان قوله داري لك يحتمل على الوجهين تمليك عين الدار وتمليك منفعة الدار فخرج قوله سكنى تفسيرا قاطعا الاحتمال تعيين العارية • وذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي للحاكم الشهيد بين قوله هذه الدار لك سكنى او عمرى سكنى وبين قوله هي لك تسكنها فقال لو قال هي لك تسكنها كان تمليكا للدار لانه اضاف التمليك الى رقبة الدار • وقوله تسكنها مشورة فلا تتغير به قضية العقد **قوله** قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء • اي قال القدوري في مختصره وذلك لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة اي يجب ردها ويجب اداؤها • قال الترمذي في جامعه في ابواب الوصايا حدثنا علي بن حجر وهناد قالا حدثنا اسمعيل بن عياش قال حدثنا شرحبيل بن مسلم الخولاني عن ابي امامة الباهلي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في خطبته عام حجة الوداع ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث الولد للفراش وللعاهر الحجر وحسابهم على الله • ومن ادعى الى غير ابيه او انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله التابعة الى يوم القيمة لا تنفق امراة من بيت زوجها الا باذن زوجها قيل يا رسول الله ولا الطعام قال ذلك افضل اموالنا • ثم قال العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم قال الزمخشري في الفائق منحة الورق القرض ومنحة اللبن ان يعير اخاه ناقته او شاته فيحلبها مدة ثم يردها • ومنه قوله عليه السلام العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم الى هنا لفظ الفائق ولان العارية تبرع بتمليك المنافع والمنافع توجد شيئا فشيئا وان يملكها المستعير بقبضها حال وجودها فلما لم توجد لا يحصل القبض فيها قبل القبض يصح الرجوع في التبرع بالاعيان فلان يصح قبل القبض في التبرع بالمنافع اولى **قوله** قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمنها • اي قال القدوري في مختصره ولو شرط الضمان في العارية هل يصح فالمشايخ مختلفون فيه كذا في التتمة • وقال في خلاصة الفتاوى رجل قال لاخر اعرني ثوبك فان ضاع فانا له ضامن قال لا يضمن ونقله عن المنتقى • وقال الشافعي رحمه الله العارية مضمونة • والخلاف فيما اذا هلكت في غير حالة الانتفاع فاما اذا هلكت في حالة الانتفاع لا يضمن بالاجماع وهو الظاهر من اقوالهم كذا في الطريقة البرهانية المطولة • وقال في شرح الطحاوي ولو هلك يضمن بالاجماع نحو ان يحمل عليها اكثر مما يحمل مثله وكذلك اذا استعملها ليلا ونهارا فيما لا يستعمل فيه الدواب في العرف والعادة فعطبت ضمن قيمتها لان العارية المطلقة تختص بالعرف والمعروف بالعرف كالمشروط بالشرط واللفظ • وجه قول الشافعي رحمه الله انه قبض مال الغير لمنفعة نفسه لا عن استحقاق فيكون مضمونا عليه كالمقبوض على سوم الشرا • وذلك لان منفعة العين عائدة الى المستعير ولكن لا بالاستحقاق لان الاعارة تبرع بالمنفعة لا بالعين والاذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع بالعين والثابت بالضرورة يتقيد بقدر الضرورة فيظهر الاذن في حالة الانتفاع لا فيما عداه ففيما عداه يكون قبضا بغير حق فيكون موجبا للضمان • بخلاف المودع فانه ما قبض الوديعة لمنفعة نفسه بل لمنفعة مالكه فلا يضمن • وبخلاف المستاجر فانه قبض العين عن استحقاق فلا يضمن ولنا ما حدث صاحب السنن باسناده الى عطاء بن ابي رباح عن صفوان بن يعلى عن ابيه قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اتتك رسلي فاعطهم ثلاثين درعا وثلاثين بعيرا قال فقلت يا رسول الله اعارية مضمونة او عارية مؤداة قال بل مؤداة ذكره في كتاب الاقضية وهو صفوان بن يعلى بن امية كذا ذكر الكرخي في مختصره • وذكر الكرخي في باب الوديعة من مختصره باسناده الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال العارية بمنزلة الوديعة لا يضمن صاحبها الا ان يتعدى • وحدث الكرخي ايضا عن الرماوي عن عبد الرزاق عن اسرائيل عن عبد الاعلى عن محمد الحنفية ان عليا رضي الله عنه قال لا تضمن العارية انما هو المعروف وعن عبد الرزاق عن اسرائيل عن عبد الاعلى الا ان يخالف • وذكر الكرخي ايضا في باب ما جاء في العارية • وعن الشعبي وابراهيم وعن عمر بن عبد العزيز والحكم وحماد وشريح وعن حسن البصري ان صاحب العارية مؤتمن لا يضمن • والفقه في المسالة ان سبب الضمان لم يوجد فلا يضمن • والدليل على ان سبب الضمان لم يوجد ان الموجود العقد والقبض فلا يصلح العقد سببا للضمان لانه عقد تبرع والتبرع لا يصلح سببا للضمان وكذا القبض لا يصلح سببا للضمان لانه حصل باذن المالك لانه قال له اقبض هذا وقال اذنت لك بقبضه والقبض الحاصل باذن المالك لا يكون سببا للضمان • ولهذا لم يكن سببا للضمان في حالة الانتفاع ولان القبض في كونه سببا للضمان دون الاتلاف • ثم الاتلاف اذا كان باذن المالك لا يوجب الضمان وكذا القبض بالاذن بالطريق الاول • والجواب عن قوله والاذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع • قلنا الماس الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع ايضا في حالة الامساك • لان الانسان انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا يستديم بملك نفسه دائما اناء الليل واطراف النهار وانما ينتفع ساعة ويمسك اخرى • ولو انتفع بالعارية دائما يضمن كما اذا ركبها ليلا ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك فثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع ايضا ماذون فلا يوجب الضمان • والجواب عن المقبوض على سوم الشرا فنقول وجب الضمان ثمة بالعقد لا بالقبض لانه عقد معاوضة لا عقد تبرع • فان قلت العقد معدوم ولم يوجد بعد فكيف يضاف الضمان بالعقد • قلت العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس

بين الضياع اذا لم يوص المالك بخروج ملكه مجانا لان القبض على سوم الشرا وسيلة الى الشرا فاخذ الوسيلة مقام المقصد
نظرا له لان الاصل فيه ان المقصود هو القيمة لكونها مثلا كاملا وانما يصار الى عين القيمة الى المسمى اذا وجد العقد حقيقة فاما
واذا لم يوجد حقيقة صير الى ما هو الاصل قوله وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لان نفع
القبض جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد معناه ان الخصم يقول ما مضمون الرد فكان مضمون العين كالمغصوب
فقال في جوابه الرد من مؤن القبض الواقع له ومن حصل لنفسه نفعا فعليه مؤنته كما يجب على المستعير نفقة العارية
فاما ان يكون القبض تعديا فلا على انا نقول ذلك الاصل منقوض بالحر فانه اذا غصب مال المسلم فانه مضمون الرد
عنده وليس بمضمون العين وبالجمال اذا استوجر لحمل العين فانها مضمون الرد دون العين وبالعبد المرتد اذا غصب
فانه مال مضمون الرد وغير مضمون العين بالمشتري اذا قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن • والمعنى في
الاصل انه قبضه على وجه التعدي فكان مضمونا وفي مسئلتنا قبضه باذنها لكنه لا على وجه التمليك والوثيقة
فلم يكن مضمونا كذا في مختصر الاسرار قوله لان الاخذ في العقد له حكم العقد فنذكر هنا السؤال الذي
قلنا في ان العقد ليس بموجود وجوابه قيل هذا نوع العقد لما حصل موجودا لكن قد كان للقبض في العقد حكم العقد
لان القبض مؤكد للملك ولهذا لو هلك المهر او دخل فيه عيب كان الهلاك والعيب على الزوج • ولو كان الهلاك ثم
والعيب بعد التسليم كان عليها فعلم ان القبض له شبها بابتدا العقد وقد ذكرناه قبيل باب نكاح الرقيق وذكرنا
ايضا في باب خيار العيب قوله على ما عرف في موضعه يتعلق بقوله والمقبوض على سوم الشرا مضمون بالعقد احترز
عن ذلك في شرح طريقة الخلاف وكون العارية امانة او مضمونة مستقصى في طريقة الخلاف • وقيل اشار
به صاحب الهداية الى كتاب الاجارات من المبسوط • قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي رجل استعار
من رجل سلاحا ليقاتل به فضرب بالسيف فانقطع بنصفين او طعن بالرمح فانكسر قال لا ضمان عليه الى هنا لفظ الكافي
وذلك لانه هلك بعمل ماذون فيه فيصير ما دون فيه ضرورة • وقال الولوالجي في فتاواه رجل دخل الحمام
واستعمل قصاع الحمام فانكسرت لا ضمان عليه وكذا اذا اخذ كوز الفقاع ليشرب فانكسر فلا ضمان عليه لانه عارية
في يده قوله قال وللمستعير ان يؤاجر ما استعاره فان اجر فعطب ضمن • اي قال القدوري في مختصره
قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا استعار الرجل من الرجل دابة على ان يذهب بها حيث شاء ولم
يسم مكانا ولا وقتا ولا ما يحمل عليها فذهب بها الى الحرة او امسكها بالكوفة شهرا يحمل عليها او يؤاجرها قال لا ضمان عليه
في شي من ذلك الا في الاجارة خاصة فانه يجب اجرها صار ضامنا ويتصدق بالغلة الى هنا لفظ الكافي وذلك
لانه امره بالانتفاع مطلقا • والمطلق يتناول اي انتفاع شاء والية التعين بفعله ان شا استعملها في الركوب
او في الحمل عليها واي ذلك فعل لا يمكنه ان يفعل غيره بعد ذلك لان المطلق اذا انقلب تقيد فلا يبقى مطلقا بعد ذلك
ولا يملك الاجارة اصلا لانها عقد لازم والعارية عقد جائز فيؤدي اللازم على الجائز لا يجوز • وقد قال بعض
اصحابنا بانه يملك الاجارة وتنعقد جائزة لا لازمة كذا قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ثم
قال فيه والصحيح انه لا ينعقد الاجارة لان من اصول اصحابنا ان المنافع لا قيمة لها وانما يتقوم بالعقد لاجل
الحاجة • ولهذا لم يملك ان يؤاجر ما لم يملكه استاجر لان القيمة لما ظهرت بالشرط اقتصرت على المشروط فلم يتقوم
فيما وراه في العارية لا شرط فلا قيمة فلم يصح الاجارة فاذا فعل ذلك واجرها صار بمنزلة الغاصب والغاصب
اذا فعل ذلك يملك الاجرة ويتصدق بها لانها حصلت بسبب خبيث وهو استعمال مال الغير فكان سبيله التصدق
وقال في تحفة الفقها وليس للمستعير ان يؤجر لما ذكرنا فان فعل فهو ضامن حين سلمه الى المستاجر ويكون المعير بالخيار
ان شا ضمن المستعير وان شا ضمن المستاجر لوجود التعدي منهما • فان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ملك
العين بالضمان فكانه اجر ملك نفسه فهلك • وان ضمن المستاجر ان كان لا يعلم انه عارية يرجع على المستعير لانه
ضمن الدرك بايجاب عقد فيه بدل فيكون مغرورا • فاما اذا كان يعلم لا يرجع لانه لا غرور فيه • والرجوع بحكم
الغرور • وهذا بخلاف ما اطلقه الكرخي في مختصره بقوله فايهما ضمن لم يرجع على صاحبه • يعني انها لا يرجع على
المستاجر لا على المستعير اذا علم انها عارية قوله قال وله ان يعير اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل
اي قال القدوري في مختصره ولفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل
استعار من رجل دابة ولم يسم شيئا قال له ان يعيرها وليس له ان يؤاجرها • فان اجرها فعطبت فهو ضامن
الى هنا لفظه في اصل الجامع الصغير • وقال في مختصر الاسرار يجوز للمستعير ان يعير وان شرط ان لا يعير الا ان
يكون المعار مما يختلف باختلاف المستعمل مثل ركوب الدابة ولبس الثوب فانه اذا شرط عليه ان لا يعير لا يجوز له
خلافا للشافعي رحمه الله • وقال في شرح الاقطع قال الشافعي رحمه الله لا يجوز اعارة المستعير في احد الوجهين
قالوا في شروح الجامع الصغير وهذا بنا على ان الاعارة تمليك المنفعة عندنا وعنده اباحة المنافع والمباح
له لا يملك الاباحة • ولهذا لا يملك الاعارة فيما يتفاوت الناس فيه كالركوب واللبس ولنا ان لفظة الاعارة
للتمليك • الا ترى ان الاعارة تنعقد به فانه لو قال ملكتك منفعة هذا العين شهرا ينعقد اعارة ولان

الثاني

الثاني من المزيد وهي المطلبة فكانت بمعنى التمليك والمالك للشي يملك التمليك فيه بعد ما ملك كما في المستاجر والموصى
له بالخدمة يملك الاجارة • ولان المنافع قابلة للتمليك لصحة عقد الاجارة عليها فتحملت الاعارة للتمليك لان الحاجة
تدعو اليها بغير عوض كما بعوض • ولان التبرع بالمنفعة تارة تكون في حال الحياة وتارة بعد الموت بالوصية
ثم للموصى له ان يعير فكذلك للمستعير ولا نسلم ان للمستعير لا يملك الاعارة فيما يتفاوت الناس فيه مطلقا بل له ان يعير اذا
اعارة مطلقا • ثم العارية على ما قالوا في شروح الجامع الصغير على اربعة اوجه • احدها ان تكون مطلقة في حق
الوقت والانتفاع جميعا • وفي هذا الوجه للمستعير ان ينتفع به اي منفعة شا في اي وقت شا عملا باطلاق العقد والثاني
ان تكون مقيدة في الوقت والانتفاع بان قيد بيوم وعين نوع منفعة كالحمل والركوب فليس له ان يجاوز ذلك عملا
بالتقييد الا ان يكون خلافا الى خير او الى مثل ذلك لحينئذ لا يضمن • والخلاف الى خير كما اذا شرط المعير ان يحمل عليها
عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم شعير او سمسم او ارز او نحو من الحبوب مثل كيل الحنطة وخفها لا يضمن استحسانا
لانه ليس لشرط تقييد اعتبارة لان صاحبة لما رضي بالحنطة كان ادنى بما دونها • وفي القياس يضمن وهو قول زفر
لانه مخالف والخلاف الى مثل ذلك كما اذا شرط ان يحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة
غيرها • او شرط ان يحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره لا يضمن لان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا وهذا التقييد
لا يفيد • والثالث ان تكون مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع • والرابع على العكس وهو ان تكون مطلقة في
الوقت مقيدة في الانتفاع في الوجهين ليس له ان يجاوز المسمى • وفي مسئلة الجامع الصغير اطلق الوقت والانتفاع فلا
يتقيد بشي منهما الا بالاطلاق • فان شا ركب بنفسه وان شا حمل وان شا اعار غيره للحمل جاز لان الناس لا يتفاوتون
في الحمل والمستعير يملك الاعارة فيما لا يتفاوت الناس فيه • وان اعاره للركوب صح من حيث انه يعين الانتفاع
والمنتفع لان جهة الانتفاع والمنتفع لم تكن معينة • فاذا اعاره للركوب فقد عين جهة الانتفاع والمنتفع لانه
بعد لان من استعار للركوب لا يملك ان يعير غيره لتفاوت الناس في الركوب لكن لما اطلق كان تعيين الراكب مفوضا
الى المستعير فاذا عين غيره ليس له ان يركب بعد ذلك بنفسه ضمن واليه ذهب فخر الاسلام علي البزدوي في شرح الجامع
الصغير وشمس الصدر الشهيد • وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده انه لا يضمن وهذا اصح عندي لان المستعير
من المستعير اذا لم يعين الركوب واللبس لانه استعمل الغير باذن المستعير وتمليكه فلان لا يضمن المستعير اذا ركبه بعد ذلك
اولى به بالطريق الاول لانه استعمله بالملك • لانه لو لم يملك لما ملك غيره • ثم ذكر في الكتاب ان المستعير يملك الاعارة
ولا يملك الاجارة ولم يذكر انه هل يملك الايداع قصدا • وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يودع واليه ذهب الفقيه
ابو الليث والشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل البخاري والصدر الاجل برهان الائمة والد الصدر الشهيد في شرح الجامع
الصغير • واليه اشار محمد في اخر كتاب العارية فانه قال المعير اذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل يزعم انها ملكه
فهو خصم • وان قال الذي في يديه قد اودعنيها فلان الذي اعرتها منه فليس بخصم فهذا يدل على ان للمستعير ان يودع ويكون
المودع • قلت هكذا وجدت هذه الرواية منصوصة في اخر كتاب العارية من الاصل وفي الكافي للحاكم الشهيد
ايضا • وقال بعضهم لا يودع قصدا كما لم يثبت له قصدا وكان الشيخ ابو الحسن الكرخي يقول لا يجوز ان يودع واستدل
بمسئلة ذكرها في الجامع الصغير وهي ان المستعير اذا بعث العارية اي صاحبها على يد اجنبي فهلكت في يد الرسول ضمن
المستعير العارية فليس ذلك الا لان الايداع منه كذا في شرح الطحاوي • والحاصل ان العارية المطلقة فما دون لا يؤاجرها
وفي ايداعها اختلاف المشايخ كذا في شرح الطحاوي قوله اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وذلك مثل خدمة
العبد وزراعة الارض وسكنى الدار وحمل الدابة • اما الركوب واللبس فيختلفان باختلاف المستعمل قوله واما
لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل فللمعير دفع الضرر عن المعير جواب سؤال مقدر بان يقال لو كانت العارية تمليكا
لم يتفاوت حكم اعارة المستعير فيما يتفاوت باختلاف المستعمل او لا فاجاب عنه بهذا قوله وهذا اذا صدرت
الاعارة مطلقة اي صحة اعارة المستعير فيما اذا كانت الاعارة مطلقة عن الوقت والانتفاع قوله وهو
على اربعة اوجه اي صدور الاعارة من المعير قوله الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه وقد ذكرنا
بيان المثل والخير • واما قيد بهما لانه اذا اعار دابة انسانا على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها اجرا او حديدا
او حجرا انما يكون اثقل لظهر الدابة او اعقر حتى عطبت الدابة ضمن لانه خالف وكذلك لو حمل حطبا او حشيشا او شيئا ابقى
على الدابة كذا في شرح الطحاوي قوله والحنطة مثل الحنطة يعني لا يشترط ان تكون الحنطة المحمولة حنطة المستعير
او غيره او حنطة عينها المعير او غيرها بعد ان تكون بدل ذلك القدر • قال في شرح الطحاوي ولو حمل عليها من الحنطة
اكثر مما سمى له من القدر فعطبت فانه ينظر ان زاد زيادة لا تطيق حملها مثل تلك الدابة ضمن جميع القيمة لانها اتلفها • وان
زاد عليها زيادة تطيق حملها ضمن من قيمتها بما زاد الزيادة نحو ان يحمل عليها احد عشر مختوما فعطب ضمن من قيمتها جزا من احد عشر
جزا قوله ولو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره قال في شرح الطحاوي وان ركب بنفسه واردف غيره فعطب
ضمن نصف قيمة الدابة لانه خالف في النصف الا اذا كانت الدابة بحال يعلم انها لا تطيق حملهما جميعا فانه حينئذ يضمن جميع
القيمة لانه اتلفها قوله ليس له ان يركبه اي الدابة وتذكير الضمير على تاويل الحيوان او الحمار او البغل او البعير

قوله حتى لو عطبت اي لو ركب المستعير الدابة بعد ان اركبها غيره فعطبت ضمنها وهذا هو الذي ذهب اليه
فخر الاسلام واختيارنا ما ذهب اليه شيخ الاسلام خواهر زاده وقد مر ذلك • قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي للحاكم الشهيد • وان استعارها الى مكان معين فجاوز المكان فهو ضامن لان الامر ينتهي عند
بلوغ ذلك المكان فلزمه الرد الى المالك فاذا جاوز فقد ترك الرد الواجب فيكون غاصبا فيضمن • فان عاد
الى ذلك المكان لا يبرا عن الضمان لانه عاد بعد انتها العقد فلا يبرا الا بالرد الى المالك • ثم قال شيخ الاسلام
هذا اذا استعارها ذاهبا لا جائيا • فان استعارها ذاهبا وجائيا فجاوز ذلك المكان ثم عاد اليه فقد روي
عن ابي يوسف رحمه الله انه يبرا عن الضمان لان يده في هذا المكان يد المالك فقد ردها الى يد المالك معنى فصار
كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق فانه يبرا عن الضمان
كذلك ههنا • ثم قال شيخ الاسلام المذكور والصحيح انه لا يبرا عن الضمان • بخلاف الوديعة لان المبري عن
الضمان هو الرد الى المالك من كل وجه ويد المستعير يد نفسه من وجه • بخلاف المودع لان يده يد المالك من كل وجه
فافترقا • وكذلك لو استعارها الى مكان فركبها الى مكان اخر مثله صار ضامنا لانه فعل بغير اذن المالك قوله
قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض • اي قال القدوري في مختصره قال
الحاكم الشهيد في الكافي وعارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض وكذلك كل ما يكال او يوزن او يعد عددا
مثل الجوز والبيض الى هنا لفظ الكافي وكذلك الاقطان والصوف والابريسم والمسك والكافور وسائر متاع
العطار الصيادلة التي لا ينتفع الا باستهلاك عينها على ما نفهم قرض كذلك قال الكرخي في مختصره • وذلك لان العارية
تمليك المنافع مع بقا العين على ملك صاحبها ولا يتحقق الانتفاع بهذه الاشيا الا باتلاف العين فاقتضى تمليك العين
لا محالة • ثم تمليك العين بلا عوض اما ان يكون بسبيل القرض او الهبة والقرض ادناهما في التمليك لانه يوجب
رد المثل • بخلاف الهبة فثبت القرض مرادا لكونه متيقنا وهذا لان حكم العارية وجوب رد العين بعد الفراغ
من الانتفاع وقد تعذر ردها صورة بعد الفراغ من الانتفاع بها لبقا العين فصار الى ردها معنى وهو تفسير
القرض • وهذا اذا اطلق العارية • فاما اذا بين الجهة كما اذا استعار الدراهم او الدنانير ليعاير بها
ميزانا او يزين بها دكانا او يتجمل بها او لغير ذلك مما لا يتلف به عينها لا يكون قرضا ويكون عارية تمليك المنفعة
المسماة دون غيرها • ولا يجوز الانتفاع على وجه اخر غير ما سماه • ولهذا قال الحاكم في الكافي وان استعار
انية يتجمل بها في منزله او سيفا محلى او منطقة مفضضة او خاتما لم يكن شي من هذا قرضا الى هنا لفظه رحمه الله
وذلك لانه امكن العمل بحقيقة الاعارة وهو تمليك المنفعة مع بقا العين على ملكه لانه يتجمل بهذه الاشيا والتجمل
بالمال نوع انتفاع • وقال في خلاصة الفتاوى ولو قال الاخر اعرني هذه القصعة من الثريد فاخذها واكلها
فعليه مثله او قيمته وهو قرض الا اذا كان بينهما مباسطة يكون دلالة الاباحة • وفي العيون قال
خلف بن ايوب سالت محمدا رحمه الله عن رجل استعار من رجل دقيقة يرقع بها قميصه او خشبا يدخله في بنائه
قال لا يكون هذا عارية وهو ضامن لذلك كله بمنزلة القرض • فان قال ارده عليك فهو عارية قوله
هذا اذا اطلق اشارة الى قوله وعارية الدراهم والدنانير قرض قوله ليعاير بها ميزانا اي ليسوي بها
وفي بعض النسخ ليعير وليس ذلك بصواب لما في الصحاح • قال في المغرب عايرت المكاييل والموازين اذا قايستها
والعيار المعيار الذي يقاس به غيره ويسوى قوله قال واذا استعار ارضا ليبني بها او ليغرس جاز وللمعير
ان يرجع فيها ويكلفه قلع البنا والغرس اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان لم يكن وقت العارية
فلا ضمان عليه وان كان وقت العارية فرجع قبل الوقت ضمن المعير ما نقص البنا والغرس بالقلع الى هنا
ترتيب لفظ المختصر • اما جواز الاعارة للبنا والغرس فلان ذلك منفعة معلومة يمكن استيفاؤها بالاجارة
فجاز استيفاؤها بالعارية كالسكنى • واما جواز الرجوع فلان المنافع تملك شيئا فشيئا فجاز الرجوع فيما لم يقبض
فاذا جاز الرجوع لزم المستعير قلع البنا والغرس لانه شغل ملك الغير بملكه فيلزم اذا الفه ثم اذا لم تكن العارية
موقتة لا ضمان على صاحب الارض للمستعير • قال الحاكم الشهيد وقال ابن ابي ليلى البنا للمعير ويضمن قيمته كذا ذكر في
الكافي • وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير وعلى قول مالك له ان يترك البنا والغرس عليه ويضمنه القيمة
وقال في شرح الاقطع قال الشافعي رحمه الله اذا اطلق العارية فليس له ان يقلع الا بشرط الضمان • وكذلك ان كانت
موقتة فمضت المدة وكذلك الاجارة اذا انقضت لا يلزم المستاجر القلع الا بشرط الضمان • وجه قول ابن ابي ليلى انه فعل
ما فعله باذن المالك • فلو سلطناه على القلع لضر ذلك به من غير ساقية بعدي فيه ضرر المسلمين فلا يجوز ولنا
نقول ان المستعير اغتر بنفسه ولم يغتره المعير لانه مبني على عقد جائز لا على عقد لازم وظن ان المعير يتركها فيه من طويل
انما اذا كان وقت العارية فرجع قبل الوقت ضمن المعير نقصان البنا والغرس بالقلع كذا ذكر القدوري في مختصره
وذلك لانه غره حين وقت له وقد رجع قبله • الا ترى ان الظاهر انه يفي بما وعد فلزمه الضمان • قال الشيخ
ابو نصر البغدادي وهذا محمول على انه لا ضرر على الارض في القلع • فاما اذا اضر قلعها فالخيار لرب الارض لانه

هو المتبوع والبنا تابع وفي ازالته ضرر عليه فكان له ان يضمن قيمته ويكون له • وانما جاز له الرجوع قبل الوقت
لان العارية مقتضاها الرجوع فلا يمنعه التوقيت ولكن يكره الرجوع لئلا يلزم الخلف في الوعد وذلك مكروه لقوله
عليه السلام المسلمون عند شروطهم • وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي • فان كان وقت له وقتا فاخرجه قبل
الوقت فانه يضمن رب المال للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشا المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما
فيكون له ذلك الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه غره حيث اطلق له الانتفاع مدة معلومة والمغرور يدفع الضرر عن
نفسه بالرجوع على الغار • وقال الحاكم في مختصره وان كانت اعارة الارض ليزرعها ووقت لذلك وقتا او لم يوقت
فلما نبت الزرع اراد ان يخرجه قال استحسن ان لا يأخذ حتى يحصد الزرع • قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي
رحمه الله في شرح الكافي والقياس في ذلك مثل الغرس والبنا لانه انتهى العقد فكان له حق التفريغ • وجه الاستحسان
ان الواجب نامره بالقلع لضرر به من غير نفع يعود الى المالك • ولو تركناه لنفعناه من غير ضرر الى المالك لانا نبقيه باجر
والجمع بين الحقين اولى • بخلاف النخل لانه ليس لادراكه غاية معلومة فلو تركناه لعطلنا عليه منفعة ارضه • اما هذا
فلادراكه غاية معلومة حتى لو كان الغراس للبيع والنقل لا للاستبقا كان الحكم فيه كالحكم في الزرع • بخلاف الغصب حيث
يؤمر بقلع الارض اذا زرع الارض لانه جان في الابتدا فقد مست الحاجة الى دفع العدوان وههنا بخلافه كذا في شرح
الكافي قوله اما الرجوع فلما بينا اشارة الى ما ذكر من الدليل المعقول والمنقول عند قوله وللمعير ان يرجع في العارية
قوله اما الرجوع فلما بينا اشارة الى قوله ومن المعير ما نقص البنا والغرس اي نقصان البنا على ان ما قصد به يجوز
شيئا ان يكون موصوله بمعنى الذي فعلى هذا يكون البنا والغرس منصوبين • وعلى الاول يكونان مرفوعين والغرس يروى بالفتح
على ارادة المغروس وبالكسر وهو ظاهر قوله وذكر الحاكم الشهيد هو ابو الفضل محمد بن احمد السلمي المروزي صاحب
التصانيف من علمائنا المتقدمين مصنف الكافي والمنتقى وغير ذلك • وقد روي في المنتقى عن ابراهيم بن رستم عن ابي عصمة
نوح بن ابي مريم المروزي قال سالت ابا حنيفة من اهل الجماعة فقال من فضل ابا بكر وعمر واحب عليا وعثمان ولم يحرم
نبيذ الجر ولم يكفر احدا بذنب ورأى المسح على الخفين وامن بالقدر خيره وشره من الله ولم ينطق في الله بشي واستشهد
الحاكم في شهر ربيع الاخر سنة اربع وثلاثين وثلاثمائة فيما اذا لم يلحق الارض ضرر بسبب القلع اما اذا اضر فقال المتاخرون
فالخيار لرب الارض ان شاء اخذ الغرس والبنا بالضمان وان شاء رضي بالقلع لان ملكه هو المتبوع • قال في شرح الطحاوي
ولو كانت في الارض بنا او غرس او كرم وقد قلنا يجبر المستعير على قلعه اذا طلب المعير لذلك لانه لا نهاية له فكان في الترك
ضرر للمعير الا ان يكون في القلع ضرر بالارض ويدخلها نقصان فانا نترك بينهما ما لو عد غير قائمة اذا طلب
المعير ذلك قوله حتى يحصد الزرع قيل ينبغي ان يروى على بنا المفعول من الثلاثي المجرد والاصح ان يروى بكسر الصاد
من الاحصاد يقال احصد الزرع اذا حان حصاده بدليل ما روي في بعض نسخ الكافي وشرح الطحاوي في هذا الموضع حتى
يستحصد الزرع قوله مراعاة الحقين اي حق المعير والمستعير وذلك لانه يترك الارض في يد المستعير باجر المثل لئلا
تفوت منفعة الارض مجانا ولا يتلف زرع الاجر ايضا فيعتدل النظر من الجانبين كما في الاجارة اذا انقضت المدة
ولم يترك الزرع بعد يترك الزرع بالاجر نظرا للجانبين كذا ههنا قوله قال واجرة رد العين المعارة على المستعير
اي قال القدوري في مختصره وتمامه واجرة رد العين المستاجرة على الموجر واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب
الى هنا لفظ المختصر وذلك لان الاجرة مؤنة الرد ورد العارية واجب على المستعير فتكون مؤنته عليه وفي الاجرة
انما الرد فليس بواجب على المستاجر لان الواجب عليه التمكين والتخلية فحسب والرد زيادة عليه فلا يكون مؤنته
عليه كما في الوديعة لما لم يلزم المودع الا التمكين والتخلية لم يلزمه مؤنة الرد فكذا ههنا وذلك لان منفعة العين
المستاجرة تحصل للموجر من حيث المعنى لانه يسلم له ما شرط من اجرة العين فلا تكون مؤنة الرد على المستاجر • ولما اجرة
رد المغصوب على الغاصب لان الرد واجب عليه دفعا للعدوان وازالة للضرر عن المالك فاذا كان الرد واجبا
عليه كانت اجرة الرد عليه لانها مؤنة الرد قال في شرح الطحاوي للامام الاسبيجابي وعلف الدابة على المستعير سواء كانت
مطلقة او مقيدة وكذلك مؤنة الرد على المستعير وفي المغصوب مؤنة الرد على الغاصب وفي الوديعة مؤنة الرد على صاحبها
وفي المستاجر مؤنة الرد على الموجر • وفي الرهن مؤنة الرد على الراهن الى هنا لفظه رحمه الله في كتاب العارية
قوله قال واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن • اي قال القدوري في مختصره
قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي • واذا رد المستعير الدابة فلم يجد صاحبها ولا خادمها فربطها في دار صاحبها
على معلفه فضاعت قال هو ضامن في القياس ولكن استحسن ان لا اضمنه الى هنا لفظ الكافي • وقال الشيخ ابو
الحسن الكرخي في مختصره • وان رد المستعير الدابة الى منزل صاحبها الذي يكون فيه فربطها على ارية فهلكت بعد ذلك
فلا ضمان عليه استحسانا • والقياس ان يضمن الى هنا لفظ الكرخي وبالقياس اخذ الشافعي كذا في شرح الاقطع وجه
القياس انه لم يوجد الرد الى المالك • ووجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المعتاد بين الناس لان الناس يستعيرون
الدابة فيردونها الى اصطبل المالك والجيران يستعيرون الات البيوت ويردونها الى دار صاحبها ويلقونها الى من
في داره ممن في عيال صاحب الدار • فلو رد الى المالك ايضا كان المالك ايضا يحفظها في هذا المكان فقد اسقط عنه

المستعير كلفة زايدة فترك فترك القياس بالعادة قال النبي صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله
حسن • ولهذا قال مشايخنا لو كانت العارية عقد جوهر لم يجز ان يردها الا الى المعير لان العادة لم تجر بطرحه
في الدار ولا دفعه الى الغلام • فان قيل رد واجب فلا يبرا عن الضمان الا بالرد الى المالك كالرد يعة والمسروق
والمغصوب • قلنا في الاصل ما جرت العادة الا بالرد الى المالك • بخلاف الفرع فافترقا قوله وان استعار
عند افراده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن هذا لفظ القدوري ايضا في مختصره الا ان لفظه في اكثر النسخ
وان استعار عينا فردها الى دار المالك قوله لما بينا اشارة الى قوله لان رد العواري الى دار المالك
معتاد كالة البيت قوله ولو رد العين المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمها اليه ضمن وهذه
من مسايل القدوري ايضا • وذلك لان الغاصب يجب عليه ازالة التعدي وانه يتحقق فعله الذي وجد منه وذلك
لا يتحقق الا بالرد الى المالك واما الوديعة فلان صاحبها لم يرض الا بالرد اليه لانه لو رضي بالرد الى غيره ولا
يشبه الوديعة العارية لان فيها عرفا فترك القياس به • بخلاف الوديعة حتى قلنا بالضمان فيهما ايضا كما في
عقد الجوهر المستعار لعدم العرف وقد مر انفا • قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن
قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يستعير الدابة من الرجل ليركبها فيردها
مع عبده او مع اجيره او مع عبد رب الدابة او اجيره قال لا ضمان عليه • فان دفعها الى اجنبي ضمن الى هنا لفظ
محمد في اصل الجامع الصغير • وذلك لان المستعير في حق العين مودع وامين • والمودع يملك الدفع الى من في عياله
فكذا المستعير وعبده في عياله وكذا الاجير اذا كان مشاهرة او مسانهة • بخلاف الاجير مياومة لانه
ليس في عياله فكان الرد اليه يدها ولا كالرد الى المالك ولم يفصل محمد في الكتاب بين عبده الذي يقوم على
الدابة والذي لا يقوم عليها ووضع المسئلة في الاصل في العبد الذي يقوم عليها • وقال يبرا عن الضمان فلاجل
ذلك قال مشايخنا اذا رد الى عبده الذي لا يقوم عليه وجب ان لا يبرا عن الضمان لان محمدا قيد عبده
بالعبد الذي يقوم على الدابة في حق البراءة عن الضمان فدل ذلك ان البراءة لا تقع اذا كان الرد الى عبد لا يقوم
على الدابة وقد يأخذها في بعض الاوقات • وان رد المستعير الدابة مع اجنبي ضمن اذا ضاعت لانه لا يملك
الايداع كالمودع ودلت هذه المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا واليه ذهب الشيخ ابو الحسن الكرخي وقد
مر بيانه وعند قوله وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل ومن قال بانه يملك الايداع وهو اختيار
سائر مشايخ العراق يا ولهذه المسئلة فيقول ان العارية انتهت فبقي مودعا والمودع لا يملك الايداع بالاتفاق
وقال فخر الدين قاضي خان والغاصب اذا رد المغصوب على من في عياله او السارق اذا رد السرقة على
من في عيال المسروق منه لا يبرا عن الضمان بالاجماع لان الضمان واجب فلا يسقط الا بالرد على المالك من كل
وجه ولم يوجد الا انه يسقط القطع احتيالا للدرء وبه يقال بانه الاجير اذا استاجره سنة او شاهره اذا
استاجره شهرا ديا ومنه اذا استاجره يوما قوله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره اي لم
يضمن قوله وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب اي عدم الضمان بالرد الى عبد رب الدابة فيما
اذا رد على عبد يقوم على الدواب • اما اذا رد على عبد لا يقوم عليها فلا يبرا عن الضمان قوله
وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح اي عدم الضمان يكون في الرد الى عبد يقوم عليها والذي لا يقوم عليها جميعا
واليه ذهب فخر الاسلام وذلك لان العبد صالح للحفظ كالمربط فاذا رد الى المربط لا يضمن فكذا هذا • بخلاف
ما اذا ردها الى ارضه لان الارض ليست بصالحة للحفظ • قال ظهير الدين بن اسحق الولوالجي في فتاواه
ولو كان في دابة بعارية او اجارة فنزل عنها في السكة ودخل المسجد ليصلي فخلى عنها فهلكت فهو ضامن لها
لانه لما دخل المسجد والبيت تركها خارج المسجد والبيت فقد ترك الحفظ لما غيبها عن عينه • ومن مشايخنا
من قال هذا اذا لم يربطها بشيء • اما اذا ربطها لا يضمن لانه متعارف وان كان في الصحرا فنزل ليصلي وكان
يمسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه لانه لما امسكها لم يترك حفظها • وقال في الفتاوي الصغرى استعار من آخر
دابة ليحمل عليها حنطة فبعث المستعير الدابة مع وكيله ليحمل عليها الحنطة فحمل الوكيل طعاما لنفسه لا يضمن عليه
في باب خصومة الصغار وصبي من كتاب الشركة قال وهذا اي عجيب • ثم قال في الفتاوي الصغرى استعار
ثورا ليكرب ارضه وعين الارض وكرب ارضا غيرها فعطب الثور يضمن لان الاراضي تختلف في الكراب سهولة
وصعوبة بمنزلة من استعار دابة ليذهب الى مكان معلوم فذهب الى مكان اخر تلك المسافة كان ضامنا
وكذا لو امسك الثور في بيته ولم يكرب حتى عطب ضمن ايضا لانه ليس له ولاية الامساك لعدم الرضا من المالك
وكذا في الاجارة اذا امسك ولم يذهب ثم قال المستعير اذا وضع المستعار من بين يديه ونام لا يضمن لان هذا حفظ
عادة • لكن هذا اذا نام جالسا • اما اذا نام مضطجعا يضمن وقد كتبنا هذه المسايل لكثير الفوايد م م
قوله كما قاله بعض المشايخ اراد به الشيخ ابا الحسن الكرخي قوله وقال بعضهم لكه واليه ذهب الفقيه
ابو الليث قوله واولوا اي اول بعض المشايخ الذين قالوا بملك المستعير الايداع قصدا قوله قال ومن

اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة • وقالا يكتب انك اعرتني اي قال في الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يعير الرجل الارض البيضاء ليزرعها قال يكتب انك اطعمتني • وقال ابو يوسف
ومحمد يكتب انك اعرتني الى هنا لفظ الجامع الصغير وهي من الخواص • وجه قولهما ان الموضوع لعقد العارية هو لفظ الاعارة
فكان اولى بالاستعمال لان الحقيقة احق بان تراد • وبقولهما اخذ الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير • ووجه قول
ابي حنيفة ان عارية الارض قد تكون للزراعة وقد تكون لغيرها من السكنى والبناء ولفظ الاطعام ادل على المراد هو
لان قوله اطعمتك هذه الارض معناه اذنت لك ان تزرع فيها لتاكل من غلاتها فلما كان كذلك يكتب بها ليزول الشبهة
ويعلم انه اذن له في الزراعة خاصة دون البناء والسكنى ولفظ الاطعام وان كان مجازا معلوما لكونه متعارفا فالان
كل واحد منهما ان ذات الارض لا تطعم فكانت اولى بالاستعمال ليتبين المراد بها ويختم هذا الكتاب بما قال الفقيه
ابو الليث في اخر كتاب العارية من العيون روى ابو سليمان ان رجلا من قرويين كان يختلف الى محمد بن الحسن فات
فباع كتبه محمد بن الحسن ثم قرا والله يعلم المفسد من المصلح فقال لابي سليمان كان محمد بن الحسن في ذلك اليوم قاضيا قال لا

كتاب الهبة

ذكر وجه المناسبة في الوديعة اعلم ان الهبة
عقد مشروع ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول • اما الكتاب فقوله تعالى وآتوا
النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا والصدقة المهر والنحلة العطية وهنيئا مريئا
اي طيبا بلا تبعة فان وهبت المراة للزوج مهرها او شيئا منه عن طيب نفس بلا اكراه ولا رهبة ولا افتداء من
سوء عشرة فليأكله الزوج مامون التبعة في الاخرة • المراد بالاكل هو الانتفاع به اكلا كان او غيره • وخص الاكل
بالذكر لانه هو معظم المقصود بالمال كذا في التيسير • وجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى اباح الاكل بالهبة فدل
انها عقد مشروع • واما السنة فما روي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تهادوا
تحابوا وهاجروا تورثوا ابناءكم مجدا واقيلوا الكرام عثراتهم • وروى الترمذي في جامعه مسندا الى ابي هريرة رضي
الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال تهادوا فان الهدية تذهب وحر الصدر • وروى البخاري في كتاب الهبة
من جامعه الصحيح باسناده الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لو دعيت الى ذراع او كراع لاجبت • ولو اهدي
الي ذراع او كراع لقبلت • وروي في جامعه مسندا الى انس بن مالك قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو اهدي
الي كراع لقبلت • ولو دعيت اليه لاجبت • وروى البخاري في الصحيح مسندا الى ابن عباس رضي الله عنهما قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم العايد في هبته كالعايد في قيئه • وفي رواية كالكلب يرجع في قيئه والاحاديث
التي تدل على جواز الهبة فيها كثرة وعليه انعقد اجماع الامة من غير نكير • واما المعقول فلان الهبة احسان وبر
بالموهوب له والاحسان امر مندوب اليه قال تعالى ان الله يامر بالعدل والاحسان فدل على جواز الهبة • ثم ينبغي
لك ان تعرف تفسير الهبة لغة وشريعة وركنها وشرط جوازها وحكمها • اما تفسيرها في اللغة فهو اعطاء الشيء بغير عوض
اي شيء كان ان لم يكن مالا لانه اعطا شيئا بغير عوض • وفي الشرع يراد بها تمليك المال بغير عوض وهو المراد في الشريعة
واما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه • قال خواهر زاده في مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب وهو قوله وهبت
ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا • لان العقد ينعقد بمجرد ايجاب الواهب • ولهذا قال علماؤنا اذا حلف لا يهب
فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا • وقال صاحب التحفة وركنها الايجاب والقبول • ووجهه ان الهبة
عقد والعقد هو الايجاب والقبول • واما شرط جوازها فالقبض حتى لا يثبت الملك للموهوب له عندنا قبل القبض
خلافا لابن ابي ليلى ومالك فانه ليس بشرط عندهما وكونها غير مشاع اذا كانت مما يحتمل القسمة بشرط الجواز ايضا
وعند الشافعي رحمه الله هبة المشاع جائزة وكذا الخلاف في التصدق بالمشاع وكون المحل الملحق اليه الهبة
مالا قابلا للتمليك شرط الجواز ايضا حتى اذا وهب المدبر او ام الولد او الحر لا يصح • واما حكمها فوقوع الملك له ملكا
غير لازم الا ان يحصل مقصود الواهب من الهبة كصلة الرحم لكن يكره الرجوع لانه من الدناءة • وعند الشافعي رحمه
الله يقع الملك لازما الا في هبة الوالد لولده وعند مالك لا رجوع في الهبة الا للوالد خاصة كذا في كتاب
التقريب قوله وتصح بالايجاب والقبول والقبض وهذا لفظ القدوري في مختصره • اما الايجاب والقبول
فلان الهبة عقد والعقد لا بد له من الايجاب والقبول • واما القبض فهو شرط صحة الملك للموهوب له حتى لا
يملك قبل القبض عندنا • هذا في حق ثبوت الملك للموهوب • اما اذا حلف وقال لا يهب لفلان فوهب ولم يقبل
يحنث في يمينه عندنا وعند زفر لا يحنث بلا قبول وقبض لانه تمليك فلا ينعقد الملك الا بالقبول كما في البيع • ولنا
ان الهبة تتم بالايجاب ملكا من جانب واحد وانه يتم بالمالك الا ان القبول شرط ثبوت الملك لا شرط وجود الهبة
فصار كما اذا حلف ان لا يبر له بشيء او ان لا يوصي له بشيء فابرا او اوصى هو ولم يقبل الاخر يحنث فكذا هذا • بخلاف
البيع فانه تمليك من الجانبين فلا يتم الا بهما كذا في الحصر والمختلف • وعند ابن ابي ليلى يثبت الملك قبل القبض كذا ذكر
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهو مذهب مالك • قال في كتاب التقريب لاصحاب مالك ومن
وهب شيئا من ماله لزمه دفعه الى الموهوب له اذا طالبه به وان ابى ذلك حكم به عليه اذا امر او قامت عليه

البينة • وان انكر الهبة حلف عليها وبرئ منها • وان نكل عن اليمين حلف الموهوب له واخذها منه • وان مات
الواهب فباعها الى الموهوب له فلا شيء له اذا كان قد امكنه اخذها ففرط فيها • وان مات الموهوب له قبل
قبضها قام ورثته مقامه في مطالبة الواهب لعينه الى هنا لفظ التفريع • وقال الخرقي من اصحاب احمد بن محمد
ابن حنبل ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال ويوزن الا بقبضه ويصح في غير ذلك بغير قبض اذا قبل كما يصح في
البيع • وجه قول من قال ان القبض ليس بشرط ان الهبة تمليك فلا يشترط فيه القبض كسائر التمليكات • وقد
روي عن علي وعبد الله انهما قالا اذا علمت الصدقة فقد جازت • وعن شريح انه قضى بصدقة لم تقبض فدل ان القبض
فيها ليس بشرط فكذا في الهبة لانهما سواء • اذ كل واحد منهما عقد تمليك بلا عوض كذا ذكر حديث علي وعبد الله وشريح
شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ولنا ما روى مسلم في صحيحه باسناده الى مطرف عن ابيه قال اتيت رسول
الله صلى الله عليه وسلم وهو يقول الهاكم التكاثر • ثم قال يقول ابن ادم مالي مالي وهل لك من مالك الا ما اكلت
فافنيت او لبست فابليت او تصدقت فامضيت فاشترط الامضاء وهو القبض فكان حجة على مالك • وحديث
الطحاوي في شرح الآثار قال حدثنا يونس اخبرنا ابن وهب ان مالكا حدثه عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير
عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت ان ابا بكر الصديق رضي الله عنه نحلها جاد عشرين وسقا من
ماله بالعالية • فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من احد من الناس احب الي غنى بعدي منك
ولا اعز علي فقرا بعدي منك واني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت جددتيه واحرزتيه كان لك وانما هو
اليوم مال الوارث وانما هما اخواك واختاك فاقتسموه على كتاب الله تعالى فقالت عائشة والله يا ابت لو كان
كذا وكذا لتركته وانما هي اسماء فمن الاخرى قال ذو بطن ابنة خارجة اراها جارية • قال شيخ الاسلام علاء
الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فكان الامر كما تفرس • يعني تحقق فراسة ابي بكر حتى ولدت زوجته التي هي ابنة
خارجة جارية • وقد افاد الحديث ان القبض شرط لتمام الهبة • وافاد ايضا ان مرض الموت اثر في تعلق
حق الورثة بمال المريض لانه سماه مال الوارث • وافاد ايضا ان الغنى افضل من الفقر وفيه اختلاف بين
العلماء • قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه • قال بعضهم الغني الشاكر افضل من الفقير
الصابر والى هذا كان يميل الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل • وقال بعضهم بان الفقير الصابر افضل من
الغني الشاكر • والى هذا كان يميل القاضي الامام ابو جعفر واحتج من فضل الغنى بحديث ابي بكر فانه اختار
لعائشة الغنى على الفقر • والوالد انما يختار لولده ما هو افضل في الدين • ولان مكارم الاخلاق توجد
من الغني لا من الفقير وبحديث سعد حيث قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان
تدعهم عالة يتكففون الناس • ولهذا قال صلى الله عليه وسلم اليد العليا خير من اليد السفلى واليد العليا يد الغني
واحتج من فضل الفقر بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اللهم احيني مسكينا وامتني مسكينا واحشرني في
زمرة المساكين فقد اختار رسول الله صلى الله عليه وسلم الفقر وقد عرضت عليه الدنيا بحذافيرها فلم يقبل وحديث
ابي بكر ليس فيه دلالة على تفضيل الغنى لانه احب الغنى لغيره لا لنفسه والسخي للانسان ان يحب لغيره ما فيه السعة
والرفاهية • وفي حق نفسه يختار ما هو اشق • الا ترى ان ابا بكر اختار الفقر في حق نفسه حتى بذل جميع ماله
حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا خلفت لاهلك فقال الله ورسوله • وفي حديث ابي بكر دليل
ايضا على انه لا باس بتفضيل بعض الاولاد على البعض في المحبة • وهذا بلا خلاف لان المحبة من عمل القلوب
بقدر الله تعالى • الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل بين نسائه وكان يقول هذه قسمتي فيما املك ولا
تؤاخذني فيما تملك ولا املك • وفيه دليل ايضا على انه لا باس بتفضيل بعض الاولاد على البعض بالهبة حالة
الصحة • قال شيخ الاسلام خواهر زاده وهذا فصل لا رواية فيه عن اصحابنا في المبسوط • وقد روي عن ابي
حنيفة في غير رواية الاصول انه لا باس بالتفضيل اذا كان التفضيل بسبب زيادة فضل له في الدين وان كانوا
سواء فانه يكره التفضيل • وروى المعلى الرازي عن ابي يوسف انه قال لا باس ان يؤثر الرجل بعض ولده على البعض
في الصحة اذا لم يرد به الضرار وينبغي ان يسوي اذا كان الاضرار • فان كانوا اولاده ذكورا واناثا سوى بينهم
في العطية يعطي ابنته مثل ما يعطي الابن قال وقال محمد يعطي الذكر ضعف مثل ما يعطي الانثى • والدليل المعقول
على ان القبض شرط في الهبة ان الهبة تبرع فلا يملك بمجرد القول حتى ينضم اليه غيره كالوصية وحديث شريح
محمول على الصدقة الموقوفة لا المنفذة • وابو يوسف يجوزها من غير قبض • وانما حملنا على ذلك بدليل ما
روي في مبسوط خواهر زاده عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال لا تجوز الصدقة الا مقبوضة معلومة وعن
معاذ انه قال لا تجوز الصدقة الا مقبوضة • قال ابو سليمان الخطابي في غريب الحديث في قوله جاد عشرين
وسقا اي نخلا يجد منه ما يبلغ عشرين وسقا والجاد ههنا بمعنى المجدود فاعل بمعنى مفعول • يقال اجددت
النخل اجده جدا وجدادا اذا صرمته **قوله** ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة في صحة هذا
الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم نظر • والاولى ان يتمسك في كون القبض شرطا بحديث ابي بكر الذي رويناه

قبل

قبل موته او انه قال ما قال بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع • ولهذا قال صاحب التحفة روي عن جماعة
من الصحابة انهم قالوا لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة • والحديث الذي رويناه من صحيح مسلم يدل على اشتراط القبض ايضا لانه
اشترط فيه القبض للصدقة فكان شرطا للهبة ايضا لانهما سواء اذ كل واحد منهما تمليك بلا عوض • وقال في المبسوط في باب الهبة
ما يجوز وما لا يجوز • روي عن ابي بكر وعمر وعثمان وعلي انهم قالوا لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة **قوله** بخلاف
الوصية يتعلق بقوله وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به • يعني ان القبض شرط في الهبة فلو لم يشترط وثبت
الملك فيها للموهوب له قبل القبض لزم الالزام على المتبرع وهو تسليم الهبة وان لم يرض بها وذلك لا يصح لانه لا يليق بالتبرع بخلاف
ثبوت الملك قبل القبض في الوصية • لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت • ولهذا يشترط القبول بعد موت الموصي
فكان اوان ثبوت الملك في الوصية بعد الموت فحينئذ لا يبقى الالزام على الموصي لزوال اهلية اللزوم بالموت فلم يكن ذلك
الزاما وايجابا على المتبرع وكذا الالزام على الوارث ايضا لان الوصية مقدمة على الارث فانتفى حق الوارث فلم يملك
ما تعدى الوصية فيه فافهم **قوله** فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز هذا لفظ القدوري في مختصره
وتمامه فيه • وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب • وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يصح
قبضه في المجلس بغير اذن الواهب وبه قال الشافعي رحمه الله كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه • وجه القياس
انه تصرف في ملك الغير بدون اذنه فلا يصح • وذلك لان ملك الواهب فيه قبل قبض الموهوب له ثابت بدليل صحة تصرفه
من البيع والاعتاق • ووجه الاستحسان ان الهبة تمليك من جهة الواهب ولا يتم ذلك الا بقبض الموهوب له لان القبض
شرط لها بينا فكان الاقدام منه على الهبة تسليطا على القبض اقتضاء فجاز القبض في المجلس وان لم يوجد الاذن صريحا
بيان ما قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه انه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك
قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا • واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان هو
الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشتري بالقبول
مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا ان ما يثبت اقتضاء يثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة
ترتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحيحا من غير قبض في المجلس فلا يعتبر ثابتا وراء المجلس • بخلاف ما لو ثبت
نصا لان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس والجواب في البيع الفاسد على هذا التفصيل الذي ذكرنا
في الهبة • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وان كان العبد الموهوب حاضرا فقال له الواهب
قد خليت بينك وبين الهبة فاقبضها وانصرف الواهب فقبضه الموهوب له جاز لان التخلية اقيمت مقام القبض فاذا قبض باذنه
تم العقد قال فرق بين هذا وبين البيع فانه اذا خلى بينه وبين المبيع لم يرك قابضا وان لم يباشر القبض • بخلاف الهبة هو
والفرق بينهما ان القبض واجب عليه في باب البيع وانه يحتاج الى اخراج نفسه عن العهدة اذا اتى بما في وسعه وليس في وسعه
الا التخلية • بخلاف الهبة فان التسليم ليس بواجب عليه في الهبة فاذا لم يسلمه اليه وقبضه لا يصير مسلما وان كان غائبا فاذن
له في القبض جاز له ان يرجع ما لم يقبض لان الهبة لا تلزم قبل اتصال القبض بها فصح رجوعه كذا في شرح الكافي • وقال
الكرخي في مختصره فان اذن له في القبض فقبض الهبة بحضرة الواهب او بغير حضرته جاز القبض • وان وهب له دينا
على رجل واذن له ان يقبضه من الذي هو عليه جاز اذا قبض ذلك استحسانا ايضا وان لم ياذن له في قبض الدين لم تجز
الهبة • وان قبضه الموهوب له وان كان ذلك ايضا بحضرة الواهب لان المال الذي يقبض عن الدين ملك من عليه الدين
حتى يقبضه صاحب الدين او يجعل قبضه الى غيره فيقبضه الغير • الى هنا لفظ الكرخي في مختصره **قوله** ولنا ان القبض
وكان ينبغي ان يقول وجه الاستحسان لانه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن ولم يكن قوله ولنا
مناسبا **قوله** والمقصود منه اي من الهبة وذكر الضمير الراجع الى المؤنث بتاويل العقد **قوله** الحاقا له اي للقبض
قوله فكذا ما يلحق به اي بالقبول • والمراد بما يلحق به هو القبض **قوله** بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس
وكان ينبغي ان يذكر قوله بخلاف ما اذا نهاه بواو العطف عطفا على قوله بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لان حكمهما
واحد • يعني كما لا يجوز قبض الموهوب له بعد الافتراق لا يجوز قبضه اصلا اذا وجد النهي من الواهب • وذلك
لانه انما كان له ان يقبض قبل الافتراق وقبل النهي بدلالة التسليط على القبض • فاذا جاء النهي صريحا بطلت الدلالة
لان الصريح يفوق الدلالة • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه • فاما اذا نهاه عن القبض بعد الهبة
بان قال له لا تقبض فقبض فانه لا يصح قبضه قبض في المجلس او بعد المجلس • اما بعد المجلس فلا اشكال فيه لانه لو قبض في
المجلس لم يصح قبضه بعد المجلس اولى • وان قبض في المجلس لم يصح لان نهي الواهب الموهوب له عن القبض رجوع عن الايجاب
لان القبض في باب الهبة من حيث ان الملك به يقع فيكون النهي عن القبض بمنزلة النهي عن القبول في باب البيع والبائع
لو نهى المشتري عن القبول بعد الايجاب كان ذلك منه رجوعا عن الايجاب دلالة فكذلك هذا • ولو رجع ثم قبض
لا يصح فكذا هذا **قوله** وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه
فيه واطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة
الى هنا لفظ القدوري • اما انعقاد الهبة بقوله وهبت فلانه صريح في الهبة فانعقدت به • واما اذا قال نحلتك

عندي هذا • او قال نحلتك هذا الثوب وقبضه المنحول له كان هبة لان النحل والهبة في اللغة سواء لما حدث الطحاوي في
شرح الآثار الى النعمان بن بشير قال نحلني ابي غلاما فامرتني امي ان اذهب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لاشهده على ذلك
فقال صلى الله عليه وسلم اكل ولدك اعطيته فقال لا قال فاردده • وقد روينا عن شرح الآثار ايضا قبل هذا
عند قوله ويصح بالايجاب والقبول والقبض عن عايشة رضي الله عنها انها قالت ان ابا بكر الصديق رضي الله عنه نحلها
جاد عشرين وسقا فعلم ان النحل والهبة في عرف الشرع واللغة سواء • فلو قال وهبت ينعقد به الهبة فكذا اذا قال
نحلت • واما قوله اعطيتك هذا الثوب ينعقد هبة فانه عبارة عن التمليك بغير عوض لان الاعطاء والايتاء سواء في
اللغة • فاذا كان عبارة عن التمليك وقد اضيف الى العين كان هبة • واما قوله اطعمتك هذا الطعام فاذا
اقبضه وقبضه كان هبة • وان كان الاطعام في اللغة عبارة عن الاباحة بدلالة النص لان الهبة في الحاجة
الى القبض لا الاباحة فانها تتم من غير قبض وصدر الكلام قد يتغير اذا كان في اخره ما يغيره او له كما في التعليق
والاستثناء بخلاف قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لا هبة لان عين الارض لا تطعم وانما تطعم ما تخرجه
فانصرف الاطعام الى الغلة فكانه قال اطعمتك غلة هذه الارض فيصير معيرا للارض منه لان الطعام غلة معدومة لا يتصور
الا بعد اعارة الارض منه • ولنا فيه نظر لانه قال ان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم
عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغي ان يكون المراد من الاطعام في الكفارة التمليك لا الاباحة كما هو مذهب
الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الاطعام في الآية مضافا الى ما يطعم
عينه فافهم • واما قوله حملتك هذا الثوب فلما حدثنا محمد بن اسحق في مخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فلما قرب
ابو بكر الراحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم له افضلهما ثم قال له اركب فداك ابي وامي يا رسول الله
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني لا اركب بعيرا ليس لي قال فهي لك يا رسول الله بابي انت وامي قال لا ولكن
بالثمن الذي ابتعتها به قال كذا وكذا قال قد اخذتها بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبا وانطلقا فدل قوله بدل
على الهبة • واما قوله اعمرتك هذا الشيء فلان العمرى والهبة في عرف الشرع سواء • الا ترى الى ما روي في
شرح الآثار مسندا الى طاوس عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال العمرى لمن وهبت له • وحدث
الطحاوي ايضا باسناده الى ابي الزبير قال جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امسكوا عليكم اموالكم لا
تعمروها فمن اعمر شيئا فهو له • واما قوله حملتك على هذه الدابة انما يكون هبة اذا نوى به الهبة لانه يحتمل
الامرين العارية والهبة فيتعين بنيته • الا ترى الى قوله تعالى اذا ما اتوك لتحملهم اي لتركبهم ويقال
حمل فلانا الى مكة اي اركبه دابة واعارها اياه • والمراد تمليك العين ايضا في عرف الناس يقال حمل
الامير فلانا على فرس اذا اعطاها اياه وان لم يكن له نية يحمل على الاعارة لتيقنها لان ما زاد عليه مشكوك فلا
يثبت من غير قصد • قال اهل اللغة الحملان اجر ما يحمل عليه من الدواب في الهبة خاصة • ويقال الحملان
الحنطة بعينها • قوله ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة ذكرها في مسايل المبسوط تفريعا
على مسألة القدوري • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه واذا قال كسوتك هذا الثوب كان هبة لان
الكسوة في عرف لسان العرب الشرع عبارة عن تمليك العين بغير عوض لا عن تمليك المنفعة قال الله تعالى او كسوتهم
والمراد به تمليك العين لا تمليك المنفعة فلفظنا يحمل على ما هو المراد من الفاظ الشرع • قوله ولو قال منحتك
هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل • وهذا ايضا ذكره تفريعا واشار بقوله لما روينا الى ما ذكر في اول
كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة • وهكذا ذكر الجواب شيخ الاسلام علاء
الدين الاسبيجابي في شرح الكافي من غير تفصيل • وقال اذا منحتك هذه الارض فهي عارية • ولكن شيخ الاسلام
ابو بكر المعروف بخواهر زاده فصل في المبسوط وقال اذا قال منحتك اذا كان مضافا الى ما يمكن الانتفاع
مع بقاء العين يكون اعارة • وان اضاف الى ما لا يمكن الانتفاع به الا مع بقاء عينه كالدراهم والطعام يكون هبة
وذلك لان المنحة تذكر ويراد به العارية • قال النبي عليه السلام المنحة مردودة واراد به العارية لان
الهبة لا تكون مردودة انما المردودة العارية وتذكر ويراد بها الهبة • يقال منح فلان فلانا اي وهب
له • واذا كانت اللفظة صالحة للامرين عينا والعمل بهما متعذر في عين واحد لان العين الواحد لا يتصور
ان يكون عارية وهبة في وقت واحد فعملنا بها في محلين مختلفين فقلنا اذا اضيف المنحة الى عين يمكن الانتفاع
به مع بقاء عينه حملت عارية لان رد العين ممكن مع الانتفاع به • وان اضيف الى عين لا يمكن الانتفاع به
مع بقاء عينه حمل هبة كما في المكيل والموزون توفيرا على المعنيين حظهما بقدر الامكان • قال في الجمهرة
منحت الرجل المنحة وامنحته اذا اعطيته واصل المنح ان يعطي الرجل الرجل ناقة او شاة فيشرب لبنها ثم يردها
ثم كثر ذلك حتى صار كل من اعطى شيئا فقد منح والناقة منحة ومنيحة • قوله ولو قال داري لك هبة
سكنى او سكنى هبة فهي عارية هذه من مسايل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الرجل يقول للرجل هذه لك الدار هبة سكنى ودفعها اليه قال هذه عارية • وان قال هي لك اهبة تسكنها فهي هبة

وان قال هي لك سكنى هبة فهي سكنى الى هنا لفظ الجامع الصغير • وصيغ هبة في قوله هبة سكنى على الحال • وكذلك
لو قال داري لك عمري سكنى فقبضها فهي عارية • وكذلك لو قال هي لك نحل سكنى • او قال سكنى صدقة او قال لك صدقة
عارية • او قال لك هبة عارية • او قال هي لك عارية هبة لانه لما نص على الهبة وهي السكنى والعارية كان المراد بها
في حق الانتفاع • بيان هذا ان اللام للتمليك في قوله هي لك فاحتمل تمليك المنفعة • فلما ذكر السكنى او العارية كان هو
المراد محكما في ارادة تمليك المنفعة والهبة محتمله لارادة تمليك المنفعة فحمل المحتمل على المحكم • وهذا بخلاف ما اذا
قال هي لك هبة تسكنها او عمري تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها وقع مشورة لا تفسيرا • وهذا لان قوله داري لك
اسم وقوله سكنى اسم والاسم يصلح ان يكون نعتا وتفسيرا للاسم فصار كانه قال لك سكنى داري • ولو قال
ذلك كانت عارية فكذلك هذا • بخلاف قوله تسكنها لانه لا يصلح نعتا وتفسيرا لقوله داري لك لان الفعل لا يصلح
نعتا للاسم • وكذلك قال خواهر زاده والاولى ان يقال اراد بالهبة السكنى في قوله هبة سكنى لازمها هاهنا
السكنى عارية • بخلاف قوله تسكنها لانه اخرج الكلام في الهبة مخرج الارسال • واخرج الكلام في السكنى مخرج المشورة
فصار كانه قال وهبت لك هذه الدار وسكت ثم قال اسكن هذه الدار فصار مشورة كقوله هذا الطعام لك تاكله وهذا
الثوب لك تلبسه • وان قال هي لك هبة اجارة كل شهر بدرهم • او اجارة هبة فهي اجارة لوجهين جميعا لانه نص على
جهة الاجارة هذا لا يشكل اذا قال هبة اجارة لانه ذكر في اخر كلامه ما يغير اوله • وانما الاشكال فيما اذا
قال داري لك اجارة هبة كل شهر بكذا فانها لا تكون هبة بل تكون اجارة لان اول الكلام انما يعتبر باخره اذا كان اول
الكلام محتملا للتغيير كما في الاستثناء البعض والتعليق فاذا لم يكن محتملا للتغيير فلا يتغير كاستثناء الكل وهنا لا يحتمل اول
الكلام التغيير لان اول الكلام معاوضة والمعاوضة لا تحتمل التغيير الى التبرع ولم يذكر في المبسوط ان الاجارة تكون
لازمة او غير لازمة • قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه حكي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد
ابن حامد رحمه الله انه قال دخلت على الجصاص واستفدت منه فوايد احداها هذه وهو انه قال هذه الاجارة
لا تكون لازمة حتى كان لكل واحد منهما ان يرجع قبل القبض وبعد القبض ايضا لكل واحد منهما ان يمنع لكن اذا سكن
يجب الاجر • لان المنافع في المستقبل غير معوضة وهذا لانه امكن العمل باللفظين فيعمل بهما بقدر الامكان كما في الهبة
بشرط العوض • وقال في شرح الكافي وان قال وهبت هذا العبد لك حياتك وحياته وقبضه فهي هبة جائزة
وهي في العمرى فيبطل الشرط وتصح الهبة • وكذلك قوله وهبت هذا العبد حياتك فاذا مات فهو لي واذا مت انا
فهو لوارثي • وكذلك لو قال هذه هبة لك ولعقبك من بعدك هبة وذكر العقب لغو لما بينا ان الشرط الفاسد لا
يفسد بها الهبة • وان قال اسكنتك هذه الدار حياتك ولعقبك من بعدك عارية لان الاسكان تنصيص على تمليك
المنفعة • قوله عمري سكنى قال في تهذيب ديوان الادب النحل العطية • قوله مشورة في بتسكين الشين
وفتح الواو وضم الشين وسكون الواو بمعنى الشورى وهي استخراج راي على غالب الظن • قوله قال ولا تجوز الهبة
فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا ينقسم جائزة • قال القدوري في مختصره • وقوله محوزة احترازا عما
اذا كانت الهبة مشغولة بما لم يقع عليه الهبة كالثمر في النخل والزرع في الارض وكالظرف فيه متاع للواهب • وقوله
مقسومة احترازا عن المشاع • قال علماؤنا هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تتم ولا يفيد الملك قبل القسمة • وقال الشافعي
رحمه الله انها تامة • وبعض اصحابنا قالوا انها فاسدة والاصح ما قلنا كالهبة قبل القبض ولا يقال انها فاسدة بل
غير تامة كذا هذا واجمعوا على ان هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة تامة كذا قال علاء الدين العالم
في طريقة الخلاف • وقال في الطريقة البرهانية قال علماؤنا هبة الشايع فيما يحتمل القسمة لا يفيد الملك قبل
القبض • وقال الشافعي رحمه الله يفيد الملك بالتخلية • واجمعوا على هبة الشايع الذي لا يحتمل القسمة يفيد الملك
بالتخلية • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا وهب الرجل للرجل نصيبا مسمى في دار غير
مقسوم فسلمه اليه او سلم اليه جميع الدار لم يجز • وكذلك ان وهب له نصيبا في بيت لم يجز لان البيت يقسم وكل شيء يقسم
لا يجوز • وهذا عندنا خلافا للشافعي رحمه الله • ويعني بقولنا انه يقسم انه يبقى منتفعا به انتفاع البيت بعد القسمة
اما اذا لم يبق منتفعا به ذلك النوع من الانتفاع مثل الحمام الصغير اذا قسم والبيت الصغير فانه يجوز هبته قبل
القسمة اتفاقا • وقال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه • قال علماؤنا اذا وهب مشاعا يحتمل
القسمة لا يجوز سواء وهب من الاجنبي او من شريكه • وقال الشافعي رحمه الله يجوز من الاجنبي ومن الشريك • وقال
ابن ابي ليلى ان وهب من الاجنبي لم يجز وان وهب من الشريك جاز • واجمعوا على انه اذا وهب ما لا يحتمل القسمة فانه
يجوز ولا يريدون بقولهم انه لا يحتمل القسمة انه لا يحتمل التجزي في نفسه لان ما من شيء في الدنيا الا ويحتمل التجزي في نفسه
وانما يريدون بقولهم لا يحتمل القسمة ان المنفعة تفوت اصلا بالقسمة والتجزي كما في العبد متى قسم وجزي تفوت المنفعة
اصلا او تفوت جنس المنفعة في الحمام والبيت الصغير الى هنا لفظ خواهر زاده • وجه قول الشافعي رحمه الله ان
المشاع بعض الكل وهبة الكل جائزة فكذا هبة البعض كما في المشاع في الذي لا يحتمل القسمة والمنفعة فيه ان المشاع
قابل لحكم الهبة وهو الملك • ولهذا صح هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة فكذا يقبل الملك بسبب البيع فكان المشاع محلا

الهبة • والدليل على هذا ان المشاع يصلح مال راس السلم و بدل الصرف والقبض شرط في باب السلم والصرف فلو لم يكن
المشاع قابلا للقبض لما صلح راس مال السلم و بدل الصرف • وكذلك اذا باع الشايع الذي يحتمل القسمة بيعا فاسدا وخلى
بينه وبين المشتري يدخل في ضمان المشتري ويخرج عن ضمان البايع والخروج من ضمان البايع والدخول في ضمان المشتري
مبني على القبض • فلو لم يكن محلا للقبض لما دخل في ضمان المشتري وكذلك قرض المشاع الذي يحتمل القسمة صحيح والقرض
تبرع والتبرع لا يصح بدون القبض بيانه انه نص في كتاب المضاربة في رجل دفع الى رجل الفا نصفه قرضا ونصفه
مضاربة فانه يصح • قال وكذلك لو اوصى بثلث داره شايعا يصح ويثبت الملك قبل القبض • ولنا ما روينا عند
قوله ولا يصح الا بالايجاب والقبول والقبض ان ابا بكر قال لعايشة واني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت حزتيه
واحرزتيه كان لك وانما هو اليوم مال الوارث فشرط الحيازة لصحة الهبة • وروى اصحابنا في شرح المبسوط عن ابي بكر
وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم انهم قالوا لا تجوز الهبة الا محوزة مقبوضة والحيازة جمع الشيء في حيز واحد وذلك
انما يكون بالقسمة • والفقه فيه ان القبض شرط لصحة الهبة باتفاق بيننا وبينه والقبض لا يتحقق في الشايع
لان المعين شرط لصحة القبض لان فيه الفعل حقيقة وانما يتصور ملاقاة الفعل اذا كان بحيث يشار اليه ليتصل
الفاعل بالفعل • والشايع لا يشار اليه فلا يتأتى فيه القبض • بخلاف ما لا يحتمل القسمة لانه تعذر تحقيق القبض
الكامل فيه فاكتفي بالقبض القاصر • وانما شرطنا القبض احترازا عن الزام الواهب ضمان القسمة • وههنا لا يلزمه
ضمان القسمة فحكمنا بالجواز • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه والمعنى في المسألة ان هذا حكم شرعي علق
بسبب فلا يثبت بالناقص من السبب من غير ضرورة قياسا على وقوع الملك في باب الملك لما كان حكما شرعيا
علق بسبب وهو البيع لم يثبت بالناقص منه من غير ضرورة وهو البيع بالاشارة من الناطق لان الاشارة هي
دون النطق فكذلك هذا • ونعني بقولنا حكم شرعي ان الملك بالقبض في باب الهبة انما هو الملك وانه حكم
شرعي لانه لا يرى ولا يشاهد فلا يثبت بالناقص من القبض من غير ضرورة وقد تمكن في قبض المشاع نقصان لان
قبض الهبة في الشايع انما يحصل فيما ليس بمقصود لا المقصود لانه لا يحصل قبضه الا بقبض الكل ثم يحصل تبعا
لغيره يكون ذا نقص من الحاصل مقصودا • وقال في الطريقة البرهانية والدليل على ان قبض المشاع ناقص
ان القسمة من تمام القبض والتي بدون ما يتم به يكون ناقصا • وبيان ان القسمة من تمام القبض ان الاتصال
قبل القسمة متفرقة وبالقسمة يجتمع فتنقص وهذا اذا اشترى نصف دار شايعا وقاسمه البايع ليس للشفيع ان
ينقض القسمة والتسليم تنقض كل تصرف باشر المشتري الا القسمة لما هو من تمام القبض فلولا ان القسمة من تمام
القبض كان له حق النقض • واذا ثبت ان قبض الشايع ناقص لا يجوز ان يكتفى به من غير ضرورة • وقال
خواهر زاده ولا يلزم على ما قلنا ما لا يحتمل القسمة لانا قلنا حكم شرعي علق بسبب فلا يثبت بالناقص من السبب
من غير ضرورة وفيما لا يحتمل القسمة ضرورة وهو ان المنفعة ... الى الواهب او فوات حق المنفعة
والحكم الشرعي اذا علق بالسبب يجوز ان يثبت بالناقص من السبب حالة الضرورة • وفيما يحتمل القسمة
لان القسمة ممكنة بغير ضرر والنقصان المتمكن في القبض • والجواب عن المسايل فنقول القبض ليس بشرط ... بخلاف
الهبة فانه شرط للجواز بيع المشاع وهبة المشاع والصرف والسلم • وان كان القبض شرطا فيها لما فيها
ضمان يقابل الزام ضمان القسمة • بخلاف الهبة فانها عقد تبرع فلم يكن الزام حق مطالبة القسمة مناسبا لها لما فيه
الدين والرهن عقد تبرع في الابتدا وعقد ضمان في الانتها لانه يلزم المستقر من رده فالنظر الى التبرع يشترط
القبض كما في الهبة والنظر الى الضمان لا يشترط كما في البيع فاكتفي فيه بالقبض القاصر عملا بالشبهين والوصية
ليس من شرطها القبض بل يتم بالقبول بعد الموت قبل القبض وقد مر البيان عند بيان قوله ويصح بالايجاب
والقبول والقبض قوله والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين • هذا جواب
سؤال يرد على قوله ولان في تجويزه الزامه شيا لم يلتزمه وهو القسمة بيانه ان الهبة في الشايع فيما يحتمل
القسمة لو جازت يلزم الزام القسمة على الواهب والالزام ينافي التبرع فورد جواز الهبة فيما لا يحتمل القسمة
وفيه الزام المهاياة فكيف جاز الزام المهاياة ولم يجز الزام القسمة فاجاب عنه بهذا وقال الالزام في
المهاياة يلزم في غير ما تبرع به بل في غيره لان تبرعه لاقى العين والمهاياة لاقت المنفعة فلم يلزم المنافاة والجواب
الصحيح انه يقال هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة لما لم يلزم منها ضمان القسمة على الواهب صحت • وقوله يؤدي
ذلك الى الزام المهايو فنقول لا نسلم لان المهايو ليس بواجب لان فيه اعادة كل واحد منهما نصيبه من صاحبه
والاعادة لا تكون واجبة قوله وكذا البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم الى هذه الاشيا
كالوصية في ان الشيوع لا يمنعها لان القبض غير منصوص عليه في هذه الاشيا كما ان القبض ليس بشرط للوصية
فحصل الفرق بين هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وبين هذه الاشيا ولكن لنا نظر في ان القبض ليس بشرط في الصرف
والسلم بقوله عليه السلام الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء رواه البخاري في الصحيح • ولما روى ابو عبيد
القسم بن سلام في حديث النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الكالي بالكالي قال حدثنيه زيد بن الحباب عن موسى

ابن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الكالي بالكالي • قال
ابو عبيد هو النسية بالنسية والاولى في الجواب عن الصرف والسلم ما قلنا اولا قوله ولو وهب من شريكه لا يجوز
لان الحكم يدار على نفس الشيوع جواب سؤال يقال من جهة الخصم ان يقال عدم جواز الهبة في المشاع لا يخلو من احد
الامرين اما ان يكون دايرا على نفس الشيوع او على لزوم المطالبة بالقسمة ان قلتم بالاول يبطل بالمشاع الذي لا ينقسم وان
قلتم بالثاني يبطل بما اذا وهب نصيبه من شريكه لا يجوز عندكم مع انه ليس فيه لزوم المطالبة بالقسمة فاجاب عنه وقال
وقال الحكم معلق بالشيوع في محل يتصور المطالبة بالقسمة لان الشيوع انما صار مانعا لاجل المطالبة بالقسمة فاقمنا الشيوع
مقام المطالبة بالقسمة والذي في موضع يتصور القسمة وفي الذي لا ينقسم لا يتصور • وفي هبة نصيبه من شريكه يتصور قيام
شائعه بين الكلام هنا مع ابن ابي ليلى • وجه قوله ان نفس الشيوع ليس بمانع من صحة القبض بدليل جواز هبة الشيوع
فيما لا يحتمل القسمة وانما المانع ضمان القسمة • وهذا المعنى انما يتحقق اذا وهب للاجنبي دون الشريك • ولنا ان الشيوع
فيما يحتمل القسمة مانع جواز الهبة بوجهين احدهما انه يجب على الواهب ضمان القسمة بسبب الهبة • والثاني ان القبض
ناقص لما قلنا ونقصان السبب اثر في منع ثبوت الحكم • وهنا ان لم يوجد احد المانعين وجد المانع الاخر
فلم يصح الهبة لان الحكم يجوز ان يكون معلولا بعلل شتى قوله قال ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة
قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان قسمه وسلمه جاز واراد به الهبة فيما يقسم لان هبة المشاع فيما لا يقسم صحيح
ولهذا قال الكرخي في مختصره واذا وهب له نصيبا شايعا فيما يقسم ثم قسم ما وهب وافرزه ثم سلمه الى الموهوب له جاز وكذلك اذا
وهب دارا فيها طعام للواهب او ثمرا معلقة في نخل او زرعا في ارض فاخرج الطعام من الدار وجد الثمر من النخل وحصد
الزرع ثم سلم ذلك يجوز استحسانا لان ذلك ينظر في ذلك الى حالة القبض دون حالة العقد الى هنا لفظ الكرخي • وذلك
ان هبة المشاع انما فسدت او لم تتم على ما هو الصحيح لمعنى الاشاعة فقد زال ذلك بعد القسمة والتسليم • والدليل
على ذلك حديث ابي بكر رضي الله عنه انه نحل عايشة جاد عشرين وسقا وبين انها لو حازته وقبضته جاز • فلولا ان
العقد في المشاع وقع صحيحا لما ملكه بالحيازة والقبض قوله وعدم الشيوع اي وقت القبض لم يبق الشيوع هو
قوله قال ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز • قال القدوري
في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره • ولو وهب رجل لرجل ما في بطن جاريته او ما في بطن غنمه او ما في
ضروعها • او وهب له سمنا من لبن قبل ان يخرج او زبدا منه قبل ان يمخض او دهنا من سمسم قبل ان يعصر او زيتا من زيتون
او دقيقا من حنطة وسلطه على قبضه عند الولادة او عند استخراج ذلك فان ذلك لا يجوز ولا يشبه هذا الدين
هبته له وسلطه على قبضه لان الدين الذي في ذمة الغريم يجوز بيعه منه وهبته له وغير ذلك مما ذكرنا لا يجوز هذا
الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان هذه الاشياء معدومة عند العقد ويجوز السلم لمعنى في الحال • او مجهول
حتى لا يكون محلا للبيع واذا لم يكن محلا للعقد كانت الهبة فاسدة لا موقوفة • بخلاف هبة المشاع والموهوب
المتصل بغيره حيث يجوز الهبة اذا سلم بعد الافراز والفصل لان المشاع محل قابل للحكم لكن المانع معنى في غيره وهو
المجاورة التي لا معنى في نفس المعقود عليه • فاذا زال المانع انقلب جايزا الى هذا اشار في التحفة قوله
وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع في الارض والثمر في النخل بمنزلة المشاع ذكره تفريعا على مسألة
القدوري • يعني اذا سلطه على القبض فحلب اللبن وجز الصوف وحصد الزرع وجد الثمر جاز • وذلك لانه قال
قبل هذا في هبة المشاع فان قسمه وسلمه جاز وهذا يحتاج الى بيان فان الحاكم الشهيد قال في مختصره المسمى بالكافي في
باب الهبة فيما يجوز وفيما لا يجوز رجل وهب لرجل ما على ظهر غنمه من الصوف او ما في ضروعها من اللبن لم يجز ذلك الا
ان يامره بجز الصوف فيجزه ويصير هبته بعد الجز • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا
استحسان والقياس ان لا يجوز لان العقد وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا • ثم قال وكذلك ثمر الشجر والزرع • ثم قال
الحاكم في اخر هذا الباب من الكافي رجل وهب ما في بطن جاريته لرجل وسلطه على قبضه اذا وضعت ثم قبض الموهوب
له لم يجز • وكذلك الدهن في السمسم قبل ان يعصر والزيت في الزيتون ودقيق الحنطة وكذلك اللبن في ضرع الشاة والصوف
على ظهرها فسوى بين هبة الولد والصوف في عدم الجواز • وقال قبل هذا اذا سلطه على الجز جاز استحسانا فمن مشايخنا
من قال ليس في المسألة اختلاف الروايتين ولكن ذكر في اخر الباب جواب القياس وسكت عن جواب الاستحسان • وذكر
في اول الباب جواب القياس والاستحسان جميعا • ومنهم من قال فيه روايتان في رواية يجوز استحسانا وفي رواية
لا يجوز قياسا واستحسانا لانه عطف على مسألة الدهن في السمسم وذلك فاسد قياسا واستحسانا فكذلك هذا • وجه
ما ذكر في اول الباب من الجواز ان الصوف واللبن وان كان وصفا من اوصاف الشاة وقت العقد الا انه يصير اصلا حالة
القبض وانه مال قايم وقت العقد والمانع من جواز الهبة كون المضاف اليه وصفا فاذا صار اصلا بالانفصال
وقت القبض زال المانع من الجواز وقت القبض فصحت الهبة • كما لو وهب مشاعا يحتمل القسمة ثم افرز وسلم مفرزا
جاز • بخلاف الولد لانه وقع الشك في ثبوت المحلية في الولد فلم يصح الهبة لعدم المحلية لا للمانع وقت العقد مع
قيام المحلية • فاما ههنا الصوف مال قايم من حيث الحقيقة الا انه وصف حالة اضافة الهبة ويصير اصلا حالة

القبض مع قيام المالية فيه والعين بحال القبض • بخلاف البيع لأن البيع يوجب الملك بنفسه وحالة ما يوجب الملك بنفسه
هو وصف في الوصف مما لا يقبل التمليك مقصودًا فلهذا لم يجز • وفي باب الهبة يقع الملك بالقبض وحالة القبض لم يبق وصفًا
ووجه ما ذكر في آخر الباب أنه لا يجوز قياسًا ويجوز استحسانًا أن الصوف واللبن إن كان يصير أصلاً إلا أنه كان وصفًا
حالة الهبة والوصف ليس بمحل لإضافة التمليك إليه مقصودًا • ولهذا لم يجز إضافة البيع إليه • وإذا لم يصح بطلت الهبة
لغت الهبة أصلاً كما لو أضيفت إلى الولد في البطن بخلاف الشائع لأن الشائع محل لإضافة التمليك إليه مقصودًا
ألا ترى أنه لو باع جاز فكذا يصح محلا لإضافة الهبة إليه إلا أنه شرط الإفراز لتزول النقصان عن القبض فيما كان
مضافًا إلى محل • ووجه القياس لمن يقول أن في المسألة روايتين والأصح يجوز استحسانًا ولا يجوز قياسًا • والذي ذكر
في آخر الباب جواب القياس أنه أضاف الهبة إلى غير محله فلا يجوز كما لو أضاف إلى الولد • وذلك لأنه أضاف إلى الوصف
لأن الصوف واللبن ما دام متصلاً بالشاة بمنزلة وصف من أوصاف الشاة والوصف ليس بمحل لإضافة التمليك إليه مقصودًا
كما لو أضاف إلى يدها ورجلها • ووجه الاستحسان أن هذه صدرت من أهلها مضافًا إلى محلها لأن محلها مال قائم
مملوك للواهب والصوف واللبن مال قائم مملوك للواهب وقت العقد والقبض جميعًا وقد أضاف الهبة إليه فتصح الهبة
إلا أنه متصل بغيره فكان بمعنى الشائع • فإذا أمر بالقبض فقد زال الاتصال بما ليس بموهوب وقت القبض فصح كما
في الشائع • بخلاف الولد لأنه وقت الشك في وجوده ووقت الشك في وجود المالية فيه بعد الوجود • وفي الأصل
لم يكن محلا لأنه ما تعين فلا يصير محلا بالشك • وبخلاف اليد والرجل لأنه إن كان مالاً قائمًا حالة الاتصال لا
يتوهم الانفصال وقيام المالية يعتبر وقت العقد والقبض جميعًا • فإن قيل إن استقام هذا في الصوف
لا يستقيم في اللبن وفي وجود المالية لأن وجوده على خطر قد يكون للانتفاخ يعني بسبب الريح أو بسبب الدم أو بسبب
اللبن فقد وقع الشك في وجود اللبن وفي وجود المالية ومع هذا جازت الهبة استحسانًا فإنه إذا أمر بالقبض فالجواب
عنه أن الانتفاخ للريح محتمل واللبن محتمل فاستوى الوجود مع العدم فترجح جانب الوجود لأن إمكان التعريف حال
في وسعها • بخلاف الولد فإن الوجود والعدم استويا في الولد ولم يترجح جانب الوجود لأن التعريف غير ممكن إذا لم
يترجح الوجود لم تثبت المحلية ولم يكن ثابتا في الأصل بالشك • وكذلك إذا وهب الزرع في الأرض أو ثمر النخل والشجر
فإنه يجوز إذا أمر بالقبض لأنه لو باع هذه الأشياء جاز فكذا الهبة كذا ذكر شيخ الإسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده
وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده أيضًا في مبسوطه في باب الهبة مما لا يجوز قال إذا وهب الحمل على الدابة وسلم مع الدابة
كذلك فإنه يجوز • ولو وهب الدابة وعليها حمل وسلم كذلك فإنه لا يجوز • وقال إذا وهب الماء في القمقمة وسلم
مع القمقمة فإنه يجوز • وإذا وهب القمقمة وفيها ماء لم يجز والهبة متصلة بملكه في الفصول كلها والفصل يمكن ثم أجاز
الهبة في البعض ولم يجوز في البعض لأن الاتصال بين الهبة وملكه اتصال مجاورة لا اتصال خلقة • ومتى كان الاتصال
اتصال مجاورة لا اتصال خلقة لا يمنع الجواز بسبب الاتصال وإنما يمنع إذا تعلق به الاستعمال على الهبة بعد التسليم
إذا كان مشغولا بحقه • فإذا وهب الدابة وعليها اللجام وسلم جاز لأنه غير مستعمل للدابة بسبب اللجام لأن استعمال الدابة
يتحقق بدون اللجام ولو وهب اللجام على الدابة لم يجز لأن اللجام ما دام على الدابة فهو مستعمل باللجام لأن استعمال اللجام
إنما يكون للدابة فما دام على دابته فهو مستعمل للهبة • وكذلك إذا وهب الحمل على الدابة وسلم مع الدابة يجوز لأنه لا
يكون مستعملا للحمل لكونه على دابته لأن الحمل إنما يوضع على الدابة لتصير الدابة مستعملا بالحمل لا الحمل • وإذا وهب الدابة
وعليها حمل فإنه لا يجوز فإنه مستعمل للدابة بحمله • وإذا وهب الماء في القمقمة يجوز لأنه لا يكون مستعملا للماء بالقمقمة
لأن الماء إنما يجعل في القمقمة لتصير القمقمة مستعملا بالماء لا الماء • ولو وهب القمقمة لم يجز لأنه مستعمل للقمقمة بالماء لأن الماء
يوضع في القمقمة لتصير القمقمة مستعملا مثل هذا قالوا إذا وهب حنطة في جوالق وسلم مع الجوالق فإنه لا يجوز لأنه غير
مستعمل للحنطة بالجوالق لأن وضع الحنطة في الجوالق لا يكون استعمالا للحنطة • ولو وهب الجوالق وفيها حنطة لم يجز لأنه
مستعمل للجوالق بحنطته لأن الحنطة توضع في الجوالق لتصير الجوالق مستعملا به فعلى هذا الأصل تدور جملة هذه المسائل

قوله وإن كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيها قبضًا • أي قال القدوري في مختصره قال
الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وإذا وهب له الوديعة في يده أو عارية أو ما هو أمانة في يده وقبل ذلك ملك
الهبة وصح قبضه لهذا بكونها في يده بعد العقد عليها • وكذلك إن كانت مضمونة بمثلها أو بقيمتها كان كذلك أيضًا
وإن كانت مضمونة بغيرها مثل الرهن يكون مضمونا بالدين والمبيع يكون مضمونا بالثمن في المالك ذلك لمن هو في يده
فإنه لا يكون قبضًا للموهوب ذلك في يده إلا أن يقبضه قبضًا مستأنفا بعد عقد الهبة إلى هنا لفظ الكرخي • والأصل
في ذلك أن العين الموهوبة إذا كانت في يد الموهوب له أمانة كالوديعة والعارية ملكها بعقد الهبة من غير
تجديد قبض استحسانًا • والقياس أن لا يصير قابضًا حتى يخلي بين نفسه وبينها • وجه القياس أن يد المودع يد المودع
فكأنه وهب له ما في يده فلا بد فيه من قبض • ووجه الاستحسان أن الهبة تفتقر صحتها على مجرد القبض فلا تفتقر إلى القبض
بصفة ومجرد القبض موجود عقيب العقد فصحت الهبة • ولا يشبه هذا بيع الوديعة ممن هي في يده لأن البيع يقتضي
قبضًا مضمونا • وقبض المودع عقيب العقد قبض أمانة فلا بد من تجديد قبض آخر • وذلك لا يكون إلا بالتخلية بينه

بينه وبين الوديعة • وأما إذا كانت العين في يد الموهوب له مضمونة فهو على وجهين إن كانت مضمونة بمثلها أو بقيمتها كالعين
المغصوبة والمقبوضة على وجه السوم فإنه يملكه بالعقد ولا يحتاج إلى تجديد قبض وذلك لأن القبض الذي تقتضيه الهبة
قد وجد وزيادة وهو الضمان • وذلك الضمان تصح البراءة منه • ألا ترى أنه لو أبرأ الغاصب من ضمان الغصب جاز وسقط
فصارت الهبة براءة من الضمان فبقي قبض من غير ضمان فتصح الهبة • وإن كانت العين مضمونة بغيرها كالمبيع المضمون بالثمن وكالرهن
المضمون بالدين فلا بد من قبض مستأنف بعد عقد الهبة وهو أن يرجع إلى الموضع الذي فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من
قبضها • وذلك لأن العين وإن كانت في يده مضمونة إلا أن هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له فلم تكن هي
الهبة براءة • وإذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن بد من تجديد قبض آخر كذا في شرح الأقطع • وقال
محمد في الأصل أرأيت رجلا استودع أخاه عبدًا أو ثوبًا أو متاعًا أو دارًا أو دابة ثم قال صاحب المتاع والدابة والعبد قد
وهبت لك الذي استودعتك وهو في يد المودع أيجوز ذلك قال نعم إذا قال قبلت • قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه
لم يشترط القبول هنا وذكر فيما وهب عبدًا لابنه ثم قبضه في المجلس أو بعد المجلس وكان أمره بالقبض نصًا أنه يصح ولم يشترط
في ذلك قبولا وإنما كان كذلك لأن في تلك المسألة العبد ليس في يد الموهوب له حالة الهبة • وإذا لم يكن العبد في يد
الموهوب له كان الموهوب له محتاجًا إلى إحداث قبض حتى يملك فمتى أقدم على القبض كان ذلك إقدامًا ورضا منه بوقوع
الملك له فملكه وإن لم يوجد القبول منه نصًا • أما ههنا فلا حاجة بالمودع إلى القبض لأن الهبة في يده فمتى لم يشترط القبول
نصًا لم يكن الواهب يقع الملك له في الهبة بغير رضا لأنه لا حاجة إلى القبض ولا يجوز أن يقع الملك للموهوب له بغير رضاه
لما فيه من نوع الضرر • وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده أيضًا في مبسوطه قال وإن كان الموهوب له ساكنا في دار بأجر
أو عارية قال ثم هذا إذا جاز لأن قبض الوديعة ينوب عن قبض الهبة فلأن ينوب قبض الإجارة وفي قبض الإجارة زيادة ضمان ليس
في قبض الوديعة أولى قوله وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد هذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لأن الأب يلي التصرف المالي على ولده الصغير ما دام صغيرًا فكذا يلي عليه في قبض هبته • فإذا وهبه بنفسه فإن قبضه
قام مقام قبض الولد • بخلاف ما إذا كان الولد كبيرًا فإن قبض الأب لا ينوب عن قبضه وإن كان في عياله • وقال ابن أبي ليلى
إن قبض الأب ينوب عن قبضه إذا كان في عياله كذا ذكر خواهر زاده • وهذا بخلاف ما إذا كان الشيء الموهوب مرهونًا أو
مغصوبًا أو مبيعًا بيعًا فاسدًا حيث لا يجوز الهبة بيانه ما قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي رجل رهن
عبدًا من رجل وسلمه إليه ثم وهبه من ابنه الصغير لم يجز لأن القبض شرط لتمام الهبة وقد فقد حقيقة وتقديرًا لأنا جعلنا
يد الأب بما يهبه لابنه الصغير كأنه يد الابن إذا كانت قائمة • وههنا اليد للمرتهن لا للراهن فتعذر جعلها للابن فانعدم
القبض الذي هو شرط للهبة فقلنا بالفساد • وكذلك لو كان العبد الموهوب غصبًا في يد رجل أو مقبوضا للرجل بحكم شراء فاسد
لأنه تنعدم اليد للواهب فتنعدم يد الصغير تقديرًا • قال صاحب الهداية وكذا إذا وهب له أمه وهو في عيالها والأب ميت
ولا وصي له • وكذلك من يعوله ذكره تفريعًا على مسألة القدوري يعني تتم الهبة بمجرد العقد لأن هؤلاء لهم أن يقبضوا الهبة للصبي
فكان قبضهم كقبضه • بخلاف ما إذا كان الأب أو وصيه حيًا حيث يشترط قبضه لأن ولاية القبض له • وقال الشيخ أبو الحسن
الكرخي في مختصره وإذا وهب الأجنبي للصغير فقبضها له أبوه أو وصي أبيه بعد أبيه أو جده أبو أبيه بعد أبيه أو وصيه جاز ذلك
وكذلك إن لم يكن أحد منهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يليه في الولاية ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود أحد منهم كان
الصبي في عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم من الصبي أو كان أجنبيًا • فإذا لم يكن واحد من هؤلاء الأربعة فقبض للصبي
من كان الصبي في حجره وعياله ولم يقبض من لم يكن الصبي في عياله من ذي الرحم والأجنبي • وإن كان الصبي يعقل ولم يبلغ
فقبض ما وهب له وأحد الأربعة حي جاز قبضه استحسانًا • والقياس أن لا يجوز • وكذلك الصبية إذا عقلت وكان لها
زوج قد دخل بها فقبضت أو قبض لها زوجها جاز ذلك • وكذلك إن قبض الأب في هذه الحال جاز على الصبي والصبية قبضه
فإن قبض للصبي غير من هو في عياله من ذي الرحم لم يجز وإن كان أقرب إلى الصبي إلى هنا لفظ الكرخي في مختصره • وقال الإمام
الإسبيجابي في شرح الطحاوي ثم الموهوب له إذا كان من أهل القبض فحق القبض إليه وإن كان الموهوب صغيرًا أو مجنونًا
فحق القبض إلى وليه وليه أبوه أو وصي أبيه ثم جده ثم وصي جده ثم القاضي ومن نصبه القاضي سواء كان الصغير في عيال
هؤلاء أو لم يكن • أما الأم والأخ والعم وغيرهم من ذي الرحم المحرم • فإن لم يكن الصغير في عيال واحد من هؤلاء فإنه لا يجوز
قبض واحد منهم • وإن كان الصغير في عيال واحد منهم جاز قبضه استحسانًا • ولو قبض الصغير بنفسه وهو يعقل جاز ذلك
استحسانًا • ولو وهب للصغير أبوه فالأب هو الذي يقبض بنفسه وكذلك كل من كان له حق القبض من الأولياء وقبضه لذلك
إعلامه والإشهاد عليه فالإشهاد للاستيثاق ولو لم يشهد جاز فيما بينه وبين الله تعالى إلى هنا لفظ شرح الطحاوي • وقال
شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه الأصل في هذا الباب أن قبض الأب يجوز على ولده الصغير سواء كان في عياله أو لم يكن
لأنه يلي عليه في نفسه وماله ما دام صغيرًا سواء كان في عياله أو لم يكن فكذا يلي عليه في قبض الهبة • وكذلك الجد إذا كان
الأب ميتًا لأنه يلي عليه في نفسه وماله بعد موت الأب ما دام صغيرًا سواء كان الصغير في عياله أو لم يكن فكذا يلي عليه في
قبض الهبة في الحالين • فأما الأخ والعم والجد إذا كان الأب حيًا والأم إذا قبضوا الهبة للصغير إن كان الصغير في عيالهم
جاز قبضهم عن الصغير استحسانًا لأن للأجنبي ذلك إذا كان الصغير في عياله حال عدم الأقارب أو حال غيبتهم غيبة منقطعة

استحسانا فلا قارب اولي وان لم يكن الصغير في عياله هولا لا يجوز قبضهم لانه ليس لهولا ولاية التصرف في ماله ومن لا يكن له ولاية
التصرف في مال الصغير لا يكون له قبض الهبة كالاجنبي هذا اذا كان الصغير في عيالهم والاب غايب • فاما اذا كان الاب حاضرا
والصبي في عيالهم فهل يصح قبضهم الهبة عن الصغير ام لا • قال شيخ الاسلام خواهر زاده لم يذكر محمد هذا الفصل نصا في الكتاب يعني
في المبسوط ولم يقل يصح او لا يصح الا انه ذكر في الاجنبي اذا كان اليتيم وليس لهذا اليتيم احد يعني من الاقارب الا الرجل الذي
يقوله فان له ان يقبض الهبة عن الصغير فظاهر هذا الشرط يقتضي ان لا يصح قبض الاجنبي متى كان لليتيم قريب اخر حاضر سوى
الاجنبي • وان كان الصبي في عيال الاجنبي وذكر في الجد وقال لا يصح قبضه عن الصغير اذا كان الاب الصغير حيا لم يفصل بينهما
اذا كان الصغير في عياله او لم يكن فظاهر ما اطلق من الجواب يدل على ان الاب متى كان حاضرا لا يكون للجد القبض • وان كان
في عياله • وذكر في الام اذا قبضت وهو في حجرها وعيالها وليس له اب ولا جد انه يجوز قبضها فظاهر ما ذكر في الشرط يدل
على انه لا يصح قبضها اذا كان الاب غايبا غيبة منقطعة والصبي في حجر اخيه وعياله فوهب للصبي هبة فقبض الاخ قال يجوز • فظاهر ما
ذكر يدل على انه لا يجوز قبض الاخ اذا كان الاب حاضرا • وذكر ان من تزوج صغيرة يجامع مثلها وهي في عيال الزوج قال
ان قبضت هي او الزوج او الاب جاز القبض فقد جعل للزوج حق قبض الهبة عن الصغيرة • وان كان الاب حاضرا ولم يشترط
لصحة قبض الزوج عن امراته غيبة • ثم قال خواهر زاده ثم من مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الاجنبي والام والجد والاخ
وقال يجوز قبض هولا عن الصغير اذا كان في عيالهم • وان كان الاب حاضرا كما في الزوج وما ذكر من غيبة الاب وعدم
قريب اخر في الاجنبي خرج اتفاقا بناء على الغالب فان الغالب ان الصغير انما يكون في عيال هولا حال فقد الاب او غيبته
غيبة منقطعة • والشرط اذا خرج اتفاقا لا يكون له عبرة وذهبوا الى ان حق القبض انما يثبت للزوج اذا كان الاب حاضرا
لكون الصغير في عياله لا للولاية تثبت للزوج عليها في مالها بسبب النكاح • وهذا المعنى موجود في هولا حال حضرة الاب
فيكون لهم ما للزوج • ومنهم من فرق وقال بان قبض الزوج يجوز على امراته الصغيرة اذا كانت في عياله حال حضرة الاب
وحال غيبته • وفي الاجنبي يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب اخر للصغير وفيما ذكر من الاقارب حق القبض حال غيبة
الاب اذا كان الصغير في عيالهم ولا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب • وذهبوا في ذلك الى ان سبب ثبوت ولاية
القبض لغير الاب كون الصغير في عياله وقد تحقق هذا السبب من كل وجه في حق الزوج حال حضرة الاب كما تحقق حال غيبته
لانه ليس للاب انتزاع الصغيرة من الزوج واذا لم يكن له انتزاع الصغيرة من الزوج حال حضرته صار حضرته كغيبته وكان
سبب ولاية القبض عن الصغيرة مستحقا للزوج • فاما في غير الزوج ما دام الاب حاضرا فله ان ينزع الصغير من الاخ والجد
والعم وكذا له ان ينزع من الاجنبي واذا كان للغير حق الانتزاع لم يستقر لهولا سبب ولاية القبض عن الصغير لان سبب ولاية
القبض كون الصغير في عيالهم وهذا غير مستقر حال حضرة الاب وغير المستقر ثابت من وجه غير ثابت من وجه وولاية القبض
لهولا لم يكن ثابتا فلا يثبت بسبب هو ثابت من وجه غير ثابت من وجه • فان قيل ما ذكرتم من الفرق يشكل بالام فانه شرط
الام لصحة قبض الام عن الصغير ان لا يكون للصغير اب ولا جد ومتى كان الاب حاضرا لا يملك الانتزاع منها وكان يجب ان
يكون الجواب في الام كالجواب في الزوج فالجواب عنه ان سبب ثبوت الولاية ان كان من حيث ان الصغير في عيالها وليس لاحد
حق انتزاع هذا الصغير منها الا انه تمكن من جانبها نقصان اخر في الولاية وهو نقصان العقل ولا بد لثبوت ولاية القبض لانسان
بعد ما كان الصغير في عياله من العقل فان الصغير اذا كان في عيال مجنون لا يكون للمجنون ان يقبض الهبة عن الصغير وقد
تمكن في عقلها نقصان فنزل تمكن النقصان في العقل بمنزلة نقصان تمكن في كون الصغير في عياله بان كان للغير حق الانتزاع منه
فلو تمكن في هذا نقصان لم يجز القبض عن الصغير حال حضرة الاب فكذلك في الام • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده ايضا
ثم في قبض الاجنبي اذا كان الصغير في عياله وليس له احد من الاقارب وقبض الاخ اذا كان الصغير في عياله والاب غايب
غيبة منقطعة وقبض الصغير بنفسه وهو ممن يعقل قياسا واستحسانا القياس انه لا يصح وفي الاستحسان يصح • وجه القياس
ان القبض تصرف مالي متردد بين النفع والضرر لانه ربما يكون الهبة بحال لا تساوي بنفقته فتكون الهبة في هذه الحالة
ضررا لا نفعا • وكل تصرف مالي متردد بين الضرر والنفع فانه لا يصح الا ممن له ولاية التصرف على الصغير في ماله وليس
لهولا ولاية التصرف في مال الصغير وان كان الصغير في عيالهم لا يصح قبضهم عن الصغير لانه ليس لهم ولاية التصرف في ماله
فكذا اذا كان الصغير في عيالهم والصبي المحجور وان عقل لا يصح منه تصرف مالي متردد بين الضرر والنفع الا باذن الولي كالبيع
والشرا فكذا يجب ان لا يصح قبض الهبة منه • ووجه الاستحسان ان المنفعة اصل في الهبة لانه تمليك مالي بغير عوض وهذا
في نفسه منفعة والضرر موهوم مشكوك فيه • ولو كان الضرر متيقنا يتيقن عن قصر نحو لا صح كما في قضا الدين من الاجنبي
في حق الصغير ومن غير الاب وان لم يكن الصغير في عيالهم • ولو كان الضرر ثابتا يقينا والمشكوك فيه يدخل اما ماله
في ملكه كما في البيع كان لا يثبت لمن ليس له ولاية على الصغير في ماله سوا كان الصغير في عياله او لم يكن في عياله • فاذا
كانت المنفعة اصلا والضرر موهوما ثبتنا ولاية قبض الهبة على الصغير لمن له ولاية تربية الصغير وتحصينه بان كان الصغير
في عياله اعتبارا بجانب المنفعة ولا يصح ممن ليس له ولاية تربية الصغير والتحصين اصلا ولا ولاية التصرف في ماله
اعتبارا بجانب الضرر **قوله** وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان
الاب يملك على الصغير ما كان مترددا بين النفع والضرر كالبيع والشرا فلان يملك ما كان نفعا محضا كالهبة والصدقة

بالطريق الاولى **قوله** وان وهب لليتيم هبة يقبضها له وليه هذا ايضا لفظ القدوري • وذلك لان الهبة للصبي حق من حقوقه
والولاية في جميع حقوقه لوليه فكذا في هذا الحق • قال في شرح الطحاوي وليه ابوه او وصي ابيه ثم جده ثم وصيه ثم
القاضي ومن نصبه القاضي سوا كان الصغير في عيال هولا او لم يكن وقد مر بيانه قبل هذا **قوله** وان كان في حجر
امه فقبضها له جائز هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه • وذلك لان من يعوله له
ضرب من الولاية بدليل انه يؤدبه ويسلمه الى الصناعة فجاز قبضه له اذ هو نفع محض فيملكه من هو في عياله ولا يجوز قبض من لا
يعوله ومن لا ولاية له وان كان ذا رحم محرم لعدم الولاية • يقال فلان في حجر فلان اي في كنفه وتربيته **قوله** وان قبض
الصبي الهبة بنفسه جاز وهذا لفظ القدوري ايضا في مختصره • وذلك لان العاقلين في جميع الاعصار جوزوا من غير نكير قبض
الصغار اذا تصدق عليهم او وهب لهم فدل على ان قبضهم صحيح ولان للصبي يدا صحيحة • ولهذا لا يجوز لاحد انتزاع ما في يده
لا بيعه كالبالغ فصح قبضه وقبض الصغير اذا كان يعقل حال حياة ابيه او وجود جائز استحسانا لا قياسا • وقد مر قبل
هذا وجه القياس انه لا ولاية له على نفسه فينبغي ان لا يصح قبضه للهبة كما لا يصح قبضه للمبيع • ووجه الاستحسان ان في قبض
الهبة نفعا محضا لا ضرر لانه يملكه بلا عوض فيصح قبضه كما يصح قبض من يعوله **قوله** وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض
زوجها لها بعد الزفاف ذكر هذا تفريعا على مسئلة القدوري وقد مر البيان مستوفى قبل هذا **قوله** ويملكه مع حضرة
الاب • بخلاف الام وكل من يعولها وفي قبض الفقيه من يعوله اي يملك الزوج قبض ما وهب لزوجته الصغيرة بعد الزفاف
مع حضور الاب والدو معنى قبل هذا • وقال بعض مشايخنا يجوز لهم ايضا ان يقبضوا الهبة للصغير اذا كان في عيالهم كالزوج
وعند احمد رزين المتن يقوله في الصحيح وقد مر الوجه فيه قبل هذا **قوله** قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز
اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان وهبها واحد من اثنين لم يصح عند ابي حنيفة وقالا يصح • وقال في الجامع
الصغير فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يتصدق على الرجلين المحتاجين بعشرة دراهم قال جائز • ولا يجوز على ذلك الغنيين
وقال ابو يوسف ومحمد يجوز ذلك كله للغنيين المحتاجين الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وحاصل هذا انه اجاز الصدقة من اثنين
ولم يجز الهبة من اثنين لكنه جعل الهبة عبارة عن الصدقة اذا وهب للفقيرين وجعل الصدقة عبارة عن الهبة اذا تصدق على الغنيين
مجازا لان كل واحد منهما تمليك بلا عوض وفرق في الحكم بين الهبة والصدقة في الجامع الصغير • وفي الاصل سوى بينهما فقال في كتاب
الهبة عقيب الهبة فيما يقسم من اثنين • وكذلك الصدقة ونقل صاحب الاجناس عن الاصل اذا وهب رجلان دارا من رجل جاز ذلك
قولهم • ولو وهب رجل من رجلين دارا لم يجز في قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد جاز وفي الرهن من رجلين جاز في قولهم جميعا
وكذلك في الاجارة جاز من رجلين • واذا وحد الشارع الدار في الطريق لا يجوز عند اصحابنا لمن وهب نصف دار من رجل وسلمها
اليه ثم وهب النصف الاخر من رجل اخر وسلمها لم يجز في قولهم • ولو لم يسلمها اليه حتى وهب النصف الاخر من رجل ثم سلمها اليهما
كان عند ابي حنيفة لا يجوز وقال ابو يوسف ومحمد جاز الى هنا لفظ الاجناس • وقال الكرخي في مختصره ولو وهب دارا لرجلين او هو
طعام او الف درهم او شيا مما يكال او يوزن او يقسم لرجلين واقبضهما ذلك لم يجز الهبة عند ابي حنيفة وهي جائزة عند ابي يوسف
ومحمد • ولو فسر ذلك قبل القبض وسلم الى كل واحد منهما حصته مقسومة جاز ذلك في قولهم جميعا • ولو وهب عبدا او ثوبا لرجلين
او شيا لا يقسم جاز ذلك في قولهم جميعا • ولو وهب رجلان دارا بينهما لرجل وسلماها اليه جاز ذلك في قولهم جميعا الى هنا لفظ
الكرخي في مختصره • ثم اعلم ان هبة ما ينقسم لا يجوز لاثنين عند ابي حنيفة باتفاق الروايات اما الصدقة فيه لاثنين يجوز على رواية
الجامع الصغير عند ابي حنيفة لا يجوز على رواية الاصل كالهبة لانه ابطل الهبة فيما ينقسم من اثنين عنه • ثم قال وكذلك الصدقة
وجه قولهما ان الشيوع حصل في حد طرفي العقد فلم يمنع صحة العقد كما اذا وهب الاثنان من واحد تحقيقه ان المانع من الصحة هو الشيوع
وقد فقد لان قضية هذا العقد ثبوت الملك لهما دفعة واحدة ثم تفرقه بعد ذلك ليس واحد منهما فلا يظهر الشيوع في حكم العقد كما
لو رهن من رجلين او اجر • ولابي حنيفة ان الملك في الهبة بالقبض والشيوع موثر فيه بالاتفاق • والمعنى المؤثر في العقد اذا قارن ما يمنع
به الملك منع منه كالبيع يقارنه شرط فاسد • ولهذا اجاز هبة الاثنين من الواحد لان قبضه في غير مشاع فيوجد سبب الملك بلا مقارنة
فساد • بخلاف ما اذا ارهن من رجلين لان الدار مرهونة عند كل واحد منهما على سبيل الكمال لان الرهن حبس فيتصور ان تكون
الدار محبوسة عند واحد منهما على سبيل الكمال • ولهذا اذا افك احدهما كانت رهنا بتمامها عند الاخر • بخلاف ما اذا اجر
من رجلين لانه يتم معنى الشيوع بالمهاياة بان ينتفع كل واحد منهما في النصف بطريق الاصالة وفي النصف الاخر بطريق
النيابة ويتحاذ حينئذ فيحصل لهما الانتفاع فاما الصدقة على اثنين فقد اختلف مشايخنا في بيان ذلك • قال بعضهم ليس فيها اختلاف
الروايات بل يجوز عند ابي حنيفة رواية واحدة كما ذكر في الجامع الصغير وتاويل ما ذكر في كتاب الهبة اذا كانا غنيين لان الصدقة
عليهما هبة منهما • اما اذا كانا فقيرين فذلك جائز وهذا في كتاب الهبة تاويل الحاكم الشهيد صاحب الكافي ويحتاج الى هذا
التاويل الى الفرق لابي حنيفة بين الصدقة والهبة وفرقه ظاهر لان الملك في الصدقة يقع اولا لله تعالى والفقير نايب عن
الله تعالى في القبض فصار بمنزلة ما لو وهب لواحد واراد وكل الموهوب له وكيلين بالقبض فيصح جاز لان الموهوب له واحد وهو الله
الهبة لان الملك يقع للاثنين • قال صاحب التحفة بناء على قول ابي حنيفة يجوز الصدقة من الفقيرين لا من الغنيين على صدقة التطوع وقال
بعض مشايخنا فيها اختلاف الروايات بناء على رواية الاصل لا يجوز الصدقة فيما يقسم على اثنين • والى هذا الوجه ذهب الطحاوي
في مختصره • قال ومن وهب او تصدق بدار على رجلين لم يجز ذلك في قول ابي حنيفة وجاز في قول ابي يوسف ومحمد الى هنا لفظ الطحاوي

وتملك رواية وجه. اما وجه رواية الاصل فهو ان الملك وان كان يقع لله تعالى وهو واحد لكن يقع في ضمن ملك الفقير والملك للفقير يثبت في الشايع فلا يتم قبض الفقير واذا لم يتم قبض الفقير لم يقع الملك لله تعالى في ضمنه. بخلاف الوكلين لان الملك ابدا يقع للموهوب له لا للوكيلين والموهوب له. واما وجه رواية الجامع الصغير فقد مر وهو ان المقصود بالصدقة هو الله تعالى هو واحد وقبض الفقير يقع له فصار كالموهوب له اذا وكل وكيلين بالقبض وقوله وذكر في الاصل يعني قول ابي حنيفة فيما اذا وهب واحد من اثنين حيث لا يجوز وبه صرح القدوري في كتاب التقريب **قوله** ووجه الفرق على هذه الرواية انه اي وجه الفرق بين الهبة من اثنين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة وبين الصدقة فيه على اثنين حيث جازت على رواية الجامع الصغير **قوله** وقيل هذا هو الصحيح اي جواز الصدقة فيما ينقسم على فقيرين هو الصحيح وتاويل المذكور في الاصل الصدقة على غنيين بدليل رواية الجامع الصغير حيث صرح فيه ان التصدق على فقيرين جائز. ثم اعلم ان الهبة الفاسدة مضمونة لا يملكها الموهوب له الا انه الى ما ذكره في العارية الكبرى لو دفع الف درهم الى رجل وقال نصفه هبة ونصفه مضاربة لم تجز الهبة لانه مشاع. ولو هلك عند القابض ضمن حصة الهبة درهم. وفي نوادر ابن رستم عن محمد لو دفع درهمين فقال احدهما لك هبة والاخر يكون عندك وديعة فضاعا جميعا يضمن درهما وهو قول الاخرانيين. وانما ضمن الدرهم الهبة لانه اخذه على فساد لان الهبة كانت مقسومة. وكذلك نقل في الاجناس عن النوادر وقال الولوالجي في فتاواه رجل معه درهمان قال له رجل اعطني درهما منهما فالمسئلة على وجهين ان كانا مستويين لا تجوز الهبة وان كانا مختلفين تجوز. والفرق ان في الوجه الاول تناولت الهبة احدهما وهو مجهول. وفي الوجه الثاني تناولت قدر درهم منهما وهو مشاع لا يحتمل القسمة. وقال فيها ايضا رجل وهب لرجلين درهما صحيحا فقال بعضهم لا يجوز لان تنصيف الدرهم لا يضر فكان مشاعا يحتمل القسمة والصحيح انه يجوز لان الدرهم الصحيح لا يكسر عادة فكان مشاعا لا يحتمل القسمة قال وهذا يوافق ما ذكرنا قبل هذا **قوله** ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللاخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف. وقال محمد يجوز ذكر هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري هكذا ذكر الخلاف في مبسوطه ومختصر الكافي للحاكم بن محمد وصاحبه. وهكذا ذكر الخلاف في المنظومة والمختلف. وقد ذكر القدوري في كتاب التقريب الخلاف بين ابي يوسف ومحمد ولم يذكر قول ابي حنيفة وكذلك ذكر في الاشارات الاسرار ايضا. ثم اعلم ان ابا حنيفة مر على اصله في هبة الواحد الدار من اثنين فانها لا تجوز لانها هبة المشاع كذا هنا. وكذا محمد مر على اصله في جواز هبة الدار من اثنين لان العقد اقتضى ثبوت الملك لهما دفعة واحدة فلم يظهر الشيوع وابو يوسف فرق بين المسئلتين فقد جوزه ثمة كما قال محمد ولم يجوزه هنا كما قال ابو حنيفة. ووجه الفرق لابي يوسف انه اذا اطلق الهبة فيهما فالعقد لا يتعرض للتبعيض. بخلاف ما اذا فصل احدهما في العقد فقال لهذا ثلثها ولهذا ثلثاها فان التفصيل في العقد يوجب تفريقا في العقد والعقد متى تفرق اوجب الشيوع لا محالة فمنع من الجواز. بخلاف ما اذا قال وهبت الدار لكما النصف من هذا والنصف من ذا لان ذلك بيان بحكم العقد فان الحكم يقع كذلك فلم يمنع الجواز. وفي صورة التفصيل لم يتعذر جعله بيانا لحكم العقد فان حكم التنصيف لا التفاضل فاوجب التفصيل شيوعا فمنع الجواز فافترقا. وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه فرق ابو يوسف بين الرهن من اثنين وبين الهبة من اثنين اذا بين بينهما بالنصف فقال تجوز الهبة ولا يجوز الرهن. والفرق بينهما ان التمييز في النصف في باب الرهن بمنزلة التفصيل في الهبة يغير موجب العقد. فاما التمييز من حيث النصف في الهبة تقرير لموجب العقد وليس بتغيير وبتعدد ربما تنصيفه مطلق العقد لا يمنع صحة العقد كما في باب الرهن ثم اذا قال على ان يكون الكل رهنا عند كل واحد جاز. وقال القدوري في كتاب المسمى بالتقريب وقد روى ابن سماعة عن ابي يوسف فيمن قال لرجلين وهبت منكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها صحت الهبة. ولو قال وهبت منك نصف هذه الدار ومن الاخر نصفها لم تصح الهبة لانه في الاول اوقع العقد صفقة ثم فسر مقتضى الصفقة من القسمة. وفي الثاني فرق احد الايجابين عن الاخر

قد بينا في اول كتاب الهبة ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب

فصل في الرجوع وما يمنع منه

له ملكا غير لازم. وما يمنع صحة الرجوع وهذا بيان مواضع الرجوع وما يمنع منه **قوله** واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يعوضه عنها او تزيد زيادة متصلة او يموت احد المتعاقدين او تخرج الموهوب عن ملكه. قال اصحابنا اذا وهب من اجنبي شيئا فلم يعوضه له حق الرجوع. وقال الشافعي رحمه الله ليس له حق الرجوع. واما الوالد اذا وهب لولده شيئا فعندنا ليس له حق الرجوع كذا في الطريقة وعنده له حق الرجوع وقد اتفقوا انه اذا وهب لزوجته او للفقير ليس له حق الرجوع كذا في الطريقة البرهانية. وقال علاء الدين العالم في طريقته واجمعوا انه لو وهب لزوجته او لذي رحم محرم منه لا يملك الرجوع الى هنا لفظ الطريقة واراد بذي رحم محرم غير الولد لان في الولد اختلافا. وقال ابن الجلاب المالكي البصري في كتاب التفريع وكل من وهب هبة ليس فيها رجوع الا الوالدين خاصة فان لهما الرجعة فيما وهباه لولدهما ما لم ينكح ابن او تزوج فانه اذا نكح ابن او تزوج لم يكن للوالدين في الهبة رجعة. قال فتكون الهبة عند الولد فليس للوالد رجعة. وان باعها الوالد واخذ ثمنها لم يكن للوالد الى ثمنها سبيل الى هنا لفظ التفريع. وقال في الوجيز الشافعي رحمه الله ولا رجوع فيه الا الوالد فيما يهب لولده وفي معناه الوالدة والجد وكل اصل. وقيل انه يختص بالاب وان تصدق الاب عليه لم يرجع في الرجوع خلاف ومهما تلف الموهوب او زال الملك المتهب فات الرجوع ولا يثبت طلب القيمة الى هنا لفظ الوجيز. وقال الخرقي من الحنابلة في مختصره ولا يحل لواهب ان يرجع في هبته ولا لمهد ان يرجع في هديته وان لم يثب عليها الا الاب ووجه قول من لم يجوز الرجوع للاجنبي ما روي في شرح الاثار مسندا الى طاوس عن ابن عمر وابن عباس قالا قال رسول الله صلى الله عليه

وسلم لا يحل للواهب ان يرجع في هبته الا الوالد لولده. وقد روى البخاري في صحيحه مسندا الى ابن عباس قال قال النبي صلى الله عليه وسلم العائد في هبته كالعائد في قيئه. وفي رواية عن ابن عباس قال قال النبي صلى الله عليه وسلم ليس لنا مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه. ولانه عقد تمليك فينبغي ان يقع لازما كالبيع. وهذا المعنى يترك في الوالد بالنص ولان ثمة لم يتم التمليك لكون الولد جزءا منه فيثبت له الرجوع. ولنا ما حدث الطحاوي في شرح الاثار قال حدثنا ابراهيم بن مرزوق قال حدثنا يحيى بن ابراهيم قال حدثنا حنظلة عن سالم قال سمعت ابن عمر يقول سمعت عمر بن الخطاب يقول من وهب هبة فهو احق بها حتى يثاب منها بما يرضى. وقال الطحاوي ايضا فيه حدثنا يونس اخبرنا ابن وهب ان مالكا حدثه عن داود بن الحصين عن ابي غطفان بن طريف المري عن مروان بن الحكم ان عمر بن الخطاب قال من وهب هبة لصلة رحم او على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما اراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها ان لم يرض منها فهذا عمر رضي الله عنه جعل في الهبة لذي الرحم المحرم. والصدقة انه لا يرجع وجعل في غير ذلك من الهبات ان يرجع. وحدث الطحاوي فيه ايضا عن سليمان عن عبد الرحمن بن زياد عن شعبة عن جابر الجعفي قال سمعت القاسم يحدث ابن عبد الله عن عبد الرحمن بن ابزى عن علي قال الواهب احق بهبته ما لم يثب منها. وقال الكرخي ايضا حدثنا الحضرمي قال حدثنا ابن نمير قال حدثنا حفص عن الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عمر قال من وهب هبة لغير ذي رحم محرم فله ان يرجع ما لم يثب. ومن وهب هبة لذي رحم محرم فليس له ان يرجع. وقال الكرخي والى ما روي عن عمر وعلي ذهب اصحابنا واجازوا الرجوع في الهبة في الحكم اذا كانت لاجنبي ولم يثب منها وكرهوا ذلك للواهب في الدين لانه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال العائد في هبته كالعائد في قيئه. وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال كالكلب يعود في قيئه فدل قوله عند اصحابنا على الكراهة ليس على التحريم ويدل على صحته تمثيله بالكلب ولو كان تحريما لما مثله بالكلب لان معنى التحريم لا يقع في الكلب. ويدل على ذلك ما روي عن عمر وعلي في اجازة الرجوع للاجنبي فيما وهب ما لم يثب منه ولو كان حراما لما اجاز ذلك. والجواب عن قوله عليه السلام لا يحل للواهب ان يرجع في هبته الا الوالد لولده فنقول ليس المراد منه التحريم بل انما وصف الرجوع بانه لا يحل تغليظا للكراهة اذ يكون احدا من امته له مثل السوء بدليل ما روينا عن عمر وعلي انهما اجازا الرجوع. وهذا كما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تحل الصدقة لذي مرة سوي فلم يكن ذلك على معنى انما تحرم عليه كما تحرم على الاغنياء ولكنها لا تحل له من حيث تحل لغيره من ذوي الحاجة والزمانة فكذلك هذا على انه لا يحل له ذلك كما تحل له الاشياء التي قد احلها ولم يحمل لفاعلها مثل السوء. واما استثناء الوالد فنقول به على ان الوالد يباح له ان ياخذ ما وهب لابنه في وقت حاجته الى ذلك وفقره اليه ولا يكون مثله مثل السوء كمثل الكلب الراجع في قيئه. والمعقول في المسئلة ان الهبة عقد قابل للفسخ والنقض. ولهذا اذا تفاسخا بالاتفاق فلما قبل الفسخ وقد فات غرض الواهب وهو العوض المالية يثبت له حق الفسخ والرجوع الى اصل حقه قياسا على ما اذا اشترى عبدا على انه كاتب فوجد غير كاتب. فان قلت لا نسلم ان العوض والمقصود من الهبة العوض المالي. قلت الدليل على ذلك العرف والشرع. اما العرف فلان المكافات والمجازات مقصودة في الهبات عادة لان الانسان لا يرمي ادبر ولعينه ماله الذي هو سبب بقائه الى غيره مجانا. واما الشرع فلان النبي صلى الله عليه وسلم ندب الى ذلك. وقد روت عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اولي معروفا فليكافئ به فان لم يستطع فليذكره فان ذكره فقد شكره. وحدث البخاري مسندا في الصحيح الى عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها. وروى في الجامع الترمذي مسندا الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تهادوا فان الهدية تذهب وحر الصدر وامر بالمهاداة وهي ايتاء الهبة من الجانبين. فان قلت قد يكون الغرض من الهبة اظهار السخاء واكتساب المحمدة. قلت ذلك مسلم ولكن لا ينافي ذلك ما قلنا من كون العوض المالي غرضا لان اظهار السخا لا يبطل بمجرد ثبوت حق الرجوع وانما يبطل بالرجوع. فاذا قصد الرجوع تبين ان غرضه المجازاة لا اظهار السخا لانه له الفتح لفوات الغرض. ولان التبرع على نوعين تبرع بالعين وتبرع بالمنفعة كالعارية ثم ذلك التبرع يصح الرجوع فكذا في هذا. ولان التبرع ينافي اللزوم الا اذا وجد المانع من الرجوع وسنذكر المانع بعد هذا ان شاء الله تعالى غاية ما في الباب ان يكون الرجوع منهيا عنه ومع هذا الوجه صح كما انه نهي عن البيع عند اذان الجمعة فلو عقد صح عقده وكذلك ايقاع الطلاق في الحيض منهي عنه فلو اوقع فيه صح كما انه نهي وتحرم عليه الصلاة في ارض مغصوبة والذبح بسكين مغصوبة ولو فعل صح ذلك **قوله** ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها فيه نظر لانه من كلام عمر لا من كلام النبي عليه السلام ثم ذكر **قوله** والمراد عند ما روي نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد. اي المراد بقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده حرمة رجوع غير الوالد في هبته بطريق الاستبداد اي التفرد واثبات الاستبداد بالرجوع للوالد يعني ان غير الوالد لا يستبد بالرجوع بدون ان ينضم اليه قضاء القاضي او رضا الموهوب له والوالد يستبد به اي يجوز له ان يتملك ماله ولده اذا احتاج اليه وسمى ذلك رجوعا لانه لما تملكه عاد اليه ما وهب. وحدث صاحب السنن باسناد الى عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ولد الرجل من كسبه من طيب كسبه فكلوا من اموالهم. وفي السنن ايضا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لوالدك ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم. وهذا الجواب عن حديث الخصم على طريق التسليم على ان المراد حرمة الرجوع لغير الوالد لكن بطريق الاستبداد. ثم استثنى عنه الوالد على معنى ان رجوعه بالاستبداد لا يحرم والاولى هو المنع ان يقال لا نسلم ان المراد منه حرمة الرجوع بل نفي حل الرجوع للتغليظ على الوجه الذي بينا قبل هذا لا الحرمة **قوله** وهذا الاستقباح اي قوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه للاستقباح

والكراهة لا للتحريم بدليل ما روي في رواية اخرى كالكلب يرجع في قيئه وفعل الكلب لا يوصف بتحليل ولا تحريم وانما يوصف
بالاستقباح والكراهية وقد شبه فعل الراجع فثبتت الكراهة **قوله** ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه
عنها • اي ذكر القدوري بعض الموانع في مختصره فقال فيه الا ان يعوضه وهو استثناء من قوله واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع
فيها قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه الموانع من الرجوع سبعة القرابة المحرمة للنكاح والزوجية وقت العقد والزيادة
المتصلة وموت الواهب وموت الموهوب له وهلاك الشيء الموهوب وخروجه من ملك الموهوب له وحصول العوض والتغير من جنس
الى جنس • اعلم اذا وهب لذي رحم غير محرم او لمحرم غير ذي رحم فله الرجوع لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال الواهب احق
بهبته ما لم يثب منها • فاما اذا وهب لذي رحم محرم فليس له الرجوع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله في هبة الوالد لولده وقد مر
ذلك • والاصل فيه ما روينا عن عمر رضي الله عنه قبل هذا انه قال من وهب هبة لصلة رحم او على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها
ولان هذه هبة حصل للواهب منها مقصوده فلا يكون له الرجوع كما في هبة الابن من الاب وكما اذا وهب الابن لابيه وكما لو
وهب لاحد الزوجين لصاحبه • وذلك لان المقصود من الهبة لذي الرحم المحرم صلة الرحم لان العوض المالي ما لم يوجد
التنصيص على العوض ولو نص على ذلك وقال اهل لصلة الرحم لا يرجع فكذلك هذا لان المقصود قد حصل • واما قيام الزوجية
فمانع من الرجوع ايضا عندنا • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده قال بعض الناس بانه لا يمنع لان القياس لا يمنع عليه غير ان
ولنا ما حدث الطحاوي في شرح الاثار وقال حدثنا ابو بكرة قال حدثنا ابو عمر اخبرنا ابو عوانة عن منصور قال قال ابراهيم
اذا وهبت المراة لزوجها ووهب الزوج لامرأته فالهبة جائزة فليس لواحد منهما ان يرجع في هبته • وحدث ايضا فيه عن سليمان
ابن شعيب بن سليمان عن ابيه عن محمد بن الحسن عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه قال الزوج والمراة بمنزلة ذي الرحم اذا وهب
احدهما لصاحبه لم يكن له ان يرجع • وقال محمد بن الحسن في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال الزوج والمراة
بمنزلة القرابة ايهما وهب لصاحبه فليس له ان يرجع فيه لان المقصود من هبة احد الزوجين لصاحبه حسن العشرة والتودد لا
العوض المالي وقد حصل المقصود فلا رجوع • واما الزيادة المتصلة فمانعة من الرجوع • وقال ابن ابي ليلى لا يمنع الرجوع كذا
نقل شيخ الاسلام خواهر زاده مذهبه • ونقل في شرح الاقطع مذهب الشافعي رحمه الله كمذهبه ووجه القياس على
الزيادة المنفصلة • ولنا ان الرجوع لو صح فلا يخلو اما ان يكون مع الزيادة او لا مع الزيادة فلا يجوز الاول لان الزيادة
لم تدخل تحت العقد ولا يجوز الثاني لعدم الامكان فتعين عدم الرجوع • فان قال الزيادة اذا احدثت قبل القبض
لا تمنع الرجوع فكذا اذا احدثت بعده • قلنا اذا احدثت قبله وقع عليها القبض الصادر عن العقد فدخلت في حكم العقد
فجاز الفسخ فيها • واذا احدثت بعد العقد لم يقع العقد عليها القبض لان القبض الصادر عنه فظهر الفرق وقياسهم على
المنفصلة ضعيف لان المنفصلة يصح نقل الملك في الاصل دونها فامتناع الفسخ فيها لم يمنع الفسخ في الاصل والمتصل لا يمكن نقل
الملك في الاصل دونها والفسخ متعذر فيها لان العقد لم يتناولها • واما موت الواهب فمانع من الرجوع ايضا لان الثابت
له مجرد خيار بين ان يرجع له وان لا يرجع • ومجرد الخيار يبطل بموت من له الخيار ولا يورث كخيار الشرط • بخلاف خيار
العيب لان المستحق للمشتري في خيار العيب جزء هو مال وهو الجزء الفائت والمال يورث واذا صار المال اليه حيوانا ثبت الخيار
بتامليه وهو المسمى بمجرد الخيار الواهب فكان كخيار الشرط • واما موت الموهوب له فمانع ايضا لانه يزول عن ملكه
الى ملك الورثة لان حق الواهب في الرجوع لا يمنع الانتقال من ملكه الى ملك غيره اذا وجد سبب الانتقال كما لو باع او
وهب من غيره حال حياته والانتقال عن ملكه في حال الحيوة يمنع الرجوع لان من شرط صحة فسخ العقد قيام المعقود عليه
في ملك العاقد كما في البيع فكذلك ههنا • واما هلاك الموهوب فانه يمنع الرجوع ايضا لان زوال الهبة عن ملك الموهوب
له مانع فهذا اولى لان العين ثمة باقية وهنا لا • واما خروجه عن ملك الموهوب له فمانع للرجوع كما مر بيانه عند
موت الموهوب له • واما حصول العوض فمانع ايضا لما روينا عن علي رضي الله عنه انه قال الواهب احق بهبته ما لم يثب
منها اي يعوض • ولان المقصود من الهبة وهو العوض المالي حصل فلا رجوع • قال اصحابنا ان العوض الذي يسقط به
الرجوع ما شرط في العقد • فاما اذا عوضه بعد العقد لم يسقط الرجوع لانه غير مستحق على الموهوب له وانما يرجع
به ليسقط عن نفسه الرجوع فيكون هبة مبتداة وليس كذلك اذا شرط في العقد لانه يوجب ان يصير حكم العقد
حكم البيع ويثبت به الشفعة ويرد بالعيب فدل ذلك على انه قد صار عوضا عنها • وقال ايضا يجب ان يعتبر في العوض
جميع الشروط المعتبرة في الهبة من القبض وعدم الاشاعة لانه هبة كذا في شرح الاقطع • وقال في التحفة فاما العوض
المتاخر عن العقد فهو لا يسقط الرجوع ولا يصير في معنى المعاوضة لا ابتداء ولا انتهاء وانما يكون الثاني عوضا عن الاول
بالاضافة اليه نصا بان اعطى الواهب شيئا وقال هو عوض عن هبتك فان هذا عوض في هذه الوجوه اذا وجد قبض
العوض ويكون العوض هبة يصح بما يصح به الهبة ويبطل بما يبطل به الهبة • واذا لم يضف الى الهبة الاولى تكون
هبة مبتداة ويثبت حق الرجوع في الهبتين جميعا • واما التغير من جنس الى جنس فمانع من الرجوع ايضا لان هذا التغير يمنع و
حقيقة الملك اذا وجد من الغاصب فلان يقطع حق التملك بالطريق الاولى **قوله** قال او يموت احد المتعاقدين و
اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه اذا مات الموهوب له انتقلت الهبة الى ملك الوارث والانتقال عن ملكه مانع للرجوع
كما اذا انتقلت في حالة الحيوة بسبب من الاسباب الملك • واذا مات الواهب فليس لوارثه الرجوع لانه اجنبي عن العقد وقد مر

بيانه

بيانه قبل هذا **قوله** او خرج الموهوب عن ملكه • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان اختلاف الملكين كاختلاف
العين بدليل قصة بريرة وهي ما روى صاحب السنن باسناده الى قتادة عن انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بلحم قال
ما هذا قالوا شيء تصدق به على بريرة قال هو لها صدقة ولنا هدية فلما كان كذلك قلنا كما لا يجوز ان يرجع في غير العين التي
وهبها فكذلك لا يجوز ان يرجع في غير الملك الذي اوجبه ولان قيام المعقود عليه في ملك العاقد شرط لصحة الفسخ كما في البيع
قوله قال فان وهب لاخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او اريا وكان ذلك زيادة فيها
لم يرجع في شيء منها • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل
وهب لرجل ارضا بيضاء فانبت الموهوب له بعد ما قبضها في ناحية منها نخلة فنبتت او بنى في ناحية منها بيتا قال ليس للواهب
ان يرجع في شيء منها • وكذلك لو بنى آريا او دكانا وكان ذلك زيادة فيها لم يرجع في شيء منها هذا لفظ محمد في اصل الجامع
الصغير • والاصل في هذا ان الزيادة المتصلة تمنع الرجوع عندنا • وذلك لانها حصلت بتسليط من الواهب فملكها الموهوب
له فامتنع الرجوع فيها لانها ليست ملك الواهب فلما امتنع الرجوع فيها امتنع في الاصل لان الفصل غير ممكن • ثم الشجر والبناء قد
يكون زيادة في الكل بدليل ازدياد مالية الكل وكذلك الدكان والآري قالوا هذا معنى قوله وكان ذلك زيادة فيها • ولو لم
كانت الارض عظيمة لا يعد زيادة في الكل الا في تلك القطعة كان له ان يرجع في غيرها كذا قالوا في شروح الجامع الصغير
وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي ولو كانت الهبة دارا او ارضا فبنى فيها بناء او غرس فيها غرسا او كانت جارية صغيرة
فازدادت خيرا او كان غلاما فصار رجلا فلا رجوع له في شيء من ذلك والبناء في بعض الارض كالبناء في كله • وذلك لان
الزيادة المتصلة تمنع من الرجوع • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا اذا كانت الارض صغيرة
بزيادة الغرس • فاما اذا كانت كبيرة وغرس في جانب منها ينقطع حق الرجوع في ذلك الجانب في الارض الصغيرة • قال
وان كانت الهبة دارا فانهدم البناء كان له ان يرجع في الباقي لان هذا نقصان في الهبة والنقصان لا يمنع الرجوع • وكذلك
اذا استهلك بعض الهبة ببيع او غيره ينقطع حق الرجوع في المستهلك ويبقى في القائم لما بينا • قال وان كانت الهبة دارا او
ثوبا فصبغه اصفر او احمر او خاطه انقطع حق الرجوع لان هذه زيادة متصلة وان قطعه ولم يخطه كان له ان
يرجع فيه لان القطع يوجب نقصانا في الثوب والنقصان لا يمنع الرجوع • وقال ايضا في الكافي رجل وهب لرجل ارضا
يبني فيها الموهوب له بناء ثم اراد الواهب الرجوع فخاصمه الى القاضي فقال القاضي ليس لك ان ترجع فيها ثم هدمها الموهوب
له كان للواهب ان يرجع فيها • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي يريد به ان قول القاضي لم يقع قضاء لانقطاع حقه
بل نقض تقوى بناء على مانع فاذا زال المانع تغير الحكم **قوله** قال واذا باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي اي قال في الجامع
الصغير يعني اذا باع الموهوب نصف الارض التي هي هبة غير مقسوم رجع في النصف الواهب فيما بقي لان المانع من الرجوع وجد
في البعض فيتقدر بقدره • وان كان لم يبع شيئا منها كان له الرجوع في النصف ايضا • لانه لما ثبت له حق الرجوع في الكل كان
له الرجوع في البعض بالطريق الاولى **قوله** قال وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها • اي قال القدوري
في مختصره والاصل فيه ما روينا قبل هذا عن عمر رضي الله عنه قال ومن وهب هبة لصلة رحم او على وجه صدقة فانه لا
يرجع فيها ولان المقصود قد حصل وهو صلة الرحم فلا رجوع وفي هبة الوالد لولده خلاف الشافعي رحمه الله وقد بينا
ذلك وتمسك بالحديث • وجوابه عند قوله وان وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها **قوله** وكذلك ما وهب
احد الزوجين للآخر هذا لفظ القدوري في مختصره اي لا رجوع فيما وهب احدهما لصاحبه لما روى محمد بن الحسن عن ابراهيم
في كتاب الاثار قال الزوج والمراة بمنزلة القرابة ايهما وهب لصاحبه فليس له ان يرجع فيه ولان بينهما وصلة يجب استدامتها
فتمنع الهبة لاستدامة الوصلة كالهبة من القرب فلا يثبت حق الرجوع فيها • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي وعن ابراهيم في الرجل يهب لامرأته او لبعض ولده وقد ادرك وهو في عياله ان ذلك جائز اذا اعلمه وان لم يقبض
ولا نقول به بل نشترط القبض • وعند ابن ابي ليلى اذا كان الابن الكبير في عياله صار اعلامه بمنزلة القبض كما لو وهب
لابنه الصغير • ولنا ان الكبير له يد على ماله ونفسه فلما لم يقع في يده لا يعد قابضا والقبض شرط في الهبة بالحديث • بخلاف
يد الصغير لانه لا يد له فاقام الشرع يد الاب مقام يده فاكتفى بالبداءة لاجل هذا • وكذلك الزوجة يشترط قبضها لان لها
يدا معتبرة • وقال في شرح الكافي رجل وهب لامراة هبة ثم تزوجها فله ان يرجع فيها لانه لم يقع مجازاة ولا صلة حالة
الهبة • وان وهب لها قرابا لم يكن له ان يرجع فيها لان حاصل المقصود من الهبة وهو تحقيق الصلة حال وقوعها فبطل حق الرجوع
قوله قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع و
اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا وهب لرجل شيئا فعوض الموهوب له من هبته فقال
هذا عوض من هبتك • او قال نحلتك هذا عن هبتك او كافاتك او جازيتك او اثبتك او هذا بدل هبتك او مكان هبتك • او
قال تصدقت عليك هذا بدلا من هبتك او نحلة او اعمر فقال هذا عوض من هبتك فان هذا عوض في هذه الوجوه كلها اذا
سلم العوض وقبض • والعوض هبة يصح بما يصح به الهبة ويبطل بما يبطل الهبة عند اصحابنا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
وذلك لان هذه الالفاظ كلها يدل على انه عوض فحصل مقصود الواهب فانقطع الرجوع • وكذلك لا يجوز للموهوب له ان
يرجع في العوض لانه حصل له مقصوده من العوض وهو تاكيد ملكه في الهبة بسقوط حق الرجوع للواهب فكما لم يجز رجوع الواهب

بعد حصول مقصوده من الهبة لم يجز رجوع الموهوب له ايضا بعد حصول مقصوده من العوض **قوله** وان عوضه اجنبي عن الموهوب
له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع • هذا لفظ القدوري في مختصره • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره لو عوض
رجل اجنبي عن الموهوب له الواهب عن هبته وقبض العوض لم يكن للواهب ان يرجع في هبته سوا عوضه بامر الموهوب له او بغير امره ولا للمعوض
ايضا ان يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له • وقال شمس الايمة البيهقي في الكفاية ولا يرجع على الموهوب الا اذا قال
عوض عني على اني ضامن • اعلم ان الاجنبي اذا عوض وقبضه الواهب لا يصح الرجوع اصلا • اما رجوع الواهب فلانه حصل مقصوده
ولان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح عن انكار والصلح عن عيب في المبيع • واما رجوع
المعوض على شريكه او على الموهوب له فلانه متبرع باسقاط الحق الا اذا قال شريكه على اني ضامن • واما اذا كان بغير اذنه
فظاهر كذلك • واذا كان باذنه لان التعويض ليس بواجب عليه لانه يخير بين ان يعوضه وبين ان يرد الهبة عليه فصار كما
لو امر بالتبرع على انسان فتبرع لم يكن له حق الرجوع عليه كذا هاهنا بخلاف ما اذا امره بقضا الدين ضامنا مستقرضا ذلك القدر منه
موكلا اياه بالصرف الى غريمه فالولم يجعله كذلك لم يتصور فراغ ذمته عما عليه لان الذمة لا تفرغ الا بالقضا ولا يقع القضا
الا اذا انتقل من المودي الى من عليه الدين والاجنبي اذا قبض رب المال وجب للمديون عليه مثل ما له عليه فيقع قصاصا وهذا
لا يحتاج اليه في الهبة لانه لا دين على الموهوب له حتى يحتاج الى فراغ ذمته بتقرير الاستقراض فاقترقا لهذا والحاصل
ان تعويض الاجنبي على ثلاثة اوجه فان لم يكن بامره او كان بامره ولكن لم يوجد شرط الضمان فلا رجوع وان كان بامره ووجد
شرط الضمان ثبت له الرجوع على الموهوب له كما في الامر بالهبة مبتدا اذا وجد شرط الضمان **قوله** واذا استحق نصف
الهبة رجع بنصف العوض • وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه • وان استحق نصف العوض لم يرجع بنصف الهبة
الا ان يرد ما بقي من العوض فحينئذ يرجع • اعلم ان الاستحقاق اما ان وقع على الهبة او على العوض وكل وجه على وجهين
اما ان وقع على الجميع او على النصف فان استحق جميع العوض كان للواهب ان يرجع بما وهب لان الهبة بقيت بلا عوض فصار
كان لم يكن عوضه اصلا • وان استحق جميع الهبة كان للموهوب له ان يرجع بجميع العوض لعدم سلامة مقصوده من العوض
وهو تاكد ملكه في الهبة • هذا اذا كان بدل المستحق قايما فان كان هالكا يتغير الجواب بين استحقاق العوض والهبة فان
استحق العوض والهبة هالكة لا يرجع على الموهوب بقيمة العوض ان لم يكن له مثل وبمثله ان كان له مثل لانه لم يسلم له مقصوده
من العوض وهو تاكد ملكه في الهبة لانه قال حين عوضه هذا عوض هبتك او بدل هبتك فصار كالواهب اذا نص على الهبة حالة هي
الهبة الى هذا اشار شيخ الاسلام خواهر زاده في تقرير بسط • فاما اذا استحق النصف من احدهما فان استحق نصف الهبة
كان للموهوب له ان يرجع على الواهب بنصف العوض لانه لم يسلم له مقصوده من العوض في هذا القدر • وهذا باتفاق اصحابنا
فاما اذا استحق نصف العوض من يد الواهب ففيه اختلاف قال علماونا الثلاثة الواهب بالخيار ان شاء رد ما بقي من العوض
ورجع بجميع الهبة • وان شا امسك ما بقي وان لم يكن له ان يرجع على الموهوب له بشي • وقال زفر يرجع على الموهوب له بنصف
الهبة ويمسك ما بقي من العوض • وجه قول زفر انه ثبت في التعويض معاوضة بين الهبة والعوض • ثم اذا استحق جزء من
الهبة يرجع بقدر ذلك من العوض على الواهب فكذا اذا استحق جزء من العوض ينبغي ان يرجع على الموهوب له بقدر ذلك كما
لو استحق جزء من العوض المشروط رجع بما في مقابلته فكذلك هاهنا • ولنا انه لما ظهر الاستحقاق في بعض العوض تبين ان العوض
لم يكن الا هذا القدر وقليل العوض وكثيره سوا لان المماثلة والمجانسة بين العوض والهبة ليست بشرط فصار كان العوض لم يكن
الا هذا القدر من الابتدا فلا يرجع بشي في مقابلة المستحق الا ان للواهب الخيار في ان يرد الباقي ويرجع في الهبة لان الموهوب
له عين عوضه لاسقاط الرجوع بشي لم يسلم له وليس كذلك اذا استحق جزء من الهبة حيث يرجع بقدر ذلك من العوض لانه
انما اعطا ذلك ليسلم له جميع الهبة ولم يسلم فيرجع بقدر الفايت ولا يلزم علينا اذا شرط العوض في العقد لان كل واحد
منهما ملك بمقابلة الاخر فلا جرم يوجب استحقاق جزء من احدهما الرجوع بعوضه **قوله** قال واذا وهب دارا فعوضه من
نصفها رجع في النصف الذي لم يعوضه • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رجل وهب
لرجل دارا وقبضها الموهوب له فعوضه من نصفها عبدا وقبضه فاراد الواهب ان يرجع في نصف الدار الذي لم يعوض منه قال
له ان يرجع في ذلك • الى هنا لفظه في اصل الجامع الصغير • وذلك لان الرجوع ثابت للواهب في كل جزء من اجزا الموهوب
وانما المانع منه العوض فاذا وجد المانع في البعض سقط الرجوع فيه دون غيره كما لو وهب عبدين فعوضه عن احدهما
قوله قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم • اي قال القدوري في مختصره قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي
في شرح مختصر الكافي وليس للواهب ان يرجع في هبته عند غير قاض لان العقد انعقد بتراضيهما فلا ينفرد بالفسخ لعدمه ولانه
وانما ثبتت الولاية للقاضي فاذا فسخه انفسخ الا ان يتراضيا على الفسخ فيلزمهما بتراضيهما • وان كانت الهبة عبدا فباعه الموهوب
له او اعتقه قبل ان يقضي القاضي للواهب جاز ما صنع لان الملك ثابت له فيتسلط به على هذه التصرفات ولا يجوز شي من ذلك
ان فعله بعد ما قضى القاضي عليه بالرد قبل ان يرد لان الهبة قد انتقضت بقضا القاضي فزال الملك عن الموهوب له فلم ينفذ تصرفه
بعد ذلك • وان مات في يدي الموهوب له بعد ما قضى القاضي قبل الرد لم يضمن لان يده ليست يد ضامنة ولم يحدث معنا
يصير به اليد يدا ضامنة حتى لو منعه من القبض فهلكت في يده قلنا بوجوب الضمان عليه الى هنا لفظ شيخ الاسلام المذكور • اعلم
ان الرجل اذا وهب لغير ذي رحم محرم منه كان له ان يرجع فيها ما دامت الهبة قايمة بعينها في ملك الموهوب له ولم تزدد خيرا

ولم يعوضه منه فاخلا فالشافعي رحمه الله • واذا ثبت له حق الرجوع فلا يصح رجوعه الا بقضا او تراض ولكن ما المعنى في ذلك
تكلم المشايخ فيه وجملة الكلام فيه ما قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه فقال من مشايخنا من قال انما لم
يكن للواهب ان يرجع من غير قضا ولا رضا من الموهوب له لان رجوع الواهب في الهبة مختلف فيه عندنا يرجع وعند الشافعي
رحمه الله لا يرجع فضعف حقه في الرجوع بسبب الاختلاف ولم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة له اثر
في ايجاب الفسخ ليتقوى به فيفيد حكمه كالهبة لما ضعف بسبب التبرع لم يفد حكمه وهو ايجاب الملك ما لم ينضم اليها قرينة له اثر في
ايجاب الملك حتى يتقوى وهو القبض فكذلك هذا • ولكن قالوا هذا يشكل بالامة اذا كانت تحت حر فعتقت كان لها ان تختار
نفسها من غير قضا ولا رضا • وقد اختلفوا في ثبوت الخيار لها في هذه الحالة فان عندنا لها الخيار وعند الشافعي لا خيار
لها • ثم لم يحتج هذا الخيار الى قرينة اخرى ليعمل هذا الخيار عمله في ايجاب الفسخ على قولنا • وكذلك اذا تصدق على
فقير قبل التسليم اليه اذا رجع صح رجوعه من غير قضا ولا رضا على من يقول بثبوت حق الرجوع له وثبوت حق الرجوع له
في هذه الحالة مختلف فيه • وهذا لان القضا في المجتهد انما يشترط ليثبت بالاتفاق لا ليثبت حكمه على قول من يقول بصحته
ومن مشايخنا من قال انما لم يكن للواهب ان يرجع في الهبة من غير قضا ولا رضا لان الموهوب له ملك الهبة بالقبض رقبة
وتصرفا • والملك متى ثبت لاحد المتعاقدين رقبة وتصرفا وثبت للاخر حق الفسخ لفوات مقصود من مقاصد العقد
لا يثبت الفسخ من غير قضا ورضا كما في الرد بالعيب بعد القبض لان خيار الرؤية ما ثبت لفوات مقصود من مقاصد العقد
وان ملك بالقبض رقبة وتصرفا لانا احترزنا عنه بقولنا وثبت للاخر حق الفسخ لفوات مقصود من مقاصد العقد لان
ملك بالقبض رقبة وتصرفا لانا احترزنا بدليل انه كان له حق الفسخ وان سلم له جميع المقاصد من سلامة المبيع فكان بمنزلة من
له خيار الشرط ينفرد بالفسخ لانه لم يثبت له هذا الخيار لفوات مقصود من مقاصد العقد فانه مع سلامة جميع المقاصد يثبت
له حق الفسخ بخيار الشرط • فاما حق الرجوع للواهب فانما ثبت لفوات مقصود من مقاصد هذا العقد وهو العوض لبعد
ما ثبت الملك للموهوب له رقبة وتصرفا فكان بمنزلة خيار العيب للمشتري بعد القبض • ومنهم من قال بان الواهب
في الرجوع مستوف بدل حقه بعد وقوع الملك للموهوب له رقبة وتصرفا فلا يكون الا بقضا او رضا لا عين حقه واستيفا
بدل الحق من حيث الفسخ بعد تمام الملك للعاقد رقبة وتصرفا لا يكون الا بقضا او رضا كما في الرد بالعيب • وانما قلنا
انه مستوف بدل حقه لان الرجوع حق للواهب في العوض الا ان الشرع نقل حقه من العوض الى الفسخ متى لم يحصل له العوض من
جهة الموهوب له حتى يصل الى راس ماله كما نقل حقه من العوض الى الفسخ للمشتري حق الفسخ بالرد بالعيب متى لم يحصل له مقصوده
وهو سلامة المبيع عن العيب ليصل الى راس ماله فكان المشتري بالفسخ مستوفيا بدل حقه لا عين حقه فكذلك الواهب واستيفاء
بدل لا يصح الا بقضا او رضا كصاحب الدين اذا اراد ان ياخذ دينه من جنس اخر من مال المديون لا يملك الا بقضا او رضا
فكذلك هذا • بخلاف خيار الرؤية وخيار الشرط فان من له الخيار ينفرد بالفسخ من غير قضا ولا رضا لانه بالفسخ مستوف
عين حقه لا بدل حقه لانه لم يثبت هذا الخيار لفوات مقصود من مقاصد العقد فانه يثبت له الخيار مع سلامة جميع
المقاصد • واذا لم يكن بدلا عن فوات مقصود من مقاصد العقد كان الفسخ استيفا عين الحق لا بدل الحق واستيفا عين الحق
متمكن من غير قضا ولا رضا كصاحب الدين اذا استوفى جنس حقه من الدين يصح من غير قضا ولا رضا والباقي يعلم في مبسوط
خواهر زاده • **قوله** في اصله وعدا هكذا وقع استعمال الفقها ولكنه ليس بصحيح • قال صاحب المغرب الهوا بالمد حظا
والصواب الوهي • والضمير في اصله راجع الى الرجوع **قوله** وفي حصول المقصود وعدمه خفا • يعني كان في
مقصود الواهب من الهبة التودد والتحبب فلا رجوع لحصول المقصود وان كان مقصوده العوض المالي فله الرجوع لعدم
المقصود • وفي الحصول خفا فلا بد من القضا او الرضا **قوله** فيظهر اي الفسخ **قوله** بخلاف الرد بالعيب بعد القبض
بقوله فاذا رجع بالقضا او بالتراضي يكون فسخا من الاصل • يعني ان الرجوع من الاصل والرد بالعيب ليس فسخا من الاصل
لان حق المشتري في سلامة المبيع فاذا لم يسلم فحينئذ يثبت له حق الفسخ وفائدته ان المبيع اذا رد بعد القبض بقضا او تراض
يرد البايع على بايعه وان كان بغير قضا لا يرد على بايعه • وفي الهبة اذا رد على الواهب بقضا او بغير قضا يرد الواهب
بالعيب على بايعه • الا ترى الى ما ذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي في كتاب البيوع من مختصره في باب ما يمنع الرجوع بالارش
واذا اخرج المشتري السلعة من ملكه ثم فسخ الملك فيه بسبب بقضا قاض او بغير قضا قاض قبل القبض كان المشتري في
ذلك بمنزلة من لم يبع وان كان بعد القبض كان كذلك اذا كان بغير قضا ولا يرجع بالارش ايضا • وان رد بخيار
رؤية او خيار المشتري قبل القبض او بعد القبض عاد الامر الى المشتري كانه لم يخرج ذلك عن ملكه • وكذلك ان لو
وهب ذلك ثم رجع فيه بقضا او بغير قضا في الرواية المشهورة الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان الرد بالعيب
قبل القبض فسخ من الاصل في حق الكل • وبعد القبض اذا كان بغير قضا فهو فسخ في حقهما وعقد جديد في حق الثالث والفسخ
فيه ان قبل القبض له ان يمتنع من القبض فكان هذا التصرف دفعا وامتناعا من القبض وولاية الدفع عامة فظهر اثره في حق
الكل • ولهذا لا يتوقف على قضا القاضي • فاما بعد القبض فوجب العقد قد تناهى في المقبوض الا ان حقه في
صفة السلامة قائم فاذا لم يسلم ثبت له حق الفسخ بخلاف هذا ان حق الفسخ في باب العيب ما ثبت اصلا لان الصفة تمت
وتناهت بالقبض • وانما ثبت لغيره وهو استدراك الحق في حق السلامة فان حصل الفسخ بقضا القاضي ظهر اثره في حق

الكل لانه تثبت بولاية عامة وان كان بتراضيهما ظهر اثر الفسخ في حقهما خاصة • وهذا بخلاف الرد بخيار الرؤية وخيار الشرط فانه يكون فسخا في حق الكل لان حقه في الفسخ يثبت اصلا لان الجهالة بالوصف حال عدم الرؤية سلب وصف اللزوم عن العقد واثبت له حق الفسخ وكذلك خيار الشرط واذا كان الخيار حقا له كان الفسخ مستوفيا ما كان حقا له ولا يتم استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم • ولهذا لا يتوقف على قضاء القاضي • فاذا ثبت هذا نقول اذا رد بالعيب بقضاء كان له ان يرد على البايع فان كان بعد القبض فهو كذلك وبغير قضاء لم يرده ولم يرجع بالنقصان • وان رد عليه بخيار رؤية او شرط رده على البايع فان كان بعد القبض فكذلك وبغير قضاء • وان وهبها وسلم ثم رجع في الهبة بقضاء او بغير قضا فله ان يردها لان الرجوع عندنا في الهبة فسخ بكل حال فصار كالفسخ بخيار الشرط • وعند زفر تختلف الحكم بالقضاء وبغير القضاء كذا في الايضاح وغيره • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي رجل وهب لرجل هبة وقبضها الموهوب له ثم وهبها الموهوب له لاخر وسلمها اليه ثم رجع فيها او ردها عليه الاخر فللواهب الاول ان يرجع فيها • وقال زفر ان كان الرجوع بقضاء القاضي كان للاول ان يرجع فيها وان كان بغير قضا لم يكن له حق الرجوع • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده وكذلك ان كان الواهب اشترى من غيره ثم رجع فيها برضا الموهوب له ثم وجد به عيبا كان عند البايع فانه يرده على بايعه عندنا وعند زفر لا يرده • وجه قول زفر ان الرجوع في الهبة فسخ يتوقف على القضاء او الرضا فيعتبر عقدا جديدا في حق الثالث كما في الرد بخيار العيب • بخلاف الرد بخيار الرؤية وخيار الشرط فانه فسخ لانه لا يتوقف على القضاء او الرضا • ولنا ان الواهب بالرجوع يستوفي بدلا حقه من وجه وعين حقه من وجه • اما الاول فباعتبار النظر الى مقصود الواهب من هبته للاجنبي وهو العوض المالي فصار الفسخ بدلا عنه • واما الثاني فلان العوض ليس بمعقود عليه في العقد ولا هو ثابت بمقتضى العقد لان الهبة للتمليك بغير عوض فكيف يقتضي العوض • ولهذا لم يكن له المطالبة بالعوض فاعتبرنا الفسخ بدل الحق في حق الواهب لا عين الحق حتى لم يملك الرجوع الا بالقضاء او الرضا كما في الرد بالعيب بعد القبض وعين الحق في حق الثالث لا بدل الحق كما في خيار الشرط وخيار الرؤية عملا بالدليلين بقدر الامكان • ولما كان الرجوع فسخا في حق الثالث كان الرجوع بالقضاء او الرضا سواء لانه ثبت الفسخ في حق الثالث وانما اظهرنا شبه عين الحق في حق الثالث عملا بالشبهين لانا لو اعتبرنا شبهة البدل في حق الثالث لكون العوض حق الواهب باعتبار مقصوده ولا وقوف للثالث على مقصوده لكان اعتبارا في حق الواهب اولى لانه واقف على مقصوده فيتعذر العمل بالشبهين فلاجرم اظهرنا شبهة البدل في حق الواهب لانه اعلم بمقصوده وشبه عين الحق في حق الثالث لان التنصيص لم يرد على العوض وذلك امر ظاهر يقف عليه الثالث الى هذا اشار خواهر زاده في مبسوطه ولكن في تقرير طويل حاصله هذا **قوله** فا فترقا اي الرجوع في الهبة بالتراضي والرد بالعيب بعد القبض بالتراضي لان الرجوع فسخ في الاصل والرد بالعيب ليس بفسخ من الاصل لان سلامة المبيع هو الاصل فاذا لم يسلم ثبت حق الفسخ **قوله** واذا تلفت العين الموهوبة او استحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء اي قال القدوري في مختصره وهذا اذا لم يعوضه فاذا كان بمقابلة عوض رجع بكل العوض اذا استحق جميع الهبة وبقدر المستحق من الهبة اذا استحق البعض وقد مر بيانه • وانما لم يكن له الرجوع فيما لم يعوضه لان الهبة تبرع والضامن نايبه ولان الرجوع انما يثبت اذا غرم والغرور انما يثبت في عقد فيه بدل كالبيع او قبض يتم للدافع كالوديعة او في الامر بالتصرف في شيء بصفة الى نفسه مثل ان يقول اهدم هذا الحايط فانه لي وكم يوجد شيء من ذلك فلم يثبت له الرجوع كذا في شرح الاقطع • قال الاسبيجابي في الفصل السابع من فصوله والمستعير اذا هلكت العارية في يده ثم استحقها رجل واقام البينة واخذ القيمة منه كان له ان يرجع على الراهن او المودع او المستاجر ثم استحقها القضاء لو وهب ما غصب او باع او تصدق او اجر او رهن او اودع او اعار فهلك فضمنوا قيمته ولا يرجع الموهوب له والمتصدق عليه والمستعير بما ضمنوا على الغاصب ويرجع المستاجر والمودع والمرتهن بالقيمة عليه • ويرجع المشتري بالثمن عليه ولا يرجع السارق من الغاصب ولا غاصب الغاصب **قوله** والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره فيه نظر لان المودع يرجع مع ان عقد المعاوضة لم يوجد وكذا في صورة هدم الحايط وقد مر انفا **قوله** قال واذا وهبه بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فاذا تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا كانت الهبة على شرط عوض فقال اهب لك هذا العبد على ان تعوضني هذا الثوب جاز ذلك ولكل واحد منهما ان يرجع في سلعته ما لم يوجد القبض في السلع جميعا • فان قبض احدهما ولم يقبض الاخر فكذلك لكل واحد منهما ان يرجع القابض منهما وغير القابض في ذلك سواء حتى يتقابضا جميعا فاذا تقابضا جميعا كان ذلك بمنزلة البيع ولكل واحد منهما ان يرد بالعيب ويأخذ ما اعطى فان استحق رجع الذي استحق عليه على صاحبه بما قبض صاحبه منه وان كان مستهلكا منه وان كانت الهبة دارا او العوض دارا كان للشفيع الشفعة في الدار بقيمة البدل الذي شرطه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وقال الشيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد رجل وهب لرجل عبدا على ان يعوضه ثوبا وانتقا على ذلك ثم لم يقبض واحد منهما حتى امتنع احدهما فله ذلك وهذا عندنا خلافا لزفر لان الهبة بشرط التعويض معاوضة ابتداء وانتهاء عند زفر كما لو قال وهبتك هذا بهذا العوض واخذ قول الشافعي رحمه الله كقول زفر كذا في شرح الاقطع • وينبغي ان

ثم ان الخلاف فيما اذا وهب كذا على ان يعوضه كذا اذا وهب بكذا فهذا بيع بالاتفاق • والحاصل ان الهبة بشرط العوض عند علمائنا تبرع ابتداء بيع انتهاء • اعني اذا اتصل القبض بالبدلين • وعند زفر ينعقد بيعا من الابتداء يثبت الملك قبل القبض ويجب الشفعة ولا يرجع واحد قبل التسليم ويثبت خيار الرؤية والرد بالعيب قبل القبض ويجوز في المشاع يحتمل القسمة وعندنا لا يثبت شيء من هذه الاحكام قبل القبض • وجه قول زفر ان الهبة بشرط العوض تبرع لفظا معاوضة معنى والجمع بين التبرع والمعاوضة متعذر لتنافي بينهما فكان اعتبار المعنى اولى لان الاعتبار في العقود للمعاني • ولهذا كان الهبة المضافة الى الحرة نكاحا اعتبارا للمعنى وان كان اللفظ لفظ التبرع • وكذا اذا قال وهبت منافع داري كل شهر بدرهم او قال اعرتك داري كل شهر بدرهم ينعقد اجارة عملا بالمعنى وسقط اعتبار اللفظ • وكذا اذا باع نفس العبد منه كان عتقا لا بيعا عملا بالمعنى • ولنا ان الهبة بشرط العوض لما كان تبرعا لفظا معاوضة معنى جعلناها تبرعا ابتداء معاوضة انتهاء لان العمل بهما في الحالين ممكن ليس بمتعذر كما لانا قلنا كانت تبرعا لفظا معاوضة معنى جعلت شيئا في حق العاقدين عند انهما جديدا في حق غيرهما حتى كان للشفيع الشفعة فكذا هنا يراعى احكام التبرع قبل قبض البدلين عملا باللفظ وبراعى جميع احكام البيع بعد القبض عملا بالمعنى • بخلاف الهبة المضافة الى الحرة لان العمل باللفظ ليس بممكن لان محل الهبة ما لعين والحرة ليست بمال فكان المراد منه النكاح مجازا • بخلاف هبة منافع الدار بعد الان العمل باللفظ ليس بممكن لان محل الهبة ما لعين لا منافع وانا سلمنا العارية بغير مثله كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده لانها تنعقد تبرعا ابتداء ثم تصير معاوضة عند التقابض لان العارية اضيفت الى محلها فوجب اعتبار اللفظ والمعنى جميعا • وبخلاف بيع العبد من نفسه لانه لا يمكن اعتبار اللفظ لانه ليس باهل الملك فاعتبر المعنى بهذا الذي قلنا من ثبوت الشفعة للشفيع فيما اذا كانت الهبة بشرط العوض اما اذا كانت بغير شرط العوض ثم عوض الموهوب له فلا شفعة لان اصل الدار ملك قبل العوض والعوض ثبت تاكد الملك نصا على ذلك في الاصل

فصل

قوله قال ومن سائل هذا الفصل بمنزلة مسايل شتى تذكر في اخر الكتب فلاجل هذا ذكرها في اخر كتاب الهبة في فصل على حدة • وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء • اي قال القدوري في مختصره والاصل فيه ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه وما لا فلا والحمل لا يجوز هبته لاتصاله فلم يجز استثناؤه وقد مر الاصل في اول كتاب البيوع عند قوله ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة وقد مر في باب البيع الفاسد ايضا عند قوله ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع واذا كان كذلك كان الاستثناء شرطا فاسدا فبطل الشرط وصحت الهبة لان الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد بدليل ان النبي صلى الله عليه وسلم ابطل شرط العمرى وجوز الهبة • وانما لم يجز هبة ما في البطن لان محل الهبة مال قائم مملوك للواهب وقت العقد وفي قيام الولد وماليته شك وقت الهبة لاحتمال الانتفاخ من الريح واحتمال كون الجنين ميتا فوقع الشك في الوجود والمالية فلا يجوز هبته بالشك • بخلاف الوصية بما في بطن الجارية والحمل عليه فانه يجوز اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان الوصية بالمعدوم من كل وجه جائز كما اذا اوصى بما يثمر نخله العام فبما هو المعدوم من وجه دون وجه اولى لان ما في البطن يحتمل الوجود والمالية لان الظاهر الوجود والهبة لا يجوز اضافتها الى المعدوم وقت العقد كما اذا وهب ما يثمر نخله العام والخلع يجوز اضافته الى المعدوم كما اذا قالت خالعني على ما في يدي وليس في يدها شيء • ويجوز اضافته الى ما ليس بمال يتعين فكذا اذا وضح الكل الى المعدوم ايضا كالميتة والخمر والخنزير الا انه يقع بخلع فيه اذا جاز اضافته الى المعدوم والى ما ليس بمال جاز اضافته الى ما يحتمل الوجود والمالية بالطريق الاولى • والهبة لا يصح اضافتها الى المعدوم فيتعين والى ما ليس بمال يتعين فكذا اذا وقع الشك في وجود المحل وماليته وقت العقد كالبيع بما في البطن يعتبر العقد على ما قال في باب المصراة من شرح الطحاوي مراتب ثلاثة في وجه العقد فاسد والاستثناء فاسد • وفي وجه العقد جائز والاستثناء فاسد • وفي وجه العقد جائز والاستثناء جائز • اما الوجه الذي فيه العقد فاسد والاستثناء فاسد نحو البيع والاجارة والكتابة والرهن لان هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة والاستثناء ما في البطن بمنزلة الشرط الفاسد • واما الوجه الذي يجوز العقد ويبطل الاستثناء فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح من دم العمد لان هذه العقود لا تبطلها الشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثناء ويدخل في العقد الام والولد جميعا • وكذلك العتق اذا اعتق الجارية واستثنى ما في بطنها صح العتق ولم يصح الاستثناء • واما الوجه الذي يجوز كلاهما الوصية اذا اوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها فانه يصح لان الوصية اخت الميراث فتدخل الجارية وصية وما في بطنها ميراثا والميراث يجري فيما في البطن وليس هذا كما اذا اوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها او غلتها للورثة فالوصية صحيحة والاستثناء باطل لان الخدمة والغلة لا يجري فيها الميراث دون الاصل الا ترى انه لو اوصى بخدمتها وغلتها لانسان ثم مات الموصى له بعد ما صحت الوصية فانهما يعودان الى ورثة الموصي فلا يكون الخدمة والغلة موروثة عن الموصى له • ولو اوصى بما في بطن جاريته لانسان والمسألة بحالها فان الولد يكون موروثا عن الموصى له • واذا اوصى برقبتها لانسان ثم مات الموصى له بالولد عاد الملك الى وارثه • ولو اوصى برقبتها لانسان وبغلتها وخدمتها لاخر فمات الموصى له بالغلة عاد الملك الى صاحب الرقبة دون ورثة الموصي بالغلة والخدمة وكذلك لو ان الموصى له بالغلة والخدمة مات قبل موت الموصي او رد وصيته وكذا اوصى الموصي برقبتها لاخر فان الغلة والخدمة تعود الى الموصى له بالرقبة فلا يكون لورثة الموصي ومثله لو ان الموصى له بالولد مات قبل موت الموصي او رد الوصية لم يعد الى الموصى له بالرقبة ولكن يعود الى ورثة الموصي فلذلك افترقا ولو اوقع العقود على ما في البطن اما عقد البيع فلا يجوز ذلك

فلا يجوز وكذلك الكتابة عليه لا يجوز وان قبلت الام عنه وكذلك الهبة والصدقة لا يجوز وان سلم الام الى الموهوب له ولو
تزوج عليه فالتسمية باطلة ويجب مهر المثل • ولو صالح عن القصاص على ما في البطن فان الصلح صحيح ويسقط القصاص والتسمية فاسدة
ويكون للولي على القاتل الدية لان هذه العقود يصح على ما هو مال والولد ليس بمال ما دام في البطن ولو انه اعتق ما في البطن فانه
يصح اذا علم به انه كان موجودا في البطن وقت العتق وانما يعلم وجوده اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت العتق فان جاءت
به لستة اشهر فصاعدا لم يعتق لانه لم يعلم وجوده وقت العتق فلا يعتق بالشك الا اذا كانت الامة في نكاح زوج فانه يحكم لوجوده الى
سنتين من وقت العلوق في حق ثبوت النسب فكذلك في حق العتاق • وانما جاز عتق ما في البطن لان العتق ينافي الرق وما في
البطن مرقوق • وكذلك الوصية بما في البطن تصح اذا علم وجوده في البطن وقت الوصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري
فيما في البطن كذلك الوصية • ولو خالع امراته على ما في بطن جاريتها فالخلع واقع وللزوج الولد اذا كان موجودا في البطن وقت
الخلع وان لم يكن موجودا كما اذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا فلا سبيل للزوج على ما في البطن ولكنه ينظر ان قالت اخلعني
على ما في بطن جاريتي ولم تقل من ولد فلا شيء له عليها ولو قالت من الولد فانه يرجع عليها بما ساق اليها من المهر لانها غرت الزوج
حين قالت من ولد وليس في بطنها ولد واذا لم تقل من ولد لم تغره وهذا كما قلنا في المراة اذا قالت لزوجها اخلعني على ما في
يدي او على ما في صندوقي هذا من شيء او لم يذكر شيئا فان كان فيه شيء فللزوج وان لم يكن فيه فلا يرجع الزوج عليها بشيء لانها
لم تغره حيث لم تسم له مالا • فاما اذا قالت اخلعني على ما في صندوقي هذا من متاع فان كان فيه شيء من متاع فهو له وان
لم يكن يرجع عليها بما ساق اليها من المهر كذا في شرح الطحاوي **قوله** ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز وهذه من مسايل
ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري فرق بين هذا وبين البيع فانه اذا باع الجارية وفي بطنها ولد حر لا يجوز البيع والفرق
ان الولد الحر صار مستثنى شرعا عن عقد الهبة والبيع بالحرية فاعتبر بما لو كان مستثنى شرطا فانه لو باع واستثنى الحمل لا يصح البيع
لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه لاحد المتعاقدين منفعة فكان شرطا فاسدا فيفسد البيع به بخلاف الهبة فانها لا تبطل
بالشروط الفاسدة • الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر وفرق بين التدبير والاعتاق ايضا فانه لو اعتق
ما في البطن ثم وهب جازت الهبة • ولو دبره ثم وهب الام لا يجوز الهبة وذلك لان الهبة مشغولة في صورة التدبير بملك الواهب
وفي صورة الاعتاق ليست بمشغولة فافترقا • بيانه ان الاعتاق مزيل للملك واليد عن الولد فامكن تسليم الام غير مشغولة بحق الواهب
فصحت الهبة بخلاف التدبير لانه لا يزيل الملك واليد عن الولد وهو في بطن يمتنع به تمام التسليم فلم تصح الهبة • وليس التدبير كالاستثناء
لان الاستثناء يمكن تنفيذ الهبة في الحمل وفي التدبير لا يمكن لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك • قال في الاجناس ولهذا الجنس مسايل
وجملته ان الهبة متى كانت مشغولة بغير الهبة لم يجز وغير الهبة متى كانت مشغولة بالهبة جازت الهبة كما لو وهب حنطة في جوالق
دون الجوالق او متاعا في الدار دون الدار وسلم اليه جاز لان الجوالق والدار مشغولتان بالهبة فصحت الهبة بتلك • ولو وهب
دارا فيها متاع الواهب لم تجز الهبة • وكذلك لو وهب جوالقا فيه متاع الواهب • وفي نوادر هشام قال ابو حنيفة اذا وهب
ارضا لابنه الصغير وفيها زرع الاب • او وهب منه دارا والاب فيها ساكن لم تجز الهبة فيها • وقال في الطحاوي وفي المجرد
قال ابو حنيفة في رجل تصدق على ابن صغير بدار له فيها متاع الرجل او كان الاب فيها ساكنا او فيها متاع له وليس ساكن فيها
او قوم ساكن بغير اجر جازت وكان قابضا لابنه • ولو كان فيها ساكن باجر كانت الصدقة باطلة الى هنا لفظ الاجناس •
قوله فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد • او وهب دارا او تصدق عليه بدار
على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل • قال في الجامع الصغير وفيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في رجل وهب لرجل جارية على ان يردها عليه قال الهبة جائزة والشرط باطل وهذه من الخواص • قال وكذلك
لو وهبها على ان يعتقها الموهوب له او على ان يتخذها ام ولد قال فيه قبل هذا عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يهب للرجل
هبة او يتصدق عليه بصدقة على ان يرد عليه ثلثها او ربعها او نصفها او يعوضه ثلثها او ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه
ولا يعوضه منها شيئا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وقال الكرخي في مختصره ولو شرط فيها ان يتخذها ام ولد او ان يعتقها
او ان يبيعها من فلان او ان يردها عليه بعد شهر كانت الهبة جائزة وهذه الشروط باطلة الى هنا لفظ الكرخي • وذلك
لان مقتضى الهبة ثبوت الملك مطلقا غير موقت • فاذا شرط عليه الرد او الاعتاق او الاستيلاد كان ذلك منافيا للعقد
فكان شرطا باطلا • وهذا لان موجب العقد ان يعتقها الموهوب له او يستولدها متى شاء باختياره لا باختيار غيره
ولكن الهبة لا تبطل بالشروط الباطلة • واصل هذا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر
في رجوعها اليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا والبيع يفسد بالشروط الفاسدة لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط
ولان فيه زيادة خالية عن العوض فيتحقق معنى الربا في المعاوضات ولا يتحقق ذلك في التبرعات وقد مر بيان ذلك في باب
البيع الفاسد • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب العوض في الهبة من شرح الكافي فان كانت الهبة الف درهم
والعوض درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن ذلك عوضا لان الشيء لا يصلح ان يكون عوضا عن نفسه وكان للواهب ان يرجع في
هبته لانعدام العوض • وكذلك ان كانت الهبة دارا والعوض بيت منها • وقال فيه بعد ذلك لو ان رجلا
وهب لرجل خمسة دراهم وثوبا وقبض ذلك الموهوب له ثم عوضه الثوب او الدراهم من جميع الهبة لم يكن ذلك عوضا لان بعض
الهبة لا يصلح عوضا • وان كانا هبتين مختلفين جاز جعل احدهما عوضا عن الاخرى والقياس ان لا يجوز لان كلا

منه وجه الاستحسان انه لما تعدد الهبة صار المقصود من احدهما غير المقصود بالاخرى فجاز جعل احدهما عوضا عن الاخر • وكذلك ان
كانا في مجلس واحد لان العقد متصرف • وان وهب له حنطة فطحن بعضها فعوضه دقيقا من تلك الحنطة كان عوضا لانه بالطحن صار شيئا
اخر فانقطع حق الواهب عنه فصلح عوضا • وكذلك لو وهب له ثيابا فاصبغ منها ثوبا بعصفر او خاطه قميصا ثم عوضه اياه لان الزيادة
القايمة بالثوب صلحت عوضا وقد انقطع حق المالك عنه لقيامها به فجاز جعلها مع الثوب عوضا وكذلك لو وهب له سويقا فلت بعضه ثم
عوضه بعضه • **قوله** قال ومن له على اخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منها بريء • او قال اذا اديت الي النصف فلك
نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكون
له على الرجل الف درهم فيقول اذا جاء الغد فالالف لك او انت بريء منها اذا جاء غد قال هذا باطل والالف عليه اذا جاء غد • وكذلك
اذا قال اذا اديت الي نصف المال فلك النصف الاخر او انت بريء منه فهو باطل الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • قال فخر الاسلام
وهذه المسئلة من الخواص وذلك لانه تمليك فيه اسقاط لا تمليك خالص ولا اسقاط خالص • والدليل على التمليك انه يرتد بالرد
لمعنى التمليك • والدليل على الاسقاط انه لا يتوقف على القبول ثم التمليك المحض لا يجوز تعليقه كما في البيع والاسقاط المحض يجوز تعليقه
كما في الطلاق والعتاق فلما كان هذا تمليكا من وجه اسقاطا من وجه صح تعليقه نظرا الى الاسقاط ولم يصح نظرا الى التمليك فلم يصح
بالشك • بخلاف ما مر في باب الصلح في الدين وهو انه اذا قال لاخر اد الي خمسمائة غدا على انك بريء من الفضل فهو بريء من الفضل ان ادى اليه
الخمسمائة غدا • وان لم يؤد عادت الالف عليه في قول ابي حنيفة ومحمد • وفي قول ابي يوسف لا يعود لان هذا ابراء غير معلق
بالشرط بل هو مقيد بالشرط والمقيد موجود والمعلق معدوم وبينهما فرق معلوم **قوله** قال والعمرى جائزة للمعمر له
في حال حياته ولورثته بعده • اي قال القدوري في مختصره قال الحسن بن زياد في كتاب المجرد اخبرنا ابو حنيفة عن بلال عن وهب
ابن منبه عن جابر بن عبد الله قال فشت العمرى بالمدينة على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فصعد
المنبر فحمد الله واثنى عليه ثم قال ايها الناس احبسوا عليكم اموالكم لا تهلكوها فانه من اعمر شيئا في حياته فهو للذي اعمر بعد موته اخبرنا
ابو حنيفة عن جبلة عن ابي ثابت انه قال كنت عند ابن عمر جالسا اذ اتاه اعرابي فسأله عن العمرى فاخبره انها للذي هي في يديه وان
مات فهي ميراث لورثته وكان ابو حنيفة ياخذ بهذه الاحاديث ويقول لو ان رجلا جعل دارا لرجل فقال له داري هذه لك عمرى ثم
دفعها اليه كان بمنزلة الهبة فكان له ان يرجع فيها ما لم يحدث فيها الموهوب له حدثا من بيع او بناء • قال وان قال اعمرتك داري
هذه ودفعها اليه فهي ايضا هبة • وان قال داري عمرى سكنى او قال هي لك عمرى سكنى كان ذلك ايضا هبة في الوجهين جميعا وان
قال داري لك عمرى سكنى كانت عارية ولصاحبها ان ياخذها متى ما بدا له وان مات كانت للاول الذي جعلها له • وكذلك لو قال
داري لك سكنى عمرى كانت عارية ولصاحبها ان ياخذها متى ما بدا له وان مات كانت للاول الذي جعلها له الى هنا لفظ الحسن في المجرد
وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال محمد في املائه رواه عمرو بن ابي عمرو والحساني قال سمعنا محمدا يقول قال ابو حنيفة اذا
قال الرجل قد جعلت هذه الدار لك عمرى او قال قد جعلتها لك حياتك او قال هي لك عمرى او قال هي لك حياتك ما دامت فهي رد علي او قال
هي لك عمرى ما دامت فهي رد علي قال هذا كله هبة جائزة وهي له حياته وموته • والشرط الذي شرط باطل • قال ابو الحسن وهي عندهم
جميعا كذلك يجوز فيها ما يجوز في الهبة ويبطل فيها ما يبطل في الهبة الى هنا لفظ الكرخي • وقال في كتاب الاقضية لاصحاب مالك
قال مالك بن انس في العمرى اذا اعمر الرجل دارا او حانوتا او عبدا لحياته فهي جائزة حتى يقول اعمرتك وعقبك فان اعمرها اياه وعقبه
جازت له ولعقبه ولم ترجع الى الذي اعمرها ابدا فان انقرض المعمر وعقبه ولم يبق منهم احد رجعت الى الذي اعمرها ان كان حيا
فان كان ميتا رجعت الى اقرب الناس به من عصبته ولا يكون ميراثا الى هنا لفظ كتابهم • ونقل شيخ الاسلام خواهر زاده في
مبسوطه مذهب مالك فيما اذا قال داري لك عمرى انه يكون عارية ولا يكون هبة حتى كان للمعمر ان يبيعها متى شاء وان يسترد
منه متى شاء ومتى مات المعمر له رجعت الى المعمر الا ان يقول لك ولعقبك من بعدك فحينئذ قال هذا لا يعود الى المعمر متى مات المعمر له بل
يصير ميراثا بين ورثته • وقال في وجيز الشافعية رحمهم الله لو قال اعمرتك هذه الدار فاذا مت فهي لورثتك صح فانه
هبة • ولو اقتصر على قوله اعمرتك لم يصح على القول القديم لانها مؤقتة وعلى الجديد يصح ويتابد • فان قال فاذا مت عادت الي
فهو بالبطلان اولى وكذا الرقبى اولى وهو ان يقول ارقبتك هذه الدار او جعلتها لك رقبى او وهبتك على انك ان مت قبلي عادت الي
او مت قبلك استقر لك الى هنا لفظ الوجيز • وقال الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل اذا قال داري لك عمرك او هي لك عمري
فهي له ولورثته من بعده • واذا قال سكناها لك عمرك كان له اخذها اي وقت احب لان السكنى ليس كالعمرى والرقبى الى
هنا لفظ الخرقي • وجه قولهما ما روى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المسلمون عند شروطهم
وجه الاستدلال ان المعمر شرط ان يعود اليه متى مات المعمر له فيعتبر شرطه عملا بالحديث • ولانا ان النبي صلى الله عليه وسلم
اجاز العمرى وابطل شرط المعمر لانه روي عن الزهري انه قال العمرى التي اجاز النبي صلى الله عليه وسلم ان يقول المعمر هي لك
ولعقبك ومنع متى قال ذلك لا يعود اليه ابدا • وعلماؤنا احتجوا بما روينا قبل هذا عن المجرد وحدث البخاري في الصحيح
مسندا الى جابر رضي الله عنه قال العمرى جائزة قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالعمرى انها لمن وهبت له • وحدث البخاري ايضا
باسناده الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال العمرى جائزة • وكذلك حدث ابو داود في السنن حديث جابر وحديث
ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم • وقال في السنن ايضا حدثنا احمد بن شعيب قال اخبرني الاوزاعي عن الزهري عن عروة عن جابر
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعمر عمرى فهي له ولعقبه يرثها من يرثه من عقبه • وحدث الطحاوي في شرح الاثار عن يونس عن

من سفين عن عمرو عن سليمان بن يسار ان اميرا كان على المدينة يقال له طارق قضى بالعمرى للوارث عن قول جابر بن عبد الله عن
النبي صلى الله عليه وسلم • وحدث الطحاوي ايضا فيه قال حدثنا ابو النضر هاشم بن القاسم قال حدثنا محمد بن مسلم الطائفي عن ابراهيم
ابن ميسرة عن طاوس عن زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اعمر شيئا فهو له ولوارثه فدل هذا الحديث
ان المراد من الوارث المذكور في الحديث المذكور قبل هذا هو وارث المعمر له والاحاديث في هذا الباب كثيرة في شرح الاثار فدل
ان الملك ثابت للمعمر له ولا يجوز فسخه بعد موته الا بدليل • وقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم ليس بحجة علينا لان المراد
من تلك الشروط هي التي جوزها الكتاب والسنة واجمع عليها المسلمون لا كل شرط وهذا الشرط الذي لا يقتضيه العقد في البيع لان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط • وكذلك قال رسول الله في حديث بريرة كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وان
كان مائة شرط • وقد ابطل رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتراط المعمر فلا يلتفت الى شرطه وتاويل الزهري بتقييد ذكر العقب
ليس بحجة لورود الاحاديث المطلقة عن ذكر العقب ونحن نعمل بالمطلق والمقيد جميعا ولا نقيد المطلق بالمقيد وقد قال شيخ الاسلام
خواهر زاده في مبسوطه قوله داري لك عمرى وقال معناه اي داري لك ما عشت ما دامت رقبتها لي **قوله** والرقبى
باطلة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف جائزة وهذا لفظ القدوري في مختصره • وقال الحسن بن زياد في المجرد قال
وان قال قد ارقبتك داري هذه كانت عارية • وان قال هي لك رقبى كانت هبة اذا دفعها اليه الى هنا لفظ المجرد • وقال الكرخي
في مختصره وقال محمد ايضا في املائه قال ابو حنيفة اذا قال الرجل لرجل هذه الدار لك رقبى فدفعها اليه او قال هذه الدار لك
حبيس ودفعها اليه فهي عارية في يده اذا شاء ان ياخذها اخذها • قال محمد وهذا قولنا ايضا الى هنا لفظ الكرخي ثم قال
فيه وقال ابو يوسف واما انا فارى انه اذا قال هي لك حبيس فقوله اذا مت وقوله حبيس باطل • وكذلك اذا قال هي لك
رقبى • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه اذا قال داري لك رقبى او داري لك هذه حبيس قال ابو حنيفة ومحمد
لا تكون هبة ثم قال ولم يذكر في الكتاب يعني في المبسوط انه تكون عارية ام لا عندهما • ثم قال وقد روى الحسن عن ابي
حنيفة ومحمد انه تكون عارية • ثم قال وقال ابو يوسف بانه تكون هبة • ثم قال ولم يذكر في الكتاب حتى لو مات المرقب
يكون ميراثا بين ورثته • وقال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة ومحمد الرقبى باطلة وقال ابو يوسف جائزة
ثم قال فيه وقد قال ابو حنيفة فيمن قال لاخر هذه الدار لك حبيس او لك رقبى ودفعها اليه انها عارية • وقال ابو يوسف
هبة • ثم قال في التقريب واما اذا قال ارقبتك داري فهي عارية عندهم جميعا • ثم قال في المختلف وعلى هذا الخلاف اذا
قال ارقبتك • وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى والرقبى • وقد حدث صاحب السنن
باسناده الى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العمرى جائزة لاهلها والرقبى جائزة لاهلها • ولان قوله لك يفيد
التمليك وقوله رقبى او حبيس بعد ذلك شرط زائد فاسد فيلغو فصار كقوله داري لك عمرى • ووجه قولهما ما روي عن
شريح ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى ورد الرقبى • وقد حدث الطحاوي في شرح الاثار عن سليمان بن شعيب
عن ابيه عن ابي يوسف عن عطا بن السائب قال سالت شريحا عن رجل جعل دارا حبيسا على الاخر فالاخر من ولده فقال لا حبس
عن فرائض الله تعالى • ولان التعليق في التمليكات لا يجوز فلا اضافة الى معنى الخطر • وهذا لان قوله داري لك رقبى عندهما
ان مت قبلك فهي لك ماخوذ من المراقبة كان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه • وعندي قول ابي يوسف
اصح اذ غاية ما في الباب ان يقال الشرط فاسد ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة
كما في العمرى

فصل في الصدقة

في الصفة لما كانت الهبة والصدقة سواء في الاحكام لان كل واحد
منهما تبرع لا يفيد الملك الا بالقبض ذكر فصل الصدقة عقيبها وقدم الهبة لعمومها في المسلم والكافر ثم ذكر فيما فرق
بينهما ثم قال في فصل وهو ان الهبة اذا كانت لغير ذي الرحم المحرم فيها الرجوع ولا رجوع في الصدقة **قوله** قال والصدقة
كالهبة لا تصح الا بالقبض اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا تجوز في مشاع يحتمل القسمة • وانما شرط القبض فيها
لما روى اصحابنا في شرح المبسوط عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال لا تجوز الصدقة الا مقبوضة • وهذا الحديث حجة
لنا على الشافعي رحمه الله في تجويز الصدقة بلا قبض ولانها تبرع فيشترط فيها القبض كالهبة اذا كان القبض شرطا كانت الاشاعة
مانعة فيما يحتمل القسمة لنقصان في القبض او لان في تجويزها مع الاشاعة الزام ما لم يلتزمه المتبرع والالزام ينافي التبرع
وقد مر بيان الوجهين عند قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة الى ذلك الموضع اشار في المتن بقوله لما بينا في
الهبة **قوله** ولا رجوع في الصدقة وهذا من مسائل القدوري ايضا • وذلك لان المقصود من الصدقة على الاجنبي
حصول الثواب في الاخرة لا العوض المالي • وهذا المقصود حصل للمتصدق بنفس الصدقة وكانت الصدقة مع حصول الثواب
كالهبة مع وجود العوض فلا رجوع فيه فكذا هنا • وقد قالوا اذا تصدق على غني فالقياس ان يرجع لان المقصود منها
العوض فيكون هبة ويكون له الرجوع • وجه الاستحسان ان المقصود من التصدق على الغني قد يكون الثواب وقد حصل • وكذلك
اذا وهب لفقير لا رجوع فيه لان الاعتبار في العقود للمعاني فكانت الهبة مستعارة للصدقة وهذا استحسان ايضا ذكره في شرح
الكافي **قوله** قال ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة • ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه
ان يتصدق بالجميع • اي قال القدوري في مختصره وقال في كتاب القضاء من الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
قال مالي في المساكين صدقة قال هذا على اموال الزكاة • ولو اوصى بثلث ماله لفلان كان على كل شيء • قال فخر الاسلام والاول استحسان

والقياس

والقياس فيهما واحد لان المال عام اعلم ان الرجل اذا قال مالي صدقة في المساكين فالقياس ان يتصدق بجميع ماله سواء كان مال الزكاة
وهو قول زفر • وفي الاستحسان يلزمه التصدق بجميع مال الزكاة وهو يعني الدراهم والدنانير ومال التجارة والسوائم لا غير وبه اخذ
علماؤنا • وجه القياس انه اضاف الصدقة الى ماله مطلقا والكل ماله فلا يتقيد بمال الزكاة كما اذا اوصى بثلث ماله تحققه قوله
تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل حيث يتناول الاموال كلها • ووجه الاستحسان هو ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله
تعالى • ثم ايجاب الله تعالى مطلق الصدقة بالمال يتناول مال الزكاة لا غير كما في قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة فكذا
هنا • بخلاف الوصية فان دليل التقييد ثمة لم يرد من الشرع فانصرف الى الاموال كلها قال فخر الاسلام واختلف ابو يوسف
ومحمد في الاراضي العشرية فقال ابو يوسف تدخل لانها من اسباب الصدقة وهي العشر • وقال محمد لا تدخل لانها من اسباب المؤنة
مثل عبد الخدمة وحاصل ذلك ان جهة المؤنة غالبة عنده وجهة الصدقة عند ابي يوسف والاختلاف في النوادر والارض
الخراجية لا تدخل بالاجماع • واما اذا قال جميع ما املكه في المساكين صدقة • قال الحاكم الشهيد في الكافي يتصدق بجميع
ما يملك من الصامت ومال التجارة والسوائم واموال الزكاة ويمسك قوته فاذا اصاب بعد ذلك شيئا تصدق بمثل ما امسك
ولا يتصدق بالعقارات والرقيق وغير ذلك استحسانا وهذا يدل ان المال والملك سواء واليه ذهب ابو بكر البلخي وكان يسوي بين
ذكر المال والملك كذا قال خواهر زاده والاصح هذا كذا قال قاضي خان في شرح الجامع الصغير ومن المشايخ من قال انه يتناول
جميع ما يملك من مال الزكاة وغيره قياسا واستحسانا واليه ذهب الفقيه محمد بن ابراهيم الميداني كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه
وهو المروي عن ابي يوسف • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر ابو يوسف في الامالي حكاه عن ابي حنيفة وعن
نفسه انه اذا قال مالي في المساكين صدقة انصرف الى مال الزكاة واذا قال ما املك صدقة انصرف الى جميع الاموال وذلك
لان الملك اعم من المال لان غير المال قد يملك كالنكاح والقصاص • ووجه الفرق بين المال والملك انه ثمة وجد ايجاب الله تعالى
ما انصرف الى مال الزكاة • وفي الملك لم يوجد ايجاب الله تعالى فاعتبر عمومه • وقال الفقيه ابو الليث وفي قول مالك يتصدق
بثلث ماله لما روي عن ابي لبابة بن عبد المنذر لما قبلت توبته قال يا رسول الله اني جعلت على نفسي ان انخلع من مالي كله فقال
لا ولكن تصدق بثلثه • وفي قول الشافعي عليه كفارة اليمين لانه قال عليه السلام النذر يمين وكفارته كفارة يمين • وفي قول
الشعبي لا يجب عليه شيء لقوله تعالى ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط • ثم انه يمسك قوته في قوله جميع ما املكه صدقة
لانه لا بد له منه ولكن لم يبين محمد في المبسوط والجامع الصغير مقدار ما يمسك من القوت فقال مشايخنا ان كان دهقانا يمسك قوت
سنة لان القوت للدهقان يتجدد كل سنة • وان كان تاجرا يمسك قوت شهر لان التجارة للتاجر لا تنفق كل حين وانما تنفق في بعض
الاحايين فقدرنا بالشهر • وان كان محترفا يمسك قوت يومه لانه يتجدد له القوت كل يوم فاذا وجد كل شيئا تصدق بمقدار ما
امسك لقوته لانه انما يملك قدر القوت من المال الذي لزمه التصدق فصار ضامنا ما اكله دينا في ذمته كما لو استهلك مال الزكاة
قوله ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب مالا تصدق بمثل ما انفق هذا لفظ
القدوري في مختصره وقد ذكرنا الوجه انفا **قوله** وقد ذكرناه من قبل في كتاب القضاء في باب القضاء بالمواريث
والله اعلم

كتاب الاجارات

ناسب الاجارات الهبة
لان كل واحد منهما فيه معنى التمليك الا ان الهبة لما كانت تمليك عين والاجارة تمليك منفعة كان تقديم الهبة اولى لكون
العين اقوى • ثم الاصل في جواز الاجارة قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن • وقال موسى لصاحبه لو شئت
لتخذت عليه اجرا • وقوله تعالى خبرا عن شعيب صلوات الله عليه وسلامه اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني
ثماني حجج • وجه الاستدلال به ان شريعة من قبلنا تلزمنا على انه شريعة رسولنا صلى الله عليه وسلم اذا قص الله من غير
انكار ولم يرد النسخ به • وقوله تعالى تاجرني من اجرته اذا كنت له اجيرا وثماني حجج ظرفه كذا في الكشاف لان النبي صلى الله
عليه وسلم بعث والناس يستاجرون ولم ينكر ذلك الا ترى الى ما حدث البخاري في جامعه الصحيح مسندا الى ابي هريرة عن
النبي صلى الله عليه وسلم قال ما بعث الله نبيا الا رعى الغنم فقال له اصحابه وانت فقال نعم كنت ارعاها على قراريط لاهل مكة وحدث
عائشة رضي الله عنها في حديث هجرة النبي صلى الله عليه وسلم مع ابي بكر رضي الله عنه واستاجر النبي صلى الله عليه وسلم وابو بكر رضي الله عنه
رجلا من بني الديل هاديا خريتا فاخذ بهما طريق الساحل والخريت الماهر بالهداية • وحدث البخاري باسناده الى ابي سعيد
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال قال الله عز وجل ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل
استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه اجره هكذا ذكر في كتاب الاجارات من الصحيح ومعنى قوله رجل اعطى بي اي اعطى ذمة بي
الذمام • ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث جيشا او سرية قال في وصيته واذا حاصرتم اهل مصر او مدينة
فارادوكم على ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله ولكن اعطوهم ذممكم وذمم ابائكم ثم
فوا لهم فانهم ان تخفروا ذممكم وذمم ابائكم اهون والحديث فيه طول ذكره محمد في اول كتاب السير الصغير • واما قوله ورجل
باع حرا فاكل ثمنه على سبيل المجاز باعتبار صورة المبادلة والا فالبيع باطل • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره حدثنا
الحضرمي قال حدثنا محمد بن فلان قال حدثنا زيد بن الحباب عن سفيان عن حماد عن ابراهيم عن ابي هريرة او عن ابي سعيد الخدري
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وهذا الحديث فيه طول ذكره محمد بن الحسن في كتاب الاثار ثم
ابا السوم على سوم اخيه • وحدث الكرخي ايضا باسناد الى المغيرة عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعط الاجير

اجره قبل ان يجف عرقه ثم اعلم به خاطب في هذا المقام اعط الاجير اجره قبل جفاف العرق لذا حديث مسند ما فيه فطن فلو
وقد اتفق فيها السلف على مثل ما ورد به ظاهر الكتاب والسنة من جواز عقود الاجارات على منافع الابدان والعقار والعروض
قوله الاجارة عقد على المنافع بعوض هذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره صحيح وهو
وهو بخلاف النكاح لانه عقد على استباحة المنافع بعوض يعني لا على تمليك المنافع فينبغي ان يقال عقد على منفعة معلومة بعوض
معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله او يقال عقد على منفعة لا لاستباحة البضع بعوض معلوم
قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي التمليك على ضربين تمليك منفعة وتمليك عين وكل وجه على وجهين اما ان يكون
ببدل او بغير بدل فتمليك العين ببدل هو البيع وتمليك العين بغير بدل هو الهبة والصدقة والوصية وما اشبه ذلك و
واما تمليك المنفعة ببدل فهي الاجارة وتمليك المنفعة بغير بدل هي العارية ثم عقد البيع عقد يعقد على الابهام والتوقيت
يبطله وعقد الاجارة عقد على التوقيت والابهام يبطله وعقد الاجارة عقد معاوضة لا يجوز الا ببيان البدل
من كلا الجانبين اما بيان المنفعة فهو باحدى معان ثلاث اما بيان الوقت وهو الاجل واما بيان العمل واما بيان المكان
واما بيان الاجرة فان كانت دراهم او دنانير فالشرط فيه بيان القدر ويقع ذلك على نقد البلد وان كانت النقود
مختلفة فانه يقع على الغالب منها وان كانت الغلبة مختلفة فان الاجارة فاسدة ما لم يبين نقدا منها فان بين جاز وان
كان الاجر كيليا او وزنيا او عدديا متقاربا فالشرط فيه بيان القدر والصفة ويحتاج الى بيان مكان الايفاء اذا كان له
حمل ومؤنة عند ابي حنيفة وان لم يكن له حمل ومؤنة فلا يحتاج الى بيان مكان الايفاء وعند ابي يوسف ومحمد بيان
مكان الايفاء ليس بشرط ولا يحتاج الى بيان مكان الاجل فان بين الاجل جاز ويثبت واما اذا كانت الاجارة ثيابا
او عروضا فالشرط فيه بيان القدر والاجل والصفة لانها لا تثبت دينا في الذمة الا من جهة السلم فكان ثبوته اصلا باعتبار
وهو السلم ولا يجوز الا على شرائط السلم بخلاف الكيلي والوزني لان ثبوتهما اصلين القرض والسلم والاجل في القرض ليس بشرط
فان بين جاز كالسلم وان لم يبين جاز كالقرض وهذا كله اذا كان دينا اما اذا كان عينا فالاشارة فيه كافية ولا يحتاج
الى بيان القدر والوصف والاجل واما اذا كان حيوانا فلا يجوز الا ان يكون معينا واما اذا كان البدل منفعة
فانه ينظر ان كان من جنسه لم يجز كما اذا استاجر سكنى دار بسكنى دار او استاجر ركوب دابة لان الجنس بانفراده يحرم
النساء واما اذا كان بخلاف جنسه فانه يجوز كما اذا استاجر سكنى دار بركوب دابة فانه يجوز كذا في شرح الطحاوي
ثم اعلم ان قولهم آجر الدار هل هو من باب المفاعلة فيه كلام والزمخشري جعله في كتاب مقدمة الادب من البابين جميعا وتمام البيان
فيه ما قال المطرزي في المغرب قال الاجارة تمليك المنافع بعوض وفي اللغة اسم للاجرة وهي كراء الاجير وقد اجره اذا اعطاه اجرته
من باب طلب وضرب فهو آجر وذاك مأجور وفي كتاب العين آجرت مملوكي اوجره ايجارا فهو موجر وفي الاساس آجرني داره
فاستأجرتها وهو موجر ولا تقل مؤاجر فانه خطأ وقبيح قال وليس آجر هذا فاعل بل هو افعل وانما الذي هو فاعل قولك
آجر الاجير مؤاجرة كقولك شاهره وعاومه وفي الجمل آجرت الرجل مؤاجرة اذا جعلت له على فعل اجرة وفي باب افعل من جامع
الغوري آجره الله في اجره واجر من الاجارة وفي باب فاعل آجر الدار وهكذا في ديوان الادب والمصادر قال وفيه نظر
وانما الصواب ما اثبت في العين والتهذيب ذلك والاساس على ان ما كان من فاعل فهو في معنى المعاملة كالمزارعة والمشاركة
لا يتعدى الا الى مفعول واحد ومؤاجرة الاجير من ذلك فكان حكمها حكمه وما تفاوت فيه القياس والسماع اقوى من عندهم
فالحاصل انك اذا قلت آجر الدار والمملوك فهو من افعل لا غير واذا قلت آجر الاجير كان موجها واما قولهم آجرت منه هذا
الحانوت شهرا فزيادة من فيه عامية واسم الفاعل من آجر الدار موجر والاجر في معناه غلط الا اذا صحت رواية عن الثقات
فحينئذ يصير نظير قولهم مكان عاشب وبلد ماحل في معنى معشب ومحل واسم المفعول منه موجر لا مؤاجر ومن الناس من يقول
ومؤاجر ومن قال اجر فقد زعم انه بناه على يواجر وهو ضعيف الى هنا لفظ المغرب **قوله** والقياس يأبى جوازه لان
جواز عقد الاجارة لكون المنافع معدومة في الحال وقد شهدت بصحتها الآثار مثل قوله عليه السلام اعط الاجير اجره قبل
ان يجف عرقه وقد مر بيان ذلك قبل هذا **قوله** وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة اعلم
ان عقد الاجارة ينعقد باقامة الدار مقام المنفعة في حق الانعقاد لا في حق الملك لان الملك يتاخر الى حدوث المنفعة
فعلى حسب حدوث المنافع ينعقد ساعة فساعة وعند الشافعي رحمه الله حالة العقد يثبت الملك في المنافع التي ستحدث
باقامة الدار مقامها وتجعل المنافع موجودة تقديرا وان كانت معدومة حقيقة بيانه ما قلنا هو ان العقد لا بد له
من محل لان المحل شرط صحة العقد لان العقود لا تصح بلا محل ولهذا قال الفقهاء المحال شروط ومحل العقد ههنا هي المنافع وهي
معدومة فلا يصلح الايجاب والقبول احدهما بالاخر على وجه العقد بكونه علة صالحة في افادة الحكم وهو ملك المنافع التي
ستوجد والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل
ساعة فساعة لا ارتباط الايجاب بالقبول ساعة فساعة وان كان ظاهر كلام مشايخنا يوهم ذلك والحكم متاخر من زمان انعقاد
العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل للتراخي كما في البيع بشرط الخيار ومن بعض مشايخنا على وجه
آخر فقالوا ان اللفظان الصادران منهما مضافين الى محل المنفعة وهو الدار صحا كلاما وهو عقد بينهما اذ العقد فعلهما ولا
فعل يصدر منهما سوى تركيب القبول على الايجاب ثم الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا لكلامهما شرعا والعلة الشرعية

منافع

منافع للعلل المثلية فانها تجوز ان تنفك عن معلولاتها فجاز ان يقال العقد وجد وانه عبارة عن كلامهما والانعقاد متراخ الى ما هو
وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العلل العقلية فان الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر فان قلت يلزم على ما قلتم تبديل
الحقيقة في حق اضافة العقد وذلك لا يجوز لانكم اقمتم الدار مقام المنفعة المعدومة التي هي محل العقد حقيقة قلت
تبديل الحقيقة فيما قال الشافعي رحمه الله لا فيما قلنا لانه جعل المنافع المعدومة حقيقة موجودة تقديرا ونحن اقمنا محل
المنافع وهو الدار مقام المنافع تصحيحا للعقد باعتبار شرطه واقامة شيء مقام غيره في مراعاة شرط العقد ليس بتبديل الحقيقة
وهو تبدل لحكم شرعي بدليل شرعي كما اذا اوصى بوصية مضافة الى ما يثمر نخيله العام ثم عقد الاجارة على ما عرف في اصول
الفقه علة اسما لاضافة الحكم اليه ومعنى لكونه مؤثرا فيه لا حكما لتراخي الحكم عنه **قوله** ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة
والاجرة معلومة هذا لفظ القدوري في مختصره اما الاجرة فلما روينا قبل هذا عن ابي سعيد الخدري عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه قال من استاجر اجيرا فليعلمه اجره واما المنافع فلانها معقود عليها وجهالته تفسد العقد لافضائها الى
المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وكذا جهالة الاجرة مفسدة للعقد لهذا المعنى فصار جهالة المنافع والاجرة هنا كجهالة
المبيع والثمن في باب البيع **قوله** لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره ويصلح هذا الحديث
دليلا لاشتراط اعلام الاجرة بعبارته ولاشتراط اعلام المنافع بدلالته اما العبارة فظاهر واما الدلالة فلان الاجرة
معقود بها والمنافع معقود عليها والاصل في العقد هو المعقود عليه لا المعقود به لانه تبع فكان اشتراط الاعلام في التبع لرفع الجهالة
ثم انه ليس بمقصود اشتراطه في الاصل وهو مقصود بطريق الدلالة بالطريق الاولى **قوله** وما جاز ان يكون ثمنا في البيع
جاز ان يكون اجرة هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الاجرة في باب الاجارة كالثمن في باب البيع لان الاجارة بيع
المنافع فما صلح ان يكون ثمنا صلح ان يكون بدل المنافع هنا قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرحه وهذا الذي ذكره ليس على
وجه الحد اي التحديد وانه لا يجوز غيره بل ذلك لان الاعيان لا تكون اثمانا وتكون اجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب
الى هنا لفظه يعني ما ذكره القدوري مطرد وليس بمنعكس واراد بالاعيان ما لم يكن مثليا كالحيوان فان الحيوان انما يصلح اجرة
اذا كان معينا والاملاء وقد روينا عامة ذلك قبل هذا عن شرح الطحاوي وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره في الفرق
بين المبيع والثمن ما يتعين في العقد فهو مبيع وما لم يتعين فهو ثمن الا ان يقع عليه لفظة البيع قال والثمن ما كان في الذمة
فالدراهم والدنانير اثمان ابدا لا تتعين بالعقد على اصول اصحابنا وانما تثبت في الذمة والاعيان التي ليست من ذوات الامثال
مبيعة وان كان في مقابلتها عين فان كانت المكيلات والموزونات معينة فهي مبيعة ايضا وان كانت غير معينة فان استعملت
استعمال الاثمان فهي ثمن نحو ان يقول اشتريت منك هذا العبد بكذا وكذا حنطة ويصف وان استعملت استعمال المبيع كان مبيعا فلا يجوز
ان يقول اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد فلا يصح العقد الا بطريق السلم والفلوس بمنزلة الدراهم والدنانير في انها لا تتعين
بالتعيين كذا ذكر الشيخ ابو الفضل الكرماني في الايضاح **قوله** وهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره اي لفظ القدوري
يدل وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لا ينفي ان يجوز اجرة ما لا يكون ثمنا كالحيوان اذا كان معينا **قوله**
والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت
وهذا لفظ القدوري في مختصره لما ذكر قبل هذا ان الاجارة لا تصح حتى تكون المنافع معلومة شرع كيف يعلم المنافع
فقال تارة تعلم ببيان المدة وتارة تعلم بنفس العقد بمجرد التسمية وتارة تعلم بالتعيين والاشارة والكل مذكور في اخر
الباب وذلك لان الدار اذا استؤجرت للسكنى شهرا او سنة او اكثر كان قدر المنافع معلومة ثم
المدة ليس فيها تقدير خاص بل تجوز الاجارة في مدة معلومة طالت او قصرت وقال في شرح الاقطع قال الشافعي
رحمه الله في احد قوليه لا يجوز اكثر من سنة وما زاد على السنة فيه قولان احدهما يجوز ما شاء والاخر لا يجوز اكثر
من ثلاثين سنة ولنا ان ما جاز ان تكون اجلا في الديون جاز ان تكون اجلا في الاجارة كالسنة ولانها مدة
معلومة فجازت الاجارة عليها كالسنة فان قالوا انما صحت الاجارة بخلاف القياس لان المنافع المعقود عليها معدومة وانما
جوزت للحاجة والحاجة تدعو الى سنة في الزراعة ولا حاجة فيما زاد على السنة قلنا لا نسلم لكم جواز الاجارة بالحاجة
متى صح وجب ان يطرد ويجوز في غير موضع الحاجة ايضا لانكم لا تقولون بالاستحسان على ان نقول لا نسلم ان
الحاجة منتفية فيما وراء السنة لانه اذا استاجر ارضا غرسها او للزراعة ربما يكون يحتاج الى سنين وكذا اذا
استاجر دار السكنى ربما يحتاج الى ان يسكن فيها سنين لانه يكره التحول عنها الى غيرها كل سنة فلما ثبتت الحاجة بطل
ما قالوا وفي احد قولي الشافعي تخصيص جواز الاجارة بثلاثين سنة لنا ان ما زاد على الثلاثين جاز ان يكون اجلا
في الديون فجاز ان يكون اجلا في الاجارة كالثلاثين وتخصيص الثلاثين لا معنى له لان الحاجة المجوزة للاجارة تشمل
جميع المدة قال صاحب الهداية الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة وهي ما زاد على ثلاث سنين وذلك
استثناء من قوله تجوز طالت المدة او قصرت وللمشايخ كلام في اجارة الوقف قال في خلاصة الفتاوى المتولي اذا آجر
دار الوقف اكثر من سنة ان كان الواقف شرط في صك الوقف ان لا يؤاجر اكثر من سنة لا يجوز وان لم يشترط شيئا جاز ثم
مقدار سنة الى ثلاث سنين كذا اختاره الفقيه ابو الليث فقال الشيخ الامام ابو جعفر الكبير في الضياع يجوز قدر ثلاث
سنين وفي غير الضياع لا يجوز اكثر من سنة وقال القاضي الامام علي السغدي لا ينبغي له ان يفعل ولو فعل صحت الاجارة

قوله قال وتارة تصير معلومة بنفسه من استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته • او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها اي قال القدوري في مختصره وقوله بنفسه اي بنفس العقد • وفي بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية اي تصير المنافع معلومة بمجرد التسمية بدون ذكر المدة كما اذا استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او مسافة معلومة • او استاجرها ليركبها مسافة معلومة وهو المراد بقوله مسافة سماها فتحرر عرفنا هذا ان قوله مسافة يتعلق بالحمل والركوب جميعا • وذلك لانه اذا عين الثوب الذي يصبغ ولون الصبغ بان احمر او نحوه وقدر الصبغ اذا كان مما يختلف وعين القدر المحمول على الدابة كما بة من وغيرها وبين جنسه وسمى المسافة بان يقول الى موضع كذا صارت المنفعة معلومة لا محالة فصح العقد • وقال صاحب الهداية وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصارة والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك • وقد يكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد • ولا بد من بيان الوقت وهذا الذي ذكره صاحب الهداية اشارة الى تقسيم صاحب التحفة بقوله الاجارة نوعان اجارة على المنافع واجارة على الاعمال فلكل نوع شروط واحكام • اما الاجارة على المنافع فكاجارة الدور والمنازل والحوانيت والضياع وعبيد الخدمة • والدواب للركوب والحمل والثياب والحلي للبس والاواني والظروف للاستعمال فالعقد في ذلك كله جائز وشرط جوازه ان تكون العين المستاجر معلوما والاجر معلومة والمدة معلومة بيوم او شهر او سنة لانه عقد معاوضة كالبيع واعلام المبيع والثمن شرط في البيع فكذلك ههنا الا ان المعقود عليه ههنا هو المنافع فلا بد من اعلامها بالمدة والعين الذي عقد عليه الاجارة على منافعه • واما الاجارة على الاعمال فكاستيجار الاسكاف والقصار والصباغ وسائر من يشترط عليه العمل في سائر الاعمال من حمل الاشياء من موضع الى موضع ونحو ذلك وهو نوعان استيجار الاجير المشترك والاجير الخاص الذي يسمى اجير الوحد فالاجير المشترك كاسمه وهو الذي يتقبل الاعمال من الناس كالصباغ والقصار ونحوهما • واجير الوحد كاسمه وهو الذي يعمل للواحد مدة معلوم فلا ولا ان يعمل لغيره جميعا وليس لمن استاجره ان يمنعه عن العمل لغيره وفي اجير الوحد ليس له ذلك وللمستاجر ان يمنعه • ثم احكامهما تختلف في بعض الاشياء فاجير الوحد لا يكون ضامنا للعين التي تسلم اليه للعمل فيها كما اذا استاجر يوما او شهرا قصارا او خياطا ليعمل له لا غير حتى لو هلكت في يده لا بصنعه لا يضمن بالاجماع • وكذا لو تخرقت بصنعه الذي هو من العمل الماذون فيها • فاما الاجير المشترك فلا يكون ضامنا والعين التي في يده امانة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعلى قول ابي يوسف ومحمد تكون مضمونة لو هلكت بغير صنعه الا اذا هلكت بحرق غالب او لغرق غالب ونحو ذلك • ولو تخرقت بصنع معتاد بان دق ودق فتخرق او انشق او التهاب في النورة فاحترق او الملاح اذا غرقت السفينة من عمله والحال اذا سقط وفسد الحمل والراعي المشترك اذا ساق الدواب فضرب بعضها بعضا في حال سياقه حتى هلكت تكون مضمونة عند اصحابنا الثلاثة • وقال زفر والشافعي لا يضمن والمسئلة معروفة كذا في التحفة والباقي يعلم فيها **قوله** وقد يكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولنا فيه نظر لان اجارة اجير الوحد ايضا عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة • ولهذا اصله صاحب التحفة احد نوعي الاستيجار على الاعمال كما ذكرنا انفا فلو قال صاحب الهداية وقد يكون عقدا على المنفعة كاستيجار الدور والحوانيت ونحوها كان اولى واجير الوحد بالاضافة اي اجير المستاجر الواحد ولا لام في المضاف • بخلاف الاجير المشترك اي المشترك فيه فان المشترك صفة الاجير فلا بد من اللام فيه • ويجوز تحريك الحاء في الوحد لانه بمعنى الواحد ايضا **قوله** قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم • اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه اذا اشار الى الطعام المحمول وقال احمل هذا الطعام بكذا وسمى المسافة وقال الى موضع كذا كان قدر المنفعة معلوما فصح العقد بدون ذكر المدة • ثم اعلم ان القدوري رحمه الله ذكر اولا اشتراط اعلام المنافع والاجر جميعا لصحة الاجارة • ثم ذكر اعلام المنافع كيف يكون ولم يبين اعلام الاجر وتبعه صاحب الهداية في الاقتصار على ما ذكره وقد ذكرنا نحن قبل هذا في اول كتاب الاجارات عن شرح الطحاوي فان كان الاجر من النقدين فيشترط بيان القدر ويقع على نقد البلد • وان كان كيليا او وزنيا او عدديا متقاربا فيشترط بيان القدر والصفة ومكان الايفاء ايضا عند ابي حنيفة اذا كان له حمل ومونة • وان كان ثوبا او عرضا فيشترط بيان القدر والصفة والاجل • واذا كان عينا كفت الاشارة في جميع ذلك • وان كان حيوانا يجوز اذا كان عينا وان كان منفعة فان من جنس المستاجر لم يجز وان بخلافه الجنس جاز كما لركوب والسكنى والله اعلم

باب الاجر متى يستحق

لما ذكر قبل هذا ان الاجارة لا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجر معلومة ذكر هذا وقت وجوب الاجارة واستحقاقها وما يتعلق به من المسائل **قوله** قال والاجرة لا تجب بالعقد ويستحق باحد معان ثلاثة • اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه • اي قال القدوري في مختصره وعند الشافعي رحمه الله يملك الاجر بنفس العقد • وفائدة هذا الخلاف ما ذكره علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وهو ان لا يثبت للموجر ولاية المطالبة بتسليمها في الحال • ولو كانت الاجرة عبدا وهو قريبه لا يعتق عليه في الحال • وقال الشافعي رحمه الله يملك بنفس العقد حتى يثبت للاجر ولاية المطالبة بالتسليم في الحال • ولو كانت الاجرة عبدا وهو قريبه يعتق

عليه في الحال وهذا ابتنا على ما ذكرنا قبل هذا ان الدار قائمة مقام المنفعة في حق الانعقاد لا في حق الملك عندنا • اما عند الشافعي رحمه الله فالملك في المنافع يثبت حالة العقد باقامة الدار مقامها • وقد مر تحقيق الكلام • ولنا ما روينا في اول كتاب الاجارات عن الصحيح البخاري عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال قال الله عز وجل ثلاثة انا خصمهم يوم القيمة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه • ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعط اجره وجه الاستدلال به انه ذمه على تاخير الاجر بعد العمل • ولو كانت الاجرة تجب بنفس العقد لذمه على التاخير من زمان العقد والدليل انها غير مستحقة بالعقد قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن فاوجب الاجرة بعد الرضاع • ويدل عليه ايضا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابي هريرة اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وهذا كناية عن الفراغ من العمل ولانه مال في مقابلة منفعة فلا يستحق بنفس العقد كالربح في المضاربة • ولا يلزم المهر لانه عندنا في مقابلة ملك الاباحة دون المنفعة بدليل انه لو مات احد الزوجين قبل الدخول لا يسقط المهر • ولو كان في مقابلة المنافع لسقط لانه لم يوجد الانتفاع كما لو هلكت العين المستاجرة ولان الاجارة عقد معاوضة وقضيتها المساواة بين المتعاقدين في الملك • ثم المستاجر لم يملك المنافع بعد لانها معدومة فلا يملك الموجر الاجرة ايضا تحقيقا للمعادلة بينهما • بخلاف ما اذا عجل الاجرة من غير شرط او بشرط التعجيل لانه اسقط حقه في استحقاق المعادلة احتج الخصم بانه عوض في عقد يتعجل بالشرط فجاز ان يتعجل بمطلق العقد كالثمن في البيع • والجواب انه لا يمتنع ان يستحق بالشرط ولا يستحق بالاطلاق كنقد غير البلد والخيار في البيع والتاجيل في الثمن يثبتان بالشرط • وعند الاطلاق لا يثبتان • والمعنى في الثمن ان بمقابلة المبيع يحدث شيئا فشيئا فكذلك العوض لا يستحق تسليمه جملة فاحرى فالوا عقد معاوضة يملك كل واحد من المتعاقدين فسخه من غير عذر فوجب ان يستحق العوض بمطلق العقد كالنكاح • قلنا ينتقض بالمساقاة فانها عقد معاوضة لا يملك كل واحد منهما فسخه ولا يستحق العوض بمطلق العقد • والمعنى في الاصل انه يستحق عوض احد الزوجين معلوما ان الزوج لم يستوف المنافع • ولذلك لو عادت المنافع اليها كما اذا طلقها قبل الدخول يستحق نصف الصداق فدل ان حكمه اكد ولم يضعف وجوبه على قبض المعقود عليه • بخلاف الاجارة فان الدار لو هلكت يرد الاجرة ولو عادت المنافع اليه بالفسخ لا يستحق النصف فضعف حكما فلم يستحق بمطلق العقد يوضحه انه لو سكت عن تسمية العوض في النكاح او نفاه يثبت لتاكده ولا يبطل العقد • بخلاف الاجارة • فان قيل لو لم يملك المنافع يلزم الافتراق عن دين بدين • قلنا لو صح ذلك لزم التقابض في المجلس فلما جاز التفرق من غير تقابض ولا يكون ذلك دينا بدين بطل ما قالوا ولا يلزم علينا صحة الابراء عن الاجارة والكفالة والرهن بها لانا نقول ذلك بناء على وجود السبب فصار كالعفو عن القصاص بعد وجود الجرح والباقي يعلم في الاسرار • ونسخة طريقة الخلاف **قوله** واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها • هذا لفظ القدوري في مختصره الا ان القدوري ذكر هذه المسئلة بعد قوله والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يتجاوز به المسمى • وذكرها في هذا الموضع انسب لانه ذكر قبل هذا وجوب الاجرة باستيفاء المعقود عليه • وههنا ذكر وجوبها بالتمكن من الاستيفاء لانها كما يجب باستيفائها يجب بالتمكن من استيفائه ولكن اذا كانت الاجارة صحيحة فاذا كانت فاسدة لا تجب في مجرد التمكن من الاستيفاء وذلك لان الواجب على الاجر تسليم العين التي تحدث منها المنافع في مدة الاجارة لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فقام تسليم العين مقام تسليم المنفعة • ولكن يعتبر التسليم على وجه يمكن الانتفاع بها وقد تحقق التسليم على هذا الوجه فتحقق تسليم المسمى وجب للاجر وان لم ينتفع بها كما اذا قبض المبيع ولم ينتفع به • قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن استاجر دابة الى مكان معلوم ليركبها فذهب بها ولم يركبها ولم يحمل عليها شيئا فانه يجب للاجر • وكذلك اذا استاجر دارا ليسكنها فسلم الموجر المفتاح اليه ومضت المدة فانه يجب للاجر عليه سكن الدار او لم يسكن الا اذا منعه مانع من السلطان او غيره فاخرجه ولم يكن دفعه عنها فانه لا يجب الاجر عليه الى هنا لفظه رحمه الله • وقال في شرح الاقطع قال اصحابنا اذا استاجر دابة الى الكوفة ولم يركبها وجب للاجر فقعد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا اجر عليه • وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجب الاجر • وقال الشافعي رحمه الله يجب الاجر في الوجهين • دليلنا ان العقد وقع على مسافة فالتسليم في غيرها لا يستحق به البدل كما لو وقع على مدة فسلم على غيرها فانه لا يستحق البدل • فان قيل ان المستاجر قبض العين المستاجرة وتمكن من استيفاء المنفعة المعقود عليها فوجب ان يستقر الاجر عليه اصله اذا استاجرها شهرا للركوب قبل له التمكن من الاستيفاء في غير محل المعقود عليه كالتمكن من الاستيفاء في غير المدة فلا يستقر به البدل • والمعنى في الاصل ان العقد وقع على المدة وسلمنا وقع على العقد على العمل • وفرق ما بينهما كما لو استاجر رجلا لخياطة ثوب • او استاجره يوما للخياطة والحاصل ان هذا بقود الوجوب الاجرة احدها التمكن من الاستيفاء في المدة حتى اذا لم يتمكن من استيفاء المنافع او تمكن في غير المدة لا يجب الاجر • والثاني ان تكون الاجارة صحيحة • الا ترى الى ما قال في تتمة الفتاوي لا يجب الاجر في الاجارة الفاسدة بالتمكن من استيفاء المنفعة • وانما يجب بحقيقة الاستيفاء • بخلاف الاجارة الصحيحة فان الاجر فيها يجب بالتمكن من استيفاء المنفعة • ثم في الاجارة الفاسدة انما يجب للاجر بحقيقة الاستيفاء اذا وجد التسليم الى المستاجر من جهة الاجر • اما اذا لم يوجد التسليم اليه من جهة الاجر لا يجب الاجر • وان استوفى المنفعة ونقله عن بيوع الجامع الكبير في باب متصل بالباب الطويل • والثالث ان يكون التمكن من الاستيفاء في الموضع الذي اضيف اليه العقد وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد مر انفا • وقال شمس الائمة الحلواني اذا وقعت الاجارة مطلقة كانت ابتدا المدة عقيب العقد متواليا • وعند الشافعي رحمه

انه لا يكون عيب العقد الا بالشرط • فان ترك الشرط يفسد لانه ليس بعض المدد باولى من البعض كما لو اوجب صوم شهر ولنا
ان نقصد الصحة والظاهر ولا صحة الا على هذا الوجه لان احدهما يقول اسلم في مرة كذا وهو يقول لا بل في مدة كذا فيؤدي الى المنازعة
ما نعه من التسليم والتسلم ولهذا يجعلها متوالية لئلا تصير مجهولة فيؤدي الى هذا فان حدث بعد التسليم ما نع من الانتفاع
بان غصب العين او حدث به عيب يمنع من الانتفاع او الزرع ينقطع عنه الشرب والرحا ينقطع ماؤها يسقط الاجر بقدره ويلزم
فيما استوفي لان المنفعة تملك حالا فحالا على حسب الوجود • فاذا انفسخ العقد بالهلاك والتسليم في البعض لا يجب البدل بقدره كما في المبيع
قبل القبض كذا في الكفاية • وقال في خلاصة الفتاوى اذا اجر دارا او سلمها فارغة الا بيتا كان مشغولا لا متاع الاجر • او سلم
اليه جميع الدار ثم انتزع بيتا منها من يده رفع عن الاجر بحصته الثلث ولكن يشترط التمكن من استيفاء المنافع في المدة التي ورد عليها
العقد في المكان الذي اضيف اليه العقد • فاما اذا لم يتمكن من استيفاء اصلا او تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذي اضيف
اليه العقد خارج المدة لا يجب الاجر حتى ان من استاجر دابة يوما للركوب فحبسها المستاجر في منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم فاذا
استاجرها للركوب خارج المصر لا يجب الاجر اذا حبسها في المصر لعدم تمكنه من الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد فان لم
ذهب بالدابة الى ذلك المكان في اليوم ولم يركب يجب • وان ذهب الى ذلك المكان خارج المصر بعدما مضى اليوم بالدابة ولم
يركب لا يجب كذا في الخلاصة • ونقل فيها ايضا عن النوازل استاجر دابة الى مكة فلم يركب بل مشى راجلا ان كان بغير علة في الدابة
فعليه الاجر وان كان لعلة في الدابة او لمرض به بحيث لم يقدر على الركوب لا اجر عليه • وان استاجر ثوبا ليلبسه كل يوم بدانق
ووضعه في بيته ولم يلبسه حتى مضت سنون كان عليه بكل يوم دانق الى الوقت الذي يعلم انه لو لبسه لا يتخرق فاذا مضى وقت يعلم انه
لو لبسه يتخرق سقط عنه الاجر لانه بعدما مضى ذلك الزمان لا يمكن جعل الثوب مستعملا تقديرا فيسقط عنه الاجر كالمراة اذا
اخذت الكسوة من الزوج ولم تلبس ولبست ثوب نفسها اذا مضى وقت لو لبستها معتادا تتخرق كان لها ولاية المطالبة بكسوة اخرى
والا فلا **قوله** فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة هذا لفظ القدوري في مختصره • اي غصب الدار المستاجرة غاصب
من يد المستاجر في جميع المدة سقطت الاجرة • وذلك لان استحقاق الاجرة اذا لم يوجد التعجيل انما باستيفاء المنافع او بالتمكن من
الاستيفاء ولم يوجد الاستيفاء والتمكن منه اصلا فلا يستحق الاجرة • هذا اذا غصبت في جميع المدة فان غصبت في بعضها سقطت الاجرة
بقدر ذلك لانه بقدر تسليم المنفعة بذلك القدر **قوله** ومن استاجر دارا فللمؤاجر ان يطالبه باجر كل يوم هذا لفظ
القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يبين وقت الاستحقاق بالعقد • قال في شرح الاقطع وقال زفر لا يطالبه الا بعد
مضي مدة الاجارة ولو كانت مائة سنة وهو قول ابي حنيفة اولا الى هنا لفظه رحمه الله • وجه قوله ان جميع المعقود عليه
يصير مسلما فلا يطالبه ببدله كما في بيع العين وكما لو استاجر خياطا ليخيط له ثوبا فخاط بعضه لا يستحق الاجرة ما لم يفرغ من
العمل • بخلاف ما اذا بين وقت الاستحقاق مثل ان يقول اجرتك هذه الدار كذا سنة على ان تعطي الاجرة بعد شهر لان ذلك
بمنزلة شرط تعجيل الاجرة • ولنا انه استوفى بعض المعقود عليه فيجب بدله تحقيقا للمعادلة لعدم المنفعة قد يكون العبارات
يجب الاجرة حالا فحالا كما لو قبض بعض المبيع واستهلكه الا انهم استحسنوا فاوجبوا الاجرة يوما فيوما لان ايجاب التسليم في كل ساعة
يفضي الى الحرج والضرر لانه كلما فرغ من تسليم اجرة ساعة فيجب عليه تسليم اجرة ساعة اخرى على التوالي فيمنع الحرج لا محالة وهو
مدفوع شرعا فقدرت المطالبة يوما بيوم لان كل يوم مقصود بالانتفاع واخذ البدل عنه لا يفضي الى الضرر • بخلاف
الخياط فان الثوب في يده ولم يصر منه شيء مسلما الى المالك • فلهذا لم يستحق الاجرة ما لم يفرغ من العمل • وقال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واجر الدار والارض بمنزلة اجر الحمولة ياخذ من الاجر بحساب ذلك ما يجب له يوما بيوم
لان ما دون اليوم لا حد له فيتعذر التقدير فقدرناه باليوم • واذا اشترط في جميع هذه الوجوه تعجيل الاجرة تاجيلها فهو
على ما اشترطه لما انه اعرض عن قضية المعادلة ورعايتها حقه فله الاعراض • وكذلك اجارة الاراضي لما بينا • يعني اذا اجر
الارض يطالبه باجر كل يوم لانه منفعة مقصودة فاذا بين وقت الاستحقاق فلا يطالبه الى ذلك الوقت لانه بمنزلة التاجيل
في الاجرة **قوله** ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة هذا لفظ القدوري في مختصره • قال في
شرح الاقطع هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة الثاني وكان قوله الاول ان لا يطالبه حتى يعود وهو قول زفر • وقال صاحب الهداية
وكان ابو حنيفة يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر وفيه اشارة الى انما ذكره القدوري قول
ابي حنيفة ثانيا وقال بعضهم في شرحه ما ذكره القدوري في التقدير بمطالبة الاجر في كل مرحلة هو قول الكرخي ونقله عن مبسوط
شمس الائمة والايضاح • ثم قال واما في قول ابي حنيفة المرجوع اليه لم يتقدر بتقدير بل كلما سار مسيرا له من الاجر شيء معروف
فله ان ياخذ بذلك وهو قول ابي يوسف ومحمد فاقول نسبة ما ذكره القدوري الى الكرخي عجيب جدا فان الكرخي قد نص في مختصره
انه قول ابي حنيفة الاخير • الا ترى انه قال في مختصره وقال ابو حنيفة فيما له وقت تحصيل جزء من اجزائه الذي يطالبه باجر كل يوم يمضي منه
من الاجارة • وكذلك في المسافة على قدر ما قطع منها بما يمكن تحصيل جزء من اجزائه • وقال ابو يوسف عن ابي حنيفة في الذي يكتري ابلا الى
مكة للجمال ان يطالبه بالاجر يوما فيوما وهو قول ابي حنيفة الاخير وهو ايضا قول محمد • وقال ابو يوسف في الدور والمنازل اذا
استاجر الرجل شيئا منها شهرا باجر معلوم فليس له ان ياخذ الاجر الا اذا مضى شهر وليس له ان يطالب قبل ذلك • روى ذلك عنه ابن
سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد • وروي عنه في الذي استاجر ابلا الى مكة انه لا ياخذ الاجر منه حتى يسير الثلث او النصف
وقال استحسن في الشقة البعيدة • وقال زفر اذا استاجر الرجل دارا كل شهر بعشرة دراهم او كل سنة بمائة درهم فليس له ان ياخذ

الاجر شيئا حتى يمضي شهر في قوله في كل شهر • وحتى يمضي سنة في قوله كل سنة • فان استاجر ايضا عشر سنين بالف درهم لم يكن له ان يطالب
بشيء منه حتى يمضي المدة وكذلك قال في الكرا الى مكة ذاهبا وجائيا انه لا يطالب بالاجر حتى يذهب ويجيء وهذا قول ابي حنيفة الاول وهو
قول ابي يوسف رواه محمد في الاصول وما في الاملاء فهو عندي قول الاخير لانه قال في رمضان سنة احدى وثمانين ومائة وهذا قبل
موته بشهور الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • واراد بقوله وما في الاملاء ما روي عن ابي يوسف انه لا ياخذ الاجر حتى يسير الثلث او النصف
وقال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة اذا استاجر ابلا الى مكة لم يلزمه تسليم الاجرة حتى يرجع وهو قول زفر ثم رجع ابو
حنيفة فقال كلما سار مرحلة طالبه بقدره وهو قولهما الى هنا لفظ كتاب التقريب • وقال في المختلف في باب زفر قال ابو حنيفة
اولا وهو قول زفر اذا استاجر ابلا الى مكان ذاهبا وراجعا ليس للمؤاجر ان يطالب بعض الاجرة حتى يرجع • وكذا قال في الاجارة للدار
والعبد للخدمة ثم رجع ابو حنيفة وقال كلما سار مسيرا له من الاجر شيء معلوم فله ان ياخذ حصته وكذا في سكنى الدار وخدمة العبد
الى هنا لفظ المختلف • وقال في شرح الطحاوي ثم الاجرة لا تخلو اما ان تكون معجلة او مؤجلة او منجمة او مسكوتا عنها • اما اذا كانت
معجلة فانه يملكها وله ان يطالب بها لانهما هكذا شرطا قال عليه السلام المسلمون عند شروطهم • واما اذا كانت مؤجلة فليس له ان يطالب
بها ما لم يمض الاجل • واما اذا كانت منجمة فانه يطالبه بها عند كل حلول نجم وهو ان يشترط في كل موضع كذا فاذا مضى نجم يجب
عليه الاجرة التي شرط فيه • وان كانت مسكوتا عنها فان ابا حنيفة كان يقول اولا لا يطالب بها ما لم يستوف المنفعة كلها ثم رجع وقال
يطالبه عند مضي كل يوم وهو قولهما الى هنا لفظ شرح الطحاوي للامام الاسبيجابي • وجه قول زفر ما قلنا في مسئلة الدار وهو ان المعقود
عليه وهو جملة المنافع لم تكن مسلمة فلا يجب بدلها كما لا يجب اجرة الخياط ما لم يفرغ يؤيده قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن
امر بدفع الاجرة بعد الارضاع • ووجه ما روي عن ابي يوسف من قوله الاخير ان النصف او الثلث قدر مقصود في المسافة • الا ترى
ان الانسان قد يترك هذا القدر والكرائم ينتقل الى حال اخر فصار حكم هذا القدر حكم الفراغ من العمل • ووجه قول ابي حنيفة
الاخير ان كل مرحلة سير مقصود لا يشق المطالبة ببدلها فصار كل مرحلة ههنا كاليوم في اجارة الدار فيه يطالبه باجر كل يوم فكذا
هنا بخلاف ما دون ذلك من الاجزاء لان المطالبة تفضي الى الحرج والضرر بحيث لا يتفرغ المسافر لشيء غير ذلك **قوله** قال
وليس للخياط والقصار ان يطالب باجره حتى يفرغ من العمل • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يشترط التعجيل وذلك
لان خياطة بعض الثوب وقصارته غير منتفع به ما لم يفرغ من العمل ويسلم الى صاحبه لا يجب له شيء بخلاف اشتراط التعجيل فان الاجرة
تستحق لان المستاجر اسقط حقه في المعادلة فلو هلكت العين المعمول فيها فان كانت العين المعمول فيها في يد الاجير وليس لعمله اثر كالخياطة والقصارة
فلا يجب الاجر الا بالتسليم ذلك الاثر فهو هالك قبل التسليم سقط الاجر لانه لم يسلم المعقود عليه وان لم يكن لعمله اثر كالحمال والملاح فكما فرغ
من العمل صار مسلما فلا يسقط الاجر بالهلاك بعد صاحبها لان المعقود عليه المنفعة ونفس العمل فاذا انتهت المدة وقد فرغ من العمل صار مسلما
فلا يسقط الاجر بالهلاك بعده • واما اذا كانت العين المعمول فيها في يد المستاجر فان فرغ من العمل يستحق كل الاجر كما فرغ وان لم يفرغ يستحق به
بقدره في التحفة بعض هذا عرفت ان معنى ما قال القدوري ما اذا كان الخياط يعمل في بيت نفسه • اما اذا كان يعمل في بيت المستاجر فله
الاجر بقدر عمله وهو المذكور في شروح الجامع الصغير • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره كل من استوجر على عمله في شيء او عمله في
شيء وذلك الذي مثل الصباغ والخياط والقصار والصائغ والنجار والاسكاف وسائر الصناع فعمله ذلك مضمون عليه ما دام في يده
بالاجر المسمى له لا يبرا منه الا بتسليمه الى صاحبه فان لم يسلمه حتى هلك بطل الاجر ويكون العمل مضمونا بالاجر المسمى له كالمبيع يكون مضمونا
بالثمن الى هنا لفظ الكرخي • وقال ايضا في مختصره واذا استاجر رجلا يبني له بناء في داره او فيما هو في يده او يعمل له سابا طا
او جناحا او يحفر له في ذلك بئرا او قناة او نهرا او ما اشبه هذا فعمله العامل فلم يفرغ منه حتى انهدم البناء او انهار البئر او سقط
الساباط فله اجر ما عمل بحصته وذلك لان ذلك قد صار في يد المستاجر قبل هلاكه وهذا قول اصحابنا جميعا • فان استاجر
على عمل في ذلك الذي غير ملكه ولا ما هو في يده فلا اجر له حتى يفرغ ويسلم اليه اراه الموضع الذي يعمل فيه او لم يره وهذا قول محمد
اذا اراه الموضع او لم يره • وقال الحسن اذا اراه فهو بمنزلة ما هو في ملكه وبيده واذا لم يره فلا يكون مسلما حتى يخلي بينه وبينه
الى هنا لفظ الكرخي • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي الذي هو مبسوط في باب ما يجب الاجر للعامل واذا
هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فان ابا حنيفة قال لا اجر له ولا ضمان عليه لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب • وكذلك
سائر الصناع بايديهم • واما في قول من يضمن الاجير المشترك فان شاء رب الثوب ضمنه قيمة الثوب مقصورا واعطاه الاجر وان
شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا اجر له وهو قول ابي يوسف ومحمد • الاصل في هذا الباب ان الاجير المشترك لا يضمن الا ما جنت
يداه عند ابي حنيفة • وعندهما يضمن ما حصل في يده بصنعه او بغير صنعه بناء على اصل وهو ان الحفظ هل هو واجب عليه
بقضية عقد الاجارة بعد ابي حنيفة رضي الله عنه العمل واجب بقضيته دون الحفظ • وعندهما الحفظ والعمل يقولان
بان الحاجة كما تمس الى العمل تمس الى الحفظ لان حفظ الثوب مطلوب المالك فاذا تلف الثوب في يده كان تضمينا الى تقصيره
في الحفظ فيكون مضمونا عليه كما لو تلف عن عمله وابو حنيفة رضي الله عنه يقول المستحق بالعقد ما عقد العقد وانه عقد لاجل
العمل لا الحفظ فكان الثوب في يده امانة والامانة اذا هلكت من غير صنعه لا يؤاخذ بضمانها ولا يستحق الاجر لانه يجب بمقابلة
العمل وانما يصير العمل الى المستاجر بتسليم محله ولم يوجد فصار كهلاك المبيع قبل التسليم الى المشتري وثمة لا يجب الثمن
كذلك ههنا • ثم عندهما اذا ضمنه الثوب مقصورا واعطاه الاجر لانه قد سلم العمل الى المالك وحدثت بفعله زيادة في الثوب
فكان عليه الاجر وعلى الاجير ضمان الزيادة مع الاصل • وان شاء ضمنه قيمة الثوب ولم يا خذ اجر القصارة لانه هلك العمل

قبل وصوله الى يد المستاجر حقيقة فاشبه هلاك المبيع قبل القبض ولو لم يهلك الثوب ولكن اراد صاحبه اخذه كان للصانع منعه
حتى يوديه اجره لان هذا عقد معاوضة فكانت المبادلة مرعية فيه كما في باب البيع فان منعه فهلك فالجواب على ما تقدم والهلاك
قبل المنع وبعده سواء لانه حبسه بحقه فلم يكن متعديا في الامساك • فاذا تلف في يده لا يواخذ بالضمان • فاذا اراد ان ياخذ
من الاجر مقدار ما عمل فيه قبل ان يفرغ منه لم يكن له ذلك حتى يفرغ منه لان الاجر استحقت في مقابلة العمل فما لم يوفه العمل لم
يستحق عليه ايفاء الاجر وايفاء العمل انما يتصور بعد العمل لا قبله هذا اذا كانت القصارة واقعة في ثوب واحد • فاما اذا كانت
في ثوبين ففرغ من قصارة احدهما كان له ان ياخذ الاجر بحساب ذلك لانه ينتفع به وحاصل الى هنا لفظ شيخ الاسلام علاء الدين
وقال ايضا في باب من استاجر اجيرا ليعمل له في بيته من شرح الكافي • واذا استاجر الرجل اجيرا يعمل له في بيته عملا مسمى ففرغ الاجير
من العمل في بيت المستاجر ولم يضعه عن يده حتى فسد العمل او هلك فله الاجر تاما على المستاجر لان عمل العامل في يد المستاجر فصار
العمل بواسطة المحل مسلما اليه فيستحق الاجر • وكذلك لو استاجره يخيط له في بيت المستاجر قميصا فخاط بعضه ثم سرق الثوب فله من
الاجر بقدر ما خاط اعتبارا بتسليم البعض بتسليم الكل • فلو كان استاجره ليخيط له في بيت الاجير لم يكن له شي لانه لم يسلم العمل
الى رب الثوب فصار هلاكه قبل التسليم اليه كهلاك المبيع قبل التسليم الى المشتري وثمه لا يستحق الثمن كذلك ههنا قال قال
الا ترى انه لو استاجره ليبني له حائطا معلوما فبنى بعضه او كله ثم انهدم فله اجر ما بنى لانه في ملك صاحبه • وكذلك لو حفر البئر
في ملكه وكذلك الرجل يستاجر الخباز يخبز له في بيته دقيقا معلوما باجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الاجر تاما • فان سرق
قبل ان يفرغ منه فله من الاجر بقدر ما عمل • وان كانت تخبز في بيت الخباز لم يكن له من الاجر شي ولا ضمان عليه فيما سرق في قول
ابي حنيفة لانه امين • وعندهما يضمن لان المحل دخل في ضمانه فلا يبرأ عنه الا بالرد الى المالك وتوفينا الوجه به الى هنا
لفظ شيخ الاسلام في الكافي فعلم بهذا المجموع ان ما قاله صاحب الهداية وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ
فيه نظر لانه خلاف الرواية **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان العمل في البعض غير منتفع به **قوله** ومن استاجر
خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور • هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك
لان الاجير لا يستحق الا بتمام العمل وقبل الاخراج من التنور لا يتم العمل فلا اجر فاذا اخرجه استحق الاجر في تلك الحال • فان خبز
البعض واخرجه استحق الاجر بحصته بقدره لان العمل في ذلك القدر صار مسلما الى صاحبه دقيق • قال محمد في الجامع الصغير
عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل ادخل رجلا الى منزله استاجره ليخبز له خبزا فلما اخرجه من التنور احترق من غير فعله فله الاجر
ولا ضمان عليه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • قالوا في شروح الجامع انما عدم الضمان لانه هلك لا بصنعه • واما وجوب الاجر
فلانه اوفى عمله صار الخبز منتفعا به فصح التسليم هذا اذا احترق في بيت المستاجر • فان خبز خارج البيت فاحترق لا اجر له لانه
اذا خبز في بيته فكما فرغ من العمل يصير العمل مسلما الى المستاجر الا بالتسليم حقيقة ولم يوجد • وبدون التسليم لا يجب الاجر
وانما قيد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الاخراج من التنور لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان في قول اصحابنا
جميعا الا ترى الى ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب من استاجر اجيرا ليعمل له في بيته وان احترق الخبز في التنور
قبل ان يخرجه فان ابا حنيفة قال في هذا هو ضامن لانه ما جنته يداه بتقصير في التقليع من التنور • فان ضمنه قيمته مخبوزا
اعطاه الاجر • وان ضمنه دقيقا لم يكن له اجر لانه اذا ضمنه قيمته مخبوزا فقد وصل العمل اليه معنى بوصول قيمته اليه فكان له
الاجر • واذا ضمنه قيمته دقيقا لم يصل العمل اليه لا صورة ولا معنى فلم يستحق الاجر وهذا قول ابي يوسف ومحمد الى هنا لفظه
في شرح الكافي **قوله** وهذا عند ابي حنيفة اي عدم الضمان على الخباز اذا احترق الخبز بعد الاخراج من غير فعله
هو مذهب ابي حنيفة • اما عندهما فعليه الضمان اقول في الجامع الصغير اطلق الجواب بعدم الضمان ولم يذكر الخلاف
وكذلك لم يذكروا الخلاف في شروح الجامع الصغير بل قالوا لا ضمان عليه مطلقا بنص هذا قالوا الجواب في الجامع الصغير مجري
على عمومه • اما عند ابي حنيفة فلا ضمان عليه فلانه لم يهلك من صنعه • واما عندهما فلانه هلك بعد التسليم • واما
ذكر الخلاف القدوري في شرح مختصر الكرخي برواية ابن سماعة عن محمد • قال واذا اخرجه من التنور فوضعه وهو يخبز
في منزل المستاجر وقد فرغ فان احترق من غير جنايته فله الاجر ولا ضمان عليه في قول ابي حنيفة لانه فرغ منه الى العمل وصار
مسلما له باخراجه من التنور لانه في ملك المستاجر وهلاك الشي من غير عمل الاجير المشترك لا يتعلق به الضمان عنده • فاما على قول
من يضمن الاجير المشترك فانه بمنزلة دقيقا مثل الدقيق الذي دفعه اليه ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزا واعطاه
الاجر • وذلك لان قبض الاجير المشترك عندهما مضمون فلا يبرأ منه بوضعه في منزله ما لم كما لا يبرأ من ضمان المغصوب
بذلك فاذا وجب عليه الضمان صار صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا واسقط الاجر لانه لم يسلم له العمل وان شاء ضمنه
خبزا فصار العمل مسلما له فوجب عليه الاجر قال ولا اضمنه الحطب والملح لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان فوجب عليه
الضمان ولا قيمة له **قوله** ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه وهذه من مسائل القدوري ايضا
اراد بالغرف وضع الطعام في القصاع وهذا بناء على عرف الناس وعاداتهم فان الطباخ هو الذي يتولى ذلك في عرفهم
ومطلق العقد يتناول المعتاد اذا لم يوجد شرط • بخلاف ذلك فلم يوجد الشرط فيكون المعتاد وهو المراد والوليمة
طعام العرس والوكيرة طعام البناء والخرس طعام الولادة وما تطعمه النفساء خرستها • وطعام الختان اعذار وطعام
القادم من سفر نقيعة وكل طعام صنع لدعوة مادبة ومادبة جميعا • ويقال فلان يدعو النقرى اذا خص • وفلان

يدعو الجفلى والاجفلى اذا عم كذا قال العتبي وغيره **قوله** ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر اذا اقامها
عند ابي حنيفة • وقالا لا يستحقها حتى يشرجها وهذا لفظ القدوري في مختصره • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره
واذا استاجره ليضرب له لبنا في ملكه او في غير هو في يده فان رب اللبن لا يكون قابضا حتى يجف اللبن وينصبه في قول ابي حنيفة
لا اختلاف عنه في ذلك • وعند ابي يوسف ومحمد حتى يشرجه • فان هلك اللبن قبل الحد الذي حد كل واحد منهم في قوله
فلا اجر له • وان كان بعد ملكه الاجر وان كان ذلك في غير ملكه ولا في ملكه لم يكن له الاجر حتى يسلمه منصوبا عند ابي حنيفة
ومشرجا عند ابي يوسف ومحمد الى هنا لفظ الكرخي • قال في شرح الطحاوي والتسليم هو ان يخلي بين المستاجر وبين اللبن والتشريج
اي ترتيب بعض اللبن عند ابي حنيفة اذا اقامه وعندهما ما لم يشرجه لم يصح التسليم • وجه قولهما ان اللبن لا يومن فساده قبل التشريج
فصار اللبن قبله كالخبز في التنور قبل الاخراج • ووجه قول ابي حنيفة ان اللبن بعد النصب ينتهي عمله ويصير على صفة يمكن الانتفاع
به • الا ترى انه يوخذ من ذلك المكان فيبنى به فصار كالخبز بعد الاخراج • ولان التشريج زيادة عمل بعد الفراغ من المقصود فصار
كنقله الى موضع الاستعمال وذلك غير واجب عليه فكذا التشريج • وقولهما لا يومن فساد قبل التشريج ضعيف لان العين صارت
مسلمة اليه فلا يعتبر بعد ذلك الطاري من اسباب الفساد كما بعد التشريج وليس ذلك مثل الخبز في التنور اذ العمل لم ينته
بعد لانه لا ينتفع به في التنور • فظهر الفرق **قوله** ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا اي يتولى التشريج في عادات
الناس والعرف هو المعتبر فيما لم يكن مشروطا وتشريج اللبن تنضيده وضم بعضه الى بعض **قوله** قال وكل صانع لعمله اثر في العين
كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر • اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره
والجميع من ذكرنا يعني من الصباغ والخياط والقصار والصايغ والنجار والاسكاف وسائر الصناع ان يحبسه • واما في ايديهم
بعد ما فرغوا منه او حملوه حتى يقبضوا الاجر وليس للمستاجر قبض ذلك حتى يدفع الاجر بمنزلة المبيع يحبسه البائع حتى يستوفي الثمن
وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد والحسن بن زياد • واما الحمال والملاح يستاجر على حمل شي فليس لهم حبس ما حملوه لانه
لا عمل لهم فيه قائم ولا تاثير • قال محمد فان حبس الحمال المتاع في بلد فهو غاصب • وقال ابو يوسف في الحمال يطلب اجره بعد
ما يبلغ المنزل قبل ان يضعه فليس له ذلك الى هنا لفظ الكرخي • وانما كان للعامل فيما له اثر في العين ان يحبس العين حتى يستوفي
الاجر لان البدل مستحق في مقابلة ذلك الاثر فكان له حبسه حتى يستوفي كالبائع بحبس المبيع • وما ليس له اثر لا يثبت حق الحبس
لان العمل المعقود عليه ليس بموجود في العين فلم يجز حبسها كما لا يجوز حبس الوديعة بدين على صاحبها كذا ذكر الفقيه في شرحه
وقال فخر الدين قاضي خان واما القصار اذا قصر الثوب فهل له حق الحبس لاستيفاء الاجر قالوا ان ظهر اثر عمله في الثوب باستعمال النشا
او بالدق كان له حق الحبس وان لم يكن عمله الا الغسل لا يكون له حق الحبس لان البياض كان موجودا في الثوب • ومنهم من قال
له حق الحبس على كل حال وهو الصحيح لان البياض وان كان موجودا في الثوب الا انه كان مستترا وقد ظهر بعمله فكان له حق الحبس
كذا ذكر في الجامع الصغير وهذا اذا عمله في دكانه • اما اذا خاط الخياط او صبغ الصباغ في بيت المستاجر فليس له حق الحبس
كذا في خلاصة الفتاوي • وقال في تتمة المبسوط من الشامل في باب الاستصناع القصار يحبس والغسال لا يحبس لان الدرن والغبار
يحصل بخلاف البياض لانه كامن فظهر الى هنا لفظ الشامل • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب الرجل يستصنع الشي
والاسكاف وجميع هولاء الصناع اذا رضي المستصنع العمل واجاز ان لا يدفع اليه المتاع حتى ياخذ منه الاجر • وهذا اذا هو
كان له عمل يبقى اثره في المحل كالقصارة والخياطة لان اثر عمله قائم فكان له حق الحبس حتى يستوفي الاجر • بخلاف الغسل لانه لم
يبق اثره في المحل فلا يملك الحبس الا ان يكون موجلا فلا يملك منع المتاع منه حينئذ لان التسليم غير واجب عليه للحال فلا يملك الحبس
كالبائع شيئا بثمن موجل الثمن انه لا يملك الحبس فكذلك ههنا • وقال ايضا في باب من استاجر اجيرا ليعمل له في بيته من شرح الكافي
وكل شي اذا هلك لم يكن له فيه اجر فله ان يحبسه حتى ياخذ الاجر لان سقوط الاجر بالهلاك دليل على كونه في يد العامل يملك الحبس
لاستيفاء الاجر كما يملك حبس المبيع لاستيفاء الثمن وكل شي اذا هلك كان له الاجر فليس له ان يحبسه حتى ياخذ الاجر لانه كما وقع وقع
مسلما والحبس بعد التسليم لا يجوز لانه قد سقط فلا يعود • وان حبسه فهلك عنده ضمنه لانه حبسه بغير حق فكان غاصبا
بقبض • واذا عمل القصار والصباغ والخياط واشباههم في بيت الذي استاجرهم لم يكن لهم ان يحبسوا المتاع بالاجر لان العمل
وقع مسلما الى المالك لان المحل في يده وهم ضامنون لما جنت ايديهم في قول ابي حنيفة فما عملوا في بيت المستاجر كما يضمنون
فما عملوا في بيوتهم لان الجناية سبب لوجوب الضمان اينما وجدت فرق بين هذا وبين الملاح اذا غرقت السفينة بمده وصاحب
المتاع بها حيث لا يضمن المتاع لان المتاع في يد مالكه حينئذ والمدتصرف بلاق السفينة دون المتاع فمتى كان ما دونا
فيه من قبل المالك لم يكن متعديا في التسبب فلا يواخذ بالضمان **قوله** وسنبين بعد هذا اشارة الى ما ذكر في اول
باب ضمان الاجير وهو ان الاجير المشترك لا يضمن فيما هلك في يده من غير صنعه عند ابي حنيفة ويضمن عندهما وسنبين
ذلك بعده ان شاء الله **قوله** وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح وهذا لفظ
القدوري ايضا وقد مر بيانه • ويروى قوله كالحمال بالحاء والجيم جميعا والحكم فيهما واحد • ولهذا ذكرهما الكرخي جميعا
في مختصره وقد مر انفا • والاولى ان يروى هنا بالحاء لان الحمل يجوز ان يقع على الظهر وعلى الدابة فيكون اعم من لفظ
الجمال بالجيم فكان اولى **قوله** وغسل الثوب نظير الحمل اراد به الغسل بمجرد ازالة الدرن يعني كان الحمل لا اثر له هو
قائم في العين فكذلك الغسل فيه لا يحبس بالاجر فكذا هنا • قالوا في شروح الجامع الصغير ولا يلزم على هذا الابق اذا رده انه

حيث يحبسه بالعمل وان لم يكن لعمله اثر في العين قايم لان ما لبسه كانت على شرف الهلاك فبالرد احياه وصار كانه ملكه ابتدا فكان له حق الحبس ولم يكن العين فيما نحن فيه على شرف الهلاك فلا يكون له حق الحبس لانعدام معنى التمليك وانعدام الاثر القايم بالعين **قوله** وهذا الذي ذكرناه مذهب علماينا الثلاثة وهو مذهب الحسن بن زياد ايضا • وقد روي مذهبه الكرخي كذلك فيما قبل هذا • وقال زفر والشافعي رحمهما الله ليس له حق الحبس سوا كان لعمله اثر في العين او لم يكن وهو معنى قوله في الوجيز للشافعي(?) وذكر الصاحي(?) قول الشافعي رحمه الله كقول زفر • وجه قول زفر ان المعقود عليه وهو العمل صار مسلما فلا يحبس البدل بعد التسليم كالبايع اذا سلم المبيع الى المشتري ليس له حق الحبس وكذا الخياط اذا خاط في بيت المستاجر ليس له حق الحبس فكذا هنا • ولنا ان التسليم الى المستاجر لم يوجد لان ايقاعه العمل بحصول والحاذيه(?) لا بالتسليم واتصال عمله بالعين التي في ملك المستاجر لضرورة اقامة العمل اذ لا يمكن العمل فيها الا بالاتصال بها فما ثبت من الاتصال بالاضطرار لا يدل على الرضا بالتسليم فلم يكن ذلك جعلا بعد التسليم فكان له حبس العمل الذي بمنزلة المبيع والعمل وان لم يكن قايما فانه قايم بمحل يبقا الا ترى كيف اثر العمل يجعل له حق الحبس لاستيفا الاجر اذا كان حالا • بخلاف ما اذا كان موجلا حيث لا يكون له حق الحبس كما لا يحبس المبيع اذا كان الثمن موجلا **قوله** ولنا ان الاتصال بالمحل اي اتصال عمل الاجير بالمحل الذي يعمل فيه **قوله** فلم يكن هو راضيا اي لم يكن الصانع راضيا باتصال العمل على انه تسليم • فاذا لم يكن راضيا بذلك لم يكن وقوع في يد المستاجر مانعا من الحبس بالاجر كما لو وقع المبيع في يد المشتري بلا رضا البايع **قوله** قال واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان اعمال الصناع فيما تتفاوت بين عمل وعمل فاذا شرط عمل الاجير نفسه كان ذلك شرطا مفيدا فيعتبر فليس له ان يخالف ويستعمل غيره • اما اذا اطلق العمل كان المراد منه نفس العمل فله ان يستعمل غيره لان المطلق ينصرف الى ما هو المعتاد والمتعارف فيما لم يشترط والصناع يعملون في العادات بانفسهم وباجرايهم فكان له ان يعمل بنفسه واجيره • وهذا لان المعقود عليه مطلق العمل في الذمة وذلك موجود في عمله وفعل غيره فيجوز ان يفيه باستعانة غيره كما في ايفا الدين • وفي الصورة الاولى المعقود عليه العمل المقيد وهو العمل الواقع من شخص بعينه فاذا اطلق جاز ان يركب من شا على ما يجي بيانه بعد هذا • وكذا لو استاجر دابة بعينها للحمل ليس للموجر ان يسلم غيرها • فاذا استاجرها للحمل لم يعينها جاز له ان يسلم اي دابة شا • ونقل عن الامام حميد الدين الضرير ان صورة المسالة فيما اذا قال للخياط مثلا على ان تعمل بنفسك او بيدك • اما اذا قال على ان تعمل فهو مطلق

فصل

لما ذكر في الباب المتقدم استحقاق تمام الاجرة ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق الاجر وبعض الاجر • وقدم مسايل الباب على مسايل هذا الفصل لان الاصل وجوب الاجر كاملا عند صحة الاجارة ونقصانه او عدمه عارض هذا ما لاح لي من وجه المناسبة **قوله** ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجي بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجا بمن بقي فله الاجر بحسابه وهذه من مسايل الجامع الصغير قال محمد فيه عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجي بعيال له فذهب فوجد بعضهم قد مات فجا بمن بقي قال له من الاجر بحسابه ذلك الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • قالوا في شروح الجامع الصغير معنى المسالة اذا كان عيال له معلومين وذلك لان الاجر يقابل حملهم جميعا • فاذا حملهم جميعا كان يستحق جميع الاجر فلما اوفى بعض المعقود عليه دون البعض استحق الاجر بقدر ما اوفى وقد بطل بقدر ما لم يوف **قوله** وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجي بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فلا اجر له وهذه من مسايل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل استاجر رجلا ليذهب بكتابه الى البصرة الى فلان ويجي بجوابه فذهب فوجده قد مات فرد الكتاب قال لا اجر له وقال محمد له الاجر في الذهاب الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير ولم يذكر محمد فيه قول ابي يوسف • وقال في الحصر والمختلف ذكر ابو الليث قول ابي يوسف مع محمد وغيره مع ابي حنيفة • وذكر القدوري في كتاب التقريب وفخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع ابي حنيفة • وقال فخر الدين قاضي خان في شرحه للجامع الصغير واختلف المشايخ في قول ابي يوسف والاصح ان قوله كقول ابي حنيفة رضي الله عنه • واجمعوا على انه لو ذهب الى البصرة ولم يحمل الكتاب فلا يستحق الاجر • واجمعوا على انه لو استاجر رسولا ليبلغ الرسالة الى فلان بالبصرة فذهب ولم يجد فلانا فانه يستحق الاجر الى هنا لفظ قاضي خان هو والاصل هنا ان المعقود عليه اذا انتقض بطل الاجر بالاتفاق ولكن الخلاف في ان الاجر مقابل بايصال الكتاب الى المكتوب اليه ام مقابل بحمل الكتاب وقطع المسافة فقال محمد انه مقابل بقطع المسافة بالكتاب لا بحمل الكتاب وجوابه الى الكتاب لان حمله يسير لا يقابل به البدل غالبا لخفة مونته ثم قطع المسافة وقع في الذهاب للمستاجر فوجب اجر الذهاب ولم يقع قطعها في العود للمستاجر فلم يجب اجره ذلك كما لو اوفى بعض المعقود عليه دون البعض فوجب الاجر بحساب ذلك كما لو استاجر على حمل طعام الى البصرة فحمل بعضه • ووجه قولهما ان المقصود من الاستيجار على حمل كتاب الى فلان بالبصرة هو ايصال الكتاب الى المكتوب اليه لا حمله • وانما الحمل وسيلة الى ذلك فلا الاجر يقابل بما هو المقصود من العقد دون الوسيلة فاذا رد الكتاب ولم يوصله الى المكتوب اليه فقد ابطل عمله قبل التسليم فلا يستحق الاجر كمن استاجر خياطا ليخيط له ثوبا فخاط ثم فتقه لا يجب له الاجر لانه نقض عمله فكذا هنا وصار كمن استاجر لحمل طعام الى فلان بالبصرة فحمله ثم رده الى بغداد فلا اجر له • فانه اذا كان المكتوب اليه حيا ولم يوصله اليه • بخلاف ما اذا ترك الكتاب ثم حيث يجب له اجر الذهاب لانه لم ينتقض عمله بل اتى بما في وسعه وامكانه • وقال في خلاصة الفتاوي اذا لم يرد الكتاب لكنه دفعه الى وارثه

او وصيه يجب الاجر بالاجماع ولم يذكر انه اذا وجد فلانا غايبا فترك الكتاب هناك ورجع يعني لم يذكر محمد في الجامع الصغير لكن مشايخنا قالوا هذا على الاختلاف الذي ذكرنا • ومنهم من قال يجب اجر الذهاب بالاتفاق هذا اذا شرط عليه المجي بالجواب فلم يذكر في الكتاب يعني الجامع الصغير فنقول اذا لم يشترط وترك الكتاب ثمة حتى يوصل اليه اذا حضر بان كان غايبا والى وارثه ان كان ميتا فانه يستحق الاجر كلا وكذا لو وجد فدفع الكتاب اليه فلم يرا حتى عاد من غير جواب له الاجر كاملا لانه اتى في وسعه • ولو لم يجد او وجد لكن لم يدفع الكتاب بل رد الكتاب فلا اجر له • وقال محمد له اجر الذهاب ولو في الكتاب فهنا لا يستحق اجر الذهاب بالاجماع • ولو استاجره ليبلغ رسالته الى فلان بالبصرة فذهب الرجل فلم يجد المرسل اليه • او وجده لكن لم يبلغ الرسالة فرجع فله الاجر • والفرق بين الرسالة والكتاب ان الرسالة قد تكون سرا لا يرضى المرسل بان يطلع عليه غيره • اما الكتاب فمختوم يعني لو ترك الكتاب مختوما لا يطلع عليه غيره • قال الشيخ الامام شمس الايمة الحلواني رحمه الله لا نسلم فصل الرسالة هو والكتاب سوا • فاما في الطعام اذا رجع بالطعام وهلك في الطريق لا يضمن عند اصحابنا الثلاثة كذا في الخلاصة **قوله** لما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق بجانبه وقد نقضه اي المعقود نقل الكتاب الى المكتوب اليه لان الايصال وهو النقل اليه هو المقصود من عقد الاجارة او نقل الكتاب اليه وسيلة الى ما هو المقصود والمقصود هو علم المكتوب اليه بما في الكتاب ولكن الحكم هو وجوب الاجر معلق بنقل الكتاب الى المكتوب اليه لان علم ما في الكتاب لا يحصل للمكتوب اليه قبل النقل اليه وقد نقض الاجير النقل وهو عمله فيسقط الاجر كالطعام اذا رده بعد الحمل **قوله** وان استاجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا وهذه من مسايل الجامع الصغير ايضا • اي في قول علماينا الثلاثة والفرق لمحمد ان نقل الطعام مما يقابله الاجر لان في امانته حرجا وقد نقضه • اما حمل الكتاب فليس بعمل يقابل الاجر ليسره وخفة مونته • وانما يقابل الاجر بقطع المسافة وقد تحملها في الذهاب له ثمة في هذه المسالة خلاف زفر فعنده يجب الاجر وهو غاصب في الرجوع كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير لنا انه نقض العمل حيث رد الطعام فصار كانه لم يحمله اصلا فلا يجب الاجر كالخياط اذا خاط ثوبا ثم فتقه • ولزفر انه لما حمل الطعام الى البصرة انتهت اجارته فوجب الاجر وصار في الرد غاصبا كمن باع طعاما وسلمه الى المشتري ثم استرده منه يجب الثمن على المشتري والبايع غاصب للطعام فيجب عليه رده او رد مثله فكذلك هنا • ولا نسلم ان الاجر يجب بمجرد حمل الطعام الى البصرة لان المعقود عليه هو حمل الطعام الى فلان بالبصرة ولم يوجد حمله الى فلان فلا يجب الاجر **قوله** بخلاف مسالة الكتاب على قول محمد • اي بخلاف مسالة حمل الكتاب الى فلان بالبصرة فان فيها يجب اجر الذهاب على قول محمد في مسالة حمل الطعام اذا رده لا يجب الاجر بالاتفاق وقد مر البيان **قوله** هناك اي في مسالة الكتاب **قوله** على ما مر اشارة الى ما ذكر في دليل محمد بقوله لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة والله اعلم

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيه

لما ذكر ركن الاجارة وشرطها من كون المعقود عليه معلوما وكون الاجر معلوما • وذكر ايضا اي وقت يستحق الاجر ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ او بتعيين • وذكر ايضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للموجر وما لا يعد خلافا **قوله** قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وله ان يعمل كل شي الا الحدادة والقصارة والطحانة فصل صورة المسالة فيما اذا قال استاجرت هذه الدار بكذا شهرا ولم يسم شيئا يعمل فيها لا السكنى ولا غيرها فعلى هذا يكون قوله للسكنى متصلا بالدور والحوانيت اي استيجار دور السكنى وحوانيت السكنى جايز وان لم يبين ما يعمل فيها جايز وهذا صحيح • لان شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي ذكر في شرح الكافي الذي هو مبسوطه في اول باب الاجارة الدور والبيوت • واذا استاجر الرجل دارا سنة بكذا ولم يسم الذي يريدها له فانا نستحسن فاذا هو جايز وله ان يسكنها ويسكنها من شا ويضع ما بدا له من الثياب والمتاع والحيوان ويعمل فيها ما بدا له من الاعمال ما خلا الرحى والحدادة والقصارة فان هذا يضر بالبنا وليس له ان يفعله الا برضا صاحب الدار او يشترط عليه في الاجارة وهو قول ابي يوسف ومحمد وهو استحسان والقياس لا يجوز لان المنافع تختلف باختلاف الاستعمال فصار كما لو استاجر دابة ولم يبين انه يركبها او يحمل عليها فانه لا يجوز كذا هنا • ووجه الاستحسان ان المقصد من الدار انما هو السكنى وحفظ الامتعة وهذا لا يتفاوت بتفاوت الناس • ولهذا لو استاجر دارا ليسكنها كان له ان يسكن غيره • بخلاف الدابة لان منافعها تتفاوت بتفاوت الناس لاستعمال فلا بد من بيان الجهة لتصير المنافع معلومة فان كان في الدار موضع يعد لربط الدواب كان له ذلك والا فلا لانه يودي الى افساد الدار اذا ربط الدواب في موضع السكنى افساد فلا يجوز • بخلاف الحدادة والقصارة لان هذا يضر بالبنا ويوهنه فلا يملكه الا بالشروط • وكذلك الرحى وقال ابو يوسف ومحمد كل عمل يفسد البنا ويوهنه فهو مثل الحدادة والقصارة والرحى لما ذكرنا انه يفسد البنا فكان في معناه • قال ولو استاجرها للسكنى كل شهر بكذا فله ان يربط فيها دابته ويبيع(?) ويسكنها من احب • وهذا اذا كان فيها موضع معد لذلك على ما بينا كذا ذكر شيخ الاسلام الاسبيجابي رحمه الله وقد روى محمد بن الحسن في كتاب الاثار عن ابي حنيفة عن ابي حصين عن ابن رافع عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه مر بحايط فاعجبه فقال لمن هذا فقال لرسول الله استاجرته قال لا تستاجره بشي منه وهذا الحديث دل على جواز اجارة العقار اذ لولا الجواز لم يكن لبيان النهي فايدة • ويجوز ان يتعلق قوله للسكنى بالاستيجار • اي يجوز استيجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها وله ان يعمل

فيها كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدوري **قوله** لان العمل المتعارف فيها السكنى يعني ان المقصود في الدار في العرف هو السكنى فينصرف مطلق العقد الى المتعارف وانه ليس بمتعارف فيصح العقد وله ان يعمل فيها كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده كالطبخ والخبز والخياطة وغسل الثوب ونحو ذلك بخلاف ما يوهن البناء فانه ليس له ذلك كالحدادة والقصارة والطحانة **قوله** الا انه لا يسكن استثناء من قوله وله ان يعمل كل شيء وقوله يسكن بفتح الياء من الثلاثي المجرد فيكون على هذا انتصاب قوله حدادا ولا قصارا ولا طحانا على الحال ويفهم على هذا التقدير عدم اسكانه غيره بطريق الدلالة ويجوز بضم الياء وكسر الكاف وانتصاب كل منها على انه مفعول به فعلى هذا التقدير يفهم عدم سكناه بنفسه بطريق الاشارة لانه اذا لم يجز ان يسكن غيره لان ذلك يوهن البناء فسكنى نفسه كذلك لان هذا المعنى حاصل فكان في منعه عن اسكانه غيره اشارة الى منعه عن سكناه والله اعلم والاول اولى لانه لما لم يملك السكنى بنفسه فلان لا يملكها غيره بالطريق الاولى قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي وان استأجر بيتا على ان يقعد فيه قصارا فاراد ان يقعد فيه حدادا فله ذلك ان كان ضررهما واحدا او ضرر الحداد اقل لانه لا يلحقه فيه ضرر زائد فكان له ذلك وان كان اكثر ضررا لم يكن له ذلك لتحقق الضرر وكذلك الرجل المسلم والذمي والحربي المستأمن والحر والمملوك التاجر والمكاتب كلهم سواء في الاجارة لانه عقد يتوسل به الى اقامة المصالح الدنياوية وكل واحد من هؤلاء يملك اقامة مصالح دنياه ولانه نوع تجارة وكل واحد منهم يملك التجارة وقال بعد هذا في هذا الكتاب ومن تكارى من خمسة عشر وقال رجل تكارى بيتا ولم يسم ما يعمل فيه فهو جائز وليس له ان يعمل فيه القصارة ونظائرها لان البيت يقصد به السكنى وموضع الامتعة فكانت المنفعة المطلوبة منه معلومة فلا يحتاج الى التعيين ومتى تعين السكنى وكل عمل يكون في معنى السكنى فلا يضر بالبناء يعتد وكل ما كان ضرره الى البناء لا يملكه لانه ليس في معناه فان عمل القصارة فيه فانهدم البناء من عمله فهو ضامن لانه صار مخالفا فصار غاصبا ولا اجر عليه لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وان كان كذلك لا ينهدم فعليه الاجر استحسانا وفي القياس لا اجر عليه وان سلم او جنت عليه الاجر استحسانا لا في القول بنفاذ العقد في هذه الحالة فمن داخل الى التسليم من غير حصول ما يلزمه ممكنا بالنفاذ عليه **قوله** ويجوز استئجار الاراضي للزراعة هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها او يقول على ان يزرع فيها ما شاء اعلم اولا ان الاراضي يجوز استئجارها للزراعة لان منفعتها معلومة يمكن استيفاؤها فجاز الاستئجار كالاستعارة ثم لما جاز استئجارها لا يصح الاستئجار حتى بين ما يزرع فيها من انواع الزراعة او يقول يزرع فيها اي زرع شاء وذلك لان ما يزرع متفاوت لان ضرره على الارض ونقصانها به ظاهر ولا يصح العقد على جهالة المعقود عليه فلا بد من بيان النوع المزروع ليقع العقد صحيحا باندفاع الجهالة اما اذا قال على ان يزرع فيها ما شاء جاز العقد بلا بيان النوع لان عدم الجواز كان لدفع الضرر فاذا رضي صاحب الارض بذلك جاز لان المنفعة في جميعه معلومة ثم لما جاز استئجار الارض للزراعة وصح دخل الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع بالارض الا بدخل الشرب والطريق فيدخلان لتحقق الانتفاع بخلاف ما اذا باع الارض او البيت حيث لا يدخل الطريق والشرب الا ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او يقول بكل قليل وكثير هو فيه او منه وهذا لان المقصود من البيع هو تملك الرقبة لا الانتفاع بعينها ولهذا يجوز بيع الجحش الذي لا ينتفع به في الحال ويجوز بيع الارض السبخة ولا يجوز اجارتها لعدم الانتفاع وقد مر بيانه في باب الحقوق وهو المراد من قوله وقد مر في البيوع قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير كان الفقيه ابو جعفر يقول اذا كانت الاجارة في بلد فالشرب يدخل في الاجارة بغير شرط لان الناس يتعاملون على الانفراد فلا يجوز ان يدخل فيها الا بالشرط وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن استأجر حانوتا ولم يسم ما يعمل فيه فله ان يعمل فيه ما بدا له الا انه ليس له ان يعمل فيه حدادا ولا قصارا ولا طحانا وكذلك كل ما يوهن البناء وكذلك كل شيء استوجر ولم يبين ذلك فله ان يعمل فيه جنس ذلك العمل الاتي اشياء معدودة اذا استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها او استأجر ثوبا ولم يبين من يلبسه او استأجر قدرا للطبخ ولم يبين ما يطبخ فيها او استأجر ارضا للزراعة ولم يبين ما يزرع فيها فالاجارة في هذا كله فاسدة فان اختصما قبل ان يعمل فان القاضي يفسخ العقد بينهما وان استعمله قبل الفسخ بتعين اول الراكب واول اللابس وكذا اذا طبخ في القدر او الزرع في الارض بتعين الاول وجازت الاجارة ويجب الاجر المسمى الى هنا لفظه رحمه الله **قوله** ما يزرع فيها وهو مذكور من بين الاول على صيغة المبني للفاعل والثاني على صيغة المبني للمفعول **قوله** للزراعة ولغيرها اراد بغير الزراعة البناء والغرس وطبخ الاجر والخزف ونحو ذلك من سائر الانتفاع بالارض **قوله** قال ويجوز ان يستأجر الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا اي قال القدوري في مختصره وذلك لانها منفعة معلومة يمكن استيفاؤها من الارض فجاز العقد عليها كالسكنى والساحة بالحاء المهملة هي الارض الخالية من البناء والشجر **قوله** ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة هذا لفظ القدوري ايضا وقال في اخر كتاب الاجارة من الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه اذا انقضت مدة الاجارة وقد صار في الارض رطبة فلصاحب الارض ان يقلع الرطبة وذلك لانه ليس لها نهاية معلومة فلو لم يقلع الرطبة او البناء والغرس بطل حق صاحب الارض فوجب ردها فارغة كما اذا استأجرها للسكنى بخلاف ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع لم يدرك حيث يترك باجر المثل الى ان يدرك واذا مات احد المتعاقدين قبل انقضاء المدة يترك الزرع بالاجر المسمى قال صاحب الاجناس ناقلا عن كتاب المزارعة وان مات رب الارض وفي الارض زرع قبل انقضاء المدة يترك بحساب المسمى الى وقت ادراك الغلة وبعد ما انقضت المدة يترك باجر مثلها وفي

بينهما

بينهما بان انتهاء مدة الاجارة لم يبق حكمها تراضيا من المدة الاخرى بانقضاء المدة ان ينقضي فيما يحتاج الى تسمية جديدة ولا كذلك قبل انقضاء المدة لانه يبقى بعض المدة التي سمياها فلم يرتفع حكمها فاستغنى عن تسمية جديدة وقال في شرح الاقطع وقال الشافعي رحمه الله في هذه المسألة انه اذا شرط في العقد قلعه بعد انقضاء المدة فله المطالبة بالقلع وان اطلق العقد فالموجر بالخيار ان شاء طالبه بالقلع وضمنه النقصان الذي يحصل بالقلع وان شاء اعطاه القيمة وملك الغرس وان شاء تركه باجر المثل كما اذا انقضت المدة وفي الارض زرع وجوابه ان القلع يجب في الزرع ايضا كما في الغرس الا ان الزرع له نهاية معلومة وقتها قريب فكان منفعة الزرع الى الادراك بالاجر رعاية للجانبين والغرس ليس له نهاية معلومة ينتظر فلعه فيها فكان في تبقيته ابطال حق صاحب الارض فلذلك وجب قلعه في الحال فظهر الفرق وانما قلنا ان فيه رعاية الجانبين لانه لو قلع الزرع في الحال يتضرر المستأجر ولو ترك الى الادراك بلا اجر يتضرر صاحب الارض فكان في تبقيته بالاجر رعاية الجانبين لا محالة ونظير مسألة الزرع ان تنقضي المدة في الغرس ثم لم يدرك انه يبقى الغرس باجر المثل الى حين ادراكها **قوله** قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه اي قال القدوري في مختصره وهذا استثناء من قوله لزمه ان يقلع البناء والغرس قال صاحب الهداية وهذا برضا صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه يعني اذا اختار صاحب الارض غرامة قيمة البناء والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه فله ذلك ولكن برضا صاحب البناء والغرس اجبرا الا اذا كان في القلع نقصان بالارض فحينئذ يتملكهما صاحب الارض بقيمتهما مقلوعين بلا رضا صاحب الغرس والشجر وذلك لان الغرس تبع الارض الا ترى انه يدخل في البيع من غير ذكر وتسمية في قلعه وضرر بالارض فتوقف القلع على اختيار صاحب الارض ان شاء قلع وان شاء ترك فيلزمه قيمة ذلك لانه غير مال منفصل بملكه فاذا لم يقلعه وجب عليه قيمته ولكن مقلوعا لانه واجب القلع فاعتبر مقلوعا والغرس يروى بالفتح والكسر جميعا والثاني ظاهر والاول على ارادة المفعول من المصدر **قوله** قال او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا اي قال القدوري في مختصره يعني اذا رضي صاحب الارض بترك البناء والغرس كما كان فحينئذ يترك كذلك ويكون البناء والغرس لصاحب البناء والغرس والارض لصاحب الارض وذلك لان الارض تصير عارية في يده وذلك جائز لهما ان يؤاجراهما من اجنبي فان فعلا ذلك قسما الاجر على قيمة الارض من غير بناء وعلى قيمة البناء من غير ارض فياخذ كل واحد منهما حصة ذلك كذا في شرح الاقطع **قوله** قال ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل اي قال القدوري في مختصره وذلك لما روى الواحدي في كتاب اسباب نزول القرآن باسناده الى العلاء بن المسيب عن ابي امامة التيمي قال سألت ابن عمر فقلت انا قوم نكري في هذا الوجه وان قوما يزعمون انه لا حج لنا فقال الستم تلبون الستم تطوفون بين الصفا والمروة الستم الستم قال بلى فقال ان رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عما سألت عنه فلم يدر ما يرد عليه حتى نزلت ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم فدعاه فتلا عليه حين نزلت فقال انتم الحجاج فدل الحديث ان استئجار الدواب جائز ولان الاجارة عقد ورد على محل منتفع به فتملك منفعة معلومة لان المنفعة تصير معلومة بالتقدير بزمان او بمكان وقد قدرها بالانتفاع فجاز **قوله** فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم اولا انه اذا استأجر دابة للركوب مطلقا ولم يسم من يركبه لا تصح الاجارة وكذا اذا استأجر ثوبا للبس ولم يبين من يلبسه وكذا اذا استأجر قدرا للطبخ ولم يسم ما يطبخ فيها وكذا اذا استأجر ارضا للزراعة ولم يسم ما يزرع فيها فقد روينا ذلك عن شرح الطحاوي عند بيان قوله ويجوز استئجار الاراضي للزراعة فبعد ذلك ان قال قائل كيف قال القدوري هنا فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء قلت المراد من الاطلاق التعميم في الاجارة بدون التقييد بركوب شخص بعينه بان قال اجرتكها على ان تركب من شئت ولهذا قال في شرح الاقطع وهذا الذي ذكره انما يريد به اذا وقع ان يركب من شاء وذلك لانه اذا اطلق الركوب فعقد الاجارة فاسد لان الركوب يختلف اختلافا كثيرا لاختصاص الركوبات من شخص كالجنس فيكون المعقود عليه مجهولا فلا يصح العقد فان قال لتركب من شئت صح العقد وان لم يسم شخصا بعينه لانه انما منعنا من صحته لحق المالك لضرر الذي يحصل في بعض الركوب فاذا رضي به صار المعقود عليه معلوما فجاز كما في الارض اذا قال على ان تزرع فيها ما شاء ثم اذا عقدت الاجارة في اطلاق الركوب وقال على ان تركب من شئت اذا ركب هو او اركبها غيره ليس لاحد ان يركبها بعد ذلك لان الناس متفاوتون في الركوب فلما تعين اول الراكب ليس له ان يركبها وكذا اذا قال اجرتك هذا الثوب لتلبسه من شئت فاذا لبس هو او البسه غيره تعين فليس مرادا فليس له ان يلبسه بعد ذلك لان الاول صار كانه نص عليه من الاصل **قوله** وان قال على ان تركبها فلان او تلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الركوب يتفاوت تفاوتا فاحشا لان الناس متفاوتون في العلم بالركوب فرب خفيف يكون ركوبه اضر على الدابة لجهله ورب ثقيل لا يضر ركوبه بالدابة لعلمه فان اركبها غيره كان ضامنا لان الركوب لما كان مختلفا باختلاف المستعمل صار كالجنس فلو استأجر لجنس من المنفعة واستوفى غيرها كان غاصبا ضامنا فكذلك هذا يضمن ولا اجر عليه لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وكذا اللبس يختلف باختلاف المستعمل فاذا البسه غيره كان ضامنا اذا عطب وان سلم لم يجب الاجر ايضا وفي الحانوت ليس له ان يقعد فيه القصار والحداد والطحان ولو اقعد صار مخالفا ويضمن قيمته اذا عطب وان سلم يجب الاجر لانه لما سلم تبين انه لم يخالف وانه مما لا يوهن الدار ولا يشبه الدابة والثوب كذا في شرح الطحاوي **قوله** وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل هذا لفظ القدوري في مختصره يعني اذا عين في عقد الاجارة استعمال شخص بعينه لا يجوز له ان يستعمله غيره للاختلاف

في الاستعمال بحسب اختلاف المستعمل فيلزم الضمان باستعمال الغير **قوله** فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل
اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره هذا لفظ القدوري في مختصره • يعني اذا استاجر دارا او حانوتا ليسكن هو فله ان
يسكن غيره الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا • وذلك لان منفعة السكنى اذا لم تختلف كان بمنزلة جنس واحد
فالاذن في استيفائها اذن في استيفاء مثلها • الا ترى انه لو استاجر دابة ليحمل عليها هذا الطعام فحمل عليها مثلها جاز فكذلك
هاهنا • والذي يضر بالبناء خارج مما ذكرناه اي الذي فيه ضرر بالبناء كالحدادة والقصارة والطحانة خارج عن مطلق قوله
فله ان يسكن غيره • يعني ليس له ان يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا بمجرد استيجار الدار والحانوت للسكنى الا اذا نص على
ذلك فحينئذ يكون له ذلك • وقوله مما ذكرناه اشارة الى استثنا المذكور في اول الباب بقوله الا انه لا يسكن حدادا
ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البنا **قوله** قال وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل
ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم • اي قال القدوري في مختصره
قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعير الى قوله مثل الحنطة في الضرر • ويرجع قوله والسمسم الى قوله او اقل وليس ذلك
بشي لان الشعير ليس مثل الحنطة بل اخف منها • ولهذا لو شرط ان يحمل عليها مائة رطل من الشعير فحمل عليها مائة رطل من الحنطة
ضمن اذا عطبت فلو كان مثلها لما ضمن كما لو شرط ان يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمرو بذلك الكيل لم يضمن بل قوله
كالشعير والسمسم جميعا نظير قوله او اقل • والاصل هنا ما ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ان من استحق منفعة مقدرة
بالعقد فاستوفى تلك المنفعة او مثلها او اقل منها جاز • وان استوفى اكثر منها لم يجز وذلك لان التعيين في العقود يجب
حكمه اذا كان له فايدة • واذا لم يكن له فايدة سقط التعيين • الا ترى انه لو استاجرها ليحمل عليها قفيزا من حنطة زيد فحمل
عليها قفيزا من حنطة عمرو وهما متساويان في الصفة جاز لان الضرر على الدابة واحد فاذا استاجرها ليحمل عليها حنطة فحمل
عليها كيلا اخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها لانه استوفى مثل ما سماه • وكذلك من استاجر ارضا ليزرع فيها نوعا
سماه فزرع غيره وهما متساويان في الضرر بالارض • فان استاجرها ليحمل عليها قفيزا من حنطة فحمل عليها قفيزا من شعير
جاز لان ضرر الشعير اقل لخفته فقد استوفى اقل مما شرط • وعلى هذا اذا استاجر ارضا ليزرع فيها نوعا فزرع نوعا اخر
ضرره اقل من المسمى • او فاستاجرها ليحمل عليها قفيزا من شعير فحمل قفيزا من حنطة ضمن لانه اكثر مما شرطه واستحقاق
المنفعة استحقاق لما دونها وليس باستحقاق لما زاد عليها • واما ما تختلف منفعته لا للثقل كمن استاجر دابة ليحمل عليها مائة
من من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديدا او اقل ضمن لان الضرر هاهنا ليس للثقل لكن للحجم • الا ترى ان القطن ينبسط على
ظهرها والحديد يجتمع في مكان واحد • وعلى هذا اذا استاجرها ليركبها فركبها من هو مثله في الثقل او اخف ضمن لان اختلاف
الركوب ليس هو بالثقل وانما هو بالحذق في الركوب • الا ترى ان الثقيل البدن قد يحسن الركوب ولا يضر بالدابة والخفيف
الذي لا يحسن يضر بها كذا ذكره القدوري في شرحه • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي
واذا سمى شيئا ليحمل عليها فحمل عليها غيره مما هو اخف منه لم يضمن لانه خالفه الى خير ويجب الاجر وان كان اثقل منه ضمن لانه
اضر على الدابة فلم يكن في معنى ما ورد العقد عليه ولا اجر عليه لاجتماع الضمان كمن يستاجرها ليحمل عليها كذا من الشعير
فحمل عليها مثله من الحنطة • فان استاجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة له فله ان يحمل عليها مثل ذلك من حنطة غيره لان
هذا لا يتفاوت في حق الحمل فلا يتولد منه ضرر على الدابة فكان له ذلك **قوله** وان استاجرها ليحمل عليها
قطنا سماه فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان لا اعتبار للثقل لان مائة من
الحديد ليس باثقل من مائة من القطن بل الاعتبار هاهنا للجنس وهذا الجنس اضر على الدابة من ذلك الجنس لان الحديد يضر بالدابة
لصلابته وخشونته وليس كذلك القطن • ولان القطن ينبسط على ظهر الدابة والحديد يجتمع في مكان واحد ولم يوذن
له في ذلك ولا يستحقه بالعقد • وان حمل الحديد ضمن ولا اجر عليه لانه لم يستوف المنفعة المعقود عليها واستيفاء ما لم
يقع عليه العقد غصب يوجب الضمان ولا اجر عليه لانهما لا يجتمعان **قوله** قال وان استاجرها ليركبها فاردف معه
رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الدابة لا تتلفها الثقل بل الجهل
بالركوب فرب خفيف ثقيل الجثة اذا كان يحسن الركوب كان اخف على الدابة من الرجل النحيف الخفيف الذي لا يحسن الركوب
فصار تلفها بركوبهما كتلفها بجراحتهما فيعتبر عدد الراكب ولا يعتبر عدد الثقل والخفة كما لا يعتبر في الجراحة كثرتها وقلتها
بل يعتبر عدد الجناة حتى اذا جرح احدهما جراحة واحدة والاخر تسع جراحات كان الضمان عليهما انصافا • ولان الادمي لا يوزن
بالقبان فلا يعتبر الثقل فكان الاعتبار بعدد الراكب الا ان ركوب احدهما ماذون فيه وركوب الاخر ليس بماذون فيه فيضمن النصف
قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهذا اذا كانت الدابة يمكن ان يركبها اثنان وان كان لا يمكن فعليه جميع قيمتها لانه قد
اتلفها • وقال في الذخيرة فللمالك الخيار في التضمين ان شا ضمن المستاجر وان شا ضمن ذلك الغير • فان ضمن المستاجر لا يرجع على
ذلك الغير اصلا • وان ضمن ذلك الغير رجع على المستاجر وان كان استاجره منه وان كان استعارها منه فلا • وقال في شرح الطحاوي
ولو ركب هو وحمل معه اخر فعطبت فعليه الكرا كله لانه وجب في مقابلة الانتفاع بالدابة وقد حصل وبارداف غيره لا يصير تاركا
الانتفاع بها • فان عطبت بعد بلوغها ذلك المكان من ذلك الركوب فعليه الاجر كله لما بينا انه وجب مقابلا بالمنافع وقد حصلت
مستوفاة وعليه نصف القيمة في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد لانه متعد في حق ارداف غيره لا في حق ارداف نفسه فيجب عليه

نصف الضمان لاتصاف احد السببين بكونه تعديا سوى هاهنا في الضمان بين الرجلين ولم يعتبر تفاوتهما من حيث الثقل والخفة واعتبر
ذلك في الحمل والفرق بينهما ان التلف هناك حصل بالثقل وانه متفاوت فيتفاوت الضمان • اما هاهنا فالتلف ما حصل بالثقل بل هو
بجهالة الركوب فتعذر تعليق الحكم بالثقل وعلقناه باصل الركوب وكلاهما يستويان فيه على ما في الكتاب وقال ليس الرجال توزن
بالقبان • وهذا اذا اردفه حتى صار الاجنبي كالتابع له • فاما اذا اقعده في السرج صار غاصبا ولم يجب عليه شي من الاجر لانه
رفع يده عن الدابة واوقعها في يد متعدية فصار ضامنا والاجر لا يجامع الضمان الى هنا لفظ شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي • وقال في الفتاوي الصغرى والتتمة استاجر دابة ليركبها فركبها واردف غيره فعطبت يضمن قيمة نصف الدابة • ثم قال
فيها قال شمس الائمة الحلواني في باب النفقة على ذي الرحم المحرم هذا اذا اردف مثله • اما اذا اردف صبيا يضمن بقدر ثقله محيط
هذا احدا • وفي تجريد القدوري استاجر دابة ليركبها فاركب غيره مع نفسه ضمن النصف سوا كان اخف او اثقل هذا اذا كانت
يمكن ان يركبها اثنان فان كان لا يمكن فهو اتلاف يجب ضمان الجميع ولا اجر عليه وليس هذا اختلاف الروايتين وفي رواية القدوري في
الاركاب والصغير الذي ذكر شمس الائمة اراد به الذي لا يستمسك بنفسه ومثله بمنزلة الحمل كذا في الفتاوي الصغرى والتتمة • وقال
فيها ايضا استاجر دابة ليركبها الى مكان معلوم فركب وحمل مع نفسه حملا يضمن قدر الزيادة ان عطبت الدابة نص في الكتاب وليس
تفسيره ان الرجل يوزن ويوزن الحمل ليعرف الزيادة لان الرجل لا يوزن بالقبان انما تفسيره ذلك ان يرجع الى اهل البصر
فيسالهم ان هذا الحمل كم يزيد على ركوبه في الثقل وهذا اذا لم يركب موضع الحمل بل يكون ركوبه في موضع والحمل في موضع اخر • اما
اذا ركب في موضع الحمل ضمن قيمة جميع الدابة كذا في اجارات شيخ الاسلام خواهر زاده **قوله** كعدد الجناة في جميع الجنايات
كالجناة في جمع الباقي والقضاة في جمع الماضي يعني اذا جرح واحد انسانا جراحة واحدة وجرح خطأ الاخر جراحتين او اكثر خطأ فمات
المجروح من ذلك فالدية عليهما انصافا فكذا هاهنا يعتبر عدد من ركب لا الثقل **قوله** وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا
من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل وهذا لفظ القدوري في مختصره • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
رحمه الله في شرح الكافي الذي هو مبسوطه • فان استاجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة له فله ان يحمل عليها مثل ذلك من حنطة غيره
لان هذا لا يتفاوت في حق الحمل • وان حمل عليها احد عشر مختوما من حنطة فبلغت المكان الذي سماه ثم عطبت من ذلك فعليه الكرا
كاملا وعليه جزء من احد عشر جزءا من قيمة الدابة بقدر ما زاد عليها لان التلف حصل بسبب الكل وبعضه ماذون وبعضه غير ماذون
فينبسط حصة الحمل الماذون ويجب حصة الباقي • ولان كل جزء من اجزاء الثقل لا يصلح علة بنفسه وانما يصلح عند الاجتماع وعند
الاجتماع صار الكل علة واحدة فيتوزع الضمان على اجزائها • بخلاف الجراحات لان كل واحدة بانفرادها تصلح علة وقد ذكرنا في الجنايات
ان صاحب العلة وصاحب العلل سوا في الحكم كما لو جرح احدهما تسع جراحات وجرح الاخر جراحة واحدة ومات كان الضمان بينهما
انصافا • وقال ابن ابي ليلى عليه قيمته اتماما ولا اجر عليه • وقال في تتمة الفتاوي استكرى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة
فحمل في الجوالق عشرين مختوما وامر المكاري ان يحمل هو عليها فحمل هو والمستاجر ذكر المستكري في الحمل لا ضمان عليه اصلا اذا هلكت الدابة
ولو حملاها جميعا يعني المكاري والمستكري ووضعاه على الدابة يضمن المستكري ربع القيمة • وان كانت الحنطة في الجوالقين فحمل كل واحد
منهما جوالقا ووضعاها على الدابة جميعا لا يضمن المستاجر شيئا ويجعل حمل المستاجر ما كان مستحقا بالعقد والثقل بكسر الثاء وفتح القاف
خلاف الخفة • والثقل بكسر الثاء وسكون القاف الحمل والثقل متحركين متاع المسافر • وانما قيل للجن والانس الثقلان لانهما قطان
الارض فكانهما اثقلاها **قوله** واذا كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهذا لفظ القدوري
في مختصره • وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمن استحسانا اذا فعل المعتاد من ذلك وبه قال الشافعي رحمه الله كذا في شرح الاقطع
وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ضربها في السير او كبحها باللجام فعطبت فهو ضامن الا ان ياذن له صاحبها
في ذلك في قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد استحسانا لا يضمنه اذا لم يتعد في الضرب والكبح فضرب كما يضرب الناس في موضع
وجه قولهما ان الضرب للسير متعارف بين الناس وكذا الكبح فكان ماذونا فيه عرفا فلا يضمن لان المعروف بالعرف كالمشروط بالشرط
وهذا لان الدابة لا تسير الا بذلك فصار كالمشروط في العقد فصار كما لو هلكت بالركوب ولابي حنيفة ان الضرب والكبح لاجل المبالغة
في السير واستخراج الزيادة وذلك ليس مستحق العقد فلا يكون ماذونا فيه فيتقيد الضرب والكبح بشرط السلامة مما يتولد منه • ولئن
سلمنا ان الاذن بذلك ثابت عرفا ولكن لا نسلم انه ثابت مطلقا بل هو مقيد بشرط السلامة فاذا لم يسلم ضمن كالمرور في الطريق ولانه
ضرب ما لا يملكه لاستيفاء منفعة نفسه فما تولد منه يكون مضمونا كما اذا ضرب امراته فماتت ولا يلزم على هذا ما اذا ضرب المولى عبده
فمات حيث لا يضمن لانا احترزنا عنه بقولنا ما لا يملكه وقياسهما على الركوب ضعيف لان الاصل معقود عليه • بخلاف الضرب ولانه
ماذون له في الركوب مطلقا • بخلاف الضرب ولا نسلم ان الضرب والكبح معتاد لان العادة مشتركة لان بعض الناس يسيرون
الدابة بتحريك الرجلين والصياح بدون الضرب • والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا يثبت الاذن بدون الشرط • وقال في
المختلف وعلى هذا الخلاف ضرب الاب ابنه الصغير للتاديب عندهما لا يضمن للحاجة الى ذلك في التاديب وعنده يضمن لان التاديب
يحصل بالزجر والتعزير • وقال في الفتاوي الصغرى معلم ضرب الصبي باذن الاب او الوصي ضمنا • ولو ضربا بانفسهما لا يضمنان
والاب او الوصي اذا ضربه للتاديب فمات ضمنا عند ابي حنيفة خلافا لهما • ونقل في التتمة عن باب ميراث القاتل من فرايض شمس الائمة
السرخسي رحمه الله الاصح ان ابا حنيفة رجع الى قولهما • وقال في الفتاوي الصغرى ايضا قال ابو سليمان اذا ضرب ابنه
على تعليم القران او الادب فمات قال ابو حنيفة يجب الدية ولا يرثه • وقال ابو يوسف لا شي عليه ويرثه • ولو ضرب امراته

على الصحيح فانت بعينها ولا يبرئها في قولهما لانه صار منتفعة • بخلاف الاب مع الابن فانه لا يعيد بالنكاح اذا دلت به كذا في المجرد
قوله وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة فنفقت فهو ضامن وكذلك العارية وهذه
من مسايل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يستاجر من الرجل الدابة يركبها الى الحيرة فجاوزها
الى القادسية ثم ردها الى الحيرة فنفقت فانه هو ضامن وكذلك العارية الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وهذا قول ابي
حنيفة الاخر وهو قولهما وكان يقول اولا انه لا ضمان عليه وهو قول زفر كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير • وقال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال ابو حنيفة اذا استاجر الرجل الدابة ليركبها الى مكان معلوم فجاوز بها ذلك
المكان ثم رجع اليه فعطبت الدابة فلا ضمان عليه ثم رجع فقال هو ضامن ما لم يدفعها الى صاحبها وهو قول ابي يوسف ومحمد ايضا
لفظه رحمه الله والمودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق يبرا عن الضمان عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله وقد مر ذلك
في الوديعة من المشايخ من قال تاويل قوله الاول اذا استاجرها ذاهبا وجائيا وتاويل قوله الاخر اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا
واليه مال شمس الايمة السرخسي • ومنهم من قال جواب الكتاب في الجامع الصغير يجري على الاطلاق حتى لا يبرا عن الضمان الا بالرد
الى المالك على كل حال • بخلاف المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق • وجه قوله الاول انه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فيبرا
عن الضمان كالمودع • ووجه قوله الاخر ان الامر بالحفظ لم يثبت قصدا وانما يثبت له ولاية الحفظ تبعا للاستعمال فتنتهي النيابة
في الحفظ في التمكن من الاستيفاء لا في حق البراءة من الضمان • بخلاف المودع لان يده يد المالك مطلقا لاطلاق الامر بالحفظ • او
نقول يد المستاجر والمستعير يد نفسه لا يد المالك من حيث ان المنفعة تحصل له والضمان كان واجبا فلا يبرا عنه الا بالرد الى المالك
بخلاف المودع فان يده يد المالك لانه نايبه في الحفظ لقيام الامر به مطلقا فاذا عاد الى الوفاق حصل الرد الى نايب المالك فيبرا
عن الضمان • والدليل على ان المستاجر والمستعير لهما يد انفسهما والمودع يده يد المودع ان المستاجر له ان يواجر غيره والمستعير
له ان يعير غيره والمودع ليس له ذلك فثبت ان المودع وكيل صاحبه في الحفظ فاذا ترك الخلاف فقد رده الى يد وكيله والخلاف
لم يرفع عقد الوديعة لان الخلاف من طريق الفعل لا يرفع العقد كالخلاف في اصول الشرع لا يرفع عقد الايمان • وكالوكيل
بالبيع اذا خالف وباع بخمسماية فانه لا يرفع عقد الوكالة حتى ان له ان يسترده ويبيعه بالف • وكذلك الوصي اذا خالف فان
عقود الوصاية قايمة • بخلاف ما اذا جحد الوديعة لان الجحود يرفع العقد كما لو جحد اوامر الشرع اذ يرتفع عقد الايمان لذلك
هنا وقد مر البيان في الوديعة وفي العارية تفصيل ذكرناه في كتاب العارية عن شرح الكافي وهو انه اذا استعارها
ذاهبا لا جائيا فجاوز بها ذلك المكان ثم عاد اليه لم يبرا عن الضمان • فلو استعارها ذاهبا وجائيا فجاوز ذلك المكان
ثم عاد اليه فقد روي عن ابي حنيفة انه يبرا عن الضمان لان يده في هذا المكان يد المالك فقد ردها الى يد المالك معنى وينظر
ثمة • وقد طعن عيسى بن ابان على قول ابي حنيفة الاخر في الاجارة وقال يجب ان يبرا عن الضمان لانه يمسك العين لمنفعة
مالكها لا له فانه يستحق الاجر • قال القدوري في كتاب التقريب وهذا غلط لانه اذا امسك العين لمنفعة نفسه لم يعتبر
انتفاع مالكها بالعوض • كما ان يد المشتري لنفسه وان كان البايع يستحق الثمن بحصول المبيع في قبض المشتري • فان قيل ان
المستاجر يرجع على المواجر بما يلحقه من الضمان كما يرجع المودع قلنا المودع يرجع لانه يمسك لمنفعته والمستاجر يرجع لانه
غر بعقد فيه بدل والحيرة مدينة كان النعمان بن المنذر يسكنها بقرب الكوفة على راس ميل من الكوفة والقادسية موضع بينه
وبين الكوفة خمسة اميال ونفقت الدابة نفوقا اي هلكت **قوله** وقيل الجواب يجري على الاطلاق اي يضمن المستاجر
على كل حال اذا جاوز المكان الذي استاجر الدابة اليه ثم عاد اليه فهلكت سوا استاجرها ذاهبا لا جائيا او ذاهبا وجائيا
لانه لم يفصل محمد في الجامع الصغير في الجواب بل اطلق وقال هو ضامن من غير قيد **قوله** وهذا اصح اي كون الجواب
يجري على الاطلاق اصح من التفصيل في الجواب **قوله** ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا
ضمان عليه وهذه من مسايل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يستاجر الحمار بسرج ليركبه
فنزع ذلك السرج واسرجه بسرج غيره قال ان كان اسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن • وان اوكفه باكاف فهو ضامن
وان كان يوكف بمثله الحمر • وقال يعقوب ومحمد يضمن بحساب ذلك الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • قال ابو الليث في
الجامع الصغير فقد ظن بعض الناس ان في المسالة اختلافا وليس فيها اختلاف ولكن ابو يوسف ومحمد قد فسرا قول ابي حنيفة
ان الضمان يجب عليه بحساب الزيادة • والدليل على انه ليس في المسالة اختلاف انه ذكر في كتاب الاجارات في باب ضمان
الاجير المشترك واجير الرجل وحده • وقال ابو حنيفة اذا نزع السرج واوكفه يجب عليه الضمان بمقدار ما زاد فدل ذلك
القول موافق لما قالا ههنا فثبت انه لا اختلاف في المسالة • وكان الفقيه ابو جعفر يقول ان كانت تلك الدابة توكف بمثله
ويسرج يجب الضمان بحساب الزيادة • وان كانت تلك الدابة لا توكف بمثله وجب عليه ضمان الكل لانه قصد اتلافه وصار
بمنزلة خلاف الجنس وهذا القول احسن وبه ناخذ الى هنا لفظ ابي الليث رحمه الله • وقال فخر الاسلام وغيره في شرح الجامع
الصغير من اصحابنا من قال ما ذكر ههنا عنهما تفسير لقول ابي حنيفة • اما اذا ابدل السرج بسرج لا يسرج بمثله الحمر او اوكفه
باكاف لا يوكف بمثله الحمر فيحتمل ان يضمن القيمة في قولهم جميعا لانه بمنزلة اتلاف الحيوان كمن ابدل الحنطة بالحديد • فاما اذا
ابدل السرج باكاف لا يوكف بمثله الحمر وكذلك ان كان يوكف بمثله الحمر فهو موضع الشبهة • فان كان بالاتلاف فهو اصح لانهما
سواء في الركوب الا ان احدهما ازيد فيضمن الزيادة وان كان على الاختلاف فانما جعل قوله هو ضامن على كل القيمة فوجه قولهما

فاقلنا انه زاد على المسمى فوجب ان يضمن الزيادة خاصة كما لو استاجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم فحمل عليها احد عشر مختوما والدابة
تطيق ذلك يضمن جزءا من احد عشر جزءا من قيمة الدابة • ووجه قول ابي حنيفة ان الاكاف ليس من جنس ما يستعمل له السرج وهو
الحمار وانه يخالف ايضا لانه لا ينبسط انبساط السرج • واذا كان كذلك كان في حق الدابة خلافا الى جنس غير المسمى فلم يصر
مستوفيا شيئا من المسمى فيضمن الكل كما لو ابدل الحديد بمكان الحنطة • ثم اختلفوا في تفسير قوله يضمن بقدر ما زاد قال الفقيه
في شرح الجامع الصغير قال بعضهم معناه الزيادة في المساحة لو كان السرج ياخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة
اشبار يضمن نصف قيمتها • وقال بعضهم معناه بالزيادة من حيث الثقل حتى اذا كان السرج يوزن منوين والاكاف ستة امنا
يضمن ثلثي قيمتها • وقال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي ولو تكارى حمارا عريا فاسرجه وركبه فهو ضامن له
وقال الكرخي في مختصره ولو اكترى حمارا عريانا فاسرجه ثم ركبه كان ضامنا • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في
شرح الكافي وهذا اذا كان حمارا لا يسرج مثله عادة • اما اذا كان يسرج ويركب بالسرج فلا ضمان عليه لان المقصود هو
الركوب والسرج الة له فلا يختلف بوضع السرج عليه • وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وقد فصل اصحابنا
هذا وقالوا اذا استاجر ليركب الى خارج المصر لم يضمن لان الحمار لا يركب من بلد الى بلد بغير سرج ولا اكاف فلما اجره كذلك
فقد اذن له في طريق المعين • وقالوا اذا استاجره ليركبه في المصر وهو من ذوي الهيئات فله ان يسرجه لان مثله لا يركب
من غير سرج وان كان من دون الناس فاسرجه ضمن لان مثله يركب في البلد بغير سرج والسرج اثقل على الدابة • ثم اذا ضمن ضمن جميع
القيمة او بقدر ما زاد • قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير اختلفوا فيه والصحيح انه يضمن جميع القيمة لانه ذكر الضمان
مطلقا فينصرف الى الكل وانما كان كذلك لانه خالف صورة ومعنى • اما صورة فظاهر لانه اذن ان يركبها عريا فاذا ركبها مع السرج
واما معنى فلان الركوب على السرج اضر على الدابة لان ثقل الراكب والسرج يجتمع في مكان واحد • قلت ينبغي ان يكون الاصح ضمان قدر
الزيادة لانه استاجر عريا فكان السرج كالحمل الزايد على الركوب • الا ترى انه ذكر في الاصل اذا استاجر دابة ليركبها الى مكان
معلوم فركب وحمل مع نفسه حملا يضمن قدر الزيادة ان عطبت فكذا هنا لان السرج صار كزيادة الحمل • وقال الكرخي في مختصره
ان لم يكن عليه لجام فالجمه فلا ضمان عليه اذا كان مثله يلجم بذلك اللجام • وكذلك ان ابدله وذلك لان الحمار لا يختلف باللجام وغيره
ولا يتلف به فلم يضمن بالجامه **قوله** في التقييد بغيره اي في تقييد الضمان بغير ذلك السرج ولو قيل بمثله اولى اي في تقييد الاذن
بغير ذلك السرج لانه وما يماثله سوا فلم يفد التقييد **قوله** وان كان لا يسرج بمثله الحمر ضمن كما اذا اسرج الحمار بسرج البرذون
قوله لما قلنا في السرج اشارة الى قوله لانه لم يتناوله الاذن من جهته **قوله** وهذا اولى اي الضمان فيما اذا اوكفه
باكاف لا يوكف بمثله الحمر اولى من الضمان والاكاف ليس من جنس السرج فلا يجب الضمان اذا كان لا يوكف بمثله الحمر اولى واحرى **قوله**
وان استاجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه فان بلغ فله الاجر • وصورة
المسالة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يستاجر الرجل على ان يحمل له متاعا في طريق كذا وكذا فاخذ في طريق اخر
يسلكه الناس فهلك المتاع قال لا يضمن ان هلك المتاع • وان بلغ فله الاجر وان حمله في البحر فيما يحمل الناس فيه فهلك فهو ضامن وان بلغ فله
الاجر الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وهي من الخواص • وقوله وان بلغ بالتشديد كذا السماع وان بلغ الحمال المتاع ذلك
الموضع الذي اشترط ان يحمل اليه ويجوز بالتخفيف على اسناد الفعل الى المتاع • اي ان بلغ المتاع الى الموضع ولم يهلك في الطريق
وكذا اذا استاجر دابة ليحمل عليها متاعا الى مكان كذا في طريق كذا فاخذ في طريق اخر فهلكت الدابة • والاصل هنا ان كل شرط لا يفيد
بعينه لا يعتبر • ثم اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لا ضمان عليه اذا هلك في طريق اخر لانه لا فايدة في التعيين فكان الشرط لغوا
لكونه غير مفيد حتى اذا كان بينهما تفاوت بان كان الطريق الثاني مخوفا او كان طريقا لا يسلكه الناس ضمن لان التعيين مفيد
فيكون مخالفا لسلوكه طريقا اخر فيضمن • وان سلم المتاع وبلغ فله الاجر لان جنس الطريق واحد • وانما الضمان بالمصير فان
سلم بطل جانب الخلاف وزاد في الفتاوى على هذا فقال ان كان الطريقان في السلوك سوا لا يضمن وان كان احدهما ابعد
بحيث يتفاوت في الطول والعرض والسهولة والصعوبة ضمن • فاما اذا حمل في البحر ضمن سوا كان مما يسلكه الناس او لا يسلكه
الناس لان النجاة في البحر نادر • وذلك لان البحر موضع هلاك وخطر في الاصل ولكن قد يكون محمل الخطر معتادا • فاما
اذا قيد المستاجر بما لا خطر فيه وهو طريق البر صح التقييد لكونه مفيدا • فاذا سلك الحمال بعد ذلك طريق البحر صار مخالفا
فوجب الضمان اذا هلك المتاع وان سلم وبلغ المقصود فله الاجر المسمى لان جنس الطريق واحد فلا يظهر حكم الخلاف الا بظهور اثر
التفاوت وهو الهلاك • فاذا سلم بقي التفاوت صورة لا معنى فوجب المسمى لانه لا يعتبر المخالفة في الصورة عند حصول المقصود
قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه قال كان العباس بن عبد المطلب
اذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه ان لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة يعني الحيوان
فثبت ان الدخول في البحر يعد خطرا بالمال والنفس **قوله** ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها
وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الارض يستاجرها الرجل من الرجل
ليزرعها فزرعها رطبة قال هو ضامن لما نقص من الارض ولا اجر عليه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وذلك لان استعمال
الارض بالرطبة اضر بالارض من استعمالها بالحنطة لانتشار عروق الرطبة في الارض وكثرة حاجتها الى السقي وبقايها الى مدة لا يعرف
نهايتها فصار الاستعمال لهذا النوع جنسا غير جنس الاستعمال بذلك النوع لانه صار غاصبا مخالفا من الابتدا والاجر لا يجامع الضمان

فصار كرجل استاجر دابة ليحمل عليها شعيرا فحمل عليها حنطة او ادرارا او اجر اصار مخالفا ضامنا فكذا هذا **قوله** على ما
قررناه اشارة الى قوله لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة والرطاب جمع رطبة وهي القضب **قوله** ومن دفع الى
خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به
درهما وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل دفع الى خياط ثوبا
ليقطعه قميصا ويخيطه له بدرهم فقطعه قباء وخاطه وهو يصدقه قال ان شاء ضمنه قيمة ثوبه وان شاء اخذ القباء واعطاه
اجر مثله ولا يجاوز بما سمي اي هذا لفظ اصل الجامع الصغير • قال الامام الزاهد العتابي في شرح الجامع الصغير يريد به القرطق
الذي هو ذو طاق واحد يعتاد لبسه الترك • وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ان ياخذ الثوب بل يترك الثوب ويضمنه
القيمة لانه لما خاطه قباء بدون اذن المالك صار غاصبا وانقطع حق المالك بالخياطة فكان ضامنا لان القباء غير جنس القميص
فلم يتناوله الامر اصلا • وجه ظاهر الرواية ان هذا اشبه القميص من وجه لان الاتراك يستعملونه استعمال القميص فكان هو
موافقا من وجه مخالفا من وجه فان شاء مال الى جانب الوفاق واخذ الثوب وان شاء مال الى جانب الخلاف وضمنه القيمة
واذا اخذ الثوب اعطاه اجر مثله لا يجاوز به ما سمي لان الخياط رضي بالمسمى فلا يزاد عليه • وقال الحاكم الشهيد في باب
الرجل يستصنع الشي من مختصر الكافي ولو اسلم ثوبا الى خياط وامره ان يخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فلصاحب الثوب ان
يضمنه قيمة ثوبه وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به ما سمي • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
وهذا اذا كان قباء يستعمل استعمال القميص اذا زره واستعمال القباء اذا حله لانه خالفه وصفا فيتخير • اما اذا شقه وجعله قباء فيجب
عليه ضمانه ولا يتخير لانه اتلفه بالشق من غير اذن المالك وهو دون الفعل اليه لانه لم يامر به فاوجبنا عليه الضمان • وقال
صاحب الهداية وقيل هو يجري على اطلاقه اي جواب الجامع الصغير في مطلق القباء لا في القباء الذي هو القرطق لان القباء والقميص
يتفاوتان في المنفعة وذلك لانه خلاف من وجه حيث لم يات على الصفة التي امر ولكن ليس ذلك بخلاف مستقيم لانه ينتفع بالقباء
بمثل ما ينتفع بالقميص لانه من جنسه وهو يلبس والقباء يلبس ويدخل اليدان في الكمين كما يفعل بالقميص فلما لم يكن الخلاف مستقيما
كان صاحب الثوب بالخيار ان شاء اخذ بالوجه الذي خالفه وان شاء اخذ بالوجه الذي لم يخالفه واعطاه الاجر • وانما
يعطيه اجر المثل لانه غير عليه العمل فيغير عليه الاجر • وهذا كما قالوا في رجل استاجر حائكا واشترط عليه رقيقا فجاء صفيقا
او اشترط عليه صفيقا فجاء رقيقا كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اونقول انما وجب اجر المثل دون المسمى
لان صاحب الثوب انما رضي بالمسمى عند حصول المقصود من كل وجه ولم يحصل • ثم اذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال
رب الثوب امرتك بقميص وقال الخياط امرتني بقباء فالقول قول رب الثوب وسيجي بيانه في باب الاختلاف ان شاء الله • وقال
في المغرب القرطق قباء ذو طاق • وقيل انه تعريب كرته والمراد به الذي تلبسه الاتراك مكان القميص ويقال له بالفارسية
كمي وكان سماعنا تسمية الطاق القرطق في الهداية وهكذا كان تصحيح كتاب الامام حافظ الدين الكبير البخاري • ولكن حفظنا
في كتاب مقدمة الادب سماعا عن الثقات بضم الطاء والقاف وهو الاوجه لانه لما كان معربا تلاعب به الالسنة كاشاءت ولم نذكر
في القوانين كالديوان والصحاح والمجمل وغير ذلك لكونه معربا **قوله** ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن
من غير خيار للتفاوت في المنفعة ذكره هذا تفريعا على ما تقدم • وقال شمس الائمة البيهقي في كفايته قالوا لو قطعه
سراويل لا يجب الاجر الا ان الرواية تخالف هذا اي هذا اللفظ وقال في الايضاح وكانوا يقولون لو قطعه سراويل لم
يجب له الاجر لانه نوع اخر من المنفعة فلم يوجد المعقود عليه قال والرواية تخالف هذا فانه روي عن محمد انه لو دفع شبها
الى رجل ليضرب له طستا فضربه كوزا فان شاء ضمنه مثل شبهه وان شاء اخذ واعطاه اجر مثله فيما عمل فكذا في السراويل
يجب ان يكون كذلك **قوله** والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة اي يخير المستعمل فان شاء ضمن الخياط قيمة
الثوب الذي دفعه اليه ولا اجر عليه وان شاء اخذ المخيط واعطاه اجر مثله ولا يجاوز به المسمى • وقال القدوري
في شرحه لمختصر الكرخي روى هشام عن محمد في رجل دفع الى رجل شبها ليضرب له طستا موصوفا معروفا فضربها كوزا قال
فان شاء ضمنه مثل شبهه ويصير الكوز للعامل • وان شاء اخذ واعطاه مثل اجر مثله لا يجاوز به ما سمي • وذلك
لان العقد وقع على الضرب والصناعة على صفة وقد فعل المعقود عليه وخالف في صفته فثبت للمستعمل الخيار • وانما
وجب اجر المثل لان المستعمل لم يرض بدفع المسمى الا على منفعة موصوفة لم تسلم له بكمالها • وانما لم يجاوز به المسمى لان
الصانع رضي به بدلا عن المنفعة المقصودة فلا يجاوز فان يستحق فيما دونها اكثر منه والله اعلم

باب الاجارة الفاسدة

لما ذكر الاجارة الصحيحة شرع
في بيان الاجارة الفاسدة اذ هي ايضا تحتاج الى بيانها وقدم الاول لان امور المسلمين محمولة على الصحة دون الفساد
فكان ذكر الصحيح مشروع باصله ووصفه والفاسد مشروع باصله دون وصفه فكان تقديم الصحيح لكونه مشروعا من كل وجه
اولى **قوله** قال الاجارة يفسدها الشروط كما يفسد البيع • اي قال القدوري في مختصره وذلك لانها عقد معاوضة
محضة تقال وتفسخ فكانت كالبيع فكل ما افسد البيع افسدها واراد بالشروط شروطا لا يقتضيه العقد لا كل شرط كما في البيع
ولهذا اذا استاجر دابة الى بغداد وشرط ان يعطيه الاجر اذا رجع من بغداد صح وليس له المطالبة بالاجر الى ان يرجع
الا اذا مات فحينئذ له ان ياخذ اجر الذهاب • وكذا لو استاجر رجلا ليعمل له هذا العمل بدرهم وشرط عليه ان يدفع منه الى

اولي ولان الصحيح صح

جاز بالاتفاق • بخلاف ما لو استاجر ليعمل له هذا العمل اليوم عند ابي حنيفة كذا في الفتاوى الصغرى والشروط التي تفسدها
ما شرط تطيين الدار او مرمتها او تعليق باب عليها او ادخال جذع في سقفها على المستاجر • وكذلك اشتراط كري نهر في الارض وصرف مسناة
لها او حفر بئر فيها وان شرط ذلك على المستاجر • وكذلك اشتراط رد الارض مكروبة كل ذلك يفسد الاجارة لان بعض هذه الاعمال من جملة
الاجر وانها مجهولة غير معلومة وجهالة بعض الاجر يوجب جهالة الباقي فتفسد به الاجارة • وكذلك لو استاجر رحى ماء على انه ان
انقطع الماء فالاجر عليه لا يجوز لان قضية العقد ان لا يجب الاجر الا عند التمكن من الانتفاع • فاذا شرط الاجر مع عدم التمكن
فقد غير مقتضى العقد فقلنا بانعدام الصحة • وكذلك ان تكارى دابة الى بغداد على انه ان رزقه الله تعالى من بغداد شيئا
او رزقه من فلان شيئا اعطاه من ذلك شيئا فهذا فاسد لانه تعليق الاجر بالخطر لانه لا يدري ايرزق ام لا فيفسد به العقد وعليه
اجر مثلها بما ركب • وان تكاراها الى بغداد على ان لقيه ببغداد فله اجر عشرة دراهم والا فلا شي له فالاجارة فاسدة
وعليه اجر مثلها بقدر ما سار بها لان قضية العقد ان يستحق عليه الاجر في مقابلة ما سار • فاذا شرط ان لا يستحق فقد غير
قضية العقد فيفسد كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي • وكذلك لو استاجر عبدا شهرا بالف على انه ان
مرض عمل في الشهر الذي يلي بقدر الايام التي مرض فيها فالاجارة فاسدة لانه لا يدري اي مقدار من الشهر يمرض وانه يخالف
مقتضى العقد لان مقتضاه ان ينتهي العقد بانقضاء الشهر والشرط يخالف ذلك لانه يوجب العمل في الشهر الثاني بقدر المرض في الشهر
الاول • وكذلك كل شرط يوجب الجهالة يفسد العقد قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره اذا كان ما وقع عليه عقد الاجارة مجهولا
في نفسه او في اجره او في مدة الاجارة او في العمل المستاجر عليه فالاجارة فاسدة • وكل جهالة تدخل في البيع فتفسده من جهة
الجهالة فكذلك هي في الاجارة اي هذا لفظ الكرخي **قوله** [illegible] **قوله** والواجب في الاجارة
الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وهذا لفظ القدوري في مختصره • اعلم ان فساد الاجارة اذا كان لعدم التسمية او جهالة المسمى
بان يجعل الاجارة ثوبا او دابة يجب اجر المثل بالغا ما بلغ • وان كان المسمى معلوما ولكن فسدت بسبب شرط فاسد فحينئذ
يجب الاقل من اجر المثل والمسمى لا يجاوز بالاجر المسمى • وقال زفر يجب اجر المثل بالغا ما بلغ وبه قال الشافعي رحمه الله
لهما ان الاجارة بيع المنافع فيعتبر ببيع الاعيان وفي بيع الاعيان اذا فسد البيع تعتبر القيمة بالغة ما بلغت فكذا في بيع المنافع
وهو الاجارة اذا فسدت يعتبر اجر المثل بالغا ما بلغ • وكما ان المنافع لا قيمة لها في انفسها بحال عندنا وعند الشافعي هي
في الرواية المطاوعة • وانما تتقوم المنافع بعقد او شبهة عقد فاذا لم تتقوم في انفسها وجب الرجوع الى ما قوم العاقد
به وسقط ما زاد عليه لانهما رضيا باسقاط ذلك • بخلاف الاعيان فانها متقومة في انفسها فاذا سقط البدل المسمى لفساد
التسمية وجبت القيمة بالغة ما بلغت ولان البدل في العقود بدلان مسمى وقيمة • ثم لما جاز ان يرد المسمى الى القيمة كما في المريض
مرض الموت اذا اشترى او استاجر باكثر من القيمة وعليه دين جاز ان يرد القيمة وهو اجر المثل في الاجارة الفاسدة الى
المسمى • ثم بعد ذلك اذا كان اجر المثل زائدا على المسمى لا يجب الزيادة لانهما رضيا باسقاطها حيث سميا الاقل • وان كان
اجر المثل ناقصا من المسمى لا يجب قدر المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع فان الاعيان متقومة في انفسها فكان الموجب الاصلي
فيها القيمة وانما ينتقل عن القيمة الى التسمية اذا صحت واذا فسدت كما في البيع الفاسد يجب الرجوع الى الموجب الاصلي وهو القيمة
فيجب بالغة ما بلغت • ولهذا اخرج الجواب عاما فقال بان ما يضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ان يضمن باجر المثل في العقد الفاسد
كالاعيان لان الاعيان متقومة في انفسها دون المنافع ولا يقال المنافع متقومة فانه يحكم عقد فاسد فيجب بها اجر المثل
بالغا ما بلغ كما لو استاجرها بخمر او خنزير لان الخمر والخنزير لا يجوز ان يستحقا بالعقد فكذلك وجب اجر المثل بخلاف الذي هو
قوله ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس اليها فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد
تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة • واذا نقص اجر
المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية معناه ان المنافع لا تتقوم بانفسها بحال لانها اعراض لا تبقى وقتين فكما توجد تتلاشى
ولا قيمة لما لا بقاء له ولكنها تتقوم بعقد الاجارة لضرورة دفع الحاجة عن الناس والثابت بالضرورة يتقدر بقدر
الضرورة فكان ينبغي على هذا ان لا تتقوم المنافع الا في الاجارة الصحيحة دون الفاسدة لان الضرورة تندفع بها
ولا حاجة الى الفاسدة • ولكن لما كان الفاسد تبعا للصحيحة لان الفاسد لا حكم له في نفسه وانما حكمه مستفاد من الصحيح تقومت
المنافع في الاجارة الفاسدة ايضا كما تقومت في الاجارة الصحيحة وهذا معنى قوله الا ان الفاسد تبع له ثم على هذا كان ينبغي
ان يجعل البدل في الاجارة الفاسدة ما يجعل في الاجارة الصحيحة وهو المسمى لا غير وهذا معنى ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح
عادة ولكن ينظر الى المسمى فان كان اقل من اجر المثل يجب المسمى ولا يجب زيادة اجر المثل لانهما اسقطا الزيادة حيث اتفقا
على قدر المسمى وهذا معنى قوله لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة وان كان المسمى اكثر من اجر المثل تنقص
اجر المثل عنه يجب اجر المثل ولا يجب زيادة قدر المسمى اعتبارا لفساد التسمية وهذا معنى قوله واذا نقص اجر المثل لم يجب
زيادة المسمى فانهم **قوله** في الصحيح منها اي من الاجارة **قوله** انتقل عنه يجوز ان يقال على صيغة المبني للمفعول
بالاسناد الى الجار والمجرور • اي انتقل عن الموجب الاصلي الذي هو القيمة الى المسمى بل يجب الموجب الاصلي وهو القيمة اذا صحت
التسمية وان لم تصح التسمية لا ينتقل عن الموجب الاصلي الى المسمى بل يجب الموجب الاصلي وهو القيمة وهذا معنى قوله والا فلا ويجوز ان
يقال على صيغة المبني للفاعل بان يسند الفعل الى ضمير البدل • اي ان صحت التسمية انتقل البدل عن الموجب الاصلي الى المسمى والا يجب

الموجب الاصلي وهو القيمة وهو معنى قوله والا فلا • ويجوز ان يقال على صيغة المبني للفاعل بان يسند الفعل الى ضمير البدل اي
ان صحت التسمية انتقل البدل عن الموجب الاصلي الى المسمى والا فلا • وقال بعضهم في شرحه معناه انتقل التسمية علينا وبدل ذكر التسمية
عن الموجب الاصلي وذلك ليس بشي لان التسمية ليست تنتقل على تقدير الصحة بل في المقدرة المرادة المستمر في مكانها والانتقال انما
الى اخر **قوله** ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة شهور
معلومة هذا لفظ القدوري في مختصره • وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز كذا في شرح الاقطع • والاصل هنا ان الصيغة اذا
لم يمكن اجراوها على العموم المعلوم العموم يراد به اخص الخصوص كما في قوله تعالى وما يستوي الاعمى والبصير وهنا لا يمكن اجرا كلمة كل على العموم
لان جملة الشهور ليست بمعلومة حتى اذا سميت جملتها وعلمت صح العقد • وانما صح في شهر واحد لانه معلوم لا جهالة فيه والمفسد هو
الجهالة ولانه ذكر الجز معلوم من الجملة بدلا معلوما واتماما غير مختلفة فوجب ان يصح العقد في ذلك الجز اذا كان مما يصح افراده
بالعقد كما لو باع صبرة كل قفيز بدرهم ولا يلزم هذا اذا ذكر مدة ولم يوقتها كما اذا قال اجرتك مدة بعشرة لانا احترزنا عنه
بقولنا الجز معلوم منها لانه غير معلوم ولا يلزم اذا قال بعتك هذا القطيع من الغنم كل شاة بدرهم لانا احترزنا عنه بقولنا وايمانا
غير مختلفة اذ الغنم تختلف وكذلك العبيد ولا يلزم اذا قال بعتك هذا الدن من الخمر والدم كل رطل بدرهم حيث لا يجوز في رطل
واحد ايضا لانه لا يجوز افراده بالعقد • فان قلت لما صح العقد في الاصل صح في الجميع فينبغي ان يكون في الذرع كذلك • قلت لا نسلم
ذلك لان العقد لا يصح في الاصل ايضا عند ابي حنيفة الا في قفيز واحد كما ذكرنا • فان قيل كان الشهر الاول
معلوم وكذلك الشهر الثاني معلوم فلم خصصتم الاول بصحة العقد عليه قلنا انما اختص الاول لوجود حرمته وحصوله • بخلاف
سائر الشهور حتى اذا سكن يوما من الشهر الثاني صح العقد عليه ايضا • والثالث والرابع مثله فاما اذا سمى جملة الشهور فانه
يصح العقد في الجملة لان المدة معلومة والاجرة معلومة • قال صاحب الهداية واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولكل واحد منهما ان يترك الاجارة عند تمام الشهر لان الاجارة انعقدت
على الشهر الاول • وانما كان كذلك لان كلمة كل تقتضي العموم في حق الافراد فلو عملنا بعموم العقد صحت الاجارة في مدة مجهولة وانه
غير ممكن فحملناه على الادنى وهو شهر واحد لانه ثابت بيقين ولا جهالة فيه لان الوقت الذي يلي زمان العقد متعين لحكم العقد فيعتبر
ابتدا المدة من ذلك الوقت الى تمام الشهر فاذا دخل الشهر الثاني انعقدت فيه الاجارة ثانية عملا بقضية العموم وانما الجهالة له
وهكذا الحكم في كل شهر الى ان ينفسخ الاجارة **قوله** فاذا كان سكن ساعة من الشهر الثاني تم العقد فيه ولم يكن للموجر
ان يخرجه الى ان تنقضي • وكذلك كل شهر في سكن اوله • اي قال القدوري في مختصره قال في تتمة المبسوط من الشامل اخر كل
شهر يكون لكل واحد تركها عند تمام الشهر • فان سكن من الثاني يوما فليس له الترك الى هنا لفظ الشامل • اعلم ان مشايخنا
اختلفوا في وقت الفسخ بعد تمام الشهر • قال بعضهم لكل واحد منهما حق الفسخ حين يتم الشهر الاول الى حين يهل الهلال حتى اذا سكن
من الشهر الثاني ساعة لا يبقى حق الفسخ بعد ذلك • واليه ذهب القدوري وبعض مشايخنا • وقال الصدر الشهيد في
الواقعات في باب الاجارة الجائزة بعلامة السين والصحيح ان يفسخ في الليلة الاولى واليوم الاول من الشهر الثاني والثالث
فان خيار الفسخ انما يثبت له في اول الشهر اول الشهر هذا • وقال بعض مشايخنا الفسخ في الليلة الاولى ويومها واختاره صاحب
الهداية • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي والصحيح انه يفسخها في اليوم الاول او الليلة الاولى من
الشهر الثاني لان ما دون اليوم او الليلة ليس بمضبوط ولا مقدر حتى يجب في مقابلته اجرة • فاذا دخل زمان يستحق في
مقابلته اجرة تاكد العقد في الشهر الثاني فيمتنع الفسخ واليه اشار في الكتاب بقوله ان سكنها يوما او يومين الى هنا لفظه رحمه
الله • ثم اذا فسخ احدهما الاجارة من غير محضر صاحبه هل يصح • من مشايخنا من قال انه على الخلاف على قول ابي حنيفة ومحمد
لا يصح وعلى قول ابي يوسف يصح • ومنهم من قال لا يصح الفسخ هنا الا بمحضر من صاحبه بلا خلاف كذا في الذخيرة **قوله**
ذكر في الكتاب اراد به مختصر القدوري **قوله** وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر
من الاجرة هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانها مدة معلومة فصحت الاجارة فيها فلم تتوقف صحة العقد على تقسيط الاجرة على اجزائها
كالشهر الواحد وعلى هذا اذا اجر داره سنين معلومة صح وان لم يذكر قسط كل سنة • قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ثم
وقال الشافعي رحمه الله على القول الذي يجوز الاجارة اكثر من سنة لا يجوز حتى يبين حصة كل سنة لنا انها مدة معلومة ذكر لها اجرة
معلومة فجازت وان لم يفصل اجرة كل جزء منها كالسنة الواحدة اذا لم يبين حصة كل شهر **قوله** ثم يعتبر ابتدا المدة مما
سمى وان لم يسم فمن الوقت الذي استاجره يعني ان ابتدا مدة الاجارة يعتبر من وقت وقعت عليه التسمية كما اذا اجر داره من
رمضان رجلا وهما في رجب يعتبر ابتدا المدة من غرة رمضان • وعند الشافعي رحمه الله لا يصح الاجارة حتى يكون ابتدا المدة
عقيب العقد • لنا انه عقد للاجارة على ملكه مدة معلومة باجرة معلومة فوجب ان يصح كما لو اجر في الشهر الحاضر وان لم يسم
شيا بعينه بل ذكر شهرا مطلقا او سنة مطلقة فابتدا المدة من وقت العقد لانه حكم تعلق بمدة مطلقة لا على وجه الدية فكان
ابتداوها عقيب السبب كمدة الايلا وكمن حلف لا يكلم رجلا شهرا وهذا معنى قوله فاشبه اليمين وذلك لان الاوقات كلها في
حق الاجارة سوا اذ لا منافاة بين الاجارة وبين وقت ما اصلا فلو لم نحمل ابتدا المدة من وقت العقد لم يكن بعض المدة اولى
من بعضها فادى الى ابطال العقد لجهالة المعقود عليه فوجب ان نحمل على الوجه الذي يصح منه العقد حملا لامور المسلمين على الصلاح
بخلاف ما اذا وجب الصوم فلانه لا يعتبر ابتداوه من اول الشهر وهو الليل لان الليل ليس بمحل للصوم • وقد احترزنا عنه بقولنا

على

على وجه الدية **قوله** ثم اذا كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل • وان كان في اثنا
الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وعن محمد وهو رواية عن ابي يوسف الاول بالايام والباقي
بالاهلة ذكر تفريعا على مسئلة القدوري رحمه الله قال في شرح الطحاوي واذا استاجر دارا شهرا فان كان العقد حصل في غرة
الشهر وقع ذلك على الاهلة فاذا انسلخ ذلك الشهر انقضت مدة الاجارة ووجبت الاجارة • ولو كان العقد حصل في نصف
الشهر او بعد ما مضت ايام من الشهور وقع ذلك على ثلاثين يوما • ولو استاجر دارا سنة فان كان في غرة الشهر وقع على
تلك السنة بالاهلة اثني عشر شهرا • وان كان العقد في نصف السنة او بعد ما مضى منها ايام فان ذلك يقع على تلك السنة كلها
بالايام ثلثمائة وستين يوما عند ابي حنيفة • وعندهما احد عشر شهرا بالاهلة والشهر الواحد بالايام فيحسب ما بقي من الشهر
الاول فيكون اخر السنة الى هنا لفظ شرح الطحاوي • قال في المختصر والمختلف وعلى هذا الخلاف العدة والاجل وما يجري مجرى
ذلك • ثم قال في شرح الطحاوي وذكر في كتاب الاجارات في رجل استاجر من رجل دارا سنة بعد ما مضى من الشهر اربعة
عشر يوما قال يكمل من الشهر الاخر ستة عشر يوما وهذا غلط • والصحيح ان يقول يكمل من الشهر الاخر اربعة عشر يوما الا ان
يكون قد بقي من الشهر الاول اربعة عشر يوما فحينئذ يكمل من الشهر الاخر ستة عشر يوما • وهكذا ذكر في بعض الروايات الى هنا لفظ
شرح الطحاوي • وجه قولهما ان الاصل في الشهور ان تعتبر بالاهلة اذا امكن قال تعالى يسالونك عن الاهلة قل هي مواقيت
للناس • وقال عليه السلام صوموا لرويته وافطروا لرويته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما وقد
امكن الاعتبار بالاهلة في الشهور المتخللة فيعتبر فيها بالاهلة وانما يصار الى العدد عند تعذر الاصل وقد تعذر اعتبار
الاصل في الشهر الاول فيكمل بالاخير • وجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه انه يجب تكميل الشهر الاول بالشهر الذي يليه
بالعدد فينقص الثاني ايضا ثم يكمل هو بالثالث ثم هكذا الى اخر السنة فيجب اعتبار دون الاهلة ضرورة **قوله** حين
يهل الهلال يجوز على صيغة المبني للفاعل وعلى صيغة المبني للمفعول جميعا • قال في الجمهرة هل الهلال واهل ودفع الاصمعي
هل • وقال لا يقال الا اهل واهللنا عن اذا راينا الهلال • واجاز ابو زيد اهل الهلال هكذا كان لفظ نسخة الجمهرة المصححة
عند ابي سعيد السيرافي التي قرئ عليها وفسر بعضهم في قوله حين يهل الهلال بقوله اراد به اليوم الاول من الشهر وفيه نظر لانه
ليس حين يهل الهلال بل هو اول الليلة الاولى من الشهر • وهذا لانه لا منافاة بين الاجارة والاوقات بل الايام والليالي
فيها سوا فلا حاجة الى اعتبار ابتدا المدة من اول ايام الشهر بل يعتبر في اول الشهر وهو ما قلنا • بخلاف الصوم فان الليل لما لم
يكن محلا اعتبر ابتدا الصوم من اول الايام **قوله** وهو في الاول منها اي من الصورتين اي اعتبار الشهر بالايام في الشهر
الاول من الشهر دون الباقي **قوله** ونظير العدة اي نظير عقد الاجارة العدة من حيث الاعتبار بالشهور وبالعدد
قوله وقد مر في الطلاق اي مر بيان ذلك الاختلاف في العدة في اول كتاب الطلاق قريبا من صفحتين **قوله**
قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام • اي قال القدوري في مختصره اما الحمام فلان الناس في سائر الامصار يدفعون اجرة الحمام
وان لم يكن مقدار ما يستعمل من الماء معلوما ولا مقدار القعود فدل اجماعهم على جواز ذلك وان كان القياس يابا مورده
على اتلاف العين مع الجهالة • قال عليه السلام ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن • وروي في السنن مسندا الى عائشة
رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن دخول الحمامات ثم رخص للرجال ان يدخلوها في المآزر • وروي في السنن
ايضا مسندا الى عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انها ستفتح ارض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات
فلا يدخلها الرجال الا بالازر وامنعوها النسا الا مريضة او نفسا • واما الحجام فلما روي في الصحيح البخاري مسندا الى ابن عباس
قال احتجم النبي صلى الله عليه وسلم واعطى الحجام اجره ولو علم كراهية لم يعطه • وفي رواية السنن ولو علمه خبيثا لم يعطه وحدث
صاحب السنن ايضا في كتاب البيوع والتجارة مسندا الى انس بن مالك انه قال حجم ابو طيبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر له بصاع
من تمر وامر اهله ان يخففوا عنه من خراجه ولانه عمل معلوم ابيح استيفاوه فجاز اخذ الاجرة عليه كساير الاعمال • فان قلت
حدث صاحب السنن باسناده الى رافع بن خديج ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كسب الحجام خبيث وثمن الكلب خبيث
ومهر البغي خبيث فما الجواب عنه • قلت لا شك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم ولو كان خبيثا لم يعطه الاجر فيحمل حديث
الخبث على الكراهة طبعا من طريق المروة لما فيه من الخسة والدناءة على انا نقول ان رواية ابن عباس في الضبط والاتقان
والفقه فلا يعارض الحديث حديث ابن عباس فيعمل بحديث ابن عباس دونه **قوله** ولا يجوز اخذ اجرة عسب
التيس • اي قال القدوري في مختصره والاصل فيه ما روي في الصحيح البخاري والسنن مسندا الى نافع عن ابن عمر قال
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن عسب الفحل والمراد به استيجار الفحل لينزيه ولانه لا يحصل الا بنشاط الفحل وليس في يد العبد
احداث انشاط فكان ذلك استيجارا على عمل لا يقدر على تسليمه الموجر فلا يصح لان الاجرة لو وجبت وجبت بمقابلة الماء المهين
الذي لا قيمة له واخذ العوض بمقابلة ما لا قيمة له حرام باطل • وفي شرح الفايق عسب الفحل ضرابه فقال العسب الذي يقال
عسب الفحل الناقة يعسبها عسبا • وقد يسمى ما يوخذ عليه من الكرا باسمه وقيل عسبت الرجل اذا اعطيته الكرا على ضراب فحله
ثم قال في الفايق وعن قتادة انه كره عسب الفحل لمن اخذه ولم ير باسا لمن اعطاه **قوله** قال ولا الاستيجار على
الاذان والحج • اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه • يعني ان هو
الاستيجار على هذه الاشيا لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله • وقال الحاكم في مختصر الكافي ولا يجوز ان يستاجر رجل رجلا

ان يعلم ولده القرآن والفقه والفرائض ويؤمهم في رمضان او يؤذن • ونقل في خلاصة الفتاوى عن الاصل لا يجوز الاستئجار
على الطاعات كتعليم القرآن والفقه والاذان والتذكير والتدريس والحج والغزو يعني لا يجب الاجر • وعند اهل المدينة
يجوز وبه اخذ الشافعي رحمه الله ونصير وعصام وابو نصر والفقيه ابو الليث • ثم قال في الخلاصة والحيلة ان يستاجر المعلم
مدة معلومة ثم يامره بالتعليم • وذكر في شرح القدوري لمختصر الكرخي ولا يجوز الاستئجار على تعليم القرآن ولا على تعليم
الصنايع • ثم وجه قول الشافعي رحمه الله واهل المدينة ما روى مالك في الموطا عن ابي حازم عن سهل بن سعد الساعدي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امراة فقالت يا رسول الله قد وهبت نفسي لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال
زوجنيها يا رسول الله ان لم يكن لك بها حاجة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم هل عندك من شيء تصدقها اياه قال ما عندي
الا ازاري هذا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعطيتها اياه جلست لا ازار لك فالتمس شيئا قال والله ما اجد
شيئا قال التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك من القرآن شيء قال نعم
سورة كذا وسورة كذا السور سماها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قد زوجتك بما معك من القرآن • ولنا ما
روي في السنن مسندا الى مطرف بن عبد الله عن عثمان بن ابي العاص قال قلت يا رسول الله اجعلني امام قومي قال انت
امامهم واقتد باضعفهم واتخذ مؤذنا لا ياخذ على اذانه اجرا • وروى الترمذي في جامعه مسندا الى الحسن عن عثمان
بن ابي العاص قال ان من آخر ما عهد الي رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اتخذ مؤذنا لا ياخذ على اذانه اجرا • وحدث
صاحب السنن ايضا في كتاب البيوع والتجارات باسناده الى الاسود بن ثعلبة عن عبادة بن الصامت قال علمت ناسا من اهل
الكتاب والقرآن فاهدى الي رجل منهم قوسا فقلت ليست بمال وارمي عليها في سبيل الله لآتين رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا
سألنه فاتيته فقلت يا رسول الله اهدى الي قوسا من كنت اعلم الكتاب والقرآن وليست بمال وارمي عليها في سبيل الله قال ان
كنت تحب ان تطوق طوقا من نار فاقبلها • وحدث صاحب السنن ايضا باسناده الى جنادة بن ابي امية عن عبادة بن الصامت
نحو هذا الخبر والاول اتم فقلت وما ترى فيها يا رسول الله فقال جمرة بين كتفيك تقلدتها او تعلقتها • وفي الفائق ان ابي بن
كعب الطفيل بن عمرو الدوسي القرآن فاهدى له قوسا فقال له النبي صلى الله عليه وسلم من سلحك هذه القوس فقال الطفيل قال
ولم قال اني اقراته القرآن فقال تقلدها شلوا من جهنم قال يا رسول الله فانا ناكل من طعامهم قال اما طعام صنع لغيرك
فكل منه واما الطعام لم يصنع الا لك فانك ان اكلته فانما تاكل بخلاقك اي بحظك من الدين والشلو القطعة • ولان
الاستئجار على هذه الاشياء استئجار على الطاعة والقربة فلا يجوز اخذ الاجر على ذلك كالصوم والصلاة والجامع ان
ثواب العمل من الله تعالى يحصل للفاعل لا غير فكان اخذ الاجر على عمل عمله لنفسه لا للمستاجر فلا يجوز • ولان المعقود
على عمل لا يقدر على ايفائه بنفسه فوجب ان لا يجوز كالاستئجار على حمل شيء لا يقدر عليه بنفسه • فان قيل لما جاز التطوع به
جاز اخذ الاجر عليه اصله سائر الاعمال وقيل يبطل ذلك بضراب الفحل • والجواب عن الحديث الذي احتج به الخصم قال
اصحابنا ان حقيقته متروكة لان عين القرآن لا يصلح مهرا فحمل على المجاز وجعل حرف الباء مستعارا للام اي زوجها لاجل ما معك
من القرآن • وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن بالاجر اليوم ارادهم مشايخ بلخ • قال الفقيه ابو الليث
في كتاب النوازل وانما كان يكره تعليم القرآن بالاجر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لان حملة القرآن لم يكونوا الا
قليلا • وكان التعليم واجبا لئلا يذهب القرآن • قال الفقيه وبه ناخذ جاز الاستئجار على تعليم القرآن وهو قول
عصام ابن يوسف وابي نصر محمد بن سلام والشافعي رحمه الله وغيرهم من المشايخ الى هنا لفظ النوازل • وذكر
في تتمة الفتاوى الاستئجار لتعليم الفقه لا يجوز كالاستئجار لتعليم القرآن في اول باب الفتنة من ادب القاضي • وفي الاستئجار
لتعليم الحرف روايتان • وفي رواية المبسوط يجوز • وفي رواية القدوري لا يجوز • وذكر شمس الائمة السرخسي في باب
الاجارة الفاسدة ان مشايخ بلخ اختاروا قول اهل المدينة في جواز استئجار المعلم على تعليم القرآن فنحن ايضا نفتي بالجواز
الى هنا لفظ التتمة ثم قال فيها استاجر انسانا ليعلم غلامه او ولده شعرا او ادبا او حرفة مثل الخياطة ونحوها فالكل سواء
ان بين المدة بان استاجره شهرا ليعلمه هذا العمل يجوز ويصح وينعقد العقد على المدة حتى يستحق الاجر تعلم او لم يتعلم اذا سلم
الاستاذ نفسه الى ذلك • اما اذا لم يبين المدة ينعقد فاسدا حتى لو علم استحق اجر المثل والا فلا • وكذلك لتعليم سائر
الاعمال كالخط والهجاء والحساب وعلى هذا لو شرط عليه ان يحذقه في ذلك العمل وهو غير جائز لان التحذيق ليس في وسع المعلم
والحذاقة لمعنى في المتعلم دون المعلم • ولان الحذاقة ليس لها منتهى وكان مجهولا لا جهالة تفضي الى المنازعة نظر في باب
الاجارة • قال شيخ الاسلام علاء الدين محمد **قوله** قال ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح • اي قال القدوري
في مختصره قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكرخي ولا يجوز الاجارة على شيء من الغناء والنوح والمزامير
والطبل وشيء من اللهو ولا على الحداء وقراءة الشعر ولا غيره ولا اجر في ذلك • وهذا كله قول ابي حنيفة وابي يوسف
ومحمد لانه معصية ولهو ولعب • والاستئجار على المعاصي واللعب لا يجوز لانه منهي عنه • وقد حدث صاحب السنن عن
مسلم بن ابراهيم قال حدثنا سلام بن مسكين عن شيخ شهد ابا وائل في وليمة فجعلوا يلعبون يتلعبون ويغنون فحل ابو وائل حبوته وقال سمعت عبد
الله يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الغناء ينبت النفاق في القلب • وحدث صاحب السنن ايضا
باسناده الى نافع قال سمع ابن عمر مزمارا قال فوضع اصبعيه في اذنيه ونأى عن الطريق وقال لي يا نافع هل تسمع شيئا

قلت لا فرفع اصبعيه من اذنيه وقال كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا رواه في السنن في كتاب الادب
وحدث البخاري في الصحيح باسناده الى مسروق عن عبد الله قال قال النبي صلى الله عليه وسلم ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب
ودعا بدعوى الجاهلية • وحدث البخاري ايضا باسناده الى ابي بردة بن ابي موسى قال وجع ابو موسى وجعا فغشي عليه ورأسه في حجر
امراة من اهله فلم يستطع ان يرد عليها شيئا فلما افاق قال انا بريء ممن بريء منه محمد صلى الله عليه وسلم ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم بريء من الصالقة والحالقة والشاقة رواه في باب الجنائز • قال ابو سليمان الخطابي الصالقة التي ترفع صوتها
بالبكاء والنوح بالصاد والسين • والحالقة التي تحلق راسها في المصيبة • والشاقة التي تشق ثوبها • وفي السنن قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم ليس منا من سلق ومن حلق ومن خرق والطبل انما يكره اذا كان للهو • اما اذا كان لغيره فلا باس
به كطبل الغزاة وطبل العرس • الا ترى الى ما قال في الاجناس لا باس ان يكون ليلة العرس دف يضرب به ليشتهر ذلك ويعلن
به النكاح • وقال ظهير الدين اسحق الولوالجي في كتاب الكراهية من فتاواه رجل استاجر رجلا ليضرب الطبل ان كان للهو لا يجوز
لانه معصية وان كان للغزو او القافلة يجوز لانه طاعة **قوله** ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة الا من الشريك
وقالا اجارة المشاع جائزة • اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره ولا تجوز اجارة المشاع
فيما يقسم وفيما لا يقسم عند ابي حنيفة وزفر الا ان يكون المستاجر شريكا في العقار فيستاجر نصيب شريكه او شركائه كله في
صفقة واحدة في قول ابي حنيفة وكذلك ابو حنيفة في رجلين اجرا دارا لهما من رجل فهو جائز وان مات احد المؤاجرين بطلت
الاجارة في نصيبه والاجارة في نصيب الحي صحيحة على حالها • ولا يجوز ايضا عند ابي حنيفة ان يستاجر من عقار مائة ذراع
ولا من ارض جريبا او جريبين اذا كانت اكثر من ذلك الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وقال في شرح الطحاوي اجارة المشاع من
شريكه جائزة بالاجماع ومن غير شريكه لا يجوز عند ابي حنيفة وعندهما يجوز وبيع المشاع يجوز من شريكه ومن غير شريكه بالاجماع
سواء كان مما يحتمل القسمة او مما لا يحتمل القسمة • ورهن المشاع من شريكه ومن غير شريكه سواء كان يحتمل القسمة او لا يحتمل القسمة لا يجوز
وعند الشافعي رحمه الله يجوز • وقرض المشاع جائز بالاجماع واما وقف المشاع فابو حنيفة لا يرى الوقف مشاعا كان او غيره
وعندهما يجوز الوقف • ثم على قول ابي يوسف وقف المشاع جائز وعند محمد باطل • ولو اجر داره من رجلين صفقة واحدة
فانه يجوز وهذا لا يكون مشاعا • بخلاف الهبة فانه اذا وهب داره من رجلين صفقة واحدة لا يجوز عند ابي حنيفة ثم
الفساد متى حصل في غير المشاع فاعترض الشيوع من بعد فانه يبطل العقد كما لو استاجر دارا من رجلين ثم مات احد المؤجرين
لم تنتقض الاجارة في حصة الحي وان بقيت مشاعا • وكذلك لو اجر داره من رجلين صحت الاجارة ثم اذا مات احد المستاجرين
انتقضت الاجارة في حصته وبقيت في حق الحي كما كان جائزا الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي • وقد صرح ان اجارة
المشاع من الشريك جائز بالاجماع • وينبغي ان يكون هذا على الرواية المشهورة عن ابي حنيفة لان القدوري قال في كتاب
التقريب • وذكر الطحاوي في اختلاف ابي يوسف وزفر الذي رواه مما يوجب ان لا يصح اجارة المشاع من الشريك ثم
قال والمشهور جوازه • وذكر القدوري ايضا في شرحه لمختصر الكرخي فقال واما اجارة المشاع من الشريك فقد روى
زفر عن ابي حنيفة انها لا تجوز لانها تجوز مع غير الشريك لا تجوز مع الشريك كالرهن والهبة • وقال الامام علاء الدين
العالم في طريقة الخلاف قال ابو حنيفة اجارة المشاع غير صحيحة سواء كان محتملا للقسمة كالدار وغيرها او غير محتمل للقسمة
كالدابة ونحوها • وقال صاحباه والشافعي صحيحة وثمرة الاختلاف تظهر في وجوب المسمى عند التسليم والانتفاع هو
عنده لا يجب وعندهم يجب وهل يجب اجر المثل عند ابي حنيفة رضي الله عنه فيه روايتان في رواية لا يجب • وبعض
مشايخنا عولوا على هذه الرواية وقالوا ان هذه الاجارة باطلة • وفي رواية يجب وبعضهم عولوا على هذه الرواية
وقالوا انها فاسدة وهو الصحيح الى هنا لفظ العالم في طريقته • وقال في خلاصة الفتاوى وطريق جواز اجارة المشاع
ان يلحق بها قضاء القاضي او يعقد على الكل ثم يفسخ في البعض • وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة
رجل اجر رجلا نصف دار غير مقسوم قال لا يجوز • وقال يعقوب ومحمد هو جائز • وقال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في دار بين رجلين اجراها من رجل معا ثم ناقض المستاجر احدهما الاجارة في نصيبه لا يبطل نصيب الآخر • وكذلك
ان مات احدهما لم يبطل الاجارة في حصة الحي الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • وجه قولهما ان الاجارة
بيع المنفعة لان طريق جوازها اقامة العين مقام المنفعة فصارت كبيع العين • ثم بيع العين يصح في الشائع وغيره
فكذا بيع المنفعة ولان العقود التي يبطلها الشيوع يستوي فيها الشريك وغير الشريك كالرهن والهبة حتى لو رهن المشاع او
وهبه من شريكه او غير شريكه لا يجوز فلما ثبت ان الاجارة من المشاع من الشريك جائزة ثبت ان الشيوع لا يبطل الاجارة
فوجب ان تصح الاجارة مشاعا من الاجنبي كما يصح من الشريك • وكما اذا اجر داره من اثنين • ووجه قول ابي حنيفة
انه اجر ما لا يقدر على تسليمه وكل عقد لا يثبت القدرة فيه على تسليم المعقود عليه يفسد كاجارة العبد الآبق والمبيع
قبل القبض واجارة الارض السبخة التي لا تنبت الزراعة • وانما قلنا هذا لان الشائع وان كان منتفعا لكن لا يمكن تسليمه
الا بالتهايؤ والتهايؤ حكم مستحق بالعقد بناء على حكمه وهو الملك فلا يصح شرطا لجواز العقد لان شرط العقد يسبقه او يقترن
به وحكم العقد يعقبه لا يصح اجارة المشاع اذن لئلا تنتقل الحقيقة ولان المهايأة في قسمة المنافع الاعيان تعقد في نفسه
فلو كانت شرط الصحة الاجارة كانت بمنزلة شرط عقد في عقد وذلك فاسد يفسد به الاجارة ولان المستاجر لا يتوصل

الى الانتفاع بالنصف الذي استأجره الا بالانتفاع بالنصف الذي لم يستأجره فصار كرجل اجر داره من رجل واشترط للمستأجر ان ينتفع
بدار اخرى للمؤاجر فذلك فاسد فكذا هذا • ولانه اجر ما لم يتميز عما لم يؤاجره فلا يجوز كما لو اجر احد عبديه • بخلاف ما لو اجر من
شريكه لان العقد معه اوجب رفع الشيوع لان كل المنافع تحدث على ملكه فلا يظهر الشيوع اصلا هذا على المشهور • واما على رواية
زفر عن ابي حنيفة فلا حاجة الى الفرق لانها لا تجوز ايضا فلا يرد السؤال • ولان الاجارة من الشريك لا يحتاج فيها الى القسمة والمهايأة ثم
فصحت • وبخلاف الشيوع الطاري حيث تبقى الاجارة صحيحة كما اذا اجر كل الدار ثم تفاسخا الاجارة في النصف الشائع • وكما اذا اجر
الرجلان دارا ثم فسخ احدهما الاجارة في نصيبه مع المستأجر لا تبطل الاجارة في نصيب الاخر • وكذا اذا مات احد المؤجرين او احد
المستأجرين لا تبطل الاجارة في نصيب الحي لان الشيوع طرا بعد صحة العقد والشيوع الطاري لا يفسد العقد كرجل وهب لرجل دارا ثم رجع
في نصفها لا تبطل الهبة في الباقي فكذا هنا • والتحقيق هنا ان يقال ان الشيوع انما يبطل الاجارة لفوت القدرة والقدرة ليست
شرط حالة البقاء كالعبد الابق حالة العقد عند البيع فكذلك الاجل عفوا في حالة البقاء كما عهد في قواعد الشرع انه ليس من ضرورة كون
الشي مفسدا للعقد اذا قارنه ان يكون مفسدا اذا طرا كالجهالة الطارية في البيع • بخلاف ما اذا اجر داره من رجلين حيث يصح لان التسليم
يقع جملة بلا اشاعة لان كل واحد منهما يستوفي منافعها على ملك المؤجر ثم يخرج من ملكه جملة وانما يقع في ملكهما فيصير المهايأة في حقوق
ملكهما فلا تكون المهايأة شرطا لصحة العقد فلا يلزم ان يكون ما كان شرطا سابقا • فان قلت كيف جوز ابو حنيفة على الرواية
المشهورة اجارة المشاع من الشريك ولم يجوز رهن المشاع ولا هبة المشاع من الشريك وغيره • قلت انما يشترط فيهما القبض
والاشاعة تؤثر في القبض • بخلاف الاجارة فان صحتها لا تتوقف على القبض • قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وكان الشيخ
ابو طاهر الدباس يقول ان الاجارة في المشاع انما لا تجوز اذا اجر الرجل بعض ملكه لانه لا يمكن المستأجر ان يكون الدار في يد المستأجر
منه وفي يد المؤجر منه • ولا يجوز ان يستحق المؤجر الاجرة مع كون الشي في يده • واما اذا اجر احد الشريكين نصيبه فالعقد جائز
لان المستأجر يحل محل المؤجر وليس يمتنع ان يكون الدار في يد غير المستأجر واجرتها بعينه كما لو اعارها او اجرها الا ان ابا الحسن روى
في جامعه نصا عن ابي حنيفة ان اجارة المشاع في الوجهين لا تجوز الى هنا لفظ القدوري في شرحه **قوله** والتسليم ممكن بالتخلية
اي فيما اذا اجر نصيبا من دار **قوله** او بالتهايؤ اي التسليم ممكن بطريق التهايؤ فيما اذا اجر نصيبه من دار مشتركة **قوله**
وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور اشارة الى قوله اجر ما لا يقدر على تسليمه • اي انما قلنا هذا لاجل هذا المعنى **قوله**
والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا جواب عن قولهما والتسليم ممكن بالتخلية اي برفع الموانع • بيانه ان التخلية انما تكون تسليما لكون
التخلية سببا من التمكن ولا تمكن في المشاع • بخلاف البيع فان التمكن يحصل فيه فتقوم التخلية مقام التسليم فيجعل المشتري قابضا
بالتخلية تحقيق ذلك ان المقصود في باب البيع العين والرقبة والملك يحصل في العين محوزا كان او مشاعا فلم تؤثر الاشاعة فيه
بخلاف الاجارة فان المقصود هنا الانتفاع بالمستأجر والاشاعة تؤثر فيه **قوله** لوقوعه الضمير راجع الى التخلية
على تأويل دفع الموانع **قوله** على انه لا يصح في رواية الحسن عنه اي لا يصح عقد اجارة المشاع مع الشريك في رواية
الحسن بن زياد عن ابي حنيفة قال القدوري في كتاب التقريب روى الحسن عن ابي حنيفة وزفر بطلان العقد في الجميع في
المشاع من الشريك وغيره والشيوع الطاري لموت احد المؤجرين او احد المستأجرين وغير الطاري لان المفسد في الابتداء وجوب
المهايأة عند الاستيفاء وهذا موجود في الثاني **قوله** قال ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة • اي قال القدوري
في مختصره والاصل في جواز اجارة الظئر قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وان تعاسرتم
فسترضع له اخرى • اي ان ارضعن المطلقات اولادكم فاتوهن اجورهن اذا لم يستطيعوا بذلك فانهن من النفقة والنفقة
على الاب وأتمروا بينكم اي اتفقوا بينكم يعني الازواج والزوجات بمعروف في امر الارضاع على ما يستحسن عقلا وشرعا واذا
تعاسرتم اي تضايقتم فاخرى اي امرأة اخرى كذا في التيسير • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره اجارة الظئر جائزة بكتاب
الله وهو قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى وهو تعاسر الابوين في الاجرة والله اعلم • ولذلك روي في التيسير
وهو ان يبذل الاب من الاجرة فان ارادت الام اخذه بذلك فهي احق بذلك لانه حق الحضانة لها دون غيرها الحنو عليه على ولدها
ووراثتها به • وانما يجوز ذلك لها ان كانت بائنة من الزوج مبتوتة كانت او غير مبتوتة وهذه رواية محمد • وقال الحسن لا يجوز
لها اخذ الاجرة واخذ النفقة لا يجتمع لها نفقة واجر رضاع • فاما اذا كانت زوجة فلا يجوز ان تاخذ على رضاع ولدها
منه اجرا في قول اصحابنا الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وقد اختلف اصحابنا
المتاخرون في حكم هذا العقد فمنهم من قال ان العقد يقع على المنافع وهي خدمة الصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع
وذلك لان اللبن عين من الاعيان والاعيان لا تستحق بالاجارة الا على طريق التبع كالصبغ • ومنهم من قال ان العقد يقع
على اللبن والخدمة تبعه بدلالة انها لو ارضعته بلبن شاة لم تستحق الاجر وان حصلت الخدمة • ثم قال القدوري هذا
ليس بصحيح لانه لا يمتنع ان يقع العقد على خدمة مخصوصة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لم تستحق الاجر بلبن الشاة لانه لم توجد
المنافع على الصفة المشروطة • وهذا كالصباغ اذا صبغ الثوب لونا غير المشروط وقد نص محمد على الطريقة الاولى فقال
مستدلا على ان لبن الادمي لا يجوز بيعه لان الاجارة تقع عليه فلو كان مالا بيعه لم يستحق بالاجارة فلما استحق دل على ان
العقد وقع على الخدمة واللبن تبع • الا ترى ان لبن الشاة لما كان متقوما لم يجز استيجارها للشرب والرضاع • وقال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير سمعت الفقيه ابا جعفر يقول سمعت الفقيه ابا القاسم احمد بن حم وهو ابو القسم الصفار

ابن يحيى سمعت الحسن بن سهيل يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة
ثبت ان سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز اجارته • الا ترى ان رجلا لو استأجر بقرة على ان يشرب
لبنها لم تجز الاجارة • فلما جازت اجارة الظئر ثبت ان لبنها ليس بمال وقد مر من قبل في باب البيع الفاسد • واذا ثبت ان استيجار الظئر
عقد على الخدمة وجب ان يعتبر في العقد عليها ما يعتبر في العقد على استيجار العبد للخدمة فكل ما جاز ثمة جاز هنا وما بطل
ثمة بطل هنا الا ان ابا حنيفة استحسن في استيجارها بطعامها وكسوتها وان لم يوصف من ذلك شي ويكون لها الوسط منه • وعندهما
لا يجوز قياسا وهي المسئلة التي تليها **قوله** وستبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة اشارة الى ما ذكر في بيان صحة قوله
لانها اتت بعمل مستحق عليها **قوله** قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رضي الله عنه • وقالا لا يجوز اي
قال القدوري في مختصره يعني اذا استأجر الظئر على طعامها وكسوتها ولم يسم بزيد على ذلك جاز ويكون لها الوسط من ذلك
استحسانا عند ابي حنيفة • وقالا لا يجوز وهو القياس وهو قول الشافعي رحمه الله • قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن
ابي حنيفة في الرجل يستأجر الظئر بطعامها وكسوتها قال جائز استحسن ذلك • وقال يعقوب ومحمد لا يجوز الا ان يسمي الطعام دراهم
ويسمي الكسوة ويصف جنسها وضربها واجلها وذرعها فهو جائز الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وجه قولهما ان هذا يدل على
المنفعة لانه عقد معاوضة فلا يصح مع الجهالة لان الجهالة مانعة من الصحة كما في سائر العقود الاجارات والمعاوضات
ووجه قول ابي حنيفة ان الجهالة ليست مانعة لذاتها بل لكونها مفضية الى المنازعة والجهالة هنا لا تفضي الى المنازعة لان العادة
جارية بالاحسان الى الظئر وعدم المناقشة والمسامحة في المشروط بل توفيه اياه على الوجه الذي تختار وهي تزيد لحب
الولد ولان الظئر اذا كان طعامها موافقا درج منفعة ذلك الى الصبي فصار الاحسان اليها احسانا الى الولد واطعامها اطعام الولد
لانه يصل الغذاء اليه بواسطتها ويبقى بتربيتها وهذا مستحق عليه في حق الولد من غير اعتبار الوصف فجاز ان يكون مستحقا عليه
في حقها ايضا مع جهالة الوصف • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع قد احتج بعضهم لابي حنيفة بالاية وهو قوله تعالى وعلى
المولود له رزقهن الاية فالله تعالى قد شرط للظئر الرزق والكسوة بالمعروف ولم يقدر في ذلك تقديرا • فان قيل انما اراد الطعام
والكسوة للزوجة لا للظئر • قيل انما اشترط ذلك للزوجة بعد الطلاق لاجل الرضاع فلا فرق بينها وبين ظئر اخرى • ومعنى
تسمية الطعام دراهم ان يجعل الدراهم بدلا عن الارضاع ثم يستبدل بها طعاما فيصح ذلك وان سمى الطعام جاز ايضا ولا يشترط
تاجيله لانه ثمن بدليل وجوبه دينا في الذمة عامة المعاملات • فاذا كان ثمنا لم يكن الاجل شرطا كما في سائر الاثمان • ولكن
يشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة لان له حملا ومؤنة • واما الكسوة فلا بد من بيان الاجل فيها لانه لا يصلح ثمنا بكل حال
وقال في شرح الكافي وقال ابو يوسف ومحمد ان سمى الطول كل ثوب وعرضه ورقعته وضرب لذلك اجلا فهو جائز • اما
الصفة فلتصير معلومة • واما الاجل فليجب في الذمة لان الثياب لا تجب في الذمة الا سلما والاجل من شرائط صحة السلم
وكذلك الطعام ان سمى لها لكل يوم كيلا من الدقيق فهو جائز • وانما وجب لها الوسط من الطعام والكسوة اذا لم يوصف
عند ابي حنيفة لان البدل اذا ثبت في الذمة مطلقا وجب الوسط منه كالمهر والدية **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله
لا جهالة فيه **قوله** لان اوصافها اثمان اي اوصاف الطعام وانث الضمير الراجع اليه على تأويل الحنطة وقد مر بيانه ثم
قوله لما انها **قوله** وقد ذكرنا في البيوع اي في باب السلم **قوله** وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر
والجنس لجواز يشترط ثلاثة اثواب زطية او صنفا اخر الى اجل معلوم • ثم الظئر اذا استوجرت للرضاع في اجير واحد او اجير
مشترك تكلم المشايخ فيها • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه والمسائل متعارضة في هذا الباب
بعضها يدل على انها في معنى اجير الواحد • وبعضها يدل على انها في معنى الاجير المشترك • والصحيح انه ان دفع الولد اليها لترضعه
فهي اجير مشترك • وان حملها الى منزله فهي اجير واحد • وقال الكرخي في مختصره والظئر بمنزلة الاجير الخاص وليس لها ان
تؤاجر نفسها من غير الاولين **قوله** وليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطئها وهذا لفظ القدوري في مختصره • قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي • وان كان الزوج رضي بالاجارة فارادوا منعه من غشيانها مخافة الحبل لم يكن لهم ذلك
لان هذا ضرر موهوم والمنع من الوطي ضرر متحقق وتحمل الضرر الناجز لدفع ضرر موهوم امر لم يرد به الشرع ولكن لهم منعه من الدخول
عليهم في منزلهم لانه ليس له حق الدخول • فان لقيها في منزله فله ان يغشاها لما ذكرنا ولا يسع الظئر ان تمنعه نفسها ولا يسع اهل الصبي
ان يمنعوها من ذلك **قوله** الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه • قال في مختصر الكرخي وللزوج
ان يخرجها من الرضاع ان لم يكن علم بالاجارة • قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي من اصحابنا من قال هذا على
وجهين ان كان ممن يشينه ان ترضع زوجته فله الفسخ لانه يلحقه بذلك ضررا • وان كان ممن لا يشينه ذلك لم يكن له الفسخ لانه
عقد على منافع بضعها ولم يعقد على منافع تلزمها • ومن اصحابنا من قال له الفسخ في الوجهين لانها ان ارضعت الصبي في بيتهم فله
منعها من الخروج من منزله وان ارضعت في بيتها فله ان يمنعها من ادخال الصبي الى بيته كذا ذكر القدوري في شرحه **قوله**
فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها ذكر هذا تفريعا على مسئلة مختصر القدوري • قال الكرخي في مختصره
وليس للظئر ولا للمسترضع ان يفسخ الاجارة الا من عذر والعذر لاهل الصبي ان لا ياخذ الصبي من لبنها او يكون يقي من لبنها
او تحبل فيخافون على ذلك او تكون سارقة فيخافون على متاعهم • او تكون فاجرة بينة الفجور فيخافون على صبيهم فهذا عذر او يريدوا
سفرا بصبيهم فتابى ان تخرج معهم فهذا عذر والعذر للظئر مرض يصيبها لا تستطيع معه الرضاع فهذا عذر ولهم ايضا ان يخرجوها

اذا مرضت الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وذلك لان الاجارة عقد لازم لا يجوز فسخها الا بعيب او عذر والعذر ما ذكر لان
الصبي اذا لم يأخذ من ثديها لا تسلم المنفعة المقصودة وكذا اذا قاءها يستضر به وكذا حبلها عذر لان لبن الحامل يضر بالصبي • وكذا اذا
كانت سارقة لانهم يخافون على متاعهم ويستضرون بالبقاء على العهد • وكذا اذا كانت فاجرة بينة الفجور لانها تشتغل بالفجور
عن حفظ الصبي • وكذا اذا ابت ان تخرج معهم الى السفر لان في الزامهم ترك السفر اضرارا بهم وكذا اذا مرضت لان لبن المريضة
تضر بالصبي وهو يستضر ايضا بالارضاع فكان لها ولهم ان يفسخوا الاجارة • وكذلك اذا لم يكن رضي زوجها بالاجارة فله ان
يخرجها • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا اذا كانت ترضع في بيتهم لان حق الحبس للزوج وهذا يفوت
حق الحبس • اما اذا كانت ترضع في بيتها فليس له منعها الا اذا كان يشغلها عن خدمة الزوج فحينئذ يملك منعها وان ساء الخلق بهم
منها فاذوها كفوا عنها لان الاذى حرام • وان لم يكفوا عنها كان لها ان تخرج لان الصبر على الاذى امر صعب فلو كلفناها ذلك
اضررنا بها قوله وعليها ان تصلح طعام الصبي هذا لفظ القدوري في مختصره • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره
والذي يجب عليها بعقد الاجارة الرضاع والقيام بامر الصبي بما يصلحه من رضاعه وغسل ثيابه وما يعالج به الصبيان من الريحان
والدهن فهو على الظئر ليس على اهل الصبي من ذلك شيء • فان كان الصبي ياكل الطعام فليس على الظئر ان تشتري له الطعام • وذلك
كله على اهله عليها ان تهيئه له الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان الواجب عليها هو الرضاع والقيام بامر الصبي • وذلك انما يكون
بارضاعه وطبخ طعامه وغسل ثيابه فكان ذلك عليها • واما جعل الدهن والريحان عليها لاجل ان عرفهم كان كذلك حتى لو لم
يكن في بلد كذلك يجري على ذلك لان اصحابنا قالوا في توابع العقود التي ليست بشروطه ان المرجع بها الى عادة كل بلد • وقال
الكرخي في مختصره وليس لهم ان يحبسوا الظئر في منزلهم اذا لم يشترطوا ذلك عليها • ولها ان تاخذه الى منزلها وفي ماونة
عليه وبما عليه من حلي وكسوة ان سرق منه شيء لم تضمنه قوله وما ذكر محمد ان الدهن والريحان على الظئر فذلك
من عادة اهل الكوفة اي الذي ذكره محمد في الاصل بنا على عرف اهل الكوفة • وذلك لان توابع العقود يرجع الى العادة
ولهذا قالوا فيمن استاجر لبانا فالزبد واللبن على صاحب اللبن للعرف وان كان العرف في بلد على خلافه يوخذ به • وقالوا في
الخياط الخيط عليه وحثي التراب على القبر على الحافر اذا كان في بلد يتعاملون به • وقالوا في الطباخ اذا استوجر في عرس اخراج
المرق عليه • فان طبخ قدرا خاصة فليس عليه هذا مبني على العادة وادخال الحمل المنزل فيما اذا تكارى الدابة لحمل ما يحمله
الناس فاما الصعود على السطح او على الغرفة فليس عليه الا اذا شرط • ولو كان حمالا على ظهره يجب الادخال وليس عليه الصعود
للعرف • وقال في شرح الكافي ولا تمنع الظئر ان تطعم احدا من طعامهم بغير امرهم لان الثابت لها حق الاكل دون الطعام فان
زارها احد من ولدها فلهم ان يمنعوه من الكينونة عندها ولهم ان يمنعوها من الزيارة اذا كانت تضر بالصبي لانها تخل بما
المستحق بالعقد وما كان من ذلك لا يضر بالصبي فليس لهم منعها لان صلة الاقارب واجبة فلا يجوز الاخلال بها قوله وان ارضعته
في المدة بلبن شاة فلا اجر لها وهذا لفظ القدوري في مختصره • وهذا هو الوضع الحال عليه عند قوله وسبب العذر عن الارضاع
بلبن الشاة • وذلك لان العقد وقع على منفعة بصفة فاذا عرض الصفة صارت منافعها مستوفاة بغير عقد ولا شبهة فلا يستحق
الاجر • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو استاجر ظئرا ترضع صبيا في بيتها فجعلت ترضعه بلبن الغنم وتغذوه
بكل ما يصلحه حتى استكمل الحولين وهما الي لم ترضعه منه بشيء او ليس لها لبن فلا اجر لها لانها لم ترضعه اشار الى ان الارضاع ما يقع بلبن
الادمي وما وراءه يكون اطعاما ولا يكون ارضاعا فلم يات بالمستحق عليها فلا تستحق الاجر • فان جحدت ذلك وقالت ارضعته فالقول
قولها مع يمينها لان الظاهر ان الصبي لا يبقى الا اذا رضع بلبن الادمي فكان القول قولها الا ان تقوم البينة على خلاف ذلك فيوخذ بها
لانها اقوى • وان قاما جميعا البينة اخذت بينتها لانها تثبت استحقاق الاجر عليه • وان استاجرت له ظئرا فارضعته كان مثل هذا
في القياس ولكن استحسن ان يكون لها الاجر • وجه القياس ان المعقود عليه ارضاعها وقد فقد • وجه الاستحسان ان المستحق
عليها فعل الارضاع فاذا اتت به بنفسها او نيابتها تستحق الاجر كما في الخياطة واشباههما وتتصدق بالفضل لانها اخذت زيادة لا على عمل
منها قوله لهذا المعنى انه اختلف العمل اي لانه اختلف العمل وهو بدل من قوله لهذا المعنى قال ومن دفع الى حائك
غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل دفع غزلا الى الحائك
يحوكه ثوبا على النصف قال هذا باطل وله اجر مثله والثوب لصاحبه الى هنا لفظ الجامع الصغير • قالوا في شروح الجامع الصغير وكذلك
اذا استاجر حمارا او رجلا يحمل طعاما ببعضه منه محمولا • وكذلك لو استاجر طحانا يطحن طعاما ببعضه دقيقا منه فالاجارة فاسدة ويجب
اجر المثل • قال الفقيه ابو الليث هذا الذي ذكره محمد قول علمائنا المتقدمين • وكان مشايخ بلخ يجيزون ذلك مثل نصير بن يحيى
ومحمد بن سلمة • وقال في خلاصة الفتاوى رجل دفع الى حائك غزلا وامره بان ينسج له ثوبا وبين صفته على ان ربعه او ثلثه للحائك
اجر العمل لم يجز وكان القاضي الامام ابو علي النسفي رحمه الله يفتي بجوازه بنسف بحكم العرف قال والفتوى على جواب الكتاب الى هنا لفظ
الخلاصة • وقال في كتاب الحرث من الصحيح البخاري قال ابراهيم وابن سيرين وعطاء والحاكم والزهري وقتادة لا باس ان يعطي الثوب
بالثلث والربع ونحوه • انما فساد الاجارة في هذه المسائل لوجهين احدهما انه جعل الاجر شيئا معدوما وهو بعض الثوب وبعض الطعام
المحمول والاجر يجب ان يكون موجودا عينا كان او دينا فكان في معنى قفيز الطحان • وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وصورته ان
يدفع حنطة الى الطحان يطحنها بقفيز من دقيق هذه الحنطة • وقد روينا في اوايل كتاب الاجارة عن كتاب الاثار مسندا الى ابن رافع
عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه مر بحائط فاعجبه فقال لمن هذا قال لي يا رسول الله استاجرته فقال لا تستاجره بشيء منه والثاني

ان العمل بحكم هذه الاجارة ان صادفت محلا غير مشترك بينه وبين المستاجر في الابتداء ففي الانتهاء صادف محلا مشتركا لانه اذا عمل صار شريكا
ولو وقع العمل ابتداء لا انه في محل مشترك كما لو استاجر لحمل طعام مشترك او لطحن حنطة مشتركة بينه وبين الطحان لم ينعقد العقد اصلا حتى لا يجب
الاجر • فاذا صادف محلا غير مشترك ابتداء ومشتركا انتهاء فلا يمنع الانعقاد ويمنع وصف الصحة • ثم اذا فسدت الاجارة على جواب الكتاب
كان للقايل اجر المثل لانه لم يرض بعمله مجانا فاذا سلم عمله ولم يسلم له المسمى كان له اجر المثل لكن لا يجاوز به قيمة المسمى لان القايل رضي بذلك
القدر فلا يستوجب الزيادة في الاجارة الفاسدة لا يزاد على قيمة المسمى الا اذا كان الفساد لجهالة المسمى اذا سمى الاجر دابة او ثوبا فيجب
اجر المثل بالغا ما بلغ • وكذا اذا فسدت الاجارة لفوات شرط مرغوب من جهة الاجير كما لو اجر داره كل شهر بشيء دراهم على ان يعمرها ويودي
نوائبها فسدت الاجارة فان لم يعمرها المستاجر ولم يود نوائبها يجب اجر المثل بالغا ما بلغ ولا ينقص عن المسمى • وكذا لو قال اجرتك هذه
الدار شهرا بشيء على ان تسكنها فسدت هذه الاجارة فان سكنها يجب اجر المثل بالغا ما بلغ يزاد على المسمى ولا ينقص عنه • وهذا ايضا مرسوم لنا
ذلك الشرح في المبسوط كذا قال فخر الدين قاضي خان • وانما كان الثوب لصاحب الغزل لانه صاحب الاصل • واما مشايخ بلخ فانما جوزوا ذلك
لان الناس تعاملوا بذلك حيث احتاجوا اليه ووجدوا له نظيرا وهو المزارعة والمعاملة قال في المزارعة في الفتاوى الصغرى • وفرق
الحاكم عبد الرحمن في الجامع الصغير بين هذا وبين قفيز الطحان فقال قفيز الطحان منصوص عليه فلا يمكن تعيين التعامل • اما هذا فليس بمنصوص
عليه فيعتبر فيه التعامل • قالوا والحيلة في جواز قفيز الطحان ان يشترط صاحب الحنطة قفيزا من الدقيق الجيد ولا يقول من هذه الحنطة لان
الدقيق اذا لم يكن مضافا الى حنطة بعينها يجب في الذمة ثم اذا طحن يعطيه صاحب الدقيق من دقيق هذه الحنطة ان شاء قوله فيجوز
وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات اي جعل الاجر بعض ما يخرج من عمل الاجير اصل عظيم يعرف به حكم كثير من الاجارات
كما اذا استاجر ان يعصر له قفيز سمسم بمن من دهنه • وكذلك اذا دفع ارضه ليغرس شجرا على ان تكون الارض والشجر بينهما نصفان لم يجز
والشجر لرب الارض وعليه قيمة الشجر واجر ما عمل كذا في الشامل • وكذا لو استاجره لينزل هذا القطن او هذا الصوف برطل من غزله وعلى هذا
اجتنا القطن بالنصف ودياس الدخن بالنصف وحصاد الحنطة بالنصف ونحو ذلك كله لا يجوز قوله وهذا بخلاف ما اذا استاجره
ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب الاجر • اي هذا الذي ذكرنا من فساد الاجارة فيما اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما ببعض منه بخلاف
تلك الصورة فان ثمة الاجارة باطلة حتى لم يجب الاجر لانه يملك الاجر في الحال بالتعجيل فيكون حاملا طعاما مشتركا بينهما وحامل الطعام المشترك
لا اجر له لانه عامل لنفسه ولا يتحقق تسليم العمل فلا يجب الاجر وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسيجي بيان ذلك عند قوله • واذا كان الطعام
بين الرجلين فاستاجر احدهما صاحبه قوله ولا يجاوز بالاجر قفيزا قيل بقوله وكذا اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما ببعض منه وذلك
لان القايل رضي بذلك القدر وقد مر بيانه قوله وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب يعني ثمة يجب الاجر بالغا ما بلغ
على مذهب محمد وهنا لا يجاوز به المسمى وهو القفيز لانه لا يمكن تقدير نصف قيمة المجموع لانه مجهول جهالة فاحشة فلا يعتبر بخطاءدر وعند
ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن المجموع لانه رضي به وان كان مجهولا في الحال ولكن يرضى ان يصير معلوما عند الجمع فيقدر به وقد مر في كتاب
الشركة • قال القدوري في كتاب الشرب قال ابو يوسف في شريكي الاحتطاب اذا احتطب احدهما واعانه الاخر كان للمعين اجر المثل لا يجاوز
به قدر نصف ثمن الحطب • قال محمد له اجر المثل بالغا ما بلغ وهو القياس الى هنا لفظ التقريب قوله قال ومن استاجر رجلا ليخبز
له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل
يستاجر الرجل يخبز له هذه العشرة مخاتيم هذا اليوم كله بدرهم قال هذا فاسد الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ولم يذكر الخلاف فيه كما ترى • قالوا
في شروح الجامع الصغير ذكر في كتاب الاجارات الخلاف على قولهما الاجارة جايزة • وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا استاجر الرجل رجلا يعمل له عملا
معلوما اليوم الى الليل بدرهم خياطة او صياغة او خبزا او غير ذلك فالاجارة فاسدة عند ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد نجيزها استحسانا
ونجعل الاجارة على العمل دون اليوم فان فرغ منه في انصاف اليوم فله الاجر كاملا وان لم يعمله في اليوم كان عليه ان يعمله في الغد • وجه قولهما
ان قصد المستاجر بالاجارة اقامة العمل فكان ذكر اليوم للاستعجال تصحيحا للعقد بقدر الامكان فصار كما لو قال ان خطته اليوم فلك درهم
وكما لو استاجر لرعي اغنامه شهرا • ووجه قول ابي حنيفة ان المعقود عليه مجهول لانه ذكر شيئين مختلفين يصلح كل واحد منهما ان يكون معقودا
عليه لان ذكر العمل يقتضي ان يكون المعقود عليه نفس العمل وذكر المدة يدل على ان المعقود عليه المنفعة ولا دليل على ترجيح واحد منهما وحكم كل واحد
منهما مختلف لان المعقود عليه اذا كان هو العمل يصير اجيرا مشتركا فلا يجب الاجر الا بالعمل • واذا كان المعقود عليه هو المنفعة يصير اجيرا واحدا
فيجب الاجر بتسليم النفس في المدة وان لم يعمل فثبت ان الاجارة وقعت على المجهول والاجارة على المجهول باطل • بخلاف ما اذا استاجره على ان
يعمل هذا العمل وشرط عليه ان يفرغ منه اليوم لان التعارض لم يقع في تسمية العقد فحمل الشرط على الاستعجال • قال في المختلف والحصر وكذلك لو استاجر
دابة من الكوفة الى بغداد بثلاثة ايام فهو على هذا الاختلاف • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر هشام عن محمد انه قال في قول
ابي حنيفة اذا قال استاجرتك لتعمل لي هذا العمل هذا اليوم فالاجارة فاسدة • ولو قال في هذا اليوم فالاجارة جائزة • قال والمعنى في ذلك انه اذا
قال هذا اليوم جعل اليوم مدة الاجارة • واذا قال في هذا اليوم لم يجعل اليوم مدة ولكن جعل اليوم ظرفا لهذا العمل والمخصوص الظاهر فيه
والماتي به لانه يحتمل على اعلاه خاص مطوع فيه لا يراد ولا ينقص كذا في المغرب قوله وقد مر مثله في الطلاق اي في فصل اضافة الطلاق الى
الزمان في قوله انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار وقد امضيناه ثمة قوله قال ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها
او يسقيها ويزرعها فهو جائز • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يستاجر من الرجل ارضا بيضاء على
ان يكربها فالاجارة جائزة • وان اشترط على ان يزرعها فجائز • وان اشترط عليه ان يسقيها فجائز • وان اشترط عليه ان يثنيها فالاجارة
فاسدة • وكذلك ان اشترط ان يكري انهارها فالاجارة فاسدة • وكذلك ان اشترط ان يسرقنها فالاجارة فاسدة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير

وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يستاجر من الرجل ارضا بيضاء على ان ... والاصل هنا ان ما كان ملائما للعقد لا يكون مفسدا
للعقد وما كان غير ملائم للعقد يكون مفسدا له ثم بعد ذلك نقول ما يستاجر الا لما هي لمنفعة المستاجر خاصة وكل فعل ينتفع به المستاجر
خاصة كالكراب والزراعة والسقي يكون ملائما للعقد حتى لو استاجرها ان يزرعها ويكربها • او على ان يزرعها ويكربها جاز • وكذلك اذا
اشترط عليه ان يسقيها لانه لا ينتفع بالزراعة الا بالكراب والسقي ولم يبق الا منفعة المستاجر ولا منفعة لرب الارض سوى الاجر
فلما كان الشرط ملائما للعقد جاز كما اذا استاجر دارا ليسكنها وكل فعل ينتفع به صاحب الارض خاصة يكون مخالفا للعقد مفسدا له كشرط
الثنا والسرقين ورد الارض مكروبة وهو احدنا وبل التثنية وتكرار الكراب وهو الثا وبل الاجرى الثنية • قال الصدر الشهيد في شرح
الجامع الصغير اما التثنية فهي ان يردها مكروبة عند القبض وان يكربها مرتين عند القبض وهو الصحيح فان شرط لا يقتضيه العقد
ولاحد المتعاقدين فيه منفعة فصار مفسدا ثم قال هذا في ديارهم وديار نسف وبعض ديارنا لان الارض تخرج خارجا تاما بالكراب
مرتين فيكون هذا الشرط في مثل هذا الموضع شرطا لا يقتضيه العقد • فاما اذا كان في موضع يحتاج الى الكراب مرتين لا يكون اشتراطه
التثنية مفسدا للعقد لانه من مقتضيات العقد • فاما اذا شرط ان يسرقنها فلان منفعته تبقى الى العام القابل فيكون هذا شرطا لا
يقتضيه العقد ولاحد المتعاقدين فيه منفعة • واما اذا شرط كري الانهار فلانه على الاجر لانه من جملة التمكين من الانتفاع فاشتراطه
على المستاجر يخالف مقتضى العقد • ثم اختلف المشايخ فيه منهم من سوى بين الانهار وبين الجداول عملا باطلاق لفظ الكتاب هذا الشرط
يختار الشيخ الامام الاجل ابي بكر خواهر زاده رحمه الله كان يفتي • ومنهم من فرق فقال اشتراط كري الجداول صحيح لان ذلك واجب
على المستاجر بدون الشرط فانه لا يبقى اثره بعد العام فاذا شرط على المستاجر فقد شرط ما يقتضيه العقد فلا يفسد العقد وهو
قال الصدر الشهيد وهو اختيار الشيخ الامام الاجل برهان الائمة رحمه الله والى هذا القول ذهب صاحب الهداية حيث
قال وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام • واحترز صاحب الهداية بقوله هو الصحيح عن قول خواهر زاده
وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير كري الانهار انما يراد به الانهار العظام لان منفعة كريها تبقى الى العام الآخر • فاما
الجداول فلا تبقى منفعة كريها الى العام الثاني فلا باس به واسم الانهار على الاطلاق لا يتناول الجداول يقال كريت الارض اكريها كريا
وكذا ما اثرتها للزرع • وفي المثل الكراب على البقر اي لا تكرب الارض الا بالبقر يعنون اذ مارسه كل امر جرت بالسنة • وفي لفظ المثل
خلاف يعرف في المستقصى وكذي النهر حفرته قوله قال وان استاجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه • اي قال
في الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يؤاجر الارض ليزرعها بزراعة ارض قال لا خير
فيه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره قال علي بن الجعد وبشر بن الوليد عن ابي يوسف
فيمن استاجر عبدا ليخدمه شهرا بخدامة عبد له يخدمه شهرا فان ابا حنيفة قال هذا فاسد لا يجوز اجارة خدمة بخدمة ولا سكنى بسكنى
ولا زراعة ارض بزراعة ارض اخرى فان خدم احدهما ولم يخدم الآخر فليس عليه اجرة • وكذلك ركوب دابة بركوب دابة اخرى
وكذلك الاعمال كلها التي هي بمنزلة ذلك • وقال ابو حنيفة اذا اختلف العملان جازت الاجارة في الحر والعبد من او كانبر
فاذا اتفق العمل وكان واحدا فلا اجر قال ابو الحسن والمختلفان ان يستاجر دار السكنى بزراعة ارض او خدمة عبد بسكنى دار
او زراعة ارض بركوب دابة فهذا جائز عندهم جميعا اذا كان مختلفا وفاسد عندهم جميعا اذا كان متفقا ولا اختلاف بين اصحابنا
ان المتفق الاجارة فيه فاسدة والمختلف جائز ولا احفظ انه لا اجر عليه في المتفق الا ما رواه علي بن بشر عن ابي يوسف وليس عنه
خلاف فهذا فيما احفظ الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • وعند الشافعي رحمه الله يجوز اجارة المنافع بجنسها كالسكنى بالسكنى والركوب
بالركوب ويجوز ذلك لان المنافع في باب الاجارة لها حكم الاعيان فيجوز سواء اختلف المنافع او اتفقت كما اذا باع ارضا بارض
والدليل على ان للمنافع حكم الاعيان لو استاجر المنافع بدين جاز فلو لم يكن لها حكم الاعيان لم يجز لانه يلزم الكالي بالكالي
وهو منهي ولنا وجهان في المسئلة احدهما ما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي ان محمد بن سماعة كتب الى محمد
ابن الحسن في هذه المسئلة فكتب اليه في جوابها انك اطلت الفكرة واصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت زلة اما علمت ان بيع القوهي
بالقوهي نسا لا يجوز • يعني ان بيع القوهي بالقوهي نسا انما لم يجز لان احد وصفي الربا كاف لحرمة النسا وهو الجنس في القوهي فكذا في
المنافع اذا اتفقت وجد الجنس فيحرم النسا • وهذا هو المراد من قوله في المتن اليه اشار محمد رحمه الله • بيان ذلك ان المنافع
لا بقاء لها بل تحدث شيئا فشيئا فتحقق التاخير فيثبت معنى النسا • والثاني ان القياس يابى جواز الاجارة لكن
المنافع التي هي معقود عليها معدومة حقيقة حال ورود العقد لانه لا صحة للعقد الا بقيام محل العقد ولكن جوزناه ضرورة
دفع حوائج الناس باقامة العين مقام المنافع في صحة انعقاد السبب • فاذا اتفقت المنافع انعدمت الضرورة الى جوازها
لان الحاجة تندفع بما عنده فلا حاجة الى عقد الاجارة فبقي الحكم على اصل القياس • بخلاف ما اذا استاجر المنفعة بخلاف
جنسها لان الحاجة تمس الى تحصيل تلك المنفعة فجوزت فبطل قياس الخصم ولا يلزم اجارة المنافع بدين لانا اقمنا الدار مقام
المنافع تصحيحا للعقد لم يلزم الكالي بالكالي لان الدارعين قائمة ولكن مع هذا اشبهت الدين في المنافع فاثبتت حرمة ربا النسا
تثبت بشبهة الدليل فحرم النسا اذا اتفق الجنس بوجود شبهة الدليل وهي وجود احد وصفي علة الربا والله الهادي والقوهي ثوب نسبة
الى قوهستان وهي بلاد فارس قوله قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل
نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في
طعام بين رجلين استاجر احدهما دابة صاحبه ليحمل الطعام الذي هو بينهما قال لا اجر له الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وعند

الشافعي رحمه الله يصح الاجارة ويجب الاجر المسمى لانه اجارة ببدل معلوم لعمل معلوم في محل هو ملك المستاجر وقد اوفاه الاجير فيجب
له الاجر • ولنا انه استاجره لعمل لا وجود له فصار كالاجارة لا منفعة فيها • وانما قلنا ذلك لانه استاجره لعمل في محل شايع وايقاع العمل
في الشايع لا يتصور فلا يصح الاجارة ولانه عامل لنفسه والانسان لا يستحق على عمله لنفسه اجرا لانه لا يتميز نصيبه من نصيب شريكه لكونه شايعا
فيكون عاملا لنفسه في كل جزء من المعقود عليه • وعلل الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير بان المستاجر يتوصل الى حمل نصيبه بحمل نصيب
شريكه فصار كان المستاجر استاجره ليحمل واشترط الاجير منفعة سوى الاجر فصار بمنزلة بيع وسلف • ثم اذا حمل لا يجب الاجر لان الاجر
يجب في الاجارة الفاسدة اذا كان له نظير من الاجارة الجائزة وهذه الاجارة لا نظير لها من الاجارات الجائزة لانه استاجره لعمل هو
فيه شريك • وقال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة عن محمد في طعام بين رجلين في سفينة لاحدهما فاراد ان يخرجا الطعام من بلدهما
الى بلد اخر فاستاجر احدهما نصف سفينة صاحبه لحصته بعشرة دراهم فهو جائز • وكذلك لو اراد ان يطحن الطعام فاستاجر نصف الرحا
الذي لشريكه • قال وكذلك لو استاجر منه انصاف جوالقه هذه ليحمل فيها هذا الطعام الى مكة فهو جائز • ولو استاجر عبد صاحبه
او دابة عبد صاحبه او دابته ليحمل عليها او استاجر ليحفظ الطعام وسوا استاجر العبد او الدابة كله او نصفه فان ذلك لا يجوز فان
فان حمل على الدابة فلا اجر له • ثم قال الكرخي قال محمد وكل شيء استاجر من صاحبه مما يكون عملا فانه لا يجوز وان عمله فلا اجر له
وكل شيء ليس يكون عملا استاجر احدهما من صاحبه فهو جائز • وقال شمس الائمة البيهقي في الكفاية في الاصل ان في كل موضع لا يستحق
الاجر الا بايقاع عمل في العين المشترك لا يجوز لانه لا يمكن كما في نقل الطعام المشترك بنفسه او دابته او غلامه وكل ما يستحق بدون ايقاع
عمل في المشترك يجوز • وفي الدار والسفينة والرحا يجب الاجر بوضع العين في الدار والسفينة والرحا لا بايقاع عمل قوله
لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشايع لانه لا يمتاز نصيب المستاجر من نصيب القابل وكل جزء يحمله في الشايع فالحامل فيه نصيب
يكون عاملا في ذلك الجزء لنفسه لا للمستاجر والمستاجر انما استاجره ليعمل له لا لنفسه ولا اجر للعامل لنفسه قوله بخلاف الدار
المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام هذا جواب عن قياس الخصم بقوله كما اذا استاجر دارا
مشتركة بينه وبين غيره • يعني ان المعقود عليه في المتنازع فيه ايقاع العمل وهو لا يتصور في الشايع فلا يجوز فلا يجب الاجر بخلاف
الدار المشتركة اذا استاجرها احد الشريكين لوضع الطعام فانه يجوز ويجب للشريك لان المعقود عليه المنافع لا ايقاع العمل في العين المشترك
فامكن التسليم في المعقود عليه • ولهذا يجب الاجر بمجرد وضع الطعام بلا ايقاع عمل في الدار ويجب الاجر ايضا اذا سلم المفتاح ولم يضع
فيه الطعام الى انقضاء المدة قوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه الخصم فيما اذا استاجر عبدا مشتركا ليخيط له الثياب
يعني ان المستاجر للعبد يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي يمكن اثباته حكما وان لم يكن حسيا بخلاف المتنازع فيه لانه امر
حسي لا يتصور في الشايع لعدم الاشياء حسا • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو كان بين رجلين طعام
فاستاجر احدهما صاحبه ليحمله او ليطحنه لم يجز • قال وكذلك لو ذبح الغزل ورعي الغنم التي بينهما لا اجر له في ذلك قوله ومن
استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في الرجل يؤاجر الارض ولم يسم انه يزرع فيها شيئا قال الاجارة فاسدة • فان اختصما قبل ان يعمل بها افسدتها وان
زرعها ومضى الاجل فله الاجر الذي سمى الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وكان القياس ان يذكر هذه المسئلة في اول باب ما يجوز من الاجارة
عند ذكر مسئلة القدوري وهي قوله ويجوز استيجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها او يقول على ان يزرع
فيها ما شاء ولكن مع هذا لا يخلو المسئلة من التكرار لان في مسئلة الجامع الصغير فائدة وهي قوله وان زرعها ومضى الاجل فله الاجر الذي
سمى • ثم اعلم ان اجارة الارض لا يجوز حتى يبين ما يزرع فيها واي شيء يزرع فيها • وذلك لان الارض تستاجر للزراعة وغيرها
من البناء وحفظ الامتعة وما اشبه ذلك • فان لم يبين الزراعة لا يصير المعقود عليه معلوما فيفسد العقد لجهالته • ثم من
الحبوب التي تزرع ما يكون اكثر ضررا بالارض فلا بد من ان يبين اي نوع يزرع فيها حتى لا يفضي الى الجهالة المفضية الى المنازعة فان
زرعها بعد ما فسد العقد لجهالة يتعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب العقد الى الجواز ويجب الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل
نقض القاضي العقد • وعند زفر لا ينقلب العقد جائزا وان زرعها بعد نقض القاضي لا يعود جائزا وقول زفر هو القياس لانه
وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا الا بالتجديد كما لو اشترى شيئا بخمر او خنزير وقول اصحابنا هو الاستحسان • ووجهه ان عقد الاجارة
ينعقد للمستانف فاذا زرع فيها صار كان العقد وقع على هذا العمل ابتدا فجاز العقد لان الفساد الناشي لمكان الجهالة ارتفع قبل تمام العقد
فصار كان الجهالة ارتفعت حالة العقد • واما اذا كان القاضي قد نقض الاجارة للجهالة فاذا ارتفعت الجهالة استغنى عن النقض كما
قلنا فيمن باع شيئا الى الحصاد او الدياس ثم اسقط الاجل في المجلس او بعده قبل اوان الحصاد او الدياس انقلب جائزا عندنا خلافا
لزفر وكما في الصرف بشرط الخيار والاجل اذا اسقط ذلك قبل الافتراق يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر قوله كما اذا اسقط
الاجل المجهول اراد به ما اذا باع الى الحصاد او الدياس ثم اسقط الاجل قبل اوان الحصاد والدياس جاز وفيه خلاف زفر وقد مر قبل
هذا فلم نعد عليه عند ذكر الدليل فيه نظر قوله والخيار الزائد في المدة يعني اذا باع بشرط الخيار الى اربعة ايام ثم
اسقط اليوم الرابع الذي هو زائد على مدة شرط الخيار وهي ثلاثة ايام جاز خلافا لزفر • فعلى هذا في حمله شيئا
عليه ايضا عند ذكر الدليل نظر قوله ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في
نصف الطريق فلا ضمان عليه • وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل
استاجر من رجل حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه مثل ما يحمل الناس فنفق في بعض الطريق قال لا ضمان على المستاجر

وان بلغ البغداد فعليه الاجر الذي سماه . وان اختصما قبل ان يحمل عليه شيئا نقضا الاجارة الى هنا اصل الجامع الصغير . قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه وان استاجرها الى مكان معلوم ولم يسم ما يحمل عليها فان اختصما دون
الاجارة لان الحمل يختلف باختلاف المحمول فلا بد من بيانه ليصير العمل معلوما فاذا لم يبين فسد العقد فارد الاجارة عند اختصامهما
وان حمل عليها او ركبها الى ذلك المكان فعليه ما سماه من الكرا استحسانا لانا جعلنا التعيين بالفعل كالتعيين بالقول في حالة ابتدا
العقد لان العقد في حق الحكم ينعقد عند حدوث المنفعة . ولو عين في الابتداء فكذا في هذه الحالة . وكذلك لو استاجر عبدا
ولم يسم ما استاجره له كذا في شرح الكافي . وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير . وان اختصما قبل ان يحمل عليها فالقاضي
ينقض الاجارة لان العقد فاسد ما لم يحمل عليه . وكذلك لو استاجر ثوبا للبس ولم يبين اللابس لا يجوز لان الناس يتفاوتون . فان
عين اللابس بعد ذلك يجوز استحسانا . وانما قيد بقوله حمله مثل ما يحمل الناس واراد به الحمل المعتاد لانه اذا حمل غير المعتاد فعطب
الحمار يجب ان يضمن . وانما لم يجب الضمان في الحمل المعتاد لعدم المخالفة لان مطلق الاذن ينصرف الى المعتاد ولم يتعد المعتاد والعين
امانة في يد المستاجر لانه قبضها باذن المالك ولم يوجد منه الخلاف بعد ذلك فلا يضمن وهذا الحكم الفاسد يوخذ من الصحيح في الاجارة
الصحيحة اذا لم يوجد الخلاف لا يجب الضمان فكذا في الاجارة الفاسدة فكذا هنا ونقلب العقد جائزا بالحمل المعتاد استحسانا **قوله**
في المسئلة الاولى اراد بها اذا استاجر ارضا للزراعة ولم يبين ما يزرعها ثم زرعها ومضى الاجل يجب الاجر المسمى استحسانا فكذا هنا
اذا حمل الى بغداد يجب الاجر المسمى استحسانا **قوله** اذ الفساد قائم تعدى فساد العقد ثابت بعد عقد الاجارة ثم
قبل الحمل على الحمار وقبل الزراعة في الارض ينقض الاجارة دفعا للفساد . فلو قال صاحب الهداية دفعا للفساد بالدال
مكان قوله دفعا للفساد بالذال كان اولى لان الفساد قائم يحتاج الى الرفع لا غير قائم حتى يحتاج الى الدفع فافهم وقيل
نفقت الدابة نفوقا اذا ماتت ونفق المتاع نفاقا والنفاق ضد الكساد وهما من باب فعل يفعل بفتح العين في الماضي وضمها
في المضارع شرع في بيان الضمان

باب ضمان الاجير

لما فرغ عن ذكر انواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الاجارة
فيحتاج الى بيانه **قوله** قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك لا يستحق الاجرة حتى يعمل
كالصباغ والقصار والخياط والصائغ . اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره الاجير المشترك
القصار والصباغ والخياط والصائغ وكل من يستحق الاجر بعمله دون تسليم نفسه . ثم قال الكرخي الاجير الخاص من استحق
الاجر بالوقت دون العمل وذلك كرجل استاجر رجلا ليخدمه شهرا بخمسة دراهم او كل شهر بخمسة دراهم او ليقصر له او ليخيط له
او ليعمل عملا من الاعمال سماه كل شهر بكذا وكذا او كل يوم بكذا وكذا او كل سنة بكذا وكذا هذا هو الخاص الى هنا لفظ الكرخي في مختصره
وقال في شرح الطحاوي الاجير المشترك الذي هو ان يتقبل العمل من غير واحد واجير الواحد ان يتقبل العمل من الواحد . وفي الاجير
المشترك العقد انما يقع على تسليم العمل لا على تسليم النفس والعقد في اجير الوحد يقع على تسليم النفس اليه في المدة لا على تسليم العمل الى
هنا لفظ شرح الطحاوي . وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد الاجير المشترك
عندنا القصار والخياط والاسكاف وكل من يتقبل الاعمال من غير واحد . واجير الوحد ان يستاجر الرجل ليخدمه شهرا او ليخرج
معه الى مكة او ما اشبه ذلك . والاصل فيه ان كل من ينتهي عمله بانتهاء مدة معلومة فهو اجير وحد وكل من لا ينتهي عمله بانتهاء مدة
معلومة فهو اجير مشترك لانه اذا انتهى عمله تعذر عليه ان يواجر نفسه في تلك المدة من غيره **قوله** من هذا الوجه
يسمى مشتركا اي من حيث ان منافعه تصير مستحقة لواحد يسمى هذا الاجير اجيرا مشتركا **قوله** والمتاع امانة في يده ان هلك
لم يضمن عند ابي حنيفة وهذا لفظ القدوري في مختصره ويضمنه عند ابي يوسف ومحمد . قال الكرخي في مختصره فاذا سلم
اليه ما استوجر عليه وقبضه فهو امانة في يده عند ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو قول حماد بن ابي سليمان . وقال ابو
يوسف ومحمد هو مضمون عليه بالقيمة ان هلك في يده او تلف بوجه من الوجوه عنده الا ان يكون من شيء غالب لا يحتفظ من مثله مثل
حريق غالب او عدو مكابر او سارق كذلك الى هنا لفظ الكرخي في مختصره . وعند الشافعي رحمه الله يد الاجير يد امانة على
الاصح وفي قول اخر عنده يد ضمان وقول ثالث ان يد الاجير المشترك يد ضمان بخلاف المعين للعمل كذا في وجيزهم . وجه قولهما
ما روي في شرح الكافي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يضمن الصائغ ما افسد وامن متاع الناس او ضاع على ايديهم . وروي
في شرح الكافي ايضا ان عليا رضي الله عنه كان يضمن الخياط والقصار ومثل ذلك من الصنائع احتياطا للناس ان يضيعوا اموالهم
وهذا كان من رايه بديا ثم رجع عنه كذا ذكر شيخ الاسلام الاسبيجابي في اول كتاب الاجارات . ولان الحفظ يجب عليه بعقد
الاجارة كالعمل ثم العمل المعمول عليه . ولهذا يضمن ما جنت يده كالدق فكذا الحفظ . بخلاف اجير الواحد فانه لا يضمن ما جنت
يده ايضا لان المعقود عليه تسليم النفس لا العمل . ووجه قول ابي حنيفة ما روى محمد في كتاب الآثار عن ابي حنيفة عن حماد
عن ابراهيم انه قال لا يضمن اجير الا من افسد كتاب الآثار وكان حكم شريح بمحضر من الصحابة والتابعين من غير نكير فحل
محل الاجماع . وروى محمد ايضا في كتاب الآثار عن ابي حنيفة عن الهيثم عن رجل او بشير عن محمد عن ابي جعفر محمد بن علي ان علي بن ابي طالب
رضي الله عنه كان لا يضمن القصار ولا الصائغ ولا الحائك . ولان العين امانة في يده ولان الاجرة لم يضمن بالجناية فلا يضمن . ولان
الواجب عليه بعقد الاجارة هو العمل لا الحفظ الا ترى ان الاجرة تجب بمقابلة العمل دون الحفظ فكان العمل مضمونا دون الحفظ
لان العمل لا يكون بلا حفظ فلا يلزم من ذلك ان يجب الحفظ . ولانا نقيس عليها بالذي لم يبق لكل لا يعلم على وجه

الجلد والدبة فلا تكون مضمونة كالوديعة ولان قبضه لم يتعلق به الضمان لاستوى فيه ما يمكن دفعه وما لا يمكن دفعه كالغاصب
وقول ابي حنيفة قياس لان المحل امانة في يده وهلاك الامانة من غير صنع لا يوجب الضمان . وقولهما استحسان ووجه اثر عمر وعلي
رضي الله عنه . قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قبيل باب الرجل يستصنع الشيء كانت المسئلة مختلفا فيها بين الصحابة
والتابعين فابو حنيفة رجح اقوال البعض على البعض . ثم عندهما اذا ضمنه ان شاء ضمنه قيمة الثوب مقصورا واعطاه الاجر لانه قد
سلم العمل الى المالك وحدث بفعله زيادة في الثوب فكان عليه الاجر وعلى الاجير ضمان الزيادة مع الاصل وان شاء ضمنه قيمة
الثوب ولم ياخذ اجر القصارة لانه هلك المحل قبل وصول العمل الى يد المستاجر حقيقة فاشبه هلاك المبيع قبل القبض كذا في شرح
الكافي في باب متى يجب الاجر للعامل . وقال ايضا فيه في باب ما يضمن فيه الاجير قال ابو حنيفة ان هلك الثوب عند القصار فلا ضمان
عليه وهو مؤتمن بعد ان يحلف . وكذلك لو سرق . وكذلك ان احترق الحانوت لانعدام الجناية منه . وعندهما يضمن لانه دخل في ضمانه
بالعقد وان لم يتحقق منه جناية **قوله** وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به
المكاري الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون عليه هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا انه لا يضمن به بني ادم ممن غرق
في السفينة او سقط من الدابة . قال صاحب الهداية وان كان بغير صنعه وقوده . قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره
واجمع ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وابن ابي ليلى انه مضمون بالعمل الذي ياخذ عليه الاجر فيضمن القصار ما يخرق من دقه او من بله
او من عصره او بسطه . وكذلك الصباغ في ذلك كله ويضمن ايضا في طحن الثوب ان كان مما يطحن . وكذلك الملاح ما كان من مده او جذفه
او ما يعالج به السفينة للسير وكذلك الحمال والمكاري اذا كان من سوقه او قوده او انقطع الحبل الذي يشد على المتاع فسقط المتاع هو
ضامن وكذا هو لا يضمن ما يستند به المتاع من فساد يلحقه منه عند حمله سفينة او سوقه لدابة عليه المتاع او قوده . وقال حماد بن ابي سليمان
وزفر والحسن بن زياد وهو قول مالك في ذلك لا يضمن الا ان يتعدى كما يضمن المودع اذا تعدى ولا يضمن ما كان منه من عمله المستاجر عليه
لانه ماذون فيه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله . وقال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا الثلاثة الاجير المشترك
يضمن ما جنت يده استحسانا والقياس ان لا يضمن وهو قول الشافعي رحمه الله وصورة المسئلة اذا دفع ثوبا الى قصار ليقصره باجرة فدقه
دق المثل وتخرق الثوب الى هنا لفظ العالم . وقال ايضا في التحفة ولو تخرق بدق اجير القصار لا ضمان عليه ولكن يجب الضمان على
الاستاد لان عمله ينتقل اليه كانه فعله بنفسه . وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي . واذا دق اجير القصار
ثوبا فخرقه فضمانه على الاستاذ دون الاجير لانا قلنا فعله على الاستاذ فكان الضمان عليه خاصة لانه ليس بماذون فيه فاقتصر
الاتلاف عليه . وان كان حائطا فلا ضمان عليه لانه ماذون في وطيه . ولو وطئ القصار ثوبا وديعة عنده فتخرق كان ضامنا
له وان كان حائطا اذا لم يكن اذن له في بسطه ووطيه لانه اتلفها بغير امر فيضمن كذا في شرح الكافي . وجه قول زفر انه عمل ماذون
فيه فلا يضمن ما تولد منه كالبزاغ والفصاد والختان واجير الوحد والمعين وتلميذ القصار . ووجه قولنا انه المستعمل الغير بغير
اذنه فيضمن وهذا لان العقد ورد على العمل المصلح لا المفسد فاذا افسد من عمله ضمن لانه لم يتناوله الاذن لانه امر بالقصارة هو
والتخريق لا يسمى قصارة فصار كما اذا خرقه قبل العقد . بخلاف البزاغ والفصاد والختان فان العقد ورد على فعل هو جرح وصفة
السلامة والسراية ليست بداخلة تحت العقد لان ذلك ليس في وسعه فلم يلزم الضمان اذا لم يتجاوز الموضع المعتاد وههنا الدق
الموثق في وسعه والتحرز عن غفلته وخطئه فافترقا . وبخلاف اجير الوحد لان المعقود عليه المنفعة لا العمل . ولهذا يستحق
الاجر بتسليم النفس في المدة وان لم يعمل فلم يوجد منه التزام سلامة العمل لا محالة فلم يلزمه الضمان والمعقود عليه في الاجير
المشترك العمل . ولهذا لا يستحق الاجر ما لم يوجد العمل . فاذا لم يسلم العمل فسد المعقود عليه لزمه الضمان . وبخلاف
المعين فانه واهب لعمله والهبة لا تقتضي وصف السلامة . فاما تلميذ القصار وهو اجير وحد او معين ولا ضمان على واحد
منهما لما قلنا ويجب على الاستاذ لان العمل مضاف اليه ولهذا يستوجب الاجر بعمله فيصير كان الاستاذ عمل بيد التلميذ . وانما
لم يلزم الضمان اذا غرق الانسان في السفينة او سقط من الدابة لان ضمان الادمي لا يجب الا بالجناية وعقد الاجارة ليس بجناية
فلا يكون سببا للضمان فلهذا اذا كان ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهو كالمتاع وهو الصحيح عدم الفرق هكذا روى
عن ابن سماعة عن ابي يوسف في الرضيع **قوله** قال واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر
فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمل ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر فيه واعطاه اجره بحسابه وهذه
من مسائل الجامع الصغير . وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يستاجر الرجل بقيراط يحمل له دنا من الفرات الى
منزله فلما بلغ بعض الطريق وقع منه فانكسر قال ان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي انكسر واعطاه من الاجر بحساب ذلك وان
شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله فيه ولا اجر له الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير لما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان الجديد
كانت تباع هنالك كذا قال الامام العتابي رحمه الله واصله ان الاجير المشترك يضمن ما جنت يده عندنا خلافا لزفر والشافعي
رحمه الله لانه ماذون في عمله فلا ضمان كاجير الوحد . ولنا ان الاذن في العمل المصلح لا المفسد فيضمن كما قبل العقد وقد مر
تمام البيان قبل هذه المسئلة . قال في شرح الطحاوي ولم يذكر الشارح انكر فانه لا يضمن بالاجماع لان ذلك بمنزلة الحرق الغالب
والغرق الغالب . ولو انه هو الذي دقه الشارح حتى انكسر فانه يضمن بالاجماع الى هنا لفظ الطحاوي . ثم لصاحب المتاع الخيار في
التضمين ان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي وقع عليه العقد وانكسر واعطى الحمال بحساب ذلك القدر لانه استوفى بعض عمله وان
شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي وقع عليه العقد الاجارة ولا اجر للحمال لانه فسخ عمله . قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير

ذكر عن بشر انه قال هذا مذهبهما فعلى قول ابي حنيفة ينبغي ان لا يضمنه الا في الموضع الذي انكر خاصة لان من اصل ابي حنيفة ان الثوب لا يكون مضمونا
على الاجير المشترك الا ان يهلك من عمله ٭ واذا وجب عليه الضمان بعمله وجب ان يضمنه في ذلك الموضع خاصة ٭ ثم قال الفقيه ولكن ما قال
هذا على اصل ابي حنيفة صحيح لان الضمان وان وجب عليه بالعمل فسبب وجوبه العقد ولولا ذلك العقد لا يجب عليه الضمان فلا يثبت ان الضمان وجب
عليه بالعقد فلما هلك من عمله وجب الضمان بذلك العقد مستندا الى العقد فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه بالعقد في اول ما حمل لان العقد هو
السبب الموجب للضمان ٭ وان شاء ضمنه في المكان الذي انكر فيه لان الضمان في الحقيقة بالعمل قوله فلما قلنا اشارة الى قوله
ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح قوله وفي الوجه الثاني اي فيما اذا ضمنه في الموضع
الذي انكر قوله وفي الاول اي وفي الوجه الاول اي فيما اذا ضمنه في المكان الذي حمله ٭ قال في شرح الطحاوي والراعي بمنزلة
الاجير المشترك اذا كان يرعى للعامة فما تلف من سوقه وضربه اياها بخلاف العادة فانه يضمن لانه من جناية يده ٭ واذا ساق
الدواب على الشرعة فازدحمت على القنطرة ودفعت بعضها بعضا فسقطت في الماء وعطبت فانه يضمن لانه من جناية يده ٭ ولو ان رجلا
قال استاجرتك لترعى غنمي خاصة مدة معلومة فهذا اجير الوحد ٭ وقال في الفتاوى الصغرى الراعي اذا كان مشتركا لا يجب عليه رعي
الاولاد التي تحدث ٭ فان شرط عليه في اصل العقد يجوز ٭ وفي اجير الوحد يجب عليه رعي الاولاد قوله قال واذا فصد
الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك ٭ اي قال القدوري في مختصره وقال محمد في
الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال للبيطار ابزغ دابتي هذه بدانق ففعل فماتت قال ليس عليه شيء
وقال ايضا عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال للحجام احجم عبدي هذا بدانق فحجمه فمات لم يكن عليه شيء الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع
الصغير ٭ وانما لم يجب الضمان لان السراية انما تكون لضعف الطبيعة وذلك امر باطن لا يوقف عليه فلم يكن التحرز في وسعه ٭ فلو كان
عمله مقيدا بشرط السلامة لتقاعد الناس عن هذا العمل واخلت حوائجهم ٭ ولهذا لم يجب الضمان بخلاف ما اذا هلك من عمل القصار
ونحوه لان ذلك من خرقه وتقصيره لان في وسعه الاتيان بالعمل المصلح دون المفسد ٭ وذلك لان الفساد اما ان يكون لخرق في العمل
بالدق لا على الوجه الذي يحمله الثوب او لخشونة في المدقة او للحالة في الثوب بان كانت فيه حصاة او قسا دطي وغير ذلك ٭ والرجل اذا كان
بصيرا في صنعته يمكن التحرز عن ذلك بالمبالغة في البحث عن الحالة والمراقبة في الدق فاذا كان كذلك لان الفساد ممكنا والمستاجر ما رضي
الا بجهة الشرط انتفى الاذن بالفساد ضرورة ولانه لا يعلم ان الهلاك حصل بفعل القصار والحجام اذا لم يتجاوز الموضع المعتاد لانه
فعل ما فعل بالاذن ولم يوجد من جهته سبب يوجب الضمان ٭ بخلاف ما اذا تجاوز الموضع المعتاد حيث يضمن لانه فعل غير ماذون
فيه ٭ قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا حجم الحجام باجر او ختن الختان باجر او بزغ البيطار فمات من ذلك فلا ضمان عليهم ما لم يتجاوزوا
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في تعليله لان العقد انعقد على عمل هو فاسد في نفسه وهو الشق والجرح فكان
فاذا ونافذه فلا يضمن بخلاف القصار لان العقد انعقد على عمل مصلح فافترقا ٭ وان فعلوا بغير امره ضمنوا ٭ وقال في الفتاوى الصغرى
والتتمة البزاغ والفصاد والحجام والختان لا يضمنون بسراية فعلهم وهي معروفة ٭ فان قطع الختان بعض الحشفة يضمن حكومة عدل فان
قطع الحشفة كلها فعليه كمال الدية لكن انما يجب كمال الدية في كل الحشفة اذا لم يتصل به السراية ٭ فاما اذا سرى فمات فعليه نصف الدية
لانه اذا مات فالتلف حصل بفعلين قطع الجلدة وقطع الحشفة واحدهما ماذون فيه وهو قطع الجلدة والثاني لا فينتصف الضمان لما
اذا برا فقطع الجلدة ماذون فيه فصار كان لم يكن ٭ وقطع الحشفة غير ماذون فيوجب ضمان الحشفة كاملا وهو الدية ٭ فان قيل قطع الحشفة
بدليل شرعية هذا دون ذلك فلا يسوي بينهما كما في قطع اليد وحز الرقبة ٭ قلنا عنه جوابان احدهما لم قلتم ان قطع الحشفة هو
دون قطع الجلدة في الافضا والتفاوت في المشروعية انما كان لتعلق المنفعة بقطع الجلدة دون قطع الحشفة ٭ الا ترى ان خدش الجلدة
او قرضها ليس بمشروع وقطعها مشروع ٭ ثم قلنا بل ان خدش الجلدة او قرضها دون قطعها في الافضا الى التلف والثاني ان كان كما زعم لكنهما
من جنس واحد بمعنى ان كل واحد منهما يحتمل ان يقع اتلافا ويحتمل ان لا يقع والتفاوت فيما بين هذين الفعلين لا يعتبر لانه لا يمكن
ضبطه ٭ بخلاف حز الرقبة مع قطع اليد لان الحز لا يحتمل ان لا يقع اتلافا وقطع اليد يحتمله فكانا جنسين مختلفين فاعتبر ما بينهما من
التفاوت ولم يسو بينهما ٭ فان قيل اذا قطع رجل يد عبد من الرسغ ثم جاء اخر وقطع من المرفق فمات المقطوع من السراية فضمانه
ودية انما يجب على الثاني عندكم ٭ فعلى قياس ما ذكرتم يجب ان يكون عليهما سواء قلنا السراية وان تجانسا بما ذكرنا فانما نسوي بينهما
اذا كان الفعل الثاني لا يستوفي محل الفعل الاول كما لو قطع احدهما يده والاخر قطع رجله او قطع يده الاخرى ٭ اما اذا فوت الفعل الثاني
محل الاول كما فيما ذكرتم من الصورة فلا لان الفعل الاول اذا فات محله فات بفوات محله فصار كانه انتهى بالبرء او لان البرء يحتمل النقص
وفي فوات المحل لا ٭ واذا فات الفعل الاول بالثاني لم يكن للاول عبرة كما لو برا الاول فاضيف التلف الى الثاني فوجب الضمان على صاحبه
بخلاف ما لو لم يفت الفعل الاول بالثاني وههنا قطع الجلدة وقطع الحشفة لا يفوت محل احدهما بالاخر فبقي الاول مع الثاني فامكن
اعتبارهما فيعتبر كل واحد منهما وكذلك كل جرحين لا يفوت محل احدهما بالاخر فانهما يعتبران جميعا ٭ وقال في الفتاوى الصغرى
والتتمة ايضا اذا شرط على الحجام والبزاغ العمل على وجه لا يسري لا يصح هذا الشرط لانه ليس في وسعه ذلك ٭ ولو شرط على
القصار العمل على وجه لا يتخرق صح لان في وسعه ذلك نص شيخ الاسلام خواهر زاده في باب ما يضمن الاجير وبزغ البيطار الدابة
اذا شرط قوائمها والحديدة التي يشق بها ذلك المبزغ وهو من باب فتح والبطر الشق يقال بطرت الجلد ابطره
وابطره بطرا وهو اصل منه البيطار ٭ وقالوا رجل بيطر ويبطر ولكنه راجع الى ذلك كذا في الجمهرة قوله وفي كل
واحد من العبارتين نوع بيان لان في عبارة القدوري قال ولم يتجاوز الموضع المعتاد فعلم منه

ذلك

ذلك انه اذا تجاوز يضمن ٭ وقال في عبارة الجامع الصغير ابزغ دابتي واحجم عبدي فعلم من ذلك الاذن ٭ فلو فعل بلا اذن
ضمن وان لم يتجاوز الموضع المعتاد قوله قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن
استوجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم ٭ اي قال القدوري في مختصره وقوله والاجير الخاص عطف على قوله فالمشترك من لا يستحق
الاجرة حتى يعمل عند قوله الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص ٭ وانما سمي خاصا لان منافعه صارت مسلمة الى المستاجر
في المدة المعقود عليها بحيث لا يتمكن من ان يؤجر نفسه لغيره في تلك المدة قوله ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا
ما تلف من عمله ٭ وهذا لفظ القدوري في مختصره ٭ اما ما تلف في يده كما اذا ضاع او سرق ما استوجر عليه فانما لم يضمنه
على اصل ابي حنيفة لانه قبضه باذن مالكه ولم يجز وعلى اصلهما لان الضمان في الاجير المشترك انما وجب عندهما صيانة واحتياطا
لاموال الناس عن التلف استحسانا لم يزيد في الحفظ ٭ والاجير الخاص لا يتسلم العين في العادة بل يسلم نفسه فلا يشترط عليه سلامة
العين فاخذنا فيه بالقياس وهو عدم الضمان ٭ واما ما تلف من عمله كالفساد في الطبخ والخبز والتخريق في الغسل ونحو ذلك فانما
لم يجب الضمان فيه ايضا لان منافعه لما صارت مسلمة الى المستاجر صار عمله كعمله فلم يضمن لانه صار نائبا منابه في العمل فكان المستاجر
عمل بنفسه فسد ولان العمل لما لم يكن معقودا عليه لان المعقود عليه المنفعة لم يكن مضمونا عليه فما تولد منه لا يكون مضمونا ايضا
الا اذا تعمد الفساد فحينئذ يضمن كالمودع ٭ وهذا لانه لو جعل المعقود عليه شرط العمل او وصف القصارة لا نا لو فعلنا ذلك
لفسد لان صورة اجير الوحد ان تكون المدة معلومة واذا كان كذلك وربما يمكنه تحصيل هذا العمل في هذه المدة وربما لا يمكن هو
وربما ياتي منه وصف القصارة في هذه المدة وربما لا ياتي فكان فيه جهالة وغرر وذلك مفسد للعقد فجعلنا المعقود عليه منفعة
الاجير لانها معلومة بتقدير هذا الزمان ٭ والدليل على ان المعقود عليه في الاجير الخاص المنفعة لا وصف القصارة ٭ وفي
المشترك وصف القصارة والاحكام منها ان في الاجير الخاص المنفعة لا وصف اذا سلم النفس ولم يستعمله المستاجر يستحق الاجر لانه
سلم المعقود عليه وهو المنافع ٭ وفي المشترك لا يستحق الاجر لانه لم يسلم المعقود عليه وهو وصف القصارة ٭ ومنها ان في الخاص
لو استعان بغيره لا يستحق الاجر لانه لم يسلم منافع نفسه ٭ وفي المشترك يستحق الاجر لانه سلم وصف القصارة ٭ ومنها ان في الاجير
الخاص لو خاط بعض الخياطة يستحق الاجر لانه سلم منفعة النفس ٭ وفي المشترك لا يستحق لانه لم يسلم العمل الى المالك كذا قال
علاء الدين العالم السمرقندي في طريقة الخلاف قوله اما الاول اراد عدم الضمان فيما تلف في يده قوله
واما الثاني اراد به عدم الضمان فيما تلف من عمله

باب الاجارة على احد الشرطين

لما ذكر الاجارة على شرط واحد بدون التعليق بشرطين وذكر من ذلك ما يفسد العقد وما
كان مخالفا لمقتضى العقد شرع هنا يذكر الاجارة على احد الشرطين لكون المثنى بعد الواحد قوله واذا قال للخياط
ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم ٭ وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجرة ٭ هذا
لفظ القدوري في مختصره ٭ وفي بعض النسخ استحق الاجرة ٭ وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي ٭ وقال الشافعي رحمه الله
العقدان جميعا فاسدان وهو الظاهر من قول زفر رضي الله عنه ٭ قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا وقع عقد الاجارة
على احد شيئين وسمى لكل واحد منهما اجرا معلوما فذلك جائز كرجل قال لاخر قد اجرتك هذه الدار بخمسة دراهم او هذه الاخرى بعشرة
او كان هذا القول في حانوتين او عبدين او دابتين او في مسافتين مختلفتين فقال قد اجرتك هذه الدابة الى واسط بكذا او الى
الكوفة بكذا فذلك كله جائز عند اصحابنا جميعا لان الاجر يجب بتسليم احدهما وهو معلوم في حال وجوبه وكذلك لو دفع الى
الخياط ثوبا فقال ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان ٭ او قال للصباغ ان صبغته بعصفر فلك درهم
وان صبغته بزعفران فلك درهمان فذلك ايضا جائز لان الاجر يجب بالعمل وكل واحد منهما متميز من صاحبه الى هنا لفظ الكرخي
في مختصره وقال القدوري في مختصره وكذلك ان خيره بين ثلاثة اشياء فان كانت اربعة لم يجز ٭ وجه قولهما ان المعقود عليه مجهول
للحال فلا يصح العقد عليه كالنكاح وبيع الابق ٭ ولنا انه خيره بين عقدين معلومين كل واحد منهما ببدل معلوم فوجب ان يصح كما
لو قال ان رددت عبدي الابق من الكوفة فلك درهمان ٭ وان رددت من البصرة فلك درهم ولانه خيره بين منفعتين يصح
افراد كل واحد منهما بالعقد فيصح كما اذا قال ان خطت هذا الثوب فبدرهم وان خطت هذا الثوب الاخر فبدرهمين ونحوهما سوا
وهذا التعليل يتوجه على زفر والشافعي رحمهما الله جميعا والتعليل على زفر خاصة ان الاجر عندنا لا يجب بنفس العقد وانما يجب
بالعمل ٭ فاذا اخذ في احد العملين صار البدل معلوما عنده وجهالته قبل ذلك لا يؤثر وقولهما بان المعقود عليه مجهول
للحال ينتقض بما اذا باع قفيزا من صبرة ٭ والمعنى في النكاح انه يعتبر فيه الشهادة فيحتاج الى تعيين المنكوحة ٭ بخلاف البيع هو
والمعنى في الابق انه لم يوقع تعيينه ليس بفعله ولا تحت قدرته لانه غير قادر على تسليمه فتعذر ٭ وههنا تعيين المعين بفعله وهو
العمل وهو قادر عليه فلذلك صح قوله والمعتبر في جميع ذلك البيع ٭ يعني اذا باع احد الثوبين او احد الاثواب الثلاثة
جاز ٭ واذا باع احد الاثواب الاربعة لم يجز فكذا هنا في الاجارة اذا خيره بين شيئين او ثلاثة اشياء جاز ٭ وفي الاربعة
لا يجوز كما اذا قال اجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا او الى البصرة بكذا جاز فان ذكر الرابع وقال او الى
شيراز بكذا لم يجز ٭ وكذلك الحكم في انواع الخياطة والصبغ والزراعة جاز الى الثلاثة كما اذا قال للمزارع ان زرعتها بغير كراب
فلك ربع الخارج وان زرعتها بكراب فلك الثلث ٭ وان زرعتها بكراب وثنيان فلك نصفه واي ذلك فعله فله شرطه ٭ وانما اعتبرنا الاجارة بالبيع
دفعا للحاجة لان الحاجة الى ذلك لاشتمال الثلاثة على الجيد والردي والوسط ولا حاجة في الاربعة الا ان الفرق بين البيع والاجارة

ان بيع احد الثوبين او الثلاثة لا يجوز الا بشرط الخيار في الاجارة يجوز العقد على احد الشيئين من غير شرط الخيار • وذلك لان الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد لا بالعمل وعند وجود العمل يرتفع الجهالة لا محالة فلا حاجة الى اثبات الخيار قوله ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله الدرهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم ذكره في مختصره • وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يعطي الخياط ثوبا فيقول ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم قال ان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله لا ينقص من نصف درهم ولا يجاوز به نصف درهم • وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جميعا جائزان على ما شرطا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • قالوا في شروح الجامع الصغير في قول ابي حنيفة الشرط الاول جائز والشرط الاخر فاسد • وان خاطه في اليوم يجب درهم وان خاطه في الغد يجب اجر المثل • وقال ابو يوسف ومحمد كما لو قال ان خطته روميا فلك درهم وان خطته فارسيا فلك نصف درهم فكذا الاجارتان فكذا هاهنا • وقال زفر الشرطان فاسدان فان خاطه في اليوم او في الغد فله يجب اجر المثل لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم كذا ذكر الزاهد العتابي وغيره • قال الكرخي في مختصره فان خاطه من بعد الغد فله اجر مثله في قولهم جميعا • واختلف في قول ابي حنيفة في اجر المثل على مثال ما حكيته في الوجه الاول لا يزاد على الاجر الاول ولا ينقص من الاجر الثاني وقال في الاملاء في هذه المسألة له اجر لا يجاوز به درهم الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • وقال القدوري في شرحه واختلف الرواية عن ابي حنيفة اذا خاطه في اليوم الثاني فقال في احدى الروايتين له اجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم وهذه رواية الاصل والجامع الصغير ورواية محمد في الاملاء واحدى الروايتين عن ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادره واحدى روايتي ابن سماعة ايضا عن محمد في نوادره • وروى ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في نوادره رواية اخرى ان له في اليوم الثاني اجر مثله لا يزاد على نصف درهم وهو الرواية الصحيحة الى هنا لفظ القدوري في شرحه • وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير عن ابي حنيفة في نوادره انه يجب في الشرط الثاني اجر مثله لا يزاد على نصف درهم وهو الرواية الصحيحة الى هنا لفظ القدوري في شرحه يجاوز به نصف درهم وينقص عنه وهو اختيار الكرخي الى هنا لفظ فخر الاسلام • وجه قول زفر ان المعقود عليه وهو الخياطة واحد ذكر له بدلان مختلفان فيفسد العقد بجهالة البدل كما اذا قال بعت هذا العبد الى شهر بالف والى شهرين بالفين وكذا هاهنا وجوابه ان البيع لا يشبه الاجارة لان التمليك في باب البيع يتم للحال وفي باب الاجارة يتم ملك المنفعة في المستانف فيتعين احدهما اذا اخذ في العمل • ووجه قولهما انه سمى اجرين مقابلة عملين لان العمل في اليوم غير العمل في الغد فانهما في ما يتحقق اجره • وهذا معنى ما قال في المختلف انهما عقدان بدلين مختلفين فيصح كما اذا قال ان خطته روميا او فارسيا ونقول ان ذكر اليوم للتوقيت وذكر الغد للاضافة فانعقدت الاجارتان احدهما في اليوم بدرهم والاخرى في الغد بنصف درهم • فان خاطه في اليوم يجب درهم وان خاطه في الغد يجب نصف درهم كالخياطة الرومية والفارسية • وقال في الاشارات انهما يقولان المعقود عليه شي واحد وقد ذكر في مقابلته شيا واحدا • وقوله ان خطته غدا فبنصف درهم هذا حط مضاف الى الغد فيانه فيما قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير انه استاجره للخياطة بدرهم الا انه علق حط النصف بالتاخير الى الغد وتعليق الحط الى الاثار فلو اضاف الاجارة الى احد العملين جازت الاجارة كما اذا قال ان خطته فارسيا فلك الاجارة باليوم • ولهذا صحت الاجارة في اليوم الاول بالاتفاق • فلو كان للتوقيت لم يصح لانه يجمع العقد والعمل كما في مسألة الخاتم فالاول ليستقيم كونه اجير الوحد والثاني كونه اجيرا مشتركا فيفسد العقد لان حكمهما مختلف لان وجوب الاجر في الاجير الخاص بتسليم النفس وفي المشترك بتسليم العمل فلما كان ذكر اليوم للتعجيل بقيت التسمية الاولى بالتاخير الى الغد فاجتمعت تسميتان في الغد ففسد الشرط الثاني لهذا باعتبار التزاحم وفي اليوم لم يجتمع تسميتان لان التسمية الثانية مضافة الى الغد فعدم في الحال فلا جرم وجب المسمى في اليوم واجر المثل في الغد او نقول كل شرط جائز لقوله المسلمون عند شروطهم الا ما قامت الدلالة على فساده • والشرط الثاني فاسد لانه علقه بخطر لم يتعامل الناس به ولانه علق الاجارة الثانية بانفساخ الاولى لانه ان خاطه اليوم لا يمكنه الشروع بعد ذلك في العمل والاجارة اذا علقت بخطر لم يتعامل به الناس كانت فاسدة فكذا هذا يوضحه انه لو دفع ارضا من انسان ثم قال للمزارع ان اتممت الاجارة اجرت منك لا يجوز فعلم ان تعليق الاجارة بالانفساخ لا يجوز • ثم اذا فسدت الاجارة عند ابي حنيفة في اليوم الثاني وجب اجر المثل لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على نصف درهم • وجه رواية النوادر ان الاجارة فسدت في اليوم الثاني دون الاول فيعتبر في اجر المثل التسمية في اليوم الثاني والمسمى فيه نصف درهم • ووجه ظاهر الرواية ان العمل في اليوم والعمل في الغد عمل واحد • وانما اختلف الزمان والعمل لا يختلف باختلاف وقته فكان رضي الخياط بالدرهم مع تعجيل العمل فلان يرضى بالدرهم مع التاخير اولى فلا يزاد على درهم وقد رضي صاحب الدرهم ببذل نصف درهم فلا ينقص عن النصف • قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير فان خاطه في اليوم الثالث نقل عن ابي حنيفة في رواية له اجر المثل لا يزاد على نصف درهم وعندهما لا يزاد على درهم • والصحيح ان عندهما لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد عليه قوله لان الخياطة شي واحد وذلك لانه لم يستاجره على ان يخيط روميا او فارسيا بل استاجره على مطلق الخياطة ولم يختلف العمل بل اختلف الزمان قوله بدلان على البدل وهما درهم ونصف درهم فان عمل فدرهم • وان اخر الى الغد فنصف درهم فيكون البدلان سميا على البدل فاذا كان هذا تكون الاجرة مجهولة فيفسد العقد لجهالة البدل • بيانه ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت للاجارة باليوم فاذا كان كذلك بقي التسمية الاولى في الغد • فاذا جاء الغد يجتمع فيه تسميتان وذكر الغد للترفيه فاذا كان للترفيه كانت التسمية

المضافة الى الغد موجودة في اليوم ايضا فيجتمع تسميتان ايضا في اليوم فيلزم البدلان على البدل بمقابلة عمل واحد فيفسد العقد في اليومين جميعا قوله ولنا ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق • وفي بعض النسخ وذكر الغد للاضافة فالمراد من التعليق الاضافة ايضا لان تعليق الاجارة لا يجوز • او نقول المراد به تعليق حط النصف بالتاخير الى الغد وذلك جائز لان تعليق الاجارة ثم وتعليق الحط بالتاخير متعارف كما لو قال لو جاء غد وقد خطته حططت عنك درهما بيانه ان ذكر اليوم لما كان للتاقيت انتهى العقد في اليوم بانقضاء الوقت وهو اليوم فلم يبق الى الغد فلم يوجد في الغد تسميتان وذكر الغد لما كانت للاضافة لم يوجد في اليوم العقد المضاف الى الغد فلم يوجد في اليوم تسميتان بل في كل يوم تسمية واحدة فيكون عقدان بدلين مختلفين قوله ولان التعجيل والتاخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين • بيانه ان في عمل كل واحد من اليومين غرضا صحيحا لان الانسان قد يقصد التعجيل للتجمل بالثوب او للبيع فاذا كان الغرض مختلفا في اليومين كانت الخياطة في اليومين كالنوعين من العمل كالخياطة الرومية والفارسية فجاز اشتراط الاجر لكل واحد على حدة قوله وان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة هو الصحيح احترز به عن الرواية الاخرى وهي انه لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم كذا في التقريب قوله ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الاجارة فاسدة • وهذا لفظ القدوري في مختصره • وقوله حدادا حال من ضمير المخاطب • قال الكرخي في مختصره فان قال اجرتك هذه الدار شهرا على انك ان قعدت فيها حدادا فاجرها عشرة دراهم لان الاجر يجب بالتسليم لا بالعمل في الدار فلا يدري الاجر من يجب اذا اسلمت • الا ترى انه لو سلمها ولم يعمل فيها شيئا وقد وقعت الاجارة على احدهما • وجبت الاجرة بالتسليم دون ان يعمل فيها ما شرط الى هنا لفظ الكرخي • وقال القدوري في شرحه وعلى هذا الخلاف كل ما كان الاجر يجب بالتسليم لا يعلم الواجب به فهو باطل عندهما وعند ابي حنيفة العقد جائز • واي الشيئين استوفى وجب عليه اجر ذلك الشي • وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يستاجر من الرجل البيت على انه ان سكنه فبدرهم وان قعد فيه حدادا فبدرهمين قال هو جائز • وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز • وكذلك ان استاجر منه دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز الى القادسية فبدرهمين جائز • وكذلك ان استاجر منه دابة الى الحيرة ان حمل عليها كر حنطة فبدرهمين وان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم فهو جائز • فهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه • وقال يعقوب ومحمد لا يجوز الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ولم يذكر الخلاف فيما كان يرى في مسألة المجاوزة الى القادسية فلاجل ذلك قال هذا قالوا لا يحتمل تلك المسألة الخلاف والوفاق • وقال الفقيه ابو الليث الى الاتفاق يعني انها تجوز بالاتفاق • وقال فخر الاسلام الى الخلاف يعني ان المذكور ثم قول ابي حنيفة • وعندهما لا يجوز واليه ذهب العتابي وغيره قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير واذا استاجر دابة من الكوفة الى الحيرة بدرهم فان جاوز الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ثم قال وجواب هذه المسألة كالجواب في الخياطة الرومية والفارسية لانه بين الاجر بالعمل • ولو استاجرها على انه ان حمل عليها قفيز بر فبدرهم او قفيز شعير فبنصف درهم جاز الى هنا لفظ التتمة • واصل هذه المسائل ان عقد الاجارة اذا وقع على احد الشيئين وسمى لكل واحد منهما اجرا معلوما جاز كما اذا قال اجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الاخرى بعشرة • وكذلك في حانوتين او عبدين • وكذلك في مسافتين مختلفتين كما اذا قال اجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا والى البصرة بكذا • وكذلك ان وقع على عملين مختلفين كالخياطة الرومية والفارسية فان ذلك كله جائز عند علمائنا الثلاثة • وكذلك ان جمع في ثلاثة اشياء وعلى ما هو المشهور عن زفر ان جميع ذلك لا يجوز وقد مر البيان في اول الباب • ثم وجه قولهما ان الاجر مجهول فيبطل به عقد الاجارة لان الاجر يجب بمجرد تسليم الدار من غير عمل وعند التسليم لا يدري اي الاجرين يجب لانه لم يوجد العمل بعد لا الحدادة ولا عمل البز • وكذلك لو سار الى الحيرة ولم يحمل على الدابة شيئا لا حنطة ولا شعيرا يجب الاجر وذلك مجهول لانه يحتمل اجر حمل الحنطة او اجر حمل الشعير فكانت الاجارة باجر مجهول فلا يصح العقد ولا يشبه هذه الخياطة الرومي والفارسي لان الاجر يجب بالعمل وعند ذلك ترتفع الجهالة فكان العقد ببدل معلوم • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه انه خيره بين عقدين مختلفين فوجب القول بصحته كما في الخياطة الرومية والفارسية • وانما قلنا انهما مختلفان لانه اذا استاجر دار السكنى ليس له ان يسكن حدادا • فاذا كان السكنى وعمل الحداد مختلفين وكل واحد منهما عند الانفراد صحيح وكذا عند الاجتماع والغالب في الاجارة الانتفاع فاذا حصل الانتفاع زالت الجهالة • فاما التمكن من الانتفاع فليس باصل بل هو من العوارض فلا يقدح الجهالة الثابتة حينئذ ولان ترك الانتفاع لو تحقق واحتيج الى ايجاب الاجر لا يلزم جهالة الاجر ايضا لان التسليم اوجب العوض فيجب اليقين وهو القليل باعتبار التمكين لتيقنه ولا يجب الفضل بالشك • وقال بعضهم يجب الاقل وينتصف الفضل فلا تمكن الجهالة بكل حال كذا قال فخر الاسلام وغيره • ولا يشبه هذا ما اذا قال ان خطته اليوم وان خطته غدا لان ذلك عمل واحد فلا يجوز ان يسمى فيه بدلان مختلفان • وقال في الاشارات الاسرار فلان لم يكن قال بعضهم يستحق الاقل لانه ثابت بيقين • وبعضهم اوجبوا ان كل ما يسمى بمقابلة اختيار القدوري هو الاول لانه قال في شرحه لمختصر الكرخي فان امسك الدار ولم يعمل فيها شيئا حتى مضت المدة فعليه اقل التسميتين لان الزيادة انما تستحق باستيفاء منفعة زائدة ولم يوجد ذلك فوجب بالتخلية اقل الامرين

باب اجارة العبد

لما كان اجارة الرقيق نوعا من انواع الاجارة والرقيق مسائل خاصة يتعلق بذكرها في باب على حدة واخر ذكرها لان الجنس مقدم على النوع هذا لما لاح لي من وجه المناسبة وما قيل في بعض الشروح ان العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر فلا يخفى نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا استيجار الدور والحوانيت والحمام والدواب • وذكر هنا استيجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب وترجم الباب

باب اجارة العبد كما ترجم في الاصل بباب اجارة الرقيق للخدمة وغيرها وظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه ان العبد منحط
الدرجة عن الحر لانه لا ولاية له اصلا ولا يصح تصرفه في شي الا بالاذن وهذا مسلم • ولكن لو كان مراد المصنف هذا لبدا اول
الباب باستيجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف اصلا في عقد الاجارة لا اصالة ولا نيابة بل هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة
كالدابة ونحو ذلك فعلم ان هذا الغرض للمصنف لم يكن الا تنويع المسايل والله اعلم **قوله** قال ومن استاجر عبدا للخدمة
فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الخدمة في السفر اشق منها في الحضر فصارا
في حكم جنسين مختلفين فلا يجوز استيفاء غير ما وقع عليه العقد اذا كان ذلك الغير اكثر ضررا من الذي وقع عليه العقد كما اذا
استاجر دكانا ليقعد فيه بزازا ليس له ان يقعد فيه حدادا او قصارا او نحو ذلك الا اذا شرط ذلك او دلت عليه الحال فحينئذ يجوز
المسافرة بالعبد لزوال الضرر عن المولى حيث رضي به • وهذا كما اذا استاجر دابة في المصر للركوب فليس له ان يسافر بها لما قلنا
وهذا لان السفر محل المخافات والآفات والفلاح فيه نادر وخطره كثير وامره عسير وهو كما قال صاحب المجمل قال الاصمعي سمعت
اعرابيا يقول ان المسافر وماله لعلى قلت الا ما وقى الله والقلت الهلاك فاذا كان كذلك لم يدل الرضا بالخدمة في الحضر على الرضا
بالسفر وان سافر بالعبد ضمن لانه صار غاصبا ولا اجر عليه لان الاجر والضمان لا يجتمعان كذا في شرح الكافي **قوله** ولهذا
جعل السفر عذرا كما في مسئلة اخراب فسخ الاجارة **قوله** ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس
للمستاجر ان ياخذ منه الاجر وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل استاجر عبدا محجورا عليه
شهرا فعمل عملا فاعطاه الاجر قال اجيز ذلك وليس للمستاجر ان ياخذ الاجر الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وهذا استحسان
ذكره في الاصل والقياس ان لا يجب الاجر لان تصرف المحجور عليه باطل فلا يجوز عقد الاجارة منه فاذا كانت الاجارة باطلة لم
يجب الاجر لان الموجر لا يجب في الاجارة الباطلة ولان المستاجر غاصب في استعماله • ولهذا اذا هلك العبد في عمله وجب الضمان
واذا وجب الضمان لا يجب الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان • وجه الاستحسان ان العبد انما كان محجورا عن التصرف فيما
يلحقه ضرر بالمولى • وفي الابتداء انما اعتبرناه محجورا نفيا للضرر عن المولى لان عقد الاجارة دائر بين النفع والضرر • وفي
الانتهاء فاذا فرغ العبد سليما تمحض ذلك نفعا فيعتبر ماذونا له وان لم يوجد الاذن افصاحا لانا اذا ابطلنا عقد الاجارة
ضاعت منافعه فلم يتقوم اصلا • واذا اجزناه تقومت منافعه من غير ضرر بالمولى فوجب القول بالتقوم فكان العقد جايزا
ووجب الاجر • وهذا لان المحجور يملك ما هو نفع محض الا ترى انه يملك قبول الهبة بغير اذن المولى • بخلاف ما اذا هلك من العمل
حيث لا يجب الاجر لانه لو جوزنا العقد حينئذ لبطل ضمان العين وضمان العين اكثر من ضمان المنفعة فكان النظر للمولى في بطلان
الاجارة • قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير وكذلك الصبي المحجور اذا اجر نفسه وسلم من العمل كان له الاجر • لان
الصبي يملك تحصيل المنفعة لنفسه • ولهذا يملك قبول الهبة وجواز الاجارة هنا محض منفعة له • ومعنى قوله ليس للمستاجر ان
ياخذ منه الاجر اي ليس له ان يسترد من العبد المحجور الاجر • قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي في اخر كتاب الحرب
رجل اجر عبدا من رجل سنة بماية درهم للخدمة فخدمه ستة اشهر ثم اعتقه المولى فالعبد بالخيار ان شاء فسخ الاجارة وكان اجر
ما مضى للمولى • وان شاء مضى عليها وللعبد اجر ما بقي من المدة الا ان المولى هو الذي يتولى قبض جميع الاجر وليس للعبد نقضها بعد
ما اختار المضي عليها • وان كان المستاجر عجل الاجر كله للمولى قبل ان يعمل العبد شيا في اول الاجارة فالاجر كله للمولى اذا اختار
العبد المضي على الاجارة لان المولى قد كان ملك الاجر قبل عتقه • فان كان الاجر شيا بعينه في جميع هذه الوجوه فالجواب فيه
كالجواب في الدراهم • اما صداق المراة الامة المعتقة اذا اختارت النكاح فهو للمولى ان كان قبضه او لم يقبضه لانه وجب
بالعقد والاجر يجب يوما بيوم اذا لم يكن قبضه • وكذلك الجواب في العبد اذا ولي اجارة نفسه باذن المولى الا ان العبد هو الذي
يلي القبض فهو الذي يطالب بالرد كما يجب رده من المقبوض عند الفسخ ويرجع هو به على المولى عينا كان ذلك في يد المولى او مستهلكا
لانه انما وجب بعد العتق والفسخ • وكذلك الامة اذا اجرت نفسها باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار • وكذلك الصبي اذا
اجره الوصي في عمل من الاعمال فلم يتم العمل حتى بلغ الغلام مبلغ الرجال فهو بالخيار في المضي على الاجارة او فسخها • وكذلك الاب اذا اجر
ابنه ثم ادرك الابن ولو كان الاب والوصي اجرا دار الصبي سنين معلومة فادرك الغلام لم يكن له ان يبطل الاجارة لانهما في ماله
بمنزلة وكيل الكبير • واذا اجر العبد المحجور نفسه من رجل سنة بماية درهم ليخدمه فخدمه ستة اشهر ثم اعتق فالقياس انه لا اجر
له فيما مضى لان المستاجر صار ضامنا فلا يجتمع الاجر والضمان ولكن استحسن اذا سلم العبد ان يجعل له الاجر فيما مضى فياخذه العبد
ويدفعه الى مولاه • ويجوز الاجارة فيما بقي من السنة واجر الباقي من السنة للعبد ولا خيار له في نقض الاجارة لانها جازت
بعد عتقه بغير اجازة المولى • وكذلك الجواب ان كان قبض الاجر في حال رقه ويكون للعبد منه حصة ما بقي وللمولى حصة
ما مضى الى هنا لفظ الحاكم الشهيد في مختصره والباقي يعلم في شرحه ان شاء الله تعالى **قوله** ومن غصب عبدا فاجر
العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة • وقالا هو ضامن وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في رجل غصب عبدا فاجر العبد نفسه واخذ الغاصب الاجر من العبد فاكله قال لا ضمان عليه • وقال ابو يوسف
هو ضامن فان وجد المولى الاجر قايما بعينه اخذه كله وقبض العبد الاجر جايز في قولهم جميعا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال
فخر الاسلام البزدوي مسئلة الضمان من الخواص لما انه اتلف مال الصغير بغير اذنه فيضمن لان كسب العبد ملك المولى • ولهذا لو كان
الكسب قايما بعينه اخذه المولى فعلم ان الغاصب اتلفه بالتاويل في كسب العبد لانه يملكه واكتسابه من وقت الغصب باداء الضمان

اذا هلك العبد والاتلاف بالتاويل لا ضمان فيه كالباغي اذا اتلف مال العادل • وانما كان الاكساب للغاصب بالضمان لان النبي
صلى الله عليه وسلم جعل الضمان بالخراج • والدليل على ان المستهلك بالتاويل لا ضمان عليه ما اذا باع عبد الرجل ولم يقبضه المشتري فاجر
العبد نفسه فالغلة للمشتري فلو استهلك بالتاويل اخذ الغلة • ثم اذا اخذ المشتري العبد لا ضمان عليه في الغلة لانه اذا استهلك العبد
قبل القبض لا ضمان عليه اصلا وله اذا اتلف عينا غير متقوم فلا ضمان لان المتقوم لا يكون قبل الاحراز والاحراز بيد نفسه او بيد
نايبه والغاصب ليس بنايب عن المولى والعبد ليس بمحرز كسبه لان نفسه ليس بمحرز لانه في يد الغاصب وضمانه لانه مقهور في
يد الغاصب فاذا لم يكن العبد محرزا لنفسه فلان لا يكون محرزا لكسبه اولى • وجاز قبض العبد الاجر لانه هو العاقد وهذا لان في
الاجر نفعا محضا عند فراغ العبد عن العمل سالما • وان وجد المولى الاجر قايما كان له ان ياخذ العبد والاجر جميعا بالاتفاق
وهما مرا على اصلهما لان ضمان الكسب يجب عندهما فاذا وجب الضمان وجب الرد ان كان قايما • وابو حنيفة فرق فقال اذا استهلك
الغلة لا يجب الضمان واذا كانت قايمة يجب ردها لان الغاصب باول الملك وليس في الحقيقة على ملكه وكانت له حالة يجب فيها الضمان
فاذا كانت قايمة بعينها وجب الرد وان استهلكها لا يجب الضمان كالبايع اذا استهلك غلة المبيع قبل قبض المشتري لا يجب الضمان وان
كانت قايمة يرد على المشتري **قوله** على ما مر اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ
سالما **قوله** ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جايز والاول باربعة وانصرف ذلك الى الايجاب
الاول لانه سكت عليه • وقال استاجرت منك عبدك هذا شهرا باربعة فهنالك ينصرف الايجاب الى الذي يليه تحريا للجواز فكذا هنا
فلما انصرف الايجاب الاول الى الشهر الاول تعين الثاني الذي يلي ذلك الشهر حتى لو عمل في الشهر الاول دون الثاني استحق اربعة دراهم
ولو عمل في الشهر الثاني دون الاول استحق خمسة دراهم • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رضي الله عنه في باب اجارة الرقيق
من شرح الكافي واذا استاجر الرجل عبدا شهرين شهرا بخمسة وشهرا بستة فهو جايز والشهر الاول بخمسة والثاني بستة لانه لما بدا
فقال شهرا بخمسة انصرف الى الشهر الذي يلي العقد لما بينا ان حكم العقد في باب الاجارة يثبت في الزمان الذي يعقب العقد
والذي يعقب العقد هو الشهر الاول • ولو قال شهرا بستة وشهرا بخمسة كان الاول بستة والثاني بخمسة لما بينا • وان استاجر
ثلاثة اشهر شهرين بدرهم وشهرا بخمسة فالشهران الاولان بدرهم والشهر الاخر بخمسة لانه بدا بهما في الذكر **قوله** ومن استاجر
عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء اخر الشهر وهو ابق او مريض فقال ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك
الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء وهو صحيح فالقول قول المواجر وهذه من مسايل الجامع الصغير • وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل استاجر من رجل عبدا له شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء في اخر الشهر وهو ابق
او مريض فقال المستاجر ابق حين اخذته وقال المواجر ما كان ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة قال القول قول المستاجر • وان جاء
وهو صحيح في يد المستاجر فقال المستاجر ابق حين اخذته او مرض حين اخذته وكذبه المواجر فالقول قول المواجر الى هنا لفظ اصل الجامع
الصغير ومقصود المستاجر من دعوى الاباق او المرض دفع وجوب الاجر عن نفسه لعدم تمكنه من استيفاء المعقود عليه وانما كان
القول في الصورة الاولى قول المستاجر وفي الثانية قول المواجر لانهما اختلفا في امر محتمل يجوز ان يكون وان لا يكون على السواء لان مجرد
التسليم الى المستاجر لا يجب الاجر ما لم يتمكن فاذا تعارض كلاهما على السوا احتيج الى ترجيح احدهما على الاخر بحكم الحال لان الحال
تصلح للترجيح وان لم تصلح حجة لان الحال يدل على الدوام ظاهرا • وانما قلنا انه يصلح للترجيح وان لم يصلح حجة لان الترجيح لا يكون
الا بما لا يصلح حجة ففي الفصل الاول الحال شاهد للمستاجر لان العبد مريض او ابق فقلنا بفوات التمكن في الماضي لفواته في الحال
والمواجر يدعي التمكن والمستاجر ينكره فكان القول قول المنكر • وفي الفصل الثاني الحال شاهد للمواجر لان العبد صحيح غير ابق
فكان التمكن ثابتا في الحال فجعل ثابتا فيما مضى بحكم الحال والمستاجر يدعي فوات التمكن من الانتفاع والمواجر ينكر ذلك فكان
القول قوله • نظيره ما قال في كتاب الاجارات في المستاجر اذا ادعى بعد المدة ان الماء كان منقطعا انه كان في الحال منقطعا
فالقول قول المستاجر وان كان جاريا فالقول قول صاحب الرحا لما قلنا ان الحال يصلح مرجحا • وقوله جا اخر الشهر وتمم الباب
بمسئلة ذكرها يجوز برفع الرا ونصبها فالاول على اسناد الفعل الى الاخر والثاني على الظرف اي جا المستاجر في اخر الشهر وتمم الباب
بمسئلة ذكرها شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب اجارة الرقيق من شرح الكافي قال وان استاجر الرجل عبدا ليخدمه كل
شهر باجر مسمى فهو جايز لان الخدمة المعتادة معلومة فصحت الاجارة وله ان يستخدمه من السحر الى ان ينام الناس بعد العشاء
الاخيرة وانما يخدمه كما يخدم الناس لان الوقت يقوم قبل ما يحتاج فيه الانسان الى الخدمة هذا لان الناس ينامون بعد
العشاء الاخيرة وينتبهون قريبا من طلوع الفجر ويحتاج الاجير ان يقوم قبله ليهيئ له اسباب الوضوء ويوقد النار والسراج
واشباه ذلك المعتاد فيدانا به

باب الاختلاف في الاجارة

لما ذكر مسايل الاجارات بلا اختلاف بين المواجر والمستاجر ذكر في هذا الباب اختلافهما لان الاتفاق هو الاصل والخلاف
عارض **قوله** واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب امرتك ان تعمله قبا وقال الخياط بل قميصا
او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب هذا
لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه • فان حلف فالخياط ضامن اي ان حلف صاحب الثوب • وقال القدوري في شرحه
لمختصر الكرخي فان شاء رب الثوب اخذه واعطاه اجر مثله • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وان اقاما
البينة فالبينة بينة الخياط • وقال ابن ابي ليلى القول قول الخياط اذا لم يكن له بينة لانه ينكر وجوب الضمان عليه • وقال

القدوري في شرح الكرخي وقال الشافعي رحمه الله في اختلاف العراقيين مثل قولنا في موضع وفي موضع اخر يتحالفان واذا تحالفا سقط الاجر والضمان عن الخياط • وجه قول ابن ابي ليلى ان صاحب الثوب اعترف بالاذن في القطع وادعى زيادة صفة اسقط بها الاجر فلا يقبل قوله • قال القدوري وهذا ليس بصحيح لان صاحب الثوب يعترف للخياط بالاجر فلا يجوز اثبات الضمان عليه بغير اعترافه • ولنا ان الاذن خاص مستفاد من جهة صاحب الثوب فوجب ان يكون القول قوله كالوكيل والموكل لانه قطع ثوب غيره وادعى الاذن فوجب ان يكون اليمين على المدعى عليه كما لو قال لم اذن لك في شي ولا معنى للتحالف الذي ادعاه الشافعي لان صاحب الثوب ادعى على الخياط الغصب والخياط يدعي الاجر وذلك لا يثبت فيه تحالف وانما كان لرب الثوب في مسئلة الخياط قيمة الثوب لانه لما حلف على دعوى الخياط فقد صار الخياط متصرفا في ثوبه بغير امره ومن قطع ثوب الغير وخاط بغير امره ضمن قيمته • وانما كان لصاحب الثوب اخذ الثوب لانه اذن في القطع والخياطة وقد فعل ذلك الخياط الا على غير وجه المامور به فقد وجد المعقود عليه مع تغير الصفة فكان لصاحب الثوب ان يرضى به • وانما وجب اجر المثل لان المستعمل لم يرض بدفع المسمى الا على منفعة موصوفة بكمالها • وانما لم يجاوز به المسمى لان الصانع رضي به بدلا عن المنفعة المقصودة فلا يجوز ان يستحق فيما دونها الكرامة وقد مر ذلك قبيل باب الاجارة الفاسدة • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا دفع الرجل الى الصباغ ثوبا يصبغه بصبغ سماه من عصفر او زعفران او بقم او سواد فهو جائز وان خالفه فصبغه غير ما سمى له الا انه يريد من ذلك الصبغ فله ان يضمنه قيمة الثوب ابيض • وان شا اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به ما سمى له لانه لما خالفه صفة لم يكن مامورا به فكان له ان يضمنه قيمة الثوب وان شا رضي به واعطى اجر مثله لانه وافقه اصلا ولا يجاوز به المسمى لانه نقص من العمل فينتقص من الاجر وان اختلفا فيما امره ان يصبغه به فالقول قول رب الثوب مع يمينه لان الامر يستفاد من جهته فلو انكر الامر اصلا كان القول قوله فكذلك اذا انكر وصفه **قوله** على ما مر قبل باب الاجارة الفاسدة **قوله** وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب اي ذكر في بعض نسخ مختصر القدوري وهذه رواية ابن سماعة عن محمد يعني ان الغاصب للثوب اذا صبغه احمر او اصفر فان شا رب الثوب ضمنه قيمة الثوب • وان شا اخذ الثوب واعطاه ما زاد الصبغ فيه فكذلك هاهنا ان شا ضمنه قيمة الثوب وان شا اخذ الثوب واعطاه ما زاد الصبغ فيه لانه لما خالفه في الصفة صار بمنزلة الغاصب • قال في خلاصة الفتاوى والصباغ اذا خالف فصبغ الاصفر مكان الاحمر ان شا ضمنه قيمة ثوب وان شا اخذ واعطاه ما زاد الصبغ فيه ولا اجر له • ولو صبغ رديا ان لم يكن فاحشا لا يضمن وان كان فاحشا بحيث يقول اهل تلك الصنعة انه فاحش يضمن قيمة ثوب ابيض • وفي المحيط لو امره ان يصبغه بزعفران او بقم وصبغه غير ما سمى الا انه لم يتم صبغه وقد امر صاحب الثوب ان يتبعه فالمالك بالخيار ان شا ضمنه قيمة ثوبه ابيض وسلم له الثوب • وان شا اخذه واعطاه اجر مثله لا يزاد على المسمى في الاصل الى هنا لفظ الخلاصة **قوله** وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع بل باجر فالقول قول صاحب الثوب عند ابي حنيفة رضي الله عنه هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه • وقال ابو يوسف ان كان حريفا له فله الاجر وان لم يكن حريفا له فلا اجر له وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله وانبت الشيخ ابو نصر البغدادي في شرحه لفظ القدوري بقوله فالقول قول صاحب الثوب عند ابي حنيفة مع يمينه • وقال القدوري ايضا في كتاب التقريب قال ابو حنيفة اذا عمل الصانع طلب الاجر فزعم صاحب الثوب انه عمله بغير اجر فالقول قوله • وقال ابو يوسف ان كان حريفا له فالقول قول الصانع وان لم يكن حريفا له فالقول قول صاحب الثوب • وقال محمد ان كان الصانع نصب نفسه لمثل الصناعة فله الاجر وان لم يكن نصب نفسه لها فلا اجر له • وجه قول ابي حنيفة ان المنافع لا قيمة لها الا بعقد او شبهة عقد ولا يعلم وجه ذلك فلا يجوز تقويمها • ولان الصانع يدعي انه اجاره فانه تقوم المنافع وهو العقد فلا يقبل منه الا ببينة • وجه قول ابي يوسف ان الحريف يدفع اليه الا بقيمة فوجب اعتبار العادة لان المعتاد كالمنطوق به فكانه قال اعمله باجر جوابه انه قد يعمل بغير اجر من يعمل باجر فكان العرف مشتركا فلا يصلح معتبرا فوجب الرجوع الى النطق • ووجه قول محمد ان الظاهر من نصب نفسه للصناعة انه لا يعملها من غير عوض فكان الظاهر مع الصانع ومن ينصب نفسه للصناعة فلا ظاهر معه فلا يلتفت الى قوله • جوابه ان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق فيجوز ان يدفع الاستحقاق عن نفسه ولا يجوز ان يثبت الاستحقاق على غيره • قال الشيخ ابو نصر ولنا قوله مع يمينه فلان من حصل القول قوله فيما هو خصم فيه والشي مما يصح بذله فالقول قوله مع يمينه كالمودع اذا ادعى هلاك الوديعة • واذا حلف رب الثوب لزمه ما زاد الصبغ في ثوبه لان صاحب الصبغ لم يرض ان يستوفي ثلثه صبغه بغير شي فلزمه ذلك كذا في شرح الاقطع • ثم اعلم انه لا خلاف في ظاهر الرواية ان القول قول رب الثوب • ولهذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لو قال عملته لي بغير اجر فالقول قول رب الثوب • وكذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي الا ان العمل انما يتقوم بالعقد وهو ينكر العقد ولم يذكر الخلاف • ولهذا قال صاحب النافع وعن ابي يوسف ان كان حريفا فله الاجر فعلم ان خلافهما ليس بظاهر الرواية • وقال في الفتاوى الصغرى والتتمة دفع الى قصار ثوبا ليقصره ولم يذكر له اجرا لم يذكر جواهر الفتاوى في الكتاب يجب في اجارات الاصل • وفي غير رواية الاصول فيها ثلاثة اقوال على قول ابي حنيفة متبرع • وعلى قول محمد كذلك الا ان يكون خليطه وهو ان يكون يدفع اليه ثوبا بالقصارة بالاجر عادة • وعلى قول محمد ان اتخذ دكانا وانتصب لعمل القصارة يجب الاجر والا فلا • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وعليه الفتوى الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى والتتمة • ثم نقل في الفتاوى التتمة عن الكافي ان الفتوى على قول محمد ان المنافع لا تتقوم الا بالعقد • بخلاف ما له

دفع الى اخر غيابه ثم اختلفا فقال الدافع هو قرض وقال الاخر هبة لان العين متقوم بنفسه والاخر يدعي الابراء عن قيمته • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو اسلم ثوبا الى صباغ يصبغه بصبغ احمر فصبغه ثم اختلفا فقال الصباغ صبغته بدرهم وقال رب الثوب صبغته بدانقين فاني انظر الى ما زاد الصبغ فيه • فان كان درهما او اكثر فله درهم لان الحال يصلح حكما في الباب فكان القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وان كان اقل من دانقين اعطيته دانقين بعد ان يحلف رب الثوب ما صبغته الا بدانقين نظير هذا الاختلاف في المهر بين الزوجين فانه يحكم مهر المثل • وان كان الصبغ سوادا فالقول قول رب الثوب مع يمينه لانه يدعي عليه زيادة وهو ينكر وليس للعامل عين قائمة حتى يقطع حقه عنها • وقال رب الثوب صبغته لي بغير اجر كان القول قوله لان السواد ينقص الثوب • اما اذا كان صبغا يزيد في الثوب فقال رب الثوب صبغته بغير اجر وقال الصباغ صبغته بدرهم فانهما يتحالفان لان هذا يدعي الهبة والاخر يدعي الاجارة فكان كل واحد منهما مدعيا ومدعى عليه ثم يضمن رب الثوب ما زاد الصبغ في ثوبه لانه احتبس حقه عنده ولا يجاوز به درهم لانه لا يدعي عليه اكثر من ذلك • ولو اختلف القصار ورب الثوب في مقدار الاجرة فان كان لم ياخذ في العمل تحالفا وترادا لان كل واحد مدعي ومدعى عليه القصار يدعي الاستحقاق اجر زايد ورب الثوب يدعي استحقاق العمل عليه باجر ناقص فيتحالفان وقد امكن الفسخ فايدة التحالف وهو الفسخ لان المعقود عليه لم يتصل ملكه فامكن رد العقد وعود الامر الى ما كان من قبل وان كان فالقول قول رب الثوب ولا يتحالفان لان التحالف للفسخ وقد تعذر • وكذلك لو قال عملته لي بغير اجر فالقول قول رب الثوب لان العمل انما يتقوم بالعقد وهو ينكر العقد الى هنا لفظ شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا استاجر رجل من رجل دارا او دابة او عبدا ثم اختلفا بعد وقوع العقد قبل ان يتصرف المستاجر فيما استاجره والاجارة وقعت على صحة فاختلفا في الاجر فقال المستاجر بخمسة دراهم وقال المواجر بعشرة دراهم فانهما يتحالفان وتفسخ الاجارة ومن نكل منهما عن اليمين لزمه دعوى صاحبه • ومن اقام منهما بينة قبلت بينته • فان اقاما جميعا بينة كل واحد منهما يقيم البينة على ما ادعى فان البينة بينة المواجر لانه يدعي فضلا فيما يستحقه بالعقد • وان اختلفا في المدة او في المسافة او فيما وقع عليه العقد فقال المستاجر استاجرت شهرين بعشرة وقال المواجر شهرا واحدا بعشرة • او قال استاجرت الى الكوفة بعشرة وقال الاخر اجرتك الى القصر بعشرة فهو مثل الاول في التحالف والنكول واقامة البينة فان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة المستاجر لانه يدعي فضلا فيما يستحقه بعقد الاجارة هـ فيجعل الاخر فاليمين على الجاحد والبينة على المدعي على ما فسرت لك • فان ادعى المواجر فضلا فيما يستحقه من الاجر وادعى المستاجر فضلا فيما يستحقه على المواجر فقال المواجر اجرتك الى القصر بعشرة وقال المستاجر الى الكوفة بخمسة • او قال اجرتك الدار شهرا بعشرة دراهم وقال المستاجر استاجرت شهرين بخمسة فهما ايضا في التحالف والنكول كما ذكرت لك في اقامة احدهما البينة فان اقاما جميعا بينة قبلت بينة كل واحد منهما على الفضل الذي يستحقه بعقد الاجارة فيكون الى الكوفة بعشرة وشهران بعشرة تكون البينة بينة المواجر فيما ادعى من فضل الاجر والبينة بينة المستاجر فيما ادعى من فضل الوقت او المسافة • فان لم يكن له بينة وقد سار بعض الطريق او ركب بعض المسافة كان القول قول المستاجر فيما مضى مع يمينه ويتحالفان ويفسخ الاجارة فيما بقي • وان كان اختلافهما بعد مضي وقت الاجارة وبعد بلوغ الغاية التي استاجر اليها فالقول قول المستاجر مع يمينه ولا يمين على المواجر الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وقد كتبت هذه المسايل لتكثير الفوايد لمن ينظر في كتابنا هذا رجاء من صالح دعائه **قوله** ان كان حريفا له يقال فلان حريف فلان اي معامله كذا في ديوان الادب والجمل وفسر صاحب الهداية بالخليط واراد به ما ذكرنا وهو الذي كان له مع القصار او الصباغ خلطة ومعاملة وكان يدفع اليه الثوب مرارا بالاجر ليقصره او ليصبغه ففي هذه المرة دفع اليه الثوب ولم يذكر الاجر ليقصره او ليصبغه فاختلفا بعد ذلك في الاجر ولم يرد به الشريك والله اعلم

باب فسخ الاجارة

ذكر الفسخ اخرا لان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره هـ

اجرا اعلم اولا ان الاجارة هل تفسخ بالاعذار فيه خلاف فعندنا يفسخ خلافا للشافعي رحمه الله لان العقد وجد دفعة على المنافع فصار كبيع العين • ولنا ان الاجارة جوزت للعذر فلان يفسخ بالعذر اولى لان جواز الاجارة للحاجة فاذا ظهر العذر لم يبق محتاجا فلا حاجة الى الابقا ولان وجود العذر بمنزلة العيب المتمكن قبل القبض في معنى ان في استدامة العقد صار زايدا يلزمه وله ان لا يلتزم ثم العذر ما هو • قال في شرح الطحاوي والعذر من جهة المواجر ان يلحقه دين فادح لا وفاء له الا من ثمن المستاجر اذا كان الدين ثبت قبل عقد الاجارة • ولو ثبت الدين بالاقرار بعد عقد الاجارة فعند ابي حنيفة كذلك ايضا • وقال ابو يوسف ومحمد لا تنتقض الاجارة واذا ثبت العذر من جهة المواجر فان القاضي يبيعه اولا ثم ينتقض الاجارة ولا تنتقض بنفس العذر والعذر من جهة المستاجر ان يريد سفرا او افلس وقام من السوق او ترك الحرفة واخذ في الزراعة لو استاجر ارضا للزراعة وترك الزراعة واخذ في التجارة ما اشبه ذلك فانه يكون عذرا وكذلك لو استاجر من ذلك فاراد ان يترك هذا ويا خذ الارض فليترك ذلك فانه يكون عذرا • ولو استاجر رجلا ليقلع سنه ثم بدا له ان لا يقلع فانه يكون عذرا • وكذلك لو استاجر ليهدم داره ثم بدا له ان لا يهدم فهو عذر • وكذلك اذا وقعت في يده اكلة فاستاجر رجلا ليقطع يده ثم بدا له ان لا يقطع فهو عذر وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ومن السلف من يرى نقض الاجارة من غير عذر قال واحسبه قول شريح • وانما لم يكن له نقضها من غير عذر لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود • وقال النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون على شروطهم **قوله** قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان كل جزء من المنفعة معقود عليه فحدوث العيب به قبل القبض يوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة يلزمه جميع الاجر لانه رضي بالمعقود عليه كالمشتري اذا رضي بالمبيع المعيب

وجملة ذلك ما قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا استاجر الرجل عبدا ليخدمه او دابة ليركبها الى مكان معلوم او دارا ليسكنها
في ذلك عيب يضر بالانتفاع بما استوجر من ذلك فالمستاجر بالخيار ان شاء مضى على الاجارة وان شاء فسخ وان مضى ذلك فعليه الاجر
تاما لا ينتقص منه شيئا وان كان ما حدث من جميع ذلك فلا ينقص الانتفاع به فلا خيار له والاجارة لازمة • فان بنى المواجر
ما سقط لم يكن للمستاجر ان يفسخ الاجارة • فان كان المواجر غايبا فحدث ما يوجب الفسخ فليس للمستاجر ان يفسخ • وان سقطت
الدار كلها فله ان يخرج كان صاحب الدار شاهدا او غايبا الى هنا لفظ الكرخي • والاصل فيه ان العيب اذا حدث بالعين المستاجرة
فان اثر ذلك في المنافع يثبت الخيار للمستاجر كالعبد اذا مرض والدار اذا انهدمت بعضها لان كل جزء من
المنفعة كالمعقود عليه فحدوث عيب فيه قبل القبض يوجب الخيار وان لم يوثر ذلك في المنافع لا يثبت الخيار كالعبد المستاجر
للخدمة اذا ذهبت احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة او سقط شعره وكالدار اذا سقط منها حايط لا ينتفع به في سكناها
لان العقد ورد على المنفعة دون العين وهذا النقص حصل بالعين دون المنفعة والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار ثم
فيما يثبت له الخيار اذا استوفى المنفعة يلزمه الاجر كاملا كالمشتري اذا رضي بالعيب • ثم اذا حدث ما يوجب الفسخ لم
يجز الفسخ الا بحضور المتعاقدين لان حضورهما او حضور نايبهما شرط للفسخ • فان سقطت الدار كلها فله ان يخرج شاهدا
كان صاحب الدار او غايبا • وتكلم اصحابنا هنا بطريقين منهم من قال ينفسخ العقد بانهدام الدار ووقوعها لان الاجارة تنفسخ
ببطلان المنفعة المعقود عليها وان امكن الانتفاع من وجه اخر لانه جنس اخر • وقد قال محمد استاجر رحا ماء فانقطع الماء عنه
ستة اشهر ينفسخ العقد فان امسكه حين مضت السنة فعليه اجرة ستة اشهر الا اذا كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر
بحصته لبقاء جزء من المعقود له حصة بالعقد • ومن اصحابنا من قال لا ينفسخ العقد بانهدام الدار بل يثبت له حق الفسخ فانه قال
في الصلح اذا صالح على سكنى دار فانهدمت لم ينفسخ الصلح كذا ذكر شمس الايمة البيهقي في الكفاية • وقال في الفتاوى الصغرى
والتتمة اذا سقط الحائط او انهدم بيت من الدار المستاجرة فللمستاجر ان يفسخ لكن لا يملك الفسخ بغيبة المالك بالاجماع لان هذا رد
بالعيب وذلك لا يصح الا بحضرة المالك بالاجماع انما الخلاف في الرد بخيار الشرط • وان انهدمت الدار كلها فله الفسخ من غير حضرة
رب الدار لكن الاجارة لا تنفسخ ما لم يفسخ لان الانتفاع بالعرصة ممكن كما ذكر في الصلح واليه ذهب خواهر زاده وفي اجارات
شمس الايمة اذا انهدمت الدار كلها فالصحيح انه لا تنفسخ الاجارة لكن يسقط الاجر عنه فسخ او لم يفسخ في باب اجارات الدور والبيوت
الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى والتتمة • وذكر في الفتاوى الصغرى ايضا اذا استاجر ارضا للزراعة فزرع فاصطلمه افة
يجب اجر ما مضى ويسقط اجر ما بعد الاصطلام **قوله** قال واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحا
انفسخت الاجارة • اي قال القدوري في مختصره وللمشايخ كلام في انفساخ الاجارة مر ذكره قبل هذا • وهذا الذي ذكره هو
اختيار القدوري واليه ذهب صاحب التحفة وابو نصر البغدادي في شرحه واختيار خواهر زاده وشمس الايمة • بخلاف ذلك هو
وقد مر انفا • وذلك لان المنفعة المعقود عليها قد عدمت وفوت المعقود عليه يوجب بطلان العقد كهلاك المبيع قبل القبض
وكموت العبد المستاجر وضيعة الرجل عقاره كذا في الجمهرة والجمع ضياع • ومنه قول بعضهم فالمابغي ما وجه الغنى لصاحب الضيعة
في ضيعته **قوله** ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته اورد هذه المسالة استشهادا
على انه لا ينفسخ العقد بانقطاع الماء عن الرحى • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي فان انقطع الماء
اي عن الرحى فلم يطحن رفع عنه من الاجر بحساب ذلك لان الاجر يجب في مقابلة الانتفاع فاذا لم يتمكن من الانتفاع [illegible]
فلا يجب الاجر وله ان ينقض الاجارة لانه فات المقصود منها وهو الانتفاع بالمحل • فان لم ينقض حتى عاد الماء لزمته الاجارة لان المانع
المعجز عن الانتفاع قد زال فلزم العقد ولا يقال انه تفرقت عليه الصفقة فينبغي ان يتخير عند زوال العذر كالمبيع اذا ابق قبل
القبض فانا نقول هذا انما يكون بعد تمام الصفقة لانا جعلنا قبض المحل كقبض المنافع • ومتى قبض الدار ثم تعذر عليه الانتفاع
كان هذا عيبا حادثا بعد القبض فلا يوجب التخيير وان اختلفا في مقدار الانقطاع فالقول قول المستاجر لانه ينكر تقرر الاجر
عليه فكان القول قوله ولو قال المواجر لم ينقطع الماء وقال المستاجر قد انقطع يحكم الحال فيكون انقطاعه وجريانه في الحال
دليلا على الماضي لان الحال يصلح دليلا على الماضي عند الاشتباه كذا في شرح الكافي • وقال في الشامل في قسم المبسوط انقطع ماء النهر
له الفسخ لان انقطاع الماء بمنزلة ما استوجر لاجله الارض بل الباقي الرحا ان كان نقصا فاحشا ينقص في الابلا لخيار اخذ الحجر بعد ر
فان اصلح رب الرحى قبل الفسخ لا يفسخ فانه عرف الى هنا لفظ الشامل • وفي خلاصة الفتاوى نقصان الماء فاحشا فانه يطحن اقل من نصف
طحنه • ثم قال في الخلاصة قال الناطفي واذا طحن نصف ما كان يطحن فللمستاجر ان يرد ايضا ولو لم يرد حتى طحن كان هذا رضا فيه
وليس له ان يرد الرحى بعد ذلك • ثم قال في الخلاصة وهذه الرواية تخالف رواية القدوري • وذكر القدوري ان من استاجر
رحى ماء سنة فانقطع الماء ستة اشهر فامسك الرحا حتى مضت السنة فعليه اجر ستة اشهر وان كان البيت ينتفع لغير الطحن فعليه من
الاجر بحصته • ولو استاجر عبدا فمرض فهو كالرحى كذا في الخلاصة **قوله** واذا مات احد المتعاقدين وقد عقدها الاجارة
لنفسه انفسخت وهذا لفظ القدوري في مختصره • وعند الشافعي رحمه الله لا ينفسخ العقد بموت احد المتعاقدين كالبيع • وذلك
لان المواجر اذا مات ينتقل الملك منه الى ورثته وعقد الاجارة اقتضى استيفا المنافع من ملك المواجر لا من ملك غيره فلو بقي عقد الاجارة
يلزم استيفا المنافع من ملك الغير وهذا لا يجوز • وان مات المستاجر وهو قد عقد الاجارة لنفسه وكل ما كان من المال انتقل الى ورثته
وعقد الاجارة اقتضى ان يستحق الاجرة من مال المستاجر لا من مال غيره فلو بقي عقد الاجارة بعد موته تكون الاجرة مستحقة من مال الغير وهذا

لا يجوز فتعين بطلان العقد لعدم امكان بقايه • بخلاف ما اذا عقد الوكيل او الوصي او متولي الوقف حيث لا يبطل العقد لان المعنى الذي
قلنا في العاقد لنفسه لا يوجد في العاقد لغيره • ولان عقد الاجارة عقد يقصد به النفقة حال الحيوة فلا يبقى بعد الموت من عقد له
كالنكاح قالوا عقد لازم على ما يجري به الارث فلا يبطل بالموت كالبيع قلنا لا نسلم جريان الارث لان المنافع لا تنتقل عندنا الى الوارث
الارث • والمعنى في البيع لوطا التلف على المبيع بعد القبض لا يبطل العقد بخلاف الاجارة فظهر الفرق • قالوا ما يملك بالوصية يملك بالارث
كالاعيان قلنا الوصية ليس من شرطها التابعت فيجوز ان يتوقى المنافع والعين على ملك الغير كالنكاح الامة اذا مات المولى بعد
النكاح والاجارة من شروطها الثابت والاجل يبطل بالموت فلذلك لا يجوز استيفاء المنافع بحكم العقد الاول على ملك الثاني • ونقل
في خلاصة الفتاوى عن باب اجارة الظير ان احد المتعاقدين لو جن جنونا مطبقا لا تبطل الاجارة • وقال في الفتاوى الصغرى
بموت الوكيل تنفسخ الاجارة وبموت الموكل لا • ونقل في الاجناس عن اجارات الاصل اذا اجر الاب الارض ابنه الصغير او الوصي
فمات لا تبطل الاجارة وكذلك لا تبطل اجارة الظير بموت والد الصبي الذي استاجرها وتبطل بموت الصبي والمستاجرة • وقال
الكرخي في مختصره وان مات الظير قبل الرضاع او مات الصبي انتقضت الاجارة وكان لها من الاجر بحسب ما مضى من الرضاع قبل الموت وقال
في الاجناس ايضا لو اجر الوقف ثم مات قبل انقضاء المدة لا تبطل الاجارة ولم يذكر فيه القياس والاستحسان • ونقل في الخلاصة عن
الدرجة ثم ذكر القياس والاستحسان فقال القياس ان تبطل الاجارة وبه اخذ ابو بكر الاسكاف لانه في معنى المالك للغلة لا حد مجري
وفي الاستحسان لا تبطل لانه اجر لغيره كالوكيل • وقال في الاجناس ايضا ولو مات رب الابل في بعض طريق الحاج قال
في كتاب اجارات الاصل للمستاجر ان يركبها على حاله وعليه الكرى المسمى الى ان ياتي مكة فيرفع ذلك الى القاضي فان شاء له الكرا الى الكوفة
وان شاء فسخ الاجارة وفي كتاب الشروط لمحمد بن الحسن لو مات المكاري في مصر من الامصار لو ركب المستاجر حتى انه هلك الابل الا بان ذب
القاضي • قال ابو العباس الناطفي قوله ركبها المستاجر الى ان ياتي مكة لا يريد به انه لم يبطل الاجارة بموت الجمال الا ترى انه قال
للقاضي بعد ان يفسخها • ولو كانت الاجارة باقية لم يكن له فسخها لحق الحال وانما اراد به انه انما ثبتت الاجارة في حق الحاجر
من حيث الحكم ابتدا للضرورة دافعة لحق المستاجر حتى لا يلحق به الضرورة بتضييع ماله وانقطاعه في الطريق بالمنع عن الركوب فكان اجرة الشرع
ابتداء وقد يجري من الشرع الاذن في الركوب مجرى الاذن من حيث النطق كاخذ اللقطة ورد الابق • وعلى هذا ذكر في نوادر ابن سماعة
رجل اعار رجلا ثوبا فاخذه في صحرا او طالبه برد الثوب اليه فانه يترك الثوب بالمستعير باجر مثله الى ان يجد ما يلبسه
الى هنا لفظ الاجناس • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب انتقاض الاجارة من شرح الكافي وهذا استحسان لان
الاجارة تنتقض بموت احد المتعاقدين لان الجواز للحاجة ولا حاجة بعد الموت الا انا استحسنا البقا ههنا لانه لا يجد على ان يتكارى دابة
حملة في المفازة حتى لو كان بحيث يجد لا يبقى العقد فاذا وصل الى مكة ينبغي ان يسلم الدابة والاجرة الى القاضي لان هذا مال الوارث وهو غايب
والقاضي احق بحفظ مال الغايب • فان سلم له الكرا القاضي الى الكوفة فهو جايز لان للقاضي ان يستعمله الى الوارث على يد امين وفي الاجارة
نفع لهم فيصح ذلك واحب ان كان المستاجر ثقة ان ينفذ الكرا الى الكوفة لما فيه ايصال الحق الى المستحق وتحصيل النفع لهم فكان اولى ان
لم يكن المستاجر ثقة ينفذها على يد ثقة • فان لم يجد من ينفذ عليه باعها وبعث ثمنها لانه الاحوط • وان انفق على الابل شيا لم يجز
ذلك الا ان يكون بامر القاضي لانه متطوع فلا يرجع الا بامر من له ولاية فان اقام البينة على الامر والنفقة حسب له ذلك من الكرا فان راى القاضي
المصلحة في فسخ الاجارة وبيع الابل باع • وان اقام المستاجر البينة على انه اوفاه الكرا دفعه بحسابه ما بقي لانه اثبت حقه بالحجة لا يقال
ان البينة انما تسمع على خصم ولا خصم ههنا لانا نقول لما انتقلت ولاية الحفظ الى القاضي صار خصما عنه فتسمع البينة عليه او نقول يد المستاجر
ثابتة على المال واليد دليل الملك فلو ادعى الملك كان القول قوله • فاذا ادعى حقا متعلقا بهذا الملك كان القول قوله لانه لا منازع له
ظاهرا كذا في شرح الكافي **قوله** لا تنعدم ما ذكرنا من المعنى اشارة الى قوله لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة
لغير العاقد مستحقة بالعقد وبيانه مر قبل هذا **قوله** قال ويصح شرط الخيار في الاجارة اي قال القدوري في مختصره
وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز شرط الخيار في الاجارة كذا في شرح الكافي والمختلف والاشارات وغيرها • وعنده انما يجوز وهو اول
الدعى من وقت سقوط الخيار لانه لا يخلو اما ان كان الخيار للمواجر او المستاجر فان كان للمواجر فبعد اسقاط الخيار لا يمكنه تسليم المنفعة
عليه بكالها فصار كما لو تلف بعض المبيع في يد البايع اذا باع بشرط الخيار • وان كان للمستاجر فلا يمكنه تسليم المنفعة المعقود عليها
بكالها عند الفسخ • وهذا المعنى يمنع الرد بالخيار كما لو تلف بعض المبيع في مدة الخيار • ولنا ان عقد الاجارة نوع بيع لانه معاوضة
فيثبت الخيار الوارد في الحديث في البيع لان الخيار ثبت في البيع لدفع الغبن فكما انه يحتاج الى دفع الغبن في البيع يحتاج اليه في الاجارة
فيصح الخيار في الاجارة كما يصح في البيع لوجود الجامع وهو دفع الغبن ولانه عقد معاملة لا يستحق فيه القبض في المجلس فجاز شرط الخيار
فيه كالبيع • ولا يلزم النكاح لانه ليس بمعاملة ولانها مدة ملحقة بالعقد فيصح شرطها في الاجارة كالاجل • والجواب عما قال الخصم فنقول الاجارة
ليست كالبيع لان البايع لو اراد تسليم البعض دون البعض لم يكن له ذلك وكان المشتري اذا اراد رد البعض دون البعض لم يكن له ذلك
فكذا اذا كان في البيع خيار للبايع او للمشتري فتلف بعض المبيع في المدة • اما اذا اراد المواجر تسليم بعض المنافع من غير خيار جاز كما
اذا اجر دارا شهرا فمنعه منها في بعض المدة ثم سلمها فكذا اذا كان الخيار الشرط ايضا • وكذلك يجوز للمستاجر رد بعض المنفعة كما اذا سكن الدار
ثم ردها بخيار العيب فكذا اذا كان فيه خيار الشرط • وانما كان كذلك لان المبيع يمكن للبايع تسليمه جملة ويمكن للمشتري ايضا رده جملة فلا يجوز
هذا الرجل تسليم البعض دون البعض او رد البعض دون البعض • اما المنافع لا يمكن تسليمها جملة لانها تحدث شيا فشيا فلهذا جاز تسليم البعض
دون البعض ورد البعض دون البعض احتج الخصم بانه عقد يقصد به المنفعة فلا يجوز شرط الخيار فيه كالنكاح • قلنا النكاح لا يرد بكل عيب

والاجارة بخلافه فلا يعتبر احدهما بالاخر • والمعنى في النكاح انه معاوضة لا يلحقها الفسخ بالاقالة بعد تمامه فلم يجز فيه شرط الخيار
والاجارة معاوضة يلحقها الفسخ بالاقالة وليس من شرط صحتها التقابض فالواعقد من شرط صحته ان يكون احد عوضيه غير معين فلا يجوز
شرط الخيار فيه كالسلم • فلا ينتقض ذلك بما لو اشترى بثمن في الذمة لان احد عوضيه غير معين ومع هذا يجوز شرط الخيار • والمعنى
في السلم ان من شرط صحته القبض في المجلس فكذلك لم يصح الخيار لان الخيار ينافي لزوم القبض في المجلس • بخلاف الدين كذا في مختصر
الاسرار • قال الحاكم الجليل الشهيد في مختصر الكافي وان استاجرها بعينه على انه بالخيار ثلاثة ايام فهذا جائز • قال شيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه وهذا عندنا • وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز • ثم قال شيخ الاسلام فيه قال بعض اصحابنا
الاختلاف ههنا بناء على الاختلاف في مسألة اخرى وهو ان اضافة الاجارة الى زمان في المستقبل جائز عندنا وعنده لا وهو يقول اذا اضاف
العقد الى زمان في المستقبل انما حكمنا بالفساد لتخلف حكم العقد في الحال وهذا المعنى موجود ههنا لانه لا يثبت الحكم للحال ولا يمكن اثبات
الحكم بعد انقضاء الخيار مستندا لان المنافع لم تبق فتعذر التصحيح • وعندنا العقد ينعقد على المنافع على حسب حدوثها فينبغي ثبوت
الملك في المنفعة حالة وجودها في المستقبل فلا يقتضي تغيير موجب العقد فيصح • ومنهم من حكم بالفساد عنده لا بناء على تلك المسألة بل بناء
على جهالة المعقود عليه لانه لا يعلم متى يسقط الخيار والمنافع لا تصير معلومة الا بالمدة فثبتت الجهالة فتفسد العقد وانا نقول المدة معلومة
وهو زمان تسليم الدار اليه لانه لا يستحق الاجر الا اذا سلم فانتفت الجهالة فلم يفسد العقد • فان سكنها في الثلاث لزمته الاجرة لان السكنى
دلالة الرضا بالمعقود عليه واسقاط الخيار فيلزم العقد • وقال الحاكم في مختصر الكافي ايضا رجل تكارى دارا سنة على انه بالخيار
ثلاثة ايام فان رضيها اخذها بمائة درهم وان لم يرض اخذها بخمسين درهما فالاجارة فاسدة وذلك لانه ردد في الاجر والترديد
يوجب الجهالة فيفسد العقد وان سكنها فعليه اجر مثلها ولا ضمان عليه فيما انهدم منها لانه سكنها باذن المالك الا انه لم يصح الشرط كان الترديد
يوجب اجر المثل كذا في شرح الكافي قوله ولنا انه عقد معاملة اراد به العقد المعاملة المعاوضة التي يلحقها الفسخ بالاقالة واحترز
به عن النكاح وقد مر البيان قوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احترازا عن الصرف والسلم فان قبض البدل شرط فيهما فلهذا لم
يجز الخيار قوله بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه • يعني ان فوات بعض المعقود عليه في البيع يمنع الرد دون
الاجارة وقد مر البيان قوله فيشترط فيه دوامه اي يشترط دوام الكل في البيع دون عقد الاجارة • ولهذا اجبر المستاجر
على القبض اذا سلم المواجر بعد مضي بعض المدة اي مدة الاجارة • اي ولهذا المعنى وهو ان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فلذا
يجبر المستاجر على قبض الدار اذا سلمها الموجر بعد مضي بعض من الاجارة • خلافا للشافعي رحمه الله لان تسليم جملة المنافع شرط وانه
غير ممكن • قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي في باب اجارة الدور والبيوت واذا استاجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى
شهر وقد طلب اليه التسليم او لم يطلب ثم تحاكما لم يكن للمستاجر ان يمتنع من القبض في باقي السنة ولا للمواجر ان يمتنع من التسليم • قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فرق بين هذا وبين البيع اذا هلك بعضه حيث يتخير المشتري في الباقي • والفرق ان
المعقود عليه واحد فاذا هلك بعضه تعيب الباقي • اما ههنا فالعقد ينعقد لانه ينعقد على حسب حدوث المنفعة فساعة فساعة فيما
مضى لا يقتضي استحقاق الفسخ في المستقبل • ثم قال شيخ الاسلام علاء الدين ولم يذكر حكم الارض • يعني لم يذكر الحاكم حكم الارض ثم قال
وقد فصل الكرخي بينهما اي بين الدار والارض فقال يتخير في الارض لانه استاجرها للزراعة وقد يفوت عليه الزراعة بفوات وقتها
اما الدار فانما استاجرها للسكنى ولا يفوت عليه السكنى في المستقبل بفوات ما في الماضي • ولو سلمها اليه الا بيتا كان مشغولا بمتاع المواجر
رفع عنه من الاجر بحساب ذلك • وكذلك لو سلمها اليه ثم انتزع منها بيتا لان الاجر يجب في مقابلة المنافع وقد حبس بعضها فكان له ان
يحبس ما يقابلها • بخلاف ما اذا انهدم بيت منها حيث لا يسقط في مقابله شيء من الثمن لان المنافع انما تنقص اذا صارت مقصودة بالاتلاف
وههنا لم تصر مقصودة فلا تنقص كذا في شرح الكافي قوله قال وتفسخ الاجارة بالاعذار • اي قال القدوري في مختصره
وقال الشافعي رحمه الله لا تنفسخ الا بالعيب كذا في شرح الاقطع يعني لا تنفسخ بالاعذار عنده وانما تنفسخ بالعيب • وقال ابن ابي ليلى
تفسخ بغير عذر ايضا كذا ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير وهو مذهب شريح كذا في شرح الكافي وتمام لفظ القدوري كمن استاجر
دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله • ومن اجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما اجر فسخ
القاضي العقد وباعها في الدين • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال اصحابنا جميعا اذا وقع عقد الاجارة صحيحا فليس لواحد
من المتعاقدين ان يفسخها بلا معنى فيها الا من عذر والعذر ان يحدث في المستاجر ما يمنع الانتفاع به او ينقص الانتفاع فيكون للمستاجر
ان يفسخ الاجارة • وكذلك ان اكترى حانوتا للعمل فيدع ذلك العمل الى غيره لم يكن له ذلك وان وجد ارخص كراء منه واوسع عليه وانفس
به • وكذلك ليس للمواجر ان يفسخ الاجارة اذا وجد زيادة على الاجرة التي اجرها بها • وان كانت اضعافا • وكذلك ان كان المستاجر
لا يصل الى الانتفاع به الا بان يستهلك ماله او يدخل ضررا في بدنه او ملكه فله ان يفسخ الاجارة مثل ان يستاجر رجلا ليقصر ثيابا او يقطعها
ويخيطها او ليهدم داره او ليقطع شجره او نخلا او ليحدث في ملكه شيئا من بناء او حفر او ليفصد او ليحجم او ليقطع ضرسا له او ليزرع ارضا
ثم بدا له ان لا يفعل فله في ذلك كله ان يفسخ الاجارة ولا يجب عليه شيء من ذلك لان فيه يستهلك مالا او عرضا او ضررا يدخل في ماله
عند ابتداء العمل • وكذلك ان استاجر ابلا الى مكة ثم بدا له ان لا يخرج فله ذلك ولا يجبر على السفر لان فيه مشقة وضررا • فاما المواجر
فليس له ان يفسخ الاجارة • وان بدا له في الخروج لم يكن له ذلك لان هذا ليس بعذر الى ههنا لفظ الكرخي في مختصره • ووجه قول ابن ابي
ليلى ان الاجارة جائزة ليست بلازمة لانها ليست منعقدة للحال وانما تنعقد على حسب وجود المنافع فيكون لبقائها حكم ابتدائها وفي
الابتداء هو مخير بين ان يعقد وان لا يعقد فكذا في حالة البقاء • ووجه قول الشافعي رحمه الله ان المنافع لها حكم الاعيان • ولهذا

لان اجارة المنافع بدل بدين جائز • فلو لم يكن لها حكم الاعيان لكان الكالي بالكالي وقد ورد النهي عنه فلما كان لها
حكم الاعيان كانت الاجارة كالبيع فلم يجز الفسخ الا من عيب • ولنا ان المنافع هي المعقود عليها حقيقة وهي توجد شيئا فشيئا والدار اقيمت
مقام المنافع تقديرا تصحيحا للعقد فيكون وجود العذر بمنزلة العيب الحادث قبل القبض على معنى ان في استدامة العقد ضررا زائدا لم يلتزمه
فله الفسخ لانه لا ضرر ولا اضرار في الاسلام • وتفسير العذر عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد
وذلك مثل ما ذكرنا انه لو افلس بقينا الاجارة مع ذلك بحبسه القاضي لقضاء الدين وفي الحبس ضرر زائد لم يلتزمه بعقد الاجارة • وكذلك
قلع السن وقطع الشجر ونحو ذلك • ولان الاجارة انما جوزت للحاجة فلان تفسخ بالعذر اولى • ولانه اذا ظهر العذر ظهر انه لم يبق
محتاجا الى البقاء فلا يجب الابقاء ولانه انما يبقيه للحاجة ولا حاجة ولا يرد علينا ما قلنا اذا استاجر دكانا فمرض مرضا لا يقدر على
المشي والخروج اليه لان محمدا نص على انها تفسخ كذا في مختصر الاسرار • قالوا في شروح الجامع الصغير يقال للشافعي رحمه الله ما تقول
في رجل استاجر انسانا ليقطع يده لاكلة وقعت فيها ثم برات • او استاجر رجلا ليقلع سنه لوجع ثم زال الوجع • او استاجر انسانا ليتخذ
له وليمة العرس فماتت العروس او اختلعت اجبر المستاجر على قطع اليد او قلع السن او اتخاذ الوليمة فحينئذ يضطر الى الرجوع عن قوله فيقول
بانتقاض الاجارة كما اذا انتقضت بالهلاك قوله اذ المعنى يجمعهما اي المعنى الموجب للفسخ يجمع الاجارة والبيع جميعا فيفسخ الاجارة
بالعذر كالبيع اذا ظهر في المبيع قبل القبض والمعنى هو العجز عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد قوله ثم قوله
فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض • اي قال القدوري في المختصر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين اشارة
الى اشتراط فسخ القاضي • اعلم انه اذا كان عليه دين فادح ولا مال له الا ببيع المستاجر يكون ذلك عذرا عندنا • ولكن هل للمواجر
ان يفسخ العقد بنفسه ويبيعه ام يحتاج الى حكم القاضي اختلفت الروايات فيه فقال في الجامع الصغير كل عذر هو على عذر فان الاجارة
تنتقض به هذا لفظ اصل الجامع الصغير وهذا يدل على ان فسخ القاضي ليس بشرط • وذلك لان العذر في باب الاجارة بمنزلة العيب الحادث
قبل القبض والعيب قبل القبض يوجب التفرد بالفسخ • وقال في الزيادات اذا باع الاجر المستاجر ليقضي دينه فالبيع ما لم يرفع الى
القاضي • وهذا يدل على ان الموجر لا ينفرد بالفسخ بل يفسخه القاضي • قال في خلاصة الفتاوى قال شمس الائمة الحلواني في رواية
الزيادات اذا باع الاجر المستاجر ليقضي دينه الاصح لان هذا فصل مختلف فيه فيتوقف على القضاء كالرجوع في الهبة • وقال فخر الاسلام علي
البزدوي في شرح الزيادات في باب ما لا يصدق المواجر على نقض الاجارة رجل اجر ارضه عشر سنين اجارة صحيحة وسلمها ثم اراد نقضها
لم يملك الا بعذر • والعذر ان يلحقه دين فادح لا وفاء عنده الا بثمن الارض على ما عرف • ثم قال وقد نص ههنا اي في الزيادات
ان النقض لا يصح الا من القاضي • فاما الاجر وحده فلا يملكه لان العذر لا يتضح الا برأي القاضي خصوصا في المجتهدات • ولو طلب
الاجر النقض لم ينقضه القاضي لان حقه ليس في النقض بل حق الدين في البيع وربما لا يتفق البيع فيصير النقض مفسدا ويبطل حق المستاجر • ولو
باع الارض صح البيع لكن لا يمكنه تسليم الارض • وللمشتري الخيار فان رفع المشتري الامر الى القاضي وطالبه بالتسليم او نقض فانه يثبت البائع
الدين عند القاضي فان القاضي يمضي البيع فينقض ذلك نقض الاجارة ويأخذ الثمن من المشتري فيسلمه الى الغريم • ثم قال فخر الاسلام ولم يذكر
في المزارعة والاجارات قضاء القاضي • ثم قال والصحيح ما ذكر ههنا في الزيادات • فان لم يكن عليه الدين ظاهرا فاقر الاجر بالدين
لرجل وكذبه المستاجر وصدقه المقر له تباع الارض وانتقضت الاجارة به عند ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد لا ينتقض لان هذا
الاقرار يضر المستاجر • ولابي حنيفة ان الاقرار يلاقي ذمة المقر ولا حق لاحد فيه فيصح ثم يتعدى اذا صح ووجب البيع كما في
المسألة الاولى • واذا وجب البيع كان على المستاجر في هذا كله الاجر المسمى الى ان يباع ثم يقضي القاضي بالبيع لان الاجارة لا تنفسخ الا
بقضاء القاضي فلا يسقط عنه الاجر الا بعده • وعندهما لما لم يعمل الاقرار في حق المستاجر وجب اخراج المقر من السجن لانه ظهر عجزه ولا
يمنع الغريم عن ملازمته على ما عرف حتى ينتهي عقد الاجارة ثم يعاد الى السجن ليبيع الارض كذا في شرح الزيادات • وقال في تتمة
الفتاوى اعلم ان الاجارة تنفسخ بغير فسخ احد اذا عقدت على امر لا يمكن المضي فيه شرعا هو الصحيح • وان ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده
لفظ الفسخ في باب الانتقاض • اما في عذر يمكن المضي فيه شرعا لكن بضرر ذكر في روايات الاجارات والمزارعة والجامع الصغير انه
ينفرد صاحب العذر بالفسخ ولا يفتقر الى القضاء • وذكر في الزيادات في باب من الوصية بمثل نصيب احد البنين الا ثلث ما بقي
وشرط القضاء لكن وضع المسألة في الدين فقال اذا باع المستاجر ليقضي دينه لا يجوز ما لم يرفع الامر الى القاضي • وذكر في وسط باب
اجارة الدواب اذا باع الاجر المستاجر من غير عذر جاز البيع • ثم اختلف المشايخ منهم من قال ما ذكر في الزيادات محمول على عذر هو
واضح لا اشتباه فيه • ومنهم من قال منهم شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده في المسائل اختلاف روايتين • وقد صحح شيخ الاسلام
الروايات المطلقة لانه امتناع • وصحح شمس الائمة في مسألة الدين اذا باع الاجر المستاجر بعذر الدين رواية الزيادات انه لا ينفسخ ولا ينفذ
البيع الا ان يرفع الى القاضي لكن ذكر علة توجب تلك العلة تصحيح رواية الزيادات انه لا ينفسخ ولا ينعقد البيع الا في عامة الفصول فانه
قال لانه فصل مجتهد فيه • وذكر الشيخ الامام علي البزدوي ان الصحيح فيما عدا الدين عامة الروايات • وفي الدين الجواب كما قال
في الزيادات لانه امر فيه خفاء فيشترط القضاء ليتحقق العذر كانه حمل المسألة فيما عدا الدين على الروايتين ثم صحح عامة الروايات
انه لا يشترط القضاء وحمل فصل الدين محمولا عليه • او حمل المسائل كلها على روايتين واختار فيما عدا الدين عامة الروايات • وفي
الدين رواية الزيادة • والصدر الشهيد كان يفتي بعامة الروايات فيما عدا الدين • وفي الدين برواية الزيادات • ومن مشايخ
زماننا من كان يفتي في الفصول كلها بعامة الروايات الى هنا لفظ تتمة الفتاوى قوله ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر
ظاهرا لا يحتاج فيه الى القضاء • اي وفق بين روايتي الجامع الصغير والزيادات وحمل رواية الجامع الصغير على ما اذا كان العذر

فتاوى ودواير الزيادات على ما اذا لم يكن العذر ظاهرا اليه مال الصدر الشهيد والعتابي وفخر الدين قاضي خان يا شرح الجامع الصغير • والعذر الظاهر كما اذا استاجر رجلا لقطع يد لآكلة وقعت بها فبرئت • او استاجره لقلع السن على وجه لم يكن الوجع او استاجره ليطبخ طعام الوليمة فماتت المراة او اختلعت • او استاجره ليختن ولدا فمات الولد ونحو ذلك • واذا لم يكن العذر ظاهرا كالدين لانه يحتمل ان يكون قادرا على الايفاء بمال آخر فلا بد من القضا ليزول الاشتباه ويتحقق العذر **قوله** ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه • وان بدا للمكاري من السفر فليس ذلك بعذر • وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يتكارى من الرجل ابلا الى مكة فاراد الذي اكترى ان يقعد فان هذا عذر • وان اراد الجمال ذلك فان فليس هذا بعذر الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وجملة هذا ما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال وان استاجر دابة الى بغداد وهو يريد الحج ثم بدا للمستاجر ان يقعد فلا يحج فهذا عذر لانه قد تعلق مصلحته بالسفر في زمان دون زمان فاذا فات الاستيفاء عنه اندفعت الحاجة بدونه فيكون عذرا وكذلك لو اراد الخروج في طلب غريم له او عبد ابق فرجع يعني الغريم والعبد لان الحاجة قد اندفعت • وكذلك لو مرض او لزمه غرم او خاف امرا او نفقت الدابة او اصابه شي لا يستطيع الركوب معه كان هذا عذرا لانه يتعذر عليه الانتفاع بالحمل المستاجر فان لم يكن الامر على شي مما ذكرنا ذلك واراد رب الدابة ان يفسخ الاجارة فليس له ذلك لانه لا عذر • وان عرض لرب الدابة مرض لا يستطيع الخروج فيه مع الدابة لم يكن لرب الدابة ان ينقض الاجارة ولكنه يؤمر ان يرسل معه من يتبع الدابة • وكذلك لو اخذ غريمه لان الانتفاع يتم بالدابة ولا منافع في خروجها واقامته عند غريمه مقام نفسه ممكن فانتفى الضرر فبقي العقد على ما كان • وان عطبت كان هذا عذرا لانه يعجز عن الانتفاع بها • وهذا اذا استاجر دابة بعينها • فاما اذا كانت بغير عينها لم يكن هذا عذرا لان العجز عن تسليم دابة بعينها لا يكون عجزا عن تسليم دابة مطلقة فيؤمر ان ياتيه بدابة يحمل عليها لانه التزم الحمل وقوله بدا له يقال بدا له في هذا الامر بداء اي تغير راي عما كان عليه وفلان ذو بدوات اذا بدا له الراي كذا في الجمل • وقال ابن دريد بدا لي الشي يبدو وابدو وكذا في المجمل • ومنه قول الحريري في المقامة التاسعة والاربعين فان للتاخير آفات وللعزايم بدوات **قوله** ولو مرض المواجر فقعد فكذلك الجواب على رواية الاصل • يعني لو مرض رب الدابة لا يكون ذلك عذرا على رواية المبسوط وذلك لما قلنا انه يمكنه ان يبعث رسولا يتبع الدابة • قال صاحب الهداية وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر وهو ما روى الكرخي في مختصره بقوله وقال ابو يوسف ان مرض المواجر واصابه الم وذلك له ان يفسخ اذا كانت بعينها • وقال في خلاصة الفتاوى ولو قال المستاجر انا اريد السفر وقال الاجير انه يتعلل ولا يريد الخروج حلف القاضي المستاجر بالله انك عزمت على السفر وفسخ العقد بينهما واليه مال الكرخي والقدوري • فلو خرج المستاجر بعد الفسخ الى السفر ثم رجع وقال بدا لي في ذلك قال الخصم انه كاذب يحلف بالله انك قاصد في خروجك الى السفر هـ **قوله** ومن اجر عبدا ثم باعه فليس بعذر وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يواجر عبدا له ثم يبيعه قال ليس بعذر وهذا لفظ اصل الجامع الصغير • وذلك لان الاجارة عقد لازم بمنزلة بيع العين لا ينتقض الا بما ينقض البيع مثله وانما ينقض البيع بعيب يحدث قبل القبض والاجارة عندنا ينقض العقد لانه بمنزلة العيب الحادث قبل القبض ولم يوجد العذر هنا وانما هو مجرد شهوة فلو نقض عقد الاجارة بمجرد ارادة البيع من غير ان يلحقه دين فادح لا يمكنه اداء الا من ثمن العين المستاجرة لم تسلم الاجارة عن النقض ابدا ولبطلت حوايج الناس • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب انتقاض الاجارة من شرح الكافي • فان اراد صاحبه ان يبيعه لم يكن له ذلك وان باعه لم يجز لانه تعلق به حق المستاجر وهو حق الانتفاع • فلو نفذنا البيع ابطلنا حق المستاجر • وذلك لا يجوز • وان كان عليه دين فحبس فيه فباعه فهذا عذر وبيعه جايز لانه لا يتخلص من هم الدين الا ببيعه الى هنا لفظ شرح الكافي • قال في مختصر الطحاوي ومن اجر دارا ثم باعها قبل انقضا المدة فيها • فان ابا حنيفة ومحمد قالا للمستاجر منع المشتري منها ونقض البيع عليه فان نقضه كان منتقضا ولم يعد بعد ذلك • وان لم ينقضه حتى مضت الدار من الاجارة تم ذلك البيع فيها وهو قول ابي يوسف المتقدم • وروي عنه اصحاب الاملاء انه قال لا سبيل للمستاجر الى نقض البيع فيها والاجارة فيها كالعيب فيها • فان كان المشتري عالما بذلك فقد برئ البايع منه وللمشتري قبض الدار بعد انقضا الاجارة فيها وان لم يكن علم بذلك كان بالخيار ان شا نقض البيع فيها للعيب الذي وجد فيها • وان شا امضاه والذي رويه محمد من قول ابي حنيفة انه ليس للمستاجر نقض البيع ولكنه ان اجاز البيع كان في ذلك ابطال ما بقي من اجارته والقول الاول لا نعلم احدا من قول ابي حنيفة غيره الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن اجر دارا ثم باعها قبل انقضا مدة الاجارة فان البيع جايز فيما بين البايع والمشتري حتى ان المدة لو انقضت كان البيع لازما للمشتري وليس له ان يمتنع عن الاخذ الا اذا طالب المشتري البايع بالتسليم قبل انقضا مدة الاجارة فلم يمكنه ذلك وفسخ القاضي العقد فيما بينهما فانه لا يعود جايزا بعد مضي المدة ولو ان المستاجر اجاز البيع جاز وبطلت الاجارة فيما بقي من المدة ولو فسخ فانه لا ينفسخ البيع بينهما حتى ان المدة اذا انقضت كان للمشتري ان ياخذ هذا في ظاهر الرواية • وروى الطحاوي عن ابي حنيفة ومحمد ان للمستاجر ان ينقض البيع فاذا نقض البيع فانه لا يعود • وروي عن ابي يوسف انه قال ليس للمستاجر نقض البيع والاجارة فيها كالعيب • فان كان المشتري عالما وقت الشرا فهو بالخيار ان شا نقضها بالعيب وان شا امضاه • وكذلك هذا الحكم في الامرا اذا اقر بدار لرجل بعدما اجرها فان اقراره يصح في حق نفسه ولا يصح في حق المستاجر فاذا مضت المدة حينئذ ينتقل الدار الى المقر له • ولو اجر دارا من رجل ثم اجرها من آخر فان عقد الثاني يكون موقوفا على اجازة المستاجر الاول فان ابطله بطل • بخلاف البيع فان هناك اذا ابطله لم يبطل والفرق بينهما ان عقد الاجارة انما يقع على المنفعة والمنفعة مملوكة للمستاجر الاول فان اجازها كما جاز وان ابطل بطل واما البيع فانما يقع على

العين والعين مملوكة للمواجر الا ان للغير حقا فاذا الحق الغير نفذ البيع • ولو اجاز المستاجر الاول الاجارة الثانية صحت الاجارة الثانية والاجرة للمستاجر الاول ولا يكون لصاحب الدار • بخلاف البيع لان هناك لصاحب الملك والفرق ما ذكرنا ان المنفعة مملوكة للمستاجر والاجرة بدله يكون له • بخلاف البيع فان العين مملوكة للمواجر والثمن بدل العين فيكون بدله له وبالاجارة لا ينفسخ عقد المستاجر الاول ما لم يمض مدة الثاني فاذا مضت مجيز ينقضي المدة فان جميعا ان كانت مدتهما واحدة وان كانت مدة الثاني اقل من مدة الاول فللاول ان يسكن الدار حتى تتم المدة • وكذلك لو رهنها المواجر قبل انقضا مدة الاجارة فالعقد جايز فيما بينه وبين المرتهن • ولكن للمستاجر ان يحبس الى ان تنقضي مدته ولو رهن دارا من رجل وقبضها المرتهن ثم باعها الراهن من آخر فالبيع جايز بين البايع والمشتري وفي حق المرتهن لا يجوز وله ان يحبسها حتى يستوفي ماله فاذا افتكها الراهن سلم الدار الى المشتري كما ذكرنا في الاجارة الا ان ها هنا اذا اجاز المرتهن البيع جاز وسلم الدار الى المشتري والثمن يكون رهنا مكان الدار لان له حق الحبس للعين ما دامت العين قايمة فكذلك يثبت في بدله كذا في شرح الطحاوي **قوله** واذا استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر وهذه من مسايل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الخياط يستاجر الغلام ليخيط معه فافلس الخياط وترك العمل قال هذا عذر وان اراد ان يدع الخياطة ويعمل في الصرف فليس هذا بعذر الى هنا اصل الجامع الصغير • وذلك لانه لما افلس الخياط فقد عجز عن المضي على موجب العقد اعني انه عجز عن استعمال الغلام معه في الخياطة لانها تجارة تنقطع عند الافلاس فيلزمه في بقا العقد ضرر زايد لم يستحق بالعقد فصار الافلاس عذرا في فسخ اجارة الغلام • الا ترى انه لو استاجر حانوتا للتجارة فيه ثم افلس كان ذلك عذرا وله ان ينقض الاجارة وكذلك ها هنا • واورد الفقيه ابو الليث هذا في شرح الجامع الصغير سوالا وجوابا فقال فان قيل كيف يفلس الخياط وربما كان عمله بالابرة ويمكنه ان يشتري ابرة بحبة بل ربما كان الخياط يعمل لنفسه فيشتري الكرابيس ويخيط ثم يبيع فافلس عن ذلك وربما الناس فاستقبله عذر يعجز عن قبول العمل فاذا استقبله العذر بوجه من الوجوه فله ان ينقض الاجارة • وكذلك اذا مرض الخياط فقام عن السوق يكون ذلك عذرا في فسخ استيجار الغلام كذا ذكر قاضي خان في شرح الجامع الصغير • وقال العتابي في شرح الجامع الصغير في تاويل المسئلة يريد خياطا يخيط ثياب نفسه ليبيعها او خياطا ظهر خيانته عند الناس فلا يعطيه احد ثوبا يخيطه لانه بالمضي في موجب العقد ضرر لم يلزمه بالعقد • فاما اذا اراد ان يترك الخياطة ويشتغل بعمل الصرف فليس ذلك بعذر في الفسخ لانه ليس بتاجر لانه يمكنه ان يستعمل الغلام في خياطة في ناحية من الحانوت وهو بنفسه يشتغل بعمل الصرف في ناحية اخرى فلا يكون ذلك في معنى الغيب • ولو وجب النقض بمثل ذلك لم يسلم عقد ابدا • بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة او لعمل آخر غيرها ثم اراد ان يترك ذلك كان ذلك عذرا وقد مر ذلك عذرا وله فسخ الاجارة بالاعذار وذلك لان الجمع بين العملين لعامل واحد متعذر فكان عذرا • وهنا العامل اثنان فامكن الجمع بين العملين **قوله** ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهذا عذر • وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم اراد ان يسافر قال هذا هذا عذر وقد مر نحو هذا في اول باب الاجارة الفاسدة • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وهذه من الخواص وهذا لانه ليس له ان يذهب بالعبد الى السفر لان خدمة السفر اشق من خدمة الحضر فلو امتنع من السفر يلزمه ضرر زايد لم يستحق بالعقد فكان عذرا • قالوا في شروح الجامع الصغير وكذا اذا استاجره ليخدمه مطلقا لانه لا يمكنه ان يسافر به وان كان العقد مطلقا لان خدمة السفر اشق من خدمة الحضر فلا يستحق بمطلق العقد **قوله** وكذا اذا اطلق اي اطلق العقد في استيجار الغلام للخدمة ولم يقيد بخدمته في المصر ثم اراد المستاجر السفر يكون ذلك عذرا في فسخ الاجارة لانه لا يمكنه ان يذهب به الى السفر لزيادة خدمة السفر فيتقيد بخدمة الحضر بدلالة العادة فاذا اراد المستاجر السفر كان ذلك عذرا في الفسخ لانه عاجز عن المضي على موجب العقد لانه لا يمكنه ان يستصحب الغلام فلو منع من السفر لاجل الغلام يلزمه ضرر زايد لم يستحق بالعقد فكان عذرا

مسايل منثورة

اي نثرت عن اماكنها وذكرت هنا تداركا لما فات **قوله** قال ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصايد فاحترق شي في ارض اخرى فلا ضمان عليه وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يستاجر ارضا فحرق الحصايد فيها فاحترقت ارض لقوم آخرين او استاجرها فتعل ذلك فاحترق شي في ارض لقوم آخرين قال لا ضمان عليه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهي من الخواص ومعنى احتراق الارض احتراق ما فيها وانما لم يجب الضمان لان هذا تسبيب ليس بمباشرة والضمان في التسبيب لا يجب بدون التعدي ولم يوجد التعدي فلا يجب الضمان • وانما قلنا انه لم يوجد التعدي لانه تصرف في ملك نفسه وهذا لان اعتبار استاجر الارض او استعارها ليتنفع بها والانتفاع بها لا يتها بدونه فصار كمن حفر بيرا في ملك نفسه فوقع فيها انسان فانه لا يضمن لانه غير متعدي • واصله ان المباشرة علة لا يبطل حكمها بعذر • ولهذا الرزي بينهما في ملك نفسه فاصاب انسانا او مالا ضمن والسبب ليس بعلة فلا بد من صفة التعدي وان لم يصر علة واحراق الحصايد ليس بتعد فلا يصلح علة لضمان التعدي كحفر البير في داره حتى لو كان متعديا ضمن كما اذا اسقى شيا لا تطيقه مثل هذه الارض فتعدى الى ارض جاره ضمن لانه فيما فعل ليس بمتنع بل هو متعدي ثم قال فخر الدين قاضي خان في شرحه للجامع الصغير • ونقل صاحب الاجناس في كتاب الغصب عن ديات الاصل لو وضع جمرا في الطريق فحركته الريح فذهبت به من ذلك الموضع فاحرق شيا لم يضمن من قبل انه قد تغير عن حاله التي وضع عليها • وكذلك اذا وضع جمرا وقال الصدر الشهيد في باب الديات والجنايات بعلامة الرا من الواقعات رجل احرق شوكا او تبنا في ارضه فذهب الريح بالشرارات الى ارض جاره فاحرق زرعه ان كانت النار بعيدة من ارض الجار على وجه لا يصل اليه شررا النار في العادة فلا ضمان عليه لان ذلك

حصل بفعل النار والاحراق. ولو كان بقرب من ارضه او على وجه يصل اليه شرر النار غالبا فانه يضمن لانه له ان يوقد النار
في ارضه ولكن على وجه لا يتعدى ضرره الى دار جاره وهذا كما اذا سقى ارض نفسه فتعدى الى ارض جاره وكذلك لو ان
رجلا احرق دار هذه فابرى اليه فجاوز النهر دارهم وصار الى ارض جاره فقتل رجلا او افسد متاعا لا يضمن لمعنى الحال
ودية المقتول على عاقلته. وكذلك الحداد لو اخرج الحديد من الكور في حانوته ووضع على العلاة وضربه على الطرق
فخرج شررها الى طريق العامة فاحرق رجلا او فقأ عينه فديته على عاقلته. ولو احرق ثوب انسان فقيمته على الحداد في
ماله ولو لم يضرب بالمطرقة حين وضعه على العلاة فاخرج شررها فاصاب شيئا فهو هدر كذا في الواقعات. وقال في كتاب
الشرب من الشامل سقى ارضه من ماء في ارض رجل فغرقها او نزت لا ضمان عليه لانه غير متعد في التسبب. وكذلك اذا احرق كلا
او حصايد في ارضه فذهبت النار فاحرقت شيئا لغيره لم يضمن لا جرم ان كان يوم ريح فعلم انه يذهب منها يضمن الى هنا لفظ الشامل
والحصايد جمع حصيدة وهي ما يحصد من الزرع والدقت **قوله** وقيل هذا اذا كانت الرياح هادية. اي قال المشايخ هذا
الذي قاله محمد في الجامع الصغير من عدم الضمان باحراق الحصايد اذا احترق شيء من ارض اخرى فيما اذا كانت الريح ساكنة وقت
احراق الحصايد. اما اذا كانت يضمن حينئذ لانه يتعدى منه لانه احرقها مع علمه ان النار لا تستقر مكانها مع هبوب الريح **قوله**
هادية يروى بالنون والهمزة جميعا اي ساكنة هدن وهدأ اخوان بمعنى سكن يقال هدن يهدن هدونا وهدنة. ومنه قيل
لما يكون بين المتعادين بالصلح والموادعة هدنة كذا في الفائق ومنه حديث النبي صلى الله عليه وسلم هدنة على دخن اي على فساد
وقد طرق على اذني في بعض مطالعاتي قول بعضهم ليت السباع لنا كانت مجاورة. وانما لا نرى ممن نرى احدا. ان السباع لتهدى في رابضها
والناس ليس بهاد شرهم ابدا **قوله** قال واذا قعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز. اي قال في
الجامع الصغير وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في صباغ او خياط اجلس في دكانه صانعا او خياطا يطرح عليه
العمل بالنصف قال يجوز هذا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لان هذه شركة التقبل وهي جائزة عندنا على ما مر في كتاب الشركة وليست باجارة
قال فخر الدين البزدوي وتفسير المسئلة عند بعض مشايخنا ان صاحب الدكان رجل معروف له جاه عند الناس ولكنه غير حاذق فاقعد
معه في دكانه رجلا غير معروف ولكنه حاذق يعمل يطرح عليه العمل الذي ياخذ من الناس بالنصف. ووجه اخر ان يكون صاحب الدكان
حاذقا لكنه غير معروف ولا يؤتمن ولا يقصد فاقعد على دكانه رجلا معروفا غير حاذق ليطرح هذا الذي قعد على صاحب الدكان
بالنصف قال والاول اشبه ذكر في كتاب الشركة انه في القياس باطل لانه استاجره ليقبل الاعمال بنصف ما يخرج من عمل العامل في التفسير الثاني
وعلى التفسير الاول اجر الدكان من العامل بما قلنا وذلك مجهول. ووجه الاستحسان ان هذه عبارة عن الشركة التقبل والتضمن وذلك
صحيح فكذلك هذا لان تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما وان كان احدهما يتولى القبول من الناس لجاهه والاخر يتولى العمل لحذاقته
فان الربح عليهما وليس من ضرورة صحة الضمان الحذاقة. واذا وجدنا سبيلا الى الحكم بجوازه وهو متعارف يحتاج اليه وجب القول
بصحته كذا قال فخر الاسلام. وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير كان القياس ان لا يجوز لانه استاجره باجر مجهول وهو نصف
ما يتقبل. واذا استاجر باجر مجهول لم تجز الاجارة. واما وجه الاستحسان فهو ان العادة قد جرت بها بين الناس بذلك فيجوز لان
عمل المسلمين من اقوى الحجج لان النبي صلى الله عليه وسلم قال ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن **قوله** فهذا بوجاهته اشارة
الى الخياط او الصباغ **قوله** وهذا بحذاقته اشارة الى من في قوله من يطرح عليه العمل **قوله** ومن استاجر جملا ليحمل عليه
محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه. فان شاهد الجمال المحمل فهو اجود اي اقرب
الى الجواز او اكثر جوازا لانه حينئذ يرتفع الجهالة فيجوز قياسا واستحسانا. بخلاف ما اذا لم يشاهد المحمل فانه يجوز استحسانا لا قياسا وفي
بعض النسخ فهو اجود من الجودة. وعند الشافعي لا يجوز حتى يشاهد المحمل والغطاء كذا في شرح الاقطع وذلك لان المقصود من كرا الجمل
ركوب الراكب والمحمل تبع مقصود فانما يراد به تسهيل الركوب والرفق فلا يتوقف صحة العقد على مشاهدته كسرج الدابة واكافها والظلال
ولان الجهالة قد تختلف اختلافا فاحشا في الثقل والخفة فيلزم من ذلك اختلاف المنفعة المعقود عليها فيمنع صحة العقد لانا نقول لا يبطل بالسرج
والاكاف والظلال ولان مطلق العقد ينصرف الى المعتاد فيكون المراد من المحمل ما هو المعتاد دون كل محمل لا غير حتى اذا اتى بما يخالف العادة
لا يكون ذلك مستحقا بالعقد والمحمل بفتح الميم الاول وكسر الثاني او على العكس الهودج الكبير الحجاجي كذا في المغرب **قوله** وكذا اذا لم ير الوطا
والدثر ذكره تفريعا على مسئلة القدوري. يعني يجوز العقد استحسانا اذا لم ير الجمال الغطاء والدثر والوطا ما تقعد به والدثر جمع الدثار
وهو كل ما كان فوق الشعار يلبسه الانسان فوق الشعار كذا في مجمل اللغة. قال في الشامل في قسم المبسوط استاجر بعيرين الى مكة يحمل على احدهما محملا فيه
رجلان وما لهما من الغطاء والدثر فراها او لم ير الغطاء. وعلى الاخر زاملة كذا مختوما من السويق وما يكون من الماء ولم يبين قدر ما يصلح
من الخل والزيت والمعاليق ولم يبين وزنه. او شرط ان يحمل من مكة من هدايا مكة ما يحمل الناس فهو فاسد قياسا لجهالة الحمل وجاز استحسانا
لان التعامل جرى به ويحمل عشرين منا او يتزن لعظم ما يكون كذا في الشامل **قوله** ومن استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا
من الزاد فاكل منه في الطريق جاز له ان يرد عوض ما اكل. هذا لفظ القدوري في مختصره. وقال بعض اصحاب الشافعي رحمه الله لا
يستبدل كذا في شرح الاقطع. وذلك لانه استحق عليه حمل قدر معلوم من الزاد فما انتقص كان له ان يرد بدله كالمتاع اذا سرق وكالماء
اذا شرب **قوله** وكذا غير الزاد من المكيل والموزون. يعني اذا شرط ان يحمل قدرا من المكيل او الموزون غير الزاد فانتقص ذلك
فله ان يزيد عوض ذلك **قوله** ورد الزاد معتاد عند النقص كرد الماء هذا جواب سؤال يقال من جهة الخصم بانه يقال مطلق
العقد يحمل على العرف كنقد البلد والعادة انهم ياكلون ولا يردون بدله ويشربون الماء ويردون بدله فيحمل العقد على المتعارف

فاجاب عنه وقال لا نسلم ان العادة في الاكل كذلك بل العادة متفقة قد يرد بعض الناس وقد لا يرد بعض الناس والعرف المشترك لا يصلح
مقيدا لانه لا يصح الرجوع الى العادة بل وجب العمل بالاطلاق وهو انهما اطلقا العقد على حمل قدر معلوم مسافة معلومة ولم يقيد بعدم رد
قدر ما انتقص من المحمول. فلما كان الواجب حمل قدر معلوم باطلاق اللفظ وجب رد قدر الناقص عملا بالاطلاق اذ لا مانع من العمل بالاطلاق
وقال في كتاب الاجارات من الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اكترى من رجل ابلا بغير اعيانها الى مكة وكفل به رجل بالحمولة
قال جائز وله ان ياخذ ايهما شاء بالحمولة ولم يذكرها صاحب الهداية في كتاب الاجارات اعتمادا على ما ذكر من مسئلة القدوري في كتاب
الكفالة عند قوله ومن استاجر دابة للحمل فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل. قال فخر الاسلام والمراد بالحمولة الحمل وضمان العمل
وهو الحمل انما يصح اذا كانت الابل بغير اعيانها لانه مضمون يمكن استيفاؤه من الكفيل. فاذا كانت باعيانها لم يمكن استيفاء حملها من غيرها
فبطلت الكفالة هذا اذا كفل بالحمل فان كفل بنفس الابل جازت الكفالة ويؤخذ لان تسليم الابل بحكم العقد صار مستحقا على المواجر والتسليم
مما يجري فيه النيابة فيصح الكفالة بمنزلة الكفالة بنفس الرجل. بخلاف الكفالة بالحمل لان الابل اذا كانت معينة لا يقدر على ايفاء الحمل
وكذا اذا استاجر عبدا للخدمة وكفل رجل بخدمته لا يجوز وان كفل بنفس العبد جاز لما قلنا ولم يذكر صاحب الهداية مؤنة
رد العين المستاجرة هنا اعتمادا على ما ذكره في كتاب العارية من مسئلة القدوري بقوله واجرة رد العارية على المستعير واجرة رد
العين المستاجرة على المواجر واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب. وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل
يستاجر من الرجل الرحا فيحملها فينتقض الاجارة قال على المواجر ان يجيء فياخذها. وان كانت عارية فعلى المستعير ردها وذلك لان
الرد ينقض القبض فيكون على من وقع له القبض ومنفعة القبض في الاجارة تعود الى المواجر لان حقه يتاكد في العين وهو الاجر وحق
المستاجر يتاكد في المنفعة والمنفعة ليست بعين فكانت منفعة المواجر اكثر وفي باب الاعارة المنفعة تعود الى المستعير فكانت مؤنة
الرد عليه والباقي مر في العارية

كتاب المكاتب

ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق لان الكتابة
مالها العتق بالمال والولاء حكم من احكام العتق ايضا. وقيل وجه مناسبة ايراد كتاب المكاتب بعد كتاب الاجارات ان كل واحد من الاجارة
والكتابة عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة احترازا عن النكاح والطلاق
والعتاق على مال فان العوض ليس باصل في الطلاق والعتاق وكذا في النكاح لانه يصح بلا تسمية المال ثم الكتابة عقد جائز مندوب اليه ليس
بواجب وعليه عامة العلماء وهو مذهب اصحابنا ومالك وهو المشهور عن الشافعي رحمه الله. وروي عنه انه واجب وهو مذهب داود وهو
الاصفهاني. والدليل على جوازها ومشروعيتها الكتاب والسنة واجماع الامة. اما الكتاب فقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت
ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا والكتاب في المكاتبة كالعتاق والمعاتبة ومعناه ان يقول المولى لعبده كاتبتك بالف درهم او كاتبتك على
الف درهم فيقول العبد قبلت. وانما سمي العقد كتابة لما يكتب فيه من الكتاب على العبد للمولى وعلى المولى للعبد ولم يسم بهذا الاسم سائر
العقود وان كان يوجد فيها معنى الكتابة لئلا يبطل التسمية كالقارورة سميت بهذا الاسم دون سائر الظروف وان كان يوجد فيها ولا يسمى الكوز والحب
قارورة وان كان يقر المائع فيها لئلا يبطل الاعلام. واما السنة فهي ان بريرة كانت مكاتبة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يعرف
ذلك ولا ينكر. وقد حدث البخاري في الصحيح فقال حدثنا قتيبة قال حدثنا الليث عن ابن شهاب عن عروة ان عائشة اخبرته ان بريرة جاءت
تستعينها في كتابتها ولم تكن قضت من كتابتها شيئا قالت لها عائشة رضي الله عنها ارجعي الى اهلك فان احبوا ان اقضي عنك كتابتك ويكون ولاؤك لي فعلت
فذكرت ذلك بريرة لاهلها فابوا وقالوا ان شاءت ان تحتسب عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال رسول الله ابتاعي فاعتقي فانما الولاء لمن اعتق قالت ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما بال اناس يشترطون شروطا ليست
في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وان شرط مائة شرط شرط الله احق واوثق. وقد روى الحسن بن زياد عن ابي
حنيفة في المجرد عن ابراهيم عن زيد بن ثابت انه كان يقول المكاتب عبد ما بقي عليه درهم. واما الاجماع فان الامة يعملون على جواز ذلك
في كل عصر من غير نكير. ثم عامة العلماء على انه مندوب. وقال بعضهم انه واجب اذا علم خيرا في العبد استدلالا بما قال البخاري في الصحيح
قال روح عن ابن جريج قلت لعطاء اواجب علي اذا علمت له مالا ان اكاتبه قال ما اراه الا واجبا. وقال عمرو بن دينار قلت لعطاء اتاثره عن احد قال
لا ثم اخبرني ان موسى بن انس اخبره ان سيرين سال انسا المكاتبة وكان كثير المال فابى فانطلق الى عمر فقال كاتبه فابى فضربه بالدرة
ويتلو عمر فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا فكاتبه. قال في الكشاف وعن عمر رضي الله عنه هي عزمة من عزمات الله. وعن ابن سيرين
مثله وهو مذهب داود وذلك لان هذا لفظ الكتاب والدليل على الندب ان الله تعالى امر على وجه الندب والارشاد بدليل قوله ان علمتم فيهم خيرا
ولا يجبر على الايجاب الملك. ولانه عقد معاوضة فلا يتصف بكونه واجبا قياسا على سائر المعاوضات والنكتة فيه ان الرضا شرط في ازالة
المعقود عليه عن الملك شرط بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض. فلو وجب عقد الكتابة لانعدم الملك بلا رضا وذلك لا يجوز
ولا حجة لهم بالاية لان الخير يحتمل الصلاح في الدين ويحتمل الشيء للمنذر او للعبد فلا يصح احتجاجهم مع الاحتمال. وروي عن بعض
اصحابنا ان الامر للاباحة ثابت بدون الشرط فلا حاجة الى التعليق. ثم اعلم ان الكتابة لا تجوز قياسا لما فيها من اثبات الدين للمولى على العبد
والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولكن جوزت استحسانا بدليل الكتاب والسنة واجماع الامة. ثم قال بعضهم المراد من الخير المذكور
اقامة الصلوات الخمس واداء الفرائض. وقال بعضهم ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق وان كان يضر فالافضل ان لا يكاتبه ولكن لو فعل
مع ذلك جاز لان الجواز ليس بموقوف على الشرط. وقيل ان علمتم ان فيهم اداء اي قدرة على الاداء رواه كذلك محمد في الاثار عن ابي
حنيفة عن حماد عن ابراهيم **قوله** قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرط عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا. اي قال القدوري

في مختصره لما جاز الكتابة والاختلاف في كونها مندوبة او مباحة او واجبة فقد مر بيانها • واما اشتراط قبول العبد فلان المولى لم يرض ان
يخرج العبد عن ملكه بلا مال يلزم العبد وما كان لا رضا عليه فلابد من التزامه فيتوقف على قبوله لهذا **قوله** وانما هو امر ندب
هو الصحيح احترازا عما قيل ان هذا الامر في قوله تعالى فكاتبوهم للوجوب او للاباحة وقد مر قبل هذا **قوله** والمراد بالخير المذكور فيما
قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق • وانما قيل بقوله على ما قيل اشارة الى ان فيه اختلافا وقد مر بيانه قبل هذا **قوله** لا
يعتق الا باداء كل البدل ذكره تفريعا على مسئلة القدوري وقد اختلفوا في ان المكاتب متى يعتق قال صدر الاسلام في شرح الكافي قال
علي يعتق بقدر ما ادى • وقال عبد الله بن مسعود يعتق اذا ادى قدر قيمته والباقي دين عليه • وقال ابن عباس يعتق كما كتب
واخذ الكتاب من المولى • وقال زيد بن ثابت لا يعتق ما لم يؤد جميع بدل الكتابة وقول ابن عمر وعائشة وام سلمة مثل قول زيد كذا في
شرح الاقطع • وقال في شرح الاقطع ايضا عن ابن عمر اذا ادى النصف عتق • وقال محمد في كتاب الآثار وبقول زيد اخذ اصحابنا والى
ابي حنيفة في المكاتب من علي وعبد الله • ثم قال في الآثار وقال ابو حنيفة وهو قول عائشة رضي الله عنها فيما بلغنا وبه ناخذ دليلنا
ما روى محمد في الاصل عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كاتب عبده على مائة اوقية فاداها الا
عشر اواق فقالت ادخل فانك عبد ما بقي عليك شي • وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى ابن معشر وهو السدي عن سعيد بن ابي سعيد
المقبري ان ام سلمة قالت المكاتب عبد ما بقي عليه درهم من الكتابة شي • وحدث الطحاوي ايضا عن يونس بن وهب قال اخبرني اسامة
ابن زيد وقال الليث عن نافع عن ابن عمر قال المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شي • وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى مجاهد قال قال
زيد بن ثابت يقول المكاتب عبد ما بقي عليه شي • وذكر الطحاوي في شرح الآثار سؤالا وجوابا فقال فان قيل لم لا تكون الكتابة
مثل العتاق على مال وقد رأينا المعتق على مال يعتق بقبول المال والكتابة هو عتاق على مال فلم لا يعتق بقبول الكتابة عتاقا وان كان عتاقا
بالاسم اجمعوا ان المعتق على مال يعتق بالقبول وفي الكتابة لا يعتق بنفس الكتابة وانما يعتق في الثاني اذا ادى • وهذا اجماع منهم
فثبت انه ليس بمنزلة العتاق على مال والقياس يدل على هذا الذي ذهبنا اليه ايضا لان البيع اذا صح ووقع لم يكن للمشتري على السلعة
يد ولا سبيل الا باداء جميع الثمن • وان ادى بعض الثمن لم يكن له ان ياخذ من السلعة حصته وكذا الرهن اذا صح لم يكن للراهن
اذا ادى بعض الدين ان ياخذ من الرهن حصته حتى يؤدي جميع الدين لان عقد البيع اوجب حقا للبائع على المشتري ان لا يلزمه
تسليم الحصة من السلعة الا باستيفاء جميع الثمن لانه لو ثبت التسليم بالعقد ما كان ينتظر اداء بعض الثمن ولا كله فكذلك في المكاتب لو وجب
بعقد الكتابة تسليم الرقبة الى المكاتب وخروجه من ملكه الى المكاتب لما انتظر اداء بعض الكتابة ولا كله • وحيث وجب الانتظار
لم يعتق الا باداء الكل والله اعلم **قوله** ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر ذكره تفريعا على مسئلة القدوري
قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي ويعتق بادائه ان كان قال اذا اديت الي فانت حر او لم يقل • قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لابد ان يقول ذلك حتى يعتق العتق نص عليه او لم ينص لانه غرض
العقد • وهذا لان موجبات الاشياء تثبت من غير تنصيص على الموجب كما في البيع اذا صح ووقع بلا خيار ثبت موجبه وهو خروج الملك
من يد البائع الى المشتري وان لم يوجد التنصيص على الخروج • والحاصل انه اذا قال لعبده كاتبتك على الف درهم على ان تؤدي الي
كل شهر كذا على انك اذا اديت فانت حر • وكذا اذا قال اذا اديت الي الف درهم كل شهر منه كذا فانت حر فانه يكون كتابة لان معنى الكتابة
ليس الا الاعتاق على مال مؤجل منجم بنجوم معلومة • ولكن انما يجوز اذا قبل الكتابة لانه عقد معاوضة فلابد من الايجاب والقبول ولذلك
لو قال كاتبتك على الف درهم وسمى النجوم وقبل العبد فانه يكون كتابة وان لم يعلق العتق بالاداء ولم يقل على انك ان اديت الي الف
فانت حر لانه معاوضة فيتعلق عتقه بحكم المعاوضة لا بحكم الشرط • وعلى قول الشافعي رحمه الله لابد من التعليق بشرط الاداء • ولو قال
لعبده ان اديت الي الفا فانت حر او اذا اديت الي الفا فانت حر فاداه يعتق لان العتق معلق بالاداء فعند وجود شرطه • قال الكرخي ولا
يكون هذا كتابة وان كان فيه معنى الكتابة من وجه حتى ان العبد اذا جاء بالبدل فانه يجبر على قبوله اي يصير المولى قابضا له بالتخلية
كما في الكتابة وان لم يقبل المولى استحسانا عندنا خلافا لزفر وفرق بينهما فان الفرق بين التعليق وبين الكتابة في مسائل فانه اذا مات
العبد هنا قبل الاداء وترك مالا فالمال كله للمولى ولا يؤدى عنه فيعتق بخلاف الكتابة • وكذا لو مات المولى وفي يد العبد
كسب فالعبد رقيق يورث عنه مع اكسابه • بخلاف الكتابة ولو كانت هذه امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها بخلاف
المكاتبة اذا ولدت ثم ادت يعتق ولدها • ولو قال العبد للمولى حط عني مائة فحط المولى عنه فادى تسعمائة فانه لا يعتق
بخلاف الكتابة • ولو ابرأ المولى عن الالف العبد لم يعتق • ولو ابرأ المكاتب بدل الكتابة يعتق • ولو باع هذا العبد ثم اشتراه
وادى اليه يجبر على القبول عند ابي يوسف • وقال محمد في الزيادات لا يجبر على قبولها فان قبلها عتق • وكذلك لو رد اليه
بخيار او عيب • واما الاعتاق على مال فهو خلاف الكتابة وخلاف تعليق العتق بالاداء فانه اذا قال لعبده انت حر على الف درهم
فقبل العبد فانه يعتق من ساعته ويكون البدل واجبا في ذمته لانه اعتقه بعوض فيقبل بدل العوض عن صاحبه كما في البيع
وكذا لو قال لعبده انت حر على قيمة رقبتك وقبل ذلك فانه يعتق كذا في التحفة وغيرها **قوله** ولا يجب حط شي من البدل
ذكره تفريعا على مسئلة القدوري • قال في اشارات الاسرار حط شي من بدل الكتابة ليس بواجب عندنا • وعند الشافعي رحمه
الله واجب • وقال في وجيزهم يجب الايتاء بحط شي من النجوم او بذل شي هنا يدل على ان الحط واجب عند الشافعي رحمه الله ولكنه
لم يقدره بشي • وقال في المختلف والحصر يحط ربع او ثلث يلزمه ذلك عنده وعندنا لا يلزمه شي منه • وقال في الكشاف عن علي يحط
له الربع عن ابن عباس يرضخ له من كتابته شيا • وقال ابو اسحق الزجاج في تفسيره • ويروى عن عمر رضي الله عنه انه كاتب عبدا

له يكنى

له يكنى ابا امية وهو اول عبد كوتب في الاسلام فاتاه باول نجم فدفعه اليه عمر وقال له استعن به على مكاتبتك فقال له اخرته الى اخر نجم فقال
اخاف ان لا ادرك ذلك ثم قرأ قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم • ولنا قوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولانه عقد معاوضة
لا يلزم فيه الحط كالبيع • ولانه لا معنى للايجاب بعد الحط بعد ذلك للاضرار كالرد عليه ولانه دين فلا يجب على صاحبه الحط كسائر الديون
ولا حجة للخصم في قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم لان مال الكتابة لا يطلق عليه اسم مال الله كما لا يطلق على اثمان البياعات
واجر الاجارات • وانما يطلق مال الله على اموال القرب كالصدقات والزكوات والفي وخمس الغنيمة فكانه تعالى امرنا باعطاء المكاتبين
من صدقاتنا ليستعينوا بذلك على اداء الكتابة يدل عليه قوله تعالى وفي الرقاب • ويدل عليه ايضا قوله تعالى وآتوهم لان الايتاء هو
هو الاعطاء لا الحط • وايضا الحط انما يكون فيما في الذمة ومال الله الذي آتانا في ايدينا لا في ذمة المكاتبين فلو سلم ان المراد بما
الآية من مال الله من مال الكتابة فيحمل الايتاء حينئذ على الندب لا على الايجاب واليه ذهب الطحاوي في مختصره حيث قال انما هو على
الندب والحض على الخير لا على الايجاب بمنزلة قوله تعالى نهى عن اكل مال الغير الا بتجارة يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل
الا ان تكون تجارة عن تراض فبان ان الله تعالى نهى عن اكل مال الغير الا بتجارة عن تراض ولم يوجد الرضا من المولى بحط شي من بدل
الكتابة فلا يحل للعبد اكل ذلك لعدم رضى المولى لانه ما حط من العبد كسب العبد وهو ملك المولى الا اذا رضي المولى بذلك بلا ايجاب
عليه فيستحب ذلك حينئذ • قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وجاز للمكاتب قبول الصدقات لقوله تعالى وفي الرقاب اراد
به المكاتبين ويحل للمولى ان ياخذ ذلك منه قضاء من المكاتبة وعلله فقال ولو لم يعد العجز وان كان المولى غنيا لان الغني يختلف حكمه باختلاف
الاسباب وان كان الغني عندنا واحدا الا ترى انه كان يتصدق على بريرة وكانت تهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يقول
هو لها صدقة ولنا هدية وكان ياكل منه • وكذا الفقير اذا مات وترك ما لا جمعه من الصدقات ووارثه غني يحل له تناوله **قوله**
ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما • اي قال القدوري في مختصره وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز الكتابة الحالة
ولابد من نجمين فصاعدا كما في وجيزهم والاختلاف في السلم على عكس هذا • وعندنا لا يجوز السلم حالا وعنده يجوز • وجه قوله ان هذا
عقد لا يفيد مقصوده وكل عقد لا يفيد مقصوده لا ينعقد كالنكاح الذي لا يفيد حل الوطي • وهذا لان المقصود من الكتابة هو العتق
واذا كان حالا لا يفيد العتق لانه عاجز عن اداء بدل الكتابة للحال بحكم الرق وانما يقدر بعد قدرته على الاداء بواسطة ملك يمكن من الكسب
فاما اذا كان عاجزا عن الاداء للحال فسخ المولى عليه الكتابة بحكم العجز فلا يكون في انعقاده فائدة • بخلاف السلم الحال فانه يجوز عنده
لان القابل للسلم هو الحر والحر قادر لكونه مالكا للاشياء والعبد لا يملك شيئا فكان عاجزا • بخلاف ما اذا كان مؤجلا حيث يكون قادرا
بواسطة الكسب • ولان العجز اذا طرأ على الكتابة رفعها فاذا قارنها منعها لان المنع اسهل من الرفع • ولنا قوله تعالى فكاتبوهم ان
علمتم فيهم خيرا • وقوله عليه السلام من كاتب عبده على مائة اوقية فاداها الا عشر اواق فهو رقيق ونحو ذلك من الآثار ووجه
ان النصوص المقتضية لجواز الكتابة لم تشترط الاجل ولا نجمين فصاعدا فكان اشتراط ذلك فاسدا ولانه عقد معاوضة فلا يشترط
القدرة الحقيقية على البدل قبل وهو البدل كما في سائر العقود وعليه اجماع الامة • الا ترى ان الفقير الذي لا يملك الدرهم اذا اشترى
عبدا بالف دينار جاز لتوهم القدرة على تسليم الالف والقدرة الموهومة ثابتة للمكاتب على اداء بدل الكتابة فانه يمكنه ان يستقرض بدل
الكتابة فيؤديه او يستوهبه او يطلب الصدقة فياخذها فيؤدي فكان قادرا على اداء البدل فلم ادى في العقد فائدة وقوله انه عاجز عن
الاداء للحال وقوله العجز يرفع الكتابة قلنا ليس كذلك عندنا انما يفسخ العقد بفسخ القاضي او بالتراضي فلم يوجد التراضي على ذلك والقاضي
انما يفسخ اذا علم انه لا فائدة في بقائها بان تعذر عليه الاداء وهنا لم يتحقق العلم بذلك فلا يفسخها • وهذا بخلاف السلم الحال عندنا فانه لا
يجوز لان المسلم فيه مبيع والعجز عن تسليم المبيع مانع لصحة العقد فاذا كان السلم حالا كان المسلم اليه عاجزا عن التسليم لا محالة لانه مما ليس كان
القدرة الحقيقية على الاداء شرطا فلهذا اشترط التاجيل ثم الكتابة الحالة مثل ان قال كاتبتك على الف درهم وبه صرح الولوالجي في فتاواه هو
والكتابة المؤجلة مثل ان قال كاتبتك على الف درهم الى سنة والكتابة المنجمة مثل ان يقول كاتبتك على الف درهم الى سنة تؤدي كل شهر
من النجم كذا وكل ذلك جائز لان بدل الكتابة في حكم الثمن والثمن يجب في الذمة حالا ومنجما وكذا بدل الكتابة **قوله** ومعنى
الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق معنى في عقد الكتابة بلا اجل يطالب المولى العبد بما قبل فان ادى عتق وان امتنع عن الاداء رد في
الرق لا لشرط الفسخ قد وجد وهو فوات لزوم العقد لفوات ما هو المقصود بالعقد ولكن لا يرد في الرق الا بالتراضي او بقضاء القاضي هو
والدليل على هذا ما ذكر صدر الاسلام في شرح الكافي واذا صحت الكتابة الحالة فللمولى ان يطالب المكاتب ببدل الكتابة في الحال فان
ادى عتق وان لم يؤد رد في الرق اذا رضي به او برفع الامر الى القاضي حتى يرده ولا ينفسخ الكتابة الا بقضاء او برضاء الى هنا لفظ صدر الاسلام وان
قال اخرني وله مال حاضر او غائب يرجى قدومه اخره يومين او ثلاثة لان الامهال مثل هذه المدة لا يعد تعجيلا دون تاخير كالمديون اذا قال
ابيع عبدي هذا واقضي دينه لا يعجله القاضي ويؤجله يومين او ثلاثة هكذا هنا كذا ذكر الولوالجي في فتاواه **قوله** قال ويجوز
كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء • اي قال القدوري في مختصره وقال الشافعي رحمه الله لا يصح كتابة العبد الصغير وهذه
المسئلة فرع على الاختلاف في جواز الاذن للصبي في التجارة فعندنا يجوز ذلك خلافا له لانه ليس من اهل التصرف اذا كان يعقل البيع والشراء
ونصاب رأيه يتحرى باذن المولى فصح الاذن له • ولنا ان الصبي من اهل التصرف اذا كان يعقل البيع والشراء لان تصرفه نافع • قال الحاكم
الشهيد في باب مكاتبة الصغير من مختصر الكافي واذا كاتب الرجل عبدا له صغيرا لا يعقل لم يجز وان كان يعقل جاز ويكون كالعبد الكبير
في جميع احكامه • فان كان لا يعقل ولا يتكلم فكاتبه ثم ادى عنه رجل فقبلها المولى لم يعتق الا في رواية هذا الاجر ثم لو كاتب رجل ما في بطن
جاريته فجاز رجل بعد ذلك فادى عنه لم يعتق فليس هذا بشي ويرد المال الى صاحبه الى هنا لفظ الحاكم الشهيد رضي الله عنه وذلك لان الجواز

بعقد القبول والذي لا يقبل القبول والذي يعقل من أهل القبول ويكون كالعبد الكبير في جميع أحكامه . وقوله لو أجزت هذا لأجزت لو كاتب رجل عائق بعض جارية إشارة إلى أن أداء الأجنبي إنما يصح إذا بني على القبول ولم يوجد القبول لا من الصبي ولا من نائبه وإنما يرد المال إلى صاحبه لأنه أدى المقصود ولم يحصل ذلك المقصود . ولأنه أداه بسبب باطل لم يصح أداؤه . وقال في شرح الطحاوي وإن كان لا يعقل لا يجوز إلا إذا قبل عنه إنسان فإنه يجوز ويتوقف على إدراكه فإن أدى هذا القائل عتق والقياس أن يكون له استرداده وهو قول زفر وفي الاستحسان ليس له ذلك **قوله** ومن قال لعبده جعلت عليك ألفا تؤديها إلي نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أديتها فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكاتبة وهذه من مسائل الجامع الصغير . وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال لعبده جعلت عليك ألف درهم نجوما أولها كذا وآخرها كذا أكل نجم كذا فإذا أديته فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق قال هذه مكاتبة . قال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له مكاتبة لأن ذكر النجوم فصل في الكتابة فيحتمل وجود ذكرها عدمها . ووجه الاستحسان أن العبرة في العقود للمعاني ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط مؤاخذة الأصيل كفالة . والمضاربة بشرط الربح كله لرب المال بضاعة وبشرطه للمضارب إقراض وقد وجد ههنا معنى المكاتبة لأن معنى الكتابة المشروعة على سبيل السنة العادة والذي عليه الإجماع ما قلنا وعند الإطلاق يصح فعند التفسير أولى . فإن قلت قد ذكر مثل هذا ولم يعلق بأدائه وإن قال المولى فإذا أديتها فأنت حر فكيف قيدها بقوله فإذا أديتها فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق . قلت ذاك فيما إذا ثبت عقد الكتابة صريحا فحينئذ يثبت الحكم بلا تصريح لأن موجبات الأشياء تثبت عقيب مباشرة السبب بلا تصريح وههنا الكلام في انعقاد الكتابة ولم يوجد صريح على ذلك فلم يكن بد من ذكر ما يؤدي معنى الكتابة وذلك بمجموع ما قال في الكتاب **قوله** ولو قال إذا أديت إلي ألفا كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان ذكرها تفريعا على مسألة القدوري في الجامع الصغير . قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وإذا قال إذا أديت إلي ألفا كل شهر مائة فأنت حر فليست هذه مكاتبة وللمولى أن يبيعه وإن كسرت شهرا واحدا كان هو جائزا . ولو قال لها إذا أديت إلي ألفا في هذا الشهر فأنت حرة فلم تؤد في ذلك الشهر وأدته في غيره لم تعتق . قال أبو الفضل هو هكذا في رواية أبي سليمان هاتان المسألتان . وكذلك في كتاب أبي يوسف ووجدت رواية أبي حفص وهشام بخلاف ذلك في السؤال والجواب قال ولو قال لها إذا أديت إلي ألفا كل شهر مائة فأنت حرة وقبلت ذلك فليس هذا بمكاتبة وله أن يبيعها ما لم تؤد وإن كسرت شهرا واحدا وأدت إليه في غير ذلك الشهر لم تعتق . ألا ترى أنه لو قال لها إذا أديت إلي ألفا في هذا الشهر فأنت حرة فلم تؤدها في ذلك الشهر وأدتها في غيره لم تعتق إلى ههنا لفظ أبي الفضل الحاكم الشهيد المروزي رضي الله عنه في باب العتق على المال أراد بإحدى المسألتين قوله وليس له أن يبيعها وبالأخرى قوله فإن كسرت شهرا واحدا أدت إليه وبه صرح شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي . ووجه رواية أبي سليمان أنه في معنى الكتابة وهو الأداء منجما وإن لم يأت بلفظ الكتابة والعبرة في العقود للمعاني . ألا ترى أن الهبة بشرط العوض بيع والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط مؤاخذة الأصيل كفالة ولهذا إذا استصنع وضرب الأجل يكون سلما . ووجه رواية أبي حفص أنه تعليق بصورته فلا تعتبر إلا الصورة ولا معنى وراءه وإنما قلنا إنه تعليق لأنه علق العتق بأداء الألف في عشرة أشهر حيث قال كل شهر مائة . فلو نص عليه وقال إن أديت إلي ألفا في عشرة أشهر فأنت حرة لا يكون كتابة فكذا هذا غاية ما في الباب أن فيه تنجيما والتنجيم لا يدل على الكتابة لأنه ليس من خواص الكتابة لأن الديون قد تجب منجمة وقد تجب حالة فقد يكون أيضا بمعنى الكتابة بخلاف الكفالة بشرط براءة الأصيل لأنه في معنى الحوالة وبخلاف الاستصناع إذا ضرب فيه الأجل لأن الأجل من خصائص السلم بالحديث . فإن كسرت شهرا واحدا ثم أدت ذلك الشهر كان جائزا وهذا على رواية أبي سليمان لأنه جعلها مكاتبة والمكاتب إذا كسر نجما واحدا ثم أداه بعد ذلك يعتق . فأما على رواية أبي حفص لا يعتق لأنه تعليق يراعى فيه صورة الشرط وقد فقد فلا يعتق . وقال في شروح الكافي إن رواية أبي حفص هي الأصح . وقال الحاكم الشهيد في الكافي أيضا وإذا قال متى ما أديت إلي ألفا فأنت حرة ثم مات المولى بطل هذا القول فإن كان قال إذا أديت إلي ألفا بعد موتي فأنت حرة فهذه وصية إلى ههنا لفظ الحاكم رضي الله عنه وإنما بطل بموت المولى لأنه يمين فيبطل بموت الحالف كسائر الأيمان . وإنما كان وصية في المسألة الثانية لأنه أضاف العتق إلى ما بعد الموت وهو لا يملك الإعتاق بعد الموت ولكن يملك الإيصاء وقد قصد إعتاقها بألف درهم فصار الكلام فيعتقها الوصي بعد موته على ألف درهم . وأبو حفص الكبير أحمد بن حفص البخاري وأبو سليمان موسى بن سليمان الجوزجاني كلاهما صاحبا محمد بن الحسن الشيباني رضي الله عنه وقد رويا عنه الكتب والأمالي وولد أبو حفص سنة خمسين ومائة وتوفي في سنة سبع عشرة ومائتين **قوله** اعتبارا بالتعليق بالأداء مرة كما إذا قال إذا أديت إلي ألفا في هذا الشهر فأنت حر فكذلك لا يكون كتابة فكذا إذا قال كل شهر مائة **قوله** قال وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج من ملكه . أي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فيجوز له البيع والشراء والسفر . أما خروجه من يد المولى فباعتبار تحقيق معنى الكتابة وهو الجمع والضم يقال كتبت البغلة إذا جمعت بين شفريها بحلقة وفي عقد الكتابة معنى الضم لأنه يحصل مالكية اليد فينضم إلى المالكية التي له نفس العبد . ألا ترى أن مولاه لا يملك بيعه وإن كان يملك رقبته . ولهذا لا يملك المولى إتلاف نفسه بإعتاقه فإذا وجب عليه بقتله قيمته وإن كان لا يلزمه القصاص لشبهة ملك الرقبة ولأن المقصود من الكتابة الوصول إلى العتق بأداء البدل ولا يمكن أداء البدل إلا بكونه أحق بمكاسبه فإذا كان بمكاسبه خرج من يد المولى لا محالة ولا يجوز لمولاه أخذ شيء من كسبه بغير رضاه حتى يتوصل بذلك إلى أداء مال الكتابة . وإنما عدم خروجه من ملك المولى فلما روي بإسناده

عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم ولا يلزم من زوال اليد زوال ملك الرقبة . ألا ترى أن الصبي والمجنون لهما ملك الرقبة ولا يد لهما والفرق بين ملك الرقبة وملك اليد مر في كتابنا الموسوم بالتبيين في فصل الرق . وأما جواز السفر له فهو مذهبنا . وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز له أن يسافر كذا في شرح الأقطع لأن السفر جهة يقصد بها اكتساب المال فجاز للمكاتب فعله وإن لم يأذن له مولاه كالشراء والبيع لأن الكتابة معنى توجب زوال الحجر عنه فيستفاد به السفر كالعتق ولا يقال إن السفر فيه غرر وخطر والمال فيه عرضة للتوى والتلف فلا يجوز له ذلك كهبة الأموال والهبة لأنا نقول لما كان الغالب منه السلامة لا يمنع منه باحتمال الهلاك كالمبايعات والإجارات حيث يجوز ذلك لكون الغالب السلامة ولا ينسب الإنسان بالسفر إلى التفريط ولو كان فيه غرر لم ينسب إلى السفر وإنما لا يملك المكاتب الرهن والهبة لأنه تبرع وهو لا يملك التبرع **قوله** ولأنه عقد معاوضة ومبناه على المساواة هذا دليل ثان على عدم الخروج من ملك المولى بيانه أن عقد الكتابة عقد معاوضة والمعاوضة تقتضي المساواة من الجانبين فكل ما يثبت لأحدهما يثبت للآخر ولم يثبت للعبد بهذا العقد المالكية من كل وجه حيث يملك رقبته قبل أداء بدل الكتابة بل يثبت له نوع مالكية وهي مالكية اليد فكذا لا يثبت للمولى في حق العبد حق من كل وجه حيث لا يملك المولى أكسابه بلا رضاه فيثبت له حق من وجه وهو مالكية الرقبة وللمكاتب مالكية اليد فيتحقق المساواة **قوله** وينعدم ذلك أي المساواة على تأويل التساوي **قوله** فثبت له نوع مالكية أي ثبت للعبد مالكية اليد **قوله** ويثبت له في الذمة حق من وجه . أي يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق من وجه وهو ملك الرقبة بحسب دون ملك اليد **قوله** فإن أعتقه عتق بعتقه ذكره تفريعا على مسألة القدوري وذلك لأن الإعتاق إزالة ملك متجزئ والكل إلى العتق وملك الرقبة ثابت للمولى في المكاتب فكان له أن يزيله بالإعتاق فإذا أعتقه سقط بدل الكتابة لأن المقصود وهو العتق حصل بدون الأداء . فإن أعتق المكاتب عن كفارة يمينه جاز عندنا خلافا للشافعي رحمه وهو مسألة كتاب الأيمان وقد مر بيانها في فصل كفارة الظهار **قوله** قال وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر . أي قال القدوري في مختصره وإنما يجب على المولى العقر بوطئه مكاتبته لأنها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى فصارت أخص بنفسها حتى يتوصل إلى المقصود بالكتابة والمقصود منها للمولى الوصول إلى بدل الكتابة وللعبد الوصول إلى الحرية بأداء البدل وهذا المقصود لا يحصل للمكاتب إلا إذا كان المكاتب أخص بنفسه ومنافعه فلو لم يكن أخص بذلك من المولى لأتلف المولى منافعه فلا يحصل المقصود حينئذ فإذا كان كذلك كان العقر واجبا على المولى لأن العقر بدل جزء من نفسها وهي أخص بها **قوله** فتستعين به على أداء البدل . يعني أن الحرية بناء على أداء بدل الكتابة **قوله** وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وإن أتلف مالا لها غرمه . وذلك لأنها بالكتابة خرجت من يد المولى وصارت أخص بنفسها وبأكسابها والولد من أكسابها أيضا فلزم المولى جنايته عليها وعلى ولدها وما لها حيث صار المولى كالأجنبي في ذلك وهذا كما لزم المولى أرش الجناية على العبد المرهون هو كذا في شرح الأقطع . قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في كتاب الجنايات من مختصره وإذا جنى المدبر على مولاه أو رقيق على مولاه أو ما على فهو هدر كله . وكذلك إن جنى المولى عليه فجنايته هدر ولا يلزم المولى شيء لأنه عبده . وكذلك أم الولد في جنايتها على المولى وجناية المكاتب على سيده تلزم المكاتب . وكذلك جناية المولى على رقيق المكاتب أو ماله يلزم كل واحد منهما ما جنى على صاحبه في نفسه أو ماله إلى ههنا لفظ الكرخي رضي الله عنه . وقال شمس الأئمة البيهقي في كفايته جناية المولى على مكاتبه عمدا لا توجب القود لأجل الشبهة . ولو قتل المكاتب مولاه عمدا يجب القود لما عرف **قوله** فيما شارع إلى قوله لأنها صارت أخص بأجزائها والله أعلم

فصل في الكتابة الفاسدة

ذكر الكتابة الفاسدة بعد الكتابة الصحيحة لأن الفاسد بمنزلة الوصف دون الأصل فكان الفاسد أحط رتبة من الصحيح فناسب التأخير **قوله** وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة هذا لفظ القدوري في مختصره وكذا إذا كان المولى ذميا والعبد مسلما لا تجوز كتابته على خمر أو خنزير . أما إذا كان العبد كافرا يجوز الكتابة على خمر أو خنزير لأن الخمر والخنزير مال في حق الكافر . ألا ترى إلى ما قال الحاكم الشهيد في الكافي في أول باب كتابة أهل الكفر ذمي اشترى عبدا مسلما فكاتبه قال هو جائز ويرد . فإن كان على خمر لم يجز فإن أدى الخمر عتق وعليه قيمته . وكذلك إن كان المولى هو المسلم فإن ذمي كاتب عبده على خمر قال هو جائز وإن أسلم العبد فالكتابة جائزة وعليه قيمة الخمر . وإن كاتبه على ميتة أو دم لم يجز لأن الخمر مال وهذا ليس بمال . فإن أدى ما كاتبه عليه لم يعتق إلا أن يكون المولى قال له في المكاتبة إذا أديت إلي فأنت حر فأداه ومثله السيد فيعتق بقوله أنت حر ولا يعتق بالأداء ولا يرجع عليه السيد بشيء إلى ههنا لفظ ما في الكافي ثم يرجع إلى ما قال القدوري فنقول أما فساد الكتابة على خمر أو خنزير فلأن المسلم منهي عن تمليك الخمر والخنزير وتملكهما بخطاب الله تعالى فكان البدل باطلا فإذا بطل البدل فسد العقد لأن ما ليس بمتقوم لا يصلح بدلا إلا عما هو متقوم كما في البيع . وأما فساد الكتابة على قيمة العبد فلأن القيمة مجهولة جهالة فاحشة من حيث القدر والجنس والوصف . أما من حيث القدر فلأنه لا يعلم أن قيمته عشرون أو ثلاثون أو غير ذلك وأما من حيث الجنس فمن حيث إنه يحتمل أن يقوم بالذهب أو الفضة ولا يتميز أحدهما من الآخر بمجرد ذكر القيمة فكان الجنس مجهولا . وأما من حيث الوصف فإنه يحتمل الجيد والرديء والوسط فكان الوصف مجهولا أيضا . فإذا كانت القيمة مجهولة كان البدل مجهولا وجهالة البدل توجب فساد العقد كما في البيع . فإن أدى القيمة عتق لأن الكتابة الفاسدة ملحقة بالكتابة الصحيحة عند اتصال القبض بها في حق أحكام الحكم وهو العتق . فإن كاتبه على ثوب لم يسم جنسه لم يجز . فإن أدى إليه ثوبا لم يعتق كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي وذلك لأن الجهالة في القيمة مستدركة بالرجوع إلى المقومين فجاز أن تنعقد الكتابة بها أما تفاوت أجناس الثياب فمتفاحش فلا يرد علينا ما قلنا إذا كاتبه على عبد حيث

نفس الكتابة وجب عليه عبد وسط • لانا نقول العبد معلوم وصفه مجهول وجهالة الصفة لا تمنع صحة العقد ويسمى ذلك عقد
فيه كذا اذا كاتبه على حيوان غير موصوف • وكذلك اذا كاتبه على دار لا يجوز كما في الثوب • فرق الكرخي بين الكتابة والنكاح
ان في الفاسخ يرده المولى الى الرق ويفسخ الكتابة بغير رضاه في الجائز لا تنفسخ الا برضا العبد وللعبد ان يفسخ في الجائز والفاسخ
جميعا بغير رضا المولى كذا في شرح الطحاوي قوله قال فان ادى الخمر عتق اي قال العبد وروي محمد ... وبنا فيه وكذا
ان يستوفي ... وهذا الذي ذكر ظاهر الرواية وعن اصحابنا عليه من الحاكم الشهيد في الكافي • وقال الشيخ ابو الليث في كتاب
العيون رجل كاتب عبده على خمر فالكتابة فاسد • فان ادى القيمة عتق وان ادى الخمر لا يعتق وهذا قول زفر • وقال ابو يوسف
اذا ادى عتق • وروي ابو يوسف عن ابي حنيفة انه لا يعتق باداء الخمر الا ان يقول اذا اديت فانت حر فانه يعتق وعليه قيمته • قال
الشيخ ابو الليث هذا خلاف رواية المبسوط فانه في رواية المبسوط لا يعتق باداء القيمة ويعتق باداء الخمر وانه لو قال المولى اذا اديت
الي فانت حر فعليه قيمته الا في لفظ العيون • ثم ذكر واعتبر القيمة بحسب لان القيمة هو البدل في العقود والتاسع كان البيوع الفاسد
فاذا ادى القيمة عتق والا فلا وابو يوسف قال في كل واحد من عين الخمر والقيمة بدل لحر اعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق اذا
ادى ايهما كان وحجة رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة انه لا يعتق باداء غير الخمر الا اذا قال اذا اديت الي فانت حر لان الكتابة باطلة
المعنى اعتبار ان العتق معلق باداء ما سمي العقد ولهذا لا تبطل الموت ولو كانت عتقا معلقا بطلت بالموت • فاذا بطل معنى العقد باعتبار
فساد البدل بقي معنى اليمين فيها فوجب اعتبار الصريح بالشرط فاذا وجد صريح الشرط عتق باداء عين الخمر والا فلا • ووجه ما ذكر في الاصل
انه لما كاتبه على الخمر فيستحق اداء الخمر بمطلق الحكم فكانه شرط ذلك نصا فاذا وجدا داء ذلك الشيء كان عتقه ... عين الخمر فيما
يحق فيه عتق لانه صار كانه ذكر الشرط نصا • ثم اذا عتق باداء الخمر وجبت قيمته لان العقد الفاسد اذا اتلف فيه المعقود عليه
وجب فيه القيمة كالمبيع اذا اتلف في البيع الفاسد في يد المشتري • وقد ذكر في الاصل لا كاتبه على ميتة او دم لم يجز • قال
ادى الميتة او الدم لا يعتق الا اذا صرح بالشرط وقال اذا اديت الميتة والدم فانت حر فحينئذ يعتق لاجل اليمين لا لاجل الكتابة
ولا يلزمه شيء لان العتق حصل بقضية التعليق لا بقضية المعاوضة • والفرق بين الخمر وبين الميتة والدم على رواية الاصل ان الميتة
والدم على رواية الاصل لانهما ليسا بمال عند احد فلا يعتبر فيهما معنى المعاوضة اصلا فيعتبر معنى الشرط • فاذا وجد الشرط يعتق • فاما الخمر
والخنزير فهما مال في الجملة وليس كذلك الميتة والدم • فيمكن ان يجعلا عوضا في الجملة • فاما ما لا يعتبر في حق الاسلام في الجملة • فاذا
كان مالا في الجملة كان العقد منعقدا بدلا يوجب ذلك العتق عند اداء البدل فعتق باداء عينه لانه البيع من الاصل فانه يحتمل ان يكون ثمنا في
البيع باذن البائع يملك بالقبض • ولو ادى الميتة او الدم فقط لم يعتق لانهما ليسا مالا اصلا فلان العقد لا يبدل فلا
تنعقد الكتابة قوله قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه اي قال العبد ورده في مختصره وذلك لان العقد فاسد فوجب
بدله • وفي العقود الفاسدة يعتبر القيمة بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد فكذا هنا • وتحقيقه ان المولى ما رضي بالنقص فلا
يجوز ابطال حقه بالنقص عن المسمى والعبد رضي بالزيادة عن المسمى ظاهرا لان الواجب هنا هو القيمة والقيمة اذا كانت زائدا ولم
يرض العبد بالزيادة يكون العقد منفسخا ويبقى العبد في ذل الرق الى اخر عمره ولهذا قلنا انه رضي بالزيادة استخلاصا لرقبته الحرية
فيجب عليه فضل القيمة على المسمى • قال في المختلف اذا كاتب عبده على الف وعلى خدمته ابدا فسدت الكتابة لانه شرط مجهول يفسد
العقد • وان ادى الالف عتق بحكم الشرط فان كان الالف اقل من قيمته فاخذ المولى منه تمام القيمة بالاجماع لان المقبوض بحكم
العقد الفاسد مضمون بالقيمة وان كان اكثر من قيمته يسترد المكاتب الفضل عند زفر • وعندنا لا يسترد له لان العقد الفاسد
يوجب ضمان القيمة لا الاكثر كما في البيع الفاسد • ولنا ان العتق حصل هنا بحكم الشرط وهو اداء الالف فلو استرد شيئا لبطل بعض الشرط
فلا يعتق بخلاف البيع لان معنى الشرط فيه غير مراعى • والحاصل ان في البيع يعتبر العقد ولا يعتبر الشرط والعقد لا يوجب اكثر من
القيمة • وفي الكتابة يعتبر معنى العقد والشرط جميعا فكان هذا من شروط العتق فلا يسترد كذا في الحصر قوله وفيما
اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة هذا متصل بما ذكر او لا لانه قال او لا واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته
فالكتابة فاسدة • ثم قال فان ادى الخمر عتق ثم احتاج بعد بيان ذلك الى ان يذكر حكم اداء القيمة فيما اذا كاتبه على قيمته فقال
يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وقد امكن اعتبار معنى العقد اي معنى المعاوضة لان القيمة تصلح عوضا فاثر جهالة القيمة في فساد
العقد لا في ابطال العقد فاذا ادى القيمة عتق لان الكتابة الفاسدة ملحقة بالكتابة الصحيحة عند اتصال القبض في افادة الحكم
وهو العتق • وفيما اذا كاتبه على ثوب فادى ثوبا لا يعتق لتفاحش الجهالة وهنا يعتق باداء القيمة بان كانت القيمة مجهولة في الاصل
لان الجهالة في القيمة مستدركة وقد مر بيانه قبل هذا • قال الامام ظهير الدين اسحق الولوالجي في فتاواه ولو كاتبه على قيمته لم
يجز فان اداها عتق • اما عدم الجواز فلان قيمة العبد لا تصلح مهرا حتى لو تزوج امراة على قيمة العبد لا يصح التسمية وما لا يصلح
مهرا في باب النكاح لا يصلح بدلا في باب الكتابة بالطريق الاولى • واما العتق عند الاداء فلان في الكتابة شيئين معاوضة وتعليقا
فاي المعنيين اعتبر فانه يعتق • اما المعاوضة فلان القيمة تصير عوضا لان العقد فاسد • واما التعليق فلان العتق يتعلق باداء القيمة
وقد وجد • ولو كاتبه على ثوب لم يجز لان ما سمي لا يصلح مهرا في باب النكاح فلا يصلح بدلا في الكتابة • فان ادى لم يعتق لان
المسمى لا يصلح عوضا في المعاوضات بحال فلا يتعلق العتق باداية لان العتق يتعلق باداء العوض • بخلاف القيمة لانه تصلح عوضا في
المعاوضات لانها معلومة الجنس وتصير معلومة القدر اذا ادى اقصى قيمته وهي ملحوظة فيتعلق العتق باداها كذا في فتاوى الولوالجي
ثم ما يعتبر في القيمة ما تصادقا عليه لان الحق لهما فلا يعدوهما • واذا قوم المقومان فان اختلف المقومان في القيمة يعتبر

ايضا

اي الثمين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين قوله قال وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز • اي قال في الجامع
الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يكاتب عبده على قيمته قال لا يجوز المكاتبة • وكذلك لو
كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز المكاتبة الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • قال الحاكم الشهيد في الكافي فان كاتبها على عبد بعينه
لم يجز • وكذلك كل ما تعينه من مال الغير من عوض او مكيل او موزون • فان قال كاتبتك على الف درهم على ان اعطيها من مال فلان لي
الى هنا لفظ الحاكم رضي الله عنه • هذا ظاهر الرواية ولم يتعرض للاجازة كما ترى • وقال القدوري في كتاب التقريب وروى ابن سماعة
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة لانها لا تجوز وان اجاز اي صاحب العبد • وقال ابو يوسف الكتابة جائزة • وقال محمد ان اجازه
صاحب العبد جازت والا بطلت الى هنا لفظ كتاب التقريب • يعني ان الكتابة جائزة عند ابي يوسف من غير اجازة • ووجه قول
ابي حنيفة في عدم الجواز اذا لم يجز صاحب العبد ظاهر لانه كاتبه على ما لا يقدر على تسليمه لان المولى لم يرض بثبوت حرية اليد
للعبد في الحال من غير بدل يلزمه في الحال • اما اذا اجاز صاحب العبد ففيه روايتان • قال العتابي في شرح الجامع الصغير فلو
ان العبد اشترى من ذلك العبد او وهب له او ادى او اجاز صاحب العبد فسلمه في رواية الحسن يعتق • وفي ظاهر الرواية لا يعتق لان
الكتابة وقعت باطلة والباطل لا حكم له الا اذا ذكر التعليق بان قال كاتبتك على عبد فلان على انك ان اديته الي فانت حر فحينئذ
يعتق بحكم التعليق اذا ادى بيانه ان الاجازة اذا لحقت العقد صار المكاتب ثم ملك المولى عليه وتصير الكتابة بعد الاجازة كانه
كاتبه على عبد نفسه وهذا لا يجوز • لان الكتابة على مال المولى لا يجوز كالماذون • واذا اشترى عبدا فكاتبه المولى عليه ولم
كذلك اذا جاء ذلك بملك الغير فاجاز المالك لان العين يملكها المشتري وهو حر فيجوز ان يملك البائع من جهته في مسلمنا بيعها وهو
مكاتب فلا يملكها وانما يكون على حكم المولى فيصير كمن كاتب على ملك نفسه • ووجه رواية الجواز انها كتابة على بدل معلوم مقدور
التسليم • الا ترى انه لو كان مثل هذا في البيع جاز البيع • فان باع ماله من انسان بعبد غيره اذا اجاز صاحب العبد البيع جاز البيع
فالكتابة بعبد الغير اولى ان يجوز لان الكتابة اوسع في الجواز من البيع لان الكتابة لا تبطل بالشرط الفاسد • بخلاف البيع هذا لانه يقدر
على تسليم العبد اذا اجاز صاحب العبد فيسلم العبد الى المولى ويعتق ثم يضمن قيمة العبد لصاحب العبد • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير لو اجاز صاحب ذلك الشيء هل يجوز الكتابة قال الرواية عن علمائنا في هذا مشتبهة فقال بعض المشايخ يجوز وقال بعضهم لا يجوز
الى هنا لفظ الفقيه • ووجه ما روي عن ابي يوسف وهو ان عقد الكتابة يجوز سواء اجاز صاحب ذلك المال او لم يجز الا انه اذا
اجاز يلزمه تسليم ذلك العين وان لم يجز يلزمه تسليم القيمة لانه عقد على العتق فجاز على ملك الغير كالعتق على مال • ووجه قول محمد لان
ملك الغير يدخل في العقد موقوفا على الاجازة كما في البيع • قال ووجه الاجازة جاز والا فلا ولان البيع لما جاز عند الاجازة فالكتابة
اولى لان الكتابة لا يفسدها الشرط وصارت كالتزويج على مال الغير • وهذا اذا كاتبه على مال الغير وهو عين • اما اذا لم يكن عينا
كان كاتبه على الف فلان هذه جازت الكتابة لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات فصار ذكرها للتقدير باجناسها
وصفا فان اديت تملك الالف او الف الوري عتقت وكذلك لو قال كاتبتني على الف درهم على ان اعطيها من مال فلان لان هذا شرط فاسد
فلا تفسد به الكتابة قوله فاشبه الصداق اي اشبه بدل الكتابة من مال الغير صداق المراة من مال الغير • يعني اذا تزوجها
على مال الغير جاز حتى ان صاحب المال اذا لم يجز كان للمراة ان ترجع على الزوج بقيمة ذلك الشيء • ولو كان التسمية فاسدة لرجعت
عليه بمهر المثل لا بالقيمة فكذا في الكتابة على مال الغير فكان وهم القدرة على التسليم كافيا في الصداق فكذا في الكتابة • والجامع ان كل
واحد من بدل الكتابة والصداق عوض عما ليس بمال • والجواب عن هذا ان العين في باب المعاوضات يعتبر معقودا عليها والقدرة
على تسليم المعقود عليه شرط صحة العقد • ولهذا لم يجز بيع الابق اذا كان العقد مما يحتمل الفسخ كالبيع والكتابة تحتمل الفسخ فكان
القدرة على تسليم العين شرطا وهو لا يقدر على تسليم عبد الغير فلم تجز الكتابة • بخلاف الصداق على مال الغير • فان القدرة على التسليم
ليس بشرط حتى لو تزوج وصيفة جاز فعلى ما هو فصله وتابع او فيه ان لا يكون شرطا وهو الصداق • الا ترى ان منافع البضع لم تشترط
بيع والكتابة بلا ذكر البدل لا يصح فظهر الفرق قوله وعن ابي حنيفة انه لا يجوز اي وان اجاز صاحب العبد وهو رواية
ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وقد مر ذلك قوله على ما قال في الكتاب اي في الجامع الصغير اشار به الى قوله وكذلك
ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه اطلق فكان شاملا للاجازة وعدم الاجازة قوله والجامع بينهما اي بين ما اذا لم
يجز صاحب العبد حيث يجوز عقد الكتابة وبين ما اذا اجاز حيث لا يجوز ايضا بيان الجامع ان عقد الكتابة على مال الغير اذا كان
فيما لا يفيد مقصود العقد من بدل ان الكتابة على مال الغير وضعت على وجه يختص العبد بالاكتساب فيثبت حرية اليد في الحال
ويتاخر حرية الرقبة الى وقت الاداء من مال الكسب والبدل ان كان شيئا لا يكون ذلك من مال الكسب فلا يحتاج الى اداء البدل من
المكاسب فلا يكون الشرط مفيدا • والتحقيق هنا ما ذكرنا اولا من قبل ابي حنيفة قوله لانها اي لان الكتابة فيها اي من
المكاسب ولا حاجة اي الى الاداء من المكاسب قوله والمسلة منه اي وضع المسلة فيما اذا كان البدل عينا قوله
على ما بينا اشار به الى قوله ومراده شيء يتعين بالتعيين كالعبد والثوب والمكيل والموزون سوى الدراهم والدنانير قوله وعلى
هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر • اشار بقوله هذه الرواية الى ما روى ابو يوسف عن ابي حنيفة
انه اذا اداه لا يعتق • يعني اذا ادى المكاتب تلك العين الى المولى اذا ملكها بعد ما كوتب عليها قوله وعنه انه يعتق قال
ذلك او لم يقل • اي روي عن ابي يوسف انه قال يعتق اذا ادى تلك العين بعد ما ملكها بوجه من الوجوه سواء قال له المولى ان اديت
الي فانت حر او لم يقل كما اذا كاتبه على الف فاداها قوله ولو كاتبه على دراهم في يد المكاتب ففيه روايتان • قال

صدر الاسلام البزدوي في شرح الكافي ولو كاتبه على عين في يد العبد وهو من جملة كسبه هل يصح الكتابة لم يذكر هذا الكتاب يعني لم يذكر محمد حكم ذلك في كتاب المكاتب • ثم قال وذكر في كتاب الشرب انه جائز • ثم قال وروي عن زفر انه لا يجوز وروي هكذا عن ابي حنيفة وابي يوسف في رواية ثم قال والصحيح انه يجوز وإذا ادى يعتق لانه يكون قادرا على ادائه وينبغي ان يكون ذلك بدل الكتابة لانه لما جاز ذلك العين بدل الكتابة وهو في يد العبد وهو من جملة كسبه فقد جعله احق بنفسه يتصرف في معنى كسبه **قوله** وهي مسألة الكتابة على الاعيان اشارة الى ما ذكر قبل هذا بقوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز • وعن ابي حنيفة رواية الحسن انه يجوز وقد بينا وجه الروايتين ثمة **قوله** وقد بينا وجه الروايتين في كتاب المهر • وجه رواية الجواز انه مال معقود التسليم • ووجه رواية عدم الجواز ان المولى كاتبه على مال غيره ثابتهم **قوله** قال وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقي • اي قال في الجامع الصغير قال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة ومحمد اذا كاتبه على الف على ان يرد المولى وصيفا وسطا فالكتابة باطلة وقال ابو يوسف جائزة ويحط عن المكاتب حصة قيمة وصيف وسط • وانما وضع المسألة في عبد بغير عينه لانه اذا كان معينا جازت الكتابة بالاتفاق • وجه قول ابي يوسف انه جعل المائة بدلا عن الكتابة ثم استثنى العبد من البدل وكل ما صح الكتابة عليه صح استثناؤه لان ما صح بدلا في المنافع صح مستثنى كالدراهم والدنانير والعبد المطلق يصح الكتابة عليه وينصرف الى الوسط فكذا صح استثناؤه • غاية ما في الباب ان في العبد جهالة الوصف انه جيد او رديء او وسط وجهالة الوصف تتحمل في عقد الكتابة لان مبناها على المساهلة كما لو كاتبه على الف على ان يرد المولى عليه عبدا بعينه فاستحق العبد يبطل حصة العبد دون الكتابة • ولهما ان المولى جعل مقابلة الدينار شيئين رقبة المكاتب ورقبة عبد آخر • والبدل الواحد اذا قوبل بشيئين ينقسم عليهما على قدر قيمتهما كما في البيع فما اصاب حصة العبد من الدينار يسقط بالاجماع لانه يكون بيعا وبيع عبد بغير عينه فاسد لانه بمنزلة السلم في الحيوان وهو فاسد لكونه مجهولا ولانه دين بدين وهو حرام وما بقي من المائة حصة المكاتب مجهول لجهالة القدر والجنس والصفة لان ذلك لا يعرف الا بالحزر والظن وجهالة القدر مانعة لصحة الكتابة فتفسد كما لو كاتبه على قيمته ابتدا • وكما لو قال كاتبتك على حصتك من المائة الدينار لو قسمت عليك وعلى عبد آخر فذلك فاسد بالاجماع فكذا هذا • بخلاف ما اذا كاتبه على عبد لانها جهالة الوصف لا جهالة القدر وجهالة الوصف لا تمنع صحة الكتابة وليس كذلك اذا كاتبه وعبد فلان على الف فلم يجز فلان لان العقد وقع صحيحا فيهما • وانما خرج في عبد الغير لعدم الاجازة • وبخلاف ما قاس عليه لان ثمة صحت التسمية ثم بطلت بالاستحقاق في حصة المستحق نظيره ما لو اشترى حرا وعبدا بالف لا يجوز في حصة العبد لانه بيع بالحصة ابتدا فكذا فيما نحن فيه • ولو اشترى عبدين فاستحق احدهما بقي العقد في الباقي لانه بيع بالحصة ابتداء لا ابتدا لان المستحق كان داخلا في العقد فخرج بالاستحقاق • وقوله ما صح بدلا صح مستثنى فنقول سلمنا ذلك ولكن لا يصح الاستثناء الوصف من الدراهم والدنانير لاختلاف الجنس • وانما يصح استثناؤه بقيمته والقيمة مجهولة القدر فتوجب جهالة القدر في الباقي لان جهالة قدر المستثنى توجب جهالة قدر المستثنى منه لا محالة وجهالة القدر غير متحملة لانها جهالة في الاصل • بخلاف ما لو جعل العبد بدلا لان ذلك جهالة الوصف انه جيد او رديء او وسط وجهالة الوصف ليست في الاصل فتحملت **قوله** قال واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة • اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة معنى انما يجوز الكتابة على حيوان غير موصوف اذا بين الجنس لان النوع كالفرس والعبد مثلا ولم يبين ذلك النوع حيث لم يقل فرس برذون او عربي او لم يقل عبد تركي او حبشي ولم يبين الصفة ايضا حيث لم يقل جيدا او رديئا او وسطا فتنعقد الكتابة وينصرف الى الوسط • وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز • واراد صاحب الهداية بالجنس ما اراد اهل النحو وما علق على شيء لا بعينه والاما الفرس والعبد ليس بجنس وقد مر تمام البيان في باب المهر في كتاب النكاح • اما اذا كاتبه على حيوان او دابة لا تنعقد الكتابة لتفاحش الجهالة في البدل • الا ترى الى ما قال الحاكم الشهيد في باب الكتابة على الحيوان من مختصر الكافي رجل كاتب عبده على عبد موجل قال هو جائز فكذلك لو كاتبه على وصيف استحسانا وقيمة الوصيف اربعون دينارا في قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد على قدر الغلاء والرخص فان جا بوصيف وسط او بقيمته اجبر المولى على القبول • وان كاتبه على عبد او ثوب لم يجز حتى يبين الجنس الى هنا لفظ الحاكم رضي الله عنه وجه قول الشافعي رحمه الله ان عقد الكتابة عقد معاوضة والجهالة فيها مفضية الى المنازعة فلا يصح العقد مع الجهالة • ولنا ان البدل فيه يا ان الحيوان • وان بقي فيه نوع جهالة يسيرة مستدركة بحكم الوسط فيحتمل هذا الجهالة كالجهالة في الاجل كما اذا قال كاتبتك على ان تؤدي الى الحصاد او الدياس لان عقد الكتابة مبناه على المسامحة لا المضايقة لانه عقد ارفاق • بخلاف البيع فان الشرا بعبد او فرس لا يصح لان مبنى البيع على المضايقة والمماكسة ثم قيمة الوسط اربعون دينارا في قول ابي حنيفة • وعندهما يعتبر الرخص والغلاء • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في قيل التقدير كان في زمن ابي حنيفة رضي الله عنه لان الاسعار كانت مستقرة • وفي زمنهما كانت مضطربة فعند الاستقرار يحكم العرف • وعند الاضطراب يراعى قيمة الوسط • فان جاء بوصيف وسط او بقيمته اجبر المولى على القبول لان كل واحد من العين والقيمة اصل العين باعتبار التسمية والقيمة باعتبار ان الوسط لا يتعين الا بها فصارت اصلا من حيث الايفا • وقد مر بيانه في النكاح **قوله** وقد مر في النكاح اي في باب المهر **قوله** ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح • يعني ان عقد الكتابة

معاوضة مال بغير مال وهو نفس الحجر • وهذا بالنظر الى جانب العبد لجواز ثبوت العبد او الفرس في الذمة بدلا عما ليس بمال كما اذا تزوجها على عبد او فرس او معاوضة مال بمال بالنظر الى جانب المولى لان المكاتب يخرج عن ملك المولى بالبدل ولكن على وجه الاسقاط لا الاثبات لان شيئا من المال لا يدخل في ملك المكاتب لحصول البضع للمراة في الخلع فصار كانه معاوضة مال بغير مال ايضا من جانب المولى فتحملت الجهالة اليسيرة • وهذا التقرير على طرد كلام صاحب الهداية ولنا فيه نظر لانه قاس على النكاح • وعند الشافعي رحمه الله لا يصح تسمية العبد في النكاح ايضا بل يجب مهر المثل لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح المسمى في النكاح اذ كل واحد منهما معاوضة ولو لم يقس على النكاح وقال معاوضة مال بغير مال فكان التزام المال ابتداء فتحمل بالجهالة المستدركة كالاقرار بعبد كان اولى لان هذا التعليل يثبت النكاح والكتابة جميعا والمماكسة المجادلة **قوله** قال واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز • اي قال في الجامع الصغير قال صاحب الهداية معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر وما كان يحتاج الى هذا التفسير لو لا في لفظ محمد كما هو لانه قال في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل نصراني كاتب عبدا له نصرانيا على ارطال خمر قال المكاتبة جائزة • فان اسلم احدهما بطلت الخمر وكان عليه قيمة الخمر والمكاتبة صحيحة فاذا اداها عتق الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وذلك لان الخمر في حق اهل الذمة بمال متقوم كالخل عندنا فجازت الكتابة عليها اذا كان قدرها معلوما • فان اسلما او اسلم احدهما بقيت الكتابة جائزة وعليه قيمة الخمر لانه تعذر تسليم عين الخمر بحكم الاسلام لان المسلم ممنوع من تمليك الخمر وتملكها فاذا امتنع تسليم عينها وجب المصير الى قيمتها لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة امكن تبقية الكتابة بقيت فيصير الى القيمة فاذا ادى القيمة عتق واذا ادى عين الخمر هل يعتق قالوا يعتق لان الكتابة فيها معنى التعليق ولكن يجب عليه اداء القيمة وهذا بخلاف البيع فان احد المتعاقدين اذا اسلم قبل قبض الخمر في ثمن بطل البيع لانه لا يمكن ثمة تبقية البيع بعد الاسلام لانه يجب تسليم عين ما وقع عليه العقد لانه عقد مماكسة والبيع لا يتحول الى قيمة البيع بوجه من الوجوه • بخلاف الكتابة فافترقا فاذا عجز عن تسليم عين الخمر بالاسلام انتقض البيع لا محالة • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب كتابة اهل الكفر ذمي اشترى عبدا مسلما فكاتبه قال هو جائز ولا يرد لان المقصود تخليصه بازالة يد الكافر عن المسلم ليندفع القهر والذل عنه وبالكتابة يحصل هذا المعنى • وان كاتبه على خمر او خنزير لم يجز لان الخمر ليس بمتقوم فلا يصلح بدلا انما هو متقوم كما في البيع • فان ادى الخمر عتق وعليه قيمته لان الكتابة انعقدت بوصف الفساد واندرج فيها معنى التعليق فاذا ادى هو عتق موجبا للتعليق ويوخذ بالقيمة لان الكتابة الفاسدة يوجب القيمة كالبيع الفاسد • وكذلك ان كان المولى هو المسلم لم يصح هو الكتابة على الخمر لان المسلم ليس من اهل تملك الخمر ذمي كاتب عبدا له كافرا على خمر قال هو جائز لان الخمر مال في حقهما فان اسلم العبد فالمكاتبة جائزة وعليه قيمة الخمر لانه تعذر التسليم بحكم الاسلام والعقد المقتضي للتسليم قائم فيصار الى القيمة • وان كاتبه على ميتة او دم لم يجز لان الميتة والدم ليسا بمال فلا ينعقد بهما الكتابة • فان ادى فما كاتبه عليه لم يعتق لان الاداء وجد من غير عقد الا ان يكون المولى قال في المكاتبة فاذا اديت الي فانت حر ثم اداه وقبله السيد فيعتق بقوله انت حر ولا يعتق بالاداء بل يديه يعتق بحكم التعليق لا بحكم الكتابة كما اذا قال ان اديت الي قيمته فانت حر ولا يرجع على العبد بشيء لان العتق حصل بقضية التعليق لا بقضية المعاوضة ثم اعلم ان اذا عجز عن التسليم عن الخمر بالاسلام لا تبطل الكتابة ويتحول الى القيمة وهو ظاهر الرواية • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي • وروي عن محمد انه قال يبطل الكتابة لانه عجز عن تسليم ما وقع عليه العقد فصار كانه عجز نفسه **قوله** واذا قبضها عتق اي اذا قبض المولى قيمة الخمر يعني اذا اسلم احدهما عتق • وهذا الذي ذكره لفظ الاسلام الصدر الشهيد في الجامع الصغير اما لفظ محمد واذا اداها عتق وقد ذكرناه قبل هذا **قوله** ولو اداها عتق اي لو ادى عين الخمر عتق ايضا فيما اذا اسلم احدهما لان في الكتابة معنى التعليق وبه قال قاضي خان في شرحه للجامع الصغير وقد ظن بعضهم في شرحه انه لا يعتق باداء عين الخمر وقد تكلف بالسؤال والجواب وذلك ليس بصحيح **قوله** وقد بيناه من قبل اشارة في اول هذا الفصل بقوله فان ادى الخمر عتق وقال لا يعتق الا باداء القيمة وفيه روايتان ذكرناهما عن المبسوط ثمة

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

لما فرغ عن بيان الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب فعله في ذلك وما لا يجوز له ذلك **قوله** ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر • اي قال القدوري في مختصره وهذه المسألة وقعت فيها مكررا لانه ذكرها في اوائل كتاب المكاتب عند قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه الا انه لم يذكر البداية • ثم قوله ويجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في البداية فلما بلغ في الهداية وفي شرح البداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق في البداية من غير اخلال وان كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز له السفر وقد بينا وجه الخلاف في اوائل المكاتب وانما جاز له البيع والشراء لان المقصود التحصيل الحرية باداء البدل • وبالبيع والشراء يحصل هذا المقصود لانه سبب لتحصيل المال لجواز نفسه وشراؤه وربما لا يتهيا له تحصيل المكاتب في المصر فالتسافر مجاز ايضا لتحصيل المكاسب المفضية الى الحرية باداها • قال صاحب الهداية يملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار لم يذكر الخلاف • وقال في شرح الطحاوي ولا يجوز للمكاتب البيع الا على المعروف في قولهما • ويجوز في قول ابي حنيفة كيف ما كان • وقال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة يجوز بيع المكاتب بالقليل والكثير • وقالا لا يتغابن في مثله لابي حنيفة ان تصرف المكاتب لنفسه بدلالة انه ما يلزمه من الديون لا يرجع بها على مولاه فصار كالحر ولانه يتصرف بامر مطلق فهو كالوكيل عند اصله **قوله** قال • ولهما ان النقصان الكثير تبرع بدلالة انه في حال المرض من الثلث وتبرع المكاتب لا يجوز فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة

رضي الله عنه في المكاتب يشترط عليه مولاه ان لا يخرج من الكوفة الا باذنه فله ان يخرج لان هذا الشرط باطل وله ان يخرج والكتابة
جائزة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ولم يذكر الاستحسان فيه كما ترى وانما ذكر صاحب الهداية وانما كان الشرط باطلا لانه يخالف
مقتضى العقد لان مقتضى عقد الكتابة اطلاق ويد الحجر في حق العبد بالكسب بالانتشار في الارض والسفر بها شرف الحرية كما قال
تعالى فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وشرط عدم الخروج عن الكوفة اذا كان العقد فيها حجر عن السفر والانتشار في
الارض الذي سبب لتحصيل المكاسب فكان هذا الشرط مخالفا لمقتضى العقد وكل شرط يخالف مقتضى العقد باطل الا ان الكتابة لم
تبطل ببطلان الشرط اذا لم يدخل الشرط في صلب العقد بان يقع ذلك في البدل او في المبدل كما اذا كاتبه على بدل مجهول او بدل حرام
او كاتب جارية على الف درهم على ان يطاها ما دامت مكاتبة او تخدمه ولم يبين الخدمة وقت او كاتبها وهي حامل من غيره واستثنى ما
في بطنها افسدت الكتابة ولكنها اذا ادت الالف يعتق ويجب عليه العقر اذا وطيها في مدة الكتابة واذا لم يدخل في صلب العقد لا يفسدها
كما اذا كاتب عبده على ان لا يخرج من المصر او على ان لا يتجر وما اشبه ذلك من الشروط التي لا تدخل في صلب الكتابة فالكتابة صحيحة والشرط
باطل لان عقد الكتابة يشبه البيع والنكاح جميعا فتشبهه بالبيع يقتضي ان يبطل بالشرط الفاسد وتشبهه بالنكاح يقتضي ان لا يبطل به كالنكاح
فاعطي له حكم بين حكمين رعاية للشبهين فان دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة افسدها والا فلا بيان شبهه النكاح من حيث
انه يثبت الحيوان دينا في الذمة ويجوز فيه من غير ان يذكر صفة البدل ويقع على الوسط كالنكاح وبيان شبهه البيع من حيث انه لا يصح
الا ببدل معلوم او يقول انه يشبه البيع من حيث انه يحتمل الفسخ في الابتداء ويشبه النكاح من حيث انه لا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فهو
والباقي ينظر في شرحنا هذا في اواخر البيع الفاسد **قوله** على جهة الاستبداد فيه الاستبداد برايه اي تفرد **قوله**
كما اذا شرط خدمة مجهولة نحو ان كاتبه على ان يخدمه سنين او زمانا ولم يبين المدة اما اذا كاتبه على ان يخدمه شهرا لا يجوز قياسا
ويجوز استحسانا قال في اول كتاب المكاتب من مختصر الكافي وان كاتبه على ان يخدمه شهرا فهو جائز وان كانت الخدمة غير معلومة
استحسن ذلك الى هنا لفظ الكافي وذلك لان المنافع تصلح عوضا في باب البيع ففي الكتابة اولى وهو اوسع منه فانه لو جاز ان يملكها السيد وان
كانت الخدمة غير معلومة استحسانا لان الخدمة اذا اطلقت ينصرف الى خدمة البيت المتعارفة وليس تكون فيها نوع جهالة فهي جهالة يسيرة
وانما يتحمل في باب الكتابة وكذلك اذا استاجر عبدا ليخدمه كل شهر باجر مسمى فهو جائز وقد مر ذكره في احزاب اجارة العبد **قوله**
هذا هو الاصل يعني ان الشيء اذا كان له شبهان يراعي حظه منهما جميعا وهو ظاهر **قوله** او نقول ان الكتابة في جانب
العبد اعتاق لانه اسقاط الملك لو قال في جانب المولى اعتاق او قال في جانب العبد عتق كان اولى ولهذا قال فخر الاسلام والسيد
الشهيد ان الكتابة في جانب العبد تشبه العتق لانه اسقاط وفك الحجر واطلاق اليد بمنزلة العتق فكل شرط في جانبه صار هدرا بمنزلة
الداخل على العتق وهذا الشرط مختص بجانبه فصار هدرا لا اثر له وقال فخر الدين قاضي خان وكل شرط يخالف مقتضى العقد يكون فاسدا
ولا يبطل الكتابة لانها في جانب المولى بمنزلة الاعتاق لانه فك الحجر واثبات حرية اليد والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة
وهذا الذي قالوه ضعيف اذ حاصل كلامهم ان الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة ايضا بالشروط الفاسدة
لشبهه بالعتق لان القائل ان يقول لما كان لشبهه بالعتق ينبغي ان لا تفسد الكتابة ايضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة
فعلم ان هذا الوجه من البيان ضعيف والاولى ما بعناه اولا من رعاية الشبهين **قوله** قال ولا يتزوج الا باذن المولى اي قال
القدوري في مختصره وانما لم يكن له ان يتزوج بلا اذن المولى لانه ليس من باب الاكتساب وفيه ضرر بالمولى بلزوم المهر في ذمته وانما
استفاد من التصرف بعقد الكتابة ما كان سببا ووسيلة الى اداء بدل الكتابة والتزوج ليس بوسيلة الى اداء البدل فبقي على الحجر واذا
اذن له المولى بذلك جاز لزوال الحجر حينئذ هذا في المكاتب اما المكاتبة فهل يجوز لها ان تتزوج بلا اذن المولى ففيه الخلاف قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في اخر باب جناية رقيق المكاتب من شرح الكافي ولا يتزوج المكاتبة بغير اذن مولاها لانها مملوكة
للمولى وقال زفر يجوز ذلك لانه من باب الاكتساب وانا نقول المهر وجب في مقابلة الملك في الذات لا في المنافع وهو حق السيد
فان عتقت قبل ان يفسخ النكاح يجوز ذلك النكاح لان ذلك النكاح انما كان لا يجوز لحق المولى فاذا عتقت زال حق المولى فيتم ذلك
قلنا في الامة والعبد ولا خيار لها لانها باشرت العقد برضاها وتعذ بعد العتاق **قوله** ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء
اليسير وهذا لفظ القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي في باب جناية رقيق المكاتب ولا يجوز هبة
المكاتب ولا صدقته ولا وصيته وان ترك وفاء ولا اقراضه ولا كفالته وقال ابن ابي ليلى عتقه وهبته موقوف
فان عتق يوما مضى ذلك عليه وان رد رقيقا كان باطلا ذلك وذلك لان المكاتب لا يملك بالكتابة الا ما هو من التجارة
وما نكت وهذه التصرفات تبرعات ليس فيها معنى التجارة فلا يصح وجعل ابن ابي ليلى هذه التصرفات موقوفة لان المانع حق المولى
وقد زال بعد العتق جوابه انه ليس باهل لمباشرة هذه التصرفات حين المباشرة فلا يتوقف كالطلاق والعتاق وقال في شرح
الاقطع فاما الصدقة بالشيء اليسير فالقياس ان لا يجوز ايضا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه تبرع فلا يجوز كما لا يجوز بالكثير الا انهم
استحسنوا فيه لما روي ان سلمان رضي الله عنه قد كان مكاتبا فاهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم فقبل هديته ولانه يتوصل بذلك الى اداء مال الكتابة
لانه من عادة التجار وفيه تفويت التجارة منه فلذلك جوز وقال الحاكم الشهيد في الكافي ايضا وان اعار دابة او اهدى هدية
او دعا الى طعام فلا باس بذلك وليس له ان يكسو ثوبا ولا ان يعطي درهما وذلك لان العبد المأذون يملك الضيافة والاعارة
والهدية اليسيرة لانها من توابع التجارة فملكها المكاتب ايضا لا الى خلاف الاثنة وليس له ان يكسو ثوبا ولا ان يعطي درهما لان هذا القدر
كثير ونادر ونه فيتبرع فملك اليسير دون الكثير كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رضي الله عنه **قوله** لا يتهم عليه الجاهل

والجاهز عند العامة التي من التجار فكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر به فحرف الى الجاهز كذا
في المغرب **قوله** ولا يتكفل هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لما قلنا انه تبرع وهو لا يملك التبرع قال في شرح الاقطع وقد
قالوا اذا اجاز المولى كفالته او هبته لم يصح ايضا لانه لا ملك له في ماله وانما حقه متعلق به فهو بمنزلة الزرع اذا اجاز عتق الوارث وهبته
لمال الميت انه لا يجوز قال الحاكم الشهيد في الكافي ولا يجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالبدن باذن المولى ولا بغير اذنه وكذلك قبوله
الحوالة فان كفل باذن ثم عجز لم تلزمه تلك الكفالة لا ارضا نه كان باطلا وان ادى فعتق لزمته الكفالة لانه كفل وهو
بمنزلة العبد ولو ان عبدا محجورا كفل بكفالة ثم عتق لزمته الكفالة ولو كان المكاتب صغيرا حين كفل لم يؤخذ بها وان عتق الى هنا
لفظ الكافي **قوله** فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء ذكر تفريعا على مسألة القدوري **قوله** فان زوج امته
جاز وهذه من مسائل الجامع الصغير وذلك لانه من باب الاكتساب فيملكه المكاتب بما هو من باب الاكتساب هذا اذا زوج امته اجنبيا
اما اذا زوج امته عبده لا يجوز لانه ليس فيه اكتساب المال كذا ذكر الولوالجي في فتاواه **قوله** قال وكذلك ان كاتب عبده اي
قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في المكاتب يكاتب عبده قال جائز فان اعتقه على
مال لم يجز وان باع نفسه بمال لم يجز وان زوج امته جاز وان زوج عبده لم يجز واما المأذون له في التجارة فلا يجوز شيء منه
من هذا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز ان يزوج امته الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال الحاكم الشهيد في باب
مكاتبة المكاتب من الكافي وان يكاتب استحسانا فان ادى الثاني قبل الاول كان ولاؤه للمولى الاول فان عتق الاول بعد ذلك لا يرجع
اليه ولاؤه الى هنا لفظ الحاكم وفي القياس لا يجوز للمكاتب ان يكاتب وهو قول زفر والشافعي رحمه الله لان عاقبة الكتابة
العتق بالمال والمكاتب لا يملك الاعتاق على مال فكذا لا يملك الكتابة ووجه الاستحسان ان المكاتب يملك ما هو من باب الاكتساب
والكتابة استكساب العبد فيملك ذلك كتزويج الامة والبيع بل الكتابة انفع له من البيع لانه يزول الملك في البيع قبل الوصول الى
البدل فربما يصل اليه وربما لا يصل اليه وفي الكتابة لا يزول الملك الا بعد الوصول الى البدل فلما ملك البيع ملك الكتابة بالطريق
الاولى بخلاف الاعتاق على مال فانه ليس باكتساب بل هو من التصرفات الضارة فان بمجرد الاعتاق على مال يزول الملك في الحال
بعوض في ذمة المفلس ولا يزول في الكتابة الا بعد سلامة البدل والظاهر ان البدل يكون اكثر من قيمته فظهر الفرق فان ادى
الثاني قبل الاول كان ولاؤه لمولى الاول لانه تعذر اثبات الولاء له لانه رقيق فاثبتناه من المولى فان عتق الاول بعد ذلك
لم يرجع الولاء اليه لانه بمنزلة النسب وقد تقرر على المولى فلا ينتقل الى غيره بخلاف ما اذا ادى الاول قبل الثاني ثم ادى الثاني
يثبت ولاؤه من المكاتب لان المكاتب الاول مالك مطلقا والمولى ليس كذلك فكان اثبات ممن هو مالك مطلق اولى ولان المالك
الاول المباشر صاحب علة ومولاه سبب لانه لو لا كتابته لم يملك المكاتب ان يكاتب والاصل في اضافة الحكم هو العلة عند صلاحها
الاضافة اليها **قوله** لانه يوجب فوق ما هو ثابت له اي لان الاعتاق على مال يثبت لعتق المكاتب فوق ما هو ثابت للمكاتب
لان في الكتابة لا يزول الملك الا بعد سلامة البدل وفي الاعتاق على مال يزول الملك قبل البدل ولم يسلم فكان اثر اقوى من الكتابة
والشيء لا يتضمن ما هو فوقه فكان للمكاتب ان يكاتب وليس له ان يعتق على مال **قوله** فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول
فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك اي ان ادى المكاتب الثاني اي قبل ان يعتق المكاتب الاول فولاء المكاتب الثاني للمولى
لا للمكاتب الاول لان للمولى في مكاتبة المكاتب نوع ملك لان عبد المكاتب عبد للمولى من وجه لان للمولى نوع ملك في اكساب مكاتبه
لا ان يثبت الملك تام وهو ملك رقبته ولكن سقط اعتباره شرعا نظرا للعبد في حق تملكه مطلقا فوجب الملك من وجه لان النظر للمكاتب
يحصل مع وقوع الملك للمولى من وجه فكان عبدا له من وجه **قوله** ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة يعني يجوز ان
يقال للمعتوق معتق فلان انه معتق فلان بطريق التسبيب مجازا ولهذا يدخل في الاستيمان على الموالي معتوق معتق فلان **قوله**
فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد يعني لما تعذر اضافة الاعتاق الى مباشر العقد وهو المكاتب
لعدم اهلية الاعتاق لقيام الرق اضيف الاعتاق اليه الى مولى المكاتب تسببا لانه لولا كتابته لم يملك المكاتب ان يكاتب فاعتبر
المولى هو المعتق لكان المكاتب فكان ولاؤه للمولى **قوله** كما في العبد اذا اشترى شيئا يعني يثبت الملك في المشترى لمولى العبد
لا للعبد لعدم اهليته للملك لقيام الرق فيه **قوله** فان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له يعني اذا ادى المكاتب الاول
بدل الكتابة فعتق ثم ادى المكاتب الثاني فولاء المكاتب الثاني للمكاتب الاول لا لمولاه لان الاصل في اضافة الحكم هو للمباشر
لا للسبب والمباشر هو العاقد وهو المكاتب الاول فيضاف ولاء المكاتب الثاني اليه لانه ضرورة في تحويل الحكم عنه الى المسبب وهو
مولى المكاتب الاول فيثبت الولاء للمكاتب لا للمولى **قوله** قال وان اعتق عبده على مال او باعه نفسه او زوج عبده لم يجز اي قال
في الجامع الصغير وترتيب لفظ الجامع الصغير مر عند قوله وكذلك ان كاتب عبده وذلك لان المكاتب يملك ما كان من الاكتساب
وهذه الاشياء ليست من الاكتساب بل من التصرفات الضارة اما الاول وهو الاعتاق على مال فلان الملك يزول به بحيث لا يجوز فسخه
بعوض في ذمة العبد المفلس فلعله يوصله الى مولاه ولعله لا يوصله فكان ضررا فاحشا واما الثاني وهو بيع المكاتب نفس عبده من
نفسه فلانه اعتاق على مال ايضا وحكمه مر واما الثالث وهو تزويج المكاتب عبده فلانه ليس من الاكتساب في شيء بل فيه ضرر حيث
يكون رقبة العبد مشغولة بالمهر والنفقة وليس كذلك تزويج الامة لانه يستفيد به المهر فكان اكتسابا **قوله** على ما مر اشارة
الى قوله لانه اكتساب للمال فانه يملك به المهر **قوله** قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب في جميع ما ذكرنا
اي قال في الجامع الصغير يعني يملك الاب والوصي في رقيق الصغير ما يملك المكاتب ولا يملكان فيه ما لا يملك المكاتب فيه وهذا

الذي ذكره صاحب الهداية هنا من ملك تزويج الاب والوصي امة الابن واليتيم بلا خلاف هو الصحيح • بخلاف ما ذكر في المأذون من هو
الخلاف حيث جوز عند ابي يوسف خلافا لهما فانه ليس بصحيح • قال في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في الرجل يكون له الابن الصغير فيكاتب عبد ابنه قال المكاتبة جائزة • وان اعتقه على مال لم يجز وان باعه نفسه بمال لم يجز وان
زوج عبد ابنه لم يجز وان زوج امة ابنه فهو جائز • وكذلك الوصي هو بهذه المنزلة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وذلك لان ولاية
الاب والوصي نظرية والكتابة وتزويج الامة فيهما اكتساب المال بفضل النظر فجاز وما سواهما ليس فيه اكتساب فلم يكن فيه نظر فلم يجز
ذلك منهما • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا كاتب عبد ابنه الصغير جازت الكتابة وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز
لان الكتابة تفضي الى العتق والاب لا يملك عتق عبد ابنه • وفي الاستحسان يجوز لان في ذلك اصلاح مال الولد لان فيه اكتساب المال له
ولو اعتقه على مال لم يجز لان في العتق على مال استهلاك مال الصبي بدلا على مثله لان العبد في الحال لا يملك شيئا وليس كالكتابة لان الكتابة
تحتمل النقض والرد فتنقض الكتابة اذا عجز عن الاداء • واما العتق على مال فلا يحتمل النقض والرد • وفي اخذ المال منه خطر • ثم اورد الفقيه
هنا سؤالا وجوابا فقال فان قيل لو باع عبد ابنه من انسان بمثل قيمته جاز البيع فلم لا يجوز هنا قيل له لانه يجوز له ان يحبس المبيع حتى يصل اليه
الثمن • واما العبد اذا اعتق لا يمكنه حبسه وكذلك الجواب في الوصي قوله قال فاما المأذون له فلا يملك شيئا من ذلك عند
ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف له ان يزوج امته • اي قال في الجامع الصغير وترتيب لفظ اصل الجامع الصغير م عن ع وكذلك
ان كاتب عبده يعني لا يملك المأذون له في التجارة كتابة عبده وتزويج عبده وتزويج امته واعتاقه على مال وبيعه نفسه من نفسه وعند
ابي يوسف يجوز له تزويج الامة • قال صاحب الهداية وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان يعني هؤلاء الثلاثة
جميعا تزويج الامة عند ابي يوسف خلافا لهما • وفيما قال هذا النقل نظر لان المفاوض يجوز له تزويج الامة بالاتفاق ولا يجوز ذلك
من احد شريكي العنان عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف • الا ترى الى ما نص الكرخي في مختصره في باب المفاوضة ويجوز لاحد
المتفاوضين ان يكاتب عبد التجارة ويأذن لهم في التجارة ولا يجوز ان يعتق شيئا من رقيق التجارة على مال ولا يجوز ان يزوج العبد ايضا
ويجوز ان يزوج الاماء ويجوز ان يدفع المال مضاربة الى هنا لفظ الكرخي ذكر جواز تزويج الاماء للمفاوض بلا ذكر الخلاف كما ترى وكذلك
اشبه القدوري في شرحه وعلل بقوله لان تزويج الامة فيه منفعة • الا ترى انه يسقط عنه نفقتها ويستحق مهرها وولدها وتصرف
عام في كل ما عاد نفعه الى المال • وقال الكرخي ايضا في باب ما يجوز لاحد شريكي العنان ان يفعله في المال وليس لاحدهما ان يكاتب
عبدا من تجارتهما ولا يعتقه على مال ولا يجوز في غير ذلك مما ذكرنا • وقال الحاكم الشهيد في الكافي وليس لاحد المتفاوضين ان يكاتب
عبدا من تجارتهما وله ان يأذن له في التجارة وليس له ان يعتقه على مال ولا ان يزوجه وله ان يزوج الامة وليس لشريك العنان
ان يكاتب ولا ان يزوج الامة وكذلك المضارب الى هنا لفظ الحاكم • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير هؤلاء الاربعة
الاصناف لا يجوز عتقهم على مال ويجوز كتابتهم في الاستحسان • وفي قول زفر لا يجوز كتابتهم لان كل من لا يملك العتق لا يملك الكتابة على قوله
وان زوج احد من هؤلاء الاربعة امة جاز النكاح بالاتفاق لان فيه اكتساب المال الى هنا لفظ الفقيه اراد بالاصناف الاربعة
الاب والوصي والشريك المفاوض والمكاتب لانه اشار اليهم بعد ذكرهم بقوله هذا • ثم قال الفقيه ولو كان عبدا مأذونا او شريك عنان
او مضاربا فزوج احد هؤلاء الثلاثة لم يجز في قول ابي حنيفة ومحمد ويجوز في قول ابي يوسف ولا يجوز كتابة هؤلاء النفر الثلاثة
بالاتفاق • ولو زوج احد من هؤلاء النفر الثلاثة او من النفر الاربعة الذي ذكرنا العبد امرأة لم يجز بالاتفاق لان في ذلك ايجاب
الغرم وليس فيه مصلحة فصار تزويج العبد بمنزلة اصطناع المعروف ولا يجوز لهؤلاء اصطناع المعروف الى هنا لفظ الفقيه ابو الليث
وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي الاب والوصي والمفاوض لا يملكون العتق على مال ويملكون الكتابة والمكاتب وهؤلاء
الثلاثة يملكون تزويج الامة وليس لهم تزويج العبد • واما الصبي المأذون والعبد المأذون والشريك شركة عنان والمضارب
لا يجوز لهم الكتابة ولا تزويج العبد بالاجماع • وفي تزويج الامة اختلاف عند ابي حنيفة ومحمد لا يجوز • وعند ابي يوسف يجوز الى
هنا لفظ الطحاوي • فعلم ان المفاوض لا خلاف فيه في جواز تزويج الامة ولم يتعرض الشارحون كما هو عادتهم في التقليد وجه
قول ابي يوسف في جواز تزويج الامة القياس على المكاتب وهو ان المكاتب يجوز له تزويج الامة فكذا يجوز ذلك للمأذون لانهما
يملكان ما كان من قبيل التجارة • وفي تزويج الامة معنى الاجارة لان التزويج تمليك المنفعة بعوض والاجارة كذلك والاجارة
تجارة فيكون تزويج الامة تجارة ايضا لحصول معنى التجارة فيه • ووجه قولهما ان المأذون له يتصرف بحكم الاذن فيما كان تجارة
وتزويج الامة ليس بتجارة لان التجارة عبارة عن مبادلة المال بالمال • وفي تزويج العبد لم يوجد هذا المعنى فصار كالكتابة فلا
يجوز للمأذون له ان يكاتب عبده فكذا لا يزوج امته • بخلاف المكاتب فانه يملك تزويج الامة كما يملك التجارة لانه من قبيل اكتساب
المال والمكاتب يملك اكتساب المال بالصبر ورتبته ملحقا بالاحرار في حق الاكتساب وضرورته التوسل الى اداء بدل الكتابة فظهر الفرق بين
المكاتب والمأذون قوله ويعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال • اي يعتبر تزويج الامة بالكتابة
لان كلا منهما مبادلة المال بغير المال لان البدل في الكتابة مقابلة فك الحجر فلا يجوز للمأذون له ان يكاتب فكذا لا يجوز له ان يزوج
الامة ولا يعتبر تزويج الامة بالاجارة كما قال ابو يوسف لان الاجارة مبادلة المال بالمال فلا مشابهة بينهما • والمنفعة في باب
الاجارة مال لان المنافع تصلح مهرا في باب النكاح ثم ان النكاح لم يشرع بلا مال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم والله اعلم

فصل

لما ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الاصالة شرع يذكر مسائل وقوع الكتابة بسبيل التبعية لان التبع
بعد الاصل قوله قال واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في الكتابة • اي قال القدوري في مختصره وانما قال دخل في
كتابته ولم يقل صار مكاتبا لان الكتابة في المشترى بسبيل التبعية • ولو كاتب بطريق الاصالة لبقيت بعد عجز المكاتب وجملة القول هنا
ما قال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا اشترى المكاتب ذوي ارحامه دخل في الكتابة من ملكه ولادا استحسانا
وما لا يدخل في الكتابة من يعتق على الحر اذا ملكه • وجه القياس ان المشتري يكسب له الرقبة لا يثبت بدلالة كسب المدبر وام الولد وكسب
الجارية المبيعة في يد البائع • ولانهم لو دخلوا لاستحقوا الحرية بفعله من غير عوض فهو لا يملك هذا المعنى • وانما استحسنوا في الابوين هم
والولد لانهم يستحقون اليه بالولادة كولد المولود ولا يجوز القياس عندنا على موضع الاستحسان اذا اجمعوا على القياس عليه لمان المشتري
اذا كان بينه وبين المشتري رحم كامل صار في حكمه بدلالة الحر اذا اشترى ذا رحم • والجواب ان الحر يملك الحرية بغير عوض والمكاتب
لا يملكها وليس هذا كالمولود في الكتابة لان الحرية تثبت له من طريق السراية لا بفعله كذا في التقريب • وقال الطحاوي في مختصره ومن ملك
المكاتب من ولد او نسل ومن والد وان علا لم يكن له ان يبيعه كان له كسبه فاذا ادى المكاتب الكتابة عتق وعتق معه من اشتراه ممن
ذكرنا • وان اشترى سوى من ذكرنا من ذوي ارحامه المحرمات فان ابا حنيفة رضي الله عنه كان يقول له ان يبيعهم جميعا • وقال
ابو يوسف ومحمد ليس له ان يبيع احدا منهم وهم في حكم من سوى من ذوي ارحامه المحرمات • وان مات من ذوي ارحامه المحرمات
فان ابا حنيفة قال يباعون جميعا وسوى في ذلك بين القرابتين وبين غيرهما الا في ولد فانه قال يقال له ان اديت المكاتبة حالة قبلناها
منك اعتقت وعتق ابوك بعتاقك وان ابيت ذلك كنت انت وابوك مملوكين • وقال ابو يوسف ومحمد كل ذوي ارحامه المحرمات
في هذا في حكم ابنه المولود في الكتابة من امة كانت له يسعون في المكاتبة على نجومها فان ادوها عتقوا وعتق المكاتب الميت وان عجزوا عنها
عادوا وعاد المكاتب الميت رقيقا الى هنا لفظ مختصر الطحاوي • وقال الناطفي في كتاب الاجناس قال في المكاتب الاصل لو اشترى المكاتب
ابا او جدا او ولدا او امه ليس له بيعهم • ولو اشترى اخاه او عمه او ابن عم او ابن اخت له بيعهم في قول ابي حنيفة وقالا ليس له بيع هؤلاء
وقال ابو حنيفة لو اعتق مولاه من لا يملك المكاتب بيعه من هؤلاء جاز عتقه ولا يجوز عتقه لمن يملك المكاتب بيعه • ولو ملك الحر هؤلاء عتقوا
عليه • وعلى رواية هذا الكتاب يكاتبوا عليه ودخلوا في كتابته معه من لا يملك بيعهم من هؤلاء • وفي المجرد قال ابو حنيفة للمكاتب
ان يكاتب ابويه واولاده المشتراة فدل انهم لم يكاتبوا عليه هكذا ذكر صاحب الاجناس • ثم قال والفرق لابي حنيفة بين الحر
والمكاتب في الاخوة والاخوات واولادهم والاعمام والعمات هو ان ملك المكاتب ناقص بدليل انه لو اشترى زوجته لا يفسد النكاح وقرابة
هؤلاء ضعيفة بدليل انه يجوز شهادة بعضهم لبعض فصادفت قرابة ضعيفة ملكا ناقصا فلذلك لم يكاتبوا عليه وعكسه قرابة الابوين والاجداد
والجدات والاولاد لما كانت هذه القرابة قوية تكاتبوا عليه وان كان ملكه ناقصا لقوة هذه القرابة فلم يوجد ما صادفه ناقص ضعيفا
ولا كذلك في الحر لان ملكه كامل بدليل انه لو ملك امرأته فسد النكاح فقد صادف قرابة ناقصة من وجه وهو جواز شهادة بعضهم لبعض وكاملة
من وجه وهو بطلان النكاح بينهم وانتم ملكا كاملا فلذلك عتقوا عليه قوله وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم
يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يدخل • وهذا لفظ القدوري ايضا وقد بينا ذلك واراد بذي الرحم المحرم من يحرم
نكاحه بالنسب ومن لا ولاد له كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات واولادهم فاذا ملكهم الحر يعتقون عليه واذا ملكهم المكاتب لا يكاتبون
عليه عند ابي حنيفة خلافا لهما قوله ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية اي ولاجل ان وجوب الصلة ينتظم قرابة الولاد وغيرها
من ذوي ارحامه المحرمات لم يفترق في حق الحر في الحرمة القرابتان جميعا حتى ان الحر اذا ملك قرابة الولاد يعتق عليه ويعتق ايضا اذا ملك
الاخوة والاخوات والاعمام والعمات عندنا فينبغي ان لا تفترق القرابتان في حق المكاتب ايضا • فاذا ملك قرابة الولاد يكاتبون عليه
فينبغي ان يكاتب اذا ملك سائر ذوي الارحام المحرمات من غير قرابة الولاد • وله ان هذا يعني قوله لا يفترقان ايضا في المكاتب يعني لا هو
يكاتب على ابويه او ابنه اذا ملكه على رواية المجرد او الفرق بين الحر والمكاتب على تقدير التسليم ما ذكرناه قبل هذا عن الاجناس قوله
وله اي للمكاتب كسبا لا ملكا اي ليس له حقيقة الملك • اي ليس له ملك كامل • ولهذا اذا اشترى زوجته لا يفسد النكاح ولا يجوز له صدقة
ولا هبة ويحل له السؤال من الصدقات والقادر على الكسب يجب عليه الصلة في الولاد • ولهذا يجب على القادر على الكسب لا يجب نفقة
الاخ على الاخ الفقير الا اذا كان موسرا فلما كان كذلك قلنا ان المكاتب له كسب وبقي ذلك الصلة في الولاد فيتكاتب عليه قرابة الولاد ولا يجب
تلك الصلة في غير الولاد فلا يتكاتب عليه الاخ والعم ونحوهما قوله ولان هذه قرابة متوسطة توسطت بين بني الاعمام وقرابة
الولاد في الحرم • يعني ان القرابة ثلاثة انواع قرابة قريبة كقرابة الاولاد فيثبت بها حرمة النكاح ورد الشهادة بعضهم لبعض فاذا
كانت هذه القرابة متوسطة الحقناها بالقرابة القريبة والبعيدة جميعا لانا اذا ان حظ من الجانبين فالحقناها بالقريبة في حق العتق حتى
اذا ملك المكاتب اخاه او عمه لا يكاتب عليه كما اذا ملك بني عمه ولم يكن في الالحاق لان العتق اسرع نفاذا فكان اقرب كقرابة الولاد
تناسبا • ولهذا لا يجوز فسخ العتق اصلا والكتابة تقبل الفسخ بالقضاء او التراضي تحققه ان احد الشريكين اذا اعتق ليس لشريكه فسخه
واذا كاتب كان له ان يفسخه • قوله قال واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها • اي قال القدوري
في مختصره • ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر ابن رستم وقال مكاتب اشترى امرأته وقد ولدت منه ثم مات فان ابا حنيفة
قال ان كان معها ولد بيعت والا لم تبع • وقال محمد عليها ان تسعى كان معها ولدا ولم يكن فكذا كان قول يعقوب ثم رجع الى قول ابي
حنيفة الى هنا لفظ الاجناس ثم قال فيه وفي المكاتب للحصري اذا اشترى المكاتب ام ولده وليس معها ولده بيعها • ولو اشترى ام ولده اولا
ثم اشترى ابنا له منها لم يستطع بيعها واذا مات لم تسعيا على المكاتب لكن اذا ادا مال الكتابة حين تموت عتقا كذا في الاجناس • وقال
الحاكم الشهيد في الكافي في باب موت المكاتب واذا ترك المكاتب ام ولد وليس معها ولد فلم يترك وفاء بيعت في المكاتبة وان كان معها ولد
استسعت فيها على الاجل الذي كان للمكاتب صغيرا كان ولدها او كبيرا • وان كان ترك مالا لم يؤخر الى الاجل وصار حالا وهذا قول ابي حنيفة

وقال ابو يوسف ومحمد حال ام الولد بغير الولد الولد حالها مع الولد في جميع ذلك الى هنا لفظ الحاكم في الكافي • اما
دخول الولد في الكتابة فللتحقيق معنى الصلة • بيانه انه لو اشترى ابنه وهو من اهل الاعتاق يعتق عليه وقد اشترى وهو من اهل
الكتابة لا من اهل الاعتاق فيكاتب عليه تحقيقا للصلة بقدر الامكان • وهذا معنى قوله فلما ذكرنا • واما عدم جواز بيعها
اذا كان معها ولدها فلانها تثبت لها حق الحرية تثبت لها تبعا لولدها لقوله عليه السلام اعتقها ولدها وكذلك الحكم عندهما اذا لم يكن
معها ولد لان ام الولد استحقت حق الحرية فيمتنع بيعها كيلا يلزم ابطال حق الحرية • ولابي حنيفة ان ملك المكاتب انما يظهر فيما له فيه
حاجة اصلية والمكاتب لا يحتاج الى ثبوت الحق للام ولكن ابتدا فصار كانه ملكها وهو عبد فيباع ام ولده اذا مات عاجزا • بخلاف
ما اذا كان معها ولد حيث لا يجوز بيعها لانها تبعا للعقد على الولد لان ولد المكاتب بمنزلته فاذا يفرقه بيع الام تبعا لان الولد
هو الاصل في هذا الحق فلم يجز بيعها • والتحقيق هنا انه قال ان القياس يقتضي جواز بيعها وان كان معها ولد لان حق الاستيلاد لام
يتبع وملك المكاتب موقوف فلم يجز ان يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ لان ما لا ينفسخ اقوى فلا يجوز ان يثبت في ضمن الادنى • لان الشي
لا يتضمن ما هو فوقه ولان مال المكاتب موقوف عليه وعلى مولاه فاذا ادى الكتابة كان الفاضل للمكاتب وان عجز ورد في الرق كان
الكل للمولى ثم لم يثبت الاستيلاد في جارية المكاتب بدعوى المولى فكذا بدعوى المكاتب لان الدعوى صادفت ملكا موقوفا
وانما ترك القياس اذا كان هناك ولد لان حق الحرية ثبت لها على طريق التبعية للولد • الا ترى ان المكاتب اذا مات تخلفه الولد
فتسعى الام الحرية بكتابته واذا انفردت الام لم يوجد هذا المعنى فجاز بيعها وبقي الحكم على اصل القياس **قوله** وان
ولد له ولد من امة له دخل في كتابته هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فكان حكمه كحكمه وكسبه له اي ان ولد
للمكاتب ولد من امته التي اشتراها دخل الولد في كتابة المكاتب فكان حكم الولد كحكم المكاتب وكسب الولد للمكاتب وذلك لان
الولد كسبه وكسب الولد كسب كسبه فيكون له • وانما كان حكم الولد حكمه لان الولد من حكمه ان يتبع الاب ما لم يتصل بالام حكم
عنه • الا ترى ان ولد الحر من امته حر الاصل لان الام في ملكه فلم ينفصل حكمه الى غيره فكذلك ولد المكاتب من امته يكون في
حكمه • وكذلك ايضا يدخل ولد المكاتبة من زوجها في كتابتها • وقال الشافعي رحمه الله لا يدخل في الكتابة ولكنه يعتق
بعتقها في احد القولين ولا يعتق على المولى الا حر كذا في شرح الاقطع • ولنا ان الكتابة حق حرية فتمنع البيع فتسري الى الولد كالاستيلاد
ولان الاستيلاد لا يوجب الحرية [illegible]
[illegible]
يدخل في كتابته فكان كسبا له لانه اذا لم توجد الدعوى منه كان الولد وكسبه للمكاتب فكذا اذا وجدت الدعوى
ملكه لا يعتق بغير عوض فكان له الكسب ايضا وهذا معنى قوله ويكون كذلك الدعوى فلا ينقطع بالدعوى
اختصاصه اي اختصاص المكاتب بملك وطاحيانه • ولهذا قال في اصول الفقه في باب الامور المعترضة على الاهلية لا يملك
العبد والمكاتب التسري ... الحسن بن زياد في المجرد ان المكاتب لا يتسرى فكيف قال القدوري وان ولد له ولد من
امة دخل في كتابته • قلت لا يلزم من عدم جواز التسري ان لا يثبت نسب الولد منه وان لا يدخل في كتابته لان الوطي بالشبهة
يكون لاثبات النسب والمكاتب له ملك اليد فكان ذلك شبهة وصرح بذلك في المجرد ايضا حيث قال وليس للمكاتب ان يتسرى جارية
وليس له ان يتزوج امراة حرة ولا امة الا باذن مولاه • ثم قال وان تسرى فولد له ولد كما كان من الولد ثبت النسب
هذا لفظ الحسن رضي الله عنه • ولهذا اذا ادعى ... ثبت النسب للشبهة وان لم يحل الوطي • وكذا اذا ادعى
احد الشريكين ولد الجارية المشتركة ثبت النسب مع ان الوطي لا يحل • وكذا اذا استولد الاب جارية ابنه تحل للابن وكذا جارية
المكاتب لا تحل للكاتب ففي هذه الصور كلها ثبت النسب للشبهة فكذا يثبت للمكاتب في ولد امته للشبهة ايضا **قوله**
لما بينا في المشتري اي في الولد المشترى اشار الى ما ذكر بقوله في اول الفصل لانه من اهل ان يكاتب **قوله** وكذا اذا
ولدت المكاتبة ولدا ذكره تفريعا على مسئلة القدوري وقد بينا يعني يدخل ولد المكاتبة من زوجها في كتابتها كما يدخل
ولد امة المكاتب في كتابته **قوله** لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد هـ
وهذا لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد كما في التدبير والاستيلاد • واحترز بقوله مؤكدا عن الامة
والابنة فانه لا يجوز بيعها ولكن امتناع البيع فيها ليس بمؤكد لانه ما يزول ولا يكون فلم يسر الامتناع الى ولدها فجاز بيع الولد
قوله قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها • اي قال القدوري
في مختصره وذلك لان الولد يدخل في كتابة الابوين جميعا تحقيقا للصلة على ما مر في اول الفصل ولكن كسب الولد يكون
للام دون الاب لان تبعية الام ارجح لان الولد ما دام جنينا ولكن حين انفصل من الاب انفصل منه وليس له فيه بعد الفصل من
الام الفصل وله فيه نفقه وكان تبعيتها ارجح فكانت اخص بكسبه • ولان الكتابة حق حرية تسري الى الولد من الولد والولد يتبع الام
في الرق والحرية فلذلك كانت اخص بكسب الولد **قوله** قال وان تزوج المكاتب باذن مولاه امراة زعمت انها حرة فولدت
منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذهم بالقيمة • وكذلك العبد باذن له مولاه بالتزوج فخطب امراة فتزعم انها حرة
تزوجها فولدت له اولادا ثم استحقها رجل بالبينة انها له قال اولادها عبيد ولا ياخذهم بالقيمة • وكذلك العبد باذن له
مولاه بالتزويج الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير ولم يذكر الخلاف فيه كما ترى • وقد ذكروا في شروح الجامع الصغير فيها

خلافا فقالوا الكرخي ذكر قول ابي يوسف مع ابي حنيفة • اما الفقيه ابو الليث فقد ذكر قول ابي يوسف مع محمد • وما ذكره غير الفقيه اصح لانه
قول المرجوع اليه وقد صرح القدوري في كتاب النكاح من التقريب فقال قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يثبت الحكم للعبد حكم المغرور واولاده
عبيد • وروى زفر عن ابي حنيفة انه يكون مغرورا وهو قول ابي حنيفة الاول ذكر رجوعه في الدعوى • وقال محمد اولاده احرار الى هنا
لفظ كتاب التقريب • وقال في شرح الطحاوي ومن غر من المكاتبين في امة ابتاعها فوقع عليها ثم استحقت كان عليه عقرها ويوخذ من الكتابة
ولو تزوج امراة على انها حرة فاذا هي امة لرجل ولم ياذن لها مولاها بالنكاح فالنكاح فاسد ويوخذ العقر بعد الحرية الا اذا كانت بكرا فافتضها
يوخذ في الحال لانه ضمان جناية • هذا اذا كان المولى لم ياذن للمكاتب في النكاح فان كان اذن له فالعقر يوخذ منه في الحال لان الاذن
في النكاح يتناول الجائز والفاسد جميعا • وهذا اذا لم يولد له فان ولدت ثم استحقت الجارية فانه يسترد الجارية فالعلوق يكون رقيقا
عند ابي حنيفة وابي يوسف • وعند محمد يكون الولد حرا بالقيمة الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي • وجه قول محمد في ان
الولد حر بالقيمة يؤديها المكاتب الى المستحق اذا اعتق ان العبد شارك الحر في سبب حق استحقاق حرية الاولاد فيشاركه في الحكم لان الاشتراك
في السبب يوجب الاشتراك في الحكم لا محالة • الا ترى ان العبد والحر اذا اشتركا في ثبوت اليد على العين اشتركا في استحقاق العين واذا
ملكا النكاح ملكا الطلاق وهذا لان الحر المغرور انما قصد حرية الاولاد بالقيمة اذ رغبت فيها بسبب صحيح فلما بطل ذلك السبب بالاستحقاق
وجب توفير حق المغرور بحرية الاولاد نظرا للجانبين جانب المغرور وجانب المستحق والعبد ايضا قصد حرية الاولاد بسبب صحيح فبطل
السبب فيشارك الحر في الحكم وهو توفير حقه بحرية اولاده بالقيمة فيكون اولاده احرارا بالقيمة كما في الحر • ووجه قولهما ان الولد
مملوك من مملوكين فيكون رقيقا كما كان عاملا بحالها • وحكم القياس ان ولد المغرور الحر كذلك اعتبارا لجانب الام الا انا تركنا القياس
باجماع الصحابة في ولد الحر ولا يقاس عليه ولد العبد لان القياس لا يمكن هنا لان القياس تعدية الحكم من الاصل الى فرع هو نظيره بينهما
وهنا لا مماثلة بين الفرع والاصل لان الشرع حكم في الاصل بحرية الاولاد ابتداء الحرية على الحرية نظرا للمغرور ولكن بالقيمة في الحال
نظرا للمستحق • وفي الفرع لو ثبت حرية الاولاد لا يثبت ابتداء للمغرور على الحرية لان المغرور هنا عبد بل تثبت الحرية ابتداء في الولد
لا بناء على الاب فما للمغرور على الحرية • وايضا اذا وجبت الحرية بالقيمة لا يوخذ المكاتب بها في الحال بل يؤديها بعد العتق وفي ذلك
ضرر بالمستحق فيفسد القياس لمخالفة الاصل والفرع ولا غالزم بعد العتق لانه نظير الكفالة والعبد لا يؤخذ بذلك في الحال لانه
ضمان لا ينافي الحال • ولان المغرور في الاصل حر فاذا ملك بالقيمة ولكن بالجملة ضرر بان يرق ماؤه وفي الفرع رقيق فلم يكن في معنى
ما ورد به الشرع فتصدر التعدية والبحث في ولد المغرور مستوفى في اخر كتاب الدعوى من شرحنا هذا فلينظر ثمة ان شاء الله
تعالى **قوله** ولا ياخذهم بالقيمة اي لا يؤخذ المكاتب اولاده بقيمة يؤديها بعد العتق الى المستحق **قوله** في سبب
ثبوت هذا الحق وهو الغرور • اراد بهذا الحق حق استحقاق حرية الاولاد والغرور هو رائج السبب **قوله** وهذا لانه
ما رغبت في نكاحها الا لينال حرية الاولاد اشارة الى قوله شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق • يعني انما قلنا ان المكاتب شارك
الحر المغرور في السبب لان المكاتب ما رغبت في نكاح امراة زعمت انها حرة الا لينال حرية اولاده كالحر **قوله** خالفنا هذا الاصل
في الحر باجماع الصحابة وهذا ليس في معناه • اي تركنا الاصل الذي هو كون الولد تبعا للام في الرق والحرية في الحر المغرور باجماع والعبد
ليس في معنى الحر لما بينا فلا يلحق به لعدم المماثلة فبقي ولد العبد رقيقا على ما هو الاصل **قوله** بقيمة فاجمع اي خالفه **قوله**
قال وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ في المكاتبة • وان وطئها على وجه النكاح
لم يؤخذ به حتى يعتق • وكذلك المأذون له اي قال في الجامع الصغير قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي ولا يلزم المكاتب
مهر امراته في نكاح بغير اذن مولاه حتى يعتق ويلزمه ذلك في الشراء الفاسد لا استحقاق الى هنا لفظ الحاكم رضي الله عنه • اعلم ان هذا
المكاتب اذا اشترى امة لا يسعه ان يطاها ومع هذا لو وطئها ثم استحقت يلزمه العقر في الحال وليس له ان يتزوج امراة بغير اذن
المولى ومع هذا لو فعل يؤخذ بالمهر اذا عتق والفرق بينهما ان في الصورة الاولى وجب العقر بالشراء لانه لولا الشراء وجب عليه الحد فالحق
بان لم يكن في الحقيقة من التجارة • ولهذا يملك المكاتب التجارة والضيافة اليسيرة والهدية اليسيرة لانها من توابع التجارة
وان كانت في الحقيقة تبرعا فكذا هنا لما استند العقر الى التجارة الحق بها فصار كدين التجارة فاخذ به في الحال وفي الصورة الثانية
اعني في فصل النكاح ان المهر وجب بما ليس من جملة الاكتساب لان النكاح ليس باكتساب فلم يكن التزام المكاتب المهر الذي هو ضمان ما ليس
بمال داخلا في ولاية المكاتب بغير اذن المولى فتاخر الى ان يعتق كما اذا تكفل بشي في حق النكاح محجورا عليه فلاجل هذا اخذ بعد العتق
كما اذا اقر العبد المحجور على نفسه بالدين وكذلك العبد المأذون له في التجارة اذا وطئ امة اشتراها • او وطئ امراة تزوجها يؤخذ
بالعقر في الاول في الحال وفي الثاني بعد العتق • وينبغي لك ان تعلم ان المكاتب انما يؤخذ بالعقر في النكاح بعد العتق اذا كانت
المراة ثيبا • اما اذا كانت بكرا فافتضها يؤخذ به في الحال وقد ذكرناه قبل هذا عن شرح الطحاوي وكذلك العقر يؤخذ في الحال
وان كانت المراة ثيبا اذا كان المولى اذن له في النكاح وقد مر ذلك قبل هذا ايضا • وكذا الجواب فيما اذا اشترى المكاتب
جارية شراء فاسدا فوطئها ثم ردت على البائع اخذ بالعقر في الحال • وكذلك العبد المأذون له في التجارة اذا اشترى جارية
شراء فاسدا فوطئها ثم ردت على بائعها يؤاخذ بالعقر في الحال ولا يؤخر الى العتق لان ضمان العقر منه على الشراء لما قلنا والاذن بالشراء
من جهة السيد ينتظمه مطلقا فانتظم الجائز والفاسد جميعا فصار ظاهرا في حق المولى فظهر فيما هو من توابع الشراء ايضا فلاجل هذا اخذ
في الحال فصار كما اذا وكل انسانا ببيع عبد مطلقا فانه ينصرف ذلك الى الجائز والفاسد جميعا **قوله** ينتظمها بنوعيه اي ينتظم الشراء
بنوعي التصرف وهما الصحيح والفاسد **قوله** فكان ظاهرا اي كان العقد ظاهر

فصل

قيل لما كان مسايل هذا الفصل من جنس مسايل الفصل المتقدم ولكنها نوع منه فصلها بفصل ووصلها بالذكر **قوله** واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له • وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي واذا ولدت المكاتبة من مولاها خيرت فان شاءت ابطلت الكتابة وكانت ام ولد وان شاءت مضت عليها واخذت العقر الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه تصدى لها جهتا عتق عتق بجهة الكتابة ببدل وعتق بسبب الاستيلاد بغير بدل وفي كل منهما نايدة وهي تعجيل الحرية ببدل وحصول الحرية بلا بدل فكان لها الخيار فاذا اختارت العتق بجهة الكتابة اخذت العقر من مولاها لانها بالكتابة صارت احق بمنافعها وثبت نسب ولدها من المولى لان ما للمولى من الملك فيها وهو ملك الرقبة يكفي بصحة الاستيلاد وان لم يكن له ملك اليد لان النسب يثبت بالشبهة وهنا اولى لان للمولى فيها حقيقة الملك وان فسخت الكتابة وصارت ام ولد للسيد عتقت بموته • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي المكاتبة اذا جاءت بولد لستة اشهر او لاكثر او لاقل فادعاه المولى يثبت النسب صدقته المكاتبة او كذبته • فان صدقته فلا اشكال وان كذبته فكذلك لانها تسعى لفكاك رقبتها ورقبة ولدها على ذلك الرق • فاذا حصل مقصودها بغير مال لا يعتبر تكذيبها فانها بالخيار ان شاءت عجزت نفسها فتصير ام ولد له ويسقط العقد • وان شاءت مضت على الكتابة وتاخذ العقر وتستعين به في اداء بدل الكتابة اذا كان المولى قد نال الكتابة لان المولى كالاجنبي في منافعها ومكاسبها والعقر بدل بضعها **قوله** على ما قدمنا اشارة الى ما ذكر قبل فصل الكتابة الفاسدة عند قوله واذا وطي المولى المكاتبة لزمه العقر لانها صارت احق باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة **قوله** ولو ولدت ولدا اخر لم يلزم المولى الا انه يدعيه ذكره تفريعا على مسالة القدوري • قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ولدت المكاتبة من المولى ومضت على الكتابة ثم ولدت ولدا اخر لم يلزمه المولى الا ان يدعي • وذلك لان وطيها حرام على المولى بسبب الكتابة لانه لا يحل وطي المكاتبة ولكنها مملوكة وولدها ولد المملوكة فلا يلزمه بدون الدعوة لانه لا ينبغي ان يثبت نسب الولد الثاني بلا دعوة لانه ولد ام الولد لانا نقول ذلك في ولد ام الولد التي لا يحرم وطيها وهذه يحرم وطيها لاجل الكتابة فلو لم يدع المولى الولد الثاني فماتت المكاتبة بلا وفاء سعى هذا الولد وهو الولد الثاني في كتابة امه لانه مكاتب تبعا للام • فلو مات المولى بعد موت المكاتبة قبل سعايته يسقط عنه السعاية لانه ولد ام الولد فكان بمنزلتها وهي لا تسعى بعد موت السيد فكذا ولدها **قوله** قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز • اي قال القدوري في مختصره اعلم ان كتابة ام الولد جايزة ككتابة الامة لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا • بيانه ان ام الولد مملوكة للمولى والملك فيها باق بعد الاستيلاد • ولهذا يجوز وطيها واجارتها واستخدامها الا انه لا يجوز اخراجها من ملكه الى غيره بوجه من الوجوه لئلا يلزم بطلان استحقاقها الحرية • فلما كان الملك فيها باقيا جاز كتابتها لانه لا اتصال فيه لابن بين مملوك ومملوك • فان قيل رق ام الولد لا قيمة له عند ابي حنيفة فينبغي ان لا يجوز اخذ العوض عنه بالكتابة قيل له قيمة في السعاية وانما لا قيمة له في العقود والبياعات • الا ترى ان ام الولد النصراني اذا اسلمت لزمتها السعاية هذا المعنى كذا في شرح الاقطع لان في كتابة ام الولد ايصال عتقها اليها معجلا فجازت لحاجتها الى ذلك **قوله** لانه تلقتها جهتا حرية وهما حصول الحرية بالبدل معجلا وحصولها بلا بدل مؤجلا **قوله** فان مات المولى عتقت بالاستيلاد • يعني ان مات المولى قبل اداء بدل الكتابة ولفظ القدوري فان مات المولى سقط عنها مال الكتابة كذا اثبته في شرح الاقطع • قال الحاكم الشهيد في الكافي فان مات المولى قبل ان تؤدي عتقت ولا شي عليها هذا لفظه رضي الله عنه • وذلك لانها استحقت الحرية من جهتين جهة الكتابة وجهة الاستيلاد • فاذا اعتقت الحرية من احدى الجهتين سقطت الجهة الاخرى وبطل ما بقي عليها من البدل لانها كانت تؤدي البدل لتحصل لها الحرية وقد حصلت مجانا فلا يجب لجانبي • قال صاحب الهداية غير انه يسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها وهذا ذكرناه اي في بقاء الكتابة في حق الاكساب والاولاد وكانه قال هذا جواب السؤال مقدر بان يقال لما عتقت بموت المولى بالاستيلاد وسقط بدل الكتابة ينبغي ان يكون اكسابها لمولاها لان الكتابة انفسخت وكسب ام الولد لمولاها • بخلاف كسب المكاتب فانه له اذا فضل عن البدل فقال في جوابه انما انفسخت الكتابة في حق ايجاب البدل على ام الولد نظرا لها والنظر لها في ان يكون الكسب لها فتبقى الكتابة باقية لا منسوخة في حق الاكساب • هذا ما اقتضاه كلامه ولم يوجد فيه الرواية منصوصة فكنا نقول ان يقول النظر لها في ايفائها الى وجها الحرية وقد حصل لا في ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى كالامانة ولم تكن هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي ان يكون الكسب للمولى لا لها لانها عتقت بالاستيلاد لا بالكتابة ولنا في قوله يسلم لها الاولاد ايضا نظر لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليل الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت منسوخة ايضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد ام الولد حكم الام لانه تابع للام حالة الولادة **قوله** ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة • اي لو ادت ام الولد التي كاتبها مولاها بدل الكتابة قبل موت سيدها عتقت بالكتابة لا بالاستيلاد لان الكتابة لم ينفسخ **قوله** قال فان كانت مدبرة جاز • اي قال القدوري في مختصره وانما جاز كتابة المدبر لقيام الرق فيه الا انه استحق الحرية من وجه فاستحقاقها من وجه لا ينافي استحقاقها من وجه اخر فجازت • وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل دبر امته ثم كاتبها في صحته على مائة وقيمتها ثلاثمائة ولم يترك مالا غيرها ثم مات المولى قال ان شاء العبد سعى في جميع المكاتبة • وان كان المدبر بعد الكتابة فان شاء سعى في ثلثي

المكاتبة وان شاء سعى في ثلثي قيمته • وقال ابو يوسف ومحمد يسعى في الاقل من ذلك الى هنا لفظ الجامع الصغير لم يذكر في الجامع الصغير خلاف ابي يوسف ومحمد في مسالة الاولى كما ترى فلاجل هذا اشتبه الحال واحتاج الى التاويل فقال فخر الاسلام على البزدوي في شرحه يريد به في المسالة الثانية • فاما في مسالة الاولى فعند ابي يوسف ثم مات وهو يخرج من ثلثه • وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي كتابته • وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا كاتب الرجل مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلثه عتق وبطلت عنه السعاية وان لم يكن له مال غيره فان شاء سعى في الكتابة وان شاء سعى في ثلثي القيمة في قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف يسعى في الاقل من ذلك ولا يخير • وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي القيمة وثلثي الكتابة • قال ابو الفضل وقول محمد هذا خلاف ما قاله في الجامع الصغير الى هنا لفظ الحاكم الشهيد • ثم الخلاف في الفصل الاول في موضعين في الخيار والمقدار فاتفق ابو حنيفة وابو يوسف في المقدار حيث قالا يسعى في ثلثي القيمة وكل بدل الكتابة وخالفهما محمد حيث قال ثلثي بدل الكتابة • واتفق ابو يوسف ومحمد في ترك الخيار حيث قالا يسعى بلا خيار • وخالفهما ابو حنيفة حيث اثبت الخيار • وفي الفصل الثاني لا خلاف في المقدار لانه يسقط ثلث بدل الكتابة بالاتفاق • والخلاف في الخيار فعند ابي حنيفة يسعى في ثلثي بدل الكتابة او ثلثي القيمة وله الخيار في ايهما شاء • وعندهما يسعى في الاقل بلا خيار • اما الخلاف في الخيار فهو بناء على ان العتق يتجزى عند ابي حنيفة خلافا لهما فعند ابي حنيفة لما كان العتق متجزيا لم يصر المدبر بعد موت السيد حرا لانه لم يخرج من الثلث بل عتق ثلثه لان عتق المدبر وصية فاذا كان كذلك تلقاه جهتا حرية في ثلثيه وهما الكتابة والتدبير فالكتابة سعيه مؤجلة وسعاية التدبير حالة معجلة فكان التخيير بين الاجل والعاجل مفيدا فيميل الى ايهما شاء لتفاوت الامرين • وعندهما لما لم يتجزى العتق عتق كله لعتاق ثلثه بالتدبير وقد وجب عليه احد المالين فيجب الاقل لان القابل لا يختار الا الاقل • واما الخلاف في المقدار فلمحمد انه لو عتق كله بحكم الوصية بان خرج من الثلث سقط جميع بدل الكتابة • فاذا لم يخرج من الثلث الا ثلثه وجب ان يسقط ثلث بدل الكتابة اعتبارا للثلث بالكل كما لو كاتب اولا ثم دبر ثم مات ولان من حكم التدبير ان يوقع عتقا بعد الموت فصار المتقدم من التدبير والمتاخر سواء • والفقيه ابو الليث اخذ في شرح الجامع الصغير بقول محمد • وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف في اعتبار جميع مال الكتابة ان الكتابة حصلت بعد انعقاد سبب العتق وهو التدبير • والتدبير يوجب استحقاق العتق بالحرية فلا يسقط الرقبة لا محالة فاذا كانت بعد التدبير كان بدل الكتابة جميعه مقابلا بثلثي الرقبة مستحق بالحرية فلا يسقط من بدل الكتابة شي لانه يصرف بدل مال الكتاب الى ما يصلح مقابلته الا الى ما لا يصح مقابلته كما اذا طلق امراته تطليقتين ثم طلقها ثلاثا على الف يكون جميع الالف مقابلا بما بقي من الطلاق حتى لا يسقط من الالف شي كذا هذا • بخلاف ما اذا كاتب ثم دبر لانه حين كاتب كان العبد مملوكا لا يستحق الحرية بوجه قبل الكتابة فصار بدل الكتابة بازاء جميع رقبته فاذا اعتق الثلث بالتدبير سقط ثلث البدل لا محالة **قوله** فان مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان يسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة هذا لفظ القدوري في مختصره • وهذا قول ابي حنيفة وقد مر بيانه قبيل هذا **قوله** لا استحقاق عتقه يعني ما كان يستحق العبد الحرية عند عقد الكتابة وقد مر بيانه من الطلاق **قوله** فافترقا اي افترق تقدم الكتابة على التدبير وتاخرها فلم يصح قياس محمد على تقدمها **قوله** قال وان دبر مكاتبه صح التدبير • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الرق قائم في المدبر والمكاتب بعد التدبير والكتابة فكما يجوز كتابة المدبر لقيام الرق فيه يجوز تدبير المكاتب ايضا لقيام الرق فيه • يدل على ذلك الاطلاق قوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا **قوله** لما بينا اشارة الى قوله فلما ها جهتا حرية **قوله** ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة • هذا لفظ القدوري في مختصره • وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا دبر مكاتبه فالمكاتب بالخيار ان شاء نقض الكتابة وكان مدبرا وان شاء مضى على الكتابة هذا لفظه رضي الله عنه وذكر لانه تصدى له سببا عتق احدهما عاجل ببدل والاخر مؤجل بغير بدل فكان له ان يختار ايهما شاء **قوله** فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة رضي الله عنه هذا لفظ القدوري في مختصره وقد مر بيانه في المسالة المتقدمة **قوله** فالخلاف في هذا الفصل في الخيار يعني ان عند ابي حنيفة لها الخيار وان شاءت سعت في ثلثي بدل الكتابة وان شاءت سعت في ثلثي القيمة لان عند ابي حنيفة العتق يتجزى فتبقى وهي قن فيحصل لها العتق باحد الوجهين وفي كل منهما فايدة لان اداء اكثر المالين ربما يكون ايسر من الاقل باعتبار الاجل وعندهما تسعى في الاقل بلا خيار لان العتق لا يتجزى عندهما فصارت كلها معتقا فصارت حرة حالة السعاية وعليها احد المالين فتختار اقلهما لا محالة • وهذا معنى قوله بناء على ما ذكرنا اي على تجزي الاعتاق وعدمه **قوله** ولا خلاف هنا يتهم في المقدار لان الكتابة لما كانت سابقة على التدبير كان كل البدل مقابلا بكل الرقبة فاذا عتق ثلث الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط ثلث البدل فبقي الثلثان وهذا معنى قوله ووجهه ما بينا اشار به الى قوله لان البدل مقابل بالكل **قوله** قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وسقط عنه بدل الكتابة اراد بالعتق الاعتاق مجازا باستعارة المعلول لعلته • اما عتقه باعتاقه فلان المكاتب باق رقبته على ملك المولى فصح لان الاعتاق ازالة ملك متجز نفس زوال كل الى العتق وقد حصل الا ازالة فصح كما في غير المكاتب • واما سقوط بدل الكتابة فلان العبد انما التزم البدل لينال الحرية باداية وقد حصلت قبل ادايه فلا حاجة الى ايجاب البدل • قال صاحب الهداية والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه اي في حق الكسب وكانه قال

هذا جواب السؤال بان يقال الكتابة لازمة في جانب المولى بحيث لا يجوز فسخها وابطالها وكيف جاز اعتاقه فقال لا يجوز فسخ برضا العبد
لانه عقد يقال ويفسخ • ولهذا يجوز بيع المكاتب برضاه وكذا اجارته برضا مولاه وفي هذا البيان تكلف لا حاجة اليه لان لزوم الكتابة
في حق المولى لئلا يبطل حق المكاتب في استحقاق الحرية حتى لا يجوز بيعه بلا رضاه والتصرف في مكاسبه وفي الاعتاق تحقيق حقه
فكان لا يلزم من ذلك ابطال حقه فلا حاجة الى ان يقال والظاهر رضاه توسلا الى عتقه • وقول صاحب الهداية مع سلامة الاكساب
له يفهم منه ان الاكساب يسلم للمكاتب بعد الاعتاق وفيه نظر لان الرواية لم توجد في كتب محمد ومن تبعه من المتقدمين كالطحاوي
والكرخي وابي الليث وغيرهم فينبغي ان يكون الاكساب للمولى بعد ما اعتقه كما بعد عجز المكاتب يدل على هذا ما في الزيادات قال
فيما في مكاتب بين اثنين اعتقه احدهما يعتق نصيبه ونصيب صاحبه باق لامكان فيه والاستسعاء عند ابي حنيفة لانه لم يتلف شيئا • بخلاف
المدبر بين اثنين اعتقه احدهما لانه اتلف عليه نصيبه وحال بينه وبينه حتى قطع الخدمة • وعند ابي يوسف ومحمد يعتق الكل
ويضمن نصيب صاحبه ان كان موسرا لان التدبير لا يتجزى عندهما • ثم قال ابو يوسف يضمن نصف قيمته لشريكه بالغا ما بلغ وقال
محمد يضمن الاقل من نصف قيمته ومن نصف بدل الكتابة لان حق الذي لم يعتق في احد شيئين اما الرقبة بالعجز واما الكتابة بالاداء فلا
يتعين فوجب ذلك ويبطل الفضل • واحتج ابو يوسف بان الاعتاق يبطل معنى الكتابة فكيف يعتبر الكتابة مالا وكيف يعتبر المال
وقد تناولت بجناية الرقبة فيضمن نصف القيمة بالغا ما بلغ كما في المدبر • وقد صرح ان الكتابة تبطل بالاعتاق فكيف يكون الاكساب
بعد الاعتاق سالمة للعبد دون المولى • ويدل ايضا على ما قلنا ما ذكر محمد في الاصل وقد اثبته في مختصر الكافي للحاكم
الشهيد • وفي شرحه وفي الشامل في المبسوط في باب مكاتبة المريض كما ذكر محمد فقال الحاكم رجل كاتب عبدا في صحته على الف
درهم وقيمته خمسماية درهم فلما حضره الموت اعتقه ثم مات ولم يقبض منه شيئا فانه يسعى في ثلثي قيمته ويبطل الكتابة كانه لم يكاتبه
ثم قال فان كان المولى قد قبض من قبل ذلك خمسماية ثم اعتقه في مرضه سعى في ثلثي قيمته ولم يحتسب له شي مما ادى قبل ذلك فان ادى
المكاتبة الاماية درهم ثم اعتقه في مرضه او وهب له المال سعى في ثلثي قيمته لانه اقل المقدارين • وقال ابو حنيفة اذا كاتبه
في صحته ثم اعتقه في المرض سعى ان شاء في ثلثي قيمته • وان شاء في ثلثي ما عليه من المكاتبة وانها لفظ الكافي • وقال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه ولم يحسب له شي مما ادى قبل ذلك لان الاداء كان بجهة الكتابة وقد انتقضت
تلك الجهة بالعتق فكانت السعاية للعتق لا لجهة الكتابة فلم يحسب له ذلك لان الحسبان على تقدير بقاء الاختصاص • ومع بطلان
تلك الجهة لم يبق الاختصاص فكان السيد احق بكسب عبده فلا يحسب عليه هذا لفظه رحمه الله تعالى نعم بعد ان الاكساب بعد الاعتاق
للمكاتب فلم لم تكن له ما ادى قبل الاعتاق تحسب على المولى بانه ان [illegible] قال • ثم ينبغي ان ذلك انما يكون عند الكتابة
في حق المولى حتى لا يملك فسخه الا برضا المكاتب وغير لازم في حق المكاتب حتى ان له ان يعجز نفسه فيفسخ عقد الكتابة بدون رضا المولى
الا انه اذا حل النجم ولم يؤد يجوز للمولى ان يفسخ المكاتب • وروى عن ابي يوسف انه لا يفسخ حتى يحل نجمان ولو لم يثبت حكم الفسخ عند
الامتناع عن الاداء يتضرر به المولى كذا في الغيبة • وذكر في كتاب المجرد للحسن بن زياد قال ابو حنيفة واذا كاتب رجلا
على الف درهم فقال قد عجزت وانا ارجع في الرق ولم يكن له ذلك الا ان يرضى بذلك المولى فيرد في الرق • فان رده المولى فان قام
[illegible] فصار مملوكا وبطلت الكتابة • وان ابى المكاتب ان يرجع في الرق وقد عجز عن المكاتبة واراد المولى رده في الرق وقال
قد عجز في الرق ولم يكن مملوكا كان مكاتبا حتى يقدم الى القاضي فاذا رفعه الى القاضي وقد عجز او عجز اجله القاضي ايام
فان اذى والا رد القاضي الى الرق ادنا • وان ابى ان يرد في الرق فاذا قضى القاضي بالرد في الرق فهو مملوك كما صار مملوكا بطلت الكتابة وصار
عبدا للسيد كما كان • فان وجد له المولى بعد ذلك مالا اخذه الى هنا لفظ كتاب المجرد **قوله** وقد حصل ذلك اي حصل
العتق للمكاتب بلا بدل الكتابة **قوله** قال وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسماية فهو جائز اي
قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يكاتب عبده الى سنة ثم يصالحه على ان يعجل
له خمساية ويضع عنه خمسماية قال جائز الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ولم يذكر القياس فيه كما ترى • وقال في شرح
الجامع الصغير والقياس ان لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل والاجل ليس بمال فكان ربوا وهو حرام بين المكاتب وغيره ولهذا
نص الحاكم في الكافي ان الرجل اذا اشترى من مكاتبه درهما بدرهمين لم يجز وانما قلنا انه اعتياض عن الاجل لان المولى صار
كانه اشترى من المكاتب خمساية معجلة بالف مؤجلة • ولهذا لو وقع مثل هذا الصلح بين الحرين لا يجوز كما اذا كان لواحد منهما على
الاخر الف درهم مؤجلة الى سنة فصالحه على خمساية درهم معجلة لا يجوز وقد مر ذلك في كتاب الصلح • وجه الاستحسان ان يقول
ان في الاعتياض عن الاجل انما يلزم عن الربا اذا لم يكن بين العوضين مساواة فلا يلزم الربا • بيانه ان الاجل في حق المكاتب
ليس مالا من كل وجه بل هو يعتبر مالا من وجه لانه لا قدرة للمكاتب على الاداء الا به ومال الكتابة ليس بمال من كل وجه بل هو
مال من وجه وهو اشبه بالحقوق التي ليست بمال • ولهذا لا يصح نصا بالزكاة ولا يوصف باللزوم ولا يصح به الكفالة • فاذا كان
كذلك اعتدل الاجل ومال الكتابة لان كل واحد منهما مال من وجه دون وجه فلم يلزم الربا لوجود المساواة فصح الاعتياض عن الاجل
بخلاف مسئلة الحر لان الدين على الحر مال متقوم حتى صلح نصابا للزكاة • ويصح به الكفالة والاجل في حقه ابعد عن الاموال لانه قادر
على الاداء بدون الاجل فلم يصح الاعتياض عن الاجل للزوم الربا • ولان الاجل ربا من وجه لا من كل وجه لانه ليس بمال حقيقة
ولكنه يزداد لاجله فكان في معنى المال فاذا كان كذلك كان الربا في الاجل شبهة لا حقيقة • وعقد الكتابة مما وضع من وجه
فيكون من وجه فكان فيه معنى اليمين لان العتق يتعلق بالاداء فكان بدل الكتابة مالا من وجه دون وجه • فلو كان شبهة الربا

وانه فيما هو مال من كل وجه اعطى لها حكم حقيقة الربا فحرمت ولكنها وقعت فيما ليس بمال من وجه فنزلت الى شبهة الشبهة والشبهة
المعتبرة دون شبهة الشبهة فلم يحرم الاعتياض عن الاجل الحال فالشبهة الربوا بحقيقة الربا او نقول امكن الاحتراز عن الربا ههنا بان
يجعل العقد الاول منسوخا • والثاني مجددا على خمساية حالة • بيانه ان بدل الكتابة يشبه المعقود عليه • الا ترى ان العجز
يوجب حق الفسخ • بخلاف ثمن البيع فان العجز عنه لا يوجب الفسخ • ولهذا لو زاد في الاجل على ان يزيد في بدل الكتابة جاز فكذا اذا
حط • وفي باب البيع لو زاد في الاجل على ان يزيد الاخر في المال لم يجز فكذا اذا حط شيئا من المال على ان يحط الاجل وظهر الفرق بين
الاعتياض عن الاجل في باب الكتابة وبينه في باب البيع • ثم وجه الاستحسان هو ظاهر الرواية • وروى عن ابي يوسف في شرح
الطحاوي انه قال لا يجوز وعليه الالف قياسا على ساير الديون المؤجلة **قوله** لا يجوز مثله في الحر اي مثل هذا الصلح وقد
مر بيانه **قوله** ومكاتب المريض صورته اذا كان الانسان على مكاتب انسان الف درهم مؤجلة الى سنة فصالحه على
خمساية درهم معجلة لا يجوز **قوله** حتى لا يصح الكفالة به اي ببدل الكتابة وهذا متصل بالذي تقدم وهو انه ليس بمال من وجه
ولكنه لما كان ذلك مفهوما من قوله مالا من وجه جعله كالمذكور **قوله** فاعتدلا اي الاجل وبدل الكتابة **قوله**
فلا ربا اي لوجود الاعتدال وهو المساواة **قوله** عقد من وجه دون وجه لان فيه معنى اليمين لحصول التعليق بالاداء وقد مر
بيانه **قوله** قال واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف درهم ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه
يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف • وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي
الى اجله • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكاتب عبده في مرضه على الفي درهم الى سنة
وقيمته الف درهم ثم يموت في مرضه ذلك فابى الورثة ان يجيزوا قال يقال للمكاتب اد ثلثي الالفين حالا ويكون ثلث الالفين
الى ذلك الاجل فاذا اديت عتقت والا رددت الى الرق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف • وقال محمد يقال للمكاتب اد ثلثي القيمة
او ثلث الالف الدرهم والبقية عليك الى اجل وان ابيت رددت في الرق • وان كاتب على الف درهم وقيمته الفان الى سنة فابى الورثة
ان يجيزوا قيل له اد ثلثي قيمته الساعة وان صرت والا رددت في الرق في قولهم جميعا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • قال الفقيه
ابو الليث وهذه المسئلة قد ذكرت في المبسوط في كتاب الشفعة وفي كتاب المكاتب وفي الجامع الكبير الا انه لم يذكر قول ابي حنيفة
الا في هذا الموضع اي في الجامع الصغير • واصل هذه المسئلة في كتاب الشفعة في مريض باع دارا قيمتها الف بثلاثة الاف درهم الى سنة
ثم مات ولا مال له غيرها وابى الوارث ان يجيز فانه يقال للمشتري اما ان تعجل ثلثي جميع الثمن والثلث عليك الى اجله والا فانقض البيع وهو
قول ابي حنيفة وابي يوسف • وقال محمد يقال له اما ان تعجل ثلثي القيمة والباقي عليك الى اجله وان شئت فانقض البيع • والحاصل
ان عندهما تعتبر المحاباة بالاجل في جميع الثمن وصية من الثلث • وعند محمد يعتبر في قدر القيمة من الثلث وفيما زاد عليها من راس
المال • وجه قول محمد انه يملك ترك ما زاد على القيمة لانه لم يتعلق به حق الورثة فلان يملك التاجيل اولى • ولهذا لو كاتبه
في الابتداء على الف صح فصار كمن خالع امرأته واجل بدل الخلع الى سنة صح ذلك الى سنة لانه يملك ترك البدل اصلا كما اذا اباها بلا بدل
يملك التاجيل ايضا وكذا هنا فاذا لم يتعلق حق الورثة بما زاد على القيمة بل يتعلق بمقدار القيمة صح محاباته في ثلث القيمة لا غير فيجب عليه
تعجيل ثلثي القيمة وهما ثلثا الالف ستماية وستة وستون وثلث درهم والباقي من البدل الى تمام الالفين الى اجله • ووجه قولهما ان حق
الورثة كان متعلقا بالعبد لما مرض سيد مرض الموت فانتقل الحق الى البدل والبدل الفان لا الف فكان حقهم في البدل كما كان
في المبدل • فيؤمر بتسليم ثلثي بدل الكتابة للحال ويؤخر ثلثه لان التاجيل تبرع ومحل تبرع المريض الثلث لا غير فكان عليه
ان يعجل ثلثي الالفين وهما الف وثلاثماية وثلاثة وثلاثون وثلث درهم والباقي وهو ثلث الالفين ستماية وستة وستون وثلثا درهم الى اجله
بخلاف بدل الخلع فانه لم يقابله مال لان البضع في حالة الخروج لا يعتبر مالا فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلم يتعلق بالبدل ايضا
وبما عرفت فيه تعلق حقهم بالمبدل فتعلق بالبدل فظهر الفرق **قوله** اجرى عليها احكام الابدال فلو قال عليه كان اولى
اي على بدل الرقبة والتانيث بناء على المعنى اي على العين التي ترتبت السعاية عليها • وانما قال هذا دفعا لوهم من يقول ان بدل
الكتابة صلة لانه بدل عما ليس بمال وهو فك الحجر فكان كالخلع وكان قياس محمد صحيحا فقال ان له حكم العوض • ولهذا لو كان
بدل الكتابة دارا يأخذها الشفيع **قوله** ونظير هذا اذا باع المريض دارا بثلاثة الاف الى سنة وقيمتها الف
اي نظير هذا الاختلاف الذي وقع بين محمد وصاحبيه في بدل الكتابة اختلافهم في بيع المريض وهو ان رجلا له عبد او دار قيمته
الف درهم فباعه في مرض الموت بثلاثة الاف الى سنة فمات جاز البيع ويقال للمشتري اد ثلثي الثمن حالا والباقي عليك الى اجله والا
ترد البيع عندهما • وعند محمد يقال له عجل ثلثي القيمة والباقي عليك الى اجله والا ترد البيع عندهما والمعنى فيه ما ذكرنا من الدليل
من الطرفين وهو المراد بقوله لما بينا من المعنى **قوله** قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة
ادى ثلثي القيمة او يرد رقيقا في قولهم جميعا • اي قال في الجامع الصغير ولفظ اصل الجامع الصغير ذكرت ذلك لانه جاني في قدر
المال والاجل جميعا لانه اسقط احد الالفين واجل الالف الاخر فوجب اعتبار الكل من ثلث ماله فصح في الثلث وبطل بما زاد عليه
فيدفع ثلثي القيمة حالا لا يعتق حتى يدفع المحاباة مما يتعلق به حق الورثة ويسقط عنه الثلث الباقي لانه لم يتعلق به حقهم وقد
ادى المشروط وزيادة والله اعلم

باب تصرف الفضولي

شرع في هذا الباب بذكر تصرف الفضولي في عقد الكتابة والفضولي اخرا وعقد بعد ما ذكر
تصرف الاصيل لان الاصل في التصرفات هو الاصالة دون الفضولي لان عقده جاير بلا توقف **قوله** بخلاف الفضولي قال

وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه عتق وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب • أي قال في الجامع الصغير والمذكور في شروح الجامع الصغير صورته أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك فلانا على كذا على أني إن أديته فهو حر فكاتبه والعبد غائب فقبل الحر فكان ذلك تعليق العتق بالأداء فإذا أدى عتق بحكم الشرط لأن التعليق نافذ في الحال • وإن كانت الكتابة موقوفة لأن العبد غائب ولم يجبر حالة العقد فيتوقف نفاذه على الإجازة كالفضولي إذا باشر عقد النكاح عن الغائب يتوقف على الإجازة ولا يرجع الحر بما أدى على العبد لأنه متبرع فإذا بلغ العبد فإن أجاز نفذ عليه وإلا بطل والفرق بين هذه المسألة حيث كانت الكتابة موقوفة على الغائب وبين المسألة الثانية وهي ما إذا كاتب عبده الحاضر على نفسه وعلى عبد له آخر غائب حيث كانت الكتابة موقوفة على الغائب وبين المسألة الثانية تنفذ الكتابة على الغائب قبل إجازته لأنه إذا نفذت لا يخلو إما أن يجب بدل يجب على الغائب • أو بدل يجب على الحر • أو بدل لا وجه إلى الأول لأن المولى والفضولي لا يملكان إيجاب المال على العبد بالكتابة من غير رضاه ولا وجه إلى الثاني أيضا لأنه لو وجب على الحر لا يخلو إما أن وجب عليه بحكم بدل كتابته أو بدل بحكم الكفالة عن العبد فلا وجه إلى الأول لأن الحر لا يستفيد به عتقا ولا وجه إلى الثاني لأن الكتابة لو كانت واجبة على العبد لا يصح الضمان ببدل الكتابة فههنا أولى • ولا وجه إلى الثالث لأن الكتابة عقد معاوضة فلا ينعقد بلا بدل فلما تعذر النفاذ تعين التوقف وفي تلك المسألة أمكن النفاذ بيد له يجب على الحاضر على أن يكون بدل كتابة الحاضر لأنه يستفيد به العتق هذا الذي قلنا إذا كاتب الحر عن العبد الغائب بشرط أنه إذا أدى عنه فهو حر • أما إذا كاتب عنه ولم يشترط ذلك وتم ذلك فإذا أدى عنه فهل يعتق العبد أم لا في القياس لا يعتق لأن العقد موقوف ولم يوجد تعليق العتق بالأداء حتى يعتق بوجود الشرط • وفي الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر على العبد في ذلك بل فيه نفع خالص حيث لا يرجع الحر عليه فلم يتوقف على إجازته • بخلاف لزوم بدل الكتابة عليه فإن فيه ضررا عليه فيتوقف على إجازته • قال الإمام العتابي في شرح الجامع الكبير • ولو أن فضوليا قبل كتابة عبد على ألف درهم توقف على إجازة العبد لأنه تعذر إيجاب البدل على الفضولي لأنه لا حظ له من العتق • فإن بلغه وأجاز صار مكاتبا وإن تبرع الفضولي بأداء بدل الكتابة قبل أن يبلغ العبد عتق العبد بحكم الشرط ولا يرجع على العبد لأنه تبرع به وهل يسترد من المولى إن أداه بحكم ضمان يسترد لأنه أداه بحكم ضمان فاسد • وإذا رجع على المولى لا يرجع المولى على العبد لأنه لا شيء على العبد قبل الإجازة فيعتق بغير شيء • وإن أداه بغير ضمان لم يرجع على أحد وعتق لأنه تبرع وقد حصل مقصوده وهو عتق العبد بخلاف ما إذا أدى دين إنسان بغير أمره ثم ظهر أنه لا دين عليه يرجع بما أدى لأنه لم يحصل المقصود • فإن أدى الفضولي بعض بدل الكتابة فإن لم يبلغ العبد يرجع بكل حال سواء أداه بضمان أو بغير ضمان لأنه لم يحصل مقصوده • فإن لم يرجع حتى بلغ العبد فأجازه إن أداه بغير ضمان لا يرجع لأنه حصل مقصوده وهو براءة العبد عن بعض بدل الكتابة لأن الكتابة نفذت من حين وجودها فظهر أنه أدى بعد نفوذ الكتابة • وإن أداه بضمان يرجع لفساد الضمان • ولو أن لرجل حر ابنا مملوكا للغير كاتب عنه أبوه مع مولاه توقفت • فإن كان الابن يعقل وأجاز نفذت الكتابة عليه وإن لم يعقل توقفت إلى أن يعقل فإذا عقل نفذت • وقيل تنفذ الكتابة عليه لأن العجز عرض الزوال فلا يمنع التوقف كما لو باع فضولي مال إنسان وهو صبي عليه أنه مجنون جنونا غير مطبق فأفاق وأجاز جاز كذا هذا كذا ذكر الإمام العتابي **قوله** وقيل هذه هي صورة المسألة الكتاب أي صورة مسألة الكتاب الجامع الصغير فيما إذا أدى الحر عن العبد بعد أن كاتب عنه مطلقا عن تعليق العتق بالأداء ولم يقل شيئا لأنه إنما يتوقف العقد لأجل أداء بدل الكتابة فإذا أدى عنه استغنى عن التوقف وتم العتق وإلى هذا الوجه مال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير **قوله** قال وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب فإن أدى الشاهد والغائب عتقا • أي قال في الجامع الصغير وصورة المسألة في أصل الجامع الصغير فإن كاتب عبد على نفسه وعلى عبد آخر غائب لمولاه فأدى هذا الشاهد عتق الغائب وأيهما أدى لم يرجع على صاحبه بشيء وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء • وإن قبل الغائب أو لم يقبل فليس هذا منه بشيء والمكاتبة لازمة للشاهد إلى هنا لفظ محمد • وقال محمد في الجامع الكبير رجل كاتب عبده على نفسه وعلى عبد له غائب فالمكاتبة جائزة ولا يلزم الغائب من المال شيء ويأخذ الحاضر بجميع المكاتبة أجاز الغائب الكتابة أو لم يجز ولم يذكر القياس والاستحسان في الجامعين لأنه ترتب وذكر في كتاب المكاتب من المبسوط هذه المسألة وذكر فيها القياس والاستحسان فقال القياس أن يصير الحاضر مكاتبا بما يخصه من المكاتبة لا بجميع المكاتبة وفي حق الغائب بما يخصه من المكاتبة على إجازته حتى ملك المولى بيعه وأخذ كسبه قبل إجازة الغائب وفي الاستحسان يصير الحاضر مكاتبا بجميع المكاتبة وتنفذ الكتابة على الغائب فيما ينتفع به من حقوق الكتابة • ووجه القياس أن العبد الحاضر له ولاية الكتابة على نفسه وليس له ولاية على الغائب فينفذ تصرفه في موضع ولايته ويتوقف في غيره كمن باع ماله ومال غيره أو زوج أمته وأمة غيره أو كاتب عبده وعبد غيره • ووجه الاستحسان أن الحاضر جعل نفسه أصلا في عقد الكتابة وجعل الغائب تبعا لنفسه حيث ابتدأ بنفسه وقال كاتبني بكذا أو فلانا الغائب والكتابة تثبت في غير العاقد تبعا كالولد الموجود في الكتابة فكذا يدخل الغائب في الكتابة تبعا لأنه نفع محض لا يتضرر به عند العتق وليس عليه شيء من البدل سواء قبل الكتابة أو لم يقبلها لأن هذا العقد في حق الغائب تعليق العتق بأداء الحاضر والمولى ينفرد بالتعليق يوجب أن يصح فكأنه قال للحاضر إن أديت إلي كذا فلان حر • وإنما وجب البدل على الحاضر لأنه أصل ولم يجب على الغائب شيء لأنه تبع وأيهما أدى الألف عتقا • أما الحاضر فظاهر • وأما الغائب فإنه وإن لم يكن البدل لازما عليه لكن له نفع في الأداء لأنه يتوسل به إلى العتق فكان في أدائه مضطرا فيجبر المولى على القبول وأيهما أدى لم يرجع على الآخر بشيء • أما الحاضر فلأن البدل عليه وأما الغائب فلأنه متبرع في الأداء وعامتهم بيان ترتيب المسألة في شروح الجامع الكبير إذا

كاتب عبده عن نفسه وعن عبد له آخر على ألف درهم فقبل الحاضر نفذت الكتابة عليهما ولا يتوقف في حق الغائب على قبوله وإجازته ولا ينفسخ بفسخه لأنه لا شيء عليه من البدل لكونه تبعا للحاضر • فإن أدى الغائب جميع البدل يجبر المولى على القبول لأن له حظا في الأداء فيعتق بخلاف الأجنبي إذا أدى حيث لا يجبر على القبول لأنه فات رجاء الأداء من الحاضر • ولو أعتق المولى الغائب سقطت حصته من البدل لأن البدل وإن لم يكن عليه ولكن إنما التزم الحاضر كل الألف على نفسه بمقابلة عتقهما فإذا أعتق الغائب سقطت حصته كمن قال لامرأته طلقتك وفلانة على ألف درهم عليك فقبلت الحاضرة طلقتا طلاقا بائنا وإن كان جميع الألف على الحاضرة • ولو وهب المولى الكتابة من الغائب أو أبرأه عنها لم يصح لأنه لا شيء له عليه • وإن أعتق المولى الحاضر سقطت حصته وأخذ الغائب بحصته حتى لو لم يؤد يرد رقيقا لأن عتقه تعلق بأداء الكتابة ولم يوجد شيء من الأداء والقياس أن يبطل لأن الكتابة لم تبق في الأصل لكن نقول لم تبق في الأصل لمعنى يخصه فلا يتعدى إلى البطلان في حق الغائب لكن يؤدي حصته حالا • وقال بعضهم منجما كما كان على الحاضر والأول أصح لأنه لم يسر حكم الحاضر وإن أدى حصته بعد موت الحاضر أجبر المولى على قبوله لأنه فات رجاء الأداء من الحاضر • وإن أدى الحاضر حصته لا يعتق لأن العتق معلق بأداء الكل وإذا أدى الكل لم يرجع على الغائب بشيء لما مر • وإن وهب المولى كتابته من الحاضر أو أبرأه عنها عتقا ولا يرجع على الغائب بشيء • ولو مات الغائب وترك ولدا حرا من امرأة حرة ثم أدى الحاضر المكاتبة جر ولاء الولد لأنه ظهر أنه عتق في آخر حياته ويتصل ولاء الولد إلى مولى الغائب بعد موته • وكذا لو مات الحاضر وترك ولدا حرا من امرأة حرة ثم أدى الغائب المكاتبة جر ولاء ولد الحاضر ويتحول إلى مولاه لما مر • ولو كاتب عبده على نفسه وعلى ابن له صغير على ألف درهم فبلغ الابن فهذا والأول سواء إلا في خصلة واحدة وهي أن ههنا إذا مات الأب يسعى الابن في نجوم أبيه في قول أبي يوسف ومحمد استحسانا لأنه جزؤه • وفي القياس وهو قول أبي حنيفة يؤدي حالا أو يرد رقيقا كالولد المشترى في الكتابة • وقال بعضهم ههنا يؤدي منجما بالإجماع لأنه صار مكاتبا بكتابة أبيه قصدا • بخلاف الولد المشترى لأنه يصير هو مكاتبا حكما بعد كتابة الأول • وأجمعوا أن الولد المولود يسعى على نجوم أبيه كذا ذكر الإمام الزاهد العتابي في شرح الجامع الصغير **قوله** فله أن يأخذ بكل البدل • أي فالمولى يأخذ الحاضر **قوله** قال وأيهما أدى عتقا أي قال في الجامع الصغير ويجبر المولى على القبول هذا استحسان والقياس أن لا يجبر على القبول إذا أدى الغائب لأنه متبرع • ألا ترى إلى ما قال في الشامل في قسم المبسوط فإن مات الحاضر فللغائب أن لا يؤدي شيئا فهو مملوك • وإن أدى الألف عتقا بأدائه ويجبر المولى على القبول استحسانا • وجه القياس أنه أتى بما ليس بواجب عليه كالأجنبي • وجه الاستحسان أنه يستحق العتق بأداء هذا المال فيجبر المولى كالوارث المكاتب بعد موته وكالولد المشترى في الرق بدل الكتابة يجبر على القبول وإنما يعتقان لأنه يصير كأن الحاضر ما دعق **قوله** كمعير الرهن معنى إذا استعار من إنسان ثوبا ليرهنه بدينه فرهنه ثم أدى المعير الدين يجبر المرتهن على القبول • وإن لم يكن الدين على المعير لأنه يحتاج إلى استخلاص العين ويرجع بما أدى على المستعير فكذا ههنا يجبر المولى على القبول والغائب وإن لم يكن البدل عليه لأنه يحتاج إلى استفادة الحرية **قوله** قال وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه أي قال في الجامع الصغير وقد بيناه أنا **قوله** لما بينا قال وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء أي قال في الجامع الصغير وقد بينا **قوله** لما بينا إشارة إلى قوله لأنه تبع فيه **قوله** والكتابة لازمة للشاهد أي للعبد الحاضر • يعني أن الكتابة لزمت الحاضر قبل إجازة الغائب فبعد إجازته لا يتغير ذلك فلأجل هذا لم يكن للمولى أن يأخذ الغائب وإن قبل أو كفل عن رجل بغير أمره ثم أجاز المكفول عنه لا يرجع الكفيل بما أدى على المكفول عنه لأن الكفالة قبل الإجازة نفذت على وجه لا يكون له حق الرجوع فلم يتغير بإجازته كذلك ههنا **قوله** وإذا كاتبت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز • وصورة هذه المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل كاتب أمة على نفسها وعلى ابنين صغيرين فهو جائز • فإن كبرا فأدى أحدهما جميع المكاتبة أو أدتها الأم فأيهما أدى لم يرجع على صاحبه بشيء إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير • قال فخر الإسلام علي البزدوي في شرح الجامع وليس جواز العقد فيهما على أنها بطريق الولاية أصلا ولا ولاية لأم الحرة على ولدها فكيف يثبت للأمة ولكن بطريق جوازها أن ذلك جاز عليها قصدا وعليهما تبعا استحسانا كما في كتابة الحاضر على عبد للمولى غائب وقد قيل إن هذا جائز قياسا واستحسانا لأن الولد تبع بخلاف الغائب • فإن أدت الأم فإنما أدت دينا عليها فلا يشكل أنها لا ترجع • وإن أدى أحد الولدين لم يرجع على صاحبه أيضا لأنه ليس على صاحبه منه شيء ولا يرجع على الأم لأن الولد تابع للأم وكسبه للأم ويجبر المولى على القبول لأن المؤدي منتفع بما يؤدي ولا يرجع على الناقض استحسانا والقياس أن يرجع لأنه متبرع وتبرع المكاتب به باطل وفي الاستحسان لا يرجع لأنه لما كان منتفعا بما يؤدي وهو أنه يعتق صار كأنه أدى دينا عليه • ألا ترى أن المولى يجبر على القبول منه فلذلك لا يبطل كذا قال فخر الإسلام **قوله** في المسألة الأولى أراد بها ما إذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب **قوله** وهي أولى به لذلك من الأجنبي • أي الأمة أولى بجواز عقد الكتابة على ولدها من الأجنبي في جواز عقده على الغائب • ثم لما جاز العقد ثمة فهنا أولى لأن الولد أقرب من الأجنبي لأن الولد تبع • بخلاف الأجنبي والله أعلم

باب كتابة العبد المشترك

لما فرغ عن عبد غير مشترك شرع في كتابة عبد مشترك بين اثنين لأن الأصل عدم الاشتراك • أو لأن الاثنين بعد الواحد وأطلق كتاب العبد المشترك ولم يقيد بكتابة أحد الشريكين أو بكتابتهما جميعا ليشمل الأمرين لأن الباب لبيانهما جميعا **قوله** قال وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال الذي قبض عند أبي حنيفة للقابض وقالا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما • أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في عبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الكتابة ثم عجز المكاتب والمال في يد الذي قبض هو له • وكذلك إن استهلكه لم يرجع صاحبه عليه بشيء فما قبض فهو له • وقال أبو يوسف ومحمد هو

مكاتب كله بينهما نصفين فكل ما أدى فهو بينهما نصفان إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير . وأصل المسألة أن الكتابة تتجزى عند أبي حنيفة خلافا لهما . بيانه أن موجب عقد الكتابة كون العبد أحق بمنافعه ومكاسبه وذلك عبارة عن حرية اليد فصار من الكتابة نظير الإعتاق فالإعتاق يتجزى عنده فكذا الكتابة ولا يتجزى الإعتاق عندهما فكذا الكتابة . ثم إذا كاتب نصيبه بإذن الشريك صار كله مكاتبا كالإعتاق البعض لعدم التجزي الإعتاق عندهما فنصيبه بحكم الملك ونصيب شريكه بحكم التوكيل فكل ما قبض من البدل يكون بينهما فإذا عجز يكون عبدا لهما وعند أبي حنيفة يقتصر الكتابة على نصيبه لما قد تجزى الكتابة عنده وليس للآخر حق النقض لأن العقد بإذنه فلما أذن بالقبض كان إذنا للمكاتب بالأداء فيكون متبرعا بنصيبه من الكسب للمأذون فاختص به فكان المقبوض له والله أعلم . وجملة الكلام هنا ما ذكر الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي . قال ولو أن عبدا بين رجلين كاتبه أحدهما فلا يخلو إما أن يكون بإذن شريكه أو بغير إذن شريكه . فأما إذا كان بإذن شريكه فلا يخلو إما أذن له بقبض بدل الكتابة أو لم يأذن له ولا يخلو أيضا إن كاتب كله أو نصفه . أما إذا كاتب نصفه بغير إذن شريكه صار نصفه مكاتبا إلا أن لشريكه حق الفسخ لأنه يؤدي إلى الضرر به في الحال حيث أنه لا يجوز بيعه وفي المآل حيث يصير مستسعى فكان له حق الفسخ ولا يصح فسخه . إلا بقضاء أو برضا المكاتب لأنه تصرف في ملكه فلا ينفسخ تصرفه إلا بقضاء أو رضا العبد فإن فسخ عاد عبدا والكسب لهما . فإن لم يكن يفسخ حتى أدى يعتق نصفه والذي لم يكاتب يرجع على شريكه فيسترد منه نصف ما قبض لأن ما أخذ يكون كسب عبد بينهما . ثم المكاتب يرجع على العبد بما قبض شريكه منه لأنه كاتب نصيبه على بدل ولم يسلم له إلا نصفه فكان له أن يرجع إلى تمام البدل وما كان من الكسب في يد العبد نصفه له بالكتابة ونصفه لشريكه الذي لم يكاتب هذا في الكسب الذي اكتسبه قبل الأداء . وما اكتسب بعد الأداء فهو له لأنه بعد الأداء يصير مستسعى وهو أحق بمكاسبه ومنافعه من السيد . فإن اختلف العبد والمولى فقال العبد هذا اكتسبته بعد الأداء وقال المولى قبل الأداء فالقول قول العبد لأن الكسب حادث فهو لأقرب الأوقات ولا يتقدم ولا يؤخر إلا بدليل فصار الحكم بعد هذا كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما إن كان موسرا فللشريك ثلث خيارات . وإن كان معسرا فله خياران هذا إذا كان الشريك لم يأذن . وأما إذا كان بإذن الشريك ولم يأذن بقبض بدل الكتابة فهو والأول سواء إلا في فصلين . أحدهما أن لا يكون له حق الفسخ لوجود الرضا . والثاني ليس له أن يضمنه نصف القيمة بعد ما عتق لأنه رضي بالعتق حيث أذن له في الكتابة وإن كان أذن له في الكتابة وقبض بدل الكتابة فهذا والأول سواء إلا في ثلاثة فصول اثنان قد ذكرناهما . والثالث أن ما قبض ليس له أن يشاركه . هذا إذا كاتب نصيبه . وأما إذا كاتب الجميع فهو والأول سواء إلا في فصل واحد وهو أنه إذا أخذ الشريك منه نصف ما قبض من المكاتب لا يرجع بذلك على المكاتب هذا إذا كان بغير إذن الشريك . وأما إذا كان بإذنه أو أجاز قبل أن يؤدي صار مكاتبا بينهما ولا يعتق حينئذ إلا بأداء الألف إليهما جميعا . فإن أدى إليهما جميعا عتق والولاء بينهما وإن أدى الكل إلى أحدهما لا يعتق حتى يصل نصفه إلى شريكه إذا أذن له بقبض الكتابة فإذا وصل إليهما عتق والولاء بينهما وجميع الكسب للمكاتب وإن لم يعلم الشريك حتى أدى نصف الكتابة لا يعتق حتى يؤدي الجميع لأن في الكتابة معنى التعليق بالشرط فلا ينزل إلا بكماله . فإن أدى الكل إليه عتق نصيبه ولشريكه أن يأخذ منه نصف ما قبض هو ولا يرجع على العبد لأنه لم يسلم للعبد جميع الرقبة . فإن أدى إليهما معا عتق والولاء بينهما . وإن أدى إلى أحدهما أولا لا يعتق لأن الكتابة وقعت بصفقة واحدة هذا إذا لم يكن أذن له بقبض الكتابة . فإن أذن له بقبض الكتابة فإن أدى إليهما عتق كله . وإن أدى جميعه إلى الذي كاتبه عتق كله . والمعسر من بينهما والولاء . وإن أدى كله إلى الشريك لم يعتق حتى يصل نصفه إلى شريكه وهذا عند أبي حنيفة وعند صاحبيه كتابة النصف كتابة الكل لأن الكتابة عندهما لا تتجزى . فإن لم يجز صاحبه يفسخ . وإن لم يفسخ حتى أدى يعتق كله ويأخذ منه الشريك نصف ما قبض ولا يرجع هو على العبد بما قبض من شريكه ونصف الكسب الحاصل للمكاتب ونصفه للذي لم يكاتب والولاء كله للذي كاتب ويضمن حصة شريكه إن كان موسرا ويسعى العبد إن كان معسرا . فأما إذا أجاز شريكه صار مكاتبا بينهما فإن أدى إليهما عتق والولاء بينهما وجميع الكسب للمكاتب . فإن أدى إلى أحدهما لا يعتق حتى يصل نصفه إلى الآخر كذا في شرح الطحاوي **قوله** قال وإذا كاتبت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للأول . أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في جارية بين رجلين كاتباها جميعا فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت قال هي أم ولد للأول ويضمن الأول نصف عقرها ونصف قيمتها للآخر ويضمن الآخر عقرها وقيمة ولدها ويكون ابنه . وأيهم دفع العقر إلى المكاتبة جاز وإن كان الثاني لم يطأها ولكنه دبرها ثم عجزت بطل تدبيره وكانت أم ولد للأول وكان الولد ولد الأول ويضمن الأول نصف عقرها ونصف قيمتها لشريكه . وقال أبو يوسف ومحمد إن وطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه صارت أم ولد له وهي مكاتبة له كلها على حاله ويضمن لشريكه نصف قيمتها عند أبي يوسف . وعند محمد عليه للأول نصف القيمة ومن نصف ما بقي من المكاتبة ولا يجوز وطء الآخر لها ولا يثبت نسب ولدها ولا يكون ابنه بالقيمة ولكنه يغرم لها العقر إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير . وقال الحاكم الشهيد في الكافي مكاتبة بين رجلين علقت من أحدهما قال هي بالخيار إن شاءت عجزت وكانت أم ولد ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها . وإن شاءت مضت على الكتابة ثم علقت من الآخر ثم عجزت فالولد الأول للأول والثاني للثاني وهي أم ولد للأول وعليه نصف قيمتها وعلى الثاني قيمة الولد وهذا قول أبي حنيفة إلى هنا لفظ الكافي . وحاصل الاختلاف راجع إلى أن الاستيلاد في المكاتبة يتجزى عند أبي حنيفة وعندهما لا يتجزى . وفي القنة لا يتجزى بالإجماع . وفي المدبرة يتجزى عندهم كذا ذكر فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير لهما أن الاستيلاد

إذا أمكن تكميله وجب التكميل . ولهذا يكمل الاستيلاد في القنة بلا خلاف وقد أمكن هذا بفسخ الكتابة لأنها تحتمل الفسخ والاستيلاد لا يحتمله . ألا ترى أن من كاتب أم ولده ثم مات تنفسخ الكتابة وكذا إذا عتق المكاتب بغير جهة الكتابة تنتقض الكتابة وإذا انفسخت الكتابة صارت قنة والاستيلاد في القنة لا يتجزى وليس كذلك إذا استولد رجل مكاتبة نفسه حيث لا تنتقض الكتابة لأن نقض الكتابة في المكاتبة المشتركة للحاجة إلى تكميل الاستيلاد ولا حاجة إلى التكميل في مكاتبة نفسه لأن الاستيلاد كامل ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا وجه إلى تكميل الاستيلاد لأن المستولد لا يملك نصف صاحبه لأن المكاتب لا يقبل النقل من ملك إلى ملك بسائر الأسباب فكذا لا ينقله بالاستيلاد . وتحقيقه أن الاستيلاد يجب القول بتجزيه إذا عارضه حق لازم . ولهذا إذا استولد أحد الشريكين مدبرة مشتركة بينهما فإنه يتجزى فينبغي أن يتجزى استيلاد المكاتبة المشتركة أيضا لأن الكتابة حق لازم كالتدبير . ولهذا لا يصح إذا استولد مكاتبة ابنه كما لا يصح إذا استولد مدبرته . وأجاب فخر الإسلام عن قولهما إنه تنفسخ الكتابة فقال لا سبيل إلى أن تنفسخ لأن الكتابة عندهما لا تتجزى في الفسخ كما لا تتجزى في العقد . ولو انفسخت لبطلت أصلا وكذا ما قال لا تنفسخ الكتابة فيما ينفع المكاتب كما كانت أم ولد ثم مات لجواب أن الفسخ هنا لم يتمحض منفعة إذ المكاتب لا يرضى بحرية عاجلة ببدل . وربما لا يرضى بحرية آجلة بلا بدل فأما لم يتمحض منفعة لا ينفسخ . ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فقال أبو يوسف يضمن قيمة نصيب شريكه بالغة ما بلغت يعني نصف قيمته مكاتبا . وقال محمد يضمن الأقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة . وكذلك هذا هو الاختلاف في مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما . وجه قول أبي يوسف أن المدعي تملك نصيب صاحبه حتى صار كله مكاتبا له فيضمن قيمة ما ملكه موسرا كان أو معسرا . وفي مسألة الإعتاق إنما يضمن ما أتلفه إن كان موسرا . ووجه قول محمد أن ملك المولى في المكاتب في أحد شيئين إما الرقبة على تقدير العجز . وإما بدل الكتابة على تقدير الأداء فيضمن الأقل . ثم عندهما لما صار كلها أم ولد للأول قبل العجز بقي مكاتبة . ولكن اختلف المشايخ فقال بعضهم بنصف بدل الكتابة . وقال بعضهم بجميع بدل الكتابة والأول قول الشيخ الإمام أبي منصور الماتريدي لأن الكتابة لما انفسخت في نصيب الثاني سقط نصف بدل الكتابة وحصلت البراءة عن نصف البدل فبقيت مكاتبة بالنصف فصار عتقها معلقا بأداء النصف . والثاني قول عامة المشايخ لأن انفساخ الكتابة أمر ضروري ثبت في حق التملك ضرورة تكامل الاستيلاد فلا يظهر فيما عدا ذلك أعني في حق سقوط نصف بدل الكتابة فبقي العقد الأول كما كان . ولهذا جعل أبو يوسف ومحمد ذلك بمنزلة تملك المكاتبة . ألا ترى أن أبا يوسف قال يضمن نصف قيمتها مكاتبة . وقال محمد يضمن الأقل من نصف القيمة ومن نصف بدل الكتابة فإنما على قيام الكتابة في ذلك النصف . وإذا ثبت أن استيلاد المكاتبة المشتركة يتجزى عند أبي حنيفة بقي نصيب الساكت على ملكه فصح استيلاده ودعوته في ملكه فثبت نسب الولد منه لأنه صادف ملكه من حيث الظاهر . ثم إذا عجزت صار كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع عن كمال الاستيلاد فتم للأول . وظهر أن الثاني استولد في ملكه من حيث الظاهر لأن نصيبه كان وقت الاستيلاد على ملكه وفي الحقيقة وقع الاستيلاد في ملك الأول فالقياس في هذا أن لا يصح دعوة الثاني لأنه ادعى ولد أم ولد الغير . ويصح استحسانا لأنه اعتمد في الوطء بناء على ظاهر الملك فصار مغرورا وأخذ الولد حرا بالقيمة كما في أمة بين رجلين جاءت بولدين في بطنين مختلفين فادعى أحدهما الأكبر والآخر الأصغر وخرج الكلامان معا فهي أم ولد للأول ويبطل دعوة الثاني قياسا . ويصح استحسانا ويصير الولد حرا بالقيمة فكذلك هنا . وعلى الأول نصف قيمتها للثاني لأنه تملك نصيبه منها حين عجزت عند أبي حنيفة وعليه نصف العقر لأنه وطئ مكاتبة مشتركة بينه وبين صاحبه فوجب العقر كله عليه فصار ذلك كسبا لها . ثم لما عجزت كان ذلك الكسب بينهما فسقط عنه نصيبه وبقي نصيب صاحبه فلذلك وجب نصف العقر فإن كان أدى العقر إليها قبل العجز صح لأنه كسبها . وأما الشريك الساكت فقد تبين أنه وطئ أمة كلها ملك الأول على اعتبار العجز فيغرم عقرا كاملا وعلى اعتبار الكتابة فيغرم عقرا كاملا أيضا لأنها مكاتبة بينهما ووطء الرجل مكاتبته يوجب العقر كوطء مكاتبة الغير وإن أدى العقر إليها لأنه كسبها وإن لم يؤد إليها أدى إلى شريكه لأن العقر صار كل حاله بالعجز وعندهما لما تكامل الاستيلاد للأول لم يصح دعوة الثاني ولم يغرم قيمة الولد ويضمن عقرا كاملا للأول لأنه وطئ أم ولد الغير ولكنه سقط الحد لمكان الشبهة ويضمن الأول نصف قيمتها ونصف عقرها لأنه استولد جارية مشتركة بينه وبين غيره **قوله** وأيهما دفع العقر . أي قبل العجز **قوله** ينفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب . أي في أمية الولد لأن حاجتها انفساخت لا تبقى محلا للابتذال كالبيع والهبة **قوله** وتبقى الكتابة فيما وراءه أي في غيرها لا يتضرر به المكاتب يعني أن الكتابة تنفسخ ضرورة تكامل الاستيلاد لأن لحاجته نفعا . والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ولا يظهر أثر الانفساخ في غير موضع الضرورة حتى تبقى مكاتبة في غيره كما كانت حتى لا يسقط نصف بدل الكتابة بل تبقى مكاتبة بجميع بدل الكتابة وحتى لا يجب على المستولد الأول قيمة النصف قنا بل يجب قيمة النصف مكاتبا وحتى لا يتعدى انفساخ الكتابة إلى نصيب المستولد وحتى لا يجب الحد على الثاني لأنه حين وطئ مكاتبة فافهم **قوله** بخلاف التدبير يعني أن استيلاد المدبرة يتجزى واستيلاد المكاتبة لا يتجزى . والمعنى في ذلك أن الكتابة تقبل الفسخ فكمل الاستيلاد بالفسخ . بخلاف التدبير فإنه لا يقبل الفسخ **قوله** وبخلاف البيع المكاتب يعني إذا باع المكاتب بلا رضاه لا تنفسخ الكتابة ضرورة صحة البيع كما تنفسخ ضرورة صحة الاستيلاد لأن الكتابة إنما تنفسخ بما لا يتضرر به المكاتب . فلو فسخت لضرورة البيع يتضرر المكاتب . فلا يجوز الفسخ ومع بقاء الكتابة لا يرضى المشتري فلا يجوز البيع بلا رضاه **قوله** للشبهة وهي شبهة كونها مكاتبة بينهما **قوله** والحاصل إذا لم تبق الكتابة أي فيما يتضرر هو المكاتبة بالفسخ وصادف مكاتبة له أي للأول **قوله** يجب عليها نصف بدل الكتابة وهو قول الشيخ أبي منصور الماتريدي وقد بيناه **قوله** وقيل يجب كل البدل وهو قول عامة المشايخ **قوله** ضرورة أي ضرورة تكامل الاستيلاد **قوله**

وفي ابقائه في حقه نظر للمولى اي في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف بدل الكتابة نظر للمستولد الاول **قوله** يعطي العقر على صيغة المبني للمفعول **قوله** على ما بيّنا اي في تعليل قول ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله** قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة اي قال في الجامع الصغير وقد مر ان اصل الجامع الصغير ودليل قول ابي يوسف ومحمد جميعا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اختلف ابو يوسف ومحمد في وجوب الضمان عليه اي على الاول قال ابو يوسف عليه نصف قيمتها وكذا الجواب عن محمد في كتاب الدعوى وفي كتاب الزيادات وقال في هذا الكتاب اي في الجامع الصغير عليه الاقل من نصف قيمتها ومن نصف الكتابة الى هنا لفظ الفقيه رضي الله عنه وانما قال في قياس قول ابي يوسف لانه استهلك الرقبة على شريكه الا ترى انه لو كان صار كله له فيجب ان يغرم نصف قيمة الرقبة قياسا على ما لو قتلها رجل ويغرم قيمتها ولا يغرم شيئا من بدل الكتابة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل لانه تعيين وفي الاكثر شك كالمولى اعتق المريض مكاتبه ثم مات وعليه دين يسعى المكاتب في الاقل من قيمته ومن مكاتبته فكذلك هنا **قوله** قال واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير اي قال في الجامع الصغير • و ترتيب لفظه ترتيب هذا يعني ان هذا الذي ذكرنا فيما اذا استولد احد الشريكين جارية كاتباها ثم استولد الثاني • اما اذا استولد الاول ثم دبرها الثاني ثم عجزت فالتدبير باطل بالاتفاق وهذا ظاهر لا يشكل على قولهما لان تدبير الثاني لم يصادف ملك نفسه لان الاول لما استولدها صار كلها ام ولد له ومكاتبة له • واما عند ابي حنيفة فلان الجارية لما عجزت ظهر ان كلها ام ولد للاول وللثاني تجوزها فيما ظاهر الملك لا حقيقته وظاهر الملك كان لاثبات النسب واستحقاق الولد بالغرور وليس بكاف للتدبير لان التدبير لا يثبت بالشبهات الا ترى ان من اشترى جارية فدبرها ثم استحقت بطل التدبير • ولو استولدها ثم استحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بالقيمة • فانترق استيلاد الثاني حيث صح وتدبيره حيث لم يصح وهذا معنى قوله والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور **قوله** على ما مر اشارة الى قوله ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا **قوله** وهي ام ولد للاول اي الجارية التي دبرها الثاني بعد استيلاد الاول ثم عجزت ام ولد للاول ويضمن الثاني نصف عقرها ونصف قيمتها وقد استوفينا البيان قبل هذا **قوله** على ما بيّنا اشارة الى ما ذكر في تعليل قول ابي حنيفة بقوله وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال **قوله** ووجه ما بيّنا اي من طرف ابي حنيفة وطرف ابي يوسف ومحمد في بيان الدليل فيما استولد الثاني وقد ذكرنا ما ذكر من طرف ابي حنيفة واما ما ذكر من طرفهما فهو قوله لانه لما ادعى الاول الولد صار كلها ام ولد له الى اخر ما ذكر **قوله** قال وان كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع عليها اي قال في الجامع الصغير واصله ان المكاتبة بين اثنين اذا اعتقها احدهما لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة لانه لا يؤثر في نصيب صاحبه لانها مكاتبة في نصيب صاحبه كما كانت لان الاعتاق عنده يتجزى فلم يتلف من نصيب صاحبه شيئا وهذا لان اثر اعتاق النصف ابعد النصف للاخر بمنزلة المكاتب لان المستسعى بمنزلة المكاتب وهاهنا ذلك النصف مكاتب قبل الاعتاق فلم يظهر اثر الاعتاق فيه فلم يجب على المعتق ضمان في الحال والمكاتبة بالخيار ان شاءت ادت الكتابة وان شاءت عجزت فاذا ادت عتقت ولا ضمان على احد فاذا عجزت ظهر اثر الاعتاق الان وصار متعديا فغرم لصاحب النصف قيمتها ويرجع بما ضمن عليه كما هو المذهب عنده وهذا كشاهدين شهدا بدين مؤجل فقضى به القاضي ثم رجعا انه لا ضمان عليهما فاذا حل الاجل واخذ صاحب الدين ظهر التعدي ووجب الضمان والرجوع وعلى قولهما يغرم في الحال لان الاعتاق لا يتجزى عندهما واذا عجزت يغرم نصف القيمة بالاتفاق كعبد بين شريكين اعتقه احدهما نصيبه فلشريكه خيارات ثلث ان كان المعتق موسرا ان شاء ضمنه قيمة نصيبه ويرجع بما ضمن على العبد ويكون الولاء كله للمعتق • وان شاء اعتق حصته • وان شاء استسعاه فالولاء بينهما • وان كان المعتق موسرا فللشريك خيارات ان شاء اعتق وان شاء استسعى والولاء بينهما وعندهما ان كان معسرا يضمنه لا غير ولا يرجع بما ضمن على الغلام والولاء كله للمعتق وان كان معسرا يسعى الغلام فيه لا غير ولا خيار للشريك فيه والولاء كله للمعتق وهو قول ابن ابي ليلى الا في حرف واحد قال يرجع الغلام بما يسعى فيه على الذي اعتقه وقد عرف ذلك في اعتاق الكافي **قوله** والجواب فيه على الخلاف اي الجواب في التي المشترك اذا اعتقه احد الشريكين على الخلاف في الرجوع بما ضمن المعتق ان كان موسرا على الغلام وعندهما لا يرجع وكذا للشريك خيارات ثلث ان كان المعتق موسرا وخياران ان كان المعتق معسرا وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار وكذلك الخلاف في الولاء ايضا فعندهما الولاء كله للمعتق في الحالين وعند ابي حنيفة الولاء بينهما ان اعتق الشريك او استسعاه فاما اذا ضمنه الشريك فالولاء كله للمعتق **قوله** وغيرها اراد به الولاء فيه خلاف ذكرناه انفا **قوله** وقد قررناه في العتاق اي في باب العبد يعتق بعضه **قوله** واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الاخر الى اخره اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال في العبد يكون بين رجلين فيدبره احدهما ويعتقه الاخر وهو موسر قال ان شاء الذي دبر ضمن المعتق نصف قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الاخر بعد ذلك لم يكن له ان يضمن المعتق ولكنه يستسعى العبد في نصف قيمته وان شاء اعتق وقال ابو يوسف ومحمد اذا دبره احدهما فهو مدبر له وعتق الاخر بعد ذلك باطل ويضمن الذي دبره نصف قيمته موسرا كان او معسرا فان اعتقه احدهما قبل فهو حر كله من قبله وتدبير الاخر بعده باطل وان كان الذي اعتقه موسرا ضمن نصف قيمته وان كان معسرا يسعى الغلام في نصف قيمته الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي عبد بين اثنين دبره احدهما فان الاخر بالخيار ان شاء دبر وان شاء اعتق وان شاء استسعى وان شاء ضمن صاحبه ان كان موسرا وان شاء تركه على حاله فان اعتقه البتة وهو موسر ضمن لصاحبه نصف القيمة ان شاء ذلك صاحبه وهو نصف قيمته مدبرا ويرجع على الغلام • وان شاء صاحبه استسعى الغلام فيه • وان شاء اعتق والولاء في جميع بينهما • وان لم يعتقه الثاني ولكنه ضمن المدبر نصف قيمة الغلام صار الغلام كله للمدبر نصفه مدبر ونصفه رقيق • وان لم يضمنه ولكنه

استسعى نادى اليه السعاية فالمدبر بالخيار ان شاء اعتق • وان شاء استسعاه في نصيبه مدبرا وليس له ان يضمن شريكه وهذا قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد اذا دبره احدهما كان مدبرا كله له ويضمن نصف قيمته لشريكه موسرا كان او معسرا • وقال ابن ابي ليلى اذا دبره احدهما ثم اعتقه الاخر البتة فالتدبير باطل والعتق جائز والمعتق ضامن لنصيب شريكه ان كان موسرا الى هنا لفظ الكافي واصل المسئلة ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة فيقتصر على نصيبه خلافا لهما فيمتنع اعتاق الثاني في نصيبه بعد ذلك صحيحا فصار متعديا على نصيب المدبر لان المدبر كان يستخدمه فبعد اعتاق الثاني ليس له ان يستخدم • ثم المدبر له الخيار ان شاء ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا • وان شاء اعتق نصيبه • وان شاء استسعى الغلام • فاذا اعتق لم يكن له ان يضمن الشريك ولا يضمن الغلام • فاذا اعتق احدهما ثم دبر الاخر ليس للمدبر ان يضمن المعتق لانه حين اعتق الاول كان له الخيار لان الاعتاق عنده يتجزى ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى الغلام • وان شاء ضمن المعتق فلما دبر الثاني بعد اعتاق الاول بطل خيار التضمين لان التضمين لا يصح الا بشرط التمليك ونصيب المدبر لا يحتمل التمليك لان المدبر لا يصح نقله من ملك الى ملك فكان المدبر مبريا بالتدبير عن الضمان • بخلاف ما اذا كان التدبير سابقا حيث يكون له تضمين المعتق لانه افسد نصيبه بالاعتاق • وانما كان كذلك لانه بالتدبير لم يبق قابلا للنقل والتمليك فوجب الضمان على المعتق كذلك لا بشرط التمليك • اما اذا كان الاعتاق سابقا فنصيب الاخر على ملكه • ثم اذا دبر بعد ذلك لا يمكنه التضمين لانه لا يكون كما وجب لانه قبل التدبير يضمنه بتمليك نصيبه من المعتق الا ان لا يمكنه التمليك بعد نقل المدبر وعندهما المادة برا احدهما او لا صار كله مدبرا له لان التدبير لا يتجزى عندهما ويضمن لصاحبه نصف قيمته موسرا كان او معسرا الا انه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار • وهذا لانه ملك نصيب المدبر وخدمته • والضمان اذا كان بدلا يستوي فيه اليسار والاعسار اما اذا اعتق احدهما او لا فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما ويضمن المعتق نصف قيمته لشريكه ان كان موسرا ويسعى الغلام ان كان معسرا لان ضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار وحيث يجب على الموسر ولا يجب على المعسر للحديث وقد مر ذلك في باب العبد يعتق بعضه • وقال ابن ابي ليلى اذا دبر احدهما كان للاخر ان يبيع نصيبه وان اعتق الاخر يبطل تدبير الاول لان العتق اقوى من التدبير • وجوابه ان الاعتاق لا يمكن القول بنفاذه الا بعد ثبوت الملك للمعتق والمدبر لا يقبل النقل • ثم قيل قيمة المدبر اخلان المشايخ قيل قيمته نصف قيمة القن لانه فات الانتفاع ببدل وبقي الانتفاع بعينه • وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لان منفعة الوطء والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة وقيمة ام الولد ثلث قيمة القن لان منفعة السعاية والبيع زائلة • وقيل قيمته قيمة الخدمة ينظر كم يستخدم مدة عمره حزرا وظنا وقد بيّنا في باب العبد يعتق بعضه • وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير اختلفوا في قيمته مدبرا عند بعضهم يتقوم بين المقومين • ثم قال وقال بعضهم ينتقص بسبب التدبير ثلث قيمته فكان قيمة المدبر ثلثي قيمته قنا وقيمة ام الولد تدور ثلث قيمتها قنة • لان منافع المملوك ثلاثة الاستخدام والاسترباح بالبيع وقضاء الدين من ماليته بعد الموت • وبالتدبير تفوت منفعة واحدة وهي منفعة الاسترباح بالبيع فينتقص ثلث قيمته وبالاستيلاد يفوت منفعتان منفعة الاسترباح ومنفعة قضاء الدين بعد الموت وتبقى منفعة واحدة وهي الاستخدام فيتوزع القيمة على ذلك • ثم هذا الذي ذكرنا فيما اذا كان احدهما من التدبير والاعتاق سابقا على الاخر • فاما اذا خرج الكلامان معا قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي على قول ابي حنيفة صح التدبير في النصف والعتق في النصف والولاء بينهما ولكن يجعل كانه دبر احدهما ثم اعتق الاخر حتى يكون للمدبر تضمين المعتق نصف قيمته مدبرا ان كان موسرا او استسعى العبد ذلك لانه ان سبقا يضمن جميع قيمته نصيبه مدبرا وان لحق المدبر لم يضمن المعتق شيئا فيدور بين السقوط والوجوب فيجب نصفه • وعلى قول ابي يوسف ينفذ العتق ولا ينفذ التدبير فيجعل كانه اعتق احدهما ثم دبر الاخر فالعتق ينفذ ولا ينفذ التدبير • وعند محمد يصح التدبير ويصح العتق الا ان العتق يغلب فيعتق والمدبر يرجع على المعتق بنصف قيمته مدبرا عند محمد • وعند ابي يوسف يجب نصف قيمته عند الحالين والولاء كله للمعتق • هذا اذا علم وان كان لا يعلم فعلى قولهما يجعل كانه خرج الكلامان منهما معا وعلى قول ابي حنيفة يصح التدبير ويصح العتق والولاء بينهما ويرجع المدبر بربع قيمته على المعتق لانه اذا كان العتق سابقا فالتدبير صار مبرئا له • وان كان التدبير سابقا يجب الضمان فاذا كان لا يعلم يرجع بنصف الضمان وهو ربع القيمة مدبرا والباقي يعلم في شرح الطحاوي **قوله** يفسد به نصيب شريكه لانه بعد التدبير كان منتفعا بالملك استخداما فبالاعتاق فسد ذلك **قوله** البيع واشباهه اراد بها الارث والهبة والصدقة والوصية لان في كل ذلك يزول الملك عن الرقبة كالبيع **قوله** والاستخدام وامثاله اراد بها الوطء والاجارة والاعارة لان في كلها انتفاعا بالمنفعة مع بقاء الملك **قوله** والاعتاق وتوابعه اراد بها التدبير والكتابة والاستيلاد والاعتاق على مال لان مآل كل واحد منهما الى الحرية كالاعتاق **قوله** كان للاخر الخيارات عند ابي حنيفة اراد بها خيار الاعتاق والتضمين والاستسعاء الذي ذكرها وقد مر بيانه انفا وبيان فائدته ايضا الى اخر الباب

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

وانما ذكر هذا الباب اخرا لان الموت والعجز عارضان بعد الكتابة فكان التاخير هو المناسب لان العارض بعد الاصل **قوله** واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه فسخ الكتابة • وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان • وقوله عجزه اي عجز الحاكم المكاتب واراد بالحاكم القاضي يعني نسبه الى العجز وحكم بعجزه • ويجوز ان يقال انما ذكر بلفظ الحاكم ولم يذكر بلفظ القاضي حتى يتناول المحكم ايضا لان حكمه يصح فيما سوى الحدود والقصاص اذا كان له اهلية القضاء • وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي

حبسه في المكاتب بعجز فيقول اخروني فان كان له مال حاضر او مال غائب يرجى قدومه اخرته يومين او ثلاثة لا ازيد على
ذلك شيئا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف لا ارده في الرق على نحو الاعجاز الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقول
ابن ابي ليلى كقول ابي يوسف كذا في المختلف • وجه قول ابي يوسف رضي الله عنه ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال المكاتب
اذا توالى عليه نجمان رد في الرق ولان مبنى الكتابة على التخفيف والتسهيل لانه عقد ارفاق بالعبد • ولهذا كان التاجيل والتنجيم
احسن من الكتابة الحالة • وان كانت جائزة عندنا • والتنجيم مثل ما يقول كاتبتك على الف اوان من ذهب تودي الي في كل
شهر او قسطا • والتسهيل في ان لا يرد الى الرق قبل توالي النجمين • ولان الفسخ انما يجب للعجز عن اداء بدل الكتابة فالاداء لا يجب
عليه الا بعد حلول الاجل وبعد حلوله الى دخول الوقت الثاني وقت الاداء فلا يتحقق العجز فاذا دخل الوقت الثاني لانه بدخوله
يفوت عن وقته فيتحقق العجز • ولان احق المدد في الاجال الاعتبار ما اتفق عليه العاقدان فاشترط توالي النجمين لان الفسخ للعجز
والعجز انما لا يتحقق الا بتوالي النجمين • قال فخر الاسلام على البزدوي في قول ابي يوسف استحسان صار اليه تيسيرا على العبد
ووجه قولهما ان العجز عن نجم واحد كالعجز عن نجمين فلا حاجة الى الانتظار الى نجم اخر لان من لم يقدر على اداء قليل لم يقدر
على كثير بالطريق الاولى فيرد في الرق قبل توالي النجمين الا انه انتظر الى الثلاث اذا كان له مال حاضر او يرجى قدومه استحسانا
لانه لا بد للاداء بعد الوجوب من زمان فقدر ذلك بالثلاثة لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار • الا ترى الى قوله تمتعوا في
داركم ثلاثة ايام • وقال تعالى في قصة العبد الصالح قال ان سألتك عن شيء بعدها فلا تصاحبني قد بلغت من لدني عذرا
فلما كان كذلك استحسنوا هذا القدر من الزمان لحلول من باب التعجيل دون التاجيل • ولهذا قالوا ان المدعى عليه اذا توجه
عليه الحكم وادعى الدفع ببينة حاضرة يؤجل له يوما او يومين او ثلاثة ولا يزاد على ذلك وكذلك الغريم الحال اذا قرب يرد طلب
الامهال الى يوم او يومين او ثلاثة اجيب الى ذلك ولم يكن هذا القدر مستثنى من الاداء لكذلك هاهنا • بخلاف ما اذا لم يكن له وجه
املاجيت لا ينتظر عليه اصلا لانه تبين عجزه والمولى لم يرض بعقوبته الا بذلك المال فلا يلزمه ما لم يرض به من التاخير • والجواب
من احتجاج ابي يوسف بالاثر على فنقول ان جنبه الرد الى الرق اذا توالى نجمان ولم يرد به نفي الرد اذا لم يوجد التوالي برده ابي
الرق لما ذكرنا من الدليل لان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه • او نقول ان الاثار متعارضة والتاريخ مجهول
فيصار الى ما بعدها من الدليل وهو القياس وذلك لان اصحابنا رووا في شروح الجامع الصغير وغيرها عن عبد الله بن عمر انه مكاتبا
عجز عن نجم واحد فرده في الرق • ومعنى النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب • ومنه قول الشافعي رحمه الله اقل التاجيل
نجمان ان يشهران ثم سمي به ما يودي فيه من الوظيفة • ثم اشتقوا منه فقالوا نجم الدية يجعلها اذا اداها نجوما • ونجم المال
اذا اداه نجوما من قول زهير ينجمها قوم لقوم غرامة ولم يهريقوا بينهم ملء محجم ان يعطي دية من قتل قوم ثم يقتلوا ولم يريقوا دما
اصلا **قوله** لابلاء الاعذار اي لاظهارها **قوله** عقداد فاق اي رفق يقال ارفقت به وارفقته بمعنى كذا في الصحاح
قوله قال فان اخل بنجم عبد عند غير السلطان فعجز فرده الى السلطان مولاه برضاه فهو جائز • اي قال في الجامع الصغير
وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في المكاتب يحل عليه نجم فيعجز عند غير سلطان فيرده مولاه برضاه
قال يكونه ذلك جائز • فان دفعه مولاه الى السلطان وقد اخل بنظر الامام فان كان له مال حاضر اخذ والا رده في الرق
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • واراد بالسلطان القاضي • وذلك لان الكتابة عقد يقال ويفسخ كالبيع • فاذا جاز فسخها
بالتراضي بلا عذر فبالعذر اولى ان يفسخ • فاذا لم يرض المكاتب الفسخ فلا بد من قضاء القاضي لانها عقد لازم • واراد بالاخلال
بنجم ترك اداء وظيفة بدل الكتابة التي انتقلت عليه • واصله في قولهم اخل بمركزه اذا تركه **قوله** قال واذا عجز
المكاتب عاد الى احكام الرق • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وكان ما في يده من الاكتساب لمولاه • وقوله
عجز وقع في النسخ على صيغة المبني للفاعل من الثلاثي • وكذلك كان وقع سماعنا ايضا • وعندي الوجه فيه ان يقال بلفظ
المبني للمفعول من مزيد الثلاثي فان بمجرد العجز لا تنفسخ الكتابة ولا يعود المكاتب الى الرق بل يحتاج بعد ذلك الى القضاء او الرضا
الا ترى الى ما قال في اول الباب واذا عجز المكاتب لم يعجل الحاكم بتعجيزه • وقال ايضا فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه
عجزه • اي طلب المولى من الحاكم تعجيز المكاتب عجزه الحاكم • ويدل على هذا ما قال الشيخ ابو نصر في شرحه في التعليل بقوله وذلك
لان في تعجيزه فسخ الكتابة • واذا فسخ العقد عاد الى احكام الرق وكان ما في يده من الاكساب لمولاه لانه كان موقوفا عليه
وعلى مولاه فلما عاد الى الرق الى المعنى الموجب لايقافه فكانت الاكساب للمولى لانها متولدة من ملكه • وقد ذكرنا قبل هذا شرط القضا
عند العجز عن المجرد عند قوله واذا اعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه **قوله** قال فان مات المكاتب وله مال لم ينفسخ
الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده • وهذه من مسائل
مختصر القدوري • اعلم ان المكاتب اذا مات عن وفاء لا تنفسخ عقد الكتابة ويؤدى بدل الكتابة ويحكم بحريته وهو مذهب
علي رضي الله عنه وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما • وقال الشافعي رحمه الله تنفسخ عقد الكتابة بموته ويموت عبدا وهو مذهب
زيد بن ثابت رضي الله عنه وكان ما اخذه في حال حياته المكاتب يقول زيد ان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم بموافقته حديث
رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يقول علي يعتق منه بقدر ما ادى ويرق منه بقدر ما عجز كذا ذكره محمد في الاثار واخذوا
في حال حياته بقول علي وابن مسعود • قال محمد بن الحسن في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علي بن ابي طالب
وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وشريح انهم كانوا يقولون اذا مات المكاتب وترك وفاء اخذ ما ترك ما بقي عليه من مكاتبته فدفع

ابي

المولى وصار ما بقي بعد لورثته وترك المكاتب قال محمد وبه ناخذ وهو قول ابي حنيفة واجمعوا ان المكاتب اذا مات
اذا مات ولم يترك وفاء فانه يوم مات رقيق ولم يؤد بدل الكتابة ويحمل اداؤه كاداءه ويحكم بحريته في اخر جزء من اجزاء حياته
وان لم يترك ولدا وترك مالا لا يفي بدل الكتابة فانه يؤدي بدل الكتابة منه ويحكم بحريته كذا في شرح الطحاوي البرهانية
وجه قول الشافعي رحمه الله اثر زيد ولان المقصود من الكتابة تحصيل العتق وذلك لا يمكن اثباته بعد الموت فانفسخت الكتابة لعدم
المقصود لانه اذا ثبت بعد الموت لا يخلو اما ان يثبت مقصورا على حالة الموت او على حالة الحياة • او يثبت حالة الموت مستندا
الى حالة الحياة فلا يصح الاول لانه يثبت مقصورا على حالة الحياة لعدم الشرط لان شرط عتق المكاتب اداء البدل ولم يوجد الاداء في حالة
الحياة ولا يصح القول بالاستناد لان الشيء يثبت اولا في الحال ثم يستند ولا امكان لثبوت العتق في حال الممات لعدم المحلية فكيف
يستند • ولنا ان الكتابة عقد معاوضة بين المتعاقدين فلا ينفسخ بموت احد المتعاقدين وهو المولى فينبغي ان لا ينفسخ ايضا بموت
الاخر وهو المكاتب • والجامع بينهما الحاجة الى بقاء الكتابة لان كل واحد منهما ثبت له حق بعقد الكتابة بعوض ان يصير بعقد
الكتابة حتى ان المولى ثبت له حق في البدل بعوض ان يصير ذلك الحق حقيقة عند القبض والمكاتب ثبت له حق العتق على وجه
يصير ذلك حقيقة عند الاداء ثم تبقى حق المولى بجعل القبض منه • ويجعل المولى معتقا في اخر جزء من اجزاء حياته لحاجته فكذلك لو
اداء خلف المكاتب كادائه ويجعل معتقا في اخر جزء من اجزاء حياته لحاجته بل هذا اولى لان الكتابة شرعت نظرا للمكاتب ورفقا به حتى كانت
الكتابة لازمة من جانب المولى حتى لا يقدر على الفسخ • وشرعت غير لازمة في جانب المكاتب حتى يقدر على الفسخ بتعجيز نفسه فلما
وجب ابقاء الكتابة لحاجة المولى فلان وجب ابقاؤها لحاجة المكاتب اولى لحق ان الاجماع انعقد على جعل المولى معتقا بعد موته
ولم تنفسخ الكتابة بموته فكان ذلك دليلا على جعل المكاتب معتقا بعد موته بطريق الاولى لان الاعتاق فعل وكونه معتقا وصف
وليس شغل والموت ينافي الافعال ولا ينافي الصفات لان من شرط كونه معتقا حقيقة ان يكون مالكا ومن شرط كونه معتقا
ان يكون مملوكا والموت ابقى للمالكية من المملوكية فاذا جعل المولى معتقا بعد الموت كان جعل المكاتب معتقا بالطريق الاولى وقد
حصل الاستغناء بهذا البيان عن الترديد الذي اورده الخصم فبأي طريق صار المولى معتقا فبذلك الطريق صار المكاتب معتقا لان
قال المولى بعد وجيا فنقول كذلك المكاتب بعد وجيا • ولو قال المولى صار معتقا في اخر جزء من اجزاء حياته فنقول المكاتب صار معتقا
في اخر جزء من اجزاء حياته وثمة شرط كونه معتقا هو القبض ولم يوجد القبض الا بعد الموت ومع هذا معتقا قبل هذا فكذلك هاهنا شرط
كونه معتقا الاداء ولم يوجد الاداء الا بعد الموت فيجعل معتقا قبل الموت • والفقه فيه ان عتق المكاتب معلق بشرط الاداء والمعلق بالشرط
لا يثبت قبل وجود الشرط وانما يثبت بعد وجود الشرط • ولكن اذا وجد الشرط فانتقض التعليق وصار المعلق سببا جاز ان يثبت
الحكم سابقا على السبب لان الاسباب علامات على الاحكام في الحقيقة وتجوز ان يكون الشيء علما على شيء قبله او قبله كما اذا قال لاخر
اعتق عبدك عني على الف فقال اعتقت يثبت الملك مقتضيا سابقا على قوله اعتقت وهو المقتضى والملك يثبت حكما لقوله اعتقت لان المقتضى
حكم المقتضي ولا يوجد الملك ما لم يوجد قوله اعتقت ومع هذا يثبت سابقا على قوله اعتقت فكذلك هاهنا يثبت كونه معتقا في اخر جزء
من اجزاء حياته بالاداء بعد الموت • واقرب من هذا ان كون المولى معتقا في اخر جزء من اجزاء حياته علق بالقبض بعد الموت والقبض
مقصور على ما بعد الموت ومع هذا جعل معتقا قبل الموت • وكذلك كونه معتقا في اخر جزء من اجزاء حياته متعلق بالاداء المقصور على ما
بعد الموت فيجعل معتقا في ذلك الجزء الا ان الاصل ان يكون الحكم بعد السبب ولكن يجوز ترك الاصل لمكان الضرورة • وقد ثبتت
الضرورة هاهنا لان المكاتب يحتاج الى ان يصير ما له من الحق الى الحقيقة بانه يعتق بعتقه اولاده ويخلص اكسابه ويقضي بها ديونه
الحائلة بينه وبين الجنة ويخلص اولاده من ذل الرق كما ان المولى يحتاج الى تحصيل الثواب بالاعتاق والى ثبوت الولاء فقدم
الحكم ثمة للحاجة فكذا هاهنا • فان قلت سلمنا ان المولى يحتاج الى بقاء العقد بعد الموت ولكن لا نسلم ان المكاتب يحتاج الى بقاء العقد
بعد الموت لان مقصوده من العقد تحصيل العتق وخلاصه عن ذل الرق والملك وبعد الموت ينتهي الملك والرق فلا حاجة الى بقاء
العقد • قلت انه يحتاج الى بقاء العقد حتى يثبت فيه العتق في اخر جزء من اجزاء حياته لعتق اولاده ويقضي ديونه من اكسابه
وينال رفقته من النار • وهذا كله امر مقصود للعقلاء فكانت في ابقاء العقد فائدة لان الناس كما يسعون لانفسهم يسعون لاولادهم
فان المرء لو بقي لنفسه خاصة لغيل سعيه وشغله • فان قلت لو قدر المولى حيا قدر مالكا • ولو قدر المكاتب حيا قدر مملوكا
والشرع ورد بابقاء المالكية دون المملوكية • ولهذا لو قال انت حر بعد موتي او اوصى بالاعتاق صح وتبقى المالكية نظرا له • ولو قال
المدبر قبل موت المولى بطل التدبير ولا تبقى المملوكية ليحصل له العتق بعد الموت • قلت ورود الشرع للحاجة ثمة بابقاء المالكية
ورود هاهنا بالطريق الاولى لان الموت ابقى للمالكية من المملوكية لان المالكية عبارة عن القاهرية والقدرة • والمملوكية عبارة عن
المقهورية والعجز والموت ينافي القدرة لا العجز الا ان الجماد يوصف بالمملوكية والعجز ولا يوصف بالمالكية اصلا وخرج الجواب عن
اضافة الحرية اليه بعد الموت وعن الايصاء بالاعتاق ايضا لانه يعد وجيا والقدرة لحاجته • بخلاف ما اذا مات المدبر قبل
موت المولى لان عتقه معلق بموت المولى ولم يوجد الشرط • فان قلت لو كان العتق يثبت في اخر جزء من اجزاء حياة المكاتب لحد
قاذفه وينفذ وصيته بعد اداء البدل • قلت ان ذلك زمان لطيف لا يسع القذف والوصية موقعا قبل زمان الحرية • بخلاف
ثبوت الحرية في ذلك الزمان لان ثبوت الحرية حكم شرعي لا يحتاج فيه الى سعة فيثبت في الساعة اللطيفة • فان قلت الشافعي شرع
على ما اذا مات عاجزا عن الاداء فثمة تنفسخ الكتابة فكذا اذا مات وفاء والجامع موت محل البراءة عما عليه • قلت لا نسلم ان القياس صحيح
لان الكتابة لا تنفسخ في الاصل ايضا بمجرد الموت ما لم يحكم الحاكم بالعجز والفسخ • ولا يصح اعتبار الثلاثة بالعجز • الا ترى ان مذهبه

او المشتري اذا مات مفلسا يفسخ البيع • واذا مات مليا لا يفسخ بوجه ما قال الشافعي رحمه الله وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم
اذا كان لهن مكاتب فان كان له وفاء فاحتجبن عنه • بخلاف المدبر والمعنى في الاصل ان العجز في حال الحياة يثبت الفسخ فبعد الموت
اولى لان الموت محقق للعجز ومع القدرة في حال الحياة ليس للمولى حق الفسخ فبعد الموت مثله والباقي يعلم في طريقة الخلاف خصوصا
في الطريقة البرهانية المطولة اعني طريقة الصدر الكبير صاحب المحيط برهان الدين الاجل والد الصدر الشهيد حسام الدين الصدر
السعيد تاج وهو برهان الائمة عبد العزيز بن عمر بن ابي سهل المعروف بمازة البخاري رحمهم الله **قوله** فنزل حيا تقديرا
او يسند الحرية باسناد سببها لاداء الى ما قبل الموت وهذا جواب عما يقال من قبل الخصم بان يقال لو بقي العقد بعد موت المكاتب
لا يخلو اما ان تثبت الحرية قبل الموت او بعد الموت فلا يجوز الاول لان فيه تقديم المسبب على السبب لان الاداء سبب الحرية وقد
وجد بعد الموت ولا يجوز الثاني ايضا لان الميت ليس بمحل للحرية فقال ثبوت الحرية على كل طريق يمكن فلا يلزم الفساد لانه لو ثبت
الحرية بعد الموت فينزل حيا • ولو ثبت قبل الموت يسند الحرية مع اسناد سببها الذي هو عقد الكتابة فلا يلزم تقديم المسبب
على السبب • بيانه ان في عقد الكتابة معنى تعليق الحرية بالاداء والتعليقات تثبت باسباب في الحال عندنا فاذا وجد الشرط
بطل التعليق فينقلب ما ليس بعلة علة • وهنا الشرط هو الاداء الا انه وجد من الخلف وهو الولد فحصل ذلك العقد السابق علة للاداء
من وقت وجوده • فاذا استند الحرية الى الجزء من اجزاء حياته فيقع المسبب بعد السبب لا محالة فكان كلا الطريقين ممكنا
قوله في الخلافيات اراد بها فسخ طريقة الخلاف لان كل واحد من المحققين المتقدمين من اصحابنا صنف نسخة مشتملة
على المسائل الخلافية وسماها طريقة الخلاف والخلافيات ايضا ولكن ما ذكروا في نسخ طريقة الخلاف من مسائل المكاتب
الا هذه المسئلة وحدها **قوله** فان كان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه
فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد • قال القدوري في مختصره وذلك لان الولد المولود في الكتابة يكاتب
تبعا لابيه ويكون اكسابه كسبا للاب فاذا مات المكاتب سعى ولده على نجومه وخلفه في الاداء كانه مات وترك مالا فيؤديه
الولد ولكن على تلك النجوم لان حق الكتابة لما ثبت في الولد بطريق السراية فيه ثبت له الحق على الوجه الذي يثبت لابيه فكان الثابت
ثابتا لابيه فيثبت له ايضا فلا يسقط الاجل بموت الاب • بخلاف الحر اذا مات وعليه دين مؤجل حل لان حق الاجل لم يثبت
للوارث • ثم اذا ادى الولد حكم بعتق الاب والولد جميعا لوجود شرط العتق وهو الاداء بطريق الاستناد الى الجزء من اجزاء
حياته ومثل هذا ليس بممتنع • الا ترى ان من حفر بئرا على قارعة الطريق ثم مات عن عبد لا مال له غيره فاعتقه الوارث
ثم مات فيها انسان يضمن الوارث قيمة العبد كانه اتلفه بعد ثبوت الجناية **قوله** وان ترك ولدا مشترى قيل له اما
ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا • وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وعندهما يؤديه
الى اجله كالمولود في الكتابة • وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي واذا مات المكاتب عن غير وفاء وترك اباه او ابنه
او ولده وكان اشتراهم في المكاتبة فانهم يسعون في المكاتبة في قول ابي حنيفة الا انه قال في الولد خاصة ان جاء بالمكاتبة حالة
قبلت منه وعتق • واما في قول ابي يوسف ومحمد فانهم وكل ذي رحم محرم منه اشتراهم يسعون في المكاتبة على نجومها الى هنا
لفظ الكافي • وقال صدر الاسلام البزدوي في شرح الكافي قال ابو حنيفة اذا جاء الولد بالمكاتبة حالة تقبل منه ويعتق هو
ولم يقل ان الاب او الام اذا جاء بمال الكتابة كيف الجواب ويجب ان يكون الجواب في ذلك كله سواء الى هنا لفظه رضي الله عنه
ثم الولد المشترى في الكتابة هل يكاتب عليه فيه روايتان ذكرناهما عن الاخبار في اول الفصل الذي بعد باب ما يجوز للمكاتب
ان يفعله • وجه قولهما ظاهر لان المشترى في الكتابة يكاتب على اصلهما كالمولود فيها فيسعى المولود على نجوم ابيه فكذلك المشترى
الا ترى ان المولى لا يملك اعتاق المشترى بالاتفاق فعلم انه ملحق بالمولود على نجوم ابيه في الكتابة لا بالاكساب التي لا يمنع تصرف
المولى فيها • ووجه قول ابي حنيفة ان الولد لم يثبت فيه حكم الكتابة بطريق السراية من الاصل لعدم امكان السراية لانه منفصل
من الاصل حالة العقد والمعلق بالشرط حرية الاصل دون الولد الا ان الولد المولود في الكتابة يثبت فيه الكتابة بطريق
السراية لانه من اجزاء الاصل وقد اتصل على صفته فلما سرى اليه الكتابة سعى على نجوم الاصل فظهر الفرق بين الولد المشترى
والمولود في الكتابة ولكن الولد المشترى اذا جاء ببدل الكتابة حالا قبل منه وعتق لانه من اكساب الاصل وحيلا دائرة
كادائه • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واذا ولد للمكاتب ولد من امرأة اشتراها كان كسبه لابيه وعتق بعتق
ابيه ثم قال الولد المولود في الكتابة يدخل في الكتابة • وكذلك الولد المشترى يدخل في الكتابة وللمولى ان يطالب
الاصل دون الولد لان الولد لم يدخل قصدا وانما دخل تبعا فليس له ان يطالب عند قيام المتبوع ومال الولد من كسب الاب
والام فله ان يؤدي الكتابة من كسب الولد • واذا اعتق الاب عتق الولد ولو مات قبل الاداء عن مال او عن غير مال فالولد
المولود يقوم مقامه ويسعى على النجوم كالاب اذا ادى حكم بعتقه وعتق الاب والام ويرث من الاب والام • واما الولد المشترى
وان سفل او الوالدان وان علوا اشتراهم المكاتب يدخلون في كتابته سواء في فصل واحد وهو انه اذا مات عن غير مال
يقال لهم اما ان تؤدوا الكتابة حالا او الارد فانكم في الرق • واما ما سوى غير الوالدين والمولودين من ذوي الرحم
المحرم كالاخ والعم ونحوهما لا يدخلون في الكتابة عند ابي حنيفة • وعندهما يدخلون • وعلى قولهما الولد المولود والمشترى
والوالدان وذو الرحم المحرم كلهم سواء يسعون على النجوم واصلا في ذلك اصلا • وقالا كل من ملكه الحر يعتق اذا ملكه المكاتب
يتكاتب عليه ويقوم مقامه وكل من اشتراه الحر يصير ام ولد له فاذا اشتراه المكاتب صارت ام ولد له الى هنا لفظ الاسبيجابي

قوله فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه وهذه من مسائل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في المكاتب يشتري ابنه ثم يموت ويترك وفاء قال يرثه • وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة وترك
ايضا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وذلك لانه لما اشترى ابنه دخل في كتابته فلما ادى بدل الكتابة عتق المكاتب في اخر جزء من اجزاء
حياته بطريق الاستناد لان الميت ليس بمحل للاعتاق وعتق ايضا ابنه بعتاقه من ذلك الوقت فثبت الحرية في الابن حين موت ابيه فيرثه وكذلك
اذا كان صغيرا كان تبعا لابيه فعتق بعتاقة ابيه • واذا كان كبيرا فكذلك لانهما جعلا كشخص واحد لاتحاد العقد فيستفاد ان يعتقا فيرثه
لانه مات عن ولد حر • اما اذا كان الابن مكاتبا بعقد على حدة لم يرث الابن منه شيئا نص عليه الحاكم الشهيد في اول باب موت المكاتب
من مختصر الكافي • وكذلك النص في باب ميراث المكاتب ايضا • وذلك لان الابن اذا كان مكاتبا على حدة لا يعتق بعتاق ابيه بل يعتق باداء
بنيا حرعتقه من عتق ابيه الى وقت اذا فتبين انه كان عبدا في حال موت ابيه فلا يرث لان الرق مانع من الارث كالكفر **قوله**
يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر • اي يحكم بحرية الولد في حال حرية الاب وتلك الحالة ما قبل الموت • واشار بقوله على ما مر الى قوله
يسند الحرية باسناد سبب الاداء الى ما قبل الموت **قوله** قال واذا مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته
فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي
الله عنه في المكاتب يكون له الولد من الحرة يموت المكاتب ويترك دينا وفاء بالكتابة فيجني الولد جناية فيقضي بها القاضي على عاقلة الام
قال ليس هذا بقضاء من القاضي بعجز المكاتب وان كان موالي الاب وموالي الام اختصموا في ولايته فقضى له القاضي لموالي الام فهو على المكاتب
ولد احرار فهو لموالي الام ما لم يخرج الدين فيؤدوا المكاتبة فاذا اديت رجع الولد الى موالي الاب ولم يرجع موالي الام بما عقلوا عليه
بعد وفاته • وان مات الولد بعد وفاته قبل خروج الدين واختصم موالي الاب وموالي الام في ميراثه فقضى به لموالي الام بطلت الكتابة
فان خرج الدين كان ميراثا للموالي عن عيسى الى هنا لفظ الحاكم والفرق بين الفصلين ان المسئلة الاولى قرر القاضي حكم الكتابة حيث قضى
بالعقل على عاقلة الام لان حكم هذا الكتابة ان يكون الولاء لموالي الام لانه تعذر اثباته من موالي الاب لان الاب لم يعتق بعد والقضاء بتقرير
حكم الكتابة لا يكون قضاء بفسخها • ولكن الحاق الولاء بموالي الام بسبيل الاستمرار على احتمال ان يعتق الاب فيجر الولاء الى موالي الاب
لانه عتق ولم يرجع موالي الام بما عقلوا على موالي الاب لان الولاء انتقل اليهم بعد الموت لا قبله • واما اذا مات الابن بعد موت المكاتب
فاختصم موالي الاب وموالي الام في ميراثه فقضى القاضي بالولاء لموالي الام كان ذلك القضاء فسخا للكتابة لان خصومتهم وقعت في بقاء
الكتابة وانفساخها ولا يستقر الولاء لاحد المولين الا بناء على ذلك ان بقيت وأديت الكتابة وعتق الاب كان الولاء لموالي الاب • وان
انفسخت كان الولاء لموالي الام فيقولون انفسخت حيث اعتقد ان المكاتب مات عبدا وهو مذهب بعض الصحابة واستقل الولاء الينا بحرية
ثم اذا قضى بالولاء لموالي الام وقع ذلك في فصل مجتهد فيه فنفذ فكان القضاء تعجيزا • ثم اذا خرج الدين كان ذلك للمولى لانه كسب عبد
قوله قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في المكاتب يؤدي الى مولاه من الصدقات ثم يعجز والمال في يدي مولاه قال هو له طيب
بالكلية الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وذلك لانه تبدل له سبب الملك كما يجري تبدل العين • الا ترى الى ما روى البخاري باسناده
الى انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بلحم تصدق به على بريرة فقال هو عليها صدقة ولنا هدية • والمعنى في ذلك
ان الخبث باعتبار اوساخ الناس لا بعين المال فكان الخبث في الجهة وهي جهة المسئلة مع الغنية فلم يبق معنى الوسخ بتبدل السبب لان الولي
يتناول بجهة غير الجهة التي تناول المكاتب لان المولى يأخذ على انه بدل الكتابة لا على انه صدقة • قالوا في شروح الجامع الصغير
وهذا بخلاف الفقير اذا اباح للغني والهاشمي عين ما اخذ من مال الزكاة من الطعام انه لا يحل له تناوله لان الملك لم يتبدل لان
المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره ما ذكر في المأذون في رجل اشترى طعاما شراء فاسدا انه لا يحل له تناوله • وان
اباحه لغيره لم يحل للمباح له ايضا • فان باعه بيعا صحيحا او وهبه يحل للثاني لتبدل الملك فكذا هنا قياسا على تلك المسئلة • وان
لم يذكر في المبسوط فيما اذا عجز لم يبطل الاداء السابق فلم يبطل ما تعلق به ايضا فحل للمولى تناوله • هذا اذا عجز بعد الاداء فاذا عجز
قبل الاداء ففي بعض الصدقات من الزكاة هل يحل تناوله للمولى اذا كان غنيا او هاشميا لم يذكر حكمه في الجامع الصغير • وذكر
في احرمان المكاتب من كتاب المكاتب انه يحل في الوجهين جميعا • قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي واذا تصدق على المكاتب
بصدقة فقضى منها المكاتبة او لم يكن فيها وفاء فعجز من المكاتبة والصدقة في يده فهي طيبة للمولى • هذا لفظ الحاكم قال وهذا
لا يشكل على قول محمد انه يحل للمولى لان المذهب عنده انه اذا عجز المكاتب ملك المولى الكتابة ملكا مبتدأ • وكذلك اذا وجب نقض
الاجارة اذا اجر المكاتب امته ظئرا ثم عجز فصار كما اذا ادى ثم عجز • واما عند ابي يوسف لا يطيب لان المكاتب اذا عجز
فالاخذ حق المولى في الكتابة ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون فيصير كان الصدقة وقعت للمولى من الاصل فلا تحل • وقال
بعض مشايخنا انها تحل للمولى على القولين علا بظاهر جواب الكتابة وهو الاصح ونشبه ذلك ابن السبيل اذا اخذ الزكاة ثم وصل
الى ماله واهله لا باس بان يتناول من تلك الصدقة • وكذلك الفقير اذا استغنى وبحوزته ما تصدق عليه ثم استغنى لا باس
بان يتناول من تلك الصدقة • وكذلك الفقير اذا مات وترك صدقات يحل لوارثه وان كان غنيا • ولكن الاصح على التفصيل
عن ابي يوسف كذا قال فخر الاسلام علي البزدوي • فاما اذا اعتق المكاتب له ما فضل من الزكوات انما ذكر في كتاب
المكاتب لان ما اخذ لم يكن معينا • فاذا كان مسألة التناول حلالا ايضا لان السبب السابق لا يبطل كابن السبيل اذا وصل
الى ماله • ثم على القول الذي لا يطيب للمولى تناوله بعد عجز المكاتب هل يلزمه رده قال فخر الاسلام لا يلزمه الرد وان كان

وان كان لا يجوز الذي ادى عما ادى لان فساد جهة الزكاة لا ينقض الاداء • الا ترى ان عند ابي يوسف اذا ادى رجل زكاة ماله الى ولي
او الى غني ولم يعلم به ثم علم لا يجزيه ولا يرد • وكذلك اذا ادى الى مكاتبه ولم يعلم به لم يجز بالاجماع ولم يكن له حق الاسترداد فكذا ههنا
لا يلزمه الرد لكن يتصدق به على الفقرا • فان رده على الاول وجب ان يصح ويخرج عن عهدته فقيرا كان المردود عليه او غنيا • نظيره رجل
غصب شيا فاجره فاخذ من اجرته ان ذلك له ويتصدق به • فان رده على المغصوب منه بري عن عهدته فقيرا كان المردود عليه او غنيا

قوله قال واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في عبد جنى جناية فكاتبه مولاه ولا يعلم ثم عجز • قال يقال للمولى ادفعه او افده • وان جنى وهو
مكاتب ثم عجز قبل ان يقضى عليه بشي كذلك فعلى مولاه او فداه • وان قضى عليه بالجناية ثم عجز كان دينا يباع فيه رجع ابو يوسف الى هنا لفظ
اصل الجامع الصغير • قال الحاكم الشهيد في جناية ذي المكاتب من مختصر الكافي وان جنى جناية ثم عجز قبل ان يقضى بها عليه دفعه مولاه او
فداه • وان قضى عليه بالسعاية ثم عجز فهو دين في عنقه يباع فيه • قال الحاكم ابو الفضل وذكر في كتاب الجنايات ان ابا يوسف كان يقول
مرة اذا عجز فالجناية في عنقه وان لم يكن قضي بها الى هنا لفظ الحاكم • وذكر ان المولى لم يعلم بجناية العبد لم يصر مختارا للفدا بالكتابة
ولكن الكتابة مانعة من الدفع فيلزم الاقل من قيمته ومن ارش الجناية • كذا قال الفقيه ابو الليث • ثم اذا عجز المكاتب زال المانع من الدفع
وهو الكتابة وصار كالعبد الجاني خطا فالحكم فيه الدفع او الفدا • فاذا جنى المكاتب خطا فقضى القاضي عليه بالسعاية فيها ثم عجز يكون قيمته
دينا عليه يباع فيه لان الحق انتقل بقضا القاضي من العبد الى القيمة فلا يعود بعد ذلك بالعجز • فاما اذا جنى المكاتب ولم يقض عليه بالقيمة
ثم عجز دفعه مولاه او فداه وهو قول ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف اخرا وقول ابي يوسف الاول وهو قول زفر انه اذا عجز قبل القضا
يباع فيه ايضا • وحاصل ذلك ما قال الولوالجي في شروح الجامع الصغير ان جناية المكاتب لا تصير مالا الا بالقضا او بالصلح رضا او بالموت عن وفا
وعند زفر تصير مالا في الحال وهو قول ابي يوسف اولا • وجه قول زفر المانع من الدفع وهو الكتابة قايم للحال فانعقدت جنايته موجبة
للمال في الحال كجناية المدبر الا ان حكم جناية المدبر وجوب القيمة على المولى لان كسبه ملك المولى وحكم جناية المكاتب على المكاتب لان كسبه
ملكه • ولنا ان الاصل في جنايات العبد دفع الرقبة الا اذا تعذر التسليم • ودليل التعذر ههنا متردد لكن بعرض ان الكتابة قابلة
للفسخ والزوال فلا ينتقل الحكم الاصل الى القيمة الا بالقضا او الرضا كالعبد المبيع اذا ابق لا يحكم بانفساخ العقد لتردد الحال فكذا ههنا بخلاف
المدبر وام الولد فان المانع ثابت على القرار بلا توقف ولا تردد فوجبت القيمة في الحال • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في كتاب الجنايات
من مختصره وجناية المكاتب على نفسه ودون نفسه ودون العاقلة يحكم عليه بالاقل من قيمته ومن ارش الجناية فاذا حكم الحاكم عليه صار
دينا عليه وسقط من رقبته وما لم يحكم الحاكم فهو في رقبته او عجز بعد الحكم باعه الحاكم في دينه • وان عجز قبل الحكم قيل للمولى ادفعه او افده
بارش الجناية • فاما اذا حكم فهو دين عليه يردها من كسبه ما دام في الكتابة • فان عجز بيع في ذلك الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه

قوله قال واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وقيل له اد المال
الى ورثة المولى على نجومه • وذلك لان الكتابة سبب استحقاق الحرية وسبب حق الحرية فلا يجوز ابطاله فلا يبطل بموت
المولى كالتدبير والاستيلاد • فاذا لم يجز ابطاله ادى البدل الى الورثة على نجومه كما يؤدي في حال حياة المورث
لان الحق اذا وجب بصفة يبقى على تلك الصفة بخلفه الورثة في الاستيفا • قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره ومن مات
وله مكاتب كانت المكاتبة التي على المكاتب موروثة عن مولاه كما يورث عنه سائر امواله سواها • وكان ولا المكاتب اذا ادى
المكاتبة لمولاه لا لورثته الى هنا لفظ الطحاوي • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي المكاتب لا يورث وانما يورث
ما في ذمته من الكتابة فاذا ادى وعتق يكون الولا من الميت لا من الورثة حتى انه يرث الذكور من عصبة الميت دون الاناث • ولو
اعتقه الوارث عتق ويكون الولا من المولى ويكون عتقه ابراء عن بدل الكتابة • هذا اذا كان الوارث واحدا ولو كان اثنين او اكثر
فاعتقه احدهم لم يجز ولم يبرا • لانه اذا كان واحدا انما يعتق لا لحق الملك ولكن لانه برئ ذمته فيجب العتق بالابرا وهو يملك الابرا
وفي ذلك الابرا ايضا فلذلك عتق • واما اذا كان اثنين فاعتاقه لا يفيد لانه لا يعتق وليس بصريح الابرا حتى برئ عن حصته
فلم يصح وليس كمكاتب بين اثنين اعتقه احدهما انه يعتق لانه لا يملك الرقبة • بخلاف الوارث فانه يملك دينا في ذمته • والدليل
على ان الرقبة لا تصير موروثة ان المولى لو زوج ابنته من مكاتبه ثم مات لم ينفسخ النكاح • ولو كان موروثا لوجب ان يفسد لان
احد الزوجين ملك صاحبه او شقصا منه فينفسخ النكاح • ولو انه طلقها ثم اراد ان يتزوجها لا يجوز لان لها حق الملك وحق الملك يمنع ابتدا
النكاح ولا يفسد نكاحا قد صح • وهذا كما نقول في المقبوض بعقد فاسد اذا كانت جارية فتزوجها ابن البايع جاز • ثم اذا مات
البايع فللابن البايع حق الاسترداد ولا يفسد النكاح حتى يسترد • ولو اراد ابتدا النكاح بعد موت البايع لم يجز • وكذلك
لو كان لابن المولى دين على المكاتب فكفل رجل ثم مات المولى لم تبطل الكفالة • ولو لم يكن كفل في حال حياة المولى واراد ان يكفل
بعد الوفاة لم يصح كذا في شرح الطحاوي قوله الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفا واستثنا من قوله ولا يتغير وكانه قال هذا
دفعا لتوهم السوال • بان يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وهو الكتابة وقد كان حق استيفا البدل للمولى فالان للورثة وهو تغير فقال
في جوابه قيامهم مقامه في الاستيفا لا يسمى تغيرا في عقد الكتابة لانها باقية كما كانت • الا ترى انهم يخلفونه في سائر ديونه ولا
يسمى بذلك تغيرا في الدين • وكذلك دين الكتابة قوله فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه هذا لفظ القدوري
في مختصره • وذلك لان المكاتب لا يجوز تملكه بسائر اسباب الملك فكذا بالارث • فاذا لم يتملكه لم يصح اعتاق احدهما • قال
في شرح الاقطع • وقال الشافعي رحمه الله ينفذ عتقه • وهذا الخلاف فرع على اصل وهو ان المكاتب لا يصح ان يملك ولا يجوز بيعه

وقال

وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه يجوز ولنا انها كتابة واحدة فالابراء عن بعض بدلها لا يوجب عتق شي كما لو ابرا المورث حال حياته
عن البعض لان عتق المكاتب معلق ببراءة ذمته عن جميع البدل باداء الجميع او بالابراء عن الجميع ولم يوجد براءة الذمة فلا يصح اعتاق لعدم

قوله فان اعتقوه جميعا عتق وسقط مال الكتابة وهذا لفظ القدوري في مختصره • قال في شرح الاقطع وهذا استحسان
والقياس ان لا ينفذ لان العتق لا يصح الا في الملك وهو ما ملكوه • ووجه الاستحسان ان اعتاقهم جميعا بقولهم هو حر يقتضي ابراءهم
اياه عن حقهم جميعا فيثبت الابرا بطريق الاقتضا سابقا لان المكاتب لا يعتق الا بالابرا او بالادا ولم يوجد الادا فتقدم الابرا بنا
على كلامهم تصحيحا لتصرف العقلا بقدر الامكان فكان قولهم هو حر اقرارا بالابرا عن حصته لان العتق معلق بسقوط جميع البدل ولهذا
اذا ابرا المورث عن بعض البدل دون البعض حال حياته لا يعتق والله اعلم

كتاب الولا

الولا نوعان ولا عتاقة ويسمى ولا نعمة

ايراد كتاب الولا عقيب كتاب المكاتب ظاهر التناسب لما ان الولا من
اثار المكاتب ايضا والولا ماخوذ من الولي وهو القرب • وفي الشريعة يراد به القرابة الحاصلة بسبب العتق او بسبب الموالاة ثم
فالحاصل ان الولا نوعان كما قال صاحب الهداية ولا العتاقة وولا الموالاة • ويسمى ولا العتاقة ولا النعمة ايضا لقوله تعالى واذ
تقول للذي انعم الله عليه اي بالاسلام وانعمت عليه اي بالاعتاق وهو زيد وكان عبدا لخديجة رضي الله عنها فوهبته لرسول الله صلى الله
عليه وسلم فاعتقه كذا ذكر في التيسير في تفسير سورة الاحزاب • وفي ولا الموالاة خلاف الشافعي رحمه الله وسيجي بيانه ان شا الله تعالى في فصل
ولا الموالاة • ثم الاعلى يرث من الاسفل عندنا ولا يرث الاسفل من الاعلى • وذكر الامام سراج الدين في شرح الفرايض السراجية في باب
العصبات ان المعتق لا يرث من المعتق عند العامة • وقال اسحق بن راهويه والحسن بن زياد وشريح ان الاسفل يرث لما روي ان رجلا مات
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يترك وارثا الا عبدا كان اعتقه فدفع النبي صلى الله عليه وسلم ميراثه اليه • ولان الولا سبب
يوجب الميراث من احد الطرفين فيوجب من الطرف الاخر كما في النكاح • والصحيح قول العامة لان ذلك الحديث غير صحيح ولئن صح فهو معارض
بقوله عليه السلام الولا لمن اعتق • وكذلك معارض بقول علي رضي الله عنه وزيد بن ثابت رضي الله عنه حيث قالا الميراث للمعتق قال
في التيسير ومن شرط صحة هذا العقد اي عقد الموالاة ان لا يكون للاسفل نسب ولا يكون له معتق ولا يكون عربيا لان العرب لا يسترقون
فلا يكون عليهم ولا عتاقة وكذا ولا الموالاة • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولا يرث الاسفل من الاعلى الا اذا شرطاه
ميراث الاعلى لنفسه فيجي في ولا الموالاة قوله وسببه العتق على ملكه في الصحيح اي سبب ولا العتاقة وانما قيد بالصحيح احترازا
عن قول بعض المشايخ • قال شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي واكثر اصحابنا يقولون سبب هذا الولا الاعتاق ولكنه ضعيف فان من ورث
قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق ههنا والاصح ان سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف الى سببه يقال ولا العتاقة ولا يقال
ولا الاعتاق قوله ولهذا يقال ولا العتاقة وولا الموالاة • اي ولاجل ان سبب ولا العتاقة العتق وسبب ولا الموالاة
هو عقد الموالاة يقال باضافة الولا الى العتاقة والموالاة • والاضافة بدل النسبة لان الاضافة للاختصاص واقوى وجوه الاختصاص
اضافة الحكم الى سببه لانه حادث بالسبب والمعنى المطلوب بكل واحد من الولا بين التناصر لان المعتق يتناصر بقبيلة
مولاه • ولهذا شرط في ولا الموالاة ان لا يكون للاسفل نسب لانه اذا كان له نسب يتناصر بقبيلة نفسه ولا حاجة الى التناصر
بقبيلة غيره قوله فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم • تقدم بيان قوله عليه السلام ان مولى القوم من انفسهم في حديث
ابي رافع في كتاب الزكاة ولكن لم يذكر قوله وحليفهم منهم في لفظ الحديث في السنن وشرح الاثار • وقال في الفايق في الجامع
للام في حديث النبي صلى الله عليه وسلم من كان حليفا او عريرا في قوم قد عقلوا عنه ونصروه فميراثه لهم اذا لم يكن له وارث [illegible]
قال صاحب الفايق الحليف المحالف وهو المعاهد والعرير الدخيل فيهم ليس من انفسهم من عر واعتر اذا غشيه عقلوا عنه اي
وجبت عليهم ديته فادوها عنه قوله قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له • اي قال القدوري في مختصره والاصل
قوله عليه السلام الولا لمن اعتق رواه البخاري في الصحيح باسناده الى عايشة في كتاب المكاتب وفي كتاب الزكوة عن النبي صلى الله عليه
وسلم • ولان التناصر يحصل بالاعتاق ولهذا يعقل عن المعتق مولاه لان عاقلة الرجل اهل نصرته • ولهذا لو كان قوم يتناصرون
بالحرفة كان عاقلتهم اهل الحرفة ومن لا قرابة له ينتصر بمولاه ويعصبه لمولاه فيكون ميراثه لمولاه بعصبة الاقرب فالاقرب
ولان الاعتاق احيا معنوي لانه ازالة الرق الذي هو جزا الكفر الاصلي والكفر موت معنى فكان في الاعتاق ازالة اثر الكفر الذي هو
الموت المعنوي فيكون الاعتاق احيا معنويا والنسب احيا حقيقي لان من لا نسب له كولد الزنا لا يوجد غالبا للعدم تربيته اذ لا اب
له ينسب اليه ولهذا لا تقع التربية لضعف فيها فكان النسب احيا حقيقيا • ثم بالنسب الذي هو الاحيا الحقيقي كان الولا مثلا
استحقاق اصل الارث فجاز ان يثبت بالاحيا المعنوي الذي هو الاعتاق لقوله عليه السلام الولا لحمة كلحمة النسب الا ان الارث
انما يثبت للاعلى لا للاسفل لقوله عليه السلام انما الولا لمن اعتق • وهذا معنى قوله ويصير الولا كالولاد • ولان الغرم بازا الغنم
بيانه ان المولى يعقل عن معتقه والعاقل يرثه ايضا بازا الغرم والارث غنم قوله وكذا المراة تعتق هذا لفظ
القدوري • اي وكذا تعتق المراة لها الولا لقوله عليه السلام الولا لمن اعتق • والى هذا الحديث اشار بقوله لما روينا قوله
ومات معتق لابنة حمزة ابنا حمزة ذكره استدلالا على ثبوت الولا للمراة المعتقة • قال الحسن بن زياد في كتاب المجرد اخبرنا ابو حنيفة
عن الحكم بن عتيبة عن عبد الله بن شداد وهو ابن الهاد ان بنت حمزة بن عبد المطلب اعتقت غلاما لها ثم مات المعتق وترك ابنته
فاعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم ابنته النصف واعطى ابنة حمزة النصف • وقال محمد في الاصل وورد الخبر عن عمر وعلي وابن مسعود
وابي بن كعب وزيد بن ثابت وابي مسعود الانصاري واسامة بن زيد انهم قالوا ليس للنساء من الولا الا ما اعتقن • وعن ابراهيم

قال البرمن المتاخرين الولا الا لما اعتق او كاتبه او اعتق من اعتق **قوله** ويستوي فيه الاعتاق بالتدبير اي يستوي
في ثبوت الولا للمعتق الاعتاق بالتدبير مال الاطلاق قوله عليه السلام الولا لمن اعتق • قال في شرح الطحاوي الجملة في هذا ان كل من
يثبت العتق من جهته يثبت الولا منه سوا شرط الولا او لم يشرط او تبرا من الولا • وسوا كان العتق ببدل او بغير بدل • او عتق بالاعتاق
او بالقرابة او باداء بدل الكتابة او بعد الوفا بالتدبير او الاستيلاد سوا كان العتق عن واجب كما في القتل والافطار والظهار والنذور
والايمان وغيرها او غير واجب • وكذلك اذا امر غيره باعتاق عبده في حال حياته او بعد وفاته فان العتق يكون عن الامر والولا
له • والقياس ان يكون عن المامور وبه قال زفر • ولو قال اعتق عبدك عني ولم يذكر البدل عتق عن المامور والولا له عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف يعتق عن الامر والولا له • ولو قال اعتق عبدك علي الف درهم ولم يقل عني فاعتق فانه يتوقف على قبول العبد
فان قبل في المجلس الذي علم يعتق ويلزمه المال والا فلا • وان اعتق عبده عن غيره بغير امره كان العتق عن المعتق والولا له اجازه ذلك
الرجل او لم يجز حيا كان او ميتا لان العتق وقع عنه فلا يتوقف على غيره كذا في شرح الطحاوي **قوله** فاذا شرط انه سايبة
فالشرط باطل والولا لمن اعتق • اي قال القدوري في مختصره والسايبة العبد يعتق ولا يكون ولاوه لمعتقه ويضع ماله حيث
شاكذا في مجمل اللغة • والاصل فيه ما روي ان عايشة ام المومنين رضي الله عنها ارادت ان تشتري بريرة لتعتقها فقال اهلها
على ان ولاها لنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يمنعك ذلك فان الولا لمن اعتق روى البخاري هذا الحديث بروايات
مختلفة وفي كل ذلك ان الولا لمن اعتق فعلم ان شرط بطلان الولا عن المعتق باطل • وقال الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل
في مختصره ومن اعتق سايبة لم يكن له الولا عليها **قوله** قال واذا ادى المكاتب عتق وولاوه للمولى • وان عتق
بعد موت المولى • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان عتق المكاتب وقع من جهة المولى بالسبب الذي باشره وهو الكتابة
والولا لمن اعتق غاية ما في الباب انه تاخر عتقه الى الاداء فاشبه العتق المعلق بشرط • هذا اذا اداه في حال حياة المولى
وكذا اذا اداه الى المولى قبل الاداء • ثم اداه المكاتب على نجومه اي ورثة المولى يكون الولا للميت لا من الورثة وان كانوا يخلفونه
في الاستيفا لان العتق حصل بما باشره من السبب حتى انه يرثه الذكور من عصبة الميت دون الاناث وقد بيناه قبل كتاب
الولا في مسالة موت المولى وهو المراد بقوله وقد قررناه في المكاتب • وقال ابي العبد الموصى بعتقه او بشرايه وعتقه
بعد موته ان ولاه للميت لان العتق يقع عنه وبرايه على حكم ملكه فقد وقع العتق في العبد وهو على ملكه فيكون ولاوه له كذا
في شرح الاقطع **قوله** وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه
وولاوه له • اما عتق المدبر فلما ذكر في باب التدبير من قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر
من الثلث • ولما علل في باب المدبر ايضا لقوله ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت
في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له غيره يسعى في ثلثيه • واما عتق امهات الاولاد فلما روي في باب الاستيلاد من حديث
سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى
الولد اصلية فيقدم على حق الورثة والدين كالتكفين • واما ثبوت الولا من المولى لان العتق حصل بالسبب السابق من المولى
وهو التدبير او الاستيلاد **قوله** ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه
وولاوه له • اعلم ان من ملك ذا رحم محرم منه يعتق عليه صغيرا كان المالك او كبيرا صحيح العقل او مجنونا • وقال مالك
واصحاب الظاهر لم يعتقوا الا باعتاق المالك • وقال الشافعي رحمه الله لا يعتق بالملك الا الوالد والولد ولا يعتق من له رحم غير
محرم بالاجماع واهل الذمة والاسلام سوا العموم ما روي في السنن مسندا الى سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذا رحم
محرم فهو حر • واذا ثبت العتق على من ملكه ثبت الولا منه لان السبب وجد منه وهو العتق عليه • وبيان الاقاويل مر في اول
كتاب العتاق • وقوله لما بينا في العتاق اشارة الى الحديث المذكور **قوله** واذا تزوج رجل امة رجل اخر فاعتق
المولى الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولا الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا وهذا لفظ القدوري في مختصره
قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره ولو ان عبدا تزوج امة لقوم فحملت منه ثم اعتقها مولاها وهي حامل كان له ولاوها
وولا ولدها ولم يتحول ذلك الولا ابدا الى موالي ابيه وان اعتق ابوه في المرض التي يعلم انها ان الامة كانت حاملا بالولد يوم
اعتقت بان تاتي به لعدد عتقها لاقل من ستة اشهر فيعلم بذلك انها كانت حاملا يوم اعتقت الا ان تكون في عدة من طلاق بائن او
من موت زوجها فيكون ما جات به لاقل من سنتين محكوما بوقوع العتق عليها وهي حامل به الى هنا لفظ الطحاوي رضي الله عنه • الاصل
في هذا ان كل من كان له ولا لنفسه فلا يكون تبعا لغيره في الولا لانه وجد ولا مع تصدما فالذي يثبت بالقصد كان اولى وانما ثبت
الولا للحمل مقصودا لان الحمل لما كان ثابتا يوم اعتقت الام كان كسائر اجزايها فوقع العتق عليه مقصودا كسائر اجزايها
لان الاوصاف التابعة في الامهات تسري الى الاولاد • وهذا اذا ولدته بعد عتقها لاقل من ستة اشهر • او ولدت توامين
احدهما لاقل من ستة اشهر ليتيقن الحمل حين اعتاق الام لان التوامين خلقا من ما واحد • فاذا ثبت وجود احدهما وقت
اعتاق الام ثبت وجود الاخر ضرورة • وانما ثبت الولا لمولى الام لقوله عليه السلام الولا لمن اعتق • وانما لا ينتقل الولا عن مولى
الام الى مولى الاب اذا عتق الاب لان ظاهر قوله عليه السلام الولا لمن اعتق يقتضي ان لا يكون الولا لغير المعتق • ولان النبي
صلى الله عليه وسلم ابطل في حديث بريرة ثبوت الولا لغير المعتق • فلو جاز تحول الولا لجاز شرطه لغير المعتق • وهذا الذي ذكره
القدوري من ثبوت ولا الولد لمولى الام في ولا العتاقة • بخلاف ولا الموالاة حيث يكون ولا الولد لمولى الاب فان المسالة م

الحمل

اقوال رجلا وزوجها والى غيره ذلك الرجل فولا الولد لمولى الاب لان ولا الموالاة لا بد له من الايجاب والقبول والجنين ليس باهل لذلك
فلم يثبت الولا في الجنين مقصودا وان كان موجودا وقت اعتاق الام يثبت مقصودا لكونه محلا للعتق فيثبت الولا من المولى لام فظهر الفرق **قوله**
فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاوه لمولى الام • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان اعتق العبد جر ولا ابنه
وانتقل عن مولى الام الى مولى الاب • وانما ثبت ولا الولد لمولى الام ثم ينجر الولا الى مولى الاب اذا اعتق لان الولا لم يثبت في الولد مقصودا
لوجود الشك في وجوده يوم اعتاق الام وانما ثبت العتق فيه تبعا للام لسراية العتق اليه لاتصاله بها • واذا ثبت عتقه تبعا كان ولاوه
ايضا تبعا للام فيثبت من مولى الام لانه تعذر اثبات الولا من مولى الاب • فاذا اعتق الاب زال التعذر فجر الولا الى مولاه لما روي محمد بن الحسن
في الاصل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك ثم ولدت عتق الولد بعتقها • فاذا اعتق ابوه جر الولا • وروى
محمد ايضا عن زبير بن العوام انه ابصر بخيبر فتية لعسا اعجبه ظرفهم وامهم مولاة لرافع بن خديج وابوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة
او لبعض اشجع فاشترى الزبير اباهم فاعتقه ثم انتسبوا الي • وقال رافع بل هم موالي فاختصموا الى عثمان فقضى بالولا للزبير • ولان الولا
ضرب من التعصيب وانما يثبت من جهة الاب بدلالة الاحكام كالنصرة والعقل • والاصل فيه ان الولا لحمة كلحمة النسب • ثم النسب
اذا تعذر اثباته من الاب يثبت من الام • فاذا حدث النسب الى الاب عاد اليه كالملاعن اذا كذب نفسه انتسب الولد فكذا في الولا
واورد الشيخ ابو نصر هذا المقام سوالا وجوابا فقال فان قيل ان الولا جعل في الشريعة بمنزلة النسب والنسب لا ينفسخ فكذلك الولا يجب
ان لا ينفسخ بعد ثبوته قيل له كذلك هو قد لا ينفسخ ولكن حدث ولا اولى منه فيقدم عليه كما نقول في الاخ له تعصيب • فان حدث
للرجل ابن كان اولى من الاخ وان لم يبطل تعصيبه • بخلاف المسالة الاولى وهي ما اذا ولدت لاقل من ستة اشهر حيث لا ينجر الولا فاذا
عتق الاب لان الاعتاق وقع على الجنين مقصودا لا تبعا للام فلا يتحول الولا • وبخلاف ما اذا اعتقت الامة المعتدة من موت او طلاق
فجات بولد لتمام سنتين منذ يوم مات او طلق وقد اعتق الاب رجل اخر كان الولا الولد لمولى امه لا يتحول لان العتق وقع على الجنين مقصودا
لوجود الحمل وقت اعتاق الام لانه لا يمكن العلوق بعد موت والطلاق البائن فيستند العلوق الى حال الحياة وحال النكاح فيكون
الحمل موجودا حال اعتاق الام لا محالة • والطحاوي قيد الطلاق بالبائن في مختصره وقد ذكرناه • وتابعه الامام الاسبيجابي
في شرحه • والحاكم الشهيد اطلق الطلاق ولم يقيده بالبائن حتى يشمل البائن والرجعي جميعا وتابعه صاحب الهداية • وذلك لان
لا يثبت الرجعة بالشك فكان العلوق قبل الطلاق فيثبت وجود الحمل وقت اعتاق الام فيثبت عتقه مقصودا فيثبت الولا ايضا مقصودا
والولا اذا ثبت قصدا لا ينجر بعد ذلك الى مولى الاب **قوله** قال عليه السلام الولا لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب
ولا يورث ذكره محمد بن الحسن هكذا في الاصل عن عبد الله عمر بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وفي الجمهرة وديوان الادب اللحمة بالقرابة • وقال في المغرب اي تشابك وصلة كوصلة النسب **قوله** بخلاف
ما اذا اعتقت المعتدة عن موت الى اخره يتصل بقوله فاذا صار اهلا عاد الولا اليه يعني ثمة يعود الولا الى مولى الاب وهنا لا يعود
وقد بيناه **قوله** وفي الجامع الصغير كذا اذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا الى اخره • وصورتها في الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في امراة حرة تزوجت عبدا فولدت منه فجنى الولد فعقله على عاقلة الام ثم اعتق الاب لم يجر موالي ابيه
ولا الولد ولا يرجع موالي الام بشي مما ادوا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وذلك لما روي عن عمر وعثمان في اخرين من الصحابة
ان الاب اذا اعتق جر ولا الولد الى مواليه ولان الولا لحمة كلحمة النسب • والاصل في الانتساب الاب • وانما لم يثبت الولا من الاب
للمانع فاذا زال المانع ثبت منه كالملاعن اذا اكذب نفسه • فلو ان عاقلة الام عقلوا جنايته لا يرجعون بذلك على عاقلة الاب
اذا عتق الاب ينجر الولا الى الاب هكذا ذكره في كتاب المعاقل لان الولا من قوم الاب ثبت مقصودا على حال عتاق الاب فيعلم
بظهوره ان عاقلة الام قضوا دينا على عاقلة الاب فلا يرجعون بما ادوا عليهم لانهم حين عقلوا لم يكن الولا لموالي الاب بل كان لموالي الام
انما يثبت لموالي الاب في المستانف • قال الفقيه ابو الليث في كتاب العتاق من شرح الجامع الصغير وليس هذا كولد الملاعنة اذا جنى
فعقل عنه عاقلة الام ثم ادعاه الاب يرجع عاقلة الام على عاقلة الاب لان هنالك قد استند ثبوت النسب الى الاصل فتبين انه لا اخ
في ذلك الوقت كان لموالي الاب • واما هنا فلم يستند الى حال متقدم **قوله** وكانوا مجبورين على ذلك اي كان قوم الام
مجبورين على اداء العقل لا متبرعين لانهم اجبروا على الولا لانهم كانوا عاقلة حينئذ ظاهرا • فاذا ثبت النسب من الاب الا انه ثبت من وقت
العلوق فظهر ان قوم الام قضوا دينا عن غيرهم بحكم القاضي فيرجعون بذلك على عاقلة الاب **قوله** قال ومن تزوج من العجم بمعتقة
العرب فولدت له اولادا فولا اولادها لمواليها عند ابي حنيفة • اي قال القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع وهو ايضا قول
محمد كذا ذكر في الاصل • وقال ابو يوسف حكمه حكم ابيه وقال صاحب الهداية الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب
وقع اتفاقا يدل عليه ما قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في المراة تعتق فتزوج نبطيا قد اسلم فوالى
رجلا وعاقده ثم ولدت له ولدا قال مواليه موالي امه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير نحو ما قال صاحب الهداية لان محمدا وضع هو
المسالة في مطلق المعتقة ولم يذكر الخلاف في الجامع الصغير كما ترى • وقال في شرح الجامع الصغير هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف ولا الولد لمولى الاب • وشرح الفقيه ابو الليث النبطي رجل من غير العرب في شرح الجامع الصغير • وقال فخر الاسلام يعني هذا
ان تكون المعتقة كافرة او كتابية • وقال فخر الدين قاضي خان واجمعوا انهما لو كانا معتقين او كان الاب معتقا خاصة والام من الولا
بالموالاة فان الولد تابع للاب • وكذا لو كان الاب عربيا والام معتقة فالولد تابع للاب • ويدل على صحة ما قال صاحب الهداية
ما ذكر الطحاوي في مختصره واذا اعتق الرجل امة ثم تزوجها رجل مسلم لعبد عربيا ولا عجمي عتاقة لعرب فولدت منه ولدا فان ابا حنيفة

رضي الله عنه كان يقول ولاؤه لموالي امه لان اباه لا نسب له ولا ولاء عليه في هذا الموالي ابيه • وقال ابو يوسف ومحمد حكمه في هذا حكم ابيه
لا ولاء عليه في هذا الموالي امه • والصحيح ان محمدا مع ابي حنيفة في هذا الفصل الطحاوي في مختصره • وقال الحاكم الشهيد في باب جر الولاء من
مختصر الكافي واذا كانت الام معتقة والاب حر مسلم لم يعتق فالولد لموالي الام في قول ابي حنيفة ومحمد وهذا والعبد سواء • يعني لو كان الاب
عبدا والام معتقة كان ولاء الولد لموالي الام فكذا اذا كان حرا ليس بعربي ولا بعتيق • ثم قال الكافي وكذا ان كان قد والى الاب رجلا
لانها موالاة عتاقة والعتاقة اولى من الموالاة • ثم قال في الكافي فاذا كان الاب من العرب او مولى عتاقة فان الولد ينسب الى قوم
ابيه • وقال ابو يوسف في هذا كله الولد مولى لموالي الاب • وجه قول ابي يوسف ان الولد ينسب الى قوم الاب بالاتفاق فيجب ان يكون
ولاؤه تبعا له لا للام لان الولاء لحمة كلحمة النسب بالحديث • بخلاف ما اذا كان الاب عبدا حيث يكون ولاء الولد لموالي الام بالاتفاق لان
الاب هالك ذمي لانه لا يقدر على شيء • قال تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء • ولان الرق من اثار الكفر لانه جزاء الكفر الاصلي
والكفر موت معنى قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه • اي كافرا فهديناه • ووجه قولهما ان الولاء سلك الانعام وهو منعم عليه من قبل
موالي الام بالحرية بطريق التبعية للام فكان الولاء لهم • ولان الولاء يثبت للتناصر وهذا موجود في موالي الام • لان مواليها يتناصرون
بالقبائل ولم يوجد ذلك في الاب العجمي الذي لم يعتق لان العجم ضيعوا انسابهم ولا يكون سائر المسلمين عاقلة له لانه لا قرابة بينه وبينهم هو
والموالاة بينه وبين الكفار منقطعة فكان عاقلة الاولاد قوم امهم • ولان الاب لو كان عبدا كان ولاء الولد لموالي الام • لانه لا عاقلة لابيه
فكذلك في مسئلتنا كذا في شرح الاقطع • وكذلك لو كان الاب والى رجلا كان ولاء الولد لموالي الام • لان ولاء العتاقة اقوى من ولاء الموالاة
ولا يعتبر الادنى بمقابلة الاقوى • الا ترى ان مولى العتاقة مقدم على ذوي الارحام ومولى الموالاة مؤخر عن ذوي الارحام • فان ولاء الموالاة
يقبل النقض وولاء العتاقة لا يقبله • ولهذا لو خرج رجل من دار الحرب واسلم ووالى رجلا ثم سبي ابوه من دار الحرب واعتق صار ولاء الولد للذي اعتق
الاب وبطل ولاء من الذي والاه لانه ظهر اقوى الولاءين فكذا ههنا • ثم اعلم ان الجد هل يجر الولاء ام لا قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي
قال الشعبي اذا اعتق الجد جر الولاء • وقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد لا يجر الجد الولاء ولا يكون مسلما باسلام الجد كذا في الكافي • بيانه
ان معتقة لقوم تزوجها عبد وحصل لها منه ولد فولاء الولد يكون لموالي امه بلا خلاف • فان اعتق الاب جر ولاءه الى موالي ابيه فان لم يعتق
الاب ولكنه اعتق الجد لم يجر الولاء الى مواليه • وقال الامام سراج الدين في شرح فرايضه الموسوم بالسراجي قال شريح وسفيان ومالك
واهل المدينة ان الجد يجر ولاء ولد الابن من موالي امه الى موالي نفسه • وبه قال الاوزاعي وابن ابي ليلى وابن المبارك • وقال زفر
ان كان الاب حيا فالجد لا يجر الولاء وان كان ميتا يجر الولاء • وقال في الاسرار وشرح الاقطع قال الشافعي رحمه الله الجد يجر الولاء لهم
ان الولاء لحمة كلحمة النسب فيثبت من الجد لانه اصل في باب النسبة • ولنا ان الولاء فرع النسب وتابع له فلا يثبت النسب من الجد بدون ثبوته
من الاب • ولهذا اذا ادعى الجد ونفى الاب لم يلتفت الى دعوته وبدعوة الاب يثبت النسب منه ومن الجد جميعا • فاذا لم يثبت النسب
من الجد بدون ثبوته من الاب لم يثبت الولاء بالطريق الاولى • ولان الجد يدلي اليه بواسطة فلم يجر الولاء كالاخ والعم ولا يكون مسلما
باسلام الجد اذ لو جاز اتباعه الجد في الاسلام جاز اتباعه جد الجد الى ما لا نهاية له فيلزم ان يكون الكفار كلهم مسلمين بيقين لان ادم
وكثيرا من اكابرهم ولا حاجة الى ذلك للزوم الجمع بين النقيضين • قال في مختلف الائمة المختلف والاعجمي الذي لا يتبع وان كان من العرب
قوله قال وولاء العتاقة تعصيب اي قال القدوري في مختصره وروى الحسن بن زياد في المجرد عن ابي حنيفة رضي الله عنه
محمد عن الحكم عن عبد الله بن شداد بن الهاد ان ابنة حمزة بن عبد المطلب اعتقت غلاما لها فمات المعتق وترك ابنة فاعطى رسول الله
صلى الله عليه وسلم ابنته النصف واعطى ابنة حمزة النصف وقد مر ذكر هذا الحديث في اوائل كتاب الولاء فعلم من هذا ان ولاء العتاقة تعصيب
وروى اصحابنا في كتبهم ان رجلا اشترى عبدا فاعتقه فاخبر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فقال هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له
وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له • ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته • وروى محمد هذا الحديث في كتاب الولاء من الاصل
عن ابي يوسف عن اسمعيل بن مسلم عن الحسن البصري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم • ومعنى قوله اخوك اي في الدين • ومعنى قوله
ان شكرك فهو خير له • اي ان شكر بالمجازات على صنيعك فهو خير له لانه امتثل بما ندب اليه • قال عليه السلام من اسدى اليه
نعمة فليشكرها • وشر لك لانه وصل اليك بعض الثواب في الدنيا فينتقص بقدره من ثواب الاخرة • وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى
ثواب العمل كله لك في الاخرة • وشر له لان كفران النعمة قبيح قال عليه السلام من لم يشكر الناس لم يشكر الله تعالى قوله بدليل
الحديث الثاني اراد به حديث ابنة حمزة • وهذا لان النبي صلى الله عليه وسلم جعلها عصبة مع وجود الوارث • لان البنت الصلبية
وارثة ولكن ليست بعصبة فعلم بهذا ان المراد من قوله عليه السلام فان مات ولم يترك وارثا او وارثا هو عصبة لا وارث
مطلق قوله قال فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى اي قال القدوري في مختصره وعامة فيه • وان لم يكن عصبة
من جهة النسب فميراثه للمعتق • وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم اجرى الولاء مجرى النسب حيث قال الولاء لحمة كلحمة النسب وما اجري مجرى غيره
يثبت حكمه عند عدمه • ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته والمراد من الوارث وارث عصبة
من النسب كان هو اولى من المعتق • وهذا هو المراد بقوله لما ذكرنا قوله تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو
حال • اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه • اي تاويل قول القدوري وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق وهذا
التاويل وجهان احدهما ان يقال اذا لم يوجد صاحب فرض ذو حال غير الفرض كالاب والجد فان للاب حالا سوى حال الفرض
وهو العصوبة • فاذا وجد صاحب فرض صنعته هذا يكون الباقي بعد الفرض لصاحب الفرض ولا شيء للمعتق فيكون الضمير في فله
الباقي على هذا التاويل راجعا الى صاحب الفرض • والوجه الثاني ان يقال اذا لم يوجد صاحب فرض ذو حال واحد وهي حال

الفرض ولا حال له غيره كبنت المعتق فاذا وجد صاحب فرض صنعته هذا يكون الباقي بعد فرض صاحب الفرض للمعتق • والضمير على هذا
التاويل في فله راجع الى المعتق • والضمير في لانه عصبة على التاويل الثاني راجع الى المعتق قوله على ما روينا اشارة الى قوله
ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته قوله وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسب اشارة الى قوله
لانه عصبة • ويقال للقبيلة الواحدة بيت النسبة قوله وبالمولى الانتصار على ما مر اشارة الى ما ذكر في اول كتاب
الولاء بقوله وكانت العرب تتناصر باشياء • وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه • وقال الامام سراج الدين في شرحه
لفرايضه في باب العصبات • ثم عند جمهور الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين الباقي من سهام ذوي الفرض مردود عليهم الا اذا كان
زوجا او زوجة فحينئذ لمولى العتاقة والفتوى على الاول قوله فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته
وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن الى هنا لفظ القدوري في مختصره • قال محمد في
الاصل ورد الخبر عن عمر وعلي وابن مسعود وابي بن كعب وزيد بن ثابت وابي مسعود الانصاري واسامة بن زيد فانهم قالوا ليس للنساء
من الولاء الا ما اعتقن • وعن ابراهيم قال ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او كاتبن او اعتق من اعتقن • وهذا مذهب العامة وعليه
الفتوى • وروى الامام سراج الدين في شرح الفرايض عن شريح ان كل من يرث الميت بفرض او تعصيب يرث من اعتقه الميت لقوله
عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب قوله او جر ولاء معتقهن اي في اخر الحديث • قال صاحب الهداية وصورة
الجر قد بيناها • واشار به الى قوله قبل هذا فبيانه ورقة • فان اعتق العبد جر ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام يعني فيما اذا ولدت
المعتقة لاكثر من ستة اشهر وثبت ولاء الولد من مواليها ثم اعتق الاب جر الولاء • اما اذا ولدت لاقل من ستة اشهر فلا ينتقل الولاء عنها
الى الاب ابدا وقد مر بيانه • وصورة جر ولاء معتق المعتق • امراة اشترت عبدا فاعتقته ثم هو اشترى عبدا فتزوج باذن مولاه معتقة
قوم فولدت ولدا لاكثر من ستة اشهر بعد عتقها كان ولاء الولد لموالي امه المعتقة لانه من الاب فاذا اعتق الاب بعد ذلك جر ولاء الولد
الى نفسه ثم جر معتقه وهو معتق المراة الى نفسه • ثم جرته المراة المعتقة الى نفسها فالاب يجر الولاء بالاتفاق وفي الجد اختلاف
ذكرناه قبل هذا • والخلاف في الجد من قبل الاب • واما الجد من قبل الام فلا يجر بالاجماع كذا ذكر الامام سراج الدين في شرح
فرايضه قوله ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف
النسب هذا دليل فان على ان ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن • بيانه ان المعتق يحصل القوة والمالكية في العبد
من جهة معتقه فاذا كان المعتق هي المراة ينسب من اعتقته المراة ومن اعتقه من اعتقته المراة اليها بالولاء حيث يقال معتق فلانة
ومعتق معتق فلانة فاذا ثبت نسبتها الى المراة بالولاء ورثتها ولم يرث به الولاء كنسبة النسب لان الولاء يثبت من اعتقه ذكرا كان او انثى
ونسب الولد لا يثبت من المراة بل يثبت من الرجل لان نسب الولد لمن له الفراش وهو الزوج لانه مالك لبضع المراة وصاحب الفراش والمراة
مملوكة لا مالكة • ونسب الولد باعتبار الفراش فهو للزوج فظهر الفرق قوله وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني
المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب ذكر هذا تفريعا على مسئلة القدوري • وانما كان الميراث للعصبة الاقرب فالاقرب
لقوله عليه السلام الولاء للكبر • ولان الولاء لا يورث فلو كان بالارث لكان الذكر والانثى من اولاد المعتق سواء لكن الولاء سبب
التعصيب والتعصيب بالذكور لا بالاناث لضعف بنيتهن فيخلف المولى الذي اعتق العبد في الولاء من يتحقق التعصيب به فكان الولاء للذكور
لا للاناث • ولهذا اذا اعتقت المراة عبدا فماتت وتركت اباها وابنها كان الارث كله للابن ولا شيء للاب عند ابي حنيفة
ومحمد لان الابن اقرب العصبات والولاء بالعصوبة ولا يعتبر عصوبة الاب مع الابن • وقال ابو يوسف اخرا للاب سدس الميراث
والباقي للابن كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي لان الاب عصبة والابن عصبة فقد استويا في العصوبة ولكن احدهما
اقوى والقوي يؤثر في التفضيل لا في اصل الاستحقاق • وقال في شرح الطحاوي ولو ترك جد مولاه وهو ابو ابيه واخا
مولاه لابيه وامه او لابيه فان ميراثه للجد عند ابي حنيفة لانه لا يورث الاخوة والاخوات مع الجد • وعندهما بينهما
نصفين لان الجد يقاسم الاخوة كاحدهم قوله وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا اشارة الى
قوله لانه اقربهما عصوبة • يعني اذا مات العبد المعتق وترك ابن المعتقة واخاها كان الولاء لابن المعتقة لانه اقرب العصبات
ولكن عقل جناية المعتق على الاخ لان الاخ من قوم ابيها • والاصل في العقل قوم الاب وابنها لا ينسب الى قوم ابيها بل ينسب الى قوم
زوجها قوله ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن اخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر • هذا لفظ القدوري
في مختصره • قال صاحب الهداية معناه بني ابن اخر لانه لا اشكال ان الميراث للابن اذا كان البنون بني ذلك • قال محمد بن الحسن
في اول كتاب الولاء ورد الخبر عن عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وابي بن كعب وابي
مسعود الانصاري واسامة رضي الله عنهم اجمعين انهم قالوا الولاء للكبر • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رضي الله عنه
في شرح الكافي وارادوا بالكبر القرب لان الاقرب من الاولاد يكون وجوده اقرب الى وجود الاب من غيره فكنوا به عنه • وقال
في شرح الاقطع وقولهم الولاء للكبر خرج على المعتاد وهو ان الابن يكون اكبر من ابن الابن في اكثر الاحوال • وان كان في حالة
قد يكون ابن الابن اكبر من عمه • وقال في المغرب المراد الاقرب لا اولاد اكبرهم سنا • وقال في الفايق في حديث النبي صلى
الله عليه وسلم مات رجل في خزاعة او من الازد ولم يدع وارثا فقال ادفعوه الى اكبر خزاعة اي ادفعوا ماله الى اكبرهم وهو
اقربهم الى الجد الاعلى ولم يرد كبر السن • وقال الامام الاسبيجابي رضي الله عنه في شرح الكافي قال شريح الولاء بمنزلة المال يورث
عنه كما يورث عنه امواله • وابو حنيفة وابو يوسف ومحمد لا يقولون بالارث بل يقولون هذا حق ثبت للميت حال

جاءنه فيورث عنه كسائر الحقوق • ولنا قوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث • وقال الحاكم
في الكافي وتفسير عندهم أي تفسير قوله عليه السلام الولاء للكبر رجل أعتق عبدا ثم مات وترك ابنين ثم مات أحد الابنين وترك
ابنا ثم مات المعتق لطلبه دون ابن ابنه وكذلك القول في كل عصبة على هذا القياس في أن الولاء للكبر منهم ذلك الوقت وقال
في شرح الطحاوي ولو مات وترك خمسة بني ابن المعتق وابن ابن المعتق من آخر فالميراث أسداسا لأنهم يرثون بالعصوبة وعصبتهم
بالسوية

فصل في ولاء الموالاة

أخر ذكر ولاء الموالاة عن ذكر ولاء العتاقة
لأن ولاء العتاقة أقوى لثبوته بالإجماع وفي ولاء الموالاة خلاف لأن ولاء العتاقة لا يقبل الفسخ وولاء الموالاة يقبله **قوله**
قال وإذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه • أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه
فإن مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى • أي قال القدوري في مختصره وإنما قال ووالاه لأن بمجرد الإسلام لا يثبت الولاء
ما لم يعقد عقد الموالاة وهذا هو مذهب أصحابنا والشعبي ومالك والشافعي والثوري • وعند عمر بن عبد العزيز وسعيد بن
المسيب والليث بن سعد يثبت الولاء بمجرد الإسلام على يدي رجل كذا ذكر الإمام سراج الدين أبو طاهر محمد بن عبد الرشيد السجاوندي
في أوائل شرح فرائضه • وجه قولهم ما روى الترمذي في جامعه بإسناده إلى تميم الداري قال سألت رسول الله صلى الله عليه
وسلم ما السنة في الرجل من أهل الشرك يسلم على يد رجل من المسلمين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو أولى الناس بمحياه ومماته
ولنا أن عقد الموالاة شرط لقوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم • وقيل حديث تميم الداري كان في بدء
الإسلام لأنهم كانوا يتوارثون بالإسلام والنصرة ثم نسخ ذلك • ولأن الناس كانوا يوالون على عهد الصحابة ولم يرو عن
أحدهم أنه أخذ الميراث بنفس الإسلام • وصورة عقد الولاء ما قال في شرح الطحاوي وهو أن يقول أنت مولاي جنايتي
عليك وجنايتك علي وميراثي لك إن مت فإذا مات كان ميراثه للأعلى إن لم يكن له وارث • ولا يرث الأسفل من الأعلى إلا
إذا شرط ميراث الأعلى لنفسه • ومن أسلم على يد رجل بنفس الإسلام لا ينعقد له الولاء وله أن يوالي من شاء وإن شاء والى الذي
أسلم على يديه وإن شاء والى غيره • وله أن يتحول بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه فإذا عقل عنه فبعد ذلك ليس له أن يوالي
غيره إلا إذا كان أبوه في دار الحرب فسبي فأعتقه مولاه يثبت ولاء من معتقه ويجر ولاء الولد إلى نفسه والقياس جر جنايته
على بيت المال وميراثه لبيت المال • فإذا أدرك كان له أن يوالي مع من شاء إلا إذا عقل عنه بيت المال فليس له أن يوالي أحدا
كذا في شرح الطحاوي • وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد الولاء أن يقول له رجل غريب
ليس له عشيرة ولا ناصر فانضم إليك وإلى عشيرتك حتى أمد من حلفك فتنصرني وتحمل عني نوائبي • وإن مت كان ميراثي لك
فيقبل منه فينعقد بينهما عقد موالاة ويكون بمنزلة الموصى له بجميع المال فيستحق إيصاء إذا لم يكن له وارث • وهذا جائز
عندنا وعند الشافعي رحمه الله ولاء الموالاة باطل لأن سبب الإرث الرحم أو العصبة وولاء الموالاة ليس بهذا ولا ذاك فلا
يجب به الإرث والعقل ولأن فيه إبطال حق بيت المال فلا يصح • ولهذا لا يصح عنده الإيصاء بجميع المال إذا لم يكن وارث أصلا
لئلا يلزم إبطال حق بيت المال • وإنما يصح في الثلث • ولنا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم قرأ عاصم وحمزة والكسائي
بالتخفيف بغير ألف • وقرأ ابن كثير ونافع وأبو عمرو وابن عامر عاقدت بالألف والذي مبتدأ فيه معنى الشرط فلهذا دخل الفاء في خبره ثم
النسخ هو قوله فآتوهم • قال في التيسير بعد قوله والذين عقدت لكم أيمانكم وهو عقد الموالاة وهي مشروعة والوراثة
بها ثابتة عند عامة الصحابة والعلماء وهو قولنا هذا اللفظ • وقيل إنه منسوخ بقوله تعالى وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض
في كتاب الله تعالى • وروى محمد في الأصل عن مسروق أن رجلا من أهل الأرض والى ابن عم له وأسلم على يديه فمات وترك مالا
فسأل ابن مسعود عن ماله فقال هو لمولاه • وعن أبي الأشعث أنه سأل عمر ابن الخطاب عن رجل أسلم على يديه ووالاه فمات
وترك مالا فقال عمر ميراثه لك فإن أبيت فلبيت المال • وهذا كله يدل على صحة عقد الموالاة • ولأن مال الإنسان له إلا
أن الشرع خص الورثة بعد استغنائه عنه • فإذا لم يكن له وارث كان المعتبر تخصيصه لأنه أحق بالتصرف في ماله والجواب
عن قوله تعالى وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فنقول إنه لا يقتضي نسخ قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم لأن الأولوية تدل
على التفضيل لا على النفي ونحن نقول بموجب ذلك حيث لا يرث مولى الموالاة مع وجود ذوي الأرحام • وقوله فيه إبطال حق بيت
المال فلا نسلم ذلك لأن المستحقين لمال بيت المال مجهول أعيانهم والمجهول لا يصلح مستحقا وإنما يصرف المال إلى بيت المال لضرورة عدم
المستحق لأن نفع الناس ليس بأولى من البعض فصار كل المسلمين سواء لأن كل واحد منهم قريبه من حيث الإسلام فيصرف ذلك إلى
نفقة المرضى وأدويتهم إذا كانوا فقراء وإلى أكفان الموتى الذين لا مال لهم • وإلى نفقة اللقيط وعقل جنايته • وإلى نفقة
العاجز عن الكسب إذا لم يكن له من يقضي بنفقته عليه • وهنا فيما نحن فيه المستحق موجود وهو مولى الموالاة بالآية والأخبار
فلا يلزم إبطال حق بيت المال • ولا يقال إن النبي صلى الله عليه وسلم قال الولاء لمن أعتق فهم منه ذلك أن ولاء الموالاة باطل لأنه
لا معتق له • لأنا نقول لا نسلم ذلك لأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه وقد حققناه في كتابنا الموسوم بالتبيين
قوله في الحالين هما أراد بهما العقل والإرث **قوله** قال وإن كان له وارث فهو أولى منه • أي قال
القدوري في مختصره • وذلك لأن الاستحقاق بالقرابة أقوى من الاستحقاق بولاء الموالاة وإن كان القريب من ذوي الأرحام
كالعمة والخالة وغيرهما فكان القريب أولى من المولى لأن استحقاق المولى بالشرط وشرطهما لا يعدوهما لأن الشرع أثبت
استحقاق القريب فيما لا يملكان إبطال ذلك • قال صاحب الهداية ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب لأنه

من الماذكر القدوري في مختصره قبل هذا • وإذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه • قال الحاكم الشهيد
في مختصر الكافي قال إبراهيم النخعي إذا أسلم الرجل على يدي رجل ووالاه فإنه يرثه ويعقل عنه وله أن يتحول بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه
فإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول إلى غيره • وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد هذا لفظ الحاكم بعينه • وهذا يدل على أن شرط
الإرث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل بمجرد العقد كان بأن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت لأن الحاكم لم يذكر الإرث
والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلهما حكما لها بعد صحتها فافهم • ويدل على ما قلنا قول القدوري أيضا في مختصره بقوله أو أسلم على يد
غيره ووالاه بقوله قال صاحب التحفة بقوله وتفسير عقد الموالاة أن من أسلم على يدي رجل وقال له أنت مولاي ترثني إذا مت وتعقل
عني إذا جنيت • وقال الآخر قبلت فينعقد بينهما عقد الموالاة • وكذلك إذا قال واليتك وقال الآخر قبلت وكذا إذا عاقد مع رجل
غير الذي أسلم على يديه إلى هنا لفظ التحفة **قوله** ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب أي من شرطه صحة عقد الموالاة أن
لا يكون المولى الأسفل عربيا • وإنما ذكر هذا تفريعا على مسألة القدوري • قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي • ولو أسلم رجل
من نصارى العرب على يدي رجل من غير قبيلته ووالاه لم يكن مولاه • ولكنه ينسب إلى عشيرته وهم يعقلون عنه ويرثونه وكذلك المرأة
إلى هنا لفظ الكافي • وذلك لأن الولاء إنما يثبت في حق العجمي الذي لا عشيرة له • فأما من له عشيرة فهم يقومون بمصالحه فلا حاجة
إلى الولاء • ومن شرط الموالاة أيضا أن لا يكون له نسب وأن لا يكون له معتق وقد ذكرناه في أول كتاب الولاء • وقال في التحفة
وشرط صحة عقد الموالاة أن لا يكون للعاقد وارث مسلم وهذا يشمل جميع الشروط لأنه إذا كان عربيا كان له وارث مسلم • وكذا
إذا كان له نسب • وكذا إذا كان له معتق لأن المعتق إذا وجد يكون وارثا لأن مولى العتاقة وارث بالإجماع والغالب وجودهم
الإسلام سيما أن الدار دار الإسلام **قوله** قال وللمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه • أي قال القدوري
في مختصره قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي رجل والى رجلا فله أن يتحول عنه ما لم يعقل عنه وله أن ينقض بحضرته • وكذلك الرجل
الذي والاه وله أيضا ما لم يعقل عنه • فإن نقض أحدهما الموالاة بغير محضر من صاحبه لم ينتقض إلا أن يوالي الأسفل آخر فيكون ذلك
نقضا • وإن لم يحضر صاحبه إلى هنا لفظ الكافي • وقال في التحفة فإذا عقل عنه لا يعقد أن يتحول بالولاء إلى غيره وصار العقد
لازما إلا إذا اتفقا على النقض إلى هنا لفظ التحفة وذلك لأن الولاء بمنزلة الوصية عندنا بجامع أنه حق أوجبه بقبله متبرعا
من غير عوض فكان له أن يتحول بالولاء إلى غيره • وكذلك كان لأحدهما أن يتبرأ عن الولاء ولكنه بحضرة صاحبه والمراد من
الحضرة العلم حتى إذا وجد العلم بلا حضور كان كافيا • وإنما اشترط العلم لأنه لو صح التحول بلا علم الآخر ربما يعتمد عليه المولى
الأعلى بحسبان أنه يرثه ولا إرث له لتحول الولاء فيه ضرر فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام • بخلاف ما إذا عقل عنه حيث لا يصح التحول
بالولاء لأن العقد صار لازما لأن العقل صار كالعوض على أنه لا يصح الرجوع كما في الهبة • أما إذا والى الأسفل آخر يكون ذلك
نقضا للولاء الأول • وإن لم يحضر صاحبه ما لم يعقل عنه لأن النقض قد ينتقض حكما وإن لم ينتقض قصدا كعزل الوكيل قصدا لا يصح بدون
حضرته حكما إذا باع الموكل ما وكل الوكيل ببيعه بلا علم الوكيل تنتقض الوكالة حكما لصحة تصرف الموكل وإن كان فيه ضرر إذ لا وجه
لإبطال تصرفه في ماله • وكذا هنا إذا والى آخر يبطل ولاء الأول وإن كان فيه نوع ضرر حكما لصحة موالاته مع الثاني لأنه لا يصلح
أن يكون مولى لاثنين • وقال الحاكم في الكافي وموالاة الصبي باطل • وكذلك إن والى رجل عبدا إلا أن يكون ذلك بإذن المولى
فيكون مولى له • أو يوالي الصبي بإذن الأب أو الوصي فيكون للصبي كذا في الكافي • وذلك لأن تصرفه دائر بين النفع والضرر
وهما فيه بمنزلة الطفل الذي لا يعقل فلا بد من إذن المولى والمولى أو الوصي • وقال في التحفة ولو كان رجلان ليس لهما وارث
مسلم وهما مسلمان في دار الإسلام فوالى أحدهما صاحبه ثم والى الآخر فعند أبي حنيفة يصير الثاني مولى الأول ويبطل ولاء الأول
وعندهما كل واحد منهما مولى لصاحبه فيما يعقلان لأن الجمع بين الولاءين ممكن فإنه يجوز أن يكون مختصا كل واحد منهما يرث من صاحبه
ويعقل عنه كالأخوين وابني العم فلا ينتقض صحة أحدهما انتقاض الآخر بل يثبتان جميعا • ولأبي حنيفة رضي الله عنه يقول إن مولى الأسفل
تابع للمولى الأعلى وقوله فالمعتق تابع لمعتقه فإذا لم يجز الجمع بينهما انتقض صحة الثاني انتقاض الأول ذكرنا هذه المسائل تكثيرا للفوائد
قوله قال وإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه • أي قال القدوري في مختصره وقد مر بيانه آنفا **قوله**
وكذا لا يتحول ولده ذكر هذا تفريعا • يعني إذا عقل المولى الأعلى عن الأسفل لا يتحول ولده إذا كبر بولائه إلى غيره لأن الولاء صار
لازما بالعقل • فإذا لزم في حق الأصل لزم في حق التبع • لأن ولاء الصغير يثبت تبعا للولاء الأول • بخلاف ما إذا كان الولد كبيرا لأنه
لا يثبت الولاء عليه بموالاة والده بل يشترط موالاته بنفسه **قوله** وكذا إذا عقل عن ولده ذكره تفريعا على مسألة القدوري
يعني كما لا يجوز التحول بالولاء إذا عقل عنه المولى الأسفل لا يجوز التحول أيضا إذا عقل عن ولده • قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي
فإن كان المولى قد عقل عنه أو عن ابنه أو عن أحد من أحرار لم يكن له أن يتحول • وذلك لأنهم في حق الولاء كشخص واحد والعقل عن
أحدهم كالعقل عن الباقين **قوله** قال وليس لمولى العتاقة أن يوالي أحدا • أي قال القدوري
في مختصره • وذلك لأن ولاء العتاقة آكد لأنه لا يحتمل النقض والأدنى لا يظهر مع الأقوى • ألا ترى أنه لو كان ولاء العتاقة
وولاء الموالاة في شخصين قدم ولاء العتاقة في الميراث فدل أنه لا يثبت له حكم مع وجود ولاء العتاقة كذا في شرح الأقطع • بخلاف
ما إذا لم يكن له ولاء فيوالي من شاء من الأحرار

باب

الولا

بل في مناسبة الوضع أن الولاء كما كان من آثار العتق والعتق مما لا يؤثر فيه الإكراه فأتت ذكر عقيب
الولاء • ولأن في الإكراه تغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل • ألا ترى أن بالإكراه يحل مباشرة ما كان حراما قبله في عامة المواضع هم

فكذلك المولاة تتغير حال المولى الاعلى عن حرمة تناوله الى حال المولى الاسفل الى الحل • ثم الاكراه وهو حمل الانسان على ما يكرهه بحيث يزول معه الرضى وهو على نوعين كما عرف في اصول الفقه كامل ويسمى ملجيا وهو الذي يعدم الرضا ويفسد الاختيار • وقاصر ويسمى غير ملجي وهو يعدم الرضا ولكن لا يفسد الاختيار فالملجي كالتخويف بقتل النفس وقطع العضو والضرب المبرح المتوالي الذي يخاف منه التلف وغير الملجي كالتخويف بالحبس والقيد والضرب اليسير • ثم الاكراه على اي طريق وجد لا ينافي الاهلية لانها بالذمة والعقل والبلوغ ولا يوجب سقوط الخطاب لان المكره مبتلى والابتلا يحقق الخطاب لانه دخل تحت خطاب قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان

قوله الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا الى هنا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره وهذا ذكر من القدرة على الايقاع هو شرط صحة الاكراه لان المكره اذا لم يكن قادرا على الايقاع لا يتحقق الاكراه لعدم الخوف نص هذا قال اصحابنا ان الاكراه يعتبر فيه اربع شرايط صفة المكره وهو ان يكون قادرا على ايقاع ما توعد به ولهذا استوى فيه السلطان وغيره • وصفة المكره وهو ان يغلب على ظنه ان المكره يوقع به ما توعد به • فان غلب على ظنه انه لا يفعل به لم يكن مكرها • وصفة ما توعد به فتارة يكون بالقتل وتارة بالقطع وتارة بالضرب المبرح • وتارة بالقيد والحبس والضرب اليسير • وحكم ذلك يختلف بحسب ما اكره عليه وسيجي تفصيل ذلك • وصفة ما اكره عليه فتارة يكون حق الله وتارة يكون حق المكره • وتارة يكون حق ادمي اخر • وروي عن ابي حنيفة لا يتحقق الاكراه من غير السلطان كذا في المختلف والحصر وحكى هذا الخلاف خواهر زاده لان الذي يتم منه يكون دفعه • وعندهما يتم من غير السلطان ايضا اذا وقع منه ما يقع من السلطان كذا في المختلف والحصر وحكى الخلاف خواهر زاده في مبسوطه كذلك • وذكر الطحاوي في مختصره قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وقال الامام الاسبيجابي في شرحه • وقول ابي يوسف مع محمد في ظاهر الرواية • وقال بعض مشايخنا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان • لان في زمان ابي حنيفة لم يكن القدرة الا للسلطان • ثم بعد ذلك تغير الزمان وانتشر الفساد ووقع الاداء من كل واحد فلو كان ابو حنيفة في زمنهما لافتى بقولهما واليه ذهب صاحب النافع • ثم ان القدوري اجمل الحكم اولا في قوله الاكراه يثبت حكمه ثم فصل بعد ذلك بما ذكر من المسايل • فقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه • اما حكمه شرعا فنقول الاكراه بوعيد تلف على فعل ينقل الفعل من المكره الى المكره كالاكراه على قتل انسان واتلاف ماله فيما يصلح ان يكون المكره آلة له كان المكره فعله بنفسه • ولهذا قال ابو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما اذا اكره على القتل بوعيد تلف فقتله بالسلاح يجب القصاص على المكره لا على المكره كما لو قتله بنفسه • وفيما لا يصلح ان يكون المكره آلة للمكره يبقى الفعل مقصورا عليه كما في حق الاثم في مسألة القتل يبقى مقصورا على المكره لان الاثم انما يكون بقصد القلب بان يقصد قلبه ولا يتصور من المكره القصد بقلب غيره فبقي في حق الاثم القتل مقصورا عليه • وفي حق الاتلاف انتقل اليه لان المكره يصلح آلة له في حق الاتلاف بان يأخذه فيضرب به على غيره فيقتله • وان حصل الاكراه بوعيد تلف على قول • فان كان قولا لا يستوي فيه الجد والهزل ويتعلق ثبوته بالقول كالطلاق والعتاق • خرج من حكم الاكراه وان يصير المكره آلة للمكره في حق الاتلاف لان المكره في حق الاتلاف يتصور آلة له وفي حق التلفظ الذي لا يصلح آلة له يصير مقصورا عليه غير منقول الى المكره • ولهذا يعتبر كان القول للمكره لانه في حق التلفظ به لا يتصور آلة فانه لا يمكنه ان يتكلم بلسان غيره • وفي حق الاتلاف يصير آلة له حتى يرجع بالضمان في مسألة العتق على المكره وفي الطلاق حتى اذا طلق امرأته مكرها قبل الدخول يضمن المكره نصف الصداق الا من اتلف منكوحة غيره لا يضمن شيئا بابطال النكاح • وان اتلف عبد غيره يضمن وان كان تصرفا يستوي فيه الجد والهزل الا انه لا يتعلق ثبوته باللفظ كان من حكم الاكراه افساده حتى لا يصح رد المكره • وانما قلنا بانه لا يتعلق ثبوته بالقول فان من قصد ان يكفر وقال اباد بالله جادا او هازلا او لا يدرى به يكفر • بخلاف الطلاق والعتاق هذا اذا حصل الاكراه بوعيد تلف • ومتى حصل الاكراه لا بوعيد تلف ولكن بما يوجب الغم كالحبس والقيد مدة طويلة من حكمه اذا حصل على تصرف من حيث القول لا يستوي فيه الجد والهزل كالبيع والاجارة والاقرار والهبة والصدقة والكتابة كان من حكمه فساد هذه التصرفات • ومتى حصل على تصرف هو قول الا انه يستوي فيه الجد والهزل كالطلاق والعتاق والردة فانه لا يمنع به ويجعل وجوده وعدمه بمنزلة حتى ينفذ العتق ولا يرجع على المكره ويقع منه الرد حتى تبين منه امرأته كانه فعل ذلك من غير اكراه • ومتى حصل على فعل اي فعل كان فانه لا يعتبر ويجعل كانه فعل بغير اكراه كاكل الميتة وشرب الخمر واكل مال الغير حتى لا يحل اكل الميتة وشرب الخمر ولا يحل للاتلاف قاله خواهر زاده • وانما قسمنا ما ذكرنا حكم الاكراه شريعة لانه يثبت به وحكم الشيء ما يثبت به كالملك في باب البيع لانه يثبت به فكذلك هاهنا • فيقال تمزعه اي حزنه كذا في ديوان الادب

قوله قال واذا اكره على بيع ماله او على شرا سلعة او على ان يقر لرجل بالف او على ان يواجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع • اي قال القدوري وذلك لان هذه العقود اعني البيع والشرا والاقرار والاجارة تتوقف صحتها على الرضا • اما البيع والاجارة فلقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض والاكراه يعدم الرضا • والاقرار انما جعل حجة لترجح جانب الصدق على الكذب لانه لا يكذب على نفسه على التبع الطبيعة ومع وجود اكراه الغير يعدم الرضا لا يتحقق الصدق في الاقرار فيبطل الاقرار بالاكراه لان الظاهر انه اقر بذلك كذبا لدفع الشر عن نفسه • قال محمد بن الحسن في الاصل في باب ما يكره عليه اللصوص غير المتأولين وان هددوه بالحبس وقالوا الرجل لنحبسنك في السجن سنة او لنقيدنك او لتشربن هذا الخمر او لتاكلن لحم هذا الخنزير او هذه الميتة • او قالوا لنقيدنك ابدا ولا نخرجك من السجن فانه لا يباح له تناول هذه الاشيا • اذا كان لا يمنع منه الطعام والشراب • وذلك لانه لا يخاف من ذلك تلف نفس ولا عضو وذلك فان

خواهر زاده في مبسوطه اطلق محمد الجواب اطلاقا • ثم من مشايخنا من قال هذا اذا لم يكن الرجل متنعما ذا مروة • فاما اذا كان متنعما ذا مروة يشق عليه ذلك بحيث يقع في قلبه انه متى لم يتناول يموت او يذهب عضو من اعضائه يباح له التناول لانه خاف الضرورة او لو دخل الحبس في مكان مظلم يخاف ذهاب البصر لطول مقامه فيه فانه يباح له التناول لانه خاف الضرورة • ثم قال خواهر زاده وذكر بعض المشايخ ان محمدا انما اجاب هكذا بناء على ما كان من الحبس في زمانه • فاما الحبس الذي احدثوه اليوم في زماننا فانه يبيح التناول لانهم يحبسون الانسان بنحو الاكتاف به • ثم قال محمد في هذا الباب فان قالوا لنجيعنك او لنسلطن بعض ما ذكرنا فانه لا يباح له التناول حتى يجي من الجوع ما يخاف منه التلف على نفسه

قوله فسد اي يفسد هذه العقود وهي البيع والشرا والاقرار والاجارة بالاكراه

قوله بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم متصل بقوله والاكراه بهذه الاشيا او يعدم الرضا فتفسد • اي لا تفسد هذه العقود بالاكراه بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم • قال محمد في الاصل فان قال المتسلط لاضربنك سوطا او سوطين فانه لا يسعه التناول لان ضرب سوط او سوطين مما يخاف منه تلف النفس ولا ذهاب عضو الا ترى ان هذا القدر ربما يعيب به ويؤدب به الصغير • واذا كان مما لا يخاف التلف لم يوجد الضرب الا اذا قال لاضربنك سوطا او سوطين على عينك او على المذاكير فحينئذ يباح التناول ليحقق الاكراه لانه يخاف ذهاب عضو على نفسه في هذه الحالة وبه صرح خواهر زاده في مبسوطه • وقال محمد في الاصل وان قال ولنضربنك سوطا او لنحبسنك يوما او ساعة او تقر له بالف درهم فاقر فالقياس ان يكون ذلك اكراها • وذلك لان طواعيته التي اقيمت مقام الضرب لم يثبت • وفي الاستحسان انه اقرار طايع لان الانسان لا يلتزم ضرر الف درهم بحبس يوم او بقيد يوم او يومين او ساعة • فان الرجل قد يقيم في المنزل يوما او يومين اما للموافقة او للاختيار ولا ينتقل عليه مثل ما ينتقل ان لو ازيل عن ملكه درهم • وكذلك المراة تخضب يديها ورجليها وتربطها فيصير كالمقيد المحبوسة او يوما ولا ينتقل عليها • واذا كان كذلك كان الاقرار بالف درهم بحبس يوم او قيد يوم دليل الطواعية لانه لا يختار ضرر الف درهم على ما يلحقه من الغم والمشقة بحبس يوم ونحو ذلك • بخلاف ما اذا كان الحبس والقيد كثيرا حيث يكون الاقرار عن اكراه لاعن طواعية • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه من مشايخنا من قال محمد انه لا يكون اكراها اذا كان الرجل من اوساط الناس اومن السوقة • فاما اذا كان الرجل من الاشراف والاجلة او من كبار العلما او الروسا بحيث يستنكف ان يضرب سوطا واحدا في الملا او يحبس او يعزل في ملاس الناس او مجلس السلطان فانه يكون مكرها • لان مثل هذا الرجل يوثر الف درهم على ما يلحقه من الهوان والذل بهذا القدر من الحبس والقيد فاذا كان الرجل مثل هذا فانه يعتبر هذا اكراها في حقه • قال محمد في الاصل وان قال له لنقتلنك او لتقر لفلان بهذا الرجل بالف درهم فاقر له بخمسماية درهم فالاقرار باطل • وذلك لانه اقر مكرها لانه اقر ببعض ما اكره عليه • لان الاكراه على الالف اكراه على كل جزء من اجزايها • وقال في الاصل ايضا وان اكرهه على ان يقر له بالف درهم فاقر له بالفي درهم لزمته الف درهم وبطلت عنه الف درهم • وذلك لانه في الالف مكره وفي الالف الاخرى طايع فيصح اقرار الطايع لا المكره • قال بعض مشايخنا ما ذكر محمد قولهما كما اذا شهد شاهدان احدهما بالف والاخر بالفين والمدعي يدعي الفين فانه يقبل الشهادة على الف عندهما خلافا لابي حنيفة • فاما على قول ابي حنيفة يصح اقراره بالفي درهم لانه لم يقر بما اكره عليه • وانما اقر بغيره لان الاقرار بالالف غير الاقرار بالالفين في ذلك الخبر كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه • وقيل بل هذا الجواب قول اصحابنا لان محمدا لم يذكر فيه الخلاف • ووجه الفرق على هذا بين هذه المسألة وبين مسألة الشهادة لابي حنيفة ان المعتبر عند ابي حنيفة في الشهادة اتفاق الشهود في اللفظ الذي لا يوجب اختلاف المعنى • والالف غير الالفين في اللفظ وليس كذلك الاكراه لان المعتبر فيه الموافقة في المعنى دون اللفظ لان غرض المكره ان يتخلص ويتمثل على ارادته هو المكره وقد اتفقا في الالف في المعنى وان اختلفا في اللفظ • وقال محمد في الاصل وان اقر بماية دينار فانه يكون تجاوزا لانه اقرار طايع فانه لم يات بما اكره عليه ولا ببعض منه بل اتى بجنس اخر لان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة

قوله الا اذا كان الرجل صاحب منصب استثنا من قوله بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم • يعني اذا كان الرجل صاحب منصب يكون ذلك القدر من الضرب او الحبس او القيد اكراها يفسد به العقود وقد مر بيانه قبل هذا

قوله وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه انما ذكر هذا حتى يبين ان الاقرار بالاكراه يفسد كالبيع بالاكراه

قوله ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت ذكر هذا تفريعا على مسألة القدوري قال علا الدين العالم في طريقة الخلاف واجمعوا على انه لو سلم طايعا او اجاز طايعا يثبت الملك • وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه وهبة المشتري عندنا ملكا فاسدا • وقال زفر لا يملكه الا بعد تخيير المكره بعد ذلك • وجه قول زفر ان المكره فيما يصلح الا يعتبر آلة للمكره يجعل كانه آلة له في حق التسليم هو الذي فوات له اليد وان لم يصلح آلة له في حق العقد لانه لا يمكنه ان يتكلم بلسان غيره فكان التسليم وجد من المكره والبيع من المكره فلا يثبت الملك بالتسليم للمشتري ولان فيه خيار الاجازة كما في بيع الفضولي فثمة لا يثبت الملك فيه بالقبض للمشتري فكذا هنا • ولان فيه خيارا شرعا فلا يثبت الملك بالتسليم قياسا على الخيار الثابت شرطا • ولان الاكراه اكثر تاثيرا من الهزل في ابطال التصرفات • ولهذا صح طلاق الهازل واعتاقه بالاجماع في طلاق المكره واعتاقه اختلاف بالتسليم في بيع الهازل لا يفيد الملك فبيع المكره اولى • ولنا ان هذا البيع فاسد صدر من اهله في محله كالبيع بخيار الشرط لاحدهما فيفيد التسليم من المالك الملك قياسا على ساير البيوع الفاسدة الصادرة عن المالك • وانما قلنا انه فاسد لفوات الرضا بالاكراه والرضا شرط صحة البيع لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فيفسد لعدم الرضا ولكن لم يبطل لوجود ركن البيع وهو الايجاب والقبول من الاهل وهو المبادلة مضافا الى المحل وهو المال المتقوم الا ان الرضا شرط زايد ولا يخل بالركن انعدام شرط التصرف ولا ينعدم الحكم

ايضا ولكن ثبت وصف الفساد فكان الفساد ثابتا بحق العبد فاذا رضي به ارتفع الفساد • وانما قلنا انه صدر جدا لان الهزل ضد اللعب والمكره بالبيع لم يقصد اللعب بل قصد دفع الشر عن نفسه والخلاص عن القتل فاختار اهون الامرين عليه فكان جادا • وانما قلنا انه صدر من المالك مكلف لان الملك فيه له والتكليف بعد الاكراه باق • ولهذا لو اكره على القتل ياثم بالقتل بالاجماع • وانما قلنا خاليا من خيار الشرط لان الخيار لم يشترط اصلا لا للبايع ولا للمشتري • فان قيل لو كان بيع المكره كالبيع الفاسد لم يعد جايزا ابدا بالاجازة كالبيع درهما بدرهمين او بالف ورطل من خمر فلو كان يعود جايزا كان ينبغي ان يعود جايزا وقت معلوم كما في البيع الى الحصاد والدياس على مذهبكم وهنا في اي وقت اجازه المكره يعود جايزا على مذهبكم فصار كبيع الفضولي لا كالبيع الفاسد • قلنا ان بيع المكره له شبه بالبيع الموقوف • وشبه البيع الفاسد • اما الاول فلانه لم يوجد رضا المالك وقد خلي عن الشرط الفاسد • بخلاف البيع الفاسد فان فيه شرطا فاسدا • واما الثاني فلانه صدر من المالك ولكن فات رضاه • بخلاف بيع الفضولي فانه لم يوجد من المالك فلما كان له شبهان وفرنا على الشبهين حظهما فباعتبار الشبهة الاول يعود جايزا بالاجازة في اي وقت كانت كبيع الفضولي وباعتبار الشبه الثاني افاد الملك اذا اتصل به القبض كالبيع الفاسد ولم نعكس • لانا متى اظهرنا شبهة العقد الموقوف في حق الملك ولم يوجب الملك بعد التسليم لا يبقى لشبهة البيع الفاسد عمل في حكم ما فيبطل العمل بالشبهين فكان خيار الاجازة في بيع المكره على ما قررنا نظير خيار الرؤية والعيب فلم يمنع الملك لا نظير خيار الشرط • والجواب عما قال زفر انا قوله ان المكره يجعل اله للمكره في حق التسليم قلنا هذا الكلام ضعيف من زفر لان الخلاف بيننا فيما اذا حصل الاكراه بوعيد تلف او بوعيد تلف سوا • ولهذا لم يجعل المكره اله للمكره في الصورة الثانية حتى كان التسليم مقصورا على المكره ولم يجب الضمان على المكره ومع هذا لم يملك المشتري من المكره • واما قوله فيه خيار الاجازة فلا يفيد الملك كما في البيع الفضولي • قلنا القياس فاسد لان في الاصل لم يوجد التصرف من المالك وفي الفرع حصل من المالك فلهذا افترق • وقياس بيع المكره على بيع الهازل ضعيف لان الهازل قصد الهزل وهو اللعب والعبث الذي لا فايدة فيه • بخلاف المكره فانه لم يقصد اللعب بل قصد دفع الشر عن نفسه فكان بيعه مفيدا **قوله** فصار كسائر الشروط المفسدة اي صار الاكراه كالشروط المفسدة في حق توقف الملك على القبض • يعني ان بيع المكره صار بمنزلة العقود الفاسدة في هذا المعنى **قوله** حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة • اعلم ان المشتري من المكره او المتهب منه اذا تصرف فيما قبض فلا يخلو اما ان كان تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير والاستيلاد والطلاق والنكاح والرجعة في العدة والتدبير الذي باللسان في الايلاء لا يقدر على الجاع فليس للمكره نقضها لان هذه التصرفات لا تحتمل النقض بعد وقوعها من المالك وقد وقعت من المالك لان الملك ثبت بالقبض • فاذا لم يمكن له نقضها كان عاجزا عن الوصول الى عين حقه وكان له تضمين القيمة فان شا ضمن قيمته يوم سلم الى المشتري وان شا ضمن المشتري او المتهب يوم قبض • وان شا ضمنه يوم اعتق حتى لو كانت قيمته يوم العتق الفي درهم ويوم قبض المشتري والمتهب الفا كان له ان يضمن الالفين ويتخير المكره في التضمين ان شا ضمن المكره وان شا ضمن المشتري او المتهب لان كل واحد منهما احدث سبب الضمان • اما المكره فلانه ازاله يده عن ماله بغير اذنه فصار غاصبا فيضمن لان المكره في حق التسليم جعل اله فصار فعله كفعله • وكذلك المشتري لانه اتلف حقه في الاسترداد فرق ابو بين هذا وبين المشتري شراء فاسدا اعتقه بعد وجود تسليط صحيح من المالك • بخلاف المشتري من المكره فان تسليطه فاسد فيكون الاعتاق حاصلا بغير اذن المالك فكان له ان يضمنه قيمته يوم العتق ان شا او يوم القبض ان شا • هذا اذا اختار تضمين القابض • فان ضمن المكره كان له ان يرجع بذلك على القابض • وان قبض ذلك باذن المكره لانه قبضه للتملك وقبض التملك يوجب الضمان فاذا ضمنه القيمة يأخذ المشتري الثمن من المكره ان كان قايما لانه لم يسلم له المشترا فلا يسلم للمكره الثمن ايضا • وان كان هالكا لا يأخذ منه شيا لان الثمن امانة عند المكره باذن المشتري والقبض باذن المالك انما يجب به الضمان اذا كان للتملك والمكره لم يقبضه للتملك لانه مكره لا طايع ولا محمد بين هذا وبين الغاصب الاول اذا ضمن وكان وهب من غيره حيث لا يرجع بما ضمن من القيمة على الموهوب له • وهنا فان المكره يرجع بما ضمن على القابض • وذلك لان ملك الغاصب ثبت بالضمان سابقا على الهبة فصحت هبته فلم يكن له ان يضمن الموهوب له بعد ذلك • واما ملك المكره فتاخر عن الهبة لان المكره بالضمان انما يملكه من وقت التسليم والهبة كانت قبل التسليم فلا تصح • وان كان تصرفا يحتمل النقض بعد وقوعه كان للمكره ان ينقض ذلك وذلك كالبيع والكتابة والاجارة ونحوها • فرق بين هذا وبين البيوع الفاسدة والهبة الفاسدة اذا حصلت برضا المالك وتصرف المشتري او المتهب لا ينقض البايع الاول والواهب تصرفات القابض اي تصرف كان الا الاجارة فانه ينقضها لانها تفسخ بالاعذار ودفع الفساد عذر • ووجه الفرق ان تصرف القابض في العقود الفاسدة حصل بتسليط صحيح لانه طايع في التسليط فلم يكن للبايع او الواهب حق النقض • وانما كان له حق النقض بل نقض تصرف القابض لحق الشرع فلما تصرف تعلق به حق العبد وحق العبد مقدم لحاجته • اما المكره فلم يوجد منه تسليط صحيح فكان له ان ينقض جميع تصرفات القابض • هذا حاصل ما ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه الا انه في عبارته بسطا • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الاسبيجابي ومن اكره على بيع عبد فباعه لم يجز بيعه لعدم رضاه والرضا شرط في البيع • ولو سلم الى المشتري طايعا صح البيع وزال الاكراه • لان الاكراه على البيع لا يكون اكراها على التسليم لانه ليس شرط صحة البيع التسليم • بخلاف اذا اكره على الهبة والصدقة فسلم طايعا فانه لا يكون اجازة • لان الهبة والصدقة لا يصحان الا بالقبض فكان الاكراه عليهما اكراها بالقبض • ولو انه اكره على البيع والتسليم فسلم كان فاسدا الا ان المشتري ملكه على الفساد فان تصرف فيه تصرفا لا يحتمل الفسخ كالعتق والتدبير والاستيلاد لا يفسخ ويلزمه • والمكره بالخيار ان شا رجع على المكره بالقيمة وان شا رجع على

المشتري • وان شا رجع على المشتري • وان تصرف فيه تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والكتابة والاجارة ونحوها فله ان يفسخها بخلاف سائر البياعات الفاسدة ان تصرف المشتري تصرفا يحتمله لا يفسخ • ولو ان المشتري من المكره باعه كلها لان العقود كلها كانت نافذة الا انه كان له حق الفسخ لعدم الرضا فلما انضم الى اجازته نقض تمدد ذلك وزال الاكراه فجاز العقد الاول فجازت العقود كلها • وهذا بخلاف الغصب وهو ان الغاصب اذا باع والمشتري باع من اخر حتى تداولت الايدي فالمغصوب منه اي عقد اجازة جاز ذلك العقد خاصة • ولو ضمن احدهم جازت العقود التي بعده دون ما كان قبله لان العقود كلها غير نافذ فتوقفت العقود كلها على الاجازة فاذا اجاز شيا من ذلك جاز خاصة فان لم يجز ولكن ضمن جازت العقود كلها التي كانت بعده لان في التضمين تمليك فيستند الضمان الى وقت الجناية فيملكه من ذلك الوقت فتجوز العقود التي كانت بعده كذا ذكر في شرح الطحاوي **قوله** الا انه لا ينقطع به حق استرداد البايع استثنا من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة ذكره للفرق بين الاكراه والبيع الفاسد • يعني ان في صورة الاكراه للمكره حق الفسخ بجميع تصرفات المشتري وان تداولت الايدي اذا كان التصرف مما يحتمل الفسخ • وفي صورة البيع الفاسد ليس للبايع ان ينقض تصرف المشتري الا الاجارة فانه ينقضها وقد مر البيان **قوله** قال العبد الضعيف ومن جمل البيع الجايز المفاد ديننا فاسدا يجعله كبيع المكره اراد به ما يسميه اهل بخارا وسمرقند بيع الوفا • وصورته ان يقول البايع للمشتري مثلا بعتك هذا الكرم بهذا الثمن حتى دفعت اليك ثمنك تدفع الي الكرم فقبل المشتري ذلك وفيه اختلاف المشايخ قال بعضهم البيع فاسد بمنزلة بيع المكره فكان للبايع حق نقض بيع المشتري وهبته لانه بيع بشرط فاسد • واليه ذهب الصدر الشهيد حسام الدين والامام ظهير الدين المرغيناني وظهير الدين اسحق الولوالجي وجماعة اخرون • ومنهم من جعله رهنا نظرا الى قصد المتعاقدين لانهما قصدا ان يكون المبيع محبوسا بالثمن المودي الى حين رد الثمن الى المشتري فكان رهنا معنى • وقيل في خلاصة الفتاوي عن فتاوي نجم الدين النسفي ان حكم بيع الوفا حكم الرهن • وقال بعضهم انه باطل كبيع الهازل • وقال المشايخ بسمرقند انه بيع جايز مفيد لبعض الاحكام وهو التصرف دون البعض وهو البيع والهبة من اخر وهو المفاد عند هم لحاجة الناس اليه ذلك لانهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع لهذا الوجه بل يجوزونه الى ان يرد البايع الثمن الى المشتري وعلى المشتري ان يرد المبيع الى البايع ايضا ولا يمتنع عن الرد ولهذا سموه بيع الوفا لانه وفي بما عهد من رد المبيع والاصح عندي انه بيع فاسد يوجب الملك بعد القبض وحكمه حكم سائر البيوع الفاسدة لانه بيع بشرط لا يقتضيه العقد • وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط **قوله** قال فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان عقد البيع يتعلق به الاستحقاق وغرض المكره من الاكراه على البيع ان يتناول المكره ما يتعلق به الاستحقاق فاذا حصل الغرض فلم يكن القبض مكرها عليه فاذا قبض الثمن بعد ذلك بلا اكراه كان ذلك دليلا على رضاه بالبيع السابق فكان القبض اجازة دلالة كما في البيع الموقوف اذا قبض المالك الثمن كان اجازة فكذا هنا • وكذلك اذا اسلم المبيع طوعا بعد ان اكره على البيع لا على التسليم لا يكون التسليم اجازة ايضا • بخلاف ما اذا اكره على الهبة والصدقة لا على التسليم فوهب وتصدق ثم سلم بلا اكراه على التسليم لا يكون هذا التسليم اجازة لان صحتهما موقوفة على القبض فكان الاكراه على الهبة والصدقة اكراها على تسليمها **قوله** حتى يكون باطلا اراد هذا الباطل الفاسد لانه يثبت الملك مدة كما فاسدا بالقبض **قوله** وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قايما في يده • هذا لفظ القدوري في مختصره • اي ان قبض الثمن مكرها لا يكون ذلك اجازة للبيع وعلى القابض رده ان كان قايما وان كان هالكا فلا لانه هلك امانة وقد مر بيانه قبل هذا **قوله** قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبايع • اي قال القدوري في مختصره وانما يضمن المشتري قيمة المبيع للبايع الذي هو مكره لانه مقبوض بحكم بيع فاسد فكان مضمونا عليه بالقيمة **قوله** وللمكره ان يضمن المكره ان شا هذا لفظ القدوري في مختصره • يعني ان للمكره خيارا في التضمين ان شا ضمن المشتري وان شا ضمن المكره لان كل واحد منهما احدث سبب الضمان وقد مر بيانه **قوله** وان ضمن المشتري نفذ كل شرا كان بعده • لان الشراء الثاني لانه ملكه بالضمان فتبين انه باع ملك نفسه ولا ينفذ ما كان من الشراء قبل الشراء الثاني لان الاستناد للملك الى وقت الشراء لا غير • بخلاف البايع المكره اذا اجاز بعض العقود ينفذ الكل لان العقود موقوفة على الاجازة فلما وجدت جاز الكل وقد مر بيانه عن شرح الطحاوي قبل هذا والله اعلم

فصل

وانما فصل بفصل لان ما تقدم ما يحل فعله قبل الاكراه ومسايل الفصل ليست كذلك لانها محظورة قبل الاكراه في حالة السعة وبعد الاكراه بعضها محظور فعلها وبعضها يحل وسيجي بيانه **قوله** وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر ان اكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضايه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به • فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو اثم • قال صاحب الهداية وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير • يعني اذا اكره على شرب الدم واكل لحم الخنزير لا يحل له الا اذا خاف التلف • قال في الاصل لو ان قوما من اللصوص من المسلمين غير المتاولين او من لصوص اهل الذمة اجتمعوا فغلبوا على مصر من امصار المسلمين وامروا عليهم اميرا فاخذوا رجلا من المسلمين وقالوا له لنقتلنك او لتشربن هذا الخمر او لتاكلن هذه الميتة او لتاكلن لحم هذا الخنزير كان في سعة من تناوله بل يفترض عليه التناول اذا كان في غالب رايه انه متى لم يتناول قتلوه وذلك لقوله تعالى في سورة البقرة انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم • وقال في سورة المائدة حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع الا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وان تستقسموا بالازلام • الى ان قال فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم • وقال في سورة الانعام وما لكم الا تاكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه • وقال في سورة الانعام ايضا قل لا اجد فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة او دما مسفوحا او لحم خنزير فانه رجس او فسقا اهل لغير الله به فمن اضطر

غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم ۔ وقال في سورة النحل إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير
باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم ۔ وجه الاستدلال أن الله تعالى استثنى حالة الضرورة والمستثنى يكون حكمه أبدا على خلاف حكم المستثنى
منه لا محالة فيحل المستثنى ولم يفصل بين أن يكون الضرورة بسبب المخمصة أو الإكراه فيتناول النص بإطلاقه النوعين جميعا ۔ ثم إذا أكره
بحبس أو قيد أو ضرب لا يخاف من ذلك تلف النفس أو العضو لا يتحقق الضرورة فلا يحل التناول فإذا أكره بما يخاف على النفس أو على عضو من أعضائه
تحققت الضرورة فحل التناول ۔ وإذا امتنع من ذلك حتى قتل كان آثما مؤاخذا بدمه لأن الاستثناء من الحظر إباحة فكانت الميتة ونحوها
حالة الضرورة مباحة فلو أكره على أن يأكل شيئا مباحا فأبى حتى قتل كان آثما لأنه لا يحل له أن يمكن نفسه من القتل بل يعترض عليه التناول فكذا هذا إلا إذا كان
الرجل جاهلا بالإباحة حالة الضرورة فلم يتناول حتى قتل قال محمد رجوت أن يكون في سعة من ذلك لأن في انكشاف الحرمة عند الضرورة
خفاء فيعذر بالجهل حيث قصد التحرز عن مباشرة الحرام ۔ هذا إذا كان في غالب رأيه أنه يفعل به ما أكره به من القتل لو لم يتناول ما أكره
عليه ۔ فأما إذا كان في غالب رأيه أنه يمازحه بذلك أو يهدده ولا يحقق ذلك لا يباح التناول بل يحكم رأيه لأنه اشتبه عليه أمر من أمور
الدين ولا يجد دليلا آخر سوى التحري فيعمل به كما في اشتباه القبلة ۔ وقال في الأصل إذا قالوا لنضربنك بمائة سوط أو لتأكلن هذه
الأشياء فإنه يحكم رأيه ۔ فإن كان يخاف من ذلك تلف نفسه أو تلف عضو من أعضائه حل له التناول ۔ وإن كان غالب رأيه أنه لا يتلف
بذلك ولا عضو من أعضائه فإنه لا يباح له التناول ۔ قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه ولم يوقت في ذلك مقدارا بل فوض
ذلك إلى رأي المكره في الضرب لأن التقدير بمقدار واحد متعذر في جميع الناس لأنهم متفاوتون في القوى واحتمال الضرب فرب
رجل لا يحتمل لضعف جسده ضرب عشرة أسواط أو يخاف من ذلك التلف أو ذهاب عضو من أعضائه ۔ وقال شيخ الإسلام خواهر زاده
وبعض الناس قدروا بأربعين الذي هو أدنى الحدود لأنه حد العبيد في القذف والشرب ۔ قال فإن هدد بضرب أربعين سوطا
يباح له التناول من هذه الأشياء ۔ وإن كان أقل لا يباح له التناول وهذا التقدير ليس بشيء لتفاوت الناس في احتمال الضرب
لأن المعتبر من الضرب هو المتلف للنفس أو العضو ۔ ولهذا قلنا لو هدده بضرب سوط على العين أو على المذاكير تحقق الإكراه فحل تناول
هذه الأشياء ۔ ثم جعل هذه المسائل على ثلاثة أوجه في وجه العزيمة فيه الإقدام على ما أكره عليه ۔ ولو امتنع حتى قتل يأثم وهو في
شرب الخمر وتناول الميتة وما يجري مجراه وقد مر بيان ذلك ۔ وفي وجه يرخص الإقدام عليه مع أن العزيمة هو الامتناع وهو
في إجراء كلمة الكفر وسب النبي صلى الله عليه وسلم وما هو كفر واستخفاف بالدين حتى لو أقدم عليه وهو مكره لا يؤاخذ به ۔ ولو صبر
حتى قتل يكون مأجورا ۔ وفي وجه العزيمة هو الامتناع عنه ولا يرخص في الإقدام عليه بحال وهي قتل نفس معصوم محترم أو قطع
عضو منه والزنا لا يحل له أن يقدم عليه بحال وتناول مال الغير وإتلاف ماله نظير القسم الثاني في وسعي كلامهم في موضعه إن شاء
الله تعالى ۔ قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي في أول كتاب الإكراه هذا كتاب ظهر فيه كرامة محمد رحمه الله لما
صنف هذا الكتاب ذكر السلاطين فيه باسم اللصوص فذكر عند الخليفة أنه صنف كتابا وسماكم فيه لصوصا فبعث أعوانه إليه ليأخذوا
منه ذلك الكتاب وينظروا فيه هل فيه كذلك وكان له صديق بين يديه فنبه إليه قبل أن يأتيه أعوان الخليفة فأخرج ما يجري في هذا
الكتاب وألقاه في بئر ماء له في الدار فدخل الأعوان فلم يجدوا فيه هذا الكتاب فخرجوا ... فلما خرجوا من عنده اهتم بذلك اهتماما
شديدا لأنه أجهد في تأليفه فجاء إلى رأس البئر لينظر هل بقي ... في تصنيفه فنظر فإذا صحيفة شاخصة
في أسفل البئر ووقع عليه الكتاب ولم يبتل ورقة منها فبعد ذلك ظهر كرامته وكرامة الأولياء حق وهي من معجزات نبينا محمد صلى الله عليه
وسلم لأن ذلك لأجل محبته هذا الدين ۔ ثم اعلم أن المريض مرضا يخاف من الموت وهو صائم إذا لم يأكل ويشرب إذا أكره فقيل له ليفطرن وإلا
لتقتلن فأبى أن يفطر وهو يعلم أن ذلك يسعه كان آثما ۔ وكذلك لو قيل للمسافر في شهر رمضان وهو صائم ليفطرن أو لأقتلنك فأبى
أن يفطر وهو يعلم أن ذلك يسعه كان آثما وفرق بين هذا وبين المكره على الكفر بالقتل إذا أبى حتى قتل وهو يعلم أن ذلك يسعه فإنه
يكون مأجورا ولا يكون آثما ۔ وكذلك المكره على أخذ مال الغير بالقتل وهو يعلم أن ذلك حرام فأبى حتى قتل كان ذلك مأجورا وكذلك
المحرم على قتل الصيد إذا أكره بالقتل إذا امتنع عن الصيد حتى قتل وهو يعلم أن ذلك يسعه فإنه يكون مأجورا شهيدا ۔ وكذلك المكره
على ترك الصلاة المكتوبة في الوقت إذا أبى حتى قتل وهو يعلم أن ذلك يسعه كان مأجورا ۔ وكذلك المقيم الصحيح البالغ إذا أكره على
الفطر في شهر رمضان وأبى حتى قتل كان مأجورا ۔ والأصل في تخريج هذه المسائل أن ما حرمه النص حالة الاختيار ثم أبيح ذلك حالة الاضطرار
وهو مما يجوز أن يرد الشرع بإباحته كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الخمر وإباحة الفطر في رمضان للمسافر أو للمريض إذا امتنع عن ذلك
كان آثما إذا قتل لأنه أتلف نفسه لا لإعزاز دين الله تعالى فإنه ليس في التورع عن المباح إعزاز دين الله تعالى ۔ ومن أتلف نفسه
لا لإعزاز دين الله كان آثما ۔ وما حرمه النص حالة الاختيار ثم رخص حالة الاضطرار وليس هو مما يجوز أن يرد الشرع بإباحته كالكفر
بالله ومظالم العباد ۔ وإذا امتنع فقتل كان مأجورا لأنه بذل مهجته لإعزاز دين الله حيث تورع عن ارتكاب المحرم ۔ وكذلك ما
ثبت حرمته بالنص ولم يرد النص بإباحته حالة الضرورة كالإكراه على ترك الصلاة في الوقت وعلى الفطر في رمضان للمقيم الصحيح
إذا امتنع عن ذلك فقتل كان مأجورا لأنه بذل مهجته لإعزاز الدين وقتل الصيد للمحرم كذلك هذا حاصل ما ذكر خواهر زاده في
مبسوطه ۔ وقال في آخر كتاب الإجارات من الشامل اضطر إلى أكل الميتة وهو محرم ووجد صيدا لا يقتله ويأكل الميتة لأن حرمة
الصيد ثابتة في حق المحرم مطلقة والميتة حلال في هذه الحالة ۔ **قوله** في أول الإسلام أي في عهد النبي صلى الله عليه وسلم **قوله**
قال وإن أكره على الكفر بالله تعالى أو سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك إكراها حتى يكره بأمر يخاف منه
على نفسه أو على عضو من أعضائه ۔ أي قال القدوري في مختصره وذلك لأن الإكراه بهذه الأشياء إذا لم يكن ثمة خوف التلف على النفس أو على العضو

لا يكون ملجئا ولا يعتبر إكراها حتى إذا أظهر الكفر بالله أو سب الرسول بهذا القدر بلا خوف التلف يكفر وتبين منه امرأته لأن حرمة الكفر
أشد من حرمة شرب الخمر وأكل الميتة ۔ وإذا لم يتحقق الإكراه ثمة فهنا أولى لأن حرمة الكفر لا تنكشف بحال ولا يبيحه الضرورة لثبوتها في
العقل والشرع إلا إذا خاف التلف فحينئذ يرخص له إظهار الكفر باللسان وقلبه مطمئن بالإيمان لأن في الامتناع عن الكفر فوات حق المكره صورة
ومعنى ۔ وفي الإقدام على الكفر فوات حق الله صورة لا معنى لقيام التصديق فيرخص الإقدام على الكفر لصيانة مهجته وفيه نزل قوله إلا من
أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ۔ قال في التيسير نزلت الآية في عمار بن ياسر خرج مهاجرا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع جماعة فأخذهم
كفار مكة ۔ وقالوا إنكم تريدون محمدا وعذبوهم وأكرهوهم على الكفر فصبر بعضهم حتى قتل وتكلم عمار بما أكرهوه عليه وقلبه مطمئن
بالإيمان فخلوا عنه فلما قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبره بذلك فنزلت الآية ۔ وقال النبي صلى الله عليه وسلم إن عادوا فعد
قوله فإذا خاف ذلك وسعه أن يظهر خلاف ما أضمر في قلبه والمراد منه إظهار الكفر باللسان مع إضمار الإيمان في القلب
وفي الفوائد في حديث النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفرا ورى بغيره أي كنى عنه وستر ۔ **قوله** لحديث عمار بن ياسر
رضي الله عنه ۔ وحديث عمار هو الذي رويناه عن التيسير ۔ قال محمد بن إسحق في تصنيفه في سيرة النبي صلى الله عليه وسلم وكانت بنو مخزوم
يخرجون بعمار بن ياسر وبأبيه وأمه وكانوا أهل بيت إسلام إذا حميت الظهيرة يعذبونهم برمضاء مكة فيمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
فيقول فيما بلغني صبرا آل ياسر موعدكم الجنة فأما أمه فقتلوها وهي تأبى إلا الإسلام ۔ وقال ابن إسحق أيضا وحدثني حكيم بن جبير عن سعيد
بن جبير قال قلت لعبد الله بن عباس أكان المشركون يبلغون من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من العذاب ما يعذرون به في ترك دينهم قال
نعم والله إن كانوا ليضربون أحدهم ويجيعونه ويعطشونه حتى ما يقدر أن يستوي جالسا من شدة الضرب الذي به حتى يعطيهم ما سألوه من
الفتنة حتى يقولوا له اللات والعزى إلهك من دون الله فيقول نعم حتى أن الجعل ليمر بهم فيقولون له أهذا الجعل إلهك من دون الله
فيقول نعم افتداء مما يبلغون من جهده ۔ وقال القتبي وسمية أم عمار وهي أول شهيد في الإسلام وجاءها أبو جهل بحربة فماتت
وشهد عمار صفين مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه فقتل ودفن هناك وصلى عليه علي ولم يغسله وقتل وهو ابن سبع وثلاثين وقيل ابن ثلاث
وتسعين سنة ۔ **قوله** إن عادوا فعد أي إن عاد الكفار إلى الإكراه فعد أنت إلى طمأنينة القلب بالإيمان يعني فاثبت على الطمأنينة
وهو أمر بالثبات على ما كان لا أمر بما ليس بكائن من الطمأنينة ۔ كما في قوله تعالى اهدنا الصراط أو معناه إن عادوا إلى الإكراه فأت
بمثل ما أتيت به أولا من إجراء كلمة الكفر على اللسان وطمأنينة القلب بالإيمان ۔ **قوله** قال فإن صبر حتى قتل ولم يظهر
الكفر كان مأجورا ۔ أي قال القدوري في مختصره قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه ۔ والأصل في ذلك ما روي أن خبيبا
حين أخذه كفار مكة وأكرهوه على الكفر صبر حتى صلب وقتل أنهم لما أرادوا قتله استأذن منهم فصلى ركعتين ثم قال لولا أنكم ترون
أني أجزع من الموت لزدت ثم رفع بصره فلم ير فيهم إلا رجلا بيده سيف أو قوس أو عصا ثم قال اللهم بلغ محمدا وأصحابه مني السلام ثم دعا
على الكفار وقال اللهم أحصهم عددا وأهلكهم بددا ولا تبق منهم أحدا فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال وعليه السلام ثم
قال إن خبيبا أفضل الشهداء يوم القيمة ۔ وهذا بخلاف الإكراه على شرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير حيث يكون آثما بالامتناع لوجود
الاستثناء بقوله إلا ما اضطررتم إليه ۔ وهذا لأن الاستثناء من الحظر إباحة والتورع من المباح ليس إعزاز دين الله تعالى ۔ بخلاف
الاستثناء في قوله تعالى إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان لأن الاستثناء ثمة من الغضب فلا يلزم من انتفاء الغضب ثبوت الحل ۔ وهذا
هو المراد من قوله بخلاف ما تقدم أي في مسئلة شرب الخمر وأكل الميتة ۔ وقال ابن شاهين في كتاب المعجم بإسناده إلى الزهري قال أول
من سن الركعتين عند القتل خبيب ۔ ثم قال ابن شاهين بإسناده إلى زيد بن إسحق أن أبا الأفلح عاصم بن ثابت بن بكير من بني عمرو بن
عوف وخبيب بن عدي بن ربيع من بني عمرو بن عوف وزيد بن دثنة من بني بياضة خرجوا في جيش من جيوش رسول الله صلى الله عليه وسلم
حتى وردوا ماء من مياه بني لحيان يقال له الرجيع أمام عسفان فخرجوا ربيئة من أصحابهم وطليعة لهم فوجد بعض أهل تلك الأرض
آثارهم فأنكروهم فاستعدوا على الأثر فاجتمع إليه نفر كثير وأخذوا السلاح ثم رحلوا على آثارهم فأدركوهم قريبا من الرجيع فقال لهم
المشركون ليس لكم بنا طاقة وقد ترون كثرتنا وليس لنا بقتلكم حاجة ۔ فإن تلقوا السلاح نؤمنكم من القتل وإن تحدث بكم شيئا
حتى يبلغ صاحبكم خبركم فيفديكم أو يدع فطرح خبيب وزيد سلاحهما وأبى عاصم فقتل رجلين بالنبل قبل أن يصلوا إليه ثم غشوه فاخترط
سيفه فقتل الثالث وقتلوه ۔ ثم عمد المشركون إلى صاحبيه خبيب وزيد فقيدوهما ولم يوثقوا بهما فباعوهما بمكة فخرج المشركون
بخبيب ليقتلوه ونصبوا له خشبة ليصلبوه ثم جروه فقالوا ارجع إلى دينك نكرمك وننجك ۔ وإن ثبت على صبوتك
صلبناك على هذه الخشبة فأبى إلا الثبات على دينه وحب الإسلام فقال فلست أبالي حين أقتل مسلما على أي جنب كان لله مصرعي
وذلك في ذات الإله ۔ وإن يشأ يبارك على أوصال شلو ممزع فقال المشركون إنه غير تارك صبوته فأوثقوه فقال دعوني أصلي
ركعتين ثم شأنكم فقالوا اركع ما بدا لك فركع خبيب ركعتين ثم قال اللهم إني لا أجد أحدا أسلم عني بنبيك صلى الله عليه وسلم مني السلام
يبلغ وإنك إن شئت فعلت وأنا أسألك ذلك ثم صلبوه رحمه الله فبينما رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك الساعة وهو بالمدينة
... من أصحابه إذ جاءه جبريل فقال إن خبيبا قد صلب وقد سأل الله عز وجل أن يبلغك منه السلام وقد سلم عليك فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم وعليك السلام ورحمة الله وبركاته فقال لأصحابه ما هذا يا رسول الله فقال هذا أخوكم خبيب قد أخرجه المشركون
من الحرم إلى التنعيم ليصلبوه فركع ركعتين ثم سأل الله أن يبلغني منه السلام فقيل جاءني جبريل فبلغني عنه السلام وأخبرني بخروجهم
وصلبهم إياه. فعلم ذلك اليوم وتلك الساعة فوجد اليوم حيث والساعة التي صلب فيها رحمه الله ۔ **قوله** قال في شرح الأقطع
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في مثل خبيب إذا بالمنار ذاته لا نعرفه كما قال المتنبي مثلك الحر عن صوبه ويسترد الدمع عن عينه

ولم اقل سلا ابن سواك بالمرد بلا مشبه لخاطب بالمجاع عضد الدولة ، والصوب القصد والصوب الاصابة والرب يجري الدم كذا قال ابن الحنفي **قوله** قال وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك اي قال القدوري في مختصره قال في الاصل ولو اكره رجل حلاجي باخذ مال فلان يدفعه اليه وكان الاكراه بوعيد تلف مال رجوت ان يكون في سعة من اخذ ماله ، وذلك لان مال الغير ما يستباح بضرورة المخمصة فكذا يستباح بالاكراه لان في الاكراه ضرورة فانه يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه كما في المخمصة ولكن علقه بالرجا لان اباحة الاخذ لم تثبت بعين النص وانما يثبت استدلالا باجرا كلمة الكفر لان حرمة الكفر ما لا يباح بحال كالظلم فكان ورود الرخصة في اجرا كلمة الكفر ورودا في المال ان صبر وقتل كان افضل وكان ماجورا لاخذه بالعزيمة لان اخذ مال الغير من المظالم وحرمة الظلم لا تنكشف ولا تباح بحال كالكفر قاله شيخ الاسلام خواهر زاده ، وفرق ابين هذا وبين ما اذا كان الرجل في سفر فاصابه جوعة ومع رفيقه طعام فلم ياخذ منه حتى مات فانه باثم ، وههنا اذا اكره على اخذ مال الغير فلم ياخذ حتى قتل لم ياثم ، قال ابو اسحق الحافظ رضي الله عنه يقول لا فرق بين المسئلتين وتاويل ما قال في المخمصة انه ياثم اذا كان لا يعطيه اصلا ويتاذى باخذ ولا يطيب نفسه بذلك فكره ان يتاذى اخوه بذلك فصبر حتى مات فانه لا ياثم كما في الاكراه ، وفي الاكراه لو كان صاحب المال يعطيه بالقيمة فلم ياخذ حتى مات يقول انه ياثم فاذا لا فرق بين المسئلتين من حيث المعنى **قوله** ولصاحب المال ان يضمن المكره هذا لفظ القدوري في مختصره ، وذلك لان فعل المكره فيما يصلح آلة للمكره ينتقل الى المكره فصار كان المكره باشره بنفسه فلزمه الضمان ، بخلاف ما لا يصلح فيه آلة حيث لا ينتقل كالاكل والوطي والتكلم لانه لا يمكن ان ياكل بفم غيره ولا ان يطا بآلة غيره ولا ان يتكلم بلسان غيره ولهذا لو كان الاكراه على عتاق عبد كان الضمان على المكره لان المكره في حق الاتلاف يصلح آلة ولكن الولاء للمكره لانه لا يصلح آلة في حق التكلم ، وهذا معنى قوله والاتلاف من هذا القبيل اي من قبيل ما يصلح المكره آلة للمكره لانه يمكنه ان ياخذ فيضرب به ويتلف به مالا او نفسا **قوله** وان اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان اثما ، هذا لفظ القدوري في مختصره ، والاصل في هذا ان الاكراه يبيح ما تبيحه الضرورة وما لا تبيحه الضرورة فلا يبيحه الاكراه وقتل المسلم لا يباح فان قتله كان اثما فكذا لا يباح بالاكراه **قوله** قال والقصاص على المكره ان كان عمدا اي قال القدوري في مختصره اعلم ان المكره بوعيد تلف على قتل مسلم اذا قتله بالسيف اختلفوا في وجوب القصاص ، قال ابو حنيفة ومحمد يجب القصاص على المكره الامر ولا يقتل المكره ، وقال زفر يقتل المكره المامور ولا يقتل الامر ، وقال ابو يوسف لا يقتل واحد منهما ويجب الدية في مال الامر ولا شي على المامور الا الاثم ، ولكن يعزر المامور ، وقال الشافعي رحمه الله يقتل الامر والمامور جميعا كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده هكذا ، وذكر عامة علمائنا في عامة الكتب الكرخي وغيره قول محمد مع ابي حنيفة ، وذكر الطحاوي في مختصره قول محمد مع ابي يوسف ، قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وذلك ليس بسديد وذكر في شرح الاقطع قول الشافعي رحمه الله كقول ابي حنيفة ومحمد ، وجه قول زفر ان الاكراه على القتل لا يبيح له الاقدام على القتل بالاتفاق فكان وجود الاكراه وعدمه بمنزلة والقتل موجود حقيقة من الفاعل بصيغة الحظر في محل معصوم فوجب القصاص عليه ، الا ترى ان الفاعل ياثم اثم القتل ولا يتحول اثم القتل بلا قتل ، بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير حيث يضمن الامر ، لان الاكراه اباح اتلاف مال الغير ولهذا اسقط الاثم عن المامور ، ووجه قول الشافعي رحمه الله ان القتل من الفاعل مباشرة ومن الحامل تسبيبا فيقتلان جميعا لان للتسبيب حكم المباشر عنده ولهذا اذا رجع شهود القصاص او ماكان المشهود جميعا يجب القصاص على الشهود عند الشافعي لانهم قتلوه حكما لانهم اوجبوا اهدار الدم وعرضوه للتلف ، ووجه قول ابي يوسف ان القتل وجد من الفاعل من وجه لان الفاعل يصلح آلة فصار الفعل منقولا الى الفاعل ووجد من الفاعل من وجه لحصول تصور في الفعل فكان شبهة فلم يجب القصاص على احد لان القصاص مما يندرئ بالشبهة ، ووجه قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ان الاكراه الملجي متى تحقق كان الفاعل فيما يصلح آلة كالآلة للحامل كما في اتلاف المال ، واذا كان كالآلة صار كانه اخذه وضربه بالسيف او السكين باخذه ويضربه به فصار كان الحامل هو الذي باشر القتل فوجب القصاص عليه لان الفعل صار منقولا اليه فيما يصلح آلة لا فيما لا يصلح آلة وهو الاثم ، وانما جعل الفاعل آلة في حق القصاص لان الانسان مجبول على حب حياته فلما اقدم على الهلاك عند الاكراه جعل طريقا لدفع الشر عن نفسه فصار ينبضه الطبع مجبولا على الفعل بلا اختيار كالسيف والسكين في يد الحامل فمتى صار فعل الفاعل منقولا الى الحامل في حق الضمان لم يبق المباشر لان الفعل الواحد لا يستقيم ان يتصف بالفاعلين ، فان قلت اذا صار الفعل منقولا الى الفاعل لم يأثم المباشر ، قلت لم ننقل نحن الفعل مطلقا بل نقلناه فيما يصلح آلة لا فيما لا يصلح آلة وهو الجناية على دينه لانه غرض الحامل ان يجعل الفاعل جانيا على دين نفسه باختياره وجه على روح غيره فصار هذا الفعل من حيث كونه موجبا للضمان مضافا الى الحامل ومن حيث الجناية على الدين مقتصرا على الفاعل كالاكراه على الاعتاق فانه يضاف الى الحامل من حيث الضمان ويضاف الى الفاعل من حيث تحصيل العتاق حتى يكون الولاء له لانه لا يصلح آلة في هذا المعنى لانه لا يمكن ان يتكلم بلسان غيره **قوله** كما في شهود القصاص يعني اذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه او عاد المشهود عليه حيا يجب القصاص عليهم عند الشافعي لما قلنا ، وعندنا لا قصاص عليهم لان القصاص جزاء القتل فيجب ان يكون القتل فعلا للقاتل من كل وجه والشهود لم يوجد منهم صورة القتل فصارت شبهة ، بخلاف القتل الموجود من المكره الفاعل حيث وجب القصاص على الحامل لان الصورة الموجودة من الفاعل اضيفت الى الحامل لانه استعمله كالآلة بلا اختيار في تحصيل تلك الصورة

قوله وفي اكراه المجوسي من اضافة المصدر الى المفعول **قوله** قال وان اكرهه على طلاق امراته او عتق عبد ففعل وقع ما اكره عليه ، اي قال القدوري في مختصره وهذا مذهبنا ، وعند الشافعي لا يقع طلاق المكره وعتاقه وتصرفاته كلها الا الا ان يكون الاكراه بحق ، وعندنا تصرفات المكره كلها منعقدة الا ان بعضها منعقد بوصف الصحة وبعضها بوصف الفساد لان الرضا شرط الصحة لا شرط الانعقاد وما لا يكون الرضا فيه شرطا ينعقد بوصف الجواز ، له قوله عليه السلام رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه ، ولنا قوله عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة رواه ابو هريرة في السنن والجامع الترمذي وفي شرح الآثار وغيرها ، وروى الترمذي في جامعه مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله ، ولان الاكراه لا ينافي الخطاب الا ترى الى قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ، والجواب عن الحديث قلنا المراد منه حكم الآخرة وهو الاثم لا حكم الدنيا ، الا ترى انه يجب في القتل الخطا الدية والكفارة وذلك حكم الدنيا فعلم ان حكم الدنيا ليس بمرفوع ، وكذا جماع المكره يوجب الغسل ويفسد عليه حجه وصومه والمهر يجب على المكره الجامع ولا يرجع به على الذي اكرهه فعلم بذلك ان حكم الدنيا ليس بمرفوع ولانه قاصد الى الايقاع غير راض بالحكم فصار كالهازل وشرط الخيار وباقي البيان مر في فصل الثاني من كتاب الطلاق فلينظر ثمه ان شاء الله تعالى ، ثم اعلم ان الاكراه لا يعمل في اشيا منها الطلاق والعتاق والنكاح والرجعة والتدبير والعفو عن القصاص واليمين والنذر والظهار والايلا والفي في الايلا والاسلام لانه انشا تصرف ، ولان هذه الاشيا تصرف لا يبطله الهزل ويتعلق صحته باللفظ فلا يبطله الاكراه **قوله** قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد ، اي قال القدوري في مختصره قال محمد بن الحسن في الاصل ولو ان رجلا اكرهه لص مما يقوى على الامضا لم سعه بوعيد قتل او تلف او على عتق عبد فاعتقه فان العتق جائز لا يرد ، وذلك لان العتق تصرف لا يبطله الهزل فلا يبطله الاكراه كالطلاق ، وهذه المسئلة تضمنت احكاما اربعة احدها ان العتق جائز وفيه خلاف الشافعي وقد مر البيان ، والثاني ان الولا للمولى العبد لا للمكره ، والثالث ان المكره يضمن قيمة العبد يوم الاعتاق موسرا كان او معسرا ، والرابع ان العبد لا سعاية عليه لاحد ، اما الاول وهو جواز العتق فلما بينا والمعنى في المسئلة ان هذا انشا تصرف صدر من الاهل مضافا الى المحل فيصح وذلك لان ايقاع تصرف للحال وليس باخبار عن امر ماض ووجود الاهلية ظاهر حقيقة لانها بالبلوغ والعقل الذي يحصل به التمييز وهذا حاصل ، الا ترى انه مخاطب الشرع وكذا حكما لانها بالتكليف والتكليف قائم بعد الاكراه ، وكذا وجود المحل ظاهر لان محل الاعتاق وهو عبده ومحل الطلاق زوجته ولا يلزم الاقرار لانا احترزنا عنه بقولنا انشا تصرف والاقرار ليس بانشا بل هو اخبار عن امر ماض والخبر الصدق بالطواعية ولم يوجد ذلك في الاكراه بل ترجح جانب الاخبار وهو يحتمل الصدق والكذب فلم يعتبر اقرار المكره لان اقرار الطائع انما اعتبر لترجح جانب الصدق بالطواعية ولم يوجد ذلك في الاكراه بل ترجح جانب الكذب لانه لو كان صادقا في الاقرار لم يحتج الى الاكراه ولم يلزم الرد لانه ليس بانشا تصرف بل هو اخبار عن امر كان وهو كما اعتقد في قلبه ، وهو الحكم الثاني وهو الولا فانه لمولى العبد لان كلامه من حيث انه اعتاق مقصور عليه وليس بمنقول ومضاف الى الامر والولا لمن اعتق بالحديث ، واما الحكم الثالث وهو ان المكره يضمن قيمة العبد موسرا كان او معسرا لان كلام المامور من حيث انه اتلاف منقول الى الامر فكانه قبض بيد المكره واتلف به العبد وضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار كما هذه بين سمعا على رجل انه اعتق عبده ثم قضى القاضي بالعتق ثم رجعا يضمنان موسرين كانا او معسرين لانهما ضمنا باتلاف لا بالاعتاق ، فان قيل ينبغي ان لا يضمن المكره شيئا لانه اتلف بعوض حصل للمكره وهو الولا ، ولهذا لو اكره على اكل طعام الغير فاكل لا ضمان على الامر لانه حصل له عوض ، وكذا لو اكره رجلا على الزنا فزنا فهي من المكره المهر لا يرجع على الامر لانه حصل له عوض وهو منافع البضع ، قلنا انما لا يضمن الامر اذا كان الاتلاف بعوض مال كما في اكل الطعام او في حكم المال كما في صورة الزنا لان منافع البضع تقدمها لا عند الدخول والولا بمعنى النسب ليس بمال ولا في حكم المال ، ولهذا اذا رجعا شاهد الولا لا يضمنان ، واما الحكم الرابع وهو انه لا سعاية على العبد لا للمكره ولا للمكره ، اما للمكره فلانه قاله اعتق عبده ولا حق فيه لاحد ومن اعتق عبده ولا حق فيه لاحد فانه لا يسعى للمعتق كما لو كان طائعا ، وهذا القدر يكفي على قول ابي حنيفة ولا يكفي على قولهما لان المجبر عليه بالسعاية اذا اعتق فانه يعتق على قولهما ويجب عليه السعاية مع انه اعتق عبده ولا حق فيه لاحد ، وينبغي ان يزاد في الجواب على قولهما بان يقال ما اذا اعتق عبده ولا حق فيه وهو غير محجور عليه فلا يسعى العبد كما لو كان طائعا ، واما المكره فلانه لم يملك العبد بضمان القيمة لانه ضمن بعد العتق والحر لا يملك بالضمان لان المكره انما ضمن من حيث انه اتلف العبد حكما كانه قتل العبد والمشترك لا يسعى ، ولان السعاية تجب لتكميل العتق ولا قصور في العتق ، وقولنا لا حق فيه لاحد احتراز عن الراهن المعسر اذا اعتق عبده بلا رضا المرتهن حيث يسعى العبد لان للمرتهن فيه حقا ، واحتراز عن المريض اذا اعتق عبده وهو لا يخرج من الثلث ثم مات فانه يسعى لورثته في الثلثين لان لهم فيه حقا ، هذا حاصل ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه والباقي يعلم ثمه **قوله** قال ويرجع بنصف مهر المراة ان كان قبل الدخول ، اي قال القدوري في مختصره وهذا اذا كان الاكراه على الطلاق قبل الدخول والمهر مسمى ، فان كان قبل الدخول ولا تسمية يجب على الزوج المتعة ويرجع بها على المكره ، قال محمد بن الحسن في الاصل واذا اكره الرجل بوعيد تلف على ان يطلق امراته ثلاثا فالطلاق واقع لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ، وذلك لان طلاق المكره واقع عندنا كطلاق الطائع ولو طلق امراته ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وكذا المكره ، اعلم ان المكره على الطلاق اذا طلق زوجته فلا يخلو اما ان طلقها قبل الدخول والمهر مسمى او غير مسمى او بعد الدخول ، فان كان قبل الدخول والمهر مسمى وجب على الزوج نصف المهر

لأن الطلاق قبل الدخول يوجب سقوط نصف الصداق ويرجع الزوج بذلك على الذي أكرهه لأنه أكرهه على ما كان على شرف السقوط بسبب
الفرقة من جهتها مثل إباء الزوج على مهره أو ارتدادها قبل الدخول فصار كأن المكره الحاصل أخذ من ماله المحمول ذلك المقدار أو أتلفه
وأما إذا كان الطلاق قبل الدخول والتسمية وجب على الزوج المتعة لأن المتعة هي الواجبة بالفرض في تلك الصورة ويرجع الزوج بما
غرم من المتعة على الذي أكرهه لأنه أكد عليه ما كان على شرف السقوط فصار كشاهدي الطلاق إذا شهدا قبل الدخول ثم رجعا
يضمنان نصف المهر للزوج إن كان في النكاح تسمية وإن لم يكن تسمية يضمنان المتعة كذا هنا • وأما إذا كان الطلاق بعد الدخول
فلا يرجع الزوج على الذي أكرهه بشيء لأن المهر تأكد بالدخول على وجه لا يسقط بمجيء الفرقة من قبلها ولم يوجب المكره عليه شيئا إنما
أتلف ملك النكاح وملك النكاح عند خروجه عن ملك الزوج ليس بمال • ولهذا إذا شهد الشاهدان على الطلاق بعد الدخول ثم
رجعا لا يضمنان شيئا للزوج لأنهما ما أتلفا على الزوج إلا مجرد النكاح فكذا هنا • ثم إن صاحب الهداية لم يذكر الإكراه على
النكاح • قال محمد بن الحسن في الأصل ولو أن رجلا أكره بوعيد قتل أو بحبس أو بقيد أو بضرب على تزوج امرأة على عشرة آلاف
ومهر مثلها ألف درهم كان النكاح جائزا ويكون للمرأة من العشرة الآلاف مهر مثلها ألف درهم ويبطل الفضل • وهذا هو ظاهر الرواية
وذكر الشيخ أبو جعفر الطحاوي في مختصره أن الزوج يلزمه جميع ذلك ويرجع بالفضل على ما أكرهه وهو ليس بظاهر الرواية • أما
جواز النكاح إذا كان الإكراه بوعيد تلف فلأن النكاح تصرف يصح مع الهزل فيصح مع الإكراه كالطلاق والعتاق عندنا • وإن
كان الإكراه بوعيد تلف فلأن بقيد أو حبس فلا يكون ذلك إكراها في حق الزوج بل يكون نكاح طائع والتسمية فاسدة فإن التسمية
تصرف في المال والتصرف في المال مما يبطله الهزل • وإذا فسدت التسمية كان لها مهر مثلها ألف درهم لا غير ولا يرجع الزوج على
المكره بشيء لأنه إذا أوجب عليه مالا إنما حصل له عوضا يعدله وله حكم المال وهو ملك النكاح • فإن ملك النكاح عند دخوله
في ملك الزوج يتقوم لا من حيث الحكم • ولهذا إذا شهد شاهدان بالنكاح بألف درهم وهو مهر المثل والزوج يجحد ذلك فقضى
به القاضي ثم رجعا لا يضمنان شيئا لأنهما أوجبا عليه ما لا يعرض يعدله فكذا هنا قال ولو أن المرأة هي التي أكرهت في مسألة ذكرنا
حتى تزوجها الزوج على ألف درهم ومهر مثلها عشرة آلاف زوجها أولياؤها مكرهين فالنكاح جائز ولا ضمان على المكره لأن المكره
إذا أخرج ملكها ما له حكم المال فقد حصل لها عوضا يعدله وهو مهر مثلها وهو مال حقيقة وحكما فلا يضمن شيئا • ثم هل للمرأة والأولياء
حق الاعتراض على هذا النكاح فالمسألة على وجهين إما أن يكون الزوج دخل بها أو لم يدخل بها وكل وجه على وجهين • أما إذا
رضيت المرأة بما سمى لها من الصداق أو لم ترض وكل وجه على وجهين إما أن يكون الزوج كفؤا لها أو غير كفؤ لها • فإن كان الزوج
كفؤا لها وقد رضيت بما سمى كان للأولياء حق الاعتراض عند أبي حنيفة رضي الله عنه لمعنى واحد وهو التقصير في المهر فإن الزوج
كفؤ لها • وعند أبي يوسف ومحمد ليس للأولياء حق الاعتراض أصلا لأن الزوج كفؤ والمرأة لما رضيت بالمسمى صارت كأنها زوجت
نفسها في الابتداء بألف درهم لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء • ولو زوجت نفسها في الابتداء من كفؤ بأقل من مهر
المثل كانت المسألة على الاختلاف على ما عرف في النكاح فكذا هنا إلا أن في كتاب النكاح ذكر قول أبي حنيفة وأبي يوسف
وسكت عن قول محمد وههنا ذكر قول محمد مع أبي يوسف لأن محمدا وضع المسألة في النكاح في المرأة لو زوجت نفسها بغير رضا الأولياء
والمذهب عنده أن النكاح يتوقف ولا يجوز فإذا لم يجز النكاح عنده لا يتصور التفريق لنقصان المهر بعد ذلك على مذهبه وأما
عندهما أن النكاح جائز فيتصور التفريق في هذا النكاح بسبب التقصير في المهر فلهذا ذكر قولهما ولم يذكر قول محمد في النكاح وفي
كتاب الإكراه وضع المسألة في أن الأولياء أجبروا الذين زوجوها فيصح النكاح إلا أنه عدم منهم الرضا بنقصان المهر فكان لهم حق الاعتراض
بسبب نقصان المهر عند أبي حنيفة خلافا لهما • وإن كان الزوج غير كفؤ لها فللأولياء حق الاعتراض على هذا النكاح عندهم
جميعا عند أبي حنيفة لمعنيين لعدم الكفاءة ولنقصان المهر • وعندهما لعدم الكفاءة لا غير لأنها رضيت بالمهر • هذا إذا رضيت
المرأة بالمسمى ولم يدخل بها الزوج • فإن لم ترض المرأة بالمسمى ينظر فإن كان الزوج كفؤا لها فلها حق الاعتراض على هذا النكاح
بسبب نقصان المهر عندهم جميعا فإذا رفعت الأمر إلى القاضي يخير زوجها فيقول له إما أن تتم لها مهرها وإلا فرقت بينكما • وإنما يخير الزوج
لأنه لزم زيادة مهر لم يرض به والعاقد متى لزمته زيادة بدل لم يرض به يتخير كرجل اشترى من مريض شيئا بمحاباة لا يخرج من
ثلث ماله ثم مات المريض وأبى الورثة أن يجيزوا فيخير المشتري لأنه لزم زيادة ثمن لم يرض به فكذلك هنا يخير الزوج • فإن أتم
لها مهرها نفذ النكاح وإن أبى يفرق بينهما ولا يكون لها مهر لأن الفرقة جاءت من قبلها لما لم ترض إلا بالزيادة والفرقة الواقعة
من قبلها تسقط الصداق كله قبل الدخول كما في ارتدادها وتقبيلها ابن زوجها أو إبائها • وإن لم يكن الزوج كفؤا لها فللمرأة والأولياء حق
الاعتراض على هذا النكاح عند أبي حنيفة لمعنيين لعدم الكفاءة لا غير • هذا كله فيما إذا لم يدخل بها فإن دخل بها وهي مكرهة فإن
كان الزوج كفؤا لها فلا اعتراض على هذا النكاح لأحد لأن نقصان المهر قد ارتفع وليس في الكفاءة نقص • وإن لم يكن كفؤا لها
فللأولياء والمرأة حق الاعتراض بسبب عدم الكفاءة • فإن دخل بها وهي طائعة فقد رضيت بالمهر المسمى دلالة فكان كما لو رضيت
بالمسمى نصا • ولو رضيت نصا فعلى قول أبي حنيفة للأولياء حق الاعتراض لنقصان المهر • وعندهما ليس لهم الاعتراض وإن كان الزوج
غير كفؤ فللأولياء حق الاعتراض في قول أبي حنيفة لمعنيين لعدم الكفاءة ونقصان المهر • وعندهما لعدم الكفاءة لا غير • هذا
حاصل ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه • ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا
ذكره تفريعا على مسألة القدوري كما ذكر ما يتفرع تفريعا أيضا • أعني الإكراه على النذر واليمين والظهار والرجعة والإيلاء
والفيء باللسان والخلع • قال محمد في الأصل في باب الوكالة بالإكراه ولو أن لصا غالبا أكره رجلا بوعيد قتل أو ضرب بخادمه

تلف

تلف على أن وكل رجلا بعتق عبد له أو بطلاق امرأة لم يدخل بها فأعتق الوكيل العبد أو طلق المرأة فجميع ما صنع الوكيل من ذلك جائز على
الوكيل ولا ضمان على الوكيل ويضمن المكره قيمة العبد لمولى العبد ونصف الصداق للزوج • وفي المسألة قياس واستحسان في الوكالة وقياس
واستحسان في تضمين المكره • أما الأول فالقياس أن لا يصح الوكالة مع الإكراه لأن الهزل يؤثر فيه فلا يصح كالبيع فكان ينبغي أن لا يصح أيضا
مع الإكراه كالبيع • وجه الاستحسان أن الإكراه أثر في فساد العقد لا في أصله فصار كأنه شرط شرطا فاسدا والوكالة لا تبطل
بالشروط الفاسدة لأن الطلاق والعتاق من قبيل الإسقاطات فيبطلان التعليق والتعليق يصح عند الشرط فصار كأن المكره أكره المولى
على أن يقول إن شاء فلان فأنت حر وأكره الزوج على أن يقول إن شاء فلان فأنت طالق • وأما الثاني فالقياس أن لا يضمن المكره لأن
الوكيل يفعل ما يفعل باختياره إن شاء فعل وإن شاء ترك وللموكل ولاية العزل أيضا فلم يكن المكره متلفا • وجه الاستحسان أن تكون
المكره من الضرب الذي أراده بالموكل من عتاق عبد وطلاق زوجة قد حصل فأضيف الإتلاف إلى المكره • وقال في الأصل ولو كان
أكرهه بوعيد حبس أو قيد حتى وكله كان ذلك جائزا ولم يكن على الذي أكرهه ضمان • أما جواز التوكيل فلأن الإكراه بالحبس والقيد
لا يعتبر إكراها في حق الطلاق والعتاق فكذا في التوكيل بهما • فإذا لم يتحقق الإكراه كان المولى طائعا في التوكيل ولم يكن على أحدهما
ضمان **قوله** والنذر لا يعمل فيه الإكراه • قال محمد بن الحسن في الأصل ولو أن لصا غالبا أكره رجلا حتى جعل على نفسه صدقة
أو صوما أو حجا أو عمرة أو غزوا في سبيل الله تعالى أو بدنة أو شيئا يتقرب به إلى ربه بوعيد قتل أو تلف عضو أو غيره • يعني أو
بحبس أو قيد حتى أوجب ذلك على نفسه فإنه يلزمه ذلك لما روى محمد في أوائل الإكراه عن عمر رضي الله عنه أنه قال أربع مقفلات
مبهمات ليس فيهن ترديد العتاق والطلاق والنكاح والنذر أراد بقوله مبهمات وقوعها وصحتها مطلقة بلا قيد الرضا والطوعية
والجد إذا صدرت عن مكلف منه قول ابن عباس رضي الله عنهما أبهموا ما أبهم الله تعالى • يعني أن حرمة أم المرأة مطلقة غير متعلقة
بالدخول والرد بمعنى الرد ولأن النذر واليمين تصرف لا يبطله الهزل • ألا ترى أنه إذا نذر هازلا يلزمه فكل تصرف
لا يبطله الهزل لا يبطله الإكراه • ولأن النذر واليمين لا يحتملان الفسخ بعد وقوعهما وكل ما لا يحتمل الفسخ لا يؤثر فيه الإكراه ولا يرجع
المكره على الذي أكرهه بما لزمه من النذر ولأنه لا مطالب به في الدنيا ولا يجبر به بل يجب عليه ديانة لا قضاء **قوله** وكذا
اليمين والظهار لا يعمل فيهما الإكراه لعدم احتمالهما الفسخ أي يصحان مع الإكراه • قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في باب الإكراه
على النذر واليمين من شرح الكافي • ولو أكرهه على أن يظاهر من امرأته كان مظاهرا لأنه من باب التحريم فأشبه اليمين ولأنه في
معنى الطلاق وقد كان طلاق قوم في الجاهلية والإكراه لا يمنع من تحقق الطلاق • ولو أكرهه على أن يكفر ففعل لم يرجع بذلك على
الذي أكرهه لأنه إنما أكرهه على إزالة المال عن ملكه • وإنما أكرهه على أداء واجب عليه وهو محتسب في ذلك وهو أن يعين محلا لأداء
التكفير فهو مختار في ذلك وإن كان فيه نوع إتلاف مضاف إلى فعل المكره ولكنه إتلاف بعوض مسلم ما له وهو سقوط الواجب
عن ذمته أو حصول الثواب فلا يعد إتلافا • فلو أكرهه على عتق عبد بعينه عن ظهار ففعل عتق وعلى المكره قيمته لأنه أكرهه على إزالة
العبد عن ملكه وأنه ليس بواجب عليه على التعيين • ولا يقال بأنه إتلاف بعوض لأنه كان يمكنه الخروج بما دون هذا فصار هو
في الزيادة إتلافا بغير عوض • حتى قالوا لو كان هذا من أخس الرقاب لا يتصور أن يكون دون هذا يجزيه لا يضمن شيئا • فإن قالوا
ينبغي أن يضمن بقدر الزيادة فلما مضى نصفه خرج عن أن يكون كفارة فتبين أنه إتلاف بلا عوض يسلم إليه بعض كله ولم يجزه عن
الكفارة لأنه متى وجب الضمان لربه على المكره صار إعتاقا بعوض فلا يصلح كفارة • ولو قال أنا أبريه من القيمة حتى يجزي من الكفارة
لم يجزه ذلك • لأنه متى لم يقع كفارة لا ينقلب كفارة • فإن قال أعتقته حين أكرهني أن يريد به كفارة الظهار ولم ينته لإكرام
جاز ذلك عن كفارة الظهار لأنه أخبر أنه أعتق طائعا فلم يكن الضمان به واجبا على المكره فصلح كفارة وأنه أمر بينه وبين ربه
يصدق فيه ولم يكن له على المكره شيء لأنه أخبر أنه طائع • وإن قال أردت به العتق عن الظهار كما أمرني ولم يخطر ببالي غير ذلك
لم يجزه عن الكفارة لأنه أخبر أنه فعل ما فعل بأمره فكان مكرها • وإن أكرهه بحبس أو بقيد أجزاه عنه لأنه لا يوجب نقل الفعل
إلى غيره ولا يوجب الضمان على المكره فيقع إعتاقا بلا عوض يسلم له فصلح كفارة كذا في شرح الكافي **قوله** وكذا الرجعة والإيلاء
والفيء باللسان لأنه يصح مع الهزل • أي لا يعمل الإكراه فيها أيضا • قال محمد في الأصل في باب الإكراه على الرجعة والفيء في الإيلاء
باللسان ولو أن رجلا طلق امرأته تطليقة يملك الرجعة فأكرهه لص غالب على أن يراجعها وأشهد على ذلك بإكراه فالرجعة جائزة
وذلك لأن إنشاء الرجعة تصرف يصح مع الهزل • فإنه لو قال راجعتك هازلا صحت الرجعة وما صح مع الهزل صح مع الإكراه كالنكاح
والطلاق والعتاق • وإنما صحت رجعة الهازل لما روينا عن السنن في حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلاث جدهن جد
وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة • ولأن الرجعة إما أن تكون من نوع النكاح أو من نوع الطلاق وحكم الفرع لا يخالف حكم الأصل
فالنكاح والطلاق يصح من الهازل وما صح مع الهزل صح مع الإكراه فكذا الرجعة بل الرجعة أولى لأنها أسرع نفاذا من النكاح فإنها تصح
بلا رضا المرأة وبغير شهود وبغير مهر ولا يصح النكاح بدون هذه الشرائط • قال وإن أكره على الإقرار بالرجعة بوعيد قتل أو بحبس كان
باطلا لأن الإقرار بالرجعة مما لا يصح مع الهزل فلا يصح مع الإكراه كالبيع والإجارة • قال وإذا أكره المولى على أن يفيء وكان فيه باللسان
إما لصغرها أو بوضع أو غير ذلك ففعل ثبت الفيء لأن الفيء في الإيلاء باللسان مما يصح مع الهزل لأنه استدامة النكاح كالرجعة
يصح مع الإكراه • ولو أكره على الإقرار بالفيء كان باطلا لأن الإقرار مما لا يصح مع الهزل فلا يصح مع الإكراه • وقال الحاكم في الكافي ولو
أكرهه بوعيد تلف حتى آلى من امرأته فهو مول • وذلك لأن الإيلاء يمين والإكراه لا يمنع تحقق اليمين • فإن تركها أربعة أشهر بانت
منه لأن حكم الإيلاء هذا ولا يرجع على المكره بشيء سواء كانت المرأة مدخولا بها أو غير مدخول بها • أما الأول فظاهر لأن المهر وجب عليه بالدخول

الشابق لا بالابلاق لانه حصل له عوض المهر وهو منافع البضع ولا يرجع عليه بما تلف من ملك النكاح بسبب البينونة لان ملك النكاح
لا يضمن بالاتلاف • واما الثاني فلانه مختار في الرد لانه المكره مضطر لانه كان يمكنه ان يقربها في مدة اربعة اشهر وحكم القربان هو
وجوب الكفارة ولكن يرفع وجوب الكفارة اتلاف مال لانه لا يطالب به في الدنيا ولا يحبس به وهي ممكنة التخلص عن عهدة الاكراه بلا اتلاف
مال لم يكن مضطرا في البر فلا يرجع بمهرها على المكره • هذا اذا لم يقربها في المدة فان قربها توجب عليه الكفارة لا يرجع على المكره
بذلك ايضا لانه اكرهه على ترك القربان لا على القربان فكان طائعا بالقربان ولكن اعتبر مكرها في القربان لانه انما قربها خوفا من
البينونة بترك القربان في مدة اربعة اشهر فلا يرجع ايضا • اما قبل التكفير فلانه بمجرد الايجاب لا يطالب به ولا يحبس عليه فلا يوجب
الضمان على الموجب • واما اذا اكرهه على التكفير فكذا لا يرجع ايضا لانه اكرهه على اقامة الواجب وذلك لا يوجب ضمانا لانه
يحتسب به • وقال في الاصل ولو كان اكرهه على ان يقول ان قربها فهي طالق ثلثا فقال ابو عبيد تلف صح • فان قربها في مدة اربعة اشهر
لزمه المهر كاملا بعد الدخول ان لم يكن دخل بها ولا يرجع بذلك على المكره لانه اكرهه على ترك القربان لا على القربان فكان طائعا فيه
ولانه حصل له بمقابلة المهر عوضا وهو ما استوفى من منفعة البضع فكان ذلك بالعوض • واما اذا لم يقربها وتركها حتى مضت اربعة
اشهر فطلقت وجب نصف المهر ان كان لم يدخل بها ولا يرجع به على المكره لانه كان يقدر على ان يفيء في المدة باللسان واحدة وان كان
لا يحل له الزيادة عليها فيحصل له العوض وهو منفعة البضع بما يلزم من المهر فاذا لم يحصل عوض المهر مع الامكان كان طائعا • وان كان دخل
بها فبانت بمضي المدة لا يرجع ايضا بما وجب عليه من كمال المهر لانه حصل له عوض ما وجب عليه • وكذلك لو اكرهه على ان قال
ان قربتها فعبدي هذا حر لانه قادر على بيعه فيبيعه ثم يدخل فلا يكون مضطرا في الاقدام على ما اكره • ولو كان بحال لا يقدر
على بيعه او كانت الجارية ام ولد له فان قرب المرأة عتق ولا ضمان على الذي اكرهه لانه خالفه فيما دعاه اليه فكان طائعا فيما
فعل • وان تركها حتى بانت بالايلاء وقد دخل لم يرجع على الذي اكرهه بشيء ايضا لانه بترك القربان لا يلزمه المال لانه كان واجبا قبل
ذلك بالدخول بوصف التأكيد • وانما يسقط ملك النكاح وانه ليس بمتقوم حالة الخروج • وان لم يكن دخل بها لزمه نصف المهر لا يرجع
به على المكره قياسا لانه كان يمكنه ان يقربها في مدة اربعة اشهر فيحصل له عوض ما يلزم من المهر وهو منافع البضع • فاذا ترك
العوض مع الامكان كان طائعا في الاستحسان يرجع على المكره بالاقل من نصف المهر ومن قيمة الذي استحلف على عتقه لانه لا يمكنه
التخلص عن عهدة الاكراه الا بالاتلاف لانه لا يجوز بيع المدبر وام الولد فبان الصورة فلا تنفع بالعبد فكان مختارا في تحمل الزيادة
فلا يرجع به على المكره **قوله** والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه • اي لا يبطل الاكراه في الطلاق واليمين جميعا
بل يصحان معه • قال محمد بن الحسن في باب الاكراه في الخلع والعتق والصلح عن دم العمد على المال • ولو ان رجلا اكره بوعيد
تلف او قتل على خلع امرأته على الف ومهرها الذي تزوجها عليه اربعة الاف درهم وقد دخل بها والمرأة غير مكرهة فالخلع جائز نعم
بدل عندنا تطليقة وابل والمال واجب على المرأة لانها طائعة في بذل المال ولا شيء للزوج على المكره لانه لم يتلف على الزوج مالا ولا اكد
عليه مالا على شرف السقوط لان المهر كان متأكدا بالدخول وانما اتلف عليه ملك النكاح بعوض يسير فيا تلا نه بلا عوض لا يضمن بالعوض
اليسير اولى • هذا اذا اكره على الخلع والطلاق بمال بعد الدخول • فان كان قبل الدخول فهو على وجهين ذكرهما شيخ الاسلام خواهر
زاده في مبسوطه اما ان ساق الزوج المهر اليها او لم يسق فان ساق يرجع الزوج على المكره بنصف الصداق في قولهم جميعا لان المكره
اكد على الزوج نصف مهر كان على شرف السقوط اذا جاءت الفرقة من جهتها لولا الخلع والان لا يحصل له الا نصف الصداق ويرد اليه
والنصف الآخر يبقى سالما للمرأة عندهم جميعا • اما على قول ابي حنيفة فلان البراءة وان وقعت للمرأة عن ذلك النصف بحكم الخلع لان
ذلك مما يستحقه الزوج على المرأة بحكم الخلع لم يصح لانه ابرا مكرها فان الزوج كان مكرها على هذا الابراء فالبراءة عن المال لا يصح مع الاكراه
وان كان يصح الطلاق مع الاكراه • وعلى قولهما لم تصح البراءة لما عن النصف الذي لزمها الرد لو كان الزوج طائعا في الخلع لان الخلع
على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل واحد منهما قبل صاحبه بحكم النكاح عندهما • واما ابو حنيفة عنده هذا اذا كان الزوج
ساق المهر اليها • فان لم يسق فعلى قولهما يرجع الزوج على المكره بنصف الصداق في الخلع والطلاق • هذا اذا كان الزوج في الخلع لا يرجع
بشيء وفي الطلاق على مال اختلف المشايخ على قوله قال بعضهم لا يرجع على المكره بشيء • وقال بعضهم يرجع بنصف الصداق • خلاف ما لو اكره
على الخلع وهذا ابرع مما ذكر في كتاب الطلاق ان الخلع مبني وتم على ما المسمى فعلى قول ابي حنيفة لا يقتصر على المال المسمى بل تعدى
الى ما يستحق كل واحد منهما قبل صاحبه بحكم النكاح كان دين لها قبل الزوج بحكم النكاح فيبرأ الزوج عنه • وان لم يجعل المهر
بدل الخلع • وعلى قولهما لا تقع البراءة عن المهر ما لم يذكر المهر في الخلع • واذا برئ الزوج عن المهر بحكم الخلع عند ابي حنيفة
فالمكره لهذا الخلع لم يؤكد مهرا كان على شرف السقوط بل اسقطه عنه وصح الاسقاط لان الابراء حصل من جهة المرأة وهي طائعة
في الابراء على قولهما لما لم يبرأ الزوج عن المهر وجب على الزوج رد نصف المهر بعد الخلع الى المرأة وكان ذلك على شرف السقوط الكل
المكره على الزوج فيرجع الزوج بنصف المهر عليه • وان طلقها بما المسمى سوى المهر فلا يقع البراءة للزوج على المهر اختلف المشايخ فيه على قول
ابي حنيفة في كتاب الطلاق • وعندهما لا يقع الابراء عن المهر بالخلع فبالطلاق اولى • وقال في الاصل وكذلك لو كان لرجل على رجل
دم عمد فاكره على ان يصالح من ذلك على الف درهم والذي عليه الدم غير مكره فالصلح جائز على الف درهم • وذلك لان في جانب
الولي اسقاط الحق والاسقاطات لا يتوقف صحتها على الرضا وفي جانب من عليه القصاص تمليك المال بعوض وقد رضي بذلك ولا يضمن
المكره شيئا لان القصاص ليس بمال • فلو اكرهه على العفو عن القصاص بغير بدل لا يضمن فبالبدل اولى **قوله** قال وان
اكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان • قال ابو يوسف ومحمد لا يلزمه الحد اي قال القدوري

في مختصره ولم يرد صاحب الهداية على ما ذكره القدوري ولم يشتغل ببيان الدليل • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه السلطان اذا
اكره رجلا على الزنا امره فزنى فعلى ما كان ابو حنيفة اولا يقول فانه يجب الحد على المكره وهو قول زفر رحمه الله وقال لا يجب الحد على المكره ووجه
قوله الاول انه طائع فيجب عليه الحد كما اذا زنى من غير اكراه وذلك لان الزنا لا يتحقق الا بعد انتشار الآلة وانتشار الآلة لا يكون الا بانبساط
وانتشاء والانتشاء دليل الطواعية لان المكره لا يشتهي لانه خائف والخوف ينافي الانتشاء فثبت انه زنا طائع • ووجه قوله الثاني ان هذا زنا
مكره فلا يجب عليه الحد قياسا على المرأة اذا اكرهت على الزنا حيث لا يجب عليها الحد • وانما قلنا انه مكره لان الاكراه امر حسي وهو التخويف
والتهديد بالقتل والقطع قد وجد وهو انه لم يبح الاقدام على الزنا لانه حرام لا يباح بحال ولا يسقط حرمته بالضرورة ولا يستقر سببا
لوجوب العقوبة لانها شرعت للزجر والردع وانما يليق ذلك بالقاصد المطلق وهذا ليس بقاصد مطلق لانه قصد بذلك دفع الهلاك
عن نفسه لا عن اقتضاء الشهوة ولهذا لا يجب القصاص على المكره بالقتل مع ان فعله محظور لقيام الضرورة الحالية بقصده • والجواب
عن قوله ان انتشار الآلة لا يكون الا بانبساط وانتشاء قلنا قد يكون ذلك طبعا بدون الانتشاء فلا يثبت الطواعية اذن • فاذا لم يجب
الحد على قوله الآخر وهو قولهما وجب المهر سواء كانت المرأة طائعة او مكرهة على الزنا لان الوطء في دار الاسلام في ملك الغير لا يخلو عن حد او مهر
فلما انتفى الحد للاكراه وجب المهر سواء اذنت المرأة في ذلك او استكرهت لان اذنها باطل لان الابضاع لا تستباح بالاباحة ولا بالعوض
وهو الاذن لان الحرمة لم تسقط • واذا وجب المهر على المكره لم يرجع بما ضمن على المكره لان منفعة الوطء حصلت له فكان ابدالا بالعوض
بعدله فلم يجب شيء على المكره • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه فاما اذا حصل الاكراه على الزنا من غير السلطان قال ابو
حنيفة فانه يجب الحد على المكره في قوله الاول والآخر • وقال على قول ابي يوسف لا يجب الحد لان الاكراه من غير السلطان لا يكون
اكراها عند ابي حنيفة فكان زنا طائع • وعندهما يتحقق الاكراه من غير السلطان اذا اخيف منه ما يخاف من جهة السلطان • وقيل
هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ففي زمن ابي حنيفة كان السلطان قاهرا عادلا وكان زمان عوف وامن لم يكن
من عادتهم التغلب • وفي زمانهما كان المتغلبون ولم يكن للسلطان قوة الدفع فاجاب كل واحد منهم على حسب زمانه • وقيل هذا اختلاف
حجة وبرهان اعني انه اختلاف نشأ عن دليل ودليلهما ظاهر لان الكلام فيما اذا جاء من غير السلطان مثل ما يأتي من السلطان
في موضع لا يدفع له عادة • وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء • الا ترى انه لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع • ولابي حنيفة
ان هذا امر لا يثبت عادة اذا كان في المصر لان الظاهر انه يلحقه الغوث من الناس او من السلطان فيندفع والحكم لا يبنى على النادر
حتى لو كان في موضع يتحقق كان في غير المصر يعتبر كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي • وقال في الاصل وان اكرهت
المرأة على الزنا لم اقض عليها بحد • قال خواهر زاده في شرحه وليس لابي حنيفة قول اول وآخر في فصل المرأة فيحتاج ابو حنيفة
على قوله الاول الى الفرق بين الرجل والمرأة والفرق انه لم يوجد في المرأة ما يدل على الطواعية من انتشار الآلة فاعتبر طائعا
وقد ذكر ان المكره على الزنا اثم بالزنا ولم يذكر ان المرأة اذا اكرهت على الزنا هل تأثم قال في شرح الكافي وجوابه انه لا يأثم
لانه لا فعل لها هذا انه فيما اذا كان الاكراه بوعيد تلف وان كان بغير تلف فعليها الحد لانه لم يوجد الاكراه الملجئ فكان طائعا
ولو امتنع المكره من الزنا حتى قتل كان مأجورا لانه بذل نفسه لاعزاز دين الله تعالى اتباعا لما حرمه الله تعالى **قوله** قال واذا
اكره على الردة لم تبن امرأته منه • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الكفر يتعلق بالاعتقاد لانه تبديل الاعتقاد فاذا
كان قلبه مطمئنا بالايمان حين اجرى كلمة الكفر على لسانه ولم يحصل له ذلك ولم يحكم بكفره فاذا لم يكفر لم تبن منه امرأته • وفي اعتقاد
الكفر منه شك فلم يثبت بالشك • والاصل فيه قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان وقصة عمار بن ياسر • فان اختلف الزوجان
فقالت المرأة اعتقدت بذلك الكفر حين اجريت على لسانك كلمة الكفر بالاكراه وبنت منك فقال الزوج اظهرت الكفر بلساني خوفا
من السيف وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا • وكان القياس ان يكون القول قول المرأة حتى يفرق بينهما لان الكفر سبب
البينونة كالطلاق فيستوي الطائع والمكره فكذا في الكفر • وجه الاستحسان ان الكفر ليس موضوع للبينونة وانما تقع البينونة
اذا تبدل الاعتقاد والاكراه دليل على عدم التبدل فلا تبين منه **قوله** بخلاف الاكراه على الاسلام • هذا جواب سؤال
بان يقال كيف قلتم ان الاعتقاد مع الاكراه لا يدل على التبدل وقد حصل تبدل الاعتقاد مع الاكراه في صورة الاكراه على الاسلام
لانه لم يصر كافرا كما كان بل تبدل اعتقاده من الكفر الى الاسلام فاعتبر مسلما فقال في جوابه بخلاف الاكراه على الاسلام • وعلله
بقوله انه لما احتمل واحتمل رجحان الاسلام في الحالين يعني لما احتمل حالة الاسلام واحتمل الكفر في حالة الاكراه على الردة وفي حالة الاكراه
على الاسلام رجحان الاسلام في الحالين جميعا حيث لم يصر كافرا في الصورة الاولى وصار مسلما في الصورة الثانية لان الاسلام يعلو ولا
يعلى وهذا في الحكم فان القاضي يقضي باسلام المكره على الاسلام اذا اسلم • اما اذا كان اعتقاده بخلاف ما جرى على لسانه فانه ليس
بمسلم فيما بينه وبين الله تعالى فلو انه ارتد بعد الاسلام والحكم به لا يقتل لوقوع الشبهة في اسلامه وهي اسلامه بالاكراه ويسقط
القتل بالشبهة **قوله** ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخطرت على امرماض ولم اكفر بانت منه حكما لا ديانة ذكره
هذا تفريعا على مسألة القدوري • وحاصل هذه المسألة على ثلاثة اوجه كما ذكر في الاصل والكافي وشرحه ان رجلا لو قال له اهل
الحرب وقد اخذوه اسيرا لتكفرن بالله او لنقتلنك فكفر بالله في وجه لا يصير كافرا لا في القضاء ولا فيما بينه وبين ربه تعالى وفي
وجه يكفر في القضاء يفرق القاضي بينه وبين امرأته ان كانت له امرأة ولا يكفر فيما بينه وبين ربه تعالى حتى وسعه امساك المرأة
فيما بينه وبين الله تعالى • وفي وجه يكفر في القضاء وفيما بينه وبين ربه تعالى • فاما الوجه الاول فهو ما اكره على كلمة الكفر
بوعيد تلف فتكلم ولم يخطر بباله شيء غير ما اكره عليه وقلبه مطمئن بالايمان فيه لا يكفر اصلا لا قضاء ولا ديانة لقوله تعالى الا من اكره

وقلبه مطمئن بالإيمان. وأما الوجه الثاني وهو أن يكفر قضاء لا ديانة فيما إذا أخطر بالبال الخبر بالكفر ماضيا بالكذب إن لم يكن كان فيما مضى قط فقال أردت الخبر بالكفر ماضيا بالكذب ولم أرد به كفرا مستقبلا وإنما كفر قضاء لأنه عدل عما أكره عليه لأنه أكره على إنشاء الكفر لا على الإخبار عن الماضي والإخبار غير الإنشاء فكان طائعا في الإخبار. ومن أقر بالكفر فيما مضى طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي لأنه خلاف الظاهر لأن الظاهر هو الصدق حالة الطواعية ولكن يصدقه ديانة لأنه ادعى ما يحتمله لفظه. وأما الوجه الثالث وهو أنه يكفر قضاء وديانة فيما إذا قال خطر على بالي الإخبار عن الكفر الماضي بالكذب أردت ذلك بل أردت كفرا مستقبلا جوابا لكلامهم وذلك لأنه أنشأ كفرا طائعا ومن أنشأ كفرا طائعا يكفر قضاء وديانة. وإنما قلنا إنه طائع لأنه لما خطر بباله الإخبار بالكفر الماضي كاذبا فقد أمكنه التخلص عما أكره عليه بالأدنى. لأن الإخبار دون الإنشاء. ألا ترى أنه لو أكره على الإقرار بالعتق فأقر لا يعتق العبد. ولو أكره على أن يعتق فأعتق يعتق. ومتى أمكن التخلص بالأدنى ومع ذلك أتى بالزيادة كان طائعا. ولو قيل له لتسجدن أو لتصلين لهذا الصليب فالمسألة على ثلاثة أوجه أيضا. أما أن يقول خطر ببالي أن أصلي لله وقد صليت له ولم أصل للصليب. أو يقول خطر ببالي أن أصلي لله تعالى وتركت ذلك وصليت للصليب. أو يقول لم يخطر ببالي شيء وقد صليت للصليب مكرها. أما في الوجه الأول فإنه لا يكفر لأنه صلى لله تعالى لا للصليب ولا فرق بين أن يكون مستقبل القبلة أو غير مستقبلها وقد صرح الكرخي في مختصره. أما إذا قال خطر على بالي أن أصلي لله تعالى وتركت ذلك وصليت للصليب فإنه يكفر قضاء وديانة لأنه صلى للصليب طائعا لأنه لما خطر على باله أن يصلي لله تعالى فقد أمكنه دفع الإكراه بذلك لأن المكره لا يدري فإنه يصلي لله تعالى دون الصليب لأنه لا اطلاع له على ما في ضميره. فإذا أمكنه دفع الإكراه بهذا القدر كان طائعا في الصلاة للصليب طائعا كفر قضاء وديانة. وأما إذا قال لم يخطر على بالي شيء وقد صليت للصليب مكرها فإنه لا يكفر أصلا لا قضاء ولا ديانة لأنه فعل ذلك مكرها وقلبه مطمئن بالإيمان فصار كما لو تكلم بالكفر وقلبه مطمئن بالإيمان ولم يخطر على باله شيء. ولو أكره على شتم محمد صلى الله عليه وسلم فشتمه فالمسألة على ثلاثة أوجه أيضا. أما أن يقول خطر على بالي محمد آخر رجل من النصارى فأردت بالشتم ذلك الرجل النصراني. أو يقول خطر على بالي رجل من النصارى اسمه محمد فلم أشتمه وإنما شتمت محمدا صلى الله عليه وسلم وأنا غير راض بذلك. أو يقول لم يخطر على بالي شيء فشتمت محمدا كما طلب مني وأنا غير راض بذلك. ففي الوجه الأول لا يكفر لأنه لم يشتم محمدا. وفي الوجه الثاني وهو ما إذا خطر على بالي ذلك الرجل ولكنه لم يشتمه وقال شتمت محمدا فإنه يكفر قضاء وديانة لأنه لما خطر بباله محمد آخر أمكنه التخلص عن الإكراه بشتم ذلك الرجل فلما شتم محمدا صلى الله عليه وسلم مع ذلك كان طائعا في الشتم. ومن شتمه طائعا كفر قضاء وديانة. وفي الوجه الثالث وهو ما إذا لم يخطر على باله شيء لا يكفر لأنه مضطر فيما فعل فصار كما لو تكلم بكلمة الكفر ولم يخطر على باله شيء وقلبه مطمئن بالإيمان. والصليب شيء مثلث يعبده النصارى. **قوله** وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى أراد بذلك أن في كل واحد من المسائل الثلاث يعني في الإكراه على الردة والإكراه على الصلاة والإكراه على شتم محمد صلى الله عليه وسلم ثلاثة أوجه وقد استوفينا بيانها بعون الله تعالى والله أعلم

كتاب الحجر

إيراد كتاب الحجر عقيب كتاب الإكراه لما بينهما في أن كل واحد منهما يسلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار لكن الإكراه أقوى أثرا لكونه مفسدا للاختيار عمن له اختيار صحيح كالبالغ العاقل. بخلاف الحجر فإنه يسلب الولاية عمن ليس له ولاية كاملة واختيار صحيح كالمجنون والصغير والرقيق فقدم الإكراه لقوته. **قوله** قال الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده. ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال. أي قال القدوري في مختصره الحجر في اللغة المنع يقال حجر عليه القاضي حجرا إذا منعه من التصرف. ولهذا سمي العقل حجرا لمنعه من القبائح قال الله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر. [illegible] الا الذي في عقله وهي فالعقل عقل والحجر حاجر والحجر حجر والنهي نهى. ومنه سمي حطيم الكعبة حجرا لأنه حجر من البيت أي منع وسمي الحرام حجرا لأنه ممنوع عنه. قال ابن دريد وسميت الأنثى من الخيل حجرا لأنها حجرت عن الذكور إلا عن فحل كريم. وقيل سمي الحجر حجرا لصلابته وامتناعه من التأثر. وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن حجر مخصوص وهو الحجر الحكمي الذي لا يصير تصرف المحجور عليه مفيدا حتى إذا باع وحصل القبض لا يفيد الملك وهنا هو الفرق بين الحجر والنهي فإن النهي يفيد الملك بعد القبض كما في البيع الفاسد وإن كانا في اللغة سواء. وأسباب الحجر ثلاثة وهي ما ذكر في المتن من الصغر والرق والجنون وقد ألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخرى وهي المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس. روي ذلك عن أبي حنيفة وذلك لقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم. وابتلوا أي اختبروا وبلوغ النكاح أن يحتلم لأنه يصلح للنكاح عنده. ومعنى آنستم أي علمتم ومعنى الرشد الطريقة المستقيمة التي يعقلون بها أن يحفظوا أموالهم كذا قال الزجاج. وجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى منع دفع المال قبل البلوغ وإيناس الرشد وهذا المعنى لا يوجد مع الصغر والجنون فدل أن تصرفهما في المال لا يصح. ولقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء. وقيل إن الرق ليس بحجر في الحقيقة لأن العبد لا يملك شيئا وإنما هو ممنوع من التصرف في مال المولى. والمنع من التصرف في مال الغير لا يسمى حجرا أصله سائر الأحرار إلا أنه لما لم يصح عقوده ولم يقبل إقراره مطلقا جعل بمنزلة المحجور عليه ولأنه مولى عليه كالصغير. ثم اعلم أن تصرف الصغير يجوز بإذن المولى إذا كان يعقل البيع والشراء وقبل الإذن ينعقد موقوفا على إجازة المولى. وقال الشافعي لا يصح تصرفات الصبي أصلا. وجه قوله إنا أجمعنا أنه محجور قبل الإذن وإنما كان محجورا للصبا والصبا قائم بعد الإذن فبقي الحجر عليه. ولنا قوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم. وجه الاستدلال أن الابتلاء هو الاختبار بالتمكين من التصرف في بعض المال حتى يعلم أنه يحفظ المال مصلحا أو مفسدا ويتوقف على رشد وعقد فدل على جواز الإذن له

وصحة

وصحة تصرف الصغير بعد الإذن. فلو لم يدل على صحة تصرفه بعد الإذن لم يكن للأمر بالابتلاء فائدة ولأنه باشر تصرفا مشروعا وهو من أهل المباشرة حقيقة وشرعا فيجب أن ينعقد. وهذا التعليل لما قبل الإذن فأما بعد الإذن فيقول إنه باشر تصرفا مشروعا وهو من أهل المباشرة حقيقة وشرعا وله ولاية على المحل فوجب أن ينفذ قياسا على البالغ. وإنما قلنا إنه باشر تصرفا مشروعا لأن التصرف هو البيع وقد أحل الله البيع وحرم الربا. ولأن الله تعالى جعل البيع مشروطا لمصالح العباد فصالح العباد أحوجهم فالصبي محتاج إلى ذلك كالبالغ غاية ما في الباب أن في عقله قصورا ونقصانا وذلك ينجبر بإذن الولي. وإنما قلنا إنه من أهل المباشرة لأنه عاقل مميز بين الخير والشر والضرر والنفع ولهذا به وبالعقل الظاهر يكون قادرا على المباشرة. ولهذا يصح عند الشافعي اختيار أحد الأبوين عند الفرقة ويصح وصيته بأعمال البر فدل أنه أهل المباشرة حقيقة. وأما شرعا فلأن العقد مع الشرعية إنما يستفاد بإذن الشرع وإذن الشرع وجد مطلقا لأن البيع مشروع بإذن الله مطلقا ولا يوازيه الأمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا في بعث الصبيان لقضاء الحوائج في الشراء من السوق من غير نكير من الخاص والعام دليل على أن تصرف الصغير بعد الإذن صحيح والمؤاخذ من أمور الحج ولا يرد علينا الطلاق والعتاق حيث لا يصح تصرف الصغير فيهما أصلا بإذن الولي لأنه ضار محض لا يشوبه نفع فلا ينجبر بإذن الولي. وأما تصرف العبد فإنما جاز بإذن المولى لأن العبد مكلف صحيح القول. ولهذا يجب عليه العبادة البدنية المحضة كالصلاة والصوم. وإنما منع من التصرف لحق المولى لأنه لو جاز تصرفه تعلقت ديونه برقبته ورقبته للمولى فتضيع حقه فإذا أذن له مولاه جاز تصرفه لزوال المانع لأن المولى أسقط حقه. ويدل على الجواز بالإذن ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك ومعلوم أنه كان لا يجيب دعوة المحجور فثبت أنه كان يجيب دعوة المأذون فلولا أن الإذن جائز لم يجب دعوة المأذون. وأما المجنون المغلوب فإنما لا يجوز تصرفه بحال لا قبل الإذن ولا بعد الإذن لعدم أهليته لأنه ليس بقادر على التصرف لعدم العقل المميز بين الخير والشر والنفع والضر. ولا يصح التصرف بدون الأهلية لأن تصرفه ليس بصحيح فصار كالطائر. وأراد بالمجنون المغلوب الذي يجن ولا يفيق وهو المغلوب على عقله وهو احتراز عن الذي يجن ويفيق وهو المعتوه فإن حكمه حكم الصبي كما يجيء بعد هذا. **قوله** يرتقب على صيغة المبني للمفعول أي ينتظر. **قوله** فلهذا وقع الفرق أي لأجل أن العبد أهل في نفسه فالصبي ينتظر أهليته إلى وقت إذن المولى فإذا وجد الإذن كان ذلك دليل أهليته والمجنون لم تر له أهلية أصلا. وقع الفرق بين المجنون وبينهما حيث جاز تصرفهما بعد الإذن ولم يجز تصرف المجنون الذي لم يفق بحال لا قبل الإذن ولا بعد. **قوله** قال ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه. أي قال القدوري في مختصره اعلم أن القدوري ذكر أولا الأسباب الموجبة للحجر وهي الصغر والرق والجنون وكل واحد منها يدل على من قام هو به أعني على الصغير والرقيق والمجنون مطلقا. ثم قال ومن باع من هؤلاء شيئا أي من هؤلاء المذكورين الثلاثة فالولي بالخيار في الإجازة والفسخ إذا كان المباشر للعقد يعقل البيع ويقصده. يعني إذا باع الصغير شيئا أو اشتراه فله الإجازة فإن عقل معنى العقد جاز والإبطال. وكذا العبد الصغير وكذا المجنون الذي يجن ويفيق إذا عقد فأجازه الولي جاز ذلك إذا كان العقد في حال إفاقته ويعرف معنى البيع. ثم اعلم أن نقل رواية القدوري في نسخ الهداية كما سماه ولم يذكر في لفظ الهداية. أو اشتراه وهو ثبت في المختصر والبداية أيضا وكان في الهداية وقع سهوا من الكاتب. ويدل على ما قلت اشتغال صاحب الهداية بالسؤال والجواب ولهذا قال في شرح الأقطع فإذا باع واحد من هؤلاء وقف على من يملك الإجازة. وأما ما ذكر من الشراء فصحيح أيضا. والأصل فيه أن الشراء عندنا لا يقف في حق غير هؤلاء لأن العقد إنما يقف إذا لم يجد نفاذا والشراء يلزم العاقد ثم يقبل من جهته فإذا كان بغير أمر نفذ على العاقد فيلزمه ولم يقف. والشراء في حق هؤلاء لم يجد نفاذا فيوقف. ألا ترى أن العاقد لا يلزمه العقد بقوله فصار من هذا الوجه بمنزلة البيع موقوفا على رأي الولي الذي ينفذ العقد بقوله. ثم قوله فالولي بالخيار الأب والوصي فيه سواء. إلى ما ذكر شيخ الإسلام في كتاب المأذون في باب الصبي أو المعتوه يأذن له أبوه أو وصيه في التجارة إذا باع الصبي ماله أو اشترى لنفسه شيئا بلا إذن وهو صغير يعقل البيع والشراء انعقد بيعه وشراؤه حتى لو أجاز الأب أو الوصي جاز عندنا. وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لأنه عديم العقل حكما لأنه مولى عليه فلو كان عديم العقل حقيقة كالطفل والمجنون لم ينعقد تصرفه بالإجازة فكذا هذا. ولنا قوله تعالى وابتلوا اليتامى إلى آخر ما بينا قبل هذا. ولأن الصغير العاقل يعقل معنى البيع صحيح العبارة. وإنما الحجر لتوهم الضرر والضرر ينجبر برأي الولي فينفذ تصرفه كما في العبد البالغ. وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح كتاب المأذون معنى قول محمد وهو يعقل البيع والشراء أي يعقل معنى البيع والشراء أن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش لا تسمى العبارة فإنه ما من صبي لقن البيع والشراء إلا ويتلقنهما وإنما يريد به يعقل معناهما. ومعنى قول القدوري ويقصده أي ويقصد الشراء وهو احتراز عن الهازل والخاطئ. وإنما قيدنا لم يعقل البيع والشراء احترازا عما إذا كان كل واحد من هؤلاء الثلاثة لا يعقل لأن الإذن لا يفيد حينئذ لأن المقصود من الإذن التجارة ولا يتأتى التجارة ممن لا يعقل لأن صحة التجارة بالعبارة ولا صحة لعبارة من لا يعقل فصار كالبهيمة في عدم إفادة الإذن. **قوله** والمجنون قد يعقل البيع ويقصده أراد به المعتوه المختلط الكلام الذي يشبه كلامه تارة كلام العقلاء وتارة كلام المجانين. **قوله** قلنا ثم إذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي. يعني ثم إن الأصل في الشراء النفاذ على المباشر كما في الشراء الفضولي ينفذ شراؤه عليه ولا يتوقف على إجازة الغير الذي اشترى الفضولي لأجله لأن الفضولي من أهل أن يملك المشترى ومن أهل أن يجب عليه الثمن. أما هنا فما عجز فيه في شراء الصغير والمجنون الذي يجن ويفيق والعبد لم يجد الشراء نفاذا على المباشر لعدم الأهلية في الصغير والمجنون. أو لتوقع الضرر على المولى في شراء العبد لأن العبد المحجور ليس من أهل أن يملك المشترى. فلو نفذ الشراء نفع للمولى فكان الثمن مشروطا على المولى فيجلبه فيكون المحجور متصرفا في حق المولى بغير إذنه فلأجل هذا يتوقف العقد على إجازة من له الإجازة وهو الولي والمولى. ثم اعلم أن الشراء الفضولي

بل وجوه ذكرها في الفتاوى الصغرى والتتمة في كتاب البيوع • الاول ان اضاف الشرا الى نفسه بان قال البايع بعت هذا من فلان فقال
الفضولي اشتريت لفلان او قبلت لفلان او لم يقل لفلان فانه يتوقف • والثاني لو قال بعت منك وقال الفضولي قبلت او قال
اشتريت ونوى بقلبه لفلان ينفذ بالاتفاق على المشتري ولا يتوقف • الثالث اذا قال الفضولي اشتريت هذا لفلان وقال
البايع بعت منك اظن ان شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر في باب الوكالة بالبيع من وكالة الجامع انه ينفذ ولا يتوقف لكن الصحيح انه
لا يتوقف بالاختلاف • واما الرواية التي احالها الى النكاح فالو قال البايع بعت من فلان فقال الفضولي اشتريت لاجله او قبلت
لاجله او لم يقل لاجله وفي تلك الصورة يتوقف • الرابع اذا قال البايع بعت منك هذا لاجل فلان فقال المشتري اشتريت او قبلت
او قال المشتري اشتريت هذا لاجل فلان فقال البايع بعت فانه لا يتوقف قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في
الاقوال دون الافعال • هكذا لفظ القدوري في مختصره اي الرق والصغر والجنون يوجب الحجر في الاقوال دون الافعال
اراد بها الاقوال التي فيها ضرر • اما الاقوال التي هي نفع محض فالصبي فيها كالبالغ • ولهذا يصح منه قبول الهبة والاسلام ولا
يتوقف على اذن الولي • وكذلك المعتوه لان حكمه قبل البلوغ كحكم الصبي العاقل • والحاصل ان الصبي العاقل يجعل عبارته
صحيحة فيما هو نفع محض كقبول الهبة والاسلام وفيما هو متردد بين الضرر والنفع فانه صحيح العبارة في حق الانعقاد حتى ينعقد
تجارته موقوفا على اجازة الولي وفيما هو ضرر محض كالطلاق والعتاق فاسد العبارة اصلا في حق الانعقاد والنفاذ جميعا
وانما اوجبت هذه المعاني الحجر في الاقوال لان اعتبار الاقوال بالشرع ولم يعتبر الشرع اقوالهم لا في حق النفاذ فيما فيه ضرر لان
القصد وهو ارادة حكم العقد الذي باشره شرط الصحة العقد • ولهذا لا يصح بيع الهازل لعدم ارادة الحكم ولا قصد للصبي هو
والمعتوه صحيحا والمجنون الذي لا يفيق اصلا • واما الرق فانما اوجب الحجر لحق المولى حتى لا يلحقه ضرر • فاما اقراره في حق نفسه
فصحيح يؤاخذ به بعد الحرية ويجي بيانه بعد هذا • بخلاف الافعال فان المعاني المذكورة لا توجب الحجر فيها حتى يؤخذ
بالافعال حتى اذا طفل يوم لو انقلب على مال انسان فاتلفه يلزمه الضمان • وكذلك المجنون الذي لا يفيق اذا مزق ثوب انسان
يلزمه الضمان لان الافعال لا تتوقف على القصد الصحيح لانها توجد حسا ومشاهدة ولا امكان لرد ما هو ثابت حسا • بخلاف الافعال
التي تسقط بالشبهة كالحدود والقصاص • فان الصبي والمجنون يؤثران فيهما لان الحدود والقصاص عقوبة فالصبي والمجنون
ليسا من اهل العقوبة فسقطت عنهما لقصور في فعلهما لعدم القصد الصحيح قوله الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ
بالشبهات استثناء من قوله دون الافعال • اي هذه المعاني لا توجب الحجر في سائر الافعال الا في افعال تندرئ بالشبهات
كالزنا والسرقة وشرب الخمر • وقتل نفس معصومة عمدا فان الصبي والمجنون لا يؤاخذان بها وقد مر بيانه قوله
قال والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما
اراد بقوله لا يصح لا ينعقد لان بيعهما وسائر تصرفهما الذي يتردد بين النفع والضرر موقوف على اجازة الولي • الا ترى
الى ما قال قبل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه الا اذا اريد بقوله
والصبي من لا يعقل اصلا • وبقوله والمجنون الذي لا يفيق اصلا فحينئذ يجري قوله ولا يصح على ظاهره • اعلم ان ما كان فيه
نفع يشوبه ضرر كالبيع والشراء والاستيجار والاجارة والرهن والارتهان والاقراض والاستقراض فانه يتوقف على اجازة الولي
اذا تصرف الصبي العاقل والمعتوه • وكذلك العبد المحجور اذا تصرف في هذه الاشيا يتوقف على الاجازة المولى حتى يرى الولي او
المولى رايه فيه ان راى النفع في الاجازة اجاز • وان راى النفع في النقض نقض وانما لم ينفذ عقودهما نظرا لهما وهو المراد
بقوله لما بينا • واما لم يصح اقرارهما وطلاقهما واعتاقهما لان في ذلك ضررا محضا لزوال الملك وكل ما هو ضرر محض ساقط
عنهما • وروى الترمذي في جامعه عن ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه
المغلوب على عقله • وهذا الذي ذكرنا في الصبي العاقل والمعتوه • اما الصبي الذي لم يعقل بعد لا ينعقد تصرفه بحاله لانه
في اول احواله كالمجنون الذي لا يفيق • واذا عقل فكالمجنون الذي يجن ويفيق • ثم اعلم ان المعتوه البالغ هل تجب عليه العبادات
ام لا فيه اختلاف المشايخ فالقاضي ابو زيد قال الى الوجوب وفخر الاسلام قال الى السقوط وقد مر بيانه في فصل الامور المعترضة
على الاهلية في شرحنا الموسوم بالتبيين قوله ولا وقوف للولي على عدم التوافق اي عدم موافقة الصغير وزوجته
حين البلوغ لانه غيب فلا يكون للولي وقوف على ذلك • اما عدم الموافقة في الصغر فليس فيه لان الغالب انه لعدم الشهوة
وهو على شرف الزوال قوله ولا ينفذ اي بمباشرته اي لا ينفذ طلاق الصبي وعتاقه بمباشرة الولي • بخلاف
ساير العقود فانها تنفذ بمباشرة الولي • وفي هذا التركيب نوع تسامح اذ حق التركيب ان يقال ولا ينفذان باجازته
لان الطلاق والعتاق الذي باشره الصبي يحال انه باشره الولي • ولكن يجوز ان يقال معناه لا يجوز ينفذ طلاق امراة الصبي
وعتاق عبد الصبي بمباشرة الولي الطلاق والعتاق قوله قال وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه • اي قال القدوري
في مختصره اي وان اتلف مطلقا سوا كان يعقل او لا يعقل والمجنون مطلقا سوا كان يجن ويفيق او لا يفيق اصلا شيئا لانسان لزمهما
ضمان ذلك الشي لان ضمان المحل انما يجب لعصمة المحل جبرا للنقصان ولا يتوقف على القصد • الا ترى ان النائم اذا انقلب على مال
انسان فاتلفه لزمه الضمان • وكذلك الحائط المائل الى الطريق اذا اشهد على صاحبه فلم ينقضه فوقع فاتلف شيئا يلزم
ضمانه على صاحب الحائط • وليس في فعل الصبي والمجنون اكثر من عدم القصد ولا اثر لعدم القصد في عدم وجوب الضمان قوله
بخلاف القول اي التصرف القولي فانه يتوقف على القصد قوله على ما بيناه اشارة الى قوله بخلاف الاقوال لانه

اعتبارها

اعتبارها ماخوذ بالشرع والقصد من شرطه قوله قال فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه • اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه غير نافذ في حق مولاه • اما نفاذه في حق نفسه فلاهليته بكونه مكلفا • ولهذا يجب عليه الصوم والصلاة فيلزمه اقراره
كالحر • واما عدم نفاذه في حق مولاه فلانه لو نفذ لا يخلو اما ان يتعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك حق المولى ونفاذ قول الانسان
على الغير لا يكون الا بولاية ولا ولاية للعبد على المولى قوله فان اقر بمال لزمه بعد الحرية • اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه ولم يلزمه في الحال وذلك لان المانع من المطالبة في الحال حق المولى وزال المانع بعد الحرية فيؤخذ به هذا
في المحجور الذي لم يكن اذن له • اما اذا اذن له ثم حجر وفي يده كسب الاذن صح اقراره في حق المولى للحال وتمام البيان فيما ذكر شيخ
الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وفي كتاب الماذون في باب اقرار العبد المحجور عليه والصبي والمعتوه • قال واذا حجر الرجل على عبده
الماذون له في التجارة فباع بعد ذلك واشترى او استاجر او اجر بعض رقبته او اجر نفسه كان ذلك باطلا في قولهم جميعا ولا يلزم
العبد من ذلك قليل ولا كثير لانه باع واشترى واجر واستاجر وهو محجور في هذه التصرفات سوا كان في يده كسب او لم يكن وهذا
بالاجماع • واما اذا اقر بالدين قيل يصح اقراره هذا على وجهين • واما ان يكون في يده كسب الاذن او لم يكن في يده كسب الاذن ثم
فانه لا يصح اقراره للحال حتى لا يؤاخذ به للحال سوا كان عليه دين او لم يكن عندهم جميعا • اما عند ابي يوسف ومحمد فانه لا يصح اقراره
بعد الحجر وان كان في يده كسب الاذن فاذا لم يكن في يده كسب الاذن فاولى • اما على قول ابي حنيفة فلان اقراره انما يصح للحال بعد
الحجر اذا كان في يده كسب الاذن لبقاء اثر الاذن فاذا لم يكن في يده كسب الاذن لا يصح اقراره لانه زال الاذن والاثر جميعا ولا بد
لصحة اقرار العبد من احدهما فانه اذا كان في يده كسب الاذن فهو على ثلاثة اوجه اما ان يكون كله فارغا عن دين الاذن او كان
كله مشغولا بدين الاذن او كان بعضه فارغا عن دين الاذن وبعضه مشغولا • وان كان كله مشغولا بدين الاذن فانه لا يصح اقراره
في حق الكسب الذي في يده حتى لا يشارك المقر له بعد الحجر غرما الاذن في كسب الاذن بل يكون جميع الكسب لغرما الاذن لوجهين احدهما
ان دين الحجر مع دين الاذن لم يستويا لانه وجب احدهما في حالة الاطلاق من كل وجه والاخر وجب في حالة الاطلاق من وجه
وفي حالة الحجر من وجه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض الواجب باقرار المريض مؤخر عن دين الصحة حتى اذا كان هو
مال المريض كله مشغولا بدين الصحة لا يصح اقراره بدين المرض فكذا هذا • والثاني ان اقرار العبد بعد الحجر اذا كان في يده كسب
الاذن بمنزلة اقرار الوارث على مورثه لان صحة اقرار العبد بعد الحجر اذا كان في يده من الكسب عند ابي حنيفة لا باعتبار انه مكلف
حتى لو لم يكن في يده كسب لا يصح اقراره للحال كاقرار الوارث على مورثه انما صح باعتبار ما في يده من التركة لا من حيث انه مكلف حتى لو لم
يكن في يده شي من التركة لا يصح اقراره على المورث • ثم الوارث اذا اقر بدين للمورث فانه لا يصح اذا لم يترك الميت شيا • واذا ترك
فانه يصح اذا كان فارغا عن دين الميت • وان كان كله مشغولا بدين الميت فانه لا يصح فكذلك هنا • وان كان بعض ما في يده فارغا
عن دين الاذن على العبارتين جميعا • اما على العبارة الاولى فلان دين الحجر من دين الحجر بمنزلة دين الصحة من دين المرض • ثم قال
المريض اذا كان بعضه مشغولا بدين الصحة وبعضه فارغا صح بقدر الفارغ عن دين الصحة من دين المرض صح بقدر الفارغ عن دين
الصحة فكذلك هذا • وعلى العبارة الثانية فلان اقراره بعد الحجر بمنزلة اقرار الوارث على مورثه وبعض تركة الميت مشغولا
بدينه وبعضه فارغ • فان اقرار الوارث على الميت يصح بقدر الفارغ فكذلك هذا • وعند ابي يوسف ومحمد اقراره بعد الحجر
باطل لا يلزمه ذلك قليل ولا كثير في الاحوال كلها • وما قالاه قياس وما قاله ابو حنيفة استحسان • قال خواهر زاده هذا كله
اذا كان العبد باقيا في ملكه • فاما اذا خرج عن ملكه بالبيع او بالهبة فانه لا يصح لا تجارته ولا اقراره عندهم جميعا سوا كان في يده
كسب او لم يكن • وهذا الذي ذكره القدوري بقوله فان اقر بمال لزمه بعد الحرية انما هو في العبد المحجور الكبير • اما اذا كان
صغيرا لا يؤاخذ به بحال من الاحوال هذا اشار خواهر زاده في مبسوطه قوله وان كان اقر بحد او قصاص لزمه هذا
لفظ القدوري في مختصره • قال في شرح الاقطع وقال زفر لا يصح اقراره اذا كان محجورا عليه ووجه قوله انه لو صح يلزم منه اتلاف
مال المولى فلا يصح كالاقرار بدين • ولنا ان العبد مبقي على اصل الحرية في حق الدم لان الرق لا ينافي مالكية غير المال لان كونه مملوكا
باعتبار معنى المالية لا باعتبار الادمية والقصاص من خصايص الادمية وكذا الجنايات الحد فيصح اقراره بهما • والدليل على انه مبقي هو
على اصل الحرية ان المولى لا يملك سفك دمه ولا يصح اقرار المولى بدمه • ولان اقرار المحجور بالدين انما لا يصح في حق المولى للتهمة في حق
مولاه وليس بمتهم في هذا الاقرار لانه اقر بما يوجب العقوبة على نفسه • وقول زفر منقوض باقراره بالردة فانه يقبل ويقتل وان لزم
الاتلاف مال المولى • وينبغي ان يكون مراد القدوري في قوله وان اقر بحد او قصاص لزمه فيما اذا كان كبيرا • اما اذا كان صغيرا
فلا لانه لا اعتبار لقوله لعدم القصد الصحيح قوله وينفذ طلاقه هذا لفظ القدوري وانما ينفذ طلاق العبد المحجور اذا
كان كبيرا لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه وهو المراد بقوله لما رويناه ولقوله عليه السلام ولا يملك
العبد والمكاتب شيا الا الطلاق • ولانه مكلف تصرف في خالص حقه فلم يلزم منه ابطال حق المولى فيصح كتصرف ساير الاحرار والله
اعلم بالصواب

باب السفه

اي لفساد

قوله لما ذكر الحجر بسبب الصغر والرق والجنون شرع في بيان الحجر بسبب السفه لان اسباب الاول سماوية
وسبب الثاني مكتسب والسماوي في التاثير اقوى فكان بالتقديم اولى • ولان الحجر بالاشيا الثلاثة متفق عليه والحجر بالسفه
مختلف فيه فكان تقديم المتفق عليه اولى قوله قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه
في ماله جائز • وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة • وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه

الا انه قال اذا بلغ غير رشيد لم يسلم ماله اليه حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة • فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ
خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد • وقال ابو يوسف ومحمد يحجر على السفيه ويمنع من التصرف
في ماله فاذا باع لا ينفذ بيعه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم الى هنا لفظ القدوري • قال الصدر الكبير برهان الدين
الاجل صاحب المحيط الكبير عبد العزيز بن عمر بن ابي سهل المعروف بمازه في طريقته المطولة الحجر على الحر العاقل البالغ السفيه
المبذر لماله في الخير والشر غير جائز عند ابي حنيفة رضي الله عنه • وقال ابو يوسف ومحمد يجوز ثم انهما اختلفا فيما بينهما
في ان السفيه اذا بلغ محجورا او مطلقا قال محمد يبلغ محجورا ولا يحتاج الى حجر القاضي فاجمعوا على انه يمنع عنه المال الى ان يبلغ خمسا
وعشرين سنة • ثم اختلفوا بعد ذلك قال ابو حنيفة لا يمنع عنه ماله بعد خمس وعشرين سنة • وقال ابو يوسف ومحمد يمنع عنه
ما دام السفه قائما الى هنا لفظ الطريقة • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وعلى هذا الخلاف الحجر بسبب
الافلاس باطل في قول ابي حنيفة وعندهم جائز اي عند ابي يوسف ومحمد والشافعي وصورته ان الرجل اذا ركبته الديون
وقد استغرقت جميع ما في يده فطلب غرماؤه من القاضي ان يحجر عليه حتى لا يهبه ولا يتصدق به ولا يقر لغيرهم فعلى قول ابي
حنيفة لا يحجر عليه ولو حجر عليه لا يعمل حجره حتى تنفذ هبته وصدقته واقراره لغيرهم في ماله كما كان ينفذ قبل الحجر • وعلى قولهم
اذا حجر القاضي عليه بسبب الافلاس ينفذ ذلك حتى لا يصح هبته وصدقته واقراره في ماله وقبل الحجر كان ينفذ منه ذلك
وكذلك لو طلب الغرماء من القاضي ان يبيع عليه العروض بالدين بغير رضاه فانه لا يكون له ذلك في قول ابي حنيفة ويكون
له عندهم ذلك قال ابو حنيفة لا يرى الحجر على الحر المكلف لا بسبب الاتلاف ولا بسبب التبذير والافلاس وانما كان يرى الحجر
على الثلاثة لا غير الطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس فانه يمنعهم من هذه الحرفة لان ضررهم لا يتصل بالعامة
فان المفتي اذا كان جاهلا يفسد الدين على الناس فانه يحل الحرام ويحرم الحلال • واذا كان الطبيب جاهلا يفسد نفوس
الناس • والمكاري المفلس اضر على الناس فانه متى مات حمولتهم في المفازة ولم يكن له اخرى ولا استئجار ما يؤدي الى اتلاف
اموال الناس • فاما على غير هؤلاء الثلاثة فانه لا يرى الحجر لان ضرره يتصل به لا يتعدى الى هنا لفظ خواهر زاده رحمه
الله • وجه قولهما النص والاجماع والمعقول • اما النص فقوله فان كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا او لا يستطيع ان يمل
هو فليملل وليه بالعدل • وجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى جعل السفيه موليا عليه فاذا كان على السفيه ولي كان موليا
عليه وكونه موليا دليل انه يحجر عليه • واما الاجماع فلما روي عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنه انه اشترى دارا
باربعين الف درهم فطلب علي من عثمان رضي الله عنهما ان يحجر عليه فشارك الزبير بن العوام فلما بلغ ذلك عثمان رضي الله عنه
قال كيف احجر على رجل شريكه زبير بن العوام • وانما علل هذا لان زبيرا كان مهتديا في التجارة فلو كان هذا غبنا لما شاركه
زبير فطلب علي وتعليل عثمان واحتيال عبد الله بدفع الحيلة دليل على انهم رادوا الحجر على الحر ولم يعرف عن غيرهم خلاف ذلك فكان اجماعا
وحدث ابو عبيد في غريب الحديث باسناده الى عمر رضي الله عنه انه خطب الناس فقال الا ان الاسيفع اسيفع جهينة رضي
من دينه وامانته ان يقال سبق الحاج او قال سابق الحاج فادان معرضا فاصبح وقد رين به فمن له عليه دين فليغد بالغداة
فلنقسم ماله بينهم بالحصص فهذا دليل على ان عمر حجر عليه بسبب الافلاس وباع ماله من غير رضاه **قوله** فادان معرضا
يعني استدان معرضا وهو الذي يعترض الناس فيستدين ممن امكنه قال الاصمعي كل شيء امكنك من عرضه فهو معرض لك
وتفسيره استدان مما وجد ممن وجد باي وجه امكنه ومن اي عرض يأتي له غير مميز ولا مبال بالتبعة وقد رين به اي
غلب به وقد رين بالرجل رينا اذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه ولا قبل له به • وقال ابو عبيد وهذا مثل حديث النبي
صلى الله عليه وسلم في معاذ بن جبل انه كان فتى سخيا رجلا سخيا ركبه الدين فخلعه رسول الله من ماله للغرما • واما
المعقول فهو ان هذا شخص منع عنه ماله بالاتفاق فوجب ان يحجر عليه قياسا على الصبي • وتحقيق الكلام من وجوه احدها
ان منع المال يوجب الحجر عن التصرف ضرورة بيانه انه لما منع عنه المال فقد قطعت يده عن ذلك المال • فاذا باع بعد
ذلك فقد باع ما لا يقدر على تسليمه • وكذلك اذا وهب كان وهب ما لا يقدر على تسليمه فصار فوات اليد بسبب
منع المال بمنزلة فوات الاباق • ثم المالك اذا باع الابق لا يجوز فكذلك اذا باع ما قطعت يده بسبب منع المال فكذلك
يوجب الحجر عن التصرف ضرورة • او نقول الدليل الذي اوجب منع المال عنه اوجب الحجر عليه لان المال انما منع عنه
نظرا له لانه اذا لم يمنع ماله عنه يفني ماله بالمبادرة والاسراف ويبقى عيالا على الناس والشرع امر بمنع المال لقوله تعالى ولا
تؤتوا السفهاء اموالكم نظرا له فوجب ان يحجر عليه نظرا له ايضا لانه لو لم يحجر عليه يبيع ماله بغبن فاحش فيؤدي ذلك الى اتلاف
المال ثم نقول الشرع لما منع ماله عنه لا يخلو اما ان يكون نظرا او صيانة لماله عن الضياع من يده او عقوبة له على جنايته
وكيفما كان لا بد ان يكون رشيدا لهذا الغرض • وهذا الغرض لا يحصل الا بسلب اهلية التصرف لانه لو جعل يتسلط بلسان التصرف
من غير يتلف بلسانه ما منع من يده فلا يفيد احد هذين الغرضين فكان منع المال دالا على سلب اهلية التصرف من هذا
الوجه • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه الكتاب والاجماع والمعقول • اما الكتاب فقوله تعالى بعد ذكر الدين
فان كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا • وجه الاستدلال ان الله تعالى جوز المداينة مع السفيه كما جوز مع المصلح فهذا
يدل على ان السفه لا يوجب الحجر • وقوله تعالى فليملل وليه بالعدل لا يدل على ان السفيه مولى عليه لا محالة لان بعض المفسرين
قالوا المراد من الولي صاحب الحق على العدل بين يدي من عليه الحق لئلا يزيد على ذلك شيئا • قال واذا وقع النزاع صاحب

الحق • وقال آخرون المولى وهي الصغير او ذو النسب منه كذا في شرح التاويلات فخرج الجواب عن استدلالهم بهذه الاية • وحكي ان ابا حنيفة
رضي الله عنه سئل عن هذه المسألة فاحتج بقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا • وذلك
لانه لم يفصل بين الرشيد والسفيه فظاهره يقتضي السفيه متى ظاهر من امرأته وهو واجد للرقبة يلزمه عتق رقبة • وعلى قولهم لا يلزمه
وهو خلاف النص • واما الاجماع فصح ان السفيه اذا طلق او اعتق او تزوج يصح منه هذه التصرفات بالاتفاق • وكذا اذا اقر على نفسه
بالحدود والقصاص صح بالاتفاق • فلو كان محجورا عليه لم يصح تصرفاته اصلا كالصبي والمجنون فاذا صح تصرفه في النفس وهي الاصل وجب
ان يصح تصرفه في المال وهي التبع بالطريق الاولى بدلالة الاجماع • واما المعقول فنقول هذا حر مخاطب تصرف في خالص حقه على وجه التبذير
ولم يبطل حق غيره فوجب ان ينفذ تصرفه ولا يحجر قياسا على المصلح لماله وعلى الطلاق والعتاق والنكاح وعلى تصرف يتصل بنفسه من الاقرار
بالحد والقصاص • وذلك لان كونه حرا مخاطبا دليل على كونه مالكا قادرا على التصرفات لان الخطاب دلالة اعتبار عقله والعقل دلالة
القدرة على التصرفات وكونه حرا دلالة المالكية والمالك القادر على التصرف اذا تصرف في خالص ملكه على وجه التبذير ينفذ لانا لو
قلنا لا ينفذ كان هذا قولا بخلاف ما يقتضيه الدليل • فان المالكية دليل الاطلاق • ومن ادعى شيئا بخلاف ما يقتضيه الدليل
فان المالكية دليل الاطلاق كان عليه الدليل ولا يلزم الراهن والمريض لانه ان تصرف في خالص ملكه الا انه ابطل بتصرفه حق غيره فانه
تعلق بالرهن حق المرتهن وبمال المريض حق الغرماء والورثة وتداركا ابقا الحق على صاحبه رد التصرف اذا كان تصرفا يحتمل الرد بعد
وقوعه • بخلاف ما نحن فيه فانه لم يتعلق حق احد بماله والجواب عن تعلقهم بالاية فقد امضينا • واما تعلقهم بحديث عبد الله بن جعفر
فنقول ان كان راي علي رضي الله عنه هو الحجر على المبذر فقد كان راي زبير وعبد الله بن جعفر بخلاف ذلك حين استقلا بابطال الحجر
فان هذه المسألة وقع الخلاف فيها بين اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يجب النزول على قول واحد منهم بل يجب ترجيح قول البعض
على البعض بالدليل • واما تعلقهم بحديث معاذ فالغالب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل ذلك برضا معاذ لانه لا يخالف راي رسول
الله صلى الله عليه وسلم • وكذا بيع عمر وقسمته مال الاسيفع يحتمل انه كان برضاه وهو الغالب فلا يكون ذلك دليل الحجر فلا يبقى لهم حجة
وقولهم يحجر عليه نظرا له قلنا معنى النظر لا يتحقق لان فيه ابطال اهليته والحاقه بالبهائم لان الادمي انما يمتاز عن البهائم بالكلام فاذا لم
يعتبر كلامه التحق بها لا محالة وفيه ضرر فاحش فيعارض النظر والضرر فلم يتحقق النظر فبطل الحجر على منع المال لا يتأبد بل يمنع الى
حد التأديب والتعزير تعسفا له لا يستبيل ابطال الاهلية • ولهذا قال ابو حنيفة رضي الله عنه ان منع المال للتأديب بل يمنع الى خمس
وعشرين سنة لان الغالب ان يتأدب في هذه المدة ولان الحجر كونه عقوبة اعلى من منع المال فلا يقاس الاعلى على الادنى ليثبت عقوبة على جنايته
ولا يصح القياس على الصبي لانه لا يقدر على النظر لنفسه بنفسه لان الشرع عرفه بالة المعرفة فيظهر الفرق • وقولهم منع المال لا يفيد بدون
الحجر عن التصرف لانه يتلف بلسانه ما منع عن يده فنقول ذلك مفيد في الجملة لان غالب احوال السفيه يكون في الهبات والصدقات والعتاق
ونحو ذلك دون التجارات فيحصل الفائدة في منع المال • ثم اعلم ان السفيه ما هو قال الزجاج في تفسير السفيه الخفيف العقل من
هذا قيل تسفهت الريح الشيء اذا حركته واستخفته • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي السفيه الذي من عادته
التبذير والاسراف في النفقة وان يتصرف تصرفات لا لغرض او لغرض لا يعده العقلاء من اهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغنين
واللعابين وشراء الحمام والطيارة بثمن كثير والغبن في التجارات من غير محمدة واصل المسفه اصطلاحا يعني لا يكون نسيئة من تأتيه على التجارة
العلامة وجود كمال العقل والحلم • وقولنا مانع وجود كمال العقل احترازا عن المجنون والمعتوه • وقولنا الحلم احترازا عن النوم والاغماء
وقيل السفه ما يترك عاقبة حيل • وقد مر في التبيين **قوله** والمفتي الماجن ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده والمفتي الجاهل هو
ما استبان ان لا يضر دهما عامر • قال علاء الدين العالم في طريقته المفتي الماجن هو الذي يعلم الناس الحيل • وقال في المهذب مجن الشيء يمجن
مجونا اذا صلب وغلظ • وقولهم رجل ماجن كانه اخذ من غلظ الوجه وقلة الحيا وليس بمشتق • والمكاري المفلس وهو الذي يتقبل
الكرا ويؤاجر الابل وليس له ظهر يحمل عليه ولا مال يشتري به الدواب **قوله** ولا يصح القياس على منع المال جواب عن قوله ولهذا
منع عنه المال **قوله** ولا على الصبي جواب عن قوله اعتبارا بالصبي **قوله** ومنع المال مفيد جواب عن قوله ثم هو لا
يفيد بدون الحجر **قوله** واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض اخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان حجره منه فتوى وليس بقضا
وانما ذكر هذا جوابا لسؤال ذكره في شرح طريقة الخلاف ان يقال سلمنا ان تصرف المحجور قبل حجر القاضي نافذ ولا كلام لنا فيه وكلامنا
فيما اذا حجر القاضي فلم قلتم ان تصرفه ينفذ بعد الحجر لان قضا القاضي اذا نفذ في مجتهد فيه ينفذ قضاؤه بالاتفاق كما في بيع المدبر
والقضاء على الغائب وشهادة النائم ينبغي ان لا ينفذ تصرف السفيه بعد حجر القاضي فاجابوا عنه بجوابين احدهما ما ذكروا في مسئلة
القضاء على الغائب ان نفس القضاء اذا كان مجتهدا فيه لا ينفذ وهنا كذلك لان نفس القضاء بالحجر على السفيه مجتهد فيه والثاني ان هذا
ليس بقضاء بل هو فتوى فكان قضاء القاضي وغيره سواء • بيانه ان القضاء لا بد له من خصومة لانه شرع لفصل الخصومات ولا بد
للخصومة من الدعوى والانكار ولم يوجد ذلك فلم يكن هو قضاء بل هو فتوى لعدم المقضي له والمقضي عليه حتى قالوا لو قضى قاض بالحجر
ورفع الامر الى قاض اخر ورأى القاضي الثاني قضاء الاول بالحجر نافذا وقضى بالحجر ايضا ينفذ قضاؤه ايضا عندنا • فلو وجد الدعوى
والانكار وقضى القاضي بالحجر ينفذ ايضا • كما اذا كان للسفيه غريم يدعي عليه العقد وان له مالا وهبه من غيره فانكر السفيه
وجوب النفقة عليه لعدم المال فقضى القاضي بالحجر وبطلان تصرفه ينفذ قضاؤه • وكذا قال علاء الدين العالم **قوله** ثم عند
ابي حنيفة رضي الله عنه اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة • فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه
فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد • وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس منه الرشد ولا يجوز تصرفه

كذا قال القدوري في مختصره • وجه قولهما ان علة منع المال السفه • الا ترى الى قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم يعني المنع منا
بسبب العلة وهي السفه كالصبا • ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ظاهر قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ
اشده اي منتهى شبابه وقوته جمع شدة كنعمة وانعم او الاشد اسم واحد كالانك وهو الرصاص • واختلف في
الاشد • وقيل خمسة عشر سنة وقيل ثماني عشر سنة كذا في التيسير • وقال خواهر زاده في مبسوطه عن عمر بن الخطاب انه خمسة
وعشرين سنة • وقال بعضهم اربعون سنة • وروي عن مجاهد في قوله تعالى ولما بلغ اشده قال ثلاثا وثلاثين سنة واستوى
قال اربعين سنة • وجه الاستدلال بالاية انها اقتضت ان لا يقرب مال اليتيم بعد بلوغ الاشد بوجه فكان الحمل على خمس وعشرين سنة
اولى لانه اوسط ما قيل وخير الامور اوسطها • ولان هذا التفسير منقول عن عمر فكان الاخذ به اولى والمعقول يدل على هذا التقدير ايضا
لان الانسان يتناهى حاله في الكبر بعد خمس وعشرين سنة وانه يصير جدا حينئذ لان فرعه صار كبيرا والفرع صار كبيرا يتناهى حال
الاصل بحالة فاذا تناهى حاله في الكبر يحدث له الرشد في الغالب ويزول عنه عادة الصبي فيعتبر رشدا من حيث الحكم وان لم يكن
رشدا من حيث الحقيقة • وانما قلنا انه يصير جدا في هذا السن لان ادنى ما يحتلم الانسان الذكر اثنا عشر سنة ثم يولد له ولد
لستة اشهر ثم يبلغ الولد في اثني عشر سنة ثم يولد للمولود ايضا لستة اشهر فكان الرجل جدا في خمس وعشرين سنة • واما
الجواب عن قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم • قلنا المراد من السفه هو السفه المطلق الموجود من كل وجه وبعد ما بلغ خمسا وعشرين
سنة لا يبقى سفها مطلقا فان المراد انما يتعسفه قبل بلوغ خمس وعشرين سنة فان ذلك عنفوان شبابه والمراهقة فالثابت في ذلك الزمان بعد
ما بلغ خمسا وعشرين سنة يقل سفهه فلا يمنع عنه المال ولا يقول بانه يزول عنه سفهه بل يقل سفهه لان الرشد لا يخلو عن قليل السفه
ايضا والاعتبار للسفه الغالب فاذا قل السفه لا يبقى سفها مطلقا فلا يتناول الاية • ولان الله تعالى ذكر الرشد نكرة في قوله تعالى
فان انستم منهم رشدا والنكرة في موضع الاثبات تخص ولا تعم فيقتضي رشدا ما لا عموم الرشد • فاذا قل السفه يكون فيه نوع رشد
لا محالة فيدفع اليه المال بدلالة الاية • وقولهم ان المانع من دفع المال قبل بلوغ خمس وعشرين سنة هو السفه والسفه قائم بعد
بلوغ هذه المدة ولم يبق حجر فظاهر انه لا يستحجر فلا فائدة في منع المال فيدفع والصحيح ان المنع كان بطريق النظر وبعد بلوغ هذا المبلغ
يقل سفهه فيدفع **قوله** ولهذا قال ابو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه اي ولاجل ان المنع باعتبار اثر
الصبا قال ابو حنيفة **قوله** ثم لا يتاتى التفريع على قول ابي حنيفة اراد به التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله اذا باع
لا ينفذ بيعه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم • وذلك لان ابا حنيفة لما لم ير الحجر جاز ان ينفذ بيع السفيه اجازه الحاكم او لا وهما
لما راه الحجر جائزا ورد التفريع على مذهبهما فانعقد بيع السفيه ولم ينفذ • فان اجازه الحاكم نفذ كما في بيع الصبي العاقل والا فلا
وانما يخرج اذا كان في البيع منفعة فان لم يكن في البيع منفعة بان كان فيه محاباة او لم يكن فيه محاباة الا ان الثمن هلك في يد المحجور
فانه لا يجيزه لانه لا منفعة للمحجور في اجازة هذا البيع بزوال عن ملكه من غير ثمن يحصل له وقت الاجازة فكان كالصبي اذا باع • او
في البيع محاباة او لم يكن فيه محاباة الا ان الثمن الذي قبضه هلك في يده لا يجيز القاضي ولا نظر للمحجور والصبي في الاجازة لانه لم يقبض
من الثمن لانه قبض باذن المشتري ويحصل له المبيع • وفي اجازته زوال المبيع عن ملكه ولا يحصل له الثمن كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده
في مبسوطه وقد استدل محمد رحمه الله في كتاب الحجر الى اخر الكتاب بالتفريع على مذهبه فقال هو بمنزلة الصبي الذي لم يبلغ اذا باع
او اشترى فاجازه الحاكم يجوز وما لا فلا لان تصرفاته ليست باطلة بل هي موقوفة لاحتمال وقوعها مصلحة • فاذا راى القاضي في وقوعه
مصلحة يجيزه والا يرده بمنزلة الصبي الذي يعقل الا انه يفارقه في خصال اربعة لا يجوز للوصي ولا للاب ان يبيع عليه ماله ولا
يشتري له الا بامر الحاكم • وفي الذي لم يبلغ يملك ذلك وصيه او ابوه • وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يملك عليه ولاية
التصرف لان الولاية للقريب فان لم يكن فللقاضي فيقول ان الولاية يثبت على الفاجر وهذا فاجر ولكنا نقول انه منع من التصرف
تاديبا وتثبيتا • وولاية التاديب يكون للقضاء • والخصلة الثانية انه اذا اعتق العبد اجاز عتقه وسعى في قيمته • وكذلك
لو دبر يصح تدبيره • ولو مات عنه يسعى في قيمته مدبرا واعتاق الذي لم يبلغ لا يصح اصلا لعدم اهليته • والخصلة الثالثة
ان وصايا الغلام الذي قد بلغ مفسدا من التدبير وغيره باطل قياسا ولكنا نستحسن ان ما وافق الحق منها وما يتقرب به الى الله تعالى
وما يكون في غير وجه السفه جائز كما يجوز وصية غيره وما يكون سفها لا يجوز • واما وصايا الذي لم يبلغ لا يجوز اصلا لان فساد
ذلك لعدم الاهلية • وفساد هذه السفه فما وافق الحق لا يوصف بالسفه فينفذ وما خالفه يرد • والخصلة الرابعة اذا جاءت
جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه وكانت الجارية ام ولد له • فان مات كانت حرة لا سبيل عليها • بخلاف الذي لم يبلغ لانه ليس
من اهل الايلا كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي • فاما شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر في مبسوطه من جملة
الخصال الاربع النكاح والطلاق فقال يجوز نكاح السفيه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل ويجوز طلاق السفيه ولا يجوز طلاق الصبي
العاقل ولم يذكر الوصايا وادعاء الولد فعلى هذا يكون الخصال التي افترق فيها السفيه والصبي ستة **قوله** ولو باع قبل حجر القاضي
جاز عند ابي يوسف ذكر تفريعا على مسئلة القدوري • قال في اشارات الاسرار ثم عنده يصير محجورا بدون القضاء لان علة الحجر السفه
وهي متحققة • وقال ابو يوسف يتوقف على القضاء لانه بين سفه ورشد لانه لا يكابر في جميع الاحوال ولكن في حال دون حال فيتوقف
على انضمام القضاء اليه والفرق لمحمد بين حجر السفيه حيث لا يتوقف الى قضاء القاضي وبين حجر المديون حيث يتوقف الى قضاء القاضي هو ان حجر
السفيه لمعنى فيه وهو سوء اختياره لا بحجر الغير فاشبه الجنون والعته يحجر بنفس الجنون ولا يتوقف على القضاء فكذا هنا • فاما الحجر بسبب
الدين فليس لمعنى فيه بل لحق الغرماء لا يسلم حقهم بتصرفه فيتوقف على قضاء القاضي لانه ولاية عليه فيحتمل حجره **قوله** وعلى هذا الخلاف

اذا

اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها يعني محمد يحجر بمجرد السفه • وعند ابي يوسف لا يحجر ماله ما لم يقض القاضي **قوله** وان اعتق عبدا هو
نفذ عتقه • هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وكان على العبد ان يسعى في قيمته وانما خص صاحب الهداية قول ابي يوسف ومحمد
لانه فرع على اصلهما لا على اصل ابي حنيفة لان عند ابي حنيفة اعتاق السفيه كاعتاق المصلح لا سعاية على العبد عنده لان الحجر على السفيه المكلف
الحر عنده • واما السعاية عليه عندهما فلاجل هذا قال نفذ عتقه عندهما وكان على العبد ان يسعى في قيمته ووجوب السعاية عليه عندهما
ظاهر الرواية عنهما كذا ذكر الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي • ثم قال وذكر الطحاوي رجوع محمد عن ذلك وقال ان هو
العبد يعتق من غير سعاية • ثم قال وهذا غير ظاهر وجه قول محمد وابي ان السعاية تلزم المعتق حق الغير في مال المعتق ولا حق
لاحد في مال السفيه فلم يلزمه السعاية • وجه رواية الاصول عنهما ان العبد على ملكه • وانما منع من التصرف لتعلق حق الغير فيه
واذا اعتق نفذ عتقه ووجبت السعاية كالمريض اذا اعتق عبدا لا مال له غيره او لا يخرج من ثلثه • وكالراهن اذا اعتق وهو معسر
كذا في شرح الاقطع • ثم عندهما لو ظاهر هذا المفسد عن امراته اجزاه الصوم لانه بمنزلة الغايب عن ماله • ولو اعتق عبدا عن
ظهاره سعى الغلام في قيمته لان اعتاقه من حيث انه اتلاف ماله واجب النقض • ثم لا يجزيه عن ظهاره لانه يكون اعتاقا بعوض
وكذلك يكون عليه كفارة القتل بالصوم لما قلنا • الا ترى ان المريض المصلح لو اعتق عبدا عن ظهاره او قتل ولا مال له غيره ثم
مات في مرضه سعى الغلام في ثلثي قيمته ولم يجزه عن الكفارة للسعاية التي وجبت كذا هنا • فان صام المفسد احد الشهرين ثم صار
مصلحا لم يجزه الا العتق بمنزلة معسر ايسر لانه لا يمنع عنه ماله حينئذ فصار قادرا على الاعتاق بلا سعاية قبل حصول المقصود بما جعل
خلفا في الكفارة فبطل حكم الخلف كذا في شرح الكافي **قوله** لا على نهج كلام العقلاء والنهج بسكون الهاء الطريق الواضح مثل المنهاج
قوله والاصل عنده اي عند الشافعي **قوله** بعده اي بعد الحجر **قوله** ولو دبر عبده جاز ذكره تفريعا على مسئلة
القدوري • وذلك لانه ان التدبير يوجب حق العتق لا حقيقة العتق • فاذا كان للسفيه ان يعتق عبده كان له ان يدبره بالطريق
الاولى • قال شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي ولو دبر يصح ولكن لا تجب عليه السعاية لانه لا يمكن ايجاب السعاية بحكم
عتق له لعدم الفايت لانه لو سعى سعى له من كسبه وكسبه له ولكن لو مات يوما من التدبير يسعى في قيمته مدبرا لورثته لانه صار
مستبقيا اياه وهو مدبر بالكلام السابق • وكذلك ان اعتقه بعد التدبير **قوله** ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت
نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له ذكره ايضا تفريعا على مسئلة القدوري • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه
قال ولو ان هذا الذي بلغ وهو مفسد غير مصلح جاءت جارية له بولد فادعاه وزعم انه ابنه صحت دعوته وثبت النسب منه وكان
الولد حرا من غير سعاية • وانما صحت دعوته لانه يصح عتقه فيصح دعوته قياسا على المصلح لما قلنا بل اولى لان الدعوة اسرع نفاذا من
العتق • الا ترى انهم قالوا فيمن باع جاريته من رجل فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر فادعاه البائع فانه يصح دعوته • ولو
اعتق ولدها لا يصح عتقه • واذا صحت دعوته كان الولد حرا من غير سعاية والام تعتق بموته من غير سعاية لان العلوق كان
في ملكه واتصال العلوق جعل بمنزلة الشهادة فيما يؤدي الى ابطال حق الغير كما في مسئلة البائع والمريض لا بمنزلة الاقرار فيما يؤدي
الى ابطال حقه او الى شيء لم يكن العلوق في ملكه لم يجعل بمنزلة الشهادة فيما يؤدي الى ابطال حق الغير وجعل بمنزلة التحرير فكذا فيما
يؤدي الى ابطال حقه جعل بمنزلة التدبير فان الاستيلاد من حوايج السفيه لا بد له من ذلك كالنفقة وما كان من حوايجه فالسفيه
والمصلح في ذلك سوا كالنفقة • والدليل على ان الاستيلاد من جملة الحوايج الحالية للانسان ما قالوا في المريض مرض الموت اذا كان عليه
دين مستغرق فادعى ولد جاريته كان له ان كان علوق الولد في ملكه صح دعوته ويثبت نسب الولد حرا من غير سعاية وتعتق
الجارية بموته من غير سعاية لان الدعوة دعوة استيلاد فكان من حوايجه وحق الغرما والورثة لا يتعلق بما كان من حوايجه
الحالي • واذا لم يتعلق حق الغرما والورثة بما كان من حوايجه كان المريض في ذلك والصحيح سوا كان دليله لو لم يكن علوق
الولد في ملكه بان اشترى جارية من السوق ثم جاءت الجارية بالولد فادعاه المريض فانه يثبت نسب الولد ويكون الولد حرا بالسعاية
والجارية معتوقة بموته بالسعاية لان الدعوة منه دعوة تحرير فجعل الدعوة منه والاعتاق سوا • فلو اعتق الولد والجارية
كان عليهما السعاية فكذلك هذا • قال ولو كانت جارية لا نسب لها ولد فقال هذه ام ولدي كان بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها
فان مات سعت في جميع قيمتها لانه لم يكن منها ولد فالدعوة دعوة تحرير لانا لا نعلم علوق الولد في ملكه • الا ترى ان البائع اذا ادعى
بعد ما مات الولد او اعتق الولد فانه لا يصح دعوته واعتبر دعوة تحرير سنة بدون الولد • فاذا اعتبر تحريرا صار كانه قال
للجارية انت حرة بعد موتي • ولو قال لها انت حرة بعد موتي كان لا يقدر على بيعها فاذا مات عتقت بالسعاية فكذلك هذا
قال الا ترى انه لو اشترى ابنه وهو مفسد وقبضه كان شراؤه فاسدا ويعتق الغلام عليه حين قبضه ويسعى في قيمته للبائع ولا يكون
للبائع في مال المشتري شيء • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا مشكل على قولهما لان شراء السفيه ليس بمنعقد
في حكم الحجر فكيف يتوقف عليه • ولو انعقد في حكم وعتق عليه ينبغي ان يسعى له لا للبائع • ويجب للبائع عليه الثمن • ثم قال فعلنا
يجوز انه نفذ من حيث انه اعتاق لا من حيث انه شرا لان شرا القريب اعتاق عندنا واعتاق السفيه صحيح على وجه يوجب السعاية
والسعاية للمشتري الا ان القاضي يحيل بما يجب على العبد عما وجب للمشتري عليه ويخرجه من البين ولا يخاطبه بشيء لسفهه • او نقول
بان تصرف السفيه في القريب شرا واقع لنفسه من وجه من حيث انه يتصدق به الملك وواقع للقريب من وجه من حيث انه يتصدق به
عتقه لانه لا حجر عليه من هذا الوجه وصار كالوكيل من جهته فلهذا اعتق بالسعاية عليه بالبايع • وشبه هذا بالمريض لو وهب
له ابنه المرقوق او وهب له غلام في مرضه فادعى انه ابنه ثم مات وعليه دين ولا مال له غيره يسعى الغلام في قيمته للغرما بسبب ذلك

فهذا انه هذا بمنزلة الاعتاق منه ابتدا واعتاق المريض مرض الموت وعليه دين حكمه هكذا **قوله** فهو على هذا التفصيل اي ادعا
المريض ولد جاريته على التفصيل الذي ذكرنا • فان كان علوق الولد في ملكه كان دعوة استيلاد فلهما دعوة الولد ولا يكون دعوة
تحرير لعدم شهادة الولد وقد مر البيان **قوله** قال وان تزوج امراة جاز نكاحه • اي قال القدوري في مختصره و
تمامه فيه وان لها مهر المثل جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل • وهذا على مذهبهما لان عند ابي حنيفة تصرف السفيه المحجور عليه
كتصرف المصلح فلا يبطل الفضل • اعلم ان الكلام الذي مضى اذا تزوج امراة جاز نكاحه ويبطل الفضل على مهر مثلها ويكون لها
مهرها مقدار مهر مثلها • وذلك لان النكاح تصرف لا يؤثر فيه الهزل فيكون السفيه والمصلح فيه سواء لا سيما في انعقاد النكاح
فلا يرد عليه وانما السفه في الزيادة على مهر المثل فيرد ذلك عليه • لان الزيادة عليه ايجاب بغير عوض فيكون بمنزلة التبرع
فلا يصح منه كالمريض اذا تزوج امراة صح نكاحه بمهر المثل حتى حاصت المراة الغرما في ذلك • وان كان اكثر من مهر المثل فانه يحط
الزيادة عنه حتى لا تحاص فكذا هذا ولو طلقها قبل الدخول وجب لها نصفه في ماله لان التسمية ليست بباطلة اصلا وانما الباطل
تسمية ما زاد على مهر المثل • قال الحاكم الشهيد في مختصره وكذلك لو تزوج اربع نسوة • وكذلك لو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها
قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا يبطل مذهبهما فانه يحسن في هذا ويتصور السفه بما زاد من هذا
الوجه ومع ذلك لا يحجران عليه • ثم قال لكنهما لان السفه ليس بمستفاد بهذا الطريق لان السفه المعتاد ما يحصل له نوع عوض
صحيحا كان او فاسدا وليس في الطلاق قبل الدخول على وجه لا يصل اليه لانه واحد عوض وبعد الدخول ان تحقق عوض لكنه
عوض لا يتصور فيه المجاوزة على حد والسفه مجاوزة عن الحد في كل باب او يقال بانه لا يمكن رده بعد ثبوت السفه لان طريق رده
ان يلحقه بالهازل والهازل والجاد في هذا سوا • ولو حلف بالله او نذر بنذر هدي او صدقة لم ينفذ القاضي شيا من ذلك لان
ذلك يودي الى فتح باب الاتلاف فلا يفيد الحجر فايدته وان حنث في يمينه لم يعتق ولم يطعم ولم يكسو لانه لو كفر بالمال يحلف
كل يوم ويحنث نفسه فيتمكن من افساد ماله ولكن يصوم عن كل يمين ثلاثة ايام متتابعات لانه كالغايب عن ماله حيث حجر
عنه ومنع بسبب السفه كالذي منع من مال الغيبة وكالذي غصب عنه ماله وجحد **قوله** قال وتخرج الزكاة من مال
السفيه • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وينفق على اولاده وزوجته وعلى من يجب نفقته من ذوي ارحامه قال
في شرح الاقطع وهذا الذي ذكره ظاهر على قول ابي حنيفة رضي الله عنه لانه مسلم غير محجور عليه وجبت عليه الزكاة والنفقة
فتخرج من ماله • وعلى قولهما هو محجور عليه في جميع التصرفات الا ان ما يجب عليه من الحقوق تخرج من ماله عليه فلا يسقط حقوق لم
يستحقه • ثم اعلم ان الذي ذكر قبل هذا في التصرفات التي يوجبها المحجور على نفسه • اما ما اوجبه الله عليه من الزكاة هو
والحج وغير ذلك فالسفيه والمصلح في ذلك سوا لانه لا افساد فيما يوجبه الله عليه فان الله تعالى لا يحب الفساد ولا يرضى به
انما الفساد فيما يوجبه على نفسه • وان لم يكن فيما يوجبه الله تعالى عليه فسادا كان هو في ذلك والمصلح سوا ينبغي للحاكم
ان ينفذ له في ماله ما اوجبه الله تعالى عليه الا انه لا يدفع قدر الزكاة الى السفيه حتى يودي بنفسه لانه ربما ينفق
ذلك ولا يصرفه الى الفقرا ولكن يدفع الى امينه ثم يامر المحجور بان يصرفه الى الفقرا لان الزكاة لا تتادى من غير نية بخلاف
نفقة المحارم فانه يعطي امينه ولا يحتاج الى امر من جهة السفيه لان نفقة المحارم تتادى من غير نية • ثم لا يصدق السفيه
في اقراره بالنسب اذا كان رجلا الا في اربعة اشيا في الولد والوالد والزوجة ومولى العتاقة لان السفيه والمصلح في حق
اثبات النسب سوا والمصلح انما يصدق في اقراره بالنسب في الاربعة التي ذكرنا لانه يقر على نفسه • فاما فيما عدا ذلك فلا
يصدق لانه تحميل النسب على الغير فكذا هذا • وان كانت السفيهة امراة فانها تصدق في ثلاثة اشيا بالوالد والزوج ومولى هو
العتاقة ولا تصدق في الولد لانها تحمل النسب على غيرها في الولد وهي والمصلحة في ذلك سوا • ثم اذا صدق في اقراره في حق هولا
ان ثبت عندهم لا بالبينة وانه تجب النفقة في ماله وان لم يثبت عندهم بالبينة ولكن السفيه اقر بعضهم فانه لا تجب النفقة
وذلك لان نفقة الاقارب انما تجب بالقرابة والقرابة يقتضي الاستحقاق الى اخرهما ثبوتا ومتى كان القرابة ثابتا فاخرهما
ثبوتا النسب فيكون مقرا بالنسب لا بالمال على نفسه واقراره بالنسب جايز فاذا اقر بالعم بعد النسب يكون وجوب النفقة مضافا
الى العم واذا كان مضافا اليه فقد جعل مقرا بايجاب مال على نفسه لا بالنسب فلا يصدق • وكذلك ان اقر للمراة بنفقة ماضية
لم يصدق الا ببينة لان نفقة المراة لا تصير دينا فيما مضى الا بقضا او رضا ولم يثبت ذلك الا بقوله فيصير مقرا بايجاب
دين على نفسه فلا يصدق الا ان يقيم على ذلك بينة لان الثابت بالبينة الثابت له كالثابت معاينة كذا ذكر شيخ الاسلام
خواهر زاده في مبسوطه **قوله** وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال • اي هذا الذي
ذكر القدوري في اخراج الزكاة من مال السفيه والانفاق منه على اولاده وزوجته • بخلاف ما اذا حلف السفيه او نذر
او ظاهر فحنث في يمينه لا يلزمه كفارة اليمين والكفارة الظهار بالمال بل يجزيه الصوم لانه كالغايب عن ماله فيما يوجبه
على نفسه على ما مر بيانه • فلو اوجبنا عليه التكفير بالمال لا يتسع عليه طريق التبذير فافسد ماله وليس كذلك ما يجب عليه بغير
فعله لانه لا افساد في ذلك على ما قلنا **قوله** قال فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها • اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج • قال شيخ الاسلام خواهر زاده
في مبسوطه وان اراد ان يحج حجة الاسلام لم يمنع من ذلك لان حجة الاسلام انما وجبت عليه بايجاب الله تعالى لا بايجابه
وما وجب بايجاب الله تعالى فالسفيه في ذلك والمصلح له سوا • ثم المصلح لما لا يمنع من حجة الاسلام فكذلك هذا ولكن لا يدفع

النفقة اليه لانه متى دفع اليه ربما يتلفها وينفقها في غير وجهها وربما ضاع منه فاعطى من اخرى ثم وثم حتى ياتي على ماله ولكن يدفع الى ثقة يريد
الخروج الى مكة معه على ان ينفق عليه ما يكفيه في الطريق لكرايه ونفقته وهديه ان كان قارن وهذا كما قال في زكاة المال انه يجب على السفيه
الا ان الحاكم لا يعطيه الزكاة حتى يودي بنفسه كي لا يفسد ذلك فيقول ضاع مني فيطلب اخرى ثم وثم حتى ياتي على ماله ولكن يدفع الى امينه
حتى يعطي الفقرا بامره فكذلك هذا • وان اراد عمرة واحدة لم يمنع منها ايضا • وذلك لان العلما مختلفون في العمرة منهم من يقول بانها فريضة
لقوله تعالى فاتموا الحج والعمرة لله • ومنهم من يقول بانها تطوع فاوجبنا ذلك عليه احتياطا لانه اذا ادى عمرة ليست عليه اولى ان يترك عمرة • قال
شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه قالوا ولا يوجد في كتب اصحابنا رواية ان العمرة تطوع عندنا الا في رواية هذا الكتاب اي كتاب
الحجر فانه قال وان كان يرى العمرة تطوعا • وان اراد ان يقرن حجة وعمرة لم يمنع من ذلك لانه لما لم يمنع من ان يفرد بالعمرة في سفر على حدة
فلان لا يمنع من اتيانها في سفر الحج والتمتع ثم اولى • واذا لم يكن ممنوعا عن القران والمتعة اذا قرن او تمتع كان عليه الهدي لان الهدي
وجب بسبب المتعة والقران الا انه لا يدفع الهدي كيلا يتلفه ويقول ضاع مني فاعطوني اخرى وثم الى ان ياتي على جميع ماله ولكن هو
يدفع الى امير ثقة يريد الخروج الى مكة حتى يذبح عنه بامره اذا جا اوان الذبح • فان اراد ان يسوق بدنة لمتعته فانه لا يمنع من ذلك
وان كانت الشاة تجزيه • وذلك لان عبد الله بن عمر يقول الهدي بدنة وانها بقرة او جزور • وعندنا الشاة تجزيه فالزيادة
على قدر الشاة الى تمام البدنة اختلفوا في وجوبها فمنهم من اوجب ذلك على القارن والمتمتع • ومنهم من يوجب فاوجبنا عليه ذلك
احتياطا كما اوجبنا العمرة • فان قيل اليس انه شرع لهدي المتعة والقران بدل وهو الصوم فانه قال فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر
من الهدي فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم • وما كان حقا ما له شرع له بدل وهو الصوم • فان السفيه يودي
ذلك بالصوم لا بالمال • قلنا انما يودي الواجب المالي بالصوم الذي شرع بدلا عنه اذا كان الواجب وجب بسبب من جهته • فاما اذا
اوجب عليه بايجاب الله تعالى فهو والمصلح في ذلك سوا • والهدي المتعة والقران واجب بايجاب الله تعالى لانه وجب بسبب الجمع بين
الحجة والعمرة والجمع والحجة والعمرة واجبان بايجاب الله تعالى فلو مكناه من التكفير بالمال يفسد ماله ولا يفيد الحجر فايدته فلهذا مكنا
يكفر بالصوم لا بالمال فان هو احرم بالحج او قرن حجة او عمرة ثم ارتكب شيا من المحظورات بعد احرامه بان قتل صيدا او حلق راسه وما اشبه
ذلك فانه ينظر في ذلك • فان كان شيا شرع له بدل من حيث الصوم كقتل الصيد وحلق الراس عن اذى فانه لا يكفر بالمال لانه لو مكن من ذلك
والكفارة وجبت من جهته يتوصل بذلك الى اتلاف ماله حيث يرتكب هذا المحظور كل يوم • وانما يكفر بالصوم كما في كفارة اليمين والظهار
وان كان شيا لا بدل له من حيث الصوم كالتطيب متعمدا والحلق متعمدا والجماع بعد الوقوف بعرفة فانه يتاخر الى ان يصير مصلحا • وذلك
لان السفيه وهو محجور عليه عاجز عن افساد ماله بمنزلة العبد • ثم العبد اذا احرم باذن المولى ثم ارتكب شيا من محظورات احرامه فان كان
شيا شرع له بدل الصوم فانه يصوم فان لم يكن بدل فانه يتاخر الى ان يعتق العبد فكذلك هذا • وفي الجماع بعد الوقوف يلزمه الجزور
ويتاخر ذلك الى بعد الصلاح لانه وجب بسبب من جهته وهو جماعه وهو في ذلك غير مضطر ولا مدخل للصوم فيلزمه ذلك لكن يتاخر
ذلك الى بعد الصلاح لانه لو اطلق له ذلك فجامع كل يوم مرة فيتوصل بذلك الى اتلاف ماله بان جامع قبل الوقوف بعرفة لم يمنع من نفقته
المضي في احرامه ولا نفقة العود من عام قابل للقضا لانه فرض عليه كاصل حجة الاسلام الا انه يمنع من الدم للكفارة كانه معسر في حق هذا الحكم
وان هذا المحجور عليه قضى حجته الا طواف الزيارة ثم رجع الى اهله ولم يطف طواف الصدر فانه يطلق له نفقة الرجوع الى الطواف ويصنع
بها ما يصنع في ابتدا الحج ويومر الدليل الثقة عليه ان ينفق عليه راجعا حتى يطوف بالبيت لان الرجوع عليه فرض للطواف • ولو طاف
جنبا ثم رجع الى اهله لم يطلق له نفقة الرجوع لانه قد خرج من الحج ولا بقي عليه بدنة لطواف الزيارة جنبا وشاة لترك طواف الصدر هم
يودي بها اذا صلح • وان احصر في حجة الاسلام بعث الذي اعطاه القاضي نفقته ان يبعث هديا عنه حتى يحل لانه لم يتم فيه باختيار فكان
الرشيد والسفيه فيه سوا والتناني يعلم في شرح الكافي • وانما قيد القدوري بقوله فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانه يمنع من حجة
التطوع الا ترى الى ما قال محمد في الاصل فان اهل بحجة تطوعا او عمرة تطوعا لم ينفق الحاكم ان ينفق عليه حتى يقضي حجته لان الحاكم لو انفق
عليه في هذا احرم لكل سنة بحجة وفي كل شهر بعمرة فيتوصل بذلك الى اتلاف ماله **قوله** فان مرض واوصى بوصايا في القرب
وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه • هذا لفظ القدوري في مختصره فلفظ القرب ما يتقرب الى الله تعالى بواسطة كبنا المساجد
والسقاية والرباط ونحو ذلك وابواب الخير عام يتناول القربة وغيرها • وهذا كالكفالة مع الضمان • يعني ان الكفالة خاص
والضمان عام • وذلك لان السفيه المبذر انما منع من ماله في صحته على مذهبهما لايبذر ماله ولا يتلفه • واما في حال مرض الموت
فالظاهر انه لا يقصد بذلك السفه بل يقصد التقرب الى الله تعالى فيخرج من الملك لزوال التهمة في تصرفه وقد ذكرنا قبل هذا عند
قوله ثم لا يتاتى التفريع على قوله ان وصايا الكلام الذي قد بلغ مفسدا في التبذير وعن باطل فيقاسا ولكن يستحسن ان ما وافق الحق
منها وما تقرب به الى الله تعالى وما يكون في غير وجه الفسق جايز كما يجوز وصية غيره • قال ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا
لماله عندنا والفسق الاصلي والطاري سوا • اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الانسان اذا بلغ فاسقا مصلحا لماله يسلم اليه
ماله • وان كان فاسدا في دينه ولا يحجر عليه • وعند الشافعي من اسفه السفها فلا يوتى المال كالسفيه عملا بظاهر قوله تعالى ولا
توتوا السفها اموالكم وبقوله تعالى فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم والفاسق غير رشيد لان الفاسق غير موثوق به في حفظ
ماله عما يتبع شهوته وهواه فيتلف ماله فيحجر عليه زجرا له كالمبذر لماله عندهما • ولنا قوله تعالى فان انستم منهم رشدا فادفعوا
اليهم اموالهم • وجه الاستدلال بذلك ان الله تعالى ذكر الرشد نكرة والنكرة في موضع الاثبات تخص ولا تعم فيراد رشد واحد
وقد وجد ذلك وهو الصلاح في المال • ولا يشترط الصلاح في الدين والمال جميعا لانه يكون المراد حينئذ من الرشد المنكر في موضع

الايتان رشد بن ولا يجوز ذلك لعموم دليل العموم • قال الزجاج في تفسير معنى انستم علمتم ومعنى الرشد الطريقة المستقيمة التي يثقون
منها بانهم يحفظون اموالهم ولانه مكلف مصلح لماله فلا يحجر عليه كالرشيد في دينه ولا يلزم العبد لانه لا مال له ولا يلزم المبذر لانه لم يصلح
ماله ولانه نوع فسق فلا يمنع من تسليم ماله اليه كالكبير ولا حجة للخصم بقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم لانه قال اموالكم ولم يقل اموالهم
وهذا اورد شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه تفسير ابن عباس فقال قال ابن عباس معنى الاية ان يعمد الرجل ماله بين ولده وعياله فيصير
عيالا عليهم وهو عيال له والانسان نهى عن مثل هذا • وقوله الفاسق غير موثوق به في حفظ ماله • قلنا الناس حافظ لماله في الحال وانما
يتوهم منه زواله في الثاني لشهوة يعترض له وقد يعترض وقد لا يعترض له ولا عبرة للموهوم وانما العبرة للمتيقن **قوله** ولان هو
الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم اي قدرنا ان الفاسق من اهل الولاية في ابواب
النكاح والشارة الي قوله ولما انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة • وهذا لانه لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره
لانه من جنسه ولانه صلح متقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا **قوله** ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة ذكره تفريعا
على مسئلة القدوري • يعني ان القاضي يحجر ايضا عند ابي يوسف ومحمد من ليس بسفيه ولكنه سليم القلب لم يهتد الي التجارات ولا يبصر
عن الشراء والبيع ويغبن فيما يتاع كما يحجر السفيه لمشاركته اياه في اتلاف المال نظرا له

فصل

في حد
البلوغ لما كان الصغر من جملة الاسباب الموجبة للحجر ناسب ذكر البلوغ الذي ينهي به الصغر قال بلوغ الغلام بالاحتلام لان الاحبال والانزال
اذا وطي فان لم يوجد ذلك حتى يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل • فان لم يوجد ذلك
حتى يتم لها سبعة عشر سنة • وهذا عند ابي حنيفة • وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا • اي قال القدوري
في مختصره قال الحاكم الشهيد في باب العدة من مختصر الكافي ولا يجوز طلاق الصبي حتى يحتلم او يبلغ ادنى ما يكون من وقت الاحتلام
وذلك عندنا تسع عشرة سنة • فاذا بلغ ذلك الوقت ولم يحتلم فهو بمنزلة الرجل • قال ابو الفضل وذكر هذه المسئلة في كتاب
الوكالة من رواية ابي سليمان في موضعين فقال في احدهما بلوغ الغلام ان يكمل له تسع عشرة سنة وبلوغ الجارية ان تكمل لها سبع عشرة
سنة • وقال في موضع اخر ان يطعن في التاسع عشر وتطعن الجارية في السابع عشر • وهذا هو المشهور في قوله وجدت القول
على هذا استقصاء في كتاب الوكالة من رواية ابي حفص • وقال ابو يوسف ومحمد وقته في الغلام والجارية خمس عشرة سنة فاذا تمت
جاز طلاقه وان لم يحتلم • الي هنا لفظ الحاكم الشهيد ابي الفضل رحمه الله • وذكر الطحاوي في شرح الاثار في كتاب السير وكان محمد
ابو الحسن مذهب في الغلام الي قول ابي يوسف • وفي الجارية الي قوله ابي حنيفة • وقال القدوري في باب من احق بالامامة
من شرح مختصر الكرخي • وروي عن محمد انه قال في الرواية في الغلام خمس عشرة وفي الجارية سبع عشرة • وقال شمس الائمة السرخسي في
شرح الكافي • وعلى قول ابي يوسف ومحمد والشافعي في الجارية والغلام يتقدر بخمسة عشر سنة • ثم الاصل في البلوغ الانزال
بالزيادة • لقوله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستاذنوا فظاهر الاية يقتضي تعلق الحكم بالاحتلام • وكذلك قوله عليه السلام
رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم فلما كان الحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال جعل علامة على البلوغ • وكذلك الحيض لا يكون الا
من حبل • وكذلك يكون بعد الانزال فاقل المدة في حق الغلام اثنا عشرة سنة • وفي حق الجارية تسع سنين • واما الدلالة على
البلوغ بالسن فالاصل فيه ان الانسان قد يتاخر احتلامه وانزاله لعلة فاعلمنا انه بالغ فجعلوا علامة ذلك تقدير السن على حسب ما
ادى اليه الاجتهاد • وجه قولهما ما حدث الطحاوي في شرح الاثار باسناده الي نافع عن ابن عمر رضي الله عنه • قال عرضت على النبي
عليه السلام يوم احد وانا ابن اربع عشرة فلم يجزني في المقاتلة وعرضت عليه يوم الخندق وانا ابن خمس عشرة فاجازني في المقاتلة
والمعنى فيه ان الذكر والانثى لا يتاخر بلوغهما عن هذه المدة ظاهرا وفيما الحكم يبنى على الظاهر لا على النادر • وجه قول ابي حنيفة
ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اما الصبي حج عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام • بيانه انه اراد في مدة يمكن ان يحج الصبي فيها
بنفسه سبع سنين او ثماني سنين ثم ان البلوغ يكون في ثماني عشرة سنة او تسع عشرة سنة لانه اثبت له عشر حجج ثم البلوغ او نقول صغر
الصغر فيها معلوم بيقين فلا يزول اليقين الا بيقين مثله ولا يقين في موضع الاحتمال • ثم ادنى مدة البلوغ في الغلام بالعلامة اعني
بعلامة الانزال اثنا عشرة سنة لم يوجد العلامة وجبت الزيادة على ذلك فزيد سبع سنين اعتبارا بابا ولا امر على ما اشار اليه رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال مروهم بالصلاة اذا بلغوا سبعا • واختلف في تفسير الاشد في قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي
هي احسن حتى يبلغ اشده فقال سعيد بن جبير ثماني عشرة سنة ذكر الطحاوي في شرح الاثار عن روح بن الفرج عن يحيى بن عبد الله بن بكير
عن عبد الله بن لهيعة عن عطاء بن دينار عن سعيد بن جبير قال ثماني عشرة سنة • ومثلها في سورة بني اسرائيل الاحجة لهما في حديث
ابن عمر لانه يحتمل ان النبي صلى الله عليه وسلم رده لانه لم يره بعد ولم يبلغ حد القتال لا لانه لم يبلغ مبلغ الرجال • واما اجازه وهو ابن خمس
عشرة سنة لما راى من جلده وقوته لا لانه بلغ مبلغ الرجال • واما اجازه وهو ابن خمسة عشر سنة لما راى من جلده وقوته لا لانه
بلغ مبلغ الرجال • ولهذا الاجازة الشيخ الهرم لعدم الجلد والغلام والمراهق يجاز اذا كان مقاتلا هكذا ذكره القدوري في شرحه
يدل على هذا ما حدث الطحاوي في شرح الاثار عن احمد بن مسعود الخياط عن محمد بن عيسى الطباخ عن هشيم عن عبد الحميد بن جعفر عن
ابيه عن سمرة بن جندب ان امه كانت امراة من بني فزارة فذهبت به الي المدينة وهو صبي فكثر خطابها وكانت امراة جميلة فجعلت تقول
لا اتزوج الا من يتكفل لي بابني هذا فتزوجها رجل على ذلك فلما فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم الغلمان الانصار لم يفرض لي فكانه
استصغر في فقلت يا رسول الله قد فرضت لصبي انا اصرعه قال صارعه فصارعته فصرعته ففرض لي النبي صلى الله عليه وسلم • فلما اجاز رسول
الله صلى الله عليه وسلم سمرة بن جندب لما صرع الانصاري لا لانه قد بلغ احتمل ان يكون كذلك ايضا ما فعل بابن عمر اجازه حين اجازه لقوته

بالبلوغ وزد حين لصغره لا لعدم البلوغ فليس في هذا حجة لان ابا حنيفة لا ينكر الفرض للصبيان اذا كانوا يحتملون القتال ويحضرون الحروب
وان كانوا غير بالغين كذا قال الطحاوي في شرح الاثار • ثم قال وقد روي عن البراء بن عازب ما كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم في ابن عمر
خلاف ما روي عن ابن عمر • قال حدثنا محمد بن خزيمة حدثنا يوسف بن عدي حدثنا عبد الله بن ادريس عن مطرف عن ابي اسحق عن البراء بن عازب
قال عرضني رسول الله صلى الله عليه وسلم انا وابن عمر يوم بدر فاستصغرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اجازنا يوم احد • قال الطحاوي ففي هذا الحديث
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز ابن عمر يوم احد وهو يومئذ ابن اربع عشرة سنة تخالف ذلك ما في حديث ابن عمر • ثم لما قدر البلوغ في الغلام
السن ثماني عشرة سنة نقص في الجارية سنة فكان منتهى بلوغها سبع عشرة سنة لان الانثى اسرع نشا • وانما عينت السنة الزايد لانها المشتملة على الفصول
الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة فيقوى مزاج الغلام بذلك • وقال اصحابنا ان انبات العانة لا يدل على البلوغ خلافا للشافعي رحمة
الله لانه نبات شعر من بدن الانسان فلا يستدل على البلوغ كاللحية بل اولى لانه يمكن ان يتوصل باللحية الي معرفة البلوغ من غير ارتكاب محظور • بخلاف
العانة فانه انما ان ينظر اليها او يمس فاذا لم يكن اللحية دليل البلوغ فالعانة اولى وهو ما روي عن عطية القرظي قال عرضت يوم بني قريظة على النبي صلى
الله عليه وسلم فقال انظروا فان كانت قد انبت فاقتلوه فنظروا الي فوجدوني ما انبت فجعلوني في السبي لا حجة فيه للخصم لان اهل الشادي ذكروا ان
سعد احكم بذلك فيمن انبت • وروي انه امر بقتل من اخضر مئزره وهذا يرد على الانبات لان الاخضرار الانا ربكون بنبات الشعر من
السرة الي العانة • وروي انه امر بقتل من جرت عليه المواسي • وذكر في السير الكبير في باب الحكم في اهل الحرب فاذا نزلوا عليه روي عن عمر رضي
الله عنه الي امرا اجنادان اقتلوا من جرت عليه المواسي وهذا يقتضي تكرار الحلق بعد الانبات وهو خلاف ما يعتبره الخصم • قال في شرح الطحاوي فان
ادعي بعد الثلاث • وروي عن ابي يوسف في غير رواية الاصول انه اعتبر نبات العانة • ولنا نهود الثدي فلا يحكم بالبلوغ به في ظاهر الرواية
وقال بعضهم يحكم به • وقال في الكشاف في تفسير سورة النور وعن علي انه يعتبر العانة وبعد زمن نحمة الشارب واخذ الغير زرق في قوله ما الـ
مدعيت بداه اراده وسما نادر كحمة الاشيا **قوله** واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول
قوله واحكامه احكام البالغين وهذه من مسايل مختصر القدوري • وذلك لان بلوغهما يتوقف على اخبارهما به اذا لم يوجد علامة الانزال ولم يبلغ
السن لانه لا اطلاع لغيرهما على بلوغهما • فاذا اخبرا في زمان لا يكذبهما الظاهر قبل قولهما في ذلك كاقرار المراة بالحيض فصارت احكامهما
احكام سائر البالغين • قال في احكام الاقرار من كتاب الفتاوي الصغرى الصبي اذا اقر بالبلوغ وقام الوصي ان كان مراهقا صح الاقرار
والقسمة ولا يقبل قوله اني لم اكن بالغا وان لم يكن مراهقا بل كان مثله لا يحتلم عادة لا يصح الاقرار ولا القسمة • فاذا بين تحدث المسئلة انه قبل اثنتي
عشرة سنة لا يصح الاقرار والقسمة وبعد اثنتي عشرة ايضا لا يصح لا محالة بل انما يصح بشرط ان لا يكون بحال لا يحتلم مثله عادة • ونقله عن قسمة
فتاوي الفضلي • وقال الصدر الشهيد في الواقعات في باب القسمة بعلامة الباضي اقر انه بالغ وقاسم الوصي فان كان مراهقا جازت قسمته
ولم يقبل قوله انه غير بالغ • فان لم يكن مراهقا ومثله لا يحتلم لم تجز قسمته ولا يقبل قوله انه بالغ لا في الوجه الاول الظاهر لا يكذبه وفي
الوجه الثاني يكذبه • وهذه المسئلة تبين ان بعد اثني عشرة يشترط شرطا اخر لصحة الاقرار وهو ان لا يكون بحال لا يحتلم مثله فقال غلام مراهق
اذا قارب الحلم وشارف ان يرهقه اي يغشاه • والحلم اسم بمعنى الاحتلام والله اعلم

باب الحجر

بسبب الدين اخر الحجر بسبب الدين عن الحجر بسبب السفه لان الاختلاف فيه كالاختلاف في السفه لان فيه وضعا زايدا وهو توقف
الحجر على مطالبة الغرماء • بخلاف الحجر بسبب السفه فانه لا يتوقف على مطالبة الحجر عند من يراه والاصل عدم الزيادة **قوله** قال ابو حنيفة
رضي الله عنه لا احجر في الدين • واذا وجبت الديون على رجل فطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه • هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه
فيه وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه • فان كان له دراهم ودينه دراهم قضاها القاضي بغير
امره • وان كان دينه دراهم وله دنانير باعها القاضي في دينه • وقال ابو يوسف ومحمد اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي
عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص الي هنا لفظ
القدوري • اعلم ان الحجر على المفلس باطل في قول ابي حنيفة حتى ينفذ هبته وصدقته واقراره لغيرهم في ماله كما كان ينفذ قبل الحجر وعلى قول
ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمه الله ينفذ حجر القاضي عليه حتى لا تنفذ بعد هبته وصدقته واقراره لغيرهم في ماله • وقبل الحجر ينفذ منه
ذلك وقد استوفينا بيان ذلك في اول باب الحجر للفساد • ثم اعلم ان هذه المسئلة تشتمل على مسايل منها ان عند ابي حنيفة لا يحجر على المفلس
لانه معنى لا يؤثر في الشهادة فلا يستحق به الحجر كالدين المؤجل • ولانه لم يستفد التصرف من جهة الحاكم فلم يجز له منعه كغير المفلس وعندهما
يحجر على المفلس وبه قال الشافعي رحمه الله لحديث معاذ وقد مر جوابه في اول باب الحجر للفساد • ومنها ان القاضي لا يبيع عليه ماله ولكن
يحبسه ابدا حتى يبيعه لان ماله لا يعدو دينه قبل الامتناع والحبس ولا يجوز زينه واصله ثياب بدنه • ولان القاضي يحبس في الديون على
هذا فعل الحكام في سائر الاعصار من غير نكير • فلو جاز ان يبيع مال الممتنع من الاداء لم يجز الحبس لانه يؤدي الي الاضرار بالغرماء والديون
اما الغرماء فيؤخر حقهم مع امكان دفعه اليهم • واما المديون فلانه يقدر ان يقضي دينه من غير حبس فلا معنى للاضرار به • وعندهما
يبيع القاضي ماله وهو قول الشافعي رحمه الله لحديث اسيفع جهينة وجوابه مر ايضا • ومنها انه اذا ثبت من مذهب ابي حنيفة انه لا يجوز
بيع القاضي ماله ولا يبيع ماله وجب حبسه اي ان يبيع ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه الا ان يكون دينه دراهم وماله دراهم فيقضي دينه بغير امره
لان الغريم اذا وجد جنس حقه جاز له اخذه بغير امر القاضي فاولى ان يجوز للقاضي دفعه اليه • اما اذا كان ماله دنانير ودينه
دراهم فالقياس ان لا يقضي منها لانه غير جنس حقه فلا يجوز لاحدهما الا برضاه كالعروض • ولان في بيعها حجرا عليه • وعندهما لا يجوز الحجر
عليه • والاستحسان ان يجوز لان الدراهم والدنانير قد جعلا كجنس واحد في الزكاة • ولهذا يضم بعضها الي بعض في الزكاة فصار كانه
وجد جنس حقه • وعلى قولهما اذا حجر عليه القاضي قام مقامه في بيع ماله وتفريقه بين الغرماء بالحصص كذا في شرح الاقطع **قوله**

لانه عساه يلجئ ماله اذا اراد ان يبيع ماله بثمن بلحمة من عظيم لا يمكن انتزاعه من يده او يتربص به ابصر . قال المطرزي في التلجئة ان تلجئك اي يضطرك
ويكرهك على امر باطنه خلاف ظاهره **قوله** حتى يحبسه لاجله اي لاجل البيع ويحبسه من الخير هنا الحال اللغائبة
كما لم يرض به الا بحق **قوله** والبيع لم يشرع طريقا لقضا الدين لان قضاء يكون بتطوع من الاستبراء والاستيفاء
والسوال الناس تاذا ارسل بين البيع ثم الدين قضاء البيع ثم يمالي الدين قضاء عند ابي يوسف ومحمد بخلاف الجنة والصدقة ما فيه
بالاحسان وبيان بهم الاستان بالمعروف . فاذا لم يصرح باب التاضي مثابه . بخلاف في ذلك فكان له التبرع **قوله** والحبس لقضا
الدين مما يحتاج من الطريق جواب عن قوله لان البيع مستحق عليه لايفاد دينه حتى يحبس لاجله اي لاجل البيع فاجاب عنه وقال حبس المديون
ليس لاجل البيع حتى يقضي من ثمنه دينه بل الحبس لقضا الدين كيف شا وكيف اختار المديون من الوجه الذي اراده . اما ببيع ماله واما بالاستقراض
واما بالاستيهاب . واما بالسوال فلم يتعين البيع اذا لقضا الدين . فلو جاز بيع القاضي ماله لزم الاضرار بالدين والمديون وقد مر بيانه
انفا . ثم انما جاز الحبس لقوله عليه السلام لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته . وعقوبته حبسه وقد مر ذلك في اول ادب القاضي **قوله**
فاذا قال اي حصل الفرق بين الدراهم والدنانير وبين العروض حيث جاز بيع القاضي في الدين في الصورة الاولى دون الثانية عند
ابي حنيفة **قوله** ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار . كهذا التزتيبا على مسئلة القدوري . يعني ان بيع القاضي مال
المديون لما جاز عندهما يبيع اولا النقود ثم العروض ثم العقار مراعاة للجانبين جانب الدائن وجانب المديون لان في ذلك مسارعة
الى قضا الدين وفيه نظر للدائن وتبقية للملك فيما يتضرر به وفيه نظر للمديون **قوله** ويترك دست من ثياب بدنه ويباع
الباقي لان به كفاية . وقيل دستان ذكر تفريعا ايضا . قال في الفتاوى الصغرى ثم على قولهما اذا باع القاضي بيع مال المديون
فاي قدر يبيع المختار انه يترك له دستين من الثياب حتى اذا غسل احدهما يلبس الاخر . ونقله عن باب الحجر بسبب الدين من ادب القاضي
ونقل ايضا من باب الملازمة من شرح ادب القاضي . وقال بعضهم يترك نفسا من الثياب ويبيع ما سوى ذلك وهو مختار شيخ الامام
شمس الائمة الحلواني . وقال بعضهم يترك له دستين وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله . وقال في كتاب القضا من خلاصة
الفتاوى قال مشايخنا يباع ما لا يحتاج اليه في الحال حتى قالوا يباع اللبد في الصيف والنطع في الشتا . ولو كان له كانون من
حديد يباع ويتخذ من الطين . وعن شريح انه باع عمامة المحبوس . وعن ابي يوسف هكذا في الخلاصة والدست لفظ فارسي استعمله
فقها بخارا وسمرقند في كتبهم **قوله** فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضا الديون . اي قال القدوري
في مختصره قال في شرح الاقطع وهذا على قولهما لانه معطوف في الكتاب على قولهما اراد بالكتاب مختصر القدوري . والوجه
في ذلك انه محجور عن التصرف لحق الغرما لتعلق حقهم بماله فلم ينفذ اقراره في حقهم لئلا يلزم ابطال حقهم باقرار لغيرهم كالمريض مع الغرما
ولكنه صحيح في حق نفسه فلاجل هذا لزمه بعد قضا الدين فصار اقراره بالدين في حالة الحجر كالدين السابق كدين الصحة ودين المرض اذا
اذا اجتمعا حيث يقدم دين الصحة على دين المرض . كذا هذا بخلاف ما اذا استهلك المحجور عليه بالدين قبل قضا الدين مال انسان حيث يلزمه
ضمانه في الحال ويكون الانسان المتلف عليه اسوة لسائر الغرما . لان الاستهلاك امر محسوس مشاهد والثابت بالحس والمشاهد لا يكون
مردود فيه فلا يلزم فيه الحجاب وليس كذلك الاقرار بان سبه يحتمل الوجود والعدم فلا يصدق في حق غيرهم للتهمة ويصدق في حق
نفسه لعدم التهمة . وبخلاف ما اذا استفاد مالا اخر بعد الحجر حيث ينفذ اقراره في ذلك المال لان حق الاولين لم يكن له تعلق بذلك
المال لانه لم يكن وقت الحجر والمانع من النفاذ تعلق حقهم وقد انتفى المانع بوجوب النفاذ لوجود المقتضي له وهو اقرار الحر المكلف
قوله قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته واولاده الصغار وذوي ارحامه . اي قال القدوري في مختصره وذلك
لان المفلس محجور عليه عندهما لتعلق حق الغريم بماله وتعلق حق غيره لا يمنع النفقة عليه لان حاجة الاصل مقدمة على حق الغريم
وكذا لا يمنع النفقة الواجبة عليه لزوجته واولاده الصغار وذوي ارحامه كالمريض مرض الموت يتعلق حق الغريم بماله . ومع
هذا لا يمنع النفقة عليه ولا النفقة الواجبة . ولان النفقة الواجبة لهم لاحق ثابت فلا يبطله الحجر لاجل غيرهم . الا ترى انه لو
تزوج امراة كانت بمقدار مثلها اسوة لسائر الغرما ويبطل الفضل **قوله** قال وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه
حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بعقد كالمهر والكفالة . قال صاحب الهداية الى ان قال وكذلك
ان اقام البينة انه لا مال له . يعني قال القدوري فان لم يعرف للمفلس مال الى ان قال القدوري وكذلك ان اقام البينة
انه لا مال له . وانما طرح بعض كلام القدوري اعتمادا على ما ذكره في فصل الحبس من كتاب ادب القاضي فتركيب لفظ القدوري
فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن
المبيع وبدل القرض . وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة ولا يحبسه فيما سوى ذلك كعوض المغصوب . وارش الجناية
الا ان تقوم بينة ان له مالا . واذا حبسه الحاكم شهرين او ثلاثة سال عن حاله فان انكشف له مال خلى سبيله . وكذلك
اذا اقام البينة انه لا مال له الى هنا لفظ القدوري في مختصره وقد مر البيان في شرحنا هذا في فصل الحبس من كتاب ادب
القاضي . ومع هذا لا يخلو المكان خاليا عن البيان فنقول الاصل في الانسان العسر والغنى عارض فيجب استصحاب بالحال
حتى يعلم حدوث ما يخالفه . فاذا ادعى العسر فقد ادعى الاصل فكان القول قوله ولم يحبس حتى يقيم خصمه البينة على ان له مالا
وذلك مثل الدين الذي وجب عليه من قيمة متلف او ارش جناية لان الحبس عقوبة شرعت جزاء على الظلم . فاذا لم يوجد الدليل
على الامتناع عن الغير لم يكن ظلما فلم يستحق العقوبة . فاما اذا كان الدين واجبا عليه من ثمن المبيع او بدل القرض فقد وجد
دليل الغنى بملك ذلك . فان امتنع عن الادا حبس لان الظاهر انه ظالم . وكذلك في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة يحبس

اذا امتنع لانه انما التزم ذلك بالعقد الا وهو قادر عليه ظاهرا فكان ظلما في الامتناع عن الدفع . وهذه رواية ابن شجاع . وعلى هذه
رواية الخصاف عن اصحابنا لا يحبس فيما لزمه بالعقد بل يحبس فيما كان بدلا عن مال حصل في يده خاصة لان الحبس عقوبة يستحقها
الامتناع بالغنى ولم يوجد الغنى لان العقد لا يملك به شي فلم يثبت انتقاله من اصل العسر فلا يحبس كما في الدين الواجب بالجناية . قال
ولا يحبسه فيما سوى ذلك كعوض المغصوب وارش الجناية الا ان تقوم بينة ان له مالا لان دليل الغنى لم يوجد لعدم ملك شي فلم يكن
ظلما . بخلاف ما اذا اقامت بينة ان له مالا حيث يحبس لانه ظالم . لقوله عليه السلام مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته . وتفسير
سنان العقوبة بالحبس . قال واذا حبسه الحاكم شهرين او ثلاثة سال عن حاله . فان لم ينكشف له مال خلى سبيله . وكذلك ان
اقام البينة انه لا مال له . قال الناصحي في تهذيب ادب القاضي قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد يحبسه شهرين او ثلاثة . وعلى
رواية محمد تقديره اربعة اشهر . وعلى رواية الحسن ستة اشهر ثم قال وهو موقوف على راي القاضي . وقال في شرح الاقطع والتقدير
في هذا غير معتبر وهو مردود الى راي القاضي والمقصود بالحبس ان يضجر فيظهر ما لا ان كان له مال . وهذا امر يختلف باختلاف
الناس فيهم من يؤثر فيه قليل الحبس ومنهم من لا يؤثر فيه الكثير فوقف على اجتهاد القاضي فيه . ثم اعلم ان البينة على الاعسار بعد
الحبس تقبل بالاتفاق فيطلقه القاضي بعد ذلك لقوله تعالى . فان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة . اما اذا قامت البينة على الاعسار
والافلاس قبل الحبس ففيه روايتان في احدى الروايتين تقبل وبه كان يفتي الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل . وفي رواية اخرى
لا تقبل ما لم يحبس وعليه عامة المشايخ واليه ذهب شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي وهو الاصح . وباقي البيان مر في فصل
الحبس من كتاب ادب القاضي . وقال في مسايل الحبس من كتاب ادب القاضي من الفتاوى الصغرى المحبوس اذا سال عنه القاضي بعد
ما مضى زمان على ما علم فاخبر انه موسر ابد الحبس . وان اخبر انه معسر خلى سبيله . وخبر الواحد العدل الثقة يكفي والاثنان احوط
ولا يشترط لفظ الشهادة ونقله عن باب الحبس من كفالة شيخ الاسلام خواهر زاده . ونقل في خلاصة الفتاوى في كتاب القضا
عن كفالة الاصل لا يضرب المديون ولا يغل ولا يقيد ولا يخوف ولا يقام بين يدي صاحب الحق اهانة ولا يواجر . وفي المنتقى يقيد
المديون اذا خيف الفرار ولا يخرج المحبوس لجمعة ولا عيد ولا حج ولا صلاة الجنازة ولا عيادة المريض . ويحبس في موضع وحش لا يبسط
له فرش ولا يدخل عليه احد ليستانس به ذكره الامام السرخسي **قوله** ولو مرض في الحبس بقي فيه ان كان له خادم يقوم
بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه ذكره تفريعا على مسئلة القدوري . قال في الواقعات في باب ادب القاضي بعلامة الواو المحبوس
في السجن اذا مرض وليس له احد يتعاهده اخرج من السجن بكفيل لانه لو ترك كذلك يخاف عليه التلف والمستحق الحبس لا التلف . وقال في خلاصة
الفتاوى هذا اذا كان الغالب عليه الهلاك . وعن ابي يوسف انه لا يخرجه والهلاك في السجن وغيره سوا والفتاوى على رواية
محمد . وانما يطلقه بكفيل فان لم يوجد الكفيل لا يطلقه . فان كفل رجل واطلقه يخرج الخصم ليس بشرط كذا في الخلاصة **قوله**
والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ذكره ايضا تفريعا على مسئلة القدوري . قال في الفتاوى الصغرى المديون هل يمنع في
الحبس من الاكتساب قال بعض المشايخ لا لان فيه نظرا من الجانبين يعني جانب المديون لانه ينفق على نفسه وعلى عياله . وجانب رب
الدين فان فضل منه شي يصرف الى الطالب . وقال شمس الائمة السرخسي يمنع وهو الاصح لان المقصود من الحبس ان يضجر فيسارع الى قضا الدين
ولو ترك يكتسب لا يضجر لان الحبس يصير له كالحانوت فلا يحصل فايدة الحبس . بخلاف وطي امراته او جاريته حيث لا يمنع منه اذا كان ثمة
موضع خال لان الوطي قضاء شهوة الفرج فيعتبر بشهوة البطن وهو الاكل فلا يمنع من الاكل فكذا لا يمنع من الوطي . وقال في خلاصة الفتاوى
المحبوس لا يخرج الى الحمام . اما لو احتاج الى الجماع يدخل عليه امراته او جاريته لكن في موضع لا يطلع عليه . فان لم يجد مكانا لا يجامع وعن
ابي حنيفة انه يمنع من الجماع . بخلاف الاكل للضرورة كذا في الخلاصة **قوله** قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من
الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من البيع والتصرف والسفر اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص
وقال ابو يوسف ومحمد اذا فلسه القاضي حال بينه وبين الغرما الا ان يقيموا البينة انه قد حصل له مال الى هنا لفظ القدوري . وهذا
الذي ذكره متصل بقوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله . وكذلك اذا اقام البينة انه لا مال له يعني ان الحاكم اذا اطلقه من الحبس لا
يكون حايلا بين المديون وبين غرمائه ولا يمنعهم من ملازمته وتفسير الملازمة ان يدوروا معه اينما دار ولا يمنعونه ولا يلازمونه
في موضع معين لانه حبس كذا في خلاصة الفتاوى . وقالوا في شرح ادب القاضي اذا خلى سبيله لا يمنع القاضي من ملازمته على ظاهر
الرواية . وقال الناصحي في تهذيب ادب القاضي قال ابن كاس في ادب القاضي . قال ابو يوسف ومحمد اذا صح انه معسر فلا سبيل
الى لزومه وعلى قول اسمعيل بن حماد ليس للمدعي ان يلازمه ولكن ياخذ كفيلا ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف
وقد بيناه في فصل الحبس . وجه قول ابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق اليد واللسان فسروا اليد بالملازمة واللسان بالتقاضي
ولانه يتوصل بالملازمة الى استيفاء حقه اذا ظهر له مال لانه ياخذ فضل كسبه . ووجه قولهما قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة
الى ميسرة وجوابه ان المراد منه النظرة في المطالبة لا في الملازمة . وعند ابي حنيفة لا يطالبه بل يلازمه ويطوف معه لياخذ
فضل كسبه . وصاحب الهداية بنى الخلاف هنا على الخلاف في صحة القضا بالافلاس وعدم صحته فعندهما لما صح ذلك ثبتت العسرة
فاستحق النظرة . وعند ابي حنيفة لما لم يصح لم يثبت العسر فلم يستحق النظرة لان مال الله غاد ورايح . ولان الوقوف بشهود الاعسار
لا يثبت الا بطاهر الحال اذ لا وقوف لهم على الحقيقة والظاهر يصلح للدفع لا للابطال فيندفع المطالبة ولا يبطل حق الملازمة قال
صاحب الهداية وقوله اي قول القدوري الا ان يقيم البينة اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا
اذ الاصل هو العسرة . وفي بعض نسخ القدوري الى ان يقيم البينة . وجه الاشارة الى ان المديون لما اقام البينة انه لا مال

لا يخلي سبيله القاضي ويحال بين المديون وبين الغرماء بعدها • ثم اذا اقام الغرماء البينة انه لا مال له حيل له ما لم يحل بينه وبينهم فلم يدل له
وحال بينة اليسار على بينة الاعسار • قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى فان اقام المديون البينة على الافلاس واقام الطالب
البينة على اليسار فبينة الطالب اولى ولا حاجة الى بيان ما يثبت به اليسار وفي بينة الافلاس لا يشترط حضرة المدعي • وقال فيها ايضا
ثم في بينة الافلاس ذكر الخصاف ينبغي ان يقول الشهود انه فقير لا نعلم له مالا ولا عرضا من العروض يخرج بذلك عن حال الفقر • وعن ابي
القاسم الصفار ينبغي ان يقول الشهود نشهد انه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله • وفي الخلاصة ايضا
القاضي اذا اطلق المحبوس بسبب الافلاس فادعى عليه رجل مالا وادعى انه موسر لا يحبسه القاضي حتى يعلم غناه • وقال فيها ايضا وله ان
يلازمه الغريم بنائبه او اجيره او غلامه • وقال في الواقعات رجل قضي عليه بحق لانسان فامر غلامه ان يلازم الغريم فقال الغريم
لا اجلس معه بل اجلس مع المدعي فله ذلك لانه ربما لا يرضى بالجلوس مع العبد فيكون عليه في ذلك زيادة ضرر قوله يقسم بينهم
بالحصص اي ياخذ كل واحد من الغرماء بقدر حصته من الدين من فضل كسب المديون قوله اي حكم بافلاس المديون واعساره
قوله في موضع اي في موضع معين • قال في خلاصة الفتاوى ليس للطالب ان يقيمه في الشمس وعلى الثلج او في موضع
يضره به قوله ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج ذكره تفريعا على مسئلة القدوري قال
في الخلاصة الفتاوى ولا يمنع من الدخول في بيته لغائط او غدا الا اذا اعطاه المدعي واعد موضعا للغائط قوله ولو اختار
المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه اي لاختيار الطالب الاضيق على المطلوب
وهو المديون • يعني ان المقصود هو قضاء الدين فاذا اختار المطلوب الملازمة دل انها اضيق عليه من الحبس فكان اكثر افضاء الى قضاء الدين الذي
هو المقصود لحصول الضجر والمجالسة مع من لا يجانسه له اشق من التعزير بالحبس فكان اكثر افضاء الى قضاء الدين الذي هو المقصود لحصول الضجر
والمجالسة مع من لا يجانسه له اشق من التعزير بالحبس • ولهذا قيل اضيق السجون معاشرة الاضداد الا اذا كان في الملازمة ضرر ظاهر
على المديون بمنعه عن دخوله في بيته ونحوه فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عن المديون • وقال في الواقعات اذا قال المطلوب
احبسني وقال الطالب بل الازمه فلا يجبر على الخيار في ذلك الى الطالب لان الحبس حق الطالب وقد ترك حقه بما هو دونه وهو الملازمة
فهو بقوله احبسني متعنت فلا يسمع قوله ولو كان الدين للرجل على المراة لا يلازمها لما فيه من الخلوة بالاجنبية ذكره تفريعا ايضا
والخلوة بها حرام • الا ترى الى ما روي عن عمر رضي الله عنه لا يدخلن رجل على امراة وان قيل حموها الا حموها الموت • قال في الفائق
الاحماء اقارب الزوج كالاب والاخ والعم وغيرهم الواحد حم في غير الاضافة • واذا اضيف قيل هذا حموها ورايت حماها ومررت بحميها
وهو من احد الاسماء الستة التي اعرابها بالحروف مضافة • وفي خلاصة الفتاوى في ملازمة المراة يامر امراة حتى يلازمها • فان لم يجد
امراة ان شاء لازمها امراة في بيت وهو على بابها • او المراة في بيت نفسها وهو على بابها ونقله عن المنتقى قوله قال ومن افلس وعنده متاع
الرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه • اي قال القدوري في مختصره قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف
اذا افلس المشتري قبل قبض المبيع او مات مفلسا لا يثبت للبايع حق الفسخ بل يباع المبيع ويقسم بين الغرماء بالحصص • وقال الشافعي رحمه الله
يثبت للبايع حق الفسخ • وقال في شرح الاقطع وقال الشافعي اذا افلس الرجل المشتري وسال الغرماء الحاكم الحجر عليه وكان للبايع بعد
الحجر الخيار ان شاء كان له اسوة الغرماء وان شاء فسخ العقد وكان اولى بالمبيع ولا خيار له قبل الفلس • وقال في كتاب التقريب لاصحاب
مالك ومن باع من رجل سلعة ثم افلس مشتريها قبل ان يقبض البايع ثمنها فوجدها البايع عنده فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن الذي باعها
به وان شاء تركها وحاص الغرماء بثمنها • وقال في مختصر الخرقي في مذهب احمد بن حنبل واذا افلس الحاكم رجلا فاصاب احد الغرماء عين
ماله فهو احق به الا ان يشاء تركه ويكون له اسوة الغرماء • ومذهب اسحق كمذهب احمد كذا ذكر الترمذي في جامعه والاسوة اسم من ائتسى به
اذا اقتدى به وائتسى به • ويقال اسيته بماله اي جعلته اسوة اقتدى به ويقتدي هو بي كذا في المغرب • وجه قولهم ما روى مالك
في الموطا عن يحيى بن سعيد عن ابي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عمر بن عبد العزيز عن ابي بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام عن ابي هريرة
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس فادرك رجل ماله بعينه فهو احق به من غيره وجوابه ان في الحديث فاصاب عين ماله والسلعة
في يد المشتري ليست عين مال البايع وانما كانت مال البايع وانما اريد بهذا في المغصوب والعواري والودايع وما اشبه ذلك كذا اجاب
الطحاوي في شرح الاثار • قال وذلك لما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث سمرة فانه حدثنا محمد بن عمرو حدثنا ابو معوية
عن حجاج عن سعيد بن عبيد عن زيد بن عقبة عن ابيه عن سمرة بن جندب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من سرق له متاع او ضاع
له متاع فوجده في يد رجل بعينه فهو احق به ويرجع المشتري على البايع بالثمن • وقال الطحاوي ايضا حدثنا يونس اخبرنا ابن وهب
اخبرني يونس بن يزيد عن ابن شهاب اخبرني ابو بكر بن عبد الرحمن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلعة يبتاعها الرجل فيفلس
وهي عنده بعينها لم يقبض صاحبها من ثمنها شيا فهو اسوة الغرماء • قال ابو بكر وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من توفي وعنده سلعة
رجل بعينها لم يقبض من ثمنها شيا فصاحب السلعة اسوة الغرماء • وقال الطحاوي ايضا في شرح الاثار • واما وجه ذلك من طريق
النظر فانا راينا ان الرجل اذا باع من رجل شيا كان له ان يحبسه حتى يقبض الثمن • وان مات المشتري او افلس كان البايع اولى به
من ساير الغرماء • واذا قبض السلعة من البايع بامره قبل ان ينقد الثمن ثم مات فقد اجمعوا على ان البايع اسوة الغرماء بدينه فالقياس
ان يكون اذا افلس المشتري كذلك ان يكون اسوة الغرماء ولا يكون له جميع السلعة • وحجة اخرى انا رايناه اذا لم يقبض المشتري
وقد بقي للبايع كل الثمن او نقد بعض الثمن ثم مات او افلس المشتري ان البايع اولى حتى يستوفي جميع ثمنه • واجمعوا ان المشتري
لو قبض العبد وقد نقد بعض الثمن ثم مات او افلس ان البايع لا سبيل له على السلعة ببقية الثمن الذي له عليه بل المشتري اولى وكان الغرما

وحي

نوجب في النظر ان يكون كذلك اذا كان بقي جميع الثمن فلم ينتقد منه شيا لا فرق بينهما قبل القبض بين جميع الثمن وبعض الثمن اذا لم
يقبضه ان البايع اولى بالسلعة حتى يستوفي جميع ثمنه فوجب ان يكون حكم جميع الثمن وبعض جميع الثمن سوا بعد القبض كذا ذكر الشيخ ابو
جعفر الطحاوي في كتاب القضاء والشهادات من شرح الاثار • وروى الطحاوي ايضا باسناده الى ابراهيم النخعي والحسن قالا ان البايع هو
اسوة الغرماء • والمعقول في المسئلة ان البايع انقطع حقه عن المبيع من كل وجه • ولهذا يحل للمشتري وطء الجارية وينفذ اعتاقها الا انه
بقي حق البايع بالمبيع بعد الافلاس ومثل هذا التعلق به ثبت لساير الغرماء ايضا فلا يكون البايع اخص منه ولانه فات من جهة المشتري
الثمن فلا يكون سببا لثبوت الفسخ للبايع كما قبل الحكم بالفلس او نقول عين لا يجوز الرجوع فيها قبل الفلس فكذا بعد الفلس • او نقول
زال الملك عن المبيع او اسقط حقه في الحبس بالتسليم فلا يثبت له الرجوع بعد ذلك في المبيع كما قبل الحكم بالفلس كما بعد موت المشتري • او
نقول البايع احد غرما المشتري فلا يوجب ان يكون البايع احق ببعض الاعيان التي هي ملك المشتري فيها كساير غرمائه
او نقول المستحق بالعقد هو الوصف الثابت في الذمة وهو الدين ولا يلزم من العجز عن تسليم الدراهم او عين الدنانير بالافلاس العجز عن
المستحق بالعقد لان عين الدراهم والدنانير خلف بدلا عن الدين ولم يعتبر عين ذلك لان الاستبدال جايز في باب الديون • بخلاف
باب السلم حيث يكون العجز عن تسليم المسلم فيه عجزا عن تسليم الدين الثابت في الذمة اذا تعذر تسليم فيه بانقطاعه عن ايدي الناس لانا
قلنا انما هو اعتبار الحقيقة وقد تعذر اعتبارها في باب السلم بان يجعل العين عين الدين لان الاستبدال في السلم حرام لقوله عليه السلام
لا تاخذ الا سلمك او راس مالك فلا جرم وجب الفسخ بالعجز عن تسليم المسلم فيه لانه عجز عن عين المستحق بالعقد وليس العجز عن عين الدراهم والدنا
كذلك لانه لم يعجز عن عين المستحق بالعقد بل عجز عن غيره فلم يثبت حق الفسخ • وهذا معنى تعليل صاحب الهداية بقوله ولنا ان الافلاس
يوجب العجز عن تسليم العين اي عين الدراهم او الدنانير الى اخره قالوا عقد معاوضة يجوز فسخها بالعجز عن تسليم احد العوضين كما اذا ابق العبد
المشترى قبل قبض المشتري حيث يجب الفسخ فكذا يفسخ بالعجز عن تسليم العوض الاخر وهو الثمن • ولهذا اذا عجز عن تسليم المسلم فيه بانقطاعه
عن ايدي الناس يجب الفسخ قلنا ابطل ذلك بما قبل حكم الحاكم بفلسه • وبما لو امتنع من ادائه مع القدرة عليه • والمعنى في المسلم فيه
انه مبيع وتعذر تسليم المبيع يوجب الفسخ بخلاف الثمن • والدليل على انه مبيع انه لا يجوز التصرف فيه قبل القبض كالمبيع • بخلاف
الثمن • وقال المشتري اذا وجد المشتري عيبا يثبت له حق الفسخ وكذا البايع اذا وجد بالثمن عيبا والافلاس يوجب عيبا في الثمن لان
العيب ما يخل بالانتفاع او يعجز عن الانتفاع والافلاس يعجز عن الانتفاع بالثمن الا بالتسليم ولا تسليم مع الافلاس • قلنا انما يتحقق العيب
اذا تحقق العجز عن التسليم ولم يتحقق هنا لان القاضي يجبره على البيع فاذا باع يصل اليه الثمن فاذا امتنع عن البيع يبيعه القاضي ويوصل
الثمن الى البايع فلا يكون الفسخ طريقا متعينا لايصال الحق • بخلاف ما اذا وجد المبيع معيبا اذا ابق قبل القبض لانه يتعذر الوصول الى جزء
وصف السلامة او الى ذات المبيع ظاهرا وغالبا فيتعين الفسخ طريقا للتدارك • انتهى بمعناه كذا قال الامام علاء الدين العالم
في طريقة الخلاف في كتاب البيوع قوله يحجر القاضي على المشتري بطلبه اي بطلب البايع الحجر قوله هذا هو الحقيقة
اي تحقق المبادلة بقبض العين هو الحقيقة لان العين غير الدين حقيقة قوله يجب اعتبارها اي اعتبار الحقيقة الا اذا تعذر
اعتبارها في السلم حيث يكون المسلم فيه الذي هو العين من الحنطة والشعير حكم الدين الذي هو الوصف الثابت في الذمة لتعذر
التوسل بالاستبدال لانه حرام فصار العجز عن تسليم العين عجزا عن تسليم الدين الذي هو المستحق بالعقد فوجب الفسخ هذا اخر شرح كتاب
الحجر وقد فرغ عن تصنيفه بجوار مشهد الامام الاعظم ابي حنيفة رضي الله عنه عشر سنة ثلاث واربعين وسبعمائة ..

كتاب المأذون

لما كان الاذن فك
الحجر فكر لا يكون الا بعده ناسب ان يذكر كتاب المأذون بعد كتاب الحجر قوله الاذن الاعلام لغة • وفي الشرع فك الحجر
واسقاط الحق عندنا • وانما قيد بقوله عندنا احترازا عن قول زفر والشافعي رحمه الله فان الاذن عندهما توكيل وانابة في التصرف
اعلم اولا ان الاذن في التجارة للعبيد والصبيان العقلاء جايز ثبت جوازه بالكتاب والسنة والاجماع ونوع من القياس • اما
الكتاب فقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم وابتلاء اليتيم من الوصي انما
يحصل بدفع شي يسير من ماله ليتجر فيه حتى يوقف على رشده وعدمه • وقوله تعالى وابتغوا من فضل الله واذن العبيد في التجارة
ابتغاء الفضل الله فكان جايزا بظاهر الكتاب • واما السنة فهو ما روى محمد بن الحسن في الاصل ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يركب
الحمار ويجيب دعوة المملوك واراد به المملوك الماذون لانه لا يجوز اجابة دعوة المملوك المحجور بالاجماع • والثابت بالاجماع هو
كالثابت بالنص ولو فيه بيان يجيب دعوة المملوك الماذون كان ذلك دليلا على جواز الاذن فكذلك هذا • وروى محمد
ايضا في الاصل عن ابي صالح انه كان للعباس بن عبد المطلب عشرون عبدا كل واحد منهم يتجر بعشرة الاف درهم فدل ذلك على جوازه
الاذن • واما الاجماع فان الامة اجمعت على ان اذن العبد جايز في التجارة اذا كان مكلفا • والاختلاف فيما اذا كان عاقلا
غير مكلف فعندنا يجوز ذلك ايضا • ونوع من القياس يدل على جوازه لان كتابة العبد جايزة بالاجماع وفيها اذن للعبد في التجارة
والاكتساب فدل جواز الكتابة على جواز الاذن ثم الاذن هو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان اطلاقا عن شي اي شي كان • وفي
الشرع الاطلاق في حق التجارة باسقاط الحجر عنه • كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه • واما ركنه فقول الرجل
اذنت لك في التجارة لان الاذن به يقوم وركن الشي ما يقوم به ذلك الشي وقد يكون الاذن دلالة بالسكوت عندنا خلافا
لزفر والشافعي رحمهما الله • واما شرط جوازه من جهة الاذن ان يكون له ولاية فيما ياذن له ومن جانب الماذون ان يكون
عاقلا لان قول الاذن اذنت لك لا يتعقب صحته على ما قلنا فكان شرطا • واما حكمه ملك الماذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها

وصرورتها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك الى هذا اشار في التحفة • وذلك لان حكم الشيء ما يثبت بالشيء والثابت بالاذن ما قلنا فكان حكما
قوله واسقاط الحق عندنا • يعني ان العبد كان محجورا عن التصرف لحق المولى فاذا اذن له المولى اسقط حقه **قوله** والعبد
بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته • يعني ان العبد بعد اسقاط المولى حقه يتصرف لنفسه لا للمولى بالتوكيل والانابة في التصرف باهلية نفسه
لان الاهلية باللسان الناطق والعقل المميز وذلك حاصل للرقيق فكان اهلا للتصرف الا انه كان محجورا عليه عن التصرف قبل الاذن لئلا يلزم هذا
بطلان حق المولى لان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك مال المولى • فلو جاز تصرفه بلا اذن المولى لفات حق المولى بلا رضاه
فمن اثر الاسقاط عدم قبول الاذن التوقيت لان الاسقاطات لا تتوقت كالطلاق والعتاق • ولهذا اذا اذن له في التجارة شهرا كان
ماذونا ابدا الى ان يوجد الحجر لان تصرف العبد باهلية نفسه لمعنى عدم رجوع الماذون بالعهدة من العهدة على المولى فمن هذا عرفت ان فيما
ذكر صاحب الهداية لنا فيه نظرا • اعني في قوله • ولهذا لا يرجع وفي قوله ولهذا لا يقبل التاقيت فافهم **قوله** ثم الاذن كما
يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا راى عبده يبيع ويشتري • قال في التحفة ثم الاذن قد يثبت صريحا وقد يثبت بطريق الدلالة اما
فالصريح ما ذكرنا • واما الدلالة بان راى المولى عبده يبيع ويشتري فسكت ولم ينهه عن ذلك يصير ماذونا له في التجارات ولا يصير
ماذونا في بيع ذلك الشيء بعينه وفي الشرا يصير ماذونا • وقال الشافعي رحمه الله لا يصير ماذونا والسكوت يكون اذنا في مواضع فان
من باع عبدا من انسان بحضرته والعبد ساكت يكون اقرارا منه بالرق دلالة • وكذا المشتري اذا قبض السلعة بحضرة البايع وسكت
يكون اذنا بالقبض • وكذا ان سمع الشفيع البيع ولم يطلب الشفعة وسكت يكون تسليما للشفعة • وكذا البكر اذا زوجها وليها فسمعت
من الولي وسكتت يكون اذنا وله نظاير • وفي بعض المواضع لا يكون السكوت رضا على ما عرف في موضعه الى هنا لفظ التحفة واورد
في شرح الطحاوي من جملة النظاير ما اذا وهب او تصدق فقبض الموهوب له او المتصدق عليه ذلك الشيء بحضرة الواهب فسكت يكون
ذلك اذنا منه في القبض • ومن جملتها مجهول النسب اذا باعه رجل بحضرته فقال له قم فاذهب مع مولاك فقام وسكت يكون اقرارا منه
بالرق حتى انه لو ادعى بعد ذلك الحرية لم يلتفت الى قوله • وقال في شرح الطحاوي ايضا ولو باع بيعا جائزا بثمن حال فقبض المشتري
المبيع بحضرة من البايع وسكت البايع لا يكون اذنا له بالقبض وله ان يسترد في ظاهر الرواية • وذكر الطحاوي انه يكون اذنا
ههنا بالقبض قياسا على العقد الفاسد • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه واذا نظر الرجل الى عبده يشتري ويبيع فلم
ينهه عن ذلك صار ماذونا له في التجارات استحسانا كانه قال له اذنت لك في التجارة وهو قول علمائنا الثلاثة • وقال زفر
والشافعي بانه لا يصير ماذونا له في التجارة وهو القياس ووجه ذلك هو ان صيرورته ماذونا له في التجارة بمعنى لا يصح من غيره
اذن فلا يثبت بالسكوت قياسا على الاجنبي اذا باع مال غيره وصاحب المال ساكت يراه فلم ينهه عن ذلك لا تثبت الاجازة وقياسا
على الراهن اذا باع المرهون والمرتهن ساكت يراه ولم ينهه عن ذلك وقياسا على بيع العبد مال المولى والمولى يراه ولا يمنعه من
ذلك لا يثبت الاذن بالسكوت في حق هذا البيع فكيف يثبت الاذن في بيع اخر • ودليله ما لو تزوج العبد امراة او الامة تزوجت
نفسها بحضرة المولى والمولى ساكت ولم ينهه عن ذلك فانه لا يثبت الاذن فكذلك هذا لان السكوت يحتمل بين ان يكون عن سخط وبين
ان يكون عن رضا • فان كان عن سخط لم يثبت الاذن وان كان عن رضا يثبت الاذن فلا يثبت بالشك والاحتمال والقياس في
البكر اذا زوجها غير الاب والجد فبلغها الخبر فسكتت ان لا يثبت الاذن كما لو كان المزوج اجنبيا فسكتت لا يثبت الاذن لاحتمال السكوت
وكذا اذا زوجها الاخ او العم الا انا تركنا القياس فيه بالاثر وما يثبت بالنص • بخلاف القياس لا يرد اشكالا على القياس والنص الوارد
في البكر وقد عجزت عن النطق لمكان الحيا لا يعتبر واردا ههنا دلالة والمولى غير عاجز عن النطق باللسان فيرد هذا الى ما يقتضيه القياس
وجه الاستحسان ان السكوت من المولى حال رؤية العبد يبيع او يشتري ولا ينهى عن ذلك مع القدرة على النهي يحتمل ان يكون عن رضا
او سخط الا انا رجحنا جانب الرضا واثبتنا الاذن من المولى نفيا للضرر عن الداين مع العبد فلو لم يرجح جانب الرضا ولم يثبت الاذن لم
يتضرر به البايع فانه يزول المبيع عن ملكه ولا يحصل له عوضه للحال بل يتاخر سلامة العوض له الى ان يعتق العبد وربما يعتق وربما
لا يعتق فيتوى حق البايع والضرر في الاسلام منفي ما امكن وقد امكن نفي الضرر بان رجح جانب الرضا كالمشتري اذا تصرف في الدار
المشفوعة بعد ما تاكد حق الشفيع بالطلب والاشهاد فراه الشفيع ولم ينهه عن ذلك بطل حقه اذ لو لم يبطل حقه يتضرر المشتري بابطال
التصرفات عليه فكان سكوته رضا نفيا للضرر عن المشتري فكذا ههنا • ولا يلزم على ما قلنا بيع العبد مال المولى وبيع الاجنبي
وبيع الراهن والمرتهن ساكت لانا متى لم نرجح جانب الرضا ولم يثبت الاذن لا يتضرر به احد حيث يكون البيع من هولاء موقوفا
ولا يكون نافذا • وذلك لان العبد لا يملك ازالة مال المولى عن ملكه بغير رضاه والفضولي لا يملك ازالة المبيع عن ملك المالك
وادخال الثمن في ملكه بغير رضاه والراهن لا يملك ابطال ما ثبت للمرتهن من الحق بغير رضاه فبقي البيع موقوفا فامكن نقضه واعادة
كل واحد من العاقدين الى راس ماله فلا ضرر بسبب الضرر فما رجح جانب الرضا فلما انتفى الضرر ههنا لم يرجح احد الاحتمالين • فاما
فيما نحن فيه لو لم يرجح جانب الرضا ولم يثبت الاذن لا يمكن اعادة البايع الى راس ماله لان تصرف المحجور نافذ فيزول المبيع عن ملكه ويتاخر
حقه في الثمن الى ان يعتق العبد وفي ذلك اضرار على البايع ونفي الضرر واجب ما امكن فرجح جانب الرضا على السخط لذلك والنكاح كالنكاح
لان الامة اذا تزوجت وسكت المولى لا يتضرر به احد اذا لم يثبت الرضا والاجازة لان النكاح يكون موقوفا اذ ليس لها ولاية
ازالة ملك المولى بغير رضاه ومنافع بضعها ملك المولى فلا يملك ازالتها عن ملكه بغير رضاه كما لا يملك ازالة رقبتها عن ملك مولاها بغير
اذنه • واذا بقي النكاح موقوفا امكن فسخ النكاح واعادة كل واحد منهما الى راس ماله • وكذا اذا كان المتزوج هو العبد لانه
اذا لم يثبت الاذن لا يتضرر احد لانه لا ينفذ نكاح العبد بدون اذن المولى لان انكاح العبد مملوك للمولى لما به من اصلاح ملكه

وهذا

وهذا املك المولى النكاح على عبده فارضى العبد بذلك ام سخط كما يملك بيعه • واذا كان هذا التصرف مملوكا للمولى لم يملك العبد ابطال
ذلك فبقي نكاح العبد موقوفا على اجازة المولى فامكن فسخه واعادة المراة الى راس مالها فينتفي الضرر كذا قال شيخ الاسلام في مبسوطه وقال
الكرخي في مختصره وكذلك لو راه المولى يشتري او يبيع بيعا فاسدا فلم ينهه فهو اذن له في التجارة وان البيع فاسد او مردود **قوله**
قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في ساير التجارات • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه يبيع
ويشتري ويرهن ويسترهن • قال صاحب الهداية معنى هذه المسئلة ان يقول له قد اذنت لك في التجارة ولا يقيده اي معنى الاذن العام
هو الاذن في التجارة بلا تقييد الاذن بنوع من انواع التجارة فانه اذا قيد ففي كونه ماذونا له في جميع انواع التجارة خلاف وسيجي ذلك
بعد هذا ان شاء الله تعالى • وليس معناه ان يقول في لفظ اذنت لك في جميع انواع التجارات • او اذنت لك في التجارات بل اذا
قال اذنت لك في التجارة بلا تقييد بنوع كان اذنا عاما فيتصرف في التجارات كلها بمقتضى الاذن لانه عام • وانما يعرف ذلك بصيغته
بان يذكر لفظ الجمع • وكذا اذا ذكره بصيغة الفرد ولكنه عرفه بالالف واللام بان قال اذنت لك في التجارة لانه عام معنى لانه
يريد به جنس التجارة • اما اذا ذكره بصيغة الفرد غير معرف بان قال اذنت لك في تجارة او في تجارة واحدة او تجارة كذا يملك
انواع التجارات عندنا كذا ذكر شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي • وقوله يبيع ويشتري وقع بيانا لقوله جاز تصرفه في سائر
التجارات لانهما اصل التجارات فبدا بهما لهذا والرهن والارتهان من جملة التجارة ايضا لانهما من عادة التجار وكل ما كان من عادتهم
يتناوله الاذن • قال في شرح الاقطع وعلى هذا يجوز ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة لانه من عادة التجار • وقال
في تحفة الفقهاء الاذن نوعان خاص وعام • اما الاذن الخاص فان يقول لعبده اشتر بدرهم لحما او اشتر كسوة لنفسك او لفلان فاشتراه
فانه يجوز ويكون ماذونا في ذلك خاصة • والقياس ان يكون ماذونا في الانواع كلها لان الاذن بالتصرف لا يتجزى • وفي الاستحسان
يقتصر على ما اذن لان هذا من باب الاستخدام • ولو تعدى الاذن الى غيره ولم يكن قصد المولى ان يكون ماذونا في التجارات
لا يقدر على الاستخدام • واما الاذن العام بان يقول اذنت لك في التجارات او في التجارة يصير ماذونا في انواع التجارات عندنا
وعند الشافعي رحمه الله يقتصر على ما سمى • وكذا اذا قال اقعد في الخرازة او في الصباغة يصير ماذونا في جميع انواع الحرف • وكذا
اذا قال اذنت لك ان تتجر شهرا او سنة يصير ماذونا في جميع الاوقات ما لم يحجر عليه حجرا عاما • وكذا لو قال لا تتجر في البز بل بالتصرف
او الاسقاط الحق وكذا الحجر الى هنا لفظ التحفة **قوله** ولو باع واشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش
عند ابي حنيفة رضي الله عنه ذكر تفريعا على مسئلة القدوري • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره اذا اذن العبد لرجل في التجارة فهو
فاشترى وباع فذلك جائز في جميع الاشيا وسعه • وان اشترى شيا بما يتغابن الناس فيه او باع فذلك جائز في قولهم جميعا • وان
اشترى شيا بما لا يتغابن الناس فيه او باع شيا لخطير فذلك مما لا يتغابن الناس فيه وعلى العبد دين او لا دين عليه فذلك جائز في قول
ابي حنيفة ولا يجوز في قول ابي يوسف ومحمد شراوه ولا بيعه في ذلك كله وهو باطل مردود الا ان يشتري ويبيع بما يتغابن فيه • قال
الا ترى ان عبدا ماذونا له في التجارة لو وهب هبة او تصدق بصدقة لم يجز • فاذا باع عبدا يساوي الف درهم بدرهم كان هذا
بالملا كان هذا بمنزلة الهبة والصدقة • وكل من لا يجوز هبته ولا صدقته مثل العبد الماذون والمكاتب والصبي الذي ياذن له ابوه
والمعتوه الذي ياذن له ابوه في التجارة • فان باع احد منهم شيا او اشتراه بما لا يتغابن الناس في مثله باطل كما يبطل هبته وصدقته • ولما
في قول ابي حنيفة فذلك جائز كله اذا كان بيعا او شرا • وان كان هبة او صدقة لم يجز الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • والحاصل ما ذكره
شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي في اول باب شرا العبد الماذون وبيعه • قال شرا العبد الماذون وبيعه بما يتغابن
الناس فيه جائز حالا او اجلا او سلما في قولهم جميعا لانه يحتاج الى التجارة والتحرز عن الغبن اليسير لا يكون ممكنا لان تفسير الغبن اليسير نقصان
به يدخل تحت اختلاف المقومين • ولو كلفناه الاحتراز عن ذلك لتباعد عن الحرى لا موجب الاذن فلا يحصل المقصود ومقصود المولى حصيد(?)
وهو الربح لان ذلك عادة الا عند مباشرة انواع التجارات كيف ما يتفق • وكذلك بما لا يتغابن الناس فيه في قول ابي حنيفة رحمه الله ان هو
كان عليه دين او لم يكن • ولا يجوز في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه بمنزلة الهبة ولا يجوز هبته ولا صدقته • ولذلك كل من لا
يجوز هبته مثل المكاتب والصبي او المعتوه ياذن له ابوه في التجارة فهو على هذا الاختلاف • وجه قولهما انه تبرع فيما زاد على القيمة لانه لا يملك
شيا لا يقابله في حق بيته(?) فلا يصح الا ممن يصح منه التبرع • ولهذا لا يصح من الوصي والاب في مال الصغير • وكذلك من المريض مرض الموت
في حق الغرما والورثة • ووجه قول ابي حنيفة انه ماذون بالبيع والشرا مطلقا فيملك كل ما هو مسمى لهذا الاسم جريا على قضية اطلاق اللفظ ولا يجوز
تقييده بالغرض لان اعتبار نص الكلام اولى من اعتبار الدلالة • على انا لا نسلم خلوه عن الغرض فان التاجر في العادات كما يبيع بالقصد على وجه
لا غبن فيه يبيع على وجه فيه غبن ليتوصل الى الغرض اذ لا طريق له الا ان يبيع ما عنده ويشتري ما عند غيره بمثل القيمة لكساد السوق ولا يكون
عنده ثمن ما يريد تحصيله فتمس حاجته الى بيع ما عنده بوضيعة رغبة فيما يريد تحصيله والاسترباح عليه • وهذا مما هو دين التجار فكل من
يملك التجارة يملك ما هو من صنيعهم • الا ترى انه يملك الهبة اليسيرة والصدقة اليسيرة لكونه معتادا في التجارة فلان يملك هبته في ضمن
معاوضة هو معهود للتجار اولى • وهذا بخلاف الاب والوصي والمريض لانا انما ندعي هذا في حق من يملك التجارات على الاطلاق • وهو لا
لا يملكون التجارات على الاطلاق فان منع الاطلاق لا يصح لانه لا يتصرف بملك الحجر لا بطريق النيابة ولئن سلم النيابة فالنيابة مطلقة فتصير
حينئذ المسئلة من عاملة التوكيل بالبيع المطلق • ولا يلزم ان في التوكيل بالشرا ينعقد ينفذ بالعرف وههنا لا تتقيد عنده لان ثمة انما تتقيد
باعتبار التهمة لانه يرجع بالعهدة على الموكل • فلو اشترى شيا لنفسه لم يوافقه يريد الحاقه بالموكل حتى لو كان الوكيل بالشرا بعينه لا تتقيد ولا
تهمة ههنا لانه ثمة لا يرجع على المولى بالعهدة • وبيان الغبن اليسير والفاحش مر في فصل الوكالة بالبيع من كتاب الوكالة **قوله** ولو

في مرض موته يعتبر في جميع المال ذكره تفريعا على مسألة القدوري • قال في شرح الكافي في باب اقرار العبد في مرضه • واذا
حابى العبد في مرضه ولا دين عليه ثم مات فالمحاباة جائزة • لان هذا يكون محاباة من المولى لان المال للمولى وهو صحيح • وكذلك
ان كان عليه دين يفي بماله بالدين فان لم يف ماله بالدين لم تجز المحاباة لانه تلاقى ذلك حق الغرماء وانه ليس سبيل من ابطال حق الغرماء
واذا لم يكن عليه دين فلا حق للمولى وسبيل من ابطاله لتسليطه من قبله • هذا اذا حابى المأذون في مرض موته والمولى
صحيح • اما اذا حابى في مرض موت المولى فبيانه ما قال في شرح الكافي قبل هذا الباب • واذا اذن الرجل لعبده في التجارة
ثم مرض المولى فباع العبد بعض ما كان من تجارته • او اشترى شيئا فحابى في ذلك ثم مات المولى ولا مال له غير العبد وما في
يده فجميع ما فعل العبد من ذلك جائز مما يتغابن الناس فيه وما لا يتغابن فيه فجائز في قول ابي حنيفة رضي الله عنه من ثلث مال المولى لانه يتصرف
بتسليط المولى وانه لا حق للمولى فيجعل ذلك محاباة منه وهو مريض فيجعل منه • وكذلك الذي فيما يتغابن الناس فيه • وكذلك
ان كان على العبد دين يحيط برقبته وما في يده لان حال العبد لم يتغير انما تغير حال المولى فكان وصية منه بعد الدين من الثلث • فان
كان على المولى دين يحيط برقبته وما في يده ولا مال له غيره لم يجز من محاباة المولى شيء لان الوصية مؤخرة من الدين ويقال للمشتري فانقض
البيع وان شئت فاد المحاباة كلها • ولو كان الذي حاباه العبد بعض ورثة المولى كانت المحاباة باطلة في جميع الوجوه لان هذا وصية من
المولى كذا في شرح الكافي **قوله** وله ان يسلم ويقبل السلم اي للمأذون ولاية عقد السلم كيف ما شاء ان شاء يكون رب
السلم • وان شاء يكون مسلما اليه وذكره تفريعا ايضا • والحاصل ان المأذون يفعل ما كان من صنيع التجار وما لا فلا • ولهذا لا يكفل
بنفس ولا مال ولا يقرض ولا يعتق على مال الا اذا اجازه المولى ولا دين عليه • فان كان عليه دين يجوز باجازة المولى ويغرم المولى
قيمته للغرماء **قوله** قال ويرهن ويرتهن • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الرهن والارتهان من توابع التجارة
فان الرهن ايفاء الحق والارتهان استيفاء الحق والمأذون له يملك التجارة وما كان من توابع التجارة فيملكها وتقدم مرة **قوله**
ويملك ان يتقبل الارض ويستأجر الاجراء والبيوت ذكره تفريعا على مسألة القدوري • والمراد من تقبل الارض استئجارها فانه ان شاء استأجر
الارض والبيوت والاجراء لان كل ذلك من عادة التجار • ولان الاستئجار تجارة لان المنافع مال • وانه يملك شراء الاعيان فيملك
شراء المنافع • ولانه من رأس مال التجار لانه يحتاج الى ان يعمل بنفسه ويدبر اذا ملك عموم التجارات • قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي في اوائل كتاب المأذون الكبير ويتقبل الارض وياخذها مزارعة كما ياخذ الحر لان اخذ الارض مزارعة
ان كان البذر من قبله فهو استئجار الارض • وان كان من قبل رب الارض فهو اجارة نفسه وانه يملك كلا الوجهين ويجوز ان يدفع طعاما
الى رجل ليزرعه ذلك الرجل في ارضه بالنصف لان هذا يصير قرضا وليس له القرض لان القرض تبرع وانه لا يملك التبرع • ولو فعل مع هذا
انا رهنا ان الخارج يكون للمزارع حيث جعله قرضا • ولو اوصه تنصيصا فالجواب هكذا ان الخارج يكون للزارع لانه ملكه بحكم
القرض • وقد ذكر في المزارعة ان الحر لو دفع بذرا الى اخر ليزرعه في ارضه بالنصف فقيل يكون الخارج لصاحب البذر وفي رواية
المأذون الخارج للمزارع ودفع البذر يحتمل الوجهين الاقراض والاستئجار العامل والارض ان دفع البذر ليزرعه له فقد ابقاه على ملكه
فيكون العامل معاملا له بشرط النصف فيكون الاستئجار له ولارضه • وان دفع البذر ليزرع العامل لنفسه يكون اقراضا
له ففي رواية اعتبر القرض وفي رواية اعتبر الاستئجار • وروى محمد بن سماعة عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان دفع البذر اليه
وقال ازرع لي • وكذلك ان اطلق يكون الخارج له • فان قال ازرع لنفسك يكون الخارج للمزارع فحمله الكتاب على هذا ان
الناس قال اختلف الجواب لاختلاف وضع المسألة فوضعها في المزارعة في الحر فيصح تسليطه على ماله استهلاكا فصار القابض غاصبا
فكان غصبه وزرعه لنفسه كذا في شرح الكافي **قوله** وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة وياخذها
ذكره ايضا تفريعا على مسألة القدوري • والاصل ان كل ما كان من التجارة او من توابع التجارة يملكه المأذون وما لا فلا وانما
قيد بشركة العنان لان المفاوضة تتضمن الكفالة مع من كان لا يجوز لانه لا يملك الكفالة والتبرع • الا ترى الى ما ذكر الكرخي
في مختصره وقال فاما تجوز الشركة للعبد المأذون ان يشارك رجلا حرا وعبدا شركة مفاوضة • ولو اذن لهما المولى ان يفاوض العبد رجلا
ذلك مفاوضة وكان شركة عنان في جميع التجارات • وقال الكرخي في كتاب الشركة من مختصره • واذا اشترك رجلان احدهما حر مسلم
والاخر عبد او مكاتب او ذمي او مرتد او مرتدة او صبي مأذون له في التجارة شركة مفاوضة لم تصح وكانت شركة عنان • وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف مثل ذلك الا في الذمي فانه تصح مفاوضته ان كان شريكه مسلما لا يجوز فيها شيء • وفرق
ابو يوسف بين المرتد والذمي • وقال محمد بن الحسن في قياس قول ابي يوسف ان يجوز شركة المسلم المرتد مفاوضة
وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب ما يجوز للمأذون ان يفعله • واذا اشترك العبدان المأذون لهما في التجارة
شركة عنان على ان يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما نصفان لم يجز من ذلك النسيئة وجاز النقد لان في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه
وقد ذكرنا قبل هذا ان التوكيل من العبد في شراء النسيئة لا يجوز ويصير مشتريا بالنقد لا على الشركة • ولكن بهذا لا يبطل شركة النقد
لانه مما يحتمل الخصوص • وان اذن لهما الموليان في ذلك ولا دين على العبد فهو جائز لانه يملك الكفالة باذن المولى فما فيه
معنى الكفالة ايضا بامره **قوله** وله ان يؤاجر نفسه عندنا وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسألة القدوري قال
شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ويؤاجر نفسه فيما بدا له من الاعمال وهذا قول علمائنا رضي الله عنهم • وقال الشافعي رحمه
الله لا يؤاجر نفسه بلا خلاف • وجه قوله انه لا يملك العبد على نفسه ان باعها او رهنها فكذا لا يملك العقد على منافعها لان المنافع تابعة
للنفس • ولنا ان اجرها داخل تحت الاذن فيجوز قياسا على ما لو اجر شيئا من كسبه لانه لا يملك التجارة الا بنفسه ومنافعه فيكون

نفسه ومنافعه داخلة تحت الاذن • الا ترى انه يملك اتلاف منافعه بالتصرف من غير عوض يحصل للمولى فلان يملك اتلافها بعوض يحصل للمولى
اولى • ولانه متصرف لنفسه فيملك اجارة نفسه قياسا على المكاتب وعلى الحر • وانما قلنا انه متصرف لنفسه لانه يتصرف بحكم فك الحجر لا بحكم
النيابة • ولان من ملك اجارة الدواب والعبيد ملك اجارة نفسه كالمكاتب • فان قيل عقد على الرقبة فلا يملكها العبد كما لا يملك
بيع رقبته ورهنها قلنا لا نسلم انها عقد على الرقبة بل هي عقد على المنافع ولا يلزم من عدم جواز بيع الرقبة والرهن عدم جواز الاجارة
الا ترى ان المكاتب لا يملك بيع رقبته ورهنها ويملك اجارتها • وكذلك الحر ولان الاذن يتضمن جواز التصرف والبيع والرهن يوجبان الحجر
والحجر ضد الاذن فلا يثبتان بحكم الاذن • اما البيع فانه يزيل الرقبة عن ملك المولى فيزول الاذن المبني على الملك • واما الرهن فانه
حبس لاستيفاء الدين وانه ينافي المقصود بالاذن وهو التجارة لتحصيل الربح • بخلاف الاجارة فان الرقبة لا تزول عن ملك المولى فالاجارة
فلا يتحرز عنها التجار الا انها من العقود التي يبتغى بها المال فتدخل تحت الاذن • وليست الاجارة كالنكاح لان النكاح لم يدخل تحت الاذن لانه ليس
بتجارة • ولهذا لو زوج امة من كسبه لا يجوز والاجارة تجارة فتدخل تحت الاذن كاجارة كسبه • الا ترى انه لو باع نفسه باذن المولى
صار محجورا • ولو اجر نفسه باذن المولى لم يصر محجورا **قوله** قال فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها
اي قال القدوري في مختصره وهذا استحسان • والقياس ان يكون مأذونا في ذلك النوع كذا في شرح الاقطع • قال شيخ الاسلام خواهر
زاده في مبسوطه قال واذا قال الرجل لعبده اتجر في البز او قصارا او صباغا فقد صار مأذونا في التجارات كلها وهذا عند علمائنا الثلاثة • قال
زفر والشافعي رحمهما الله يصير مأذونا في التجارة التي اذن بها وفيما لا بد لتلك الاجارة منه • وعلى هذا الاختلاف اذا قال اذنت لك في
التجارة في البز عند علمائنا الثلاثة صار مأذونا في الانواع كلها • وعندهما لا يصير مأذونا الا في البز خاصة • وعلى هذا الخلاف
اذا قال اذنت لك في التجارة في مكان كذا او الى وقت كذا فانه يصير مأذونا في الاماكن كلها والاوقات كلها • وعندهما لا يصير مأذونا
الا فيما اذن له فيه خاصة • واجمعوا انه اذا قال لعبده كاتبتك بالف درهم على ان تتجر في البز او في مكان كذا • او الى وقت كذا فانه
يصير مأذونا في الانواع كلها والاماكن كلها • وصاحب المحيط عبد العزيز بن عمر بن ابي سهل المروزي قال في طريقة الخلاف المأذون في
نوع مأذون في الانواع كلها عندنا • وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يصير مأذونا في الانواع كلها الا فيما نص عليه وما هو من ضروراته
وصورته رجل قال لعبده تصرف في الخز ولا تتصرف في البز عندنا يملك التصرف في الخز والبز جميعا وعندهما
لا يملك الا الذي نص عليه • واجمعوا على ان الاذن في نوع من التجارة لا يكون اذنا في جلب نحو المناكحة وغيرها • واجمعوا ان الوكيل
بالتصرف في نوع لا يكون وكيلا في الانواع كلها الى هنا لفظ الطريقة • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا بناء
على ان الاذن توكيل وانابة او اطلاق وفك الحجر • وعند الشافعي رحمه الله توكيل وانابة فيقتصر على موضع الانابة • وعندنا اطلاق
وفك حجر لان العبد اهل للتصرف ولكنه مع قيام الاهلية حجر عن التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع لحق المولى فعند اطلاق المولى يتصرف
بحكم اهليته على العموم لقيام اهليته على العموم ويكون بمنزلة المكاتب عند اطلاق المولى • ويبتني على قاعدة اخرى وهي ان العبد فيما يتصرف
بعد الاذن يتصرف للمولى ام لنفسه فعنده يتصرف للمولى فلا يلزم المولى حكم تصرفه الا بقدر ما اذن له • وعندنا يتصرف لنفسه بسبب
الولاية من جهة المولى فيختص • وحكم التصرف يقع لنفسه فصار التخصيص من المولى تصرفا على غيره في غير موضع الولاية فلا يصح كذا في شرح
الكافي • وجه قولهما ان العبد يستفيد الولاية من المولى فيختص تصرفه بما اذن له فيه كما في الوكيل والمضارب • ولهذا لو اذن
له ان يشتري طعاما او ثوبا لكسوة المولى او لكسوة اهله او طعاما للقوت لا يكون مأذونا الا فيما اذن له خاصة • ولهذا لم يكن له ان يتزوج
بعد الاذن في التجارة فعلم ان الاذن توكيل لا فك الحجر • ولنا ان العبد متصرف لنفسه باهلية نفسه لوجود دليل المالكية للتصرف
وهو كونه مخاطبا بالعقل والبلوغ وكونه محتاجا الى تحصيل اسباب البقاء الا انه منع عن التصرف لحق المولى فكان محجورا عليه لئلا
يلحق المولى ضرر بتعطيل منافع العبد واذن له المولى في نوع رضي به فقد ازال المانع عن التصرف فيظهر حق المولى
اصلا لانه لا فرق بين تعطيل المانع في هذا النوع وفي نوع اخر فظهرت مالكية العبد للتصرف في كل نوع فملك التصرف باهلية نفسه لنفسه
لا للمولى • ولهذا اذا اشترى العبد المأذون له شيئا يجب الثمن في ذمته حتى لا يطالب به المولى • الا ترى انه لو مات العبد بعد الشراء
ولم يترك كسبا لا يكون للبائع ان يطالب المولى بالثمن فدل ان الاذن ليس بتوكيل وانابة بل هو فك الحجر واسقاط الحق كالكتابة • فلو كان
متصرفا للمولى لكان الرجوع عليه • ولان الاذن يصح مع جهالة التصرفات فلو كان انابة وتوكيلا لم يصح لان جهالة المأمور به مانعة لصحة
الامر • وانما لا يملك المأذون النكاح لان الاذن انما يعتبر فيما دخل تحت الاذن فيما لم يدخل كالكتابة • والداخل تحت
الاذن هو التجارة وتوابعها والنكاح ليس من قبيل التجارة فلا يملكها فالتصرف مستفاد بالاذن من جهة ادمي يوجب ان يكون مقصورا
على موضع الاذن كالوكالة والمضاربة والبضاعة • جوابه ان هذه الاشياء لا يجوز ان يتبع الاذن بها الى في مال رب المال فجاز
ان يختص بتخصيصه • بخلاف ما اذا اذن له ان يشتري ثوبا للكسوة او طعاما للقوت حيث لا يكون مأذونا في التجارة
استحسانا • والقياس يكون مأذونا لانه اذن في التجارة • غاية ما في الباب انه خص والتخصيص لا يعمل في الاذن عندنا • وجه
الاستحسان ان الضرورة والضيق على الناس لانه لو جعل مأذونا لانسد باب الاستخدام على الناس ولوقعوا في حرج لانه لو ثبت
كونه مأذونا بالاذن في شراء حبة او بقل عليه لعل امرأته حينئذ على نفسه بالعظم بحيث يستوي بذلك ذمته وكسبه فلا يتجاسر
احد بعد ذلك على استخدام المملوك خوفا من ذلك فيتعطل مصالحهم فلمكان الضرورة لم يجعل الاذن في كل شيء اذنا عاما بل جعل ذلك
استخداما وتوكيلا • والحاصل انه متى وجد منه عقود متكررة كان ذلك اذنا في التجارة لان الربح يحصل بالعقود المتكررة • وان
نص عليه عقدا واحدا لا يتكرر كان استخداما ولم يكن اذنا في التجارة • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فاما كم

الشهيد • وبعض مشايخنا يقولون ان العبد المأذون في التجارة متصرف للمولى ولكن مع هذا لا يصح التقييد لان العبد يملك التصرفات التي
للمولى كقبول الهبة والاحتطاب واشباه ذلك • وانما لا يملك الاجارة لمكان الضرر حتى اذا اذن فقد رضي بذلك الضرر والمانع هو ضرر
لم يرض به فمتى سقط المانع التحق حينئذ هذا بالتصرفات النافعة فكان يستفيد منه الا انه في هذا القدر انه رضي بالضرر بهذا
بنوع وهذا التقييد باطل لانه لا يفيد لان الضرر الذي يتوهم لحوقه بالمولى ليس الا استحقاق رقبته وكسبه بالدين وهنا امر لا يتفاوت
في حق نوع دون نوع • ومتى ابطلنا التقييد مع قوله اذنت لك يحتسب وهذا دليل مطلق فيثبت دليله مطلقا • قال شيخ الاسلام
وهي طريقة حسنة لبعض مشايخنا رحمهم الله والباقي • نعلم في شرح طريقة الخلاف والمباسيط ان شاء الله تعالى **قوله** قال
واذا اذن لم ينه عنه فليس بمأذون • اي قال القدوري في مختصره وهذا استحسان والقياس ان يكون مأذونا وقد
مر بيان ذلك قبل هذا • قال الكرخي وذلك مثل ان يرسله المولى ليشتري له ثوبا او لحما بدرهم • او قال اشتر لي ثوبا كسوة
للمولى او للعبد او لبعض اهل المولى • او امره ان يشتري طعاما رزقا للمولى ولاهله او لعبده فليس هذا باذن في التجارة استحسانا
وقال الا ترى ان هذا لو كان اذنا من المولى في التجارة لكان الرجل اذا امر عبده ان يشتري له بقلا كان ينبغي ان يكون هذا
اذنا منه في التجارة • وهذا قبيح لا يستقيم وكذلك لو قال اشتر لي من فلان ثوبا فاقطعه قميصا • او اشتر منه طعاما فكله
فتعمل فليس هذا باذن وهذا بمنزلة الاول كذا ذكر الكرخي في مختصره **قوله** بخلاف ما اذا قال اد الي الغلة كل شهر
كذا • او قال اد الي الفا وانت حر • قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه واذا قال الرجل لعبده اد الي الغلة كل شهر
خمسة دراهم كان هذا اذنا له في التجارة بمنزلة قوله اذنت لك في التجارة • وذلك لانه لما امره باداء الغلة كل شهر ولا يمكنه
اداء الغلة • ولو قال اكتسب واد الي الغلة كل شهر الا بالكسب فصار كانه قال له اكتسب واد الي الغلة صار به مأذونا له في التجارة
اكتساب المال • وكذلك لو قال له ان اديت الي الفا فانت حر فهذا اذن له في التجارة لانه امره باداء الالف وحرضه
على ذلك بتعليق العتق به فدون التحريض يكون مأذونا فبالتحريض اولى • وذلك لانه لا يتهيأ له اداء الالف الا بعد الاكتساب
ولا يعتق ما لم يؤد الالف لانه علق عتقه باداء الالف لان اداء الالف الشرط فاذا ادى الالف الى المولى هل يرجع عليه المولى بالف
اخرى قال خواهرزاده قالوا هذا على التفصيل ان ادى الفا اكتسبه بعد هذه المقالة عتق فيها ثم لم يرجع المولى عليه بشيء • وان
ادى الفا كان عند العبد حال ما قال له المولى هذه المقالة فانه يعتق باداءها ويرجع المولى عليه بالف درهم • وكذلك لو قال
له المولى اد الي الفا وانت حر فانه يصير مأذونا بهذا ولا يعتق ما لم يؤد • قال خواهرزاده في شرحه هكذا ذكر في الكتاب
ولم يبين فيه خلافا • يعني ذكر محمد هذه المسألة في كتاب المأذون الكبير بلا خلاف • ثم قال خواهرزاده من مشايخنا من قال
ما ذكر في الكتاب قول ابي يوسف ومحمد • فاما على قول ابي حنيفة للحال قبل الاداء وجعلوا هذه على مسألة ذكرها في كتاب
الطلاق وهي ان المرأة اذا قالت لزوجها طلقني ولك الف درهم فطلقها الزوج يقع الطلاق بغير شيء ولم يتعلق الالف بالطلاق فيجب
ان يكون هذا على ذلك الخلاف • ومنهم من قال في الكتاب قول الكل جميعا فيحتاج ابو حنيفة الى الفرق بين هذه وبين مسألة الطلاق
والفرق ان المتعلق بالامر انما هو الحرية ههنا وتعليق الحرية بسائر الشروط جائز فجاز تعليقها بالامر والمعلق في مسألة الطلاق هو المال
ولا يجوز تعليق المال بسائر الشروط فلم يجز تعليقه بالامر ايضا • والباقي يعلم في مبسوط خواهرزاده **قوله** لانه اذن له
بشراء ما لا بد له منه وهو نوع اي لان الامر بالقعود صباغا او قصارا اذن للعبد بشراء ما لا بد للصباغة والقصارة منه وشراء
ما لا بد منه نوع من انواع التجارة فكان امرا واذنا في نوع من انواع التجارة والاذن في نوع منها اذن في جميع الانواع عندنا لوجود
فك الحجر على ما مر **قوله** قال واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز • اي قال القدوري في مختصره والاصل في هذا
الباب ان اقرار العبد المأذون بدين التجارة جائز ولا يجوز اقراره بما ليس من التجارة لان الاقرار بدين التجارة مما لا بد للتاجر
منه فيصير داخلا تحت الاذن وما دخل تحت الاذن فالعبد في ذلك بمنزلة الحر • فاما الاقرار بما ليس بتجارة وللتجارة منه
بد فلا يدخل تحت الاذن • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي اذا اذن الرجل لعبده في التجارة فاقر
من دين التجارة او غصبا او وديعة جحدها او عارية جحدها او دابة عقرها • او اجر اجيرا او مهر جارية اشتراها فوطئها
فاستحقت فهو عليه يباع فيه الا ان يفديه مولاه • قال الاصل ان العبد المأذون يؤاخذ بضمان التجارة وما هو في معنى التجارة سواء
كان بمعاينة او بينة او اقرار • اما بالمعاينة والبينة فظاهر وكذلك بالاقرار لان الاقرار بالتجارة من ضرورات التجارة
لان التجارة قد تقع بغير حضرة احد فيحتاج الى ان يخبر بذلك فلو لم يقبل لامتنع الناس عن التجارة معه فلا يحصل مقصود المولى
من الاذن بالتجارة حينئذ • الا ترى ان هذا في الحقيقة اخبار عما يلزمه بسبب التجارة من تسليم المبيع او لزوم الثمن • ومن ملك
شيئا ملك الاخبار به • وكذلك يصح اقراره بضمان الغصب لانه في معنى ضمان التجارة لانه ضمان يفيد الملك في مقابلته ولان التجار
قد يستحق عليهم ما اشتروا فيتبين انهم وقعوا في الغصب فيحتاج الى ان يخبروا عن ذلك • وكذلك قد يجحدون عليهم وديعة او عارية
عندهم فينكرونها فيريدون بها فصار هذا كله من جملة التجارة • وكذلك يؤخذ بضمان الاستهلاك هذا على وجهين اما ان يقر باستهلاك
مال قد قبضه او باستهلاك مال في يد الغير • فان اقر بقبض مال واستهلاكه بعد ذلك فهو اقرار بالغصب يؤخذ به • وان اقر
باستهلاك مال ابتداء قالوا على قياس قول ابي يوسف لا يؤخذ به وعند محمد يؤخذ به والاصل ان ضمان الاستهلاك هل يفيد الملك
في المستهلك عند محمد فيصير نظير ضمان التجارة فيؤخذ به • وعند ابي يوسف لا يفيد فيصير ضمان الجنايات فلا يؤخذ في الحال
في قول ابي يوسف فيؤخذ جارية اشتراها ووطئها ثم استحقت ببينة او اقرار لان هذا الضمان نوع من الشراء فانه لولا الشراء لوجب

بالحد • واما لزوم العقر بسبب الشراء فلما كان وجوب العقر بسبب الشراء صار بمنزلة الثمن والشراء داخل تحت الاذن فالعبد والحر فيه سواء بخلاف
ما اذا اقر بمهر بسبب النكاح بغير اذن المولى فانه لا يؤاخذ به للحال بل يتأخر الى ما بعد العتق كما قبل الاذن لان هذا المهر لم يجب بسبب
هو كان لان النكاح ليس بتجارة • فاذا لزمه الديون بهذه الاسباب يقضي من كسبه ان وفى بها والا تباع رقبته بالدين سواء كان دين
التجارة او الاستهلاك • وعند الشافعي رحمه الله لا تباع رقبته الا في دين الاستهلاك ويجيء بيان الخلاف بعد هذا ان شاء الله تعالى • وقال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي العبد لا يخلو اما ان كان مأذونا او محجورا عليه • فان كان محجورا عليه فانه يؤاخذ بافعاله دون اقواله
الا فيما يرجع الى نفسه كالقصاص وحد الزنا وحد الشرب وحد القذف فانه يصح اقراره بها وحضور المولى ليس بشرط • هذا اذا اقر فاما اذا
ثبت عليه بالبينة فحضرة المولى شرط عند ابي حنيفة ومحمد • وعند ابي يوسف ليس بشرط • ولو استهلك مالا فانه يؤاخذ به محجورا
عليه كان او مأذونا • واما الاقرار بالجناية التي توجب الدفع او الفداء فانه لا يصح سواء كان مأذونا او محجورا عليه • واما الاقرار
بالدين او الغصب او الاقرار بعين مال بيده فالمحجور لا يصح وفي المأذون له يصح ويؤاخذ للحال • والمأذون له اذا اقر بمهر امرأته وصدقته
المرأة فانه لا يصح في حق المولى ولا يؤخذ الا بعد الحرية • ولو اقر بافتضاض المرأة بالاصبع فعند ابي حنيفة ومحمد هذا اقرار بالجناية
ولا يصح الا بتصديق المولى • وعند ابي يوسف هذا اقرار بالمال فيصح كذا في شرح الطحاوي **قوله** فان كان في مرضه يقدم
دين الصحة • قال في آخر كتاب المأذون من شرح الطحاوي • واذا اقر العبد المأذون له في مرض موته بدين جاز اقراره الا ان
الدين يثبت في الصحة والدين الذي يثبت بالبينة اولى وما فضل من ذلك يصرف الى الدين الذي يثبت باقراره **قوله** بخلاف
الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة • يعني ان اقرار المأذون بدين ليس بتجاري لا يؤخذ به في الحال • وذلك كالاقرار بمهر
امرأة بسبب النكاح وقد مر بيانه آنفا **قوله** في حقه اي في حق ما يجب من المال لا بسبب التجارة **قوله** قال
وليس له ان يتزوج • اي قال القدوري في مختصره ولا يتزوج ولا يزوج مماليكه • وذلك لان الاذن يتناول ما هو من التجارة
والنكاح ليس بتجارة فبقي على اصل الحجر • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال اصحابنا ليس للعبد المأذون ان يتزوج بغير اذن
مولاه لان هذا ليس من التجارة وليس مما اذن فيه المولى • ويفرق بينهما ويتبع بالمهر اذا عتق • وقال ابو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما
ليس للمأذون ان يزوج امته ولا عبده • وقال ابو يوسف يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح عبده الى هنا لفظ الكرخي • قال صاحب
الهداية وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي • يعني ان هؤلاء المذكورين لا يملكون تزويج
العبد بالاتفاق ويملكون تزويج الامة عند ابي يوسف • وعندهما لا يملكون تزويجها ايضا • قال الكرخي في كتاب الشركة من مختصره فلا
باس ان لا يجوز لاحد شريكي العنان ان يفعله ولا يزوج عبدا ولا امة في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يزوج الامة خاصة وقد ذكرنا
الرواية عن شرح الكافي في كتاب المضاربة ان المضارب يجوز له تزويج الامة عند ابي يوسف ولا يجوز عندهما • وقد بينا قبل هذا
في باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله رواية الجامع الصغير ان الاب اذا زوج عبد ابنه لم يجز • وان زوج امة ابنه فهو جائز والوصي بمنزلته
المنزلة فعلم ان تزويج الاب امة الصغير يجوز بلا خلاف • وقال الحاكم الشهيد في كتاب النكاح من مختصر الكافي وللاب ان يزوج امة
ابنه الصغير وكذلك الوصي • وللمكاتب ان يزوج امته وليس للعبد المأذون ولا للصبي المأذون له في التجارة ان يزوج امته في قول
ابي حنيفة ومحمد لانه ليس من التجارة • وكذلك المضارب والشريك شركة عنان ويجوز ذلك في قول ابي يوسف الى هنا لفظ الحاكم رحمه
الله • فعلم بذلك ايضا ان تزويج الاب والوصي امة الصغير جائز بلا خلاف • وقال شمس الائمة السرخسي في باب نكاح العبد والاماء من
شرح الكافي الذي هو مبسوطه • واذا زوج الاب امة ابنه وهو صغير فذلك جائز وكذلك الوصي اذا زوج امة اليتيم • وكذلك
المكاتب اذا زوج امته • وكذلك المفاوض اذا زوج امة من الشركة • لان تزويج الامة من عقود الاكتساب فانه يكتسب به المهر
ويسقط نفقتها عنه • وهؤلاء الاربعة يملكون الاكتساب • اما المكاتب فهو منفك الحجر عنه في اكتساب المال • واما الاب والوصي فانهما
امرا بالنظر لليتيم وعقد اكتساب المال من النظر • واما المفاوض فلانه انما عقد المفاوضة لاكتساب المال ولا يملك هؤلاء تزويج
العبد لانه ليس فيه اكتساب المال بل فيه تعييب العبد وشغل رقبته بالمهر والنفقة من غير منفعة له في ذلك • فعلم بذلك عدم الخلاف
في تزويج الاب والوصي فثبت من هذه الروايات الصحيحة المعتمد عليها ان ما ذكر صاحب الهداية في هذا المقام من الخلاف بين ابي حنيفة
ومحمد وبين ابي يوسف في تزويج الاب والوصي امة الصغير نظرا الا ترى الى ما قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في باب النكاح الرقيق من مختصره
واما رقيق المكاتبين فلهم ان يزوجوا الاماء دون العبيد • وكذلك الاب والجد ووصي الاب ووصي الجد في رقيق الصغير • وكذلك
المتفاوضان في رقيق تجارتهما يجوز تزويجهما الاماء ولا يجوز في العبيد • فاما المأذون والشريك شركة عنان والمضارب فانه
لا يجوز تزويجهم في عبد ولا امة في قول ابي حنيفة ومحمد لان ذلك ليس من التجارة • ويجوز عند ابي يوسف في الاماء الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله • وقد ذكر صاحب الهداية نفسه ايضا بلا خلاف في كتاب المكاتب بان تزويجهما امة الصغير جائز وذلك هو الصحيح لا ما ذكره
في هذا المقام **قوله** قال ولا يكاتب • اي قال القدوري في مختصره ولا يكاتب ولا يعتق على مال ولا يهب بعوض ولا
بغير عوض الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه • وفي بعض نسخ القدوري او يضيف من يعامله وهو المثبت في شرح
الاقطع • وانما لا يملك المأذون الكتابة لانه لا يملك الا ما هو تجارة او ما هو من توابع التجارة والكتابة ليست بتجارة لان التجارة
مبادلة المال بالمال ولم يوجد ذلك في الكتابة لان البدل فيها مقابل بفك الحجر • ولان من ملك شيئا يملك ما هو مثله او دونه ولا يملك
ما هو فوقه • والاطلاق في الكتابة فوق الاطلاق في الاذن • لان الاطلاق في الكتابة لازم لا يرد الحجر عليه • وفي المأذون
غير لازم ولهذا يرد الحجر عليه • وان كاتبه واجازه مولاه جاز ان لم يكن عليه دين لان المولى يملك ذلك بنفسه لانه عقد يملك

اجازته ايضا وحق القبض بدل الكتابة الى المولى لان العبد كالوكيل من قبل المولى والوكيل في باب الكتابة رسول فلا يلي شيئا من
حقوق العقد لانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل • قال في الكفاية لا يبرأ المكاتب بقبض العبد الا اذا وكله المولى بقبضه
وان كان على العبد دين لم يجز اجازة المولى لانه تعلق به حق الغرما ولا يملك الاعتاق على مال ايضا لانه اذا لم يملك الكتابة
لانها ليست بتجارة فلان لا يملك الاعتاق على مال لهذا المعنى اولى لانه تصرف ضار لان فيه ازالة الملك في الحال بدين في ذمة
المفلس فلعله يحصل ولعله لا يحصل • وفي الكتابة لا يزول الملك ما لم يوجد اداء جميع بدل الكتابة لان الكتابة عبد ما بقي عليه
درهم • قال في شرح الكافي ولو اجازه المولى ان لم يكن عليه دين جاز وان كان عليه دين لم يجز وضمن الاقل من قيمته ومن
دينه للغرما • وان كان دين غير مستغرق فعندهما كذلك • وعند ابي حنيفة لا يعتبر اجازته لانه لا يملك رقبته ولا يملك الهبة
بعوض ولا بغير عوض لانها ان كانت بغير عوض فهو تبرع ابتدا • وانها وان كانت بعوض فهي تبرع ابتدا معاوضة انتهاء فلا يملك
الماذون له في التجارة التبرع لانه ليس بداخل تحت الاذن • وكذلك لا يملك التصدق والاقراض لان كل ذلك تبرع • وكان
القياس ان لا يملك الاهدا بشي يسير من الطعام والاضافة لضيافة يسيرة لانه تبرع ايضا وهو مذهب الشافعي رحمه الله الا ان
علمائنا استحسنوا في القليل من الطعام الذي يفعل مثله التجار لانه من عادة التجار ان يطعموا ويضيفوا ترغيبا للمعاملين والاذن يتبع
بما يعتاده التجار • فاما الكثير فلا يوجد فيه هذا المعنى فلم يجز مثله • وقد روي ان سلمان اهدي الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم وهو مملوك فاكل واكل اصحابه معه • وعن عمر سئل عن العبد يتصدق فقال بالرغيف ونحوه كذا في شرح الاقطع • قال
شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله في شرح كتاب الماذون الكبير من الاصل لم يقدر محمد في الكتاب مقدار ما يجد
من الضيافة انه باي قدر الا انه روي عن محمد مسلمة ان ذلك على قدر مال تجارته • قال كان مال تجارته مثلا عشرة الاف
درهم فاتخذ ضيافة مقدار عشرة دراهم كان يسيرا • وان كان مال تجارته عشرة دراهم كان ذلك كثيرا • ثم قال
خواهر زاده فيه قالوا اما غير الدراهم وفي الزوجة او الامة فانها تطعم وتتصدق بالمطعوم على الرسم والعادة من غير سرف
وان لم ياذن لها الزوج او المولى بذلك لما فيه من العرف بين الناس بهذا القدر • وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه سئل
هل يتصدق العبد فقال بالرغيف ونحوه • وقال في الفتاوي الصغرى العبد الماذون له يملك التبرعات اليسيرة حتى يملك
التصدق بما دون الدرهم ولا يملك التصدق بالدرهم ويملك اتخاذ الضيافة والاهدا وهذا البيع عند ربه بما يعتاده
التجار مما في الماكولات • ويملك الذي لا يعدونه سرفا في الماكولات حتى لا يملك الاهدا في غير الماكولات وتمامه في كتاب
الشركة من باب خصومة المتفاوضين **قوله** قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه • اي قال القدوري
في مختصره وقد مر بيانه وهو استثناء من قوله ولا يهب **قوله** لقلوب المجاهدين اي اداء بهم المعاملين مع الماذون له
من التجار • قال المطرزي المجاهد عند العامة الغني من التجار فكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر
المتاع او يتاجر الى التجار كذا في المغرب **قوله** قالوا • اي قال المتاخرون من مشايخنا **قوله** قال وله ان
يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار • اي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في الرجل ياذن لعبده في التجارة فيبيع عبدا بالف درهم ثم يحط من الثمن شيئا قال اذا احط من الثمن مثل ما يحط
التجار في التجارة بعيب فهو جائز • الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • اعلم ان الحط على وجهين حط بغير عيب فذلك باطل لوقوعه
تبرعا وحط بعيب يطعن به المشتري وذلك على وجهين ايضا قياسا ما قلنا وجائز استحسانا لانه امر لا بد للتجار منه اذا احط مثل ما
يحط التجار لانه من صنيعهم • اما اذا احط ما لا يحط التجار في العيب مثله فلا يجوز لعدم الحاجة اليه كما اذا احط من غير عيب
هذا اذا باع ثم حط من الثمن • فاما اذا باع بالمحاباة الفاحشة ابتدا فانه يجوز عند ابي حنيفة لان الوكيل بالبيع يملك البيع بالغبن
الفاحش عنده فلان يملك الماذون له ذلك اولى لان تصرفه ليس بسبيل النيابة بل باهلية نفسه • ولهذا لا يرجع
بالعهدة على المولى • والقياس والاستحسان ذكرهما فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير **قوله** وله ان يوجل اي دين وجب
له ذكره تفريعا • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في اول باب تاخير العبد الماذون واذا وجب للعبد التاجر
على رجل الف درهم من ثمن بيع او غصب او غير ذلك واخر الذي عليه سنة فهو جائز لانه من فعل التجار • لان التاجر قد يكون له على غيره
الدين لو لم يمهله وطالبه بدينه لا يمكن بالكسب • وان امهله اياه ما يتمكن من الكسب فيكون ذلك طريقا لخروج دينه عادة
وقد امر الله تعالى بذلك ولانه متى كان هكذا كان من ضرورات التجارة فيدخل تحت الاذن • ولو صالحه على ان اخذ
عنه بعضه وحط عنه بعضه كان الحط باطلا والتاخير جائزا لان الحط تبرع والتاخير ان كان تبرعا ولكنه من صنيع التجار
فاشبه الضيافة والهبة اليسيرة **قوله** قال وديونه متعلقة برقبته يباع للغرما الا ان يفديه المولى • اي قال
القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع • وقال
في شرح الاقطع ومختصر الاسرار • وقال الشافعي رحمه الله ديونه متعلقة بذمته ويستوفى مما في يده من المال ولا يستوفى
من كسبه ولا يباع رقبته • وقال في الطريقة البرهانية واجمعوا على ان الرقبة تباع في دين الاستهلاك • وقال الامام
علاء الدين العالم في طريقته قال علماؤنا رقبة العبد الماذون يباع بدين التجارة • وقال الشافعي رحمه الله لا يباع نعم
قال اصحابنا في هذا الخلاف ان يريد العبد وما اكتسبه العبد من الصيد والحطب والحشيش عندنا يصرف الى الدين وعنده
لا يصرف • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره في اول باب الدين يلحق الماذون له في التجارة • قال ابو حنيفة وابو يوسف

وجميع ما يلحقه من دين من شرى او بيع او استيجار او غصب او وديعة او مضاربة او بضاعة او عارية يجحده ويتيقن ذلك او دابة عقرها
او ثوب احرقه • او مهر جارية اشتراها فوطئها فاستحقت بعد ذلك كله لازم له يباع فيه الا ان يفديه مولاه • فان بيع في ذلك اقتسم غرماؤه
ثمنه بالحصص على قدر ديونهم باقرار كان ذلك من العبد او ببينة فانه ثبت عليه بذلك الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وبيان ذلك مر عند قوله
واقرار الماذون بالديون والغصوب جائز • وقال الكرخي ايضا في اخر هذا الباب واذا اقر العبد بجناية على عبد او حر او مهر وجب عليه
بنكاح جائز او فاسد • او وجب عليه بشبهة نكاح فاقراره باطل لا يلزمه حتى يعتق • فان صدقه المولى جاز عليه ولم يجز على الغرما • فان
قامت على العبد بينة بذلك وانه تزوج امراة باذن مولاها لزمه المهر تحاص به المراة الغرما الى هنا لفظه رحمه الله • وجه قول زفر
والشافعي ان الرقبة خالص ملك المولى فلا يتعلق بها حق الا بتعليق المولى فلم يوجد التعليق من المولى لا صريحا ولا دلالة • اما صريحا فظاهر
واما دلالة فلان الغرض من الاذن تحصيل شي لم يكن لا ابطال شي كان وذلك في تعليق الدين بالكسب فانه [illegible] ما عليه الاصل في الدين ولا يجب عليه
الدين الا بازا ما يحصل له المراد فعلق بالكسب فهو اولى بالتعليق لانه حصل بسبب هذه التجارة • فاما الرقبة فلم تحصل بالتجارة فلا وجد من المولى
اذن في التعليق بها فلا يتعلق بها • فاما دين الاستهلاك فلا يضاهي دين التجارة اذ لا حاجة الى اذن المولى وتعليقه بها • ودين التجارة
يتعلق باعتبار الاذن فيختص بمحل يتعينه المولى وهو الكسب • ولنا انه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على
دين الاستهلاك • اما وجوبه على العبد فظاهر • واما ظهوره في حق المولى فيتعلق برقبته فلان سبب الدين وهو التجارة باذن المولى فكان
ظاهرا في حق المولى لا محالة • فاذا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كما في دين الاستهلاك • بخلاف ما اذا اقر المحجور حيث يثبت الدين في
حقه ولا يظهر في حق المولى لعدم اذنه • وذلك لان الدين لا بد له من محل يستوفى منه فاقرب المحال اليه استيفاء رقبته فانه وجب عليه
وهو مال صالح للاستيفاء منه • ومعنى قول الفقها وجب عليه ووجب في ذمته ان الادمي يصير محلا للوجوب عليه بوصف الذمة • والذمة
عبارة عن العهد ويعنون به ان العهد من الله تعالى لما وجد في حق الادمي وحمله امانته وخصه من بين سائر الحيوانات بان جعله محلا
للايجاب عليه فانه بالمعنى الذي صار لوجوب حقوق الله تعالى صار ايضا محلا لوجوب حقوق الناس • فاذا وجب عليه وهو مال صار محلا
للاستيفاء منه فيستوفى منه كذا في اشارات الاسرار • او نقول انه دين وجب على العبد بسبب عقد اذن فيه المولى فجاز ان يستوفى
من كسبه كالنفقة والمهر • او نقول دين يصح به المطالبة حالة الرق فوجب ان يستوفى من رقبته كبدل المستهلك وعكسه دين الكفالة اذا
تحمل بغير اذن المولى قالوا لو كان ما لزمه تعلق برقبته باذن يشرع لمنع ثبوته ثبوت مثله بها كالرهن • جوابه ان الرهن انما منع ان
يثبت فيه مثل ما ثبت لان ثبوته يفتقر الى تجديد قبض لكونه مقبوضا بالدين الاول فمنع من تجديد قبضه في الثاني • ولان هناك تعلق
العقد بعينه والعين اذا اعقد عليها منع من عقد مثله عليها كالبيع بعد البيع والاجارة بعد الاجارة • وفي مسئلتنا الدين الثاني ثبت
حكمه بنفسه كالجناية اذا تعلقت بالرقبة لم تمنع من تعلق جناية اخرى كذا في مختصر الاسرار • ثم انما يعتبر الاذن في التعلق بالرقبة
اذا لم يوجد الكسب تعلق به الدين فيستوفى منه لانه امكن ايفا الحق بدون تفويت الرقبة فكان فيه نظر لجانب المولى والغرما جميعا
فاذا ثبت ان الدين متعلق بالرقبة تعت فيه كالرهن فان فداه المولى بالدين لم يجز لهم بيعه وبعد ذلك لان حق الغرما هو الدين
فاذا استوفوه لم يبق لهم حق في المطالبة بالبيع • قال صاحب الهداية وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما
هو في معناها • واراد بالكتاب مختصر القدوري • وقوله كالبيع والشرا نظير التجارة • وقوله والاجارة الى اخر ما ذكر نظير ما
هو في معنى التجارة • واحترز بقوله دين وجب بالتجارة عن دين الاستهلاك يتعلق بالرقبة اجماعا بلا خلاف وقد مر بيانه وهل يباع
في المهر • فان كان مهر جارية اشتراها فوطئها فاستحقت يباع فيه لانه نوع من الشرا الموجب عليه الحد • فان كان المهر وجب عليه باقراره
بنكاح او بشبهة نكاح لم يلزمه حتى يعتق ولا يباع فيه • وان قامت البينة انه تزوج باذن مولاه لزمه ويباع فيه وتحاص المراة
الغرما وقد مرت الرواية عن مختصر الكرخي قبل هذا • وقد مر في باب النفقة في اخر كتاب الطلاق ان العبد اذا تزوج حرة باذن
مولاه فنفقتها دين عليه يباع فيها لانه دين ظهر وجوبه في حق المولى **قوله** والاجارة صورته ان الماذون لو اجر شيئا
ولم يسلمه وقبض الاجر حتى مضت المدة وجب عليه رد الاجر • والودايع والامانات اذا جحدها انما ذكر الامانة بعد ذكر الوديعة
لانها اعم من الوديعة فتتناولها وتتناول المضاربة والبضاعة ومال الشركة فهذه الاشيا تصير غصبا عند الجحود لان الامين يصير
غاصبا اذا جحد • وفي الاستهلاك احراق الثوب او عقر الدابة يواخذ في الحال ويباع رقبته فيه وفيه تفصيل مر عند قوله واقرار
الماذون بالديون والغصوب جائز وهو ما اذا استهلكه بعد القبض يواخذ به • وان استهلكه ابتدا بلا قبض فكذا في يوسف لا يواخذ
في الحال خلافا لمحمد **قوله** قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه • فان فضل شي من
ديونه طولب به بعد الحرية • وانما يقسم الغرما ثمن الماذون بينهم بالحصص لان حقوقهم كانت متعلقة بالرقبة والثمن بدل
الرقبة فيكون متعلقا به فيضرب كل واحد منهما بقدر حصته من الدين اذ الرقبة الثمن بديونهم كالتركة اذا اجتمعت فيها ديون وضاق
التركة عن ايفائها يضرب كل واحد منهم بقدر حصته فكذا هنا • وما فضل من الدين يواخذ به العبد بعد الحرية • لان حقوق الغرما
كانت في الرقبة • وقد استوفاها منه فيستطاعهم ما بقي الدين في ذمته فصار كالعبد المحجور عليه فيواخذ بعد الحرية **قوله**
ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري ذكره تفريعا على مسئلة القدوري • يعني اذا لم يف ثمن الماذون بالديون لا يباع
ثانيا بما بقي من الدين لانه يمتنع البيع الاول ولم يتقدم علم احد منهم فامن ان يزول ملكه بعد الشرا • ولانه يلزم المشتري ضرر لم يلتزمه وهذا
لا يجوز لانه لم ياذن في التجارة • بخلاف المولى الاول فانه لما اذن له في التجارة رضي بتعلق الدين برقبته • وهذا بخلاف نفقة
المراة اذا تزوجها باذن المولى فانه يباع فيها مرة بعد اخرى لان النفقة تجب شيئا فشيئا والمهر ليس كذلك فانه اذا بيع فيه مرة ولم يف

الثمن بل لا يباع لانه لما بيع بجميع المهر ويطالب بالباقي اذا عتق • وقد ذكرنا في باب النفقة ان المسلم في ديون العبد يباع فيه من بعد
مرة سوى النفقة **قوله** ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما قبل من الهبة ذكره تفريعا ايضا وهذا
لان الاصل في كسب العبد المأذون ان يكون اولى به لان الكسب للكاسب الا ان يفضل عن حاجته • فاذا كان عليه دين كانت مشغولة
بحاجته فيتعلق دينه به ولا يتكمل للمولى عليه • بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين حيث يكون فارغا عن حاجته فكان المولى احق به **قوله**
ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين ذكره ايضا تفريعا • اي لا يتعلق الدين بذلك لوجود شرط الخلوص للمولى وهو فراغ الكسب
عن حاجة العبد • قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في شرح المأذون الكبير قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد اذا اذن الرجل
لعبده في التجارة فاكتسب مالا فاخذ المولى منه هل يجب على المولى ردمثله على العبد او رد عينه ان لم يستهلكه فهذا على وجهين اما ان
يكون على العبد دين او لم يكن عليه دين وقت الاخذ كان عليه ان يرد عين ما قبض الى العبد ان كان قائما بعينه • وان استهلكه
رد عليه مثله • وانما كان كذلك لانه متى لم يكن عليه دين وقت اخذ المال فقد اخذ المولى ما له حق الاخذ لان له ان يأخذ كسب عبده
اذا لم يكن على العبد دين فاذا صار اخذا ما له حق الاخذ صح الاخذ وخرج المأخوذ من ان يكون كسبا والتحق بسائر املاك المولى • الا
ترى ان العبد لو اراد بيع ما اخذه المولى لم يقدر كما لا يقدر ان يبيع غيره من اموال المولى • فاذا خرج من ان يكون كسباله والتحق
بسائر املاك المولى لم يتعلق به دين لحقه بعد ذلك كما لا يتعلق بغيره من اموال المولى • فاما اذا كان على العبد دين وقت الاخذ
فقد اخذ ما ليس له حق الاخذ لانه ليس له ان يأخذ كسب عبده المديون فاذا لم يكن له حق الاخذ متى كان على العبد دين صار اخذه هو
والاخذ اجنبي احرسوا • ولو اخذ اجنبي اخر كان على الاجنبي ان يرد عين ما اخذه ان كان قائما بعينه • وان استهلكه رد عليه مثله فكذلك
هذا **قوله** وله ان يأخذ غلة مثله بعد الدين ذكره ايضا تفريعا وهذا استحسان والقياس ان لا يأخذ المولى غلة مثله ايضا اذا
كان على العبد دين • قال في الاصل قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد اذا اذن الرجل لعبده في التجارة فلحقه دين يأتي على جميع ما
في يده وعلى جميع رقبته فاخذ مولاه منه الغلة بعد ذلك فجعل يأخذ منه كل شهر عشرة دراهم حتى اخذ منه مالا كثيرا فان هذا
جائز للمولى ولا يرجع الغرماء عليه من تلك الغلة بشيء لان الذي قبضه هو غلته • ولو كان قبض منه كل شهر مائة درهم كان باطلا وكان عليه
ان يرد على الغرماء ما زاد على غلة مثله • انما استحسن في هذا الذي قبض غلة مثله في كل شهر ان يجيز ذلك • فاما اذا قبض منه ما
لا يكون غلة مثله اخذ الغرماء ما زاد من ذلك على غلة مثله الى هنا لفظ محمد في الاصل • بيانه فيما ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في
شرح المأذون الكبير • وقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد رحمهم الله اذا اذن الرجل لعبده في التجارة فلحقه دين يأتي على جميع ما في
يده وعلى جميع رقبته والمولى كان يأخذ منه الغلة كل شهر هل يسلم ذلك للمولى فهذا على وجهين ان كان ما اخذ المولى من غلة اكثر
من غلة مثله كل شهر وكان مثل غلة كل شهر • فان كان اكثر من غلة كل شهر فان الزيادة على غلة مثله لا تسلم الى المولى لانه كسب
عبد مديون وقد اخذه المولى بغير عوض حصل للعبد فلزمه رد ذلك على العبد • واما غلة مثله فانها تسلم للمولى استحسانا
والقياس ان لا تسلم له ويلزمه رد ذلك على غرماء العبد قياسا على الزيادة على غلة المثل لانها كسب عبد مديون • ولان الدين
كما يتعلق بكسب العبد يتعلق برقبته ثم شيء من الرقبة لا يسلم للمولى اذا كان عليه دين محيط بالرقبة فكذلك يجب ان لا يسلم له شيء من
الكسب • ووجه الاستحسان ان المولى انما لا يملك اخذ كسب عبده المديون اذا لم يرتبط العبد بازاء ما اخذ عوضا يعدله • فاما
اذا اعطي بازاء ما اخذ عوضا يعدله فانه يملك ذلك • الا ترى انه لو اشترى شيئا من كسبه بمثل قيمته وعليه دين جاز ذلك لانه اخذه
بعوض يعدله • واذا ثبت هذا نقول غلة المثل اخذها بعوض وهو ما ترك على العبد من الاستخدام فانه كان للمولى ان يستخدم
عبده المديون فاذا اخذ منه غلة المثل فقد ترك عليه الخدمة فكان اخذ ما اخذ بعوض يعدله فصح اخذه • بخلاف ما زاد
على غلة المثل لانه اخذه بغير عوض • وانما كان للمولى استخدام عبده المديون لان للغرماء في هذا العبد ان كان حقا فللمولى فيه
ملك • فاذا كان العبد مشتركا بين اثنين لا يبطل حق المولى في الخدمة • فاذا كان لم يجز حق ذا اولى ان لا يبطل حق المولى في الخدمة
وقال في الايضاح والقياس ان لا يجوز قبضه الغلة مع قيام الدين عليه لان الدين مقدم على حق المولى في الكسب لكنا استحسن
اذا اخذ غلة مثله اذ يجوز لان فيه نفعا للغرماء لان حقهم يتعلق بكسبه ولا يحصل المكاسب الا ببقاء الاذن في التجارة • فاذا
منعنا المولى من اخذ غلة يحجر عليه في التجارة فينسد باب الاكتساب **قوله** لانه لو لم يكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب
يعني ان المولى لو لم يكن من اخذ غلة المثل يحجر على العبد حتى يستخدمه فلا يحصل الكسب فيتأخر حقوق الغرماء الى ما بعد العتق
غاية ما في الباب انه يباع رقبته في الدين حينئذ ولكن ربما لا يفي ثمن رقبته بديونهم فيلزم ما قلنا فلاجرم لا يمنع المولى
من اخذ غلة المثل حتى لا يحجر عليه فيتجر ويكتسب الكسب الذي هو محل حقهم ثم يكون ذلك برا وصلا في حق المولى بتوسله الى شيء كثير للغرماء
بتحمله لذلك كالهدية اليسيرة والضيافة اليسيرة **قوله** قال وان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره فيما بين اهل سوقه
اي قال القدوري في مختصره وهذا في الحجر القصدي فاما اذا ثبت الحجر ضمنا فلا يشترط علم اهل سوقه كما في عزل الوكيل حكما
كما اذا باع المأذون او وهبه من رجل فقبضه الموهوب له ينحجر حكما ولا يشترط علم احد وتمام البيان فيه ما قال شيخ الاسلام علاء
الدين الاسبيجابي في شرح الكافي • واذا باع العبد المأذون له في التجارة واشترى فلحقه دين او لم يلحقه • ثم اراد مولاه
ان يحجر عليه فليس يكون الحجر الا في اهل سوقه • ولو حجر عليه في بيته ثم باع العبد واشترى وهو قد علم بذلك بيعه وشراؤه جائز فان
الحجر الخاص لا يرد على الاذن العام والحجر الخاص يرد على الاذن الخاص • وهذا لان الحجر رافع لحكم الاذن فيجب ان يكون بنايته
لان الشيء يكون فاسخا لمثله المافوقه • ولا وجه ان يرفع حكم الاذن في حق من علم لان قيام الاذن في حق الثانية بما دون شيء

نوت

يكون حكم • الا ترى انه لو اذن له بالمبايعة مع قوم ونهاه عن قوم ثم باع مع قوم نهاه عن المبايعة معهم صح • وجعل الاذن في حق البعض
الناس اذنا في حق الكل ابتدا فلان يبقى حكم الاذن في حق الكل عند الحجر الخاص اولى • ولانا لو اعملنا الحجر الخاص ادى الى الغرور بالناس
لانهم يعتمدون على الاذن الظاهر فيبايعونه ولا يبلوا السوء المعرا اليه • فلو عمل الحجر الخاص بما ادى الى الغرور في حقهم او الضرر وهو يؤدي ما
سلموا اليه فوجب ان لا يعمل دفعا للضرر عنهم • قال واذا اتى المولى بعض اهل سوقه فقال قد حجرت على هذا فلا تبايعوه كان هذا حجرا
عليه لان هذا حجر عام فيرتفع به حكم الاذن العام • وان لم يحضر ذلك اهل السوق كلهم يثبت حكمه في حق الكل في حق من علم ومن لم يعلم
وهذا لان الشرط هو انتشار الاذن واشتهاره وهو ان يبلغ ذلك عامتهم • اما علم الاحاد فلا يكون شرطا لثبوت الحكم في حق كل واحد منهم
الاحاد بل يعتبر ذلك يعتبر بمنزلة البلوغ الى كل واحد من الاحاد • الا ترى انه يجعل في حق خطابات الشرع هكذا فلا يكون العلم بالخطاب
شرطا في حق الناس كافة بل يعتبر في الخطاب يثبت الحكم في حق من بلغه او لم يبلغه • وذلك لانا لو جعلنا التبليغ الى الاحاد شرطا ادى الى الحرج
في حق المولى فوجب الاكتفاء بما يوجب الاشتهار • قال فان كان انما حضره ذلك من اهل سوقه رجل او رجلان لم يكن ذلك حجرا حتى يحضره الاكثر
من اهل سوقه لان ذلك حجر خاص لا يقع به ذلك الانتشار • قال ولو دعا الى منزله جماعة من اهل سوقه فاشهدهم انه قد حجر عليه كان هذا
حجرا لان الشرط هو التبليغ على وجه يقع الاشتهار وبهذا يحصل هذا الغرض • قال ولو خرج العبد الى بلد التجارة فاتى المولى اهل سوقه
واشهدهم انه قد حجر عليه والعبد لا يعلم بذلك لم يكن هذا حجرا عليه لان الاصل في الاذن والحجر هو العبد وانما يثبت حكمه في حق غيره تبعا
ولم يثبت حكمه في حقه لعدم العلم فكذلك في حق غيره • الا ترى ان هذا بمنزلة العزل في حقه وحكم العزل يتوقف على العلم • قال وان باع بعد
ذلك اهل سوقه او غيرهم فهو جائز لان حكم الاذن قائم • وان علم العبد بذلك بعد يوم او يومين فهو محجور عليه لان الحجر صحيح الا انه لم يعمل
لعدم العلم حتى لا يؤدي الى الغرور فبعد ذا علم بمنزلة عزل الوكيل • وما اشترى وباع قبل ان يعلم به فهو جائز لان حكم الحجر متوقف على العلم
قال واذا اذن الرجل لعبده في التجارة فلم يعلم بذلك احد ولم يشتر ولم يشتر حتى حجر عليه بعلم منه بغير محضر من اهل سوقه فهو محجور عليه
لان هذا اذن خاص ورد عليه حجر خاص فعمل فيه وهذا لانا لو عملنا بما عمله فيه لا يؤدي الى الغرور بأحد • ولو علموا بذلك قبل ان يقول
حجرت كان الحجر باطلا حتى يحجر في اهل سوقه لانه صار عاما • ولو لم يعلم به احد غير العبد ثم حجر عليه والعبد لا يعلم به فاشترى وباع
كان مأذونا فان الحجر باطل لان حكم الحجر لا يلزمه الا بالاذن • قال واذا باع المولى العبد المأذون وعليه دين او لم يكن عليه دين وقبضه
المشتري فهذا حجر عليه علم به اهل سوقه او لم يعلموا • وكذلك لو وهبه لرجل وقبضه الموهوب له لان ابا ملك التصرفات باذن المولى
ولا يتبدل وقد زالت ولاية المولى حين صار رقه وهذا حجر ثبت حكما لا قصدا فلا يتوقف على العلم • وكذلك لو مات المولى قال واذا اشهد
المولى اهل سوقه انه قد حجر عليه فعند وارسل اليه رسولا او كتب اليه كتابا فبلغه الكتاب واخبره الرسول فهو محجور عليه لان العلم قد
وقع به لان قول الرسول كقول المرسل • وكذلك الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر وسواء كان الرسول عدلا او غير عدل لان الرسول
ينقل كلام المرسل • ولو اخبره بذلك رجل لم يرسله مولاه لم يكن حجرا في قول ابي حنيفة حتى يخبره رجلان او رجل عدل يعرفه العبد وقال
ابو يوسف ومحمد ان اخبره بذلك رجل او امرأة او صبي او عبد صار محجورا عليه بعد ان يكون الخبر حقا وقد مر بيانه في فصل القضاء
بالمواريث • واذا اذن الرجل لعبده في التجارة فاشترى وباع وهو لا يعلم باذن المولى ولم يعلم به احد فهو ليس بمأذون ولا يجوز شيء
من ذلك لان الاذن لا يعمل ذا نابدون العلم • فلو امر المولى قوما ان يبايعوه فبايعوه والعبد لا يعلم بالاذن كان شراؤه وبيعه جائزا
هذا رواية المأذون الكبير • وفي رواية الزيادات لا يجوز وقد مر ذلك في فصل القضاء بالمواريث ايضا • وقال محمد الاسلام في
ابن بيع الاب والوصي في الصغير من زيادات رجل قال لرجل بع عبدي هذا من ابني فلان بكذا فذهب فباعه فان اخبر الابن بذلك
صار مأذونا فاوقع البيع وان لم يخبره حتى باعه منه لم يصح • وكذلك لو قال اذهب فاشتر عبد ابني منه بكذا • وذكر في كتاب الوكالة
في موضع كذلك • وقال في موضع يصح • والحاصل ان الاذن لا يصح الا بالعلم • وكذلك الوكيل فان كان مقصودا لم يصح الا
بالعلم وان كان بمقتضى البيع وذلك المتبوع فصل في زيادة الحكم فيه روايتان • وكذلك لو قال للقوم بايعوا عبدي فلانا فقد
اذنت له في التجارة فبعلوا وهو لا يعلم انه ايضا على هذا كذا في الزيادات **قوله** قال ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب
مرتدا صار المأذون محجورا • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الاذن تصرف غير لازم بدليل صحة الحجر بعد الاذن وكل تصرف
غير لازم يكون ندا ومنه حكم الابتداء لانه يقبل من الفسخ في كل ساعة وفي الابتداء يشترط اهلية المولى للاذن فكذا في البقاء باعتبار الابتداء
ينعدم الاهلية فكان العبد محجورا • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا اذن الرجل لعبده في التجارة ثم جن المولى
فان كان جنونا مطبقا يحجر العبد فان كان غير مطبق لا يحجر لان الانحجار بناء على زوال ولاية المولى وبغير المطبق لا يزول ولاية المولى
لان تفسير الجنون غير المطبق ان يوجد ساعة وينعدم ساعة • او يوجد يوما ويزول يوما فاشبه النوم والاغماء • ولهذا لا يسقط
به تكاليف الشرع عنه هذا ولان الادمي لا يخلو عن نوع جنون ابدا فان الغضب نوع جنون والهم الشديد نوع جنون فلا يستقيم اعتبارهما
في ازالة الولايات • واذا اطبق حينئذ اعتبر لامتداده • الا ترى انه يعتبر في موضع تكاليف الشرع وتكلموا في تفسير المطبق روي عن
محمد انه قدره بشهر لان فيما دونه لا يوضع به كل التكاليف عنه لا ترى وضع عليه خطاب الصلاة لا يوضع عنه خطاب الصوم • وروي
عنه في رواية انه قدره بسنة لان كل التكاليف مما يسقط في هذه المدة • الا ترى انه يلزمه الزكاة لو افاق فيما دون السنة وعلى
قياس قول ابي يوسف ينبغي ان يقدر باكثر السنة لانه يمتنع به وجوب الزكاة عنه • وقال شيخ الاسلام علاء الدين ايضا فان ارتد المولى
ثم باع العبد او اشترى فان قتل المولى او مات على ردته او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه فجميع ما صنع العبد بعد ردته باطل • وان
اسلم بعد ما لحق بدار الحرب وجاء او لحق فبل ان يلحقه بلحاقه فذلك كله جائز • وقال ابو يوسف ومحمد كله جائز الا ما صنع بعد ما لحق بدار الحرب

فان ذلك يبطل اذا لم يرجع حتى قضى القاضي بلحاقه واذا رجع قبل ان يقضي بلحاقه فذلك جايز لا خلاف بينهم ان تصرفات المرتد بعد لحاقه بدار الحرب يتوقف لانه يصير من اهل الحرب واهل الحرب كالموتى في حقنا ولكن لا يستقر هذا الوصف له الا بالقضا لانه يحتمل انه دخل دار الحرب للفرار ويحتمل انه دخل للقرار فلا بد من ترجيح احد الوصفين بنصوص ذلك الى راي القاضي المجتهد بان وقع عنده انه لا يرجع يقضي باحكام الموت فيحكم بموته من ذلك الوقت فتزول ولايته من ذلك الوقت • وان لم يقض به حتى رجع بحمل كان لم يكن وقبل اللحوق بدار الحرب لا يتوقف عندهما لانه لا يزول ولايته بنفس الردة عندهما • وعند ابي حنيفة يتوقف لانه يزول ولايته بالردة زوالا موقوفا من سار في السير فالمولى اذا كان امراة لا يتوقف تصرفها قبل اللحوق بالاجماع وبعد اللحوق يتوقف لانها بمنزلة الموت بقرينة القضا • وقال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي ايضا في شرح الكافي واذا ارتد العبد المأذون ثم باع او اشترى فان قتل على ردته او مات بطل جميع ما صنع في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وان اسلم جاز • قال ابو يوسف ومحمد جميع ذلك جايز واصله ما ذكرنا في الحر اذا ارتد هل يتوقف تصرفاته في الكساب عند ابي حنيفة يتوقف وعندهما لا يتوقف والمأذون بمنزلة الحر في الكساب والتصرفات في الكسابه فيكون ذلك على الخلاف • قال واذا اسر العدو عبدا مأذونا له في التجارة واحرزوه بدارهم فقد صار محجورا عليه لانه زال عن ملك المولى • فان انفلت او اخذه المسلمون فردوه عليه لم يعد مأذونا الا باذن جديد • وان كان اهل الحرب لم يحرزوه في دارهم حتى انفلت منهم او اخذه المسلمون فهو على اذنه وبنفس الاخذ هل يصير محجورا عليه بعضهم قال يصير محجورا عليه على قياس مسئلة الاباق لانه ينقطع نفع تصرفاته عن مولاه باخذهم • والصحيح انه لا يصير محجورا لان اخذهم بمنزلة الغصب قبل ان يحرزوه بالدار والغصب لا يحجر **قوله** قال واذا ابق العبد صار محجورا عليه • اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وقال الشافعي رحمه الله هو مأذون ولم يذكر خلاف زفر كما لم يذكره خواهر زاده في مبسوطه • وقال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي • وقال زفر لا يحجر بالاباق • لنا ان الاباق يبطل تصرف المولى فيه فيبطل اذنه في التجارة فصار كجنون المولى وبيعه • ولان اباقه يوجب العقوبة عليه فعوقب باعادة الحجر عليه كالردة واللحوق بدار الحرب فحصل ان الاباق لا يمنع ابتدا الاذن للاباق اليه ذهب شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه والمعنى في الاصل انه يجوز تصرف المولى فيه بالمعاوضات فجاز تصرفه فيه بالاذن والابق لا يجوز تصرف المولى فيه بالمعاوضات فلم يجز تصرفه فيه بالاذن • وبعض مشايخنا جوزوا ابتدا الاذن للابق ولم يجوزوا بقا الاذن فيه • واليه ذهب شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وصححه صاحب الهداية وفرق بين الابتدا والبقا فقال الاباق دليل الحجر فكان محجورا عليه دلالة • بخلاف ما اذا اذن له ابتدا حيث يصح لان الصريح يفوق الدلالة • بيان ذلك ان الاباق ينافي ما هو المقصود بالاذن وهو الانتفاع بتصرفاته فان المولى انما يرضى بتصرفاته لنفع راجع اليه لا الى العبد لان الانسان انما يشتري العبد لينتفع به فاذا ال الامر الى هذا فالظاهر انه لا يرضى به فيكون حجرا من المولى اياه دلالة • ولا يقال انما يجعل ذلك حجرا اذا علم العبد ذلك فلعل العبد يعلم ان المولى يرضى بكونه مأذونا في حال ترجع نفع تصرفاته اليه ولا يرضى به في غير تلك الحالة فما هو دلالة الحجر في حق المولى فهو دلالة العلم في حق العبد • وفصل شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في شرح المأذون الكبير الجواب في الغصب فقال ان بقي للمالك امكان الاخذ بان كان الغاصب مقرا او كان له بينة عادلة حاضرة على ذلك فانه يصح الاذن له لانه اذا بقي له امكان الاخذ فلا يبقى المالك في رقبته وكسبه باسمه فانه يبيع من البايع ومن غيره فيصح الاذن • وان لم يبق له امكان الاخذ بان كان الغاصب جاحدا او لم يكن له بينة عادلة فانه لا يصح الاذن لزوال ولاية البيع في رقبته وكسبه • قال والدليل على ان المذهب في الغصب ما قلنا ما قال محمد ان العبد المأذون اذا اسره العدو ولم يحرزوه بدار الحرب فانفلت من ايديهم عاد مأذونا وان صاروا غاصبين لهذا العبد لانه بقي له امكان الاخذ ما دام في دار الاسلام لانهم مقهورون بدارنا • ولهذا لا يملكونه ثم قال وقال ايضا اذا باع المولى العبد المأذون من غيره ثم ابق عنده • ثم ان المشتري قبض العبد بعد ما نقض البيع بغير اذن المولى فانه يبقى العبد مأذونا • وان صار المشتري غاصبا له لانه لا يملك المشتري العبد بقبضه بعد ما نقض البيع بغير اذن البايع • ثم بقي الاذن لما كان له امكان الاخذ فان المشتري يقر بان العبد ملكه وذكر محمد ان الغاصب للعبد المأذون اذا جحد ولم يكن لصاحب العبد بينة ثم ان صاحب العبد راى عبده بعد ذلك يبيع ويشتري فسكت فان اقام البينة بعد ذلك وقضى له فان العبد لا يكون مأذونا ورؤية المولى عبده يبيع ويشتري بمنزلة الاذن • فاذا سكت ثم لم يثبت الاذن لما كان الغاصب جاحدا ولم يكن له بينة حاضرة فثبت ان الجواب في الغصب على التفصيل الذي ذكرنا • واذا ثبت ان الاباق يمنع ابتدا الاذن يمنع البقا ايضا لان لبقا الاذن حكم الابتدا • ثم اذا عاد العبد من الاباق هل يعود مأذونا ام لا • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه لم يذكر محمد في الكتاب اي في الاصل • ثم قال وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم بانه لا يعود مأذونا لانه زال ولاية البيع بالاباق فيصير كما لو زال ولاية البيع بزوال الملك • ولو زال ولاية بيع المولى بزوال عن ملكه ثم عاد العبد اليه بقديم ملكه لا يعود مأذونا فكذا هذا • ومنهم من قال يعود مأذونا لان الاباق لم يزل ملك المولى الا انه مع قيام ملكه حجر عقوبة له على عصيانه • فاذا عاد الى طاعة المولى وتاب سقط عنه العقوبة • قال خواهر زاده والصحيح انه لا يعود مأذونا لانه وان لم يزل عنه ملك المولى زال عنه ولاية البيع على البتات فانه اذا باع الابق لم يجز بيعه سوا عاد من الاباق او لم يعد فيصير كزوال الملك • ولو زال الملك ثم عاد لا يعود الاذن فكذا اذا زال ولاية البيع على البتات ثم عاد • وقال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي فان ابق رجل ثم اختلفا فقال المولى كان ابقا • وقال الذي بايعه لم يكن ابقا فالقول قول المولى على اباقه الا بالبينة لانه يدعي الحجر بعد الاذن ولان الظاهر يشهد للاخر لان الغالب في العبد الانقياد والطاعة دون التمرد • فاذا اقام المولى البينة انه ابق منه الى موضع كذا واقام الذي باعه البينة ان المولى اذن له الى ذلك الموضع ليشتري ويبيع فالبينة بينة الذي باع العبد ايضا والقياس ان يكون البينة بينة المولى لانه هو المدعي • الا ترى ان القول قول الاخر ولكن نقول بان بينة الذي باع العبد اكثر اثباتا لانه يثبت طاعة العبد وكونه

مأذونا

مأذونا ظاهرا • في المبتدية فيصبح اثبات استحقاق دينه بالدين والمولى يثبت الاباق ظاهرا • وفي المحيط غرضه نفي الاستحقاق والبينات حجة المدعين فكان قبول بينة من هو مدع من كل وجه اولى **قوله** قال واذا ولدت المأذونة من مولاها فذلك حجر عليها • اي قال القدوري في مختصره وهذا استحسان والقياس ان لا يصير محجورا وبالقياس اخذ زفر كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ولفظ الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن ابي حنيفة انه قال في الجارية يكون للرجل فاذن لها في التجارة فاستدانت دينا اكثر من قيمتها ثم دبرها مولاها قال هي مأذونة لها في التجارة على حالها والمولى ضامن لقيمتها للغرما الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وانما لم يكن التدبير حجرا لانه ليس هو منافيا للاذن • الا ترى انه لا يمنع ابتدا الاذن فلان لا يمنع البقا اولى وليس براجع للاذن ايضا دلالة لان المدبرة لا تمنع من الخروج الى الحوايج ولكنه بالتدبير يضمن قيمة المأذونة لانه اتلف رقبتها على الغرما لانه قبل التدبير كانت تباع في دينهم فبالتدبير ابطل ذلك • ولنا استيلاد المأذونة فالقياس ان لا يكون حجرا عليها لانه لا يمنع ابتدا الاذن فان من اذن لام ولده في التجارة صح فلان لا يمنع البقا اولى لان البقا اسهل من الابتدا قياسا على التدبير • وجه الاستحسان ان الاستيلاد حجر عليها دلالة لان المولى لا يمنع امته من الخروج ويمنع ام ولده من الخروج والبروز فكان الاستيلاد تحصينا لها ومنعا عن الخروج ولا بقا في التجارة الا بالخروج والانتشار في الارض • قال الله تعالى فانتشروا في الارض • قال تعالى فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وهي قد منعت من الخروج الى الحوايج فلم يوجد الحجر صريحا ولا دلالة وليس كذلك اذنه لام ولده في التجارة ابتدا دلالة الحجر لا تعتبر مع صريح الاذن لان الصريح اقوى من الدلالة ولكن المولى ضامن قيمة المأذونة للغرما بالاستيلاد لانه اتلف رقبتها على الغرما كما قلنا **قوله** قال واذا استدانت المأذونة اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذونة على حالها • اي قال في الجامع الصغير • وذلك لان التدبير لا ينافي الاذن ولكن ضامن لقيمتها وقد مر البيان فيه انفا • واما وضع المسئلة في الاكثر من القيمة حتى يعلم ان المولى لا يضمن الا القيمة لان الزيادة عليها وان استدانت اكثر من القيمة **قوله** بين حكمها اي بين حكم الاذن والتدبير **قوله** لما قررناه في ام الولد اشارة الى قوله لانه اتلف محلا تعلق به حق الغرما **قوله** قال واذا حجر على المأذون فاقراره جايز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة رضي الله عنه • اي قال القدوري في مختصره ومعناه فيه ان الا لا يصح اقراره بما له لان المصحح للاقرار هو الاذن وقد بطل بالحجر للمنافاة بينهما فلا يصح اقراره بعد الحجر وبه قال الشافعي وان يد التصرف بطلب بالحجر للمنافاة بينهما فلا يصح لان الحجر عن التصرف بالاجماع • ولهذا اذا باع او اشترى بعد الحجر لم يصح فيصير ما في يده بمنزلة المنتزع من يده • ولو انتزعه المولى من يده حقيقة ثم حجر عليه ثم اقر بذلك لم يصح فكذا هذا • وكذا لا ينفذ اقراره في حق رقبته حتى لا تباع رقبته باقراره بالدين بعد الحجر فصار كما اذا اقر المأذون بما في يده لغير المولى بعد ما باعه المولى او وهبه لاخر والقياس ما قالا لان نفاذ اقرار المحجور لان ما لزمه كما اذا كان محجورا بالحجر الاصلي • ولهذا الانه بالحجر يحجر عن التجارات احكم • واقراره لو صح انما يصح لانه من توابع التجارات وضروراتها وفي الحجر عما هو اصل الباب يحجر عما هو تابع وضرورة • ولابي حنيفة ان المصحح للاقرار هو اليد على الاكتساب • ولهذا لا يصح اقراره بما انتزعه المولى من يده من الاكتساب بعد الحجر في ما كانت قبل الحجر لان شرط ثبوته للمولى هو الفراغ عن حاجته ولم يوجد لان اقراره بما في يده دليل حاجته اليه وهذا لان الحجر انما يعمل في حق التصرفات في المستقبل لا في حق التصرفات الماضية وحقوقها بالاجماع فانه اذا بقي من حقوق التصرفات الماضية من الايفا والاستيفا والرد والاسترداد يكون ذلك اليه لانه قد حجر عليه في حقوق التصرفات وهل يعتبر عليه الناس وتعهدها لاجل الناس • فلو جعلنا بعمل الحجر في ذلك ادى الى ابطال حقوق الناس وسقوطها فكذلك بعد الحجر لان الاقرار كما في حالة الاذن بخلاف المنتزع من يده حيث لا يصح اقراره به لان يد المولى ثابتة عليه حكما وحقيقة • وبخلاف اقراره في حق رقبته لان ملك المولى ثابت فيها فلا يجوز ابطاله والطاعة بلا رضاه وليس الكسب كذلك لان شرط ثبوت الملك للمولى فيه فراغه عن حاجة العبد ولم يوجد • وبخلاف اقراره بما في يده بعد البيع لان تبدل الملك يوجب تبدل العين كما عرف في قصة بريرة رضي الله عنها فلا يبقى الاذن ولان الذي ثبت بحكم الملك لا يملك المولى قد زال • الا ترى انه بعد البيع لا يبقى حقها في التصرفات التي باشرها قبل الحجر من التسليم والتسلم والرد بالعيب والاسترداد • قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه واذا حجر الرجل على عبده المأذون في التجارة فباع ذلك واشترى واستاجر واجر وهو محجور • وهذه التصرفات من العبد المحجور باطل سوا كان في يده كسب او لم يكن وهذا بالاجماع • فاما اذا اقر بالدين او بالعين هل يصح اقراره فهذا على وجهين اما ان يكون لهم في يده كسب الاذن او لم يكن في يده كسب الاذن فانه لا يصح اقراره للحال حتى يؤاخذ به للحال سوا كان عليه دين او لم يكن عندهم جميعا • اما عند ابي يوسف ومحمد فلانه لا يصح اقراره بعد الحجر وان كان في يده كسب الاذن • فاما اذا لم يكن في يده اولى • واما على قول ابي حنيفة ومحمد فلانه لا يصح اقراره بعد الحجر فلان اقراره انما يصح للحال بعد الحجر اذا كان في يده كسب الاذن لبقا اثر الاذن • فاما اذا لم يكن في يده كسب فانه لا يصح اقراره لانه زال الاذن والاثر جميعا فلا بد لصحة اقرار العبد من احدهما • فاذا كان في يده كسب الاذن فهذا على ثلاثة اوجه اما ان كان فارغا عن دين الاذن او كان كله مشغولا بدين الاذن • او كان بعضه فارغا عن دين الاذن وبعضه مشغولا فان كان كله مشغولا بدين الاذن فانه لا يصح اقراره في حق الكسب الذي في يده حتى لا يشارك المقر له غرما الاذن في كسب الاذن بل يكون جميع الكسب لغرما الاذن لوجهين احدهما ان دين المحجور مع دين الاذن لم يستويا لانه وجب احدهما في حالة الاطلاق من كل وجه والاخر وجب في حالة الاطلاق من وجه وحالة الحجر من وجه بمنزلة دين الصحة من دين المرض ودين المرض الواجب باقرار المريض مؤخر عن دين الصحة حتى اذا كان مال المريض كله مشغولا بدين الصحة لا يصح اقراره بدين المرض فكذلك هذا • والثاني ان اقرار العبد بعد الحجر اذا كان في يده كسب الاذن بمنزلة اقرار الوارث على موروثه لان صحة اقرار العبد للحال باعتبار ما في يده من الكسب عند ابي حنيفة لا باعتبار انه مكلف • حتى لو لم يكن في يده كسب لا يصح اقراره للحال كاقرار الوارث على موروثه انما صح باعتبار ما في يده من التركة لا من حيث انه مكلف • حتى لو لم يكن في يده شي من التركة فانه لا يصح اذا كان لم فارغا عن دين الميت • وان كان كله مشغولا بدين الميت فانه لا يصح اذا اقر بدين الميت شيا واذا اقر فانه يصح لنا فكذلك هذا • وان كان بعض ما في يده

فارغا عن دين الاذن وبعضه مشغولا صح اقراره عند ابي حنيفة بقدر الفارغ عن دين الاذن على العبارتين جميعا . اما على العبارة
الاولى فلان دين الحجر من دين الاذن بمنزلة دين الصحة من دين المرض . ثم في المريض اذا كان مشغولا بدين الصحة وبعضه فارغا
صح بقدر الفارغ عن دين الصحة فكذلك هذا . واما على العبارة الثانية فلان اقراره بعد الحجر بمنزلة اقرار الوارث على مورثه
وبعض تركة الميت مشغولا بدينه وبعضها فارغ فان اقرار الوارث على الميت يصح بقدر الفارغ من الدين فكذلك هذا . وعند ابي يوسف
ومحمد اقراره بعد الحجر باطل لا يلزمه من ذلك قليل ولا كثير في الاحوال كلها وهو القياس وما قاله ابو حنيفة استحسان وهذا
كله اذا كان العبد باقيا في ملكه . فاما اذا خرج عن ملكه بالبيع او الهبة فانه لا يصح لا اجارته ولا اقراره عندهم جميعا سواء
كان في يده كسب او لم يكن **قوله** فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك . اي لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الاذن
قبل البيع بحكم انه ملك المولى فلا جرم انه لم يصح اقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن **قوله** ولهذا لم يكن خصما
فيما باشره قبل البيع ايضا لقوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك وقوله قبل البيع ظرف لقوله باشره **قوله** قال واذا لزمته ديون
تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده . ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة رضي الله عنه . وقالا يملك ما في
يده ويعتق وعليه قيمته . اي قال القدوري في مختصره ومعنى قوله وعليه قيمته اي على المولى قيمة العبد المعتق للغرماء ان
كان المولى موسرا وان كان معسرا فللغرماء ان يضمنوا العبد المعتق ثم يرجع هو بذلك على المولى وبه صرح الكرخي في مختصره . وقال
في اشارات الاسرار الدين المحيط برقبة المأذون وكسبه يمنع ملك المولى في الكسب عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما
وجه قولهما ان دين العبد المحيط لا يمنع ملك المولى في الكسب العبد لوجود سبب استحقاق المولى لكسبه وهو ملك الرقبة . الا
ترى ان المولى يملك اعتاق المأذون وان كان الدين محيطا برقبته وكسبه فعلم ان سبب الاستحقاق في الكسب موجود وكذا هو
يملك وطء امته المأذون لها . بخلاف الدين المحيط بالتركة حيث يمنع ملك الوارث لان ثبوت الملك للوارث على سبيل النظر للميت
فان صرف تركته الى الاقرب فالاقرب انفع للميت فلا جرم تقدم الدين على الارث لان الصرف الى الدين اولى انظر للميت لانه خلاص لذمته
وبه الجنة ثم ترتب ثبوت الملك للوارث على قضاء الدين . وفيما نحن فيه ملك المولى في كسب العبد ما كان نظرا للعبد بل كان حقا
للسيد تبعه لملك الرقبة فملك المولى الكسب ولم يمنع تعلق قضاء الدين به اذ القضاء ممكن معه . ووجه قول ابي حنيفة ان الاصل
في كسب العبد المأذون ان يكون هو اولى به لان الكسب للكاسب لوقوع التصرف له فيحصل الاكتساب اولا للعبد ثم ينتقل الى المولى
من جهته من طريق الحكم اذا فرغ الكسب عن حاجته كما ينتقل المال من جهة الميت الى الوارث . ثم دين الميت اذا كان محيطا بماله
يمنع انتقاله الى الوارث فكذلك دين العبد اذا كان محيطا بكسبه يمنع انتقاله الى المولى . وتحقيقه ان المولى المأذون له [illegible]
في التجارة مع علمه ان التأثير فيما يقع له [illegible] خلص من كسبه فالمتصل بكسبه عن دينه لا يملكه
المولى . فاذا ثبت ان الدين المحيط يمنع ملك المولى في كسب العبد المأذون لم يملك المولى اعتاقه عندهما من كسبه لانه لا يتبع بالامر
بملكه [illegible] . وعندهما الملك للمولى فيعتق [illegible] . وعندهما يضمن قيمته للغرماء لانه اتلف
حقا تعلق به حق الغرماء . وتمام البيان ما قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي . وان صار في يد المأذون
ذي رحم محرم منه من التجارة [illegible] عتقه ويخرج من مخارج العبد . وان كان عليه
دين فان كان الدين غير مستغرق لرقبته وما في يده [illegible] عتقه ايضا ويضمن قيمته للغرماء [illegible] كسبه . وان كان الدين
مستغرقا لرقبته وما في يده فاعتقه عبدا من كسبه فانه لا ينفذ عتقه عند ابي حنيفة رضي الله عنه . وعندهما ينفذ واصل المسئلة
ان الدين اذا كان محيطا برقبته وما في يده يمنع ملك السيد عند ابي حنيفة . وعندهما لا يمنع وكان ابو حنيفة يقول اولا ان الدين
وان كان غير محيط يمنع ملك السيد ايضا ولا ينفذ عتقه في عبد عبد ثم رجع الى ما ذكرنا . ولو ان الدين سقط بوجه
من الوجوه او باعوا ذلك من المولى ينفذ عتقه لان المتوقف في حقه نافذ الا انه في حق الغرماء لا ينفذ . فاذا اسقط حقهم ينفذ هو
وكذلك الوارث اذا اعتق عبدا من التركة وعلى الميت دين مستغرق فانه لا ينفذ عتقه . ثم اذا اسقط الديون بوجه من الوجوه
نفذ عتقه ويضمن قيمته للغرماء وكان ابو حنيفة يقول اولا لا ينفذ عتقه . وكذلك الموهوب له اذا اعتق العبد الموهوب وعلى الميت
دين مستغرق فلا ينفذ عتقه ولكن اذا ملكه بعد ذلك نفذ عتقه . وكذلك عند ابي حنيفة المرتد اذا اعتق عبدا لا ينفذ وان
اسلم نفذ لذلك كذا في شرح الطحاوي **قوله** وهذا بناء على اي هذه الاعتاق ووطء الجارية اثر كمال ملك المولى
في الرقبة **قوله** والنظر في صون عند احاطة الدين الى النظر للمورث عند احاطة الدين بالتركة في هذا الملك للوارث
وهو ان لا يثبت الملك **قوله** على ما قررناه اشارة الى ما ذكر قبل وذلك قوله لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه
عن حاجة العبد متعلق بها اي بحاجة العبد **قوله** فلا يخلفه فيه اي لا يخلف المولى العبد في الكسب المحيط به الدين **قوله**
وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا . يعني اذا لم يكن دين العبد المأذون محيطا جاز اعتاق المولى عبدا
من كسب المأذون . قال في ينبوع الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اذن لعبده في التجارة فاشترى عبدا
يساوي الفا وهو يساوي الفا . وعلى الاول الف درهم دين فاعتق المولى العبد المشتري فعتقه جائز . وان كان الدين الفي درهم
مثل قيمتهما لم يجز عتقه . وقال ابو يوسف ومحمد عتقه جائز في الوجهين جميعا . وذلك لان الدين اذا لم يكن محيطا برقبة
العبد وبما في يده لا يمنع ملك المولى بالاتفاق الا في قول ابي حنيفة اولا . قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير وكان ينبغي
ان يكون القليل مانعا الا انا لو قلنا بهذا يؤدي الى امر محال . لانه يؤدي الى ان لا يتم الملك في الكسب الكثير بسبب دانق فقط

لم يمنع في التركة للوارث والمستغرق يمنع **قوله** على قليله . اي من قليل الدين **قوله** فما هو المقصود من الاذن وهو الانتفاع
بكسب المأذون **قوله** قال واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز . اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه . وان باعه
بنقصان لم يجز . اعلم ان العبد المأذون المديون اذا باع من مولاه شيئا بمثل قيمته جاز باتفاق اصحابنا جميعا لان البيع مفيد اما عند ابي
حنيفة فيفيد ملك الرقبة والتصرف في الكسب لان دين العبد يمنع ملك المولى في الكسب والبيع افاد الملك فيه . واما عند ابي يوسف
فلانه يستفيد ملك اليد والتصرف في كسب العبد ويجوز ان يثبت للعبد على مولاه دين لانه يعتد بحق الغرماء كما يثبت الملك له في كسبه ولهذا
لو استهلك المولى شيئا من كسب العبد المأذون المديون يضمنه للعبد نصا وكبيع المضارب مال المضاربة من رب المال لانه يستفيد التصرف
فلا فرق ما اذا لم يكن في العبد دين حيث لا يجوز بيعه من مولاه لانه لم يفد لان مولاه يملك كسبه رقبة وتصرفا . هذا اذا باعه
بمثل القيمة . اما اذا باعه من مولاه باقل من قيمته بان حابى في الثمن فلا يجوز لاطلاق القدوري الجواب في مختصره بلا ذكر الخلاف
فقال وان باعه بنقصان لم يجز . وقال الاسبيجابي في كتاب المأذون من شرح الطحاوي والعبد المأذون له في الشفعة فيما بينه وبين
مولاه وبينه وبين غيره كالحر بيانه ان المولى اذا باع دارا بجنب العبد ان لم يكن على العبد دين فلا شفعة له لانه لو اخذ اخذ لمولاه وهو
الاصل ان كل من باع او بيع له فلا شفعة له . وان كان عليه اخذ الدار بالشفعة . وكذلك لو باع العبد دارا والمولى شفيعها ان كان العبد
لا دين عليه فلا شفعة له لانه بيع له . وان كان عليه دين فله الشفعة . ولو اشترى العبد دارا والمولى شفيعها فان لم يكن عليه
دين فلا يكون بيعا . وان كان عليه دين فالبيع جائز ويأخذ الشفيع ان كان بمثل قيمته او اقل . وان كان اكثر من قيمته فالبيع باطل
عند ابي حنيفة ولا شفعة فيه . وقال ابو يوسف ومحمد المولى بالخيار ان شاء ابطل الزيادة ويجوز البيع ويأخذ الشفيع بما سلم للعبد
وان شاء رد البيع فلا شفعة للشفيع الا ان يأخذ بجميع الثمن . وان كان على العبد دين فباع دارا من المولى ان كان باكثر من قيمته او بمثلها
جاز ويأخذ الشفيع الدار بالشفعة . وان كان باقل من قيمته فالبيع فاسد عند ابي حنيفة ولا شفعة فيها . وعندهما المحاباة لا تجوز ويأخذه
الشفيع الدار بالقيمة ان شاء الى هنا لفظ شرح الطحاوي . فعلم بهذا ان جواب القدوري وقع على مذهب ابي حنيفة خاصة . ولهذا
قال صاحب الهداية بعد هذا . وقال ابو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض
البيع . وقال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهرزاده في شرح المأذون الكبير اذا باع العبد من مولاه عينا من اعيان كسبه باقل
من قيمته بحيث يتغابن الناس في مثله او بما لا يتغابن الناس في مثله فالبيع جائز . ويقال للمولى انت بالخيار فادام العين قائما ان شئت
فبلغ الثمن الى تمام القيمة العين . وان شئت فانقض البيع قال هكذا ذكر في الكتاب ولم يحك فيه خلاف . اي ذكر محمد في كتاب المأذون
ثم قال قالوا ما ذكر في الكتاب قول ابي يوسف ومحمد . فاما على قول ابي حنيفة فالبيع لا يجوز . وان بلغ المولى الثمن الى تمام القيمة
ثم قال وعلى هذا الخلاف اذا اشترى العبد من مولاه شيئا وحابى في الثمن بما يتغابن الناس في مثله او لا يتغابن وعليه دين الى هنا لفظ
خواهرزاده . وقال في المختلف وهو نظير اختلافهم في بيع المريض شيئا من وارثه انه لا يجوز عنده اصلا . وعندهما لا يجوز المحاباة
والجامع التهمة اه . وفرق ابو حنيفة بينهما في حكم وهو ان البيع بمثل القيمة هنا يجوز وفي المريض لا يجوز المحاباة لان حق الايثار بالعين
فيه تهمة والتهمة هنا في النقصان . وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي والصحيح انه يصح على قول الكل لان المولى يستبدل
من خلص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلان يكون ذلك بالبيع اولى . ولو كان المولى اخذه واستهلكه فعليه الثمن وتمام القيمة لانه هو
المولى يخير بين تتميم القيمة وبين نقض البيع فيما استهلكه بعد قبضه فيلزمه تتميم القيمة **قوله** لانه متهم في حقه اي في حق المولى
يعني ان العبد متهم بالميل الى مولاه . والاشارة على الغرماء لهذا لا يجوز بيعه من مولاه بالغبن اليسير كالمريض اذا باع شيئا من التركة المستغرقة
بالدين بمحاباة يسيرة لا يجوز البيع لان من كان متهما في حق الغير غير المسلط على التصرف من جهته يستوي في حقه المحاباة اليسيرة والفاحشة
لمكان التهمة كالشاهد في حق من يتهم لا تقبل شهادته بالقليل والكثير **قوله** بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة متعلق
بقوله لم يجز . يعني ان المحاباة اليسيرة مع المولى ليست بممنوعة للتهمة ومع الاجنبي ممنوع لعدم التهمة **قوله** وبخلاف
ما اذا حابى المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز هذا يروى بالواو وبدون الواو . ووجه الواو ان يقال ان العبد اذا باع
من مولاه بنقصان لم يجز للتهمة . واذا باع منه بمثل القيمة جاز لعدم التهمة . بخلاف بيع المريض من الوارث بمثل القيمة حيث لا يجوز
اصلا كما لا يجوز بالنقصان لان التهمة في بيعه من الوارث في ايثار العين والتهمة قائمة كيف ما كان البيع . وفي البيع من المولى
التهمة في النقصان فجاز البيع بمثل القيمة ولم يجز بالنقصان نظرا للغرماء . وهذا لان حق الورثة يتعلق بعين التركة وحق الغرماء
بالمالية . ولهذا كان للورثة حق استخلاص التركة باداء ديون الغرماء من غير التركة . وهذا هو الصحيح على رواية الواو وهو
وجعل بعضهم ذلك متصلا باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز . فاما اذا روي قوله بخلاف ما باع المريض
بدون الواو . وقال بعضهم انه يتعلق بحكم قوله . بخلاف ما اذا حابى الاجنبي اي انه يجوز في كل حال سواء كانت المحاباة يسيرة او فاحشة
او كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند ابي حنيفة في كل حال من هذه الاحوال . ثم قال وهذا اوجه فاقول
لا وجه لهذا عندي لان المعلوم من قوله بخلاف اذا حابى الاجنبي جواز البيع بالمحاباة يسيرة كانت او فاحشة ولا يرد عليه اشكال لا
بيع المريض من وارثه بمثل القيمة لانه لا دلالة للبيع بمثل القيمة على المحاباة فلا يحتاج اذن الى الدين . فعلم ان الوجه هو الرواية
بالواو وهي ما في نسختنا بخطنا **قوله** وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء . يعني على مذهب ابي حنيفة وعلى
مذهب ابي يوسف ومحمد سواء يجوز البيع عندهما يسيرة كانت المحاباة او فاحشة ولكن يخير المولى بين تتميم القيمة او نقض البيع وعند
ابي حنيفة لا يجوز بيعه من مولاه بالمحاباة اصلا يسيرة كانت او فاحشة **قوله** ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن

الزيادة فيبدأ بدفع الضرر عنهم • أي وجه جواز البيع مع تخيير المولى أن الامتناع في البيع بالنقصان ولو كان إنما يكون لحق الغرماء دفعا
للضرر عنهم وبالقول بجواز البيع مع تخيير المولى بين إزالة المحاباة ونقض البيع يندفع الضرر عن الغرماء فلا حاجة إلى القول بامتناع البيع أصلا
وذلك لأن تعلق حق الغير بكسبه لا يمنع من صحة تصرفه ونفاذه إذا كان مراعاة حق الغير ممكنا مع نفاذ العقد وهو ممكن بالزيادة في الثمن
فيرانا بخير المولى لأنه تعذر عليه شرط عقده فأشبه المريض مرض الموت إذا باع من الأجنبي شيئا بأقل من قيمته وعليه دين مستغرق أنه يخير
بين التبليغ إلى تمام القيمة أو الفسخ كذا هاهنا كذا قال شيخ الإسلام علاء الدين في شرح الكافي ثم ورد على قولهما أن العبد من مولاه بنقصان
يجوز عندهما إلا في بيع العبد من الأجنبي بالمحاباة • أحدهما أن العبد المأذون المديون إذا باع من مولاه بالمحاباة اليسيرة يجوز البيع عندهما
ولكن يؤمر المولى بإزالة المحاباة ولا يسلم المحاباة له • فلو باع بمحاباة يسيرة من الأجنبي يجوز البيع ولا يؤمر بإزالة المحاباة فللأجنبي وجه
الفرق بينهما أن البيع بالغبن اليسير فيه معنى التبرع لاختلاف المقومين فيه فيدخل في تقويم البعض فيجعل تبرعا في حق المولى لتهمة الميل من العبد
إليه فلم يصح لأن تبرع المأذون لا يصح فيزول ذلك بإزالة المحاباة • واعتبر بيعا لا تبرعا في حق الأجنبي لعدم التهمة فيصح • والثاني أنه إذا
باع من مولاه بمحاباة فاحشة يجوز البيع عندهما ويؤمر المولى بإزالة المحاباة • وإذا باع من الأجنبي بمحاباة فاحشة لا يجوز البيع أصلا
عندهما • وجه الفرق أن البيع بالمحاباة الفاحشة ليس بداخل تحت الإذن عندهما كما في الوكيل والوصي والأب فلم يجز منه بيع الأجنبي لعدم
الإذن من المولى • بخلاف المحاباة اليسيرة فإنها داخلة تحت الإذن وجاز البيع بالمحاباة الفاحشة مع المولى لوجود الإذن يقتضي الكلام
المولى في البيع إلا أن المحاباة لم تسلم للمولى لتعلق حق الغرماء كالمريض مرض الموت إذا باع من الأجنبي وحابى وعليه دين فإن الأجنبي يؤمر
بالتبليغ إلى تمام القيمة كذا هاهنا **قوله** وهذا أن الرق كان على أصلهما بلفظ التثنية وهو الصحيح وتدينا القرائن أيضا • وفي
بعض النسخ وهذا الرق كان بلفظ الإفراد بضم الفاء وضم النون أي هذا الرق • وإنما قيد بقوله على أصلهما لأن على مذهب أبي حنيفة
لا يحتاج إلى هذا من الفرقين لأن بيع العبد من مولاه بغبن لا يجوز أصلا عند أبي حنيفة على ما اختار صاحب الهداية ولكن يحتاج إلى
الفرق من وجه آخر وهو أن بيعه من الأجنبي بمثل القيمة وبمحاباة يسيرة أو فاحشة يجوز عنده وبيعه من المولى لا يجوز بالمحاباة يسيرة
أو فاحشة يجوز عنده • وبيعه من مولاه لا يجوز بالمحاباة أصلا يسيرة كانت أو فاحشة • ووجه الفرق أن العبد مريض حكما فيجعل
حقيقة فيجاز البيع من الأجنبي بالمحاباة كيف كانت لكونه صحيحا من وجه كالحر ولم يجز البيع بالمحاباة أصلا من المولى لكونه مريضا حكما بمنزلة
الوارث من المورث توفيرا على الأمرين حظهما • إلى هنا أشار شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح المأذون الكبير **قوله** قال وإن
باعه المولى شيئا بمثل القيمة أو أقل جاز البيع أي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه • فإن سلمه إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن فإن
أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز إلى هنا لفظ القدوري • قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي ولو كان المولى
هو الذي باع شيئا من العبد بمثل القيمة أو بأقل منها فالبيع جائز لأنه مفيد يسلم للعبد ما اشترى وللمولى ما قبض من الدراهم وصار
هذا بمنزلة بيع العين بالعين عند التقابض لأن الدراهم مما يتعين بالقبض فتصير مستحقا فيه لم يكن ثابتا قبل ذلك • وللمولى أن يحبس
المبيع حتى يستوفي الثمن لأن قضية البيع هو أن يستحق تسليم كل واحد من العوضين بمقابلة العوض الآخر • فإن دفع العبد الثمن وسلم المولى
المتاع فلا سبيل للغرماء على الثمن لأنه ما أبطل حقهم بل نقل من محل إلى محل • ولو سلم المولى المبيع أولا أن يقبض منه الثمن فالثمن دين على العبد
فقبض العبد ما اشترى جائز وهو للغرماء ولا شيء للمولى من الثمن • وقد روي عن أبي يوسف أن له أن يأخذ الثمن • وفي رواية
يسترد المبيع ويمسكه لاستيفاء الثمن لما ذكرنا أن البيع الذي جرى بينهما صحيح وقضية استحقاق الثمن في مقابلته ما ملكه والقول بالاستحقاق
فيه لأنه لم يكن مستحقا قبل ذلك وليس فيه إبطال حق الغرماء بل فيه نقل حقهم من محل إلى محل فاستقام القول به • وفي ظاهر الرواية قال يبطلان
الثمن لأنه لا يستقيم استحقاق الدين على العبد من قبل المولى لأن فائدته استحقاق ماليته ومنافعه بواسطة البيع والاستيفاء وهذا حاصل
للمولى قبل وجوب الدين في العبد • أما استحقاق عين من أعيان كسبه عليه فإنه يستقيم لأن يد المولى فارغة عن كسبه لحق الغرماء فجاز أن
يستحقه بنادر من سبب • وقبل تسليم المبيع لا نقول باستحقاق الدين عليه لأن البيع تم بينهما بالتقابض وعند ذلك يصير بيع العين بالعين ولأن
للدين تعلقا بالعين قبل التسليم وهو المبيع • ألا ترى أن له أن يحبسه لاستيفاء الثمن فصار له شبه باستحقاق العين فإذا سلم ذهب التعلق به
أصلا فصار دينا مرسلا فأين الدين المرسل مما قلنا ولا يفيد من ذلك الوجه في حق المولى • فلو كان الثمن عوضا كان المولى أحق بذلك
من الغرماء لما ذكرنا أنه يستقيم لأن يد المولى فارغة عن كسبه لحق الغرماء فجاز أن يستحقه بنادر من سبب وقبل تسليم المبيع لا نقول باستحقاق
الدين لأن البيع تم بينهما بالتقابض وعند ذلك يصير بيع العين بالعين • ولأن للدين تعلقا بالعين قبل التسليم وهو المبيع ألا ترى أن له أن
يحبسه لاستيفاء فصار له شبه باستحقاق العين فإذا سلم ذهب التعلق به أصلا فصار دينا مرسلا • وفائدة الدين المرسل ما قلناه ولا
يفيد من ذلك الوجه في حق المولى • فلو كان الثمن عوضا كان المولى أحق به من الغرماء لما ذكرنا أنه يستقيم الاستحقاق فيعين من أعيان
كسبه في حق المولى كذا في شرح الكافي **قوله** وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا كان يتعلق بالعين جواب سؤال بأن قال
إذا سلم المولى المبيع إلى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن لأن المولى لا يستوجب على عبده دينا فكان ينبغي على هذا أن لا يكون له ولاية
إمساك المبيع لاستيفاء الثمن فقال في جوابه قبل قبض الثمن للمولى تعلق بالعين • ولهذا اعتبرناه به فصار للدين شبه بالعين فيصح استحقاق
من أعيان كسب العبد كذا هنا **قوله** ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو ينقض البيع • أي نقض نظيرا على مسئلة
القدوري • قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه • ولو كان المولى باعه متاعه بأكثر من
قيمته يؤمر بإزالة المحاباة قليلا أو كثيرا كان المولى فيه بالخيار إن شاء نقض البيع لأن إضافة حق الغرماء
ممكن مع تقرير العقد ويخير لأنه تعذر عليه شرط عقده ولم يذكر الخلاف في شرح الكافي كما ترى • وقال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده

في شرح المأذون الكبير • فأما إذا كان إنما باع المولى بقيمته أقل مما يطلبه العبد في الثمن بقليل أو كثير فالمولى بالخيار إن شاء أخذ من عدم
من الثمن قدر ما باعه ورد الفضل على العبد • وإن شاء نقض البيع لأنه أمكن دفع زوال ملكه عن العين بما سمي فإذا لم يسلم له المسمى كان له نقض
البيع وكان كالمريض إذا اشترى شيئا وحابى عن الثمن ولم يسلم المحاباة للبائع كان الخيار للبائع إن شاء أخذ من الثمن قدر قيمة ما باع
ورد الفضل • وإن شاء نقض البيع فكذلك هذا • ثم قال خواهر زاده وهو الذي ذكر قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله • فأما على قول
أبي حنيفة فالبيع فاسد حتى لو أراد المولى أن يأخذ من الثمن الذي أخذ من العبد قدر قيمة ما باعه ليس له ذلك هكذا ذكر خواهر
زاده ولكن المذكور في الأصل في الكافي للحاكم الشهيد كما ذكر القدوري بلا خلاف **قوله** قال وإذا أعتق المولى العبد
المأذون وعليه ديون فعتقه جائز • أي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه والمولى ضامن لقيمته للغرماء وما بقي من الديون
يطالب به بعد العتق إلى هنا لفظ القدوري أي يطالب به المعتق بعد حصول العتق • قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وإذا
أذن الرجل لعبده في التجارة فلحقه دين فأعتقه المولى فعتقه جائز • وإن كان الدين أقل من القيمة ضمن الدين لغرماء العبد • وإن كان
الدين أكثر من قيمته غرم قيمته • وإن كانت قيمته عشرين ألفا أو ثلاثين ألفا غرم ذلك كله علم بالدين أو لم يعلم واتبع الغرماء العبد
بباقي دينهم فأخذوه منه إلى هنا لفظ الكرخي • أما جواز العتق فلأن ملكه باق في الرقبة بعد الدين على الكمال والمصحح للإعتاق هو الملك
الكامل وقد وجد فنفذ صادرا عن الأهل مضافا إلى المحل غاية ما في الباب أن حق الغير يتعلق به وذلك لا يمنع من صحة الإعتاق
كإعتاق الراهن العبد المرهون • وإنما ضمن المولى قيمته للغرماء لأنه أتلف محلا تعلق به حق الغرماء • ألا ترى أنه كان لهم بيعه واستيفاء
الدين من ثمنه فقد فوت المولى ذلك عليهم فلزمه الضمان كالراهن إذا أعتق عبد الرهن • وإنما يطالب المعتق بالباقي لأن المولى لم
يجب عليه إلا قدر ما أتلفه فما زاد عليه يبقى في ذمة المأذون كما كان لأن الدين كان واجبا في ذمته ولزم المولى منه قدر
ما أتلفه لا غير • قال صاحب الهداية هذا بخلاف ما إذا أعتق المدبر أو أم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون • يعني إذا أذن
لمدبر أو لأم ولد في التجارة فلحقهما ديون فأعتقهما لا يضمن المولى شيئا للغرماء لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع لأنهما لا
يقبلان النقل من ملك إلى ملك فلم يوجد التعدي والإتلاف في حقهم فلم يضمن شيئا • بخلاف القن فإنه بإعتاقه أتلف حقهم تعلق • تمام
البيان فيه ما قال الإسبيجابي في شرح الطحاوي المولى إذا أعتق عبده المأذون جاز عتقه لأنه ملكه باق فيه والغرماء بالخيار إن شاؤوا
اتبعوا العبد بالدين • وإن شاؤوا اتبعوا المولى بالأقل من قيمته ومن الدين سواء كان عالما بالدين أو لم يكن عالما • بخلاف جناية
العبد إذا جنى وأعتقه المولى إن كان عالما بالجناية صار مختارا للفداء وإن كان غير عالم لم يلزمه إلا قدر القيمة لا غير في باب
الدين يلزمه القيمة • وإن كان عالما فالفرق بينهما أن الضمان وجب على المولى في الجناية لأنه ما قبله إلا أنه كان يتخلص منه بالدفع فالعتق
أبطل حق الدفع فصار مختارا للدية • وإن كان عالما فالفرق بينهما أن الضمان وجب على المولى في الجناية لأنه ما قبله إلا أنه كان يتخلص
منه بالدفع فالعتق أبطل حق الدفع فصار مختارا للدية • وإن كان عالما فأما في الدين فهو في ذمة العبد • ألا ترى أنه يباع فيه
والمولى أبطل حق البيع ولو بيع لا يكون إلا قدر القيمة لأنه لا يشترى في الظاهر بأكثر من القيمة فلذلك لزمته القيمة • وفي مسئلتنا لو اختاروا
اتباع المولى لا يكون إبراء للعبد • ولو اختاروا اتباع العبد لا يكون في ذلك إبراء للمولى • بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب إذا
اختار المغصوب منه تضمين أحدهما انقطع حقه عن الآخر والفرق بينهما أن هناك وجب على كل واحد منهما على طريق الأصالة • فإذا ضمن
أحدهما فقد ملكه فبعد التمليك لا يملك الرجوع عنه • وأما هنا الدين وجب على العبد إلا أنه وجب على المولى على سبيل الكفالة إذ ليس في
هذا التضمين تمليك الدين من المولى فثبت أنه كالكفيل والمكفول عنه لا يكون في ذلك إبراء للآخر فلذلك افترقا • ولو اختار بعضهم اتباع
العبد وبعضهم اتباع السيد فالذي يتبع العبد يأخذ بجميع الدين لأن الدين عليه • والذي يتبع المولى يأخذ منه جميع حقه إذا كان حقه
مثل القيمة وما يأخذه من المولى يكون بينهم بالشركة لأنه يثبت حقهم في القيمة فصار كالمشترك بينهم وما يأخذون
من العبد لا يكون بينهم بالشركة إلا إذا كان أصل الدين بالشركة • هذا إذا أعتقه ولو لم يعتقه ولكن دبره فالغرماء أيضا بالخيار إن شاؤوا
اتبعوا المدبر بدينهم فيستوفوه من الدين • وإن شاؤوا اتبعوا المولى بقدر قيمته • وفي اختيار أحدهما إبراء للآخر لأن المدبر كسبه يكون للسيد
فلم يكن في هذا التضمين تمليك فلذلك افترقا • وفرق آخر بين هذا وبين العتق هو أن كل ما يأخذ كل واحد منهم من المدبر يكون بينهم بالشركة
وفي العتاق لا يكون • والفرق بينهما أن هناك كسب العبد والعبد ليس له أن يقضي غرماء دون غرماء • وكذلك أم الولد • وأما
العبد إذا أعتق صار حرا فله أن يقضي غرماءه دون غرماء • وفرق آخر بين التدبير والعتاق أنه إذا اختار بعضهم اتباع المدبر هم
وبعضهم اتباع المولى فإنه يأخذ من المولى قدر حصته إذ لو اتبعوه جميعا لم يكن نصيبه • وفي العتاق أخذ منه جميع القيمة فوقع الفرق
بين التدبير والعتاق في ثلاثة مواضع • وما عرف من الجواب في التدبير فهو الجواب في الاستيلاد إلا في فصل واحد وهو أن بالتدبير
لا يصير محجورا وبالاستيلاد يصير محجورا • والقياس فيهما واحد أنه لا يصير محجورا إلا أنا استحسنا في الاستيلاد أنها تصير محجورة لأنه
لما استولدها فقد حصنها عن الخروج والبروز فصارت محجورة من جهة دلالة الحال كذا في شرح الطحاوي **قوله** قال وإن
باعه المولى وعليه دين محيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته • وإن شاؤوا ضمنوا المشتري أي
قال في بيوع الجامع الصغير وهو صورة تامة محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في عبد مأذون له في التجارة عليه دين برقبته
باعه مولاه من رجل وقبضه المشتري فغيبه قال إن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته • وإن شاؤوا ضمنوا المشتري قيمته • وإن شاؤوا
أجازوا البيع وأخذوا الثمن • فإن ضمنوا البائع القيمة ثم وجد المشتري العبد فعيبا رده على البائع فللبائع أن يأخذ القيمة من الغرماء ويكون
حقهم في العبد دينا كما كان إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير • قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير • وهذا إذا باعه بأقل من

بثمن فاما اذا باعه بقيمته او باكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا فائدة في التضمين ولكن يدفع الثمن اليهم وانما قيد بقوله
قيمته لان الغرماء اذا قدروا على العبد كان لهم ان يبطلوا البيع الا ان يقضي المولى ديونهم لان حقهم تعلق برقبته فاذا لم يقدروا على العبد
كان الغرماء بالخيار في التضمين لان كل واحد من البائع والمشتري متعد البائع بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض فان ضمنوا البائع سلم له الثمن
لتمام البيع وان ضمنوا المشتري بطل عنه الثمن وان اجازوا البيع صح لان البيع يصح حقا لهم فيصير الثمن لهم كذا قال فخر الاسلام وهذا
كالراهن اذا باع العبد المرهون بدون اذن المرتهن ثم اجاز المرتهن صح لان الاذن في الانتهاء كالاذن في الابتداء وقال فخر الدين
قاضي خان وهذا البيع قبل اجازة الغرماء فاسد وليس بموقوف وقيل عن المأذون ثم اذا ضمنوا البائع القيمة ثم رد عليه بعيب فله ان
يرجع بالقيمة على الغرماء ويكون حق الغرماء في العبد قال الفقيه ابو الليث يعني اذا قبله بقضاء القاضي لانه فسخ العقد فيما بينهما
فعاد الى الحال الاول وانما كان وجب عليه القيمة لاستهلاك العبد وقد ارتفع الاستهلاك حيث عاد الى ملكه ولان الغرماء اخذوا
منه قيمة العبد تامة وقد ظهر انه وجب عليه قيمة العبد معيبا فله ان يرجع عليهم ثم يباع العبد في دينهم قالوا هذا كالغاصب
اذا باع وضمن ان ينفذ البيع حتى لو رد عليه بالعيب فله ان يرده على المغصوب منه لانه اذا ضمن قيمته سليما ولم يعلم بالعيب
ثبت له حق الرد بالعيب واسترداد القيمة لان العقد بينهما حكم البيع فكذا ههنا وذكر الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير
في هذا المقام سؤالا وجوابا فقال فان قيل لم يجب على المولى الضمان بالبيع وقد كان حقهم بيع العبد وقد رفع المؤنة عنهم ولولا
يكون هذا بمنزلة الوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرماء فلم يضمن قيل لان حق الغرماء بيع التركة لا غير واما ههنا فلهم
ان لا يبيعوا العبد ولكنهم يستسعونه لانهم لو باعوه ربما لا يصل اليهم تمام دينهم اذا لم يكن في الثمن وفاء ولو استسعوا اخذوا ديونهم
من كسبه فاذا باعه فقد ابطل عليهم حقهم فلهذا المعنى كان لهم ان يبطلوا البيع ويضمنوه اذا لم يقدروا على العبد وقال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الدين يلحق العبد المأذون ولا يجوز بيع المولى العبد بامر بعض الغرماء لان حق الغرماء تعلق
برقبته استيفاء واستسعاء وفي بيع المولى ابطال حق الاستسعاء فلا يملك ذلك الا برضاهم بان دفعه بعض الغرماء الى القاضي ومن بقي
منهم غائب فباعه القاضي للحضور جاز بيعه عليهم جميعا اما على الحضور فلا يشكل وكذلك على الغيب لان له ولاية على الغيب الا
انه يجوز بيع مملوك الغائب اذا كان فيه نظر للغائب فلان يجوز بيع ما تعلق به حق الغائب اولى ويدفع اليهم حصتهم من الثمن ويوقف
حصة الغيب حتى يحضروا لان حقهم سواء فرق بين هذا وبين دار لهما اشتراها شفعاء الدار وبعض الشفعاء حضور فدفع الحضور الامر الى القاضي
فان القاضي يدفع اليهم الدار ولا يوقف نصيب الغيب والفرق ظاهر وهو ان حق الغيب ليس بثابت لانه انما يثبت بالطلب
والطلب لم يعرف فلا يجوز ان يؤخر حق ثابت لحق موهوم وقد يكون وقد لا يكون واما ههنا فحق الغيب ثابت فلا يجوز صرف حق الكل
الى البعض وان قال العبد قبل ان يباع ان لفلان علي من المال كذا وصدقه في ذلك المولى او كذبه وفلان غائب وكذبه الحضور
من غرمائه في ذلك فالعبد مصدق فيه ويوقف حصة المقر له من الثمن حتى يحضر لانه لم يحجر بعد ولو لم يقر حتى باعه القاضي
وصدقه مولاه فيه لم يصدق على الغرماء لانه انحجر بالبيع فان قدم الغائب واقام البينة على حقه اتبع الغرماء بحصته من الثمن
الذي اخذوه لانه تبين انه مشترك بينه وبينهم ولم يكن على العبد ولا على مولاه البائع والمشتري سبيل لانه متى صح بيع القاضي
عليهم انتقل حقهم من الرقبة الى الثمن فلا يبقى لهم في الرقبة سبيل قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا
البيع اي قال في الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد لرجل عليه دين باعه لرجل واعلمه بالدين فقبضه
الرجل فجاء الغرماء فان لهم ان يردوا البيع وان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف المشتري خصم ويقضى لهم بديونهم الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير
وعلى هذا اذا اشترى رجل دارا ولها شفيع ثم وهبها لرجل وقبضها الرجل ثم غاب الواهب ثم حضر الشفيع ثم وجد الموهوب له فهو على هذا
الاختلاف وذكر ابن سماعة عن ابي حنيفة ومحمد في هذه المسئلة مثل قول ابي يوسف فجعل الموهوب له خصما وقال فخر الدين قاضي
خان في شرح الجامع الصغير فان قيل قولهم ان يردوا البيع اذا باعه بثمن لا يفي بديونهم لانه كان لهم حق الاستسعاء الى ان تصل اليهم
ديونهم وبهذا البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم ان ينقضوا وان كان في الثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية
نقض البيع لانه ليس في البيع ابطال حقهم الا اذا كان التوى لا يصل اليهم فحينئذ كان لهم ان ينقضوا البيع ثم اذا كان المولى غائبا
فلا خصومة للغرماء مع المشتري اذا كان منكرا للدين عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف اما اذا اقر المشتري بحق الغرماء
فلهم ان ياخذوا العبد منه ويبيعوه في ديونهم لان اقرار المشتري على نفسه جائز كذا قال الفقيه ابو الليث في شرحه ووجه
قول ابي يوسف ان المشتري يدعي الملك لنفسه وهو مالك فكان خصما الا ترى ان رجلا لو اشترى عبدا شراء فاسدا فجاء رجل فادعى
ان العبد له فالمشتري خصم لانه في يده وهو مالك فكذا هذا ووجه قولهما ان المشتري لو جعل خصما واثبت الغرماء ديونهم
وفسخ البيع ينتقض بيع الغائب وفي ذلك قضاء على الغائب فلا يجوز لان فسخ البيع بان يجعل المشتري خصما يعود العبد الى
ملك البائع وهو غائب ثم لا يمكنهم بيعه لغيبة مولاه حتى لا يلزم القضاء على الغائب فاذا آل الامر الى هذا فلا فائدة في نقض البيع
فلا يجعل المشتري خصما لعدم الفائدة هذا اذا كان البائع غائبا فان كان حاضرا والمشتري غائب قال فخر الدين قاضي خان
في شرحه لا خصومة بينهم وبين البائع لان المالك هو المشتري فيكون فسخ العقد قضاء على الغائب فلا يجوز وقال الشيخ ابو المعين
النسفي في شرح الجامع الكبير في كتاب الشفعة في باب ما يكون الرجل فيه خصما في اقامة البينة على الشفعة رجل اشترى دارا
ووهبها لاخر وغاب المشتري بعدما قبضها الموهوب له فالموهوب له خصم للشفيع في قول ابي يوسف ويقضى له بها بالثمن ويطالب

الهبة ويسلم من الثمن وكذلك لو كان باعها المشتري اخذها الشفيع ان شاء بالبيع الاول وان شاء بالبيع الاخر وقال محمد ليس بين الشفيع وبين
الموهوب له والمتصدق عليه خصومة حتى يحضر المشتري وكذلك بالبيع اذا اراد الشفيع الاخذ بالبيع الاول واذا اراد بالبيع الثاني فالمشتري
الاخر خصم وهو يسلم السلعة من الشفيع في البيع الاول قال الشيخ ابو المعين ولم يذكر محمد في الجامع قول ابي حنيفة واختلف المشايخ فيه قال
مشايخ بلخ قوله مع ابي يوسف لان في الغالب ابا حنيفة مع ابي يوسف فيجعل قوله مع ابي يوسف ما امكن وههنا الامكان ثابت لانه لم ينص محمد
على خلاف ذلك وقال مشايخ العراق لا بل قوله مع محمد لان ابن سماعة ذكر في نوادره في هذه المسئلة وذكر قول ابي حنيفة مع محمد رحمه الله وقال
هذا اصح اما الكلام في الهبة والصدقة فابو يوسف يقول بان الشفيع يدعي حقا في الدار لان حق الشفيع مقصور على عين الدار حتى لو اراد
ان ياخذ مكان الدار شيئا اخر لا يقدر ولو ادعى ملك الدار بسبب الموهوب له والمتصدق عليه خصما فكذا اذا ادعى حقا في الدار وانما قلنا ان
من قبلنا الموهوب له والمتصدق عليه خصما فكذا اذا ادعى حقا في الدار في الابتداء وكذا ههنا لكن في الدار احتجنا الى ان نخرجه من كونه خصما في الانتهاء فلا
نجعله خصما في الابتداء اصلا بيانه انا لو جعلنا الموهوب له والمتصدق عليه خصما وقضينا للشفيع بالشفعة احتجنا الى نقض الهبة والصدقة
حتى يعود الدار الى ملك المشتري ثم ياخذه الشفيع ولهذا كانت العهدة على المشتري لا على الموهوب له والمتصدق عليه ومتى نقضنا الهبة
والصدقة يثبت الدار في يد الموهوب له والمتصدق عليه ملكا للمشتري وهو اجنبي في الدار فلا يصلح خصما بخلاف ما لو ادعى ملكا مطلقا في هذه
الدار لانا متى قضينا بملك الدار لا نحتاج الى ان نعيد الدار الى ملك الواهب حتى يملكها المدعي من جهته لان المدعي ملكا مطلقا يستحق الملك من الاصل
من حيث الحكم لا من جهة الواهب والمتصدق فكان الواهب والموهوب له سواء ولو كانت الدار في يد الواهب انتصب خصما للمدعي فكذا اذا كانت
في يد الموهوب له واما الكلام في البيع ان اراد الشفيع الاخذ بالبيع الثاني فالمشتري الثاني خصم له اجماعا اما في قول ابي يوسف
فلانه يعتبر دعوى الحق بدعوى الدار واما في قول ابي حنيفة ومحمد فلانا متى جعلناه خصما فالشفيع يملك الدار من جهة المشتري الثاني ولهذا
كانت العهدة عليه فيعتبر البيع الثاني وان اختار الاخذ بالشراء الاول كانت المسئلة على الاختلاف اما قول ابي يوسف فلانه يعتبر دعوى
الحق بدعوى الملك واما في قولهما فلانا متى جعلنا المشتري الثاني خصما في الابتداء احتجنا الى اخراجه من ان يكون خصما في الانتهاء لانا متى جعلناه
خصما في الابتداء واخذ الدار بالشفعة بالشراء الاول من المشتري الثاني انتقض الشراء الثاني وتعود الدار الى ملك المشتري الاول فيحتاج الى ان يملك
من جهة المشتري الاول والمشتري الثاني لم يخرج عنه فيما يملك على الاول لانه ليس بمالك الدار بل صار اجنبيا فكان بمنزلة الغاصب والغاصب
لا يكون خصما لمن يدعي ملك المغصوب من جهة المالك كالاجنبي سواء فيما يرجع الى الاخذ فلم يجعل خصما **قوله** قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد
لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقدم مصرا
ويقول انا عبد لفلان فاشترى وباع قال لزمه كل شيء من امر التجارة الا انه لا يباع فيه حتى يحضر مولاه فاذا حضر فان قال انا اذنت له في التجارة
ويتبعه مثل ما قال المالك فلا خيار للمالك ولا سبيل على العبد وفي ظاهر الرواية له الخيار من غير تفصيل ولو كان المغصوب مدبرا او ابق
عند الغاصب فانه يضمن القيمة لان المدبر يضمن بالغصب ولكنه لا يصير ملكا للغاصب حتى انه لو ظهر يرده على مولاه ويسترد منه القيمة
وليس للغاصب حبسه لاجل القيمة لانه لا يجوز بيعه ولا يجوز حبسه بالدين وان كان المغصوب ام ولد فلا ضمان على الغاصب عند ابي حنيفة
رضي الله عنه لان من اصله ان ام الولد ليست بمال وعندهما هي كالمدبر وفرق ابو حنيفة بينهما في الغصب وسوى بينهما في البيع لو قبضها المشتري
قبل تسليم البائع وهلك عند المشتري فلا ضمان عليه فيهما جميعا عند ابي حنيفة وعندهما يضمن القيمة فيهما جميعا ولو جنى على كل واحد منهما
وجب الارش فيهما جميعا عند ابي حنيفة على الجاني بالاجماع كذا في شرح الطحاوي **قوله** ثم قد ينفسخ التدبير جواب سؤال مقدر بان
يقال لا نسلم ان المدبر ليس بقابل للنقل من ملك الى ملك الا ترى ان المولى لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز بيعه فانفسخ التدبير اتفاقا
فاجاب عنه وقال ثم يقبل النقل بعد القضاء لا قبله فيصادف البيع القن لا المدبر لانه لا يبقى مدبرا مع وقوع القضاء في محل مجتهد فيه وكلامنا في
المدبر لا في القن **قوله** قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الغاصب هو الذي
يلزمه الضمان فالقول قوله في مقداره بيان ذلك انه لو جحد اصل الغصب كان القول قوله فاذا جحد بعض الضمان كان القول قوله ايضا لانه
منكر للزيادة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر قال القدوري في مختصره الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك وذلك
لانه نور دعواه بالحجة الملزمة وهي البينة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي فيكون القول قوله في الزيادة فيلزم ذلك الغاصب
قوله فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك
وهو للغاصب اي قال القدوري في مختصره وقوله وهو للغاصب اي العين المغصوبة للغاصب وانما ذكر الضمير الراجع الى المؤنث على تأويل الشيء
المغصوب وذلك لان الضمان من اسباب التمليك عندنا وقد رضي المغصوب منه بما ادعاه من القيمة فلا سبيل له على العين بعد ذلك **قوله**
قال وان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض اي قال القدوري في
مختصره وهكذا ذكر الحاكم الشهيد مطلقا في الكافي ولم يفرق بين ما اذا كان المأخوذ اقل من قيمة العين وبين ما اذا كان مثلها او اكثر
حيث قال فان لم يقدر على الجارية امر صاحبها ان ياتي بالبينة على قيمتها فان لم يكن له بينة على القيمة واحلفنا في قيمتها فالقول
قول الغاصب مع يمينه فاذا حلف وادى القيمة ثم ظهرت الجارية كان صاحب الجارية بالخيار ان شاء رضي بالقيمة التي اخذها وان شاء
ردها واخذ الجارية الى هنا لفظ الحاكم رضي الله عنه وذلك لانه لم يرض بان يزول ملكه الا بالقدر الذي ادعاه ولم يسلم له فثبت
له الخيار فان امضى الضمان جاز لانه اسقط حق نفسه من الزيادة وهو يملك ذلك وان اخذ العين ورد العوض جاز لما قلنا من انه
استدرك حقا لم يرض باسقاطه كذا في شرح الاقطع وقال الولوالجي في فتاواه قال الكرخي انما يتخير المالك اذا كان المأخوذ اقل من قيمة
الجارية فاما اذا كان مثلها او اكثر فلا يتخير لانه وصل اليه بدل ملكه بكماله والصحيح ما ذكرنا اولا لانه لم يتم رضاه بزوال ملكه عن العين

اذا ربط لمايدعيه من القيمة وثبوت الخيار له لانعدام تمام الرضا من جهته وذلك لا يختلف باختلاف فيهما لانه لا يرضى الانسان بزوال
العين عن ملكه وقد ذهب القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ما ذهب اليه الكرخي ايضا حيث قال فاما اذا قضي عليه بقوله ثم ظهرت العين وقيمتها
مثل ما قال الغاصب او اقل فلا سبيل لصاحبها عليها لانه استوفى البدل ولم يظهر فيه زيادة • واما اذا كانت القيمة اكثر مما قال الغاصب فالمغصوب
منه بالخيار وذلك لانه لم يستوف بدل العين الذي ادعاه ولم يرض بزوال الملك عنها بما دون ذلك من البدل فكان له الخيار • ثم قال القدوري
وكان ابو بكر يقول ان هذا محمول على ان هذه الزيادة لا يجوز ان تكون مما يحدث مثلها فيما بين التضمين والظهور • فاما اذا كانت مما يجوز ان
يحدث فادعى الغاصب انها حدثت وادعى المغصوب انها كانت فالقول قول الغاصب لان التمليك قد صح ويجوز ان يكون الامر على ما قال الغاصب
فلا ينفسخ التمليك بالشك • ثم قال القدوري قال ابو بكر الرازي وهذا الذي يقتضيه قياس قولهم عندي ولا اروبه عنهم • ثم قال
القدوري ومن اصحابنا من قال لا رواية في العين اذا ظهرت وقيمتها مثل ما قال الغاصب هل يثبت للمالك الخيار ام لا فهو موضع محتمل
وقد قال محمد في الغصب ما يدل على انه يثبت له الخيار لانه قال في تعليله مسئلة القيمة اذا كانت ناقصة لان المالك لم يستوف ما ادعى من
القيمة • وهذا يدل على ان القيمة ان كانت تامة فالخيار ثابت له لانه لم يستوف ما قال من القيمة • ووجه ذلك ان المغصوب
كالملازم على تسليم من العين ليأخذ لم يرض به والمكره يثبت له الخيار في البيع • وذكر ابو يوسف في الاملا ما يدل على انه لا خيار
له لانه قال في تعليل مسئلة نقصان القيمة لان المالك لم يستوف القيمة بكمالها وهذا يدل على انه اذا استوفاها لا خيار له • والوجه
ذلك ان المالك ادعى بالقيمة حين طالب بها ومطالبته بمثل قيمة العين صحيح ومطالبته بما زاد عليها لا يصح فكانه طالب بمقدار قيمة العين وسلم
له ذلك فلا يثبت له الخيار **قوله** وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه • اي قيمة العين مثل ما ضمن الغاصب او اقل منه **قوله**
في هذا الفصل الاخير اي فيما اذا ضمنه الغاصب بقوله مع يمينه **قوله** فكذلك الجواب اي للمالك الخيار في
ظاهر الرواية لانه هو المذكور في الاصل مطلقا • وكذلك في مختصر الكافي • وكذلك الطحاوي اطلق الرواية في مختصره ايضا **قوله**
لانه لم يتم رضاه دليل قوله وهو الاصح لا دليل قول الكرخي **قوله** لم يعط اي المالك وهو على صيغة المبني للمفعول **قوله**
قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه • وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه • اي قال في الجامع الصغير
والفرق بينهما ان الغصب عدوان محض لا يصلح سببا للملك • وانما جعل سببا للملك ضرورة الضمان كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد
بطريق الاستناد الى الغصب في غير الاموال الربوية التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا لانه اذا كان المغصوب من الاموال الربوية لا يجوز
له تضمين النقصان اذا اخذ العين احترازا عن الربا وتمام البيان فيه ما قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره • فاما ما نقص في بدن فانه
اذا كان قائما فرده ضمن ما نقصه في بدنه ولا يضمن اذا رده ما نقص من السعر لانه قد رد ما قبضه بعينه • فان رده في بدنه نقصان
او في اوصافه ومعناه ما يكون عيبا فيه لشيء دخل في يد الضامن فعليه رد ما نقص من قيمته يوم صار في يده يقوم صحيحا لا عيب فيه ويقوم
بالعيب فينظر ما نقصه العيب من قيمته فيضمن بعد رد ذلك لصاحبه اذا كان مما يجوز بيعه بجنسه متفاضلا • وان كان مما لا يجوز بيعه
بجنسه متفاضلا مثل ان ينقصه حنطة فيصيبها ماء او غير ذلك من الحيوان او ينقصه انا فضة او دراهم او ذنانير فيهشم الاناء بيد او يكسر
الدراهم فتصير غلة او الدنانير فتصير دراهمه فان صاحب ذلك بالخيار ان شاء اخذ ذلك لا شيء له غيره • وان شاء تركه وضمنه مثله • وان
كان اناء فضة فهو بالخيار ان شاء اخذه بعينه • وان شاء اخذ قيمته من الذهب • وكذلك لا يلزمه الصفر والنحاس والشبه والرصاص
الى هنا لفظ الكرخي في مختصره **قوله** وبخلاف البيع عطف على قوله بخلاف تراجع السعر • يعني لا يجب ضمان النقصان فيهما وتمام
البيان انفا **قوله** ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان • هذا لفظ الصدر الشهيد حسام الدين في
الجامع الصغير وتمام لفظه فيه ويتصدق بالغلة • وقد ذكرنا لفظ اصل الجامع الصغير عند قوله واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان
وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه اتلف البعض • اعلم ان الغاصب اذا اجر العبد المغصوب فالاجر للغاصب عندنا • وقال الشافعي رحمه
الله ان الاجر للمغصوب منه وهي فرع مسئلة ان المنافع لان المنافع عنده متقومة • وعندنا تتقوم بالعقد والعقد وجد من الغاصب
كذا ذكر فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير وتحقيقه ان المنافع لا قيمة لها وانما تتقوم بالعقد والعقد وجد من الغاصب فكان الاجر
له ولكن هل يطيب الاجر للغاصب فعلى قول ابي حنيفة ومحمد وقول ابي يوسف الاجر لا يطيب ويؤمر بالتصدق • وعلى قوله الاول يطيب
له ولا يتصدق • هكذا ذكر الفقيه ابو الليث قوله الاول في الاخير في شرح الجامع الصغير • وجه قول ابي يوسف ما روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه نهى عن ربح ما لم يضمن وهذا ربح ما هو مضمون فيطيب له • وجه قول ابي حنيفة ومحمد انه استفاده بسبب خبيث لانه حصل
له الاجر بواسطة التصرف في ملك الغير والتصرف حرام فكان خبيثا وحكم التصرف فعدم الضمان لما اوجب التصدق مع وجود الملك
كما في كسب البيع بالبيع الفاسد فعدم الملك اولى ان يوجبه • وان مات العبد المغصوب من عمل الغاصب او من غير عمله حتى وجب عليه القيمة
فللغاصب ان يستعين بالغلة في ضمان القيمة • فان بقي منه شيء يتصدق به هكذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي ولم يفصل بينهما اذا كان المغصوب
منه فقيرا او غنيا • وان كان يحل هذا المال التصدق بمثل هذا اذا كان فقيرا وان كان غنيا ففيه روايتان • قال شيخ الاسلام علا الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي والصحيح انه يجوز الصرف الى المالك وان كان غنيا عوضا عن المالك لان الخبث كان لحق المالك فيزول بالصرف
الى المالك **قوله** بخلاف ما اذا باعه في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه يتعلق بقوله فلو هلك
العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان • يعني اذا هلك العبد المغصوب في يد المشتري فضمن القيمة لم
العبد يرجع بالثمن على الغاصب البايع لانه اخذ بغير حق ولا يستعين البايع في اداء الثمن بالغلة الحاصلة قبل البيع • وفي المسئلة الاولى يستعين
الغاصب بالغلة في اداء الضمان وهنا لا يستعين بها الا ان لا يكون عنده ما يؤدي فلا باس حينئذ ان يؤدي من الغلة • والفرق ان في المسئلة الثانية

كان الحبث لحق المالك فيزول بالصرف اليه • وهنا الخبث ما كان لحق المشتري حتى يزول بالصرف الى المشتري الا اذا كان الغاصب فقيرا لانه
يصرفه الى نفسه فيعني باسقاط الضمان عن نفسه **قوله** فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستهلاك • يعني ان اصاب
مالا بعد ان صرف الغلة عن الضمان تصدق بمثله ان كان اداه ما استهلك الثمن لانه وقع موقعه لانه بادا الاجر سلم له ما استهلك من الثمن فيكون
سلامه ما استهلك لسلامة الاجر ويباح له الاخذ اذا كان فقيرا وان كان غنيا لزمه التصدق بمثله لانه استهلك ما لا كان واجب التصدق
فلزمه الضمان ويتصدق به • ثم شرط ان يكون فقيرا يوم الاستهلاك لانه صرفه الى نفسه في ذلك الوقت لا يوم القدرة على المثل **قوله**
وقت الاستهلاك • اي وقت استهلاك الثمن **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه محتاج اليه **قوله** قال ومن غصب
الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة الاف فانه يتصدق بجميع الربح • اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل غصب الف درهم فاشترى بها جارية فباعها بالفين • ثم اشترى بالفين
جارية فباعها بثلاثة الاف كم يتصدق قال بجميع الربح • وقال اذا اشترى الغاصب بالف درهم جارية تساوي الفين فوهبها او كان
طعاما فاكله لم يتصدق بشيء الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وقال في شرح الجامع الصغير دليل هذا ان المودع او الغاصب اذا
تصرف في الوديعة او المغصوب وربح فعندهما يلزمه التصدق بالربح • وعند ابي يوسف يطيب له الربح ولا يتصدق به ولكن هذا
قول ابي يوسف اولا من ذلك في المسئلة المتقدمة • وجه قول ابي يوسف ان الربح حصل على ملكه وضمانه فيطيب له كالمبيع يكتسب
بعد القبض • اما الضمان فظاهر • واما الملك فلانه يملك المغصوب من وقت الغصب بطريق الاستناد الى وقت الغصب والملك
الثابت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه والملك الثابت من وجه يكفي لصحة البيع ولا يكفي لصحة الاعتاق لان العتق لا ينفذ الا في الملك
المبني الثابت من كل وجه لقوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم والبيع ينفذ في الملك الحقيقي والحكمي جميعا • الا ترى ان
المأذون والمكاتب ينفذ بيعهما ولا ينفذ عتقهما فكذلك الغاصب يجوز بيعه ولا يجوز عتقه • وهذا فيما اذا اعتق الغاصب • اما
اذا اعتق المشتري من الغاصب فاجاز المالك البيع فيه خلاف فعند ابي حنيفة وابي يوسف يصح اعتاقه موقوفا على اجازة المالك البيع فاذا
اجاز نفذ على المشتري ويكون الولاء له • وقال محمد وزفر لا يصح • قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي قال ابو سليمان هذه رواية محمد
عن ابي يوسف • ونحن سمعنا من ابي يوسف انه لا يجوز عتقه • وقال ابن ابي ليلى عتق المشتري من الغاصب جائز وان لم يجز صاحبها
البيع • وعلى الغاصب قيمتها • وان كانت ماتت ثم سلم رب الجارية البيع لم يجز البيع الى هنا لفظ الكافي • قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي والخلاف في هذه المسئلة يبتني على اصل وهو ان تصرف الفضولي هل هو منعقد في حق الحكم عند محمد غير منعقد في حق الحكم وعند
ابي حنيفة وابي يوسف منعقد محمد يقول بان صحة الاعتاق تعتمد الملك ولا ملك فلا يصح • وانما قلنا ذلك لان البايع لا ولاية له على المحل
حالة البيع • فلو انعقد التصرف في حق الحكم لتضرر به المالك وهذا لا يجوز • وانا نقول الاعتاق صادف ملكا موقوفا فيتوقف على ثبوته
ان ثبت الملك ثبت الاعتاق والا فلا • وانما قلنا ذلك لان السبب المقتضي لثبوت الملك موجود وهو صدور التصرف من اهله مضافا
الى محله وفي انعقاده فائدة الا انه لم ينفذ في الحال لانا لا نعلم ان المالك راض بهذا التصرف او لا فاذا اجاز تبين انه كان راضيا فوقع
التصرف نافذا من حين وجوده فيكون هذا اعتاقا بعد الملك فيحكم بصحته • بخلاف البيع بشرط الخيار لانه استثنى الحكم عن السبب وشرط انه
لم يباشر السبب في حق الحكم • وفي اثبات الحكم لا امتناع الانعقاد في حقه فقد صحيح الاعتاق • ولو كان مكان الاعتاق بيعا فاجاز
المالك البيع الاول لا ينفذ البيع الثاني • وقد روي عن ابي حنيفة انه ينفذ البيع لانه اسرع نفاذا من الاعتاق • ولهذا قلنا ان الغاصب
اذا باع ثم ادى الضمان ينفذ البيع • ولو اعتق ثم ادى الضمان لا ينفذ فاذا نفذ الاعتاق مع انه ابطأ نفاذا من البيع لان ينفذ البيع الذي
هو اسرع نفاذا منه بالطريق الاولى وباقي البيان مر في كتاب البيوع في فصل بيع الفضولي مستوفى فينظر ثمة • اما اذا ماتت الجارية
ثم سلم رب الجارية البيع لم يجز البيع لان الاجازة تلحق القائم دون الهالك لان الهالك ليس بمحل لثبوت الملك فيه **قوله** او
ضرورة • اي او لثبوت الملك للغاصب ضرورة ان لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد **قوله** قال وولد المغصوبة ونماؤها
وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها صاحبها فيمنعها اياه • اي قال القدوري
في مختصره • وقال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا رضي الله عنهم زوائد الغصب امانة متصلة كانت كالسمن والجمال ونحو ذلك
او منفصلة كاللبن والولد وغير ذلك • وقال الشافعي رحمه الله مضمونة الى هنا لفظ الطريقة له انما يجب الضمان وهو الغصب قد تحقق هو
في الزيادة كما تحقق في الاصل فيجب الضمان لان الغصب اثبات اليد على مال الغير بغير حق وامانة نفسه مقام المالك في حق الانتفاع هو
ولهذا كانت زوائد صيد الحرم مضمونة بالاتفاق • ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يتضمن تفويت يد المالك • ولهذا
لان الغصب يتعدى الى المتولد من المغصوب والمغصوب منه بازالة يده عنه انما هو الملك وانما هو اليد فالملك لا يزول بالغصب فتعين اليد ضرورة
قلت ان الغصب اثبات اليد مع ازالة يد المالك ولم توجد ازالة يد المالك في الزيادة لان يده ما كانت ثابتة على الولد فاذا لم يوجد
حد الغصب في الزيادة لا يجب الضمان لان الزيادة في يده بغير صنعه بايجاد الله تعالى ولا صنع للغاصب في احداث الولد فصار كما اذا هبت
الريح على ثوب انسان فالقته في حجر غيره فانه لا يكون مضمونا عليه لانه لم يوجد الصنع من جهته ولكنه يكون واجب الرد الى مالك الاصل
حتى اذا فوت الرد بالتعدي كالاكل والبيع ونحو ذلك او بالمنع بعد الطلب يكون ضامنا • وفي الظبية المخرجة من الحرم انما يضمن ولدها
اذا هلك بعد التمكن من الارسال لانه يكون الهلاك بعد المنع عن الطلب صاحب الحق وهو الشرع واليه ذهب اكثر مشايخنا • اما اذا هلك
قبل التمكن فليس فيه ضمان فكان الحلاف فيه كما في ولد المغصوب اذا تعدى ومنع ضمن والا فلا • ولو اطلق الجواب في ولد صيد الحرم بان هم
يقال يجب الضمان سواء هلك بعد التمكن من الارسال او قبل التمكن فنقول ان هذا الضمان ضمان جناية اي اتلاف وقد حصل الاتلاف والاهلاك

معنى بتفويت الامن توجب الضمان • والدليل على انه ضمان جناية ان الضمان يتكرر بتكرر الجناية • الا ترى انه لو جرح صيدا فكفر
عنه ثم نماه لعبد ذلك فقتله فعليه كفارة اخرى كذا في الفتاوى الولوالجي وبيان ذلك فيما قال في اشارات الاسرار بقوله واما
زوايد صيد الحرم فالضمان في الصيد يتعلق باثبات اليد لانه يصير امنا بعد فصار اثبات اليد عليه تفويتا للامن عليه وهو اهلاك معنى ثم
وصار سببا الى الهلاك في حق الولد وههنا اثبات اليد على الولد حفظا له وليس باهلاك فلا يوجب الضمان • وقال الصدر الكبير البرهان
الاجل صاحب المحيط برهان الدين ابو محمد عبد العزيز بن عمر بن ابي سهل البخاري المعروف بمازة في طريقة الخلاف • واما ظبية الحرم
فلنا يجب الضمان في حق الولد مقصودا لا تبعا وذلك ان علة الضمان في حق الام انما هو تفويت الامن وتفويت الامن وجد في حق الولد كما
وجد في حق الام لانه صيد امنا صار امنا بمعنى وتوارثه عنا وهو لما ثبت يده على الولد وجد فوت الصيد فاذا فوت الصيد فقد فوت الامن
وتفويت الامن سبب صالح لوجود الضمان • ثم قال فان قيل تفويت الامن في حق صيد الحرم سبب صالح لوجوب الضمان لا في حق كل الصيود
فالولد ليس بصيد الحرم بدليل انه يحل بيعه ويحل اكله فلو كان صيد الحرم لما حل بيعه واكله ولان تفويت الامن انما يتصور بعد ثبوت الامن
ولم يوجد ثبوت الامن في حق الولد لان الولد كما حدث حدث خايفا فلا يتصور تفويت الامن في حق الخايف • قلنا الولد لم يكن صيد
الحرم من كل وجه ولكنه صيد الحرم من وجه بدليل انه يجب ارساله الى الحرم وقوله بانه يحل اكله قلنا نعم يحل ولكن يكره من حيث انه
ليس بصيد الحرم محل ومن حيث انه صيد الحرم يكره • والثابت من وجه يلحق من كل وجه في باب الحرمات احتياطا • وقوله بانه حدث
خايفا قلنا نعم ولكنه مستحق الامن والمستحق للامن كالامن حكما وهو انه لما اثبت يده على الولد فقد فوت الامن حكما وتفويت الامن حكما سبب
صالح لوجوب الضمان • فان قلت يرد عليكم غاصب الغاصب وجاحد الوديعة والملتقط لنفسه حيث يجب عليهم الضمان مع انه لم يوجد
تفويت يد المالك • قلنا كل واحد منهم اثبت يده على محل هو ملك الغير وقصر يد المالك عنه وفوت عليه التمكن من الاخذ فاصل ازم
هذا الفعل بالمالك جناية عليه • وفي مسئلتنا المالك لم يقصر يده على الاثبات عليه فان حصوله في يده لم يمنع المالك من اثبات اليد
عليه حتى لو منع يتوك يجب عليه الضمان كذا في اشارات الاسرار قوله على ما ذكرنا اشارة الى ما ذكر في اول كتاب الغصب
بقوله الغصب في الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده قوله او باعه وسلمه انما قيد بالتسليم
لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع قبل التسليم كالمودع اذا باع الوديعة لا يضمنها ما لم يسلم قوله قال وما نقصت الجارية بالولادة في
ضمان الغاصب • فان كانت في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب • اي قال القدوري في مختصره
وقوله في ضمان الغاصب خبر المبتدا الذي هو قوله ما نقصت • يعني يضمن الغاصب نقصان الجارية بسبب الولادة • قال الكرخي في
مختصره فان غصب رجل رجلا امة فولدت في يد الغاصب ومات ولدها فعليه ان يردها ويرد ما نقصها الولادة بالولد • فان وفى
بذلك او زادت قيمة الولد على النقصان فلا شيء على الغاصب من نقصان الولادة • وان كانت قيمة الولد اقل من قيمة النقصان سقط
من نقصان الولادة بقدر قيمة الولد وغرم ما فضل من النقصان من قيمة الولد الى ههنا لفظ الكرخي في مختصره ونعت المسئلة في طريقة
الخلاف ان نقصان الولادة ينجبر بالولادة اذا كان بالولد وفاء عندنا • وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ينجبر • وصورة المسئلة
رجل غصب جارية قيمتها الف درهم فولدت ولدا قيمته خمسماية وانتقصت بالولادة حتى صارت قيمتها خمسماية ثم ردها الى المالك
مع الولد برئ عن الضمان عندنا وعندهما يلزمه رد خمسماية الى المالك والكلام مع الشافعي رحمه الله في هذه المسئلة
بناء على المسئلة الاولى ايضا لان الولد اذا كان مضمونا كان مضمونا بقيمته فلا اصل مع انه اصل قائم بنفسه فالمنافع التي هي تابعة للدار لان تكون
غير مضمونة اولى • ثم لما كان الولد مضمونا عنده لم يجز ان ينجبر به نقصان لانه مشغول بضمان نفسه فلا يجوز ان يؤدي به ضمان غيره لان
الشيء الواحد لا يتادى به ضمانان في حالة واحدة • ونقض الطرد بما اجمعت الامة في ولد ظبية اذا اخرجت من الحرم وانتقصت
بالولادة لان الولد لا يجوز ان يكون جابرا لنقصان الام لانه لما كان مضمونا بنفسه لا يجوز ان يؤدي به ضمان غيره فاما
زفر فانه يسلم ان زوايد الغصب امانة لكنه يمنع ان يكون النقصان منجبرا بالولد لان الولد ملك المغصوب منه فلا يصلح ان يكون
ملكه جابرا لملكه ولا يلزم على هذا اذا قطع يد انسان فنبتت مكانها اخرى او جز شعره فنبت مكانه اخر حيث لا يجب عليه الضمان ويصير
الثاني خلفا عن الجزء الفايت • وان كان الثاني ايضا ملكا للمالك • لانا نقول انما لم يجب الضمان لا باعتبار ان الثاني خلف
عن الاول ولكن لم يجب الضمان لانعدام سبب وجوب الضمان لان سبب الضمان انما يتقرر اذا تحقق النقصان وههنا لم يتحقق النقصان
لان الثاني لما قام مقام الجزء الاول حقيقة تعذر ثبوت النقصان وصار كأن لم يكن • بخلاف مسئلتنا فان النقصان تمكن وتحقق
في الام حقيقة ولم يقم الولد مقامها فلا يصح ان يكون جابرا للنقصان لان الجابر يجب ان يكون ملك الغاصب لا المالك • ولنا
ان نقصان الام حصل بسبب حصلت به الزيادة فكان ذلك بمعنى ابدال وافات فيكون فوات الجزء من الام الى خلف والفوات
الى خلف كلا فوات كما اذا نزع سن المغصوبة فنبتت مكانها اخرى او جز شعرها فنبت مكانه اخر • وقطع يد المغصوب في يد الغاصب
فاخذ ارشها ورده مع العبد المغصوب لا شيء عليه غير ذلك • وكذلك اذا كانت المغصوبة سمينة فهزلت ثم سمنت لا يجب شيء اخر
لان الفوات في الكل الى خلف • وانما قلنا ان النقصان حصل بسبب الزيادة لان السبب اما ان يكون الولادة او العلوق فهو
ايا ما كان فيلزم اتحاد السبب • بيانه ان الولادة لا تعرى عن الالام عادة والالام لا تعرى عن النقصان عادة فكانت
الولادة سببا للنقصان • ولكن الولادة بلا ولد محال والولد نفع وزيادة لا محالة • واما العلوق فانه يفضي الى الولادة
التي هي سبب للزيادة والنقصان لا محالة فكان العلوق سببا لهما جميعا فاتحد سبب الزيادة والنقصان على كلا التقديرين فلا
يظهر النقصان مع وجود الزيادة بمقابلته كما في زراعة الاب والوصي مال الصبي حيث لا يجب الضمان • لان النقصان صورة لو

معنى

معنى لا يعد نقصانا • فان قلت سلمنا ان سبب النقصان والزيادة متحد ولكن لا نسلم ان اتحاد السبب يقتضي صحة الخلاف • الا ترى ان سبب
النقصان والزيادة قد يتحد في مواضع ومع هذا لم يجعل الزيادة خلفا عن النقصان • منها ان الولد اذا هلك في يد الغاصب
قبل الرد الى المالك والجارية لا يجعل ذلك الولد خلفا عن النقصان • ومنها ان الجارية اذا ماتت في يد الغاصب بالولادة وفي الولد وفا
فانه لا يجعل خلفا عن النقصان • ومنها ان الجارية الام وان كان سبب الفوات والزيادة واحدا • ومنها اذا جز صوف الشاة فنبت
مكانه اخر او قطع قوايم الشجر فنبت مكانها اخرى فانه لا يجعل النابت خلفا عن الجزء الفايت • ومنها اذا غصب عبدا فنزع انثييه فانه
لا يجعل الزيادة بالخصاء خلفا عن النقصان بالخصا • ومنها اذا غصب عبدا فعلمه الحرفة حتى انتقص بدنه بالتعليم وازدادت قيمته بالتعليم
لا يجعل الزيادة خلفا عن الجزء الفايت • ومنها ان ظبية الحرم لو اخرجت منه فولدت وانتقصت بالولادة لا يجعل الولد خلفا عن الجزء الفايت
قلنا اذا مات الولد قبل الرد فانما لم يجعل الزيادة خلفا عن النقصان لان شرط براءة الغاصب اما رد الاصل او رد الخلف فلم يوجد
الرد فلم يمكن جعل الزيادة خلفا • واما اذا ماتت الام فانما لم يجعل الولد جابرا لانها متبوعة فلا يكون التابع جبرانا للمتبوع • بخلاف
النقصان مع الولد فانهما تابعان • وقال في الطريقة البرهانية اذا ماتت الام وبالولد وفاء فقد روي عن ابي حنيفة رضي الله
عنه ثلاث روايات في رواية يصير الولد خلفا • وفي رواية لا يكون خلفا • وفي رواية يكون خلفا عما انتقصت بالولادة قال فنحن
نختار الرواية التي قال فيها ان يكون خلفا عن الام • واما اذا جز صوف شاة او قطع قوايم شجر فان ثمة سبب النقصان غير سبب
الزيادة • لان سبب النقصان هو القطع وسبب الزيادة كون المحل نابتا لا القطع • فاذا كان السبب مختلفا لم يجعل الزيادة خلفا
وكذلك نقول في تعليم عبد الحرفة ان السبب ليس بمتحد لان سبب النقصان التعليم الذي يوجب المشقة • وسبب الزيادة ليس بتعليم بل
هو الحذاقة وسرعة الخاطر والفهم • ولهذا يشترك الاثنان في التعليم ويسبق احدهما الاخر في التعلم لسرعة فهمه • واما نزع الانثيين
فان ذلك ليس بزيادة معتبرة وكانت كالعدم فلم يجعل الزيادة خلفا لان ذلك امر حرام لا يرغب فيه الا بعض الفسقة ويجعل الخصي كالمحرم
وانما هو محل ليس بمحرم في حق المرأة • واما الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت خارج الحرم فقد قيل ان الولد يكون خلفا عن نقصان
الام • واليه ذهب صاحب الهداية فلا يرد نقضا • ولئن سلمنا انه لا يكون خلفا فنقول ان الولد مشغول بضمان نفسه فلا يجوز ان يتادى
به ضمان غيره والباقي يعلم في شرح طريقة الخلاف ان شاء الله تعالى خصوصا في الطريقة البرهانية قوله وهو الولادة او العلوق
اي سبب الزيادة والنقصان الولادة او العلوق • يعني ان كل واحد من الولادة والعلوق يصلح ان يكون سببا للزيادة والنقصان وقد
مر بيان ذلك • وقيل الولادة سبب لهما عند ابي يوسف ومحمد والعلوق سبب لهما عند ابي حنيفة وفيه نظر قوله على ما قررناه
اي في طريقة الخلاف قوله وولد الظبية ممنوع يعني لا نسلم ان ولد الظبية لا يكون جابرا لنقصان الام كما قال زفر والشافعي
رحمهما الله • وقد قيل انه يصلح ان يكون جابرا فعلى هذا يمنع قياسهما عليه قوله وكذا اذا ماتت الام • يعني ان القياس على
موت الام ايضا ممنوع لانه يكون جابرا فعلى هذا يمنع قياسهما عليه قوله وكذا اذا ماتت الام • يعني ان القياس على موت الام ايضا
ممنوع لانه يكون جابرا في رواية عن ابي حنيفة وفيه ثلاث روايات ذكرناها قبل هذا قوله وتخريج الثانية ان الولادة ليست
بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا • اي تخريج المسئلة الثانية وهي مسئلة موت الام على تقدير التسليم وانما سماها ثانية لانها وقعت ثانية
في بيان الجواب لان للخصم منع ولد الظبية ثم عطف عليه مسئلة موت الام • وان كانت وقعت مسئلة موت الام في ترتيب المسائل التي قاس عليها
زفر والشافعي • بيان ذلك ان السبب ما يكون مفضيا الى الشيء غالبا والولادة ليست تفضي الى الموت غالبا بل نادرا لان موت الام بالولادة
ليس عمدا فلا تكون الولادة سببا للموت فلم يكن الولد جابرا للام لان الولادة سبب للزيادة بحسب لا للموت قوله والخصا
في الانسان والدابة مد ودعل وزن فعال • يقال خصاه يخصيه مثل عصاه يعصيه خصاء اذا سل خصييه قوله ومن غصب
جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة • وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن
في الامة ايضا • وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها فتحبل فتموت
في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان • وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه في الامة ايضا • فاذا ماتت
في نفاسها بعدما يردها الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهي من الخواص • يريد به اذا زنى بها رجل مكرهة كانت او مطاوعة فانه ذكر
محمد مطلقا في الجامع الصغير ولم يقيد بحالة الطواعية • كذا قال الصدر الشهيد في شرحه • وانما قيد بالحبل من الزنا لانه اذا كان من
الزوج او المولى فلا ضمان • الا ترى الى ما ذكر الكرخي في مختصره • وان حبلت عند الغاصب من زوج كان لها في يد المولى فلا ضمان على الغاصب
في شيء من ذلك • وان ماتت من الحبل • وكذلك لو ماتت في يد الغاصب من حبل المولى الى ههنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • لهما ان رد عين
المغصوب الى المالك قد حصل وهو الجواب على الغاصب • ثم الهلاك حصل بسبب حادث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كمن اشترى
جارية فوجدها حاملا فولدت في بيته فماتت في نفاسها لا يرجع على البايع بالثمن ولكن يرجع بنقصان الحبل • وكذا لو زنت عند الغاصب
فردها على المالك فهلكت عند المالك لا يضمن قيمتها ولكن يضمن النقصان • وكذلك لو زنت ثم جلدت عند المالك وماتت بذلك كان على الغاصب
النقصان ولا يكون عليه قيمة الجارية كذا قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير • ولابي حنيفة ان الواجب على الغاصب
الرد على الوجه الذي اخذ فلم يوجد الرد على ذلك الوجه لانه اخذها وهي فارغة عن سبب التلف وردها وهي مشغولة بسبب التلف
لان العلوق لا بد له من الوضع والولادة فكان التلف الحاصل بالولادة مضافا الى العلوق الذي كان في يد الغاصب فلا يبرأ من الضمان كما
اذا جنت عند الغاصب فردها الى المالك فتلفت بتلك الجناية او دفعت بها ان كانت الجناية خطأ حيث يرجع المالك على الغاصب
بكل القيمة كانه لم يردها اصلا • بخلاف الحرة اذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها لان الحرة لا تضمن بالغصب فلا يبقى ضمان الغصب

بهو فاسد • ولهذا اذا هلك عند الغاصب لا يضمن شيئا • والجواب عن المسائل اما مسالة الراس انما تعتبر مسانحها ثمت فلنا ان نرجع بجميع
الثمن عند ابي حنيفة وسلم بغير مشائخنا ذكر في مسالة الغصب ومسالة الشرا فان في الغصب الواجب على الغاصب فسخ فعله والرد على الوجه
الذي اخذ ولم يوجد ذلك حيث ملك بسبب كان عند الغاصب فلا حاجم ووجب عليه بقيمته في الشرا الواجب على البائع تسليم المبيع الى الرد
والمردود في كونه مفضيا الى الكل فلم يمنع صحة الرد ولا يمنع صحة التسليم والمقبض لا فسخ البيع ثم ما وقع عليه العقد وهو انما المنقول
ويقوم بها في المناس لا يبقد التسليم على الوجه الذي وجب عليه والا يضمن الثمن • واما مسالة الجاني فان الهلاك ثمه لضعف الطبيعة عن دفع
اثار الحمى المتوالية • وذلك لا يفضل للحمى الاولى عند الغاصب فان ذلك لا يوجب ضمانا • بخلاف الهلاك من حمل الزنا فانه ذلك هو
السبب الاول • وبخلاف الجلدات فانه يوجب جلد الحوالة لا بضعا فلا يضاف التلف الى الزنا فلم يضمن الغاصب منها قوله ويقع
فصل الشرا الواجب ابتدا التسليم • اي الواجب على البائع تسليم المبيع كما وجبه العقد … ولا يفسخ ذلك التسليم فلا كما
الولادة عند المشتري • بخلاف صورة الغصب فان الواجب على الغاصب الرد على الوجه الذي اخذ والرد على ذلك الوجه متعذر لصاحبه
الرد • فاذا لم يوجد الرد على ذلك الوجه لم يوجد الشرط • فاذا انتفى الشرط انتفى المشروط ايضا وهو صحة الرد فلم يعم الرد فصار
كانه لم يرد فانتقض الرد الهلاك بسبب كان عند الغاصب وهذا معنى قوله … قوله ولم يوجد
الشئ في يد الغاصب وهو الجلد الحادر … قوله قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله الغرم
النقصان • اي قال القدوري في مختصره قال في اشارات الاسرار المنافع لا تضمن بالغصب سوا هل تلفت او عطلها …
وقال الشافعي رحمه الله يضمن في الحالين • وقال في الطريقة البرهانية المنافع لا تضمن بالغصب والاستهلاك في قول علمائنا
رحمهم الله تعالى خلافا للشافعي رحمه الله • وصورة المسالة رجل غصب عبدا فامسكه شهرا حتى صار غاصبا للمنافع او استعمله حتى صار
مستهلكا لها فاعدة فانه لا يضمن المنافع • وعنده رحمه الله يضمن • وقال صدر الاسلام البزدوي في شرح الكافي …
الغاصب او ركوب الدابة وسكنى الدار اجرة وهو مذهب مالك • وقال الشافعي رحمه الله يجب الاجر • وكذا لو لم يركبها … لم يسكنها ولكن
حبسها اياما ثم ردها على المالك فلا اجر عليه عندنا • وعند الشافعي رحمه الله عليه الاجر مثلها • وقال صاحب الهداية وقال
مالك ان سكنها وجب اجر المثل وان عطلها لا شي عليه • وذلك لان في الاول انتفاع ملك الغير • وفي الثاني لا وجه • قوله وللشافعي
رحمه الله ان حد الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير … وهذا لان المنافع اموال متقومة فالتي
تتضمن • ولهذا تضمن بالعقود الصحيحة والفاسدة وفي العقود المالية … بالقيمة • قلنا ان المنافع اموال متقومة
لما في ذلك • ولهذا لو تزوج امراة على سكنى الدار او منافع العبد سنة جاز وصحت التسمية • ولولا ان المنافع اموال لما صحت التسمية
لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم • ولنا قول … عمر وعلي … الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين انهم اوجبوا على المغرور والذي وطى
امراة … نكاح قيمة الولد وقيمة منافع البضع ولم يوجبوا عليه قيمة منافع البدن • ولو كان …
لان الحاجة الى البيان انه كانت ماسة • ولان المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخلو اما ان يكون مضمونة بامثالها
من المنافع او بغيرها من الاعيان كالدراهم والدنانير فلا يجوز ان يكون مضمونة بالامثال وهي المنافع لانه لا قائل بذلك ولا يجوز
ان تكون مضمونة بالاعيان لعدم المماثلة والمماثلة شرط في ضمان العدوان لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم • بيانه عدم
المماثلة صورة ظاهرة وكذا معنى لان المنافع اعراض لا تبقى عند اهل السنة والجماعة فكما يوجد تتلاشى وتفنى • والاعيان لها
تفاوت فيما بينهما وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم فيكون مالية الاعيان فوق الاعراض فثبت التفاوت النافي للمماثلة فاذا
لم يكن ضمان المنافع بالامثال والاعيان جميعا • قلنا انها ليست بمضمونة بالغصب • وكذا الاتلاف المنافع حقيقة لا يتصور • لان
التلف لا يكون متعقبا بالوجود لانه ضده • فلو كان وجود التلف متعقبا بوجود المنفعة لامتنع وجود المنفعة اصلا لتنافي
بين التلف والوجود لان ضد الشي اذا طرا عليه دفعه واذا قارنه دفعه • وبعد وجود المنفعة لا يتصور الاتلاف ايضا لانها
كما توجد تتلاشى وتنعدم بنفسها كذلك خلق الله تعالى الاعراض فلا بد من تصور الاتلاف في حالة ثانية باقية حتى يصح الاتلاف
فاذا لم تكن باقية في الحالة الثانية كيف يتصور الاتلاف في حالة ثانية منه فاذا وجدت وفنيت في نفسها من غير ان يكون فناوها
مضافا الى فعل احد فكيف يضاف الى فعله ولا فعل له في المنافع • واما الفعل لو وجد في محل المنافع بعد ذلك تحصيلا للمنافع لنفسها
فكيف يعد فعل التحصيل اتلافا • فان ادعى انه مسبب فنقول لا بد من تصور الاتلاف ليعتبر التسبيب اتلافا ولا يتصور الاتلاف لما قلنا
فان قال الاعدام من العباد يتصور بطريق التسبيب دون الاعدام فنقول هذا لا نزاع فيه ولكن لا بد من فعل في المحل ليكون الفعل
مضافا اياه اما مباشرة واما تسبيبا ولا امكان بوجه ما • ولان ضمان الغصب انما يجب اذا وجد معنى الغصب وهو اثبات اليد
على مال الغير بغير اذنه على وجه يتضمن تفويت يد المالك والمنافع قد وجدت في يد الغاصب فلم تحدث في يد المالك فلا يتحقق
تفويت يد المالك فلا يتحقق معنى الغصب تحقيق ذلك ما قال شمس الائمة السرخسي في اصوله ان قيام الاعراض بالاعيان والعين تقوم
بنفسها ولا مماثلة بين ما يقوم بنفسه وبين ما يقوم بغيره • بل ما يقوم بنفسه ازيد في العين لا محالة ولكن هذه الزيادة يسقط
اعتبارها في ضمان العقد لوجود التراضي فاسدا كان العقد او جائزا • ولا وجه لاسقاط اعتبار هذه الزيادة في ضمان العدوان
لان بظلم الغاصب لا يسقط حرمة ماله فلو اوجبنا عليه هذه الزيادة هدرناها في حقه • ولو لم يوجب الضمان لم يهدر حق
المغصوب منه بل يتاخر الى الاخرة ويصير الضرر متاخرا دون ضرر الاهدار • فاذا الزمناه الزيادة كان ذلك امضاء ناجيا
بمنزلة من ضرب انسانا ضربا لا اثر له او شتم شتيمة لا عقوبة لها في الدنيا كذا في اصول شمس الائمة • ولا نسلم ان المنافع اموال فانها

لا تبقى ولا يعد الانسان متمولا بملك المنافع • وانما الاعيان تعد اموالا لصلاحيتها للانتفاع بها وادخارها لوقت الحاجة • فاما
الصرف الى الحاجة فلا يتقدمو لا بقا لا يكل غير ان الشرع اعتبرها اموالا في حق العقود لمساس الحاجة اليها • ثم اذا ظهر التقوم في حق
العقد لا يفصل بين الصحيح والفاسد كذا في اشارات الاسرار • ولان كل سبب ضمن فيه المنفعة تستوي فيه منفعة الحر والعبد
اصل الاجارة الصحيحة والفاسدة معلوم اذ من حبس حرا صانعا وحال بينه وبين العمل لم يضمن اجرته فكذلك اذا حبس عبدا ص
ومنعه من مولاه وهذا اصل مسلم ولا ايقال منهم فانا ان منفعة الحر تضمن لانا نقول ان الحر لا يضمن رقبته بالغصب كذلك منفعته
فان قيل كل ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح ضمن بالغصب اصله الاعيان قيل قد تضمن بالعقود ولا تضمن بالغصب • فان قلت سلمنا
ان استهلاك المنافع حقيقة لا يتصور لانها كما توجد تتلاشى لان العرض لا يبقى ولكن لم قلتم ان استهلاكها معنى وتقديرا لا يتصور
وهذا لان الغاصب لما منع حدوث المنافع على ملك المالك بعد حصول السبب وهو الدار كان المنع من الحدوث بمنزلة الاهلاك
قلنا ان المنع من الحدوث لا يجوز ان يجعل سببا للضمان الغير وانما السبب هو الاتلاف ولذلك قلنا اذا قطع شجر انسان لا يجب
عليه ضمان الثمار وان منع من حدوثها على ملك المالك فكذلك ها هنا ووجه اخر ان المنافع حدثت على ملك الغاصب ولا يجوز ان
يكون مضمونة عليه سوا تصور استهلاكها او لم يتصور لان استهلاك ملك نفسه لا يصلح سببا للضمان • وانما قلنا انها حدثت
على ملك الغاصب لانها حدثت بفعله وكسبه لان المنفعة عند التحقيق ليست هي الاصول اللذة اليه وحصول النفع له وذلك
انما يحصل بدخوله في الدار والسكنى فيها ودخوله في الدار وسكناه كسبه وفعله فصح ما قلنا انها حدثت على ملكه لانها حصلت
بفعله وكسبه • ولهذا قلنا ان الغاصب اذا اجر الدار المغصوبة يكون الاجر له لانه حصل ملك المنافع فكان البدل • فان
قلت لا نسلم ان المنفعة حدثت على ملك الغاصب ولا نسلم انها حدثت بفعله وكسبه بل حدثت عند فعله وكسبه فيكون فعله
شرطا لحصول المنفعة لا ان يكون سببا لحصولها فيكون مستوفيا منفعة مملوكة للغير فيجب الضمان • ولهذا يجب الاجر على
المستاجر بالاجماع • فلو حدثت المنافع بفعله وهو الدخول والسكنى لم يجب عليه الاجر لان المنفعة حينئذ تكون حاصلة
بفعله فيكون ملكا له • قلنا قد بينا انها حدثت على ملكه لانها حدثت بفعله وكسبه وكسب الانسان ملكه • واما قوله بانها
حدثت عند فعله فذلك لا يصح لان المنفعة ليست لمودع في الغير حتى يصير واصلا اليه عند فعله واستيفايه ولكن اللذة اذا
حصلت يسمى تلك اللذة منفعة ولكن يشترط في حصول هذه المنفعة كون المحل قابلا للانتفاع فذلك من شرايطه • الا ترى ان
الاكل والشرب يحصل بهما اللذة ولكن عند وجود الشرط وهو كون المحل الماكول قابلا لدفع الجوع وكون الما قابلا لدفع العطش ثم
وبذلك لا يخرج اللذة من ان تكون حاصلة بالاكل والشرب فكذا ها هنا • والجواب عن مسالة الاجارة قلنا لا يجب الاجر ثم
عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكين من جهة المالك لانه لما تمكن من استيفا المنافع الا بتمكينه كان ذلك طريقا
للوصول الى استيفا المنافع فاعطي لما هو وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الاجر باعتبار الحاجة ولا حاجة الى مثل
ذلك في مسالتنا حتى يقام التمكين مقام المنفعة في حق وجوب الضمان لان ذلك تقرير الحرام وهو الغصب • بخلاف الاجارة لانها
في نفسها عقد مشروع فجاز ان يقام مقام المنفعة تقريرا لما هو مشروع والباقي يعلم في شرح طريقة الخلاف ان شا الله تعالى ص
قوله حصلت في ملك الغاصب لحدوثها في امكانه • اي في تصرفه وقدرته على وجه صرفها الى حاجة نفسه دون
عزم • وهذا لان المنافع قبل الحدوث لم تكن مملوكة للمالك فلما حدثت حدثت في ملك الغاصب لانها حصلت بكسبه ولا ضمان
عليه فيما انعقد من كسبه • قوله وقد عرفت هذه الماخذ في المختلف • اي في مختلف الفقيه ابي الليث رحمه الله اراد
بالماخذ العلل التي هي مناط الحكم • واراد بالماخذ ما ذكر اولا بقوله انها حصلت في ملك الغاصب وثانيا انها لا يتحقق غصبها
واتلافها لعدم بقائها • وثالثا انها لا تماثل الاعيان والشرط في ضمان العدوان المماثلة بالنص الا ان ما انتقص باستعماله مضمون
عليه استثنا منقطع من قوله ولم يوجد العقد • يعني لم يوجد العقد في الغصب فلم يضمن المنافع لكن النقصان باستعماله يضمن

فصل في غصب ما لا يتقوم

لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كالخمر والخنزير في حق المسلم هل يجب به الضمان ام لا
قوله قال وان اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن وان اتلفهما المسلم لا يضمن • اي قال القدوري في مختصره • وقال صدر الاسلام البزدوي في شرح الكافي نصراني غصب من نصراني خمرا
فهلكت عنده يضمن مثلها • وكذلك لو استقرض ذمي من ذمي خمرا يصح ويجب عليه مثلها • وكذلك لو باع ذمي من ذمي خمرا يجوز ثم
البيع • وكذلك لو اتلف خنزيرا على ذمي مثله يضمن قيمته • وكذلك لو باع ذمي من ذمي خنزيرا يجوز بيعه • وكذلك لو غصب
مسلم من ذمي خمرا فهلكت عنده الا انه يضمن قيمتها ولا يضمن مثلها • ولو اتلف مسلم على ذمي خنزيرا على قول ابي حنيفة لا يضمن شيئا
وعلى قول ابي يوسف ومحمد يضمن قيمته • وهذا كله عندنا لان عندنا الخمر والخنزير مال متقوم في حق اهل الذمة • واما
عند الشافعي رحمه الله فلا ضمان في شي من ذلك والبيع باطل لانه ليس لهما تقوم عنده في حق اهل الذمة كما في حق المسلمين احتج ه
الشافعي رحمه الله بقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله اي بين اهل الذمة • وجه الاستدلال ان مما انزل الله تعالى حرمة
الخمر والخنزير فيجب الحكم عليهم بحرمتهما • ولنا ان الخمر والخنزير متقومان في حق اهل الذمة فيجب الضمان على من اتلفهما
الا ترى الى ما ذكر ابو يوسف في كتاب الخراج تصنيفه في فصل من يجب عليه الجزية وقال حدثنا اسرائيل عن ابراهيم بن عبد الاعلى
قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال يا هؤلا انه بلغني انكم تاخذون في الجزية الميتة
والخنزير فقال بلال اجل انهم يفعلون ذلك فقال عمر فلا تفعلوا ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم • وجه الاستدلال

بذلك ان عمر رضي الله عنه اذ لم يرد بيعها ونهي العشر لما ينادي بدلها ثمنا والثمن لا يجب الا في عقد صحيح فدل على التقوم وهذا لان قضايا عمر كانت
تخفى على الصحابة ولم يثبت النكير منهم على ذلك فحل محل الاجماع • ولانهم اقروا على امساك الخمر والخنزير والانتفاع بذلك فكان الخمر لهم كالخل لنا
والخنزير لهم كالشاة لنا فيجب الضمان على المتلف من غير اباحة المال • تحقيق ذلك ان الخمر والخنزير كانا حلالين في الامم الماضية وكذا في حق
هذه الامة في ابتدا الاسلام • ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصا في حق المسلمين فكانا حرامًا عليهم فبقيا حلالا عليهم كنكاح المشركات كانا حلالا
في حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصا في حق المسلمين فبقي حلالا في حق الكفار فكذا ههنا • الا ترى الى خطاب الله تعالى المؤمنين في
سورة المائدة بقوله يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون والمؤمن هو
الذي يلتزم اذا اجتنب الخمر • وقال تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير • والجواب عن قوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله
فنقول المراد منه ما انزل الله تعالى مطلقا لا ما انزل على المؤمنين خاصة كنكاح المشركات • فان قيل روي في حديث ابي هريرة انه
النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله لعن الخمر وحرم ثمنها ولعن الخنزير وحرم ثمنه • قلنا نحن نقول بموجب ذلك وهما حرام علينا ولكنهم
اقروا على ذلك فكان حلالا لهم • فان قيل الخمر نجس العين فلم يكن مالا لقوله عليه السلام حرمت الخمر بعينها فلا تضمن بالاتلاف • قلنا حرام
لعينها علينا لا عليهم لان الخطاب في الاية خاص • اما الخنزير والخمر اذا اتلفهما انسان على مسلم لا يضمن لان المسلم ممنوع عن تملكها وليا
بماله فحينئذ فلا يضمنان كالميتة والدم • واما الخنزير اذا اتلفه المسلم فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة خلافا لهما • كذا ذكر الخلاف
صدر الاسلام البزدوي في شرح الكافي لان الخنزير متقوم في حقهم كالخمر فيضمنه كما يضمن الخمر الا ان في الخمر وجبت القيمة وان كانت
من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر فوجبت القيمة كما في الخنزير • لان المسلم يملك تمليك القيمة • وجه قول ابي حنيفة
ان قيمة الحيوان قائمة مقام الحيوان • حتى اذا جاء بقيمته بعد الاتلاف يجبر على القبول كما اذا جاء بالحيوان فيكون اداء قيمة الخنزير
كتسليم الخنزير والمسلم لا يملك تسليم الخنزير فلا يملك تسليم قيمته ايضا • بخلاف قيمة الخمر لان القيمة ليست في معنى الخمر لان الخمر من جملة ذوات
الامثال وقيمة ما له مثل ليست في معنى عينه شرعا فلا يكون اداء القيمة كتمليك الخمر • وهذا الذي ذكرناه من عدم الضمان في اتلاف
المسلم الخنزير عند ابي حنيفة خلاف ما ذكره القدوري في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي حيث قال في شرحه • قال اصحابنا
اذا استهلك المسلم خمرا على ذمي ضمن قيمتها • وكذلك الخنزير ولم يذكر الخلاف فيه بين اصحابنا • ولكن ما ذكره صدر الاسلام يؤيد
قول ابي حنيفة الذي مر في كتاب النكاح في باب نكاح الرقيق فيما اذا تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما
قبل القبض فلها الخمر والخنزير اذا كانا عينين • وان كانا دينين فالجواب على التفصيل عند ابي حنيفة في الخمر تجب القيمة وفي الخنزير مهر
المثل لان تسليم قيمة الخمر ليست كتسليم عين الخمر لان الخمر من ذوات الامثال • وتسليم قيمة الخنزير كتسليم عين الخنزير لان الحيوان ليس
من ذوات الامثال والباقي يعلم ثمة • قوله بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما يتصل بقوله
التقوم باق في حقهم يعني ان تقوم الخمر والخنزير باق في حق اهل الذمة • بخلاف الميتة والدم فانه لا تقوم لهما في حقهم ايضا فلا يلزم الضمان
باتلافهما • ولكن هذا في الميتة التي ماتت حتف انفها لان ذبيحة المجوسي ومخنوقته وموقوذته مما لا يجوز ذبحها عند ابي يوسف خلافا
لمحمد وتعدى في ذلك الذمي المخالف فعلى قول ابي يوسف ينبغي ان يجب الضمان • الا ترى الى ما قال القدوري في كتاب البيوع من التقريب
وذبيحة المجوسي يجوز ذبحها من كافر • وقال محمد لا يجوز • لنا انه مال لهم اقروا على الانتفاع به كالخمر • ولمحمد ان ذبائحهم ميتة فصارت
كالموتى حتف انفه • قوله وان كان من ذوات الامثال اي وان كان الخمر • وكان القياس ان يقول لان كانت لان الخمر
مؤنثة • الا ترى الى قول ابي الاسود الدؤلي دع الخمر يشربها الغواة فانني رايت اخاها مغنيا لمكانها • وقد ذكرناه قبل باب نكاح
الرقيق الا انه ذكر الضمير على تاويل الشراب قوله بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين متصل بقوله لان المسلم ممنوع عن تمليكه
يعني ان المسلم لما كان ممنوعا عن تمليك الخمر وجبت عليه قيمة الخمر اذا اتلفها • بخلاف الذمي اذا باعها من ذمي حيث يجب عليه تسليم عين الخمر
لان الذمي ليس بممنوع عن تمليكها وتملكها • وكذلك اذا اتلف ذمي خمر ذمي حيث يجب عليه مثلها • وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي
بين اتلف صليبا على نصراني ضمن قيمته صليبا لانا اقررناهم على هذا الصنع فصار كالخمر التي هم مقرون عليها • وقد قال اصحابنا ان الذمي
يمنع من كل شي يمنع منه المسلم الا شرب الخمر واكل الخنزير لانا استثنيناه بالامان • ولو عقدوا او ضربوا بالعيدان منعناهم من ذلك كله كما نمنع
المسلمين لانه لم يستثن بعقد الامان كذا ذكر القدوري في شرحه قوله وهذا بخلاف الربا اي هذا الذي ذكرناه من كون الذمي
غير ممنوع من تمليك الخمر • بخلاف الربا فانه ممنوع عنه لان الربا مستثنى من عقودهم لانه لم يرد عليه عقد الامان • الا ترى الى قوله
تعالى في سورة النساء واخذهم الربا وقد نهوا عنه • وروى اصحابنا في كتبهم ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب في عهودهم من اربى فلا عهد
له وقد مر ذلك في البيوع في المسائل المنثورة قبل السلم قوله وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي عطف على قوله بخلاف
الربا • يعني ان عبد الذمي اذا ارتد لا نتعرض على مولاه ونملكه بل ناخذ من ايديهم ونقتله لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض • فاذا وجد ما يوجب
اباحة الدم اذ في ترك التعرض لحرمه في ذلك يلزم الاستخفاف بالدين فلا يجوز • قوله وان كانت امة نجبرها ونستتيبها ونعزرها
وبخلاف متروك التسمية اذا كان لمن يبيحه • يعني ان متروك التسمية عمدا يمنع البيع عنه كالشافعي رحمه الله واصحابه كما يمنع الذمي عن
الربا • وان كانوا يستحلون تمول متروك التسمية عمدا ظاهر الحديث حتى لا يجب الضمان على متلفه لان ولاية المحاجة في المنع عنه ثابتة
لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه • تحقيقه ان الخمر والخنزير مال في حق الذمي في اعتقادنا واعتقادهم • لانهم قد روا
على ذلك في عقد الامان ولا نتعرض لهم في ذلك ولا نحاجهم فلا جرم وجب الضمان على المتلف • بخلاف متروك التسمية عمدا فانه ليس
بمال في اعتقادنا بل هو ميتة • وان كان يبيحه الشافعي واصحابه رحمهم الله لانهم يحجوجون بالحجة القاطعة وهي الاية فلا يجب الضمان

بل

بل الملف ولم يلتفت الى اعتقادهم قوله قال وان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل
بغير شي وياخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه • اي قال في الجامع الصغير صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الرجل المسلم يغصب المسلم خمرا او جلد ميتة فيخلل الخمر ويدبغ جلد الميتة قال لصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شي • واما جلد
الميتة فله ان ياخذه ويرد على الغاصب ما زاد الدباغ في الجلد • فان كان الغاصب استهلكهما جميعا ضمن الخل المدبوغ ولا يضمن الجلد
المدبوغ • وقال ابو يوسف ومحمد يضمن قيمة الجلد مدبوغا ويعطيه صاحب الجلد ما زاد الدباغ فيه بحساب ذلك الى هنا لفظ هو
اصل الجامع الصغير • قال فخر الاسلام البزدوي وغيره في شرح الجامع الصغير قال مشايخنا انما التخليل على ثلاثة اوجه اما ان يخللها
بالنقل من الشمس الى الظل او من الظل الى الشمس او بالقا الملح فيها او بصب الخل فيها فالوجه الاول الخل لصاحبها ولا شي عليه لان الخمر نجس العين
كالبول الا ان نجاستها قابلة للزوال بخلاف البول فصار التخليل بمنزلة الغسل فلا يضاف الى التقوم والمالية بل كان ذلك بمنزلة الطهارة
التقوم والمالية فلاجل ذلك صار صاحبها احق بالخل • واما اذا خللها بالقا الملح فيها وهو الوجه الثاني قال فخر الاسلام في
شرحه فعلى قياس قول ابي يوسف ومحمد رضي الله عنهما ياخذه المالك ويعطي الغاصب ما زاد الملح فيه بمنزلة دباغ الجلد وصبغ الثوب
وان اراد تركه وتضمينه لم يكن له حق التضمين في رواية وفي رواية له ذلك قياسا على جلد الميتة على ما يجي بعد هذا • واما عند ابي
حنيفة فان ذلك صار ملكا للغاصب ولا شي عليه وهكذا ذكر فخر الاسلام ومن وافقه • ومن مشايخنا من جعل الجواب في الملح على
التفصيل فان كان يسيرا لا قيمة له فحكمه حكم التخليل بغير شي كالشمس • وان القى فيها ملحا كثيرا ياخذها المالك عندهم جميعا ويعطي هو
الغاصب ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد وصبغ الثوب كذا ذكر فخر الدين قاضي خان في شرحه • وفي الوجه الثالث وهو ما اذا
خللها بصب الخل فيها روي عن محمد انه قال ان صارت خلا من ساعته كان ذلك استهلاكا فيصير ملكا للمستهلك ولا شي عليه • واما
اذا صب فيها خلا قليلا فلم يصر خلا الا بعد زمان فهو بينهما على مقدار كيلهما لانه لم يصر استهلاكا بل صار في التقدير خلط الخل بالخل
وعلى قياس قول ابي حنيفة هي للغاصب ولا شي عليه في الوجهين جميعا لان نفس الخلط استهلاك عنده كذا ذكر فخر الاسلام • ومن المشايخ
من جعل الخل اليسير اذا صب فيها كالكثير • فاما اذا خللها بخل كثير له قيمة ينقطع حق المالك عند ابي حنيفة كما لو خلط خله بخل
المغصوب منه ولا يضمن شيا لانه استهلك خمر المسلم وخمر المسلم لا يضمن بالاتلاف • وعند ابي يوسف ومحمد يشتركان • وقال شمس
الائمة الحلواني رضي الله عنه ظاهر الجواب ان يقسم بينهما على قدر كيلهما سوا صارت خلا من ساعتها او بعد حين • اما عندهما
فلا يشكل وكذلك عند ابي حنيفة لان عنده الخلط يوجب زوال ملك المالك بشرط الضمان والضمان ههنا متعذر لان خمر المسلم لا يضمن
بالاتلاف • وقال كثير من المتاخرين هذا اذا حمضت بعد حين • اما اذا حمضت بعد ساعتها فهي للغاصب لانه غلب عليها خله
واستهلك خمر المسلم وخمر المسلم لا تضمن • وذكر في المنتقى رجل صب في خمر انسان خلا فصارت كلها خلا وهما نصفان قال لصاحب
الخمر ان ياخذ نصفها خلا كذا ذكر فخر الدين قاضي خان • قالوا في شروح الجامع الصغير وجواب كتاب الجامع الصغير وهو قوله لصاحب
الخمر ان ياخذ الخل بغير شي محمول على الوجه الاول من وجوه التخليل وهو التخليل بغير شي في الوجوه الثلاثة لان الملقى في الخمر صار
مستهلكا • فاما جلد الميتة فان دبغه بشي لا قيمة له اخذه صاحبه ولا شي عليه لانه ليس فيه مال متقوم للغاصب وهو بمنزلة غسل
الثوب في الشرع ايضا فصار اظهار المالية والتقوم لانه استحال لا على حكم المغصوب منه من غير زيادة من جهة الغاصب فيه
قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهذا اذا اخذ الميتة من منزل صاحبها فدبغ جلدها • فاما اذا القى صاحب الميتة الميتة في
الطريق فاخذ رجل جلدها فدبغه فقد قالوا انه لا سبيل له على الجلد لان القاها اباحة لاخذها فلا يثبت له الرجوع كالقا النوى وان
دبغه بشي متقوم كالعفص والقرظ والشب اخذه صاحبه واعطاه ما زاد الدباغ فيه لان دباغه لما كان بمنزلة اظهار المالية صار
الدباغ بمنزلة الزكاة في حق الزيادة فننظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى ما زاد عليه وهو قيمته ذكيا مدبوغا فكذلك الفضل
بقيمة ما زاد الدباغ فيه وجواب الجامع الصغير محمول على هذا الوجه وهو الوجه الثاني • فان اراد المالك ان يترك الجلد على الغا
ويضمنه قيمة الجلد ليس له ذلك لانه غصبه ولا قيمة له • بخلاف ما لو غصب ثوبا فصبغه احمر فان هناك لصاحب الثوب ان يضمنه
ويترك الثوب عليه لان الثوب قبل الصبغ كان مالا متقوما ولا كذلك الجلد حتى لو غصبه جلدا ذكيا غير مدبوغ كان لصاحب الجلد
ان يضمنه • قال فخر الدين قاضي خان من المشايخ من قال هذا قول ابي حنيفة لانه لما تركه فقد عجز الغاصب عن رده فصار كعجزه
باستهلاك • فاما على قولهما له ان يترك الجلد على الغاصب ويضمنه القيمة ايضا ثم كيف يضمنه • اختلفوا فيه قال بعض المشايخ هو
يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ • قال فخر الاسلام وذلك مذكور في بعض نسخ المبسوط لما ذكرنا انه ملحق بالذكي • وقال
بعضهم يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في مسالة الاستهلاك • فان هلك في يد الغاصب فلا ضمان عليه
بالاتفاق لانه لم يجب عليه الضمان بالهلاك لانه لم تهلك بفعله ولم يكن منه جناية • كذا قال الفقيه ابو الليث فاذا استهلكها
قال في الجامع الصغير يضمن الخل ولا يضمن الجلد • وقال ابو يوسف ومحمد يضمن قيمة الجلد مدبوغا ويعطيه ما زاد الدباغ فيه
اما مسالة الخل فالمراد منها الوجه الاول من وجوه التخليل وهو ما اذا خللها من غير خلط لانها استحالت فالا على ملك المغصوب منه من
غير زيادة مال من جهة الغاصب • فاذا استهلكها الغاصب ضمن قيمتها كما لو لم يتقدم الغصب • ثم لم يذكر محمد في الجامع الصغير
ماذا يضمن • قالوا في شروح الجامع الصغير فالظاهر انه يضمن المثل لانه مثلي الا ان يكون من نوع لا يوجد له مثل في تلك المواضع
فيجب قيمته ونص الكرخي في مختصره على وجوب المثل فقال في رجل مسلم غصب رجلا مسلما خمرا فجعلها خلا فاستهلكها قال عليه خل مثله
الى هنا لفظ الكرخي • قال فان خللها بالقائه فيها ثم استهلكها فان كان ذلك بعد ما صارت خلا من ساعته بان كان الملقى فيها

كثيرا فلا ضمان عليه لانه استهلك ملك نفسه او لانه بمنزلة الاراقة ● وان كان الملقى قليلا حتى صار خلا بعد مضي الزمان فهو
يضمن مقدار كيل المالك مثله من الخل لانه اتلف ملكه لان بهذا الخلط لم يستطع حق المالك كذا ذكر الامام الزاهد العتابي ● واما اذا
استهلك جلد الميتة فان كان دبغه بما لا قيمة له ضمن قيمته بالاتفاق فقيل يضمن قيمته مدبوغا واليه ذهب فخر الاسلام ● وقيل طاهرا غير
مدبوغ لانه المتلف فيما لا متقوما خالصا للمالك ● بخلاف ما اذا هلك بعد الدباغ بنفسه حيث لا يجب الضمان لانه لم يوجد منه الجناية لان الدباغ لم
فلو وجب الضمان وجب بالغصب ولا قيمة له عند الغصب ● وان دبغه بشي له قيمة ثم استهلكه فلا ضمان عند ابي حنيفة ● وهذا الوجه هو المراد
من جواب الجامع الصغير ● وقال ابو يوسف ومحمد يضمن قيمته مدبوغا ويعطيه ما زاد الدباغ ● قال فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير
وقولهما في الكتاب يضمن قيمة الجلد مدبوغا ويعطيه ما زاد الدباغ فيه انما يستقيم اذا كان الجنس مختلفا ● فاما اذا كان الجنس واحدا
فلا فائدة في ان يضمن الغاصب خمسة عشر درهما ويعطيه خمسة وانما معنى ذلك بيان قيمة مال المغصوب منه لانه لم يكن ذكيا متقوما قبل الدباغ ثم
ليعتبر ذلك فاذا عرفت قيمته مدبوغا نظر الى قيمته لو كان ذكيا غير مدبوغ فيطرح ذلك عن الغاصب ويعطي الباقي ● وجه قولهما ان الجلد
مال متقوم للمالك فيجب الضمان على الغاصب بالاتلاف كما في الذكي اذا استهلكه بعد الدباغ لان الدباغ بمنزلة الغسل ● ولهذا اذا دبغه بشي لا
قيمة له ثم اتلفه لم يضمن قيمته ● وكذلك اذا خلل الخمر ثم اتلفه ● ولان الغاصب بالدباغ عمل على ذكاة الجلد والانتفاع به من ماله
فلو انه ذكى الجلد ولم ينفق عليه ثم استهلكه وجب عليه قيمته فاذا انفق عليه المال وجب ان يلزم قيمته ويأخذ مقدار ما زاد الدباغ فيه
ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان مالية الجلد وتقومه تابع لما زاد الدباغ فيه لان ظهور المالية مضاف الى الدباغ والاضافة
مالية الدباغ الى الجلد بوجه فالاصل لم يعتبر مضمونا عليه فكذا التبع ● ولهذا لو هلك في يده لا يضمن بالاتفاق ولا كذلك الذكي لانه لا يلزم
اذا دبغه بما لا قيمة له لان المتبوع لم يوجد ● ولان الغاصب اتلفه مالا انفقه عليه وله حق الحبس حتى يصل اليه ما انفق فصار
بمنزلة المبيع في يد البائع ● واتفقوا ان البائع اذا استهلك المبيع لا يضمن ولكن يسقط الثمن عن المشتري فكذلك هنا لا يجب الضمان
قوله والمراد بالفصل الاول يعني ان هنا فصلين فصل تخليل الخمر وفصل دباغ الجلد ● والمراد بجواب الفصل الاول في الجامع
الصغير وهو قوله فلصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شي هو التخليل بدون القاء شي فيه ● والمراد بجواب الفصل الثاني وهو قوله ويأخذ
جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ ما اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ ونحو ذلك كالعفص والشب والعصفر ● قال ابن دريد في الجمهرة
القرظ هو الشجر المعروف الذي يدبغ به والقارظان اللذان يتمثل بهما فيقال حتى يؤوب القارظان ● قال الشاعر وحتى يؤوب القارظان
كلاهما وينشر في القتلى كليب لوائل احدهما يذكر من عنزة والاخر فلان بن رهم بن يذكر بن عنزة خرجا يجتنيان القرظ فلم يرجعا
فضرب بهما المثل واديم مقروظ اذا دبغ بالقرظ قوله كما في المستعار يعني ان المستعار واجب الرد فاذا فوته وجب
عليه قيمته واذا هلك فلا قوله في هذا الوجه اي في الوجه الذي دبغه بشي متقوم قوله قيل لم يترك ذلك
اي مطلقا بالاختلاف قوله وقيل لم يترك ذلك اي عند ابي حنيفة ● وبيان القيلين من قبل هذا قوله لانه اذا
ترك عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك دليل لقول ابي حنيفة وقولهما جميعا ● يعني لما صار كالاستهلاك لم يكن
للمالك ترك الجلد والتضمين كما في استهلاك جلد مدبوغ بمال قيمته ● وعندهما كان له التضمين في الاستهلاك ● وهذا معنى قوله وهو
على هذا الخلاف اي الاستهلاك على هذا الخلاف قوله على ما بيناه اشارة الى ما ذكر في الدليل لابي حنيفة ولصاحبيه
في استهلاك الجلد قبل هذا قوله ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ● يعني لما كان عندهما للمالك ولاية التضمين اختلف المشايخ
على قولهما ● قال بعضهم يضمنه قيمة جلد مدبوغ ● وقال بعضهم يضمنه قيمة جلد طاهر غير مدبوغ قوله ولو استهلكه الغاصب
اي استهلك الجلد الذي دبغه بشي لا قيمة له يضمن قيمته بالاتفاق ● ولكن اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يضمن قيمته مدبوغا وقال
بعضهم يضمن قيمته طاهرا غير مدبوغ قوله وجه الاول اي وجه ضمان قيمة الجلد مدبوغا قوله ولو خلل الخمر
بالقاء الملح فيه قالوا عند ابي حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شي عليه ● وذلك لانه استهلاك وتمام البيان فيه مر في الوجه الثالث
من وجوه التخليل قوله على ما قيل وقيل في دبغ الجلد اي على القولين المذكورين فيه ● يعني قيل لم يترك ذلك بالاتفاق
وقيل لم يترك ذلك عند ابي حنيفة قوله ولو استهلكه لا يضمنه عند ابي حنيفة ● اي لو استهلك الخمر الذي جعله خلا بالقاء
الملح فيه قوله وهو على اصله لم يكن استهلاك اي خلط الخل بالخل خلط الجنس بالجنس وخلط الجنس بالجنس على اصل محمد لم يكن استهلاك
وتقدم ذلك في اول كتاب الوديعة قوله وعند ابي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولا شي عليه اي الخل للغاصب
فيما اذا صارت خلا من ساعته او بعد زمان لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك ● اي في استهلاك الخمر بخلط الخل لانه
خمر المسلم لا يضمن ● وانما قلنا ان نفس الخلط استهلاك لانه لا يمكن الوصول الى عين حقه قوله في الوجه الاول اي فيما اذا صارت
خلا من ساعته قوله في الوجه الثاني وهو ما اذا صارت خلا بعد زمان قوله جواب الكتاب اي كتاب الجامع
الصغير قوله في الوجوه كلها ● اي في الوجوه الثلاثة وهي التخليل بغير شي ● والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها قوله
وقد كثرت فيه اقوال المشايخ وقد اثبتناها في كفاية المنتهي على اتم الوجوه ما ذكرنا قبل هذا ان شاء الله تعالى قوله قال
ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا الى اخره ● اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه في باب الضمان محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في الرجل المسلم يكسر للرجل المسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا قال هو ضامن ● وقال بيع ذلك كله جائز ● وقال ابو يوسف
ومحمد لا يضمن من ذلك الضمان ولا يجوز بيعه ● وقال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل المسلم يهريق للمسلم السكر او يهريق المنصف
قال هو ضامن وقال بيعه جائز ● وقال يعقوب ومحمد لا يضمن من ذلك الضمان ولا يجوز بيعه الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير

وهنا

وهنا فصلان فصل الكسر وفصل الاراقة ● اما مسائل الكسر فهي مسائل الجامع الصغير وانما ذكر في كتاب المناسك مسئلة البربط الاعير كذا ذكر فخر
الاسلام البزدوي ● وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قال ابو حنيفة اذا كسر رجل على رجل بربطا ضمن قيمته خشبا منحوتا ● وقال
في المنتقى عن ابي حنيفة يضمن قيمته خشبا مخلوقا انما الذي يحرم منه التاليف ● وقال الامام عليه الى هنا لفظ القدوري ● وقال الفقيه ابو
الليث كانوا يقولون ان معنى قول ابي حنيفة انه يضمن قيمته ان لو اشترى لشي اخر سوى اللهو ينظر لو ان انسانا اراد ان يشتريه ليجعل وعاء
للملح او غير ذلك بكم يشتري يضمن قيمته بذلك المقدار ● وقال فخر الدين قاضي خان على قول ابي حنيفة يضمن قيمتها صالحة لغير المعصية ففي
الدف يضمن قيمته دفا يوضع القطن فيه ● وفي البربط يضمن قيمته قصعة يجعل فيها الثريد ونحو ذلك ● وقال الامام العتابي في شرح الجامع
الصغير ● ولو كان طبل الحاج او طبل الصياد او دف لعب الصبية في البيت يضمن بالاتفاق ● وجه قولهما وهو الاستحسان ان هذه الاشياء
اعدت للمعصية حتى صارت لا تستعمل لغير ذلك غالبا فصار غير متقوم وكان فعل الاتلاف فيها نهيا عن المنكر فلم يتعلق به الضمان لانه باذن
الشرع كاراقة الخمر وكالخنزير ● ووجه قول ابي حنيفة وهو القياس ان هذه الاشياء اموال متقومة لان اعيانها ليست محرمة لانها تصلح للانتفاع
بها لغير اللهو والمعصية ولكنها اعدت للهو مع صلاحيتها لغيره فلم تناف الضمان كالامة المغنية والحمامة الطيارة ● بخلاف الخمر فانها حرام
لعينها شرعا فلم يصح قياسها عليها ● ولما كانت اموالا في الغيار صح بيعها ● وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي عن ابي يوسف
انه حكى عن شريح ان رجلين اختصما اليه في طنبور فلم يلتفت اليهما فقاما من عنده قال ابو يوسف لو كنت انا فان كان خصومتهما في ذلك الشي
وهو في يد احدهما او في يديهما كسرته وعزرتهما ● ولو كانت خصومتهما بان احدهما كسر والاخر يطلب الضمان جعلت الذي كسر اجرا وعزرت
الاخر ● وروي عن عبد الله بن عمر انه راى في بعض ايدي الناس شيئا من المعازف فكسره على راسه ● ثم قال الفقيه ابو الليث وهو الذي
حكى ان ابا يوسف ومحمدا قالا انه لا ضمان عليه في الدف والطبل اذا كان للهو ● واما اذا كان طبل الغزاة والصيادين ينبغي ان يضمن
وكذلك الدف اذا لم يكن للهو ينبغي ان يضمن اذا كان مثل ذلك يجوز ضربه في العرس ● واما الفصل الثاني وهو فصل الاراقة فوجه قولهما
ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ● بيانه ان حرمة الشرب تسقط التقوم كما في الخمر ● ولانه لو
جاز بيعه ادى الى اظهار الفساد ● ووجه قول ابي حنيفة ان اعيان هذه الاشياء منتفع بها وقد اختلف الاخبار في حلها روي عن ابن عباس
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب ● وروي في ذلك احاديث توجب التحريم فقلنا بالتحريم
احتياطا ● ومن الاحتياط ان لا نسقط ماليتها ولا نحرم بيعها ● كذا قال فخر الاسلام ولان العلماء اختلفوا في حرمتها لاختلاف الاثار فيها
قول ابن عمر ومن تابعه يحل شربها فاخذنا بالاحتياط فقلنا بانه لا يحل شربها ● اما التقوم والمالية كان ثابتا فلا يزول بالشك ● او هو
نقول ان حرمة هذه الاشياء ثبتت بالراي والاجتهاد وباخبار الاحاد فقصرت حرمتها عن حرمة الخمر فلاجل الحرمة حرمنا الشرب ولقصور
الحرمة جوزنا البيع وقد يجوز بيع الشي ولا يجوز اكله ● الا ترى ان الفارة اذا وقعت في زيت وماتت فيه يجوز بيعه ولا يجوز اكله هو
وشربه ويجوز بيع السرقين ولا يجوز اكله ● والحديث الذي احتجا به وارد في الخمر لا في غيرها وبه صرح في كتاب الاثار ● وهذه الاشياء
ليست بخمر ● قال اصحابنا المنصف هو الذي ذهب نصفه بالطبخ والسكر بفتحتين هو التي من ماء الرطب والباذق هو المطبوخ ادنى طبخة فعن ابي
حنيفة في بيع ذلك وضمان الاتلاف فيه روايتان كذا قال فخر الاسلام وغيره قوله فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ● اي اذا
كسر الدف والطبل الذي للهو باذن الامام لا يضمن بالاتفاق ● قال الولوالجي في اخر كتاب السير من فتاواه رجل له خمر فشق رجل زقه
واهرق الخمر على سبيل الحسبة لا يضمن الخمر ويضمن الزق لان الخمر ليس بمتقوم والزق متقوم الا ان يكون ذلك اماما يرى ذلك فحينئذ لا يضمن
لانه مختلف فيه ● ونظير هذا الذمي اذا اظهر بيع الخمر والخنزير في دار الاسلام يمنع ● فان اراقه رجل او قتل خنزيره يضمن الا ان يكون
اماما يرى ذلك فلا يضمن لانه مختلف فيه ● وقال في النوازل في الفصول في اخر كتاب الجنايات كسر دن الخمر ان كان باذن الامام لا يضمن
والا ضمن فما حكاه عن السير الكبير في ادب القاضي وفي باب الغدري ● وذكر الصدر الشهيد في باب الغدري من ادب القاضي رواية
عن اصحابنا انه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وانواع الفساد ● حتى قالوا ايضا لا باس بالهجوم على بيت المفسدين ● وقيل يراق العصير
ايضا قبل ان يشتد ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق قوله والامر بالمعروف باليد الى الامراء هذا يتعلق بقوله كما اذا فعله
باذن الامام ● يعني لما كان الامر بالمعروف باليد الى الامراء لم يلزم الضمان على الكاسر باذنهم ● والاصل في ذلك ما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال من راى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان فالاول للامراء والثاني للعلماء
والثالث للعوام قوله وان كان لا يفعل جاز يعني انا قلنا بضمان المكسور النصف بالقيمة لا بالمثل لان المسلم ممنوع عن ذلك ولكن لو احد
جاز لعدم سقوط التقوم والمالية وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا اي هذا الذي
ذكرناه في ضمان البربط والطبل والدف ونحو ذلك من ان قيمتها تجب غير صالحة لهذه الاشياء بخلاف صليب النصراني حيث تجب قيمته صليبا
قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قال الوالي من اتلف صليبا على نصراني ضمن قيمته صليبا لانا اقررناهم على هذا الصنيع فصار كالخمر التي
هم مقرون عليها وقد قال اصحابنا ان الذي يمنع من كل شي يمنع منه المسلم الا شرب الخمر واكل الخنزير لانا استثنيناه بالامان ● وقال
القدوري ايضا في شرحه قال محمد اذا احرق الرجل بساطا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش فان كان صاحبه قطع رؤس
التماثيل قبل ذلك ضمن قيمته منقوشا وذلك لان نفس التماثيل معصية فلا يجوز ان يتقوم في الضمان كما لا يتقوم الغنا في الجارية المغنية فاذا
قطع رؤس التماثيل فقد ذلك نقش غير ممنوع منه فيتقوم على الغاصب فقال فيمن احرق بساطا فيه تماثيل رجال فقال ضمنه قيمته مصورا لان التماثيل
في البساط ليست بمحرمة الا ترى ان البساط يوطأ واذا لم تكن محرمة ضمنها وقال فيمن هدم بيتا مصورا بالاصباغ تماثيل ضمنه
قيمة البيت واصباغه غير مصور لان التماثيل في البيت منهي عنها كذا ذكر القدوري في شرحه والصليب مثل ما ينبغي بخلاف الصاحب

قوله قالوا من غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
يضمن قيمتهما. اي قال في الجامع الصغير وصورتها في ينبوع الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل غصب ام ولد
رجل فماتت في يده قال لا ضمان عليه. وان غصب مدبرة فماتت فهو ضامن لقيمتها. وقال ابو يوسف ومحمد يضمن في ام الولد كما يضمن
في المدبرة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهي من الخواص. وقال عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل باع ام ولد له او مدبرة له من رجل
فماتت في يد المشتري قال لا ضمان عليه. وقال ابو يوسف ومحمد يضمن قيمتهما جميعا اي في الغصب والبيع الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهي من
الخواص ايضا. وجه قولهما في الغصب ان المولى يملك من ام ولده في حال الحياة ما يملك من مدبره من الاستخدام والاستمتاع ونحو ذلك
ثم المدبرة تضمن بالغصب فكذا ام الولد قياسا عليها. ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان ام الولد ليست بمال. ولهذا تعتق من جميع المال
لا تسعى لغريم ولا لوارث. فلما لم يكن مالا صار كان الغاصب استهلك المنافع وباستهلاك المنافع لا يجب الضمان عندنا. بخلاف المدبرة فانها
مال ولهذا تعتق من الثلث وتسعى لغريم. وكذا الوارث. ووجه قولهما في البيع ان المشتري اخذها بالبيع على اثر عقد فاسد فصار
كمن اشترى شيئا شراء فاسدا يكون مضمونا فكذا هذا. ووجه قول ابي حنيفة في البيع في ام الولد ظاهر لما قلنا في الغصب. واما المدبرة
فلا تكون مضمونة عند المشتري ايضا لانه اخذها باذن البائع لا على وجه البيع فصارت امانة في يده. الا ترى انه لو حلف لا يبيع شيئا
فباع المدبر وام الولد لا يحنث في يمينه فثبت انه لم يكن بيعا فبقي الاخذ باذن البائع فصار كالوديعة. ومسألة بيع ام الولد والمدبر
مر بيانه مرة في باب البيع الفاسد. **قوله** وام الولد لا تتقوم ذكرناها في كتاب العتاق مرتبا بها في اخر باب العبد يعتق بعضه وهو ان التقوم
يبتني على الاحراز وام الولد لا تحرز احراز الاموال بل تحرز احراز المنكوحات والباقي ينظر ثمة والله اعلم

كتاب الشفعة

ذكر كتاب الشفعة بعد
كتاب الغصب لمناسبة بينهما لان في كل واحد منهما تملك مال الانسان بغير رضاه. وقدمنا ان الشفعة مشروع والغصب ليس بمشروع
بل هو عدوان محض وكان القياس ان يقدم كتاب الشفعة لشرعيتها ولكن قدم الغصب لكثرة الحاجة الى معرفته لانه يقع كثيرا في المعاملات
كالبياعات والاجارات والشركات والمضاربات والمزارعات وغيرها لا سيما هذا الزمان فانه زمان الظلم والحيف والتعدي فما
احسن من قال والظلم في خلق النفوس فان تجد ذا عفة فلعلة لا يظلم. ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار
سميت بذلك لانها اخذت من الشفع الذي هو ضد الوتر لانه ضم شي الى شي. الا ترى ان الشفيع وهو الذي له حق الشفعة يضم ما اشتراه الجار
الى ملك نفسه والشفاعة سميت بذلك لانها ضم المشفوع له الى اهل الثواب وسبب الشفعة احد الاشياء الثلاثة الشركة في البقعة والشركة
في الحقوق والجوار على سبيل الملاصقة. وعند الشافعي رحمه الله لا يستحق بالجوار ويجي بيان الخلاف ان شاء الله تعالى عقيب هذا
قوله قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار. اي قال القدوري في مختصره
وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره الشفعة تستحق عند اصحابنا جميعا بثلاثة معان بالشركة فيما وقع عليه عقد البيع او بالشركة في حقوق
ذلك او بالجوار الاقرب فالاقرب وتفسير ذلك دار بين قوم فيها منازل لغيرهم فيها شركة بين بعضهم وفيها ما هو مفرد لبعضهم وساحة
الدار مرفوعة بينهم يستطرقون من منازلهم فيها وباب الدار التي فيها المنازل في زقاق غير نافذ فباع بعض الشركا في المنزل نصيبه من شريكه
او من رجل اجنبي بحقوقه من الطرق في الساحة وغيرها فالشريك في المنزل احق بالشفعة من الشريك في الساحة ومن الشريك في الزقاق الذي
فيه باب الدار. فان سلم الشريك في المنزل الشفعة فالشريك في الساحة احق بالشفعة. وان سلم الشريك في الساحة فالشريك في الزقاق
الذي لا منفذ له الذي يشرع فيه باب الدار احق بالشفعة من الجار الملاصق. وجميع اهل الزقاق الذي طريقهم فيه شركا في الشفعة من
كان في ادناه واقصاه في ذلك سوا. فان سلم الشركا في الزقاق فالجار الملاصق ممن لا طريق له في الزقاق بعدهم احق ولا حق لغير الملاصق
من الجيران شفعة ممن لا طريق له في الزقاق. وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد. وقال
بشر بن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا ابا يوسف قال قال بعض اصحابنا لا شفعة الا للشريك لم يقاسم نصيبه. وقال غيرهم للجار الشفعة
الى هنا لفظ الكرخي في مختصره. ثم قال الكرخي فيه وقال ابو يوسف عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم ان شريحا كان يقضي بالشفعة
للجيران الابواب واقرب الابواب الى باب الدار هو الشفيع. وقال ابو حنيفة خلاف ذلك فقال الجار الذي يليه الشفعة الملاصق لذا ذكر
الكرخي. وعند اهل المدينة مثل يحيى بن سعيد الانصاري وربيعة بن ابي عبد الرحمن ومالك بن انس لا شفعة بالجوار وبه يقول الشافعي
واحمد واسحق. ومذهب سفيان الثوري وابن المبارك مثل مذهبنا ان الجار له الشفعة كذا ذكر الترمذي في جامعه في الحديث احتج
مالك والشافعي واحمد على ان لا شفعة بالجوار بما روي مسندا في صحيح البخاري عن ابي سلمة عن جابر بن عبد الله قال قضى النبي صلى الله عليه وسلم
بالشفعة في كل ما لم يقسم. فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. ولان حق الشفعة ثبت بخلاف القياس لان فيه تملك مال الغير
بغير رضاه فلا يعمل فيقتصر على مورد النص وهو ما لم يقسم. ولانه شرع فيما لم يقسم لدفع ضرر مؤنة القسمة لانه يحتاج الى ان يدفع عن
نفسه مطالبة القسمة ولا يمكنه الا بالتملك عليه. وهذا المعنى لا يتحقق في الجار. ولنا ما روى صاحب السنن باسناده الى عمرو بن الشريد
انه سمع ابا رافع سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول الجار احق بسقبه. وروى صاحب السنن ايضا باسناده الى قتادة عن الحسن عن سمرة
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال جار الدار احق بدار الجار والارض. وروى ابو عيسى الترمذي في جامعه باسناده الى سمرة قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم جار الدار احق بالدار. وروى ابو داود ايضا في السنن مسندا الى عطا عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غايبا اذا كان طريقهما واحدا. وحدث الطحاوي في شرح الاثار باسناده
الى سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جار الدار احق بالدار. وحدث الطحاوي باسناده الى قتادة

عن الحسن عن سمرة بن جندب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جار الدار احق بالدار. وقال الكرخي في مختصره روى ابو يوسف عن اشعث
بن سوار عن محمد بن سيرين عن شريح انه قال الخليط احق من الشفيع والشفيع احق من الجار والجار احق من غيره. قال ابو يوسف وتفسير
هذا عندنا ان الشريك الذي لم يقاسم هو الخليط وهو احق من الشفيع. والشفيع الشريك في الطريق والمنازل مقسومة والجار الذي لا شرك
له في منزل ولا طريق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف. وكذلك روى ابن سماعة عن محمد في تفسير حديث شريح ان الخليط احق من الشفيع
والشفيع احق من الجار والجار احق من غيره على ما اخبرتك اتفق محمد وابو يوسف على تفسير الحديث على ما روي عن ابي يوسف الى هنا لفظ
الكرخي. والمعنى المعقول في المسألة ان علة استحقاق الشفعة في الشريك وجدت في الجار وهو دفع ضرر الدخيل بالمشاركة في استحقاق
الشفعة لان المشاركة في السبب توجب المشاركة في الحكم. بيانه ان الاتصال بين الملكين على وجه التابيد والقرار لا يعرى عن الضرر فربما
يكون صاحبه بذيا يوذي صاحبه باللسان واليد بسوء الصحبة ووقع المنازعة وهو امر معلوم لا يجري فيه التناكر الا على وجه المكابرة فشرع
استحقاق الشفعة للشريك دفعا للضرر الدخيل. وهذا المعنى اعني الضرر موجود في حق الجار الملاصق ايضا فتثبت له الشفعة قياسا على
الشريك. فان قلت ضرر الدخيل موهوم ربما يكون وربما لا يكون. والظاهر انه لا يكون لانه مسلم متدين عاقل وعقله ودينه يمنعانه
عن اضرار الغير وضرر المشتري وهو اخذ الملك منه بلا رضاه متحقق فكيف يجوز الحاق الضرر المتحقق لدفع ضرر موهوم. ولو كان ضرر الدخيل
موجودا لامكن دفعه بالمرافعة الى السلطان او بالمقابلة. قلنا لا نسلم ان ضرر الدخيل موهوم بل هو غالب فان الانسان لا يمكنه
الانتفاع بملكه مع غمه ولا يتاذى من جاره فما احسن من قال كم معشر سلموا لم يوذهم سبع وما نرى بشرا لم يوذهم بشر. ولئن سلمنا انه
موهوم فنقول نشتغل بدفع الضرر الموهوم قبل نزوله لانه اذا نزل ربما يمكن دفعه وربما لا يمكن فلا فائدة اذن في الاشتغال بالدفع. وقوله
ان ضرر المشتري متحقق. قلنا لا نسلم بعد ذلك من باب الاضرار لان الشرع جعل غيره احق منه فبعد تقدم الشفيع واخذه صار كان العقد
وقع معه ابتدا. ولئن سلمنا ان ضرر المشتري متحقق فنقول ضرره دون ضرر الشفيع ويتحمل الضرر الادنى لدفع ضرر الاعلى لان ضرر المشتري
ليس الا الهلاك عليه بما قام عليه من الثمن بلا رضاه وهو ما صحب الجدار وما سكن الدار والشفيع قد سكن الدار وصحب الجدار فلم تثبت له الشفعة
يتحمل الضرر الادنى لدفع ضرر الاعلى لان ضرر الدخيل ربما يحتاج الى مفارقة داره ودار اباه احترازا عن ضرر الدخيل فيبقى عليه ذلك
غاية المشقة. **قوله** يمكن دفعه بالمرافعة الى السلطان او بالمقابلة. قلنا الضرر الذي يلحقه من جهة الدخيل بعضه ظاهر
وبعضه باطن لا يمكن رفع جميع ذلك الى السلطان وفيه حرج. ولان الضرر الذي يلحقه على باب السلطان وضرر المقابلة فوق ضرر سوء
الصحبة والمقابلة من الدخيل فلا يجوز تحمل الضرر الاعلى لدفع الادنى. فان قلت العلة في استحقاق الشفعة للشريك دفع ضرر المقاسمة فلا
يتحقق هذا المعنى في الجار فلا تثبت له الشفعة. قلنا المقاسمة حق مستحق على الشريك فلا يكون ايفاء الحقوق المستحقة من باب الضرر لانه لو كان
ضررا لم يكن مشروعا بل فيه نفع خاص لانه جمع الانصبا. فان قلت في المملوك بالارث والهبة والوصية لا تثبت الشفعة فتنتقض العلة. قلنا
انما لا تثبت في هذه الصور لوجهين احدهما ان هذه الاسباب لا يكثر وجودها فلا حاجة الى اثبات حق الشفعة لدفع الضرر الحاصل بها
بخلاف البيع فانه يكثر وجوده. والثاني لو ثبتت الشفعة بهذه الاشيا اما ان تثبت بعوض او لا بعوض. والثاني غير مشروع في الشفعة
والاول لا يمكن لان حق الشفعة انما يثبت في الشرع بالتملك بمثل الثمن الذي اشتراه او بقيمته كما اذا اشترى دارا بالعبد فاخذها بقيمة العبد
وفي هذه المواضع لم يملك الدار بشي فكيف ياخذها به او بقيمته. الا ترى ان الخلطة سبب الشفعة بالاتفاق ومع هذا لا تثبت الشفعة في
الخلطة بهذه الاشيا. والجواب عن حديث الخصم فنقول قول جابر قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم يدل على ان الشفعة مستحقة
فيما لم يقسم. ونحن نقول بموجب ذلك وتخصيص الشي بالذكر لا يدل على نفي ما عداه. وقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة من كلام
الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما صح من الاخبار في ثبوت الشفعة للجار. فلو كان ذلك من كلام النبي صلى الله عليه
وسلم لقال جابر قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم. وقال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. ولئن صح
انه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم فنقول معناه لا شفعة بسبب القسمة وليست هي كالبيع. وانما قال هذا دفعا للوهم بتوهم ان القسمة لما كان
فيها معنى التمليك من كل واحد من الشريكين للاخر ينبغي ان يثبت بها الشفعة فازال ذلك الوهم بهذا. والجواب عن قوله ان حق الشفعة ثبت
بخلاف القياس فنقول لا نسلم انه بخلاف القياس لان النص معلول بالاجماع فعندنا العلة دفع ضرر الجوار باتصال الملكين على الدوام. وعند
الخصم العلة دفع ضرر مؤنة القسمة. ولئن سلمنا انه بخلاف القياس فنقول تثبت الشفعة في المتنازع فيه باخبار الصحاح التي ذكرناها
لا بالقياس. فان قال ملك الجار يحوز عن ملك البايع فلا تثبت له الشفعة كالجار المحاذي. قلنا لا نسلم ان ملكه يحوز لان بينهما
اشتراكا في الحايط او في جز من الارض وهو الحد الفاصل بين الملكين. والمعنى في الاصل ان ملك احدهما ليس بمتصل بالاخر وليس بينهما
اشتراك في جز. بخلاف الفرع او الجار المحاذي لا يحاذي البنا على وجه الدوام. بخلاف الفرع **قوله** الشفعة واجبة للخليط
اي ثابتة ولم يرد به الوجوب المصطلح الذي يلزم من تركه الاثم. والخليط الشريك من الخلطة وهي الشركة. يقال خالطه اذا شاركه **قوله**
ولقوله عليه السلام الجار احق بسقبه والسقب القرب والمراد منه الشفعة. ويجوز كتابته بالسين والصاد جميعا كالصراط يقال دار
فلان سقب دار فلان اي تقرب منها وابيات القوم متساقبة اي متقاربة وسقبت الدار واسقبت لغتان فصيحتان والمنزل سقب ومسقب
كذا في المغرب **قوله** في الاصل اي فيما لم يقسم دون الفرع اي في الجوار **قوله** ولان ملكه متصل بملك الدخيل اي لان ملك
الجار متصل بما ملكه المشتري بالشرا اتصالا دخيلا لانه ليس بمشترك في الجوار والاصل هو الجوار **قوله** اعتبارا بمورد الشرع اراد بما لم
يقسم. **قوله** وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقق ضرر غيره جواب عن قوله لانه لمؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع. يعني
ان التعليل به لا يصلح لانه لا يعتبر ضررا لكون القسمة مشروعة فلا يحتمل ضرر الغير الذي هو المشتري بالتملك عليه بلا رضاه لدفع ضرر القسمة

لانه ليس بضرر بل العلة هي دفع ضرر الجوار باتصال الملكين على الدوام **قوله** واما الترتيب عطف على قوله اما الثبوت يعني ان لفظ القدوري دل على شيئين ثبوت الشفعة والترتيب • اما ثبوتها فلما لاحداث المذكورة • واما الترتيب فلما روى ابو يوسف عن اشعث ابن سوار عن محمد بن سيرين عن شريح انه قال الخليط احق من الشفيع والشفيع احق من الجار والجار احق من غيره • واراد بالخليط الشريك الذي لم يقاسم وبالشفيع الشريك في الطريق فقدم قبل هذا **قوله** فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع وهذا اللفظ لم يثبت الحديث • وقال صاحب الهداية الشريك من كان شريكا في نفس المبيع والخليط من كان شريكا في حقوق المبيع وهما في اللغة سوا • قال الطحاوي في شرح الاثار فان قال فقد جعلت هولاء الثلاثة شفعاء بالاسباب التي ذكرت فلم جعلت الشريك اولى من الشريك في الطريق ثم الجار قيل له لان الشريك له شركة في الطريق وفي الدار بعينه وليس لصاحب الطريق حق في الدار فلهذا صار هو اولى وكذلك لصاحب الطريق حق في الطريق وليس للجار ذلك فلهذا صار هو اولى • ثم الجار وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وقد قالوا في الشريك اذا سلم الشفعة وجبت للشريك في الطريق • فان سلمها وجبت للجار • وروي عن ابي يوسف ان الشفعا اذا اجتمعوا فسلم الشريك الشفعة فلا شفعة لغيره • وجه قولهم المشهور ان السبب الذي يتعلق به حق كل واحد منهم موجود عند عقد البيع وانما يتقدم حق بعضهم لتاكد حقه • فاذا اسقط حقه كان لغيره ان يستوفي كغرماء الصحة وغرماء المرض والدين الذي به رهن والدين الذي لا رهن به اذا اسقط المرتهن حقه • ولابي يوسف ان عقد البيع وقع غير موجب للشفعة للجار • الا ترى انه لا يملك المطالبة بها فلا يثبت حقه الا بتجديد بيع اخر اصله اذا استحدث الجوار **قوله** ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة يصلح مرجحا اي لان ضرر القسمة ان لم يصلح علة لاستحقاق الشفعة لان القسمة امر مشروع يصلح مرجحا معناه ان ما لا يصلح علة لا يلزم ان لا يصلح للترجيح لان الترجيح انما يكون ابدا بزيادة وصف لا يصلح للعلية فلهذا كان في نفس المبيع وهو الشريك الذي لم يقاسم اولى من غيره كالاخ لاب وام يترجح على الاخ لاب في الميراث بالعصوبة وان كانت العصوبة لا تستحق بالام **قوله** قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة • اي قال القدوري في مختصره • وذلك لان الشريك في نفس المبيع اولى باستحقاق الشفعة والا قدم على غيره من الشفعا لقوته وقد مر بيان ذلك عند بيان ترتيب الشفعا **قوله** قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار اي قال القدوري في مختصره فان سلم الخليط في الرقبة وهو الشريك في نفس المبيع فحينئذ يظهر حق الشريك في الطريق فيكون الشفعة له • فان سلم هو فالشفعة للجار الملاصق ولا اعتبار للجار المحاذي خلافا لما روي عن شريح وقد مر بيانه • وقال في خلاصة الفتاوى يثبت الشفعة بجوار دار الوقف وفي الواقعات في باب الشفعة بعلامة السين رجل له ارض في وقف عليه فاشترى ارضا اخرى بجنبها لم يكن لصاحب الارض الموقوفة عليه شفعة لان الشفعة تحق الملك ولا ملك له **قوله** وعن ابي يوسف ان مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى وقد مر بيانه قبل هذا **قوله** وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار اي الشريك في الجدار مع ارضه مقدم على الجار في المنزل وعلى الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف وفي الرواية الاخرى عنه هو والجار سوا • وانما قيل مع ارضه لان الشركة في البنا المجرد لا توجب الشفعة • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال ابو يوسف في دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فباع احدهما نصيبه من الدار فشريكه في الدار احق بالشفعة في ذلك ولا شفعة لصاحب الطريق • قال وكذلك دار بين رجلين لاحدهما حائط في الدار بينه وبين رجل يعني بارضه فباع الذي له شرك في الحائط نصيبه من الدار والحائط قال فالشريك في الدار احق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك في الحائط في الدار وله الشفعة في الحائط وارضه • وكذلك دار بين رجلين ولاحدهما بير في الدار بينه وبين رجل اخر فباع الذي له الشرك في نصيبه من الدار والبير فالشريك في الدار احق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك في البير في الدار وله شفعة في البير **قوله** ثم لابد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد • وعن ابي يوسف الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام • قال الكرخي في مختصره قال هشام عن ابي يوسف في الساقية الصغيرة يسقى منها البستانين او الثلاثة او يسقي قطعتين او ثلاثة او نحو ذلك لصاحب الارض والبستان الذي له الشرب في الساقية احق بما بيع من الجار الذي له شرب في الساقية • فان ترك صاحب الساقية شفعته فللجار ان يطلب الشفعة وقال ابو يوسف في النهر في الارض التي شربها من النهر العظيم شفعة ولم يجعل ابو يوسف العظيم مثل الساقية بين القوم • ثم قال الكرخي فيه وقال هشام سألت محمدا عن النهر الذي تجري فيه السفن ايكون للذين لهم النهر الشفعة بما بيع من ذلك النهر قال نعم • قال محمد ولكن ليس لهم شفعة بهذا النهر في الارضين التي شربها من هذا النهر هذا بمنزلة الطريق النافذ • قال واما ما لا تجري فيه السفن فانه بمنزلة الطريق غير النافذ فهم شفعاء بالانهار في الارضين التي شربها في النهر • وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قال القدوري في شرحه اجرى محمد الحكم على جريان السفن لان ما تجري فيه في حكم العظيم فهو كالدجلة والفرات وما لا تجري فيه السفن في حكم الصغير فهو كالزقاق الذي لا ينفذ • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي لو ان نهرا يسقى منه اراض معدودة او كروم معدودة فبيعت الارض من ذلك او كرم منها فهم شفعا فيها لانهم كلهم خلطاؤها • ولو كان النهر عاما فانه للجار الملاصق والحد الفاصل بين الخاص والعام قد ذكر بعضهم بالاحصا • فان كانوا ممن يحصون فهو خاص وان كانوا اكثر من ذلك فهو عام فروي عن بعضهم ان كانوا دون المائة فهو خاص وان كانوا اكثر من ذلك فهو عام • وقال بعضهم ذلك موكول الى راي القاضي فان راه خاصا قضى لاهله بالشفعة وان راه عاما قضى بها للجار الملاصق بالشفعة الى هنا لفظ شرح الطحاوي • والمراح الارض البارزة التي لم يختلط بها شي • والمراح الذي لا يخالطه شي كذا في تهذيب الديوان **قوله** فان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة

وفي مسئلة تبيعت دارا في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا • وان بيعت في العليا فلاهل السكتين ذكرهما ثم قال بعد ما بل مثله القدوري قال فالمعنى ما ذكرنا فهو ان حق المرور لاهل السفلى خاصة في الصورة الاولى وفي الثانية حق المرور لاهل السكتين جميعا فكانوا سوا في الشفعة • قال صاحب الهداية ولو كان نهر صغير ياخذ منه نهرا صغيرا منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه اي في استحقاق الشفعة • بيانه ما قال القدوري في شرح الكرخي اذا تفرع منه نهر اخر فبيعت ارض شربها من النهر النافع فاهل النهر النافع احق بالشفعة من اهل النهر الكبير لانهم يختصون بشرب النهر النافع • فان بيعت ارض في النهر الكبير كان اهله واهل النهر النافع سوا في الشفعة لانهم تساووا في استحقاق الشرب بالشركة في عمود النهر **قوله** ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال سالت محمدا عن حائط بين دارين عليه خشب لصاحب هذه الدار ولصاحب الدار الاخرى فبيعت احدى الدارين فجا صاحب الحائط يدعي الشفعة وجا الجار يدعيها ولا يعلم ان الحائط بينهما الا بالخشب الذي عليه لهما قال محمد اسال المدعي للشفعة البينة ان الحائط بينهما فان اقام بينة فهو احق من الجار لانه شريك وان لم يقم بينة لم اجعله شريكا الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه وذلك لان استحقاق الحائط بالخشب ظاهر في الملك والشفعة لا تستحق بالظاهر **قوله** قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار • اي قال في بيوع الجامع الصغير ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال الشريك في الطريق احق بالشفعة من الجار • فاما الشريك بالخشبة تكون له على حائط الرجل فانما هو جار الى هنا لفظ محمد رضي الله عنه • وذلك لانه لا يكون بوضع الخشب شريكا في شي من الدار وانما له حق الشغل فكان جارا ملازقا فكان مؤخرا عن الشريك في الطريق **قوله** قال واذا اجتمع الشفعا فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم لا يعتبر اختلاف الاملاك • اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرحه وهو احد قولي الشافعي رحمه الله • وقال في قول اخر انها على قدر الانصبا • وقول الشافعي في الجديد على قدر الحصص كذا في وجيزهم وقال في كتاب التقريب لاصحاب مالك والشفعة على قدر الانصبا وليست على عدد الرؤوس • وعن احمد روايتان والاعتماد الخرقي في قدر السهام • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والشفعة للشفعا على عدد رؤوسهم لا على مقادير الانصبا • وصورة المسئلة دار بين ثلثة نفر لاحدهم نصفها وللاخر ثلثها وللاخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضى القاضي فيما بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله قضى فيها اثلاثا ثلثاها لصاحب الثلث وثلثها لصاحب السدس على مقادير انصبائهما • ولو ان دارا بيعت ولها شفيعان جاران جار احدهما الثلاثة ارباع الدار وجار الاخر ربعها • او جوار احدهما في قدر شبر من الدار وطلبا جميعا الشفعة يقضى بينهما نصفين وعند الشافعي لا يجب الشفعة للجار • ولو حضر واحد من الشفعا اولا واثبت شفعته فان القاضي يقضي له في جميع الدار بجميع الشفعة • ثم اذا حضر شفيع اخر واثبت شفعته فانه ينظر ان كان الثاني شفيعا مثل الاول قضى له بنصف الدار فان كان الثاني اولى من الاول بان كان الاول جارا وهذا خليط فان القاضي يبطل شفعة الاول ويقضي بجميع الدار للثاني • وان كان دون الاول في الشفعة فان القاضي لا يقضي للثاني بالشفعة وكذلك الحكم لو ان رجلا اشترى دارا وهو شفيعها ثم جا شفيع مثله قضى القاضي له بنصفها وان جا شفيع اخر اولى منه فان القاضي يقضي له بجميع الدار • فان كان شفيع دونه فلا شفعة له الى هنا لفظ شرح الطحاوي • احتج الخصم ان الشفعة حق من حقوق الملك ومن مرافق الملك فوجب ان يتقدر بقدر الملك كالكسب والغلة والثمرة والولد والشرب والطريق • وانما قلنا انه حق من حقوق الملك ومرفق من مرافقه لان الشرع اثبت للشفيع حق الاخذ ليتمكن من الانتفاع بملكه على سبيل الكمال وفيما يرجع الى تكميل الشفعة فهو من حقوق الملك ومرافقه • بخلاف ما اذا كان الشفيع واحدا وهو صاحب قليل حيث لا يتقدر بقدر نصيبه بل ياخذ الكل لان الشرع اثبت له حق الاخذ لدفع الضرر عن نفسه • ومتى لم يثبت له حق الاخذ في الكل لم يندفع الضرر ولم يحصل المقصود فاذا آل الامر الى الحكم بين الشفيعين واستحقاقهما ثبت بقدر الملك وجاز ظهور التفاوت في الاستحقاق عند الاجتماع وان لم يكن عند الانفراد كالبنوة سبب الاستحقاق كل الميراث عند الانفراد ولم يثبت بسبب له عند الاجتماع وكالفارس والرجال في استحقاق الغنيمة حالة الانفراد يستحق كل فريق تمام اربعة اخماس الغنيمة • وعند الاجتماع يكون نصيب الفارس اكثر وسبب استحقاق الغنيمة هو الاستيلاء والقهر • وكذلك العبد اذا قتل انسانا خطا وفقا عين اخر او قطع يد اخر يدفع اليهما اثلاثا • وعند الانفراد يستحق كل واحد منهما جميع العبد • ولنا ان التساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في الاستحقاق والشركا قد تساووا في السبب فيستوون في الاستحقاق كما اذا استووا في الانصبا لان الحكم يثبت على وفق السبب وانما قلنا انهم استووا في السبب لان سبب استحقاق الشفعة في كل المشفوع اصل الاتصال بين الملكين وان قل بدلالة المعقول والحكم اما الحكم فان الدار اذا كانت بين اثنين لاحدهما عشرها وللاخر تسعة الاعشار فباع صاحب الكثير نصيبه من اجنبي فلصاحب القليل ان ياخذ كل الدار بالشفعة بالاجماع • واما المعقول فلان الاتصال بين الملكين انما صار سببا لاستحقاق الشفعة لدفع ضرر الدخيل بسوء الصحبة واذى الجار ونحوه • وهذا المعنى يتحقق في حق صاحب القليل كما في حق صاحب الكثير بل ضرر الدخيل في حق صاحب القليل اكثر لان نصيب الدخيل اذا كان اكثر يكثر تصرفه في ملكه ويكثر تعدي تصرفه في ملكه على وجه يتضرر به شريكه فاذا كان اقل يقل تصرفه ويقل تعدي ضرر تصرفه فكان اصل الاتصال في حق صاحب القليل في استحقاق الشفعة مثل الاتصال في حق صاحب الكثير من هذا الوجه فيساويه في الاستحقاق وكثرة الاتصال زيادة في العلة والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها الا ترى ان احد المدعيين اذا اقام شاهدين والاخر عشرة لا يترجح صاحب العشرة لانهما استويا في علة الثبوت • وقولهم انه حق من حقوق الملك ومرفق من مرافقه • قلنا ليس يعني بهذا انه متفرع عن الملك كالثمرة او حق يثبت بسبب الملك فالاول ممنوع لانه لم يكن التولد لانه تملك نصيب الشريك لا يتفرع ولا يتولد من ملكه • والثاني مسلم ولكن استحق بملك صاحب القليل مثل الذي استحق بملك صاحب

الكبير لانهما في سبب الاستحقاق سوا • وقوله انه لتكميل الشفعة قلنا تكميل الشفعة يجب ان يكون راجعا الى عين المملوك وههنا حق الاخذ في محل اخر
والمعني في الاصل ان الولد والثمرة متولد من الملك فانقسم على قدر الملك والشفعة يستحق بمعنى منتسا ولا يعتبر فيه الملك كالوصية للجيران ان صاحب
النصيب القليل والكبير في الوصيتين سوا • كذا في مختصر الاسرار وغيره • والجواب اذا كان الاثنين مع ابن اجزا الموجود في حق كل واحد منهما
سبب استحقاق الكل الا انه لا يمكن استحقاق الكل لكل واحد منهما على الكمال فتنصف بينهما • وكذا نقول في ولي المقتول خطا والمنقوعة والجواب
عن مسئلة الفارس والراجل انهما لم يتساويا في السبب وهو القهر والاستيلا فلم يتساويا في الاستحقاق والباقي يعلم في نسخ طريقة الخلاف
قوله فاشبه الربح والغلة • يعني ان الربح يكون اذا اشترى شيئا ولم يشتر طاشيا وقال احدهما خمسة وقال الاخر عشرة فحصل الربح
كان الربح بينهما اثلاثا الثلث لصاحب الخمسة والثلثان لصاحب العشرة لان الربح نما المال وتماله كذلك • وكذلك غلة العقار المشترك
بين اثنين اثلاثا يكون بينهما اثلاثا • وكذلك ولد الجارية المشتركة او البهيمة المشتركة يكون الملك فيه لكل واحد بقدر الملك في الام
وكذلك ثمر النخل المشترك **قوله** ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري
الى قوله فلو سلم الحاضر بعد ما قضي بالجميع لا ياخذ القادم الا النصف • اما اذا اسقط بعضهم حقه فانما كان الشفعة للباقين لان كل واحد
منهم لو انفرد ثبت له حق الاخذ بالجميع • وانما سقط حقه عن بعضها بالمزاحمة بحقه في الجميع بحاله كالغرماء اذا تحاصوا في التركة فاسقط
بعضهم حقه سلمت التركة للباقين وهذا كالقاتل لاثنين اذا عفى ولي احدهما فللاخر القصاص لان حقه ثبت في الجميع فاذا ابرا الاخر كانه
لم يكن وليس هذا كالعبد اذا قتل اثنين خطا فعفا ولي احدهما وولي الاخر يبقى حقه في نصف العبد ويقال للمولى اما ان تدفع اليه نصف
العبد او تفديه لان جناية الخطا مال فاذا تعلقت الجنايتان بالرقبة تضايقت فيها فثبت لكل واحد منهما النصف فاذا سلم الاخر لم يزد
حق الباقين • وليس كذلك الشفعة لانها حق ليس بمال يجب بدم العبد اشبه • واما اذا كان للدار شفيعان فحضر احدهما حكم له بجميعها
فان حكم له ثم جا شفيع اخر اخذ منه نصف الدار • وان جا ثالث فله ان ياخذ من كل واحد ثلث ما في يده حتى يكون الدار بينهم اثلاثا
على عددهم • وذلك لان حق الغائب متعلق بالدار لا يسقط بغيبته • وانما قضى بها للحاضر لانه لا مزاحم له فاذا حضر الغائب كان له المطالبة
بحقه حتى يساوي الحاضر فيه • فاذا قدم الغائب فقال انا اخذ النصف حسب وقال الحاضر الذي اخذ جميع الدار انا اسلم لك الكل فاما
ان تاخذ الكل واما ان تدع فله ان ياخذ النصف وليس للذي كان حاضرا ان يلزمه اكثر من ذلك • وذلك لان حكم الحاكم للحاضر اسقاط
لحق الغائب عن مقدار نصيب الحاضر • فاذا اسقط حقه عن النصف لم يلزمه ان ياخذ الا ما تعلق حقه به وليس كذلك اذا لم يحكم الحاكم
فترك احدهما نصيبه لان التارك لم يسقط حق الاخر عما تعلق به واذا سقطت المزاحمة بقي حقه في الجميع كانه لم يكن الا هو فلا يكون له اخذ
البعض وهذا كما قالوا في رجلين ادعى كل واحد منهما دارا في يد رجل فاقام البينة انها له ثم ابرا احدهما من الدعوى قبل الحكم فقضى
القاضي بجميع الدار للاخر • ولو حكم بالبينتين ثم ابرا احدهما من الدعوى لم يكن للاخر الا النصف لان حكم الحاكم لهما اسقاط لحق كل
واحد منهما فيما قضى به للاخر كذا ذكر الشيخ ابو الحسن القدوري في شرحه لمختصر الكرخي **قوله** قال والشفعة تجب بعقد البيع اي
قال القدوري في مختصره وقال صاحب الهداية ومعناه بعده لا انه هو السبب • اي معنى قوله تجب بعقد البيع تجب الشفعة متعلقا
بوجوب البيع على ان الشرط لا انه السبب لوجوب الشفعة لان السبب هو اتصال الملكين لدفع ضرر الدخيل بسوء الصحبة واذى المجاورة
على ما قدمناه قبل هذا • وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي والشفعة تجب برغبة البائع عن ملكه بدلالة انه لو ادعى انه
باع داره من زيد فجحد زيد ذلك وجبت الشفعة لاجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه وان لم يحكم بدخوله في ملك المشتري • ثم قال
وهذا المعنى هو سبب الشفعة • وقال ابو جعفر الطحاوي في مختصره والشفعة تجب بالبيع وتستحق بالاشهاد وتملك بالاخذ اي هنا
لا طه رضي الله عنه • قال الامام الاسبيجابي رضي الله عنه في شرحه الاصل يعتمد ان الشفعة تجب بالبيع وتستحق الطلب وتملك بالاخذ
ومعنى قولنا تجب بالبيع وتستحق بالطلب فان الشفيع لو طلب الشفعة قبل البيع لم يصح طلبه • ولو سلم الشفعة قبل البيع فتسليمه باطل
ولو سلم بعد البيع وهو لا يعلم بالبيع بطلت شفعته لان التسليم حصل بعد وجوبه • ولو سكت بعد البيع ولم يطلب فان سكوته بعد العلم
يبطل شفعته • وان كان لا يعلم بالبيع لم يبطل شفعته بالسكوت **قوله** قال وتستقر بالاشهاد اي قال القدوري في مختصره
وانما تستقر بالاشهاد لانها حق ضعيف يسقط بالاعراض ولا يعلم انه مطالب وليس معرض الا بالاشهاد • قال صاحب الهداية ولا بد
من طلب المواثبة • قال في شرح الطحاوي والطلب طلبان طلب مواثبة وطلب استحقاق • اما طلب المواثبة فعند سماع البيع من غير
سكوت ويشهد على طلبه شهودا ثم لا يمكث حتى يذهب الى المشتري او الى البائع ان كانت الدار في يده او الى الدار المبيعة • وان لم
كانت الدار في يد المشتري ان شا اشهد على المشتري بطلب الشفعة وان شا اشهد عند الدار • ولو طلب من البائع بطلت شفعته
ويطلب عند واحد من هؤلا طلبا اخر وهو طلب الاستحقاق ويشهد عليه شهودا • واذا اثبت الشفيع شفعته بطلبين والى المشتري
ان يسلمها اليه فهو على شفعته ابدا ولا يبطل شفعته بعد ذلك بترك الطلب في ظاهر الرواية • وروي عن محمد بن الحسن انه قال
اذا مضى شهر ولم يطلب من اخرى بطلت شفعته وهو احد الروايتين عن ابي يوسف • وروي عنه في رواية اخرى له ان يطالب
في كل مجلس من مجالس القاضي • فان ترك مجلسا من مجالس القاضي بطلت شفعته كذا في شرح الطحاوي **قوله** قال وتملك بالاخذ
اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الملك للمشتري قد تم فيتحقق سبب الملك وهو الشرا التام
ثم لا ينتقل عنه الملك الى الشفيع الا برضاه لانه يملك ملك الغير لا يجوز بدون رضاه الا ان الشرع جعل للشفيع حق التملك وللقاضي ولاية
عامة • فاذا قضي بالشفعة واخذها الشفيع ملكها ولا يملك الشفيع الدار قبل تسليم المشتري اليه او قضا القاضي • وان اثبت شفعته
بطلبين طلب المواثبة وطلب التقرير حتى ان المبيع لو كان كرما فاكل المشتري ثمارها سنين فانه لا يكون مضمونا عليه ولا يطرح عن الشفيع شي

من الثمن لما اكل من ثمارها اذا كانت الثمار حدثت بعد ما قبض المشتري الكرم • هذا معنى قولنا انه يملك بالاخذ لا بالطلب على الانفراد كذا في شرح
الطحاوي **قوله** ويظهر فايدة هذا اي فايدة قوله ويملك بالاخذ **قوله** بعد الطلبين اراد بهما طلب المواثبة وطلب التقرير
ويسمى طلب التقرير طلب الاشهاد ايضا **قوله** ولا يورث عنه في الصورة الاولى • اي فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين قبل
الاخذ **قوله** وتبطل شفعته في الثانية اي في الصورة الثانية وهي ما اذا باع دار السحق بها الشفعة قبل اخذ الدار
المشفوعة لان سبب الشفعة اتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعة وقد زال الاتصال فلا يثبت الحكم لعدم سببه **قوله** ولا يستحقها
في الثالثة وهي ما اذا بيعت دار اخرى بجنب هذه الدار المشفوعة قبل اخذ دار المشفوعة بتسليم الخصم وهو المشتري او بقضا القاضي
قوله لا يجب الا في عقد معاوضة المال بالمال • قال في شرح الطحاوي ولا شفعة فيما اذا ملكت بعوض هو غير مال • فاما
اذا ملكت بغير عوض كالهبة والصدقة والوصية والميراث فلا شفعة فيها • وكذا لو ملكت بعوض ليس بعين مال كما اذا جعله مهرا
في النكاح او بدلا في الخلع او صولح من دم عمد فلا شفعة فيه • ولو تزوجها على مهر مسمى ثم باع دارا من امراته بذلك المهر او تزوجها
بغير مهر مسمى ثم فرض لها باع دارا منها بمهر المثل وجبت فيها الشفعة • ولو تزوجها على الدار من الجناية التي توجب الارش او تزوجها
على غير مهر مسمى ثم فرض لها دارا مهرا فلا شفعة فيها • ولو صولح على الدار من الجناية التي توجب الارش دون القصاص يجب فيها الشفعة
الارش فلو جعلها اجرة في الاجارات فلا شفعة فيها لان بدلها ليس بعين مال **قوله** على ما نبينه اي في باب ما تجب فيه الشفعة
وما لا تجب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما لم يكن للشفعة ثبوت بدون الطلب شرع في بيان الطلب وتفسيره وكيفيته وسمي الطلب الاول طلب المواثبة تبركا بلفظ الحديث وهو قوله
عليه السلام الشفعة لمن واثبها اي طلبها على وجه السرعة والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة لان من يثب هو الذي يسرع في المشي
بمشيه **قوله** قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة • اي قال القدوري في مختصره والمراد من المطالبة
طلب المواثبة والاشهاد فيه في المجلس ليس بشرط والشرط هو نفس الطلب • وانما يشهد فيه لانه لا يصدق على الطلب الا ببينة • فان لم
يكن بحضرته من يشهد قال انا مطالب بالشفعة ثم ينهض الى من يشهد • وانما يفعل ذلك حتى لا يسقط حق الشفعة فيما بينه وبين الله تعالى
والاصل هنا ان طلب الشفعة على الفور في رواية • وفي رواية هشام على المجلس وهو اختيار الكرخي • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره
واذا بيعت الدار ولها شفيع فبلغ ذلك الشفيع فان محمدا قال في الاصل انه لم يطلب مكانه بطلت شفعته • قال القدوري في شرحه وهذا
يقتضي ان الطلب على المجلس • ثم قال الكرخي وقال ابن سماعة عن ابي يوسف ان لم يطلب حين علمه بطلت شفعته • وقال في موضع اخر
فان لم يطلب ساعته بطلت شفعته • قال وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف • قال القدوري وهذا يقتضي ان الطلب على الفور • ثم
قال الكرخي وقال ابن رستم عن محمد اذا علم الشفعة صاحبها فسكت فهو رضا وهو ترك الشفعة • قال القدوري وهذا يدل انه على
الفور • ثم قال الكرخي وقال هشام عن محمد في نوادره اذا علمه فسكت هنيهة ثم ادعاها من ساعته فهو على شفعته • قال
القدوري وهذا يفيد المجلس • وقال ابن ابي ليلى ان ترك الطلب ثلاثة ايام بطلت شفعته • وقال الشعبي ان تركها يوما بطلت
وقال شريك لا تبطل ابدا حتى يبطلها بقوله كذا ذكر القدوري في شرحه • وقال في شرح الاقطع وللشافعي رحمه الله اربعة اقوال احدها
انها على الفور • والاخر ثلاثة ايام • والاخر على التابيد الا ان للمشتري مطالبة الشفيع بالاخذ او الاسقاط • والرابع انها على التابيد
وليس للمشتري مطالبة الشفيع بشي • وجه رواية الفور قوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها • وقوله عليه السلام انما الشفعة كنشطة
عقال ان قيدها ثبتت والا ذهبت • ووجه رواية المجلس انه خيار تملك كخيار القبول والمخيرة ولانه يحتاج الى ان ينظر هل يصلح له الاخذ
او لا يصلح وذلك لا يمكن على الفور واذا ثبت انها على المجلس وهو اصح الروايتين كان على شفعته ما لم يقم او يتشاغل بغير الطلب **قوله**
وهو ان يطلبها كما علم اي على الفور سوا كان عنده انسان او لم يكن • وفي كتاب الاجناس نقل عن كتاب الشفعة لموسى بن نصر صاحب
محمد بن الحسن يحتاج الشفيع ان يطلبها ساعة علمه البيع ويتكلم لمسانه بالطلب حضره الشهود او لم يحضره • وقال الحسن بن زياد
من قوله نفسه ليس عليه ان يتكلم بالطلب اذا لم يكن بحضرته احد **قوله** لما ذكرنا اشارة الى ما ذكر قبل هذا الباب باحد
عشر خطا بقوله لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض **قوله** وعلى هذا عامة المشايخ • يعني ان عامة المشايخ على ان طلب الشفعة
على الفور **قوله** وعنه ان له مجلس العلم • اي روي عن محمد ان للشفيع مجلس العلم **قوله** بالثانية اخذ الكرخي اي
بالرواية الثانية اخذ الكرخي • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره بعد ما ذكر فيه روايات الاصل والنوادر وليس هذا عندي
اختلافا في رواية ولا معنى لان جميع هذه العبارات انما يريد بها ان لا يكون الطلب متراخيا عن الحال تراخيا يدل على ترك الطالب
الشفعة او الاعراض عنها وهو عندي على مثال ما قالوا في المخيرة في الطلاق في رجل قال لزوجته امرك بيدك • وكخيار المشتري
اذا اوجب له البائع المبيع قال وقد يحتمل هذا العقد بان للمشتري خيار الرد والقبول في المجلس ما لم يظهر منه ما يستدل به على
الاعراض عن الجواب والترك له **قوله** ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله • او قال سبحان الله
لا تبطل شفعته ذكره تفريعا على مسئلة القدوري • قال الكرخي في مختصره قال هشام في نوادره سالت محمدا عن رجل قيل له ان فلانا
باع داره وهو شفيعها فقال الحمد لله قد ادعيت شفعتها • او قال سبحان الله او قال الله اكبر قد ادعيت شفعتها • او لقي صاحبه الذي يدعي
الشفعة فبدأه بالسلام قبل ان يدعي الشفعة ثم ادعاها قال محمد هو في هذا • او قال جئت اخبر بالبيع من اشتراها او بكم
باعها او عطس صاحبه فشمته قبل ان يدعي الشفعة ثم ادعاها قال محمد هو في هذا كله على شفعته اي هذا لفظ الكرخي رضي الله عنه
واورد القدوري في شرحه سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا قال الحمد لله او سبحان الله فهو اعراض • قلنا هذا يذكر لافتتاح

الكلام فلا بد له على اعراضه فكذلك السلام وتشميت العاطس ليس بعمل يدل على الاعراض • وكذلك لا يبطل بخيار المخبر • واما قوله
من ابتاعها وبكم بيعت فليس باعراض وانما هو سبب الطلب • الا ترى انها قد تصلح له بثمن دون ثمن وتصلح في مجاورة رجل دون غيره
والمسألة عن ذلك من اسباب الشفعة فلا يسقطها • وقال في النوازل سئل ابو بكر الكرخي البلخي عن الشفيع اذا سلم على المشتري قال يبطل
شفعته قوله ويصلح الطلب بكل لفظة يفهم منه طلب الشفعة • ذكره على سبيل التفريع ايضا • قال الفقيه ابو الليث في كتاب
العيون قال هشام سألت محمدا عن رجل قال حين علم بالشفعة انا اطلبها ولم يقل قد طلبتها قال هو على شفعته لان معنى قوله انا اطلبها
قد طلبت • وقال الناطفي في الاجناس قال في الهاروني اذا قال الشفيع اشهدكم على شفعتي كان ذلك منه طلبا وله الشفعة
وفي نوادر ابي يوسف رواية عن ابن الجعد لو قال الشفيع لي فيها شفعة وانا اطلبها كان طلبا صحيحا وله الشفعة • ولو قال لي فيما
اشتريت شفعة لا يكون طلبا وبطلت شفعته لانه اخبر بما له من الحق ولم يطلبه • ولا كذلك قوله انا اطلبها لان تقديره قد طلبتها
كقوله اشهد ان لا اله الا الله معناه قد شهدت بذلك • وقال محمد في نوادر هشام لو قال الشفيع قد ادعيت شفعتها كان ذلك
طلبا صحيحا الى هنا لفظ الاجناس • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولفظ الطلب روي عن محمد بن مقاتل الرازي ان الشفيع
يقول طلبت الشفعة واطلبها وانا طالبها • وعن محمد بن سلمة انه يقول طلبت الشفعة فحسب • وروي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه
كان يقول لا يراعى الفاظ الطلب فاذا طلب الشفعة باي لفظ كان بعد ان يعرف انه قد طلبها فقد كفى لان محمدا لم يشتغل في كتبه بمراعاة
اللفظ قوله واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره بذلك رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند
ابي حنيفة رضي الله عنه • وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا او صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا ذكره ايضا
على سبيل التفريع • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال ابن شجاع عن الحسن عن ابي يوسف • اذا اشترى الرجل دارا فبلغ الشفيع فعليه
ان يشهد اذا بلغه ذلك كان المخبر حرا او عبدا او صبيا او امرأة عدلا او غير عدل اذا كان الخبر حقا • قال ابو الحسن وكذلك روى محمد عن
ابي يوسف وهو قوله وروى هشام عن محمد قال سمعته يقول اذا اخبر الشفيع رجل واحد وكان خبره حقا • او اخبره صبي وكان الخبر
حقا بطلت شفعته • فاما في قياس قول ابي حنيفة فحتى يخبره رجلان او رجل عدل الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • وجه قول
ابي حنيفة حتى يخبره ان هذا الخبر اخذ شبها من الشهادة لانه يوجب الضمان على المولى فيما اذا اخبر بجناية عبده فاعتقه حيث
يصير مختارا للفداء او يسقط حق الشفيع واخذ شبها من الاخبار لانه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة فالحق بالشبهين فاعتبر فيه احد شطري
الشهادة • اما العدد او العدالة • ووجه قولهما انه من اخبار المعاملات فيقبل فيه قول الواحد عدلا كان او غير عدل كسائر اخبار
المعاملات قوله وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم • اي في اخر فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي ومن اخوات
المولى اذا اخبر بجناية عبده فاعتقه والبكر اذا سكتت بعدما اخبرت بانكاح الولي والذي اسلم ولم يهاجر الينا فاخبر بالشرائع بين كلهم
ذلك يشترط في المخبر العدد او العدالة عند ابي حنيفة خلافا لهما قوله وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عند ابي
حنيفة • يعني ان المرأة اذا اخبرت ان زوجها خيرها في نفسها صارت المرأة مخيرة سواء كان المخبر عدلا او غير عدل حتى اذا اختارت
نفسها في مجلسها يقع الطلاق والابلاء • بخلاف مخبر الشفعة حيث يشترط فيه اما العدد او العدالة عند ابي حنيفة قوله وبخلاف
ما اذا اخبره المشتري • يعني ان المخبر بالشفعة اذا كان هو المشتري وقال اشتريت دار فلان لا يشترط فيه العدد او العدالة حتى
اذا سكت الشفيع عند الاخبار ولم يطلب الشفعة بطلت شفعته لان المشتري خصم للشفيع ولا يشترط ذلك في الخصومة قوله والثاني
طلب التقرير والاشهاد اي الثاني من انواع الطلب طلب الاشهاد قوله وبيانه ما قال في الكتاب اي بيان هذا الطلب
ما قال القدوري في مختصره وهو قوله ثم ينهض منه فيشهد على البائع ان كان المبيع في يده او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك
استقرت شفعته الى هنا لفظ القدوري • ومعنى قوله ينهض اي يقوم الشفيع من المجلس • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رضي الله عنه في مختصره
واذا بيعت الدار في مصر والبائع والمشتري والشفيع في ذلك المصر او في مدينة او قرية وهم حضور جميعا في ذلك الموضع الذي فيه المبيع
فان الشفيع ان قصد الى الدار المبيعة او الارض فاشهد عندها واعلن كان ذلك جائزا وان قصد البائع او المشتري والدار غير مقبوضة
واشهد جاز ذلك له • فان قبضت الدار فلا خصومة بينه وبين البائع ولا علقة فان اشهد عند الدار صح • وان اشهد عند المشتري
والدار غير مقبوضة صح الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • قال الشيخ الامام علاء الدين الاسبيجابي رضي الله عنه في شرح الكافي ثم يذهب
على الفور اي بعد طلب المواثبة الى الدار او الى البائع او الى المشتري فيطلب الشفعة عند واحد من هؤلاء ويشهد على ذلك • وفي هذا الطلب
التقرير لو ترك هذا واخر من غير عذر بطلت شفعته • وانما يجب الطلب والاشهاد على الفور لان الشرع اثبت الشفعة نظرا للشفيع على وجه
لا يتضرر به المشتري او البائع فلو قلنا لا تبطل حقه بالتأخير ادى الى الضرر بالمشتري لانه يتصرف في الدار على تقدير انه لا يطلب الشفعة
والظاهر هذا • ثم يطلب الشفعة بعد زمان فينتقض تصرفاته في الدار فيؤدي ذلك الى الاضرار به والغرور في حقه وينبغي ان
يذهب الى اقربهم حتى لو ترك الاقرب وذهب الى الابعد واشهد على الطلب بطل حقه • فالحاصل انه متى ترك الطلب مع امكانه
الطلب بطل حقه • وان تركه او اخره لعدم الامكان لا يبطل • وقال هذا اذا كانوا على طريق واحد • فاما اذا كان الطريق
مختلفة في الذهاب اليهم لا يبطل حقه بالذهاب الى الابعد لانه ربما يكون له عذر في طريق لا يكون ذلك في طريق اخر كذا في شرح
الكافي • وقال في الفتاوى الصغرى الشفيع اذا ترك الاقرب وطلب عند الابعد فان كان الشفيع او الابعد خارج المصر بطل الشفعة
وان كان كلاهما في المصر لا تبطل استحسانا • وقال في الاجناس قال في نوادر ابن رستم عن محمد ان كان البائع والمشتري بخراسان
والدار بالعراق ان للشفيع ان يخاصم المشتري اذا كان بخراسان ولا تبطل شفعته • واذا كان الشفيع بالعراق عند الدار اشهد

عند الدار على طلب الشفعة وليس عليه ان يأتي خراسان فيخاصم هناك • ولو خرج الى خراسان وطلب هناك ولم يطلب عند الدار بطلت
شفعته وهذا تفسير ما اطلقه محمد في كتاب شفعة الاصل قال فيه فان كان المشتري قد ظهر ببلد ليس فيه الدار ليس على الشفيع ان يطلبه
في سوى البلد الذي فيه الدار ومعناه الشفيع في البلد الذي فيه الدار والمشتري ظهر في بلد اخر • وقال في خلاصة الفتاوى الشفيع اذا علم بالليل
ولم يقدر على الخروج والاشهاد فان اشهد حين اصبح صح قوله لان للاول اليد اراد بالاول البائع وللثاني الملك اراد بالثاني المشتري
قوله وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديده • قال الكرخي في مختصره قال بشر وعلي بن الجعد عن ابي يوسف قال
فان كان الشفيع غائبا فاذا علم فله من الاجل بقدر المسافة اما ان يقدم واما ان يبعث وكيلا فيطلبها وذلك بعد ان يشهد حين علم انه على شفعته ويسمي
الدار او الارض والموضع ويحدد حتى يستوثق لنفسه • قال القدوري في شرحه وانما شرط ابو يوسف تسمية المبيع والتحديد لان المطالبة لا تصح
الا في معلوم • فاذا اشهد على الطلب ولم يبين المطلوب لم يكن للمطالبة اختصاص بمبيع دون مبيع ولا يتعلق بها حكم قوله والثالث
طلب الخصومة والتمليك • اي الثالث من انواع الطلب طلب الخصومة والتمليك وسماه في شرح الكافي طلب الاستحقاق وهو ان يرفع الشفيع
الامر الى القاضي فيقضي له بالحجة قوله وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى • اي كيفية طلب الخصومة والتمليك بعد هذا
عند قوله واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة الى اخره قوله ولا يسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند
ابي حنيفة • اي قال القدوري في مختصره لا تسقط الشفعة بتأخير الخصومة والتمليك • قال صاحب الهداية وهو رواية عن ابي يوسف
وانما قال كذلك لان القدوري لم يذكر قول ابي يوسف في مختصره • ثم قال القدوري في مختصره وقال محمد ان تركها بعد الاشهاد شهرا بطلت
قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره واذا اشهد الشفيع على شفعته ثم تراخى بعد ذلك عن طلبها وقد امكنه ذلك فان ابا حنيفة وابا يوسف
قالا هو على شفعته ابدا ما لم يبطلها بلسانه وبه ناخذ • وقال محمد ان طلبها فيما بينه وبين شهر فهي له قضاء • وان تركها حتى يمضي شهر لا يطلبها فيه لم يقض
له بها الى هنا لفظ الطحاوي فيه • وقال الكرخي في مختصره واذا بلغ الشفيع بيع الدار التي هو شفيعها واشهد على طلب الشفعة ثم ترك الخصومة
فيها بعد الاشهاد فان ابن سماعة قال سمعت محمدا يقول في رجل اشترى دارا فطلب الشفيع الشفعة واشهد على المشتري بذلك فهو على شفعته ابدا في
قول ابي حنيفة • وقال محمد استحسن شهرا اذا ترك ذلك شهرا من غير عذر بطلت شفعته • وقال بشر وعلي بن الجعد عن ابي يوسف اذا علم الشفيع
فاشهد ثم كف عن الطلب ولم يأخذ في المطالبة فلا شفعة له • وقال الحسن بن زياد اذا بيعت دار ولها شفيع والبائع والمشتري حاضران
فعلم بذلك الشفيع فاشهد انه على شفعته ثم كف عن الطلب فلم يخاصم فان مكث بعد ذلك شهرا او اكثر لم يكن له شفعة الا ان يكون القاضي عليلا
او غائبا فان كان في ذلك عذر فهو على شفعته ابدا اذا اجله القاضي وذلك على قياس قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف وبه ناخذ • وحكي
عن ابي يوسف انه قال هو على شفعته ما لم يمكنه التقدم الى القاضي بعد ما يطرح رقعته قال وهذا قول ابي يوسف • وقال زفر
ما بينه وبين شهر • وقال المعلى عن ابي حنيفة انه قال على شفعته ابدا اذا اشهد • وقال ابن سماعة في نوادره سمعت ابا يوسف قال الشفيع
اذا اشهد على طلب الشفعة ثم لم يخاصم ولم يتقدم الى القاضي في الشفعة مثل ما يقدر على التقدم الى القاضي فيه فقد بطلت شفعته • قال
وان اشهد على الطلب ثم تقدم الى القاضي مرة او مرتين فهو على شفعته • وقال ابن رستم عن محمد اذا هو اشهد ثم مكث شهرا بطلت شفعته
الا من عذر حبس او مرض لا يقدر ان يوكل قال ولا يصدق على العذر فيقول له الا ان يعلم ذلك منه • وقال هشام سألت محمدا عن قول ابي
حنيفة فيمن طلب الشفعة عند غير القاضي ثم سكت قال هو على شفعته ابدا ما لم يقل باللسان قد تركتها • وكذلك قول ابي يوسف • وقال محمد فاما
في قولي فان سكت بعد الطلب شهرا بطلت شفعته الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • قال القدوري في شرحه فحصل في هذه الروايات ان عند
ابي حنيفة اذا اشهد لم تبطل الشفعة بالتأخير الا ان يسقطها بلسانه وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف • وقال في الرواية الاخرى
اذا ترك المخاصمة الى القاضي في زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفعته ولم يوقت • وقال محمد وزفر اذا اخر المطالبة بعد الاشهاد
شهرا من غير عذر بطلت شفعته • قال ابو الحسن وهو قياس قول ابي حنيفة الى هنا لفظ القدوري رضي الله عنه • وجه قول محمد ان الشفعة لو لم تسقط
بالتأخير لتضرر المشتري والضرر مدفوع شرعا لانه لا ضرر ولا ضرار في الاسلام • بيانه انه لو جاز تأخير المخاصمة ابدا لامتنع المشتري عن التصرف
بالبناء والغرس مخافة نقض الشفيع وهذا ضرر لا محالة • الا ترى ان الشفعة تثبت للشفيع دفعا للضرر عنه فلم يجز الحاق الضرر بحق الحاق
الضرر بالمشتري ايضا • ثم قدر مدة التأخير الى شهر لان ما وراءه في حكم الكثير وما دونه في حكم اليسير • بدليل انه لو حلف وقال ليقضين
دينه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه ولكنه قال اذا اخر شهرا من غير عذر بطلت شفعته لان الشفعة انما تسقط بالتأخير لتفريط
في الطلب فاذا كان عذر مانع من الطلب لا يكون التأخير تفريطا • ووجه قول ابي يوسف انه اذا ترك الطلب في مجلس من مجالس القاضي
دل ذلك على الاعراض فتبطل شفعته • وقال القدوري في شرحه ولم يقدر ابو يوسف التأخير بمقدار بل جعله على ما يراه القاضي لان
ذلك يختلف باختلاف الاحوال • ووجه قول ابي حنيفة ان المطالبة حق ثبت له بعقد البيع فلا يسقط بعد استقراره بالتأخير كالرد بالعيب
والجواب عن دفع الضرر فنقول ان دفع الضرر عن الشفيع واجب وان ادى ذلك الى ضرر المشتري • الا ترى ان اخذ الملك منه ضرر به
ومع هذا يجوز • ولهذا اذا كان الشفيع غائبا فاخر المطالبة لا تسقط الشفعة مع لزوم الضرر بالمشتري فكذا اذا كان الشفيع حاضرا فاخر
لان الضرر يلزم على كلا التقديرين • ثم لو اعتبر الضرر في الغيبة ينبغي ان لا يعتبر في الحضرة ايضا • واما عدم قدرة المشتري على البناء
والغرس فلا يلزم ابا يوسف لان الشفيع عنده يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس فلا ضرر اذن • وكذا لا يلزم ابا حنيفة لانه ضرر الزمه
المشتري بدخوله في العقد قوله وجه قول ابي حنيفة هو ظاهر المذهب وعليه الفتوى • وهذا الذي ذهب اليه صاحب الهداية
هو الذي اختاره الطحاوي في مختصره والكرخي اخذ برواية الشهر الا ان يكون القاضي عليلا او غائبا قوله قال واذا تقدم الشفيع
الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة • اي قال القدوري

في مختصره وذلك لان الشفيع لا يكون خصما للمشتري حتى يكون له ملك يستحق به الشفعة • وهذا المعنى لا يعلمه القاضي فلا جرم يسال
المدعى عليه وهو المشتري فان اقر بملك الشفيع الذي يشفع هو به صار خصما • وان انكر المشتري ملك الشفيع وقال الدار التي في يده ليست له وانما
هو ساكن فيها كلف القاضي الشفيع اقامة البينة على ان الدار التي هو فيها ملكه ليثبت كونه خصما • لان الخصومة في الشفعة فرع على ثبوت
السبب وهو الجوار او الشركة فاذا لم يثبت لم يصح اثبات ما هو فرع عليه • وقال زفر هو احدى الروايتين عن ابي يوسف ليس عليه اقامة
البينة على الملك لان اليد دليل على الملك الا ترى ان الشهود يشهدون بالملك بمعاينة اليد فوجب ان يقضي بالشفعة لاجلها • ولنا ان اليد
ظاهر في الملك والظاهر يدفع به الدعوى ولا يستحق به على الغير • فلو قضي بالشفعة بظاهر اليد لزم اثبات الاستحقاق على الغير وذلك لا يجوز
ولهذا قالوا اذا ادعى المقذوف انه حر وقال القاذف هو عبد لم يجب الحد حتى يقيم المقذوف بينة على الحرية • وذلك لان الظاهر الحرية
الا انه لا يستحق بهذا الظاهر حقا على الغير • وكذلك المقطوعة يده اذا ادعى انه حر وطلب القصاص من القاطع فقال القاطع هو عبد لم
يجب القصاص حتى يثبت الحرية لهذا المعنى • وكذلك قالوا في المشهود عليه اذا ادعى ان الشاهد عبد لم يقض عليه بظاهر الحرية • وكذلك
اذا ادعت العاقلة ان القاتل عبد لم يتحملوا عنه الدية حتى يثبت انه حر كذا ذكر القدوري في شرحه • قال صاحب الهداية يسال القاضي
المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها • اي يسال المدعي عن موضع الدار التي طلب الشفعة بها ويقول الشفيع دار فلان
في بلد كذا في محلة كذا في سكة كذا ويبين حدودها الاربع لانه ادعى حقا في الدار والدعوى لا تصح الا في المعلوم وعلمها يتحقق ببيان هذه
الاشياء فلزمه بيان ذلك كما اذا ادعى رقبة الدار • وشرط في الشافي بيان حدود الدار التي طلب الشفعة بها بان يقول
انا شفيعها بالجوار بداري التي احد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا • ولا يشترط تحديد دار الشفيع عند ما قال الخصاف
بل اذا قال انا شفيع الدار التي اشتراها فلان من فلان وهي في بلد كذا في محلة كذا في سكة كذا وبين حدودها بداري التي تلازقها كفى وان
لم يذكر حدود داره • قال الفقيه ابو الليث واما الطلب عند الحاكم ان يقول اشترى هذه الدار التي احد حدودها كذا والثاني كذا والثالث
كذا والرابع كذا وانا شفيعها بالجوار بداري التي احد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا فاطلب اخذها بالشفعة فمره يسلمها
الي فيقضي لي • **قوله** قال فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به • اي قال القدوري في مختصره
وهذا عطف على قوله كلفه اقامة البينة • يعني ان عجز الشفيع عن اقامة البينة على ان الدار التي في يده ملكه استحلف القاضي المشتري على العلم
بالله ما يعلم ان الدار التي في يد الشفيع ملكه وانما يستحلف اذا طلب الشفيع ذلك لانه حقه لانه ادعى على المشتري معنى لو اقر به المشتري لزمه وانما
حلفه على العلم لا على البتات لانه استحلاف على فعل الغير • والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لليهود في القسامة يحلف منكم خمسون رجلا خمسين
يمينا بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا فكان ذلك اصلا في ان اليمين اذا كانت على فعل المدعى عليه كانت على البتات وان كانت على فعل الغير كانت
على العلم وتمام البيان فيه مر في كتاب الدعوى في فصل كيفية اليمين • **قوله** فان نكل او قامت للشفيع بينة • هذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه سأله القاضي هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة اي ان نكل المشتري عن اليمين على العلم او قامت
للشفيع بينة على ان الدار ملكه ثبت ملك الشفيع وصار به خصما • اما ثبوته بالبينة فظاهر وكذلك بالنكول لانه بمنزلة الاقرار عندهما وعند
ابي حنيفة بمنزلة البذل وحق الشفيع مما يعمل فيه البذل فثبت الملك بالنكول • فاذا كان الشفيع خصما له صحت جوابه فيسأله عن دعوى الشفيع فان
انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة على الشراء لانه ادعاه وخصمه ينكر فكان على الشفيع اقامة البينة على ذلك • **قوله** قال فان عجز
عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره • اي قال القدوري في مختصره اي ان عجز
الشفيع عن اقامة البينة على الشراء استحلف القاضي المشتري بالله ما ابتاع وهذا استحلاف على السبب • او استحلف المشتري بالله ما استحق الشفيع
على هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره وهذا استحلاف على الحاصل اعني انه استحلاف على حكم الشيء في الحال • والاصل في الاستحلاف
هو الاستحلاف على الحاصل عندهما وعند ابي يوسف على السبب الا اذا وجد التعريض من المدعى عليه فحينئذ يحلف على الحاصل • والكلام فيه
مستقصى في فصل كيفية اليمين • قال في شرح الاقطع فالذي ذكره في الكتاب انما هو قول محمد رضي الله عنه • وقال ابو يوسف يحلفه بالله
ما ابتاع الا ان يعرض فيقول قد يشتري الانسان الشيء ثم يفسخ العقد فلا يمكن استحلافه كذلك فيحلفه بالله ما يستحق عليه شفعة • وجه
قول ابي يوسف ان اليمين حق المدعي فيجب ان تكون حسب دعواه ما امكن والدعوى وقعت على اصل البيع فيكون اليمين على ذلك الا ان يعرض بما
لا يمكن استحلافه معه • ووجه قول محمد انه يجب ان يراعي حق المدعي والمدعى عليه وفي الاستحلاف على استحقاق الشفعة ايفاء حقهما • وفي الاستحلاف
على اصل البيع اسقاط لحق المدعى عليه لجواز ان يكون قد فسخ العقد فكان ما فيه ايفاء حقهما فهو اولى • واما قوله في الكتاب في صفة اليمين من
الوجه الذي ذكره فليس بشرط • وانما هو على وجه التاكيد لان نيته قد نفت وجوب الشفعة من كل وجه • **قوله** وانما يحلفه على البتات
اي يحلف القاضي المشتري في انكار الابتياع فيقول بالله ما ابتعت او يقول بالله ما يستحق الشفيع على هذه الدار شفعة • بخلاف استحلافه المشتري
على انكار ملك الشفيع في الدار التي يسكنها الشفيع فانه يحلفه على العلم فيقول بالله ما اعلم انه مالك لها • **قوله** قال ويجوز المنازعة
في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي • فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن • اي قال القدوري في مختصره قال
صاحب الهداية وهذا ظاهر رواية الاصل • وانما قال هذا ظاهر رواية الاصل ولم يقل رواية الاصل لانه لم يصرح في الاصل بذلك ولكنه
ذكر ما يدل على ان القاضي يقضي بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري ان يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه ومن ورثته ان مات
وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي فظاهر رواية الاصل قول ابي حنيفة وابي يوسف • ثم قال وذكر ابو الحسن الكرخي في هذا الباب
عن الحسن عن ابي حنيفة مثل قول محمد ان القاضي لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن • وجه قولنا المشهور ان الثمن انما يجب بعد انتقال الملك الى الشفيع
وانما ينتقل بالقضاء فلا يجب على الشفيع احضار ثمن لم يلزمه كما لم يجب على المشتري قبل البيع • ولان المبيع ينتقل من المشتري الى الشفيع كما ينتقل من البائع
الى المشتري فاذا لم يجب الانتقال في احدهما احضار الثمن فكذلك في الاخر • وجه قول محمد ان الشفعة تجب لازالة الضرر عن الشفيع فلا يجوز له
الحاق الضرر بالمشتري • ولو قضى القاضي قبل احضار الثمن لم يامن ان يكون الشفيع مفلسا فيملك الدار ويتاخر الثمن عن المشتري وهذا لا يجوز ولهذا لم
كذلك البيع لان الملك ينتقل برضا البائع فلذلك استوى ما فيه ضرر وما لا ضرر فيه • **قوله** فاذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى
يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه • يعني ان عند محمد لا يقضي بالشفعة قبل احضار الثمن ومع هذا لو قضى بها قبل الاحضار ينفذ
القضاء عنده ايضا لوقوعه في محل مجتهد فيه • قال الكرخي في مختصره فان عجل القاضي فقضى له بالشفعة بالثمن من البائع للمشتري • وقال الكرخي
ايضا فان طلب الشفيع اجلا في المال اجله القاضي يومين او ثلاثة • فان احضر المال [illegible] من الشفعة او كان القاضي هو الذي اجله وقضى به
فلم يعطه حتى مضت المدة بطلت الشفعة • وقال في شرح الطحاوي القاضي يؤجل الشفيع لاحضار الثمن قدر ما يرى • فان احضر الثمن في تلك المدة
قضى له والا ابطل شفعته • **قوله** فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومة عند القاضي •
قال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة سمعت محمدا قال في رجل اشترى دارا فجاء الشفيع فطلب اخذها بالشفعة فقال المشتري هات الثمن وخذها
فتشاغل بالدار ثم قال ابطله ثم لم يخاصمه الشفيع ولم يات بالثمن حتى مضى شهر قال ابطل شفعته استحسن هذا في شهر • قال ولو خاصمه الشفيع الى
القاضي فاقر المشتري انه شفيع وقال هات الثمن وخذها فامر الحاكم ان يدفع الثمن اليه وياخذ منه الدار فلم يفعل فان اخر شهرا او اكثر من ذلك
لم يبطل من شفعته الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • قال القدوري في شرحه اما اذا لم يخاصم حتى مضى شهر بطلت شفعته عند محمد استحسانا
ولم تبطل في قولهما اذا كان اشهد وقد قدمنا هذه المسألة • واما اذا خاصمه في الشهر الى القاضي وطلبه بالشفعة فقال له القاضي ادفع
الثمن فاخر لم تبطل شفعته عند محمد لانه لم يجعل ترك الخصومة في الشهر اعراضا عن الشفعة فاذا خاصم فيها الى القاضي ولم يعرض لم تبطل
شفعته • ولهذا يجب ان يؤجل القاضي للشفيع اجلا حتى لا يستضر المشتري بالتاخير • **قوله** قال وان احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله
ان يخاصمه في الشفعة • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي
بالشفعة ويجعل العهدة عليه • وقال الكرخي في مختصره فاذا صح الاشهاد على ما ذكرنا واراد ان يقضى له الدار بالشفعة • فان كانت لم تقبض
احضر البائع والمشتري جميعا ولا يقضى له حتى يحضرا جميعا • فان حضر احدهما دون الاخر لم يحكم له • فان كانت الدار قد قبضت فالخصم هو
المشتري وحده فاذا احضر حكم عليه • فاذا حكم الحاكم بالشفعة على ما ذكرنا والدار في يد البائع انتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري ودفع
الشفيع الثمن الى البائع وكانت عهدة الشفيع على البائع بالثمن ورجع المشتري على البائع بالثمن اذا كان نقد الى هنا لفظ الكرخي فيه • اما ثبوت
مخاصمة البائع فان له في الدار يدا مستحقة فكانت الخصومة ثابتة قبله كالمالك • ولان حق الشفيع يثبت بخروج المبيع من ملك البائع قبل دخوله
في ملك المشتري فصار كما لو ادعى انه اشترى هذه الدار قبل هذا المشتري فيثبت له مخاصمة البائع الا ان القاضي لا يحكم بينهما الا بحضور المشتري لان
القضاء على البائع بالشفعة فسخ لملك المشتري فلا يجوز الا بحضوره وبحضور من قام مقامه • ولان له حقا في الحضور ليدلي بحجة قد تنفي الحكم فيحضره
واما اذا كانت الدار قد قبضت فالخصم هو المشتري وحده فاذا احضر حكم عليه لان البائع لا ملك له ولا يد فصار بعد التسليم كالاجنبي فلا يعتبر حضوره
في صحة الحكم • قال الكرخي واذا حكم الحاكم بالشفعة على ما ذكرنا والدار في يد البائع انتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري ودفع الشفيع الثمن
الى البائع وكانت عهدة الشفيع على البائع ويرجع المشتري على البائع بالثمن ان كان نقده • اما فسخ البيع فهو المشهور من قولهم كذا قال القدوري في
شرحه ثم قال فيه وروى ابن سماعة عن ابي يوسف ان البيع لا ينتقض • وجه قولهم المشهور ان حق الشفيع سابق لحق المشتري فاذا قضي له بالملك بحق
سابق انفسخ ملك المشتري كما لو قضي للمستحق • ولان التعذر لتسليط القبض للمشتري وما اسقط القبض ابطل البيع كهلاك المبيع • ولابي يوسف
ان الشفعة انما تجب بسبب الشراء فصارت من حقوقه وحقوق الشيء لا تنافيه • ولان الشفعة لما تعلقت بعقد البيع لم يجز ان ينفسخ بها لان ذلك يؤدي
الى سقوطها • قال ابو يوسف وقياس قول ابي حنيفة في جواز بيع العقار قبل القبض ينبغي ان لا ينفسخ البيع باخذ الشفيع لان الشيء ماخوذ من ملكه فكانه
اخذه قال وهذا ليس بصحيح لان المشتري من المشتري يقوم قبضه مقام قبضه فلا يؤدي ذلك الى اسقاط القبض • وقبض الشفيع لا يقوم مقام قبض المشتري
فيؤدي ذلك الى اسقاط القبض • وقال الكرخي ايضا في مختصره وان اخذ الدار بالشفعة من يد المشتري فالبيع الاول صحيح ويدفع الشفيع الثمن
الى المشتري وعهدة الشفيع على المشتري • وذلك لان الشيء انتقل من ملك المشتري فلم يجب بذلك فسخ بيعه كالوارث • واورد القدوري في
شرحه هنا سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا كان الشفيع يستحق بسبب سابق لحق المشتري • فاذا اخذ الشيء من يد المشتري انفسخ ملك المشتري كما
ينفسخ اذا اخذ من يد البائع اصله المستحق اذا اخذ من يد المشتري • والجواب ان اخذ الشفيع من يد المشتري لو كان فسخا لم يجز ان يقضي
الا بحضور البائع فلما اتفقوا انه لا يقضي الا بحضور البائع • فلما اتفقوا انه يقضي على المشتري بالشفعة بغير محضر البائع دل على ان الاخذ منه ليس بفسخ
ويفارق هذا الاستحقاق لانه يتبين بالاستحقاق ان البائع لم يكن مالكا لما باع فاذا لم يجز المستحق بطل البيع • وفي مسألة الشفعة لا يتبين ان
البائع لم يكن مالكا • وانما انفسخ البيع اذا اخذ من يد البائع لسقوط القبض وهذا لا يوجد اذا اخذ من يد المشتري • واذا ثبت ما ذكرنا
فاما ان كانت الدار اخذت من يد البائع فالعهدة عليه لان العهدة ضمان الثمن عند الاستحقاق والبائع هو القابض للثمن فكان رده عليه
ولان البيع انفسخ بين البائع والمشتري وانتقل المبيع من ملك البائع فكانت عهدته عليه • فاما اذا اخذت من المشتري فان العهدة عليه لانه هو
القابض للثمن • ولان الشيء انتقل من ملكه • وروى ابن سماعة وبشر بن الوليد عن ابي يوسف ان المشتري ان كان نقد الثمن ولم يقبض الدار
حتى قضى للشفيع بالشفعة بحضرة من البائع والمشتري فان الشفيع يقبض الدار من البائع وينقد الثمن المشتري وعهدته عليه • وان كان لم ينقد الثمن
دفع الثمن الى البائع وعهدته عليه • وذلك لان البائع اذا قبض الثمن ولم يبق له حق في امساك المبيع فالقضاء لم يفسخ ملك المشتري • واما
اذا لم يقبض البائع الثمن فان للبائع حبس المبيع حتى يستوفي فلم يتوصل الشفيع الى اخذ الدار الا بدفع الثمن الى البائع
هو استحقاق عليه فكان [illegible] • وقال زفر
وعند الشافعي رحمه الله عهدة الشفيع على المشتري في الوجهين • وهذا هو مذهبنا •
كذا ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي •

بعد ما على البائع في الوجهين كذا ذكر في شرح الكافي • وجه قول الشافعي رحمه الله ان الملك يقع على الملك المالك والمالك عند اخذ الشفيع الدار
هو المشتري فيكون عهدته عليه • ولنا ان التملك في الحقيقة يقع على البائع لانه ياخذها بطريق التقدم على المشتري فتتحول الصفقة اليه
وينزل منزلة المشتري في عين تلك الصفقة • ثم تملك المشتري واقع على البائع فكذا لمن نزل منزلته • ولكنا نقول انه يصير متملكا على البائع
بعقد المشتري فان حكم العقد واقع له لكن الشرع يحكم بتملكه ويجعل حكم عقده واقعا للشفيع فصار المشتري عند اخذ الشفيع الدار من المشتري بمنزلة
الوكيل والعهدة تلزم الوكيل دون الموكل غير انا اعتبرنا جهة الوكالة في موضع اخذه منه لانه يمكن ان يجعل كالبائع في حقوق الملك لانه قويا
العقد بتمامه وقبل القبض ما قوله بتمامه وقد قدم الشرع الشفيع عليه ومن ضرورة تقدمه عليه ان يخرج هو من البين • ولانه انما يرجع الثمن
على من اخذ الثمن وقد اخذ الثمن البائع فيكون العهدة عليه ضرورة • وقال في كتاب التفريع لاصحاب مالك وعهدة الشفيع على المشتري وذكر
في الاستحسان لانه ملكه دون البائع • وسوا اخذ بالشفعة قبل القبض او بعده • وقال الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل وعهدة الشفيع على المشتري
وعهدة المشتري على البائع **قوله** وينفسخ البيع بمشهد منه اي بمحضر من المشتري **قوله** اشارة الى علة اخرى • يعني ان العقد
في حق البيع بحضور المشتري شيئان • احدهما ان الملك الذي له يقضى به للشفيع عليه فلا بد من حضوره كيلا يقع قضا على الغائب • والثاني
فسخ البيع على المشتري فلا بد من حضوره ايضا لما قلنا • ومعنى الفسخ ان يكون في حق الاضافة لا غير بان يكون البيع المضاف الى المشتري في قول البائع
بعت منك مضافا الى الشفيع كان البائع قال للشفيع بعت منك فتتحول الصفقة من المشتري الى الشفيع على ان يجعل البيع الذي وقع بين البائع والمشتري
كانه وقع بين البائع والشفيع • وليس المراد ان ينتقض البيع اصلا لانه لو انفسخ من الاصل لم يكن للشفعة وجود لان الشفعة تقتضي سابقة وجود البيع
وهذا ابتنى قوله بني اصل البيع لتعذر المشاحة **قوله** لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة تعليل لقوله انه ينفسخ في حق الاضافة يعني ثم
المشتري فبسبب اخذ الشفيع الدار من البائع لا محالة فلما انتفى قبضه وجب القول بالفسخ لكن لم يمكن الفسخ من الاصل لئلا تتعذر الشفعة فقلنا بالانفساخ
من حيث الاضافة فحسب **قوله** ولهذا يرجع بالعهدة على البائع ايضاح لقوله تتحول الصفقة اليه اي الى الشفيع **قوله** وفيما
الوجه الاول اي فيما اذا كان المبيع في يد البائع واخذ الشفيع منه **قوله** وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى وقد اندرج
ذلك فيما بينا **قوله** قال ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يسلمها الى الموكل
يعني اذا اشترى دارا لاجل غيره بالوكالة فحينئذ يكون الوكيل هو الخصم للشفيع • وذلك لان الشفعة من حقوق العقد وحقوق العقد عندنا
تتعلق بالعاقد فتتوجه الخصومة للشفيع على الوكيل لانه العاقد فصار الوكيل كالمشتري لنفسه • بخلاف ما اذا سلم الدار الى الموكل حيث تتوجه
الخصومة عليه لانه لم يبق للوكيل يد في الدار ولا ملك فصار كالبائع اذا سلم الى المشتري يخرج من الخصومة بالتسليم غير ان البائع لا يكون خصما
اذا كانت الدار في يده حتى يحضر المشتري والوكيل اذا قبض خصم وان لم يحضر الموكل لان المشتري لم يقم البائع مقام نفسه فلم يجز فسخ الملك عليه
من غير حضوره • واما الموكل فقد اقام الوكيل مقام نفسه ورضي به فجاز ان يفسخ الملك بمخاصمته وان لم يحضر الموكل • قال الامام الاسبيجابي
رضي الله عنه في شرح الطحاوي ومن اشترى دار الرجل بامره وقبضها ثم جاء الشفيع فطلب الشفعة فانه ينظر ان كان الوكيل لم يسلم الدار الى الموكل
كان للشفيع ان ياخذ الدار منه ويكتب عهدته عليه ويدفع الثمن اليه ويدفعه الوكيل الى الموكل وان كان الوكيل سلم الدار الى الموكل اخذها
منه ونقد الثمن اياه ويكتب العهدة عليه • وروي عن ابي يوسف انه قال لا ياخذ من يد الوكيل لانه انما اشتراها للموكل وهو ليس بخصم فيها ولكن
يقال سلم الدار الى الموكل ثم ياخذ الشفيع منه • وفي ظاهر الرواية ما ذكرنا انه ياخذ من يد الوكيل اذا كان في يده لان حقوق العقد راجعة
الى العاقد فيكون في حقوق عقده كالمالك والشفعة من حقوق العقد **قوله** وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل لما عرف
وهو مذهب الكرخي وقد اختلف مشايخنا في العقود التي يتعلق الحقوق فيها بالوكيل ان الملك فيها ينتقل من الوكيل الى الموكل بعد انتقاله الى الوكيل
ام ينتقل الى الموكل ابتدا فذهب الشيخ ابو الحسن الكرخي الى الاول وابو طاهر الدباس الى الثاني وبه قال الشافعي رحمه الله وقد مر البحث
فيه مستوفى في اوائل كتاب الوكالة **قوله** وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا • يعني يكون الوصي هو الخصم للشفيع
اذا باع ما يجوز بيعه • ولا بد للقائد بيان ذلك ان الورثة اذا كانوا كلهم كبارا حضورا ولا دين ولا وصية فليس للوصي بيع شي من التركة
لعدم الولاية على الكبار • فان كان الكبار غيبا فله بيع العروض دون العقار لان له ولاية الحفظ وان كان الورثة صغارا فله بيع الكل لانه
قائم مقام الاب • ولو كانوا صغارا وكبارا فله بيع العروض والعقار من نصيب الصغار والكبار عند ابي حنيفة وقالا له بيع نصيب الصغار
من العروض والعقار دون نصيب الكبار الحضور • فان كانوا غيبا باع عروضهم لا عقارهم كذا في المختلف **قوله** قال واذا قضي للشفيع
بالدار ولم يكن راها فله خيار الرؤية • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الشفيع مع المشتري بمنزلة المشتري مع البائع • ثم المشتري
له ان يرد بخيار الرؤية والعيب فكذلك الشفيع له ان يرد بالخيار على الذي اخذ منه وان كان قد شرط المشتري شرط البراءة لان المشتري لم يكن
نائبا عن الشفيع فلا يكون سقوط الرد في حق المشتري سقوطا في حق الشفيع • قال الامام العتابي في شرح الجامع الكبير الاخذ بالشفعة شراء من
وجه من حيث انه يكون بثمن معلوم حتى يثبت له خيار الرؤية وخيار العيب واستحقاق من وجه حتى يستوي فيه القضا وعدم القضا والرضا
وعدم الرضا • ولو تبطل بالتخلية حتى لا يكون الماخوذ منه ضامنا لسلامة البنا وعن مسألة اذا اخذ الشفيع الدار بالشفعة فله خيار
الرؤية وخيار العيب كان ذلك للمشتري او لم يكن • ولو بنى فيها بناء او غرس غرسا ثم استحقت الدار فالعقار والمرتد البنا الذي يرجع على من
اخذ منه بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس عليه لانه لم يضمن له سلامة البنا لانه اخذ على كره منه ان اخذ قضا • وكذلك اذا اخذ بغير قضا
لانه مستو في غير حقه لانه انما ياخذ بحق متقدم على البيع لكونه مستحقا قبل الدخل فيستوي فيه القضا وعدم القضا كالرجوع في الهبة لما كان الراجع
اخذ غير حقه بحق متقدم على الهبة يستوي فيه القضا والرضا **قوله** فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه اي الشفيع
ولانه رد بالعيب وان كان المشتري ابرا بائعه من عيب المبيع واسقط خيار رؤيته **قوله** ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري لانه لا يسقط

خيار العيب من الشفيع بسقوطه من المشتري اذا شرط المشتري براءة البائع من العيب في حالة الشرا **قوله** فلا يملك اسقاطه اي لا يملك المشتري
اسقاط خيار الشفيع بالعيب والرؤية

فصل

في الاختلاف لما ذكر حكم اتفاق الشفيع والمشتري ذكر حكم اختلافهما
لان الاصل عدم الاختلاف **قوله** قال واذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري • اي قال القدوري في مختصره اذا قال
المشتري اشتريت بالفين وقال الشفيع اشتريت بالف فالقول قول المشتري مع يمينه لان الشفيع يدعي على المشتري استحقاق المبيع اذا ادى من الثمن
يكره فالقول قول المنكر مع يمينه ولا يجب التحالف هنا لان المشتري لا يدعي على الشفيع شيئا لان الشفيع مخير بين اخذ المبيع وتركه فلم يتحقق كونه مدعى عليه
لانه هو الذي اذا ترك الدعوى لا يترك والشفيع اذا ترك الدعوى يترك فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف
المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا فلا جرم لم يجب التحالف **قوله** لتخيره اي لتخير الشفيع **قوله** ولا نص هنا اي لم يرد
نص بالتحالف في اختلاف الشفيع والمشتري **قوله** قال ولو اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف البينة
بينة المشتري • اي قال القدوري في مختصره اعلم انه اذا اقام احدهما البينة على الانفراد فيثبت بينته لانه نور دعواه بالحجة • واذا اقاما
جميعا فبينة الشفيع اولى عندهما خلافا لابي يوسف • له ان المشتري بمنزلة البائع في حق الشفيع لانه يستفيد الملك من جهته • ثم البائع والمشتري
اذا اختلفا في الثمن واقاما البينة كانت بينة البائع اولى لانها تثبت الزيادة والبينات وضعت للاثبات فكذلك هنا كانت بينة المشتري
اولى لانها تثبت الفضل فصار كبينة الوكيل مع بينة الموكل في اختلافهما في قدر الثمن حيث يكون بينة الوكيل اولى • وكذلك اذا اختلف المشتري
من العدو والمولى القديم في ثمن العبد الذي ابقه العدو يكون بينة المشتري اولى ولهما انه لا تنافي بين موجبي البينتين لاحتمال كون الامرين كانا
فيثبت بحجة الشفيع البيع بالف ويثبت بحجة المشتري البيع بالفين فكان الشفيع مخيرا يعني ان شا اخذ بما اثبت بينة الشفيع وان شا اخذ بما اثبت
بينة المشتري • وعلة اخرى اعتل بها ابو يوسف ولم ياخذ بها فقال البينات وضعت للالزام وبينة الشفيع ملزمة لانه ياخذ الدار ببينته
ان شا المشتري او ابى وبينة المشتري ليست بملزمة لان للشفيع ان لا ياخذ الدار والبينات وضعت للالزام فكان الاخذ ببينته اولى ولانه
اشبه بالمدعين لان حد المدعي من اذا ترك الدعوى ترك والشفيع بهذه الصفة فكان العمل ببينته اولى • والحاصل هنا ما قاله في شرح الطحاوي وهو
ان لابي حنيفة علتين في هذه المسألة احداهما اعتل بها ابو يوسف لابي حنيفة ولم ياخذ بها • والاخرى اعتل بها محمد واخذ بها فاما
علة ابي يوسف فلان الشفيع هو اشبه بالمدعين لان علامة المدعي ان يكون مخيرا في دعواه واذا ترك دعواه ترك • وههنا الشفيع مخير في
الدعوى والمشتري مجبور على الدعوى والبينة انما تقبل من المدعي • واما علة محمد لابي حنيفة التي اخذ بها ان المشتري ظهر منه اقراران
اقرار بما قاله الشفيع واقرار بما يقوله هو وقد ظهر في حق الشفيع عقدان جائزان فله ان ياخذ بايهما شا اذا كان العقد الثاني لا يفسخ العقد الاول
وجهه لانهما لو تبايعا دارا بالف درهم ثم تبايعا بالفين فان العقد الثاني يرفع العقد الاول في حقهما وفي حق الشفيع كلاهما قائمان حتى كان له ان
ياخذ باي العقدين شا فكذلك ههنا • وهذا بخلاف البائع مع المشتري اذا اختلفا واقاما البينة فان البينة بينة البائع لان ثمة لم يظهر
الا عقد واحد لان العقد الثاني يرفع العقد الاول في حقهما فكذلك على العبارة الاولى لان البائع اشبه بالمدعي لانه لو ترك • ولو اختلف
الشفيع والمشتري في مقدار قيمة العرض الذي هو بدل الدار فان القول قول المشتري مع يمينه • فان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة المشتري
ايضا لانه اثبت الفضل • وهذا قولهما وهو قول ابي حنيفة على قياس العلة التي اعتل بها محمد لانه ما ظهر هنا الا عقد واحد وهو العقد على عرض
بعينه وانما اختلفا في قيمة العرض الذي وقع عليه العقد • وفي قول ابي حنيفة على قياس العلة التي اعتل بها ابو يوسف ينبغي ان تكون البينة بينة
الشفيع لانه اشبه بالمدعي هكذا ذكر الطحاوي كذا في شرح الطحاوي • والجواب عما قاس على بينة الوكيل فنقول لا نسلم ان بينة الوكيل اولى لان القدوري
ذكر في شرحه لمختصر الكرخي ان ابن سماعة روى عن محمد رضي الله عنه ان بينة الموكل اولى لان البينتين تساوتا وللموكل احدهما الزام الاخرى
عليه فالتي تلزمه اولى فان ذلك لا فرق بين الشيئين • واما على الرواية المشهورة سلمنا ان البينة بينة الوكيل ولكن نقول التي تنتقل الى الوكيل ثم
ينتقل او لانه ينتقل منه الى الموكل فنابيا فيشبه بين الوكيل والموكل كالمشتري • ثم البائع والمشتري اذا عقدا اخر كان ينفسخ العقد الاول ثم فلا يظهر
في حقه الا عقد واحد بين الوكيل والموكل فصار الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري • ثم البائع والمشتري اذا اختلفا واقاما البينة كانت
بينة البائع اولى فكذا يكون بينة الوكيل اولى لانه كالبائع • بخلاف اختلاف الشفيع والمشتري فان العقدين قائمان في حق الشفيع فياخذ بايهما
شا لان الفسخ لا يظهر في حقه • وهذا معنى قوله وهو التخريج لبينة الوكيل • والجواب عن قياسه على المشتري من العدو فنقول لا نسلم ان بينة
المشتري اولى من بينة المالك القديم لان محمدا رضي الله عنه ذكر في السير الكبير ان بينة المالك القديم اولى فتمنعه • ولئن سلمنا ان بينة المشتري
اولى كما هو ظاهر الرواية فنقول لا يظهر العقد بين المشتري وبين المالك القديم الا باعتبار العقد الذي جرى بين المشتري وبين العدو فلم يظهر
الا عقد واحد فكان المثبت للزيادة اولى وهو بينة المشتري • بخلاف ما نحن فيه فان العقدين ثابتان في حق الشفيع فله ان ياخذ
بايهما شا **قوله** ولان بينة الشفيع ملزمة هذا دليل ثان عطفا على قوله انه لا تنافي **قوله** قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى
البائع الاقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري • اي قال القدوري في مختصره والامر دين
ان يكون الدار في يد البائع او في يد المشتري • الا ترى الى ما ذكره الكرخي في مختصره بقوله فان اختلف البائع والمشتري والشفيع في الثمن
والدار في يد البائع او في يد المشتري ولم ينقد الثمن فالقول في ذلك قول البائع مع يمينه ان كان اكثر مما قالا جميعا او اقل الى ههنا لفظ الكرخي
وكل ثمنه وذلك لان البائع اذا ادعى انه باع بالفين وقال المشتري والشفيع بالف لم يجز استحلاف البائع الا بقوله وتحالفا وترادا ان
وقد دل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع لان الامر كان على ما قال البائع • واما اذا
قال البائع بعتها بالف وقال المشتري بالفين فالقول ما قال البائع لان الامر ان كان على ما قال وجبت الشفعة وان كان على ما قال المشتري
فقد حط البائع بعض الثمن والحط يثبت في حق الشفيع • واما اذا قبض البائع الثمن فلم يلتفت الى قوله وكان القول قول المشتري مع يمينه لانه استوفى

ثم العقد فصار كالاجنبي فلا يلتفت الى قوله كذا ذكر القدوري في شرحه وتمام البيان فيه ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا اختلف البائع والمشتري والشفيع في الثمن قبل نقد الثمن فالدار مقبوضة او غير مقبوضة اخذها الشفيع بما قال البائع ان شاء وهذا على وجهين اما ان يقع الاختلاف بينهم على وجه يدعي البائع اكثر الثمنين والمشتري فاما اذا ادعى البائع اكثر الثمنين بان قال بعتها بالفي درهم والمشتري يقول اشتريتها بالف والشفيع يقول اشتريتها بخمسمائة فان المشتري مع البائع يتحالفان لان الاختلاف في الثمن واذا نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فياخذها الشفيع بذلك • ولو تحالفا يفسخ القاضي البيع بينهما ويعود الى ملك البائع واخذ الشفيع الدار من يد البائع بما يقوله البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وهل يحلف البائع ينبغي ان لا يحلف لانه لو نكل فرع • وان كان الاختلاف على وجه يدعي البائع اقل الثمنين ياخذ بقول البائع لان الثمن ان كان كما قال فظاهر وان كان اكثر من ذلك فقد حط الثمن عن المشتري والحط عن المشتري يكون حطا عن الشفيع • وهذا اذا كان الثمن غير منقود وان كان الثمن منقودا ظاهرا وقد اقر باستيفاء كل حقه لا يبقى له حق فيخرج من البين فالدعوى بين الشفيع والمشتري فياخذ بما يقوله المشتري ان شاء لانه يدعي الهلاك بخمسمائة والمشتري ينكر فيكون القول قوله • الا ترى ان المشتري لو البائع في حقه غير انهما لا يتحالفان لانه لا عقد بينهما • وان كان نقد الثمن غير ظاهر ولكنه يعرف باقراره ان الثمن الف درهم وقد استوفيته ياخذ بما يقوله البائع لانه اخبر عن الثمن في حال له ولاية البيان فيه الحكم عليه • وان قال استوفيت الثمن وهو الف درهم والمشتري يقول الثمن الفا درهم ياخذ الشفيع بما يقوله المشتري لانه لما اقر باستيفاء الثمن او لا خرج من البين فلم يقبل بيانه وقد خرج من البين • ولو قال البائع بعته بالفي درهم ولم ينقد الا الف درهم لم ياخذها الشفيع ولا المشتري الا بالفي درهم لان المال هو نكان البيان اليه وسمع بيانه لانه لم يقر باستيفاء كل حقه • **قوله** قال وان كان قبض المشتري الثمن اخذ بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع • اي قال القدوري في مختصره • وذلك لان البائع لما قبض الثمن صار كالاجنبي ولم يلتفت الى قول الاجنبي • **قوله** ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بالالف ذكر تفريعا على مسألة المختصر • قال القدوري في شرحه قالوا في البائع اذا قال بعت الدار بالف وقبضت الثمن وقال المشتري بالفين فان الشفيع ياخذها بالف لان البائع لما بدا بذكر الثمن تعلقت الشفعة به فاذا قال بعد ذلك قبضت الثمن فقد يريد ان يسقط الحق الذي ثبت للشفيع فلا يقبل قوله • ولو كان قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لانه لما ابتدا واعترف بالقبض لم يبق له حق في العقد فلم يقبل قوله بعد ذلك كالاجنبي • وروى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان البائع اذا اقر بقبض الثمن والمبيع في يده وزعم انه الف وقال المشتري الفان فالقول قول البائع وياخذها الشفيع من يده بالف ويقال للمشتري اتبع البائع بخصومة في الالف الاخرى • وهذا صحيح لان البائع انما يسقط قوله بقبض الثمن لكونه لم يبق له حق في المبيع وصار كالاجنبي • واما اذا كان المبيع في يده فهو الخصم والشفعة ماخوذة من ملكه فكذلك لا يرجع الى قوله

فصل

فيما يوخذ به المشفوع اي في العوض الذي ياخذ به الشفيع المبيع الذي به الشفعة • فان حط البائع بعض الثمن اخذ محطوطا وان زاد المشتري بعد البيع في الثمن لا ياخذ بالزيادة بل ياخذ بما وقع عليه العقد • ثم ان كان الثمن مثليا ياخذ بمثله وان كان غير مثلي ياخذ بالقيمة اي بقيمة ذلك العوض الى اخر ما يليه في هذا الفصل فهذا هو الظاهر من كلام المصنف • وبعضهم فسر ما يوخذ به المشفوع بالمبيع وفيه بعد • ثم ان المصنف لما فرغ عن بيان الشفعة وسبب ثبوتها وشرايطها من الطلب ثم عن بيان الاختلاف بين الشفيع والمشتري في الثمن شرع في بيان العوض الذي يطلبه الشفيع لانه مترتب على ما قبله من ثبوت الشفعة وقدر الثمن • **قوله** قال واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الحط يلتحق باصل العقد على ما مر بيانه في البيوع فيصير كانه هو الموجود حالة العقد فياخذ الشفيع بذلك لانه ياخذ بالثمن والثمن هو الباقي • بخلاف ما اذا حط جميع الثمن حيث لا يلتحق باصل العقد فلا يسقط عن الشفيع شيء فلا جرم ياخذ بجميع الثمن لانه لو التحق باصل العقد يخرج العقد عن موضوعه لانه يصير هبة لانه يبقى تمليكا بلا عوض ولا شفعة في الهبة • وقال في شرح الاقطع قال الشافعي رحمه الله ان كان الحط عن مجلس العقد ثبت في حق الشفيع وان كان بعد المجلس وليس في البيع خيار اخذها بجميع الثمن وهذا لا يصح لان من يثبت الحط في حقه في المجلس يثبت بعده كالمشتري • فان قيل حط بعد لزوم العقد فلا يلحق به كحط جميع الثمن قيل له هناك لو لحق لاخرج العقد عن موضوعه فلهذا لم يلحق وحط البعض لا يخرج العقد عن موضوعه فلحق كحال المجلس • **قوله** وقد بيناه في البيوع اي في فصل قبل باب الربا • **قوله** وان زاد المشتري للبائع لم يلزم الشفيع الزيادة هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان في الزام الزيادة الشفيع ابطال حقه الثابت لان حقه في الشفعة تعلق بالعقد الاول • وفي الزيادة ضرر به فلا يجوز • ومع هذا الواحد بالزيادة جاز لان له ان يسقط حقه • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي وان زاد البائع في الثمن زيادة بعد العقد اخذ الشفيع الدار بالثمن الاول فلا يعتبر تغييرها في حقه • وكذلك لو باعها المشتري من اخر بثمن اكثر من ذلك كان للشفيع ان ياخذها بالثمن الاول من المشتري الاخر ويرجع المشتري الاخر على البائع الثاني بما بقي له لان حق الشفيع تعلق بالعقد الاول ويكون العهدة على المشتري الاول لانه اخذه بنقضه العقد الاول • ومتى انتقض العقد الثاني لم يسلم للمشتري الدار فيرجع بالثمن وقد وصل اليه بعضه من يد الشفيع فيرجع بالبقية على بائعه ان كان قد دفع الثمن اليه • ولو اخذ بالبيع الثاني كان له ذلك ولا يكون نقضا للبيع الاول وهو يصلح سببا لاستحقاق الشفعة كالبيع الاول • ومتى اخذ بالشرا الثاني من يد المشتري الاخر كانت العهدة عليه ولا يرجع على بائعه بما دفع ووصل اليه تمام حقه • وكذلك لو وهبها المشتري وسلمها او رهنها او تزوج عليها امراة كان للشفيع ان يبطل ذلك كله وياخذها بالشفعة الاولى لان هذه التصرفات تبطل حقه في البيع الاول فكان له حق النقض ليعيدها على ملك المشتري وياخذ بالحق الذي له • وهذا بخلاف المشتري شرا فاسدا اذا تصرف شيئا من هذه التصرفات لا يكون للبائع حق النقض وان كان حق الاسترداد ثابتا له لانه تصرف بتسليطه فجاز ان لا يكون له حق النقض لتعلق حق الغير به • بخلاف الشفيع ولهذا لا حق من هو لا على الشفيع في من التزاما الثمن للمشتري الاول لان الهلاك وقع عليه ولا ياخذ

الدار حتى ينقد الثمن لانه عند تحول الصفقة اليه نزل منزلة المشتري والمشتري منزلة البائع فلا يكون له سبيل من اخذه حتى يصل الثمن الى بايعه **قوله** قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته • اي قال القدوري في مختصره فالعرض بفتح العين وسكون الراء المتاع اسم بنقد كذا في ديوان الادب • والمراد منه المتاع القيمي • وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي واذا وجبت الشفعة في البيع او في الهبة بعد التقابض • فان كان البدل ماله مثل وجبت الشفعة بمثله • وان كان مما لا مثل له وجبت بقيمته • وقال اهل المدينة اذا لم يكن للبدل مثل وجبت بقيمة الدار • وذلك لان الشفيع انما يستحق المبيع على الوجه الذي استحقه المشتري فاذا استحقه بكيل او موزون او معدود غير متفاوت استحقه الشفيع بمثله لان المثل اعدل من القيمة • وان كان البدل مما لا مثل له فالقيمة تقوم مقامه لان المثل فكان للشفيع الاخذ بالقيمة • ولان الشفيع انما اخذ من ملك المشتري فقد استحق المبيع عليه فصار كانه اتلف عليه الثمن • فان كان له مثل وجب مثله والا وجبت قيمته كما يجب في الاتلاف • فان استحق من يد البائع فقد استحق البائع من الثمن الذي لزم المشتري فكانه اتلف عليه • والذي قاله اهل المدينة فاسد لان من اشترى دارا بثمنها الف بعرض قيمته الفان • فلو اوجبنا الشفعة بقيمة الدار استحققناها على البائع ببدل لم يرض به • وهذا لا يصح ولا يقال فالبائع لم يرض الا بالعرض ولم يرض بالقيمة لان القيمة من حيث المعنى وهو المالية مثل فيما لا مثل له وقد استحقت الشفعة • **قوله** وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله وهذا لفظ القدوري ايضا وقد مر بيانه • **قوله** وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الاخر وهذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لان كل واحد من البدلين مما لا مثل له فياخذ الشفيع بقيمة بدله • **قوله** قال واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها • اي قال القدوري في مختصره وهذا قول الشافعي رحمه الله في الجديد وقال في القديم ياخذها بثمن مؤجل • فان كان الشفيع غير ملي طالبه بكفيل كذا في شرح الاقطع • وهذا اذا كان الاجل معلوما فاما اذا كان مجهولا كالحصاد والدياس وغير ذلك • فقال الشفيع انا اعجل الثمن واخذها لم يكن له ذلك لان الشراء بالاجل المجهول فاسد وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد كذا في الذخيرة • وجه قول الشافعي رحمه الله في القديم وهو قول زفر ان الاجل احدى صفتي الثمن فكان للشفيع الاخذ بها كالحلول وكما في السود ولنا ان الاجل لا يثبت الا بالشرط ولم يوجد بين الشفيع والمشتري شرط اجل فلم يثبت • ولان الاجل صفة ملحقة بالعقد كالخيار وسلم ان هو المشتري لو شرط الخيار لنفسه ثم اخذها الشفيع لم يثبت له خيار لانه لم يشترطه فكذلك هذا • واذا لم يثبت الاجل في حق الشفيع كان بالخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء انتظر حتى يحل الاجل لان له ان يقول لا التزم الثمن زيادة صفة لم يقع بها البيع • وان اختار اخذها بثمن حال كان الثمن للبائع على المشتري الى اجله • وذلك لان الملك انتقل من المشتري الى الشفيع فكانه باع الدار بثمن حال • والشرط الذي جرى بين البائع والمشتري بقي بينهما كما كان لانه لا يبطل اخذ الشفيع • ولا نسلم ان الاجل صفة الثمن فلو كان صفة له كان تابعا للثمن فكان حقا للبائع كان الثمن حقا له والثمن حق البائع والاجل حق المشتري فعلم ان الاجل ليس بوصف للثمن والاخذ بالحال لا يودي الى الاضرار بالمشتري والاخذ بالمؤجل اضرار بالبائع لان ماله يتاجل بغير اختياره فيفسد النيابة • قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وقد روى بشر بن الوليد عن ابي يوسف في من للدار ان الشفيع يجب ان يطالب عند علمه • فان سكت عن الطلب حتى يحل الاجل بطلت شفعته فقال ابن ابي مالك كان ابو يوسف يقول هذا ثم رجع فقال اذا سكت ثم طلب عند حل الاجل فان له الشفعة • وجه رواية بشر ان الشفعة واجبة بالعقد • ولهذا يملك اخذها بثمن حال وانما يتاخر الاخذ لاجل صفة الثمن • فاذا ترك الاشهاد عند وجوب الشفعة بطلت • ووجه رواية ابن ابي مالك ان الطلب انما يحتاج اليه للاخذ • فاذا كان ترك الاخذ لا يوثر في شفعته فكذلك ترك الطلب • **قوله** والاخذ بالشفعة به اي بالثمن • **قوله** والمراد الرضاء اي الاجل • **قوله** في الملاة اي في الغني وهو بالفتح الميم مصدر من قولهم ملو الرجل فالملي الغني المقتدر • **قوله** ثم ولا يعتبر انه باعه بالتولية • **قوله** لما بينا من قبل اشارة الى قوله في اواخر باب طلب الشفعة وهو قوله لا اشتباع نقض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ • **قوله** خلافا لقول ابي يوسف الاخر قد ذكرنا قبل هذا رواية ابي بشر وابن ابي مالك عن ابي يوسف رحمه الله • **قوله** قال واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير دارا وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير • اي قال القدوري في مختصره • وقال الشافعي لا شفعة فيها • فان سلم المشتري للشفيع الشفعة وهما ذميان ثم اعترض عليها وان اسلما كذا ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي • لنا العمومات الواردة في باب الشفعة قوله عليه السلام الجار احق بشفعته ولانه بيع يثبت فيه اهل الذمة فجاز ان يستحق فيه الشفعة اصله البيع سائر المباحات • ولانه تبايع بخمر فلا يستحق به الشفعة كما لو باع بها المسلم • لانا نقول المسلم ممنوع من تمول الخمر والتصرف فيها والكافر ليس بممنوع من ذلك • قال القدوري وهذا فرع عن اصلنا ان بيعهم في الخمر والخنزير بيع جائز فتجب الشفعة فيه كالبيع بالخل والشاة • فان كان الشفيع ذميا اخذها بمثل الخمر لانه يصح ضمانه له بمثله فان كان خنزيرا اخذه بقيمته لانه لا مثل له • وان الشفيع مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير لان المسلم لا يجوز ان يضمن تسليم الخمر في ذمته ويجوز ان يلزمه قيمتها والحق الذي كالواسهلكها عليه • **قوله** قال وان كان شفيعها مسلما اخذ بقيمة الخمر والخنزير • اي قال القدوري في مختصره وقد مر بيانه انفا وانما ياخذ بقيمة الخنزير ولكنها كانت كغير المثلي • وتمام البيان فيه ما قال في شرح الكافي فاذا اشترى الكافرين كافر دارا بخمر او خنزير وشفيعها كافر اخذها بمثل ذلك الخمر وبقيمة الخنزير لان البيع بالخمر والخنزير صحيح فيما بينهم فيثبت الشفيع حق الشفعة فان كان كافرا اخذها بمثل الخمر لانها مثلي وبقيمة الخنزير لانه ليس بمثلي • وان كان الشفيع مسلما اخذها بقيمة الخمر ايضا لان اخذها بمثل الخمر في حقه متعذر • وان اشتراها بميتة او دم فالشرا باطل لان الميتة والدم ليس بمال في حق احد ولا شفعة له فيها لان الشفعة لا تثبت في البيع الباطل • واذا اشتراها بخمر وشفيعها كافر ومسلم فهما سواء في الشفعة وياخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والكافر نصفها بمثل نصف الخمر لان الاخذ بالمثل ممكن في حقه • فان اسلم قبل ان ياخذها لم تبطل شفعته لان الاسلام ليس بمبطل للحقوق ولكن ياخذ بقيمة الخمر كالمسلم الاصلي سواء • واذا اسلم احد المتبايعين والخمر غير مقبوضة والدار مقبوضة او غير مقبوضة انتقض البيع لما عرف في البيوع ان القبض حق الملك فصار احد العوضين بحال لا يمكن تسليمه فينتقض العقد ورده ولكن لا تبطل الشفعة لان انفساخ البيع ما لا تبطل الشفعة ثم اخذها الشفيع بقيمة

الحربي كان مسلما او كان الماخوذ منه مسلما • وقال في الشامل اشترى ذمي من ذمي دارا بخمر بعينها او بخنزير بعينه ثم اسلما بطل البيع دون الشفعة لانه حق تحوز ثبت بالبيع والطلب فلا يبطل بعارض بعده • وقال ايضا اشترى بقيمة يجب الشفعة فيها لانه لم يقصر وقياسه عند ابي حنيفة وعندهما ايضا لانه ليس بمباح • وقال ايضا ذمي باع من ذمي دارا بميتة لا شفعة فيها لا لما ليست بمال حتى انهم لو كانوا يقولون بها يثبت الشفعة • وقال ايضا باع المرتد دارا ثم قتل لا شفعة عند ابي حنيفة خلافا لهما لان عند ابي حنيفة تصرف المرتد موقوف فاذا اتصل به الموت حكم بانه لم يكن صحيحا وعند ابي يوسف هو بمنزلة مريض • وعند محمد هو بمنزلة من عليه القصاص تصرفه صحيح فكذلك هذا • فلو اسلم قبل اللحاق جاز بيعه وللشفيع الشفعة بالاجماع لما عرف • وقال ايضا اشترى المسلم دارا والمرتد شفيعها فقتل لا شفعة له ولا لورثته لانه بالقتل تبين انه في حكم من زال ملكه في وقت البيع ولم لورثته لان الملك ليس بثابت لهم حينئذ • وقال ايضا اشترى المرتد ثم قتل لم يبطل شفعة الشفيع لان شفعته متعلقة بالخروج من ملك البايع وقد خرج • وقال ايضا المستامن في دارنا بمنزلة الذمي في حق الشفعة • وقال ايضا المسلم اشترى في دار الحرب دارا وشفيعها

فصل

المسلم لا شفعة فيها • وان اسلم اهلها لان احكامنا غير جارية فيها فلا شفعة حال البيع كذا في الشامل مسايله مبنية على تغير المشفوع زيادة ونقصانا بفعله او بفعل الغير والمتغير فرع على غير المتغير لان الاصل عدم التغير والفرع بعد الاصل فناسب ان يذكر هذا الفصل بعد الفصول السابقة **قوله** قال واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شا اخذها بالثمن وقيمة البنا والغرس • وان شا كلف المشتري قلعه • اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا اشترى الرجل دارا وفي ساحة فبناها ثم جا شفيعها وطلبها بالشفعة فحكم له بها فان المشتري يقال له اقلع بناءك وسلم الساحة الى الشفيع وهذا قول ابي حنيفة وزفر ومحمد وفي رواية محمد عن ابي يوسف وفي رواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن زياد عن ابي يوسف ان المشتري لا يؤخذ بقلع البنا • ويقال للشفيع خذ الدار بالثمن وبقيمة البنا او اترك وهو قول الحسن بن زياد • وروى الحسن ابن ابي مالك ان ما رواه الحسن بن زياد قد كان قولا لابي يوسف ان المشتري لا يؤخذ بقلع البنا ويقال للشفيع خذ الدار بالثمن وبقيمة البنا او اترك وهو قول الحسن بن زياد الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • قال القدوري في شرحه والخلاف في الغرس كالخلاف في البنا • وقال الامام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي ومن اشترى دارا وقبضها وبنى بها بنا او غرس بها في الارض اشجارا ثم حضر شفيعها فان القاضي يقضي له بالشفعة ويامر المشتري بنقض البنا وقلع الاشجار التي احدث فيها الا اذا كان في قلع الاشجار نقصان بالارض واراد الشفيع ان ياخذها مع البنا والاشجار بقيمتها مقلوعة غير ثابتة فله ذلك هكذا ذكر في ظاهر الرواية • وروى عن ابي يوسف انه قال لا يجبر المشتري على قلع البنا والاشجار ولكن الشفيع بالخيار ان شا اخذها مع البنا والاشجار بقيمتها قايمة على الارض غير مقلوعة وان شا ترك وبه اخذ الشافعي رحمه الله • ولو ان المشتري زرع في الارض ثم حضر الشفيع فان المشتري لا يجبر على قلعه بالاجماع ولكنه ينظر الى وقت الادراك ثم يقضي للشفيع • ولو جعلها المشتري مسجدا او مقبرة يدفن فيه الموتى او رباطا ثم جا الشفيع له اخذها وابطل كل ما صنع المشتري فيها الى هنا لفظ شرح مختصر الطحاوي • وجه قول ابي يوسف ان بنا المشتري وقع فيما يملكه فكان محقا في البنا فلا يؤمر بقلعه كمن بنى فيما لا شفعة فيه لان الامر بالقلع سمة العدوان وهو ليس بمتعد في البنا وكالموهوب له اذا بنى فحينئذ ان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه • بيانه ان فيما قاله ابو حنيفة ومحمد اخذ الدار بالثمن دون قيمة البنا والغرس ضررا بالمشتري لانه يزول حقه عنه بلا عوض يقابله وفيما قال ابو يوسف وهو اخذ الدار بقيمتها مع قيمة البنا والغرس ضررا بالشفيع لانه يلزمه زيادة على الثمن الاول وهذا الضرر ادنى من الضرر الاول لانه يدخل في ملك الشفيع عوض وهو البنا والغرس فقابله ضرر زيادة فيتها فكان اهون الضررين فوجب المصير اليه • ووجه ظاهر الرواية ان المشتري بنى في محل تعلق به حق الغير متاكدا من غير تسليط من جهته فينقض بناؤه كالراهن اذا بنى في المرهون • ولان الشفيع يستحق بسبب سابق على تصرفه فكان له ان ياخذ بقلع البنا لانه تصرف من المشتري يؤدي الى زيادة البدل في حق الشفيع فكان للشفيع ابطاله كالابتياع باكثر من الثمن الاول • ولا يقال لو جوزنا قلع البنا يلزم الاضرار بالمشتري لانه لا يقدر على البنا والغرس مخافة الشفعة • وانما وجبت الشفعة لازالة الضرر عن الشفيع فلا يوجب على وجه يؤدي الى الاضرار بالمشتري لانا نقول الاضرار بالمشتري لم يلزمه الا من قبل نفسه لانه من غير فلا يلتفت اليه لانه بنى في محل تعلق به حق الغير **قوله** والمشتري شرا فاسدا هذا احتجاج من ابي يوسف على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة • يعني ان المشتري شرا فاسدا اذا بنى او غرس في المبيع انقطع حق البايع ويأخذ من المشتري قيمة الارض وقت القبض على قول ابي حنيفة وليس له ان يقلع الاشجار والبنا • وفي قول ابي يوسف ومحمد يسترد المبيع ويقلع البنا والاشجار كذا في شرح الطحاوي فكذا المشتري اذا بنى في المشفوع ليس للشفيع ان يقلع ذلك على قياس قول ابي حنيفة لانه محق في البنا **قوله** بخلاف الهبة جواب عن قياس قول ابي يوسف على الموهوب له اذا بنى في الموهوب حيث لا يكون للواهب حق قلع البنا بتسلط يقول له من غير تسليط من جهة من له الحق • يعني ان الواهب انما لا ينقض الموهوب له لانه حصل بتسليط منه فينقطع حق الرجوع بالبنا والشفيع لم يسلط المشتري على البنا فينقضه فظهر الفرق • وكذا المشتري شرا فاسدا لا ينقطع البايع بالوجود التسليط فيه **قوله** فيما اي في الهبة والشرا الفاسد **قوله** ولهذا لا يبقى بعد البنا • هذا ايضاح لضعف حق الاسترداد في الهبة والشرا الفاسد لكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البنا في الشرا الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة لا على مذهب ابي يوسف قدم النقل عن شرح الطحاوي انفا فكيف يحتج بمذهب ابي حنيفة على صحة مذهبه • ولابي يوسف ان يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندي حق الاسترداد بعد البنا باق في الشرا الفاسد **قوله** وهذا الحق اي حق الشفيع يبقى بعد بنا المشتري فلا يبقى اذن لا ايجاب بقيمة البنا والغرس على الشفيع كما قال ابو يوسف **قوله** كما في الاستحقاق • يعني ان الشفيع اذا بنى او غرس في الارض ثم استحقت يرجع بالثمن لا غير ولا يرجع بقيمة البنا والغرس كما في المشتري

بينا ولم معناه ان المشتري اذا بنى او غرس في الارض ثم استحقت لا يرجع بقيمة البنا والغرس لانه يرجع بقيمتهما الا ترى الى ما قال في كتابه شرح الطحاوي ولو ان المشتري بنى في الدار بنا ثم استحقها رجل بالبينة ونقض عليه بناه فللمشتري ان يرجع على البايع بالثمن وبقيمة بنايه اذا سلم النقض الى البايع وان حبس النقض ولم يسلم الى البايع لا يرجع عليه الا بالثمن خاصة **قوله** وان احب ان ياخذ بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا • يعني ان الشفيع هو بالخيار بين ان يامر المشتري بقلع البنا والغرس وبين ان ياخذ المشفوع بالثمن وقيمة البنا والغرس • ويعتبر في القيمة قيمتهما مقلوعين • وعند ابي يوسف قيمتهما قايمين على الارض وقد مر ذلك **قوله** كما بيناه في الغصب • يعني ان الغاصب اذا بنى او غرس في المغصوبة يؤمر بقلع البنا والغرس • فان كانت الارض تنتقص بقلع البنا والغرس فللمالك ان يضمن قيمتهما مقلوعين للغاصب **قوله** ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يرجع بقيمة البنا والغرس • قال الكرخي في مختصره واذا اشترى الرجل دارا فاخذها الشفيع بالشفعة فبناها ثم استحقت الدار قال المستحق ياخذ الدار ويقال للشفيع اهدم بناك ولا يرجع على المشتري بقيمة البنا ان كان اخذ الدار من يده ولا على البايع ان كان اخذ الدار من يده لانه لم يغره ورضيا دخل نفسه في الاخذ بالشفعة واجبر من كانت في يده على تسليم ذلك اليه وهذه الرواية المشهورة وهي رواية محمد في الاصول ولم يحك عن احد من اصحابنا خلافا • وروى بشر بن الوليد عن ابي يوسف قال سمعت ابا يوسف سئل عن رجل اشترى دارا فاخذها رجل بالشفعة فاستحقت الدار من يده وقد بنى فيها على من يرجع بقيمة البنا قال على الذي قبض الثمن • وكذلك روى الحسن بن زياد عن ابي يوسف ان الشفيع يرجع على المشتري بقيمة البنا الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • وجه قول ابي يوسف ان الشفيع متملك على المشتري فصار المشتري كالبايع والشفيع كالمشتري ثم المشتري يرجع على البايع في صورة الاستحقاق بالثمن وبقيمة البنا فكذا الشفيع ينبغي ان يرجع على المشتري بقيمة البنا ايضا • ووجه المشهور ان الرجوع بقيمة البنا انما يثبت للغرور والذي حصل من البايع حين اوجب الملك للمشتري على الوجه الذي يتصرف فيه كيف شا ولم يوجد في المشتري لم يغر الشفيع بايجاب الملك • فانما اخذ الشفيع الدار من يده بغير اختياره فلم يكن غرورا وانما هو الذي غر نفسه فلا يرجع على غيره وليس هذا كالثمن لان الثمن انما يرجع به المشتري لانه عوض عن المبيع • فاذا لم يسلم المبيع لم يسلم الثمن للبايع وهذا المعنى موجود في الشفيع • وعلى هذا قالوا في الجارية الماسورة اذا اشتراها رجل من اهل الحرب فاخذها مولاها الاول من يده بالثمن فاستولدها ثم استحقت رجع على المشتري من اهل الحرب بالثمن ولم يرجع عليه بقيمة الاولاد لان الرجوع بقيمتهم انما يثبت لاجل الغرور ولم يوجد كذا قال القدوري في شرحه **قوله** قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شا اخذها بجميع الثمن • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه • وان شا ترك قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال بشر بن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا ابا يوسف قال في رجل اشترى دارا فهدم بناها وهدا بناء عنه ثم جا شفيعها فانه يقسم الثمن على قيمة البنا مبنيا وعلى قيمة الارض فما اصاب الارض ياخذها الشفيع بذلك • وهكذا قال ابو حنيفة • وكذلك لو نزع بابا من الدار فباعه • ولو احترق البنا حتى ذهب او غرق من غير فعله حتى ذهب فلم يبق منه شي فان ابا حنيفة قال في ذلك ياخذ الشفيع بجميع الثمن او يترك • فان انهدم البنا فكان على الارض بهدمه وكان الثمن يقسم على قيمة البنا وذلك على الارض الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قال القدوري في شرحه اما وجوب الشفعة في البنا المتصل فلانه في حكم الجزء من العرصة بدلالة دخوله في العقد من غير تسمية • واما اذا هدم فلا شفعة فيه عندنا • ومن اصحاب الشافعي رضي الله عنهم من قال ان الشفيع ياخذه مع الدار وهذا فاسد لانه منفصل عما تعلقت به الشفعة فلم يكن للشفيع اخذه كالثمن • واما اذا هدمه المشتري او هدمه اجنبي او انهدم بنفسه ولم يهلك فان الشفيع ياخذ الارض بحصتها • فان احترق بغير فعل احد اخذها الشفيع بكل الثمن • وللشافعي رحمه الله قولان احدهما ياخذها بجميع الثمن في الجميع والاخر انه ياخذها بالحصة في الجميع • اما اذا احترق البنا فلان حق الشفيع مع المشتري كحق المشتري مع البايع • ومعلوم ان البنا اذا احترق في يد البايع كان المشتري بالخيار ان شا اخذ بجميع الثمن وان شا ترك فكذلك هاهنا • ولانه نقص دخل في المبيع بغير فعل ادمي فصار كما لو زمن البنا او تشقق الحايط • واما اذا هدمه المشتري فالاتباع لا حصة لها بالعقد ولها حصة بالقبض • ولهذا لو هدم البايع البنا سقطت حصته عن المشتري فكذلك اذا هدمه اجنبي لانه العوض يسلم للمشتري فكانه باعه • وكذلك اذا انهدم بنفسه ولم يهلك لان الشفيع سقط عنه وهو عين قايمة فلا يجوز ان يسلم للمشتري بغير بدل الا انه قال في المشتري اذا هدمه او هدمه الاجنبي الثمن يقسم على قيمته قايما لانه يدخل في ضمان المشتري بالاتلاف وهو على تلك الصفة • فاما اذا انهدم بنفسه فلم يدخل في ضمان احد فيعتبر قيمته على حاله مهدوما • وقال القدوري في شرحه وقد ادعى الشافعي رحمه الله على ابي حنيفة في هذه المسالة مناقضة فقال وقال في البايع اذا هدم المشتري البنا سقطت حصته • فاذا احترق لم تسقط حصته ثم ناقض فقال اذا غلب بعض الارض اخذ من المشتري الباقي بحصته • ثم قال القدوري وهذا غلط لان الارض ليس بعضها يتبع لبعض • فاذا لم يسلم للشفيع سقطت حصتها بكل حال والبايع للارض • فاذا سلم للمشتري سقطت حصته وان لم يسلم له لم يسقط • ثم اعلم ان خيار الشفيع في صورة انهدام الدار بنفسها بين اخذ بجميع الثمن وبين تركه فيما اذا انهدمت وهلك البنا • اما اذا لم يهلك البنا ياخذ الشفيع الارض بحصتها وقد بيناه انفا **قوله** قال واذا نقض المشتري البنا قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وليس له ان ياخذ النقض • وقال في شرح الاقطع قال الشافعي رحمه الله في احد قوليه ياخذ الانقاض مع العرصة وهذا لا يصح لان النقض تبع والاتباع لا تضمن بالعقود وتضمن بالقبض • واذا قبضها المشتري المتقدم منها بنفسه لانه صار منفصلا فاسقط حصتها عن الشفيع الا ترى ان البايع لو نقض ذلك لسقط حصته عن المشتري كذلك في حق الشفيع • واما لا ياخذ الانقاض لانها صارت ما ينقل ويحول ومثل ذلك لا يستحق بالشفعة • واما تعلقت الشفعة به حال الاتصال على وجه التبع وقد زال ذلك فلا يكون له اخذه بغير سبب • فان قيل

الاستحسان يقسم له فيها حين العقد فكان له اخذ كل ما يتناوله عقد البيع بخلاف الابنية تتعلق بها الشفعة لاجل اتصالها فاذا انهدمت
زال المعنى الذي اوجب استحقاقها كذا في شرح الاقطع • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا اشترى الرجل دارا فغرق
بناوها او احترق وبقيت الارض فلم يكن للشفيع ان ياخذها الا بجميع الثمن لان الثمن يقابل الاصل دون الوصف فبفوات الوصف لا يسقط شي
من الثمن او يخير • الا ترى ان المشتري له ان يبيعه مرابحة على كل الثمن • وكذلك لو كانت قناة او بيرا فذهب ماوها ولو هدمها
المشتري قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البنا يوم وقع الشرا واخذ الارض بحصتها من الثمن لانه بالتناول والاهلاك صار مقصودا فم
ياخذ قسطا من الثمن واخذ الباقي بقيمته ولا حق له في البنا لانه منقول • وانما كان ياخذه قبل النقض بعلة اتصاله بملكه وصبرور
بنا وقد زال هذا المعنى • وكذلك ان كان البايع قد استهلك البنا • وكذلك لو استهلكه اجنبي فاخذ منه المشتري القيمة • ولو اختلفا
في قيمة البنا فقال المشتري قيمته خمسماية وقيمة الارض خمسماية فلك ان تاخذها بنصف الثمن وقال الشفيع بل كان قيمة البنا الف درهم فقط
فهذا لا كم تلك الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي تملك الدار عليه بما يقول وهو ينكر فكان القول قوله • ولو اقاما البينة
فالبينة بينة الشفيع في قول ابي حنيفة على قياس محمد وابي يوسف ان البينة تلزمه • وعلى قياس نكته محمد يجب ان تكون البينة بينة
المشتري لانه لا يمكن تصور الامرين جميعا • بخلاف ما اذا اختلفا في اصل الثمن • وعلى قول ابي يوسف البينة بينة المشتري لانه هو
المثبت للزيادة • وان اختلفا في قيمة الارض يوم وقع الشرا نظر الى قيمة اليوم فيقسم الثمن عليها لانه يبني كانت قيمته يوم المنازعة
معلومة ووقت الشرا مشتبه فالظاهر انه كان هكذا يوم الشرا فكان الظاهر شاهدا له فيكون القول قوله كذا في شرح الكافي **قوله**
بخلاف الاول • اي بخلاف ما اذا انهدمت الدار بنفسها وهلك البنا حيث ياخذها الشفيع بجميع الثمن لان الهلاك ثمة بافة سماوية
وهنا ياخذها بقسطها من الثمن لانه لما هدمها صار البنا مقصودا فسقط حصته والنقض ثم النقض البنا المنقوض **قوله** قال ومن ابتاع
ارضا وفي نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها • اي قال القدوري في مختصره • وقال القدوري في شرح مختصر الطحاوي الكرخي قد كان القياس
عندهم ان لا تجب الشفعة في الثمر • وهو قول الشافعي وذلك لان هذا لا يدخل في البيع الا بالتسمية فصارت كمتاع موضوع • وانما استحسنوا اثبات الا
ثبات الشفعة لانها متصلة بما تعلقت به الشفعة فصارت كالبنا والبيت متى ان يدخل في البيع بالشرط وتعلق بها الشفعة كالشرب الخارج والطريق
الخارج • وجملة القول فيه على ثلاثة اوجه ذكرها في شرح الكافي • اما ان كانت الثمر موجودة عند العقد او حدثت بعد العقد قبل
القبض او حدثت بعد القبض فان كانت موجودة عند العقد وقد شرط في العقد ثم اكلها المشتري • او ذهب بافة سماوية سقط قسطه
من الثمن لانه دخل في العقد قبل القبض ان ذهبت بافة سماوية لا يسقط بذهابها شي من الثمن ان اكلها هو او غيره اوجدها ولم ياكلها سقط
بحصته شي من الثمن لما مر وانه دخل تحت البيع تبعا • فاذا ورد عليه فعل يشبه القبض او جنايته الاهلاك والقبض يشبه العقد فاخذ قسطا
من الثمن فياخذ الارض والنخل بقيمته الثمن • وكذلك ان بقي الى وقت القبض ثم ذهب ان تناوله هو او غيره لانه عند ورود القبض عليه
صار مقصودا في العقد كانه موجود عند العقد لان القبض بمنزلة العقد في باب البيع لكونه مفيد الملك من وجه • وان حدثت بعد القبض
ثم اكلها او ذهب بافة سماوية الا انه لا يسقط بازايه شي من الثمن • وله ان ياخذ الارض والنخل بجميع الثمن لانه لما لم يوجد عند العقد
ولا عند ما له شبهة بالعقد لم يصر مقصودا في العقد وهي تابعة والاتباع لا تسقط لها من الثمن **قوله** وكذلك ان ابتاعها
وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري • يعني ياخذ الشفيع اي ياخذ الشفيع الثمر ايضا • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رضي الله عنه
في مختصره • ولو كان المشتري قبض الارض والنخل لا ثمر فيها ثم اثمر في يد المشتري ثم جا الشفيع والثمر معلقة في النخل فله ان ياخذ
الارض والنخل والثمر بالثمن الاول الذي وقع عليه البيع لا يزاد عليه في هذا لفظ الكرخي رضي الله عنه • وذلك لان الثمر نما من المبيع
فلا يثبت لاجله زيادة في الثمن كزيادة القيمة • ثم قال الكرخي فان كان المشتري لما حدثت الثمر في يده جزه • ثم جا الشفيع وهو
قايم او قد استهلكه فيجب اما كل ما يا الشفيع الارض والنخل بجميع الثمن ان شا ولا سبيل له على الثمر الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان الثمر
لم يقع عليه العقد ولا القبض الموجب بالعقد • وانما كان الشفيع ياخذه لتعلقه بالنخل فاذا انفصل سقط حقه عنه ولم يسقط بازايه
شي من الثمن لانه لا حصة له ولم يرد هذا كالثمر الحادث • وفي يد البايع اذا اتلفه البايع لانه حدث قبل تمام البيع فيدخل فيه
كالحادث قبل القبول • وفي مسئلتنا حدثت الثمر بعد تمام البيع فلم يدخل فيه فلم يكن لها حصة • ثم قال الكرخي قال ابن سماعة سمعت
ابا يوسف قال في رجل اشترى من رجل ارضا ونخلا ولا ثمر فيه فاخذ المشتري والثمر عنده فاكله ثم اثمر ما ثم جا الشفيع قال فانه
ياخذها بجميع الثمن • قال ابن سماعة قال ابو يوسف هذا القول يشبه قوله الاول ثم قال كيف وثابته وهو اخر ما سمعته منه
وقد كان يقول اقسم الثمن على الثمر وعلى قيمة الارض والنخل والشجر فما اصاب الثمرة وفي الثمر اسقطه من الثمن ثم رجع فقال ياخذها
بجميع الثمن او يدع الى هنا لفظ الكرخي • وقوله الاول ان حق الشفيع مع المشتري كحق المشتري مع البايع • ولو حدثت من الثمر في يد
البايع فاكلها سقطت حصتها عن المشتري كذلك اذا حدثت في يد المشتري **قوله** وما كان مركبا فيه كالابواب والسرير المركب
قوله على ما مر في ولد المبيعة • يعني ان الجارية المبيعة اذا ولدت قبل القبض يسري اليه حكم البيع فيكون الولد مملوكا للمشتري
كالام فكذلك هنا الثمر الحادث في يد المشتري قبل قبض الشفيع يكون للشفيع احق تبعا لان المشتري كالبايع من الشفيع **قوله** قال
احد المشتري ثم جا الشفيع لا ياخذ الثمر في الفصلين جميعا • اي في فصل ما اذا ابتاع ارضا وفي نخلها ثمر • وفي فصل ما اذا ابتاعها
وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري **قوله** قال في الكتاب اي قال القدوري في مختصره فان احد المشتري سقطت حصته
وفي بعض النسخ جذه اي قطعه • قال الكرخي في مختصره وان جا وقد جرح البايع او المشتري او رجل اجنبي فلا شفعة له في الثمر وياخذ
الشفيع الارض والنخل والشجر بما يخصها من الثمن ويسقط عنه ما يخص الثمر ويقسم الثمن على قيمة الارض والنخل والشجر والثمر يوم العقد

وذلك كلها فاصاب الثمر سقطت حصته عن الشفيع وقيل له خذ الارض والنخل والشجر بحصتها ان شيت الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • وذلك لان
البنا بنيع من تعلق حق الشفيع بها • وانما استحسنوا لاتصالها بما تعلقت به الشفعة فاذا انفصلت بقيت على اصل القياس • وانما سقطت حصتها لان العقد
وقع عليها ولذلك اعتبرت قيمتها يوم العقد • قال صاحب الهداية وهذا جواب الفصل الاول اي الذي ذكره القدوري في مختصره من سقوط
حصة الثمر الذي اخذه المشتري عن الشفيع هو جواب الفصل الاول وهو ما اذا ابتاعها وفي النخل ثمر • اما في الفصل الثاني وهو ما اذا ابتاعها
وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري فاخذ المشتري لا ياخذ الشفيع ما سوى الثمر الا بجميع الثمن ولا يسقط شي اصلا لان الثمر لم يكن داخلا
تحت العقد وقد مر تمام البيان قبل هذا والله اعلم

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لان التفصيل انما يحتاج
اليه اذا سبق ذكر الاجمال **قوله** قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم • اي قال القدوري في مختصره قال
الطحاوي والعقار الضيعة • وقيل كل ما له اصل من دار او ضيعة كذا في المغرب • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واجبة في جميع
ما بيع من العقار ولذلك قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم الدور والمنازل والحوانيت والخانات والفنادق والمزارع والبساتين
والاقرحة والارحا والحمامات وساير العقار اذا وقع البيع على رقبته ان كانت من مصر او غيره او سواد او غيره لان ارض الاسلام اذا كان
ذلك مملوكا يجوز بيع ما لكه فيه وكان البيع بيعا قاطعا ليس فيه خيار شرط • فان كان فيه خيار شرط وكان الشرط للمشتري دون البايع ففيه
الشفعة وان كان للبايع او لهما فلا شفعة فيه لان خيار البايع يمنع ان يملك عليه ما باع • وخيار المشتري لا يمنع من خروجه من ملك البايع
وانما يجب الشفعة بزوال ملك البايع عن العقار فيكون الشفيع عند ذلك احق به الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • والحاصل ان الشفعة
تجب عندنا في العقار التي تحتمل القسمة والذي لا يحتمل القسمة • وعند الشافعي رحمه الله لا يجب في العقار الذي لا يحتمل القسمة كالحمام والرحا والبير
والنهر والدور الصغار • والمراد بما لا يحتمل القسمة ان لا ينتفع به بعد القسمة الحسية مثل انتفاعه قبل القسمة وبفوت جنس الانتفاع كما في الحمام
لانه لا يعمل الحجري والقسمة في ذاته لانه ما من شي في الدنيا الا ويحتمل التجزي في نفسه وقد مر ذلك في اول كتاب الهبة • وجه قول الشافعي
رحمه الله ان العلة في وجوب الشفعة دفع مونة القسمة وهو الضرر الذي يلحق الشريك باجرة القسام وهو فاسد لان هذا المعنى موجود في الشركة
في العروض ولا شفعة فيها • ولنا ما روى الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى جابر بن عبد الله يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم والشفعة
في كل شرك بارض او ربع او حايط • وروي ايضا فيه باسناده الى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار احق بشفعته جاره ينتظر بها وان
كان غايبا انتظر اذا كان طريقهما واحدا • وروي ايضا فيه باسناده الى ابن ابي مليكة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشريك
شفيع والشفعة في كل شي وهذه العمومات تشمل ما يقسم وما لا يقسم فتثبت الشفعة في جميع ذلك • ولان السبب في وجوب الشفعة
الاتصال بين الملكين لان الاتصال على وجه القرار والتابيد لا يعرى عن ضرر الدخيل بسوء الصحبة وادنى المجاورة فيجب الشفعة دفعا للضرر
فالاتصال عن الصفة يوجد فيما يقسم وما لا يقسم فثبت الشفعة وقد مر بيان ذلك في اول كتاب الشفعة **قوله** قال ولا شفعة
في العروض والسفن • اي قال القدوري في مختصره قال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي ولا شفعة الا في الارضين والدور وهي لا تثبت
في المنقول • وقال ابن ابي ليلى تجب في المنقول • وقال القدوري في شرحه وقال مالك تثبت في السفن ايضا • وجه قولهما
روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الشريك شفيع والشفعة في كل شي • ولنا ما روينا عن جابر بن عبد الله عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الشريك شفيع والشفعة في كل شي بارض او ربع او حايط • ولان الشفعة انما ثبتت على خلاف القياس بالنص والاجماع
في العقار ولا نص ولا اجماع في المنقول • والمنقول ليس في معنى العقار فلا يقاس عليه لان الضرر اللازم في العقار فانه يبقى اذاه ويكثر في
المساكنة اما ان يتحمل اذاه او يبيعه وفي ذلك ضرر بين لان العادات لا تشتري عادة للبيع بل تشترى لمصلحة المقابل • وفي المنقول انما اذاه
يقيمه ويبيعه في البيع ضرر لانه لا يبقى عادة • ولانهما يتعايان انتفاعا فلا يتحقق الضرر حالة الانتفاع • والجواب عن الحديث الاول فنقول
معنى قوله الشفعة في كل شي اي في الدور والعقار الارضين بدليل انه لا يجب الشفعة في الحيوان الى ترى الى ما روى الطحاوي عن احمد بن داود
قال حدثنا يعقوب قال حدثنا معمر بن علي عن محمد بن عبد الرحمن عن عطا عن ابن عباس قال لا شفعة في الحيوان كذا في شرح الاثار **قوله**
لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حايط • ولنا في صحة هذا الحديث نظر فقال الربع الرحل المكان يربع ربعا اذا اقام به والربع
المنزل في الشتا والصيف المربع المنزل في الربيع كذا في الجمهرة والحايط معروف وهو جمع الحيطان **قوله** حب دوامه الحسب
بمعنى القدر وهو مفتوح السين وسكنها قوم كذا في الجمهرة **قوله** وهذا على خلاف العلو اي على وجوب الشفعة في البنا بخلاف
العلو فان الشفعة تجب فيه • قال الكرخي في مختصره وان بيع سفل عقار دون علوه او علو دون سفله او هما وجبت فيه الشفعة فيهما
جميعا او كل واحد منهما على انفراده • وقال ابو يوسف ان وجوب الشفعة في السفل والعلو استحسان • وروى ذلك عن ابن سماعة
وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • قال القدوري في شرحه اما اذا بيعا جميعا فلا شبهة فيه لانه باع الارض
وكذلك ان ياخذ فيهما على وجه حقوقها تعلق الشفعة بجميع ذلك • فاما اذا باع السفل دون العلو فلقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع • ولان الشاذي يعاف بها على وجه
الدوام • واما العلو فلانه حق متعلق بالشفعة على التابيد وهو كتعلق البقعة • والذي قال ابو يوسف من الاستحسان انما هو في العلو وكان
القياس ان لا يجب من الشفعة لا بنى على وجه الدوام • وانما استحسنوا لانه حق الوضع متابد وهو كالعرصة وقد قال محمد في الزيادات
ان العلو اذا انهدم ثم بيع السفل فالشفعة واجبة لصاحب العلو عند ابي يوسف ولا شفعة عند محمد فاجرى ابو يوسف حق الوضع وان
لم يكن هناك بنا مجرى الملك لانه حق ثابت على التابيد كنفس الملك • وقال محمد ان الشفعة انما تجب بالمجاورة فاذا لم يكن هناك بنا لم توجد
المجاورة فلم تجب الشفعة • وذكر محمد في الزيادات ان من باع علوا فاحترق قبل التسليم بطل البيع لم يحك قال ابن شاذ وبه فهذا ينبغي ان يكون قوله

خاصة • فاما على قول ابي يوسف فيجب ان لا يبطل البيع لبقاء حق الوضع • الا ترى انه اجراه مجرى الرهصة في ايجاب الشفعة كذا ذكر القدوري
في شرحه • قوله اذا لم يكن طريق العلو فيه اي في السفل اي لبيان ان استحقاق الشفعة فيه بسبب الجوار لا بسبب الشركة ولم يرد لبيان
ان الشفعة لا تجب اذا كان طريق العلو فيه بل تجب الشفعة ثمة ايضا لكن بسبب الشركة ولكن لبيان ان الشفعة لا تجب اذا كان طريق
العلو فيه الا بالجوار حتى يكون مقدما على الجار • الا ترى الى ما نص الكرخي في مختصره وقال ولو ان رجلا له علو في دار وطريقه
في دار اخرى الى جنبها فباع صاحب العلو علوه فاصحاب الدار التي فيها الطريق اولى بالشفعة الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه وذلك
انهم شركاء في الطريق وصاحب الدار التي فيها الطريق اولى من الجار والشريك في الطريق اولى من الجار • ولو ترك صاحب الطريق الشفعة
وللعلو جار ملاصق اخذ بالشفعة مع صاحب السفل لان كل واحد منهما جار للعلو والتساوي في الجوار يوجب التساوي في الشفعة كذا ذكر
القدوري • قوله قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء • اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رضي الله عنه
في مختصره واهل الاسلام في استحقاق الشفعة واهل الذمة والمستامنون من اهل الحرب والعبيد الماذون لهم في التجارة والاحرار هم
والمكاتبون والمعتق بعضه في وجوب الشفعة لهم وعليهم سواء • وكذلك النساء والصبيان فيما وجب لهم او وجب عليهم من ذلك سواء هم
والخصماء فيما يجب على الصبيان اباؤهم فان لم يكونوا فاوصياء الاباء فان لم يكونوا فالاجداد من قبل الاب فان لم يكونوا فاوصياء
الاجداد فان لم يكونوا فالامام او الحاكم يقيم لهم من ينوب عنهم فيه واهل العدل واهل البغي في الشفعة ايضا سواء الى هنا لفظ
الكرخي • قال القدوري في شرحه وقال ابن شبرمة لا شفعة للكافر • وقال الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل ولا شفعة لكافر على
المسلم • ولنا ما روي ان نصرانيا قضى له على مسلم بالشفعة فكتب بذلك الى عمر بن الخطاب فاجازه • ولانه حق متعلق بالبيع فاستوى فيه
المسلم والذمي كالرد بالعيب • واما الماذون فهو في حقوق البيع كالحر وكذلك المكاتب والمعتق بعضه مكاتب عند ابي حنيفة وحر
عندهما • وكذلك النساء والصبيان فيما وجب لهم او وجب عليهم وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم الجار احق بشفعته ولم يفصل ولان
حقوق البيع يستوي فيه النساء والصبيان كالرد بالعيب كذا ذكر القدوري في شرحه • قوله للعمومات اي لعموم الاخبار لانه لا
فصل فيها • قوله في السبب اي في الاتصال بين الملكين على الدوام • قوله وفي الحكمة اي في الحكمة التي هي دفع ضرر الدخيل
قوله قال واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة • اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره
وكل ما ملك بغير بدل او ملك ببدل ليس بمال فلا شفعة فيه • قال القدوري في شرحه اما المملوك بغير بدل فالهبة والصدقة فلا شفعة
فيها • وقال ابن ابي ليلى فيها الشفعة بقيمة الموهوب • لنا انه نقل ملك بغير عوض فصار كالميراث • واما الميراث فلا شفعة فيه لانه لم
ينتقل بحكم ملك الموت • ولهذا يرد على بايعه بالعيب فكان ملك الميت لم يزل • واما المملوك بالوصية فلا شفعة فيه لانه تمليك يتعلق
بالموت كالميراث • فاما المملوك ببدل ليس بمال فالمهر والبدل في الخلع والاجارة والصلح من دم العمد فيجيء ذلك بعد هذا • واما تجب
الشفعة في المملوك ببدل هو مال لان الواجب على الشفيع ان يملك العقار بالعوض الذي يملك به المشتري فان كان له مثل وجب عليه مثله
والا وجبت قيمته لان المثل اعدل من القيمة فيما له مثل • اما فيما لا مثل له فالقيمة اعدل من المثل فيجب ذلك • قوله صورة له
فيما له مثل كالمكيل والموزون والعددي المتقارب • قوله او قيمته اي فيما لا مثل له وهو الذي تتفاوت احاده • قوله
على ما مر اشارة الى ما ذكر في فصل فيما يوخذ به المشفوع بقوله ومن اشترى دارا بعوض اخذها الشفيع بقيمته • والذي اشترى اما بكيل
او موزون اخذها بمثله • قوله قال ولا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها او يخالع المراة بها او يستاجر بها دارا او غيرها
او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا • اي قال القدوري في مختصره والاصل فيه ان ما ملك ببدل ليس بمال لا شفعة فيه
لان استحقاق الدار بالشفعة بالاثار على خلاف القياس وانما وردت في معاوضة المال بالمال • وهذه الاشياء ليست في معناها
فيقتصر على مورد الشرع • وعند الشافعي رحمه الله تجب الشفعة وهو قول ابن ابي ليلى لانه عقد معاوضة فجاز ان يثبت الشفعة
في الشقص المملوك به كالبيع • ولنا انه ملك بسبب لا يثبت فيه خيار الشرط فلا تجب فيه الشفعة كالمملوك بالهبة والوصية والميراث
ولانه ليس في مقابلته عوض هو مال فصار كالهبة • والجواب عن قياس الخصم على البيع فنقول المقصود من عقد البيع عوض هو مال
وليس المقصود من النكاح العوض فلم يكن في حكم المعاوضات • او نقول لا نسلم ان النكاح معاوضة على الاطلاق لان المعاوضة ما لا
يملك العوض عنه • وفي النكاح قد يملك عندهم في المفوضة وعندنا في الذميين • فاذا زوج امته من عبده • ولا يقال الشفعة لازالة
الضرر وهو موجود في هذه المواضع لانا نقول يبطل ذلك بالهبة وبالعوض وتقوم المنافع ضروري بعقد الاجارة
وقد ثبت تقومها ضرورة قضاء للحوائج والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلا يظهر في غير ذلك • قوله او مما يضاهيه
اي يجعل شقصا من دار بدل الخلع والاجرة • قوله لانه لا شفعة عنده الا فيه اي في الشقص المهور لانه لا يرى الشفعة بالجوار
قوله ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري • اي تقوم منافع البضع في النكاح ضروري
وكذا تقوم منافع غير منافع البضع ضروري ايضا كما في استيجار الدار للسكنى والدابة للركوب والثوب للبس • قوله في المعنى
الخاص المطلوب وهو المالية • قوله ولا يتحقق فيهما اي لا يتحقق المعنى الخاص وهو المالية في الدم والعتق • قوله
وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا اي لا تجب فيها الشفعة قال في شرح الكافي وكذلك لو تزوج امراة بغير مهر ثم
فرض لها دارا مهرا او صالحها على ان جعلها مهرا • او اعطاها اياها مهرا لم يكن فيها شفعة لانه في هذه الوجوه كلها تكون الدار عوضا
عن البضع اذ الصلح والفرض يكون تقديرا لمهر المثل • ولو صالحها من مهرها على الدار او صالحها على ما يجب لها من المهر فللشفيع فيها الشفعة
لانه حينئذ يكون عوضا عن المهر فيكون بمنزلة البيع • وقال في الشامل صالحه على دار من جراحة خطا تجب الشفعة لان الواجب المال • قوله

لانه مبادلة مال بمال • يعني ان مهر المثل او المسمى مال فاذا باع الدار باحدهما يكون مبادلة المال بالمال لا محالة • قوله ولو تزوجها
على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة رضي الله عنه • وقالا تجب في حصة الالف ذكر هذه المسئلة بطريق
التفريع على مسئلة القدوري وهي من مسايل الاصل • قال الحاكم الشهيد في الكافي وان صالح من دم عمد على دار على ان يرد صاحب الدم الف
درهم عليه فلا شفعة في الدار في قول ابي حنيفة رضي الله عنه • وقال ابو يوسف ياخذ منها جزا من احد عشر جزا بالف درهم • وكذلك لو تزوج على
دار على ان ترد هي على الزوج الف درهم فلا شفعة في شيء من ذلك عند ابي حنيفة • وعندهما يقسم الدار على مهر مثلها وعلى الف درهم فما اصاب الالف
تجب الشفعة • وجه قولهما ان العقد اشتمل على نكاح وبيع فيعتبر كل واحد بحكمه فتجب الشفعة فيما يقابل الالف لانه بيع ولا تجب فيما يقابل القيمة
لانه نكاح وتعذر الشفعة في الصداق لا يوجب التعذر في البيع لان الشفعة تجب في المبادلة المالية لا في غيرها • ووجه قول ابي حنيفة
رضي الله عنه ان المقصود من هذا العقد هو النكاح لا البيع بدليل انه ينعقد بلفظ النكاح فكان ثبوت البيع ضمنا للنكاح ولا شفعة في
الاصل فكذا في التبع لانه لو كان معنى البيع فيه اصلا مقصودا لكان نكاحا في بيع وكان شرطا فاسدا فيفسد البيع به فاذا كان ثبوته ضمنا تبعا
كان حكمه حكم النكاح ولا شفعة في الصداق فكذا في البيع • ولان الشفعة تجب في المبادلة المالية المقصودة • الا ترى الى ما قال
في شرح الكافي ان المضارب لو باع دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له لان البيع وقع له لان الدار له رقبته وللمضارب
تصرف ومن باع او بيع له لا يستحق الشفعة وكان ينبغي ان يثبت الشفعة في قدر الربح لان البيع لم يقع فيه لرب المال ولكن الربح المضاربة
تابع لمن وقع البيع له في الاصل فقد وقع في التابع له ايضا • ولو باع المضارب دارا من غير المضاربة فان لرب المال ان ياخذها بالشفعة
بدار من المضاربة ويكون له خاصة لانه جار بدار المضاربة • ولو باع رب المال دارا له خاصة والمضارب شفيعها بدار المضاربة
فان كان فيها ربح فله ان ياخذها لنفسه لانه جار بقدر حصته • وان لم يكن فيها ربح لم ياخذها لانه ليس بجار • قوله قال او يصالح
عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة • اي قال القدوري في مختصره وهذه المسئلة مختلفة الالفاظ في النسخ والخطا فيها من الناسخ
كذا في شرح الاقطع • قال صاحب الهداية والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها • وذلك لانه اذا صالح عليها يجب فيها الشفعة سواء كان
الصلح عن اقرار او انكار او سكوت لان في زعم المدعي انه ياخذها عوضا عن حقه وكذا المدعى عليه يعطيها عوضا عن المال الذي يدعي عليه فيجب
الشفعة لانه مبادلة مالية مقصودة • بخلاف ما اذا صالح عنها بانكار حيث لا يجب فيها الشفعة لان في زعم المصالح ان الدار ملكه والمال دفع
المال افتداء اليمين فلم يملكها بعوض • وكذا اذا صالح عنها بسكوت فلا يجب الشفعة ايضا لانا لا نعلم انه يملكها بعوض لجواز انه دفع المال
افتداء اليمين وقطعا لشغب الخصم فلا يجب الشفعة بالشك • وهذا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار حيث يجب فيها الشفعة لانه معترف بانه ملكها
بالمال المصالح عليه • الا ترى انه قال لو استحق المصالح عليه والصلح مع سكوت رجع المدعي بالمدعى • ولو كان الصلح مع اقرار رجع بالدار فكان
المعوض بينهما • قوله اذا لم يكن من جنسه اي لم يكن العوض من جنس حقه • وذلك لانه اذا كان العوض من جنس حقه يكون اخذا
بعض حقه فلا يكون معاوضة فلا يجب الشفعة • وانما تتحقق المعاوضة اذا اخذ غير جنس حقه فتجب الشفعة • قوله قال ولا شفعة
في هبة • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يكون بعوض مشروط اي في العقد • اعلم انه لا شفعة في الهبة والصدقة
خلافا لابن ابي ليلى فانه يقول تجب فيها الشفعة بقيمة الموهوب • وذلك لانه مملوك بغير عوض فلا تجب فيه الشفعة كالمملوك بالميراث • واما
الهبة على العوض فان تقابضا وجبت الشفعة وان قبض احدهما دون الاخر فلا شفعة • وقال زفر تجب الشفعة بالعقد كذا ذكره
القدوري في شرح مختصر الكرخي • وهذا بناء على ان الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء عند زفر • وعندنا تبرع ابتداء وبيع انتهاء
حتى لا يجبر على التسليم ويبطل قبل القبض ولا يصح في المشاع ولا يثبت فيه الشفعة • فاذا تقابضا الان يثبت احكام البيع وصورته ان يقول
وهبت هذا لك على ان تعوضني كذا • واجمعوا انه لو قال وهبت هذا لك بكذا انه بيع كذا في المختلف • وجه قول زفر انه نقل ملك بعوض فلا
يعتبر اختلاف العبارة كقوله في البيع ملكت واعطيت واذا كان كذلك تعلقت به الشفعة وقول الشافعي رحمه الله مثل قول زفر وكذا في
اشارات الاسرار • ولنا انها عقد الهبة دون البيع فيجب اعتبار اللفظ ما امكن وقد امكن اعتباره بالتوقف على حين القبض والهبة اذ
لم يكن في اعتباره اختلال المعنى وهو البيع فانه يجوز ان يتوقف البيع على القبض كما في البيع الفاسد فاعتبرنا صيغة اللفظ ومعناه • وعلى هذا
قال اصحابنا اذا وهب نصف دار بعوض فلا شفعة فيه لان هبة المشاع فيما يقسم لا يجوز ثم اذا وجب الشفعة في الهبة بعد التقابض
تجب الشفعة بمثل البدل ان كان له مثل وان لم يكن له مثل تجب بقيمته • وقال اهل المدينة اذا لم يكن له مثل تجب بقيمة الدار
وذلك لان الشفيع انما يستحق المبيع على الوجه الذي استحقه المشتري • وقول اهل المدينة فاسد لان من اشترى دارا قيمتها الف بعوض قيمته
الفان • فلو اوجبنا الشفعة بقيمة الدار استحققناها على البايع بغير ما رضي به وهذا لا يصح • قوله بخلاف ما اذا لم يكن العوض
مشروطا في العقد • يعني لا تثبت الشفعة حينئذ اصلا لا في الموهوب ولا في العوض لانه هبة ابتداء وانتهاء لكنها عوضت انقطع الرجوع
الحادث • قوله قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه • فان اسقط الخيار
وجبت الشفعة • وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة • فاما البيع المشروط فيه الخيار للبايع فلا شفعة فيه لان خيار البايع يمنع
من خروج الشي من ملكه والشفعة تجب بخروج الشي من ملك البايع • ولان البايع لم يزل ملكه عما باع فصار كالايجاب بلا قبول • فان اسقط
البايع خياره وجبت الشفعة لان الملك وقع بالعقد فوجبت الشفعة ولان المانع من وجوبها انما كان ان البايع لا يرغب عن ملكه فاذا
اسقط خياره فقد زال هذا المعنى • واما الخيار المشروط للمشتري فلا يمنع من ثبوت الشفعة لان المبيع خرج من ملك البايع بالاتفاق
وانما اختلف اصحابنا هل دخل في ملك المشتري او لم يدخل والشفعة انما تجب برغبة البايع عن ملكه بدلالة انه لو ادعى انه باع داره من
زيد فجحد زيد ذلك وجبت الشفعة لاجل اعترافه بخروج الشي عن ملكه وان لم يحكم بدخوله في ملك المشتري • واما خيار الرؤية والعيب

فلا يمنع الشفعة لانه لا يمنع من خروج المبيع من ملك البائع • وهذا المعنى هو سبب الشفعة كذا ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو كان البيع بشرط الخيار لهما جميعا فلا شفعة فيها لاجل خيار البائع • ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له فيها لانه لما شرط الخيار للشفيع صار كانه شرط الخيار لنفسه • فاذا اجاز الشفيع البيع جاز وبطلت شفعته لان البيع من جهة الشفيع قد تم فصار كانه باع • وان فسخ فلا شفعة له ايضا لان ملك البائع لم يزل لكن الحيلة له في ذلك ان لا يجيز ولا يفسخ حتى يجيز البائع البيع او يجوز بمضي المدة فحينئذ له الشفعة • وكذلك لو باع داره على ان يضمن له الشفيع الثمن عن المشتري والشفيع حاضر فضمن جاز البيع ولا شفعة له لان البيع من جهة الشفيع قد تمت ولا شفعة له • وكذلك لو اشترى المشتري الدار على ان يضمن له الشفيع الدرك عن البائع والشفيع حاضر فضمن جاز البيع ولا شفعة له لان البيع تم بضمانه فلا شفعة له لانه نزل منزلة البائع • ولو ان المشتري اشترى دارا وشرط الخيار للشفيع ثلاثة ايام كان للشفيع الشفعة لان اشتراط الخيار للمشتري وذلك لا يمنع وجوب الشفعة قوله فتبتنى عليه اي على زوال الملك على البائع قوله على ما مر اي في اوائل كتاب الشفعة اشارة الى قوله والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار الى اخره قوله واذا اخذها اي اخذ الشفيع الدار في الثلث اي في مدة الخيار التي هي الثلاث • وقيد بالثلاث ليكون المسئلة على الاتفاق قوله وجب البيع اي تقرر وتحقق البيع الذي جرى بين البائع والمشتري بشرط الخيار وانما ذكر هذا لان المشتري بخيار الشرط لو رد المبيع قبل طلب الشفيع الشفعة لا يجب البيع بل ينفسخ من الاصل فلا يكون للشفيع الشفعة قوله وفيه اشكال اوضحناه في البيوع اي في باب خيار الشرط • بيان الاشكال انه كان ينبغي ان لا يجب الشفعة عند ابي حنيفة للمشتري لان خياره مانع لملك المبيع عند ابي حنيفة فكيف يجب له الشفعة في دار بيعت بجنبها وحل الاشكال ان يقال ان طلب الشفعة دليل استدامة الملك في الدار المشتراة بالخيار لان ثبوت الشفعة لدفع ضرر الجوار • وهذا انما يكون اذا كان له ملك في الدار المشتراة بالخيار فدل طلب الشفعة على اختيار الملك فيها فسقط الخيار فثبت الملك له وقد مر بيانه في باب خيار الشرط قوله لان خيار الروية لا يبطل بصريح الابطال • يعني لو قال ابطلت خيار الروية لا يبطل قبل وجود الروية لان ثبوته موقوف على وجود الروية • وكذلك لا يبطل بدلالة الابطال وهي اخذ ما بيع بجنبها لان الاخذ بالشفعة يدل على اختياره لتملك المبيع عن ملكه وقد مر تمام البيان في باب خيار الشرط قوله ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية يعني اذا اشترى دارا بشرط الخيار للمشتري ثم بيعت دار اخرى بجنبها ثم حضر الشفيع فله ان ياخذ الدار الاولى بالشفعة دون الثانية لانه انما يكون له الشفعة في الثانية بسبب الجوار بالدار الاولى ولم يكن له جوار بالدار الاولى حين بيعت الثانية لانه ما كان يملكها حينئذ وانما حدث له الجوار بعد ذلك • وانما ياخذ الاولى فحسب لانه كان جارها حين بيعت الا اذا كان له دار اخرى بجنب الدار الثانية فحينئذ ياخذ الدار بجنبها بالشفعة قوله قال ومن ابتاع دارا فاسدا فلا شفعة فيها • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه • فان سقط الفسخ وجبت الشفعة • قال الكرخي في مختصره ولا شفعة في البيع اذا كان فاسدا كان مما يملك بالقبض او لا يملك • وهذا المعنى يمنع ما دام حق البائع في النقض فيما يملك به وذلك لان البيع الفاسد اذا كان مما لا يملك بالقبض فالملك لم ينتقل بالبيع • واما اذا كان مما يملك بالقبض فحق الفسخ فيه مستحق لحق الله تعالى • وفي ايجاب الشفعة في البيع الصحيح فهو البيع الفاسد اولى • وفي ايجاب الشفعة اسقاط للفسخ وتقرير للبيع وهذا لا يجوز • قال الكرخي فان سقط حق البائع في النقض كان للشفيع ان ياخذ ما ملك بقيمته يوم القبض • وذلك لان البيع الفاسد عندنا يملك المبيع فيه بالقبض • وانما لم يجب الشفعة لثبوت حق الفسخ فاذا سقط الفسخ اما لاتصال المبيع بزيادة او لزوال ملك المشتري فقد زال المعنى المانع من وجوب الشفعة فوجبت الشفعة كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع اذا اسقط خياره • وانما وجبت الشفعة بالقيمة لان البيع الفاسد لا يجب فيه المسمى وانما يملك بالقيمة • والشفعة تجب بمثل العوض الذي لزم المشتري قوله بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح • يعني ان البيع الفاسد في معنى بيع فيه خيار للبائع لانه لم ينقطع حق البائع بعد فلا يجب الشفعة • بخلاف خيار المشتري في البيع الصحيح حيث يجب الشفعة لان المشتري بالخيار له ولاية التصرف في المبيع • بخلاف المشتري بالشراء الفاسد فانه ممنوع عن التصرف • وفي هذا الفرق نظر عندي قوله لان لقائل ان يقول لا نسلم ان المشتري شراء فاسدا ممنوع عن التصرف • ولهذا اذا باع بيعا صحيحا لا يكون للبائع حق النقض قال شيخ الاسلام وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه الى اخر ما ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي • فان كان المشتري قد قبضها فبيعت دار بجنبها فللمشتري ان ياخذها بالشفعة لانه قد ملك الدار بالقبض فصار جارا عند وقوع البيع • فان قضى القاضي له بالشفعة ثم رد الدار لفساد البيع لم يبطل شفعته لان القضاء قد صح فلا يبطل بزوال الملك في داره لان بقاء الجوار ليس بشرط لبقاء الاستحقاق • وان لم ياخذها حتى رد الدار بطلت شفعته لان قيام الجوار عند القضاء بالاستحقاق شرط ولم يوجد • ولا شفعة للبائع فيها ايضا لان جواره حادث بعد البيع • وقال ايضا واذا اشترى دارا شراء فاسدا فقبضها وبناها فان للبائع قيمتها فاذا جاء الشفيع اخذها بالشفعة في قياس قول ابي حنيفة ويهدم المشتري بناءه • وقال ابو يوسف ومحمد يرد الدار على البائع ويهدم المشتري بناءه ولا شفعة فيها • اصل المسئلة ان المشتري شراء فاسدا اذا بنى في الدار فانه ينقطع حق الاسترداد عند ابي حنيفة • ومتى انقطع لزم البيع فيظهر للشفيع الشفعة لان المانع من ثبوت حق الشفعة قيام حق الاسترداد للبائع وقد بطل • وعندهما لا ينقطع حق الاسترداد فلا يثبت للشفيع حق الشفعة فيكون للشفيع ان يامر المشتري بهدم البناء لانه لو بناه في البيع الصحيح يكون في حق النقض فاذا بناه في البيع الفاسد اولى وان لم يلزم ان حق البائع قد انقطع لاجل البناء • ومتى هدم البناء ظهر حقه ومتى ظهر حقه تبين انه لا شفعة لانه انما يظهر حقه اذا لم يسلم له حق الغير • وقد تعلق حق الغير به

فصار بمنزلة البيع من غيره وان لم يبن فيها ولكنه باع بيعا صحيحا فللشفيع الشفعة فيها ان شاء اخذها بالبيع الثاني بالثمن • وان شاء اخذها بالبيع الاول بالقيمة لان حقه في الفاسد انما لا يثبت لحق البائع وقد بطل حق البائع بالبيع من غيره فصار حق الشفيع ثابتا بالعقدين جميعا • وان اشتراها شراء فاسدا او لم يقبضها حتى بيعت دار بجنبها كان للبائع ان ياخذ الدار بالشفعة لان ملكه لم يزل بعد كذا ذكر في شرح الكافي قوله ثم ان اسلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته اي ان سلم البائع الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى المشتري قبل حكم القاضي بالشفعة للبائع بطلت شفعة البائع قوله بعده اي بعد الحكم بالشفعة للبائع قوله وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت اي قبل حكم القاضي بالشفعة للمشتري بطلت شفعة المشتري قوله بقيت الثانية على ملكه اي الدار الثانية وهي التي اخذها المشتري بالشفعة والضمير في ملكه راجع الى المشتري قوله لما بينا اشارة الى قوله لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط قوله قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان القسمة فيها معنى الافراز وهو تمييز الحقوق وتعديل الانصباء • ولهذا يجري فيه جبر القاضي وفيها معنى المبادلة ايضا • والشفعة تثبت بخلاف القياس في المبادلة المطلقة وهي المبادلة من كل وجه فتقتصر على مورد الشرع فلا يثبت في غيرها • ولانه لو وجبت الشفعة وجبت للقاسم لانه شريك والشريك اولى من الجار • ولا يجوز ان يقدم الجار على الشريك قوله قال واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع • اي قال القدوري في مختصره قال ابو الحسن الكرخي اذا اشترى رجل من رجل دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم رد المشتري الدار بخيار رؤية او خيار شرط قبل قبض الدار او بعد ذلك فاراد الشفيع ان ياخذ الدار بالرد بالشفعة فليس له ذلك • وان ردها بعيب قبل القبض بقضاء او بغير قضاء كان كذلك • وان ردها بعيب بعد القبض بغير قضاء اخذها بهذا الرد • وان كان بقضاء فلا شفعة له في الرد وحل هذا ما ذكر القدوري في شرحه ان الشفيع اذا سلم الشفعة ثم عاد المبيع الى البائع على حكم الملك الاول فلا شفعة له بالعود لانه اسقط شفعته عن ذلك الملك ولا يعود الا بعود سبب اخر • وكل موضع عاد الى البائع بحكم ملك مستجد كان للشفيع الشفعة كما لو اشتراها • والرد بخيار الرؤية والشرط يوجب عود الملك الاول • وكذلك الرد بالعيب قبل القبض لانه فسخ من الاصل • واما الرد بالعيب بعد القبض فيختلف فيه القضاء فان كان بقضاء قاض فلا شفعة فيه لانه انفسخ العقد من اصله وعاد على حكم الملك الاول • وان ردها بغير قضاء ففيه الشفعة لان الذي عاد اليه الملك بقوله ورضاه فصار كشراء مستاخر فتعلقت به الشفعة قوله لانه فسخ في هذا بين القبض وعدمه • اي لانه فسخ في الرد بعيب اذا كان بقضاء القاضي بين القبض وعدمه حيث لا يجب الشفعة في الوجهين لانه فسخ من الاصل • واما الرد بعيب بعد القبض اذا لم يكن بقضاء ففيه الشفعة وان كان بقضاء فلا قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض • اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة لانه قبل القبض لا يحتاج الى قضاء القاضي لكونه فسخا من الاصل • وكذلك لا يحتاج الى رضا صاحبه ايضا بل ينفرد برده بغير رضاه • والاقالة فسخ في حق العاقدين لانهما قصدا ذلك ولهما ولاية على انفسهما فتبيع في حق غيرهما لوجود حقيقة البيع وهي المبادلة بالتراضي والشفيع غيرهما فوجبت الشفعة قوله وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية • وانما ذكر مسئلة الجامع الصغير لان في قوله ولا خيار رؤية اختلاف الروايتين في كل منهما فانه يروى بكسر الراء عطفا على القسمة • اي لا شفعة في الرد بخيار الرؤية كما لا شفعة في القسمة • ويروى بفتح الراء عطفا على الشفعة على اللفظ وعلى المحل • اما رواية الكسر فظاهر حيث لا يثبت الشفعة في خيار الرؤية لانه فسخ من الاصل • والرواية الاخرى اثبتها الفقيه ابو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير فقال معناه لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية في القسمة ايضا • وانما لا يجري في القسمة خيار رؤية لانه لا فائدة في رده لانه لو رده كان له ان يطلب القسمة من ساعته فلا يكون في الرد فائدة • وانكر هذه الرواية فخر الاسلام البزدوي ومن تبعه كالصدر الشهيد وصاحب الهداية فقال فخر الاسلام محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية • اما الشفعة في القسمة فلان القسمة ليست ببيع محض بل فيه معنى الافراز • والشفعة انما شرعت في البيع فلا يصح اثباتها الا في الذي يخالفه كما لم يجب في معاوضة مال بغير مال • ولان كل قسم شريك فيكون مقدما على الجار • واما قوله ولا خيار رؤية فان كانت الرواية بكسر الراء فان معناه ان لا شفعة في الرد بخيار الرؤية • وتفسيره رجل اشترى دارا لم يرها وطلب الشفيع فابطل شفعته ثم ردها المشتري بخيار الرؤية لم تتجدد شفعة الشفيع لان هذا فسخ يثبت للبائع او ابى فلا يثبت له بسبب بالعقد • بخلاف الاقالة • فان كانت الرواية بفتح الراء فان معناه ان لا يثبت خيار الرؤية في القسمة • وذلك غير صحيح بل الصحيح المنصوص في كتاب القسمة ان يثبت خيار الرؤية في القسمة وخيار الشرط يثبت في ذلك بلا اشكال كل ذلك في كتاب القسمة لان خيار الرؤية انما يثبت على نظر الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وقد وجد ذلك في القسمة • وحمل فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير رواية الفتح على ما اذا كانت التركة مكيلا او موزونا من جنس واحد فانهم لا يثبت خيار الرؤية لانه لو رد القسمة بخيار الرؤية يحتاج الى القسمة مرة اخرى فيقع في نصيبه عين ما وقع في المرة الاولى او مثله فلا يفيد خيار الرؤية • اما لو كانت عقارا او شيئا اخر يفيد خيار الرؤية لانه لو رد بخيار الرؤية فاذا اقتسموا ثانيا ربما يقع في نصيبه الطرف الاخر الذي يوافقه فيكون مفيدا قوله لانهما يثبتان اي لان خيار الرؤية وخيار الشرط

باب ما يبطل به الشفعة

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة وجود ذلك الشيء ذكر ما يبطل الشفعة بعد ما ذكر ما يثبت به الشفعة قوله قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه • وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد مر بيان ذلك في باب طلب الشفعة • فاما قوله اذا ترك وهو يقدر فهو صحيح لان الزمان الذي لا يقدر فيه على الاشهاد لا يعتبر لان الشفعة انما تبطل بترك الاشهاد لانه يدل على الاعراض • فاما اذا كان هناك موانع فالظاهر ان ترك الاشهاد لا للاعراض فلا يبطلها كما اذا اشترى دارا والشفيع في بلد اخر بينهما

ثم يعاد بون وهو لا يبتدئ على بيت الوكيل كان على شفعته • وكذا لو كان بينهما مهر مجوز او ارض مسبعة **قوله** قال وان صالح من شفعته
على عوض بطلت شفعته ورد العوض • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الشفعة لا يصح اخذ العوض عن اسقاطها لان المشتري
يملك المبيع قبل اسقاط الشفعة وتبقى على وجه واحد فلا يكون في ذلك معنى يملك المشتري بازاء العوض فصار اكل مال بالباطل وعلى هذا
قال اصحابنا اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لزوجته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت لم يثبت العوض لانه مال لا
يلتبس قبل اختيارها وتبقى على وجه واحد فصار اكل مال بالباطل • واذا ثبت ان الشفعة لا يصح اخذ العوض عن اسقاطها وسقوطها لا يفتقر
الى العوض فبطلان العوض فيها من طريق الحكم لا يمنع من سقوطها كالمسلم اذا طلق امراته على خمر بطلت الخمر من طريق الحكم ولم يبطل الطلاق وقد
اختلفت الروايات في الكفالة بالنفس اذا اسقطها بعوض فقال في احدى الروايتين الكفالة باطلة والعوض باطل وسوى بينها وبين الشفعة لان هو
اسقاط الحق فيها يقع على عوض فبطلان العوض من طريق الحكم لا يمنع من بطلانها • وقال في الرواية الاخرى لا تسقط • وذلك لانها حق وجب
من الشفعة بدلالة انها لا تبطل بالسكوت والاعراض ما لم يرض باسقاطها • فاذا لم يسلم العوض لم تسقط كذا ذكر القدوري في شرحه لمختصر
الكرخي • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي • وان سلم الشفعة على مال فالتسليم جائز ويرد المال على صاحبه • وكذلك
لو باعها لان هذا مجرد حق فلا يجوز الاعتياض والتسليم جائز لان هذا شرط لا جواز له بحال فلا يتعلق به بل يبطل الشرط في نفسه • وكذلك الكفالة
بالنفس على هذا ان اعتاض الطالب يبطل الكفالة فالابطال جائز والاعتياض باطل • ثم قال شيخ الاسلام وقد ذكر في بعض روايات الكفالة
ان الكفالة لا تبطل والرواية في الكفالة تكون رواية في الشفعة ايضا انها لا تبطل لانه ما رضي ببطلان حقه مجانا • وانما رضي بشرط فلا
يكون راضيا بدون ذلك • وقال الامام العتابي في كتاب الشفعة من شرح الجامع الكبير ولو صالحه اجنبي او صالحه المشتري على دراهم
على ان يسلم الشفعة ثم بطلت شفعته ولا شيء له من الدراهم • وكذا الكفيل اذا صالح المكفول له على دراهم ان يبريه عن الكفالة فابراه صح ابراؤه
في رواية ابي حفص في كتاب الكفالة ولا شيء له من الدراهم • وفي رواية ابي سليمان لم يصح الابراء وقد عرف هذا في المبسوط لانه التزم للمال بمقابلة
ما ليس بمال وهو سقوط حق الشفعة والبراءة عن المطالبة كان بمعنى الرشوة • بخلاف الطلاق على مال والعتاق على مال والصلح عن دم العمد لانها
تملك منافع بضعها وانها بعوض ان يصير مالا بالنكاح • وكذا العبد يملك نفسه وانه مال • وكذا من عليه القصاص يملك نفسه والقصاص مال
في حق من عليه • واورد الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير سؤالا وجوابا في هذا الموضع فقال فان قيل اذا لم يجب العوض يجب ان لا
تبطل شفعته ايضا لانه انما ابطل حقه في الشفعة بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب ان لا يبطل كما في الكفالة بالنفس اذا صالح الكفيل المكفول
له على مال على ان يبريه من الكفالة فانه لا يجب العوض لم تثبت البراءة قيل له ان المال ما يصلح عوضا عن الشفعة فصار كالخمر والخنزير في باب الخلع والصلح
عن دم العمد وثمة يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد القبول من المراة والقاتل ولم يجب شيء كذا هنا • واما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك
ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط في رواية ابي حفص وعلى ما ذكر في كتاب الكفالة والحوالة من المبسوط في رواية ابي سليمان لا يبرا ويحتاج
الى الفرق • والفرق ان حق الشفيع قد سقط بعوض معنى فان الثمن سلم له فانه متى اخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فمن سلم له الثمن فقد سلم له نوع
عوض بازاء التسليم فلا بد من القول بسقوط حقه • فاما المكفول له لم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له العوض اصلا فلا يسقط
حقه في الكفالة **قوله** ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشروط فبالفاسد اولى اي لا يتعلق اسقاط حق الشفعة بالجائز من الشروط
وهو ما يشرح فيه ذكر مال فبالفاسد من الشرط اولى ان لا يتعلق وهو ما فيه ذكر مال • ولنا فيه نظر لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط
الا ترى الى ما قال محمد في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره • او قال للبائع سلمتها
لك ان كنت تبيعها وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم • وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق
والعتاق • ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا ينزل الا عند وجود الشرط ولم يوجد الشرط
فلم ينزل التسليم كذا ذكر الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير **قوله** والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية • يعني اذا
صالح الكفيل المكفول له على مال تسقط الكفالة ولا يجب المال في رواية ابي حفص كما اذا صالح الشفيع على مال تسقط الشفعة ولا يجب المال **قوله**
وفي الاخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال • اي في الرواية الاخرى وهي رواية ابي سليمان الجرجاني • وقيل هذه رواية في الشفعة ايضا
ابي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة ايضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال وقيل هو في الكفالة خاصة اي رواية ابي سليمان
في الكفالة خاصة • يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال **قوله** وقد عرف في موضعه اي في المبسوط وما
تبطل به الشفعة ما قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا اشترى الرجل دارا وطلب الشفيع فساوم الشفيع المشتري في الدار او سالمه ان يوليه
او يستاجرها الشفيع من المشتري • او كانت ارضا فاخذها مزارعة • او كان في الارض نخل فاخذ الشفيع معاملة وذلك كله بعد علمه بالشرا
فذلك كله تسليم للشفعة **قوله** قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه • وان مات
المشتري لم تبطل وفيه خلاف الشافعي رحمه الله فعنده ينتقل الشفعة الى ورثته • والخلاف فيما اذا مات الشفيع قبل القضاء بالشفعة له فاذا مات
بعد القضاء قبل نقد الثمن وقبض المبيع فالبيع لازم لورثته بالاتفاق • وقال الامام الاسبيجابي رضي الله عنه في شرح الطحاوي مشتري دارا
بيعت ولها شفيع وطلب الشفعة فانهما يبطلين ثم مات قبل الاخذ بالقضاء او بتسليم المشتري اليه فاراد ورثته اخذها فليس لهم ذلك • ولو كان
الشفيع ملكها بالقضاء او بتسليم المشتري اليه فاراد ورثته اخذها فليس لهم ذلك • ولو كان الشفيع ملكها بالقضاء او تسليم المشتري اليه ثم مات يكون ميراثا
لورثته • لنا انه خيار استجلاب الملك فلا يورث كخيار القبول • ولان الوارث ان اخذها بالشفعة لم يجز لان ملكه مستحدث بعد زوال ملك الموروث
واخذها الميت لا يصح ايضا لان الميت قد زال ملكه عما يشفع به فهو كمن باع نصيبه قبل وجوب الشفعة ولا يلزم خيار العيب وخيار الرؤية لانه لا يثبت بطريق
الارث بل يثبت للوارث ابتداء لانه ملكه بالارث سليما لانه ملكه بالارث سليما وقد وجد عيبا او ملك معيبا لم يره فكان له الخيار • ولان حق الشفعة

حق الهلاك

من الهلاك وهو وصف قائم بالشفيع فلا ينتقل الى ورثته بعد موته كسائر صفاته من العلم والقدرة والارادة وغير ذلك • ولا معنى لا يصح اخذ العوض
عليه فيبطل بالموت كالاجل وكالاذان ولان وما قيل ان يلاعن فلا يقوم ورثته في اللعان مقامه احتج بانه حق ثبت لازالة الضرر عن المال
فكان موروثا كخيار الرد بالعيب • قلنا المعنى في الاصل ان فيه معنى المال بدليل انه يثبت لفوات جزء من المبيع وانه اذا اسقط وجب المال عند سقوطه
بخلاف خيار الشفعة فانه ليس فيه معنى المال بدليل انه لا يجب المال عند سقوطه فلم يورث كالوكالة والمضاربة • فان قالوا الشفعة لازالة
الضرر كالقصاص فالجواب ما ذكرنا ان فيه معنى المال بدليل انه يجب المال عند سقوطه بالشبهة فالواجب لازم متعلق بعين لا يسقط بموت المستحق
عليه فلا يسقط بموت المستحق كالرهن والكفالة • قلنا المعنى في الاصل ان فيه معنى المال لان الرهن يستوفي منه الدين عند التلف والكفيل يؤخذ
منه المال فلذلك يورث • بخلاف الشفعة فانها لا تؤول الى مال وانما هي سبب يتوصل به الى تملك المال كالقبول • وان مات المشتري فالشفيع
على شفعته لان حقه لا يبطل بموت من عليه ولا يباع المبيع في دين المشتري ووصيته لان الشفيع مقدم على المشتري فيتقدم على غرمائه
فان باعه القاضي او الوصي في دين المشتري فللشفيع ان يبطل البيع لان هذا التصرف تضمن ابطال حق الغير فيفسخ • وكذلك لو اوصى المشتري فيه بوصية
كان للشفيع نقضها واخذها **قوله** وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط فعندنا لا يورث خيار الشرط خلافا للشافعي رحمه الله **قوله**
قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته • اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه يستحقها بالجوار وقد زال
الجوار فلم يبق ما يشفع به وهما باختياره المشفوع وسواء في ذلك بيعه بعد علمه بشرا الدار المشفوعة وعدم علمه • فاما اذا باع بعد ان قضي له بالشفعة لم
تسقط شفعته لان حقه قد استقر فيها فلا يسقط كما لو باع بعد القبض كذا في شرح الاقطع **قوله** او ابرا عن الدين وهو لا يعلم بعين من له الدين
اذا ابرائه يصح ذلك وان لم يعلم ذلك • لان الاسقاطات لا تتوقف على العلم • ولهذا قال في شرح الكافي في رجل باع دارا والشفيع شريكا
يدعي انه لم يعلم ان احدهما في موضع كذا وظهر انها له او لغيره ويدعي شفعته حين علم فانه لا شفعة له لان صحة التسليم لا تتوقف على كون الدار معلومة
فهو كالابراء عن الديون لا يتوقف على العلم عندنا وفي صح التسليم كان هذا دعوى بعد التسليم فلا يسمع **قوله** قال ووكيل البائع اذا باع
وهو الشفيع فلا شفعة له • ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة • اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية والاصل ان من باع او بيع
له فلا شفعة له • ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة • قال في شرح الطحاوي وبيان ذلك ان من هو صاحب الدار لو وكل شفيع الدار ببيع بابها
فلا شفعة له لانه هو الذي باعه • ولو ان مضاربا لرجل باع دارا من المضاربة ورب المال شفيعها بدار له اخرى فلا شفعة له لانه بيع له
وان كان لا يملك نهيه عن البيع • وان كان للمشتري وكل شفيع الدار بشرائها فاشتراها له فله الشفعة • الا ترى انه لو اشترى دار النفسه وهو
الشفيع كان له الشفعة • حتى لو جاء شفيع مثله اخذ منه نصف الدار • ولو جاء شفيع دونه فلا شفعة له • وكذلك لو اشترى المضارب
بمال المضاربة دارا ورب المال شفيعها كان له ان ياخذها بالشفعة لانه اشترى له • ومن اشترى او اشتري له فلا يبطل شفعته وقال
في الجامع الكبير رجل اشترى دارا على ان يضمن الشفيع الثمن عن المشتري او ضمن للمشتري الدرك او اشترط البائع الخيار للشفيع فامضى الشفيع
هذا كله تسليم للشفعة • قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير اما اذا باع بعض الشفيع الثمن من المشتري والشفيع حاضر قبل في المجلس
يجوز البيع بهذا الشرط استحسانا والقياس ان لا يجوز ذكر محمد القياس والاستحسان في كتاب البيوع من المبسوط • ولنا الا شفعة للشفيع فلان
الشفيع صار كالبائع من وجه وكالمشتري من وجه • اما كالبائع من وجه لان البيع يتم به • وكذا له ان يطالب المشتري باداء الثمن
ويخلصه عن الكفالة متى كانت الكفالة بامره كالبائع مطالبة المشتري باداء الثمن • واما كالمشتري من وجه لان الثمن لازم به • وكذا البائع
يطالبه بالثمن كما يطالب المشتري فوقع التردد في ثبوت حق الشفعة فلا يثبت لان حق الشفعة متى دار بين ان يثبت وبين ان لا يثبت
لا يثبت • فان قيل البائع من كل وجه انما لم يكن له الشفعة لان ايجاب الشفعة له يؤدي الى التضاد لان البيع لتمليك المبيع والشفعة
لتملك المبيع وبينهما تضاد وههنا لا يؤدي الى التضاد لان تمليك المبيع ههنا ما كان من جهة الشفيع بل له الشفيع اذا كان كفيلا عن المشتري
بالثمن كان بمعنى البائع من وجه لما قلنا فايجاب الشفعة له يؤدي الى التضاد من وجه في التملك والتمليك • فان كان لا يؤدي الى التضاد
من وجه في التملك والتمليك ادى الى التضاد في حق ضمان الثمن لانه بعقد الكفالة التزم الثمن للبائع • ومتى يشفع شفعا كان له ان لا يلتزم لانه
لم ياخذها بالشفعة من يد البائع فينفسخ البيع فيبرا المشتري عن الثمن فيبرا هو عن ضمان الكفالة • واما اذا ضمن للمشتري بالدرك فجواز البيع
بهذا الشرط اذا كان حاضرا في المجلس وقبل في المجلس استحسان ايضا • اما لا شفعة له فلانه بائع من وجه لان البيع تم به • وكذا الراسخ
المشتري كان للمشتري ان يرجع عليه بالدرك كما كان له ان يرجع على البائع • واما اذا اشترط البائع الخيار له فامضى البيع فلانه بايع
من وجه لانه هو الذي اوجب البيع باعتبار اثبات الحكم وان لم يكن موجبا للبيع باعتبار اصل البيع • ولو اشترط المشتري خيار الشفيع فامضى
الشفيع البيع لم تبطل شفعته بريد به اذا طلب الشفعة قبل الاجازة لانه بمنزلة المشتري من وجه لانه وكيل من المشتري في الاجازة على ما
علم في موضعه والمشتري من كل وجه كان له الشفعة فكذا المشتري من وجه • فان قيل المشتري من كل وجه انما كان له الشفعة لان ايجاب
الشفعة له لا يؤدي الى التضاد فان المشتري يملك البيع والاخذ بالشفعة تملك ايضا فكان من جنسه فلم يكن فيه تضاد • فاما ههنا لو وجب
الشفعة لهذا المشتري من وجه لعقد الاجازة ادى الى التضاد لانه بالاجازة اوجب الملك للمشتري • ومتى اخذها بالشفعة لا يبقى الملك
للمشتري فصار كالساعي في نقض ما اوجبه للمشتري فيؤدي الى التضاد • قيل له هنا هكذا ان لو وجب الشفعة له باجازة الشفيع لم يجب له
اجازة الشرط كانت واجبة له قبل الاجازة ببيع المتعاقدين فان من اشترى دارا على انه بالخيار وجب الشفعة للشفيع اجاز المشتري الشرا
او فسخ لان خيار المشتري لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وثبوت حق الشفيع يعتمد زوال المبيع عن ملك البائع • ومتى وجب الشفعة قبل
الاجازة فلو اخذها بالشفعة بعد ما اجاز لا يكون ساعيا في نقض ما اوجبه للمشتري فان اصل العقد ما وجب باجازته **قوله**
قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة **قوله** من الدراهم بقيمة الالف فلا يستحق

او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه بالحوالة الشفعة ● اي قال القدوري في مختصره وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي رضي الله عنه ● والاصل
في جميع ذلك ان الرخص في الشفعة لا تختلف باختلاف قدر الثمن وجنسه وتختلف ايضا باختلاف المشتري وتختلف ايضا بصفة المبيع فانه قد يكون للشفيع
غرض في بعض الوجوه دون بعض فاذا هو سلم على بعض الوجوه فبان ان المشتري وقع على وجه غير ذلك الوجه فكان التسليم وقع على الشرط الذي قد
كان خبر به فاذا لم يوجد ذلك الشرط بقيت الشفعة على حالها فاذا ثبت هذا قلنا اذا قيل له انها بيعت بالف درهم فانما سلم وترك لانه لم يبلغه ابتياعها
بهذا القدر من الثمن فاذا كان المبيع باكثر من الف درهم فيعلم انه اولى ان لا يصلح بذلك ولم يترك لانه اذا قيل له انها بيعت بالف درهم فبان لم يعد ذلك
انها كانت بيعت باقل من الالف لانه انما سلم الشفعة بالالف استغلاء للالف واستكثارا لها في البيع فاذا بان انها بيعت باقل من ذلك فربما يلحق له الاخذ
فكانه قال اني سلمت شفعتي بشرط ان الثمن الف ● واما اذا سلم الشفعة لما اخبر ان الثمن الف درهم فاذا هو مائة دينار فينظر في ذلك فان كان قيمة
المائة دينار الفا او اكثر صح التسليم وان كان قيمته اقل من الف فله الشفعة ● وقال زفر له الشفعة في الوجهين ● وجه قولهم ان الدراهم والدنانير
في حكم الجنس الواحد لانهما اثمان للاشيا فوجب ان يعتبر اختلاف القدر بينهما كما يعتبر في الجنس الواحد ● ولانه لا يستقل نقل احدهما الى الاخر فلم
يجز ان يكون التسليم لمعنى يعود الى الجنس فلم يبق الا ان يكون للقدر وليس هذا كما لو اخبر انها بيعت بحنطة فسلم ثم بان انها بيعت بشعير قيمته مثل
الحنطة او اقل فله الشفعة ● وذلك لان هذه الاجناس لا تجري مجرى الجنس الواحد ولا يستقل الانسان نقل بعضها الى البعض فيجوز ان يكون سلم
لانه لا يقدر على الحنطة وعنده شعير لا يسهل عليه الاخذ به فلم يكن ذلك تسليما ● ووجه قول زفر ان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان فيجب الشفعة
بها ● فاذا سلم في احدهما لم يكن ذلك تسليما في الاخر كالمكيلات ● فاما اذا بلغه انها بيعت بالف درهم ثم علم انها بيعت بمكيل او موزون
غير الدراهم او بمعدود غير متفاوت فان الشفعة باقية وتسليمه باطل لانه يجوز ان يكون سلمه لانه لا يقدر على الدراهم وهو يقدر على ذلك الجنس
الذي بيعت به الدراهم فيكون تسليمه على شرط ان يكون البيع بالدراهم واما اذا بان الشرا كان بعرض من العروض مما لا يجب الشفعة بمثله وانما
يجب بقيمته فان كانت قيمة ذلك الشي الالف المذكورة او اكثر فان ذلك تسليم صحيح ● وان كانت القيمة اقل فليس بتسليم لان العرض لا يجب الشفعة
بمثله وانما يجب بقيمته والقيمة من جنس الدراهم فكانه سلم وقد علم مقدارا من الدراهم فبان مقدار اخر ● فان كان اكثر ما بلغه صح التسليم وان كان
اقل ما قيل فليس بتسليم ● واما اذا بلغه ان الثمن عرض فسلم ثم وجد الثمن من جواهر ما يجب الشفعة بمثله فله الشفعة ● لان الشفعة
فيها انما سلم لان الجنس الذي بلغه لا يقدر عليه ويجوز ان يتيسر عليه جنس اخر كذا ذكر القدوري في شرحه قوله لاستكثار الثمن
في الاول اي فيما بلغ الشفيع انها بيعت بالف ثم علم انها بيعت باقل قوله اولتعذر الجنس في الثاني اي فيما بلغ الشفيع انها بيعت
بالف ثم علم انها بيعت بحنطة او شعير قوله وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له قال في شرح الاقطع وهو استحسان
والقياس ان يكون له الشفعة وهو قول زفر قوله لاختلاف الجنس قوله ولهذا لا يحل التفاضل بينهما قوله قال واذا قيل
له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة ● اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الشفيع اذا قيل له ان المشتري زيد
فسلم ثم علم ان المشتري عمرو فهو على شفعته ● وذلك لان الانسان قد يصلح له مجاورة شخص دون شخص فلم يكن تسليمه الشفعة لواحد
تسليما للبيع ● ولانه اسقط حقه قبل زيد فبقي حقه قبل عمرو ● فاما اذا اخبر ان المشتري زيد ثم بان انه زيد وعمرو اخذ نصيب
عمرو وسلم نصيب زيد لانه لما سلم لزيد الشفعة في جميع الدار كان ذلك تسليما في كل جزء ولم يسلم لعمرو شيا فجاز له اخذ نصيبه لان الشفيع
يملك اخذ نصيب احد المشتريين دون الاخر قوله ولو بلغه شرا النصف فسلم ثم ظهر شرا الجميع فله الشفعة ذكره تفريعا على مسئلة المختصر
قال القدوري في شرح مختصر الكرخي رضي الله عنه اذا بلغه انه اشترى بعض الدار فسلم ثم بان انه اشترى جميعها فله الشفعة ● ولو قيل له انها
اشتريت كلها فسلم الشفعة ثم بان انه اشترى نصفها كان التسليم جايزا عليه ● ثم قال القدوري وذكر المعلى بن جدار عن محمد هذا فقال اذا قيل
له انها اذا بيعت كلها فسلم ثم بان ان نصفها بيع فله الشفعة ● واذا قيل له ان نصفها بيع فسلم ثم بان انها بيعت كلها فلا شفعة له ● وجه الرواية
الاولى وهي المشهورة انه اذا بلغه بيع النصف فانما اسقط حقه عن النصف ولم يسقط حقه عن الباقي فلم يجز ان يلزمه اسقاط الحق في بقية
الدار ● ولانه سلم في النصف لئلا يستضر به في الشركة لانها عيب فاذا بيعت كلها فلا ضرر بالشركة ولا عيب فيثبت له الشفعة ● فاذا سلم الشفعة
في جميعها فقد سلم في كل جزء منها ● ولانه اذا سلم مع عدم العيب والضرر بالشركة فان تسليمه مع وجودهما اولى ● فاما وجه رواية المعلى
ابن جدار فلان الانسان قد يسلم الشفعة في الكل لانه لا يجد مقدار ثمنه ويصلح له البعض لانه يتمكن من ثمنه ● واما اذا سلم في البعض فهو
قد يسلم لعجزه عن الثمن وهو عن جميعه اعجز قوله وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية احترازا عن رواية المعلى وقد مر انفا هو

فصل

ذكر هذا الفصل في بيان الحيل التي تبطل بها الشفعة لان الشفيع ربما يكون فاسقا مؤذيا يحتاج
الى الاجتناب عن جواره حتى يتخلص المشتري عن اذاه الذي يخاف ان يسع فذكر الحيلة لابطالها لهذا قال الخصاف في كتاب الحيل ارايت
الرجل اذا اراد ان يشتري دارا وخاف ان يوخذ منه بالشفعة هل يحل له ان يحتال في الشفعة قال كره ذلك بعض اصحابنا ورخص فيه بعضهم
وقال انما يجب للشفيع بعد البيع فلا باس بذلك قبل ان يجب لانه انما يدفع المأثم عن نفسه فلا يجب بذلك حق الشفعة قوله قال واذا باع
دارا الا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له ● اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الشفعة انما تثبت بالشركة
او بالجوار ولم يوجد واحد منهما قوله وكذا اذا وهب هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا اي لانقطاع الجوار قوله قال
وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني ● اي قال القدوري في مختصره وذلك لان المعدوم
على السهم الثاني وهو شريك في بعض المبيع فلا يكون للجار مع الشريك واستحقاق السهم الاول لا يسقط الشفعة التي وجبت له لانه ملكها بالشرى الاول
فهو كالحكم لمن ابن محمد ذلك انهم قالوا في احد الجارين اذا اشترى دارا ثم مات وحضر الجار الاخر فطلب الشفعة يقضى له بالنصف
فلولا انهم جعلوا الشرا بمنزلة القضا بقدر ما يستحقه والا وجب ان تسقط شفعة الميت بموته ويبقى شفعة الحي فيقضى له بجميع الدار ● وكذلك اذا

اذا اشترى من رجل دارا ملاصقة ثم باع دار الاولى ثم حضر جار اخر فانه يقضى له بالنصف لما ذكرنا كذا في شرح الاقطع ● وقال القدوري في شرح
مختصر الكرخي قال ابو يوسف وان كان المشتري للنصف الثاني غير المشتري للنصف الاول فلم يخاصمه فيه حتى اخذ الجار النصف الاول بالشفعة فالجار
احق بالنصف الثاني من المشتري الاول لان الملك للمشتري الاول زال عن النصف قبل انتقال الشفعة اليه فسقطت شفعته وبقي حق الجار فاستحق
النصف الثاني بالجوار كما استحق الاول قوله فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما والباقي بالباقي وهذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة
الشفيع والاولى الى الابطال لان في الاول ليس للجار ان ياخذ لان مقدار ذراع من طول حد الشفيع لو فرض ان ابتاع السهم الواحد من الدار فهو السهم الذي
يلي الشفيع او السهم مطلقا كالعشر باكثر الثمن ثم يبتاع الباقي من الدار بما بقي من الثمن فيرغب عما قال في شرح الطحاوي وهو ان يبيع اولا من الدار عشرها مثلا
باكثر من الثمن ثم يبيع تسعة اعشارها ببقية الثمن حتى ان الشفيع لا يثبت له حق الشفعة الا في عشرها بثمنه ولا يثبت له الشفعة في تسعة الاعشار
لان المشتري حين اشترى تسعة اعشارها كان شريكا فيها بالعشر وهذه الحيلة انما تكون للجار او الخليط لان الشريك اولى منهما ولا يجيا له الشريك لان
الشفيع اذا كان شريكا كان له ان ياخذ نصف تسعة الاعشار ايضا بقليل الثمن ● وان كانت الدار للصغير فاذا بيع العشر منها بكثير الثمن جاز وبيع
تسعة الاعشار بقليل الثمن لا يجوز لانه بيع مال الصغير باقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز فيكون في هذه الحيلة ضرر للمشتري وهو
انه يلزمه العشر ولا يلزمه في تسعة الاعشار وقد يجوز ان يحتال لهذه الحيلة في دار الصغير وهو ان يبيع من داره جزا من مائة جز او يبيع جزا
من الفجر بمثل اكثر من قيمته ثم يبيع بقية الدار بمثل ثمنه فانما يثبت له الشفعة في الجزء الاول خاصة وهذه الحيلة للجار والخليط ● فاما اذا كان الشفيع
شريكا فانه ياخذ نصف البقية بنصف ثمنها قوله وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب ● هذا لفظ القدوري
ايضا ● وذلك لان الشفعة تثبت بمثل الثمن الذي بيعت الدار به ● الا ترى ان البائع لو وهب للمشتري الثمن او اشترى به دارا اخذها الشفيع بالمسمى
حال العقد ولا ياخذ بقيمة الدار الثانية لانها ملكت بالعقد الثاني كذلك في مسئلتنا ● قال صاحب الهداية وهذه اخرى تعم الجوار والشركة ● اي
هذه الحيلة حيلة اخرى تعم الشاهق الجار والشريك ● بخلاف الحيلتين الاوليين اللتين ذكرهما القدوري بقوله اذا باع دارا الا مقدار ذراع الى
اخره ● وبقوله وان ابتاع منها سهما ثم ابتاع بقيتها الى اخره فانهما يختصان بحق الجار لا الشريك ● ثم بين صاحب الهداية كيفية هذه الحيلة
بقوله فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته ● اي يباع المبيع باضعاف قيمة المبيع لانه يعطي المشتري بمقابلة ما وجب عليه من اضعاف
القيمة ثوبا يكون ذلك الثوب بقدر قيمة المبيع في الواقع ● بيان ذلك بما ذكر في شرح الطحاوي بقوله وحيلة اخرى ان يبيع الدار باكثر من
ثمنها نحو ان يبيع ما يساوي الفا بالفين ويتقابض من الثمن الف درهم الا عشرة دراهم ثم يبيع بالف وعشرة عرضا يساوي عشرة دراهم فحصلت الدار للمشتري
بالف درهم في الحاصل ● ولكن الشفيع لا ياخذها الا بالفي درهم والافضل للبائع ان يجعل مكان العرض دينارا يساوي عشرة دراهم هذا هو
الاحوط حتى ان الدار لو استحقت من يد المشتري رجع على البائع بمثل ما اعطاه لانه يبطل الصرف بالاستحقاق ● وهذه الحيلة لجميع الشفعا ● ولو
كان باع بقية الثمن عرضا سوى الذهب يساوي عشرة دراهم كما ذكرنا فعند الاستحقاق يرجع المشتري على البائع بالفي درهم ويكون فيه ضرر على البائع
قوله قال ولا يكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف ويكره عند محمد ● اي قال القدوري في مختصره وجه قول محمد ان الشرع
اوجب الشفعة سببا لدفع الضرر عن الشفيع ● وفي اباحة الحيلة تبقية الضرر على الشفيع فلا يجوز لان الحيلة باسقاط الشفعة لو جازت لم تثبت شفعة
ابدا ● ووجه قول ابي يوسف ان المشتري بالحيلة يمتنع من وجوب حق عليه وذلك لا يكره كما لا يكره الحيلة في اسقاط الربا ● وعلى هذا الخلاف
الحيلة في اسقاط الزكاة قبل حول الحول فعند ابي يوسف لا يكره ● وعند محمد يكره ● وقيل الفتوى على قول ابي يوسف في الشفعة ● وعلى قول
محمد في الزكاة ● قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي هذه الحيل كلها لابطال الشفعة قبل البيع ● فاما بعد وقوع البيع ان يقول المشتري
للشفيع صالحتك على كذا وكذا درهما على ان تسلم لي شفعتك فاذا قبل الشفيع الصلح وسلم بطلت شفعته ولا يجب له المال او يقول المشتري للشفيع اشتر
مني بكذا ولا تخاصمني فيها ● فاذا قال الشفيع اشتريت بطلت شفعته ثم لا يشتريه ● وقال في شرح الطحاوي ايضا ● وقيل ان الاختلاف في الحيلة
للابطال قبل الوجوب فاما بعد الوجوب فمكروهة بالاجماع ● وقال في الواقعات المكاسبة الحيلة في ابطال الشفعة على وجهين ● اما ان كانت
بعد الثبوت او قبل الثبوت ففي الوجه الاول يكره بالاتفاق نحو ان يقول المشتري للشفيع اشتر مني فما اشبه ذلك لانه ابطال الحق الواجب
وفي الوجه الثاني لا باس به سوا كان الشفيع عدلا او فاسقا هو المختار لانه ليس بابطال ومن هذا الجنس ثلث مسايل احداها هذه ● والثانية
الحيلة في منع وجوب الزكاة ● والثالثة الحيلة لدفع الربا بان يبيع بمائة درهم وقلنسوة بمائة وعشرين درهما ● وقال الخصاف في اول كتاب الحيل
لا باس بالحيل فيما يحل ويجوز ● وانما الحيلة شي يتخلص به الرجل من الحرام ويخرج به الى الحلال فما كان من هذا ونحوه فلا باس به وانما يكره من ذلك
ان يحتال الرجل في حق لرجل حتى يبطله او يحتال في باطل حتى يموهه او يحتال في شي حتى يدخل فيه شبهة قوله مسايل متفرقة احد
ذكرها بعد ما جرى ذكر المسايل كذلك قوله قال واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم ● وان
اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها ● اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في خمسة نفر
اشتروا من رجل دارا وهو لها شفيع فاراد ان ياخذ نصيب احدهم قال له ذلك فان اشترى واحد من الخمسة لم يكن للشفيع ان ياخذ نصيب
بعضهم الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير في البيوع ● وذلك لان حق الشفعة شرع لدفع ضرر الدخيل فلا يشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررا
زايدا سوى اخذ الدار منه ففي المسئلة الاولى الصفقة وقعت متفرقة ● فاذا اخذ نصيب احدهم فقد ملك عليه جميع ما اشترى وقام مقامه فلم يكن فيه
تفريق الصفقة على المشتري ● هذا اذا كان الثمن منقودا فاما اذا لم ينقدوا الثمن فاراد الشفيع ان ياخذ نصيب احدهم من البائع بحصته
من الثمن ليس له ذلك لما فيه من تفريق الصفقة على البائع ● واما اذا اشترى واحد من خمسة فالشفعة وقعت في حق المشتري ● فلو اخذ نصيب
احدهم تفريق الصفقة على المشتري فلا يملك لما فيه من تبعيض ملكه ● وان بعد الايقاف الجمعة ثبت كذا ذكر فخر الدين قاضي خان في شرحه ● وقال
الشيخ ابو الحسن الكرخي رضي الله عنه في مختصره ● واذا اشترى الرجل من الرجلين دارا وقبض او لم يقبض فاراد الشفيع ان ياخذ نصيب احدهما

دين الاخراج المصيبين شيئا وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد قال هذا محمد في لسانه الي هنا لفظ الكرخي • قال القدوري في شرحه لان للشريك
الواحد ملك الدار بقبول واحد فلم يملك الشفيع اخذ بعض ما تعلق به حقه دون بعض كما لو كان البايع واحدا لانه اذا اخذ بعض الدار فرق الصفقة على
المشتري على وجه يضر به بالشركة • وهذا لا يجوز كما لو كان البايع واحدا • فاما اذا اشترى اثنان من واحد فللشفيع ان يأخذ نصيب
الاخر لانه يدخل ضرر الشركة فلا فرق بين ضرر شركة الشفيع وبين شركة المشتري • ولانه يأخذ منه جميع ما ملكه بالعقد فلا يلحقه ضررا كما
لو اشترى وحده • ثم قال القدوري في شرحه وقد روي عنهم خلاف هذا وهو ان الواحد اذا اشترى من اثنين فان اخذ الشفيع قبل القبض كان له
ان يأخذ نصيب احد البايعين • فان اخذ بعد القبض لم يكن له ان يأخذ نصيب احدهما لانه اذا اخذ قبل القبض انفسخ ملك المشتري فما اخذه
ملك البايع وقد اخذ جميع ما خرج من ملك البايع فلم يكن فيه ضرر عليه • وليس كذلك بعد القبض لانه يأخذ من ملك المشتري فيتبعض عليه الملك
فلا يجوز • وقالوا اذا اشترى اثنان من واحد فان اخذ الشفيع قبل القبض لم يكن له ان يأخذ الا الجميع لان ملك المشتري ينفسخ فلو اخذ البعض فرق
الصفقة على البايع وهذا لا يجوز • فان اخذ بعد القبض جاز ان يأخذ نصيب احدهما لانه يأخذ من ملك المشتري ولم يتبعض عليه الملك وقال
الكرخي ايضا في مختصره وسواء سميا لكل نصف ثمنا معلوما • او كان الثمن جملة واحدة لتعدد ان يكون البيع صفقة • وذلك لان الحكم يتعلق بشرى
الصفقة فلا فرق بين ذكر الثمن جملة او جملتين **قوله** ولا فرق في هذا اي في ولاية الاخذ للشفيع نصيب احد المشتريين قبل القبض اي قبل
قبض المشتري الدار **قوله** هو الصحيح احتراز عن رواية القدوري وهي قوله وقد روي عنهم خلاف هذا الى اخر ما ذكرنا قبل هذا **قوله**
بمنزلة احد المشتريين • يعني اذا اشترى الاثنان دارا صفقة واحدة ونقد احدهما ما عليه من الثمن ليس له ان يأخذ نصيبه من الدار
حتى ينقد الاخر ما عليه من الثمن فكذلك هنا لما نقد الشفيع نصيب احدهم ليس له ان يأخذ نصيبه من الدار ما لم ينقد الاخرون بقية الثمن اذا كانت
الدار غير مقبوضة **قوله** وههنا تفريعات ذكرناها في كتابنا المنبي وتلك التفريعات ذكرها الكرخي في مختصره وكرها الباب
وشرحها القدوري في شرحه فلذلك لم ننقل ما فيه لم نذكرها هو ما من الملالة لاجل الاطالة فقال الكرخي وكذلك ان كان الشرا بوكالة فوكل رجل
رجلين فاشتراه داره وللشفيع فللشفيع ان يأخذ نصيب احد المشتريين • وان كان الموكل رجلين والوكيل رجلا واحدا لم يكن له ان يأخذ نصيب
احد الموكلين • قال ابن سماعة عن محمد في نوادره ذلك وقال انما انظر الى المشتري ولا انظر المشترى له • قال محمد وكذلك لو اشترى بثمن
فليس له ان يأخذ شيئا دون شيء • ولو اشترى عشرة رجل كان للشفيع ان يأخذ من واحد ويدع الاخرين • او يأخذ من اثنين او ثلاثة ويدع
البقية • وكذا ان روى هشام عن محمد في نوادره في الوكيل والوكيلين في الشرا الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه في مختصره فقال القدوري
في شرحه وذلك لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد دون المعقود له • فاذا كان الوكيل واحدا لم يجز تفريق الصفقة عليه كما لو اشترى لنفسه
واذا كانوا جماعة والموكل واحد فحقوق العقد تتعلق بهم دونه كما لو اشتروا لانفسهم • ثم قال الكرخي واذا اشترى الرجل دارين صفقة
واحدة فجاء الشفيع لهما جميعا فاراد ان يأخذ احدهما دون الاخرى فليس له ذلك وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد • وقال الحسن بن زياد
عن زفر الشفيع بالخيار ان شاء اخذهما وان شاء اخذ احداهما دون الاخرى وهذا قول الحسن بن زياد الى هنا لفظ الكرخي فقال القدوري
في شرحه وجه قولهم ان المشتري ملك الدارين صفقة واحدة وتعلق حق الشفيع بهما فلم يملك ان يفرد بالاخذ بعض ما تعلق به حقه دون بعض كالدار
الواحدة • وقد ذكر ابو الحسن عن محمد ما يدل على انه لا فرق بين الدارين الملاصقتين والمتفرقتين • وذكر بشر بن الوليد عن ابي يوسف
انهما اذا كانتا في مصر واحد او مصرين فهو سوا • وجه قول زفر ان اخذ احدى الدارين لا يؤدي الى اضرار المشتري بالشركة فصار كما لو كان هو
شفيعا لاحداهما • ثم قال الكرخي في مختصره واذا كان الشفيع شفيعا لاحداهما دون الاخرى ووقع البيع عليهما صفقة واحدة فان الحسن بن زياد
قال روي عن ابي حنيفة انه ليس له الا ان يأخذ التي تجاوره بالحصة • وكذلك روى ابن سماعة عن ابي يوسف • وكذلك روى هشام عن
محمد في رجل اشترى دارين متلاصقتين وله جار يلي احداهما قال فانه يأخذ التي تليه بالشفعة ولا شفعة له في الاخرى • قال القدوري في
شرحه وذلك لان حق الشفعة تعلق باحدى الدارين دون الاخرى • والصفقة اذا اجتمعت بين ما يتعلق به الشفعة وما لا يتعلق به الشفعة
اخذ الشفيع ما تعلقت به شفعته بالحصة كما لو اشترى دارا وسيفا صفقة واحدة ثم قال الكرخي فيه • وقال هشام قلت لمحمد ما تقول
في عشر اقرحة متلاصقة لرجل يلي واحدا منها ارض انسان فبيعت العشر الاقرحة فقال للشفيع ان يأخذ القراح الذي يليه وليس له في بقيتها شفعة
قلت لم قال لان كل قراح على حدة • قلت ليس بينها طريق ولا نهر انما هي مرزورا ومسناة قال لا شفعة له الا فيما يليه الى هنا لفظ الكرخي في مختصره فقال
القدوري • وذلك لان الاقرحة المتميزة بالمرور كالدور المتجاورة فلا يثبت للشفيع الشفعة الا فيما يجاوره خاصة • ثم قال الكرخي في مختصره قال
هشام قلت لمحمد في قرية خالصة لرجل باعها والقرية عندنا ما فيها من الدور والارضين والكروم قال محمد ولكن القرية عندنا على بيوت القرية خاصة
قلت لمحمد باع رجل هذه القرية بدورها وكرومها وارضيها وناحية منها يلي انسانا قال محمد للشفيع ان يأخذ القراح الذي يليه • قلت فلكل شفيع
ان يأخذ القراح الذي يليه قال وسئل ان يأخذ دار اهلي القرية وذلك ادنى ارضيها • ويبقى وسط القرية للمشتري فلم ينكر ذلك محمد ورأيته
يقول الى هنا لفظ الكرخي • قال القدوري في شرحه وقد اشتمل هذا الكلام على ثلاثة فصول احدها ان القرية اسم للبيوت والاقرحة
والمرجع في هذا الى العادة دون غيرها • والثاني وجوب الشفعة للمجاور في الاقرحة التي تليهم خاصة وهذا صحيح لما بينا ان الاقرحة
المتميزة كالدور المختلفة فالجار لبعضها لا يكون مجاورا لبقيتها • والفصل الثالث ان الشفعا يأخذون حافتي القرية وهي ادناها ويبقى المتوسط
وسطها وهو اجودها وهذا غير ممتنع لان الشفيع يأخذ باختياره فكان له ان يلزم الضرر ولا يلتزم • ثم قال القدوري وروى الحسن بن زياد عن
ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى قرية بارضها وادخل الاقرحة متفرقة ولاحد الاقرحة جار قال يأخذ القرية كلها بالشفعة وليس له ان يأخذ ذلك
القراح ويدع ما سواه • وذكر ابن ابي مالك عن ابي يوسف ان ابا حنيفة كان يقول ليس له ان يأخذ الا القراح الذي هو ملاصقه لان هذه الاقرحة مختلفة
قال والذي يجي على قياسه ان هذه الاقرحة اذا كانت مرضية واحدة او قرية واحدة بين كرام واحد ودار واحدة وهذا يدل على ان ابا حنيفة كان

يقول

يقول انه قول محمد ثم رجع فقال يأخذ الشفيع الجميع لانه يتضرر بتفريقه كالدار الواحدة كذا ذكر القدوري في شرحه **قوله** قال ومن اشترى
نصف دار غير مقسوم فقاسمه البايع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع • اي قال في الجامع الصغير يعني ليس للشفيع ان ينقض القسمة
لان القسمة جرت بين المالكين فلا يكون في النقض فايدة لانه لو نقض القسمة ثم طلب القسمة من ساعته كان له ذلك • فاذا لم يكن في النقض فايدة
لم يكن له ان ينقض كذا قال الفقيه ابو الليث • ولان القسمة في غير المكيل والموزون مبادلة من وجه وافراز واخذ لعين حقه من وجه • والشفيع
يملك نقض المبادلة ولا يملك نقض القبض الا ترى انه لا يملك نقض القبض بعقد الهبة على البايع لعينه وهو ان القبض بجهة العقد له حكم العقد ثم
والشفيع لا يملك نقض البيع فكذلك لا يملك نقض القبض بجهة البيع من حيث ان القسمة افراز وقبض لا يملك الشفيع نقضها • ومن حيث انها مبادلة
يملك نقضها فلا يملك النقض بالشك والاحتمال • ولان الافراز تكميل للقبض لان القبض انما يتكامل بالافراز في القسمة والشفيع لا يملك القبض
نقض القبض ليعيد العهدة الى البايع فكذلك ما حصل تكميلا له وانما ينقض القبض لاثر من العقد والشفيع لا يملك النقض في الذي يتعلق به حقه الا ما
مقرون اسيتفا حقه ولا اثر لورثة في نقض القبض • وهذا بخلاف ما اذا قاسمه شريك البايع حيث كان للشفيع ان ينقض القسمة لان القسمة ما جرت
بين المتعاقدين فلا يملك جعلها قبضا بجهة العقد وتمليكا للقبض فاعتبرت مبادلة وللشفيع ان ينقض المبادلة • وقال الفقيه ابو الليث في قسمة
المشتري مع البايع ذكر الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان القسمة اذا كانت بقضاء القاضي لم يكن له ان ينقض • واذا كانت بغير قضاء القاضي فله ان
ينقض • ثم قال وذكر في كتاب الشفعة ان القضاء وغير القضاء سوا والمعنى الذي ذكرناه • وقال في شرح الطحاوي ولو اشترى نصف دار
مشاعا ثم قاسم مع البايع ثم جاء الشفيع وطلب الشفعة وابتها فان القاضي يقضي له بنصف المشتري مقسوما وليس له ان يبطل قسمته سواء كانت
قسمته بقضاء قاض او بغير قضاء قاض وقد صار للمشتري وقع من جانب الشفيع او من جانب اخر • وقال صاحب الهداية وعن ابي حنيفة انه انما يأخذ
اذا وقع من جانب الدار التي يشفع بها **قوله** ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة ايضاح لكون القسمة من تمام القبض يعني ان الهبة المشاع
فيما ينقسم فاسدة ومع هذا لو قسم وسلم جاز **قوله** اطلاق الجواب في الكتاب اي في الجامع الصغير لان المطلوب في الجواب وقال اخذ الشفيع
النصف الذي صار للمشتري ولم يفصل بينهما اذا وقع في جانب الشفيع او من جانب اخر **قوله** قال ومن باع دارا وله عبد مأذون عليه
دين فله الشفعة • وكذا اذا كان العبد هو البايع فللمولى الشفعة • اي قال في الجامع الصغير ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب
عن ابي حنيفة في الرجل يبيع الدار والمولى شفيعها كان له الشفعة الى هنا لفظه رضي الله عنه • وذلك لان المولى لا يملك اكساب عبده المديون
عند ابي حنيفة • وعندهما يملك الرقبة ولا يملك التصرف فكان بمنزلة الاجنبي • ولو كان احدهما اجنبيا كان للاخر حق الشفعة فكذلك
ههنا • ولان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا وشرا كل واحد من صاحبه جائز • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا
باع الرجل دارا وله عبد تاجر وهو شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة لانه لا يأخذها لمولاه بل لنفسه فكان مبتدأ • الا ترى انه لو اشترى
شيئا من مولاه كان جايزا اذا كان عليه دين فكذا الاخذ بالشفعة وان لم يكن عليه دين لا شفعة لانه يأخذها لمولاه وهو بايع • وكذا اذا
باع العبد والمولى شفيعها فهو على هذا التقسيم ان كان عليه دين فله الشفعة لان بيع العبد لم يقع لمولاه • وان لم يكن عليه دين فلا شفعة
له لان البيع وقع لمولاه فكان وكيله • ثم قال شيخ الاسلام وان باع المولى دارا ومكاتبه شفيعها فله الشفعة لانه اقرب الى الاجانب
من العبد المأذون فانه انما يأخذ لنفسه فكان اخذ الدار بالشفعة مبتدأ **قوله** قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير
جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في دار بيعت
وصبي شفيعها فسلم الوصي الشفعة او سلمها الاب قال هو جائز في قول ابي حنيفة وابي يوسف • وقال محمد لا يجوز على الصبي وهو على شفعته
اذا بلغ وهو قول زفر الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا بيعت الدار وشفيعها صبي
وهو في حجر ابيه او وصي ابيه او وصي جده ابي ابيه او من ولاه عليه امام او حاكم فلكل واحد منهم في حال ولايته ان يطالب بشفعة الصغير
او يأخذ الدار بالشفعة ويسلم ثمنها من مال الصغير • فان سكت احد من هؤلاء في حال ماله المطالبة عن طلب الشفعة للصغير بطلت شفعة الصغير
وكذلك ان سلم الشفعة بالقول فهو تسليم جائز ولا شفعة للصغير اذا بلغ في الوجهين جميعا وليس لاحد مع الاب ولاية على الصغير • ثم وصي الاب
من بعد الاب ثم الجد ابو الاب ثم وصي الجد فان لم يكن واحد من هؤلاء فمن ولاه الامام او الحاكم • وتسليم الشفعة ممن هو جائز في حال
ولايتهم في قول ابي حنيفة وابي يوسف • وقال ابن ابي ليلى وزفر ومحمد ان ذلك لا يجوز والصغير على شفعته اذا بلغ الى هنا لفظ الكرخي
في مختصره • وانما وجبت الشفعة للصغير لانه حق يثبت لازالة الضرر • وفي هذا المعنى الصغير والكبير سوا • وانما ملك الاخذ وليه الذي
يجوز له التصرف في ماله • لان الاخذ بالشفعة تملك بعوض فصار كالشرا من ملك الشرا للصغير ملك اخذ الشفعة له • ثم وجه قول محمد وزفر
ان تسليم الشفعة ابطال لحق مستحق للصغير فلا يجوز من غير عوض كاعتاق عبده وابرا غريمه والعفو عن قوده • وهذا ليس بصحيح لان في المقيس
عليه اسقاط الحق من غير عوض كاعتاق عبده بغير مال للصغير • وفي المقيس حصل العوض وهو بقية الثمن في ملكه فافترقا • ولابي حنيفة
وابي يوسف ان الولي اذا اخذها بالشفعة ثم باعها قبل الثمن جاز • فاذا سلمها فقد بقي الثمن في ملك الصغير واسقط عنه ضمان الدرك فكان هو
الجواز • ولان التسليم امتناع عن التملك لا ابطال الملك • ولهذا لا يورث الشفعة لانه ليس بملك وللولي ولاية الامتناع عن التملك لا ابطال
الملك الا ترى انه لو قال بعت هذا من فلان الصغير بكذا كان للاب والوصي ان لا يقبل لانهما يتصرفان بحكم النظر • وربما يكون النظر في ابقا الثمن
على ملك الصغير • واذا ثبت هذا فكل من يملك الاخذ بالشفعة اذا سكت كان كالشفيع البالغ • لانه دليل الاعراض ولا يلزمنا اذا سلم الوكيل
بطلب الشفعة لان ذلك التجاير على الاصح فانه ذهب القدوري في شرحه • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رضي الله عنه في كتاب
الشفعة من شرح الكافي • واذا وكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة عند القاضي فتسليمه جائز • وان سلم عند غيره لم يكن تسليما
وان اقر عند القاضي ان الذي وكله بها سلم الشفعة جاز اقراره عليه • وان اقر عند غير القاضي لا يجوز اقراره • وهذا قول ابي حنيفة ومحمد

وقال ابو يوسف لا يجوز اقراره ولا تسليمه ثم رجع وقال يجوز اقراره بتسليم الشفعة عند القاضي وعند غيره على الذي وكل • ثم قال شيخ الاسلام وذكر في كتاب الوكالة قال محمد لا يجوز تسليم الوكيل الشفعة عند القاضي ويجوز اقراره على موكله بالتسليم سوى في هذه الرواية بين التسليم وبين الاقرار بتسليم الموكل وحمل الكل على الخلاف • وفي كتاب الوكالة فرق بين الاقرار بالتسليم وبين الاقرار بتسليم الموكل التسليم بنفسه والاصح ما ذكر في كتاب الوكالة لان الوكيل بالشفعة وكيل بالخصومة • والوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله في مجلس القاضي ولا يملك في غير مجلس القاضي عند ابي حنيفة ومحمد • وفي قول ابي يوسف الاول وهو قول زفر لا يملك لا عند القاضي ولا عند غيره • وفي قوله الآخر يملك عند القاضي وعند غير القاضي • اما التسليم فبمنزلة الاقرار لانه انما صح الاقرار عند ابي حنيفة ومحمد في مجلس القاضي لانه جواب الخصم والتسليم ليس من الجواب في شيء بل هو تصرف مبتدأ • وانما لا يصح ذلك عند محمد • فاما عند ابي حنيفة وابي يوسف فيصح بناء على اصل آخر وهو ان من ملك اخذ الدار بالشفعة ملك التسليم • وعند محمد لا يملك بمنزلة الاب والوصي فانهما يملكان تسليم شفعة الصبي عند ابي حنيفة وابي يوسف • وعند محمد وزفر لا يجوز • وقد نص على الخلاف فيه وهذا في شفعتهما • وجه قول محمد وزفر ان الاب والوصي فوض اليهما طلب الحق والوكيل هكذا فوض اليه طلب الحق ومن فوض اليه طلب الحق لا يكون سبيله من ابطاله لانه ضد ما طلب منه • وهما يقولان بان اخذ الدار بالشفعة تملك الدار ببدل وكان هذا في معنى الشراء • ومن ملك شراء شيء ملك تركه وكلامنا في الاب والوصي ظاهر لانهما يملكان ما هو نافع في حق الصبي • والنفع قد يكون له في الشراء وقد يكون في تركه • الا ترى انهما يملكان الفضل والترك في سائر التجارات فكذا هنا • ثم قال شيخ الاسلام وهذا اذا كانت الدار مشتراة بمثل قيمتها • اما اذا كانت مشتراة باكثر من قيمتها يصح تسليم الاب والوصي بلا خلاف لانه لا يصح اخذ في هذه الصورة لو اخذ منها • ولو لم يسلما ولكنهما تركا الخصومة حتى بلغ الصبي هل يكون للصبي حق الطلب اختلف مشايخنا • قال بعضهم الجواب في هذا والجواب في التسليم سواء يكون على الاختلاف • وبعضهم قال لا يبطل حقه والاصح انه على الاختلاف كذا في شرح الكافي **قوله** انه حق ثابت اي ان الشفعة وتذكير الضمير على تأويل طلب الشفعة او على النظر الى الخبر **قوله** وهذا اذا بيعت اي هذا الخلاف **قوله** عن ابي حنيفة انه لا يصح التسليم منهما اي من الاب والوصي لان ولايتهما نظرية والنظر في اخذها لا في تسليمها اذا بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة ولا رواية في هذه الصورة عن ابي يوسف • بخلاف ما اذا بيعت بمثل قيمتها حيث يصح التسليم عنده ايضا كما عند ابي حنيفة رضي الله عنه

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع • الا ترى ان اقوى اسباب الشفعة الشركة في نفس المبيع ثم فيما ذاك • وتقديم الشفعة على القسمة لما ان البقاء بالشفعة ربما يكون سببا للقسمة والسبب مقدم على المسبب • ثم اعلم ان القسمة مشروعة بالكتاب والسنة والمعقول • اما الكتاب فقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول • وانما يعلم الخمس من الاربعة الاخماس بالقسمة • وقوله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم • وقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم والمناوبة في الشرب قسمة • واما السنة فما روى غير واحد ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر وغنائم اوطاس وغنائم بني المصطلق بين اهلها • وقد حدث صاحب السنن باسناده الى بشير بن يسار عن سهل بن ابي حثمة قال قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر نصفين نصفا لنوائبه وحاجته ونصفا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما • واما المعقول فهو ان القسمة تحصيل معنى يوجب تكميل الانتفاع بالحق والملك لانه يملكه اذا تعلق بمحل شائع لا يمكنه الانتفاع به ذا ابتغاء لرأيه وقت دون وقت وقد يتعذر عليه بعض التصرفات لمكان الشياع فاذا قسم زال المانع من نفاذ التصرفات على الاطلاق فيتمكن من اقامة مصالحه به مطلقا فكانت مشروعة • ثم القسمة هي جمع النصيب الشائع في مكان معين وقد تقع في اموال متفاوتة ومتجانسة اما المتفاوتة فمثل الدور والاراضي المختلفة والثياب والدواب وصنوف اموال المتفاوتة في هذه المواضع تقع القسمة معاوضة فيها معنى الافراز • اما المعاوضة فلانه يبدل حقه من محل الى محل آخر بعوض • واما الافراز فلان الملك لم يحدث بالقسمة لانه كان ثابتا قبل ذلك على سبيل الاختلاط فهو بالقسمة يميز بين ملكه وملك صاحبه فتبين ان حقه في هذا المقسوم • فلما ظهر معنى المعاوضة فيها توقفت الصحة على اختيارهما • حتى لو اراد احدهما ان يقسم وامتنع الآخر لا يجبر عليه لان الجبر على المعاوضة لا يستقيم • واما المتجانسة فمثل المكيل والموزون والدراهم والدنانير فان معنى الافراز ظاهر فيها لان ما صار له بالقسمة لا يغاير ما كان له قبل ذلك قضاء وكان عين حقه حقه لاستوائهما في تعلق المصالح والاغراض بها • ولهذا يأخذ احد الشريكين نصيبه حال غيبة الآخر • وكذا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة اذا اشترياه ثم اقتسماه • بخلاف الاشياء المتفاوتة حيث لا يأخذ احدهما نصيبه في غيبة صاحبه • وكذا لا يبيعه مرابحة وقال في الفتاوى الصغرى القسمة ثلاثة انواع قسمة لا يجبر الآبي كقسمة الاجناس المختلفة • وقسمة يجبر في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات • وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم • والخيارات ثلاثة خيار شرط وخيار عيب وخيار رؤية ففي قسمة الاجناس المختلفة يثبت الخيارات اجمع • وفي قسمة ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية • وفي قسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم يثبت خيار العيب وهل يثبت خيار الرؤية والشرط على رواية ابي سليمان يثبت وهو الصحيح وعليه الفتوى • وعلى رواية ابي حفص لا يثبت **قوله** القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة وهذا اللفظ مذكور في الجامع الصغير ومختصر القدوري • وانما ذكره صاحب الهداية لانه لما شرع في كتاب القسمة احتاج الى بيان شرعيتها ولا يمكن بيانها جميع ذلك **قوله** كما في قضاء الدين • يعني اذا وجبت الديون على رجل عند القاضي يجبر على قضاء دينه ان كان له مال فيحبسه حتى يبيعه في دينه • فان كان دينه دراهم وله دراهم قضاها القاضي بدراهم • وان كان دينه دراهم وله دنانير باعها القاضي في دينه استحسانا وقد مر ذلك في كتاب الحجر **قوله** وهذا لان احدهم يطلب القسمة اشارة الى قوله اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء **قوله** قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان القسمة من حيث انها تقطع بها الخصومة تشبه القضاء فاشبهت رزق القاضي وذلك من بيت المال فكذا رزق القاسم ولان مال بيت المال معد لمصالحهم ومنفعة القسمة لعامة المسلمين فيكون رزق القاسم في العامة لان الغرم بالغنم **قوله** فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر • اي ان لم ينصب القاضي قاسما يرزقه من بيت المال نصب قاسما يقسم بالاجر على المتقاسمين لان نفع القسمة لهم فيكون مؤنتها عليهم ولكن يقدر القاضي اجره على حسب عمله كيلا يتحكم بالزيادة على ذلك والافضل هو التعيين من بيت المال لانه ابعد من الريبة وانفى للتهمة لانه اذا قسم بالاجر ربما يتهم بالميل في القسمة الى بعض المتقاسمين لمال اعطاه • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا بأس ان يأخذ قاسم الدار والارضين عليه الاجر ممن يقسم بينهم لانه يعمل لهم • ثم قال وقال ابو يوسف ومحمد يجعل القاسم القاضي رزقا من بيت المال لانه امين • فلو جعل له اجر ربما يميل الى واحد منهم بتوفير نصيبه طمعا في زيادة الرزق او الاجر • وابو حنيفة يقول الواجب على القاضي الاجبار على القسمة دون القسمة فلم يكن هذا من اعمال القضاء فجاز ان يأخذ الاجر • الى هنا لفظ شرح الكافي **قوله** ويجب ان يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة هذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لان القسمة لتمييز الحقوق وتعديل الانصباء وذلك لا يكون الا بعد التمام وامانته • ولان القاسم يحتاج في تمييز الحقوق الى قبول قوله فيشترط فيه العدالة كالشاهد ولا بد من القدرة على القسمة ولا يحصل القدرة على تحصيل الشيء بدون العلم فاشترط العلم لهذا **قوله** ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد هذا لفظ القدوري في مختصره • قال صاحب الهداية معناه لا يجبرهم على ان يستأجروه • وذلك لان الحق لهم فاذا رضوا بمن يتولاه جاز كما في سائر الحقوق • ولانه لو كان متعينا لما يتحكم على الناس بالزيادة على اجر مثله ويتعدى عليهم فلا يصير ولا ضرار في الاسلام • ولان القسمة ان كانت في معنى الاجارة فلا يجوز الجبر عليه لان عقد الاستئجار لا يتوقف على حكم الحاكم وان كانت في معنى الحكم فكذلك لانه لو تراضى الخصمان برجل يحكم بينهما جاز فكذلك اذا تراضيا برجل يقسم بينهما فلا حاجة الى تعيين القاضي من يقسم بينهم • ولو اصطلحوا على القسمة فاقتسموا بلا قاسم القاضي جاز لان الحق لهم • ولان القسمة فيها معنى المعاوضة فيصح بالتراضي كسائر المعاوضات الا اذا كان بين المتقاسمين صغير فلا يجوز القسمة حينئذ بتراضيهم لانه لا ولاية لهم على الصغير فلا بد حينئذ من الرجوع الى القاضي حتى يأمر من يقسم بينهم **قوله** ولا يترك القسام يشتركون هذا لفظ القدوري ايضا • وذلك لانهم حينئذ يتفقون على التحكم بزيادة الاجر فيتضرر الناس فيمنعهم عن ذلك لئلا يصير الاجر غاليا بتواكلهم واحدهم الى القسمة خشية فوت القسمة عنه بمبادرة الآخر **قوله** فتواكلهم اي يكل بعضهم الامر الى بعض **قوله** واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رضي الله عنه • وقالا على قدر الانصباء • اي قال القدوري في مختصره وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا كان المال بين ثلاثة لاحدهم سدسه وللآخر ثلثه وللآخر نصفه فاجرة القسام عليهم اثلاثا عنده وعندهما اسداسا • وقال في مختصر الاسرار قال ابو حنيفة اجرة القسام على عدد الرؤس دون الانصباء الا في الكيل والموزون فانها تكون على قدر الانصباء • وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله على قدر الانصباء • وقال في الكافي للحاكم الشهيد قال ابو حنيفة الاجر على عدد الرؤس وان كان نصيبه اقل من نصيب صاحبه • وقال لعل النصيب القليل اشد حسابا من النصيب الكثير • وقول مالك كابي حنيفة ذكره ابو القاسم بن الجلاب البصري • وجه قولهما ان اجر القسام من مؤن الملك فيتقدر بقدره كما في نفقة المؤن لان الاجر يجب بمقابلة عمل القسمة والعمل يزداد بزيادة النصيب فيجب الاجر على قدر الانصباء كما في المكيل والموزون وكحفظ مشترك وكري وحفر بئر مشتركة وتطيين الدار • ووجه قول ابي حنيفة ان الاجر يجب بمقابلة العمل والعمل هو الافراز هنا وهو معنى الافراز في حق الشريكين على السواء • فان افراز القليل عن الكثير كافراز الكثير عن القليل فاستويا فيما كان مقابلا بالعمل ايضا فاعتبر عدد الملاك لا الاملاك • وربما كان حساب القليل اشد واصعب كما قال ابو حنيفة • وربما يتعسر الامر فيكون حساب الكثير اصعب فلما كان كذلك لم يحتسب بالقلة والكثرة لان في كل صعوبة محرجا فاعتبر اصل التمييز وهما فيه سواء كما في الشفعة حيث ادير الحكم على نفس الشركة • بخلاف حفر البئر ونحو ذلك فان ثمة يتفاوت العمل بالقلة والكثرة فلا جرم اعتبر قدر الملك • وفي المكيل والموزون يحتاج الى العمل في الجمع لافراز النصيب وكيل مائة قفيز ليس ككيل عشرة اقفزة فيتفاوت المؤنة بتفاوت الملك فاعتبر قدر النصيب • وفصل بعض مشايخنا الجواب في الكيل والوزن فقال ان كان ذلك لاجل القسمة كان اجر الكيال والوزان على عدد الرؤس ايضا عند ابي حنيفة • وان لم يكن للقسمة فحينئذ يكون الاجر على قدر الانصباء لتفاوت العمل فهذا معنى قول صاحب الهداية بل هو على الخلاف **قوله** وهو القدر لو اطلق الى التفاوت هو القدر اي الجواب عن قياسهما على اجر الكيال والوزان لو كان الاجر يجب ثمة مطلقا بلا تفصيل في قدر الانصباء فان كيل الكثير اشق واصعب لا محالة من القليل وكذلك الوزن • بخلاف القسام فان القسمة افراز والشريكان فيه سواء • فاذا افرز القليل افرز الكثير لا محالة وبالعكس • ثم قال ولا اجر بمقابلة ما ذكرت التفصيل بل هذا • يعني لا تفصيل في اجر الكيل والوزن بل يجب بقدر الانصباء مطلقا **قوله** وعنه انه على الطالب دون الممتنع • اي وعن ابي حنيفة ان الاجر يجب على طالب القسمة من الشريكين دون الممتنع منهما • قال في شرح الاقطع روى الحسن عن ابي حنيفة ان الاجر على الطالب للقسمة دون الممتنع • وقال ابو يوسف عليهما • وجه قول ابي حنيفة ان الطالب انما طلبها لمنفعة نفسه والممتنع امتنع لضرر يلحقه فلا يلزم الاجر من لا منفعة له • وجه قول ابي يوسف ان القاضي يجبرهم على القسمة وله ولاية في ذلك فصار ذلك بمنزلة القسمة في حق الصبي والمجنون • قال الفقيه ابو الليث في كتاب النوازل وسئل ابو جعفر عن اهل قرية غرمها السلطان فارادوا ان يقسموا فيما بينهم قال يقسم على عدد الرؤس • وقال بعضهم يقسم على قدر الاموال • قال الفقيه ان كانت الغرامة لتحصين اموالهم قسم ذلك على املاكهم • وان كانوا الزموا لتحصين الابدان قسم على قدر رؤوسهم التي يتعرض لهم ولا شيء على النساء والصبيان لانه لا يتعرض لهم لا مؤنة الدار **قوله** قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رضي الله عنه حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته • اي قال القدوري في مختصره • وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم

في اشارات الاسرار الورثة اذا طلبوا قسمة العقار من القاضي لا يقسم حتى يقيموا البينة على انها كانت دار ابيهم مات وتركها ميراثا في قول ابي حنيفة

وانا لا يقسم باقرارهم لان التي في ايديهم ولا منازع لهم يقسم باقرارهم كما في المنقول والعقار المملوك بالشرا والهبة ولا وجه للتقييد باقامة البينة
لانه لا منكر هنا حتى يقام عليه البينة وجه قول ابي حنيفة ان القسمة تصرف على الميت فان التركة قبل القسمة على حكم ملك الميت • الا ترى ان الزيادة
الحاصلة تعتبر من مال الميت ويقضى منها الديون • ولهذا لو اوصى بعبد لانسان ثم مات وهو يخرج من ثلثه ثم زادت قيمته قبل القسمة لم يسلم كله
له • وبعد القسمة ينقطع حق الميت بالكلية حتى كانت الزيادة لمن وقع في قسمه • فاذا امتد التصرف الى الميت يقطع حقه لم يكن بد من اقامة البينة
بخلاف الموزون المنقول لان في قسمه نظر الميت لحفظ ماله لانه لو هلك هلك على الميت ولا هلاك في العقار • وبخلاف المملوك بالشرا لانه تصرف
على المبيع لان حق البايع بعد قبض المبيع انقطع عنه بالكلية • وجملة القول هنا ما قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فقال
واذا كانت الدار ميراثا بين قوم حضور كبار فتصادقوا عليها عند الحاكم وسالوه قسمتها فان ابا حنيفة قال لا يقسم الدار وساير العقار باقرارهم
حتى يقيموا البينة على اصل الميراث • ويقسم ما سوى العقار بينهم بغير بينة • وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه • فاما عند ابي يوسف
ومحمد اذا تصادقوا على كونه ميراثا يقسم بينهم باقرارهم من غير بينة سوا كان عقارا او غيره • واجمعوا على ان المنقول يقسم بينهم باقرارهم
هما يقولان بان المال في ايديهما لا منازع لهما فيه • فاذا طلبا القسمة يقسم كما في المنقول وابو حنيفة يقول القسمة بينهم قضا على الميت
بالورثة فلا يجوز من غير بينة • وانما قلنا ذلك لان التركة بعد الموت مبقاة على ملك الميت • ولهذا قلنا بانه لو اوصى لرجل بعبد وهو
يخرج من الثلث فزاد قبل الدفع اليه يعتبر هذا زيادة في مال الميت • ولو زاد بعد الدفع اليه يكون زيادة في مال الموصى له ولذلك
اوصى بجارية فولدت حتى زاد على الثلث ان ولدت قبل الدفع لا يدفع الولد • وان كان بعد ما يسلم له الولد وقطع حق الميت لا يجوز
غير حجة • بخلاف المنقول لان القسمة هناك وقعت لاجل الحفظ • وللقاضي ولاية الحفظ فجاز تفويضه الى غيره • فاما قسمة العقار
فليست من باب الحفظ فلا يملكها من غير حجة • ثم قال اذا قسم العقار بينهم يكون قضا عليهم لا على غيرهم فيشهد انه قسم باقرارهم حتى لو حضر
وارث اخر لا يكون قضا عليه • وكذلك الاختلاف في العقار ان كان في الورثة صغيرا او غايب • والعقار كله في ايدي الذين
حضروا فالحاكم لا يقسم عند ابي حنيفة حتى يقيم البينة على الميراث خلافا لهما • وقال ابو يوسف ومحمد ايضا ان كان شي من العقار في يد
الصغير او الغايب لم اقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على اصل الميراث • وقال محمد ايضا اذا كان في يد الغايب منها شي اسود له
رجلا حين غاب لم اقسم ذلك حتى يحضروا • واتفقوا في هاتين الصورتين ان القاضي لا يقسم التركة الا بعد اقامة البينة على الخصم لان هو
جواز القسمة يبتنى على كون المال ميراثا لهم • وانما يعلم ذلك بتصادقهم او بالبينة وقد فقد الاقرار فشرطت البينة • بخلاف المسئلة
الاولى لان الورثة اقروا بكونه ميراثا فثبت ذلك باقرارهم فقسمها بينهم • واذا احضر القاضي اثنان من الورثة والعقار في
ايديهما فاقاما البينة على اصل الميراث قسمه القاضي بينهم • ويوكل القاضي بنصيب الصغير او الغايب من يحفظه لان البينة
ههنا قامت على خصم حاضر وحصل حضور احدهما لحضور الكل فسمعت البينة وجازت القسمة • وان كان الحاضر واحدا لم يقسم لانه
لم يحضر خصم حتى يستند القسمة له عليه • وروي في الامالي عن ابي يوسف ان القاضي ينصب عن الغايب خصما حتى يسمع عليه الدعوى
بل لا بد من خصم حاضر حتى يقع القضا عليه اصلا ويتوب حضوره عن حضور الباقين • وان كان معهم خصم صغير جعل له القاضي وصيا
وقبل البينة عليه وامر بالقسمة لان الخصم حاضر لكنه عجز عن الجواب بنفسه فاقام غيره مقامه في الجواب عنه • وقال ابو حنيفة
اذا كان العقار في ايديهم فحضروا جميعا وتصادقوا عليه قسمه بينهم بغير بينة لانهم اذا اتفقوا على كونه شرا فقط انقطع حق البايع
عنه وثبت الملك لهم فصحت القسمة • ولو كان فيهم غايب لم اقسمها بينهم حتى يحضر الغايب • وان اقاموا البينة على الشرا وهو
قول ابي يوسف ومحمد لان الحضور ليسوا خصوما عن الغايب فيما يستحق بالشرا فلا ينفذ القسمة عليه • وقال ابو يوسف ومحمد اذا كانت
الدار ميراثا وفيها وصية بالثلث وبعض الورثة غايب وبعضهم شاهد فاراد الموصى له بالثلث القسمة واقام البينة على المواريث والوصية
فان الدار يقسم على ذلك لان الموصى له بمنزلة الوارث لانه يستحق بعض التركة • ثم الوارث لو اقام البينة على الارث وطلب القسمة فان
القاضي يجيبه الى ذلك كذلك ههنا الى هنا لفظ شرح الكافي قوله فان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث
قسمه في قولهم هذا لفظ القدوري في مختصره وقد بيناه • قال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يقسمه لما ذكرنا في العقار
وجه الاستحسان انه من باب الحفظ وقد مر بيانه قوله ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم هذا لفظ القدوري ايضا
قال في شرح الاقطع هكذا ذكره محمد في كتاب القسمة وذكر محمد في الجامع الصغير انه لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك • وجه الرواية
الاولى ان المبيع بعد القبض ليس على ملك البايع فلم يبق للبايع فيه حق ملك فقسم بقولهم • وجه رواية الجامع الصغير انهم اعترفوا بالملك
للبايع وادعوا انتقاله اليهم فلا تقبل الا ببينة كما لو ادعوا الميراث • والفرق بينهما ان قسمة الميراث يتبقى الحكم بالموت وذلك
يتعلق به احكام كثيرة منها حلول الدين وعتق امهات الاولاد والمدبرين • وهذه الاحكام لا تجوز اثباتها بقول الوارث • ولهذا
لم تحكم في الميراث بقولهم وليس كذلك الشرا قوله وهو مقيد ذكر الضمير الراجع الى البينة على تاويل قيام البينة • وهذا جواب
عن قولهما لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد فقال بل يفيد ذلك لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيكون مدعى عليه
ولا يقال كل واحد من الورثة مقر فينبغي ان يكون يقسم باقرارهم قيام البينة فقال لا يمتنع ذلك لسبب الاقرار كما في الدين اذا اقر الوارث بالدين
على الميت بدعوى انسان يكلف الدعوى اقامة البينة ويكون الوصي خصما له • وان كان مقرا وكذلك الوارث ايضا اذا اقر بالدين • بيانه
بما ذكر الاسبيجابي في الفصل الخامس من فصول اذا اقر الوارث بالدين فاراد الطالب ان يقيم البينة على حقه ليكون حقه في جميع مال
الميت فانه يسمع بينته لانه اذا اقام البينة يستوفي دينه من كل التركة ويصير التركة كلها مشغولة بدينه قوله ولا كذلك العقار
عنده اي عند ابي حنيفة قوله قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل قسمه بينهم • اي قال القدوري في مختصره يعني لم يذكروا

يذكروا سبب الانتقال اليهم من الشرا والارث وغيرهما • وذلك لان كل من في يده شي فالظاهر انه له فقبل قولهم في القسمة قوله هذه الرواية
كتاب القسمة • اي الذي ذكره القدوري بقوله وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل قسمه بينهم رواية كتاب القسمة من المبسوط • وفي الجامع الصغير
انه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك قوله ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة اي المذكور في الجامع الصغير وهو قوله لا يقسم حتى يقيما البينة
على الملك قول ابي حنيفة خاصة لا قولهما لان قول ابي حنيفة في الميراث لا يقسم بدون البينة فههنا اولى • ومنهم من قال لما ذكر وهذا العقار
يحتمل ان يكون موروثا وغير موروث فلا يقسم احتياطا • وعندهما يقسم في الميراث بدون البينة فههنا اولى ومنهم من قال ما ذكر في الجامع الصغير
قول الكل واليه مال فخر الاسلام في شرحه ولا يقسم بقولهم لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والعقار
غير محتاج الى الحفظ فالم يثبت الملك بالبينة لا يقسم حتى لو كان في ايديهما شي سوى العقار يقسم من غير اقامة البينة • لان ما سوى العقار
يحتاج الى الحفظ والصيانة لانه يخشى عليه التوى والتلف ويجري فيه القسمة للتحصين • الا ترى ان المدعيين يقتسمان ذلك بينهما للحفظ بخلاف
العقار • وهذا معنى قوله وقسمة الملك تفتقر الى قيامه اي الى قيام الملك فامتنع الجواز اي جواز القسمة قوله قال واذا حضر وارثان
واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غايب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغايب
اي قال القدوري والضمير في قوله في ايديهم ذكر بلفظ الجمع وان كان راجعا الى التثنية لان في التثنية معنى الجمع هذا ان لم تكن الدار في يد الغايب
او شي منه فاذا كان في يده شي منها لم يقسمها وسيجي بيانه بعد هذا • وذلك لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فاذا حضر الوارثان فطالب
احدهما بالقسمة كان المطالب مقام الميت فجاز ان يقضى عليه كما يقضى على احد الورثة بالدين المدعى على الميت • واما الغايب فالقاضي قايم
مقامه وينصب على الصغير خصما يقضى عليه بالقسمة وقد مر بيانه قبل هذا قوله ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة ايضا
عنده • اي لا بد من اقامة البينة على الوفاة وعدد الورثة فيما اذا كان مكان الغايب صبي عند ابي حنيفة كما اذا كان معهم وارث
غايب قوله ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم هذا لفظ القدوري في مختصره والفرق الى اخره • يعني ان في دعوى الارث
اذا اقاموا البينة يقسم مع غيبة احدهم فيه دعوى الشرا لا يقسم مع غيبة احدهم • وان اقاموا البينة على الوفاة وعلى عدد الورثة وفرق
ذلك ان احد الشريكين لا يصلح خصما عن الاخر لان الشرا ملك مبتدا • ولهذا ليس للمشتري ان يرد بالعيب على بايع البايع والحاضر لا يصلح خصما عن الغايب
لانه ليس بوكيله والقاضي ولاية له على الغايب فلم يجز ان يقسم بدون ان يحضر من يقوم مقام الغايب • بخلاف ملك الوارث فانه ملك خلافة
ولهذا يرد الوارث بالعيب ما اشتراه المورث ويرد بالعيب على الوارث ما باعه المورث ويصير الوارث مغرورا بالشرا المورث • حتى لو اشترى
جارية فمات فاستولدها الوارث فاستحقت يصير الوارث مغرورا ويكون الولد حرا بالقيمة يرجع بها الوارث على البايع كالمورث في حياته
فصار احدهما خصما عن الميت والاخر عن نفسه فتصح القسمة بحضرة المتخاصمين ويثبت حق الغايب بطريق التبعية قوله ملك مبتدا اي ملك
جديد قوله وان كان العقار في يد الوارث الغايب او شي منه لم يقسم هذا لفظ القدوري في مختصره الاول لو اوشي منه فانه من لفظ
صاحب الهداية • وذلك لان القسمة فيها استحقاق يد الغايب فلا يجوز ذلك من غير خصم حاضر عنه • وكذلك اذا كان في يد صغير او امينه
ليس خصم عنه فيما يستحق عليه لانه جعل امينا في الحفظ لا غير فيكون القول بالقسمة قولا بالقضا من غير خصم فلا يجوز • قال صاحب الهداية ولا فرق
في هذا الفصل اعني في انه لا يقسم اذا كان العقار في يد الوارث الغايب بين اقامة البينة وعدمها • يعني لا يقسم القاضي وان اقاموا الحضور البينة
على الوفاة وعدد الورثة فقال هو الصحيح وهو احتراز عما ذكر الكرخي في مختصره عن ابي يوسف فقال وقال ابو يوسف ان كانت الدار
في يد الغايب او في يد الصغير او في ايديهما منه شي لم اقسمها حتى تقوم البينة على المواريث • وكذلك الارض وهو قول محمد الى هنا لفظ
الكرخي في مختصره عن ابي يوسف فقال وقال ابو يوسف ان كانت الدار في يد الغايب او في يد الصغير او في ايديهما منه شي فقد قالا لا يقسمه
عند قيام البينة كما ترى واليه ذهب صاحب التحفة حيث قال وان كان الدار في يد الغايب او في يد الصغير او في ايديهما شي فانه لا يقسمه
حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة بالاتفاق قوله كما اطلق في الكتاب اي في مختصر القدوري اراد به قوله لم يقسم لانه
لم يفصل بين اقامة البينة وعدمها قوله قال فان حضر وارث واحد لم يقسم • اي قال القدوري في مختصره وروى عن ابي يوسف
في الامالي ان القاضي ينصب عن الغايب خصما فتنفذ القسمة له وعليه وقد مر ذلك قبل هذا • وهذا لان القسمة لا بد لها من متخاصمين ولم يوجد
فلم تجز وليس كذلك اذا حضر وارثان لان المطالب للقسمة يقوم مقام نفسه والاخر يقوم مقام الميت وحق الغايب يثبت على طريق التبع • اما
الواحد لا يصلح ان يكون مدعيا ومدعى عليه قوله ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة
ذكره تفريعا على مسئلة القدوري • قال الكرخي في مختصره وقال ابو حنيفة ان كان وارث حاضر وبينهم غيب صغار وكبار فاقام الوارث
الحاضر البينة على المواريث وسال القاضي ان يقسم الدار فانه لا يقسمها لانه ليس معه خصم فان كان معه خصم صغير واحد جعل له القاضي وصيا وقبل
البينة وامر بقسمة الدار لانه معه خصما وهو قول ابي يوسف ومحمد • وكذلك ساير العقار الى هنا لفظه رضي الله عنه قوله وكذا
اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية ذكره ايضا تفريعا • يعني يقسم الدار لوجود
المتخاصمين • والضمير في فيها يرجع الى الدار

فصل

فيما يقسم وما لا يقسم لما كانت القسمة متنوعة الى ما يقسم
والى ما لا يقسم باعتبار النظر الى الذي يراد قسمته شرع في بيان ذلك قوله قال واذا كان كل واحد من الشركا ينتفع بنصيبه
قسم بطلب احدهم • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان القسمة حق لكل منهما في ملكه وانتفاعهما منفعة فاذا طلب احدهم اجبر الاخر عليها لحصول المنفعة
والنافع قوله بما يحتملها اي يحتمل القسمة اراد باحتمال القسمة ان ينتفع كل واحد منهما بنصيبه بعد القسمة قوله بيانه من قبل
اشار به الى قوله اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركا قوله وان كان احدهم ينتفع والاخر يستضر لقلة
نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم • هذا لفظ القدوري في مختصره • قال في شرح الاقطع وقال ابن ابي ليلى

لا يقسم في الوجهين • اما اذا كان الطالب للقسمة ينتفع بنصيبه وهو يطالب بحق ثابت فيجب مطالبته ولا يعتد باستضرار الآخر لانه يريد ان يمنع صاحبه من الانتفاع بملك شريكه وللانسان ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه • واما اذا طلبها الذي يستضر ولا منفعة له في القسمة فيكون متعنتا فلا يسمع دعواه • وذكر الخصاف وهو ابو بكر احمد بن علي الرازي في شرحه هكذا فقال يقسم اذا طلب صاحب القليل لانه رضي بضرر نفسه ولا يقسم اذا طلب صاحب الكثير لانه يتوقع الاضرار بغيره هكذا نقل الصدر الشهيد في شرحه لادب القاضي عن الجصاص • وكذلك نقل عنه في الفتاوى الصغرى • وكذلك نقل صاحب الهداية • ولكن في هذا النقل عنه نظر لان الجصاص وهو ابو بكر الرازي ذكر في شرحه لمختصر الطحاوي كما ذكر احمد بن عمرو الخصاف ولم يذكر خلاف ذلك • وكذلك ذكر الجصاص في شرحه لمختصر الطحاوي وقال الخصاف في ادب القاضي وان كان الضرر انما يدخل على احدهما لان نصيبه قليل لا ينتفع به وصاحبه كثير فطلب صاحب النصيب الكثير القسمة وابى ذلك الآخر فان ابا حنيفة وابا يوسف قالا يقسم ذلك بينهما الى هنا لفظ الخصاف ولم يذكر محمدا • ولكن الطحاوي ذكر المسألة في مختصره بلا تخصيص لابي حنيفة وابي يوسف فقال وان كان الذي يصيب الطالب منهما ينتفع به لكثرته وما يصيب الآخر لا ينتفع به لقلته قسم بينهما الى هنا لفظ الطحاوي فقال ابو بكر الرازي وهو الجصاص في شرحه • وذلك لان للطالب حقا في هذه القسمة وهو الانتفاع بملكه منفردا عن غيره ومنع غيره من الانتفاع بملكه والذي اباها انما يريد الانتفاع بملك غيره ويجبر على القسمة الى هنا لفظه ولم يذكر غير هذا • وقال في الفتاوى الصغرى دار بين رجلين وطلبا القسمة جميعا وتراضيا بذلك ولكن يصيب كل واحد منهما ما لا ينتفع به فان القاضي يقسم ذلك بينهما لان الملك لهما وقد تراضيا بهذا الضرر • وان طلب احدهما القسمة وابى الآخر لا يقسم القاضي بينهما لان الطالب متعنت مضر بالآخر • وان كان الضرر يدخل على احدهما بان كان نصيبه قليلا بحيث لا يبقى منتفعا بعد القسمة ونصيب الآخر كثير يبقى منتفعا بعد القسمة فان طلب صاحب القليل وابى الآخر فالقاضي يقسم • وان طلب صاحب الكثير القسمة وابى الآخر لا يقسم هكذا ذكر الخصاف يعني في ادب القاضي • وذكر الخصاف على عكس هذا • وما ذكره الخصاف اصح • وذكر في قسمة الواقعات دار بين شريكين لاحدهما كثير وللآخر قليل لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة فطلب صاحب الكثير القسمة وابى صاحب القليل قسمت الدار بينهما بالاتفاق • فان طلب صاحب القليل وابى صاحب الكثير قال الكرخي في مختصره لا يقسم والبه مال الفقيه ابو الليث وجعل هذا قول اصحابنا • واخذ شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام الاسبيجابي • وذكر الحاكم الجليل في مختصره انه يقسم والبه ذهب شيخ الاسلام خواهر زاده وعليه الفتوى • وهذا خلاف ما ذكر في ادب القاضي الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى **قوله** والاصح الدرج بما ذكرناه اي وجه ما ذكر الحاكم اندرج بما ذكرنا انما قسمه بطلب صاحب الكثير لانه ينتفع به • واما قسمه بطلب صاحب القليل فلانه رضي بضرر نفسه **قوله** والاصح المذكور في الكتاب اي في مختصر القدوري وهو الاول اي المذكور في الكتاب هو المذكور اولا وهو انه لا يقسم اذا طلب صاحب القليل لانه متعنت والمتعنت طلب العنت وهو المشقة وقال في تهذيب الديوان يقال جئت متعنتا اذا جاك يطلب زلتك **قوله** وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما وهذا لفظ القدوري في مختصره الا قوله لصغره • وذلك لان القاضي انما يجبر على القسمة اذا طلب صاحب الكثير او الآخر لتكميل المنفعة وبما اذا كان يستضر كل واحد بنصيبه بعد القسمة تفوت المنفعة فلا يقسم الا انهما اذا تراضيا جازت لان الحق لهما فاذا رضيا بضررهما جاز لانه لا ما على الضرر جائز وعلى الربا لا يجوز • ولهذا لو تراضيا على قسمة الحمام والثوب جاز وان كان لا ينتفع كل واحد منهما بنصيبه بعد القسمة • واذا كان حنطة بين رجلين ثلاثون ذرعا وعشرة جذوع فاخذ احدهما عشرة جذوع والآخر ثلاثين ذرعا وقيمة الفرع مثل قيمة الثلاثين فانه لا يجوز لانه ربا والرضا بالربا لا يجوز **قوله** قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد • اي قال القدوري في مختصره يعني اذا طلب احد الشركاء في العروض القسمة وابى الآخرون قسم القاضي جبرا اذا كانت العروض من جنس واحد لاتحاد المقصود من المقسوم والقسم • وكذلك المعدود المتقارب • قال في شرح الطحاوي الكيل والوزني الذي ليس في تبعيضه مضرة اذا طلب احدهما قسمه فان القاضي يقسم بينهما • وكذلك العددي المتقارب وان كان اغناما او ابلا او بقرا او جماعة ثياب من جنس واحد فانه يقسمها • فاما الرقيق فلا يقسم بينهم عند ابي حنيفة لانها كاجناس مختلفة لاملا منافعهم • وعندهما يقسم كالاغنام والابل والبقر • وان كان مع الرقيق مال آخر قسم كلهم في قولهم • ولو تراضيا على القسمة بينهم قسمها جاز وان كان ثوب واحد او حماما او بيتا مما لا ينتفع كل واحد به بعد القسمة فانه لا يقسم بينهما لما ذكرنا ان القسمة لتحصيل المنفعة ولا تحصل المنفعة لواحد منهما فالذي يطلب القسمة متعنت فيه فالقاضي لا يجيبه الى ذلك • فاما الدار فانه يقسم بينهما الا اذا كان يصيب كل واحد منهما بعد القسمة ما لا ينتفع به فحينئذ لا يقسم اذا تراضيا على ذلك لان التراضي في الضرر يجوز • ثم قال فيه ولو تراضيا على قسمة الحمام والثوب جاز وان كان لا ينتفع كل واحد منهما بنصيبه بعد القسمة • وقال الكرخي في مختصره قال علي بن الجعد اذا كان غنم بين رجلين ميراثا ومراثا فانه يقسمها بذلك فان ابا حنيفة قال اقسمها بينهما • وان لم تقم البينة على الميراث بعد ان يكون في ايديهما ويقران انه لا وارث غيرهما • وكذلك قال ابو يوسف وكذا الابل والبقر والثياب المروية والهروية • وكذلك كل صنف من الثياب يستقيم فيه القسمة واما الثوب الواحد فلا يستقيم فيه القسمة • وكذلك الثوبان اذا اختلفت قيمتهما لا تستقيم القسمة الا ان يرد مع الاوكس دراهم فيشتري على الذي يصيبه الافضل فان كان احد الثوبين يساوي عشرين والآخر يساوي ثلاثين فانهما يقومان على هذه القسمة ثم يقرع بينهما على ان ايهما اصابه الاوكس اخذ مع ذلك خمسة دراهم على صاحبه الافضل • فان كره ما ذلك واجتمعا على ان يرد دراهم اقسم بينهما على ان ايهما اصابه الافضل رد خمسة دراهم على صاحب الاوكس والثوب الواحد لا يستقيم فيه اذا كره احدهما • وان اصطلحا على شيء فيما بينهما • فاما الحاكم فلا يقسمه وثلاثة اثواب يستقيم فيها القسمة على ما فرض ذلك من القيم ثوب بثوبين وربع بثوب وثلاثة ارباع او دراهم يردها الذي يصيبه الافضل على صاحب الاوكس • وان كان ثوب من كل صنف او انما وجبة وقميص وبساط ووسادة فان هذا لا يقسم • وكذلك قال ابو حنيفة من قبل اختلافهما • وكذلك شاة وبعير وبرذون وحمار • وقال ابو حنيفة لا اقسم الرقيق ولا يشبه الرقيق ما سواه من الحيوان من قبل اختلاف الرقيق لان اختلافه متفاوت • وكذلك اللؤلؤ والياقوت والزبرجد • فاما الفضة التبر والذهب التبر والحديد التبر والنحاس التبر فانه يقسم

ولا يقسم

ولا يقسم الآنية من ذلك والمكيل والموزون يقسم قليل ذلك وكثيره • ولا يقسم حائط بين داري ولا حمام ولا حانوت صغير اذا كان الذي يصيب كل واحد لا ينتفع به • واذا امتنع احدهما وكان اكثر نصيبا ولم يقسم الآخر فان ابا حنيفة قال اقسم • وقال ابن ابي ليلى لا اقسم الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه **قوله** ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض هذا لفظ القدوري في مختصره • يعني لا يقسم القاضي جبرا الاجناس المختلفة قسمة جمع بان يجمع نصيب احدهما في الاول ونصيب الآخر في الآخر لان في ذلك تفويت جنس المنفعة على الآبي لان قبل القسمة كان له منفعة في الجنسين جميعا وبعد القسمة فاتت منفعة احدهما فلم تقع القسمة تمييزا بل وقعت معاوضة • وسبيلها التراضي دون الجبر • ولان الجنسين لم يكن بينهما اختلاط حتى تكون القسمة تمييزا فكانت معاوضة ولا تجوز المعاوضة الا بالتراضي • قال في التحفة فاما في المنقول سوى الرقيق ان كان جنسا واحدا مثل الابل والبقر والغنم والمكيل والموزون فانه يجبر بلا خلاف لان التفاوت يسير • فاما اذا اختلط الاجناس كالابل والغنم والبقر لم يجز بالاتفاق الا برضاهم وكذا في الثياب من جنس واحد تجوز القسمة • وفي الاجناس المختلفة لا تجوز وفي الثوب الواحد لا يجوز لانه يحتاج الى القطع وهو ضرر **قوله** وتقسم القاضي كل موزون ومكيل كثيرا او قليلا والمعدود المتقارب وتبر الحديد والفضة وتبر الذهب والنحاس والانك بانفرادها او البر او الغنم ذكر فرعا على مسألة القدوري • وذلك لان التمييز يحصل في جميع ذلك من غير تفاوت • وكذلك تبر الذهب وتبر الفضة وتبر النحاس وكل صنف من ذلك يقسم لعدم التفاوت فيه ووجود التعديل في نصيب كل واحد من الشريكين • وعلى هذا العددي الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض يقسم بعضه في بعض لان التعديل يمكن فيه • وكذا في الابل والبقر او الغنم لقلة التفاوت **قوله** والانك الصب عطفا على قوله كل موزون وفيه لغتان والانك وهو الاسرب وفي مناسبة بما قبله • والنحاس الاحمر والابل وفي مناسبة لما بعدها **قوله** ولا يقسم الاواني من الذهب والفضة والنحاس يعني لا تقسم الاواني من الفضة بعضها في بعض • وكذلك لا يقسم اواني الذهب بعضها في بعض لانها بالصنعة صارت في حكم الجنسين المختلفين بدليل اختلاف القيم • وكذلك الاواني من الصفر والرصاص **قوله** ولا يقسم ثوبا واحدا ذكره مرتبا ايضا • وذلك لان في قسمة الاثواب جرحه وفي ذلك ضرر على المتقاسمين فلا يجوز للقاضي فعله • فان تراضيا لم يفعله القاضي ايضا لما فيه من اتلاف المال ولكنهما يتولانه ان شاءا بانفسهما • وكذلك الثوبان اذا اختلفت قيمتهما لان الثوبين المختلفين لا يعدل احدهما بالآخر الا بزيادة دراهم مع الاوكس فادخال الدراهم في القسمة لا يجبر عليه القاضي لان القسمة حق في الملك المشترك والمزيد بينهما في الثياب • فلو ادخل في القسمة دراهم لقسم ما ليس بمشترك وهذا لا يصح • فان تراضيا على ذلك جاز للقاضي ان يقسم لانه لا اتلاف في ذلك كما لم كذا في شرح الاقطع **قوله** بخلاف ثلاثة اثواب يمكن قسمتها كما في الكرخي وجهها وقد مر قبل هذا **قوله** وقال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما • وقالا يقسم الرقيق وهذا لفظ القدوري • قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره فاما الرقيق فان ابا حنيفة قال لا يقسم الرقيق • وقال ابو يوسف ومحمد يقسم الرقيق كما يقسم ما سواه • فان كان مع الرقيق سواه من عروض او غيرها قسم ذلك كله بينهم وادخل فيه الرقيق في قولهم جميعا الى هنا لفظ الطحاوي رضي الله عنه • وقال الشارح في كتاب الشافي من كتاب المضاربة من الجامع الكبير ان ابا حنيفة لا يرى قسمة الرقيق • وان كان الجنس واحدا لتفاوت بين الرقيقين في الذكاء والذهن والحمق ما بالجنسين المختلفين ومعناه انه لا يجمع نصيب كل شريك في رقيق واحد فكذلك عندهما على هو رواية الجامع وكتاب المضاربة الكبير مثلا ان يرى القاضي الصلاح في القسمة • فاما على رواية كتاب الصوم ورواية كتاب العين والدين برهان القسمة وتجعل نصيب كل شريك في رقيق واحد الى هنا لفظ الشارح • وقال فخر الدين قاضي خان في كتاب الوصايا من الجامع الصغير قال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق يريد به قسمة الجمع بان يجمع نصيب احدهما في عبد ونصيب الآخر في عبد فيدفع عبد الى هذا وعبد الى ذلك من غير رضا الشركاء الا ان يكون معهم شيء آخر من غنم او ثياب او متاع فحينئذ يقسم ويجعل الرقيق تبعا لغيره • وقال القاضي بالخيار ان شاء قسم الكل قسمة واحدة وان شاء قسم كل عبد قسمة على حدة • وجه قولهما ان الرقيق يتحد جنسا لاتحاد الاسم بدليل انه الحكم وان من تزوج امرأة على عبد صحت التسمية كما لو تزوج على ثوب هروي ولا يلحق بالاجناس المختلفة لكثرة التفاوت فكان الرأي الى القاضي ان شاء قسم كل واحد قسمة على حدة الحاقا بالاجناس المختلفة • وان شاء قسمة جمع وقسمة واحدة كالثياب من صنف واحد • ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة بالاتفاق ولابي حنيفة رضي الله عنه ان المقصود من القسمة تمييز الحقوق وتعديل الانصباء على وجه التساوي من غير تفاوت • وذلك لا يتأتى في الآدمي لتفاوت في المعاني الباطنة • الا ترى ان واحدا قد يظهر الفطنة والفضل وهو بليد في نفس الامر ولا يظهر البله وله ذهن وادراك وعلم غزير وهذا ظاهر بحيث لا ينكره عاقل منصف يدل عليه قوله عليه السلام ليس شيء في الدنيا اشد تفاوتا من الناس حتى عد الف بواحد • ولان المطلوب من العبدين مختلف اختلافا فاحشا لانه قد يقصد من احدهما الآخر الادب فرد يعدل الالف زائدا والف برام لا يساوي واحدا • ولان المطلوب من العبدين مختلف اختلافا فاحشا لانه قد يقصد من احدهما الزراعة ومن الآخر الخدمة ونحو ذلك ويصلح احدهما لما لا يصلح الآخر • ومتى اختلفت الاغراض صار الرقيق في حكم الاجناس المختلفة فتعذر التعديل بين العبدين اذا كان مع العبد مال آخر فحينئذ يقسم قسمة الجمع من غير رضا الشركاء ويجعل الرقيق تبعا له فكم من شيء يثبت تبعا ولا يثبت مقصودا كبيع الشرب والطريق ونحو ذلك • فان قيل على هذا يجب ان لا يقوم المستهلك من العبد بل المالك ليكن من التقويم بدون قوم والقسمة مثله فلم يجز ان يثبت من غير تعديل ولا يشبه قسمة الرقيق بين الشركاء قسمتهم بين الغنيمة الغانمين لان في الغنيمة يقسم جميع الاجناس المختلفة وهنا لا يؤدي الى ان حق الغانمين ليس متعلقا بعين الغنيمة بل بالمالية • ولهذا كان للامام ان يبيعها ويقسم ثمنها وحق الشركاء يتعلق بالعين والمالية جميعا ومع كثرة التفاوت بين العبدين لا يمكن التعديل فيتعذر القسمة • والرقيق العبد ويقال للعبيد ايضا **قوله** واما الجواهر فلتفاوت لانه ذكر اولا شيئين بقوله لا يقسم الرقيق والجواهر ثم شرع في بيان الرقيق ثم شرع في بيان الجواهر فقال قيل لا يقسم اذا اختلف الجنس • يعني الجواب بني على التفصيل في قول بعضهم ان كانت اجناسا كاللآلئ واليواقيت لم يقسم بعضها في بعض • فان اتحد جنسها امكن التعديل فيه فجازت قسمته واليه ذهب الشيخ ابو نصر في شرحه • وقيل في الجواب على تفصيل آخر ان كانت كبارا كاللآلئ واليواقيت كبارا لا يقسم لكثرة التفاوت • وان كانت صغارا يقسم لقلة التفاوت • وقيل جواب القدوري على الاطلاق فلا يقسم الجواهر لان جهالة الجواهر اكثر من جهالة الرقيق • ثم الرقيق لا يقسم عند ابي حنيفة

فالجواهر اولى • ولهذا لو قال تزوج على عبد صح ولا يصح التزوج على لؤلؤة او ياقوتة • وهذا اصح عندي **قوله** قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى
الا بتراضي الشركاء • وكذا الحائط بين الدارين • اي قال القدوري في مختصره واصل هذا ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عن احدهما او عن كليهما • اما اذا تضرر به واحد منهما فلا يجبر لان تكميله تحمل الضرر ولم يرد
الشرع به والقسمة بالتراضي جائزة كيف ما كانت فقال لا يقسم الحائط وما اشبه ذلك بين الشركاء لما فيه من الاضرار بهم • وهذا في الحمام الصغير الذي
اذا قسم لا يبقى منتفعا به انتفاع الحمام • فاما اذا بقي نصيب كل واحد منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس فانه يقسم لانعدام الضرر الا
ان يتراضوا على القسمة لانهم رضوا بتحمل الضرر • وقال ابو حنيفة اذا كان طريق بين قوم ان اقتسموا لم يكن لبعضهم طريق ولا ممر فاراد بعضهم قسمته
لم اقسمه • وكذلك اذا كان في قسمته ضرر على بعضهم دون بعض في ضيق الطريق • او انه لا يجد طريقا لم اقسمه بينهم الا ان يتراضوا جميعا لان القسمة
شرعت لتكميل الانتفاع بحصة فلو شرعنا ههنا مع تعذر الانتفاع به لعاد الشيء على موضوعه بالنقض والابطال وذلك لا يجوز • وان كان ذلك
يكون لكل واحد طريق بين رجلين ان اقتسماه لم يكن لواحد منهما فيه ممر ولكن كل واحد منهما يقدر ان يفتح في منزله بابا او يجعل طريقه من وجه
آخر فاراد احدهما قسمته وابى الآخر قسمته بينهما لانه يقدر على الانتفاع بملكه من طريق آخر ولم يشترط فيما هو منتفعا به من هذه الجهة بل
فيما هو منتفعا به في الجملة وانه حاصل • واذا كان مسيل ماء بين رجلين اراد احدهما قسمته وابى الآخر فان كان فيه موضع لمسيل الماء سوى
هذا قسمته • وان لم يكن له موضع الاضرار لم اقسمه لما ذكرنا ان القسمة على وجه يتعطل عليه الانتفاع بملكه اضرار فلا يصار اليها كذا في
شرح الكافي **قوله** لما بينا اشارة الى ما ذكر في اوائل هذا الفصل بقوله فيجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما
قوله قال واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة • وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض
قسمها • اي قال القدوري في مختصره وقال الكرخي في مختصره وقال ابو حنيفة اذا كانت الدور بين قوم ميراثا فاراد احدهم ان يجمع نصيبه
منها في دار واحدة وابى ذلك الآخر واختلف الشركاء في ذلك فان القاضي يقسم كل دار من ذلك بينهم على حدة ولا يجمع انصباءهم في بعض
الا ان يصطلحوا على ذلك • وكذلك لو كان في دار منزلان فان احدهما في اقصاها والآخر في ادناها • فان كانا مجتمعين في مكان قسمتها
قسمة واحدة وجمعت نصيب كل واحد منهما في احدهما • ولو كانت داران مجتمعتان قسمت كل واحدة على حدة • وقال ابو يوسف
ومحمد ينظر في القسمة فان كانت اذا جمعت انصباء كل واحد في دار كان اعدل في القسمة جمع ذلك الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • وقد
اطلق الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه ولم يقيد بكون الدور في مصر واحد • وكذلك اطلق الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره وكذا
اطلق الحاكم الجليل في كافيه • وعلى الاطلاق لفظ محمد في الاصل ولكن القدوري كانه اشار بقيد مصر واحد الى رواية هلال الراي
عن ابي يوسف ومحمد انهما يقسمان قسمة واحدة اذا كانت الدور في مصرين بل يقسمان كل دار على حدة ولهما ان الدور لا تقسم قسمة
واحدة عند ابي حنيفة خلافا لهما • لهما ان الدور جنس واحد اسما وصورة واجناس معنى لاختلاف المقاصد بتفاوت الاغراض فالقاضي يرجح
احد الوجهين على الآخر • ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الدور مختلفة بالنظر الى المقاصد والداران ان استويا في الابواب فتدفع اذى الحر
والبرد مختلفان في حفظ الامتعة • وقد يكون دار ارفق للسكنى في محلة من دار اخرى في محلة اخرى • ويكون احدهما اقرب من
الاخرى • وقد يكون احدهما اوفق لصاحبها من الاخرى بان كان جيرانها صلحاء او كانت قريبة من المسجد او من الماء • وقد يكون دار
احدهما انزه من الاخرى فاذا اختلفت في المقاصد صارت في حكم الاجناس فيقسم كل دار على حدة • ولهذا لا يصح التوكيل بشراء دار كما
لم يصح بشراء ثوب ولا يصح التزوج على دار كالثوب وليس كذلك الدار الواحدة المختلفة البيوت حيث تقسم قسمة واحدة لان في تفريقها
ضررا • والحاصل ان الدور لا تقسم قسمة واحدة عند ابي حنيفة الا برضا الشركاء سواء كانت مجتمعة او متفرقة والبيوت تقسم قسمة واحدة
مجتمعة كانت او متفرقة لقلة التفاوت بين البيوت والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة تقسم قسمة واحدة كالدار الواحدة بيوتا • وان كانت
في دور متفرقة او كانت في دار واحدة ولكنها متباينة بان كان احد المنازل في اقصاها والآخر في ادناها فالجواب فيها كالدور في قولهم
جميعا لان المنزل يشبه الدار والبيت فوفرنا حظهما منها **قوله** وعلى هذا الاقرحة المتفرقة المشتركة • القراح الارض البارزة التي لا خلط
صافي وقد يجمع على اقرحة • اذا كانت اقرحة متفرقة بين رجلين قسم كل قراح على حدة كالدور في قول ابي حنيفة لان الاغراض قد تختلف
في كل واحد منها فصارت كالاجناس المختلفة • وعندهما الراي الى القاضي فان شاء قسمه قسمة واحدة وان شاء قسم كل واحد على حدة لانها
من حيث الاشتراك في المقصود الاصلي وهو الزراعة كالشيء الواحد ومن حيث التفاوت في الجودة كالاشياء المختلفة فيفوض امرها
الى راي القاضي ليرجح احد الطرفين على الآخر **قوله** في الكتاب اي في مختصر القدوري **قوله** وهو رواية هلال
وهو هلال بن يحيى البصري تلميذ ابي يوسف وزفر ويدعى هلال الراي لفقهه **قوله** وعن محمد انه يقسم احدهما في الاخرى اي احد
الدارين في المصرين **قوله** لانه بين الدار والبيت اي المنزل بينهما • يعني ان المنزل له منزلة بين المنزلتين فخالفه الدار والبيت
جميعا لان المنزل اصغر من الدار واكبر من البيت لان المنزل اسم لما يشتمل على بيتين او ثلاثة • والبيت اسم لمسقف واحد له
دهليز **قوله** على ما مر من قبل اي في باب الحقوق من كتاب البيوع **قوله** قال فان كانت دار وضيعة او دار وحانوت
قسم كل واحد منهما على حدة • اي قال القدوري في مختصره يعني لا يقسم الكل قسمة واحدة بل يقسم كل واحد على حدة لان الدار مع الضيعة
جنسان • وكذا الدار مع الحانوت فيكون قسمة البعض معاوضة فلا يجوز ذلك الا بالتراضي • قال صاحب الهداية كذا ذكر الخصاف وهو
ابو بكر احمد بن عمرو الخصاف الشيباني صاحب كتاب ادب القاضي وله تصانيف كثيرة • قال الخصاف في ادب القاضي وان كانت
دار وارض او دار وحانوت لم يجمع نصيب كل واحد منهما في احد الصنفين وقسم كل واحد من ذلك بينهم على حدته • الى هنا
لفظ الخصاف • وانما خص الخصاف بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر في كتب محمد ولا ذكرها الطحاوي والكرخي في مختصريهما • قال صاحب

الهداية

الهداية • وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز • اي بمنافع الحانوت واستدل بما ذكر في الاصل انهما جنس واحد • فاذا
كان جنسا واحدا فيقسمان قسمة واحدة • وقال في الاصل استيجار السكنى بالسكنى لا يجوز • واستيجار السكنى بالخدمة يجوز وذلك لان الجنس
بانفراده يحرم النساء • واحتاج صاحب الهداية الى التوفيق بين ما ذكر الخصاف وما ذكر في كتاب الاجارة فقال فيحمل ذلك على اختلاف
الروايتين • او يقال انهما جنسان كما ذكر الخصاف ولكن حرمة الربا المذكورة في الاصل باعتبار شبهة المجانسة لا حقيقتها • والربا يثبت
بالشبهة • قلنا فيما قال صاحب الهداية نظر لانا نقول لما كان سكنى الدار وسكنى الحانوت جنسا واحدا ولكن لا نسلم انه يلزم من ذلك ان يكون
الدار والحانوت جنسا واحدا • الا ترى ان سكنى الدار بسكنى الدار الاخرى لا يجوز لاتحاد جنس السكنى ومع هذا لم يجعل ابو حنيفة الدارين
جنسا واحدا ولم يقسمهما قسمة واحدة بل قسم كل واحدة على حدة • قال الصدر الشهيد في شرح ادب القاضي جعل الخصاف الدار مع الحانوت
جنسين مختلفين • وذكر في كتاب الاجارة ما يدل على انهما جنس واحد لانه قال اذا اجر منافع الدار بالحانوت لا يجوز وجعلهما
كجنس واحد • ثم قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون هذا من مشكلات هذا الكتاب **قوله** هنالك اي
في اجارات الاصل

فصل

في كيفية القسمة لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية
القسمة بما يقسم لان الكيفية صفة عارضة والصفة تتبع الموصوف لا محالة **قوله** قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه • اي قال
القدوري في مختصره ويعدله ويذرعه ويقوم البناء ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب
الآخر تعلق ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج سهمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا
فله السهم الثاني الى هنا لفظ المختصر • والمراد من تصوير ما يقسمه ان يكتب صورته على القرطاس ليمكنه حفظ ما يقسمه ليرفع ذلك القرطاس
الى القاضي حتى يتولى الاقراع بينهم بنفسه ان كان لم يامر بالاقراع • والمراد من التعديل ان يسوي ما يقسمه على سهام الشركاء • وفي بعض نسخ
المختصر ويعزله مكان قوله ويعدله اي قطعه بالقسمة عن غيره ومعناه معنى الافراز فيكون تكرارا • وانما يقوم البناء لان القسمة تعديل
الانصباء ولا يحصل التعديل الا بتقويم البناء لان قيمته اكثر من قيمة الساحة ويقوم البناء او لانه يحتاج الى ذلك حالة القسمة لانه يقسم الساحة
بالذرع والبناء بالقيمة ويفرز كل نصيب عن الآخر حتى تنقطع المنازعة على التمام فيقول لهذا الاول ولهذا الآخر • فان اقرع بعد الافراز
كان احسن نفيا لتهمة الميل تطييبا للقلوب واستعمال القرعة عند الاستواء في سبب الاستحقاق احترازا عن تهمة الميل الى البعض جائز اما اثبات
الاستحقاق بالقرعة ابتداء فليس بجائز • وقال الكرخي في مختصره وقال ابو حنيفة القرعة في القياس لا تستقيم ولكنا تركنا القياس في ذلك
واخذنا بالآثار والسنة • ووجه القياس انه تعليق خطر فيكون في معنى القمار • الا ترى ان ما يخرج لكل واحد منهم بالقرعة يملكه وينقطع
عنه حق الباقين والقرعة لا تصح في اسقاط الحقوق وايجاب الملك ووجه الاستحسان ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرع بين نسائه اذا اراد
السفر تطييبا للقلوب • ولان السلف رضي الله عنهم استعملوا القرعة في القسمة من غير نكير • ثم نقول القرعة ليست في معنى القمار لان ثمة اصل
الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وههنا لا لكون الاستحقاق ثابتا لكل واحد قبل خروج القرعة • الا ترى ان القاضي لو قال بدون استعمال
القرعة عدلت في القسمة فخذ انت هذا الجانب وصاحبك ذلك الجانب جاز ولكن • وانما استعملها ازاحة للتهمة وتطييبا للقلوب
ويجوز مثل هذا كما تستعمل القرعة للبداية في القسم بين النساء وكما تستعمل في الخروج بواحدة منهن الى السفر تطييبا للقلوب • واما لا يجوز
استعمال القرعة لاثبات حق واحد وابطال حق الآخر كمن اعتق احد عبديه بغير عينه لا يجوز استعمال القرعة في ذلك حتى يعتق من خرجت
قرعته ويرق الآخر • ثم استعمال القرعة بان يجزي انصباء الشركاء اولا ثم يلقب نصيبا منها بالاول والآخر بالثاني والآخر بالثالث ثم يخرج
القرعة فايهم خرجت قرعته اولا ياخذ ما اصابه من القسمة من النصيب الاول • ومن خرج ثانيا ياخذ من النصيب الثاني • ومن خرج ثالثا
ياخذ من النصيب الثالث كما اذا كان لاحدهم نصف وللآخر ثلث وللآخر سدس فلقب النصف الاول والثلث بالثاني والسدس بالثالث
فان خرج السدس اولا يدفع اليه من السهم الاول • ثم اذا خرج النصف فانما يدفع اليه من السهم الثاني ويتم النصف بما يليه والباقي للآخر فقال
الخصاف في ادب القاضي لا يقسم شيء من الدور والعقارات حتى يصور ذلك ويعرف ما كان من ذلك شارعا الى الطريق او الى دار او
الى بيوت ثم يميز ذلك حتى لا يكون لاحد على احد الطريقين ولا مسيل ويسوي ذلك على السهام التي يريد ان يقسم عليها فاذا قطعها على ذلك كتب
انه من خرج سهمه اولا كان له موضع كذا والثاني يلي كذا الى موضع كذا • وكذا كل سهم يلي الآخر فاذا علم انه ليس يدخل عليهم ضرر في ذلك ان
قسمه بينهم وسيل مياههم وطرقاتهم مستوية الى القاضي بالصورة عرضها القاضي بين يديه وكتب رقاعا باسم رجل رجل وامراة منهم وجعل كل
رقعة منها في طين وبندقة • وقال من خرج سهمه اولا فله موضع كذا الى موضع كذا ثم الثاني يلي ذلك الى موضع كذا • ثم الثالث يليه
حتى يخرج من السهام ثم يطرح البنادق تحت ثوب ثم يدخل يده فيخرج واحدة فينظر لمن هي فهو السهم الاول • وكذلك الثاني حتى يخرج • ثم
يكتب القاضي كتاب القسمة نسختين فنسخة تكون معهم ونسخة تكون في ديوان القاضي • ويكتب في السجل انه شهد بينة ان كانت قامت عنده
او باقرارات كانوا اقروا بذلك • ويصير الامر على وجهه الى هنا لفظ الخصاف رحمه الله • وقال في شرح الطحاوي فاذا اقرع بينهم ينبغي
ان يقول لكل واحد من خرجت قرعته اولا اعطيته من هذا الجانب والذي يليه في الخروج يجب نصيب الاول **قوله** فان لم يفعل
اي ان لم يفرز الطريق وبقي بينهم كما كان **قوله** على ما نذكر تفصيله اي بعد قوله فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر
او طريق الى الآخر **قوله** قال ولا يدخل في القسمة الدراهم الا بتراضيهم • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الذي يعطي
الدراهم يحتمل استيفاء زيادة النصيب من الدار ويكون الدراهم في ذمته فيجوز ان يبلغ لحقه ويجوز ان لا يبلغ فلا يجوز للقاضي ان يحمل
ذلك • ولان القسمة من حقوق الملك والشركة بينهم في الدار لا في الدراهم فلا يجوز قسمة ما ليس بمشترك فان فعل ذلك برضاهم جاز لانه
قد لا يمكن القسمة الا بان يعدل بالدراهم • قال الكرخي في مختصره واذا كانت الدار بين ورثة فاقتسموها وفضلوا بعضها على بعض لفضل

بقية البناء والموضع فهو جائز • ثم قال فيه ولو اختلفوا في قيمة البناء فقال بعضهم اجعل قيمة البناء بذرع من الارض • وقال بعضهم اجعلها على الدراهم فان القاضي يجعلها على الذرع لان الدراهم ليست من الميراث وليس كلهم يقدر عليها • فاذا وقع البناء في نصيب احدهم كانت الدار قيمة كلها فلعلها تتوي عليه والزيادة في الذرع ما دونوا كلهم يقدر عليها وتقع القسمة حين يقع ولا حق لبعضهم على بعض الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه **قوله** وان كان ارض وبناء عن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة • ذكره تقريبا على مسئلة المختصر وذلك لان القسمة لتعديل الانصباء ولا يمكن التعديل بين الرقبة والبناء الا بالتقويم فيصار اليه • وعن ابي حنيفة انه يقسم الارض بالمساحة اي بالذرع لكون الذرع هو الاصل في الممسوحات لان تقديرها لا يعلم الا بالذرع ثم يرد من وقع البناء في نصيبه دراهم على الاخر بقدر فضل البناء لان اكثر قيمته من الرقبة غالبا او يرد من كان نصيبه اجود سواء كان هو الذي اصابه البناء او اصابته الرقبة دراهم على الاخر حتى يحصل المعادلة وادخال الدراهم في القسمة جائز للضرورة للمعادلة كما قلنا في الاخ ليس له ولاية في مال اليتيم فاذا زوجه ملك تسمية الصداق ضرورة في صحة النكاح • لان النكاح ليس بمشروع بلا مهر ولكن بعد ان يرد على شريكه بمقابلة البناء وما ليس فيه من الرقبة • وانما يرد فضل قيمته ببرد الفضل دراهم • يعني يعطي الشريك الاخر من الرقبة بمقابلة فضل البناء حتى يستوي كل واحد من الشريكين في القسمة • فاذا لم يمكن التسوية بين البناء والرقبة بالزيادة من الرقبة لكثرة فضل البناء حينئذ يرد من وقع في سهمه البناء دراهم على صاحبه بمقابلة ما بقي الفضل • لان الضرورة دعت الى اعطاء الدراهم في هذا القدر فلا يترك الاصل الذي هو الذرع في الممسوحات الى الدراهم الا للضرورة • وهذا معنى قوله فلا يترك الاصل الا بها **قوله** وهذا يوافق رواية الاصل لان قال فيه يقسم الدار مذارعة ولا يجعل لاحدهما على الاخر فضل من الدراهم وغيره **قوله** قال فان قسم بينهما فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الاخر • اي مسيل في نصيب الاخر او طريق لم يشترط في القسمة • فان لم يمكن فسخت القسمة • قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره واذا اقتسم الدار بين اهلها قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان لم يكن ذكر ذلك فان كان له منفذ ما اصابه الى الطريق اصيب القسمة والا فاصاب بعضهم موضع منها بغير طريق اشترط له فيها في القسمة فانه ينظر في ذلك فان كان له منفذ ما اصابه الى الطريق او لا يذكروا في القسمة الطريق او لا يذكروا فان ذكروا فالقسمة ابطلت • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فهذا الاجمال انما ان يذكروا في القسمة الطريق او لا يذكروا فان ذكروا فالقسمة جائزة ويمرّ في الطريق • وان لم يذكروا فانه ينظر ان كان له منفذ بما اصابه فانه يمنع الطريق فيه سواء ذكروا بكل حق هو له او لم يذكروا وان لم يكن له منفذ بما اصابه ان ذكروا بكل حق هو له فانه يمر في نصيب صاحبه وان لم يذكروا بكل حق هو له فالقسمة باطلة وكذلك في حق مسيل الماء • وقال قد ذكرنا ها في البيوع مع اجناسها فالحاصل انه اذا امكن صرف الطريق والمسيل عن نصيب صاحبه الى نصيب نفسه بان يكون له منفذ ومسيل في نصيبه بقطع طريقه ومسيله من نصيب شريكه لتحقق معنى القسمة من غير ضرر وهو الانتفاع بالملك ان لم يكن ذلك فان كان الانقسام على ان ما اصاب كل واحد فهو له بحقوقه يشترك الطريق والمسيل في نصيب شريكه على حاله لانهما من الحقوق وان لم يذكر الحقوق فالقسمة باطلة لفسادها لتمام القسم على وجه يمكن ان يجعل كل واحد لنفسه طريقا ومسيلا لان القسمة وقعت غلطا لانه لم ينتهيا الانتفاع لاحدهم بالمقسوم • وهذا بخلاف البيع حيث لا يبطل البيع لعدم دخول الطريق والشرب في البيع لانهما لا يدخلان في بيع دار او ارض من غير ذكرهما والمراد من الطريق الطريق الخاص في ملك انسان • والفرق ان البيع لاثبات الملك في العين بحسب • والدار بدون الطريق والارض بدون الشرب يقبل الملك ولا يتحقق ذلك الا بالتخصيص • واما القسمة فلتكميل الانتفاع بالحل ولا يكمل ذلك الا بالشرب • والطريق **قوله** لان القسمة تحققت لقطع الاختلاط • يعني ان القسمة افراز الانصباء على وجه ينقطع كل واحد بنصيبه فاذا لم يكن لاحدهم طريق ومسيل في نصيبه يحتاج الى الاختلاط بصاحبه ليكون طريق ومسيل • وهذا خلاف القسمة فيفسد فتستانف **قوله** ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب • اي لهم ان يستطرق ويسيل في نصيب الاخر اذا امكن صرف الطريق والمسيل وهو الوجه الاول ان كان ذكرت الحقوق في القسمة بان قال القسام هذا لك بحقوقه لان القسمة افراز وتمام ذلك ان لا يكون تعلق لكل واحد بنصيب الاخر • تحقيق هذا المعنى ان لا يستطرق ولا يسيل في نصيب صاحبه بلا ضرر لحقه • بخلاف البيع فانه اذا كان بذكر الحقوق دخل الطريق والمسيل على ما كان لان البيع هو التمليك والتمليك يحصل مع بقاء التعلق بملك الغير **قوله** وفي الوجه الثاني يدخلانها اي فيما اذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل يدخل الطريق والمسيل في القسمة اذا ذكر الحقوق • وذلك لان القسمة لتكميل الانتفاع الا بالطريق والمسيل فباعتبار معنى الافراز وذلك بانقطاع حق كل واحد عن الاخر باعتبار معنى تكميل الانتفاع ينبغي ان لا يدخلا في القسمة وان لم يذكر الحقوق • وباعتبار معنى الافراز ينبغي ان لا يدخلا وان ذكرت الحقوق فاعتبرنا المعنيين حتى قلنا اذا ذكرت الحقوق دخلا في القسمة والا فلا **قوله** بخلاف الاجارة يتعلق بقوله بخلاف البيع اذا ذكرت الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل • يعني ان في الاجارة يدخل الطريق والمسيل بلا تنصيص عليهما من غير ذكر الحقوق لان المقصود في باب الاجارة الانتفاع بالحال وذلك لا يحصل بدونهما • بخلاف البيع فان المقصود منه تملك العين ثم قد يتعذر الانتفاع بالحال في الحال ويصح البيع كبيع جحش لا ينتفع اصلا **قوله** ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم ذكره تفريعا على مسئلة المختصر • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وان اختلفوا في رفع الطريق فقال بعضهم ارفع طريقا بيننا وقال بعضهم لا ترفع واجعل نصيب كل واحد منهم على حدة فان الحاكم ينظر في ذلك • فان كان يستقيم لكل واحد منهم طريق يفتحه في نصيبه • فانه يقسم بينهم بغير طريق يرفع لجماعتهم وان كان لا يستقيم ذلك رفع الطريق بين جماعتهم الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • والمراد من رفع الطريق ان يترك الطريق مشتركا بينهم كما كان قبل ذلك ويدفع من القسمة ولا يدخل فيها ورفعه جائز اذا تراضوا على ذلك لانهم لو استووا ان القسمة في الكل بقي مشتركا بينهم على ما كان فكذلك اذا استووا عن القسمة في البعض • ثم اذا جاز رفعه عند التراضي وكان نصيب احدهم الاقل ينبغي ان يبين ذلك في كتاب القسمة فيما

وما لا اشتباه في السفل لان صاحبه دبا يكره التفاوت بينهما في الطريق • ويدعي ان حقه مثل حق صاحبه ويبني امره على مساواته في الملوك فلا بد من كتبه وتثبته تحرجا عن التنازع • اما اذا اختلفوا في رفعه فان استقام لكل واحد منهم طريق في نصيبه قسم بينهم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز على الوجه التام من غير ضرر يلحق بالاخر وان لم يستقم ذلك رفع الطريق بين جماعتهم لان القسمة المستحقة على وجه ينتفع بالمقسوم ولو لم يرفع الطريق يتعطل على البعض منافعه الا اذا تراضوا على ذلك لانهم عطلوا منافع املاكهم باختيارهم ومن ترك النظر لنفسه لا ينظر له كذا في شرح الكافي **قوله** دون اي من غير رفع الطريق **قوله** ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله ذكره تفريعا على مسئلة المختصر ولكن في هذا اللفظ ايهام لانه يسبق الوهم الى ان طول الطريق يكون مقدار طول باب الدار وليس كذلك بل طول الطريق من اعلاه على ادنى ما يكفيهم • وفي شرح الحاكم الشهيد في الكافي والشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره • قال الكرخي ولو اختلفوا في سعة الطريق في صفته جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار او طوله على ادنى ما يكفيهم • وقال في شرح المبسوط من الشامل بعرض على باب الدار ان اختلفوا وطوله ادنى ما يكفيهم لان حاصل الطريق يبقى لدى الباب دخولا وخروجا فيتقدر به وذلك لان حق المرور يجتمع في عرض باب الدار عند المدخل فلا يزاد عليه • وقال في التتارخانية يشير قوله وطوله على ادنى ما يكفيهم • يعني يجعل طوله من الاعلى بقدر طول الباب الى السماء • وفائدة فيه ما وراء طول الباب من الاعلى ان احد الشركاء اذا اراد اشراع جناح في نصيبه فوق طول الباب فله ذلك وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك **قوله** ولو شرطوا ان الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين ذكره تفريعا ايضا • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وان اشترطوا ان يكون الطريق بينهما لاحدهما ثلثاه وللاخر ثلثه فهو جائز لما ذكرنا ان هذه مبادلة تراضيا بها بغير اطلاعهما في ذلك • وان اشترطا ان يكون الطريق على قدر مساحتهما في ايديهما فهو جائز • وهذا نص على ان بيع الممر جائز لان القسمة من حيث المعنى وقد ذكر في كتاب الصلح انه اذا كان الطريق لاحد فاقر الممر لاخر بالطريق فانه يكون الثمن بينهما نصفين فدل انه دخل في العقد اصلا فعلى هذه الرواية يجوز بيع الشرب لانه من جملة الحقوق كالطريق • وقال في الزيادات بيع الحقوق لا يجوز والممر من جملة الحقوق فعلى رواية الزيادات لا فرق بين الشرب والممر في عدم جواز البيع • وكذا حق التعلي • ثم قال في شرح الكافي وان اشترطا ان يكون الطريق لصاحب الاقل وللاخر منه فهو جائز • وان لم يشترط شيئا من ذلك فهو بينهما على قدر ما ورثا لان القسمة لم تتناول الطريق فبقي بينهما على ما كان في الاصل **قوله** قال واذا كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك • اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر القدوري فيه قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه اختار قول محمد واصحابنا كالمشكل الطحاوي وغيره اختاروا قول محمد في هذه المسئلة • قال الطحاوي في مختصره وكان ابو حنيفة يقول في العلو الذي لا سفل له وفي السفل الذي لا علو له يحسب من القسمة ذراع من السفل بذراعين من العلو • وكان ابو يوسف يقول يحسب كل ذراع من السفل بذراع من العلو • وقال محمد يقوم كل ذراع من العلو على انه لا سفل له وكل ذراع من السفل على انه لا علو له وهذا الجواب • الى هنا لفظه رضي الله عنه قيل اجاب كل واحد من العلماء على عادة اهل عصره وبلده فكان عادة اهل الكوفة تفضيل السفل على العلو فابو حنيفة اجاب كذلك • وكان عادة اهل بغداد التسوية بينهما فابو يوسف اجاب كذلك • ومحمد رأى عادات البلاد مختلفة بمكة والبصرة فان العلو احب اليهم من السفل وكونه على الحكر وعادة بغداد التسوية • فاذا كان كذلك اعتبر القيمة • وقيل هذا اختلاف معنى اي حجة وبرهان • قال شيخ الاسلام علاء الدين ابو الحسن علي بن محمد الاسبيجابي في شرح الكافي فالحاصل ان عند ابي حنيفة وابي يوسف يقسم من جهة الذرعان • وعند محمد يقسم من حيث القيمة ويعدل بين الانصباء بالقيمة لمن يقع التفاوت • هذا اذا طلب احدهما القسمة عند القاضي وامتنع الاخر • اما اذا تراضيا على القسمة كان الخيار اليهما فاقتسماها من حيث القيمة وان شاءا من حيث الذرعان • لمحمد ان الذرع انما يحقق التسوية بين الاجزاء المتماثلة والبناء والرقبة اجزاء مختلفة بتفاوت فيحقق التسوية بينهما ذرعا فاعتبرنا التسوية باعتبار القيمة • ولان السفل يصلح لما لا يصلح العلو كاتخاذ الاصطبل وبير الماء والسرداب والطاحونة وغير ذلك والعلو يصلح للمنفعة فلم يكن التعديل بينهما الا بالقيمة • ووجههما ان القسمة افراز الحق وافراز الحق بافراز محله ومحله الذات دون القيمة فلا يصار الى القيمة بل يصار الى الذرع لان الشركة في المذروع لا في قيمته • ثم ابو حنيفة فضل السفل على العلو وابو يوسف سوى بينهما لان المقصود الاصل منهما السكنى وحفظ الامتعة وهما استويا فيما يرجع الى الاصل والتفاوت بينهما في المرافق والاوصاف فيعتبر في القسمة الاصل • ولابي حنيفة ان السفل اصل قائم بنفسه ولو قرار والعلو ليس بتام بنفسه ولا قرار له لان السفل ينتفع به بدون العلو والعلو لا ينتفع به بدون السفل فكانت منفعة السفل ضعف منفعة العلو • وقال الشيخ الامام ابو الفضل محمد بن احمد الاسبيجابي في شرح الطحاوي اذا كان سفل بين رجلين وعلو بين بيت اخر بينهما واراد ان يقسمه القاضي فانه يقسم البناء على سبيل القيمة بالاتفاق • فاما الساحة فيقسم كل ذراع من السفل بذراعين من العلو ويذرع ساحة العلو طولا وعرضا فيضرب الطول في العرض فيعلم مبلغه • وكذلك ساحة السفل يذرع طولا وعرضا فيضرب طوله في عرضه فيعلم مبلغه فيدفع كل ذراع من السفل بذراعين من العلو ويكون بينهما التعديل • وهذا قول ابي حنيفة • وعند ابي يوسف يدفع كل ذراع من السفل بذراع من العلو • وعند ابي حنيفة منفعة العلو انقص من منفعة السفل فلذلك كان كل ذراع من السفل بذراعين من العلو • واذا كان بيت كامل وعلو وسفل بين رجلين في بيت اخر بينهما فارادا قسمتهما بالتعديل فكل ذراع من بيت كامل بثلاثة اذرع من العلو • لان ذراعا من علو هذا بذراع من علو ذلك وذراع من سفل هذا بذراعين من علو العلو عند ابي حنيفة رضي الله عنه • وعند ابي يوسف كل ذراع من البيت الكامل بذراعين من السفل • واذا كان سفل وبيت كامل فكل ذراع من البيت الكامل بذراع ونصف من السفل عنده • وعند ابي يوسف كل ذراع من البيت الكامل بذراعين من السفل • واما عند محمد ففي الفصول كلها يقسم على سبيل القيمة وبه اخذ الطحاوي كذا في شرح الطحاوي **قوله** قيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره في تفضيل السفل على العلو يعني عند ابي حنيفة • واستوائهما يعني عند ابي يوسف وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى يعني عند محمد تفضيل السفل كما في الكوفة وتفضيل العلو كما في مكة والبصرة وقد مر بيانه **قوله** لا يمكنه البناء على علوه اي على اصل ابي حنيفة

ونقصت صفة يستحق بها الانتفاع وهي صفة المعادلة • قال وكذلك الاختلاف في الحد • وكذلك الاختلاف في اجناس الاموال اذا ادعى ان شيا من هذه الجملة في يد صاحبه يستغرق انه كان في يده قبل القسمة او وقع في يده بعد القسمة لان لكل واحد منهما من الجهتين حكما يخصه وقال في الكافي ايضا ولو اقتسما دارا ثم لم يشهدا على القسمة حتى اختلفا فقال هذا اصابني صحن الساحة وهذا البيت فيها • وقال الذي هو في يده اصابني هذه الجملة تحالفا وترادا فقال في شرح الكافي لان الاختلاف مهما وقع في نفس القسمة لانه يزول القسمة ويبقى على وجه دخل البيت في نصيبي والاخر ينكر دعوا على هذا الوجه فيتحالفان ويتناقضان القسمة وان كانت لها بينة اخذت بما تشهد به الشهود • وان اقام كل واحد منهما بينة على صدق ما يدعيه اخذت بينة الذي ينكر وقوع البيت في قسم صاحبه ويدعي وقوعه في قسمه **قوله** استحلف الشركاء من حلف منهم فلا سبيل له عليه لوجود المبرئ عن دعواه ومن نكل يقضي في حقه بفساد القسمة ويضم ما في يده الى ما في يد المدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لتحصل المعادلة **قوله** والية اشار من بعد يعني بقوله وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء كذبه شريكه تحالفا وكان فيه اشارة الى انه لا يسمع دعواه اذا اشهد على نفسه بالاستيفاء **قوله** وان قال استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه ادعى عليه الغصب ولا اثر له في دعواه فيجب على المنكر اليمين لصحة الدعوى الا ان تقوم للمدعي بينة **قوله** وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة • هذا لفظ القدوري ايضا اي كذبه شريكه في قوله اصابني الى موضع كذا • وذلك لانهما اختلفا في نفس القسمة لانهما اختلفا في قدر ما حصل بالقسمة فاشبه الاختلاف في قدر المبيع فوجب التحالف • قال الكرخي في مختصره واذا اقتسم رجلان دارا واخذ كل واحد منهما طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الاخر فقال هذا مما اصابني وكذبه الاخر فان عليه البينة • فان اقاما جميعا اخذت بينة المدعي الذي ليس في يده ولا اقبل بينة الذي هو في يده • وكذلك هذا الارضين ولو لم يشهدا على اصل القسمة واختلفا في ذلك فقال هذا اصابني هذه الناحية وهذا البيت فيها • وقال الذي في يده اصابني هذا كله فانهما يتحالفان ويترادان القسمة • ولو كانت لهما بينة على القسمة اخذت بينتهما على ما تشهدت به الشهود الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه **قوله** ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه ذكره تفريعا على مسئلة القدوري • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وان اقتسما مائة شاة فاصاب احدهما خمس وخمسون شاة واصاب الاخر خمس واربعون شاة ثم ادعى صاحب الاوكس غلطا في التقويم لم يقبل بينته في ذلك لان القسمة تمت باقرار المتقاسمين فاذا ادعى التفاوت فقد انكر ما اقر به فلا يسمع • ولان القسمة فيها معنى المبادلة فصار دعوى الغلط فيها كدعوى الغبن في البيع • والغبن لا يبطل نقض البيع فكذا هنا كذا في شرح الكافي • ولم يفصل بينهما اذا كانت القسمة بالقضاء او التراضي اذا كان الغبن يسيرا او فاحشا كما ترى • وكذلك اطلق الكرخي في مختصره • وقال في الشامل في قسم المبسوط اختلفا في التقويم لا يلتفت الى قولهم لان القسمة ان كانت بقضاء القاضي فالقاضي لا يقضي الا بتقويم المقومين فصار كما لو قضى ثم ادعى انه جور • وان كانت بالتراضي فهو يدعي غبنا والعقد لا يحل عنه • وقال في كتاب ادب القاضي من شرح الطحاوي اذا ادعى الغلط في التقويم وكانت بينهما الغبن والذي لو يقوم بالمقوم لا يلتفت اليه لانه يدعي الغبن والغبن اليسير في التقويم لا يبطل القسمة كالبيع • ثم قال وقيل هذا اذا كانت قسمة الرضا • واما اذا كانت قسمة القضاء حق الفسخ لانه لم يرض بذلك • وقال في المنادي الصغرى ادعى احد المتقاسمين الغلط في القسمة بعد القسمة • يعني اذا ادعى غبنا في القسمة ان كان يسيرا بالذي • وان كان فاحشا بحيث لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كانت القسمة بحيث يدخل تحت تقويم المقومين لا يسمع دعواه ولا يقبل بينته • وان كانت بقضاء القاضي تسمع بينته بالاتفاق • وان كانت بتراضي الخصمين لا يبطل القاضي لم يذكر في الكتاب • وحكي عن الفقيه ابي جعفر انه كان يقول ان قبل يسمع فله وجه • بخلاف الغبن في البيع • فان قيل لا يسمع فله وجه ايضا كما في البيع • وحكي عن الفضلي انه كان يقول يسمع كما اذا كانت بقضاء القاضي وهو الصحيح كذا ذكر في شرح المختصر • وذكر في ادب القضاء من شرح القاضي للامام الاسبيجابي ان دعوى الغبن في القسمة اذا كانت بالتراضي لا يسمع كما في البيع • ثم قال بعض المشايخ فالواجب ان لو كانت القسمة بقضاء القاضي • وذكر الاسبيجابي في شرحه دقيقة لطيفة فقال وهذا كله اذا لم يقر بالاستيفاء • فاما اذا اقر بالاستيفاء فانه لا يسمع دعواه الغلط والغبن الا اذا ادعى الغبن الغصب فحينئذ تسمع دعواه الى هنا لفظ المنادي الصغرى • وشرح الدرر قول ابي حنيفة اما انها لا تسمع لان القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه لا يصح فكذا فيها • واما انها تسمع لان القسمة شرطها المعادلة فاذا فاتت المعادلة وجب نقض القسمة فتسمع اليمين **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها **قوله** وكذا اذا اختلفا في الحدود لان البينة تبقى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه ذكره تفريعا ايضا • قال في شرح الكافي فان اختلفا في الحد بينهما فقال احدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبي وقال الاخر لا بل هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبي • فان قامت لهما بينة قضيت به بينهما لانه في ايديهما وقد قامت لكل واحد منهما بينة فيقضى به بينهما • وان لم تقم لهما بينة استحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وحلف لكل واحد منهما انه في يده لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه • وان اراد احدهما رد القسمة ردها بعد ما تحالفا لان الاختلاف وقع في نفس القسمة • وهذا اذا طلب احدهما الرد فحينئذ ينقض القاضي القسمة لانه عقد ثم بينهما فلا ينتقض الا بعد ان ينقض من دعيا ولانه كما في باب البيع اذا تحالفا لا يرتفع العقد بينهما حتى يطلب احدهما الرد فيرده القاضي • قال في الشامل ناول هذه المسئلة حائط بين النصيبين فيقول كل واحد هذا دخل في نصيبي الى الجانب الاخر

فصل

قوله قال واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لا تنسخ القسمة عند ابي حنيفة ويرجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه • قال ابو يوسف تفسخ القسمة • اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر خلاف محمد لان قوله مضطرب ذكر قوله في رواية ابي حنيفة وذكر في رواية ابي سليمان مع ابي يوسف وذكر ابو حفص مع الحاكم قول محمد مع ابي يوسف والكرخي مع ابي حنيفة • قال صاحب الهداية وذكر القدوري الاختلاف في استحقاق

رضي الله عنه **قوله** والجدران المنتفعة تختلف باختلاف الحر والبرد • اي منفعة السفل والعلو تختلف • الا ترى ان في البلاد الباردة والتي تهب فيها الريح يختار السفل على العلو ويختار العلو على السفل في الاراضي التي تكون فيها الندوح • وكذلك يختلفان باختلاف الاوقات كالصيف والشتاء **قوله** في مسئلة الكتاب اي في مسئلة مختصر القدوري يحمل على قول ابي حنيفة بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان الذراع الواحد من البيت الكامل بمقابلة ثلاثة اذرع من العلو المجرد • فاذا ضرب الثلاثة في ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع تكون مائة فيستوي الثلاثة والثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل مع مائة ذراع من العلو المجرد ويحمل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان كل ذراع من البيت الكامل بمقابلة ذراع ونصف من السفل المجرد • وهذا معنى قوله لان علو مثل نصف سفله فاذا ضرب الواحد والنصف في ستة وستين وثلثي ذراع يكون مائة لا محالة فيستوي الستة والستون والثلثان من البيت الكامل بمائة ذراع من السفل المجرد • وتفسير قول ابي يوسف اظهر لانه يجعل العلو والسفل سواء فيكون خمسون ذراعا من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد او السفل المجرد **قوله** قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما • اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر الخلاف فيه كما ترى وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف • وقال محمد لا تقبل وبه قال الشافعي رحمه الله كذا في شرح الاقطع وقول ابي يوسف اولا كقول محمد ثم رجع الى قول ابي حنيفة ذكره الطحاوي في مختصره وذكر الخصاف في ادب القاضي قول محمد كقولهما فقال واذا قسمت الدار والارض بين الورثة فانكر بعضهم ان يكون استوفى نصيبه فشهد عليه قاسما القاضي اللذان توليا القسمة بينهم انه قد استوفى نصيبه فان شهادتهما جائزة عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد بن الحسن الى هنا لفظ الخصاف • وكان القدوري ذهب الى ما ذكره الخصاف • وجه قول محمد انهما شهدا على فعل انفسهما فكانا متهمين فلا تقبل شهادتهما كمن علق عتق عبده بكلام رجلين فشهدا انه قد كلمهما • ولهما ان فعلهما القسمة وهما لا يشهدان على ذلك وانما يشهدان على القبض والاستيفاء وذلك فعل غيرهما لانهما يشهدان ان هذا السهم لهذا وذاك لهذا فتقبل الشهادة على فعل الغير • ولان الملك لا يثبت لهما بفعلهما وانما يثبت بالتراضي او قضاء القاضي فصار كالشاهد على فعل نفسه • وقيل هذا اذا لم يقتسما بالاجر فان قسما بالاجر لا تقبل شهادتهما وذكر الخصاف المتصرف فكان المباشر بنفسه فلم يحمل الشاهد شاهدا على فعل نفسه **قوله** او لانه لا يبطل مشهودا به • اي لان فعل انفسهما الذي هو التمييز لا يبطل مشهودا به لكن غير لازم لصحة الرجوع قبل التسليم • الا ترى الى ما قال في باب قسمة الحيوان من شرح الكافي فان كانت في الميراث ابل وبقر وغنم فجعلوا الابل قسما والبقر قسما والغنم قسما واقرعوا على ان من اصابته الابل رد كذا وكذا دراهم على صاحبيه نصفين فهو جائز لان القسمة على هذا الوجه تقع بتراضيهم وصار كانه اخذ بعض الابل عوضا عن حصته وتبعها بالدراهم فيجوز التعديل لا انصباء فان قدم احدهم بعد ما وقعت السهام ولم يقع ذلك وجازت القسمة عليهم لان القسمة قد تمت والانصباء قد ظهرت فلا يستطيع الرجوع وان رجع عن ذلك قبل ان تقع السهام فله ذلك لان القسمة لم تتم • وكذلك ان وقع سهم وبقي سهمان جاز له الرجوع لان القسمة بعد لم تتم • وان وقع سهمان وبقي سهم لم يكن له ان يرجع لان القسمة قد تمت لانه اذا ظهر نصيبهما تعين الباقي للباقي • وقد هذا الثاني تعليل صاحب الهداية نظر **قوله** ولو شهد قاسم واحد لا يقبل ذكره تفريعا على مسئلة المختصر • قال في كتاب ادب القاضي من شرح الكافي ولو شهد قاسم واحد على القسمة لم يجز لان قول الواحد ليس بحجة في الشرع • وكذلك امين القاضي اذا امره ان يدفع مالا الى فلان وقد دفعه وانكر المدفوع اليه فالامين يصدق في البراءة لنفسه ولا يصدق على الاخر الا ببينة لان قول الامين حجة دافعة غير ملزمة والله اعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

اخر ذكر دعوى الغلط والاستحقاق لان ذلك من العوارض والاصل عدمها فيحتمل ان تقع ويحتمل ان لا تقع • والاصل في هذا الباب ان الاختلاف متى وقع في نفس القسمة تحالفا وانتقضت القسمة • ومتى وقع الاختلاف في امر بعد القسمة لا يتحالفان لان القسمة فيها معنى المعاوضة من الطرفين لان كل واحد منهما اخذ ما يا خذ بجهتين بعضه بجهة انه اصل حقه وبعضه بجهة انه بدل حقه فاشبه الاختلاف في القسمة الاختلاف في البيع فيتحالفان • اما اذا وقع الاتفاق على صحة القسمة ثم ادعى احدهما على الاخر امرا عارضا صار كدعوى الغصب منه ابتداء فيكون البينة على المدعي واليمين على من انكر **قوله** قال واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة • اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه يدعي حق الفسخ في عقد عدل واقر باستيفاء حقه فلا يقبل قوله بغير حجة • فاذا اقام البينة يقضى له بتمام حقه وان لم تقم له بينة استحلف الشركاء على ذلك كسائر الدعاوى • قال صاحب الهداية ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا للتناقض • يعني ان البينة تترتب على الدعوى الصحيحة والدعوى لا تصح مع التناقض لانه اقر باستيفاء حقه ثم ادعى انه لم يستوف • واعتذر بعضهم في هذا فقال التناقض عفو في موضع الخفاء كالعبد يدعي الحرية بعدما اقر بالرق • وقال الحاكم الشهيد في الكافي • وقال ابو يوسف ومحمد في رجل مات وترك دارا او ترك ابنين فاقتسما الدار واخذ كل واحد نصيبه واشهد على القسمة والقبض والوفاء • ثم ادعى احدهما بيتا في يد صاحبه لم يصدق وعلى ذلك الا ان يقر صاحبه فلم اجد انه لا تقبل بينته بعد الاقرار بالاستيفاء كما قال صاحب الهداية وذلك لانهما اذا اشهدا على الوفاء فقد اقر كل واحد منهما بوصول حقه اليه بجهة التمام فاذا ادعى انه لم يصل لم يقبل للتناقض • قال الحاكم فان لم يكونا اشهدا على الوفاء ولم يسمع منه اقرار بالقسمة حتى قال اقتسمناها فاصابني من الشاهد وهذا البيت والساحة في يده والبيت في يد صاحبه • وقال الاخر بل اصابني البيت وما في يدي كله فاني اسأل المدعي الان في يده البينة • فان لم يكن البينة فان بد فعه اليه او غصبه منه بعد القسمة فان قال كان في يده قبل القسمة فلم يدخل في القسمة سالته البينة على ذلك فان لم تقم البينة تحالفا وترادا قضا فقال في شرح الكافي لان الاختلاف وقع في نفس القسمة لانه ينكر دعواه بصفة المعادلة اما اذا قال اخذه مني بعدما تسلمنا فهذا دعوى الغصب عليه فيكون الحكم فيه كالحكم في سائر الدعاوي ولا ينتقض القسمة لانها دعت

بين بينه وكذا ذكر في الاسرار • وكذلك ذكر في الاشارات الاسرار ايضا حيث قال اذا اقتسم رجلان دارا بينهما ثم استحق من نصيب احدهما
بيت معين لم تبطل القسمة ولكن يتخير المستحق عليه ان شاء ضرب في نصيب صاحبه بما يساوي به صاحبه وان شاء استانف عند ابي حنيفة • وقال
ابو يوسف تستانف القسمة ومحمد مضطرب • والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شايع في نصيب احدهما الا ان محمدا ذكر الخلاف في استحقاق
نصف ما في يد احدهما في كتاب الاصل • وكذلك ذكر الحاكم في مختصره المسمى بالكافي • وكذلك ذكر الطحاوي والكرخي في مختصريهما ثم ذكر
على قول الواحد والصفائح المشايخ لا محالة • قال الكرخي في مختصره قال محمد واذا كانت دار بين رجلين نصفين فاقتسماها فاخذ احدهما
الثلث من مقدمها وقيمته ستماية واخذ الاخر الثلثين من مؤخرها وقيمتها ستماية ثم اصطلحا على ذلك ميراثا كانت بينهما • او شرا ثم استحق نصف
ما في يدي صاحب المقدم فان ابا حنيفة قال في هذا يرجع صاحب المقدم على صاحب المؤخر بربع ما في يده وقيمة ذلك مائة وخمسون درهما
ان شا • وان شا نقض القسمة وهو قول محمد • وقال ابو يوسف يرد ما بقي في يديه وتبطل القسمة ويكون ما بقي في ايديهما نصفين بينهما
هذا لفظ الكرخي • والحاصل ان المسئلة على ثلاثة اوجه في استحقاق بعض معين في احد النصيبين وفيهما جميعا لا تنتقض القسمة بالاتفاق
وفي استحقاق شي شايع في النصيبين تنتقض القسمة بالاتفاق • وفي استحقاق بعض شايع في احد الطرفين لا تنتقض القسمة عند ابي حنيفة
خلافا لابي يوسف وهي مسئلة الكتاب • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه
اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عند ابي حنيفة لا تصح الا عن تراض • اما في استحقاق البعض المعين فانما لا تنتقض القسمة لان القسمة للافراز وفي
استحقاق شي معين من احد الطرفين او من كليهما لا يختل معنى الافراز في حق المحل المشترك لانه من حيث المعنى كانه تم المشترك وهو البيت ما الابعض
فلا يختل معنى القسمة لكنه يتخير ان شاء نقض القسمة من الاصل لانه ما رضي بها الا على تقدير المعادلة وقد فاتت • واما في استحقاق البعض
الشايع في النصيبين فانما ينتقض القسمة بالاتفاق لان باستحقاق شي شايع فيهما يتعذر الانتفاع بالباقي حتى يقسم فلم يفد القسمة الاولى فائدتها
لان من ضرورته تمكنا من الانتفاع بحصته بلا تصرف ولا يفيد مقصوده فبقي باطلا • واما اذا استحق البعض الشايع في احد الطرفين ففيه
الخلاف لابي يوسف ان المعنى الذي حكم لاجله بانتقاض القسمة عند استحقاق جزء شايع من الجانبين موجود ههنا لانه لا يبقى حينئذ معنى القسمة
وهو الافراز • ولهذا يجب الرجوع على شريكه شايعا • بخلاف استحقاق البعض المعين فانه لا ينافي الافراز فيما وراء ذلك البعض ولكن المستحق
عليه بالخيار ان شاء ابطل القسمة لانه استحق بعض المعقود عليه والتشقيص في الاعيان عيب والعيب يوجب الخيار • وان شاء لم يبطل
القسمة ورجع على صاحبه بربع ما في يده اعتبارا للجزء بالكل • ولابي حنيفة ان القسمة عبارة عن الافراز وباستحقاق جزء شايع من احد
الطرفين لا يختل معنى الافراز لانه لا يوجب الشيوع في نصيب الاخر فلا تنتقض القسمة كما في استحقاق البعض • المعين بخلاف الاستحقاق في
الجزء الشايع في الكل حيث تنتقض القسمة لانه ظهر شريك ثالث فلو لم تبطل يحتاج الى قسمة ما في يد كل واحد منهما ليتفرد نصيبه في موضعين
يؤدي الى الضرر والضرر منفي شرعا • وانما يرجع على شريكه بربع ما في يده لانه لو استحق كل ما في يده رجع على شريكه بالنصف • فاذا
استحق النصف رجع بالربع لان نصف النصف اعتبارا للجزء بالكل • والشيخ ابو الفضل حكى الخلاف في استحقاق البعض المعين وساق كلامه على
ذلك فقال قال ابو يوسف يقول الاستحقاق يخرج المحل من ان يكون مميزا في حصته فبطل معنى القسمة كما لو استحق جزء شايع في نصيبه وابو
حنيفة يقول بان الافراز قائم • الا ترى ان في الابتداء لو افرز على هذا المثال كان كاملا لكن فيه اضرار بالمستحق عليه فيتخير بخلاف
الشايع لان افراز نصيبه لم يوجد اذ اشتركه انسان بكل ما في يده الى هنا لفظ الاشارات **قوله** وصورة المسئلة اراد
بها مسئلة الكتاب المسئلة المستشهد بها **قوله** ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الاخر
عند ابي حنيفة ومحمد ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري وقد ذكر الحاكم قول محمد ههنا مع ابي يوسف كما في الاولى • وذكر
الكرخي قوله مع ابي حنيفة كما في الاولى • وذلك لان من اصل ابي حنيفة رضي الله عنه ان القسمة لا تنتقض فيحتاج الى تحقيق معنى المعادلة بقول
لو استحق جميع ما في يده رجع بنصف ما في يد صاحبه فاذا استحق النصف رجع بالربع اعتبارا للجزء بالكل • وهذا معنى قوله لما ذكرنا وعند
ابي يوسف تنتقض القسمة فيضمنان الباقي بعد الاستحقاق وما باعه من النصف الذي باعه بحكم القسمة الفاسدة لانها بمنزلة البيع الفاسد
فيفيد الملك عند اتصال القبض بها لكن المفاوضة وقعت في حق نصف النصف لانه باخذ الربع بطريق الاصالة والربع عوضا عنه
في الطرف الاخر والمملوك بحكم العقد الفاسد مضمون بالقيمة لانه تعذر الوصول الى عين حقه لما ان البيع نفذ الى القيمة **قوله**
وسقط خيار بيع البعض اي سقط خيار المستحق عليه في نقض القسمة لانه باع البعض وتعين الرجوع بالربع تحقيقا للمعادلة • قال
الكرخي في مختصره فان كانت شاة بين رجلين نصفين ميراثا او شرا فاقتسماها واخذ احدهما اربعين شاة تساوي خمسماية واخذ الاخر
ستين تساوي خمسماية فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة دراهم فانه يرجع بخمسة دراهم في الستين شاة في قول ابي حنيفة وابي
يوسف ومحمد ايضا فيكون المستحق شاة بينهما يضرب فيها هذا بخمسة دراهم ويضرب فيه الاخر بخمسماية درهم الى خمسة دراهم الى هنا
لفظ الكرخي رضي الله عنه • وهنا لا تنتقض القسمة بالاتفاق لان الاستحقاق اذا ورد على شي معين لا تنتقض القسمة وقد ورد على شاة
بعينها فيوجب الرجوع بنصف قيمة الشاة المستحقة لتحقيق المعادلة وبيان ان بينهما الفا الا عشرة دراهم وقد وصل الى صاحب الستين
خمسماية والى صاحب الاربعين اربعماية وتسعون وبقي له خمسة دراهم الى تمام حقه فيضرب في الستين شاة بخمسة دراهم وشريكه بالاربعماية
وخمسة وتسعين **قوله** قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري وهي
من مسائل الاصل ولكن كان ينبغي ان لا يذكر في اول المسئلة لفظ قال لانه لم يذكر هذه المسئلة في البداية ولا تفاوت بين ان يكون
الدين قليلا او كثيرا وبه صرح الحاكم في الكافي والكرخي في مختصره الا ان يكون للميت مال سوى ذلك يبيع بالدين والعقد
القسمة • وذلك لان الدين يمنع دخول التركة في ملك الوارث • وكذلك اذا لم يكن للميت مال اخر لكن الورثة قضوا الدين على قدر

فوارثهم وابرا الغريم المستجازت القسمة وان كان الميت قد اوصى بالثلث فاقتسم الورثة وصاحب الثلث غايب فله ان يبطل القسمة اذا جاء وكذلك
ان اقتسموا وفيهم وارث غايب وليس للميت وصي ولا للغايب وكيل ثم قدم الغايب فله ان يبطل القسمة • وكذلك لو كان الورثة صغير لم يكن له وصي
فكبر فله ان ينقض القسمة كذا قال الكرخي • وقال ايضا وكل قسمة وقعت بين الشركا وفيهم غايب ثم قدم فله ان يبطل القسمة • وكذلك ان ادعى
بعض الورثة المقتسمين دينا فاقام بينة فله ان ينقض القسمة ولا يكون قسمته ابرا من دينه • وكذلك وارث ادعى وصية لابن له صغير واقام
على ذلك بينة وقد قسمت الدار والارض على المواريث فان هذه القسمة لا تبطل حق ابنه في الوصية • فان اراد الاب ان يطلب حقه لابنه ويرد القسمة
فليس له ذلك لانه قد اقر انه لا وصية لابنه ولكن الابن يطلب حقه اذا كبر ويرد القسمة كذا ذكر الكرخي في مختصره **قوله** ولو ادعى احد
المتقاسمين دينا صح دعواه ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر • وذلك لان الدين لا يتعلق بعين التركة بل بمعناها وهو المالية • الا يرى ان للورثة
حق ايفاء الدين من مال اخر واستخلاص التركة لانفسهم فلم يكن الاقدام على القسمة اقرارا بعدم الدين • بخلاف دعوى عين من التركة المقسومة لان
اقدامه على القسمة دليل على ان المقسوم مشترك فلم يسمع بعد ذلك دعواه لمناقضة خاصة للتناقض • قال في شرح المبسوط من الشامل اقتسمت الورثة
دارا وفيهم امراة الميت ثم ادعت بعد القسمة مهرا على زوجها واقامت البينة تنقض القسمة • وكذلك الوارث لو ادعى دينا لان المهر لا يتعلق بعين
التركة بل بمعناها فلم يكن الاقدام على القسمة منزوا بان لا حق لها

فصل في المهايات

شرع في المهايات
وهي قسمة المنافع بعد بيان قسمة الاعيان لانه يحتاج اليها وقدم الاعيان لان العين اصل لكونه قايما بنفسه والمنافع اعراض لا تقوم بنفسها
الا بالعين ومسائل هذا الفصل من مسائل الاصل الا انها لم يذكرها محمد في الجامع الصغير ولا القدوري في مختصره • ولهذا لم يذكرها صاحب
الهداية في البداية • وانما ذكرها هنا لتكثير الفوائد • قال الطحاوي في اختلاف الفقها اختلف في ذلك قول الشافعي رحمه الله فلم اجد ذا هو
مذهبه ان الحاكم لا يجبر على المهايات وهكذا يذكر اصحابه اليوم • وقال في كتاب القصاص وجبرهم القاضي والحاكم وما لا يحتمل القسمة يجري فيها
المهايات ولكن لا يجبر عليها • وقال في شرح الاقطع قال اصحابنا ان المهايات في المنافع المشتركة جايز وواجب اذا طلب احد الشريكين • وقال
الشافعي رحمه الله لا يجوز • والدليل على مشروعيتها الكتاب والسنة والمعقول • اما الكتاب فقوله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم • والمراد
من القسمة ما ذكرها الله تعالى في اية اخرى لقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم اخبر ان الانتفاع بين قوم صالح وبين الناقة على التناوب
وشريعة من قبلنا تلزمنا على ان شريعتنا ما لم يرد النسخ • واما السنة فما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى غزوة بدر مع اصحابه
على نواضح المدينة لكن لم يظهر غيرها فكان يخرج منهم الثلاثة على البعير الواحد بالتناوب لعزتهم فارس غير مصعب بن عمير والمقداد بن الاسود
وروي عن عقبة بن عامر الجهني قال كنا نتناوب في رعي ابل الصدقة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم • واما المعقول فهو ان الاعيان خلقت
للانتفاع فمتى كان الملك مشتركا كان حق الانتفاع مشتركا ايضا • والمحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الاشتراك في زمان واحد فيحتاج الى التهايؤ
تكميلا للانتفاع • ولان المالك مشترك فيجوز استحقاقه في العقود فجاز وقوع القسمة فيها كالاعيان • فان قيل المهاياة تمليك منافع بمنافع
من جنس واحد فهي اجارة ولا يكون التناجي في الاجارة • قلنا لا نسلم انها اجارة لانه يستوفي منفعة ملك نفسه بل هي قسمة منافع الاعيان ثم التهايؤ
قد يكون من حيث المكان كالدار الكبيرة يسكن احدهما ناحية منها والاخر ناحية اخرى • وقد يكون من حيث الزمان بان ينتفع احدهما بالعين يوما والاخر
مثله كالدار والارض ونحو ذلك مما يحتمل القسمة • واما فيما لا يحتمل القسمة كالدابة الواحدة والعبد الواحد فلا يتاتى فيه الا من حيث الزمان والاصل
في المهاياة ان تعتبر بقسمة العين لانها بيانها وقسمة العين قد تقع افرازا وقد تقع تمليكا وقد تقع مشتملا على المعنيين ففي الاعيان المتساوية
يقع تمييزا حتى يجبر عليه • ويجوز بيع نصيب احدهما بعد القسمة مرابحة بحصته من الثمن الاول • وفي الاعيان المتفاوتة التي لا تحتمل التقريب
كالدواب المختلفة يقع تمليكا حتى لا يجبر عليه • ولا يجوز بيع نصيب احدهما مرابحة بعد القسمة • وفي الاعيان المتفاوتة التي تحتمل التقريب
كالدواب من جنس واحد فيه معنى التمييز من وجه حتى يجبر عليه وفيه معنى التمليك من وجه حتى لا يجوز بيع نصيب احدهما مرابحة بحصته من
الثمن الاول فالقسمة في المنافع نظير القسمة وانها على وجوه لانها ان يكون في الدار الواحدة او الدارين او في العبد او في العبدين او
في الدابة او الدابتين من حيث المنفعة او من حيث الاستغلال • وقد يكون في اجناس مختلفة ويجي بيان جميع ذلك هنالك ان شاء الله هو
قوله ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ اي لان قسمة العين ابلغ من قسمة المنفعة في تكميل
الانتفاع لاجتماع المنافع في الزمان الواحد • وفي النهاية يحمل ذلك على التعاقب • قال في كتاب الصلح من الشامل ولكل واحد نقض
المهاياة بلا عذر واذا لم يرد النقض لانه بمنزلة العارية ووارثهما بمنزلتهما • وقال في الكفاية طلب احدهما قسمة العين بعد المهاياة
ثم الحاكم فسخ المهاياة • لان الاصل القسمة **قوله** ولو تهايا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة وهذا او
علوها وهذا سفلها جاز اراد بالطائفة الناحية من الدار سواء ذكر المدة او لا لانها عند قسمة المنفعة كقسمة العين والمنفعة غير مختلفة فجازت
قال صاحب الهداية والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة اي التهايؤ من حيث المكان افراز لا مبادلة له • الا ترى انه لا يشترط
فيه بيان المدة فلو كانت مبادلة له لاشترط ذلك لانه يكون تمليك المنفعة بعوض كالاجارة ويشترط التاقيت في الاجارة • ولكل واحد منهما
ان يستغل ما اصابه شرط ذلك في عقد المهاياة او لا لان المنفعة حدثت على ملكه • وبعضهم قيد جواز الاستغلال اذا شرط كل واحد ان يستغل
ما اصابه والا فلا **قوله** ولو تهايا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز • وكذا هذا في البيت الصغير يسكن هو
احدهما يوما والاخر يوما لما بينا ان التهايؤ على خدمة العبد الواحد احترازا عن التهايؤ على غلة العبد الواحد فانه لا يجوز بالاتفاق • بيانه
فيما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في كتاب الصلح من شرح الكافي • والتهايؤ في الخدمة في العبد الواحد او العبدين جايز • وفي
الكتابيات في العبدين ينبغي ان لا يجوز ايضا ههنا عند ابي حنيفة اعتبارا بقسمتهما ولكن الذي ما ذكرنا اشار اليه ان في الرقبة انما
لا تجوز القسمة جبرا للتفاوت • وفي المنفعة يحتمل التقريب والتهايؤ على الغلة في العبدين بالحل في قول ابي حنيفة • وعندهما يجوز في

العبد الواحد لا يجوز بالاجماع والفرق ما بين هذا وبين غلة الدار ان القسمة انما تجوز على تقدير الاعتدال لانه عند فوات الاعتدال يتمكن فيه
معنى التمليك وتمليك الغلة قبل الوجود باطل • وفي غلة الدار قلما يقع التفاوت لما ان اسباب التغير لا تعترض في الدار في زمان يسير وفي
العبد تعترض لانه حيوان لا يخلو عن آفة عادة خصوصا عند لحوق تعب الكسب • ولان ذلك يبتني في منفعة السكنى وذلك لا يتفاوت
وهذا يبتني على الاستغلال وهذا امر يجري فيه الاستقصاء عادة والناس يتفاوتون في الاستقصاء غاية التفاوت لانه من باب الكسب
وفرق بينه وبين التهايؤ في خدمته لان خدمته لا تتفاوت لان ذلك امر يأتيه العبد بنشاطه من غير حمل عليه لانه لو حمل عليه يعرق
في ذلك والاستغلال امر يأتي بالحمل لان الحريص من طلب المال والناس يتفاوتون في ذلك • وفرق ابو يوسف ومحمد بين التهايؤ في غلة
عبد واحد وغلة عبدين • ويجوز في عبدين ولا يجوز في عبد واحد لان الاعتدال لا يمكن مراعاته في عبد واحد لان ذلك لا يأتي
الا في زمانين فيتأخر حق احدهما عن الاخر فيكون توهم اسباب التغير في احدهما اكثر من التوهم في حق الاخر فما اعتبرنا هذا التفاوت
في التهايؤ في الغلة وما اعتبرنا في الخدمة لان العبد يخدم بنشاطه فلا يلحقه التعب عادة والتعب سبب التغير فما كان يعتبر سبب توهم
التغير في الباب وانه يتفاوت بتفاوت الزمان • وفي العبدين التوهم في حقهما على السواء لانه يكون ذلك في زمان واحد وفي العبد الواحد
يكون في زمانين • وابو حنيفة يقول لما اعتبر تفاوت التغير عند اختلاف الزمان لا يعتبر عند اختلاف المحل دليل ان العبدين لا يجبران
في قبول التعب عادة يتفاوتان • وعند التفاوت في محل التعب يفوت الاعتدال في التهايؤ وعند فوت الاعتدال يتمكن فيه معنى التمليك
فيفسد حينئذ **قوله** ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بان يتفقا • يعني اذا ذهب
احدهما في محل يحتمل التهايؤ من حيث الزمان والمكان التهايؤ من حيث الزمان واراد الاخر التهايؤ من حيث المكان فيأمرهما القاضي
بالاتفاق على احدهما لان التهايؤ في المكان اعدل لانه اذا سكن احدهما في مقدم الدار والاخر في مؤخرها يقع لاداء في منفعة
المحل والتهايؤ في الزمان اكمل لان كل واحد منهما ينتفع بجميع المحل في مدته • فاذا اختلفا في البداءة في التهايؤ بالزمان اقرع بينهما
نفيا للتهمة الميل **قوله** على ان يخدم هذا هذا العبد بالضم وقوله والاجر الاجر الاول بالنصب والثاني بالضم **قوله** وهكذا
روي عنه اي عن ابي حنيفة رضي الله عنه يعني روي عن ابي حنيفة في الكيسانيات ان التهايؤ على خدمة العبدين لا يجوز • وظاهر الرواية
على خلاف ذلك وقد مر بيانه انفا **قوله** ولو تهايأ فيهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا • وفي الكسوة لا يجوز
للمسامحة في الطعام دون الكسوة • قال في الشامل لو تهايأ في عبدين على ان يخدم كل واحد احدهما وطعام كل واحد عليه جاز استحسانا
لانه يستطيع ان يخدمه ويوفي بطعامه من غير تقدير فيجوز • ولو تهايأ على ان يكون على كل واحد كسوة ما في يده لا يجوز لان كسوتهما
عليهما فيكون كل واحد مشتريا نصف الكسوة من صاحبه بنصف كسوة الذي في يده وانه مجهول فلا يجوز **قوله** ولو تهايأ
في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه • اما عندهما فظاهر لانها بمنزلة قسمة الجبر في الدور وكذا ابو حنيفة
ساقها وابو حنيفة يحتاج الى الفرق بين قسمة الدور وقسمة منافعها حيث الفرق لعله هذا • وقال في التهايؤ الصغرى وذكر الكرخي
هذا اذا اصطلحا عليه • اما عند طلب احدهما فالقاضي لا يجبر عند ابي حنيفة لان عنده قسمة الجبر لا تجري في الدور فكذا في القسمة
بطريق التهايؤ • والى قول الكرخي اشار صاحب الهداية بقوله قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة • وعن ابي حنيفة انه لا يجوز التهايؤ
فيه اصلا اي في سكنى الدارين الا بالتراضي ولا بالجبر وهذه رواية الكيسانيات • بيانه فيما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي • وكذلك التهايؤ في الدارين على السكنى او الغلة جائز • وذكر في الكيسانيات عن ابي حنيفة انه لا يجوز لان قسمة
المنفعة معتبرة بقسمة العين وقسمة العين في الدارين عنده لا تجوز اعتبارا للتفاوت الا ان عنده تجوز بالتراضي لانه ينعقد تمليكا عند
ذلك وتمليك الدار جائز • وههنا ينعقد تمليك السكنى وذلك باطل • وفي ظاهر الرواية تجوز بخلاف قسمة الدار لان في الرقبة
انما لا يجوز جبرا باعتبار التفاوت في المالية ولا يمكن الترجيح بينهما لفحش التفاوت الا بضرر التقسيم وفي المنفعة يحتمل الترجيح
بزيادة المدة في حق احدهما من غير ضرر التنقيص والتهايؤ في دار واحدة على الغلة وقد ذكرناه الا ان غلة الدارين فضلت في يد احدهما
شارك صاحبه فيها وهذا في دوام جنسا فرق بين هذا وبينما اذا تهايأ في السكنى ثم اجر احدهما في مدته فاضل ما اجر الاخر حيث
لا يشارك صاحبه فيما فضل • والفرق ظاهر لان قسمة التهايؤ وقع في المنافع فيجب مراعاة المعادلة فيها وبالتفاوت في الغلة لا يبطل
فوت المعادلة في المنافع فاذا استوفيا ثم تفاوتا في البدل بالعقد فيكون التفاوت مضافا الى العقد دون ذاتيهما
بمنزلة قسمة العين بين الشريكين ثم باع احدهما نصيبه باكثر مما باعه الاخر وفي الغلة وقعت القسمة في نفس الغلة وجوزنا ذلك على تقدير
المعادلة فاذا ظهر التفاوت في الثانية لا بد ان يشارك صاحبه في الفضل تحقيقا للمعادلة **قوله** وفي الدابتين لا يجوز
التهايؤ على الركوب عند ابي حنيفة • وعندهما يجوز قال في شرح والتهايؤ على الركوب او الغلة في الدابتين جائز عند ابي يوسف
ومحمد ولا يجوز في قول ابي حنيفة فيما نقل ابي يوسف التهايات في الدواب في ركوب ولا غلة فاعتبر ان المنفعة بالرقبة • وقسمة
الدواب من جنس واحد يجوز فيه فكذا منفعة ويعتبر بالعبد ايضا • وقسمة يجوز التهايؤ في الغلة والخدمة في العبدين فكذا في الدابتين
وابو حنيفة يفرق بينهما • ووجه الفرق ان العبد يخدم بنشاطه لا بحمل احد والظاهر انه يخدم على نمط واحد فيتحقق الاعتدال
فيهما والدابة لا تحمل الا بالحمل والناس يتفاوتون فيه • ولهذا قلنا ان من استاجر عبدا للخدمة فله ان يؤاجره لمن يخدم يجوز ولو
استاجرها للخدمة فأجر لا يجوز • وفي الدابة الحكم بخلافه وما كان ذلك الا لما قلنا • وعند التفاوت لا يستقيم تعيينها
لتعيين التمليك • وفي الدابة الواحدة التهايؤ في الركوب على الخلاف الذي ذكرنا • وفي الغلة لا يجوز بلا خلاف كما في العبد الواحد
قوله والدابة يحملها الي محل زيادة على طاقتها وهو على صيغة المبني للمفعول **قوله** واما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة

وظاهر

وظاهر الرواية • وذلك لانه في القسمة تهايأ من حيث المنفعة لانه لابد بعد ان يتهايأ سكنى ثم يواجرها فيأكل غلتها وبعد ان يتهايأ في الغلة ابتداء
وقد ذكر في الرقيات انه لا يجوز التهايؤ في الغلة لان الغلة اسم للدراهم وهي معدومة الحال وقسمة المعدوم قبل الوجود لا يجوز واذا كان مما
يحتمل القسمة بعد الوجود • بخلاف القسمة في المنفعة • ولهذا لا يجوز القسمة في غلة عبد واحد كذا في شرح الكافي **قوله** ولو زادت الغلة
في نوبة احدهما عليها في نوبة الاخر • اي لو زادت الغلة في الدار الواحدة والضمير في عليها راجع الى الغلة **قوله** والتهايؤ على الاستغلال
في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية وهذا احتراز عن رواية الكيسانيات وقد مر قبل هذا **قوله** وكذا يجوز في العبدين عندهما
اي يجوز التهايؤ في استغلال العبدين خلافا لابي حنيفة ولا يجوز التهايؤ في استغلال عبد واحد بالاتفاق وقد مر بيان ذلك **قوله** ضرورة
اي ضرورة ان البائع لا يبقى بتعذر قسمتها كذا الضرورة في المتن لعدم هذا **قوله** ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما • اي لا
يجوز التهايؤ في الاستغلال عند ابي حنيفة خلافا لهما • وفي الدابة الواحدة لا يجوز بلا خلاف وقد مر قبل هذا • قال في شرح الكافي والتهايؤ
في دار وعبد على السكنى والخدمة جائز وعلى الغلة باطل في قول ابي حنيفة جائز في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا كان بالتراضي • اما بدون
التراضي لا يجوز لعدم المعادلة • ومع التراضي يكون فيه معنى التمليك ولكن تمليك منفعة السكنى بمنفعة الخدمة جائز • وفي الغلة يجوز ايضا
عندهما لان ذلك في الحقيقة تمليك المنفعة • وابو حنيفة لا يسلم بانه تمليك المنفعة بل هو تمليك الدراهم • لان الغلة اسم لبدل المنفعة فيكون
هذا تمليك الدراهم قبل وجودها فلا يجوز لانه يمكن تمليكها بعد وجودها • بخلاف المنفعة وبخلاف ما اذا كانت الغلة من جنس واحد
لانه عند اتحاد الجنس يصير تمييزا والتمييز يجوز ان يتأخر مضافا الى زمان الوجود فيما يحتمل التمليك بعد الوجود فلذلك بطل المهايأة في الغلة
لوقوعها تمليكا **قوله** ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايأ على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب
البانها لا يجوز • وذلك لان الثمر واللبن عين ولا يجوز قسمة الاعيان قبل وجودها • وانما جازت قسمة المنافع قبل وجودها للضرورة لعدم
بقائها باعتبار معنى التمييز ولا ضرورة في الاعيان قبل الوجود لامكان القسمة بعد الوجود لانها تبقى • قال صاحب الهداية والحيلة • اي الحيلة
في جواز التهايؤ ان يبيع حصته من الاخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن استقراضا نصيب صاحبه • يعني يبيع احد الشريكين حصته
من الشجر او الغنم من صاحبه ثم يشتري بعد مضي نوبته جميع الشجر او الغنم فيحل لكل واحد منهما ما تناوله لانه حصل اللبن والثمر على ملك المشتري او
ينتفع باللبن استقراضا نصيب صاحبه من الحليب كل يوم الى مدة معلومة • ثم اذا انقضت المدة ينتفع صاحبه باللبن بمثل تلك المدة بعد ما رد نصيب
نفسه في هذه المدة وبعضه ما اقرضه في المدة الماضية • ولكن ينبغي ان يزن اللبن او يكيله كل يوم حتى يتحقق المساواة في الاستيفاء ولا يكون
الربا لان اللبن يزيد وينقص في الحلب • وقال في تتمة الشامل من المبسوط تهايآ في اغنام بينهما على ان يكون نصفها عند هذا والنصف عند الاخر
يعلف ويشرب لبنها لا يجوز وكذا جز صوفها لان اللبن بينهما والعلف عليهما فيكون كل واحد مشتريا نصف لبن صاحبه بنصف العلف الذي عليه واللبن يزيد
وينقص والعلف كذلك فيكون التفاوت فاحشا فيكون مبادلة محضة فكان بيع لبن بلبن وصوف بصوف مجازفة فلا يجوز بعد الحلب والجز فقبلها
اولى • وقال في التهايؤ الصغرى تهايأ بين اثنين تراضيا على ان يكون عند كل واحد منهما خمسة عشر يوما الحليب لهما فهذه مهاياة باطلة ولا يحل
فضل اللبن لاحدهما وان جعلاه في حل الا ان يستهلك صاحب الفضل فضله ثم جعله صاحبه في حل فحينئذ يحل لان الاول هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فلم يجز
والثاني هبة الدين وانه يجوز وان كان مشاعا ونقل عن قسمة الواقعات

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من الارض من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة
عقيب القسمة ولان الارض لبعض ما يجري فيه القسمة • ثم بعد قسمة الارض يحتاج الى الزراعة فذكر الزراعة عقيبها او لان المزارعة
ان المزارعة عقد على الزراعة ببعض الخارج وهو اجارة الارض او العامل ببعض الخارج نحو الثلث والربع • وفي جوازها خلاف يجيء بعد
هذا • فاما اجارتها بالدراهم والدنانير في الذمة او معينة فجائز اذا ذكر المدة وبين ما يزرع فيها فلا يسمى هذا العقد مزارعة بل هي اجارة
والمعاملة اجارة العامل ليعمل في كرمه او نخله او اشجاره من النخل والحنطة ببعض الخارج • ثم لابد من ان نعرف ركنها وشرائط جوازها وحكمها وصفتها و
اما ركنها فالايجاب والقبول • واما شرائط جوازها فمن شرط جواز المزارعة كون الارض صالحة للزراعة وكون رب الارض والمزارع من اهل
العقد • ومنها بيان المدة بان يقول الى سنة او الى سنين • وفيما اذا دفع الكرم معاملة في القياس لا يجوز من غير بيان المدة وفي
الاستحسان يجوز ويقع على اول ثمرة تخرج في تلك السنة بناء على جواب الاستحسان فرق محمد بين المزارعة والمعاملة فاذا وقع المعاملة على ثمرة
واحدة وما اوقع المزارعة على زرع واحد في سنة واحدة • وعن محمد بن سلمة ان المزارعة من غير بيان المدة جائزة ايضا على سنة
واحدة • يعني على زرع واحد وبه اخذ الفقيه ابو الليث رضي الله عنه ذكره في اول مزارعة الفتاوى • ومن الشرائط ان يخلي رب
الارض والتخلية بين الارض والنخيل بين المزارع والعامل • حتى اذا شرط في عقد ما تنعدم به التخلية مثل عمل رب الارض والنخل مع المزارع
او مع العامل لا يجوز بما يأتي بعد هذا • ومن الشرائط بيان من عليه البذر ويحكى عن ابيه ان بيان من عليه البذر انما يشترط في موضع
لم يعرف فيه ظاهر ان البذر على من يكون • او كان العرف مشتركا • اما في كل موضع كان فيه عرف ظاهر ان البذر يكون على احدهما
بعينه لا يشترط بيان من عليه اذ المعروف كالمشروط كما في نقد البلد • وفي نوادر ابن رستم عن محمد اذا قال لغيره اجرتك ارضي هذه سنة
بالثلث • او قال بالنصف فهو جائز والبذر على المزارع • ولو قال دفعت اليك ارضي او قال اعطيتك ارضي مزارعة بالثلث فهذا فاسد
لانه لم يبين من عليه البذر وانه شرط ولا كذلك الصورة الاولى لان الاجرة تكون على المستأجر لا محالة • ومن الشرائط بيان ما يزرع
في الارض وهذا قياس • وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الراي الى المزارع او لم يفوض بعد ان ينص على المزارعة • هكذا
ذكر شيخ الاسلام في اول شرح المزارعة • ومن الشرائط بيان النصيب على وجه لا ينقطع الشركة بينهما في الخارج بان يقول بالنصف
او بالثلث او الربع او ما اشبه ذلك • وان بينا نصيب احدهما ان بينا نصيب من لا بذر من جهته جازت المزارعة قياسا واستحسانا • ولو

يعنا نصيب من كان البذر من جهته جازت المزارعة استحسانا لا قياسا • ومن الشرائط في المعاملة ان يكون العقد واقعا على ما هو في حد
النمو بحيث يزيد في نفسه بسبب عمل العامل • حتى انه اذا عقد عقد المعاملة على ما تناهى عظمه وصار بحال لا يزيد في نفسه بسبب عمل العامل لا
يصح وسيجي بيانه • واما بيان حكمها فنقول لها حكمان احدهما يثبت في الحال وهو الملك في منفعة الارض ان كان البذر من جهة المزارع
او من ثبوت الملك في منفعة العامل ان كان البذر من جهة رب الارض • وفي المعاملة ثبوت الملك في منفعة العامل والحكم الاخر يثبت ثانيا
وهو الشركة في الخارج • واما بيان صفتهما فنقول المعاملة لازمة من الجانبين في الحال حتى ان كل واحد من المتعاقدين لا يملك الفسخ الا بعذر وهو
والمزارعة لازمة من قبل من لا بذر من جهته حتى لا يملك الفسخ الا بعذر غير لازمة من قبل من له البذر قبل القاء البذر في الارض حتى يملك الفسخ
من غير عذر • وبعدما القى البذر في الارض تصير لازمة من الجانبين حتى لا يملك احدهما الفسخ بعد ذلك الا بعذر • وفي المنتقى عن ابي يوسف
اذا كان البذر من قبل رب الارض ودفعه الى المزارع ثم اراد احدهما ان يبطل المزارعة • وان لم يدفع البذر الى المزارع فلرب الارض ان يبطلها
وليس للمزارع ان يبطلها ذكره كذلك في تجريد المحيط **قوله** قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة • وهذا لفظ القدوري في
مختصره • وكذلك المعاملة لا تجوز عند ابي حنيفة ببعض الخارج • وقال صاحباه كلاهما جائز • وعند مالك لا يجوز دفع الارض مزارعة
الا تبعا للكرم والاشجار وشرط التبعية عنده ان يكون في الاصل ضعف التبع لان به يتحقق التبعية كذا في المختلف • وقال الشافعي رحمه الله تجوز
المزارعة تبعا للمساقاة على الارض التي بين النخيل ولا تجوز مفردة • ولا تجوز حتى يكون من رب الارض البذر والعمل • ومن العامل العمل
كذا في شرح الاقطع • وقال المزني من اصحاب احمد بن حنبل في مختصره وتجوز المساقاة في النخل والكرم والشجر بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر
ولا يجوز ان يجعل له فضل دراهم • وتجوز المزارعة ببعض ما يخرج من الارض اذا كان البذر من الارض الى هنا لفظ الخرقي • وذكر الخصاف
في كتاب الحيل الحيلة في جواز المزارعة على مذهب ابي حنيفة فقال الحيلة في ذلك ان ياخذها مزارعة ثم يتنازعا الى قاض يرى المزارعة
جائزة فيحكم بجوازها عليهما فيجوز ذلك اذا امضى قاض • قلت فان لم يتنازعا الى القاضي هل في هذا حيلة قال نعم يكتبان كتاب اقرار بينهما
ان قاضيا قضى عليهما بانفاذ هذه المزارعة ويجوز اقرارهما بذلك على انفسهما الى هنا لفظ الخصاف • وقال الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي ثم الحيلة لابي حنيفة في جواز المعاملة والمزارعة ان يستاجر العامل باجرة معلومة الى مدة معلومة فاذا انقضت تلك المدة ثم
الاجرة سواء حصل هناك خارج او لم يحصل ثم يبرأ صاحبها على بعض الخارج مكان الاجر فيجوز ذلك فكذلك هذا في المزارعة • وجههما
في ذلك معاملة رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل خيبر وفعل الصحابة والتابعين • بيانه بما حدث البخاري في جامعه الصحيح وقال قال
قيس بن مسلم عن ابي جعفر قال ما بالمدينة اهل بيت هجرة الا يزرعون على الثلث والربع وزارع علي وسعد بن مالك وعبد الله بن مسعود وعمر
بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل ابي بكر وآل عمر وآل علي وابن سيرين • وقال عبد الرحمن بن الاسود كنت اشارك عبد الرحمن بن يز
يد في الزرع • وعامل عمر الناس على ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وان جاؤا بالبذر فلهم كذا • وقال الحسن لا باس ان تكون الارض
لاحدهما فينفقان جميعا فما خرج فهو بينهما • ورأى ذلك الزهري • وقال الحسن لا باس ان يجتنى القطن على النصف • وقال ابراهيم وابن
سيرين وعطاء والحكم والزهري وقتادة لا باس ان يعطي الثوب بالثلث والربع ونحوه • حدثني ابراهيم بن المنذر قال انس بن عياض عن
عبيد الله عن نافع ان عبد الله بن عمر اخبره ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل خيبر على شطر ما يخرج منها من زرع او ثمر وكان يعطي ازواجه مائة وسق
ثمانون وسق تمر وعشرون وسق شعير الى هنا لفظ الصحيح البخاري • وقال ايضا فيه حدثنا علي بن عبد الله قال حدثنا سفيان قال
عمرو قلت لطاوس لو تركت المخابرة فانهم يزعمون ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه • قال اي عمرو فاني اعطيهم واعينهم فان اعلمهم اخبرني يعني
ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه ولكن قال ان يمنح احدكم اخاه خير له من ان ياخذ عليه خرجا معلوما • وحجة ابي حنيفة
ما ذكر صاحب السنن باسناده • وقال حدثنا قتيبة بن سعيد عن مالك عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن حنظلة بن قيس انه سأل رافع
بن خديج عن كرا الارض فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كرا الارض فقلت ابالذهب والورق فقال اما الذهب والورق فلا باس
به • وحدثنا عبد الملك بن شعيب بن الليث قال حدثني ابي عن جدي الليث • قال حدثني عقيل عن ابن شهاب قال اخبرني سالم بن عبد
الله ان ابن عمر كان يكري ارضه حتى بلغه ان رافع بن خديج الانصاري كان ينهى عن كرا الارض فلقيه عبد الله فقال يا ابن خديج ماذا تحدث
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في كرا الارض فقال رافع لعبد الله بن عمر سمعت عمي وكانا قد شهدا بدرا يحدثان اهل الدار ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كرا الارض فقال عبد الله والله لقد كنت اعلم في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الارض تكرى ثم خشي عبد الله ان يكون
احدث رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك شيئا لم يكن علمه فترك كرا الارض • وقال صاحب السنن ايضا حدثنا يحيى بن معين قال
حدثنا ابن رجا يعني المكي قال ابن خثيم حدثني عن ابي الزبير عن جابر بن عبد الله قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لم يذر
المخابرة فليؤذن بحرب من الله ورسوله • وحدث الطحاوي هذا الحديث في شرح الآثار باسناده عن ابي داود عن يحيى بن معين
الى اخر الاسناد • وحدث الطحاوي ايضا • وقال حدثنا فهد قال حدثنا ابن ابي مريم حدثنا محمد بن مسلم الطائفي اخبرني ابراهيم
بن ميسرة اخبر عمرو بن دينار عن جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة والمزابنة والمحاقلة والمخابرة على الثلث
والربع والنصف • والمزابنة بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر • وبيع العنب في الشجر بالزبيب • والمحاقلة بيع الزرع قائما على اصوله بالطعام
كذا ذكر الطحاوي • وقال في الفائق المخابرة في المزارعة على الجزء وهي النصيب • وقال ابو عبيد في غريب الحديث المخابرة في المزارعة
بالنصف والثلث والربع واقل من ذلك واكثر وهو الخبر ايضا • ثم قال ابو عبيد وكان ابو عبيدة يقول اما في الاكار الخبير لانه يخابر
الارض والمؤاكرة هي المخابرة • قال ولهذا سمي الاكار لانه يؤاكر الارض • وقال في مختصر الاسرار قال ابن الاعرابي المخابرة مشتقة من معاملة
رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل خيبر • ثم صارت لغة مستعملة • وقال صاحب السنن ايضا حدثنا ابو بكر بن ابي شيبة • قال حدثنا عمر بن ايوب

محمد بن بركان عن ثابت بن الحجاج عن زيد بن ثابت قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قلت وما المخابرة قال ان تاخذ الارض بنصف او ثلث
او ربع • ولابي يوسف ومحمد ضرب من المعقول وهو ان الحاجة ماسة الى تجويز المزارعة والمعاملة لان من الناس من له اراضي لا يتفرغ لزراعتها
واستغلالها بنفسه لعجزه • ومن الناس من يقدر على العمل والمزارعة وليس له ارض يزرعها • وهذا غالب فيما بين الناس فجوز الشرع عقد المزارعة
والمعاملة دفعا للحاجتين وله نظير في اصول الشريعة وهي المضاربة فانها جوزت لاجل الحاجة لان من الناس من له مال ولا يهتدي الى العمل
ومنهم من يهتدي الى العمل ولا مال له فجوزنا المضاربة لتحقيق الربح لهما جميعا • ولابي حنيفة ان المزارعة والمعاملة استيجار ببعض الخارج وذلك
البعض مجهول او معدوم وجهالة الاجرة وعدمها يفسدان العقد وانما قلنا ذلك لان الارض او الشجر اما ان تخرج شيئا او لا فان اخرجت فالاجرة
مجهولة لان قدر الثلث او الربع لا يعلم كم هو • وان لم تخرج فالاجرة معدومة • والجواب عن قياسهما على المضاربة فنقول ذاك ليس بصحيح لوجود
الفارق وهو ان المضاربة انما يثبت فيها الربح بعد سلامة رأس المال ووصوله الى يد ربه وليس المزارعة والمساقاة كذلك • الا ترى ان المساقاة
في نخل من يجيزها لو اثمرت النخل بجذعة الثمر ثم احترقت النخل لكان الثمر بينهما على ما اشترطا ولم يمنع عدم النخل رأس المال بين المضارب من الربح
ويفسد المزارعة والمساقاة اذا عقدتا الا الى وقت معلوم • بخلاف المضاربة فانها تجوز الا الى وقت معلوم • ويجوز للمضارب ايضا ان
يمتنع عن المضاربة بعدما اخذ المال ولا يجبر على ذلك • وكذلك اذا اراد رب المال وليس المزارعة والمساقاة كذلك فانه لا يكون لاحدهما
فسخ العقد الا برضا صاحبه وبعد الوقت ويجبر على اتمامه فظهر الفرق • ومن جهة النظر المزارعة والمساقاة اشبهت الاجارة والمضاربة
اشبهت الشركة لان الاجارة لا تجوز الا على عمل معلوم او الى وقت معلوم ببدل معلوم واذا دخل الجهالة فيه فسد العقد فكذا المساقاة
والمزارعة لانها لا تجوز الا على ارض وشجر معلوم الى وقت • ثم الاجارة على بدل مجهول فاسد فكذا المزارعة والمساقاة • واما شبه
المضاربة بالشركة لان الشركة تصح على عمل مجهول ان يقول له اتجر فيما بدا لك • وكذلك تصح الى وقت مجهول • الا ترى انه لو لم يوقتا
جاز فكذلك المضاربة تصح على عمل مجهول الى وقت مجهول فثبت بما ذكرنا ان المساقاة والمزارعة لا تجوز الا باجل معلوم وبدل معلوم من الدراهم
والدنانير وما اشبهها وهو قول ابي حنيفة • فاما ابو يوسف ومحمد تركا في ذلك النظر وقلدا الآثار • وقال محمد في كتاب الآثار اخبرنا
ابو حنيفة عن حماد انه سأل طاوسا وسالم بن عبد الله عن المزارعة بالثلث او الربع فقالا لا باس به فذكرت ذلك لابراهيم فكرهه
وقال ان طاوسا له ارض يزارعها من اجل ذلك قال ذلك • قال محمد كان ابو حنيفة ياخذ بقول ابراهيم ونحن ناخذ بقول سالم وطاوس
لا نرى بذلك باسا **قوله** في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر رجلا ليطحن له بكرا
من حنطة بقفيز من دقيقها • ولا شك ان ذلك استيجار العامل ببعض ما يخرج من عمله فكذا المزارعة والمساقاة فيكونان في معناه **قوله**
ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح • يعني انها لم تكن بطريق المزارعة والمساقاة بل كانت بطريق
الخراج على وجه المن عليهم والصلح لان النبي صلى الله عليه وسلم ملكها غنيمة فلو كان اخذ كلها جاز وتركها في ايديهم بشرط ما يخرج منها فضلا وكان ذلك
الخراج مقاسمة وهو جائز كخراج التوظيف ولا نزاع فيه وانما النزاع في جواز المزارعة والمعاملة وقد مر بيان الخراجين في كتاب
الزكاة • ولان المدة لم تكن معينة في معاملة اهل خيبر • والمدة شرط فيها • وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي • ومما
يدل على انه ما شرطوا نصف الثمر والزرع كان على وجه الجزية انه لم يرو في شيء من الاخبار ان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ منهم الجزية الى ان مات
ولا ابو بكر ولا عمر الى ان اجلاهم ولو لم يكن ذلك جزية لاخذ منهم الجزية حين نزلت آية الجزية **قوله** لا اثر هناك اي لم يرد الاثر
في دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد **قوله** فاذا فسدت اي فسد العقد عند ابي حنيفة فان سقى الارض
وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة • قال في شرح الطحاوي فلما لم يجز عنده كان الخارج كله لصاحب البذر • فان
كان البذر من قبل رب الارض فالخارج كله له ويطيب له ولا يتصدق به لان ذلك كله نماء ملكه ويجب عليه اجر مثل المزارع • وان كان البذر
من قبل المزارع فالخارج كله له ويجب عليه اجر مثل الارض لصاحب الارض لانه استعمل الارض بعقد فاسد فما كان من الخارج بازاء البذر والمؤنة و
يطيب له ذلك وما فضل من ذلك يتصدق به • واما على قولهما فان حصل من الخارج شيء يكون بينهما على الشرط وان لم يحصل فلا شيء لرب
الارض ولا على المزارع **قوله** ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط وقد ذكرناها في اول الكتاب **قوله** ولا يختص به
اي كون العاقدين من اهل العقد وهو الشرط الثاني لا يختص بعقد المزارعة لانه شرط في سائر العقود **قوله** والثالث بيان ان البذر لانه
عقد على منافع الارض او منافع العامل • بيانه بما قال في شرح الطحاوي بقوله وعقد المزارعة قد يكون استيجار الشخص ببعض الخارج كما اذا كان البذر
من قبل رب الارض وقد يكون استيجار الارض ببعض الخارج كما اذا كان البذر من قبل المزارع فلم يبين ان البذر شرط وهو الظاهر • وعن محمد بن سلمة
انه ليس بشرط وقد مضى في اول الكتاب • قال في النوازل سئل ابو نصر محمد بن محمد بن سلام عن رجل دفع ارضا مزارعة ولم يبين لها وقتا
قال على مذهب علمائنا الكوفيين المزارعة فاسدة • وفي قول محمد بن سلمة الاجارة جائزة وهو على اول السنة • قال الفقيه وبه ناخذ فاما
قال اهل الكوفة ذلك لان وقت المزارعة عندهم متفاوت فابتداؤها وانتهاؤها مجهول • ووقت المعاملة معلوم فاجازوا المعاملة بلا
اول السنة ولم يجيزوا المزارعة • فاما في بلادنا فوقت المزارعة معلوم فيجوز وان لم يوقت كما تجوز المعاملة الى هنا لفظ النوازل
قوله والارض هي المعيار لها اي للمنافع لعلم المنافع بالارض التي هي المعيار • قال في باب المزارعة ثلاثة السين من الواقعات
رجل دفع ارضه معاملة خمس سنين هذه معاملة فاسدة لانه يبيع بعضه في الارض وبعضه خارج الارض **قوله** والشايع الشركة
في الخارج • المراد منه ان يشترط العاقدان بان يكون جميع الخارج بينهما اذا حصل • وليس المراد منه حصول حقيقة الشركة
في الخارج حين العقد • لان ذلك لا يكون الا بعد الخروج فلا يكون شرطا لان شرط الشيء لا بد ان يكون سابقا عليه لتوقفه عليه لا متاخرا
عنه وهو حكم كما ذكرناه في اول الكتاب **قوله** والثامن بيان حصة البذر ليصير الاجر معلوما • وذلك لان الاجر بعض الخارج واعلام

على الاجر شرط وهذا قياس • وفي الاستحسان يجبر ذلك لشرط مربيانه في اول الكتاب • قال ابو جعفر الطحاوي في مختصره واذا استاجر
الرجل ارضا مزارعة ولم يسم ما يزرع فيها فالمزارعة فاسدة • فان اختصما قبل ان يزرع فسخت • وان لم يختصما فيها حتى زرعت وحصد زرعها
وانقضت مدة الاجارة كان لرب الارض الاجر الذي وقعت الاجارة به لانه لم يعترض الى هنا لفظ الطحاوي • قال الامام الاسبيجابي في شرحه
لان الارض مما تختلف باختلاف الزرع فرب زرع ينقص الارض نقصا فاحشا كثيرا ورب زرع ينقصها نقصا قليلا • ورب زرع يزيد في الارض
فلا يجوز بما لم يبين • فان اختصما قبل الزراعة كان لكل واحد منهما فسخ الاجارة • ولو زرع المستاجر فيها شيا قبل الفسخ تعين ذلك العقد والزم
المسمى من الاجرة • وكذلك لو استاجر دابة ولم يسم ما يحمل عليها • او استاجر ثوبا ولم يبين من يلبسه • او استاجر قدرا ولم يبين ما يطبخ
فيها • وقال ايضا في شرح الطحاوي اذا دفع الارض مزارعة على ان البذر من قبل العامل على ان الخارج بينهما وشرط عليه ان يزرع فيها شيا
معلوما فزرع غيره فانه يكون مخالفا سواء اضر بالارض او لم يضر • بخلاف ما اذا اجر ارضه بدراهم • والفرق بينهما ان الاجر هنا بعض الخارج
والخارج يختلف باختلاف الزرع • فاذا شرط الحنطة فقد رضي ان تكون اجرته حنطة فاذا زرع الشعير صار مخالفا • واما في الاجارة
بدراهم • لان هناك الاجر دراهم في كلها فلو بطل العقد انما يبطل لاجل الضرر • فان كان ما زرع فيها يكون في الضرر مثله او دونه
لم يوجد الخلاف • وان كان اكثر من ذلك يكون مخالفا **قوله** قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان كان الارض والبذر لواحد
والعمل والبقر لواحد جازت المزارعة • اي قال القدوري في مختصره وقد عرفت قبل هذا شرائط صحة المزارعة عندهما • ثم اعرف
اصولا لا بد من علمها لجواز المزارعة وهي ثلاثة • منها ان يجوز استيجار الارض والعامل ببعض ما يخرج • ولا يجوز استيجار البقر لان هذا
استيجار باجر مجهول فلا يجوز قياسا • وانما عرف الجواز بالاثر ولم يرد نص في استيجار البقر ببعض الخارج • والاصل الثاني ان صاحب
البذر يستحق الخارج لانه نما ملكه بعلة ان الشرط الذي يجري من قبل البذر يستحق الخارج بالشرط وهو عقد المزارعة • فان كان العقد
صحيحا يجب المسمى وان كان فاسدا لا يستحق البدل المسمى ولكن يجب اجر المثل بما له منفعة الارض او منفعة العامل لانه لم يرض ببدل المنفعة من غير
عوض • لكن عند محمد يجب اجر المثل بالغا ما بلغ • وعند ابي يوسف مقدر بقيمة الخارج المسمى ذكر الخلاف في كتاب الشركة ويكون الخارج
لصاحب البذر لانه نما ملكه • والثالث ان البذر اذا كان من قبل رب الارض يجوز ان يكون البقر منه ويجوز ان يكون من قبل العامل
ايضا • لان في الوجه الاول يكون مستاجرا للعامل ليعمل باله من عنده وذلك جائز • وفي الوجه الثاني يصير مستاجرا للعامل ليعمل العامل
بالة نفسه فيكون البقر تبعا للعامل ولا يكون مستاجرا للبقر كالاجر للخياط • وان كان البذر من قبل العامل ينبغي ان يكون البقر
منه ولا يجوز ان يكون من قبل رب الارض لان البقر لا يصلح تبعا للارض لان منفعة البقر تخالف منفعة الارض فكان استيجار البقر ببعض الخارج
وذلك لا يجوز • فاذا عرفت هذه الاصول فنخرج ما قال في الكتاب وهو قوله وهي عندهما على اربعة اوجه وفي الظاهر كذلك الا على اربعة
انواع • وقد تتفرع انواع اخر منها الثلاثة التي ذكرنا ان تكون الارض والبذر من رب الارض والعمل والبقر من العامل • او تكون الارض
والبذر والبقر من رب الارض والعمل من العامل لا غير • او تكون الارض وحدها من صاحب الارض والباقي كله من العامل • او يكون الارض والبقر
من صاحب الارض والبذر والعمل من العامل • ففي الثلاثة الاولى المزارعة صحيحة لان في الفصل الاول صاحب الارض مستاجر للعامل والبقر
الة العمل فيكون تبعا له فلا يكون الاجر مقابلة البقر كمن استاجر خياطا ليخيط بابرة يجوز • وفي الفصل الثاني صاحب الارض مستاجر ايضا للعامل
وحده • وفي الفصل الثالث يكون العامل مستاجرا للارض وحدها واستيجار الارض وحدها • وكذلك استيجار العامل وحده ببعض الخارج جائز
يكون مزارعة صحيحة لورود الحديث به مخالفا للقياس • وفي الفصل الرابع لا يجوز لانه يصير صاحب البذر وهو العامل مستاجرا للارض
والبقر ببعض الخارج فيكون البعض مقابلة البقر مقصودا ولم يرد الشرع به فبقي على اصل القياس • وروي عن ابي يوسف في الامالي انها
جائزة وجعل منفعة البقر تبعا لمنفعة الارض كما جعلت تبعا لمنفعة العامل فان البقر تبع للارض في العمل • الا ترى انه يتبع ويقف الشرع ايضا
ولا يتبع مقصودا • واما الانواع المتفرعة فمثل ان يكون البذر من احدهما والباقي من الاخر فهذه المزارعة فاسدة لانه يصير مستاجرا
للارض والبقر والعامل جميعا بالبذر ولم يرد الشرع به • قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير وعن ابي يوسف انه يجوز لانه
استيجار العامل والارض ببعض الخارج وكل واحد منهما جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع • وكذلك اذا كان البقر وحده من احدهما
والباقي من الاخر فالمزارعة فاسدة في ظاهر الرواية • وعن ابي يوسف انه يجوز ذلك كذا في تجريد المحيط • وكذا اذا كان
البذر والبقر من احدهما والعمل من الاخر فالمزارعة فاسدة لان الشرع لم يرد به في الخارج بخلاف الرواية في الوجهين في رواية
لصاحب البذر كتاب المزارعات الفاسدة لان الشرع لم يرد به في الخارج • وفي رواية يكون لصاحب الارض ويصير ذلك قرضا
قال الصدر الشهيد ذكرها من الروايتين في المأذون والمزارعة • وكذلك لو اشترك اربعة من احدهم البذر ومن الاخر العمل ومن
الاخر البقر ومن الاخر الارض فالمزارعة فاسدة • قال محمد بن الحسن في كتاب الاثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن ابي جميل عن
مجاهد قال اشترك اربعة نفر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال واحد من عندي البذر • وقال الاخر من عندي العمل • وقال الاخر
من عندي الفدان • وقال الاخر من عندي الارض قال فالغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل
لصاحب العمل درهما لكل يوم والحق الزرع كله لصاحب البذر الى هنا لفظ كتاب الاثار **قوله** وان كان الارض لواحد والعمل والبقر
والبذر لواحد جازت • هذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لان العامل استاجر الارض ببعض ما يخرج والبقر غير مستاجر
وانما استعملها في عمل نفسه • وذلك لا يمنع صحة العقد **قوله** وان كان الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من اخر جاز • وهذا
لفظ القدوري ايضا • وذلك لانه مستاجر للعامل ببعض ما يخرج من الارض • وذلك جائز • اما البقر فليس بمستاجر لانه يجعل ان
يستاجر الرجل بنفسه وانا تمتد بملكه فصار كمن استاجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمر • اي بابرة المستاجر وبمر المستاجر **قوله**

وان كان الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لاخر فهي باطلة • هذا لفظ القدوري قال الكرخي في مختصره • ولو كان البذر من قبل العامل
وشرط البقر على رب الارض قال فان المزارعة فاسدة عند محمد لانه اجر البقر ببعض ما يخرج الارض • ولا يجوز عنده ان يواجر غير الارض ببعض
ما يخرج • قال محمد وهذا قياس قول ابي يوسف ايضا • وقال ابن سماعة وبشر بن الوليد عن ابي يوسف ان المزارعة جائزة • قال وهذا
مثل رجل دفع الى رجل مالا مضاربة ودفع اليه مع ذلك دابة يعمل عليها به فهو جائز الى هنا لفظ الكرخي • وجه قول ابي يوسف على رواية
انه لو كان البذر والبقر من جانب صاحب الارض جاز فكذا اذا كان البقر من جانب واحد • ولهذا اذا كان البقر من جانب العامل جاز
ولان البقر لا يطلب لعينها بل لتهيئة الارض للزراعة فصار كانه دفع اليه ارضا مكروبة مهياة للزراعة ولو فعل ذلك جاز فكذا هذا • فجعل
ان ابا يوسف جعل البقر تبعا للارض في هذه الصورة كما هي تبع للعامل اذا كانت من جانبه • وجه الظاهر ان منفعة البقر من جنس منفعة
العامل فصلحت ان تكون تبعا للعامل وليست منفعة البقر من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة الانبات خلق الله اياها لذلك في
هذه الطبيعة • ومنفعة البقر صلاحيتها لاقامة عمل الزراعة بما خلق الله تعالى ايضا وليس بينهما مجانسة فلم تصلح ان تكون تبعا للارض فبقي
البقر مقصودا بالاستيجار ببعض الخارج ولم يرد به الشرع فلم يجز **قوله** لم يذكرهما اي القدوري في مختصره **قوله** لانه يتم الشركة
بين البذر والعمل • يعني اذا كان البذر من احدهما والباقي من الاخر لا يجوز لان عقد المزارعة عقد اجارة في ابتدائه • لان استيجار الارض ببعض
الخارج ان كان البذر من العامل واستيجار العامل ببعض الخارج ان كان البذر من صاحب الارض • وعقد شركة في انتهائه لان الخارج مشترك بينهما في
ثانيا • فلو صح العقد في هذه الصورة كانت الشركة بين البذر والعمل فلا يجوز ذلك لعدم ورود الشرع • وروي عن ابي يوسف جواز ذلك
وقد مر قبل هذا **قوله** لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع • يعني لا يجوز اذا كان البذر وحده من جانب • او اذا كان
البقر وحدها من جانب فكذا لا يجوز عند الاجتماع بان يكون البذر والبقر جميعا من جانب **قوله** قال ولا تصح المزارعة الا على مدة
معلومة • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان عقد المزارعة على منافع الارض او العامل وتلك المنافع لا تكون معلومة الا ببيان
المدة • لان المدة معيارها والى هذا اشار بقوله لما بينا مشيرا الى قوله في شروط المزارعة • والثالث بيان المدة **قوله** وان
يكون الخارج بينهما شايعا • وهذا ايضا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه • فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة • وذلك
لان جواز المزارعة ثبت على خلاف القياس بالاثر • وذلك ورد فيما اذا كان الخارج مشتركا ومعاملة اهل خيبر • والاصل في هذا الباب
انه متى شرطا شرطا يوهم قطع الشركة عن الخارج يفسد العقد لان العقد انما انعقد ليصير شركة في الانتهاء • ومتى انقطع احتمال الشركة بقي اجارة
محضة باجر معدوم وانه لا يصح • قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا شرط في المزارعة ان يرفع صاحب البذر بذره والباقي بينهما نصفان
فهو فاسد • قال شيخ الاسلام الاسبيجابي لان هذا شرط يوهم قطع الشركة لانه يحتمل ان لا يخرج اكثر من البذر فلا يبقى للعامل شيء والعقد لا
ينعقد على وجه يختلف عنه مقصوده • وقال الحاكم ايضا ولو شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره عشر الخارج والباقي بينهما فهذا جائز قال
شيخ الاسلام في شرح الكافي لانه لا يوهم قطع الشركة فان ما من خارج وان قل الا وله عشر فيبقى الشركة في الباقي • وقال الحاكم ايضا ولو شرطا
رفع الخراج من الخارج والباقي بينهما فهذا فاسد • قال شيخ الاسلام وهذا في خراج الوظيفة لانه يحتمل ان لا يخرج الا مقدار الخراج فيكون
هذا شرطا ما يقطع الشركة • بخلاف خراج المقاسمة لانه جزء مقدر فنزل منزلة اشتراط العشر او الخمس • ولو كانت الارض عشرية فاشترط
رفع العشر كانت تسقي سيحا او نصف العشر كانت بدلو والباقي بينهما نصفان كان جائزا لما مر ان هذا الشرط لا يوهم قطع الشركة كذا في
شرح الكافي **قوله** قال وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي • قال القدوري في مختصره يعني كما انهما اذا شرطا لاحدهما
قفزانا مسماة تكون المزارعة باطلة فكذلك اذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي لاحدهما لانه يحتمل ان لا يحصل الريع الا منها فيودي الى قطع
الشركة • وقد حدث الطحاوي في شرح الاثار اسناده الى رافع بن خديج قال كنا بني حارثة اكثر اهل المدينة حقلا وكنا نكري الارض على
ان ما سقى الماذيانات والربيع • فلما وقعت الجداول ثم بما سلم هذا وهلك هذا ولم يكن عندنا يومئذ ذهب ولا فضة فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن ذلك نهانا والماذيانات نادي شرب اصغر من النهر واعظم من الجدول • والسواقي جمع الساقية وهي دون الجدول دون النهر كذا في المغرب
فعلى هذا يكون الماذيانات والساقية من الالفاظ المترادفة • وفرق صاحب الغريبين بينهما فقال في حديث رافع بن خديج كنا نكري الارض
بما على الماذيانات • وفي رواية اخرى بما على السواقي • اي بما ينبت على الانهار والكبار والعجم يسمونها الماذيانات وليس بعربية ولكنها سوادية
والسواقي دون الماذيانات الى هنا لفظ الغريبين • وقال الخطابي في شرح السنن والماذيانات الانهار معربة • وقال احمد بن المظفر المطرزي
في نوادر مختصر القدوري الماذيانات معربة وهي الانهار العظام سميت بذلك لانها تتولد منها الانهار الصغار • والسواقي الانهار الصغار
لانها كالسقايات • والربيع النهر الصغير **قوله** وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب • يعني لا تصح المزارعة ذكره بسبيل التفريع
على مسئلة المختصر وهذا على وجوه ستة ذكرها فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير • اما ان شرطا ان يكون الحب والتبن بينهما نصفين
او التبن لاحدهما بعينه والحب للاخر او التبن بينهما • والحب لاحدهما او الحب بينهما والتبن لاحدهما • او ذكرا ان يكون التبن بينهما وسكتا عن الحب
او ذكرا ان يكون الحب بينهما وسكتا عن التبن ففي الوجه الاول جازت المزارعة • ويكون التبن والحب بينهما كما شرطا • وكذا اذا شرطا ان يكون
الخارج بينهما او الزرع • او الزرع بينهما جاز ويكون الحب والتبن بينهما • لان اسم الخارج يتناولهما • وان شرطا ان يكون التبن لاحدهما بعينه
والحب للاخر لا يجوز لان هذا شرط يودي الى قطع الشركة لاحتمال ان لا يخرج الحب • وكذا اذا شرطا ان يكون التبن بينهما والحب لاحدهما بعينه لان
المقصود هو الحب فهذا شرط يودي الى قطع الشركة فيما يرجع الى المقصود • وان شرطا الحب بينهما والتبن لاحدهما بعينه • فان شرطاه لصاحب
البذر جاز • ولو شرطاه للاخر فسد • وعن ابي يوسف انه لا يجوز اصلا لان هذا شرط يودي الى قطع الشركة لاحتمال ان لا يخرج الحب • وجه
ظاهر الرواية ان النص ورد بجواز المعاملة • وانها شركة في الزرع وهو الحب دون الاصل وهو الزرع فلا يمكن القول بجواز مثلها من المزارعة • اما

انا اذا شرط التبن لمن لا بذر من قبله لم نظير في المعاملة فيبقى على اصل القياس * وان شرطا التبن بينهما وسكتا عن الحب لا يجوز لان المقصود هو
الحب * فالسكوت عن المقصود يكون بمنزلة السكوت عنهما * وذلك لا يجوز * وان شرطا ان يكون الحب بينهما وسكتا عن التبن ففي ظاهر الرواية
يجوز ويكون التبن لصاحب البذر * وعن ابي يوسف انه لا يجوز * وهكذا ذكر الطحاوي عن محمد لان التبن مقصود كما ان الحب مقصود
وجه ظاهر الرواية ان استحقاق من لا بذر من قبله بحكم الشرط ولم يوجد الشرط فبقي التبن لصاحب البذر فيصير كانهما شرطا ان يكون الحب
بينهما والتبن لصاحب البذر وذلك جائز لما ذكرنا * وعن بعض المشايخ ان التبن في هذه المسألة يكون بينهما بمنزلة الحب باعتبار العرف
فان عندهم التبن والحب يكون بينهما نصفين وحكم العرف عند الاشتباه واجب **قوله** ثم التبن يكون لصاحب البذر * يعني فيما
اذا شرطا الحب نصفين وسكتا عن التبن لان الكل تولد عن ملكه * لان صاحب البذر يستحق ببذره ولا يحتاج الى الشرط * لان الكل تولد
عن ملكه * واستحقاق العامل بالشرط ولم يوجد * وقال الطحاوي في مختصره وفي اصحاب الاملاء عن ابي يوسف ان المزارعة فاسدة هـ
وجعل محمد التبن لصاحب البذر الا ان يقع الشرط بينهما * بخلاف ذلك ثم وجدنا محمدا بعد ذلك ما يدل على رجوعه عن قوله الى ما قاله
ابو يوسف في الاملاء * قال هو الصحيح وبه ناخذ **قوله** والتبع يقوم بشرط الاصل * يعني ان التبن لما كان تبعا للحب كان ذكر الشرط
في الحب ذكرا في التبن حتى يكون التبن بينهما فكانهما شرطا في التبن ان يكون بينهما كالجندي يصير مقيما بنية الامام * وكالعبد يصير
مقيما بنية المولى **قوله** وان شرط التبن للآخر فسدت * يعني فيما اذا شرطا الحب بينهما نصفان * وذلك لان استحقاق العامل
بقضية الشرط ولا يصح الشرط على وجه يؤدي قطع الشركة لانه ربما لا يخرج سوى التبن * وهذا معنى قوله واستحقاق غير صاحب البذر
بالشرط **قوله** قال واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط * اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه * فان لم تخرج الارض
شيئا فلا شيء للعامل * وذلك لان العقد الصحيح يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه ما سمي لصحة الالتزام * واذا لم تخرج الارض
شيئا في المزارعة الصحيحة لا يجب لواحد منهما على صاحبه شيء لان الواجب هو المسمى وهو معدوم فلا يستحق عوضا الا ان عقد المزارعة شركة
في الانتهاء فلا يتحقق الشركة في غير الخارج * نعم انه اجارة في الابتداء لكن الاجر هو المسمى فلا يجب غيره ولهذا لو اذا فسدت المزارعة لا يوجب
الاجارة الفاسدة وجوب اجر المثل في الذمة لا المسمى * وعدم الخارج لا يمنع وجوب ما في الذمة **قوله** قال واذا فسدت فالخارج
لصاحب البذر * اي قال القدوري في مختصره * وذلك لان الخارج نماء البذر فيكون لصاحب الاصل الا ان يملكه غيره بالشرط والشرط
في المزارعة بمنزلة البدل المسمى في عقد الاجارة والتسمية لا تصح مع فساد العقد * فاذا بطلت التسمية استبد بالنماء مالكه لصاحب البذر
بان لم يشترط شيئا **قوله** قال ولو كان البذر من رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له * اي قال القدوري
في مختصره والحاصل هنا ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي * واذا فسدت المزارعة فالزرع كله لصاحب البذر
لانه تولد منه * فان كان البذر من قبل العامل كان لصاحب الارض عليه اجر مثل ارضه لانه لم يرض بفوات منفعة ارضه عليه مجانا * وانما
رضي به بعوض يحصل له ذلك * واذا فسد استحقاق المشروط لفساد العقد يصار الى اجر المثل * وان كان البذر من قبل صاحب الارض
كان عليه اجر مثل العامل ويطيب لصاحب الارض جميع ما اخرجه الارض لانه تولد من بذره في ارضه * ولو كان البذر من قبل العامل
يطيب له من الخارج مقدار بذره وما غرمه ويتصدق بالفضل لانه تولد في ارض الغير وتدبر ذلك العقد الذي استحق به تلك المنافع
تمكن فيه شبهة الخبث فرق بين هذا وبين مسئلة ذكرها في المأذون وهو ان المأذون اذا دفع الى الرجل بذرا ليزرعه على ان الخارج
بينهما فالمزارعة فاسدة * والخارج كله للزارع وعليه مثل البذر الذي اخذ من العبد المأذون * وانما اختلف الجواب لاختلاف
وضع المسئلة * فان في مسئلة المأذون الدفع لم يقع الى العامل لانه يصير اقراضا للبذر * والعبد المأذون لا يملك الاقراض اما
ههنا لم يملك الدفع * وانما فسد العقد لفساد شرطه فافترقا * واذا نصصنا في المزارعة باجر المثل للعامل او لصاحب الارض هل يبلغ الى ما
بلغ قال محمد يبلغ بالغا ما بلغ * وقال ابو يوسف لا يجاوز على المشروط * والاختلاف ههنا بناء على الاختلاف في مسئلة الاحتطاب
اذا اشتركا فيها فقطع احدهما وجمع الثاني فالمجموع للجامع الاثنان وللآخر اجر مثله وهو يبلغ بالغا ما بلغ * قال محمد يبلغ * وقال ابو يوسف
لا يجاوز على النصف فكان الاختلاف في مسئلتنا فرع الاختلاف في هذه المسئلة **قوله** وقد مر في الاجارات كلام موهم لان الخلاف
بين ابي يوسف ومحمد ذكر في الشركة الفاسدة في كتاب الشركة لا في كتاب الاجارات لان الاجارة الفاسدة لا خلاف فيها بين علمائنا الثلاثة
لان فساد الاجارة اذا كان لعدم التسمية او لجهالة المسمى بان جعل الاجر ثوبا او دابة يجب اجر المثل والمسمى ولا يجاوز بالاجر المسمى بالغا ما
بلغ * وان كان المسمى معلوما ولكن فسد بسبب شرط فاسد ونحوه يجب الاقل من اجر المثل والمسمى ولا يجاوز بالاجر المسمى * وقال زفر يجب
اجر المثل بالغا ما بلغ وبه قال الشافعي رحمه الله وقد مر بيانه في كتاب الاجارات * الا ترى ان صاحب الهداية نفسه ذكر في باب الاجارة
الفاسدة فيما اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة * ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب
الاقل مما سمي ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة * ثم قال وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد
لان المسمى هناك غير معلوم فلا يصح الحط فعلم ان الاختلاف بين اصحابنا الثلاثة في الاجارة الفاسدة **قوله** وان كان من قبل العامل
فلصاحب الارض اجر مثل ارضه * اي وان كان البذر وهي من مسائل القدوري وقد مر بيانها **قوله** ولا يطيب اي الفاضل الارض
يجب ردها اي بقية منافع الارض **قوله** ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو
الصحيح وانما قلنا هو الصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ في قول محمد في الاصل لصاحب الارض والبقر اجر مثل ارضه وبقره على صاحب
البذر حيث قالوا المراد منه ان يجب اجر مثل الارض مكروبة * اما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة والصحيح ما ذكره صاحب الهداية
لان البقر يجوز استيجارها بعقد الاجارة فتنعقد المزارعة عليها فاسدا فيجب اجر المثل * قال في الشامل في قسم المبسوط في الخارج ودفعا

الاجر

الاجر لصاحب البذر ولصاحب الارض اجر مثل ارضه وبقره لانه استوفى منفعتهما بعقد فاسد * ويأخذ المزارع من الريع بذره ومؤنته وما غرم من اجر الارض والبقر
ويتصدق بالباقي لان الزرع نماء بقوة الارض وقبل تسليمها وقد انعقد العقد فاسدا على منفعة الارض فكان كسبا خبيثا وقدر البذر والغرم لم يطيب
له * وقال الكرخي في مختصره ولو ان صاحب الارض دفع الارض الى صاحب العمل على ان البذر والعمل من عند العامل والارض والبقر من عند صاحب
الارض على ان الخارج بينهما فان هذا فاسد في قياس قول ابي يوسف ومحمد * فان اخرجت الارض زرعا كثيرا فجميع الزرع لصاحب البذر والعمل ولصاحب
الارض والبقر اجر مثل ارضه وبقره على صاحب البذر فيستوفي صاحب البذر من ذلك ما بذر وما غرم ويتصدق بالفضل * وان لم تخرج الارض شيئا
غرم صاحب البذر اجر مثل الارض واجر مثل البقر لان المزارعة فاسدة ولا يبالي اخرجت الارض شيئا او لم تخرج * لان صاحب الارض اجار ارضه اجارة
والارض اجارها اجارة فاسدة بنصف ما يخرج ولا يجوز اجارة البقر بشيء مما تخرج الارض الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه **قوله** طاب له جميعه اي طاب
لرب الارض جميع الخارج حتى لا يتصدق بشيء من ذلك **قوله** قال واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه * اي
قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل * وذلك لان الذي من قبله البذر لا يتوصل الى الوفاء
بالعهد الا باتلاف ماله الذي هو البذر فلا يجبر عليه كمن استاجر رجلا لهدم دار وللمؤجر كذلك الذي ليس من جهته البذر لانه لا يتلف ماله بالوفاء بالعقد
فلزمه كما في الاجارات الا ان يكون هناك عذر مما يفسخ به الاجارة فيكون له فسخ المزارعة كذا في شرح الاقطع * وقال الكرخي في مختصره اذا
تعاقد رجلان على زراعة ارض سنة ثم بدا لاحدهما ان يزرع فقال لا اريد ان ازرع هذه الارض ولا غيرها * او قال لا اريد ان ازرع هذه الارض
واريد ان ازرع غيرها فانه ينظر في ذلك فان كان الممتنع من قبله البذر فله ذلك وان كان الممتنع ليس من قبله البذر فليس له ان يمتنع من ذلك الا بعذر
ولو كانت الاجارة المزارعة وقعت باجر غير ما تخرج منها * ثم اراد المستاجر ان يدع الزراعة ولا يزرع هذه الارض ولا غيرها فكذلك ذلك * وان قال
لا ازرع هذه الارض وازرع غيرها لم يكن له ذلك وقيل له اقبض الارض فتكون في يدك فان شئت زرعت وان شئت لم تزرع * فاذا مضت
السنة كان عليك ما سميت من الاجر * وان امتنع صاحب الارض وقال قد بدا لي ان اؤاجرها للمزارعة لم يكن له ذلك ويجبر على تسليم الارض الا ان
يكون له عذر في ذلك والعذر ان يكون على رب الارض دين فادح لا يقدر على ادائه الا من هذه الارض فله ان يبيعها فيه الى هنا لفظ الكرخي
وقال في شرح الكافي والاعذار ثلاثة المرض الذي يقعد العامل عن العمل وخيانة العامل والدين الذي لا وفاء عنده سوى بيع الارض انه يفسخ
حصول هذا المرض من هذه الاعذار فالعامل يكون في ابقاء العقد ما يرع فكان له حق النقض * ثم قال فيه ولو دفع اليه نخلا معاملة بالنصف ثم بدا
للعامل ان يترك العمل او يسافر فانه يجبر على العمل الا ان هذا المرض يعذر في حقه لانه لا يمكن الاستئجار بغيره وكذا ان بدا لصاحب النخل ان يعمل بنفسه ويمنع هـ
العامل لم يكن له ذلك لانه لا ضرر في حقه لانه لا يفسد عليه شيء من ماله فلم يتحقق العذر فامتنع الفسخ * وقال في باب العذر في المزارعة من شرح الكافي
واذا دفع ارضه الى رجل مزارعة بالنصف ليعمل فيها ببذره وبقره فلما تراضيا على هذا وانعقد العقد بينهما اراد رب الارض ان يفسخ المزارعة لم يكن
له ذلك الا بعذر الدين لما بينا ان المزارعة تنعقد لازمة كالاجارة وثمة لا يفسخ الا بالعذر فكذلك ههنا * وكذا لو كان العامل كرب ما بعد ما انعقد
العقد وكرى انهارها وسوى مسناتها لم يكن له ان يفسخ العقد الا بعذر الدين لان هذا المعقود لا المعقود فيفسخ بالعذر * فان باعها في الدين لم يكن
للعامل عليه اجر لانه قوم عمله ومنفعته بشيء من الخارج ولم يخرج شيء فلا يستحق عليه شيئا لو زرع الارض ولم ينبت بعد شيء فان لم يباعها بعد زرعها
لم يتصدق لو اراد ان يأخذها لبيعها في دينه الذي حبسه القاضي ولا يمكنه فانه لا يجبر على البيع ولا يمكن من البيع لانه يتعلق به حق المزارع
فلو اطلقنا البيع لم يوصله حقه اصلا ولو منعنا البيع لا حرمنا حق الغرماء * والتاجير اسهل من الابطال ويخرجه القاضي من السجن لانه ظهر عجزه عن البيع للحال
ولا يحول بينه وبين الملازم لانه انما يحبس نفسه عند امكان البيع * فاذا ادرك الزرع كان له ان يحبسه الى ان يبيع نصيبه من الزرع والارض ويعيد
الى حبسه لان المانع ظهر ان ادراك الزرع فامرناه بالبيع * فاما اذا القى البذر في الارض ولم ينبت بعد كان له ان يبيع الارض لانه بعد لم يتعلق حق المزارع
وحق له بذره على قول ابي يوسف * وقال محمد يقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فيعطى فارق البذر فيها لا انا نحتاج الى قطع حقه الحال فيجب القيمة
للحال * فلا ترى في موضع الذي انسد رب الارض حق الفسخ هل يحتاج الى القضاء القاضي من اصحابنا من قال لا يحتاج الى القضاء * ومنهم من قال يحتاج الى القضاء
بناء على اصل وهو انه يصير قابضا للارض بالتخلية او بالمزارعة من قال بانه يصير قابضا بالتخلية قال يحتاج الى الفسخ لان الذم موجب الفسخ لا يفسخ الا من له ولاية
الالزام * ومن قال لا يصير قابضا الا بالمزارعة قال لا يحتاج الى القضاء لان العقد قبل القبض يفسخ بدون القضاء لانه ليس بلازم * ثم هل يفسخ قصدا
من اصحابنا من قال يفسخ قصدا قبل القيام دليل الفسخ * ومنهم من قال لا يفسخ قصدا لانه انما يصير الى الفسخ لمكان الضرورة وانها ترتفع بالفسخ في ضمن البيع
ولانه لو سلط على الفسخ قصدا ربما يفسخ ولا يبيعها فيما يرى الا بعد ذلك فيكون هذا انتقاض العقد اللازم من غير فائدة وهذا غير جائز كذا في شرح
الكافي **قوله** قيل هذا في الحكم اي الذي قلنا ان المزارع لا يحل له اخذ الكراب وكري هو القضاء ظاهرا * اما ديانة فيما بينه وبين الله
تعالى فيرضيه رب الارض حتى لا يلزم المزور * وقال مشايخنا هذا الجواب في الحكم اي الذي قال محمد في الاصل * فاما فيما بينه وبين ربه يفتى بان
يعطي العامل اجر مثله لانه انما اشتغل باقامة العمل ليزرع فيحصل له نصيبه من الخارج * فاذا اخذ الارض بعدما اقام هذه الاعمال من كراب الارض
وحفر الانهار كان هو غارا للعامل ملحقا الضرر به والغرور والضرر مدفوع فيفتى بان يطلب رضاه **قوله** واذا مات احد المتعاقدين
بطلت المزارعة هذا لفظ القدوري في مختصره * وذلك لان الاجارة عقد استيجار ببعض الخارج والاجارة تنفسخ بموت احد المتعاقدين
عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فكذلك المزارعة وقد مر الوجه في الاجارات وهو انه لو بقي العقد يصير المنفعة المذكورة او الاجرة المملوكة لغير
العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث * وذلك لا يجوز * وهذا الذي ذكره قياس الاستحسان * الا ترى الى ما ذكر في الشامل
في قسم المبسوط دفع مزارعة ثلاث سنين فقبل الحصاد مات رب الارض في اول السنة لا تفسد المزارعة حتى يستحصد استحسانا * وجه القياس
انه عقد تركيبه اجارة وكل واحد يبطل بموت المرتبط * وجه الاستحسان هو ان فيهما ضررا الى بقاء العقد بقي الاجر اذا استحصد تنفسخ في السنة
تبن * وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو دفع الارض اليه سنين ثم مات رب الارض في اول سنة منها بعد ما نبت الزرع لم يكن

ويكون للورثة اخذ الارض استحسانا حتى يستحصد الزرع • والقياس ان لا يبقى لهم حق الاخذ لانه ينفسخ العقد بموت العاقد الا انا تركنا القياس استحسانا لاجل
العذر • وعند الاجارة يجوز للعذر فلان يبقى للعذر كان اولى • ولهذا قلنا انه لو استاجر سفينة فلما توسطت لجة البحر انتهت مدة الاجارة
تنعقد اجارة مبتدأة باجر المثل لمكان العذر • فاذا انعقدنا عقدا مبتدأ لاجل العذر فلان يبقى لاجل العذر كان اولى فاذا ادرك الزرع
اقتسما يعني المزارع والورثة على الشرط وانفسخ العقد في السنين الباقية • ولو كان الوقت سنة واحدة فاخر العامل الزرع في اخر السنة فانقضت
المدة والزرع بقل فالزرع بين العامل وبين رب الارض وعلى العامل اجر نصف الارض وتنعقد اجارة مبتدأة لمكان الحاجة نظرا لهما لانه انتهت مدة
الاجارة ويكون العمل عليهما الى ان يدرك الزرع ويكون لرب الارض على العامل اجر نصف الارض وتنعقد اجارة مبتدأة لمكان الحاجة • ويجابر
مثل هذا الاضرار بالمال • ولا يجبر العامل على القلع لانه وقع في الابتداء بحق • قال الكرخي في مختصره فان اراد رب الارض ان ياخذ الزرع وهو
بقل لم يكن له ذلك • وان اراد المزارع اخذ الزرع بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة حصته او انفق انت على الزرع كله
وارجع بما تنفق في حصته • وذلك لان المزارع اذا امتنع من العمل لم يجبر عليه بعد مضي المدة لان العقد قد انتهى فبقي الزرع مشتركا بينهما فاما
ان يكونا متراضيين على القسمة اذا يقطعه او يعطيه قيمته او ينفق عليه حتى لا يتلف ثم يرجع عليه كما في العبد المشترك اذا امتنع احد الشريكين من الانفاق ونحو
ذلك • قوله فيقال له استحصد الزرع فاحصد يعني اذا حان له ان يحصد قوله فيحافظ فيها على القياس بالرفع اي يحافظ في السنة الثانية
والثالثة على وجه القياس حيث تبطل المزارعة • بخلاف السنة الاولى فانه لا تبطل المزارعة فيها استحسانا فتترك الارض في يد العامل الى ان
يستحصد الزرع قوله لما بيناه اشارة الى قوله بعد هذا لان المنافع انما تتقوم بالعقد الى اخره قوله واذا فسخت
المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز ذكره تفريعا على مسئلة القدوري وقد مر بيانه • اي جاز فسخ المزارعة
والفادح الثقيل قوله ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع ذكره تفريعا ايضا • وقد مر بيان جميع
ذلك قوله قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع
عليهما على مقدار حقوقهما • اي قال القدوري في مختصره وفي بعض نسخ المختصر اجر مثل نصيبه من الزرع وذاك اصح • معنى الثاني يتعلق بنصيبه
ومعنى الاول يتعلق باجر المثل • قال صاحب الهداية معناه حتى يستحصد اي معنى قوله والنفقة على الزرع عليهما • واراد بالنفقة مؤنة الحفظ والسقي وكري
الانهار • وانما كان على المزارع اجر مثل الارض بقدر نصيبه لانه بعد انقضاء المدة مستمتع بملك الغير من غير اذن وذلك لا يجوز • وفي قلع الزرع
ضرر عليه وفي تبقية الزرع الى وقت الحصاد بايجاب اجر المثل ابقاء الحقين حق المزارع وحق رب الارض فكان اولى من الاضرار باحدهما كما في الاجارة
والعارية اذا انقضت المدة والزرع بقل فانه يجب اجر المثل ويترك الزرع حتى يستحصد نظرا لهما • بخلاف موت رب الارض فانه ثمة لا يجب اجر المثل
ويكون العمل على العامل لا عليهما • لانا ابقينا العقد حكما وان كان الموت اوجب فسخ العقد والعقد يوجب العمل على العامل بخلاف ما نحن فيه فان العقد
انتهى بانقضاء المدة فكان العمل بعد ذلك عملا في مال مشترك فيكون عليهما • وعلى هذا قالوا في الحال واذا مات [illegible] في بعض الطريق او المستاجر في بعض الطريق
بالمرحلة لانا ابقينا العقد حكما للعذر [illegible] هاهنا قوله فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع ذكره تفريعا على مسئلة المختصر
فيما اذا انقضت مدة المزارعة والزرع بقل • وانما كان متطوعا لانه لا ولاية لاحدهما على صاحبه فلا يرجع بما انفق على صاحبه • بخلاف
ما اذا انفق بامر القاضي حيث يرجع الى صاحبه بمقدار حصته لان للقاضي ولاية في مثله قوله ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا
لم يكن له ذلك ذكره تفريعا ايضا وهي من مسائل الاصل • وذلك لان المزارع لم يتعد في الزرع وللزرع نهاية فيبقى الى ان يستحصد باجر المثل لان
التاخير اهون من الابطال • وان اراد المزارع ان ياخذه بقلا كان رب الارض بالخيارات الثلاث فيقال له اما ان تقلعه فيكون الزرع بينكما
او تعطيه قيمة حصته نابتا او تنفق على الزرع كله وترجع بما انفقت على حصته في نصيبه • وانما كان الخيار لرب الارض دون المزارع لانه صاحب
الاصل • وانما كان يبقى العقد نظرا للمزارع فلما اراد القلع ترك النظر لنفسه فلا يجبر على العمل لانفساخ العقد فيندفع الضرر عن رب الارض
بما ذكرنا من الخيارات بتخيير قوله ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض
فلهم ذلك ذكره تفريعا على مسئلة المختصر ايضا قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا دفع الرجل الى الرجل ارضا على ان يزرعها سنة ويزرع
فما اخرج الله من شيء فهو بينهما نصفان فزرع الارض فلما نبت قبل ان يستحصد مات المزارع فقالت ورثته نحن نقوم عليه على حاله حتى يستحصد الزرع
وابى ذلك رب الارض فالامر في ذلك الى ورثة المزارع يقومون عليه فما اخرج الله منها فهو بينهم على ما اشترطا في اصل المزارعة ولا اجر عليهم في الارض
ان عملوها بقضاء قاض او بغير قضاء قاض • وان اراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل • وقيل لصاحب الارض اقلعه فيكون بينك وبينهم
نصفين او اعطهم قيمة حصتهم ويكون الزرع كله لك • او انفق على حصتهم ويكون نفقتك في حصتهم الى هنا لفظ الكرخي • وانما كان الامر
الى ورثة المزارع لانه لا ضرر في ذلك على رب الارض • وانما لم يجبروا على العمل اذا ارادوا القلع لانهم اسقطوا حقهم والابقاء كان لحقهم هم
قوله لما بينا اشارة الى قوله ترك النظر لنفسه • يعني ان ابقاء العقد بعد وجود المبقي نظر للورثة وقد تركوا النظر لانفسهم فلا يجبرون
على العمل اذا امتنعوا قوله قال وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص • فان شرطاه في المزارعة
على العامل فسدت • اي قال القدوري في مختصره يعني كما ان النفقة عليهما فيما اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان اجر الحصاد
والرفاع والدياس والتذرية عليهما • قال صاحب الهداية الحكم الذي ذكره القدوري ليس بخاص بهذه الصورة بل هو عام في جميع المزارعات
يعني ان الحصاد واخواته في جميع المزارعات عليهما • فاذا شرطت على احدهما فسدت المزارعة • والحصاد قطع الحب اذا ادرك • والرفاع بفتح
الراء وكسرها لغة وهو ان يرفع الزرع الى البيدر • والدياس مصدر داس الكدس يدوسه دوسا ودياسا • والدياس هو ان يوطأ الطعام
بالاقدام او بغيرها ليكدس وقد يكون عليها • وحاصل الكلام هنا على ثلاثة اوجه ذكرها الكرخي في مختصره ما كان قبل بلوغ الزرع مما يصلح به الزرع فهو على
العامل وما كان بعد تناهي الزرع فهو عليهما وما كان بعد القسمة فهو على كل واحد منهما في نصيبه خاصة دون صاحبه الى هنا لفظ الكرخي في

مختصره وذلك لان كل ما يحتاج اليه الزرع قبل بلوغ الزرع مما يصلح به فهو على العامل لان ذلك عمل المزارعة وهو معقود عليه من جهة المزارع فيختص
به • وكل ما يحتاج اليه بعد تناهي الزرع فهو عليهما لانه لم يبق على المزارع عمل • والزرع مشترك والعمل فيه يكون عليهما على قدر حصصهما فكذلك النفقة
وما يحتاج اليه بعد القسمة فهو على كل واحد منهما في نصيبه لان نصيب كل واحد منهما قد تميز فتكون مؤنته عليه خاصة • فان شرطاه على العامل
فسدت يعني الحصاد والدياس والرفاع والتذرية وهذا رواية الاصل • في النوادر المزارعة جائزة على قول ابي يوسف • وفيه عن ابي يوسف
اذا اشترط على المزارع ان يحصد ويجمعه جاز • وفيه كان محمد بن سلمة ونصير بن يحيى يجيزان المزارعة بشرط الحصاد ولا اعرف احدا في زماننا
خالفهما في ذلك • قال الفقيه ابو الليث وبه ناخذ وفي المعاملة لا اعرف فيه هذا الشرط • وفي نوادر ابن رستم قال لا ناخذ بقول محمد
في هذه المسئلة وانما ناخذ بقول ابي يوسف • والفقيه والحلواني يفتي [illegible] رب المال الكرم بشرط الحصاد جوزه مشايخ بلخ رضي الله عنهم كذا في خلاصة الفتاوى
وجه قول ابي يوسف ان التعارف قد حصل ان الحصاد والدياس على العامل فاستحسن في جواز شرط العرف الناس كالاستصناع • ووجه رواية الاصل
ان عقد المزارعة ينتهي بتمام المزارعة الذي يحصل به النماء • والزرع اذا تم وتناهى لم يبق هناك عمل يتعلق به النماء والزرع مشترك والنفقة في المال
المشترك عليهما • فاذا شرطاه على العامل فقد اشترط عليه ما لا يقتضيه العقد فيفسد • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واذا شرط
رب الارض على المزارع ما تبقى منفعته بعد المدة فان ذلك يوجب افساد المزارعة كما اذا شرط على المزارع كري الانهار والقاء السرقين وبناء الحائط
والكراب وغير ذلك مما تبقى منفعته بعد المدة • وقال بعضهم شرط الكراب لا يفسد المزارعة لانه وان كرب مرارا فانه يبطل ذلك كله ببقي واحد
ولا تبقى منفعته الا بعد المدة ولا يبقى يوجب الافساد • ولو اشترط عليه ما يحتاج اليه من السقي والحفظ وغيرهما فان ذلك لا يبطل المزارعة
وكذلك ما يحتاج اليه في حد النبات الى ان يبلغ الى الحصاد • ولو شرط عليه من التحصيل بعد الادراك وبعد ما خرج من حد النماء نحو الحصاد والتذرية
وتنقية الحب وحمل التمر وغيره فان ذلك عليهما جميعا • فاذا شرط على المزارع فسدت • وروي عن ابي يوسف انه قال لا يفسد كذا في شرح الطحاوي
قوله وما كان بعد القسمة فهو عليهما لفظ موهم لان ما كان بعد القسمة فهو على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لا عليهما [illegible] مختصر الكرخي
وكذلك الحمل والطحن قوله ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ذكره تفريعا على مسئلة المختصر قوله
ولو ارادا جداد القصيل او جد التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما تفريعا ايضا • قال الكرخي في مختصره فان بلغ الزرع حتى صار قصيلا فاجمعا
على ان يفصلاه ويبيعاه قصيلا فان حصد القصيل وبيعه عليهما على قدر ما لكل واحد منهما في الزرع • فاما ما كان البذر من قبله فهو سواء في جميع ما
ذكرنا • وكذلك الرجل ياخذ النخل معاملة فما كان قبل ان يصير الثمر ثمرا فهو على العامل وما كان بعد ذلك فهو عليهما على قدر ما لكل واحد
منهما في الثمر • وهذا والمزارعة سواء في جميع ما شرحناه في ذلك الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لانهما اسقطا ما بقي من المدة وجعلا
هذا انتهاء فيه وكذلك في المعاملة • والقصيل اسم لكل زرع بعد النبات قبل الادراك والله اعلم • وقد قالوا لو شرط في المزارعة عملهما
جميعا فالمزارعة فاسدة لان البذر اذا كان من قبل العامل فهو مستاجر للارض فاذا شرط عمل صاحبها لم يسلم ما اجر وذلك يمنع صحة الاجارة
واذا كان البذر من قبل رب الارض واشترط عمله لم يخل بين المزارع والارض • ومن شرط المزارعة التخلية وصار كالمضاربة اذا شرط
فيها عمل رب المال انها تفسد فكذلك المزارعة كذا ذكر في شرح الاقطع

كتاب المساقاة

كان من حق الوضع ان يكون كتاب المساقاة قبل كتاب المزارعة لان المساقاة
جائزة بلا خلاف • ولهذا قدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره الا ان المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد كانت
الحاجة اليها اكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة • ولان المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الائمة كانت الحاجة الى علمها اشد فقدمت
ولان تفريعاتها اكثر من تفريعات المساقاة قوله قال ابو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى
جزء الثمر مشاعا • هذا لفظ القدوري في مختصره • وعند الشافعي تجوز المعاملة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة • ثم المعاملة
تجوز في النخل والكرم عنده في الجديد وفي القديم تجوز في كل شجر له ثمر • وجه قولهما معاملة رسول الله صلى الله عليه وسلم باهل خيبر
على شطر ما يخرج منها من زرع او ثمر • ولنا نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة • قال ابن الاعرابي مشتقة من معاملة رسول الله صلى الله عليه
وسلم باهل خيبر ثم صارت مستعملة ومعاملة رسول الله صلى الله عليه وسلم تشمل المساقاة والمزارعة جميعا • ولان المعاملة استئجار ببعض ما
يخرج وذلك مجهول او معدوم فلا يجوز • وقد مر بيانه في المزارعة • واذا ثبت من اصل ابي يوسف ومحمد جوازها لم يصح الا في مدة
معلومة كسائر الاجارات • فلو دفع الى رجل نخلا ولم يذكر مدة معلومة كان على اول ثمرة تخرج من اول سنة استحسانا لان العقد
يقع على العمل في الثمر ولكل ثمر وقت معلوم يبتدي به وينتهي فالثمر الاول متيقن دخوله في العقد فجاز به العقد وما بعد ذلك
غير متيقن فلم يصح العقد فيه • واما قوله وسمى جزءا من الثمر مشاعا فلانها عقد شركة بانتهائها • فاذا لم يكن المسمى جزءا مشاعا ربما يفضي الى
قطع الشركة فلا يجوز كما في المزارعة • قال في شرح الطحاوي المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة اهل المدينة ولاهل المدينة لغات يختصون
بها ويقولون للمزارعة مخابرة وللاجارة بيعا وللمضاربة مقارضة وللصلاة سجدة ثم قال ولا ينبغي ان يشترط العمل على صاحب الكرم
فاذا اشترط فسدت المعاملة • لان التخلية لم توجد • ولو اشترط شيئا على المساقي مما لا يبقى منفعته وراء المدة فانه يجوز نحو ان يشترط التلقيح
للنخل والابار وسقي الكرم والاشجار واصلاح الكروم وكل ما يحتاج اليه الكرم فانه يجوز • فاما اذا كان مما يبقى منفعته ما وراء المدة
فانه يجوز نحو غرس التالة ونصب العرائش وتقليب ارض الكرم وغرس الاشجار وما اشبه ذلك فان المعاملة فاسدة • وكذا لو اشترط قطف
الثمر على العامل فانه يفسد المعاملة فاذا فسدت المعاملة فالخارج كله لصاحب الكرم ويجب عليه للعامل اجر المثل قوله وادراك
البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان لها نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة والبذر بالذال ما يبذر والبزر بالزاء
بزر البقل وغيره كذا في الديوان • وقد وقع هاهنا في هذا الموضع بالذال • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو دفع

الرطبة في ارض قد صارت مراحا يعني قد خرج ساقها من غير ورق عليه ولم ينعقد البان بعد فدفعها اليه معاملة على ان يسقيها ويقوم عليها بالنصف ولم يسم وقتا معلوما فهذا فاسد لانه ليس لها نهاية وقت معلوم لانها تخرج مرة بعد اخرى حتى لو كانت للرطبة غاية جاز ولو دفع الرطبة قد انتهى جزادها على ان يقوم عليها او يسقيها حتى يخرج بزرها على ان ما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان ولم يسميا وقتا فهو جائز على ما اشترطا لان البذر من الرطبة بمنزلة الثمر من الشجر لانه يقصد منها فصار كدفع الاشجار معاملة على ان الثمر بينهما نصفان فهو جائز كذلك فههنا والرطبة لصاحبها لانها لم تحدث بعمله ولم تزدد به **قوله** بخلاف الزرع يتعلق بقوله وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز • يعني ذلك بخلاف المزارعة فانها لا تجوز بلا بيان المدة قياسا واستحسانا لان الزرع ليس له نهاية معلومة لتفاوت في ابتدائه فتمكن فيه الجهالة فلا بد من ذكرها بيان المدة • ولهذا لانه ان قدم في القا البذر يتقدم حصاده • وان اخر يتأخر فتمتنع المزارعة بينهما والشركة لذلك دفع النخل والكرم والشجر معاملة بالنصف من غير بيان المدة لان وقت خروج ثمره وادراكه لا يختلف ولا يتفاوت فلا يجري فيها المنازعة فافترقا **قوله** وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة • هذا ايضا يتعلق بقوله وفي الاستحسان اذا لم يبين يجوز عطفا على قوله بخلاف الزرع • يعني اذا دفع الرجل الى الرجل غرس شجر او كرم او نخل قد علق على ان يقوم عليه ويسقيه ويلقحه فما اخرج الله من ذلك من الثمر والثمر فهو بينهما نصفان هذه معاملة فاسدة الا ان يبين سنين معلومة لما بينا انه ليس لثمارها وقت معلوم • فان بين جاز كذا في شرح الكافي • وهذا لانه لا يدري متى تحمل الشجرة وقد يتفاوت الاشجار في الحمل بحسب قوة الارض وضعفها فلا بد من بيان المدة **قوله** ولم يبلغ الثمر اي لم يبلغ اوان الثمر **قوله** وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة هذا ايضا يتعلق بقوله وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز عطفا على قوله بخلاف الزرع ايضا معناه ما قال في شرح الكافي ولو دفع اليه اصول رطبة على ان يقوم عليها ويسقيها حتى تذهب اصولها وينقطع ثمرها فما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان فهذا فاسد • وكذلك النخل والشجر لانه ليس لزمان انقطاعه وذهاب اصوله وقت معلوم فكانت المدة مجهولة كذا في شرح الكافي • اما اذا دفع النخيل او اصول الرطبة معاملة على ان يقوم عليها مطلقا ولم يقل الى ان يذهب اصولها وينقطع نباتها فكذلك قد جاز وان لم يبين المدة استحسانا اذا كان للرطبة جزة معلومة تقع على اول جزة وفي النخيل تقع على اول ثمر تخرج • واذا لم يكن للرطبة جزة معلومة فلا تجوز بلا بيان المدة **قوله** او اطلق في الرطبة يعني اذا لم يبين المدة تفسد المعاملة وتأويله اذا لم يكن للرطبة جزة معلومة • واذا كانت معلومة جازت **قوله** ويشترط تسمية الجزء مشاعا يتعلق بقوله وتسمى جزءا من الثمر مشاعا **قوله** فان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة • ذكره تفريعا على مسئلة المختصر وهي من مسائل الاصل • قال في شرح الكافي ولو دفع اليه نخلا او كرما او شجرا معاملة اشهرا معلومة يعلم انها لا تخرج ثمرة في تلك المدة فهذا فاسد لان المقصود اثبات الشركة في الخارج وفي هذه المدة لا تتحقق الشركة في الخارج فكان مفوتا مقصود العقد فطعا فسد • وان شرطا وقتا قد يبلغ فيه وقد لا يبلغ فهو جائز لحصول المقصود وان فأخرج في تلك المدة كان للعامل اجر مثله ان لم يكن فاخرج من ذهاب في تلك السنة هذه معاملة جائزة ولا شيء له لانه لم يتحقق المقصود لانه سماوية • وان كان خرج في تلك السنة ولم يخل الا انه انقضى الوقت الذي وقته قبل ان يطلع الثمر فللعامل اجر مثله بما عمل • وهذا لانه الوقت الذي يعلم انه ينقضي قبل ان يخرج الثمر لان العقد انما ينعقد لتحقق الشركة لكن ذكر مدة لا يحصل فيها فصار كما لو لم يذكر المدة فوجب اجر المثل **قوله** قال وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطب واصول الباذنجان • اي قال القدوري في مختصره وقال في شرح الطحاوي تفسير المعاملة تقع على حدائق الاعناب والاشجار والنخيل وينبغي ان لا يشترط المدة ويشترط حصة معلومة من الربع والخمس وما اشبه ذلك • ولو استثنى شيئا لنفسه فانه لا تجوز المعاملة • وقال في تحفة الفقهاء اذا دفع الارض ليزرع الرطاب ويدفع بذرها • او دفع ارضا فيها اصول رطبة نابتة ولم يسم المدة ان كان شيئا ليس لابتداء نباته ولا لانتهاء جزه وقت معلوم لا يجوز واما اذا كان له وقت جزه معلوما فانه يجوز ويقع على جزة واحدة كما في الشجر المثمر اذا دفع اليه النخل وفيها طلع او بسر اخضر او احمر فانه يجوز وان لم يبين الوقت لان وقت ادراكه معلوم • ولو دفع والثمر فيها قد عظم لكن لم يصر رطبا بعد لا يجوز لانه لم يبق للعامل عمل يحصل به النمو • وكذا الجواب في دفع الزرع مزارعة ان كان بقلا لم يستحصد جاز • وان استحصد لا يجوز لما قلنا • وعند الشافعي رحمه الله تجوز المعاملة في النخل والكرم في الجديد • وفي القديم تجوز في كل شجر له ثمر لان المعاملة ثبتت بخلاف القياس بحديث خيبر وما ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد النص وهو النخل والكرم ولا يجوز فيما سوى ذلك • ولنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على شطر ما يخرج منها من نخل او ثمر • والحرام تمام لجميع ما له ساق فيجوز في الباذنجان والرطبة لانها من الاشجار لان ما يساقيها **قوله** ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلومة • يعني لو كان الامر كما زعم الشافعي رحمه الله فان يكون الاصل في النخل والكرم ولكن الاصل في النصوص التعليل • وانما جوزت المعاملة في النخل والكرم لاجل الحاجة والعلة فانه في غيرهما فيجوز في الرطاب والباذنجان ايضا لوجود الحاجة فيهما **قوله** بناء على اصل هذا خلاف كلام اهل اللغة وكلامهم لا فيما تقدم في موضع وتقدم في كتاب الزكاة في باب من يجوز دفع الصدقة اليه • وانما قال بناء على اصل لان الشافعي رحمه الله يقول بالتعليل اكثر منا لانه يقول بالعلة القاصرة ونحن لا نلتفت اليها ويثبت حرمة الربا في القليل والكثير كالحفنة والحفنتين • وعندنا لا يثبت في القليل **قوله** وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر ذكره تفريعا على مسئلة المختصر • وذلك لان العقد لازم لا ينفسخ فسخه الا بعذر والعذر لصاحب النخل ان يكون عليه دين لا وفاء عنده الا ببيع النخل او سرقة العامل او عجز العامل • والعذر للعامل ان يمرض مرضا يقعده عن العمل • قال في شرح الكافي فان لحقه الدين بعد خروج الثمر لم يكن له البيع لما فيه من ابطال حق العامل حتى يدرك الثمر ويقسمانه ثم يبيع النخل ويقضي من الثمن الدين لانه زال المانع **قوله** على ما قدمناه اشارة الى ما قال في كتاب المزارعة واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه **قوله** قال فان دفع اليه نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمر تزيد في العمل

جاز

جاز • وان كانت قد انتهت لم يجز • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان العامل يستحق بعض الخارج بعمله فاذا كان لعمله تاثير في النمو والزيادة جاز العقد كما يجوز قبل وجود الثمر فاذا تناهت الثمرة لا يكون لعمله تاثير فيفسد العقد • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا دفع الرجل الى رجل نخلا فيه طلع معاملة بالنصف فهو جائز • وان لم يسميا شيئا فهو على المعاملة حتى يبلغ فاذا بلغ فهو بينهما نصفان • وكذلك لو دفعه اليه وقد صار احمر لانه لم يتناه عظمه فهذه معاملة جائزة وهو بينهما نصفان • فان دفعه وقد انتهى عظمه وليس يزيد في ذلك قليلا ولا كثيرا الا انه لم يرطب فالمعاملة فاسدة • فان قام عليه وحفظه حتى صار تمرا فجميع الثمر لصاحب النخل وللعامل اجر مثله فيما عمل • وكذلك السبيل وجميع الفاكهة في الاشجار يدفعها فهو كما وصفت لك من ثمر النخل • قال ابو الحسن وكذلك الزرع ما لم يبلغ الاستحصاد • واذا استحصد لم يجز ان يدفعه الى ان يقوم عليه بنصفه • والجواب فيه مثل الاول الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله اي قال القدوري في مختصره وذلك لانها استئجار ببعض الخارج والاجارة اذا فسدت وجب فيها اجر المثل لانه المعنى فكذا المساقاة اذا فسدت **قوله** قال وتبطل المساقاة بالموت • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان المساقاة اجارة تبطل الاجارة بموت احد المتعاقدين فكذلك المساقاة **قوله** فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه الى ان ذكره تفريعا على مسئلة المختصر وهي من مسائل الاصل • قال في باب العذر في المعاملة من شرح الكافي • واذا دفع الرجل الى الرجل نخلا معاملة فما اخرج الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان فقام عليه ولقحه حتى اذا صارت اخضر مات صاحب الارض انتقضت المعاملة وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين في القياس • لان الاجارة تنتقض بموت احد المتعاقدين على عرف لكنا استحسنا ان يبقى ورثة صاحب الارض معاملة ويبقى العقد لاجل الحاجة • ثم قال فان قال العامل انا آخذ نصف البسر فالورثة بالخيار ان شاءوا صرموا البسر واقتسموه وان شاءوا اعطوه نصف قيمة البسر • وان شاءوا انفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من التمر وقد مر الوجه فيه في المزارعة ولو كان مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره صاحب الارض لان الوارث قائم مقام المورث والمورث لو كان حيا كان الخيار له في الابتداء كذا ههنا • ولو ماتا جميعا كان الخيار الى ورثة العامل لما بينا • فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان لورثة رب الارض خيارات ثلاثة على ما وصفنا **قوله** ولو التزم العامل الضرر بان قال انا آخذ نصف البسر **قوله** وقد بينا نظيره في المزارعة اشارة الى ما ذكر عند قوله وان اراد المزارع ان ياخذ بقلا فلصاحب الارض ان يقلع الزرع فيكون بينهما • او يعطيه قيمة نصيبه او ينفق على الزرع ويرجع بما انفقه في حصته **قوله** لان فيه النظر من الجانبين اي من جانب رب الارض ومن جانب ورثة العامل لان فيه تحصيل مقصودهم ودفع الضرر عنهم **قوله** وهذا خلافة في حق مالي • اي الخيار الثابت لورثة العامل وانما قال ذلك جوابا لسؤال مقدر وهو ان يقال خيار الشرط لا يورث عندكم لانه عرض لا يقبل النقل فكيف ثبت هذا الخيار لهم فقال هذا ليس من باب توريث الخيار بل هذه خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى ان يدرك **قوله** واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا كالاول هذا ذكره تفريعا على مسئلة المختصر ايضا • قال في شرح الكافي ولو لم يموتا ولكن انقضت مدة المعاملة والبسر اخضر فهذا والاول سواء والخيار فيه الى العامل • فان شاء لم كان نعمل وان ابى خير الاخر بين خيارات ثلاثة على ما بينا فرق بين المزارعة والمعاملة من وجه وهو انه متى انقضت مدة المزارعة كان للعامل ان يقوم على الزرع حتى يستحصد وعليه نصف اجر مثل الارض وفي المعاملة لا اجر عليه • لانا لو اوجبنا الاجر ههنا لاوجبناه في منافع شجر النخيل ابتداء • ومنافع النخيل غير متقومة بدليل انه لا يصح ايراد العقد عليها ابدا • بخلاف منفعة الارض فافترقا • ولو لم تنقض مدة المعاملة ولكن لحق رب الارض دين فادح فاعتاض الا ببيع النخيل وفي النخل بسر او طلع لم يبلغ لم يؤمر بالبيع حتى يبلغ الثمر وتمضي المعاملة كما ذكرنا في المزارعة • ولو انقضت المدة او مات صاحب النخيل او لحقه دين فادح لا غنى له الا ببيع النخل قبل ان يثمر النخيل وقد سقاها العامل وقام عليها كان له ان يبيعها لانه لم يتعلق حق العامل بما احدث متعلق بالخارج ولا خارج • ولو استحقت الارض وما فيها من النخيل بعدما عمل فيها حتى اخرجت البسر كان الثمر والخارج للمستحق ويرجع العامل على الدافع باجر مثل عمله • فرق بين هذا وبين المزارعة فان الاستحقاق اذا ورد على الارض كان الخارج لهما بينهما لانه يقبل الفصل عن استحقاق الشجر فانه لا يقبل الفصل عنه لانه متولد منها فافترقا ووجب اجر المثل لانه استحق البدل فصار الى اجر المثل كذا في شرح الكافي **قوله** وفي المزارعة في هذا عليهما اي العمل في المزارعة بعد ما انقضت المدة والزرع لم يدرك يكون عليهما جميعا على رب الارض والعامل لان العمل عليهما بقدر ملكيهما في الزرع • لان رب الارض لما استوجب اجر مثل الارض على العامل لم يستوجب على العامل نصيبه بعد انقضاء المدة وهنا في صورة المعاملة لا يستوجب صاحب النخل بعد انقضاء المدة اجر مثل النخيل على العامل كما كان لا يستوجب قبل انقضاء المدة لانه لا يجوز اجارة النخيل الى ان يدرك الثمر فكان كل العمل على العامل الى حين الادراك • والمعاملة في وجود الثمر وعدمه الموت ذكرناها في باب بيع الفاسد **قوله** قال وتفسخ بالاعذار • اي قال القدوري وتفسخ المساقاة بالاعذار والاعذار ثلاثة ذكرت في المزارعة عند قوله واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل • وذلك لان المساقاة فيها معنى الاجارة وجواز الاجارة للعذر والحاجة فاذا جازت الحاجة فلان يفسخ بالعذر اولى ثم هل ينفرد صاحب العذر بالفسخ ام يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان ذكرنا في المزارعة وقد مر ايضا مستقصى في كتاب الاجارات في باب فسخ الاجارة ايضا **قوله** لما بينا في الاجارات اشارة الى الدليل الذي ذكر في باب فسخ الاجارة بقوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا **قوله** سرقة السعف وهو غصن النخل ... في كل صباح وما صادت الغربان في سعف النخل **قوله** ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان ذكره تفريعا على مسئلة المختصر • اعلم ان المعاملة لازمة من الجانبين ليس لاحدهما ان يفسخها الا من عذر وليس للعامل ان يمتنع من العمل الا من عذر وهو المذكور في سائر الكتب وقد مر ذلك في اول المزارعة • قال صاحب الهداية فيه روايتان في رواية لا يكون ترك العمل

الا عذرا • ويجبر على ذلك لان العقد لازم فلا يفسخ الا من عذر • وقيل يكون ذلك عذرا • وقوله الا ان يشترط عليه العامل تسعه • فان ترك
العامل كان ذلك عذرا • اما اذا دفع اليه النخيل على ان يلقحها بنفسه وباجرائه فعليه ان يستعمل غيره في العمل فلا يكون ترك العامل عذرا في الفسخ
العامل وكذا بنفسه نظر قوله ومن دفع ارضا بيضا الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس
نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله اي في الارض ذكر هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري وهي من مسائل
الاصل قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه • واذا دفع الرجل الى الرجل ارضا بيضا سنين مسماة على ان يغرس
فيها نخلا او كرما او شجرا وكرما او تمرا كان ذلك بينهما نصفين • وعلى ان الارض بينهما نصفان فهذا كله فاسد
فان قبضها وغرسها فاخرجت ثمرا فجميع الثمر لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل من اصحابنا من قال انه صار بايعا نصف ارضه
بنصف غرسه وانه فاسد ومن كان فاسدا الا انه لما غرسه في ارضه فقد ملكه لانه يبيع بالغرس مسلما الى صاحب الارض فكان له ان يتلفها الا انه لم
نامره بالقلع لما في القلع من الاضرار بصاحب الارض فاوجبنا قيمة الغرس الا ان هذا ضعيف لانه ذكر الزرع بعد هذا وجعل الحكم فيه كالحكم في الغرس ولا
يؤدي الى الضرر • والوجه ما ذهب اليه الحاكم في الاجارات وهو انا جعلنا الغرس بمنزلة الالات فصار كانه استاجر ليعمل في ارضه بالالة على ان
يكون نصف الارض المغروسة عوضا عن عمله وهذا فاسد فيجب اجر مثل العامل وقيمة الالات فصار كما لو دفع ثوبا الى صباغ يصبغه بالنصف وجب
له قيمة صبغه واجر عمله كذلك ههنا • وكذلك لو لم يشترط له من الارض شيا ولكن قال له على ان لك علي مائة درهم او شرط عليه كر حنطة او شرط نصف
ارض اخرى معروفة • وكذلك هذا في الزرع والوجه فيه ما ذكرنا في الاشجار • وكذلك لو كان الغرس من عند رب الارض فاشترط ان ما
خرج من ذلك فهو بينهما نصفان • وعلى ان للعامل على رب الارض مائة درهم لانه ابتغى لم يشركه في الخارج وسمى له اجرا معينا وسمى في المعاملة
بالدراهم لم يسم له شيئا بالشركة فيمنع هذا اجارة ومزارعة فيكون ادخال صفقة في صفقة فيفسد به العقد ويكون الخارج كله لرب
الارض وللعامل اجر مثله • واشتراط الدراهم بالمعاملة لما فسد العقد يصار الى اجر المثل اذ العقد متحد كذا في شرح الكافي قوله ونقدر
رد الدراهم لاتصالها بالارض • والغراس بكسر العين المعجمة فسيل النخل • والغاية التي الضمير الراجع اليه على تاويل الاغراس قوله لغوسها
بنصبها ان الضمير الراجع الى اجر المثل على تاويل الاجر ومثل ذلك جائز كما في قوله سائل بني اسد ما هذه الصوت على تاويل الصيحة قوله
وفي تخريجها طريق اخر بيناه في كفاية المنتهى • ايضا تخريج المسئلة طريق اخر اشار به الى ما ذكره بعض اصحابنا في شروح الكافي وهو
الذي ذكرناه انفا وهذا اصحهما • اي الذي ذكره في كتاب الهداية وهو قوله لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله اصح الطريقين
وقد قال اصحابنا اذا دفع احد الشريكين النخل والشجر الى شريكه مساقاة لم يجز ولا اجر له ان عمل وما خرج من الثمر فهو بينهما بقدر ملكهما وذلك
لان المساقاة عقد اجارة واستيجار احد الشريكين على العمل فيما هو مشترك بينهما لا يصح ولا يجب له اجر لان العمل وقع لنفسه • واذا لم يصح
العقد كان الخارج بينهما على قدر الملكين لانه نماء ملكهما

كتاب الذبائح

المناسبة بين كتاب المزارعة وكتاب الذبائح ان في كل منهما اتلافا في الحال
للانتفاع في المال • الا ترى ان المزارعة لا تكون الا باتلاف الحب في الارض للانتفاع بالزرع بعد النبات فكذا الذبح لا يكون الا
باتلاف الحيوان بازهاق روحه للانتفاع بلحمه بعد ذلك • والذبائح جمع ذبيحة وهي المذبوحة • ثم اعلم ان الشيخ ابا الحسن الكرخي
ذكر في اول كتاب الذبائح من مختصره ما احل الله في كتابه • وقال قال الله تبارك وتعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها
تاكلون • وقال عز وجل اولم يروا انا خلقنا لهم مما عملت ايدينا انعاما فهم لها مالكون وذللناها لهم فمنها ركوبهم ومنها ياكلون وقال
عز وجل الله الذي جعل لكم الانعام لتركبوا منها ومنها تاكلون • وقال تبارك اسمه ومن الانعام حمولة وفرشا كلوا مما رزقكم الله ولا تتبعوا
خطوات الشيطان انه لكم عدو مبين فالحمولة الكبار منها والفرش الصغار • والانعام الابل والبقر والغنم ولا اعلم خلافا في ان اسم الانعام
واقع على هذا وما عدا الانعام من البهائم الانسية لا يجوز اكله فلا تؤكل الخيل ولا البغال ولا الحمير • وهذا قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف
ومحمد كذلك الا لحوم الخيل فانهما قالا لا باس بذلك الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • وقال الشيخ ابو الحسن القدوري في شرحه الذبائح هي
محظورة في العقل لان الاشياء في الاصل عندنا على الاباحة الا ما فيه ادخال الضرر على الحيوان • والمحظور بالعقل على ضربين منه ما
يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته كتضييع الظلم • ومنه ما هو يجوز ويجوز ان يرد الشرع باباحته • وانما كان كذلك لان الضرر
اذا كان فيه نفع يوفي عليه حسن بالعقل فكذلك لا يحسن ان يحتم الاطفال ويداويهم بما فيه المرودلك لما لم يكن في ذلك الالم من النفع لا يحسن
بالعقل ان يلتذ بالبهائم في ذبحها منفعة فلا يجوز ان يقدم عليه • فاذا اباح الشرع ذلك كشف لنا عن المنفعة التي تحصل لها من العوض فحسن
فعلها • والدليل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ياكل لحم الحيوان قبل ان يبعث فان كانت الاباحة بالشرع لم يجز ذلك لانا لا نعلم
انه صلى الله عليه وسلم قبل بعثه ذبح وانما اكل اللحم والمحرم في حظر الذبح ما يوجب حظر اللحم لانها اذا ذبحت فالاكل لم يحصل منه ايلام
العقل • ولو ثبت انه صلى الله عليه وسلم ذبح لم يمتنع ان يستند ذلك الى شريعة من كان قبله الى هنا لفظ القدوري في شرحه • وقد اعترض
على هذا الكلام شمس الائمة السرخسي فقال ذكر بعض العراقيين من مشايخنا ان التذكية محظورة بالعقل لما فيه من ايلام الحيوان وهذا شيء
بالحل وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتناول من اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه تناول ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسم الاصنام
فعلم انه كان يذبح ويصطاد بنفسه • وجوابه يعلم من كلام القدوري • واذا ثبت اباحة الذبح فالكلام بعد ذلك فيما يحل من الحيوان
وما يحرم • وجملة ذلك ان الحيوان على ضربين منه ما له دم سائل ومنه ما لا دم له فما لا دم له حرام اكله الا الجراد • وما له دم على
ضربين • احدهما ما يعيش في الماء والاخر ما لا يعيش في الماء فما يعيش في الماء محرم الا السمك خاصة • وما يعيش في البر على ضربين مستانس
ومستوحش فالمستانس يحل منه الانعام وهي الابل والبقر والغنم والدجاج • وما سوى ذلك من المستانس لا يوكل الا الفرس فانه يكره عند

ابي حنيفة

ابي حنيفة ولا يكره عند ابي يوسف ومحمد • واما المتوحش فيحرم منه كل ذي مخلب وناب ويحل ما سواه • ويكره اكل الحشرات كلها ويجيء بيان
جميع ذلك في الكتاب ان شاء الله تعالى قوله قال الذكاة شرط حل الذبيحة وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب لانه اذا ذكر لفظ
قال في اول المسئلة كان يشير به الى ما ذكر في الجامع الصغير او مختصر القدوري وههنا لم يقع الاشارة الى احدهما • ولهذا لم يذكر في
البداية وكان ينبغي ان لا يورد لفظ قال او يقول قال العبد الضعيف مشيرا الى نفسه • والذكاة اسم بمعنى الذبح من ذكى الشاة
يذكيها اذا ذبحها • ثم الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة
والمتردية والنطيحة وما اكل السبع الا ما ذكيتم • وهذا لان ما لم يذك كانت ميتة والميتة حرام بالنص فيكون شرط الحل المستثنى
من الحرمة الا ان السمك والجراد خرجا عن عموم الاية بالسنة المشهورة وهو قوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فهو
فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال • واجماع الامة يدل على هذا لان الاكل لا يحل الا بالذكاة بالاجماع وركن الذكاة هو القطع
والجرح لان الذكاة به توجد وركن الشيء ما يوجد به الشيء • فاما شرط وقوع الذكاة ذكر اربعة اشيا الجارحة بالاجماع لحديث ابراهيم
النخعي قال اذا خزق المعراض فكل وان لم يخزق فلا تاكل فعلم ان الالة اذا لم تجرح لا تحل والثاني ان يكون الذابح من اهل التوحيد
وهو خلاف لنا الحل • اما دعوى واعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي فانه يدعي انه صاحب ملة التوحيد • بخلاف المجوسي فانه ليس له ملة
التوحيد لا دعوى ولا اعتقادا لانه يقول بصانعين احدهما خالق الخير والاخر خالق الشر فلا تحل ذبيحته والمحرم لا تحل ذبيحته وكذا هو
الحلال اذا كان في الحرم لا يحل ذبحه للصيد • والثالث ان يكون المحل من المحللات اما من كل وجه كماكول اللحم او من وجه عندنا
بان كان مما يباح الانتفاع بجلده ان كان مما لا يحل اكله • والرابع التسمية وهي شرط عندنا خلافا للشافعي رحمه الله • قال في الاجناس
يعتبر في حصول الذكاة اربع شرايط • احدها صفة في الفاعل ان يكون معتقد الكتاب منزل في دين هو عليه • والثاني صفة في الفعل
وهو وجود ذكر الله تعالى عليه باحق المذكى • والثالث صفة في الالة بان يكون مما يقطع لها حد • والرابع صفة في الموضع فيه وهو
قطع الاوداج والاوداج اربعة الحلقوم والمري والودجان الى هنا لفظ الاجناس • وحكم الذكاة حل اكل المذبوح فيما يوكل وطهارة
جلده ان كان مما لا يوكل لحمه الا الادمي والخنزير فانه لا تعمل فيهما الذكاة • وهذا لان حكم الشي ما يثبت به الذي يثبت بالذكاة هذا • ثم الذكاة
نوعان ذكاة اختيار وذكاة اضطرار فذكاة الاختيار جرح متعدد وهو قطع الاوداج في محل معلوم وهو ما بين اللبة واللحيين وذكاة
الاضطرار جرح في اي محل كان • وعند بعضهم جرح مدمي في اي محل كان • والاصل في باب الذكاة هو الاول والثاني كالبدل عنه
لان البدل لما لا يصار اليه الا بعد العجز عن الاصل • وذكاة الاضطرار بهذه المثابة لانه لا يصار اليها الا بعد العجز عن ذكاة الاختيار لكون
الذكاة مشروعا بقدر الوسع والامكان • ولان الذكاة شرعت ليخرج الدم المسفوح النجس • وانما يخرج الدم المسفوح بذكاة الاختيار
فكانت اصلا وذكاة الاضطرار بدلا • ثم الالة التي تحصل بها الذكاة نوعان جماد وحيوان والجماد نوعان ما يعمل متصلا كالسكين والسيف
والرمح وما يعمل منفصلا كالسهم والمزراق والحيوان نوعان من جنس الطيور كالبازي والصقر والشاهين ونحوها ومن جنس البهائم
كالكلب والفهد • وانما حلت هذه الحيوانات الا بعد التعليم لان قبل التعليم احتمل في هذه الحيوانات ما يوجب ان تكون الة وما يمنع
من حيث انه لا عقل له وانه قاطع جارح فصلح الة كالسكين • ومن حيث ان لهذه الحيوانات اختيارا لم يصلح الة لان الالة لا اختيار لها كالسكين
واذا لم يترجح ما يوجب ان تكون الة على ما يمنع شرط الشرع التعليم حتى يترجح احد الوجهين على الاخر فالتحقت هذه الحيوانات بعد التعليم بالسكين
فوقع عملها لصاحبها لا لانفسها قوله وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة • وكان ينبغي ان يقول بها لان الضمير راجع الى الذكاة ولكن
على تاويل الذبح ذكره • وهذا لان النجس هو الدم المسفوح فيزول ذلك بالذكاة فيحصل الطهارة بها الا الادمي والخنزير فان الذكاة لا
تعمل فيهما • قال الفقيه ابو الليث وذكر عن ابي الحسن الكرخي انه قال اذا صلى ومعه شيء من لحم السباع وقد ذبح جازت صلاته • ولو
وقع في الماء القليل لم ينجس الماء • وكان الفقيه ابو جعفر يقول انه نجس لا تجوز الصلاة معه • ولو وقع في الماء افسد الماء وهو موافق لقول بعض
من اخذهم كذا ذكره في كتاب الصلاة من كتاب النوازل ويجيء في فصل ما يحل اكله وما لا يحل اكله عند قوله واذا ذبح ما لا يوكل لحمه طهر
لحمه وجلده الا الادمي والخنزير قوله فانها تعمل عملها في ازالة الرطوبات قوله ومن قوله عليه السلام ذكاة
الارض يبسها وفيه نظر لانه من كلام محمد بن علي وهو محمد بن الحنفية لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم وقد صرح في الفائق وصرح بقوله ذكاة
اي طهارتها من رطوبة النجاسة فذاك تطهيرها كان الذكاة تحل الذبيحة وتطيبها • ثم قال وقيل الذكاة الحياة من ذكت النار اذا
حييت واشتعلت فكان الارض اذا جفت ماتت واذا ظهرت حييت الى هنا لفظ الفائق • وقال في ديوان الادب في باب التفعيل
ذكي اي ذبح • وذكى اي اسن وذكيت النار اي رفعتها قوله بين اللبة واللحيين واللبة الصدر واللحيان الذقن قوله اعمل
هو افعل التفضيل اي الاول وهو الجرح بين اللبة واللحيين اعمل من الثاني في اخراج الدم [illegible]
اي اخفى منه قوله قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال • اي قال القدوري في مختصره اعلم ان المسلم والكتابي سواء فيما يصح به
الذكاة ولا خلاف في جواز ذكاة المسلم • واما ذكاة الكتابي فلقوله تعالى الا ما ذكيتم وهو المراد بقوله لما تلونا • وذلك
لان الخطاب عام • ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم • قال في الصحيح البخاري قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم
وقال في الصحيح البخاري ايضا • وقال الزهري لا باس بذبيحة نصارى العرب فان سمعته يسمي لغير الله فلا تاكل فان لم تسمعه فقد
احله الله وعلم كفرهم • ويذكر عن علي نحوه الى هنا لفظ الصحيح • ولا يجوز ان يحمل طعامهم على غير الذبائح لانه لو كان كذلك لم يخص اهل
الكتاب • قال في شرح الطحاوي وذبيحة اهل الكتاب انما تحل اذا اتى به مذبوحا • وان ذبح بين يديك فان سمى الله تعالى
فلا باس وان سمى باسم المسيح فانه لا يوكل • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره فان كان الذابح كافرا او غير اهل الكتاب

لم يؤكل ذبيحته كالمجوسي ما كان دينه ولانه عبد الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ومن لم
يخاطب لا يذكر اسم الله • ولان الاباحة وردت مختصة باهل الكتاب فمن سواهم على اصل الحظر • وقال الكرخي في مختصره ويجوز ذبح الصابئ
عند ابي حنيفة وهم عنده اهل كتاب وهو فرقة من النصارى عنده وليس يريد العرب والاخر من الصابئين الذين لا يؤمنون بنبي صلى الله عليه
وسلم ولا يعرفون نبوته ولم يشرع احد ليس من النصارى عليه فهؤلاء لا تؤكل ذبائحهم وهو عندي هكذا والمراد وهذا التفصيل عن ابي حنيفة الا ان الكلام
عنه انهم اهل الكتاب الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • قال القدوري في شرحه وانما اجاب ابو حنيفة عن من يؤمن بنبي وكتاب
ويعظم الكواكب كتعظيم المسلم القبلة وما حملا الامر على من يعظم الكواكب تعظيم عبادة فهو عابد وثن فلا يجوز اكل ذبيحته • ثم قال القدوري
وحال هذه الفرقة مشكلة لانهم يدينون بكتمان اعتقادهم فلا يعرف حالهم • فاما حمل ابي الحسن لقول ابي حنيفة على صلاة صابئ يؤمن بنبي
فهو امر لا يعرف منهم وانما يؤمنون بادريس ويعظمونه وذ عنه من الانبيا • وقال القدوري في كتاب النكاح من تصنيفه المسمى التقريب
وهذه المسئلة لا خلاف فيها في الحقيقة لان ابا حنيفة اجاب فيهم على طائفة من النصارى يؤمن بالكتاب فهو كسائر اهل الكتاب وهما اجابا
في من يعبد الكواكب فيصير كعابد الوثن • وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي الاختلاف بينهم في المبنى في هذه المسئلة • وذلك
لان الصابئين طائفتان كانت منهم ينتحلون دين المسيح ويقرؤن الانجيل ثم في ناحية البطيحة من عمل واسط فهؤلاء في قولهم جميعا تؤكل ذبائحهم
وفرقة اخرى من الصابئين في ناحية حران وديار ربيعة لا ينتحلون كتابا ولا نبيا ويعبدون الكواكب والاصنام فهؤلاء اهل الاوثان لا تؤكل
ذبائحهم ولا ينكح نساؤهم في قول اصحابنا جميعا • وقال في الاصل ارايت الصبي يذبح ويسمي هل تؤكل ذبيحته قال نعم اذا كان يضبط ويعقل
التسمية والذبيحة فلا بأس به • وان كان لا يعقل ذلك فلا • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وكذلك المجنون او السكران ان التسمية
والذبيحة جازت والا فلا • قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في شرح المبسوط يريد بقوله يضبط شرايط الذبح من فري الاوداج
وغيره ويعقل التسمية والذبيحة بان كان يعقل ان يباح بالتسمية ولا يباح بغير التسمية • وذلك لانه متى امكنه ضبط شرايط الذبح وعقل
التسمية كان هو والبالغ سوا • والبالغ اذا سمى وذبح حل فكذا الصبي • وان كان لا يعقل التسمية فانه لا تحل ذبيحته لانه متى لم يعقل
التسمية لا يصح منه التسمية كما لا يصح منه الاسلام متى لم يعقل ولا البيع ولا النكاح اذا لم يعقل • والتسمية شرط الاباحة • وقال
في كتاب التفريع لاصحاب مالك ولا تجوز ذبيحة السكران والمجنون • ثم قال في الاصل وذبائح اهل الحرب اذا كانوا من اهل الكتاب
لا بأس بها وذلك لقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم اذ لا تفصيل فيه بين الكتابي والحربي والذمي • وذلك لانهم لا يؤمنون
بالكتاب وانما جرحهم معصية منهم وذلك لا يؤثر في الذبح كمعصية المسلمين • وقال الكرخي في مختصره ولا بأس بذبائح بني تغلب
النصارى وغيرهم • وذلك لانهم على دين النصارى وان لم يتمسكوا بكل شرايعهم فصاروا كالنصارى الاصليين اذا لم يتمسكوا ببعض الشرايع
وقال في شرح الاقطع وقد قال الشافعي رحمه الله ان ذبائح بني تغلب وذبائح نصارى العرب لا تؤكل وهذا لا يصح لما ذكرنا • والذبيحة
بكسر الدال نوع من الذبح اراد بها القدرة على الذبح **قوله** وصحة القصد بما ذكرنا اي بما اذا كان يعقل التسمية والذبيحة
لا يقال المجنون لا عقل له فكيف يعقل لانا نقول اراد به المعتوه • وهذا الذي يحتمل ان يخنق ويفيق اخرى وقد يعقل المعتوه التسمية
وكذا السكران قد يعقل **قوله** والاقلف والخنثى سوا في حل الذبيحة لما ذكرنا اشار به الى الاطلاق في قوله تعالى الا ما ذكيتم
وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم لان الخطاب عام • وانما ذكر الاقلف احترازا عما روي عن ابن عباس انه كان يكره
ذبيحته • قال في الفايق ابن عباس كان يكره ذبيحة الارغل هو الاغرل الاقلف والاقلف لم يختن وكذا الاغلف كذا في ديوان الادب
وقال الكرخي في مختصره ولا بأس بذبيحة الاخرس المسلم والكتابي وذلك لانه من اهل الذكاة وعجزه عن التسمية لا يمنع من صحة ذكاته
كما ان عجزه عن التكبير لا يمنع من صحة صلاته **قوله** قال ولا تؤكل ذبيحة المجوسي • اي قال القدوري في مختصره وذلك
لما روى اصحابنا في كتبهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم • وقال
ابو يوسف في تصنيفه المسمى بكتاب الخراج حدثني قيس بن الربيع عن قيس بن مسلم عن الحسن قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم مجوس اهل هجر على ان
يأخذ منهم الجزية غير مستحل مناكحة نسائهم ولا اكل ذبائحهم • وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي • وقد روي ان عمر بن الخطاب
رضي الله عنه كتب الى سعد في مجوس السواد ان لا تنكح نساؤهم ولا تؤكل ذبائحهم وذلك بمحضر من الصحابة من غير خلاف من احد منهم عليه • ولان
احد شرايط الذكاة ان يكون الذابح من اهل ملة التوحيد دعوى واعتقادا كالمسلم • او دعوى كالكتابي والمجوسي ليس من اهل ملة التوحيد فلم يوجد
شرط الذكاة فلا تحل ذبيحته **قوله** قال والمرتد • قال القدوري في مختصره وهو بالجر عطفا على المجوسي • وكذا قوله والوثني
والمحرم بالجر ايضا • قال الكرخي في مختصره وكذا المرتد عن الاسلام لا تؤكل ذبيحته الى اي دين ارتد وان كان اهل ذلك الدين من
تؤكل ذبائحهم • وان ارتد الكافر الكتابي الى دين من غير اهل الكتاب لم تؤكل ذبيحته • وان ارتد غير الكتابي الى دين اهل
الكتاب اكلت ذبيحته ينظر الى حاله ودينه في حال ذبحه دون ما سواه الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • وذلك لان المرتد عن
الاسلام لا يقر على دينه الذي انتقل اليه فصار كالذي لا دين له فلا يؤكل ذبيحته • وكذلك الكتابي كاليهودي او النصراني اذا
انتقل الى دين غير اهل الكتاب ان تمجس لا تؤكل ذبيحته لان الذي انتقل اليه دين غير ملة لان المجوسي ليس من اهل ملة التوحيد اصلا • بخلاف
اليهودي اذا تنصر او النصراني اذا تهود حيث تؤكل ذبيحته لان الذي انتقل اليه دين يقر اهله • وكذلك اليهودي والمجوسي او تنصر
لانه دين يقر ولا يجبر بالعود الى دعوى الاثنين • فالامر على الدين الذي انتقل اليه صار كانه من اهله في الاصل **قوله** والوثني
اي لا تؤكل ذبيحة الوثني وهو الذي يعبد الوثن لانه ليس من اهل ملة التوحيد والوثن الصنم **قوله** قال والمحرم اراد به ذبيحة
المحرم من الصيد سوا كان المحرم في الحل او في الحرم • وكذا صيد الحرم لا تحل ذبيحته اصلا لا للمحرم ولا للحلال • وذلك لان الذكاة

فعل مشروع وذبح المحرم الصيد ليس بمشروع • وكذا ذبح الصيد في الحرم ليس بمشروع لحق الله تعالى فيكون ميتة فلا يحل انما ذبح المحرم غير الصيد مشروع
وانما ذبح الحلال غير صيد الحرم مشروع ايضا فيتبع فعلهما ذكاة فيحل **قوله** قال وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها
ناسيا اكل • اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره التسمية على الذبيحة عندنا فرض لا تصح الذكاة مع تعمد تركها
وان كان ترك ذلك على وجه النسيان صحت الذكاة • وكذلك الكتابي اذا ترك التسمية عامدا لم تؤكل ذبيحته وان كان ناسيا اكلت وهو في هذا
بمنزلة المسلم الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • وقال القدوري في شرحه للمختصر • وقال الشافعي رضي الله عنه اذا ترك التسمية عمدا او
الاكل • وقال مالك اذا تركها ناسيا لم تؤكل وهكذا ذكر القدوري مذهب مالك • وقال ابن الجلاب البصري المالكي في كتاب التفريع والتسمية
شرط في صحة الذبيحة فمن تركها عامدا لم تؤكل ذبيحته وان تركها ناسيا اكلت ذبيحته ويحتمل ان يكون عن مالك رواية في النسيان • وقال
الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل ومن ترك التسمية على صيد عامدا او ساهيا لم يؤكل • وان ترك التسمية على ذبيحة عامدا لم تؤكل وان تركها ساهيا
اكلت • وقال في تفسير سورة الانعام من كتاب التيسير وكان داود بن علي حرم متروك التسمية ناسيا • وقال في النوازل وفي قول لا تؤكل
اذا ترك التسمية عمدا او ناسيا • وقال القدوري ايضا في شرح المختصر الكرخي وقد اختلف الصحابة في النسيان فقال علي وابن عباس اذا ترك
التسمية ناسيا اكل • وقال ابن عمر لا تؤكل • والخلاف في النسيان يدل على اتفاقهم في العمد • ثم اعلم ان التسمية شرط الحل في الذبيحة مع الجد
لان الجد هو الذبح والتسمية من شرايط الذبح • وفي الصيد عند الرمي والارسال والخلاف في ترك التسمية في العمد كالخلاف في الذبيحة فعندنا
لا يحل مع العمد خلافا للشافعي رحمه الله • لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم المؤمن يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم • ولانه اذا ترك
التسمية ناسيا اكلت بالاتفاق فلو كانت التسمية شرطا لم تحل لان شرط الشي ما يتوقف الشي على وجوده ولا يفترق الحال بين النسيان والعمد
كما في الطهارة واستقبال القبلة وستر العورة • ولنا قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق وان الشياطين ليوحون الى
اوليائهم ليجادلوكم وان اطعتموهم انكم لمشركون قوله وانه لفسق اي ان متروك التسمية عمدا اكله فسق لان تناوله فسق اي خروج عن
الطاعة • وان الشياطين ليوحون اي يوسوس الشيطان الى المشركين ليجادلوكم بقولهم تأكلون مما قتلتم ولا تأكلون مما قتل الله • وعن
عكرمة ان الشياطين هم المجوس يلقنون المشركين ذلك في محاجة اهل الاسلام وان اطعتموهم اي ان اطعتم الكفار في استحلال ما حرم الله انكم
لمشركون مثلهم • وجه الاستدلال ان الله تعالى نص على تحريم متروك التسمية عمدا لانه تعالى نهى والنهي للتحريم بدلالة السياق • الا
ترى قوله تعالى وانه لفسق والى قوله وان اطعتموهم انكم لمشركون • ويدل عليه السنة ايضا وهي ما قال البخاري في الصحيح حدثنا
قتيبة بن سعيد قال حدثنا محمد بن فضيل عن بيان عن الشعبي عن عدي بن حاتم قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت انا قوم نصيد
بهذه الكلاب فقال اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما امسكن عليك وان قتلن الا ان يأكل الكلب فاني اخاف ان يكون انما امسكه على
نفسه • وان خالطها كلاب من غيرها فلا تأكل • وحدث البخاري ايضا عن موسى بن اسمعيل عن ثابت بن يزيد عن عاصم عن الشعبي عن
عدي بن حاتم عن النبي صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك وسميت فامسك وقتل فكل وان اكل فلا تأكل فانما امسك على نفسه وان خالط كلابا
لم يذكر اسم الله عليها فامسكن فقتلن فلا تأكل فانك لا تدري ايها قتل • وحدث البخاري عن آدم عن شعبة عن عبد الله بن ابي السفر عن عدي بن حاتم
قال قلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اني ارسل كلبي واسمي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك وسميت فاخذ فقتل فكل وان اكل فلا تأكل فانما
امسك على نفسه قلت اني ارسل كلبي اجد معه كلبا آخر لا ادري ايهما اخذ فقال لا تأكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على غيره • وحدث البخاري
ايضا باسناده الى جندب بن سفيان البجلي قال ضحينا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم اضحاة ذات يوم فاذا اناس قد ذبحوا ضحاياهم
قبل الصلاة فلما انصرفوا رآهم النبي صلى الله عليه وسلم انهم قد ذبحوا قبل الصلاة فقال من ذبح قبل الصلاة فليذبح مكانها اخرى ومن
كان لم يذبح حتى صلينا فليذبح على اسم الله تعالى • وهذه الاحاديث كلها تدل على حرمة متروك التسمية عمدا • الا ترى الى تصريح
رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله لا تأكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك • واجماع الصحابة رضي الله عنهم يدل على صحة ما قلنا
لانهم اختلفوا في حرمة متروك التسمية ناسيا ولم يختلفوا في متروك التسمية عامدا فاذن لا وجه لانكار الشافعي رحمه الله شرط التسمية
لمخالفته اجماع الامة وصريح النص وتسمية الله تعالى اكل ذلك فسقا • فان قلت المعلق بقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لا يصح
لان الله تعالى لم يبين الذكر اي حالة هو اهو في حالة الذبح ام في حالة السلخ ام في حالة الطبخ ام في حالة الاكل فكان مجملا • ولان
الله تعالى ذكر بكلمة من وقال مما لم يذكر اسم الله عليه وهو للتبعيض والبعض ليس باولى من البعض فكان المراد مجهولا فلا يصح التمسك بالمجمل لا يصح قلت
ما سوى حالة الذبح ليس بمراد بالاجماع لانه لم يقل به احد فتعين حالة الذبح • والا يلزم الغاء النص ولا يصار الى حمله على الندب فلا يلزم الغاء
النص • لانا نترك بذلك قوله تعالى وانه لفسق لان تارك المندوب لا ينسب الى الفسق • والجواب عن الثاني فنقول سلمنا ان البعض
مراد بكلمة التبعيض ولكن ذلك البعض مجهول منكر كما قال • وقد وقع في سياق النفي والنكرة اذا وقعت في سياق النفي تعم • فان
قلت المراد من الاية الميتة لان سبب نزول الاية مجادلة المشركين في الميتة حيث قالوا تأكلون مما تقتلون ولا تأكلون مما قتله الله تعالى
قلت سلمنا السبب ولكن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب لان اللفظ هو الذي يدل على الحكم لا السبب • فلو كان مختصا بالسبب
لم يتجاوز حكم الشرع مكة والمدينة لان سائر الاسباب كانت ثمة واللفظ عام • لان قوله تعالى ما لم يذكر اسم الله عليه يتناول
الميتة وغيرها ما لم يذكر اسم الله عليه • وفيما قال الخصم عدول عن ظاهر اللفظ وترك الحقيقة مع امكان العمل بها فلا يجوز ذلك
قلت لا نسلم ان المراد من الذكر باللسان بل المراد منه الذكر بالقلب كما في قوله تعالى ولا تطع من اغفلنا قلبه عن ذكرنا • قلت
سلمنا ان المراد في قوله تعالى قلبه عن ذكرنا هو الذكر بالقلب بدليل السياق ولكن لا نسلم ان المراد فيما نحن فيه هو الذكر بالقلب
لانه تعالى قرن الذكر بكلمة على وهو يدل على ارادة الذكر باللسان لانه يقال ذكر عليه لسانه ويقال سمى عليه لسانه • ولا ينال

ذكر عليه تعالى ونهي عليه فعله • ولان النهي يقتضي تصور المنهي عنه • فلو حملت الاية على الذكر بالقلب اقامة الملة مقام التسمية لا يكون النهي عنه
متصورا فحملت على الذكر باللسان حتى يكون المنهي عنه متصورا • ولا يقال المراد منه ذبيحة المشرك والمجوسي فيتصور النهي عنه لانا نقول حرمة
ذبائحهم لا باعتبار ترك التسمية فان المشرك لا تحل ذبيحته وان سمى الله تعالى • وبعض اصحابنا تعلقوا بقوله فاذكروا اسم الله عليها صواف فانه امر
وجب حوتها الاية • بيانه ان الله تعالى امر بالذكر عند النحر • ومطلق الامر للوجوب على ما عرفنا في اصول الفقه • والواجب لا يخلو اما ان
يكون شرطا او ركنا • والتسمية ليست بركن بالاجماع فتعينت ان تكون شرطا • فان قلت النصوص معارضة لهذا النص منها قوله تعالى كلوا مما
في الارض حلالا طيبا • ومنها قوله تعالى الا ما ذكيتم استثنى المذكاة عن المحرمات وهي مذكاة لان الذكاة في الجرح من اللبة واللحيين ومنها
قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه • بيانه ان الله تعالى امر نبيه عليه السلام ان يخبر انه لا محرم سوى المذكورات
في هذه الاية ومتروك التسمية غير مذكور في هذه الاية فكان حلالا • قلت اما الجواب عن الاية الاولى فنقول نحن نقول بموجب
ذلك لان الله تعالى امر ان كل الحلال لا الحرام ومتروك التسمية عامدا حرام عندنا بما تلونا فلا يرد علينا • والجواب عن الاية الثانية فنقول
المراد منه الذكاة الشرعية لا اللغوية ولم يشرع الذكاة بدون التسمية فلا يرد علينا • والجواب عن الاية الثالثة فنقول ليس المراد
منه نفي الحرمة عما سوى المذكورات في هذه الاية مطلقا لان لحم الكلب ولحم الحمار والبغل حرام • ولم يذكر في هذه الاية بل المراد منه
انه لم يجد محرما مما كانوا يعتقدونه حراما في هذه الاية سوى المذكورات في هذه الاية • والدليل عليه ما ذكر قبل هذه الاية وهو قوله
تعالى قل آلذكرين حرم ام الانثيين الى ان قال قل لا اجد فيما اوحي الي محرما • والجواب عن حديث الخثعمي فنقول المراد منه الناسي والا يلزم معارضة
خبر الواحد لكلام الله تعالى فلا يجوز لان شرط المعارضة المساواة • ولان النسيان ما جبل عليه الانسان وهو عجز ملازم للانسان فجعل عفوا
في حق الله تعالى اذا كان غالبا • اما بالنظر الى الدعوى كالنسيان في الصوم او بالنظر الى حال البشر كما في التسمية في الذبيحة واقيم الملة مقام
التسمية دفعا للحرج ولم يجعل في غير ذلك عفوا لان الاية لم يرد في غير المنصوص عليه • ولا يقال ينبغي الشافعي رضي الله عنه العمد على النسيان
لانه يلزم من ذلك معارضة الراي النص فلا يجوز • وايضا لا نسلم صحة القياس لعدم المماثلة بين المقيس عليه والمقيس لان حالة العمد حالة
القدرة وحالة النسيان حالة العجز فلا مماثلة بينهما • فان قلت ذبيحة اهل الكتاب حلال • وان كان متروك التسمية لانهم لا يعتقدون
الخالق بالحقيقة • ثم ان التسمية ليست بشرط • قلنا فلا تحل ذبيحة الكتابي الا وجد ذكر اسم الله تعالى من حيث الصورة لانهم يدعون
الى التوحيد فاكتفي بقدر بذكر القدرة في حق الحل الا ترى انا سمعنا انهم يذكرون اسم عزير او اسم المسيح عند الذبح نقول بحرمة ذبائحهم • ولهذا
نقول بحرمة ذبيحة المجوسي لانه لا يدعي ملة التوحيد **قوله** في الوجهين اي في ترك التسمية عمدا او ناسيا **قوله** لا فصل بينه
اي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الاية لان قوله مما لم يذكر اسم الله عليه يشمل العمد والنسيان جميعا لعدم الفصل باحدهما **قوله** والنص
غير مجري على ظاهره اي النص وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله ليس المراد منه العموم ظاهرا • ولهذا اختلف الصحابة في متروك
التسمية ناسيا ولم يحتج من قال بحرمته بالاية فلو جرت الحاجة لما ارتفع الخلاف بينهم فيه • وظهر انه ما دين قال بحل متروك التسمية
ناسيا وزعم عن قوله وجب لم يحرز الحاجة ولم يرتفع الخلاف علم ان الاية متروك الظاهر • وليس المراد منه النسيان بل المراد منه
العمد **قوله** والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليه في حق العامد هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله حيث يقول
اقيمت الملة مقام التسمية في حق الناسي ينبغي ان تقام الملة مقامها ايضا في حق العامد فقال الناسي معذور ولان النسيان من قبل من له
الحق فاقام الملة مقام التسمية فجعل عفوا والعامد ليس بمعذور فلا يقاس على الناسي لانه ليس في معناه **قوله** وما رواه محمول
على حالة النسيان اراد به قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى ولم يسم **قوله** ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند
الذبح وهو على المذبوح • وفي الصيد يشترط على الالة وفي النشاب والكلب وفائدة هذا تظهر فيما نذكرها بعد هذا • قال الكرخي
في مختصره لو ان رجلا اضجع شاة ليذبحها وسمى ثم بدا له فارسلها واضجع اخرى فذبحها بتلك التسمية الاولى لم يجز ذلك ولا يوكل هذا فترك
التسمية متعمدا • ولو رمى صيدا فسمى فاخطاه واصاب آخر فقتله فلا باس باكله لان التسمية في الرمي على ارسال النشابة والسهم وليس على
الاصابة لو كانت التسمية على الاصابة لم تجز تسمية الارسال • ثم قال الكرخي ولذلك لو ارسل كلبا او فهدا او بازيا فالتسمية على الارسال
ليس على الاخذ ولا باس باكله • وان اخذ غير الذي ارسله عليه والتسمية على الذبيحة على الحز نفسه ليس على اخذ السكين الى هنا لفظ الكرخي
رضي الله عنه • وقال محمد في الاصل ارايت رجلا اضجع شاة وسمى ثم القى تلك السكين واخذ اخرى فذبح بها هل يوكل قال نعم لا باس به
وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه رحمه الله فرق بين هذا وبينما اذا اخذ سهما وسمى فوضع ذلك ورفع اخرى ولم يسم فانه لا يحل ووجه
الفرق بينهما ان التسمية في ذكاة الاختيار مشروعة على الذبح لا على الالة • والذبح لم يتبدل فيما صنع انما تبدلت الالة والتسمية ما كانت
على الالة انما كانت على الذبح • فاما في ذكاة الاضطرار فالتسمية شرعت على الالة فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعدي بن حاتم اذا ارسلت
كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل • وان شارك كلبك كلب آخر فلا تاكل لانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك فقد شرط التسمية
على الالة وهي الكلب • واذا ثبت في الكلب ثبت في السهم لان السهم نظير الكلب من حيث انه الة منفصلة عن صاحبه • واذا كانت
التسمية مشروعة في ذكاة الاضطرار على الالة والالة قد تبدلت صار تبدل الالة في ذكاة الاضطرار كتبدل الذبيح في ذكاة الاختيار
قوله ويكره ان يذكر مع اسم الله شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان بن فلان • صورة المسألة في الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه كان يكره ان يذكر مع اسم الله شيئا غيره • ويكره ان يقول اللهم تقبل من فلان هذا الذبح
وقال لا باس به اذا كان قبل التسمية وقبل ان يضجع للذبح الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع
الصغير هذه المسألة على اوجه في وجه تحرم وفي وجه يكره • وفي وجه لا باس به • اما الذي يحرم فهو ان يذكر مع اسم الله عز وجل

العطف والشركة بان يقول باسم الله وباسم فلان • او قال باسم الله وفلان لان الله تعالى قال وما اهل لغير الله • وقال ابن مسعود رضي الله عنه
جردوا التسمية عند الذبح • وقال عليه السلام موطنان لا اذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح • فاذا قال باسم الله ومحمد رسول الله صار
الذبح ميتة لما قلنا • واما الذي يكره بان يكون غير اسم الله تعالى موصولا في الظاهر من غير عطف ولا شركة فيكره ولا يحرم لان الشركة لم
توجد فلم يكن الذبح واقعا له كما لو قال باسم الله محمد رسول الله ويكره لوجود الوصل صورة والقران به ظاهرا • وذلك متصور بصورة
الحرام فوجب ان يكره • واما الذي لا باس به ان يكون منفصلا عنه صورة ومعنى قبله او بعده لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول اللهم تقبل
هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ • وهذا الثالث من الجواهر قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والآخر عن امته فوجههما الى القبلة عند الذبح وقال وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض
حنيفا وما انا من المشركين ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا اول المسلمين • ثم ذبح وقال بسم الله والله اكبر
والنبي صلى الله عليه وسلم تكلم بهذه الاشياء على الذبح فدل ان التقدم على الذبح والتاخير عن الذبح لا باس به • وانما يكره ان يتكلم به في حالة الذبح بان
يقول باسم الله والله اكبر اللهم تقبل مني او من فلان لان فيه ايهام الاهلال بغير الله وان لم يكن اهلالا بغير الله من حيث الحقيقة كذا في شرح خواهر زاده
وقال الكرخي في مختصره قلت ارايت رجلا اضجع شاة ليذبحها وسمى عليها فكلمه انسان او استسقى ماء فشرب او اخذ السكين فلبث ولم يكثر ثم ذبح على تلك
التسمية هل يوكل قال نعم لا باس به • قلت ارايت ان تحدث واطال الحديث واكثر وعمل سوى ذلك ثم ذبح هل يوكل قال لا انما هذا فاكرهه وفي
الفتاوي لو قال بسم الله محمد رسول الله بالخفض لا يحل وبالرفع يحل ولم يذكر النصب • وفي روضة الزندوسي النصب كالخفض لا يحل • ولو قال
باسم الله صلى الله على محمد يحل والاولى ان لا يفعل • ولو قال باسم الله وصلى الله على محمد مع الواو يحل اكله • ولو قال باسم الله وباسم فلان لا
يحل هو المختار • ولو ذبح ولم يحضره الطالب باسم الله ان قصد ذكر الله يحل وان يقصد وقصد ترك التسمية لا يحل كذا في خلاصة الفتاوي • وقال
في النوازل سئل ابو نصر عن رجل ذبح وقال باسم الله وباسم فلان قال سمعت محمد بن سلمة قال سمعت ابراهيم بن يوسف يقول يصير ميتة • وقال
محمد بن سلمة لا يصير ميتة لانه لو صار ميتة صار الرجل كافرا **قوله** ولو قال الحمد لله وسبحان الله يريد التسمية حل • قال محمد في الاصل
ارايت ان ذبح فقال الحمد لله يريد بذلك التسمية ولم يزد على ذلك • او قال الله اكبر او سبحان الله قال ان كان يريد بذلك التسمية فانه يوكل وان كان
لا يريد بذلك التسمية فانه لا يوكل • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه وهذا لان هذه الالفاظ ليس بصريح في باب التسمية • والصريح
في باب التسمية اسم الله واذا لم يكن هذه الالفاظ صريحا في الباب كان كناية والكناية انما تقوم مقام الصريح بالنية كما في كنايات الطلاق اذا لم
ينو الطلاق كان لا طلاقا والا فلا فكذا هذا • وقال الكرخي في مختصره وقال بشر عن ابي يوسف لو ان رجلا سمى على الذبيحة او الرمية بالفارسية
وهو يحسن العربية او لا يحسنها اجزاه ذلك من التسمية • ثم قال فيه والتهليل والتحميد والتكبير والتسبيح بمنزلة التسمية بالعربية والفارسية الى هنا
لفظ الكرخي • وذلك لان المامور به ذكر اسم الله على وجه التعظيم • وهذا موجود في جميع هذه الالفاظ وهذا ظاهر على اصل ابي حنيفة
ومحمد في تكبير الصلاة • فاما على ابي يوسف فلا يجوز الدخول في الصلاة الا بالتكبير لقوله عليه السلام في حديث الاعرابي ثم كبر • وقال في الذكاة
اذا ارسلت كلبك وذكرت اسم الله عليه فكل **قوله** ولو عطس فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين • وذلك لانه قال
في الاصل اذا قال الحمد لله يريد به التسمية اكل • وان لم يرد التسمية فلا والعاطس لم يرد التسمية على الذبيح بل اراد الحمد على نعم الله تعالى وعلى قول
الكرخي ينبغي ان يحل لانه قال التحميد بمنزلة التسمية مطلقا فقد مر قبل هذا **قوله** وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله
اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما • وقال صاحب الذخيرة قال البقالي والمستحب ان يقول باسم الله والله اكبر يعني بالواو • ثم قال
وكره الائمة الحلواني والمستحب ان يقول بسم الله الله اكبر • يعني بدون الواو لان الواو يقطع فور التسمية ونحوه نقل **قوله** قال
والذبح بين الحلق واللبة • اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وما اباحه الله عز وجل من الانعام وغيرها
من الصيد فانما اباحه مذكى مذكورا اسم الله عليه • وجملة هذا ما ذكر القدوري في شرحه ان الحيوان المشروط فيه الذكاة على ضربين مقدور
على ذبحه وغير مقدور على ذبحه فما كان مقدورا فذكاته في محل مخصوص سواء كان من جنس الوحش او الانعام • والاصل في تعلق الاباحة بالذكاة
قوله تعالى الا ما ذكيتم • وشرط في الاباحة الذكاة • واما اعتبار التسمية فلان الذكاة في الشرع وردت مشروطة بالتسمية • قال تعالى فكلوا
مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه • ثم قال الكرخي في مختصره والذكاة في اللبة وما فوق ذلك الى اللحيين • وقال محمد في الجامع الصغير لا باس
بالذبح في الحلق كله اسفل الحلق او وسطه او اعلاه • فاذا كانت الذكاة في هذا الموضع الذي ذكرنا مقدورا عليها ففري الاوداج والاوداج
اربعة الحلقوم والمري والعرقان اللذان بينهما الحلقوم والمري • فاذا فرى المذكي هذه الاوداج فقد اكمل الذكاة واصاب الذكاة المامور بها
على تمامها وسنتها • فان قصر عن ذلك فقد فرى من هذه الاربعة ثلاثة فان بشر بن الوليد روى عن ابي يوسف ان ابا حنيفة قال اذا قطع اكثر
الاوداج اكل اذا قطع ثلاثة منها اكل من اي جانب كان وعلى اي وجه كان • وكذلك قال ابو يوسف ثم قال بعد ذلك لا يوكل حتى يقطع
الحلقوم والمري واحد الودجين • وذلك كله سواء في الابل والبقر والغنم والصيد وكل ذبيحة قال وكذلك الشاة ينحرها الرجل فهو
في القولين جميعا في قول ابي حنيفة اذا قطع اكثر الاوداج اكل • وفي قول ابي يوسف حتى يقطع الحلقوم والمري واحد الودجين الى هنا
لفظ الكرخي في مختصره ولم يذكر قول محمد • وذكر القدوري في مختصره قول محمد كقول ابي يوسف • وقال الناطفي في الاجناس
واما محمد فقد ذكر في املائه رواية ابي سليمان الجوزجاني • قال محمد اذا قطع الحلقوم والمري واحد الودجين ونصف الاخر اكل لان
الودجين كانهما شيء واحد فقد قطع الاكثر منهما فاكل • وقال محمد في نوادر ابن رستم لو قطع من الحلقوم الاكثر ومن المري الاكثر ومن كل واحد

من الودجين اكثر الكل • وامّا ابي يوسف فقال اخيرا لا يؤكل حتى يقطع الحلقوم والمري واحد الودجين اي هنا لفظ الاجناس • والحاصل ان عند ابي حنيفة اذا قطع ثلاثا منها اي ثلاث كان تحل • وعن ابي يوسف ثلاث روايات احداها هذه • والثانية اشترط قطع الحلقوم مع اخرين • والثالثة اشترط قطع الحلقوم والمري واحد الودجين • وعند محمد لا بد من قطع اكثر كل واحد من هذه الاربع كذا في المختلف هذا مذهب علمائنا • وعند مالك المعتبر قطع ثلاثة اعضاء وهي الودجان والحلقوم ولم يشترط قطع المري كذا في التشريح وشيخ الاسلام خواهر زاده اشترط في شرح المبسوط على مذهب مالك قطع الاربع جميعا حتى اذا نقص واحد منها لم يحل ويحتمل ان يكون عن مالك روايتان وقال الشافعي يعتبر قطع الحلقوم والمري دون الودجين كذا في وجيزهم • اما اعتبار الذكاة فيما بين اللبة واللحيين فلما روي محمد في الاصل عن سعيد بن المسيب انه قال الذكاة فيما بين اللبة واللحيين • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير يروى هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعن سعيد بن المسيب ويروى مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم اي موضع الذكاة فيما بينهما • واللبة راس الصدر واللحيان الذقن • واما بيان الاختلاف فوجه قول من اشترط للحل قطع الاربع قوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فلا علق الاباحة بقطع الاوداج وانه اسم جمع مطلقة ينصرف الى الثلاث • والثلاث الودجان والمري وصارت الاباحة متعلقة بهذه الاشيا الا ترى ان قطع الحلقوم يثبت اقتضاء لانه لا يمكنه قطع الاوداج من غير جرح بدون قطع الحلقوم • والثابت اقتضاء كالثابت نصا فصار كان النبي صلى الله عليه وسلم نص على قطع الحلقوم • ونوع من المعقول يدل على هذا وهو ان المقصود من ازالة الروح الذبح تسييل الدم المسفوح الذي هو النجس على سبيل التوجيه لان في الابطا زيادة تعذيب الحيوان • وهذا المقصود على التمام انما يحصل بقطع هذه الاشيا الاربعة • ووجه قول من اكتفى بالحلقوم والمري ان قطع هذه الاشيا الاربعة مشروع لغيرها حتى يجب استيفا الجسم • واما المقصود تسييل الدم المسفوح على سبيل التوجيه كائر وهذا المقصود يحصل بقطع الحلقوم والمري لانه فان المذبوح لا يحيى بعد قطعهما • وتخرج الدم المسفوح ايضا على سبيل التوجيه فقاما مقام الكل كما لو استبقى بحرفه ثلاثة احرف فانه يجوز • فلان نص على العدد لان المقصود من العدد وهو تسييل النجاسة يحصل بذلك • ووجه قول محمد ان كل واحد من هذه الاشيا الاربعة مقصود في نفسه • اما قطع الودجين فلانه في قطعهما تسييل الدم المسفوح لانهما مجرى الدم وقطع الحلقوم والمري مقصود لما فيه من التوجيه في ازالة الروح وفي الابطا زيادة تعذيب • وقد قال عليه السلام اذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته • والاراحة في التوجيه فالم يوجد قطع الكل او الاكثر لا يوجد المقصود فلا يثبت الحل • ولابي يوسف على الرواية الثانية ان الحلقوم اعظمها فكان اصلا فلا بد منه • وعلى الرواية الثالثة ان الحلقوم والمري متغايران اسما ومعنا فاحدهما مجرى الطعام والشراب والاخر مجرى النفس فلا يحصل المقصود من قطع احدهما بقطع الاخر فوجب قطعهما وما هو المقصود من قطع الودجين يحصل باحدهما لان المقصود تسييل الدم المسفوح لانه مجرى الدم فاكتفى باحدهما • ولابي حنيفة ان تعلق الاباحة بقطع الاشيا الاربعة ما شرع لعينها بل شرع لغيرها وهو ازالة الروح وتسييل الدم المسفوح على سبيل التوجيه وهذا المقصود لا يحصل بقطع الحلقوم والمري على ما قال الشافعي رحمه الله لانه ان حصل ازالة الروح على سبيل التوجيه لا يحصل ازالة الدم المسفوح الا بقطع الودجين او احدهما لانهما مجرى الدم فلا بد من قطعهما او من قطع احدهما وقطع المري والحلقوم لان ما هو المقصود من قطعهما يحصل بقطع احدهما وهو التوجيه لان مجرى النفس اذا انقطع او انقطع مجرى الطعام والشراب يموت الحيوان من ساعته فقام الثلاث من الاربع في تحصيل ما هو المقصود من قطع الاربع مقام الكل **قوله** وان قطع الاكثر فكذلك عند ابي حنيفة وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمري واحد الودجين • هذا لفظ القدوري في مختصره **قوله** انها لا الدم اي اسالته • وذكر صاحب الهداية الحلقوم مجرى العلف والمري مجرى النفس • وهكذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال المري عرق احمر وهو مجرى النفس • وقال في الكشاف في تفسير سورة الاحزاب الحلقوم مدخل الطعام والشراب • وذكر القدوري خلاف ذلك في شرح مختصر الكرخي فقال الحلقوم مجرى النفس والمري مجرى الطعام • والودجان مجرى الدم وهو الاصح بدليل قوله تعالى فلولا اذا بلغت الحلقوم • وقال في ديوان الادب المري الذي يدخل فيه الطعام والشراب • وقال في المغرب المري مجرى الطعام والشراب • وقال في الجمهرة مري الانسان ومبلغ مجرى الطعام الى جوفه • وقال محمد بن زكريا في المنصوري ان في اسفل الفم منفذان احدهما منفذ النفس الى الرية وفي قصبة الرية • والثاني منفذ الطعام والشراب الى المعدة وهو المري **قوله** والتوجية هي الحالة المهلكة تسهل من وحاء اذا عجله **قوله** بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر انما يتعلق بقوله يكتفى به • بيع اذا قطع نصف الاربعة لا يكتفى به فلا يحل لانه لما كان الرجحان للتحريم جعل بقا النصف الباقي كبقا الاكثر • وهذا لان الاباحة لما تعلقت بقطع الاكثر لم يوجد ذلك بقطع نصف الاوداج • وذكر ابو الليث السمرقندي رحمه الله انه سئل عن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر ابو كل ام لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر • ويجوز اكلها سوا بقيت العقدة مما يلي الراس او مما يلي الصدر • انما المعتبر عندنا قطع اكثر الاوداج وهذا صحيح لانه لا اعتبار لكون العقدة من فوق او من تحت • الا ترى الى قول محمد بن الحسن في الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله اسفل الحلق او وسطه او اعلاه فاذا ذبح في الاعلى لا بد ان تبقى العقدة من تحت ولم يلتفت الى العقدة لا في كلام الله ولا في كلام رسوله بل الذكاة بين اللبة واللحيين بالحديث وقد حصلت كيف ما بقيت العقدة لا سيما على مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه فانه يكتفي بالثلاث من الاربع اي ثلث كانت • ويجوز ترك الحلقوم اصلا فالعقدة الاولى ان تحل الذبيح اذا قطع الحلقوم من اعلاه وبقيت العقدة الى اسفل الحلقوم وسمعت ان واحدا من بلخي فيها في ذم العوام ذكره

كان سهم ابهم امر بري الذبيح الى الكلاب حيث بقيت العقدة الى الصدر لا الى ما يلي الراس فبالت شربها من ابن اخذ هذا من كتاب الله تعالى ولا انزل فيه • او من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يسمع لرضه ببا • او من اجماع الامة ولم يقل به احد من الصحابة او التابعين او من امامه الذي هو ابو حنيفة ولم ينقل عنه ذلك اصلا بل المنقول عنه وعن اصحابه ما ذكرناه • وان تكلب الرجل هواه فضل واضل • قال تعالى ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله فانبغى عن الرجوع من الباطل الى الحق وحجاز من العوام كيلا يفسد اعتقادهم به اذا عمل بخلاف ما افتى اولا فالرجوع الى الحق خير من التمادي في الباطل **قوله** قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا • اي قال في الجامع الصغير وصورتها به محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يذبح الشاة بظفر منزوع او بقرن او عظم او سن منزوعة فيهر الدم ويفري الاوداج قال اكره هذا الذبح وان فعل فلا باس باكلها الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يحل الذبح بالظفر والسن وان كانا منزوعين لما روي في الصحيح البخاري مسندا الى عباية بن رافع عن جده انه قال يا رسول الله ليس لنا مدا فقال ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل ليس الظفر • والسن اما الظفر فمدى الحبشة • واما السن فعظم بيانه ان النبي صلى الله عليه وسلم استثنى الظفر والسن من الالات التي يقع بها الجرح ولم يفصل بين القائم والمنزوع فلم يجز الذبح بهما مطلقا • ولان القائم لا يجوز الذبح به فكذا غير القائم او لي لان القائم اقدر في تحصيل القطع من المنزوع فاذا لم يحل بالقائم فبغيره اولى • ولنا ما روي البخاري ايضا قال حدثنا محمد ابن ابي بكر المقدمي قال حدثنا معتمر عن عبيد الله عن نافع قال سمعت ابن كعب بن مالك يخبر ابن عمر ان اباه اخبره ان جارية لهم كانت ترعى بسلع فابصرت بشاة من غنمها موتها فكسرت حجرا فذبحتها فقال لاهله لا تاكلوا حتى اتي النبي صلى الله عليه وسلم فاساله • او حتى ارسل اليه من يساله فاتى النبي صلى الله عليه وسلم او بعث اليه فامر النبي صلى الله عليه وسلم باكلها • وجه الاستدلال بالحديث ان الاصل في النصوص التعليل والحجر صلح الة للذبح لمعنى الجرح فكذا الظفر المنزوع والسن المقلوعة • بخلاف غير المنزوعة فانه لا يصلح الة لكونه مدى الحبشة وهو محمل حديث الخصم • وفي السنن وشرح الاثار مسندا الى عدي بن حاتم قال قلت يا رسول الله ارسل كلبي فياخذ الصيد فلا يكون معي ما يذكيه الا المروة والعصا • وفي رواية وشقة العصا فقال انهر الدم بما شئت واذكر اسم الله عز وجل • وهذا يدل على ان كل الة جارحة يحصل بها الذبح يحل بها الذبيح لان الظفر المنزوع والسن المنزوعة مما ينهر الدم فيحل الذبح بهما قياسا على ما لو ذبح بالشقة الطليحة او الليطة او المروة لوجود المعنى الجامع وهو الالة الجارحة • بخلاف الظفر القائم والسن القائمة حيث لا يحل الذبح بهما • لان غير المنزوع يوجب الموت بالثقل فيصير الذبيح في معنى المنخنقة • واما كره الذبح بالمنزوع لما فيه استعمال جز من الادمي فكره كالانتفاع بشعر الادمي والانتفاع بالعذرة • وبهذا لا يبا في التزيل • ووجه اخر وهو ان اضرار الحيوان المذبوح واعسار عليه بضعف الالة يودي الى زيادة تعذيب الحيوان فلا يحل ويكره كالوذبح بشفرة كليلة • وهذا اصل الفصول كلها • والجواب عن حديث الخصم فنقول ان ذلك دليلنا لانه محمول على القائم توفيقا بين حديثنا وحديثه • وفي ذلك الحديث دليل على ما قلنا ايضا بدليل قوله عليه السلام اما الظفر فمدى الحبشة لانهم لا يقلمون الاظفار ويحددون الاسنان • ويقاتلون بالخدش والعض • يقال انهر الدم اي سيله افرى الاوداج اي قطعها • والمدى جمع مدية وهي السكين **قوله** قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شي انهر الدم الا السن القائمة والظفر القائم • اي قال القدوري في مختصره والاصل فيه ما روي في السنن مسندا الى عدي بن حاتم قال قلت يا رسول الله ارايت ان احدنا اصاب صيدا وليس معه سكين ايذبح بالمروة وشقة العصا فقال انهر الدم بما شئت واذكر اسم الله • واما السن القائمة والظفر القائم فلا يحل الذبح بهما لانه يصير في معنى المنخنقة وقد مر انفا • وقال في شروح الجامع الصغير نص محمد في مسألة السن التي هي غير منزوعة على انها ميتة لانه وجد ثمة نص عن النبي صلى الله عليه وسلم فاطلق جوابها وهذه طريقة محمد في المنصوص عليه بالتحريم او التحليل انه يثبت القول فيه وغير المنصوص يتوقى في الحل لا باس وفي الحرمة اكره او لم يوكل وكل كراهة فهو تحريم لذلك روي عن محمد في ليطة القصب شرع والمروة الحجر **قوله** قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته • اي قال القدوري في مختصره وهذا ما روي صاحب السنن باسناده الى شداد ابن اوس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله كتب الاحسان على كل شي فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته • والشفرة السكين العظيم وشفرة السيف حده **قوله** ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة • ذكره تفريعا على مسألة المختصر • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا اراد الرجل ان يذبح الذبيحة كره له ان يجرها برجلها الى المذبح او ان يضجعها ثم يحد الشفرة الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وذلك لان الجر زيادة لا يحتاج اليه في الذكاة • واما كره احداد الشفرة بعد الاضجاع لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا قد اضجع شاة وهو يحد الشفرة فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا احددت ذلك قبل ان تضجعها • وروي ان عمر رضي الله عنه راى رجلا قد اضجع شاة ووضع رجله في صفحة وجهها وهو يحد الشفرة فضربه بالدرة وهرب الرجل وشردت الشاة فقال عمر الاحددتها قبل ان تضجعها • ولان البهائم تعرف الجرح منه فاذا احد الشفرة وقد اضجعها فقد زاد في ايلامها وذلك لا يجوز • كذا في شرح القدوري لمختصر القدوري **قوله** قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الراس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته • اي قال القدوري في مختصره وقال الكرخي في مختصره ويكره اذا ذبح ان يبلغ النخاع وهو العرق الابيض الذي يكون في عظم الرقبة • ويكره له ايضا بعد الذبح ان ينخعها قبل ان تبرد وينحرها حتى يبلغ النخاع ويكره له ان يجرها الى المذبح • ويكره له ان يسلخ الشاة قبل ان تبرد • وان سلخ او نخع فلا باس بذلك • وهذا كله لا يحرم الذبيحة الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه واصله ما روي محمد بن الحسن في كتاب الصيد من الاصل عن سعيد بن المسيب • قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ينخع الشاة اذا ذبحت وعن ابن عمر انه كان يكره ان ينخع الشاة في الذبحة • ولان فيه تعذيب الحيوان بلا فائدة فيكره لانه منهي عنه • قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في شرح المبسوط اختلفوا في تفسير النخع قال بعضهم ان يبالغ في الذبح حتى ينتهي الشفرة الى النخاع وهو عرق

في القفا • وقال بعضهم النخع ان يمد راسه حتى تظهر مذبحه خلفه وقدامه • وقال بعضهم ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب
وأي ذلك كان يكون مكروها لما فيه من زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة • ثم قال خواهر زاده عن مكحول انه قال كان رسول الله صلى
الله عليه وسلم اذا ذبح لم ينخع ولم يسلخ حتى تبرد الشاة اي تسكن من اضطرابها لا برودة اللحم فانها لا تبرد الا بعد السلخ • وكذا يكره الذبح
لغير القبلة • قال في الاصل ارأيت الرجل يذبح ولم يوجه ذبيحته لغير القبلة متعمدا او غير متعمد قال لا باس باكلها قال خواهر زاده
في شرح المبسوط اما الحل فلان الاباحة تعلقت بقطع الاوداج والتسمية وقد وجد وتوجيه القبلة سنة مؤكدة لانه توارثه الناس
وترك السنة لا يوجب الحرمة ولكن يكره تركه من غير عذر • وقال محمد بن الحسن في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن بن عمرو الاوزاعي
عن واصل بن جميل عن مجاهد قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة سبعا المرارة والمثانة والغدة والحيا والذكر والانثيين والدم
قال في تحفة الفقهاء ثم ابو حنيفة فسر هذا وقال الدم حرام بالنص القاطع وباقي السبعة مكروه لانه مما يستخبثه الانفس واراد به الدم المسفوح
فاما دم الكبد والطحال ودم اللحم فليس بحرام **قوله** قال فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل • اي قال
القدوري في مختصره • وقال الكرخي في مختصره وقال ابو حنيفة ان ضرب عنق جزور بسيف فابانها وسمى فان كان ضربها من قبل الحلقوم فانه
يؤكل وقد اساء • وان كان ضربها من قبل القفا فان كان قطع الحلقوم والاوداج قبل ان تموت اكل وقد اساء • وكذلك هذا في الشاة
وكل ذبيحة • وقال ابو حنيفة ان قطع راس الشاة في الذبيحة اكل • وان تعمد ذلك فقد اساء في التعمد • وكذلك قال ابو يوسف
الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لانه اذا ذبحها من قبل الحلقوم فقد قطع العروق المشروطة في الذكاة وزاد في الالم زيادة لا يحتاج
اليها في الذكاة فيكره ذلك ولا يمنع الاكل كالوجاء • واما اذا ذبحها من قفاها فاذا بقيت حية حتى قطع العروق حل اكلها لانها
ماتت بالذكاة • فان قطع العروق قبل موتها فقد فعل الشرط الا انه زاد في الالم وذلك مكروه • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي قال الفقيه ابو بكر الاعمش وهذا انما يستقيم ان لو كانت تعيش قبل قطع العروق اكثر مما يعيش المذبوح حتى يحل بقطع العروق
ليكون الموت مضافا اليه • اما اذا كانت لا تعيش الا كما يعيش المذبوح فانه لا يحل لانه يحصل الموت مضافا الى الفعل السابق فلا يحل
قوله ويكره لفظ القدوري **قوله** وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل هذا لفظ القدوري وتقدم بيانه
انفا **قوله** فما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح • اي قال القدوري في مختصره وذلك
لان الصيد انما اكتفي فيه بذكاة الاضطرار لعدم القدرة على ذلك وقد فات بالجرح فاذا استأنس صار كالشاة فلم يحل الا بذكاة الاختيار
وهي الذكاة من اللبة واللحيين • واما الاهلي اذا توحش فذكاته ذكاة الاضطرار سواء كان بعيرا او بقرا او شاة وبذلك صرح الكرخي
في مختصره فقال وكل بعير او بقرة او شاة ندت حتى يكون بمنزلة الصيد لا يقدر عليها صاحبها فان ذكاتها ذكاة الصيد وما وقع منها
في قليب فلم يقدر على اخراجه ولا مذبحه ولا منحره فان ذكاة هذا ذكاة الصيد ثم ما وقع منها في قليب فلم يقدر على اخراجه ولا
مذبحه ولا منحره هذا ما اجمع عليه اصحابنا واحسن ما سمعنا فيه الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه وهذا مذهبنا • وعند مالك لا
يحل الاهلي المتوحش بذكاة الاضطرار ولا تحل ايضا بذكاة الاضطرار ما وقع من الاهلية في البئر كذا نقل شيخ الاسلام خواهر زاده
في شرح المبسوط مذهب مالك رضي الله عنه له ان ما ند ووقع في بئر قيل لسعيد بن المسيب انحر من حيث كان وراسه اسفل فقال لا الا
منحر ابراهيم صلوات الله عليه • ولان التوحش في الاهلي نادر لان الاصل فيه الالف ولا عبرة بالنادر الا ترى ان من عدم الماء والتراب
الطاهر جميعا لا تحل له الصلاة بغير طهارة لندرة ذلك فكذا هذا • ولنا ما روى محمد بن الحسن رضي الله عنه في اول كتاب الصيد
من الاصل • وفي كتاب الآثار ايضا قال اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا سعيد بن مسروق عن عباية بن رفاعة عن النبي صلى الله عليه
وسلم ان بعيرا من ابل الصدقة ند فطلبوه فلما اعياهم ان ياخذوه رماه رجل بسهم فاصاب مقتله فسئل النبي صلى الله عليه وسلم
عن اكله فقال ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا احسستم منها شيئا من هذا فاصنعوا به كما صنعتم بهذا ثم كلوه • وخرج البخاري
هذا الحديث في جامعه الصحيح باسناده الى عباية بن رفاعة بن رافع بن خديج عن رافع بن خديج عن رسول الله صلى الله عليه وسلم • وقال
محمد بن الحسن في كتاب الاصل وفي كتاب الآثار ايضا اخبرنا ابو حنيفة عن سعيد بن مسروق عن عباية بن رفاعة عن ابن عمر ان بعيرا
تردى في بئر بالمدينة فلم يقدر على منحره فوجئ بسكين من قبل خاصرته حتى مات فاخذ منه ابن عمر عشيرا بدرهمين • وقال
محمد ايضا اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم في البعير يتردى في بئر قال اذا لم يقدر على منحره فحيث ما وجأت فهو منحره
قال محمد وبه ناخذ وهو قول ابي حنيفة • وقال في صحيح البخاري ما اعجزك من البهائم فهو بمنزلة الوحش واجازه ابن مسعود رضي
الله عنه ما اعجزك من البهائم مما في يديك فهو كالصيد وفي بعير تردى في بئر من حيث قدرت فذكه ورأى ذلك علي وابن عمر وعائشة
رضي الله عنهم الى هنا لفظ الصحيح البخاري • ولانه حيوان وقع العجز عن تحليله بذكاة الاختيار فيحل بذكاة الاضطرار
وقوله ان التوحش نادر في الاهلي فلا نسلم ذلك بل التوحش يوجد منه في الغالب فلا بد من اعتباره • الا ترى الى قول النبي
صلى الله عليه وسلم ان لها اوابد كاوابد الوحش • يعني ان لها توحشا كتوحش الوحش فقد اعتبر التوحش واوابد الوحش نفرها
من ابدت تابد وتابد ابودا كذا في الفائق • وتمسك الخصم بقول ابن المسيب بعيد جدا مع صحة الرواية عن النبي صلى الله عليه وسلم
وعمن هو اكبر من ابن المسيب كعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم • وقال خواهر زاده في شرحه
قد اختلفوا في تفسير العشير قال بعضهم هو العشر لان العشر والعشير سواء كالنصف والنصيف • وقال بعضهم العشير الامعاء
والذي نقله خواهر زاده من التفسير الثاني فما اجتمع عندي وما وجدته من كتب اللغة • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في
باب ما يستوحش من غير الصيد ثم الابل والبقر اذا وجد منها التوحش فانها تحل بذكاة الاضطرار سواء كانا في المصر او خارج المصر

ثم فرق بين هذا وبين الشاة وقال في الشاة اذا ندت في المصر لا تحل بذكاة الاضطرار وفي خارج المصر تحل • وذلك لان الابل والبقر اذا ندت
في المصر فقد لا يقدر على ذكاة الاختيار فيها لان الابل تدفع عن نفسها بمشفرها وانيابها والبقر ان ندت في المصر فقد لا يقدر على ذكاة الاختيار
بقرنه ويخاف القتل منها فيقع العجز عن ذكاة الاختيار خارج المصر لا يمكن اخذها • واما في المصر فانه يمكن اخذها ولا يخاف من جهتها
القتل فلا يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار • قال في العيون قال محمد في رجل ربى حمامة اهلية في الصحراء ورمى فلا يؤكل لانه ياوي الى المنزل
الا ان يكون جماعة لا يهتدي الى منزلها • ابن سماعة عن ابي يوسف في البعير والثور يند فلا يقدر على اخذه قال ان علم انه لا يقدر على
اخذه الا ان يجمع له جماعة كثيرة فله ان يرميه • واما الشاة فلا يجوز وان كانت في الصحراء لان البعير يند ويصول بنفسه والثور ينطح فيمنع
كذا في العيون • وقال في الاصل ارأيت اذا اصاب قرن البقرة او الظلف فنسلها هل يؤكل قال ان ادمى حل وان لم يدم لا يحل • وذلك لانه يدل
على ان الجرح وصل الى اللحم وشرط الاباحة حصول الجرح في اللحم وقد وجد • فاما اذا لم يدم فالجراحة لم تصل الى اللحم فلا يحل • وهذا لان
الذكاة تصرف في الحياة ثم خلص الجرح الى الموضع فيه حياة حل والا فلا كذا في شرح خواهر زاده **قوله** وهو بما اشار به الى ما ذكر
في اول الذبائح وهو قوله والثاني كالبدل في الاول **قوله** تردى اي سقط **قوله** في الوجهين اي في المتوحش والمتردي **قوله**
وفي الكتاب اراد به مختصر القدوري **قوله** ندت اي نفرت **قوله** والصيال كالند قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وجه
في المتوحش البعير اذا صال على انسان فقتله وهو يريد الذكاة حل اكله اذا كان لا يقدر على اخذه ومن ثمة جعل الصؤول بمنزلة الند **قوله**
قال والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره • والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرها جاز ويكره • اي قال القدوري في مختصره
قال في شرح الاقطع عن مالك اذا ذبح البدن لم يؤكل • وكذلك نقل عن مذهبه صاحب الهداية • ويحتمل ان يكون عنه روايتان لانه
قال ابو القاسم الجلاب البصري المالكي في كتاب التفريع والاختيار ذبح الغنم والبقر ونحر الابل • فان ذبح بعيرا من ضرورة فلا باس باكله وان
كان من غير ضرورة كره اكله ومن نحر شاة من ضرورة اكلت وان كان من غير ضرورة كره اكلها • ومن نحر بقرة من ضرورة او من غير ضرورة
فلا باس باكلها الى هنا لفظ التفريع • والاصل في ذلك قوله تعالى فصل لربك وانحر • قال في الكشاف وانحر البدن وعن عطية هي صلاة الفجر
بجمع والنحر بمنى • وقيل صلاة العيد والتضحية • وقيل هي جنس الصلاة والنحر وضع اليمين على الشمال كذا في الكشاف • وقال في الغنم وفديناه
بذبح عظيم • وقال ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة • وذبح النبي صلى الله عليه وسلم البقر والغنم ونحر الابل • ولان المعتبر في الذكاة الاسهل على
الحيوان لما روى شداد بن اوس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا
الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته • والاسهل في الابل النحر لان اللبة منها ليس عليها لحم وما سواه من حلقها عليه لحم كثيف والبقر والغنم
حلقها على حد واحد فلذلك لم ينحرا • واما وجه الكراهة فلانه زيادة في الالم لا يحتاج اليها في الذكاة كالوجء في مواضع اخر كذا في شرح
الاقطع **قوله** والمعنى في غيره • اي الكراهة لمعنى في غير المنهي عنه فلا ينافي الجواز **قوله** قال ومن نحر ناقة او ذبح بقرة
او شاة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر • اي قال القدوري في مختصره قال الفقيه ابو الليث في كتاب العيون ولو
ان شاة ذبحت فخرج من بطنها ولد ميت فذكاته ذكاة الام • وان خرج حيا فلم يقدر على ذبحه لم يؤكل • وان لم يبق مقدار ما
يذبح فانه يؤكل • وروى هشام عن محمد ايضا فان ذكاة الجنين ذكاة امه اذا تم خلقه • واما اذا لم يتم خلقه فانه لا يؤكل • وقال
شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في اخر كتاب الايضاح قال ابو حنيفة وزفر الجنين لا يذكى بذكاة الام • وقال ابو يوسف ومحمد في غير
رواية ان ذكاة الجنين ذكاة امه اذا تم خلقه • وصورة المسألة ان الشاة والناقة او البقرة اذا ذبحت وخرج من بطنها جنين ميت
او حي الا انه مات قبل التمكن من ذبحه فانه لا يحل اكله في قول ابي حنيفة وزفر وحماد في قولهم جميعا الى هنا لفظ خواهر زاده • وذكر ابو
القاسم بن الجلاب البصري المالكي في التفريع واذا ذبحت الذبيحة فوجد في جوفها جنين ميت فلا باس باكله اذا تم خلقه ونبت شعره • فان لم
يتم خلقه ولم ينبت شعره لم يؤكل • فان انفصل منها حيا واستهل صارخا انفرد بحكم نفسه ولم يجز اكله بذكاة امه • فان ذكي جاز اكله و
ان مات قبل ذكاته لم يجز اكله الى هنا لفظ التفريع • وقال الخرقي الحنبلي وذكاة ما في بطنها ذكاتها اشعر او لم يشعر • وجه قولهم ما روي
في السنن مسندا الى ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال قلنا يا رسول الله ننحر الناقة ونذبح البقرة او الشاة فنجد في بطنها الجنين انلقيه
ام ناكله قال كلوه ان شئتم فان ذكاته ذكاة امه • وروي في السنن مسندا الى جابر بن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذكاة
الجنين ذكاة امه لان الجنين جزء من الام من وجه نظرا الى الخلقة والحكم • اما الخلقة فباعتبار انه متصل بالام ولهذا ينفصل عن امه بقطع
المقراض ويتغذى بغذاء الام ويتنفس بنفسها • واما الحكم فباعتبار انه يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاق الام فاذا
كان جزء الام كان ذكاة الام ذكاة له • واكتفي بذلك لعدم القدرة على ذكاة الاختيار في الجنين كما في الصيد والبعير الناد لما لم يوجد
القدرة على ذكاة الاختيار اكتفي بذكاة الاضطرار وهي الجرح في اي موضع كان فكذا هنا اكتفي بذكاة الام وهي ذكاة في حق الجنين من وجه
النظر الى كونه جزءا • ولابي حنيفة ما روى محمد في كتاب الآثار • قال اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال لا تكون ذكاة نفس
ذكاة نفسين يعني الجنين اذا ذبحت امه لم يؤكل حتى تدرك ذكاته ولان الجنين لا يخلو اما ان يكون من جنس الحيوان المقدور على ذكاته فذ
او من غيره فما لا يقدر على ذكاته في الاول يشترط الذبح وفي الثاني يشترط الجرح ولم يوجد في الجنين لا ذبح ولا جرح فلا يحل لانه
ميتة • والميتة حرام بقوله تعالى حرمت عليكم الميتة • وهذا لان الميتة عبارة عما زال عنه الحياة والروح بلا جرح والجنين زالت عنه الروح بلا
جرح فكان ميتة • ولان الجنين منفرد بحياته بنفسه فاذا كان حياته اصلا كان ذكاته اصلا ايضا ولا يحصل ذكاته بذكاة الام
والدليل على انه اصل في الحياة انه يتصور بقاؤه بعد موت الام بدليل الاحكام ايضا وهي ايجاب الغرة وصحة اضافة الاعتاق وصحة الوصية
له وبه ايضا ولان الجنين حيوان دموي • والمقصود من ذكاة الحيوان هو الفصل بين اللحم الطاهر والدم النجس اسالته والاسالة

في الحديث ما انهر الدم وافري الاوداج فكل وذكاة الام التي يثبت ذكاتها يثبت بسبب لخروج الدم المنجس من الجنين فكان منخنقا لان دم
الظاهر انه يموت من الاختناق باضطراب الام • والمنخنقة حرام بالنص والقياس في الصيد والبعير الناد لا يصح لان اصل الجرح فعل كان فيها
ثمة لم يوجد العذرة على الكامل اقامة للسبب مقام المسبب لان الجرح يثبت لاسالة الدم في الجنين لم يوجد الجرح اصلا وانما دخل في
تبع الام كيلا يفسد العقد باستثنائه • وانما اعتق باعتاقه كيلا ينفصل عن الحر وهو مملوك • والجواب عن قوله عليه السلام ذكاة الجنين
ذكاة امه فالمراد منه التشبيه بحذف حرف التشبيه وهو ابلغ وجوه التشبيه كقولك زيد اسد اي ذكاة الجنين كذكاة امه كقولهم صوته
صوت الاسد وريحه ريح المسك وليس المراد منه ان ذكاة الام تنوب عن ذكاة الجنين • ولو كان المراد ذلك لقال ذكاة الام ذكاة
الجنين كما يقال كلام الوزير كلام الامير • والجواب عن الحديث المفسر في حديث ابي سعيد فنقول ذلك يعارض كتاب الله تعالى وهو
قوله حرمت عليكم الميتة وقوله تعالى والمنخنقة • والجنين الذي خرج ميتا ميتة ومخنوق لما قلنا • وشرط المعارضة المساواة ولا
مساواة بين الكتاب وخبر الواحد فيجعل ذلك على النسخ • وان ثبت فتاويله يخرج منها جنين ميت اي ميت من الموت • فمال اشعر الجنين
اذا ثبت شعره **قوله** فلا يحل بتناول حكمه اي لا يجعل الجنين تبعا للام في حق خروج الدم • يعني لا يجعل خروج الدم من الام خروجا
من الجنين

فصل

فيما يحل اكله وفيما لا يحل اكله لما كان المذكاة حكما في المذبوح حل الذبيحة فيما يحل اكل لحمه
الطاهر في الجلد واللحم فيما لا يحل اكله الا الادمي والخنزير فانه لا يحل الذكاة فيما ذكر في هذا الفصل ما يحل اكله وما لا يحل اكله • وكان من
الانسب ان يذكر مسائل هذا الفصل جميعا في كتاب الصيد لان كل ما ذكر فيه من الصيد الا الفرس والبغل والحمار **قوله** قال ولا
يجوز اكل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير • اي قال القدوري في مختصره والاصل في ذلك ما روى الطحاوي في شرح الاثار هو
باسناده الى عاصم بن ضمرة عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب
من الطير • وروى الطحاوي ايضا باسناده الى ميمون بن مهران عن ابن عباس رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذي
ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير • وحدث البخاري باسناده الى ابي ثعلبة الخشني رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع • وروى الكرخي في مختصره باسناده الى جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذي
ناب من السبع وكل ذي مخلب من الطير • ثم اعلم ان المراد من ذي ناب السبع الذي يفترس بنابه ومن ذي مخلب هو الذي يصطاد بمخلبه
وهو المراد بالاجماع لان كل صيد لا يخلو عن مخلب • قال صاحب الهداية لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل ذي مخلب من الطيور واكل كل ذي
ناب من السباع • ثم قال قوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب • وهكذا
ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح المبسوط حيث قال قوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف الى النوعين المذكورين في الحديث لا الى
احدهما • واذا انصرف اليهما صار تقدير الحديث كانه قال نهى عن اكل كل ذي مخلب من سباع الطير ونهى عن اكل كل ذي ناب من السباع فيكون المحرم
بهذا الحديث كل ذي مخلب من سباع الطير لا كل طير له مخلب وكل ذي ناب من السباع لا كل حيوان له ناب • ولنا في هذا التقدير نظر لان
الثقات من المحدثين رووا الحديث باجمعهم بتقديم كل ذي ناب من السباع على كل ذي مخلب من الطير فلا يمشي هذا التقدير ولو صحت
تلك الرواية فمع انصراف قوله من السباع على كل ذي مخلب الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذي ناب اولى بالانصراف اليه لكونه اقرب
وقال الكرخي في مختصره وذو الناب من السباع الاسد والذئب والنمر والفهد والضبع والثعلب والكلب والسنور البري والاهلي فهذا
محرم لما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من نهيه عن كل ذي ناب من السباع • وكره اصحابنا مع ذلك من الصيد لحم الفيل والدب والقرد
والضب واليربوع وابن عرس وابن عرس عندهم من سباع الهوام • قال وكذلك ابو يوسف وكرهوا جميعا اكل جميع الهوام ما يكون سكناه
الارض والجرذ من الفار والاوزاغ وسام ابرص والقطاة والقنافذ والورل والحيات وجميع هوام الارض • قال بشر بن الوليد
عن ابي يوسف قال ابو حنيفة اكره اكل الهوام كلها • وقال ابو يوسف مثل ذلك ولا اعلم من اصحابنا في ذلك خلافا وكل ما لا دم له
فهو مكروه اكله عندهم الا الجراد لما روي فيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واجماع الامة على احلال اكله وكرهوا الذبيب كله والزنبور
والذباب وسائر ما لا دم له وذو المخلب من الطير الصقر والبازي والنسر والعقاب والشاهين وما اشبه ذلك وكرهوا اكل الرخم
والبغاث وما اكل الجيف من الطير مثل الغراب الابقع والاسود الذي ياكل الجيف • واما ما كان من الغربان ياكل الحب والزرع
والذي يشبه الزاغ فانه يوكل • وقال ابو يوسف وان كان غرابا يخلط فياكل الجيف وياكل الزرع فانه لا يوكل لحمه كره النهي
من ذلك • وقال ابو يوسف واما الذي رخص في اكله فان له خلقة الرخم وهيئة مخالفة للغراب في صغره وهو يدخل في المنازل
وبالفاكهة بالعراق الحمام ويطير ويرجع • قال وسئل ابو حنيفة عن اكل العقعق فلم ير به باسا وقال انه يخلط مع الجيفة الثمر وما اشبهه
قال وانما يكره من الطير ما لا ياكل الا الجيف • وكذلك حكي عن ابي حنيفة وما حكيناه في الغراب ان لا هو قول ابي يوسف ان الغراب
لا يوكل وان كان يخلط الى هنا لفظ الكرخي في مختصره **قوله** عقيب النوعين اي عقيب ذي مخلب وذي ناب والمخلب للطير مثل
الظفر للانسان والناب السن **قوله** والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة • والاختطاف بمعنى الخطف
والانتهاب بمعنى النهب • فيل في الفرق بينهما ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع البهائم فلما كان اسم السبع شاملا
للنوعين من السبع نجد بين الوصفين والقادي من عدا عليه عدوانا **قوله** ومعنى التحريم اي المعنى الذي ورد التحريم لاجله في ذي
مخلب من الطير وذي ناب من السباع هو كرامة بني ادم • بيانه ان الاختطاف والانتهاب والقتل عادة اوصاف ذميمة فحرم
الشرع سباع البهائم كيلا يتعدى شيء من هذه الاوصاف الذميمة الى الاكل فكانت الحرمة كرامة للادمي المكرم كما كانت الاباحة
كرامة له **قوله** ويدخل فيه الضبع اي في التحريم لانها ذو ناب من السباع • وعند الشافعي رحمه الله لا باس باكلها لما روي

عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الضبع فقال انها صيد وفيها كبش مسنة • وعن جابر بن عبد الله انه سئل عن الضبع اهو صيد فقال نعم فقيل احلال
هو قال نعم فقال اسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم والمعنى ما حكي عن المزني ان السبع ما يعدو على الناس وعلى حمولهم وهما لا يعدوان
فلا يكونان من السبع • ولنا ما روينا من نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذي ناب من السباع وهما من السباع لوجود معنى السبع فيهما • والجواب
من حديثهما انا روينا يدل على الحرمة وما رواه يدل على الاباحة والتاريخ ليس بمعلوم فيجعل فانه محرم متاخرا تقليلا للنسخ • وقوله وهما
لا يعدوان ليس بسلم بل يعدوان لانهما من جملة السباع **قوله** واليربوع وابن عرس من سباع الهوام • وابن عرس دويبة والهوام هو
بالتشديد جمع الهامة وفي الدابة من دواب الارض وجميع الهوام نحو اليربوع وابن عرس والقنفذ ما يكون سكناه الارض فالجرذ مكروه
اكله لان الهوام مستخبثة وقد قال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث • ولانها تتناول النجاسات في الغالب وذلك من اسباب الكراهة • وكذا
جميع ما لا دم له فاكله مكروه لان اكله مستخبث فيدخل تحت قوله عز وجل ويحرم عليهم الخبائث الا الجراد فانه مخصوص بالحديث **قوله**
وكرهوا اكل الرخم والبغاث • والرخم جمع رخمة وهو طائر ابقع • والبغاث ما لا يصيد من الطير هكذا قرئ في ديوان الادب • وقال
ابو حاتم السجستاني في كتاب اسماء الطير وصفاتها وهو تلميذ الاصمعي • قال ابو الخطاب ما لا يصيد من الطير الاوهاب والبغاث • ثم قال
ابو عبيدة البغاث من الطير صغارها فاما بغتها الرواها • والبغاث اولاد الرخم • وقال الاصمعي البغاث لئام الطير ومثل العرب ان البغاث
بارضنا يستنسر وينبغه بالنسور يضرب مثلا للئام الناس اذا تكبروا • وقال الاصمعي ان البغاث بكسر الباء ويستنسر بالثاء فانت • وقال
ابو عبيدة من جعل البغاث واحدا • قال في الجمع البغثان ومن اجراه مجرى النعام قال بغاثة وبغاث • قال الجاحظ هو رخم طائر بينا بها
فليست بمستعملات صقورا • وقال البغاث الطير اكثرها فراخا • واما البغثان فلات برور الى هنا لفظ ابي حاتم في كتابه • وقال
ابو حاتم ايضا في كتابه لغداوراق والرخمة طائر ضخمة تاكل الجيف ولا تصطاد ولونها البياض • ويقال لها الانوق والجمع الرخم ويقال
في مثل العرب ابعد من بيض الانوق • وقال الشاعر بيض الانوق لا ينال لها ذكر وربما خالط لونها الاعمار يعني النقط الصغار ولا تريب
والرخمة تشم العقاب • ويقال للرخمة ام جعدان وام رسالة وام قيس وحفصة وام عجيبة والذكر منها الزمل والزاخ النافق ولا تبيت
الا في ارفع موضع يقدر عليه الى هنا لفظ ابي حاتم **قوله** قال ولا باس بغراب الزرع • اي قال القدوري في مختصره ثم
قال محمد في الاصل اما ايت الغراب والنسر والعقاب واشباه ذلك من صيد الطير هل يوكل لحمه قال اما كان من سباع الطير فالنسر والعقاب
فانه لا يوكل لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي مخلب من سباع الطير والغراب ليس من سباع الطير فلا يكون باكله باس لان يكون
ياكل الجيف فحينئذ يكره اكله كالابل الجلالة كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه • وقال الولوالجي في فتاواه واما الغراب
الابقع والاسود فعلى ثلاثة اوجه ان كان ياكل الجيف يكره • وان كان لا ياكل الجيف وياكل الحب والزرع لا يكره • وان كان ياكل الجيف
وياكل الحب يوكل عند ابي حنيفة • وقال ابو يوسف لا يوكل **قوله** ولا يوكل الابقع الذي ياكل الجيف هذا لفظ القدوري
في مختصره • قال صاحب الهداية وكذا الغداف اي لا يوكل وهو غراب القيظ الكبير من الغربان وافي الجناحين • قال قال القدوري
في شرحه والاصل في تحريم الغراب الابقع والغداف ما روي عن هشام بن عروة عن ابيه انه سئل عن اكل الغراب فقال ومن ياكله بعد
ان سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقا • يعني قوله عليه السلام خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم • وفي فتاوى الولوالجي اكل
الخطاف والفاختة والعقعق لا باس به لانه ليس بذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور • واكل الهدهد لا باس به لانه ليس
بذي مخلب من الطيور • وقال فخر الدين قاضي خان في فتاواه ولا يوكل الخنافس لانه ذو ناب وفيه نظر لان كل ذي ناب ليس بمنهي عنه
انما كان لا يصطاد بنابه **قوله** وقال ابو حنيفة لا باس باكل العقعق ذكر تفريعا على مسألة القدوري في شرحه لمختصر
الكرخي • قال ابو يوسف وسالت ابا حنيفة عن العقعق وقال لا باس به فقلت انه ياكل الجيف فقال انه خلط بشيء اخر فحصل من قول
ابي حنيفة انما يخلط لا يكره اكله بدلالة الدجاج • وقال ابو يوسف يكره لان غالب اكله الجيف • وقال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي ولا خير في اكل النسر والعقاب واشباهه لانه ذو مخلب من الطير • ولانه ياكل الجيف فيفسد لحمه • وكذلك
البازي والصقر لانه ذو مخلب • وكذلك العقعق عند بعض القلقل لانه ياكل الجيف • واما العقعق والسوداية واشباه ذلك مما لا يلحقه
محلب له فلا باس به • وكذلك غراب الزرع لانه يتوقى الجيف وياكل الحب • وقد قيل ان العقعق ياكل الجيف فان صح كره اكله وكره
الغراب الابقع لانه ياكل الجيف الى هنا لفظ شرح الكافي • وقال الكرخي في مختصره قال ابو يوسف في السنجاب والسمور والفنك
والدلق كل شيء من هذا سبع مثل الثعلب وابن عرس لا يوكل لحمه وكذلك لانه من ذوات الناب فيدخل في عموم الخبر **قوله** قال
ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها • وهذه مسألة القدوري الا قوله والسلحفاة والزنبور فان ابا حنيفة
ذكرها في الجامع الصغير • وقال في شرح الاقطع قال الشافعي رحمه الله يجوز اكل الضب والقنفذ وابن عرس ولا يكره • اما الضبع فقد
مر بيانه قبل هذا • واما الضب فوجه قول الشافعي رحمه الله ما روي في شرح الاثار مسندا الى ابن عباس رضي الله عنهما قال اهدت
خالتي ميمونة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم اقطا وسمنا واضبا فاكل النبي صلى الله عليه وسلم من الاقط والسمن ولم ياكل من الاضب واكل على مائدة
النبي صلى الله عليه وسلم • وجه الاستدلال انه لو كان حراما لم يوكل على مائدة النبي صلى الله عليه وسلم فقلت ما هذا فقلت ضبا جاءت بها فقال
ان امة من بني اسرائيل مسخت دواب في الارض واني اخشى ان يكون هذه فلا تطعموها • ولانه مستخبث فيدخل في قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث
وكذلك السلحفاة من خبائث الحشرات فيكره اكلها والزنبور من هوام الارض فيكون النص الوارد فيه كالوارد في غيره من هوام الارض لهذا
ذكر محمد رضي الله عنه لفظ الكراهة في هوام الارض لان حرمة هوام الارض تثبت استدلالا لا بالنص • والثابت في الضب الكراهة
فكذا هذا • والطحاوي في شرح الاثار رجح اباحة اكل الضب • ثم قال لا باس باكل الضب فقال وهو القول عندنا • والجواب عما نقل الخصم

فنقول ما رواه يدل على الإباحة وما رويناه يدل على التحريم فكان ما رويناه أولى لأن تارك المباح لا يعاقب وفاعل الحرام يأثم فيعاقب
ونقول لما كان التاريخ مجهولاً يجعل المحرم مؤخراً عن المبيح فيكون ناسخاً له تقليلاً للنسخ • وذكر الفقيه أبو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير
روي عن أبي عبد الله البلخي أن رجلاً من أصحاب الحديث قال له ألا أعلمك فيما قال صاحبك يعني أبا حنيفة فقال له أيش قال قال كره أكل الزنبور فقال له ولم
يحل ذلك الزنبور • وقال أبو القاسم بن الجلاب البصري المالكي في كتاب التفريع ولا بأس بأكل السرطان والسلحفاة والضفدع ثم قال ولا
بأس بأكل الطير كلها ما كان منها ذا مخلب وغير ذي مخلب كالبزاة والعقبان والرخم والحداة والغربان وسائر سباع الطير وفي ذلك خلاف
سباع الوحوش ولا يؤكل سباع الوحوش إلى هنا لفظ التفريع • وقال الغزالي في وجيزه ولا يحرم الضب والضبع والثعلب وأما ابن آوى
وابن عرس ففيه تردد لشبهه بالثعلب والكلب • ثم قال والأظهر حل السمور والسنجاب بالثعلب • ثم قال والغراب الأبقع حرام وفي
الأسود الأكبر تردد • وأما غراب الزرع فهو أحمر المناقير والأرجل فالأظهر حلها • ثم قال وفي الهدهد تردد والأظهر التحليل كحلال
كالكراكي • ثم قال ما استخبثه العرب حرام كالحشرات • ثم قال وفي الصرارة تردد وفي القنفذ وجهان وما أشكل منه يرجع فيه
إلى العرب كذا في وجيزه • وقال الخرقي من أصحاب حنبل ولا بأس بأكل الضب والضبع **قوله** والحشرات هي صغار دواب الأرض
واحدها حشرة **قوله** قال ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبغال • أي قال القدوري في مختصره وقال القدوري في شرحه
لمختصر الكرخي • ويحكى عن بشر المريسي أنه قال لا بأس بأكل الحمار • وقال شيخ الإسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده في شرح الكتاب
يكره أكل لحوم الحمر الأهلية في قول علمائنا وعامة العلماء وقال أهل الشام بأنه لا بأس بأكله • وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي
في شرح الكافي ويكره لحوم الحمر الأهلية والبغال • وقال مالك وبعض فقهاء الشام لا بأس به إلى هنا لفظ شرح الكافي وأراد ببعض
فقهاء الشام الأوزاعي وبه صرح فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير • ويحتمل أن يكون عن مالك روايتان في لحم الحمار لأنه قال في كتاب
التفريع لأبي القاسم بن الجلاب المالكي البصري ولا بأس بأكل الحمر الوحشية ولا تؤكل الحمر الأهلية ولا البغال ويكره أكل الخيل إلى هنا
لفظ التفريع • وهم احتجوا بما روي في شرح الآثار وغيره مسنداً إلى عبد الرحمن بن معقل عن عبد الرحمن بن بشر عن رجال من مزينة من أصحاب
النبي صلى الله عليه وسلم عن أبجر أو ابن أبجر أنه قال يا رسول الله إنه لم يبق من مالي شيء أستطيع أن أطعمه أهلي إلا حمراً لي قال فأطعم أهلك من سمين مالك
فإنما كرهت لكم جوال القرية • ولأنه يحل البري منه فيحل الأهلي أيضاً قياساً على البقر • ولنا أنا استدللنا بظاهر الكتاب والأحاديث
والسنة • أما الكتاب فقوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة بيانه أن الآية خرجت مخرج الامتنان وقد من الله
تعالى بمنفعة الركوب والزينة • فلو كان الأكل من هذه الأشياء حلالاً لمن بذلك أيضاً لأن منفعة الأكل أكثر من منفعة الركوب
والزينة لأن الإنسان يحيى بلا ركوب ولا زينة ولا يحيى بلا أكل • ألا ترى أنه تعالى بدأ في الأنعام بذكر الأكل قبل ذكر الزينة
وحمل الأثقال فقال والأنعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون ولكم فيها جمال حين تريحون وحين تسرحون وتحمل أثقالكم إلى
بلد لم تكونوا بالغيه إلا بشق الأنفس إن ربكم لرؤوف رحيم • فلما لم يذكر منفعة الأكل مع أنه فوق منفعة الركوب والزينة دل أنه إنما
لم يذكر لأن هذه الأشياء ليست مما يؤكل لحمه • وأما السنة فما روى البخاري مسنداً إلى سالم ونافع عن ابن عمر رضي الله عنه نهى النبي صلى الله
عليه وسلم عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر وحدث البخاري أيضاً بإسناده إلى علي رضي الله عنه قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المتعة
عام خيبر ولحوم الحمر الإنسية • وحدث أيضاً بإسناده إلى جابر بن عبد الله قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر
ورخص في لحوم الخيل • وحدث أيضاً بإسناده إلى البراء وابن أبي أوفى قالا نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر • وحدث أيضاً
بإسناده إلى أبي ثعلبة قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الأهلية • وحدث صاحب السنن بإسناده إلى عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وعن الجلالة وعن ركوبها وأكل لحمها • وحدث الطحاوي
بإسناده إلى مجاهد عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى يوم خيبر عن أكل لحوم الحمر الإنسية • وحدث
الطحاوي أيضاً بإسناده إلى عبد الله بن أبي سليط عن أبيه أبي سليط وكان بدرياً قال لقد أتانا نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل
لحوم الحمر ونحن بخيبر وإن القدور لتفور بها فأكفأناها على وجوهها • وحدث الطحاوي أيضاً بإسناده إلى ابن سيرين عن أنس بن مالك
قال لما افتتح النبي صلى الله عليه وسلم خيبر أصابوا حمراً فطبخوا منها فنادى منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا إن الله ورسوله ينهيانكم عنها
فإنها رجس فأكفئوا القدور • والأحاديث في هذا الباب متواترة تدل كلها على تحريم لحوم الحمر • والجواب عن حديث غالب بن أبجر
فنقول المراد منه الحمر الوحشية بدليل قوله عليه السلام فإنما كرهت لكم جوال القرية • أو نقول أباح ذلك للضرورة وقد يحل في
الضرورة ما لا يحل في غيرها • ألا ترى إلى ما حدث الطحاوي في شرح الآثار مسنداً إلى غالب بن ديج قال قلت للنبي صلى الله عليه
وسلم إنه أصابتنا سنة وإن سمين مالنا في الحمر فقال كلوا من سمين مالكم فأخبر أن ما كان أباح لهم من ذلك كان في عام سنة وضرورة
ولا يدل ذلك على الإباحة في غير حال الضرورة • أو نقول ما روى غالب بن أبجر يدل على الإباحة وما روى غيره يدل على التحريم
والتاريخ مجهول فيجعل دليل الحرمة مؤخراً تقليلاً للنسخ • أو نقول معنى قوله كلوا من سمين مالكم أي كلوا من ثمنه كما يقال أكل فلان
عقاره أي ثمنه • وكذا البغال حرام أكلها لقوله تعالى والخيل والبغال الآية من وجه الاستدلال • ولأن الولد يتبع الأم في الحل
والحرمة وأم البغل إما الفرس أو الحمار فإن كانت الحمار فالبغل مكروه لأن الأم مكروه الأكل عند أبي حنيفة • قال القدوري في شرحه
والذي روي أن عائشة رضي الله عنها سئلت عن لحوم الحمر فتلت قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً على طاعم يطعمه فقد احتجت
بالآية فإنه متفق على تخصيصها والرجوع إلى دليل التخصيص أولى • والذي روي عن عمرو بن دينار قال قلت لجابر بن زيد إنهم يزعمون أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الحمر الأهلية قال كان الحكم بن عمرو الغفاري يقول ذلك عندنا بالبصرة ولكن أبى ذلك البحر

يعني ابن عباس

يعني ابن عباس فقد روي عنه خلاف ذلك وهو أنه احتج في المنع عن أكل الخيل بالآية وهذا يقتضي المنع من أكل لحم الخنزير • وقال ظهير الدين إسحاق
الولوالجي في فتاواه • وأما البغال إن كان الفرس نزا على الحمار يكون لحمها على الخلاف الذي عرف بالإجماع • ولحم الحمار إذا نزا على الرمكة فكذلك قيل
هذا قول أبي حنيفة • وأما على قولهما فلا بأس به لأنه ليس للفحل عبرة فيبقى ما للأم • وعندهما لا بأس بأكل الأم وينبغي أن لا يحل عنده ولكن الظاهر
أن الأول قول الكل إلى هنا لفظ الولوالجي • وقوله عليه السلام جوال القرية بتشديد اللام جمع جالة بالتشديد بمعنى جلالة وهي آكلة العذرة
قوله ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رضي الله عنه قال أكره هذا لفظ القدوري في مختصره • وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب
عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال أكره ألبان الأتن وأكل لحوم الفرس • قال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك أما أبوال الإبل وكل ما يؤكل لحمه
حرام بحرمة عند أبي حنيفة رضي الله عنه • وقال محمد هو حلال طاهر • وقال أبو يوسف مثل قول أبي حنيفة إلا أنه قال لا بأس بشربه
للتداوي وقد مر في كتاب الطهارة في فصل البئر • وقول أبي يوسف ومحمد ههنا منصرف إلى لحم الفرس فأما البول فإنه نجس عند أبي يوسف
وإنما الخلاف في شربه للتداوي كذا قال فخر الدين قاضي خان • وقال الطحاوي في مختصره وقال أبو حنيفة يكره أكل لحوم الخيل • وكان أبو يوسف
ومحمد لا يريان به بأساً • وقال الكرخي في مختصره ولا يجوز أكل الخيل ولا البغال ولا الحمير وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف كذلك إلا
في لحوم الخيل فإنهما قالا لا بأس بذلك إلى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • وقال في الأصل أكره لحوم الخيل قال وهو في قول أبي حنيفة وهو
قول مالك • وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رضي الله عنهم بأنه لا بأس بأكله لظاهر قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن
يكون ميتة والخيل ليس من جملة المستثنى فيكون داخلاً في حكم المستثنى منه وهو قوله قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً • وحدث البخاري في جامعه
الصحيح بإسناده إلى جابر بن عبد الله قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر ورخص في لحوم الخيل • وقال القدوري في شرحه وروي
عن أنس بن مالك أنه قال أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم • وذكر الطحاوي في شرح الآثار عن أسماء بنت مالك أنها قالت أكلنا
في بكر نحوه • ولأنه حيوان ليس بذي ناب سؤره طاهر من غير ضرورة فيؤكل قياساً على الشاة والبقر • ولا يلزم سؤر الهرة لأن في سؤرها ضرورة وهو
الطواف علينا ولا يلزم سؤر الحمار لأنه مشكل حتى لو توضأ به لم يجز • ولو توضأ بسؤر الفرس جاز • ولأبي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال
والحمير لتركبوها • وجه الاستدلال ما ذكر في لحم الحمير • روى أبو داود في السنن بإسناده إلى خالد بن الوليد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير وكل ذي ناب من السباع • وقال الكرخي في مختصره حدثنا الجوزي قال حدثنا هارون بن راشد
المستملي قال حدثنا محمد بن حرب الأبرش قال حدثنا أبو سلمة سليمان بن سليم عن صالح بن يحيى عن جده المقدام بن معدي كرب أن النبي صلى الله عليه
قال حرام عليكم الحمار الأهلي وخيلها وبغالها وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير • وقال الكرخي أيضاً حدثنا يحيى قال حدثنا
وكيع قال حدثنا ابن أبي ليلى عن المنهال بن عمرو عن سعيد بن جبير عن ابن عباس في هذه الآية والخيل والبغال والحمير لتركبوها قال فسئل عن لحوم الخيل
فكرهها وتلا هذه الآية • ولأنه حيوان أهلي ذو حافر فيكره أكله قياساً على البغل والحمار • ولأن في إباحة أكله تقليل مادة الجهاد فهو حرام
ثم إن منفعة حياته تربو على منفعة لحمه بوجوده • وقال في شرح شيخ الإسلام خواهر زاده كان الحاكم أبو سهل الشرعي يحتج بقول أن الولد
في الحل والحرمة يتبع الأم دون الفحل • بدليل أن حمار الوحش لو نزا على أتان أهلي فولدت لم يؤكل ولدها اعتباراً بالأم • ولو نزا حمار أهلي على أتان
وحشي فولدت ولداً فإن الولد يؤكل فصح أن العبرة في حل الولد وحرمته بجانب الأم لا بجانب الفحل • وأجمعنا أن حماراً لو نزا على رمكة لا يحل ولدها
وهو البغل فدل أن الأم محرم للأكل إذ لو كان حلال الأكل لما حرم البغل بسبب حرمة الفحل وهذا الاحتجاج يستقيم على أبي يوسف ومحمد لا على
الشافعي رحمه الله فإن الولد عنده يتبع الفحل حتى لو نزا حمار أهلي على أتان وحشي لا يحل الولد عنده فيحتج عليه من وجه آخر فنقول حيوان له سهم في
مغازي الغنيمة فلا يحل قياساً على الرجل • ولأنه من إحدى الدواب الثلاث فيكره أكله قياساً على البغل والحمار لأن القران في النظم يوجب
القران في الحكم عنده • وكذا عندنا إذا كان في الجملة الناقصة وفيما نحن فيه كذلك • والجواب عن تمسك الخصم بالمنقول فنقول ذلك يدل
على الإباحة وما تمسكنا به يدل على التحريم فيجعل دليلنا آخراً ناسخاً للإباحة تقليلاً للنسخ • وقولهما بأن سؤره طاهر قلنا ذكر خواهر
زاده في شرحه أن الحسن روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن سؤره مشكل مثل سؤر الحمار • فإن أخذنا بهذا فالسؤال ساقط • وإن سلمنا
فالجواب عنه أن حرمة أكل لحم الفرس إنما كانت عند أبي حنيفة للاحترام من حيث إنه حيوان يقع به إرهاب العدو ويكون معدوداً من جملة
العسكر لا للنجاسة والحرمة متى كانت للاحترام لا للنجاسة لا توجب نجاسة السؤر كما في الآدمي والله أعلم • وحكاية الفعل من حديث
أنس وأسماء يحتمل وجوهاً بأن يكون فعلوا للضرورة وعدم أو لم يبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا تقوم به الحجة **قوله** ثم قيل
الكراهية عنده كراهية تحريم وقيل كراهية تنزيه • قال في الفتاوى الصغرى قال القاضي الإسبيجابي إنه كراهية تنزيه لأنه ذكر في كتاب
الصلاة وسوى بين بوله وبول ما يؤكل لحمه • ثم قال فيها وحكي عن الشيخ الإمام عبد الرحيم الكرميني أنه قال كنت متردداً في هذه المسألة
فرأيت أبا حنيفة في المنام يقول لي كراهية تحريم يا عبد الرحيم • والشيخ أبو جعفر الطحاوي مال في شرح الآثار إلى قولهما • وذكر فخر
الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي ويكره لحوم الجلالة والعمل عليها • وذلك حالها إلى أن تحبس أياماً وتعلف لما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن أكل لحوم الجلالة وتناول النجاسات توجب فساد لحمها فيؤثر في فساد أكله • وإنما حرم العمل عليها لأنها تعرق
فتنجس ثيابها وسبتها فحرم الاستعمال لهذا المعنى • وليس الدجاج كذلك لأن الأثر جاء في الجلالة وليس هي مثلها في ذلك والدجاج
يخلط بالمدرج عنه • والفقه فيه أن الدجاجة المخلاة لا تتناول النجاسة الجلالة من المرعى فلا يحرم أكلها حتى إذا علم أنها تتناول
النجاسات قلنا بحرمة أكلها إلى أن تحبس • وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح المبسوط ولم يقدر في ذلك مقداراً في الكتاب
وروي في غير رواية الأصول أنه قدر في الإبل بشهر وفي البقر بعشرين يوماً • وفي الشاة عشرة أيام • وفي الدجاجة ثلاثة أيام • ثم
قال وفي بعض الروايات تحبس الإبل أربعين والبقر عشرين والشاة عشرة والدجاجة ثلاثة • وقال الولوالجي في فتاواه وذكر في النوادر

لو ان جديا غذي بلبن الخنزير فلا باس باكله لانه لم يتغير لحمه وما غذي به صار مستهلكا لم يبق اثره وعلى هذا نقول لا باس باكل الدجاجة
التي تخلط بالمدرة غير لانه لا يتغير لحمه • والذي يروى انه تحبس الدجاجة ثلاثة ايام فذلك على سبيل التنزه **قوله** اما البنج
فقد قيل انه لا باس به لما ذكره صاحب الهداية مباحا في كتاب الحدود وقال السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وقال
فخر الدين قاضي خان • واما الالبان فلبن الماكول حلال ولبن الرماك كذلك في قول ابي يوسف ومحمد ويكره في قول ابي حنيفة
واختلفوا في كراهيته وقال بعضهم مكروه كراهة التنزيه لا كراهة التحريم • وذكر شمس الائمة السرخسي في اثنا الكلام انه مباح كالبنج
وعامة المشايخ قالوا هو مكروه كراهة التحريم الا انه لا يحد وان زال عقله كما لو تناول البنج وادى الى ذاهب حتى زال عقله يحرم وذلك
ولا يحد فيه **قوله** ولا باس باكل الارنب اي قال القدوري في مختصره وقال الكرخي في مختصره ولم يروا جميعا باسا باكل
الارنب • قال ابو يوسف فاما اليربوع فلا احفظ فيه عن ابي حنيفة شيئا وهو عندي مثل الارنب وهو يعتلف البقول والنبات الى هنا
لفظ الكرخي • قال في الجمهرة والوبر دويبة اصغر من السنور طحلاء اللون لا ذنب لها توجن في البيوت وتجمع على وبار • والاصل في حل
الارنب ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى انس رضي الله عنه قال انفجنا ارنبا نحن بمر الظهران فسعى القوم فلغبوا فاخذتها فجئت
بها الى ابي طلحة فذبحها فبعث بوركها او قال بفخذها الى النبي صلى الله عليه وسلم فقبلها **قوله** انفجنا ارنبا اي اثرناه واغدبناه
ومر الظهران موضع من عرفة كذا في الفائق • وروى صاحب السنن باسناده الى عاصم عن الشعبي عن محمد بن صفوان او صفوان بن محمد
قال صدت ارنبين فذبحتهما بمروة فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم عنهما فامرني باكلهما • وقال في الاصل عن موسى بن طلحة
ان اعرابيا اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ارنبا فقال لاصحابه كلوا • وقال في باب ما يكره من صيد البر والبحر من الاصل ارايت
الارنب هل ترى باكلها باسا قال لا وذلك لما روينا من الاحاديث • ولانه صيد ليس من جملة سباع الطير ولا من جملة سباع الوحش
ولا ياكل الجيف فلا يكون باكله باس كالظبي • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه وانما اورد هذا لاشكالين احدهما ان الارنب
شبيها بالحمار فان اذنه تشبه اذن الحمار والحمار حرام • والثاني لان من الناس من توهم ان الارنب تحيض فكان شبيها بالادمي فتحرم
اكله كما حرم ابو حنيفة اكل الفرس لان لها شبها بالادمي من حيث انها تسعى بهما متقدرا من الغنيمة كالرجل **قوله** واذا ذبح ما
لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الادمي والخنزير فان الذكاة لا تعمل فيهما • اي قال القدوري في مختصره • وقال الحاكم الشهيد
في اخر كتاب الصيد من الكافي ولا تكره الصلاة على جلد ما يكره اكله من ذي الناب اذا ذبح او دبغ • وهذا الذي ذكره الحاكم
هو الذي اعتمد عليه عامة اصحابنا • وعلى قول نصير بن يحيى وابي جعفر الهندواني انه نجس لا تجوز الصلاة معه • وقد ذكرناه في
اول الكتاب • وذلك لان النجس هو الدم المسفوح بدليل قوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل وكل ذي ناب سوى الخنزير
ليس بنجس العين بل لنجاسة ليس فيزول ذلك بالذبح • وكذلك الدباغ يزيل الرطوبات فيجعلها كان تنصل بالجلد • وقال عليه السلام ايما
اهاب دبغ فقد طهر • وقال الشافعي رحمه الله لا تؤثر الذكاة في جميع ذلك لانها ذكاة لا تفيد اباحة اكل المذبوح فلا يفيد
طهارة جلده كذكاة المجوسي والوثني • قلنا العلة تبطل بذكاة الشاة المسموم فيدها لا تفيد بالدباغ • والمعنى في الاصل انه ليس من اهل الذكاة
بخلاف المسلم • الا ترى انه لو ذبح شاة لا يفيد اباحة اكلها فلذلك لا يفيد طهارة ما لا يؤكل والمسلم بخلافه • فان قيل كان المجوسي
ليس من اهل الذكاة فكذلك الكلب ليس من جنس ما يذكى ولا فرق بين ان يكون الذابح من غير اهل الذكاة وبين ان لا يكون المذبوح
من جنس المذكى • الا ترى ان المسلم لو ذبح خنزيرا لا يحل اكله كما ان المجوسي لو ذبح شاة لا يحل اكلها • قلنا قد اتفقنا على ان المجوسي
ليس من اهل الذكاة ولم يتفق على ان الكلب والفهد ليسا من جنس المذكى بل هو من جنس المذكى لانه مختلف في اباحة اكله كذا في مختصر
الاسرار ولا بد من الدباغ • يعني لما كان فعل المجوسي اماتة في الشرع لا ذكاة لم تحصل به الطهارة للجلد فلا جرم لم يكن بد من الدباغ ليحصل
طهارة الجلد وينتفع به في غير الاكل • يعني في الاستصباح ودهن الجلد ونحو **قوله** قال ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك
اي قال القدوري في مختصره قال الكرخي في مختصره وكره اصحابنا اكل ما في البحر الا السمك خاصة فانه حلال اكله الا ما طفا منه
فانهم كرهوه لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ونبه الى هنا لفظ الكرخي • وقال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في شرح
المبسوط • ويكره اكل ما سوى السمك من دواب البحر عندنا كالسرطان والسلحفاة والضفدع وخنزير الماء • وقال ابن ابي ليلى ومالك
والشافعي انه يؤكل جميع ما في البحر من الدواب • وقال ابن الجلاب المالكي ولا باس باكل الميتة من الحيتان طافيا كان او راسبا
وصيد البحر كله حلال • ويكره اكل كلب الماء وخنزيره من غير تحريم له الى هنا لفظه لهم ظاهر قوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه
من غير فصل • وقوله عليه السلام حين سئل عن التوضي بماء البحر فقال هو الطهور ماؤه والحل ميتته رواه ابو هريرة في السنن وغيره
وروي في السنن مسندا الى جابر قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وامر علينا ابا عبيدة بن الجراح نتلقى عيرا لقريش وزودنا جرابا
من تمر لم يجد له غيره • وكان ابو عبيدة يعطينا تمرة تمرة كنا نمصها كما يمص الصبي ثم نشرب عليها الماء فتكفينا يومنا الى الليل وكنا
نضرب بعصينا الخبط ثم نبله في الماء فناكله قال فانطلقنا على ساحل البحر فرفع لنا كهيئة الكثيب الضخم فاتيناه فاذا هو دابة تدعى العنبر
فقال ابو عبيدة ميتة فلا تحل لنا ثم قال لا بل نحن رسل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي سبيل الله عز وجل وقد اضطررتم فكلوا فاقمنا عليه
شهرا ونحن ثلثمائة حتى سمنا فلما قدمنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكرنا ذلك له فقال هو رزق اخرجه الله لكم فهل معكم من لحمه شيء
فتطعمونا فارسلنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاكل • وهذا الحديث يدل على اباحة ما في البحر سوى السمك • ولانه صيد بحري فيؤكل
قياسا على السمك • ولعلمائنا احتجوا بظاهر قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وهو يتناول بعمومه ميتة البر والبحر جميعا الا ان النبي صلى الله عليه
وسلم استثنى السمك والجراد بقوله فبقي ما وراءه داخلا تحت التحريم • وقال تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك من دواب البحر

من جملة الخبائث فان الطبع يستقذره فيحرم جميع ما في البحر سوى السمك عملا بهذا الظاهر • وروى صاحب السنن باسناده الى سعيد بن المسيب
عن عبد الرحمن بن عثمان الانصاري ان طبيبا سال النبي صلى الله عليه وسلم عن ضفدع يجعلها في دواء فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قتلها • ولانها ميتة
فلا تحل كسائر الميتات • ولان الحيوان المتوحش في اصل الخلقة على نوعين بري وبحري ثم البري مباح ومحظور فينبغي ان يكون البحري كذلك والجواب
عن تعلقهم فنقول المراد منه محل الاصطياد لا محل الاكل بدليل ما تلونا وقال ونا واصطياد ما سوى السمك من دواب البحر لمنافع اخرى سوى
الاكل فلا محل اصطياد السمك • والجواب عن تعلقهم بقوله عليه السلام والحل ميتته فنقول المراد منه ميتة السمك ولا يلزم المعارضة بين
خبر الواحد وبين قوله تعالى حرمت عليكم الميتة فلا يجوز فلان شرط المعارضة وهو المساواة • او نقول السمك مراد من الحديث
بالاجماع فمن ادعى دخول ما سوى السمك تحت الحل فعليه البيان ونحن نتمسك بقوله تعالى حرمت عليكم الميتة • وقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث
والجواب عن حديث العنبر فنقول المراد منها السمك ايضا • الا ترى ان البخاري حدث باسناده الى جابر قال غزونا جيش الخبط وامر ابو عبيدة
فجعنا جوعا شديدا فالقى البحر حوتا ميتا لم ير مثله يقال له العنبر فاكلنا منه نصف شهر فاخذ ابو عبيدة عظما من عظامه فمر الراكب تحته واراد
بالخبطة الورق المخبوط فعل بمعنى مفعول كالنقض **قوله** قال ويكره اكل الطافي منه • اي قال القدوري في مختصره وقال مالك
والشافعي لا باس به وهو قول احمد ايضا • لهم قوله عليه السلام هو الطهور ماؤه والحل ميتته من غير فصل بينهما اذا ماتت حتف انفه او بغير افة • وقوله
عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان السمك والجراد والكبد والطحال • وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رضي الله عنه انه قال اشهد
ان ابا بكر اكل الطافي • ولانه حيوان يحل من غير جرح فيحل منه ما مات بافة وبغير افة دليله الجراد • ولنا ما حدث ابو داود في السنن
باسناده الى جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما القى البحر او جزر عنه فكلوه وما مات فيه وطفا فلا تاكلوه • وقال
محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال كل ما جزر عنه الماء وتدع ما لا تاكل ما طفا • وقال القدوري في
شرحه روي عن علي رضي الله عنه قال لا تبيعوا في اسواقنا الطافي • والجواب عما تعلقوا به ان ذلك عام خص بما روينا • ولان ذكاته بسبب
وهذا محرم والمحرم اولى وجزر الماء يجزر جزرا اذا نقص وانحسر والجزر ضد المد **قوله** نضب عنه الماء والنضوب ذهاب الماء **قوله**
قال ولا باس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكاة • اي قال القدوري في مختصره والجريث الجري فاحل اكل انواع
السمك لعموم قوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان السمك والجراد والكبد والطحال • وروى محمد في الاصل عن عمرو بن شعيب
عن عمرة بنت ابي الطبيخ قالت خرجت مع وليدة لنا فاشترينا جريثة بقفيز حنطة فوضعناها في زنبيل فخرج راسها من جانب وذنبها من جانب
فاعلى فقال لكم احدث قالت فاخبرته فقال كما اطيبه وارخصه واوسعه للعيال فيه دليل على ان الجريث يؤكل لانه نوع من السمك فيحل كسائر
الانواع • وهذا الحديث حجة لنا على بعض الروافض واهل الكتاب فانهم يكرهون اكل الجريث ويقولون انه كان ديوثا يدعو الناس الى حليلته
فمسخ به وهو مردود بقول علي رضي الله عنه كذا قال خواهر زاده في شرحه • وروى محمد ايضا في الاصل عن ابن عباس رضي الله عنهما انه سئل
عن الجريث فقال اما نحن فلا نرى به باسا • واما اهل الكتاب فيكرهونه فاذا صح عن علي وابن عباس اباحة الجريث ولم يرو عن غيرهما
خلاف ذلك فحل محل الاجماع • وكذا الجراد حلال سواء مات حتف انفه او قتله الاخذ بان قطع راسه • وقال مالك لا يحل ما لم يقتله الاخذ
بعد الاخذ اما ان يقطع راسه او يشويه • فاما اذا اغفل عنه حتى مات حتف انفه • او حمل الكل في غرارة فمات فانه لا يحل كذا ذكر
شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الصيد • وجه قوله انه صيد بري حتى يجب على المحرم جزاؤه اذا قتله وصيد البر لا يحل الا بالقتل
ولنا قوله عليه السلام احلت لنا ميتتان • ولا يرد علينا كراهة الطافي لانه مخصوص بالحديث الاخر • وقال محمد في الاصل ايضا بلغنا
عن علي رضي الله عنه علي بن ابي طالب انه قال ذكاة السمك والجراد اخذه • وقال ايضا وعن علي سئل عن الجراد ياخذ الرجل من الارض وفيه
الميت وغيره قال كله كله لعل حل الجراد مطلقا سواء مات بافة او بغير افة فكان حجة لنا على مالك حيث يقول لا يحل اذا مات حتف
انفه او مات قبله بان اصابه المطر فمات ما لم يوجد من الاخذ قتل **قوله** ثم الاصل عندنا في السمك انه اذا مات بافة يحل كالماخوذ
واذا مات حتف انفه لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة منها اذا ضربها رجل فقطع بعضها يحل المبان والمبان منه لانه مات بافة ظاهرة
والمبان من الحي وان كان ميتة حل المبان هنا لان ميتة السمك حلال بالحديث • ومنها ان وجد في بطنها سمكة اخرى او قتلها طير الماء الا باس
باكلها لان الموت حال الى سبب ظاهر وهو ابتلاع السمكة او قتل الطير • ومنها اذا القى سمكة في حب ماء فماتت فيه فلا باس بالا انها ماتت بسبب
ضيق المكان عليها فكان موتها بافة ظاهرة فتحل • ومنها اذا اجتمعها في حظيرة لا يستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد لان الجمع في مكان
ضيق سبب لموتها وان كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في اكلها لانعدام سبب ظاهر يحال الموت اليه وكان موتها حتف انفها فلا يحل • وقال
القدوري في شرح مختصر الكرخي فاما ما مات من الجراد البرد او في كدا الماء فيه روايتان • احدهما انه يؤكل لانه مات بسبب حادث
هو كالو ذبح الشاة المائل الى اليبس • والرواية الاخرى لا يؤكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من حوادث الموت في الغالب • والطلق
القدوري الروايتين ولم ينسبهما الى احد • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الصيد وقد ذكر في غير رواية الاصول خلافا وقال
على قول ابي حنيفة لا يحل • وعلى قول محمد يحل • وكذلك قال في العيون حيث قال وقال ابو حنيفة في السمكة اذا قتلها برد الماء او حر لم يؤكل
وهذا بمنزلة الطافي وقال محمد يؤكل لانه مات بافة • وقال القدوري في شرحه ايضا وروى هشام عن محمد في السمكة اذا كان نصفها في الماء
ونصفها في الارض ان كان راسها على الارض اكلت لانه موضع نفسها • فاذا كان خارجا من الماء فالظاهر انها ماتت بسبب • وان كان راسها
واكثرها في الماء لم تؤكل لانه موضع حياتها فكان الظاهر انها ماتت بغير سبب وان راسها في الماء واكثرها في الارض اكلت لانه ليس بموضع حياتها
فعلم ان موتها بسبب • وقال الدولجي في فتاواه اذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها • او اكلت شيئا القاه في الماء لتاكل فماتت
منه وذلك معلوم فلا باس باكلها لانها ماتت بافة • وكذلك اذا ربطها في الماء فماتت لانها ماتت بافة • وقال في الفتاوى الصغرى فالاعز الجامع

الاصل اذا وجد السمكة ميتا على الماء وبطنه من فوق لم يؤكل لانه طاف • وان كان ظهره من فوق اكل لانه ليس بطاف • وقال الحاكم الشهيد في الكافي ولا يحل صيد المجوسي ولا ذبيحته الا فيما لا يحتاج فيه الى تذكية من سمكة وجرادة وبيضة يأخذها وما اشبه ذلك • وكذلك المرتد ولا بأس بان يصيد المسلم بكلب المجوسي المعلم وبازه كما يذبح بسكينه والله اعلم **قوله** يقف المرء عليها اي يقف على تلك الدرر المدررة وهو السابق التابع من قوله يعز على اصحابه اذا ما تم منه قول الحريري يا اهل بدر لكم حاكوا وفي على العالم بدرا والله اعلم

ايراد كتاب الاضحية عقيب

كتاب الاضحية

كتاب الذبائح لان كل واحد منهما يتعلق بالذبح • ثم ينبغي لك ان تعرف ان الاضحية من حقوق الاموال وحقوق الاموال على ضربين منها ما يجب فيه التمليك كالزكاة • ومنها ما يجب فيه الاتلاف كالعتق والاضحية من جنس العتق لان الواجب فيها اراقة الدم وهو اتلاف وليس الصدقة بها واجبة • ويجوز ان يقال انها اخذت الشبه من اصلين من العتق لان الواجب فيها الاتلاف ومن الزكاة لان المستحب ان يتصدق بلحمها كذا ذكر القدوري في شرحه • ثم الاضحية مشروعة بالكتاب والسنة واجماع الامة • اما الكتاب فقوله تعالى فصل لربك وانحر • قيل المراد منه صلاة العيد • والتضحية كذا في الكشاف • روي ذلك عن ابن عباس في تفسيره • اي صل صلاة العيد وانحر الجزور كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه • واما السنة فما روى البخاري في صحيحه مسندا الى انس بن مالك رضي الله عنه قال كان صلى الله عليه وسلم يضحي بكبشين وانا اضحي بكبشين • وعلى ذلك انعقد اجماع الامة • واذا ثبت انها مشروعة اختلفوا بعد ذلك في انها واجبة ام سنة فقال الكرخي في مختصره والاضاحي واجبة عند ابي حنيفة وزفر ومحمد والحسن بن زياد • وفي احدى الروايتين عن ابي يوسف وروى الوجوب عن ابي يوسف محمد بن الحسن والحسن بن زياد وهشام بن عبيد الله الرازي • وروي عن ابي يوسف في الجوامع انه سنة وليست بواجبة الى هنا لفظ الكرخي • والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه ابو يوسف رحمه الله • وعند مالك والشافعي رحمهما الله واحمد هي سنة كذا ذكروا في كتبهم • وقال الامام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي • وذكر الطحاوي الاختلاف بين اصحابنا • وقال في قول ابي حنيفة واجبة وفي قولهما سنة مؤكدة وكل من يجب عليه صدقة الفطر يجب عليه الاضحية ومن لا فلا • وقد مر بيان من يجب عليه صدقة الفطر في باب صدقة الفطر • وجه السنة ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من اراد ان يضحي منكم فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا علقها بالارادة • والواجبات لا تعلق بالارادة • وقال صلى الله عليه وسلم ثلاث كتبت علي ولم تكتب عليكم الضحى والاضحى والوتر ولانه لو كان واجبة لا يجب على المسافر فلا يجب على المقيم قياسا على العقيقة • تحقيقه ان الشرع سوى بين المقيم والمسافر في العبادات المالية كما في الزكاة وصدقة الفطر • وانما فرق بينهما في البدنيات وهذه قربة مالية • ولو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر • ووجه الوجوب قوله تعالى فصل لربك وانحر قيل المراد الاضحية فقد اوجب نحر الجزور على النبي صلى الله عليه وسلم وما وجب على النبي صلى الله عليه وسلم وجب على غيره الا اذا قام دليل الخصوص • ولا يقال قد قام دليل الخصوص لقوله عليه السلام ثلاث كتبت علي • لانا نقول كلامنا في الواجب لا في المكتوب • والاضحية كانت مكتوبة على النبي صلى الله عليه وسلم وليست بمكتوبة علينا ولنا ما ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا فقد الحق الوعيد لمن تركها مع السعة • وانما يلحق الوعيد بتارك الواجب لا السنة • وروى البخاري في الصحيح مسندا الى جندب بن سفيان البجلي قال شهدت النبي صلى الله عليه وسلم يوم النحر قال من ذبح قبل ان يصلي فليعد مكانها اخرى ومن لم يذبح فليذبح والامر بالاعادة دليل الوجوب • وقوله فليذبح دليل الوجوب لان مطلق الامر للوجوب • وروى البخاري ايضا باسناده الى البراء بن عازب قال ضحى خال لي يقال له ابو بردة قبل الصلاة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم شاتك شاة لحم فقال يا رسول الله ان عندي داجن جذعة من المعز قال اذبحها ولا تصلح لغيرك • وفي رواية في الصحيح اذبحها ولن تجزي عن احد بعدك • قال الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة لو كان الاضحى تطوعا لم يقل لا تجزي عن احد بعدك لانه لا يقال مثل هذا الا في الواجب • ولان الاضحية قربة تضاف اليها وقتها فيقال يوم الاضحى كما يقال يوم الجمعة والاضافة للاختصاص ولا يكون الاختصاص الا بالوجود والوجوب هو الذي يفضي الى الوجود لا السنة لان المكلف يتمكن من تركها فكانت الاضحية واجبة كالجمعة • والجواب عن حديث الارادة فنقول المراد منها القصد الذي هو ضد السهو لا التخيير لانه بالاجماع لا يتخير بين الترك والاقامة فلم يدل القصد على نفي الوجوب كقوله عليه السلام من اراد منكم الجمعة فليغتسل اي من قصد ولم يرد به التخيير فكذا هذا كذا ذكر خواهر زاده في شرحه وهذا كما روي عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من اراد الحج فليتعجل ولم يدل على نفي ايجاب الحج بذكر الارادة فيه فكذا ما نحن فيه • والجواب عن قياس الخصم فنقول المسافر قد سقط عنه ما هو اكد من الاضحية كالجمعة وشرط القدرة حتى لا يشتغل بذلك عن السفر فكذلك سقطت عنه الاضحية تحقيقه ان المسافر يحتاج زيادة مشقة في اقامة هذه القربة لانه لا بد من شراء ما يصلح للاضحية فربما يجد ذلك وربما لا يجد في السفر ومتى وجد واشترى احتاج الى حفظها الى ان يجيء وقتها ويتعسر عليه ذلك حالة السفر • ثم بعد الذبح يحتاج الى اصلاح السقط ذلك ليأكل او يطعم غيره ويتعسر عليه ذلك ايضا فسقط عن المسافر دفعا للحرج ولم يوجد مثل هذا المعنى في حق المقيم فلم يسقط عنه فقياسا على المسافر بعدم الجامع • ثم الاضحية فيها اربع لغات ذكرت عن الاصمعي وهي الاضحية بضم الهمزة والاضحية بكسرها والجمع الاضاحي بالتشديد والضحية والجمع ضحايا والاضحاة والجمع الاضحى والاضاحي ايضا بالتخفيف **قوله** قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن اولاده الصغار • اي قال القدوري في مختصره وقد بينا قبل هذا ان الاضحية واجبة عند ابي حنيفة فاعرف الان شرائط وجوبها وهي الحرية والاسلام والاقامة واليسار والوقت وهو يوم الاضحى • واما شرط الحرية لانها قربة مالية لا يتحقق اداؤها بلا ملك ولا ملك للرقيق • واما شرط الاسلام لانها قربة ولا يتصور القربة من الكافر واما

شرط

شرط الاقامة فلئلا يلحق المسافر زيادة مشقة وقد مر بيان ذلك • واما شرط اليسار لقوله صلى الله عليه وسلم من وجد سعة ولم يضح علق الوجوب بالسعة ولا سعة للفقير • والمراد من اليسار ان يملك مقدار مائتي درهم فاضلا عن منزله واثاثه وكسوته وخادمه وسلاحه كما في صدقة الفطر • واما شرط الوقت لاختصاص الاضحية بيوم الاضحى • قال القدوري في شرح مختصر الكرخي قال في الاصل ولا تجب الاضحية على الحاج • انما اراد بذلك الحاج المسافر فاما اهل مكة فيجب عليهم الاضحية وان حجوا كذا ذكر في شرحه • وقال في تحفة الفقهاء واما البلوغ والعقل هل يشترط عند ابي حنيفة وابي يوسف ليس بشرط حتى يجب على الصغير اذا كان غنيا في ماله يضحي الاب او الوصي من ماله وعند محمد وزفر لا يجب على الصغير حتى يضمن الاب والوصي • وذكر في الاجناس من الهاروني ان جاء يوم الاضحى وله مائتا درهم او اكثر ولا مال له غيره فهلك ذلك او هلك لم يجب عليه الاضحية • وان جاء يوم الاضحى ولا مال له ثم استفاد مائتي درهم ولا دين عليه قبل مضي وقت ذبح الاضحية وجبت الاضحية • وذكر ابو علي الدقاق الرازي صاحب كتاب الحيض ان في العقار والمستغلات اذا ملك الرجل لا ينظر الى قيمته وانما ينظر الى دخله • وفي اضاحي يحيى الرازي وابي القاسم الحريبي وابي عبد الله الزعفراني انه يعتبر قيمتها لا دخلها كابر الائمة • قال ابو علي الدقاق ولو ان خبازا عنده حطب قيمته مائتا درهم يخبز به او عنده ملح او قصار عنده صابون او اشنان قيمته مائتا درهم لحال يوم الاضحى وذلك عنده عليه الاضحية • ولو كان له مصحف وان قيمته مائتا درهم وهو ممن يقرأ فيه لا مال له غيره لا اضحية عليه • وان كان ما لا يقرأ فيه عليه الاضحية • وان كان ممن يحسن ان يقرأ الا انه لا يقرأ فيه فلا يقرأ ولا يستعمله فلا اضحية عليه • وان كان عنده كتب فقه وحديث قيمته مائتا درهم وهو من اهل العلم من يفقه ويستعمله فلا اضحية عليه • وان كان لا يحسن ذلك فعليه الاضحية الى هنا ما ذكر في الاجناس وصاحب كتب الطب والنجوم والادب عن لفظ ان كانت قيمتها مائتا درهم **قوله** بالنظر الى الجزاء الى جزء المكلفين وذلك لانهم لا يجتمعون على ترك الواجب ظاهرا وقد يجتمعون على ترك ما ليس بواجب **قوله** والعتيرة منسوخة • يعني ان القياس على المنسوخ لا يكون والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها اهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام فنسخت كذا في المغرب **قوله** لما بينا اشارة الى قوله ليتوقى على المسافر احضارها **قوله** مقدار الى مقدار الوقت **قوله** ويجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه • وعن ولده الصغير اعلم انه لا يضحي عن ولده الكبير ولا عن امرأته لانه لا يؤدي عنهما سائر الواجبات فكذا هذا • اما التضحية عن ولده الصغير هل يجب عليه فيها روايتان فعلى رواية الاصل لا يجب ولكن يستحب لانه قال فيه هو احب الي وافضل من تركه • وفي رواية الحسن في المجرد عن ابي حنيفة يجب على الاب ان يضحي عن ولده الصغير اذا لم يكن له مال وكان الاب موسرا لان الاضحية نظير صدقة الفطر من حيث ان شرط كل واحد منهما غنى محرم للصدقة الغنى موجب الزكاة • ولان كل واحد منهما قربة مالية تختص بيوم العيد فكانا نظيرين من هذا الوجه • ثم لما وجب على الاب ان يؤدي صدقة الفطر عن ولده الصغير اذا كان موسرا ولم يكن للصغير مال وجب ايضا ان يضحي عنه على قول ابي حنيفة • ووجه ظاهر الرواية ان صدقة الفطر اجريت مجرى المؤنة لقوله عليه السلام ادوا عمن تمونون وجاز ان يجب مؤنة الانسان على الغير كما في نفقة المراة • فاما الاضحية فانها قربة محضة ليس فيها معنى المؤنة ولا يجوز اداء القربة عن الغير وهو الاصل • ولهذا لا تجب التضحية على المولى عن عبده • وهذا اذا لم يكن للصغير مال • فاما اذا كان له مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف ولكن لا يتصدق باللحم لان الواجب هو اراقة الدم • فاما التصدق باللحم فانه تطوع ومال الصغير لا يحتمل التبرع فينبغي ان يطعم الصغير ويدخر له ويبدل لحومه بالاشياء التي ينتفع بها الصغير مع ابقاء عينها كما في جلد الاضحية كذا في التحفة **قوله** والخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر • قال القدوري في شرح مختصر الكرخي لم يختلف اصحابنا المتاخرون في هذه المسألة فمنهم من قال انها محمولة على صدقة الفطر فيجب من مال الصغير عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا يجب عند محمد وزفر • ومنهم من قال لا يجب في قولهم لان الواجب في الاضحية اراقة الدم فالصدقة تطوع وذلك لا يجوز في مال الصغير ولا يقدر الصغير في العادة ان ياكل جميعا ولا يجوز ان يباع فلذلك لم يجب • والصحيح ان يقال انها تجب ولا يتصدق بها لان ذلك تطوع ولكن ياكل منها الصغير ويدخر له قدر حاجته ويبتاع له بالباقي ما ينتفع به كما يجوز ان يبتاع البالغ بجلد الاضحية **قوله** والاصح ان يضحي من ماله ويأكل منه هذا اشارة الى ما ذكر القدوري قبل هذا • اي الاصح ان يضحي الاب او الوصي من مال الصغير ويأكل الصغير من الضحية ويدخر له قدر حاجته ويبتاع الاب او الوصي بما بقي بعد ذلك ما ينتفع بعينه كالمنخل والغربال ونحو ذلك لا يتصدق باللحم اصلا لان مال الصغير لا يحتمل ذلك **قوله** قال تذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة • اي قال القدوري في مختصره • اعلم ان الاضحية تجوز من ثلاثة انواع من الابل والبقر والغنم ويجزي فيها • ثم الشاة لا تجزي الا عن واحد اجماعا وانها اقل ما يجب • والبدنة تجزي عن سبعة اذا كانوا يريدون بها وجه الله تعالى وكذا البقرة وان كان احدهم يريد اللحم لم تجز عن الكل • وكذلك لو كان نصيب احدهم اقل من السبع لم يجز • واما اذا كانوا اقل من سبعة ونصيب احدهم الثلث والاخر النصف والاخر الربع جاز بعد ان لا يكون نصيب احدهم اقل من السبع • هذا اذا اشتروا بالشركة واشترى احدهم بنية الاشتراك فشرك بعد ذلك يجوز الاضحية ولكن يصف بتمامها ويستوي في الجواب اذا كان الكل من جنس واحد او من اجناس مختلفة احدهم يريد جزاء الصيد والاخر المتعة والاخر هدي الاضحية بعد ان يكون الكل وجه الله تعالى يجوز استحسانا • والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر كذا في شرح الطحاوي • قال في الاصل ارايت القوم يشتركون في البقرة او الناقة فيضحون بها عن سبعة ايجزيهم قال نعم • وهذا الاستحسان والقياس ان لا يجوز الا عن واحد اعتبارا بالشاة وانها احدى الانواع التي تتادى بها هذه القربة فلا يجوز الواحد عن سبعة كالشاة لان القربة تتم باراقة الدم وليس في البقرة والبدنة الا اراقة الدم واحد فلا يجوز الا عن الواحد • وجه الاستحسان ما روى صاحب السنن باسناده الى جابر بن عبد الله انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة • وقال محمد بن الحسن في كتاب الاثار

باسناده الى علي بن ابي طالب رضي الله عنه قال البقرة تجزي عن سبعة يضحون بها فتركنا القياس بالسنة والاثر **قوله** ويجوز عن خمسة او ستة
او ثلاثة ذكره محمد في الاصل • اي يجوز البقرة او البدنة • وانما ذكره تفريعا على مسئلة القدوري • قال في الاصل ارايت ان ذبحت البقرة
عن خمسة او ستة او ثلاثة هل يجزيهم قال نعم • قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده وذلك لما جاز عن السبعة فيجوز عما دونها بالطريق الاولى
وكان فائدة التقييد بالسبعة لمنع الزيادة لا لمنع النقصان • ولا تجزي البقرة والبعير عن اكثر من السبعة عند عامة العلماء • وقال
القدوري في شرحه • وقال مالك لا تجزي عن اهل البيت وان زادوا على سبعة ولا تجزي عن اهل البيتين وان كانوا اقل من سبعة • لنا ما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اشرك بين اصحابه في البدن فجعل البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة وكان القياس يمنع من جوازها عن اكثر من واحد
لانه ذبح واجب كذبح الشاة • وانما تركنا القياس لحديث جابر فما سواه على اصل القياس • ولان البدنة لما جازت عن سبعة من اهل
بيت واحد ينبغي ان يجوز عن سبعة من اهل بيتين ايضا كسبعة من الغنم • وجه قوله ان البقرة تختص واحدا حقيقة واشخاصا من حيث العبادة
فيجوز عن اشخاص المتحد معنى وهم اهل بيت واحد لا عن الاشخاص صورة ومعنى وهم المتفرقون • وفي رواية في السنن عن جابر بن عبد
الله ان النبي صلى الله عليه وسلم قال البقرة عن سبعة والجزور عن سبعة • وظاهر هذا يدل على منع الزيادة وبما ذكره قال لا احتمال
فلا يعتبر بخلاف النص **قوله** وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع اي لا يجوز من صاحب الكثير كما لا يجوز من صاحب القليل
كما اذا مات الرجل وخلف امراة وابنا وترك بقرة فضحيا لم تجز عنهما اصلا لان نصيب المراة اقل من السبع **قوله** ولو كانت البدنة
بين اثنين نصفين يجوز في الاصح ذكره تفريعا على مسئلة القدوري • وقد اختلف المشايخ في هذه المسئلة قال في النوازل سئل احمد بن محمد
القاضي عن جزور بين اثنين ضحيا به قال لا يجوز اذا كان الجزور بينهما نصفين لانه صار لكل واحد منهما ثلاثة اسباع ونصف سبع فصار السبع
نصفين ونصف السبع لا يجوز عن الاضحية • فاذا بطل السبع بطل الكل الا ترى انه لو اراد احدهما بنصيبه اللحم لا يجوز الكل • قال ابو الليث
لا ناخذ بهذا بل يجوز الاضحية اذا كان بينهما نصفان او على التفاوت لانه اراد بزيادة نصف السبع القربة فليس كالذي اراد اللحم لانه
هناك لم يرد به القربة **قوله** ولو اقتسموا جزافا لا يجوز • يعني اذا ضحوا البدنة عن شركة فلا يجوز قسمة اللحم جزافا لاحتمال الربا
لوجود علته وهو الوزن والجنس فلابد من الوزن الا اذا كان مع احد الشركاء شيء من الاكارع ومع الاخر الجلد فحينئذ يجوز القسمة جزافا
لانه لا يلزم الربا حينئذ بصرف الجنس الى خلاف الجنس • وهذا لان القسمة فيها معنى التمليك فكان حكمها حكم البيع • والكراع في الغنم والبقر بمنزلة
الوظيف في الفرس والبعير وهو مستدق الساق يذكر ويؤنث والجمع اكرع ثم اكارع • وفي المثل اعطي العبد كراعا فطلب ذراعا لان الذراع في
اليد وهو افضل من الكراع في الرجل كذا في الصحاح **قوله** ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة اجزاه
استحسانا وفي القياس لا يجزيه وهو قول زفر وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري • قال الكرخي في مختصره واذا
اشترى الرجل بقرة يريد ان يضحي بها ثم اشركهم فيها بعد ذلك • قال هشام سالت ابا يوسف فاخبرني ان ابا حنيفة قال اكره ذلك ويجزيهم
ان يذبحوها عنهم • وكذلك قول ابي يوسف قال قلت لابي يوسف ومن نيته ان يشرك فيها قال لا احفظ عن ابي حنيفة فيها شيئا ولكن لا ارى
بذلك باسا • وقال في الاصل في رجل اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها بعد ذلك ولم يشركهم حين اشتراها
فاتاه انسان بعد انسان فاشركهم حتى اكمل ستة يعني انه صار سابعهم هل يجزي عنهم قال نعم استحسن • وان فعل ذلك قبل ان يشتريها
كان احسن الى هنا لفظ مختصر الكرخي • وجه القياس ان الاشتراك بيع فلا يجوز بيع ما اعد للقربة فيكون الكل لحما • ولان البقرة
بالشراء بنية الاضحية اراقة واحدة فاذا اراقها مع الشركاء لم يجز عن الاضحية وصار الكل لحما كما لو اشترى شاة للاضحية ثم اشرك فيها
غيره وذبحا فانها لا تجزي عن واحد منهما فكذا هذا • وجه الاستحسان دفع الحرج وبيانه ان الانسان ربما يحصل له بقرة سمينة للاضحية
ولا يكون له شركاء حينئذ فيشتريها ثم يطلب الشركاء بعد شرائها بنية الاضحية فلو لم يجز الاشتراك بعد ذلك لوقع في الحرج وهو مدفوع
شرعا ولا يمنع شراؤها بنية الاضحية الاشتراك لبقائها على ملكه • ولهذا قال في المبسوط اذا اشترى اضحية فباعها او اشترى مثلها الا انه
بدلك لان مجرد النية لا تتعين الاضحية قبل ان يذبحها • ولان الاراقة وان كانت واحدة فهي من حيث الحكم قائم مقام سبع اراقات
حتى وجد نية القربة في تلك اراقاتها حيث القربة فيجعل بمنزلة ما لو اشترى سبع شياه • ولو اشترى سبع شياه بنية القربة للاضحية
ثم باع ستا منها وضحى بالسابع جاز عنه وعن شركائه فكذلك هذا • واذا جاز عنه وعن شركائه هل يجب عليه الذبح بستة الاسباع
الذي باعها ما بقي الوقت والتصدق بها بعد فوات الوقت ام لا لم يذكره محمد في الاصل • وقد قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر
زاده في شرح الاصل حكي عن مشايخ بلخ قالوا عليه الذبح بستة اسباع بقرة مثل الاولى في القيمة يشتري سبع بقر فيذبح او يشتري ست
شياه بقيمة الست مثل قيمة ستة اسباع البقرة او اكثر فيذبحها • وان مضى الوقت فانه يتصدق بقيمة ستة اسباع البقرة غنيا كان او فقيرا
لان شراء البقرة بنية الاضحية بمنزلة ما لو اشترى سبع شياه بنية الاضحية وبما زاد على الواحد لا وجوب على الغني فكان الغني والفقير سواء
كذا ذكره خواهر زاده • وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي هذا الذي ذكره محمد في جواز الاشراك بعد الشراء للاضحية محمول
على الغني اذا اشترى بقرة الاضحية لان ملكه لا يزول بالشراء وانما يتعين عند الذبح مقام ما وجب عليه فاذا بقي منها سبعا فكان له ان يشرك
ذلك الاصل الا انه يكره لانه حين اشتراها ليضحي بها فقد وعد وعدا فلا ينبغي ان يرجع فيه • اما الفقير الذي اوجبها بالشراء فانه
لا يجوز ان يشرك فيها لانها تعينت بالوجوب فلم يسقط عنه ما اوجبه على نفسه • ثم قال القدوري وقد قالوا في مسئلة الغني اذا
اشرك بعد ما اشتراها ينبغي ان يتصدق بالثمن وان لم يذكر ذلك محمد لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام
دينارا وامره ان يشتري اضحية فاشترى شاة فباعها بدينارين • واشترى باحدهما شاة وجاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بهما
واخبره بما صنع فقال له بارك الله لك في صفقة يمينك وامره ان يضحي بالشاة ويتصدق بالدينار • ولانه فضل ما اوجبه للاضحية

او لو

لم تبذل سلمنا • وقال في الاصل ولو فعل ذلك قبل ان يشتريها كان احسن • يعني لو اشرك الستة معه قبل الشراء بنية الاضحية كان احسن
لانه يكون ادنى الى الاجماع ويسلم من خلف الوعد ايضا **قوله** والاشتراك قبل الشراء احسن • اي والتفصيل صفة الاشتراك **قوله** لما بينا اشارة
الى قوله لانه اعدها للقربة **قوله** قال وليس على الفقير والمسافر اضحية اي قال القدوري في مختصره وذلك لما بينا من اشتراط
اليسار والاقامة في وجوب الاضحية فيما تقدم فلم يرد ذلك • وذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في صدر كتاب الاضاحي وروي
ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين • وعن علي رضي الله عنه انه قال ليس على المسافر جمعة ولا اضحية **قوله**
قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد • فاما اهل السواد فهم
يذبحون بعد الفجر • اي قال القدوري في مختصره • والاصل هنا ما روى البخاري باسناده الى البراء قال قال النبي صلى الله عليه وسلم
ان اول ما نبدا به في يومنا هذا نصلي ثم نرجع فننحر من فعل فقد اصاب سنتنا ومن ذبح قبل فانما هو لحم قدمه لاهله ليس من النسك في شيء وروى
البخاري ايضا باسناده الى انس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ذبح قبل الصلاة فليعد • وروى البخاري ايضا في الصحيح باسناده الى جندب بن
سفيان البجلي قال شهدت النبي صلى الله عليه وسلم يوم النحر قال من ذبح قبل ان يصلي فليعد مكانها اخرى ومن لم يذبح فليذبح فالنبي صلى الله عليه
وسلم جعل وقت الذبح بعد الصلاة • والمعنى في ذلك ان لا يشتغلوا عن الصلاة باشتغالهم بالاضاحي وهذا المعنى لا يوجد في حق اهل السواد لانه
لا صلاة عليهم فيجوز تضحيتهم كالشق الثاني لان التاخير انما هو بعد الصلاة في حق من يجب عليه الصلاة ولا يجزيهم قبل انشقاق الفجر لان ذلك
تقدم على وقتها فلا يجوز فصار اهل السواد بعد طلوع الفجر كاهل المصر اذا صلوا • وقال القدوري في شرحه وقال الشافعي رحمه الله اذا
مضى من الوقت مقدار ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في العيد جازت الاضحية وان لم يصل الامام • وهذا خلاف ما روينا من الاحاديث
فلا يتبع • ولان ما ترتب على صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ترتب على صلاتنا كالتكبير والتشريق • وقد روي ايضا عن مالك والشافعي ان التضحية
بعد صلاة العيد قبل نحر الامام بالمصلى لا يجوز ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه والاحاديث المذكورة حجة عليهما ونوع من
المعقول يشهد لنا وهو ان سائر الناس ساووا الامام قبل صلاة العيد في حق الذبح فكما لا يجوز الذبح من سائر الناس لا يجوز من الامام فبعد الصلاة
يجب ان يكون الامر كذلك فيجوز ذبح الامام بعد صلاة العيد فينبغي ان يجوز ذبح سائر الناس ايضا • وقال الولوالجي في فتاواه بلدة وقع فيها
فتنة ولم يبق فيها وال يصلي بهم صلاة العيد فضحوا بعد طلوع الفجر جاز وهو المختار لانه صارت البلدة في حق هذا الحكم كالسواد **قوله**
والمعتبر في ذلك مكان الاضحية ذكره تفريعا على مسئلة القدوري • وحاصله ما قال الكرخي في مختصره وان كان رجل من السواد
ومسكنه فيه دخل المصر لصلاة الاضحى وامر اهله ان يضحوا عنه فلا يجوز ان يذبحوا عنه بعد طلوع الفجر • وان سافر رجل وامر اهله وهم في المصر
ان يضحوا عنه فانه لا يجوز ان يذبحوا عنه الا بعد صلاة الامام • قال محمد انما انظر الى موضع الذابح ولا انظر الى موضع المذبوح عنه • وروى
ذلك عنه ابن سماعة في نوادره وهشام الرازي في نوادره • وقال هشام عنه ان كان الرجل من اهل المصر امره والمامور بحيث يجوز ان يذبح بعد
طلوع الفجر فان الذي في المصر الذي ليس في المصر ان يذبح عنه يذبح عنه بعد انشقاق الفجر قال محمد اجزيه وبعد طلوع الشمس احب الي • قال
هشام قال محمد انما انظر الى موضع الاضحية • وكذلك روى الحسن بن زياد عن ابي يوسف انه يعتبر المكان الذي يكون فيه الذبح ولا يعتبر
الموضع الذي يكون فيه المذبوح عنه • قال الحسن في اثر حكايته عن ابي يوسف فان كان الرجل في مصر واهله في مصر اخر فكتب اليهم ان يضحوا
عنه فينبغي لهم ان لا يضحوا حتى يصلي الامام الذي فيه اهله • فان ضحوا قبل ان يصلي لم يجزه • قال ابو الحسن هذا مثل الاول اعتبر موضع
الذبيحة • وقال الحسن اذا كان الرجل في مصر واهله في اخر لم يذبحوا حتى يصلي في المصرين جميعا فان ذبحوا قبل ذلك لم يجزه وقال
محمد اذا كان الرجل في المصر الذي فيه الذبيحة ولا ينتظر بذلك صلاة المصر الاخر • ومذهب الحسن اذا كان الامر في المصر والمامور
في غير المصر او المامور في مصر والامر في غير مصر لم يجز ان يذبح حتى يصلي اهل المصر • واذا كان الامر في مصر واهله في مصر اخر
لم يجز الذبح الا بعد صلاة المصرين جميعا • فان كان صلى احد المصرين ولم يصل الاخر لم يجزه • فان صلى الامام العيد ولم يخطب
اجزاه ان ذبح • قال محمد واذا اخر الامام صلاة العيد فليس للرجل ان يذبح الاضحية حتى ينتصف النهار • وان شغل الامام فلم يصل العيد
او ترك ذلك متعمدا حتى انتصف النهار فقد حل الذبح بغير صلاة في الايام كلها الى هنا لفظ الكرخي في مختصره **قوله** وهذا لانها
تشبه الزكاة هذا اشارة الى ان المعتبر في التضحية مكان الاضحية • بيانه ان الاضحية تشبه الزكاة • الا ترى ان النصاب اذا هلك قبل
مضي ايام النحر يسقط اذا هلك النصاب فلما كان كذلك اعتبر مكان المحل لا الفاعل كما في الزكاة • علا ان صدقة الفطر حيث يعتبر فيها مكان الفاعل
عند محمد خلافا لابي يوسف • لان صدقة الفطر لا تسقط بهلاك النصاب بعد انشقاق الفجر من يوم الفطر **قوله** ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد
ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا
كان الامام قد خلف من يصلي بضعفة الناس في المسجد في المصر وخرج الاخرون الى المصلى فصلى احد المسجدين ايهما كان جاز ذبح الاضحى الى هنا لفظ
الكرخي رضي الله عنه • وقال في الاصل ارايت من ذبح قبل ان ينصرف اهل الجبانة وبعد ما انصرف اهل المسجد الاعظم هل يجزيه قال استحسن ان
اجيزه فقد اشار الى ان القياس ان لا يجوز • وانما صور محمد هذه المسئلة على هذا الوجه لان علي بن ابي طالب رضي الله عنه كان يستخلف
بالكوفة من يصلي صلاة العيد بالضعفة في المسجد الجامع وكان يخرج مع الاقوياء الى الجبانة كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح الاصل وجه
القياس ان من شرطها تقدم صلاة العيد • فان اعتبرنا صلاة من في المصلى لم يجز الذبح • وان اعتبرنا صلاة من في المسجد جاز فلا يجوز بالشك وجه
الاستحسان ان صلاة من في المسجد تجزي عن صلاة العيد • الا ترى انه لو اقتصر عليها جاز فكانه لم يكن الا هم • ولان رسول الله صلى الله عليه
وسلم جعل الاضحية بعد الصلاة وقد وجد • فاما ان سبق اهل المصلى بالصلاة قبل اهل المسجد فلم يذكر في الاصل وكان اصحابنا يقولون في
لا رواية فيه • وقد ذكر ابو الحسن وجعله كصلاة اهل المسجد • فان كان هذه رواية فوجهها ما ذكرنا • وقد تكلم اصحابنا المتاخرون في

في هذا فمنهم من قال يجب أن يكون هذا جائزا قياسا واستحسانا لأن الأصل في صلاة العيد من في المصلى ومن في المسجد إنما يفعلون ذلك للعذر
فوجب اعتبار الأصل دون غيرهم • ومنهم من قال إن المسألة قياس واستحسان كالمسألة الأولى • ووجه ما قدمنا وهذا ظاهر ما قاله أبو الحسن
لا تسوية بينهما • ومن أصحابنا من قال لا يجوز الأضحية بصلاة أهل المصلى حتى يصلي أهل المسجد لأن الصلاة في المسجد هي الأصل بدليل سائر الصلوات
وإنما يصلي الإمام في المصلى العيد لأن المسجد لا يسع الناس فوجب أن يعتبر في الأضحية صلاة من هو الأصل دون غيرهم • كذا ذكر القدوري في شرحه
لمختصر الكرخي والجبانة المصلى • قالوا في شرح الجامع الصغير في كتاب الحج وذكر المسألة على أن إذا صلاة العيد في مصر واحد في موضعين جائز
خلاف الجمعة فإنها لا تجوز في موضعين في مصر واحد لأنها سميت جمعة لاجتماع الناس • وفي ذلك تفرقهم قوله وكذا إن على هذا مكنه بحق لو
ضحى بعدما صلى أهل الجبانة ولم يصل أهل المسجد أجزأه الذبح استحسانا لا قياسا • وقيل في هذا الوجه يجوز الذبح قياسا واستحسانا وقد
مر بيان الجمع آنفا قوله قال وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده • أي قال القدوري في مختصره قال الشيخ أبو الحسن
الكرخي في مختصره وأيام النحر ثلاثة أيام يوم الأضحى بعد طلوع الفجر وهو العاشر من ذي الحجة والحادي عشر والثاني عشر ويجوز في نهار
هذه الأيام ولياليها بعد طلوع الفجر من اليوم الأول إلى غروب الشمس من اليوم الثاني عشر غير أنه يكره الذبح بالليل أن يفعل أجزأه ولا يجوز الذبح
بعد ذلك إلى ههنا لفظ الكرخي • وقال قبل هذا لا يجوز ذبح الأضاحي في الأمصار إلا بعد صلاة الإمام العيد ومن فعل قبل ذلك لم يجز
وكان عليه الإعادة مكانها • وقال مالك ووقتها يوم النحر ويومان بعده ولا يضحي في اليوم الرابع ولا يضحي بليل كذا في التفريع • وقال
الخرقي من أصحاب أحمد بن حنبل وإذا ضحى من نهار يوم الأضحى مقدار صلاة الإمام العيد وخطبته فقد حل الذبح إلى آخر يومين من أيام التشريق نهارا
ولا يجوز ليلا • وقال أصحاب الشافعي رحمه الله أول الوقت بانقضاء وقت الكراهة بعد طلوع الشمس يوم العيد وبعد مقدار خطبتين وركعتين
خفيفتين وقيل بالطويلتين على العادة • وآخره غروب الشمس ثالث أيام التشريق ويجزي بالليل وفي اليوم الثالث من أيام التشريق • وجه
قول الشافعي رحمه الله ما روي في جواهر زاده في مبسوطه عن جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أيام التشريق كلها أيام ذبح • ولأن هذا
يوم يجوز فيه الرمي فيكون وقتا للذبح قياسا على ما قبله من الأيام الثلاثة • ولنا ما ذكر الكرخي في مختصره قال حدثنا أبو بكر محمد بن الجنيد
قال حدثنا أبو خيثمة قال حدثنا هشام • قال أخبرنا ابن أبي ليلى عن المنهال بن عمرو عن زر بن حبيش وعبادة بن عبد الله الأسدي عن علي أنه
كان يقول أيام النحر ثلاثة أيام أولهن أفضلهن • وحكي عن ابن عباس وعن ابن عمر مثله قالا النحر ثلاثة أيام أولها أفضلها • وروينا النحر ثلاثة
أيام عن عمر وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير • وعن الحسن وعن إبراهيم كذا ذكر الكرخي في مختصره • وقال محمد في كتاب
الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال الأضحى ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده • وحدث مالك في الموطأ عن نافع عن عبد الله
ابن عمر أنه كان يقول الأضحى يومان بعد يوم الأضحى • وحدث مالك أيضا أنه بلغه أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال الأضحى يومان
بعد يوم الأضحى والمروي عن هؤلاء كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن تخصيص العبادات بوقت لا يعرف إلا سماعا وتوقيفا • ولأن اليوم
الرابع يوم لا يجب فيه الرمي فلا يكون وقتا للذبح قياسا على اليوم الخامس • قال القدوري في شرحه وهذه الأيام الثلاثة عندنا
يدخل بها المعلومات والمعدودات لأن أبا يوسف قال إن المعلومات أيام التشريق والمعدودات أيام النحر فيوم النحر من المعدودات
وليس من المعلومات وآخر أيام التشريق من المعلومات وليس من المعدودات واليوم الثاني والثالث من المعدودات والمعلومات • وروي
في الكتاب عن أبي حنيفة أن الأيام المعلومات أيام العشر عند أبي حنيفة مر ذلك في باب صلاة العيدين • وأما كراهتها بالليل فليس
لأجل الوقت ولكن لأن الليل لا يؤمن فيه العروق فلا يؤمن أن يقصر فيها فلذلك كره الذبح بالليل • قال وأما جوازها بالليل فلما روي
عن أصحابنا أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة واسم اليوم إذا ذكر على طريق الجمع انتظم ما بإزائه من العدد الآخر • ولأنه ذبح واجب
فلا يختص بالنهار كالهدايا وجزاء الصيد • وإنما كان أول الأيام أفضل لأن فيه مسارعة إلى أداء القربة والمسارعة إلى أداء القربة
أفضل إلا لمعارض قوله والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الأضحية ذكرها تفريعا على مسائل الأصل • قال في الأصل
أرأيت الرجل يضحي أحب إليك أم يتصدق بثمن أضحيته قال بل يضحي أفضل وأحب إلي قال شيخ الإسلام في شرح كتاب الأضاحي إنما قال ذلك لوجهين
فلأن الأضحية واجبة والصدقة تطوع وإتيان الواجب أحب من إتيان التطوع • ولأن الأضحية مما تفوت بمضي أيام النحر والصدقة
لا تفوت بمضي أيام النحر فكان الاشتغال بما يفوت أفضل هذا كما قالوا إن الطواف للآفاقي بمكة أفضل من الصلاة لأن الطواف يفوته
والصلاة لا تفوته فكذا هذا قوله ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر إن كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا تصدق بها حية وإن
كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر ذكرها تفريعا على مسألة القدوري • وقوله إن كان أوجب على نفسه بأن قال لله علي
أن أضحي بها وأراد نذرا أو نحو ذلك • وقوله أو كان فقيرا أي إذا كان فقيرا فاشترى شاة بنية الأضحية • اعلم أن الشاة تتعين للتضحية
بأن نذر أن يضحي بها أو نوى عند الشراء أن يضحي بها وكان المشتري فقيرا وهذا ظاهر الرواية • وقال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده
في شرح الأصل • وقد روى الزعفراني عن أصحابنا أن التضحية تتعين بها لا بحيث الإيجاب بالنذر ولا تجب التضحية بعينها بنية الشراء للأضحية
وإن كان المشتري فقيرا وهو القياس وهو قول الشافعي رحمه الله • وجه القياس أن القربة تلزم بأحد أمرين إما بالشروع أو بالنذر
ولم يوجد الشروع بنية الأضحية لا هذا ولا ذاك فلا يلزم كما لو اشترى بها بنية الصدقة • أو اشترى عبدا بنية العتق • وجه
الاستحسان أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع إلى حكيم بن حزام دينارا ليشتري له بها أضحية فاشترى بها شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة
بدينار فجاء بالشاة والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبره بذلك فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بارك الله لك في صفقة يمينك
وأمره أن يضحي بالشاة ويتصدق بالدينار فلولا أن الأضحية لزمت بمجرد النية لما أمره بالتصدق • فإذا تعينت الشاة للتضحية ومضت
أيام النحر وجب التصدق بها حية • بخلاف ما إذا كان المشتري غنيا وقد اشتراها بنية الأضحية حيث لا تتعين لأن الأصل وجوبها عليه بدل الشراء

بيعت بتلك الصدقة بقيمة شاة تصلح للتضحية اشترى أو لم يشتر • ولو باع ما اشترى للتضحية واشترى غيرها وضحى بها في أيام النحر • فإن كان الثانية
مثل الأولى أو خيرا منها جاز ولا شيء عليه لأنه أدى الواجب المثل وزيادة • فإذا كانت الثانية أقل قيمة من الأولى وقد اشترى الأولى بنية الأضحية
وكان المشتري غنيا فإنه يجزيه ولا يلزمه التصدق بشيء لما ذكرنا أن القربة في الأضحية لا يكون إلا بإراقة الدم فيحصل وجود الأولى وعدمها بمنزلة
ويجعل كأنه اشترى الثانية ابتداء • وإن كان المشتري فقيرا فضحى الثانية يجزيه ويتصدق بتمام قيمة الأولى لأن القربة في الأضحية يحصل كالنذر
من الفقير • ولو نذر أن يضحي بالأولى ثم باعها واشترى أخرى وضحى بها فإنه يجوز التضحية بالأخرى وكان عليه أن يتصدق بتمام قيمة الأولى فكذا
هذا كذا قال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح الأصل • وقال في تحفة الفقهاء فإذا مضت هذه الأيام فقد فات الذبح في حق من لم يذبح حتى لا يجوز له
أن يذبح فإن كان قد أوجب شاة بعينها أو اشتراها ليضحي بها فمضت أيام النحر قبل أن يذبحها تصدق بها حية ولا ينتفع بشيء من اللبن والشعر ولا يأكل
من لحمها لأن انتقل الواجب في إراقة الدم إلى التصدق وإن لم يوجب ولم يشتر والرجل موسر وقد مضى أيام النحر عليه أن يتصدق بقيمة الشاة التي تجوز
في الأضحية لما قلنا قوله قال ولا يضحي بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك ولا العجفاء أي قال القدوري في مختصره قوله
والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك • قال القدوري في شرح مختصر الكرخي معناه أن العرج إذا لم يمنعها من المشي بنفسها جازت • وإن كانت لا تمشي
فإنه لا يجوز • والأصل فيه ما روى مالك في الموطأ عن عمرو بن الحارث عن عبيد الله بن فيروز عن البراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل
ما يتقى من الضحايا فأشار بيده فقال أربع وكان البراء يشير بيده ويقول يدي أقصر من يد رسول الله صلى الله عليه وسلم • العرجاء البين ظلعها
والعوراء البين عورها • والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي • وروى صاحب السنن بإسناده إلى شريح بن النعمان عن علي رضي الله
عنه قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والأذن ولا نضحي بعوراء ولا مقابلة ولا مدابرة ولا خرقاء ولا شرقاء • قال أبو عبيد
قال الأصمعي المقابلة أن يقطع من مقدم أذنها شيء ثم يترك معلقا لا يبين كأنه زنمة • ويقال لمثل ذلك من الإبل المزنم ويسمى ذلك المعلق الرعل
والمدابرة أن يفعل ذلك بمؤخر الأذن من الشاة • والخرقاء أن يكون في الأذن ثقب مستدير • والشرقاء الغنم المشقوقة الأذن باثنتين والمراد
من التي لا تنقي التي لا مخ لها أي لا مخ من شدة الهزال واستشراف العين والأذن طلب سلامتهما من العور والجدع • قال شيخ الإسلام خواهر
زاده في مبسوطه قال داود الأصفهاني إذا كانت عمياء تجزيه لأن الشرع ورد في العوراء ولم يرد في العمياء ولو لم تجز العمياء لم يجز بالقياس
على العوراء في ذاهبة إحدى العينين بكمالها والقياس عندي ليس بحجة ولكن عامة العلماء قالوا بأن الشرع لم يجوز العوراء • وفي العمياء عور
وزيادة فيكون النص الوارد في العوراء واردا في العمياء دلالة بالطريق الأولى كالنص الوارد بتحريم التأفيف على الولد يكون واردا في
الشتم والضرب دلالة لأن فيهما ما في التأفيف من الأذى وزيادة قوله قال ولا تجزي مقطوعة الأذن والذنب • أي
قال القدوري في مختصره وهذا لما قال محمد في الأصل بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استشرفوا العين والأذن • وروي
في السنن عن علي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والأذن وقد اعتبر رسول الله صلى الله عليه
وسلم بقاء الأذن فمنع نقصانها من جواز الأضحية • وأما الذنب فإنه عضو مقصود فصار كالأذن • قال في المعروف في مسند له
استشرفوا أي اطلبوا سلامتهما من أنه جدع أو عور أو طلبوهما شريفين بالتمام والسلامة قوله قال ولا التي ذهب أكثر أذنها
وذنبها وإن بقي أكثر الذنب والأذن جاز • أي قال القدوري في مختصره أي لا يجزي التي ذهب أكثر أذنها • وذلك لما روى صاحب
السنن مسندا إلى علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يضحى بعضباء الأذن والقرن • قال قتادة قلت لسعيد بن المسيب
ما العضب قال النصف فما فوقه • وهذا يدل على أن العيب الكثير في العين والأذن يمنع من الأضحية • فأما اليسير من العيب فلا يمنع
لأن الغنم لا تخلو من ذلك • ألا ترى أنه يتصل بيعها على طريق السلامة والعلامة • فلو منع الأضحية لشق على الناس فإذا كان الكثير مانعا
والقليل غير مانع اختلف الروايات في حد الفاصل بينهما عن أبي حنيفة رضي الله عنه وجاء أربع روايات في رواية الربع • وفي رواية
الثلث • وفي رواية الزيادة على الثلث • وفي رواية أن ما دون النصف عفو والزيادة عليه مانع وهو قولهما • وفي النصف
روايتان قال أبو يوسف قال أبو حنيفة الثلث مانع فذكرت له قولي في النصف فقال قولي مثل قولك • قيل معناه أخذت
بقولك • وقيل معناه أن تقديره بالثلث أحب وتقديرك بالنصف كذا في المختلف • وجه رواية الأولى أن الربع قد يلحق
بالكثير في باب الاحتياط • ألا ترى أن المحرم إذا حلق ربع رأسه ما يلزمه بحلق كله • وهذا موضع الاحتياط • ووجه الرواية
الثانية قوله عليه السلام في الوصية الثلث والثلث كثير • ووجه الرواية الثالثة أن الوصية بالثلث نافذة وبالأكثر من ذلك
لا يجوز إلا بإجازة الورثة فعلم أن الثلث قليل وما زاد عليه كثير • ووجه الرواية الرابعة وهي قول أبي يوسف والتي رجع أبو
حنيفة وبه أخذ الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير أن الكثير من كل شيء أكثره • وفي النصف تعارض الجانبان لأنه ما يقابله
ليس بقليل ولا بكثير فكان المانع ما زاد على النصف • قال محمد في الأصل أرأيت إن كان ذهب من العين والأذن والطرف أقل من
الثلث هل يجزيه قال نعم • وهذا الأول على ظاهر الرواية الثلث وما دونه في حد القلة عند أبي حنيفة فلا يمنع الجواز • وقال
في الأصل أيضا أرأيت إن كان ذهب أكثر من الثلث هل يجزي قال لا • قال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح الأصل وهذا عند
أبي حنيفة لما أن ما زاد على الثلث كثير عند أبي حنيفة باتفاق الروايات • وقال في الأصل أيضا أرأيت إن كان ذهب الثلث
سواء هل يجزي قال نعم • وهذا لأن عند أبي حنيفة الثلث في ظاهر الرواية في حد القلة • وقال القدوري في شرحه وقد ذكر
ابن شجاع في كتاب المناسك أنه إذا ذهب الربع لم يجز قوله ثم معرفة المقدار في غير العين متيسرة • قال شيخ الإسلام خواهر
زاده في شرح الأصل قال مشايخنا إنما يعرف أن يشد العين المريضة بعد أن لا تعلف الشاة يوما أو يومين ثم يقرب العلف
إليها قليلا قليلا فإذا رأته من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشد عينه الصحيحة ويقرب العلف إلى الشاة قليلا قليلا حتى إذا رأته

من مكان اعلم عليه ثم يمد رجله من الرؤية الثانية والاولى من المسافة • فان كان المسافة بينهما الثلث فقد ذهب الثلث وبقي الثلثان • وان كان النصف فقد ذهب النصف وبقي النصف فهذا هو الحيلة في معرفة انه كم ذهب من العين وكم بقي • وقال في الاصل ارايت الشق يكون في الاذن قال لا باس به • وذلك لان الذاهب بالشق يكون كالثلث او اقل من الثلث وان عيرها مانع من الجواز عندهم جميعا • ولان شق الاذن ليس بعيب • الا ترى انه لو اشترى شاة فوجد في اذنها شقا فاراد ان يردها بالعيب ليس له ذلك • والشرقة في الشاة ليس بعيب **قوله** ولا يجوز ان يضحي بالجماء • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه والخصي والثولاء • قال الكرخي في مختصره قال هشام وسالت ابا يوسف عن السكاء التي لا اذن لها فقال لا تجزي التي لا اذن لها • فاما السكي فان كانت لها اذن فهي تجزي وان كانت صغيرة الاذن فان لم تكن لها اذن فانها لا تجزي وهو قول ابي يوسف • وتجزي الشاة وان لم تكن لها قرن عندهم جميعا الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • اما القرن فقد روي عن علي رضي الله عنه انه سئل عن القرن فقال لا يضرك امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نستشرف العين والاذن • ولان القرن لا ينتفع به في الاضحية وليس منصوص عليه فلا يؤثر • وقال في الاصل لو كسر بعض قرنها او جميعه اجزت • واما السكاء وهي التي لا اذن لها خلقة فان كانت الاذن صغيرة فالعضو موجود وصغر الاعضاء لا يمنع • وان لم تكن لها اذن بمرة فان الاذن مقصودة في الخلقة بدلالة النص عليها فعدمها اكثر من نقصانها • وقال الكرخي ايضا قال هشام وسالته عن الجرباء والثولاء فقال ان كانتا سمينتين اجزتا وان كانتا عجفاوين لم يجزيا وهو قول ابي يوسف الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان الجرب مرض وقد اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم في الذبيحة ان يكون بينا مرضها • ولانها اذا كانت سمينة فالجرب بجلدها لا يضر بلحمها • واما الثولاء وهي المجنونة فالعقل غير مقصود في البهائم • قال الكرخي في مختصره ولا باس عندهم جميعا بالخصي وذلك لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين اقرنين موجوئين • وروي عن ابي حنيفة انه قال الخصي احب الي لانها اطيب لحما وانفع للمساكين • وسئل عن الخصي فقال ما زاد في لحمه انفع مما ذهب من خصيته • وقال الكرخي ولا باس عليها سمة في اذنها لان السمة لا تخل بها الحيوان • ولانه عيب يسير وذلك لا يمنع في الاذن • يقال كبش املح اذا كان فيه سواد وبياض • ويقال وجات الكبش اذا رضضت العروق عن اخراج الخصيتين وجاء كذا في الديوان **قوله** واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها ذكره تفريعا على مسئلة المختصر • قال الكرخي في مختصره وقال ابو يوسف في التي لا اسنان لها وهي الهتماء ان كانت تعتلف او لا تعتلف فانها لا تجزي • والاسنان كالاذن اذا بقي الاكثر منها اجزت • وان ذهب الاكثر لم تجز • وقال بشر عن ابي يوسف بعد ذلك اذا بقي منها ما تعتلف وان كان اقل من النصف اجزاه الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • اما الرواية التي اعتبر فيها بقاء الاكثر فلان الاسنان عضو كالاذن فيعتبر فيها بقاء الاكثر • واما الرواية الاخرى فلان المقصود من الاسنان الاكل بها فاعتبر بقاء المقصود دون غيره • وقال القدوري في شرحه ومن اصحابنا من قال ان الهتماء التي تكسر اطراف اسنانها فاعتبر ابو يوسف فيها ان تعتلف • وذلك لان الاسنان باقية وانما انتقصت فاذا لم تؤثر في الاكل لم تمنع • واما اذا كانت تنقصت الاسنان فاعتبر بقاء الاكثر **قوله** والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز ان كان هذا • وانما قال ان كان هذا اي ان كان هذا معناها لان السكاء في اللغة الاسك وهو مصطلم الاذنين يقال ظليم اسك ونعامة سكاء وجميع الطير سك ويقال للصغير الاذنين ايضا اسك والانثى سكاء كذا ذكر ابن دريد في جمهرة اللغة • وكذلك قال ابو يوسف ايضا وقد روينا ذلك قبل هذا عن مختصر الكرخي **قوله** وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء • يعني العيوب المذكورة من العمى والعور والعرج والعجف وانقطاع الاذن او الالية وانقطاع اكثرها انما يمنع من الاضحية اذا كانت قائمة وقت الشراء فاما اذا حدثت بعد ذلك فحكمه يمنع من الاضحية فالجواب على التفصيل • فان كان غنيا فعليه غيرها • اما الفقير فتجزيه ذلك لان الشاة تعينت للاضحية بنية الشراء للفقير على ظاهر الرواية خلافا لما روى الزعفراني انه لا يتعين بالشراء اصلا وفي الغني لا يتعين لان الواجب عليه قبل الشراء بالشرع لا بالشراء فوجب عليه اضحية كاملة فلا يخرج عن العهدة بالناقص وكذا الحكم في الفقير ايضا اذا اوجب على نفسه اضحية بعينها فاشترى صحيحة ثم تعيبت قبل الذبح عيبا مانعا فانه لا يسقط عنه الواجب كذا في التحفة **قوله** كما في نصاب الزكاة • يعني اذا انتقص النصاب بعد وجوب الزكاة سقط الزكاة بقدره ولا يجب ضمان ذلك القدر **قوله** وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية اراد بهذا الاصل ان الوجوب على الغني بالشرع لا بالشراء فلم يتعين الشاة فلما لم يتعين كان عليه اخرى • والوجوب على الفقير بالشراء فتعينت فلم يجب عليه اخرى **قوله** ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر فرع هذه المسئلة ايضا على الاصل المذكور فقال يجب على الغني ذبح احدهما لانه لا يتعين عليه بالشراء فلا يجب عليه بالشرع الا اضحية واحدة فلهذا وجب ذبح احدهما • ويجب على الفقير ذبحهما جميعا لان الوجوب عليه بالشراء بنية الاضحية وقد تعدد الشراء فتعدد الصفة فلاجرم يذبحهما **قوله** ولو اضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي • ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري • قال في الاصل ارايت رجلا قدم اضحية ليذبحها فاضطربت في المكان الذي يذبحها فيه فانكسرت رجلها ثم ذبحها مكانها قال القياس ان لا تجزيه • وبه قال زفر والشافعي • وفي الاستحسان تجزيه وبه قال علماؤنا الثلاثة كذا ذكر الخلاف شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح الاصل • وكذلك ان انفلتت منه السكين فاصابت عينها فذهبت فالقياس ان لا يجوز ذلك لانه عيب دخلها قبل تعيين القربة فيها فصار كما لو كان قبل حال الذبح • وجه الاستحسان ان الشاة تضطرب في حالة الذبح فتلحقها العيوب من اضطرابها فصار ذلك مما لا يمكن الاحتراز عنه • قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في شرح كتاب الاضاحي هذا اذا ذبح في مكانه ذلك • فاما اذا انفلتت الشاة ثم اخذت بعد ذلك وذبحت هل يجوز لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وقد ذكر في غير رواية الاصول • وذكر خلافا بين ابي يوسف ومحمد فقال على قول ابي يوسف انه اخذ من فوره

ذلك

ذلك جاز وان لم يؤخذ من فوره لا يجوز وعند محمد يجوز في الحالين بعد ان يكون التضحية في وقت الاضحية • وجه قول ابي يوسف انه متى اخذ من فوره ذلك فالفعل الذي حدث منه العيب كان من اسباب هذا الذبح فصار ملحقا بحقيقة الذبح • فاما اذا انقطع الفور فالفعل الذي حصل به العيب خرج من ان يكون سببا من اسباب هذا الذبح فصار بمنزلة ما لو حدث العيب بسبب اخر • ووجه قول محمد ان الثابت باسباب الذبح كالثابت بالذبح **قوله** قال والاضحية من الابل والبقر والغنم • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان التضحية امر مستفاد بالشرع • بخلاف القياس لكون اراقة الدم قربة غير معقول المعنى ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن احد من الصحابة والتابعين انهم ضحوا بغير ذلك فاقتصر على مورد الشرع • ولهذا لم تجز التضحية بشيء من الوحش وان كان ماكول اللحم لعدم ورود الشرع بذلك • فان كان متولدا من الوحشي والانسي فالمعتبر فيه جانب الام حتى لو نزا ظبي على الشاة فولدت جازت التضحية بالولد وعلى العكس لا يجوز • وقال في خلاصة الفتاوى والجاموس يجوز في الضحايا والهدايا استحسانا **قوله** ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزي • اي قال القدوري في مختصره قال ابو الحسن الكرخي في مختصره لا يجوز ان يضحى عند اصحابنا جميعا الا بالثني من كل شيء الابل والبقر والغنم الا الجذع من الضان خاصة اذا كان عظيما على ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى هنا لفظ الكرخي ومذهب مالك واحمد مثل مذهبنا • وقال الشافعي رحمه الله ولا يجوز من الضان الا الثني في السنة الثانية ومن المعز الا الثني في الثالثة وكذا من البقر • ومن الابل لا الثني في السادسة كذا في وجيزهم • قال القدوري في شرحه قال الفقهاء الجذع من الغنم ابن ستة اشهر والثني ابن سنة • والجذع من البقر ابن سنة والثني ابن سنتين والجذع من الابل ابن اربع سنين والثني ابن خمس الى هنا لفظ القدوري رضي الله عنه • وقال الناطفي في كتاب الاجناس قال في كتاب الضحايا لابي القاسم الجويني الرازي سمعت ابا علي الدقاق يقول الجذع من الضان هو ما تمت له ثمانية اشهر وطعن في الشهر التاسع • وفي اضاحي ابي عبد الله الزعفراني ما تمت له سبعة اشهر وطعن في الشهر الثامن • ويجوز في الاضحية اذا كانت الشاة عظيمة الجثة وهي جذع وان كانت صغيرة الجثة لا يجوز الا ان يتم لها سنة وطعنت في السنة الثانية • واما المعز لا يجوز الا ما تمت له سنة وطعنت في السنة الثانية • واما البقر لا يجوز الا ما تمت له سنتان وطعنت في السنة الثالثة • سواء كانت عظيمة الجثة او صغيرة الجثة • واما الابل فلا يجوز في الاضحية الا ما تمت له خمس سنين وطعنت في السنة السادسة ذكره الخصاف عن اصحابنا في ضحاياه الى هنا لفظ الاجناس • والاصل هنا ما روى صاحب السنن باسناده الى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تذبحوا الا مسنة الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضان • ووجه الاستدلال ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بذبح المسنة والثني مسنة فيجوز ذبحه من الانواع الثلاثة قياسا واستحسانا • واما الجذع من الضان فيجوز استحسانا لا قياسا • وجه القياس ان الجذع من الابل والبقر والمعز لا يجوز فكذا من الضان لانه جذع • ووجه الاستحسان حديث جابر وغيره • وروى اصحابنا في كتبهم عن ابي هريرة قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال نعم الاضحية الجذع من الضان • وقال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم في الجذع من الضان يضحى به قال يجزي والثني افضل **قوله** لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان في ثبوت الحديث بهذا اللفظ نظر • وقد روينا لفظ الحديث قبل هذا عن السنن **قوله** قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد • اي قال المشايخ جواز الاضحية بالجذع من الضان اذا كانت الجذعة عظيمة بحيث لو كان الجذع بين الثنيان يشتبه على الناظر من بعيد انه ثني او جذع • والثني الذي يلقي ثنيته ويكون ذلك في الظلف والحافر في السنة الثالثة • وفي الخف في السنة السادسة • والجمع ثنيان وثناء • والانثى ثنية • والجمع ثنيات كذا في الصحاح **قوله** والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام اذا كانت الام اهلية جازت التضحية بالولد واذا كانت وحشية فلا • قال في خلاصة الفتاوى ولو نزى كلب على شاة فولدت قال عامة العلماء لا يجوز • وقال الامام الجبراخزي ان كان يشبه الام يجوز • ولو نزى شاة على ظبي قال الامام الجبراخزي ان كان يشبه الاب يجوز • ولو نزى ظبي على شاة قال عامة العلماء يجوز • وقال الامام الجبراخزي المتبع للشاخصة كذا في الخلاصة **قوله** قال واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم تجز عن واحد منهم • اي قال في الجامع الصغير وقال في الاصل ارايت اذا اشترى البقرة سبعة ثم مات بعضهم قبل ان تنحر فقال ورثته انحروها عنكم وعن فلان الميت هل تجزيهم قال نعم • قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في شرحه لم يذكر محمد في هذه المسئلة القياس والاستحسان • وذكر في نظير هذه المسئلة القياس والاستحسان فانه قال اذا ضحى احد السبعة اذا كان يضحي عن ولده الصغير وعن ام ولده فالقياس ان لا يجزيهم • وفي الاستحسان يجزيهم وجه القياس ان الاراقة لا تتجزى ونصيب الام لما صار للحكم كذلك لان الاب لا يجب عليه ان يضحي عن ولده الصغير اذا لم يكن له مال على ظاهر الرواية فكان الاب متطوعا • وكذا نصيب الام الولد يكون تطوعا • ونصيب الميت ايضا يكون تطوعا ايضا لانه لما مات ولم يوص لم يجب على الورثة ان يضحوا عنه • واذا لم يجب عليهم كانوا متطوعين عن الميت • واذا اراد احدهم اللحم او كان نصرانيا كان الكل لحما لعدم نية القربة في البعض فبعد ذلك نقول لما كانت الاراقة لا تتجزى والبعض قد وقع تطوعا او يكون الكل واجبا فجعل الكل تطوعا اولى لان الواجب قد ينقلب تطوعا والتطوع لا ينقلب واجبا قط • واذا كان نصيب احدهم اللحم يجعل الكل لحما لا قربة لان الاراقة قد تصير لحما مع نية القربة فان لم يصادف محلها او كانت في غير وقت الاضحية والاراقة لحم لا يصير قربة بحال • وجه الاستحسان ان الورثة لما اذنوا صار ذلك قربة ايضا فوقع الكل قربة • الا ترى ان الوارث يملك ان يتقرب عن الميت بدلالة انه يحج عنه ويتصدق فصار نصيب الميت للقربة كنصيب الباقين • ولان الوارث لما قرب من الولاية على الميت جاز ان يذبح عنه • الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم ذبح كبشين • احدهما عن نفسه والاخر عن امته لما كان له عليهم ولاية • بخلاف ما اذا كان احدهم نصرانيا او كان يريد اللحم • لان ذلك القدر لم يقع قربة فكذا الباقي لعدم تجزي الاراقة • ولان الاراقة في الشرع والبدنة ان كانت غير متجزية من حيث الحقيقة الا انها من حيث الحكم جعلت متجزية حتى وجد من السبع بنية القربة لان الشرع جوز ذلك

عن السبع وكانت البدنة بمنزلة سبع شياه من حيث الحكم • ولو اشترى سبعة نفر سبع شياه كل واحد منهم شاة الا ان احدهم ضحى بشاة عن
ولده الصغير او عن ام ولده او عن الميت لا يصير ما اشتراه الباقون تطوعا • ولا يرد علينا اذا كان احدهم نصرانيا او اراد اللحم حيث لا
يجوز عن الكل لان البدنة انما تقوم مقام سبع شياه وسبع اراقات اذا وجدت نية القربة ولم توجد نية القربة ثمة فظهر الفرق قوله
بخلاف الاعتاق • يعني ان الاعتاق عن الميت لو صح عنه لزم ولاء المعتق عليه لان الولاء لمن اعتق • وليس للوارث ولاية الالزام على الميت
بخلاف الاضحية عن الميت فانها جازت لعدم الالزام قوله قال ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر • اي قال
القدوري في مختصره والاصل فيه قوله تعالى والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير فاذكروا اسم الله عليها صواف فاذا وجبت
جنوبها فكلوا منها واطعموا القانع والمعتر • والقانع السائل من قنعت اليه اذا خضعت له وسألته تنوعا • والمعتر المعترض بغير سؤال او هو
القانع الراضي بما عنده وبما يعطى من غير سؤال من قنعت قنعا وقناعة • والمعتر المعترض بالسؤال كذا في الكشاف • وقال الزمخشري في
نصائحه الكبار يا ابا القاسم اقنع من القناعة لا من القنوع تستغني عن كل معطا ومنوع • وروى البخاري في الصحيح باسناده الى عطاء سمع جابر
ابن عبد الله قال كنا نتزود لحوم الاضاحي على عهد النبي صلى الله عليه وسلم الى المدينة • وروى البخاري ايضا باسناده الى سلمة بن الاكوع
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ضحى منكم فلا يصبحن بعد ثلاثة وفي بيته منه شيء • فلما كان العام المقبل قالوا يا رسول الله نفعل كما
فعلنا العام الماضي قال كلوا واطعموا وادخروا فان ذلك العام كان بالناس جهد فاردت ان تعينوا فيها فلما جاز الاكل لاطلاق الاية
والخبر وهو غني جاز له ان يطعم الاغنيا • قال في شرح الطحاوي ولا يجوز الاكل من الدماء الا من اربعة من الاضحية ودم المتعة ودم
القران ودم التطوع اذا بلغ محله وهو الحرم • يعني لا يجوز الاكل من دماء الكفارات والنذور وهدي الاحصار وهدي التطوع اذا لم يبلغ
محله وقد مر ذلك في كتاب الحج قوله ويستحب ان لا ينقص الصدقة من الثلث • وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان
الاية والخبر نصا جواز الاكل والتصدق والادخار فكانت الجهات ثلاثا فانقسمت عليها اثلاثا قوله لما روينا اشارة الى قوله
عليه السلام فكلوا منها وادخروا قوله ويتصدق بجلدها هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه او يعمل منه آلة تستعمل في
البيت • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولا بأس بان يشتري بجلد اضحيته متاعا للبيت لان المطلوب الانتفاع فكلما
كان في معنى الانتفاع يجوز وما لا فلا ولا يبيع الجلد • يعني بالدراهم لان المطلوب الانتفاع دون البيع فان باعه تصدق بثمنه لانه
تام معاملة • وقال محمد في نوادر هشام ولا يشتري به الخل والابزار ولو ان يشتري ما لا يؤكل مثل الغربال والثوب لان المطلوب الانتفاع به
فكلما كان في معنى الانتفاع وذلك في استبدال الشيء بما ينتفع من جنسه جاز كالغربال فانه ينتفع به ثم بقاء عينه يجوز استبداله بالجلد • ولو
اشترى باللحم خبزا جاز لانه ينتفع به كما ينتفع باللحم اذ اللحم لا يؤكل منفردا وانما يؤكل مع الخبز • ولو اشترى باللحم متاع البيت فانه لا يجوز لان
هذا الانتفاع لا يجانس الانتفاع باللحم فلم يحصل به انتفاعا من حيث المعنى • قال محمد والقياس في الكل سواء معناه ان لا يجوز بيع الكل لانه
خرج من جهة التمول • وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه • واما اللحم فالجواب فيه كالجواب في الجلد ان باعه بالدراهم
تصدق بثمنه • وان باعه بشيء اخر ينتفع به جاز كما في الجلد • وانما ذكر محمد رضي الله عنه البيع في حق الجلد دون اللحم لان في الاعم الاغلب انما
هو الغالب وفي الغالب لا ينتفع بعين الجلد فيباع بشيء اخر ينتفع به • وفي اللحم في الغالب ينتفع به ولا يباع قوله استحسانا
يعني ان الشراء بجلد الاضحية ما ينتفع به مع بقائه كالنطع والغربال والجراب لا يجوز قياسا لما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال من باع جلد اضحيته فلا اضحية له وبالقياس اخذ الشافعي رحمه الله كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده • ولهذا الحديث يكره بيعه
بالدراهم • وجه الاستحسان انه بدله الانتفاع بالجلد فجاز له الانتفاع بالبدل لان البدل له حكم المبدل فكان القياس ان يجوز بيع
الجلد بالدراهم ايضا الا انا تركنا القياس بقوله عليه السلام لعلي ولا تعط اجر الجزار منها • فان اعطى اجر الجزارة منها يصير بائعا اللحم او الجلد
بالدراهم لان الاجر يكون دراهم وقد ثبت النهي عنه • بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره قوله كالخل والابازير الابازير جمع الابزار
والتوابل جمع ابزار النسخ كذا في المغرب منه قولهم [illegible]
قوله واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح هذا اشارة الى ما ذهب اليه شيخ الاسلام خواهر زاده وقد مر قبل هذا • واحترز به عما
روي في الاجناس والامالي وانما في اللحم له ان يأكل ويطعم ولا يبيع عينه • وفي الجلد له ان يشتري الغربال والمنخل ويتخذ منه مسكا
قوله لان القربة انتقلت الى بدله فيه [illegible] ان القربة فاتت عن الجلد لما باعه ولكن الاضحية ساقطا • يعني
التمول فلما باعه بالدراهم وجب عليه التصدق بها لئلا يلزم التمول بشيء من الاضحية وبدلها • قال الكرخي في مختصره فان باع
الجلد بورق او ذهب او فلوس تصدق به روى هذا احمد القاري عن محمد • وقال هشام سمعت محمدا يقول في جلد الاضحية يشتري
به غربالا او منخلا او متاع البيت قال قلت له وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقولك قال نعم قلت لمحمد اشتري به خلا او ابزارا قال
لا قلت الخبز قد قلت يشتري به متاع البيت قال هما لا يؤكل وانما الخبز يؤكل قلت يشتري به ثوبا قال نعم • قلت له فاي شيء لا يشتري
خلا وما يشرب الخل والنخل وفيه الاسوا قال هما في القياس سواء • ولكن لا يشتري به الخل الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قوله
لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط الجزار منها شيئا • قال ابو داود في السنن حدثنا عمرو بن عون قال
اخبرنا سفيان عن عبد الكريم الجزري عن مجاهد عن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن علي رضي الله عنه امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اقوم
على بدنه واقسم جلودها وجلالها وامرني ان لا اعطي الجزار منها شيئا • قال نحن نعطيه من عندنا ذكره من كتاب الحج • والخطام الزمام وجمعه
خطم قوله ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها وهذا من مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسألة القدوري • وذلك
لانه يخل بمعنى التعظيم • ولانه لما عينها للتقرب الى الله تعالى لا يجوز ان يصرفها الى نفسه لما فيه من ابطال التعيين السابق • بخلاف ما

بعد الذبح لان القربة حصلت فيها بجميع اجزائها فجاز الانتفاع بها بعد ذلك • ولهذا جاز الاكل منها بعد الذبح فكذا جاز الانتفاع بالصوف ايضا
وكذا يكره ان يحلب لبنها لان ذلك يوجب نقصانا فيها وهو ممنوع عما يدخل النقص في الاضحية • قال القدوري في شرحه من اصحابنا من قال هذا في
التي اوجبها وليست واجبة مثل الفقير اذا اشترى او الموسر اذا اشترى نايبه لان الايجاب تعين بها فلم يجب الرجوع في جزء منها • فاما الموسر اذا عين اضحية
فلا بأس ان يحلبها او يجزها لان الوجوب لم يتعين فيها وانما هو في ذمته ويسقط بالذبح ما ثبت في الذمة • فاذا كانت عند الذبح بصفة الجواز
فكان له استبدالها على هذه الصفة • فاما اذا ذبحها في وقتها جاز له ان يحلب لبنها فيأكل ويجز صوفها فينتفع به في الوجهين لان القربة تثبت
بها بالذبح فجاز الانتفاع بلبنها وصوفها كما يأكل لحمها • قال الكرخي في مختصره ولا ينبغي ان يحلبها قبل الذبح وان فعل تصدق باللبن • ثم قال
وان كان في ضرعها لبن وهو يخاف عليها ان لم يحلبها ينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن قوله والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان
كان يحسن الذبح • وهذا لفظ القدوري في مختصره • والاصل فيه ما روي في السنن مسندا الى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال كان
جماعة الهدي الذي قدم علي من اليمن والذي اتى به النبي صلى الله عليه وسلم من المدينة مائة فنحر رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده ثلاثا وستين وامر
عليا فنحر ما غبر اي ما بقي وقد مر في اخر كتاب الحج • وحدث الكرخي في مختصره باسناده الى علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال
يا فاطمة بنت محمد قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة تقطر من دمها من كل ذنب اما انه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك
سبعين ضعفا • قال ابو سعيد الخدري يا نبي الله هذا لآل محمد خاصة فانهم اهل لما خصوا به من خير ام لآل محمد والمسلمين عامة قال
لآل محمد خاصة والمسلمين عامة • وحدث الكرخي ايضا في مختصره باسناده الى عمران بن الحصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قومي
يا فاطمة فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة تقطر من دمها كل ذنب عملتيه وقولي ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين
لا شريك له • وعن انس بن مالك قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يضحي بكبشين اقرنين املحين وكان يسمي ويكبر ولقد رايته يذبحهما بيده واضعا
على صفاحهما قدمه • ولان الاضحية عبادة فالاولى في العبادات ان يتولاها بنفسه ولكن اذا ولى غيره جاز كما امر رسول الله صلى الله
عليه وسلم عليا • ولانها قربة مالية والنيابة في الماليات جائزة كما في الزكاة • قال القدوري في شرح مختصر الكرخي وهذا عندنا
اذا كان رجل يحسن الذبح ويقدر عليه • واما اذا لم يحسن فتوليتها غيره اولى • وقد روي عن ابي حنيفة انه قال نحرت بدنة قائمة
غير معقولة فلم اقدر عليها فكدت اهلك فيما امر الناس لانها نفرت فاعتقدت ان لا انحرها الا باركة معقولة او اولي من هو اقدر مني على
ذلك قوله ويكره ان يذبحها الكتابي وهذا لفظ القدوري في مختصره اذا امر المسلم نصرانيا او يهوديا ان يذبح اضحية فذبح
اجزاه لانه من اهل الذبح فصار ذبحه وذبح المسلم سواء الا انه يكره لان الذبح للاضحية من امور الدين ولا ينبغي ان يستعان بالكافر فيما
هو من امور الدين • بخلاف ما اذا امر مجوسيا فذبح فانه لا يجزيه لانه ليس من اهل الذكاة لانه ليس له ملة التوحيد الا انه لا يضمن لانه فعل ذلك
بالامر • بخلاف ما اذا امر مسلما بالذبح فذبح وترك التسمية عمدا فانه يضمن لانه خالف امر الامر حيث ترك التسمية عمدا قوله واذا غلط
رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الاخر اجزأ عنهما ولا ضمان عليهما • وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا استحسان وفي القياس لا يجزي ويجب
الضمان على كل واحد منهما وبالقياس اخذ زفر • قال صاحب الاجناس ذكر في الصيد والذبائح الاصل رجلان غلطا باضحيتهما فذبح كل واحد منهما
اضحية صاحبه عن نفسه انه يجزيهما استحسانا واضحية كل واحد منهما تقع عن صاحب الاضحية • قال ابو الليث يريد بقوله غلطا هذا شرط لانه
قد ذكر في نوادر ابن سماعة عن محمد لو تعمد الرجل فذبح اضحية رجل عن نفسه لم يجز عن صاحب الاضحية • ولا يشبه العمد الغلط وفي الغلط
جاز عن صاحبه وفي العمد لم يجز • ولو ان صاحب الاضحية ضمن الذابح قيمته في العمد جازت الاضحية عن الذابح • وقد ذكر في الاملاء
محمد بن الحسن رواية محمد بن حمد الرازي قال محمد لو ذبح الاضحية متعمدا عن صاحبها يوم النحر ولم يامره بذلك اجزاه ايضا لانه انما تعين
للذبح في ذلك وهو استحسان • وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره نصا ودلالة فيضمن قياسا على ما لو ذبح شاة اشتراها القصاب
وقياسا على ما لو ذبح في غير ايام الاضحية • وقياسا على ما لو قال له لا تذبح • اما ذبحه بغير امره نصا فظاهر لان الامر بالذبح لم
يوجد صريحا وكذا دلالة لان كل واحد منهما لا يخلو اما ان كان قادرا على الذبح او لا فان كان قادرا فلا يستعين بغيره لئلا يفوته المستحب
لان المستحب ان يباشر الذبح بنفسه اذا كان يحسن ذلك وان لم يكن قادرا فالمستحب ان يشهد الذبح ولم يوجد فلم يثبت الاذن دلالة
وجه الاستحسان انه ذبح شاة تعينت للذبح فلا يضمن قياسا على القصاب اذا شد رجل الشاة وقد اضجعها فجاء انسان وذبح فانه
لا يضمن لانه ذبح شاة عينها المالك للذبح فكذا هذا فلما تعينت للذبح شرعا صار الذابح ماذونا فيه عرفا والاذن الثابت بالعرف
كالاذن الثابت بالنطق بدلالة ان من دعا قوما الى وليمة فقدم لهم طعاما فانه يكون اذنا بتناوله وكذا النثار في العرس • اما
شاة القصاب فانما وجب ضمانها لانها لم تتعين للذبح لانه ربما يبيعها حية • وربما يبيعها مسلوخة والاضحية تعينت للذبح اما بنفس الشراء
بنية الاضحية اذا كان فقيرا او بالنذر بعينها • واذا اشترى بنية الاضحية وهو موسر يكره له ان يبدل لها اخرى لما فيه من خلف الوعد
فتعينت من هذا الوجه في حق الموسر ايضا فاذا تعينت كان الذابح فيه ماذونا دلالة كما في القصاب اذا اضجعها وشد رجلها فكان المالك
مستعينا بكل من كان اهلا للذبح • والجواب عن قوله انه لم يوجد الاذن دلالة لفوات المستحب وهو الذبح بنفسه او شهوده للذبح
نقول ان فاته مستحب واحد يحصل مستحبان في اثبات الاذن دلالة فكان ما حصل من المستحب اكثر مما فاته فكان اثبات الاذن اولى
من عدمه • بيانه ان المستحب تضحية ما عينها المالك حتى لا ابدال بغيرها • فاذا لم يثبت الاذن دلالة لكل واحد منهما يفوت
المستحب وهو التضحية بالعين التي عينها صاحبها يثبت الاذن حتى يحصل هذا المستحب • وايضا في جواز الاضحية عن صاحبها تعجيلها والتعجيل
افضل واحب فحصل المستحبان الاخر بفعل ما قلنا • قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في شرح الاصل وللعلماء من هذا الجنس مسائل الحداها
هذه • والثاني ان من طبخ لحم غيره بغير امره ضمن فلو ان صاحب اللحم جعل اللحم في القدر ووضع القدر على الكانون ووضع تحتها الحطب

وبها انسان ولو بعد النار فلطخ فانه لا يضمن استحسانا • والثالث ان من طرح حنطة غيره بغير امره يضمن • فلو ان صاحب الحنطة حمل الحنطة في الدورق وربط عليه الحمار فجاء انسان وساق الحمار وطحن فانه لا يضمن • والرابع ان من رفع جرة انسان بغير امره فانكسر يضمن فلو ان صاحب الجرة رفع الجرة واسالها عليه انسان فانكسر فيما بينهما لا يضمن لان رافع الجرة صار مستعينا بكل من اعانه على الرفع من طريق الدلالة وكذلك ان من حمل على دابة غيره بغير امره شيئا حتى هلكت الدابة فانه يضمن • ولمثله لو حمل المالك على دابته شيئا ثم سقط في الطريق فحمله انسان ووضع و هلكت الدابة فانه لا يضمن عليه كذا هذا **قوله** في الدورق قال في ديوان الادب الدورق مكيال الشراب • وقال ابن دريد واما الدورق الذي يستعمل فاعجمي معرب كذا في الجمهرة والمراد هاهنا هو الدلو التي يحطون فيها الحنطة عند الطحن من نحو الخشب الى قطب الرحى **قوله** بلا خلاف فيه زفر اي هذه المسئلة مسئلة خلافية بين زفر واصحابنا الثلاثة • يعني خالفهم زفر فيها **قوله** فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر وهي من مسائل النوادر • قال القدوري في شرح مختصر الكرخي • وقال هشام عن ابي يوسف في نوادره في رجلين اشتريا اضحيتين فذبح كل واحد منهما اضحية صاحبه غلطا فرضيا واكلاها قال يجزي عن كل واحد منهما في قول ابي حنيفة وقولنا ويحلل كل واحد منهما صاحبه • فان تشاحا ضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة شاته وان كانت قد انقضت ايام النحر تصدق بتلك القيمة وانما جاز احلالهما لان كل واحد منهما يجوز ان يطعم الآخر ابتداء فجاز ان يحللا منها بعد اكلها • ولو اراد تضمينه اياه لان من اتلف لحم الاضحية ضمن وتصدق بالقيمة لانها بدل عن لحم صار كالبياعة **قوله** فان تشاحا اي عن تحليل كل واحد منهما لصاحبه **قوله** لان التضحية لما وقعت عن صاحبه [illegible] • يعني ان التضحية كل واحد منهما وقعت عن صاحبه لا عن نفسه فكان اللحم لصاحبه ايضا فلما اكل اللحم [illegible] **قوله** كان الحكم ما ذكرناه وهو تضمين قيمة اللحم والتصدق بها **قوله** ومن غصب شاة فضحى [illegible] التضحية [illegible] • [illegible] شاة الوديعة حيث لا يجزيه [illegible] الذبح [illegible] • وقال الناطفي في كتاب الاجناس [illegible] • وفي نوادر ابن رستم عن محمد [illegible] الاضحية وان [illegible] الاضحية [illegible] لان صاحب الاضحية [illegible] قول محمد [illegible] الاجناس

كتاب الكراهية

والمناسبة بين كتاب الاضحية وكتاب الكراهية ان [illegible] مسائل الاضحية [illegible] [illegible] كتاب الاستحسان [illegible] [illegible] كتاب الاستحسان [illegible] الكراهة [illegible] الجامع الصغير كذا ذكر فخر الاسلام [illegible] • والكراهية [illegible] في ضد المحبة والرضا [illegible] • والمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة • والكراهة ليست بضد للارادة عندنا فان الله تعالى يكره الكفر والمعاصي • اي لا يرضى بها ولا يحبها وان كان الكفر والمعاصي بارادة الله تعالى ومشيئته • وعند المعتزلة ضد الارادة ايضا • ويعلم تمامه في اصول الكلام • وحد المكروه ما يكون تركه اولى من فعله وقيل ما يكون الاولى ان لا يفعل • ثم المتاخرون في مراد محمد من المكروه فقالوا كل مكروه حرام • وكذا روي عن محمد نصا الا انه اذا وجد نصا قاطعا في التحريم المنصوص التحريم او التحليل • وفي غير المنصوص يقول لا احل ولا بأس وفي الحرمة اكره او لم يوكل وروي عن ابي حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب • والحرام هو الممنوع شرعا والحلال هو المطلق بالاذن شرعا **قوله** قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل • ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة انه كان يكره لحوم الاتن والبانها • وقال ايضا فيه عن يعقوب عن ابي حنيفة قال لا ارى بشرب ابوال الابل واكل لحوم الفرس • وقال ابو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ولم يذكر محمد اللبن الا في هذا الكتاب وذلك مكره هنا • وقال مالك والاوزاعي وبشر المريسي لحوم الحمر الاهلية حلال وقد مر ذلك في كتاب الذبائح في فصل ما يحل اكله • ولنا ما روى البخاري باسناده الى ابن عمر قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر والبيان مر مستوفيا في كتاب الذبائح • واذا ثبت حكم اللحم ثبت حكم اللبن ايضا لانه متولد منه • وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير واتفق اصحابنا في الحمار اذا ذبح ان لحمه طاهر وانه لا يوكل • واما شحمه فلا يوكل وهل ينتفع به في غير وجه الاكل اختلف فيه مشايخنا فقال بعضهم لا يحل الا الاكل • وقال بعضهم ان ذلك جائز لان تحريم الاكل بدليل النجاسة وليس من ضرورة النجاسة حرمة الانتفاع به • الا ترى ان الزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب انه لا يوكل • والانتفاع به حلال فكذا ههنا • والبيان في لحم الفرس مر مستوفى في كتاب الذبائح • واما قول ابي يوسف ومحمد في الجامع الصغير لا بأس بذلك ينصرف الى لحم الفرس خاصة لان بول الفرس نجس عند ابي يوسف ايضا • الا ان الطلق ربه

للتداوي وقد مر بيانه في كتاب الطهارات في فصل البير • وعند ابي حنيفة نجس • وعند محمد طاهر حلال **قوله** قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في انية الذهب والفضة للرجال والنساء • اي قال القدوري في مختصره • وقال محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه كان يكره الاكل والشرب والادهان في انية الفضة وكان لا يرى بأسا بالاناء المفضض الى هنا لفظ محمد رضي الله عنه • والاصل فيه ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى الحكم عن ابن ابي ليلى قال كان حذيفة بالمداين فاستسقى فاتاه دهقان بقدح فضة فرماه به فقال اني لم ارمه الا اني نهيته فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا عن الحرير والديباج والشرب في انية الذهب والفضة وقال هن لهم في الدنيا وهن لكم في الآخرة • وروى البخاري ايضا باسناده الى مجاهد عن ابن ابي ليلى قال خرجنا مع حذيفة وذكر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تشربوا في انية الذهب والفضة ولا تلبسوا الحرير والديباج فانها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة • وروى البخاري ايضا باسناده الى ام سلمة زوجة النبي صلى الله عليه وسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم • قال ابو سليمان الخطابي في شرح الصحيح اصل الجرجرة هدير الفحل اذا هاج ويقال جرجر الفحل اذا هدر في شقشقته • ومنه جرجرة الرحى ثم قال وفي اعرابه وجهان ان ترفع النار اي كانه يصوت في بطنه نار جهنم • والوجه الآخر نصبها اي كانه يجرع في شربه نار جهنم كقوله تعالى انما ياكلون في بطونهم نارا • والزمخشري في فائقه ما روي الا النصب فقال اي يردد هابه من جرجر الفحل اذا ردد الصوت في الحنجرة • واذا ثبتت حرمة الاكل والشرب في انية الذهب والفضة ثبت حرمة كل استعمال فيه نفع للبدن كالادهان والتطيب بهما لانه في معنى ذلك فيلحق بهما • ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين فيكون حراما • قال الله تعالى اذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا واستمتعتم بها • وقال في الكشاف وعن عمر رضي الله عنه لو شئت لدعوت بصلاء وصناب وكراكر واسنمة ولكني رأيت الله نعى على قوم طيباتهم فقال اذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا واستمتعتم بها • وعنه لو شئت لكنت اطيبكم طعاما واحسنكم لباسا ولكني استبقي طيباتي • والصلاء جمع صلية وهي الشواء كذا في الفائق • وكما يكره الاكل والشرب بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة • ويكره ايضا المكحلة منهما والمرآة والمجمرة ونحوها للرجال والنساء • وكذلك الركاب واللجام والثفر والكرسي والسرير ونحوها • واما الاكل والشرب في الاناء المفضض ففيه خلاف ابي يوسف ويجيء بيانه بعد هذا ان شاء الله تعالى • وانما استوى حال الرجال والنساء في الاكل والشرب ونحو ذلك لعموم النهي **قوله** المترفين اي المتنعمين • يقال اترفته اي نعمه واترفته النعمة اي اطغته كذا في الديوان لما ذكرنا اشار الى قوله ولانه تشبه بزي المشركين **قوله** قال ولا بأس باستعمال انية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق • اي قال القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع وقال الشافعي رحمه الله يكره من ذلك ما كان ثمينا بجنسه كالبلور • وجه قوله انه في معنى الذهب والفضة في التفاخر فيلحق بهما • ولنا الاباحة الثابتة كقوله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده • وكقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا • ولانه ليس من جنس الاثمان فلا يكره استعماله كثير الثمن • فان قيل انما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن استعمال الذهب والفضة لاجل التفاخر بهما وهذا المعنى موجود في البلور فيحرم قلنا لا نسلم ان المعنى ذلك • ولئن سلمنا فنقول ذلك دليل لنا لان النبي صلى الله عليه وسلم لما نهى عن استعمال الذهب والفضة مع علمه انه التفاخر موجود في غيرهما علم ان غيرهما الاباحة بهما في التحريم • او نقول ولئن سلمنا ان المعنى هو التفاخر في الذهب والفضة ولكن لا نسلم ان هذا المعنى موجود في البلور ونحوه لانه لم يكن من عادة القوم التفاخر بغير الذهب والفضة فمن ادعى وجود ذلك فعليه الدليل والاصل عدمه ونحن نتمسك به **قوله** قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة • قال القدوري في مختصره وقد ذكرنا لفظ الجامع الصغير قبل هذا • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير فاما الاناء المفضض فلا بأس بالاكل والشرب منه اذا لم يكن في موضع الفضة عند ابي حنيفة • وكره ذلك ابو يوسف • وكذلك الاختلاف في المضبب من كل الاواني • وكذلك الكرسي المضبب بالذهب والفضة ولا بأس بالجلوس عليه عند ابي حنيفة ان لم يقعد على موضع الذهب والفضة • وكذلك الاختلاف اذا جعل ذلك في السقف جاز عنده وكره ابو يوسف • وكذلك اذا جعل ذلك في المسجد فلا بأس به عند ابي حنيفة • وكذلك حلقة المرآة اذا كانت من الذهب والفضة فلا بأس به عنده • وكره ذلك ابو يوسف • وكذلك اذا جعل المصحف مذهبا او مفضضا لم يكره عند ابي حنيفة وكره عند ابي يوسف وهذا اذا كان يخلص • فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع • احتج ابو يوسف بعموم ما ورد به النهي • وقال من استعمل الاناء كان مستعملا لكل جزء منه فيكره كما اذا استعمله بعينه • واحتج ابو حنيفة بان هذا تابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب وشبه ذلك بالشرب من الكف الذي على خنصره خاتم فضة انه لا يكره وصار من جنس التجمل • وقد رد ابو يوسف وقال الخاتم لم يصر حراما الكف بخلاف مسئلتنا • قال فخر الاسلام وكلام ابي يوسف باطل لما روى محمد مثل قول ابي يوسف حكاه القاضي ابو عاصم العامري في كتاب الحظر والاباحة • وحكى الناطفي المنتسب الى الاصحاب في شرح الطحاوي مثل قول ابي حنيفة نصا عن محمد وكذا ابان • يفرق فيه بين الجلوس على كرسي الفضة وبين التختم بالفضة فان التختم بالفضة حلال • والفرق ان اطلاق القليل من الفضة والحرير انما كان ليكون انموذجا فلا يجوز الاطلاق على وجه يصير مقصودا اذا ثبت هذا فنقول الحرير والديباج لباس اهل الجنة • قال الله تعالى ولباسهم فيها حرير • فوجب اطلاق القليل منه وهو العلم والقليل من لبسه وهو الافتراش ليكون انموذجا لذلك الكثير الكامل • فاما الفضة فلبسه في دار الآخرة من اللباس وانما يكون منها الكراسي وما اشبه ذلك فلو اطلقناه لصار عين ذلك مطلقا وعين التي لا يصلح انموذجا فصار هذا العقد نظير اللبس من الحرير وصار لبس الخاتم مثل افتراش الحرير والذهب والفضة شيء واحد في المعنى فصلح ادناهما انموذجا عن الكل كذا في شرح الجامع الصغير **قوله**

وقيل هذا في موضع اليد ● اي يتقي موضع الفم وموضع اليد ايضا اذا كانت الانا مفضضا اي مرصعا بالفضة قوله وقول محمد يروى
مع ابي حنيفة وهو رواية الامام الاسبيجابي ● ويروى مع ابي يوسف وهو رواية ابي عاصم وقد مر قبل هذا قوله المضبب بالذهب
اي المشدود به ● يقال باب مضبب اي مشدود بالضباب جمع الضبة وهي حديدة عريضة التي يضبب بها قوله وكذا الاختلاف في اللجام
والركاب والثفر اذا كان مفضضا يعني يكره عند ابي يوسف ولا يكره عند ابي حنيفة ذكره الكرخي في مختصره قوله فلا باس به بالاجماع
يعني اذا كانت هذه الاشيا مموهة بالذهب او الفضة بحيث لا يخلص بالاذابة لا يكره عند ابي يوسف ايضا لانه مستهلك ● قال في سير
العيون قال محمد لا باس بان يكون في بيته شي من الديباج وفرش الديباج لا يقعد عليها ولا ينام واواني الذهب للتجمل لا يشرب بها قوله قال
ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله ● اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل المسلم يكون له الاجير المجوسي او الخادم او التابع فيرسله فيشتري له لحما
فياتيه به فيقول من نصراني او يهودي او مسلم اشتريته ان ياكل قال نعم ● فان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه الى هنا لفظ اصل الجامع
الصغير ● وذلك لان خبر الكافر في المعاملات مقبول لاجل الضرورة فان المعاملات يكثر وقوعها بين الناس ولا يوجد في كل خبر
عدل يرجع اليه فسقط شرط الشهادة من العدد ● والعدالة اصلا وان كان غير ذلك اي ذبيحة مجوسي فهو حرام ● يعني اذا قال
الاجير المجوسي اشتريته من مجوسي كان حراما لان خبره لما اعتبر في الحل حين قال اشتريته من الكتابي او المسلم ففي الحرمة اولى لانه فيما
خبر انه اشتراه من المجوسي ● لا يقال الحل والحرمة من باب الديانات فلا يقبل خبر الكافر في الديانات كما ذكر بعد هذا فينبغي ان لا يقبل
خبر المجوسي فيما نحن فيه ● لانا نقول نعم قول الكافر لا يعتبر قصدا في الديانات ولكن فيما نحن فيه يثبت الحل والحرمة قصدا بل يثبت في ضمن قبول
الشرا والشرا من المعاملات فكم من شي يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ● وقال الفقيه ابو الليث السمرقندي كان لاصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم عبيد من العلوج وكانوا يستعملونهم ويصدرونهم من معالمهم قوله قال ولا يجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية
والصبي ● اي قال القدوري في مختصره ● يعني اذا قال العبد او الجارية او الصبي ان هذا الشي هدية اهداها مولاي اليك او قال
انا ماذون له في التجارة يعتمد على قوله وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة قال اذا جاءت امة رجل الى رجل فقالت بعثني اليك
مولاي هدية قال يسعه ان ياخذها الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ● واصله ان خبر الواحد في المعاملات حجة لاجماع المسلمين على ذلك
بالكتاب والسنة فان الله تعالى جعل خبر الواحد حجة في كتابه ● قال تعالى وجاء من اقصى المدينة رجل يسعى ● وقال تعالى فابعثوا احدكم
بورقكم هذه الى المدينة ● وقد تواترت السنة من الصحابة والتابعين بذلك ● قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح القدوري وهذا
الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يقبل لما لم يكن لهما قول صحيح ● وانما تركوا القياس للعادة الجارية انهم يقبلون قولهما في الهدية
والاذن في سائر الاعصار من غير نكير ● ولانه لو اعتبر في جواز ذلك خبر الحر البالغ لشق على الناس تجويز ذلك ● وقد قالوا يجب
ان يعمل في ذلك على غلبة الظن من السامع من صفات المخبر فاذا راى العبد يبيع شيا لم يثق منه حتى يساله ● فاذا ذكر ان مولاه اذن له
في ذلك وكان ثقة فلا باس بشرائه منه ● وكذلك ان قال هذا اهداه اليك مولاي فان كان اكبر رايه انه كاذب او لم يكن له راي لم
يتعرض لشي منه لان الاصل انه محجور عليه والاذن طارئ فلا يجوز اثباته في الشك ● وانما يقبل قول العبد اذا كان ثقة في الاذن لانه
من اخبار المعاملات وهو اضعف من اخبار الديانات ● فاذا قبل قوله في اخبار الدين ففي اخبار المعاملات اولى ● وقد قالوا في
رجل في يده شي اخبر انه لغيره وانه وكله ببيعه او وهبه له او اشتراه منه فان كان مسلما ثقة صدقه فيما قال اذا كان اكبر رايه انه صادق
وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يصدقه وهذا اذا لم يعلم الملك لغير البائع الا من جهته ● لان الناس في سائر الاعصار يقبلون قول
الوكلا والدلالين من غير نكير ● وعلى هذا اذا علم ان الشي لغير البائع لا من جهته اعتبر في جوازه غلبة الظن ● وقد قالوا فيمن باع
شيا ولم يخبر ان ذلك لغيره فلا باس ان يشتري منه ويقبل قوله انه له ● وان كان غير ثقة الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك الشي
فاحب الي ان لا يتعرض منه ولا يشتري منه لانه لا يعرف ● وانما جاز الشرا لان اليد والتصرف دلالة على الملك الا ان يعلم غيره ● ولان
الناس يشترون في سائر الاعصار من الثقات وغير الثقات من غير نكير فدل على جوازه ● فاما اذا كان مثل ذلك الرجل لا يملك
ذلك كالفقير يبيع جواهر ثمينة او ما اشبه ذلك فان الظاهر ينفي ان لا يكون مثل ذلك له ولم يدع وكالة من جهة الغير فيرجع
الى قوله فكان الاولى التنزه عن ذلك قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلو لم يقبل قوله لم ينفتح باب الحرج (?) قوله قال ولا يقبل
في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا العدل ● اي قال القدوري في مختصره اما قبول قول الفاسق في المعاملات
فلان في اعتبار العدالة تضييقا على الناس فلم يعتبر لذلك ● ولان في سائر الاعصار يقبلون قول الدلال والمنادي ويرجعون الى
قولهما وان كانت السلعة لغيرهما وقد اجمعت الامة على قبول قول الرسول في الهدية فكان اخبار المعاملات معتبرة بذلك واما
اشتراط العدالة في الديانات فلانها حق يتعلق بالدين فلا يقبل قول غير العدل كما في اخبار الرسول عليه السلام ● وهذا الذي ذكرنا
مثل ان يخبر رجل مسلم ثقة بنجاسة الما فانه لا يجوز له ان يتوضا به وان كان غير ثقة وغلب على ظنه صدقه فالاولى ان يتيمم
وان توضا به جاز ● وكذلك رجل تزوج امراة فاخبرها ثقة ان بينهما رضاعا فالاولى ان يفارقها لان شهادة الواحد لا يثبت بها
الرضاع ولكن يلزمه التنزه كذا في شرح الاقطع ● والحاصل ان ما يحمل الخبر فيه حجة اربعة اقسام احدها احكام الشرع التي هي
فروع الدين وهي نوعان عبادات فخبر الواحد العدل فيها حجة مع اشتراط الضبط والعقل ● وعقوبات فتندرئ بالشبهات وفي الامالي عن ابي
يوسف ان خبر الواحد فيها حجة ايضا ● وهذا اختيار الجصاص ● وقال الكرخي لا يكون حجة ● وجه القول الاول ان المعتبر في
كون خبر الواحد حجة ترجح جانب الصدق بالعدالة ● وذلك حاصل ● وجه القول الثاني ان في اتصال خبر الواحد بمن يكون قوله

حجة

حجة شبهة والعقوبات تندرئ بالشبهات وهذه حقوق الله تعالى ● والقسم الثاني حقوق العباد التي فيها الزام محض ويشترط فيها اهل الملك
فلا يثبت بخبر الواحد بل يشترط فيها العدد والعدالة والاهلية وتعيين لفظ الشهادة لانها تبتني على منازعات محققة بين الناس منازعة بين الدعوى
والانكار فلا يصلح مثل الخبر حجة الا بزيادة توكيد ما ذكرنا من القسم الاول الشهادة على رؤية هلال رمضان اذا كان بالسماء علة ● ومن القسم الثاني
الشهادة على هلال الفطر لانه حق العباد لان فيه منفعة لهم ● ومن ذلك الاخبار بحرمة الرضاع في ملك النكاح او ملك اليمين لانه يبتني على زوال
الملك اي ملك المتعة لان الحل لا يكون بدون الملك والملك من حقوقهم ● وان كان الحل والحرمة حق الله تعالى ● وكذلك الاخبار بالحرية
في الامة فان حرمة الفرج وان كانت من حق الله تعالى فهو تابع في زوال الملك وهو حق العباد فلا يكون خبر الواحد فيه حجة ● بخلاف
طهارة الما ونجاسته وحل الطعام والشراب وحرمته فانه من القسم الاول فان الحل لا يبتني ثمة على زوال الملك ضرورة ● والقسم الثالث حقوق
العباد التي ليس فيها الزام كالوكالات والمضاربات والاذن للعبد والمراسلات الوكلا والملاك فخبر الواحد فيها حجة اذا كان مميزا عدلا او
غير عدل صبيا كان او بالغا كافرا كان او مسلما ● والقسم الرابع من حقوق العباد ما فيه الزام من وجه دون وجه كعزل الوكيل وحجر العبد
الماذون وفيه الزام لانه يلزم العهدة على الوكيل بعد العزل ويلزم فساد العقد بعد الحجر وفيه عدم الالزام ايضا لان الموكل او المولى يتصرف
في حقه فصار كالاذن ● ثم عند ابي حنيفة يشترط في هذا القسم احد شرطي الشهادة ● اما العدد او العدالة خلافا لهما حتى اذا اخبر واحد
فضولي فاسق بان مولاه حجر عليه او موكله عزله لم يثبت الحجر والعزل عندهما لانها من المعاملات خلافا لابي حنيفة فانه يقول ان فيه معنى الالزام
من وجه فلا جرم اعتبر احد شرطي الشهادة وليس الفضولي كالرسول لان كلام الرسول ككلام المرسل فيثبت حكم العزل والحجر وان كان فاسقا
والباقي يعلم في اصول شمس الائمة وغيرها قوله ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية اي لا يقبل في الديانات ● قال شمس الائمة
الرحمن (?) رضي الله عنه في اصوله وروى الحسن عن ابي حنيفة انه بمنزلة العدل في رواية الاخبار لثبوت العدالة له ظاهرا بالحديث المروي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض ● ولهذا جوز ابو حنيفة القضا بشهادة المستور فيما يثبت
مع الشبهات اذا لم يطعن الخصم ● قال ولكن ما ذكر في الاستحسان اصح في زماننا فان الفسق غالب في اهل الزمان فلا يعتمد رواية المستور
ما لم يتبين عدالته كما لا يعتمد شهادته في القضا قبل ان يظهر عدالته قوله ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا
اي يقبل في الديانات قوله في المعاملات ما ذكرناه وهو الهدية والاذن قوله لما قلنا اشارة الى قوله اما النوع
بمجرد ظن قوله ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك ● ومن جملة الديانات التي يقبل فيها الحل والحرمة خبر الاحاد الذي لم يلزم
منه زوال الملك كما اذا قال هذا الطعام او هذا الشراب حلال او حرام فاذا تضمن زوال الملك فلا يقبل الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين
كما اذا اخبر امراة او رجل عدل ان الزوجين ارتضعا من امراة واحدة لا يثبت الحرمة لان فيها تضمن زوال ملك المتعة فيشترط العدد والعدالة
جميعا قوله وفيها تفصيلات وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي اي في اخبار الديانات وغيرها من بيان المسائل مثل مسالة ان الما
نجس ● ومثل مسالة ان هذا اللحم ذبيحة مجوسي ومثل مسالة رؤية الهلال في رمضان او الفطر ● ومثل مسالة ان الزوجين ارتضعا من امراة واحدة ونحو
ذلك وتفصيلات يعني ان في كل مسالة منها تفصيلا في البيان ● وجملة ذلك ذكرها الحاكم الشهيد في كتاب الاستحسان من مختصر الكافي
واذا حضر المسافر الصلاة فلم يجد ما الا في انا اخبره رجل انه قذر وهو عنده مسلم مرضي لم يتوضا به ● وكذلك ان كان المخبر عبدا او امراة
حرة او امة ● فان كان المخبر غير ثقة او كان لا يدري انه ثقة او غير ثقة نظر فيه فان كان اكبر رايه انه صادق تيمم ولم يتوضا به ● وان كان
على غير صادق توضا كانه لم يلتفت الى قوله واجزاه ذلك ولا يتيمم ● الا ترى ان عمر بن الخطاب حين ورد حياض المدينة فقال
عمرو بن العاص لرجل من اهل الما اخبرنا عن السباع اترد ما لكم هذا فقال عمر لا تخبرنا عن شي من ذلك ولو انه قال عند خبر الاما نهاه عن ذلك
فان كان الذي اخبره بنجاسة الما رجل من اهل الذمة لم يقبل قوله واذا وقع في قلبه انه صادق فاحب الي ان يهريق الما ثم يتيمم ويصلي ● وان توضا
به وصلى اجزاه لان هذا امر من امور الدين ولا تقوم الحجة فيه الا بالمسلم ● وكذلك الصبي والمعتوه اذا عقلا ما يقولان ● وكذلك ان دخل على قوم من المسلمين
ياكلون طعاما او يشربون شرابا فدعوه اليه فقال له رجل مسلم ثقة لا تاكل من هذا اللحم فانه ذبيحة مجوسي او قد خالطه لحم الخنزير وهذا
الشراب قد خالطه الخمر فقال الذين دعوه الى ذلك ليس الامر كما قال فاخبروه انه حلال فانه ينظر في حالهم فان كانوا
عدولا ثقات لم يلتفت الى قول ذلك الرجل الواحد وان كانوا متهمين اخذ بقوله ولم يسعه ان يقرب شيا من ذلك ● والمسلم الواحد
حجة في هذا اذا كان عدلا لانه ثقة عبدا كان او امة او ذكرا او انثى ● فان كان في القوم رجلان ثقتان اخذ بقولهما وان كان فيهم واحد
ثقة عمل فيه على اكبر رايه ● فان لم يكن له فيه راي واستوى الحالان عنده فلا باس باكل ذلك وشربه ● وكذلك الوضوء في جميع هذا
فان كان الذي اخبره انه حلال مملوكان ثقتان والذي زعم انه حرام واحد فلا باس باكله ● وان كان الذي اخبر انه حرام مملوكان ثقتان
والذي زعم انه حلال رجل واحد ثقة لم يسع له ان ياكله ● وكذلك قال لو اخبره باحد الامرين مملوكان ثقتان وبالاخر حر ثقة عمل باكثر رايه
فيه ● وان اخبره باحد الامرين مملوكان ثقتان وبالاخر حران ثقتان اخذ بقول الحرين لانها حجة في باب الدين والحكم جميعا وذكر
حديث عكرمة ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة اعرابي وحده على رؤية هلال رمضان قدم المدينة فاخبر بانه راه فامرهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان يصوموا بشهادته ● ففي هذا ما يدل على ان شهادة الواحد في الدين جائزة ولا يقبل في هلال الفطر الا من شاهدين حرين
او رجل وامراتين لان هذا الفطر وان كان من امر الدين ففيه نفع المنفعة لفطر الناس وتركهم الصوم ● فكذلك يجري مجرى الحكم ولا يقبل
فيه من الشهادة الا ما يقبل في الاحكام ● وكذلك الاضحى ذكر في كتاب الشهادات ولا يقبل في هلال رمضان قول المسلمين اذا كانوا
ممن لا يجوز شهادتهم للتهمة ● فاما عبد مسلم ثقة او امة او امراة مسلمة ثقة او محدود في قذف فشهادتهم في ذلك جائزة ● فان كان
الذي يشهد بذلك من المصر ولا علة في السما لم تقبل شهادته لان الذي يقع في القلب من ذلك باطل ● فان كان في السما علة من سحاب فاخبر امراة

من خلال السحاب او جاء من مكان اخر فاخبر بذلك وهو ثقة ينبغي للمسلمين ان يصوموا لشهادته • رجل تزوج امراة فجاء مسلم ثقة رجل
او امراة فاخبره انهما ارضعتا من امراة واحدة فاحب الي ان يتنزه منها فيطلقها ويعطيها نصف الصداق ان لم يكن دخل بها واحب الي ان لا
ياخذ منه صداقا وان تبرع به ان كان لم يدخل بها • وان اقاما على نكاحهما لم يحرم ذلك عليهما • وكذلك الرجل يشتري الجارية
فيخبره عدل ثقة انها اخته من الابوين او انها اخته من الرضاعة فان تنزه عن وطيها فهو افضل وان لم يفعل فذلك له واسع قال وانما فرق هذا
ما قبله من الوضوء والطعام لان جميع ذلك يحل بغير ملك وهذا لا يحل بغير ملك • الا ترى ان رجلا لو قال لرجل كل طعامي هذا او توضا بماي
هذا او اشربه وسعه ان يفعل ذلك • ولو قال طا جاريتي هذه فقد اذنت لك فيه او قالت له ذلك الحرة في نفسها لم يحل له الوطي حتى يتزوج الحرة
او يملك الامة • او لا ترى ان الفرج لا يحل له الا بالتزويج او الملك فلا يبطل النكاح والشرا والهبة بقول رجل واحد • فاذا كان النكاح
والملك لا ينتقضان وانما حل الفرج بهما ولولاهما ما حل فهو على حاله حتى ينتقض الذي فيه حل ولا ينتقض الا بشاهدين • وكذلك كل امة
لا تحل الا بملك او نكاح فانه لا يحرم حتى ينتقض النكاح او الملك ولا يكون الواحد في ذلك حجة لانه انما حل من وجه الحكم فلا يحرم الا
من الوجه الذي حل منه وكل امر يحل بالاذن فيه فالواحد فيه حجة • مسلم اشترى لحما فلما قبضه اخبره مسلم ثقة انه ذبيحة مجوسي لم ينبغ
له ان ياكله ولا يطعمه غيره ولا يرده على صاحبه ولا يستحل منع البايع ثمنه لان نقض الملك فيه بقول الواحد لا يجوز • فان قال قايل كيف
كرهت له اكله وانما حل له بالملك قيل له وهذا انما يحل بالاذن فيه من غير ملك فاذا ملكه فكانه اذن له فيه • الا ترى انه لو اذن له في
اكله قبل الشرا فاخبره مسلم ثقة انه ذبيحة مجوسي لم يحل اكله فاذا اشتراه كان على الحال التي كان عليها قبل الشرا لا ينبغي له ان ياكله • ولو
اشترى رجل طعاما او جارية او ملك ذلك بميراث او هبة او صدقة او وصية فجاء مسلم ثقة فشهد ان هذا لفلان الفلاني غصبه منه
البايع او الواهب او الميت فاحب الينا ان يتنزه عن اكله وشربه والوضوء منه ووطي الجارية • وان لم يتنزه كان في سعة • وكذلك
طعام او شراب في يد رجل اذن له في اكله وشربه فقال مسلم ثقة هذا غصب في يديه من فلان والذي في يديه يكذبه ويزعم انه له
وهو متهم غير ثقة فاحب الينا ان يتنزه عنه فان اكله او شربه او توضا به كان في سعة وان لم يجد وضوا غيره وهو في سعة توضا
ولم يتيمم ولا يشبه هذا ما وصفت لك من ذبيحة المجوسي ونجاسة الما لان هذا لم يذكر انه حرام بعينه من قبل نفسه انما ذكر انه حرام
لان الذي في يديه لا يملكه وهو عندنا في الحكم للذي هو في يديه حتى يقوم شاهد عدل انه لغيره • فاذا حكمنا انه للذي في يديه
حل استعماله • ولو ان رجلا مسلما شهد عند رجل ان هذه الجارية التي في يد فلان المعروف له بالرق امة لفلان غصبها والذي في يديه
يجحد ذلك وهو غير مامون فعلى ما ذكرت فاحب الي ان لا يشتريها • وان اشتراها ووطيها وهو في سعة من ذلك لان هذا خبر في موضع المنازعة
وموجب الاجتناب عنه ديانة لا قضا ولو اخبر انها حرة الاصل او انها كانت امة لهذا الذي في يديه فاعتقها والذي اخبر بذلك مسلم
ثقة فاحب الي ان لا يقبل فهذا بمنزلة النكاح الذي يشهد فيه على الرضاع • واذا كانت الجارية لرجل فاخذها رجل اخر فاراد بيعها لم ينبغ
لمن علم انها للاول ان يشتريها من هذا حتى يعلم انها قد خرجت من ملكه الى ملك هذا الذي في يديه بشرا او هبة او صدقة او يعلم انه قد وكله
ببيعها • وان قال الذي هي في يديه اني قد اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي • او وكلني ببيعها فان كان القايل لذلك عدلا فلا
باس ان يصدقه على ذلك ويشتريها منه • وكذلك ان وهبها له او تصدق بها عليه حل له قبولها ووطيها • وان كان غير ثقة الا ان اكبر
رايه فيه انه صادق فكذلك ايضا • وان كان اكبر رايه انه كاذب لم ينبغ له ان يتعرض لشي من ذلك • وكذلك الطعام والشراب في جميع
ذلك • وكذلك لو لم يعلم ان ذلك الشي لغير الذي هو في يديه حتى اخبره الذي هو في يديه انه لغيره وانه وكله ببيعه او تصدق به عليه
او وهبه او اشتراه منه فان كان مسلما ثقة صدقه بما قال وان كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق فيه صدقه ايضا • وان كان
اكبر رايه انه كاذب فيه لم يقبل ذلك منه ولم يشتره • وان كان لم يخبره ان ذلك الشي لغيره فلا باس بشرايه وقبوله منه وان كان غير
ثقة الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فاحب ان يتنزه منه ولا يتعرض له بشرى ولا غيره • وان اشترى وهو لا يعلم انه لغيره او احب
انه لا يرجو ان يكون في سعة من شرايه وقبوله والتنزه عنه افضل • فان كان الذي اتاه به عبد او امة لم ينبغ له ان يشتريه
ولا يقبل حتى يسال عن ذلك • فان ذكر له ان مولاه قد اذن له فيه وهو ثقة مامون فلا باس بشرايه منه وقبوله • وان كان غير
ثقة فان كان اكبر رايه انه صادق فيما قاله صدقه بقوله • وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يتعرض لشي من ذلك • وان كان لا راي له
فيه لم يتعرض لشي منه • وكذلك الغلام الذي لم يبلغ جاء الى رجل او جاء بها يخبره انه اذن له في بيعه او ان فلانا بعث معه اليه هدية
او صدقة فان كان اكبر رايه انه صادق وسعه ان يصدقه • وان كان اكبر رايه انه كاذب لم ينبغ ان يقبل منه شيا • وكذلك
الفقير اذا اتاه عبد او امة بصدقة من مولاه • ولو ان رجلا علم ان جارية لرجل يدعيها ثم راها في يدي اخر يبيعها ويزعم انها قد كانت
في يدي فلان وان ذلك كان يدعي انها له وكانت تعرف له بالرق غير انها كانت لي فامرته بذلك لامر خفته وصدقته الجارية بذلك والرجل
ثقة مسلم فلا باس بشرايها منه • وان كان غير ثقة كاذب فيما قال لم ينبغ له ان يعرض بشرايها منه ولا بقبولها • ولو لم يقل هذا ولكنه
قال ظلمني وغصبني فاخذتها لم ينبغ له ان يعرض بشرا ولا بقبول لانه خبر بني وقع في موضع المنازعة كان دعوى والعدالة غير معتبرة
في باب الدعوى والخصومات • وان قال انه كان غصبني وظلمني ثم رجع عن ظلمه فاقر لي بها ودفعها الي فان كان عدلا ثقة
مامونا فلا باس بتصديقه لانه اخبر عن انقطاع المنازعة • وان قال خاصمته الى القاضي فقضى لي بها ببينة اقمتها عليه او بنكوله
عن اليمين فكذلك ان كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق • وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يشترها منه • وكذلك في جميع
هذه الوجوه ان قال قضى لي القاضي عليه فاخذتها منه ودفعها الي • او قال قضى لي بها فاخذتها من منزله بامره او بغير امره لانه اخبر عن
انقطاع المنازعة • وان قال قضى لي بها فجحد في قضاه فاخذتها منه لم ينبغ له ان يشتريها منه لانه اخبر عن قيام المنازعة • واما هذا بقوله

قوله

لو اشتريتها منه ونقدته ثمنها ثم اخذتها بغير امره من منزله فهذا لا باس بشرايها منه اذا كان عدلا صادقا في قوله ان قال اشتريتها منه ونقدته
الثمن فجحد في الشرا فاخذتها من منزله بغير امره لم ينبغ له ان يشتريها منه • ولو قال اشتريتها من فلان وقبضتها بامره ونقدته الثمن وكان ثقة عدلا
مامونا جاز الشرا منه • ولو قال له رجل اخر ان فلانا جحد هذا الشرا وزعم انه لم يبع منه شيا • والذي قال هذا ايضا ثقة مامون لم ينبغ له
ان يتعرض لشي من ذلك بشرا ولا غيره • وكذلك ان كان الذي اخبر الخبر الثاني غير ثقة الا ان اكبر ظنه انه صادق • وان كان اكبر
رايه انه كاذب وهو غير ثقة فلا باس بشرايها منه وقبولها • وان كانا جميعا غير ثقة واكبر رايه انه كاذب وهو غير ثقة فلا باس بشرايها
منه الا ان الثاني صادق لم يتعرض لشي من ذلك لان هذا من امر الدين وعليه امور الناس ولو لم يعمل في هذا الا بشاهدين لضاق الامر على الناس
الا ترى انه تاجر لو قدم بلدا بجوار او طعام او ثياب فقال انا مضارب فلان او قال انا شريكه وسع الناس ان يشتروا منه ذلك • وكذلك
العبد يقدم بلد التجارة ويدعي ان مولاه اذن له في التجارة قال محمد رضي الله عنه وكذلك سمعت ابا حنيفة يقول في الماذون وهذه الجملة
كلها مذكورة في مختصر الكافي والباقي يعلم منه وفي شرحه **قوله** قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمه لعبا او غنا
فلا باس بان يقعد وياكل • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يدعى الى الوليمة والطعام فيجد
ثمه اللعب والغنا قال لا باس بان يقعد فياكل منه • وقال ابو حنيفة قد ابتليت بهذا مرة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وهذا
من الخواص • وذلك لان الطعام حلال ليس بحرام واجابة الدعوة سنة والحرام غيره ذلك فلا يترك السنة لاجل حرام اقترن بها
وهو في غيرها كصلاة وكاجابة الدعوة الجنازة لا تترك لاجل صوت النايحة • لا يقال صلاة الجنازة واجبة فلا يدل على عدم تركها
لاقتران المعصية لانها قوية على عدم اجابة الدعوة لاقتران المعصية لانها سنة وهي اضعف من الواجب • ثم انا نقول اجابة الدعوة
وان كانت سنة الا انها في قوة الواجب • لما روى صاحب السنن باسناده الى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم من دعي فلم يجب فقد عصى الله ورسوله • ومن دخل على غير دعوة دخل سارقا وخرج مغيرا • وروي في السنن ايضا مسندا
الى ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دعي احدكم الى الوليمة فليأتها فان كان مفطرا فليطعم وان كان صايما
فليدع • وروي في السنن ايضا مسندا الى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا دعي احدكم الى طعام فليجب فان شا طعم وان شا ترك ذكره في
كتاب الاطعمة • قالوا هذا اذا كان في المنزل • اما اذا كان على المائدة فلا ينبغي ان يقعد لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى
مع القوم الظالمين • وهذا اذا كان جاهل الذكر فان كان مقتدى به فانه يخرج ولا يقعد معهم [illegible]
باب المعصية [illegible] وقول ابي حنيفة ابتليت بهذا مرة كان قبل ان يصير مقتدى به [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] وقول ابي حنيفة ابتليت دليل على [illegible]
[illegible] استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها كفر [illegible]
سمع بغتة فلا اثم • ومن مشايخنا من قال اذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي ويكون فصيح اللسان فلا باس به • ومنهم من قال اذا كان
وحده يتغنى ليدفع الوحشة عن نفسه فلا باس واما المكروه على قول هذا القايل ما يكون على سبيل اللهو • وبه اخذ شيخ الاسلام الرحيم وذكر
شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده ان جميع ذلك مكروه عند علمائنا لقوله تعالى ومن الناس من يشتري لهو الحديث • وقد جاء عن ابن عباس
ان المراد به الغنا وهذا اصح • وقد روي عن ابي امامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل تعليم المغنيات ولا بيعهن وانما ثمنهن
حرام • وفي مثل هذا انزلت الاية ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله الى اخر الاية وما من رجل يرفع صوته بالغنا الا بعث
الله عليه شيطانين احدهما على هذا المنكب والاخر على هذا المنكب فلا يزالان يضربان بارجلهما حتى يكون هو الذي يسكت • وفي السنن قال
ابو وايل سمعت عبد الله يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الغنا ينبت النفاق في القلب • وفي السنن ايضا مسندا الى نافع قال
سمع ابن عمر مزمارا فوضع اصبعيه في اذنيه ونا عن الطريق وقال لي يا نافع هل تسمع شيا قال قلت لا قال فرفع اصبعيه من اذنيه قال
كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا • ثم اذا كان في الشعر ذكر امراة بعينها يكره انشاده اذا كانت حية وان كانت
ميتة فلا يكره • وكذا لا يكره اذا كانت امراة مرسلة • قال الشيخ ابو العباس الناطفي في الاجناس قال في كتاب الكراهية املا سالت ابا يوسف
عن الدف اتكرهه في غير العرس مثل المراة في منزلها والصبي قال فلا اكرهه • واما الذي يجي من اللعب الفاحش والغنا فاني اكرهه • وفي
الماخوذ من الحسن بن زياد اذا بنى الرجل بامراته ينبغي له ان يولم والوليمة حسنة ويدعو الجيران والاصدقا ويصنع لهم الطعام ويذبح لهم ولا باس ان
يكون ليلة العرس دف يضرب به ليشتهر ذلك ويعلن به النكاح • وينبغي للرجل ان يجيب فان لم يفعل فهو اثم • فان كان صايما اجاب ودعا
وان كان غير صايم اكل • ولا باس ان يدعو يوميذ من الغد ومن بعد الغد ثم انقطع العرس الى هنا لفظ الاجناس ونقله الاجناس ايضا من
كتاب الكراهية املا اكره للرجال ان يدع دعوة جار او قريبه اذا كان عنده البيدان والمزامير • قال ابو يوسف احب الي ان لا يجيبهم
ولم يرخص لاجرأته الدعوة • قلت فان كان ذلك في جانب من المنزل وانت في جانب قال احب الي ان لا يجيبهم • قال اهل اللغة الوليمة
طعام العرس والوكيرة طعام البنا والخرس طعام الولادة وما تطعمه النفسا نفسها خرسة والاعذار طعام الختان والنقيعة طعام القادم
من سفره وكل طعام صنع لدعوة مادبة ومادبة جميعا • والدعوة الخاصة النقرى والعامة الجفلى والاجفلى • والعين الكره والفرصد
النقر بكسر الميا والمد السماع بكسر الالف قول ابن دريد في المقصور والممدود وارى الغنى يدعو الغني الى اللاهي والغنا **قوله** حرم

قوله يكره أي يفتنه على اللعب أو الشامل بغير علم به لا حين دعي إلى الوليمة والله أعلم

فصل في اللبس

قوله قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء • أي قال القدوري في مختصره والأصل فيه ما روى البخاري بمسنده إلى عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إنما يلبس الحرير في الدنيا من لا خلاق له • وقد روينا قبل هذا عند قوله ولا يجوز الأكل والشرب والادهان عن حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تلبسوا الحرير والديباج فإنها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة وأما حل للنساء لبس الحرير فبحديث أخرجه في السنن وعن مسنده إلى علي رضي الله عنه قال إن نبي الله صلى الله عليه وسلم أخذ حريرا فجعله في يمينه وأخذ ذهبا فجعله في شماله ثم قال إن هذين حرام على ذكور أمتي • وفي رواية قال حل لإناثهم • وحدث الكرخي في مختصره بإسناده إلى أبي موسى رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أحل لبس الحرير والذهب لإناث أمتي وحرم على ذكورها • وقال محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أن عمر بن الخطاب بعث جيشا ففتح الله عليهم وأصابوا غنائم كثيرة فلما أقبلوا فبلغ عمر بن الخطاب أنهم قد دنوا خرج بالناس يستقبلهم فلما بلغهم خروج عمر بالناس إليهم لبسوا ما معهم من الحرير والديباج فلما رآهم عمر غضب وأعرض عنهم ثم قال ألقوا ثياب أهل النار فلما رأوا غضب عمر ألقوها ثم أقبلوا بعد ذلك فقالوا إنا لبسناها لنريك نعمة الله الذي أفاء علينا قال الرخصة في ذلك عن عمر ثم رخص في العلم الإصبع والإصبعين والثلاث والأربع • قال محمد وبه نأخذ وهو قول أبي حنيفة • وحدث صاحب السنن بإسناده إلى أبي عثمان النهدي قال كتب عمر إلى عتبة بن فرقد أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الحرير إلا ما كان هكذا وهكذا إصبعين وثلاثة وأربعة • وحدث صاحب السنن أيضا بإسناده إلى أبي عمر مولى أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنه قال رأيت ابن عمر في السوق اشترى ثوبا شاميا فيه خط أحمر فرده فأتيت أسماء فذكرت ذلك لها فقالت يا جارية ناوليني جبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخرجت من طيالسة جبة مكفوفة الجيب والكمين والفرجين بالديباج • وحدث صاحب السنن أيضا بإسناده إلى ابن عباس رضي الله عنه قال إنما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الثوب المصمت من الحرير • فأما العلم من الحرير وسدى الثوب فلا بأس به • وحدث الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى سويد بن غفلة أن عمر بن الخطاب خطب بالجابية فقال نهى نبي الله صلى الله عليه وسلم عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين أو ثلاث أو أربع • وحدث الطحاوي أيضا بإسناده إلى أبي عثمان النهدي قال أتانا كتاب عمر ونحن بأذربيجان مع عتبة بن فرقد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا عن الحرير إلا هكذا قال فما علمنا أنها الأعلام • وحدث الطحاوي بإسناده إلى نافع عن ابن عمر قال أبصر رسول الله صلى الله عليه وسلم حلة سيرا على عطارد فكرهها له ونهاه عنها • ثم إنه كساها عمر فقال يا رسول الله قلت في حلة عطارد ما قلت وتكسونيها فقال إني لم أكسكها لتلبسها إنما أعطيتكها لتلبسها النساء فعلم بهذه الأحاديث أن النهي عن لبس الحرير للرجال دون النساء • وبعض الناس أباحوا للرجال أيضا لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وعليه قباء من ديباج مزرر بذهب فقال يا مخرمة هذا خبأته لك فأعطاه إياه • وذكر الطحاوي في شرح الآثار فنقول هذا كان قبل تحريمه • وبعض الناس كره للنساء أيضا لما حدث الطحاوي عن أبي بكرة عن أبي داود عن شعبة قال أخبرني أبو ذبيان كان ابن الزبير يخطب يقول يا أيها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير فإني سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة • قال ابن الزبير من لم يلبسه في الآخرة لم يدخل الجنة • وجوابه أن المراد منه الرجال دون النساء ولئن كان المراد منه العموم فبدليل قوله عليه السلام حل لإناثهم • وبدليل حديث ابن عمر في حلة عطارد حيث أباح النبي صلى الله عليه وسلم للنساء قوله قال ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة • وقالا يكره أي قال القدوري في مختصره وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه كره لبس الحرير والديباج ولم ير بتوسده والنوم عليه بأسا • وقال محمد أكره ذلك كله إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير ولم يذكر فيه قول أبي يوسف كما ترى وهذه من الخواص • وقد ذكر الكرخي في مختصره قول أبي يوسف مع محمد وتبعه القدوري وعنه قال الكرخي قال أبو حنيفة لا بأس بافتراش الحرير والديباج والنوم عليها وكره ذلك أبو يوسف ومحمد • وقال بشر عن أبي يوسف أحب إلي أن لا يفعل إلى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • وذكر الفقيه أبو الليث قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة في شرح الجامع الصغير • وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير • وكذلك الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب • يعني لا بأس به عند أبي حنيفة ويكره عند محمد لما الموثقات في تحريم الحرير وهي تشمل اللبس والتوسد جميعا • ولأنه تشبه بزي المتكبرين من الأعاجم • وذلك حرام لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال إياكم وزي الأعاجم • وعن سعد بن أبي وقاص أنه قال لأن أتكئ على جمر الغضا أحب إلي من أن أتكئ على حرير • ولأنه لا يجوز لبسه فلا يجوز افتراشه كالذهب • ولأبي حنيفة رضي الله عنه ما روى أصحابنا في كتبهم أن أنسا حضر وليمة فجلس على وسادة حرير فيها طيور وأنس رضي الله عنه كان من مشاهير الصحابة وزهادهم وكان خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم منذ قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة إلى وفاته فلو لم يكن ذلك جائزا لما فعل • وعن أبي راشد قال رأيت على فراش ابن عباس مرفقة من حرير • والمرفقة بكسر الميم وسادة الاتكاء • ولأن القليل من الملبوس حلال وهو العلم فكذا القليل من اللبس وهو التوسد والافتراش لأنه ليس باستعمال كامل • وذلك لأن التوسد والافتراش والنوم عليه استعمال وهو مع ذلك استهانة فنقص معنى الاستعمال والتزين به فلم يتعد حكم التحريم من اللبس الذي هو الاستعمال الكامل إليه فلم يحرم بل كان ذلك قليلا للبس تزهيدا وترغيبا في نعيم الآخرة • ونقل فخر الإسلام عن نوادر هشام أن محمدا كره تكة الديباج والإبريسم • وقال في الفتاوى الصغرى لا بأس بتكة الحرير عند أبي حنيفة قوله والجامع كونه نموذجا هو بفتح النون معرب نمونه وهي الأنموذج بضم الهمزة يعني أن بهذا القدر من اللذة يعلم ما أعد له في الآخرة منها ويرغب فيما يكون سببا لتحصيل ذلك قوله قال ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما • أي قال في مختصر القدوري وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه كان لا يرى بأسا بلبس ما كان سداه حريرا ولحمته غير ذلك ويكره ما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير في غير الحرب ولا يرى بأسا في الحرب وما كان حريرا كله فإنه يكره في كل شيء • وقال أبو يوسف ومحمد

لا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير • أما اللبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير فلا بأس في الأحوال كلها لأن عامة الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز سداه من الحرير • ولأن السدى يصير مستورا باللحمة فكان بمنزلة الحشو بخلاف ما كان لحمته من الحرير لأن اللحمة تكون على ظاهر الثوب ترى وتشاهد وبخلاف الفرع فكان تزينا باللبس هكذا نقل عن الشيخ الإمام أبي منصور الماتريدي وهذه النكتة تقتضي أن السدى لو كان ظاهرا كالعتابي يكره لبسه • ولأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج وهو تركيب السدى باللحمة فكان يصير ثوبا أصلا فاعتبر اللحمة لأن الشيء إذا تعلق وجوده بعلة ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجودا وهذه النكتة تقتضي إباحة العتابي ونحوه • أما اللبس ما كان لحمته حريرا وسداه غير ذلك فلا بأس بلبسه في الحرب لأن لبس الحرير يباح عند الضرورة • ألا ترى إلى ما روى البخاري وغيره مسنده إلى أنس رضي الله عنه قال رخص النبي صلى الله عليه وسلم للزبير وعبد الرحمن في لبس الحرير لحكة بهما والحاجة في الحرب شيئان التهيب بصورته وهو بريقه ولمعانه ولونه والثاني دفع معرة السلاح لأن الحرير يدفع معرة السلاح • وأما ما هو حرير كله فلا يباح في الحرب أيضا عند أبي حنيفة • وقالا لا بأس به في الحرب لما روى الشعبي أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب لأن الحاجة ماسة إلى ذلك لأنه أعظم هيبة وأدفع لمعرة السلاح وأهيب • ولأبي حنيفة رضي الله عنه عموم قوله عليه السلام هذان محرمان على ذكور أمتي ولم يفصل بين الحرب وغيرها وروي عن الحسن البصري أنه كره لبس الحرير في الحرب • وعن عكرمة هكذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير • ولأن الحرام لا يباح إلا عند الضرورة والضرورة تندفع بالأدنى وهو المخلوط وهو ما كان لحمته حريرا فلا حاجة إلى المصير إلى الحرير الخالص • وهذا لأن البريق واللمعان إنما يكون بظاهره واللحمة تكون على الظاهر وأنه يدفع معرة السلاح أيضا • والمخلوط وإن كان حريرا في الحكم ففيه شبهة الغزل فكان دون الحرير الخالص • والضرورة اندفعت بالأدنى فلا يصار إلى الأعلى • والجواب عما رواه الشعبي فنقول لا نسلم أنه صحيح • ولئن سلمنا فنقول ذلك محمول على المخلوط ولا نزاع في جوازه • وإنما حملناه عليه توفيقا بين المبيح والمحرم • والشعبي اسمه عامر بن شراحيل من كبار التابعين وكان مولده لست سنين مضت من خلافة عثمان وقال أبو نعيم إنه مات سنة خمس ومائة وهو ابن سبع وسبعين سنة قوله قال ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير • أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه ذكرناها قبل هذا يعني في الحرب وغيرها بالاتفاق والبيان قد تقدم قوله قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير فلا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيرها لانعدامها أي لانعدام الضرورة • وهذه مسألة الجامع الصغير وهي بالاتفاق وقد مرت صورتها مع بيانها قوله على ما بينا إشارة إلى قوله لأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة قوله قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب • أي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا بالفضة إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة • والأصل في الذهب قوله عليه السلام هما محرمان على ذكور أمتي فيكون التحلي حراما بهذا الحديث بالذهب والفضة في معناه لأنهما جنس واحد ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة بالقيمة عند أبي حنيفة وبالأجزاء عندهما فيكون التحلي بالفضة أيضا حراما • إلا أن التختم لما جاز لورود السنة بذلك • ولأن في التحلي بالذهب والفضة تشبها بالنساء والتشبه بهن حرام بدليل ما روي في كتاب اللباس من كتاب السنن مسندا إلى ابن عباس أن النبي لعن المتشبهات من النساء بالرجال والمتشبهين من الرجال بالنساء رواه البخاري أيضا وروى صاحب السنن أيضا مسندا إلى أبي هريرة رضي الله عنه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل يلبس لبس المرأة والمرأة تلبس لبس الرجل • وروى صاحب السنن أيضا بإسناده إلى ابن أبي مليكة قال قيل لعائشة رضي الله عنها إن امرأة تلبس النعل فقالت لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجلة من النساء • وروى أبو محمد الأصبهاني في كتاب أخلاق النبي صلى الله عليه وسلم بإسناده إلى مرزوق قال صقلت سيف النبي صلى الله عليه وسلم ذا الفقار فكانت قبيعته فضة وفي وسطه بكرة أو بكرات فضة وفي قيده حلق فضة • قال في شرح الأقطع فأما الخاتم والمنطقة وحلية السيف فقال أبو يوسف قد جاء في ذلك آثار فتقتضي الرخصة بها قوله وفي الجامع الصغير لا يتختم إلا بالفضة • وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال لا يتختم إلا بالفضة وكان لا يرى بأسا بالفضة يكون فيه الحجر يسار ذهب إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير في باب الحرام • وهذا نص على أن التختم بالحجر الذي يقال له يشب حرام لأنه الملتقى في النهي حيث قال لا يتختم إلا بالفضة • ومن الناس من أباح التختم بدلالة النهي ورد عن التختم بالذهب والحديد والصفر لا غير هو من حلية قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الجامع الصغير من الظاهر لفظ الكتاب كره بعض مشايخنا التختم باليشب والأصح أنه لا بأس بذلك وأن المراد كراهة التختم بالذهب والحديد على ما ورد به الأثر زي أهل النار • فأما اليشب ونحوه قال لا بأس بالتختم به كالعقيق فقد ورد الأثر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق إلى هنا لفظ شمس الأئمة • ومن الناس من أباح التختم بالذهب لما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى محمد بن مالك • قال رأيت على البراء خاتما من ذهب فقيل له فقال قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم فألبسنيه وقال البس ما كساك الله عز وجل ورسوله • وحدث الطحاوي أيضا بإسناده إلى مصعب بن سعد قال رأيت في يد طلحة بن عبيد الله خاتما من ذهب ورأيت في يد صهيب خاتما من ذهب ورأيت في يد سعد خاتما من ذهب • وحدث الطحاوي أيضا بإسناده إلى يحيى بن سعيد بن العاص أن سعيد بن العاص رضي الله عنه قتل وفي يده خاتم من ذهب • ولأن النهي عن استعمال الذهب والفضة والشرب في آنية الذهب والفضة سواء • ثم لما جاز التختم بالفضة دل ذلك على جواز التختم بالذهب لعلة • ثم قول عامة الفقهاء ما حدث البخاري في الصحيح مسندا إلى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب وجعل فصه مما يلي باطن كفه ونقش فيه محمد رسول الله فاتخذ الناس مثله فلما رآهم اتخذوها رمى به وقال لا ألبسه أبدا ثم اتخذ خاتما من فضة فاتخذ الناس خواتيم الفضة قال ابن عمر فلبس الخاتم بعد النبي صلى الله عليه وسلم أبو بكر ثم عمر ثم عثمان حتى وقع من عثمان في بئر أريس • وروى الطحاوي بإسناده إلى علي بن أبي طالب قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تختم الذهب • وروى الطحاوي أيضا بإسناده إلى البراء قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن خاتم الذهب • وروى أيضا بإسناده إلى أبي الكنود عمران بن حصين وأبي هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن خاتم الذهب • وروى صاحب السنن بإسناده إلى عبد الله بن بريدة عن أبيه أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم من شبه فقال له ما لي أجد منك ريح الأصنام فطرحه ثم جاء وعليه خاتم من حديد فقال ما لي أرى عليك حلية أهل النار فطرحه فقال يا رسول الله من أي شيء أتخذه قال اتخذه من ورق

ولانه شيء لا نعلم بما رويناه ان التختم بالذهب والحديد والصفر حرام فالحق اليشب بذلك لانه قد يتخذ منه الاصنام فاشبه الشبه الذي هو منصوص
معلول بالنص • والجواب عن حديث الحجر فنقول ان ذلك منسوخ بما رويناه • وقال في الجامع الصغير وكان لا يرى باسا بالفص يكون فيه الحجر يجعل
فيه مسمار ذهب • وهذا دليل ان الحجر في الفص والمسمار من الذهب فيه لا يكره لانه قليل تابع للحلقة حيث مسامير والعبرة للمتبوع لا للتابع فصار
كالعلم الحرير • ونقل صاحب الاجناس عن الماخوذ به للحسن لا باس للرجال ان يتخذ خاتما من فضة فصه منه وان جعل فصه من جزع او عقيق او فيروزج
او ياقوت او زمرد فلا باس وان نقش عليه اسمه واسم ابيه او ما بدا له من ذكر الله كقوله ربي الله او نعم القادر الله فلا باس **قوله** وانما يتختم القاضي
والسلطان قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير ثم التختم انما يكون سنة اذا كان له حاجة الى التختم بان كان سلطانا او قاضيا • اما
اذا لم يكن محتاجا الى التختم فالترك افضل • فاذا تختم ينبغي ان يجعل الفص الى باطن الكف لا الى ظاهر الكف • بخلاف النسوان فانهن لا يفعلن هكذا
ولا باس لهن بذلك • قال في الاجناس ينبغي ان يلبس خاتمه في خنصره اليسرى ويلبسه في اليمنى ولا في خنصره اليسرى من اصابعه • وسوى
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير بين اليمين واليسار وهو الحق لانه اختلفت الروايات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك وروى صاحب
السنن باسناده الى علي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم في يمينه • وروى ايضا باسناده الى ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم في يساره
وكان فصه في باطن كفه • وروى صاحب السنن باسناده الى محمد بن اسحق قال رايت على الصلت بن عبد الله بن نوفل بن عبد المطلب خاتما في خنصره
اليمنى فقلت ما هذا فقال رايت ابن عباس يلبس خاتمه هكذا وجعل فصه على ظهرها • قال ولا يخال ابن عباس الا قد كان يذكر ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم كان يلبس خاتمه كذلك • وما قال بعضهم ان التختم في اليمين من علامات اهل البغي ليس بشيء لان النقل الصحيح عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم ينفي ذلك **قوله** ولا يشد الاسنان بالذهب ويشد بالفضة • وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد لا باس بالذهب ايضا • اي
قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل تتحرك سنه قال لا يشدها بالذهب • وقال محمد لا باس به وكان
ابو حنيفة لا يرى باسا بان يشدها بالفضة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • قال فخر الاسلام البزدوي وفي هذا اشارة الى ان قول ابي يوسف
مثل قول ابي حنيفة • وروي عنه في الاملاء مثل قول محمد وهو قوله الاخر الذي رجع اليه • وذكر في الامالي عن ابي حنيفة انه لم ير بالذهب
باسا ايضا الى هنا لفظ فخر الاسلام • وقال الكرخي في مختصره قال بشر عن ابي يوسف في كتاب الاشربة من الاملاء ولو ان رجلا تحركت
ثنيته ولم تسقط فخاف سقوطها فشدها بذهب او فضة لم يكن به باس في قول ابي حنيفة رواية • وفي قول ابي يوسف وليس هذا كالحلي
هذا يشبه المسمار في الفص • قال الكرخي فان سقطت ثنية رجل فان ابا حنيفة كان يكره ان يعيدها ولا يشدها بفضة او ذهب ويقول
هي كسن ميتة ولكن ياخذ سن شاة ذكية يشد مكانها • وخالفه ابو يوسف فقال لا باس ان يشد ثنيته في موضعها
قال ولا يشبه سنه سن ميتة استحسن ذلك وبينهما فصل عندي وان لم يحضرني ذلك • ثم قال الكرخي وقال بشر عن ابي يوسف في نوادر ابي
يوسف قال ابو حنيفة لا باس ان يشدها بالفضة ما لم تقع فاذا وقعت فلا خير ان يشدها بذهب ولا فضة فاذا لم تقع فانه يكره الذهب
وهو قول ابي يوسف • ثم رجع ابو يوسف فقال لا باس ان يشدها بالذهب • وقال بشر عنه في موضع اخر من نوادره قال ابو يوسف
ان لا باس به لانه ليس عليه فلا باس ان يشدها اذا وقعت لا باس ان يعيدها الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • ونقل في الاجناس
عن كتاب الكراهية املاء لو قطع قطعة من الاذن فخيطت فالتامت يترك كما هو ولا يقلع • وجه قول محمد ما روى الطحاوي في شرح
الاثار باسناده الى عرفجة بن اسعد انه اصيب انفه يوم الكلاب في الجاهلية فاتخذ انفا من ورق فانتن عليه فشكا ذلك الى النبي صلى الله عليه
وسلم فامره ان يتخذ انفا من ذهب ففعل • وجه الاستدلال ان النبي صلى الله عليه وسلم اباح لعرفجة ان يتخذ انفا من ذهب اذا كان لا ينتن
مقام الفضة التي كانت تنتن فكذا لا باس في شد السن بالذهب بدلا من الفضة لانه لا ينتن • فلما اباح النبي صلى الله عليه وسلم في الانف
الذهب بدلا من الفضة لعلة ان الفضة تنتن جاز لنا ان نجري هذا الحكم في موضع تنتن الفضة فيه ان يستعمل الذهب بدلا منه والشيخ
ابو جعفر الطحاوي اخذ بقول محمد في شرح الاثار • ولابي حنيفة رضي الله عنه قوله عليه السلام هما محرمان على ذكور امتي حل لاناثهم الا ان
الحرام قد يستباح لاجل الضرورة والضرورة ترتفع بالادنى وهو الفضة فلا حاجة الى الاعلى وهو الذهب • الا ترى ان التختم بالفضة
مباح دون التختم بالذهب وفي الانف لا تندفع الضرورة بالادنى فصير الى الاعلى • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير انه
في السير الكبير مسئلة الانف على الاتفاق اذا انتن او جيف ذلك • يعني يجوز وصل الانف بالذهب اتفاقا اذا انتن او جيف النتن • وذكر
الامام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي اختلافا في الانف ايضا • يعني يكره وصل الانف بالذهب ايضا عند ابي حنيفة • ولنا في ذلك
نظر لانه لم يثبت في كتب محمد بن الحسن والكرخي والطحاوي • وايضا ان صحة الجواز في الانف منصوص عليه فكيف يخالف ابو حنيفة النص ومحمد
ايضا يقيس شد السن بالذهب على وصل الانف بالذهب فلولا انه مجمع عليه فكيف يصح قياسه فعرفت من هذا ان الصحيح من رواية المنظومة وجوزنا
في وصل انف مذهب باسناد النقل الى ضمير الجماعة • وما يروى في بعض النسخ وجوزا الوصلات مذهب باسناد الفعل الى ضمير الاثنين وكان
التثنية لا تناوله وجوزا في وصلات مذهب باسناد الفعل الى ضمير الاثنين وجوز في لاد في تخصيص مذهبهما بمذهب ابي حنيفة حتى يكون
خلافه ذلك • وليس مذهبه في الانف كذلك لما قلنا فعلمت من هذا ان تخطئة النسخ في مصنف المنظومة ابن خطار ما وقع فيه الاعين قلة
التفكر • ثم وجه قول ابي حنيفة في ان السن اذا سقطت لا تعاد لان المبان من الحي ميت • ولابي يوسف ان السن لا تحلها الموت
وانما يكره من غيره لانها تستقذر طبعا • وهذا المعنى لا يوجد في سن نفسه • ولنا ان نقول لابي يوسف ومحمد لا نسلم ان الضرورة في شد
السن ترتفع بالفضة لانها تنتن فكانت الحاجة الى الذهب ماسة **قوله** يوم الكلاب الكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم واد بين الكوفة
والبصرة كانت وقعة عظيمة للعرب في جاهليتها طول وللعرب بها اشعار منها امر القيس وقد طوفت في الافاق حتى رضيت من الغنيمة بالاياب
والعلم الذي عليه ... كانت فيه شاطر ثواب • كما لابي جعفر محمد ... الكلاب • ونشا كلا ... ومنها قول ...

شبوح منهم عدس بن سعد وسفيان الذي ورد الكلابا • ومنها قول الاخطل ابني كليب ان عمي اللذا قتلا الملوك وفككا الاغلالا • واخوهما السفاح
ظمى خيله حتى وردن حمى الكلاب نهالا ليخرجن مع شرار الكلاب عليهم خبب السباع بوادرا وارسالا • احد عميه ابو حنش قاتل شرحبيل بن الحارث
ابن عمرو اكل المرار يوم الكلاب • الاول والاخر دوكين بن العدوكي والسفاح هو سلمة بن خالد بن كعب بن زهير سمي به لانه اهاد في يوم الكلاب
الى مراد اصحابه فسقيتها وسقى ما فيها وقال لا ماء لكم الا ما اليوم فقاتلوا او دعوا • والنهال العطاش وهي الكلام ما رع من جبيبه اذا جمعه
والدنو الماء الجبل ... اصغيناه • والباقي يعرف في شرح ديوان الاخطل وغيره **قوله** قال ويكره ان يلبس الذكور
من الصبيان الذهب والحرير • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الصبي يجب ان يعود ما يجوز في الشريعة دون ما لا يجوز بالا
ترى انا نمنعهم من شرب الخمر ونأخذهم بالصوم والصلاة ليعتادوا ذلك كذلك نجنبهم لبس الحرير والذهب ليعتادوا ذلك كذا في شرح
الاقطع **قوله** قال ويكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه انه كان يكره ذلك هذه الخرقة التي يمسح بها العرق وهي من الخواص • قال فخر الاسلام البزدوي رضي الله عنه في شرح الجامع
الصغير وكذلك الخرقة التي يمتخط بها يكره ايضا وكذلك الخرقة التي يمسح بها الوضوء محدثة وبدعة ايضا • ويجب ان يكره قال وانما
يكره ذلك لانه بدعة محدثة لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا احد من الصحابة والتابعين يفعل ذلك وانما كانوا يمسحون بالمناديل بهم و
وقد قال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم في الرجل يتوضا فيمسح وجهه بالثوب قال لا باس • ثم قال ارايت لو اغتسل
في ليلة باردة ايقوم حتى يجف قال محمد وبه ناخذ ولا نرى بذلك باسا وهو قول ابي حنيفة الى هنا لفظ كتاب الاثار • ولانه نوع تكبر وتجبر
وتشبه بزي العجم فيكره لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال اياكم وزي العجم • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وكان الفقيه
ابو جعفر يقول انما يكره ذلك اذا كان شيئا نفيسا لان في ذلك تجبرا وكبرا ويشبه ذلك زي العجم • واما اذا لم يكن الخرقة نفيسة فلا باس
لانه لا يكون فيه كبر • وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وذكر بعض مشايخنا المتاخرين ان المسلمين قد استعملوا في عامة
البلدان مناديل الوضوء والخرق لدفع الاذى عند لبس اللباس والثياب فما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن • ويجوز ان يصير ذلك
مشروعا باجماع المسلمين • قال فخر الاسلام وحاصله ان من فعل شيئا من ذلك تكبرا فهو مكروه وبدعة ومن فعل لحاجة وضرورة لم يكره
ونظيره التربع في الجلوس والاتكاء يفعله الرجل تجبرا وتكبرا فيكره وقد يفعله الرجل للضرورة والحاجة فلا يكره • قال في اواخر كتاب السنن
سند الى جابر بن سمرة قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا صلى الفجر يتربع في مجلسه حتى تطلع الشمس حسنا • وقال ابو عيسى الترمذي في جامعه
حدثنا سفيان بن وكيع قال حدثنا عبد الله بن وهب عن زيد بن حباب عن ابي معاذ عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت كانت لرسول الله صلى
الله عليه وسلم خرقة ينشف بها بعد الوضوء • وقال حدثنا قتيبة قال حدثنا رشدين بن سعد عن عبد الرحمن بن زياد بن انعم عن عتبة بن حميد
عن عبادة بن نسي عن عبد الله بن غنم عن معاذ بن جبل قال رايت النبي صلى الله عليه وسلم اذا توضا مسح وجهه بطرف ثوبه قال ابو عيسى هذا حديث
غريب واسناده ضعيف • ورشدين بن سعد وعبد الرحمن بن زياد بن انعم الافريقي يضعفان في الحديث • وقال ابو عيسى حديث عائشة
ليس بالقائم ولا يصح عن النبي شيء في هذا الباب وابو معاذ يقولون هو سليمان بن ارقم وهو ضعيف عند اهل الحديث • ثم قال ابو عيسى وقد
رخص قوم من اهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم في التمندل بعد الوضوء ومن كرهه انما كرهه من قبل انه قيل ان الوضوء يوزن
وروي عن سعيد بن المسيب والزهري قال الزهري انما اكره المنديل بعد الوضوء لان الوضوء يوزن **قوله** ولا باس بان يربط الرجل في
اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة وهو من خواص الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة انه كان لا يرى باسا بربط
الرجل في اصبعه الخيط او في خاتمه للحاجة الى هنا لفظ الجامع الصغير • وذلك لانه لو كره انما يكره لكونه عبثا وهذا ليس بعبث
لانه يفعل من ضرب ما يرجى هو التاكيد في رعاية حق المسلمين فيكون ذلك امرا بالذكر والبعد عن النسيان والتقصير فلما كان كذلك لم
يكن به باس بل كان حسنا فيه ضرب من التواضع ايضا لما فيه من ترك الاعتماد على حفظه • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير انه
عليه السلام كان يفعل ذلك ويسمى ذلك الخيط رتمة بالتاء المثناة الثلاث وجمعه رتم ويسمى رتيمة ايضا وجمعه رتائم • يقال
ارتم الرجل ارتاما اذا عقدت في اصبعه خيطا يستذكر به حاجته كذا قاله ابو عبيد في غريب المصنف • واستدل على ذلك بما انشد
ابو زيد هل ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم • وقال ابن دريد في الجمهرة والرتيمة شيء كان يفعله اهل الجاهلية
كان الرجل اذا اراد سفرا عمد الى شجر بين شجرتين فعقد غصنا منهما فاذا رجع من سفره فان كان الغصن بحاله علم ان لم تخن في اهله وان
كان قد انحل ظن باهله ظن سوء • يقال ارتمت وترتمت اذا فعلت ذلك كذا قال صاحب الجمهرة • وعلى ما ذكرنا يكون الرتم بمعنى الخيط وقال
ابن السكيت في كتاب الاصلاح والرتم شجر • قال الراجز نظرت والعين مبينة التهم الى سنا نار وقودها الرتم • شبت باعلى عاندين من اضم
وما او ديان • وقال اخر هل ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم • وقوله وتعقاد الرتم كان الرجل اذا اراد السفر
عمد الى هذا الشجر فعقد بعض اغصانه ببعض فاذا رجع من سفره واصابه على تلك الحالة قال لم تخني امراتي وان اصابه وقد انحل قال خانتني
اهلي الى هنا لفظ كتاب الاصلاح • وشبت النار اذا اشتعلت اشتعالا شديدا وشبا موقدها شبا • واضم موضع معروف وسنا النار
ضوءها مقصور • والوقود بفتح الواو ما يشعل به النار • وقوله والعين مبينة التهم اي تكشف التهمة لان المشاهدة تحقق وترفع بها التهمة
ومعنى البيت الثاني يقول هل ينفعك ان همت امراتك ان تخونك وصيتك لها وان ما لك من حفظها وتعقادك الشجر • وقوله همت بهم اي
بني تريد • يعني انها اذا كانت عفيفة حفظت نفسها وان لم تكن كذلك فلا حيلة فيها كذا قال ابو محمد يوسف بن الحسن بن عبد الله السيرافي
في شرح ابيات الاصلاح • والتعقاد مصدر بمعنى العقد على وزن تفعال وهو ... في كلام العرب والنحاة وفي كتبهم لا يستعمل ...
... وهو القياس في كلام العرب ... من اهل اللغة هل يستعمل ... • والبيت برواية الثقات من اهل اللغة
النال كالتلعاب والتهذاب

لا يستدل بحرف النفي وليس ذلك بشيء لان نون التاكيد لا تدخل في النفي الا نادرا في الشعر • وقوله ممسكا التابعه وهو رواية الثقات وروي بعضهم ممسكا خطاب المذكر على حذف احدى اليائين • وذلك ضعيف وجعله من قبيل قوله احسن بي فلحق الينه ... قوله و

فصل في الوطء والنظر واللمس والقبلة

قوله ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها • اي قال القدوري في مختصره وهو مذهب مالك والشافعي رضي الله عنه ايضا • والاصل فيه قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك ازكى لهم ان الله خبير بما يصنعون وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وموضع الزينة الراس لانه موضع الاكليل والشعر لانه موضع العقاص والاذن والعنق لانها موضع القرط والعنق لانه موضع القلادة والصدر لانه موضع الوشاح والعضد لانها موضع الدملج • والذراع لانها موضع السوار • والساق لانها موضع الخلخال وذكر الزينة واراد مواضعها للمبالغة في الستر ولا يحل النظر للاجانب الى موضع الزينة الظاهرة وهي التي استثناها الله تعالى بقوله الا ما ظهر منها وفيه اختلاف • قال عامة العلماء المراد منه الوجه والكف لان الوجه موضع الكحل والكف موضع الخاتم والخضاب • وقد روى الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى سعيد بن جبير عن ابن عباس ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال الكحل والخاتم • وروى ابو داود في كتاب السنن في كتاب اللباس باسناده الى عائشة رضي الله عنها ان اسما بنت ابي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فاعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا اسما ان المراة اذا بلغت الحيض لم يصلح ان يرى منها الا هذا وهذا واشار الى وجهه وكفيه • وقال بعضهم المراد منه الملاة والبرقع والخفاف ولا يحل النظر للاجانب الا الى ملاءتها وبرقعها وخفيها الظاهرة وهو قول ابن مسعود • وقد روى الطحاوي باسناده الى ابي الاحوص عن عبد الله بن مسعود قال وما ظهر منها الثياب والجلباب • وروى الطحاوي ايضا باسناده الى منصور عن ابراهيم قال هو ما فوق الدرع • وقال في تفسير الكبير قال بعض الناس الكحل للعين خاصة والخاتم للاصبع خاصة ولا يباح غيرهما • وقالت عائشة هي مضطرة الى كشف عين واحدة ولا ضرورة في غير ذلك فلا يباح لها الابداء ولا لغيرها النظر الا في عين واحدة وقلنا انها تضطر الى الخروج للبيع والشراء يحتاج الى الاخذ والاعطاء وتحتاج الى كشف العين للمشي وفي كشفها كشف بعض الوجه • وفي المناولات كشف الكف • وعن اصحابنا رواية ان في القدم في ظاهر الرواية لا يحل النظر اليها ولا يباح النظر الى غير الوجه والكف • وقال الكرخي في مختصره قال ابن شجاع عن الحسن عن ابي حنيفة انه ينظر الى وجهها وكفيها وقدميها الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان القدم موضع الزينة الظاهرة وهي الخضاب بالحنا وتدخل صاحب الكتاب من مواضع الزينة الظاهرة • وهذا اذا لم يكن النظر بشهوة فاذا كان من الشهوة فلا ينظر الى الوجه والكف ايضا الا لحاجة وسيجي بيانه بعد هذا ان شا الله تعالى • وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ساعدها ومرفقها للحاجة الى ابدائها اذا اجرت نفسها للخبز والطبخ ذكره شمس الائمة البيهقي في كفايته **قوله** قال فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة • اي قال القدوري في مختصره • يعني هذا الذي قلنا من جواز النظر الى وجه الاجنبية وكفيها انما اذا امن الشهوة لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها فاذا لم يامن الشهوة لم يحل له النظر الى وجهها الا لحاجة كالشهادة وحكم الحاكم والتزويج احترازا عن الوقوع في الحرام • الا ترى الى ما روى صاحب السنن باسناده الى طاوس عن ابن عباس قال ما رايت شيا اشبه باللمم مما قال ابو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ان الله كتب على ابن ادم حظه من الزنا ادرك ذلك لا محالة فزنا العينين النظر وزنا اللسان المنطق والنفس تمنى وتشتهي والفرج يصدق ذلك ويكذبه • وروي ايضا مسندا الى ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لكل ابن ادم حظه من الزنا بهذه القصة واليدان تزنيان وزناهما البطش • والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفم يزني وزناه القبل • والاذن يزني وزناها الاستماع ذكره في كتاب النكاح من السنن وجملة الكلام فيه ما قال الحاكم الشهيد في مختصر المسمى بالكافي وينظر الى الوجه والكف منها ان امن الشهوة فان اشتهى لم ينظر الا ان يكون دعي الى الشهادة عليها • او اراد تزوجها او كان حاكما فنظر ليجيز اقرارها وليشهد الشهود على معرفتها فلا باس بالنظر اليها في الموضع • وان كانت فيه شهوة ولا ينبغي له ان يمس وجهها ولا يدها اذا كانت شابة ممن تشتهى • فاما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها • وان كانت عليها الثياب فلا باس بتامل جسدها اذا لم تكن ثياب تلزق بجسدها وتصفها حتى يستبين جسدها فاذا كان كذلك فينبغي له ان يغض بصره عنها الى هنا لفظ الكافي • وقال الولوالجي في فتاواه وينظر الى الوجه والكف منها ان امن الشهوة • واذا اشتهى لا ينظر وكذا اذا كان اكبر رايه ذلك او شك الا ان يكون دعي الى الشهادة عليها • او اراد تزوجها • او كانت امة اراد شراها • او كان حاكما ينظر ليجيز اقرارها وليشهد الشهود على معرفتها فلا باس بالنظر اليها في هذه المواضع • وان كانت فيه شهوة فاما الاشهاد والقضا فلان الاشهاد لا يصح مع جهالة الوجه والقضا كذلك فكان فيهما الضرورة والضرورة الماسة اثرت في اباحة المحرم كضرورة المخمصة يباح فيها تناول الميتة • بخلاف الضرورة العاملة لان المعاملة مع مجهولة الوجه جائزة ولكن لا يعاملها كل احد فلم يكن فيه ضرورة ماسة وفيه حرج فابيحنا النظر من غير شهوة للمعاملة ولم يبح حالة الشهوة • واما حالة ارادة النكاح والشرا فلان النظر بشهوة ما حرم لعينه وانما حرم لانه يصير سببا للوقوع في الزنا والنظر عند ارادة النكاح والشرا بشهوة يصير سببا للوطء الحلال لا الزنى ولا ينبغي له ان يمس وجه الاجنبية ولا يدها ان كانت شابة ممن تشتهى لان المباح انما لا يباح النظر الى وجهها وكفها • وان كان بغير شهوة لانه في الغالب يصير سببا للشهوة لكثرة الرغبة اليها الا انا ابحنا النظر لدفع الحرج ولا حرج في ترك المس فبقي داخلا تحت التحريم • وهذا اذا كانت المراة شابة ممن تشتهى فاما ان كانت عجوزا ممن لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها • لما روي عن الحسن البصري انه اتته امراة من العابدات فقال لولا انك شابة لصافحتك • وان كان شيخا كبيرا لا يجامع مثله ولا مثلها فلا باس بالمصافحة ونحو غير ذلك كما في الصغيرة • وان كان عليها الثياب فلا باس بتامل جسدها فاما اذا لم تكن ثياب تلزق بجسدها حتى يستبين جسدها • لانه متى لم يصف ما تحتها من جسدها يكون ناظرا الى الثياب فاما اذا كانت الثياب ملتزقة بها تصف النركيب او كان رقيقا يصف ما تحته ينبغي ان يغض بصره عنها لانه حينئذ يكون ناظرا الى اعضائها

من رجم بيده رما يصف الثياب **قوله** لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امراة اجنبية عن شهوة صب في عينه الانك يوم القيامة هكذا ذكر شمس الائمة الحديث في شرح الكافي وذكر في صحته نظر • والمحاسن جمع الحسن ضد القبح على خلاف القياس وكانه جمع محسن كذا قال الجوهري والانك الاسرب وافعل من ابنية الجمع ولم يجي عليه الواحد الا انك كذا في الصحاح **قوله** لم يرخصه فيقال رخصه اي قام عليه في مرضه **قوله** لما فلنا اشارة الى قوله لانعدام خوف الفتنة **قوله** قال ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الحاجة تدعوا الى النظر الى وجهها في هذا الموضع بغير الشهوة مع خوف الشهوة كما يجوز للشهود النظر الى العورة عند الزنا ليقيموا الشهادة • وعلى هذا اذا اراد ان يتزوجها لما روى الترمذي في جامعه باسناده الى المغيرة بن شعبة انه خطب امراة فقال النبي صلى الله عليه وسلم انظر اليها فانه احرى ان يدوم بينكما ولا ينبغي ان يمس شيا من ذلك اذا كانت ممن تشتهى لان المس اغلظ من النظر لان الشهوة فيه اكثر فيمنع من غير حاجة كذا في شرح الاقطع • قال في الفائق الادم الابدام الاصلاح والتوفيق من ادم الطعام وهو اصلاحه بالادام وجعله موافقا للطاعم • وقوله ان يودم اصله بان يودم فحذفت الباء وحذفها مع ان وان كثير • والمعنى ان النظر اولى بالاصلاح وايقاع الالفة والوفاق بينكما • ويجوز ان يكون المعاهد الشان واحرى ان يدوم جملة في موضع خبران **قوله** ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها • هذا لفظ القدوري في مختصره • وانما حل للطبيب النظر الى ما لا يحل النظر اليه للضرورة لان للضرورة تاثيرا في اباحة المحرمات بدليل اباحة الميتة والخمر عند الضرورة وخشية التلف • قال ظهير الدين اسحق الولوالجي في فتاواه ولا يحل النظر الى ما تحت السرة الى الركبة من الرجل والمراة لاحد من غير عذر • فاذا جا العذر جاز النظر والاعذار منها حالة الولادة ولا باس للقابلة ان تنظر الى فرجها • ومنها حالة الاختتان للرجال ان ينظر من الرجل الى موضع الاختتان منه عند الحاجة • لان الاختتان من شعائر الاسلام فلا يمنع تركه ولا يمكن الاختتان الا بعد النظر • ومنها اذا اصابه قولنج فاحتيج الى الحقنة • ومنها اذا اصابت المراة قرحة في موضع لا يحل للرجال ان ينظر اليها علمت المراة دواها المداويها وان لم تعلم ولم تجد امراة تداويها وخافوا على المراة ان تهلك ان يصيبها بلا او وجعها لا يحتمله ولم يكن لها علاج بد من الرجل يباح للرجال ان ينظر لكن يستر منها كل شي الا موضع القرحة لان الضرورة تندفع بها • وسوا في ذلك ذوات المحرم وغيرها لانهما سواء في حرمة النظر الى هذه المواضع • ومنها المراة العنين ادعت انها بكر ... الى ان قال ابو بكر القاضي ... النسا ومنها رجل اشترى جارية على انها بكر فبضها فقال وجدتها ثيبا فاراد ردها على البائع او يمينه على انه باعها وسلمها وهي بكر نظر اليها النسا فان قلن هي بكر فلا يمين على البائع • وان قلن هي ثيب استحلف البائع على انه باع وسلم وهي بكر فان حلف لم يرد عليه هكذا ذكر في مختصر الكافي • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال بعض مشايخنا هذا الجواب يستقيم فيما اذا اختلفا قبل القبض • اما بعده فلا لانه يحتاج الى الخصومة ولا يمكن البكارة عند المشتري فلا فائدة في ان يرى النسا والصحيح انها ترى النسا • وان وقع الاختلاف بعد القبض لانه يحتاج الى توجيه الخصومة ولا يمكن من ذلك الا بعد ظهور الحال فكان في الاراة فائدة **قوله** لقوله عليه السلام ابصرها فانه احرى ان يودم بينكما • ولفظ الحديث في جامع الترمذي انظر اليها وقد مر بيانه قبل هذا **قوله** وصار كنظر الخافضة والختان الخفض للجارية كالختن للغلام • يقال اخفض الجارية مخفوضة اي مختونة • يعني صار نظر الطبيب الى موضع لا يحل النظر اليه كنظر الخافضة والختان اليه • يعني ان النظر الى العورة الغليظة لا يجوز الا في حالة العذر • والختان عذر لانه سنة مؤكدة من شعائر الاسلام فلا يجوز تركها في حق الرجل والمراة جميعا فلا جرم حل النظر للرجل الى عورة الرجل والمراة الى عورة المراة لاقامتها فكذا نظر الطبيب الى موضع القرحة اذا لم يكن بد من علاج الرجل يباح للعذر وهو الحاجة الماسة اليه لانه مداواة **قوله** لانه مداواة اي لان الاحتقان مداواة يحصل بها ازالة الفضلات • والاخلاط الرديئة ويبرئ في موضعه **قوله** ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش • اي يجوز الاحتقان للمرض وللهزال الفاحش لانه اخر الدق فيحل نظر المحتقن الى موضع الاحتقان لان الاحتقان لا بد في بدونه • وذكر شمس الائمة الحلواني ان الحقنة انما تجوز عند الضرورة واذا لم يكن ثمة ضرورة ولكن فيه منفعة ظاهرة بان كان يتقوى على الجماع لا يحل عندنا • واذا كان به هزال فان كان هذا الا يحس منه الكلف يحل والا فلا **قوله** قال وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى ركبته • اي قال القدوري في مختصره قال الكرخي في مختصره لا ينبغي ان ينظر الرجل من الرجل الا ما بين سرته الى ركبته ولا باس بالنظر الى سرته ويكره النظر منه الى الركبة • وكذلك المراة من المراة وبلغنا عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان اذا اتزر ابدا عن سرته الى هنا لفظ الكرخي • وقال ابو القاسم الجلاب المالكي في كتاب التفريع وعورة الرجل فرجاه وفخذاه • ويستحب له ان يستر من سرته وركبته الى هنا لفظ التفريع • وقال في وجيز الشافعي رضي الله عنه وعورة الرجل ما بين السرة والركبة الى هنا لفظ الوجيز وهذا اصح الوجهين فيهما • وروي عن الشافعي رضي الله عنه انهما عورة • وقال اصحاب الظواهر الفخذ ليس بعورة وعند مالك ايضا وقال ابو عصمة سعد بن معاذ المروزي وهو من كبار اصحابنا السرة عورة • وقال الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل البخاري الكماري ما تحت السرة الى منبت الشعر من العانة ليس بعورة عند مالك ايضا لانه لا يحل غير الوجهين والفخذ من عورة لان الازار قد ينحط بالعمل الى ذلك الموضع فكان فيه ضرورة فابيح النظر الى ذلك للتعامل • وجه قول ابي عصمة ان السرة احد حدي العورة فيعتبر بالاخر وهو الركبة فلا يحل النظر الى الركبة فكذا الى السرة • ولاصحاب الظواهر قوله تعالى فلما ذاقا الشجرة بدت لهما سوآتهما والمراد منه العورة الغليظة • وروى الطحاوي باسناده الى حفصة بنت عمر قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم قد وضع ثوبه بين فخذيه فجا ابو بكر رضي الله عنه فاستاذن فاذن له النبي صلى الله عليه وسلم على هيئته ثم جا عمر بمثل هذه الصفة ثم جا اناس من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم على هيئته ثم جا عثمان فاستاذن عليه فاذن له ثم اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم ثوبه فتجلله فتحدثوا ثم خرجوا فقلت يا رسول الله جا ابو بكر وعمر وعلي واناس من اصحابك وانت على هيئتك فلما جا عثمان تجللت ثوبك فقال او لا استحي ممن تستحي منه الملائكة • ولنا في السرة ما روينا عن ابن عمر انه كان اذا اتزر ابدى عن سرته • ونقول في الركبة هي ملتقى عظم الفخذ وعظم الساق فمنصب الفخذ منها عورة فكذا منصب الساق منها فتعذر الفصل تغليبا للمحرم على المبيح

وثاني الفخذ ما حدث صاحب السنن بسنده الى زرعة بن عبد الرحمن بن جرهد قال كان جرهد من اصحاب الصفة انه قال جلس رسول الله صلى
الله عليه وسلم عندنا وفخذي منكشفة فقال اما علمت ان الفخذ عورة • وروى صاحب السنن باسناده الى عاصم بن ضمرة عن علي رضي الله عنه
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تكشف فخذك ولا تنظر الى فخذ حي ولا ميت ذكره في السنن في كتاب الحمام • وروى الطحاوي في اواخر
كتاب الصلاة باسناده الى علي رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الفخذ عورة • وروى الطحاوي ايضا في شرح الآثار باسناده
الى مجاهد عن ابن عباس قال خرج النبي صلى الله عليه وسلم فرأى فخذ رجل فقال فخذ الرجل عورة • والجواب عن حديث حفصة فنقول حدث
الطحاوي باسناده الى عائشة ان ابا بكر استأذن على النبي صلى الله عليه وسلم وهو لابس مرط ام المؤمنين فاذن له فقضى له حاجته • ثم
خرج ثم استأذن عليه عمر وهو على تلك الحال فقضى اليه حاجته • ثم خرج فاستأذن عليه عثمان فاستوى جالسا وقال لعائشة اجمعي عليك ثيابك
فلما خرج قالت له عائشة ما لك لم تفزع لابي بكر وعمر كما فزعت لعثمان فقال ان عثمان رجل كثير الحياء ولو اذنت على تلك الحال خشيت ان لا يبلغ
في حاجته • قال الطحاوي وهذا هو اصل الحديث ليس فيه ذكر الفخذين • والجواب عن تمسكهم بالآية فنقول تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على
نفي ما عداه • والجواب عن قول محمد بن الفضل ان التعامل انما يصح اذا لم يكن فيه نص بخلافه • وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته وكماري بضم الكاف وتخفيف الميم بعدها الالف بعدها الرا المكسورة وفي اخرها يا ساكنة
اسم قرية ببخارى اليها ينسب الشيخ محمد بن الفضل الكماري **قوله** في الفرج قال في ديوان الادب الفرج العورة واراد بها هنا العورة
الغليظة وهي الفرجان لان حرمتهما مجمع عليها وما سوى ذلك اختلاف كما ذكرنا • قال شمس الائمة في شرح الكافي في كتاب الاستحسان حكم العورة في الركبة
اخف منه في الفخذ • ولهذا قلنا من رأى غيره مكشوف الركبة ينكر عليه برفق ولا ينازعه ان لج وان رآه مكشوف الفخذ انكر عليه بعنف ولا يضربه
ان لج • وان رآه مكشوف السوأة امره بستر العورة وادبه على ذلك ان لج **قوله** ما يباح النظر للرجل من الرجل يباح المس • يعني
اذا كان المس من غير شهوة ثم صرح في التحفة **قوله** لانهما فيما ليس بعورة سواء اي لان النظر والمس فيه سواء فكما يجوز النظر اليه يجوز مسه
بغير شهوة **قوله** قال وتجوز المراة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اي من الرجل • اي قال القدوري في مختصره يعني تنظر
المراة الحرة الاجنبية من الرجل الى جميع بدنه ما خلا ما بين السرة والركبة الى ان يجاوز الركبة لان ذلك عورة وما سواه ليس بعورة فحل لها
النظر اليه • قال في شرح الكافي وهذا اذا كانت المراة بحيث لو نظرت اليه لا تشتهيه • فاما اذا كانت تشتهيه او كان اكبر رأيها ذلك
لم يحل لها النظر اليه لما فيه من خوف الفساد • لان الرجل قد يعمل متجردا عند الحاجة ويغلب ذلك فلو لم يجز لها النظر اليه لضاق الامر
على الناس في ذلك • قال الولوالجي في فتاواه واما اذا نظرت الى الرجل ووقع في قلبها شهوة او كان ذلك اكبر رأيها او شكت في ذلك
فالمستحب لها ان تغض بصرها عنه • وفي الرجل اذا نظر الى المراة ووقع في قلبه شهوة او كان ذلك اكبر رأيه او شك يحرم عليه النظر • اما
اذا كان الناظر يشتهي فهو الرجل فلان النساء اكثر شهوة من الرجل فكانت الشهوة من جانبها ثابتة اشتهاها من حيث الاعتبار وقد وجد من جانب
الرجل حقيقة الاشتهاء والاشتهاء من الجانبين اكثر افضاء الى الوقوع الحرام من الاشتهاء من جانب واحد • واما اذا كان الناظر يشتهي هي المراة فالاشتهاء
ان تحقق من جانبها من حيث الحقيقة لم يتغير ثابتا من جانب الرجل وتجرد الشهوة من احد الجانبين في سببية ما هو حرام دون الشهوة من الجانبين
فلهذا قلنا الاستحباب في جانب المراة بالحرمة في جانب الرجل **قوله** وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي بمنزلة
نظر الرجل الى محارمه • يعني في تلك الرواية لا تنظر المراة من الرجل الى ظهره وبطنه **قوله** وهو بهذه الصفة اي كان في قلبه
شهوة او كان في اكبر رأيه انه يشتهي او شك في الاشتهاء **قوله** وهذه اشارة الى التحريم • اي قوله لم ينظر **قوله** وكذا الفرق
اي بين الرجل والمراة حيث كان نظر الرجل حراما وغض بصرها استحبابا وبيان الفرق ما قلنا **قوله** حقيقة واعتبارا • اي لم توجد الشهوة
من جانب الرجل اعتبارا ايضا لعدم غلبة الشهوة **قوله** قال وتنظر المراة من المراة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل • اي قال
القدوري في مختصره قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي • وذكر بعض الناس قال لا لانه عورة الا انا نقول
المراة تحتاج الى دخول الحمام والى العمل في بيتها متجردة والنساء يدخلن عليها فلو لم يجز النظر ادى ذلك الى تضييق الامر على الناس فقلنا بالجواز ولان
المراة لا تشتهي المراة غالبا كما لا يشتهي الرجل الرجل فلما جاز للرجل النظر الى الرجل كذلك يجوز للمراة النظر الى المراة لانعدام الشهوة فالبار وجود
المجانسة كما في نظر الرجل الى الرجل • فان قلت روى صاحب السنن بسنده الى عبد الله بن عمرو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انها ستفتح لكم ارض العجم
وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلها الرجال الا بالازر وامنعوها النساء الا مريضة او نفساء • قلنا المراد منه الحمل على
منعهن من الخروج وتعلقا هو اقرب الى سترهن • كما في قوله تعالى وقرن في بيوتكن الا ان نظر بعضهن الى بعض لا يجوز الا فيما هو عورة
من الرجل وهو ما تحت السرة الى الركبة • والركبة عورة ايضا • يدل على هذا بناء الحمامات للنساء خاصة في سائر امصار المسلمين من غير
نكير وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن • قال صاحب الهداية وعن ابي حنيفة ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى محارمه
يعني لا تنظر المراة من المراة الى ظهرها وبطنها ايضا • بخلاف نظر المراة الى الرجل حيث جاز نظرها الى ظهر الرجل وبطنه لاحتياج الرجال
الى زيادة الانكشاف في العمل • والاول اصح وهو جواز نظر المراة الى ظهر المراة وبطنها لئلا يضيق الامر على الناس **قوله** قال وينظر
الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها • اي قال القدوري في مختصره وذلك لما روى البخاري في الصحيح باسناده الى عروة عن عائشة
رضي الله عنها قالت كنت اغتسل انا والنبي صلى الله عليه وسلم من اناء واحد من قدح يقال له الفرق • والفرق مكيال يسع ستة عشر رطلا كذا في
ديوان الادب فلو لم يجز النظر لم يتجردا في مكان واحد • ولانه يحل له الوطء فيحل ما دونه وهو النظر والمس بالطريق الاولى • الا ترى الى
قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين • اي اذا لم يحفظوا فروجهم على نسائهم واماءهم فلا لوم
عليهم لانه حلال الا ان الادب ان لا ينظر الى الفرج لما روي عن عائشة رضي الله عنها قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ير مني ولم ار منه وهذا من

مكارم الاخلاق فلابد ان يعلق تحريم النظر لما قلنا وكان ابن عمر رضي الله عنه يقول الاولى ان ينظر الرجل الى فرج امرأته عند الوقاع ليكون ابلغ
في تحصيل معنى اللذة • وروي عن ابي يوسف في الامالي قال سألت ابا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته او تمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك
بأسا قال لا ارجو ان يعظم الاجر • وهذا اذا كانت المراة طاهرة • فاما اذا كانت حائضا اجمعوا انه لا يحل له الجماع في الفرج فلو جامع مع ذلك لا
يلزمه شيء سوى الاستغفار والتوبة • والذي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ان رجلا ساله عن ذلك فامره ان يتصدق بدينار او بنصف دينار
وهو على الاستحباب لا الوجوب • وروي عن ابي يوسف ومحمد قالا يلزمه دينار ان اتى في اقبال الدم ونصف دينار في ادباره كذا في شرح
الطحاوي • واما الجماع فيما دون الفرج قال ابو حنيفة وابو يوسف له ذلك فيما فوق الازار ولا يحل له فيما تحت الازار • وقال محمد يجتنب
شعار الدم وهو موضع الفرج وله ما سوى ذلك لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها سئلت ما يحل للرجل من امرأته الحائض قالت يجتنب شعار
الدم وله ما سوى ذلك • وهما يقولان الجماع فيما دون الازار سبب يؤدي الى الجماع في الفرج والجماع في الفرج حرام فما يكون سببه ايضا يجب ان يكون
حراما ايضا • وتفسير الازار على قولهما • قال بعضهم الازار المعروف ويستمتع بما فوق السرة ولا يستمتع بما تحت السرة • وقال بعضهم المراد هو
الاستتار فاذا استتر حل الاستمتاع بما فوقه ولا ينبغي ان يعتزل عن فراشها فان ذلك يشبه فعل اليهود وقد نهينا عن التشبه بهم كذا ذكر
الولوالجي في فتاواه **قوله** قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها
وبطنها وفخذها • اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال محمد بن الحسن لا بأس ان ينظر الرجل من امه وابنته
البالغة واخته وكل ذات رحم محرم منه • ومن كل ذات محرم من رضاع او نكاح او وطء • وكذلك ما حرم بوطء ابيه او ابنه او نكاح ابنه وان
لم يكن بينهما محرم رحم الى شعرها والى صدرها والى ثدييها وعضديها وساقيها وقدميها ولا ينبغي ان ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى ما بين سرتها
حتى يجاوز الركبة • وان كان ينظر الى شيء من ذلك لشهوة فليس له ان ينظر الى ذلك • وكذلك ان كان اكبر ظنه انه اذا نظر اشتهى ينبغي له ان يغض
بصره وان امن على نفسه فلا بأس ان يسافر بها ويكون محرما لها او يسافر معه لا محرم لها غيره • فان خاف على نفسه فلا يسافر بها ولا يخلو بها ولا
ينبغي لها ان خافت ذلك من نفسه ان تخلو معه في بيت ولا تسافر معه • فاما اذا امنت ذلك او كان عليه اكبر رأيها فلا بأس بالخلوة معها والسفر معها
وكل شيء من هذا الذي وصفت لك انه لا بأس بالنظر اليه من امه او من ذات محرم فلا بأس بان يمسه منها ولا بأس ان يمس شعر امه ويغسله ويدهنه ويمس
ساقيها ورجليها ويغمز ذلك منها ويمس صدرها وثديها وعضدها ووجهها وذراعيها وكفيها • ويكره له ان يمس ما كره النظر اليه اذا كان مجردا وان
كانت غير مجردة واحتاج الى حملها او ركوبها فلا بأس ان يحملها ويركبها ويأخذ ببطنها وظهرها فان كانت تخاف ان تشتهي ان مسها في ذلك
او كان عليه اكبر رأيه فليجتنب ذلك بجهده الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • والاصل فيها قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن او ابائهن او اباء
بعولتهن او ابنائهن او ابناء بعولتهن او اخوانهن او بني اخوانهن او بني اخواتهن او نسائهن او ما ملكت ايمانهن او التابعين غير اولي الاربة من الرجال
او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء • واراد بالزينة مواضع الزينة لما عرف في الشرع ومواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف والقدم هو
ومواضع الزينة الباطنة الرأس لانه موضع التاج والشعر لانه موضع العقاص • والاذن لانه موضع القرط والصدر والثدي وهما موضعا القلادة
والعضد موضع الدملج • والساعد موضع السوار • والساق موضع الخلخال • ومعنى الاية والله اعلم انهن لا يبدين مواضع زينتهن الا لبعولتهن
اي لازواجهن او ابائهن ويدخل فيهم الاجداد او اباء بعولتهن فقد صاروا محارم او ابنائهن ويدخل فيهم النوافل او ابناء بعولتهن فقد صاروا محارم
ايضا او اخوانهن او بني اخوانهن ويدخل فيهم النوافل الاخوة والاخوات ايضا • والآية ثبت في هؤلاء المحارم ثبت في سائر المحارم من الاعمام والاخوال
وفي المحارم بالرضاع لان ذكر بعضهم تنبيه على سائرهم كذا في التيسير • وقوله تعالى او نسائهن اي الحرائر المسلمات لانه ليس للمؤمنة ان تتجرد بين يدي
مشركة او كتابية • قال صاحب الكشاف والظاهر انه عنى بنسائهن وما ملكت ايمانهن من في صحبتهن وخدمتهن من الحرائر والاماء والنساء كلهن سواء
في حل نظر بعضهن الى بعض • وقيل ما ملكت ايمانهن هم الذكور والاناث جميعا • وعن عائشة رضي الله عنها انها اباحت النظر اليها لعبدها وقالت
لذكوان انك اذا وضعتني في القبر وخرجت فانت حر • وعن سعيد بن المسيب مثله ثم رجع وقال لا يغرنكم اية النور فان المراد بها الاماء
وهذا هو الصحيح كذا في الكشاف • وقرأ ابن عامر وعاصم في رواية ابي بكر غير بالنصب على الاستثناء والباقون بالخفض على النعت • والاربة
الحاجة وهم اتباع البيت الذين لا يشتهون النساء كالبله والشيوخ الصلحاء ومن بهم عنانة ولتبرك ذلك يوافق على الخصي والمجبوب والمخنث لانهم يشتهون
ويشتهون • واراد بالطفل الجمع لانه يفيد الجنس كقوله تعالى ثم نخرجكم طفلا اي لا يعرفون العورة ولم يبلغوا اوان القدرة لان الحرمة
سبب للتشهوة فلم يكن النظر الى هذه المواضع داعيا الى الفساد ولا موقعا به لحاجة • ولان المحرم قد يحتاج الى الدخول عليها في كل وقت
والمراة تجلس في البيت كاشفة الاعضاء بحكم العادة • فلو وجب عليها الستر في كل حالة ادى الى الحرج فسقط الستر • بخلاف النظر الى الظهر
والبطن والفخذ حيث لا يجوز ذلك لانها ليست بمواضع الزينة الظاهرة والباطنة جميعا • ولانه لا ضرورة في النظر اليها **قوله**
منها قال في الفائق قال الاصمعي المعقد بفتح الميم هي المخدة • ولا يقال المعقد بكسر الميم **قوله** فلا تنظر اليها اي تقاربها اي مواضع الزينة
قوله لوجود المبيح وهو المحرمية وقلة الرغبة في المحارم **قوله** في الاصح يتعلق بقوله او سفاح لان اختلاف المشايخ في
المصاهرة بالزنا لا في المصاهرة بالنكاح لانهم قالوا جميعا اذا كانت محرما بسبب مباح او شبهة يجوز الخلوة والمسافرة معها • واذا كانت
محرما بالزنا فلا تسافر معه عند بعضهم واليه ذهب القدوري وبه ناخذ لان ثبوت حرمة المصاهرة بحيث لا يجوز نكاح المزنية وبنتها احتياطا
والاحتياط هنا في ان لا تسافر ولا تخلو معه **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لوجود المبيح لان بالمصاهرة كيف ما كانت ثبتت
المحرمية والمحرمية تقلل الرغبة • ويدخل المحرم بلا اذن ايضا فلو حرم النظر لزم الحرج **قوله** قال ولا بأس بان يمس ما جاز ان ينظر
اليه منها • اي قال القدوري في مختصره • اي لا بأس للرجل ان يمس الموضع الذي يجوز له ان ينظر اليه من ذلك الموضع من ذوات المحارم وقال
في شرح الكافي لا يجوز مسه وان كان بعض الناس لانه لا ضرورة في المس • ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا قدم من سفر قبل رأس فاطمة

عليه السلام • وعن ابي بكر رضي الله عنه انه قبل راس عائشة • وعن محمد بن الحنفية قبل راس امه كذا في شرح الاقطع • وقال في شرح الكافي وعن محمد بن المنكدر انه قال بت اغمز رجل امي وبات اخي يصلي وما احب ان يكون ليلتي بليلته • ولانه لما يجوز النظر اليه دفعا للحرج جاز مسها لهذا المعنى ايضا لانه في المسافرة مما يحتاج الى اركابها وانزالها وخدمتها فلو لم يجز المس لادى الى الحرج فجاز المس ايضا للحرج وقلة الرغبة • بخلاف الاجنبية حيث يجوز النظر الى وجهها وكفيها ولا يجوز المس لان الشهوة بين الاجانب والاجنبيات متكاملة فلو جوز المس لادى الى الفساد غالبا • ولا يجوز النظر الى الظهر والبطن وما تحت السرة من ذوات المحارم لانه لا ضرورة الى ذلك • فان كان عليها ثياب ان كانت رقيقة يحكي ما تحتها لم يجز النظر اليها لانها عورة والنظر الى العورة حرام • وان كانت ثخينة جاز ذلك لانه يقع النظر في الثياب دون العورة ويجوز المس وراء الثياب لانه قد يحتاج الى ذلك • ويجوز الخلوة بها في بيت لان الخلوة في العادة دون النظر والمس فاذا جاز ذلك جاز هذا كله اذا امن على نفسه الشهوة • فاما اذا لم يامن لا يجوز له المس والنظر حذارا عن الوقوع في الفساد • وكذلك ان اشتهت المراة ايضا لا يجوز لمسها والداعي في جانبها • وكذا لو كان اكبر رايه انه لو خلا بها او سافر معها او مسها ان يشتهيها لم يحل له ذلك لان الغالب ملحق بالقطع احتياطا كذا في شرح الكافي **قوله** لقوله عليه السلام لا تسافر المراة فوق ثلاثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها اعلم ان العلماء اختلفوا في سفر المراة قال بعضهم لا يجوز لها ان تسافر سفرا قريبا او بعيدا الا مع ذي محرم • واحتجوا في ذلك بما روى الطحاوي باسناده الى سعيد مولى ابن عباس يقول قال ابن عباس رضي الله عنهما خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس فقال لا تسافر المراة الا ومعها ذو محرم ولا يدخل عليها رجل الا ومعها ذو محرم • وقال بعضهم كل سفر هو دون البريد فلها ان تسافر بلا محرم وكل سفر يكون بريدا فصاعدا فليس لها ان تسافر الا بمحرم • واحتجوا بما روى الطحاوي باسناده سهيل بن ابي صالح عن سعيد بن ابي سعيد عن ابي هريرة • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافر المراة بريدا الا مع زوج او ذي محرم فلما وقت النبي صلى الله عليه وسلم البريد دليل ان ما دونه بخلافه وقال بعضهم كل سفر هو دون اليوم فلها ان تسافر بلا محرم • وكل سفر يكون يوما فصاعدا فليس لها ان تسافر الا بمحرم • واحتجوا بما حدث الطحاوي باسناده الى يحيى بن ابي كثير عن سعيد بن ابي سعيد عن ابيه انه سمع ابا هريرة يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحل لامراة تسافر يوما فما فوقه الا ومعها ذو حرمة • وقال بعضهم كل سفر هو دون ليلتين فلها ان تسافر بغير محرم • واحتجوا بما حدث الطحاوي باسناده الى ابي سعيد الخدري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تسافر المراة مسيرة ليلتين الا مع زوج او ذي محرم وخالفهم اخرون فقالوا كل سفر يكون ثلاثة ايام فصاعدا فليس لها ان تسافر الا مع محرم وكل سفر يكون دون ذلك فلها ان تسافر بغير محرم • واحتجوا بما حدث الطحاوي ايضا باسناده الى نافع عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامراة ان تسافر مسيرة ثلاثة ايام الا مع محرم • وقال الطحاوي ايضا حدثنا محمد بن عمرو بن يونس قال حدثنا يحيى بن عيسى وعبد الله بن نمير عن الاعمش عن ابي صالح عن ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافر المراة سفرا ثلاثة ايام فصاعدا الا ومعها زوجها او ابنها او اخوها او ذو محرم منها عن ابن عمر قال في حديثه فوق ثلاث فلما وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالثلاث دليل على ان حكم ما دون الثلاث بخلافها • وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف ومحمد رضي الله عنهما ولما اتفقت الاثار على حرمة سفرها بلا محرم مسيرة ثلاثة ايام ولياليها اختلفت فيما دونها فالاخذ المتفق عليه اولى من الاخذ بالمختلف فيه • وقال الطحاوي في شرح الاثار قال قوم لا باس ان تسافر المراة بغير محرم لما روى الزهري عن عمرة عن عائشة انها سمعتها تقول في المراة تحج وليس معها ذو رحم فقالت ما كلهن ذو محرم • وهذه الاقاويل كلها مذكورة في شرح الاثار • وقال قوم لا باس ان تسافر المراة بغير محرم **قوله** قال ويجوز للرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه • اي قال القدوري في مختصره قال الكرخي في مختصره ولا ينبغي للرجل ان ينظر من امة غيره اذا كانت بالغة او يشتهي مثلها او توطا الا الى ما ينظر اليه من ذوات محارمه • ولا باس ان ينظر الى شعرها وصدرها وعضدها وثدييها وساقيها ولا ينظر الى ظهرها ولا الى بطنها ولا الى ما بين السرة منها الى ان يجاوز الركبة وكل ما لا ينظر اليه منها فلا ينبغي له ان يمس ويكون وراء الثوب ولا غيره • ولا باس ان يمس ما حل له النظر اليه ولا باس ان يمس ساقيها وصدرها وشعرها وعضدها • بلغنا ان ابن عمر رضي الله عنه مر بجارية تباع فضرب في صدرها ومس ذراعيها وقال اشتروا فرحي وتركها هذا وعلى انه لا باس بمن اراد الشراء ومن لم يرده • فان خاف على نفسه ان يشتهي ان مس شيئا من ذلك او كان عليه اكبر رايه فليجتنب ان يمس ذلك • وكذلك هو اذا كانت الجارية في بيته مما لا باس ان تمس منه كل شي الا بين السرة الى الركبة لا باس بان تدهن راسه وتمرخه وتدهن صدره وبطنه وساقه وقدمه وتغمز ذلك منه ما لم يخشه او يكون على ذلك اكبر رايها هذا لفظ الكرخي رحمه الله • وذلك لان للاماء ضرورة في ابداء مواضع زينتها الباطنة الى الاجانب لان الامة انما تشترى لاجل الخدمة داخل البيت وخارج البيت فيكون هذه المواضع مكشوفة داخل البيت وخارجه • ولان الاماء يخدمن كاشفات الرؤوس والصدور ويبدين المعاصم ويخرجن الى الاسواق هكذا من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير ولو كانت هذه المواضع منها عورة لامرن بالستر • فلو حرم النظر اليها والمس على الاجانب لضاق الامر على الناس وقد امر الشرع بحكمة • والدليل على ذلك ما روى ابو عبيد في حديث عمر انه راى جارية متكمكمة فسال عنها فقالوا امة ال فلان فضربها بالدرة ضربات وقال يا لكعاء اتشبهين بالحرائر **قوله** متكمكمة اي متقنعة في ثيابها الاينة وانما فعل ذلك لانه من شان الحرائر • ولكنها تعني اللكاع الليئمة • قال ابو عبيد في هذا الحديث من الفقه انه راى ان تخرج الامة بلا قناع فاذا برزت للناس كذلك فكذلك لا ينبغي ان تكون في الصلاة بلا قناع • ولهذا قال ابراهيم في صلاة الامة تصلي كما تخرج الى الاسواق • ويدل عليه ايضا ما روي عن عمر من جارية متساعر ضربه على صدرها ومس ذراعها وقال اشتروا • وكذا في المبسوط ولان امة امراة الرجل تحتاج الى ان تخدم زوج مولاتها وتغمز رجله وكذا امة الابن تحتاج الى ان تخدم اب المولى فمست الضرورة الى الاباحة • ولا يحل النظر الى ظهر المراة الاجنبية ولا الى بطنها خلافا

لمحمد بن مقاتل لعدم الضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الرغبة فيهن وتكامل الشهوة في الامة الاجنبية • والحكم في المدبرة والمكاتبة وام الولد كالحكم في امة القن لكمال الرق المستفاد حكما عند ابي حنيفة حكم المكاتبة وعندهما حرة عليها دين وقد مر ذلك في كتاب العتاق **قوله** ملاها بالدرع اي ضرب علاوتها اي راسها **قوله** واما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم • يعني ان الخلوة بامة الغير والسفر بها اذا امن على نفسه وعليها اختلف المشايخ في ذلك • قال بعضهم تحل له اذا امن عليه وعليها كما في النظر الى مواضع الزينة الباطنة ومسها وامسا كما في المحارم • وقال بعضهم لا تحل لان الاباحة في الامة باعتبار الضرورة ولا ضرورة للاجنبي في حق الخلوة والسفر بالامة الاجنبية **قوله** في الاركاب والانزال اعتبر محمد في الاصل الضرورة فيهن • يعني اذا لم تقدر الامة الاجنبية على الركوب والنزول الا بمعينة ومن يحملها فحينئذ يركبها وينزلها الاجنبي • وفي ذوات المحارم اعتبر مجرد الحاجة يعني يركبها وينزلها المحرم بمجرد حاجة ذات المحرم الى الركوب والنزول سواء كان في ركوبها بنفسها او نزولها ضرورة ام لا **قوله** قال ولا باس ان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي • اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية والمتون ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل اي لم يفصل في جواز المس من الامة الاجنبية مما يجوز النظر اليه بين الاشتهاء وعدمه لانه قال في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يريد شراء الجارية فلا باس بان يمس ساقيها وصدرها وذراعيها وينظر الى ذلك كله مكشوفا الى هنا لفظ محمد فيه فدل على جواز المس لمن يريد الشراء بالاشتهاء لان اطلاق اللفظ يتناول ذلك • واما جواز مس هذه المواضع التي يحل النظر اليها لان النظر انما جاز اليها لمساس الحاجة لان الامة تحتاج الى الخروج في الحوائج والاخذ والاعطاء وتكليف الستر يؤدي الى الحرج فمست الحاجة الى اباحة النظر • وكذلك تقع الحاجة الى المس حال تقليبها ممن يريد شراءها وذلك غرض صحيح فحل اللمس وقال مشايخنا انما يباح له النظر اليها والمس في غير حالة الشراء اذا لم يكن عن شهوة واذا كان عن شهوة يكره له ذلك • فاما اذا امس من هذه المواضع منها وهو يشتهيها او كان اكبر رايه على ذلك فلا يكره ذلك • وان كان يريد الشراء والاستمتاع فيها بخلاف النظر اليها وهو يريد الشراء عن شهوة فانه يباح وذلك لان المس بشهوة جماع بمعنى • والجماع في خيفة حرام • وان اراد الشراء فكذا الجماع معنى بخلاف النظر بشهوة فانه ليس بجماع اصلا • وقال شيخ الاسلام في شرح الجامع الصغير • وذكر القدوري عن محمد انه كره للشاب مس شي من ذلك لان بالنظر كفاية ولم ير ابو حنيفة بذلك باسا لضرورة البيع بل لمن يريد شراها **قوله** قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد • اي قال محمد في الجامع الصغير قال صاحب الهداية ومعناه بلغت • وذلك لان الحيض رديف البلوغ فاراد به المردوف كناية • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال لا ينبغي ان تعرض الامة في ازار اذا كانت حاضت الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • يعني لا تعرض على البيع كذلك • واراد بالازار ما يستر ما بين السرة الى الركبة وهذا لان الازار اذا كان فيه وهي المشابهة لا يستر ظهرها وبطنها وهما عورة خلافا لمحمد بن مقاتل الرازي والنظر الى العورة حرام الا ترى ان النظر الى الظهر من ذوات المحارم والبطن لا يحل • دليله قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم يجعل التشبيه بالظهر تحريما كالفرج • فلو كان النظر اليه والمس حلالا لما كان التشبيه به ظهارا كالوجه والصدر وما اشبه ذلك لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة • واما البطن فلانه محل الشهوة فكان اولى بالحرمة • فاذا ثبت انها عورة في ذوات المحارم ثبت ذلك في الامة لتكامل الشهوة في الامة وقلتها فيهن بالطريق الاولى **قوله** قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل • اي قال القدوري في مختصره • وذلك لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله • ولانه يشتهي الجماع ويفعله وقد قيل اشد الجماع جماع الخصي • وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل ولهذا الرجال اذا اتته لم يثبت النسب منه فصار هو والفحل بمنزلة واحدة وهذا اذا كان شابا وكذا المخنث الذي يباشر الردي من الافعال حكمه في النظر الى الاجنبية كالفحل لانه فاسق يشتهي ولم يرد هؤلاء الثلاثة بما اطلق تحت قوله تعالى والتابعين غير اولي الاربة من الرجال لوجود الاربة والاشتهاء منهم فيوخذ فيهم بحكم كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم يدل على صحة هذا ما روي في الصحيح البخاري وغيره مسندا الى هشام بن عروة عن ابيه عن زينب ابنة ابي سلمة عن امها ام سلمة قالت دخل علي النبي صلى الله عليه وسلم وعندي مخنث فسمعته يقول لعبد الله بن ابي امية يا عبد الله ارايت ان فتح الله عليكم الطائف غدا فعليك بابنة غيلان فانها تقبل باربع وتدبر بثمان فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يدخلن هؤلاء عليكن • قال ابو عبيد في غريب الحديث قوله تقبل باربع يعني اربع عكن في بطنها فهي تقبل بهن • وقوله تدبر بثمان يعني اطراف هذه العكن الاربع • وذلك لانها محيطة بالجنبين حتى لحقت بالمتنين من مؤخرها من هذا الجانب اربعة اطراف ومن الجانب الاخر مثلها فهذه ثمان • وقد ذكر في الصحيح البخاري عن ابن جريج ان اسم المخنث هيت • وقد ذكر بعضهم في اسامي الرجال ان اسمه مانع • ووجه دخوله على ازواج النبي صلى الله عليه وسلم انه كان عند النبي صلى الله عليه وسلم من غير اولي الاربة من الرجال لقوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة من الرجال • ولهذا كان ترك النبي صلى الله عليه وسلم اياه ان يدخل على ازواجه فلما وصف الذي وصف من المراة علم انه ليس من اولئك وامر باخراجه ونهى عن دخوله • كذا قال ابو عبيد رحمه الله وقيد المخنث بالردي من الافعال احترازا عما اذا لم يكن كذلك ولكن يكون في اعضائه لين لا يشتهي النساء اصلا وبه عنانة يخدم في البيت حيث يجوز لهن ابداء مواضع زينتهن اليه لدخوله تحت قوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة من الرجال **قوله** والطفل الصغير مستثنى بالنص وهو قوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء **قوله** قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر منه اليها • اي قال القدوري في مختصره والعبد فيما ينظر اليه من مولاته والحر الذي لا قرابة بينه وبينها ولا حرمة سواء كان خصيا او فحلا اذا كان قد بلغ مبلغ الرجال • ولا رخصة للخصي فيما يحرم على الفحل الى هنا لفظ الكرخي • ووجه قول مالك قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن او ابائهن او اباء بعولتهن الى قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن • وذلك لان ما كلمة عامة تتناول الذكور والاناث فيحل لهن ابداء مواضع زينتهن لمماليكهن لانه لان المولاة قد تحتاج الى خدمة العبد وهو يدخل عليها بلا استئذان وفي كاشفة شعرها وقدميها ونحو ذلك فلو لم يجز النظر ادى الى الحرج ولنا ان العبد ليس بمحرم ولا زوج ويحل المناكحة بينها وبينه في الجملة لان مناكحتها عليه لا تحرم على التابيد • والذي يؤثر في التحريم

وفي النظر ما كان على التأبيد ولم يوجد تحريم الخلوة منها والنظر الى مواضع زينتها لانها دواعي الى الفساد لتحقق النهوض في العبد وموالاته
قوله يحتاج الى خدمته جوابه ان العبد يخدم ظاهر البيت لا داخل البيت • هذا هو الفساد فلم تمس الحاجة اليه • وقال في الكتاب
وعن سعيد بن المسيب قال لا يغرنكم اية النور فان المراد بها الاماء • وهذا قول الحسن البصري وعامر الشعبي ايضا • قال ابو جعفر الطحاوي
في شرح الاثار حدثنا صالح بن عبد الرحمن • قال حدثنا سعيد بن منصور قال حدثنا هشام قال اخبرنا مغيرة عن الشعبي ويونس عن الحسن انهما
قالا لا ينظر العبد الى شعر مولاته • ونقل نجم الدين النسفي في تيسيره عن سمرة بن جندب مثل قول سعيد • ولنا فيه نظر لانه لو كان صحيحا
وسمرة من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم شارع الطحاوي لشرح سمرة في الاخبار والاثار وسعيد بن المسيب من اعلى طبقات التابعين سمع عثمان
ابن عفان وعلي ابن ابي طالب وحكيم بن حزام وعبد الله بن عمرو وابا هريرة وابا سعيد الخدري وعائشة وابا المسيب وروى عنه الزهري
وقتادة وغيرهما وولد سعيد لسنتين خلتا من خلافة عمر بن الخطاب • ومات سنة خمسة عشرة ومائة سنة ثلاث وتسعين • وقيل
مات سنة اربع او خمس وتسعين كذا في كتاب الهداية والارشاد • وكذا الحسن من اعلى طبقات التابعين روى عن ابي بكرة وعمرو بن سلمة
ومعقل بن يسار وجندب بن عبد الله وسمرة بن جندب وعبد الرحمن بن سمرة وانس بن مالك • وروى عنه ابن عون وقتادة وغيرهما
وولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر • ومات سنة احدى وعشرين وكان يوم قتل عثمان ابن اربع عشرة سنة وتوفي في سنة عشر ومائة • والشعبي
هو عامر بن شراحيل الشعبي من اعلى طبقات التابعين ايضا ولد لست سنين خلت من خلافة عمر بن الخطاب حدث عن علي بن ابي طالب والحسن
والحسين ابني علي وعبد الله بن جعفر بن ابي طالب • وعبد الله بن عباس • وعبد الله بن عمر • وانس بن مالك وغيرهم من الصحابة
وتوفي الشعبي سنة اربع ومائة وبلغ اثنين وثمانين سنة كذا ذكر الخطيب في تاريخ بغداد **قوله** قال سعيد اراد به سعيد بن المسيب
لما ذكرنا عن الكشاف • وقال البعض في شرحه انما اطلق الشهيد لتناول السعيدين سعيد بن المسيب • وسعيد بن جبير وفيه نظر
لانه يلزم حينئذ ان يكون للمشترك عموم في موضع الاثبات وهو فاسد قال به **قوله** قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل
عن زوجته الا باذنها • اي قال القدوري في مختصره وذلك لما حدث ابو داود في كتاب السنن باسناده الى جابر رضي الله عنه
قال جاء رجل من الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان لي جارية اطوف عليها وانا اكره ان تحمل فقال اعزل عنها ان شئت
يدل على ان له ان يعزل بلا اذن الامة لان وطء المشتبه الى المولى • ولان الامة لا حق لها في الوطء فلم يلزم من العزل نقص حقها
فلم يتوقف العزل على رضاها • بخلاف الحرة فان لها حقا في الوطء ولهذا كان لها الخيار اذا وجدت زوجها مجبوبا او عنينا وكذا لها حق الولد
وليس للامة كذلك فكان في العزل تنقيص حق الحرة فيتوقف على رضاها • وقد روى اصحابنا في كتبهم حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها • وقال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن سعيد بن جبير قال لا تعزل عن الحرة الا
باذنها • واما الامة فاعزل عنها ولا تستأمرها قال محمد وبه ناخذ • فاما اذا كانت الامة منكوحة فالاذن في العزل الى المولى في قول
ابي حنيفة بلا خلاف بينهم في ظاهر الرواية • كذا ذكر محمد في الجامع الصغير • وفي كتاب الاثار ايضا • وعن ابي يوسف ومحمد ان الاذن
في العزل اليها لان قضاء الشهوة حقها لا حق مولاها • وجه الظاهر ان الولد حق المولى لانه ملكه فكان الاذن في العزل اليه كالحرة لما
فان حقها بالولد فكان الاذن اليها وهو حق الحضانة • والباقي مر في باب نكاح الرقيق **قوله** فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها
ويستبد به المولى • اي فلاجل ان الوطء حق الحرة ولا حق للامة في الوطء لا ينقص الزوج حق الحرة في الوطء ان يعزل عنها ويستبد بالعزل المولى

فصل

في الاستبراء وغيره والاستبراء طلب براءة الرحم عن الحمل وهو نوعان مستحب وهو ان البائع
يستبرئها اذا اراد بيعها وواجب وهو على المشتري • وعندنا لا يجب الاستبراء على البائع صيانة لمائه اذ يحتمل انها علقت منه • ولنا ان طلب
البائع وحقه قائم في الوطء فلا يمنع منه وما قاله من الصيانة يحصل باستبراء المشتري **قوله** قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها
ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها • اي قال في الجامع الصغير والاصل فيه ما روى صاحب السنن باسناده الى ابي
سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سبايا اوطاس لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة • وروى
ايضا باسناده الى رويفع بن ثابت الانصاري انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الاخر
ان يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها ولا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الاخر ان يبيع مغنما حتى يقسم واخرجه الترمذي مختصرا • وقال الكرخي
في مختصره وعن مكحول انه قال قلت للزهري ما علمت ان عمر حتى انقضى اجله وابن مسعود بالعراق حتى انقضى اجله وعثمان بن عفان رضي الله عنهم
كانوا يستبرئون الامة بحيضة حتى كان معاوية وكان يقولوا بحيضتين • قال الزهري وانا ادركت عبادة بن الصامت وقد نادى بحيض ما
رويناه وجوب الاستبراء على الوطء ونبه على غاية وجود الاستبراء فكان الحل موقوفا على وجوده • ودل ايضا على شغب وجوب
الاستبراء هو استحداث ملك اليمين واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهو السبية • والحكمة في وجوب الاستبراء صيانة للمياه المحترمة
عن الاختلاط وصيانة الانساب عن الاشتباه • والحكم يدار على العلة لا على الحكمة • والعلة الحقيقية ارادة الوطء لانه اذا اراد الوطء
وجب عليه الاستبراء ولكن ارادة الوطء خفية فاقيم دليلها الظاهر وهو التمكن من الوطء بالملك واليد فاقيما مقامها تيسيرا لحمل الاستحداث
الملك واليد علة كما في السفر مع المشقة • ثم تعدى الحكم الى سائر اسباب ملك اليمين حتى وجب على الاستبراء في سبب ملك اليمين سواء كان
شراء او هبة او وصية او ميراثا او خلعا او كتابة • واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطء حرم دواعي الوطء ايضا من المس والقبلة والنظر
الى الفرج بشهوة قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وروي عن ابي مطيع انه كان لا يرى بالقبلة والملامسة باسا • وذلك لان الدواعي
الى الاجوز لانه يؤدي الى اختلاط الانساب وليس في القبلة والملامسة هذا المعنى • وروي عن ابن عمر انه كان في بعض المغازي فوقع في سهمه
جارية كان عنقها ابريق فضة فلم يصبر حتى قبلها والناس ينظرون اليه فصارت المشتراة كالمسبية فان الدواعي لا تحرم هناك وهو الاصل

المنصوص

المنصوص عليه في الباب والفرع لا يخالف الاصل • ولنا ان الوطء لما حرم حرم دواعيه ايضا كما في الظهار وكما في غير الملك لانها تفضي اليه ثم
وسبب الحرام حرام • ولان الوطء انما حرم لاحتمال وقوعه في غير الملك واحتمال وقوع الدواعي في غير الملك قائم ايضا فتحرم لانها لو كانت
حاملا من البائع وادعى الولد تبين ان هذه الدواعي حينئذ واقعة في ملك الغير وذلك حرام محض • بخلاف الدواعي في الحيض
والصوم فانها لا تحرم لان الوطء انما حرم في الحيض بمعنى الاذى وذلك لا يوجد في الدواعي والوقوع في ملك الغير والصوم قد يمتد الى الشهر
الى شهر فلو حرم الدواعي ادى الى الحرج والحرج مدفوع شرعا • والقتل تابع للفرض فاعطي حكمه • والجواب عن القياس على المسبية فنقول
قال محمد الاسلام ولا تعرض في المسبية • ثم قال وروي عن محمد انه قال لا تحل الدواعي لانها لا تحتمل الوقوع في غير الملك لان المالك الاول
لا يملك الدعوى • وانما حرم الوطء لمعنى السقي زرع غيره وهذا لا يوجد في الدواعي **قوله** في سبايا اوطاس والسبايا جمع سبية
وهي الجارية تسبى واوطاس اسم موضع على ثلاثة مراحل من مكة ولرسول الله صلى الله عليه وسلم غزوة مشهورة به وهي غزوة حنين • وقوله ولا الحبالى يستبرئن
هو جمع حابلة في انه لا حمل لها على خلاف القياس لان دواح الحبالى وهي جمع حبلى والقياس حوابل كما قالوا مثل ذلك في الهدايا والعطايا والقيافي
والعدوات ويستبرئن بالجزم لا غير من استبراء الجارية وهو طلب براءة رحمها من الحمل بحيضة او ما قام مقامها **قوله** وهو ان يكون الولد
ثابت النسب • اي المراد من توهم الشغل بماء محترم هو ان يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من الغير **قوله** والخلع والكتابة • يعني اذا خالع
امرأته على جارية او كاتب عبده على جارية لا يحل للزوج والمولى وطء الجارية قبل الاستبراء **قوله** وغير ذلك كما اذا تصدق على الفقير بجارية
يجب استبراء الفقير • وكذا اذا اجر داره او شيئه على جارية لا يحل وطء المؤجر قبل الاستبراء **قوله** وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي
او المرأة • يعني اذا باع ابو الصبي او وصيه جارية الصبي يجب على المشتري الاستبراء • وكذا اذا اشترى جارية من مولاها يجب الاستبراء ولا يحل
الوطء قبله **قوله** والمملوك • اي يجب الاستبراء اذا اشترى الجارية من العبد الماذون وعليه دين مستغرق استحسانا • بيانه
فيما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واذا اشترى جارية من عبد ماذون فانه ينظر ان لم يكن على العبد دين او عليه دين غير مستغرق فليس
عليه ان يستبرئها لانها عند ابي حنيفة لو تجزي بالحيضة التي حاضت عند العبد • وان كان العبد عليه دين مستغرق لرقبته وما في يده من الكسب
فعليه ان يستبرئها في قول ابي حنيفة • وفي قولهما لا يجب عليه الاستبراء لان من اصل ابي حنيفة ان العبد اذا كان عليه دين مستغرق فالمولى لا يملك
مكاسبه • وعندهما يملك • ولو اشترى مكاتبه فعليه الاستبراء لانه لا يملك مكاسب مكاتبه • ولو اشترى من ابنه الصغير وجب عليه الاستبراء كذا
في شرح الطحاوي **قوله** وممن لا يحل وطؤها كما اذا اشتراها من امرأة او من الصبي **قوله** وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ • يعني
يجب الاستبراء لتحقق السبب وهو استحداث ملك اليمين واليد وهذا ظاهر الرواية • قال في شرح الطحاوي وروي عن ابي يوسف انه قال لا استبراء
في البكر **قوله** وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم في بكر الحاجة حكمة • يعني ان العلة في وجوب الاستبراء استحداث ملك اليمين واليد
والحكمة تعرف براءة الرحم وقد وجدت العلة في هذه الصور • اي في المشتراة من الصبي والمرأة وفي المشتراة البكر فيثبت الحكم فيها ايضا وهو وجوب
الاستبراء • وان لم توجد الحكمة لان الصبي لا ماء له والمرأة لا نطفة والبكر ليست موطوءة لان الحكم يدور مع العلة ولا يدور مع الحكمة فاعتبر ثم
تحقق السبب عند توهم الشغل واذا لم يوجد حقيقة الشغل • فان قلت كيف يتصور توهم الشغل في الصور الثلاث • قلت يحتمل ان تكون الجارية
الصبي او المرأة موطوءة بشبهة فيثبت النسب من الواطئ فيثبت توهم الشغل • واما البكر فان الرجل قد يجامعها فيسبق الماء فتحبل منه فالبكارة
فيثبت توهم الشغل ايضا بهذا الطريق • ولو اشتراها من امرأة او صبي يجب الاستبراء الا في رواية عن ابي يوسف ذكرها الولوالجي في فتاواه
قوله وكذا لا يعتبر بالحيضة التي اشتراها في اثنائها اي في اثناء الحيضة • يعني اذا اشترى الامة وهي حائض فطهرت من تلك الحيضة
لا يعتبر بها • وكذا اذا حاضت قبل القبض بعد وجود سبب الملك • وكذا اذا ولدت قبل القبض بعد اسباب الملك لا يعتبر بذلك لان الحكم لا يسبق
السبب • وروي عن ابي يوسف انه قال يعتبر بتلك الحيضة كذا في شرح الطحاوي **قوله** وكذا لا يعتبر بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي
اي لا يعتبر بالاستبراء الحاصل قبل الاجازة لان العلة وهي استحداث الملك واليد لم توجد قبل الاجازة **قوله** ولا بالحاصل بعد القبض
في الشراء الفاسد لان العلة لم توجد وهي الملك واليد وحكم الشيء لا يسبق علته فكان الاستبراء الحاصل قبل السبب كان لم يكن **قوله** لما
قلنا اشار الى قوله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب **قوله** ويجب في جارية للمشتري فيها شقص ثم اشترى الباقي
وذلك لان تمام السبب حصل الان **قوله** ويجتزأ بالحيضة التي حاضت بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة الى اخره • قال الكرخي في
مختصره واذا اشترى الرجل امة مجوسية او كاتبت مسلمة فكاتبها قبل ان يستبرئها ثم حاضت المكاتبة في حال كتابتها او حاضت المجوسية
في حال مجوسيتها حيضة ثم عجزت المكاتبة او اسلمت المجوسية اجزأت تلك الحيضة من الاستبراء الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان الحيضة وجدت
بعد سبب الاستبراء وحرمة الوطء لا تمنع من الاعتداد بالحيضة عند الاستبراء كمن اشترى جارية محرمة فحاضت في احرامها **قوله** لا يجب
الاستبراء اذا رجعت الابقة او ردت المغصوبة او المواجرة او فكت المرهونة • اي الجارية الابقة والجارية المغصوبة والجارية المواجرة
والجارية المرهونة • وذلك لانعدام استحداث الملك • وفي الابقة تفصيل لابد من معرفته • قال في شرح الطحاوي ولو ابقت
الى دار الحرب ثم عادت الى صاحبها بوجه من الوجوه فلا استبراء عليه في قول ابي حنيفة لانهم لا يملكونها • وعندهما عليه الاستبراء لانهم ملكوها
ولو اخذوها في دار الاسلام وهي ابقة واحرزوها بدارهم ملكوها في قولهم جميعا فاذا عادت الى مولاها فعليه الاستبراء في قولهم جميعا الى
شرح الطحاوي • يعني هذا يكون المراد من الابقة في المتن التي ابقت في دار الاسلام ولم يحرزها العدو ثم رجعت الى مولاها **قوله**
ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى • منها ان زوج الجارية اذا احرم عليه ولكن تخرج من ملكه في الحيض والنفاس والردة والكتابة
ثم زال هذه العوارض حلت له بغير استبراء كذا في شرح الطحاوي • ومنها اذا باع جارية من رجل ثم تقايلا البيع قبل التسليم فعاد ت
الى البائع في القياس يجب على البائع الاستبراء لوجود العلة • وفي الاستحسان لا يجب لان ملك المشتري لم يكن من بعد • وروي عن

ابو حنيفة انه اخذ بالقياس • ولو قبضها بلا تسليم البائع الى المشتري وجب على البائع الاستبراء قياسا واستحسانا كذا في شرح الطحاوي • ومنها
ان المشتري اذا رد عليه الجارية بخيار عيب او بخيار رؤية وجب على البائع الاستبراء لان خيار العيب وخيار الرؤية لا يمنعان وقوع الملك
للمشتري • فاما اذا ردت على البائع بخيار الشرط فانه ينظر ان كان خيار الشرط للبائع فلا يجب عليه الاستبراء لانها لم تخرج عن ملكه ويجب
على المشتري بعد اجازة البائع للبيع بعد القبض • واذا حاضت قبل ذلك لا تجزئ بتلك الحيضة • وان كان خيار الشرط للمشتري ففسخ
وعادت الجارية الى ملك البائع فان كان الفسخ قبل القبض لم يجب الاستبراء على البائع بالاجماع • وان كان الفسخ بعد القبض فكذلك عند
ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد يجب على البائع الاستبراء لان من اصلهما ان شرط الخيار للمشتري لا يمنع وقوع الملك للمشتري • وعند
ابي حنيفة يمنع كذا في شرح الطحاوي • ومنها ان البيع اذا كان فاسدا ففسخ البيع ورد الى البائع ان كان قبل القبض فلا استبراء على البائع
في قولهم • وان كان الفسخ بعد القبض فعلى البائع الاستبراء كذا في شرح الطحاوي • ومنها اذا اسرت الجارية اسرها العدو ثم عادت اليه
بعد الاحراز بدار الحرب فعليه الاستبراء • ولو اخذت من العدو من قبل الاحراز بدارهم فردت الى صاحبها فلا استبراء عليه كذا في شرح
الطحاوي • ومنها اذا اشترى جارية وهي في عدة من زوج من وفاة او عدة طلاق وقد بقي من عدتها يوم او بعض يوم فانقضت عدتها
بعد القبض المشتري فلا استبراء عليه • فان انقضت عدتها قبل القبض فلا يحل له الا بالاستبراء كذا في شرح الطحاوي • ومنها اذا نفل الامام
الجنود فقال من اصاب منكم جارية فهي له فاصاب واحد من الجند جارية فاستبرأها بحيضة فاراد ان يطأها في دار الحرب
او قسم الامام الغنائم في دار الحرب فاصاب واحد منهم جارية واستبرأها بحيضة واراد ان يجامعها • او باع الامام الجارية من الغنيمة
من رجل فاستبرأها المشتري بحيضة واراد ان يطأها في دار الحرب • قال ابو حنيفة وابو يوسف يكره له ان يطأها قبل الاحراز
بالدار • فاذا احرزها بدار الاسلام فعليه ان يستبرئها ثم يطأها • وقال محمد لا بأس ان يطأها • واذا دخل واحد غازيا
فغنم جارية واستبرأها بدار الحرب فليس له وطؤها بالاجماع كذا في شرح الطحاوي • ومنها اذا زوج امته فطلقها قبل الدخول يستبرئها المولى
لان ملك المتعة زائل • وفي رواية لا يستبرئها وهو الصحيح لان ملك اليمين لم يستحدث • ومنها لو باع مدبرته وقبضها المشتري ثم ردها لا
يستبرئها البائع لان الملك لم يثبت للمشتري • ولهذا لو اعتقها لا ينفذ والمسلمات في الشامل • ومنها ذمي اشترى امة لا يستبرئ لانه واجب
حقا لله تعالى وانه غير مخاطب به • فان اسلم قبل ان يطأها استبرأها ان لم تكن حاضت استحسانا لانه صار من اهله • ووقت الاستبراء
بان يخاطب به حتى لو وطئها لا يجب لان الوقت فات كذا في الشامل **قوله** بخلاف المشتراة على ما بينا اشارة الى قوله لاحتمال وقوعها
في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع **قوله** لما روينا اشارة الى قوله الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن **قوله**
في اثنائه اي في اثناء الشهر • يعني اذا حاضت الجارية التي كانت لا تحيض لصغر او لكبر في خلال الشهر بطل الاستبراء بالشهر • وذلك
لان القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف يبطل حكم الخلف كما في المرأة اذا كانت عدتها بالاشهر فرأت الدم في خلالها يجب عليها
الاعتداد بالحيض فكذا هنا يجب الاستبراء بالحيضة **قوله** وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها
قال الطحاوي في مختصره ومن ابتاع جارية ممن تحيض وقبضها فارتفع حيضها لا من حمل يعلم انه فيها فان محمدا روى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
انه قال لا يطأها حتى يعلم انها غير حامل ولم يقدر في ذلك شيئا • وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف عن ابي حنيفة مثل ذلك الا انهم رووا
عنه ان مقدار ذلك ان يمضي عليها ثلاثة اشهر او اربعة اشهر فاذا مضت عليها ولم يعلم حملا كان له وطؤها ولم يحك محمد عن ابي يوسف خلافا
لابي حنيفة في ذلك ولا حكاه اصحاب الاملاء • وقال محمد من رأيه لا يطأها حتى يمضي عليها شهران وخمسة ايام فاذا مضت ولم يعلم حملا كان
له وطؤها • ثم رجع عن ذلك فقال لا يطأها حتى يمضي عليها اربعة اشهر وعشرة ايام فاذا مضت عليها ولم يعلم بها حملا كان له وطؤها • قال ابو
جعفر قال زفر لا يطأها حتى يمضي عليها حولان وهو قول الثوري وغيره وهو قول ابي حنيفة الذي روى محمد عن ابي حنيفة الى هنا لفظ الطحاوي
فيه • وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف ان الحامل اذا مضت لها مدة تظهر علامات حملها من انتفاخ بطنها ونزول لبنها • فاذا مضت المدة
ولم يتبين الحمل فالظاهر انها حائل فصار كما لو استبرأها بحيضة فيحل وطؤها • وجه قول محمد بالاربعة اشهر وعشر ان اقصى ما يستبرأ به الاستبراء
بالشهور اربعة اشهر وعشر • فاذا مضت ولم يظهر الحمل حل الوطء • وجه الرواية الاخرى عنه ان هذا القدر يعتبر في الحرة • فاما الامة
فاقصى ما يعتبر استبراؤها بالاشهر شهران وخمسة ايام في عدة الوفاة فاذا مضت جاز الوطء • ووجه قول زفر ان الاستبراء يجوز ان يكون
حولا فان يكون حاملا ولا يتبين ذلك الحمل الا بعد اكثر مدته ثم وجب اعتبار ذلك **قوله** وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة
اي وجهي قول ابي يوسف وقول محمد • يعني بطريق الاشارة دلالة لا في الشفعة وهو ان هذا امتناع عن وجوب الاستبراء ودفع لثبوته
فلا يكره الاحتيال في الاسقاط عند ابي يوسف • ووجه قول محمد ان الاستبراء انما يجب صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط وصيانة
للانساب عن الاشتباه فان جاز الاحتيال في الاسقاط يلزم الاختلاط والاشتباه فيكره **قوله** والماخوذ به قول ابي يوسف
الى آخره • يعني المفتى به قول ابي يوسف في صورة عدم قربان البائع في طهرها ذلك • وقول محمد في صورة القربان **قوله** والحيلة
قال الخصاف في ادب الحيل قلت رجل اراد ان يشتري جارية ولا يلزمه استبراؤها فما الحيلة في ذلك قال ان يزوجها
البائع من رجل قبل ان يبيعها ثم يبيعها من الرجل الذي يريد شراءها فيقبضها المشتري وهي ذات زوج ووطؤها عليه حرام ثم يطلقها الزوج بعد ذلك
فلا يكون على المشتري استبراء • قلت فان ابى البائع ان يزوجها من رجل ثم يبيعها فان اشتراها هذا المشتري ودفع الثمن ولا يقبضها ثم يزوجها
المشتري من عبد او من يثق به ثم يقبضها بعد التزويج ثم يطلقها ذلك العبد فلا يكون على المشتري استبراء • فان خاف المشتري ان لا يطلقها
عبده قال يزوجها منه على ان امرها في طلاقها كلما شاء في يدي المولى اذا تزوجها فاذا زوجها اياه على ذلك كان الطلاق في يد المولى الى
هنا لفظ الخصاف • وقال في الفتاوى الصغرى فالاحسن بنوع واقعات الناطفي الحيلة في اسقاط الاستبراء ان يزوج البائع الجارية

او لان الذي يريد شراءها ان لم يكن له امرأة حرة ثم يبيعها فيبطل النكاح ويحل له وطؤها من ساعته ويسقط الاستبراء • ثم قال بعدما قال الصدر الشهيد
رحمه الله في كتاب الاستبراء لبعض المشايخ انه لا يحل للمشتري وطؤها في هذه الصورة ان لم يتزوجها ووطئها ثم اشتراها لانه جدد ملكها وهي في عدته
اما اذا اشتراها قبل ان يطأها فانه اذا اشتراها بطل النكاح ولا نكاح حال ثبوت الملك فيجب الاستبراء لتحقق سببه وهو استحداث حل الوطء
بملك اليمين فان قال وهذا لم يذكر في الكتاب وهكذا ذكر حسن الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى • وانما سقط الاستبراء في صورة الحيلة لان سبب
وجوب الاستبراء استحداث ملك اليمين واليد • وعند وجود السبب لم يكن الوطء حلالا له فلم يجب وان حل الوطء بعد لان الاعتبار بوقت
وجود السبب كما اذا كانت الامة معتدة فانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء بعد ذلك فكذلك هاهنا ثم فيما اذا تزوجها قبل الشراء ثم اشتراها
يسقط عنه جميع المهر • وفيما اذا تزوج عبد المشتري قبل قبضه يجب نصف المهر على الزوج اذا طلقها قبل الدخول للمولى الجارية وله ان يبريه بعد ذلك
قوله ولو كانت اي لو كانت تحت المشتري امرأة حرة **قوله** من يوثق به اي يعتمد عليه ولا يخاف عليه ان لا يطلقها **قوله**
ثم يشتريها ويقبضها • اي فيما اذا زوجها البائع قبل الشراء ممن يوثق به **قوله** او يقبضها اي فيما اذا زوجها المشتري قبل القبض ممن يوثق
به **قوله** فان لم يقرب المظاهر ولا يلمس ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر • اي قال في الجامع الصغير واصل ذلك ان الظهار يوجب
تحريم الوطء قبل الكفارة لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا • وقد اوجب الكفارة
قبل المسيس وهو الوطء فاذا وطئها قبل الكفارة يلزم ترك المامور به قطعا فكان حراما • ثم لما حرم الوطء حرم دواعيه ايضا من اللمس والقبلة
والنظر الى الفرج بشهوة لان سبب الحرام حرام لا محالة لانه لو كان السبب حلالا لكان المسبب ايضا حلالا لان المقصود من مشروعية السبب
هو المسبب كما في الاعتكاف لما حرم الوطء حرم الدواعي ايضا وكما في الاحرام لما حرم الوطء حرم الدواعي • وكما في المنكوحة اذا وطئت بشبهة حرم وطؤها
قبل انقضاء العدة فكذلك لا يحرم الدواعي • بخلاف حالة الحيض والصوم فانهما يحرم الوطء ولا يحرم الدواعي لان في وقوع الحيض لانه يدوم في كل شهر في العمر
في زمن امتداده الى شهر وفي نفله الى اكثر العمر • فلو حرم الدواعي وقع الحرج وهو مدفوع وهذا هو المعقول • وقد روى صاحب السنن باسناده
الى ميمونة رضي الله عنها قالت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يباشر المرأة من نسائه وهي حائض اذا كان عليها ازار الى انصاف الفخذين او الركبتين • وباسناده
ايضا الى عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر احدنا اذا كانت حائضا ان تتزر ثم يضاجعها زوجها • وباسناده ايضا الى عائشة رضي الله عنها
قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل وهو صائم ولكنه كان املك لاربه **قوله** قال ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع
واحدة منهما ولا يقبلها ولا يلمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك يمين او نكاح او يعتقها • اي قال في الجامع الصغير
والاصل فيه قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين عطفا على قوله حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم • ثم المراد من تحريم الامهات والبنات في حق قضاء الشهوة
واثباتها بالاجماع حتى استوى فيه النكاح وملك اليمين • الا ترى ان من ملك امه او بنته من الرضاعة لم يحل له الاستمتاع بها فكذا المراد من تحريم
الجمع بين الاختين هو التحريم في حق قضاء الشهوة لان الجمع في نفس ملك اليمين مطلق لانه ليس باستمتاع ولا سبب له • بخلاف النكاح لانه سبب له
فاما الجمع في الوطء فحرام لانه هو الاصل في الاستمتاع • وكذلك الجمع في التقبيل والمس والنظر الى الفرج بشهوة حرام لانها استمتاع ودواعي
الى الزنا • ولو قبلهما جميعا بشهوة فقد باشر حراما وتنزل منزلة وطئهما ولو كان وطئهما لم يحل له وطء واحدة منهما لانه يصير جامعا بينهما في الحكم
المراد بالنص وهو قضاء الشهوة فكذلك هاهنا • والجمع بين الاختين نكاحا لا يجوز بالاجماع • اما الجمع بين الاختين وطئا بملك اليمين فلا يجوز على ما
عليه عامة الصحابة وهو المروي عن علي رضي الله عنه • وعند عثمان بن عفان يجوز لانه احلتهما آية وحرمتهما آية والاصل في الابضاع الحل بعد
وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين • واراد بآية الاحلال قوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم • واراد بآية التحريم قوله
تعالى ان تجمعوا بين الاختين • والصحيح قول العامة لان المحرم مع المبيح اذا اجتمعا فالمحرم اولى لان الحرام يجب تركه والمباح لا يجب فعله وان
اخرج التي وطئها عن ملكه او زوجها جاز ان يطأ الاخرى اذا كان استبرأها منذ اشتراها • اما اذا باعها فقد زال الملك عن رقبتها فصار
كمن ملك احدى الاختين جاز ان يتزوج اختها • وكذلك اذا اخرج بعضها عن ملكه بان يزوجها او يكاتبها لانها حرمت ان تكون محلا لوطئه فكان
بائنا • ولهذا لو وطئها بشبهة يجب العقر ولو لم يطأ الاولى يقرب ايهما شاء لانه لا يؤدي الى الجمع **قوله** على ما مهدناه من قبل اشارة الى
قوله لان الاصل ان سبب الحرام حرام **قوله** ينتظم التمليك بسائر اسبابه اي اسباب التمليك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة
والهبة والصدقة **قوله** اذا زوج احداهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطء الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه اي في النكاح الفاسد
وذلك لان الدخول يوجب العدة والعدة اثرها في التحريم كالنكاح الصحيح • فاذا دخل بها المتزوج بنكاح فاسد حل وطء الاخرى • قال
الشيخ ابو الحسن الكرخي • واذا اشترى جارية شراء فاسدا لم يطأها وان حاضت حيضة • وذلك لان البيع الفاسد يجب فسخه لحق الله
تعالى والتصرف فيه محظور • والوطء فيه من جملة التصرف فيكون محظورا • فان اشتراها بعد ذلك شراء صحيحا وقد كانت حاضت
قبل القبض في البيع الفاسد لم يعتد بتلك الحيضة لان قبض البيع الفاسد لا يبيح الوطء والحيضة الموجودة قبل سبب الاباحة لا يعتد بها كذا ذكره
القدوري في شرحه **قوله** وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين الجمع بين الاختين • وهذا كما اذا كانت
احداهما عمة الاخرى او خالتها لا يجوز الجمع بينهما بالحديث المشهور فهما بمنزلة الجمع بين الاختين في قضاء الشهوة • فاذا قبلهما او لمسهما او نظر منهما
بشهوة لا يجوز له وطء واحدة منها حتى يحرم فرج الاخرى عليه بوجه من الوجوه • وكذا الحكم فيما اذا كانت احداهما ام الاخرى او بنتها لا يجوز الجمع بينهما
في قضاء الشهوة • قال في كتاب النكاح من شرح الطحاوي الجمع بين الاختين في النكاح لا يحل فان تزوجهما في عقد واحد فرق بينهما وبينه • فان
كان قبل الدخول فلا شيء لهما • وان كان بعد الدخول وجب لكل واحدة الاقل من مهر مثلها ومن المسمى • ثم لا يجوز ان يتزوج واحدة منهما حتى
تنقضي عدة صاحبتها • وان كان قد تزوجهما في عقدين ولا يدري ايتهما اسبق فانه يؤمر الزوج فنكاح الاولى جائز ونكاح الاخرى باطل
فيفرق بينه وبين الاخرى • فان كان غير مدخول بها فلا شيء لها • وان كان قد دخل بها فلها الاقل من مهر مثلها ومن المسمى ولا يفسد

نكاح الاولى • بخلاف الام والابنة الا انه لا يطأ الاولى حتى تنقضي عدة الاخرى • ولو تزوجهما في عقدين ولا يدري ايتهما اسبق فانه يؤمر
الزوج بالبيان • فان بين فعلى ما بين وان لم يبين فانه لا يتحرى في ذلك ولكن يفرق بينه وبينهما ويلزم على الزوج نصف المهر فيكون بينهما
وروي عن ابي يوسف انه قال لا يجب على الزوج شي من المهر • وروي عن محمد انه قال يجب عليه المهر لكل واحدة كاملا ولا يجوز الجمع بين
الاختين استمتاعا كما لا يجوز الجمع بينهما نكاحا • فاذا ملك اختين كان له ان يستمتع باحديهما • فاذا استمتع باحديهما فليس له ان يستمتع
بالاخرى بعد ذلك • وكذلك لو اشترى جارية فوطئها ثم اشترى اختها كان له ان يطأ الاولى وليس له ان يطأ الثانية بعد ذلك ما لم يحرم
فرج الاخرى على نفسه • وتحريمها اياه اما بالتزويج من رجل او بالاخراج من ملكه اما باعتاق او بيع او هبة او صدقة او كتابة • وروي
عن ابي يوسف انه قال بالكتابة لا يحل له فرج الاخرى • ولو تزوج جارية ثم لم يطأها حتى اشترى اختها فليس له ان يستمتع بالمشتراة لان الزائد يثبت
له بعقد النكاح • ولو وطئ التي اشتراها كان جامعا بينهما في الفراش • وكذلك الجمع بين من كانتا في علة الاختين حرام عليه وهو ان كل من
لو جعل احدهما ذكرا والاخرى انثى كان جاز النكاح بينهما جاز الجمع بينهما اذا كانتا انثيين • وان كان لا يجوز النكاح بينهما لا يجوز الجمع
بينهما اذا كانتا انثيين الى هنا لفظ شرح الطحاوي • والباقي مر في فصل المحرمات في كتاب النكاح **قوله** قال ويكره ان يقبل الرجل فم
الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال اكره ان يقبل الرجل
من الرجل فمه او يده او شيئا منه والمعانقة ولا ارى بالمصافحة باسا الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير ولم يذكر الخلاف فيه كما ترى
بل قال بكراهية القبلة والمعانقة جميعا وبجواز المصافحة فلاجل هذا قال صاحب الهداية • وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف لا باس بالتقبيل والمعانقة واراد بما ذكر الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى انس بن مالك قال قالوا يا رسول
الله اينحني بعضنا لبعض اذا التقينا قال لا قالوا افيعتنق بعضنا بعضا قال لا قالوا فيصافح بعضنا بعضا قال نعم قال الطحاوي فذهب
قوم الى هذا فكرهوا المعانقة منهم ابو حنيفة ومحمد وخالفهم اخرون فلم يروا بها باسا منهم ابو يوسف وحدث الطحاوي في ذلك باسناده
الى الشعبي قال وافق قدوم جعفر فتح خيبر فقال لا ادري باي شي انا اشد فرحا بفتح خيبر او بقدوم جعفر فتلقاه واعتنقه وقبل
ما بين عينيه • وحدث الطحاوي باسناده الى الشعبي ان اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا اذا التقوا تصافحوا • واذا قدموا من سفر تعانقوا
وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى ام الدرداء قالت قدم علينا سلمان فقال اين اخي فقلت في المسجد فاتاه فلما راه اعتنقه • واخذ
الطحاوي بقول ابي يوسف في شرح الاثار • وقال الطحاوي في مختصره وكره ابو حنيفة المعانقة ولم ير بها باسا بالمصافحة • وقد
روي عن ابي يوسف انه قال لا باس بالمعانقة وهذا اجود الى هنا لفظ مختصره • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والقبلة تكره
بالاجماع • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير يقال القبلة على خمسة اوجه قبلة تحية وقبلة شفقة وقبلة رحمة وقبلة مودة وقبلة
شهوة فاما قبلة التحية فالمؤمنين يقبل بعضهم بعضا على اليد • وقبلة الرحمة قبلة الوالد لولده والوالدة لولدها يقبل على الخد • وقبلة الشفقة
قبلة الولد لوالده او لوالدته يقبل على الراس • واما قبلة المودة فتقبيل الاخ اخاه او اخته على الخد • وقبلة الشهوة قبلة الزوج لزوجته على الفم
وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير • هذا اذا كانت المعانقة في ازار واحد • فان كان عليه قميص او جبة قالوا لا باس به
وكذا التقبيل اذا لم يكن على وجه الشهوة بل على وجه المبرة لا باس به • وقال في الواقعات في باب الكراهية العلم تقبيلا يد العالم
تقبيل يد العالم او السلطان العادل لعلمه وعدله روي عن سفيان انه قال تقبيل يد العالم او السلطان العادل سنة • فقام
عبد الله بن المبارك وقبل راسه وقال من يحسن هذا غيرك • واما تقبيل يد غيرهم فقد تكلموا فيه منهم من قال ان كان الرجل يامن
على نفسه ويرجو حسبته وهو تعظيم المسلم والكرامة لا باس به • ثم قال في الواقعات والمختار انه لا رخصة لانه لا رخصة فيه عن الشارع
واما التقبيل فقيل يجوز لما روى صاحب السنن في اواخر السنن باسناده الى ابي امامة قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم
متوكيا على عصا فقمنا اليه فقال لا تقوموا كما تقوم الاعاجم يعظم بعضها بعضا • وروي صاحب السنن ايضا باسناده الى ابي سعيد الخدري
ان اهل قريظة لما نزلوا على حكم سعد ارسل اليه النبي صلى الله عليه وسلم فجاء على حمار اقمر فقال النبي صلى الله عليه وسلم قوموا الى سيدكم او الى خيركم
فجاء حتى قعد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم • وروي صاحب السنن ايضا باسناده الى عائشة بنت طلحة عن ام المومنين عائشة انها
قالت ما رايت احدا كان اشبه سمتا وهديا ودلا برسول الله صلى الله عليه وسلم من فاطمة كانت اذا دخلت عليه قام اليها فاخذ بيدها
فقبلها واجلسها في مجلسه • وكان اذا دخل عليها قامت اليه فاخذت بيده فقبلته واجلسته في مجلسها • وحكي عن الشيخ ابي القاسم الحكيم
السمرقندي انه كان اذا دخل عليه احد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنياء
يتوقعون من التعظيم فلو تركت التعظيم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون جواب السلام والتكلم
معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام ذكره المحبوبي في شرح الجامع الصغير • واما السجود لغير الله تعالى فهو كفر اذا كان
من غير اكراه فاما فعله بعض الجهال من الصوفية بين يدي شيخهم فحرام محض اقبح البدع فينهون عن ذلك لا محالة • ولذلك لما حدث صاحب
السنن في كتاب النكاح باسناده الى الشعبي عن قيس بن سعد قال اتيت الحيرة فرايتهم يسجدون لمرزبان لهم فقلت رسول الله صلى الله عليه
وسلم احق ان يسجد له قال فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت اتيت الحيرة فرايتهم يسجدون لمرزبان لهم فانت يا رسول الله احق ان يسجد لك قال
ارايت لو مررت بقبري اكنت تسجد له قال قلت لا قال لا تفعلوا لو كنت امرا احدا ان يسجد لاحد لامرت النساء ان يسجدن لازواجهن لما جعل
الله لهم عليهن من الحق • وقال في الواقعات في باب السير علامة الرواة اذا قيل للمسلم اسجد للملك والا قتلناك فالافضل ان لا يسجد لانه
كفر والافضل ان لا ياتي بما هو كفر صورة وان كان في حالة الاكراه وان كان السجود سجود التحية فالافضل ان يسجد لانه ليس بكفر فهذا دليل
على ان السجود بنية التحية اذا كان خائفا لا يكون كفرا فعلى هذا القياس لا يصير من يسجد عند السلطان على وجه التحية كافرا الى هنا لفظه

الاتقان • ولنا تقبيل الارض بين يدي العلماء وغيرهم قالوا انه حرام لا اشكال فيه والفاعل والراضي به آثمان لانه يشبه عبادة الوثن **قوله**
روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المكاعمة وعن المكامعة وهي المعانقة وعن المكامعة وهي التقبيل وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر لانه قال في ديوان
الادب وعن المكامعة ان يضاجع الرجل صاحبه في ثوب واحد وكاعم المراة قبلها • وقال في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكامعة • اي عن ملائمة الرجل الرجل
ومضاجعته اياه لا ستر بينهما **قوله** قال ولا باس بالمصافحة اي قال في الجامع الصغير بان لفظ قول هذا • وذلك لما روى صاحب السنن
باسناده الى البراء بن عازب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا التقى المسلمان فتصافحا وحمدا الله واستغفراه غفر لهما قبل ان يتفرقا وباسناده
الى انس بن مالك قال لما جاء اهل اليمن قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد جاءكم اهل اليمن وهم اول من جاء بالمصافحة

فصل في البيع

قوله قال ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وجلد الميتة ويكره بيع العذرة اي قال
في الجامع الصغير وهذا مذهبنا • وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع السرقين كالعذرة وجلد الميتة قبل الدباغ لانه نجس العين • ولنا ان السرقين
مال يجوز بيعه كسائر الاموال • وانما قلنا انه مال لان المال ما ينتفع به ويتمول ويدخر لوقت الحاجة وقد تمول المسلمون السرقين واشتغلوا
به من غير نكير من احد من السلف • الا ترى ان الناس يلقونه في الاراضي لاستكثار الريع وما كان منتفعا به كان مالا يجوز بيعه • ولهذا قال ابو عبيد
في حديث سعد بن ابي وقاص انه كان يدمل ارضه بالعرة فمن العرة في الفائق الرجيع ومن هنا الاصمعي بعذرة الناس نقله ابو عبيد عنه • وقال
في الجمهرة العرة البعر وما اشبهه مما يسمد به الارض • وقوله يدمل ارضه اي يصلحها ويحسن معالجتها • وقيل السرجين الدمال لان الارض تصلح به
كذا قال ابو عبيد • بخلاف العذرة فان العادة لم تجر بالانتفاع بها الا مخلوطا بالتراب والرماد • والمخلوط قال عندنا يجوز بيعه ونجاسته
العين تمنع الاكل ولا تمنع الانتفاع بجواز بيع ذلك لوجود الانتفاع • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير • وروي عن ابي حنيفة وعن
محمد في جواز الانتفاع بالعذرة روايتان في احدى الروايتين يكره • وفي الثانية لا باس به مثل ما في الرواية التي لا يكره ينبغي ان يجوز
بيعه • وروي عن سعد بن ابي وقاص انه كان يدمل الارض بالعذرة • وروي عن محمد انه قال اذا كان التراب غالبا على العذرة جاز بيعه ايضا
قال الفقيه • والعذرة رجيع الادمي **قوله** لا يجوز المخلوط في الصحيح احترازا الصحيح عن الرواية الاخرى • وهي ان الانتفاع بالعذرة
يجوز وان لم تكن مخلوطة • والروايات تلايمها الفقيه فلهذا **قوله** والمخلوط بمنزلة زيت خالطه النجاسة • يعني ان الزيت المخلوط
بالنجاسة يجوز بيعه ويجوز الانتفاع به بالاستصباح انفاقا فكذا العذرة المخلوطة بالتراب لغالب يجوز بيعها بما قلنا عليه • والجامع كونها منتفعا
به لان الناس ينتفعون بها مخلوطة **قوله** قال ومن علم بجارية انها لفلان فراى اخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها
ويطاها • اي قال في الجامع الصغير واصله ان خبر الواحد في المعاملات حجة سواء كان عدلا او غير عدل صبيا كان او بالغا حرا كان او عبدا
مسلما كان او كافرا وهو معنى قوله عدلا اي وصف كان يعني بعد ان كان مميزا لاجماع المسلمين على ذلك وقد جعل الله تعالى خبر الواحد حجة في كتابه
كما في قوله تعالى وجاء رجل من اقصى المدينة يسعى • وقوله فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة • وقد تواترت السنة بها ايضا وفي ذلك الدر دررة
ايضا نكر لذلك حمل خبر الفاسق حجة في هذا الباب ولم يشترط العدالة للضرورة • ولكن السامع يحكم رايه في الفاسق بخلاف العدل وقد مر
تمامه فما يحمل الخبر فيه حجة وهو ان فيه اقسام عند قوله ويقبل في المعاملات قول الفاسق **قوله** بخبر صحيح لا منازع له عقل ودين ممن هو
اعتقاده حرمة الكذب **قوله** حلال من فكل ايه في فصل الاكل والشرب في مسالة ومن ارسل اجيرا له مجوسيا • وهذا لان خبر الواحد
في المعاملات مقبول من غير اشتراط العدالة دفعا للحرج • ولهذا يعتمد على قول الدلال ويشتري منه كما دة من غير رجوع الى صاحب
المال **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له **قوله** على ما مر اشارة الى ما قال في فصل الاكل والشرب
ان قول الواحد يقبل في المعاملات دفعا للحرج **قوله** وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يسع له ان يعترض لشي من ذلك لان يتصدق لشي منهم
الابتياع والوطء • يعني لا يشتريها ولا يطأها • وفي بعض النسخ ان يعرض لشي بشي منهم • قاله في الكافي وكذلك الطعام والشراب
في جميع ذلك **قوله** وكذلك اذا لم يعلم انها لفلان • يعني هذا الذي قلنا فيما اذا راى الجارية في يد فلان وعلم انها له فرآها
في يد اخر يبيعها وقال وكلني بيعها • اما اذا لم يعلم ذلك ولكن ذو اليد قال انها لفلان وكلني ببيعها او تصدق بها علي او وهبها لي او اشتريتها
منه • فان كان ذو ثقة صدقه السامع فيه • وان لم يكن ثقة ولكن اكبر راي السامع انه صادق صدقه • وان كان اكبر رايه انه كاذب
فيه لم يقبل ذلك منه ولم يشترها • وان كان لم يخبر انه لذلك التي يبيعه فلا باس بشرائه ويقبل منه وان كان غير ثقة الا ان يعلم انه لا يملك
ذلك كالولد في يد السيد والكتاب المتغير في يد الجاهل يجبد بنيره ولا يهرب له ولا يباع لانه وقع التردد في حاله فوجب التنزه والاحتياط
ولكن مع ذلك لو اشترى كان في سعة لاعتماده على الدليل الشرعي وهو ان اليد دليل الملك والتنزه افضل **قوله** وان كان الذي اتاه
بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسال • اي اذا اتاه عبد او جارية بجارية فاراد بيع الجارية فلا يشتريها قبل السؤال عن ذلك فان
ذكر ان مولاه قد اذن له فيه وهو ثقة قبل قوله فلا باس بشرائه وقبوله منه • وذلك لان يد المملوك لا يملك وبلا ملك لان المرء ما في
للملك فاذا اخبر ان مولاه قد اذن له فلا باس بشرائه لان خبر الواحد مقبول في المعاملات • وهذا اختيار في غير موضع المنازعة فيقبل وان
لم يكن ثقة يعمل باكبر الراي • فان كان اكبر رايه انه صادق صدقه • وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يعرض لشي من ذلك وان كان لا راي
له فيها لم يعرض لشي منه لوجود المانع للملك وهو الرق وهو معنى قوله لقيام الحاجر وهو المهلة لان الرق حاجر عن التصرف اي مانع عنه فلما
لم يوجد نوع دليل لا يعمل بمجرد اليد • قال في الكافي وكذلك الغلام الذي لم يبلغ حرا كان او مملوكا فيما يخبر انه اذن له يعمل ان فيما لا
بيت منه اليه هديه او صدقه فان كان اكبر رايه انه صادق وسعه ان يصدقه • وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يسعه ان يقبل منه
شيا وذلك لان اكبر الراي فيما لا يتوقف على حقيقته كاليقين وقد مر ذلك قبل هذا عند قوله وفي المسيلات والتزيينات في فصل الاكل
والشرب • قال محمد في الاصل بلغنا ان بريرة اتت عائشة بصدقة واخبرتها انها صدقة تصدق بها عليها فاخبرت عائشة بذلك رسول

انه صلى الله عليه وسلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لها صدقة ولنا هدية . فهذا دليل على قبول قول الواحد في دعواه تلقي الملك من جهته
قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وكان شيخنا الامام يقول يعني شمس الائمة الحلواني الصبي اذا اتى بقالا لا يعلم ليشتري منه واخبر ان امه
امرته بذلك فان طلب الصابون والحرض فلا باس ببيعه منه . وان كان طلب الزبيب وما ياكله الصبيان عادة لا ينبغي ان يبيعه منه لان
الظاهر انه كاذب فيما يقوله وقد عثر على فلوس امه فاراد ان يشتري بها حاجة نفسه . وقال في العيون ولو ان صبيا جاء الى البائع
بخبز او فلوس او غير ذلك . فان طلب منه شيئا ينتفع به في البيت مثل الملح والتابل ونحو ذلك فلا باس ان يبيع منه ولو اراد ان يشتري
منه جوزا او فستقا مثل ما يشتري الصبيان فالاصل ان لا يبيع منه حتى يعلم انه اذن له ابوه بذلك ام لا **قوله** ولو ان امراة اخبرها
ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلاثا او غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رايها
انه حق يعني بعد التحري فلا باس ان تعتد ثم تتزوج وهذه المسئلة مع ما بعدها الى قوله اذا باع المسلم خمرا من مسائل كتاب الاستحسان ذكرها
هاهنا تفريعا على مسئلة الجامع الصغير هذا في الاخبار . اما الشهادة فلا يصح وان كان الشاهد اثنين لانه قضاء على الغائب . الا ترى الى
ما ذكر الاسروشني في الفصل الرابع من فصوله اذا شهد شاهدان على الطلاق والزوج غائب لا يقبل لعدم الشهادة على الخصم . ولو كان
الزوج حاضرا يقبل وان لم يوجد دعوى المراة بطريق الحسبة . وهذا في الشهادة عند القاضي . اما اذا قال لامراة الغائب
ان زوجك طلقك او اخبرها بذلك واحد عدل فاذا انقضت عدتها حل لها ان تتزوج بزوج اخر كذا في الفصول . وجملة الكلام هنا
ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي رجل تزوج امراة فلم يدخل بها حتى غاب عنها فاخبره مخبر انها قد ارتدت
عن الاسلام فان كان المخبر عدلا ثقة حل له ان يتزوج باختها واربع سواها لانه اخبر في موضع انقطاع المنازعة عن امر يتصور ان
يكون وقد ظهر الصدق في خبره فحل له بناء الحكم عليه . واما اذا غلب على ظنه انه كاذب لا يحل بخبره لان الكذب واجب الرد وكذلك
ان كانت صغيرة فاخبر انها ارضعت من امه او اخته لان هذا من باب الديانة فيقبل فيه خبر الواحد . ولو قال تزوجتها يوم تزوجتها
وهي مرتدة او معتدة او بعدما ارضعت من امك لم يسعه ان يتزوج باختها او اربع سواها . وان كان المخبر عدلا لان هذا اخبر في
موضع المنازعة لان الظاهر من حال العاقد انه يدعي صحة عقده وهذا يدعي فساده فلا يقبل الا اذا شهد عدلان شاهدان عنده لانه
على ذلك الجحود يقبل ويحل له ان يتزوج اختها واربعا سواها ولا يشبه اخباره عن فساد اصل النكاح اخباره عن امر حدث قبل . الا
ترى ان امراة لو غاب عنها زوجها فاخبرها مخبر انه قد طلقها ثلاثا او مات عنها وهو ثقة او لم يكن ثقة لكن اتاها بكتاب زوجها
وكان اكبر رايها انه كتاب زوجها فلا باس بان تعتد وتتزوج . وكذلك اذا قالت المراة لرجل قد طلقني زوجي وانقضت عدتي حل له
ان يتزوجها اذا غلب على ظنه صدقها . وكذلك المطلقة ثلاثا اذا اخبرت انها استحلت بزوج ثان وطلقها وانقضت عدتها حل للزوج
الاول ان يتزوجها لانها اخبرت عن امر لا منازع لها فيه فيقبل خبرها . ولو اتاها رجل فاخبرها ان اصل نكاحها كان فاسدا وان زوجها
كان اخاها من الرضاعة او مرتدا لم يسعها ان تتزوج بزوج اخر . وان غلب على ظنها صدقه لانه اخبر في موضع المنازعة اذ الزوج يدعي
صحة العقد فلا يكون مقبولا . وكذلك الجارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل فقالت انا امة لفلان
اعتقني حل له ان يتزوجها . ولو قالت انا حرة الاصل لم يحل له ذلك لما بينا ان الخبر الاول في غير موضع المنازعة . والثاني في موضع
المنازعة فلا يقبل . وكذلك المراة لو تزوجت رجلا ثم اتت غيره واخبرته ان نكاحها كان فاسدا لم يحل له ان يتزوجها . ولو ادعت
انه طلقها حل لمن سمع مقالتها ان يتزوجها لهذا المعنى . وكذلك لو قالت انه ارتد عن الاسلام بعدما تزوجني . او انه بعد النكاح
انه كان مرتدا حين تزوجني لانها ادعت امرا عارضا في غير محل المنازعة فيقبل . وذكر في السير الكبير في مسلم دخل دار الحرب للتجارة
فشهد عند امراته رجل مسلم انه ارتد وصار حربيا لم يحل لها ان تتزوج بزوج اخر فكان في المسئلة روايتان . يعني في مسئلة الردة بخلاف
ما اخبرها انه طلقها . وجه هذه الرواية ان الاخبار عن الردة يكذبه الشاهد فلا يقبل . بخلاف الطلاق لان الشاهد لا يكذبه
فيه فافترقا كذا في شرح الكافي **قوله** وعلى هذا الحرف يدور الفرق اي بين قبول قول الواحد وعدم قبوله . يعني اذا كان
الاخبار في غير موضع المنازعة يقبل قول الواحد . واذا كان في موضع المنازعة لا يقبل **قوله** بخلاف ما تقدم اشارة
الى الجارية قالت كنت امة لفلان فاعتقني حيث يقبل قولها **قوله** قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب
الدين ان ياخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا باس به . الى هنا لفظ الجامع الصغير وذلك لان المسلم لا يجوز بيعه الخمر لما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها فاذا لم يجز البيع كان الثمن باقيا على ملك المشتري فكان حراما على الطالب
اخذه لانه لم يملكه البائع . بخلاف ما اذا كان البائع نصرانيا حيث يحل للطالب اخذ الثمن منه لانه ملك ثمن الخمر ببيعها لان الخمر مال متقوم
لنا لانه وجب لهم في البيع بالاثار . الا ترى الى ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها . قال
الولوالجي في فتاواه رجل مات وكسبه من بيع الباذق او نحو ذلك ان تورع الورثة عن اخذ ذلك كان اولى ويردونه على اربابها
ان عرفوا اربابها لانه لم يكن فيه نوع خبث . وان لم يعرفوا اربابها تصدقوا بها لان سبيل الكسب الخبيث التصدق متى تعذر الرد وكذا
الجواب فيما اذا اخذ رشوة او ظلما ان تورع الورثة كان اولى . واما اخذ المغني والنائحة والقوال فالامر فيه اسهل لانه فيه
اعطاه المعطي من غير عقد . وفي الاهداء والضيافة ينظر ان كان غالب مال المهدي والمضيف من الحرام ينبغي ان لا يقبل ما لم يخبر
ان ذلك المال حلال وان كان غالب ماله حلالا فلا باس بان يقبل حتى يتبين انه من حرام . رجل مات وابنه يعلم انه كان يكسب
من حيث لا يحل لكن لا يعلم ذلك بعينه ليرده عليه فالميراث حلال له في الحكم لوجود المطلق وانعدام المانع لعينه ينصرف فيه حيث
شاء والاحوط ان يتصدق بها كلها . فان تورع وتصدق كان اولى لكن يتصدق بنية خصمائه . رجل جمع المال وهو مطرب مغني هل

يباح

يباح له ذلك ان كان اخذ المال من غير شرط يباح له لانه اعطى المال عن تطوع والمسئلة قد مرت كذا ذكر الولوالجي **قوله** قال
ويكره الاحتكار في اقوات الادميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله . اي قال القدوري في مختصره والاحتكار المحظور
المنهي عنه البيع بانتظار الغلاء فيما هو مشتري من المصر ويتربص باهله والاصل في كراهية الاحتكار ما روي في السنن مسندا الى معمر بن عبد
الله العدوي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحتكر الا خاطئ . وروى الكرخي في مختصره باسناده الى كثير بن مرة عن ابن عمر عن النبي
صلى الله عليه وسلم قال من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله عز وجل وبرئ الله منه . وايما اهل عرصة ظل فيهم امرؤ جائعا فقد
برئت منهم ذمة الله . وروى الكرخي ايضا باسناده الى القاسم بن عبد الرحمن عن ابي امامة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يحتكر
الطعام قال الفقيه ابو الليث في كتاب تنبيه الغافلين روي عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
الجالب مرزوق والمحتكر ملعون . قال الفقيه وانما اراد بالجالب الذي يشتري الطعام للبيع فيجلبه الى البلد فيبيعه فهو مرزوق لان
الناس ينتفعون به فيناله بركة دعاء المسلمين . والمحتكر يشتري الطعام للمنع ويضر بالناس . ولان في ذلك تضييقا على المسلمين فلم يجز
ولهذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان وانما يكره الاحتكار في بلد صغير يضر الاحتكار باهله . فاما اذا كان
البلد كبيرا لا يضر هذا الفعل باهله فلا يمنع منه لانه حبس ملك نفسه على وجه لا يحصل الضرر بغيره . وكذلك قال ابو حنيفة في تلقي الجلب
اذا كان في بلد لا يضر باهله فلا باس **قوله** قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلد . اي قال المشايخ ان هذا الجواب وهو
الكراهة فيما اذا اضر باهل البلد وعدم الكراهة فيما اذا لم يضر بهم فيما اذا اشترى المتلقي ولا يلبس السعر على التجار . اما اذا لبس عليهم فانه يكره سواء
اضر باهل البلد او لم يضر وهو متعلق قوله في الوجهين اي في صورة الاضرار وعدم الاضرار **قوله** وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة
والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة . وقال ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا . وعن محمد
انه لا احتكار في الثياب قال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة عن ابي يوسف الاحتكار في كل ما يضر بالعامة احتكار . قال والاحتكار ان يحبسه
عنده اكثر السنة . فان حبسه عنده شهرا او نحو ذلك فانما هو على قدر ما يحبسه . وقال هشام عن محمد الحكرة في الحنطة والشعير والتمر الذي هو
قوت الناس والقت الذي هو قوت البهائم وليس في الثياب حكرة ولا الارز ولا في العسل ولا في السمن ولا في الزيت حكرة . وقال ابو يوسف
في الزيت حكرة الى هنا لفظ الكرخي . وجه قول ابي يوسف عموم النهي عن الحكرة بلا فصل . ولان الضرر يلحق بحكرة هذه الاشياء كالحنطة
ولهما ان الادهان والعسل ليس بها قوام الابدان فلا يضر عدمها كما سواها . وهذا لان الحاجة اللازمة الدائمة في الاقوات ونحوها
فلا يكره حبس غير الاقوات . وقال بعض مشايخنا قول محمد تفسير لما ابهم ابو يوسف ولا خلاف . وقال بعضهم عند ابي يوسف يثبت الاحتكار
في الثياب وغيرها اذا اضر بالعامة لانه يعتبر وجود الضرر وان لم يكن معهودا . ومحمد اعتبر الامر العام الغالب وذلك انما يكون فيما
هو قوت مطلق . قال القدوري في شرح مختصر الكرخي واما قول محمد ان حبس الارز ليس باحتكار فهو محمول على البلاد التي لا يتقوت به . واما
في الموضع الذي هو قوتهم مثل طبرستان فهو احتكار . واما الثياب فلان قوام الابدان وبقاء الحياة لا يتعلق بها وقوت الحيوان ما كان يتقوت به
من الماكول **قوله** وقيل في مدة اربعين يوما . اي مدة الاحتكار التي يمنع بها اربعون يوما لما حكينا في حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله عز وجل وبرئ الله منه اي خذله الله تعالى . وقال بعض مشايخنا قدر مدته بالشهر
ولم يجعل المقدر بالاربعين في الحديث لازما لان المعنى في المنع عن الاحتكار هو الضرر والضرر يلحق في كثير المدة دون قليلها وما دون الشهر
قليل ولهذا لا يسقط الصوم بالجنون شهرا . بخلاف ما دونه ولهذا اذا اجن الوكيل او الموكل جنونا مطبقا بطلت الوكالة وحده شهر عند ابي يوسف
ولو قال لاقضين دينه الى قريب فهو على ما دون الشهر لان الشهر وما زاد عليه بعيد . ولهذا كان الشهر ادنى الاجل في السلم وما دونه في حكم
الحال . وقد روينا قبل هذا عن مختصر الكرخي عن ابي يوسف انه قدر مدة الاحتكار باكثر السنة وذلك لان الحبس ممنوع منه لما فيه من الحاق الضرر
فاعتبرت المدة التي يلحق فيها الضرر غالبا وهو اكثر السنة **قوله** ويقع التفاوت في الماثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط
والعياذ بالله تعالى . يعني ان اثم من يتربص القحط اعظم من اثم من يتربص عزة الطعام وهو الغلاء **قوله** وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا
يعني ان التقدير بمدة الاحتكار للمعاقبة في الدنيا حتى يعزر الامام المحتكر ويهدده . اما الاثم فيحصل وان قلت مدة الاحتكار **قوله**
قال ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد اخر فليس بمحتكر . اي قال القدوري في مختصره والكلام هنا على وجوه ستة احدها في تفسير
الاحتكار والثاني فيما يقع فيه الاحتكار . والثالث في كيفية الاحتكار . والرابع في بيان مدته . والخامس في بيان التسعير
والسادس في بيان عقوبته . اما الاول فبيانه ان الاحتكار هو الجمع والحبس يقال احتكر الطعام اذا حبسه يتربص به الغلاء كذا في
ديوان الادب . قال ابن فارس في مجمل اللغة الحكرة حكر الطعام وارادة غلائه وهو الحكر والحكر ايضا . وفي اصطلاح اهل الشرع حبس الاقوات
الناس والبهائم عن البائع يتربص الغلاء شهرا فما زاد فيما اشتراه من المصر وفيه اضرار بالناس . واما الثاني فهل يختص الاحتكار بالاقوات
ام لا وفيه خلاف قد بيناه . واما الثالث فبيانه على ثلاثة اوجه ذكرها الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير في وجه لا باس به وفي وجه يكره
وفي وجه اختلفوا فيه . اما الذي هو مكروه فهو ان يشتري طعاما من مصر ويمتنع من بيعه وفي ذلك اضرار بالناس فانه مكروه . وروي عن
محمد بن الحسن انه قال اجبره على البيع فان امتنع عن ذلك اعزره ولا اسعر وانما اقول له بع بما يبيع الناس . واما الذي لا باس به فهو ما اذا
كان له طعام دخل من ضيعته او حمله من مصر اخر او اشترى من مصر ولا يضر ذلك بالناس . فعلم من هذا ان ما ذكر صاحب الهداية بقوله فالمذكور
قول ابي حنيفة . وقال ابو يوسف يكره يعني فيما جلبه من بلد اخر فيه نظر . لان الفقيه اورده في القسم المتفق عليه . وقال القدوري
ايضا في كتاب التقريب روى هشام عن ابي يوسف عن ابي حنيفة فيمن جلب طعاما فاحتكره لم يكن حكرة وانما الحكرة ان يشتري في المصر
وقال ابو يوسف ان جلبه من نصف ميل فليس بحكرة . وان اشتراه من رستاق واحتكره حيث اشتراه فهو حكرة فعلم من هذا ايضا ان فيما

عليه من مصراحتكر لبس بحتكر عند ابي يوسف ايضا لانه لا يثبت الحكر فيما جلبه من نصف ميل فكيف فيما جلبه من مصراحر بعض على هذا الكرخي
في مختصره • وقال قال ابو يوسف ان جلبه من نصف ميل فليس بحتكر • واما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو انه اذا اشتري من الرساتيق
وجلبه في المصر قال الفقيه ذو يعني ابي حنيفة انه قال لا باس به • وفي قول محمد هو محتكر لان اهل المصر يتوسعون بالرساتيق فصار حكمها
حكم المصر • قال الفقيه وبه ناخذ • ولابي حنيفة ان حق اهل المصر والعامة انما يجب في جمع في المصر • فاما في غير ذلك فلا فصار
بمنزلة ما اتي به من مصراخر فلا يكون على الناس فيه الاضرار فلا يكره • والغالم يكره فعل من احتكر غلة ارضه لان ذلك خالص حقه لا حق لاحد
فيه فلما كان خالص حقه لم يكن في الحبس ابطال الحق العامة • وكذا اذا جلبه من مصراخر واشتري من مصره ولكن لم يضر بالناس احتكاره من
حيث لا يكره • لان في الاول لم يوجد تعلق حق العامة • وفي الثاني لم يوجد الضرر فصار كذلك للتجارة من التجارات فلم يمنع منه
واما المكروه فما اذا اشتري من مصره لحبسه عنهم وفي ذلك ضرر بهم لان حق العامة متعلق به لحرم حبسه عنهم • واما الرابع من الاوجه
الستة وفي بيان المدة فقد مر بيانه قبل هذا • واما الخامس فهو التسعير • والسادس وهو العقوبة اذا رفع الى القاضي ينبغي ان
يامره ان يبيع هذا **قوله** قال ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس • اي قال القدوري في مختصره وعند مالك يجب التسعير على الولاة
دفعا للضرر عن العامة • ولنا ما حدث صاحب السنن باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه ان رجلا جاء فقال يا رسول الله سعر فقال ادعو
الله ثم جاء اخر فقال يا رسول الله سعر فقال بل الله يقبض ويبسط واني لارجو ان القى الله وليس لاحد عندي مظلمة • وحدث صاحب
السنن ايضا باسناده الى انس قال قال الناس يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله هو المسعر القابض الباسط
الرازق واني لارجو ان القى الله تعالى وليس احد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال • وقال ابو يوسف في كتاب الخراج حدثني محمد بن
عبد الرحمن بن ابي ليلى عن الحكم بن عتيبة عن رجل حدثه ان السعر غلا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم بسطر فقالوا يا رسول الله ان السعر
قد غلا فوظف وظيفة نقوم عليها فقال ان الرخص والغلا بيد الله ليس لنا ان نجوز امر الله وقضاه • ولنا لان الثمن حق البايع وكان اليه
تقديره الا ان يتعدى المشاد تعديا فاحشا فيبيع ما يساوي خمسين بمائة فحينئذ يمنع منه دفعا للضرر عن المسلمين • واما التسعير
فلبس به باس **قوله** واذا رفع الى القاضي هذا الامر يامر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع
الصغير القاضي اذا رفع اليه هذا الامر يامر المحتكر ان يبيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في قوته وقوت اهله وينهاه
عن الاحتكار فان انزجر عنه • وان رفع اليه مرة اخري وهو على عادته حبسه ووعظه وهدده • وان رفع اليه مرة اخري حبسه وعزره
بما يرى حتى يمتنع من سوء فعله • فان كان ارباب الطعام يتحكمون على المسلمين ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة
حقوق المسلمين الا بالتسعير فلا باس به بمشورة اهل الراي والبصر • فاذا فعل ذلك فتعدى رجل عن ذلك فباعه بثمن فوق ذلك اجازه القاضي
وهذا في قول ابي حنيفة لا يشكل لانه لا يرى الحجر على الحر • وكذلك عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم الي هنا لفظ فخر الاسلام وذلك
لانه اذا لم يكن على قوم باعيانهم لا يكون ذلك حجرا لم يكن فتوى في ذلك • قال ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع
وقال الكرخي في مختصره • وقال محمد اجبر المحتكر على بيع ما احتكر ولا اسعر عليه وارد له بع كما يبيع الناس وبزيادة ما يتغابن
الناس فيهم ولا اتركه يبيع اكثر عادة وهو يباع باربعين الي هنا لفظ الكرخي • قال القدوري في شرحه قوله اجبر انه يكون على قولهما
على اصلهما في جواز الحجر على الحر • فاما على قول ابي حنيفة يجب ان لا يجبر على البيع لان الحجر على الحر لا يجوز **قوله** وهل يبيع القاضي
على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف عرف في بيع مال المديون • يعني ان فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يبيع عليه في مذهب
ابي حنيفة ويبيع على مذهبهما كما في بيع مال المديون المفلس اذا امتنع عن البيع • وقيل يبيع بالاتفاق واليه ذهب القدوري في شرحه
قال وقد قال اصحابنا اذا خاف الامام على اهل المصر الهلاك اخذ الطعام من المحتكر ورده عليهم فاذا وجدوا ردوا مثله وليس هذا
حجرا انما هو للضرورة • ومن اضطر الي مال غيره وخاف الهلاك جاز له اخذه بغير رضاه **قوله** قال ويكره بيع السلاح
في ايام الفتنة • اي قال القدوري في مختصره ومراده البيع من اهل الفتنة • وذلك لان فيه اعانة على العدوان وقد نهينا
عنه قال تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان والكراهة فيما اذا عرف ان المشتري من اهل الفتنة • وان لم يعرف انه منهم فلا باس
بالبيع منهم لان امور المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة ولا يكره بيع ما لا يصير سلاحا الا بفعل اختياري كالحديد لانه ليس كان
سلاحا باعتبار عينه لا يكون منسوبا اليه • والمسئلة مرت في اخر كتاب السير **قوله** قال ولا باس ببيع العصير ممن يعلم
انه يتخذه خمرا • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان المعصية لا تحصل بعين العصير وانما تحصل بعد استحالته الى الخمر ولا يشبه
ذلك بيع السلاح من اهل الفتنة لان المعصية تقع بعين السلاح ونظير بيع العصير ممن يتخذه خمرا بيع الحديد من اهل الفتنة فلا يكره هو
ونظير بيع السلاح من اهل الفتنة بيع الخمر لان الفساد يقع بعين المبيع • ولكن بيع الخمر لا يجوز اصلا لانها ليست متقومة في حق المسلم
وبيع السلاح منهم يجوز ويكره لان السلاح مال متقوم والكراهة للمعصية المجاورة • وقال الولوالجي في فتاواه رجل له عبد
امرد اراد ان يبيعه من فاسق يعلم انه يعصي الله فيه غالبا يكره هذا البيع لانه اعانة على المعصية **قوله** قال ومن اجر بيتا ليتخذ
فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع الخمر فيه بالسواد فلا باس به • اي قال في اخر الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه ولا باس ان يواجر بيته يتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع الخمر فيه بالسواد قالوا
في شروح الجامع الصغير وهذا قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد لا ينبغي ان يكريه لشي من هذا لانه اعانة على المعصية • ولابي
حنيفة انه تصرف في ملك نفسه وهو العقد على منفعة البيت ولا معصية فيه انما المعصية بفعل فاعل مختار فلا يوجب كراهة الاجارة • الا
ترى ان المستاجر لو تركه من البيت ولم يفعل فيها وجب الاجر • وقال فخر الدين قاضي خان في شرحه انما هذا اذا باع العصير ممن يتخذ

عند ابي حنيفة يجوز ولا يكره • وعندهما يكره قالوا هذا في السواد لا في المصر لان اهل الذمة يمنعون عن احداث البيع والكنايس
وبيع الخمر في الامصار ويمنعون عن ذلك في السواد لان عامة شعائر الاسلام من الجمع والجماعات والاعياد واقامة الحدود وغير
ذلك تختص بالامصار • فمن احداث البيع والكنايس ونحوها استخفاف بالمسلمين • بخلاف السواد • قالوا ايضا هذا في سواد الكوفة
لان الغالب فيه اهل الذمة والروافض • اما في سوادنا يمنعون عن احداث ذلك لان الغلبة في سوادنا لاهل الاسلام فيمنعون عن ذلك
في السواد والامصار جميعا **قوله** وهو الاصح وهو اختيار شمس الايمة السرخسي وفخر الاسلام البزدوي • وعند الشافعي لا يمنعون
الا في السواد وتقدم تمام البيان في كتاب السير **قوله** قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة • اي قال
في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة انه قال اخذ الاجر على حمل خمر الذمي يطيب له وهو جايز • وقال ابو يوسف
ومحمد هو مكروه • قال فخر الاسلام وقول ابي حنيفة قياس وقولهما استحسان • لهما انه اعانة على المعصية فيكره لقوله تعالى ولا تعاونوا
على الاثم والعدوان • وروي صاحب السنن باسناده الى ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبايعها
ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة اليه • وانما لعن الحامل لانه اعانة على المعصية • بخلاف حمل النجاسة والميتة لانها تحمل للدبغ
لا للفساد وفيه تنزيه الطريق وتنزيهه عن النجاسة من غير معصية • ولابي حنيفة ان المعصية ليس من لوازم الحمل لانه قد يكون للتخليل
وقد يكون للبيع • وانما تحصل المعصية بفعل فاعل مختار لا من نفس الحمل فلا يوجب ذلك كراهة الحمل والاجر كما لو استاجره لحمل الميتة او النجاسة
او لعصير العنب • والحديث محمول على الحمل المقصود للمعصية وهو شرب الخمر ولا كلام لنا فيه فان ذلك مكروه **قوله** قال ولا باس ببيع
بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها • اي قال محمد في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال لا ارى باسا ببيع بنا
بيوت مكة واكره بيع الارض الي هنا لفظ اصل الجامع الصغير وفي رواية الجامع • وروي الحسن عن ابي حنيفة ان بيع دور مكة جايز وبيعها
الشفعة كذا ذكر الكرخي في مختصره • وقال في كتاب التقريب وروي هشام عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه كره اجارة بيوت مكة في الموسم
ورخص في غير الموسم • وكذلك قال ابو يوسف وقال هشام اخبرني محمد عن ابي حنيفة انه كان يكره كرا بيوت مكة في الموسم ويقول لهم ان ينزلوا عليهم
في دورهم اذا كان فيها فضل وان لم يكن فلا وهو قول محمد الي هنا لفظ التقريب • وقال الطحاوي في مختصره وكره ابو حنيفة بيع
ارض مكة وهو قول محمد ورواه محمد عن ابي يوسف ايضا • وقد روي غيره عن ابي يوسف ان ذلك لا باس به • قال ابو جعفر هذا اجود
والطحاوي اخذ بقول ابي يوسف في جواز بيع الارض في شرح الاثار كما اخذ بقوله في مختصره • ومحمد اخذ في كتاب الاثار بقول ابي حنيفة
انه لا يجوز بيعها • والحاصل ان بيع بنا بيوت مكة جايز اتفاقا لان بناها ملك الذي بناها الا ترى ان من بني في ارض الوقف جاز بيع البنا
فكذا هذا • واما بيع اراضي مكة فلا يجوز عند ابي حنيفة وهو الظاهر عنه وهو قول محمد • وعند ابي يوسف يجوز • وقال القدوري
في شرحه وقال الشافعي بيع اراضي مكة جايز • وجه الجواز وهو قول ابي يوسف ما روي الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى اسامة بن زيد
انه قال يا رسول الله اتنزل في دارك بمكة قال وهل ترك لنا عقيل من رباع او دور • وكان عقيل ورث ابا طالب هو وطالب ولم يرثه جعفر
ولا علي لانهما كانا مسلمين • وكان عقيل وطالب كافرين وكان عمر بن الخطاب من اجل ذلك يقول لا يرث المومن الكافر ففي هذا الحديث ما يدل
على ان ارض مكة تملك وتورث لانه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب لما تركه ابو طالب فيها من رباع ودور • الرباع جمع ربع وهو دار
الاقامة كذا في الفايق • ووجه عدم جواز بيع ارض مكة واجارتها وهو قول ابي حنيفة وسفيان ومحمد كذا في شرح الاثار ما
روي الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى مجاهد عن عبد الله بن عمرو ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحل بيع بيوت مكة ولا اجارتها
وروي الطحاوي ايضا باسناده الى علقمة بن نضلة قال توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم ورباع مكة تدعي السوايب
من احتاج سكن ومن استغني اسكن • ورجح الطحاوي قول ابي يوسف من طريق النظر وقال انا المسجد الحرام الذي كان الناس فيه سوا لا يجوز
لاحد ان يبني فيه بنا ولا يحتجر فيه موضعا • وكذلك حكم جميع المواضع التي لا يقع لاحد فيها ملك وجميع الناس فيها سوا • الا ترى ان عرفات
لو اراد رجل ان يبني في المكان الذي يقف فيه الناس فيها لم يكن له ذلك • وكذلك مني لو اراد ان يبني فيها دارا كان من ذلك
ممنوعا • وكذلك جا الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم • وحدث باسناده الى عايشة رضي الله عنها قالت قلت يا رسول الله الا نتخذ
لك بمني شيا تستظل به فقال يا عايشة انها مناخ لمن سبق فهذا حكم المواضع التي الناس فيها سواء ولا ملك لاحد عليها • ورأينا مكة على غير ذلك
لك بمني شيا تستظل به فقال يا عايشة انها مناخ لمن سبق فهذا حكم المواضع التي الناس فيها سواء ولا ملك لاحد عليها • ورأينا مكة على غير ذلك
قد اجيز البنا فيها • وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم دخلها من دخل دار ابي سفيان فهو امن ومن اغلق عليه بابه فهو امن فلما كانت
ما يغلق عليه الابواب ويبني فيه المنازل كانت صفتها صفة المواضع التي تجري فيها الاملاك ويقع فيها المواريث • ولا يجوز احتجاج
المخالف بقوله تعالى ان الذين كفروا ويصدون عن سبيل الله والمسجد الحرام الذي جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد لان المراد
المسجد الحرام لا جميع اراضي مكة • واما كراهة الاجارة فلما روي محمد في الاثار عن ابي حنيفة عن عبد الله بن زياد عن ابن ابي نجيح عن عبد
الله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اكل من اجور بيوت مكة شيا فانما ياكل نارا • واما الذي روي انه كره اجارتها لاهل الموسم
ولم يكره للمقيم فلان اهل الموسم بهم ضرورة الى النزول والمقيم لا ضرورة به الى النزول **قوله** ومن وضع درهما عند بقال
ياخذ منه ما شا يكره له ذلك ذكر هذه المسئلة تفريعا • واصله ان البخاري روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كل قرض جر منفعة فهو
ربا كذا ذكر القدوري في شرحه • وهذا اصل المسئلة لانه اذا كان الدرهم في يد البقال ربما افرضه البقال حتى ياخذ منه
من حاجته المالية كالتوابل ونحوها شيا فشيا بذلك الدرهم كالاخلال فيه نفع للمقرض لا محالة وهو منهي • ولكن الكلام عن النهي
ان يودع الدرهم عند البقال فياخذ منه بعد ذلك ما شا شيا فشيا فاذا هلك الدرهم فاذا هلك الدرهم عند البقال لا ضمان على لانه
امانة لم يوجد فيها التعدي • قال الكرخي في مختصره في كتاب الصرف وكل قرض جر منفعة لا يجوز مثل ان يقرض دراهم غلة على ان يعطيه

مسمجا. أو يقرض قرضا على أن يبيع به بيعا لأنه روي أن كل قرض جر منفعة فهو ربا. وتأويل هذا عندنا أن تكون المنفعة موجبة بعقد القرض مشروطة فيه. وإن كانت غير مشروطة فاستقرض غلة وقضا صحيحا من غير أن يشترط عليه جاز. وكذا لو باع شيئا ولم يكن شرط البيع في أصل العقد جاز ذلك ولم يكن به بأس إلى هنا لفظ الكرخي في مختصره. وذلك لأن القرض تمليك الشيء بمثله فإذا جر نفعا صار كأنه استزاد فيه الربا فلا يجوز. ولأن القرض تبرع وجر المنفعة يخرجه عن موضوعه. وإنما يكره إذا كانت المنفعة هي مشروطة في العقد وإذا لم تكن مشروطة فلا لأنها إذا لم تكن مشروطة فيه يكون المقترض متبرعا بها فصار كالرجحان الذي دفعه صلى الله عليه وسلم في بدل القرض. وقد روي عن ابن عمر أنه كان يستقرض فإذا خرج عطاؤه أعطاه أجود مما أخذ. قال القدوري في شرحه والذي حكي عن أبي حنيفة أنه أقرض رجلا ألفا ثم جاء ليقبضه فلم يقعد في ظل حائط وقعد في الشمس حتى خرج إليه فلا أصل له وأبو حنيفة أفقه من ذلك لأن الوقوف تحت الحائط ليس منفعة بملكه ولا أوجبه القرض. ولو منع من ذلك لمنع من الجلوس في ساحته لأنه انتفاع به وهذا لا انتهاء فيه.

مسائل متفرقة

قال ويكره التعشير والنقط في المصحف. أي قال في الجامع الصغير والتعشير جعل العواشر في المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات. وذلك لما روى أبو عبيد بإسناده إلى عبد الله بن مسعود أنه قال جردوا القرآن ليربو فيه صغيركم ولا ينأى عنه كبيركم فإن الشيطان يخرج من البيت تقرأ فيه سورة البقرة. وقال أبو عبيد قد اختلف الناس في تفسير قوله جردوا القرآن فكان إبراهيم يذهب به إلى نقط المصاحف وكان يكره نقط المصاحف ويقول جردوا القرآن ولا تخلطوا به غيره. قال وإنما نرى إبراهيم كره هذا مخافة أن ينشأ نشو يدركون المصاحف منقوطة فيرون أن النقط من القرآن. ولهذا كره من كره الفواتح والعواشر. وقال أبو عبيد حدثنا أبو بكر بن عياش عن أبي حصين عن يحيى بن وثاب عن مسروق عن عبد الله أنه كره التعشير في المصاحف. وقيل إن رجلا قرأ عنده فقال أستعيذ بالله من الشيطان الرجيم فقال عبد الله جردوا القرآن. وقد ذهب كثير من الناس إلى أن يتعلم القرآن وحده ويترك الأحاديث قال أبو عبيد وهذا باطل وليس له عندي وجه وكيف يكون عبد الله أراد هذا وهو يحدث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحاديث كثيرة ولكنه عندي ما ذهب إليه إبراهيم وما ذهب إليه عبد الله نفسه. وفيه وجه آخر هو عندي من أبين هذه الوجوه أنه حثهم على أن لا يتعلم شيء من كتب الله غيره لأن ما خلا القرآن من كتب الله إنما يؤخذ عن اليهود والنصارى وليسوا بمأمونين عليها وذلك بين من حديث حدثناه محمد بن عبيد عن هارون بن عنترة عن عبد الرحمن بن الأسود عن أبيه قال أصبت أنا وعلقمة صحيفة فانطلقنا إلى عبد الله فقلنا هذه صحيفة فيها حديث حسن قال فجعل عبد الله يمحوها بيده ويقول نحن نقص عليك أحسن القصص. ثم قال إن هذه القلوب أوعية فاشغلوها بالقرآن ولا تشغلوها بغيره. وكذا حديثه الآخر لا تسألوا أهل الكتاب عن شيء يعني أن يحدثوكم بحق فتكذبوا به أو بباطل فتصدقوا به كيف يهدونكم وقد أضلوا أنفسهم ومنه حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه أتى عمر بصحيفة أخذها من بعض أهل الكتاب فغضب وقال أمتهوكون فيها يا ابن الخطاب كذا ذكر في غريب الحديث وشرح في الفائق بقوله جردوا القرآن أي لا تقرنوا به شيئا لئلا يبعد عن التلاوة وقد يرمز كباركم فإن الشيطان لا يعرف مكانه من قرآنه. وإنما قال أبو حنيفة التعشير والنقط لأحد الوجوه الذي ذهب إليه إبراهيم في حديث ابن مسعود. ولأن التعشير أمر غير مفيد إلا التقصير في حفظ الآيات وتعرفها. وكذلك النقط يبطل الاجتهاد في حفظ القرآن ويصير فيه اعتمادا على الخط. وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قال مشايخنا هذا في زمانهم لأهل بلدانهم فأما في زماننا لأهل بلداننا فالنقط حسن وهو أمر لا بد منه لأنه ليس في وسع العجم معرفة الإعراب من غيره ولأنه يؤدي تركه إلى هجران القرآن ثم إلى الإعراض عن حفظه وإلى تخليط العجم من قرائها ليس في وسعهم فلذلك صار حسنا. وقد استحسنه المسلمون من بعد وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن. وحكي الجواز عندنا. قال في شرح الطحاوي لأبي بكر الرازي في كتاب الكراهة وكان الشيخ أبو الحسن يقول لا يكره ما يكتب من تراجم السور وحسب ما جرت به العادة لأن في ذلك إبانة عن معنى السورة وهو بمنزلة كتابة التسمية في أوائلها للفصل. **قوله** وقد ذكرناه في قبيل باب صلاة الوتر. **قوله** قال ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام. أي قال في الجامع الصغير وعندنا يجوز دخولهم في كل مسجد. وعند مالك لا يجوز دخولهم في مسجدنا. وعند الشافعي رحمه الله يجوز دخولهم في سائر المساجد ولا يجوز في المسجد الحرام. لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا. والنجس مصدر ومعناه ذوو أنجاس فلا يمكنوا لأنهم أنجاس وأنهم كانوا يطوفون في الجاهلية ثم حج عامهم هكذا وهو عام تسع من الهجرة كذا في الكشاف. وقد ذهب الشافعي رحمه الله إلى ظاهر الآية يدل على النهي من أن يقربوا المسجد الحرام لا غير. والشافعي رحمه الله أخذ بقول الزهري كذا قال الفقيه أبو الليث. ولمالك أن الكافر يجنب فصار كالجنب ولا يدخل الجنب المسجد بالاتفاق فكذا الكافر. ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن عثمان بن أبي العاص الثقفي أن وفد ثقيف قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزلهم في خيمة ضربت في المسجد فقال أصحابه يا رسول الله قوم أنجاس يدخلون المسجد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على الأرض من أنجاس الناس شيء إنما أنجاسهم على أنفسهم. والآية عند أصحابنا محمولة على أن يقربوا متولين للمسجد الحرام والقيام بمصالحه ويعزلوا عن ذلك وعلى طوافهم عراة كما كانوا يفعلون ذلك في الجاهلية فأمر الله تعالى بتنزيه المسجد الحرام عن ذلك. ولأن نفس الدعوى ممنوعة. يدل على هذا ما أخرجه البخاري في جامعه الصحيح بإسناده إلى حميد بن عبد الرحمن بن عوف أن أبا هريرة أخبره أن أبا بكر بعثه في الحجة التي أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل حجة الوداع في رهط يؤذن في الناس ألا لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوفن بالبيت عريان. **قوله** قال ويكره استخدام الخصيان. أي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا بأس بخصاء البهائم وإنزاء الحمير على الخيل. وقال أبو جعفر الطحاوي في مختصره ويكره كسب الخصيان وملكهم واستخدامهم. وقال أبو حنيفة لولا استخدام الناس إياهم لما أخصاهم الذين يخصونهم. ولا بأس بإخصاء البهائم ولا بأس بإنزاء الحمير على الخيل إلى هنا لفظ الطحاوي. ونقل الناطفي في الأجناس من كتاب الحج لمحمد بن الحسن على أهل المدينة قال محمد لا بأس بإخصاء الخصيان وأن يدخلوا على النساء ما لم يبلغوا الحلم فإذا بلغ فالواحد والكثير سواء فرع الناطفي في واقعاته بخمسة عشر سنة. وذلك لأن في الرغبة في استخدامهم وملكهم حثا على خصائهم وذلك مثلة فيحرم لقوله عليه السلام لا خصاء في الإسلام. والمثلة وقد ذهب بعض المفسرين في قوله تعالى فليغيرن خلق الله كذا في الكشاف وغيره وهو قول عكرمة. وقيل فطرة الله التي هي دين الإسلام وهو قول الحسن. وعن ابن مسعود هو الوشم. وأما خصاء البهائم إذا كان يراد صلاحها فهو مباح في قول عامة العلماء فذهب قوم إلى أنه لا يحل خصاء شيء من الفحول. الطحاوي مسندا في شرح الآثار إلى ابن عمر أنه نهى أن يخصى الإبل والبقر والغنم والخيل وكان يقول منها نشأت الخلق فلا يصلح الإناث إلا بالذكور. ووجه الإباحة ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين موجوءين وهما المرضوض خصاهما والمفعول به ذلك منقطع النسل لا محالة فلو كان ذلك مكروها لما ضحى بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم لينهى الناس عن ذلك ولا يفعلوه لأنهم لما علموا أن ما أخصي يجتنب ويتجافى عنه لم يفعلوه. ألا ترى أن الطحاوي ذكر في باب زكاة البغال في شرح الآثار أن عمر بن عبد العزيز بعث فخصي لصيد بيته فقال ما كنت لأعين على الخصاء بل حمل ابتياعه إياه جزء على إخصائه لأنه لولا من يبتاعه لما خصي لم يخصه من خصاه. ولا يشبه إخصاء البهائم إخصاء بني آدم لأن في البهائم يراد بذلك سمنها وقطع عضها فذلك مباح. وفي بني آدم يراد المعاصي فذلك حرام. والجواب عن حديث ابن عمر فنقول إنه موقوف عليه. ولئن صح فالمراد منه الإخصاء بحيث لا يبقى شيء من ذكور البهائم فذلك لانقطاع النسل. وروى الطحاوي بإسناده إلى هشام بن عروة عن أبيه أنه أخصى بغلا. وروي أيضا بإسناده إلى ابن طاوس أن أباه أخصى جملا له. وروي أيضا بإسناده إلى عطاء لا بأس بإخصاء الفحل إذا خشي عضاضه. وقال الجاحظ في كتاب الحيوان قد فقد منهم فأي دين فرع وعين يقل أهل وحشم ولأي دين شرع نشأ إلى اتخاذهم إلا من جلباب العقل أسر ثوب الفتنة فلا نكير فيهم. وإنما هذه الأمة الملعونة التي أول أمرها معصية الله حين يخرجون من حد الرجال إلى حد الأم ولا رجال ولا نساء. وأما إنزاء الحمير على الخيل فقد كرهه قوم كذا في شرح الآثار. وذلك لما روي في كتاب الجهاد من السنن مسندا إلى علي بن أبي طالب قال أهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم بغلة فركبها. فقال علي لو حملنا الحمير على الخيل فكانت لنا مثل هذه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما يفعل ذلك الذين لا يعلمون. وجوابه قد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ركب البغلة فلو كان الإنزاء مكروها لما ركب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يمتنع الناس عن إنزاء الحمير. ومعنى قوله يفعل ذلك الذين لا يعلمون أن الخيل قد جاءت في ارتباطها الأجر ولم يرد مثل ذلك في البغال وكانت الخيل في بني هاشم قليلة فأحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تكثر فيهم. كذا ذكر الطحاوي في شرح الآثار وفي آخر مختصره أيضا. **قوله** ولا بأس بخصاء البهائم وإنزاء الحمير على الخيل هذا لفظ القدوري وقد مر بيانه. فيقال أخصاه عضيه خصا بالكسر والمد من باب عصاه يعصيه إذا نزع خصيتيه وهو المشهور عند أهل اللغة. وقد وردت الرواية في كتب محمد والطحاوي بلفظ الإخصاء أيضا من التثبت. والإنزاء يقال أنزاه فنزا فالوا في النادر لا بأس بكي البهائم للعلامة لأن فيه منفعة. ولا بأس بثقب أذن الطفل من البنات لأنهم كانوا يفعلون ذلك في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير إنكار. وكذا لا بأس بكي الصبيان إذا كان لداء أصابهم لأن ذلك مداواة ومنه المثل آخر الدواء الكي. **قوله** قال ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني. أي قال في الجامع الصغير وهذه من الخواص. اعلم أن عيادة أهل الذمة لا بأس بها بدلالة الكتاب والسنة. ونوع من المعقول. أما الكتاب فقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين. فبان أن الله لم ينههما عن أن يبروهم فكان البر والعيادة بر ومواصلة فيكون مشروعة. بخلاف الحربي فإنا نهينا عن برهم بالآية بعد هذه. وأما السنة فما روى محمد في كتاب الآثار قال أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا علقمة بن مرثد عن ابن بريدة الأسلمي عن أبيه قال كنا جلوسا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذهبوا بنا نعود جارنا هذا اليهودي قال فأتيناه فقال كيف أنت يا فلان ثم سأله فقال يا فلان اشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله فنظر الرجل إلى أبيه وكان عند رأسه فلم يرد عليه شيئا فسكت فقال يا فلان اشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله فنظر الرجل إلى أبيه فلم يكلمه فسكت ثم قال يا فلان اشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله فقال له أبوه اشهد له فقال أشهد أن لا إله إلا الله وأنك رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي أعتق بي نسمة من النار قال محمد وبه نأخذ لا نرى بعيادة اليهودي والنصراني والمجوسي بأسا إلى هنا لفظ كتاب الآثار. وكان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم والتابعون كانوا يعودون اليهود والنصارى. وأما المعقول فلأن فيها إظهار ما يكون في سبيل الإسلام المرغب فلم يكن بذلك بأس. ونص محمد في المجوسي أنه لا بأس بعيادته. ولكن المشايخ اختلفوا فيه. منهم من قال لا بأس به لأنهم من أهل الذمة كاليهود والنصارى. وقال بعضهم لا يجوز لأن المجوسي أبعد عن الإسلام من اليهود والنصارى ألا ترى أنه لا يباح ذبيحة المجوسي ونكاحهم. بخلاف اليهودي والنصراني. واختلفوا في عيادة الفاسق أيضا والأصح أنه لا بأس به لأنه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين كذا قاله فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير. **قوله** قال ويكره أن يقول الرجل في دعائه أسألك بمعقد العز من عرشك. أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة أنه كان يكره أن يدعو الرجل فيقول أسألك بمعقد العز من عرشك إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وهي من الخواص. قال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير والمسألة عبارتان إحداهما مقعد العز من القعود والثانية من العقد فإن كان من القعود فلا يشكل كراهته لأنه وصف الله تعالى بما هو حادث وهو القعود وهو التمكن على العرش وذلك قول المجسمة وهو قول باطل. وإن كان من العقد وهو المعروف في هذا الدعاء فإنه يكره أيضا لأنه يوهم تعلق عزه بالعرش وإن عزه حادث إذا تعلق بالمحدث والله تعالى عز بعزه لم يزل ولا يزال. والعرش صفة لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به. وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وقال بعضهم لا بأس به لأنه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يدعو بذلك ويقول اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك التامة. قال الفقيه وبه نأخذ. وقال الكرخي في مختصره قال أبو يوسف لا أرى هذا وأكره بحق فلان وبحق أنبيائك ورسلك وبحق البيت والمشعر الحرام وهذا اللفظ إلى هنا لفظ الكرخي. وذلك لأن عادة المسلمين جرت بذلك في دعائهم. بخلاف بحق فلان وبحق لأنه لا حق لأحد على الله تعالى. **قوله** قال ويكره اللعب بالنرد والشطرنج والأربعة عشر وكل لهو. أي قال في الجامع الصغير وهي من الخواص

اما النرد فهو حرام بالاجماع • لما روي في اواخر كتاب السنن مسندا الى ابي موسى الاشعري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من لعب بالنرد
فقد عصى الله ورسوله • وروى صاحب السنن ايضا باسناده الى سليمان بن بريدة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من لعب بالنردشير فكانما
غمس يده في لحم الخنزير ودمه • واما الشطرنج فان قامر به فهو حرام بالاجماع لان الله تعالى حرم القمار • وان لم يقامر به فكذلك عندنا وقال
الشافعي رحمه الله لا باس به لانه يحصل به تذكية الافهام • ولنا انه عبث وهو حرام لقوله تعالى افحسبتم انما خلقناكم عبثا • او نقول ان اللهو
سوى الثلاث التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم يكون حراما • روى صاحب السنن في كتاب الجهاد باسناده الى عقبة بن عامر الجهني قال
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الله عز وجل يدخل بالسهم الواحد ثلاثة نفر الجنة صانعه يحتسب في صنعته الخير والرامي به ومنبله
وارموا واركبوا وان ترموا احب الي من ان تركبوا ليس من اللهو الا ثلاث تاديب الرجل فرسه وملاعبته اهله ورميه بقوسه ونبله ومن ترك الرمي
بعدما علمه رغبة عنه فانها نعمة تركها او قال كفرها • وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ما انا من دد ولا الدد مني والدد اللعب
وروي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه مر بقوم يلعبون بالشطرنج فقال ما هذه التماثيل التي انتم لها عاكفون • وروي مثل هذا عن ابن عمر ايضا
حين مر بقوم يلعبون به وقد شبه عليهم تهل بعبادة الاوثان • وقال في الكشاف وعن علي رضي الله عنه ان النرد والشطرنج من الميسر ولانه
لهو ولعب يصد صاحبه عن الله والجمع والجماعات وهو الثالث فانما منفعته تابعة مغلوبة • والعبرة للغالب في التحريم • الا ترى الى قوله تعالى
يسالونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس واثمهما اكبر من نفعهما فاعتبر الغالب في التحريم فهل رايت صاحب شطرنج يصلي بصلاة الجماعة
ثم اباحه فقد اعان الشيطان على الاسلام والمسلمين كذا قال فخر الاسلام • وقد اورد الامام ابو موسى محمد بن ابي بكر المديني في كتاب
الامالي في اسامي الرجال باسناده الى حبة بن مسلم رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من لعب بالشطرنج والناظر اليها كالآكل
لحم الخنزير • واورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا لعب بالشطرنج يريد به تعلم الحرب قيل له وزره
اشد لانه اتخذ ايات الله هزوا • لانه يرتكب المعصية ويظهر من نفسه انه يريد الطاعة • ثم الذي يلعب الشطرنج ان قامر به تسقط عدالته
ولا تقبل شهادته وان لم يقامر به لم تسقط عدالته وتقبل شهادته لانه متاول ولم ير ابو حنيفة باسا بالسلام عليهم حتى تشغلهم عما هم فيه • وكره ابو
يوسف ذلك اهانة لهم • وقال الفقيه ابو الليث الائمة عن لعب لشطرنج المهود قوله قال ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة
دعوته واستعارة دابته • ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
قال سالت ابا حنيفة عن هدية المملوك التاجر ودعوته اياه وعاريته دابته فلم ير به باسا وكره كسوته الثوب وهبته الدراهم والدنانير الى
هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وقال الكرخي في كتاب المأذون من مختصره لو اهدى المأذون له هدية او دعا رجلا الى منزله فغداه واعار رجلا دابة
ليركبها او ثوبا يلبسه فذلك جائز لا باس به ولا ضمان على الرجل الحر في شيء من ذلك ان عطبت الدابة تحته او تخرق الثوب من لبسه ولا باس ان يقبل الرجل ذلك
من العبد ان كان على العبد دين او لم يكن • هذا استحسان من ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وليس بقياس • قال محمد حدثنا اسرائيل بن يونس عن
منصور عن ابراهيم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك • قال وبلغنا ان سلمان الفارسي اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
وهو مملوك فقبل واكل واكل اصحابه وانه تصدق وامر اصحابه فقبلوها ولم ياكل شيئا منها • وبلغنا عن عمر بن الخطاب انه سئل عن العبد يتصدق
بالشيء قال بالرغيف ونحوه • ولا باس بصدقة العبد المأذون له بالطعام • وقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد يكره للعبد المأذون ان يهب
درهما ولا يتصدق به ولا يكسوا ثوبا انما استحسن من ذلك في الطعام وحده الى هنا لفظ مختصر الكرخي • والقياس ان ذلك كله باطل لان العبد
ليس من اهل التبرع • وفي الاستحسان جاز للهبة اليسيرة والضيافة اليسيرة لما روي عن سلمان انه اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقبل
وقال الفقيه ابو الليث وغيره في شرح الجامع الصغير روي عن ابي سعيد مولى ابي اسيد قال اعرست وانا عبد فدعوت رهطا من اصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم وفيهم ابو ذر فاجابوني • والفقه فيه ان الهدية اليسيرة والضيافة اليسيرة من ضرورات التجارة • لان التاجر اذا منع
ذلك لم يحل اليه من طالب تجارة يحتاج الى شيء او رغيف وما اشبه ذلك • ولو منع من ذلك لانسد باب التجارة واعرض عنه الطالبون
ومن ملك شيئا ملك ما كان من ضروراته لان ذلك لا ينفك عنه • وكذلك العادية لا تقوم التجارة الا بها لانه لا بد من ان يتعهد الناس ملوكا كانوا
ولا بد من تسليم وما يشبه ذلك وما اشبه ذلك فيدخل في ولاية التجارة • فاما هبة الثوب والدراهم والدنانير فلا ضرورة في ذلك فرد الى اصل
القياس • وقال الفقيه ابو الليث لو تصدق المأذون بقدر رغيف ونصف دانق وجب ان يجوز • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب
المأذون لم يقدر محمد مقدار ما يتخذ من الضيافة اي قدر يتخذ • وروي عن محمد بن سلمة انه على قدر مال التجارة فان كان مال تجارته
عشرة الاف درهم فاتخذ ضيافة مقدار عشرة دراهم كان يسيرا • وان كان مال تجارته عشرة دراهم كان دانق كثيرا والباقي مر في
كتاب المأذون وسلمان هو الخير الفارسي ابو عبد الله اصله من رام هرمز من فارس وقيل من اصبهان من قرية يقال لها جي اسلم عند قدوم النبي
صلى الله عليه وسلم المدينة وكان عبدا لبعض بني قريظة فكاتبوه فادى عنه النبي صلى الله عليه وسلم كتابته وعتق وتوفي في خلافة عثمان رضي
الله عنهما بالمداين هكذا قال الواقدي كذا في كتاب الهداية والارشاد قوله قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه
الهبة والصدقة له • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يكون في يده اللقيط
ليس له اب فيوهب له هبة فيقبضها له او يتصدق عليه بصدقة فيقبضها له قال هو جائز اذا كان في حجره • وقال يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه ان اجر الغلام لم يجز والام يجوز اجارتها اذا كان في حجرها الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وقال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير والقياس انه لا يجوز لانه لا ولاية للملتقط عليه • ووجه الاستحسان ان في ذلك منفعة للصبي وهو ما دون يجلب
المنفعة اليه • فاما اجارة الملتقط فلا يجوز على رواية الجامع الصغير ويجوز على رواية القدوري لان فيها تثقيف الصبي وحفظ حاله من
الضياع • وجه هذه الرواية ان الملتقط ليس له ولاية عليه فلم يملك اجارته • وكذلك العم بخلاف الام فان لها ان تتلف منافعها بلا

عوض بالاستخدام فلان تتلف بالعوض اولى • وذكر الفقيه ابو الليث في شرحه في اجارة الام قياسا واستحسانا في القياس لا يجوز كما لا يجوز بيع ماله
وفي الاستحسان يجوز لان للام ولاية الحفظ • وفي الاجارة تحصين الولد وحفظه • والحاصل هنا ما ذكره فخر الاسلام وغيره في شرح الجامع
الصغير ان التصرف على الصغار على انواع • نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع في اموال الصبي • ونوع اخر
ما كان من ضرورات حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه وذلك جائز لمن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان
في حجرهم فاذا ملك هؤلاء هذا النوع فلان يملك الاولياء اولى الا انه لا يشترط في حق الاولياء ان يكون في حجرهم ويدهم • ونوع اخر ما هو نفع
محض يملكه الصبي العاقل والام ومن يعوله من الاخ والعم والملتقط • لانه لما كان نفعا محضا اشبه الانفاق فملكه هؤلاء وقبول الهبة والصدقة
والنفس نفع محض فملكه الملتقط وغيره • وقوله ليس له اب ليس بلازم اذ اللقيط هو الذي لا يعرف له اب او كان من الزنى فلم يكن له اب في الحكم ايضا
وذلك لانه ذكر في كتاب الهبة في صبية لها زوج وفي عياله يعولها والهبات ترد لها انها لو قبضت وفي تبل او قبض لها ابوها او زوجها ثم
تصح فيه قبض الزوج بحال قيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجوه الولاية ومن وجه العول والنفقة
ومن وجه العقل والعمل لان العقل كلها موجودة وليس في ذلك مخالفة في الحكم • وبيان الولي مر في الحجر المأذون قوله واجارة الصغار
في بعض النسخ واجارة الاظار وهي الصحيحة لان اجارة الصغار ليست من ضرورات حال الصغار لا محالة • ولهذا لم يذكرها الصدر الشهيد وفخر
الدين قاضي خان في شرحيهما • فاما اجارة الاظار فمن ضرورات الصغار كشراء ما لا بد للصغير منه كالطعام والكسوة • وايضا جوابه يلزم التناقض على
رواية هذا الكتاب اعني الجامع الصغير لانه صرح فيه ان الملتقط لا يجوز له ان يؤاجر اللقيط • ثم على رواية القدوري يجوز ذلك لتثقيف
الصبي وحفظه من الضياع ولا كلام لنا فيه • وفي بعض النسخ اجارة الاظار للصغير هو اوضح قوله ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز وذلك
لان عقد الصبي انما يصح فيما هو نفع محض وليس في لزوم العقد منفعة خالصة لانه مشوب بالضرر • ومع هذا لو فرغ من العمل وجب المسمى استحسانا
لانه انقلب نفعا محضا كالعبد المحجور اذا اجر نفسه قياسا لانعدام الاذن وقيام الحجر ومع هذا اذا اجر نفسه وفرغ من العمل صح استحسانا لما
لانه انقلب نفعا محضا وقد مر ذلك في باب اجارة العبد قوله قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية • اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة انه كان يكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ولا يكره ان يقيده الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير هو
والراية بالراء المهملة غل يجعل في عنق العبد من الحديد علامة على انه ابق • واما الداية بالدال المهملة فهي وهو غلط من الكاتب وفي من الجواهر الغل
وتفسيرها انها ان يجعل على عنق عبده طوق حديد يسمر ابهامه عظيم يمنعه من ان يحرك راسه وهذا معتاد بين الظلمة وهو بالحرام لانه
امر محدث وشر الامور محدثاتها • وقال النبي صلى الله عليه وسلم وكل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار • ولانه عقوبة
الكفار وعقوبة اهل النار • واما القيد فعقوبة المسلمين لم يزل المسلمون على هذا وهو تقييد السفهاء والدعار وكذلك العبيد يحرز بقيده عن
احترازا عن اباقهم والتمرد على مواليهم ودفعا لشرهم بالمكروه • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير كان هذا في الزمن الاول • واما في
زماننا هذا فقد جرت العادة في الراية اذا خيف منه الاباق فقد يحتاج الناس اليه وخاصة في العبد الهندي قوله واهل الدعار
الدعار الخبيث المفسد وسعد الدعارة وفي من ... كثير الدخان قوله قال ولا باس بالحقنة • اي قال في الجامع الصغير
ولي من الجراحة • واصله ان استعمال الدواء جائز بدليل ما روي في البخاري باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم ما انزل الله داء الا انزل له شفاء • وقد صح من رسول الله صلى الله عليه وسلم انه تداوى وانعقد عليه اجماع المسلمين ولم يفصل في الجامع الصغير
بين الرجل والمراة فيجوز التداوي لهما جميعا بالحقنة الا انه لا يستعمل المحرم في الحقنة كالخمر وما اشبهها لان الاستشفاء بالحرام حرام بدليل ما روى
صاحب السنن باسناده الى ابي هريرة • قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الدواء الخبيث • وروى صاحب السنن ايضا باسناده الى سعيد بن
المسيب عن عبد الرحمن بن عثمان الانصاري ان طبيبا سال النبي صلى الله عليه وسلم عن ضفدع يجعلها في دواء فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن قتلها • وروى
صاحب السنن الى ابي الدرداء قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله انزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا بحرام • وهذا
اذا فعل الحقنة للدواء • فان فعل لاجل السمن فعن ابي يوسف انه لا باس به • لان الهزال اذا تناهى يورث السل • ولا يقال ان التداوي ينافي
التوكل وحراما بالتوكل لانا نقول قال فخر الاسلام البزدوي وغيره المذهب عند اهل السنة والجماعة واجبة التقوى ان التوكل المامور به هو
بعد كسب الاسباب • ثم التوكل على الله تعالى دون الاسباب • يعني ان التوكل مع مراعات الاسباب لا مع قطع الاسباب لكن بعد مراعاة
الاسباب يعتمد على الله تعالى لا على الاسباب • والحقنة من هذا القبيل • وقيل الاستشفاء بالحرام انما لا يجوز اذا لم يعلم ان فيه شفاء • اما اذا
علم ان فيه شفاء ولم يجد دواء اخر غيره يجوز الاستشفاء به • وقال في الفتاوى الصغرى للتداوي بلبن الاتان اذا اشاروا اليه لا باس به • قال الصدر الشهيد
فيه نظر لان لبن الاتان حرام والاستشفاء بالمحرم حرام وقد مر الكلام في لبن الاتان ظاهرا مرة في اول الكتاب في فصل الاشارة • وقال
في خلاصة الفتاوى رجل استطلق بطنه او رمدت عيناه فلم يعالج حتى اضعفه ومات لا اثم عليه • فرق بين هذا وبين ما اذا صام ولم ياكل وهو
قادر حتى مات حيث ياثم • والفرق ان الاكل مقدار قوته فرض لان فيه شفاء بيقين فاذا تركه كان مهلكا نفسه ولا كذلك المعالجة لان الصحة
بالمعالجة غير معلومة قوله قال ولا باس برزق القاضي • اي قال في الجامع الصغير قالوا هذه المسئلة على وجهين اما ان يكون
شرطا ومقابلا لعقد الاجارة او كفاية مؤنة كالنفقة • اما الوجه الاول فباطل حرام لان القضاء اعظم الطاعات فابطل الاستيجار
على سائر الطاعات فعلى هذا احق • الا ترى ان حكم القاضي بالرشوة لا ينفذ وان كان القاضي لا ينعزل بالجور والفسق والارتشاء لكنه
يستحق العزل خلافا للمعتزلة فان عندهم ينعزل بالفسق • واما الثاني فلا باس به لانه محبوس بحق المسلمين فيكون نفقته في مالهم وهو
في بيت المال • وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في النكاح والقلع والوصي المضارب اذا سافر بمال المضاربة او خرج ... الا ترى ان ابا بكر
رضي الله عنه كان رجلا تاجرا كل يوم كان يغدو الى السوق فيبيع ويبتاع • وكان في اول خلافته الى ستة اشهر كذلك ثم نظر في امره فقال والله ما

ببيع امر الناس التجارة وما يعطيهم الا الشرع لهم والنظر في شانهم فترك التجارة واستنفق من مال المسلمين ما يكفيه ويكفي عياله يوما بيوم ويع
وبعيره كان الذي فرض له كل سنة ستة الاف درهم فلما حضرته الوفاة قال ردوا ما عندنا من مال المسلمين كذا في كتاب الطبقات الكبير
وكان عمر رضي الله عنه يأخذ منا بشره وقد بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عليا الى اليمن وفرض له وبعث عتاب بن اسيد الى مكة ورزقه كل سنة
اربعين اوقية • وروي عن عمر رضي الله عنه رزق شريحا كل شهر مائة درهم • وروي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه رزق شريحا
كل شهر خمسمائة درهم كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وغيره ايضا قالوا وهذا اذا كان مال بيت المال حلالا جمع بحق فاما
اذا كان حراما جمع بباطل لم يحل اخذه لان سبيل الحرام والغصب رده على اهله ولم يرد لكن يمال عامة المسلمين • قال فخر الاسلام وانما
ان القاضي اذا كان محتاجا فان الافضل بل الواجب عليه ان يأخذ رزقه وكفايته لانه لا يتوصل الى اقامة ما عليه الا بذلك • فلما كان
القضاء فرضا ابرمها لا يتوصل الا به • فاما اذا كان غنيا عنه فان المشايخ اختلفوا فيه قال بعضهم اخذه حلال لان القضا لا يقوم للسنة
الدارع مع الشغل عن الكسب وتركه افضل رفقا لبيت مال المسلمين وتنزها عن الحلال • وقال بعضهم بل اخذه افضل صيانة للحكم عن الهوان
ونظرا لمن يأتي بعده من المحتاجين لان الرزق اذا انقطع بعد ان اعتاده ثم ارتزق من يحتاج اليه • وانما قال رزق ما يفعل لا يعتبر
في كل زمان • قال الصدر الشهيد وانما يعطى في ديارنا رزق السنة في اول السنة لان الخراج يوخذ في اول السنة • ثم قال وهذا كان في
من قبل • اما في زماننا يوخذ الخراج في اخر السنة • ولهذا قلنا ان ما يوخذ من الخراج خراج سنة ماضية ثم قال وعليه الفتوى • فلو
اخذ الرزق في اول السنة ثم عزل قبل مضي السنة هل يجب عليه رد ما بقي من السنة قال بعضهم يجب • وقال بعضهم على قول محمد يجب
وعلى قول ابي يوسف لا يجب وجعلوا هذه المسئلة قياسا على نفقة الزوجة اذا استعجلت نفقة السنة فمات الزوج في بعض السنة رد ت
نفقة ما بقي عند محمد خلافا لابي يوسف • واليه اشار الخصاف في نفقاته والصحيح هو القول الاول • كذا ذكر الصدر الشهيد وفخر
الدين قاضي خان • فان قيل من اي مال كان رزق النبي صلى الله عليه وسلم ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال وانما كانت
الدواوين في زمن عمر رضي الله عنه • قيل كان ذلك من الفي • وقيل مما اخذ من نصارى نجران ومن الجزية التي اخذها من مجوس
هجر قال ابو يوسف باسناده في كتاب الخراج الى ابن عباس قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذ الجزية من مجوس اهل هجر **قوله**
قالوا لا باس ان تنظر الى المراة وام الولد بغير محرم • اي قال في الجامع الصغير واصله ان الاجانب في حق الاماء كالمحارم في حق
الحرائر في حق النظر واللمس لحاجة الشغل لمانع الاجانب كالحرائر مع المحارم • وام الولد مملوكة ولهذا جاز استخدامها فهي مثل الرقيقة
الا انه لا يجوز بيعها لاستحقاقها الحرية والله اعلم **قوله** على ما ذكرنا من قبل اشارة الى ما ذكره قبل فصل الاستبراء بقوله واما الخلوة فهي
والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم

كتاب احيا الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره **قوله** قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي
لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة • اي قال القدوري في مختصره واراد بقوله ما اشبه ذلك ان يصير الارض
سبخة او غلبت عليها الرمال فصارت زراعتها متعذرة • واما ما لا ينتفع به من الاراضي من المطلات الانتفاع فهذا تشبيها بالحيوان اذا مات
فبطل الانتفاع به • والمراد باحياء الموات تسببها للحياة النامية كقوله تعالى فاحيينا به الارض بعد موتها • قال الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي الاصل في هذا ان من ملك شيئا من مسلم او ذمي باي سبب ما ملك فانه لا يزول ملكه عنه بالترك كما اذا ملك دارا او ارضا ثم خربها
حتى علتها السيول والعرون فهو على ملك مالكها الاول ولا يكون تلك الارض ارض موات • وارض الموات هي التي لم تكن ملكا لاحد
ولم تكن من مرافق البلد وكانت خارج البلد قربت من البلد او بعدت حتى ان ما كان خارج البلدة من مرافقها لمحتطب لهم او مرعى او كثرة عظيمة
لم تكن ملكا لاحد كانت تلك الارض ارض موات في ظاهر الرواية • وقال الطحاوي وما قرب من العامر فليس بموات وهذا غير ظاهر الرواية
وروي عن ابي يوسف قال ارض الموات هي البقعة التي لو وقف الرجل على ادناه من العامر فنادى باعلى صوته لم يسمع اقرب من في العامر
اليه الى هنا لفظ شرح الطحاوي • وقال في خلاصة الفتاوي واراضي البخاري ليست بموات لانها دخلت في القسمة وتصرف الى اقصى مالك
او الى ابائه في الاسلام او الى ورثتهم فان لم يعلم فالتصرف الى القاضي حينئذ **قوله** قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا
في الاسلام ولم يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فيه فهو موات • اي
قال القدوري في مختصره هذا الذي شرط القدوري هو اختيار الطحاوي وهو غير ظاهر الرواية فعلى ظاهر الرواية لا يشترط البعد
من القرية وقد مر قبل هذا • والمراد من العادي ما كان خرابا قديما ولا يعرف له مالك لان يكون منسوبا الى عاد • لان جميع
اراضي الموات لم تكن لعاد • وانما كني بذلك عن القدم خرابها لان عادا كان في تقدم الايام • وجملة القول هنا ما ذكره شيخ الاسلام
المعروف بخواهر زاده في شرح كتاب الشرب • قال محمد كل ارض لا يملكها احد وقد انقطع عنها الماء وارتفعت واهل المصر والقرية
لها كان موانا وان كانت قريبا من المصر والعمران • قال وانما شرط هذه الاشيا كلها لتكون الارض ميتة لان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر الميتة
على الاطلاق ومطلق الاسم ابدا ينصرف الى الكامل والكامل من الموات ان لا تكون الارض مملوكا لاحد • واراد بقوله ان لا يكون
مملوكا لمسلم او ذمي فان ما كان مملوكا لمسلم او ذمي وصار خرابا وانقطع عنها الماء وارتفعت والناس عنها من حيث المدعي والاصحاب
فانه لا يكون ارضا ميتة حتى لا يملك باذن الامام عندهم جميعا • لان ما كان مملوكا لمسلم او ذمي لا يزال الملك عنه بالخراب وانقطاع الماء عنه
بل يصير لوارثه ان عرف وان لم يعرف يرفه جماعة المسلمين فيكون مملوكا والميتة لا تكون مملوكا لاحد • ولهذا اشترط الا ان اسم
الميتة لان لا يكون مملوكا لمسلم ولا ذمي • واذا لم يكن الارض مملوكا لمسلم ولا ذمي وانقطع عنها مرافق الناس الا ان الماء لا ينقطع عنها الا انه لا يكون
ميتة لان حياة الاراضي بالماء • فان لم ينقطع عنه الماء لا يكون ميتة اذا انقطع عنها الماء ولم يكن مملوكا لاحد الا انه لم ينقطع عنها مرافق الناس

ان كان

٧٠

بان كان ينتفع بها اهل مصر او قرية لا تكون ميتة لان الميتة اسم لما لم ينتفع به فشرط هذه الشرائط الثلاث لتكون الارض ميتة لهذا • وروي
عن ابي يوسف انه زاد على هذا شرطا رابعا وهو ان تكون الارض بعيدة من العمرانات ولا يكون قريبا منها لانه متى كان قريبا من العمرانات
لا ينقطع عنها ارتفاق اهل العمرانات بوجه • واذا كان بعيدا يكون ميتة والقريب على مذهبه من العمرانات لا يكون ميتة والحد الفاصل بين القريب
والبعيد على مذهبه ان يقوم رجل جهوري الصوت من اقصى العمرانات على مكان عال فينادي باعلى صوته فالموضع الذي يسمع صوته منه يكون قريبا
منه • واذا كان لا يسمع صوته يكون بعيدا من العمرانات • هكذا روي عن ابي يوسف كذا ذكر خواهر زاده في شرحه **قوله** فيدار
الحكم عليه اي على القرب الذي هو دليل الانتفاع • والحاصل ان عند ابي يوسف يدار الحكم على القرب والبعد • وعند محمد على حقيقة الارتفاق
وعدمه **قوله** وشمس الايمة اعتمد على ما اختاره ابو يوسف يعني اخذ بقوله وهو ان ما قرب من العامر لا يكون مواتا وعليه اعتمد القدوري
ايضا **قوله** ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه وهذه من مسائل مختصر القدوري
والشافعي اخذ بقولهما كذا في شرح الاقطع • لهما ما روى صاحب السنن باسناده الى هشام بن عروة عن ابيه عن سعيد بن زيد عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال من احيا ارضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق • وروى الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى كثير بن عبد الله عن ابيه عن جده قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا ميتة فهي له • وروى ايضا باسناده الى سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من احاط حائطا
فهي له • ولانه عين مباحة ومال المباح فلا يفتقر تملكه الى اذن الامام كالحطب والصيد • ولابي حنيفة رضي الله عنه ما روى ابو
يوسف في تصنيفه المسمى بكتاب الخراج عن ليث عن طاوس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عادي الارض لله ولرسوله ثم لكم من بعد فمن
احيا ارضا ميتة فهي له وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين الى هنا لفظ كتاب الخراج • والمراد من العادي الذي تقدم خرابه ولا يعرف له مالك ثم
وجه الاستدلال به انه اضافه الى الله والى الرسول وكلما اضيف الى الله ورسوله لا يجوز ان يختص احد بشيء منه الا باذن الامام كالخمس وباب
الغنيمة لما اضيف الى الله ورسوله لا يجوز ان يختص احد بشيء منه الا باذن الامام فعلم ان المراد من قوله من احيا ارضا ميتة فهي له هو ما اذا
كان باذن الامام • يدل عليه ما روي معاذ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به • ولان هذا يتعلق به حق
جماعة المسلمين لا يخصوص واحد دون واحد الا باذن الامام اصله مال بيت المال وقياسهم على الحشيش والصيد لا يصح لان الامام لا يملك ان
يرد واحدا دون واحد بالذي لو امر واحدا باخذ شيء من الحشيش او صيد بعينه في موضع ولا يملك المامور قبل الاخذ والاصطياد وان منع
لواحد كان اولى به منه • بخلاف الموات فان المامور بالاحيا يملكه بنفس الامر قبل الاحيا اذا احتطه حطه يكون اولى به من غيره • ولان الامام
يملك الاصغر الموات لانه لو باعها جاز ولا يملك الصيد • ولهذا لو باع الصيد في البر لم يجز فظهر الفرق بين المقيس والمقيس عليه كذا ذكر الطحاوي في
شرح الاثار وقد اخذ الطحاوي في مختصره بقول ابي حنيفة • ووجه التمسك بحجة قوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له على ما ادعوه
لزم منه كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه لانه نصب الشرع حتى يكون حكمه عاما كقوله عليه السلام من قاء او رعف في صلاته فلينصرف
وليتوضا • وقال ابو عبيد في كتاب غريب الحديث قال هشام العرق الظالم ان يجيء رجل الى ارض قد احياها رجل قبله فيغرس فيها غرسا او يحدث
فيها شيئا ليستوجب به الارض • وهذا في النابق قوله لعرق ظالم بقوله اي لذي عرق ظالم **قوله** كما في سائر الغنائم يعني قبل القسمة **قوله**
ويجب فيه العشر لان ابتدا على مسئلة القدوري • قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي • واذا ملك ارض الموات باذن الامام او بغير اذنه
على الاختلاف ثم ربما فانه ينظر ان زرعها بما السما فهي ارض العشر • وان زرعها بماء من انهار المسلمين فعلى قول ابي حنيفة حكمها حكم تلك الاراضي
التي يليها ذلك ان كانت من ارض الخراج فهي من ارض الخراج وان كانت من ارض العشر فهي من ارض العشر • وعند محمد ان كان الماء الذي سقاه اليها
من مياه الانهار العظام كالنيل والفرات وما اشبهها فهي من ارض العشر • وان كان ذلك الماء من نهر حفره الامام من مال الخراج فهي ارض خراج ثم
اخذ الطحاوي الى هنا لفظ الطحاوي • وقال ابو يوسف في كتاب الخراج ومن احيا ارضا مواتا مما كان المسلمون افتتحوها مما كان في ايدي اهل
الشرك عنوة وقد كان الامام قسمها بين الجند الذين افتتحوها وخمسها فهي ارض عشر لانه حين قسمها بين المسلمين صارت ارض عشر فيؤدي عنها الذي احياها
العشر كما يؤدي هؤلاء الذين قسمها الامام بينهم • وان كان الامام حين افتتحها تركها في ايدي اهلها ولم يكن قسمها بين من افتتحها كما كان عمر بن الخطاب
رضي الله عنه ترك السواد في ايدي اهله فهي ارض الخراج يؤدي الذي احياها شيئا الخراج كما يؤدي الذي كان الامام اقرها في ايديهم • وايضا
رجل احيا ارضا من ارض الموات من ارض الحجاز وارض العرب التي اسلم اهلها عليها فهي ارض عشر وهي له • وان كانت من الارضين التي افتتحها المسلمون
مما في ايدي اهل الشرك فان احياها وساق اليها الماء من المياه التي كانت في ايدي اهل الشرك فهي ارض خراج • وان احياها بغير ذلك الماء بئر
احتفرها بيده او عين استخرجها سيحها فهي ارض عشر • وان كان يستطيع ان يحفر ليسوق الماء اليها من الانهار التي كانت في ايدي الاعاجم فهي ارض
خراج ساقه او لم يسقه الى هنا لفظ ابي يوسف في كتاب الخراج **قوله** فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها
ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر ايضا • قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في شرح كتاب الشرب قالوا هذا فصل لم يذكر محمد في
الكتاب فلا بد من معرفته وهو ان الرجل اذا احيا ارضا ميتة باذن الامام عند الكل وبغير اذن الامام عند ابي يوسف ومحمد ثم زرعها ثم تركها
صالحة للزراعة فتركها غيره اخر وزرعها هل يكون الثاني احق بها ام الاول ان ينزعها من يده اختلف المشايخ فيه كان الفقيه ابو القاسم احمد
ابن حم البلخي يقول الثاني احق بها وانما كان الاول احق بها كان يستعملها فاذا تركها واعرض عنها بطل حقه يكون الثاني احق بها • وقال غيره
من المشايخ ان الثاني لا يصير احق بها وكان للاول ان ينزعها من يده • وحاصل الجواب بما بينهم راجع الى ان المعنى بالاحياء ملك رقبة الارض او
ملك منفعتها كان ابو القاسم يقول يملك منفعتها والاستغلال فيها ولا يملك رقبتها • وكان يقيس هذا على من يجلس في موضع مباح كان له الانتفاع
بذلك الموضع • فاذا قام واعرض عنها بطل حقه • ووجه ما قاله عامة المشايخ ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من احيا ارضا ميتة فهي له وهي
كناية عن الارض فاضاف الارض اليه بلام التمليك فدل انه يملك رقبتها **قوله** ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحيا بجوانبها الاربعة

من اربعة نصر على التنائب ذكرها على التقديم ايضا • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب هذا فصل لم يذكره محمد في الكتاب
نصا وقد روي عن محمد ان من ينتفع في ارض الرابع لا انه هو الذي قصد اقطاعه الحكمه بعد ما تبين تطرق بها **قوله** ويملكه الذمي بالاحيا
كما يملكه المسلم • اي قال القدوري في مختصره وعند الشافعي رحمه الله لا يملك الذمي بالاحيا • لنا ما روي في السنن مسند الى ابن ابي مليكة عن عروة
قال اشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان الارض ارض الله والعباد عباد الله ومن احيا مواتا فهو احق به • ولان كل سبب يملك به
المسلم ارضا يملك به الذمي كالميراث والشفعة وسائر الحكم على المسلمين فلا شك لانه اذا احيا ارضا باذن الامام وضع عليه الخراج فيصير ذميا
بذلك • قال قيل الاحكام حينئذ احكام دار الاسلام والذي ليس من اهل الدار قلنا لا نسلم انه ليس من اهل الدار • الا ترى انه يتابد مقامه
في دار الاسلام وتجري عليه احكام المسلمين وتستعان بهم على قتال المشركين • وانما تضاف الدار الى المسلمين لان الغلبة لهم **قوله** قال
ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره • اي قال القدوري في مختصره وذلك لما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم اقطع بلال بن الحارث العقيق فقال له عمران النبي صلى الله عليه وسلم لم يقطعك الا لتعمره ولم يقطعكه لتحجبه عن الناس واقطع عمر العقيق
وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير • وقد روينا قبل هذا الحد قوله من احياه باذن الامام فحكم عن النبي صلى الله عليه وسلم ليس لمحتجر
حق بعد ثلاث سنين • وقد روي ذلك عن عمر ايضا • يقال احتجرت الارض اذا ضربت عليها منارا او علمت علما في حدودها للحيازة
والاحتجاز التي اخذها الى النشل من التحجر • والمعنى الاملاك والحيازة لنفسه كذا في الفائق • اعلم ان الاحتجار هو التعجيم وقد ذكر
الفقهاء معناه والتحجر ايضا معناه الاعلام بانه قصد احيا الارض الموات بوضع الحجر بحوز حوله واشتقاقه الحجر اذ الحجر يكون للحجم وهو
المنع لانه اعلم هذا المواضع لمنع غيره عنه • ثم الاحتجار يحصل بوضع الحجر على الجوانب الاربع وكذا بوضع الشوك او الحشيش مع وضع التراب عليه
من غير اتمام المسناه • وكذلك اذا ضرب حول الارض اغصانا يابسة او نقى الارض من الحشيش واحرق ما فيها من الشوك وغير ذلك • ثم
الاحتجار لا يفيد ملكا هل يفيد الملك او لا فيه اختلاف المشايخ قيل يفيد ملكا موقتا الى ثلاث سنين وقيل لا يفيد • وثمرة الخلاف تظهر فيما
اذا جا انسان اخر فيما يعني بثلاث سنين واحياه من قال ان الاحتجار لا يفيد ملكا قال ملكه الثاني • ومن قال يفيد لا يملكه الثاني لانه
الاول من يده اجنبي من مالكه باقادة الملك بما روي عن عمر رضي الله عنه ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين لانه نفى الحق بعد سنين فيكون له الحق
في ثلاث سنين • والحق اذا اطلق يراد به الملك لا يحصل الحق من غير ملك • بدليل ما قال في كتاب الاقرار اذا قال لفلان حق في هذه الدار
وبين بشاء من حقوقها لا من الرقبة فانه لا يصدق المقر في ذلك • وجه من قال لا يفيد ملكا ان الاحتجار ليس احيا وانما هو بمنزلة الاستيام
على الاحيا فلا يفيد ملكا كالاستيام في باب البيع الا انه يكره احيا الثاني فيما سبق براعاة لحق المحتجر وقبيا للوحشة عنه كذا ذكر خواهر زاده
في شرح كتاب الشرب ولكن الشارح يبدث • واما الاحيا فقد روي ابن رستم عن محمد انه قال الاحيا ان يكربها ويسقيها • فان كربها ولم
يسقها او سقاها ولم يكربها فانه يكون تحجيرا ولا يكون احيا • فان سقاها مع حفر الانهار يكون احيا لانه وجد فعلان فاشبه الكراب
والسقي • واما اذا حوطها وسنمها بحيث يعصم الما فانه يكون احيا لان هذا من جملة البنا فيكون احيا • وان بذرها يكون احيا لانه جملة ما
قيل في التحجير والاحيا والمسناة ما يبنى للسيل لرد الما وحوطها اي جعل لها حائطا • اوسنمها اراد بالتسنيم جعل المسناة **قوله** عضد
اي قطع كما في قوله في سدر مخضود **قوله** وفي الاجنور والحنراي فيما حفر من بيريو ذراعا او ذراعين • يعني ذلك ان يكون تحجيرا
لما جاء في الخبر من حفر بيرا ذراعا او ذراعين • يعني ذلك فهو تحجير **قوله** قال ولا يجوز احيا ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل
القرية ومطرحا لحصايدهم • اي قال القدوري في مختصره • اعلم ان القدوري شرط في الموات ان يكون بعيدا من القرية وهو المروي
عن ابي يوسف وهو اختيار الطحاوي • وقد ذكرناه في اول كتاب احيا الموات • وفي ظاهر الرواية اذا انقطع الماعية وارتفاق اهل
القرية ولم يكن ملكا لاحد كان مواتا • وجه ما ذهب اليه القدوري انه اذا كان قريبا من العمرانات لا ينقطع عن ارتفاق اهل القرية ولهم
ودنيا بنعم لم حاجة اليه فلا يجوز قطع حقوقهم باحيايه لان في ذلك ضررا على اهل القرية فلا يجوز كما لا يجوز احيا الطريق والنهر • وبالجملة
ما يكون نفعا لبعض القرية مراعي لمواشيهم ومحتطبا لهم فهو حقهم لا يجوز للامام ان يقطعها من احد لان في ذلك ضررا بعمولا ولكن ينتفع بالحطب
والقصب الذي فيها هو لا وغيرهم ليس لهم ان يمنعوها من غيرهم لانها ليست بملك لهم • وقال في شرح الطحاوي وليس للامام ان يقطع ما لا غنى للمسلمين
عنه • يعني اذا كانت اجمة او غيضة او كحل تربون منه او ملحة لاهل البلد فليس للامام ان يقطع ذلك لاحد • والحصايد جمع حصيد وحصيدة
وهما الزرع المحصود • ومطرح الحصايد هو الموضع الذي يلقى فيه الزرع المحصود للكدس • وقال اقطعه السلطان ارض كذا اي اعطاها ايمها
قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لتحقق حاجتهم اليها **قوله** قال ومن حفر بيرا في برية فله حريمها • اي قال القدوري في مختصره يعني
اذا حفر بيرا في ارض موات باذن الامام عند الكل وبغير اذنه عندهما كان له حريمها حتى لا يكون لاحد ان يحفر في حريمه بيرا او يحدث
شيا لان حفر البير احيا وحريم البير نواحيه **قوله** قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا • اي قال القدوري في مختصره وتمامه
فيه • وان كان للناضح فحريمها ستون ذراعا • والعطن والمعطن مناخ الابل ومبركها • والناضح البعير الذي يستقى عليه • والمراد من بير العطن
التي يستقى منها باليد • ومن بير الناضح التي يستقى منها البعير كذا قالوا • وقال ابو يوسف في تصنيفه المسمى بكتاب الخراج وتفسير بير الناضح انها
التي يستقى منها الزرع بالابل • وبير العطن هي بير الماشية التي يسقى الرجل منها الماشية • ولا يستقى منها الزرع وكل بير يستقى منها الزرع بالابل فهي بير الناضح
الى هنا لفظ ابي يوسف • وقال الطحاوي في مختصره ومن حفر بيرا للعطن في ارض ميتة فلها على ما ذكرنا من الاختلاف في الوجه الذي ملكها
فله حريمها من كل جانب من جوانبها الاربع اربعون ذراعا الا ان يكون الحبل يجاوز ذلك فيكون له الى ما ينتهي اليه الحبل • فان كانت
بير ناضح فحريمها ستون ذراعا من كل جانب من جوانبها الا ان يكون حبلها يجاوز الستين فيكون له الى منتهى حبلها الى هنا لفظ الطحاوي ولم يذكر
الطحاوي والقدوري في مختصرهما الخلاف في حريم بير الناضح بل ذكر مطلقا انه ستون ذراعا • وذكر القدوري في كتاب التقريب وشرح الاسلام

خواهر زاده في مبسوطه والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي انه اربعون ذراعا عند ابي حنيفة • وعندهما ستون ذراعا لهما ما روى ابو
يوسف في كتاب الخراج عن الحسن بن عمارة عن الزهري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بير الناضح ستون
ذراعا وحريم بير العطن اربعون ذراعا • ولابي حنيفة ما روى ابو يوسف ايضا وقال حدثنا اسمعيل بن مسلم عن الحسن ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال من احتفر بيرا كان له ما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته • وقال ابو يوسف ايضا حدثنا اشعث بن سوار عن النبي
انه قال حريم البير اربعون ذراعا من هاهنا وهاهنا وهاهنا وهاهنا لا يدخل عليه احد في حريمه ولا في مائه • وحديث الشعبي ادل
على المراد لانه مطلق فيتناول بير الناضح وبير العطن جميعا • واما حديث الحسن وان كان ذكر فيه العطن حمل على انه ذكر لانه الغالب
ولم يرد ذلك على التقييد بدليل حديث الشعبي ولان ثبوت الحريم بخلاف القياس لان استحقاق الحافر بعمله وهو الحفر ولا اثر لعمله في غير موضع
الحفر ولكن فيما اتفق عليه الاحاديث تركنا القياس وفيما فيه الاختلاف في الحديث عملنا بالقياس ولم يثبت الحريم فيما وراء الاربعين • وهذا معنى
قوله وفيما تعارضا حفظناه اي حفظنا القياس • ولان بير الناضح والعطن من حيث المعنى كبير واحد لانه قد يستخرج الماء من بير العطن بالبعير ومن
بير الناضح قد يستخرج الما باليد فيحتاج الى ان يقوم المواشي في البير من جميع الجوانب فصارا من حيث المعنى كبير واحد فيحمل النص الوارد في العطن
والزيادة في الناضح ليتمشى الابل **قوله** الا ربعون من كل الجوانب يعني يكون من كل جانب عشرة اذرع • والصحيح ان الاربعين تعتبر
فيه من كل جانب **قوله** والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله • اراد بالعام المتفق حديث الحسن واراد
بالخاص المختلف حديث الزهري عنده • يعني عند ابي حنيفة وهذا كما رجح ابو حنيفة رضي الله عنه قوله عليه السلام ما سقته السما ففيه العشر على قوله
عليه السلام ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة • وعلى قوله ليس في الخضروات صدقة • فان قلت كيف يكون حديث الحسن عاما وهو مخصوص
بالعطن • قلت انما قلنا انه عام لان قوله من احتفر بيرا لم يقيده ببير دون بير فيتناول بير الناضح وبير العطن جميعا فكان قوله كان له ما حولها
اربعون ذراعا جزا وحكما لمطلق البير مطلقا اي بير كانت فثبت هذا الحكم في بير الناضح كما ثبت في بير العطن بعمومه • اما قوله عطنا لماشيته
ليس بتقييد لانه انما ذكره بيانا لما يصلح له حريم البير في غالب الاحوال وهو كونه مبركا ومناخا للماشية • وحريم بير الناضح ايضا يصلح مبركا للماشية
فافهم **قوله** والاستحقاق به بالوضع • اي الاستحقاق يحصل بالحفر وقد مر بيانه **قوله** قال وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع
اي قال في مختصر القدوري ولفظ المختصر مختلف في بعض النسخ خمسمائة ذراع وفي بعضها ثلاثمائة ذراع • اي قال في مختصر القدوري ولفظ هو
المختصر مختلف في بعض النسخ خمسمائة ذراع وفي بعضها ثلاثمائة ذراع • وعلى الثاني اعتمد في شرح الاقطع فلاجل اختلاف النسخ قال صاحب النافع وان
كان عينا فحريمها خمسمائة وفي رواية ثلاثمائة • وشيخ الاسلام خواهر زاده لم يذكر في مبسوطه سوى خمسمائة والاصح عندي خمسمائة لانه
موافق لحديث الزهري عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال حريم العين خمسمائة ذراع وهذا هو التوقيف وعليه نص الطحاوي في مختصره فقال
ومن حفر عينا في ارض موات وملكها بما يملك به ما ذكرنا فله حريمها وهو خمسمائة ذراع من كل جانب من جوانبها الى هنا لفظ الطحاوي والتقدير
بثلاثمائة بالاجتهاد رجحي يونس بن الصفر ابانات هذا التقدير من الحريم اذا احتفر انسان بيرا لها بيرا او عينا كيلا يذهب ماوها او لا ينتقص
وانما جعل حريم العين اكثر لان الما اذا نبع من الارض لا بد له من موضع يجري عليه • ثم لا بد من مستنقع الما يجتمع فيه الما كالغدير ثم لا بد
من نهر يجري منه الما الى المزارع والكروم فلكثرة حاجة صاحب العين الى الحريم جعل حريمها اكثر وتقدير حريمها بالتوقيف • ولكن اختلف
المشايخ انها من كل الجوانب او من كل جانب كما اختلفوا في حريم البير • والصحيح انها من كل جانب او من كل جانب كما اختلفوا في حريم البير م
والصحيح انها من كل جانب • ومن مشايخنا من قال ان التقدير بالاربعين في البير وبخمسمائة في العين في اراضيهم لان فيها صلابة • اما في
ديارنا فالاراضي رخوة فيزاد على الاربعين والخمسمائة اذا احتيج الى ذلك • لانه ربما يحفر انسان اخر بيرا فوق الاربعين او دون الخمسمائة فيذهب
ما الاول او يميل لرخوة الارض وفيه ضرر لا محالة **قوله** والذراع هي المكسرة وهي ذراع العامة وهي ذراع الكرباس اقصر من ذراع
المساحة التي هي ذراع الملك • لان ذراع المساحة سبع قبضات مع ارتفاع الابهام في كل مرة وذراع الكرباس سبع قبضات بدون
ارتفاع الابهام وهذا اختيار خواهر زاده • وبعضهم اختار ذراع المساحة لانها اليق بالممسوحات فكذا ذكر اصحابنا ذراع المساحة ولكن
فيه نظر لان اصحاب المساحة ذكروا في كتبهم ان الذراع في الماشية وهي ثمان قبضات والقبضة اربعة اصابع والاصبع ست شعيرات بطون
بعضها ملاصقة لظهور بعض • والشعيرة ست شعرات من شعر البرذون **قوله** وقد بيناه من قبل قال بعض الشارحين اي بينا الوجه في
ان الخمسمائة تعتبر من كل جانب لانه لم يذكر فيما ان الذراع المكسر فيما تقدم • قلت لا نسلم انه لم يذكرها لانه ذكر ذراع الكرباس وهي الذراع المكسرة
في كتاب الطهارات في باب الما الذي يجوز به الوضو واختارها توسعة للامر على الناس **قوله** قال فمن اراد ان يحفر بيرا في حريم العين البح
احياها الاول او في حريم البير التي احياها منع الثاني منه لانه ربما يذهب ما البير الاولى او ينتقص فيها الاول فوات حقه • وفي الثاني الاتلاف
حقه وكلام الاجوز ان فيه اضرارا به • فلو احتفر احد بيرا في حريم الاول فللاول ان يكبسها تبرعا ويضمن ما انتقص من الارض • ولما اراد دفع
الثاني بذلك فله ذلك • لكن اختلف المشايخ فيه قيل يأمر الحافر الثاني بكبس ما حفرها لان ازالة جناية حفره كما اذا القى كناسة في ارض غيره فهو
نقدها يؤمر برفعها • وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه بتقويم الارض بلا حفر ومع الحفر فيضمنه نقصان ما بينهما كما اذا هدم جدار غيره حيث
يضمنه نقصان الهدم ثم يبنيه بنفسه ذكره الخصاف في ادب القاضي ولفظ الخصاف في الباب الحادي والعشرين من ادب القاضي • وان ادعى
على رجل انه حفر في ارضه حفيرة اضرت لذلك بارضه واراد استحلافه على ذلك فانما عليه النقصان في ذلك ويحلفه القاضي على الحاصل بالله ما له
قبلك هذا الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا يحلفه على السبب الى هنا لفظ الخصاف • ثم لا ضمان فيما عطب في البير الاولى سوا احياها باذن الامام
او بغير اذنه عندهما • وهذا لا اشكال على قولهما لان له ان يحفر بدون اذن الامام • ولهذا ملك البير في الحالين فاذا كان ذلك ولا يه
الحفر لا يكون متعديا فلا يضمن ما تولد من حفر كما لو حفر في داره • وكذلك لا اشكال على قول ابي حنيفة ان كان حفر باذن الامام فان

فاما ان كان حفرها بلا اذن الامام فعند الكمال على قول ومحمد ان يقال له ولاية التحجير بغير اذن الامام وان لم يكن له الاحيا بغير اذنه فيجعل حريم بئر بغير اذن الامام تحجيرا لا احيا فاذا كان كذلك فقد فعل ما له فعله ولا يكون متعديا فلا يضمن ما تولد منه وما عطب في بئر الثاني بعضه هو عندهم جميعا لانه متعد في هذا الحفر فانه حفر في ملك الاول بغير اذنه فصار كما اذا حفر على قارعة الطريق **قوله** وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاولى • اي خارج حريم الاولى فذهب ما بئر الاولى لا شي عليه وهي من مسائل الاصل ذكرها تفريعا • وذلك لانه ليس بمتعد في هذا الحفر لان له ان يحفر بئرا خارج حريم الاول والماء مسبب فاذا لم يكن متعديا في التسبيب لا يكون عليه ضمان ثم للثاني الحريم من الجوانب الثلاث ولا حريم له من الجانب الذي هو حريم بئر الاول • لان ذلك القدر صار ملكا للاول فيسبق يده وحيازته باذن الامام **قوله** والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه ذكرها تفريعا وهي من مسائل الاصل • يعني اذا اخرج قناة من ارض موات في منزلة البير ولها من الحريم ما للبير كذا قال في الاصل ولم يزد على هذا • وقال في الشامل القناة لها حريم مفوض الى راي الامام لانه لا نص فيه الشرع • وقال الشارح هذا الذي ذكره في الاصل قولهما • وعند ابي حنيفة لا حريم لها لانها بمنزلة النهر ما لم يظهر الماء وما على وجه الارض ولا حريم للنهر عنده • فاما اذا ظهر على وجه الارض كانت بمنزلة العين الفوارة فيكون حريمها مثل حريم العين خمسماية ذراع • وقال ابو يوسف في كتاب الخراج واجعل للقناة من الحريم ما لم يسح على وجه الارض مثل ما اجعل للابار فاذا ظهر الما سيح على وجه الارض جعلت حريمه كحريم النهر • وقال ابو يوسف في كتاب الخراج ايضا لو ان رجلا له قناة فاحتفر رجل بجنبها قناة فاخرجها من تحتها او من فوقها كان لصاحب القناة ان يمنعه من ذلك ويأخذ بطمها • فان كان اذن له في احتفارها فحفرها فله ان يمنعه بعد ذلك اذا اضر او لا ثم بلغ في الاذن فاما حاصله ان يكون اذن ووقت فمنعه من ذلك قبل ان يجي الوقت فاذا كان على هذا ضمن له قيمة البنا ولم يضمن قيمة الحفر الى هنا لفظ كتاب الخراج • والقناة مجرى الما تحت الارض **قوله** والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب لم يذكر محمد في الكتاب اي في الاصل • الا ان الشارع قال والشجرة صاحب الشجرة حريما بقدر خمسة اذرع لما روي ان رجلا غرس شجرة في ارض فلاة فجاء اخر واراد ان يغرس شجرة اخرى بجنب شجرته فشكا صاحب الشجرة الاولى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر النبي صلى الله عليه وسلم بان يأخذ من شجرته حريما فاخذت ومسح فبلغ خمسة اذرع فجعل النبي صلى الله عليه وسلم من الحريم خمسة اذرع والطول للاخر ان يغرس فيما وراء ذلك وهذا حديث صحيح مشهور هكذا ذكر خواهر زاده في شرحه وروي هذا الحديث ابو سعيد الخدري ذكره ابو داود في السنن في اخر كتاب الاقضية • ثم اعلم ان الاشيا التي لها حريم اجماع الفقهاء خمسة احدها حريم بير العطن • والثاني حريم بير الناضح • والثالث حريم العين وثلاثتها مذكورة في مختصر القدوري • والرابع حريم القناة • والخامس حريم الشجر اذا غرسها في ارض موات باذن الامام عند الكل وبغير الاذن عندهما • وانما قيدنا بالاجماع لان في حريم النهر اختلافا • والحريم عبارة عن نبوت ملك في ارض بقدر معلوم في ضمن ملك حاصل باحيا الموات هذا ما سنح بخاطري **قوله** قال وما ترك الفرات او دجلة وعدل عنه الما ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر يملكه من احياه باذن الامام • وذلك لان الفرات ودجلة ملك لجماعة المسلمين فاذا جاز عود الما اليه لم ينقطع الحكم الاول عنه وكان المكان لم يذهب عنه فليس لاحد ان يملك بالاحياء ويجي ارضه فكذلك ما جاز عوده اليه • فاما اذا لم يجز عوده اليه فقد صار ذلك الموضع كسائر الاراضي التي لا ينتفع بها وليس لها مالك معين فهو موات يملك احياها على اذن الامام • وعلى ان لا يكون حريم العامر كذا في شرح الاقطع • وقال ابو يوسف في كتاب الخراج اذا نضب الما عن جزيرة في دجلة فليس لاحد ان يحدث فيها شيئا لا بنا ولا زرعا لان مثل هذا الجزيرة اذا حصنت وزرعت كان ذلك ضررا على اهل المنازل لا يسع الامام ان يقطع شيئا من هذا ولا يحدث فيه حدثا • واما ما كان خارج المدينة فهي بمنزلة الارض الموات يحييها الرجل ويودي عنها حق السلطان • ولو ان رجلا اتى طائفة من البطيحة مما ليس فيه ملك لاحد وقد غلب عليه الما فقرب عليه المسنيات واستخرجه واحياه وقطع ما فيه من القصب فانها بمنزلة الارض الميتة • وكذلك كل ما عالج في اجمة او من بحر او من بر بعد ان لا يكون فيه ملك لانسان فاستخرجه رجل وعمر فهو له وهو بمنزلة الموات • ولو ان رجلا اجاء من ذلك شيئا ثم كان له كالك فلما رددت ذلك الى الاول ولم اجعل للثاني فيه حقا • فان كان الثاني قد زرع فيه فله زرعه وهو ضامن لما نقص الارض وليس عليه اجر وهو ضامن لما دخلها من نقصها • وكذلك لو كانت هذه الارض في البرية فيها نبات لانها بمنزلة القصب الى هنا لفظ كتاب الخراج **قوله** قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا ان يقيم بينة على ذلك • وقال ابو يوسف ومحمد له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه • اي قال القدوري في مختصره قال في الصحاح المسناة الردم وفي الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في نهر لرجل الى جانبه مسناة والارض لرجل خلف المسناة يلزقها وليس بينهما فاصل فادعى صاحب النهر المسناة وادعاها صاحب الارض ايضا وليس في يد كل واحد منهما فالمسناة هي لصاحب الارض وليس له ان يحفرها حتى يسيل ما النهر • وقال ابو يوسف ومحمد هي لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وقال في شرح الطحاوي ولو ان نهر الرجل وارضا على شط النهر لرجل اخر فتنازعا في المسناة فان كان بين الارض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه فان المسناة لصاحب النهر بالاجماع وان لم يكن بينهما حائل قال ابو حنيفة هي لصاحب الارض ولصاحب النهر فيها مسيل الماء وان صاحب الارض اذا اراد دفعها كان لصاحب النهر منعه عن ذلك • ولصاحب الارض ان يغرس فيها لان الملك له وليس لصاحب النهر منعه عن ذلك • قالا هي صاحبة المسناة ملك صاحب النهر • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب وانما تظهر ثمرة الخلاف في ان الزراعة والغرس لمن يكون فعلى قول ابي حنيفة لرب الارض وعلى قولهما لصاحب النهر • وقال فخر الاسلام وغيره في شرح الجامع الصغير من اصحابنا من قال اهل من اللغة ان من

احيا ارضا بنهر في ارض موات هل يستحق له حريما قال ابو حنيفة لا يستحقه • وعندهما يستحقه وقال عامتهم الصواب انه يستحق للنهر حريما بالاجماع استدلالا بنص صاحب الشرع في حريم البير لان النهر لا يستغني عن الحريم كما لا يستغني البير عنه • وانما اختلف ابو حنيفة وصاحباه في موضع الاشتباه وهو ان يكون الحريم موازيا للارض لا فاصل بينهما وان لا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما كالطين والغرس • واما اذا كان مشغولا بحق احدهما فهو احق به بالاجماع لانه ظاهر يشهد عليه بالشغل • وقال فخر الدين قاضي خان وكذلك اذا كانت المسناة اوسع من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر انه تنازعه لا لقاطبه • وجه قولهما ان الظاهر شاهد لصاحب النهر لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لان قوام النهر بالحائط وصاحب النهر لا يستمسك الما الا بهما فكان هو المستعمل لها فكان اولى • ولانه لا بد من ملقى طينه ومرصاحه لاصلاحه فثبت له الحريم كالبير ثم لم يذكر قدر الحريم على قولهما في الاصل بل قال الان في الحريم قدر ما لا يستغني عنه النهر • وكذلك لم يبين في الجامع الصغير ايضا • وقال خواهر زاده في مبسوطه قال وانه ذكر في النوادر تقدير الحريم خلافا بينهما • فعلى قول محمد يمسح بطن النهر فيجعل له من كل جانب نصف بطن ارض النهر وقال ابو يوسف من كل جانب مقدار بطن النهر هكذا ذكر خواهر زاده الخلاف بينهما • وذكر ابو الليث الخلاف بخلاف هذا • وقال في شرح الجامع الصغير ذكر نصير بن يحيى الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد قال في قول ابي يوسف يمسح بطن النهر فيجعل مقدار ذلك نصفه من هذا الجانب ونصفه من هذا الجانب • وفي قول محمد يجعل مقدار بطن النهر من هذا الجانب ومقداره من هذا الجانب • وعلى ما ذكره ابو الليث اعتمد في شرح الطحاوي والمختلف قال الفقيه الشارح ينظر الى مقدار ما يحتاج اليه بغير تقدير كذا قال ابو الليث في شرحه • ووجه قول ابي حنيفة ان الحريم يشبه الارض صورة ومعنى فكان صاحب الارض اولى • اما صورة فلانه موازي الارض واما معنى فلانه يصلح لما لا يصلح له الارض من الغرس والزراعة وهذا كما قلنا فيما اذا اختلف رب الدار والمستاجر في لوح ساقط على الارض ومثله على السقف فالقول لصاحب الدار لان الظاهر شاهد له • وكذلك اذا اختلفا في احد مصراعي الباب وهو ساقط ليس في يديهما والمصراع الاخر على الباب في الحائط كان القول لصاحب الدار • لان الملك انما ثبت له بماله وهو الحفر فلا يثبت له الملك في غير موضع عمله وهو الحريم • بخلاف البير فان حريمها ثبت بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره • وقولهما ان صاحب النهر يحتاج الى الحريم • قلنا لا نسلم انه يحتاج اليه لانه يمكنه نقل التراب الى موضع اخر ويمكنه المرور في النهر لاصلاحه وليس كذلك البير لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بالاستقا ولا يتهيا الاستقا بدون الحريم • وقوله وليس له ان يحفرها لا بد لعلي انه لا بد للحريم لجواز ان يكون له فيه ملك وللاخر حق • الا ترى ان المسيل اذا كان لرجل والملك لرجل فليس لصاحب المسيل ان يهدم مسيله وان كان الملك له لان في ذلك ابطال حق صاحب الملك فكذلك هنا ليس له ان يبطل حق صاحب النهر لان له حق الانتفاع بالمسناة وفي القا الطين ذكر فخر الدين قاضي خان وغيره اختلاف المشايخ على قول ابي حنيفة • قال بعضهم ليس له ذلك بل يمنعه من ذلك المكان وقال بعضهم له ذلك فان لم يتحير • وهل لصاحب الارض ان يمنع صاحب النهر من المرور على المسناة قال بعضهم له ذلك وقال بعضهم له حق المرور عليها **قوله** على ما ذكرناه اي في بير الناضح **قوله** وجه البنا الى وجه بانه مسئلة المختصر على مسئلة من احيا نهرا على المذهبين ان استحق الحريم يثبت اليد عليه عندهما اعتبارا بالحقيقة كما تثبت اليد على النهر حقيقة والقول في المنازعة لصاحب اليد وعند ابي حنيفة لما لم يثبت استحقاق الحريم لم تثبت اليد عليه ايضا فكان الظاهر شاهدا لصاحب الارض فالقول لمن يشهد له الظاهر **قوله** وان كانت مسئلة مبتداة وهذا اشارة الى قول اهل التحقيق من مشايخنا حيث قالوا هذه مسئلة ابتدائية لا بناء على مسئلة من احيا نهرا في ارض موات لان ثمة للنهر حريما بالاتفاق • وانما الخلاف هنا فيما اذا لم تكن المسناة في يد من هي له بان كانت متصلة بالاراضي مساوية لها ولم يكن اعلى منها **قوله** لاستوائهما اي لاستواء الحريم والارض وهذا لان الحريم لو كان مرتفعا كان القول لصاحب النهر وقد مر قبل هذا **قوله** والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك بمعنى ليس هو قضاء ملك واستحقاق • ولهذا لو اقام صاحب النهر بينة ان له حريما يقضى له نصا • فلو كان قضاء ملك واستحقاق لم يقبل لان المقضي عليه في حادثة لا يكون مقضيا له في تلك الحادثة ابدا **قوله** ولا نزاع فيما به استمساك الماء • جواب عن قولهما ان النهر لا ينتفع به الا بالحريم حاصله قال الحاجة الاصلية لصاحب النهر استمساك الماء في تدفعه بدون ملك الحريم ولا كلام لنا فيها وانما نزاعنا فيما وراء الحاجة الاصلية نحو الغرس والقاء الطين فلا دلالة في ذلك لانا لا نقول ان الحاجة لا تدل على قيام الملك لا محالة • الا ترى ان صاحب العلو يحتاج الى السفل • ثم عند المنازعة لا يقضى له بالسفل • وقولهما ان صاحب النهر لا يستمسك الماء الا بالحافتين فكان اولى بهما • قلنا هذا معارض بالمثل لان صاحب الارض يدفع الماء عنها بها **قوله** هو من مواضع الخلاف • يعني عند ابي حنيفة الغرس لصاحب الارض • وعندهما لصاحب النهر **قوله** قال الفقيه ابو جعفر الهندواني قال اخذ بالقولين جميعا • اخذ بقول ابي حنيفة في ان الملك لصاحب الارض • واخذ بقولهما في ان لصاحب النهر ملقى طينه على الحافتين ولصاحب الارض ان يغرس ما لا يمنع القاء الطين في الحافتين كذا ذكر الفقيه ابو الليث

فصول في مسائل الشرب فصل في المياه

مسائل هذه الفصول كلها من هنا الى كتاب الاشربة تعنت بذكرها في البداية لانها ليست في الجامع الصغير ومختصر القدوري • وانما ذكرها شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في شرح كتاب الشرب • ثم لما ذكر احيا الموات ذكر عقيبه مسائل الشرب لان الانسان اذا احيا مواتا احتاج لا محالة الى الماء فذكر الشرب وهو النصيب من الماء هذا • وقدم فصل الماء على فصل كري الانهار لان الماء هو الاصل فقدمه لاصالته **قوله** واذا كان لرجل نهر او بير او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني ادم والبهائم • قال ابو يوسف رضي الله عنه في كتاب الخراج وكل من كانت له عين او بير او قناة فليس له ان يمنع ابن السبيل من ان يشرب منها ويسقي دوابه منها بعيره وغنمه وليس له ان يمنع شيئا من ذلك الشفة والشفة عندنا الشرب لبني ادم والبهائم والغنم والدواب • وله ان يمنع السقي للارض والزرع والنخل والشجر وليس لاحد ان يسقي شيئا من ذلك الا باذنه فان اذن له فلا باس به وان باعه ذلك لم يجز البيع ولم يحل للبائع والمشتري لانه مجهول غرر لا يدرى • وكذلك لو كان في مصنعة يجمع فيها الماء المسبول فلا خير في بيعه ايضا • ولو سمي له كيلا معلوما او عدد ايام معلومة لم يجز

ولنا ايضا الحديث الذي جا في ذلك والسنة ولا بأس ببيع الما اذا كان في الاوعية هذا قد احرزه فاذا احرزه في وعاء فلا بأس ببيعه وان هنا لم
حبسه فما سبق به الاوعية حتى جمع منها شيئا كثيرا فباع من ذلك فلا بأس • واذا دخل في الاوعية وقد احرزه وقد طاب بيعه فاذا كان انما يجمع
من السيول فلا خير في بيعه الى هنا لفظ كتاب الخراج • ثم قال فيه لو ان صاحب البير والنهر او البير والقناة منع ابن السبيل من الشرب مما ادى بي
دابته او بعيره او شاته حتى يخاف على نفسه فان اصحابنا كانوا يرون له القتال على الما اذا خاف الرجل على نفسه بالسلاح اذا كان في الما فضل عمن هو منه
ولا يرون ذلك في الطعام ويرون فيه الاخذ والغصب من غير قتال • فاما الما حاجة فانهم كانوا يرون فيه اذا خيف على النفس قتال
المانع منه وهو في المصانع والابار والانهار • وقتال المانع منه وهو في الاوعية عند الاضطرار اذا كان فيه فضل عمن هو في بين وحجون
في ذلك بحديث عمر في القوم السفر الذين وردوا ماء فسالوا اهله ان يدلوهم على البير فلم يدلوهم عليها فقالوا ان اعناقنا واعناق مطايانا قد
كادت تتقطع من العطش فدلونا على البير واعطونا دلوا نستق فلم يفعلوا فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال فهلا وضعتم فيهم السلاح
الى هنا لفظ كتاب الخراج • وقال في شرح الطحاوي ولو ان الناس احتاجوا اليه اي الى ما في بير او حوض او عين في ارضه لشفاههم ولمواشيهم واراد
دخول ارضه للاستقاء كان له ان يمنعهم عن الدخول في ارضه او كرمه ويقال له اما ان تاذن للناس في الدخول في ارضك ودارك ليستقوا الما
او تات الذي يحتاج اليهم ولم يرد الاستقاء عن احد هذا من الاوريه • فان امتنع ومنع الناس عن الاستقاء فانهم يقاتلونه بالسلاح • بخلاف ما اذا
كان الرجل فيه سقي واصابته المجاعة ومنع ذلك منه طعام بحالة الشاملة من جهة المغصب الطعان وله ان يقاتله بما دون السلاح ولا يقاتله ب
السلاح • وجملة القول هاهنا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب وهو ان الشركة في الما على وجوه بعضها اعم من البعض • منها
الشركة في ما البحار فانه مشترك بين الناس في كل شيء في حق الشفة وفي حق سقي الاراضي ايضا حتى من اراد ان يكري منه نهرا الى ارض ليس لاحد
ان يمنعه من ذلك كما لا يمنعه احد من الشفة وانتفاع الناس بما البحار كانتفاعه بالشمس والقمر والهوا • ومن امتنع هذه الاشيا على اي وجه
امتنع ليس لاحد ان يمنعه من ذلك فكذلك هذا • ومنها الشركة في ما الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات فان الناس شركا من
حق الشفة • فاما في سقي الاراضي اذا احيا رجل ارضا مواتا واراد ان يكري من ذلك نهرا ليسقيها فان كان لا يضر بالعامة فله ذلك
وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك • لان الشركة في ما هذه الاودية عامة لانها لم تدخل في المقاسم فتكون الشركة عامة • فاذا كانت
الشركة عامة فاذا اراد احد ان يحدث فيه حدثا فانه لا يمنع من ذلك اذا كان لا يضر بالعامة ويمنع اذا كان يضرهم كما في الطريق العام
وهذه الشركة اخص من الشركة في ما البحار • ومنها الشركة في ما دخل في المقاسم وفي اخص ما ذكرنا فالناس شركا في حق الشفة لسقي انفسهم ودوابهم
في ذلك ان اتى ذلك على الما كله وليس لاهله ان يمنعوا احدا من الشفة • قال الحكي ان ابا حنيفة وردت عليه مسايل من خراسان احداها
عن رجل له ما يجري الى مزارعه فجا رجل يسقي ابله ودوابه بذلك الما حتى يشق كله هل لصاحب النهر ان يمنعه من ذلك فدفع ابو حنيفة هذه
الفتوى الى زفر ليكتب جوابها فكتب زفر انه ليس لصاحب الابل ان يسقي دوابه على وجه لا يبقي منه شي لصاحب النهر ثم عرضه على ابي حنيفة فلطخ
ابو حنيفة في الجواب وقال لصاحب الابل ذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المسلمون شركا في ثلاث الما والكلا والنار • وانما تثبت
حق الشفة فيما دخل في المقاسم للضرورة لان الانسان قد يحتاج الى الشفة في الجهاد والحج والتجارة ولا يمكن ان يحمل مع نفسه ما يحتاج اليه
من الما لنفسه ولدوابه كما يمكنه حمل الطعام مع نفسه فلو لم يثبت له حق الشفة من كل ما يرد عليه لانقطع الاسفار وتعطل الحج والجهاد وهذا
لا وجه له • وكذلك اذا كان مقيما وفي موضع الاقامة ما دخل في المقاسم • فلو لم يطلق له حق الشفة ضاق عليه العيش • ولكن
لو اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها كان لاهل الما ان يمنعوه اضر بهم او لم يضر • ومنها الشركة في الما المحرز بالاواني والجباب
وهي اخص مما تقدم لانه تنقطع شركة الناس كافة في حق الشفة وغير ذلك • لانه بالاحراز صار ملكا له وانقطع حق غيره كما في الصيد والحشيش
الا انه لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده ما يساوي عشرة دراهم من ذلك لا يقطع يده لان شبهة الشركة قائمة لقوله عليه السلام الناس
شركا في ثلاث • وذلك لان هذا الحديث وان كان غير معمول به في اثبات الشركة في هذا الموضع اورث ظاهره شبهة كمن وطي جارية
ابنه لا يحد لان شبهة الشركة قائمة لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك وان كان غير معمول به في اثبات الشركة من حيث الحقيقة فكذا هذا
قوله والشفة الشرب لبني ادم واصل الشفة شفهة • ولهذا تقول في تصغيرها شفيهة وفي جمعها شفاه والتصغير والتكسير يردان
الاشيا الى اصلها • وحذفت الها تخفيفا فقال اهل الشفة اي لهم حق الشرب بشفاههم وان يسقوا انعامهم **قوله** سنته اي صنفه النهر
وهي جانبه وما لها صاحب المغرب بكسر الصاد وفتحها جميعا • وفي الديوان بالكسر جانب النهر وبالفتح جماعة الناس **قوله** وعلى هذا نصب
الرحى عليه • يعني ان كان لا يضر بالعامة جاز والا فلا • قال في التحفة الانهار العظام كالفرات ودجلة وجيحون ونحوها لا حق لاحد فيها
فكل من يقدر على سقي ارضه منها فله ذلك وكذا نصب الرحى والدالية ونحو ذلك • وهذا اذا لم يكن فيه ضرر فاما اذا كان فيه ضرر
يمنع من ذلك • وقال ابو يوسف في تصنيفه المسمى بكتاب الخراج ولا يجوز لاحد ان يحدث شرعة في مثل الفرات ودجلة وبواجرها
الا ان يكون الارض له او يكون الامام صيرها له يحدث بما شا لان الفرات ودجلة لجميع المسلمين هم فيها شركا • فان احدث رجل شريعة
او غيرها لم يكن له ذلك الا ان يكون حيلا للناس فيجوز ذلك • واذا اتخذ اهل المحلة شريعة لانفسهم يستقون منها فليس لهم ان يمنعوا
احدا من الناس يستقي منها • فان كان في ذلك ضرر عليهم في قيام الدواب والابل منعوهم من ذلك • فاما غيرهم فلا يمنعوهم **قوله**
واذا دخل الما في المقاسم اي دخل في قسمة قوم بقسمة الامام بينهم **قوله** والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركا في ثلاث
في الما والنار والكلا • وقال صاحب السنن في كتاب البيوع حدثنا علي بن الجعد قال حدثنا حريز بن عثمان عن حبان بن زيد الشرعبي
عن رجل من المهاجرين من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا اسمعه يقول المسلمون شركا في ثلاث
الكلا والما والنار • وقال ابو يوسف في كتاب الخراج وحدثنا العلا بن كثير عن مكحول قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تمنعوا الكلا والما

والنار فانه متاع للمقوين وقوة للمستضعفين • وقال الكرخي في مختصره فهم شركا في ذلك على ما جا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شركة اباحة
لا شركة ملك فمن سبق الى اخذ شي من ذلك في وعا او غيره واحرزه فهو احق به وهو ملك له دون من سواه يجوز له تمليكه بجميع وجوه التمليك وهو موروث
عنه • ويجوز فيه وصاياه كما يجوز في املاكه • وان اخذه منه احد بغير اذنه ضمنه كما يضمن سائر املاكه • وما لم يسبق اليه احد فياخذه فهو
لجماعة المسلمين مباح على ما كان عليه اولا ليس لاحد من الناس ان يمنع من اراد اخذه للمنفعة • الى هنا لفظ الكرخي • وقد عرفت قبل هذا ان الشركة
في الما على اربعة اوجه • فاما الشركة في النار فبيانه ما قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب وهو ان الرجل اذا اوقد نارا
في مفازة فان هذه النار تكون مشتركة بينه وبين الناس اجمع • حتى لو جا انسان واراد ان يستضي بضو هذه النار واراد ان يخيط ثوبا
له حول النار او يصطلي بها في زمان البرد او يتخذ منه سراجا لا يكون لصاحب النار منعه الا ان يكون اوقد النار في موضع مملوك له فان له ان
يمنعه من الانتفاع بملكه لا بالنار • فاما اذا اراد ان ياخذ من تلك سراجه او شيا من الجمر فان لصاحب النار ان يمنعه من ذلك لانه ملكه
ولو ملكه للناس لم يبق له نار يصطلي بها ويخبز بها • وهذا لا وجه له • واما الشركة في الكلا فهو على اوجه ايضا بعضها اعم من بعض فالاعم
ما ان يكون الحشيش في اراض لا تكون مملوكة لاحد يكون الناس في ذلك شركا في الرعي والاحتشاش ليس لاحد ان يمنع انسانا من ذلك وهي كالشركة
في ما البحار • وشركة اخرى اخص من هذه وهو ان يكون الكلا في ارض مملوكة نبت بنفسه لا بانبات صاحب الارض يكون الناس فيه مشتركة
حتى لو اخذ انسان كان ما اخذه ملكا له الا ان لصاحب الارض ان يمنع من الدخول في ارضه لاجل الكلا ذكر محمد هذا القدر في الكتاب ولم يزد عليه الا ان
مشايخنا زادوا على ذلك وقالوا اذا وقعت المنازعة بين صاحب الارض والذي يريد الكلا لابد من اعتبار منازعتهما لان صاحب الارض يمنعه من الدخول
في ملكه وهذا ابطال حقه فان له شركة في الكلا • واذا وجب اعتبار المنازعة نقول ان كان يجد المريد الكلا في موضع اخر غير مملوك لاحد قريب
من ذلك الارض يقال له خذ من ذلك وان لم يجد يقال لصاحب الارض اما ان تقطعه وتدفع اليه او تاذن له حتى يدخل فياخذه كما في كرم انسان
في حوضه ما واراد الدخول في كرمه لياخذ الما فمنعه صاحب الكرم ان كان يجد ما في موضع اخر غير مملوك لاحد قريب منه يقال له ايت
ذلك المكان وخذ منه • وان كان لا يجد يقال لصاحب الحوض اما ان تعطيه بدلوك او تاذن له حتى ياخذ منه • وشركة اخرى اخص من ذلك
كله وهو ان يحتش الكلا او انبت الكلا في ارضه فانه يكون مملوكا له وينقطع حق غيره ولا يكون لاحد اخذ ذلك بوجه لانه حصل بكسبه والكسب
للمكتسب الا انه بقي شبهة الشركة لقوله عليه السلام الناس شركا في ثلاث حتى لو سرقه انسان لا يقطع يده • ثم لا بد بعد ذلك من معرفة الكلا فقال
شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده الكلا كل ما نبت على وجه الارض اي ينبسط وينتشر ولا يكون له ساق كالاذخر ونحوه وما كان له ساق يكون من
الشجر لا الكلا • والدليل على صحة ذلك قوله تعالى والنجم والشجر يسجدان قالوا الشجر ما قام على ساق والنجم ما انبسط وانتشر على وجه الارض فعلى هذا قالوا
الشوك الاحمر من الشجر لا من الكلا • وكذلك الشوك الابيض الذي يقال له الغرقد من الشجر لانه يقوم على ساق حتى لو نبت في ارض مملوكة فجا انسان
واخذ ذلك كان لصاحب الارض ان يسترد منه • واما الشوك الاخضر الذي تاكله الابل ويقال له الحاج ففيه اختلاف المشايخ • حكي عن الشيخ
الامام ابي بكر محمد بن الفضل انه كان يقول من جملة الكلا والحشيش • والفقيه ابو جعفر الهندواني يقول من جملة الشجر • قالوا روي عن محمد فيه
في النوادر روايتان في رواية من جملة الكلا • وفي رواية من جملة الشجر واختلاف الجواب لاختلاف الموضوع لانه اراد برواية الكلا ما انبسط
منه على وجه الارض ولا يكون له ساق • واراد بالرواية الاخرى ما قام على الساق ولا ينبسط على وجه الارض • والشوك من الشجر لانه يقوم على ساق
كذا قال خواهر زاده في شرحه • وقال في الصحاح الكلا العشب وقد كلئت الارض واكلات فهي ارض مكلئة وكلئة اي ذات كلا وسوا يابسه
ورطبه • وقال في المغرب والظاهر انه يقع على ذي الساق وغيره • وفي الغريبين الكلا النبات • واما بيع الجمد فقد اختلف مشايخنا
فيه قال بعضهم لا يجوز بيعه لانه باع شيا لا يقدر على تسليمه الى المشتري لانه يذوب بعضه • وقال ابو نصر محمد بن سلام ان البيع جائز
وكان اذا سئل عن هذه المسالة يقول البيع جائز ولا يبطله احد • وقال ابو بكر الاسكاف اذا سلم الجمد كله الى المشتري او لا ثم باعه منه فانه يجوز وان
باع ثم سلمه الى المشتري في يومه ذلك فانه يجوز ايضا فان لم يسلمه الى المشتري حتى مضى عليه ايام فسد البيع لان في القليل لا يتحقق نقصانا
يبين له حصة من الثمن وبه اخذ الفقيه ابو الليث كذا في شرح الطحاوي **قوله** لشفته وظهره اي مركبه قال في قوله عليه السلام ان هذا الدين
متين فاوغل فيه برفق فان المنبت لا ارضا قطع ولا ظهرا ابقى **قوله** ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه او ظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح • اي
لو منعه صاحب البير او النهر او الحوض او النهر الذي في ملكه عن الدخول فيه وهو يخاف العطش يقاتله بالسلاح اذا لم يوجد ما اخر قريب منه لان الما
في البير والنهر لم يصر ملكا لمالكهما لانه لم يوجد منه احراز فبقي مشتركا بين الناس فاذا منع غيره من الاستقاء منه منع حقه ومن
منع حقا مستحقا لغيره كان لصاحب الحق ان يقاتل المانع له بالسلاح ليصل الى حقه كالدين المشترك بينه وبين المانع كان له ان يقاتل المانع
بالسلاح • والاصل في ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من قتل دون ماله فهو شهيد • فاما اذا منع ما احرزه في
قربة او جب ونحو حتى انقطع شركة الغير عنه وكان المريد للما مضطرا الى ذلك فانه يقاتله بما دون السلاح ولا يقاتله بالسلاح فانه لم يمنع حقه
لان الشركة انقطعت بالاحراز • وانما منع ملكه ومن منع ملك نفسه عن المضطر كان للمضطر ان يقاتله بما دون السلاح من العصا وغير ذلك كالموضع
الطعام مملوكا له من المضطر وهذا لانه لم يمنع ملك غيره عنه وانما ترك احيا نفسه وهو قادر على احيائها • ومن ترك احيا نفس يقدر على احيائها كان مرتكبا
معصية ومن ارتكب معصية فالسبيل ان ينهى عن ذلك اولا بالقول فاذا لم ينته بالقول يقاتله بما دون السلاح ولا يقاتل بالسلاح لان قتل النفس
من اكبر الكباير • ومن نهى غيره عن المنكر لا ينبغي له ان ياتي بما هو اكبر من ذلك **قوله** والشفة اذا كان ياتي على الما كله بان كانت
كان جدولا صغيرا اي شرب الناس والدواب اذا كان يفني الما وبمسالة فظاهر الرواية انه لا يمنع وهذه من المسالة التي غلط ابو حنيفة فيها
زفر وقد مرت • ولكن اختلف المشايخ فيه قال لا يمنع لان الابل لم ترد كل يوم في اليوم الذي يرد الابل يكون الما لصاحب الجدول ويصير ذلك
كالمهايأة فيما بينه وبين صاحب الشفة وقت لصاحب الابل ووقت لصاحب الجدول وهذا هو السبيل في الما المشترك اذا كان لا يحتمل لكل واحد

بهم حتى يتصل بهم بالنوبة ٭ وقيل يمنع منه فانه يمنع من سقي المزارعة والشاجر **قوله** والمراد يأخذ والماء منه للوضوء وغسل الثياب
في الصحيح فيه اختلاف المشايخ انهم يأخذون الماء من الجدول الصغير للوضوء وغسل الثياب دفعا للحرج ٭ وقال بعضهم ليس لهم ان يأخذوا
الماء للوضوء وغسل الثياب بل يتوضؤون ويغسلون الثياب في النهر لان الشركة تثبت في حق الشفعة لا غير ٭ واختلفوا في التوضي مما السقاية
قال بعضهم يجوز ٭ وقال بعضهم ان كان الماء كثيرا يجوز والا فلا ٭ وكذا كل ما اعد للشرب حتى قالوا في الحياض التي اعدت للشرب لا يجوز فيه
التوضي ويمنع منه هو الصحيح ٭ ويجوز ان يحمل ماء السقاية الى بيته للشرب كذا في الفتاوى **قوله** لان الماء يدخل في المقاسم اي كان
الماء مشتركا بين قوم ٭ قال شيخ الاسلام خواهر زاده اذا اراد ان ينتفع بالحرث ويسقي ارضه او شجره ان كان ما يدخل في المقاسم لا يكون له
ذلك كما في الانهار الصغار لانه بالسقي انقطعت الشركة في الشرب ٭ وانما يثبت في حق الشفعة لا غير وهو ياخذ الماء للشرب لا للسقي فلا يرد له ذلك
وحكي ان شداد بن حكيم اهدي اليه خلف بن ايوب رمانة وكان مريضا فوضعها عند راسه فقال من اين هذه الرمانة قال من شجرة في دار يب
قال من اي ماء سقيها فقال من نهر سكين فقال الشرب ان دارك في سكة كذا فقال نعم فقال انه لا يطيب لي اكلها لان ذلك النهر للشفعة وليس
لدار الشرب منه حق فردها عليه **قوله** فلا يمكنه السبيل به اي لا يمكن غيرما ما النهر السبيل في ذلك السبيل **فصل**
في كري الانهار لما ذكر مسائل الشرب شرع في كري الانهار لانه ربما يحتاج من له الشرب الى الكري فشرع في بيان مؤنة الكري على من تكون في النهر
فبين انواع النهر اولا ٭ ثم بين كريه على من يجب واخر هذا الفصل لان وجوب الكري امر زائد يوجد بوجود النهر ولا يجب الكري على التعيين
من كان النهر الشام ٭ والكري الحفر **قوله** الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد الى اخره ٭ قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده
في شرح كتاب الشرب ٭ قال الفقيه ابو جعفر الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات وجيحون وغيرهما
من الانهار العظام ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة وهو على وجهين عام وخاص ٭ وفصل محمد رضي الله عنه الحد الفاصل بين العام والخاص
استحقاق الشفعة فقال الخاص من النهر ما لو بيعت ارض على هذا النهر كان لجميع اهل النهر حق الشفعة فيحتاج الى ان يذكر الحد الفاصل بين
الشركة العامة والخاصة في الشفعة ٭ واختلف المشايخ في تحديد ذلك وذكر اخر ما قيل فيه من التحديد هو ان الشركاء في النهر ان كانوا
دون المائة فالشركة خاصة [illegible] الشفعة وان كانوا مائة فالشركة عامة لا يجب الشفعة للكل وانما يكون للجار ٭ وهذا
[illegible]
[illegible] فصارت الانهار على ثلاثة اوجه واحكام مختلفة فحكم النهر الاول الذي هو غير مملوك
[illegible]
الى ارضه فانه يمنع منه ان كان [illegible] ٭ وان لم يكن فيه ضرر [illegible] العقل المتقدم ذكره
هذا النهر لعامة المسلمين يكريه السلطان من مال بيت المال [illegible] ولكن يصرف الى مؤنة الكري [illegible] الخراج والجزية
[illegible] دون العشر والصدقات [illegible] ٭ وان لم يكن في
بيت المال شيء [illegible]
[illegible]
[illegible]
اولى ٭ وان اراد احد ان يكري منه نهرا [illegible]
بإذن المالك ان يكري هذا النهر على اهله لا على بيت المال لانه مملوك لهم لا للعامة الناس ٭ فان ابى البعض من الكري يجبر على كريه في لا يجبر اهله
ضرر لانهم يتضررون لو لم يجبر الآبي لانهم يحتاجون الى كري نصيبه ٭ ولا يقال اذا اجبر يلحق الضرر بالآبي ايضا حيث يحتاج الى الانفاق
على كري نصيبه ٭ لانا نقول ضرر العامة اعلى الضررين فيتحمل ادنى الضررين لدفع ضرر الاعلى ٭ ولان ضرر الآبي يعوض وهو نفسه
ارض نفسه وضرر العامة لا عوض له فلا يستوي الضرران ٭ وهذا معنى قوله فلا يعارضه اي لا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص
لانه يلحق جانب الضرر ٭ وكذلك يجبر الآبي عن تحصين النهر اذا كان ثمة خوف غرق الاراضي من الانبثاق ٭ واذا لم يكن فلا لان من هو
ولا يشبه التحصين الكري لانه معلوم فيجبر الآبي لا محالة ٭ واما حكم نهر خاص من كل وجه فان لكل واحد من الشركاء حق الشفعة لقوله عليه
السلام الشركاء في ثلاث ٭ فان اراد احدهم ان يكري منه نهرا الى ارضه لم يكن له ذلك الا برضا اصحابه اصويهم ام لم يضرهم لان البعض
مثل هذا في النهر الشام المملوك فمن الخاص اولى فمؤنة كري هذا النهر على اهله لا على بيت المال لانه مملوك لهم فان ابى البعض اختلف المشايخ
في جبره ٭ قال ابو بكر الاسكاف يجبر الآبي ٭ وقال الفقيه ابو بكر البلخي لا يجبر الآبي على الكري ٭ قال الفقيه ابو جعفر وبقول
استاذي ابي بكر البلخي اخذ ٭ وجه ابي بكر الاسكاف ان هنا لو حجة ضرران ضرر الآبي وهو اتلاف المال في كري نصيبه وضرر
اصحابه بغير عوض ولا شك ان ما كان من الضرر بغير عوض اكبر الضرر بن فيجب دفعه بتحمل الضرر الادنى كما في الآبي عن كري النهر
الشام ٭ ووجه ما ذهب اليه ابو بكر البلخي والفقيه ابو جعفر ان ضرر الآبي وضرر اصحابه تقابلا واستويا فيترك ما كان على ما كان
لما تعذر دفع احدهما بالآخر كما في الحائط بين اثنين اذا انهدم او الهدم علو وسفل فاراد احدهما ان يبني وابى الآخر لا يجبر الآبي بل
يقال للآخر ابن ان شئت ٭ وانما قلنا استوى الضرران لان كل واحد يعوض اما عوض ضرر الآبي فاذا اجبر على الكري فظاهر وكذا
عوض ضرر اصحابه لانهم يمكنهم ان يرفعوا الامر الى القاضي حتى يأذن لهم في حفر نصيبه على ان يستوفوا من حصة مؤنة الكري من نصيبه
من الشرب بل يستوفوا من نصيب الآبي من الشرب بقدر ما يبلغ قيمة ما انفقوا في نصيبه الكري ٭ فاذا استوى الضرران وجب
ترك ما كان على ما كان ٭ كذا ذكر خواهر زاده في شرح كتاب الشرب الان العبارة بدلك طلبا للاختصار **قوله** والناجل

بينها استحقاق للشفعة به وعدمه اي بين النهر العام والخاص والضمير في به الى النهر ٭ قال الامام السرخسي الناطفي في الاجناس حق الشرب في الاراضي
يجري مجرى الطريق في الادر في استحقاق الشفعة لانه من حقوق الارض ٭ فان كان نهيرا صغيرا يجري في النهر استحقت الشفعة بحق الشرب كما استحقت
بالاستطراق في طريق نافذ ٭ واذا كان النهر يجري فيه السفن دون السفن فلا يحق الشرب الشفعة كما يستحق بطريق في سكة غير نافذة الشفعة
قوله بخلاف ما تقدم اي بخلاف الآبي في كري النهر المملوك العام حيث يجبر الآبي على الكري لان الضرر ثمة استويا بل ضرر الشركاء اكبر الضررين
على ما بينا **قوله** ولا اجبر لحق الشفعة جواب سؤال بان يقال ان كان لا يجبر الآبي على الكري لحق الشركاء فلم لا يجبر لحق الشفعة كما انه يجبر
لحق الشفعة فقال لا اجبر لحق الشفعة لان الجبر لحق الشفعة لا يستقيم ٭ ولهذا لو امتنعوا جميعا عن الكري لا يجبرون على الكري لحق اصحاب الشفعة كذا هو
ذكر خواهر زاده في شرحه **قوله** ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل دفع عنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا
هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين ٭ والضمير المستتر في جاوز ودفع الى الكري وضمير المسألة في النهر الخاص ٭ وبيان ذلك
ما قال في التحفة ان النهر اذا كان بين عشرة لكل واحد منهم عليه ارض فان الكري من فوهة النهر الى ان يجاوز شرب اولهم بينهم على عشرة اسهم على كل
واحد منهم العشر فاذا جاوز شرب الاول خرج هو من الكري ويكون الكري على الباقين على تسعة اسهم ٭ فاذا جاوز شرب الثاني خرج هو من
الكري ويكون الكري على الباقين على ثمانية اسهم وعلى هذا الترتيب ٭ وقالا ان المؤنة بينهم على عشرة اسهم من اول النهر الى آخره ٭ لهما ان الكري
مؤنة من مؤن الملك وجميع النهر مشترك فيما بينهم من اوله الى آخره ٭ ولهذا لو بيعت ارض في اسفل النهر كان لكلهم حق الشفعة ٭ فاذا كان النهر مشتركا
كان الكري عليهم جميعا ٭ ولان اهل الاسفل شاركوا اهل الاعلى في كري النهر لان منفعتهم بمشاركة اهل الاعلى اهل الاسفل ايضا لانه مصب
مائهم ٭ والجامع الحاجة الى السقي والصب لانه لو لم يكن له مصب لتعطل مائه بفرق ارضه ٭ ولابي حنيفة ان الكري انما يجب لامكان سقي الارض الا
ترى ان النهر اذا لم يكن منكبسا وكانت الاراضي يمكن سقيها بدون الكري لا يجب الكري ٭ والذي جاوز الكري الى ارضه امكنه سقي ارضه ولم يبق
له حاجة فلا يجب عليه الكري بعد ذلك كما لو لم يكن الاسفل منكبسا ٭ والجواب عن قولهما انه يحتاج الى الصب فنقول ان الحاجة ترتفع بسد فوهة
النهر اذا استغنى عن الماء ٭ فاذا ارتفعت الحاجة بدون الكري لا يجب الكري بعد ذلك لان ذلك بلا غرم وانما هو حق السيل فتكون المؤنة
على صاحب الملك لا على صاحب الحق كما اذا كان سيل ماء على سطح مملوك لغيره لا يجب عليه مرمة السطح لاجل ذلك السطح ٭ وانما وجبت الشفعة لهم جميعا لاشتراكهم
في النفع ٭ ومن جملة المسائل انهم اذا احتاجوا الى اصلاح جانبي النهر فان الاصلاح اعلاه عليهم جميعا فاذا بلغوا ارض رجل يرفع عنه مؤنة الاصلاح
في قول ابي حنيفة ٭ وعندهما مؤنة الاصلاح من اول النهر الى اسفله عليهم جميعا ٭ ومن ذلك ان الطريق في سكة غير نافذة اذا احتاجوا الى اصلاحها
وبلغوا دار رجل منهم هل يرفع عنهم مؤنة الاصلاح ٭ قال شيخ الاسلام خواهر زاده لا رواية لهذا ٭ واختلف المشايخ فيه فمنهم من قال هو على الخلاف
مثل قول ابي حنيفة يرفع مؤنة الاصلاح عنه خلافا لهما ٭ وقال الفقيه ابو جعفر رأيت في بعض الكتب انهما ابهم في احتاجوا الى عمارة الطريق
في سكة غير نافذة فان مؤنة الاصلاح من اعلاه عليهم جميعا ٭ فاذا انتهوا الى باب دار رجل يرفع عنه مؤنة الاصلاح على الباقين بلا خلاف وعندهم
جميعا ٭ قال لعل هذا يحتاج ابو يوسف ومحمد الى الفرق بين السكة والنهر ٭ ووجه الفرق ان صاحب الدار لا حاجة له الى الطريق فيما جاوز
داره فانه لا يستعمل ما جاوز داره من الطريق بوجه ما ٭ وفي النهر يحتاج الى تسييل الماء فيما وراء ارضه لولا ذلك لغرقت ارضه كما كتبنا
قوله فلا يلزمه ايقاع عين استعمال الانتفاع في سقي الشفع وهو مسيل الضرر ولم يشع ذلك في ابن اللغة وجاء رجية في لغة هذيل ٭ بمعنى
رجية وبجوز رحل فيابسه الشفعة بمعنى شفعته وكذا اللغة لا تفتح بالقياس ٭ ويجوز ان يكون ذلك من سهو الكاتب اذ يكون في الاصل الانتفاع
عنه من باب الافتعال لان يكري اسفل ارضه بتسيع عنه **قوله** يرفع عنه اذا جاوز ارضه وقيل اذا جاوز ارض رجل رفع عنه مؤنة
الكري في قول ابي حنيفة رضي الله عنه ٭ وقد قيل اذا بلغوا فوهة نهر رجل يرفع عنه مؤنة الكري في قول ابي حنيفة رضي الله عنه ولم يقل اذا
بلغوا فوهة نهر رجل يرفع عنه مؤنة الكري ٭ وهذا الذي ذكرنا في النهر الخاص لما في النهر الشام العظيم الذي عليه قرى فاحتاجوا الى كريه
فاذا بلغوا قرية هل يرفع عنهم مؤنة الكري ام تكون المسألة على الاختلاف قالوا لم يذكر محمد هذا في الاصل ٭ وقالوا ذكر محمد من المسألة في
النوادر ٭ وذكر انهم اذا بلغوا فوهة نهر قرية يرفع عنهم مؤنة الكري عندهم جميعا **قوله** وان جاوز الكري ارضه الى آخره وهل
المسألة ورفع مسألة الكري وقالوا لم يذكرها محمد في الاصل ٭ وقال المشايخ اذا جاوز الكري ارضه فاراد ان يفتح فوهة النهر حتى يسقي ارضه
فله ذلك على قول ابي حنيفة لانه سقط عنه مؤنة الكري ٭ وعلى قولهما لا يكون له ذلك لانه لم يسقط عنه مؤنة الكري كذا ذكره خواهر
زاده في شرحه **قوله** وليس على اهل الشفعة من الكري شيء وذلك لانهم لا يحصون لان اهل الشفعة اهل الدنيا جميعا فلا يمكن جمعهم للكري
ولانه لا ملك لهم في رقبة الارض قال في الاصل قال ابو حنيفة رضي الله عنه ليس على اهل الشفعة فيما اعلم من الكري شيء وان كان لهم شركة فيه
في ما هذا النهر الخاص من حيث الشفعة لان شركتهم في الشفعة عامة فانه ثابت لجميع الناس والشركة العامة لا عبرة بها في حق نفاذ التصرف
ولهذا لو اعتق احد من الناس عبدا من الغنيمة قبل القسمة لا ينفذ عتقه فكذا لا يكون لها عبرة في حق التزام المؤنة ٭ فاما شركة اهل النهر
في حق الشرب شركة خاصة ٭ ولهذا يجب لهم الشفعة بهذه الشركة ٭ والشركة الخاصة لها عبرة في نفاذ التصرف فكذا في التزام المؤنة الا انه
ادخل فيه كلمة الشك حيث قال فيما اعلم لان اهل الشفعة يحتاجون الى الكري للشفعة كاهل النهر يحتاجون الى الكري للشرب فهذا كان ينبغي
ان يكون الكري عليهم جميعا فاوجب الشك ٭ ولكن لما كانت شركة اهل الشفعة عامة لم يجب عليهم

فصل

في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

اي في الشرب لما فرغ من النزاع من مسائل الشرب
ذكر ما يبنى منها عليهما النزاع **قوله** ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا ٭ ووجه القياس انه ادعى شربا مطلقا ولم يبين له
سببا يحتمل التجارة لا على غير التجارة من الارث والوصية كالاقرار الشرب مطلقا يحمل على التجارة لا على غيرها حتى ما الاقرار بالدين مطلقا
من الصبي المأذون والعبد المأذون ينصرف الى التجارة كالمنصوص عليها ٭ ولو نص على ان الشرب صار له من جهة التجارة من غير ارض لا يبقى له

بالشرب لان الشرب لا يملك بالتجارة من غير ارض فكذا هذا • وجه الاستحسان ان دعوى الشرب مطلقا محمول على التجارة • فاذا ادعى
ان الشرب له بالتجارة واقام على ذلك بينة يقضى له ويحمل على انه اشترى الشرب مع الارض ثم باع الارض وترك الشرب لنفسه فيكون هو
الشرب له بالتجارة • واذا امكن القضاء بالبينة من هذا الوجه وجب القضاء بها لان البينات حجج فيجب القضاء بها ما امكن • قال
في باب الشهادة في الشرب من الاصل واذا كان نهر لرجل يجري في ارضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر واقام على ذلك شاهدين عدلين
فانه يقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحسانا لانها شهادة قامت على شرب معلوم من غير ارض • والشهادة على الشرب من غير ارض
مقبولة اذا كان الشرب معلوما والشرب معلوم لانهم شهدوا ان له شرب يوم من ثلاثين يوما وهو معلوم • وكذلك لو اختلف الشاهدان فادعى
يومين في الشهر فجاء بشاهدين شهد احدهما بيوم في دخلة الشهر يريد بقوله في دخلة الشهر ان له شرب يوم من هذا النهر في شهر وشهد
الاخر على يومين ذكر في الدعاوى في قياس قول ابي حنيفة لا يقضى له بشي • وفي قياس قول ابي يوسف ومحمد انه يقضى بالاقل وهو شرب يوم • وقال شيخ الاسلام
خواهر زاده في شرح كتاب الشرب ذكر هذا الاختلاف في بعض نسخ الكتاب ولم يذكر في البعض • ثم قال فيه قال الفقيه ابو جعفر ما ذكر
من الاختلاف يجب ان يكون في الاقرار وقد نص على الخلاف في فصل الاقرار بعد هذا • فان شهد احدهما ان المدعى عليه اقر له بشرب
يومين وشهد الاخر انه اقر له بشرب يوم فالمسألة على الاختلاف لانه لم يشهد على واحد من الاقرارين الا شاهد واحد • ولو شهد احدهما ان له
شرب يوم من الشهر من هذا النهر وشهد الاخر انه اقر له بالعين • واما اذا لم يشهدوا على الاقرار وشهد احدهما ان له شرب يوم من الشهر
من هذا النهر وشهد الاخر بشرب يومين يجب ان يقبل على الاول لانهم شهدوا بالعين وفي الشهادة بالعين يقبل على الاقل ان شهد احدهما
انه عبد من هذا وشهد الاخر ان هذا العبد بعينه لم يقبل على الواحد عندهم جميعا • قال وان شهدوا ان له شرب يوم ولم يبينوا
عدد الايام ولم يشهدوا ان له في رقبة النهر شي لا تقبل هذه الشهادة لانهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لانه لا يدري ان له شرب يوم
من الشهر او من السنة او من الاسبوع وجهالة المشهود به يمنع قبول الشهادة لانه لا يمكن القضاء بها • قال ولو شهدوا انه بعشر النهر تقبل الشهادة
لانهم شهدوا بمعلوم يمكن القضاء به فتقبل شهادتهم كما لو شهدوا انه بعشر هذه الارض • قال ولو ادعى رجل عشر شرب وقال شهد له شاهدان
احدهما بالعشر وشهد الاخر بالاقل من ذلك يجوز من احدهما جزءا • فان شهدوا على الاقرار لا يقبل في قياس قول ابي حنيفة • وعندهما يقبل
استحسانا على الاقل • فان لم يشهدوا على الاقرار يقبل بالاتفاق على الاقل لانهم شهدوا بالعين كذا ذكر شيخ الاسلام في شرحه **قوله** واذا
كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله • يعني ليس لصاحب الارض ان يمنع من ذلك قال
في شرح المبسوط من المسائل لرجل ارض ولاخر فيه نهر يجري ليس لصاحب الارض منعه من الاجراء لانه مستعمل للنهر بسوق الماء اليه فهو في يده فيكون
القول لصاحب النهر • وان لم يكن الماء جاريا ولم يكن في يده سالمة البينة على ان النهر له • فان لم تقم البينة على رقبته واقام انه كان
له مجرى ماء يجري الى بستانه في بستان غيره • او يجري ميزاب في دار قوم او ممشى في دار قوم قد كان ياخذ الى منزله فقال صاحب
البستان والدار لا ادعك تجري الماء في بستاني ولا ادعك تمشي في داري • وقال صاحب البستان والميزاب والممشى انه حق لي فان كان الماء
يجري الى بستانه وقت المنازعة او كان ماشيا في داره وقت المنازعة فالقول قول صاحب البستان لان صاحب البستان مستعمل لهذا المجرى
وصاحب الدار غير مستعمل له بل هو متعلق به لان ملكه متصل به فهي تنازع اثنان في شي واحدهما مستعمل له والاخر متعلق به
كان ما تنازعا فيه يقضى به للمستعمل الا ان يقيم الاخر بينة على ما ادعى وهو نظير ما ذكر قبل هذا في نهر يجري في ارض رجل الى بستان
لرجل فتنازعا فيه وادعى كل واحد منهما ان النهر له فان كان الماء جاريا وقت المنازعة يقضى بالنهر لصاحب البستان لا لصاحب الارض لانه
مستعمل له ولا استعمال لصاحب الارض انما له اتصال ملكه لا غير فكذا هذا • وان لم يكن الماء جاريا ولا كان ماشيا فيها وقت المنازعة فالقول
قول صاحب الدار لان صاحب البستان غير مستعمل للمجرى ولا كان المجرى متصلا بملكه حتى يجعل اتصال ملكه كتعلقه وملك صاحب الدار متصل
به فصار كتعلقه به • ومتى تنازع اثنان في شي احدهما متعلق به ولا تعلق للاخر كان المتعلق اولى اذا لم يبرهنا كما لو تنازعا فيه
كالنهر اذا لم يكن الماء فيه جاريا وقت الخصومة كان لصاحب الارض اولى بالنهر لان ارضه متصل بالنهر فكذا هذا • هذا اذا لم يقم
لاحدهما بينة • فان اقام صاحب البستان البينة على ان له طريقا في دار او مجرى ماء الى بستانه يقضى له بذلك لان الثابت بالبينة
الثابت له كالثابت معاينة • فاما اذا شهدوا انه كان يمشي في داره او يجري ماء في داره الى بستانه لا يقضى له بذلك لان مشيه واجراء
الماء في داره الى بستانه قد يكون بحق وقد يكون بغير حق كما لو شهدوا انه كان في يده لان كونه في يده قد يكون بحق وقد يكون بغير حق فكذا
هذا هاهنا • فان قيل اليس انه اذا كان الماء جاريا وقت الخصومة يقضى بذلك • وان كان يحتمل بين ان يكون بحق وبغير حق • قلنا
اذا كان الماء جاريا وقت الخصومة فالمدعي مستعمل للنهر فيكون النهر في يده حالة الاستعمال ثم وقع الشك في اخراج ما تنازعا فيه من يده
لانه ان كان يجري الماء بحق لا يجب الاخراج من يده • وان كان بغير حق يجب وحالة الاستعمال ثابت بيقين فلا يخرج من يده بالشك • فاما
اذا لم يكن جاريا فليس للمدعي يد فاحتاج ادعاء ما ادعى الى برهان ان كان يجري بحق يجب اعادته • وان كان بغير حق فلا يجب فلا يثبت
بالشك **قوله** ملكا اي بناء اذا قالت البينة ان هذا النهر له **قوله** او حقا مستحقا فيه اي في النهر يعني بناء اذا قامت البينة
ان له مجراه في هذا النهر **قوله** حكم الاختلاف اي اختلاف المتخاصمين او المدعين فيه اي في كل واحد من هذه الاشياء من المصب
والميزاب والممشى نظير ما في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم • قال في الاصل واذا كان النهر بين قوم لهم عليه ارضون ولا يعرف
كيف اصله بينهم فاختلفوا فيه واختصموا في الشرب فالشرب بينهم على قدر اراضيهم • قال في الاجناس حكى عن ابي علي الدقاق صاحب
كتاب الحيض انه يكون بينهم على قدر حاجتهم • وفائدته انه اذا كان لاحدهم عشرة اجربة وللاخر عشرة الا ان ارضه لا تكفي الزراعة
بقدر الماء باخذ فعلى ما قاله محمد الماء بينهما نصفان • وعلى ما قال الدقاق له اخذ الماء زيادة • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده فرق

بين هذا وبين طريق مشترك بين جماعة لا يعرف كيفية اصله بينهم اختلفوا في ذلك فانه يقسم بينهم على عدد الرؤوس لا على قدر املاكهم حتى يعطى لصاحب
القليل ما يعطى لصاحب الكثير • وفي الشرب يعطى لصاحب الكثير اكثر مما يعطى لصاحب القليل • وانما كان كذلك لان الشرب صاحب الكثير مع صاحب
القليل فيما وراء سبب الاستحقاق يتفاوتان في الاستحقاق • وفي الطريق صاحب القليل ساوى صاحب الكثير في سبب الاستحقاق فيستويان
في الاستحقاق • وانما قلنا ذلك لان سبب استحقاق الشرب حاجة الارض الى الشرب وحاجة صاحب الكثير الى الشرب اكثر من حاجة صاحب
القليل فلما تفاوتا في سبب الاستحقاق يتفاوتان في الاستحقاق ايضا • فاما سبب استحقاق الطريق فالحاجة الى المرور والتطرق وحاجة
صاحب القليل الى المرور وحاجة صاحب الكثير اليه سواء فلما استويا في سبب الاستحقاق يجعل كانهما استويا في الاستحقاق • قال ومن الناس من قال
يقسم بينهم • فاما اذا علم يقسم على ما كان كما في الطريق يقسم على عدد الرؤوس اذا لم يعلم مقدار حقهم • فاذا علم يقسم على ما كان في الاصل
قال في الاصل فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يرتفع الماء الى ارضه وقلة الماء لا يكون له السكر ولكنه يشرب بحصته • قال في الاجناس
قال ابو عمر الطبري وهو تلميذ محمد بن شجاع • اراد محمد بهذا اذا كان نصيب صاحب الاعلى من بقعة لا يصل الماء اليها الا ان يتخذ في النهر سكرا
وارباب الاراضين منعوا ان يرضوا من هذا النهر فله الا بد من ان يجعل فيه سكرا حتى يرتفع الماء اليها • وان رضوا على ان يحلوا ذلك بالمناوبة
على ان يسكر كل واحد منهم يوما يسوق الماء كله الى ارضه جاز الى هنا لفظ الاجناس • وذلك لان السكر احداث تصرف في مكان مشترك
فلا يكون له ذلك الا باذن الشركاء فصار كما لو ساحة بين اثنين اراد احدهما ان يحدث فيه حدثا من البناء وغير ذلك لا يكون له ذلك
الا برضا الشركاء • واليه ذهب الفقيه ابو جعفر • قال شيخ الاسلام خواهر زاده ومن مشايخنا من قال ان وقعت المنازعة بينهم على هذا الوجه
لا بد من اعتبار منازعتهم لان اهل الاعلى يطلبون حقهم ولهم ذلك • واهل الاسفل يمنعون اهل الاعلى من احداث تصرف في مكان مشترك ولهم ذلك
فلا بد من ان يقطع القاضي المنازعة فيما بينهم لان قطع المنازعات واجب ما امكن • وذلك بان يجعل الماء بينهم بالنوب بالايام فان شهد الماء على هذا
الوجه شرع ويطلق لاهل الاعلى السكر في يومهم بوضع لوح او عود يحبس به الماء ولا يسكرون بالطين لان حاجتهم ترتفع بوضع اللوح وخالف
ترفع الماء الى اهل الاعلى بسد موقعه النهر حتى يجد فيه ضرر زيادة فصل الماء من اهل الاسفل فيقطع المنازعة بينهم على هذا الوجه • قال شيخ
الاسلام خواهر زاده هذا الحكم اذا كان لا يمكن لاهل الاعلى الانتفاع بالماء الا بالسكر • فاما اذا امكنهم ذلك الا انهم ارادوا السكر ليجعل لهم
الشرب فانه لا يكون لهم ذلك الا باذن الشركاء • فان طلب اهل الاعلى من الامام ذلك لا يجيبهم الى ذلك لانه يمكنهم الوصول الى حقهم من غير احداث
امر في مكان مشترك • قال واذا اصطلحوا على ان يسكر كل واحد منهم في نوبته فله ذلك لانه يحدث تصرفا في مكان مشترك باذن الشركاء فيكون
له ذلك كما في الساحة المشتركة اذا بنى احدهم باذن الشركاء والسكر حبس الماء الجاري **قوله** وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا قال شيخ
الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب • واذا اراد واحد منهم ان يكري منه نهرا لم يكن له ذلك الا برضا اصحابه سوا كان يكري
من هذا النهر لارض كان لها شرب من هذا النهر او لارض لم يكن لها شرب من هذا النهر • فان كان يكري نهرا لارض لا شرب لها من هذا النهر
لا يكون له ذلك الا باذن الشركاء لوجهين احدهما انه لا بد ان يكسر حافة النهر وحافة النهر مشترك بينه وبين غيره • والثاني انه يريد ان
ياخذ اكثر من حصته في الشرب فيمنع من الكري لوجهين • ولو كان يكري لارض لها شرب من هذا النهر فلعلة واحدة وهو انه يريد ان يكسر
حافة النهر مشترك بينه وبين غيره • قال وان اراد احدهم ان ينصب عليه رحا لم يكن له ذلك الا برضا اصحابه لانه يبني على حافة
النهر وهو مشترك بينه وبين غيره • فاما اذا كان الموضع الذي يضع عليه الرحا ملكه كان له وضع الرحا اذا لم يضر بالماء • واذا اضر
بالماء لم يكن له ذلك • وصورته ان يكون حافتا النهر وبطن النهر ملكا له وللغير حق اجراء الماء فوضع الرحى تصرف في خالص ملكه
فاذا لم يضر باجراء الماء لا يمنع من ذلك وان اضر منع كمن بنى في ملكه كنيفا يضر بجاره • وقال في التحفة اذا اراد ان ينصب عليه رحى
ليس له ذلك الا برضا الشركاء • لان بقعة الرحى ملكهم وحق لجماعتهم فاذا بنى اختص بتلك البقعة وانقطع حق الشركاء عنها فيمنع • فاما
اذا كان موضع الرحا ملكه ولم يتضرر فيه ضرر بالشركاء بان كان الماء يدير الرحا ويجري الماء على سننه في النهر فليس لهم حق المنع لان الماء
مشترك بينهم ولكل واحد منهم ان ينتفع بحقه على وجه لا يتضرر به شركاؤه • فاما اذا كرى نهرا من هذا النهر ويعرج الماء فيه
الى الحال المملوكة في ارضه فيدير رحاه ثم يجري في النهر من اسفله ليس له ذلك لان فيه ضررا بالشركاء بقطع الماء عن سننه فيتاخر وصوله
اليهم ويتضرر في الجملة ايضا • وكذلك الجواب في نصب الدالية والسانية • والسانية الناقة التي يستقى عليها اي من النهر **قوله**
ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة • قال شيخ الاسلام خواهر زاده وكذلك ليس له ان يتخذ على النهر جسرا ولا قنطرة الا برضاهم لانه لا بد
من وضع الجذوع على حافتي النهر وذلك مشترك بينهم وليس لاحد الشريكين ان يحدث حدثا في مكان مشترك الا باذن صاحبه • قالوا
الجسر ما يوضع ويرفع من الالواح والخشب • وقال في المغرب الجسر ما يعبر به النهر مبنيا كان او غير مبني • والقنطرة ما يكون مبنيا
من الاجر يعبر عليها الى بعض ولا يمكن رفعه • قال وكذلك عين بين قوم لهم عليها ارضون فهو مثل هذا النهر • وكذلك البئر بين قوم
يسقون منها اراضيهم • وكذلك البركة بين قوم ليس لاحدهم ان يكري منه نهرا وان يحدث حدثا الا باذن شركائه اضر بهم
او لم يضر بهم • قال اهل اللغة البركة الحوض **قوله** بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص ياخذ من نهر خاص بين قوم فاراد
ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك • اراد بالنهر الخاص بين قوم ان يكون بحال يجري فيه الشفعة وقد مر بيانه من قبل قال
في الاصل وسالت ابا يوسف عن رجل له نهر خاص من هذا النهر الاعظم اراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه قال له ذلك • وذلك لانه يتصرف
في خالص ملكه لانه موضع المسناة والاجر على خالص ملكه وانه يحتاج الى ذلك لانه متى لم يستوثق ربما يقلبه الماء • فاذا كان
بسبيله محتاجا اليه وهو يتصرف في خالص ملكه لم يمنع من ذلك • فان كان مسناة استوثقنا فاراد ان ينقض ذلك قال ان كان لا يريد
ذلك في اخذ الماء ذلك لانه تصرف في خالص ملكه ولم يضر بغيره • وان كان يريد اخذ الماء فيمنع لانه اضر بغيره • وانه تصرف

قوله ويمنع ان يوسع فم النهر • قال في الاصل وسالت ابا يوسف عن رجل اراد ان يوسع فم النهر هل له ذلك قال لا • قال
شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب فرق بين هذا وبين التسييل والدفع حيث قال له ذلك لان التسييل تصرف في خالص ملكه
ولم يضر باصحابه فاما في توسيع فم النهر فيصير في حافتي النهر الذي ياخذ منه الماء وانه مشترك بينه وبين اصحابه ويضر بشركائه
ايضا لانه بتوسيع الفم ياخذ من الماء اكثر من حقه فيصير متصرفا فيما لاصحابه قوله كذا اذا كانت القسمة بالكوى • يعني اذا كانت القسمة
بالكوى لا يكون له ان يوسع الكوة • والفرق نقب البيت الجمع كوى كبدره وبدر ويقال بضم الكاف في المفرد وتسمى الكوى لمفتاح الماء الى المزارع
والجداول تشبيها لكوى النهر كذا في المغرب قوله وكذا اذا اراد ان يوخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه • اي لا يكون له
في ذلك • قال في الاصل فلو ان اراد ان يزيد في عرضه او يوخر الكوى عن فم النهر فيجعلها على اربعة اذرع من فم النهر الى اسفل قال ليس له
ذلك • وان تصرف في خالص ملكه لانه يضر باصحابه لانه ياخذ الماء اكثر من حقه • قال شيخ الاسلام خواهر زاده قالوا وصورة هذا اذا
كانت الالواح التي فيها الكوة في فم النهر واراد ان يوخرها عن صفة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فم النهر بغير لوح فانه لا يكون له
ذلك لانه يريد ان ياخذ الماء اكثر من حقه لان الماء اذا دخل في راس النهر يجتمع فيتحقق فيجتمع الماء فيدخل في الكوى اكثر مما كان يدخل لو
كان الكوى في صفة النهر الاول • لان الماء في صفة النهر لا يكون مجتمعا قوله بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له
ذلك • اي اراد ان يسفل كواه الى وجه الارض او اراد ان يرفعها الى فوق قال في الاصل وسالت ابا يوسف عن نقل الكوى ارادها
ان يرفعها او يسفلها عن موضعها ليكون اكثر لاخذها من الماء قال له ذلك • لان التسييل تصرف في خالص ملكه فان كان يرفع خالص ملكه فكذلك له
ذلك وان كان ذلك اكثر لاخذ الماء كما لو كرى بهذه كان له ذلك • وان كان ذكر في النهر اكثر لاخذ الماء لانه تصرف في خالص ملكه فكذا هذا
وفي الاجناس الكوى بقوله يعني السواقي • فان قيل انه ان تصرف في خالص ملكه يضر باصحابه فلم يكن له ذلك لانه ياخذ الماء اكثر من حقه
والمتصرف في ملكه اذا اضر بغيره يمنع كمن بنى في داره تنورا او رحى • فالجواب عنه ان يقال لا نسلم انه يكون كان مقدار عمق
هو وقت القسمة معلوما اولا • فان كان معلوما فله ان يسفل حتى يعيده الى الحالة الاولى ولا يكون له الزيادة مثل ما كان في القديم كيلا
يضر بغيره ياخذ الماء اكثر من حقه • وان لم يعلم مقدار عمقه في القديم قالوا يسفل مقدار ما يكون مثل هذا النهر في العرف والعادة وان
اراد الزيادة فليس له ذلك ان يمنع هكذا قال الفقيه ابو جعفر • وان اراد ان يرفع الكوى لتكون اقل الماء في ارضه فله ذلك لان الرفع
كبنى بعض النهر • ولان يكون له ان يسكر بعض كله لانه خالص ملكه فكان له ان يقبض بالطريق الاولى • فان قيل الكوى في خالص ملكه الا
الضرر بغيره وهو اهل الاسفل فلا يكون له ذلك كما قال في الاصل اذا اراد اهل الاعلى ان يسد كوة او كوى من حصته لما لا يكون له ذلك الا
باذن الشركاء فكذا هذا • قلنا قال شيخ الاسلام خواهر زاده تاويلها ذكر اذا كان راس النهر مرتفعا في القدم فسد له الماء فكان له ان يرفع
مقدار ما يحتاج الى الحاجة الاولى وليس له ان يرفع اكثر من ذلك وليس كما ذكر في سد الكوى لانه وضع المسالة ثمة ان الكوة كانت مشتركة
هو بالسد يحدث تصرفا في مكان مشترك فلا يكون له ذلك الا باذن الشركاء • فاما هذا تصرف في خالص ملكه ولا يلحق بغيره ضرر الا انه
رفع الكوة الى الاعلى مما كانت عليه في القديم قوله ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم الايام ليس له ذلك
يعني اذا اراد الشركاء بدلك فاذا رضوا كان له ذلك • ويجي ذلك عند قوله الا ان يتراضيا • قال في كتاب الشرب نهر بين قوم
اخذ من النهر العظيم لكل واحد منهم كوى على التفاوت فقال اصحاب السفل اخذ وا اكثر من نصيبكم لان كثرة الماء في اول النهر فتنكسر بقدر
بذلك فنجعل لكم ولنا اياما معلومة وليسد كل كوة في ايام غيره فلهم ذلك لانه حق ثبت وضعا كذلك فلا يغير قوله ولو كان لكل منهم
كوى مسماة اي معدودة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر اهله • وذلك لان احداث التصرف فيما هو مشترك لا يجوز الا
باذن الشركاء وان لم يكن الضرر • بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم الذي لم يكن حافتي التاسع كالفرات ودجلة حيث لا يمنع ان يزيد
في الكوى اذا لم يضر بغيره لانه يعتبر بكري النهر منه • فلو كرى نهرا ابتداء جاز فكذا اذا زاد في الكوى • واستشهد محمد بنحو نهر خاص
بين قوم ليس لاحد منهم ان يبند ولا يبني عليه بابا من دار اخرى ولا يسيل فيه ماء ولا يشرع فيه ميزابا ولا كنيفا اضر بهم ام لا يضرهم فكذا في النهر الخاص
قوله وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب • قال في الاصل واذا كان نهر بين قوم لهم عليه
ارضون لكل رجل منهم ارض معلومة فاراد احدهم ان يسوق شربه الى ارض اخرى ليس لها شرب من هذا النهر لا يكون له ذلك الا باذن الشركاء
وذلك لانه لا يحل اماان يسوق شربه الى الارض الحديثة من غير ان يجريه لها من النهر المشترك فلم يكن له ذلك لو جعل احدهم انه يريد
ان يحدث حدثا في مكان مشترك لانه يريد ان يكري حافة النهر وحافة النهر بينه وبين شركائه فلا بد من اذن الشركاء • والثاني انه ياخذ
الماء اكثر من حقه للحال ان كان يسقي الارضين جميعا • وان كان لا يسقي الارض القديمة وانما يسقي الارض الحديثة والارض الحديثة والقديمة
في الشاحة على الشرا • فان لم يكن اخذ اكثر من حقه للحال يصير اخذ الكثر من حقه في الثاني بان تقادم العهد ويتنازعوا في الشرب يقضي له
بشرب الارضين جميعا اذا لم يعلم حقيقة الحال لان الشرب يقسم على مقدار الاراضي اذا لم يعلم حقيقة الحال فكذا لا يمكن من ان ياخذ
اكثر من حقه للحال لا يمكن ان ينقل فلا يصير اخذا اكثر من حقه في الثاني • وان ساق شربه الى الارض الحديثة من مجرى الارض
القديمة لا يكون له ذلك ان كان يريد سقي الارضين للحال لانه يصير اخذا اكثر من حقه في الشرب للحال • وان كان لا يسقي الا الاولى
الحديثة يصير اخذا اكثر من حقه في ثاني الحال على ما بينا • وهذا اذا اراد ان يسقي الارض التي لا شرب لها من هذا النهر الحديثة
فاما اذا ملا ارضه واراد ان يسقي الارض الاخرى فان كان لم يسد فوهة النهر لا يكون له ذلك لانه ياخذ اكثر من حقه • وان
سد فوهة النهر وساق ذلك الماء الى الارض الحديثة من غير مجراه فلا باس ذلك لانه لم يصر اخذا اكثر من حقه لا في الحال ولا في الثاني
لانه متى لم يكن للارض الثانية مجرى من هذا النهر وقعت الخصومة في الشرب لا يعطى لهذه الارض شرب من هذا النهر • فيرفقان بحد

وهذا ابتدا لطريق ان تفرق فلبس لبعضهم ان يفتح اليه طريقا من دار اخرى • لانه يريد ان يجعل لهذه الدار مرا في هذا الطريق ولم يكن
لها فلم يكن له ذلك فكذا هذا • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب • وهذا اذا كان ساكنها اثنين فاما اذا كان
ساكن الدارين واحدا ذكر في كتاب القسمة انه لا يمنع من ذلك لان المار لا يزداد لما كان ساكن الدارين واحدا فلا يصير المانع اخذا
اكثر من حقه ويفتح الباب على جداره لانه يتصرف في خالص ملكه قوله تنشف بعض الماء في شربه قوله ولو اراد الاعلى
من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك • صورته ما قال في الاصل
وهو ان نهرا بين رجلين لهما خمس كوى من هذا النهر الاعظم واحد الرجلين ارضه في اعلى النهر والاخر ارضه في اسفل النهر فقال صاحب الاعلى اريد
ان اسد من هذه الكوى واحدة او اثنين لان ماء النهر يكثر في ارضي فتنبض وتنز منه قال ليس له ذلك لان سد الكوى احداث تصرف في
مكان مشترك فلا يكون له ذلك الا برضا صاحبه كما لو اراد ان يوسع الكوى • والثاني ان صاحب الاسفل له ان يعارض ويقول
ان كان اكثر الماء يضرك فلك ان تسد الكوى بصرف فاستويا في الضرر • واذا تقابل الضرران واستويا يترك ما كان على ما كان قوله
وكذا اذا اراد ان يقسم المهر مناصفة بينهما • اي ليس له ذلك • يعني ان قال صاحب الاعلى لصاحب الاسفل اجل لي نصف النهر ولك نصفه
فاذ كان في حصتي سددت منها ما بدا لي واذا كان في حصتك فتحها كلها ليس له ذلك الا برضا صاحبه لانه يطلب المهايات من صاحبه فيما يتمكن
فيه الاجزا فاباه صاحبه فلا يجبر على ذلك كالدار التي تحتمل القسمة من جنب الاجزا اذا طلب احدهما المهاياة من صاحبه وابى صاحبه لا يجبر
على المهاياة فكذا هذا • فان تراضيا على ذلك كان جائزا كما لو تراضيا على المهايات في الدار • فان اتفقا على ذلك ثم بدا لاحدهما نقض الصاحب
الاسفل نقض فان له ذلك لان المهايات عبر لازمة لانها عارية • لانه يجوز بطريق الاجارة فساد لانه يكون مبادلة منفعة
منفعة من جنسها وهو باطل فيجوز بطريق الاعارة والمعير ان يرجع في عاريته متى بدا له • كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح
كتاب الشرب قوله والشرب ما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه انما قيد بالوصية بعين الشرب احترازا عن الوصية بيع الشرب
وهبته وصدقته فان ذلك وصية بالباطل والوصية بالباطل باطل • قال محمد في الاصل وسالت ابا يوسف عن رجل مات وله هذا
الشرب فقال يصير ميراثا • وان كان بغير ارض وذلك لان الملك بالارض يبقى حكما لاضطرار بجواز ان يثبت الشي حكما وان كان لا يثبت
قصدا كالخمر يملك حكما بالميراث وان كان لا تملك قصدا باسباب الملك فجاز ان يملك الشرب بلا ارض حكما بالميراث • وان كان لا يملك
قصدا باسباب الملك • قال فان اوصى فيه بوصية قال هو ذلك جائز لان الوصية اخت الميراث فيما يجري فيه الارث
يجري فيه الوصية اذا اوصى لانسان ان ينتفع بذلك • قال وسالته عن الهبة والصدقة والنحل والعمرى قال لا يجوز لان الشرب
لا يملك بالبيع بلا ارض كيلا يرد العقد على ما هو حق من حقوق الملك مقصودا فكذا لا يملك بلا ارض بالصدقة والهبة قوله والوصية بذلك
اي بخلاف الوصية بيع الشرب وصدقته وهبته • قال في الاصل وان باعه شرب يوم او اكثر من ذلك او اكثر فانه لا يجوز وذلك لمعان ثم
فلانه • احدهما ان الشرب عبارة عن النصيب من الماء والماء لا يملك قبل الاحراز • ولهذا من لا شرب له من هذا النهر اذا سقى ارضه لشرب
غيره لا يضمن ولو كان مملوكا لضمن • واذا لم يكن مملوكا قبل الاحراز لم يجز بيعه • والثاني ان البيع وهو الماء مجهول لانه لا يعلم معلوما
الا بالاناء او الكيل او الوزن ولم يوجد شي من هذا فكان مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة • والجهالة على هذا الوجه توجب فساد البيع
ولا ندعه عذرا لا يعلم ان الماء يجي او ينقطع • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب من مشايخ بلخ كالفقيه ابي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة
وغيرهم يجوزون بيع الشرب يوما او يومين حتى يزداد نوبة المشتري لان اهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم الى ذلك والقياس ما يترك هو
التعامل كما جوزنا الاستصناع للتعامل وان كان القياس يابي جوازه • وكان الفقيه ابو جعفر والاستاذ ابو بكر البلخي لا يجوزان ذلك هو
وقالا هذا تعامل اهل بلخ واحد والقياس يترك بتعامل اهل البلاد كلها كما في الاستصناع ولا يترك بتعامل اهل بلد واحد قوله وكذا لا يصلح
تسمية النكاح • قال محمد في الاصل واذا تزوج الرجل على شرب بغير ارض فالنكاح جائز وليس لها من الشرب شي وانما لها مهر المثل وذلك
لان النكاح يصح من غير تسمية اصلا فلان يصح مع تسمية ما لا يجوز اولى • وانما وجب لها مهر المثل لفساد التسمية لان المسمى مجهول المقدار فان الماء
ما يزداد وينتقص وجهالة قدر المسمى يمنع صحة التسمية كما لو تزوجها على مكيل او موزون مجهول المقدار لا تصح التسمية حتى لا يكون لها من المسمى شي
والما يكون لها مهر المثل فكذا هذا • ثم ان محمدا ذكر في الاصل هنا ثلاث مسائل • احداها هذه والثانية الخلع وهو انه لو خالع امراته
على شرب لها بغير ارض كان باطلا يعني ان التسمية باطلة حتى لا يكون له من الزوجين • اما الطلاق فواقع لانه وقوع الطلاق يعتمد وجود
القبول لا وجوب القبول • الا ترى انه لو خالعها على خمر او خنزير فقبلت وقع الطلاق وان لم يجب القبول فكذا هذا • وانما وجب
عليها رد ما اخذت من المهر لان المسمى ما يجهل المقدار • والمسمى كان مالا وقد فسدت التسمية لجهالة المقدار فانه يقع الخلع بما دفع اليها
من المهر كما لو خالعها على مكيل او موزون مجهول المقدار وقبلت ذلك • بخلاف ما لو خالعها على خمر او خنزير فانه يقع الخلع مجانا لان المرا ليس
بالمتقوم • والثالثة مسالة الصلح عن دم العمد وهو ان يصالح من دم العمد على شرب بدون الارض فان القصاص يسقط اذا قبل القاتل لان
سقوط القصاص يعتمد وجود القبول • الا ترى انه لو صالح من دم العمد على خمر او خنزير يسقط القصاص لوجود القبول وان لم يجب
القبول فكذا هذا ولا يكون له من الشرب شي لان التسمية لم تصح لجهالة قدر المسمى الا انه لا يقع الصلح مجانا بل يجب على القاتل رد الدية لان الصلح
لو وقع على خمر او خنزير لم يقع مجانا وانما يقع بالدية • وهذا اولى لان الشرب مال حلال كما قال خواهر زاده في شرحه • وقال في القاتل
الصلح عليه اي على الشرب في قصاص نفسا او دونه باطل وجاز العفو لوجود شرطه وهو القبول • وعلى القاتل الدية وارش الجناية فيما سبا
قوله ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى • قال في شرح المبسوط من التابل الصلح من الدعوى على
من اخذ لانه لم يرض بسقوطه مجانا
الشرب باطل وهو على دعواه لان المصالح عليه مجهول يحتاج الى قبضه • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب واذا دفع

وحمل قبل فحمل دعوى في ارض او دار او كرم فصالحه من دعواه على شرب بغير ارض فان الصلح باطل لان الصلح متى وقع على خلاف جنس الحق كان فيه معنى البيع وبيع الشرب بلا ارض لا يجوز فكذا لا يجوز الصلح على الشرب من غير ارض • واذا بطل الصلح بقي المدعي على دعواه كما صالحه على مجيل او موزون مجهول القدر بقي المدعي على دعواه فكذا هذا • فان كان المدعي ادعى شربا من ذلك الشرب سنة او سنتين فلا ضمان عليه • واذا استوفاها يحكم عقد فاسد لما بينا ان المعاني قبل هذا **قوله** ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض • وذلك لان بيع الشرب في حال حياته لا يجوز فبعد الدين فكذا بعد وفاته **قوله** فالاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها الى اخره هذا قول اكثر المشايخ في شرح بيع الشرب كذا قال خواهر زاده في شرحه • ثم ان يضم هذا الشرب الى جريب من الارض ارب فيكون من هذا الشرب فيباع باذن صاحبها ثم ينظر بكم يشترى مع الشرب وبدون الشرب بكم يشترى فيكون ثم فضل ما بينهما قيمة الشرب • فان كان يشترى مع الشرب بمائة وخمسين وبدون الشرب يشترى بمائة يعرف ان قيمة الشرب خمسون درهما فيصرف الخمسون الى الدين • فان لم يأذن صاحب الارض يشترى من مال الميت ارض فيباع الشرب معها **قوله** واذا سقى الرجل ارضه او مخرها اي ملاها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزت ارض جاره من هذا الماء فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه اب في السقي • والمخر ماكان في الاصل واذا سقى الرجل ارضه ومخرها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها لم يكن على رب الارض ضمان قال خواهر زاده قال الفقيه ابو جعفر هذا بل هذا ما قال محمد اذا سقى ارضه سقيا يسقى مثله في العرف والعادة • فاما اذا سقى سقيا لا يسقى مثله في العرف والعادة فانه يضمن لانه متى سقى سقيا يسقى مثله في العادة فغرقت ارض جاره فهذا مسبب لا مباشر لانه سقى المثل وقد يغرق ارض جاره وقد لا يغرق والمسبب لا يضمن ما تولد من فعله ما لم يكن متعديا في التسبب كما لو حفر بيرا في داره فوقع فيه انسان • فاما اذا سقى سقيا لا يسقى مثله فنزت ارض جاره ضمن لانه متعد في التسبب وهذا كما قالوا فيمن اوقد نارا في داره يوقد مثلها في الدور في العرف والعادة لا يضمن اذا احترق دار جاره لانه مسبب غير متعد • وان اوقد نارا لا توقد مثلها في العرف والعادة يضمن لانه متعد في التسبيب • وكذا اذا نزت ارض جاره على هذا التفصيل • فاما اذا كانت بحجر نار فتعدى الى ارض جاره وغرقت ارض جار فان كان لا يبلغ بحجر النار لا يضمن لانه سقى سقيا مثله وان علم من انه سقى سقيا لا يسقى مثله لانه مع بحجر النار لا يضمن لا بعد كبره الجحر • وعلى هذا قالوا اذا فتح راس نهر سال منه ماء الى ارض جاره فغرقت قالوا ان فتح من الماء مقدار ما يفتح من الماء في مثل ذلك النهر في العرف والعادة لا يضمن • وان فتح مقدار لا يفتح مثل ذلك المقدار في ذلك النهر في العرف والعادة ضمن لما بينا • ثم قال شيخ الاسلام خواهر زاده حكى عن الشيخ الامام اسماعيل الزاهد انه كان يقول اذا سقى سقيا مثله انما لا يضمن اذا كان محتاجا الى ان سقاه في نوبته مقدار حقه • فاما اذا سقى في غير نوبته او في نوبته اكثر من حقه يضمن لانه متسبب وهو متعد فيضمن ما تولد منه • يقال مخرت السفينة الماء اي شقته بجرّيها كذا في ديوان الادب • وقال في الصحاح يقال مخرت الارض اي ارسلت الماء • وقال في الاصل ولو ان رجلا احرق كلا في ارضه فذهبت النار يمينا وشمالا فاحرقت شيا لغيره لم يضمن رب الارض • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه قالوا تاويل هذا اذا اوقد نارا يوقد مثلها في العرف والعادة • فاما اذا اوقد نارا لا يوقد مثلها فانه يصير ضامنا قال والجواب في احراق الكلا في ارضه كالجواب فيما اذا اوقد نارا في داره واحرقت دارا جاره وقد مر جنس هذا في اخر كتاب الاجارة والله اعلم ذكر كتاب

كتاب الاشربة

الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصلي • والمرون الاصول ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها حرام كالخمر • والاشربة جمع شراب وهو اسم لما يشرب كالطعام اسم لما يطعم اي يؤكل • فاما سمي محمد هذا الكتاب كتاب الاشربة لما فيه من بيان احكامها كما سمى كتاب الحدود لما فيه من بيان احكام الحدود • وكما سمى كتاب البيوع لما فيه من بيان احكامها • ثم الاعيان التي يستخرج منها الاشربة اربعة العنب والتمر والزبيب والحبوب كالحنطة والشعير والذرة والاجاص والارصاد وغير ذلك من الشهد والفانيذ ويجي بعد هذا احكام جميعها ان شاء الله تعالى • وقال في شرح الاقطع والاشربة كلها مباحة بالعقل الا ما ورد الشرع بتحريمه لان الاشياء كلها عندنا على الاباحة في الاصل **قوله** قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ على ما يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلا المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا • اي قال القدوري في مختصره وهو الطلا المذكور في الجامع الصغير من لفظ صاحب الهداية لا من لفظ القدوري • وكذلك قوله وهو السكر • وذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير الطلا بالمنصف ويجي بيان حكم الحالة عقيب هذا على التوالي ان شاء الله تعالى • والطلا ممدود وكذا الثنية في ديوان الادب • قال المطابي وبعض العرب الطلا فما اشربوا العقبول من الطلا المزن • وقال في الصحاح والطلا ما طبخ من عصير العنب حتى ذهب ثلثاه وتسميه العجم الميبختج وبعض العرب يسمي الخمر الطلا يريد بذلك تحسين اسمها لا انها الطلا بعينها **قوله** اما الخمر فالكلام فيها في العشرة مواضع • احدها في بيان ما سمها وهي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وهكذا حصروا الكلام فيها في العشرة في شروح الجامع الصغير والماهية بمعنى الماهية وهي ما به الشيء هو هو كماهية الانسان هو حيوان ناطق هذا هو المعروف عند اهل اللسان وعامة اهل العلم • وقال بعضهم كل مسكر خمر وهو مذهب مالك والشافعي رحمهما الله لما روى الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى ابي هريرة • قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة • وفي رواية والكرمة • وروى الطحاوي باسناده الى ابن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر وكل مسكر حرام • ولانها سميت خمرا لمخامرة العقل وهي موجودة في كل مسكر • ولنا ما روى الطحاوي باسناده الى عبد الله بن شداد بن الهاد عن ابن عباس قال حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فاخبر ابن عباس ان الحرمة وقعت على الخمر لعينها حتى حرم

وكونها على السكر من سائر الاشربة تدل على التفرقة بين الخمر وسائر الاشربة • ولان الاسم خاص باتفاق اهل اللغة في النيء المسكر من ماء العنب • ولهذا لا يفهم من الاطلاق اسم الخمر في العرف غير ذلك • الا ترى انهم اذا ارادوا غير الخمر يسمونه باسام اخر كالسكر والنصيف والبتع لان الاصل تفرد كل اسم بمعنى • لان الاشتراك خلاف الاصل فمن ادعى الاشتراك فعليه النقل من ائمة اللغة ولا نقل لانه لا نسلم ذلك • ولان حرمة الخمر قطعية فلا يثبت الا بما كان ثابتا قطعا ويقينا لا بما فيه شبهة • بيانه ان النيء المسكر من ماء العنب خمر قطعا ويقينا لثبوت ذلك بالاجماع فيترتب عليه الحرمة القطعية • فاما سائر الاشربة فتسميتها خمرا شبهة لان فيها خلافا بين اهل العلم وادنى درجة الاختلاف ايراث الشبهة فيترتب الحرمة الثابتة قطعا على ما فيه شبهة لان بالشبهة لا يثبت القطع واليقين • ولا نسلم ان الخمر اطلقت على النيء المسكر من ماء العنب لوان وجد هذا المعنى وهو المخامرة في غيره كالنادرة لمخامرة العقل • ولئن سلمنا فلا نسلم انه ينافي اختصاص هذا الاسم بالنيء المسكر من ماء العنب وان وجد هذا المعنى وهو المخامرة في غيره كالنادرة سميت بها لانها اي بها النجم ثم لا يسمى كل ما فيه النجم قارورة كالجراب ونحوه • وكالدابة فهي من الدبيب في الاصل ثم لا يراد بها كل ما يدب من النمل ونحوه واذا اطلقت يراد خاصا اما الفرس او الحمار او البغل • وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين المراد منه بيان الحكم وهو الحرمة لان نبيع التمر حرام لا بيان الحقيقة لان النبي صلى الله عليه وسلم مبعوث لبيان الاحكام لا لبيان الحقائق بقول بال بتوك حجر وهذا نجز لان كل واحد يعلم ذلك من احاد الناس • وكل ما يروى في هذا الباب من هذا القبيل جوابه نحو هذا كما روى البخاري باسناده الى ابن عمر قال سمعت عمر على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اما بعد ايها الناس انه نزل تحريم الخمر وهي من خمسة من العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير • والخمر ما خامر العقل **قوله** من مخامرة العقل يقال خامره اي خالطه **قوله** ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره هذا ايضاح لكون الاسم خاصا • اي اشتهر استعمال اسم الخمر في النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا • واشتهر في غيره من ماء العنب غير اسم الخمر كالنبيذ والنبيع والسكر والنصيف والبتع **قوله** لتخمره اي لكونه خمرا **قوله** وهذا اكثر النظر يعني في اللغة كالقارورة ونحوها **قوله** والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين • اراد به قوله عليه السلام كل مسكر خمر • روي عن يحيى بن معين انه قال الاحاديث الثلاثة لم يثبت روايته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم • احدها قوله عليه السلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل • والثاني من مس ذكره فليتوضا • والثالث كل مسكر خمر وكل مسكر حرام • ذكره علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وبعض في كتاب النكاح • وكان يحيى بن معين اماما في الحديث عالما حافظا متقنا ولد سنة ثمان وخمسين ومائة وتوفي سنة ثلاث وثلاثين ومائتين في ذي القعدة بالمدينة • قال احمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس هو بحديث **قوله** والثاني اي الحديث الثاني وهو قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين اريد به الحكم • يعني اذا اسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد **قوله** والثاني وحد ثبوت هذا الاسم • اي الموضع الثاني من المواضع العشرة التي وقع الكلام فيها في الخمر في الحد ثبوت اسم الخمر • فعند ابي حنيفة رضي الله عنه اذا النيء عصير العنب الزبد فلا يشترط هو حد الخمر • وقالا اذا اشتد صار خمرا • وان لم يقذف بالزبد • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب الخمر هي التي من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد وصار اسفله اعلاه فهذا خمر بلا خلاف بين علمائنا • واما اذا غلا واشتد ولم يقذف بالزبد فعلى قول ابي حنيفة ليس بخمر ويحل شربه وبيعه • وعلى قولهما هو خمر لا يحل شربه الى هنا لفظ شيخ الاسلام • وانما اخذ بقولهما دفعا لتجاسر العوام لانهم اذا علموا ان ذلك يحل قبل قذف الزبد يتعودون في الفساد • لهما ان اذا تغير صار خمرا لان السكر يحصل به ويقذفه بالزبد كالغليان والغشاوة له فلا يعتبر • ولابي حنيفة ان الخمر هي التي من ماء العنب اذا غلا ومطلق الغليان ينصرف الى الكامل وكماله بان يصير اسفله اعلاه • وذلك بقذف الزبد فقبل ذلك يكون ناقصا والناقص موجود من وجه دون وجه • والاباحة كانت ثابتة بيقين فلا يزول بالشك • واحكام الخمر مقطوع بها فلا يصح اثباتها بما فيه شبهة والاصل في الحدود اعتبار الكامل فيها كحد الزنا والسرقة لا يجب الا بكمال الفعل انما ويزنا ومعنى من كل وجه • لان النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات **قوله** وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا • قال بعض مشايخنا في الحرمة بمجرد الشرب وبالحد بقذف الزبد احتياطا **قوله** والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ومن الناس من انكر حرمتها عينا وزعم ان السكر حرام وذلك كفر والمخالف الكتاب والسنة والاجماع • اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان وقد سماه رجسا وهو اسم للحرام النجس عينا بلا شبهة ودليله قوله تعالى او لحم خنزير فانه رجس ولحمه حرام نجس عينا بلا شبهة فكذا الخمر • وقال تعالى يسالونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير • وقال في اية اخرى قل انما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن والاثم وقد ثبت ان الخمر اثم والاثم محرم فيكون الخمر محرما • واما السنة فخرج بعلم ذلك في كتب الاحاديث منها ما روى البخاري في الصحيح مسندا الى ثابت البناني عن انس رضي الله عنه قال حرمت الخمر حين حرمت وما نجد خمر الاعناب الا قليلا • وروى الطحاوي مسندا الى ابن عباس قال حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب • وقال في كتاب الاثار قال النبي عليه السلام ان الله قد حرم الخمر وتمام هذا الحديث قد مر في اخر كتاب البيوع • واما الاجماع فكل مسلم يعتقد حرمتها قطعا الا من خلع ربقة الاسلام عن عنقه من الدهرية والفلاسفة خذلهم الله تعالى • ثم هي غير معلول عندنا حتى لم يتعد حكمها الى الحبي • وقال الشافعي رحمه الله هي معلولة فعدي حكمها الى سائر المسكرات • وقال في مختصر الاسرار تحريم الخمر غير معلل بعلة • ومن اصحابنا من قال معلل بخبيثها خمرا والمعنى الذي سميت لاجله خمرا • وبهم قال التحريم معلل بنجاستها • وقال الشافعي رحمه الله معلل بالشدة المطربة الى هنا لفظه • لنا ما روينا عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب • ولان التعدية تكون في الاحكام لا في الاسماء • وقد علل الخصم لتعدية الاسم الى سائر المسكرات

ويغلط لان التقدير التفاوت بين النوع والاصل لا الجنس فاسد • وهذا لان قليل الخمر يدعو الى الكثير وبعد ذلك من خواص الخمر
بخلاف سائر المسكرات فان قليلها لا يدعو الى كثيرها **قوله** وهذا من خواص الخمر يعني ان يدعو القليل الى الكثير هو من خواص الخمر
قوله بخلاف سائر المطعومات فلو قال بخلاف سائر المسكرات او قال بخلاف سائر الاشربة كان اولى لانه يريد الفرق بين الخمر وسائر
المسكرات لا بينها وبين سائر المطعومات لانه ساق كلامه في جواب الشافعي رحمه الله • وقد عدى الشافعي رحمه الله حكم الخمر الى سائر المسكرات
لا الى سائر المطعومات **قوله** لانه خلاف المشهور مع انه يقبل الشافعي رحمه الله مخالفة العقل او الشرع المطلوبة خلاف ما روي عن
ابن عباس حرمت الخمر لعينها **قوله** والرابع انها نجس نجاسة غليظة كالبول وذلك لان الله تعالى سماها رجسا فكان كالبول والدم
المسفوح **قوله** والخامس انه يكفر مستحلها وذلك لانه انكر الكتاب والسنة والاجماع لان حرمتها ثبتت قطعا بهذه الاشياء وقد مر بيانه
قبل هذا **قوله** والسادس سقوط تقومها في حق المسلم • وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في كتاب الاشارات انه قال ان الذي حرم شربها
حرم بيعها واكل ثمنها وقد مر تمام الحديث في اخر كتاب البيوع • وروى صاحب السنن في كتاب البيوع باسناده الى ابي هريرة ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال ان الله حرم الخمر وثمنها وحرم الميتة وثمنها وحرم الخنزير وثمنه فدل حرمة ثمنها على سقوط تقومها • ولان الله
تعالى سماها رجسا وهو دليل الاهانة والتقوم دليل العز فيسقط التقوم ضرورة وقد يمتنع بوجود الاهانة فلا جرم لا يجب الضمان
في غصب خمر المسلم واتلافها ولا يجوز بيعها لان البيع ينبني على التقوم والضمان ينبني على المال المتقوم ولم يوجد • ثم هل يباح اتلاف الخمر نقل
عن الامام مجد الدين السرخسي انه قال والصحيح انه لا يباح الاتلاف الا لغرض صحيح كما اذا كانت عند فاسق يشربها غالبا لو تركت عنده وكانت
عند صالح لا يباح الاتلاف فانها مملوكة له وفي بقائها فائدة وهي التخليل **قوله** والاصح انه مال وذلك لان المال ما يميل اليه الطبع
ويجري فيه البذل والمنع والخمر بهذه الصفة فتكون مالا ولكنها ليست بمتقومة لما قلنا **قوله** وهو غصب في بيع ادا ما لزم حيث
ما اختلفوا فيه اي في ثمن البيع الباطل • فذهب الشيخ ابو سعيد البردعي انه مضمون واليه مال شمس الائمة السرخسي • وذهب الشيخ ابو نصر
احمد الطواويسي انه امانة وقد مر تمامه في البيع الفاسد **قوله** والسابع حرمة الانتفاع بها وذلك لانها حرام واجب الاجتناب
فلا يجوز اقترابها فلا يجوز ان يجعل في دهن ولا طيب ولا يجوز الاسقاط بها وكذا التداوي بها بوجه ما كالحقنة وغيرها • وكذا اذا
اقطرت في الاكحال لان ذلك انتفاع بالخمر وانه حرام الا انه لا يحد في هذه المواضع لعدم الشرب ولا يجوز سقيها الدواب لما ذكرنا • فان
سقى شاة فذبحت من ساعته واكل لحمها لانه لم يؤثر فيه وان اعتادت شرب الخمر وصارت بحال يوجد ريح الخمر من لحمها فان كان ابلا
قهرا انه يؤكل • وان كان بقرا يجلس عشرين يوما • وان كانت شاة يجلس عشرة ايام • والدجاجة يجلس ثلاثة ايام • فان صبت
حنطة لم تؤكل كالو صبت فيها بول فان غسلت وطحنت حل اكلها اذا لم يوجد ريح الخمر وطعمها لزوال النجاسة • قالوا هذا اذا لم تنتفخ فان انتفخت
فلا تطهر المسائل في قول ابي يوسف تطهر ان غسلت ثلاث مرات وجففت في كل مرة • وعلى قول محمد لا تطهر ابدا • واما اللحم اذا تنجس في
قول محمد لا يطهر ابدا وعلى قول ابي يوسف يغلى ثلاث مرات بماء طاهر ويبرد في كل مرة كذا ذكر فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير
قوله والثامن ان يحد شاربها • وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم في خلافة عمر اجمعوا على وجوب الحد على شرب الخمر قليلها
اذا كان حرا وقد مر بيانه مستوفى في كتاب الحدود • فان شربها الشاب لحق والعطش الهالك لا باس به كالضرب البول • وقال
الشافعي رحمه الله يكره • فان شرب لهذه الضرورة لم يحد لان الضرورة كما اثرت في شربها اثرت في سقوط الحد • فان زاد
على قدر الحاجة فسكر حد لانعدام الضرورة • وكذا اذا اكره على شرب الخمر فسكر لم يحد • فاما اذا خلط الخمر بالماء فان كان الماء
اكثر او كانا سواء يحد شاربه • واذا وصل الى جوفه وان كانت الغلبة للماء فلا يحد شاربه الا اذا سكر كذا في شرح الطحاوي **قوله**
والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها • يعني ان الخمر اذا طبخت حتى ذهب ثلثاه لا يحل لان الطبخ لدفع النجاسة من الثبوت لا لرفعها بعد الثبوت
قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الاشربة ولم يذكر محمد انه اذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب الحد • ثم قال ويجب ان لا
يجب الحد لانه ليس بخمر لغة فان الخمر لغة النيء من ماء العنب وهذا مطبوخ ولم يبق نيا • قال وقد ذكر بعد هذا ما يدل على انه لا يجب الحد
بنفس الشرب وفي ما اصحب الحرمة المرتبة ثم رجحا قال لا حد عليه ما لم يسكر ولم يشر الغالب والمغلوب لانه قد زال عنه الطبع والى هذا اشار صاحب
الهداية بقوله على ما قالوا **قوله** والعاشر جواز تخليلها وسيجي بيانه في اخر هذا الباب **قوله** واما العصير اذا طبخ حتى يذهب
اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة • ويسمى الباذق هذا متصل بما اجمله اول الكتاب بقوله الاشربة المحرمة اربعة عطفا على قوله اما
الخمر والباذق تعريب باذه بالفارسي • ومنه حديث ابن عباس انه سئل عن الباذق فقال سبق محمد الباذق وما اسكر فهو حرام كذا في
الفائق اي لم يكن الباذق في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم • ويجوز ان يكون معناه سبق قوله في الباذق وغير الباذق • ثم قوله
في المتن والمنصف يجوز ان يكون بالنصب وهو الاوجه عطفا على قوله الباذق • اي يسمى الذاهب اقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف
ايضا • والدليل على هذا ان ابا الليث ذكر في شرح الجامع الصغير الذاهب اقل من ثلثيه بالمنصف ايضا انه قد حصر الاشربة المحرمة
على اربعة وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثيه • ونقيع التمر ونقيع الزبيب • فلو كان المنصف غير الباذق الذي هو المطبوخ
الذاهب اقل من الثلثين لكانت الاشربة المحرمة خمسة • ويجوز ان يكون المنصف بالرفع لانه نوع من الذاهب اقل من الثلثين لا انه قسم من الباذق
مضافا وغيره • ولهذا جعل شيخ الاسلام خواهر زاده الباذق قسما والمنصف قسما حيث قال انما الذي يتخذ من العنب الرطب فاربعة
الخمر والباذق والمنصف والمثلث والبختج والجمهوري والحميدي • ويسمى ابا يوسفي • اما الخمر فقد مر بيانه والثاني الباذق وهو
التي من ماء العنب اذا طبخ ادنى طبخة • ومن حكمه انه حلال شربه ما دام حلوا فاذا غلا واشتد وقذف بالزبد فانه يحرم قليله وكثيره
قول علمائنا وعامة العلماء • وعند بشر واصحاب الظواهر كداود الاصفهاني وغيرهم يحل شربه ولا يفسق شاربه ولا يكفر مستحله ولا يحد شاربه

عندنا فانه يسكر • وعند الشافعي رحمه الله يحد اذا شرب قطرة • اما نجاسته فغليظة قال شيخ الاسلام قالوا هذا وروى هشام عن ابي حنيفة وابي
يوسف • ثم قال وكان الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل يقول على قياس قول ابي حنيفة يجوز بيعه • وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز بيعه فانهما
قالوا يجب ان يكون نجاسته خفيفة على مذهبهما لتعارض الاخبار في اباحته وحرمته • كذا اورده شيخ الاسلام في شرحه ثم قال شيخ الاسلام والثالث
المنصف وهو الذي طبخ من ماء العنب حتى ذهب نصفه وبقي نصفه فما دام حلوا يحل شربه • واذا غلا واشتد وقذف بالزبد فانه لا يحل شربه عندنا
فحكمه حكم الباذق • وعند بشر واصحاب الظواهر يحل والرابع المثلث وهو الذي من ماء العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وسيجي بيانه والخامس
البختج وقد اختلف المشايخ في تفسيره قال الامام الحاكم ابو محمد الكفيني البختج العصير الذي يصب فيه الماء ثم يطبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فيكون هو
الذاهب من العصير اقل من الثلثين وهو الجمهوري وانه ما دام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد لا يحل شربه قليله وكثيره عند علمائنا جميعا • وقال بعضهم
البختج الحميدي • قال شيخ الاسلام والاصح وهو ان يصب الماء على المثلث ويترك حتى يشتد فانه يحل شربه ويقال ابو يوسفي لان ابا يوسف كثيرا
كان يستعمله وهل يشترط لاباحته عند ابي حنيفة وابي يوسف بعدما صب الماء فيه ادنى طبخة اختلف المشايخ فيه • قال شيخ الاسلام كان الشيخ
الامام ابو بكر محمد بن الفضل يقول يشترط ادنى طبخة للاباحة عندهما • وكان الشيخ الامام ابو عبد الله الجرجاني والامام الحاكم ابو محمد
الكفيني يقولان لا يشترط • ومن حكمه ان يحل شربه ما دام حلوا • وكذا اذا غلا واشتد ما دون السكر عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا يحل قدر
السكر منه ويحد على ذلك لانه يحد اذا شرب قطرة خلافا للشافعي رحمه الله • واما الجمهوري فهو التي من ماء العنب اذا صب عليها الماء ثم طبخ ادنى
طبخة حتى ذهب ثلثه وبقي ثلثاه فما دام حلوا يحل شربه بلا خلاف • فاذا اشتد وغلا وقذف بالزبد فهو والباذق سواء لانه الذاهب اقل من الثلثين
كذا قال شيخ الاسلام في شرح كتاب الاشربة • وقال في شرح الاقطع واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه فحرام • وقال حماد بن ابي سليمان
اذا طبخ حتى ينضج فهو مباح وقد قال بذلك بشر المريسي وغيره • ودليلنا ما روى الشعبي عن جابر بن الحصين الاسدي ان عمارا اتاه كتاب عمر ان اما بعد
[illegible] المسلمين لشرب العصير الذي قد طبخ فذهب ثلثاه وبقي ثلثه وان عمارا قراه وامر الناس به وقال هذا شراب لم نكن نشربه حتى امرنا امير المؤمنين
عمر رضي الله عنه • وعن داود بن ابي هند قال سألت سعيد بن المسيب عن الطلاء الذي احله عمر للناس فما هو قال الذي ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فاذا
ثبت انه اعتبر في ذلك ذهاب الثلثين وكتب به الى الامصار وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير دل على ان حد الاباحة ذهاب ثلثيه
فما دون ذلك على التحريم **قوله** واما نقيع التمر وهو السكر وهو التي من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه • ونقيع التمر هو الثالث من الاشربة
المحرمة • بيان ذلك انه نقيع الزبيب او التمر في الخابية الثانية فهالهما بالنقيع يخرج منه الحلاوة في الماء واسم الشراب نقيع وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب
فيه نظر لان التمر اذا انقع في الماء يسمى نقيعا ولا حاجة الى ان ينقع الرطب لا محالة حتى يسمى نقيعا • وتبين كلامه هنا انه يقول في نقيع الزبيب انه
نيء العنب والتمر سوى • الا ترى الى ما قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الاشربة فاما ما يتخذ من الزبيب فنوعان نقيع ونبيذ فالنقيع منه
هو ان ينقع الزبيب في الماء ويترك اياما حتى يستخرج الماء حلاوته فما دام حلوا فهو حلال بلا خلاف • واذا اشتد وغلا وقذف بالزبد فحكمه حكم
الباذق عندنا • والنبيذ منه هو التي من ماء الزبيب اذا طبخ ادنى طبخة فما دام حلوا يحل شربه عندهم جميعا • فاذا غلا واشتد فحكمه حكم المثلث
ثم قال قال شيخ الاسلام الذي يتخذ من التمر ثلاثة انواع السكر والفضيخ والنبيذ فالسكر التي من ماء التمر • والفضيخ التي من ماء البسر المذنب فما دام
حلوا يحل شربه بلا خلاف • فاذا اشتد وغلا وقذف بالزبد فحكمه حكم الباذق • والنبيذ منه هو التي من ماء التمر والبسر المذنب اذا طبخ ادنى طبخة
فما دام حلوا يحل شربه بلا خلاف • واذا اشتد وغلا وقذف بالزبد فحكمه حكم المثلث وسيجي بيان الخلاف في المثلث • ثم اعلم ان نقيع التمر حرام
قليله وكثيره عندنا خلافا لاصحاب الظواهر انه مباح وانما يحرم منه القدح الذي يسكر وهو قول شريك كذا قال خواهر زاده في شرحه
لهم قوله تعالى ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا • والسكر هو التمر والرزق الحسن كالدبس والخل والتمر والزبيب
وجه ذلك ان الله من علينا بالسكر ولا تتحقق المنة بالحرام فدل انه مباح يدل عليه ما روي عن ابن عباس حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب
فدل ان قليل ما سوى الخمر لا يحرم • ولهذا لا يحد من شرب قطرة منه ولا يكفر مستحله ولا يفسق شاربه كذا قال خواهر زاده • ولنا ما
روى ابو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والكرمة فدل ان التي من ماء التمر حرام اذا كان مسكرا الا التي
من ماء العنب اذا كان مسكرا • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الاشربة ان رجلا اتى عبد الله بن مسعود فقال بطني صفر يوصف
لي السكر فقال عبد الله ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم ثبت ان السكر حرام • وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال في العصير اذا طبخ
ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فقد ذهب حرامه • علق الاباحة بذهاب الثلثين فعلم ان بذهاب الثلثين تثبت الاباحة • والجواب عن الاية فنقول
انه منسوخ على قول البعض وهو مذهب الشعبي والنخعي كذا في الكشاف ولا يصح الاحتجاج بالمنسوخ • وقيل السكر النبيذ وهو عصير العنب والزبيب
والتمر اذا طبخ حتى يذهب ثلثاه ثم يترك حتى يشتد وهو حلال عند ابي حنيفة الى حد السكر ويحتج بهذه الاية كذا في الكشاف • ويحمل
السكر المذكور في الاية على هذا توفيقا بين الاية والحديث • وقيل المراد منه التوبيخ لا الامتنان يعني انتم لسفاهتكم تتخذون منه
سكرا حراما وتتركون رزقا حسنا • وعن الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي معناه تتخذون من الحلال الخالص ما هو حرام كقوله تعالى
قل ارايتم ما انزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا • وانما قال حرام مكروه اشارة الى ان حرمة نقيع التمر ليست كحرمة الخمر
لان حرمة الخمر قطعية قوية وهذه اجتهادية ضعيفة **قوله** واما نقيع الزبيب وهو التي من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا
اي غلا بنفسه لا بالنار وهذا هو الرابع من الاشربة المحرمة • وانما قيد بنقيع الزبيب لان نبيذ الزبيب وهو الذي طبخ ادنى طبخة
يحل شربه الى السكر عند ابي حنيفة وابي يوسف كالمثلث العنبي عندهما • وعند الاوزاعي انه يباح نقيع الزبيب وانما يحرم القدح المسكر
لقول ابن عباس حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب • ولانه مشروب طيب ليس بخمر • ولنا قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين والخمر
هو التي من ماء العنب اذا غلا واشتد • ونقيع الزبيب ايضا التي من ماء العنب وقد غلا واشتد فيكون قليله وكثيره حراما كالخمر • ولان شربه

ويقوى بلا مطرب يدعو قليله الى كثيره كالخمر فيكون حراما • ثم احكام هذه الاشربة في عصير العنب الذي ذهب منه بالطبخ اقل من ثلثيه
ونقيع التمر ونقيع الزبيب تساوي احكام الخمر في بعض الوجوه وتفارقها في بعض الوجوه • اما المساواة ففي حق الحرمة فان حرمة الخمر كاملة هو
وحرمة هذه الاشربة قاصرة للاختلاف فيها حتى انه يكفر مستحل الخمر ولا يكفر مستحل هذه الاشربة لكن يضلل ويحد شارب قطرة من الخمر ولا يحد
شارب هذه الاشربة ما لم يسكر ويجوز بيع هذه الاشربة ويضمن متلفها عند ابي حنيفة خلافا لهما • ولا يجوز بيع الخمر ولا يضمن متلفها اذا كانت
الخمر لمسلم ونجاسة الخمر غليظة ونجاسة هذه الاشربة في غلظها وخفتها روايتان وقدر ذلك في رواية الغليظة تمنع الصلاة مقدار
الدرهم • وفي رواية الخفيفة لا تمنع الا الكثير الفاحش • واما المساواة فهي انها لا ينتفع بها بوجه من الوجوه كالخمر قوله ويجوز
بيعها اي بيع هذه الاشربة المحرمة سوى الخمر لكن مع الكراهة قوله خلافا لهما فيهما اي في البيع والضمان • يعني ان عند ابي يوسف
ومحمد لا يجوز بيع هذه الاشربة ولا يضمن متلفها قوله غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف كما اذا اتلف المسلم خمر الذمي يجب
القيمة لا المثل • وان كانت الخمر من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع من تمليكها فكذا هنا قوله وعن ابي يوسف يجوز بيعها اذا كان
الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين • قال ابو الحسن الكرخي في مختصره ما رواه الحسن عن ابي يوسف في جواز البيع خلاف المشهور
عنه والمشهور عنه ان بيعه لا يجوز قوله وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به • اي ما سوى الاشربة
الاربعة المحرمة وهي الخمر والسكر ونقيع الزبيب والعصير الذي ذهب بالطبخ اقل من ثلثيه فلا باس به • قال فخر الاسلام وغيره في
شروح الجامع الصغير وهذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد الا في هذا الكتاب اي في كتاب الجامع الصغير • ثم قال وهذا
نص على ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال في قول ابي حنيفة حتى ان الحد لا يجب وان سكر منه في قوله • وروي عن محمد
ان ذلك حرام ويجب الحد بالسكر منه وكذا السكران منه اذا طلق امراته لم يقع عند ابي حنيفة بمنزلة طلاق النائم والمغمى عليه • وعند
محمد يقع بمنزلة طلاق السكران من الاشربة المحرمة الى هنا لفظ فخر الاسلام • وقال الطحاوي في مختصره قال هشام وكان محمد يقول
من صلى وفي ثوبه مما يسكر كثيره اكثر من مقدار الدرهم اعاد الصلاة • قال الطحاوي وهذا اجود • وكذلك كان يقول ابن ابي عمران
وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير • اعلم ان الاشربة على خمس مراتب منها ما هو حلال بالاجماع ومنها ما هو حرام بالاجماع
ومنها ما هو حلال عندنا حرام عند بعض الناس • ومنها ما هو حرام عندنا الا في قول بعض الناس ومنها ما هو فيه اختلاف بين علمائنا
فاما الذي هو حلال بالاجماع كل شراب لم يات عليه ايام ولم يشتد وهو حلو بالاجماع • واما الذي هو حرام بالاجماع هو الخمر والسكر
من كل شراب • واما الذي هو حرام الا في قول بعضهم فهو المنصف من ماء العنب فهو حرام في قول علمائنا وقول مالك والشافعي الا في قول
بشر فانه يقول المنصف حلال والنقاع حرام • ولان المنصف مطبوخ والنقاع غير مطبوخ • واما الذي هو حلال عندنا حرام عند بعض
الناس فهو العصير الذي يجعل فيه الخردل ويبقى على ذلك مثل هو حلال في قول علمائنا • وفي قول سفيان الثوري يكره • وكذا العصير هو
الذي وضع في الشمس حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه • واما الذي فيه اختلاف بين علمائنا فهو نبيذ التمر ونقيع الزبيب اذا طبخ ادنى طبخة ثم
ترك حتى اشتد فان اشتد قبل الطبخ فلا خير فيه وهو السكر • واما اذا طبخ ادنى طبخة ثم اشتد فان في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول لا
باس بان يشرب القليل لاستمراء الطعام • وفي قول ابي يوسف الاخر ومحمد لا خير فيه وبه ناخذ واتفقوا انه لو شرب للهو لا يجوز • وهكذا
روي عن ابي يوسف في الامالي قال لو اراد ان يشرب للسكر فقليله وكثيره حرام والقعود اليه حرام • وانما يجوز اذا قصد به استمراء
الطعام قوله ومن ذهب عقله بالبنج اي ويحرم اكل من ذهب عقله بالبنج • قال شيخ الاسلام خواهرزاده في شرحه اكل القليل من
السقمونيا والبنج مباح للتداوي وما زاد على ذلك اذا كان يقتل او يذهب العقل حرام قوله وقال فيه ايضا اي قال في
الجامع الصغير وكان ابو يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة
يعني قال كما قال ابو حنيفة في نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه الى السكر اي يحل ولا يشبه قول محمد ان كل مسكر حرام ولكن
ابا يوسف تفرد بهذا الشرط اي شرط ان لا يفسد بعد عشرة ايام • ثم رجع الى قول ابي حنيفة • وهذا المروي عن ابن عباس انه
قال كل نبيذ يفسد عند ابانه فلا باس به وكل نبيذ يزداد جودة على طول الترك فيه ابانة فلا خير فيه قال لا بال عدم عشرة ايام يريد
به ان كل نبيذ يشتد اي يحمض عند ابانه ولم يشتد فلا باس بشربه لانه قبل ابانه كان حلوا • وبعد ابانه صار خلا • فاما اذا لم
يحمض عند ابانه ولكن غلا واشتد وزاد مرارة فان كان نيا لم تمسه النار لا يحل شربه عندهم وان كان مطبوخا ادنى طبخة فالمسالة
على الاختلاف عند ابي حنيفة وابي يوسف اخرا يحل ما دون السكر • وعند محمد لا يحل • نقل صاحب الاجناس عن نوادر هشام
سئل ابو يوسف عن الخابية تطلى بالخردل ثم يجعل فيها عصير فيمكث سنة لا ينتقل قال لا باس بشربه اذا لم يسكر قوله يشترط
التنصيف على الحد الذي ذكرناه اشارة الى ما ذكر في حد الخمر من اشتراط قذف الزبد فما لم يقذف الزبد يحل شرب العصير والنقيع
عند ابي حنيفة فكذا النقيع والنبيذ يحل شربه اذا اشتد فان غلا ما لم يقذف بالزبد قوله فيما يحرم اصل شربه • اي في نقيع التمر
ونقيع الزبيب لان قليله حرام قوله وفيما يحرم السكر منه اي في نبيذ التمر • والنبيذ اذا طبخ ادنى طبخة لان السكر منه
هو الحرام لا القليل قوله ورجع عن هذا الشرط ايضا في المختصر • اي رجع ابو يوسف ايضا عن هذا الشرط وهو شرط ان
لا يفسد بعد عشرة ايام الى قول ابي حنيفة في مختصر الكافي قال فيه وقال ابو يوسف ومحمد المعتق من التمر والزبيب نكرهه وننهى عنه
ولا نجيز بيعه • وفي رواية ابي حفص ثم رجع ابو يوسف الى قول ابي حنيفة الى هنا لفظ مختصر الكافي قوله وقال في المختصر
اي في مختصر القدوري وهو عطف على قوله في اول كتاب الاشربة قال الاشربة المحرمة اربعة قوله والكلام فيه كالكلام
في المثلث العنبي • اي الحكم في نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ حكم العصير من ماء العنب اذا طبخ وذهب ثلثاه • والكلام في مثلث العنب

يجيء بعد هذا • والجواب فيها مثل الجواب فيه • قال في شرح الطحاوي فاما الخارج من الزبيب والتمر فالمطبوخ ادنى طبخة منها كالمثلث
من العنبي • وغير المطبوخ كالمطبوخ ادنى طبخة من العنبي في جميع احكامه قوله قال ولا باس بالخليطين اي قال القدوري في مختصره
والخليطان عبارة عن نقيع التمر ونقيع الزبيب يخلطان فيطبخ بعد ذلك ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي ويشتد والاصل في ذلك ما روى
محمد بن الحسن في اول كتاب الاشربة عن ابي حنيفة عن ابي اسحاق الشيباني عن ابن زياد قال اسقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي الى اهلي
فغدوت اليه فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب • والعجوة نوع من اجود التمر وفيه دليل على ان شرب الخليطين لا باس
به لان الذي سقاه ابن عمر ابن زياد كان خليطا بدلالة قوله ما زدناك على عجوة وزبيب وكان ذلك مطبوخا لانه روي عن
ابن عمر انه سئل عن نقيع الزبيب فقال خمر اجتنبها وكان ذلك قد غلا واشتد ايضا لان ابن زياد قال ما كدت اهتدي الى اهلي • وفيه
دليل على ان شرب نبيذ التمر ونبيذ الزبيب لا باس به اذا كان مطبوخا وان غلا واشتد خلافا لما يقوله محمد لان ابن عمر رضي الله عنه مع
زهده وورعه وصلابته في الدين سقى ابن زياد منه فلو لم يحل لم يسقه • وفيه دليل ايضا ان الجمع بين التمرين يجوز خلافا لما يقوله
بعض الناس من اصحاب الظواهر انه يكره اذا لم يكن احدهما تبعا للاخر • قالوا روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الجمع بين التمر
والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر • قال شيخ الاسلام خواهرزاده في شرحه روي عن ابراهيم النخعي انه قال كان هذا في
ابتداء الاسلام حين كان بالمسلمين شدة وضيق في امر الطعام • فنهاهم عن الجمع بين النعمتين حتى لا يشبع هو وجاره جائع بل يا كل هو
احدهما ويؤثر بالاخرى على جاره • ثم لما وسع الله على عباده النعم اباح الجمع بين النعمتين • والدليل على ذلك قوله تعالى كلوا من
الطيبات من غير فصل بين الجمع والانفراد قوله قال ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ
قال القدوري في مختصره وهذا اذا كان من غير لهو وطرب • لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين خص التحريم بهما
فبقي ما وراءهما على اصل الاباحة • ولان هذه اطعمة مباحة فلا يعتبر ما يحدث فيها من الشدة والسكر كالبنج والسكر الذي يوجد
في الخبز في بعض البلاد • والسكر الذي يوجد في اللبن كذا في شرح الاقطع • وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في شرح كتاب
الاشربة • فاما الاشربة التي تتخذ من العسل والشهد والفانيذ والسكر والاجاص ومن الحبوب كالحنطة والشعير والذرة
فانه يحل شربه قبل ان يشتد بلا خلاف • فاما اذا غلا واشتد وقذف بالزبد وطبخ ادنى طبخة يحل عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقالوا لا رواية في هذا على قول محمد • وقد اختلف المشايخ المتاخرون على قوله منهم من قال يحل شربه على قوله ما دون السكر • ومنهم
من قال لا يحل • وحكي عن الفقيه الامام ابي جعفر انه كان يقول وجدت رواية عن محمد انه قال اكرهه • هذا اذا طبخ ادنى
طبخة • فاما اذا لم يطبخ وقد غلا واشتد هل يحل شربه على قول ابي حنيفة وابي يوسف قال فيه روايتان في رواية يشترط ادنى
طبخة للاباحة • لان الاشربة المتخذة من هذه الاشياء بمنزلة نقيع التمر والزبيب والطبخ شرط فيهما للاباحة فكذا هنا • وفي رواية
لا يشترط لان حال هذه الاشربة دون نقيع التمر والزبيب • لان نقيع التمر اتخذ مما هو اصل الخمر شرعا • فان اصل الخمر شرعا
التمر والعنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وقد شرط ادنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر • هذا اذا لم يسكر
من هذه الاشربة • اما السكر منه فحرام بالاجماع وهل يحد اذا سكر من هذه الاشربة قال شيخ الاسلام لا رواية في هذا • ثم قال
وقد اختلف فيه المشايخ وكان الفقيه ابو جعفر يقول لا يحد اذا سكر من هذه الاشربة لانه متخذ مما ليس اصل الخمر فكان بمنزلة البنج
ولبن الرماك • والسكر من البنج ولبن الرماك حرام ومع هذا لا يحد فكذا هنا • وقال بعضهم يحد • قال شيخ الاسلام قيل انه قول
الحسن بن زياد لانه سكر حصل من مشروب مطرب فيجب عليه الحد قياسا على النبيذ والمثلث • بخلاف ما لو سكر من البنج لان ذلك
ماكول لا مشروب • والشرع اوجب الحد بالسكر عن المشروب لا عن الماكول قوله يشترط الطبخ فيه اي في كل واحد من هذه
الانبذة المتخذة من العسل والتين والحنطة والذرة والشعير قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى قوله لان قليله لا
يدعو الى كثيره • ويجوز ان يكون هذا اشارة الى المعنى المستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين • يعني ان هذه
الانبذة ليست متخذة مما هو اصل الخمر فلا يحد السكران منها قوله المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا قيل يحد وقيل لا يحد
يعني اذا سكر قوله قال وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد • اي قال القدوري في مختصره
وهذا مذهب ابي حنيفة وابي يوسف وروي عن محمد هكذا في نوادر هشام وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال
شربه في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد كذا في الاجناس • وبهذا القول اخذ محمد في كتاب الاثار • وعن محمد انه كرهه
وهذا هو المشهور من مذهبه • وقال في شرح الاقطع وروي عن محمد انه توقف في ذلك وقال لا احرمه ولا ابيحه • وقال
مالك والشافعي رحمه الله بان قليله وكثيره حرام • وعلى هذا الاختلاف نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ ادنى طبخة ثم غلا واشتد
وقذف بالزبد • وهذا الخلاف اذا شرب ما دون السكر لاستمراء الطعام او للتداوي او التقوي على طاعة الله تعالى فان
السكر منه حرام بالاجماع وكذا الشرب للهو والطرب • وقال شيخ الاسلام خواهرزاده ذكر محمد في كتاب الاشربة الاختلاف
في النبيذ ولم يذكر في المثلث الا ان ما ذكره من الخلاف في النبيذ يكون ذكرا في المثلث • وروي عن ابي حنيفة انه قال التعصب
بلا تعصبه ان من احدى شرائط السنة والجماعة ان لا يحرم نبيذ الجر وروي عنه انه قال لا احرمه ديانة ولا اشربه مروءة • واحتج
المخالف بقوله عليه السلام كل مسكر حرام رواه الطحاوي باسناده الى ابن عمر وابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم في شرح الاثار
وروي فيه ايضا باسناده الى عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل شراب اسكر فهو حرام • وروي باسناده الى عائشة
ايضا قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول كل مسكر حرام وما اسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام • وروي فيه ايضا باسناده الى

جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اسكر كثيره فقليله حرام • وروى فيه ايضا باسناده الى سعيد بن ابي بردة قال سمعت ابي يحدث عن ابي موسى ان النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث اباموسى ومعاذا الى اليمن قال ابو موسى ان شرابا يصنع بارضنا من العسل يقال له البتع ومن الشعير يقال له المزر فقال النبي صلى الله عليه وسلم كل مسكر حرام فاحتجوا بهذه الآثار وحرموا القليل من سائر المسكرات وكثيرها • واحتج ابو حنيفة وابو يوسف في قوله الاخير بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل انتم منتهون وقد بين العلة في تحريم الخمر والميسر وهي الصد عن ذكر الله وعن الصلاة وايقاع العداوة • وهذه المعاني لا تحصل لشرب القليل بل بالكثير فعلينا ظاهر الآية لكنا تركنا ذلك في القليل من الخمر بالاجماع ولكن تركنا الظاهر في القليل من الخمر بالاجماع ولا اجماع فيما تنازعنا فيه من الاشربة على حرمة القليل فبقي القليل منها مباحا على ظاهر الآية لانه لا يورث العداوة والبغضاء ولا الصد عن ذكر الله وعن الصلاة • وقال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا ابو اسحق السبيعي عن عمرو بن ميمون الاودي عن عمر بن الخطاب قال ان المسلمين جزور لطعامهم وان العنق منها لآل عمر وانه لا يقطع لحوم هذه الابل في بطوننا الا النبيذ الشديد • وروى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى ابن عباس قال حرمت الخمر بعينها والسكر من كل شراب • وروى الطحاوي ايضا فيه باسناده الى عمر رضي الله عنه انه كان في سفر فاتي بنبيذ فشرب منه فقطب • ثم قال ان نبيذ الطائف له عرام فذكر شدة لا احفظها ثم دعا بماء فصب عليه ثم شرب • وقال الطحاوي ايضا فيه حدثنا ابو امية قال حدثنا عبد السلام عن ليث عن عبد الملك بن ابي القعقاع بن سور عن ابن عمر قال شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم اتي بشراب فادناه الى فيه فقطب فرده فقال رجل يا رسول الله احرام هو فرد الشراب ثم دعا بماء فصبه عليه ثم قال اذا اغتلمت هذه الاسقية عليكم فاكسروا متونها بالماء فبدلالة هذه الآثار عرفنا ان المراد من الذي رواه الخصم القدر الذي يسكر لا القليل منه ثم وفقنا بين الآثار صيانة لها عن التضاد بينها • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه ذكر ابن قتيبة في كتابه في الاشربة باسناده عن زيد ابن علي بن الحسين بن علي انه شرب هو واصحابه نبيذا شديدا في وليمة فقيل له يا ابن رسول الله حدثنا بحديث سمعته من ابائك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال حدثني ابي عن جدي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليهلكن امتي على منازل بني اسرائيل حذو النعل بالنعل والقذة بالقذة الا ان الله ابتلى بني اسرائيل بنهر طالوت احل لهم الرشفة وحرم منه الري • وان الله تعالى ابتلاكم بهذا النبيذ واحل منه الري وحرم منه السكر • وحديث ابن زياد الذي رواه عن ابن عمر في مسألة الخليطين من ادل الدلائل ان المراد مما رواه الخصم القدر المسكر لا القليل لان احدا رواه ذلك الحديث احتج به الخصم ابن عمر فلو كان القليل هو المراد لم يفعل بخلاف ما رواه ولم يسقه ابن زياد وكذلك قول ابن عباس حرمت الخمر بعينها والسكر من كل شراب دليل على ان المراد من حديثنا الخصم القدر المسكر لا القليل لان احدا رواه ذلك الحديث ابن عباس ايضا فسعد في القول الذي روى ابن عباس حديثنا ثم يقول بخلافه • وقال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال اذا طبخ العصير فذهب ثلثاه وبقي ثلثه فلا باس به قال محمد وبه ناخذ الى هنا لفظ كتاب الآثار وقد روي مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه عند قوله واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اكثر من ثلثيه • وقد اطنب الكرخي في رواية الآثار عن الصحابة والتابعين بالاسانيد الصحاح في مختصره في تحليل النبيذ الشديد تركنا ذكرها مخافة التطويل • والحاصل ان الاكابر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واهل بدر كعمر وعلي وعبد الله بن مسعود وابي مسعود رضي الله عنهم كانوا يحللون شرب النبيذ الشديد وكذا الشعبي وابراهيم النخعي • وقال في شرح الاقطع وقد سلك بعض الجهال في هذه المسألة طريقة فضدها التشنيع والسوق عند العوام لما صار عليه طريق الحجة فقال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال يحشر شارب الخمر وكوزه معلق في عنقه وقدحه بيده ... قال هذا القائل وهم اصحاب ابي حنيفة وهذا كلام جاهل بالاحكام والمقل والآثار او مستعمل قلة الورع لانا لما قال • ثم قال هذا القائل ما رميت بهذا القول اصحاب ابي حنيفة واما السلف الصالح اراد بذلك ولم يمكنه التصريح بذلك لان اصحاب ابي حنيفة لم يبتدعوا في ذلك قولا بل قالوا ما قاله ائمة اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ووجوه التابعين وزهادهم وكيف يظن بعمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وعمار بن ياسر رضي الله عنهم وعلقمة والاسود وابراهيم انهم شربوا الخمر غلطا في اسمها حتى استدرك عليهم هذا القائل حنيفة الاسم وحسن الظن بنفسه وسيء الظن بسلفه ان هذا الجرأة في الدين • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه روي ان رجلا سأل ابراهيم الحربي بمدينة السلام في جامع المنصور في الجانب الذي فيه قال لنا امام في شرب النبيذ اصلي خلفه فقال ابراهيم ارايت لو ادركت علقمة والاسود اكنت تصلي خلفهما قال نعم ولم يفهم السائل الجواب فاعاد السؤال فقال له ابراهيم قد اجبتك والتابعين مع ابي حنيفة وابي يوسف لان الله تعالى لم يحرم شيئا يفصل الناس من المحرمات في الدنيا الا اباح من جنسه ما يغني عنه • الا ترى انه لما حرم لحم الخنزير والميتة اباح انواعا من اللحوم تغني عنه • ولما حرم نكاح المحارم والجمع بين المحارم اباح من الاجنبيات كذلك هاهنا فالشرب المطرب يفصل الناس فلما حرم منه انواعا يجب ان يكون نوع منه مباحا يغني عنه ويقوم مقامه وذلك بما قالاه • فاما متى حرم جميع انواع الاشربة المطربة بحيث لا يوجد من جنسه مباح يكون ذلك خلاف الاصول وخلاف الاصول لا يجوز قوله وهو حرام عندنا اي القدح المسكر حرام عندنا فيما سوى الاشربة الاربعة المحرمة لما قلنا قوله والحديث الاول اراد به قوله عليه السلام كل مسكر حرام هذا جواب بطريق المنع بان يقال لا نسلم انه ثابت قوله علينا بيناه اشارة الى طعن يحيى بن معين قوله ثم هو محمول على القدح الاخير هذا جواب بطريق التسليم • يعني ولئن سلمنا ان الحديث ثابت فجوابه هذا قوله بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل اي لا يحل لان ذلك ثلثي الكل لا يكون ثلثي ما العصير لانه ذهب من الماء ايضا فكان الذاهب من العصير اقل من الثلثين وهذا ظاهر قوله ولو

طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفي بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة • قال في الشامل فاما العنب طبخ في اصح الروايات لا يحل لانه عصير ثم يذهب ثلثاه • وفي رواية يحل بادنى طبخة كطبخ الزبيب قوله تصار كما بعد العصير يعني اذا طبخ ما العنب بعد عصير العنب لا يحل ما لم يذهب ثلثاه فكذا اذا طبخ العنب اولا ثم عصر ماؤه لا يحل بالطبخ بعد ذلك الا اذا ذهب ثلثاه قوله ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر وبين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه • ولنا في قوله او بين التمر والزبيب نظر لان نقيع الزبيب والتمر يكتفي فيهما بادنى طبخة وقد صرح بذلك القدوري في مثل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد • بخلاف الجمع بين العنب والزبيب يشترط ذهاب الثلثين لان ما العنب لا بد ان يذهب ثلثاه • قال في الاصل ارايت التمر المطبوخ يمرس العنب فيه فيغليان جميعا والعنب غير مطبوخ قال اكره ذلك وانهى عنه • قال شيخ الاسلام في شرحه وذلك لانه اختلط الحرام بالحلال والتمييز غير ممكن فيحرم الكل • واما قلنا ذلك لان نبيذ التمر بعدما طبخ ان كان حلالا وان غلا واشتد فالني من ما العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد لا يحل وقد اختلط احدهما بالاخر وتعذر تمييز الحلال من الحرام فيحرم الكل • قال فان جعل من شرب منه قال لا الا ان يسكر منه • قال شيخ الاسلام وهذا اذا كان التمر المطبوخ غالبا والعنب مغلوبا به • فاما اذا كان العنب غالبا على التمر فانه يجب الحد كما لو خلط الخمر بالماء اعتبر الغالب والمغلوب فكذا هذا • قال ارايت الرجل يخلط الخمر بشيء من النبيذ ثم يشرب منه جميعا ولا يسكر ايجب عليه الحد فالجواب فيه كالجواب فيما لو خلط بالماء ان كان الخمر غالبا وجب الحد وان كان النبيذ غالبا لا يجب ما لم يسكر • قال ارايت التمر والعنب يخلطان جميعا ثم يطبخان جميعا حتى يذهب ثلثا العنب فيمرسان وينبذان قال لا باس بذلك اذا كان قد ذهب من ما العنب ثلثاه وبقي ثلثه • وذلك لان ما التمر يحل ثم طبخ ادنى طبخة وما العنب يحل اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه قوله لما قلنا اشارة الى قوله في عصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه قوله ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمرا وزبيبا ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به وهذه المسائل كلها ذكرت فرعيا على مسألة المختصر من قوله ولو طبخ العنب كما هو • قال الكرخي في مختصره قال ابو يوسف في عصير طبخ ثم القي فيه تمر فغلى قال ان كان التمر الذي القي فيه لو نبذ على حدة كان منه نبيذ فلا خير في هذا النبيذ هذا مطبوخ ونقيع • وان لم يطرح فيه تمر وطرح فيه زبيب قد نبذ مثله على حدة كان مثل ذلك • ولو صب قدح من نقيع في خابية مطبوخ اسرع فيه الى هنا لفظ الكرخي قوله ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل وقد مر بيانه قبل هذا عند قوله والثالث ان الطبخ لا يؤثر فيها واراد بقوله او غيره سائر الاشربة المحرمة كالعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر والزبيب يعني اذا اشتد احد هذه الاشربة ثم طبخ بعد الاشتداد فذهب ثلثاه لا يحل لان النار اثرها في دفع الحرمة لا في رفعها • ولكن مع هذا لا يجب الحد فيه ما لم يسكر لان الحد هو التي من ما العنب وهذا مطبوخ لانه فلا يكون شاربه شارب الخمر وقد مر ذلك قوله قال ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت • اي قال القدوري في مختصره واصله ذلك ما قال محمد في الاصل وقال في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ولا تقولوا هجرا فقد اذن لمحمد في زيارة قبر امه • وعن لحوم الاضاحي ان تمسكوها فوق ثلاثة ايام فامسكوها ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم ليوسع موسعكم على فقيركم وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر • وفي بعض الروايات جاء النقير بعد قوله والمزفت • قال ابو عبيد عن الاصمعي المجر الانجاز في المنطق والخنا • وكان اهل الطائف يأخذ الدباء فيخرطون فيها عناقيد العنب ثم يدفنونها حتى تهدر ثم تموت • والدباء القرع جمع دباءة • والحنتم جرار حمر • قال ابو عبيد واما كلام العرب فخضر وقد يجوز ان يكون اخضر • والمزفت المطلي بالزفت • وكان اهل اليمامة ينقرون اهل النخلة ثم ينبذون فيه الرطب والبسر ثم يدعونه حتى تهدر ثم تموت • قال وانما نهي عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانباذ تشتد في هذه الظروف اكثر مما تشتد في غيرها وفيه دليل واضح لابي حنيفة ولابي يوسف على اباحة شرب النبيذ الشديد دون السكر • وعلى حرمة ما يقع به السكر • ولهذا قال ابراهيم النخعي انما يروي الناس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال كل مسكر حرام فهذا خطأ زادوا ايما • والصحيح من الرواية انه كل مسكر حرام كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده قال في شرحه قال ابو داود في كتاب معالم السنن حدثنا عبد الله بن محمد النفيلي قال حدثنا زهير قال حدثنا ابو الزبير عن جابر قال كان ينبذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم في سقاء فاذا لم يجدوا سقاء نبذ له في تور من حجارة • والمعنى في النهي عن زيارة القبور انهم كانوا في ابتداء الاسلام واذا زاروا المقابر يقومون عند المقابر ويقولون هجرا على رسمهم في الجاهلية ويصفون موتاهم بالبطالة وسفك الدماء وشرب الخمور فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم عن زيارة القبور حفظا لهم عن الهجر فلما انتهوا عن الهجر اباح لهم زيارة القبور بعد ذلك كذا قال شيخ الاسلام في شرحه قوله فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ومن ابين ذلك قول ابن عباس رضي الله عنه كل حلال في كل ظرف حلال • وكل حرام في كل ظرف حرام ذكره ابو عبيد في حديث الدباء والحنتم وقال مسلم في صحيحه حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير قال حدثنا محمد بن فضيل قال حدثنا ضرار بن مرة ابو سنان عن محارب بن دثار عن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن النبيذ الا في سقاء فاشربوا في الاسقية كلها ولا تشربوا مسكرا • وقال مسلم ايضا وحدثنا حجاج بن الشاعر قال حدثنا ضحاك بن مخلد عن سفيان عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نهيتكم عن الظروف وان الظروف او ظرفا لا يحل شيئا ولا يحرمه وكل مسكر حرام • وقال مسلم ايضا وحدثنا ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثنا وكيع عن معرف بن واصل عن محارب بن دثار عن ابن بريدة عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كنت نهيتكم عن الاشربة في ظروف الادم فاشربوا في كل وعاء غير ان لا تشربوا مسكرا الى هنا لفظ الصحيح المسكر القدح المسكر قوله بعد تطهيره كل راجح

من الدبا والحنتم والمزفت **قوله** وفي ما لا ينعصر بالعصر اي ما لا يطهر الا بما لا ينعصر بالعصر والخلاف فيه مشهور في المختلف
في شرح الطحاوي بين ابي يوسف ومحمد وفي ان النجاسة اذا اصابت شيئا لا ينعصر بالعصر كالخزف والآجر والحديد والحصير ونحوها فان شرب
النجاسة في المصاب كما اذا موه الحديد بالماء النجس او كان الخزف والآجر جديدين فان محمدا لا يطهر ذلك ابدا • وقال ابو يوسف
يموه الحديد بالماء الطاهر ثلاثا فيطهر وكذلك الخزف الجديد والآجر الجديد يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة فيطهر • فان لم تتشرب
النجاسة بان كان الآجر والخزف عتيقين والحديد لم يموه به يطهر بالغسل ثلاثا سواء كان الغسل في التوالي او تخلل بين الغسلات
تجفيف كذا ذكر في النوازل • والباقي يعلم في الطحاوي • وقال في الاصل ارايت الظرف الذي يكون فيه الخمر يغسل ثم يوضع
فيه الخل او النبيذ او الرب قال لا باس بذلك لان الماء ازال من الخمر ما دخل مداخلها واستخرج ما في الاناء من اجزاء الخمر • واذا لم
يخرج ما فيه من الخمر بالغسل صار طاهرا فلم يكن باس ان يجعل فيه النبيذ او الرب هذا اذا كان الظرف عتيقا • فاما اذا كان خزفا
جديدا وقد جعل فيه الخمر فلا يطهر اذا غسل بعد ذلك ففيه اختلاف على قول ابي يوسف يطهر اذا غسل ثلاث مرات وجفف في كل مرة
وعند محمد لا يطهر ابدا • قال شيخ الاسلام في شرحه ومن مشايخنا من يقول ان على قول ابي يوسف اذا لم يجفف كل مرة ولكن يصب فيه
الماء مرة بعد اخرى فما دام يخرج منه الاول لا يحكم بطهارته • واذا خرج الماء صافيا غير متغير فانه يحكم بطهارته • هذا اذا
جعل في الخزف بعدما صب منه الخمر • اما اذا لم يصب منه الخمر حتى صار الخمر خلا فاما حال الظرف لم يذكر محمد هذا في الكتاب
اي في الاصل • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه وقد حكي عن الحاكم ابي نصر محمد بن مهرويه انه كان يقول ما يوازي الاناء
من الخل لانه انه يطهر لان ما يوازي الخل من الاناء اجزاء الخل وانه طاهر • فاما على الحال الذي استقر من الخمر قبل صيرورته
خلا فانه يكون نجسا لان ما يداخل اجزاء الخمر لم يصر خلا بل بقي فيه كذلك خمرا فيكون نجسا فيجب ان يغسل اعلاه بالخل حتى
يطهر الكل • لان غسل النجاسة الحقيقية بما سوى الخمر من المائعات التي تزيل النجاسة جائز عندنا فاذا غسل اعلى الحب بالخل صار ما
داخله من اجزاء الخمر خلا من ساعته فيطهر الحب بهذا الطريق • فاما اذا لم يغسل هكذا حتى ملئ من العصير بعد ذلك فانه
ينجس العصير ولا يحل شربه لانه عصير خالطه خمر الا ان يصير خلا كذا قال خواهر زاده **قوله** قال واذا تخللت الخمر حلت
سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها • اي قال القدوري في مختصره قال محمد في الاصل بلغنا عن ابراهيم انه
كان يقول في الرجل المسلم يكون عنده الخمر قال لا باس ان يصنعها خلا قال محمد وبه نقول لا باس بتخليل الخمر ان يلقى فيها خلا او ملحا
او يعمد الى الشمس فتخلل • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الاشربة • وقال الشافعي رحمه الله انه اذا القى
فيه خلا او ملحا فصار خلا فانه لا يحل قولا واحدا • وان نقله الى الشمس فتخلل فللشافعي فيه قولان في قول لا يحل وفي قول
يحل • واجمعوا على انها اذا تخللت بنفسها من غير معالجة تحل كذا ذكر خواهر زاده • واحتج الشافعي رحمه الله بما روى المزني
في كتاب المعلل ان ابا طلحة كان في حجره يتامى فاشترى لهم خمرا فنزل تحريم الخمر فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وقال
انا اخللها قال لا ولكن ارقها قال المزني فلو كان التخليل حلالا لما امر النبي صلى الله عليه وسلم بالاراقة بل امر بالتخليل خصوصا
اذا كان الخمر لليتامى • ولان الله تعالى امر باجتناب الخمر وفي تخليلها اقترابها وبينهما منافاة فلا يجوز • ولنا ما
روى جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سال اهله الادم فقالوا ما عندنا الا خل فجعل ياكل به ويقول نعم الادام الخل
رواه احمد ومسلم ورواه ابو داود ايضا في كتاب الاطعمة من السنن والحديث عام يتناول كل ما ينطلق عليه اسم الخل • ولان
التخليل اصلاح الفاسد فوجب ان يكون مشروعا كالدباغ جلد الميتة فقد الدباغ بالحديث فكذا هذا قياسا عليها • الا ترى انه
مسلما روى باسناده في صحيحه الى ابن عباس قال تصدق على مولاة لميمونة بشاة فماتت فمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلا اخذتم
اهابها فدبغتموه فانتفعتم به فقالوا انها ميتة فقال انما حرم اكلها وقد ذكرناه في كتاب الصلاة وانما قلنا ان التخليل اصلاح
الفاسد لانه يكون العين صالحة للمصالح كتسكين الصفراء وكسر الشهوة والايتدام والاصلاح مباح كالدباغ • والجواب عن حديث
ابي طلحة فنقول انما امر النبي صلى الله عليه وسلم بالاراقة قلعا وقطعا لهم عن ان يحوموا حول الخمر وتشديدا على ذلك لانه كان
في ابتداء تحريم الخمر فلم يامن النبي صلى الله عليه وسلم من ان يشربوها اذ لم يتركوها فامر بالاراقة حسما لمادة الفساد • وهذا
كما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الانتباذ في الاوعية ثم لما حصل الفطام عن المسكرات رخص لهم في جميع الاوعية ولا نسلم ان اقتراب
الخمر لا يجوز مطلقا • وانما لا يجوز اذا كان بقصد الفساد • فاما الاقتراب لاعدام الفساد فلا نسلم انه لا يجوز • ولهذا يجوز
اراقة الخمر بالاجماع وفي اراقتها اقترابها لا محالة فعلم ان ما قاله الخصم ضعيف • فاذا كانت الاراقة جائزة لانها اعدام للفساد
فالتخليل اولى لانه اعدام الفساد وصيانة العين عن التلف • وهذا الاناء الذي فيه الملح يصير ذلك وسيلة الى ان يزول من البعض
في باب الخالصة الخمرية فيزول الفساد عن البعض فيحل **قوله** في الثاني • اي في الزمان الثاني **قوله** بنجاسة
من ابتلي به • اي يختار التخليل في الاراقة لاحراز المال من ابتلي بالخمر كما اذا ورث خمرا مثلا **قوله** فاما اعلاه اي اعلى الاناء
وهو الذي تنقص منه فقيل يطهر وقيل لا يطهر من يسار ذلك قبل من المسالة **قوله** قال ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط
به • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال دردي الخمر يكره شربه وان تمتشط به المراة
ولا يجب الحد على من شربه الا ان يسكر فتخذ اليها لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • اما حرمته فلانه من اجزاء الخمر ولا يجوز
الامتشاط به لان الانتفاع بالخمر او اجزائه حرام ولا يجوز الانتفاع بالحرام بوجه من الوجوه • وهذا لان الخمر واجب الاجتناب
فلا يجوز اقترابها • وانما لم يجب الحد على شاربه لانه ناقص • الا ترى ان الطباع تنفر عنه والنقصان يورث الشبهة والحدود

تدري بالشبهات كما في الاشربة من غير الخمر ونقصانه فوق نقصان سائر الاشربة • ولهذا لا يحكم بطهارة التسائل • بخلاف ما اذا اسكر منه حيث
يجب الحد لان الناقص في الكامل سواء في السكر وانما صار لا يتمشط به لان لها تاثيرا في تحسين الشعر • ودردي الزيت ونحوه مثله وهو ما
يبقى في اسفله • قال محمد في الاصل ارايت دردي الخمر اتكره شربه قال نعم لان فيه بعض اجزاء الخمر قلت فان بلغ ونحوه فالقليل يكره ولا
حد عليه • لان اجزاء التفل غالبة على الخمر فيصير الخمر كالمستهلك • واذا كانت الغلبة للتفل يكره ولا حد عليه الا ان يسكر هذا الا ان يسكر
قال فهل يتمشط به قال لا لانه يصير منتفعا باجزاء الخمر • قلت ان جعل في خل قال لا باس به ان ما فيه من اجزاء الخمر يصير خلا ولا باس بتخليل
الخمر • قال شيخ الاسلام خواهر زاده قالوا يجب ان يحمل الخل الى الخمر ولا يحمل الخمر الى الخل كيلا يصير حاملا للنجاسة من غير حاجة • ونظير
هذا ما قالوا في الميتة لا باس ان يدعو الكلاب الى الميتة ولا يحمل الميتة الى الكلاب • وكذلك قالوا في الابن الذي نصراني امه وهو مسلم لا باس بان يقوده
من البيعة الى المنزل ولا يجوز له ان يقوده من المنزل الى البيعة لان في ذلك اعانة على المعصية فكذلك هذا **قوله** او دبرت
دابة هو مصدر قولهم دبرت ظهر الدابة دبرا وهو معروف **قوله** ولا ان يداوي بها • قال في الاصل ايكره للمسلم ان يسقي الذمي خمرا او
مسكرا قال نعم • لان هذا تصرف من المسلم في الخمر لا على سبيل التطهير فلا يحل • ولان فيه اعانة على المعصية • قال الله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان
وقال في الاصل ايضا اتكره ان يسقي الدواب قال نعم لان الانتفاع بالخمر وهو حرام • قال الفقيه ابو جعفر انما يكره اذا حمل الخمر الى الدواب
فاذا حمل الدواب الى الخمر فلا باس به قياسا على الميتة يحمل الى الكلاب يكره واذا دعيت الكلاب اليها فلا باس به **قوله** ويكره الاحتقان
بالخمر واقطارها في الاحليل قد مر تقريبا على مسالة الجامع الصغير • قال في الاصل ايكره للرجل ان يحتقن بالخمر قال نعم لانه انتفاع بالخمر
والانتفاع بالخمر حرام ولا حد لان الحد متعلق بالشرب والشرب وجد معنى في الحقنة لان الخمر وصلت الى الجوف ولم يوجد الاسم وهو ادخال المشروب
في الفم • ولهذا قلنا ان الصائم اذا احتقن في رمضان متعمدا من غير عذر فانه يفسد صومه ولا كفارة عليه لوجود الاكل والشرب معنى في الحقنة
ولم يوجد اسما • ولو اقطر في احليله فانه يكره له ذلك لانه انتفاع بالخمر ولا حد عليه عندهم جميعا • اما عند ابي حنيفة وهو قول محمد في
بعض الروايات فلا اشكال لانه لم يوجد الشرب اسما ولا معنى لان المثانة حائلة بين الاحليل وبين الجوف • ولهذا قال لا يوجب فساد الصوم
وعند ابي يوسف وهو قول محمد في بعض الروايات وان وجد المعنى حتى قال بافساد الصوم لم يوجد الاسم فلم يجب الحد كما في الحقنة • ثم
الصائم اذا احتقن في رمضان فسد صومه عندهم جميعا • واما اذا اقطر في احليله قال ابو حنيفة فانه لا يفسد صومه وقال ابو يوسف
يفسد صومه وقول محمد مضطرب والمسالة عرفت في كتاب الصوم • وقال في الاصل ايضا ارايت المرق يصب فيه الخمر ايحل اكله قال لا لان
هذه مرقة نجسة فلا يباح تناولها قياسا على ما ماتت فيها فارة ولا يجب الحد اذا اكلها ان لم يسكر لان الحد انما يجب اذا كان بشرب
المزاد السكر بما سوى الخمر ولم يوجد شرب الخمر لان الخمر هو النيء من ماء العنب وهذا مطبوخ فلو لم يطبخ يعتبر الغالب والمغلوب كما لو مزج الخمر
بالماء • قال شيخ الاسلام في شرحه وهذه المسالة تدل على ان المراد الطبخ حتى ذهب ثلثاه انه لا يجب الحد ما لم يسكر لانه بعد الطبخ لم يبق
نيا **قوله** ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر كم مر تقريبا ايضا • قال في الاصل ارايت الخمر يعجن بها الدقيق ثم يخبز قال اكره ذلك لانه
خبز نجس فلا يؤكل كما لو عجن بالبول • وكذلك ان لت بها السويق والله اعلم

فصل في طبخ العصير

لما ذكر بيان تقدم ان العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه شرع يذكر كيفية طبخ العصير الى ان يذهب ثلثاه • ثم
اعلم ان ما في هذا الفصل ليس مذكورا في الجامع الصغير ومختصر القدوري وقد ذكرناه تقريبا على ما ذكر قبل هذا • واما هو مذكور
في المبسوط • وقال محمد في الاصل عشرة دوارق عصير طبخ في قدر فنطبخ فيغلي ويقذف بالزبد فجعل ياخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك
الزبد قدر دورق ثم طبخ الباقي بعد ذلك حتى يحل قال يطبخ الباقي حتى يبقى ثلاثة دوارق وهو ثلث الباقي بعد الدورق الذي اخذ منه
وذلك لان ما اخذ من الدورق زبد فجعل كانه لم يكن لان الزبد ليس بعصير • واذا لم يكن الزبد عصيرا اعتبر بما لو كان صب فيه دورق
من ماء • ولو كان كذلك لا يعتبر الماء انما يعتبر العصير وهي تسعة دوارق فكذلك هذا • وان اخذ من الزبد دورق ثم طبخه حتى يذهب
ثلثا الباقي • وذلك خمسة وثلث وبقي ثلاثة دوارق وثلثا لان ما خرج الزبد يجعل كان لم يكن فصار كانه لم يصب في القدر من العصير
الا تسعة دوارق وثلثاه خمسة وثلث • والاصل هنا ان ما ذهب من العصير بالغليان يكون معتبرا وما اخذ من الزبد لا يعتبر • وقال
في الاصل ايضا قال ابو يوسف ومحمد في رجل صب في قدر عشرة دوارق عصير وعشرين دورقا ماء فان كان الماء يذهب قبل العصير يطبخه حتى
يرده الى التسع وهو ثلث العصير • لانه اذا ذهب الماء لا يبقى عصيرا الا ماء فيطبخ حتى يذهب ثلثاه • ووجه معرفة ذلك ما قال
شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه وهو ان يجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلاثة اسهم لحاجتنا الى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة من تسعة
وما ذهب يجعل كانه لم يكن • لان ما يبقى العصير لا غير وهو ثلاثة اسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب من ستة ومن اثنان وذلك
ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل وهو في الحاصل ثلاثة دوارق وثلث • قال وان كان الماء والعصير يذهبان معا طبخه حتى يذهب
الثلثان لان الباقي ثلث الماء وثلث العصير وقد ذهب الحرام من العصير وهو الثلثان • وبيانه بما قال شيخ الاسلام وهو ان يطبخ حتى
يذهب ثلثاه عشرون ويبقى ثلثه وهو عشرة لانه يبقى من عشرة كان ثلثاه ماء وثلثه عصيرا اذا كانا يذهبان معا فيكون ثلثا العصير ثلاثة
وثلثا • قد كان العصير عشرة وقدر ثلث العصير الى الثلث محل • وقال شيخ الاسلام وكان محمد اعلم ان العصير على نوعين منه ما لو صب الماء فيه
وطبخ يذهب الماء اولا • ومنه ما لو صب فيه الماء يذهبان معا فيفصل الجواب فيه تفصيلا فحاصل الجواب ان الماء متى كان اسرع ذهابا
فانه يطبخ حتى يبقى تسع الكل • وان كانا يذهبان معا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل • ثم اعلم ان القدر الذي يطبخ فيها العصير ينبغي
ان يكون قدرا قعرها مسطحة غير مقعرة وجدارها المحيط بها مستديرا في ارتفاعه على الاستقامة وارتفاعه مقسوم بثلاثة اقسام
متساوية سهلا ويطبخ الى ان يذهب ثلثاه ويرجع الباقي في المقدار الى العلامة السفلى على قدر الثلث • كذا قال بعض الحساب في كتابه

والدورق سبيل التراب • قال في المجتبى مرتين ثم يضرب قوله في الوجه الاول يطبخ حتى يذهب ثلث الجملة • اي اذا ذهب الماء اولا فاذا
طبخ الجواب ربع قبل قوله وفي الوجه الثاني اي فيما اذا كان يذهب الماء والعصير معا قوله لما قلنا • اي لان الباقي ثلث
الماء وثلث العصير قوله والمطبوخ بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما • اي حصل الفعل قبل ان يصير العصير محرما • قال
في الاصل واذا طبخ الرجل عصيرا حتى يذهب ثلثه ويبقى ثلثاه ثم تركه حتى يبرد ثم اعاد عليه الطبخ حتى يذهب نصف ما بقي • فان كان اعاد عليه
قبل ان يغلي ويتغير عن حال العصير فلا بأس به لان الطبخ وجد في حالة الحلاوة • وان كان تغير عن حالة العصير وغلا فلا خير فيه لان الطبخ
وجد بعد ثبوت الحرمة • قوله ولو قطع عنه النار فغلا حتى ذهب الثلثان يحل قال في الاصل اذا طبخ الرجل عصيرا حتى يذهب
ثلاثة اخماسه وبقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى نقص منه تمام الثلثين وبقي الثلث فلا بأس بذلك • لان ما ذهب بعد قطع النار
ذهب بحرارة النار فهو كما لو صار ربعا والنار تحته سرا قوله والاصل ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه كم يطبخ البقية
والاصل الاول الذي ذكرنا فيما ان ما ذهب بالزبد لا يعتبر • والاصل الثاني فيما اذا صب فيه الماء • فان كان الماء اسرع ذهابا
يطبخ حتى يذهب ثلثا العصير • وان كانا يذهبان معا يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل ويأتي ذلك ثم وهذا الاصل فيما ان معرفته قدر
ما يطبخ البقية بعد اراقة البعض بعد ما ذهب بعضه بالطبخ • وطريقه ذلك ان يضرب ثلث الجميع في الباقي بعد الاراقة ثم تقسم الحاصل على الباقي
بعد ما ذهب بالطبخ قبل الاراقة فالخارج من القسمة هو الحلال • بيانه فيما قال في الاصل رجل طبخ عشرة ارطال عصير فذهب منه رطل ثم
اهريق منه ثلاثة ارطال ثم اراد ان يطبخ البقية كم يطبخ فانه يطبخ حتى يبقى رطلان وثلثا رطل لانك تاخذ ثلث الجميع وذلك ثلاثة
وثلث وتضربه في ستة وهي الباقية بعد الغليان والاراقة فيصير عشرين وهو ظاهر ثم تقسم العشرين على الباقي بعد الغليان قبل الاراقة
وذلك تسعة فيخرج رطلان وثلثا رطل وهذا ظاهر ايضا فهذا المقدار هو الذي يجب ان ينتهي الطبخ اليه وهو ثلث ما بقي بعد الغليان
والاراقة وهذه طريقة الحشو • وطريق اخر ان ينظر الى الرطل الذي ذهب بالطبخ فيما بقي الباقي لانه دخل في اجزاء الباقي ولم يرتفع
منه • والباقي بعد الغليان كان تسعة ارطال من حيث الصورة وفي رأي العين وهو من حيث الحقيقة عشرة ارطال فانقسم الرطل الذاهب
على تسعة ارطال فصار في كل رطل من التسعة الباقية تسع رطل من حيث المعنى • فاذا اهريق ثلاثة ارطال فقد فات ثلاثة ارطال
وثلاثة اتساع رطل وبقي ستة ارطال وستة اتساع رطل فينبغي ان يطبخ الباقي حتى يرد الى الثلث وثلثه رطلان وثلثا رطل فالرطلان
ثلث ستة ارطال والثلثان ثلث ستة اتساع • وان كان ذهب رطلان بالغليان وبقي ثمانية ارطال ثم اراق منه رطلين كم يطبخ
حتى يزول الثلثان ويبقى الثلث قال يطبخه حتى يزول ثلاثة ارطال ونصف رطل ويبقى رطلان ونصف رطل لانك تاخذ ثلث الجميع
وذلك ثلاثة وثلث فتضربه في الباقي بعد الغليان والاراقة وذلك ستة فيصير عشرين ثم تقسم العشرين على الباقي بعد الغليان قبل
الاراقة وذلك ثمانية فيخرج رطلان ونصف رطل فهذا المقدار هو الذي يجب ان ينتهي الطبخ اليه بعد الغليان والاراقة وهو الثلث
وعلى الطريق الاخرى يعتبر ما ذهب من الرطلين بالغليان فيما بقي الباقي فصار كل رطل من الثمانية رطلا وربعا في المعنى • فاذا اراق
رطلين فقد فات رطلان وربعا رطل نصف رطل وبقي ستة ارطال وستة ارباع رطل في المعنى فيطبخ حتى يبقى ثلث ذلك وهو رطلان ونصف
رطل لان الرطلين ثلث ستة ارطال والربعان ثلث ستة ارباع وذلك نصف رطل • وان طبخ حتى ذهب منه بالغليان خمسة ارطال
وبقي خمسة ارطال ثم جاء رجل واخذ منه رطلا وبقي اربعة كم يطبخ حتى يذهب الثلثان ويبقى الثلث قال يطبخه حتى يبقى رطلان
وثلاثة اخماس وثلث خمس رطل • وان شئت قلت حتى يبقى رطلان وثلثا رطل الا انك تضرب ثلث الجملة وهو ثلاثة وثلث في الباقي
بعد الاراقة وهي اربعة فيكون ثلاثة عشر وثلثا لان الثلاثة في الاربعة اثنا عشر والثلث في الاربعة اربعة اثلاث فيكون ثلاثة عشر
وثلثا على الباقي بعد الغليان قبل الاراقة وهو خمسة فيخرج من القسمة رطلان وثلاثة اخماس رطل وثلث خمس رطل لان العشرة اذا
قسمت على الخمسة يخرج سهمان • والثلاثة اذا قسمت على الخمسة تخرج ثلاثة اخماس والثلث اذا قسم على الخمسة يخرج ثلث خمس رطل لانه
تضرب الصحيح في مخرج الكسر وهو ثلاثة يصير خمسة عشر ثم تقسم عليه الكسر وهو الثلث يخرج ثلث الخمس لان ثلاثة اخماس الثلث
وثلث خمسه ما وقع بلغ الثلث • الا ترى ان عشرة من خمسة عشر ثلثاه وهي ثلاثة اخماس وثلث خمس لان ثلاثة اخماسه تسعة وثلث
خمسه واحد فافهم • وعلى الطريقة الاخرى نقول يعتبر ما ذهب بالطبخ فيما بقي لانه لم يرتفع منه وانما دخل في اجزاء الباقي • ثم الباقي
من حيث الصورة خمسة ارطال لكن من حيث المعنى عشرة ارطال فيصير كل رطل رطلين فاذا اخذ منه رطل فات منه رطلان من حيث
المعنى وبقي ثمانية من حيث المعنى فيطبخ حتى يبقى الثلث وهو رطلان وثلثا رطل لان ثلث الستة رطلان وثلث الاثنين ثلثان فافهم
ان شاء الله وتدا ومحناه بحمد الله تعالى قوله وهذا طريق اخر اشار به الى ما بيناه من الطريقة الاخرى بغير طريق الحشو
والله اعلم

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور والنشاط في الآدمي الا ان السرور
في الاشربة المباحة اكثر لانه بامر يدخل في الباطن • والسرور في الصيد بامر خارجي فكان الاول اقوى فصار بالتقديم اولى ثم
اعلم ان الاصطياد مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول • اما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا
وقوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما مد التحريم الى غاية فانتهى الاباحة
بما وراء الغاية • وقوله تعالى يسألونك ماذا احل لهم قل احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله
واما السنة فما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعدي بن حاتم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان شارك
كلبك كلب اخر فلا تأكل • واما الاجماع فلان الصحابة والتابعين كانوا يصطادون من غير نكير من احد فكان ذلك اجماعا • واما

المعقول فلانه نوع من الاكتساب وورد على ما هو المباح فكان مشروعا كسائر الانواع كالاحتطاب والاحتشاش • ثم الاصطياد لا يتم الا بالة
والالة تنقسم على قسمين حيوان وجماد فالجماد مثل الشبك والرمح والسكين والمعراض والنشاب وما اشبه ذلك • فالحيوان مثل البازي والصقر
والفهد والكلب ونحو ذلك • فاذا استعمل هذه الالات كان الاصطياد مضافا اليه لانه هو الحامل للحيوان عليه • وانما تصير هذه
الحيوانات الة له اذا جرت على موجب اختياره وتصرفت بتصريفه وذلك بالتعليم والتعليم لا يتم الا ان يكون لها ذكاء تتعلم
له بالرياضة • ثم قد يختلف ذلك باختلاف الحيوان فان حد التعليم في الفهد والكلب خلاف حد التعليم في البازي والصقر لان حد
التعليم في الكلب ان يجيبك اذا دعوته وينزجر اذا زجرته ويتبع الصيد اذا ارسلته وان لا يأكل منه • وحد التعليم في البازي
والصقر ان يتبع اذا ارسلته وينزجر اذا زجرته ويجيبك اذا دعوته ولا يشترط فيه ان لا يأكل • وانما كان كذلك لانه حيوان
متنفر فاذا ترك التنفر والف الادمي فقد ترك عادته فحكم بتعليمه • بخلاف الكلب لانه حيوان الوف من عادته الاصطياد وانما
يحكم بكونه تاركا لعادته اذا امسك على مالكه ولم يأكله • والثاني ان بنية الكلب والفهد تحتمل الضرب فيضرب الى ان يترك الاكل
بخلاف البازي والصقر لان بنيته لا تحتمل الضرب فلا يمكن تعليمه اكثر من هذا فاقتصرنا عليه • وانما يحكم بالحل على ما اصطاده
اذا جرحه لان الجرح معتبر للفصل بين الطاهر والنجس الا انه شرط في جميع البدن في موضع الاختيار لانه ابلغ في الفصل • واكتفي باصل
الجرح في موضع الاضطرار قوله الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد • يعني ان الصيد مصدر بمعنى الاصطياد
وهو اخذ الصيد كالاحتطاب وهو اخذ الحطب • ثم يراد به ما يصاد مجازا اطلاقا لاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع
المتوحش عن الادمي باصل الخلقة ماكولا كان او غير ماكول • وانما يحل الصيد على ما قال في الخلاصة بخمسة عشر شرطا خمسة في الصائد
وهو ان يكون من اهل الذكاة وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عامدا
وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل اخر • وخمسة في الكلب • منها ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه
في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا يأكل منه • وخمسة في الصيد منها ان لا يكون متقويا بانيابه او بمخلبه وان لا
يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات الماء سوى السمك وان يمنع نفسه بجناحيه او بقوائمه وان يموت بهذا قبل ان يوصل الى ذبحه
قوله لذلك اي للانتفاع قوله وقيد احتياطا للمكلف ويمكن من اقامة التكاليف في الانتفاع بالتي تخلق للانتفاع
اسما المكلف • لانه لو لم ينتفع بما فيه منفعة لهلك ولا يتمكن من اقامة التكاليف فقلنا باباحة الاصطياد حتى يحصل له
الانتفاع الذي به بقاؤه ويتمكن من اقامة ما اوجبه الله تعالى

فصل في الجوارح

قوله قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة • اي قال القدوري في مختصره وقال في الجامع الصغير
وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع او ذي مخلب من الطير فعلم فلا بأس بصيده وما سوى ذلك فلا خير فيه • والاصل فيه قوله
تعالى يسألونك ماذا احل لهم قل احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم
الله عليه • والجوارح الكواسب للصيد والسباع كلها جوارح فيتناول بعمومه جميع ذي ناب من السباع وجميع ذي مخلب من الطير فيجوز
اصطياد جميع ذلك اذا كان معلما • وقال عليه السلام لعدي بن حاتم اذا ارسلت كلبك والكلب اسم عام للسباع • الا ترى ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال في عتبة بن ابي لهب اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فسلط عليه الاسد فقتله ومعنى حقيقة هذا الاسم موجود في الكل فكان
يتناول بعموم الحقيقة • وعن ابي يوسف انه استثنى من هذه الجملة الاسد والذئب • اما الاسد فلعلو همته فلا يعمل لغيره • واما
الذئب فلخساسته فلا يعمل لغيره • وقال فخر الاسلام وقد ذكر في الكتاب علته فقال وذلك يدل على هذا الاستثناء • قال وما سوى
ذلك فلا خير فيه الا ان يدرك ذكاته فيذكيه يريد به ان غير المعلم من السباع والطيور اذا اخذ صيدا وقتله لا يحل اكله الا اذا
ادرك ذكاته لقوله تعالى الا ما ذكيتم • وقوله تعالى فاذا حللتم فاصطادوا واحل لكم صيد • ومعناه ماذا احل لهم من المطاعم قيل
احل لكم الطيبات اي ما ليس بخبيث منها وهو كل ما لم يأت تحريمه في كتاب او سنة او قياس مجتهد • وما علمتم من الجوارح عطف
على الطيبات اي وصيد ما علمتم فحذف المضاف • والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب
والصقر والبازي والشاهين • والمكلب مؤدب الجوارح ومضريها بالصيد لصاحبها • ورائضها لذلك بما علم من الحيل وطرق
التاديب والتثقيف واشتقاقه من الكلب لان التاديب اكثر ما يكون في الكلاب فاشتق من لفظه لكثرته في جنسه • او لان السبع
يسمى كلبا • ومنه قوله عليه السلام اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فاكله الاسد • او من الكلب الذي بمعنى الضراوة يقال هو كلب
بكذا اذا كان ضاريا به كذا في الكشاف • وجملة القول هنا ما ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهو ان الاصطياد بالجوارح
والسهام والالات مباح لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين • وقوله عليه السلام اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم
الله فكل • واذا رميت بسهمك وذكرت اسم الله فكل • والاصطياد مباح فيما يحل اكله وفيما لا يحل فما حل اكله فصيده للاكل
وما لم يحل اكله فصيده لمنفعة جلده او شعره او لدفع اذيته • والشرائط التي يستباح بها صيد الجوارح تسع
شرائط ان يكون الجارح معلما وان يكون ذا جارحة غير محرم الصيد والارسال من مسلم او كتابي وحصل الارسال والتسمية في حال
الارسال اذا كان ذاكرا لها وان يجرحه الكلب والبازي وان يلحقه المرسل او من يقوم مقامه قبل انقطاع الطلب والتواري
عنه اذا لم يدرك ذكاته • فاما كون الجارح معلما فلقوله تعالى تعلمونهن مما علمكم الله وقوله عليه السلام اذا ارسلت كلبك المعلم
وذكرت اسم الله فكل وان شارك كلبك كلب اخر فلا تأكل فعلل ذلك الكلب فقال يحتمل جواز قتله غير المعلم سببا للحظر فاولى ان يكون
الغير محرما • واما كون الآلة من الجوارح اما نابا او مخلبا فلقوله تعالى وما علمتم من الجوارح • فبلغ التاويل الجوارح التي تجرح

وبذا الكواسب • ومنه قوله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار • ويمكن حملها على معنى واحد لان الجارح هو الذي منه الكسب فعلا وحمله
الاية على ما له جارحة اولى لانه هو الذي يكتسب وهو ظاهر اللفظ فكان حمله عليه اولى • واما الارسال فلان النبي صلى الله عليه
وسلم قال اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وذكر الارسال • ولان الارسال جعل بمنزلة الذكاة فلهذا يعتبر عنده
التسمية ولابد من وجوده • واما كون المرسل من اهل الذكاة وهو ان يكون مسلما او كتابيا يعقل الارسال ويعرفه فلان الارسال
بمنزلة الذبح • ولهذا يعتبر عنده التسمية فلابد من شرائط الذبح • واما التسمية في حالة الارسال للذاكر فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا
اسم الله عليه • وقد اجمعوا ان التسمية تتعلق بالارسال • وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه
فكل • واما اعتبار الذاكر فلان الارسال لما كان كالذبح شرط فيه التسمية مع الذكر على ما مر في الذبح • واما الجرح ففي الرواية
المشهورة ان الكلب والبازي اذا لم يجرحا لم يحل الاكل • وقد روي عن ابي حنيفة وابي يوسف ان الكلب اذا خنق اكل والدليل
على اعتبار الجرح قوله عليه السلام في صيد المعراض اذا خرق فكل واذا اصاب بعرضه فلا تاكل فانه وقيذ • ولان الكلب اذا خنق
الصيد دخل في عموم قوله تعالى والمنخنقة والموقوذة • ووجه الرواية الاخرى ان الكلب قد يتوصل الى اخذ الصيد بالجرح وقد
يتوصل بغيره فصار ذلك موسعا فيه كالجرح في غير موضع الذبح • واما اعتبار لحاقه قبل ان يتوارى او ينقطع طلبه فلقوله
عليه السلام لعدي حين سأله عن الرمية اذا وجدتها بعد يوم او يومين فقال اذا وجدتها وفيها سهمك وعلمت ان سهمك قتلها
فكل • ومتى توارى عنه وانقطع الطلب فلا نعلم انها ماتت من سهمه • وروي عن ابن عباس انه قال كل ما اصميت ودع ما
انميت • قال ابو يوسف الذي اصميت ما مات في الحال وهو بين يديك والذي انميت ما غاب عنك فمات • ولانه اذا ابعد عن طلبه
جاز ان يكون لو طلبه لادركه حيا فيخرج الجرح من ان يكون ذكاة وليس كذلك اذا لم يبعد عن طلبه لانه لم يدركه حيا فيه الجرح
ذكاة له كذا في شرح القدوري قوله والجوارح الكواسب في تأويل • وانما قيد به لانها في تأويل اخر هي التي تجرح من الجرح
قوله والمكلبين المسلطين اي مسلطين الجوارح على الصيد قوله والحديث به وبالارسال اي حديث عدي بن حاتم
ينطق باشتراط التعليم وبالارسال جميعا لانه قال له النبي صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم ذكر الارسال والتعليم جميعا
قال الكرخي في اخر كتاب الصيد من مختصره قال هشام سألت محمدا عن صيد ابن العرس فاخبرني ان ابا حنيفة قال اذا علم فكل مما
صاد • قال محمد ما كان له مخلب او ناب فتصيد به يوكل • يعني اذا علم قال هشام سألت محمدا عن الذئب اذا علم فصاد فقال هذا اراه ان لا
يكون فان كان فلا باس به الى هنا لفظ الكرخي • وقال القدوري في شرحه قالوا في الاسد والذئب لا يجوز الصيد بهما ولم يرد ذلك
لمعنى يعود الى عينهما وانما هو لفقد التعليم لانهم قالوا من عادتهما ان يمسكا صيدهما ولا ياكلا في الحال • وانما يستدل على التعليم بترك
الاكل فان تصور المعنى فيهما جاز • فاما الخنزير فلا يجوز الاصطياد به لانه محرم العين والانتفاع به محرم قوله قال وتعليم
الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات • وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته • اي قال القدوري في مختصره قال ابو الحسن
الكرخي في مختصره تعليم الكلب ان يرسل فيتبع الصيد فاذا اخذه امسكه على صاحبه ولم ياكل منه شيئا فاذا فعل ذلك فهو معلم وتعليم
الجارح من ذوات الطيران ان يجيب اذا دعي واذا ارسل على الصيد تبعه فاخذه فان اكل منه اكل صيده وهو معلم اذا دعي فاستجاب وتبع الصيد
اذا ارسل لا يحتاج الى غير هذا وكان ابو حنيفة لا يحد من تعليمه شيئا ولا يوقته بوقت ولكن كان يقول اذا كان معلما فكل فهذه رواية
الاصل • وقال بشر بن الوليد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال سألته عن حد التعليم قال ان يقول اهل العلم به انه معلم وقال
في المجرد عن ابي حنيفة لا ياكل اول ما يصيد ولا الثاني ثم كل الثالث وما بعده وهي رواية محمد بن شجاع عن الحسن عن ابي حنيفة
وقال في كتاب الاصل اذا اخذ الصيد فلم ياكل واخذ الاخر فلم ياكل ثم صاد الثالث فلم ياكل فهذا معلم • والمعلم عندنا ان يرسل
ثلاث مرات كل ذلك يقتل الصيد ولا ياكل منه وهذا قول ابي يوسف ومحمد الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • والاصل فيه ان صيد
الجارح لا يحل بدون التعليم لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح • ثم التعليم في الكلب ان يترك الاكل لانه يضرب على ذلك حتى يعتاده
ويمكنه تحمل ذلك • بخلاف الطيران لانه لا يحتمل ذلك فكان الاكل منه عفوا الا ان ابا حنيفة رجع في ذلك الى اهل الصنعة حيث
لم يرد في ذلك نص لان المقادير لا تعرف قياسا ولم يعتبر امساك الكلب عن اكل الصيد • لان ذلك يحتمل ان يكون ذلك للشبع
وقد يكون للتعليم فيتوصل الى رأي من ابتلي به وهو الشاهد كما قال في التعزير انه مفوض الى رأي الامام وهو المبتلى باقامة التعزير
ولم يقدر في ذلك تقديرا • ولان احوال الحيوان في قبول التعليم متفاوتة كاحوال الادمي الناقل تختلف باختلاف النجابة
والبلادة فلا يمكن التحديد والحصر لانه لا ضابط فوقفنا في الحكم بكونه معلما على ظهور امارة معلمة على الظن • فاذا ترك الاكل
مرارا واجاب الدعوة وغلب على ظن صاحبه انه قد صار معلما حل اكل صيده • ولكن بشرط ان لا يبدو منه ما يخالف ذلك هو
العادة • فاذا ظهر خلافها تبين انها لم تكن ثابتة • واما في الرواية الاخرى فقد جعل تكرار الامساك دلالة على التعليم
لان الامساك القليل كالمرة الواحدة لا يدل على التعليم لجواز انه ترك للشبع او للملل • والامساك الكثير يدل على التعليم فقدرناه
بالثلاث لانها ادنى الجمع وما فوق ذلك لا نهاية له • ولان الثلاث مدة ضربت للاختبار كما في مدة الخيار • وقال
موسى للخضر عليهما السلام في المرة الثالثة ان سألتك عن شيء بعدها فلا تصاحبني • وقال تعالى تمتعوا في داركم ثلاثة ايام
وقال تعالى في قصة زكريا قال ايتك ان لا تكلم الناس ثلاثة ايام الا رمزا • وروى ابو داود في اواخر السنن عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال اذا استاذن احدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع رواه ابو موسى • وقال القدوري في شرحه روي عن عمر رضي الله
عنه انه قال من الحرية في بيع ثلاث مرات ثم يرجع فليشغل اليمين قوله وهو ماثور عن ابن عباس وهو ما روى محمد في كتاب

الاثار وقال اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال ما امسك عليك كلبك ان كان معلما فكل فان اكل فلا تاكل منه
فانما امسك على نفسه • واما الصقر والبازي فكل وان اكل فان تعليمه اذا دعوته ان يجيبك ولا تستطيع ضربه حتى يدع الاكل واما
الصقر والبازي فكل وان اكل فان تعليمه اذا دعوته ان يجيبك ولا تستطيع ضربه حتى يدع الاكل قال محمد وبه ناخذ وهو قول ابي حنيفة
الى هنا لفظ كتاب الاثار قوله ولان ابدان التعليم ترك ما هو مألوف عادة الى اخره • بيانه بما قال شيخ الاسلام خواهر زاده
في شرحه وهو ان حقيقة العلم والجهل في هذه الحيوانات مما لا نقف عليه فلابد من اقامة سبب ظاهر يقف عليه مقام العلم والجهل
في حق بناء الاحكام فاقمنا ترك العادة الاصلية لهذه الحيوانات مقام العلم والجري على العادة الاصلية مقام الجهل وذلك
في الكلب بترك الاكل والامساك على صاحبه لا بالالف والاجابة لصاحبه داعيا ومرسلا لان الكلب الوف في الاصل بحيث اذا دعي
اجاب وحين اخذ الصيد اذا اكل فلا يثبت بالفه واجابة صاحبه ترك عادته الاصلية وانما يثبت بالالف والاجابة
وترك الاكل لان عادته في الاصل اكل ما ظفر به • فاذا ترك الاكل فقد ترك عادته الاصلية فقام مقام علمه واذا اكل فقد
جرى على عادته الاصلية فقام مقام الجهل وكان التبارك في البازي ان لا يصير معلما ما لم يترك جميع عادته الاصلية وذلك بالالف
والاجابة لصاحبه داعيا ومرسلا وترك الاكل • لان العادة الاصلية في البازي هذا وانه وحشي الاصل الا ان تعليمه بترك الاكل
الا بالضرب حالة الاكل وانه غير ممكن في البازي فاكتفى بالالف والاجابة لصاحبه داعيا ومرسلا • وفي الفهد امكن اعتبار الكل
فاعتبر الكل شرطا ليصير معلما وفي الكلب لم يمكن الا اعتبار ترك الاكل ليقام مقام علمه لان الالف والاجابة منه ثابت قبل التعليم
فاذا ترك الاكل كان معلما واذا اكل كان جاهلا قوله وعلى الرواية الاولى عندهما يحل ما اصطاده ثالثا اراد بالرواية الاولى
رواية القدوري حيث شرط لتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات • يعني اذا اخذ صيدا فلم ياكل ثم اخذ ثانيا فلم ياكل ثم
اكل الثالث ويحل ما بعده لان الكلب لا يصير معلما الا بترك الاكل ثلاث مرات فما اصطاد بعد ذلك فهو صيد كلب معلم فيوكل واما
كان قبل ذلك فهو صيد كلب غير معلم ولا يوكل • الا ترى ان سكوت المولى اذا رأى عبده يبيع ويشتري اذن لعبده ولكن ليس فيما
باعه في تلك الساعة بل فيما بعده فكذا هنا • ولابي حنيفة ان العلم يثبت بالمرة الثالثة فيكون الصيد الثالث صيد كلب معلم فيوكل
بخلاف مسألة المأذون فان الاذن اعلام العبد ولا يحصل له علم الا بعد المباشرة وما باشره قبل العلم يكون تصرف محجور فلا ينفذ قوله
قال واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله • اي قال القدوري في
مختصره وانما شرط الارسال والتسمية لما روي في حديث عدي رضي الله عنه قال له النبي صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت
اسم الله عليه فكل وقد شرط الارسال والتسمية جميعا • ولان الارسال اقيم مقام الذكاة بدليل اعتبار التسمية عنده فلابد منه • او
نقول ان الكلب او البازي بعد التعليم صار آلة • والذبح لا يحصل بمجرد الالة ما لم يوجد من المالك استعمالها للذبح • ولهذا
لو انفلت الصيد والشاة على سكين واصابه منه لا يحل لان الاستعمال يحصل بالارسال لم يوجد فكذا هنا ما لم يوجد استعمال
الالة بعد التعليم لا يحصل الاباحة والاستعمال يحصل بالارسال فكان الارسال في الكلب كاستعمال السكين في الذبح • ولهذا اشترط
التسمية عند الارسال قوله وذلك فيهما بالارسال • اي الاستعمال في الكلب والبازي بالارسال على اشتراط التسمية
يدل قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه • والكلام في اشتراط التسمية للحل مر مستوفى في اول كتاب الذبائح
قوله ولو تركها ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا • اي بينا في الذبائح ترك التسمية ناسيا وبينا
ايضا حرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح قوله ولابد من الجرح في ظاهر الرواية • قال شيخ الاسلام خواهر
زاده في شرح كتاب الصيد انما يوكل من صيد الكلب اذا امسكه على صاحبه وقتله اذا حصل القتل بالجرح والعقر • فاما اذا
قتله صدما او جثما وخنقه حتى مات فانه لا يوكل منه • وان امسك على صاحبه وهو المذكور في الزيادات وهو قول الشافعي
في الجديد • وقال الشافعي رحمه الله في القديم انه يوكل ان قتله صدما او جثما والجرح ليس بشرط للاباحة على قوله القديم
وقد روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة وابي يوسف في غير رواية الاصول مثل قول الشافعي رحمه الله في القديم لقوله تعالى
فكلوا مما امسكن عليكم • وقد علق الاباحة بالامساك دون الجرح ولقوله عليه السلام اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل
ولم يشترط الجرح • ولان الكلب مما لا يمكن تعليمه لبنية القتل وما لا يمكن تعليمه يسقط اعتباره • الا ترى ان الجرح في المذبح
لما لم يمكن تعليمه سقط اعتباره للاباحة فكذا الجرح في موضع اخر • وجه الظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح • بيانه
انه تعالى اباح صيد حيوان معلم جارح جارح فدل ان الجرح من هذه الحيوانات شرط اباحة الصيد • والجواب عن حديث
عدي فنقول انه لم يشترط الجرح ثمة فقد اشترط في حديث اخر وهو قوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل وقوله
انه لا يمكن تعليمه لبنية القتل قلنا الجرح مما لا يحتاج فيه الى التعليم لانه جارح بطبعه لان الجرح منه ثابت باعتبار عادته الاصلية
بخلاف الجرح في المذبح لانه لا يمكن تعليم ذلك فانه لا يعرف المذبح فسقط اعتباره • فاما اصل الجرح ممكن اعتباره على ما عليه
عادته في الاصل فلم يسقط اعتباره • والدليل على اشتراط الجرح قوله عليه السلام في صيد المعراض اذا خرق فكل واذا اصاب
بعرضه فلا تاكل فانه وقيذ • ولان الكلب اذا خنق دخل في عموم قوله تعالى والمنخنقة والموقوذة قوله اذ هو من
الجرح بمعنى الجراحة في تأويل • يعني ان قوله تعالى من الجوارح يتناول الكواسب • ويتناول التي تجرح فاذا كان كذلك هو
فلما امكنا فيه الجرح والكسب بحمله على معنى الجرح بمعنى الجراحة • لان الجارح يجرح بنابه او مخلبه فيكسب فكان الحمل على هذا
اولى لانه يتبين به لانه ظاهر اللفظ عليه فاقول على ما قالوا يلزم القول بعموم المشترك في موضع الاثبات وهو فاسد قوله

وعن ابي يوسف انه لا يشترط • اي لا يشترط الجرح رجوعا الى التاويل الاول اراد به ما ذكر في اول الفصل بقوله والجوارح الكواسب
قوله وجوابه ما قلنا اراد به قوله ولا ينافي وفيه اخذ باليقين • قال في الاصل ارايت اولا ارايت صيد الكلب المعلم ارايت
الكلب المعلم يرسله الرجل فياخذ الصيد فيقتله ايؤكل قال نعم • قال خواهر زاده في شرحه شرط في كتاب الصيد مطلق القتل للاباحة
فانه قال فيقتله ولم يفصل بينهما اذا قتله الكلب بالعقر والجرح او بالجثم والخنق • وفصل الجواب في الزيادات تفصيلا فقال ان مات
بالجرح والعقر حل وان مات بالجثم او الخنق من غير جرح فانه لا يحل • ثم قال خواهر زاده ومن مشايخنا من قال ليس في المسئلة اختلاف
الروايتين الا انه اوجز في الجواب هنا واوسع في الزيادات ولا بد من الجرح للاباحة • ثم قال خواهر زاده ومنهم من قال
ما ذكر في الزيادات قول محمد وما ذكر هنا قول ابي حنيفة وابي يوسف على ما روي عنهما في غير رواية الاصول انه يحل صيد الكلب
سواء حصل القتل بالجرح او بالجثم او الخنق **قوله** قال فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل • وان اكل منه البازي اكل
اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية والوجه فيه ما بيناه في دلالة التعليم • يعني ان التعليم شرط بما يصاد به
من الجوارح لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح • والتعليم في الكلب بترك الاكل وفي البازي بالاجابة وقد مر بيانه بتمامه في اول الوجه
وقال صاحب الهداية وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي لانه عليه السلام قال فيه وان اكل منه فلا تاكل • وقد دل على اشتراط
ترك الاكل في التعليم قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم لانه اذا اكل منه امسك على نفسه لا على صاحبه • وقد روينا عن ابن عباس
قبل هذا من كتاب الامارات انه قال تعليم الكلب ان يترك الاكل • وتعليم البازي ان يجيب اذا دعوته • وقول الشافعي رحمه
الله في القديم انه يؤكل من صيد الكلب وان اكل منه وهو قول مالك • وفي قوله الجديد وهو اختيار المزني لا يؤكل متى اكل
منه • احتج مالك بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لابي ثعلبة الخشني اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل
قال وان اكل منه قال نعم قال وان اكل منه قال نعم قاله ثلاث مرات كذا ذكر خواهر زاده في شرحه وحدث
مالك في الموطا انه بلغه ان سعد بن ابي وقاص سئل عن الكلب المعلم اذا اخذ ثم اكل فقال سعد كل وان لم يبق الا بضعة واحدة هو
وقال خواهر زاده في شرحه روي عن ابن عمر وابي هريرة وسعيد بن المسيب انهم قالوا يؤكل من صيد الكلب وان اكل منه • والمعنى
في المسئلة ان هذا حيوان يصطاد به فلا يكون ترك الاكل شرط التعليم فيه قياسا على الصقر والبازي • وجوابه علم من قوله تعالى
فكلوا مما امسكن عليكم • ومن حديث عدي ومن المعنى المعقول الذي بيناه في اية التعليم • وقال خواهر زاده ايضا قول
الشافعي رحمه الله ان البازي وسائر طيور الوحش اذا اكل من الصيد لا يؤكل كالفهد والكلب وهو محجوج بما روي محمد في الاصل عن
سعيد بن جبير عن ابن عباس انه قال في البازي يقتل الصيد فياكل منه فقال كل • وقال تعليم البازي ان تدعوه فيجيبك ولا
تستطيع ضربه حتى يترك الاكل وهذا قول روي عنه ولم يرو عن احد انه خلافه فحل محل الاجماع **قوله** ولو انه صاد صيودا
ولم ياكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر وهي من مسائل الاصل • قال في الاصل ارايت
رجلا ارسل كلبه على صيد وهو معلم فاخذ صيدا فقتله فاكل منه ثم اتبع اخر فاخذه فقتله قال لا يؤكل واحد منها • وذلك
لان تناول الكلب من الصيد ايه مقام الجهل وصيد الكلب الجاهل لا يؤكل ولا يثبت عليه بعد ذلك الا بترك الاكل بعد الارسال
ثلاث مرات عندهما • وعند ابي حنيفة لا يحكم بتعلمه ما لم يقع في راي الصائد انه صار معلما بعد التعليم ولم يوجد • فاما ما
احرز من الصيود قبل ذلك فالاصل فيه انهم اجمعوا ان ما لم يحرزه المالك بان كان بعد في مفازة لا يحل • وفيما احرزه وجعله في بيته
اختلفوا • قال ابو حنيفة لا يحل اكله خلافا لصاحبيه • لهما ان الحكم بالاباحة فيما احرزه بالاجتهاد لان علم الكلب ثبت
بالاجتهاد وما ثبت بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله كالقاضي اذا قضى بالاجتهاد ثم حدث له اجتهاد اخر في المستقبل فانه
يعمل به في المستقبل الحادث ولا ينقض الماضي • ولان اكل الكلب يجوز ان يكون لفقد التعليم ويجوز ان يكون ترك الاكل فيما مضى للشبع لا للتعلم
ويجوز ان يكون لفرط الجوع • ويجوز ان يكون للنسيان لان الكلب قد ينسى كالادمي فلم يجز تحريم ما تقدم بالشك الا انه عاد لهذا
الاكل الى حاله في الاصل فقلنا بالحرمة في المستقبل احتياطا • بخلاف ما لم يحرزه من الصيود حيث يحرم ذلك • لان معنى
الصيدية فيه باق من وجه وهو انه بعد في المفازة • ولابي حنيفة ان المقصود من اباحة الاكل هو الاكل ولم يوجد
فظهر اجتهاد اخر قبل حصول المقصود في الاباحة كظهور اجتهاد اخر للقاضي قبل القضاء فانه لا يعمل بالاجتهاد الاول فكذا هنا
بخلاف ما لو كان قد اكل لانه حصل المقصود من الاباحة • ولان في سائر المجتهدات انما لم ينقض الاول بالثاني لانه
يؤدي الى ما لا يتناهى وليس في احكام الله تعالى ما لا يتناهى • وهنا لو نقضنا الاجتهاد الاول بالثاني وحكمنا بحرمة ما لم
يؤكل من الصيد لا يؤدي الى ما لا يتناهى ولا [illegible] حكمنا بحله في المستقبل لا يجب الحكم باباحة ما حرمناه من الصيود كالذي لم يحرزه
المالك • وكان القياس فيما اكل كذلك الا ان الحكم بحرمة ما اكل منه [illegible] لان الحكم بالحرمة لا يتصور الا في محل قائم وقد
فات المحل بالاكل • والجواب عن قولهما على نسيان الادمي فنقول الادمي انما ينسى ما طريقه الاستدلال والحفظ [illegible]
الصيد من الصنائع الضرورية التي تجري مجرى الخاطر ولا ينسى الانسان ما لم يعتد الضرورة بطول الترك بل يضعف فكذا الكلب
لا ينسى بل يضعف فاذا اكل دل على فقد التعليم في الاصل • ومن اصحابنا من حمل هذا الخلاف على ان الاكل كان متقاربا
لزمان التعليم لانه اذا كان كذلك دل على فقد التعليم لان المدة القصيرة لا ينسى فيها • واما ترك الاكل فيما تقدم للشبع
ولم يؤكل • واما اذا طالت المدة فيجوز ان يكون اكل للنسيان فلا يستدل به على فقد التعليم في الاصل فلذلك
اكل • قال القدوري في شرحه وظاهر الرواية يقتضي انه لا يؤكل بكل حال • وذلك لان الاصطياد لم يعلم مكتسب

وانا هو من الضرورات • ومثل ذلك لا ينسى وانما يضعف بالترك كالخياطة والرمي فاذا اكل الكلب علم انه لم يكن معلما في الاصل
قوله ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده ذكرها تفريعا ايضا وهي من مسائل الاصل • قال
في الاصل ارايت الصقر اذا فر من صاحبه وقد كان معلما فمكث حينا ثم صاد هل يؤكل صيده قال لا لانه ترك ما صار به معلما [illegible]
صاحبه اذا دعاه ومرسلا يحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد حكم بجهله لانه ترك ما صار به معلما فكذا هذا • وقال الحاكم الشهيد في الكافي
واذا ارسل البازي المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله قال لا باس باكله • قال في شرح الكافي لان هذا من عادته انه
ينتهز الفرصة حتى تمكنه الاصطياد فيصطاد فلا يعد ذلك فاصلا اي قاطعا للارسال • وفصل الولوالجي في فتاواه في الجواب فقال
ان مكث طويلا للاستراحة حتى انقطع فور الارسال لا يؤكل • وان مكث قليلا للتمكن ساعة الكمين يؤكل لان بعد القدر لا يستطيع فور
الارسال كما في الكلب اذا مكث طويلا انقطع فور الارسال **قوله** ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم ياكل منه اكل ذكرها ايضا تفريعا
قال في الاصل عن ابن عباس انه قال في الكلب يشرب من دم الصيد ولا ياكل من اللحم قال لا باس باكله • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه
بهذا تبين ان ترك الاكل من الدم لا يشترط ليصير معلما • بخلاف ما يقوله بعض الناس اذا شرب من دم الصيد لا يؤكل لانه اكل من الصيد ولنا
حديث ابن عباس رضي الله عنه • ولان شرب الدم وترك اللحم من غاية حذاقة الكلب وعلمه فانه اكل ما لا يحتاج اليه المالك وترك عليه
ما يحتاج اليه فاذا كان ذلك من غاية حذاقته وعلمه لم يجز ان يجعل دليلا على الجهل **قوله** ولو اخذ الصيد من المعلم ثم من الكلب
المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي • وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا • وذلك لان الباقي صيد كلب معلم
لان علم الكلب انما يثبت بترك الاكل من الصيد وقد ترك الاكل منه حالة كونه صيدا وما اكله خرج من ان يكون
صيدا فالتحق بسائر الاطعمة [illegible] ولو من سائر اطعمة المالك لا يدل على جهله فكذا هذا **قوله** وكذا اذا وثب الكلب
واخذ منه واكل منه اي يؤكل ما بقي • وهذه ايضا من مسائل الاصل ذكرها تفريعا • قال في الاصل قلت ارايت ان ادرك صاحبه
مع الكلب وقد قتله فاخذه منه فلما اخذه وثب الكلب فاخذ الصيد من صاحبه فاكل منه هل يؤكل بقيته قال ان احرزه صاحبه بان
اخذه فلا باس باكله • وان كان في موضع ذلك لم يحرزه ان لم ياخذه المالك فانه يكره اكله • اما بعد الاحراز فلان الصيد [illegible]
غير محرز [illegible] بالاحراز فالتحق بالشاة • ولو تناول من الشاة لا يحكم بجهله فكذا هذا الا انه لم
يؤكل صيدا اصلا • بخلاف ما قبل الاحراز لانه لما اكل قبل اخذ صاحبه صار كانه اكل حالة الاصطياد فلا يؤكل **قوله** ولو نهش
الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه لم يؤكل وهي من مسائل الاصل ايضا ذكرها تفريعا • وذلك لانه
لما نهش منه بضعة واكلها حكم بجهله فكان هذا صيد كلب جاهل فلا يؤكل وترك الاكل في الثاني للشبع **قوله** ولو القى ما نهشه
واتبع الصيد فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد • وهي من مسائل الاصل ايضا ذكرها تفريعا
وذلك لان هذا من غاية علمه حيث لم ياكل وقت العمل لصاحبه وقد اكله بعد الفراغ منه • ولانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة
وهي بعد احراز صاحبه واخذه لم يضره • فاذا اكل بعد احراز صاحبه ما بان من الصيد وهو لا يحل اولى ان لا يضره • بخلاف
الوجه الاول وهو ما اكل البضعة حين قطعها لان اكلها حالة الاصطياد فيدل على جهله • ولان نهش البضعة يحتمل ان يكون لياكلها
الكلب ويحتمل ان يكون لاثخان الصيد فاكل الكلب البضعة قبل اخذ المالك الصيد يدل على الوجه الاول وهو ان نهش البضعة حيلة
في الاصطياد لضعف الصيد فكان من غاية حذاقته فلم يدل على جهله فيؤكل الصيد • قال في المغرب والنهش اخذ اللحم بمقدم الفم وهو
من باب منع وضرب بالعين في الماضي والمضارع جميعا **قوله** قال وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته
حتى مات لم يؤكل • اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وكذا البازي والسهم يعني وان ارسل البازي على الصيد فجرحه
او رماه بسهم ثم ادركه حيا ولم يذكه حتى مات لا يؤكل • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وما يجب لذلك انه لا يؤكل اذا يؤكل هو ما
فات من فعل الجارح او فعل المصطاد • فاما ما قدر عليه حيا فانه لا يؤكل في الوجهين جميعا حتى يذكى فان ذكي حل لان الذكاة [illegible] لقول
الله تبارك وتعالى والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع الا ما ذكيتم فما ادرك من هذا وفيه حياة بعينه كانت
فيه [illegible] ان يعلم انه حي فذكي حل في قول اصحابنا جميعا فلا يعتبر كيف كان حاله بعد ان يكون بها حياة فتذكى فانها تؤكل الى
هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • قال القدوري في شرحه والكلام في هذا اولا يتم في فصل وهو انه اذا قدر على الصيد فات
قبل ان يقدر على ذبحه لضيق الوقت لم يؤكل عندنا • وقال ابو زياد ومحمد بن مقاتل يؤكل استحسانا وبه قال الشافعي رحمه الله وجه
قولهم انه لما ثبتت يده على الصيد زال معنى الامتناع وبطل حكم الجرح فصار كالشاة اذا ادركها وقد مرضت فماتت قبل ان ذبحت
لا يتسع له [illegible] لم يؤكل • وجه الاستحسان وهو اختيار ابن شجاع ان الذبح هو الاصل والجرح بدل عنه والبدل انما يسقط بالتمكن
من استعمال الاصل • فاذا اثبتت يده على الصيد في وقت لا يقدر على ذبحه لم يثبت حكم الاصل في حقه فبقي حكم البدل • وقد قال
اصحابنا في الصيد اذا ادركه فلم ياخذه لم يؤكل لانه في حكم المقدور عليه • وان كان لا يمكنه اكل لان يده لم تثبت عليه ولا تمكن
من ذبحه • فاما قول ابي الحسن فاذا ذكي حل في قول اصحابنا جميعا فهو صحيح لانه ان كان فيه حياة مستقرة فقد جرح الجرح ثم ان
يكون ذكاة وكانت ذكاته الذبح فاذا ذبحه حل وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند ابي حنيفة ذكاته الذبح وقد ذبحه • وعلى
قولهما لا يحتاج الى الذبح وهو مذكى بالجرح والذبح بعد ذلك لا يضره • ثم قال الكرخي في مختصره وكذلك ما جرحه ذئب
او سبع فان كان الجرح الذي به لا يعيش من مثله الا قدر حياة ما يعيش المذبوح فذكاه لم يؤكل • وان كان يعيش من مثله او يبقى
يوما او يومين فهو مثل الوقيذ والمتردي • قال القدوري وهذا على ما قدمنا من الخلاف عند ابي حنيفة يحل بالذبح اذا كانت

الحياة موجودة وان لم تكن مستقرة • واعتبر ابو يوسف ان تكون الجراحة مما يعيش من مثلها • وحكي عنه انه اليوم • وقال محمد اذا كان يبقى اكثر من يوم بعد الذبح ثم قال الكرخي في مختصره وما جرحه الفهد المعلم والكلب فادركه صاحبه حيا فلم يذكه حتى مات فانه على وجهين ان كانت الجراحة التي فيه لا يعيش من مثلها مثل ان يشق بطنه فيخرج ما فيه او يشبه ذلك فانه يؤكل • لان الكلب والفهد قد ذكاه • وكذلك لو وقع في ماء بعد ذلك فانه يؤكل ولا يضره بعد ذلك شيء لانه مذكى كالشاة تذبح ثم تضطرب فتقع في ماء لان هذه قد وقع من ذكاتها • وكذلك الجرح الصيد الذي لو مات منه قبل ان يقدر عليه كان ذكيا • فان ادركه حيا وبه من الجرح ما لا يعيش الا قدر ما يعيش المذبوح فترك ذبحه لم يضر • حد محمد بن الحسن في الجرح هذا الحد فقال اذا كان يعيش من مثله مقدار ما يعيش المذبوح اكل وان كان يتطاول ذلك لم يؤكل حتى يذكى الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • وقال في الاصل ارايت الرجل يرسل صيد الكلب فياخذ حيا فلا يذبحه حتى يموت ايؤكل قال لا • قال شيخ الاسلام خواهر زادة في شرحه اجمعوا على ان الصيد اذا وقع في يده وقد تمكن من ذبحه فلم يذبح انه لا يحل بذكاة الاضطرار لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فسقط اعتبار البدل وبطل وجوده وعدمه بمنزلة كالمتيمم اذا راى الماء قبل الشروع في الصلاة • وذلك لان المقصود من البدل اباحة الاكل فانه غير ثابت قبل الموت • فاما اذا وقع في يده وقد بقي فيه من الحياة اكثر ما يكون في المذبوح بعد الذبح الا انه لم يتمكن من ذبحه بان لم يكن معه آلة الذبح ذكر في الكتاب انه لا يؤكل • وقد روي في غير رواية الاصول عن ابي حنيفة وابي يوسف انه يحل وهو قول الشافعي رحمه الله • وجه تلك الرواية ظاهر وهو انه لم يقدر على الاصل فلا يبطل حكم البدل قياسا على المتيمم اذا وجد الماء ولم يقدر على الاستعمال وقياسا على ما لو بقي في الصيد من الحياة قدر ما يكون في الذبيح بعد الذبح فانه يحل الذبح • ودليلها لو وقع في يده ميتا • ووجه ظاهر الرواية انه قدر على الاصل قبل حصول المقصود من البدل من حيث الحكم والاعتبار فيبطل حكم البدل قياسا على ما لو تمكن من الذبح ولم يذبح • وانما قلنا بانه قدر على الاصل من حيث الاعتبار لان الصيد وقع في يده حيا فثبت يده على الذبح وقيام يده على الذبح قائم مقام التمكن من الذبح لان اعتبار حقيقة التمكن من الذبح غير ممكن لانه لا بد للتمكن من الذبح من تقدير مدة والناس يتفاوتون في مدة التمكن من الذبح فمنهم من يتمكن من ساعة لطيفة • ومنهم من لا يتمكن الا باكثر من ساعة على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في باب الذبح • واذا كان مدة التمكن مما يختلف فيه الناس ولا يتمكن تقدير ناعن التقدير يعلق بتمكن بقاء الذبح من حيث الحقيقة • ودليله الاصل اذا وجد الماء ولم يبق فيه من الحياة مقدار ما يتمكن من ذكاته ذكاة الاختيار فانه لا يحل بذكاة الاضطرار ويجعل قادرا على ذكاة الاختيار بسبب قيام يده عليه وان لم يتمكن منه حقيقة فكذا هذا • واذا تعذر اعتبار حقيقة التمكن اقيم سببه التمكن وهو اثبات اليد على المذبح مقام التمكن لان التمكن من الذبح انما يثبت باثبات اليد عليه كما اقيم السفر مقام المشقة لان اكثر الناس يتفاوتون في الحصول لحوق المشقة فاقيم السفر وهو دليل المشقة مقامها فدار الحكم معه وجدت المشقة او لم توجد فكذا هنا قيام اليد على محل الذبح اقيم مقام التمكن من الذبح فحصل القدرة على الاصل من حيث الاعتبار قبل حصول المقصود بالبدل • لان المقصود الاباحة ولم توجد قبل الموت وليس كما لو وقع في يده وهو ميت لانه لم يقدر على الاصل لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار لان قيام اليد على محل الذبح انما يقام مقام التمكن من الذبح اذا كان محل الذبح باقيا والميت ليس بمحل الذبح • وليس كما لو بقي في المجروح من الحيوة قدر ما يكون في المذبوح بعد الذبح لانه ميت من حيث الحكم بدليل انه اذا وقع في الماء لا يحرم كما لا يحرم اذا وقع وهو ميت فلو وقع في يده وهو ميت حقيقة حل بذكاة الاضطرار فكذا اذا وقع وهو ميت من حيث الحكم • فاما اذا بقي في المجروح من الحياة اكثر مما يكون في المذبوح بعد الذبح الا انه لا يتمكن من الذبح بعد ما فيه من الحيوة فانه لا يحل لانه وقع في يده وهو حي حقيقة وحكما ووقع الصيد في يده وهو حي اقيم مقام التمكن من الذبح **قوله** وهذا اذا تمكن من ذبحه اي الذي قلنا من عدم الاكل فيما اذا ادركه ولم يذكه حتى مات انما هو فيما اذا تمكن من ذبحه ولم يذكه وقد مر بيانه **قوله** والميت ليس بمحل الذبح اي ليس بمحل للذبح **قوله** اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل اي شق الكلب المعلم او الفهد المعلم بعد الارسال بطن الصيد واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه وفيه حياة فلم يذكه حتى مات حل • وذلك لانه لا يتوهم بقاؤه بعد ذلك وما بقي فيه اضطراب المذبوح فلا يعتبر ذلك • كما قال الكرخي في مختصره قال بشر عن ابي يوسف اذا شق الكلب بطن الصيد فاخرج ما فيه فادركه صاحبه وبه رمق فلم يذبحه ان يذكيه اي قال القدوري في شرحه وكان ابو بكر الرازي يقول يجب ان يكون قول ابي حنيفة بخلاف ذلك لانه يجب عنده الذبح في جميع الاحوال بناء على مسألة المتردية • واشار صاحب الهداية بقوله وقيل هذا قولهما الى ما قال ابو بكر الرازي **قوله** هذا الذي ذكرنا اذا ترك التذكية • اي الذي ذكرناه بانه لا يؤكل عند ابي حنيفة ايضا **قوله** وعليه الفتوى • اي على حل الاكل اذا ذكى الصيد وفيه حيوة في جميع الاحوال وهو قول ابي حنيفة • وعند ابي يوسف لا يحل وان ذكى المتردية او النطيحة او الموقوذة او الذي بقر الذئب بطنه اذا كان الصيد بحال لا يعيش مثله لان موته لم يضف الى الذبح • وعند محمد تحل بالتذكية اذا كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح لانه حينئذ يكون موته بالذبح ان لم يكن يعيش اكثر مما يعيش المذبوح لا يحل بالذبح لانه لا يعتبر تلك الحياة فجعل ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه ميت حكما **قوله** وعند ابي حنيفة ذكاته الذبح على ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار رد الى المتردية اي قياسا عليها **قوله** واذا ارسل كلبه على صيد واخذ غيره وهذه من مسائل الاصل ذكرها في سبيل التفريع وقال في الاصل ارايت الرجل يرسل كلبه على صيد فيأخذ صيدا غيره في وجهه ذلك ايؤكل قال نعم • قال شيخ الاسلام خواهر زاده وهذا مذهب علمائنا • وقال مالك بانه لا يحل واجمعوا على انه لو انحرف يمينا او شمالا واخذ صيدا او قتل فانه لا يحل • وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ارسل كلبه او بازه الى صيد فاخذ ذلك الصيد او اخذ غيره • او اخذ عددا من الصيد وهو على فور ذلك

ما دام

ما دام في وجه الارسال • فان قتل واحدا وجثم عليه طويلا ثم مر به صيد آخر فاخذه لم يؤكل لانه خرج من حال الارسال الى هنا لفظ الكافي • وقال في وجيزهم ولو قصد سرب ظبا فاصاب واحدا حل • ولو قصد واحدا منه فاصاب آخر فوجهان • وجه قولنا ان الارسال حصل على المشار اليه فاذا اخذ غيره فقد اخذ بغير ارسال فلا يحل كما لو انحرف يمينا او شمالا • ولنا ان اخذ غير المشار اليه حصل بارساله فيحل كما لو اخذ المشار اليه وكما لو لم يبين وان شرط التعيين غير مفيد لانه لا يمكنه التعلم على وجه لا ياخذ الا ما عينه لانه لا يقدر على اخذ بعينه فسقط اعتبار التعيين فكان المعتبر الارسال فما دام على سنن الارسال حل الصيد • بخلاف ما اذا انحرف يمينه ويسارة لان الصيد حصل بغير ارسال لانه ارسله قبل المشرق وهو ذهب قبل المغرب فيكون الاخذ بغير ارسال والارسال شرط الاباحة **قوله** لا يقدر على الوفا به اي بالصيد المشار او بما عينه المرسل **قوله** ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة وهذه من مسائل الاصل ايضا ذكرها تفريعا • قال في الاصل وكذلك اذا ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة على الارسال بانه اذا قتل الكل يحل الكل بتسمية واحدة • قال شيخ الاسلام خواهر زادة في شرحه فرق بين هذا وبين ما اذا ذبح شاتين بتسمية واحدة لا يحل • ووجه الفرق بينهما ان الذبح في باب الكلب يحصل بالارسال • ولهذا يشترط التسمية وقت الارسال • واذا كان الفعل واحدا يكفيه تسمية واحدة • وان حصل به ذبح صيود كثيرة بخلاف ما لو ذبح شاة ثم ذبح اخرى لان الثانية صارت مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى • وقياس مسألة الارسال ان لو اضجع شاتين احداهما على الاخرى وذبحهما معا واحدة فانهما تحلان بتسمية واحدة لانه حصل ذبحهما بفعل واحد وكان بمنزلة ما لو رمى بهما الى صيد واصاب صيدين بخلاف لان ذبحهما حصل بفعل وجد عليه التسمية فكذا هذا **قوله** على ما بينا اي في اول كتاب الذبائح ارادبه ما قال وفي الصيد بشرط عند الارسال والرمي **قوله** عنه اي عند الارسال **قوله** بخلاف ذبح الشاتين اي في الكتاب **قوله** ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا ايضا • قال في الاصل ارايت الرجل يرسل فهدا على الصيد والفهد اذا ارسل كمن ولا يتبع الصيد حتى يستمكن فمكث ساعة ثم ياخذ الصيد فيقتله هل يؤكل قال نعم • وقال الكرخي في مختصره وكذلك الكلب اذا ارسله الرجل فصنع كما يصنع الفهد فلا باس باكل ما صاد • وذلك لان المكث ساعة حيلة منه للاصطياد لا للاستراحة فيعد ذلك من غاية حذاقة الحيوان فلا يكون قاطعا للارسال بل يكون من اسباب الاصطياد كالوثوب والعدو • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه يقال ان في الفهد خصالا لو كانت واحدة منها في بني آدم لكان من اشرف الناس منها انه لا ياكل الميتة وانه لا ياكل الذكية بعين انه لا ياكل الخبيث وانما ياكل الطيب • ومنها انه يمهل الفرصة ولا يتعب نفسه من غير فائدة يثب فلا فان امكنه الاخذ والا تركه • ومنها انه يتأدب بتاديب غيره لانه اذا اريد تأديبه يضرب الكلب بين يديه فيتعظ بتأديب الكلب • ومنها انه لا يتذلل لمن احتاج اليه لانه لا يعدو خلفه ولا يرمي من صاحبه الاول ان يركبه على فرسه • ومنها انه يثق بما ضمن له صاحبه وعادة الطلب والذي روي من نوب الفهد فلا نافع على الصيد ثم يتركه لشبهه ما روي في المثل حدث حديثين امراة فان ابت فاربع **قوله** ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه الا لاجميعا وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا • قال في الاصل ارايت الكلب يرسل على الصيد فياخذه فيقتله ثم ياخذ آخر كلها جميعا • وذلك لان الارسال قائم لم ينقطع بعد فكان بمنزلة ما لو رمى بسهم الى صيد فاصابه واصاب آخر • وقال في الاصل ايضا ارايت ان اخذ الاول فقتله ثم جثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فاشتد عليه فقتله ايؤكل قال لا • وذلك لانه لما جثم عليه طويلا انقطع الارسال لان المكث ما كان حيلة منه لاخذ آخر حتى يجعل الاشتغال به كالاشتغال بالذهاب وانما كان للاستراحة فانقطع الارسال الاول وهذا المكث حقيقة او حكما • وانما اخذ الثاني بغير ارسال فلا يحل • بخلاف ما لو مكث للكمين لان المكث حيلة للاخذ لا للاستراحة فيكون هذا المكث منه والذهاب سواء **قوله** بخلاف ما تقدم • اي بخلاف ما اذا مكث للكمين **قوله** ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا ايضا • وقد مرت عند قوله ولو ان صقرا فر من صاحبه قال خواهر زاده وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للكمين حتى لا ينقطع فور الارسال • فاما اذا مكث زمانا طويلا حتى انقطع فور الارسال فانه لا يؤكل كما في الكلب **قوله** للكمين هو اسم بمعنى الكمون وهو التواري **قوله** ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان ام لا لا يؤكل وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا • قال في باب صيد البازي والصقر من الاصل ارايت بازيا معلما اخذ صيدا فقتله فلا يدري ما حال البازي ارسله انسان ام لا ايؤكل قال لا • وذلك لان الارسال شرط الاباحة بعد وجود التعليم فاذا لم يعلم انه كان مرسلا او لم يكن لا تثبت الاباحة كما في الكلب والبازي بالتخفيف • وجمعه بزاة والبازلة فيه وجمعه ابواز وبيزان **قوله** لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال • اي لا يؤكل لكونه ميتة لا لانه مال الغير **قوله** قال وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل • اي قال القدوري في مختصره وهذه رواية الزيادات • وعلى رواية الاصل يؤكل وقد مر تمام البيان عند قوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية • قال القدوري في شرح مختصر الكرخي واما اذا خنق الصيد فمات فالمشهور عنهم انه لا يؤكل • وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يؤكل • واما اذا لم يجرحه ولم يخنقه ولكنه كسر عضوا منه فمات فان ابا الحسن الكرخي ذكر انه لم يجد عن ابي حنيفة شيئا مصرحا • وقد حكي محمد في الزيادات المسألة واجاب بما جوابها مطلقا انه اذا لم يجرح لم يؤكل وهذا يقتضي انه لا يحل بالكسر فقال الكرخي في مختصره وذكر ابو يوسف في الامالي حكاية عن ابي حنيفة فقال وان قتله من غير ان يجرحه بناب ولا مخلب فانه لا يؤكل • وكذلك لو صدمه فقتله ولم يكسره ولم يجرح فاذا جرح بناب او مخلب او كسر عضوا فقتله فلا باس باكله الى هنا لفظ الكرخي • قال القدوري في شرحه وظاهر هذا الكلام يقتضي ان الكسر كالجرح • ووجهه

ان الكي جراحة باطنة فيه بمعنى كالجراحة الظاهرة • ووجه ما حكاه محمد ان الجرح يقع به انهار الدم وهذا المعنى لا يوجد بالكي فصار كالخنق كذا في شرح القدوري قوله على ما ذكرناه اي عند قوله ولا بد من الجراح في ظاهر الرواية قوله قال وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله تعالى عليه لم يؤكل • اي قال القدوري في مختصره وقال صاحب الهداية يريد به عمدا اي يريد بعدم ذكر اسم الله عدم ذكره عمدا • لانه اذا تركه ناسيا اكل يعني اتبع الصيد مع الكلب المعلم كلب اخر غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا فاخذاه وجرحاه لا يؤكل لانه اجتمع المبيح والمحرم والاحتراز عن سبب الحرمة ممكن فترجح جانب الحرمة • وذلك لان جرح المعلم يوجب الاباحة وجرح غير المعلم لا يوجب الاباحة والاحتراز عنه ممكن فترجح جانب الحرمة كما لو وقع في الما • والاصل في ذلك حديث عدي بن حاتم وان شارك كلبك كلب اخر غير معلم فلا تاكل فاما اذا رده عليه الكلب الاخر ولم يجرح منه • وانما جرحه الكلب المعلم ومات بجرحه فانه يكره اكله لان غير المعلم لو شاركه في الجرح والاخذ حرم الاكل ولو لم يشاركه لا في الاخذ ولا في الجرح حل • ولو شاركه في الاخذ ولم يشاركه في الجرح كره • ثم ذكر محمد في هذا الفصل الكراهة وذكر في الفصل الاول الحرمة لان ثمة استوى سبب الحرمة وسبب الاباحة لان الشرك وجدت في الاخذ والجرح جميعا وفي استوى السببان والاحتراز عن سبب الحرمة ممكن ثبتت الحرمة كما لو وقع في الما • فاما هنا ترجح موجب الحل على موجب الحرمة لان المشاركة وجدت في الاخذ لا في الجرح • لان المعلم تفرد بالجرح فتثبت الكراهة لا غير • واما اذا لم يمكن الاحتراز عن سبب الحرمة لا يوجب الكراهة ايضا كما لو اتبع غير المعلم كلب الصيد ولم يأخذ قوله وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه حيث لا يكره • اي رد المجوسي الصيد على الكلب المسلم • قال في الاصل ارايت ان رد الصيد على الكلب انسان مجوسي فاخذ الكلب الصيد فقتله ابو كل قال نعم • وذلك لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب حتى يجعل متمما له • بخلاف الكلبين فان المشاركة تثبت بين فعليهما لوجود المجانسة قوله ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد واخذه وقتله لا باس باكله • ذكرها تفريعا وهي من مسائل الاصل واشتد اي عدا كذا في ديوان الادب • اي اشتد الكلب الثاني على اثر الكلب الاول المسلم • يعني عدا خلفه وابتعه ثم وراه حتى عدا الكلب الاول على الصيد فاخذه • قال الكرخي في مختصره فان اتبع الكلب كلب اخر غير معلم فلم يرده عليه ولم يهب الصيد ولكنه اشتد عليه فكان الذي اخذ الكلب المعلم فقتله قال لا باس باكله • قال القدوري وذلك لانه لم يوجد منه المعاونة فلم يشركه في الاصطياد فحل الاكل فصار كما لو اتبع شاة وامسكها مجوسي حتى ذبحها المسلم قوله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد اي فعل الكلب الثاني وهو غير المسلم اثر في الكلب الذي ارسل لان الكلب المعلم ازداد طلبا للصيد بفعل الكلب الثاني اي بعدوه لان عدوه خلفه صار مهيجا للكلب الاول فصار لعدوه اثر في الكلب الاول لا في الصيد لانه لم يرد الصيد على الاول ولم يهيبه فلا يكون لفعله اثر في الصيد فلما لم يكن لفعله اثر فيه لم يكن باكله باس قوله قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر لزجره فلا باس بصيده اي قال في الجامع الصغير يقال زجر الكلب فانزجر اي هيجه فهاج • قال صاحب الهداية والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه • اي بالاول الكلب وبالانزجار اظهار زيادة الطلب اي طلب الكلب للصيد • وقد ذكر محمد في الجامع الصغير هنا ثلاثة فصول الاول كلب ارسله مسلم وسمى فذهب ثم زجره مجوسي فانزجر لزجره فقتل الصيد انه لا باس باكله • لان الارسال لم ينقطع بالصياح من المجوسي فكان صياحه تبعا للارسال فكانت العبرة لارسال المسلم لا لصياح المجوسي • وهذا لان الانزجار من الكلب عقيب الزجر طاعة من الكلب للزاجر ظاهر بدلالة وذهابه بالارسال طاعة منه للمرسل صريحا ولا تعتبر الدلالة عند وجود الصريح فصار الدلالة لغوا فلم تصر شبهة فلم يكره • والثاني ان يرسله مجوسي فيذهب ثم يزجره مسلم ويسمي فينزجر فيقتله لا يحل اكله • وذلك لان الاصل الارسال كان فاسدا • والصياح بعد الارسال لما لم يعتبر شبهة في التحريم كما في الصورة الاولى لا يعتبر شبهة في الاباحة في هذه الصورة اولى • ولانه لو شاركه مثل فعله حرم الصيد فاذا اعانه بما ليس من جنس فعله ولا مثله فالتحريم اولى والثالث ان يكون الكلب منفلتا من صاحبه فيزجره مسلم ويسمي فينزجر لزجره فيقتله انه يحل • والقياس انه لا يحل وهو قول زفر وبالقياس اخذ مالك لان الانفلات لم ينقطع بالصياح • لان الشي انما يرفع بمثله او بما هو فوقه لا بما دونه والصياح دون الانفلات لان الانفلات اصل لانه سابق والصياح بنا عليه فكان دونه فلم يرتفع به الانفلات • واذا لم يرتفع به الانفلات فقد اجتمع ما يبيح وما يحرم والاحتراز عن سبب الحرمة ممكن فيجب الحرمة • وجه الاستحسان ان الدلالة هنا وجدت مفردة لا بمادتها من الارسال توجب الحل بالدلالة ولم يعتبر الانفلات شبهة لانه عدم علة في حكم الشرع والعدم لا يترتب فلا يعارض ولا شبهة • او نقول ان الصياح مثل الانفلات فيصلح ناسخا له • لان الانفلات ان كان اصلا من حيث انه سابق ثم من حيث انه فعل غير الادمي للادمي • والصياح ان كان تبعا لانه لاحق وبنا عليه اصل من حيث انه حصل من الادمي فاستويا في الاصالة والتبعية فكان الصياح مثل الانفلات فانفسخ به الانفلات ولم تثبت الشركة لان الشركة تثبت في الجنس الواحد لا في الجنس المختلف والكلب مع الادمي جنسان مختلفان فكذا ما يتولد منهما • والانفلات خروج الشي فلتة اي بغتة قوله ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل • اي ادرك الكلب الصيد فضرب الصيد ووقذه اي اثخنه واخرجه من حيز الامتناع • ثم ضربه الكلب ثانية بعد الاثخان فقتله اكل ذكرها وما بعدها الى فصل الرمي تفريعا • قال ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادرك الكلب الصيد فضربه فوقذه ثم ضربه كلبه الاخر فقتله اكل • قال القدوري في شرحه • وذلك لان هذا المعنى لا يمكن ضبطه من فعل الكلب • الا ترى انه لا يمكن ان يعلم ترك الجرح بعد الجرح

الاول وقال لم يكن فعليه يسقط اعتباره فكانه قتله بجرح واحد • وقال الكرخي ايضا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبه على صيد فضربه كلب احدهما فوقذه ثم ضربه كلب الاخر فقتله فانه يؤكل والصيد لصاحب الكلب الاول الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لما بينا انه جرح الكلب بعد الجرح لا يمكن التحرز منه فلم يمنع من الاباحة • واما الملك فانما صار لصاحب الكلب الاول لان جراحته اخرجت الصيد من حيز الامتناع ثم بعد ذلك لا يحل بجراحة الثاني ملك صاحب الاول عنه وهذا الذي ذكرنا بخلاف ما اذا رمى صيد السهم فاثخنه بحيث اخرجه عن حيز الامتناع ثم رماه ثانيا فقتله لا يؤكل • لانه لما اثخنه صار ذكاته ذكاة الاهلي ويمكن الاحتراز عن الرمية الثانية فلا يكون هو عفوا • وفي الكلب لم يمكن لان لا يمكن تعليمه على وجه لا يجرح ثانيا بعد ان جرح مرة وما لا يقدر دفعه فهو عفو • ويجي تمام البيان في مسئلة الرمي في فصل الرمي ان شا الله تعالى

فصل في الرمي

لما كانت الة الاصطياد منقسمة على نوعين حيوان وجماد كما بينا في اول هذا الكتاب قدم فصل الحيوان لفضيلته على فصل الجماد لان الحيوان له روح وفعل اختياري والجماد لا روح له ولا فعل فالالة انما يستعان بها على تحصيل امر قوله ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب • اي صيد كان يعني رمى المسموع حسه على ظن انه صيد فاصاب سهمه صيدا غير المسموع حسه فظهر ان المسموع حسه كان صيدا لا ادميا ولا شاة ونحو ذلك حل ما اصاب سهمه اذا كان مما يؤكل سوا كان المسموع حسه مما يؤكل لحمه او غير ماكول اللحم لانه قصد الاصطياد بالرمي • وكذلك اذا ارسل كلبه او بازه في هذه الصورة وهذه المسائل من اول الفصل الى قوله واذا رمى الرجل صيدا في الهوا اكل ليست بمذكورة في البداية لانها لم تذكر في الجامع الصغير ومختصر القدوري • وانما ذكرها القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وذكرها صاحب الهداية بها تكثيرا للفوايد • قال القدوري في شرحه وجملة هذا الباب ان من سمع حسا فظنه صيدا فارسل عليه كلبه او بازه او رماه بسهم فاصاب صيدا وبان ان الحس الذي سمعه لم يكن حس صيد وانما كان شاة او بقرة او ادميا لم يؤكل الصيد الذي اصابه في قولهم لانه ارسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كانه رمى الى ادمي فقتله فاصاب صيدا لم يؤكل • واما اذا كان الحس حس صيد ماكول او غير ماكول فان اصاب صيدا ماكولا اكل • وقال زفر ان كان حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع وما اشبهها لم يؤكل • وروي عن ابي يوسف انه قال ان كان حس سبع اكل الصيد وان كان حس خنزير لم يؤكل الصيد • وجه قولهم المشهور ان اصطياد الحيوان الماكول وغير الماكول من جنس الصيد سوا في الاباحة فاذا احس به لانه رماه او ارسل عليه تعلق بارساله ورميه اباحة الاصطياد وقد تعين صيدا ما كول فاكل كما لو كان الحس حس ما كول فاصاب ما كولا اخر وجه قول زفر ان السباع لا يحل اكلها فرميها لا يتعلق به اباحة الاكل فاذا اصاب غيرها لم يؤكل كما لو كان حس ادمي • لابي يوسف ان الخنزير مغلظ التحريم لا يجوز الانتفاع به بوجه والسباع وان كانت محرمة جاز الانتفاع بها • فاذا رمى الى صيد يجوز الانتفاع به ونبين انه الماكول جاز اكله • واذا رمى الى صيد لا يحل الانتفاع به فحال لم يتعلق برميه حكم الاباحة فلم يحل ما يصيبه • فاما اذا لم يعلم ان الحس حس صيد او غيره لم يؤكل ما اصابه لان الحظر والاباحة تساويا فكان الحكم للحظر • وقال في الاصل من رمى خنزيرا اهليا فاصاب صيدا فانه لا يؤكل لان الخنزير الاهلي ليس بممتنع فالرمي اليه الى الشاة فلا يتعلق به حكم الاباحة • وان اصاب ماكولا • ثم قال القدوري وكذلك قال فيمن سمع حسا وظنه ادميا او شاة فاصاب الحس بعينه فاذا هو صيد اكل لانه لا يعتبر بظنه مع تعينه صيدا فصار كانه قصد الى المحسوس • وقالوا لو رمى طايرا فاصاب صيدا وذهب المرمي فلم يعلم او وحشيا وسائر ذلك هو الصيد وهذا مبني على ان الطير الداجن اذا رمي في الصحرا لم يحل بالعقر لانه ياوي البيوت فيثبت اليد عليه الا انه اذا رمى الى طير ثم لم يعلم به فالاصل في الطاير التوحش حتى يعلم الاستيناس فيتعلق برميه الاباحة • قالوا ولو رمى بعيرا فاصاب صيدا او ذهب البعير فلم يعلم اناد هو او غير ناد لم يؤكل الصيد حتى يعلم ان البعير كان نادا لان الاصل في الابل الاستيناس حتى يعلم غيره • قال واختلفت الرواية عن ابي يوسف فيمن رمى سمكة او جرادة فاصاب صيدا فقال لا يؤكل لان السمك والجراد لا ذكاة لهما • وروى ابن ابي مالك انه يؤكل الصيد لان المرمي من جملة الصيد • وان كان لا ذكاة له قال قالوا ولو ارسل كلبه على طير موثوق فاصاب صيدا لم يؤكل لان الموثوق لا يجوز صيده بالكلب وهو كالشاة • ولو ارسل بازه على ظبي وهو لا يصيد الظبا فاصاب صيدا لم يؤكل لان هذا الارسال لم يتعلق به الاصطياد فصار كمن ارسل كلبا على فيل فاخذ صيدا كذا ذكر القدوري في شرحه قوله حرزا منها لا يؤكل لحمه اي من جملة المسموع حسه قوله اذ اسم الاصطياد لا يختص بالماكول • قال الشاعر صيد الملوك ارانب وثعالب واذا ركبت فصيدي الابطال قوله وهو فعل مباح في نفسه اي الاصطياد فعل مباح في نفسه لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا والاصطياد اخذ الصيد • والصيد اسم لممتنع متوحش في الاصل فكانت الاية دليلا بعمومها على اباحة عموم الاصطياد الا ان الاصطياد اذا كان مما يحل اكله كان الغرض منه الاكل • واذا كان مما لا يحل اكله كان الغرض منه الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او دفع اذيته وهذا معنى قوله اباحة التناول ترجع الى المحل فيثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا • اي يثبت التناول بقدر ما يقبل المحل التناول من حيث اللحم والجلد • يعني ان كان يقبل المحل تناول اللحم يثبت تناول اللحم وان كان يقبل تناول الجلد لا اللحم يثبت ذلك فينتفع بجلده وان لم يقبل تناولهما جميعا كما في الخنزير فحينئذ يكون الاصطياد لدفع اذيته فاذا كان الاصطياد مباحا في المحل اذا كان ماكول اللحم وان كان المسموع حسه لا يحل اكله قوله والظبي الموثوق بمنزلته اي الظبي المقيد بمنزلة الطير الداجن الذي ياوي في البيوت من حيث انه قوله لما بينا اشارة الى قوله لان الفعل ليس باصطياد قوله ناد يقال ند البعير ندا ونديدا اذا ذهب على وجهه شاردا كذا في الجمهرة قوله واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات • وهذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لان السهم الة الاصطياد فيشترط التسمية عند رميه كما يشترط التسمية عند ارسال الكلب • وانما شرط الجرح لان القتل

من حصل بالله تحرج وتقطع محل الاكل • ومتى حصل بالله تدق وتمزق لا يحل الاكل لما روي في الاثر عن ابراهيم انه قال ما خزق المعراض
فكل وما لم يخرق فلا تاكل لانه وقيذ • قال صاحب الهداية وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة اي لذكاة الاصطياد • وذلك
لان الذكاة على نوعين كما بينا في اوايل الذبايح ذكاة الاختيار وهي قطع الاوداج في محل معلوم وهو ما بين اللبة واللحيين • وذكاة
الاضطرار وهي جرح في اي محل كان **قوله** على ما بينا اي في فصل الجوارح عند قوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية **قوله**
قال فان ادركه حيا ذكاه • اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود من البدل فيبطل حكم
البدل • وذلك لان ذكاة الاضطرار بدل عن ذكاة الاختيار وقد مر بيان ذلك مستوفى مع ما فيه من الاختلاف عند قوله
وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وهو المراد بقوله وقد بيناه في الفصل الاول اي في فصل الجوارح **قوله**
والاختلاف فيها بالنصب عطفا على الضمير في قوله بيناه وهو الشايع • ويجوز الجر عطفا على قوله بوجوهها اي بوجوه المسئلة **قوله**
قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه فلم يزل في طلبه حتى اصابه اكل الصيد • وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا
لم يوكل • اي قال القدوري في مختصره قوله اكل الصيد استحسان والقياس ان لا يوكل كذا ذكره القدوري في شرحه وهذا اذا
لم يكن فيه جراحة اخرى غير جراحة سهمه • اما اذا كان فيه جراحة اخرى لا يوكل قياسا واستحسانا كذا قال خواهر زاده في
شرحه • وللشافعي رحمه الله قولان اذا غاب الصيد عنه ثم وجده ميتا في قول يوكل وفي قول لا يوكل ولم يعتبر القعود عن الطلب
في القولين جميعا كذا في مختصر الاسرار • وقال ابن الجلاب المالكي في كتاب التفريع ولا باس باكل الصيد وان غاب عن الصايد
مصرعه ما لم يبت عنه فان بات عنه لم يجز اكله • وقال الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل واذا رماه فغاب عن عينه واصابه
ميتا وسهمه فيه ولا اثر به غيره جاز اكله • وجه قوله ظاهر وهو ما روى صاحب السنن باسناده الى عامر الشعبي عن عدي
ابن حاتم انه قال يا رسول الله احدنا يرمي الصيد فيقتفي اثره اليومين والثلاثة ثم يجده ميتا فيه سهمه اياكل قال نعم ان شا
او قال ياكل ان شا • وقال احتج انه سمع اهل العلم كذلك وكان يبني الامر على الغالب لانه اذا بات عنه قعد عن طلبه غالبا
حتى اذا لم يقعد عنه ينبغي ان لا يحرم عنده ايضا • والشافعي رحمه الله احتج بقول ابن عباس كل ما اصميت ودع ما انميت • قال
في الفايق الاصماء ان يقتله مكانه • والانماء ان يغيب عنه بعد ما اصابه ثم يموت • ولانه يحتمل اذا توارى ان يموت بغيره من الجراح
وغيره • ولنا ما روي اصحابنا في كتبهم كالقدوري وغيره ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بالروحا على حمار وحش عقير فبادر اصحابه
اليه فقال دعوه فسياتي صاحبه فجا رجل فقال هذه رميتي يا رسول الله وانا في طلبها وقد جعلتها لك فامر رسول الله صلى الله
عليه وسلم ابا بكر فقسمها بين الرفاق • ولانه اذا لم يقعد عن طلبه ولم يشتغل بعمل اخر يجعل كانه مات بمراى عين الصايد دفعا
للحرج وهو مما يقع كثيرا • لان الاصطياد يكون غالبا في الشاجر والبراري ونوادي الصيد فيها غالب فما لم يقعد عن طلبه
حل اكله دفعا للضرورة ولا ضرورة فيما اذا اشتغل بعمل اخر فلا يوكل وعليه هذا حديث الشعبي • لان النبي صلى الله عليه وسلم
جوز اكل الصيد بعد تواريه اذا كان الصايد يقتفي اثره • وقال القدوري في شرحه روي ان رجلا اهدى الى النبي صلى
الله عليه وسلم صيدا فقال له من اين لك هذا فقال رميته بالامس وكنت في طلبه حتى هجم الليل فقطعني عنه ثم وجدته اليوم ومزراقي
فيه فقال عليه السلام انه غاب عنك فلا ادري لعل بعض الهوام اعانك عليه لا حاجة لي فيه • ولانه اذا قعد عن طلبه جاز
ان يدركه حيا لو لم يقعد عن طلبه فكانت ذكاته الذبح • وخرج الجرح من ان يكون ذكاة له فلا يجوز اباحته بالشك
والتحامل في التفاعل من تكلفه بمشقة واعيا • يقال تحاملت في المشي • ومنه ربما يتحامل الصيد ويطير اي يتكلف الطيران ثم
وهو من الهاء في تحامل الصيد نفسه من تكلف المشي والطيران كذا في المغرب **قوله** لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام لعل هوام
الارض قتلته **قوله** ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم ذكرها تفريعا وهي من مسايل الاصل • قال
الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وان كانت فيه جراحة اخرى لم ياكله ان ترك الطلب ولم يتركه • وذلك لان موت
الصيد بجراحة اخرى موهوم كموته بسبب هوام الارض • ثم اذا لم يقعد عن طلبه ثم وجده ميتا وليس به جراحة اخرى سقط
اعتبار توهم موته بسبب هوام الارض لانه لا يمكن الاحتراز عنه لانه لا بد من ان يقع الصيد على الارض ولا تخلو الارض عن الهوام
واما اذا لم يقعد عن طلبه ثم وجده ميتا وبه جراحة اخرى لم يسقط اعتبار توهم موته بتلك الجراحة • لان الاحتراز عنها
ممكن • لان الصيد يخلو عن جراحة اخرى في الجملة فوجب اعتبار الموهوم لامكان الاحتراز كما اذا قعد عن طلب الصيد
ولم يجد به الا جراحة سهمه **قوله** والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي • يعني اذا ارسل الكلب او البازي
المعلم على الصيد فجرحه فغاب ثم وجده ميتا فان كان لم يقعد عن طلبه حل اذا لم يكن به جراحة اخرى • فان قعد عن طلبه
او كان به جراحة اخرى لم يحل **قوله** قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض
لم يوكل • اي قال القدوري في مختصره قال في الاصل رجل رمى صيدا فاصابه فوقع في ماء فمات فانه لا يوكل وهذا
لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعدي بن حاتم واذا وقعت رميتك في ماء فلا تاكله فانك لا تدري ان الماء قتله ام سهمك
والمعنى انه اجتمع سبب الاباحة وهو الجرح وسبب الحرمة وهو الوقوع في الماء لجواز انه اختنق بالماء • فاذا اجتمع السببان
لا بد من اعتبار سبب الحرمة اذا كان مما يمكن الاحتراز عنه والوقوع في الماء مما يمكن الاحتراز عنه فانه قد لا يقع في الماء
بخلاف السقوط على الارض لانه مما لا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره هنا • واذا كانت الاصابة بحال يتوهم سلامة الصيد
منه ان كان يبقى فيه من الحيوة مقدار ما يكون في المذبوح بعد الذبح من الاضطراب للذبح بان ابان راسه ثم وقع في الما

فانه لا يحرم عنده حيثما • لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة لها عنده حيثما لانها حياة صورة لا معنى فانه لا ينتفع بهذه الحياة بما يطلب من الحياة
فان لم يكن لهذا القدر من الحياة عبرة عنده حيثما ثم وقوعه في الماء في هذه الحالة ووقوعه وهو ميت سواء • ولو وقع في الماء بعد ما مات
لا يحرم فكذا هذا • فاما اذا كانت الجراحة بحال يموت منه لا محالة بان اصاب البطن ونفذ الى الجانب الاخر ولم يشقه ولكن وصل الى الامعا
حتى يعيش يومه الا انه يعيش اكثر ما يعيش المذبوح فلا يحرم في هذه الحالة اذا وقع في الما • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه يجب ان تكون
المسئلة على الاختلاف على قول ابي يوسف لا يحرم • لان هذا القدر من الحياة لا عبرة بها على مذهبه وجوده وعدمه بمنزلة • فانه روى
سليمان بن شعيب عن ابيه عن ابي يوسف في املائه عليهم في الموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع اذا ذكي بعد ذلك • قال فان كان
فاته بحال لا يعيش منه لا محالة فانه لا يحل وان كان يعيش اكثر ما يعيش المذبوح بعد الذبح • واذا لم يكن لهذا القدر من الحياة عبرة
على مذهبه كان بمنزلة ما لو وقع في الماء بعد من الحياة ما يكون في المذبوح بعد الذبح من الاضطراب للذبح • ولو وقع في الماء في هذه
الحالة فانه لا يحرم بسببه وقوعه في الماء ولا يحل اذا ادرك بالذكاة على قول محمد يكون لهذه الحيوة عبرة عنده وانه روى ابن سماعة في
نوادره عن محمد ان المتردية اذا ادركت وتذكى لها ما يعلم يقينا انه يموت الا انه بقي فيه من الحياة اكثر ما يكون في المذبوح بعد الذبح ثم
فانه يحل فيكون الموت مضافا الى الذكاة فكذا هنا يكون الموت مضافا الى التردد فيحرم • هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده • وقال
هذا اذا كان الطير بريا فاذا كان مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء فانه لا باس باكله وان انغمس فانه لا يوكل في ما ذكرنا • وقال
ابو الحسن الكرخي في مختصره المتردي من الصيد هو الذي يرمى وهو يطير فيسقط على جبل ثم يسقط منه الى الارض فهو متردٍ فلا يوكل اذا
مات من ذلك • وكذلك ان كان على جبل فسقط ميتا على شي من الجبل ثم سقط الى الارض لم يوكل • وكذلك لو كان على نخلة او شجرة
فسقط منها على جذع النخلة او بدك الشجر ثم سقط الى الارض فمات لم يوكل • وكذلك لو وقع على رمح مركوز في الارض وفيه سنان فوقع على
السنان ثم وقع على الارض لم يوكل • وكذلك لو نشب فيه السنان فمات عليه لم يوكل الى هنا لفظ الكرخي رضي الله عنه • قال القدوري
في شرحه • والاصل في هذا انه اذا اشترك الرمي معنى اخر يمكن الاحتراز عنه ويجوز ان يكون التلف حصل به لم يوكل • لما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ولو وقع في الما فلا تاكله فلعل الما قد قتله ومعلوم ان وقوع الصيد على شي ثم وقوعه منه الى الارض
قد يخلو منه الرمي في الغالب • ويجوز ان يكون التلف حصل من تصادمه كوقوعه في الما • واما اذا وقع على الارض فان القياس
ان لا يوكل لانه يجوز ان يكون مات من الارض • والاستحسان ان يوكل لانه لا يمكن الاحتراز عن وقوع المرمي في الارض فما لا يمكن الاحتراز
عنه في الصيد يسقط حكمه • قال وقد ذكر في المنتقى في الصيد اذا وقع على صخرة فانشق بطنه او انقطع راسه لم يوكل ثم قال الحاكم وهذا
خلاف جواب الاصل • يعني انه خلاف عموم الجواب لانه قال في الاصل انه لو وقع على اجرة موضوعة في الارض اكل ولم يفصل بين ان يكون
انشق بطنه او لم ينشق • ثم قال فان جعلناه روايتين فوجهه ما ذكره الحاكم انه اذا انشق بطنه فالظاهر ان الموت حصل بغير الرمي فسقط
التجويز اي سقط احتمال ان يموت بالرمي وليس كذلك اذا لم ينجرح • لانه يجوز ان يكون مات من الوقوع او من الرمية والاحتراز غير ممكن ثم
سقط التجويز • يعني لم يعتبر احتمال ان يموت من الوقوع لان سبب الحرمة لا يعتبر اذا لم يمكن الاحتراز عنه • ثم قال ويجوز ان يحمل ما ذكره
في الاصل على هذا التفسير فيكون معناه انه يوكل اذا لم ينشق بطنه او ينقطع راسه • وقال الكرخي ايضا في مختصره وكذلك لو وقع على حرف
اجرة في الارض او حرف حجر ثم وقع على الارض لم يوكل لانه قد يترك السقوط عليه • ولو كانت الاجرة مسطوحة على الارض واللبنة ثم وقع عليها
ثم مات اكل • وذلك لان الاجرة المسطوحة كالارض ووقوعه عليها كوقوعه على الارض • وقال الكرخي ايضا ولو وقع على جبل فاستقر
عليه اكل • وذلك لان استقراره على الجبل كاستقراره على الارض • وقال الكرخي ايضا ولو سقط من الرمية في ما فمات لم يوكل ولا
اعلم في هذا خلافا لانه قد يجوز ان يكون اختنق بالما • ثم قال الكرخي قال بشر وعلي بن الجعد عن ابي يوسف اذا رمى رجل صيدا وهو
في السما بنشابة ونحوه فاصابه ثم وقع الى الارض فانه اكل وليس هذا بتردد • وكذلك لو كان على جدار او حايط او رابية او جبل ثم وقع
منه الى الارض ولكن المتردي الذي لا يوكل ان يقع ثم وقع الشي من السما او من موضع فوقه ثم يقع من ذلك الموضع الى موضع اخر فهذا لا يوكل
وهذا متردٍ الى هنا لفظ الكرخي • قال القدوري وهذا صحيح لان المتردي هو المتردد ولكنها اجتمع الحرفان فقلبوا احدهما • كقولهم
تقضي البازي وانما هو تقضض والمتردد هو ان يقع على شي ثم على شي • وقال الكرخي ايضا وكل متردٍ او موقوذ او نطيح او ما اكل
السبع ادرك حيا ثم رمق فذكي حل اكله الا ما جرحه السبع اذا كان جرحا لا يعيش من مثله الا بقدر ما يعيش المذبوح فانه لا يوكل وان
ذكي هكذا حكاه محمد في هذا واطلق القول ابو يوسف وقد حكيته في غير هذا الموضع من كتابي هذا الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • وقال
في شرح الطحاوي الموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع لا يوكل اذا وجد ميتا ولم يدرك ذكاته • واما اذا ادرك ذكاته
فانه يحل بعد ان وجد وفيه قليل من الحياة كالصياح والحركة وتحريك وخروج الدم لا يدل على الحياة الا اذا كان يخرج كما يخرج من الحي وهذا
عند ابي حنيفة وهو ظاهر الرواية • وقال محمد ان بقي من حياتها مثل حياة المذبوح او اقل لا يحل • وان كان اكثر من ذلك يحل هو
وذكر الطحاوي ان على قول محمد ان لم يبق منه الا الاضطراب للموت فذبحها هكذا لم يحل • وان كان يعيش مثله كيوم او بعض يوم حل • وهذا
موافق لما ذكرنا من الرواية • وقال ابو يوسف ان كان يعلم انه يموت لا محالة من ذلك لا يحل • وان كانت تعيش بعد التردي
فذبحها فانه يوكل • وروي عنه في رواية اخرى انه قال اذا كان به من الحياة ما يعلم انه يعيش يوما او اكثر من نصف يوم يوكل والا
فلا كذا في شرح الطحاوي • وقال القدوري ذكر في المنتقى عن ابي يوسف قال ولو رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه حتى لا يتحرك ولم يسقط
ان يأخذ رماه فقتله ووقع لم يوكل • وذلك لانه خرج من حيز الامتناع بالرمي الاول فصار الرمي الثاني الى غير ممتنع فلا يوكل ثم
وقال الكرخي في احزاب المتردي حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا ابن سمع قال حدثنا يحيى بن زكريا بن ابي زايدة قال حدثنا

ثام عن عامر يعني الشعبي عن عدي بن حاتم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا وقعت رميتك في ماء فغرقت فلا تاكل قوله من
علو بثلاث لغات ذكرها في الصحاح • يقال اتيته من عل الدار ومن علا ومن عل ومن عال ومن معال بضم الميم ومن علو بفتح الواو وضمها
وكسرها قوله وان وقع على الارض ابتدا اكل هذا لفظ القدوري وقد مر بيانه قوله وصححه الحاكم اي صحح ما ذكر في المنتقى
وبيانه مر قبل هذا قوله وحمله شمس الائمة السرخسي على ما ذكر في المنتقى على ما اذا اصابه حد السهم فانشق بطنه • وحمل
ما ذكر في الاصل على ما اذا لم يصبه حد السهم ولم ينشق بطنه • يعني لا اختلاف بين الروايتين قوله قال وما اصاب المعراض
بعرضه لم يوكل • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه • وان جرح اكل وذلك لما روي في الصحيح البخاري والسنن مسندا
الى الشعبي قال قال عدي بن حاتم سالت النبي صلى الله عليه وسلم عن المعراض فقال اذا اصاب بحده فكل واذا اصاب بعرضه فلا تاكل فانه
وقيذ • والمعراض سهم بلا ريش ولا نصل يصيب عرضا قوله قال ولا يوكل ما اصابته البندقة فمات منها • اي قال القدوري في
مختصره وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر الجرح في حديث المعراض ولم يوجد ذلك في البندقة وما اشبهها من الحجر والخشب
لان ذلك يدق ويكسر ولا يقطع ولا يجرح • قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي ولا يحل صيد البندقة والحجر والمعراض والعصا
وما اشبه ذلك وان جرح لانه لا يخرق الا ان يكون شي من ذلك قد حدده وطوله كالسهم وامكن ان يرمي به فان كان كذلك وخزقه
بحده وبضعه حل • والمزراق كالسهم الى هنا لفظ الكافي • وذكر فخر الاسلام في شرح الزيادات في باب الصيد يحل اكله اذا رماه
غيره ان الحجر والبندقة اذا جرح حل وكذلك المعراض قوله وكذلك ان رماه بحجر وكذلك ان جرحه اي جرحه الحجر وهذه من مسائل
الاصل ذكرها تفريعا • قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه وذلك لان الحجر مما يدق لا يقطع اذا لم يكن له حد فيكون كالمعراض اذا
اصاب الصيد بعرضه قيل هذا اذا كان الحجر ثقيلا فاذا كان خفيفا وجعل كالسهم طويلا وحدد يحل صيده الى هذا اشار الحاكم فيما
قال في الاصل وكذلك ان رماه بمروة حديدة فالحكم لانه مما يدق ويكسر ولا يجرح • والتعليل بهذه الالة لا يفيد الاباحة وكذلك
ان رمى صيدا بمروة حديدة وهي لم تقطع راسه هل يوكل قال لا لان الابانة تحصل بالثقل لا بالقطع فيكون وقيذا • وان مات بالجرح
ان كان الجرح مدميا فانه يحل بلا خلاف وان جرح ولم يدم اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يحل لقوله صلى الله عليه وسلم ما انهر الدم وافرى
الاوداج فكل شرط الانهار وهذا اضعف عندي لانه كما شرط الانهار شرط فري الاوداج ايضا • وفي ذكاة الاضطرار لم يشترط فري
الاوداج فكذا لا يشترط الانهار • وقال بعضهم اذا كانت الجراحة صغيرة يشترط الادما وان كانت كبيرة يحل بلا ادما لانها
اذا كانت صغيرة فعدم خروج الدم يدل على ضيق المنفذ لا على عدم الدم في الحيوان وخروج الدم عند وجود الدم شرط للاباحة
واذا كانت كبيرة لا يكون عدم الخروج لضيق المنفذ بل لعدم الدم فيه اصلا كما اذا كان علفه ورق العناب فاحمر دمه وخروج الدم
حال عدمه فيه ليس بشرط للاباحة قوله بمروة حديدة اي حادة وفي صفة المرو وهي الحجر الابيض الدقيق • واللحم كلمة يوسا
فقال لا استثنا اذا كان المستثنى عن ابن نادرا استطهارا بنية الله تعالى على اثبات وجوده قوله وان اصاب بقفا السكين
او بمقبض السيف لا يحل ذكره تفريعا على مسالة القدوري • والمقبض من السيف بفتح الميم ذكر الباحث يقبض عليه بجمع الكف • وذلك
لانه يدق ولا يجرح • قال في شرح المبسوط من الشايل اخذ عودا وحدده ان اصاب بحده يحل والا فلا قوله والحديد وغيره فيه سوا
اي في شرط الجرح سوا • يعني ان الحديد اذا جرح اكل واذا لم يجرح لم يوكل • وكذا غير الحديد كالمعراض • والعود اذا جرح اكل واذا
لم يجرح لم يوكل قوله ولو ذبح شاة ولم يسل منه دم قيل لا يحل ذكره تفريعا • وجه عدم الحل ما ذكر في قوله عليه السلام ما
انهر الدم وافرى الاوداج فكل • ووجه الحل ما ذكر قبل هذا بقوله لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ وغلظ الدم فالاول قول الامام
الصفار والثاني قول ابي بكر الاسكاف قوله واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا ذكرها تفريعا ايضا
اي اصاب ظلف الظبي او قرن البقر الوحشي • قال صاحب الهداية وهذا يويد بعض ما ذكرناه اي يويد قول ابي القاسم الصفار لانه شرط
للحل انهار الدم • وقال الحاكم الشهيد في الكافي وما توحش من الاهليات حل بما يحل به الصيد • فان ند بعير او غيره فلم يقدر عليه
وخيف ذهابه فرمي بسهم حل به • فان اصاب الظلف او القرن فقتله حل به ايضا اذا ادماه وخاضت الرمية الى اللحم • وكذلك المتردي
في بئر لا يقدر على مذبحه فاينما وجي منه فادماه فهو ذكاته الى هنا لفظ الحاكم رضي الله عنه • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وهذا في البقر والابل • اما الغنم اذا ندت فرماها بسهم لم تحل لانه امكن اخذها • وتحقيق الذكاة الاختيارية
فيها بخلاف البقر لانه يتعذر اخذها حالة الصيال والتوحش • ولنا فيه نظر لانه خلاف العموم جواب الحاكم لانه قال وما توحش
من الاهليات حل بما يحل به الصيد • ولفظ الاهليات يتناول الغنم ايضا • وقال ايضا وان ند بعير او غيره وهذا لا دليل البعير
اعم من ان يكون بقرا او شاة • والعلة في البعير والبقر التوحش بحيث لا يقدر عليه ويخاف ذهابه وهذا المعنى قد يوجد ايضا
في الشاة اذا ندت في الصحرا يدل عليه قول الحاكم ايضا لانه قال فان اصاب الظلف والظلف يستعمل في البقر والشاة والظبي جميعا
ثم قال شيخ الاسلام المذكور وهذا اذا كانت خارج المصر • اما اذا كانت في المصر لا تحل بالرمي لانه امكن اخذها من غير تكلف
لانه لم يتعذر تحقيق الذكاة الاصلية فيها • فان اصاب الظلف او القرن فقتله حل ان ادماه لوجود الجرح • قال الولوالجي في
فتاواه رجل ذبح شاة او بقرة فهذا على اربعة اوجه ان تحرك بعد الذبح وخرج منه دم مسفوح او تحرك ولم يخرج منه دم مسفوح او
خرج منه دم مسفوح ولم يتحرك ففي الوجوه الثلاثة يحل لانه وجد علامة الحياة وعلامة الحياة احد هذين الامرين • اما الدم
المسفوح او الحركة • وفي الوجه الرابع وهو اذا لم يتحرك ولم يخرج منه دم مسفوح لا يحل لانه لم يوجد علامة الحياة • ولكن
هذا اذا لم يعلم حياته وقت الذبح فان علم حل وان لم يتحرك ولم يخرج منه دم اصلا قوله قال واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل

الصيد • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يوكل العضو • وانما اكل الصيد لوجود الجرح وهو المبيح في ذكاة الاضطرار • والى
هذا المعنى اشار بقوله لما بينا • ولا يوكل العضو المبان عندنا اذا كان الصيد يمكنه ان يعيش بعد الابانة • فان كان لا يعيش يوكل
المبان والمبان منه جميعا • ومذهب مالك مثل مذهبنا • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده وقال ابن ابي ليلى والشافعي رحمه الله
اذا مات الصيد من القطع الذي حصل به الابانة فانه يحل المبان والمبان منه • وان لم يمت من القطع الذي حصل به الابانة واحتيج
الى ذكاة اخرى فان المبان لا يحل ويحل المبان منه • وذكر الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل في عضو المبان روايتين في رواية يوكل
وفي رواية لا يوكل • وجه قول ابن ابي ليلى والشافعي رحمهما الله ان هذا مبان بسبب الذكاة فيوكل قياسا على ما اذا ابان راسه او
قطعه نصفين او قطع الثلث من قبل الاوراك فانه يوكل المبان • لان الابانة حصلت بسبب الذكاة فكذا اذا قطع فخذه ومات
من قطع الفخذ فالمبان حصل بسبب الذكاة • لان هذا القطع حصل ذكاة حالة الاضطرار ولهذا احل الباقي بالاتفاق • بخلاف ما اذا
لم يمت بالقطع الذي حصل به الابانة واحتيج الى ذكاة اخرى لانا قلنا فالمبان حصل بسبب الذكاة وهذا المبان لم يحصل بسبب الذكاة
لانه لم يحل الباقي بهذا القطع حتى تكون الابانة حاصلة بسبب الذكاة وما ابين من الحي لا بسبب الذكاة فهو حرام فصار تفسير قوله عليه
السلام ما ابين من الحي فهو ميت اي ما ابين منه لا بسبب الذكاة فهو ميت لاجماعنا ان المبان بسبب الذكاة يحل • ولنا ما روي في السنن
مسندا الى عطا بن يسار عن ابي واقد قال قال النبي صلى الله عليه وسلم ما قطع من البهيمة وهي حية فهي ميتة • وقال ابو الحسن الكرخي في
مختصره روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما بان من الحي فهو ميتة ولا اعلم بين اهل العلم خلافا في ان رجلا لو قطع من الية شاة او
قطعة او من فخذها انه لا يحل له اكل ذلك • قال القدوري في شرحه وهذا امر كانت تفعله الجاهلية وذلك كانوا يقطعون قطعة من
الية الشاة ومن سنام البعير فياكلونها فقال عليه السلام ما بان من الحي فهو ميت فدل ذلك على تحريمه لان الميتة حرام • والتحقيق في الباب
ان يقال ان النبي صلى الله عليه ذكر الحي مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والحي المطلق هو الحي صورة وحكما • فاما الحي صورة لا حكما فليس
بحي كامل لانه حي من وجه دون وجه فصار الاصل هنا ان المبان من الحي وهو حي صورة وحكما حرام • اما المبان من الحي وهو الحي صورة
لقيام الحياة فيه لكنه ليس بحي حكما لانه لا يتوهم سلامته بعد القطع فانه يحل • بيانه اذا قطع راس الصيد او اكثر الراس او نصف
الراس او قطعه نصفين او قطع الثلث منه مما يلي الراس فانه يوكل المبان والمبان منه جميعا لانه لا يتوهم سلامة الصيد بعد مثل هذا القطع
فكان ذلك مبانا من الحي صورة لا حكما • ولهذا لو وقع في الماء او تردى من الجبل لم يحرم في هذه الحالة • واذا قطع يد الصيد
او رجله او الثلث مما يلي العجز • او قطع اقل من نصف الراس يحرم المبان لانه مبان من الحي صورة وحكما لانه يتوهم سلامة
الباقي بعد مثل هذا القطع • ولهذا لو وقع في الماء او تردى من الجبل يحرم ايضا فتفسير الحديث ما ابين من الحي صورة وحكما فهو
ميت • اي لا يحل • والجواب عن قوله انه مبان بذكاة الاضطرار فيحل فنقول حال قطع اليد ليس ذلك ذكاة لبقا الروح في الباقي
وبعد زوال الروح لم يظهر اثره في المبان لانفصاله قبل حصول الذكاة قوله ولو ضرب عنق شاة فابان راسها يحل ذكرها
تفريعا وهي من مسائل الاصل • قال في الاصل ارايت رجلا ضرب عنق شاة بسيف وسمى فابانه من قبل الاوداج هل يوكل قال نعم
وقد اساء في صنيعه اما انها توكل لانه اتى بالذكاة وزيادة ولكن اسا لانه جاوز النخاع • وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم ان تنخع
الشاة اذا ذبحت • هذا اذا ضرب من قبل الاوداج • اما اذا ضرب من قبل القفا فبان الراس فان ماتت الشاة قبل قطع
الاوداج لا تحل لان الذكاة ما تحصل اذا قطع الاوداج وهي حية • وقطع الاوداج حصل وهي ميتة • وان قطع الاوداج والشاة
حية حلت قوله ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه الى اخره ذكرها تفريعا ايضا وهي من مسائل الاصل فهذا على وجهين اما
ان يكون الابانة بحال يتوهم الالتيام والاندمال او لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده ففي الاول لا توكل اليد والرجل لانه لم توجد الابانة
لا حقيقة ولا اعتبارا فيحل كما يحل سائر الاجزا • وفي الثاني لا يحل لان الاباحة وجدت من حيث المعنى وان لم توجد من حيث الصورة
والشرع للمعنى قوله ولا يوكل صيد المجوسي والمرتد والوثني وهذا فرض لا يضر بيته صحيحا فكذا هكذا • وقال شيخ الاسلام
خواهر زاده انما خص قولهما لانهما لم يحفظا الرواية عن ابي حنيفة لا ان قول ابي حنيفة خلاف قولهما • فاما اذا علم ان الموت
حصل من الجراحتين جميعا او لا يدري • قال شيخ الاسلام خواهر زاده لم يذكر هذا في الكتاب ان الثاني ماذا يضمن ثم قال
وذكر في الزيادات وقال بعض المشايخ ما انتقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته حيا مجروحا بجراحتين • ثم يضمن نصف قيمة لحمه ذكيا
للاول • وانما يضمن ما انتقصته جراحته لانه رمى الثاني وقد جرح حيوانا مملوكا للاول ومن جرح حيوانا مملوكا لغيره فانه يضمن ما نقصته
جراحته اولا كما لو جرح عبدا ثم يضمن نصف قيمته حيا وبه جراحتان لان التلف حصل بالجراحتين فصار التلف مضافا اليهما واذا صار
التلف مضافا اليهما صار الثاني متلفا نصف هذا الصيد وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين لان الجراحة الاولى حصلت
كانت من صنعه فلا تكون مضمونة عليه • والثانية وان كانت من قبله الا انه ضمن مرة فلا يضمنها مرة اخرى ثم يضمن نصف قيمة لحمه
ذكيا لانه بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمية الثاني فهو بالرمي افسد عليه نصف اللحم فيضمن نصف قيمة لحمه
بيانه فيما قال في شرح الزيادات ان نصف الصيد تلف بفعله الاول الا ان ذلك كان يوكل لولا فعل الثاني فصار الثاني متلفا
للنصف الذي تلف بالاول لحما فغرم قيمته لحما ولم يضمن قيمة النصف الاخر الذي تلف بنفسه لحما لانه ضمن قيمته حيا فدخل فيه قيمته
لحما قوله فالجواب في حكم الاباحة • يعني لا في حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه لنفسه قوله قال ويجوز اصطياد
ما يوكل لحمه من الحيوان وما لا يوكل • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان النصوص المقتضية لاباحة الاصطياد من الايات
والاخبار عامة • ولان اصطياد ما لا يوكل لحمه فيه فائدة وهي الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او عظمه او دفع اذيته فيكون

من رقيقها للاصطياد فما يؤكل لحمه والله اعلم

كتاب الرهن

مناسبة الرهن بالصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب مباح لتحصيل المال • ثم الرهن لغة حبس الشيء اي شيء كان منه قوله تعالى كل امرئ بما كسب رهين • وفي عرف الشرع حبس العين بحق يمكن استيفاؤه منها • وانما بدأنا بالحق لان الرهن كما يصح بالدين يصح بالغصب ايضا والحق يشملهما • وقال القدوري في شرحه الرهن في الشرع عبارة عن عقد وثيقة بمال وبذلك ينفصل من الكفالة والحوالة لانهما عقد وثيقة بذمة • وينفصل من المبيع في يد البائع لانه وثيقة ولكن لا ينعقد على وثيقة والاصل في جواز عقد الرهن الكتاب والسنة والاجماع • اما الكتاب فقوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة والرهان جمع الرهن كالنعال والزناد في جمع النعل والزند وقرا ابو عمرو وابن كثير فرهن مقبوضة في جمع الجمع • واما السنة فما ذكر محمد في الاصل عن ابي يوسف عن الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما بنسيئة ورهنه به درعه • والاجماع الامة على هذا ظاهر لم يخل عصر من الاعصار عن رهون وارتهان وثيقة بالديون • وحدث البخاري في الصحيح باسناده الى الاسود عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه • اما ما ذكر محمد ففوائد • احدها لا باس بالبيع والنسيئة ولا كراهة فيه ومن الناس من قال يكره لما فيه من طول الامل • فانه روي عن اسامة انه اشترى شيئا بدراهم نسيئة شهرا فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام ان اسامة لطويل الامل والله لا افتح عيني الا واخشى ان يغشيني الموت قبل ان اردهما وعامة العلماء لم يروا باسا بهذا الحديث • وفيه دليل لا باس بالاستدانة فان النبي عليه السلام استدان وكان ذلك مكرها في ابتداء الاسلام لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يشدد في امر الدين وكان لا يصلي على من مات وعليه دين ثم رخص في ذلك ووعد من عليه الدين وعدا جميلا وكان يقول ان الله في عون العبد المسلم اذا كان عليه دين وهو يريد قضاءه • ولكن الافضل للانسان ان يبادر الى قضائه فانه لا يدري متى يدركه الموت وهو عليه فانه لا حائل بين الجنة والعبد بعد الكفر الا الدين الا ان يتفضل الله تعالى عليه فيرضي خصمه • وفيه دليل ان لا باس بالشراء والمعاملة مع اهل الذمة • وفيه دليل انه لا باس برهن السلاح منهم فانه صلى الله عليه وسلم رهن بثمن الطعام درعه • وهذا اذا لم يكن لهم قوة اما اذا كان لهم قوة يكره ذلك كما يكره البيع منهم كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي • وقال اصحابنا يجوز الرهن في السفر والحضر جميعا • وقال في الكشاف وعن مجاهد والضحاك انهما لم يجوزاه الا في حال السفر اخذا بظاهر الاية • ولنا حديث عائشة انه استقرض بالمدينة من يهودي طعاما ورهنه درعه • ولان كل عقد جاز في السفر جاز في الحضر كعقد البيع • وقوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة فانما خص السفر لان الغالب ان الانسان لا يتمكن فيه من الكتاب والاشهاد فيستوثق بالرهن وفي حالة الحضر يتمكن من الاستيثاق بالكتاب والشهود فلذلك لم يذكر الرهن فيه **قوله** ولانه عقد وثيقة بجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة • بيانه ان الدين له طرفان طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب اولا في الذمة ثم يستوفى في المال بعد ذلك • ثم الوثيقة بطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة فكانت الوثيقة بطرف الاستيفاء الذي يختص بالمال جائزة ايضا اعتبارا بطرف الوجوب بل بالطريق الاولى • لان الاستيفاء مقصود والوجوب وسيلة لهذا المقصود فلما شرعت الوثيقة في حق الوسيلة فلان تشرع في حق المقصود اولى كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده • والوثيقة ما يوثق به الشيء ويؤكد به **قوله** قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض • اي قال القدوري في مختصره لنا اعتبار الايجاب والقبول فلان الرهن عقد ولا بد للعقد من الايجاب والقبول كما في سائر العقود والايجاب والقبول ركن العقد لانه لا يقوم الا بهما • واما اعتبار القبض فهو شرط لصحة الرهن وجوازه عندنا • وقال مالك يصح بالايجاب والقبول بدون القبض لانه عقد محض المال من الجانبين فلا يشترط فيه القبض كالبيع • ولنا قوله تعالى فرهان مقبوضة وصف الرهن بكونها مقبوضة • والنكرة اذا وصفت عمت كقوله والله لا اكلم الا رجلا كوفيا فتقتضي ان يكون كل الرهن مشروعا بهذه الصفة • ولانه عقد تبرع بدليل ان الانسان لا يجبر عليه فلا يتعلق به الاستحقاق الا بعد تمامه كالوصية • ولان الراهن لو مات قبل ان يقبض المرتهن لم يجبر ورثته على القبض • فلو تعلق الاستحقاق بمجرد العقد لزم ورثته كالبيع • وقول صاحب الهداية قالوا الركن الايجاب بمجرده • اي قال بعض المشايخ اشارة الى ما قال شيخ الاسلام خواهر زاده لان قال الرهن قبل القبض جائز الا انه غير لازم • وانما يصير لازما في حق الراهن بالقبض فكان القبض شرط اللزوم لا شرط الجواز كما في الهبة • وما قال صاحب الهداية وخواهر زاده كلاهما ضعيف • اما قول صاحب الهداية فلانه جعل ركن الرهن مجرد الايجاب ولم يذكر القبول وركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء ولا قيام للعقد بدون الايجاب والقبول • والايجاب ان يقول المديون رهنتك هذا بمالك علي من الدين • او يقول خذ هذا الشيء رهنا بدينك ونحو ذلك ويقول الدائن قبلت • واما قول خواهر زاده فلانه خلاف الرواية وخلاف النص • اما خلاف الرواية فلان محمدا قال في كتاب الرهن لا يجوز الرهن الا مقبوضا • وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض • وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا مفرغا محوزا خارجا عن يد راهنه الى يد مرتهنه او الى يد من يتفق راهنه ومرتهنه ان يكون في يده دون ايديهما عدل لا يدفعه لهما • وقال ابو الحسن الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا محوزا منفصلا من غيره وغير متعلق بما لم يقع عليه عقد الرهن • وهذا كله يدل

على ان الرهن لا يجوز بدون القبض فعلم ان القبض شرط الجواز لتوقف الجواز على القبض • واما خلاف النص فلانه تعالى قال فرهان مقبوضة وتقييد الرهن بالقبض • ومذهبنا ان المطلق يجري على الاطلاق والمقيد يجري على تقييده فلا يجوز الغاء التقييد كما لا يجوز الغاء الاطلاق هـ **قوله** ولنا ما تلونا اراد به قوله تعالى فرهان مقبوضة **قوله** والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى فعدة من ايام اخر • وقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة اي فليعتق او ليحرر رقبة • وقد سمى صاحب الهداية الرهان مصدرا كما ترى • وكذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي وغيرهما في شرح الكافي • ولنا فيه نظر لانه خلاف ما ثبت في دواوين اللغة كالجمهرة وديوان الادب وغيرهما في شرح الكافي لانهم قالوا الرهان جمع رهن وجمع الرهن رهون ورهان ورهن بضمتين • والرهينة بمعنى الرهن ايضا وجمعها رهائن • ثم الرهان يجيء مصدرا من قولهم راهنه على كذا اي خاطره مراهنة ورهانا من باب المفاعلة ولكن ليس ذلك مما نحن فيه فلو كان المصدر هو المراد في الاية لم يحتج في صفة الرهان الى التانيث فافهم **قوله** ولهذا لا يجبر عليه فهذا ايضاح لكون الرهن عقد تبرع • يعني لانه عقد تبرع لا يجبر الراهن على الرهن **قوله** فلا بد من امضائه اي انفاذ الرهن وامضاؤه بالقبض • يعني لا بد لثبوت الاستحقاق من الامضاء كما في الوصية فانها عقد تبرع لا تستحق الا بالامضاء ولكن امضاؤها بان لا يرجع عنها حتى يموت لانه **قوله** ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية اي في القبض واراد بالتخلية رفع الموانع عن القبض • يعني ان الراهن اذا خلى بين المرتهن والمرهون يصير قابضا كما اذا فعل البائع مثل ذلك بالمبيع والمشتري • وهذا لان قبض الرهن قبض واجب بحكم عقد مشروع فكان كقبض المبيع ثمة يكتفى بالتخلية فكذا هنا • وروي عن ابي يوسف انه فرق بين المرهون والمبيع فثمة اكتفى بالتخلية • وفي المرهون اشترط النقل اذا كان المرهون نقليا • وذلك لان قبض الرهن موجب للضمان ابتداء بعقد الرهن لان الضمان انتقل من شخص الى شخص فكان قبض الرهن كقبض الغصب لانه موجب للضمان ابتداء ايضا • وفي الغصب يشترط النقل للضمان ولا يثبت بالتخلية فكذا هنا • بخلاف الضمان في البيع فانه قبل قبض المشتري كان مضمونا على البائع بالثمن وبالقبض انتقل الضمان عنه الى المشتري فلم يكن مضمونا ابتداء فاكتفي بالتخلية **قوله** والاول اصح • اي ظاهر الرواية وهو ثبوت القبض بمجرد التخلية بدون اشتراط النقل اصح • لان الرهن انما يقبض بجهة استيفاء الدين من هذا المحل بدليل انه في الحال وزيادة عند الهلاك فكان للرهن حكم استيفاء الدين • ثم ان الراهن اذا خلى بين المرتهن ودينه يصير قابضا • وذلك حقيقة الاستيفاء فكذا يصير قابضا اذا خلى بينه وبين الرهن وهو جهة الاستيفاء **قوله** قال فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا مميزا تم العقد فيه اي قال القدوري في مختصره يعني تم عقد الرهن في المرهون • وذلك لان قبضه على هذه الصفة قبض صحيح فتم العقد به قوله محوزا احترازا عن رهن الثمر على النخل وعن رهن الزرع في الارض لان المرتهن لم يحزه • وقوله مفرغا احترازا عن عكسه وهو رهن النخل دون الثمر ورهن الارض دون الزرع • لان المرهون ليس بفارغ عن ملك الراهن بل هو مشغول بغيره • وقوله مميزا احترازا عن رهن المشاع كرهن نصف العبد او الدار او الثوب • وبيان هذه القيود يجيء ان شاء الله تعالى في اول الباب من قوله ولا يجوز رهن المشاع الى قوله ولا يصح الرهن بالامانات **قوله** وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن وهذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لان الرهن لا يلزم قبل القبض فكان مخيرا في التسليم والرجوع • وانما قلنا هذا لان المقصود من الرهن ملك اليد والحبس بجهة الاستيفاء • وهذا المعنى لا يحصل قبل القبض • او نقول المقصود من الرهن اضجار الراهن بكونه محبوسا عند المرتهن حتى يضجر ويتسارع الى اداء الدين • وهذا لا يكون بدون القبض • او نقول المقصود منه صيانة حق المرتهن عن مزاحمة سائر الغرماء في الرهن • وهذا المعنى لا يتحقق الا بالقبض **قوله** قال واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه • اي قال القدوري في مختصره والكلام ههنا في نفس الضمان ان الرهن مضمون ام لا فعندنا مضمون وعند الشافعي رحمه الله امانة • واما الكلام في كيفية الضمان فيجيء عند قوله وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين • وجه قول الشافعي رحمه الله روى الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى ابن شهاب عن ابن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغلق الرهن • قال ابن شهاب فكان ابن المسيب يقول الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه • وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى ابن جريج عن عطاء وسليمان بن موسى قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن فقال قائل لعطاء اقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه • ثبت بذلك ان الرهن لا يضيع بالدين وان لصاحبه غنمه وهو سلامته وعليه غرمه ثبت بذلك ان الرهن لا يضيع بالدين وان لصاحبه غنمه وهو سلامته وعليه غرمه وهو غرم الدين بعد ضياع الرهن • قال الطحاوي وهذا تاويل انكره اهل العلم جميعا باللغة • وزعموا ان الاوجه له عندهم ولان الرهن شرع وثيقة بالدين لصيانته وسقوط الدين بهلاكه ينافي الصيانة فكان مردودا • ولانه قبض مال غيره باذنه بغير تملك ولا بدل عليه قياسا على ما اذا كان على بدل الدين • ولنا ما حدث الطحاوي في شرح الاثار عن محمد بن خزيمة قال حدثنا عبد الله بن محمد التيمي قال اخبرنا عبد الله بن المبارك قال اخبرنا مصعب بن ثابت عن عطاء بن ابي رباح ان رجلا ارتهن فرسا فمات الفرس في يد المرتهن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذهب حقك فدل هذا من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم على بطلان الدين بضياع الرهن • قال القدوري في شرحه ولا يجوز ان يكون المراد ذهب حقك من الامساك لان ذلك يعلم مشاهدة ولا المطالبة برهن اخر • لان ذلك لم يكن حقا له فلم يبق الا ان يكون المراد ذهب حقك من الدين • قال الطحاوي فان قيل هذا منقطع قيل له فالذي تاولته ايضا منقطع فان كان المنقطع حجة لك علينا فالمنقطع ايضا حجة لنا عليك • وقال الطحاوي فان قال انما قبلته وان كان منقطعا لانه عن سعيد بن المسيب ومنقطع سعيد يقوم مقام المتصل • قيل له ومن جعل لك ان تخص سعيدا بهذا وتمنع منه مثله من اهل المدينة مثل ابي سلمة والقاسم ومحمد وسالم وعروة وسليمان بن يسار وامثالهم من اهل المدينة والشعبي وابراهيم النخعي وامثالهما من اهل الكوفة والحسن وابن سيرين وامثالهما من اهل البصرة • وكذلك من كان في عصرهم ذكرنا من سائر فقهاء الامصار ومن كان فوقهم من الطبقة الاولى من التابعين مثل علقمة والاسود وعمرو بن شرحبيل وعبيدة وشريح لئن كان هذا لك مطلقا في سعيد بن المسيب فانه مطلق لغيرك فيمن ذكرنا وان كان غيرك ممنوعا من ذلك فانت ممنوع

من مثله لان هذا حكم وليس لاحد ان يحكم في دين الله بالتحكم . وروى الطحاوي ايضا عن سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقسم بن محمد وابي بكر
ابن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وعبيد الله بن عبد الله موقوفا ومرفوعا انهم قالوا الرهن بما فيه اذا هلك وعميت قيمته . ثم اعلم ان احدا من
الصحابة والتابعين لم يرو عنه ان الرهن في مقدار الدين ليس بمضمون بل هم اتفقوا انه مضمون في مقدار الدين . وانما اختلفوا في الزيادة فهو
على قدر الدين فقد عمر رضي الله عنه في امانة . وقول الخصم انه امانة في مقدار الدين خرق للاجماع فلا يسمع . ولان احكام العقود الشرعية
تقتبس من الفاظها الدالة عليها فان التعريف يتبع اللفظ فلا بد من مراعاة معنى اللفظ ليكون التعريف به صحيحا وقد ورد الشرع باسم الرهن وهو
ينبئ عن الحبس . قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة فصار موجب الرهن احتباس العين بالدين فلما كانت محبوسة به سقط الدين بهلاكها
ولان الرهن شرع وثيقة بالدين . الا ترى انه اقيم مقام الاشهاد والكتابة في قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة
والكتاب يقصد به الوثيقة فكذا الرهن يقصد به الوثيقة بجانب الاستيفاء حتى يكون موصلا اليه لانه يؤمن عن جحود الراهن الدين لانه لا يجحد
خوفا عن جحود المرتهن الرهن . ولانه يتم بكون الرهن في يد المرتهن فيتسارع الى اداء الدين لتعجيل او لحاجته الى العين . فاذا كان كذلك
كان مستوفيا من وجه لان استيفاء الدين ليس الا بتمليك العين بالدين وقد تقرر الاستيفاء بالهلاك فلو استوفى ثانيا ادى الى الربا فلا يجوز بخلاف
حال قيام الرهن . لان هذا الاستيفاء ينتقض برد العين الى الراهن فلا يؤدي الى تكرار الاستيفاء . ولانه عقد يختص بعين من احدى الجنبتين
ودين من الاخرى فاقتضى الضمان كالسلم ولانه مقبوض بجهة الاستيفاء والمقبوض على جهة الاستيفاء كالمقبوض على حقيقته . الا ترى ان المقبوض
على وجه السوم لما قبض على جهة التمليك كان كالمقبوض على وجه التمليك في الضمان وكيف يقال انه امانة وفي الامانات ياخذها ما جرا
شيئا . وكذلك في العارية وليس للراهن ان ياخذ الرهن حتى يقضي الدين او يبرئه المرتهن فعلم انه مضمون بالدين . وجه اخر
انه لما كان للبائع حبس السلعة بالثمن ليستوفيه فاذا هلك هلك بالثمن فكذا الرهن لما كان محبوسا بالدين اذا هلك هلك بالدين . والجواب
عن حديث الخصم فنقول قال ابو عبيد القسم بن سلام الهروي قوله لا يغلق الرهن قد جاء تفسيره عن غير واحد من الفقهاء . قال حدثنا
جرير عن مغيرة عن ابراهيم في رجل دفع الى رجل واخذ منه دراهم فقال ان جئتك بحقك الى كذا وكذا والا فالرهن لك بحقك فقال
ابراهيم لا يغلق الرهن . قال ابو عبيد فجعله جوابا لمسئلة وقد روي عن طاوس نحو هذا المعنى حدثنا ابن عيينة عن عمرو عن طاوس
قال واخبرني ابن مهدي عن مالك بن انس وسفيان بن سعيد انهما كانا يفسران على هذا التفسير . ثم قال ابو عبيد وقد ذهب بمعنى هذا
الحديث بعض الناس الى تضييع الرهن قال ابو عبيد وهذا مذهب ليس عليه اهل العلم ولا يجوز في كلام العرب ان يقال للرهن اذا ضاع
قد غلق انما يقال غلق اذا استحقه المرتهن فذهب به وكان هذا من فعل الجاهلية فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم وابطله بقوله
لا يغلق الرهن وقد ذكره بعض الشعراء وذلك في شعر قال زهير يذكر امراة وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد
غلقا يقول انها ارتهنت قلبه فذهبت به فاي تضييع هاهنا . فاما الحديث الاخر في الرهن له غنمه وعليه غرمه قال حدثنيه كثير
ابن هشام عن جعفر بن برقان عن الزهري عن سعيد بن المسيب يرفعه انه قال ذلك وهذا ايضا معناه معنى الاول لا يغلق قال و
يقول يرجع الرهن الى ربه فيكون له غنمه ويرجع رب الحق عليه بحقه فيكون له غرمه عليه ويكون شرطهما الذي اشترطا باطلا فهذا
كله معناه اذا كان الرهن قائما بعينه ولم يضع . فاما اذا ضاع فحكمه غير هذا الى هنا لفظ ابي عبيد في كتابه . وحدث مالك
في الموطا عن ابن شهاب عن ابن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغلق الرهن قال مالك وتفسير ذلك فيما نرى ان يرهن
الرجل الرهن الشيء وفي الرهن فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى اجل يسميه له والا فالرهن لك بما فيه فهذا لا يصلح
ولا يحل وهذا الذي نهي عنه قال ان جاء صاحبه بما فيه بعد الاجل فهو له . وقال الطحاوي في شرح الاثار ذهبوا في تفسير قول سعيد
ابن المسيب يعني ابا حنيفة وابا يوسف ومحمدا له غنمه وعليه غرمه الى ان ذلك في البيع اذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم
الراهن ذلك النقص وهو غرمه المذكور في الحديث . وان بيع بفضل عن الدين اخذ الراهن ذلك الفضل وهو غنمه المذكور في الحديث
وقال بعض اصحابنا في طريقة الخلاف له تاويلان احدهما ان له زوائده من الصوف واللبن وعليه نفقته . والثاني ان له زيادة قيمته وعليه
نقصانه عند البيع . وهذا اذا اريد بالصاحب الراهن فان اريد المرتهن فغنمه له . يعني ان زوائده تكون رهنا معه وغرمه عليه
يعني اذا هلك الرهن يسقط دينه . قال القدوري في شرحه وقد اعتبر الشافعي رحمه الله هلاك الرهن بموت الكفيل . يعني ان كل واحد
من الكفالة والرهن للتوثق ثم بموت الكفيل لا يسقط الدين فكذا بهلاك الرهن قال وهذا ليس بصحيح لان التوثق يقع بذمة الكفيل في
مقابلة ذمة الغريم والتوثق بذمة الغريم لا يوجب ان يكون مضمونة على صاحب الدين . وكذلك التوثق بذمة الكفيل والرهن يتوثق به
في مقابلة الدين . فلو قبض الدين كان مضمونا عليه فكذلك اذا قبض ما يتوثق به منه . ولا يقال ان قبض المرتهن لو تعلق به الضمان لم
يرجع المرتهن على الراهن بما لحقه من الضمان عند الاستحقاق كما لا يرجع الغاصب . لان امساك المرتهن يقع لمنفعته ولمنفعة الراهن بدلالة
ان الدين يسقط عن الراهن بتلف الرهن فصار كقبض المستاجر لما كان فيه منفعة الموجر والمستاجر رجع المستاجر بالضمان . وانما نقض الغاصب
فلان منفعته فيه للمالك فلهذا لا يرجع . **قوله** قال ومعناه . اي قال الشافعي رحمه الله معنى قوله عليه السلام لا يغلق الرهن اي
لا يصير مضمونا بالدين . وقال في الفائق يقال غلق الرهن غلوقا اذا بقي في يد المرتهن لا يقدر على تخليصه وكان من افعال الجاهلية
ان الراهن اذا لم يؤد ما عليه في الوقت الموقت ملك المرتهن الرهن . ورايت في اشعار النساء لابي عبد الله بن عمران المرزباني قال
اخبرني محمد بن يحيى الصولي قال يروى ان نزيف حظية المامون اسات ذنب المعتصم وهو يتحصل لابيه ادا ان ياذن لها في زيارة ثم
مولاها فاذن لها فضربت عليه فسطاطا وجعلت تبكي وتنوح بشعرها فاما لما لبست باسه . بني الى العيش ناعيه والله ما كنت ارى
ابي اهرم في الباكين ابكيه . والله لو يقبل مني الفدا لكنت بالمهجة افديه قد لي في جري العصب قد غلق الرهن بما فيه . ونظيره

ام جارية المامون الخليفة . **قوله** نفق يقال نفقت الدابة اذا هلكت نفوقا ونفق المتاع اذا راج نفاقا . **قوله** ولا وجه الى استيفاء
الباقي بدونه لانه لا يتصور . اي لا وجه الى استيفاء الباقي وهو الرهن القائم بدون ملك اليد . يعني اذا رد الرهن الى صاحبه يفوت ملك
اليد عن المرتهن ولا يمكن التوثق بالاستيفاء حينئذ لان استيفاء المرتهن دينه من الرهن بدون ملك اليد لا يتصور لانه محال فاذا لم يمكن الاستيفاء ولم
الراهن باداء الدين لا يلزم الربا لانه لم يتكرر الاستيفاء . **قوله** والاستيفاء يقع بالمالية لما العين امانة . وهذا جواب سوال بان يقال لا نسلم
ان الرهن استيفاء للدين من وجه فلو كان استيفاء للدين لا يخلو اما ان كان استيفاء لعين الدين او استيفاء لبدل الدين لا وجه الى الاول لان الرهن
ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه ولا وجه الى الثاني لاجماعنا ان الرهن بالمسلم فيه وببدل الصرف قبل التفرق يجوز مع ان
الاستبدال بهما قبل القبض لا يجوز فاجاب عنه بهذا فاندفع السوال لان المجانسة ثابتة باعتبار صفة المالية فكان العين كالكيس فلو كان في
حقه من الدراهم في الكيس يكون ما في الكيس مضمونا دون الكيس فكذا هاهنا ما في العين من صفة المالية مضمون دون العين فانها امانة لانها
ملك الراهن ونفقتها عليه . وتحقيق الجواب هنا ان يقال اما من حيث ملك اليد فهو استيفاء لعين الدين لان ملك اليد يفيد التجانس في المالية
وقد وجد واما من حيث ملك الرقبة فهو استيفاء لبدل الدين ولكن من معنى العين وهو المالية لا من صورة العين وذا لان العين ملك الراهن وهو
امانة في يد المرتهن وهلك على ملك الراهن فلهذا جاز الرهن بالسلم والصرف لان الممنوع عنه شرعا هو الاستبدال صورة ومعنى . وهذا هو
الاستبدال معنى لا صورة . فان قلت قولكم يتقرر الاستيفاء بالاستهلاك فلا نسلم لان الاستيفاء على نوعين نوع يتقرر بالهلاك كاستيفاء الثمن
بعد تسليم المبيع فانه يتقرر عند هلاك المبيع ونوع ينتقض عند الهلاك كاستيفاء الثمن قبل تسليم المبيع فانه ينتقض بهلاك المبيع ولم قلتم ان هذا
الاستيفاء لا ينتقض بهلاك المرهون كما ينتقض في حالة الفكاك فاذا انتقض لا يؤدي الى الربا . قلت انما ينتقض القبض والاستيفاء برد العين الى المالك
واعادة يده عليه كما في حالة الفكاك وكما في حالة هلاك المبيع قبل القبض ولم يوجد ذلك في صورة هلاك المرهون فلم ينتقض بل تقرر الاستيفاء
بالهلاك . لان الشيء بانتهائه يتقرر فاذا تقرر استيفاء الدين بهلاك المرهون ثم لو وجب على الراهن ايفاء الدين ثانيا من مال اخر يتكرر الاستيفاء
لا محالة فيؤدي الى الربا وانه حرام . **قوله** وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة جواب عن قول الشافعي رحمه الله
ان الرهن وثيقة بالدين شرع صيانة للدين والسقوط بالهلاك يضاد الصيانة فقال لا نسلم انه يضاد الصيانة بل يحقق الصيانة . لانه لما
تقرر استيفاء الدين بالهلاك لم يذهب الدين لا شيء حتى يفوت معنى الصيانة بل يحقق معنى الصيانة حيث سقط بهلاك الرهن ولم يسقط مجانا
وانما يبطل معنى الصيانة اذا قلنا بتوي الدين مجانا ولم نقل كذلك فغاية ما في الباب ان ذمة الراهن تفرغ عن الدين بجعل المرتهن مستوفيا دينه
بهلاك الرهن وفراغها لا يضاد معنى الصيانة . لانه اذا حصل الاستيفاء حصل الفراغ ضرورة والا لم يكن الاستيفاء استيفاء كما في الحوالة انها
شرعت وثيقة لصيانة حق الطالب . ثم الحوالة تفرغ ذمة المحيل عن الدين ولا يضاد فراغها معنى الصيانة فكذا هذا . **قوله** فالحاصل ان
عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه . وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع اي حاصل ما هو
الخلاف في ان الرهن مضمون او امانة على الخلاف في حكم الرهن فمن قال حكمه ان يكون محتبسا بالدين جعله مضمونا على ما قررنا . ومن قال
انه ليس بمحتبس بالدين بل حكمه تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع جعله امانة فان المرتهن كان له ان يطالب الراهن بايفاء الدين من غير
تعيين المحل لنفسه والرهن يطالبه بالايفاء من هذا المحل بعينه . وقال في طريقة الخلاف المطولة البرهانية عند علمائنا حكم الرهن استيفاء
العين بالدين في حق ملك اليد والحبس من حيث انه مال لا من حيث انه عين . وعنده حكم الرهن ثبوت ولاية مطالبة البيع واختصاصه
بالثمن البيع من بين سائر الغرماء . وقال في المختلف حكم الرهن عند الشافعي صيرورة المرتهن احق بثمنه عند البيع وحق المطالبة ببيعه وعندنا
ملك اليد والحبس بجهة الاستيفاء في الحال على وجه يصير حقيقة الاستيفاء عند الهلاك فيسقط الدين بهلاكه . ويبنى على هذا مسائل منها
ان الرهن امانة عنده واذا هلك لا يسقط الدين وعندنا يسقط . ومنها ان حكم الرهن لا يسري الى الولد عنده لان فيه تعيين قضاء الدين لا يوجب
تعيين عين اخر وعندنا يسري لانه صفة شرعية للام فيسري الى الولد كملك الرقبة . ومنها ان رهن المشاع يجوز عنده لان المشاع قابل للبيع
واستيفاء الدين من ثمنه وعندنا لا يجوز لان ملك الحبس يقتضي تصور الحبس وحبس المشاع وحده لا يتحقق . ومنها ان الراهن يملك استرداده
لان ملكه وتعيينه لقضاء الدين من ثمنه لا يبطل استرداده . وعندنا لا يملك لان فيه ابطال ملك اليد والحبس عليه . ومنها ان للراهن ان ينتفع
بالمرهون ويركب ويلبس عنده لانه باق على ملكه وعندنا ليس له ذلك لان فيه ابطال ملك اليد عليه . ومنها ان الراهن اذا اعتق عبد المرهون
بطل اعتاقه . وعندنا ينفذ ويضمن قيمته ان كان موسرا ويكون رهنا مكانه وان كان معسرا يسعى العبد في قيمته . له ان الاعتاق
لاقى حق الغير بالابطال فلا ينفذ كبيع الراهن المرهون . ولنا انه اعتق ملك نفسه لان حكم الرهن ملك اليد فبقي ملك الرقبة له والاعتاق
يصادف ملك الرقبة الا انه يبطل حق المرتهن ضمنا وتبعا فلا يمنع نفاذه ويجب جبر حقه بالضمان وهي من عيون المسائل التي ذكر تعدادها
جملة في كتاب المنتهى . **قوله** قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون . اي قال القدوري في مختصره وقيد الدين بالمضمون على وجه
التاكيد والا فجميع الديون مضمونة كذا قال في شرح الاقطع . وقيل اريد بالدين المضمون ما كان واجبا في الحال . اي لا يصح الا بدين واجب
للحال او بدين يجب . واحترز به عن الرهن بالدرك فانه لا يصح وهو عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع . وقيل احترز به عن بدل
الكتابة فان الرهن به لا يصح لان المضمون هو الذي لا يسقط الا بالاداء او الابراء . وبدل الكتابة ليس كذلك لانه يسقط بتعجيز النفس . وفي
الشافي يجوز الرهن ببدل الكتابة والاصح ما قاله في شرح الاقطع . قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره الرهن جائز بالديون كلها
ما كانت من اي وجه ثبتت مكيلة كانت او موزونة او معدودة او غير ذلك من سائر العقود ما ثبت بالبياعات والاجارات والكفالات
والحوالات وغير ذلك من سائر العقود . وكذلك ما ثبت بقرض او غصب او استهلاك مال . وكذلك ما ثبت بعقد النكاح والخلع والصلح
من دم عمد او خلع من جراحة عمد من عرض او حيوان من الديون او غيره فالرهن بذلك كله جائز . ولا يجوز الرهن بالاعيان ما كان منها

اما من الودايع والعواري والمضاربات والشرك وما هو من الاعيان مضمون بغيره لا بنفسه من الاعيان الرائع بها البيع وما كان في
معناها لا يجوز ان ياخذ المشتري من البايع بذلك رهنا • وما كان من الاعيان مضمونا بنفسه مما يجب بهلاكه قيمته من الاعيان المغصوبة
والمتزوج عليها والمخلوع عليها والمصالح عليها من دم عمد ونحو ذلك مما هو مضمون بقيمته اذا هلك فالرهن به جايز الى هنا لفظ الكرخي رحمة الله عليه
قال القدوري في شرحه وجملة هذا ان الرهن لا يخلو اما ان يكون بدين او بعين فان كان بدين جاز بكل حال سوا كان الدين من الاثمان او من
غيرها باي وجه ثبت من وجوه الضمان • وذلك لان الرهن للاستيفا والدين يمكن استيفاوه من ثمن الرهن فجاز الارتهان به • فاما الاعيان
المضمونة فانها على وجهين فما كان منها مضمونا بنفسه كالغصب جاز الرهن به والمضمون بنفسه ما يجب عند هلاكه مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن
له مثل • وانما جاز الرهن بذلك لانه مضمون ضمانا صحيحا فامكن استيفا المضمون من الرهن فجاز الرهن به • واما الاعيان المضمونة بغيرها
فلا يجوز الرهن بها كالمبيع في يد البايع • وذلك لانه لا يجب بهلاكه حق على البايع يستوفى من الرهن • وانما يبطل بهلاكه الثمن وينفسخ
البيع فصار كالذي غير مضمون • واما الاعيان التي ليست مضمونة لا يوجد معنى الرهن فيه • قال ويجوز الرهن بالاعيان المتزوج عليها
والمخلوع عليها والمصالح عليها من دم العمد • وذلك لانها مضمونة بانفسها • الا ترى انها اذا هلكت وجب مثلها ان كان لها مثل او قيمتها ان
لم يكن لها مثل • واما اذا تزوج امراة على دراهم بعينها واعطاها بها رهنا لم يجز في قول اصحابنا • وقال زفر يجوز قال القدوري وهذا
فرع على اختلافهم في تعيين الدراهم فان عندنا انها لا تتعين وانما يجب مثلها في الذمة فقد اخذ رهنا بما ليس بمضمون • وعند زفر
انها تتعين كالثياب • ويجوز على هذا ان يكون قوله لم يجز احترازا عن الدراهم المتزوج عليها بعينها فافهم • وقال القدوري
في شرحه قال في كتاب الصلح اذا صالح الرجل على عبد او ثوب بعينه وارتهن بذلك رهنا مقبوضا جاز وهذا على ما قدمنا ان البدل مضمون
بنفسه • فان كان القتل خطا فصالحه من ذلك على عبد او ثوب او شي مما يكال او يوزن بعينه ثم رهنه بذلك رهنا مقبوضا لم يجز
لان البدل هاهنا غير مضمون بنفسه • الا ترى انه لو هلك يبطل حكمه الفسخ فاذا هلك انفسخ الصلح فصار كالبيع • وقال الفقيه ابو الليث
في كتاب العيون ذكر ابو الحسن الكرخي في كتابه وقال الاعيان اذا كانت امانة او مضمونة بغيرها لا يجوز الرهن بها • وان كانت
مضمونة بنفسها جاز مثل الاعيان المغصوبة والمتزوج عليها ونحو ذلك • فان هلك الرهن في يده فانه يضمن الاقل من قيمة الرهن ومن قيمة
العين وياخذ العين • وان هلكت العين بعد هلاك الرهن فان الرهن يكون رهنا بالقيمة • واما المضمون بغيره فمثل المبيع لو اخذ
المشتري به رهنا فهلك في يده يعني ان المبيع لو هلك لا يغرم شيئا • قال الفقيه ابو الليث هذا الفصل الاخير خلاف رواية المبسوط لانه
قال في كتاب الصرف اذا اشترى سيفا فاخذ به رهنا فهلك الرهن فانه يضمن الاقل من قيمته ومن قيمة السيف • وقال في شرح الطحاوي
ولا يجوز اخذ الرهن بما يصير مضمونا في الذمة في ثاني الحال نحو ان ياخذ من البايع رهنا بالدرك فالرهن باطل او ياخذ رهنا بما يثبت
له عليه في المستقبل فالرهن باطل ثبت بعده او لم يثبت وليس له ان يحبس الرهن به فاذا هلك في يده قبل الخبر هلك امانة وبعد الخبر هلك
مضمونا عليه كالغصب وليس الرهن كالكفالة انما يجوز بما يصير مضمونا عليه في ثاني الحال كما اذا كفل بما ذاب له على فلان لان الكفالة يجوز
تعليقها بالخطر لان الكفالة نفسها التزام والرهن بخلافه • ولان الرهن ايفا وفي الارتهان استيفا فيحصل فيه معنى المبادلة كالبيع • ولو اخذ
اخذ الرهن بشرط ان يقرضه كذا فهلك في يده قبل ان يقرضه هلك باقل من قيمته ومما سمي له من القرض لانه قبضه بسوم الرهن فالمقبوض بسوم
الرهن مضمون اذا هلك في المساوم ومن قيمته • وان قبضه باذن صاحبه كذا في شرح الطحاوي **قوله** ويدخل على هذا اللفظ الرهن
بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين • اي يرد الاشكال على قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان الرهن لا يصح بالدين
يصح بالعين المضمونة بنفسها كالغصب ثم اعتذر عن هذا الاعتراض بان الواجب الاصلي في الغصب القيمة على ما عليه اكثر المشايخ فاذا كان كذلك
اندفع الاعتراض • فان الدين ثبت في الغصب ايضا • فالا غاية ما في الباب ان القيمة ليست بواجبة في الحال وانما تجب القيمة بعد الهلاك
ولكن الموجب للقيمة بعد الهلاك هو القبض السابق بدليل ان قيمة الغصب تعتبر يوم القبض فكان الرهن بالغصب رهنا بالقيمة بعد
وجود سبب وجوب القيمة فيصح • الا ترى ان الكفالة بالمغصوب تصح وان كانت الكفالة بالعين لا تصح • والحوالة المقيدة بالعين تبطل
بهلاك العين كما اذا كانت الحوالة بالالف وديعة • ولو كانت الحوالة بالالف المغصوبة لا تبطل بالهلاك فعلم ان الموجب الاصلي هو القيمة
هذا هو الحاصل من معنى كلامه • قلت لا يرد على القدوري الاعتراض لانه لا ينفي صحة الرهن بالاعيان المضمونة بنفسها بل صرح بصحتها
في شرحه لمختصر الكرخي • وانما اقتصر هنا على الدين لان الغالب في الرهن ان يكون بالدين والنفي بها اعتمادا على ما ذكره في موضع
اخر وليس يذهب القدوري في الموجب الاصلي الى ما يذهب هولا المشايخ حتى يصح كلامه بكلامهم • الا ترى انه قال في كتاب الغصب
من مختصره وعلى الغاصب رد العين • ولو سلم ان الموجب الاصلي هو القيمة في غاية الامكان فكان هنا في اول كتاب الغصب • ولا
نسلم ان الكفالة بالعين لا تصح مطلقا وانما لا تصح بالعين المضمونة بغيرها وتصح بالاعيان المضمونة بانفسها كالمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد
المراة وبدل الصلح في القصاص والمغصوب والمقبوض على سوم الشرا او بيع فاسد نص على ذلك الكرخي في مختصره في باب ضمان الاعيان
من كتاب الكفالة • وانما لم تبطل الحوالة المقيدة بهلاك الالف المغصوبة لانه يجب عليه مثلها وتبطل بهلاك الالف الوديعة لان الحوالة
تقيدت بها ولم يجب بهلاكها شي اخر • وبيان الحوالة المقيدة والمطلقة مر في اواخر كتاب الحوالة **قوله** قال وهو مضمون بالاقل
من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سوا صار المرتهن مستوفيا لدينه • وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة
اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه • وان كانت قيمة الرهن اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل • وفي بعض
النسخ مضمون باقل بتنكير الاقل فاعلم ان افعل التفضيل اذا استعمل بمن لزمه التنكير واذا فارقه لزمه التعريف • تقول زيد الافضل
او زيد افضل من عمرو • ولا يجوز زيد افضل ولا زيد الافضل من عمرو فكان ينبغي ان يقال على هذا بتنكير الاقل لانه استعمل بمن ولكن

نحو لا

ثم ذلك التفه يريد المعنى لانه يكون قوله مضمون باقل من قيمته ومن الدين على وزان قولك زيد افضل من عمرو ومن بكر فيكون عمرو وبكر مشتركين
في الفضل منه ولكن لزيد رجحان في الفضل وزيد غيرهما لاستحالة التفضيل فكذا هاهنا يكون القيمة والدين مشتركين في القلة مع الاقل والاقل غيرهما وليس
كذلك بل المراد ان الرهن مضمون بالاقل الذي هو من هذين المذكورين بانهما كان اقل من الاخر فيكون الاقل احدهما وليس من هو الثاني من
تستعمل من هذا ان يقال بالاقل منه فافهم • وهذا الذي ذكره القدوري هو الكلام في كيفية الضمان فعندنا هو مضمون بالاقل من قيمته ومن
الدين فان كانت قيمة الرهن الفين والدين الف فجميع الرهن محبوس بالدين فنصفه مضمون ونصفه امانة • وان كان الدين الفا والرهن جارية
… رهن … وهو مضمون بنصفها • فان هلك سقط بقدر قيمته وهذا قول عمر بن الخطاب • وعند بعض الناس هو مضمون بجميع الدين
وان قلت قيمته وهكذا روي عن شريح انه قال الرهن بما فيه ولو كان خاتما من حديد بمائة درهم كانه يجعل الرهن بالدين بمنزلة البيع • قال
شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا قول لا يوخذ به لانه لا يتعين الدين وهو بيان في معنى الارتهان • وعند زفر يكون مضمونا
عليه بجميع قيمته قل الدين او كثر حتى اذا هلك الرهن وقيمته يوم رهن اكثر من الدين رجع الراهن على المرتهن بالفضل • لما روي عن علي انه قال يترادان
الفضل • ولان الزيادة على قدر الدين مرهونة لكونها محبوسة بالدين فتكون مضمونة كقدر الدين • ولنا ما روى الطحاوي في شرح الاثار
باسناده الى عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب قال في الراهن يرهن الرهن فيضيع قال ان كان باقل ردوا عليه وان كان بافضل فهو امين في
الفضل • وقال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال اذا كان الرهن يسوى اكثر مما رهن فيه فهو في الفضل موتمن فاذا
كان الرهن اقل مما رهن فيه رد عليه تمام الدين وكان ما بقي على صاحب الرهن • وقال الكرخي في مختصره حدثنا الحضرمي قال حدثنا
وكيع عن علي بن صالح عن عبد الاعلى عن محمد بن الحنفية عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه قال اذا كان الرهن باكثر مما رهن به فهلك فهو بما فيه لانه
امين في الفضل • واذا كان باقل مما رهن به رد الراهن الفضل • وقال الكرخي ايضا حدثنا الحضرمي قال حدثنا كامل بن طلحة قال حدثنا حماد
ابن سلمة عن قتادة عن خلاس بن عمرو ان عليا رضي الله عنه قال اذا كان في الرهن فضل فاصابته جايحة فهو بما فيه فان لم يصبه جايحة فانهما
يترادان الفضل • وقال الكرخي ايضا حدثنا الحضرمي قال حدثنا كامل قال حدثنا حماد عن حجاج عن عطا والحكم عن علي بن ابي طالب قال
يترادان الزيادة والنقصان • قال ابو الحسن الكرخي ما روي عن علي في هذا الباب يشهد بعضه لبعض • ويدل على صحة ما رواه محمد
ابن الحنفية لانه روي عن علي انه اذا كان الرهن باكثر مما رهن به فهلك فهو بما فيه لانه امين في الفضل • واذا كان باقل مما رهن به ادى الراهن
الفضل وهذا قول اصحابنا بعينه • واذا اصابته جايحة ذهبت بالفضل فهو بما فيه لان الفضل امانة واذا لم يصبه فانه يرد الفضل • هذا
عندنا على انه قايم • وكذلك تاويل حديث الحكم يترادان الفضل يرد المرتهن فضل الرهن ويرد الراهن فضل الدين اذا هلك باقل وفي عمده في
شبيه على ما تاولنا الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • ولان المضمونة باعتبار يد الاستيفا فتتقدر بقدر المستوفى وحقيقة الاستيفا لا تزيد
على قدر الدين في الضمان فكذا في المقبوض بجهة الاستيفا • فلما كان الضمان بقدر المستوفى ثم المضمونة بالاقل من قيمة العين ومن الدين لان
مد القدر المستوفى • وانما جعلت الزيادة مرهونة ضرورة ان رهن الاصل لا يتاتى بدونها لان رهن المشاع لا يجوز • والثابت
بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ولا يثبت الضمان في الزيادة لعدم الضرورة في جعلها مضمونة **قوله** قال وللمرتهن ان يطالب الراهن
بدينه ويحبسه به • اي قال القدوري في مختصره قال الكرخي في مختصره وللمرتهن مطالبة الراهن بدينه اذا كان حالا لان الارتهان
لا يمنع من ذلك ولا كون الرهن في يديه • وكذلك ان كان اجلا فحل وان خاصمه الى الحاكم اوجب عليه دفع الدين فان امتنع حبسه به ولم يمنع
من ذلك كون الرهن في يد المرتهن الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان الدين واجب فجاز المطالبة به • ولانه باخذ الرهن لم يخرج من حقه
وتمكن من استيفايه فلم يجز ان يكون ذلك مانعا من المطالبة • واذا خاصمه الى الحاكم وامتنع من ادا الدين حبسه به لان الرهن انما
يوخذ للتوثق فلا يبطل الحق الثابت لصاحب الدين قبله • وقال الكرخي ايضا ويبيع الحاكم الرهن في دين المرتهن في قول ابي يوسف
ومحمد ولا يبيعه في قول ابي حنيفة ولكن الحاكم يحبس الراهن حتى يودي الدين او يبيع هو الرهن فيودي دينه الى هنا لفظ الكرخي • قال
القدوري في شرحه وهذا فرع على اختلافهم في الحجر فالحجر عند ابي حنيفة ان الحاكم لا يبيع مال المفلس ولكن يحبسه حتى يبيعه • وعلى قولهما
ان امتنع من البيع باع عليه **قوله** كما بيناه على التفصيل فيما تقدم اي في فصل الحبس من كتاب ادب القاضي وتفصيله انه لا يعجل بحبسه اذا
ثبت الدين بالاقرار بل يحبسه اذا ظهر تعنته بان اعتذر في تعجيله ثابتا • بخلاف ما اذا ثبت بالبينة حيث يعجل بحبسه لان البينة تحتاج اليها عند
الجحود فيه يكون ظالما وجزا الظلم الحبس • وعلى قول الخصاف في البينة ايضا لا يحبسه في اول الوهلة • ثم اذا امتنع انما يحبسه من كل
دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة ولا يحبسه فيما سوى ذلك نحو بدل الغصب وارش الجنايات ونفقة
الزوجات اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا وتذكر مسايله في ادب القاضي **قوله** واذا طلب المرتهن دينه يومر باحضار
الرهن وهذه المسالة مع ما بعدها من المسايل من الزيادات الى قوله قال وان كان الرهن في يده ذكرها تفريعا على مسالة مختصر القدوري
قال فخر الاسلام في شرح الزيادات رجل رهن رجلا جارية بالف درهم تساوي الفا ثم حضر المرتهن يطلب دينه امر باحضار الرهن ليقضي دينه
لان الدين بمنزلة الموجود من الرهن بوصفه الا ترى انه صار مضمونا به وصار الرهن كانه مقبوض بالدين فيستحيل ان يطلب ماله مع قيام ما هو بمعنى
الاستيفا فيودي الى التكرار مع احتمال هلاك الرهن فاذا احضره قيل للراهن سلم الدين اولا ليتعين حق المرتهن كما تعين حقه وذلك كما في البيع
وهذا فصل من مسايل الزيادات **قوله** وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مونة فكذا
الجواب • اي يومر المرتهن باحضار الرهن اولا وهذا فصل اخر في الزيادات • قال فخر الاسلام في شرح الزيادات رجل رهن شيا وسلمه
الى المرتهن ثم لقيه في غير مصره فطالبه المرتهن بقضا دينه فان ذلك الاحضار الرهن • فان كان الرهن شيا لحمله مونة اجبر الراهن على القضا
ولم يجبر المرتهن على الاحضار لان الرهن امانة في يد المرتهن بحبسه فلا يكون عليه الرد انما عليه التسليم والنقل الى بلد اخر ليس من التسليم في

بمن قضاء هذا وطاعته بحكم العقد فلا يصير عند رابعة تاخير الدين كما لو كان في يدي عدل ولكن يحلف المرتهن بالله ما هلك الرهن او قابله
الراهن لان غايته يحتمل الهلاك فيبطل ايضا الدين • فان حلف اقتضى دينه وان كان نسبا ليس لحمله مؤنة فان الفقيه ابي بكر يجبر الراهن على قضاء
الدين من غير تسليم الرهن • وفي الاستحسان لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر الرهن • وجه القياس ما ذكرنا انه ليس عليه التسليم الا في مكان
العقد • ووجه الاستحسان ان الاماكن في حق ما لا مؤنة له سواء • الا ترى انه لا يشترط بيان مكان لصحة السلم عند ابي حنيفة ولا يتعين
مكان العقد للتسليم عندهما فصارت الاماكن كالمصر الذي فيه الرهن • بخلاف الاول **قوله** ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون
فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر • فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار • وكذا
اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن • اي لا يكلف احضار الرهن وهذا فصل اخر في الزيادات • قال في الزيادات
رجل رهن رجلا جارية بالف وجعل المرتهن مسلطا على بيعها اذا حضر اجل كذا فحل الاجل كان للمرتهن ان يبيعها بالنقد والنسيئة لان التوكيل
مطلق ويملك بالتوكيل المطلق الاجل المتعارف بلا خلاف بين اصحابنا • وان نهاه عن البيع بالنسيئة لم يصح النهي وملك البيع بالنسيئة بخلاف
سائر الوكلاء • لان هذه الوكالة لازمة تبعا للرهن على ما عرف • فاذا لزم اصلها لزم وصفها وسائر الوكالات لم يلزم اصلها فلم يلزم وصفها
يعني به ان الموكل ثمة يملك العزل ومهنا لا يملك فاذا باع البيع نسيئة ثم جاء المرتهن يطلب دينه فاستمع الراهن حتى يحضر الرهن اجبر الراهن على
قضاء الدين لان الرهن صار ثمنا دينا بتسليط الراهن وامره واحد عوضي البيع اذا انتقد بدليل يخصه لم يوجب ان الاخر مع انه يحصل عن قضاء وصيه
الا ترى ان الثمن اذا كان مؤجلا اجله البائع ملك المشتري قبض المبيع والثمن لما تأجل لم يتأخر قبض المبيع فباب الرهن اولى • وكذلك اذا كان
الثمن حالا غير مؤجل • لان الرهن لما صار دينا بايجاد الراهن فكانه كذلك رهنه ولم يسلم الدين ولان المرتهن لم يتوقف عليه تسليم الدين
الا ترى ان الرهن لما صار دينا بايجاب الراهن فكانه كذلك رهنه ولم يسلم الدين فيه ولانه لم يتطاول المناقضة لم يتعطل الدين فهنا
اولى • فان قيل فان كان الراهن كيف يلزمه تسليم الدين ولا امن ملكه ان يتوي فيكون ذلك على المرتهن قيل له نعم لكنه سقط عند تسليم
الرهن لما صار دينا باختياره فصار كانه رهنه ومالم يسلم اليه لكن عزله فلم يجب عليه التسليم وانما يجاز بالمنع اذا امتنع عن تسليم
واجب عليه وكان على المرتهن ان يقبض الثمن فيقبله الى المرتهن لانه ولي عقده • فان توى على المشتري فان المرتهن يرد على الراهن ما
اقتضاه من الدين لان التوي ما حل عليه بكونه اشبنا **قوله** وكذا يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين بكلفه لا شيئا بحج قد
حل وهذا فصل اخر في الزيادات • قال فخر الاسلام في شرح الزيادات رجل له على رجل الف درهم بحجها يودي اليه كل شهر كذا فرهنه
به لا رهنا فلما حل نجم طالبه بذلك القدر فقال الراهن لا اعطيك حتى تحضر الرهن • فان كان نامر غيرها بجبر على احضار الرهن
لان تسليم الرهن لا يلزمه عند قبض بعض الدين لان الرهن محبوس بكل جزء من الدين لكنه ان ادعى الهلاك حلفه • فاما اذا كان في يد
الذي فيه الرهن لم يجبر المرتهن على احضاره في القياس لما قلنا في الاستحسان يجبر لان المصر كله كمكان واحد فصار كان الرهن في
يده وفي احضاره نزاع قلب الراهن وصيانة القضا وسقوط اليمين عن المرتهن • فلذلك كلف احضاره وان شاء القاضي حلفه ولم
يكلف احضاره ولم يفصل فيهما بين ماله مؤنة وبين ما لا مؤنة له • ويحتمل ان يفترقا في الاستحسان على ما قلنا والاشبه انه لا يفترقا
في هذا الفصل فلا يجبر على احضاره في غير المصر لانه ليس اوان تسليم الرهن **قوله** وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ
حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة وهذا فصل اخر في الزيادات • قال
فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات اذا كان الرهن عبدا فقتله رجل خطأ فغرم العاقلة قيمته في ثلاث سنين فاراد المرتهن
استيفاء دينه واتى ذلك الراهن لم يجبر الراهن في القضاء • بخلاف البيع امر لان ههنا انما تاخر الحق وصار دينا لا باختيار الراهن هو
وايجابه فصار عذرا في حقه • بخلاف البيع امر لان ههنا انما تاخر الحق وصار دينا لا باختيار الراهن وايجابه فصار عذرا في حقه فكان
البيع ولا يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يسلم له كل القيمة لان القيمة خلف العين ولا بد من احضار كل الرهن اذا كان قائما وان كان مستويا
فكذلك هذا • فان كانت القيمة دراهم او دنانير من جنس الدين فكلما حل شيء اقتضاه المرتهن بحقه • وان كان القاضي قضى بالقيمة الا ان
او غنما حبسه اذا قبضه حتى يستوفي كله ثم يبيعه ويقبض حقه قال وقد ذكرنا ان للقاضي ان يقضي الحيوان في قيمة العبد **قوله** وما
صار قيمة بقتله اي تصير قيمة العبد المقتول خطأ قيمة بفعل القاتل واختياره لا بفعل الاجنبي • وفيما تقدم اي في بيع العدل او المرتهن
صارت قيمته اختياره **قوله** ولو وضع الرهن على يد العدل فامران يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف
احضار الرهن • وهذا فصل اخر ذكره في الزيادات • قال فخر الاسلام في شرح الزيادات رجل رهن رجلا جارية بالف درهم
ووضعها على يدي عدل ثم حضر المرتهن يطلب دينه وقد غاب العدل واودع الرهن عند زوجته او ابنه الذي في عياله فقال
الراهن يجبر على تسليم الدين لان المرتهن ليس عليه احضار الرهن اذا لم يقبض شيئا وان لم يكن عليه التسليم بحكم العقد لم يجز ان يتراخى
قبض الدين بسببه • ودليل انه ليس عليه تسليم الرهن ان العقد انما شرع صيانة للرهن عن المرتهن والراهن جميعا • وكذلك
ان كان العدل غاب بالرهن مع تنفيذه ولا يدري اين اجبر الراهن على قضاء الدين لما قلنا • فان ادعى الراهن ان الرهن قد هلك
استحلف المرتهن بالله على علمه انه لم يهلك لانه ادعى امرا محتملا لو ثبت يوجب تحليفه • فان حلف قبض الدين وان نكل لم يقبض • فان جحد
الذي اودعه العدل الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت الرهن لانه لما جحد فقد توى والتوى على المرتهن
فيثبت به قبض الدين فلا يملك المطالبة • والفصل التاسع ذكره في الزيادات ولم يورده صاحب الهداية • قال رجل اشترى
من رجل شيئا من الاشياء ولم يتقابضا ولم يدفع الثمن حتى لقيه البائع في غير مصر الذي فيه المبيع فطالبه بالثمن فان في المشتري الا ان
يدفع اليه المبيع فانه لا يجبر المشتري على تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع فيما له مؤنة وفيما لا مؤنة له • بخلاف المرتهن والفرق بينهما

ان البيع والثمن عوضان من كل وجه فاذا تراخي قبض احدهما من غير فعل العاقد وجب تاخير الاخر تحريا للمدافعة كما اذا هلك المبيع قبل التسليم
وليس بين الرهن والدين معاوضة فاذا تاخر قبض احدهما من غير فاصله الى الراهن لم يتاخر قبل الدين ولا يستوثق من المشتري بكفيل حتى يحضر
يحضر ذلك المصر • او يبعث وكيلا ليقبض الثمن ويقبض المبيع لانه ربما يتغيب فيبطل حق البائع **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله
لانه لم يتغير شيئا من الرهن **قوله** فكذلك ان كان الرهن في يد من لم يشترطه انه يمكنه من البيع حتى يقبضه الدين • اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه فان قضاه الدين قبل ان يسلم الرهن اليه • وذلك لان الرهن وثيقة للمرتهن وفي تكليفه ابطال الوثيقة فلا يلزمه ذلك حتى يستوفي
حقه • ولان حكم الرهن الحبس الدائم الى ان يقع قضاء الدين فلا يجوز ابطاله قبل قضاء الدين فاذا قضى الدين جميعه قيل للمرتهن سلم الرهن الى
الراهن لانه زال حق الامساك بقضاء الدين فلزمه التسليم الى المالك • قال الكرخي في مختصره وليس للراهن ان يقبض شيئا من ذلك حتى يودي جميع
الدين فان ادى بعضا واراد ان يقبض بعض الرهن مكان ما ادى لم يكن له ذلك اذا كان رهنا واحدا بجميع المال • فان رهن اعيانا
في عقد واحد ثم لكل عين شيئا من الدين فجعله رهنا به فذلك جائز • فان ادى ما سمى لاحد الاعيان ثم اراد ان يقبض تلك العين فيه اختلاف
سنبين في موضعه الى هنا لفظ الكرخي اراد به اختلاف روايتي الاصل والزيادات • قال في الزيادات رجل رهن عبدين بالف درهم قيمة
كل واحد منهما الف درهم وسمى لكل واحد من الدين حصة لم يكن له ان يقبض واحدا منهما لان الصفقة واحدة ومن حكم اتحاد الصفقة ان يكون
كل الرهن محبوسا بكل جزء من الدين • الا ترى ان في البيع اذا قضى بعض الثمن لم يقبض شيئا من البيع فكذا هنا لان في ذلك تفريق الصفقة على الراهن
في الحبس • فاما اذا اسلم في حصة من الدين ثم ادى حصته واراد ان يقبض احدهما قال ادى حصته هذا فله ذلك • وقال في كتاب
الرهن من الاصل بين رهن ما بيد شاة بشرط ثم سكت من الدين عشرة فاراد ان يقبض منها شيئا لم يكن له ذلك • قال القدوري في شرحه لمختصر
الكرخي قال الحاكم ما ذكره في الاصل قول ابي يوسف وما في الزيادات قول محمد • ثم قال القدوري وكان ابو بكر الرازي ينكر ما قاله
الحاكم ويقول ابن سماعة روى عن محمد مثل ما في الاصل فالمسئلة على روايتين عن محمد وجه رواية الاصل ان هذا عقد واحد وليس تعدده
لاتحاد الايجاب والقبول والتفصيل في الدين لا يحصله في معنى عقدين لاتحاد العاقدين • الا ترى انه لا يجعل البيع الصادر الى تحليف بيعتين
بمد تفصيل الثمن • حتى لو اراد المشتري ان يقبل العقد في احدهما دون الاخر لم يجز • وكذلك لا يكون له ان يقبض احدهما دون الاخر
وان فصل الثمن فكذا وجب ان لا يكون له ان يقبض احدهما ههنا ايضا • لان الدين في الرهن بمنزلة الثمن في البيع لتعلق الرهن به • ووجه رواية
الزيادات في الفرق بين البيع والرهن ان الرهن يحتمل التفريق في الابتدا عند افتراق التسمية • وذلك من قال لاخر رهنتك هذين العبدين
بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المرتهن احدهما دون الاخر صح بما سمى له من الحصة فكذلك في الانتهاء يحتمل التفريق • فاما في البيع فان المشتري لو
قبل احدهما لم يجز ولم يصح التفريق فكذلك في الانتهاء • وانما افترقا في هذا لان ضم الجيد الى الردي مقصود في البيع للترويج فقبول احدهما
يوجب ضررا بالبائع وليس ذلك بمقصود ولا متعارف في الرهن • ولان الايجاب في الذي لم يوجد فيه القبول يصير كالشرط الفاسد
في الاخر • والبيع مما يفسد بالشروط الفاسدة لان ذلك بمعنى الربا والرهن تبرع لا يدخله الربا • ولهذا صح قبول العقد في الرهن في احد
المختلفين عند ايجاب الراهن فيهما • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي والصحيح ما ذكر في الاصل لان عرضه من هذا التفصيل المقابلة في
حق الضمان ولكن على وجه يمنع الوثيقة بالجملة فلو جعلناه يقبل من استرداد البعض عند قضاء بعض المال لبطل معنى الوثيقة وهو الغير الحاصل عن
الكل **قوله** فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه • اي لو هلك الرهن قبل تسليم المرتهن الرهن الى الراهن بعد قضاء الدين استرد
الراهن ما ادى الى المرتهن **قوله** وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبريه • اي ما لم يبر المرتهن الراهن عن الدين
ذكره تفريعا • قال في شرح الطحاوي ولو تفاسخا الرهن ثم اراد المرتهن حبسه بعد التفاسخ له ذلك ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن
على سبيل الفسخ • وقال في شرح الكافي واذا تتاركا الراهن والمرتهن ونقضاه وهو في يد المرتهن فهو رهن على حاله حتى يقبضه الراهن لان
حال هذا العقد بالقبض فيكون انتقاضه بنقض القبض فان بيد المرتهن ان يمسكه وذلك لان الرهن لم ينتقض بعد ولم يرد للراهن الا حتى
ولو بيد الراهن ان يترك كان للمرتهن ان يرده لانه ينقضه المتاركة ولكن لان انعقاد الرهن ليس للالزام في حقه ذكره في باب رهن الحليب
وعلل صاحب الهداية بقوله لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين قال بعضهم في شرحه اي بقي القبض والدين معا حتى لو بقي احدهما وانتفى الاخر
لا يبقى مضمونا لان كون الرهن مضمونا ثبت بعلة ذات وصفين وهما القبض والدين فلا يبقى مضمونا باحدهما ولنا فيه نظر لانه اذا هلك في يد
المرتهن بعد قضاء الدين هلك مضمونا بالدين حتى يسترد الراهن منه ما قضاه ثم ان الدين كان منتفيا بالاستيفا سابقا على الهلاك وقد صرح
بذلك صاحب الهداية نفسه قبل فلا بد حظوظ فلو كان الضمان منتفيا بالاستيفا سابقا على الهلاك بانتفاء احد الامرين لم يكن مضمونا بالهلاك
ولهذا لو رهن عبدا بدين عند انسان ثم قضاه وتاويل الايدين عليه ثم هلك العبد هلك مضمونا فعلم ان قول صاحب الهداية بطرد ولا ينعكس
والاولى في التعليل ما قدمناه من شرح الكافي **قوله** ولو هلك الرهن في يده بعد قبض الدين ان كان بدين او كان بالدين • يعني اذا هلك
الرهن في يد المرتهن بعد التفاسخ **قوله** وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك ذكرها
تفريعا على مسئلة المختصر • يعني لا ينتفع بالرهن اذا كان عبدا او امة باستخدام ولا بالسكنى اذا كان دارا او نحوها ولا باللبس اذا كان ثوبا
الا باذن مالك الرهن فحينئذ كان له ذلك • وكذلك لا يركب الرهن الا باذن المالك لان المالك رضي بحبسه لا بانتفاعه فاذا استعمله
يوجر من هذه الوجوه كان غاصبا وضمن قيمته بالغة ما بلغت وان كان باذن الراهن فلا ضمان عليه لان الحجر لمعنى وكذا حتى بر نفرقا لا يجوز له
استخدام الجارية المرهونة من المرتهن فكذلك لا يحل له وطؤها ومع هذا لو وطئها لا يجب عليه الحد على رواية كتاب الرهن ويجب مهرها لمولاها
لانها محبوسة للاستيفاء فاشبه الجارية المبيعة في يد البائع فعلى هذه الرواية جعلت الشبهة شبهة المحل • وعلى رواية كتاب الحدود
يجب الحد اذا قال علمت انها علي حرام لانه لا ملك له فيها ولا حكم ملك وانما له حق الاستيفاء الا اذا ادعى الشبهة فعلى هذه الرواية جعلت الشبهة

تهمة المطل وقد مر ذلك في كتاب الحدود • وقال الكرخي في مختصره وليس للمرتهن ان يبيع الرهن في دينه اذا لم يكن الراهن سلطه على بيعه
وذلك لان بيع الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولم يوجد واحد منهما • ولان المرتهن ثبت حقه بعقد الرهن وكان له ان يتصرف بما اقتضى
العقد من الامساك الا ان يجعله الراهن عادلا على ذلك وليس له ان يواجر ويعير • وذلك لان المرتهن لا يملك الانتفاع بنفسه فلا يجوز
ان يملك غيره • فان فعل شيئا من ذلك فسخ ورد الى يد المرتهن رهنا لانه عقد فاسد فاذا لم يخله المالك فسخ ولا يبطل الرهن بهذا
التصرف لانه تعدى من المرتهن فاذا فسخ ذلك عاد الرهن بحاله كالمودع اذا تعدى في الوديعة ثم زال التعدي • وكذلك قال اصحابنا
لا يجوز للراهن ان يستوفي منافع الرهن الا باذن المرتهن • وكذلك التصرف فيه • وقال في شرح الاقطع وقال الشافعي رحمه الله للراهن ان
يسكن الدار ويوجرها ويركب الدابة ويعيرها ويزرع الارض ويحلب اللبن ويجز الصوف ولا يطأ الجارية ولا يلبس الثوب • لنا ان ملك
الانتفاع للراهن يوجب الاخلال بما ثبت من الحق للمرتهن لان الثابت له بقضية الرهن ملك اليد وهو اختصاصه به حبسا الى ان يستوفي
دينه وهذا ينعدم باطلاق الانتفاع في حق الراهن فوجب الحجر عنه تحقيقا لاختصاص المرتهن به حبسا الى ان يستوفي دينه وملك اليد في
ان يستوفي دينه لقوله تعالى فرهان مقبوضة فدل ذلك على استدامة القبض لانه ما دام القبض باقيا في الحبس واذا زال الحبس ثم اذا جاز
ركوب الراهن او سكناه يزول القبض لا محالة وهو خلاف النص • ولا منفعة للرهن فيمنع الراهن من استيفائها كمنفعة البضع ومنافع الثوب فانه قبل
الوطء ينتهي الى العلوق فيبطل به حق المرتهن والثوب يبلى باللبس فيودي الى نقصان حق المرتهن قبل ان استعمال العبد ربما يودي الى تلفه من الهلاك ورد
الشيء الى يد الراهن يودي الى اسقاط حق المرتهن لانه يجحد الدين • واذا كان الرهن في يده لا يجحد لانه لا نافع له في جحوده فالرهن مثل
الدين او اكثر ولا يلزم على هذا اعارة المرتهن منه لانه يودي الى اسقاط حقه ولكنه قد رضي به فان قيل روي عن ابي هريرة عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا قلنا هذا مجمل لم يبين فيه من الذي يركب
ويشرب فلا يصح الاحتجاج بالمجمل • ولئن سلمنا ان المرهون هو المراد فنقول لا يصح الاحتجاج به ايضا لانه يلزم حينئذ معارضة خبر الواحد
بكتاب الله تعالى فلا يجوز ذلك لعدم شرطها وهو المساواة • بيانه ان قوله تعالى فرهان مقبوضة يقتضي استدامة القبض فلو جاز ركوب
الراهن ينتفي ذلك فيثبت المعارضة **قوله** وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله اي
قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن • وقال الكرخي في مختصره وهو بمنزلة الوديعة
في جميع ما لا يجوز ذلك في الوديعة من التصرف فانه لا يجوز له في الرهن • وما جاز في الوديعة جاز في الرهن له ان يسلم الرهن الى زوجته
ومن هو في عياله من ولده واجرائه الذين يتصرفون له في ماله الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وذلك لان المرتهن والعدل انما يمسكان الرهن
بامر الراهن وهو انما اذن في الامساك للتوثق ولم ياذن في الاستعمال ولا في الاجارة فلم يجز ثم ما لم ياذن فيه كما لا يجوز للمودع • فاما الحفظ
بمن في عياله فلانه مامور بالحفظ وهو يحفظ بهولاء • الا ترى انهم اذا كانوا في عياله صار الشيء في ايديهم وان لم يسلمه اليهم اذا خرج من منزله
واذا كان كذلك لم يكن مفرطا بحفظهم • وان حفظ بغير من في عياله او اودعه ضمن • وذلك لان الايدي تختلف في الحفظ والامانة
والمالك لم ياذن له في ذلك بغيره والمراد بمن في عياله ان يساكنه معه سواء كان في نفقته او لا • فلو ان امرأة اودعت وديعة
قد دفعت الى زوجها لا تضمن وان لم يكن الزوج في عيالها لان العبرة في هذا الباب للمساكنة دون النفقة • الا ترى ان الابن اذا كان
مساكنا ولم يكن في عيالها فخرجت من المنزل وتركت المنزل على الابن لا تضمن • والمراد من الاجير المشاهرة او المسانهة دون المياومة
وقد مر ذلك في باب الوديعة **قوله** فيما جمع ذلك بدليل في الوديعة • يعني ان في تضمين المودع الثاني خلافا فعند ابي حنيفة
لا ضمان عليه وعندهما عليه الضمان كالاول • وعند ابن ابي ليلى لا ضمان على احد منهما وقد مرت المسئلة مستوفى بيانها في الوديعة **قوله**
واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته وهذا لفظ القدوري في مختصره • قال الحاكم الشهيد في الكافي فان ركب
المرتهن الدابة او كان الرهن عبدا فاستخدمه او ثوبا فلبسه او سيفا فتقلده بغير اذن الراهن فهو له ضامن • لان المرتهن ليس له حق
الانتفاع فصار به غاصبا • لان الراهن رضي بحبسه لا بانتفاعه فصار به غاصبا حتى يضمن قيمته بالغة ما بلغت وان كان باذن الراهن فلا
ضمان عليه لان الحجر لحقه وقد رضي به • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا اذا تقلد بالسيف على وجه الاستعمال
اما اذا تقلده على سبيل الحفظ لا يضمن لانه يعد به حافظا لا مستعملا • ولهذا قالوا لو كان الرهن سيفين فتقلد بهما لا يضمن لانه لا يعتد
به الاستعمال عادة • وقيل يضمن لانه قد يتقلد بالسيفين للاستعمال في الحرب • ولو كانت ثلاثة سيوف فتقلد بهن لا يضمن بالاجماع لانه
لا يتقلد بهن للاستعمال عادة **قوله** ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن ذكره في سبيل التفريع على مسئلة القدوري • قال
الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره • وقال ابو عمر حفص بن صالح عن محمد في رجل ارتهن من رجل خاتما فجعله في خنصره قال هو ضامن
لان هذا لبس الخاتم واليمنى واليسرى في ذلك سواء • ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه وكذلك الطيلسان وجميع الاشياء الى هنا
لفظ الكرخي • قال القدوري في شرحه والاصل في هذا ان المرتهن ماذون في الحفظ غير ماذون في الاستعمال ولبس الخاتم في الخنصر
استعمال له • وذلك موجب للضمان ولبسه في غير الخنصر ليس بلبس • الا ترى انه لا يقصد في العادة فهو حفظ فلم يضمن به • وكذلك
الطيلسان ان لبسه كما يلبس الطيالسة ضمن لان هذا استعمال وليس بحفظ • وان وضعه على عاتقه على غير الوجه الذي يلبسه الناس لم
يضمن لانه انما هو حفظ • وقال الكرخي في مختصره وقال سمعت محمدا يقول في رجل رهن عند رجل سيفين او ثلاثة فتقلدها قال لا يضمن
في الثلاثة لانه ليس بلابس وقال في السيفين يضمن لانه قد يلبس في الحرب سيفان • ثم قال انظر في الاثنين وسد الى هنا لفظ الكرخي
قال القدوري وذلك لان تقلد السيف احد استعمال وليس بحفظ • وكذلك تقلد السيفين لان الناس قد يتقلدون بالسيفين في الحرب
فاما الثلاثة فلم تجر العادة بتقلدها فكان ذلك حفظا • وقال الكرخي ايضا في مختصره قال هشام وسمعت محمدا قال في الخاتم اذا

تختم به في يمينه ضمن لان من الناس من يلبس الخاتم في يمينه • وقال محمد ان تختم به في الخنصر من اليسرى ولبسه فوق خاتم عليه قال لا يضمن قلت له ولم
وربما تختم الانسان بخاتمين وذكرت له بعض السلاطين يلبس الخاتم فوق الخاتم قال ذاك يلبسه للختم • قال هشام يعني قوله كان يلبس
الخاتمين ذلك الاعلى من كان له سلطان • الى هنا لفظ الكرخي • قال القدوري في شرحه والمرجع في هذا الى العادة فان كان الناس
من يتختم بخاتمين ضمن وان كان ممن لا يتجمل بذلك فهذا حفظ وليس بلبس فلا يضمن • وقال في كتاب الغصب من الفتاوي الصغرى ولو كان
المرتهن امرأة فتختمت به في اي اصبع كان ضمنت لان النساء يتختمن بجميع اصابعهن • ثم ينبغي ان يذكر ان المراد بعدم الضمان فيما يعد حفظا
لا استعمالا ان لا يضمن ضمان الغصب لا انه لا يضمن اصلا لانه مضمون بالدين فيسقط الدين بهلاكه بما هو الاقل من قيمته ومن الدين كالخاتم اذا جعله
في اصبع لا يتختم به في العرف والعادة وكالثوب اذا القاه على عاتقه ذكره في شرح الطحاوي **قوله** قال واجرة البيت الذي يحفظ
فيه الرهن على المرتهن • وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن • اي قال القدوري في مختصره • قال الشيخ ابو الحسن
الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد والحسن ولا اعلم بينهم خلافا ان الرهن اذا كان حيوانا فان نفقته من ماكله ومشربه على الراهن
وكذلك كسوة الرقيق • وكذلك ان كانت امة فولدت فاجرة الظئر على الراهن كحال الحر ولم يجد خلافه • وكذلك ان كان الرهن بستانا
فيه نخل ونخل وكرم وليس فيه ثمر وما يثمر فسقيه وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه على الراهن سواء كان في الرهن فضل على الدين او
لم يكن فان ذلك كله على الراهن دون المرتهن لانه ملكه ما كان مضمونا وما لم يكن • واما الحفظ في جميع ذلك فعلى المرتهن ما كان مضمونا
منه وما لم يكن لان له حبس ذلك كله • وكذلك ان احتيج الى استيجار من يحفظ فعلى المرتهن ان يستاجر من يحفظه • وكذلك الماوى للبقر
والغنم على المرتهن دون الراهن الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • وذلك لما ذكر القدوري من الاصل في شرحه وهو ان كل مؤنة ونفقة
كانت لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فات بسبب حادث فهو على المرتهن
وانما قلنا ان النفقة في الماكل والمشرب والكسوة على الراهن لان العين على ملكه فكانت نفقته عليه كالوديعة • وليس هذا كالعبد الموصى بخدمته
فان النفقة على الموصى له لا على الوارث لان الموصى له قد ملك منافع العين من مالكها من غير منفعة تحصل للمالك فكانت النفقة عليه • وعلى هذا اجرة
الراعي لانه يحتاج اليه لعلف الحيوان فهو كالطعام والشراب • قال في التحفة وينبغي ان يكون الرهن مضمونا او يكون امانة كرد ابق
الرهن وما فضل من الرهن من قيمة الدين لان كله ملكه فعليه كفايته ومؤنته • واما ما يحتاج اليه للحفظ كاجرة الحافظ فعلى المرتهن
لان الامساك من حقوقه فوجب ان يكون عوضه عليه • وكذلك اجرة السكنى الذي يحفظ فيه في الرواية المشهورة لان الحفظ والامساك
حق له فكان ما يلزم فيه من الغرام عليه • وقال القدوري وروى ابن سماعة عن ابي يوسف في الراهن والمرتهن اذا اختلفا في ماوى
البقر والغنم والدواب الذي تاوي اليه فان عند المرتهن سعة فهو في منزله وان ابى ذلك يكرى لها ويكون الكراء على الراهن • ووجه ذلك
ان كل من لزمه نفقة الحيوان في ماكله لزمه في حفظه اجرة موضعه كالمودع • واما ما يلزمه لرد الشيء الى يد المرتهن فهو كجعل الابق
فان ذلك لازم للمرتهن اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء • وان كانت قيمة الدين اكثر كان على المرتهن بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر
الامانة • وذلك لان الجعل انما يجب باعادة يد المرتهن وذلك حق له فكان الجعل عليه • واما حصة الامانة فانه فيها كالمودع
فيكون على مالكه وليس هذا كاجرة المسكن لان جميعها على المرتهن • وان كان في الرهن فضل لانها تلزمه لاجل الحبس الذي هو حق له وحبس
الامانة لحقه في حبس المضمون • قال وذكر ابن سماعة عن ابي يوسف ان الجعل في دية العبد اذا اداه الراهن حسب ما
قضى من دين المرتهن فان اداه المرتهن فانما اصلح رهنه ودينه على حاله ثابت • وهذا اذا كانت القيمة والدين سواء فجعل حاصل الضمان
على المرتهن في الجعل الا انه علمه برؤية العبد لانه وجب بسبب من جهته وهو الاباق فصار كالجناية • واما ما يجب لرد جزء من العين الى
يد المرتهن الذي فات بسبب عارض فهو كمداواة الجراحة للحيوان والقروح ومعالجة الامراض فهو منقسم فما كان من حصة المضمون فهو على
المرتهن وما كان من حصة الامانة فهو على الراهن • وذلك لان المرتهن يصلح به لا حقه • الا ترى ان ما يفوت من الرهن يذهب
دينه فاذا عالجه سلم له الدين بكماله • واذا كان في ذلك اصلاح حقه كان عليه • واما حصة الامانة فان المرتهن فيها كالمودع فيكون
على المالك • وقال الكرخي في مختصره فان اراد الراهن ان يجعل النفقة التي ذكرنا انها عليه فيما لمالك الرهن فليس له ذلك وللمرتهن ان
يبطل جميع ذلك الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان النماء داخل في الرهن فلا يجوز له ان يجعلها في نفس الرهن **قوله** ومن هذا
الجنس كسوة الرقيق اي من جنس ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته **قوله** لحفظه او لرده العين في الموضعين راجع الى الرهن **قوله**
ومن هذا القسم جعل الابق اي من القسم الذي يجب مؤنته على المرتهن **قوله** والمداواة والجناية تنقسم على المضمون والامانة والفداء من
الجناية والدين الذي يلحق الرهن بالامر الذي يقضيها بالاستهلاك اذا وجب ذلك في الرهن فان ذلك في حصتها في حق كل واحد من
الراهن والمرتهن • لان جناية المضمون في يد الضامن تجري مجرى جناية الضامن فيكون من ماله • واما جناية الامانة فانها كجناية الوديعة
يكون على الراهن • قال الكرخي في مختصره قال ابو يوسف فان لم يفدياه في الدين والجناية بيعه وقضيت الجناية والدين وما بقي من ثمنه
فللراهن • وذلك لان البيع بالدين مستحق وما فضل عن مقدار الدين فكانه لم يتعلق به حق في الاصل فيعود الى يد المرتهن **قوله** والخراج
على الراهن خاصة • قال الكرخي في مختصره والخراج ايضا على الراهن دون المرتهن • فان اراد الراهن ان يجعله في الغلة لم يكن له ذلك
الا باذن الامام ويكون ما بقي رهنا على حاله ولا يفسد ذلك الرهن الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان الخراج مؤنة تلزم المالك لاجل
ملكه فصار كالنفقة • والعشر في الغلة فيما يخرج من الزرع والثمر ياخذ ذلك الامام بحق ما يجب له ويكون ما يفضل من ذلك رهنا
على حاله ولا يفسد ذلك الرهن لان العشر يتعلق وجوبه بالعين فتقدم على حق المرتهن لحق المستحق ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوب
العشر لا يمنع من ملك الراهن • الا ترى انه لو باع فقدر العشر جائز بيعه • ولو اعطى العشر من غيره جاز فلم يؤد ذلك الى الاشاعة فلان

الاستحقاق فانه يمنع ملك الراهن في قدر المستحق فيتبين به عدم الملك فيه في الاصل فيلزم الاشاعة • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي فان كان الرهن ارض خراج او ارض عشر فاخذ السلطان الخراج او عشر الثمرة من الراهن لم يكن للراهن ان يرجع في شيء من
الثمر وهو كله رهن يمسكه العدل ليوفيه المرتهن لان العشر والخراج انما يجب على الراهن لانه هو المالك الا ان له تعلقا بالرهن ولكنه
لا يوجب ابطال الرهن لانه يكن استحقاقا من غير الرهن • فان اداه الراهن من موضع اخر فقد خلص الرهن في يد المرتهن ولم يكن له ان
يرجع في الثمر بقدر ما ادى لانه لما خلص عن الحق بقي رهنا كما كان وان اخذ السلطان العشر او الخراج من الثمر كان له ذلك وخرج هو
ذلك القدر من حكم الرهن لاستحقاقه ولكن لا يبطل الرهن فيما بقي لانه بمنزلة استحقاق بعض منه ولا يذهب من الدين بقدر ما استحق لانه
تبين ان ذلك القدر كالخارج من الرهن في الاصل كذا في شرح الكافي قوله وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو
متطوع الى اخره • قال الكرخي في مختصره وكل ما وجب على الراهن فقضاه المرتهن واداه من ماله بغير اذن الراهن فهو متطوع الى
هنا لفظ الكرخي وذلك لانه قضى دين غيره بغير اذنه وكان بذلك متطوعا • وقال الكرخي ايضا وكذلك ما وجب على المرتهن
فاداه الراهن بغير امره فهو متطوع فان انفق المرتهن النفقة التي تجب على الراهن بقضاء قاض رجع به • وكذلك الراهن اذا انفق من
ماله ما يجب على المرتهن بامر قاض رجع به على المرتهن الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان القاضي له ولاية على كل واحد منهما فاذا
امتنع من الانفاق الواجب عليه احتجز ذلك بالاجر لجاز للقاضي ان ياذن في ذلك ويجعله دينا على من يجب عليه • وقال
الكرخي ايضا وكذلك اذا امر كل واحد منهما صاحبه ان يؤدي ما يجب عليه كان ذلك جائزا او لم يلزم الامر ما فعله الامر الى هنا لفظ
الكرخي • وذلك لانه لما اذن صار الامر وكيله في الانفاق فيرجع عليه بحكم الوكالة • وقال الكرخي وقال ابن شجاع في المجرد
اخبرني الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال اذا كان الراهن غائبا فانفق المرتهن على الرهن نفقة وجبت على الراهن
بقضاء قاض رجع عليه بها • وان كان الراهن حاضرا لم يرجع عليه بذلك • وقال ابو يوسف فيهما جميعا يرجع عليه الى هنا
لفظ الكرخي • قال القدوري في شرحه وهذا فرع على اختلافهم في الحجر فان عند ابي حنيفة ان الحاضر لا يلي الحاكم عليه فيجبره
على النفقة فاذا ادى الاخر لم يصر دينا عليه لانه يقدر على ايفاء حقه بالزام من عليه الحق • واذا كان غائبا نفذ الحكم عليه
فكذلك ولي الحاكم عليه في الاذن • وعلى قول ابي يوسف يلي القاضي عند الامتناع مع الحضور والغيبة فاذا اذن في الاداء
صار ذلك عليه دينا قوله وهي فرع مسئلة الحجر فيما تقدم انتا

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر قبل هذا مقدمات الرهن شرع بتفصيل ما يجوز ارتهانه
وما لا يجوز لان التفصيل بعد الاجمال قوله قال ولا يجوز رهن المشاع اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن
الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا محوزا منفصلا من غير متعلق
بما لم يقع عليه عقد الرهن ولا يجوز عندهم جميعا رهن المشاع كان شائعا فيما يقسم او فيما لا يقسم لا يجوز رهن نصف دار ولا نصف
ارض ولا نصف عبد عندهم جميعا ولا نصف ثوب ولا سهم من سهام ذلك وسواء رهن المشاع من شريكه في ذلك او من غيره فانه لا يجوز
وان سلم ذلك كله اليه الى هنا لفظ الكرخي عند مالك والشافعي رحمه الله جائز ولكن شرط عند مالك قبض جميعه كذا في المدونة
وعبارة اصحابنا مختلفة فيه قال بعضهم باطل وهو اختيار الكرخي • وقال بعضهم فاسد كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي • وجه قول مالك والشافعي ان المشاع محل للبيع فيكون محلا للرهن كالمفرز والعقد متى اضيف الى محله لا بد ان ينعقد بوصف الصحة
لان الاصل في العقود الشرعية هو الاطلاق لوقوعها مصلحة • وانما قلنا انه محل لان محل التصرف ما يكون قابلا لحكمه والمشاع قابل
لذلك • لان المطالبة بالبيع يستقيم في القابل للبيع والحبس ما في الشائع يتصور خلافه • ولهذا ينعقد فيما لا يحتمل القسمة ويحمل بنفسه
الى القبض كالهبة والصدقة بالاجماع • ولهذا لو رهن من رجلين جاز ويكون رهنا عند كل واحد منهما نصفه • ولهذا ادخل المشاع
وان قال السلم وبدل الصرف جاز والقبض شرط في هذه المواضع محققة ان المشاع لا يمنع القبض في حقيقة الاستيفاء فلان لا يمنع في اثبات
الاستيفاء اولى • الا ترى انه لو كان لرجل على اخر الف درهم فدفع اليه الفي درهم الفا لدينه والفا قرضا فيقبض مع الشيوع • ولنا
ان العقد انما ينعقد في المحل القابل لحكمه • والمشاع ليس بقابل لحكم الرهن وهو ملك الحبس الدائم لان حبس المشاع لا يتصور لان
حبس المشاع وحده لا يتحقق فلا يصح رهن المشاع • وانما قلنا انه ينعقد في المحل حكم العقد لا ينعقد العقد كنكاح المحرمات
وبيع المسلم الخمر والخنزير • وانما قلنا ان حكم الرهن ملك الحبس الدائم لان الرهن لم يشرع الا مقبوضا بالنص • ولان الرهن
عبارة عن الحبس في اللغة والحبس لا يصح الا بملك الحبس واستحقاقه • ثم حبس المشاع عندهما لا يتصور الا بحبس الكل وحبس الكل ليس
بمستحق بالعقد لان العقد تناول النصف لا الكل • ولان الراهن يحتاج الى الانتفاع بالنصف الباقي فليس للمرتهن ان يمنعه عن الانتفاع
به • فلو تصور حبس المشاع انما يتصور بطريق التهايؤ فاذا كان في اليوم الذي يحبسه المرتهن يحبس النصف بحكم الرهن والنصف
الاخر بحكم النيابة عن المالك في اليوم الذي يحبسه المالك يحبس النصف بحكم الملك والنصف الاخر ايضا بحكم الملك لان المالك
لا يصح ان يكون متصرفا في ملكه بطريق النيابة عن غيره الا انه يعتبر رضا المرتهن لدفع الحصة فاذا لحقه يحبس الراهن الكل بحكم الملك
فاذا لم يصح ان يكون نائبا عن المرتهن كان حكم الرهن فائتا سوفيا متعينا • وكان كانه رهنه يوما ويوما لا ولو صرح بذلك
لا يصح الرهن فكذا هذا • ويخرج الجواب عن هذا عن الرهن من رجلين لان احد المرتهنين يحبس النصف بحكم الرهن والنصف الاخر
النيابة عن صاحبه • وكذلك الاخر فكان حكم الرهن ثابتا على سبيل الدوام • والجواب عن قول الخصم في هبة المشاع ومما له
المشاع مما لا يحتمل القسمة فنقول لا نسلم ان ذلك دال على ان القبض متصور حقيقة بل اكتفى ثمة بالقبض القاصر وهو قبض المورد

عليه سما الى عرم لان القبض شرط ثمة والشروط اتباع فاكتفى بالقبض القاصر لانه غرم لا يتصور في الشائع • اما هنا فالحبس حكم والحكم
هو الاصل المقصود فلم يكتف فيه بالقاصر من القبض قوله ثبوت يد الاستيفاء والمراد منه اختصاص المرتهن بالرهن حبسا الى ان
يقضي الراهن دينه وهذا المعنى لا يتصور في المشاع لان اليد لا تثبت حقيقة الا على جزء معين قوله الى المقصود منه اي من الحبس
الدائم والمقصود هو الاستيثاق من الوجه الذي يختص به قبل ملاقاه او وان يقول ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء وهو ان يكون
موصلا اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع
الى قضاء الدين لحاجته او لضجره قوله وعلى الوجه الثاني اراد به قوله والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم • وقال القدوري
في شرحه وقال في رهن المشاع لا يجوز من الشريك فكذا لا هبة المشاع • وجوز ابو حنيفة اجارة المشاع من الشريك في الرواية المشهورة لان
المانع من الرهن عدم استدامة القبض وهذا المعنى موجود في الرهن من الشريك لان المرتهن يمسكه يوما رهنا ويوما يخدمه ولم يرهن
والمانع من الهبة الشريط في القسمة وهذا موجود في الشريك • والمانع من الاجارة ان المستاجر لا يتمكن من الانتفاع ما اقتضاه
العقد الا بالمهايات وهذا المعنى لا يوجد في الشريك قوله والشيوع الطاري يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل • قال القدوري
في شرحه لمختصر الكرخي واما الاشاعة الطارية فذكر في كتاب الرهن انها تمنع من الرهن • وصورتها ان يوكل الراهن العدل ببيع الرهن
كيف راى مجتمعا ومتفرقا فيبيع نصف العبد او يرهن قلبا فيه عشرون درهما فضة بعشرة دراهم فيكسر فيضمن المرتهن نصف القلب وفي حصة
الضمان وفي حصة الامانة رهنا فيسقط حتى لا يكون مشاعا • وروى ابن سماعة عن ابي يوسف انه رجع عن هذا القول • وقال
لا اشاعة الطارية لا تمنع صحة الرهن كما لا تمنع بقاء الهبة • وجه رواية الاصل ان الاشاعة تؤثر في الابتداء لانها تمنع من استدامة قبض
المرتهن وهذا المعنى موجود في الاشاعة الطارية وليس كذلك الهبة لان الاشاعة تمنع منها لتعذرها في القبض واستدامة القبض
ليس بشرط بين الدين يقبلهما ان الواهب لو رجع في بعض الهبة بقيت الهبة في الباقي وان تفاسخ الراهن والمرتهن بعض الرهن فاراد ابقية
العقد في الباقي لم يجز • وجه رواية ابن سماعة ان الحكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فيما لم يجز • وكذلك لا يمنع ان يصح الرهن في
المشاع في حال البقاء وان لم يصح في حال الابتداء • ولانه عقد من شرط صحته القبض فالاشاعة الطارية لا تؤثر فيه كالهبة كذا ذكر القدوري
وذكر في الطريقة البرهانية المطولة صورة الشيوع الطاري فالو رهن من رجلين فمات احدهما قوله لنفي المزاحمة اي المزاحمة
الشائعة قوله ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة اي ولاجل ان الملك حكم الهبة والمشاع لا ينافيه صح الرجوع في بعض الهبة • بخلاف
الرهن فان حكمه ملك الحبس الدائم والاشاعة تنافيه فلم يصح التفاسخ في بعض الرهن قوله قال ولا رهن ثمرة على رؤوس النخل دون
النخيل ولا زرع في الارض دون الارض • ولا رهن النخل في الارض دونها • اي قال القدوري في مختصره قال الكرخي في
مختصره ولا يجوز رهن ثمر في نخل ولا كرم ولا شجر دون ثمرة ولا قبله الى المرتهن الا ان لا ارض دون ثمرته ولا ارض دون الارض ولا رهن
نخل ولا كرم ولا شجر في الارض دون الارض • وكذلك ان رهن زرعا في ارض دون الارض او رهن الارض دون الزرع ولا يجوز
رهن الارض دون ما فيها من نخل او شجر او كرم الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان المرهون متصل بما لم يكن حبسه دونه فكان في معنى
رهن المشاع وذلك لان الحيازة لا تتاتى في القبض فيه وحده فكذا هذا المعنى قوله وعن ابي حنيفة ان رهن الارض بدون الشجر
جائز • قال الكرخي في مختصره وان رهن ارضا فيها نخل او شجر او كرم فقال رهنتك الارض دون النخل والشجر والكرم قال الحسن
بن زياد روي عن ابي حنيفة ان ذلك جائز • واما ابو يوسف ومحمد فقالا ان الرهن باطل ولم يحكيا خلافا الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله • قال القدوري في شرحه والمشهور ان الرهن باطل ووجهه ان الرهن مشغول بما ليس برهن فصار كرهن الارض
التي فيها متاع للراهن • وقد قال الحسن في روايته انه لو رهن الارض دون البناء لم يصح لان الرهن مشغول بالبناء وكذلك الاشجار
بالنخل والشجر • وجه رواية الحسن ان النخل عبارة عن البدن مع مكانه والشجر عبارة عن الخشب موضعه • الا ترى انه في غير
موضعه جذع وليس بنخل فكانه استثنى النخل بمكانه من الارض فيصير رهنا ما سواه وذلك جائز • وليس كذلك اذا استثنى البناء
لان ذلك عبارة عن الابنية دون مكانها فيدخل مكانها في الرهن وهو مشغول بها فلا يصح • واما اذا رهن الارض واستثنى
النخل فيصح بها الرهن كذا ذكر القدوري في شرحه قوله ولو رهن النخيل بمواضعها جاز ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر
تفريعا لها ايضا قوله ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن ذكرها تفريعا ايضا • اي لو كان في النخل الذي رهنه ثمر دخل في الرهن
لان العقد لا يصح على النخل دون الثمر ودخوله في العقد لا يوجب زوال ملك الراهن عنه وقد يفضي الى عقد صحيح فيدخل فيه ما لا يصح الا به
وليس كذلك اذا باع النخل لان بيع الثمر دون النخل يصح فلم يكن به حاجة الى ادخال الثمر بغير تسمية قوله بخلاف المتاع في الدار
حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر عطف على قوله بخلاف البيع • يعني كما ان الثمر لا يدخل بلا ذكر في البيع فكذلك لا يدخل المتاع
في الدار في رهن الدار بلا ذكر • قال القدوري في شرحه فلا دخل المتاع في الرهن والا لم يفسد طلب لتصحيح العقد كما ادخلنا الثمرة
والزرع في حكم التابع للنخل والارض • الا ترى انه لو باعها بجمل قليل وكثير منها داخل في البيع والمتاع ليس من حقوقها فلا يجوز ان يدخل
من غير تسمية قوله وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع ذكرها تفريعا ايضا • قال الشيخ ابو الحسن
الكرخي في مختصره وان قال رهنتك هذه الدار او هذه الارض او هذه القرية او اطلق القول اطلاقا ولم يخص شيئا دون شيء دخل البناء
والنخل والشجر والكرم الذي في الارض في الرهن • وكذلك يدخل الزرع والرطبة في الرهن ولا يشبه الرهن البيع لان الرهن لم يخرج من ملك
الراهن بعقد الراهن • ويخرج من ملك البائع في البيع وان لم تشترط صحة البيع الى دخوله فلا يدخل في البيع وصحته تتوقف على دخوله او لما
الزرع والرطبة فلا يدخل في البيع ويدخل في الرهن وكذلك لا يدخل الزرع والرطبة في الرهن ولا يشبه الرهن البيع لان الرهن لم يخرج من ملك

الراهن بعقد الرهن وخرج من ملك البائع في البيع وهذا لانه لم يجيئا الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • قال القدوري في شرحه ولنا
البنا والشجر يدخل في البيع وان لم يسم لصحة البيع الى دخوله فلان يدخل في الرهن وصحته تتوقف على دخوله اولى • فاما الزرع والرطبة
فلا يدخل في البيع ويدخل في الرهن لما بينا في الثمر ان الرهن لا يصح دون دخوله فيه لا يخرجه من ملك الراهن فلذلك دخل تصحيحا
للعقد قوله لما ذكرنا في الثمر اشارة الى قوله لانه تابع قوله ولو رهن الدار بما فيها جاز • ولو استحق بعضه ان كان الباقي
يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله ذكرها تقريبا ايضا • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي فان رهن الارض
بما فيها والدار ثم استحق بعض الرهن نظرت الى ما بقي فان كان يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته من الدين وان كان
ابتداء الرهن لا يجوز عليه بطل الرهن كله الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • يعني اذا كان الباقي مفرزا بقي الرهن فيه وان كان شايعا
بطل وذلك لان بالاستحقاق تبين ان المستحق لم يكن داخلا في العقد فصار كانه ما بقي • فان كان كذلك جاز والا فلا • وقال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واذا استحق بعض الرهن بعد صحته فانه ينظر ان كان الباقي بعد ورود الاستحقاق بحال يجوز
الرهن عليه ابتداء فلا يبطل الرهن فيه ويكون الباقي محبوسا بجميع الرهن ولكنه يكون محبوسا بحصته من الدين ان ثم الدين على قيمته
وقيمة ما استحق عنه من حيث انه لو هلك الباقي هلك بحصته من الدين وان كان في قيمته وفاء بالدين لانه قد جمع الكل • بخلاف ما اذا
رهن الباقي بالدين ابتدا وفيه وفاء بالدين • ولو كان الباقي بعد ورود الاستحقاق مما لا يجوز رهنه ابتدا فانه يبطل الرهن قوله
ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ذكرها تقريبا ايضا • قال القدوري في شرحه
قال الحسن عن ابي حنيفة اذا رهنه دارا والراهن والمرتهن جميعا في جوفها فقال قد سلمتها اليك ودفعتها اليك رهنا فقال المرتهن قد قبلت
لم يكن رهنا حتى يخرج الراهن من الدار • فان خرج من الدار بعد ذلك لم يتم الرهن الا ان يقول الراهن قد سلمتها بعدما خرج من
الدار وذلك لانهما اذا كانا في الدار فيد صاحب الدار ثابتة فيها فلم يصح تسليمه الى المرتهن واذا لم يصح ذلك التسليم حتى خرج احتاج الى
تجديد تسليم اخر • قال وان كان في الدار متاع قليل او كثير او حب او ثياب او شي مما ينتفع به ثم سلم الدار رهنا فلم ذلك
لم يتم الرهن حتى يفرغ ذلك منها لان الدار مشغولة بما فيها فيمنع ذلك من تسليمها • قال ولو رهنه الدار وما فيها او على بيته وما فيها وهو
خارج منها تم الرهن • وذلك لان ما فيها يصح رهنه فاذا دخل في الرهن لم يمنع من صحة القبض في الدار قوله ويمنع تسليم
الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل ذكرها ايضا تقريبا • قال القدوري في شرحه ولو رهنه دابة عليها حمل لم يتم الرهن
حتى يلقي الحمل عنها ويدفعها وذلك لانها مشغولة بالحمل كشغل الدار بالمتاع • فان رهنه الحمل دون الدابة ودفعها اليه بالحمل كان ذلك
رهنا تاما في الحمل • وذلك لان الرهن ليس بمشغول بغيره ولا تابع له فصار كرهن متاع في دار اذا خلى بينه وبينه • قال فان
رهنه سرجا على دابة او لجاما في راس الدابة او رسنا في راسها ودفع اليه الدابة بالسرج واللجام والرسن لم يكن رهنا حتى ينزعه
عن الدابة ثم يقبضه فيتم فيه الرهن • قال وهذا كله على قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف وزفر • وذلك لان السرج واللجام
من توابع الدابة فلا يصح افراده عنها بالرهن كثمر النخل فلهذا قالوا لو رهنه دابة عليها سرج ولجام ورسن وذلك للراهن دخل في الرهن
لانه من توابعها فلا يصح افرادها بالرهن دونها قوله قال ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات
ومال الشركة • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان مقتضى قبض الرهن هو الضمان فما ليس بمضمون لا يصح ذلك فيه فلا يجوز الرهن
به وقد مر بيان ما يجوز الرهن به وما لا يجوز من الاعيان عند قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون قوله فاما الاعيان المضمونة
بعينها فقد مر بيانها مستوفى عند قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال فان هلك الرهن
وقد اخذ بشي من الاعيان المضمونة بانفسها فانه يقال له في بيع كل شي فمثل ما في يدك وخذ من المرتهن الاقل من الدين ومن
قيمة الرهن • وذلك لان الرهن عقد فاستوفي ما هو مضمون بالاقل من قيمته ومن قيمة الدين فان هلك صار كانه استوفى ما هو مضمون به فاذا هلك
العين يجب عليه رد قدر المضمون قال وان هلكت الاعيان قبل الرهن فالرهن رهن بقيمة تلك الاعيان لانه هو المضمون • فان هلك
الرهن بعد هلاك الاعيان هلك بالاقل من قيمته ومن قيمة العين التي كان رهنا فيها • وعلى هذا على ما قدمنا قوله وقال
والرهن بالدرك باطل اي قال في الجامع الصغير وتفسيره رجل باع سلعة وقبض ثمنها وسلمها وخاف المشتري الاستحقاق فاخذ بالثمن
رهنا بالدرك فانه باطل حتى اذا هلك الرهن عنده يهلك امانة حل الدرك او لم يحل • والدرك في اللغة عبارة عن التبعة من كل
شي ويراد به ضمان الثمن عند استحقاق المبيع • ثم ان الرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائز • والفرق ان الرهن لا يجوز الا
بدين مضمون ولا ضمان قبل استحقاق المبيع فكان الرهن بالدرك رهنا بما ليس بمضمون فلا يجوز فلو جاز فانما يجوز كان معلقا بالخطر والرهن
لا يحتمل التعليق لان فيه معنى التمليك • لان الارتهان استيفاء والرهن ايفاء فكان فيه معنى المبادلة والتمليكات لا يصح تعليقها بالاخطار
بخلاف الكفالة فانها عقد التزام والالتزامات مما يصح تعليقها بالاخطار كايجاب الصوم والصلاة والصدقة فانها تحتمل التعليق
بالخطر والاضافة • ولهذا جازت الكفالة بما يذوب له عليه ولم يجز الرهن بما يذوب له عليه قوله ولهذا تصح الكفالة
بما ذاب له ايضاح لقوله والتزام الافعال لا يصح مضافا الى المال قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود مستمل بين الهلاك
امانة • يعني انه لا يهلك امانة بل يهلك مضمونا قوله يهلك بما سمي من المال مقابلة اي بمقابلة الرهن وفيه تسامح لانه يهلك
بالاقل من قيمته ومما سمي له من القرض • الا ترى الى ما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو اخذ الرهن بشرط ان
يقرضه كذا فهلك في يده قبل ان يقرضه هلك بالاقل من قيمته ومما سمي له من القرض لانه قبضه على سوم الرهن فالمقبوض على سوم الرهن
مضمون كالمقبوض على سوم البيع اذا هلك في يد المساوم من قيمته وان قبضه باذن صاحبه قوله قال ويصح الرهن براس

مال

مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه • اي قال القدوري في مختصره وقال زفر لا يصح • قال في اشارات الاسرار اذا اخذ ببدل
الصرف وراس المال في باب السلم رهنا فهلك قبل الافتراق تم القبض استحسانا خلافا لزفر وهو القياس • وجه قول زفر ان الرهن
اذا هلك كان المرتهن مستوفيا لدينه من الرهن واستيفا غير راس المال وبدل الصرف والمسلم فيه لا يجوز • لان استبدال هذه الاشيا
من غير جنسها لا يجوز • ولنا ان الرهن للاستيفا وكل دين يمكن استيفاوه من الرهن جاز الرهن به كما في الرهن بسائر الديون وهو
وهذه ديون يمكن استيفاوها وهذا لان الرهن فيصح الرهن بها والرهن ان لم يكن من جنسها صورة فهو من جنسها معنى وهو المالية
والمعقود من الرهن معناه لا صورته • لان صورته امانة فاذا هلك الرهن في المجلس تم العقد وصار مستوفيا قوله على ما مر اشارة
الى ما ذكر في اوائل كتاب الرهن • والاستيفا يقع بالمالية اما العين امانة قوله وفي باب الاستبدال مستدرك اي في راس مال السلم وبدل
الصرف والمسلم فيه وذلك لان قبض راس المال وبدل الصرف في المجلس شرط وبالاستبدال يفوت ذلك • بخلاف الاستبدال بالثمن فانه يجوز
لان قبضه ليس بشرط والمسلم فيه مبيع دين فلا يجوز الاستبدال فيه كالمبيع العين لان التصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز قوله والرهن
بالمبيع باطل وذلك لانه ليس بمضمون بنفسه الا ترى ان المبيع اذا هلك سقط ثمنه فلا يجوز ان يكون رهنا بالثمن لان الثمن حق البايع
على المشتري فلا يجوز ان يعطي به رهنا • فان هلك الرهن في يد المشتري فالمبيع على حاله ويذهب الرهن بغير شي لانه غير مضمون • فلو اعطاه
المؤجر رهنا بعقد الاجارة فالرهن باطل لانه ليس بمضمون عليه • الا ترى انه اذا هلك انفسخت الاجارة كذا ذكر القدوري في شرحه قوله
وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا • اي ان افترقا اي المتعاقدان في الصرف والسلم قبل هلاك الرهن بطل الصرف والسلم لانه لم يوجد القبض
المستحق في المجلس لا حقيقة ولا حكما • بخلاف ما اذا افترقا بعد هلاك الرهن لانه وجد القبض حكما فاستحكم العقد لاستيفا القبض السابق
قوله وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم تم اي معناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم وهذا الشرط الهلاك لانه انما يصير مستوفيا
للمسلم فيه اذا كان في الرهن وفا به • اما اذا كان الرهن اقل منه فلا • الا ترى الى ما قال في باب السلم من شرح الطحاوي فان هلك الرهن
دبين صار مستوفيا للسلم • وفي الزيادة يكون امينا وان كانت قيمته اقل من المسلم فيه صار مستوفيا لذلك القدر ويرجع عليه بالباقي
قوله ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه والقول هنا ما ذكروا في الباب الثاني من كتاب
الرهن من شرح الكافي • واذا اسلم الرجل حنطة الى رجل في طعام مسمى فارتهن منه عبدا يساوي ذلك الطعام وقبضه ثم صالحه على راس
ماله فالقياس ان يقبض الراهن العبد ويكون راس المال دينا عليه ولكنا ندع القياس ونجعله رهنا في يديه حتى يستوفي راس المال وهذا
عندنا • وقال زفر الرهن بالمسلم فيه باطل لان عقد الرهن انما يصح بدين يصح الاستبدال به وهذا دين لا يصح الاستبدال به • ولهذا لا يجوز ببدل
الصرف ايضا هو يقول بان استيفا الدين انما يتم بما هو من جنس الدين لا بما هو من خلاف جنسه والعبد ليس من جنس الطعام الا انه يصير به
مستوفيا لاتحاد الجنس فيتم ذلك في دين يحتمل الاستبدال لا في دين لا يحتمل والمسلم فيه لا يحتمله فبطل الرهن به وانا نقول ان الاستيفا
انما يقع بالمالية ومالية من جنس الدين فاستيفاء الاستيفا في الاحوال كلها • ولين قال مالية الرهن مخالف لمالية الدراهم قلنا النقد من الدراهم
ليس بجنس لا يجوز تنقيده برهاني اخر • وانما جاز لنزع النقد من الدراهم بجبر المرتهن على القبول • وهذا لا ينتفي الجنس من النقد من غيرها
فبقي قبضه الرهن بالطعام ثم علمنا ان هذا عقد استيفا كان ذلك تقدير المالية بالطعام تحقيقا للرهنية • ومتى صارت ماليته مقدرة
بذلك تحقق معنى الاستيفا حقيقة • ما دام الرهن بقي من جنس الدين حقيقة فيصح • فان صالح على راس المال فالقياس ان يسترده لانه رهن
بالمسلم فيه وهذا دين اخر غيره • الا ترى ان الاول واجب بالعقد وهذا واجب بالفسخ والرهن بدين لا يكون رهنا بدين اخر • ولما لم يكن رهنا
مضمونا به لا يكون محبوسا به الا انا استحسنا فقلنا له ان يحبسه لاستيفا راس المال وان لم يكن رهنا مضمونا به لان في الرهن بالمسلم فيه استيفا
من وجه فصار كما لو استوفاه حقيقة ثم تقايلا كان له ان يحبسه لاستيفا ما يقابله تحقيقا للمساواة في الاقالة التي هي في معنى العقد فكذلك
اذا صار مستوفيا من وجه • فان هلك العبد عنده من غير ان يمنعه فعلى المرتهن ان يعطي مثل الطعام الذي كان له على المسلم اليه وياخذ راس المال
لان بقبض الرهن صارت ماليته مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى ان هلك فصار بهلاك الرهن مستوفيا لطعام السلم • ولو استوفاه
حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا او بعد الاقالة يلزمه رد المستوفى واسترداد راس المال فكذلك هنا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد
ثبوتها فهلاك الرهن لا يبطل الاقالة وان صار مستوفيا لطعام السلم فيلزمه هلاكه بالطعام لا براس المال لانه ليس برهن به لكنه محبوس به لما قلنا
ويجوز ان يكون الشي محبوسا بالشي ولا يكون مضمونا به • الا ترى من اشترى عبدا بالف درهم شراء فاسدا ثم تقايضا كان للمشتري ان يحبس العبد
عن البائع لاستيفا الثمن منه • ولو هلك العبد عنده هلك بقيمته لا بالثمن لانه ليس برهن بالثمن ولكنه مقابل بالثمن فله ان يحبسه عنه لاستيفا ما
بما له فكذا هذا قوله ولو هلك الرهن اي رهن المسلم فيه قوله وان كان محبوسا بغيره اي وان كان الرهن محبوسا بغير
الطعام وهو راس المال • يعني ان الرهن محبوس براس المال وليس بمضمون به بل هو مضمون بالطعام للمسلم فيه ومراده ان الشي يجوز ان
يكون محبوسا بالشي ولا يكون مضمونا به وقد مر بيانه انفا قوله لما بينا اي لان الثمن بدل المبيع قوله ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب
وام الولد • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي وكل ما لا يجوز بيعه برضا المتعاقدين عليه فلا يجوز رهنه لا يجوز رهن حر ولا مدبر ولا مكاتب
ولا ام ولد • ولا يجوز ان يرتهن المسلم خمرا ولا خنزيرا ولا يرهنه وسوا كان المتعاقدان مسلمين او احدهما • ويجوز ارتهان الخمر والخنزير
بين اهل الذمة اذا كان المتعاقدان جميعا ذميين • فاما رهن الميتة والدم لا يجوز على حال من احد من الناس من ذمي ولا غيره الى هنا
لفظ الكرخي رحمه الله • وقال في وجيزهم وبعض الشافعي رحمه الله ان رهن المدبر باطل وفيه قول مخرج مسار انه صحيح الى هنا لفظ الوجيز
وذلك لان الرهن يقبض للاستيفا ولا يتصور استيفا الدين من هذه الاعيان لانه لا يجوز بيعها • اما الحر فلانه ليس بمحل للبيع لانه محله
المال المتقوم والحر ليس بمال • والباقيات لمانع فيها وهو التدبير والكتابة والاستيلاد • ولانه عقد لا يصح على ام الولد فلا يصح

عن المدبر كالوصية • والخلاف مبني على ان بيع المدبر يجوز ام لا قوله ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس
وما دونها ذكر ما بسبيل التفريع • وانما لم يجز الرهن بالكفالة بالنفس لان المكفول به ليس بمضمون على الكفيل • ولهذا اذا هلك لم يلزم هلاك
شيء فلا يصلح للرهن بما ليس بمضمون • ولان المكفول به لا يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن لان المضمون هو احضار المكفول به وهذا المعنى لا يمكن
استيفاؤه من الكفيل لان المكفول به لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لان المكفول به غير الكفيل • واما القصاص في النفس وما دونها فلا يصح
الرهن به لان حق القصاص لا يمكن استيفاؤه من غير الراهن وقد وقع الاحتراز بالرهن بالقصاص عن بدل الصلح عن دم العمد فانه جائز لانه
مضمون بنفسه فاذا هلك يجب مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل • وان هلك الرهن والعين المضمون قائم في يد الراهن فالراهن
له ان يقبض العين التي في يده ويأخذ من المرتهن الاقل من الدين ومن قيمة الرهن وقد مر ذلك في هذا الباب فان كانت الجناية خطأ جاز
الرهن بارشها لانه يمكن استيفاء الارش من الرهن كذا ذكره العتابي في شرحه • ثم الرهن ببدل الصلح عن دم العمد جائز لما قلنا فاما
اذا كان الصلح حط فصالحه من ذلك على عبد او ثوب او شيء مما يكال او يوزن بعينه ثم رهنه بذلك رهنا مقبوضا لم يجز لان البدل
ها هنا غير مضمون بنفسه الا ترى انه اذا هلك انفسخ الصلح وقد مر ذلك قبل هذا الباب عند قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون قوله
ولا يجوز بالشفعة انما لا يجوز الرهن بالشفعة لان المبيع ليس بمضمون على المشتري للشفيع • الا ترى ان المبيع اذا هلك لا يلزم المشتري شيء فان
وقد ذكرها بسبيل التفريع قوله ولا بالعبد الجاني والعبد المديون ذكرها تقريبا ايضا • وذلك لان رقبته ليست
بمضمونة على المولى • ولهذا اذا هلكت لم يلزمه شيء ذكرها تقريبا ايضا • قال الكرخي في مختصره ولا يجوز الرهن ايضا بما لا يتوصل
الى استيفائه من الرهن او من ثمنه ولا بما لو هلك لم يجب لهلاكه شيء على احد مثل الكفالة بالنفس والشفعة والعبيد الذين في رقابهم
الجنايات على غيرهم • لان العبد الجاني لو مات بطل حق المجني عليه ولا يلزم المولى من ذلك شيء وكذلك المكفول بنفسه لو مات بطلت الكفالة
ولم يجب على الكفيل شيء • وكذلك ما وجبت به الشفعة لو غلب عليه دجلة او الفرات بطل حق الشفيع ولم يجب على المشتري شيء وكذلك
العبيد الذين في رقابهم الدين لا يجوز للغرماء ان يأخذوا من المولى رهنا برقبته لان العبيد اذا كان ماذونا له في التجارة لان
الرقبة ليست بمضمونة على احد • الا ترى ان العبد المديون لو مات لم يجب بموته على احد شيء الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قوله
ولا باجرة النائحة والمغنية اي لا يجوز الرهن باجرهما ذكرها تقريبا ايضا • قال الكرخي في مختصره وكذلك رجل استاجر نائحة
او مغنية باجر معلوم واعطاها بالاجر رهنا فضاع في يدها لم يكن عليها في ذلك الرهن ضمان لانه اخذ بغير دين واجب الى هنا
لفظ الكرخي وذلك لان الاجارة في ذلك باطلة والاجرة غير مضمونة • والرهن اذا لم يكن في مقابلة شيء مضمون كان باطلا قوله
ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي ذكرها تقريبا ايضا • وكذلك الحكم في الخنزير • وذلك لان الرهن
للايفاء والاستيفاء والمسلم لا يملك الايفاء اذا كان هو الراهن ولا يملك الاستيفاء اذا كان هو المرتهن الا ان الراهن اذا كان ذميا فان
الخمر مضمونة على المسلم بحق الذمي كما يضمنها بالغصب • وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها حق المسلم كما لا يضمنها في الغصب • واما اذا جرى
عقد الرهن بين اهل الذمة جاز ذلك في الخمر والخنزير لانهما مال عندهم فالخنزير لهم كالشاة لنا والخمر لهم كالعصير لنا • بخلاف رهن
الدم والميتة وارتهانهما فان ذلك لا يجوز اصلا لا من ذمي ولا من غيره لانهما ليسا بمال فلم يجز التصرف فيهما قال في الاجناس عن نوادر
هشام قال محمد نصراني رهن عند نصراني خمرا قيمتها عشرة بعشرة دراهم ثم اسلم الراهن فسد الرهن ولو هلك الخمر لا شيء على صاحب
الدين • ولو كان اسلم المرتهن ذهب الفرع • والفرق بينهما ان الخارج من الرهن والخمر مضمون على المسلم للنصراني لذلك ذهب دينه ولمثله
لا يكون الخمر مضمونا للمسلم على الذمي فكان رهنا فاسدا فلا يذهب به فقد نص في ان الرهن الفاسد لا يذهب بهلاكه الدين كذا في الاجناس
وقال الكرخي واذا قبض المرتهن الرهن في جميع ما وصفت لك انه لا يجوز في هذا الباب فهلك في يده فلا ضمان عليه الا الخمر والخنزير اذا
كان الراهن ذميا والمرتهن مسلما فهلك في يده فانه يضمن الاقل من قيمته ومن الدين • وقال العتابي في شرحه ان الرهن على ثلاثة
اضرب رهن جائز وهو الرهن بالديون والاعيان المضمونة بانفسها ورهن فاسد كالرهن بالخمر • ورهن باطل كالرهن بالودائع والاعيان
المضمونة بغيرها فالصحيح من الرهن يتعلق به الضمان • والفاسد يتعلق به الضمان كما يتعلق الضمان بالفاسد من البيع والباطل لا يتعلق به الضمان
كالبيع بالميتة والدم قوله ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر ان العبد حر والخل خمر والشاة
ميتة فالرهن مضمون • اي ظهر العبد المشترى حرا والخل المشترى خمرا والمذبوحة ميتة • والدليل على هذا التقدير ما ذكره القدوري
في شرحه لمختصر الكرخي • ولو اشترى شيئا من مسلم خلا بدراهم واخذ منه رهنا بالثمن • او اشترى شاة مذبوحة واعطاه بالثمن رهنا
ثم علم ان الشاة كانت ميتة والخل خمرا ضمن المرتهن الرهن لانه قبضه على جهة الضمان في الظاهر • ولو قتل عبدا فاعطاه بقيمته رهنا
فضاع ثم علم ان العبد حر ضمن المرتهن الاقل من القيمة ومن قيمة الرهن • وذلك لانه قبضه على جهة الضمان في الظاهر • قال القدوري
وهذا كله على الرواية الظاهرة في الاصول • ويجب على قول ابي يوسف ان لا يضمن لانه قبضه وليس هناك ضمان في الحقيقة قوله
وكذا اذا صالح على انكار الى آخره ذكرها بسبيل التفريع وكذا ما بعدها • قال في الجامع الكبير واذا ادعى رجل على رجل الف
درهم فصالحه المدعى عليه ثم ان صالح المدعي من ذلك على خمسمائة درهم واعطى المدعى بذلك رهنا بها وبخمسمائة درهم فضاع عنده
ثم تصادقا جميعا بعد ذلك على ان ذلك المال كان باطلا وانه لم يكن للمدعي عليه شيء ثم هلك فيه بل كان على المرتهن ان يرد خمسمائة
لان الارتهان حصل بدين مضمون على الراهن من حيث الظاهر فانهما لو اختصما الى القاضي قبل ان يتصادقا على ما تصادقا عليه
فان القاضي يجبر المدعى عليه على ايفاء الخمسمائة • وهذا لان الرهن قبض على جهة الضمان والمقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقته
ولهذا كان المقبوض على سوم الشراء مضمونا على القابض وان حصل الارتهان بما هو غير مقبوض حقيقة • وكذا المقبوض على سوم الشراء

يكون كالمقبوض على حقيقته حتى كان مضمونا • وان كان قبض باذن المالك وهذا هو ظاهر الرواية ولم يذكر فيه خلاف ابي يوسف • وقال
القدوري في شرحه وقال بشر عن ابي يوسف ونوادره في رجل ادعى على رجل دينا فرهنه به رهنا ثم هلك الرهن ثم تصادقا انه لم يكن له
عليه شيء قال لا يضمن الرهن • لابي يوسف انهما اذا تصادقا على بطلان الدين فقد قبض الرهن وليس هناك دين مضمون فلا يتعلق به ضمان هو
قوله وعن ابي يوسف خلافه اي خلاف هذا الحكم وهو ما روى بشر عنه وقد مر آنفا قوله وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه
اي قياس قول ابي يوسف كذلك في عدم الضمان فيما تقدم من المسائل من جنس هذا المذكور من حيث ان الرهن لم يكن بدين مضمون في الحقيقة
واراد بما تقدم ما اذا ظهر العبد حرا والخل خمرا والمذبوحة ميتة ففي كل ذلك لا يجب الضمان في قياس قول ابي يوسف وان لم تكن هو
الرواية محفوظة عنه فيه • قال القدوري في شرحه ولو ادعى المودع او المضارب هلاك الوديعة او المضاربة وادعى ربهما ان المودع
والمضارب استهلكاها وتصالحا على مال واعطاه به رهنا فهلك في يده لم يضمن في قول ابي يوسف الاول ويضمن في قوله الآخر وهو
قول محمد وهذا فرع على اختلافهم في جواز الصلح بعد ادعاء المودع الهلاك • قال ابو حنيفة وابو يوسف الصلح باطل فقد قبض الرهن
وليس هناك مال مضمون في الظاهر • وعلى قول محمد ان الصلح جائز والمال ثابت والرهن مضمون قوله ويجوز للاب ان يرهن
بدين عليه عبدا لابنه الصغير • قال في الجامع الصغير وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز • وذكر عن ابي يوسف انه اخذ بالقياس
كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير • وذكر فخر الدين قاضي خان قول الشافعي رحمه الله كقول ابي يوسف • وجه القياس
انه قضى دين نفسه من مال ابنه وليس له ذلك • بيانه ان الاب ليس له حبس الابن بالدين في دينه من مال الصغير فكذا ليس له ان يدفع
مال الصغير بجهة الايفاء لان الرهن يكون بجهة الايفاء • وجه الاستحسان ان هذا تصرف يستوي فيه معاني الولاية والنظر فيجوز لان
ولاية الاب قطعية • اما الولاية فلان عين الرهن امانة عند المرتهن بمنزلة الوديعة ومحفوظ بيده • والايداع داخل في ولاية
الاب فكذا ما كان في معناه • واما النظر فلانه جعله مضمونا على الحافظ ولو جعله محفوظا غير مضمون صح فلان يجعل محفوظا مضمونا
اولى فبعد ذلك ان صرف مال الصغير الى دين نفسه وذلك جائز لانه لو كان لابنه الصغير دراهم فقضى الاب بها دينه جاز لانه كان
اشتراه بنفسه ويملكه بطريق ذلك جائز ذكر احدهما ولابنه لان الاب يملك ذلك بمثل القيمة كذا ذكر فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع
الصغير • ثم اذا صح الرهن فان هلك في يد المرتهن ورد ما بالدين صار المرتهن مستوفيا دينه ويضمن الاب لابنه لولده • قال
صاحب الهداية والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب • يعني اذا رهن الوصي متاع اليتيم بدينه جاز لان الرهن لا يزيل الملك في الحال
كالكتابة وهو صار من له كذا في شامل • والفقيه ابو الليث ذكر القياس والاستحسان في الوصي كما في الاب قوله لما بينا
اشارة الى قوله وهذا نظر في حق الصبي قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه اي كما ان الاب والوصي يضمنان للصبي اذا
هلك عين الذي رهناه عند المرتهن فكذلك يضمنان اذا سلطا المرتهن على بيعه فباعه • قالوا اصل هذه المسألة البيع • اي قال
المشايخ اصل مسألة رهن الاب او الوصي بدين نفسه متاع الصغير البيع فانهما اذا باعا متاع الصغير ممن له دين عليهما تقع المقاصة
بين الدين والثمن على قول ابي حنيفة ومحمد ويضمنان للصغير • وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة بل يبقى دين الغريم على الاب او الوصي
كما كان ويكون الثمن للصغير على المشتري • فاذا ثبت هذا الاختلاف في البيع ثبت في الرهن ايضا لان الرهن قياسه بالنظر الى كونه
مضمونا نظير البيع قوله وكذا وكيل البائع بالبيع • يعني اذا باع الوكيل ممن له عليه دين تقع المقاصة عندهما خلافا لابي يوسف
قال في كتاب الوكالة من النسخة الصغرى والثمن الوكيل بالبيع يملك اسقاط الثمن عن المشتري بالاقالة والابراء والمقاصة بما
على الوكيل عندهما • وقال ابو يوسف لا يملك ذلك • ثم قال فيهما ثم وقوع المقاصة ان كان دين المشتري على الوكيل وهو مثل
الثمن صار قصاصا اجماعا • وان كان دينه على الوكيل مثل الاختلاف • وان كان دينه عليهما يصير قصاصا بدين الموكل اما
عند ابي يوسف فظاهر واما عندهما فلان الثمن لو صار قصاصا بدين الوكيل لاحتاج الى قضاء الوكيل للموكل ولو صار قصاصا
بدين الموكل لا يحتاج الى قضاء آخر فيقتصر على المسافة ولان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشتري • ثم قال فيهما وفي نوادر ابن
سماعة ان كان دين المشتري على الموكل فاراد ان يجعله قصاصا ليس له ذلك لان الموكل ليس له مطالبة المشتري بالثمن قوله
واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز • وهذه المسائل من هنا الى قوله ويجوز رهن الدراهم والدنانير
من مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسألة الجامع الصغير • قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا رهن الاب
من نفسه متاع الصغير او من ابن له آخر صغير متاع الصغير فهو جائز • وكذلك لو رهنه من عبد له تاجر ليس عليه دين • يعني اذا رهن
الاب متاع الصغير بدين الاب على الصغير بان باع الاب ماله من الصغير او رهن الاب متاع احد ابنيه الصغيرين من الآخر بان
يكون لاحدهما دين على الآخر بان باع الاب مال احد الابنين من الآخر بان يقول مثلا بعت عند ابني فلان او رهن الاب متاع الصغير
من عبد تاجر للاب لا دين عليه بان اشترى الاب متاع عبده التاجر الذي لا دين عليه لاجل ابنه الصغير فصار للعبد دين على
الصغير ثم رهن الاب متاع الابن الصغير بدينه عند الاب • واما قيد بعدم الدين لان التهمة فيه لانه حينئذ يكون ما في يده لغرمائه
ولكن لما جاز بيع الاب ماله من ابنه الصغير جاز بيع ماله عبده الذي لا دين عليه • فاما اذا كان عليه دين لا يملك المولى
ما في يده عند ابي حنيفة فيكون ما في يده كمال الاجنبي فيجوز من المولى منه بلا تهمة • ثم انما جاز رهن الاب متاع الصغير من نفسه
لانه يملك بيعه من نفسه فكذا يملك ان يرهن من نفسه لانه لكمال رأيه وشفقته ينزل منزلة الشخصين جانب الصغير في حق القبول
ومن في حق الايجاب ثم يكون لعينه ينزل منزلة شخصين • بخلاف الوصي فانه وكيل محض وحقوق العقد راجعة اليه فلا يجوز ان يقوم
مقام شخصين بحقوق متضادة في الجانبين كالوكيل في حال الحياة • والاصل ما ذكر في الباب الحادي عشر من الربا وان على ترتيب

بعد ان الواحد لا يتولى طرفي العقد الا الاب فانه يتولى طرفي بيع مال اليتيم من نفسه او بيع ماله لنفسه من اليتيم استحسانا لان البيع
يوجب حقوقا متضادة فلا يجوز ان يكون الواحد طالبا ومطالبا وقابضا ومسلما ومستزيدا ومستنقصا وخاصما الا الاب
يبيع من ولده الصغير او يشتري مال ولده الصغير لنفسه فان ذلك صحيح والمباشرة بالملك وهو قول زفر • وعند الشافعي رحمه الله يجوز ان
يبيع من ولده ولا يجوز ان يشتري منه • وجه الاستحسان ان الاب لكمال شفقته وانه بمنزلة ... فاذا قال اشتريت منه بكذا وكان
نفسه من هذا بكذا وان لم يقل قبلت • وكذا الجد اب الاب بعد موت الاب وينبغي له ان يشهد على ان معاملته للصغير
لنفسه وكان الانها داخراية • وكذلك يبيع مال احد الولدين من الآخر • واذا باع الوصي مال الصغير من يتيم في حجره او اشترى مال
اليتيم لنفسه لم يصح عندهما على كل حال لانه اجنبي • وانما قام الاب مقام نفسه لكمال شفقته وصار الوصي كالوكيل • وقال
ابو حنيفة لا يصح الا بنفع ظاهر وهو ان يبيع ما يساوي درهمين بدرهم او يشتري ما يساوي درهما بدرهمين او بدرهم ونصف
وكذا ما يعد عينا فاحشا فانه يعد نفعا ظاهرا هنا كذا ذكر فخر الاسلام في شرح الزيادات • والحاصل ان الاب اذا اشترى
مال الصغير بمثل قيمته او باع ماله منه بمثل قيمته جاز • اما الوصي فانه لا يجوز ذلك منه على كل حال عندهما • وقال ابو حنيفة
يجوز اذا كان خيرا لليتيم وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وهو قوله الآخر ذكره القاضي الامام علاء الدين في زيادات
وشمس الائمة السرخسي في شرح الوصايا الاصل • وذكر شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي الخيرية فيما اذا اشترى ما يساوي
عشرة بخمسة عشر فصاعدا هذا خير لليتيم وعادته لا واذا باع منه مال نفسه ما يساوي خمسة عشر بعشرة فهو خير وعادتها
لا وان الفقيه ابو الليث ذكر في كتاب نكت الوصايا قول ابي يوسف مع محمد ثم قال ثم رجع ابو يوسف الى قول ابي حنيفة قال
ولم يذكر رجوعه في سائر المواضع الا في هذا الموضع خاصة **قوله** فتولى طرفي العقد وهما الايجاب والقبول **قوله**
ولو ارتهنه الوصي من نفسه او رهن الوصي متاع الصغير بدين الموصي في الصغير او من هذين • او ارتهن الوصي متاع الصغير من
ابنه الصغير على الصغير اليتيم • او ارتهن الوصي متاع الصغير بدين عبد الوصي التاجر الذي لا دين عليه على اليتيم او رهن الوصي
عينا للوصي بدين اليتيم على وذلك كله لا يجوز لان الواحد لا يتولى طرفي العقد • قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي ولا يجوز
للوصي ان يرهن متاع اليتيم من ابن له صغير ولا من عبد له تاجر وليس عليه دين لان الرهن منهما كالرهن من نفسه ولو رهن من
نفسه لا يجوز لما مر وان الشخص الواحد لا يصلح ان يكون قائما من الجانبين في عقود ينبني حقوقها عليه وهذا هكذا • ولو
رهن من ابن له كبير او رهن من ابيه او مكاتبه او من عبد له تاجر عليه دين جاز لان العقد من هؤلاء ليس كالعقد من نفسه • الا ترى انه
لو باع لا يجوز • بخلاف البيع من هؤلاء عند ابي حنيفة حيث لا يصح لان انما لا يصح لمكان التهمة بان يبيع بمثل القيمة او باكثر من القيمة
من هؤلاء لا يصح ولا تدخل التهمة في الرهن لان حكمه على نمط واحد في الاحوال كلها فكان العقد مع الاجنبي والقريب سواء فلا يدخله
تهمة كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي **قوله** والرهن من ابنه الصغير اي من ابن الصغير ومن عبد اب
من عبد الوصي **قوله** بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده المأذون كلها راجع الى الوصي **قوله** لان له حكما واحدا اي لان للرهن
حكما واحدا وهو كونه مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين **قوله** وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه ورهن به متاعا
لليتيم جاز يعني اذا استقرض الوصي لاجل اليتيم في طعامه وكسوته دراهم او دنانير ورهن بذلك متاع اليتيم جاز وذلك لعموم
ولاية الوصي في الصغير والرهن لايفاء الحق فللوصي ان يوفي الحق على الصغير من مال الصغير **قوله** وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن
او رهن • يعني اذا اتجر الوصي لاجل اليتيم فباع متاعه فاخذ رهنا او اشترى لاجل اليتيم ورهن متاع اليتيم جاز ذلك • لان
الافضل للوصي ان يتجر لاجل اليتيم تثميرا لماله والتجارة بيع وشراء فلا بد من الارتهان والرهن للاستيفاء والايفاء **قوله** واذا
رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن ان يسترده حتى يقضي الدين • وانما الحق رهن الاب ولم يذكر
انه رهنه بدين نفسه او بدين الصغير لان الحكم واحد في الوجهين • وكذلك الوصي اذا رهن متاع الصغير ليس له ان يسترد الرهن
حتى يقضي الدين بعد البلوغ • ولكن اذا كان الرهن بدين الاب او الوصي فقضاه بعد البلوغ له ان يرجع في ماليهما لانه مضطر والقضا
قال الحاكم في مختصر الكافي واذا رهن الوصي متاع اليتيم في نفقة اليتيم ثم ادرك اليتيم فانه يبدل ذلك واراد ان يبطل الرهن لم يكن له ذلك
وذلك لان العقد عقد لازم قد صدر ممن له ولاية عليه فلا يملك ابطاله كما لو باع ماله او تصرف تصرفا ... منه
قوله من جانبه اي من جانب الصغير **قوله** لقيامه مقامه اي لقيام الاب مقام الصغير **قوله** ولو كان الاب
رهنه لنفسه فقضاه الابن يرجع به في مال الاب • يعني اذا رهن الاب متاع ابنه الصغير في دين نفسه لا في دين الصغير فقضاه
الابن رجع به في مال الاب • وذلك لانه قضى دينه وهو مضطر فيه احيا لحق نفسه فاشبه معير الرهن • وكذلك اذا هلك
الرهن قبل فكاك الرهن يرجع به الابن في مال الاب لانه عند الهلاك يصير الاب قاضيا دين نفسه من مال ابنه مال الابن فاستحق
الابن الرجوع عليه **قوله** ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز • قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا رهن
الاب متاع الولد بمال اخذ لنفسه ولولده الصغير جاز لانه لو رهنه بدين نفسه جاز وبدين الصغير جاز • فاذا اجتمعا يجوز
ايضا • فلو هلك الرهن ضمن الاب حصة نفسه من الرهن للولد لانه في حصته صار قاضيا دينه من مال الولد • وكذلك الوصي
وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن له وصي كذا في شرح الكافي **قوله** لاشتماله على امرين جائزين اراد بهما رهن الاب متاع
الصغير بدين نفسه وبدين الصغير **قوله** ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره
الوصي لحاجة اليتيم وضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم • وذلك لان رهن الوصي كرهن اليتيم واستعارته

فاستعادته كاستعارة اليتيم بنفسه بعد البلوغ ثم هلك الرهن لم يهلك على المرتهن فكذا هذا لانه انما يهلك على المرتهن اذا هلك في يده
ولم يهلك في يده لا حقيقة ولا حكما • لان يد الراهن يد نفسه لانه عامل لا يد المرتهن لانه لا يصلح نائبا في ملكه عن غيره فاذا ثبت
انه هالك في يد الراهن من كل وجه هلك عليه لا على المرتهن ولا يضمن الوصي شيئا لليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم لا لحاجة نفسه
ولم يجاوز الولاية • وانما المانع حق المرتهن وقد زال ذلك برضاه ويرجع المرتهن على الوصي بدينه لانه لم يسقط ثم يرجع به الوصي في
اليتيم لانه قضى دينه • ولو ان الوصي استعار الرهن لحاجة نفسه ثم هلك في يده ضمنه للصبي لانه ليس له ولاية استعمال مال الصغير
في حاجة نفسه وكان متعديا بقبضه **قوله** والحكم فيه هذا على ما بيناه في الجاد ذكره وهو انه هلك من ماله اذا رهنه
فاستعاره فهلك في يده واشار بقوله على ما بيناه الى ما ذكره بعد سبعة اوراق في باب التصرف في الرهن عند قوله واذا
عار المرتهن الرهن للراهن حيث قال فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون **قوله** ولو غصبه الوصي بعدما
رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته • قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو رهن الوصي مال اليتيم ثم
غصبه واستعمله حتى هلك عنده فالوصي ضامن للقيمة لانه ليس بسبيل من هذا شرعا فصار متعديا في حق المرتهن وفي حق الصبي جميعا
اما في حق المرتهن فلانه غصبه واستعمله • واما في حق الصبي فلان الوصي استعمله في خاصة نفسه لا في حاجة الصبي فيجب عليه ضمان القيمة
فيقضي الوصي بالقيمة الدين ان كان قد حل الدين والقيمة سواء اداها الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم بشيء لانه وجب لليتيم على الوصي مثل ما وجب
للوصي على اليتيم يعني ان الوصي وجب عليه باستعماله مال اليتيم في حاجة نفسه لليتيم كما وجب على اليتيم للوصي بقضاء الوصي قدر القيمة
الى المرتهن وادى الباقي الى تمام الدين من مال اليتيم لان المضمون على الوصي بغصب الرهن قدر القيمة لا غير • وان كانت قيمة الرهن
اكثر من الدين ادى قدر الدين من القيمة الى المرتهن والباقي يعطيه قدر الدين لليتيم لانه بدل ملكه وان كان لم يحل الدين حين هلك الرهن
بعد الغصب تكون القيمة رهنا عند المرتهن الى ان يحل الاجل لانها بدل الرهن فيكون مقامه • ثم اذا حل الاجل بعد ذلك فالجواب
فاعرفه فيما اذا كانت القيمة مثل الدين او اقل منه او اكثر منه **قوله** وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ادى قدر
الدين الى المرتهن • وقد وقع في بعض النسخ ادى قدر القيمة وذلك ليس بشيء لان حق المرتهن ليس الا في قدر الدين فكيف يؤدي
اليه قدر القيمة وهي اكثر من الدين **قوله** فلانه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده ضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه
لحق الصغير • يعني ان الوصي يضمنه قدر الدين وهو حق المرتهن لانه غصب حقه واستعمله ولا يضمن الزيادة على قدر الدين وهو
حق الصغير لانه لم يوجد التعدي من الوصي في حق الصغير لانه استعمل مال الصغير في حاجة الصغير • ثم ايه ما في الباب انه اخذ
مال الصغير من يد المرتهن وله ولاية الاخذ بدليل ما قال في كتاب الاقرار ان الاب او الوصي اذا غصب مال اليتيم لا يلزمه شيء
لانه لا يتصور غصبه انه له ولاية الاخذ • ثم اذا ضمنه لحق المرتهن ياخذ المرتهن ان كان مثل الدين وان كان زائدا فهو لليتيم ويرجع
الوصي بما اخذ المرتهن على الصغير لانه قضى دين الصغير ولم يوجد منه التعدي في حق الصغير لانه عمله وقع لاجل الصغير • وهذا
اذا كان حل الدين فان كان لم يحل بعد يكون قيمة الرهن رهنا مقامه • ثم اذا حل الدين ياخذ المرتهن دينه منها ويرجع الوصي بما
اخذ المرتهن على الصغير لانه قضى دينه **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه ليس بمتعد بل هو عامل له **قوله** قال
ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان رهنت بجنسها فهلكت
هلكت بمثلها من الدين • وان اختلفا في الجودة • وذلك لان الرهن يقبض للاستيفاء ويمكن استيفاء الدين من هذه الاعيان فجاز رهنها
ثم اذا هلكت بعد الرهن بجنسها هلكت بمثلها من الدين • وان اختلفا في الجودة لان الجودة لا قيمة لها اذا لاقت جنسها
فيما يجري فيه الربا فلهذا يكون بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة مع اختلاف الصنعة فكان مثل الدين وهذا قول ابي حنيفة
وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل عليه عشرة دراهم لرجل فرهنه بها ابريق فضة فيه عشرة دراهم
فضاع قال بما هو فيه • ومعنى قوله فيه عشرة دراهم اي وزنه عشرة فاذا كان وزنه عشرة احتمل ان يكون قيمته كذلك
او اكثر او اقل فان كان مثله فلا يشكل لانه لا ربا فيه ولا حرج فصار كثوب قيمته عشرة • وان كان اكثر فكذلك عندهم جميعا
فاما عند ابي حنيفة فانه يعتبر الوزن وهو مثل الدين وقضا الدين بما هو اجود منه حسن • وكذلك عندهما لان في قيمته زيادة
بعضه هلك بالدين وبعضه امانة فلا بد من صحة الاستيفاء • وان كانت قيمته اقل فكذلك عند ابي حنيفة يصير مستوفيا لان الاستيفا
الجيد بالردي صحيح ايضا • فاما عندهما فانه يضمن قيمته ويكون رهنا مكانه ويرجع بالدين • وهذه المسالة مذكورة في الزيادات
والمبسوط على الاستقصاء ونسلم عن جميعها ان شاء الله تعالى لما ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي في باب رهن الفضة هو
بالفضة فقال هذا الباب يختص برهن كل شيء يقع فيه الربا بجنسه وهو مبني على اصول منها اذا رهن فضة بفضة او ذهبا بذهب
او حنطة بحنطة او شعيرا بشعير فهلك الرهن وقيمته مثل الدين وقدره كقدره هلك بالدين في قولهم • لان هلاك الرهن
يقع به الاستيفاء واستيفاء الرهن بعد الدين جائز • فان كانت قيمته اكثر من قيمة الدين وقدره مثل وزن الدين هلك بالدين
في قولهم لان من اصل ابي حنيفة اذا لاقت الجودة جنسها فيما يثبت فيه الربا لا قيمة لها فكانه مثل الدين • وعلى قول ان الجودة
كزيادة وزن • فلو كان الوزن زائدا هلك بعضه بالدين وبعضه بالامانة • واما اذا كانت قيمته اقل من قيمة الدين
فهلك ذهب بالدين • وعند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يغرم المرتهن مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل
من غير جنسه ويرجع بالدين • قال وهذه المسالة مبنية على اختلافهم فيمن له على رجل دراهم جياد فاستوفى منه زيوفا وهو
لا يعلم بها فانفقها قال ابو حنيفة لا يرجع بشيء • وقال لا يرد مثل الزيوف ويأخذ الجياد • لابي حنيفة ان الفتح لا يجوز ان يتبع

بالربح عليه القبض كما لا يمنع العقد بما لا يقع عليه العقد • ولا يجوز ان يرجع بالنقصان لما فيه من الربا فلم يبق الا ان يسقط
حقه • وجه قولهما ان حقه في الوزن والجودة وقد استوفى احدهما فبقي الآخر ولا يمكن استيفاؤه والابرام مثل المقبوض في الرجوع
بحصته • واذا ثبت هذا في مسألة الدين قال ابو حنيفة هلاك الرهن استيفاء من طريق الحكم فهو كالاستيفاء من طريق المباشرة فلا يرجع
بشيء • وقالا لا يبرأ مما استوفاه ويرجع بحقه • فان قيل لا يشبه مسألة الرهن ما ذكرتموه من قبض الدين لان تلك المسألة موضوعة
على انه قبض الزيوف وهو لا يعلم بها • ولو قبضها وهو عالم بها لم يكن له الرجوع • وفي مسألتنا قبض الرهن ادون من حقه وهو
عالم به فالجواب انه لم يقبض الرهن ليهلك حتى يصير راضيا بالاستيفاء وانما قبضه للتحبيس فلذلك لم يلزم هذا السؤال • واما اذا
دخل في الرهن نقص بغير فعل المرتهن فقد ذكر في الاصل عن ابي حنيفة انه يضمن بقيمته فيكون رهنا • وان كان وزنه اكثر من الدين
من نقد او الدين • وروى ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في الاملاء في نوادره انه لا ضمان على المرتهن ويقال للراهن
اد الدين كله وخذ الرهن وفي رواية بشر في الاملاء في نوادره عن ابي يوسف عن ابي حنيفة • وكذلك روى علي بن الجعد عن
ابي يوسف عن ابي حنيفة والحسن بن زياد عن ابي حنيفة • وقال محمد في الزيادات وهو قياس قول ابي حنيفة • وقال
ابو يوسف ومحمد اذا كانت قيمته مثل الدين ضمنه المرتهن • وان كانت قيمته مثل الدين ضمنه الراهن وان كانت قيمته اكثر
من الدين او دونه كون الدين فقد اختلفت الرواية عن ابي يوسف فروى محمد عن ابي يوسف انه يضمن منه مقدار المضمون من
القيمة • وروى بشر عنه انه يضمن بقيمته • وجه رواية الاصل ان الرهن مضمون بالقبض كالغصب ومعلوم ان الغصب يستوي
فيه ان يكون النقص بفعل الغاصب او بغير فعله فكذلك الرهن • وجه الرواية الاخرى ان الرهن مضمون بعينه كالمبيع ومعلوم
ان المشتري اذا حصل بغير فعل البائع لم يضمن فكذلك هذا • واما وجه رواية محمد عن ابي يوسف ان الرهن اذا كان وزنه
مثل الدين وقيمته اكثر منه مقدار الدين من قيمته فلان زيادة الجودة عندهم كزيادة الوزن • واما وجه رواية
بشر عنه ان الجودة تبع للعين • واذا كان وزن العين مثل الدين ضمن جميعا فكذلك لو كانت مثل الدين في الجودة وقد
قال ابو حنيفة ان الرهن اذا كان مثل وزن الدين وهو اجود من الدين فان جميعه مضمون ولا اعتبار بالجودة لانها
اذا لاقت جنسها فيما فيه الربا لا قيمة لها • وقال ابو يوسف زيادة الجودة كزيادة الوزن لان لها قيمة بدلالة انه من
كسر انا مصوغا ضمن الجودة كما يضمن الوزن • واما محمد فجعل الجودة تابعة للوزن وجعل المضمون من الوزن الا ان
يكون الدين اكثر من الوزن فيجعل المضمون منهما لاجل الضرورة فلم يتعلق بالتبع حكم عند عدم الحاجة وعلق به حكم عند
الحاجة اليه • وقد قال محمد في الرهن اذا دخله عيب وجودته مثل الدين او اكثر ان للراهن ان يتركه على المرتهن بدينه
ومنع ابو حنيفة وابو يوسف ذلك لان قبض الرهن لا يتعلق به التمليك كقبض المودع ولم يقبض الغاصب لانه وقع موجبا
للتمليك فكان له الاختيار التمليك عند النقص • واما محمد فقال بانه ضمان يتعلق بالقبض كالغصب • واذا ثبت هذه الاصول قلنا
لا يخلو اما ان يكون وزن الرهن مثل الدين او اقل او اكثر • فان كان مثل الدين فلا يخلو اما ان يكون مثله في الجودة
او ادون او اجود • وان كان وزنه اكثر من الدين فلا يخلو اما ان كانت قيمته اكثر من وزنه او مثل وزنه او اقل من وزنه
مثل الدين او اقل من وزنه واقل من الدين او اقل من وزنه واكثر من الدين • وان كان وزنه اقل من وزن الدين او مثل الدين
فلا يخلو اما ان تكون قيمته اقل من وزنه او مثل وزنه او اكثر من وزنه واقل من الدين او مثل الدين او اكثر من الدين فهذه
ثلاثة عشر فصلا كل واحد منها لا يخلو الرهن فيه من هلاك او نقص فذلك ستة وعشرون فصلا فالقسم الاول اذا كان وزن الرهن
مثل الدين وقيمته كذلك وهو ان يكون الدين عشرة ووزن الرهن عشرة وقيمته عشرة فلا يخلو اما ان هلك او انكسر فان
هلك هلك بالدين في قولهم جميعا لانه مثل وزنه وجودته فوقع به الاستيفاء • وان انكسر ضمن قيمته بالانكسار في احدى الروايتين
عن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف • وقال محمد للراهن ان يملكه بدينه على الاصل الذي قدمنا • وان كان وزنه مثل
الدين وقيمته اقل وهو ان يكون ثمانية فان هلك هلك بالدين عند ابي حنيفة لان الجودة لا قيمة لها فيصير مستوفيا للعشرة
الردية بالجيدة • وعلى قولهما يضمن قيمته من الذهب ويرجع بدينه • واما ان انكسر ضمن قيمته عند ابي حنيفة في احدى الروايتين
وهو قول ابي يوسف ولا يمكن التمليك عند محمد لانه زاد ولانه حق المرتهن الا ان يرضى المرتهن بذلك فيكون راضيا باقل من حقه
واما اذا كانت قيمته اكثر من الوزن مثل ان يكون اثني عشر فان هلك هلك بالدين عند ابي حنيفة لان الجودة لا قيمة لها
عنده • وعند محمد ان الجودة لا اعتبار بها هاهنا لانها فاضلة عن الدين فهي امانة • فاما على قول ابي يوسف فالجودة معتبرة
كالوزن فقد قيل في قوله يهلك خمسة اسداسه السدس ويسدسه بالامانة وكأن الوزن اثنا عشر وفي هذا شبهة لانه يصير
مستوفيا الثمانية بعشرة وهذا ربا • ويجاب عنه بان الاستيفاء من طريق الحكم يجوز فيه ما لا يجوز في الاستيفاء
بالمباشرة بدلالة ان المشتري لا يجوز ان يستوفي به عشرة وهو هلاك الرهن به صار مستوفيا • وقد قيل على قول ابي يوسف
المرتهن حصة اسداس القيمة من الذهب ويرجع بدينه حتى لا يؤدي ذلك الى الربا • واما اذا انكسر فله ثلاثة احوال
اما ان يذهب بالانكسار بعض الجودة فتبقى قيمته ثمانية • وفي جميع الاصول عند ابي حنيفة يضمن جميعه لان المضمون هو
مقدار الوزن والجودة لا اعتبار لها • وعند ابي يوسف في احدى الروايتين يضمن خمسة اسداسه لانه يجعل زيادة الجودة
كزيادة الوزن • وفي الرواية الاخرى يضمن جميعه لان الوزن مثل الدين والجودة تبع • واما على قول محمد فان
تعذر من القيمة درهم او درهمان فلا ضمان على المرتهن ويمسك الراهن بجميع دينه • لان عين الجودة الفاضلة عن مقدار

الدين امانة وان نقصت القيمة من الوزن كان للراهن ان يملكه الرهن بدينه لانه يدفع اليه اجود من حقه • وله ان يفتكه بجميع الدين ويسقط
حقه من الانكسار • وقد قيل على قوله ان له ان يضمنه لان التمليك اسقاط حقه من الجودة فصار كقول ابي حنيفة • واما القسم الثاني وهو ان يكون
الدين عشرة والوزن ثمانية وهو على خمسة فصول ان كانت قيمته اقل من وزنه مثل ان يكون ستة فان هلك هلك بثمانية عند ابي حنيفة وعلى
قولهما يغرم قيمته من الذهب ويرجع بدينه وهذا على ما قدمنا • وان انكسر ضمن قيمته في احدى الروايتين عن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف • واما
محمد فلا يمكنه ان يجري في التمليك لانه لا يجوز ان يملك المرتهن بدينه ادون منه الا بالقضاء فلا بد من التضمين على قوله • وان كانت قيمته مثل وزنه
فهلك هلك مثل وزنه في قولهم وان ضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف • وقال محمد له ان يملكه بثمانية من الدين لانه مثلها في الوزن والجودة وان
كانت قيمته اكثر من وزنه واقل من الدين مثل ان يكون تسعة فهلك بثمانية عند ابي حنيفة لان الجودة لا يعتبرها • وعلى قولهما يضمن قيمته لحق
الراهن حتى لا يستوفي منه اجود من حقه • وان انكسر ضمن قيمته في قولهم لان حقيقة مضمون الا ان يرضى الراهن ان يملكه قيمته في دينه فيجوز ذلك
عند محمد • وان كانت قيمته مثل الدين وهو ان يكون عشرة فالكلام في الهلاك والانكسار كالكلام فيه اذا كانت قيمته تسعة • وان كانت
قيمته اكثر من الدين وهو ان يكون اثني عشر فان هلك هلك بثمانية عند ابي حنيفة • لان المعتبر عنده الوزن • واما ابو يوسف فمن اصله ان المضمون
خمسة اسداسه فقد قيل هلك خمسة اسداسه بالدين وان كانت اقل من الدين ودنا على ما بينا في الاستيفاء من طريق الحكم وقد قال قيل عنه انه يضمن
فيه خمسة اسداسه من الذهب ويرجع بدينه على الراهن حتى لا يؤدي الى الربا • واما ان انكسر فجميعه مضمون عند ابي حنيفة لان المعتبر عنده الوزن
وقال ابو يوسف يضمن خمسة اسداسه لان الجودة عنده كالوزن • وعلى رواية لم يضمن جميعه لان الجودة تبع للوزن • واما محمد فقال ان هو
نقص بالانكسار درهم او درهمين لم يضمن لانه ما زاد على الدين امانة عنده • وان نقص اكثر من ذلك ضمن الا ان يختار تمليكه بدينه واسقاط حق
الجودة • واما القسم الثالث اذا كان وزنه اكثر من الدين وهو ان يكون اثني عشر • فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك وذهب خمسة اسداسه
الدين وسدسه امانة في قولهم فان انكسر ضمن خمسة اسداسه في قول ابي حنيفة وابي يوسف • وعند محمد له ان يملكه خمسة اسداسه
بالدين لانه مثل حقه • واما ان كانت قيمته اقل من وزنه واكثر من الدين مثل ان يكون وزنه اثني عشر وقيمته احد عشر فان هلك هلك بالدين خمسة
اسداسه عند ابي حنيفة ولا رواية عنهما في هذا الفصل • وقد قيل ينبغي ان يضمن خمسة اسداسه ويرجع بدينه • وقيل يجيء على قياس قولهما ان يهلك
بالدين قال القدوري وهو غلط لانا ان جعلنا جميعه كالهالك بالدين ادى الى ان يستوفي اكثر من حقه • وان جعلنا بعضه هالكا بالدين
وهو مثل وزنه ادى الى استيفاء اقل من حقه • واما ان انكسر ضمن خمسة اسداسه القلب عند ابي حنيفة لانه لا يعتد بالجودة • وكذا يجب ان يكون على
قول ابي يوسف لانه لا جودة في الرهن فيعتبر الوزن • وعلى قول محمد لا يجوز التمليك لان الوزن زاد ودون من الدين • وقد قيل على قياس قولهما يغرم عشرة
اجزاء من احد عشر جزءا من الرهن لانه لا يعتد بالجودة قدر المضمون • وهذا يؤدي الى اسقاط الوزن واعتبار الامانة في القيمة • واما ان كانت
قيمته مثل الدين عشرة فهلك هلك خمسة اسداسه بالدين عند ابي حنيفة • وعندهما يغرم جميع قيمته والتمليك لا يمكن عند محمد • وقد قيل على قولهما
يغرم خمسة اسداسه • واما ان كانت قيمته اقل من الدين مثل ان يكون ثمانية فان هلك ذهب خمسة اسداسه بالدين عند ابي حنيفة وان انكسر
ضمن خمسة اسداسه • وعندهما يضمن قيمته في الحالين • وقيل يغرم خمسة اسداسه • واما ان كانت قيمته خمسة عشر فهلك فخمسة اسداسه
بالدين عند ابي حنيفة • وعلى قولهما يحتمل ان يقال يضمن خمسة اسداسه ايضا لان محمدا يجعل فضل القيمة اذا لم تدع الضرورة اليها امانة • واما ابو
يوسف فقد قيل على قولهما انه يعتبر الوزن والجودة تبع • وقيل انه يضمن مقدار الدين من القيمة • ويجيء على قول محمد ان يملكه ان اختار لانه اجود
من حقه وان انكسر ضمن عند ابي حنيفة خمسة اسداسه وعند ابي يوسف يضمن ثلثه لانه يجعل الجودة كالوزن • وعلى الرواية الاخرى يضمن خمسة
اسداسه • وعند محمد ان نقص مقدار الجودة لم يعتد به وان نقصه من الوزن فان شاء ملكه خمسة اسداسه بالدين وان شاء افتكه بجميع الدين
وان شاء غرمه قيمة خمسة اسداسه حتى لا يسقط حقه من الجودة • قال القدوري وقد ثبتت هذه الفصول على ما ذكره الشيخ ابو الحسن الكرخي في
الباب وبني الكلام في فصل واحد وهو ان كل موضع ضمن المرتهن بعض القلب بالانكسار ملك ما ضمن بالضمان وصار شريكا في بقية الرهن فيعود الرواية
التي قال ان الاشاعة في حال البقاء تبطل الرهن بقطع القلب فيرد منه ما ملكه المرتهن فيكون نائبه مع القيمة التي غرمها المرتهن رهنا حتى لا يؤدي
الى الاشاعة • وعلى الرواية التي قال ان الاشاعة في حال البقاء لا تؤثر لا يحتاج الى القطع ويكون المرتهن شريك الراهن في القلب **قوله**
وهي مثل الدين في الاول اي القيمة مثل الدين في الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمة الرهن مثل وزن الرهن **قوله** وزيادة عليه في الثاني
اي القيمة زائدة على الدين في الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمة الرهن اكثر من وزنه **قوله** هو على الخلاف المذكور • يعني عند ابي حنيفة هو
يكون مستوفيا الوزن • وعندهما يضمن القيمة بخلاف جنسه ويكون رهنا مكانه ويرجع بالدين **قوله** ويجعل مكانه ثم يملكه • اي يجعل
قيمة الابريق مكان الابريق رهنا ثم يملك الراهن تلك القيمة ويجعل المرتهن عليه بدينه او يملك المرتهن الابريق الذي ضاع نقصه لانه يؤدي بدله
وهذا وجه عندي فانهم **قوله** واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجاوز به فكذا وقع في عامة النسخ وصوابه ان يقال واستيفاء الردي بالجيد
جائز لانه السابق اما الاول فان المسألة في استيفاء الابريق الذي قيمته اقل من عشرة لم ذاته العشرة الجيدة • واما الثاني فان قوله يجوز به
وقيل عليه ذلك • لان التجوز يستعمل في المسامحة في الاستيفاء وانما يقع في استيفاء الردي بالجيد ولا حاجة الى المسامحة في عكسه **قوله** وقد
حصل الاستيفاء بالاجماع • ولهذا يحتاج الى نقضه بيانه ان قبض الرهن قبض جهة الاستيفاء على وجه يصير حقيقة الاستيفاء عند الهلاك وقد حصل
الاستيفاء بالهلاك بالاجماع • بدلالة ان الاستيفاء لا يرتفع الا بنقض الاستيفاء برد الرهن الى الراهن ولم يوجد النقض فلا تنقضه بالضمان
فعند زوال الضمان لا بد له من مطالب ومطالب ولا يمكن تحقيق هذا المعنى في الشخص الواحد للتنافي • بيانه ان الضمان قيمة الابريق لو وجب على المرتهن
كان هو مطالبا بالضمان بفتح اللام فاذا كان هو نفسه مطالبا بالكسر لزم التنافي ولا يجوز ان يكون هو مطالبة الراهن لان الضمان لم يأت حق المرتهن
لا حق الراهن فكيف يطالبه الراهن لحق المرتهن • ولان الاعتبار انما يصح لاجل غيره لا لاجل نفسه وضمان المرتهن هنا لاجل نفسه ولا نظير له في الشرع

ما يتم القول به وهي تعذر التضمين عليه لتعذر النقض بتعذر الاستيفا • وانما يتعذر الاستيفا اذا لم يرض به وقد رضي به لانه لما انكر عند الرهن
مع علمه ان الدين قد سقط في حينه الاستيفا الهلاك فقد رضي به لو نوعه استيفا فلا يجوز نقضه فصار كالواستوفي حقه في الجياد بالزيوف وهو عالم
به **قوله** وقيل هي فرع مسألة ما اذا استوفي الزيوف في الجياد • اي هذه المسألة بنا على مسألة قبض الدين زيفا مكان الجيد وقد مر في باب
بيعه او زاد • قال صاحب الهداية البنا لا يصح يعني لو كانت هذه بنا على تلك لكان قول محمد هنا مثل ما كان ثمة وليس كذلك • لان محمدا مع
ابي حنيفة وهنا مع ابي يوسف بل هذه المسألة ابتدائية والفرق لمحمد بين المسألتين ان في مسألة الدين قبض الزيف لاستيفا حقه من جنسه والزيف من جنس
من الاستيفا فكان الزيف من جنس الجودة وقد تم الاستيفا بالهلاك • وفي مسألة الرهن ما قبض الرهن ليستوفي حقه من عين الرهن بل بقيمته ولم
يستوفي حقه من عين الرهن فاذا ضاع الابريق الردي وهو الرهن ينتقض القبض لانه يمكن نقضه بتضمين المرتهن قيمته هذا معنى كلام المصنف فيما قال
قول محمد وعن لانسلم مكان المنتقض ثم • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات في هذا المقام من اصحابنا من قال هذا فرع مسألة الجابع
الصغير اذا استوفي الزيوف مكان الجياد وهذه • وذكر الخلاف المشهور ثم قال فقيل قول محمد هنا مع ابي حنيفة وهنا مع ابي يوسف
فيه قيل روى عيسى بن ابان عن محمد في تلك المسألة قول ابي يوسف • يعني يجمع القائل رواية عيسى **قوله** عند التضمين رد عند محمد تضمين
المرتهن **قوله** ولو انكسر الابريق الى اخره • يعني هذا الذي ذكرنا فيما اذا هلك الرهن • اما اذا انكسر فلا يجبر الراهن على فك الرهن
اذا الدين الى المرتهن فيما اذا كانت قيمة الرهن مثل الوزن • لانه لو ذهب النقصان بشي من الدين صار ربا فان لم يذهب فاحق الراهن
في الجودة يوجب التخيير كما لو انكسر عند الغاصب فان شا افتكه ناقصا بجميع الدين ولا شي له • فان ابى فله ان يضمنه قيمته من خلاف جنسه ويكون
رهنا مكانه وان شا من جنسه عند ابي حنيفة وابي يوسف ويملك المرتهن • وعند محمد له ان يجعله بالدين ملكا للمرتهن ويذهب الدين كذا ذكر
فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات • وقال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو انكسر لا يجبر على الفكاك لانه لا يخلو
اما ان يذهب شي من الدين بنقصانه او لا يذهب لا وجه الى ان يذهب شي من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد والجودة
لا قيمة لها عند الانفراد ولو الزمناه الفكاك من غير ان يذهب شي من الدين مع النقصان حينئذ اعري الى الصرر فخيرناه ان شا افتكه ناقصا
وان شا ضمنه قيمته من خلاف جنسه ويكون القيمة رهنا عند المرتهن والمكسور عند المرتهن للضامن وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد ان شا افتكه ناقصا وان شا جعله بالدين • وجه قول محمد ان حالة الانكسار يعتبر بحالة الهلاك فيه معمول بالدين بالقيمة بالاجماع فكذا هنا
وهذا لان عند تعذر الفكاك يجعل قابضا يصير في معنى الهالك فيعتبر بالهالك الحقيقي • ولانه متى القبض صار مضمونا بالدين بالاجماع على وجه يتقرر
هذا الضمان بالهلاك فلا يجوز ان يكون مضمونا بالقيمة لان القبض الواحد لا يجوز ان يكون مضمونا بضمانين مختلفين • وجه قولهما ان هذا يصلح
ان يكون مضمونا بالقيمة • ولهذا يكون مضمونا بالقيمة بالاجماع في موضع يكون قيمته اقل من وزنه • ولان طريق صيرورته مضمونا بالدين ان
يجعل مضمونا بالقيمة بقدر الدين لانه عند استيفا وسقوط الدين به الاستيفا الحقيقي هذا ان يجعل مضمونا بالقيمة عليه ثم تتم المقاصة بين ماله
وما عليه • ومتى كان الطريق هذا في الاستيفا من كل وجه ثبت ان هذا القبض يصلح سببا لضمان القيمة ويصلح سببا
لضمانه بالدين ولكن جعله مضمونا بالقيمة في حالة قيامه اولى • لانا لو جعلناه مضمونا بالدين في حال قيامه ادى الى غلق الرهن وهو ان يكون
في يد المرتهن ولم يقدر على تخليصه وهو حكم جاهلي مردود في الشرع بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن ولو جعلناه مضمونا بالقيمة لا يودي
الى غلق الرهن لانتفا حكم الرهن الى مثله • ولانه لو جعل بالدين في حالة القيام ينبغي ان يجعل على الوجه الذي جعل في حالة الهلاك
وقد جعل في تلك الحالة بالدين من حيث المالية مع بقا العين على ملك الراهن لو كان عبدا • ولهذا كان الكفن على الراهن ولو جعل هكذا
في حالة القيام لا يفيد لانتقاض الاستيفا عند عود العين الى المالك اذ المالية لا تنفصل عن العين في حالة القيام • وقال في الشامل
واذا انكسر فعن ابي حنيفة روايتان ذكر في الاصل يضمن قيمته مصوغا من خلاف جنسه ويكون رهنا ويملك القلب وعنه انه لا يضمن الانكسار
شيا وانما يضمن اذا كرع • وجه رواية الاصل انه قبض بتعلق به الضمان فيحمل على الغصب والغاصب يضمن قيمة المكسور اذا انكسر فيضمنه وجه
الرواية الاخرى ان الرهن غير مضمون نفسه بل يحمل على المبيع في يد البائع **قوله** لا يجبر على الفكاك اي لا يجبر الراهن على فك الرهن
يعني لا يجبر المرتهن على ذلك **قوله** لما فيه من الضرر اي في الافتكاك مع النقصان ضرر بالراهن لانه يفوت حقه في الجودة مجانا
اي الراهن • ولا خلاف في خيار الراهن • وانما الخلاف في كيفية الخيار فعندهما ان شا افتكه ناقصا بجميع الدين وان شا ضمن الراهن
المرتهن قيمة الابريق المكسر فيكون رهنا مكانه • وعند محمد ان شا افتكه ناقصا بجميع الدين وان شا جعله بالدين اي تملك الراهن المرتهن
الابريق بدينه **قوله** افتكه بما فيه اي افتك الراهن الابريق المكسر ناقصا كما هو بالدين الذي هو مرهون به يعني بجميع الدين
معناه ان الراهن يفك رهنه اي يخلصه باداء جميع الدين الى المرتهن **قوله** وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه
ثمانية انما قدم الوجه الثالث على الوجه الثاني لان للوجه الثالث مناسبة بالوجه الاول من حيث انهما كلاهما يصلح ان يكون مضمونا
بالقيمة فيما اذا كان وزنه وقيمته سوا وفيما اذا كانت اقل من وزنه • قال الحاكم الشهيد ولو انكسر يضمن قيمته من خلاف جنسه او من جنسه
ذهبا مثله ويكون رهنا عنده • يعني في صورة الانكسار وهذا بلا خلاف • اما عندهما فلا يشكل كما اذا كانت قيمته مثل وزنه
وكذلك عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك • وعند الهلاك يكون عنده مضمونا بالقيمة لا بالدين فكذا في الانكسار
ولا يمكن جعله بالدين لانه يكون بدينه لانه لا دون حق المرتهن الا ان يرضى المرتهن بذلك فيكون راضيا باقل من حقه **قوله** وفي
الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه يعني في صورة الانكسار فعند ابي حنيفة يضمن جميع قيمته بالغة ما بلغت • بخلاف
جنسه ويكون رهنا عنده وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته • بخلاف جنسه ان شا الراهن فيكون خمسة اسداس المكسر ملكا
للمرتهن بالضمان وما ضمنه مع سدس المكسر رهن بجميع الدين وسدس المكسر يبقى رهنا لانه لا يبقى الرهن شائعا وان شا الراهن افتك المكسر بجميع

الدين • وقال محمد ان كان النقصان درهمين او اقل اجبر الراهن على الفكاك وان زاد عليه خير الراهن ان شا افتكه بجميع الدين وان شا جعله
بالدين كان وزنه وقيمته سوا كذا في الزيادات • والحاصل ان عند ابي حنيفة لا عبرة للجودة والرداءة في هذا الباب بل المعتبر للوزن
فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا • اعني فيما اذا كان وزن الرهن مثل الدين • وان كان بعضه مضمونا لا الزائد كما اذا كان
وزن الرهن اكثر من وزن الدين فتنقسم الجودة على المضمون والامانة فما كان بمقابلة المضمون يكون مضمونا وما كان بمقابلة الامانة يكون امانة
في مسئلتنا كل الرهن مضمون لان وزن الرهن مثل وزن الدين فحين صار الذات مضمونا استحال ان يكون الوصف امانة • لان الجودة تابعة
لكونها وصفا والتابع لا يخالف الاصل • وعند ابي يوسف يعتبر الجودة ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثني عشر لان الجودة
تارة تعتبر مالية • ومتى كان اصلا بنفسه معتبرا كان كالوزن معتبرا ايضا الا ان اعتبرناها بالتقويم عند المقابلة • بخلاف جنسها واعتبرناها في عقود
المريض مرض الموت حتى جعلناها بمنزلة الوصية متى خلو هام المقابلة ولكن لم يعتبرها عند المقابلة بجنسها لانها ثبتت بتقويمه • ولكنه
لان الشرع جعل المساواة في الذوات شرطا لجواز العقد بها ولم يحكم بتقابل الوصف الذات شرعا ولانها لا تصلح مقابلة الذات لتفاوت بين الوصف
والذات فاما ان يكون الجودة في نفسها هدرا فلا • وعند محمد لا عبرة للجودة بعد الامانة ويصرف الامانة اليها والضمان الى الوزن الا اذا
بقي شي من الضمان وراي الوزن فحينئذ يصرف فضل الضمان اليه لان الجودة متقومة كما قال ابو يوسف ولكنها ليست في التقوم والمالية كالذات
لان الوصف قائم بغيره والذات قائم بنفسه ولانها وصف الذات والاوصاف توابع والذوات اصول • والحكم الاصلي الى ما هو الاصل في الباب
فاذا ولي بالصرف الى التابع ولا يستقيم الصرف اليهما لانه يلزم معارضة الاصل والتابع وهو باطل فوجب صرف الضمان الى الذات وصرف الامانة
الى الجودة وما امكن الا ان ينفصل شي من الضمان فحينئذ يجب صرفه الى الجودة لانه لا تعارض كذا في شرح الكافي • وقال في المختلف ومهنا
اختلاف في اختلاف احدهما ان عند ابي حنيفة وابي يوسف الهلاك بالدين والانكسار بالقيمة لا بالدين • وعند محمد اذا كان الهلاك بالدين
فالانكسار بالدين • وان كان الهلاك بالقيمة فالانكسار بالقيمة والاختلاف الاخر ان عند ابي حنيفة ان كان الوزن مضمونا فالصياغة كذلك تبعا له حتى لو
كان الوزن مثل الدين وقيمة الصياغة اكثر من جميع قيمته • وعند ابي يوسف الصياغة ليست بتابع والضمان بينهما جميعا • وعند محمد يصرف
الضمان الى الوزن والامانة الى الصياغة • لان الامانة تابعة في الرهن والصياغة تابعة للوزن فيصرف التابع الى التابع والاصل الى
الاصل • ولابي يوسف ان الصياغة متقومة ولهذا قلنا ان المريض مرض الموت اذا باع ابريق فضة وزنه مائة وقيمته بصياغته مائتان باعه بمائة
اعتبر من الثلث كما لو بيع من الغير • ولابي حنيفة ان الصياغة لما قابل الانفراد الا ترى انه من كسر ابريق فضة لرجل لم يكن لمالكه ان يضمن
العين ويضمنه قيمة الصياغة • واذا لم يكن لها قيمة عند الانفراد وجب اتباعها الوزن لانه الاصل • والمسئلة طويلة معروفة خمسة اسداس
الوزن ان ينقص من الوزن الذي هو عشرة سدسه وهو درهم وثلثا درهم بقي خمسة اسداس وهي ثمانية دراهم وثلث درهم • وذلك لان هذا
العشرة تكون قيمته خمسة اسداس الابريق عشرة **قوله** وفي بيان قول محمد نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات
من جميع شبها وتسعة اسداسه وعشرون فصلا ذكرها البزدوي وقد مر بيان ذلك بل هكذا وانما لم يذكر صاحب الهداية بيان قول محمد ثم ما ذكر
ان فيه طولا لا يعرف في المبسوط والزيادات هو المتقن واعتذر اماما بان كتابه لم يحو جميع البيان وقوله بيانه يا تي من بعد ذلك في كتب
المتقدمين واشار الى انه مع الدين جاز وا الاصول والفروع وهو شيخ انا دم في التصنيف حين يرجع الحلف في كتب السلف ولا يكتفي بالكتابة المختصرة
والمختصرات فاحسن ما قبل الفصل للتقدم **قوله** قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري بالثمن شيا بعينه جاز اي قال القدوري في
مختصره ولفظه فيه ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري بالثمن شيا بعينه فامتنع من تسليم الرهن فالم يجبر عليه وكان البائع بالخيار ان شا رضي
بترك الرهن وان شا فسخ البيع الا ان يدفع المشتري الثمن حالا او يدفع قيمة الرهن رهنا الى هنا لفظ المختصر • والاصل فيه هذا انه اذا شرط
الرهن في عقد البيع فالقياس ان يبطل العقد لانه شرط فيه شرطا لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع فصار كانه قال على ان تقرضني عشرة
دراهم • وانما استحسنوا في جوازه لان الثمن الذي يرهن ويكفل او نوع من الذي لا رهن فيه ولا كفيل فصار الرهن صفة الثمن فمن جهة الاسنة
العقد كالجودة • وانما شرط في المسئلة ان يكون الرهن معينا لانه اذا لم يكن معينا صار كانه ذكر ثمنا موصوفا بصفة مجهولة • وذلك يفسد
العقد • وانما لم يجبر على تسليم الرهن على خلاف ما قال زفر لان الرهن لا يتعلق الاستحقاق بعقده • الا ترى ان صحته تقف على القبض فلا
يجبر عليه كالرهن المنفرد • وجه قول زفر ان هذا الرهن صار من حقوق البيع فاذا امتنع منه المشتري اجبر عليه كسائر حقوق البيع وهذا
لا يصح لان الرهن عقد منفرد والعقود لا يكون بعضها من حقوق بعض • واذا ثبت انه لا يجبر على تسليم الرهن ثبت للبائع الخيار لانه
وصف مرغوب فاذا لم يسلم ثبت له الخيار لفواته • فان دفع المشتري الثمن حالا سقط الخيار لان المقصود من الرهن الاستيفا وقد حصل
استوفي حقه تاجلا فصار اولى من الرهن • وان دفع اليه قيمة الرهن جاز لانها قائمة مقام العين فكانه سلم العين الذي شرط رهنا فلا يكون له
للبائع خيار في فسخ البيع • وقال القدوري في شرحه في باب الشروط التي تفسد البيع قال اصحابنا يقال للمشتري اما ان تدفع الرهن او قيمته
او تدفع الثمن او تفسخ البيع فان امتنع من احد هذه الوجوه لم يكن من ذلك لان في دفع الرهن وفا بالشرط في العقد وفي دفع قيمته ايضا
حق البائع لان حقه في الرهن استيفا الدين من ثمنه وهذا موجود في القيمة وفي دفع الثمن ما يغني عن التوثق به فان لم يسلم للبائع احد هذه
الوجوه وهو لم يرض بالثمن المطلق كان له ان يفسخ **قوله** وفيه منفعة لاحدهما • اي وفي الشرط المذكور وهو شرط رهن في
بيعه منفعة لاحد المتعاقدين ولا يقتضيه العقد **قوله** انه شرط ملايم للعقد وذلك لانه يوكد موجب العقد لان المقصود بالرهن
والكفالة التوثق بالثمن فصار كاشتراط الجودة • واذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو انه • يعني
ان الكفالة والرهن اعتبارنا فيه لا يلايم العقد ولكن يلايمه اعتبار حكمه لانه عقد وثيقة ومعنى التوثق يلايم الوجوب فاذا كان
الرهن معينا والكفيل حاضرا اعتبرنا المعنى فيصح العقد • واذا كان الكفيل والرهن مجهولا او كان الكفيل غايبا عن المجلس حتى افترقا اعتبرنا عينه

وهو مسألة العبد قوله قال وان اشترى شيئا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن • اي قال في الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل شيئا بدراهم فقال له المشتري امسك هذا الثوب
حتى اعطيك الثمن قال هذا رهن الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ولم يذكر ههنا اختلافا كما ترى • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير • وقال ابو يوسف في الامالي ان اعطاه ثوبا وقال امسك هذا حتى اعطيك مالك فان ابا حنيفة قال هو رهن وقال ابو يوسف
لا يكون رهنا وهو وديعة • وان قال امسك هذا الثوب بمالك حتى ادفع اليك او قال امسك هذا رهنا حتى ادفع اليك فهذا رهن في قول
ابي حنيفة وابي يوسف جميعا الى هنا لفظ الفقيه • وجه قول ابي يوسف ان الامر بالامساك للغير يحتمل الرهن ويحتمل الحفظ بسبيل الوديعة
فلا يثبت الرهن بالشك ويحمل على الوديعة لانها الادنى لكونها غير مضمونة ما لم يقم الدليل على ارادة الاكثر • وجه الظاهر ان هذا الكلام
يؤدي معنى الرهن وحكمه لان حكم الامساك الدائم الى قضاء الدين • وقوله امسك على اعطيك مالك دل على الرهن لانه مد الامساك الى الاعطا
فصار التكلم بحكم الرهن كالتكلم بنفسه كرجل قال ملكتك عبدي هذا بالف درهم فانه يكون بيعا • لان العبرة في العقود للمعاني ولهذا
كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة • والحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة وقول محمد مضطرب كذا في المختلف ∴

فصل

لما ذكر حكم رهن الواحد شرع في بيان الرهن او الراهن او المرتهن اذا كان اثنين لان الواحد
قبل الاثنين قوله ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين • وهذا لفظ القدوري
في مختصره • قال صاحب الهداية وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما • بما يحصى من المال الثلث او الربع الى المهملة(?)
اي اصابه فصار في حصته • وذلك لان الصفقة متحدة ومن حكم اتحاد الصفقة ان يكون كل الرهن محبوسا بكل جزء من الدين • الا ترى
ان في البيع اذا ادى بعض الثمن لم يكن له ان يقبض المبيع فكذا ههنا لان فيه تفريق الصفقة على المرتهن • وهذا اذا لم يسم لكل واحد
من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذا اذا سمى على رواية الاصل وعلى رواية الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له
وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي والصحيح ما ذكر في الاصل لان غرضه من هذا التفصيل المقابلة في حق الضمان ولكن على وجه نقسم الدين(?)
بالجملة • فلو جعلناه سبيلا من استرداد البعض عند قضاء بعض المال لبطل معنى الوثيقة وهو الحصر الحاصل بحبس الكل لتقدم تمام الايفاء(?)
مر في اوائل كتاب الرهن عند قوله وان كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقبض الدين ويقبض ثمنه • قال الكرخي
في مختصره واذا رهنه عبدين او ثوبين او كر طعام او كر شعير بالف درهم ولم يسم لكل واحد من ذلك شيئا من الدين جعله رهنا به
فيقبل ذلك ان يقسم الدين على قيمة تلك الاشيا فما اصاب كل عبد او كل ثوب او كل كر فهو مضمون بالاقل من تلك الحصة التي حصته بالقيمة ومن
قيمته في نفسه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وذلك لان الدين لما كان في مقابلة الرهن والضمان منقسم وجب ان ينقسم على القيمة لاجزائه على(?)
المختلفين القيمة كما ينقسم الثمن في المبيع بالقيمة • وان كان سمى لكل واحد منهما حصة من الدين لم يعتبر القيمة وكان كل واحد منهما مضمونا بالاقل
من قيمته وما سمى له لانه جعل في مقابلته مقدار التسمية فلا يعتبر القيمة كالمبيعين اذا سمى لكل واحد منهما ثمنا كذا ذكره القدوري في شرحه وقال
الحاكم الشهيد في الكافي ولو رهنه ثوبين بعشرين درهما احدهما بعشرين(?) والاخرى بعشرة ولم يبين هذا من هذا لم يجز الرهن وذلك لانه
لم يبين المقابل بعشرة من الاخرى فصار المرهون في حق الضمان مجهولا وفي جهالته تفضي الى المنازعة عند هلاك احدهما فاوجبت فساد العقد
وكذلك في حق الاسترداد ولو سمى كان جائزا وايهما هلكت هلكت بما فيها والاخرى رهن بما سمي لها قوله وجه الاول اي وجه
رواية الاصل قوله ان العقد متحد بمعنى انه عقد واحد وليس يتعدد بدون تعداد الايجاب والقبول والتفصيل في الدين لا يحمله
ويصير عقدين كالبيع المضاف الى محلين لا يكون عقدين عند تفصيل الثمن حتى لو اراد المشتري ان يقبل العقد في احدهما دون الاخر لم يجز
وكذلك لا يكون سبيل من قبض احدهما دون الاخر فكذا في الرهن لان الدين في الرهن كالثمن في البيع لتعلق الرهن به وتقدم ذلك ايضا(?)
تقدم قوله وجه الثاني اي وجه رواية الزيادات قوله لو قبل الرهن في احدهما جاز • يعني اذا قال رهنتك
هذين العبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المرتهن احدهما دون الاخر صح بما سمي له من الحصة فكذلك في الانتهاء يحمل التفريق وفي
البيع لو قبل احدهما لم يصح التفريق فكذلك في الانتهاء وتقدم هذا من قبل قوله قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل
منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما • اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره اذا رهن رجلان
من رجل رهنا بدين لهما عليه هما جنس او لكل واحد منهما عليه دين لا شريك لصاحبه فيه فان الرهن جائز • فان ادى الراهن الى
احد المرتهنين ماله عليه واراد ان يقبض بعض الرهن فليس له ذلك حتى يؤدي الاخر الى ان يقبض جميع الرهن حتى يستوفي ما له كل الراهن الى هنا
لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان المقصود بالرهن الوثيقة وليس هذا كهبة الواحد من الاثنين عند ابي حنيفة لان المقصود بالهبة الملك
ويستحيل ان يكون جميع العين ملكا لهذا ولهذا ولا بد ان يكون كل واحد منهما مالكا للنصف فيحصل قبضه في مشاع فلا تصح الهبة • واذا
ثبت انها رهن عند كل واحد منهما كان المضمون على كل واحد حصة دينه على اصلنا ان المضمون الاقل من قيمة الرهن ومن الدين قوله
فان تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الاخر • قال في الايضاح فاذا تهايا فامسك هذا يوما والاخر يوما فان كل واحد
منهما في اليوم الذي يمسكه كالعدل في حق الاخر • واذا هلك صار كل واحد منهما مستوفيا بقدر حصته لان الاستيفا ما يقبل الوصف
بالتجزي قوله فان المضمون على كل واحد منهما حصته من الدين اي قال القدوري في مختصره قوله فان اعطى
احدهما دينه كان كله رهنا في يد الاخر • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان جميع العين رهن عند كل واحد منهما فاذا استوفى
احدهما بقيت العين عند الاخر بكمالها • وعلى هذا حبس المبيع اذا اشترى الاثنان من الواحد فادى احدهما حصته من الثمن كان للبائع
ان يحبس المبيع بنصيب الاخر • فاذا اشترى الواحد من الاثنين فادى الى احدهما لم يكن له ان يقبض نصيبه كذا ذكره القدوري في شرحه

وقال في الشامل ولو نقد(?) دين احدهما ليس لواحد منهما ان يرد(?) لانه رهن عند كل واحد منهما • فان هلك عند احدهما فعلى(?) دينه يسترد ما اعطاه كما
لو كان واحدا قوله وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فالرهن جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي
جميع الدين وهذه المسألة لم يذكرها في الجامع الصغير ومختصر القدوري وانما ذكرها الكرخي في مختصره قال وان رهن رجلان رجلا
رهنا بدين عليهما واحدا وهو عبد او عبدان والدين عليهما في صفقة واحدة • او كان على كل واحد منهما دين على حدة فذلك جائز وان ادى
احدهما ما عليه لم يكن له ان يقبض من الرهن شيئا وللمرتهن ان يمسك جميع الرهن حتى يستوفي جميع الدين الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان
رهن الاثنين من الواحد يحصل به القبض من غير شائعة فصار كرهن الواحد من الواحد ولا اعتبار باختلاف الدين وانما الاعتبار
باتحاد صفقة الرهن • الا ترى ان الواحد اذا رهن من الواحد رهنا بدينين مختلفين جاز لاتحاد صفقة الرهن • ولو رهن
بدين واحد عينا واحدة في صفقتين لم يجز لاختلاف صفقة الرهن فدل على ان اختلاف صفقة الدين لا يؤثر • فاما اذا ادى احدهما
فليس له ان ياخذ نصيبه لان في ذلك تفريق الصفقة على المرتهن في الامساك وهذا لا يجوز كما لو كان الراهن واحدا قوله فان
اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهن عنده الذي في يديه وقبضه فهو باطل وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل في يديه عبد اقام رجل البينة انه رهنه اياه وقبضه واقام رجل اخر البينة انه
رهنه اياه وقبضه قال هذا باطل الى هنا لفظ الجامع الصغير • وقال الفقيه ابو الليث في كتاب الشهادات ان الرهن في القياس
باطل وفي الاستحسان جائز وبالقياس ناخذ • وجه الاستحسان انه يجوز ان يكون الشي رهنا عند رجلين فيكون لكل واحد منهما
نصفه بنصف حقه • وجه القياس انه لو ثبتت البينتان يقضي لكل واحد منهما بالنصف فيصير كانه رهن كله ثم استحق منه النصف • ولو
ارتهن هذا ثم استحق نصفه بطل الباقي لمكان الشيوع فكذلك ههنا ولا يجعل كانه رهن منهما لان كل واحد منهما اثبت ببينته رهن الكل فلو
جعل كانه رهن منهما كان هذا قضاء بخلاف الدعوى وهذا معنى قوله لان كل واحد منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في
الاستيفا وبهذا القضا يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفا قوله وبهذا القضا اي القضا بجعله مرهونا من اثنين يلزم
حبس مرهون الى شطره من الاستيفا • وذلك عمل بخلاف الحجة وهو بالكل والتنصيف عند المزاحمة واجب ان امكن وقد تعذر ههنا لمكان
الشيوع باثبات العقدين في الرهن بخلاف المسالة المتقدمة فان صفقة الرهن ثمة متحدة فلم يثبت الشيوع فلما تعذر العمل بالبينتين صار كما لو
كرجلين اقام كل واحد منهما بينة على امراة بعينها بالنكاح • وكذلك اختان اقامتا البينة على رجل بالنكاح انه باطل كله لتعذر العمل
بالتنصيف • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا على وجوه اما ان يكون في يد الراهن او في ايديهما او في يد
احدهما وارخا او لم يؤرخا • اما اذا كان في يد الراهن وارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضي لاسبقهما تاريخا لانه اثبت العقد في زمان
وفي وقت لا ينازعه صاحبه • وكذلك ان ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر لانه ظهر العقد في حق احدهما من وقت التاريخ وفي حق الاخر
للحال • اما اذا لم يؤرخا لم يقض لواحد منهما في القياس وفي الاستحسان يقضي بينهما رهنا واحدا ذكر الاستحسان في كتاب الشهادات
وكذلك اذا ارخا وتاريخهما سوا • وجه الاستحسان ظاهر لانه لم يثبت سبقهما صار كانهما وقعا معا فصار في الحكم كانه رهنه
منهما كما اذا ادعيا تلقي الملك من رجل فاقاما البينة يعمل في الحكم كانه باع منهما جملة حتى يقضي بينهما نصفين • وجه القياس انه لا وجه
للقضا منهما بين البينتين فلا يقضي لانه لا يخلو اما ان يقضي برهن الجميع لكل واحد منهما جميعا ولا وجه اليه لانهما لم يدعيا هكذا لان كل
واحد منهما ادعى رهنا على الانفراد ولا وجه الى ان يقضي لكل واحد منهما برهن على حدة لم يتصف بحكم المزاحمة كما في الشرا لانه انما ينصف ذلك
في عقد او حكم عقد قابل للتنصيف وحكم الشرا قابل للتنصيف في حق كل واحد منهما في العين سواهما في الحجة والرهن غير قابل للتنصيف فتعذر هذا
التنصيف وبالقياس ناخذ لانه اصح • ولو كان في ايديهما فكذا الجواب الا اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق ولو كان ارخ احدهما دون الاخر
فكذا الجواب لانه في حق الذي ارخ احتمل تاريخ وقبض واليد اسبق معنى فصار كانهما ارخا على السوا • ولو كان في يد احدهما يقضي لصاحب
اليد سوا ارخ الاخر او لم يؤرخ لان اليد لا تستغرق التاريخ لاحتمال سبقه على التاريخ الا اذا اقام الاخر البينة انه عمل قبل قبضه • هذا
اذا كان الراهن حيا • ولو مات الراهن فبيانه في المسالة التي تلي هذه قوله قال ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد
منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا • اي قال محمد في الجامع الصغير وصورتها فيه
محمد قال كان الراهن مات والعبد في ايديهما فاقاما البينة على ما وصفت لك فالقياس في هذا ان يكون باطلا ولكني استحسن ان يكون
نصف العبد رهنا لهذا ونصفه رهنا لهذا يبيع كل واحد منهما نصفه بحقه الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير ولم يذكر ابا يوسف
في الجامع الصغير وانما ذكره في كتاب الرهن وقال الرهن باطل عند ابي يوسف • وقول محمد مع ابي حنيفة كذا ذكره الفقيه ابو الليث
وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ذكر الكرخي قول محمد مع ابي حنيفة في هذه المسالة • وجه القياس ان الحبس
للاستيفا حكم مقصود بعقد الرهن فيكون القضاء بعقد الرهن لا محالة • والقضا بعقد الرهن على سبيل الشياع بينهما باطل فكذا
القضا بحكمه • وجه الاستحسان وهو قول ابي حنيفة ومحمد ان العقد مطلوب بحكمه والحكم بعد الموت وهو الاستيفا بالبيع لا يبطل بالشياع
والشركة فصح القضا بالعقد الذي هو سببه وهو الرهن • واما حال الحياة فالمقصود منه الحبس والحبس في المشاع لا يجوز وهذا كما قالوا
جميعا في كتاب النكاح ان رجلين لو اقام كل واحد البينة على امراة انه تزوجها ولم تكن المراة في بيت واحد منهما لا تقبل شهادتهم ولو اقاما
البينة بعد موتها قبلت بينتهما • وكذلك اذا ادعت اختان كل واحدة منهما نكاحا قبل رجل واحد واقاما البينة ان كان في حال
الحياة الحل وهو لا يحتمل الشركة وبعد الموت المقصود الميراث وهو مما يحتمل الشركة والشياع واورد الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير في هذا المقام سوالا وجوابا فقال فان قيل انما يفسخ حق البيع اذا ثبت الرهن ولا يثبت الرهن في المشاع قبل الدفع(?) قلنا(?)

لعبد الموت والمقصود من البيع فيعتبر حال البيع ولا يعتبر حال الحبس • ثم قال الفقيه اعلم ان كثيرا من مسايل هذا الكتاب يعني كتاب
الجامع الصغير فيها قياس واستحسان الا انه لم يذكر في الكتاب القياس ولا الاستحسان فكانه اجاب عن الاستحسان وترك ذكر القياس
والاستحسان كليهما • فاما الموضع الذي ذكر القياس خاصة ففي باب الصلاة قال اذا صلوا على الجنازة ركبانا في القياس يجزيهم ولكن
لا يجزيهم فاخذ فيه بالاستحسان ولم يذكره • واما الموضع الذي ذكر الاستحسان خاصة ففي باب الاجارات • قال اذا استاجر الخبز
ليطحنها ويخبزها يجوز استحسانا او قال استحسن ذلك ولم يذكر القياس • واما الموضع الذي ذكر القياس والاستحسان جميعا
فهو هذه المسألة قال القياس في هذا ان يكون بالحلاء(?) ولكن استحسن ان يكون نصف العبد رهنا بهذا ونصفه رهنا بهذا • وفي ساير
المواضع امر القياس والاستحسان

باب الرهن

يوضع على يدي العدل لما ذكر حكم الرهن اذا كان في يد المرتهن ذكر حكمه اذا كان في يد العدل وهو الذي يثق الراهن والمرتهن
بكون الرهن في يده نايبا عن المرتهن والنايب ينزل منزلة المنوب لا محالة قوله قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يدي العدل
جاز اي قال القدوري في مختصره • قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي قبض العدل الرهن بمنزلة قبض المرتهن في حكم محتمه(?)
وضمانه بالدين اذا هلك بلغنا ذلك عن ابراهيم والشعبي وعطاء والحسن • وقال ابن ابي ليلى ان هلك في يد العدل لم يبطل الدين
وان مات الراهن اسوة للغرماء وذلك لانه لم يكن في يده حين بطل الرهن والحاصل ان الرهن قبل ينعقد بوصف الصحة واللزوم ثم
بقبض العبد عندنا ينعقد وعنده لا ينعقد هو يقول وجود الرهن بقبض المرتهن ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديرا لان العدل
نايب عن الراهن لا عن المرتهن لان المالك هو الراهن لا المرتهن وكيف يكون نايبا عن المرتهن والعدل نصب ليحفظ عنه في حال
لا يؤتمن عليه • ولهذا لو استحق بان هلك بيده ثم جاء مستحق واستحقه يرجع به على الراهن دون المرتهن • ونحن نقول
قبض العدل كقبض المرتهن يتم به الرهن كالوارث(?) بالقبض يتم تصيصا • وهذا لان غرضنا تحقيق عقد الرهن لان الكلام فيما اذا
رهنه وامر العدل بقبض الرهن ولا يتحقق رهنا الا بقبض المرتهن فما قال يوجب جعل العدل نايبا عن المرتهن في القبض والكرم(?)
جعله نايبا عنه لان المالكية كالمشترك بين الراهن والمرتهن لاحدهما من حيث العين وللاخر من حيث اليد فان المرتهن كالمالك
للعين من حيث اليد والراهن مالك لها من حيث الرقبة فوجب جعله نايبا عنهما في حق العين عن الراهن وفي حق اليد عن المرتهن تحقيقا لغرضهما
وهو تحقيق عقد الرهن • وانما لا يرجع بالضمان على المرتهن لانه لحفظ الضمان بسبب العين وهو في حق العين نايب عن الراهن • واذا تم
الرهن بقبض العدل لزم الرهن ولزم التسليط عندنا فتعلق حق المرتهن به فكان هو احق به من ساير الغرما لو مات الراهن لاختصاصه
به مولى(?) وقال مالك لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ وكان صاحب الهداية شك في قول مالك هاهنا حيث قال ذكر قوله في بعض
النسخ لان مالكا لا يشترط القبض في الرهن على ما قال صاحب الهداية في اول الكتاب • وقال مالك يلزم بنفس العقد فاذا كان
كذلك كان ينبغي ان لا يشترط قبض العدل اصلا ويجوز ان يكون عن مالك روايتان في اشتراط القبض في الرهن • وقال
الشيخ ابو الفضل الكرماني في اشارات الاسرار الرهن يتم بقبض العدل خلافا لمالك لان يد العدل يد المالك فلا يتم به الرهن • واقول
نقول بل على الصورة يد المالك وعلى المعنى يد المرتهن فينزل منزلة التخصيص(?) • ولكن قال مالك في المدونة لا يتم رهنه الا بقبضه
وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال اصحابنا جميعا اذا وقع عقد الرهن بين رجلين على ان يجعلاه على يدي عدل بينهما
فذلك جايز وهو مقبوض وقبض المرتهن وقبض العدل بمنزلة واحدة في صحة الرهن لان قبضه للمرتهن ويد العدل للمرتهن الا
ترى ان المرتهن لو اراد منع الرهن وابطال يد العدل كان له ذلك وان الراهن لو اراد ذلك لم يكن له فعلمت بهذا ان اليد
في الرهن للمرتهن وحق له دون الراهن • وان كان للراهن بها ذلك لاجل تعلق رد ذلك بمنزلة المشتري للدار الملك(?) واليد
وان كان للشفيع بها حق الشفعة • وكذلك العبد الجاني جنايته فالملك واليد لمولى العبد وان كان في العبد حق لولي الجناية
الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قوله قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه • اي قال القدوري في مختصره وانما
لم يكن لواحد منهما ان ياخذ الرهن من العدل لان لكل واحد من الراهن والمرتهن حقا في الرهن للراهن في العين وللمرتهن في اليد
فلا يجوز لاحدهما ان يبطل حق الاخر قوله فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن وهذا لفظ القدوري في مختصره ايضا
لو هلك الرهن في يد العدل هلك في ضمان المرتهن فكانه في يد المرتهن لان يد العدل يد المرتهن في حق المالية معونة بالاكل منه(?)
الرهن ومن الدين قوله ولو دفع العدل الى الراهن او الى المرتهن ضمن وهذه من مسايل الاصل • قال الحاكم الشهيد
في الكافي واذا دفع العدل الى الراهن او الى المرتهن كان ضامنا له • وذلك لانه مودع في حقهما جميعا مودع من الراهن في حق
العين ومودع من المرتهن في حق اليد وليس للمودع ان يودع • وكذلك لو استودعه رجلا ولو وضعه عند امراته او اجيره
او بعض من هو في عياله لم يضمن لانه مامور بالحفظ المعتاد والحفظ المعتاد في هذا ان يحفظه بيده او بيد من هو في عياله واذا
كان رجلين والرهن مما لم يقسم فوضعاه عند احدهما كان جايزا ولا ضمان عليه لانهما اتيا بالحفظ المطلوب منهما لان حفظها لا يتاتى
في مثل هذا الا بالتهايؤ في زمانا لانه يتعذر عليهما اجتماعهما على حفظ اناء الليل والنهار فكان الحفظ الممكن منها عادة هكذا وقد اتيا
به • وان كان مما يقسم فاقتسماه وكان عند كل واحد منهما نصفه لانه لما اضاف الحفظ اليهما اقتضى هذا انقسام الحفظ عليهما
فكانه قال احفظا كل واحد منكما طايفة من العين • فان وضعاه عند احدهما ضمن الذي وضع حصته عند صاحبه في قول
ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه وقد مر في كتاب الوديعة انهما هل يملكان التهايؤ في الحفظ فيما يحتمل القسمة
فعند ابي حنيفة لا يملكان • وعندهما يملكان والدلايل ذكرت ثمة ولكن يضمن كل واحد منهما ما دفع لانها اخذ لان كل واحد

فما زاد دفع المودع فما اخذ وموضع المودع لا يضمن عند ابي حنيفة قوله واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما اي الى
الراهن او المرتهن وقد استهلكه المدفوع اليه وهو الراهن او المرتهن او هلك في يده اي في يد المدفوع اليه لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا
في يده اي لا يقدر العدل ان يجعلها رهنا في يد نفسه لانه اذا جاز ذلك للزم ان يكون العدل قاضيا فيما وجب عليه الضمان مستوفيا وهو
محال للتنافي بين ان يكون الواحد مسلما او متسلما ولكن يتفق الراهن والمرتهن على ان ياخذ القيمة من العدل ثم يعيده ذلك يجعلان تلك القيمة
رهنا ذلك العدل او عند غيره • وان تعذر اجتماع الراهن والمرتهن ترفع الامر الى القاضي • احدهما اما الراهن او المرتهن حتى يسال هو
القاضي كذلك اي ياخذ القيمة الواجبة على العدل الضامن منه ثم يضعها عنده رهنا • ولو فعل القاضي ذلك ثم قضى الراهن الدين ينظر ان
كان ضمان العدل بسبب الدفع الى الراهن كانت القيمة سالمة لان القيمة كانت بدل الرهن وقد وصل الرهن الى الراهن فلم يكن وجه من ان ياخذ
الراهن القيمة لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد • وان كان ضمان العدل بسبب الدفع الى المرتهن ياخذ الراهن القيمة من العدل
لانه ادى الدين الى المرتهن • فلو كان الرهن قايما في يد العدل كان ياخذه اذا ادى الدين فكذلك ياخذ قيمة الرهن لانه يجتمع البدل
والمبدل هنا في ملك واحد ثم هل للعدل ان يرجع العدل بذلك على المرتهن • قال في الذخيرة ان كان العدل دفع الرهن الى المرتهن كما على وجه
العارية او الوديعة وهكذا في يده لا يرجع • وان استهلكه المرتهن يرجع عليه لان العدل لما ضمن الرهن الى الراهن ملك الرهن وتبين انه
انما اودع ملك نفسه فان هلك في يده لا يضمن فان استهلكه يضمن • وان كان العدل دفعه الى المرتهن رهنا بان قال هذا رهنك خذه
عندك واحبسه بدينك يرجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن او هلك لانه دفع اليه على وجه الضمان • وان دفع العدل الرهن الى الاجنبي وديعة
من غير ضرورة فهو ضامن لان العدل امين في حق الرهن فكان الجواب فيه كالجواب في المودع قوله يرفع احدهما الى القاضي يرفع
الدال على انه فاعل يرفع الامر الى القاضي احدهما من المذكورين وهما الراهن والمرتهن حتى ياخذ القيمة من العدل ويضعها رهنا عنده ولكن
يتوهم ان احدهما منصوب بل يعني ان العدل يرفع احدهما وذلك ليس بشيء لان العدل هو الضامن للقيمة فعلا د(?) يرفع الضامن لمطالبته شر الخصم
الى القاضي قوله قال واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جايزة • اي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه فان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل • وذلك لان الاذن في البيع توكيل من
الراهن للعدل بالبيع وتوكيله جايز كالوكيل من غير رهن وليس للراهن فسخ هذه الوكالة اذا كانت مشروطة في العقد لانها اذا شرطت
به صارت من حقوقه • الا ترى ان الرهن الموكل ببيعه او ثمن الرهن الذي لم يوكل ببيعه • فاذا صارت الوكالة من حقوق الرهن لم يكن
للراهن ابطاله كما ليس له ابطال القبض • وكذلك المرتهن لا يملك فسخ هذه الوكالة لان العدل وكيل البيع لغيره • قال الحاكم الشهيد
في الكافي وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط على بيعه لانه مامور بالحفظ فحسب وان كان رهن على انه سلط على بيعه فابى ان يبيعه رفعه المرتهن
الى القاضي اجبره القاضي على بيعه بعد ان تقوم البينة على ذلك • بخلاف ساير الوكلاء بالبيع فانه لا يجبر لو امتنع وذلك لانه معين ولم يتعلق
من الامانة حق • اما هذا فانه معين تعلق حق الغير به فجاز ان يجبر عليه ابقاء لحق الغير لانه قد التزم ذلك وصار نظير الكفالة • ولانه
اذا كان مشروطا في الرهن وقد شرع ذلك توثيقا صارت الوكالة في الرهن صارت من اوصاف الرهن فلزم كاصله • فان كان هذا التسليط مشروطا في العقد
لزم فحسب وان كان غير مشروط لكنه واحق كذا في شرح الكافي قوله فليس للراهن ان يعزل الوكيل اي بدون رضا المرتهن لانهما اذا اتفقا
على ذلك الاجاز قوله الا ترى انه اي ان عقد الوكالة قوله فيلزم بلزوم اصله اي يلزم عقد الوكالة بلزوم اصله الذي هو الرهن
قوله وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي • قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهذا كما قالوا في الوكيل بالخصومة ان المدعي
اذا طالب خصمه عند بوكيل ينصب له وكيلا لم يجز للموكل عزله لان حق الخصم تعلق بهذه الوكالة حين بينت بطالبته • ولو كان وكيله
ابتداء بالخصومة من غير مطالبة جاز عزله حيث لم يتعلق بالوكالة حق الخصم قوله ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك بالنقد والنسيئة ثم نهاه
عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه • قال القدوري في شرحه قال محمد في الزيادات العدل اذا بيع بالنقد والنسيئة لعموم الامر الا ان يكون ثم
قضاء الراهن عند عقد الرهن ان يبيع بنسيئة لانه جعله وكيله وكالة خاصة • وان كان اطلق الوكالة ثم قال له بعد ذلك لا تبع بالنسيئة
بعد النسيئة جايز لان اطلاق الامر اقتضى جواز البيع بالنسيئة وهو لا يملك تغيير ما اقتضته الوكالة • وهذا لان عقد الوكالة صار لازما
بلزوم اصله لكونه مشروطا في عقد الرهن فلزوم اصله تكد الدم(?) وصفه وهو الاطلاق حيث لم يتقيد بالنقد النهي عن النسيئة فهذا الذي ذكرنا
مذهبنا فبطل مذهب الشافعي رحمه الله للموكل عزل العدل • وان شرطت الوكالة في عقد الرهن ذكره في شرح ابي نصر قياسا على ساير الوكالات
والفرق ظاهر • لان ساير الوكالات لم يتعلق بها حق الغير بخلاف ما نحن فيه قوله وان مات الراهن لم ينعزل • وهذا
لفظ القدوري في مختصره • اي لم ينعزل العدل بموت الراهن • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره لو مات الراهن او مات المرتهن
او ماتا فان العدل على امره في امساك الرهن وبيعه • وذلك لان الوكالة المشروطة في الرهن من حقوقه فلا يبطل بموت الراهن كالقبض
ولا يبطل بموت المرتهن لانه ليس بموكل وليس كالوكالة المبتداة بعد الرهن • لانها لما لم تكن مشروطة فيه لم تكن من حقوقه فجاز للموكل النزاع عنها
ولان عقد الوكالة لم يبطل بموت الراهن يبطل حق الورثة كما في ساير الوكالات يبطل بموت الموكل حيث ينتقل الملك الى الورثة ولا رضاهم
البيع • واما هنا فلا اعتبار بحق الورثة لان حق المرتهن مقدم على حقهم قوله وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة اي للوكيل
الذي هو عدل ان يبيع الرهن بوكالة المشروط في عقد الرهن بغير محضر من ورثة الراهن الذي مات كما كان يبيعه بغير محضر منه في حال
حياته • ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير يعقوب عن ابي حنيفة في رجل رهن رجلا جارية وجعله مسلطا على بيعها ثم مات الراهن
قال للمرتهن ان يبيعها بغير محضر من ورثة الراهن قوله يبيع بحقوقه واوصافه • اي يبيع عقد الرهن والحقوق والحبس والاشياء(?)
والوكالة والاوصاف اللزوم وجبر الوكيل في البيع اذا ابى والبيع بالنسيئة وحق بيع الولد وحق صرف الدراهم بالدنانير قوله وان

مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه • قال الكرخي في مختصره ولو مات العدل بطل ما جعل اليه من ذلك ولم يقم
وارثه في ذلك مقامه ولا وصيه • وقال الحاكم الشهيد في الكافي وان مات العدل بطل ما جعل اليه من ذلك لان تسليطه على البيع والرهن
على حاله • وذلك لانه توكيل والوكالة ما تبطل بموت الوكيل لانه لا يجري فيها الوراثة لان هذا حق عليه • والوراثة انما تجري فيما له
لا فيما عليه ولانهما رضيا برايه لا براي غيره • ولكن الرهن على حاله لان التسليط على البيع امر زائد فيه فلا يبطل ببطلانه الرهن • فاذا باع
العدل بيعه لم يجز لانه لا يقدر على اقامة غيره مقام نفسه في حال الحياة فلان لا يملك بعد الوفاة وقد بطلت ولايته اصلا اولى كذا في شرح
الكافي • وقال في الوجيز اذا كان العدل وكيلا في بيع فادعى الرجل بيعه لم يجز الا ان يكون الراهن قال له في اصل الوكالة وكلتك
ببيع الرهن واجزت لك ما صنعت فيه من شيء فحينئذ يجوز لوصيه بيعه ولا يجوز لوصيه ان يوصي به الى غيره قوله وعن ابي يوسف
ان وصي الوكيل يملك بيعه اي بيع الرهن عند حلول الدين • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روى الحسن بن زياد عن ابي يوسف
انه قال لوصي الوكيل ان يبيع لان هذا حق واجب • ولو اراد الراهن ان يحجر عليه لم يكن له ذلك فصار بمنزلة المضارب وقد اتفقوا
ان المضارب اذا مات كان لوصيه ان يبيع مال المضاربة • وذلك لان الوكالة لما كانت مشروطة في عقد الرهن كانت لازمة بحيث
لا يجوز نقضها فلوصي الوكيل البيع كذلك • والجواب ان يقال ان المضارب له ولاية في حال حياته بدليل انه جاز لوكيله ان يبيع مال
المضاربة وانما هو نائب وكل عن في حال حياته لم يجز بكذا الا بعد الوفاة • سلمنا ان الوكيل كان لازما بحيث لا يجوز فسخه ولكن الارث
انما يجري فيما له لا فيما عليه والوكالة حق لازم عليه لا له فلا يجري فيها الارث وليس المضارب كذلك لانها حق للمضارب قوله وليس
للمرتهن ان يبيعه الا برضا الراهن ليس بيع الرهن • قال في اصل الجامع الصغير وليس للمرتهن ان يبيعها الا برضا الراهن اي لا يبيع الجارية
المرهونة • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وليس للمرتهن ان يبيع الرهن في دينه اذا لم يكن الراهن سلطه على بيعه او اذن له
فيه ولا ان يؤاجره ولا ان يعيره • فان فعل شيئا من ذلك فله فسخه ورده الى يد المرتهن رهنا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان البيع
تمليك الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولم يوجد واحد منهما • ولان المرتهن يثبت حقه بعقد الرهن فكان له ان يتصرف بما اقتضى
من الامساك الا ان يجعله الراهن ما زاد على ذلك • وكذلك ليس للراهن ان يبيعه بغير اذن المرتهن لان المرتهن احق بماليته فلا
يكون الراهن قادرا على تسليمه • وهذا لان حكم الرهن ملك العين في حق الحبس حتى يكون المرتهن احق بامساكه الى وقت ايفاء الدين قال
في شرح الطحاوي وليس للمرتهن ان يبيع الرهن بغير اذن الراهن وان باعه بغير اذنه توقف على اجازة صاحبه فان اجازه جاز ويكون
الثمن رهنا وان لم يجز لا يجوز البيع وله ان يبطله ويعيده رهنا • وان هلك في يد المشتري قبل الاجازة فلا يجوز الاجازة بعد ثم
ولكن الراهن له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن المرتهن جاز البيع والثمن له ويكون الضمان رهنا • ومثلما يجوز البيع بتضمين المرتهن اذا سلم البائع
المشتري اولا ثم باعه منه • واما اذا كان التسليم بعد البيع فلا يجوز بيعه ويرجع بما ضمن على المشتري لان سبب ملكه تأخر عن البيع فصار
كما اذا باع عين غيره بغير اذن صاحبه ثم اشتراه من صاحبه لا ينعقد بيعه كذلك ههنا الا ان في ظاهر الرواية قال يجوز البيع بتضمين المرتهن
ولم يفصل • وان ضمن المشتري بطل البيع ويكون الضمان رهنا ثم يرجع المشتري على البائع بالثمن كذا في شرح الطحاوي وتمام البيانات
الرهن يجيء في اول الباب الذي يلي هذا قوله قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على
بيعه • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وضع على يدي رجل رهنا وامره ببيعه اذا حل الاجل فقال
لا ابيعه والراهن غائب قال يجبر على بيعه • وكذلك اذا كان بين رجلين خصومة فوكل المدعى عليه بالخصومة بطلب المدعي وغاب
فطلب المدعي ذلك الا انه قال الموكل لا اخاصم فانه يجبر على الخصومة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • قال فخر الاسلام البزدوي انما
العدل انما اجبر على ذلك لوجهين احدهما انه لما شرط في عقد الرهن صار من اوصافه فاخذ حكمه وصار لازما بلزومه فوجب ابقاء
حكمه جبرا • وان كان التوكيل المفرد لا يوجب اللزوم • الا ترى ان العبد المأذون لا يؤخذ ببيان المهر حتى يعتق فاذا صار تبعا
للشراء اخذ به في الحال فاذا وطئ بالشراء استحق • والثاني ان الوكالة صارت حقا للمرتهن ههنا ليصل به الى الحق في استيفاء الدين فما
صار وسيلة الى الواجب فهو واجب • وانما اجبر الوكيل على الخصومة بهذا الطريق الثاني • وهذا الذي قلنا اذا كان التوكيل وشرط
البيع في الرهن شرطا فيه فان لم يكن لكن شرط ذلك بعد عقد الرهن فقد اختلف مشايخنا فالطريقة الاولى تدل على انه لا يجبر والطريقة
الثانية تدل على الجبر • قال فخر الاسلام وهو الصواب لانه يجوز ان يكون معلولا بعلل واحسن من العلتين وقد اطلق وضع المسألة في هذا
الباب في الجامع الصغير فدل ذلك على ان الوجهين في المساواة وذلك مسألة الوكالة في الخصومة على ذلك ايضا لانه لا يخرج الاصل اللازم
الثانية وتفسير الجبر ان يحبس اياما حتى يبيع • ثم اعلم ان الوكالة المشروطة في عقد الرهن تفارق الوكالة المفردة عن عقد الرهن من وجوه
احدها ان الموكل اذا عزله لا ينعزل بدون رضا المرتهن وثمة ينعزل • والثاني اذا مات الراهن لا ينعزل وثمة ينعزل الوكيل بموت
الموكل • والثالث اذا ابى الوكيل ان يبيع ههنا يجبر وثمة لا • والفروق الثلاثة مرت • والرابع انه يبيع الولد والوكيل المفرد
لا يبيع الولد • والخامس اذا باع بخلاف جنس الدين له ان يصرفه الى جنس الدين والوكيل المفرد اذا لا يصرف الى شيء اخر وهذا لانه
مأمور بقضاء الدين فلا بد ان يملك ما هو من ضرورة ذلك وجعل الثمن من جنس الدين من ضرورة قضاء الدين • بخلاف الوكيل المفرد فانه
لما باع انتهت الوكالة • والسادس ان العبد المرهون اذا قتله عبد فدفع به كان له ان يبيعه بخلاف الوكيل المفرد • وكذا
اذا قتل الرهن فغرم القاتل قيمته • وهذا لان ما صار رهنا ما دفع عن العبد لانه قائم مقامه فتعلق به من الحق ما تعلق به قوله
لما ذكرنا من الوجهين احدهما ان الوكالة المشروطة في ضمن عقد الرهن وصف من اوصافه • والثاني ما قال بقوله ولان في العزل
ابطال حقه اي حق المرتهن فكذا ههنا يلزم اتواء حق المرتهن اذا ابى الوكيل البيع قوله وعن ابي يوسف ان الجواب في المطلق والاحد

اي يجبر الوكيل على البيع اذا ابى سواء كانت الوكالة مشروطة في عقد الرهن او بعده قوله واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن
والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد ذكرها تقريبا • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا باع العدل الرهن فقد
خرج من يده الرهن فصار الثمن هو الرهن كان الثمن مقبوضا او غير مقبوض • فان توي على المشتري او بعد ان قبضه العدل توي من مال
المرتهن الى هنا لفظ الكرخي رحمه • وذلك لانه لما باع انتقل الملك فيه الى المشتري واستحال ان يبقى رهنا بعد صحة انتقال الملك فيه وانما
صار الثمن رهنا لانه قام مقام الرهن فتعلق به من الحكم ما تعلق به وليس يمتنع ان يكون رهنا وان لم يقبض لانه قام مقام ما قبض وزوال
القبض فيه لا يخرجه من ان يكون رهنا كما لو استعار الراهن من الرهن • واما قوله ان الثمن اذا توي كان من مال المرتهن فلانه قائم
مقام الرهن فصار هلاكه كهلاك الرهن انه يكون من ضمانه ولا يقال كيف يكون مضمونا وليس في قبضه فلا كان كهلاك الرهن في يد الراهن
او في يد المستعير من الراهن • وذلك لان الدين ثبت في ذمة المشتري لحق المرتهن فصار كونه في ذمة المشتري ككونه في يد المرتهن او في
يد النائب • قال وكذلك ان قتل الرهن فغرم القاتل قيمته او قتله عبد فدفع به فقد صار الرهن ما دفع عن العبد لانه قائم مقامه فتعلق
به من الحكم ما تعلق به كذا ذكر الفقيه ورثيه في شرحه قوله واذا توي كان من مال المرتهن هو منصب المالك على انه خبر كان اي اذا
توي الثمن كان من مال المرتهن وبقاؤه قوله لان الملك يبقى بحكمه من حيث المالية • يعني ان قيمة العبد المقتول تكون رهنا مقامه
وان كان ضمان القيمة مقابلا بالدم • ولهذا لا يزاد على دية الحر لان المولى يستحق هذا الضمان بسبب المالية فجعل له حكم ضمان المال في حق المستحق
وهو المالك فيبقى عقد الرهن قوله واذا باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن
قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره • اي قال محمد في الجامع الصغير ولفظ محمد فيه عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل رهن عبدا ووضع على يدي عدل وامر ببيعه فباعه واوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمن العدل قال هو بالخيار ان شاء ضمن
الراهن القيمة وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه ليس له ان يضمنه غيره الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • اي ليس للعدل ان يضمن المرتهن
غير الثمن الذي اداه اليه • وحاصله ما قال في شرح الجامع الصغير ان المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن العدل لان كل
واحد منهما غاصب في حق المستحق • فان ضمن الراهن نفذ البيع ونفذ القضاء لانه اذا ضمن الراهن ظهر ان الراهن رهن ملك نفسه فصح الرهن
وصح الرهن والقضاء • وان ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بما ضمن وان شاء رجع على المرتهن بالثمن الذي اعطاه لان المستحق
لما ضمن العدل فقد ملك العبد بالقيمة فنفذ البيع عليه بما ضمن • وان شاء رجع على المرتهن فصار الثمن له وظهر ان المرتهن اخذ الثمن بغير
حق فما ذا رجع به عليه بطل اقتضاؤه فيرجع المرتهن على الراهن بدينه قوله في الوجه الاول اي فيما اذا كان المرهون المبيع فالك
قوله وصح الاقتضاء اي صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه وان ضمن البائع اي العدل قوله فلا يرجع المرتهن عليه يعني من
دينه اي على الراهن قوله فصار الثمن له اي العدل لملكه اي ملك العدل لم يكن راضيا به اي لم يكن العدل راضيا باداء الثمن الى
المرتهن قوله فله ان يرجع به عليه اي فللعدل ان يرجع بالثمن الذي اداه الى المرتهن في المرتهن قوله فيرجع به على الراهن اي
يرجع المرتهن بحقه في الدين على الراهن قوله ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به
على الراهن قبض الثمن المرتهن ام لا • قال الكرخي في مختصره وان كان الراهن سلط العدل على بيع الرهن بعد عقد الرهن على غير شرط
كان في عقد الرهن فهو وكيل للراهن خاصة وما لزم العدل بالبيع رجع به على الراهن خاصة قبض الثمن المرتهن او لم يقبض الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله • وذلك لان الوكيل بعد العقد انما يبيع بحق الراهن خاصة دون حق المرتهن • الا ترى ان المرتهن لا يملك مطالبة هذا
الوكيل بالبيع ولا يمنع الراهن من عزله • وان وقعت الوكالة خاصة لحق الراهن لم يثبت الرجوع على غيره وصار كمن وكل رجلا يبيع
ثم وان يقضي بثمنه دينه ففعل ثم لزمه ضمان لم يرجع به على المقتضي وليس كذلك الوكالة المشروطة في الرهن لانها لحق المرتهن بدلالة انه يملك
المطالبة بالبيع ويمنع الراهن من العزل • فاذا وقع البيع بحقه وسلم له عوضه جاز ان يلزمه الضمان كذا ذكر الفقيه ورثيه في شرحه قوله
على المقتضي اي على القابض قوله هكذا ذكر الكرخي واراد به ما ذكره في مختصره وقد مر انفا قوله وهذا يؤيد قول
من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع اي الذي ذكره الكرخي يؤيد قول من قال من المشايخ ان الوكيل اذا كانت وكالته غير مشروطة في عقد
الرهن لا يجبر على البيع اذا ابى ذلك لانه فرق بين الوكالتين فقال في الوكالة المشروطة بعد عقد الرهن انما يرجع بما ضمن على الراهن لا على
المرتهن لانه لم يتعلق به حق المرتهن وقد مر اختلاف المشايخ فيه عند قوله قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن
غائب اجبر على بيعه قوله قال وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن
المرتهن • اي قال في الجامع الصغير ولفظ محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل رهن رجلا عبدا يساوي الف درهم
بالف فمات العبد في يد المرتهن ثم استحقه رجل فضمن الراهن القيمة قال فالعبد ذهب بالمال • فان ضمن المرتهن القيمة رجع المرتهن على الراهن
بالقيمة التي ضمن وبالدين ولا يكون رهنا • الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وانما كان للمستحق الخيار في تضمين الراهن والمرتهن لان كل
منهما متعد في حق المستحق • اما الراهن فبتسليم الرهن الى المرتهن • واما المرتهن فبالقبض فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب
فله ان يضمن ايهما شاء • ثم اذا ضمن الراهن بعد الرهن وهلك العبد بالدين لان الراهن ملكه بالضمان من وقت القبض فتبين انه رهن
ملك نفسه وان ضمن المرتهن القيمة رجع المرتهن على الراهن بما ضمن من القيمة وبالدين ايضا • اما الرجوع بالقيمة فلان الراهن غره حيث
رهن ملك غيره وصار كانه هو الذي اوجب عليه الضمان • ولان المرتهن في حق العين كالمودع فاذا ضمن ضمان في الامانة كان له ان يرجع
بذلك على من دفع اليه فيكون قرار الضمان على الراهن • واما الرجوع بالدين فلان المرتهن لم يصر مستوفيا لدينه لهلاك الرهن لان الرهن
لم يكن ملك الراهن فكان ينبغي ان ينقض الرهن في تضمين ايضا لان قرار الضمان على الراهن فكان رهن ملك نفسه كما اذا ضمن الراهن ابتداء والدين

بين الابتداء والانتهاء ان عقد الرهن انما ينعقد بالملك فلاجماع ولا ينعقد الا بملك سابق على العقد لا بملك متاخر • الا ترى ان من باع ملك غيره ثم ملكه بوجه من الوجوه لم ينعقد ذلك البيع والملك للراهن هنا متاخر عن عقد الرهن • لان رجوع المرتهن عليه باستحقاقه اياه بامر لزم بالتسليم فاقتصر الرجوع على وقت دفع الرهن اليه واقتصر ثبوت الملك للراهن ايضا على وقت الدفع وعقد الرهن سابقا على وقت الدفع فلم يتوقف على ملك مستحدث • وهذا بخلاف المضاربة اذا استحق مال المضاربة فضمن المستحق رب المال والمضارب يعتبر المضاربة في الوجهين اما اذا ضمن رب المال فظاهر • واما اذا ضمن المضارب فرجع المضارب على رب المال بما ضمن نفذت المضاربة • وان ملك رب المال مال المضاربة من وقت الدفع الذي هو سبب الرجوع والعقد سابق عليه لان عقد المضاربة جائز غير لازم • والعقد اذا لم يكن لازما يجعل لدوامه حكم الابتداء • ولهذا تبطل الوكالة والاذن بموت الموكل والمولى وجنونهما • وكذلك تبطل المضاربة بموت رب المال وبموت المضارب كما في الوكالة • واذا جعل لدوامه حكم الابتداء فصار كانه انشا العقد بعد الرجوع فنفذت • واما الرهن فعقد لازم فلا يكون لدوامه حكم الابتداء • الا ترى ان الكتابة لما كانت لازمة لا تبطل بالموت والجنون فكذا الرهن واذا لم يكن لدوامه حكم الابتداء لم يمكن تنفيذ العقد بملك متاخر وتعذر تنفيذه ايضا بملك سابق فلم يبطل الدين لان الدين انما يبطل بهلاك الرهن اذا رهن ملك نفسه ولم يوجد ذلك • اما اذا رهن ملك غيره فلا • بخلاف ما اذا ضمن الراهن ابتداء حيث ينفذ الرهن فلا يرجع المرتهن على الراهن بدينه لانه انما يضمن قيمته بالسبب السابق على الرهن لا بالتسليم الى المرتهن فيثبت الملك للراهن سابقا على عقد الرهن مستندا الى زمان القبض فتبين انه رهن ملك نفسه وهذا هو غاية التحقيق في المسألة مع الفرق بينهما وبين العارية وهو المراد من قوله في كفاية المنتهى **قوله** بالتسليم او بالقبض • يعني ان الراهن يعتمد بالتسليم الى المرتهن والمرتهن يعتمد القبض فقد مات بالدين اي ذهب بالدين **قوله** هذا الطعن لابي خازم القاضي • اي هذا السؤال طعن به ابو خازم على محمد في المسألة • وجوابه ما بيناه • وابو خازم بالخاء المعجمة كذا في المغرب وهو ابو خازم عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي اصله من البصرة وسكن بغداد وكان ثقة دينا ورعا عالما بمذهب اهل العراق والفرائض والحساب والقسمة حسن العلم بالجبر والمقابلة وحساب الدور وغامض الوصايا والمناسخات قدوة في العلم وكان احذق الناس بعمل المحاضر والسجلات فكان احدهما فيها الدنيا من اهل العراق وما كان يعلم احدا اذا اراد اعلم منه وقد اخذ العلم عن هلال بن يحيى وهو هلال الراي البصري وهلال اخذ عن ابي يوسف وزفر ومحمد وكان ابو خازم استاذ ابي طاهر الدباس واقرانه وكان ابو خازم ولي القضاء بالشام والكوفة والكرخ من مدينة السلام ثم استقضاه الخليفة المعتضد بالله على الشرقية سنة ثلاث وثمانين ومائتين • وتوفي ابو خازم في جمادي الاولى سنة اثنين وتسعين ومائتين **قوله** او بالانتقال عطف على قوله بسبب الغرور واليه اي الى الراهن كانه وكيل عنه اي كان المرتهن وكيلا عن الراهن من حيث انتقال الملك عنه اليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل **قوله** بخلاف الوجه الاول وهو ما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء

باب التصرف في الرهن والجناية عليه والجناية على غيره

لما كان التصرف في الرهن بعد ثبوت الرهن وكذلك الجناية على الرهن وجناية الراهن على غيره ذكره عقيب مسائل الرهن لان كل ترتيب يجب طبعا يجب وضعا للمناسبة **قوله** قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف اي على اجازة المرتهن وفي مختصره وتمامه فيه فان اجاز المرتهن جاز وان قضاه الراهن دينه نفذ ذلك البيع • والاصل هنا ان ابطال الحق المستحق موقوف على اجازة صاحبه كما ان ابطال الملك موقوف على اجازة المالك اذ الحق محترم كالملك وابطاله بتصرف صاحبه كما يتصور المالك ابطال ملكه اذا عرف هذا فنقول قال محمد في الجامع الكبير اذا رهن رجل عبدا من رجل بالف درهم قيمته الف درهم وقبض المرتهن الرهن ثم ان الراهن باع الرهن من رجل اخر بالف درهم فالبيع باطل الا ان يجيز المرتهن الى هنا لفظ محمد في الجامع الكبير قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع اي يبطل اذا لم يجز المرتهن لان ورود البطلان لا يتصور نفاذه بالاجازة وهو مثل قول القائل الا كل شيء ما خلا الله باطل وكل نعيم لا محالة زائل • قال وروي عن ابي يوسف في الامالي ان البيع نافذ حتى ان المشتري لو اعتقه قبل الفك نفذ عتقه واذا لم يعتقه المشتري بقي رهنا عند المرتهن يستوفي المرتهن دينه قال وهذا قول ابي يوسف الاول وقوله الاخر مثل ما ذكر في الكتاب اي في الجامع • وجه ما روي عن ابي يوسف ان الراهن يتصرف في خالص ملكه لان البيع تصرف موضوع لنقل الملك والملك له • ولهذا لو اعتقه نفذ عتقه فكذا البيع فانه لا حق للمرتهن يفوت الى خلفه وهو الثمن • بخلاف بيع المستاجر لان حق المستاجر لا يتحول الى الثمن لان الرهن بدل العين لا بدل المنفعة فيتوقف على اجازة المستاجر • وجه الظاهر انه عقد على ملك نفسه والغير فيه حق فتوقف عليه كمن اوصى بجميع ماله انه يتوقف على اجازة الوارث كذلك هاهنا فاذا توقف على اجازة المرتهن جاز باجازته لانه توقف لحقه وقد اسقطه وهو يملك ذلك فتم العقد • واما اذا قضاه الدين فقد سقط حق المرتهن فزال المعنى المانع من لزوم العقد فنفذ ولزم • وقال ظهير الدين المرغيناني في فتاواه في كتاب البيوع بيع المرهون صحيح غير نافذ في حق المرتهن وللمرتهن والراهن حق الفسخ بمنزلة بيع المستاجر • وذكر في بعض المواضع ان بيعهما فاسد انه صحيح لكن لا ينفذ وبه نفتي • وذكر في شرح عصام وفرق بينهما فقال بيع المستاجر باطل وبيع المرهون موقوف لان في قدرة الراهن على التسليم ترددا لان الطريق فيه وهو قضاء دين المرتهن فكان عجز الراهن عن التسليم دون عجز المالك عن تسليم المستاجر فقلنا بالوقف هنا • فالحاصل انه اختلف الفاظ محمد في بيع المرهون في بعض المواضع قال باطل وفي بعضها قال فاسد وعنى بهما مبطلة ويفسخ القاضي اذا طالب المشتري بالتسليم وابى المرتهن وفي بعض المواضع قال موقوف وهو الصحيح **قوله** واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح عن رواية القاضي ابي خازم عن ابي يوسف انه قال انما يصير الثمن رهنا اذا شرط المرتهن عند الاجازة

ان يكون الثمن رهنا فلا يكون رهنا عند عدم الشرط • ووجه ذلك ان المرتهن لما اجاز البيع ونفذ صار الثمن ملكا للراهن لانه بدل ملكه وهو مال اخر سوى الرهن ملكه الراهن بسبب جديد فلا يكون رهنا كما لو اجر الراهن واجاز المرتهن لا تكون الاجرة رهنا فكذا هذا • وجه ظاهر الرواية ان الثمن بدل العين المرهون فيتحول اليه الرهن كما يتحول حق رب الدين الى بدل العبد المديون اذا بيع مع رضا رب الدين وهذا لان اجازة بيع الرهن لا يدل على الرضا بسقوط حقه بل الغالب ان المرهون انما يباع ليقضى بثمنه الدين كالعبد المديون يباع ليقضى بثمنه الدين فلا يسقط الحق بل ينتقل الى بدله • بخلاف الاجارة فان الاجرة ليست ببدل العين فلا ينتقل اليها الحق لانها بدل المنفعة • كذا قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير • وحاصل الكلام هنا ان من تصرف في عين مملوك له وقد تعلق به حق الغير فاجاز صاحب الحق تصرفه فهل يتعلق حقه ببدله ينظر فان كان ما وجب من البدل بدلا عما تعلق به حقه يتعلق حقه بالبدل • وان كان ما وجب من البدل بدلا عما لم يتعلق به حقه لا يتعلق حقه بالبدل • ولهذا اذا باع الاجر المستاجر فاجاز المستاجر بيعه لا يتعلق حقه بالثمن لان الثمن وجب بدلا عن العين وحقه في المنفعة فاما حق المرتهن فيتعلق بالعين فجاز ان يتعلق حقه ببدله **قوله** وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه • قال الولوالجي في فتاواه الاصح انه لا ينفسخ حتى لو افتكه الراهن كان للمشتري فيه وما ذكر من القسط في الكتاب يدل عليه • قال فان كان العبد رهنا فباعه الراهن فابى المرتهن ان يجيز لم يجز البيع وهو موقوف حكمه موقوفا ابدا ابى المرتهن • وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير روي عن ابي حنيفة فيه روايتان في رواية ينتقض البيع حتى ان حق المرتهن لو سقط احتيج الى بيع مستانف • وفي رواية عنه لا ينتقض بذلك وقيل ان المروي عنه ان البيع ينتقض جواب القياس والمروي عنه لا ينتقض جواب الاستحسان • وجه القياس ان هذا الحق بمنزلة الملك والعقد المنعقد لابطال ملك المالك بغير امره يتعذر بالاجازة ويبطل بالابطال فكذا العقد المنعقد لابطال حق الغير حتى لو تملكه بعد ذلك لا يعود البيع ولا ينفذ فكذلك هاهنا لو افتكه الراهن • وجه الاستحسان ان صاحب الحق يحتاج الى صيانة حقه وذلك يحصل له بمنع النفاذ وفيما وراء ذلك كان المالك متصرفا فيما هو خالص ملكه لا حق لصاحب الحق فيه فلا يتعدى تصرفه بالاجازة او الابطال الى ما وراء حقه ملحقا بالعدم • بخلاف بيع الفضولي فانه تصرف في الملك وحق صاحب الملك في الملك فكانت له ولاية ابطال التصرف الصادر منه في جميع الوجوه وهنا الامر بخلافه فلم ينفسخ البيع بفسخ المرتهن وبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر الى فكاك الرهن لان العجز عن تسليم المبيع على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي حتى يفسخ البيع لان له ولاية عامة فيفسخه لفوات القدرة على التسليم كالمبيع اذا ابق قبل القبض فانه يتخير المشتري ان شاء انتظر العبد وان شاء رفع الامر الى القاضي بفسخ البيع **قوله** ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره بغير اجازة المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني وهذه من مسائل الجامع الكبير ذكرها تفريعا • وذلك لان الراهن في حق ملك الحبس للمرتهن بمنزلة الفضولي وقد تعلق حق المرتهن بكل بيع لان حقه يتعلق بالثمن • الا ترى انه قد يرهن ليباع فانما اجازة المرتهن وكلمة اليه فنفذ ذلك ياخذ الثمن فيكون رهنا عنده • قال الشيخ ابو المعين النسفي ان البيع لا ينفذ بدون اجازة المرتهن كما هو مذهب ابي حنيفة ومحمد • فاما على رواية اصحاب الامالي عن ابي يوسف ان البيع ينفذ بدون اجازة المرتهن فلا يتوقف البيع الثاني على المشتري الاول لانه ملكه بالعقد الاول لا على المرتهن **قوله** ولو باع الراهن ثم اجر او رهن او وهب من غيره واجازه المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول وهذه من مسائل الجامع ذكرها تفريعا • واراد بهذه العقود الاجارة والرهن والهبة قال في الجامع الكبير ولو كان الراهن باعه او لامر رجل بالف درهم فلم يجز ذلك المرتهن ولم ينقض القاضي البيع حتى رهنه الراهن عند رجل اخر بالف درهم له عليه ودفع الرهن الى المرتهن الثاني فاجاز المرتهن الرهن الثاني بطل الثاني والبيع الاول جائز • قال وكذلك لو كان الراهن اجر العبد بعد البيع او وهب وسلم ثم اجاز المرتهن الاجارة او الهبة ودفع الرهن الى المرهون له فانه يصح البيع ولا تصح الاجارة ولا الهبة • وانما ينفذ البيع الثاني اذا اجازه المرتهن • بخلاف هذه العقود حيث لا ينفذ لانه لا حق للمرتهن في تلك العقود لانه لا يتعلق حقه ببدل المنفعة • والدليل ان الاذن لا يرتهن ليرهن او ليستاجر فلم يتعلق فكانت الاجازة ابطالا لحق نفسه في الحبس فينفذ البيع لان بيع المرهون بيع للمرتهن لانه ينتفع به فان حقه يتحول الى الثمن فلم تملك العقود كذلك لان المرتهن الاول لا ينتفع بها • قال الشيخ ابو المعين شرط في فصل الرهن والهبة تسليم العين الى المرتهن الثاني والموهوب له مع الاجازة لان هذين العقدين لا عبرة لهما بدون القبض ولم يشترط ذلك مع الاجازة في فصل الاجارة لان عقد الاجارة معتبر بدون القبض فيه كالبيع سواء **قوله** قال فلو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان كان الدين حالا طولب باداء الدين وان كان مؤجلا اخذ منه قيمة العبد فيكون رهنا مكانه حتى يحل الدين • وان كان الراهن معسرا استسعى العبد في قيمته فيقضي به الدين • وكذلك ان استهلك الراهن الرهن الى هنا لفظ القدوري • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا رهن الرجل عبدا يساوي الفا بالف وعليه الى اجل او يساوي خمسمائة ثم ان المولى اعتق العبد فالعبد حر وقد خرج من الرهن فان كان الراهن المعتق موسرا فلا شيء على العبد • وان اعسر الراهن بعد ذلك قبل ان يؤدي المال فلا شيء على العبد من سعاية ولا غيرها • وان كان الراهن يوم اعتق العبد موسرا كان للمرتهن ان يرجع بدينه ان شاء على الراهن وان شاء رجع على العبد فاستسعاه في الاقل من قيمته ومن الدين فان كان قيمته اقل من الدين سعى في قيمته • وان كان الدين اقل من قيمته سعى في الدين وكل ما سعى فيه العبد من ذلك كان له ان يرجع به على الراهن لانه انما اداه عنه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • قال القدوري في شرحه وانما جاز عتق عبد الرهن خلافا لما قال الشافعي رحمه الله لان الراهن مالك الرقبة فالذي يعتق العبد ومن ملك عتق عبد لم يزل

ملكه عن عتقه الابن والملك عن رقبته او بحدوث معنى المالك يؤثر في محل نفوذه . ولانه محبوس للاستيفا كالمبيع في يد البائع فكذا لا يمنع العتق فكذا هذا . فاذا ثبت جواز العتق فان كان المعتق موسرا والدين حالا طولب بالدين لانه لا معنى لالزامه قيمة الرهن مع حلول الدين فيطالب بالدين فان كان الدين مؤجلا غرم الراهن قيمة العبد وكانت رهنا مكانه لان تعلق حق الغير على الانسان يجعل المالك كالاجنبي كما في العبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة يلزمهم قيمته فيشترى بها عبد يخدم الموصى له كذلك هذا . وكالعبد المأذون اذا ... فاتلفه المولى ولانه يتعذر ابطال حق المرتهن من الوثيقة ولا يمكن استدراك حقه الا بالتضمين . وكذلك اذا اعسر المعتق بعد العتق فلا ضمان على العبد لان العتق وقع غير موجب للضمان عليه فلا يوجب ذلك الثاني . فاما اذا كان المعتق معسرا فللمرتهن ان يستسعي العبد في الاقل من قيمته ومن الدين لان الدين كان متعلقا برقبته وقد سلمت له رقبته بالعتق فاذا تعذر استيفا الضمان من الراهن لزم العبد ما سلم له كالغاصب لما سلم له المغصوب لزمه ضمانه وليس هذا كالمبيع في يد البائع اذا اعتقه المشتري وهو معسر انه ليس للبائع ان يستسعي لان الثمن لم يكن متعلقا برقبته وان حبس به وانما يسقط بهلاكه لان البيع ينفسخ لا لتعلقه برقبته فاذا سلمت الرقبة للعبد وليس هنا دين متعلق بها فلم يضمن . ثم قال القدوري وقد ذكر في المنتقى ان قول ابي يوسف الاخر ان العبد المبيع يسعى اذا كان المشتري معسرا وانما ضمن الاقل لان الدين اذا كان اكثر من قيمته فلا حق للمرتهن الا فيه واذا كانت القيمة الاقل لم يسلم للعبد اكثر من ذلك فلم يضمن ما لم يسلم له . واما قوله ان العبد قد خرج من الرهن فلانه صار حرا والحر لا يصح فيه الرهن ابدا فكذا لا يصح فيه بقا . وللشافعي رحمه الله ثلاثة اقوال في قول لا ينفذ اعتاق الراهن موسرا كان او معسرا كقولنا . وفي قول لا ينفذ موسرا كان او معسرا . وفي قول ان كان موسرا ينفذ ويضمن قيمته وان كان معسرا لا ينفذ احتج في المسئلة بان هذا تصرف تضمن ابطال حق الغير فوجب ان لا ينفذ قياسا على البيع . وهذا لان حق المرتهن ثابت في المرهون فيبطل ذلك بالاعتاق فلا ينفذ كالبيع بل اولى لان البيع ابطال حق المرتهن الى خلف وهذا ابطال لا الى خلف . ولهذا لو اعتق المريض مرض الموت لا ينفذ لما فيه من ابطال حق الغير وهو الغريم والوارث وقلنا هذا اعتاق صدر من اهله مضافا الى محل مملوك للاعتاق وله ولاية الاعتاق فوجب ان ينفذ قياسا على اعتاق العبد المستاجر والعبد المديون والعبد المشتري قبل القبض والعبد المشترك مع ان حق المستاجر وحق الغريم وحق البائع في الحبس وحق الشريك يبطل واهل الاعتاق هو الحر العاقل البالغ المالك ومحله الرقيق المملوك وقد وجد ذلك فينفذ والملك علة الولاية وقد وجد ولم يزل ملكه بالرهن . ولهذا لو طالبه المرتهن بالبيع يجوز لملكه لم يبطله بر علم(?) . ولهذا لو اعتق باذن المرتهن نفذ عتقه وليس للمرتهن ولاية الاعتاق بالاتفاق . فان قلت لا نسلم ان الملك ثابت له من كل وجه بل هو كالزائل . ولهذا لو قتل الراهن المرهون يضمن ولو قطع يده يضمن الارش . ولو وطيها يلزمه العقر فلو كان الملك ثابتا له لما وجب عليه شي من هذه الضمانات . كالمريض اذا اعتق فانه لا ينفذ قلنا قد بينا ان هذا اعتاق صدر من الاهل مضافا الى المحل وله ولاية الاعتاق فينفذ . وقوله لو قتل المرهون يضمن ولو قطع يده يضمن الارش قلنا لا نسلم وكيف يضمن والمرهون ملكه الا انه بالاتلاف فوت على المرتهن اليد والحبس فوجب عليه اقامة ما يقوم مقامه ولا يمكن ذلك الا بايجاب القيمة فاوجبنا عليه القيمة لتثبت يد المرتهن عليه كما كان على عين الرهن . واما العقر ففيه روايتان فعلى رواية الزيادات لا يجب عليه العقر فيمنع . واما المريض المديون اذا اعتق فعند ابي يوسف ومحمد ينفذ فيمنع . وعند ابي حنيفة انما لم ينفذ لخلل في علة الولاية لان ملكه تزلزل من وجه لان المال صار حقا للغرما وملكا لهم من وجه على ما عرف في تلك المسئلة اما هنا فبخلافه ... الاترى ان بيع الابق لا يجوز واعتاقه جائز . قوله في بعض قول الشافعي رحمه الله انما قال ذلك لان له اقوالا ثلاثة مر ذكرها . قوله ... بالنصف اي ... الاجارة في مرض الاجارة . قوله واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته ... لتعلق حق الغير به فكذا اعتاق الراهن ينبغي ان لا ينفذ لتعلق حق الغير به فقال لا نسلم انه لا ينفذ ... الى اذا السعاية ... عند ابي حنيفة قوله ثم بعد ذلك اي بعد نفاذ الاعتاق . قوله حتى يحل الدين ... قال في شرح الطحاوي ... العتق ... وصار حرا خرج من الرهن . ثم ينظر ان كان الراهن موسرا فلا سعاية على العبد والضمان على الراهن . فان كان الدين حالا يجبر الراهن على قضا الدين . وان كان مؤجلا وحل الاجل فكذلك وان لم يحل الاجل ياخذ المرتهن من الراهن قيمة العبد فيجعلها رهنا مكان العبد فاذا حل الاجل ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه ورد الفضل على الراهن ان كان في قيمته فضل عن الدين . وان كانت القيمة اقل من الدين رجع بالفضل . وان كانت القيمة خلاف جنس الدين حبسها الى ... حل الاجل . وان كان الراهن معسرا فللمرتهن ان يستسعي العبد في الاقل من ثلاثة اشيا ... كان دينه حالا او الى اجل ... قيمة العبد وقت الرهن والى قيمته وقت العتاق والى الدين الذي رهن به فيستسعي العبد في الاقل من هذه الاشيا الثلاثة ثم يرجع على الراهن اذا ايسر لانه قضى دينه مضطرا كالوارث اذا قضى دين الميت لا يكون متبرعا . ويرجع في التركة كذلك ههنا ويرجع المرتهن ايضا ببقية دينه ان بقي له من دينه شي . قوله الا اذا كان بخلاف جنس حقه . يعني اذا كان ما حصل من سعاية العبد بخلاف جنس حق المرتهن لا يقضى به الدين بل يصار الى جنس حقه ويقضى به دينه . قوله وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين . اي تاويل قول القدوري وان كان معسرا سعى العبد في قيمته اذا كانت القيمة اقل من الدين لانه اذا كان الدين اقل من القيمة سعى في الدين . قوله يدل اشارة الى ما ذكر بعد صفحة في مسئلة استيلاد الامة المرهونة بقوله هو بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة . قوله بخلاف المستسعى في الاعتاق . يعني ان المرهون المعتق اذا استسعى يرجع بما سعى على مولاه . والعبد المشترك بين اثنين اذا اعتق احدهما نصيبه فاستسعاه الساكت لا يرجع بما سعى على

العتق . والفرق ان العبد المرهون يسعى في دينه ... وينفي ... بملك الراهن فلهذا يرجع عليه والمستسعى يسعى لتخليص رقبته عن الرق وهي منفعة خالصة له فلهذا لا يرجع . وقال في شرح الكافي رجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه . لان الاصل في الضمان لكنه تحمله عنه بمنزلة الضرورة(?) . ومن قضى دين غيره وهو مضطر فيه يرجع عليه وهذا بخلاف العبد المستسعى في الاعتاق اذا اعتق احد الشريكين اياه وهو معسر فسعى العبد لشريكه فانه لا يرجع على المعتق لان ثمة لا يؤدي الضمان عن غيره بل عن نفسه لانه الاصل في الضمان جاز ان الشرع انما الزمه الضمان عند ابي حنيفة ليعتق . وعندهما تكميلا للعتق نظرا للعبد . ولما كان اصلا في الضمان جاز ان لا يرجع على غيره اما ههنا فبخلافه . قوله عنده اي عند ابي حنيفة . قوله فصار كمعير الرهن . يعني ان الراهن بالاستعارة اذا عجز عن فكاك الرهن فافتكه المعير رجع بذلك على الراهن المستعير لانه قضى دينه مضطرا . قوله ثم ابو حنيفة اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون بشرط الاعسار . وذلك لان الثابت للمرتهن في الرهن حق الملك لا حقيقة الملك وذلك بثبوت يد الاستيفا . والمراد منه اختصاص المرتهن بالرهن حبسا الى ان يقضي الراهن دينه وحق الملك ادنى حالا من حقيقة الملك الذي هو ثابت للشريك الساكت . فلما كان كذلك اوجب ابو حنيفة السعاية هنا اي في اعتاق الراهن في حالة واحدة وهي حالة الاعسار اظهارا لنقصان مرتبة حق المرتهن عن مرتبة الشريك الساكت فان للساكت حقيقة الملك في العبد فكذلك اوجب السعاية في الحالين . قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير . ثم ان محمدا لم يوجب السعاية الا في حال اعسار الراهن . لان الدين واجب على الراهن والعبد محلا لاستيفا الدين منه ولكن لا يشتغل بالاستيفا منه الا عند تعذر الاستيفا من الراهن . هذا هو موضوع الرهن وهذا الضمان الحاصل ... به مسلك قضا الدين . ولهذا يرجع العبد بما ادى من سعايته على الراهن لانه صار قاضيا دينه فما دام الراهن موسرا طولب منه الضمان ومع الاعسار لتعذر الاستيفا منه فيستوفي من مالية الرهن كما لو كان كذلك لو لم يعتقه فانه يؤمر بقضا الدين . ولو تعذر ذلك عليه استوفي من الرهن فكذا ههنا . وهذا بخلاف ما اذا اعتق انسان عبدا مشتركا بينه وبين غيره حيث يكون للساكت حق استسعا العبد عند اعسار المعتق واليسار جميعا عند ابي حنيفة والفرق ان هناك لا دين على المعتق انما حق الساكت في نصيبه من العبد وقد احتبس ذلك عند العبد فيستخرجه منه بالسعاية فاما فيما نحن فيه فاصل الدين على الراهن فلا يستوفي من الرهن الا عند التعذر على ما بينا . وهذا بخلاف ما اذا اعتق المشتري العبد المشترى قبل القبض والمشتري مفلس لا يكون للبائع ان يستسعي العبد بقدر الثمن وان كان هو محبوسا عنده قبل التسليم بالثمن كما ان المرهون محبوس عند المرتهن بالدين والفرق ان هناك الثمن واجب على المشتري ولم يوجد استيفا من المبيع من وجه ولم يثبت للبائع ملك المبيع بوجه فانه زال عن ملكه بمجرد العقد . واما للبائع مجرد حق الحبس فاذا خرج عن كونه محلا للحبس بطل اصلا وبقي مطالبة المشتري بالثمن فحسب . فاما فيما نحن فيه فالمرهون محل مملوك للمرتهن من وجه على ما بينا من ثبوت استيفا الدين بقبضه من وجه وثبوت ولاية استيفا ... عند تعذر الاستيفا من الراهن على ما بينا . قوله الا رواية عن ابي يوسف وهي ما ذكرنا قبل هذا من المنتقى ان على قول ابي يوسف الاخر يسعى العبد المبيع اذا كان المشتري معسرا . وقال الناطفي في الاجناس قال ابو يوسف في نوادر هشام يسعى العبد في قيمته للبائع ثم يرجع بها على المولى . قوله والمرتهن يملك حقه ملكا كما اذا هلك الرهن عند المرتهن هلك بدينه مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين فيكون المرتهن مالكا لذلك الاقل من مالية الرهن . فاما حق البائع فلا يصير ملكا من جهة المشتري اصلا . قوله فلو اوجبنا السعاية فيما اذا كان المبيع المعتق قبل القبض او في المرهون العتق لسوينا بين الحقين اي بين حق البائع وهو ضعيف وبين حق المرتهن وهو قوي . والتسوية مع وجود التفاوت لا يجوز . قوله ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه يجب السعاية عندنا خلافا لزفر . ذكره تفريعا على مسئلة المختصر . قال القدوري في مختصر الكرخي وهذا الذي ذكروه من السعاية لا خلاف فيه عندنا . وقال زفر لا سعاية عليه . انا ان المولى اقر بتعلق الدين برقبته في حال ملك الرقبة ويملك تعليق الدين بها بالاقرار فلا يلتفت الى تكذيب العبد فصار هذا كالرهن المعلوم وليس هذا كما لو اعتقه ثم اقر انه كان رهنه لانه اقر عليه في حال لا يملك رقبته ولا يملك تعليق الدين بها فلم ينفذ . وجه قول زفر ان المولى لا يملك ايجاب الضمان على العبد بقوله فبدا الحرية فكالاقرار بالرهن بعد العتق . قوله ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق ذكره تفريعا على مسئلة المختصر . قال الكرخي في مختصره . ولو لم يكن الراهن اعتق العبد ولكن دبره فقد خرج العبد من الرهن وصار مدبرا . وللمرتهن ان ياخذ بدينه كله ايهما شا ان شا العبد وان شا الراهن موسرا كان او معسرا . وله ان ياخذ العبد بدينه كله بالغا ما بلغ ولا يشبه المدبر في هذا المعتق لان المدبر ماله لسيده فما يؤديه من شي فهو مال المولى فلذلك كان عليه ان يسعى في الدين بالغا ما بلغ . وان كان الراهن موسرا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله . قال القدوري في شرحه وانما جاز تدبيره لانه لا يحتمل الفسخ كالعتق وانما يبطل الرهن لان المدبر لا يجوز رهنه ابتدا فلم يجز بقا الرهن فيه . واما الضمان فلما بينا انه ابطل يد المرتهن عن الوثيقة . قال واما السعاية في المدبر فهي مخالفة للسعاية في المعتق من ثلاثة اوجه احدها ان المدبر يسعى مع يسار المولى لان كسبه على ملكه فجاز لصاحب الدين ان يستوفي منها كما جاز ان يستوفي من سائر اموال الراهن . والثاني انه يسعى في الدين بالغا ما بلغ لان الكسب ملك لمولاه ودين الانسان اذا قضي من ماله لم يعتبر بعضه دون بعض وليس كذلك المعتق لان كسبه لنفسه . وانما الزمه ان يسعى في قدر ما سلم له . والثالث ان المدبر لا يرجع على مولاه والمعتق يرجع لان كسب المدبر للمولى فقد قضى دينه من ماله فلا يرجع عليه وكسب المعتق لنفسه فلذلك يرجع بما قضى من دينه . ثم قال وقد قالوا ان الراهن اذا دبر الامة او كانت امة له فاستولدها فانه في جميع الدين ان كان حالا وان كان مؤجلا لم يتم الا في مقدار قيمتها . لان المؤجل لا يجب قضاوه وانما يجب رد عوض الرهن ليكون وثيقة في يد المرتهن . وهذا المعنى موجود في قدر القيمة . فاما اذا كان حالا فقضاوه واجب لم يعتبر الضمان فالراهن بعض دينه دون بعض . قوله وكذا عند ابي عبد الله الشافعي رحمه الله لان التدبير لما لم يكن مانعا البيع لم يكن مانعا ...

فاما البيع لم يكن مبطلا لحق المرتهن • وقوله اما عند ابي حنيفة فظاهر وان هو ان التدبير يوجب حق العتق له اذا كان لا يتم حصة العتق
لحق المرتهن فحق العتق اولى قوله واذا صحا اي التدبير والاستيلاد خرجا اي المدبر وام الولد قوله وقبل الدين اذا كان حالا
يسعى المدبر في قيمته • قال في الايضاح وقد قيل اذا كان الدين موجلا لم يسع الا في مقدار قيمته لان الدين المؤجل لا يجب قضاؤه وانما يجب
رد عوض الرهن الى يد المرتهن فيتقدر وجوب العوض بمقدار ما فوت من العوض • فاما اذا كان الدين حالا فالقضاء واجب من مال الراهن
وكسبه ملكه فيستوفي الكل منه قوله ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية او لم يقض لم يرجع الا بقدر قيمته ذكره تفريعا
ايضا • قال الكرخي في مختصره قال ذلك المولى فقضى القاضي ان يسعى في الدين كاملا والدين اكثر من قيمة رقبته او لم يقض عليه حتى اعتق المولى
العبد بعد التدبير فكأنه اعتقه قبل ان يدبره ولا يلزمه من الدين الا مقدار قيمة رقبته وما بقي من الدين فهو على مولاه وهذا وعتق
المولى اياه قبل التدبير سوا الا في خصلة واحدة ما سعى فيه العبد اذا ادى قبل العتق فاداه الى المرتهن لم يرجع به على المولى الراهن لانه
دين كان لزمه في حال الرق فصار بمنزلة العبد ضمن عن مولاه وما في حال رقه ثم اعتقه المولى فاخذ بالمال فاداه لم يرجع على المولى
ان كان كفل عنه بامره او بغير امره الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لانه لما اعتقه زال الملك عن رقبته واكسابه ثم يجب السعاية
بقدر الاعتدار ما سلم له فكأنه اعتقه ابتدا لانه يفارق العتق المبتدا من وجه وهو ان ما يسعى فيه قبل العتق لا يرجع به على المولى لانه اداه
من كسب هو ملكه • وقال الكرخي في مختصره ولو كان الرهن امة فحبلت فاقر الراهن انه منه وهي حامل كان هذا والتدبير سواء في جميع
ما وصفت لك فان ولدت بعد ذلك ولدا والراهن موسر او معسر لم يكن من السعاية على الولد شي قليل او كثير لانه صار حرا في بطن امه
قبل ان يصير رهنا • وقبل ان يكون له حصة من الدين ولو لم يكن الراهن ادعى الولد حتى ولدت الامة ثم ادعاه بعد ولادتها فهو ابنه
وهي ام ولد له وقد بطل الرهن فيهما جميعا فان كان الراهن موسرا اخذ منه الدين ولم يكن على الولد سعاية • وان كان معسرا سعت الام وان
كان الراهن معسرا قسم الدين على قيمة الام والولد فما اصاب الولد سعى الولد في الاقل منه ومن قيمته وسعت الام بما بقي فالحاصل فان
لم يسع الولد في شي حتى مات فكأنه لم يكن وللمرتهن ان يستسعي الام في جميع الدين كان الولد لم يكن لانه زيادة كانت في الرهن فادام الولد
حيا فليس للمرتهن ان يستسعي الام بما وجب له على الولد من السعاية وما حكيته للذي ذكره رواية عن محمد في الاملا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
وذلك لان الاستيلاد حق لا يلحقه الفسخ فينفذ في الرهن كالعتق ويلزمه السعاية في حال اليسار والاعسار لان الكسب ملك المولى وانما
لم يكن على الولد من السعاية شي لانه لما ثبت نسبه قبل الوضع لم يدخل في الرهن فلم يلزمه السعاية وليس هذا كما اذا ادعاه بعدما ولدت
لان الولد دخل في الرهن باتصاله فلما ادعاه عتق بالدعوى فصار كما لو اوقع العتق عليه فلا يلزمه سعاية مع يسار المعتق • وانما
كان معسرا لزمه ان يسعى في الاقل من قيمته ومن حصته من الدين لان ذلك القدر هو المتعلق برقبته • فان لم يسع الولد حتى مات فكأنه
لم يكن لان الولد تبع في الرهن فاذا هلك عاد ما فيه الى الام فكأنه لم يكن قوله وكذلك لو استهلكه الراهن الرهن فهذا لفظ
القدوري وزيد لفظه من مثل هذا وهو عطف على قوله فان كان الدين حالا طولب باداء الدين • وان كان موجلا اخذ منه قيمة
العبد فيكون رهنا مكانه حتى يحل الدين حالا وذلك لانه ابطل حق المرتهن من الوثيقة ولا يمكن استدراك حقه الا بالتضمين فلزمه قيمته
وكانت رهنا مكانه قوله فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة وتكون رهنا في يده وهذا لفظ القدوري
في مختصره • وذلك لانه ازال يد المرتهن عن العين فالقيمة قائمة مقام العين ولو كانت باقية كان المرتهن هو الخصم في ردها الى يده فكذلك
هو الخصم في اعادة ما قام مقام العين اليه من كتابنا في شرح الاقطع • ولان الرهن حق مستقر في الرقبة بدلالة انه يسري الى الولد ويتحصنه
الوارث فصار كحق المالك قوله والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك • اي الواجب من الضمان على المستهلك الاجنبي قيمة
الرهن يوم الاستهلاك لا قيمته يوم قبض الرهن • واحترز بهذا عن استهلاك المرتهن حيث يجب عليه قيمته يوم قبض • وذلك لانه اذا
هلك بدون الاستهلاك يعتبر قيمته يوم القبض لا يوم الهلاك • وتفسيره ما قال الكرخي في مختصره رجل رهن رجلا عبدا قيمته الف
بالف فنقصت قيمته حتى صارت تساوي خمسمائة ثم قتله قاتل او غصبه فمات في يده فعليه قيمته يوم قتله او يوم غصبه ليس عليه الا
القتل او مات الغصب ولا ينظر الى قيمته قبل ذلك • فاما المرتهن فهو ضامن لجميع قيمته فاذا جنى عليه المرتهن وقد صارت قيمته خمسمائة
غرم خمسمائة والجزء الثاني من القيمة مضمون على المرتهن بالدين بقبض الرهن دون الاستهلاك • وباقي العبد مضمون بالوجهين جميعا الى هنا لفظ الكرخي
قال القدوري وهذا على ما قدمنا ان ضمان الرهن يتعلق بقبضه فاذا تلف صار مستوفيا بالقدر قيمته يوم القبض • فاما ضمان الاستهلاك
فهو جنس اخر من الضمان يعتبر فيه القيمة يوم الاستهلاك ولا يعتبر ما قبل ذلك • فاذا كان المرتهن هو المستهلك فنقصان القيمة مضمون
عليه بالرهن خاصة لان الاستهلاك لم يحصل فيه وبقية العبد مضمونة عليه بسببين قبض الرهن والاستهلاك الا ترى ان المستهلك لو كان غيره
ثبوت القيمة عليه فسقط دينه قوله فصار الحكم في الجناية الزيادة كانها هلكت بافة • اي في الزيادة على ما غرمه المستهلك
حتى لا يضمن المستهلك تلك الزيادة لانه لم يستهلكها وتكون تلك الزيادة حيث نقصت مضمونة على المرتهن • لان ضمان الرهن يعتبر فيه القيمة
يوم القبض وحينئذ كانت قيمة الرهن الفا فيضمن الزيادة على ما غرم الاجنبي قوله ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة
ذكره تفريعا على مسئلة المختصر • قال الكرخي في مختصره فان استهلك المرتهن الرهن والدين الى اجل غرم قيمة الرهن فكانت في يده
رهنا الى ان يحل الدين • فان حل الدين وهي من جنس الدين ومثله في الصفة قبض المرتهن حقه منها • فان بقي من القيمة كان للراهن
قال القدوري • وذلك لان المرتهن اتلف ملك غيره ومن اتلف ملكا تاما وجب عليه بدله • ولان الرهن ان اعتبر بالامانات
فان الاتلاف يتعلق به الضمان كالوديعة • وان اعتبر بالمضمونات فان الاتلاف موكد للضمان كالغصب • وانما كانت القيمة التي توخذ
منه رهنا لانها بدل عن الرهن كالقيمة الماخوذة من الاجنبي • وانما جعلها بالدين المؤجل لاجل حق الراهن فلا يجوز اسقاطه الا برضاه

واما

واما اذا حل الدين وهو على القيمة استوفى المرتهن حقه منها لانه وجد جنس حقه واخذ لا يتوقف على الرضا • واما رد الفضل على الراهن لانه استوفى
حقه فصار كالمستوفي دينه والرهن في يده فانه يجب عليه رده قوله لان هذا الضمان بدل العين فاخذ حكمه اي اخذ بدل العين هو
حكم • وانث الضمير الراجع الى العين على تاويل الرهن قوله وعلى صفة القيمة اي في الجنسية والجودة قوله وان نقصت عن الدين
بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط عن الدين خمسمائة • اي ان نقصت قيمة الرهن التي
يوم القبض الفا يجب كانت الناقص من الدين الذي هو الف فصارت القيمة خمسمائة قبل استهلاك المرتهن • قياسه هنا قال الكرخي في مختصره
وان نقصت القيمة عن الدين نظرت فان كانت قيمة الرهن الا مثل الدين يوم قبضه المرتهن بطل باقي الدين عن الراهن لان النقصان
ذهب في يد المرتهن • وان كانت قيمة الرهن يوم قبضه مثل ما غرم عنه رجع بباقي دينه على الراهن • فان كان الدين حالا في حال
ما استهلك المرتهن الرهن وحكم الحاكم عليه بمثل دينه كان بمقدار الدين قصاصا • فان فضل له دين رجع به اذا كانت ما لزمه من الغرم
مثل قيمة الرهن يوم رهن • فان كانت القيمة التي لزمت بالاستهلاك اقل من قيمة يوم رهن فهو ضامن لقيمته يوم رهن بقدر قيمته يوم هو
استهلكه بالاستهلاك وبالرهن والباقي بضمان الرهن لان المستهلك في الرهن انما يضمن قيمته بالاستهلاك يوم استهلكه ويضمن المرتهن الرهن يوم
قبضه فما زاد الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وذلك لان الرهن مضمون بالقبض • فاذا تلف في يد المرتهن اعتبرت قيمته يوم القبض قال
القدوري في شرحه ولا يقال نقصان السعر في الرهن ليس بمضمون لانه لا يقبض مع بقاء عين الرهن • فاما اذا تلفت العين فالضمان يتعلق
بقبضها كانه استوفى مقدار قيمتها يوم القبض • وانما لم يجب عليه الاتلاف الا قيمته يوم التلف لان الضمان المتعلق بالاتلاف من غير جنس الضمان المتعلق
بعقد الرهن فاعتبرت القيمة فيه عند الاتلاف ووجبت فضل القيمة بالقبض السابق بحكم ضمان الرهن • قال فان كانت قيمة الرهن يوم قبضه
مثل ما غرم عنه رجع ببقية دينه على الراهن • وذلك لانه استوفى جميع الرهن فما زاد على مقداره في ذمة الراهن • قال فان كان الدين
حالا في حال ما استهلك المرتهن الرهن وحكم الحاكم عليه مثل دينه كان مقدار الدين قصاصا • فان فضل له دين رجع به اذا كان ما لزمه
من الغرم مثل قيمة الرهن • قال القدوري وهذا على اصلنا ان كل دينين من جنس واحد ثبتا في الذمة والمقاصة بينهما لا يودي الى فساد
عقد صار احدهما قصاصا بالاخر وان لم يتقاصا لانه لا فائدة في اخذ الدين منه ورده اليه في الحال قوله وهو مضمون بالقبض السابق هو
لا بتراجع السعر الذي انتقص من الرهن من قيمته يوم القبض مضمون على المرتهن بقبض الرهن الذي سبق الاستهلاك وليس مضمون بتراجع السعر
فلذلك سقط الدين بقدر الناقص • وهذا جواب سؤال بان يقال لم سقط الدين بقدر الناقص كان الرهن مضمونا على المرتهن بتراجع السعر
وليس لتراجع السعر اثر في اسقاط شي من الدين كما اذا رده الى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر وليس لتراجع السعر اثر في اسقاط شي
من الدين كما اذا رده الى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر فاجاب عنه وقال انه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر • ويحتمل
الجواب عما قال القدوري وقد قدمنا قوله قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان
المرتهن • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان هلك في يد الراهن هلك بغير شي وللمرتهن ان يسترجعه الى يده فاذا اخذه عاد
الضمان الى هنا لفظ المختصر الا ان قوله ليخدمه او ليعمل له عملا ليس في عامة نسخ المختصر والاطلاق الاعادة شامل • لان الاعادة تمليك
المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فكيف يملكها • ولكن لما كانت كالاعادة في عدم الضمان والاسترجاع الى يد المرتهن كاستعارة
الى يد الغير الملوام الاعادة • وانما خرج من ضمان المرتهن بقبض الراهن لان الضمان كان متعلقا بالقبض وقد زال قبض المرتهن فزال
الضمان المتعلق به كالغاصب اذا رد العين المغصوبة الى مالكها • ولان يد العارية ويد الرهن متنافية لان يد الرهن مضمونة ويد العارية
ليست بمضمونة • فلما صحت الاعارة انتفى حكم الرهن وهو كونه مضمونا • قال فان هلك في يد الراهن هلك بغير شي لانه زال القبض المضمون
ولانه هلك في يد مالكه فلا يجب ضمانه على غيره • قال وللمرتهن ان يسترجعه الى يده • وذلك لان عقد الرهن باق لانه لا يبطل الاعارة الا في
ان الاعارة حكم الضمان لان المرتهن صار بعقد الرهن احق بالرهن من الراهن وصار بمنزلة المالك له • ولهذا لو مات الراهن قبل رده
الرهن كان المرتهن احق به من سائر الغرما • فاذا كان المرتهن احق به والعارية عقد تبرع لا يتعلق به الاستحقاق كان للمرتهن ابطاله كما
كان للمالك ابطال العارية • وانما لم يبطل الرهن بزوال قبض المرتهن لان استحقاقه تعلق بالقبض الاول لم يخرجه من يده بعد ذلك لا
يوجب بطلان حقه كما غصب من يده ولا يلزم من عدم الضمان بقبض الراهن عدم بقاء الرهن • لان الضمان ليس من لوازم الرهن • الا ترى
ان الرهن قد وجد ولا ضمان ثمة كما في ولد المرهونة فان حكم الرهن ثابت فيه فاذا هلك لم يكن مضمونا • واذا ثبت ان زوال
يد المرتهن لا يبطل حقه من الرهن كان له الرجوع • فاذا رجع واخذه عاد الضمان لان القبض لما عاد عاد بصفته وهي الضمان قوله
لما قلنا اشارة الى قوله لما فيه منافاة بين يد العارية ويد الرهن قوله لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه اي في الرهن حق للراهن
في الرقبة وللمرتهن في اليد قوله وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الاخر حيث يخرج عن
الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدا • وذلك لان هذه العقود تعلق حق لازم للغير • بخلاف الاعارة فانها لا يتعلق بها لم يتعلق بها
بدل بانها حق لازم فاذا استرجعه المرتهن الى يده عاد الضمان فلم يحتج الى العقد المبتدا • قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ثم
ولو اجر المرتهن باذن الراهن او الراهن باذن المرتهن • او اجر احدهما بغير اذن صاحبه ثم اجاز صاحبه جازت الاجارة وبطل
الرهن وتكون الاجرة للراهن وولاية قبضها الى العاقد ولا يعود رهنا اذا انقضت مدة الاجارة الا باستيناف • وكذلك لو اباعا
المرتهن صحت الاجارة وبطل الرهن اذا جدد القبض للاجارة • ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الاجارة او بعد انقضائها ولم يحبسه
عن الراهن هلك امانة ولا يذهب بهلاكه شي من الدين • ولو حبسه من الراهن بعد انقضاء مدة الاجارة صار غاصبا وليس للمرتهن ان
يعيد الرهن • فان اعاره بغير اذن الراهن وسلم الى المستعير كان للراهن ان يبطلها • فان هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار يضمن ايهما

فان لا يرجع احدهما بالمنع على صاحبه ويكون الضمان رهنا فلم يسلم واسترده من المستعير كان رهنا كما كان • ولو اعار المرتهن باذن
الراهن او اعاره الراهن باذن المرتهن بطل ضمان الرهن ولا يبطل الرهن • حتى لو انه هلك في يد المستعير هلك امانة ولا يسقط من الدين
شي • ولو هلك في يد المرتهن بعد الاسترداد هلك بالدين وله ان يجعله رهنا • بخلاف الاجارة • وكذلك لو تعرض في استعماله
من غير عقد لم يذهب من الدين شي • وكذلك لو استعاره المرتهن من الراهن واستعمله باذنه بطل ضمان الرهن حتى انه لو هلك في يده
استعماله هلك امانة • ولو هلك قبل استعماله او بعد الفراغ من الاستعمال هلك بالدين • وكذلك لو استعمله الراهن باذن المرتهن بطل
ضمان الرهن ولا يبطل عقد الرهن وللمرتهن ان يعيده رهنا ولا يبطل حقه من الحبس باستعمال الراهن اذ ذكرنا في شرح الطحاوي ولو
ومات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة الغرما • يعني فيما اذا باشر احدهما الاجارة او البيع او الهبة ثم مات الراهن
قبل وصول عين الرهن الى يد المرتهن كان المرتهن اسوة لسائر الغرما لان هذه العقود لازمة فبطل بها حكم الرهن وكان المرتهن
وسائر الغرما سوا • بخلاف ما اذا اعار احدهما باذن الاخر فمات الراهن قبل الرد الى المرتهن حيث كان المرتهن احق به من
سائر الغرما لان الاعارة ليست بعقد لازم فلم يبطل بها الرهن • فاذا ابطل الرهن بالعقود المذكورة ثم انفسخت لم يعد الرهن
الا بعقد وقبض لانه انفسخ بطريق ابطال فما يوجب الاستحقاق **قوله** واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل
ان ياخذ في العمل هلك في ضمان الرهن ذكره تفريعا على مسئلة المختصر • قال الكرخي في مختصره وان استعار المرتهن من الراهن
الرهن ليعمل له فهلك قبل ان ياخذ في العمل ضاع على ضمان الرهن • وكذلك ان هلك بعد الفراغ من العمل وان هلك في العمل
هلك بغير ضمان الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وذلك لان يد المستعير مخالفة ليد المرتهن لان العارية لا يتعلق بقبضها ضمان
والرهن يتعلق بقبضه الضمان • فاذا اذن الراهن للمرتهن ان يستعمل الرهن فما لم يستعمله فيد الرهن باقية عليه فاذا هلك هلك
على الضمان • وكذلك اذا استعمله ثم فرغ من العمل ثم هلك فقد زالت يد العارية فعادت يد الضمان • واذا هلك في حالة
العمل فقد هلك بقبض غير قبض الرهن وحدوث قبض اخر غير مضمون • واذا هلك في الحال هلك على الامانة • وذكر في
الدين فاما في حال انهما لو اختلفا في وقت الهلاك فادعى المرتهن انه هلك في حالة العمل وادعى الراهن انه هلك في غير حالة العمل كان القول
قول المرتهن والبينة بينة الراهن **قوله** ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه من قليل او كثير فهو جائز ومنع
المسائل ها هنا الى قوله وجناية الراهن على الرهن مضمونة من مسائل الاصل ذكرها بسبيل التفريع • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي واذا استعار
الرجل من الرجل شيئا ليرهنه ثوبا او عبدا او غير ذلك من العروض فاعاره فله ان يرهنه باي شي من الدين شا وبما شا منه قليلا كان ذلك
او كثيرا اذا لم يكن سمى له ما يرهنه به • وان سمى له قدرا من الدين فليس له ان يرهنه باقل من ذلك ولا اكثر • وكذلك اذا سمى له
يرهنه جنسا فليس له ان يرهنه بصنف غيره وان رهنه بغير ما سمى من القدر او من صنوف الدين فهو ضامن لقيمة الثوب ان هلك في يد
المرتهن الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • قال القدوري والاصل في جواز الاستعارة للرهن ان المالك رضي بتعلق دين المستعير
بماله وهو يملك ذلك كما يملك ان يعلقه بذمته بالكفالة ولو امر غيره بان يتكفل عنه جاز فكذلك تعلق الدين برقبة العبد الذي هو
على ملكه • وكذلك اذا اذن له في رهنه فقد تعلق الدين برقبته • ولان الرهن للاستيفا والمالك يملك ان ياذن للمستعير في
ايفا دينه من ماله • واذا ثبت جواز الرهن قلنا ان اطلق الاذن للمستعير ان يرهنه بالقليل والكثير وباي جنس شا لان الاذن
في رهنه عام في كل قدر وفي كل جنس ومن حكم اللفظ العام ان يحمل على العموم الا ان يمنع من ذلك مانع **قوله** وهو نظير الدين
الشرع بطلق البيع والبدل نظير الدين فانه لو اذن لاخر ان يقضي دينه من ماله جاز فكذا اذا شرع بطلق اليد وحده وهو اعارة الرهن لا
يلزم من وجود احدهما وجود الاخر ولا من عدمه عدم الاخر • الا ترى ان المجنون والصبي لهما ملك العين وليس لهما ملك اليد لا العين
وهذا كالمنفصلان ... لا يلزم من عدم احدهما عدم الاخر • الا ترى انه لو باع بشرط الخيار للبائع وسلم المبيع الى المشتري
زوال ملك اليد لا ملك العين فلما جاز استعارة الرهن لما قلنا جاز له ان يرهنه بما بدا له من قليل او كثير بقضية اطلاق اللفظ • لان
الاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة فانها لا تفضي بها الجهالة الى المنازعة فصار كما اذا اعار ثوبا ليلبسه فله ان يلبسه بما بدا له
قوله ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه بما هو اقل من ذلك القدر ولا بالاكثر • قال الحاكم الشهيد في الكافي
ولو سمى له شيئا فرهنه باقل منه او باكثر منه • قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع اذا سمى له ثمنا فباعه
بيعه باكثر من ذلك لانه اذا باع باكثر مما سمى له كان ذلك خلافا الى خير حيث حصل مقصوده وزيادة فلا يعد خلافا • وههنا الرهن
باكثر لا يكون خيرا مطلقا • لانه اذا كان خيرا له بازدياد ضمان المحل لا يكون خيرا لازدياد مؤنته في الفكاك فكان ضرره زائدا على
الضرر والنفع فلا يكون خيرا مطلقا • وكذلك ان رهنه باقل منه لانه ان كان خيرا من وجه فهو شر من وجه اخر لنقصان ضمان
المحل فهو لم يرض به • قال وهكذا اذا كانت قيمته مثل ما سمى او اكثر • اما اذا كانت اقل وقد رهنه بمثل قيمته او اكثر ينبغي ان
لا يضمن لانه يكون معمولا بقيمته ان كانت اقل وقد سمى به **قوله** وهو بنفي الزيادة يسد المتعين بعد ما يسمى الزيادة على ذلك
القدر لان غرضه بذلك التقييد احتباس ما وراء الرهن بما يتيسر له المراد اداوه عند الاحتياج الى الفكاك • وكذلك بنفي النقصان لانه
لان غرضه ان يرجع عند الهلاك على المستعير بالكثير بمقابلة الهلاك بالقليل **قوله** وكذلك التقييد بالجنس والمرتهن والبلد
اي يمنع خلاف ذلك • وهذا لانه ربما يكون الفكاك بالجنس الذي عينه ايسر ما يريد به فالرضا بجنس لا يكون رضا بجنس اخر وكذلك
اذا رهن من رجل غير الذي سماه لان الناس يتفاوتون في الامانة فالرضا بالوضع عند رجل لا يكون رضا بجنس اخر • وكذلك
اذا رهن ولو قال ارهنه بالكوفة فرهنه بالبصرة فهو ضامن لان الرضا بالحفظ في موضع لا يكون رضا بالحفظ في موضع اخر • لان الاماكن

بها شاء في معنى الحفظ والصيانة **قوله** واذا خالف كان ضامنا اي فان خالف المستعير الرهن الى غير ما سمى المعير من الجنس والقدر
والبلد كان ضامنا لقيمة الثوب المستعار للرهن ان هلك في يد المرتهن لانه تصرف في ملكه على وجه لم ياذن له فيه فصار غاصبا • قال
الكرخي في مختصره وللمعير ان ياخذه من يد المرتهن ويفسخ الرهن فيه اذا كان مخالفا لانه تعدى من صاحبه • وذلك لانه لما لم ياذن له
في هذا الرهن صار كانه رهن ملك غيره بغير اذنه فله ان ياخذه من يد المرتهن **قوله** ثم ان شا المعير ضمن المستعير يعني بعد وجود الضمان
على المستعير كان المعير مخيرا في التضمين ان شا ضمن المستعير وهو الراهن ويتم عقد الرهن لانه ملكه بالضمان فتبين انه رهن ملك نفسه • وان شا ضمن
المرتهن فلا ينعقد الرهن لانه لا ينفع بملك الضمان عن الرهن ويرجع المرتهن على الراهن بدينه وهو ظاهر • ويرجع بقيمة الثوب التي ضمنها ايضا
لانه غره في ذلك كما اذا مات العبد المرهون ثم استحقه رجل فضمن المستحق احدهما وقد مر بيان ذلك قبيل هذا الباب **قوله** وان وافق
وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر هلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن • قال الحاكم الشهيد في الكافي
واذا استعار الرجل من الرجل ثوبا ليرهنه بعشرة فرهنه بعشرة وقيمة الثوب عشرة او اكثر فهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن ووجب
مثله لرب الثوب على الراهن لانه في ضمن اقتضا المرتهن صار المعير مستوفيا مثله من الراهن ويرجع بمثله عليه • وكذلك ان اصابه عيب
ذهب من الدين بحسابه اي بقدر حصة العيب ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لما قلنا • وينبغي ان تعرف ان المراد من قوله وجب
مثله لرب الثوب اذا كانت القيمة مثل الدين • لان قيمة الثوب اذا كانت اكثر من الدين يهلك الزايد على قدر الدين امانة اذا وافق
المستعير وقد امر حيث لم يخالف المعير فيما سمى • وان كانت قيمة الثوب اقل من الدين بان كان الثوب يساوي خمسة وقد رهن بعشرة
بامر الراهن ولم يجد ما افتك فهلك الثوب في يد المرتهن ذهب خمسة وعلى الراهن خمسة للمرتهن بقية دينه • لان الرهن هلك بالاقل
من قيمته ومن الدين وخمسة لرب الثوب على الراهن لانه صار معرضا اياه هذا القدر **قوله** ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير
ان يفتكه جبرا على الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع • قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو اراد رب الثوب ان يفتكه وقيمته هو
مثل الدين حين اعسر الراهن لم يكن للمرتهن ان يمتنع من دفعه اليه اذا قضاه دينه لانه ليس بمتطوع في قضا دينه بل هو محتاج الى ذلك
لتخليص ملكه لانه محبوس بحقه فكان له ان يطلبه حقه وياخذ ملكه اذا امتنع من ذلك لا تصل من ملكه وصول الحق اليه فلا يكون بسبيل من ذلك
ويرجع المعير بما ادى على الراهن لانه قضى دينه وهو مضطر في ذلك فلا يوصف بكونه متبرعا • ولان الراهن رضي بقضا دينه من ماله حين
استعاره لعقد يعني ليرهنه فكانه امره بقضا هذا الدين • ومن قضى دين غيره بامره يرجع عليه وكان ينبغي ان يكون له حق الاخذ من غير قضا
الدين • لانه اعاره والعواري لا تكون لازمة الا انه عارية من وجه واقراض من وجه في ضمن ايفا الدين من وجه فصار كالواقع
حللنا وقع قضا الدين به فلزمه لتعلق حق المعير به فكذا هذا • وقال الكرخي في مختصره فان عجز الراهن عن فكاكه فافتكه رب العبد وقد
كان الرهن يهلك به ولا يرجع باكثر من ذلك وهو متطوع بما زاد عليه • فان ابى المرتهن ان يقبل الفكاك من رب العبد لم يكن له ذلك
واجبر على ان يستوفي منه دينه ويسلم الرهن الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وانما كان للمعير ان يفك العبد لانه لا يتوصل الى ماله الا بالفكاك
فكان مضطرا في ما افتكه ولا يكون متبرعا لانه يتوصل بقضا الدين عنه الى سلامة ملكه فصار كالوارث اذا قضى دين الميت وهو في التركة فصاحب
العلو اذا بنى السفل الا انه جعل له الرجوع بمقدار المضمون الذي كان يصير المرتهن مستوفيا له بهلاك الرهن • بيانه انه اذا اعار عبدا قيمته
مائة واذن له ان يرهنه بما شا فرهنه بمائتين • لان العبد لو هلك في يد المرتهن صار مستوفيا لهذا القدر ولم يكن للمعير ان يرجع باكثر منه
فكذلك اذا قضى بنفسه لم يرجع باكثر منه ويكون متطوعا في الزيادة التي قضاها ولا يمكنه ان يتوصل الى خلاص عبده الا بقضا الجميع فلا
يكون متبرعا في الزيادة • لان استيفا المرتهن بالهلاك كاستيفائه بالمباشرة الا انما يرجع به اذا وفى من طريق الحكم كذا ذكره القدوري
وترجمه **قوله** ولو هلك الثوب العارية في يد الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه • وذلك لان العارية
امانة الا انه يتعلق بها اذا ضاعت عند الهلاك في الرهن مقابلة الثوب لانه يصير قاضيا
دينه من مالية الرهن • فاذا قضى دينه من مال غيره بامره صار الراهن مستقرضا وصاحب الثوب مقرضا • وان كان استقراض الثوب
لا يصح لكونه من غير ذوات الامثال ولكنه انما يصير مستقرضا حكما في مالية الثوب • لانه انما يتم الاقراض حكما في ضمن قضا الدين • وانما
يتم ذلك بما لبسه لا بصورته فكذا الاقراض فصار اعارة في ابتدائه اقراضا في عاقبته وهنا فيما تقدم به لم يوجد الهلاك الا والرهن
عارية محضة فلا يوجد فيه معنى قضا الدين فلا يجب الضمان **قوله** على ما بينا اشارة الى قوله لانه صار قاضيا دينه • ولو اختلفا
في ذلك فالقول للراهن يعني قال رب الثوب هلك قبل الفكاك وقال الراهن هلك بعد الفكاك فالقول قول الراهن • قال في الشامل
اختلفا في الهلاك بعد الاسترداد من المرتهن او قبله وكذلك في النقصان فالقول للمستعير والبينة للمعير لانه ينكر قضا دينه من مال
غيره فاذا اختلف المال وردت الرهن وانكر الراهن الرد واما البينة فالبينة بينة الراهن لان معنى قول الراهن انه معمول عليك
والواجب رده والمرتهن ينكر **قوله** في هلاك الحال لانهما ذهبا قبل الرهن وقال بعد الفكاك **قوله** كما لو اختلفا
في مقدار ما امره بالرهن به هكذا وقع في النسخ ولم يرد الى بصحيح لان الغرض مختلف ولفظ التشبيه ينافيه • وهذا لان في
الاول القول قول الراهن وهو المستعير وفي الثاني قول المعير لا المستعير • والصحيح ان يقال ولو اختلفا مكان قوله كما لو وصورته
ما قال الحاكم في الكافي فان كان الثوب عارية فقال رب الثوب امرتك ان ترهنه بخمسة وقال المستعير بعشرة فالقول قول رب
الثوب • وذلك لانه لو انكر الامر اصلا كان القول قوله فكذا اذا انكر وجها في الامر والبينة بينة المستعير لانه المثبت **قوله**
في انكاره اصلا اي اصل العارية ويذكر الضمير الراجع اليها بتاويل عقد العارية • قال الكرخي في مختصره في باب اختلاف الراهن
والمرتهن واذا ارتهن الرجل من الرجل جارية ثم اختلفا في الرهن فقال الراهن رهنتها عندك بخمسماية • وقال المرتهن رهنتها عندي

الا ان كان الثوب قوله الراهن مع يمينه ولم يكن رهنا الا بخمسة • وكذلك ان كان الالف على الراهن واختلفا كم مقدار الرهن الى هنا لفظ
الكرخي رحمه الله • وذلك لان الراهن لم يعترف انه علق بغير الرهن الا بخمسة • وادعى المرتهن انه تعلق بالغير اكثر من ذلك فالقول قول المالك
في قدر ما تعلق بملكه • ولانه لو قال لم ارهنه كان القول قوله • فكذلك اذا قال رهنته بقدر دون قدر فان القول قوله • ثم قال
الكرخي فان قال الراهن رهنتك بجميع الدين الذي لك علي والدين الف وقال المرتهن رهنتها بخمسمائة والجارية تساوي الفا قال الحسن روى
عن ابي حنيفة ان القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وذلك لانهما اختلفا فيما وقع عليه العقد
وهو ما يلحقه الفسخ ولا ينفرد به الرجوع فصار كالبيع • ولان الراهن لم يرض ان يهلك رهنه الا بجميع دينه ولم يف بذلك عوض صحيح
فلم يجز ان يلزمه العقد على وجه لم يرض به • ثم قال الكرخي فان هلك الرهن قبل ان يتحالفا كان على ما قال المرتهن • وذلك لانه
لم يبق الاعتبار من الضمان فلم يجز ان يلزمه اكثر منه • ثم قال ابو الحسن ولو اتفقا على ان الجارية رهن بالف واختلفا في قيمة
الجارية وقد هلكت في يد المرتهن فقال المرتهن قيمتها خمسمائة وقال الراهن كانت قيمتها الفا فالقول قول المرتهن مع يمينه • وكذلك
لو كانا ثوبين فهلك احدهما كان القول قول المرتهن في قيمة الهالك • وذلك لان الضامن يجب عليه بالهلاك فالقول قوله في قدره
كالغاصب • ثم قال فان اقام الراهن البينة على اكثر من ذلك فالبينة بينته • وذلك لانه ادعى زيادة الضمان واقام عليه
البينة ثم قال وكذلك ان ادعى المرتهن انه رهنه هذين الثوبين بالف وقال الراهن رهنته هذا الاحدهما بالف لم يقبل دعوى واحد
منهما على صاحبه ويحلف كل واحد منهما على دعوى الاخر • وذلك لانهما اختلفا في المعقود عليه فصار كالاختلاف في المبيع • ثم قال
وقال في الاصل اذا اختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن رهنتك هذا الثوب وقبضته مني واعطيتني عشرة واقام البينة
على ذلك • وقال المرتهن بل رهنتها واقام البينة فالبينة بينة المرتهن وهما جميعا رهن بما ادعى بعشرة • وذلك لانه اثبت زيادة
الثوبين • الا ترى انه قد يرهن احدهما ويزيد الاخر • ثم قال الكرخي وكذلك لو قال الراهن رهنتك هذا الثوب
وقال المرتهن بل رهنتني هذا الاخر واقام على ذلك البينة وبالنقض فالواحد بينة المرتهن • وذلك لان الرهن حق المرتهن
وقد ادعاه ... الراهن واقام البينة واثبت له الراهن خيار الاخر ... فيبطل • وهذا لكن ادعى على عشرة
عشرة دراهم واقام البينة فاعترف له الاخر ... • ثم قال الكرخي وان اختلف الراهن والمرتهن فقال
الراهن قبضت مني الرهن فهلك في يدك وقال المرتهن قبضته مني بعد الرهن فهلك في يدك فالقول في ذلك قول الراهن مع يمينه
لان المرتهن يدعي قبضه هو في ضمانه وهو بالبه • فان اقاما جميعا البينة على ما قالا اخذت بينة الراهن لانه المدعي للفضل
لان هلاك الرهن في يد المرتهن بمنزلة القضاء • فان قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل ان اقبضه وقال الراهن هلك في يد المرتهن
فالقول قول المرتهن لانه لم يقر بقبضه • فان اقام كل واحد منهما البينة اخذت بينة الراهن الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان
بينة الراهن تثبت الضمان وبينة المرتهن تنفيه والباقي ... في مختصر الكرخي وشرحه **قوله** ولو رهنه المستعير بدين موعود
وهو ان يرهنه ليقرضه كذا الى اخره • صورته ما قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو استعار عبدا ... الف درهم ليرهنه بالف
درهم فلم يقبضها حتى مات العبد في يد المرتهن فعلى المرتهن الف درهم للراهن لانه صار مستوفيا لمالية الرهن عند الهلاك من مثل
الراهن وعلى الراهن الف درهم لصاحبه وهو المعير لانه صار قاضيا اياه هذا القدر **قوله** يضمن • اي يضمن المرتهن للراهن
قوله لما بينا انه كالموجود • اي ان الموعود كالموجود واشار به الى ما ذكر في باب ما يجوز ارتهانه عند قوله والرهن
بالدرك باطل ... لان الموعود جعل كالموجود **قوله** بمثله • اي بمثل قدر الموعود والمعنى الذي احل الراهن من المرتهن **قوله**
لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته بتبرأ ذمته عنه والضمير في باستيفائه وفي كسلامته راجع الى الراهن
وفي ذمته راجع الى الراهن وفي عنه راجع الى الدين • يعني لو سلم الرهن للراهن بان يبرأ ذمته عن الدين بان كانت ذمته
مشغولة بالدين فهلك الرهن عند المرتهن كان يرجع معير الرهن على الراهن المستعير فكذا يرجع عليه بان سلم الرهن للراهن باستيفاء
الراهن مالية الرهن من المرتهن **قوله** ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز • وذلك لانه بالعارية لم يزل
ملك المعير عنه فجاز اعتاقه لبقاء الملك • ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بدينه على الراهن لان الدين عليه ولم يستوف وان شاء
من المعتق لانه بالاعتاق اتلف حقا للمرتهن متعلقا بماله برضاه فيضمن قيمة الرهن فيكون رهنا مكانه الى ان يقبض المرتهن الدين
فاذا قبض الدين ترد قيمة الرهن الى المعير • لانه لو كان العبد باقيا كان يردها بعد قضاء الدين فكذلك القيمة لان استرداد
القيمة كاسترداد العين **قوله** ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنها ثم رهنها بمال مثل
قيمتها ثم قضى المال فلم يقبضها حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن • قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا استعار عبدا
ليرهنه او دابة فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنها ثم رهنها بمال مثل قيمتها ثم قضى المال ولم يقبض الرهن حتى هلك
عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ من الضمان حين رهنها لانه بترك الخلاف يعود امينا عندنا والمال على المرتهن لصيرورته
مستوفيا بالهلاك لو وقع الاستيفاء ويرده على الراهن ويأخذ المعير في رواية وفي رواية يرده المرتهن على المعير لا يجعل هو
الراهن واسطة ... بيد الضامن يجري مجرى ضمانة الضامن فيكون من ماله • واما خيانة الامانة فانها كخيانة الوديعة
فيكون على الراهن • قال الكرخي في مختصره قال ابو يوسف فان لم يقبضه في الدين ولا في الحبل بعينه وتعيب الحبل الذي
وما بقي من قيمته هو رهن ذلك لان البيع بالدين صحيح وما فضل عن مقدار الدين فكانه لم يتعلق به شيء في الاصل فيعود الى يد
المرتهن **قوله** والخراج على الراهن خاصة • قال الكرخي في مختصره والخراج ايضا على الراهن دون المرتهن • فان ادى

المرتهن بجملة في الغلة لم يكن له ذلك لانه من مال الراهن خاصة • فاما العشر فهو في الغلة فيما يخرج من الزرع والثمر ياخذه الامام ويكون
ما بقي رهنا على حاله ولا يفسد ذلك الرهن الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان الخراج مؤنة تلزم المالك لاجل ملكه فصار كالنفقة والعشر في الغلة
فيما يخرج من الزرع والثمر ياخذه ذلك الامام لانه حق ما يجب له ويكون ما يفضل من ذلك رهنا على حاله ولا يفسد ذلك الرهن لان العشر يتعلق بجزء
بالعين فتقدم على حق المرتهن لحق المستحق ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوب العشر لا يمنع من ملك الراهن • الا ترى انه لو باع قدر العشر جاز بيعه
ولو اعطى العشر من غيره جاز فلم يؤد ذلك الى الاشاعة • بخلاف الاستحقاق فانه يمنع ملك الراهن في قدر المستحق فيتبين به عدم الملك فيه في
الاصل فيلزم الاشاعة • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا كان الرهن ارض خراج او ارض عشر فاخذ السلطان
الخراج او عشر الثمر من الراهن لم يكن للراهن ان يرجع في شيء من الثمر وهو كله رهن بحصة العدل فيؤديه المرتهن • لان العشر والخراج انما يجب
على الراهن لانه هو المالك الا ان له تعلقا بالرهن ولكنه لا يوجب ابطال الرهن لانه يمكن استيفاؤه من غير الرهن • فان ادى الراهن من موضع
اخر فقد خلص الرهن في يد المرتهن وليس له ان يرجع في الثمر بقدر ما ادى • لانه لما خلص من الحق صار رهنا كما كان • وان اخذ السلطان
العشر او الخراج من الثمن كان له ذلك وخرج ذلك القدر من حكم الرهن لاستحقاقه ولكن لا يبطل الرهن فيما بقي لانه بمنزلة استحقاق شيء مقدر ولا
يذهب من الدين بقدر ما استحق لانه تبين ان ذلك القدر كالخارج من الرهن في الاصل كذا في شرح الكافي **قوله** وما اداه احدهما
مما وجب على صاحبه فهو متطوع الى اخره • قال الكرخي في مختصره وكل ما وجب على الراهن ففعل المرتهن واداه من ماله بغير اذن الراهن
فهو متطوع الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وكل ما وجب على الراهن ففعل المرتهن واداه من ماله بغير اذن الراهن وذلك لانه قضى دين غيره
بغير اذنه فكان بذلك متطوعا • وقال الكرخي ايضا وكذلك ما وجب على المرتهن فاداه الراهن بغير امره فهو متطوع • فان انفق المرتهن
النفقة التي تجب على الراهن بقضاء قاض رجع به • وكذلك الراهن اذا اخرج من ماله ما يجب على المرتهن بامر قاض رجع به على المرتهن الى هنا
لفظ الكرخي • وذلك لان القاضي له ولاية على كل واحد منهما • فاذا امتنع من الانفاق الواجب عليه امر بذلك الاخر فجاز للقاضي ان
يأذن في ذلك ويجعله دينا على من يجب عليه • وقال الكرخي ايضا وكذلك اذا امر كل واحد منهما صاحبه ان يدفع ما يجب عليه كان جائزا ولم
يلزم الامر ما فعله الاخر الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لانه لما اذن له صار الاخر وكيله في الانفاق فيرجع عليه بحكم الوكالة • وقال الاخر
وقال ابن شجاع في المجرد اخبرني الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال اذا كان الراهن غائبا فانفق المرتهن على الرهن فعله
وحبس على الراهن بقضاء قاض رجع عليه بها • وان كان الراهن حاضرا لم يرجع عليه بذلك • وقال ابو يوسف فيهما جميعا يرجع عليه بها وان
كان الراهن حاضرا لم يرجع عليه بذلك • وقال ابو يوسف فيهما جميعا يرجع عليه الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه وهذا فرع على
اختلافهم في الحجر فان عند ابي حنيفة ان الحاضر لا يلي الحاكم عليه بجبره على النفقة • فاذا ادى الاخر لم يصر دينا عليه لانه يقدر على ايفاء حقه
الزام حق عليه حين • واذا كان غائبا تعذر الحكم عليه فله للقاضي الحاكم عليه في الاذن • وعلى قول ابي يوسف القاضي عند الامتناع يجبر
المحضور في البينة • فاذا اذن في الاداء صار دينا عليه **قوله** وفي جعل مسألة الحجر ... ذكر شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي • ثم قال في الكافي فلو انكر الراهن وقبضه ثم ركب الدابة او استخدم العبد فهو ضامن لانه استعمل بلا امر الراهن
الذي اذن • فان لم يعطب في الركوب والخدمة ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه فلا ضمان عليه لانه برئ بترك الخلاف فعاد امينا كذا في شرح
الكافي • وقال الكرخي في مختصره وليس للمستعير ان يستخدم الرهن ولا يركبه ان كان دابة ولا يلبسه ان كان ثوبا ولا يستعمله في شيء بغير اذن من الراهن
حسب بشرط ذلك قبل الرهن ولا بعده فكان فان فعل صار ضامنا الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان المعير اذن له في الرهن ولم ياذن له في غيره
من التصرف • فاذا فعل صار متصرفا في ملك غيره بغير امره • ثم قال الكرخي فان فعل قبل ان يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته من الدين ثم قضى
المال وقبضه برئ من الضمان الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • قال القدوري وانما
قلنا انه اذا زال التعدي برئ لانه في حكم المودع • الا ترى انه لم يقبض القبض لنفسه وانما قبضه ليوفي دينه منها فصار كمن دفع الى رجل
دراهم فقال اقض بها ديني وان كان في حكم المودع زال الضمان بزوال التعدي وانه كذلك اذا استعار الثوب ليتسلم بها الا انه لم يثبت
نائبة مقام يد المالك وانما في لبسه فلا يبرأ بزوال التعدي من الضمان • واما اختلاف الرواية التي ذكرها فيجب ان يكون لاختلاف
وضع المسألة فاذا تعدى بالركوب فاقام التعدي حتى رهن وسلم زال الضمان لانه ازال التعدي ويصرف على الوجه المأذون فيه والمسألة الاخرى
محمولة على انه رهن على وجه لم يأذن فيه المالك فيكون متعديا في الرهن ايضا فلا يبرأ من الضمان • واذا انكر ورده الى من قصد التعدي
برئ من الضمان كذا في شرح القدوري • ثم قال الكرخي في مختصره وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادره سمعت ابا يوسف قال
في رجل اخذ ثوبا على ان يرهنه بدراهم وسمى عشرة فرهنه بدرهم فضاع قال على الراهن قيمة الثوب لانه مخالف • ارايت لو امره ان
يرهنه بدرهم فباعه بخمسة اما كان عليه قيمته فكذلك الراهن اذا خالفه • وقال ابو الحسن عن ابي حنيفة لو ان رجلا استعار من رجل
ثوبا ليرهنه بعشرة دراهم والثوب يساوي عشرين فرهنه المستعير باحد عشر كان مخالفا ولم يكن رهنا وكان للذي اعار الثوب
ان ياخذه وان ضاع في يد المرتهن من المستعير ضمن قيمته لصاحبه وذهب الدين بما فيه من المستعير والمرتهن • قال فان رهنه بقيمته
كان ايضا مخالفا وللذي اعاره ان ياخذه الا ان يضيع فيضمنه قيمته الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** وهذا بخلاف المستعير اي
مستعير الرهن اذا خالف ثم عاد الى الوفاق حيث يبرأ عن الضمان • بخلاف المستعير في غير الرهن حيث لا يبرأ عن الضمان اذا خالف ثم عاد الى
الوفاق ما لم يرد العين الى مالكها • والفرق ان يد المستعير يد نفسه فلا يبرأ الا بالرد الى المالك • اما مستعير الرهن فكالمودع يبرأ عن
الضمان بالعود الى الوفاق • لان تسليمه الى المرتهن يحقق مقصود المعير وهو الرجوع عن الرهن عند هلاك الرهن وعند تحقق الاستيفاء
فكان الرد الى من بالوفاق كالرد الى يد المالك حكما فيبرأ عن الضمان • وفي المستعير المطلق اذا عاد الى الوفاق فان اختلاف المشايخ فالاصح انه

لا يبرأ عن الضمان وقد مرت المسألة بطولها في أول كتاب الوكالة وذلك اختيار شمس الأئمة السرخسي • أما اختيار شيخ الإسلام أبي بكر المعروف
بخواهر زاده أنه يبرأ عن الضمان استدلالاً بمسألة الرهن **قوله** فإن جناية الراهن على الرهن مضمونة • أي قال القدوري في مختصره
وذلك لأن تعلق حق الغير بالمال يجعل المالك كالأجنبي ألا ترى أن تعلق حق الورثة بمال المريض يمنع نفوذ تصرفه فيه بالتبرع • والورثة
إذا أتلفوا قبل الوصايا بعد موته لزمهم قيمته لتستوفي منها حقه بيوم مقامه • فإذا صار بمنزلة الأجنبي لزمه ما جنى عليه لما فيه من إبطال
حق المرتهن **قوله** قال وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها • أي قال القدوري في مختصره والضمير في عليه راجع إلى الرهن وفي
دينه إلى المرتهن وفي بقدرها إلى الجناية • وذلك لأنه أتلف ملك غيره ومن أتلف ملك غيره لزمه ضمانه • وإذا لزمه الضمان وكان من جنس
الدين فقد سقط من الضمان بقدره ولزمه الباقي لأن ما زاد على قدر الدين من القيمة كان أمانة والأمانة بالإتلاف لا يبقى أمانة
فهو بمنزلة الوديعة إذا أتلفها المودع يلزمه الضمان كذا في شرح الأقطع وقال في الإيضاح في هذا الباب عند قوله ولو استهلكه المرتهن والدين
مؤجل غرم القيمة **قوله** قال وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر أي قال القدوري في مختصره قال شيخ الإسلام أبو
الحسن الكرخي في مختصره وإذا رهن الرجل عبدا بألف درهم وقيمته ألف فجنى على الراهن في نفسه أو ماله جناية توجب مالاً فهي هدر في قولهم
جميعا إلى هنا لفظ الكرخي • قال القدوري وذلك لأن المولى لا يثبت له على عبده دين فحكم جناية الخطأ حكم الدين • ألا ترى أن المولى يملك
أن يبرئه لكل واحد من الأمرين ولا يقبل إقرار العبد لهما • فإذا لم يثبت أحدهما لم يثبت الآخر وليس كذلك جناية العمد لأنها تثبت
بإقرار العبد ولا تثبت بإقرار المولى عليه فصار المولى معه فيها كالأجنبي ولأن الرهن على ملك الراهن وإنما تثبت جنايته حق المرتهن لأن تعلق
حقه جعل المولى كالأجنبي فلا فائدة للمرتهن في ثبوت هذه الجناية فلم تثبت وليس هذا كجناية المغصوب على المولى لأن المغصوب يحكم ضمانا
به التمليك فصار كعبد الغاصب • والرهن ليس مضمونا على الحقيقة • وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي فكل هذا
قول أبي يوسف ومحمد • أما على قول أبي حنيفة يعتبر جناية الرهن على الراهن لأنه مضمون على المرتهن فأشبه الغاصب • ثم جناية المغصوب
على المغصوب منه على هذا الاختلاف فهذا كذلك • ثم قال والصحيح أن هذا قول الكل لأنه ليس بمضمون مطلقا بل هو مضمون الجزء وعينه
أمانة فكان في معنى الأمانة وقضية وصف الأمانة أن تكون جنايته هدرا ولهذا كانت جناية العبد على المشتري قبل القبض هدرا وإن
كان في ضمان البائع لأنه مضمون عليه بغيره فهذا كذلك • وكذلك الجناية على مملوكه ومتاعه • وأما إذا جنى الرهن على المرتهن فهو هدر
في قول أبي حنيفة • وقال أبو يوسف ومحمد جنايته على المرتهن ثابتة إذا كانت في بني آدم • فإن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن
ودفعاه بالجناية إلى المرتهن • وإن شاء المرتهن قال لا أطلب الجناية فيكون رهنا على حاله كذا ذكر الكرخي في مختصره • وجه قولهما
أنه لو كان مضمونا مطلقا كانت جنايته على الضامن معتبرة عندهما ففي موضع يكون أمانة من وجه لأن يكون معتبرا أولى • ولأن في ثبوت
هذه الجناية فائدة للمرتهن • ألا ترى أن المولى يختار الدفع فيملك المرتهن العبد ويجوز أن يكون له غرض في تملكه وإن سقط دينه
ويجوز أن يكون بقية دينه وإسقاط حكم الجناية أنفع له فكان له الخيرة بين الأمرين وليس كذلك إذا جنى في مال المرتهن لأنه لا يملك
العبد بإتلاف المال وإنما يجب له مال يرجع به على العبد ولا فائدة في ذلك لأن مالية العبد مستحق له بدينه فيباع فيه فلم يكن فائدة
في اعتبار جنايته على ماله • ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه من وجه أمانة ومن وجه مضمون فاعتبار وجه الأمانة يوجب الاعتبار
واعتبار وجه الضمان يوجب الإهدار فلا يعتبر بالشك لأنا لو اعتبرناها بالشك لأبطلنا عقدا صحيحا باعتقاده لأن عند الاعتبار يخرج من
الرهن لصيرورته في معنى الهالك واليقين لا يبطل بالشك • ولأنا لو أثبتنا حكم هذه الجناية وطلب الراهن والمرتهن دفعها على المرتهن لها
حصلت والعبد في ضمانه فمن حيث يثبت حكم الجناية يسقط فلا فائدة في الإثبات • وهذا معنى قوله فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب
التخليص عليه • ولأنه لو جنى في ملك المرتهن لم يثبت حكم جنايته بالاتفاق فكذلك إذا جنى في نفسه لأن موجب كل واحد من الجانبين المال كذا ذكر
الكرخي في مختصره قال محمد وهذا إذا كانت قيمته والدين سواء لا فضل فيه • قال القدوري في شرحه ولم يذكر قول أبي حنيفة في شرح إذا
كان في قيمته فضل • ثم قال القدوري وقد روي عنه أن حكم الجناية يثبت في مقدار الأمانة لأنه ليس في ضمانه فيصير كعبد الوديعة وذلك
في الرواية الأخرى لا يثبت حكم الجناية لأن مقدار الأمانة رهن في يده فصار كمقدار المضمون • قال صاحب الهداية وهذا بخلاف جناية
الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن • يعني أن جناية الرهن على المرتهن هدر عند أبي حنيفة بخلاف جنايته على ابن الراهن أو ابن المرتهن كانت
كالجناية على الأجنبي يدفع بها أو يفدي لأن الأملاك متباينة في حقه • فإن دفع خرج من الرهن وإن فدي طهر من الجناية فيكون رهنا على حاله
والفداء على المرتهن لأنه لو هلك هلك بعلته فيكون دفع الهلاك عليه • وقال الكرخي في مختصره وقال محمد وإن أهلك متاعا للمرتهن وقيمته ألف
وهو رهن بألف فطلب المرتهن أن يأخذ بقيمة المتاع فإنه يعرض على الراهن إن شاء فدى نصف ذلك الدين وجعل نصفه على المرتهن • وإن
كره أن يفدي بيع العبد في ذلك كله • فإن بقي بعد فكان الدين أخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه إلى هنا لفظ الكرخي • وذلك
لأن القيمة إذا زادت على الدين فالزيادة أمانة فيثبت حكم جنايتها على المال • فإن اختار المولى قضاء الدين فلم له اقتصر نصفه لأن
حصة الأمانة ثابتة وحصة المضمون ليست بثابتة على ما قدمنا في قولهم فإذا فدى المولى النصف زال الدين وبقي العبد رهنا بحاله وإن
اختار البيع بيع العبد كذا ذكر القدوري في شرحه **قوله** والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال وهو صح الكرخي وقد مر قبل
هذا وهي ما إذا كانت الجناية خطأ في نفس أو فيما دونها • وهذا لأن ما يوجب القصاص معتبر بالإجماع **قوله** أما الوفاقية
أي المسألة الاتفاقية وهي جناية الرهن على الراهن فهي هدر بالاتفاق **قوله** بخلاف جناية المغصوب على المالك فإنه معتبر عند
أبي حنيفة • وذلك لأن الملك عنده إذا ضمن يثبت للغاصب مستندا إلى وقت الغصب فكان جنايته على المالك كجنايته على غير المالك
قال في المختلف جناية العبد المغصوب على مولاه وعلى مال مولاه معتبر • وعندهما هدر • وجنايته على الغاصب وعلى ماله هدر بالإجماع

وعندهما يستوفي بما اعتبرا الحال لأن العبد في الحال ملك المغصوب منه وقد جنى في غير المالك • وأبو حنيفة اعتبر المآل لأن الغاصب يملكه
بالضمان فيظهر في الإجارة أن العبد كان ملكا له فكانت جنايته على ملكه هدرا وعلى غيره معتبر **قوله** في الخلافية • أي في المسألة الخلافية
وهي مسألة جناية الرهن على المرتهن **قوله** فإن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن • أي بالدفع وهذا التفريع على قولهما **قوله** قال ومن رهن
عبدا يساوي ألفا بألف إلى أجل فنقص في السعر فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الأجل فإن المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه
ولا يرجع على الراهن بشيء • أي قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل رهن رجلا عبدا يساوي ألفا بألف إلى أجل فتغير
السعر حتى صار يساوي مائة ثم قتله رجل فغرم قيمته مائة درهم ثم حل المال قال يقبض المرتهن قضاء من ماله ولا يرجع على الراهن بشيء من التسع
مائة • فإن قتله عبد فدفع مكانه افتكه الراهن بجميع الألف • فإن كان أمر الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبضها من حقه رجع بالتسعمائة
وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف • وقال محمد إذا قتله عبد فالراهن بالخيار إن شاء سلم العبد المدفوع إليه إلى المرتهن بماله • وإن شاء أخذ العبد
وأعطاه دينه إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وههنا ثلاثة فصول نحن نبينها على التوالي • أما الفصل الأول فحاصله أن الرهن إذا انتقص بنقصان السعر
لا يذهب به شيء من الدين عندنا خلافا لزفر • وإذا انتقص من عينه شيء ذهب قسطه من الدين بالاتفاق • وجه قوله أن المالية انتقصت
بنقصان السعر كانتقاص العين وذلك يوجب سقوط الدين بقسطه فكذا هذا • ولنا أن ضمان الرهن يجب بالقبض والأجزاء يرد عليها القبض فلذلك
أثر نقصان العين في سقوط الدين • بخلاف نقصان السعر فإنه لا تعلق له بالرهن لأن ذلك شيء يحدث في قلوب العباد بقلة الرغائب ويحدث زيادة
السعر في المبيع بكثرة الرغائب • ولهذا لم يعتبر نقصان السعر في المبيع إذا انتقص قبل قبض المشتري حتى لا يكون له خيار الرد • وكذلك لا يعتبر في
الغصب أيضا حتى إذا رده الغاصب إلى المالك لا يضمن نقصان السعر فإذا لم يذهب شيء من الدين بنقصان السعر في الرهن بقي رهنا كما كان بكل
الدين • ثم إذا قتله حر فإنما غرم قيمته مائة لأن ضمان الإتلاف يعتبر يوم الإتلاف ويأخذ المرتهن لأن حقه متعلق بمالية الرهن فكذا ما قام
مقامه ولا يرجع على الراهن بشيء من التسعمائة لأن يد الرهن يد الاستيفاء بالهلاك ثم إن الاستيفاء ثبت من الابتداء وكانت قيمته في الابتداء ألفا • أو
نقول لا يجوز أن يستوفي ألف درهم بمائة درهم لأنه يؤدي إلى الربا فلم يتعلق حق الاستيفاء إلا بقدر المائة وصار الباقي من الدين تاويا وسقط حقه
بقية الدين • بخلاف ما إذا مات العبد المرهون بعد نقصان السعر حيث يكون المرتهن مستوفيا بجميع الدين بالعبد الناقص في السعر لأنه لا يؤدي
إلى الربا لأنه لا يتحقق الربا بين العبد وبين الدين وليس ذلك كأخذ العبد القاتل لأن غير العبد يجوز أن يستوفي منه جميع الدين • وإن كانت قيمته
منه • وعلى هذا الرهن بعينه من غير جنس الدين مثل أن يعني بالدنانير كانت رهنا بجميع الدين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن الدنانير يجوز أن يستوفى
منها الدراهم وإن كثرت لزيادة سعرها فصارت كالعبد فلم يسقط شيء من الدين كذا ذكر القدوري في شرحه **قوله** حتى لا يزاد على دية الحر
نتيجة قوله إن كان مقابلا بالدم **قوله** لأن المولى استحقه بسبب المالية دليل قوله لأنه بدل المالية في حق المستحق **قوله** لا يمكن أن يجعل
مستوفيا الألف بمائة • أي لا يمكن أن يجعل المرتهن مستوفيا جميع دينه الذي هو الألف بمائة درهم غرمها القاتل **قوله** قال وإن كان أمره الراهن أن
يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه يرجع بتسعمائة • أي قال في الجامع الصغير وهذا هو الفصل الثاني من الفصول الثلاثة وذلك
لأن البائع بإذن الراهن صار كأن الراهن هو الذي باعه • ولو كان الراهن هو الذي باعه خرج من الرهن فكذلك المرتهن إذا باعه بإذن الراهن
خرج من الرهن ولم يصل إليه إلا مائة وكان الفضل باقيا على الراهن يرجع به المرتهن عليه **قوله** قال فإن قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه
افتكه بجميع الدين • أي قال في الجامع الصغير وهذا هو الفصل الثالث وفيه خلاف ولا خلاف في الفصلين الأولين • أما في الفصل الأول فيقبض
المرتهن المائة • ولا يرجع على الراهن بشيء من تسعمائة بالاتفاق • وفي الفصل الثاني يأخذ المائة بحقه ويرجع على الراهن بتسعمائة بالاتفاق
وأما الفصل الثالث وهو ما إذا قتله عبد قيمته مائة فدفع به افتكه الراهن بالدين كله عندنا • وقال زفر يصير بمائة ويسقط تسعة أعشار الدين
لأن النقصان حصل في ضمان المرتهن فكان ما قابلته كما لو قتله حر وغرم قيمته مائة درهم • ووجه قول علمائنا أن العبد المدفوع إليه قام مقام
الأول لحما ودما • والأول لو تراجع سعره يؤمر بافتكاكه بالدين كله فكذلك هاهنا ويجوز أيضا ضمان الألف بعبد قيمته مائة • ألا ترى أن من رهن عبدا قيمته مائة
بالدين جاز فكذلك هاهنا • بخلاف ما لو قتله حر وغرم قيمته مائة لأن استيفاء الألف من المائة لا يتصور فلا يبقى الضمان • ثم اختلف أصحابنا بعد هذا
فقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا خيار للراهن بأن شاء يفتكه أو يدعه على المرتهن بدينه بل يجبر على الافتكاك بجميع الألف • وقال محمد الراهن بالخيار إن شاء
افتكه بالدين كله • وإن شاء جعله للمرتهن بدينه واحتج محمد بأن الثاني قائم مقام الأول لحما ودما ولكنه تغير عن أصله لأنه يعرض في الجثة والتغير لا
بد أن يوجب الخيار كرجل غصب عبدا قيمته ألف فقتله عبد قيمته مائة فدفع به فإن المغصوب منه بالخيار إن شاء تركه على الغاصب وطالبه بقيمة المقتول
وإن شاء أخذ المدفوع مكانه وكالمبيع إذا قتل قبل القبض فدفع به العبد القاتل يخير المشتري بين أن يأخذ المدفوع وبين أن ينقض البيع لتغير المبيع ولأبي
حنيفة وأبي يوسف أن الثاني قائم مقام الأول لحما ودما • فلو كان الأول قائما وتراجع سعره لم يكن له خيار فكذلك هاهنا • ولأن عين الرهن أمانة
عندنا كما مر في أول كتاب الرهن فلا يجوز جعله بالدين حكما بغير رضا المرتهن • ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي رده النبي صلى الله عليه
وسلم بقوله لا يغلق الرهن الحديث فإذا بطل التمليك بالدين تعين الافتكاك لأنه لا قائل بالثالث وليس البيع كذلك لأن الخيار فيه يوجب الفسخ وذلك
مشروع والغصب يجوز تملكه من الغاصب بقيمته بخلاف ما نحن فيه **قوله** فبقي الدين بقدره أي بقدر عشر الدين **قوله** لما ذكرنا إشارة
إلى قوله ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس **قوله** كالمبيع إذا قتل والمغصوب إذا قتل • وإنما قيد بالقتل لأن سعرهما
لو انتقص لما كان فيه خيار للمشتري والمغصوب منه بل يأخذ من غير خيار **قوله** ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار
يساوي مائة فإن قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف • وهذا تكرار لا محالة لأن وضع المسألة في الفصل الثالث فيما إذا تراجع
سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه هو على هذا الخلاف **قوله**
وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع • وهذه المسائل من هنا إلى قوله وإذا مات الراهن باع وصيه

الرهن ليست مذكورة في البداية • وانما ذكرت في الهداية على سبيل التفريع • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا رهن الرجل عبدا قيمته الف درهم بالف درهم فقتل العبد قتيلا خطأ فان الجناية على المرتهن لان العبد كله في ضمانه ودينه مستغرق لرقبته فيقال للمرتهن افد العبد من الجناية فان فداه فقد احسن وكان دينه على الراهن على حاله والعبد رهن به كما كان وليس للمرتهن دفع العبد بحال الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • قال القدوري وانما ابتدأ في الجناية بالمرتهن لانا لو خاطبنا الراهن بالجناية لجاز ان يختار الدفع فيمنعه المرتهن من ذلك لان حقه ان يقول انا افدي حتى اصلح رهني فلذلك وجب البداية به في الخطاب • فاذا فدى فقد اسقط الجناية عن رقبة العبد كله بحق فكانها لم تكن فبقي الدين في الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء • لان العبد كله مضمون وجناية المضمون كجناية الضامن • فلو انه رجع على الراهن لرجع الراهن عليه • وانما لم يملك المرتهن الدفع لان الدفع تمليك الرقبة وهو لا يملك تمليكها **قوله** ولو فدى طهر المحل لو فدى المرتهن طهر المحل وهو العبد عن الجناية وطهر بالطاء المهملة من الطهارة **قوله** ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية • قال الكرخي في مختصره فان ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية فان دفع او فدى بطل دين المرتهن واخذ الراهن العبد وقد بطل الرهن فيه الى هنا لفظ الكرخي وذلك لانه مالك للرقبة والخطاب بحكم الجناية يتوجه الى المالك وانما بدئ بالمرتهن لما في الفداء من الحق فاذا امتنع من الفداء طولب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع فانه يسقط دينه لان العبد استحق بسبب كان في يد المرتهن فيسقط الدين كالهلاك • وكذلك ان فداه لانه استحق عليه بدل العبد واستحقاق البدل كاستحقاق المبدل • وهذا بخلاف ما ذكره الكرخي في اخر باب جناية الرهن بقوله واذا رهن الرجل الرجل جارية بالف قيمتها الف او قيمتها الف فولدت ولدا في يد المرتهن فقتل الولد رجلا خطأ فلا ضمان على المرتهن فيه وضمان الجناية على الراهن فيقال له ادفعه او افده فان دفعه خرج من الرهن ولم يذهب من الدين شيء وكانت الام رهنا بجميع الدين • وان فداه الراهن فهو رهن مع امه على حاله وذلك لان الولد ليس بمضمون على المرتهن لا يسقط بهلاكه شيء من دينه فصار كعبد الوديعة فكانت جنايته على مولاه • فان دفعه فقد زال ملكه عنه وبطل الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لا يسقط بهلاكه وان فداه سقطت الجناية كان لم تكن فبقي الرهن في الام كذلك ان لحقه من دين فباعه الراهن خرج من الرهن • فان ادى دينه بقي في الرهن لما ذكر **قوله** ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته • فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء • قال الكرخي في مختصره لو استهلك العبد الرهن مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد كان العبد رهنا في يده على حاله • وان ابى ان يؤدي الرهن قيل للراهن بعه في دينه الا ان تفدي وان يؤدي عنه الدين • فان ادى الراهن الدين الذي لزم العبد بطل دين المرتهن على الراهن وخرج العبد من الرهن • وان لم يؤد الراهن دين العبد فبيع لذلك وباع العبد في الدين الذي لحقه فياخذ صاحب الدين من ثمن العبد دينه • وان كان ما اخذه غريم العبد من ثمن العبد مثل ما للمرتهن على الراهن او اكثر بطل دين المرتهن على الراهن • وان كان اقل منه بطل بقدر ذلك على الراهن ورجع المرتهن على الراهن بما بقي من دينه • فان استوفى الغريم دينه من ثمن العبد وبقي من الثمن بقية • فان كان ما قبض الغريم من ثمن العبد مثل دين المرتهن او اكثر فبقية الثمن لمولى العبد • وان كان دين المرتهن اكثر من دين الغريم ثم استوفى المرتهن ما بقي من دينه مما فضل من ثمن العبد ان كان الدين حل ولا امسك ما فضل من ثمن العبد رهنا في يده الى ان يحل الدين فياخذه قصاصا بدينه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • قال القدوري في شرحه وانما قلنا ان حق ولي الجناية وحق ولي العبد يقدم على حق المرتهن لان حقهما يقدم على حق المالك وهو اقوى من حق المرتهن فلان يقدم على حق المرتهن اولى • وانما خوطب المرتهن اولا بالدين لانا لو خاطبنا الراهن لجاز ان يختار البيع فيمنعه المرتهن ويقول انا اؤدي الدين ليخلص لي الرهن فلذلك بدئ به • فان ادى الدين سقطت المطالبة فكان الدين لم يكن فبقي رهنه بحاله • وان لم يؤد فسقط حكمه فكان الخطاب بالدين الى المالك • فان باع العبد في دينه ودينه مثل دين المرتهن او اكثر فقد استحقت الرقبة بسبب كان في يد المرتهن فيسقط دينه • وان ادى الدين سقط حق المرتهن لان ذلك استحق عليه بسبب كان في يد المرتهن فكانه كانت الرقبة قد استحقت • واما اذا كان دين العبد اقل من دين المرتهن سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد • لان ذلك استحق بسبب كان في يد المرتهن وما بقي من ثمن العبد لا دين فيه فيبقى في يد المرتهن رهنا بما بقي من حقه فان كان دينه قد حل فلا معنى لحبس الدراهم بالدراهم فيستوفيه • وان كان لم يحل امسك الباقي حتى يحل دينه **قوله** وحق ولي الجناية بالنصب او بالرفع عطفا على لفظ دين العبد ومحله • معناه ان دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولي الجناية ايضا مقدم على دين المرتهن • لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يتقدم على حق المرتهن اولى لان حق المالك اقوى • ويدل على هذا القدر تصريح القدوري بذلك في شرحه وقد مر آنفا • تحقيقه ان المصنف ذكر جناية العبد المرهون اولا بتقدمه على حق المرتهن بقوله وقوله فاذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن • ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن بقوله ولو استهلك العبد المرهون مالا • وهذا كله يدل على ان مراد المصنف ما ذكرنا • وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولي الجناية بالجر دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم ايضا على حق ولي الجناية • حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرما فانه قول هكذا في غاية الضعف • لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال دين العبد مقدم على حق ولي الجناية وفي المسئلة تقدم حق ولي الجناية ثم ثبت عليه حق الغرماء وانه مناقضة لا محالة **قوله** لتقدمه على حق المولى لتقدم كل واحد منهما من دين العبد ومن حق ولي الجناية على حق المالك ويتأخر **قوله** وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد • قال الكرخي في مختصره وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يكن له ان يرجع بما بقي من دينه على احد حتى يعتق العبد فاذا اعتق رجع عليه ولم يرجع المرتهن على احد بشيء الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان المستحق على المولى في دين

العبد وفي العبد الان بخلاف دين الدين فاذا استوفيت الرقبة لم يبق عليه حق ولا يمكن مطالبة العبد في يد المشتري لان الدين سقط عن رقبته فيتأخر الباقي الى حال الحرية • فان اداه العبد لم يرجع به على احد لانه ادى دين نفسه الواجب بفعله **قوله** وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد فيقال لهما افدياه • قال الكرخي في مختصره وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف فان نصف الجناية في ضمان الراهن ونصفها في ضمان المرتهن فيقال لهما افدياه فان فديا كان العبد رهنا على حاله الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وذلك لان نصف العبد مضمون ونصفه امانة وحكم الجناية في الامانة يلزم المالك للرقبة كما يلزم المودع وحكمها في المضمون يتعلق بالراهن فلذلك قيل لهما افديا ثم قال الكرخي في مختصره وان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان الرقبة قد استحقت بسبب كان في يده ولو لم يدفعاه جاز لان الدفع تمليك لا يملك المرتهن ذلك وانما يعني ان المرتهن رضي بالدفع حين امتنع من الفداء فدفع الراهن • واما ان الدفع اليهما لانه ثم باختيارهما وان لم يتم بفعلهما • كذا ذكر القدوري في شرحه **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه لا يملك التمليك **قوله** فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا • قال الكرخي في مختصره فان تشاحا فقال المرتهن انا افدي وقال الراهن انا ادفع فللمرتهن ان يفدي ويمسك العبد فان فداه بالدين فهو متطوع بما فدى مما كان يلزم الراهن في قول اصحابنا جميعا • لان الراهن احتاج الى الدفع الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان الراهن يسقط بالدفع حق المرتهن والمرتهن بالفداء يحفظ حقه ولا يسقط حق الراهن فكان اختياره اولى ويكون متطوعا في حصة الامانة لانه التزم الفداء في حصة الامانة ليحفظ حقه في المضمون وقد كان يقدر ان لا يلتزم الفداء حتى يخاطب الراهن • فلما التزمه صار متبرعا • قال القدوري وهذا على الرواية التي يقول فيها انه اذا فدى مع غيبة الراهن رجع عليه بحصة الامانة • واذا فدى مع حضوره لم يرجع • فاما على الرواية الاخرى فينبغي ان يرجع عليه بالامانة لانه لا يقدر على اصلاح حقه من المضمون الا بفدا الامانة • ثم قال الكرخي فان قال الراهن انا افدي وقال المرتهن انا ادفع فليس الدفع الى المرتهن اذا اباه الراهن • لان المرتهن لا يملك العبد فكيف يملك ويكون فدى ذلك الراهن ان يفديه ويبطل دين المرتهن ويخرج العبد من الرهن ويأخذه الراهن • لان الراهن قد لزمه من النصف المضمون على المرتهن اكثر مما فيه من الدين الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • قال القدوري وذلك لان اختيار المرتهن الدفع مع اختيار الراهن الفداء لا تأثير فيه لان المرتهن لا يملك الدفع فلا يسقط الفداء الا انه بالدفع يسقط حق المرتهن من الرقبة وقد يكون للراهن غرض في التزام الفداء حتى تسلم له الرقبة فلم يجز للمرتهن تفويت ذلك الغرض من غير فائدة تعود اليه • وسنبين القولين فيما بعد هذا بخطوط عنده **قوله** ولو كان المرتهن يفدي والراهن حاضر فابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه • قال الكرخي في مختصره فان ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه ونصفه من ماله • فان كان نصف الفداء مثل دينه او اكثر بطل دينه وخرج العبد من الرهن وان كان الفداء اقل من الدين سقط الدين بقدر نصف الفداء وكان جميع العبد رهنا بما بقي من دين المرتهن الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان الراهن ليس بمتطوع في الفداء لان حكم الجناية لم يتوجه اليه اولا وهو في الدفع والفداء اسقاط حق المرتهن على واحد وقد يكون الفداء انفع اذا كان اقل من الدين لان حق المرتهن يبقى في الباقي فلهذا لم يكن متبرعا وقدر الفداء استحق عليه بسبب الضمان الذي كان في يد المرتهن فهو من ضمانه وما بقي من دين المرتهن يحبس به جميع العبد كما لو استوفى بعض دينه بالنقد **قوله** ولو كان المرتهن يفدي والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا • وهذا قول ابي حنيفة قال الكرخي في مختصره وان كان الراهن غائبا والمسئلة على حالها فداه المرتهن فليس بمتطوع في قول ابي حنيفة وان كان حاضرا فهو متطوع على الراهن وروى ذلك ابو يوسف ومحمد عن ابي حنيفة ورواه ايضا الحسن بن زياد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال الحسن وروى زفر عن ابي حنيفة ان الراهن اذا كان حاضرا لم يكن متطوعا ورجع بالنصف وان كان الراهن غائبا كان هو المرتهن متطوعا • فاما في قول ابي يوسف وزفر ومحمد والحسن بن زياد فالمرتهن متطوع غائبا كان الراهن او حاضرا الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وجه رواية ابي يوسف ان الراهن اذا كان حاضرا امكن استيفاء الجناية منه ومخاطبته بها ولم يلزم المرتهن حكمها فاذا فدى فقد تبرع على الراهن فصار كالاجنبي وليس كذلك اذا كان غائبا لانه لا يمكن استيفاء الجناية منه فلم يبق الا ان يخاطب به المرتهن وهو لا يقدر على اصلاح المضمون الا باصلاح امانة وكان ما هو في ذلك من طريق الحكم كالمستعيرين اذا غاب احدهما فادى الاخر جميع الثمن وكصاحب العلو والسفل اذا بنى صاحب العلو • ووجه رواية زفر ان الراهن اذا كان غائبا لم يخاطب المرتهن بحكم الجناية لانه غير مالك الرقبة • فاذا التزم الفداء فيما لم يخاطب به كان متبرعا وليس كذلك اذا حضر الراهن لان الخطاب بالجناية توجه اليه • ويجوز ان يدفع فيسقط حق المرتهن وكان له ان يفدي ليصلح حقه • ووجه قول ابي يوسف وزفر ومحمد ان المرتهن فدى ملك غيره بغير امره كالاجنبي ولانه اصلح بالفداء حق نفسه فلا يرجع به على غيره **قوله** واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين • قال القدوري في مختصره وما ذكره فيه وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه • وذلك لان الوصي قائم مقام الميت في قضاء ديونه وقد كان للراهن بيع الرهن في حياته باذن المرتهن فكذلك للوصي الذي قام مقامه • واذا لم يكن له وصي فالقاضي له وصي لانه ولاية على من عجز عن التصرف بنفسه لانه نصب ناظرا لامور المسلمين فينصب له وصيا يقوم في حقوقه التي عليه ليبرئ ويقوم في حقوقه له على غيره **قوله** وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز ومن من مسائل الاصل ذكرها تقريبا على مسئلة المختصر • قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا كان على الميت دين فرهن الوصي بعض تركة الميت عند غريم من غرمائه لم يجز وذلك لان في الرهن معنى ايفاء الدين من وجه على وجه تثبت حقيقته عند الهلاك والوصي لا يكون سبيل من ايفاء حق بعض الغرماء دون البعض لتعلق حقهم على السواء في التركة الا اذا قضى ديونهم قبل ان يرده كما في الايفاء الحقيقي ولو لم يكن للميت الا غريم واحد جاز الرهن كما في الايفاء الحقيقي ويباع في دينه لانه مزاحم له **قوله** واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز وهذه من مسائل الاصل ايضا ذكرت تقريبا • وذلك لان ارتهان الوصي من باب استيفاء الحقوق والوصي يملك ذلك لانه نصب لاستيفاء الحقوق وابقائها • وكذلك لو كان الميت هو الذي ارتهن بوصيه يقوم مقامه في الامساك الا انه لا يقبضه بدون اذن الراهن لان السلط هو

بل البيع يبطل بموت المرتهن فالراهن رضي برايه ولم يرض براي غيره في البيع • وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ارتهن الوصي خادما للميت من
نفسه او رهن خادما لنفسه من اليتيم لم يجز • وذلك لانه عقد بكيله وهالك فلا يقوم بواحد • ولهذا الاب في حال للبليم او اشترى
مال اليتيم لنفسه لم يجز وعند ابي حنيفة يجوز شراء من اليتيم او بيعه لليتيم بشرط ان يكون بيع ظاهر لليتيم والنفع الظاهر لا يكن تحقيقه في الرهن كذا
في شرح الكافي قوله وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى • لان رهن الوصي لم يذكر في
الكتاب الوصايا اصلا فضلا عن تفصيلاته وتفصيلاته على وجوه ذكره صاحب الاب رهن الوصي والوالد وفي ان الورثة اما ان تكون كلهم
كبارا او كلهم صغارا او بعضهم صغارا وبعضهم كبارا والكبار غيب او حضور والرهن بدين على الميت او بدين استدانه عليهم او بدين استدان في
التركة في الطعام الرقيق وكسوتهم • اما ان كان الورثة كلهم صغارا جاز في الاحوال لعموم الولاية عليهم • وان كانوا كبارا ان كانوا حضورا
لا يجوز في الاحوال كلها لانعدام الولاية اصلا • وان كانوا غيبا ان كان بدين على الميت جاز لان له ولاية حفظ التركة وصيانته • وفي الرهن
بدين في الميت يعني الصيانة والحفظ فكان من ذلك ولم يذكر انه هل يكون من الرهن بدين عليهم • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
الصحيح انه لا يملك لان معنى الصيانة ليس براجع الى الميت ولا ولاية له على الغايب • ولو كانوا صغارا وكبارا ان كان الكبار حضورا فالملك
بدين على الميت في قول ابي حنيفة • لان المذهب عنده ان الولاية متى تثبت في بعض التركة تثبت في كلها • وعندهما لا يصح لانه لا ولاية له
على الكبار ومتى لم يصح في حق الكبار لم يصح في حق الصغار لمكان الشيوع • ولو كان الكبار غيبا يصح في حق الكل لان له ولاية على الكبار في
مثل هذا الموضع • وان كان بدين استدانه عليهم او على الصغار لم يصح في حق الكل بالاجماع سواء كان الكبار حضورا او غيبا لانه لا ولاية
له في حق الكبار في هذا الموضع لان استدانته عليهم باطل فكان الرهن في حقهم باطلا ومتى بطل في حق الكبار بطل في حق الصغار لمكان
الشيوع • وكذلك لو كان بدين استدانه على الصغار ولا تثبت الولاية في حق الصغار الولاية في حق الكبار بدين على الميت فالمعنى يرجع للميت
نظرا • وانما يكون هكذا اذا كان التصرف واقعا للميت فاذا كان الرهن بدين على الميت فالتصرف يقع للميت فاستتمام النظر يستكمل الولاية في الكل
تحقيقا للنظر الراجع للميت • واذا كان بدين في الوارث فلا يكون النظر واقعا للميت بل يقع للوارث فلا يستقيم اثبات الولاية على غير نفسه
النظر في حقه • ولو كان الرهن بدين استدانه في نفقة الرقيق فالجواب في هذا والجواب فيما اذا كان الرهن بدين على الميت سواء • لان
هذه استدانة وقعت للميت معنى لما فيه من صيانة تركته • الا ترى انه يملك في حق الكل اذا كان الكبار غيبا على قولهم جميعا • واذا كان
حضورا لم يجز في حق الكل عند ابي حنيفة بطريق الاستتباع

فصل

هذا الفصل بمنزلة فصل المسائل
المتفرقة المذكور في اواخر الكتب فلذلك اخره استدراكا لما فات فيما سبق قوله قال ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار
خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة • اي قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل رهن رجلا عصيرا يساوي
عشرة دراهم بعشرة دراهم للمرتهن على الراهن فصار العصير في يد المرتهن خمرا ثم صار خلا يساوي عشرة قال فهو رهن بالعشرة الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير • ووجه ذلك ما قالوا في شروح الجامع الصغير ان عقد الرهن لم يبطل بالتخمر لان ما صلح للبيع صلح للرهن والخمر لا تصلح
لابتداء البيع وتصلح لبقائه فان من باع عصيرا فصار خمرا في يد البائع لم ينتقض البيع فلم يحتمل ابتداء الرهن واحتمل بقاءه ايضا • واذا صار خلا
تعذر التاخير فعاد حكمه لان العقد لم ينتقض بحال كان لم يكن كالمبيع الذي قلنا اذا صار خلا وكالمرتد اذا لحق بدار الحرب ثم رجع
واشترى ثم عاد مسلما قبل حكم القاضي ان ذلك كلها بحكم لذا هذا • والدليل عليه ان الرهن وان صار في حكم الهالك فعند تاكد العقد
لانه صار مستوفيا بنفس العقد فتحقق حكمه فكان رهنا بالعشرة ولكن هذا اذا لم ينتقص من مقداره بالتخمر والتخلل فاما اذا انتقص سقط
من الدين بقدره • وانما قيد بانتقاص المقدار لانه اذا انتقص سعره لا مقداره لا يسقط شيء من الدين • ولكن الراهن يتخير كما اذا انكسر
القلب ان شاء افتكه ناقصا بجميع الدين وان شاء ضمنه قيمته وتكون قيمته رهنا عنده عند ابي حنيفة وابي يوسف • وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا
وان شاء جعله بالدين كذا ذكره في شرح الكافي • وان لم ينتقص قيمته لا يتخير فيبقى رهنا كما كان لانه لا ضرر في الجبر على الفكاك قوله
ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم • ولفظ محمد في الجامع الصغير عن يعقوب
عن ابي حنيفة في رجل رهن رجلا شاة بعشرة دراهم تساوي عشرة دراهم فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما قال الجلد رهن بدرهم
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وذلك لان عقد الرهن لم يبطل بموت الشاة لان المرتهن صار مستوفيا بالهلاك والاستيفاء تاكد
عقد الرهن فاذا عادت المالية بالدباغ صادفت عقدا قائما فيثبت فيه حكمه بقسطه • بخلاف البيع فان تمامه بالتسليم قالوا في الشاة
المبيعة اذا ماتت قبل القبض ثم دبغ جلدها فان البيع لا يعود ولا رهن فيه كذا قال فخر الاسلام لان الشاة لما ماتت فقد انتقض البيع ولا
عود بعد الانتقاض • بخلاف الرهن لما قلنا انه لا ينتقض • ومن مشايخنا من قال في البيع انه يعود كالرهن • والحاصل هنا ما قالوا
في شروح الكافي ان المسألة فيه طريقان احدهما انه بطل الرهن اصلا لانعدام محلية الرهن بهلاك الشاة ثم عاد حكم الرهن بقدر الجلد
لانه حيي هذا القدر • ولو حيي كله يعود كل الرهن فاذا حيي بعضه يعود بقدره • الثاني انه لم يبطل الرهن في قدر الجلد لان
امال الجلد قائم في هذا القدر فكان في بقاء الرهن في هذا القدر فائدة فيبقى فيه وهو الاصح • واذا بقي الرهن في هذا القدر
ينقسم الدين على قدر الجلد وقيمة اللحم فيذهب من الدين بقدر اللحم ويبقى الراهن بقدر الجلد • وانما يعرف ذلك بالنظر في قيمة الشاة فان
كانت قيمة الشاة يوم الرهن عشرة وقيمة الجلد يوم الذبح تساوي لحمها تسعة والجلد درهما والدين عشرة يفتك الجلد بدرهم • وان كان الدين عشرة
وقيمة الشاة عشرون وقيمة اللحم تسعة عشر وقيمة الجلد درهم يفتك الجلد بنصف درهم لان بازاء كل درهم من الشاة نصف درهم من الدين
فيكون الجلد رهنا بنصف درهم ويسقط بازاء اللحم تسعة ونصف • وان كانت قيمة الشاة اقل من الدين بان كانت الشاة تساوي يوم الارتهان
خمسة واللحم اربعة والجلد درهما فقد ذهب من الدين اربعة ويفتك الجلد بما بقي ستة وان كان سمينا بدرهم لانه مجبور بكل الدين فدام

ذهب من الدين اربعة بخمسة بما بقي • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وانما يقسم الدين عليهما على هذا الوجه اذا انتقصت قيمة الشاة
المذبوحة بالسلخ فتساوي لحمها تسعة والجلد درهما • اما اذا لم ينتقص قيمة اللحم بل يساوي عشرة بعد السلخ وقيمة الجلد درهم ينبغي ان يقسم الدين
عليهما على احد عشر فيذهب عشرة اجزاء من احد عشر جزءا من الدين ويفتك الجلد بما بقي قوله قال ونماء الرهن للراهن • اي
قال القدوري في مختصره وتمام لفظه فيه ويكون رهنا مع الاصل • فان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم
القبض وقيمة النماء يوم الفكاك فما اصاب الاصل سقط من الدين وما اصاب النماء افتكه الراهن بحصته الى هنا لفظ المختصر • قال الشيخ ابو الحسن
الكرخي في مختصره • واذا رهن الرجل رهنا غنما او حيوانا او ارضا او نخلا او كرما فنتج من الحيوان او الرقيق ولد او لبن او صوف او بر
او شعير فذلك كله رهن مع الاصل للمرتهن حبسه حتى يستوفي جميع حقه من الدين ولا سبيل للراهن عليه قبل ذلك والنماء يعزل على المرتهن والامر
من المعزول وان تلف النماء في يد المرتهن ذهب بغير شيء والرهن على حاله بجميع الدين الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • قال القدوري وقال الشافعي رحمه
الله النماء المنفصل لا يدخل في الرهن وللراهن اخذه والانتفاع به • لنا ان حق المرتهن مستقر في العين لانه ينتقل الى القيمة ويثبت للوارث
والحقوق المستقرة في الرقاب تسري الى النماء كحق الملك والاستيلاد والتدبير وكذلك المستاجرة لان الحق لا يتعلق بالرقبة وانما يتعلق بالمنفعة ولهذا لم
كذلك الموصى بخدمتها لان الحق فيها ليس بمستقر • الا ترى انه لا ينتقل الى الوارث ولا ينتقل الى القيمة وليس هذا كولد الجانية لان الحق ليس بمستقر
في رقبتها بدلالة ان للمالك ان ينقله الى ذمته ويتصرف فيها • واما قولهم ان النماء مضمون على المرتهن فلانه دخل في العقد على طريق التبع فلا
يسقط بهلاكه شيء كولد المبيعة • واحتج الشافعي رحمه الله بان حق الاستيفاء تعلق بالرقبة فلا يسري الى الولد كالجناية وجوابه مر فالواحد نوع
النماء فلا يسري الرهن اليه كالاكساب • قلنا ان الكسب ثابت بمنافعه لا من عينه وبين ما يتولد منه • ولهذا قال الشافعي رحمه الله فيمن
غصب جارية فولدت في يده فماتت من النقصان بالولادة لا يجبر بالولد • ولو قطعت يدها واخذ الارش كان الارش جبرانا لنقصان
حدث بالقطع ويبطل المكاتبة فان اكسابها يتبعها ولا يتبع اولادها فالولد لا يسري الى الولد لو حدث قبل القبض لا يسري اليه • وان
حدث بعد القبض كالاجارة قلنا يبطل الصحة • والمعنى في الاجارة انه عقد على المنافع والمنافع لا تستتبع الاعيان فلذلك لم يسر الى الولد
والرهن عقد على العين كذا في مختصر الاسرار • ثم قال الكرخي ايضا ويقسم الدين على قيمة الرهن يوم وقع العقد عليه وعلى ما حدث منه يوم يفتك
من حصة التسمية وما وقع من التسمية قبل ذلك فانما هو على الظاهر الى ان ينظر ما يؤول اليه قيمة النماء يوم الفكاك الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
قال القدوري وانما اعتبر القسمة بقيمة الرهن يوم القبض لانه دخل في ضمانه بالقبض فيعتبر قيمته عند القبض كالغصب والمبيع المقبوض على وجه
السوم • فاما النماء فانما يصير له حصة في الضمان بالفكاك • الا ترى انه لو هلك قبل ذلك هلك بغير شيء فاعتبرت قيمته حين حصلت له الحصة وهذا
كما قالوا في المبيع ان الثمن يقسم على قيمة المبيع يوم البيع لانه صار مضمونا بالعقد وعلى قيمة النماء يوم القبض لانه يدخل في ضمان المشتري بالقبض فاما
قوله فما وقع من القسمة قبل ذلك فانما هو على الظاهر فانما يريد به ان المرهونة اذا كانت قيمتها الفا وهي رهن بالف فولدت ولدا قيمته الف فالدين ينقسم
في الظاهر نصفين ويجوز ان يزيد قيمة الولد وتنقص فيتغير القسمة • ثم قال الكرخي وتفسير ذلك رجل رهن رجلا امة قيمتها الف بالف فولدت
ولدا يساوي الفا والدين الالف في الظاهر نصفان نصفها ونصف في ولدها • فان مات الولد ذهب بغير شيء وكانت الام رهنا بجميع الدين فان
ماتت بعد موت الولد ذهبت بجميع الدين • فان ماتت قبل الولد ذهبت بنصف الدين وافتك الراهن الولد بنصف الدين الى هنا لفظ الكرخي رحمه
الله وتفسير ذلك ان رجلا رهن رجلا امة فلا يسقط بهلاكه شيء فصار بعد الهلاك كان لم يكن • وانما يسقط الدين اذا ماتت بعد موت
الولد لان حصة الولد لم يكن فسقط الدين بهلاكها • فان ماتت قبله فقد صار للولد حصة بالفكاك فيسقط من الدين بقدر قيمة الام وهو
النصف • ثم قال الكرخي في مختصره فان لم يفتكه الراهن حتى مات فقد مات ذهب بغير شيء وصار كانه لم يكن وذهبت الام بجميع الدين الى هنا
لفظ الكرخي وذلك لما بينا انه لا حصة للولد قبل الفكاك فاذا مات فكانه لم يكن فيحكم بان الام هلكت بالدين • ثم قال الكرخي فان لم يمت
واحد منهما حتى جاء الراهن يفتك الرهن وقد نقصت قيمة الام في السعر او في البدن وصارت تساوي خمسمائة او زادت فصارت تساوي
الفين وقيمة الولد على حالها فالولد بنصف الدين على ما كان والام بنصف الدين ولا يلتفت الى زيادة قيمة الام بالسعر ولا بالبدن ولا نقصانه
كذلك الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان قيمة الام يعتبر يوم القبض وما حدث بعد ذلك لا يعتبر • ثم قال الكرخي فان كانت الام في
حالها الاولى او على حالها من نقصان السعر او زيادته جاء الراهن يفتك وقيمة الولد يومئذ خمسمائة لنقصان في السعر او لعيب دخله في بدنه
عورا وشللا او مرض فانه يفتكه من الدين الثلث وبالام الثلثين الى هنا لفظ الكرخي وهذا على ما بينا ان قيمة الولد يعتبر يوم الفكاك • ثم
قال الكرخي فان كانت قيمته زادت يوم الفكاك فصار الفين بسعر او بدن كان في الولد ثلثا الدين وفي الام الثلث • وذلك لان اعتبار
الولد بحال الفكاك فاذا كانت قيمته الفين وقيمة الام يوم القبض الف بقي الولد ثلثا الدين • ثم قال الكرخي فلو كانت لما ولدت الولد قيمته
مثل قيمتها ان كانت اعورت بعد الولادة او كانت اعورت قبلها ذهب من الدين بعورها ربعه فان كانت خمسون الى هنا لفظ الكرخي وذلك
لان قيمة الولد لما ساوت قيمتها انقسم الدين بينهما نصفين والعين منها النصف فذهب نصف ما فيها وهو ربع الدين • قال القدوري وانما
استوى في العور ان يكون قبل الولادة وبعدها لان نقصان الرهن يوجب الاستيفاء والاستيفاء يلحقه الفسخ اذا وقع مبارعة لم يقبض دينه
ثم حلت زيوفا فكذلك الاستيفاء طرق الحكم يجوز ان يلحقه الفسخ فاذا كان فالاعورار قبل الولادة كالاعورار بعدها لان ما تلوم
من الاستيفاء يجوز ان يتغير بحدوث الولادة وليس هذا كالمبيعة لانهم قالوا اذا باع جارية بالف تساوي الفا فاعورت ثم ولدت ولدا
يساوي الفا فان الولد بثلث الالف والام بسدس الالف • وذلك لانه سقط بالعيب قبل الولد نصف الثمن فلما ولدت ولدا قيمته الف
انقسم ما بقي بينهما اثلاثا • ولو كانت ولدت اولا ثم اعورت ذهب بالعور ربع الدين لان ما فيها انقسم بينها وبين ولدها فذهب
بعورها نصف ما اصابها • وانما فارق البيع الرهن اذا كان العور قبل الولادة لان العور ينفسخ فيه البيع وما انفسخ فيه البيع لا يعود بعد

بعد ذلك فلهذا لم يتغير حكمه بالولادة وهلاك الرهن يتبع به الاستيفا وذلك يجوز ان يتغير ۝ ثم قال الكرخي فان مات الولد وقد اعورت الام قبل الولادة او بعدها ذهب نصف الدين الى هنا لفظ الكرخي ۝ وذلك لان الولد صار كان لم يكن فبقي جميع الدين في الام فيسقط بعورها نصفه ۝ ثم قال الكرخي وذلك لان الولد صار كان لم يكن فبقي جميع الدين في الام فيسقط بعورها نصفه ثم قال الكرخي فان اعور الولد لم يذهب بعوره شي ۝ وذلك لانه لو هلك لم يسقط بهلاكه شي فكذلك نقصانه الا انه يكون الان في ظاهره ثلث الدين ۝ فان بقي في هذا والام صحيحة فيه ثلث الدين لان قيمته يوم الفكاك خمسمائة وقيمة الام يوم العقد الف ۝ ثم قال الكرخي فان كانت الام اعورت قبل الولادة او بعدها او قبل اعورار الولد او بعده ذهب بعورها ايضا ثلث الدين لان قيمتها يوم العقد الف وقيمة الولد يوم الفكاك وهو اعور خمسمائة وفيه ثلث الدين وبها ثلثا الدين فلما اعورت ذهب نصف ما فيها وهو ثلث الدين ويبقى ولدها ثلث الدين الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** ومسائل الباب على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي ومسائله في الجامع والزيادات ۝ قال في الجامع رهن رجل جارية تساوي الفا بالف درهم فولدت ولدا يساوي خمسمائة فقتلهما جميعا عبد يساوي الف درهم فدفع بهما ثم ذهب عين العبد ثم جاء الراهن يفتكه فانه يفتكه باربعة اسباع الالف ويسقط ثلاثة اسباع الالف ۝ ووجه ذلك ان المرهونة لما ولدت سرى حكم الرهن الى الولد وقيمته خمسمائة فانقسم الدين عليهما اثلاثا ثلثاه بازاء الام وثلثه بازاء الولد لان قيمته نصف قيمتها على تقدير انه يبقى كذلك الى يوم الفكاك لان قيمته تعتبر يوم الفكاك فصار كل خمسمائة سهما فينقسم العبد المدفوع بهما عليهما اثلاثا ثلثاه بازاء الام فقام مقامها لحما ودما وثلثه بازاء الولد وقيمة الثلث ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وصار ذلك قائما مقام الولد وفات نصفه بذهاب عين العبد لان العين من الادمي نصفه الا انه لا يذهب بذهابها شي من الدين عندنا خلافا لزفر لان ثلث العبد قائم مقام الولد ۝ ولو كان الولد قائما وذهب منه نصفه لا يسقط شي من الدين كما لو ذهب كله ۝ لان الولد قبل الفكاك لا حصة له من الدين وانما ياخذ قسطا منه يوم الفكاك ۝ فاذا كان كذلك فهلاكه او هلاك شي منه قبل الفكاك لا يوجب سقوط شي من الدين وصار كان الولد قائم وتراجع سعره الى سدس الالف وقت الفكاك ۝ فاذا ذهب نصف ما كان بازاء الولد يعتبر في نصفه وقيمته مائة وستة وستون وثلثان وذلك سدس الالف وذهب ما كان قائما مقام الام النصف فذهب بذهابه تقدير قيمته ما بقي نصف ما كان من الدين بازاء الام فحصلت مائة وستة وستون وثلثان منها وهو قدر قيمة ما بقي من الولد يوم الفكاك وحصل الالف الذي هو قيمة الام يوم الفكاك ستة اسهم لانه ست مرات مائة وستة وستون وثلثان فصار الكل سبعة اسهم ثم الولد سهم وستة بازاء الام ۝ فاذا ذهب عين العبد ذهب نصف ما كان بازاء الام من الدين وذكر النصف ثلاثة اسباعه وبقيت ثلاثة اسباع الدين بازاء ما بقي مما قام مقام الام وبقي سبع وهو سهم بازاء ما قام مقام الولد فظهر ان الباقي من الدين اربعة اسباعه فلذلك يفتك العبد باربعة اسباع الدين ويسقط ثلاثة اسباعه بذهاب العين ۝ وقال في الجامع ايضا واذا رهن الرجل عند الرجل جارية تساوي مائة درهم بدين فقتلها فالرهن على حاله ولا يسقط من الدين شي لقيام القاتل مقام المقتول وقد تراجع سعرها الى المائة ۝ وعند زفر يسقط تسعة اعشار ما كان من الدين ويسقط منه جزء من اربعة واربعين جزءا عبدا بالجارية المقتولة فلو ولدت القاتلة ولدا يساوي الف درهم ثم اعورت الجارية ثم جاء الراهن فانه يفتك القاتلة وولدها وولد المقتولة بثلاثة واربعين جزءا ۝ ووجه ذلك ان الدين انقسم اولا على الجارية الموصوفة وعلى ولدها نصفين ثم تحول ما في الام وهو نصف الدين الى المدفوعة فيها وانقسم ذلك عليها وعلى ولدها على احد عشر سهما ۝ لان قيمة المدفوعة وقت الدفع مائة وقيمة ولدها يوم الفكاك الف فجعل كل مائة سهما فجملته احد عشر وصار جميع الدين اثنين وعشرين سهما نصف ذلك في الولد الاول وعشرة اسهم في الولد الثاني وسهم في المدفوعة وسقط باعورارها نصف سهم فانكسر نصف لم ينقسم الكسر فصار اربعة واربعين في المدفوعة سهمان فسقط سهم من اربعة واربعين وبقي ثلاثة واربعون سهما فيفتكها بذلك ۝ وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع وروي عن ابي يوسف انه قال يفتكهم بخمسة اسداس الدين ويسقط سدس الدين ۝ ووجه ذلك ان القاتلة بعد الدفع قامت مقام المقتولة كانها هي ۝ ولهذا لم يسقط شي من الدين ۝ واذا كانت قيمتها مائة فصار كان المقتولة حية وقد تراجع سعرها ولم ينتقص بدنها بل ولدت ولدين قيمة كل واحد منهما الف وينقسم الدين عليها على اعتبار قيمتها يوم العقد وعلى اعتبار قيمة كل ولد وهو الف درهم في يوم الفكاك فانقسم عليهم اثلاثا فلما اعورت سقط نصف ما كان في مقابلتها وهو الثلث وهو نصف وذلك سدس الكل فصار ما في مقابلة كل واحد من الولدين سهمين فصار ما في مقابلتهما جميعا اربعة وبقي في مقابلة الام سهم فصار الكل خمسة اسهم اسداسا وكان الباقي سدس الكل فلهذا قال ابو يوسف ان الراهن يفتكهم بخمسة اسداس الدين ويسقط سدسه ۝ والصحيح مخرج الجامع لان قيمة القاتلة يعتبر يوم الدفع الذي هو سبب دخولها تحت ضمان الدين لا وجه الى غير ذلك ۝ وقال الشيخ ابو المعين وقيل ان المروي عن ابي يوسف قوله الاول وهو ظاهر القياس والمذكور في الكتاب قوله الاخر وهو الاستحسان ۝ وقال في الجامع ايضا ولو لم يذهب عين القاتلة ولكن جنى عبد يساوي الفا وقتلها خطا ودفع بهم جميعا لا يذهب من الدين شي وان كان سعرهم تراجع حتى صارت قيمتهم جميعا الف درهم على ما بينا خلافا لزفر ۝ ثم العبد ينقسم على الجارية القاتلة وقيمتها مائة وعلى ولدها وقيمته الف وعلى ولد المقتولة الاولى وقيمته الف والمائة اقل فجعلت سهما فصار الالفان والمائة احدا وعشرين سهما بازاء القاتلة سهم وبازاء ولدها عشرة اسهم وبازاء ولد المقتولة الاولى عشرة اسهم على تقدير انهما سيان الى وقت الفكاك ۝ واذا انقسم العبد القاتل على احد وعشرين سهما صارت المقتولة الاولى وفيها العبد على احد وعشرين سهما ايضا ولم يذهب شي من الدين لانها من بدل العبد لم ينتقص فيفتك العبد بجميع الدين وذلك الف درهم فلو ذهبت عين العبد ثم جاء الراهن فانه يفتكه بخمسة وعشرين جزءا غير جزء نصف عشر سهم واحد من ستة وعشرين سهما من جميع الدين وسقط سهم واحد ونصف عشر سهم من ستة وعشرين سهما من الدين ۝ وتخريجه ان عين العبد المدفوع لما ذهب فقد ذهب منه نصفه فذهب

ما قام مقام ولد المقتولة الاولى نصفه وذلك خمسة لانه كان عشرة اسهم ونصف ما كان بازاء القاتلة وهو نصف سهم لانه كان سهما ونصف ما كان بازاء ولدها وهو خمسة لانه كان بمقابلته عشرة اسهم ولا يسقط بذهاب ما ذهب من العبد فيما قام مقام الولدين شي من الدين على ما مر بقي من قيمة كل واحد منهما الف درهم وهي تقول وقت الفكاك كذلك ولو بقي فعلم انه لم يكن بمقابلة كل واحد الا خمسة اسهم فصار نصف السهم ينقسم الدين الذي في المقتولة الاولى على ما بقي من قيمة ولدها الى يوم الفكاك وقيمتها يوم العقد الف والباقي من قيمة ولدها ايضا ذلك اليوم خمسة اسهم مثل الى قيمة الام يوم العقد وهي الف وتدخل العبد المدفوع الذي قيمته الف درهم على احد وعشرين سهما ۝ فما دامت الخمسة التي بازاء الولد الثاني صار ذلك ستة وعشرين فيصير جميع الدين منقسما عليها وعلى ولدها على ستة وعشرين سهما احد وعشرون من ذلك مقابل الام وخمسة منها مقابله الولد فلما قتلها الجارية القاتلة ودفعت مكانها كان كلما كان بازاء المقتولة وهو احد وعشرون سهما من ستة وعشرين سهما من الدين الى القاتلة لقيامها مقامها فلما ولدت القاتلة ولدا يساوي الف درهم انقسم ما بازائها على قيمتها يوم الدفع وهو مائة وعلى ما بقي من الولد الى الفكاك وذلك خمسة اسهم وقيمة القاتلة يوم الدفع مائة درهم وهي مثل عشر قيمة المقتولة الاولى وهي الف درهم وذلك سهمان وعشر سهم فانقسم ما بقي من الدين من حصة المقتولة الاولى وذلك احد وعشرون سهما على قيمة القاتلة يوم دفعت وذلك سهمان وعشر سهم وعلى ما بقي من قيمة ما قام مقام ولد القاتلة من العبد يوم الفكاك وذلك خمسة اسهم وجملته سبعة اسهم وعشر سهم ۝ فاذا ذهبت عين العبد ذهب نصف بازاء الام من الدين فقد ذهب من احد وعشرين نصف هذين السهمين وعشر سهم واحد من احد وعشرين سهما ويودي ما بقي فقط سقط منه سهم ونصف عشر سهم فبقي عشرون سهما غير نصف عشر سهم فضم اليه خمسة الاسهم التي كانت بازاء ولد المقتولة الاولى فيصير له خمسة وعشرين سهما غير نصف عشر سهم واحد فيفتك الراهن العبد المدفوع بهذا ۝ كذا ذكر الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير في باب المسائل نعم في الجامع ان شاء الله **قوله** ولو رهن شاة قيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شي من ذلك وهذه ليست بمذكورة في البداية وانما ذكرها في الهداية على سبيل التفريع ۝ والاصل فيه ان اتلاف الزيادة باذن الراهن بمنزلة اتلاف الراهن لانه المالك فلا ضمان فيه وباتلاف الراهن يصير مستوفيا فمعرفنا كما اذا كان الى وقت الفكاك فانما قال في الزيادات رجل رهن رجلا شاة تساوي عشرة دراهم بعشرة وقال الراهن للمرتهن ان تحلب لبنها وتشرب منه ويأكل ففعل صح ۝ لان صاحب الملك قد رضي فاذا احضر الراهن افتك الشاة بجميع الدين لانه ما اتلفه المرتهن فكان الراهن استرده ۝ ولو هلكت الشاة قبل ان يحضر الراهن ثم حضر فان الدين يقسم على قيمة الشاة وقيمة اللبن فتعطى حصة اللبن لان فعل المرتهن نقل اليه الراهن فصار الراهن مستردا فصار له قسط من الدين ۝ فان كانت قيمة الدين خمسة صارت بانابة ثلث الدين فيسقط ثلثا الدين بهلاك الشاة ويودي ثلثه قال وكذلك لو ولدت جديا فاذن له في ذبحه واكله ففعل ثم كان اراد بالشاة المرتهن يمت الولد جديا ۝ وقال في شرح الطحاوي وكذا كل المرتهن النما باذن الراهن لم يسقط من دينه شي ۝ وكذلك اذا اكل الراهن باذن المرتهن او الاجنبي كله باذنهما جميعا لا يسقط من الدين شي ولكن لا يقوم حصته من الدين الى الاصل ۝ بخلاف الهلاك لانه عند الهلاك جعل كانه لم يكن رهنا وانما يجب الضمان على المستهلك لانه استهلكه باذن من له الملك والحق جميعا حتى ان الاصل لو هلك بعد ذلك عند المرتهن هلك بحصته من الدين ۝ اي قسم الدين على قيمته يوم رهن وعلى قيمة النما يوم الاستهلاك ۝ وكذلك لو هلك الاصل او لا ثم النما قائم ثم اكل المرتهن النما باذن الراهن او اكل الراهن باذن المرتهن او اجنبي باذنهما لم يسقط حصة النما من الدين ويرجع على الراهن بخلاف الهلاك ۝ فلو اكله الراهن بغير اذن المرتهن او المرتهن بغير اذن الراهن او اجنبي بغير اذنهما فان الاكل يلزم قيمته وتقوم القيمة مقامه كذا في شرح الطحاوي **قوله** لان الاباحة يصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك ۝ وانما قال ذلك لان كلمة ما في قوله فما حلبت متضمنة معنى الشرط **قوله** قال ويجوز الزيادة في الرهن ولا يجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهنا بهما ۝ اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال اصحابنا جميعا في رجل رهن رجلا عبدا يساوي الفا بالف ثم زاده امة في الرهن تساوي الفا فان الزيادة جائزة عندهم جميعا ويقسم الدين الذي رهن به الاول على قيمة الاول يوم قبض رهنا وعلى قيمة الزيادة ايضا يوم قبضت ۝ فاذا كانت قيمة الاول يوم قبض الفا وقيمة الزيادة يوم قبضت الفا كان الدين بينهما نصفين ۝ وان كانت قيمة الزيادة خمسمائة كان في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين ۝ وان كانت قيمة الزيادة مائتين والاصل الفا ففي الزيادة سدس الدين ۝ وعلى هذا تقسم القسمة في الزيادة والاصل ابدا هنا لفظ الكرخي رحمه الله ۝ اعلم اولا ان المراد من عدم الزيادة في الدين عند ابي حنيفة وابي يوسف ان لا يكون الرهن لها مضمونا فاما الزيادة في نفسها فجائزة بالاتفاق ۝ ثم اعلم ان الخلاف هنا في نظير الزيادة في الرهن وهي جائزة عند اصحابنا الثلاثة استحسانا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله وهو القياس ۝ وجه القياس ان الزيادة في الرهن توجب تغيير الضمان الذي اوجبه القبض وذلك لا يجوز مع بقا القبض كالغصب ۝ وجه الاستحسان ان الزيادة تلحق في وجه لو كانت موجودة في ابتداء العقد صحت ۝ الا ترى انه لو رهن هو العبد بن ابتدا الدين جاز ۝ وكذلك اذا الحق احدهما بالاخر كالزيادة في البيع وليس كذلك الزيادة في الدين لانها لا تلحق على وجه لو كانت موجودة في ابتداء العقد صحت ۝ الا ترى انه لو رهن العبد بن ابتدا الدين جاز فكذلك اذا الحق اما في التسمية مترددة عن الاولى فكانه قال رهنك نصف هذا العبد بكذا ونصفه بكذا ۝ ولان الرهن وثيقة فجاز ان يلحق به وثيقة اخرى كالكفيل بعد الكفيل بدين واحد ولان الزيادة في الرهن وثيقة زيادة فيما وقع عليه العقد كالزيادة في البيع والثمن ۝ فاما الزيادة في الدين فزيادة فيما لم يقع عليه العقد ۝ الا ترى ان الدين يثبت بعقد المداينة لا بعقد الرهن والزيادة لا تلحق بما لم يثبت بالعقد فاذا التحقت الزيادة اعتبر قيمة الاصل يوم القبض وقيمة الزيادة يوم قبضها لان كل واحد منهما دخل في الضمان بالقبض ويقسم الدين على قدر القيمتين ۝ والموضع الثاني الزيادة في الدين وفيه خلاف ايضا ۝ قال ابو الحسن الكرخي في مختصره والزيادة في الرهن تجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف

ومحمد والحسن بن زياد • وقال في الاصل ان ذلك يجوز استحسانا والقياس ان لا يجوز وان زاد الراهن في الدين على ان تكون الزيادة مع
ذلك لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وهو جائز عند ابي يوسف والحسن بن زياد • وقال زفر لا يجوز زيادة الرهن في الرهن ولا زيادة
الدين فيه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وقول الشافعي رحمه الله في الجديد في زيادة الدين كقول ابي حنيفة ومحمد وقوله في القديم
كقول ابي يوسف • وجه قول ابي يوسف ان الزيادة تلحق بالعقد وتصير كالموجودة فيه وكانه رهنه ابتدا بالدينين ولان الرهن في
مقابلة الدين محبوس به كالمبيع والثمن • فلما جازت الزيادة في الرهن فكذلك فيما هو محبوس به كما جازت الزيادة في المبيع والثمن • وجه
قول ابي حنيفة ومحمد ان الزيادة في الدين تلحق على وجه لا يجوز في الابتدا • الا ترى ان كل الرهن مشغول بالدين الاول فاذا زاد فيه
انتقل الدين الاول الى نصف الرهن والثاني الى نصفه • ولو رهنه ابتدا نصف العبد بدين ونصفه بدين اخر لم يجز فكذلك الدين الثاني
لان ذلك يؤدي الى الشيوع في الرهن • ولان الزيادة في العقود انما تجوز في المعقود عليه والدين لم يثبت بعقد الرهن وانما يثبت
بالمداينة وكان الزيادة فيه زيادة فيما لم يقع عليه العقد فلا يجوز • ولهذا جوزنا الزيادة في الرهن لانه زيادة المعقود عليه
وصورة المسئلة ما قال في شرح الطحاوي وهو ان يرهن عند رجل عبدا يساوي الفين بالف درهم ثم استقرض الراهن من المرتهن الفا اخرى
على ان يكون العبد رهنا بهما جميعا فانه يكون رهنا بالاولى خاصة عند ابي حنيفة ومحمد وعند زفر ولو هلك هلك بالالف الاولى ولا يبطل
الثاني • وان كانت قيمته الفين ولو قضى الراهن الثانية وقال انما قضيتها من الالف الاولى فله ان يسترد العبد **قوله** والمنكوحة
اي وفي زيادة المنكوحة صورة زيادتها ان يتزوج رجل امة من رجل بمهر مسمى ثم تزوج امة اخرى بذلك المهر قبل الدخول يقع تسمية
الالف عليهما عندنا **قوله** وقد ذكرناه في البيوع • اي في الفصل الذي ذكره في المرابحة والتولية **قوله** في الخلافية الاخرى
اي في مسئلة الزيادة في الدين **قوله** والالتحاق في الدين الغير في بدل العقد جوابا عن قول ابي يوسف • يعني ان الالتحاق
باصل العقد انما يكون فيما هو معقود عليه كالمبيع او المعقود به كالثمن • ولهذا جاز الزيادة في الرهن التحاقا باصل العقد لانه معقود
عليه والدين غير معقود عليه عقد الرهن • ولهذا لا يسقط بفسخ الرهن ولهذا لم تجز الزيادة في الدين • بخلاف زيادة الثمن في
البيع لان الثمن احد بدلي العقد **قوله** وهي مقسومة على زيادة تصديره • اي الزيادة في الرهن زيادة تصديره حتى يقسم الدين
على قيمة الاول يوم قبض • وبيان ذلك فيما قلنا • وهذا احتراز عن الزيادة المتصلة وفي زيادة النماء وقيمته يقسم الدين على
قيمة الاصل يوم القبض وعلى قيمته يوم الفكاك **قوله** واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد
الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة ذكره على سبيل التفريع • قال الكرخي في مختصره وقال الحسن
ابن زياد وقال ابو حنيفة في رجل ارتهن جارية بالف تساوي الفا فولدت ولدا يساوي الفا ثم ان الراهن زاد المرتهن غلاما يساوي
الفا فان الغلام زيادة مع الام كان الغلام رهنا بحصته وكانت الام وولدها رهنا بحصتها • فان مات الولد صارت الام رهنا
بحصتها • وان زاد الولد حتى صار يساوي الفين صار رهنا في حصته الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وذلك لانه لما الحق الزيادة بحصة
الام • فاذا اشترطه لم يكن بالعرض الاولى • فاذا دخلت مع الام انقسم الدين عليهما ثم انقسم ما في الام عليها وعلى ولدها يعتبر قيمته يوم الفكاك
قال الكرخي قال ولو لم يرد الغلام مع الام وزاد مع الولد فانما هذا زيادة الولد باقي عتق الولد من الرهن ثم زاد الولد حتى صار يساوي
الفين كان هو والغلام رهنا بثلثي الالف • فان مات الولد صار الغلام رهنا بثلثي ورده على الراهن الى هنا لفظ الكرخي رحمه
الله • وانما جازت الزيادة في الولد لان له حصة من الدين في الظاهر والراهن عرضه في ادخال الزيادة على الولد دون امه فدخل
معه وانقسم ما في الولد على قيمته وقيمة الزيادة فاذا مات الولد عاد ما فيه الى الام وصار كانه لم يكن فالزيادة دخلت على غير رهن
فيسقط حكمها كذا ذكر القدوري في شرحه • وقال الكرخي في اول باب الزيادة في الرهن بعد الولادة قال ابن سماعة عن محمد في
نوادره سمعت محمدا قال في رجل رهن عند رجل امة بالف قيمتها الف فولدت ولدا يساوي الفا • ثم ان الراهن زاده في الرهن عبدا
يساوي الفا قال فان العبد يكون رهنا بنصف الالف ولا يحتسب بالولد لانه انما جعل الزيادة في اصل الرهن مع الامة فيها الفضل
وقيمة الزيادة الف فصار في العبد الزيادة من الدين حصته وفي الجارية وولدها حصته • فان مات الولد لم يلتفت اليه ولم يغير
ما كان في العبد الزيادة من الدين شي ولم يزد فيه • وكذلك لو لم يحبب الولد ولكن الام زادت قيمتها فصارت تساوي الفين ثم
او لم يكن الولد وكان يساوي الفا • او ولدت الامة ولدا اخر يساوي الفا فان الدين في العبد الزيادة لا يسري فيه حصته على حالها الى
هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وذلك لان الولد داخل في حصة الام فلا يتغير بنقصانه ولا بموته ولا بزيادة حكم العبد الذي لم يدخل في
معقد وانما يختلف بحكم الامة • فان ماتت تحول ما فيها اليها • فان زادت قيمته انتقل بعض ما فيه • وان نقصت قيمته انتقل بعض ما فيه
الى الام • قال الكرخي ولو ماتت الام وبقي ولدها وقيمته الف مثل قيمة الام فان الام تذهب بما فيها وهو خمسمائة • وذلك لان الدين
انقسم بها وفي الزيادة نصفين فاصابها خمسمائة انقسمت بها وفي ولدها نصفين • ثم قال الكرخي ولو زادت قيمة الام لم يعتبر ما في
الزيادة ولم يسقط ذلك ولم يزد • وذلك لان قيمة الام تعتبر يوم القبض ما يحدث بعد من الزيادة والنقصان لا يعتبر حكم القيمة
فيه • قال ابو الحسن الكرخي وكذلك اذا زاده عبدا مع الجارية قبل الولادة ثم ولدت الامة فهذا والاول سوا • وذلك لان الولد
اذا دخل في حصة الام خاصة فلا فرق بين حدوثه قبل الزيادة وبعدها • والباقي يعلم في مختصر الكرخي وشرحه للقدوري
قوله فان كان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا اخر قيمته الف مكان الاول • اي قال محمد في الجامع الصغير وذلك
لان تمام عقد الرهن لما كان بالتسليم الى المرتهن كان تمام نقضه بالرد على الراهن • فاذا لم يوجد الرد بقي الاول رهنا كما كان ومن
ضرورة بقايه ان لا يثبت الثاني لانه جعل الثاني مكان الاول ومكانه مشغول فلا يصح ان يقوم مقامه ما دام الاول في مكانه لا الثاني انما

يقوم

يقوم مقام الذي عنده مقدمه فاذا لم يثبت الثاني رهنا كان امانة في يده فاذا رد الاول انتقض الرهن فيه وقام الثاني مقام الاول اعتبار
بل ثم ثقله لان يد الامانة تنوب عن يد المرتهن لان الرهن في حق القبض بمنزلة الهبة • وقال في الجامع الصغير وهو في الثاني امين حتى
يجعله مكانه • قال فخر الاسلام البزدوي ومن مشايخنا من قال ما لم يقبضه قبضا مستانفا لم يصر مضمونا لان القبض الاول لم يوجب الضمان
فلا بد من قبض اخر • لان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان وشبه هذا برجل له دين استوفاه زيوفا ثم استبدله بالجياد ولم يرد
الزيوف انه لا يقبض الجياد ما لم يرد الزيوف • فاذا رده فاحتاج الى قبض اخر لضمان الجياد وكذلك ههنا **قوله** ولو ابرا
المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بغير شي استحسانا خلافا لزفر ومن المسائل من هنا الى اخر
كتاب الرهن ذكرت على سبيل التفريع • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في باب الرهن يهلك في يد المرتهن بغير ضمان من مختصره • واذا ارتهن
الرجل من الرجل عبدا بالف وهو قيمته وقبضه ثم ان المرتهن ابرا الراهن من الدين او وهبه له ثم مات الرهن في يد المرتهن ولم يحدث
فيه منعا بعد الهبة والبراة فانه يهلك بغير شي ولا ضمان على المرتهن فيه استحسانا والقياس ان يضمن وهو قول زفر جميعا الى هنا لفظ الكرخي رحمه
الله • قال في شرح الكافي والقياس قول زفر • وجه قوله ظاهر وهو ان الضمان في باب الرهن انما وجب باعتبار القبض والقبض الذي
به يصير العين مضمونا قايم لم ينعدم بالابرا فصار كحالها بعد الابرا وقبله سوا • الا ترى انه باستيفا الدين لا يخرج من ان يكون مضمونا
وان انعدم الدين بالاستيفا كما ينعدم بالابرا • والدليل على ان قيام الدين ليس بشرط لوجوب الضمان بالقبض في باب الرهن انه لو رهن عينا
عند انسان ثم تصادقا ان لا دين عليه ثم هلك الرهن هلك مضمونا لان قيام الدين ظهر انعدامه بالتصادق وبقي وان انعدم بالابرا
وكذلك لو قبضه ليقرضه فهلك قبل الاقراض هلك مضمونا • ولهذا قال لو اعطى رهنا مكان الرهن الاول ولم يقبض الاول حتى هلك
كان مضمونا • لان القبض الموجب للضمان باق • ولنا انه يمارس في المسئلة احدهما انه فات المضمون به فلا يبقى الضمان وهذا ظاهر لان الضمان
لا يتصور بدون المضمون به لانه وصف للدين ولا قيام للوصف بدون الموصوف وقد فات المضمون به بالابرا فان المضمون به
هو الدين • لان عندنا الرهن مضمون بالدين لانه عقد استيفا [illegible] • ووجه اخر انه بالابرا يجعل حكما هو برضا ان يثبت
مع ثبوته لكن يقضي ديانة فلا • او ابرات المراة زوجها عن صداقها قبل الدخول ثم طلقها الزوج قبل الدخول فانه لا يرجع الزوج عليها
بشي وهذا الكلام ظاهر الابرا ايضا لان حكم الشي استوفى مرة لا يستوفى ثانيا • قلنا انه استيفا لان حكم هذا السبب عند الهلاك
سقوط الدين عن ذمته وهو ليس بسقوط مقصود بل بتسليم القبض السابق لانه انما يسقط الدين حكما للاستيفا وانما يثبت ذلك
من وقت القبض فيثبت السقوط من وقت القبض فصار اسقاطه الدين ابطالا للحكم المستحق عليه فلا يستوفى ثانيا كذا في شرح الكافي • والجواب
عن فصل التصادق انه ان كان بعد هلاك العين وقد وقع مضمونا وتقرر حكمه الهلاك لا يتغير بالتصادق لانه انما يتغير بالتصادق حكم قابل
للتغير والهلاك لا يقبل التغيير • ولو كان في حالة القيام اختلف المشايخ في ذلك • قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
والصحيح انه لا يضمن لما قلنا من فوت المضمون به ولو منعه المرتهن حتى مات ضمن قيمته لان الامانة تضمن بالمنع **قوله** او بجهته عند
توهم الوجود كما في الدين الموعود • اي الرهن مضمون بجهة الدين عند توهم وجود الدين كما اذا قبض الرهن ليقرضه فهلك قبل الاقراض
هلك مضمونا **قوله** وكذا اذا ارتهنت المراة رهنا بالصداق فابراته او وهبته او ارتدت قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها
ثم هلك الرهن في يدها هلك بغير شي في هذا كله • قال الكرخي في مختصره وكذلك امراة اخذت رهنا بصداقها ثم طلقها زوجها
قبل ان يدخل بها وهلك الرهن في يدها فلا ضمان عليها في نصف الصداق الذي سقط بالطلاق وذهب الرهن بما بقي من الصداق وهو
وكذلك لو ارتدت قبل الدخول ثم هلك الرهن في يدها لم يكن عليها ضمان الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وذلك لان الصداق يسقط
بنصفه على وجه لا يتعلق برضاها فصار كسقوطه بالبراة • وقال في شرح الكافي وكذلك لو اختلعت منه قبل ان يدخل بها ثم تمنعه حتى
هلك وقد ابراته من الصداق • ولو منعته نفسها بعد الاختلاع لانها منعت ولم يبق لها حق المنع • وقال الكرخي في مختصره فان تزوجها
على غير صداق مسمى واخذت منه بمهر مثلها ثم طلقها قبل ان يدخل بها بطل مهر المثل ووجبت المتعة ولم يبطل ان تحبس الرهن بالمتعة
عند ابي حنيفة وابي يوسف في قوله الاخر • وان هلك الرهن في يدها ولم تمنعه بالمتعة هلك بغير شي ووجبت على الزوج
المتعة • وقال محمد استحسن ان تحبس الرهن بالمتعة • فان هلك الرهن في يدها هلك بالمتعة الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال
القدوري في شرحه وجه القياس وهو قول ابي يوسف الاخر ولم يذكر قول ابي حنيفة في الاصل وانما ذكره ابو الحسن ان المتعة
وجبت بدلا عن مهر المثل ولا جزء فيه بدلا لانهما جميعا بدل عن البضع فلا يكون احدهما بدلا عن الاخر واحدهما من جنس الاثمان
والاخر من جنس الثياب يعني المتعة فلا يكون جزا والرهن بالدين لا يكون رهنا بدين اخر كما ذكرت لم يبدل عن الاول
والاخر منه • وليس كذلك الرهن بالمسلم فيه اذا تفاسخا انه يكون رهنا براس المال استحسانا • لان راس المال بدل عن المسلم فيه
فالرهن بالمبدل يكون رهنا بالبدل كمن اخذ رهنا بالعين المغصوبة فتلفت صار رهنا بقيمتها ولان الرهن بمهر المثل • الا ترى
ان الرهن بالمسلم فيه لما صار رهنا براس المال هلك بالمسلم فيه الذي اوجبه القبض • فلما لم يجعله هالكا بمهر المثل دل على انه لم يكن مضمونا
ولمحمد وهو قول ابي يوسف الاول ان الرهن مقبوض بموجب العقد وموجب العقد مهر المثل قبل الطلاق والمتعة بعده فكان رهنا
بكل واحد منهما • الا ترى ان الرهن بالمسلم فيه رهن بموجب العقد وتارة يكون ذلك المسلم فيه وتارة راس المال • واما جعله
هالكا بالمتعة ولم يجعله هالكا بمهر المثل لان مهر المثل سقط بسبب لا يوجب الضمان فلم يجز ان يصير الرهن مضمونا وليس كالرهن بالمسلم
فيه اذا هلك بعد الاقالة انه يكون هالكا بالمسلم فيه لانه سقط بالاقالة وهو سبب موجب للضمان والله اعلم **قوله** ولو استوفى المرتهن
الدين بايفا الراهن او بايفا متطوع ثم هلك الرهن في يده هلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه

الدين او المتطوع • بخلاف الابرا • يعني في صورة الابرا يهلك بغير شي وقد مر قبل هذا • وقال في شرح المبسوط من الشامل بعض المرتهن حقه ثم هلك الرهن ولم يمنعه من قبضه وقيمته مثل الذي عليه رد ما قبض لانه استوفى الدين مرتين فيرد احدهما • وقال في شرح الطحاوي ولو هلك الرهن في يد المرتهن بعد استيفا الدين رد ما استوفى اذا كان سقوط الدين عن الراهن بغير عوض • فاذا اهلك في يد من هلك امانة استحسانا وما لو لم يهلك يمانيه كما لو استوفى • وقال في الشامل ايضا تبرع اجنبي دين المرتهن تطوعا ثم هلك الرهن يرد المال على المتطوع لان المتطوع يتولى ادائه بدلا عما كنت تستوفيه عند هلاك الرهن وقد استوفيته فخرج من البدلية كذا في الشامل وفيه خلاف زفر • وكذا الخلاف فيما اذا تطوع باداء مهر امراة غيره ثم طلقها الزوج قبل الدخول فانه يرجع المتطوع عليها بنصف ذلك • وعند زفر يرجع الزوج عليها بذلك • وعلى هذا لو اشترى عبدا او تطوع رجل باداء ثمنه ثم رد العبد بعيب يرجع المتطوع على البايع بالثمن وعنده ويرجع المشتري على البايع بالثمن • لان المتطوع قضى عن هولا قضا لكفالة اهوكه لا رضا وكالوكيل بامرهم • ولنا انه لو هلك لم يملكه الموكل عنه وبين ان المتطوع ادى دينا غير واجب فيجب الرد عليه • بخلاف ما اذا ادى بامرهم لانه يرجع عليهم بما ادى فيكون بالضمان كذا في المختلف **قوله** وجه الفرق ان بين هلاك الرهن بعد استيفا الدين حيث يهلك بالدين وبين هلاكه بعد الابرا حيث يهلك بغير شي ان بالابرا يسقط الدين اصلا ولا يبقى الضمان لفوات انعدام المعنى به وهو الدين وبالاستيفا لا يسقط الدين اصلا لقيام الموجب للضمان وهو قبض الرهن ولكن مع هذا يتعذر استيفا المرتهن لانه لا فايدة فيه • لانه اذا استوفى ثانيا بطل الثانية الراهن بمثله • ثم لما كان الموجب قائما بعد استيفا الدين يصير بالاستيفا الاول وهو استيفا الحكمي اسنادا حكم الاستيفا الى وقت قبض الرهن فينتقض الاستيفا الثاني وهو الاستيفا الحقيقي **قوله** وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين معطوف على قوله ولو استوفى المرتهن الدين لما قوله ويجب عليه رد ما استوفى • يعني اذا اشترى المرتهن بالدين عينا من الراهن سقط الدين عن الراهن بطريق المقاصة ويجب على المرتهن رد الرهن على الراهن • فلو هلك قبل ان يرده يجب عليه رد قيمته • وكذا اذا صالح المرتهن مع الراهن عن الدين على عين يجب عليه رد الرهن ان كان قايما وقيمته ان هلك بعد الصلح **قوله** لانه استيفاء اي لان الصلح عن الدين على العين استيفا الدين **قوله** وكذا اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين • قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو احال الراهن المرتهن بالمال على اخر ثم مات العبد قبل ان يرده فهو بما فيه وبطلت الحوالة • وذلك لان البراءة بطريق الحوالة بمنزلة البراءة بطريق الاداء على معنى انه يعقد الحوالة يزول عن ملكه مثل ما احاله • لانه كان له على المحال عليه دين يصير ذلك للمحال عليه عند ادا الدين او يرجع بمثله عليه ان لم يكن عليه دين وقد صار عنده كالوكيل • اعني ان المحال عليه بمنزلة الوكيل عن المحيل فثبت ان هذا براءة وقعت بطريق الادا فلا يخرج الرهن من ان يكون مضمونا فاذا هلك بالدين بطلت الحوالة لانه يستند حكم الاستيفا عند الهلاك الى القبض السابق فتبين انه احاله بالدين ولا دين **قوله** او لا يرجع عطف على قوله ما كان اي يزول عن ملك المحيل ايضا مثل ما يرجع المحال عليه على المحيل ان لم يكن للمحيل على المحال عليه دين **قوله** وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق وعلى قيامه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو ارتهن عبدا بالف درهم فيساويها ثم تصادقا انه لم يكن له عليه شي وقد مات العبد فعلى المرتهن ان يرد عليه الف درهم • قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرحه الذي هو مبسوط وذلك لانه قبضه على ظاهر الدين فلا يكون دون المقبوض على سوم الدين مضمون عليه حقيقة باسا وحده ولم يحققه فكذا المقبوض على ظاهر الدين قال هذا اذا تصادقا بعد هلاك الرهن • اما اذا تصادقا قبل هلاك الرهن ثم هلك الرهن اختلفوا فيما يخاف ذلك والصواب انه لا يهلك مضمونا عليه • لانهما اذا تصادقا فقد ان لا دين عليه فقد عيناه عن صفة الرهن حيث ابطلا المعنى الذي به صار مضمونا وهو قابل للتغيير قبل الهلاك فصار كالابرا من الدين • وقد ذكرنا ان الابرا يخرجه من ان يكون مضمونا بالقبض فهذا كذلك **قوله** بخلاف الابرا متصل بقوله يهلك بالدين • يعني ان المرتهن اذا ابرا الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يده هلك بغير شي وقد مر بيانه

كتاب الجنايات

مناسبة الجناية بالرهن

من حيث الحكم لان حكم الرهن هو صيانة الدين عن التوي والتلف بواسطة الرهن فكذا حكم الجناية صيانة النفس عن هلاكها الاترى الى قوله تعالى ولكم في القصاص حياة • ولكن تقدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة لانها عبارة عما ليس للانسان فعله وكل ما لا يجوز فعله اذا فعل يسمى جناية شرعا ووقع على النفس وعلى المال الا انه اختص هذا الاسم عرف اهل الشرع بما وقع على الانفس • ويسمى جناية وما وقع على المال غصبا والدوان عبر في تخصيص الاسامي وانما قدم كتاب الجنايات على كتاب الديات لان الجناية سبب الدية والحكم يعقبه لا محالة وقدم في الاصل كتاب الديات على كتاب الجنايات وكذلك فعل الكرخي في مختصره لانه اراد ان يبين احكام الجنايات والحكم هو المقصود من السبب **قوله** قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطا وما اجري مجرى الخطا والقتل بسبب • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه • فالعمد ما تعمد به ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح في تفريق الاجزا كالمحدد من الحجر والخشب والنار وبيان كل ذلك يجي بعد هذا في المتن • قال صاحب الهداية والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام • يعني ان المراد من القتل ما اذا وجد ترتب عليه حكم كالقصاص والدية والكفارة وحرمان الارث • وانما قيد بهذا لان القتل قد يوجد اكثر مما ذكر ولا يترتب عليه شي من الاحكام المذكورة كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل صلبا كما في قطاع الطريق • وقتل الحربي ثم القتل عبارة عن ازهاق الروح بفعل شخص وان كان ازهاق الروح بلا فعل مخلوق يسمى ذلك موتا قد قال في الاصل ان القتل على ثلاثة اوجه عمد وشبه عمد وخطا • ونقل الشيخ ابو جعفر الطحاوي

في مختصره والشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره هذه العبارة • وقال القدوري في شرحه وقال ابو بكر الرازي يقول القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطا وما اجري مجرى الخطا • ونوع ليس بعمد ولا خطا ولا اجري مجرى الخطا وتبعه القدوري في مختصره على خمسة وصاحب النافع قال القتل على اربعة اوجه عمد وشبه عمد وخطا والقتل بالسبب ولم يذكر ما اجري مجرى الخطا لانه يعد له نوعا **قوله** قال فالعمد ما تعمد فيه ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان المراد من العمد القصد الى القتل وهو ازهاق الحياة وهي غير محسوسة لا يمكن فيها الاحد لياتها لكونها باطنا فاقيم القصد الظاهر بدليل الالة وهو استعمال الالة الجارحة القاتلة في الظاهر والباطن عادة مقامها بين عند ذلك كونه متعمدا القتل • قال في شرح الطحاوي فالعمد ما تعمد قتله بالحديد كالسكين والسيف او ما كان من الحديد سواء كان له حد يبضع بضعا او لم يكن له حد ولكن يرض رضا كالعمود وسنجات الميزان وغيرها او طعن بالرمح او بالابرة او بالاشفى فبعد ان يقع عليه اسم الحديد سواء كان الغالب منه الهلاك او لم يكن • لان الحديد منصوص عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وفي رواية لا قود الا بالسلاح • وفي رواية لا قود الا بالحديد والمنصوص عليه لا يعتبر فيه المعنى وكذلك ما كان من جنس الحديد مثل الصفر والرصاص والذهب والفضة والنحاس والانك سواء قتله بضعا او رضا وما كان من غير جنس الحديد ان عمل عمل الحديد فهو عمد والا فلا اذا احرقه بالنار فهو عمد لانها تعمل عمله لانها تشق الجلد • وكذلك ما له حد يعمل عمل الحديد السيف كالزجاج وليطة القصب وحجر له حد ما يبضع بضعا او بطعن غشت له حدها يخرج فهو عمد يعمل عمل الحديد ثم تعد الى هنا لفظ شرح الطحاوي • وقال فخر الدين قاضي خان في فتاواه وفي ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس ونحوه لا يشترط الجرح لوجوب القصاص • وقال في الاجناس ذكر في الشروط الكبير لابي جعفر الطحاوي انه لا قصاص في العود من الحديد لانه لا يجرحه **قوله** وموجب ذلك الماثم هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه والقود الا ان يعفو الاولياء ولا كفارة فيه الى هنا لفظ المختصر • اما وجوب الاثم القتل العمد فلقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها • قال صاحب الهداية وقد نطق به غير واحد من السنة • بيانه فيما حدث في الصحيح البخاري والسنن مسندا الى عمرو بن شرحبيل عن قال قال عبد الله قال رجل يا رسول الله اي الذنب اكبر عند الله قال ان تدعو لله ندا وهو خلقك قال ثم اي قال ان تقتل ولدك خشية ان يطعم معك قال ثم اي قال ان تزاني حليلة جارك فانزل الله تصديقها والذين لا يدعون مع الله الها اخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون الاية وحديث البخاري باسناده الى عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ترجعوا بعدي كفارا يضرب بعضكم رقاب بعض • وحديث البخاري ايضا باسناده الى عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لن يزال المومن في فسحة من دينه ما لم يصب دما حراما • وحديث البخاري ايضا باسناده الى عمر انه قال ان من ورطات الامور التي لا مخرج لمن اوقع نفسه فيها سفك الدم الحرام بغير حله • واما وجوب القصاص فلقوله تعالى يا ايها الذين امنوا كتب عليكم القصاص • كتب على الذين من قبلكم • ولقوله تعالى يا ايها الذين كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالى ولكم في القصاص حياة • وشرايع من قبلنا تلزمنا على انه شريعة رسولنا ما لم يثبت نسخها • وقال تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا اي السلطان التسليط لاقه قوله تعالى فلا يسرف في القتل • وانما قيدناه بالعمد وان كانت النصوص مطلقة لان القصاص عقوبة محضة فيجب ان يكون سببها ايضا جناية محضة وهو العمد • وهذا لان الخطا فيه معنى الاباحة • او لقوله عليه السلام العمد قود اي حكم العمد قود **قوله** لا شرع فيها دون ذلك اي لا شرع ثابت للعقوبة الساهية دون الجناية المتكاملة وتكامل الجناية بالعمد لا الخطا **قوله** الا ان يعفو الاوليا او يصالحوا استثنا من قوله وموجب ذلك الماثم والقود • يعني ان حكم العمد الاثم والقصاص الا اذا اعفا اولياء القتيل عن القصاص او صالحوا على مال فحينئذ يسقط القصاص لان الحق لهم فلهم ان يتصرفوا فيه عفوا او صلحا • والاصل فيه قوله تعالى فمن عفي له من اخيه شي فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان • اختلف في تاويل قوله فمن قال بعضهم من كناية عن القاتل • وكذلك قوله عفي له اي عفي عنه اذا عفى الولي عن القاتل فليتبع اخذ الدية بالمعروف ويؤدي القاتل اليه الدية باحسان وقوله فاتباع بالمعروف واداء مصدر بمعنى الامر فليتبع وليؤد كقوله تعالى فضرب الرقاب بمعنى فاضربوا الرقاب وقد تعلق الشافعي رحمه الله بهذا التاويل واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في رجل اصيب في قاتل اخيه فقال اعف عنه فقال لا فقال اتاخذ الدية قال لا فقال اتقتله قال نعم ولو كان غير حتمه لم يعرض عليه • ومنه عليه السلام في القتيل من حين بين قتل واخذ الدية • وقال بعضهم تاويل قوله فمن عفي له من اخيه شي هو الولي دون القاتل لانه قال فمن عفي له والقاتل هو المعفو عنه فاما المعفو له هو الولي لانه قال فاتباع بالمعروف اي ليتبع • وهذا انه داخل تحت كلمة من والقاتل لا يتبع احدا بل هو المتبع وانما الولي يتبع قد تعلق ان المراد من الداخل تحت كلمة من هو الولي معناه من بدل له واعطي من اخيه شي بطريق الفضل والسهولة فاتباع بالمعروف ويجوز ان استعمال لفظ العفو بمعنى البذل والاعطا لغة على ما قيل خذ ما اتاك عفوا صفوا اي فضلا وهكذا عن ابن عباس في تاويل قوله فمن عفي له اعطي • قال الامام ابو منصور الماتريدي وهذا التاويل هو الصحيح عندنا والواجب هو القود بطريق التعيين في قتل العمد فان صدر الاية يدل عليه وهو قوله تعالى كتب عليكم القصاص اخبر ان المكتوب والمحكوم عليه هو القصاص فمن كان له الخيار بين القصاص والعفو واخذ الدية من القاتل شيا او بل لم يكن القصاص مكتوبا عليه انما المكتوب عليه احدهما كما في كفارة اليمين ولذلك لا يقال ان المكتوب عليه هو الاعتاق بل احد الثلاثة فلما قال القصاص دل على ان اخذ الدية كالخلف عنه • ولقوله عليه السلام العمد قود الا ان يعفو • وعند الاوزاعي والمقادات نقل ابن اثير هم وهذا يقتضي ان لا يجوز الاخذ الا عن تراض واصلاح منهما جميعا كذا في شرح التاويلات • وقوله تعالى ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فيه اباحة العفو او اخذ اخذ المال بطريق الصلح • بخلاف ما هو في حكم التوراة والانجيل فانه قيل كان في التوراة القتل لا غير • وفي الانجيل العفو بغير بدل • ويحتمل ان كان العفو في التوراة مشروعا والقتل مشروعا فاعلمنا ذلك باخبار الله تعالى في كتابنا بقوله وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس الاية قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له • اي من عفا دل ان العفو كان مشروعا في التوراة • ويحتمل ان الامر كان قبل ان العفو فيها غير مشروع ويكون قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس اخبارا ان القود شرع لنا ولغيرنا ثم الاخبار الى قوله تعالى والجروح قصاص ويكون قوله

تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له . بيان ابتدا الشرع العمد في شريعتنا عمل المنصوص عليه بما نقل الاخبار عن شريعتهم والله اعلم كذا في شرح التاويلات

ثم انما يجب القصاص في العمد اذا كان القاتل من اهل العقوبات بكونه عاقلا بالغا مختارا مسلما كان او كافرا ذكرا كان او انثى حرا كان او عبدا او والمقتول معصوم الدم عصمة ابدية وليس بينهما شبهة ملك ولا شبهة الولادة اي لا يكون ولده وان سفل وان لا يكون مملوكه فانه يجب على القاتل القصاص ويقتص بالسيف ولا يقتل بما قتله لان المماثلة في القصاص ليس بشرط عندنا وعند الشافعي رحمه الله يقتل بما قتل كذا في شرح الطحاوي . ويلزمه ايضا حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل . وقال عبيدة السلماني لا ميراث لقاتل بعد صاحب الشرع قوله ثم هو واجب عندنا اي وجوب القصاص عينا قوله لا اي لا المال قوله بدون العمد قوله وهو احد قولي الشافعي رحمه الله . اي وجوب القصاص عينا قوله ثابت بالكتاب اراد به قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وسيأتي من قبل هذا قوله ودونها رضاه اي رضا القاتل قوله ما نقل من الكتاب قوله وفيه مصلحة الاحيا زجرا وجبرا . اي في القصاص مصلحة الاحيا زجرا واستيفا لما ثبت من السنة اراد بها قوله عليه السلام العمد قود . وكذا في استيفائه لانه لولم يقتص منه تعالى ولكم في القصاص حياة اي شرعة بلم نفس المقتول لان القاتل يمتنع عن القتل وهو ما عن القصاص . وكذا في استيفائه لانه لو لم يقتص منه ربما يقتل اولياء القتيل ابضا فجزئه ان يقتلوه . فاذا استوفى القصاص فلم ابتهم . والحاصل ان القصاص من شرع جبر الجنايات وانه يقتضي المماثلة ولا مماثلة بين الادمي والمال فلا يتحقق معنى الجبر بالمال ولكن خالف الخطاب لما لم يجب القصاص لشبهة الاباحة في الفعل ورد الشرع بايجاب المال قوله ولا يتعين بعدم قصد الولي بعد اخذ المال لتطيبا لامر الدم وصونا عن الهدر ولم يدل ذلك على ان المال اصل قبل القصاص . يعني يجوز ان ياخذ الولي المال من القاتل بغير رضاه ثم يقتله . وهذا جواب عما قال اي يتعدم قصد الولي بقتل القاتل بعدما اخذ الدية قوله ولا كفارة فيه اي في العمد . وهذا عندنا وقال الشافعي تجب الكفارة فيه قياسا على الخطا الشافعي ان المال يعبر به عما الهلاك . ولان التكفير للتطهير عن اجمع ان في الشرع كان حق الشرع وحق العبد فما لا وجبا من الكفارة والثاني حق من الدية او القصاص . ولنا ان القتل كبيرة محضة صرح الذنب والحاجة الى التطهير في العمد اكثر من الحاجة اليه في الخطا فكان العمد احق بايجاب التكفير . ولنا ان القتل كبيرة محضة الذي ذكرناه في اول كتاب الجنايات والكبيرة المحضة التي ليس فيها معنى الاباحة لا تصلح ان تكون سببا للكفارة التي فيها معنى العبادة لان هو الاعتاق والصوم عبادة بخلاف الخطا فان فيه معنى الاباحة ولان الحظر او في جانب من العمد لا محالة . والشيء اذا كان رافعا للادنى لا يلزم ان يكون رافعا للاعلى فلا تعتبر الكفارة في العمد . ولان الله عز وجل ذكر العمد وحكمه والخطا وحكمه وبين الكفارة في احدهما دون الاخر . فلو كانت واجبة في العمد كوجوبها في الخطا لبينها ولا يجوز ان يقال اكتفي بذكرها في الخطا لان الله تعالى ذكر انواع القتل الموجب للكفارة وكرر الكفارة في كل قتل فذكر قتل المؤمن في دار الاسلام والمعاهد والمسلم في دار الحرب ولم يكتف بذكر الكفارة في بعض المواضع عن البعض . فلو كانت واجبة في العمد لم يكتف بذكرها في الخطا بيانه في قوله تعالى وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا الا خطا ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما . ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه واعد له عذابا عظيما . وقوله تعالى وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا اي ابتدا غير قصاص الاخطا . اي بان وجد الخطا ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة . اي فعليه اعتاق رقبة مسلم ذكرا كان او انثى كفارة لذلك حقا لله عز وجل ودية مسلمة الى اهله . اي مؤداة الى اوليا القتيل وهو ورثته الا ان يصدقوا . اي الا ان يتصدقوا عليه بالدية ومعناه العفو . فان كان من قوم عدو لكم اي ان كان المقتول من قوم اعدا لكم والعدو جمع كقوله تعالى هم العدو وتحرير رقبة مؤمنة يعني اذا اسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم فلا قصاص فيه ولا دية وفيه الكفارة لا غير والشافعي حمل الاية على مؤمن اختلط باهل الحرب فرمى المسلم اهل الحرب فاصابه ولم يعرفه . لانه لاختلاطه باهل الحرب اسقط حق نفسه . قال صاحب التيسير هذا الاسم لا يتناوله من قوم عدو لكم وذلك لا يكون منهم بل يكون فيهم فالمحل الصحيح ما قلنا وهو قول المفسرين . وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق . اي ان كان المقتول ذميا فحكمه حكم المسلمين يجب فيه الدية والكفارة . لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله فمن لم يجد اي الرقبة المؤمنة فصيام شهرين متتابعين . اي فعليه ذلك بدلا عن التحرير توبة من الله اي قبولا من الله ورحمة منه من تاب الله عليه اذا قبل توبته يعني شرع ذلك توبة منه او نقل الحكم من الرقبة الى الصوم توبة منه وكان الله عليما اي عالما بالقاتل انه كان عامدا او مخطيا وعالما بحكمته في التوبة او الامر حكيما في شرع هذه الاحكام . ومن يقتل مؤمنا متعمدا اي قاصدا قتله لايمانه وهو كفر ويقال اي مستحلا لقتله وهو كفر ايضا فجزاؤه جهنم اي جزاؤه بها . اشارة الى ان الكفارة لا تجب فيه لانه تعالى جعل جزاؤه جهنم لا غير . لا يقال يلزمكم وجوب القصاص لانا نقول ذلك عرف بآية اخرى وهي قوله تعالى كتب عليكم القصاص لانه لما تعلق بقتل الخطا فلا يجب في قتل العمد كالدية وغضب الله عليه اي انتقم منه . فان قيل الدية بدل عن النفس والقصاص بدل عنها ايضا ولا يجوز اجتماع بدلين عن مبدل واحد والكفارة ليست بدل عن النفس فيجوز اجتماعها مع القصاص كما يجوز مع الدية . قلنا يشكل هذا الاصل بالجماعة اذا قتلوا واحدا الدية عند ابطال واحد بدلا عنه فقد اجتمع ابدال عن مبدل واحد . وفي مسلكنا وان لم تكن الكفارة بدلا عن النفس الا ان احدهما ينافي الاخر لان القصاص يسقط مع الشبهة والكفارة تثبت مع الشبهة ولا يجوز اجتماع المتنافيين كالمهر والحد في المطاوعة . قالوا ادمي محقون فيتعلق به الكفارة كقتل الخطا قلنا يبطل بما اذا قتل من عليه القصاص فانه قتل ادمي محقون ولا يجب به الكفارة بدليل انه محقون هو انه قتل بقتل ثم قتل وعوض عنه كالمسلم مع الشبهة قالوا قتل يوجب حرمان الميراث فيتعلق به الكفارة كالخطا . قلنا انما اوجب حرمان الميراث لاستعجاله ما اخره الله تعالى . والكفارة تجب لتعظيم المانع والمانع في الخطا اقل وفي العمد اعظم فلا يجعل كفارة الخطا تطهيرا للعمد . قالوا كل قتل يجب به الكفارة اذا كان خطا يجب به الكفارة اذا كان عمدا كقتل الصيد . قلنا في الاصل لا يودي الى اجماع المتنافيين وهو اجتماع ما يثبت مع الشبهة وما يسقط مع الشبهة . والفرع فانه يودي اليه فلذلك لم يصح قياسنا قوله قال وشبه العمد عند ابي حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا اجري مجرى السلاح

قال القدوري في مختصره وتمامه فيه . وقال ابو يوسف ومحمد اذا ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة فهو عمد . وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل بمثله غالبا الى هنا لفظ المختصر . وقال الكرخي قال محمد في كتاب الاصل شبه العمد ما تعمد ضربه بالعصا او السوط او الحجر او اليد وروي الحسن عن ابي حنيفة في رجل ضرب رجلا بعصا فقتله ان ذلك شبه العمد . وكذلك لو رماه بحجر فشجه . وكذلك لو ضربه بحجر او عود . وكذلك لو ...ن او زاحاه فمات من وجاه او عصه فمات من عصته فكذلك كله شبه العمد . قال ابو الحسن وتغلظ الدية في شبه العمد في الابل اذا فرض الدية بها . فاما غير الابل فلا تغليظ فيها الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله . وقال القدوري في شرحه واما شبه العمد فعند ابي حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزا . وقال ابو يوسف ومحمد ان يتعمد الضرب بالة لا تقتل مثلها في الغالب وهو قول الشافعي رحمه الله . وقال في شرح الطحاوي واما شبه العمد فهو ان يضرب بما الغالب فيه الهلاك كدق القصار والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحو ذلك فانه قتله به فهو شبه العمد عند ابي حنيفة وعندهما هو عمد . فاما اذا تعمد فقتله بعصا صغيرة او بحجر صغير او لطمة مما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحو هذا شبه العمد بالاجماع . واذا تابع الضرب حتى مات فهو شبه العمد عند ابي حنيفة وعندهما هو عمد الى هنا لفظ شرح الطحاوي . وسمي شبه العمد لانه عمد من وجه وخطا من وجه لانه قصد بفعله الضرب دون القتل . لان الاله ليست بصالحة له فيشبه خطا العمد اما بوجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ما روي في السنن مسندا الى عبد الله بن عمر . قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة الا ان دية الخطا شبه العمد ما كان بالسوط والعصا فيها مائة من الابل منها اربعون في بطونها اولادها ولم يفصل بين العصا الصغيرة والكبيرة . وروي عن علي ابن ابي طالب انه قال في شبه العمد الحذفة بالعصا والقذفة بالحجر . ولانه قتل بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزا كالعصا الصغيرة ولا يجب القصاص في شبه العمد لانه ليس بجناية محضة لانه من حيث انه ضرب مباح في الجملة لان الضرب على سبيل التاديب والرياضة مشروع في الجملة . ولانه آلة لا تجوز الذكاة بها فلا يجب القصاص بها كالسوط ولا يلزم اذا احرقه بالنار . لان النار تقع بها الذكاة . ولو حلت على موضع الذبح فقطعت الحلقوم والاوداج حل الاكل . ذكره القدوري في شرحه وجه قولهما ما روي في الصحيح للبخاري مسندا الى انس بن مالك قال خرجت جارية عليها اوضاح بالمدينة فرماها يهودي بحجر قال فجي بها النبي صلى الله عليه وسلم وبها رمق فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلان قتلك فرفعت راسها فاعاد عليها قال فلان قتلك فرفعت راسها فقال لها في الثالثة فلان قتلك فخفضت راسها فدعا به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقتله بين الحجرين . ولانه قصد الى القتل بالة يقتل مثلها في العادة فيتعلق به القصاص كالحديد قوله ثم موجب ذلك على القولين الاثم . اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه والكفارة ولا قود فيه وفيه الدية المغلظة على العاقلة . اما الاثم فلانه قصد الضرب بغير حق وهو ممنوع عنه فيتعلق به الاثم فقصد القتل او لم يقصد . واما وجوب الكفارة فلان الله تعالى اوجب الكفارة في الخطا بقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فدية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مؤمنة . وشبه العمد فيه الخطا بالنظر الى الالة فيدخل تحت النص . واما عدم وجوب القصاص فلان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب فيه الدية لا القصاص ولانه لما كان خطا من وجه وعمدا من وجه كان ذلك شبهة في سقوط القصاص فسقط لان القصاص عقوبة متماثلة فيجب ان يكون سببه جناية متكاملة واما وجوب الدية المغلظة فلقوله عليه السلام فيه مائة من الابل منها اربعون في بطونها اولادها . قال القدوري في شرحه وقد روي تغليظ الدية عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد وابي موسى الاشعري والمغيرة بن شعبة وان اختلفوا في كيفية التغليظ فصار ذلك ثابتا بالاجماع . ثم هذه الدية تجب على العاقلة . قال القدوري في شرحه وجملة هذا ان كل دية تتعلق وجوبها بالقتل فانها على العاقلة كدية الخطا وكل دية وجبت من غير خلاف . فانها في مال القاتل كما اوجب بالصلح . ولهذا كان الشيخ ابو الحسن الكرخي يقول ان من قتل ابنه عمدا فوجب عليه القود ثم سقط الى الدية . لان القتل لو اوجب الدية لكانت على عاقلته قال وقد قضى عمر بن الخطاب بالدية بحضرة الصحابة من غير خلاف وهذا الاختلاف فيه وما حكي عن الاصم انه قال لا يلزم الدية العاقلة لقوله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى قال وهذا ليس بصحيح . لان قوله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى المراد به في احكام الاخرة بدليل الاخبار الواردة بوجوب الدية على العاقلة ويكون ذلك عليهم في ثلاث سنين . وكذلك كل دية وجبت بنفس القتل . فاما اذا وجبت بالصلح فهي حالة والاصل في التاجيل ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين بحضرة الصحابة من غير نكير وقد قالوا ما لنا في لا اعرف في القتل الا العمد والخطا . فاما شبه العمد فلا اعرفه قال القدوري وهذا فاسد لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا . ولان الصحابة اتفقوا على تغليظ دية شبه العمد وان كانوا اختلفوا في كيفية التغليظ فدل انه نوع غير الخطا والعمد . ويجوز ان يجمع في الشي الواحد الخطا لانه لم يقصد القتل حيث ضرب بالة ليست بموضوعة للقتل فكان ذلك عمدا في القصد وخطا في الالة . قال القدوري وهذا الاسم انما عرف بالشريعة . فاما اهل اللغة فلا يعرفونه . وقال اصحابنا التغليظ لا يكون الا في الابل دون غيرها . لان التقادير تمنع من التغليظ . لان تعمد الاتلاف وخطاه في باب الغرم سوا . وان كان التقادير في الدية من الابل فغلظوا بالجنس ما سواه على اهل التقادير قوله لا يتغير حدث من بعد ايب من بعد القتل وهو احتراز عن وجوب الدية بالصلح فانها تجب ... وعن وجوب الدية باقرار القاتل خطا بعد قتله عمدا فان الدية في هذه الصور لم تجب ابتدا بل وجبت بمعنى حادث بعد وجوب القصاص فلا جرم لم تجب على العاقلة بل وجبت في مال القاتل قوله ومن صفة التغليظ اي في اول كتاب الديات قوله ويتعلق به حرمان الميراث اي بشبه العمد . وذلك لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل . ولانه تعمد الضرب ولا يؤمن ان يكون تعمد القتل قوله فالحجة عليه ما اسلفنا اراد به قوله عليه السلام

الا ان فيه خطأ العمد فيقتل بالسوط والعصا وفيه ما فيه من الاثم **قوله** فالخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه
صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على
العاقلة • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا اثم فيه والخطأ ضد الصواب ويراد به الوقوع في الشيء من غير قصد اليه وذلك
الحق • قال في شرح الطحاوي ولنا قتل الخطأ هو ان يقصد مباحا فيصيب محظورا كما اذا رمى صيدا فاصاب انسانا او كما اذا رمى حربيا فاصاب
وهو لا يعلم او مرتدا فاسلم وهو لا يعلم باسلامه او الى رجل فاصاب غيره فهذا هو الخطأ • فاما اذا قصد به عضوا من شخص فاصاب عضوا
آخر من ذلك الشخص فهذا عمد كذا في شرح الطحاوي • وانما وجبت الكفارة بنص القرآن وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة
مؤمنة ولا قود فيه • لان الله تعالى لم يوجب فيه القصاص وانما اوجب الدية بقوله تعالى ودية مسلمة • وانما وجبت الدية على العاقلة
بلا سنة لما بينا ان كل دية تجب على القاتل ابتداء لا بمعنى يحدث فانها على العاقلة وبذلك قضى عمر رضي الله عنه بحضرة الصحابة من غير نكير
والى هذا اشار في المتن بقوله لما بينا **قوله** ولا اثم فيه اي في الخطأ • قال صاحب الهداية يعني في الوجهين اي في وجهي الخطأ
وهما الخطأ في القصد والخطأ في الفعل • والمراد بنفي الاثم قوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه • والمراد
منه اثم القتل العمد • الا ترى انه ارتكب المحظور والتثبت في قتل الخطأ لانه لو لم يكن محظورا لم يجب فيه شيء من الكفارة والدية • لان
فاعل المباح لا يلزمه شيء وقد وجبت عليه الكفارة وهي لنفطية الاثم فلو لم يكن محظورا كان مباحا فلم يجب فيه شيء • والحاصل ان اصل الرمي
مباح وترك التثبت فيه محظور فصار جناية فصلحت سببا للعقوبة القاصرة وهي الكفارة المترددة بين العبادة والعقوبة • وهذا
معنى قوله لان شرع الكفارة يؤذن باعتبار وهذا المعنى له معنى ترك العزيمة والمبالغة في التثبت **قوله** ويحرم عن الميراث اي
يحرم القاتل عن الميراث • وذلك لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لا ميراث لقاتل ولانه لا يؤمن ان يكون قاصدا في الباطن
القتل واظهر الخطأ فلا جرم يحرم الميراث **قوله** فاما ما اجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ
واما القتل بسبب فهو كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف به ادمي الدية على العاقلة • اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه ولا كفارة فيه • قال القدوري في شرحه واما النوع الذي اجري مجرى الخطأ فهو النائم اذا انقلب فوقع على انسان فقتله لان
النائم لا قصد له ولا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطأ الا انه كالخطأ في الاحكام لان المتولد من فعله فهو كالميت بفعله فيجب عليه الكفارة
وعلى عاقلته الدية ولا قود عليه لانه ادون من الخطأ ويحرم الميراث لانه لا يؤمن ان يكون قصد ذلك في الباطن • واما النوع الخامس
فهو حافر البئر وواضع الحجر لانه ليس بمباشر للقتل ولا محل فيه • الا ترى ان القاتل من اوقع الفعل في المقتول او بما يتصل به وذلك
غير موجود في الحافر • وانما اوجبوا على عاقلته الدية لانه تعدى في الحفر ولا اثم عليه بالموت وانما الاثم بالحفر ولا كفارة عليه ولا
يحرم الميراث عندنا لانه غير متهم • الا ترى انه لا يعلم ان مورثه يقع في البئر **قوله** ولا يتعلق به حرمان الميراث اي بالقتل
بسبب • وقال الشافعي رحمه الله يلحق بالخطأ في احكامه • اي يلحق القتل بسبب بالقتل الخطأ حتى يجب الكفارة وحرمان الميراث
وذلك لان الكفارة تجب بالقتل وقد وجد بدليل ايجاب الضمان عليه وانزال الشرع اياه قاتلا • ولنا ان الكفارة تجب بالقتل والحافر
البئر ليس بقاتل • الا ترى انه لا يجوز ان يكون قاتلا بالحفر ولا مقتول هناك • ولا يجوز ان يكون قاتلا بالوقوع لانه قد يقع في البئر
بعد موت الحافر ويستحيل ان يكون قاتلا بعد موته • ولان الكفارة تجب جزاء على الفعل المحظور لا بدلا عن المحل • الا ترى انها تتعدد
بتعدد الفاعلين وان اتحد المحل والشرع اوجب الكفارة بفعل هو مباشرة والتسبب دونها فتعذر الالحاق • وانما يحرم الميراث
ان كان يرث الجاني عليه لانه ليس بقاتل • وحرمان الميراث يتعلق بالقتل • ولان حرمان الميراث يثبت على وجه العقوبة لمن تعمد القتل
او اجاز ان يكون تعمد في الباطن • وهذا المعنى لا يوجد في حفر البئر • ولانه لو كان قاتلا لاستوى الحال فيه بين ايقاعه في ملكه وغير
ملكه كالجراحة والرمي • والدافع لا يعني منه لا يلزمهما كما اذا ثبت انه ليس بقاتل لا يتعلق به الكفارة وحرمان الميراث كالامساك
قوله وما يكون شبه العمد في النفس فهو عمد فيما سواها • اي فيما هو دون النفس • قال القدوري في مختصره وليس فيما دون
النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد وما جعلناه في النفس
شبه عمد فهو فيما دون النفس يوجب القصاص اذا كان مستطاع القصاص فيه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان ما دون النفس
لا يختص اتلافه بآلة دون آلة • وانما اعتبرت الآلة في النفس لان القتل يقصد بآلة دون آلة فلما استوت الآلات فيما دون النفس
اعتبر اتحاد الضرب فكان عمدا كذا في شرح القدوري

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

لما ذكر انواع القتل وهي خمسة ومن جملتها العمد وقد يوجب العمد القصاص وقد لا
يوجبه شرع في بيان ذلك **قوله** فالقصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا • اي قال القدوري
في مختصره اما اشتراط العمد لوجوب القصاص فلما مر من قوله عليه السلام العمد قود ولان الجناية بالعمد تتكامل فكان جزاؤها
متكاملا • واما اشتراط حقن الدم على التأبيد وهو معتمد من ان يقتل فهو احتراز عن الحربي فان قتله لا يوجب القصاص وان كان
عمدا لان عصمته ليست بابدية فثبتت شبهة الاباحة في قتله • والاصل في ثبوت القصاص الكتاب والسنة • قال الله عز وجل
ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا والسلطان القتل بدليل قوله تعالى فلا يسرف في القتل • وقال عز وجل وكتبنا
عليهم فيها ان النفس بالنفس • وقال تعالى يا ايها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى وقال النبي صلى الله عليه
وسلم العمد قود ولانه لما ورد قتل ابنه عمدا فكما لا تحل الكلي الذي ذكر فانه لا يوجب القصاص كما نقول لا يوجب ذلك القصاص
ايضا لكن سقط بحرمة الابوة وذلك عارض • والكلام في الاصول لا في العوارض • ولهذا كان الابن شهيدا وان كان يجب

الدية لانه اشتبه ما لا شبهة فيه صرح في شرح الطحاوي في كتاب الصلاة **قوله** قال ويقتل الحر بالحر والعبد بالعبد • اي قال
القدوري في مختصره قال ابو الحسن الكرخي في مختصره واجمع المسلمون على قتل الذكر بالانثى والانثى بالذكر وعلى قتل العبد بالحر وذلك عندنا
لقوله النفس بالنفس • واختلفوا في قتل الحر بالعبد • واجمع اصحابنا على قتل الحر بالعبد • لعموم قوله النفس بالنفس وبقوله تعالى ومن
قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا • والسلطان القود الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • اعلم ان الحر يقتل بالعبد عندنا • وقال
مالك والشافعي رحمه الله واحمد بن حنبل لا يقتل الحر بالعبد • لنا عموم قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس • وعموم قوله تعالى ومن
قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا • وقوله عليه السلام العمد قود وهو عام • ولان المماثلة لا تعتبر في الانفس وانما تعتبر في حق الدم
الا ترى انه يقتل البصير بالاعمى والصحيح بالاشل والعالم بالجاهل والشريف بالوضيع والحر والعبد يتساويان في حق الدم على التأبيد • فان قيل
قال الله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد والتخصيص دل على انه لا يقتل الحر بالعبد قيل الاية دلت على ثبوت القصاص بين الحرين وبين العبدين والتخصيص
بالذكر لا يدل على نفي ما عداه • الا ترى ان العبد يقتل بالحر مع وجود هذا التخصيص • والا ترى ان الذكر يقتل بالانثى والانثى بالذكر مع وجود
مثل هذا التخصيص بقوله تعالى والانثى بالانثى وفائدة التخصيص ما قال القدوري في شرحه ان الاية نزلت على سبب وهو ان بني النضير كانوا هم
اشرف من قريظة وانهم تمنوا ان يقتل العبد من بني النضير الحر من بني قريظة • ويقتل الحر من بني قريظة العبد من بني النضير فابطل الله هو
هذا الصلح بقوله الحر بالحر والعبد بالعبد • ولان للعبد نفسا معصومة على سبيل الكمال لانه ساوى الحر في سبب العصمة • والمساواة في السبب
توجب المساواة في الحكم والسبب هو الاحراز بالدار والاسلام • ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم • ولهذا لم يكن للمولى ان
يبذل دمه فالواجب حدوثي القصاص فلا يجري بين الحر والعبد كالقصاص في الطرف قلنا ذلك للمنفوس بقتل العبد بالحر • او نقول الجواز
اذا كان يد احدهما شلاء او مقطوعة الاصابع ويد الاخر صحيحة لا يجري القصاص بينهما في الطرف ويجري في النفس فسقط اعتبار التقاص
في التشريع القصاص في الطرف • ولان الطرف يجري مجرى المال اذ لا مدخل للكفارة والقسامة فيها • بخلاف النفس **قوله** والذمي
الدار اي العصمة المؤثمة الذي يعني الايمان • او بالدار اي العصمة المقومة وقد مر بيان العصمة في كتاب السير ولا يرد على هذا المعنى لو الرحم
اشكالا • لان عصمته كانت متحققة بها لكن سقطت بجنايته المتاخرة **قوله** وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء
شبهة الاباحة • هذا جواب سؤال يقال من جهة الخصم وهو ان هذا القتل فيه شبهة الاباحة لان الرق اثر الكفر لانه سببه على ما عرف
في اصول الفقه والكافر مباح الدم • فان كان فيه شبهة الاباحة لا يجب القصاص على الحر بالرقيق فاجاب عنه وقال شبهة الاباحة
منفية فلو كانت ثابتة لم يجر القصاص بين العبدين • لان اثر الكفر وهو الرق قائم فلما جرى القصاص بين المتساويين على جواب الاستحسان
لا يرات لو كانت شبهة اباحة القتل **قوله** قال ويقتل المسلم بالذمي • اي قال القدوري في مختصره يقتل المسلم بالذمي • قال الكرخي
في مختصره واجمع اصحابنا على قتل المسلم بالكافر الذمي الذي يؤدي الجزية ويجري عليه احكام المسلمين • ولانه لا يقتل مسلم بكافر غير ذمي
وان كان مستامنا في دار الاسلام وله عهد وميثاق وهو باق على حكم دار الحرب لا يجري عليه احكام المسلمين الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
وقال مالك والشافعي واحمد لا يقتل مسلم بالكافر • لما روى البخاري في الصحيح مسندا الى الشعبي قال سمعت ابا جحيفة قال سالت عليا هل عندكم
شيء ما ليس في القرآن قال العقل وفكاك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر • ولنا ما قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى
عام يتناول الذمي والمسلم فكان مقتضاه وجوب القصاص على المسلم بقتل الذمي الا ان الحربي خص من العموم بالاجماع لانه ليس بمحقون الدم على التأبيد
وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس • وشريعة من قبلنا لازمة حتى يثبت نسخها على لسان نبينا • ومن جهة السنة ما قال محمد في كتاب
الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم ان رجلا من بكر بن وائل قتل رجلا من اهل الحيرة فكتب فيه عمر بن الخطاب ان يدفع الى اولياء
القتيل فان شاؤوا قتلوا وان شاؤوا اعفوا فدفع الرجل الى اولياء المقتول الى رجل يقال له حنين من اهل الحيرة فقتله فكتب فيه عمر بعد ذلك ان
كان الرجل لم يقتل فلا تقتلوه فرأوا ان عمر اراد ان يرضيهم بالدية قال محمد وبه نأخذ اذا قتل المسلم المعاهد قتل به وهو قول ابي حنيفة
وكذلك بلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قتل مسلما بمعاهد وقال انا احق من وفى بذمته الى هنا لفظ كتاب الآثار • فلولا ان القصاص
واجب لم يأمر بقتله ابتداء واسقاطه في الثاني لمصلحة رآها للمسلمين • والجواب عن الحديث الذي رواه الخصم هو ما قال الطحاوي في شرح
الآثار ان الذي حكاه ابو جحيفة عن علي لم يكن مفردا • ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن كان موصولا بغيره وهو ما حدثنا ابن ابي
داود قال حدثنا مسدد قال حدثنا يحيى بن سعيد عن ابن ابي عروبة قال حدثنا قتادة عن الحسن عن قيس بن عباد قال انطلقت انا والاشتر
الى علي فقلنا هل عهد اليك رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده الى الناس عامة قال لا الا ما كان في كتابي هذا فاخرج كتابا من
قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم وهم يد على من سواهم الا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده من
احدث حدثا فعلى نفسه ومن احدث حدثا او آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين قال فهذا هو الحديث بتمامه فاستحال
ان يكون على المعنى الذي ذهب اليه الخصم لانه قال لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده • اي لا يقتل مؤمن ولا ذو عهد بكافر • اي
بكافر حربي ولا يجوز ان يكون مستانفا لانه لا يقتل مؤمن بذي عهد ولا بكافر لانه لو كان المراد ذلك لقيل ولا ذي عهد بالجر عطفا على الكافر
وقال الطحاوي ايضا في شرح الآثار حدثنا ابن مرزوق قال حدثنا ابو عامر العقدي • قال حدثنا سليمان بن بلال عن ربيعة بن ابي عبد
الرحمن بن البيلماني ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي برجل من المسلمين قد قتل معاهدا من اهل الذمة فامر به فضربت عنقه وقال انا اولى من وفى
بذمته • قال في النافع التكافؤ التساوي اي يتساوون في القصاص والديات لا فضل لشريف على وضيع • والذمة الامان ومنه سمي
المعاهد ذميا لانه اومن على ماله ودمه للجزية • اي اذا اعطى ادنى رجل منهم امانا فليس للباقين اخفاره والمعقول شاهد لما قلناه هو
ان الحربي دمه وماله حلال فاذا صار ذميا حرم دمه وماله فصار كالمسلم في ان دمه وماله حرام • فلما اخذ من شرى من ماله

فالقطع لا يقطع إذا سرق من مال المسلم فكان القياس أن لا يقتل المسلم الذمي بقتله كما لا يقتل إذا قتل مسلماً إذا أجمعوا أنه لا فرق بين إهدار حرمة
ماله وحرمة مال المسلم في القطع فكذلك يجب أن لا يكون فرق بين إهدار حرمة دمه وحرمة دم المسلم • وأيضاً أن حرمة المال دون حرمة
النفس فإذا كان المسلم يقطع بمال الذمي فلأن يقتل المسلم بنفس الذمي أولى • ويدل على عصمة الذمي قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله
ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون
أثبت إباحة القتل ممدودة إلى غاية قبول الجزية والحكم الممدود إلى غاية ينتهي بوجود تلك الغاية • فإذا وجد قبول الجزية انتهت
الإباحة • وإذا انتهت الإباحة ثبتت العصمة ضرورة • فإن قيل مبنى القصاص على التكافؤ في العصمة وعصمة الكافر دون عصمة المسلم لأن الذمي
عصمته بأمانه والمؤمن بإيمانه والإيمان أعلى أسباب العصمة فلا تفاوت في سبب العصمة تفاوت في القصاص • قلنا مبنى القصاص على التكافؤ
في العصمة ولكن استويا فيه لأن كل واحد منهما محقون الدم على التأبيد باعتبار الدار • ولو كان الاعتبار بالإسلام لوجب إذا أسلم في دار
الحرب ولم يهاجر إلينا أن يقتل قاتله وإن كان تجب الدية إذا قتله خطأ • وأيضاً اتفقنا جميعاً على أن ذمياً لو قتل ذمياً ثم أسلم القاتل قتل به ولو كان
الإسلام مانع القصاص في الابتداء لمنعه إذا طرأ بعد وجوبه قبل استيفائه • ألا ترى أنه لما لم يجب القصاص على الأب لابنه إذا قتله ثم
كان كذلك الحكم إذا ورث القود ابنه عن غيره فمنع ما عرض من ذلك الاستيفاء كما منع ابتداء وجوبه • ثم المراد من عصمة المحل أن تكون
الحرمة ثابتة للمحل بما يستحق منع الغير عن التعرض له **قوله** والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة هذا جواب عما قال الخصم الكفر مبيح فيورث
الشبهة • يعني أن كفر الكافر مبيح للقتل فيورث كفر الذمي شبهة إباحة القتل فلا يجب القصاص للشبهة على المسلم وإن عصمة الذمي ثابتة
بالأمان فأجاب عنه وقال لا نسلم أن الشبهة ثابتة بل الشبهة منتفية بدليل أن القصاص يجب على الذمي بقتل ذمي مثله • فلو كانت الشبهة
ثابتة لم يجب القصاص عليه **قوله** والمراد بما روي الحربي • أي المراد بما روى الخصم وهو قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر
هو الكافر الحربي بدليل السياق وهو قوله عليه السلام ولا ذو عهد في عهده • أي لا يقتل مؤمن ولا ذمي بكافر حربي **قوله** والعطف
للمغايرة • وقال في هذا الكلام نظر لأنا نقول نعم العطف للمغايرة ولكن لم يعطف قوله ولا ذو عهد على كافر • لأنه لو عطف عليه لقيل ولا بذي عهد بل هو
عطف على مؤمن • ولكن نقول إن الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق • فعلم أن المراد من الكافر الحربي لا الذمي فافهم **قوله** قال ولا يقتل
المسلم بالمستأمن • أي قال القدوري في مختصره وذلك لأن المستأمن ليس بمحقون الدم على التأبيد • والمعتبر في وجوب القصاص التساوي
في حقن الدم ولم يوجد • ولأن كفر الحربي باعث على الحراب • والمانع من الحراب زماناً المهلة وكان مبيح الدم وهو الحراب قائماً في حقه
فلم يكن حقنه حراماً محضاً فلا ينتهض سبباً لوجوب القصاص • وكذلك الذمي لا يقتل بالمستأمن أيضاً لعدم التساوي في حقن الدم • ولقوله
عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده • قال أبو جعفر الطحاوي في مختصره وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أن المسلم
يقتل بالحربي المستأمن وشبهه بالذمي لأجل الأمان **قوله** ويقتل المستأمن بالمستأمن ذكرها على سبيل التفريع وهي من مسائل المبسوط
وفيه قياس واستحسان • أما القياس فإنه يقتل به لمساواة بينهما • وأما الاستحسان فإنه لا يقتل به لما قلنا من قيام المبيح وهو الإباحة
ذكر القياس والاستحسان شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي **قوله** ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير • والصحيح بالأعمى والزمن
هذا لفظ القدوري في مختصره • قال صاحب الهداية وبناقص الأطراف والمجنون • قال في شرح الأقطع وهذا إجماع إلا ما روي عن علي
أنه قال في الرجل إذا قتل المرأة أن أولياءها بالخيار إن شاؤوا أعطوا القاتل نصف ديته وقتلوه وإن شاؤوا أخذوا ديتها • قال وهذا
لا يصح لأن القتل الواحد لا يتعلق به قصاص وغرم في النفس الواحدة كما لا يجب بالقتل الواحد مع حد • ولأن اختلافهما كاختلاف
الأعمى والبصير والصحيح والزمن • وذلك لا يمنع القصاص أن يقتل الكامل بالناقص بالاتفاق فكذا هنا كذا ذكر القدوري في شرحه لمختصر
الكرخي في مختصره ونقصان الجوارح والمعاني لا يمنع التكافؤ في النفس • وتفسير ذلك أن صحيحاً بكل الجوارح لو قتل مريضاً أو مفلوجاً أو
مبرساً أو مفلوجاً أو أعمى أو مقطوع الجوارح أو أشل أو صبياً أو مجنوناً أنه يقتل به ولا أعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم وإن هذا كله لا يمنع التكافؤ
في النفس إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وذلك لأن التكافؤ معتبر في محل القصاص ومحل القصاص الروح • فإذا استويا في حقن الدم
وجب القصاص وإن اختلفا في غير ذلك ولذلك لم يجب القصاص بين الأطراف المختلفة لأن التساوي في محل القصاص لم يوجد وقد دل
من الجملة قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس • وقوله تعالى والحر بالحر لا ينفصل • وقوله تعالى والعبد بالعبد لا ينفصل كذا ذكره
القدوري في شرحه • وقال في الكشاف في تفسير قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى قال
مالك والشافعي رحمه الله لا يقتل الذكر بالأنثى • وهذه الرواية مخالفة لرواية عامة كتب الفقه • لأن أصحابنا احتجوا على مالك والشافعي
في مسألة قتل الحر بالعبد وقالوا الآية لتخصيص الحر بالحر والعبد بالعبد • على أن الحر لا يقتل بالعبد • ولهذا يقتل الأنثى بالذكر والذكر بالأنثى
والعبد بالحر • وقال ابن الجلاب البصري المالكي في كتاب التفريع ويقتل الرجل بالمرأة والمرأة بالرجل • وقال في وجيز الشافعية
فضيلة الذكورة لا تعتبر ويقتل الرجل بالمرأة **قوله** قال ولا يقتل الرجل بابنه • أي قال القدوري في مختصره وهو مذهب
الشافعي رحمه الله وأحمد بن حنبل • وقال ابن الجلاب المالكي في كتاب التفريع ويقتل الأبوان بولدهما إذا ذبحاه أو شقا جوفه
أو فعلا به ما لا يشك في قصد قتله • وقال الكرخي في مختصره وأجمع أصحابنا أنه لا يقتل والد بولده وإن سفل ولا جد في قبل الرجال ولا من قبل
النساء وإن علا ولا أم بولدها ولا جدة من قبل الرجال ولا من قبل النساء وإن علت ولا بولد الولد وإن سفل
ولا من قبل الأم كذلك وإن سفلت • ويقتل الولد بالوالد إجماعاً إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • قال محمد في كتاب الآثار من قتل ابنه عمداً فلا قود
به ولكن الدية عليه في ماله في ثلاث سنين تؤدى في كل سنة الثلث من الدية ولا يرث من الدية ولا من ماله شيئاً ويرثه من سواه
… من الابن بعد الأب ولا يحجب الابن عن الميراث أحداً وهو في ذلك بمنزلة الميت وهو قول أبي حنيفة إلى هنا لفظ كتاب الآثار

وقال القدوري في مختصره • وقال مالك إذا حذف الأب الابن بالسيف فلا قود عليه وإن ذبحه فعليه القود • لنا ما روي عن عمر رضي الله عنه
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يقاد الوالد بولده • ولأنه في حكم الجزء والإنسان لا يثبت عليه القصاص لأجزائه • ولأنه إذا أوجب
عليه القصاص إذا قتله ذبحاً وجب عليه إذا قتله حذفاً كما لو قتل أجنبياً • ومن قال بالفرق بينهما بأن الحذف يقصد به التأديب فليس بصحيح لأن التأديب
لا يكون بالسيف • ولأن عندنا ضرب الأب الابن على وجه التأديب بشرط • وقوله لا يقاد الوالد بولده أي لا يقتل به قصاصاً
من القود وهو القصاص **قوله** لأنه يستحق لإفنائه أي لأنه لا يستحق الولد إفناء الوالد **قوله** والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه في القصاص
بالسقط **قوله** كما بينا إشارة إلى قوله ولأنه يثبت للوارث ابتداء من الحال لا يستحق لإفنائه **قوله** ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط
وهو كون المقتول في حكم الجزء من القاتل • فإذا لم يكن المقتول في حكم الجزء ثبت القصاص على الولد به **قوله** قال ولا يقتل الرجل بعبده
ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده • أي قال القدوري في مختصره • وذلك لأن القصاص لو ثبت بقتل العبد لثبت للمولى لأنه المستحق بحق
ملك • والمولى لا يجوز أن يثبت له قصاص على نفسه ولأنه ماله • وإتلاف الإنسان ماله لا يتعلق به ضمان • وإذا لم يكن الدم معصوماً عليه لم يتعلق
به قصاص • وأما المدبر والمكاتب فكذلك لأن فيه نصار كالعبد • وأما عبد ولده إذا قتله لا يجب عليه القصاص لأنه لو وجب لولده عليه
فلا يستحق الولد على الأب قصاصاً بالمباشرة • وكذلك لا يقتل بعبد ملك القاتل بعضه • لأن القصاص لا يتبعض في تعيينه فيسقط في باقيه كالدم
إذا كان بين رجلين فعفا أحدهما **قوله** ولا ولاية عطف على الضمير المستتر في لا يستوجب • وإنما جاز العطف للفصل كقوله تعالى سيقول
… أي لا يستوجب ولده على الأب قصاصاً إذا قتل الأب عبد ولده **قوله** قال ومن ورث قصاصاً على أبيه
سقط • أي قال القدوري في مختصره وذلك مثل أن يقتل الرجل أم ابنه أو زوجة ابنه • لأنه لو وجب القصاص لوجب للابن على الأب
فلا يستوجب الابن على الأب قصاصاً فلهذا أسقط القصاص • وكذلك لو قتل الرجل امرأته ثم ماتت المرأة وتركت ابنها من القاتل لا يجب القصاص
عليه لأنه يسقط بوراثة الابن **قوله** قال ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف • أي قال القدوري في مختصره وهذا مذهبنا • وقال
مالك من جرح رجلاً ثم قتله قتل ولو يجرح إلا أن يكون مثل به فيجرح ثم يقتل كذا في كتاب التفريع • وقال الشافعي من قتل بالقطع أو بالإحراق
أو التغريق أو بالتجويع قتل بمثله إلا إذا قتل باللواطة أو بإيجار الخمر فيقتل بالسيف كذا في وجيزهم ثم قال فيه ولو جوع الجاني والتاء في الناس
مثل تلك المدة أو ضربه بالسياط مثل تلك الضربات فلم يمت فيزيد في الضرب والتجويع أو يعدل إلى السيف فيه وجهان • وقال أحمد بن حنبل
إذا قطع يديه ورجليه ثم عاد فضرب عنقه فيقاد بمثل جراحه قتل ولا تقطع يداه ولا رجلاه في إحدى الروايتين • وفي الرواية
الأخرى قال له أن يفعل به كما فعل كذا ذكر الخرقي • لهم ما روي في السنن وغيره مسنداً إلى أنس رضي الله عنه أن الجارية وجدت قد رض رأسها
بين حجرين فقيل لها من فعل بك هذا فلان أفلان حتى سمي اليهودي فأومأت برأسها فأخذ اليهودي فاعترف فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن
يرض رأسه بالحجارة • واستدلوا بهذا الحديث فقالوا كل قاتل يقتل بمثل ما قتل به • ولنا ما روى الطحاوي في شرح الآثار قال حدثنا إبراهيم
ابن مرزوق قال حدثنا أبو عاصم قال حدثنا سفيان الثوري عن جابر عن أبي عازب عن النعمان قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قود إلا بالسيف
أي لا قود يستوفى إلا بالسيف فدل أن القصاص بغير السيف لا يجوز • والقود هو القصاص لأنه هو جزاء القتل العمد وكل قود قصاص وكل قصاص
ليس بقود • لأن القصاص في الأطراف والجروح لا يسمى قوداً • والجواب عن حديث الخصم ما قال الطحاوي في شرح الآثار أن هذا الحديث لا حجة
به لمن ذهب إليه لأنه يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم إنما أمر بذلك لأنه قتل على مال وقد بين ذلك فيما حدثنا ابن أبي داود قال
حدثنا عبد العزيز بن عبد الله الأويسي قال حدثني إبراهيم بن سعد عن شعبة عن هشام بن زيد عن أنس بن مالك قال عدا يهودي في عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم على جارية فأخذ أوضاحاً كانت عليها ورضخ رأسها فأتى بها أهلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي في آخر رمق وقد أصمتت
فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتلك فلان لغير الذي قتلها فأشارت برأسها أي لا قال لرجل آخر غير الذي قتلها فأشارت برأسها أي لا
قال ففلان لقاتلها فأشارت أي نعم فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فرضخ رأسه بين حجرين فقد يجوز أن يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل دم اليهودي
لدم قاطع الطريق فكان له أن يقتله كيف شاء بسيف أو بغير ذلك والمثلة حينئذ كانت مباحة كما فعل بالعرنيين فإنه حدثنا يونس قال أخبرنا ابن وهب
قال أخبرني جرير بن حازم عن أيوب عن أبي قلابة عن أنس بن مالك قال قدم ثمانية رهط من عكل فاستوخموا المدينة فبعثهم رسول الله صلى الله
عليه وسلم إلى ذود له فشربوا من ألبانها فلما صحوا ارتدوا عن الإسلام وقتلوا راعي الإبل واستاقوا الإبل فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم في آثارهم
فأخذوا فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وتركهم حتى ماتوا • وقال الطحاوي أيضاً حدثنا أبو أمية قال حدثنا قبيصة عن سفيان عن أيوب عن
أبي قلابة عن أنس بن مالك إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله قال هم من عكل قطع النبي صلى الله عليه وسلم أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم قال
أبو جعفر الطحاوي فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهودي كما فعل بالعرنيين لأن المثلة كانت مباحة في ذلك الوقت ثم نسخت بعد ذلك فاحتمل
قتل اليهودي هذا الوجه • فلما احتمل الخبر هذا الوجه لم يجز أن يستدل به إلا بدلالة • وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل
اليهودي خلاف قال الطحاوي حدثنا ابن أبي داود قال حدثنا أبو يعلى محمد بن الصلت قال حدثنا أبو صفوان محمد بن سعيد بن
عبد الملك بن مروان عن ابن جريج عن معمر عن أيوب عن أبي قلابة عن أنس بن مالك أن رجلاً من اليهود رضخ رأس جارية على حلي لها فأمر
به النبي صلى الله عليه وسلم أن يرجم حتى قتل قال ففي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان قتل ذلك اليهودي رجماً بقتله الجارية فثبت بذلك
أن ما تقدم من الخبر من رضخ رأسه هو على جهة الرجم كان لأن الرجم قد يصيب الرأس وغير الرأس فيقتله بعينها كان قتل الجارية فذلك
إنما قتل كان رجلاً لا يريد في قتله منع المثلة • قال الطحاوي حدثنا ابن أبي داود حدثنا عمرو بن عون أخبرنا هشيم عن منصور عن الحسن عن
عمران بن حصين قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يخطبنا فيأمرنا بالصدقة وينهانا عن المثلة • وقال بإسناده إلى سمرة بن جندب قال ما
خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة إلا أمرنا فيها بالصدقة ونهانا عن المثلة • وبإسناده إلى المغيرة بن شعبة قال النبي صلى الله عليه وسلم

بعد المثلة فانه ثبت بهذه الآثار نسخ المثلة لانه ان كانت مباحة على ما رويناه في حديث العرنيين • وذكر في السنن عن رسول الله صلى الله عليه
انه قال لا يعذب بالنار الا رب النار رواه ابو داود برمته وجمع الاصلي • قال وقيل ان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به نزلت قبل
الآية يراد بها هذا المعنى انما يراد بها ما رواه ابن عباس • قال الطحاوي حدثنا فهد حدثنا يحيى بن عبد الحميد حدثنا قيس عن ابن ابي ليلى عن الحكم
عن مقسم عن ابن عباس قال لما قتل حمزة ومثل به • قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لئن ظفرت بهم لامثلن بسبعين رجلا منهم فانزل الله عز وجل وان عاقبتم
فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل نصبر فلما نزلت الآية في هذا المعنى لا في المعنى الذي
ذكر الخصم • وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا قود الا بالسيف • وان القود لا يكون الا بالسيف • فان قلت قال
تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم • قلنا المراد منه المماثلة في المتلف لا في الآلة لان اعتبار الخصم يؤدي الى الايجاب الاكثر من المثل • لانهم
يقولون اذا رماه بخشبة فان لم يمت يضرب حتى يموت والا قتل بالسيف • وهذا زيادة على ما فعل الجاني لا محالة • ولان قولهم ينتقض
بما اذا لاط فقتله او اولج صبية فقتلها او اوجره خمرا فقتله حيث لا يفعل بالجاني ما فعل وعليه اجماع الامة • فان قلت كيف يصح الاستدلال
بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على ان القصاص لا يستوفى الا بالسيف • لانه يحتمل ان معناه لا قود يجب الا بالسيف • قلت ظاهر الحديث
يدل على ان المراد منه نفي الاستيفاء • لان القود عبارة عن جزاء القتل العمد قصاصا فمعنى قوله لا قود الا بالسيف اي لا جزاء القتل العمد الا
بالسيف والجزاء بالسيف هو الاستيفاء لا وجوب القصاص • ثم انه يحتمل المعنى الآخر • ثم هذا الحديث حجة لابي حنيفة على من خالفه سواء اريد به
نفي الاستيفاء او نفي الوجوب • بيانه ان القود له طرفان طرف الوجوب وطرف الاستيفاء • فيكون معناه لا قود يجب الا بالسيف وعلى
الثاني لا قود يستوفى الا بالسيف • فان اريد به نفي الوجوب كان لنا حجة على الشافعي رحمه الله في مسئلة الموالاة وعلى ابي يوسف ومحمد
في القتل بالمثقل لانه قتل بغير السيف فينبغي ان لا يجب عليه القصاص بموجب الحديث وهم يقولون بخلاف ذلك • وان اريد به نفي الاستيفاء
الا بالسيف كان حجة لنا ايضا على الشافعي رحمه الله لانه يستوفى القصاص بما قتل به القاتل وكان حجة عليهما ايضا • لانه لما لم يستوف الا بالسيف
لا يجب الا به لان المماثلة شرط بقدر الامكان ما امكن • والقتل بالسيف لا يماثل القتل بالمثقل لان القتل بالسيف يحصل نقض البنية صورة ومعنى
والقتل بالمثقل نقضها صورة لا معنى فكان قاصرا فلم يجب حكم القصاص به يندرئ بالشبهات **قوله** لا في كسر العظام • يعني اذا كسر عظم
انسان عمدا فانه لا يستوفى منه لاحتمال استيفاء الزيادة كذا هنا **قوله** واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء
فله القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف • قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل كاتب عبده فقتله رجل عمدا
قال ان كان المكاتب ترك وفاء للمكاتبة ولم يدع ورثة احرارا فلم يكن على القاتل قصاص • وان لم يكن له وارث غير المولى فللمولى القصاص وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ارى فيه قصاصا • وان كان المكاتب لم يترك وفاء بمكاتبته ولم يدع ورثة احرارا فللمولى ان يقتل
القاتل في قولهم جميعا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وقال القدوري في مختصره واذا قتل المكاتب عمدا ولا وارث له الا المولى فله القصاص
وان ترك وفاء وان له وارث غير المولى فلا قصاص لهم • وان اجتمعوا مع المولى الى هنا لفظ المختصر • وقال الكرخي في مختصره وان كان المقتول
مكاتبا ولم يترك وفاء كان للمولى القصاص في قول اصحابنا جميعا وان ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص في قولهم جميعا • واختلفت
الرواية في قول ابي حنيفة وابي يوسف اذا كان المولى وارثه فقال في الجامع فيه للمولى ايضا القصاص • وقال الحسن عن ابي يوسف في كتاب
البيوع انه لا قصاص للمولى مثل قول محمد • وقال ابو يوسف وان اجتمع الورثة والمولى على القصاص في قولهم لان الجراحة وقعت والولاية
للمولى وحصل الموت وهو المستحق • لان الكتابة بطلت بموته عاجزا وعاد الى الرق واذا ثبت له الاستحقاق في الحالين كان له القصاص كما
في العبد الذي يقول الله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا • قال القدوري في شرحه وليس هذا كالعبد الموصى بخدمته اذا قتل
عامدا لانه ذكر في المنتقى عن ابي حنيفة ان لا قصاص لان بعجز المكاتب تنفسخ الكتابة فكانها لم تكن وموت المولى لا ينفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص
في بعض الولاء وفي بعضه الملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين • واما اذا ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص في قولهم • لان
الجراحة وقعت والمستحق المولى لبقاء الرق وحصل الموت • والمستحق اذا ترك وفاء وله وارث غير المولى فلما تغير المستحق صار ذلك شبهة في سقوط
القصاص كعبد جرح فباعه مولاه فمات في يد المشتري لم يثبت القصاص للمشتري لانه لم يكن له حق منذ الجراحة • ولان الصحابة رضي الله عنهم
قد اختلفوا في المكاتب اذا ترك وفاء فالكتابة في قول زيد بن ثابت مات عبدا • وفي قول علي وابن مسعود يؤدى كتابته ويحكم بعتقه قبل
موته بلا فصل • فلو اعتبرنا قول زيد كان حق القصاص للمولى • ولو اعتبرنا قول علي وابن مسعود كان حق القصاص للورثة فاختلاف الصحابة
اورث شبهة في القصاص • واما اذا ترك وفاء ولم يترك وارثا سوى المولى ففيه اختلاف • قال في الجامع الصغير ان للمولى القصاص عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال المعلى عن ابي يوسف في كتاب البيوع لا قصاص للمولى وهو قول محمد • وذكر في شرح الاقطع قول زفر كقول
محمد • وجه قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف في المشهور انه لا اشتباه في ولي القصاص لانه هو المولى في الحالين لان حق القصاص له وقت
الجراحة لبقاء الرق وحق القصاص له ايضا وقت الموت بحكم الولاء والمستحق في الحالين اذا كان واحدا وجب له القصاص لعدم اشتباه الولي
لمولى العبد • ووجه قول محمد وهو طريق الاستحسان • كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ان السبب مختلف لان وقت
الجناية كان له حق القصاص لاجل الملك ووقت الموت يجب له بحق الميراث • فاذا اشتبه السبب تمكنت الشبهة في القصاص فهذا هو
الشبهات لان القاضي لا يدري بأي سبب يقضي فلذلك الفقيه في جوابه ان المولى وان كان يستحق الميراث والميراث يجب بالولاء والولاء اثر الملك
فصارا بمنزلة سبب واحد • قال ابو يوسف وان كان الوارث غير المولى فاجتمع المولى والوارث على القصاص فلا قصاص لهما لان المولى سقط
حقه بالعتق فاجتماعه مع الوارث وهو لا يعتد به بقي الوارث وحده وقد بينا ان لا قصاص له **قوله** فلا يبالي باختلاف السبب • اي فلا يعتبر
اختلاف السبب مع اتحاد الحكم لعدم افضائه الى المنازعة • كما اذا قال لآخر الذي في يده هذا لك بعتنيه وقال المقر له بل

قوله فلان تلك المسئلة اشارة اليها الى قوله قال لمن يبيع هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل وطؤها • يعني ان الحكم في تلك المسئلة ليس
بمتحد لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح • لان الحل في النكاح مقصود وفي ملك اليمين تبع لا مقصود • فلما لم يتفقا على احد الحكمين لم يثبت الحل
قوله لظهور الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم فيه • **قوله** بخلاف الاولى اي بخلاف المسئلة الاولى وهي ما اذا قتل المكاتب وليس له وارث الا
المولى وترك وفاء **قوله** قال واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن على القصاص فلهما ذلك • وان اختلفا فلهما القيمة
وكذلك رواه محمد عن ابي حنيفة وهو قوله الى هنا لفظ الكرخي وانما لم يجز لاحدهما ان ينفرد بالقصاص لان الراهن اذا اقتص اسقط حق المرتهن
من الدين فلا يمكن منه من ذلك • واما المرتهن فليس مالكا للعبد فلا يثبت له القصاص فاذا اجتمعا فقد رضي المرتهن باسقاط حقه فكان العبد قتل وليس
برهن **قوله** قال واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل • اي قال في الجامع الصغير اراد بولي المعتوه قريبه كما اذا كان له ابن مقتول وصورتها
بما محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في المعتوه يكون له الاب فيقتل رجل ولي المعتوه عمدا قال للاب ان يقتل وان يصالح وليس له ان
يعفو وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا • وكذلك الوصي في هذا كله الا القتل فانه ليس له ان يقتل الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • قال فخر
الاسلام البزدوي وحاصل هذا الفصل ان الروايات اتفقت في الاب انه يستوفي القصاص في النفس وما دونها وان يصالح في البابين جميعا ولا يصح
عفوه في البابين جميعا • واتفقت الروايات في الوصي انه لا يملك استيفاء القصاص في النفس وانه يملك الصلح فيما دونها وانه لا يملك العفو
في البابين وانما اختلفت الروايات في الوصي في فصل واحد وهو صلحه في النفس على مال فقال هنا اي في الجامع الصغير يصح صلحه • وقال في كتاب
الصلح لا يصح • اما الاب فانه يستوفي القصاص بكل حال لان القصاص شرع للتشفي ودرك الثار • وذلك راجع الى النفس وللاب ولاية على نفسه
لوفور شفقته فكان كالمعتوه نفسه وهذا امر معهود من الاب • واما الصلح فلانه انفع للصغير والمعتوه من الاستيفاء فلما ملك الاستيفاء كان الصلح اولى • واما العفو
فلا يملكه لانه ابطال لحقه • واما الوصي فانه لا يملك استيفاء القصاص في النفس لما قلنا انه ليست له ولاية على النفس وليس للوصي هذه الولاية لانه
لا يعتبر شفقته في التشفي ودرك الثار فلم يملك استيفاء ذلك في النفس والقياس ان لا يملكه لانه عقوبة مثل القتل يراد به ما يراد بالآخر • وجه
الاستحسان ان الطرف لما كان يشبه النفس لاجله وقاية لها صار كالمال • ولهذا جوز ابو حنيفة القصاص بالنكول في الطرف والوصي يملك استيفاء
المال فاذا ملك الاستيفاء فيما دون النفس جاز الصلح عنه لانه انفع • واما العفو فلا يملك لانه ابطال • واما الصلح في النفس فلا يصح من الوصي في رواية
كتاب الصلح لان الصلح بمنزلة الاستيفاء ولما كان الاستيفاء تصرفا في النفس كان الاعتياض عنه مثله • وجه هذه الرواية ان استيفاء القصاص ليس هو
استيفاء الكل المقصود منه درك الثار ولذلك لا يحصل باستيفائه فيبطل الفوات المقصود • فاما المقصود بالصلح منفعة المال وذلك
حاصل بمثل ما يحصل بعقد الاب فوجب القول بصحته • قال الامام المحبوبي ان القاضي مثل الاب يملك الاستيفاء في النفس وفيما دون النفس لان له
ولاية في النفس والمال جميعا • الا ترى ان اصحابنا قالوا في رجل قتل عمدا ولا ولي له ان للسلطان ان يقتل قاتله وله ان يصالح • وكذلك الحاكم
في قتل اللقيط في قول ابي حنيفة ومحمد • قال الفقيه ابو الليث هذا اذا ادرك معتوها واما اذا ادرك عاقلا فلا قول للحاكم في قول زفر لان ولاية
الوصي في ماله ولا في نفسه وفي قول ابي يوسف حكمه وحكم الذي ادرك معتوها سواء **قوله** لانه من الولاية على النفس لان استيفاء القصاص
قوله فيليه كالانكاح قال الامام المحبوبي في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء
القصاص فافهم هذا الفرق لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو اقرب منه كالاب والابن • وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن
ثمة ولي اقرب منه فاذا كان ثمة اقرب منه فلا يملك الانكاح ايضا لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر
والانثى يستوي ذلك الذكور والاناث حتى الزوج والزوجة ويوضح الكرخي في مختصره **قوله** وله ان يصالح • اي وللاب ان يصالح القاتل على
مال عن نفس من وجب عليه • قال بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية • فاما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان كل
ويجب كمال الدية وفيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح الاب المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله ان يصالح
ثم بعد مقدار الدية ينبغي ان يجوز الصلح عن اكثر من مقدار الدية على اطلاقه • وانما جاز صلحه على المال لانه انفع للمعتوه من القصاص • فاذا
جاز استيفاء القصاص فالصلح اولى والمنفعة تحصل في القليل والكثير • الا ترى ان الكرخي قال في مختصره واذا وجب لرجل على رجل قصاص
في نفس او فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فهو جائز قليلا كان المال او كثيرا كان دون الدية او اكثر ودون ارش الجراحة
او اكثر وهو حال في مال الجاني ولا يكون ذلك على العاقلة الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** وهذا من قبيله • اي القصاص
من قبيل الولاية على النفس لا يملكه الوصي وكذا **قوله** تحت هذا الاطلاق اراد به قوله والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك **قوله**
ينزل منزلة الاستيفاء • اي ينزل الصلح على مال عن نفس منزلة استيفاء القصاص لكونه تصرفا في النفس • وليس للوصي استيفاء القصاص فكذلك
لا يكون له الصلح عنه هذه رواية كتاب الصلح **قوله** ووجه المذكور هنا اي في الجامع الصغير **قوله** لما فيه من الابطال
اي في العفو عن القصاص ابطال حق المعتوه اصلا **قوله** بطريق اولى • اي الوصي اولى ان لا يعفو عن القصاص من الاب **قوله** قال
ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة • وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار • اي قال محمد في
الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقتل عمدا وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوه قبل ان يكبر الاصاغر وقالا
لهم • وقال ابو يوسف ليس لهم ان يقتلوه حتى يكبر الاصاغر الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وذكر الشيخ ابو جعفر الطحاوي ومن قتل
عمدا وله اولياء والشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره بها قول محمد مع ابي يوسف • قال الطحاوي ومن قتل عمدا وله اولياء بعضهم حاضرون وبعضهم
غائبون لم يقتل حتى يحضروا جميعا • ومن قتل وله ابنان احدهما كبير والآخر صغير فان ابا حنيفة قال للكبير ان يقتل قبل ان يكبر الصغير وقال
ابو يوسف ومحمد ليس له ذلك حتى يكبر الصغير • الى هنا لفظ الطحاوي • وقال الكرخي قال ابو حنيفة اذا قتل الرجل وله ولد صغار وكبار
فللكبار ان يقتلوا قبل بلوغ الصغار واحتج بان عليا رضي الله عنه قتل الحسن وفي ورثته صغار • وقال ابو يوسف ومحمد ليس لهم

ليس للكبار ان يستوفوا حتى يبلغ الصغار الى هنا لفظ الكرخي • وقال القدوري في شرحه وكان ابو بكر الرازي يقول تحقيق مذهب ابي حنيفة رضي الله
عنه ان الدين الثابت في طريقة الخلاف القصاص اذا كان بين صغير وكبير ينفرد الكبير بالاستيفاء • وقال الباقون من اهل العلم لا ينفرد • وجه قولهم
ان القصاص حق مشترك بين الصغار والكبار فلا يجوز للكبار ان يستوفوا حق غيرهم كما اذا كان احد الورثة غائبا وكما اذا قتل عبد بين اثنين لم
ليس لاحد الشريكين ان ينفرد بالقصاص وكما اذا قتل معتق الاثنين وهما اباه ليس لاحدهما التفرد بالقصاص • ولابي حنيفة قوله تعالى ومن قتل
مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فالكبير هو الولي فله القتل بحكم الاية • والمراد من السلطان هو القتل بدليل قوله تعالى فلا يسرف في القتل
وروي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه لما اصابه ابن ملجم قال في وصيته فان شئت ان تعفو عنه فاعف وان شئت ان تقتص فاقتص
بضربة واحدة واياك والمثلة فلما مات علي قتله وفي ورثته صغار منهم العباس بن علي وكان له اربع سنين وذلك بمحضر الصحابة من غير نكير منهم
كذا في الاسرار • وقال محمد بن سعد في كتاب الطبقات الكبير والعباس بن علي يومئذ صغير فلم يستان به بلوغه • ولان ملك القصاص ثابت
للكبير على سبيل الكمال فوجب ان ينفرد بالاستيفاء قياسا على القصاص الواجب على رجل اذا قتل شخصين لكل واحد منهما ولي على حدة حيث يثبت لكل
واحد منهما ملك القصاص الواجب على رجل على سبيل الكمال فينفرد بالاستيفاء وان ابى الاخر او عفا • بيان ثبوت ملك القصاص للكبير على سبيل الكمال
ان البنوة سبب لثبوت ملك القصاص وهي لا تتجزى فلا يتجزى ملك القصاص ايضا فيثبت على سبيل الكمال كما ثبت على سبيل الكمال عند الانفراد
والاجماع والدليل ان الكبير يملك القصاص لانه يملك العفو والاعتياض • فلو لم يملك القصاص لم يملك ذلك لانه ينبني على ملك القصاص • ولانه
لو انتظر بلوغ الصغار فاما ان ينتظر للاستيفاء او لتوهم العفو في ثاني الحال • لانه لو وجب التاخير لهذا المعنى لكان لا يجب القصاص بوجه
من الوجوه • لان كل قصاص يجب فانه يتوهم العفو في ثاني الحال ومع هذا لا يؤخر فكذا ههنا والمعنى فيما اذا كان بعض الورثة غائبا • لان
هناك يتوهم العفو من الغائب في الحال • واما ههنا فلا يوجد هذا المعنى • والجواب عن مسئلة المولين قالوا انه لا رواية في هذا فنمنع
ونقول بلى انه لا ينفرد احدهما بالاستيفاء • ولئن سلمنا فنقول ان احد المولين انما لم ينفرد بالاستيفاء لان السبب لم يكمل في حق كل واحد لان بعض
الملك وبعض الولاية ليس بسبب صالح للاستحقاق اجماعا كشخص واحد ثبت ملك قصاص واحد لشخصين واحد • بخلاف القرابة فانها سبب كامل لاستحقاق
القصاص ويوضح ما قلنا الفرق بين حق يثبت بحكم الملك وبين حق يثبت بحكم النسب ان الامة المشتركة بين المولين لا يملك احدهما ان ينفرد بتزويجها
بخلاف الاخت حيث تزوجها احد الاخوين لان النسب هنا لا يتبعض وههنا لا والباقي يعلم في شرح طريقة الخلاف ان شاء الله **قوله** قال ومن ضرب
رجلا عمدا فقتله فان اصابه بالحديد فقتله وان اصابه بالعود فعليه الدية • اي قال في الجامع الصغير قال شيخ الاسلام وهذا مجرى على ظاهره في
اطلاق الرواية في الجامع الصغير ولم يفصل • فاذا اصابه بحد الحديد فقتله وان اصابه فعليه القصاص عندهم جميعا لوجود القتل على وجه
الكمال • وان اصابه بعرض الحديد فقتله ذكر انه يجب عليه القصاص عند ابي حنيفة في ظاهر الرواية • لوجود القتل على صفة الكمال نظرا
الى الالة لان الحديد سلاح كله حده وعرضه في ذلك سواء وهو سلاح كله في العادة والشريعة في الدنيا والاخرة قال وانزلنا الحديد
فيه باس شديد ومنافع للناس قال الله تعالى ولهم مقامع من حديد • وروي الطحاوي انه يعتبر الجرح ان قتله جرحا بالة كانت حديدا ولم
يكن بعد ان تكون الة يقصد بها القتل عادة لوجود القتل من كل وجه بخرب الحيوان ظاهرا وباطنا بصفة العمد • وان قتله دقا لا قصاص
عليه سواء كانت الالة حديدا او لم تكن لعدم افساد الظاهر فلم يكن القتل حاصلا بصفة الكمال • قال الصدر الشهيد وتخريجات المسائل
على اختلاف الروايتين ايضا • قال والاصح عندنا الجرح اي عند ابي حنيفة • وان اصابه بالعود فعليه الدية ولا قصاص عليه لانه ليس
بسلاح ولكنه ان كان عظيما لا يلبث كان كالسيف عند ابي يوسف ومحمد وعند ابي حنيفة هو كالسوط والمسئلة معروفة • احتجا ان لا يلبث
بحد السيف وزيادة فوجب ان يلحق به • واحتج ابو حنيفة ان هذا قتل تمكنت فيه شبهة الخطا فلا يجب به القود كالقتل بالسوط الصغير
لان الالة غير موضوعة للقتل • ولانه يؤثر في الباطن دون الظاهر فيقصر عند المقابلة بما له اثرهما فاقصا كالمثقل الذي يؤثر في الباطن
دون الظاهر انه لا يعدلها بما يؤثر فيهما • وكذلك ههنا **قوله** وعنده انما يجب اذا جرح وهو رواية الطحاوي **قوله** بما س
بينه في هذه الحوالة نظر **قوله** قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة اي عود المراد كان لا يلبث بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل كدقة
القصار وحجر الرحا لا يجب القصاص عند ابي حنيفة ولكن تجب الدية في ماله في ثلاث سنين لانه عمد • وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي
رحمهم الله يجب القصاص لانه قتل عمد فوجب القصاص لقوله عليه السلام العمد قود **قوله** وقيل هو بمنزلة السوط يعني اذا كان العود
مما يلبث **قوله** وفي مسئلة الموالاة اذا والى الضربات بالسوط والعصا الصغيرة لا يجب به القصاص • وقال الشافعي رحمه الله يجب
القصاص اذا والى الضربات على وجه لا يحتمله النفس عادة لانه دلالة القصد الى القتل • ولنا انه لا يبلغ دلالة القصد الى القتل لانه قد
يشرع حدا وتعزيرا في مواضع لا يكون القتل مشروعا • ولان احتمال حصول القتل دلالة القصد لم يشرع في موضع لا يكون مشروعا • ولان
احتمال حصول القتل بالضربة الاولى والثانية قائم لانه من الجائز اصابة المقتل فافضى الى فوات الحياة فلا يدل على صفة العمدية لان الضربة
والضربتين يراد بهما التاديب غالبا لا القتل • ويحتمل ان القتل حصل بالموالاة بكل الضربات فيكون القتل بصفة العمدية فتمكن هذا
الاحتمال يوجب تمكن الخلل في العمدية فلا يجب القصاص • لان الشبهة دارئة للقصاص والدليل عليه الحديث الا ان قتيل خطا العمد
قتيل السوط والعصا ولم يفصل بين الموالاة وغيرها • ولان الغالب هو القتل بالموالاة يحمل عليه **قوله** وقياسه اصاب المقتل اي
لئلا والقتل وهو الضرب اصاب المقتل فافضى الى القتل فلا يدل ذلك على العمد فلا يجب القصاص • لان الضربة لا يراد بها القتل بل التاديب
قوله ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة • وقالا يقتص منه وهذه من مسائل الجامع الصغير قال فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يغرق الصبي او الرجل في البحر قال لا قصاص عليه • وقال يعقوب ومحمد عليه القصاص وهو قول الشافعي
كقولهما • ولكن عند الشافعي يقتص منه بالتغريق • وعندهما يقتص بالسيف وقد مر ذلك عند قوله ولا يستوفى القصاص الا بالسيف

وجه قول الشافعي

وجه قول الشافعي رحمه الله قوله عليه السلام من غرق غرقناه ومن احرق احرقناه • ووجه قولهما ان الماء اذا كان بحيث لا يتخلص منه غالبا يكون
كالقتل بالنار والحديد فيجب فيه القصاص لكن بالسيف لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف • وليس كذلك اذا كان ربما يتخلص منه لان ذلك لا يقصد
به القتل فصار ذلك كالقتل بالعصا الصغير • ولان الماء الذي لا ينجو منه قاتل عادة فصار مثل هذه الالة للقتل واستعمال الة القتل دليل العمدية
ولانه نقض عصمة المحل لان كلامنا فيما اذا كان المقتول محقون الدم على التابيد وقد وجد فيجب القصاص • ولابي حنيفة انه قتل بما ليس بسلاح ولا
يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء فلا يجب فيه القصاص لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف • ولان الماء لا يعمل في الظاهر وليس الة للقتل فلم يكن
في معنى السيف ولا يعذب بالماء في الدار الاخرة الا بواسطة الحرارة المتناهية ليصير بمنزلة النار قال الله تعالى يطوفون بينها وبين حميم آن وهو الذي
انتهى حره • فاما عينه فطهور وغذاء في الوضع فكان ذلك مثل الحجر والخشب وما ليس بسلاح على الاختلاف بخلاف النار فانها تعمل في الظاهر والباطن
جميعا وهو العذاب الاكبر في دار العذاب في دار الاخرة فكان فوق السيف فيتعدى اليه حكم القصاص • والجواب عن حديث الخصم قالوا انه غير
مرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم • ولئن صح فهو محمول على السياسة بدليل اضافة التغريق الى النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال من غرق غرقناه
ولم يقل من غرق غرق • واذا لم يجب القصاص بالتغريق تجب الدية المغلظة على العاقلة في ثلاث سنين لانه شبه العمد وقد مر حكم شبه العمد
قوله ولا مرية في العصمة يعني لا شك في عصمة المحل **قوله** ومنه وفي كل خطا ارش من تمام الحديث **قوله** ولان القصاص ينبى على
المماثلة • يعني ان القصاص لما كان ينبى على المماثلة في لفظه القرب بدليل قوله لم انتقى انه اي سمعه ونبى الخلاف منصفة لان احدهما يماثل الاخر لم يجب
القصاص في التغريق لان القصاص بالسيف وهو يعمل في الظاهر والباطن • والتغريق لا يعمل في الظاهر وكذلك لا يجب القصاص في القتل بالمثقل كدقة
القصار لانه لا مماثلة بين الدق الذي يعمل في الباطن دون الظاهر وبين الجز بالسيف الذي يعمل في الظاهر والباطن جميعا **قوله** وقد اومت
اليه اضافته الى نفسه اي اشارت الى الحمل على السياسة اضافة النبي صلى الله عليه وسلم فعل التغريق الى نفسه باسناد الفعل حيث قال غرقناه **قوله**
واختلاف الروايتين في الكفارة • اي اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة في شبه العمد تجب على العاقلة دية واحدة • قال في شرح الكافي
وان كان خناقا خنق غير مرة وهو معروف بذلك فعليه القتل بطريق السياسة كما جاء في الحديث ان يهوديا رضخ راس صبية بين حجرين فاخذ اليهودي
فامر النبي صلى الله عليه وسلم برضخ راسه لان عادته كانت ذلك **قوله** قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص • اي
قال القدوري في مختصره • وذلك لان سبب وجوب القصاص وهو قتل دم محقون على التابيد عمدا وقد وجد ذلك ولم يوجد ما يبطل حكمه
وهو العفو او الشبهة فيجب القصاص لان الظاهر انه مات بذلك السبب لعدم تخلل البرء فاضيف الحكم الى الظاهر **قوله** قال واذا التقى الصفان
من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود وعليه الكفارة • اي قال في الجامع الصغير اما عدم وجوب القصاص فلانه وقع خطا
منه • واما وجوب الكفارة لانه اراق دما معصوما بعصمة الاسلام خطا وفي الخطا الكفارة بالنص • وقال فخر الاسلام تجب الدية ايضا
ونقله عن الشيخ الكبير لانه خطا وفي الخطا الدية بالنص • وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير الدية انما تجب اذا لا • ثم قال الفقيه هو
وهذا على وجهين ان راه في صف المشركين فظن انه مشرك فقتله فعليه الدية والكفارة ولا قصاص عليه • اما اذا كان في صف المشركين ولكن
كانوا مختلطين فظن انه مشرك لا يجب على القاتل الدية لان القاتل مامور بقتل الكفار فالذي وقف في صفهم فقد عرض نفسه للتلف الا ترى انه روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى بعثني بالسيف بين يدي الساعة وجعل رزقي تحت ظل رمحي وجعل الذل والصغار على من خالفني
ومن تشبه بقوم فهو منهم والخبر ورد في امر القتال فيه دليل ان الذي وقف في صف المشركين فقد تشبه بهم في جواز القتل هو منهم واذا كان الحكم
فيهم لا تجب الدية ولكن تجب الكفارة كرجل قتل مسلما اسلم في دار الحرب فعليه الكفارة ولا دية عليه فكذلك هذا • واما اذا كانوا مختلطين
فانه تجب الدية لانه قتل مسلما خطا واذا قتل مسلما خطا تجب الدية والكفارة • لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة ودية
مسلمة الى اهله • وروي في الخبر ان المسلمين قتلوا يوم احد اليمان وهو ابو حذيفة فظنوا انه مشرك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على
المسلمين الدية فتركها حذيفة ولم ياخذها **قوله** وكذا الدية بالنصب عطفا على قوله الكفارة يعني يوجب قتل المسلم مسلما على ظن انه مشرك
الدية ايضا كما يوجب الكفارة **قوله** على ما نطق به الكتاب اي كتاب الله تعالى اشار به الى قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة
مؤمنة ودية مسلمة الى اهله **قوله** على اليماني ابي حذيفة قال ابن هشام في كتاب السيرة حدثنا عبد الله بن محمد قال حدثني عمي عن ابي عبيدة
قال حذيفة بن حسيل بن جابر بن ربيعة بن عمرو اليماني وانما قيل حذيفة ابن اليماني لانه من ولد اليمان بن جروة بن الحارث بن قطيعة
ابن عبس وفي حذيفة بن اليمان بن حسيل بن جابر العبسي حليف بني عبد الاشهل وابراهيم • ثم اعلم ان اليمان تلحق الالف مكسورا ما
قبلها للنسبة كيمني وشامي وقد يراد عوضا عن التشديد بل الياء الالف كيمان وشام كذا في المصباح • فان كان اليمان ابو حذيفة هو
منسوبا الى اليمن يجب ان يكون نونه مكسورا ما قبلها للنسبة كيمني وشامي وقد يراد عوضا عن التشديد لانه حذف احديهما بالنسبة وعوض
عنها الالف وقيل النون على حاله • وان كان اسما موضوعا له هكذا يجب ان يجري بوجوه الاعراب **قوله** قال ومن شج نفسه وشجه
رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي ثلث الدية • اي قال في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك قال الاسد والحية شيء واحد وعلى الاجنبي
ثلث الدية • وذلك لان القتل حصل بثلاثة انواع من الفعل فعل جناية الاسد والحية وهي نوع واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة
لانه لا يجب الضمان ولا الاثم بذلك وفعل نفسه وهو نوع اخر وهو معتبر ليس هدرا في الاخرة لانه ياثم بجنايته على نفسه وان لم يكن معتبرا
في حق الضمان للتنافي • لان الانسان لا يصح ان يغرم نفسه لنفسه • وقال ابو حنيفة ومحمد ان من قتل نفسه يغسل ويصلى عليه • وقال
ابو يوسف ولا يصلى عليه كالباغي • لانه باغ على نفسه ويؤثم بالاجماع فثبت ان جنايته على نفسه ليست هدرا مطلقا • وانما قلنا لان انما
يكون تمام القتل الموت • وعند الموت هو ليس باهل للامانة وفعل الاجنبي وهو نوع اخر لانه معتبر في الدنيا والاخرة لانه يوجب

الثاني والاثم جميعا فكان القتل حاصلا بثلث جنايات فلاتجب هدرا واصلا لما قلنا والثلث الذي هو فعل نفسه لم يوجب الضمان ايضا لما قلنا فبقي الثلث وهو فعل الاجنبي فوجب عليه ثلث الضمان وهو ثلث الدية ولكن يجب في ماله لان فعله وقع عمدا والعاقلة لا تحمله

فصل

لما ذكر المسائل التي تجب القتل شرع في فصل يشتمل على مسائل فيها عرضية وجوب القصاص فبان انه نوع منه اذا قتله في الحال • اي اهدر قوله قال ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه • اي قال في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل شهر على المسلمين سيفا قال على المسلمين ان يقتلوه ولا شيء عليهم • وذلك لانه لما شهر عليهم السيف وقصد قتلهم صار باغيا عليهم فكان الباغي فبطلت عصمة دمه للمحاربة • قال الله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله فجاز للمسلمين الذين شهر عليهم السلاح ان يقتلوه • وفي قوله عليهم ان يقتلوه اشارة الى انه يجب عليهم ان يقتلوه دفعا عن انفسهم • لان دفع الضرر واجب وجاز لغيرهم ان يعينوهم على ذلك حتى يدفعوا الشر عنهم لقوله عليه السلام انصر اخاك ظالما او مظلوما • يعني اذا كان ظالما يمنعه عن الظلم واذا كان مظلوما يمنع الظلم عنه • وتمام الكلام في هذا الموضع مر في باب كتاب السرقة قوله قال وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله • اي قال في الجامع الصغير قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف العبد او الصبي او المجنون اذا صال على انسان فقتله المصول عليه يضمن • وقال الشافعي رحمه الله لا يضمن • واجمعوا ان الحمار او العبد او صيد الحرم اذا صال على انسان فقتله المصول عليه لا يضمن • وروي عن ابي يوسف انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون • وقال الطحاوي في مختصره وقال ابو يوسف رحمه الله استحسن في هذا ان اضمنه قيمته يعني في البعير اذا صال على انسان • وجه قول الشافعي لا اعتبار بما ذكرنا في الاحكام ولان الملك اضيف الى فعل الدابة او المجنون لان المصول عليه مسلوب الاختيار من جهة المكره فصار الملك اليه فعل المكره من جهة غيره فصار المصول عليه كالالة فصار كالمكره مع المكره فان المكره في صار مسلوب الاختيار من جهة القاتل لان في دفع الهلاك عن نفسه فصار كالالة • وهذا معنى قوله فاشبه المكره والفرق لابي يوسف ان فعل الدابة لا يعتبر • حتى لو تحقق ذلك لا يجب الضمان لان جرح العجماء جبار وفعل الصبي او المجنون يعتبر بدليل وجوب الضمان اذا تحقق والاثم • ولان عصمتها لا تبقى الا لحق الغير • وعصمة الدابة لحق المالك فلهذا كان فعلهما مسقطا لعصمتهما دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما بالعصمة الابدية كما في الصبي والمجنون فيجب الضمان وفعل الصبي لا يوجب القصاص لانه مضطر في دفع الشر عن نفسه اما انه قتل معصوما فلان الملك كما في الدابة يجب الضمان وفعل الصبي والمجنون والدابة لا يسقط العصمة لعدم الاختيار الصحيح ولانه الفائت اذا صال بالسلاح تسقط عصمته لان له اختيارا صحيحا • فان قلت ان الحيوان المؤذي يبطل العصمة قلنا الشرع فرق بين العصمة ثبتت حقا له او عصمة ثبتت حقا للغير الذي لا يوجد منه الاذى الاول مسلم والثاني ممنوع • بيانه ان عصمة الدابة حق المالك ولا يرد عليه العبد الصائل لان عصمة دم العبد تثبت حقا له • ولهذا البشر لا للمولى يسقط دمه • قال ابو بكر الرازي في كتاب احكام القرآن في من شرح الطحاوي قال اصحابنا فيمن شهر عليه عبد رجل سلاحا فقتله المشهور عليه انه لا ضمان عليه • وفرقوا بينه وبين البعير والفرس بينهما من وجهين احدهما ان حظر قتله لم يتعلق بالمولى والدليل على ذلك انه لو اباحه له لم يكن قتله له مباحا لان المولى لا يملك دمه فلا يجوز له ان يبيحه لغيره فلما صح الاباحة من جهته لم يعتبر فيما الحظر من جهته في ايجاب ضمانه اذا قتل العبد ما اباح دمه • والاخر ان الجراد اذا قتل شيئا لذلك اباح دمه كذلك العبد • والوجه الاخر ان العبد ممن يملك اباحة دمه من هذا الوجه كان يكون ذلك في حكم على شهر السلاح • واما صيد الحرم فلان عصمته انما تثبت بالشرع بحرمته او لحرمة الحرم موقتا الى غاية الاذى • فاذا وجد الاذى من جهته لم يبق معصوما بخلاف ما نحن فيه قوله قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الاخر بعد القاتل • اي قال في الجامع الصغير • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير يعني هذا اذا شهر سيفه وضربه ثم تركه فلا يجوز للاخر ان يقتله اذا رآه فاذا قتله فقد قتله بغير حق واذا قتله بغير حق فعليه القصاص • واما اذا كان حين شهر عليه السيف ضربه ولم يتركه ولكن يريد ان يضربه مرة اخرى فقتله الاخر فلا شيء عليه • وقوله فضربه اي الشاهر ثم قتله الاخر اي المشهور عليه قوله قال ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه • اي قال في الجامع الصغير وذلك لان حرمة المال مثل حرمة النفس وهي تفيد شيئا معصومة بالقتل سقطت عصمته فكذا اذا قصد المال المعصوم سقطت عصمته • والاصل فيه ما روى الترمذي في جامعه باسناده الى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من قتل دون ماله فهو شهيد ومن سرق من الارض شبرا طوقه يوم القيامة من سبعين ارضين • وباسناده الى سعيد بن زيد ايضا قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون اهله فهو شهيد • وباسناده الى عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد • وذكر مسلم في كتاب الايمان من صحيحه باسناده الى عبد الله بن عمرو عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من قتل دون ماله فهو شهيد • بيانه ان كل جهة يكون القتل فيها شهيدا كان قتله هدرا اذا كان هو القاتل • الا ترى ان له ان يمنعه في الابتداء بالقتل وله ان يسترد في الانتهاء بالقتل • فاما اذا علم انه لو صاح به يترك المال ويذهب فلم يفعل هكذا ولكن قتله كان عليه القصاص لانه قتله بغير حق كالمالك اذا قتل الغاصب لانه يمكن من استرداد المال من غير قتل • كذا قال فخر الدين قاضي خان قوله دون ماله اي لاجل ماله

باب القصاص فيما دون النفس

لما ذكر القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دونها • والاصل في ثبوت القصاص فيما دون النفس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص • اي العين الواحدة تفقأ بالعين الواحدة وكذا ما بعدها قوله تعالى والجروح قصاص اي ذات قصاص فيما يمكن حفظ المساواة فيه فيجب فيها القصاص • وهذه الاية دليل وجوب القصاص فيما دون النفس • وكذا قوله عليه السلام العمد قود • وكذا ما روى البخاري

جامعه

جامعه باسناده الى انس بن مالك قال كسرت الربيع وهي عمة انس بن مالك ثنية جارية من الانصار فطلب القوم القصاص فاتوا النبي صلى الله عليه وسلم فامر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص فقال انس بن النضر عم انس بن مالك لا والله لا تكسر ثنيتها يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا انس كتاب الله القصاص فرضي القوم وقبلوا الارش فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من عباد الله من لو اقسم على الله لابره • واذا ثبت وجوب القصاص فيما دون النفس فالمماثلة معتبرة فيه لانه اجري مجرى الاموال بدليل انه يثبت عمدا محضا لا شبهة فيه ومع هذا لا يجب القصاص لعدم المماثلة كما اذا كسر عظم من ساعد او ضلع او ترقوة او ما اشبه ذلك ففيه حكومة عدل • واذا اجري مجرى الاموال اعتبرت المماثلة • ولانهم اجمعوا ان الصحيحة لا توخذ بالشلاء ولا بالناقصة الاصابع لعدم المماثلة فيها • واجمعوا ايضا ان اليمنى لا توخذ باليسرى ولا اليسرى باليمنى ولا يوخذ شيء من الاعضاء الا بمثله من القاطع والابهام بالابهام والسبابة بالسبابة والوسطى بالوسطى والخنصر بالخنصر • وكذلك الاسنان الثنية بالثنية والناب بالناب والضرس بالضرس ولا يوخذ الاعلى بالاسفل ولا الاسفل بالاعلى • وكذلك الشجاج والجراحات لا تستوفى فيما يجب القصاص فيه الا موضع الشجة والجراحة من المشجوج والمجروح • والاصل فيه ان منافع الاطراف مختلفة لان اليمنى تخالف في منفعتها اليسرى والاصابع تخالف بعضها بعضا في الانتفاع • والاسنان تخالف بعضها بعضا • الا ترى ان الثنايا للتقطيع والاضراس للطحن فصارت باختلاف منافعها كالجنسين المختلفين والمتلف للغير لا يستوفى منه الا مثله من جنسه • فاما الشجاج فان تأثيرها الشين الذي يحصل بها وذلك يختلف باختلاف مواضع الرأس • فاذا شجه في مقدم رأسه لم يكن ان يشجه في موضع لا يستوفي ما اليه من الشين كذا قال القدوري في شرحه قوله قال ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده • اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وان كانت يده اكبر من يد الاخر • اي كانت يد القاطع اكبر من يد المقطوع قال الكرخي في مختصره وكل عمد ابان جارحة من مفصل ففيه القصاص وما كان من غير المفاصل فلا قود للمقطوع • قال الكرخي في مختصره وكل مقطوع عمدا ابان جارحة من مفاصل الاصابع ففيه القصاص • وسواء كانت الجناية بما دون الشفرة بسلاح او غيره ذلك سواء ففيه القصاص اذا تعمد ذلك • الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان المماثلة ممكنة • الا ترى انه يقطع السكين في المفصل فيستوفي مثل ما استوفى القاطع • بخلاف ما اذا ابان من غير المفصل حيث لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاء المماثلة فيه لانه ليس هناك حد ينتهي اليه القاطع وانما استوى الجناية بما دون الشفرة بسلاح وغيره • لان ما دون النفس لا يثبت فيه شبهة العمد وانما هو عمد او خطأ • قال صاحب الهداية فلا يعتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد في البطش لا تختلف بالصغر والكبر • وهذا بخلاف ما اذا شج رجلا موضحة فاخذت الشجة ما بين قرني المشجوج وهي لا تاخذ ما بين قرني الشاج حيث يخير المشجوج ان شاء اخذ ارش الموضحة وان شاء اقتص بمقدار شجته لان المعتبر في ذلك الشين فاذا اقتص بمقدار الشجة الاولى طولا وعرضا لا يكون الشين في الشجة الثانية مثله في الاولى لان الشين في الثانية اقل • ولو اقتص اكثر من ذلك بحيث يستوعب ما بين قرني الشاج يكون ذلك زيادة على قدر جنايته فلا تتم المماثلة في القصاص ولكن في رعاية المماثلة صورة ومعنى يستوفي حق المجني عليه معنى وكان مخيرا بخلاف يد الكبير والصغير فان منفعتهما لا تختلف قوله وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن • اي قال القدوري في مختصره • يعني اذا قطع رجل انسان رجله من المفصل او مارن الانف وهو ما لان منه او الاذن يجب فيه القصاص • لان المماثلة ممكنة • واما قصبة المارن لانه اذا قطع قصبة الانف لا يجب القصاص لانها عظم ولا قصاص في العظم سوى السن • واما الاذن اذا قطع كلها ففيها القصاص لامكان المماثلة لانها لا تنقبض ولا تنبسط • وان قطع بعضها والمقطع حد يعرف امكنت المماثلة وجب القصاص وان لم تكن تعرف سقط القصاص كذا ذكر القدوري في شرحه قوله قال ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه • وان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب ثم تقابل عينه بالمرآة • قال الكرخي في مختصره ولا قصاص في العين اذا قورت او نخست وانما القصاص اذا كانت قائمة وذهب ضوؤها وهو قولهم جميعا الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لانها اذا قورت او نخست فقد ذهبت المماثلة لانه لم يكن هناك حد لاستيفاء المماثلة • وان ذهب ضوؤها فلم يفعل الجاني ذلك فقد ذكر قطع اليد من نصف الساعد لا يجوز ان تقطع من نصف الزند • فاما اذا ذهب ضوؤها فان القصاص يمكن لانه يحاط بوجهه القطن المبلول وتحمى المرآة ويدنى من عينه حتى يذهب ضوؤها • قال القدوري في شرحه روي ان علي بن ابي طالب رضي الله عنه حكم بحضرة الصحابة من غير خلاف فلان هذا حديث في زمن عثمان رضي الله عنه فسال عنه الصحابة فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء علي فقضى بذلك وعمل عليه عثمان رضي الله عنه قوله قال وفي السن القصاص اي قال القدوري في مختصره اذا نزع سن رجل عمدا او كسر بعضها اقتص من الجاني لامكان المماثلة الثنية بالثنية والناب بالناب والضرس بالضرس والاعلى بالاعلى والاسفل بالاسفل • والاصل فيه قوله تعالى والسن بالسن وخبر الربيع وقد مر في اول الباب ولا معتبر بكبر السن وهو القطع في الثنايا والطحن في الاضراس لا يختلف قوله قال وفي كل شجة يتحقق فيها المماثلة القصاص • اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه اذا امكن المماثلة في الدور وفي مثل موضع الشجة وجب القصاص لقوله تعالى والجروح قصاص • بخلاف ما اذا لم يمكن المماثلة فانه لا يجب القصاص والموضحة يجب بها القصاص لانه يمكن انهاء السكين الى العظم • قال الكرخي في مختصره والشجاج كلها لا قصاص فيها الا الموضحة والسمحاق ان امكن القصاص • وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة • والسمحاق هي التي بينها وبين العظم جلدة • وقال محمد في الاصل القصاص يجب في الموضحة والسمحاق والدامية والباضعة وما فوق الموضحة وهي الهاشمة والمنقلة والآمة لا قصاص فيها عند احد من اهل العلم الى هنا لفظ الكرخي قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله تعالى والجروح قصاص وهي تنبئ عن المماثلة قوله قال ولا قصاص في عظم الا في السن • اي قال القدوري في مختصره • اما السن فانما وجب القصاص فيه لما بينا • واما سائر العظام فلم يجب القصاص لعدم امكان المماثلة لاحتمال الزيادة والنقصان • بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد الى موضع اصل السن فيبرد من سن الجاني بقدر ذلك بالمبرد • قال القدوري في شرحه وروي عن ابي يوسف انه قال لا قصاص في عظم الا السن • وعن عمر انه قال لا قصاص في عظم قوله قال وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان معنى شبه العمد في النفس انما يثبت بالنظر الى الالة لان الالة لم توضع للقتل بل يجب

القصاص بل تجب الدية المغلظة نظرا الى التعمد فيما دون النفس بسوي السلاح وغير السلاح في الآلة • فاذا تعمد ايش كان سلاحا كان او غير سلاح
فابان من المفصل يجب القصاص • فاذا كانت الابانة من غير تعمد يجب الارش ولكن لا يجب القصاص فيما دون النفس حتى برأسه او بموت الاسجار
بل يترتب خلافا للشافعي وقد عرف ذلك في الاسرار وغيره • قال في العيون ولو ان رجلا لوى ثوبا فضرب به رأس انسان فشجه موضحة فانها
عمد لانها دون النفس • ولو مات منه فالاصل انه صار خطأ • يعني لا يجب القصاص قوله ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس
ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين وهذا لفظ القدوري في شرحه • وعند الشافعي يجري القصاص في جميع ذلك الا في الحر يقطع
طرف العبد فانه لا يجري القصاص في الحر عنده ايضا • له ان القصاص يجري بين نفس الرجل والمرأة وبين نفس الحر والعبد فيجري القصاص
على الحر عنده ايضا له ان القصاص يجري بين نفس الرجل والمرأة وبين نفس الحر والعبد فيجري القصاص في الاطراف ايضا لان الاطراف تابعة
ولنا ان القصاص مبناه على المساواة ولا مساواة بين طرفي الرجل والمرأة لان يد المرأة تصلح لنوع من المنافع لا يصلح له يد الرجل فصارت
كاليمين واليسار • ولان ارش الاطراف مختلفة فصارت كالصحيح والاشل وكذلك لا يجري القصاص بين الحر والعبد فيما دون النفس
للتفاوت في الارش لان وجوب القصاص في الاطراف يعتبر فيه التساوي في الارش • بدلالة ان الصحيح لا يقطع بالاشل ولا الكامل
الاصابع بالناقص الاصابع لاختلاف الارش • وارش طرف الحر والعبد مختلف فلا يجري القصاص بل يجب الارش • وكذا لا يجري القصاص
بين العبد والعبد في الاطراف • لانهم ان اختلفوا في القيم فوجوب القصاص في الاطراف يعتبر التساوي وان تساوت قيمهم فذلك ثابت
بالحزر والظن فالمماثلة الثابتة شرعا لا تثبت بالحزر والظن كالمماثلة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها • فان قيل هذا الذي ذكرتم
منتقض في المنع من قطع الصحيح بالاشل والحر بالعبد والذكر بالانثى وهلا اجزتم ان تقطع المرأة بالرجل والعبد بالحر كما يقطع الاشل بالصحيح قيل
النقص على ضربين نقص من طريق المشاهدة فيمنع من استيفاء الكامل بالناقص ولا يمنع من استيفاء الناقص بالكامل كالاشل • ونقص من طريق الحكم
فيمنع من استيفاء كل واحد من الامرين بالآخر كاليسار باليمين وما نحن فيه نقص من طريق الحكم قوله ان الاطراف يسلك بها مسلك
الاموال لكونها وقاية للنفس كالاموال قوله ويجب القصاص في الاطراف بين المسلمين والكفار كذا ذكر القدوري في مختصره
وذلك لان الكافر مساو في ارش الطرف مع المسلم فصار كالحرين المسلمين قوله قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه
جائفة فبرئ منها فلا قصاص عليه • اي قال القدوري في مختصره • وكذلك لو قطع رجل من نصف الساق لا يجب القصاص بل يجب
حكومة عدل • وذلك لان القطع يقع في العظم ولا قصاص في العظم لانتفاء المماثلة لانه ليس له حد معلوم ينتهي القطع بخلاف السن
وقد بيناه • واما الجائفة وهي التي تصل الى البطن من الصدر او الظهر او البطن او دبرا فلا يكون بها القصاص • لان الجائفة
المنتهي فيها نادر برؤها اذ الهلاك بها غالب فاذا افضت الى الهلاك فالبرء لا يمكن المماثلة بين الثانية والاولى لوجود البرء في الاولى دون
الثانية فلا يجب القصاص لانتفاء شرط القصاص بل يجب ثلث الدية في ماله • ولا تكون الجائفة الا فيما يصل الى البطن ولا يكون في الرقبة
ولا في الحلق ولا في اليدين ولا في الرجلين • فان كانت الجراحة من الاثنين فاذا برئ فهي جائفتان ذكره القدوري في شرحه قوله
ولا ضابط فيه • اي في كسر العظم قوله يفضي الثاني الى الهلاك اراد بالثاني القصاص في الجائفة قوله قال واذا كانت
يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها • وان شاء اخذ
الارش كاملا • اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وان كان العيب في جارحة الجاني والمجني عليه
صحيح الجارحة فالمجني عليه بالخيار ان شاء اقتص وان شاء اخذ ارش جارحته • فان ذهبت الجارحة المعيبة قبل ان يختار المجني عليه اخذ هما
بقطعها فالقطع بطل حق المجني عليه الا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وذلك لان حقه ثبت في عضو سليم مثل عضوه فاذا لم يقدر الا على
استيفاء ... فصار كمن اتلف على رجل ما له مثل وانقطع عن ايدي الناس فلم يوجد الا ما هو انقص لصفة على المتلف فصاحب الحق بالخيار ان شاء
اخذ الموجود وان شاء عدل الى القيمة لانه لا يقدر على استيفاء حقه بكماله فكذلك هذا • ثم اذا اختار المقطوع قطع اليد الناقصة
فلا ارش له عندنا • وقال القدوري في شرحه وقال الشافعي يقطعها ويأخذ الارش • لنا ان حقه ثبت في مثل كامل فاذا استوفى
انقص الصفة لم يكن له ان يطالب بالنقصان كالمتلف ما له مثل ولان وضع الشكر في الموضع الذي وضعها فيه القاطع الا ضابطه فصار
عينا بالنقصان كنيل الشلاء ليس هذا كمن اتلف مكيلا فوجد مثل بعضه انه يستوفي الموجود وقيمة الباقي لان حق المستحق متعلق بالمتلف
بكل جزء منه وفي مسألتنا حق المقطوع في قطع الزند دون الاصابع • الا ترى انه لو قال انا اقطع الاصابع واترك من الكف لم يكن له
ذلك فدل ان الاصابع ليست تستحق وانما هو صفة فيه فهي كالجودة في المكيل والصحة في العضو • فاما اذا ذهبت الجارحة المعيبة
قبل ان يختار المجني عليه اخذها فالكلام فيه على وجهين فان ذهبت بحق عليه مثل ان يقتص منها او تقطع في سرقة فعليه ارش اليد المقطوعة
وان ذهبت بغير حق عليه سقط حق صاحب القصاص مثل ان يقطعها رجل ظلما او يتلف بآفة من السماء • وقال الشافعي يجب الارش في
الوجهين لنا ان حق صاحب القصاص تعلق باليد وتعين بها بدلالة انه ليس له العدول الى الارش مع القدرة • فاذا هلك ما تعلق
حقه به سقط حقه كالعبد الجاني اذا قتل او مات • واما اذا قطعت يده في قصاص فقد قضى بها حقا عليه فما تعلق به حق غيره
كان معوضا • وكذلك الامام لما قضى عليه بالقطع في السرقة فحكمه يتضمن نقل حق صاحب القصاص الى الارش • الا ترى ان الامام لا يحكم
باسقاط حق الغير ولانها استوفيت بحق عليه فكأنها استوفيت بالقصاص فاذا ثبت هذا قلنا اذا كانت يد القاطع معيبة فذهبت قبل ان يختار المقطوع
المال فحقه كما كان متعلق بها • وانما ثبت له حق العدول الى اختياره لاجل العيب فاذا لم يختر حتى تلفت فقد هلك ما تعلق حقه به فصارت
كالصحيحة اذا تلفت • ولا يقال انه كان مخيرا بين امرين فاذا فات احدهما تعين الآخر • لان حقه لم يثبت الا في اليد وكان له ان يعدل
عن هذا الحق الى بدله • فاذا تلف لم يجز له المطالبة بالبدل عنه مع تلفه كذا في شرح مختصر الكرخي قوله قال ومن شج رجلا فاستوعبت

الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء • وان شاء اخذ الارش اي قال
القدوري في مختصره قال الكرخي في مختصره فاذا شج الرجل شجة موضحة فاخذت ما بين قرني المشجوج وهي لا تاخذ ما بين قرني الشاج قال المشجوج
بالخيار ان شاء اقتص له بمقدارها من اي الجانبين شاء حتى يبلغ مقدارها في طولها الى حيث يبلغ ثم يكف • وان شاء اخذ الارش واذا كانت الشجة بين قرني
المشجوج وهي تاخذ ما بين قرني الشاج وتفضل فالمشجوج ايضا فان شاء اخذ الارش وان شاء اقتص له ما بين قرني الشاج لا يزيد على ذلك
شيئا اذا كانت الشجة في طول رأس المشجوج وهي تاخذ من جبهته الى قفاه لا يبلغ قفا الشاج هو بالخيار وان شاء اقتص له مثل طولها الى حيث
يبلغ • وان شاء اخذ الارش الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • قال القدوري في شرحه وحكى الطحاوي عن علي بن الصباح الرازي وهو علي الرازي الكبير
انه قال في هذه المسائل اذا كانت الشجة لا تستغرق ما بين قرني الشاج لكبر رأسه وقد استغرقت ما بين قرني المشجوج لصغر رأسه اقتص
له ما بين قرنيه وان زاد على طول الشجة • وجه قول اصحابنا ان الشجة يثبت حكمها للشين الذي يلحق بها ومعلوم ان الشين يزيد بزيادة طولها
وباستيعابها ما بين قرنين فاذا كان المشجوج صغير الرأس فاخذت الشجة ما بين قرنيه لم يمكن ان يستوفي ما بين قرني الشاج وهو اكبر من ذلك لان
طول الشجة فيه زيادة شين فلم يكن بد من نقصان القصاص بقدرها • وصاحب القصاص يبتدئ من اي الجانبين شاء فالمتوفر حقه فيهما ولهم ان
ينتقل الى الارش لان هذه الشجة لا تلحق الشاج من الشين ما لحق المشجوج لانها تبقى قطعة من جبهته فصارت كالعيب في محل القصاص فان شاء استوفاه معيبا
وان شاء انتقل الى الارش • واما اذا كان ما بين قرني الشاج اقل ما بين قرني المشجوج فلا يمكن ان يستوفي ما بين قرنيه وزيادة لان في ذلك زيادة
شين فكان المشجوج بالخيار ان شاء اقتصر على ما بين القرنين وهو بعض حقه وان شاء انتقل الى الارش • وجه ما قال الرازي انه يستوفي بين العضوين وان
كان احدهما اكبر من الآخر كاليد الكبيرة بالصغيرة • قال القدوري وهذا ليس بصحيح لان المقصود باليد المنفعة وقد تكون منفعة اليد الصغيرة
اكثر من منفعة الكبيرة • والمقصود بالشجاج الشين والزيادة في الشجة تأثير في زيادة الشين قوله ما بين قرنيه وقرنا الرأس جانباه
قوله وفي عكسه اي فيما اذا كان رأس المشجوج اكبر من رأس الشاج قوله للتعدي بين ارش الموضحة وبين الانتقاص بالشجة المخلة
قوله قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يقطع حشفته • فحينئذ يجب القصاص في قطع
الحشفة هذا الذي ذكره القدوري رواية الاصل • وقال بشر عن ابي يوسف لا قصاص في بعض اللسان حتى يقطع كله كذا ذكر القدوري في مختصره
وجه قوله في الاصل ان القصاص في اللسان يختلف باختلاف المد • الا ترى انه يجمع ويبسط فلا يمكن استيفاء المماثلة فيه فسقط القصاص وقد قالوا جميعا
لو قطع بعض اللسان لا يقتص منه لانه ليس هناك مفصل يوقع فيه القصاص • وقد قالوا جميعا فلا يعلم المماثلة ولابي يوسف انه اذا قطعه من اصله فقد
امكن المماثلة فاذا قطع بعضه لم تكن المماثلة فلا يجب القصاص • فاما اذا قطع الحشفة ففيها القصاص وان قطع بعضها فلا قصاص • لانه اذا قطع الحشفة
فهناك حد يوقع فيه القصاص فتمكن المماثلة • واذا قطع بعضها او بعض الذكر فليس هناك حد يوقع فيه القصاص فصار كقطع بعض اللسان • فاما
قطع الذكر من اصله فقد ذكر في الاصل انه لا قصاص فيه لانه ينقبض وينبسط فلا يمكن المماثلة فيه • وروي عن ابي يوسف انه اذا قطع الذكر من
اصله يجب القصاص لانه اذا استوفي بالقطع امكنت المماثلة • وكذلك في الشفة ان استقصاها بالقطع ففيه القصاص • وان قطع بعضها فلا
قصاص لانه اذا استوفاها امكنت المماثلة • وان قطع بعضها فليس هناك حد القطع كذا ذكر القدوري في شرحه • وقال في شرح الطحاوي وروي
عن ابي حنيفة انه قال اذا قطع شفة رجل السفلى والعليا فكان يستطاع ان يقتص منه فعليه القصاص

فصل

لما ذكر الصلح والعفو بعد وجود الجناية شابهه ذكر الفصل المشتمل عليهما بعد مسائل الجناية قوله واذا اصطلح القاتل واولياء
المقتول على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفا
واصلح فاجره على الله ولقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان • ولما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية برضا القاتل لان موجب العمد القصاص عينا لقوله تعالى كتب
عليكم القصاص خلافا للشافعي وقد مر ذلك في اول كتاب الجنايات • وانما جاز الصلح على مال قليلا كان او كثيرا لانه اسقاط حق على مال
والحقوق التي يجوز اسقاطها بعوض لا يتقدر العوض فيها اصله الرد بالعيب اذا اسقط على مال • ثم ينبغي لك ان تعلم ان الصلح على مال يجوز على
الاكثر من قدر الدية في القصاص في النفس وفيما دونها وهو حال في مال الجاني ولا يكون ذلك على العاقلة • اما الصلح على اكثر من قدر الدية
في القتل الخطأ لا يجوز اذا كان الصلح على جنس ما افترضت فيه الدية • واذا كان الصلح على خلاف الجنس يجوز وان زاد على قدر الدية
نص عليه الكرخي في كتاب الصلح قوله الآية على ما قيل نزلت في الصلح • يعني ان الآية نزلت على قول ابن عباس والحسن البصري والضحاك
ومجاهد في الصلح • اي من اعطي له وهو ولي القتيل والمراد به ولي القتيل فالاخذ ما اتاك عفوا اي سهلا • وقوله من اخيه اي من جهة اخيه المقتول
وقوله شيء اي من المال بطريق الصلح ونكر لانه مجهول القدر فانه يتقدر بما تراضيا عليه • وقوله تعالى فاتباع بالمعروف اي فليكن اتباع
اي فليكن الولي اتباع المصالح بمعروف اي مطالبته بدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة • وقوله تعالى واداء اليه باحسان اي بدل الصلح
الى ولي القتيل احسان في الاداء • وقال جماعة وهو مروي عن عمر وابن عمر وابن مسعود ان الآية نزلت في عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله
شيء فانه يراد به البعض • ومعناه من عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفا
بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث • وقوله فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لم يعفوا عن
القاتل بطلب حصصهم بالمعروف بقدر حقوقهم من غير زيادة قوله واداء اليه باحسان ليؤد القاتل الى غير العافي حصته
وافيا غير ناقص كذا في التيسير • ورجح الامام ابو منصور الماتريدي التأويل الاول وقد مر ذلك قوله لانه مال واجب بالعقد
وقد ذكر الضمير الراجع الى الدية على تأويل المال والاخف التأنيث اي الدية في قتل الخطأ يؤخذ بالسبب الثابت على القتل لم يوجب
بالقتل ابتداء فوجبت مؤجلة الى ثلاث سنين قوله قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر والمولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما

على الذي يتبل قال الدية على الحر ومولى العبد نصفان • اي قال في الجامع الصغير وذلك لان الصلح وقع عن القصاص والحر والعبد مستويان في وجوب
القصاص عليهما فيستويان ايضا في بدل القصاص فيجب على كل واحد من مولى العبد والحر نصف الالف وهو خمسماية • ولان عقد الصلح اضيف اليهما
جميعا فلم يكن احدهما اولى بوجوب الضمان من الاخر فوجب ان يكون بينهما نصفان فيقسم بين الدية وهذا لفظ القدوري في مختصره • والاصل
في ذلك ان القصاص يستحقه من يستحق ماله على فرايض الله تعالى الذكر والانثى في ذلك سوا والزوج والزوجة في ذلك سوا نص عليه الكرخي
في مختصره وكذا الدية موروثة بينهم • وذلك لان القصاص احد بدلي النفس فينقسم بين الورثة كالدية • والدليل على ان الدية بين الورثة
انها مال الميت يقضى منها دينه وتنفذ منها وصاياه فتكون كساير امواله • ثم اذا ثبت القصاص لجميع الورثة ثبت لكل واحد منهم ان يعفو عن نصيبه
او يصالح عنه ويبطل بذلك القصاص وكان للباقين حق من لم يعف من الدية يبطل حق الباقين من الدية • وذلك لما روي ان رجلا قتل رجلا فعفا
عنه احدهما فاستشار عمر رضي الله عنه ابن مسعود فقال عمر تكبير نحل على الاجماع • ولان الحق المشترك يملك كل واحد من الشريكين اسقاط حقه
عن نصيبه منه كما يملك لو انفرد به كاملة الديون فاذا اسقط نصيب الباقي من القاص في نصيب الاخر بحيث لا يمكن استيفاؤه لان القصاص لا يتجزى
استيفاء وهم العهد اذا تعذر استيفاؤه انتقل الى ما لا لو قطع يدا من نصف الساعد ويكون ذلك في مال القاتل لانه لم يجب بنفس القتل وانما وجب
بسبب حادث هو كما وجب بالصلح ولا شي للعافي منه لانه اسقط حقه من الاصل فلم يثبت في البدل • وهذا بخلاف ما اذا قتل رجلين والقاتل
واحد منهما ولي فعفا احد الوليين حيث لا يسقط القصاص لان الواجب ثمة قصاصان لاختلاف القتل والمقتول وهنا الواجب قصاص واحد
لاتحاد القتل والمقتول فافترقا • وهذا الذي ذكرناه من سقوط القصاص بعفو احد شريكي الدم مذهبنا • وقال مالك لا لا خلاف بينه
كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لان حق القتل ثابت لكل واحد منهما على الكمال • ولهذا لو قتله لم يعزر شيا والحجة عليه
قضية عمر وقد ذكر محمد قضيته في كتاب الاثار عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه • وقال في شرح الكافي
ايضا القصاص والدية يصير ميراثا لكل الورثة عندنا بالسبب والنسب جميعا • وقال الشافعي وهو قول ابن ابي ليلى يورث بالنسب فلا يورث
بالسبب وهو الزوجية حتى لا يرث الزوج من قصاص زوجته لو قتلت وكذا من ديتها وكذا الزوجة من قصاص زوجها ولا من ديته • لان النكاح
والدية يورث بالموت وعند الموت تنقطع الزوجية • بخلاف المال • ولنا ما روي عن ضحاك بن سفيان الكلابي انه قال ورد علينا كتاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ورث امراة اشيم الضبابي من دية زوجها والحديث مشهور ومذكور في الموطا وغيره • وقال القدوري في شرحه
قال اصحابنا في دم عمد بين شريكين عفا احدهما فللاخر نصف الدية في مال القاتل في ثلاث سنين • وقال زفر في سنتين اذ جزء من الدية يسقط
في سنتين الثلث كما يجعل العاقلة • وجه قول زفر ان نصف الدية لم يلزم اجزاء دية واحدة وانما هو جملة الواجب فصار كما يجب من نصف
الدية بقطع اليد خطا **قوله** انتقع بمعنى راجع الى القاتل • اي انتفع القصاص بمعنى انه حق ثبت للشركا لا على التجزي لان القتل واحد
واحد لا يستحق على القاتل الا قصاص واحد وقد سقط بعضه فسقط كله لانه لا يتجزى استيفاؤه ضرورة سقوط بعضه سقوط كله **قوله** اشيم
الضبابي هو بكر الضاد المعجمة والضباب بطن من العرب ذكره ابن دريد في جمهرة اللغة واشيم من جملة الصحابة وكان قتله خطا كذا ذكر في الانباه
في معرفة الصحابة • وذكر ابن شاهين الضحاك بن سفيان بن عوف بن كعب بن ابي بكر الكلابي من جملة الصحابة • وقال قال ابن سعد هو
كان الضحاك بن سفيان الكلابي ينزل بنجد وبالي ضربه وكان واليا للنبي صلى الله عليه وسلم على من اسلم هناك من قومه • وقال هشام بن محمد بن
السايب الكلبي في كتاب جمهرة النسب والضحاك بن سفيان بن عوف بن كعب وفد على النبي صلى الله عليه وسلم وصحبه وشهد معه فتح مكة وجعله
النبي صلى الله عليه وسلم على الالف الذين ابو من بني سليم **قوله** من عقل زوجها اي من دية زوجها **قوله** قال واذا قتل جماعة واحدا
عمدا اقتص من جميعهم • اي قال القدوري في مختصره وقول الشافعي كذلك ايضا • قال في وجيزه يقتل الجماعة بالواحد لان القصاص يبنى
على المساواة ولا مساواة بين الواحد والجماعة وجه الاستحسان ما روى محمد بن الحسن في موطاه عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب
ان عمر بن الخطاب قتل نفرا خمسة او سبعة برجل قتلوه قتل غيلة • وقال لو تمالا عليه اهل صنعا لقتلتهم به قال محمد وبهذا نأخذ ان قتل سبعة او اكثر من
ذلك رجلا عمدا قتل غيلة او غير غيلة ضربوه باسيافهم حتى قتلوه قتلوا به كلهم وهو قول ابي حنيفة وعامة فقهائنا الى هنا لفظ محمد في موطاه
ولان القتل بغير حق لا يكون في العادة الا بالتغالب والاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد غالبا فلو لم يجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد
ادى الى سد باب القصاص وفيه ابطال الحكمة الموعود في القصاص فيجب على الجماعة بقتل الواحد ادى الى سد باب القصاص وفي ايجابه النفور وقوله
الا ان الصلة المقاومة قال الدلو ثم نقل لو تمالا • اي تعاونوا وصنعا قصبة اليمن **قوله** واذا قتل واحد جماعة فحضر اوليا المقتولين فقتل
لجماعتهم ولا شي لهم غير ذلك • وان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وهذا لفظ القدوري في مختصره • قال الامام علاء الدين العالم
في طريقة الخلاف قال علماؤنا رضي الله عنهم الواحد يقتل بالجماعة قصاصا على سبيل الاكتفا ويجب ديات الباقين منهم كذلك يقتلهم • وفي قول الشرع
يقتل لمن خرجت قرعته ويجب الديات للباقين الى هنا لفظ الطريقة • وجه قوله ان اليد الواحدة لا تقطع بالايدي اكتفا لعدم المماثلة هو
فكذلك لا تقتل النفس الواحدة بالانفس اكتفا لعدم المماثلة وكان القياس ان لا يقتل الجماعة بالواحد ايضا لانهم قتلوا بالشرع بالاجماع فترك
القياس ولا اجماع من الصحابة فيما نحن فيه فيعمل بالقياس • ولنا ان كل واحد من اوليا المقتولين قال للقاتل قصاصا فصار القاتل بقتل الواحد
الجماعة فتم القصاص اصله الفصل الاول وهو ان يقتل الجماعة بالواحد فيه اتفاقا • فلو لم يكن القاتل لم يقتلوا به • ولان الفعل الموسد
في ازهاق روح القاتل وهو الجرح الصالح للازهاق وجد من كل واحد منهم • اعني من اوليا المقتولين وهذا الحاصل وهو ازهاق الروح
لا يقبل الوصف التجزي فيضاف الى كل واحد منهم كلا لان ما لا يتجزى اذا اضيف يضاف كلا • ولان القصاص شرع بالكتاب والسنة مع وجود
المنافي للقصاص • لان الادمي بنيان الرب فلا يجوز تخريبه وانما شرع لتحقيق معنى الاحيا • ومعنى الاحيا يحصل في قتل الواحد بالجماعة
فيكتفي • بيانه فيما قال الواقدي في قوله تعالى ولكم في القصاص حياة وهو ان القصاص في البيان سد الحياة ولكن هو حياة بطريق الاعتبار في

شرحه واستيفاؤه • اما الحياة في شرعه فلان من قصد قتل غيره • واذا تفكر في نفسه انه متى قتله قتل به انزجر عن قتله فيكون ذلك احياء لهما
واما الحياة في استيفائه فهو ان القاتل عمدا يصير حربا لاوليا القتيل لخوفه على نفسه منهم فالظاهر انه يقصد قتلهم ويستعين على ذلك بامثاله من السفها
فاذا استوفى الولي القصاص منه اندفع شره عنه وعن عشيرته فيكون حيوة لهم من هذا الوجه لان احيا الحي في دفع سبب
الهلاك عنه • قال الله تعالى ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا **قوله** وان اجتمعوا ولم يعرف اي لم يعرف المقتول الاول **قوله** المقتل الاول
اراد به ان قتل جماعة بواحد • فان قلت فالجواب يحمل في يد الواحد لا تقطع بالايدي اكتفا بل تقطع بواحدة منها ويصير حق الباقين الى المال • قلت
الطرف يسلك به مسلك الاموال فاذا اجتمعوا على استيفائه صار كل واحد منهم مستوفيا لجز حقه فينتقل ما بقي الى المال كما لو اتلف عليهم عبد هو
انفرد في وجد واقتسموا واحدا فانهم يقتسمونه وينتقلون في الباقي الى المال الا ان يتبعض والقصاص ليس يتبعض فيثبت لكل واحد منهم كلا فظهر الفرق بين
قطع اليد وحز الرقبة **قوله** قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص • اي قال القدوري في مختصره وعند الشافعي رحمه
الله تجب الدية في ماله لان الموجب العمد عنده القصاص او الدية • فاذا فات احدهما تعين الاخر • وهذا مردود بقوله تعالى كتب عليكم القصاص
وقد مر بيانه في اول كتاب الجنايات • ثم لما كان موجب العمد هو القصاص عينا عندنا يسقط القصاص بموت القاتل لفوات المحل كالعبد الجاني
اذا مات • لان الضمان انما يجب بهلاك ما هو مضمون على الانسان كما في الغصب ونفس الانسان ليست مضمونة عليه فلا يلزمه بهلاكها ضمان فان
قيل يسقط القصاص بغير رضا الولي موجب ان ياخذ المال اصله اذا عفا احد الوليين بل هنا اسلمت النفس المقاتل لخار ان يلزمه الضمان عوضها ومهنا
لم يلزمه لم يجز ان يلزمه عوض **قوله** قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية • اي قال القدوري
في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا جنى رجلان على رجل جناية فيما دون النفس مما يجب على الواحد فيها القصاص لو كان انفرد بها فلا
قصاص عليهما قطعا يدا او رجلا او قلعا سنه او كلما كان من الجوارح التي يجب على الواحد فيها القصاص فلا قصاص عليهما وعليهما الارش نصفان وكذلك
ما زاد على ذلك من العدد فهو بمنزلة هذا لا قصاص وعليهم الارش على عددهم بالسوا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وعند الشافعي رضي الله عنه
تقطع الايدي باليد الواحدة كما تقتل الانفس بالنفس الواحدة • قال صاحب الهداية والمراد اذا اخذ سكينا وامراه على يده حتى انقطعت • يعني ان
موضع الخلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله فيما اذا اخذ سكينا ووضعاه على المفصل والاخر من جانب واحد وامراه حتى انقطعت اليد • اما
اذا وضع احدهما السكين من جانب من المفصل والاخر من جانب اخر وامر كل واحد سكينه حتى التقيا وانقطعت اليد لا قصاص عنده ايضا • وجه قوله
ما روي عن علي رضي الله عنه في شاهدين شهدا عند علي على رجل بالسرقة فقطع يده ثم رجعا وجاءا باخر فقالا اوهمنا انما السارق هذا فقال لا اصدقكما على هذا واغرمكما دية الاول ولو علمت
انكما تعمدتما لقطعت ايديكما • ووجه الاستدلال انه اخبر بقطع الايدي بيد واحدة • ولان الطرف تابع للنفس من كل وجه فيا حذو حكمها
فايجاب القصاص في الانفس بالنفس الواحدة يقتضي ايجاب القصاص على الايدي باليد الواحدة • ولانه لو لم يجب القصاص على الاشتراك يحمل
كل واحد منهم سد البغاة بالقتل لزجر القاتل لسد باب العدوان فيحمل كل واحد من القاطعين فيسد ايضا المزجر لسد باب العدوان فيجب
القصاص عليهم • ولنا ان القطع الحاصل من الجماعة يستدعي التجزي لان المحل وهو اليد يقبل التجزي • فاذا حصل من كل واحد منهم بعض القطع لم
تجز اضافة القطع الى كل واحد منهم كلا فلم يجز قطع الايدي باليد الواحدة لعدم المماثلة • بخلاف قتل الانفس بالنفس الواحدة لان قتل النفس يضاف
الى كل واحد منهم كلا لان ازهاق الروح لا يتجزى وما لا يتجزى اذا اضيف الى الجماعة يضاف الى كل واحد منهم كلا فيجعل كل واحد منهم قاتلا على الكمال
فتحصل المماثلة بين الانفس والنفس الواحدة والاعتدا سبيله المماثلة • قال الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم • وقال تعالى من عاقب بمثل ما
فلا يجري الا بمثلها وقطع اليد يتجزى فلا تحصل المماثلة بين الايدي واليد الواحدة لان اليد نصفا وربعا وثلثا ونحو ذلك • او نقول
التفاوت من حيث الوصف بل اولى لانه فوق التفاوت وصفا لان التفاوت هنا من حيث الذات • وهذا لان التساوي شرط لجريان هو
القصاص حتى لا يقطع الصحيح بالاشل فكذا التفاوت من حيث العدد بل اولى لانه فوق التفاوت وصفا لان التفاوت هنا من الذات
وهذا لان التساوي شرط لجريان القصاص المخصوص وكان القياس في النفوس كذلك الا انه سقط اعتبار التفاوت فيها بحديث عمر او بالاجماع هو
فالاجماع الوارد فيه لا يحتمل وارد في الاطراف • لان القتل بوصف الاجماع غالب فتمس الحاجة الى اسقاط اعتبار التفاوت لكن لا يوجد في
سد باب العدوان والقطع بوصف الاجماع على وجه يوجب القصاص لو كان القاطع واحدا بان يمد واحد سكين واحد في مفصل واحد نادر جدا
فلا يلحق النادر بالغالب فلا يجب القصاص على الايدي باليد الواحدة • والجواب عن حديث علي فنقول ذلك محمول على السياسة والاكلام لنا
فيه • وقوله الطرف تابع للنفس قلنا لا نسلم انه تابع في حق القصاص **قوله** قال وعليهما نصف الدية • اي قال القدوري في مختصره
يعني يجب على الرجلين القاطعين نصف دية اليد الواحدة • وذلك لان القصاص لم يمكن ايجابه عليهما لعدم المماثلة فوجب المال لكن يجب
في مالهما لانه عمد • وكذلك الحكم في ساير الاطراف كالعين والسن والرجل ونحوها فالاخذ في الاعضا اعتبار وفي النفس الاثر **قوله**
وان قطع واحد يمني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده وياخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سوا قطعهما معا او على التعاقب • هذا لفظ
القدوري في مختصره • وقال في شرح الكافي للحاكم الشهيد • وقال الشافعي رحمه الله ان قطع اليمينين على التعاقب يقتص للاول ويغرم الدية
للاخر • وان قطعهما معا فالقاضي يقرع بينهما انهما خرجت قرعته يقتص والدية للاخر • وجه قوله ان الطرف في حق القصاص صار مملوكا
للاول منهما وان كان مطلقا • ولهذا ابو دث فيه وجد القطع الثاني والطرف مستحق للاول فلا يمكن ايجاب القصاص للثاني كالرهن لبعد الرهن
فان المرتهن الثاني لا يستحقه وعند تعذر ايجاب القصاص يصار الى الدية • واذا وجد القطعان معا فايجاب القصاص لكل واحد منهما
غير ممكن لان المحل يضيق على القصاص • وليس احدهما باولى من الاخر في تعيين القصاص او الدية للاخر فللقاضي ان يقرع بينهما تطييبا لقلوبهما
لان الرهن الولاية بدون القرعة اذ ليس فيه ابطال حق احدهما ولكن لو فعل ذلك بدون القرعة يتسبب الى التهمة فله ان يقرع بينهما
احترازا عن تهمة الميل • ولنا ان حق كل واحد من الدين ثبتت بسببها استويا في علة الاستحقاق مع الاخر وفي قطع طرف معصوم فيستويان

في الحكم وهو القصاص • لان الاستواء في العلة يوجب الاستواء في الحكم كالشفيعين فلا يتقدم احدهما على الآخر كالشفيعين • وهذا لان ثبوت
حق القطع للاول لا يمنع ثبوته للثاني لانه وجد سبب الوجوب والمحل ما بل لان حق الاول ثبت في المحل اعني في يد القاطع في اطلاق فعل القصاص هو
لا غير • ولهذا لو بادر الآخر فقطع يده كان مستوفيا حقه • ولو كان ثبوت الحق للاول نافيا ثبوته للثاني لم يكن مستوفيا حقه
انما نحتاج الى المام والحق في المحل فيما يرجع الى الاستيفاء لا غير فقبل استيفاء الاول بقي المحل فارغا لا يثبت حق الثاني فلما كانت العلة في حقهما سواء
كان العدل والانصاف ان يجعل القصاص بينهما والدية لهما • وهذا بخلاف الرهن فان حق المرتهن الاول مستقر في المحل فمنع ذلك تعلق حق
المرتهن الثاني به • وكذا منع تعلق حق الدم به وصار هذا نظير عبد قطع يمنى رجلين على التعاقب حيث يكون رقبته مستحقة لهما جميعا
ولا يكون الاول اولى بها • ثم انما قيد بقطع اليمينين لانه اذا قطع يمين رجل ويسار آخر يقطع يداه لهما جميعا • وكذلك لو قطع يدي رجل
واحد لعدم التضايق ووجود المماثلة • واراد بقوله لهما ان يأخذا منه نصف الدية دية يد واحدة بينهما نصفين وبه صرح الكرخي في
مختصره **قوله** والقصاص ثبت بالفعل فيثبت مع التنافي • وذلك لان من عليه القصاص حر والحرية تنافي ثبوت الملك في الحر لانه
اتلاف النفس وهو محرم في الاصل • ولان الآدمي بنيان الله تعالى فلا يجوز تخريبه الا انه جوز القصاص ضرورة استيفاء حق من وجب
له القصاص • فاذا ثبت ضرورة لم يظهر الا في حق استيفاء من له القصاص • لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة
قوله وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية • وهذا لفظ القدوري في مختصره اي خمسة الاف درهم وهي
دية اليد الواحدة • قال الكرخي في مختصره فان حضر احدهما والآخر غائب فله ان يقتص ولا ينتظر الغائب ويكون للآخر دية يده • وذلك
لان حق كل واحد منهما ثبت في جميع اليد • وانما سقط حقه عن بعضها بالمزاحمة فاذا غاب الآخر فلا مزاحم للحاضر فلا يجوز ان يسقط حقه
من القصاص لحق الغائب ويجوز ان يحضر فيطالب ويجوز ان يبرئ • وعلى هذا قالوا في الشفيعين اذا حضر احدهما قضي له بالجميع لانه لا مزاحم
في الحال فلا يجوز ان يسقط حقه عن بعض الشفعة لحق الغائب • ويجوز ان يحضر فلا يطالب ويكون للآخر الغائب دية يده • لان القاطع
لما قضى بها للاول لم يجز ان يسقط حق الثاني فاشتغل به العوض • قال في شرح الكافي ولو عفا احدهما عنه قبل القصاص اقتص منه للباقي
وكذلك ذكر الكرخي ايضا وذلك لان حق كل واحد منهما ثبت في جميع اليد وانما ينتقص بالمزاحمة • فاذا زالت المزاحمة بقي حق الآخر بحاله هو
كالغريمين والشفيعين **قوله** قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود • اي قال القدوري في مختصره وعند زفر لا يصح اقراره
كما لا يصح اقراره بقتل الخطأ لان اقراره يتعلق به اتلاف مال المولى فصار كما اذا اقر بدين • ولنا ان اقراره بالمال وما يجب المال من
الجناية الخطأ انما لا يصح لكونه متهما في ذلك لانه يتصرف في اتلاف حق المولى • بخلاف الاقرار بالحد والقصاص فانه يصح لانه غير متهم فيه لانه اقرار
بالعقوبة على نفسه وفيه ضرر على نفسه فلا يتهم ولهذا حق المولى يحصل ضمنا فلا يعتبر ولانه مبقي على اصل الحرية في حق الدم • لان المولى لا يملك
اتلاف ذلك • وقوله لا ينتقض بما اذا اقر العبد انه قتل وجود المعنى الذي ذكر **قوله** ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى
آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته • وهذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لان الاول قصد بالرمي فما تولد منه وجب
القصاص كما لو لم ينفذ الرمي الى غيره • واما الثاني فلانه لم يقصد بالرمي حيث قصد الرامي غيره ولكنه اصابه بالنفاذ من الاول
فصار قتله خطأ وهو احد نوعي الخطأ وهو خطأ في القصد فصار كما اذا قصد صيدا فاصاب آدميا فوجب الدية على عاقلته ∴

فصل

لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين لان الاثنين بعد الواحد **قوله**
قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة رضي الله عنه في الرجل يقطع يد الرجل عمدا ثم يقتله خطأ قبل ان تبرأ اليد او يقطع يده خطأ ثم يقتله عمدا قبل ان تبرأ قال يؤخذ
بالامرين جميعا اليد والنفس الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير هذه المسألة على ما بينا كلها
على اربعة اوجه اما ان يقطع يده عمدا ثم يقتله عمدا او يقطع يده خطأ ثم يقتله خطأ او يقطع عمدا ثم يقتله خطأ • او يقطع يده خطأ ثم يقتله عمدا ثم كل وجه
على وجهين اما ان يبرأ فيما بين ذلك او لا يبرأ فصار في الحاصل ثماني مسائل • والحاصل هنا ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن لان
الاصل في العقوبات التداخل وجعل الاخير متمما للاول وجعل الكل قتلا واحدا الا ان يكون الجمع باختلاف حكم الفعلين كما اذا كان القطع
خطأ والقتل عمدا او على العكس وهو المراد بقوله في المتن في الاولين اي في الفصلين الاولين لا يمكن الجمع بتخلل البرء لان تخلل البرء ينهي الفعل
الاول بانه انتهى فلا يمكن جعل الثاني متمما للاول • اما عند عدم تخلل البرء وعند اتحاد حكمهما يمكن جعل الثاني متمما للاول لانه وجانس
الفعلين • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي • وهذا على وجوه اربعة اما ان يكون كل واحد منهما عمدا او خطأ
او القطع عمدا او القتل خطأ والقطع عمدا وذلك كله قبل البرء او بعد البرء • وفي الوجوه كلها بعد البرء لا يجمع بين الموجبين بالاجماع لان الفعل
الاول قد انتهى فيكون القتل بعده فعلا مبتدأ فلا بد من اعتبار كل واحد منهما حتى لو كانا عمدين له ان يقطع يده ثم يقتله • ولو كانا خطأين
اخذ دية الطرف ودية النفس جميعا • ولو كان احدهما خطأ والآخر عمدا يقتص فيما هو عمد ويؤخذ الدية فيما هو خطأ • وان كان لم يتخلل
بينهما برء فان كانا خطأ لم يؤخذ الا دية واحدة بالاجماع لانه ما فوت الا نفسا واحدا فلا تجب به الا دية واحدة • وان كان احدهما خطأ والآخر
عمدا اقتص فيما هو عمد واخذ بالدية فيما هو خطأ بالاجماع ولا يدخل احدهما في الآخر لاختلافهما • فاما اذا كانا عمدين اختلفوا فيه
قال ابو حنيفة يخير الولي ان شاء قطع ثم قتل وان شاء اكتفى بالقتل • وعندهما ليس له الا القتل فحسب لان الموت بالفعلين الا ان النفس تحسب
كما اذا كانا خطأ فانه يجب دية واحدة بالاتفاق فكذا لا يجب هنا الا قصاص واحد اذا كانا عمدا • ولابي حنيفة ان الجنايتين قطع ثم
وقتل يجب عليه موجبان ولا تداخل لانه قطع وقتل لوجود اثر القطع واثر القتل واثر الثاني لا يعدم اثر الاول **قوله** فيما يتلف
حقيقة كما كانا ولا ينافي بان القطع صار قتلا باعتبار القتل اياه لانه انما يصير هكذا اذا كانت السراية مضافة الى القطع ولم يوجد هذا

لان القتل

قاطع السراية كالبرء • ونعني بقولنا انه قاطع انه لم يبق للفعل الاول صلاحية ان يضاف الاثر في السراية عند اعتراض القتل فصار هذا والبرء
سواء ثم برء حكمه عند البرء فكذا عند القتل ولا يلزم احد دية واحدة في فصل الخطأ • لان الدية تجب مقابلا بالمحل والمحل من حيث انه نفس واحد
فلا تجب الا ضمان واحد • اما القصاص فلانه يجب مقابلا بالفعل والفعل متعدد صورة ومعنى فتتعدد جزاؤه • ولئن سلمنا ان القطع هو
مع عقاب القتل اياه مثل ولكن ندفعه بهذا الطريق والتسوية واجبة ما امكن في باب الاعتداء وذلك فيما قلناه • وهذا لما اذا كان هو
القاتل والقاطع واحدا • اما اذا كان القاطع والقاتل رجلين يقتل القاتل ويقطع القاطع بلا خلاف لانه انما يدخل القطع في القتل عند
اتحاد المحل لا عند اختلاف المحل **قوله** يجمع بالاجماع • والمراد من الجمع ان يجعل الجنايتان جناية واحدة **قوله** بخلاف ما اذا هو
قطع ومرة حيث يكتفي بالقتل فلا يقطع **قوله** فيجمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة حز الرقبة لان دية اليد لو
وجبت وجبت عند الحز لانه وقت استحكام اثر الفعل ولا سبيل اليه لان بالحز يجب ضمان الكل فلو وجبت دية اليد من هذا لكان الواجب
في دية اليد مكررا وذلك غير مشروع وهو معنى قوله ولا يجتمعان • اي لا يجمع ضمان الكل وضمان الجزء بخلاف القطع والقتل قصاصا
فانهما يجتمعان لان مبنى العمد على التغليظ والتشديد • ولهذا يقتل الجماعة بالواحد وليس كذلك الخطأ فان مبناه على التخفيف ولهذا
لا تتعدد الدية بتعدد القاتلين **قوله** قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة هو
اي قال في الجامع الصغير معنى هذا انه ضربه في موضع تسعين وفي موضع آخر عشرة فبرأ موضع التسعين ولم يبرأ موضع العشرة • وذلك لان
التسعين لما برأ ولم يبق لها اثر صار كأنها لم توجد في حق النفس وصار كأنه لم يضربه الا عشرة فمات منها
فلا يجب الا دية واحدة • وهذا قول ابي حنيفة وهو ظاهر وكذلك الجواب في كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر وعن ابي يوسف انه اوجب
في مثله حكومة عدل • وعن محمد انه اوجب فيه اجرة الطبيب وثمن الادوية • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وهذا اذا
برئ من تسعين ولم يبق لها اثر • واما اذا بقي لها اثر ينبغي ان يجب عليه حكومة عدل لان الضارب من ذلك صادف جانبين مختلفين فيجب
عليه حكومة في ذلك النقصان • ثم اذا قتله بعد ذلك يجب عليه الدية **قوله** وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي لها
اثر يجب حكومة العدل ومعنى مثله الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب في الرجل يضرب الرجل مائة سوط فيجرحه فبرأ منها قال على الضارب
ارش الضرب الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • قال الصدر الشهيد رحمه الله وهذا اذا بقي اثر الضرب فان لم يبق لا يجب شيء عند ابي حنيفة كما في المسألة
المتقدمة • وهذا اذا جرح ثم برأ فاما الجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق • واورد الفقيه ابو الليث سؤالا وجوابا فقال فان قيل كيف
يعرف ارش الضرب قيل له ينظر انه لو كان هذا عبدا كم ينتقص من قيمته فيجب عليه من الدية ذلك المقدار **قوله** ومن قطع يد رجل فعفا
المقطوع عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله • وان عفا عن القطع وما يحدث منه او عن الجناية ثم مات من ذلك
فهو عفو عن النفس • ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة • وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو
عن النفس ايضا وهذه من مسائل الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قطع يد رجل عمدا فقال المقطوع يده
قد عفوت عن القطع ثم مات من القطع قال عليه الدية في ماله • وان قال عفوت عن القطع وما يحدث منه فهذا عفو ولا شيء على القاتل وان
قال قد عفوت عن الجناية فكذلك ايضا • وقال ابو يوسف ومحمد مثل ذلك الا في خصلة اذا قال عفوت عن القود فهو عفو عن النفس وكل
شيء يحدث منه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراحة
واليد وما اشبه ذلك وكذلك الاختلاف في الصلح والتزوج • وجه قولهما ان العفو عن القطع او الشجة عفو عن موجب ذلك وموجب
ذلك عند الاقتصار ضمان الطرف • وعند السراية ضمان النفس فيتناولهما العفو عن القطع والشجة • اي الموجبين وجد كما اذا عفا عن الجناية
وجه قول ابي حنيفة ان العفو عن القطع عفو عن موجب كما قال وموجبه ما شرع في ضمان الطرف وعند اتصال السراية تبين ان موجب القطع لم
يكن ذلك • وانما موجب القتل فكان العفو عن القطع عفوا عن غير حقه فبطل العفو • لان القطع ابانة الطرف والقتل ازهاق الروح هو
وبينهما منافاة لان احدهما لا يوجد ولا يوجد الآخر فكان القياس ان يجب القصاص ذكر في الزيادات لان العفو كأنه لم يوجد ولكن
في الاستحسان تجب الدية لان العفو وان صادف القطع دون القتل الا ان الفعل متحد صورة فتمكن شبهة العفو به ولا يستوفى القصاص مع
الشبهات • وهذا بخلاف ما اذا عفا عن الجناية او عن القطع وما يحدث منه حيث يكون ذلك عفوا عن القتل ايضا • لان اسم الجناية
يتناول القطع والقتل جميعا • وقوله وما يحدث منه تصريح بالعفو عن السراية فكان عفوا عن القتل وانما تجب الدية في ماله لانه عمد
والعاقلة لا تعقل عمدا كما قال الفقيه ابو الليث • فاما ان القطع خطأ كان له في الوجوه المذكورة الا في العمد يعتبر العفو من جميع المال
لان موجب العمد القود وذلك ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة وانما يحجر من اشرف على الموت عن التصرف في جميع ما تعلق به حق الورثة وهو المال
بالمال فالصحيح والمريض والقاتل وغير القاتل فيه سواء • ولهذا لو عفا انسانا لا يعتبر ذلك من ثلث ماله • وان كان خطأ يعتبر من ثلث
ماله لانه تبرع بالدية في مرض موته وتبرع المريض يعتبر في الثلث ويكون هذا وصية للعاقلة • قال الصدر الشهيد رحمه الله وهذا الاشكال
مدمن (?) بجملة القاتل واحد من العاقلة • اما من جملة احد من جملتهم فلا تصح الوصية بقدر حصته لانها لو لم تصح في الابتداء صحت في الانتهاء
لانها لو بطلت في الابتداء كان كلها وصية للعاقلة لان من اوصى لمن تصح له الوصية ولمن لا تصح له الوصية صار كلها لمن تصح له الوصية فكذا هنا
[illegible] كانت الوصية للتي يصححها الوصية ههنا اذا لم يصح للقاتل تعود الى العاقلة فلا يسقط عن العاقلة في الابتداء نصيب القاتل
قوله عن موجبه • اي عن موجبي القطع وهما الساري والمقتصر **قوله** في هذه الوجوه وهي اربعة العفو عن القطع او عن الشجة
والعفو عن القطع والشجة وما يحدث من ذلك والعفو عن الجناية • وقالا اي اتفاقا • يعني اتفقوا على ان العفو عن القطع والشجة وما
يحدث من ذلك في صورة العمد يكون عفوا عن القتل • وفي صورة الخطا يكون عفوا عن الدية وخلافا • اي اختلفا يعني اذا عفا عن القطع

او عن الشجة يحتسب يكون ذلك عفوا عن القتل ايضا في صورة العمد عندهما • وعن الدية في صورة الخطا • وعند ابي حنيفة يكون ذلك عفوا
عن ارش اليد وعن ارش الشجة فتجب الدية في العمد والخطا جميعا لكن في العمد من ماله وفي الخطا على العاقلة **قوله** اذن بذلك الاطلاق اي اعلم من الاطلاق
وهو الاعلام الاطلاقية اي اطلاق لفظ الجامع الصغير كما ذكرنا روايته • وكذلك ذكر الفقيه ابو الليث وفخر الاسلام والصدر الشهيد وغيرهم في شروح
الجامع الصغير العمد فلا يصح حينئذ دعوى الاطلاق **قوله** قال واذا قطعت المراة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها
الدية ان كان خطا وان كان عمدا ففي مالها • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المراة تقطع يد الرجل عمدا او خطا
فيتزوجها على اليد ثم يموت منها قال كان لها مهر المثل • فان كان القطع خطا فعلى عاقلتها الدية • وان كان عمدا فالدية في مالها • وان كان تزوجها
على اليد وما يحدث منها • او كان تزوجها على الجناية ثم مات منها فان كان عمدا فلها مهر مثلها وهذا عفو عن المراة وليس على المراة شي • وان كان خطا
رفع عن العاقلة مهر مثلها وكان ثلث ما ترك وصية لهم فيما يؤمن الدية ويردون الفضل • وقال ابو يوسف ومحمد وكذلك الوجه الاول اذا تزوجها
على اليد او على اليد ولم يذكر وما يحدث منها فهو بمنزلة هذا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • واصل هذا ما مر في المسئلة المتقدمة ان العفو عن القطع
او عن الشجة او عن اليد اذا سرى الى النفس لم يكن عفوا عن النفس عند ابي حنيفة • وعندهما يصح ذلك عفوا عن النفس • ثم ينظر ان تزوجها على القطع او
على الشجة او على الضربة او على الجراحة او على اليد فان برا من ذلك جاز النكاح وصار ارش اليد مهرا سوا كان عمدا او خطا لانه لا قصاص بين
الرجل والمراة فيما دون النفس فلم يكن موجبا القطع الا المال وصار بمنزلة رجل تزوج امراة على دين له عليها فيجوز النكاح على ذلك المال
فكذلك هذا • واما اذا مات من ذلك فانه على وجهين فان كان عمدا في القياس يجب القصاص ولها مهر مثلها لانه لما مات ظهر ان الواجب
هو القصاص وانه لا يصلح مهرا لانه ليس بمال • وفي الاستحسان لا يجب القصاص ويجب الدية في مالها ولها عليه مثلها • اما سقوط القصاص
فلان النكاح واحد صورة فتمكنت شبهة الصلح ويجب الدية في مالها لانها عمد فلا تتحمله العاقلة • ولانها وجب الصلح ولها مهر مثلها
لان سمي ما لا يصلح مهرا فصار كتسمية الخمر والخنزير فصار كانه لم يسم شيا فيرفع عنها من الدية قدر مهر مثلها ويغرم الباقي • وان تزوجها على القطع
وما يحدث منه او على الجناية والقطع عمد فان برئ من ذلك فلها مهر مثلها ولا شي عليها ولا على عاقلتها • اما وجوب مهر المثل فلما قلنا انه سمي
ما لا يصلح مهرا وهو القصاص • واما سقوط القصاص فبغير بدل لانه لما جعله مهرا فقد رضي بسقوطه بغير بدل • وان كان القطع خطا
وهو الوجه الثاني فان تزوجها على القطع او على الجراحة فمات منه كان لها مهر مثلها لانه سمى القطع مهرا ولما مات ظهر انه لم يكن القطع
موجبا شيئا وكانه لم يسم لها شيا وتجب الدية على عاقلتها لانه كان خطا فيرفع عن العاقلة قدر مهر مثلها لان العاقلة يتحملون لها وما زاد ان
كان يخرج من ثلث ماله فانه يرفع عن العاقلة لانه وصية لهم وان كان لا يخرج فلهم مازاد على مهر المثل قدر الثلث
فيرفع عنهم ويردون الفضل على الورثة • وان تزوجها على القطع وما يحدث منه او على الجناية فمات منه كان لها مهر مثلها لانه لو مات
ظهر ان الواجب دية النفس والدية تصلح مهرا الا انه مريض والمريض اذا تزوج امراة بمال كان لها مقدار مهر مثلها وما زاد على مهر مثلها
يكون وصية لها والوصية للقاتل لا تصح فيجعل وصية للعاقلة لانهم اجانب فكان لها مهر مثلها من الدية فان كان مهر مثلها قدر الدية
فالعاقلة لا يغرمون لها شيئا لان العاقلة يتحملون عن المراة بسبب جنايتها ولا يتحملون لها • وان كان مهر مثلها اقل من الدية فذلك
القدر يسقط عن العاقلة والباقي وصية لهم ثم ان اجابوا فتصح ان كان يخرج ذلك الفضل من ثلث ماله • وان كان لا يخرج تلك الزيادة
من ثلث ماله فلهم ما زاد قدر الثلث يرفع ذلك عنهم ويردون الباقي على ورثة الميت وهذا كله على قول ابي حنيفة • فاما عندهما فالجواب
فيه في العمد والخطا كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع وما يحدث منه • او على الجناية لما ذكر من الخلاف في المسئلة المتقدمة كذا في شرح
الجامع الصغير **قوله** فتزوجها على يده اي على موجب قطع يده • يعني جعل مهرها ما كان موجب قطع يده **قوله** لا سيما على تقدير
السقوط اي سقوط القصاص • يعني ان ما ليس بمال لا يصلح مهرا وهو القصاص فعلى تقدير سقوطه الاولى ان لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل كما لو لم يسم شيئا
والمسقط القصاص لانه لما جعله مهرا فقد رضي بسقوطه حتمه فيه **قوله** على ما نشير اليه اشارة الى قوله وقد رضي بسقوطه حتمه **قوله** واذا
سرى اي سرى قطع اليد الى هلاك النفس **قوله** واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة بين مهر المثل والدية ان سوى قدرها
فان كان في الدية فضل تردها المراة على ورثة الميت • وان كان مهر المثل فضل ترده ورثة الميت الى المراة **قوله** ولا يتقاصان
اي لا يتقاصان ما على الزوج من مهر المثل وما على المراة من الدية لاختلاف الذمم • لان الدية هنا تجب على العاقلة لكون القتل خطا ومهر
المثل يجب لها فلا يتقاصان وانما تكون المقاصة فاذا اتحدت الذمة في الوجوب لها وعليها كما اذا قطعت عمدا وسرى الى النفس لان الدية
تجب عليها لا على العاقلة لانه عمد والمهر لها ايضا فاتحدت الذمة فوقعت المقاصة **قوله** ولا شي عليها اي لا يجب عليها شي اصلا لا القصاص
ولا الدية وهذا هو قياس المتهم بقوله ولا شي وكذلك لا يجب على العاقلة شي من الدية لان العاقلة لا تتحمل عمدا **قوله** يرفع عن العاقلة
مهر مثلها اي قدر مهر مثلها **قوله** ولهم ثلث ما ترك الميت وصية • اي للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الدية وصية لهم لان الزوج جعل
اليد وما يحدث منها تزوجا على الدية والدية تصلح مهرا • فان كانت الدية بقدر مهر المثل صحت الوصية للعاقلة وسقطت عنهم لان الوصية
للاجانب صحيحة • وان كانت لا تصح للمراة لانها قاتلة فان فضلت الدية عن مهر المثل تسقط الزيادة عنهم ان كانت تخرج من ثلث المال
وان لم تخرج الزيادة من ثلث المال يسقط ثلث الزيادة عنهم لانه وصية في حقهم وما فضل على ثلث الزيادة يؤدى الى العاقلة الى ورثة الميت
قوله لانه مريض مرض الموت دليل قوله ولهم ثلث ما ترك الميت **قوله** فان الحال ان ترجع عليهم اي ان ترجع المراة على العاقلة
قوله فانتقى جوابها في الفصلين • اي فيما اذا تزوجها على اليد ولم يذكر شيئا اخر وفيما اذا تزوجها على اليد وما يحدث منها
لان العفو عن اليد عفو عن السراية عند ابي يوسف ومحمد خلافا لابي حنيفة وقد عرف قبل هذا **قوله** قال ومن قطعت يده فاقتص
له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه • اي قال في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في

انه

الرجل يقطع يد رجل عمدا فاقتص له ثم مات المقتص له فيقتل المقتص منه ولو مات المقتص له لم يقتل • وهذا من الجواهر وذلك
لان القتل بالجنايات على الاطراف الاسعا حولا حتى يتبين حق المجني عليه فلما مات من ذلك ظهر ان حقه في القتل لا في الطرف وقد كان استوفى في
الطرف على ظن حق فلا يبطل باستيفاء الطرف حقه في القتل ولا يجب للبدء لانه لا قيمة لشرائط الحق القصاص فكذا الطرف • الا ترى ان رجلا
لو وجب له على رجل قصاص في النفس فقطع يده ثم قتله لا شي عليه في قطع اليد ولكنه اسا فكذلك هذا ولا يصير قطع يد القاطع شبهة في سقوط
القصاص عنه • قالوا في شروح الجامع الصغير وعن ابي يوسف انه لا يقتل لان الاقدام على القطع كان ابراء عما وراءه • والجواب عنه انما يصير
ابرا عما وراءه ان لو كان الموجب معلوما • وعند القطع في زعمه ان الموجب هو قطع اليد فاستوفى اليد لهذا لا لانه ابراء فاذا مات تبين ان الموجب
هو القتل فيقتل **قوله** قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة
وقالا لا شي عليه • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يقتل وليه عمدا فيقطع يد قاتله ثم
يعفو عنه وقد قضى القاضي بالقصاص قال فعلى قاطع اليد دية اليد في ماله • وقال ابو يوسف ومحمد ان قطع الولي يد القاتل ثم عفا عنه فلا شي
عليه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وقال الشافعي رحمه الله كقولهما كذا في الاشارات • وجه قولهما ان الولي قطع اليد من نفس لو اتلفها
لم يضمن فيما اذا اتلف بعض اليد كما لو قطع يده من غيره ثم اسلم ثم ترتب • وهذا لان اليد كانت حقا للولي تبعا للنفس فبطل بالعفو حقه فيما بقي لا فيما استوفى
بدليل الاحكام منها انه لو قطع ثم حز رقبته قبل البرء لا يضمن • ومنها انه لو قطع ثم حز رقبته بعد البرء لا يضمن • ومنها انه لو قطع وعفا ثم سرى
لا يضمن • ومنها انه لو قطع وما عفا وما سرى وما برئ لا يضمن • قالوا الطرف مع النفس بمنزلة الاصابع مع الكف في الدية • ثم لو قطع
اصبعه وعفا عن الكف لا يضمن فان الاصبع فكذا في الطرف مع النفس • وهذا لان حقه ثابت في النفس وكل جزء من اجزاء النفس يظهر في حق الاطراف
فيما لانه من جملة النفس فيكون من جملة ما جعل حقا له شرعا • ولابي حنيفة انه استوفى طرفا بغير حق فيضمنه لان حقه في القتل لا في القطع والقطع ابانة
والقتل ازهاق وبينهما مغايرة وكان القياس ان يجب القصاص في اليد الا انه سقط للشبهة لان له ان يتلف يده من جملة القصاص تبعا للمعتبر
فكان ذلك شبهة • ولانه انما يتبين عند بطلان حقه في القصاص فاستند الضمان الى وقت القطع فيتبين انه قطع يدا بغير حق فيجب دية اليد
لان القصاص سقط للشبهة يحقق ان حق الولي انما هو في ازهاق الروح لا في اتلاف الاجزاء لكن اتلاف الاجزاء حصل ضرورة من ان القتل قصاصا
وملك القصاص ضروري يثبت ضرورة حصول حق المقتول لان في القتل ما فات استحقاق الكفوف وهو الحرية او حرمة حق الله تعالى وما
يثبت ضرورة يتقدر بقدر الضرورة لا يعبر فلا يظهر حق الولي في الطرف الا عند استيفاء القصاص بجملته عندنا قبل الاستيفاء في حق الطرف يكون
قطع اليد حاصلا في غير حقه فيجب الضمان • والجواب عن المسائل نقول اذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فانما لا يضمن لان الطرف صار مستحقا في حق
القتل • وهذا القتل وقع قتلا او هو من جملة القتل • لان من قتل انسانا لا يمكنه ان يقتله بجراحة واحدة ظاهرا او غالبا • فاذا جرحه
جراحات ومات كان الكل قتلا فكان مستحقا • واما اذا حز رقبته بعد البرء فان الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال الصحيح انه
على هذا الخلاف يضمنه • واما اذا قطع وعفا ثم سرى فهذا القطع وقع قتلا فكان الطرف مستحقا في حقه • اما اذا قطع وما عفا وما سرى
وما برا فالمختار انه يضمن لان ذلك لا يعلم الا بعد البرء • وقال الامام علاء الدين لو قطع وما عفا وبرا اختلف المشايخ فيه فالصحيح انه على الخلاف
والجواب عن مسئلة الاصابع نقول صاحب الاسرار وقال لا نسلم انه لا يلزم فان الاصبع لا يلزمه اذا عفا عن الكف • ومن اصحابنا من سلم
ذلك وفرع الفرق فقال انه استحق الكف والاصابع اصلا • لان الاتلاف ورد على الكل مقصودا لان الكف وان كان اصلا في القيام
تابع في الغرض • والاصابع وان كانت تابعة في القيام اصلا في الغرض وهو البطش • فلما كان كل واحد منهما اصلا من وجه كان كل
واحد منهما مستحقا اصلا من وجه تابعا من وجه • ثم الكف مستحق اصلا فكذا الاصابع • بخلاف الطرف مع النفس فانه تابع للنفس من كل وجه
لم يكن مستحقا اصلا فكان قطع اليد قطعا بغير حق فوجب الضمان **قوله** ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس
ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة • وقالا لا يضمن وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا وليست بمذكورة في البداية فعلى هذا الوضع لفظ
قال في اول المسئلة سابقا • قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا اقتص الرجل من الرجل في عضو او شجة فمات المقتص منه من ذلك فديته
على عاقلة المقتص له في قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد لا شي عليه الى هنا لفظ الكافي ووجوب الدية عند ابي حنيفة استحسانا
والقياس ان يجب عليه القصاص كذا في المختلف • وجه قولهما انه استوفى حقا فلا يكون مضمونا عليه كما اذا قطع الامام يد السارق
وكما اذا احتجم او فصد او بزغ باذن المحجوم والمفصود والمبزوغ لانه اذا كان القطع ماذونا او كان حقا لا يوصف بالتعدي بدايته ولا يوصف
بالتعدي نهايته لان السراية لا تخالف البداية • وجه قول ابي حنيفة انه قتل نفسا معصومة بغير حق فيجب الضمان لان قتل النفس المعصومة
موجب للدية او القصاص بالنصوص ولا شبهة ... • وانما الكلام في وقوع القتل قتلا ولا شك لانه ظاهر ايضا لان القتل ازهاق الروح
بسبب فعل لا تحتمل النفس وقد حصل هنا ذلك فيكون قتلا لانه اذا قطعه قطعا موصلا للمائت به الا تحمله النفس ...
كحاله • ولهذا لو كان قطع اليد ظلما من غير قصاص وسرى الى النفس حصل ذلك قتلا موجبا للقصاص او الدية في حق النفس وكونه قتلا انه حقيقي
لا يختلف ذلك بكونه حقا او بغير حق • فاذا ثبت ان هذا القطع حصل قتلا بعد السراية وحيث ان القتل لانه حصل بغير حق لان حقه في وجود
القطع في القتل وفي المسائل المذكورة انما يجب الضمان بعد السراية لانه مامور بالقتل اما بالتقليد كما في الامام لانه تقلد الامانة واجبا
المفصد كما في الفصاد والبزاغ فاذا كان مامورا كان الاتيان بالفعل واجبا والواجبات لا تتقيد بشرط السلامة كالرمي الى الحربي وفي رواية
العود لا التزام ولا وجوب فكان ذلك قطعا مباحا خالصا فكان مقيدا بشرط السلامة كما في سائر المباحات كالاصطياد والمشي في الطريق
لهذا بوقت ذلك لانه مندوب الى الترك بقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فكان مقيدا بشرط سلامة العاقبة فاذا سرى تبين انه قتل
اخذ ... ولكن الدية هنا تجب على العاقلة • لانه في معنى الخطا لانه اراد بهذا القطع استيفاء حقه من القطع ولم يرد به اتلاف النفس كذا في شرح

الكافي والباقي بلفظ الهداية

باب الشهادة في القتل

ذكر الشهادة بالقتل بعدما ذكر حكم القتل بنفسه لان الشهادة بالقتل متعلق به والمقصود منها اثبات القتل فكانت غير مقصودة في الباب فكان ذكرها بعد ذكر حكمه **قوله** قال ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد • وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يقتل عمدا وله ابنان كبيران احدهما غائب والآخر حاضر فاقام الحاضر البينة على قاتل ابيه ثم قدم الغائب قال الامر يعيد البينة عليه وان كان قتل خطأ لم يعد البينة • قال وكذلك الدين يكون على الناس لابيهم لا يحتاج ان يعيد البينة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال في المختلف الابن اذا ادعى دم ابيه على رجل والآخر غائب واقام البينة انه قتل اباه عمدا يقبل البينة ويحبس القاتل • فاذا حضر الغائب كلفناهما اعادة البينة وقالا لا يكلف ذلك • وجه قولهما ان القصاص حق الميت لانه عوض عن نفسه ونفسه مملوكة له فكان البدل له ثم ينتقل عنه الى ورثته • ولهذا كانت الدية للمقتول وكذا القصاص اذا انقلب مالا يكون المال للميت حتى يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه • ولهذا كان للمرأة حق في القصاص والمرأة لا تملك شيئا من حق الزوج الا بطريق الوراثة • فاذا ثبت للوارث بطريق الوراثة على معنى يثبت للميت اولا ثم ينتقل عنه الى الوارث كان بمنزلة الدين وثمة احد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثباته • ولهذا اعتبر القاتل لحق البينة لان الوارث خصم في اثباته • ولهذا اذا ادعى الدية ثم يكلف اعادة البينة بالاتفاق اذا حضر الغائب فكذا اذا ادعى القصاص • ولابي حنيفة ان القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة ابتداء من وجه وذلك لانه شرع للتشفي ودرك الثار وهذا حق للورثة ابتداء من هذا الوجه لان الميت لا ينتفع به من حيث انه بدل النفس حق الميت • ولهذا اذا انقلب مالا يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه • واذا كان القصاص حقا للورثة من وجه لم يجز ان ينتصب احد الورثة خصما عن الوارث الآخر • لانه اثبت حقه لا حق غيره فلا بد من اعادة البينة للغائب لان احد الورثة ينتصب خصما عن الموروث لا عن وارث آخر فلما ثبت ان القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة من وجه ثبت القتل من وجه ايضا والثبوت من وجه اورث الشبهة والشبهة عمل بخلاف الدية فان حق الميت من كل وجه لانه ينتفع بها فجاز ان ينتصب احد الورثة خصما عن الميت فلم يحتج الى اعادة البينة • قال فخر الاسلام ولا يلزم ان القصاص متى صار مالا صار موروثا فاما الا يورث لحكم التابع وقد صار ذلك مبتدأ وهو كالموصى له بالثلث لا حق له في القصاص واذا صار مالا اوجب له ثلث لما قلنا **قوله** ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح • اي ولاجل ان الملك في القصاص للميت يسقط القصاص بعفو الميت قبل موته بعد الجرح • قال القدوري في شرح مختصر الكرخي قال اصحابنا اذا عفا المجروح ثم مات فالقياس ان لا يصح عفوه لان القصاص يثبت للورثة ابتداء لولا ذلك لم يثبت لهم بعد الموت فكان ابراء من غير حق وانما استحسنوا وجوزوا عفوه لان الحق له • وانما يقوم الوارث في استيفائه مقامه واذا اسقط جاز ويكون من جميع المال لانه حق له كالطلاق • وقال في الوارث اذا عفا عن الجارح قبل موت المجروح فالقياس ان لا يصح عفوه لانه عفا عن حق غيره • الا ترى ان المريض لو عوفي في هذه الحال جاز • وانما ثبت للوارث الحق بعد موته فاذا عفا قبل موته لم يجز كالابراء من دين الميت قبل موته • وانما استحسنوا فقالوا يجوز لان الحق للورثة عند الجرح لولا ذلك لم يثبت لهم عند الموت • فاذا ابرأ بعد ثبوت سببها الجرح جاز كالابراء عن الدين المؤجل كذا ذكر القدوري في شرحه قبل باب جناية العبد **قوله** ولان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة قيل في الفرق بينهما هو ان طريقة الوراثة انما يثبت الملك لمن يملك ابتداء كالعبد اذا اتهب فانه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل للملك **قوله** فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص • ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غاب احد الوليين فاقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا يكون الشاهد خصما في ذلك • وكذلك العبد بين رجلين • اي يكون الحاضر خصما عن نفسه وعن الغائب فيسقط حقه في القصاص وان حضر صار مالا يعيدها الغائب فانتصب الحاضر خصما عن نفسه وعن الغائب لانه لا يصح القضاء بسقوط حق الحاضر الا بعد ثبوت العفو من الغائب فصار الغائب منتصبا عليه فهذا القضاء عليه ثبتا • ولو حضر الغائب لم يعد الشهود عليه لان القضاء قد نفذ عليه • قال محمد وكذلك العبد بين رجلين هو يعني قتل العبد عمدا واحد المولين غائب فادعى القاتل عفو الغائب واقام بينة على ذلك تقبل بينته لما قلنا قال في شرح الكافي ولو ادعى عفو الغائب ولم يكن له بينة واراد استحلافه فانه يؤخر حتى يقدم الغائب فيحلف فاذا حلف اقتص منه ولا يحلف الحاضر لانه يدعي العفو على الغائب وهو ليس بخصم في حق نفي العفو • قال فان قيل ان لم يكن خصما في حق نفي العفو فهو خصم في حق حكمه • ولهذا قبلت البينة عليه قلنا نعم ولكن انما قبلنا البينة عليه على تقدير انه يجعل كالنائب عن الغائب لانه ينوب باعتبار ما يتصل به من حكمه • وانما يستقيم تقدير النيابة فيما يجري فيه النيابة والبينات مما يجري فيه النيابات • اما الاستحلاف فلا يجري فيه النيابات وهذا لانه لا نيابة في التحليف بطريق النيابة يمنع ويؤخر لاعمل له بحال الغائب • واذا اراد ان يعذر لا يلزمه القاضي شيئا • قال الحاكم الشهيد فان ادعى بينة حاضرة على العفو اجلته ثلاثة ايام فان مضت الثلاثة ولم يأت بهم دفعته الى الاولياء • قال في شرح الكافي وهذا الذي حكم بحصر دعوى العفو بل هو حكم اذا ادعى دفعا بينة حاضرة في كل حق يؤجل هكذا الى المجلس الثاني • لانه يحتمل ان الامر كما يقول فاذا ظهر خلافه نفذ الحكم الذي وجد عليه • وقال الحاكم ولو ادعى بينة غائبة فالقياس ان يقضى عليه ويمضي القضاء كما يقضي عليه في المال لان القضاء متوجه عليه بحجة فلا يجوز تأخيره لامر موهوم الا انا استحسنا فلا نعجل فيه بل نتثبت ونتأنى استعظاما لامر الدم • بخلاف الاموال لان ذلك امر يستدرك لو وقع فيه الخطأ • بخلاف القصاص فانه لا يستدرك موجب القتل فالتأخير الى ان يظهر للقاضي كذبه خير ... الى الاولياء فالقتل كذا في شرح الكافي **قوله** قال فان كان الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على آخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما فان انكر القاتل على ما قالا فلا شيء للولي الآخر الدية • وان صدقهما القاتل فعليه ثلثا الدية للاولياء الثلاثة الا ان ثم الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ومسئلة على وجوه اربعة اما ان يصدقهما المشهود عليه والقاتل جميعا او كذباهما جميعا • واما ان يصدقهما القاتل وحده واما ان يصدقهما المشهود عليه وحده • فاما ان صدقاهما جميعا فلا يشكل انه يصير بمنزلة العفو المقر ويصير نصيبهما مالا ويبطل نصيب الغائب وان كذباهما فلا شيء للشاهدين ويبطل نصيبهما وصار نصيب المشهود عليه مالا لان الشاهدين اقرا ببطلان القصاص ثم ادعيا مالا فقولهما على ابطال القصاص جائز وعلى دعوى المال لا يجوز وصار كانهما عفوا • لان بطلان القصاص ظهر من قبلهما • وان صدقهما القاتل وكذبهما المشهود عليه صار كله مالا ويلزم القاتل الدية اثلاثا لانه لما صدقهما فقد بها يثبت الدية فلزم وادعى بطلان حق المشهود عليه فلم يصدق فيتحول مالا • وان صدقهما المشهود وكذب القاتل لم يصدقوا على القاتل ولا يلزم القاتل الا ثلث الدية وهو نصيب المشهود عليه لكنه يتحول اليهما لان من زعم المشهود عليه انه قد عفى ولا شيء على القاتل وانما عليه لهما الدية دين لهما والذي بيده هو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما وكان القياس ان لا يجب شيء اصلا لانهما ادعيا مالا والقاتل ينكرهما وانما القاتل اقر بالثلث للمشهود عليه لانه يقول لم يعف المشهود عليه والمشهود عليه منكر ما اقر به القاتل له لكنه استحسن فاوجب ثلث الدية وصرفه اليهما لان القاتل اقر على ما قلنا • فلما قال المشهود عليه عفوت فكانه اقر ان نصيب الشاهدين صار مالا فقد حصل الذي اقر به القاتل للشاهدين بحق اقرار بذلك • وهذا بمنزلة رجل اقر لرجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان فجاز ذلك وصار الالف لفلان فكذلك ههنا كذا في شرح الجامع الصغير **قوله** لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مالا فلم تقبل شهادتهما الله • وهذا لانها دعوى بجر المغنم او بدفع المغرم باطلة لكونه متهما **قوله** وان كذبهما فلا شيء لهما وان كذبهما المشهود عليه ايضا **قوله** معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا • وفي بعض النسخ معناه اذا كذبهما القاتل ايضا فعلى تلك النسخة يكون تقدير قوله وان كذبهما اي المشهود عليه والاول اصح **قوله** لا اقرار له بذلك • اي لا اقرار القاتل للمشهود عليه بثلث الدية **قوله** وكذا اقر القاتل للمشهود عليه فقد بطل بتكذيبه وهو من اضافة المصدر الى الفاعل • اي بتكذيب المشهود عليه القاتل في انكار العفو • يعني لما صدق المشهود عليه الشاهدين صار تصديقه تكذيبا منه للقاتل في انكار العفو **قوله** فصار مقرا لهما • اي صار الغائب وهو المشهود عليه مقرا للشاهدين بما اقر به القاتل وهو ثلث الدية اي للغائب **قوله** قال وان شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود • اي قال في الجامع الصغير وانه لانهم شهدوا بالقتل العمد فانه لا يمكن لهم رؤيته الا وضع المشهود دون ان يعاينوا الجرح والضرب • وان يصير المجروح صاحب فراش الى ان يموت اذ القتل العمد شرعا ان يقصد ضربه بما لا يطيقون البنية بسبب ذلك الضرب حتى لو كان يقوم ويذهب في حوائجه بعد الضرب لا يقتل واذا كان صاحب فراش بعد الضرب ومات فقد مات بذلك السبب فوجب الحكم به ولم يحلف الشهود ثم ثبت • ولكن تأويل المسألة فيما اذا شهدوا انه ضربه بسلاح او بما يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء اذ في غير ذلك لا يجب القود عند ابي حنيفة • ولا يقال الضرب بسلاح قد يكون خطأ فكيف يجب القود • لانا نقول لما شهدوا انه ضربه بسلاح ثبت العمد لا محالة • لانه لو كان خطأ لما قالوا انه قصد غيره فاصابه • وقال في شرح الكافي ولا ينبغي ان يقال الشهود انه مات بذلك لانه لا ذلك فاذا في الخطأ لانهم متى شهدوا على هذا الوجه فقد شهدوا بالقتل فان القتل اسم لجرح متصل به الى النفس عادة وقد شهدوا بما جنت ... صاحب فراش حتى مات وهذا لان الموت متى وجد عقيب سبب صالح يضاف اليه ولا يضاف الى غيره اذا لم يكن في الظاهر سبب آخر • وان احتمل شيئا آخر في الباطن • ولكن الاحتمال بخلاف الظاهر لا يعتبر في الاحكام • وكذلك اذا شهدوا انه ضربه بالسيف حتى مات ولم يزيدوا على هذا • لانهم قد ذكروا سببا صالحا واخبروا انه مات عقيبه فصارت الشهادة بها شهادة بالقتل • وكذلك ان لم يذكروا العمد لان العمد هو القصد بالقلب وهو امر باطن ولا يوقف ولكن يعرف بدليله وهو الضرب بالة قاتلة عادة ولو شهدوا انه قتله عمدا وانه مات من فوره احوط كذا في شرح الكافي لشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي **قوله** واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلدان او في الذي كان به القتل فهو باطل • اي قال في الجامع الصغير ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قتل رجلا عمدا فشهد له شاهدان فاختلفا في الايام او في البلدان او في الذي قتله به لم تجز شهادتهما • وقال ايضا فيه عن ابي حنيفة في رجل ادعى على رجل انه قتل فشهد له شاهد انه قتله بالسيف وشاهد آخر انه قتله بالعصا قال هو باطل • وان شهد شاهد انه قتله بالعصا وقال الآخر انه قتله ولا ادري باي شيء قتله قال هو باطل كله • قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو شهد احدهما انه قتله بالسيف وشهد الآخر انه طعنه برمح او شهد الآخر انه ضربه بالسيف وشهد الآخر انه رماه بسهم • او اختلفا في مكان القتل او وقته او موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة وذلك لان القتل لا يعاد ولا يكرر فالموجود في مكان او زمان غير الموجود في مكان آخر او زمان آخر • فاذا كان كذلك لم يوجد الاتفاق من الشاهدين على قتل واحد فلم تقبل شهادتهما لذلك وكذلك القتل يختلف حكمه باختلاف الالة • لان القتل بالسلاح يوجب القصاص وبغير السلاح يوجب الدية • واذا اختلف حكما كانا غيرين فلم يثبت واحد منهما • وكذلك فعل القتل يختلف باختلاف موضع الجرح • وكذلك اذا شهد احدهما انه لا يوجب القود وقال الآخر لا ادري اي شيء قتله لان احدهما شهد بقتل معلوم لا يوجب القصاص والآخر بقتل مجهول فلم يتفقا على قتل واحد كذا في شرح الجامع الصغير **قوله** وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الشاهدين قالا نشهد انه قتله ولا ندري باي شيء قتله قال اقضي عليه الدية الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وذلك في الاصل استحسان وكان القياس ان لا تقبل الشهادة • وجه القياس ان هذا غفلة من الشاهدين فلا تقبل شهادتهما • ولانه يحتمل الاختلاف ايضا لانهما لو فسرا احتمل كل واحد منهما بخلاف ما فسر الآخر بان يقول احدهما قتله بالسيف ويقول الآخر قتله بالعصا • وجه الاستحسان انهما شهدا بالقتل المطلق ولم يظهر بينهما اختلاف في الظاهر فتقبل شهادتهما الا انا ولكن نحتاط في موجبي القتل وهو الدية لانه يقتل ويبطل القصاص لكن يجب الدية في ماله لان مطلق القتل يحمل على العمد ولا يوجب على العاقلة الا الشك ويحمل امر الشاهدين على درء القصاص دون الجهل احسانا للظن بهما لان الشرع اطلق في الكذب في اصلاح ذات البين • قال عليه السلام ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فقال خيرا او نمى خيرا • وليس هذا كما اذا شهد احدهما انه قتله بالسيف وشهد الآخر انه قتله بالعصا حيث لا تقبل الشهادة • لان ثمه

الاطلاق في الظاهر فلا يحمل على الاخر على الدر فيتبين الجهل • اما هنا فبخلافه **قوله** والمطلق ليس بمجمل وذلك لان المطلق يمكن العمل به
بعد البيان كما في قوله تعالى فتحرير رقبة والمجمل لا يمكن العمل به الا ببيان من جهة المجمل لكونه مجهولا **قوله** ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة
على اجمالهم المشهود عليه • اي يحمل ابهام الشهود في الشهادة بقولهم لا ندري اي بقي قتله على ابهامهم المشهود عليه وهو القاتل فلا يجب عليه
القصاص لا على الكذب ولا على الجهل حسبة للستر على القاتل بحمل قولهم لا ندري عفوا • والاجمال الاول بمعنى الابهام والثاني بمعنى الاخفاء هو
قوله ولو كذبوا في نفي العلم ظاهرا كما ورد باطلاقه هو منصوب بنزع الخافض • اي بظاهر ما ورد من الحديث باطلاقه اي بتجويزه
الكذب في قوله عليه السلام ليس بكذب من اصلح بين اثنين وهذا في معناه • اي ستر الشاهد على المشهود عليه ما يوجب القتل بمعنى اصلاح
ذات البين لان العفو مندوب هنا بقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى كما ان في الاصلاح مندوب ثمة فكان تجويز الكذب ثمة تجويزا هنا
قوله قال وان اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما • وان شهدوا على رجل انه قتله وشهد
اخرون على اخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله • اي قال في الجامع الصغير وذلك لان الاصل في باب الاقرار ان المقر له اذا كذب
المقر في بعض اقراره لا يبطل اقراره فيما بقي • ولو كذب الشهود في بعض الشهادة بطلت الشهادة فيما بقي مثال ذلك ان رجلا لو اقر لرجل بالف
درهم فقال المقر له ليس لي عليك الا خمسمائة كان للمقر له ان ياخذ منه خمسمائة • ولو شهد شاهدان على رجل بالف فقال المشهود له ليس لي عليه الا
خمسمائة درهم بطلت الشهادة في الكل لانه لما اكذب الشاهد في بعض الشهادة ولان الشهادة الشاهد كاذب فسقه وشهادة الفاسق باطلة
واقرار الفاسق جائز • واذا عرفت هذا فنقول في هذه المسئلة اذا اقر كل واحد منهما بالقتل على الانفراد فقد صدق كل واحد منهما باتلاف بعض النفس
والقصاص يجب باتلاف البعض كما يجب باتلاف الكل فلهذا كان له ان يقتلهما • وفي الشهادة لما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما
في الكل • ولو لم يقل الا قتلتماه • ولكن قال صدقتما بطل القصاص في الوجهين جميعا سواء كان باقرار او بشهادة • وهذا الحرف ذكر في
كتاب الاقرار ولم يذكر ههنا وانما صار هكذا لانه لما قال صدقتما صار كانه قال لكل واحد منهما صدقت انت الذي قتلته وحدك فكان ذلك
تصديقا لكل واحد منهما وتكذيب الاخر كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير **قوله** منهما اي من الاقرار والشهادة **قوله**
في بعض ما اقر به لان تكذيب المقر له في كل ما اقر به المقر مبطل لاقراره

باب

اعتبار حالة القتل قيل لما كانت الاحوال صفات تترى ذات المحال ذكر احوال القتل بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به **قوله**
قال ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه • اي قال في الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل رمى رجلا والمرمي مسلم فارتد قبل ان يقع به السهم ثم وقع به السهم وهو مرتد
فمات قال الدية على الرامي لورثة المرتد • قال ابو يوسف ومحمد لا شيء على الرامي قال وان رمى وهو مرتد فوقع به السهم بعدما اسلم لم يكن على الرامي شيء في
قولهم جميعا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهذه من الخواص • وجه قولهما ان التلف حصل في محل غير معصوم فاتلاف غير المعصوم هدر فصار
كالدجاجة ثم ارتد ثم مات • ولانه بالارتداد اخرج نفسه عن التقوم فيصير مبريا اياه عن الجناية او عن حقه ثم اصابه السهم لا شيء عليه
كذلك ههنا • ولابي حنيفة ان الانسان انما يؤخذ بفعله وفعله الرمي فيصير قاتلا من وقت الرمي • ولهذا لو كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي
قبل الاصابة يصح تكفيره • وكذا لو رمى مسلم الى صيد ثم ارتد والعياذ بالله ثم اصاب الصيد وهو مرتد يحل ويعتبر قاتلا من وقت
الرمي • ولو كان مجوسيا فرمى الى الصيد ثم اسلم قبل الاصابة ثم اصابه وجرحه ومات لا يحل اكله لان المعتبر وقت الرمي وقت الرمي كان مجوسيا
وكذا لو ارسل الكلب على هذا التفصيل وهذه المسائل تدل على ان الرامي يصير قاتلا من وقت الرمي والمقتول كان مسلما وقت الرمي الا انه لا يجب
القصاص لان اعتبار حالة التلف تورث شبهة فيه والقصاص لا يستوفى مع الشبهة • وقولهما انه بالارتداد صار مبريا اياه عن ضمان الجناية
لا يصح لان عندي ان البرء لا يبطل التقوم فكيف يكون مبريا عن ضمان الجناية كذا ذكر فخر الدين قاضي خان **قوله** ولو رمى اليه وهو مرتد
فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا • وكذلك اذا رمى حربيا فاسلم ولفظ محمد في المسئلة الاولى ذكرناه قبل هذا • واما في الثانية
فقال محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل رمى حربيا ثم اسلم الحربي ثم وقع به السهم بعدما اسلم قال ليس على الرامي
شيء في قولهم جميعا الى هنا لفظ محمد وهذه من الخواص ايضا • وذلك لان المعتبر عند ابي حنيفة حالة الرمي ووقت الرمي لم يكن المرمي متقوما لعدم
العصمة بكونه مرتدا او حربيا فكان قتله هدرا • واما عندهما فلان فعله وقت الرمي وقع هدرا باعتبار الظاهر فلا ينقلب معتبرا ولان
قتل الحربي والمرتد مامور به • فلو اعتبرنا حالة الاصابة لامتنع الناس من قتلهم فسقط اعتبار وقت الاصابة في حقهم لمكان العذر
بخلاف ما اذا كان مسلما وقت الرمي لانه لا عذر ثمة **قوله** قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى
عند ابي حنيفة • وقال محمد فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي • اي قال في الجامع الصغير وهذه من الخواص ايضا • قال فخر الاسلام
البزدوي في شرح الجامع الصغير وقول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة • وروي عن الحسن • وقال زفر عليه الدية وقال في تفسير قول
محمد انه ينظر بكم يشترى لو لم يكن ذلك المرمي وبكم يشترى في تلك الحالة فيجب فضل ما بينهما • بيانه ان قيمته ان كانت قبل الرمي الف
درهم وبعد الرمي ثمانمائة درهم يلزمه مائتا درهم • وجه قول زفر ان الرمي انما صار علة عند الاصابة لان الاتلاف لا يكون بلا تلف
فيعتبر المحل حين اتصال التلف كان حرا لا عبدا فكان اتلافا للحر لا العبد فكيف يجب قيمة العبد بلا تلف • ولا يصح ان يجعل الاعتاق قاطعا
للسراية لان سراية الفعل لا تكون قبل اتصاله بمحل السراية ولم يوجد وقوعه الا بعد الاعتاق فلم يؤثر فيه حكم الاعتاق المتقدم وجه
قول محمد ان توجه السهم عليه يوجب اثرا به على الهلاك نقصا وذلك كالجرح الواقع به • ولو جرحه ثم اعتقه مولاه ينقطع السراية
فلا يجب الدية ولا القيمة • واما بعض النقصان فكذلك ههنا • والدليل على ان العتق يبطل سراية الجناية ما قال العلماء في الشهود في
ان من قطع يد عبد انسان خطأ ثم اعتقه مولاه ثم مات لم يجب عليه فيه النفس وانما يجب عليه ارش اليد مع النقصان الذي نقصه القطع

الى ان

الى ان عتق • ولان العتق يبطل سراية الجناية • ولابي حنيفة وابي يوسف ان الرامي جعل قاتلا بفعله الذي هو الرمي وصار كانه اصابه السهم في
ذلك الوقت وحينئذ كان المرمي اليه عبدا فيجب قيمته وقت الرمي للمولى • الا ترى ان رجلا لو كان مولى لرجل الموالاة فرمى رجلا ثم تحول ولاءه الى قوم
فمن قال الضمان على مولاه الاول لم يجب على الاخر فكذلك ههنا • وكذلك لو اسلم رمى سهما الى الصيد ثم ارتد والعياذ بالله ثم وقع السهم به فقتله
حل الصيد فكذا هنا وليس الرمي كالجرح الذي قاسه عليه محمد لوجود الفارق بينهما • لان الجرح يحصل اتلاف بعض المحل وحينئذ كان المحل مملوكا فيجب
الضمان للمولى ايضا • ثم بعد سراية الجرح الى النفس لو وجب الضمان لوجب للعبد لانه حينئذ معتق وذلك متعذر لكون الانتهاء مخالفا للابتداء لانه
ينزل بمنزلة تبدل المحل فلا يتحقق السراية • واما الرمي قبل اتصال السهم بالمحل فلم يحصل به اتلاف اصلا فلم يجب بالرمي حين وجوده ضمان فلم يلزم مخالفة
الانتهاء الابتداء • وانما تعلق الرمي علة للاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمي كانه وجد من ذلك الوقت فلم يلزم المخالفة
فلم يكن العتق قاطعا لسراية الرمي لعدم المخالفة • ثم ابو حنيفة مر في هذه المسئلة على اصله وابو يوسف فرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم هو
وجه الفرق ان المعترض ثمة هو الردة وهي مسقطة عصمة المحل فلا يلزم شيء • اما هنا فالمعترض هو الاعتاق والعتق لا يبطل عصمة المحل بل يؤكده
الا انه لا يلزمه الدية لان الرمي وقع موجبا ضمان القيمة واعتاق وقت الاصابة يوجب الدية فلا يلزمه الزيادة بالشك • وقد ذكر الفقيه ابو
الليث قول ابي يوسف مع محمد في شرح الجامع الصغير في مسئلة الاعتاق بعد الرمي • وذكر فخر الاسلام في شرحه قوله مع ابي حنيفة **قوله**
قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال اذا قضى القاضي على رجل بالرجم فرماه رجل بحجر ثم رجع احد الشهود ثم وقع به الحجر بعد ذلك قال ليس على الرامي
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهذه من الخواص ايضا • اما عند ابي حنيفة فلان اصل القتل كان مباحا لان الاعتبار لحالة الرمي عنده وقع
هدرا ولكن يجب الضمان على الراجع ان رجعوا جميعا يلزمهم الدية • وان رجع واحد فعليه ربع الدية • واما عندهما فلان هذا القتل لما وقع هدرا
لم ينقلب معتبرا • لان الاصل عندهما انه اذا وقع معتبرا ثم بطلت عصمته يبطل الضمان • واذا وقع هدرا ثم صار متقوما لان ينقلب معتبرا
قوله واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل • وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل وهذه من مسائل الجامع
الصغير ومر في كتاب الصيد • وذلك لان المعتبر حالة الرمي فلا يعتبر التغير بعد ذلك فحرم الصيد في الاولى وحل في الثانية **قوله**
والاسلام عنده • اي يعتبر اتلاف الاهلية عند الرمي **قوله** ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء • وان رمى حلال صيدا
ثم احرم فلا شيء عليه • وهذه من مسائل الجامع الصغير • قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير في هذا الفصل اعتبر حال الرمي هو
الاجماع • لان هذا راجع الى اهلية الفاعل فاعتبر عند وجود فعله • واما ما يرجع الى المحل فيعتبر عند اتصاله بمحله • ولهذا قال اصحابنا
في كتاب المناسك في رجل محرم رمى صيدا في الحل فدخل الصيد في الحرم ثم اصابه السهم فقتله ان عليه الجزاء • ولو ارسل كلبه على صيد في الحل والمرسل
في الحل فادخل الحرم ثم قتله لا جزاء عليه لان فعل الكلب مضاف الى الذي ارسله فصار رمي الصيد هنا مضافا الى الذي ارسله والعلة تدعت في حقه فهدر
هذا المعترض كما هدر الحادث فيه • وفي مسئلة الصيد ثم اتصل الصيد مضافا الى العبد والعلة لم توجد في حقه فلم يهدر

كتاب الديات

ذكر مسائل كتاب الديات بعد الجنايات لان الدية احد موجبي الجناية
في الادمي ولكن لما كان القصاص اعلاهما واولهما تقدمه لان معنى الاحياء والصيانة فيه اكثر • ولان وجوب الدية بما كان من العوارض كالخطأ
وما في معناه والاصل عدم العارض فقدم القصاص على الدية لهذا وهذا وضع القدوري في مختصره والشيخ ابو الحسن الكرخي قدم في مختصره
كتاب الديات على كتاب الجنايات • والطحاوي قدم القصاص على الديات في الذكر حيث ترجم الكتاب بقوله كتاب القصاص والديات • ثم اعلم ان
محمدا رحمه الله ذكر احكام الجنايات في كتاب الديات ولم يترجم كتاب الجنايات اصلا لان عامة احكامها الديات • وذلك لان القصاص لا يجب
الا بالعمد المحض والدية تجب في شبه العمد وفي الخطأ وفي العمد ايضا عند تمكن الشبهة • ثم اعلم ان الدية مصدر من ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه
المال الذي هو بدل النفس وذلك المال اسمه الدية تسمية بالمصدر والتاء في اخرها عوض من الواو • والمحذوف في الاولى كما في العدة والصلة والدية
اسم لضمان يجب بمقابلة الادمي او طرف منه سمي بها لانها تؤدي عادة لانه قلما يجري فيه العفو لعظم حرمة الادمي والارش فيه لان البيع اسم لما يقوم
مقام الثابت • وفي قيامه مقام الثابت قصور لعدم المماثلة بينهما وضمان المال الذي فيه ولا يسمى دية لان معنى القيام فيه اكمل لوجود المماثلة
ولم يسم بها لانه ما يؤدي والاول لو بقي فيه جاز معنى القيام ولكن غلب الاسم في كل واحد منهما **قوله** قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة
وكفارة على القاتل • اي قال القدوري في مختصره وتقدم بيان وجوب الدية فيه والكفارة في اول كتاب الجنايات مستوفى **قوله** قال
وكفارته عتق رقبة مؤمنة • اي قال القدوري في مختصره واما اشتراط الايمان في كفارة القتل دون سائر الكفارات لانه منصوص عليه
بقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة • والنص وان كان وارد في الخطأ ولكن لما كان شبه العمد فيه معنى الخطأ ثبت فيه حكم الخطأ **قوله** فان لم يجد
فصيام شهرين متتابعين بهذا النص • اي ان لم يقدر على اعتاق الرقبة المؤمنة فعليه صوم شهرين متتابعين بالنص المذكور في الخطأ لان شبه العمد
في معنى الخطأ وهو قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله **قوله** ولا يجزي فيه الطعام اي في شبه العمد وذلك لانه لم يرد
فيه نص الاطعام • بخلاف كفارة اليمين وكفارة الظهار وكفارة الصوم فان النص ورد فيها بالاطعام • ولان الله تعالى اوجب الصيام بحرف
الفاء جزاء الشرط اذا لم يجد رقبة على الاعتاق فلا يبدل عليه الا على الواجب • فان جزاء الشرط لا يكون جزاء الا اذا كان كاملا في كونه جزاء • الا ترى انه
لو قال ان دخلت الدار فانت طالق يجعل قوله فانت طالق جزاء كاملا حتى ان يقع بعد دخوله وجب طالق ايضا • ومعنى قوله او لكونه كل المذكور • اي لكون
الصيام كل المذكور ان الصيام هو المذكور لا غير فلو كان الاطعام واجبا ايضا لذكر وحيث لم يذكر دل ان الطعام غير مراد • لان السكوت
في موضع الحاجة الى البيان بيان **قوله** على ما مر • اي في نحو اصول الفقه **قوله** ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم • قال محمد في اصل الجامع
الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وجب عليه عتق رقبة مؤمنة فاعتق رضيعا قال يجزيه ان كان احد ابويه مسلما • وان كانا كافرين لم يجزه وان

كان عليه عتق رقبة فليس يخرج ان يعتق ما في البطن الى هنا لفظ محمد رحمه الله • والمسألة الاولى من الخاصرة • وذلك لان الشرع امر باعتاق رقبة مؤمنة
وقد ثبت للرضيع حكم الايمان باسلام احد ابويه لان الولد يتبع خير الابوين دينا • بخلاف ما اذا كان من رحمه لا يجوز اعتاقه عن الكفارة لانه
تابع لابويه في الدين والرضيع في الشادة هو الذي لم يتيقن سلامة اعضائه حتى جعل بمنزلة المتيقن في حكم القصاص • والاصل في مسألة الجامع الصغير
في مولود يولد فقطع رجل ذكره فيه حكومة عدل الا ان يكون الذكر قد تحرك ففيه القصاص في العمد والدية في الخطا • وكذلك اذا قطع لسانه وقد
استهل فيه حكومة عدل الا ان يكون تكلم ففيه الدية كاملة • وكذلك اذا فقأ عينه حكومة عدل الا ان يعلم انه قد ابصر في هذه المسألة حملة بمنزلة
بكلم الاطراف • ووجه التوفيق ان سلامة الاطراف لم تثبت بالدليل والقطع بحكم باب حدوث السلامة فصار النقصان لان ما يوجب حكومة العدل
واما الاعتاق فلا يحكم باب السلامة فيكون تاويل المسألة انه اعتق ثم عاش حتى ظهرت سلامة اعضائه والمراد حتى اذا او مات قبل ان يظهر ذلك لم
يتادى به الكفارة كذا قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير • فاما المسألة الثانية ففي كتاب الايمان وغيره قال فخر الاسلام فيتبرع ان يولد فيعتد الاعتاق
بيوم او يخرج حتى تثبت حياته عند الاعتاق بيقين • واما لم يخرج عن الكفارة لان الجنين وان اعتبر نفسا في حق بعض الحقوق فقد ثبت له حكم المراة
الامري انه يضمن بارش المرضحة وانه لا مالكية ولا اهلية على الاطلاق وان قام ببيع فكان بمنزلة عدم الاطلاق وان الله اوجب في الكفارة
اعتاق الرقبة الكاملة والجنين له حكم بعض الرقبة • ولهذا الضرب انما لم يطرأ منه فالحق حينئذ شيئا يجب عليه عشر قيمته ان كان انثى ونصف
عشر قيمته ان كان ذكرا • فلا يجب ان بعض الرقبة لم يخرج عن الكفارة لان الله تعالى قال فتحرير رقبة مؤمنة **قوله** قال وهو الكفارة في الخطا
اي تحرير الرقبة المؤمنة هو الكفارة في الخطا ايضا **قوله** لما تلوناه • اي لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة **قوله** ودية شبه العمد الى
حنيفة مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة • اي دية شبه العمد عند ابي
حنيفة وابي يوسف مائة من الابل ارباعا كما ذكر • وقول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة في كتب اصحابنا كالمبسوط ومختصري ابي جعفر الطحاوي
وابي الحسن الكرخي وشرحيهما ومختصر القدوري وشرح الاقطع وغير ذلك من كتب الثقات وكان من ذكر ابي يوسف في الهداية سهو من
صاحب الهداية او من الكاتب وقوله بنت مخاض الصغير بل النتيج لان مهراجه عثرالية الشعر وليس • وفيه اختلاف الصحابة فروي ذكر محمد في الآثار
عن عمر والمغيرة وابي موسى ان دية شبه العمد ثلاثة ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ما بين ثنية الى بازل عامها كلها خلفة في بطونها اولادها
وهو قول محمد والشافعي رحمهما الله • وعن علي رضي الله عنه في شبه العمد اثلاثا ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة واربع وثلاثون
خلفة في بطونها اولادها • كذا ذكر القدوري في شرحه • وجه قول محمد ما روي في السنن مسندا الى القسم بن ربيعة عن عقبة بن اوس
عن عبد الله بن عمرو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة الا ان دية الخطا شبه العمد ما كان بالسوط والعصا فيه مائة من الابل منها
اربعون في بطونها اولادها • وروي في السنن ايضا مسندا الى مجاهد قال قضى عمر في شبه العمد ثلاثين حقة وثلاثين جذعة واربعين خلفة
ما بين ثنية الى بازل عامها • ولان دية العمد اغلظ من دية الخطا فوجب اظهار ذلك على هذا الوجه • ولنا ما روى محمد في موطاه عن مالك
قال اخبرنا عبد الله بن ابي بكر ان اباه اخبره عن الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم في العقود فكتب ان في النفس مائة
من الابل • ووجه الاستدلال ان ذاك ظاهر يقتضي ادنى ما يتناوله الاسم لكونه مبهما والذي ذهبنا اليه هو الادنى فما قاله محمد • وروى
الزهري ان السائب بن يزيد قال كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارباعا فعلم انه لم يرد به الخطا لان دية الخطا اخماس فتعين شبه العمد
ولانها دية او بدل النفس او حيوان يجب بالقتل فلا يجب فيه الحوامل كالخطا • ولانه حيوان وجب بالقتل فلا يعتبر فيه الحمل كالانعام في
كفارة العمد ولانه من يجب في الدية فلا يعتبر فيه الحمل كالحقاق والجذاع • ولان الواجب في النفس مائة من الابل بحديث عمرو بن حزم فلو اوجبنا
الخلفات لاوجبنا الزيادة على ذلك من وجه لان ما في البطن حيوان على حدة وله عرضية الانفصال كالدة فيصير ذلك بجانب الزيادة وهو
على ما يقدر في الشرع وهو باطل • ولان الحمل في لا يوقف عليه حقيقة والجانب ما لا يوقف عليه حقيقة الجانب فما لم يرد في الوضع وهو باطل
فالرواة الزيادة التي ذكرها محمد وهو قوله منها اربعون خلفة في بطونها اولادها لم تثبت • لان النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك
في خطبته يوم الفتح بمكة على درج الكعبة على ما ذكر في السنن والصحابة متوافرون وهم قد اختلفوا في دية شبه العمد لم يحتج احدهم على
غيره بهذا الحديث فلو كان ثابتا لاحتج وحيث لم يحتج دل انه لم يثبت بهذه الزيادة • ولئن ثبت فهو معارض بقول ابن مسعود لان قوله محمول
على التوقيف لان المقدرات لا مدخل للقياس فيها فلا بد ان يكون ذلك من جهة التوقيف لكونه برياء عن الكذب والجزاف • واذا تعارض
الخبران كان الاخذ المتيقن اولى وما ذكر محمد من القياس لا مجال في هذا الباب لانه من المقدرات • وحديث مجاهد منقطع لانه لم يسمع من
عمر • وذكر ابو يوسف في كتاب الخراج واختلاف عمر وعلي وابن مسعود كما ذكرنا • ثم قال فيه ثم قال عثمان بن عفان وزيد بن ثابت
في المغلظة ربما اربعون جذعة خلفة وثلاثون حقة وثلاثون بنات لبون • ثم قال ابو يوسف في كتاب الخراج والخراج ان لا يبقى عليه الاسم
في اخبار بولس من الابل • والخلفة الحامل من النوق • والحقة التي طعنت في السادسة والذكر حق والرباعية التي طعنت في السابعة
والذكر رباع والسدس الذي دخل في السنة الثامنة • فاذا دخل في التاسعة فهو بازل فاذا دخل في العاشرة فهو مخلف ثم ليس له اسم
ولكن يقال بازل عام وبازل عامين ومخلف عام ومخلف عامين الى ما زاد • وقال ابو عبيد اذا لقحت الناقة فهي خلفة فلا تزال الخلفة اسمها
الى ان تلد فاذا لحقت عشرة اشهر فهي عشراء **قوله** قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة • اي قال القدوري في مختصره وثمامه فيه
فان قضى بالدية من غير الابل لم تتغلظ • وذلك لان القياس يمنع التغليظ لان تقدير الاتلاف وخطاه في باب العموم سواء وانما تركنا القياس
في الدية من الابل فغلظوا الخبر وقاسوا غيرها على اصل القياس • وانما اوجبوا شبه العمد على ما قاله لحديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه انه
امرأتين كانتا تحت رجل من هذيل فضربت احداهما الاخرى بعمود فقتلتها فاختصموا الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال احد الرجلين كيف ندي من لا صاح
ولا اكل ولا شرب ولا استهل فقال النبي اسجع كسجع الاعراب فقضى فيه غرة وجعله على عاقلة المراة • وفي رواية فحمل النبي صلى الله عليه وسلم دية المقتولة

على عصبة القاتلة وغرة لما في بطنها كذا في سنن ابي داود واخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجة الاثري ان المراة اعتمدت الضرب فاوجب عليه الصلاة
والسلام الدية على العاقلة • ولان في هذا القتل اجرت مجرى الخطا في وجوب الدية فكذلك في تحمل العاقلة ويكون ذلك عليهم في ثلاث سنين • وكذلك
كل دية وجبت بنفس القتل • فاما اذا وجبت الدية بالصلح فهي حالة • والاصل في التاجيل ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى بالدية على العاقلة في
ثلاث سنين بحضرة الصحابة من غير خلاف كذا ذكر القدوري في شرحه فصار ذلك اصلا يجب الرجوع اليه كسائر العقود التي عقدها الخلفاء اهل الاسلام
بحضرة الصحابة فلم يخالف فيها احد فصارت اصولا لا يسع خلافها نحو عقد ذمة بني تغلب بما صالحهم عليه في اموالهم ووضع الخراج على اهل سواد العراق
واهل الشام وتصنيف طبقات اهل الذمة في الجزية وتقدير الدية الف دينار وقد كانت في زمن النبي صلى الله عليه وسلم مائة من الابل **قوله** لما قلنا
اشارة الى قوله لان التوقيف فيه **قوله** لما بينا من قبل اي في اول كتاب الجنايات **قوله** قال والدية في الخطا مائة من الابل اخماسا عشرون
بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة • اي قال القدوري في مختصره قال ابو يوسف في كتاب الخراج
واختلف اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم في اسنان الابل في الدية في الخطا فعبد الله بن مسعود رضي الله عنه يروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
دية الخطا اخماس حدثني بذلك الحجاج عن زيد بن جبير عن خشف بن مالك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال دية
الخطا اخماسا • قال وحدثني منصور عن ابراهيم وابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال كان عبد الله بن مسعود يقول في الخطا اخماسا عشرون حقة وعشرون
جذعة وعشرون بنات لبون وعشرون بني مخاض وعشرون بنات مخاض • وكذلك كان عمر بن الخطاب يقول في الخطاء حدثني بذلك ابو حنيفة عن حماد عن
ابراهيم عن عمر قال دية الخطا اخماسا • واما علي رضي الله عنه فكان يقول الدية في الخطا ارباعا خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس و
عشرون ابنة لبون وخمس وعشرون ابنة مخاض • واما عثمان وزيد بن ثابت فكانا يقولان في دية الخطا ثلاثون جذعة وثلاثون بنات لبون وعشرون
بني لبون وعشرون بنات مخاض حدثني بذلك شعبة عن قتادة عن سعيد ابن المسيب الى هنا لفظ كتاب الخراج • وقول احمد واسحق مثل قولنا • وقال مالك
والشافعي رحمهما الله في الخطا اخماسا ولكن الرابع مكان بني لبون وكذلك ما روى مالك في الموطا عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار انه كان يقول في دية
الخطا عشرون بنات مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة • وقال محمد في موطاه ولسنا ناخذ بهذا ولكنا ناخذ بقول عبد الله بن
مسعود وقد رواه ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال دية الخطا اخماسا عشرون بنات مخاض وعشرون بنات لبون وعشرون حقة وعشرون
جذعة اخماسا ولان ابن مخاض اقل من ابن لبون في السن فكان ما قلناه ارفق ما قاله مالك والشافعي رحمهما الله لانه اخف وهو اولى بحال الخاطئ لانه
معذور **قوله** على نحو ما قال • اي قال ابن مسعود **قوله** والحجة عليه ما ذكرناه • اي الحجة على الشافعي قول ابن مسعود قضاء رسول الله
صلى الله عليه وسلم **قوله** قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم • اي قال القدوري في مختصره والعين الذهب والورق
الفضة • اعلم ان الاختلاف في تقدير الدية من الابل عبارة وانما الخلاف في اسنانها وقد مر بيانه قبل هذا • واتفقوا ان الدية من العين الف دينار الا في
قول الشافعي رحمه الله الذي يقول فيه ان ما سوى الابل يعتبر فيه القيمة • فاما على القول الذي قال ان الدية مقدرة فيما سوى الابل قال
المقادير الدنانير الف دينار وقد دل على هذا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في النفس مائة من الابل • وروي انه جعل دية كل ذي
عهد في عهده الف دينار • واختلفوا في الدية من الدراهم فقال اصحابنا هي مقدرة بعشرة الاف وزن سبعة • وقال مالك والشافعي رحمهما الله في
عشرة الاف درهم كما ذكر القدوري في شرحه وذكر الترمذي في جامعه قول احمد واسحق مثل قول الشافعي وقول سفيان الثوري مثل قولنا • لهم ما روي
في السنن عن عكرمة عن ابن عباس ان رجلا من بني عدي قتل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ديته اثني عشر الفا • ولنا ما روى محمد في كتاب
الآثار • قال اخبرنا ابو حنيفة عن الهيثم عن عامر الشعبي عن عمر بن الخطاب قال على اهل الورق من الدية عشرة الاف درهم وعلى اهل الذهب الف دينار
وجه الاستدلال ان عمر رضي الله عنه قضى بذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع • ولانه كان مبرأ عن الجزاف والكذب فيحمل على السماع
وكان عمر لا يمل السماع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم • ولان الدية مقدرة في الذهب بالف دينار والدينار مقوم بعشرة دراهم في الشرع • الا ترى
انه مقوم بعشرة في الزكاة حتى جعل النصاب من احدهما عشرين دينارا ومن الاخر مائتي درهم • الا ترى الى ما رواه ابن عباس رضي الله عنه عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قطع رجلا في مجن قيمته دينار او عشرة دراهم • وما روي من حديث ابن عباس يحتمل انه قضى من دراهم وزن ستة فان في ابتداء عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة • وقال القدوري في شرحه قال محمد انما كانت الدية اثني عشر الفا وزن
ستة ثم صار وزن سبعة • وقال القدوري في شرحه قال محمد انما كانت الدية اثني عشر الفا وزن ستة • وقال في شرح الاقطع ذكر عمر بن سبة
في كتاب البصرة ان اول من نقص الدية من الدراهم العراق زياد فنقص المصري بعشرة الاف وكانت وزن سبعة • ونقص الكوفة باثني عشر الفا وكان وزن
ستة • وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه يحتمل ان الدراهم كانت وزن ستة الاشيا الا انه اضيف الوزن الى ستة كما كان قريبا منها ما لا يبال
فلان يجعل ما يقي درهم اذا كان قليل فرناسيه • ولان الاخبار لما تعارضت كان الاخذ المتيقن وهو الاقل اولى • وقال القدوري في شرحه هم
واختلفوا فيما سوى الابل فكلهم اصل بنفسه في الدية اربعة الاف فكان ابو بكر الرازي يقول الاصل هو الابل وما سواها قيمة لها الا انها تقدرت
بالشرع فلا يزاد عليها ولا ينقص منها • ثم قال بعد ذلك الدراهم والدنانير اصول في الدية بانفسها وليست بقيمة • وقال الشافعي في احد قوليه ان الدراهم
والدنانير فيه وانما تختلف باختلاف الازمان • وجه ما ذكر ابو بكر ان قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في النفس مائة من الابل • وروي عن الزهري
انه قال كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة من الابل قيمة كل بعير اوقية فلما كان زمن عمر غلت الابل فجعل عمر قيمة كل بعير اوقية ونصفا
فلما غلت ايضا جعلها اوقيتين ولم تزل تغلو احتى بلغ قيمة الابل اثني عشر الفا • وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال كانت الدية على عهد رسول الله صلى
الله عليه وسلم مائة من الابل قيمتها اربعة الاف وعدلها من الذهب اربعمائة دينار • وجه قول الشافعي ان الدراهم لو كانت قيمة لم يجز ان يقضى بها
مؤجلة لانه يؤدي الى الدين بالدين فلما قضي بها مؤجلة دل على انها وجبت بنفسها • وروى شعبة عن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل
دية كل ذي عهد في عهده الف دينار • وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى الدية في ستة اصناف والبقر والغنم لا تقضى في البقر والغنم والحلل بذلك الا ان هذا

الانواع ديات باسنانها كذا ذكر القدوري في شرحه **قوله** قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة • وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة ثوبان • اي قال القدوري في مختصره • وقال الكرخي في مختصره والحلة ثوبان ازار ورداء والازار المئزر • وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ثم جنس الدية عند ابي حنيفة من الدراهم والدنانير والابل • وعلى قول ابي يوسف ومحمد الدية من هذه الاصناف ومن اصناف ثلاثة سواها من الحلل والبقر والغنم • من الحلل مائتا حلة قيمة كل حلة خمسون درهما ولا يوجد عند ابي حنيفة من هذه الاشياء الى هنا لفظ شرح الطحاوي • وجه قولهما ما روى ابو يوسف في كتاب الخراج • وقال حدثني محمد بن اسحق عن عطاء ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس في اموالهم على اهل الابل مائة بعير وعلى اهل البرود مائتي حلة • ثم قال ابو يوسف فيه وحدثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب الدية على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق عشرة الاف درهم وعلى اهل الابل وعلى اهل البقر مائتي بقرة وعلى اهل الشاء الفي شاة وعلى اهل الحلل مائتي حلة • ثم قال ابو يوسف فيه وحدثنا اشعث عن الحسن ان عمر وعثمان رضي الله عنهما قوما الدية وجعلا ذلك الى المعطي ان شاء فالابل وان شاء فالقيمة • ووجه قول ابي حنيفة ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يصلح التقدير بهذه الاشياء في ضمان ما فلا يصلح التقدير بها هاهنا ايضا • وكان القياس في الابل هكذا ايضا لانها لا تصلح ضمانا في سائر الاشياء الا انا جعلناها اصلا في الديات باثار مشهورة • وهي قوله عليه السلام ان في النفس مائة من الابل • وقوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد ما كان بالسوط والعصا وفيه مائة من الابل • وقوله عليه السلام دية الخطأ اخماسا عشرون بنات مخاض وعشرون بني مخاض وعشرون بنات لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة • ولم يوجد مثل هذه الاثار في غير الابل فنزلنا على اصل القياس • ولانه يحتمل ان عمر قضى بذلك بطريق الصلح بعدما قضى بالدراهم او الدنانير فان الصلح من الدية على مال اخر جائز • وقال الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة انما فرض عمر ذلك قبل ان تدون الدواوين وفرض الاعطيات فلما دونت الدواوين وفرض الاعطيات جعلها في الدنانير والدراهم والابل • وقال في شرح الطحاوي وثمرة الاختلاف يظهر لانه ذكر في كتاب المعاقل ان الولي لو صالح على اكثر من مائتي حلة فالصلح باطل بالاجماع ولولا انه من جنس الدية لوجب ان يجوز • ولو صالح مع العاقلة او مع القاتل على اكثر من عشرة الاف درهم او اكثر من الف دينار او اكثر من مائة من الابل او اكثر من مائتي بقرة او اكثر من الفي شاة فانه لا يجوز الزيادة بالاجماع • ولو صالح على خلاف جنس الدية كالحمر والبغال والحلي والورق والثياب فانه يجوز سواء كان قليلا او كثيرا • هذا اذا كان الصلح قبل ان يقضي القاضي على شيء من الدراهم عشرة الاف او الف دينار فصالح على خلاف ذلك فانه يجوز • وان كان كثيرا وان كان من جنس الدية لان القاضي لما قضى بصنف من ذلك تعين وخرج سائر الاصناف من الدية في حقه فصار كانه صالح على خلاف جنس الدية ولكن القبض شرط اذا كان المقضي دراهم فصالحه على الدنانير لان هذا صرف والقبض في المجلس شرط في باب الصرف الى هنا لفظ شرح الطحاوي • وقيل ما ذكر في كتاب المعاقل قولهما • اما عند ابي حنيفة فينبغي ان يجوز الصلح على اكثر من ذلك واليه ذهب شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي **قوله** قال ودية المراة على النصف من دية الرجل وهذه مما عند الصدر وزاد الى ذكرها في البداية ولم يذكر في الجامع الصغير ومختصر القدوري • قال الكرخي في مختصره ودية الاناث على النصف من دية الذكور • وكذلك جراحهن على النصف من جراح الذكور فيما قل من ذلك او كثر الى هنا لفظ الكرخي • وقال محمد في الاصل بلغنا عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال دية المراة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك ناخذ حتى يجب في قتل المراة خطا خمسة الاف درهم وفي قطع يدها الفان وخمسمائة • وفي موضحتها مائتان وخمسون • وقال زيد بن ثابت ثلث الدية وما فوقه بالنصف وما دونه لا ينتصف • وبه اخذ الشافعي رحمه الله كذا في شرح الكافي فبهذا عرفت ان ما نقله صاحب الهداية بقوله وقال الشافعي رحمه الله ما دون الثلث لا ينتصف هو الصحيح لان ما قاله يتصل بزيد رحمه • والصواب ان يقال الثلث وما دونه لا ينتصف وقولنا الذي اخترناه قول الشافعي رحمه الله ولنا ما روى محمد في كتاب الاثار عن ابي حنيفة قال حدثنا حماد عن ابراهيم قال قول علي رضي الله عنه احب الي من قول عبد الله بن مسعود وزيد وشريح في جراحات النساء • قال محمد وبقول علي وابراهيم ناخذ كان علي بن ابي طالب رضي الله عنه يقول جراحات النساء على النصف من جراحات الرجال في كل شيء وكان عبد الله بن مسعود وشريح يقولان يستوي في السن والموضحة • ثم على النصف فيما سوى ذلك • وكان زيد بن ثابت يقول يستويان الى ثلث الدية ثم على النصف فيما سوى ذلك الى هنا لفظ كتاب الاثار • وقال ابو يوسف في كتاب الخراج حدثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي قال كان علي رضي الله عنه يقول دية المراة في الخطأ على النصف من دية الرجل فيما دون وما فوق • ولان ... قد ظهر اثر النقصان بالتنصيف بالانوثة فيما شاء على الثلث وما فوقها • وهذا لان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر نقصان حالها ومنفعتها في النفس بالاجماع حتى كانت ديتها نصف دية الرجل • ولهذا جعلت المراة في ميراثها وشهادتها على النصف من الرجل فلما وجب التنصيف في النفس لنقصان حالها وجب التنصيف في اطرافها واجزائها لان الدية بدل المحل فتتفاوت بتفاوت المحل واحتج الشافعي رحمه الله بما روي عن زيد وسعيد قال القدوري في شرحه وعن سعيد بن المسيب انه قال تعاقل المراة الرجل الى ثلث ديتها اي ثلث ديته • قال القدوري معناه ان ما كان اقل من ثلث الدية فان الرجل والمراة فيه سواء • وقال ابن مسعود فيما كان ارشه نصف عشر الدية • وقد روي ان ربيعة بن ابي عبد الرحمن سال سعيد بن المسيب عن رجل قطع اصبع امراة فقال فيها عشر من الابل • قال فان قطع اصبعين قال فيها عشرون من الابل • قال فان قطع ثلاثة قال فيها ثلاثون من الابل • قال فان قطع اربعا قال فيها عشرون من الابل • قال ربيعة سبحان الله لما اكثر المها واشتدت مصيبتها قل ارشها فقال له اعراقي انت قال لا بل جاهل متعلم او عالم متثبت فقال هكذا السنة قيل انه اراد بها سنة النبي صلى الله عليه وسلم كذا في شرح الكافي • يعني ان في هذا الباب حديثا مرفوعا • وقال القدوري في شرحه وانما اراد سنة زيد بن ثابت وما قاله ربيعة هو الحجة في المسئلة لان ما قاله يؤدي الى ان يقل الارش بكثرة الجناية وهذا لا يصح • وقد روى اهل المدينة في ذلك حديثا لم يثبت عند ابي حنيفة وهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المراة الرجل الى ثلث ديتها واحتج ابن مسعود بالسنة في السن والموضحة فان النبي صلى الله عليه وسلم نص في

الجنين انه روي عنه نصف عشر الدية ولم يفصل بين الذكر والانثى فدل على انهما متساويان فيما ارشه نصف عشر الدية • قال القدوري وهذا ليس بصحيح لانه انما لم يختلف في الجنين حكم الذكر والانثى لانه قد تعذر الفرق بينهما لعدم تمام الخلقة فسوي بينهما لذلك **قوله** قال ودية المسلم والذمي سواء • اي قال القدوري في مختصره • قال الكرخي في مختصره المسلم والذمي الكتابي وغير الكتابي والحربي المستامن وكل من كانت نفسه محظورة فان قدر دياتهم سواء • وفي الاناث في جميعهن على النصف مما يجب في الذكور فيما قل من ذلك او كثر • وقال القدوري في شرحه وقال الشافعي رحمه الله في دية اليهودي والنصراني اربعة الاف • وفي دية المجوسي ثمانمائة • وقال مالك في دية اليهودي والنصراني ستة الاف • وقال الحنابلة من اصحاب احمد بن حنبل ودية الحر الكتابي نصف دية المسلم ونساؤهم على النصف من دياتهم • فان قتلوا عمدا اضعفت الدية على قاتله لازالة القود هكذا حكم عثمان بن عفان • ودية المجوسي ثمانمائة درهم ونساؤهم على النصف من ذلك الى هنا لفظ الخرقي • وجه قول مالك ما روي في الموطا ان عمر بن عبد العزيز قضى ان دية اليهودي والنصراني اذا قتل احدهما مثل نصف دية الحر المسلم وحدث مالك ايضا عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار انه كان يقول دية المجوسي ثمانمائة درهم • ووجه قول الشافعي ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى ان دية اليهودي والنصراني اربعة الاف ودية المجوسي ثمانمائة درهم • ولنا ما روى محمد بن الحسن في كتاب الاثار قال اخبرنا ابو حنيفة عن الهيثم بن ابي الهيثم ان النبي صلى الله عليه وسلم وابا بكر وعمر وعثمان قالوا دية المعاهد دية الحر المسلم • وقال محمد ايضا اخبرنا ابو حنيفة قال اخبرنا حماد عن ابراهيم انه قال دية المعاهد دية الحر المسلم • وقال دية اليهودي مثل دية الحر ... وعن الزهري عن ابي بكر وعمر وعثمان انهم جعلوا دية النصراني واليهودي مثل دية الحر المسلم • قال محمد وبهذا ناخذ وكذلك المجوسي عندنا الى هنا لفظ كتاب الاثار • وقال الكرخي في مختصره وحدثنا الحضرمي قال حدثنا الحسن بن عيسى مولى ابن المبارك • قال حدثنا ابو بكر بن عياش عن ابي سعيد البقال عن عكرمة عن ابن عباس قال جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم دية العامريين دية الحر المسلم وكان لهما عهد • وروى الكرخي ايضا باسناده الى معمر عن الزهري انه قال دية المعاهد كدية المسلم • ولان الله تعالى سمى ما يجب بقتل الذمي دية كما سمى ما يجب بقتل المسلم دية ولم يفصل • قال تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله • ولانه بدل عن نفس فيستوي فيه المسلم والذمي كقيم الاموال • والجواب عما روى الشافعي رحمه الله فنقول انه لم يثبت في كتاب من كتب الحديث • ولئن ثبت وعرف موضعه فرواية محمد على انه قضى بالثلث في سنة واحدة لان الدية تؤخذ في ثلاث سنين • وتخصيص الذمي بالذكر ليعلم ان المسلم بهذا الحكم وانه لا تؤخذ منه الدية في سنة واحدة لكونهم قالوا استخف بحرمته في الغنم فلا تكمل ديته كالمراة قلنا فلا يستقر بالثلث كالاصل • والمعنى في الاصل انه اعتبر فيها نقصان نفس من جهة القتال ونقص من جهة الخلقة فنقص القتال اوجب النقص في السهم ونقص الخلقة النقص في الدية والذمي ليس فيه الا نقص واحد وهو نقص القتال لانه لا يجوز ان يخرج الى القتال الا باذن الامام فنقص سهمه لذلك • وفي الخلقة يساوي المسلم مع تقوم الدم فلهذا تكمل ديته قالوا احد بدلي الدم فلا يستوي فيه المسلم والمستامن او فلا يثبت للمستامن على المسلم كالقصاص قلنا لا نسلم انه يعتبر ما في القصاص ويستويان في الدية كالاب اذا قتل ابنه والحر اذا قتل عبد اخر ... او نقول القصاص لا يسقط بالشبهة وشبهة الاباحة قائمة في حق المستامن فلهذا لا يجب القصاص بخلاف الدية فانها تثبت مع الشبهة

فصل

فيما دون النفس شرع في ذكر حكم الدية فيما دون النفس بعدما ذكر حكمها في النفس لان الاطراف تابعة للنفس فاتبع حكمها في الذكر ايضا تحقيقا للمناسبة **قوله** قال في النفس الدية • اي قال القدوري في مختصره وقد مر بيان الدية في النفس في شبه العمد والخطأ في الرجل والمراة في المسلم والذمي قبل هذا مع ما فيه من الاختلاف على سبيل الاستقصاء قبل هذا الفصل وهو المراد بقوله وقد ذكرناه وكلمة في في مثل هذا الموضع بمعنى على كما في قوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل او بمعنى السببية وهو قليل ما ورد ذكر في بعض شروح النحو كقوله عليه السلام في اربعين شاة شاة وما نحن فيه من هذا القبيل • اي يجب الدية بسبب قتل النفس وتجب الدية بسبب قطع المارن **قوله** قال وفي المارن الدية • وفي اللسان الدية • وفي الذكر الدية • اي قال القدوري في مختصره والمارن ما دون قصبة الانف قال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال كل شيء من الانسان اذا لم يكن فيه الا شيء واحد فاصيب خطأ ففيه الدية كاملة والانف والذكر واللسان والصلب وذهاب العقل واشباهه وما كان في الانسان اثنين ففي كل واحد منهما نصف الدية اليدين والرجلين والعينين واشباه ذلك • قال محمد وبهذا كله ناخذ • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره الاعضاء التي يجب بكل عضو منها دية على ثلاثة اعضاء اللسان والانف والذكر فاذا استوعب الانف جدعا او قطع المارن منه وحده وهو ما لان من الانف عن العظم ففيه الدية كاملة • وكذلك اذا استوعب اللسان او قطع منه ما يذهب بالكلام كله • وكذلك الذكر اذا استوعب او قطعت الحشفة وحدها ففيه الدية الى هنا لفظ الكرخي • قال القدوري في شرحه والاصل في هذا ما روى سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي الانف الدية • وكذلك في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم • بيانه فيما قال محمد بن الحسن في موطاه عن مالك قال اخبرنا عبد الله بن ابي بكر ان اباه اخبره عن الكتاب الذي كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم في العقول فكتب ان في النفس مائة من الابل وفي الانف اذا اوعب جدعا مائة من الابل • وفي الجائفة ثلث النفس • وفي المامومة مثلها • وفي العين خمسين • وفي اليد خمسين من الابل • وفي الرجل خمسين • وفي كل اصبع مما هنالك عشر من الابل • وفي الموضحة خمس • وفي السن خمس • قال محمد وبهذا كله ناخذ وهو قول ابي حنيفة والعامة من فقهائنا والاصل في قطع طرف من اطراف الادمي انه ينظر فيه ان فوت به جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الادمي على الكمال يجب به كل الدية لانه اتلف النفس من وجه • فان النفس لا تبقى منتفعا بها من ذلك الوجه نصا ومثله اتلاف النفس من وجه والشرع الحق الاتلاف من وجه بالاتلاف من كل وجه في الادمي تعظيما له عرفنا ذلك بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية في اللسان والانف فقسنا عليه ما كان في معناه • اذا ثبت هذا نقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال • لان كل جمال الوجه فيه وانه معنى مطلوب في الادمي فصار

وان سوى مخلوق في الآدمي فصار النقص باعتباره كالهالك من وجه • ولو قطع المارن دون القصبة فكذا • وكذلك اذا قطع الارنبة لان الالف
معلم فيها ينفون بنواحها • ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانها عضو واحد • وكذلك اللسان لانه يتعلق به منفعة مقصودة
وهو منفعة التكلم والنطق • فان الآدمي لا يباين البهيمة الا بالنطق • ولانه لا يقدر على اقامة مصالحه الا باتمام اغراضه من اخبار ما في ذاته
فهذا صار النقص كالهالك في هذا النوع من المنفعة • وفي قطع بعضه اذا منع من الكلام الدية لان الدية تجب بتفويت المنفعة لا بتفويت صورة
الآلة • ولو قدر على التكلم ببعض الحروف اختلف المشايخ فيه • قال بعضهم يقسم على عدد الحروف فما قدر عليه لا يجب فيه شيء وما لا يقدر على ماله
بقدر ذلك يجب • وقال بعضهم يقسم على عدد الحروف التي تتعلق باللسان ومن الفقهاء من ذهب بقوله وهذا ينبغي ان يعتبر الحروف التي تتعذر بالفساد
فاما ما لا تفتقر الى اللسان كالباء والفاء فلا يدخل في القسمة • وقال بعضهم ان قدر على اداء اكثر الحروف يجب فيه حكومة عدل لانه يحصل الافهام
مع ضرب خلل • وان عجز عن اكثرها يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل به منفعة الكلام كذا في شرح الكافي • وسئل الناطفي في الاجناس عن
جنايات الحسن انه اذا ارنبة الانف حكومة عدل • وسئل ايضا عن نوادر ابن رستم انه لو ضرب على الانف حتى ذهب شمه فيه حكومة • ثم الحروف
التي تتعلق باللسان هي الالف والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام
والنون فاذا لم يمكنه اسنان منها يلزمه حصته من الدية من جملة حروف اللسان • فاما الهوائية والحلقية والشفوية فلا تدخل في القسمة • وفي
الذكر الدية لانه تتعلق به جنس منفعة مقصودة وهي منفعة الايلاد والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة • وفي الحشفة الدية كاملة لانها
في الاصل في الذكر في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع • قال في شرح الكافي وفي الانثيين الدية وفي احداهما نصف الدية لانه يفوت
بفوتهما جنس منفعة وهي منفعة الاعلاق لانه ينقطع به ماؤه وهي منفعة مقصودة لما يتعلق به من بقاء نسله • ولو قطع الانثيين ثم الذكر
فاذا قطع الكل بدفعة يجب ديتان لانه قطع عضوين يتعلق بكل واحد منهما جنس منفعة بالذكر منفعة الايلاج وبالانثيين منفعة الايلاد
ولو قطعهما بدفعتين ان قطع الذكر اولا ثم الانثيين يجب ديتان ايضا لانه بقي الانثيان منتفعا بهما بعد قطع الذكر • ولو قطع الانثيين اولا ثم الذكر
يجب في الانثيين الدية وفي الذكر حكومة عدل تقصد كذكر الخصي والعنين • وقال في شرح الطحاوي كل ما كان في البدن منه زوج فوجوب
احدهما نصف الدية وفي كليهما الدية كاملة كاليدين والرجلين والاذنين والحاجبين والعينين والشفتين وكل ما كان عشرا في واحد منها عشر
الدية وفي الجميع الدية كاملة كاصابع اليدين والرجلين في كل اصبع في الرجل الف درهم وفي المرأة خمسمائة درهم وكل ما كان في البدن اربعا
ففي واحد ربع الدية كالاشفار • وكل ما كان في البدن واحد يجب الدية كاملة كما اذا ذهبت الروح يجب الدية كاملة او ذهب نصف او ثم
ذهب منفعة **قوله** لعمرو بن حزم هو من الخزرج ويكنى ابا الضحاك استعمله رسول الله صلى الله عليه وسلم على نجران اليمن وهو يومئذ ابن
سبع عشرة سنة ليخرج معهم وندبهم بتفهيمهم ويعلمهم السنة ومعالم الاسلام ويأخذ منهم صدقاتهم وكتب له كتابا بما عهد اليه فيه وامره بامره كتابا
مشهورا عند اهل العلم • وتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعامله على نجران عمرو بن حزم الانصاري وتوفي عمرو بن حزم حتى ادرك بيعة
بن ابي سفيان لابنه يزيد ومات بعد ذلك بالمدينة كذا ذكر محمد بن سعد في كتاب الطبقات الكبير والكتاب الذي كتبه له رسول الله صلى الله عليه
وسلم مذكور مطولا في معجم ابن شاهين وقد ذكر في الموطأ وقد تقدم وفيه كتابة ان شاء الله تعالى في الجموع وغيرها من قرأ ابن اللذان
الاستطراد فيه **قوله** قال وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية • يعني اذا ضرب رأسه فذهب عقله تجب فيه الدية وهذه من مسائل القدوري
قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره في النفس الدية وكذلك العقل والسمع والبصر والشم والذوق والكلام الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله والاصل
في ذلك ما ذكر القدوري في شرحه ان عمر رضي الله عنه قضى في رجل باربع ديات ضرب على رأسه فذهب عقله وكلامه وبصره وسمعه • ولان العقل
يبطل بفواته منافع كل الاعضاء • الا ترى ان افعال المجنون تجري مجرى افعال البهائم فكان كالقتل • واما الشم فلانها منفعة ليس لها نظير في البدن
وفيها الدية كالعقل • واما البصر فقد دل عليه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي العينين الدية واما الذوق فلان لكل واحد منها منفعة لا نظير
لها في البدن • واما الكلام اذا ذهب ولم يقطع اللسان ففيه الدية لان فوات منفعة العضو الذي يقصد به المنفعة كفوات العضو • الا
ترى انه لا فرق بين قلع العين وذهاب ضوئها وبين قطع اليد وبين شللها كذا ذكر القدوري رحمه الله • وقال في شرح الطحاوي فان اختلف
في ذهاب البصر فانه يجلس بين يدي رجل فان هو ضرب منها علم انه لم يذهب بصره • وقال محمد في الاصل في البصر ينظر اليه اهل ذلك العلم وقال
في السمع يتغفل وينادى فان اجاب علم انه لم يذهب سمعه • وحكي ان امرأة ضربت رأسها فخاصمت الضارب عند القاضي وادعت ذهاب سمعها فكان
القاضي في حال غفلتها استري عورتك فتعلقت بجمعت ثيابها فعلم انها كاذبة • ولو كان عمدا لا يجب القصاص لانه لا يمكن المماثلة فيها لانه لا يمكنه
ان يضرب ضربا يذهب الشم او العقل فيجب الدية في ذلك الا في البصر فانه يجب القصاص فيقرب اليه مرآة محماة فيذهب بصره كذا في شرح الطحاوي
وطريق معرفة ذهاب الشم ان يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة فان نفر عن ذلك علم انه لم يذهب شمه • وقال في خلاصة الفتاوى
وطريق معرفة ذهاب البصر • وقال ابن مقاتل يستقبل به الشمس مفتوحة العين ان دمعت عينه علم ان الضوء باق وان لم يعلم بذلك يعتبر في ذلك
الدعوى والانكار والقول قول الضارب مع يمينه على البتات وذلك لانه يمين على الانكار على فعل نفسه **قوله** في معانيه ايضا وانما وماله
اذا اجرته • يعني ان الانسان لا ينتفع بنفسه في الدنيا والآخرة الا بواسطة العقل لانه يكتسب منافع الدارين به **قوله** لان كل واحد منهما
منفعة مقصودة • اي من الشم والبصر والسمع والذوق فلما كانت هذه الاشياء كل واحد منها منفعة مقصودة ليس بعضها يتبع البعض وجب في كل
منها دية كاملة • بخلاف قتل النفس حيث لا يجب فيه الا دية واحدة لان هذه الاشياء بعضها يتبع البعض وجب في نفس **قوله** قال
وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وفي شعر الرأس الدية • وقال صاحب الهداية وقال مالك
وهو قول الشافعي رحمه الله يجب فيهما حكومة عدل اي في اللحية وشعر الرأس اذا حلقهما فلم ينبتا وقول احمد كقولنا • وقال اصحابنا ان في شعر رأس الحر
الدية وكذلك في شعر المرأة • وكذلك في اللحية • واما شعر الصدر ولحية العبد فذكر في الاصل ان فيها حكومة • وروى الحسن عن ابي حنيفة

ان فيه

ان فيه الدية • وقال الشافعي رحمه الله في جميع ذلك حكومة كذا ذكر القدوري في شرحه • وجه قول مالك والشافعي انه لا يتعلق بذلك منفعة مقصودة
لان اللحية وشعر الرأس زيادة في الآدمي • ولهذا يحلق الرأس عادة • وفي بعض البلاد يحلقون بعض اللحية ولو كان جمالا لم يحلقوا • وقد يكون عدم
اللحية جمالا في بعض الاحوال واهل الجنة كلهم جرد مرد فلو كان ذلك من جملة الجمال الاصلي لكان اهل الجنة اولى به • ولنا ما روي اصحابنا في كتبهم ان
عليا رضي الله عنه قضى في الرأس اذا حلق ولم ينبت بكمال الدية • وكذلك قضى في اللحية اذا حلقت ولم تنبت بكمال الدية • وقال محمد في كتاب الآثار
اخبرنا ابو حنيفة عن الهيثم بن الهيثم عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه في الرجل يحلق لحية الرجل فلا تنبت قال عليه الدية • ولانه ازال الجمال الكامل في اللحية
فان اللحية تعد جمالا في الرجال • وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان لله تعالى ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب والدليل
على ان اللحية جمال وان الرجل اذا بلغ حد الكهولة او الشيخوخة ولم تنبت له لحية يسمى في الاعين وانما لا يسمى في حالة الطراوة والصغر انما في حالة العمر والكبر
فلانه انه يعد شينا • وفي الرأس اذا حلق ولم ينبت وجه يظهر فيه القرع يعد شينا عظيما ايضا فان القرع عيب في الناس • ولهذا يحلف الاقرع في ستر رأسه
ما يحلف لستر سائر عيوبه كذا في شرح الكافي • واما لحية العبد فقال القدوري في شرحه ان قلنا برواية الحسن سوينا بينهما كما في شرح الكافي لان
القيمة في العبد كالدية في الاحرار • وان قلنا بالرواية الاخرى فلان المقصود من العبد الخدمة وليس المقصود منه الجمال فلذلك لم يجب كمال القيمة بفوات
الجمال • وقال في الاجناس ثلاث نوادر ابي يوسف رواية ابن سماعة في بيان قول ابي حنيفة في لحية العبد ما نقص • ولو حلق بعض اللحية ولم ينبت قال
بعضهم يجب فيه حكومة العدل • قال في شرح الكافي الصحيح انه يجب فيه كل الدية لان هذا في الشين فوق ما لا لحية له اصلا • وكان ابو جعفر الهندواني يقول
في اللحية انما يجب فيها كمال الدية اذا كانت لحية كاملة يتجمل بها • واما اذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شيء فيها • وان كانت غير متوفرة ولا يتجمل بها
ولا يقع بها الشين ففيها حكومة • وذكر في النوادر في اللحية الشيوط حكومة • وان كانت قد استوت الاشهار ففيها الدية كذا ذكر القدوري
في شرحه • ولو حلق فنبت ابيض فانه في رواية لا يجب شيء وان كان في غير اوانه لكنه اختلف مشايخنا فيه والصحيح انه يجب فيه حكومة عدل لانه ليس بعضو
بل هو تابع للحية فصار بمنزلة طرف من اطرافه كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي • وقال في شرح الطحاوي ولو حلق رأسه فنبت
ابيض والرجل شاب قال ابو حنيفة في الحر لا يجب شيء وفي العبد يجب النقصان • وقالا يجب الحكومة في الحر والعبد • وقال في الواقعات في باب الديات
علامة النوال رجل حلق لحية رجل فان كان لحيته خفيفة او رقيقة او كثيفة ففيه الدية ان لم تنبت • وان كان كوسجا فعليه فيها حكومة عدل
بعد ما ينتظر سنة فلم ينبت لانه ازال نوع منفعة مقصودة وهو الجمال فان كان ذلك في غاية لان الناتف لا يسأل العمد وان كان خطأ فعلى عاقلته كما في قتل الخطأ
والعمد • وقال ابو الحسن الكرخي في مختصره وهذا في الذكور والاناث سواء • وقال القدوري في شرحه وانما اراد به العقل والسمع والبصر وشعر الرأس
فاما اللحية فلا يتصور ان تكون للمرأة الا طاقات فشينها **قوله** وفي الشارب حكومة عدل • وسئل الناطفي في الاجناس عن جنايات الحسن اذا حلق
الشارب ولم ينبت فيه حكومة عدل **قوله** ولا يستوي العمد والخطأ • يعني انه لا يجب القصاص في حلق اللحية وشعر الرأس والشارب خطأ لا يجب القصاص في
ذلك اذا كان عمدا لعدم امكان المماثلة لانه لا يمكن حلق لحية الجاني وشعر رأسه وشاربه على وجه لا ينبت بل يجب الدية في اللحية وشعر الرأس وحكومة العدل
في الشارب • قال في تحفة الفقهاء وفي حلق اللحية والرأس والحاجب والشارب اذا لم ينبت لا يجب القصاص • وروي في النوادر انه يجب • وقال في خلاصة
الفتاوى ولو مات الحالق والمحلوق قبل الحلول ولم ينبت فلا شيء عند ابي حنيفة • وقال فيه حكومة عدل وفي شعر ذنب الفرس وشعر الكتف تقوم مع الشعر
وبغير الشعر فيجب النقصان **قوله** على هذا الجمهور احترز عن رواية النوادر **قوله** وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وهذه من مسائل المختصر
يعني ان الحاجبين اذا حلقا او نتفا فلم ينبتا تجب الدية لانه ازال الجمال على الكمال • وعند الشافعي رحمه الله يجب حكومة العدل لانه لا يوجب الدية في الشعر ولا يجب
القصاص بالاتفاق لانه لا قصاص في الشعر **قوله** وقد مر الكلام فيه في اللحية • اي عند قوله وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية **قوله** قال وفي
العينين الدية • وفي اليدين الدية • وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية • وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية • اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه • وفي ثديي المرأة الدية • وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية • والاصل في ذلك ان كل عضو لا نظير له في البدن ففيه الدية وقد مر
ذلك وهو كالانف واللسان والذكر وكل ما كان في البدن اثنين ففيهما الدية وفي النصف في احدهما • قال الحاكم الشهيد في الكافي وفي العينين
الدية الكاملة • وفي احداهما نصف الدية ان فقئت او ذهب بصرها وهي قائمة او ابيضت حتى يذهب البصر لانه لما لم يبق البصر منتفعا به فقد فات
جنس منفعة مقصودة فيجب فيها الدية كاملة وقد عرفت قبل هذا في باب القصاص فيما دون النفس ان العين اذا فقئت عمدا لا يجب فيها القصاص • وانما
يجب القصاص اذا ذهب البصر • قال القدوري في شرحه والاصل في ذلك ما روي في حديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال وفي العينين
الدية وفي الاذنين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الانف الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي الشفتين الدية وفي الكتاب
الذي كتبه النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم في النفس الدية وفي الانف الدية وفي اللسان الدية وفي العينين الدية • وفي احداهما النصف • وقال الكرخي
في مختصره وسواء ذهب بالجناية نور البصر دون الشحمة او ذهبت معه الشحمة • وذلك لان منفعة هذا العضو تختص بالبصر • والمقصود من الشحمة
النظر فاذا ذهب فالشحمة تابعة • وقال الكرخي ايضا وسواء قطع اصابع اليد دون الكف او الكف وفيها الاصابع • وكذلك الرجل لان الكف والقدم
يتبع الاصابع • وكذلك ان قطع الحلمة من ثدي المرأة وحدها او قطع الثدي وفيه الحلمة ففيه نصف الدية للحلمة والثدي تابع • وسواء كان ذلك
بضربة او ضربتين اذا كان ذلك قبل البرء الاول الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لان الجناية لا تستقر قبل البرء فاذا تبعتها الجناية الثانية قبل استقرارها
فكانه اوقعهما معا • وقال القدوري في شرحه وفي الشفتين الدية عندنا لانهما من جملة ما في البدن منه اثنان فهما كالعينين واليدين والعليا والسفلى سواء وهو
قول جماعة من الصحابة • وقال زيد بن ثابت في السفلى الثلثان وفي العليا الثلث لان السفلى فيها جمال ومنفعة لانها تحبس الريق وبقية الصحابة لم يفصلوا
وقال مثل قولنا شريح ايضا وابراهيم وجماعة من التابعين **قوله** لما بينا في المصنف اشارة الى قوله ولان تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة
او كمال الجمال فيجب كمال الدية • وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية **قوله** علان ثدي الرجال هو جمع ثدي • قال ابو الحسن الكرخي
في مختصره وفي ثديي الرجل حكومة عدل وفي احدهما نصف ذلك الحكم وفي حلمة ثديه حكم عدل دون ذلك وهذا قول ابي حنيفة الى هنا لفظ الكرخي رحمه

امه • و ولا لانه في الرجل لا منفعة فيه ولا زينة كاملة الا ترى انه ليس بظاهر فلم يتعلق بازالته وجوب الدية فيجب فيه الحكومة **قوله** وفي حلمتي المراة الدية كاملة و
ذكر تمرتاشي في مسئلة المختصر • وقال الحاكم الشهيد في الكافي وفي حلمتي المراة الدية كاملة وفي احداهما نصف الدية • وذلك لان منفعة الارضاع تفوت بقطعهما لانه
اذا لم يكن لثدي حلمة يتعذر على الصبي التقامها عند الارتضاع والصغيرة والكبيرة في ذلك سواء لانه يعرض الانتفاع كذا في شرح الكافي وحلمتا الثدي رأساهما
في طرفه وهما المرادان كذا في المغرب **قوله** قال وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية • اي قال القدوري في مختصره قال الكرخي في مختصره
وفي اشفار العينين كلها الدية وفي احدها ربع الدية وفي الاثنين نصف الدية وفي الثلاثة ثلاثة ارباع الدية هذا كله اذا لم ينبت الشعر • وكذلك ان قطع الجفن
واللحم وفيه الشعر فهو سواء لان اللحم يتبع الشعر مثل الكفين والقدمين تبع للاصابع في اليدين والرجلين والمراة والرجل في ذلك كله سواء الا ان الذي يجب
في المراة مثل نصف ما يجب في الرجل الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وقال في الاصل وفي اشفار العينين الدية اذا لم تنبت وفي كل شفر ربع الدية والاشفار
كلها سواء • واراد محمد بالاشفار الاهداب بطريق المجاز بدليل قوله اذا لم ينبت لان الشعر هو الذي ينبت لان الشفر الذي هو موضع منابت الهدب واما
قلنا ذلك لما طعن بعضهم ان محمدا غلط لانه استعمل الشفر في مقام الهدب ومثل هذا لا يسمى غلطا لان المجاز سائغ شائع في كلام العرب لا ينكره الا من لا شعر له من
العلوم • وانما وجب في كلها الدية لان للاهداب جمالا معتبرا وفيها منفعة دفع الاذى والقذى عن العين • ثم الاشفار اربعة في البدن فوجب الدية
لانه لا نظير لها في البدن فتقسم الدية على عددها فيجب في كل واحد منها الربع كما تقسم الدية على اليدين • وكذلك ان قطع الجفن الذي لحمه منه وفيه الشعر
فهو سواء واللحم تبع للشعر مثل القدمين والكفين مع الاصابع وذلك لان الجمال والمنفعة بالشعر واللحم تبع له كالكف مع الاصابع • وقال في شرح الكافي وكذلك
اذا قطعت الجفون بالاشفار لان الاشفار مع الجفون بمنزلة شيء واحد فصار كالمارن مع القصبة • وقال في التحفة اذا قطع الاجفان التي لا اشفار لها تجب حكومة
العدل **قوله** ويحتمل ان يراد بالاهداب مجازا • اي يراد القدوري في مختصره كما ذكر محمد في الاصل لانه قال وفي اشفار العينين الدية اذا لم
ينبت واراد به الاهداب مجازا وقد مر بيانه انفا • وكلام القدوري مطلق لانه لم يقيد بقوله اذا لم ينبت فيحتمل الحقيقة والمجاز جميعا والحكم في الكل
واحد • قال في شرح الطحاوي ولو قطع المارن ثم الانف ان كان قبل البرء فكذلك • يعني تجب الدية لا غير • وان كان بعد البرء تجب الدية في المارن والحكومة
في الانف • وكذلك الجفن مع الاشفار • وقال فيه ايضا وفي الاشفار اذا لم ينبت لا قصاص لانه شعر ولا قصاص في الشعر يريد انه لا قصاص في الشعر بل فيه
انه لا قصاص فيما في العمد بل تجب الدية **قوله** كما لو ازيلت المارن وهي حقيقة في الشعر • قال في المغرب والشعر الذي يحمل عليه الماء الراوية وكثر ذلك حتى
سمى المزادة راوية يعني مجازا للمجاورة كما في المطر سماء **قوله** قال وفي الاصابع كلها سواء • اي قال القدوري في مختصره وهذا مذهب علي وعبد الله بن عباس
واصابع اليدين والرجلين سواء الصغير والكبير سواء لاطلاق الحديث وهو ما روي في الموطا في حديث عمرو بن حزم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في كل اصبع
عشر من الابل • ولان الاصابع سواء في اصل المنفعة وهو البطش في اليد والمشي في الرجل والكف والقدم تابع فلا يعتبر زيادة المنفعة في البعض كما في سائر
وهذا قال عبد الله بن عباس رضي الله عنهما هذه وهذه سواء • وعند عمر رضي الله عنه تجب الدية في الاصابع على التفاوت في الخنصر ست من الابل وفي البنصر
تسع • وفي الوسطى والسبابة عشر وفي الابهام خمسة عشر كذا في شرح الكافي والصحيح ما ذهب اليه العامة لاطلاق الحديث • وقيل ان عمر رجع عن قوله لما
بلغه الخبر كذا ذكر القدوري في شرحه **قوله** قال وفي كل اصبع فيها ثلاث مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف
دية الاصبع • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الدية تنقسم على عدد ما في البدن من الاعضاء التي لا نظير لها فعلى هذا ينقسم ما في اليد الواحدة
من الدية وهو نصف النصف على ما فيها من الاصابع • ثم ينقسم ما يجب في كل اصبع على ما فيها من المفاصل وهو عشر الدية فيجب في احد المفصلين نصف
دية الاصبع ويجب في احد المفاصل الثلاث ثلث دية الاصبع اعتبارا بانقسام دية اليدين او الرجلين على الاصابع **قوله** قال وفي كل سن خمس
من الابل • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه والاسنان والاضراس كلها سواء وكان حق الكلام ان يقال والاسنان كلها سواء بلا ذكر الاضراس
او يقال والانياب والاضراس سواء المقدم والمؤخر والاضراس والانياب والثنايا لا تختلف عليه الى هنا لفظ الكرخي • وذلك لما روي في كتاب عمرو
عمرو بن حزم • وفي السن خمس من الابل • وجه الاستدلال ان الحديث مطلق لم يفصل بين سن وسن • فان قيل لو قلنا بذلك يزيد على دية واحدة اذا
قلع كل الاسنان لانها في الغالب اثنان وثلاثون سنا وفي اتلاف كلها اتلاف النفس من وجه لتفويت جنس المنفعة لانها تصير كالهالكة شيئا وحكم الاتلاف
من وجه لا يجوز ان يزيد على الاتلاف من كل وجه قلنا هذا ثابت • بخلاف القياس بالنص فلا يرد السؤال وقيمة كل بعير ذكرنا مائة درهم • الا
ترى الى ما قال في شرح الطحاوي وفي كل سن نصف عشر الدية خمسمائة درهم ومن ضرب رجلا حتى سقطت اسنانه كلها وهي اثنان وثلاثون سنا منها
عشرون ضرسا واربعة انياب واربع ثنايا واربع ضواحك كانت عليه دية وثلاثة اخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر الف درهم من ذلك في
السنة الاولى ثلثا الدية لان الدية كلها تجب في ثلاث سنين في كل سنة ثلث ويجب ثلاثة اخماس الدية وهي ثلاثة الاف في سنتين في السنة الاولى
منها ثلث الدية والباقي في السنة الثانية فلذلك لزم الجاني في السنة الاولى ثلثا الدية الثلث من الدية الكاملة والثلث الاخر من ثلاثة اخماس الدية وعليه
في السنة الثانية ثلث الدية وما بقي من ثلاثة اخماس الدية وعليه في السنة الثالثة ثلث الدية الكاملة وهي الباقي • وقال في خلاصة الفتاوى
لو ضرب سن رجل حتى تحركت وسقطت ان كان خطأ تجب حصته على العاقلة • وان كان عمدا يقتص • وقال في الفتاوى الصغرى اذا قلع سن
البالغ لا يستانى لان النبات بعد البلوغ نادر • ولو قلع سن الصبي يستانى حولا لان النبات ليس بنادر ثم مع هذا لو قلع سن البالغ ثم نبتت
لا شيء عليه • وقال صاحب الفتاوى وفي الزيادات في كتاب البيوع اشار الى انه يؤجل في البالغ وفي نسخة الامام السرخسي يستانى حولا في الكبر
الذي لا يرجى نباته في الكبر والقلع وهكذا في شرح الكافي الشافي وهكذا في المنتقى قال وبالاول نفتي انه لا يؤجل • وقال القدوري في شرحه وقد
حكي عن بعض الناس انه قال ارش الطواحن يزيد على ارش الضواحك وظاهر الخبر ينفي خلاف ذلك • ثم وجوب الدية في السن في الخطا لانه يجب
القصاص في العمد وقد مر بيان ذلك في كتاب الجنايات • ولو اسودت السن او اصفرت يجيء بيان ذلك في فصل بعد فصل الشجاج **قوله** قال
ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها بالضرب • اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه
لو ان منفعة العضو الذي يقصد منه تلك المنفعة كفوات ذلك العضو فصار العضو كالهالك فتجب الدية كاملة بفوات المنفعة المقصودة • وان لم تفت

العضو

الصورة كما تجب الدية لو قطع العضو الصحيح • وهذا كما اذا ضرب يده فشلت او ضرب عينه فذهب ضوءها او ضرب لسانه فذهب كلامه او ضرب
اذنه فذهب سمعه **قوله** لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة • وهو بفتح اللام • اي المعنى الذي هو مناط حكم الدية هو تفويت
جنس المنفعة لا اثر لفوات صورة العضو في ذلك • ولهذا لا يلزم الدية بمجرد تفويت الصورة اذا لم يكن ثمة تفويت جنس المنفعة كما في لسان الاخرس
وذكر الخصي والعنين والسن السوداء والعين القائمة الذاهبة ضوءها لا يجب في ذلك حكومة عدل لان المقصود منها المنفعة ولا منفعة في هذه الاعضاء
فاذا عدمت المنفعة لم يتعلق بازالتها ضمان كما لا منفعة فيه من الاجزاء • ولا يقال كما لزم الدية بتفويت جنس المنفعة يلزم بتفويت الجمال وفي
الاشياء المذكورة تفويت الزينة فينبغي ان يلزم الدية فيها لانا نقول الزينة تبع المنفعة في الاشياء التي يقصد منها المنفعة فلا يعتد الا بها لاجلها
ولان الزينة فيها ليست بكاملة • الا ترى ان العين القائمة الذاهبة ضوءها يتجمل بها الانسان عند من لا يعرف حالها • فاما عند من يعرف
حالها فلا جمال فيها واذا لم يكمل الزينة لم يكمل الارش بل وجبت الحكومة فافهمه فانه نشرح عن تطويل بعضهم في شرحه في هذا المقام **قوله** ومن
ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية • ذكره تفريعا على مسئلة المختصر • يعني اذا ضرب ظهر الرجل فصار بحيث لا ينزل تجب الدية كاملة لانه فوت
عليه جنس المنفعة وهو النسل وكذلك اذا ضرب ظهره فحدب من ذلك تجب الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو استواء القامة • فلو زالت الحدوبة
وعاد الى حالته ولم يبق اثر الضرب لا شيء عليه • ولو بقي اثر الضرب بعد زوال الحدوبة يلزم فيه حكم عدل لانه زال المعنى الذي تجب به كل الدية كذا في
شرح الكافي

فصل

في الشجاج لما كان الشجاج مادون النفس ذكرها عقيبها ولكن ذكرها في فصل على حدة لكثرة اسمائها
واختلاف احكامها لان في بعضها القصاص ان كان عمدا وفي بعضها الديات وفي بعضها حكومة عدل ويجيء بيان ذلك بعد هذا **قوله** قال
الشجاج عشر • اي قال القدوري في مختصره وهي الحارصة بالحاء والصاد المهملتين ثم الدامعة بالعين المهملة ثم الدامية ثم الباضعة ثم المتلاحمة ثم
السمحاق ثم الموضحة ثم الهاشمة ثم المنقلة ثم الامة • قال القدوري في شرحه الشجاج منها الحارصة وهي التي تشق الجلد ومنه قولهم حرص القصار الثوب
اذا خرقه في الدق • وبعدها الدامعة وهي التي يخرج منها ما يشبه الدمع وبعدها الدامية وهي التي يخرج منها الدم وبعدها الباضعة وهي التي تبضع اللحم اي
تقطعه • وبعدها المتلاحمة وهي التي تذهب في اللحم اكثر مما تذهب الباضعة هكذا روي عن ابي يوسف • وقال محمد المتلاحمة قبل الباضعة وهي التي
يتلاحم فيها الدم ويسود • وبعدها السمحاق وهي التي تصل الى جلدة رقيقة فوق العظم وتلك الجلدة تسمى السمحاق ومنه قيل للغيم الرقيق سماحيق • ثم الموضحة
وهي التي توضح عن العظم ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم • ثم المنقلة وهي التي يخرج منها العظم اي ينتقل العظم بعد الكسر يحوله من موضع الى موضع • ثم
الامة وهي التي تصل الى ام الدماغ وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ • ثم الدامغة وهي التي تخرق الجلدة وتصل الى الدماغ • قال القدوري في شرحه وانما
لم يذكر فيها محمد الحارصة ولا الدامغة لان الانسان لا يبقى معها فلا معنى لبيان حكم الشجاج فيها وما سوى ذلك فالحكم فيه مختلف فاذا كان
عمدا في الموضحة القصاص في قولهم لانه يمكن استيفاء القصاص فيها لانه ينتهي السكين الى العظم • واذا امكن استيفاء المماثلة وجب وما بعد الموضحة لا قصاص
فيه في قولهم لانه لا يمكن استيفاء المماثلة فيه الا ترى ان الهاشمة تكسر العظم واذا كسر العظم لم يقف الا ينتهي الى السمحاق • وكذلك المنقلة واما الامة فلا يمكن
ان ينتهي فيها الى الدماغ واذا تعذرت المماثلة سقط القصاص واما ما قبل الموضحة فقد ذكر محمد في الاصل ان فيه القصاص • وروى الحسن عن ابي
حنيفة ان لا قصاص الا في الموضحة • وجه رواية الحسن انه يتعذر سبر غور الجراحة بمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مثلها • واما اذا كانت
خطأ يسقط القصاص فيها على احدى الروايتين فيما قبل الموضحة وعلى الروايات كلها فيما بعدها • وفيما قبل الموضحة حكم عدل • وقد روي عن عمر بن
عبد العزيز انه قال ما قبل الموضحة على الروايات كلها فيما عدل وكذلك عن النخعي • وقال الشعبي ما دون الموضحة فيها اجرة الطبيب لانه لم يرد
في الشرع له مقدار معين فوجب فيه ارش الشجاج كذا ذكر القدوري في شرحه **قوله** ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا • اي قال القدوري
في مختصره وذلك لعدم امكان المماثلة وقد ذكرنا ان هذا اختلاف الروايتين في وجوب القصاص فيما قبل الموضحة والذي اختاره القدوري في قطع
البدن من المفصل **قوله** قال ولا قصاص في بقية الشجاج • اي قال القدوري في مختصره وذلك لعدم امكان المماثلة وقد ذكرنا
ان هذا اختلاف الروايتين في وجوب القصاص فيما قبل الموضحة والذي اختاره القدوري هو رواية الحسن **قوله** وقال محمد في الاصل وهو
ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة • اي قبل الموضحة ذكرا ودون الموضحة اثرا وهي ما ذكر في ديات الاصل ان في الموضحة العمد
والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق قصاصا في العمد • واما في الهاشمة والمنقلة والامة لا قصاص ذكر في ديات
الاصل • ونقل في الاجناس عن نوادر ابن رستم قال محمد القصاص واجب في الهاشمة لان الراس صلب ولا قصاص في السمحاق لانه لا يستطاع الوقف
عندها وفرق بينهما بهذا واتفقت الرواية في وجوب القصاص في الموضحة وسقوطه في الامة الى هنا لفظ الاجناس **قوله** فيسبر غورها بمسبار
سبرت الجرح اسبره اذا نظرت ما غوره والمسبار ما يسبر به الجرح والسبار مثله وكل امر رزته فقد سبرته واسبرته كذا في الصحاح **قوله** قال
وفيما دون الموضحة حكومة عدل • اي فيما دون الموضحة من حيث الاثر وقبل الموضحة من حيث الذكر وهي من الحارصة الى السمحاق هذا على رواية
الحسن لانه لا قصاص في غير الموضحة على تلك الرواية • بخلاف رواية الاصل حيث يجب القصاص فيما قبل الموضحة فلا يجب القصاص على تلك الرواية
فالذي يجب فيها حكومة عدل فيما قبل الموضحة كذا روي عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز وقد مر انفا **قوله** قال وفي الموضحة ان كانت خطأ
نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر • وفي الامة ثلث الدية • وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان
ففيهما ثلثا الدية • اي قال القدوري في مختصره وانما قيد الموضحة بالخطأ لان فيها القصاص اذا كانت عمدا • وانما يقتص بعد البرء لان ارش
قبل البرء لان موضحة المتفرقة لم يبق له اثر يجب عليه ارش الموضحة المتفرقة كما في قلع سن انسان فانفرس ثم نبتت سن المقلوع فانه يجب
عليه ارش سن المنفرسة ولم يعتد بما دون الموضحة الخطأ لانه لا قصاص في الهاشمة وغيرها في العمد وتجب فيها الدية مطلقا • ثم في الموضحة
تجب نصف عشر الدية خمسمائة درهم في الرجل وما يساوي في نحو ربع المراة • وتجب ذلك على العاقلة • وفي الهاشمة عشر الدية وهو الف درهم
وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية الف وخمسمائة درهم • وفي الامة ثلث الدية وهو ثلاثة الاف درهم وثلثمائة درهم وثلاثة دراهم وثلث

ومن الابل ثلاثة وثلاثون بعيرا وثلث او قيمة ذلك من الذهب • وقال المبرد في كتاب الكامل وبعض العرب يسميها المأمومة • ثم يجب لذلك القدر
ان ما كان ارشه نصف عشر الدية الى ثلثها في الرجل والمرأة في الخطأ على العاقلة في سنة لان عمر قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين فكل ما وجب
به ثلث الدية فهو في سنة ما يلزم العاقلة في السنة الاولى فاذا زاد على ثلث الدية ثلث الدية في سنة والزيادة في سنة اخرى • لان الزيادة على الثلث
من جملة ما يلزم العاقلة في السنة الثانية من الدية فكذلك ان انفرد • وما زاد على الثلثين فالثلثان في سنتين وما زاد على ذلك في السنة الثالثة
قياسا على ما يلزم العاقلة في السنة الثالثة • وما كان دون نصف عشر الدية او كان ذلك عمدا فهو في مال الجاني ولا يجب على العاقلة • قال
القدوري في شرحه والاصل في هذا ما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي الآمة
ثلث الدية • وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الجائفة ثلث الدية • وقد روي عن ابي بكر الصديق انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر
بثلثي الدية وهو بحضرة الصحابة من غير خلاف كذا في شرح القدوري **قوله** مروي عن ابي يوسف • اي في الاملاء **قوله** وهذا اختلاف عبارة لم
لا يعود الى معنى وحكم • اي الذي روي عن محمد ان المتلاحمة قبل الباضعة والذي روي عن ابي يوسف ان الباضعة قبل المتلاحمة اختلاف في الاسم
لا في المعنى والحكم • لان محمدا لا يمنع ان تكون الشجة التي قبل الباضعة اقل منها ارشا • واما الخلاف في الاسم فقال محمد المتلاحمة مأخوذة من الالتحام
فقال التحم الجانبان اذا اجتمعا • وقال ابو يوسف انما هي مأخوذة من الذهاب في اللحم كذا ذكر القدوري في شرحه **قوله** وبعد هذا شجة اخرى
تسمى الدامغة • اي بعد الآمة وقد ذكرها القدوري في شرحه ولم يذكرها محمد وبعد هذا شجة محمد في شرحه الاصل لان الشجة اذا انتهت الدماغ لم
اتصل الى القتل غالبا فلا تفرد الشجة بعد الافضاء الى القتل بحكم على حدة **قوله** ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة قد ذكر قبل هذا
حكم الشجاج فالآن نذكر مواضع الشجاج قال القدوري في شرحه ان الشجاج عندنا تختص بالرأس والوجه • فاذا كانت في الوجه في مواضع العظم مثل
الجبهة والوجنتين والذقن تصور فيها الموضحة وما قبلها وما بعدها • وقال الليث يثبت حكم هذه الشجاج في كل البدن وهذا الذي قاله ترجع
فيه الى اللغة • لان العرب تسمي ما كان منه في الرأس والوجه شجة وما كان في البدن جراحة • وان كان يرجع الى الحكم لم يصح لان هذه الشجاج
يثبت حكمها للشين الذي يلحق بقاء اثرها • الا ترى انها اذا اندملت فلم يبق لها اثر لم يجب لها ارش والشين انما يكون فيما يظهر في البدن من الوجه والرأس
وما سواها يغطى في العادة فلا يلحق فيه الشين كما يلحق في الرأس والوجه • وقد قال محمد انه روي عن علي انه قال في السمحاق اربع من الابل • قال
القدوري وهذا على وجه الحكومة لا على التقدير **قوله** والحكم مرتب على الحقيقة • اي حكم الشجاج يثبت في الوجه والرأس على ما هو
حقيقة اللغة • لان في اللغة تسمى الشجة ما كان في الوجه والرأس اعني • وفي غيرهما لا يجب المقدر فيهما بل يجب حكومة العدل وقوله في
الصحيح احتراز عن قول ليث وقد مر آنفا **قوله** واما اللحيان فقيل ليسا من الوجه وهو قول مالك • قال صاحب الوجيز والذقن
من الوجه بلا خلاف • والعظم الذي تحت الذقن وهو اللحيان من الوجه عندنا حتى لو وجدت الشجاج الثلاث الموضحة والهاشمة والمنقلة في
اللحيين كان لها ارش مقدر عندنا خلافا لمالك **قوله** وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس او جوف البطن • ولنا نظيره قوله جوف
الرأس لان ذلك لا يسمى جائفة • الا ترى الى ما قال في الاختيار لنا ان الجائفة هي ضربة في البطن ولم تنفذ من ورائه • فان كان يكون
في ما له وان كان خطأ فعلى عاقلته ذكر في ديات الاصل • والجائفة تكون ما بين اللبة والعانة ولا تكون فوق الذقن ولا تكون مما تحت
العانة بين الفخذين والرجلين الى هنا لفظ الاختيار • وقال الكرخي في مختصره ولا تكون الجائفة في الرقبة ولا في الحلق ولا تكون الا فيما
يصل الى الجوف من الصدر والظهر والبطن والجنبين وكل ما وصل الى الجوف فيه حكم عدل وليس بجائفة ولا يكون في اليدين ولا في الرجلين ولا في
بين الانثيين والدبر حتى تصل الى الجوف فهي جائفة الى هنا لفظ الكرخي • والجائفة في اللغة الطعنة التي تبلغ الجوف وجوف كل شيء داخله • ثم
في الشجاج كلها اذا برأت ولم يبق لها اثر لا يجب شيء في العمد والخطأ الا رواية عن ابي يوسف انه قال يجب مقدار اجر الطبيب كذا في شرح الطحاوي
واما اذا بقي لها اثر بعد البرء في الخطأ في الموضحة وما فوقها ارش مقدر كما ذكرنا وفيما قبلها حكومة عدل • واما في العمد فلا يجب
القصاص الا في الموضحة وفيما قبلها حكومة عدل وفيما فوقها الارش وتفسير حكومة على ما قال الطحاوي قال القدوري في شرح مختصر الكرخي
واختلف اصحابنا المتأخرون في كيفية الحكومة • قال الطحاوي يقوم الحر لو كان عبدا وهو صحيح ويقوم وبه هذه الشجة فما نقص من القيمة
كان ارشها من دية الحر • وقال ابو الحسن الكرخي ينظر من الشجة التي لها ارش مقدر الجراحة والظن • وجه ما قاله الطحاوي ان الحر لا يمكن تقويمه
والقيمة في العبد كالدية في الحر فوجب ان ينقص من دية الحر ما يعتبر في العبد • وكان ابو الحسن ينكر هذا ويقول هذا يؤدي الى ان يجب
في قليل الشجاج اكثر مما يجب في كثيرها • لانه يجوز ان يكون نقصان الشجة التي هي السمحاق في العبد اكثر من نصف عشر قيمته فاذا اوجبنا مثل هذا
من دية الحر اوجبنا في السمحاق اكثر مما يوجب في الموضحة • وهذا لا يصح كذا في شرح القدوري وتفسير قول الطحاوي انه لو كان قيمته بلا شجة
الف وبالشجة تسعمائة كان النقصان عشر القيمة فينتقص من الدية عشرها • وتفسير قول الكرخي ان ينظر هذه الشجة وفي الباضعة مثلا كم الموضحة
التي لها ارش معلوم • فان كانت ربعها يجب ربع ارش الموضحة وان كانت نصفها يجب نصف ارش الموضحة فيعتبر على هذا ما يجب فيه الحكومة وذكر
الكرخي في ابي علي حامد قال ابن سماعة عن ابي يوسف في الظفر اذا نبت حكم عدل • وكذلك الاثر وكذلك ذكر كل عظم فيه حكم عدل انما يقدرها
برأي الحاكم بعد نظر ذوي عدل من اطباء الجراحات ومن يتأمل الكسر • وقال في الاصل في انف الرجل اذا كسر حكومة الى هنا لفظ الكرخي وفيه
تطويل • وحاصله او ورد صاحب التحفة فقال وكذا في ثدي الرجل وحلمه ثدييه حكومة • وفي لسان الاخرس وذكر الخصي والعنين والعين
القائمة الذاهبة نورها والسن السوداء واليد الشلاء والذكر المقطوع الحشفة • والكف المقطوعة الاصابع وكسر الظفر وقلعه بحيث لا ينبت
او ينبت مع العيب • واما الطفل في لسانه حكومة العدل ما لم يتكلم وفي يده ورجله • وذكره اذا كان يحرك مثل الكبير في العادة
والاذن المقصود هو الجمال فحكمه حكم الكبير • وفي العينين اذا وجد ما يستدل به على البصر كالكبير • وفي حلق رأس الشاب بحيث
ابيض على قول ابي حنيفة لا يجب شيء اذا كان حرا لان الشيب ليس بعيب • وان كان عبدا يجب ما نقصه • وقال ابو يوسف يجب حكومة

العدل فيها • وفي ثدي المرأة المقطوعة الحلمة والانف المقطوعة الارنبة والجفن الذي لا اشفار له حكومة العدل كذا في التحفة

فصل

ومن قطع اصابع يد رجل فعليه نصف الدية اي في الخطأ قال الكرخي في مختصره فيه ثم بيّن ذلك هذا الفصل يشتمل على مسائل متفرقة لان كل مسألة منها في باب على حدة **قوله** وفي اصابع اليد نصف الدية هذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه • فان قطعها مع الكف ايضا ففيها نصف الدية • فان قطعها مع نصف الساعد ففي الكف والاصابع نصف الدية وفي الزيادة حكومة
عدل الى هنا لفظ المختصر • وذلك لما روينا قبل فصل الشجاج في حديث عمرو بن حزم في كل اصبع عشر من الابل • فاذا وجب في كل اصبع عشر من الابل وهو
عشر الدية يكون في اصابع اليد الواحدة اذا قطعت خطأ نصف الدية لان فيها خمس اصابع • ولان في قطع اصابع اليدين تجب دية كاملة لتفويت
جنس المنفعة على الكمال واصابع اليدين عشرة تنقسم الدية عليها فيكون في اصابع اليد الواحدة اذا قطعت خطأ نصف الدية لان فيها خمس اصابع • ولان
في قطع اصابع اليدين تجب دية كاملة لتفويت جنس المنفعة على الكمال وفي نصف جميع الاصابع نصف الدية • فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم في اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية • ولان المقصود من الدية منفعة البطش وذلك بالاصابع فكان الكف تبعا فلم يفرد
بحكم على حدة • قال الكرخي في مختصره فان قطع اليد من الذراع من المفصل خطأ ففي الكف والاصابع نصف الدية • وفي الذراع حكومة وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله • وقال ابو يوسف فيه نصف الدية والذراع تبع • وكذلك لو قطع اليد من العضو او الرجل من الفخذ فعليه نصف الدية
وما فوق القدم عنده تبع القدم وما فوق الكف تبع الكف وهو قول ابن ابي ليلى • وقال ابو حنيفة ومحمد لا يتبع الاصابع الا الكف حسب • وكذلك
اصابع الرجل لا يتبعها الا القدم حسب ولا يتبع المتعلق التبع التبع وفي رواية محمد عن ابي يوسف في الكف والذراع • وروى ابن سماعة وبشر وعلي بن الجعد
قالوا سمعنا ابا يوسف قال اذا قطعت الكف من المفصل او قطعت اليد من المرفق او فوق ذلك ما بينها وبين المنكب فان في ذلك نصف الدية في قول ابي يوسف
وابن ابي ليلى • وقال ابو حنيفة خلاف ذلك قال في الكف نصف الدية وما زاد فحكم عدل على قدر الزيادة • وكذلك هذا القول في الرجل في
قول ابي حنيفة ما زاد على مفصل القدم ففي الزيادة حكم عدل الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وجه قول ابي يوسف قول النبي صلى الله عليه وسلم
وفي اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية • واليد عبارة عن العضو الى المنكب • ولان ما ليس له ارش مقدر اذا اتصل بما له ارش مقدر فهو
يتبعه في الارش كالكف • وجه قولهما ان الدية انما تجب في الاصابع والكف تبع بدلالة انه لو انفردت الاصابع بالقطع وجب نصف الدية • ولو قطعها
مع الكف وجب نصف الدية ايضا • ثم لا يخلو اما ان يكون الذراع تبعا للاصابع او الكف فلا يجوز ان يتبع الاصابع لانه يفصل بينهما عضو فلا يكون
تبعا كما لا تكون الشجة تبعا للاصابع ولا يجوز ان يتبع الكف لانه تبع في نفسه فلا يكون له تبع **قوله** على ما روينا اشارة الى قوله عليه السلام
في كل اصبع عشر من الابل في فصل فيما دون النفس وهو الموجب على ما مر • اي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة على ما
مر في فصل فيما دون النفس **قوله** قال وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيها عشر الدية • وان كانت اصبعان فالخمس ولا شيء في
الكف • وهذا عند ابي حنيفة • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقطع كف الرجل من المفصل وليس في الكف
الا اصبع او اصبعان قال ان كان فيها اصبع ففيه العشر • وان كانت اصبعان ففيه الخمس وليس فيما بقي من الكف شيء • قال لم يكن فيها اصبع كان فيها
حكم عدل • وقال ابو يوسف ومحمد ينظر الى ارش الاصبع وارش الكف فيغرم اصبع فيدخل القليل في الكثير ويوجب عليه اكثرهما الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير ويعني قوله ففيه الخمس • اي من الدية ويعني قوله ينظر الى ارش الكف اي الى حكومة العدل في الكف ويهرح في المختلف
قال الكرخي في مختصره اذا قطعت اليد وفيها اصبع واحدة فعليه دية الاصبع وليس عليه في الكف شيء اذا كانت فيها اصبعان او ثلاث او اربع فهو
كذلك دية الاصابع فلا شيء في الكف وهي تبع للاصابع وهذا قول ابي حنيفة • وقال بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة اذا بقي له ارش معلوم
دخلت الكف فيه فيكون في قياس قوله اذا بقي ثلث اصبع • يعني مفصلا من اصبع فيها ثلاث مفاصل فقطع انسان ما بقي من الكف ففيه ثلث خمس دية
اليد • وقال محمد في الاصل اذا قطعت الكف باصبعين فيها خمسا دية اليد وهذا قول ابي حنيفة فما بقي من الاصابع شيء ولو مفصل واحد وقال
بشر وعلي بن الجعد وابن سماعة عن يعقوب اذا بقي نصف الابهام ان قياس قول ابي حنيفة ينظر الى ما بقي من الكف والى دية نصف الابهام فايهما
كان اكثر لزمه ودخل القليل في الكثير • وقال محمد في الاصل عن نفسه وعن ابي يوسف انه ينظر الى الكف والى ارش ما بقي من الاصابع فيدخل
القليل في الكثير • وكذلك في رواية الجامع الصغير الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وقال القدوري في كتاب التقريب وقالا ان كان مما يجب
فيه ارش الاصبع وحكومة فيما بقي الاربع اصابع من الكف • وذكر ابن شجاع عنه ان بقي من الكف ثلاث اصابع دخل الكف فيها كذا في التقريب
وحاصل هذا ما ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي انه اذا قطع الكف وفيها ثلاث اصابع فصاعدا وجب ارش الاصابع وسقط ارش الكف
في قولهم لان فيها اكثر الاصابع كما فيها جميعها وان كان في الكف اقل من ثلاث اصابع وجب ارش ما بقي منها وان كان مفصل واحد عند ابي
حنيفة • وقالا في الرواية المشهورة يدخل القليل في الكثير ايهما كان • وجه قول ابي حنيفة ان ما بقي من الاصابع له ارش مقدر والكف
ليس لها ارش مقدر وهي مسألة فيجب تبعيتها في ارشها كما لو بقي جميع الاصابع • ونظير هذا ما قالوا في الوصية اهل الخط ما بقي منهم واحد فالوصية
لهم دون المسلمين • وكذلك قالوا في الوصية لولد فلان ما بقي له ولد من صلبه وان كان واحدا لم يدخل ولد الولد في الوصية • ووجه
قولهما ان الاقل يتبع الاكثر والاكثر لا يتبع الاقل فوجب ان يلزمه الاكثر ويدخل الاقل على طريق التبع • فاما الذي ذكره في رواية ابن سماعة
من اعتبار الاكثر ان المفصل ليس له ارش مقدر بنفسه نصف حكمه • والاصبع ارشها مقدر بنفسها وقد كان قول ابي يوسف الاول ان ارش
الاصابع اذا كان اقل من ارش الكف وجب ارش الكف والاصابع • واذا كانت اقل من ارش الكف وجب ارش الكف والاصابع واذا كان ارش
الكف اكثر دخل الكف فيه • وجه ذلك ان الاصابع وان كان ارشها اكثر فقد قويت حكما بالتقدير وبالكثرة فتتبعها الكف • واذا كان ارش الكف
اكثر فقد قوي الكف بالكثرة وقويت الاصابع بالتقدير فلم يتبع احدهما الآخر • وروي عنه ان ما بقي الاصابع فالباقي من الكف يدخل في ارشها
ويجب فيما بقي من الكف حكومة لان الاصابع كلها لو كانت باقية دخل الكف فيها على طريق التبع • ولو كانت كلها ذاهبة كان ارش الكف فاذا ذهب
البعض فيها وبقي فيها بعض الباقي فيما يليه والاثر وحكم باقي الكف بنفسه • وقال ابو يوسف اذا قطع الكف ولا اصابع فيها قال فيها حكومة ولا

يبلغ ما ارش اصبع لان الاصابع تبع الكف والتبع لا يساوي المتبوع في الارش كذا ذكر القدوري في شرحه قوله ويدخل القليل في الكثير لانه
اي المنقول عن الارش الكل في واحد يناله اي الحكم بدخول ارش الاصبع في ارش الكف لا لاصبع منهم لان ضمان الاصابع هو ضمان الكف وضمان الكف هو ضمان
الاصابع فكانا شيئا واحدا فلا يكون لكل واحد منهما حكم على حدة فالتبع يستتبع اصلا من وجه الاصابع باعتبار منفعة البطش والكف
باعتبار الاصابع تابعة فلا يوجب الترجيح الكثرة فيما باعتبار الكثرة كذلك • ولان الجنايتين اذا اجتمعتا في موضع واحد دخل القليل في الكثير الا
ترى ان رجلا لو شج رجلا موضحة فتناثر بعض شعره كانت الموضحة وتناثر الشعر يخلفه ذلك كما ذكرنا هنا • ولا نظير لهذا القليل لانا
لا نسلم ان ضمان كل واحد منهما هو ضمان الاخر • لان ضمان الاصبع عشر الدية وهو متقدر وضمان الكف لم يتقدر بل هو الحكومة ولان الاصابع اصل
والكف تابع حقيقة وشرعا • اما الحقيقة فلان منفعة الكف هو البطش والقبض والبسط تابعة للاصابع • واما الشرع فلان النبي صلى الله عليه وسلم
اوجب في كل اصبع عشرا من الابل وتقدر ما اصابها بالارش ولم يقدر ضمان الكف فكان الترجيح من حيث الحقيقة والديات ومن حيث الحكم الى الشرع فلهذا اخذ الترجيح
بمقدار الواجب وهو الكثرة لا بد ترجيح الحال • فاذا كانت الاصابع اصلا والكف تبعا لا يظهر حكم التبع فلا يجري الاصل ولان الاصل اولى ان نال
يستتبع التبع ولا يجري هذا في الشرع الشجة لان احدهما ليس تبعا للاخر والكف تبع للاصابع قوله فان كان في الاصبع الرابع حكومة عدل
اي قال القدوري في مختصره قال الكرخي في مختصره وفي الاصبع الرابع والسن الزائد حكومة عدل وذلك لانه لا منفعة فيها ولا زينة ولم
يرد الشرع فيها الشرع باوجب الرجوع الى الحكومة العدل تعظيما للادمي لانه جزء منه • وقال القدوري في كتاب التقريب روي بشر عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة في رجل قطع من يد رجل اصبعا زائدا وفي الحاكم اصبع زائدا فلا قصاص بينهما كما تفاضل • وكذلك لا قطعها اليد من قطع احدهما اسانده
صاحبه من الدفق • وذكر القدوري في التقريب عن ابي حنيفة في الاطفل والاشياء بما كان القاطع اقلها له للاكثر • قال الحسن وهو قول ابي يوسف
وقال الحسن ابو يوسف ان كانا سواء اقتصصت • وقال زفر ان كانا سواء اقتصصت • قال فان كان القاطع اشد منه فعلا لان قطع الجان
وان كان المقطوع اشد منه فعلا فلا قصاص لان ابا حنيفة ان القطع والشلل يؤثر في البدن فلا فلم المساواة ايضا باجتهاد • وجه قول زفر ان السوق
الاصبع لا يعرف الا بالاجتهاد ولا يجب القصاص بالبدل بعد • فاما الاصبع الرابع فانا ان حكمنا بانه النوع عن الاصابع الاصلية وتكمل بالمنفعة
فيها لم تعلم المساواة ايضا باجتهاد • وجه قول زفر وهو رواية عن ابن ابي يوسف ان المتقين تدخل فيما بين البدن اه لا تنصيص • الا انه
القاطع في المجا بعد الارش فكذلك لا تعلم المساواة • وكذلك السن الشاغية اي الزائدة قوله وفي الاصبع الرابع • وفي الغنيمة هو
اسانة اذا اختلف نبتها وتركت • وكل الشواذ من الاسنان المتاخرة عن القلع ولا رجل الشقي والمراة شبواء • ومنه سميت العقاب شبواء لتقدم
منقارها على الاخر قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه جزء منه • يعني كان الاصبع الرابع جزء الجني عليه فكذلك السن الشاغية جزء منه
فيجب الحكومة فكذا هنا قوله وفي عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم يعلم صحته حكومة عدل • كذا لفظ القدوري في مختصره • قال
صاحب الهداية وقال الشافعي رحمه الله يجب دية كاملة • قال القدوري في شرحه واما اللسان فقد يكون له صحة اولا يتكلم فاذا تكلم بعلم صحته
الصغير • واما اللسان فيه حكومة عدل لانه لم دية الثاني حين يتكلم الصغير • وذلك لان المقصود من هذه الاعضا المنفعة فاذا لم يعلم صحتها
لا يجب فيها ارش كامل بالشك فلا يجب في الذكر الا دية في اللسان الكلام وفي العين النظر فيعلم وحده لا يدين الارش الكامل بالشك
ولا يتناول الاصل المنفعة لان هذا ظاهر والظاهر لا يستحق به على الغير • ولان هذا الظاهر لا يستحق به الدية فلا يثبت الاصل في الجاني
وقال الكرخي في مختصره عن ابي يوسف في الصبي اذا ولد ولم يتبين حاله ان لم يتحرك ذكره ولم يبصر ولم ينطق لم تجب دية كاملة ولا وجه بلسانه في السن الا ان نكون
موجودة صحيحة كالعضو والكبر فلا سواء • واما قطع الاذن من الصغير بعد السن واذا لم يقطعه كاللسان او الكبير قوله لان الظاهر
لا يصلح حجة للالزام بعد لان الظاهر لا يلزم والظاهر بعد ايضا الظاهر يحتج به ولا يجب به اهذا مع قولنا لا يستحق نخصا • ثانيا
الظاهر من سلامة الاعضا وقد مر ذلك في اول كتاب الديات قوله والاذن الشاخصة اي المرتفعة من فقد بالبيع تخوصا • قالت
في الجرح يخفض من مكان اليمكان اذا شابت الارتفاع قوله وكذلك لو استهل الصبي • يعني يكون في لسان الصبي حكومة العدل اذا لم
يتكلم وان استهل لان استهلال الصبي وهو رفع الصوت بالبكا لا يدل على صحة اللسان لانه ذلك مجرد صوت قوله قالوا من تخرج اولا
بذهب عقله اوشعر رأسه دخل ارش الموضحة في الدية • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه • وان ذهب سمعه او بصره او كلامه
فعليه ارش الموضحة مع الدية • قال الكرخي وقال وان ذهب رجلا تذهب من ذلك سمعه او بصره او كلامه او شعره فلم ينبت او عقله فالا اجنبية
ما عليه الدية في ذهاب شعر وعقله ولا شي عليه في الموضحة يدخل ارش الموضحة في الدية ولا يدخل ارش الموضحة في غير هذين ويكون في السمع او
البصر او الكلام ان ذهب الشجة ارش الشجة والدية كذلك قال محمد مثل قول ابي حنيفة • وكذلك قال ابو يوسف في احدى الروايتين عنه • وفي
الرواية الاولى روي ذلك في الاملاء بشر بن الوليد وعلي بن الجعد • وروي عنه الحسن بن زياد الشجة تدخل في دية السمع • وقال في الجامع
تدخل في السمع والكلام ايضا ولا تدخل في البصر خاصة لان البصر ظاهر • وقال الحسن بن زياد لا يدخل في ذلك ارش الشجة الا في الشعر خاصة
وقال زفر لا يدخل ارش الشجة في شي من ذلك الشعر ولا غيره الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • لما اذا اوضحه فذهب شعره ولم ينبت فعليه
الدية وسقط ارش الموضحة • وذلك لان ارش الموضحة يجب لفوات جزء من الشعر • الا ترى ان الشعر لو نبت سقط ارشها والدية وجبت لفوات
الشعر فقد تعلقا جميعا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الجملة كمن قطع اصبع رجل فشلت يده • وجه قول زفر ان الموضحة والشعر كل واحد
منهما جناية فيما دون النفس فلا يدخل احدهما في الاخرى كسائر الجنايات • واما اذا ذهب العقل فوجه قولهم ان منفعة العقل تعلق بجميع البدن
فاذا فاتت فاتت المنفعة من جميع الاعضا • الا ترى ان افعال المجنون لا تنزيت كافعال البهايم فصار كمن اوضح رجلا فمات فلما كان الموت يبطل
جميع المنافع دخلت الموضحة فيه فكذلك هذا المثل • وجه قول الحسن ان الموضحة والعقل جنايتان اختلف محلهما • والمنصوص به فلا تدخل احداهما
في الاخرى كارش اليدين وكالموضحة والسمع ولكن كذلك الشعر والموضحة لانهما يتعلقان بسبب واحد وهو فوات الجمال بذهاب الشعر • واما

اذا ذهب السمع والبصر والكلام فوجه قول ابي حنيفة ان منفعة كل واحد من هذه الاشيا يختص به خاصة ولا يتعدى الى غيره فلا يدخل بعضه في بعض
كالاعضا المختلفة وليس كذلك العقل لان منفعته لا تختص به خاصة ولا يتعدى الى غيره فلا يدخل بعضه في بعض كالاعضا المختلفة وليس كذلك الشعر
لان منفعته لا تختص به خاصة الى جميع الاعضا فصار كالروح وقد قدمنا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قضى في شجة واحدة باربع ديات • وجه
قول ابي يوسف ان السمع والكلام كل واحد منهما باطن فتدخل ارش الموضحة في ديته كالعقل وليس كذلك البصر لانه ظاهر كاليد والرجل • قال القدوري
وهذا الفرق الذي قاله ابو يوسف يبطل بالشعر لانه ظاهر وقد تدخل ارش الموضحة فيه • فان قيل اذا اوجبتم بالسمع دية وبالبصر دية وبالكلام دية
ولو ادت الشجة الى الموت لم يجب الا دية واحدة والموت اعظم من ذلك • قيل الموت فوات الجملة وهذه الاشيا تبع الجملة فيدخل التبع في المتبوع فاما اذا
لم يمت فكل واحد من هذه المعاني غير تابع للاخر فلا يدخل في ارشه • قال القدوري فان قيل من اين يعلم ذهاب السمع والشم والبصر قيل له قد يعرف
ذلك باعتراف الجاني وتصديقه للمجني عليه او بنكوله عن اليمين وغير ذلك من الوجوه في معرفة ذلك ذكرناها في اول فصل فيما دون النفس قوله لو نبت يسقط
اي لو نبت الشعر في موضع الشجة يسقط الارش قوله تعلقا بسبب واحد اي تعلق ارش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر فلو لم يدخل ارش
احدهما في الاخر يلزم ضمان الشعر من وجه واحد مرتين وهذا لا يصح قوله فشلت يد والشلل نشاد في اليد قوله وجوابه ما ذكرناه اي من قولنا
وهو انهما تعلقا بسبب واحد قوله بل ما بينا اشارة الى قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضا قوله وجه الثاني اراد به قول ابي
يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر • وفي الجامع الصغير رجل شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند
ابي حنيفة وروي ذلك عنه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يشج الرجل موضحة فتذهب عيناه قال لا قصاص في شي من هذا • وقال ابو يوسف ومحمد يقتص من الموضحة
خاصة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وفي من الخواص • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير لا يجب القصاص في قول ابي حنيفة ولكن يجب عليه ارش
الشجة ودية العينين • وفي قول ابي يوسف ومحمد عليه الدية في العينين والقصاص في الموضحة • اما مذهب ابي حنيفة فلان هذا جناية واحدة فلا قصاص
واحد قد صار بعض هذه الجناية مالا • لانهم اتفقوا ان في العينين يجب الارش فاذا صار بعض الجناية مالا • الا ترى انه لو قطع يمين رجل فشلت يساره يبطل القصاص
ويجب دية اليد فكذلك هاهنا • واما الحكم فيهما فلان هذه جنايتان في مكانين مختلفين ولا يدخل احدهما في الاخرى فكذلك اذا صارت احداهما مالا لا تصير
الاخرى مالا قوله قالوا اي قال المشايخ في شروحهم وانما قال قالوا لان محمدا لم يصرح في اصل الجامع الصغير بما قالوا قوله فيهما اي في الموضحة
والعينين • يعني انه يجب ارش الموضحة ودية العينين • وانما ذكر لفظ قالوا لان الاولى في بيانه ● قول ابي حنيفة والثاني في بيان قولهما قوله وان
قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شي من ذلك • وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل
يقطع اصبع الرجل من المفصل الاعلى فيشل ما بقي من الاصبع او تشل اليد كلها لا قصاص في شي من هذا • وقال ايضا عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكسر بعض سن
الرجل فيسود ما بقي قال لا قصاص في شي من هذا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهذا الفصلان من الخواص ايضا ولا يحكي محمد فيهما خلافا فيقتضي هذا قالوا تحتنا
ينبغي ان يجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل بلا خلاف • يعني في الفصل الاول وقالوا في الفصل الثاني ينبغي ان يجب الدية في السن كلها • ثم ابو حنيفة رضي
الله عنه مر على اصله في المسئلة الاولى • واما ابو يوسف ومحمد فرقا بين هاتين المسئلتين وبين مسئلة الاولى لان ارش الاصبع يدخل في اليد • بدليل انه لو قطع
اصبعه ثم برا حتى قطع كفه • او قطع اصبعه من المفصل ثم قطع ما بقي لا يجب عليه الا ارش واحد ويدخل الاول في الثاني • وفي المسئلة الاولى لا يدخل ارش
احدهما في الاخر لانه لو شجه موضحة ثم فقا عينه يجب كلاهما فلا يدخل ارش احدهما في الاخر فصار كلاهما بمنزلة جناية واحدة فاذا سقط القصاص في البعض سقط
في الكل • وكذلك اذا كسر بعض سنه فاسود ما بقي فالجواب مثل الجواب في الاصبع كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير • قال الكرخي في مختصره قال
قال ابي انه قطع المفصل ولا حاجة في ارشها بل لم يكن له القصاص في المفصل • الا ترى انه لو شجه منقلة فقال انا اشجه موضحة ولا ابدا الارش فيما زاد لم يكن له ذلم
ذلك وانما له ان يقتص من جناية لو كان يقدر على القصاص منها لانه جناية واحدة • فاذا كان لا يقدر على القصاص لم يكن له القصاص في بعضها • وكذلك السن
يكسر بعضها فيسود ما بقي فليس له القصاص • فان طلب ان يكسر الذي كسر ولا يريد الارش فيما بقي فليس له ذلك ايضا الى هنا لفظ الكرخي رحمه
الله قوله لمعاني الملاقية • اي في المسئلة التي ذكرنا الخلاف وهي ما اذا شجه موضحة فذهب عيناه فلا قصاص في الموضحة عند ابي حنيفة بل يجب
ارشها ويجب الدية في العينين • وعندهما يجب القصاص في الموضحة والدية في العينين • وجه قولهما ان الفعل وقع في محلين فيعتبر كل واحد
منهما منفردا • الا ترى ان من رمى رجلا فاصابه ونفذت الى اخر انه يقتص للاول دون الثاني • وكذلك اذا قطع اصبعا فاضطربت السكين فاصابت اصبعا
اخرى خطا منه انه اقتص من الاولى دون الثانية فكذلك الذي مثلنا فاذا صار بمنزلة فعلين لم تتعد الشبهة الى الاولى بخلاف السن اذا اسود ما بقي منها
او الاصبع اذا شل ما بقي منها او شلت اليد كلها لان ذلك بمنزلة شي واحد بخلاف الاصبعين واليدين • وجه قول ابي حنيفة ان سراية الفعل ثم ابتدا الفعل بمنزلة
شي واحد وما يحصل السراية بمنزلة محل واحد فيثبت الفعل صفة الاتحاد دون الافتراق • فاذا صار لا يوجب القود تعاقبه انه لذلك في ابتدائه بخلاف
شيئين لان احدهما ليس من سراية الاخر وهما محلان • وبخلاف السكين اذا انتقل الى الاصبع الاخرى فقطعها لان قطع الاخرى حصل ابتدا لا انتقالا بالسراية
فلم يكن ذلك شبهة في الاصبع الاولى لعدم اتحاد الفعل • وهذا هو الدق الصحيح فاتهمه • وهنا قال صاحب الهداية بقوله وعلى هذا اذا وقع السكين على الاصبع
لانه لم يقتل فتعمده فيه نظر • لان لقايل ان يقول لم ان قطع الاصبع الاخرى لم يكن من قصد القاطع للاصبع الاولى • ولكن اذا كان كذلك لا يسقط
القصاص في الاولى • ومثل هذا وجد في الشجة التي ذهب منها البصر لانه لم يكن من قصد الشاج ذهاب العينين ومع هذا يسقط القصاص في الموضحة عند ابي
حنيفة رضي الله عنه قوله وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها الاخرى فلا قصاص في شي من ذلك عند ابي حنيفة • هذا لفظ القدوري في مختصره قال
الكرخي في مختصره فان قطع اصبع فشلت اخرى بجنبها فان ابا حنيفة قال لا قصاص في شي من ذلك وعليه دية الاصبعين • وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن
ابن زياد يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها الى هنا لفظ الكرخي • وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا قطع اصبع رجل فشلت اخرى الى جنبها • او قطع يد اليمنى
فشلت اليسرى فلا قصاص في شي من ذلك وعليه دية الاصبعين • وقال ابو يوسف ومحمد القطع الاول من الشلل فيقتص في القطع وفي الشلل الارش • واجمعوا
انه لو قطع مفصلا من اصبع فشل الباقي • او قطع الاصابع فشلت الكف فانه يجب في الكل الارش • ويجعل كله جناية واحدة فيما يشق لانهما جنايتان مختلفتان

احدهما عمدا والاخرى خطأ انه لا يتصل بالجناية على احدهما محل الاثر في محل اخر لانه لا يصلح له تبعا تاما فوجب ترتيب حكم العمد على الاول والخطأ على الثاني كما اذا
رمى سهما الى انسان فاصابه ونفذ منه واصاب محلا اخر . بخلاف ما اذا قطع بعض الاصبع فشل الباقي او قطع الاصابع فشلت الكف لان ذلك جناية واحدة
في محل واحد اعتبارا بابتدائه عمد وباعتبار سرايته خطأ فصار عمدا من وجه وخطأ من وجه . وابو حنيفة يقول انهما اذا كانا جنايتين حقيقة ولكن شبهة الاتحاد
ثابت . الا ترى ان الثانية سراية الجناية الاولى ولا يتصور السراية الا بعد الاتصال . لان المراد من السراية ان يحدث فساد عضو اخر بالجناية على عضو اخر
الالم في محل اخر لا يكون الا بعد اتصال المحل بالمحل الذي وجد فيه الالم من حيث العروق والاعصاب . الا ترى انه يسري الى النفس فيجوز ان يسري الى الطرف
من الطرف الى النفس فثبت ان شبهة الاتحاد ثابتة بناء على اتصال المحل . فاذا نظرنا الى الابتداء فهو عمد وان نظرنا الى نهايته فهو خطأ فصار خطأ من وجه
دون وجه فلم يصلح سببا لوجوب القصاص كذا في شرح الكافي . وقول الشافعي في هذه المسألة كقولهما كذا في شرح الاقطع قوله والاذن لا يجوز ان يبطل
على العهد المتصل المرفوع الا اذا اكد الاذن ... الشرع فعلى هذا كان حق الكلام ان يقول وقال الامام زفر قوله والوجه من الجانبين قد ذكرناه
اي من جانب ابي حنيفة ومن جانب من خالفه اشار به الى ما ذكره من قبل ابي حنيفة وصاحبه بقوله فما في الجناية ان الفعل في محلين الى اخرها قاله
قوله وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما اي في الموضحة والبصر جميعا . قال
الكرخي في مختصره قال ابن سماعة في نوادره سمعت محمدا قال في رجل شج رجلا موضحة عمدا فذهب بعض او عضا فذهب سمعه من ذلك والعين قائمة وقد ذهب
الضوء قال اقتص من ذلك كله لان هذا عمد الى هنا لفظه وجه رواية ابن سماعة في وجوب القصاص في البصر ان الجناية وقعت على وجه العمد فانه لما هذا كما لو
سرت الى النفس والقصاص يمكن فيما سرت اليه فوجب القصاص اليه ولهذا كذا لو اذا اشلت الاخرى لان القصاص لا يمكن فيها فيتعلق القصاص بالاولى ووجب
في الثانية الارش . ووجه قولهم المشهور ان البصر لم يذهب بالسراية لان السراية انما تكون من جراحة ... الجراحة فلا . واما ذهاب البصر فبسبب
الشجة وما تلف بسبب ليس فيه قصاص كما اذا ذهب بحر البرد ووضع ... ولهذا لو اذا سرت الى النفس لانه تلف بالسراية لان الالم يتصل بالقلب فيحدث
الموت فصار كالجناية نفسها فثبت القصاص فاما عضو اخر فلا يوجد فيه هذا المعنى فلا يجب فيه قصاص . وقال الكرخي وابن سماعة وقال محمد ولو ذهب
عيناه ولسانه وجماعه فالحكم القصاص في الموضحة في العينين . فاما اللسان والجماع فلا يقدر فيه على القصاص فعليه الدية في ماله ولا يكون ذلك على
العاقلة لانه عمد ضربه فما كان فيه القصاص فعليه القصاص وما لا يستطاع القصاص فيه فعليه ديته ذلك في ماله دون العاقلة . واما هذا فيما كان
دون النفس فاما اذا ال الضرب الى النفس كانت الضربة ... او خشبة تعمل عمل السلاح ففيه القصاص . وان كانت الضربة بشيء لا يعمل عمل السلاح
ففيه الدية على العاقلة . قال ابو الحسن وهذا قول اصحابنا جميعا ان الضربة اذا صارت نفسا اعتبر ما ضرب به فان كان عمل المضروب به يوجب
القصاص اوجبه . ومن كان لا يجب به القصاص على الجملة الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قوله وبخلاف الخلافية الاصبع وفيما اذا قطع
اصبعا فشلت الى جنبها اخرى وقد مر بيانها قوله ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة ذكرها على سبيل التفريع وكذلك
المسألة التي قبلها ذكرت بسبيل التفريع على رواية ابن سماعة يجب القصاص في المسألتين وعلى المشهور لا يجب القصاص في شيء من ذلك . وقال في التقريب
وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة فيمن ضرب سن رجل عمدا فكسر بعضها وحرك ما بقي فانه يؤجل سنة فان سقطت او اسودت فلا قصاص عليه . وقال ابو يوسف
ان سقطت فيه القصاص . وذلك لان ذهاب بقية السن لا يكون من طريق السراية لان السراية الى السن تكون بانتقال الالم الى الكل والسن لا يولم واما
يصير كسرها سببا في تلف بقيتها فلا يجب القصاص بما تلف بالسبب فسقط في الجملة . وعلى قول ابي يوسف ان السراية ليس في نفسها ... فلا يولم فلا يدل
انه فاذا سقطت صار كان الضرب اوجب ذلك في الابتداء كذا في التقريب . وقال الكرخي في مختصره وقال محمد اذا ضربه فشجه موضحة ثم ...
مضربه الى جنبها ... كلتاهما موضحة وانه فيها ما يقتص منه الى هنا لفظ الكرخي . وهذا على رواية ابن سماعة لان القصاص وجب في كل واحد
من الموضحتين وما تاكل بينهما يمكن فيه القصاص . ومن اصل محمد ان الجراحة التي فيها القصاص اذا تولد منها ما يمكن فيه القصاص يقتص منهما جميعا ... الى
الشعر . وعلى الرواية المشهورة لا قصاص على الموضحتين لان ما تاكل بينهما تلف بسبب الجراحة والتالف بالسبب لا قصاص فيه قوله ولو قلع
سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش . هذا لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر خلاف اصحابنا فيه . وذكر في شرح مختصر الكرخي فلانا فقال
فيه والسن البالغ اذا قلعها فنبت مكانها اخرى . قال ابو حنيفة لا شيء لان السن ليست في نفسها وانما ... انها ينظر ما يكون من حالها فاذا نبتت فقد
عاد الجمال والمنفعة كما كان فصار كسن الصبي . وقال ابو يوسف عليه الارش كاملا لان الالم الذي ... بجنايته واما ما نبت فانما هو عوض من عوضه
الله تعالى فلا يسقط الضمان عن الجاني ... ولو قطع فجرح فنبتت وقد زاد ابو يوسف بين سن الصبي وسن
البالغ فان سن الصبي معرضة السقوط فلم يجب بقلعها اذا عادت شيء . وكانها انقلعت بنفسها وسن البالغ غير معرضة للسقوط فلم يجب بقلعها ... ذكر
القدوري ... خلافا وانما ذكر خلافه صاحب الهداية . وكذلك لم يذكر خلافه في شرح الطحاوي ايضا فقال فيه ولو قلع سن رجل فنبت مكانها
اخرى فلا شيء على القالع . وروي عن ابي يوسف انه قال يجب حكومة الالم وان نبت معوجا وجبت الحكومة بالاجماع . ولو نبت مسودا فعليه كامل
لم ينبت يجب الارش الى هنا لفظ شرح الطحاوي . ونقل في الاختيار عن المجرد . قال ابو حنيفة لو نزع سن رجل فنبت نصف السن كان عليه نصف ارشها وكذا
القدوري ايضا في شرحه وقد قالوا فيمن قلع سن غيره فاخذ صاحبها فوضعها في مكانها فنبتت وثبت عليها اللحم فان على القالع الارش كاملا . وذلك لان
هذا الثبوت لا يعتد به ولا يعود الى ما كان عليه السن . الا ترى ان العروق لا تعود . ولان هذه السن تكون في حكم الميتة . قال محمد ان كان اكثر
من قدر الدرهم لم يجز الصلاة معها فلم يكن عوضا عن التالف . وقال ابو يوسف في سن نفسه اذا اعادها الى موضعها يجوز الصلاة معها وفي سن غيره لا يجوز
ذلك . قال وبينهما فرق لا يحضرني . وعلى هذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه قوله اذا قلع سن صبي فنبتت
لا يجب الارش بالاجماع . واما عند ... السن لانه روي في مختصر الكرخي عن ابي يوسف انه يجب فيه حكومة العدل قوله وعن ابي يوسف انه يجب
حكومة عدل يتعلق بقوله وقالا عليه الارش كاملا . اي يجب حكومة العدل على ما روي عن ابي يوسف في سن البالغ اذا نبت قوله لقيام الالم الحاصل
بقوم الالم ... دون الالم فيجب ما انتقص . وقال الكرخي في مختصره وقال ابو حنيفة في الظفر اذا نبت كما كان فلا شيء فيه وان لم ينبت ففيه حكومة عدل

وان نبت على عيب ففيه حكومة عدل دون ذلك . وكذلك قال ابو يوسف وقال ابو يوسف اذا نبت اسود ففيه حكومة عدل ايضا لجراحة الاول . ولما
اصابه من الالم الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري وهذا على اصله ان الالم يتقوم قوله ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع
فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم وهي من خواص الجامع الصغير . اراد بالاول الذي نبتت سنه وهو المنزوع سنه اولا . واصل هذا ان
القصاص واجب في السن نزعت او كسرت ولكنه يؤخر لفساد المنبت . الا ترى انها لو نبتت كما كانت يبطل القصاص وفساد المنبت لا يظهر الا بمضي الزمان وقدره
ادناه بالحول فاذا استوفى حولا ولم ينبت وجب استيفاء القصاص . وانما قدرناه لان الحول مشتمل على الفصول الاربعة التي تشتمل الطبائع الاربع الحرارة والبرودة
والرطوبة واليبوسة فلكل فصل منها ... طبع المجني عليه فتبرأ جراحته ... في سائر الجراحات ان ينتظر سنة فيها بخير . او يخالفه طبعه فيموت المجني عليه
او يحصل اليأس من نبات السن فيقدر بالحول كما يقدر في العنين فهذا لان الحول دلالة اليأس غالبا فاقيم مقام حقيقة اليأس لانها تحصل بالموت ولو قضاه
الى الموت يلزم اضاعة الحقوق . وذلك لا يجوز لانه ربما يموت المجني عليه قبل نبات السن فيتوهم بطل القصاص في السن . الا ترى الى ما قال في النوادر قال
مات الصبي قبل الحول ولم ينبت السن . او مات الرجل قبل الحول ولم ينبت السن لا شيء فيه في قول ابي حنيفة . ويجب حكومة العدل في قول ابي يوسف فهذا الحكم
الحول الذي هو دلالة اليأس مقام حقيقة اليأس . فاذا نبتت سن الذي وجب له القصاص بعدما اقتص بعد الحول ظهر ان استيفاء القصاص كان بغير
حق فضمنه كانه نزع ظلما ولكن لم يلزمه القصاص لان فعله في الظاهر حين استوفى القصاص كان بغير حق فضمنه كانه نزع ظلما ولكن لم يلزمه القصاص
ووجب المال قوله وهذا استيفاء حق لا بالاجماع فالاستيفاء الانتظار ... انظر . ثم اعلم ان في سن الصبي يستأنى حولا بالاتفاق وفي سن
البالغ خلاف ابي يوسف . قال الفقيه ابو الليث سمعت محمد بن الفضل قال سمعت محمد بن جعفر قال سمعت ابراهيم بن يوسف قال سمعت ابا يوسف قال اذا قلع رجل
سن رجل البالغ فيها اجل ولكن ينتظر الارش . فاما سن الصبي فانه يؤجل سنة الى هنا لفظ النوازل . ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر ابي يوسف
رواية ابن سماعة قال ابو يوسف رجل قلع سن رجل لا استأني بها حولا انما استأني بسن الصبي واقضي عليه بارشها الى هنا لفظ الاجناس . وذلك لان نبات
السن بعد البلوغ نادر الى هنا الرواية قال اصحابنا ... . وقال الناطفي ايضا قال في المجرد لو نزع سن رجل جنى للقاضي ان
ياخذ ضمينا من النازع للمنزوع سنه ويؤجله سنة منذ يوم نزع سنه . فاذا مضت سنة ولم ينبت اقتص له . وعلى هذه الرواية لم يفرق بين سن البالغ
وسن الصغير . بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري والمرغيناني وغيرهما قوله ولو ضرب انسانا سنه فتحركت يستأنى حولا
هذه كون على سبيل التفريع وهي من مسائل الاصل الى قوله ومن شج رجلا فالتحمت قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ضرب الرجل سن رجل فتحركت فانه ينتظر
بها حولا . فان اسودت او سقطت او احمرت او اخضرت ففيها ارشها كاملا . قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وانما قلنا بالانتظار لان
المعتبر في باب الجنايات مآلها لا حالها فانه لا يدري مآلها . الا ترى انه قد يستمر وقد يسقط وقد يسري الى النفس فلهذا ينتظر . وانما يؤجل حولا لان
الظاهر ان الامال والبرء ... يتبين في سنة ولهذا قلنا بالاستيناء سنة في الجراحات لا ساوي بمآلها . فان قد جاء الحديث فانه روي عن جابر بن
عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في الجراحات لا تقاد حتى يستأنى بها سنة . فان سقطت او اسودت ففيه الدية . اعني دية السن ولا يجب القصاص
لان في القصاص فيما دون النفس يعتبر المساواة ولا يمكن ان يضرب حتى يتحرك ويسقط او يسود لما فعله الاول ولا يقدر ان يقلع ابتداء لان الاول
ما فعل هكذا . فاذا تعذر القصاص وجب الارش في ماله لانه عمد . بخلاف ما اذا قلع سنه او كسرها حيث يجب القصاص لانه يقدر ان يفعل بالاول
كما فعل الاول ثم حكم بوجوب ارش السن في السقوط والاسوداد جميعا . لان الاسوداد في معنى السقوط . لان الارش انما يجب في السن اما لاذهاب
الجمال او لاذهاب المنفعة وكلا المعنيين ثابت في الاسوداد لانه يذهب الجمال ولانه لا يبقى منتفعا لانه لا يصلح للمضغ فصار كالساقط . وكذا الاحمرار
والاخضرار . ولو اصفرت لم يذكر ذلك محمد في الاصل وفيه روايتان عن ابي حنيفة ذكرهما الكرخي في مختصره قال فان اصفرت قال ابو يوسف وروي
عن ابي حنيفة انه قال فيها حكم عدل . وروى هشام عن محمد عن ابي حنيفة ان المضروب اذا كان حرا فلا شيء فيها وان كان مملوكا ففيها حكومة عدل
... بها اذا اصفرت ففيها ارشها تاما الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله . وجه الرواية الاولى ان الصفرة لا تبطل منفعة السن وانما توجب نقصا فيها فوجب
حكومة عدل . ووجه الرواية الاخرى ان الصفرة قد تكون لونا للسن في اصل الخلقة فلم يعد ذلك نقصانا في الحر وليس كذلك الخضرة والسواد
لانها لا تكون لونا للسن في الاصل . اما العبد فان الصفرة تؤثر في نقصان قيمته . قال القدوري في شرحه وهذه الرواية لا تصح لان المراد في ايجاب
الارش لفوات بدل الشعر بل ان الصفرة في السن توجب فوات الزينة . وهذا المعنى مقصود في الاحرار اكثر مما يقصد في العبد . الا ترى ان في لحية الحر
الدية وفي لحية العبد حكومة . فاذا وجب في سن العبد النقصان فالحر اولى . ووجه قول زفر ان السن يظهر في العادة ويقصد بها الجمال فاذا فات
وجب الارش كاملا كالمارن . ووجه قول ابي يوسف ان المقصود بالسن المنفعة والصفرة لا تبطل المنفعة المقصودة فلم يجز ايجاب كمال الارش وليس كذلك
اذا اسودت واخضرت لان ذلك يبطل منفعتها . الا ترى انها تتناثر في العادة . وقال الحاكم الشهيد في الكافي . فان قال الضارب انما اسودت
او سقطت من ضرب حدث فيها بعد ضربي وكذبه المضروب فالقول في ذلك قول المضروب مع يمينه الا ان يقيم الضارب البينة على ما ادعى استحسن هذا الجانب
من الاثر والسنة والقياس ان يكون القول قول الضارب وذلك لانه يدعي المضروب عليه ضمانا وهو ينكر فكان القول قوله كما اذا شجه موضحة فصارت منقلة فقال
الضارب انما صارت منقلة من اثر حدث فيها من غير فعلي وقال المضروب لا بل صارت منقلة من ضربك يكون القول قول الضارب كذا هذا . وجه الاستحسان
ان الضارب يدعي الاحالة الى سبب غير ظاهر والمضروب يدعي الاحالة الى سبب ظاهر . فان الضرب سبب صالح لهذا الاثر خصوصا بعد ما عرف
سنه فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله . بخلاف ما اذا ادعى ان الشجة الموضحة صارت منقلة لان الشجة الموضحة قد تبقى وقد تصير موضحة
لا تكون سببا للنقل ... عادة لم يكن ذلك الاثر سبب حادث فلا يبقى الظاهر شاهدا للمضروب فلا يكون القول قوله قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
اراد في الكتاب بقوله استحسن لما فيه من الاثر والسنة قول ابراهيم النخعي لانه افتى به هكذا قوله ليكون التأجيل مفيدا . وذلك لان التأجيل انما كان
لظهور عاقبة الامر فلو لم يقبل قول المضروب كان التأجيل وعدمه سواء فلم يكن حينئذ في الانتظار فائدة قوله وان اختلفا في ذلك بعد السنة
فالقول للضارب . اي ان اختلف الضارب والمضروب في سقوط السن بعد الاستيناء حولا فقال المضروب سقطت من ضربك وقال الضارب لم تسقط

بام حادث قوله ولو لم تسقط لا شيء على الضارب. يعني اذا تحركت السن ولم تسقط ولم تحدث بها عيب كالاسوداد ونحوه لا شيء على الضارب قوله
وعن ابي حنيفة انه يجب حكومة الالم. وفي بعض النسخ وعن ابي يوسف وهو الاصح بدليل ما قال في شرح الطحاوي اذا ضرب سن رجل فتحركت فانتظر بها
حولا. فان لم تسقط فلا شيء على الضارب. وروى عن ابي يوسف انه قال تجب فيه حكومة الالم اي اجر العلاج واجر الطبيب كذا في شرح الطحاوي قوله
وسيأتي الوجهين اراد بهما وجه قوله لا شيء على الضارب. ووجه وجوب حكومة الالم. واشار بالوعد الى قوله بعد فهذا سقط الارش عند ابي حنيفة لزوال
الشين اذ زال فالالم الحاصل ما زال قوله قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة. اي قال القدوري في
مختصره وتمامه فيه. وقال ابو يوسف عليه ارش الالم. وقال محمد ان الجاني كان هو المسبب في الزام هذا الغرم فكأنه اخذ من ماله فاتلفه. قال
القدوري في شرحه وهذا الذي ذكره صحيح لان المنافع لا تتقوم عندنا الا بعقد كما في المضاربة الصحيحة والاجارة الصحيحة او شبهة كما في المضاربة الفاسدة
والاجارة الفاسدة ولم يوجد في حق الجاني عقد ولا شبهة فلا يتقوم اجرة الطبيب في حقه. ووجه قول ابي يوسف ان الاجزاء وان عادت
فالالم الذي وجد لم يزل فيجب حكومة عدل. قال القدوري وهذا الذي ذكره صحيح لان مجرد الالم لا يعقل به ضمان كمن ضرب رجلا ضربا وجيعا
ولابي حنيفة ان الضمان في الشجة انما يجب للشين الحاصل بزوال الشعر ولم يبق الا مجرد الالم وهذا المعنى لا يوجب الضمان كمن لطم رجلا او اوجعه
اذا قطع سن رجل فنبتت مكانها اخرى كما كانت مبنية على هذا الاصل. فعند ابي حنيفة يسقط الارش وعند ابي يوسف يلزمه حكومة العدل
وفي رواية يلزمه الارش كاملا وقد مر ذلك عند قوله ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى ولكن لم يذكر قول محمد ثمة لانه لا غرم يلزم فيها كذا
ذكر القدوري في شرحه قوله قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش. وهذه من مسائل الجامع الصغير ذكرها مكررا
في الهداية لانه … قبل باب الشهادة في القتل. واراد بالارش ارش الضرب وهو حكومة العدل. قال الصدر الشهيد اذا بقي اثر
الضرب فاما اذا لم يبق لا يجب شيء عند ابي حنيفة. واما تقييده بقوله فجرحه لانه اذا لم يجرحه في الابتداء لا يجب شيء اتفاقا وقد مر ذلك في قوله
قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد. اي قال القدوري في مختصره ومعنى قوله فقتله اي خطأ ايضا. لانه
اذا كان القتل عمدا يؤخذ بالامرين جميعا. وقيد بما قبل البرء لانه بعد البرء يؤخذ بالامرين جميعا وقد مر بيان ذلك مفصلا في اول فصل باب
الشهادة في القتل. وذلك لان الجنايات المتجانسة بمنزلة الجناية الواحدة بدليل اتحادهما حكما وحكم الجناية قبل البرء باقي فلا يحكم بها … الى ان
يؤول الى النفس فيسقط حكمها ويثبت حكم النفس. فاذا انقطعت الجناية الاولى ووجدت الثانية سقط حكم الاولى … بجناية واحدة فيجب
الدية خاصة ولا يسقط هذا اذا قطع يده خطأ ثم قتله عمدا لانهما جنايتان مختلفتان واختلاف الجنايتين كاختلاف الجانبين ومعلوم ان جناية احد
الجانبين لا تدخل في جناية الاخر فكذلك الجنايتان المختلفتان قوله لان الجناية من جنس واحد لان كل واحد منهما خطأ قوله قال
ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص من الجارح حتى يبرأ. اي قال القدوري في مختصره وكذلك لا يحكم بارشها حتى يبرأ ذكره في شرح الكرخي في مختصره وقال
الشافعي رحمه الله يقتص منه في الحال كما في القصاص في قطع العضو او جرحه الموضحة قد تحققت فيترتب الحكم عليها في الحال كما في القصاص في النفس
ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم عن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يستأنى في الجراحات سنة. وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي. وروي ان رجلا
جرح حسان بن ثابت في فخذه … فجاء الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وطلبوا القصاص فقال النبي صلى الله عليه وسلم انتظروا ما يكون من هذا الحكم
ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حكمها في الحال لان حكمها في الحال غير مستقر. لانها ان سرت الى النفس يجعل قاتلا وان لم تسر يجعل جارحا. وانما يتبين
الحال بالاستيفاء فلا بد منه حتى يستقر الامر بالبرء او السراية فاذا استوفينا القصاص في الحال استوفينا ما لم يستحق فلا يجوز ذلك. وقوله ان الجناية قد
تحققت فلا نسلم ذلك لان الجراحة علة لوجوب القصاص فيما دون النفس بعد البرء وعلة لوجوب القصاص في النفس بعد السراية الى النفس فلا يتعين علة
لاحد الامرين قبل ان يظهر الحال وليس القصاص فيما دون النفس كالقصاص في النفس لانه ليس بعد القتل شيء اخر حتى ينتظر له فلهذا وجب القصاص ثمة
معجلا وهنا فيما يعرض فيه الحال متردد بين ان يبرأ المجروح او يموت فلا جرم وجب الاستيفاء قوله قال وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال
القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل. اي قال القدوري في مختصره قال ابو الحسن الكرخي في باب ارش الجنايات على الذي كل دية وجبت
في نفس الجناية خطأ او شبه عمد او في عمد دخله شبهة فهي في ثلاث سنين على من وجبت عليه في كل سنة الثلث من ذلك والخطأ وشبه العمد على العاقلة والعمد
الذي دخله شبهة فيحول ما لا هو في مال الجاني وكل ذلك في ثلاث سنين تؤديه العاقلة اذا وجب عليها في كل سنة الثلث عند انقضائها. وكذلك
كل دية وجبت بغير صلح. فاما اذا صولح من الجناية على مال فهو حال في مال الجاني. وكذلك كل جزء من الدية وجب على العاقلة او على الجاني
فذلك الجزء في ثلاث سنين في كل سنة الثلث كرجل قتله عشرة خطأ او شبه عمد فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية يؤدي كل عاقلة ذلك العشر في ثلاث
سنين في كل سنة الثلث الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله. انما تحمل العاقلة الدية في الخطأ مؤجلا الى ثلاث سنين فان عمر رضي الله عنه قضى بذلك بمحضر
الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع وقد مر ذلك في اول كتاب الجنايات وكذلك في شبه العمد لانه في معنى الخطأ. الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قضى بدية المقتول على عاقلة الضاربة. وان كانت اعتمدت ضربها بالعمود لانه شبه عمد. واما العمد الذي دخلته شبهة … فان الاب
ابنه فلا تحمله العاقلة لما روى محمد بن الحسن في موطأه قال اخبرنا عبد الرحمن بن ابي الزناد عن ابيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رضي
الله عنه قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك. وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف فحمل على انه رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم
لصيانته عن الكذب والجزاف. وقال محمد اخبرنا مالك عن ابن شهاب قال مضت السنة ان العاقلة لا تحمل شيئا من دية العمد. وقال ابو عبيد حدثنا
عبد الله بن ادريس عن مطرف عن الشعبي قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا وكان ينبغي على قول ابي الحسن الكرخي ان يكون حالا لان
موجب قتل العمد هو القصاص ثم يسقط الى الدية فيصير كدم العمد اذا عفا احد الشريكين الا انهم قالوا الواجب مؤجلا لان القصاص لما لم يثبت حكمه صار
كأنه لم يجب وكأن الدية وجبت بنفس القتل فتجب مؤجلة وهذا ما نقول في عقد الوكيل ان … حتى لا يمنع عليه وان
كذا ذكره القدوري في شرحه. واما الصلح فلانه مال وجب بعقد كالثمن في البيع فان شرط فيه اجل كان مؤجلا وان لم يشترط كان حالا. ولنا

الجزء بعد الشرط فهو في ثلاث سنين كما يلزم كل واحد من العاقلة لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل فيه نظر لانه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر انفا قوله عن
… في ثلاث سنين اراد بالاول دية العمد الذي سقط القصاص فيه لشبهة واراد بالثاني الارش الواجب بالصلح وكل ذلك في مال القاتل والاول
مؤجل والثاني حال وقد مر بيان ذلك قوله قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين. اي قال القدوري في مختصره وقال
الشافعي رحمه الله يجب حالة. وعدم وجوب القصاص على الاب مذهب الجمهور. وعند مالك يجب القصاص على الاب اذا ذبح ابنه وقد مر ذلك في باب
ما يوجب القصاص. في اشارات الاسرار واذا قتل ابنه عمدا وجبت الدية مغلظة في ماله في ثلاث سنين. وقال الشافعي رحمه الله يجب حالا. ثم كما لا يجب
القصاص على الاب لا يجب القصاص على الاجداد والجدات في قتل الولد وولد الولد ولكن تجب الدية عليهم في ما لهم في ثلاث سنين. وفي الخطأ الدية على العاقلة
وعلى القاتل الكفارة كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي. وجه قول الشافعي رحمه الله ان الواجب بدل عن النفس فيجب ان يكون حالا كالقصاص وكما في بدل
الصلح وانما ورد الشرع بالتأجيل في الخطأ تخفيفا على الجاني. وفي العمد لا يستحق التخفيف فلا يلحق العمد بالخطأ. الا ترى ان في حالة الخطأ تجب الدية
على العاقلة وههنا لا يجب عليهم بل يجب في مال القاتل. وفي الخطأ يجب دية مخففة وفي العمد دية مغلظة. ولان الدية وجبت جبرا لحق المقتول فلا يكون
ذمته هدرا … في نفسه حالا فلا … الحال المؤجل لعدم المماثلة. ولنا انه مال واجب بنفس القتل ابتداء فيجب ان يكون مؤجلا كما في الخطأ وشبه العمد
بيانه ان القياس يأبى ان يجب المال لعدم المماثلة بينه وبين الغائب ولكن وجب المال حيث سقط القصاص لشبهة الابوة لانه لحرمة الاسلام …
اي هدر. والمال انما وجب ابتداء وجب مؤجلا كما في الخطأ وشبه العمد وههنا وجب ابتداء فيجب مؤجلا فلا يكون الا بعد … عن القياس … الى غيره
فما وجب بخلاف القياس فلما لم يجز العدول الى غيره لم يجز العدول اليه بزيادة صفة الحلول بالطريق الاولى. ولهذا لم يجز العدول اليه في التغليظ
بزيادة القدر بان يزاد على مائة بعير. فكذلك لا يجوز العدول اليه بزيادة الوصف وهو صفة الحلول. لان وجوب المال بخلاف القياس فيقتصر
على ما ورد الشرع به وهو التأجيل. فان قيل ان العمد يسقط فيه القصاص فانما يجب فيه من الارش ينبغي ان يكون حالا ايضا كما اذا قطع يد رجل من
نصف الساعد. قيل القصاص واجب ثمة لو امكنت المماثلة فاذا سقط لتعذر المماثلة وجب الارش حالا لان في مسألتنا لا يتوهم وجوب القصاص
… امكان المماثلة فوجب ابتداء مؤجلا قوله وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته. وهذا لفظ القدوري
في مختصره اراد بقوله كل جناية ما توجب الدية لانه اذا اعترف بالعمد يقتص منه اذا لم يكن ثمة مانع القصاص. قال الكرخي في مختصره من اقر بقتل
خطأ فالدية في ماله في ثلاث سنين في كل سنة الثلث عند انقضائها الى هنا لفظ الكرخي. وذلك لما روى محمد مثل هذا في موطأه عن ابن عباس رضي
الله عنه قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك. ولانه متهم في حق غيره فلا يصدق على عاقلته. ولان الدية عليه عندنا بالقتل
وانما العاقلة تتحمل عنه فاذا لم يصدق عليهم بقيت الدية في ذمته كما كانت وتكون مؤجلة لانها وجبت بنفس القتل ويؤدي عند انقضاء كل سنة ثلثها
… الحال يؤدي عند انقضاء الاجل كالدين المؤجل والزكاة قوله قال وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة. اي قال القدوري
في مختصره وقال في كتاب التهذيب لاصحاب مالك … لا قود على صبي ولا مجنون. وقال في وجيز الغزالي ولا قصاص على الصبي والمجنون. وقال في شرح
الاقطع وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه تجب الدية في ماله وتغلظ ويكون حالا لنا ما روى القدوري في شرحه عن علي رضي الله عنه انه
قال عمد الصبي خطأ. وروي ان مجنونا عدى على رجل بالسيف فقتله فقضى علي بالدية على عاقلته. ولان الاحكام المتعلقة بالعمد لا تتعلق بفعلهما مثل
القصاص والمأثم فصار كالخطأ. وانما لم يتعلق بفعلهما قصاص لان القصاص عقوبة وهما لا يستحقان العقوبة بفعلهما بدلالة الحدود قوله وكذا
كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا. اي يجب ذلك على العاقلة قوله ولهذا تجب الكفارة به اي بالمال ووجوب الكفارة على الصبي والمجنون على اصل
الشافعي رضي الله عنه وكذلك الحرمان عن الميراث. قال في مختصر الاسرار لا كفارة على الصبي والمجنون خلافا للشافعي وكذلك الحرمان لحرمة القاتل عن
… ولانها كفارة فلا يثبت في حقهما الكفارة. النظر والبين والظهار والصيد. ولان الكفارة تسمى كفارة لستر الذنب ولا ذنب لهما فلا
يجب الكفارة. ولان الصوم احد نوعي التكفير فلا كذا النوع الاخر. احتج بان قتل الادمي معصوم يتعلق به الكفارة كالبالغ
يجب عليه سائر الكفارات فكذلك هذه. وهذا يجب على البالغ الحدود ايضا. بخلاف … قوله ولا ذنب يستر اي يستره الكفارة

فصل في الجنين

لما ذكر احكام القتل المتعلقة بالادمي من كل وجه شرع في بيان ما في الادمي من وجه دون وجه
وهو الجنين. وبيان ذلك ما قال شمس الائمة السرخسي في اصوله ان الجنين ما دام مجتنا في البطن ليست له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الام ولكنه
منفرد بالحياة معد لان يكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون اهلا لوجوب الحق له من عتق او ارث او نسب او وصية وباعتبار الوجه الاول
لا يكون اهلا لوجوب الحق عليه. فاما بعدما يولد فله ذمة صالحة ولهذا لو انقلب على مال انسان فاتلفه كان ضامنا له ويلزمه مهر امرأته
بعقد الولي عليه قوله قال واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية. اي قال القدوري في مختصره قال صاحب
الهداية معناه دية الرجل وهذا في الذكر. وفي الانثى عشر دية المرأة وكل واحد منهما خمسمائة درهم. اي معنى قول القدوري نصف عشر الدية وهو نصف
عشر دية الرجل. اما في الانثى يجب عشر دية المرأة فلا تفاوت بينهما لان كل واحد من نصف عشر دية الرجل ومن عشر دية المرأة لا تفاوت
بينهما وهو خمسمائة درهم. والجنين هو الولد في بطن الام سمي به لاجتنانه اي لاستتاره في البطن. قال والقياس ان لا يجب في الجنين شيء لانه يحتمل انه
فعله ويحتمل انه كان ميتا قبل ذلك فلا يجب الضمان بالشك. ولهذا لا يجب شيء في اجنة البهائم. الا ترى من ضرب شاة فالقت جنينا ميتا كان عليه
نقصانها ولا شيء عليه في الجنين. ولان الجنين في حكم الاعضاء لانه لا يكمل ارشه والاعضاء اذا انفصلت بعد الموت لم يتقوم الا انا تركنا القياس
واوجبنا الغرة بالحديث وهو ما روى محمد بن الحسن في موطأه عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين
يقتل في بطن امه بغرة عبد او وليدة. فقال الذي قضى عليه كيف اغرم من لا شرب ولا اكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك بطل. فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم انما هذا من اخوان الكهان. وقال محمد ايضا اخبرنا مالك عن ابن شهاب عن ابي سلمة بن عبد الرحمن عن ابي هريرة ان امرأتين
من هذيل استبتا في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرمت احداهما الاخرى فطرحت جنينها فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد او امة

اوثولين قال محمد وبهذا ناخذ اذا ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة عبد او امة او خمسون دينارا او خمسمائة درهم نصف عشر الدية • وان كان من اهل الابل
اخذ منه خمس من الابل • وان كان من اهل الغنم اخذ منه مائة من الشاة نصف نصف عشر الدية الى هنا لفظ محمد في موطاه • يقال طل دمه يطل طلا وطلا
اذا لم يثار به فالدم مطلول وطليل وقد قالوا اطل دمه ايضا فهو مطل ولم يعرفها الاصمعي كذا في المغرب • وحدث البخاري عن موسى بن اسمعيل عن
وهيب عن هشام عن ابيه عن المغيرة بن شعبة عن عمر انه استشارهم في املاص المراة فقال المغيرة قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالغرة عبد او امة فشهد محمد بن مسلمة
انه شهد النبي صلى الله عليه وسلم قضى به • وحدث مسلم في جامعه ... قضى في جنين امراة من بني لحيان بغرة عبد او امة • ثم ان المراة التي قضى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالغرة توفيت
فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ميراثها لبنيها وزوجها وان العقل على عصبتها • وحدث صاحب السنن باسناده الى ابن عباس عن عمر انه سال عن قضية
النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك فقام حمل بن مالك بن النابغة فقال كنت بين امراتين فضربت احداهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها فقضى رسول الله
صلى الله عليه وسلم في جنينها بغرة وان تقتل • وحدث في السنن ايضا باسناده الى سعيد بن المسيب وابي سلمة عن ابي هريرة قال اقتتلت امراتان من
هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم دية جنينها غرة عبد او وليدة
وقضى بدية المراة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم فقال حمل بن مالك بن النابغة الهذلي يا رسول الله كيف اغرم من لا اكل ولا شرب ولا نطق ولا
استهل فمثل ذلك يطل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما هذا من اخوان الكهان من اجل سجعه الذي سجع والاحاديث في هذا الباب كثيرة في
كتب الحديث • قال ابو عبيد المسطح عود من عيدان الخباء او الفسطاط او نحوه • واما الغرة فعبد او امة • وقال المهلب في ذلك [illegible]
غرة حتى سال الناس من يقول ... انما هو بمنزلة العبيد والاماء ان تلهم حتى اتقل الامر • وقوله ان عمر استشارهم في املاص
المراة قال ابو عبيد انما سماه املاصا لان المراة تزلقه قبل وقت الولادة وكذا كل ما زلق من اليد او غيرها فقد ملص يملص ملصا • وقال في شرح
الكافي وانما سمي الغرة غرة لانه اول المقادير في الديات واول الشيء اوله في الوجود • وقيل غرة لغرة الوجه ... • والوجه
غرة لانه اول ما يبدو واحمد النظر • وحمل بن مالك ابن النابغة الهذلي بالحاء المهملة المفتوحة بعدها الميم المفتوحة كذا صحح في شرح اسامي الرجال
وقال في السنن قال ابن عباس كانت اسم احدى المراتين مليكة والاخرى ام عطيف • وقال ابو موسى الحافظ المديني في كتاب الامالي [illegible]
ام عطيف الهذلية التي ضربتها مليكة فاسقطت في حديث حمل بن مالك قوله والظاهر يصلح حجة للاستحقاق اي للالزام على الغير • واما
لان الظاهر يعتبر منه سلامة الاعضاء وذلك اول كمال الديات قوله وجه الاستحسان ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين
غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى خمسمائة • وهذا الحديث بهذا البيان لم يصح نقله في كتب الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كالصحيح والسنن
وغيرها الا قوله خمسمائة ويروى خمسمائة • وقال صاحب السنن ... حدثنا محمد بن بشار قال حدثنا ... عن مغيرة عن ابراهيم قال الغرة خمسمائة
وقال ايضا ابو داود وقال ربيعة الغرة خمسون دينارا ولكن الصحيح في وجوب الغرة ما ذكرنا قبل هذا • ولان الضارب منع منه الحياة
عليه الضمان كالمغرور ... ومانع من حصول العلوق من قيمة الرق قوله وهو حجة على من قدرها بستمائة • اي هذا الحديث الذي ذكره صاحب الهداية
حجة على من قدر الغرة بستمائة درهم لان الحديث قدرها بخمسمائة ولستمائة والكلام الصحيح فيه ما قال القدوري في شرحه بقوله وقد قال
اصحابنا ان الغرة مقدرة بخمسمائة • وقال الشافعي رحمه الله بستمائة وهذا على انها عندنا نصف عشر الدية ولكن اختلفوا في ذلك بحسب
اختلافهم في الدية فعندنا ان الدية عشرة الاف فالغرة خمسمائة • وعنده ان الدية اثنا عشر الفا فالغرة ستمائة قوله وهي على العاقلة عندنا
اذا كانت خمسمائة • اي الغرة تجب على العاقلة • وعند مالك تجب في مال الضارب • وقوله اذا كانت خمسمائة كانه هو التقييد ... وينبغي ان يكون
ذلك ... انما تجب على العاقلة لانها مقدرة بخمسمائة والعاقلة تتحمل خمسمائة ولا تتحمل ما دونها • وتحقيقه
في توجيه ذلك ما قال احترازا عن جنين الامة اذا لم يبلغ خمسمائة فذلك ... لان ما يجب في جنين الامة فهو في مال الضارب حالا ولا تتحمله
العاقلة وفي شرح الكرخي في مختصره وهي على عاقلة الضارب ولا كفارة على الضارب والغرة موروثة عن الجنين ولا يرث الضارب منها شيئا ان كان وارثا
الجنين الى هنا لفظ الكرخي • انما وجبت الغرة على العاقلة فلانهم قالوا للنبي صلى الله عليه وسلم ... فحمل فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم غرة وجعلها
على قومها كما ذكر الطحاوي في شرح الاثار • على ان القضاء كان عليهم ولانها بدل النفس ... فوجب على العاقلة كالدية لانها بدل وانما قوله لا كفارة
على الضارب فلان الشارع ... جواز ان الحياة لم تحل فيه والكفارة انما تجب بتحقق القتل ولان النبي صلى الله عليه وسلم لما قضى بالغرة لم يذكر الكفارة
لم يذكرها قال والغرة موروثة عن الجنين • وقال الليث الغرة لام الجنين كما ذكره القدوري في شرحه • لنا ان الغرة بدل عن الجنين بدلالة انها
تعتبر به دون الام الا ان جنين ام الولد يجب فيه ما يجب في جنين الحرة فدل انه يعتبر بنفسه وبدل النفس يستحقه الورثة • قال ولا يرث الضارب
منها شيئا لانه قاتل ولا حق للقاتل في الميراث قوله وقال مالك الدية في ماله اي في مال الضارب لانه بدل الجزء اي جزء الادمي فصار
كقطع اصبع من اصابعه قوله ودوه • اي ادوا ديته وهو امر خطاب لجمع المذكر من ودى يدي اذا ادى ديته قوله الا انهم
العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة • وكانه يقول اذا كانت الغرة اقل من خمسمائة
درهم لا تتحمله العاقلة كما في جنين الامة ولنا فيه نظر • لان في جنين الامة لا وجوب على العاقلة اصلا لان الواجب في جنين الامة على الضارب
مطلقا قوله وتجب في سنة • اي تجب الغرة على العاقلة في سنة ذكره ... • وعند الشافعي رحمه الله تجب في ثلاث سنين كذا في
مختصر الاسرار • وذكر في وجيزهم ان غرة الجنين تجب في سنة • ويحتمل ان يكون عند الشافعي رحمه الله وجهان • وجه قوله ان الغرة بدل
النفس لان الجنين نفس وما وجب في قتل النفس مؤجل في ثلاث سنين • والدليل على انها بدل النفس انها تكون ميراثا بين ورثة الجنين سوى الضارب
ولنا انها مقدرة بنصف عشر الدية فوجب ان يكون في سنة واحدة كارش الموضحة بل اولى لان الموضحة اذا كانت عمدا يجب فيه القصاص
كالنفس ويتعدد ارشها في خطئها • بخلاف الجنين فانه لا يجب فيه القصاص ويستوي فيه العمد والخطا • واذا لم يتاجل ارش الموضحة
الى ثلاث سنين فارش الجنين اولى ان لا يتاجل • ولان الجنين له شبهان بالنفس والعضو من حيث انه حي بحياة نفسه نفس ... • ومن حيث

انه متصل بالام يتصل بانتقالها كعضو من اعضائها فجعلت الغرة بدل النفس كانت ميراثا بين الورثة وجعلت بدل العضو فكانت مؤجلة الى سنة
واحدة لان بدل العضو اذا كان نصف عشر الدية الى ثلثها يجب على العاقلة في سنة واحدة • لان بدل العضو اذا كان نصف عشر الدية بخلاف
اجزاء الدية حيث يجب كل جزء منها في ثلاث سنين لان كل جزء منها بدل النفس • وهذا كما اذا قتل جماعة رجلا خطا حيث وجب على العاقلة كل واحد منهم اقل
من نصف عشر الدية يجب ذلك الجزء الاقل على العاقلة في ثلاث سنين قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل او اكثر من نصف
العشر يجب في سنة • وقوله اكثر بدون الواو العاطفة في اوله على انه صفة لقوله اقل اذا كان بدل العضو ثلث الدية او كان اقل من ثلث الدية
وكان ذلك الاقل اكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة • ولكن لنا في التقييد بالاكثر نظر لانه اذا لم يكن اكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف
عشر الدية يجب في سنة وكان ينبغي ان يقول اذا كان بدل العضو نصف عشر الدية الى ثلثها يجب في سنة قوله ويستوي فيه الذكر والانثى اي يستوي
الجنين الذكر والانثى • يعني ان الواجب في جنين الحرة خمسمائة درهم سواء كان الجنين ذكرا او انثى ولا يفضل الذكر على الانثى في ايجاب الغرة لان الحديث ورد
باسم الجنين مطلقا ومطلقه يتناولهما جميعا قوله لاطلاق ما روينا اشارة الى ما روي بقوله في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة قوله ولان الجنين
انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الادمية هذا دليل ثان على استواء الذكر والانثى في ايجاب الغرة • يعني ان التفضيل انما يجب عند تفاوت الحال
لان ذلك بالمالكية التصرفات والشهادات وغير ذلك من معاني الادمية وذلك يكون ان يبدو الذكر في المنفصل في الجنين ...
حتى يتميز رتبة التفضيل في وصف الادمية بحسب الذكر والانثى فلذلك سوا مقدار الغرة بمقدار واحد فيهما جميعا • ولانه قد يتعذر التمييز
في الاجنة بين الذكر والانثى فسقط اعتباره لتعذره في الغالب • وقوله في الجنين ... التي اراد بها الولد من المنفصل الجنين احد ما ذكره والاخر
يعني ظهر التفاوت فيهما بان كانت دية الذكر الف دينار ودية الانثى خمسمائة دينار قوله فان القته حيا ثم مات ففيه الدية كاملة هذا لفظ
القدوري في مختصره وذلك لانه مات بسبب الضرب السابق فصار قاتلا لشخص كامل فوجبت الدية كاملة • والدية على العاقلة وعلى الضارب
الكفارة ولا يرث الضارب منها شيئا وفي شرح الكرخي في مختصره قوله وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها
وهذه مسئلة المختصر ايضا • وانما وجبت الدية في الام والغرة في الجنين لانه اتلف كل واحد منهما فوجب عليه ما يجب في كل واحد منهما حال الانفراد
قوله فان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين فهو مذكور في سبيل التفريع على مسئلة
المختصر • وذلك لانه لما انفصل عنها حيا اعتبر حكم بنفسه بدليل انه لا يجب فيه ارش كامل فصار قاتلا لاثنين قوله وان ماتت ثم القته ميتا
فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين • هذا لفظ القدوري في مختصره • وعند الشافعي رحمه الله تجب الغرة في الجنين لحديث حمل بن مالك • ولان
الظاهر انه مات بالضرب • ولنا ما روي في السنن مسندا الى عكرمة عن ابن عباس في قصة حمل بن مالك قال فاسقطت غلاما قد نبت شعره ميتا
وماتت المراة ... لان المفهوم من هذا ان موت الام بعد اسقاط الولد • ولان موت الجنين احتمل ان يكون من الضرب الاول وان يكون باختناقه
من موت الام فالاول يوجب الغرة والثاني ... ولانه ميت انفصل عن ميت فلا يجب ضمانه كالطرف اذا انفصل عنها بعد موتها ...
انه بدل يورث عنه • فاذا انفصل بعد موتها فليس له حكم اعتبار الاعضاء • وكل شيء تردد بين اصلين يجب ان يلحق باحدهما لا يترك الاعتبار باحدهما
دون الاخر قوله قال وما يجب في الجنين موروث عنه • اي قال القدوري في مختصره • يعني الغرة الجنين بين ورثة الجنين • وقال
القدوري في شرح مختصر الكرخي قال الليث الغرة لام الجنين • لنا ان الغرة بدل عن الجنين بدلالة انها تعتبر به دون الام الا ترى ان جنين ام الولد
يجب فيه ما يجب في جنين الحرة فدل ذلك انه وجب ان يكون موروثا • لان بدل النفس تستحقه الورثة اصله الدية قال الكرخي ولا يرث الضارب
منها شيئا لانه قاتل ولا ميراث للقاتل قوله قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته ان كان انثى • اي قال
القدوري في مختصره وعند الشافعي رحمه الله يجب عشر قيمة الام سواء كان الجنين ذكرا او انثى • له ان الجنين في معنى طرف من اطراف الام فصار بمنزلة
قطع اصبع من اصابعها • ولانا لو اوجبنا عشر قيمة الام اوجبنا شيئا يعلم ويوقف عليه • ولو اوجبنا نصف عشر قيمته ان كان ذكرا او عشر قيمته ان كان انثى
لاوجبنا شيئا لا يوقف عليه لان الحمل مجهول قبل الانفصال ولا قيمة له قبل الانفصال • ولنا ان المقتول هو الجنين فكان
ايجاب قيمته عوضه لان الضمان بجبر التالف فكان اعتبار قيمة التالف اولى • ولان ضمان الجزء انما يجب اذا ظهر النقصان في الذات بفوت الجزء والا فلا
الا ترى ان انسانا لو قلع سن اخر فنبتت مكانها اخرى لا يجب الضمان • وفي الجنين لا يظهر النقصان ولان الام ان لم تنتقص ... الجنين يجب ضمان الجنين
فعلم ان الواجب في الجنين بدل النفس لا بدل الجزء فيعتبر قيمة نفسه لا امه • ولكن لم يوجب كل القيمة بل اوجبنا نصف عشر القيمة او عشر القيمة اعتبارا بجنين
الحرة لان القيمة في العبد كالدية في الحر • ولان اعتبار الجنين بامه يؤدي الى ان يجب الضمان فيه حيا اقل مما يجب فيه ميتا • الا ترى انه لو كان قيمة
امه عشرة الاف وقيمته لو كان حيا مائة فلو القته حيا ثم مات وجب فيه مائة • ولو القته ميتا وجب فيه الف فتكون قيمته ميتا عشرة
اضعاف ما يجب فيه حيا • فان قيل لم فضلتم الانثى على الذكر في جنين الامة فاوجبتم فيها عشر القيمة وفي الذكر نصف عشر القيمة وذلك لا يجوز
وسويتم بينهما في جنين الحرة • قلنا الاصول في الديات كلها مبنية على الاختلاف لانه يجب في السن الواحد خمس من الابل وفي الاصبع عشر من الابل
وفي يد واحدة نصف الدية وفي الانثيين دية كاملة وفي النفس التي تاتي على الاطراف كلها دية فكذلك يجوز ان يختلف جنين الحرة والامة ولانا
سوينا بينهما لانا اوجبنا في جنين الحرة في الذكر نصف عشر الدية وفي الانثى عشر الدية وفي جنين الامة كذلك ايضا في الذكر نصف عشر قيمته وفي الانثى
عشر قيمتها • وقوله انه لحرمتها قلنا لو كان كذلك لكان ارشه ... كارش طرفها ولكان لا تجب الكفارة على اصلهم كما لا يجب بالطرف • ثم ينبغي لك
ان تعلم ان جنين امة علقت من سيدها او علقت من مغرور يكون الولد حرا فجنين الحرة وجنين المسلمة والكافرة سواء صرح في شرح الطحاوي وقال
الكرخي في مختصره فان ضرب بطن امة فالقت جنينا ميتا ففيه نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان انثى • فان خرج حيا ثم مات ففيه
قيمته وان خرج بعد موتها ميتا فلا شيء فيه • وان خرج بعد موتها حيا ثم مات ففيه قيمته وما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب
يؤخذ حالا من ساعته وروي ذلك ... عن ابي يوسف ان جنين الامة اذا وقع ميتا فلا شيء فيه وهو قول الحسن • وان القته حيا ثم مات

قيمته حالا . وكذا روى ابن رستم عن ابي يوسف وروى هشام عن محمد ان ابا يوسف قد قال في جنين الامة ما نقص الام . قال
هشام فاما محمد فلم يقل به الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قوله يعتبر نقصانها اي يعتبر نقصان الجنين بنفسه لا بامه قوله وقال
ابو يوسف يجب ضمان النقصان فهذه رواية وليست بظاهر الرواية عنه مرت انفا . قال القدوري في شرحه وهذا فرع على اختلافهم
في ان الجناية على العبد ضمانها ضمان الجنايات او ضمان الاموال فعند ابي حنيفة ومحمد ان ضمانها ضمان الجنايات . ولهذا لا يزاد على الدية
والجنين ينفرد في الجناية بالارش من الام . فاما على مذهب ابي يوسف فان ضمانها ضمان الاموال . ولهذا لا ينفرد عنه ولا يتحمله
العاقلة فصار حكمها كجنين الدابة فيجب فيه ما نقص الام قوله على ما نذكره اشار به الى ما ذكره في باب جناية المملوك في اول
الفصل الذي يتبع في مسئلة قتل العبد خطا بقوله لما ان الضمان بدل المالية قوله فان ضربت فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته
حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا يجب الدية وان مات بعد العتق وهذه من خواص الجامع الصغير الا انه لم يذكر فيه ولا يجب الدية
وان مات بعد العتق . ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يضرب بطن امة فيعتق المولى ما في بطنها ثم
تلقيه حيا ثم يموت قال فيه قيمته حيا الى هنا لفظ محمد رحمه الله وذلك لان الهلاك بالضرب السابق على العتق ووقت الضرب كان رقيقا
فيعتبر قيمته رقيقا حيا اعتبارا لحال السبب وهو حال الضرب وحال التلف اعني انا اوجبنا القيمة لا الدية نظرا الى حال الضرب فاوجبنا
قيمته حيا لا مستوكا في حياته نظرا الى حال التلف . قال الفقيه ابو الليث ولم يذكر محمد في الجامع الصغير ان القيمة تكون للمولى
او يكون ميراثا من المضروب فيجوز ان يقال ان تكون القيمة ميراثا لان المولى لما اعتقه فقد ابطل حق نفسه وصار في الميراث حكم
الاحرار . ويجوز ان يقال ان القيمة للمولى لانه لما وجب على القاتل القيمة صار كان الرجل قتل مملوكه لان وجوب الضمان استند الى الضرب
ووقت الضرب كان مملوكا كذا قال الفقيه ابو الليث . وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قال بعض مشايخنا يريد القيمة
الدية لان الضرب وقع بالام فلم يعتبر جنايته في حق الولد الا بعد ان ينفصل حيا ولهذا لم يسقط [illegible] بعد العتق وبعد
الانفصال لانه بالانفصال صار شخصا منفردا . وقال بعضهم بل المراد به حقيقة القيمة لان الجناية قد تمت من الجاني لكنها لم تعتبر في حق
الجنين مقصودا الا بعد الانفصال فاشبه الرمي الذي تم من الرامي في حق المرمي لا بعد الاصابة فاذا وجد العتق بعد تمام العلة لم يعتبر
العتق عند ابي حنيفة وابي يوسف في وجوب ضمان القيمة . قال فخر الاسلام فان كان هذا بالاتفاق صار حجة لهما . يعني فيما اذا رمى عبدا
فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعند ابي حنيفة وابي يوسف يجب قيمة العبد للمولى على الرامي . وعند محمد يجب فضل ما بين قيمته مرميا
الى غير مرمي وقد مر ذلك في باب اعتبار حالة القتل . وقال صاحب الهداية وقيل هذا عندهما اي جواب الجامع الصغير على قولهما عند
بعض المشايخ . اعني قوله فيه قيمته حيا . فاما عند محمد يجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب . اي يجب تفاوت
ما بينهما يعني لو كانت قيمته غير مضروب الف درهم وقيمته مضروبا تسعمائة يجب على الضارب مائة درهم مثل هذا على قول محمد مثل قوله في الرمي
فالعتق فاصابه السهم بعده . قوله على ما سيأتيك من بعد . اي في باب جناية المملوك في مسئلة من قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات
من ذلك قوله قال ولا كفارة في الجنين . اي قال القدوري في مختصره قال محمد ولا كفارة على الضارب
وان سقط كامل الخلق ميتا ولا كفارة فيه الا ان يشاء ذلك فان فعل ذلك فهو فضل ولم يرد ذلك عليه عندنا بواجب ليتقرب الى الله بالتطوع
من خير ويستغفرون الله تعالى مما صنع . وهذا قول ابي يوسف . وقولنا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله . وعند الشافعي رحمه الله تجب
الكفارة في الجنين كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي . وذلك لان الجنين نفس من وجه فتجب الكفارة كما لو تكلم بعد
الانفصال . ولنا ان القتل انما يتحقق اذا كانت حياة الجنين معلومة وجاز ان تكون الحياة لم تخلق فيه فلا يتحقق القتل فلا كفارة بدون
القتل . ولان الكفارات لا يجوز اثباتها الا بالتوقيف او الاتفاق ولم يوجد واحد منهما فلا يجب اما الاتفاق فظاهر لوجود الاختلاف
وكذا التوقيف لان النبي صلى الله عليه وسلم اوجب في الجنين الغرة ولم يوجب الكفارة حيث لم يبينها ولو كانت واجبة لبينها لان تاخير البيان
لا يجوز عند قيام الحاجة . ولان الكفارات فيها معنى العقوبة وقد وردت في النفوس المطلقة والجنين ليس بنفس مطلقة لانه في معنى الجزء
من وجه . بدليل انه يعتق بعتق الام ويتغذى بغذائها ويتنفس بنفسها ولا يحل ارثه كسائر الاعضاء حتى لا يجب فيه دية كاملة فاذا
لم يكن الجنين نفسا مطلقة لم يجز اثبات الكفارة فيه قياسا على النفوس المطلقة . لان القياس لا يجري في العقوبات ولانه ليس
بنفس مطلقة ليس في معنى النفس المطلقة فلا يصح القياس مع عدم المماثلة بين المقيس والمقيس عليه قوله فلا يتعداها اي الكفارة
لا يتعدى النفوس المطلقة . يعني لا تجب الكفارة في غير النفوس المطلقة قوله ولهذا لم يجب كل البدل . اي ولاجل ان الجنين
ليس بنفس مطلقة . اي ليس بنفس من كل وجه لم يجب فيه كل البدل النفس وهو الدية الكاملة بل وجبت فيه الغرة قوله قالوا الا
ان يشاء ذلك . اي قال اصحابنا جميعا وهم ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد لا تجب الكفارة في الجنين الا ان يشاء الضارب
فكان ذلك افضل لانه ارتكب محظورا فيتقرب بالكفارة ان شاء قوله والجنين الذي استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين
التام في هذه الاحكام . يعني اذا استبان بعض خلقه ولم يتم فيه ما في الجنين التام اذا اسقط ذكرها انفا على مسئلة المختصر
وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين بالغرة ولم يفصل لانه عليه السلام قال في الجنين غرة مطلقا وهو معنى قوله لاطلاق ما روينا
ولانه اذا استبان بعض خلقه مثل الشعر او الظفر فقد علمنا انه ولد فهو كالتام الخلق . ولهذا تنقضي العدة به وتصير المراة نفساء
وتصير الامة ام ولد اذا ادعاه المولى . وكذلك يسقط الرجعة به ولا يطاها الزوج في نفاسها . وقال في الفتاوى الصغرى المراة
اذا ضربت بطن نفسها متعمدة او شربت متعمدة دواء لتسقط ولدها فاسقطت يجب نحو ما قلنا الغرة ونقله عن الزيادات . وقال في الواقعات
في باب الديات بقلادة الولد وامراة شربت دواء لتسقط ولدها عمدا فالقت جنينا حيا ثم مات فعليها الدية في ثلاث سنين ان كانت لها عاقلة

وان لم

وان لم يكن لها عاقلة ففي مالها ولا ترث منه شيئا وعليها الكفارة . ولو القت جنينا ميتا يجب الغرة على العاقلة في سنة واحدة . ولو كان الشرب لاصلاح
البدن فلا شيء عليها ولا ترث منه شيئا

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان القتل بسبيل المباشرة شرع فيما يكون سببا للقتل تبعا كالجرح ونحوه لان المباشرة اصل لحصول القتل بلا واسطة . ولان ذلك اكثر وقوعا
فكان الحاجة الى ذكره اشد فتقدم قوله قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه
اي قال في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يخرج في الطريق الاعظم كنيفا او جرصنا او ميزابا شيئا
او بنى دكانا قال فلرجل من عرض الناس ان يجيء فينزع ذلك كله . وقال الصاحب هذه الاشياء التي ذكرت انه ينتفع بها اذا كانت لا تضر بالمسلمين وان
كانت تضر بالمسلمين فاني اكره ان اضع شيئا من ذلك . وكذلك البالوعة يحفرها في الطريق الاعظم فاني امنع من ذلك . فان كان السلطان هو
امرهم بحفرها واجبرهم عليها فلا ضمان عليهم فيما وقع فيها . وان كانوا احتفروها بغير امر السلطان ثم ضامنون الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير . وذلك
لان الطريق للمسلمين جميعا فاذا اشتغله بالبناء حتى لم يكن لواحد من اهل الطريق دفعه . قال فخر الاسلام البزدوي ويدخل في ذلك رجل من عرض
الناس الكافر لان للكافر في استحقاق الطريق مثل المسلمين ويشبه التعامل انه ينتفع بها ما لم يضر بالمسلمين لانه من جملة المسلمين وله حق الانتفاع ما لم
يضر بالمسلمين كالمرور . فاذا اضر بالمسلمين كره الانتفاع به لان ما كان من حقوق العامة فالانتفاع به يكون حقا لا ملكا فيكون مباحا بشرط السلامة
وعدم التعدي وكذلك البالوعة يحفرها في الطريق لما قلنا . فان كان السلطان امر بحفرها واجبره على ذلك فلا ضمان عليه فيما عطب فيه لانه
للسلطان ولاية على عامة المسلمين فكان امره كامر المسلمين . ومن حفر بيرا في دار انسان باذن صاحبها لا يضمن اذا وقع فيها انسان كذا هنا . وكذا
الجواب فيما تقدم من المسائل ان كان باذن الامام فلا ضمان عليه في شيء من ذلك . وان كان بغير اذن الامام ضمن . وانما يجعل للسلطان
امره بذلك اذا كان لا يضر العامة بان كان في الطريق سعة . واما اذا ضاق الطريق فلا يجعل له الامر بذلك كذا ذكر فخر الدين قاضي
خان في شرحه . والكنيف المستراح والجرصن جذع يخرجه الانسان من الحائط الى الطريق ليبني عليه . وشرح الفقيه ابو الليث البرج الذي يكون في
الحائط . وقال فخر الاسلام اختلفوا فيه فقال بعضهم هو البرج وقال بعضهم هو مجرى ماء يركب في الحائط وفي مختصر ما كان هو يشغل هواء المسلمين
وهو فارسي معرب ولم يوجد في العربية كلام على هذا التركيب اعني الجيم والراء والصاد في تهذيب كلامهم . وفي الجمهرة صوبت عرض الحائط وكذلك
عرض النهر اي ناحيته واريد هنا اضعف الناس وادونهم . وفي بعض النسخ او احد منهم وعنه ابو جعفر ذكر في الكشف كذلك يجوز ان يكون الامر
والخبر واحد لان العامة لا يجوز لهم الخروج عن امر الامام فصار امره خبرا قوله يلحق ما في معناه به اي يلحق ما في معنى المرور في عدم الضرر
بالمرور . يعني لجواز الانتفاع بالجرصن ونحوه ما لم يضر بغيره كالمرور قوله اذ المانع متعنت اي المانع من الانتفاع بما لا ضرر فيه لاحد متعنت
والمتعنت الذي يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه او لغيره قوله لا ضرر ولا اضرار في الاسلام . والضرر بمعنى الضر وهو ضد النفع وهو يكون
من واحد والضرار بمعنى المضارة وهو يكون من الاثنين . اي لا اضرار في الاسلام ابتداء ولا جزاء والضرر في الجزاء يتعدى المجازي بزيادة قدر
حقه في القصاص وغيره قوله قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم . اي قال في الجامع الصغير
والمراد بالدرب الواسع والمراد هنا السكة الواسعة . قال فخر الاسلام والمراد بغير النافذ المملوكة ولهذا كان لاهله المملوك وقد يتفق في
مملوكة وقد يفسد منفذها وهي للعامة لكن ذكر دليل على الملك فالبناء ثابت لنا حتى يقوم الدليل على خلافه هكذا قال في شرحه
وذلك ان السكة لما كانت مملوكة لاهلها كانت مشتركة بينهم فصارت بمنزلة دار مشتركة بين قوم فليس لواحد منهم ان يحدث فيها شيئا بغير رضا شركائه
سواء اضر بهم او لم يضر لكنه لا يحبس له ان ينتفع بذلك سواء اضر بهم او لم يضر الا ان باذنه وهم كلهم بالقول كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير . وهذا بخلاف الطريق الاعظم فان ثمة يباح له التصرف الا اذا اضر وهنا لا يباح الا اذا وجد الاذن . لان الطريق الاعظم
ليس بمملوك بل هو حق الكل وحصل في حق كل واحد كانه وحده ليتمكن من المرور فيه . اما هاهنا لا حاجة الى ان يجعل السكة كانها ملك كل واحد
في حق المرور . والانتفاع به لان كل واحد يتمكن من الانتفاع به باذن الشركاء . واذا لم يصر كذلك لا يكون متصرفا في ملك مشترك فيتوقف
على الاذن . [illegible] الى الطريق اي [illegible] . قال في [illegible] دون اصحاب الدور لهم في عين
السكة فلو مر انسان او دابة قال محمد ان كانت السكة لا يستطرقها فلا ضمان عليهم . وان كان لها مستطرق او طريق نافذ فيضمن الذي بني الشرع
فيها . قال الفقيه وهذا جواب البناء ونحن نستحسن ونقول لا يجب عليهم الضمان سواء كانت السكة نافذة او غير نافذة لان فيه بلوى عامة . قوله
قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته . اي قال القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد
في مختصره واذا وضع الرجل في الطريق حجرا او بنى فيها بناء او اخرج جذعا او صخرة شاخصة في الطريق او اخرج كنيفا او جناحا او ميزابا او ظلة او
وضع في الطريق جذعا او صخرة شاخصة في الطريق او اخرج كنيفا او جناحا او ميزابا او ظلة او وضع في الطريق جذعا فهو ضامن لما اصاب من ذلك
كله . وذلك لانه متعد في ذلك كله بشغل هواء المسلمين او طريق وشرط التلف لانه لولا وضعه هذه الاشياء لسار ولولا اخراجه الظلة او الكنيف
او الميزاب الى الطريق ورده للحاجة الى تسييل ماء المطر لان اهل الضرورة يندفع من غير شغل هواء المسلمين بان يركبه في الحائط . ثم القاتل
اذا كان ادميا فالدية على العاقلة . فان كان غير ادمي فالضمان في ماله لان العاقلة لا تتحمل غير الادمي كما لو يتلف . قال الكرخي في مختصره فان كان
من جنايته بذلك في بني ادم فهو مضمون على العاقلة اذا بلغ قدر الذي يحمل العاقلة . وما لم يبلغ ذلك فهو في ماله وما كان من جنايته على غير
بني ادم فهو في ماله دون عاقلته . والروشن الممر على العلو مثل الرف كذا قال المطرزي . وقيل الروشن هو الخشبة الموضوعة على جدار السطحين ليتمكن
المرور قوله وكذلك اذا سقط بني اما ذكرنا في اول الباب . اي يجب الدية على العاقلة ايضا اذا وضع الكنيف او الميزاب او الجرصن او الدكان المبني
على الطريق على انسان فمات قوله وكذا اذا عثر بنقضه انسان او عطبت به دابة . يعني اذا عثر به انسان فعطب يجب الدية على العاقلة واذا عطب
به الدابة يجب ضمانها في ماله . والنقض بضم النون وكسرها ما انتقض من البنيان كذا في ديوان الادب . وروي عن بعضهم بكسر النون قوله وان

مقيد الا ان رجلا تر تعمر على احرقها تا فالضمان على من احدثه فيهما • اي في الرجلين كذا في شرح الكافي • اما في حق الذي عثر فلا اشكل وكذلك فيما
هو الذي سقط عليه لانه يصير كالدافع اياه عليه • يعني يصير المحدث في الطريق كالدافع للعاثر على الذي سقط العاثر عليه • واذا نحى رجلا ما
من ذلك عن موضعه فعطب به اخر فالضمان على الذي نحاه وقد خرج الاول من الضمان لان هذا اشتغل حيد بعد حصل بفعل الذي نحاه وهو متعدّ
في ذلك وهذا ينقطع فعل الاول فيكون الضمان على الثاني • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال قالوا هذا محتسب
فيما اشتغل حيث اماط الاذى عن الطريق فلا يلزم لكنه احطأ الحسبة حيث شغل موضعا اخر من الطريق • والحسبة التامة ان يطرحه في موضع
لا يكون ممرا • او يطرحه في حفرة في الطريق على وجه مثل الحفرة فيصير محتسبا من وجهين **قوله** وان سقط الميزاب نظر الى اخر
المسائل المذكورة من هنا الى قوله ومن حفر بيرا في طريق المسلمين وكذلك نظيرتها وهي من مسائل الاصل • قال في شرح الطحاوي اذا اخرج الرجل
من داره ميزابا الى الطريق فسقط على رجل فقتله فان اصابه الطرف الداخل لم يضمن شيئا لان ما كان في ملكه لم يكن جنايته • وان اصابه الطرف
الخارج ضمن وان اصابه الطرفان جميعا يضمن النصف • وان كان لا يدري فالقياس انه لا يضمن لانه دائر بين الوجوب والسقوط • لانه ان اصاب
الطرف الداخل لا يضمن وان اصاب الطرف الخارج يضمن فوقع الشك فلا يضمن بالشك • وفي الاستحسان يضمن النصف لان اخراج الميزاب جناية
وما كان في الحائط لم يكن جناية فيجعل كانه اصاب الطرفان جميعا **قوله** ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث • اي لا كفارة على محدث الميزاب
ويحرم في الطريق اذا مات به انسان ولا يحرم ايضا عن الميراث اذا مات به قريبه وذلك لانه لم يقتل حقيقة • لان القاتل هو الذي يباشر
السبب المتول بل هو قاتل سببا والكفارة وحرمان الميراث يختصان بالقتل حقيقة ولم يوجد فلا يختصان **قوله** ولو اصاب الطرفان جميعا
اي اصاب طرفا الميزاب الداخل في الحائط والخارج عنه **قوله** اعتبارا للاحوال • يعني يضمن في حال النظر الى الخارج من الحائط ولا يضمن
في حال النظر الى الداخل فيضمن نصف الضمان **قوله** كما اذا جرحه سبع وانسان • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا جرح الرجل رجلا جراحة
او جراحتين وجرحه سبع فمات من ذلك فان على الرجل نصف الدية ونصفها هدر • وكذلك لو جرحه السبع جراحتين والرجل جراحة فاحدى وذلك
لان جراحة السبع هدر وجراحة الادمي معتبرة فانقسم الضمان عليهما فوجب على الجارح النصف وسقط ما اصاب جراحة السبع لانه هدر • ومن هذا
الجنس ما قال في ديات الاجناس نقلا عن نوادر هشام قال قلت لمحمد رجل امسك ثوب رجل فتشبث بالثوب رجل فجذب صاحب الثوب ثوبه من الممسك
فانحرق الثوب قال محمد يضمن الممسك نصف الثوب • ولو كان الجذب الذي لم يرسله الثوب فتحرق فهو ضامن جميع الحرق في نوادر ابن رستم رجل جلس على اذيال
رجل فنهض الرجل وهو لا يعلم فتحرق ازاره قال الجالس ضامن • وقال محمد في نوادر هشام يضمن نصف ما تخرق لانه لم يكن له ان يجلس على ثوبه
فصار كمن جلس في ملك غيره فسقط انسان عليه فمات الاعلى من الاسفل • وفي نوادر ابن رستم قال ابو حنيفة في صبي يجذبه انسان من يد ابيه
والاب يمسكه حتى مات فديته على الذي جذبه ولا يرثه ابوه • ولو جذباه حتى مات فالدية عليهما ولا يرثه ابوه لانه مات من فعل
الاب ايضا هنا اخر ما نقلته من الاجناس **قوله** ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم
باع الخشبة وبرئ منها فتركها المشتري حتى عطب به انسان فالضمان على البائع • قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا اشرع الرجل جناحا الى
الطريق ثم باع الدار واصاب الجناح رجلا فقتله فالضمان على البائع • وكذلك الميزاب ومثله لو كان له حائط مائل الى الطريق فاشهد
عليه ثم باعه فسقط على انسان فمات فانه لا يجب شيء على البائع • وانما كان كذلك لان في اشراع الجناح لا يشترط الجناية الجنبي وهو الاشراع
فان اشرع فاهر جنى وهو شغل هو المسلمين وفي الحائط جنايته في ترك الاصلاح لا في شغل الهوا لانه لا صنع له في ذلك وترك الاصلاح انما
يكون جناية في حال بقية ملكه على الاصلاح لا في حال لا يقدر • ومتى زال عن ملكه زال ما به يوصف فعله بالجناية فلا يبقى حكم الجناية والبنا
في مسألة الميزاب من قبل هذا **قوله** ولو وضع في الطريق جمرا او احرق شيئا بعينه وذلك لانه يحصل شرط الاحراق وهو متعد • قال
الحاكم الشهيد وان حركته الريح فذهبت الى موضع اخر ثم احرق شيئا فلا ضمان عليه • وكذلك الكافي ومعه في الطريق فتغير من ذلك الموضع
فقد برئ من الضمان لانه لا يبقى اثر الفعل الاول وهو كونه موضوعا في ذلك المكان لاعتراض فعل اخر عليه فانقطعت النسبة كذا في شرح
الكافي • وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه • يعني اذا كانت الريح متحركة حين وضع الجمر على الطريق ثم حركت الريح الجمر عن مكانه واحرق
شيئا بعينه وهو اختيار الامام السرخسي • وكان شمس الائمة الحلواني لا يقول بالضمان اذا حركته الريح عن مكانه من غير تفصيل وان في البناء
المتعلق بهذا المكان مربيا احرق باب الاجارات **قوله** ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة ثم وقع فقتل انسانا قبل ان
يفرغوا منه فالضمان عليهم • اي الضمان على الفعلة لا على رب الدار وهو المستاجر • يعني لو سقط من عملهم وهم يعملونه كان الضمان عليهم لان علمهم ما لم
يفرغ لا ينسب الى صاحبه فيقتصر عليهم وهو الكفارة السقوط عليه ولهذا وجب عليهم الكفارة • وانما اسنا جرم على عمل العمارة لا على القتل فلا يتناول تلعم
الى رب الدار من حيث انه فعل بل يقتصر عليهم • وان سقط بعد فراغهم من العمل فلا ضمان على الفعلة • وانما الضمان على رب الدار استحسانا لان هو
اسبابها دم صحيح عمله من حيث انه اصلاح ملكه فتقل فعلهم اليه فصار كانه هو الذي اخرجه بنفسه فيكون الضمان عليه استحسانا لان الاثر الذي جا
في مثله عن شريح انه قضى بالضمان على رب الدار • وهذا لان له ان يحدث في فنائه ما لا يتضرر به غيره متقيدا بشرط السلامة لكون الفنا غير مملوك
له • ولهذا اعتبر امر فيما هلك انسان بذلك صارت الدار كالقاتل بنفسه لان فعلهم صار مسلما اليه الفعلة حتى الفاعل كالمستعمل في جميع الاشياء
قوله وكذا اذا صب الما في الطريق فعطب به انسان او دابة • وكذلك اذا رش الما او توضا يعني يضمن الفاعل لذلك لوجود التعدي منه
ولا ضمان في سكة غير نافذة على الدائر اذا كان من اهل بانبساطه الفنا وسعي اذا احدث في سكة غير نافذة شيئا ينظر ان كان ذلك فانه لم يكن تلف
به انسان لا يضمن حصة نفسه ويضمن حصة الشركا • وان كان احدث شيئا من جملة السكنى لوضع المتاع وربط الدابة لا يضمن لان من احدث في جملة سكن
شيئا من جملة سكنى لا يضمن لان له ذلك • كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده • وقيل ايضا عن ديات شيخ الاسلام دار بين شريكين سكن احدهما
او وضع متاعا او ربط دابة اعلم انا فعد من السكنى يجوز • وقال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو رش الطريق

فعطب انسان بموضع رشه ضمنه • وكذلك ان توضا لان الوضوء لان الانسان يتوقع مع الدخول بموضع الرش فصار بحصلا لشرط التلف قال وهذا اذا رش ما كثيرا بحال
يزلق الانسان عادة • اما اذا رش ما قليلا كما هو المعتاد والظاهر ان الانسان لا يزلق بمثله • ولو زلق ووقع ذلك من حرفه يعني ان
يضمن • قال وهذا اذا لم يتعمد المار في المرور في الموضع الذي صب الماء عليه • اما اذا تعمد المرور عليه فسقط لا يضمن لانه صاحب علة لان
السقوط من فعله وهو متعمد كالذي رش الماء • واضافة الحكم الى العلة الحقيقية اولى فلا يؤخذ به صاحب الشرط **قوله** وان رش جميع
الطريق يضمن يعني وان تعمد المار المرور لاضطراره في المرور • قال في باب الحسن في الواقعات واذا راى سايق الدابة ان الماء قد
رش في الطريق فساق كذلك فعطب به فلا ضمان على الذي رش وان لم ير بان كان ذلك في الليل فالراش ضامن **قوله** ولو رش فناء حانوت
باذن صاحبه فضمان ما عطب على الامر استحسانا • قال في الفتاوى الصغرى ولو امر الاجير فالسقا بالرش فرش فناء دكان الامر ضمن الامر ولا يضمن
الراش • والحاصل اذا رش الماء فهو يضمن كيف ما كان • وقال في خلاصة الفتاوى لو امر الوضوء في الطريق فتوضأ في الطريق فالضمان على المتوضي
و البنا فالامر لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وهو سعة امام الدار **قوله** فيفعل ما ارى تصب وتعلق البنا **قوله** فالضمان على الاجير
لفساد الامر وذلك لانه لاحق للامر في وسط الطريق فيفسد امره فلذلك لم ينتقل فعل الاجير اليه فكان الاجير هو المتعدي في البناية فوجب
عليه ضمانه **قوله** ومن حفر بيرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته • وان تلفت فيه بهيمة فضمانها في ماله • اي قال
القدوري في مختصره • قال الحاكم في الكافي واذا احفر الرجل بيرا في طريق المسلمين في غير فنائه ثم وقع فيها حرا وعبد فمات فذلك على عاقلة الحافر
ولا كفارة عليه • وذلك لان الحافر متعدي فيكون ضمانا فوقع ميته على العاقلة لان الحفر ليس موضوع القتل • الا ترى انه ليس بقاتل حقيقة • ولهذا
لا يجب عليه الكفارة ولا يحرم عن الميراث لانه لا يجوز ان يكون قاتلا بالحفر ولا مقتول هناك ولا يجوز ان يكون قاتلا بالوقوع لانه قد يقع في اليوم
بعد موت الحافر ويستحيل ان يكون قاتلا بعد موته ولكن الحافر مسبب متعد فيبرا ضمان الادمي تحمله العاقلة دون المال فلذلك وجب عليهم ضمان
الادمي دون البهيمة فان ضمانها عليه خاصة والرقيق يجب ضمانه على العاقلة وان كان في معنى المال لانه ادمي تلف على وجه الخطا وضمان الدية
في الخطا على العاقلة وهذا في معنى الخطا لانه لم يقصد الحافر الحفر السقوط والاصل هنا ما عرف في اصول الفقه ان الاصل في اضافة الحكم الى العلة
اذا كانت صالحة للاضافة واذا لم تصلح فقد يقام الشرط مقامها لاشتراك الشرط والعلة في وجود الحكم عندها فاصابته للمشي والمالك عن الحفر رفعا
علة التلف نقل المالكي لا يصلح لاضافة الحكم • لان الاضافة حيل عليه خلق الله تعالى ومكنه هو امر طبعي لا تعدي فيه • والمشي المالكي هو امر
مباح لا يصلح سببا لما كان جزاء الشرط ازالة المسكة الارض الحفر وقد تعديا لم يوجد في غير ملكه فاضيف الحكم وهو الضمان الى الشرط خلفا عن العلة **قوله**
والقا التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة • يعني في وجوب الضمان **قوله** لما ذكرنا اي لانه متعد فيه **قوله** بخلاف
ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لا يضمن • قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو ان رجلا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان
لم يضمن وذلك لان الانسان لا يتعمد بموضع الكنس عادة فلا يكون بما فعل محصلا لشرط السقوط بل هو محتسب برفع الاذى عن الطريق حتى لو وضع
كناسته في الطريق فعطب بها انسان يضمن لانه متعد في وضعها بشغل طريق المسلمين • وقال القدوري في شرحه وقال محمد ان وضع ذلك
في طريق غير نافذ وهو من اهله لم يضمن لانها بمنزلة مشتركة بينهم كالدار المشتركة فيجوز لكل واحد من الشركا الانتفاع بها **قوله** وفي الجامع
الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان او اجبره عليه لم يضمن وذلك لان للامام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله باذنه
الامام وقد مر هذا في اول الباب • والبالوعة يعني وهو ما يحفر في وسط الدار لاجل ما الوضوء وما المطر **قوله** او بالاستيلا على ذلك الامام
والانتفاع استبدادا بالرأي انتقال من الفوت وهو السبق **قوله** وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة • يعني اذا
كان بامر السلطان لا يضمن وان كان بغير امره يضمن **قوله** مما ذكرناه وغيره اراد بما ذكر اخراج الكنيف والميزاب والجرصن في الطريق
وبنا الدكان فيه واشراع الروشن ووضع الحجر وحفر البير • واراد بغيره ما ذكرنا الظلة وغرس الشجرة ورمي الثلج والجلوس للبيع **قوله** وكذلك
ان حفره في ملكه لم يضمن • يعني كما انه لا يضمن اذا احفر البير في طريق المسلمين اذا كان باذن الامام لا يضمن اذا حفرها في ملكه بلا اذن الامام لعدم التعدي وكذلك
لا يضمن اذا حفر في فناء داره فقيل انما يكون له ان يحفر في فنائه اذا كان الفناء مملوكا له او كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر
بغيره يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي • اما اذا كان الفنا لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير
نافذة يجب الضمان لوجود التعدي • اي يجب الضمان على الشركا لا حصة نفسه وقد مر ذلك عند قوله وكذلك اذا صب الماء قال صاحب الهداية وهذا
صحيح • اي هذا الجواب صحيح وهو انه يضمن اذا كان الفناء مشتركا او كان لجماعة المسلمين • قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
واذا حفر الرجل بيرا في طريق مكة او غيره لان من الفيافي فلا ضمان عليه في ذلك وليس هذا كالامصار لانه غير متعد فيما فعل لان البنا في محل الاباحة
الاصلية لاحق لاحد فيها ولا اختصاص بسبق يد بعض فانما فيه صار احق به • ولهذا يملك المبيع فصار عند الداعي منه بمنزلة المملوك له
قال الا ترى انه لو ضرب هناك فسطاطا او اتخذ تنورا او خيرا فيه او ربط دابة لم يضمن ما اصاب ذلك انما الى انه يتصرف في موضع مدنيسل منه
فلا يوصف فعله بالتعدي • قال وهذا اذا حفر في غير ممر المسلمين • اما اذا حفر في ممرهم ينبغي ان يضمن لانه متعد فيما فعل وصار كالامر
الامصار **قوله** ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة وهي من مسائل الاصل ذكرها
تفريعا • قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي ثم الضمان انما يجب على الحافر اذا على الامر الحفر اذا مات الساقط بالسقوط • اما اذا مات
فيه جوعا او غما فانه لا يجب • وعن ابي يوسف انه اذا مات الساقط بالسقوط فيه غما يجب وان مات جوعا لا يجب • وعن محمد انه يجب
في الوجهين لانه سبب لموته فيه جوعا وغما لولا ذلك لما اصابه هذا • وابو يوسف يقول اموته غما بسبب فساد هو البير فصار ذلك مضافا
الى الحافر • اما الجوع فلا نسبة له الى الحافر بوجه • وفي ظاهر الرواية لا يجب لانه يضاف الى الحفر ما هو من لوازمه والسقوط
من لوازمه • اما الجوع والغم فليس من لوازم السقوط • وقوله غما اي غما بسبب العفونة ما خوذ من قولهم يوم غم اذا كان ياخذ بالنفس

من ترك الحرز قوله وان استاجر اجيرا يحفر له بيرا في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء لم يعلموا انها في غير فنائه
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فان كان استاجرهم ليحفروا له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا
انها في غير فنائه وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء دون الاجر لانهم اذا لم يعلموا انها في غير فنائه او في غير ملكه كان امره صحيحا من حيث الظاهر
وذلك كان لنقل الفعل الى الامر • وهذا لانا لو قلنا ان نقل الفعل بقضية الاجارة فيه صحة الامر حقيقة ادى الى الضرر بالاجراء لانهم
يمتنعون عن العمل لغيرهم مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة فجعلنا الصحة من حيث الظاهر كصحة الامر من حيث الحقيقة لنقل الفعل اليه
المستاجر • واذا عرفوا انه في غير فنائه فقد عرفوا ان امرهم بامر باطل فلا ينضاف فعلهم اليه • فان قالوا ينبغي ان يضمنوا ثم يرجعوا
بالضمان على الامر كالمودع اذا استحقت الوديعة في يده وقد هلكت فانه يضمن ثم يرجع بذلك على المودع لانه امين لحقه العهدة بسبب عمل
وقع له بامره قلنا لا يشبه هذا فصل الوديعة لان ثمة سبب الضمان متعدد كما وجد من المودع وجد من المودع ولهذا اخبرناه في التضمين
ولكن لو ضمن المودع يرجع عليه لانه ضمن سلامته في الذي عمل له يرجع عليه بحكم الكفالة دلالة • اما هاهنا سبب الضمان واحد فاما الذي
في موضعه او ينقل والقول بالنقل ممكن لانه باشر عمله او امر عمله وتكلسه الى من هو سبيل من التسليم اليه يخرج من البين • ولانا لو قلنا
باتباع الاجراء ثم الرجوع ادى الى ابطال حقوق الناس لان الاجراء قلما يعرفون ذلك • بخلاف المودع • قال وان كان في فنائه فهو على الامر
دون الاجراء علموا او لم يعلموا • يعني علموا انه ملكه او لم يعلموا • اما اذا لم يعلموا فظاهر • وكذلك اذا علموا لان الاشتباه قائم
مع هذا لانهم يرونه يتمتع به انتفاع الملاك من النزول عنده والركوب في ربط الدابة وحط الرحل يقع عندهم ان له هذا النوع من التصرف
وقد ذكرنا انه في موضع اشبه الامر جاز نقل فعل الاجير اليه لما ذكرنا ان صحة الامر ظاهرا كان لنقل الفعل الى الامر • قال في الكتاب
لعله نقل ذلك عن شريح كذا في شرح الكافي • وقال القدوري في شرحه اذا كان في فنائه فقد روي عن شريح انه ضمن عمرو بن الحارث
قيمة بغلة وقعت في بير حفرها وقد كان عمرو بن الحارث احد الرؤساء وهو لا يحفر بيرا بنفسه • وانما يستاجر من يحفرها وقد ضمنه شريح
السلف قوله وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر في القديم فحفروا ومات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا • لانهم علموا فساد
الامر فما غرهم • وفي الاستحسان الضمان على المستاجر • قال في النوادر في الصغرى ولو استاجر رجلا ليحفر له بيرا في فنائه فحفر بيرا
ووقع من العلماء ووقع فيه انسان ان كان اخبر المستاجر الاجير ان له حق الحفر فالضمان على الامر • وان كان اخبره ان ليس له حق الحفر
فالقياس ان يكون الضمان على الاجير • وفي الاستحسان يجب على الاجراء كان بعد الفراغ من العمل بخلاف الامر بذبح الشاة وشراء الحاجة
لان هناك هو مباشر والمباشر يضمن متعديا كان او لم يكن لكن يرجع اذا كان مغرورا • وهاهنا كل واحد منهما مسبب والمسبب انما يضمن اذا
كان متعديا • والمتعدي هاهنا الامر دون المامور قوله قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها • اي قال
في الجامع الصغير جعل قنطرة • وكذلك ان وضع خشبة على الطريق فتعمد رجل المرور عليها • اي قال في الجامع الصغير وذلك لان الذي
نصب القنطرة على نهر بغير اذن الامام متعد اذا لم يكن ثمة قنطرة في القديم ولكنه مسبب انما يضاف الحكم الى صاحب السبب اذا لم يتخلل
الذي صالح لاضافة الحكم اليه ان كانت مباحة • واما اذا استويا في العمد واتبعه فالاضافة لاجلها الاضافة اولى لكونها اقوى فكلما
تعمد المرور على القنطرة او الخشبة فقد تعدى وظلم نفسه فلا يضاف الى المسبب كمن حفر بيرا على قارعة الطريق فجاء انسان فاوقع نفسه فيها
لا يجب الضمان على الحافر فكذا هذا ايضا • كرجل اوقف دابة على الطريق فجاء رجل فنخسها او نحوه او كدمه لا يجب الضمان على الموقف ولان
تخلل فعل فاعل مختار بين السبب • والحكم يقطع نسبة الحكم الى السبب كالحافر على قارعة الطريق مع الدافع حيث يضاف الضمان الى
الدافع لا الى الحافر قوله قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به فهو ضامن • وكذلك اذا سقط فتعثر به انسان
وان كان رداء قد لبسه فعطب به انسان لم يضمن • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يحمل
الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فيعطب به انسان قال الحامل ضامن • وان كان رداء لابسه فسقط عنه فعطب به انسان
قال لا يضمن • وقال ايضا فيه عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يسوق دابة عليها سرج فيقع السرج على انسان فيقتله قال انه ضامن
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة فاذا تصرف حتى سقط كان ذلك مضافا الى الحمل
سببا وهو مباح مقيد بشرط السلامة • فاذا اصيبت البهيمة كان ضامنا وكذلك السرج من الاحمال • فاما الرداء فانه لا يقصد
لبسه الحفظ بل الحفظ فيه تبع فلم يجعل سقوطه مضافا اليه فلم يضمن • قال الكرخي في مختصره قال محمد قال ابو حنيفة اذا كان الرجل
في الطريق وعليه ثوب لابسه سيف او طيلسان او غير ذلك فوقع ذلك الشيء فعطب به ما عطب فقتله او وقع في الطريق فعثر به فلا ضمان عليه في شيء
ذلك ولو لم يكن لابسا لذلك ولكنه كان حاملا له فوقع منه على انسان فقتله او وقع منه فعثر به فهو ضامن لديته من بعد ذلك الى هنا
لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان ما يلبسه الانسان ليس يمكنه الاحتراز منه وما لا يمكن الاحتراز منه لا يضمن في الطريق لانه لا بد منه
والحمل يمكن الاحتراز منه ولانه يمكنه بدون ذلك وليس معفوا عنه لانه مباح مقيد بشرط السلامة • الا ترى ان الله تعالى اباح الاصطياد
ورمي الصيد فوقع بشاة او انسان ضمن وكذلك لو رمى مشركا في حال القتال فاصاب مسلما وقد نص الله تعالى رميه في هذه الحال
فكذا الاباحة في الحمل • فاما اللباس فامر عام يشترك فيه الملوك جميعا وهم فيه سواء ولا بد لكل احد منهم • وقال الكرخي ايضا
في مختصره قال محمد وانما يجب من ذلك وسقط الضمان فيما كان يلبسه الناس فاما ما لا يلبسونه من ذلك جعلناه بمنزلة الحامل
ومنابر كما يضمن الحامل الى هنا لفظ الكرخي • قال القدوري وهذا صحيح لان ما لا يلبسه الناس لا يدعو اليه الحاجة فهو كالحمل
مقيدا بشرط السلامة قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن قوله يتناول الوجهين اراد بهما تلف الانسان
بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه به بالتعثر به بعد وقوعه في الطريق • والفرق ان الفرق بين المحمول والملبوس حيث يجب الضمان في الاول

دون الثاني قوله بالتقييد بما ذكرناه • اي بوصف السلامة قوله اذا لبس ما لا يلبسه عادة وهو كالجوالق ودرع الحرب في غير موضع الحرب
والثوب الذي لا يحتاج اليه من حيث الزينة ومن حيث دفع الحر والبرد قوله قال واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا او جعل
فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في المسجد يكون للعشيرة يجيء رجل من العشيرة يعلق فيه قنديلا او يبسط فيه بواري او حصا فيعطب به انسان قال لا شيء
عليه وان كان الفاعل لذلك من غير العشيرة ضمن ذلك كله • وان جلس رجل من العشيرة في ذلك المسجد فعطب به رجل فان كان في حال
في صلاة لم يضمن • وان كان في غير صلاة ضمن • وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمن في حال الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وقال
الحاكم الشهيد في الكافي اذا احتاج اهل المسجد فيه الى ماء المطر فوضعوا فيه حبا يصب فيه الماء او طرحوا فيه بواري وحصا او ركبوا بابا
وعلقوا فيه قنديلا او ظللوا فلا ضمان على من عطب بذلك عليهم لان هذه الامور من مصالح المسجد واهله متعبدون لذلك فلا يوصف فعلهم بالتعدي
وكذلك ان فعله غيرهم باذنهم • وان فعل غيرهم بغير اذنهم فهو ضامن في قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد اذا كان مسجد عامة فلا ضمان
عليهم استحسانا الا في البناء والحفر • وجه قولهما ان جميع المسلمين سواء في المساجد فكذا في التمكين في عمارته قال الله تعالى انما يعمر مساجد الله من امن
بالله واليوم الاخر • وقال تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه • فاذا كانوا سواء كان الكل اهلا للتصرف فيما وقع مصلحة للمسجد
ظاهرا كبسط الحصير وتعليق القنديل وما شابه ذلك من المصالح ظاهرة فلا يمنع احد من ذلك • الا ترى انه لا يمنع من الصلاة فيه فلا يمنع ايضا
ما هو من ضرورات الصلاة وبسط الحصير والاسراج من ضروراتها • بخلاف البناء والحفر ولان سائر الناس يمكنهم الدخول
فيه والجلوس للصلاة فيه والتدريس فجعل من نزل من اهل المسجد بمنزلة المستعير من المالك في الدار ومعلوم ان للمستعير ان يضع في الدار الحصير
والقنديل وليس له ان يحفر فيها او يبني فكذلك هذا • ولابي حنيفة رضي الله عنه ان هذا الرجل فعل ما فعل حيث لا ملك ولا ولاية فيضمن كما لو حفر
بيرا في المسجد فعطب فيها انسان او وضع فيه حجرا • وانما قلنا ذلك لان غير العشيرة لا يملك ذلك الا باذنهم ولم يمنعه عن ذلك لاختصاصهم
بالراي والتدبير فيه • الا ترى ان نصب الامام والقيم وفتح بابه واغلاقه مفوض اليهم • ولهذا اذا صلى غير العشيرة فيه بجماعة فلاهل المسجد
ان يصلوا فيه بجماعة من غير كراهة ويكره عكس ذلك • ولان الاكثر ما في الباب ان يكون ذلك مباحا وهو غير واجب لا محالة فكان مقيدا
بشرط السلامة كالقاعد في الطريق وصار كمن وقف في طريق المسلمين بفعل هو من عمل المسلمين فيضمن ما عطب به وان كان متعديا في ذلك فكذلك
فما قصد القربة لا ينافي الضمان اذا اخطأ طريق القربة • الا ترى من شهد وجرح في الزنا يحد حد القذف وان كان باداء الشهادة حسبة لله
تعالى مثابا • ولكن لما لم يكمل نصاب الشهادة في الزنا وهي شهادة الاربعة اعتبر بذلك قذفا • ولا يمتنع ان يكون المسجد لجماعة المسلمين ويختص
تدبيره باهله • الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذ مفاتيح الكعبة من بني شيبة فامر الله تعالى بردها عليهم بقوله تعالى ان الله يامركم
ان تؤدوا الامانات الى اهلها • والكعبة حق لجميع المسلمين وان اختص قوم بتدبيرها قوله وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل
لم يضمن ان كان في الصلاة • وان كان في غير الصلاة ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال وهذا من مسائل الجامع الصغير • وقال
صاحب الهداية تفريعا لها • ولو كان جالسا لقراءة القران او للتعليم او للصلاة او نام فيه في اثناء الصلاة • او نام في غير الصلاة او مر فيه مارا
او قعد فيه لحديث فهو على هذا الخلاف • يعني عند ابي حنيفة يضمن وعندهما لا يضمن • وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا قعد الرجل في مسجد جماعة
او امر فيه او نام فيه فاصاب شيئا مما احدث فهو ضامن كما يضمن في الطريق الاعظم في قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه وجه
قولهما ان هذه الامور مباحة في المسجد وقد يكون قربة في بعض الاحوال اذا قصد به انتظار الصلاة والمنتظر للصلاة كانه في الصلاة فلو قعد
في حال الصلاة لم يضمن كذلك • وكذلك اذا قعد في حالة هي ملحقة بالصلاة واستوضح القدوري في شرحه بقوله الا ترى ان الماشي في الطريق
للطاعة فانه يضمن لم يعذر الماشي للمعصية • ولان بعض الصحابة كانوا يبيتون في المساجد • وكذلك بعض الصالحين بعدهم كانوا يختارون
الخلوة والمكث في المسجد • فلو كان ذلك امرا غير مستحسن لما اختاروا ذلك • ولابي حنيفة انه شغل المسجد بامر لم يوضع له فيتقيد بشرط
السلامة كالوقوف في طريق العامة او قعد وذلك لان المساجد بامر لم يوضع له فيتقيد بشرط السلامة كالوقوف في طريق العامة
انما اعدت للصلاة ثم بالعقد والاصل من شغله بغيره لذلك كان متعديا كالطريق لما وضعت للاجتياز فيها كان القاعد فيها ضامنا فكذا هذا
ولئن كان فيه ضرب اطلاق ولكن يتقيد بشرط السلامة كسائر المباحات فاذا تبين انه محجور عنه واستتمام التقييد لا يجابر الترك كما
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال هذا اذا جلس للحديث • اما اذا جلس لقراءة القران او للذكر او ما اشبه ذلك
من القرب • وكذلك اذا جلس في انتظار الصلاة ينبغي ان لا يضمن ما عطب به • لان المساجد اعدت لهذه الامور • وقال فخر الاسلام البزدوي
في شرح الجامع الصغير وان قعد معتكفا فانه مما اختلفوا فيه فقال بعضهم عند ابي حنيفة يضمن لانه يعتبر بالصلاة • وقال بعضهم لا يضمن
لانه مترتب • وقال فخر الاسلام ايضا • وان كان الرجل الجالس رجلا من غير العشيرة فهو لما فيه لا اشكال لانه بمنزلة الرجل من العشيرة كما قالوا
في بسط البواري والحصا • واما في قول ابي حنيفة فيحتمل ان يضمن بكل حال • وقال بعضهم بل هو عنده في حق الصلاة بمنزلة العشيرة لان
المساجد انما اعدت لصلاة العامة من غير خصوص • وانما الخصوص فيما يرجع الى الراي والتدبير • وذلك لم يكن لغيرهم حق اقامة
الجماعة لانها يستغرق الراي والتدبير فاما نفس الصلاة فتستغني عن ذلك • بخلاف تعليق القناديل وبسط البواري والبساط والحصاة كذا
فخر الاسلام وهذا القول اشبه

فصل في الحائط المائل

لما ذكر احكام القتل الذي يحصل بمباشرة الانسان
او بسبب شرع في بيان القتل الذي يتعلق بالجماد الذي لا اختيار له اصلا وهو الحائط المائل وذكر مسائل شرعه الفصل في اوله الا لفظ
الباب اشارة الى ان ما في هذا الفصل نوع مما يحدثه الرجل في الطريق • وقدم هذا الفصل على الباب الذي يليه وان كان ذلك
الباب يتعلق بما له اختيار وهو الحيوان نظرا الى تشابه بين الحائط وبين الكنيف والجرصن ونحوهما قوله قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين

وطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط من ما تلف من نفس او مال • اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو
الحسن الكرخي في مختصره واذا مال الحائط من دار رجل على طريق نافذ او دار رجل ثم يطالب بنقضه ولم يشهد عليه فيه حتى سقط على رجل فقتله او على
متاع فاتلفه او على حيوان فعطب فلا ضمان على صاحب الحائط في شيء من ذلك وان تقدم اليه في هدمه واشهد عليه ثم سقط في مدة يمكنه نقضه
فيما بعد الاشهاد فهو ضامن • وان كان لم يفرط في نقضه وذهب يطلب من يهدمه فكان في طلب ذلك حتى استاجر من يهدمه فسقط الحائط فقتل
انسانا او عقر دابة او افسد متاعا فلا ضمان عليه • قال محمد والاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائط هذا
فاذا فعل فقد لزمه نقضه على حال الامكان • قال احمد ذلك وفرط فما وصفت لك من ما جنى عليه الحائط • فان كانت جنايته على انسان فهو على
العاقلة اذا كانت نفسا او دونها اذا بلغ من دية الرجل نصف عشر دية اذا كان المجني عليه رجلا وان كان المجني عليه امراة فاذا بلغ ارش جنايتها
عشر ديتها وما كان اقل من ذلك فهو في ماله • وما كان في غير بني ادم فهو في ماله هكذا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وجملة ذلك ان من له
حائط في ملكه فهو على وجهين اما ان بناه مائلا او غير مائل فان بناه مائلا الى الطريق او الى ملك غيره فهو ضامن لما تلف به وان لم يطالب بنقضه
لانه تعدى بالبناء في ملك غيره • الا ترى ان هوا البقعة في حكمها • ولو بنى في ملك غيره كان متعديا كذلك اذا بنى في هوا ملك غيره واذا ثبت
انه متعدي فذلك ضمن ما تولد منه كمن احفر البير في الطريق • وان بناه في ملكه مستويا ثم مال الى الطريق او الى ملك غيره فلا ضمان عليه فيما تلف
به قبل التقدم اليه بنقضه او الاشهاد عليه • وقال بعض اصحاب الشافعي رحمه الله يضمن كذا في شرح الاقطع • لنا ان حق النقض حصل بفعل من
غير فعله فلا يضمنه قبل المطالبة اصله الثوب اذا القته الريح في داره ولا جناية بسبب ما حلف بها التعدي وغير المتعدي اصله حفر البير
فان قيل ما وجب ضمانه اذا تقدم عليه بان البناء وجب وان لم يتقدم اليه كما لو بنى الحائط مائلا قيل له هناك حصل حق الغير في بقعته
من غير مطالبة • وفي مسئلتنا حصل في ملك بغير فعله فاختلف الضمان بالمطالبة وعدمها • واما اذا تقدم اليه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه
مع الامكان حتى تلف بسقوطه شيء فعليه الضمان • وقال اصحاب الشافعي رحمه الله لا ضمان عليه كذا في شرح الاقطع • وقال في شرح الكافي
والقياس ان لا يجب عليه شيء لان شرط السقوط وهو البلاء والوهي لا صنع له فيه ولكنا استحسنا وجوب الضمان لانه وجد منه صنع موصوف
بالتعدي وهو ترك النقض مع امكان النقض • وهذا لانه لما مال الى الطريق فاشغل هوا المسلمين فوقع في يده هوا المسلمين بغير صنعه الا
انه لما طلب بالنقض وترك الهوا عن هذا الشغل لزمه ذلك كمن وقع في يده ثوب انسان لا يكون متعديا في امساك الثوب ولكن لو طلب الرد
ثم يرد صار متعديا في امساكه بعد ذلك كذلك هاهنا فصار الامتناع عن التفريغ بمنزلة شغل ابتداء باختيار وهو متعد في ذلك وهو شرط الكذا
فصار بمنزلة اشراع شيء الى الطريق باختياره فشغل هوا المسلمين ولا كفارة عليه لانه ليس بمباشر فيما اصاب الحائط • فان قيل ما البير يشبه الضمان اذا
لم يتقدم اليه ازالته وجب ان لا يكون سببا للضمان اذا تقدم اليه اصله اذا احفر بيرا في ملكه واذا اشعل النار في ملكه فطار الجمر الى ملك غيره ثم
قيل لنا اذا حفر في ملك نفسه لم يحصل حق الغير في بقعته فالمطالبة لا تبرطها • وفي مسئلتنا حق الغير حصل في بقعته فالمطالبة بازالة اليد موثرة فيها فلهذا
واما اذا طارت الريح الجمر الى ملك غيره فطالبه باخذ الجمرة فلم يفعل مع الامكان ضمن ما تلف به فهو مثل مسئلتنا كذا في شرح الاقطع قوله
فاذا تقدم اليه على صفته المبني للمفعول من باب التقدم قوله وكم من ضرر خاص يحتمل لدفع الضرر العام • اي من الضرر كما في الرمي الى الكفار
وان تترسوا باسارى المسلمين وقطع العضو للاكلة عند هلاك النفس قوله ويتحملها العاقلة اي يتحملون الدية وانما يحمل العاقلة جناية الخطا
لانها دون الخطا فكانت اولى بالتحمل • بخلاف ما كان في غير بني ادم لان ضمان الاموال لا تتحمله العاقلة قوله والشرط التقدم اليه وطلب النقض
منه دون الاشهاد • قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي والمعتبر عندنا المطالبة بالهدم • وانما يحتاج الى الاشهاد ليثبت المطالبة وهذا
كما يقول في الشفعة ان المعتبر المطالبة وانما يشهد ليثبت المطالبة بالشهادة • فلو اعترف صاحب الحائط انه طولب وجب عليه الضمان وان لم يشهد
عليه ولو لم يعترف بعد المطالبة الشهادة لزمه ما جنى الحائط بما جنته • وبين الله تعالى وقد ذكرنا صورة الاشهاد قبل هذا عن مختصر الكرخي • قال
في شرح الاقطع قال محمد ان العاقلة لا تضمن حتى تشهد الشهود عدول ثلاثة اشيا على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات من سقوطه عليه وعلى ان الدار
له لان كون الدار في يده ظاهرا في الملك والظاهر لا يستحق به حق على الغير وسقوطه عليه بعد التقدم اليه بنقضه سبب الضمان فلا بد من ثبوته • قال
في شرح الطحاوي فاذا انكرت العاقلة واحدا من هذه الاشيا فلا ضمان عليهم حتى يشهد الشهود بذلك • ولو اقر صاحب الدار بهذه الثلاثة لزمه
في ماله ولا يجب على العاقلة قوله ويقبل شهادة رجل وامراتين على التقدم لانه ليست بشهادة على القتل • يعني لو كانت شهادة على
القتل لم تقبل شهادة النسا لشبهة البدلية ولكنها ليست بشهادة عليه بل هي شهادة على مطالبة الحائط فتقبل شهادة رجل وامراتين قوله
وشرط ترك النقض في مدة يقدر على نقضه فيها • اي شرط القدوري ترك النقض لوجوب الضمان في مدة يقدر على نقضه فيها لانه قال واشهد
عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه فيها • وذلك لانه ربما لا يتمكن من النقض اشتغاله بذلك اول التقدم لانه فلا بد من زمان يقدر فيه على النقض
حتى يكون بتركه بعد ذلك متعديا قوله ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي وهذا لفظ القدوري في مختصره • وذلك لان الكل
حق لجميع اهل دار الاسلام وكل من له المرور في الطريق فله المطالبة بنقضه واهل الذمة من اهل دار الاسلام فاذا طالب الذمي به لانه
كالب بماله فيه حق فصحت مطالبته • وكذلك لو طالب به امراة او صبي او غريب من بلد اخر لان جميع هولا لهم المرور في الطريق فصحت مطالبتهم
لثبوت حقهم كذا في شرح الاقطع • وقال في شرح الطحاوي اذا مال الحائط الى الطريق العام فان الخصومة فيه الى كل واحد من الناس مسلما كان
او ذميا بعد ان يكون حرا بالغا عاقلا او كان صغيرا اذن له وليه في الخصومة • او كان عبدا اذن له مولاه في الخصومة • واذا تقدم الى
صاحب الحائط بان مال الحائط بطل ما دفعه كفاه ذلك • ولو مال الحائط الى سكة غير نافذة فالخصومة لواحد من اهل السكة • ولو مال
الى دار جاره فالخصومة الى صاحب ملك الدار اذا كان هو فيها • وان كان فيها مستاجرا او مستعيرا فالاشهاد الى الساكن لا الى غيره • كذا في شرح
الطحاوي قوله ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره • قال الحاكم الشهيد في الكافي لو شهد عليه في حائط امراتان او رجل وامراة

عند

عند السلطان او غير عند السلطان فلم ياخذ في نقضه بعد ذلك فهو ضامن لما اصاب قوله قال وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة
اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه حق يختص به مالك الدار فكانت المطالبة اليه خاصة وان كان فيها سكان فالمطالبة اليهم وذلك كالمستاجر
والمستعير لان لهم حق المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا لهم المطالبة بازالة ما شغل هواها • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله واذا مال الى الطريق
فاشهد رجل عليه ثم استاجل الذي اشهد عليه ان يوخره او استاجل الحاكم فاجله فالتاجيل باطل لا يبرا من شي وهو على حاله الاولى • وان كان
الميلان الى دار رجل فاجله صاحب الدار او ابراه منه او فعل ذلك ساكن الدار فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما جنى الحائط الى هنا لفظ الكرخي والفرق
بينهما ان الحائط اذا مال الى الطريق فالحق لجماعة المسلمين • فاذا طالب احدهم تعلق الضمان الحائط لحق الجماعة • فاذا اجله احدهم او اجله الحاكم فقد
اسقط حق نفسه وحق غيره وذلك لا يجوز • واما صاحب الدار فالحق له وكذلك الساكن فاذا اجل او ابراه فقد اسقط حق نفسه فلذلك جاز • وقال
الكرخي ايضا • وكذلك لو ان رجلا وضع في دار رجل حجرا او حفر بيرا او بنى فيها بنا فابراه صاحب الدار منه كان بريا ولا يلزمه ما عطب بشي من ذلك
مما صاحب الدار او داخل دخل عليه • وكان صاحب الدار فعل ذلك • وهذا لان الضمان انما يجب لحق صاحب الدار فاذا ابراه فقد اسقط حق نفسه
فصار كان هذا البناء وضع باذنه ابتدا قوله ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشتري بري من ضمانه ذكرها تفريعا ولا تفاوت الحكم
اذا سقط الحائط بعدما قبضه المشتري او بعدما لم يقبضه ذكره في شرح المختصر الكرخي في مختصره وذلك لانه لما باع فقد صار بحال لا يملك فيها النقض وهو
والضمان انما يجب عليه بترك النقض فاذا لم يتمكن منه لم يضمن وليس هذا من اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار وباع الجناح فوقع على انسان ضمن البايع
لان بنفس الوضع جناية وزوال الملك عنه لا يغير حاله وليس كذلك في مسئلتنا لان بنا الحائط لم يكن جناية وانما الجناية ترك النقض • فاذا صار بحيث
لا يملك النقض في حال الوقوع خرج فعله من ان يكون جناية • قال الكرخي في مختصره وكذلك كل من اشهد عليه من لا يجوز نقضه فانه لا يضمن وان
كانت الدار في يده مثل المرتهن يشهد عليه او المستاجر او المستعير او المودع • وذلك لانهم لا يملكون النقض فلا يصح مطالبتهم به • قال فان اشهد
على المالك ذلك ويصح على الراهن لانه يقدر على قضا الدين وهدم الحائط فصار مفرطا بالترك • وقال الكرخي ايضا واذا اشهد على الوصي او
الاب في حائط للصغير في حجرهما لزمه النقض فان لم ينقض حتى سقط فالحق من جنايته في لازمة للصبي فما كان منها يلزم في مال البالغ فهو في مال
الصغير وما كان على العاقلة فهو على العاقلة الى هنا لفظ الكرخي لان الولي يملك النقض فالاشهاد عليه كالاشهاد على المالك قوله على ما ذكرنا
اشارة الى ما ذكر في باب ما يحدثه الرجل في الطريق بقوله ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فالضمان على البايع قوله
والى التام اليتيم اي الى ابي اليتيم لانه لا يتم مع وجود الاب قوله وذكر الام في الزيادات • يعني اذا تقدم الى ام الصبي في حائط ما لهم
للصغير لزمه الضمان وفيه نظر لانه لم يذكر في الزيادات الام بل ذكر الاب والوصي كما في الاصل فقال في الزيادات حائط لصبي اشهد على ابيه او
على وصيه فالضمان على عاقلة الوصي • فان لم يسقط حتى كبر او مات من اشهد عليه لم يكن فيه ضمان حتى يستانف الاشهاد • وان اشهد على صبي في
حائط ثم جن او ارتد ولحق بدار الحرب بطل الاشهاد الى هنا لفظ زيادات محمد برواية الزعفراني عنه قوله والى المكاتب اي يصح التقدم الى المكاتب
في حائط له مائل • بيانه فيما قال فخر الاسلام في شرح الزيادات مكاتب له حائط مائل الى الطريق الاعظم فاشهد عليه ثم سقط فاتلف انسانا فا
على المكاتب الاقل من قيمته ومن دية المقتول • فان ادى المكاتب فعتق ثم سقط فاتلف انسانا فعلى المكاتب الاقل من قيمته ومن دية المقتول
فان ادى المكاتب فعتق فيه دية القتيل على عاقلة مولاه • بخلاف ما اذا اخرج جناحا او كنيفا ثم عتق ثم وقع وقتل انسانا فان عليه الاقل من
قيمته ومن الدية • والفرق ما قلنا ان جناية الحائط كالمبتداة كل وقت فكانه قتل بعد الحرية قتلا ابتدا • فاما اخراج الجناح والكنيف فجناية
واقعة قبل بعد العتق لكان مضافا الى حال الرق • وقال واذا عجز المكاتب ثم سقط الحائط المائل فاتلف انسانا فدمه هدر • لانه
لما كان كما استانف في كل وقت كان من شرط دوام القدرة وقد بطل فلا شي على المولى لعدم الاشهاد عليه • فاما في الجناح والكنيف فانه يجب
على المولى الاقل من قيمته او قيمته لان استناده الى ما كان في حال رقه فصار كانه حفر بيرا ثم عجز ثم وقع فيها انسان فعطب فيها • قال في الزيادات
حائط لمكاتب اشهد عليه فيه • والاشهاد على ذلك ان يقال له حائطك مائل او مخوف فاهدمه فان لم يفعل حتى وقع فقتل انسانا فعلى المكاتب
قيمته • وان وقع بعدما عتق فقتل انسانا فالدية على عاقلة المكاتب وان وقع بعدما عجز فلا شي عليه ولا على المولى الى هنا لفظ محمد في الزيادات
برواية الزعفراني قوله والى العبد التاجر • اي يصح التقدم الى العبد التاجر في حائط المائل • قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا
تقدم الى العبد التاجر في حائطه فاصاب انسانا وعليه دين او لا دين عليه فهو على عاقلة مولاه • وان اصاب متاعا ففي عنق العبد • قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي والقياس في المسئلة الاولى ان تكون على المولى • لان الاشهاد وجد على العبد وقع لانه له
ولاية التفريغ فصار كجنايته بيده ولو كان كذلك يجب على المولى ويدفع كذلك هاهنا • ولهذا يجب ضمان المتاع في عنقه لان الاشهاد وقع عليه فيكون
كانه جنى بيده • وجه الاستحسان وهو وجوب الدية على العاقلة ان الاشهاد من وجه كانه على المولى لان الحائط مملوك المولى والعبد متصرف
للمولى كانه وكيل المولى فعلى هذا يجب الدية على عاقلة المولى كان الجاني هو المولى • ومن وجه الاشهاد عليه لان العبد مالك من وجه تصرفا
ويدا لكن عند التردد اعتبار جانب المولى اولى في الدما • لان ذمة العبد غير عاقلة لموجب جناية الدم لانه بشبهة الصلاة والعبد ليس باهل
ذلك وذمة المولى قابلة فكان اعتبار الاشهاد على العبد على المولى اولى • وفي الاموال الكن اعتبار الاشهاد على العبد اولى قوله ويصح
التقدم الى احد الورثة في نصيبه ذكره على سبيل التفريع ايضا • قال الكرخي في مختصره • وان كانت دار بين ورثة فاشهد على بعضهم ولم
يشهد على باقيهم فسقط الحائط فلا ضمان على الذي اشهد عليه في القياس • قال محمد ولكنا استحسن فنلزمه بقسط ما يملك منه • وكذلك الحائط
يكون بين شركاء وليسوا بورثة الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وانما لم يجب الضمان على احدهم في القياس لان الذي اشهد عليه لا يتمكن من النقض
وحده فلم يكن متعديا بترك النقض وحده ولم يشهد عليه فلم يكن احد منهم مفرطا بترك النقض فلم يجب الضمان • وفي الاستحسان يجب الضمان
على الذي اشهد عليه خاصة في نصيبه لانه كان بسبيل من التفريغ بان يرفع طريقه وهو المرافعة الى القاضي فيطالبه شركاه وحيث لم يفعل

ولا غلامًا فأوجب الضمان بسقطه كما ان رجلا لو استأجر دابة ليحمل عليها قفيزين من حنطة الى موضع معلوم فحمل عليها ثلاثة اقفزة من تلك الحنطة فعطبت
وهو مقدار الزيادة • قال الطحاوي في مختصره واما ابو يوسف ومحمد فكانا يجعلان عليه من الدية نصفها • وذلك لان ابصار الاخرين كغير
واحد لانه لم يجب به ضمان فهو مثل ان يجرح رجلا بعض سبع ونهشته حية ثم يموت من جميع ذلك فان على الجارح النصف لان عقر السبع ونهش الحية لما
لم يتعلق بهما ضمان صار كالشيء الواحد فكذلك ايضا الاخرين كذا ذكره ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي **قوله** ولو سقط الحائط
المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه اي لا يضمن صاحب الحائط الذي تعثر فهلك • قال في شرح الطحاوي
ولو اشهد على الحائط فسقط فتعثر بنقضه او بميزاب انسان فهلك يضمن في قول ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف ما تلف بالنقض لا يضمن الا
اذا اشهد على النقض لان الاشهاد على الحائط لا يكون اشهادا على النقض ولو لم يتعثر بالنقض ولكن تعثر بالميت وهلك الحائط لم يضمن الا
لان رفع الميت ليس على صاحب الحائط ولكن رفع النقض اليه كما في شرح الزيادات • ولو كان مكان الحائط جناح اخرجه **قوله** فدخل الدار
على القتيل فعطب على عاقلة الذي اخرج الجناح لما قلناه بمنزلة مباشرة الجناية • ومن الجوهرة الطريق شيئا كان ضامنا لما عطب به وان لم يكن
تفريغه • ولو اشهد على حائط لم يمل بعد فالاشهاد باطل • وانما يصح الاشهاد اذا كان واهيا او مائلا او نحو ما يليه او مستصدعا **قوله** لان
التفريغ عنه الى الاولياء اليه • اي لان تفريغ الطريق عن الميت الى اوليائه لا الى صاحب الحائط لانهم هم الذين يتولون امر الميت من التجهيز والتكفين
قوله لان التفريغ اليه • اي لان تفريغ الارض عن نقض الحائط الى صاحب الحائط **قوله** ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت
بسقوطه وهي ملكه ضمنه ذلك على سبيل التفريغ ايضا • قال فخر الاسلام في شرح الزيادات حائط مائل اشهد على صاحبه فوضع صاحبه او غيره
جرة عليه فسقط ورمى الجرة واصابت انسانا فقتله فذلك على عاقلة صاحب الحائط • ولو عثر بالجرة رجل فعطب كان هدرا واغلاق الجناح لو رماه
رماه والريح فعابها • فان كانت الجرة ملكا لصاحب الحائط كان ضامنا لما عطب بنقض الجرة **قوله** قال واذا كان الحائط بين خمسة رجال
اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في حائط لخمسة رجال او هي فاشهد على واحدهم ثم وقع على انسان فقتله قال يضمن الخمس من الدية • وقال عن يعقوب عن ابي حنيفة
في دار بين ثلاثة حفر احدهم فيها بئرا او بنى حائطا ثم عثر انسان في البئر فمات او عثر بالحائط فمات قال على الحافر والباني ثلثا الدية • وقال
يعقوب ومحمد عليه نصف الدية في المسألتين جميعا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهذه الجملة من الجواهر • وجه قولهما ان نصيب من لم يوجد الاشهاد
عليه ونصيب الحافر في المسألة الثانية هدر وجاوزه معتبر فجعل الهدر جنسا واحدا والمعتبر جنسا والمعتبر لجنس الجراحات لا العدد كما لو جرح انسانا
ونهشته حية وعقره عقرب وعقره كلب كان عليه نصف الدية كذا هنا • ووجه قول ابي حنيفة انه لو ملك جميع الدار فحفر بها بئرا لا يضمن ولو
لم يملك شيئا من الدار وحفرها بئرا ضمن جميع الدية • فاذا ملك البعض دون البعض لا يضمن بقدر ما ملك • وكذلك في مسألة الحائط لو كان
اجنبيا لا يصح الاشهاد عليه ولو ملك يصح الاشهاد عليه فيضمن بقدر ما ملك اعتبارا للبعض بالكل • ولان التلف حصل بعلة واحدة في الثقل
المخصوص في الحائط والعمق المخصوص في البئر • لان اصل الثقل واصل العمق ليس علة التلف لان الجزء اليسير ليس بمهلك فلو كان كل جزء علة لانقسم
التلف ولكن ليس كذلك فكان الكل علة واحدة ثم انضاف الحكم وهو الضمان الى العلة الواحدة ثم ينقسم الحكم على اربابها على قدر الملك كما ان
دابة لو حمل عليها كر حنطة فحمل عليها كرا ونصف كر فتلفت ضمن المستأجر ثلث القيمة لان التلف حصل بالثقل وان صاحب الدابة هدر ذلك وهذا
بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف • وانما اضيف الى الكل عند المزاحمة لعدم اولوية البعض بالاضافة اليه ولكن ان لم يبلغ البعض الا اذا
الحكم يصلح لقطع النسبة عن المزاحم فيظهر المزاحمة في قطع النسبة عن الاخرى • وان لم يظهر في حق استحقاق الحكم فيجعل هالكا لكلهم فينقسم
الى كل واحد نصفه ضرورة المزاحمة • اما في مسألة الحائط والبئر فالعلة واحدة لما بينا فلا بد من اعتبار العلة في حق كل واحد منهم فينقسم
الحكم على اربابها • وكان القياس في صورة الاشهاد على الحائط ان لا يجب الضمان لان الواحد لا يملك اصلاح الحائط وحده لاشتراكه مع ملك
لم يشهد عليه من شركائه فيشبه ان لا يجب على واحد منهم وجه الاستحسان انه يضمن الذي اشهد عليه حصته لانه صح الاشهاد عليه في حصته لانه امكنه
بالاشهاد عليهم جملة • وانما اشهد على واحد منهما فصح الاشهاد عليه في حصته فيجب عليه الضمان في حصته **قوله** في الفصلين
في فصل الحائط المائل المشترك بين خمسة وفي فصل دارين لانه جزء احد هو منها **قوله** وهو الثقل المقدر والعمق المقدر اراد بذلك
الثقل المهلك والعمق المهلك لا مجرد الثقل ومجرد العمق • لان اليسير من ذلك لا يصلح علة للتلف

باب جناية البهيمة

والجناية عليها وكان من حق هذا الباب ان يذكر بعد باب
جناية المملوك لفضيلة المنطوق في المملوك الذي هو العبد • ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق الحق هذا
الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق ذكر الحوض ونحو ذلك **قوله** قال الراكب ضامن لما اوطأت الدابة ما اصابت بيدها
او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت • وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها • اي قال في الجامع الصغير قوله ما
اصابت بدلا من قوله لما اوطأت • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكون على الدابة وهو يسير عليها فالايضمن ما اصابت
بيدها او برجلها او رأسها او كدمت او خبطت لا بالنفحة الرجل او النفحة الذنب فانه لا يضمن الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وقال الحاكم
الشهيد في الكافي واذا سار الرجل على دابة في الدواب كانت في طريق المسلمين فاوطأت انسانا بيد او رجل وهي تسير فقتلته فديته على
عاقلة الراكب • وذلك لانه مستعمل للدابة في النقل من مكان الى مكان وهي مجبولة على هذا الفعل من جهته فصار جنايتها بمنزلة جنايته
بغير انه خاطئ فوجبت الدية على عاقلته والكفارة لانه قاتل خطأ ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها لانه غير مستعمل اياها في النفحة فلا يضمن
لها قال ابو حنيفة • وان كان سببا لانه هو على معنى انه لولا تسييره في ذلك الموضع لما حدث هذا الامر ولكنه ليس متعديا في السوق المسلمين هم
والتسبب المحض انما يلحق بالمباشر بوصف التعدي وقد عدم فلا يوجد به • فلان ذا اذا كدمت انسانا منها او صدمت بمقدمها او خبطت بيدها

فهو ضامن • وقال ابن ابي ليلى هو ضامن في جميع الوجوه لانه مستعمل في الدابة بالركوب فصار فعلها كفعله • ولكنا نقول انما يضاف فعل
الدابة اليه بواسطة المملوك لاجل ما في هذه الافعال ولكن يلزمه حفظ الدابة وصيانتها عما في وسعه صيانتها وفي وسعه صيانة الدابة عن الكدم
والصدم والخبط فمتى قصر في ذلك جنى ذلك فيه ما ثم صار متعديا به فاخذته وليس في وسعه صيانتها عن النفحة والضرب بالذنب فلا يوصف
بالتعدي فيه لكونه غير مقصر فيه فلا يوجد الضمان كذا في شرح الكافي • والاصل في ذلك ما قال القدوري في شرحه ان المشي في الطريق مباح هو
بشرط السلامة وكل ما تولد من السير مما يمكن الاحتراز منه فليس بمعصوم • الا ترى انه ما ذكر في المشي فلو حصل ما لا يمكن الاحتراز منه كان
ذلك منعا من التصرف وما يمكن الاحتراز منه لا يؤدي ضمانه الى المنع من التصرف لانه يتعذر ان يتحفظ منه لانه لا يمكن الاحتراز منه وكذلك
ما اثارت الدابة بسنابكها من الغبار او الحصى الصغار لانه لا يمكن ان يحترز منه في السير • فاما الحصا الكبار فان الراكب يضمن ما تولد منه لان ذلك لا
يكون الا بالعنف على الدابة في السير • وقال في شرح الجامع الصغير وان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا • لان صيانة الدواب
عن الوقوف ممكنة وان كانت غير ممكنة عن النفحة فصار الايقاف تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة • فيما اوطأته دابة فرطه قبل هذا
كان ينبغي ان يقال الراكب ضامن لما وطئته الدابة ولكن يجوز ان يكون مفعول لا اوطأت محذوفا ويكون تقديره فلانا يعني • وتقديره اوطأت الدابة
بيدها او رجلها انسانا • والكدم العض بمقدم الاسنان كما تكدم الحمار والخبط الضرب باليد • والصدم هو ان تضرب الشيء بجسدها وتنخت
الدابة التي اذا ضربته بحافرها **قوله** قال وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او
افسد ثوبه لم يضمن • وان كان حجرا كبيرا ضمن • اي قال في الجامع الصغير وذلك لان الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يوجد الضمان • الا
ترى انا نجعل سير الدابة لم يخرج عنه • ولو سار بنفسه فاصاب برجله هذه الاشياء فاصاب انسانا فقتله لا ضمان عليه لانه من ضرورات سيره
وهو مباح الا اذا كان حجرا كبيرا فيضمن حينئذ لانه يمكن صيانة الدابة عن مثل هذا ما لظاهر انما وقع هذا من قبل عنفه في امر السوق فيوصف
بالتعدي فيوجد به **قوله** والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب • قال الحاكم الشهيد في الكافي والراكب والرديف والسائق والقائد في الضمان
سواء • يعني في ذلك عن شرح الا انه لا كفارة على السائق والقائد في وطء الدابة ولا يحرم به عن الميراث • وذلك لان الدابة مجبولة في السير
على ارادتهم يصرفونها كما شاؤوا • الا ان السائق والقائد مسبب للقتل لا مباشر اذ لولا السوق ولولا القود لم يوجد وطء الدابة والكفارة
جزاء مباشرة القتل • بخلاف الراكب والرديف فانهما مباشران للقتل حقيقة فيلزمهما الكفارة ويحرمان عن الميراث كالنائم اذا انقلب
على انسان **قوله** فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن • اي قال القدوري في مختصره وقال محمد في الجامع
الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يسير على الدابة فتنفح لروث او بول فتروث وتبول فعطب انسان بروثها او ببولها فلا ضمان
على الراكب • وان كان صاحب الدابة اوقفها ليبرد ذلك فراثت او بالت وهي واقفة فعطب انسان بروثها او ببولها ضمن الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير • قال فخر الاسلام في شرحه والفرق ان الاحتراز عن البول والروث غير ممكن فجعل عفوا والوقوف من ضروراته لان الدابة
لا تروث ولا تبول في الغالب الا بعد الوقوف فجعل ذلك عفوا ايضا ولم يجعل مضافا الى صاحب الدابة فصار هدرا • فاما وقف الدابة
لا مراحه فليس من ضرورات الطريق فكان متعديا فلم يجعل ما اتصل به عفوا من التلف • وان تعذر الاحتراز عنه كمن جرح رجلا من سرايته
وان تعذر الاحتراز عنه • واللعاب اذا خرج من فم الدابة فاسقط الطريق فزلق به انسان فسقط فمات لا ضمان فيه لانه لا يمكن حفظ الدابة
من مثل ذلك كذا في شرح الكافي **قوله** لان المعنى لا يختلف وهو التعدي في الدابة بالتسيير • قال الكرخي في مختصره من وقف دابته
على باب المسجد الاعظم او على باب مسجد من مساجد المسلمين فهو مثل وقفه في الطريق • وان كان الامام قد جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفا يقفون
فيه دوابهم فلا ضمان عليه فيما اصابت برجل او يدها او حدث منها في ذلك الموقف فان سار عليها او قادها فيه فهو ضامن كما ضمنه اذا فعل ذلك هو
في الطريق العام المشترك • قال القدوري في شرحه وذلك لان القائد والسائق يسيرون للدابة الى الجناية والاذن في الوقوف في هذا المكان لا
يخرجه من ان يكون طريقا فيضمن ما يلحقه في الطريق الا انه انما اذن له الاذن • ثم قال الكرخي وكذلك ان كان الموضع قد اذن الامام فيه منزلة سوق
الخيل والدواب فلا ضمان على الواقف بدابته فيما كان من دابته من نفح برجل او ذنب او بول او روث او لعاب • وكذلك لو كان الرجل راكبا عليها او واقفا
فلا ضمان عليه في شيء من ذلك • وكذلك الفلاة من الارض اذا وقف فيها دابته وان كان راكبا عليها • وكذلك الطريق بمكة اذا كان وقوفه في غير المحجة
ناحية منها • فان كان ذلك في المحجة فالمحجة بمنزلة الطريق السائل في جميع ما وصفت لك • واما اذا كان سائرا في هذه المواضع التي اذن فيها الامام
بالوقوف او قائدا او سائقا فهو ضامن لانه انما اذن له في الوقوف الامام • وانما سقط عنه ما حدث من وقوف دابته في هذه المواضع كان راكبا
او لم يكن فيما حدث من الوقوف خاصة دون السير والسوق والقود • فاما الواقف في ملكه والسائق فيه والقائد والسائر فلا ضمان عليه
في شيء من ذلك الا فيما وطئت بيد او رجل فانه بمنزلة جنايته بيده • الا ترى انه يلزمه الكفارة فيما وطئت بيد او رجل ولا يلزمه الكفارة في ذلك
والمرتدف والراكب سواء في جميع ذلك • وسواء كان الذي لحقه الجناية مما دونه مالكه في دخول الملك او غيرهما دون • وكذلك لو كان في الملك
كلب عقور فعقر من في الدار من اذن له بالدخول في الدار او لم يأذن الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وذلك لان ترك الكلب في الملك ليس بتعد
فما تولد منه لا يضمن **قوله** فلا يجوز • اي لا يلحق الايقاف بالسير اي لا يجعل حكمه كحكم السير • يعني اذا راثت الدابة او بالت حالة
السير لا ضمان في ذلك لانه لا يمكن السير بلا روث وبول اصلا وكان من ضرورات السير • واما الايقاف لذلك فليس من ضرورات المارة من عند
السير فلم يلحق بالسير في عدم وجوب الضمان **قوله** والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها • والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها
ودون رجلها النفحة برجله • لان القائد يضمن وطء الرجل • وكذا السائق يضمنه اما النفحة الرجل فلا يضمنها السائق ام لا قال القدوري يضمنها
السائق ولا يضمنها القائد • والفرق ان النفحة بالرجل بمرأى من السائق فامكنه الاحتراز عن ذلك فوجب عليه الضمان لانه قرب الدابة
الى الجناية مع امكان الاحتراز • بخلاف القائد فانها ليست بمرأى منه فلم يمكنه الاحتراز فلم يجب عليه الضمان في النفحة • بخلاف الوطء الرجل

والاصابة بالمدحرة تجب الضمان في ذلك كلها لامكان الاحتراز عن ذلك وهكذا ذكر القدوري في الشجة في مختصره بين السابق والقائد ولكن لهام الرواية بخلاف ذلك ٭ الا ترى ان الحاكم الشهيد قال في مختصره والراكب والرديف والسائق والقائد في الضمان سوا الا انه لا كفارة على السائق والقائد في وطء الدابة ولا يحرمون عن الميراث ٭ وقال الكرخي في مختصره قال نفحت الدابة برجلها وهي تسير او بذنبها فلا ضمان في الراكب ولا السائق ولا القائد ولا المرتدف لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الرجل جبار وهو ما لا يمكن الراكب التحفظ منه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله ٭ وعلى هذا مشايخنا رحمهم الله الاحتراز لا يمكن من النفحة واما يمكن من الايطا والصدم وما لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمن وكذلك ما اصابت بذنبها هو كرجلها لانه لا يمكن الاحتراز عنه ٭ وقال الشافعي رحمه الله يضمنون النفحة كلهم ٭ اي يضمنها الراكب والسائق والقائد لان فعل الدابة مضاف اليهم لانه يسيرها ويتصرف فيها لنا ما روي ابو داود في سننه باسناده الى الزهري عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ٭ قال الرجل جبار ويقال ان المراد منه انما ان يكون الوطء بالرجل او النفحة والاول ليس بمراد بالاجماع لانه ليس بجبار فيتعين الثاني والا يلزم الغا النص عن الفايدة قوله واستعمال النقل بتعريف الفعل كما في الملك جواب على قول الشافعي ان فعل الدابة مضاف اليه يعني يكون فعلها كفعل صاحبها يضمن فقال انما يتصل فعل الفاعل الى غيره اذا كان التعريف بالفعل لا بالضرب كما في الاكراه الكامل يتصل لابي الناصر ٭ وهنا التعريف بالضرب لا بالفعل وبه نوع دفع في الجواب الصحيح ٭ فتاكد الحكم ما قلنا من المعقول ولا دل ورثنا من الحديث ثانيا قوله قال وفي الجامع الصغير وكل شي ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد ٭ وذلك لان سير الدابة مضاف الى السائق والقائد كما يضاف الى الراكب فلذلك المحفظ ما يمكن الحفظ والاحتراز عنه ووضع عنه ما ليس في وسعه ٭ فاذا اصابه البه ضمنه كاسه فعله بيده الا انه لا يكون على السائق والقائد الكفارة وعلى الراكب الكفارة فيما اوطات الدابة ٭ لان فعل الراكب على الدابة اتصل القتل فصار مباشرا بمنزلة الرامي ٭ فاما السائق والقائد فلا يتصل اثر فعلهما بالقتيل بل فعلهما سبب والكفارة جزاء القتل وهو القتل فلم يجب على المسبب الذي هو دون المباشر في استحقاق الجزاء وهو كحافر البير وواضع الحجر فان لا كفارة على الحافر والواضع فكذا هنا قوله وكذا الراكب في غير الايطا ٭ اي لا كفارة على الراكب في غير الايطا كالنفحة بالرجل والذنب لانه مسبب في ذلك ٭ واما الكفارة تلزمه في الايطا لانه مباشر فيه لان التلف حصل بثقله وثقل الدابة حال تبعا له حيث كان يسيرها مضافا اليه قوله ولو كان راكب وسايق قيل لا يضمن السائق ما اوطات الدابة ٭ يعني لا يشتركان في الضمان بل يجب الضمان على الراكب لان الراكب صاحب علة والسائق صاحب سبب ٭ والاصل في اضافة الحكم الى المسبب ٭ وقيل يشتركان فيكون نصف الضمان على الراكب ونصفه على السائق ٭ قال الكرخي في مختصره ولو نخسها رجل بغير امر موطيها انسانا فقتلته فالدية عليهما نصفين لانهما الان راكب وسايق الى هنا لفظ الكرخي ٭ يعني ان الناخس كالسائق ٭ ولو كان ثمة سايق وراكب يشتركان في الضمان فكذا الناخس والراكب يشتركان ٭ وهذا لان كل واحد منهما سبب بطريق التسبب لانه يتلف بثقل الراكب ودفع الناخس ٭ وقال الامام الاسبيجابي فان كان سايق وراكب او سايق وقايد فالضمان عليهما جميعا غير ان الكفارة على الراكب وحده قوله قال واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الاخر ٭ اي قال القدوري في مختصره وعند زفر والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد منهما دية الاخر ٭ وكذلك الخلاف في الراجلين يصطدمان كذا في شرح الكافي ٭ لهما ان كل واحد منهما صار متلفا بفعل نفسه وبفعل صاحبه ٭ لان الاصطدام فعلهما جميعا وفعله في حق نفسه هدر وفعل صاحبه معتبر فيكون المعتبر هو النصف فصار كما اذا اصطدما معا او جرح كل واحد منهما نفسه وجرحه صاحبه او حفرا جميعا بيرا على قارعة الطريق فتعاقبا فيها ٭ ولنا ما روي محمد بن الامل عن علي رضي الله عنه في هذه الحادثة انه اوجب على عاقلة كل واحد منهما مباح في حق نفسه وهو مشيه في الطريق فلا يصلح سببا للضمان في حق نفسه الا ترى ان انسانا لو وقع في بير محفورة على قارعة الطريق لا يكون شي من دمه هدرا بان يقال لو لا مشيه لم يقع في البير فكذا هنا لا يهدر شي من ديته ايضا بان يقال لو لا تحريكه نفسه من المصدوم لم يهلك ولكن المباح يصلح سببا للضمان في حق صاحبه لان المباحات تتقيد بشرط السلامة كالنايم ينقلب في نومه على صبي فيهلكه يجب عليه ضمانه فلما كان فعل كل واحد منهما معتبرا في حق صاحبه لا في حق نفسه لم يبطل شي من الضمان بل وجبت دية كل واحد منهما كاملة على عاقلة صاحبه ٭ وفي المسايل المذكورة فعل كل واحد منهما في ايجاب الضمان محظور لان الاباحة والحظر لا يصلح سببا للضمان ٭ ولكن لم يعتبر فعل كل واحد منهما في ايجاب الضمان في حق نفسه لعدم المانع فبقي فعله معتبرا في حق صاحبه موجب ايجاب نصف الضمان على عاقلة كل واحد ٭ وبما يحر في الفعل الواقع منه لكونه مباحا يعتمد موجبا للضمان في حق نفسه احلا م ما صنف ضمانه الى صاحبه كاملا فظهر الفرق بين المعتبر والمعتبر عليه ٭ قال في الاجناس قال ابو يوسف في نوادر هشام في رجلين ما ذا حلا فوقعا على وجههما فماتا جميعا ان يضمن كل واحد منهما دية صاحبه ٭ ولو وقع احدهما على قفاه والاخر على وجهه فما امن صاحب القفا ديته صاحب الوجه وان انقطع الحبل فوقعا جميعا على ظهرهما فلا شي من الناظم ديتهما ومن الحبل فقبل لمجدان وقعا على وجهيهما اذا قطع الحبل قال محمد لا يكون هذا من قطع الحبل ٭ وقال محمد في نوادر ابن رستم لو وقعا على اعقبهما وقفا لا اضمن على قاطع الحبل قوله هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا ٭ يعني اذا كان المصطدمان حرين وقد تعمدا ذلك يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الاخر لا تماثل ٭ واذا وقع ذلك خطا تجب الدية الكاملة على عاقلة كل واحد منهما عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله قوله ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطا ٭ يعني اذا اصطدم العبدان خطا فماتا هدر الدم ٭ لان الجناية تتعلق برقبة العبد الجاني ٭ وهذا يدفع بها الا ان يفديه المولى فلما مات فات محل الجناية بلا خلف ولا يضمن المولى شيا ٭ لان موت العبد لم يكن من فعله ٭ وكذا الحكم فيما اذا وقع الاصطدام عمدا منهما جميعا لانه شبه العمد فكان كالخطا فهدر الدم حيث لم يخلف العبد شيا لان العبد لا عاقلة له ٭ يقال هدر دمه اي بطل قوله ولو كان احدهما حرا والاخر عبدا ٭ يعني اذا كان احد المصطدمين حرا والاخر عبدا ففي صورة الخطا يجب على عاقلة الحر قيمة العبد لان كل شي من الحر فيه الدية ففيه القيمة من العبد ٭ وكل شي من الحر فيه نصف الدية ففيه من العبد نصف القيمة ٭ ثم ما وجب على عاقلة الحر

العبد فهو لورثة الحر المقتول ويبطل حق الحر المقتول فيما زاد من الدية على قيمة العبد لان العبد لا يخلف الا قدر القيمة ويبطل ما زاد على ذلك لانه لا يخلف شيا فيما زاد ٭ واصل ذلك ما ذكره القدوري في شرح مختصر الكرخي في باب ادرك الجنايات على الرقيق ان العبد المقتول خطا القيمة فهو لورثة الحر ويبطل حق الحر المقتول فيما زاد من الدية على قيمة العبد لانه يحرم قيمته على العاقلة عند ابي حنيفة ومحمد ٭ وروي عن ابي يوسف انه قال في مال القاتل وانما يجب قيمة العبد على العاقلة عندهما لانه ضمان الادمي ٭ وعند ابي يوسف انه قال في مال القاتل وانما يجب قيمة العبد على العاقلة عند ابي حنيفة ومحمد ٭ وروي عن ابي يوسف عندهما لانه ضمان الادمي وعند ابي يوسف يجب ذلك على الجاني لانه ضمان مال ٭ وسيجي بيانه في مسالة قيمة العبد اذا بلغ بالقيمة ما جنت به على هذه القاعدة انه مضمون بالقتل من حيث انه ادمي او من حيث انه مال قوله وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد ٭ يعني اذا اصطدم الحر والعبد ووقع ذلك منهما عمدا يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد ٭ يعني اذا اصطدم الحر والعبد الا انه اخذ ورثة الحر لان المضمون في صورة العمد نصف قيمة العبد وقد اخلف هذا القدر فيبطل ما زاد على ذلك من نصف دية الحر ٭ لان ما زاد على ذلك لم يسقط بموت العبد من غير خلف قوله ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن ٭ اي قال في الجامع الصغير قال صاحب الهداية وعلى هذا سائر ادوات كاللجام ونحوه ٭ يعني يجب الضمان على السائق في جميع ذلك لان وقوع هذه الادوات لتقصير منه لانه لو احكمها لم يقع فيجب الضمان كما في الشي المحمول على العاتق على انسان فقتله بخلاف الرداء الملبوس اذا سقط فانه تشاحت لا يجب الضمان اذا كان مما لا يلبسه الانسان عادة لانه لا يمكنه الاحتراز عنه لانه لا بد منه والحمل يمكن الاحتراز عنه ولا بد له فكان مقصرا وتمام البيان مما مر في باب ما يحدثه الرجل في الطريق عند قوله ومن حمل شيا في الطريق فسقط على انسان فعطب به فهو ضامن قوله ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطا ٭ اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ٭ فان كان معه سايق فالضمان عليهما ٭ وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقود قطارا فاوطا بعير منه انسانا فقتله هو على عاقلة القائد الدية ٭ وذلك لان القطار يسير بسوقه ويقف بايقافه فكان عليه صيانته فما حدث من ذلك يكون مضافا اليه فيضاف اليه ما حدث من القطار لتسببه بتقصير في الحكم كانه قتله خطا فيجب على عاقلته ديته ٭ واورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير سوالا وجوابا فقال قد قيل لو ان انسانا قاد حمارا فاوطا الاعمى انسانا فقتله هل يجب على القائد الضمان قيل له ينبغي ان لا يجب لان الاعمى يمتنع من امور وجوب الضمان فعلى ما ينسب اليه خاصة ٭ واما فعل البهايم جبار لا عبرة في حكم نفسه فعلها ينسب الى القائد ٭ فان كان معه سايق فالضمان عليهما لان كل واحد منهما مقرب للقطار فاشتركا في سبب الجناية ٭ وقال الكرخي في مختصره فان كان السائق في وسط القطار فما اصاب مما خلف هذا السائق وما بين يديه من شي فهو عليهما الى هنا لفظه رحمه الله ٭ لان ما بين يديه هو له سايق وما امامه قايد له وما خلفه فهو له قايد فيشتركان في الضمان ٭ وقال الكرخي ايضا وان كان يكون احيانا وسطا واحيانا متاخرا واحيانا يتقدم وهو يسوق فيها في ذلك فهو بمنزلة الاول ٭ ثم قال الكرخي وقال محمد في املا الكيسانيات لو ان رجلا كان يقود قطارا واخر من خلف القطار يسوقه ويزجر الابل فيزجر بسوقه وعلى الابل قوم في المحامل نيام فوطي بعير انسانا فقتله فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكب على البعير الذي وطئ وعلى الراكبين جميعا الذين قدام البعير الذي وطي على عواقلهم جميعا على عدد الروس والكفارة على الراكبين خاصة الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان القائد والسائق مقربان الى الجناية والركبان امام البعير كالقادة لما خلفهم والراكب على البعير هو القاتل بثقله فاشتركوا في سبب الضمان فاشتركوا عليهم والكفارة على راكب البعير الذي وطي خاصة ٭ لان القتل بثقله وبمنزلة المباشر ٭ وقال الكرخي ايضا ومن كان من الركبان خلف البعير الذي وطي لا يزجر الابل ولا يسوقها فلا ضمان على احد منهم لانهم ليسوا بقادة ولا سائقة الى هنا لفظه رحمه الله ٭ وذلك لانهم حالهم ليسوا قادة ولا سائقة ٭ وقال الكرخي ايضا ولما الركبان امام البعير الواطي فانهم جميعا قادة البعير الواطي وجميع ما خلفه ٭ قال القدوري في شرحه هذا محمول على انهم كانوا يفعلون فعل القود فاما اذا لم يكن فعل منهم في القود فهم كالمتاع فلا يجب عليهم الضمان فان الانسان قد يكون قايدا وان لم يفعل القود ٭ الا ترى ان النايم قد يكون قايدا ولا يكون سايقا اذا لم يفعل السوق فكذلك الا انه يرى ٭ قال في المغرب والقطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر قوله هذا اذا كان القائد في جانب من الابل ٭ اي وجوب الضمان على السائق والقائد جميعا فيما اذا كان السائق يسوق الابل غير اخذ بزمام البعير ٭ اما اذا اخذ الزمام فيكون الضمان عليه في الذي هو خلفه لا على القائد المقدم ٭ لانه لما انقطع الزمام عن القطار لم يكن القائد المتقدم قايدا لما خلف السائق ٭ فاما ما كان قدام السائق فيضمنه السائق والقائد جميعا لاشتراكهما في سبب وجوب الضمان لان كل واحد منهما مقرب الى الجناية هذا يقوده وذلك يسوقه قوله قال وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطي المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية ٭ اي قال في الجامع الصغير وتمامه فيه ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط ٭ اما وجوب الدية على عاقلة القائد لان القطار في يده فكان عليه حفظه ٭ واما الرجوع على عاقلة الرابط فلان الرابط هو الذي اوقع القائد في هذه الورطة ٭ قال الفقيه ابو الليث وهذا كما قالوا في رجل امر صبيا ان يقتل رجلا فالضمان على عاقلة الصبي ثم يرجع عاقلة الصبي على عاقلة الامر لانه كذلك هنا ٭ وهذا اذا لم يعلم القائد بربط البعير فاما اذا علم فقال لا يرجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط لانه رضي بالضرر لان القائد هو الذي اوقع نفسه في هذه الورطة ٭ وهذا اذا ربط في حالة السير فان ربط البعير والقطار واقف ثم قاد صاحب القطار وهو عالم بالربط او لا لا يرجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط لانه قاد المربوط بغير اذن الرابط ولانه لم يوجب الضمان على عاقلة القائد لان الرابط متسبب في الربط فلما قاد القائد ان الجناية عن سكانها فالضمان عليه وتعلق بالقائد وضع حجرا في الطريق فدحرجه اخر ٭٭٭ فعطب به انسان فضمانه على عاقلة الثاني دون الاول وليس كذلك المسالة الاولى لانه ربط البعير والابل سايرة فوجد من الرابط الاذن دلالة بقود المربوط فلذلك وجب الرجوع على عاقلة الرابط لانه صار سببا بربطه لا بطال المربوط بقود القائد ٭ وقال الكرخي في مختصره واذا كان الرجل يقود قطارا فجاء رجل فربط اليه

بعيرا والقايد لا يعلم فوطئ البعير انسانا فقتله فالدية على عاقلة القايد يرجعون بها على عاقلة الرابط • ولو كانت الابل وقوفا لا قائد لها فجاء رجل فربط اليها بعيرا والقايد لا يعلم فقادها وقاد البعير معها فوطئ انسانا فقتله فالضمان على القايد على عاقلته ولا يرجعون على عاقلة الرابط لان القايد احدث فعلا وهو قاد البعير ثم باذن له الرابط • فان كان القايد علم بالبعير في المسلمين جميعا انه قد ربطه اليه فقادها على ذلك فوطئ البعير انسانا فقتله فالدية على عاقلة القايد ولا يرجعون على الرابط الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** والقايد لا يعلم لا يبالي يعني ان لا يجب الضمان على عاقلة القايد بلا علم القايد لان الجهل يرفع الاثم لا الضمان كالنايم اذا انقلب على انسان فاتلفه • واما لا يجب الضمان عليهما في الابتدا • اي على القايد والرابط بسبيل الشركة بل تقدم وجوب الضمان على القايد وان كان كل واحد منهما سببا لان الربط من القايد بمنزلة التسبب من المباشر • لان التلف اتصل بالقود دون الربط فكان القود كالمباشر حكما فتقدم في وجوب الضمان على الرابط الا ان قرار الضمان على الرابط لان القايد مغرور من جهته • ولهذا لا رجوع عليه اذا علم القايد لا رتفاع الغرور **قوله** هذا اذا ربط والقطار يسير • اي رجوع ما لزمه القايد على عاقلة الرابط بما اذا كان الربط في حال سير القطار • اما اذا كان الربط في حالة الوقوف ثم قاد فلا رجوع بالضمان على عاقلة الرابط وقد مر بيانه **قوله** ومن ارسل بهيمة وكان لها سايقا فاصابت في فورها يضمن • اي قال في الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يرسل البهيمة ويكون سايقا لها فيصيب في فورها قال هو ضامن • وقال عن ابي حنيفة في الرجل يرسل البهيمة رجل ارسل طايرا فاصاب في فوره ذلك قال لا ضمان عليه • وكذلك الذي يرسل كلبه ولم يكن له سايقا فاصابه في فوره لم يكن عليه ضمان الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال الصدر الشهيد وعني اراد بالبهيمة الكلب • اراد بكونه سايقا ان يكون خلفه • وذلك لان الكلب يحتمل السوق كساير الدواب ناصبا اليه • اما البازي فلا يحتمل السوق لان سايق الطاير لا يكون الا الطاير الا انه اضيف الى المرسل في حق حل الصيد ضرورة اباحة الاصطياد البازي والكلب ولا ضرورة في حق الضمان • وكذلك لو ارسل كلبا على رجل حتى عقره او مزق ثيابه لا يضمن الا ان يكون اراد به اذا كان خلفه سايقا • وقيل اذا لم يكن خلفه نعم او تعلق بانسان ان كان غير معلم لا يضمن لان غير المعلم انما يذهب بطبع نفسه لا بالارسال • وان كان معلما فان ذهب يمينا وشمالا او ترك الوجه الذي ارسله ثم اتلف انسانا لا يضمن لانه ما ذهب الى الجهة التي ارسله اليها فانما ذهب بطبع نفسه فلا يضاف الى السابق • وان اصابه من الوجه الذي ساقه وارسله كان ضامنا لانه ذهب بارسال صاحبه فكان مضافا الى المرسل كذا ذكر الدين قاضي خان وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير • وذكر ابو الليث في الجامع الصغير انه اذا ارسل بهيمة • يعني كلبا او لم يكن سايقا لها فاصاب من فورها انسانا فالذي ارسلها يضمن • قال لانه اذا ارسلها وان لم يكن خلفها فما دام في فورها فكانه خلفها لكن نص ههنا • اي نص محمد في الجامع الصغير انه اذا ارسل كلبا ولم يكن سايقا فاصاب في فورها لا يضمن • ونص في الزيادات انه يضمن لكن وضع المسألة في العبد واشار الى ان الارسال بمنزلة السوق فكان هذا مويدا لقول الفقيه ابي الليث وعليه الفتوى الى هنا لفظ الصدر الشهيد • وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ارسل الرجل دابته في طريق المسلمين فما اصابت في وجهها ذلك فهو ضامن كما يضمن الذي ساق • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي يريد به اذا ارسله وضربه او زجره عند ذلك حتى صار له سايقا فاذا اصاب في تلك الحالة يضاف اليه • فان انعطفت يمينا او شمالا فلا ضمان عليه لان انعطافه لم يكن الا رسوله بل بمعنى حدث من نشاطه الا ان يكون له طريق غير الذي اخذت فيه فيكون ضامنا لان ذلك مضاف الى سوق السابق ايضا • وان وقفت ثم سارت خرج عن الضمان لان ارساله انتهى بالوقوف • ثم سيرها بعد ذلك ابتدا امر منها فلا يضاف اليه • وان ردها راد فالذي ردها ضامن لما اصابت في فورها ذلك لانه سايق لها ولا يرجع على سايقها بما ضمن الا اذا كان بامره فحينئذ يرجع عليه • واذا جال بها او فيها فسارت في نفسها فلا ضمان عليه لانه غير مضاف الى فعل احد كذا في شرح الكافي **قوله** وكذا اذا وقفت ثم سارت عطف على قوله انقطع حكم الارسال **قوله** بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت • يعني لا ينقطع حكم الارسال حتى اذا اخذ الصيد او اخذ الفهد بعد الوقفة يحل ذلك لان تلك الوقفة للاحتيال لاخذ الصيد فتحقق ذلك مقصود المرسل • اما الوقفة من الدابة بعد الارسال للمطايا تنافيه مقصود المرسل لان مقصوده هو السير لا الوقوف فينقطع حكم الارسال بالوقفة فكانت الواقعة من على طريقه نقيض مقصود المرسل وما فاته **قوله** وهذا الوقفة • اي وقعة الدابة بعد الارسال لا للاصطياد **قوله** وبخلاف ما اذا ارسله الى الصيد فاصاب انسانا او مالا في فوره لا يضمنه وفي الارسال في الطريق يضمنه • يريد به الفرق بين الارسال الى الصيد والارسال في الطريق في الاول لا ضمان عليه • وفي الثاني يجب الضمان هو اذا كان على الفور لان السبب انما يضمن اذا وجد منه التعدي والا فلا وفي الارسال الى الصيد لم يوجد التعدي لانه مباح • وفي الارسال في الطريق وجد التعدي لانه شغل طريق المسلمين • وقالوا في رجل له كلب عقور كلما مر عليه مار عضه فلاهل القرية ان يقتلوه فان عض هل يجب الضمان على صاحبه ان لم يتقدموا اليه قبل العض لا ضمان عليه • وان كانوا تقدموا الى صاحب الكلب فعليه الضمان بمنزلة الحائط المائل **قوله** ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان تركها الى قوله شاة لقصاب • وقوله على فوره • اي على فور الارسال والمراد منه ان لا ينقلب يمينا وشمالا • قال في الفتاوى الصغرى ارسل حماره فدخل زرع انسان فافسده • اي ساقه الى الزرع ضمن وان لم يسقها بان لم يكن خلفها لكن لم تنعطف الدابة يمينا وشمالا • وذهب الى الوجه الذي ارسله صاحبه فاصاب الزرع ضمن ايضا • وان انعطف يمينا وشمالا لا فاصاب الزرع ان كان له طريق اخر لم يضمن في ديانات شيخ الاسلام • وفي غصب النوازل صاحب الزرع اذا قاد الدابة ان دابتك في زرعي فاخرجها فخرج فاصابت ضمن لما افسدت في حال اخراجها • وان اخرج وامر باخراجها فلا ضمان عليه لانه نقل بامره هذا اختيار الفقيه ابو الليث • وقال ابو نصر يقول يضمن في الوجه الاخير ايضا **قوله** لما مر اشارة الى قوله انقطع حكم الارسال

قوله ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او ادميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار وقال محمد هي المنفلتة • اي فسر العجماء التي جرحها جبار هي المنفلتة لان الدابة اذا انفلتت شيئا على فور الارسال يجب الضمان ولا يكون جبارا • قال في الفتاوى الصغرى دابة لرجل ذهبت ليلا او نهارا بغير ارساله فافسدت زرع رجل لا ضمان عليه لانه لم يكن انما ذهبت دابته بغير صنعه • وقد قال الله تعالى فلا عدوان الا على الظالمين وقال الشافعي رحمه الله ان كانت ذهبت ليلا ضمن وان كانت ذهبت نهارا لا يضمن • وقال الصدر في شرحه وسوا كان انفلاتها في ملك صاحبها او في الطريق او في ملك غيره لانه لا صنع له في انفلاتها ولا يمكنه الاحتراز عن فعلها فلا يضمن ما تولد منه **قوله** من الارسال واخواته الضمير راجع الى الارسال واراد باخوات الارسال القود والسوق والركوب **قوله** فالشاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله في شاة القصاب وبقرة الجزار وجزور الجزار فقئت عين واحدة منهن قال في الشاة ما نقصها • في البقرة ربع ثمنها وفي البعير ربع ثمنه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • قال فخر الاسلام وانما وضع المسألة هكذا لان على هذا الوجه ليس المراد اللحم وان كان لحم فان الجواب مع ذلك مختلف والفرس والحمار والبغل مثل البعير والبقر • وقال الناطفي في كتاب الاجناس وقال ابو يوسف في ذلك كله عليه ما نقصه في جميع البهايم • وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير • وقال الشافعي يجب النقصان لان الواجب ضمان المال دون النفس فيتقدر بنقصان المالية كما في الشاة • واصحابنا احتجوا بما روي خارجة بن زيد بن ثابت عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب ذلك • وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى بذلك ايضا فتركنا القياس بهذه الاثار في الجزور واخذنا بالقياس في الشاة • ولان الشاة لا تعمل ولا تركب ولا يحمل عليها بل ينتفع بلحمها فلا تضمن الا النقصان من غير تقدير فاما ما ذكرنا من البهايم تركب ويحمل عليها وتعمل لكنها عاملة لبني ادم فاشبهت الانسان من وجه والشاة من وجه فوجبت بنصف التقدير الواجب في الانسان عملا بالشبهين فوجب الربع لشبه الانسان وسقط الربع لشبه الشاة • ولان ساير البهايم لا تعمل لبني ادم الا باربعة اعين عيناها وعينا الادمي الذي يستعملها فصار كان لها اربعة اعين فوجبت في العين الواحدة ربع القيمة • قال فخر الاسلام فالمعتمد هو التعليل الاول لان العينين لا تضمنان بنصف القيمة • يعني لو كان يعتمد على التعليل الثاني لوجب نصف القيمة في فقيهما جميعا وليس كذلك بل تجب القيمة فيهما • واذا ثبت ما قلنا ثبت ان القياس لا يبطل بالتعيين الذي والنص فلذلك استوى التعيين لذلك وعدمه **قوله** ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربها بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب • والمسايل المذكورة من هذا الموضع الى الباب ليست بمذكورة في البداية وهي من مسايل الاصل ذكرها هنا تفريعا • وقال في الاصل فاما اذا سار الرجل على دابته في الطريق فنخسها رجل او ضربها فنفحت رجلا فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب قال بلغنا ذلك عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما • ولان الدابة بالنخس صارت مدفوعة على ذلك فاضيف فعلها الى الناخس • او يقال سببا الناخس لذلك على معنى انه لو نخسه لما فعل ذلك وهو متعد فيه ولا ضمان على الراكب لانه لا صنع له فيه ولا يقال قد قال في هذا الباب قبل هذا • وقال اكثر المشايخ ان السابق لا يضمن النفحة اي الرجل والذنب وعلى ما قيل لا يمكن التحرز عنه فكان ينبغي على هذا ان لا يضمن الناخس النفحة • لانا نقول ذلك اذا كان مأذونا • اما اذا كان متعديا فلا فرق بين ما يمكن التحرز عنه وبين ما لا يمكن يجب الضمان عليه للتعدي في السبب حتى لو كان النخس باذن الراكب وهو يسير فلا ضمان في النفحة لعدم التعدي لا على الناخس ولا على الراكب **قوله** وان نفحت الناخس كان دمه هدرا • قال في شرح الكافي ولو نفحت الناخس كان دمه هدرا كانه قتل نفسه • ولو القت الراكب من تلك النخسة فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه هو الذي حملها على ذلك فصار كانه هو الملقي اياها • قال في شرح الكافي وكذلك لو وثبت من نخسه على رجل فقتلته او اوطات رجلا فقتلته لانه كالملقي للدابة على ذلك الذي وطئته او وثبت عليه • والواقف في ملكه والذي يسير سوا لان معنى الحمل لا يختلف فيجب الضمان على الناخس **قوله** وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها وذلك لانه من جملة السوق والراكب يملك ذلك فكذا غيره باذنه ثم لا يتوهمه هذا فلا يضمن كما لو فعل الراكب بنفسه **قوله** ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها • وذلك لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما الناخس والراكب جميعا فما حدث من ذلك يكون عليهما جميعا • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال في الكتاب بينهما الا ان سايق وراكب • والحكم في الراكب مع السايق هكذا اذا كان السوق باذنه • ثم قال شيخ الاسلام وفيه اشكال من وجهين احدهما انه اذا نخس باذنه او ساق باذنه ينبغي ان لا يواخذ به لانه لا يبق متعديا في حق نقل الربط لانه لا يتنقل الفعل الى الراكب قلنا انه انما يصح من حيث انه سوق لا من حيث انه اتلاف • فاذا ظهر له اثر في محل اخر ثبت انه متعد فيه • والثاني ان الراكب صاحب علة والسايق والناخس صاحب شرط في حق الحكم واضافة الحكم الى العلة اولى من اضافته الى الشرط • قلنا انما يمتنع ترجيح العلة على الشرط اذا كان الشرط شرط تلك العلة • اما اذا كان شرط علة اخرى والعلة في محل اخر لا يمتنع به الترجيح • الا ترى ان من جرح انسانا ثم سقط المجروح في البير حفرها السقوط والجرح جميعا يجب الدية عليهما • ولا يقال احدهما صاحب علة والاخر صاحب شرط لما ان الجرح علة في محل والحفر شرط علة في محل اخر وههنا كذلك • فان الراكب صاحب علة في نقل الوطء على معنى انه مستعمل لرجل الدابة في الوضع والرفع فصار ذلك لانه بمنزلة فعل رجله حينئذ اذ رجل الدابة اله محضة بمنزلة ساير الالات عليه والناخس ليس بمحصل شرط تلك العلة بل هو محصل شرط السير والسير علة الوطء فصار بمنزلة محصل علة العلة والحكم لا يمتنع اضافته الى علة العلة مع كون مضافا الى حقيقة العلة فلهذا اوجبنا الدية عليهما كليهما • وقال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي انه هل يرجع الناخس والسايق على الراكب اذا فعل ذلك باذنه ينبغي ان يرجع لانه فعل بامره والامر صحيح ظاهر فيرجع به العامل على غيره كالمودع ونحوه وقيل لا يرجع قال صاحب الهداية وهو الاصح فيما اراه اي فيما اظنه • وذلك لانه امر بالنخس لا بالايطاء وقد ينفصلان لانه لا يلزم من وجود النخس وجود الايطاء لا محالة وصار كما اذا امر صبيا لا يستمسك على الدابة بتسيير الدابة فوطئت الدابة انسانا فقتله يلزم الدية على العاقلة ولا يرجعون بها على الامر لانه امر بالتسيير لا بالايطاء وهما منفصلان • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب جناية الصبي

فاذا حمل الرجل الصبي الحر على دابة وقال له امسكها لي وليس منه تسيير فسقط الصبي عن الدابة فمات فالرجل ضامن لديته على عاقلته سوا كان صبيا يركب مثله او لا يركب مثله لان الحامل متسبب لتلفه لانه لو لا حمله لما سقط وهو متعد في ذلك اذا لم يكن تسيير منه شرعا والمتسبب كالمباشر في هذا الباب اذا كان متعديا اصله حافر البير • ولو صار الصبي فاوطا انسانا فقتله وهو يسير على الدابة يستمسك على الدابة فدية القتيل على عاقلته لانه احدث السير بغير امر الرجل يريد به انه مختار في تسيير الدابة وهذا الذي حدث بسير الدابة وهو مضاف الى الصبي لا الى الحامل لان الحمل ليس بسبب لتسيير الدابة • ولو كان سببا فقد اعترض عليه فعل فاعل مختار فانقطع نسبة اثر التسبب منه • ولو كان الصبي لا يستمسك على الدابة ولا يسير الدابة فدم القتيل هدر • لان سير الدابة لا يضاف اليه ولا الى الحامل فصار قتيل الدابة فيهدر دمه • ولو كان الصبي مستمسكا عليها او غير مستمسك عليها فسارت الدابة فوقع الصبي وهو يسير فمات فديته على عاقلة الذي حمله • لان السقوط من مسببات الحمل سار او لم يسر فنسب الى الحمل • قوله وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى من لا يرجع على عاقلة الامر • قال شيخ الاسلام بشرط التعدي والباقي يعلم في شرح الكافي • قال علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو امر رجل صبيا فقتل رجلا كانت الدية على عاقلة الصبي لتحقق المباشرة وهي على العاقلة لان عمده وخطاه سوا ويرجعون بها على عاقلة الامر لانهم انما وقعوا في هذا الضمان بسبب امره ولو لا امره لما باشر الصبي هذا الامر • ثم قال في شرح الكافي واذا اعطى الرجل الصبي عصا او سلاحا ولم يامره بشي فعطب الصبي بذلك فضمانه على عاقلة الرجل لانه سبب لهلاكه فلو لا دفعه الالة اليه لما عطب به والدية تجب بالسبب المحض كما تجب بالمباشرة • وان قتل الصبي نفسه بذلك او قتل به رجلا لم يضمن الدافع شيئا لانه مختار في استعمال الالة فلا يضاف استعمالها الى الدافع • قوله ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطا على فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه • قال الكرخي في مختصره ولا يكون على الناخس ضمان حتى يعلم ان الذي اصابت كان في فورها الذي نخسها فيه • قوله ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فعلى الناخس • وذلك لان الانفلات اثر فعل الناخس وهو شرط التلف فما اصابت في فورها وهو متعد فيضمن • وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لان الضمان على الناخس لا غير فلو امره القائد او السائق بالنخس فلا ضمان على احد لعدم التعدي وقد صرح في شرح الكافي • قوله والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته • اي في رقبة العبد لانه كالجناية يدفعه مولاه او يفديه كما هو الاصل في جناياته • ولو كان الناخس صبيا فهو كالرجل لانه يؤخذ بافعاله كالبالغ • قوله ولو نخسها بشي منصوب على الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشي • وذلك لانه بالنصب حصل شرط التلف لانه لو لا هذا لما نفحت الدابة وهذا متعد فيه فيؤخذ به • قال في شرح الكافي واذا كان الرجل يسير على الدابة في الطريق وامر عبده فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما كانه نخس بنفسه • وان وطيت في فورها ذلك انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه به او يفديه ثم يرجع بقيمته على الذي امره بالنخس • وكذلك الدافع بالسوق او القود لانه استعمله في امر تعلق به ضمان فصار غاصبا اياه وقد لحقه ضمان فيرجع مولاه بذلك عليه لانه يلزمه ان يرده اليه سليما وقد رده مشغولا فلا يكون رادا معنى فلهذا يرجع عليه بالاقل من قيمته ومما فداه • ولو كان الراكب عبدا فامر عبدا اخر فنخس دابته فوطيت انسانا فقتلته فالدية على اعناقهما نصفين • لانهما الجانيان والضمان عليهما ولا شي على الراكب فيما امر به اذا كان محجورا عليه حتى يعتق فيكون عليه قيمة المامور • لان المحجور لا يؤخذ باقواله لانه لا يعتبر قوله في حق المولى فلا يؤخذ به حتى يعتق • ولو كان تاجرا او مكاتبا اخذ به لانهما اهلان يلزمهما حكم الاقوال

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من جناية المالك وهو الحر شرع في جناية المملوك

واخر ذكرها لانحطاط رتبة المملوك • قوله واذا جنى العبد جناية خطا قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه • اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره • واذا جنى عبد على حر او على عبد جناية خطا في نفس او فيما دونها فقل ارشها او كثر فذلك في رقبة العبد الجاني لا يتعلق بذمة المولى منه شي • او يقال للمولى ادفعه بجنايته او افده بجميع ارش الجنايات قليلا كان الارش او كثيرا بالغا ما بلغ الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وقال القدوري في شرحه وقال الشافعي جناية العبد يباع فيها الا ان يفديه المولى • وذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي مذهب مالك كذلك • وقال مالك تجب ذلك في عنق العبد يباع فيه الا ان يفتديه السيد • وقال الكرخي في مختصره واذا جنى العبد فعلى مولاه ان يدفعه او يفديه او ليليه • فان كانت الجناية اكثر من قيمة العبد لم يكن على السيد ان يفديه باكثر من قيمته وقال الخرقي في مختصره اشارات الاسرار جناية العبد اذا اوجبت مالا كان موجبها الدفع وله ان يتخلص بالفدا وقال الشافعي يتعلق بذمته ويباع فيه كما في ضمان الاستهلاك في الاموال • والخلاف يظهر في اتباعه بعد العتاق عند الخصم • وجه قول مالك والشافعي ان الاصل في ضمان الاتلاف ان يجب على المتلف وانما وجب في الاحرار على العاقلة بخلاف القياس وهذا التزمه في شناه لان العبد لا عاقلة له فيجب عليه لانه هو الجاني فيباع بها ويتوفى الباقي بعد العتق • ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم كالقدوري وغيره عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال اذا جنى العبد ان شا دفعه وان شا فداه • وعن عمر رضي الله عنه انه قال عبيد الناس اموالهم وجناياتهم في قيمتهم • ومثل روي عن علي مثله • ولان هذه جناية خطا فيكون موجبها على من ينصر بها قياسا على الحر • وهذا لان الشرع انما اوجب في جناية الحر على العاقلة نظرا للخاطي لعجزه عن اداء ما لزمه لكثرته بحمل الدية والزامها على العاقلة تخفيفا لانهم اهل نصرته وهذا المعنى موجود هنا ايضا لان عجز العبد اظهر من عجز الحر والمولى يتحامل عنه بما دونه بطريق النصرة الا انا لم نلزم الضمان على المولى حتما لانه ربما لا يقدر على ذلك لانه واحد كالجاني فجعلنا المولى مخيرا ان شا دفعه الى اوليا الجناية وان شا فداه تخفيفا للمولى • لان في التخيير نوع تخفيف ثم اذا دفعه الى ولي الجناية او مات بعد ما قبله سقطت المطالبة كجناية العمد • ولان المولى انما يطالب بالجناية لاجل ملكه • فاذا سقط حقه عنه زالت المطالبة كالوارث اذا خلى بين الورثة وبين التركة • وكذا اذا فدى تسقط المطالبة لانه لا حق لولي الجناية الا في الارش • فاذا استوفاه سقط حقه وقد اختلف مشايخنا في الموجب الاصلي • قال بعضهم الواجب الاصلي هو الفدا • واختاره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لان الامر

من الفدا المتلف ولكن الدفع يخلفه • وقال بعضهم انه الدفع واليه مال صاحب الهداية وصاحب الاشارات بدليل ان المطالبة تسقط عن المولى اذا مات العبد قبل اختيار المولى الفدا فلو لم يكن الواجب الاصلي هو الدفع لم تسقط المطالبة • قوله كما في الدين يعني يجب ضمان جناية العبد في الشرع في ذمته كما يجب الدين في ذمته • وفي بعض النسخ كما في الذمي • يعني ان جناية العبد خطا يجب في ذمته كما في الذمي اذا جنى يجب في ذمته لا على عاقلته • لان الاصل في الجناية ان يجب على المتلف وهو الصحيح احترز به عن قول من قال لان العبد اشتغل بجرائمه حيث قال بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون بما بينهم • اي لا يتناصرون فلا عاقلة له اذن لان التعاقل بالتناصر • قوله [illegible] • قوله الا انه يخير بين الدفع والفدا لانه احد وهذا استثنا من قوله والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به • بيانه ان ضمان جناية الحر انما وجب على العاقلة تخفيفا على الجاني لانه خاطي لا عامد وههنا في جناية العبد خير المولى بين دفعه وبين الفدا تخفيفا ايضا لان في التخيير نوع تخفيف ايضا لان في تعيين احد الامرين تضييقا لا محالة وطريق التخفيف في حق المولى واحد بخلاف التخفيف في العاقلة لان ذلك بتقسيم الدية عليهم لكثرتهم • قوله كما في مال الزكاة • يعني ان العبد الجاني اذا هلك قبل اختيار المولى الفدا سقط موجب جنايته كمال الزكاة اذا هلك بعد حول لان الحول يسقط الواجب وان كان لصاحب المال ولاية اداء الزكاة من مال اخر لان محل الوجوب فات • قوله بخلاف موت الجاني الحر يعني ان موت العبد الجاني يسقط الموجب لان الواجب يتعلق براسه فاذا فات بطل حق الجناية • بخلاف موت الجاني الحر حيث لا يسقط موجب جنايته عن العاقلة لان الواجب لم يتعلق بذمة الجاني استيفا فموته كموت عبد الخدمة في صدقة الفطر بعد طلوع الفجر من يوم الفطر حيث لا يسقط صدقة الفطر عن المولى • قوله فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها • اي قال القدوري في مختصره يعني كان يقال للمولى العبد في جنايته خطا ادفعه او افده فان دفعه الى ولي الجناية ملكه وسقطت المطالبة عن المولى • وان فداه فداه بارش الجناية قليلا كان الارش او كثيرا وسقطت المطالبة ايضا وقد مر قبل هذا انهما اختار المولى من الدفع او الفدا لزمه حالا • اما اذا اختار الدفع فظاهر لان التاجيل في الاعيان لان التاجيل انما شرع للتحصيل رفقا وتحصيل الحاصل محال • واما اذا اختار الفدا فكذلك لان الفدا بدل عن العبد في الشرع فكان قايما مقامه • الا ترى انه يسمى فدا وهو ما يستنقذ به الشي فيقوم مقامه • فاذا كان الفدا قايما مقام العبد اخذ حكمه فلم يصح التاجيل في الفدا كما لم يصح في الدفع غاية ما في الباب ان الفدا يتقدر بالارش قليلا كان او كثيرا وهذا لا يمنع ان يكون بدلا عن العبد قايما مقامه • قوله وعند اختياره الواجب عين • اي وعند اختيار المولى الدفع الواجب عين وهو العبد فلا جرم وجب الدفع حالا • قوله وايهما اختاره وفعله لا شي لولي الجناية • يعني اذا اختار المولى الدفع او الفدا تسقط المطالبة عن المولى بعد ذلك وقد مر بيانه قبل هذا • قوله فان لم يختر شيئا حتى مات العبد لم يكن لولي الجناية على المولى شي من ارش جنايته • وهذا لان الحق كان يلزم المولى في الرقبة فاذا تلفت سقط ما لزمه بالهلاك كهلاك المال بعد وجوب الزكاة فيه ولانها جناية من العبد فتسقط بموت العبد كما في العمد • قوله على ما بيناه اشارة الى قوله الواجب الاصلي الدفع • قوله وان مات بعدما اختار الفدا لم يبرا ذكره تفريعا ايضا • قال الكرخي في مختصره فاذا مات العبد بعد ما اختار المولى الفدا فان الفدا عليه لا يبرا منه بموت العبد • وذلك لان الاختيار نقل الحق من الرقبة الى ذمة المولى • فاذا مات العبد لم يبطل ما في ذمة المولى من الدين كساير الديون • قوله فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الاولى • اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية معناه بعد الفدا • يعني اذا فدى المولى عبده من جنايته فعاد العبد بعد ذلك فجنى جناية خطا كان حكمها حكم الاولى حتى يخاطب المولى بالدفع او الفدا ثانيا • وذلك لما فداه عن الاول فرغت ذمته عن الجناية فصار كانه لم يجن الا هذه الجناية فكان الحكم فيها الدفع او الفدا • وانما قال صاحب الهداية بقوله معناه بعد الفدا لانه اذا جنى ثانيا قبل الفدا كانت في مثل المسئلة الاولى • قوله لما طهر [illegible] • قوله فان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما • اي قال القدوري في مختصره قال الكرخي في مختصره • فان جنى العبد على جماعة فان للمولى ايضا الخيار ان شا اسلمه اليهم بارش الجنايات كلها • وذلك لان تعلق الجناية برقبته لا يمنع تعلق مثلها كما لا يمنع الدين من الدين وكما لا يمنع حق مرتهن في الجناية • واذا تعلق حق الجماعة بالرقبة كان على المولى ان يدفع اليهم يقتسمون الرقبة على قدر حقوقهم او يفدي بجميع ارش جناياتهم وللمولى ان يخالف في هذا بين الاختيار فيفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان كل واحد منهم لا تعلق لحقه بحق صاحبه فجاز ان يختار في حق احدهم غير ما يختار في حق الاخر كما لو انفرد كل واحد منهم وليس هذا كالعبد اذا قتل رجلا خطا وله وليان فاختار المولى الفدا من احدهما والدفع الى الاخر ان ذلك لا يجوز لانها جناية واحدة حكمها بين الدفع او الفدا فلم يملك تبعيض موجبها وفي مسئلتنا هي جنايات مختلفة • واذا اختلفت جاز ان يملك تبعيض موجب الجناية • واما كيفية القسمة فمثل ما بينا انه يدفع اليهم بقدر حصصهم بيانه فيما اذا قتل رجلا خطا وفقا عين اخر ثم اجتمعا واختار المولى الدفع فانه يدفع العبد اليهما اثلاثا • لان لولي المقتول عشرة الاف الدية ولصاحب العين خمسة الاف وجبت حق المفقوءة عينه في نصف الدية • ولكل واحد منهما بدل شي صحيح فيضرب بجميع حقه فيقتسمان اثلاثا ولو كان شج رجلا موضحة واخر هاشمة واخر منقلة ثم اختار المولى الدفع دفع الى صاحب الموضحة سدس العبد والى صاحب الهاشمة ثلثه والى صاحب المنقلة نصفه • لان لصاحب الموضحة خمسا ولصاحب الهاشمة عشرا ولصاحب المنقلة خمسة عشر فاقسموا الرقبة على ذلك كذا ذكر القدوري في شرحه • قوله على قدر ارش جنايتهما • قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية براي الرقبة على تاويل العبد او المذكور • فان قلت ما الفرق بين هذه المسئلة حيث لم يمنع تعلق الاولى تعلق الثانية وبين الرهن حيث يكون المرتهن مقدما على ساير اصحاب الدين ويمنع تعلق حقه به تعلق حقهم به • قلنا لان الرهن ايفا حكمي والارتهان استيفا حكمي فلو وجد الايفا والاستيفا حقيقة ثم لحق الدين الاخر لم يكن لصاحب الدين المتلاحق سبيل فكذا في الايفا والاستيفا حكما • بخلاف ما نحن فيه فان حق الاول مجرد تعلق ليس فيه معنى الايفا • والاستيفا لا حقيقة ولا حكما فظهر الفرق • قوله والحر يجب للمقتول اولا ثم للوارث

فلا دفعه هذا جواب سؤال مقدر • بان يقال الجناية وان كانت متحققة بالنظر الى المقتول محتملة بالنظر الى المستحق فينبغي ان يكون للاولياء
ولاية الفداء احدهما والدفع من الاخر كما في الجنايات المحتملة فاجاب عنه بهذا • يعني ان الاصل في ثبوت الحق واستحقاقه هو المقتول
يجب الحق له اولا ثم يخلفه الوارث فكانت الجناية متحدة فلم يملك تبعيضها **قوله** فلابد من التشريك في موجبها • اي في موجب
الجنايات المختلفة وهذا مرتبط بقوله وفي الجنايات المختلفة **قوله** فان كان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته
ومن ارشها • وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش • اي قال القدوري في مختصره ان ضمن المولى الاقل من قيمة العبد الجاني
ومن ارش جنايته ايهما كان اقل من الاخر يلزمه ذلك • وان كان اعتاقه بعد العلم بالجناية يكون مختارا للفداء فيلزمه الارش قليلا كان
او كثيرا • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله واذا قتل عبد قتيلا خطا فاخرجه المولى من ملكه ببيع او عتق او اعتقه او دبره او كانت
امة فاستولدها الا من رجل وهو يعلم بالجناية فهو مختار وعليه الدية • وان كان لا يعلم فعليه قيمته عبدا • وكذلك جنايته ان كانت
فيما دون النفس فيفعل شيا من هذا وهو يعلم فعليه ارش الجناية وان كان لا يعلم فعليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله • وذلك لان المولى مخير في جناية العبد بين الدفع والفداء من غير امرين فيفعل ما يدل على اختيار احدهما يتعين عليه
الاخر • ومعلوم انه اذا باعه او وهبه مع العلم فقد تعذر عليه دفعه فصار بذلك مختارا للفداء دلالة • وكذلك اذا اعتقه
لان الاختيار قد يكون صريحا وقد يكون دليلا وقد يكون ضرورة • والاعتاق اختيار دلالة او ضرورة • لانه لما اعتق مع
علمه بالجناية فقد اختار امساكه لنفسه فصار اختيارا للوجه الاخر دلالة • او لانه فوت محل الدفع اختيارا فتعين الوجه الاخر عليه ضرورة
وكذلك اذا دبره او كاتبه او باعه لانه صار ممتنع الدفع في هذه الوجوه • قال الحاكم في الكافي ولو كانت امة فجامعها او زوجها او
او رهنها او استخدمها لم يكن مختارا وذلك لانه لم يصر ممتنع الدفع • وذكر الطحاوي في مختصره انه يكون مختارا اذا اجر او رهن مع العلم
وذلك لانه لا يمكنه الدفع في الحال فاشبه البيع • اما اذا فعل ما يكون به مختارا وهو لا يعلم الجناية لا يكون مختارا بل عليه الاقل من
قيمة العبد ومن الارش لان الاختيار لا يتحقق بلا علم لانه محال • وهذا لانه ما منع المسلم مع تعلق حق ولي الجناية لزمه الاقل لان
الارش ان كان اقل من قيمته فلا حق لولي الجناية فيما زاد عليه • وان كان الاكثر فالمولى لم يتلف الا رقبة العبد فيلزمه قيمتها • فاما اذا
امر العبد الجاني ليس مع العلم بالجناية قال القدوري في شرحه ذكر في الاصل انه لا يكون مختارا • وفي غير الاصول انه يكون مختارا
وهو الذي ذكره ابو الحسن الكرخي • وجه ما في الاصل ان الاقرار لا يوجب سقوط حق ولي الجناية ولم يوجب نقل الملك لجواز ان يكون
الامر على ما قال المقر فكان للبينة ثابت بالملك • وجه الرواية الاخرى ان العبد على ملكه في الظاهر فاذا اقر استحقه المقر له باقراره
فصار كالبايع او وهبه • وقال القدوري ايضا في شرحه قالوا العبد اذا جنى فقال الذي في يده هذا عبد فلان اودعنيه فان
اقام البينة على ذلك دفع الخصومة عن نفسه لانا بينا ان العبد في يده من جهة غيره وان الغائب قائم مقام نفسه في الحفظ وذلك من
احكام الجناية فلم يلزمه حكمها • فان لم يقم له بينة قيل له ادفعه او افده لان حكم الجناية يتعلق به • فاذا اقام على عين لم يقبل بغير
بينة • فان اختار الفدا ثم حضر الغائب وصدقه فهو متطوع في الفدا لانه فدى ملك غيره بغير امره وقد كان يمكنه ان يتخلص من الفدا
بالدفع فاذا اختاره كان متبرعا • وان اختار الدفع ثم حضر الغائب فصدقه قيل له ان شئت فانقض الدفع لان المصدق بما استند
الى الاقرار الاول فصار مالك العبد من ذلك الوقت وقد دفعه من ليس له ذلك فان شاء اجاز دفعه وان شاء فسخ وفدى • وقال
القدوري ايضا قال ابو يوسف في عبد او رجل وثبت دابة وعليه جناية فهو على ثلاثة اوجه ان صدقه المقر له في الملك والجناية قيل
للمقر له ادفع او افد بالارش لانهما تصادقا على الملك على الجناية فكان ذلك كان معلوما فلا يكون الذي في يد العبد باقراره بعد
الجناية مختارا • لان الاقرار لا ينقل الملك وانما هو اخبار عن ملك سابق • وقال زفر يكون مختارا لان الملك له في الظاهر وقد
انتقل بالاقرار بعد الجناية • فاما ان صدقه المقر له في الملك وكذبه في الجناية فلا شي على واحد منهما • لان الذي في يد العبد اقر بجناية
على ملك غيره والمالك لم يقر بها على نفسه الا ان يكون الذي في يده كان قد ادعى هذا العبد لنفسه فيكون مختارا لانه في حكم من نقل الملك
باخباره • واما ان كذبه المقر له في الملك والجناية فيقال له ادفعه او افده لان الاقرار بطل بالتكذيب وكانه لم يكن كذا في شرح
مختصر الكرخي **قوله** لان في الاول • اي فيما اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية **قوله** وفي الثاني اي فيما اذا اعتقه بعد
العلم بالجناية **قوله** وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد • يعني اذا وجد احد هذه الاشياء من المولى بعد العلم
بالجناية يكون مختارا للفدا • واذا وجد قبل العلم بالجناية لا يكون مختارا للفداء بل يلزمه الاقل من قيمة الجاني ومن ارش الجناية **قوله**
والحقه الكرخي بالبيع • اي الحق الاقرار من قبله **قوله** واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها اي اطلاق جواب
مختصر القدوري يتناول النفس وما دونها لان الجناية اعم من ان تكون واقعة على النفس او على ما دونها فيكون مختارا للفدا اذا فعل شيا من
الاشيا بعد العلم بالجناية سواء كانت الجناية على النفس او على ما دونها وان فعل قبل العلم يلزمه الاقل من قيمة الجاني ومن الارش **قوله**
وكذا المعنى لا يختلف • اي لا يختلف المعنى الذي يكون به مختارا للفدا او لا يكون مختارا في النفس وما دونها لانه لا يصح الاختيار بدون العلم
فاذا علم وفعل بعد ذلك الاعتاق ونحوه كان مختارا • وان فعل ولم يعلم لم يكن مختارا ويلزمه الاقل لانه لا حق لولي الجناية فيما زاد
على الارش اذا كانت الارش اقل • واذا كانت قيمة الجاني اقل لم يلزم المولى ذلك لانه لم يفوت بفعله غير ذلك **قوله** والاطلاق في البيع
ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري • هذا على قولهما ظاهر لان خيار المشتري لم يمنع ملك المشتري عندهما وكذا عند ابي حنيفة ايضا
لانه يزول به ملك البايع وان لم يملك المشتري • فاذا باع مع العلم بالجناية والخيار للمشتري فقد فوت محل الدفع فكان مختارا للفدا
بخلاف ما اذا باع والخيار له لا للمشتري حيث لا يكون مختارا للفدا لانه ما فوت محل الدفع فلم يوجد دليل اختيار الفدا • وكذا اذا

عرضه

عرضه على البيع بعد العلم بالجناية لا يكون مختارا للفداء لانه لا يزول الملك بمجرد العرض فبقي الدفع ممكنا كما كان • وقال القدوري في شرحه
وقال زفر العرض اختيار لانه يدل على تبقية الملك • ولو باع بيعا فاسدا لا يكون مختارا للفداء بمجرد البيع ولا يزول الملك الا اذا سلمه الى المشتري
فحينئذ يكون مختارا لزوال الملك بالتسليم • واذا كاتبه بعد العلم بالجناية كتابة فاسدة بان كاتبه على خمر او خنزير كان مختارا للفداء
لان موجب عقد الكتابة وهو خروج العبد من يد المولى لا من ملكه يثبت قبل قبض البدل فكان مختارا بنفس العقد **قوله** ولو باعه المولى
من المجني عليه فهو مختار • بخلاف ما اذا وهبه منه • قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قالوا في عبد قطع يد رجل فوهبه مولاه له
فلا شي على المولى • وان باعه من المجني عليه كان مختارا • وذلك لانه لو لم يهبه امكنه التخليص من الجناية بتسليمه • فلو وهبه له لان
والهبة لا توجب الضمان • فاما البيع فيجوز ان يوجب الضمان على البائع فصار كالبيع من اجنبي • ولان الهبة تقع موقع الدفع المستحق
لانه يملك بغير عوض والبيع لا يقع موقعه لانه يملك بعوض • قال ولو امر المولى المجني عليه بقتله فاعتقه صار المولى مختارا اذا كان عالما
بالجناية • لان المجني قائم مقامه في العتق فكانه اعتقه بنفسه **قوله** بما ذكرناه • اي في العلم بالجناية وعدمه **قوله** ولو
ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية وذلك على سبيل التفريع • قال الكرخي في مختصره ولو ضربه ضربا اثر فيه ونقصه وهو يعلم
بالجناية فهو مختار • وان كان لا يعلم فان عليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية الا ان يرضى ولي الدم ان ياخذه ويبرى ذلك النقصان بغير
شي يلزمه لذلك النقصان الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • قال القدوري في شرحه وهذه المسئلة لم يذكر جوابها في الاصل فقالوا يكون هو
مختارا • واما روي عن ابي يوسف انه قال هذا التفصيل فحمل ابو الحسن ما اطلقه في الاصل على تفصيل ابي يوسف • الدليل على انه يكون
مختارا انه حبس جزا من العبد بفعله ومنع من تسليمه فصار كانه قال اخترت بعضه دون بعض فيكون مختارا لجميعه • والذي قاله ابو يوسف
يجوز ان يكون قولهم لان المنع من الدفع مع النقصان انما يثبت لحق ولي الجناية فاذا رضي به فكانه نقصانه من السما • وقال الكرخي في مختصره
ولو قرن المولى خطا فابيضت عينه وهو يعلم بالجناية فهو مختار • فاذا ذهب البياض قبل ان يخاصم فانه يدفع او يفدي وليس هذا اختيار
وذلك لان البياض العين يمنع من الدفع للنقص الحاصل وذلك النقص مراعي لجواز ان يزول • فاذا زال صار كانه لم يكن • وقال الكرخي
ايضا ولو حكم في حال البياض بنقصه القاضي الدية وكذا كان الضرب من المولى وهو يعلم بالجناية ثم ذهب البياض فاقتضا فانه لا يرد • لان
تعذر الدفع كان مراعى فلما حكم الحاكم باحد وجهي المراعاة سقط الاخر **قوله** وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا وذلك
على سبيل التفريع ايضا • اي يكون مختارا للفدا بوطي البكر • وان لم يكن الوط معلقا لانه اتلف جزا منها بطريق المشاهدة **قوله**
لما قلنا اشارة الى قوله لانه حبس جزا منه **قوله** بخلاف التزويج • اي لا يكون مختارا للفدا بالتزويج لانه ليس بنقص حقيقة وحكما
وانما هو عيب حكمي **قوله** وبخلاف وط الثيب على ظاهر الرواية • اي لا يكون مختارا للفدا بوط الثيب وهذا هو ظاهر الرواية
قال القدوري في شرحه • ومن اصحابنا من روى عن ابي يوسف ان الوط اختيار في الثيب • وجه قولهم المشهور انه استوفى منفعة
على ملكه بحيث لا يوجب نقصانا في العين فلا يمنع الدفع كالاستخدام وليس هذا كوط البكر لانه اتلاف جزء منها بطريق المشاهدة • ولابي
يوسف ان الوط لا يجري مجرى اتلاف جزء • الا ترى انه اذا حصل في ملك الغير لم يخل من عقوبة او حد • اما اذا علقت فقد تعذر
الدفع فيها بالاستيلاد فصار مختارا **قوله** وبخلاف الاستخدام • اي لا يكون مختارا للفدا ايضا • قال الكرخي في مختصره فان
استخدمه بعد العلم بالجناية فعطب في الخدمة فلا ضمان عليه ولا يكون هذا اختيارا • وذلك لان الخدمة لا يختص بالملك فلا يدل على اختيار
الملك • ولهذا قالوا في العبد المشروط فيه الخيار اذا استخدمه المشتري ان خياره باق فكذلك لا يدل على الاختيار هاهنا ولا يضمن
المولى عطبه في الخدمة لانه ليس بمتعد في استخدامه • الا ترى ان منافعه على ملك المولى فهو من الخدمة كموته بافة سماوية • وكذلك
لو كان عليه دين فاستخدمه لم يضمن لما بينا ان المنافع على ملكه فاستخدامه ليس بتعد **قوله** ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن
في الاظهر • قال الكرخي في مختصره فان اجره فالحكم ينقض الاجارة ويقول له ادفع او افد • وقال الكرخي ايضا ولو كان رهنه
وهو يعلم فانه يرجع في الجناية فانه يقال له ادفعه او افده والعلم في الرهن وعدم العلم سوا لانه يمكنه ان يفتكه فلا يكون الرهن
اختيارا الى هنا لفظ الكرخي • قال القدوري في شرحه وقد اختلف جواب هذه المسئلة في كتاب الديات لمحمد فقال في بعض النسخ ان
الاجارة والرهن ليسا باختيار ولكن القاضي ينسخها ويخيره • ووجه ذلك ان الاجارة تفسخ بالعذر وتعلق حق الجناية بالرقبة عذر
في الفسخ فلم يمنع العقد فلا يصير به مختارا • وكذلك الرهن يزول عنه يد المرتهن بغير اختياره اذا قضى الراهن الدين فصار كالوديعة
وقال في بعض النسخ انه يكون اختيارا • ووجهه ان الاجارة والرهن يتعلق بها استحقاق اليد على المولى فصار كالبيع **قوله** وكذا
بالاذن في التجارة وان ركبه دين • اي لا يصير مختارا للفدا • قال الكرخي في مختصره واذا اذن له في التجارة فاستدان دينا
فان الحاكم يخيره ان شا فداه • وان شا دفعه بالجناية • وان اراد دفعه فليس له ذلك الا ان يرضى المجني عليه ان يقبله ويبيعه في
الدين عليه • واما لم يصر بالاذن له في التجارة مختارا لان الاذن لا يزيل ملكه فلا يمتنع دفعه فصار كاستخدامه • فاذا
لحقه دين فقد نقصت الرقبة بسبب من جهة المولى فلولي الجناية ان يمتنع من قبوله ناقصا بالدين ويلزم المولى القيمة لانه لما ابطل الدفع
من غير اختياره وجبت القيمة • قال الحاكم الشهيد في باب جناية الماذون له في كتاب الماذون الكبير من مختصر الكافي واذا امر
حر عبد الرجل فاذن له مولاه في التجارة وهو يعلم بالجناية او لا يعلم فباع واشترى فلحقه دين لم يصر المولى مختارا للفدا • وذلك
لانه لم يفعل فعلا يتعذر به الدفع بل يقال له ادفعه او افده لقيامه على ملكه فان دفعه بالجناية ابيعه الغرما فيبيع لهم الا ان يفديه
صاحب الجناية بالدين فان فداه صاحب الجناية بالدين او بيع في الدين رجع صاحب الجناية على المولى بقيمة العبد فسلمت له لان حقه كان
متعلقا برقبته فارغة • واما جاز الشغل بفعل المولى وصار الدفع عنده ذلك من حيث الصورة لا المعنى وكان الواجب على المولى الدفع

قوله قال ومن قال لعبده ان ... كما في شرح الكافي وهو الاول الثابت بقبض قيمته فعلى الدفع معنى وقد امتنع الدفع صورة ومعنى ووجه صورة
قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي
الله عنه في الرجل يقول لعبده ان قتلت فلانا فانت حر او رميته فانت حر او شججته فانت حر ففعل من ذلك شيئا قال هو مختار للدية الى هنا لفظ الجامع
الصغير • وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي ولو قال لعبده ان ضربت فلانا بسيف او بعصا او بسوط او بيدك وشججته او جرحته فانت حر ففعل
ذلك فانت حر عتق والمولى مختار للدية الا فيما يجب فيه القصاص • يعني لا يجب القصاص على المولى بل يجب ذلك على العبد اذا فعل ما يوجب القصاص
وانما يجب الدية على المولى اذا فعل العبد شيئا يوجب الدية • وهذا عندنا وقال زفر لا يكون المولى مختارا للفداء وعليه قيمة العبد كما في المختلف
وغيره • وجه قول زفر ان المتوفى من المولى وجد منه تكلم صدر قبل الجناية وبعد الجناية لم يوجد منه فعل فلا يكون مختارا للفداء والدليل
على انه لم يوجد منه فعل بعد الجناية انه لو علق الطلاق او العتاق بشرط ثم حلف ان لا يطلق ولا يعتق ثم وجد الشرط بعد ذلك وقع الطلاق المعلق او
العتاق المعلق لا يحنث في يمينه • فلو كان الفعل موجودا اسنة بعد الحلف لحنث فكذا فيما نحن فيه لم يوجد منه فعل بعد الجناية ولكنه مستهلك للرقبة
على اولياء الجناية فيجب عليه قيمة العبد كرجل حفر بئرا على قارعة الطريق وله عبد فقتل هذا العبد رجلا خطأ • ثم وقع العبد في البئر فمات فانه
لا يصير مختارا للدية ولكنه يكون مستهلكا للرقبة فيجب عليه قيمة العبد فكذا ههنا • ولنا ان الكلام صار اعتاقا بعد الجناية لان المعلق
بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كان العبد قتل رجلا خطأ ثم ان المولى اعتقه بعد ذلك يكون مختارا للفداء فكذا ههنا • الا ترى ان رجلا
لو قال لامراته اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض ثم مات من ذلك المرض ورثت المراة • لانه لما اضاف الطلاق الى المرض صار كانه طلقها بعد
مرضه • وكذا لو قال لامراته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يكون ابتداء الايلاء وقت الدخول فكذا ههنا يصير كانه اعتقه بعد الجناية
وهو يعلم بذلك • ولان المولى حرضه على مباشرة الشرط وهو القتل بتعليق العتق بذلك الشرط والعتق الذي يحصل بوجود الشرط من اوفر
الدواعي الى وجود الشرط لان العتق محبوب مرغوب فيه فصار العتق المعلق بالشرط كالمبتدا من المولى بعد وجود الشرط • لان الظاهر ان العبد
يفعل الشرط طلبا للحرية فيقع العتق فكانه مختار للفداء • لان اختيار الفعل اختيار لموجبه فلزمه الفداء ضرورة • والجواب عما ذكر زفر اولا
فنقول ان غرض الحالف من يمينه ذلك المنع وهو لا يقدر على الامتناع عما علقه قبل الحلف فلم يكن ذلك داخلا تحت يمينه ولم يكن ذلك مراده
بيمينه بل كان المراد منها ما يمكن الامتناع منه ما يحدث في المستقبل فلم يرد ذلك علينا • والجواب عن المسئلة الثانية انه انما صار مستهلكا للعبد
الحفر والحفر فعل حقيقي لا يمكن جعله موجودا بعد الجناية فيكون ممتنعا عن الدفع بفعل وجد منه قبل الجناية فلا يصير مختارا للفداء فلزمه
قيمة العبد لا غير قوله على مباشرة الشرط وهو القتل او الرمي او الشج قوله اقوى الدواعي اراد به الحرية قوله اليه اي الى الشرط
والى من صلة الدواعي قوله قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية
وان كان لم يعتقه رد على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي
الله عنه في عبد قطع يد رجل عمدا فدفع المولى اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من القطوعة يد من ذلك قال العبد صلح بالجناية • وان
لم يعتقه رد العبد على مولاه • وقيل للاولياء اما ان تقتلوا واما ان تعفوا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهكذا من الحواشي في النسخة هم
المروية • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير • وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب • اي كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على
خلاف هذا الوضع • وقال في رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من
ذلك قال العبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على مولاه وقيل للاولياء اما ان تقتلوا واما ان تعفوا فاتفق الجواب واختلف السؤال • يعني
اتفق جواب النسختين حيث كان العبد صلحا بالجناية اذا كان اعتقه وان لم يعتقه كان اولياء القتيل على خيرة بين العفو والقتل • ولكن اختلف
السؤال اي وضع المسئلة • لان في النسخة المروية الجاني عبد يدفع في قطع اليد بدون لفظ الصلح • وفي النسخة الثانية الجاني حر يدفع عبدا بدلا
عن الصلح في قطع اليد • قال فخر الاسلام والاولى حمله على قول ابي حنيفة في الاختلاف الذي بيننا • يعني اذا قطع الرجل يد رجل عمدا ثم ان المقطوعة يده
عفا عن القطع ثم مات منها قال ابو حنيفة على القاطع الدية في ماله • وقال ابو يوسف ومحمد العفو عن القطع عفو عن القطع وعن السراية كما اذا
عفى عن الجناية او عفا عن القطع وما يحدث منه فلما لم يكن العفو عن القطع عفوا عن الجناية على النفس على اصله كان ينبغي ان لا يسلم العبد المدفوع
صلحا بالجناية عن النفس اذا مات المجني عليه • قال فخر الاسلام وذكر بعض مشايخنا في الجواب ان المسئلة موضوعة في الجناية • وانما اخذ واذلك
من قوله العبد صلح بالجناية • قال وهذا التاويل باطل لانه لو كان كذلك لصح الصلح اعتقه او لم يعتقه • ولما فصل دل على انه لا يلحق القصاص
فبطل هذا التاويل • ثم قال فخر الاسلام وقال بعضهم ان هذا صلح فاسد عند ابي حنيفة وانما يقوى صورته شبهة لان يكون فاسدا ولو
كان هذا على هذا الوجه لرجحان المقوية الذي اعتقه رد الفاسد ورجع على الاحوال فيه • واذا لم يعتقه رد العبد فلا يجب القصاص
لان الفاسد لا بد ان يصير شبهة • قال وانما الجواب الصحيح ان الدفع في المسئلة المروية باطل عند ابي حنيفة لانه دفع بالقطع الذي كان وجه
الحال فلما سرى صار موجبه القصاص فلم يكن الدفع فيه حكما • لان الدفع وقع من غير حقه فبطل الدفع والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطي
المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بالحرمة حيث يجب الحد فكذا ههنا فلم يورث الشبهة وجب القصاص • هذا اذا لم يعتقه • قال فخر الدين
قاضي خان • وهذا بخلاف ما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس حيث لا يجب القصاص لان العفو بطل حكم الجناية فصار شبهة في درء القصاص
فاما الدفع في الجناية فلا يبطل الجناية بل يقرر موجب الجناية وتقرير موجب الجناية لا يكون ابطالا لها • اما اذا اعتقه فان قال
فخر الاسلام اذا اعتقه مع علمه انه اذا سرى بطل الدفع يبطل اعتاقه كان ذلك منه دلالة على ابتداء الصلح على رقبة العبد عما يحدث عنها
فما تعلق • يعني لم يحمل اقدامه على الاعتاق صلحا مبتدأ على رقبة العبد عما يحدث من القطع لم يصح اعتاقه فكان ذلك صلحا من المجني عليه
لان الاعتاق مما لا ينفسخ وكذا المولى راض بالصلح ايضا ظاهرا • لانه لما رضي العبد ان يكون جزاء عن القليل فعن الكثير اولى • بقوله ما يحدث ان يكون ما

عن جراحة قطع اليد كان ارضى بان يكون جزاء عن السراية محملا لاعتاق دلالة على الصلح من المجني عليه والمولى جميعا فاذا عدم الاعتاق فقد عدمت هذه
الدلالة • قال وكذلك في المسئلة الثانية ان اعتقه كان ذلك دلالة على ابتداء الصلح • والجاني راض به لذلك ايضا لما قلنا فانعقد صلحا ابتداء فاذا
عدم الاعتاق عدمت دلالة ابتداء الصلح فبقيت الشبهة في حق وجوب القصاص ان العقد الثاني اذا لم يتجدد وبطل الاول لم يصير الا وانه شبهة قال
والجواب فيه اما في المسئلة المروية فالجواب سهل لان الدفع ليس بتصرف مبتدإ بل هو تسليم للواجب • فاذا بطل الواجب بطل التسليم اصلا فلا يبقى فانتفع
شبهة توجب السقوط • واما في المسئلة الاخرى وهي مسئلة الصلح على رقبة العبد عن جناية مولاه فانه مشكل الحكم بالقصاص فما مشايخنا الا من
هذا تاويلا الا ان يحمل جواب الكتاب على القياس انه يجب القصاص • وفي الاستحسان يجب الدية كما ذكر في هذا الكتاب وعين كذا قال فخر الاسلام هو
في شرح الجامع الصغير قوله لانه لا صحة بدون ان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها • اي لا صحة للاعتاق بدون ان يجعل اقدام المجني عليه
على الاعتاق صلحا عن الجناية وما يحدث منها لحقيقة المقاصد فكان اقدامه عليه صلحا مبتدأ قوله وذكر في بعض النسخ اي في بعض نسخ الجامع وقد
ذكرنا تلك النسخة بتمامها قبل هذا قوله وهذا الوضع يرد اشكالا لا في تلك المسئلة اعني فيما عفى المقطوعة يده عن اليد ثم سرى القطع الى النفس ثم مات
حيث لا يجب القصاص ثمه بل يجب الدية لكون العفو عن البدل شبهة • وفي مسئلتنا هنا يجب القصاص اذا لم يعتقه المدفوع اليه ثم سرى القطع الى النفس فلا
يحمل دفع العبد في قطع اليد شبهة وهذا هو البيان • وقال بعضهم ان اراد بهذا الوضع الوضع الثاني • يعني النسخة التي هي غير النسخة المروية من
نسخ الجامع الصغير وذلك بعيد عن التحقيق قوله قيل ما ذكرها جواب القياس • يعني يجب القصاص اذا لم يعتقه قياسا في هذه المسئلة على النسختين
جميعا فاجاب محمد بوجوب القصاص قياسا • وفي الاستحسان تجب الدية وكذا في مسئلة العفو عن اليد وسرايته الى النفس بعد ذلك تجب الدية استحسانا
موضع جواز المسئلة ثمة استحسانا • وفي القياس يجب القصاص ثمة ايضا فكان الوضع في هذه المسئلة والوضع في تلك المسئلة على القياس والاستحسان
يرد القصاص والاستحسان في المسئلتين جميعا فاندفع الاشكال قوله وقيل بينهما فرق اي بين هذه المسئلة وبين مسئلة العفو عن اليد حيث وجب
القصاص هنا ولم يجب القصاص ثمة بل وجبت الدية • وجه الفرق في تلك المسئلة مع العفو عن اليد ظاهرا • لان الحق لما سرى تبين ان العفو
كان عن غير حقه فبطل العفو حكما ولكنه كان ذاتها حقيقة فكان ذلك شبهة في سقوط القصاص • وههنا بما جرى في الصلح لا يبطل الجناية لم يقع العقوبة
وفي القصاص قوله اذا لم يعتقه فالتخريج ما ذكرناه • وذلك ان اقدامه على الاعتاق يدل على قصد تصحيح الصلح فيكون العبد صلحا بالجناية
وقد مر تقرير ذلك قبل هذا قوله واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب
الدين وقيمة لاولياء الجناية • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اذن لعبده في التجارة ثم
قال ادان الف وقيمته الف ثم جنى جناية فاعتقه المولى ولم يعلم قال عليه قيمتان قيمة لولي الجناية وقيمة للغرماء • الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك
لانه اتلف حقين لانه اتلف بالاعتاق حق البيع على الغرماء وحق الدفع على صاحب الجناية وحق الغرماء في الثمن وحق ولي الجناية في الرقبة فكانت جنايتين محلين
ومراعاة الحقين كانت ممكنة في الرقبة بان يدفع اليه الى ولي الجناية ثم لا يباع في الدين • واراد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير في هذا المقام
سؤالا وجوابا • فقال فان قيل لو كان اجنبي هو الذي قتل العبد لم يجب عليه اكثر من قيمة واحدة فلم تجب ههنا قيمتان • قيل له لان الاجنبي لم يكن
مؤاخذا بالدفع ولا بقضاء الدين فلا يجب عليه الا قيمة الملك • ولكن المولى فكان مخاطبا بذلك • الا ترى انه لو قتله وهو يعلم بذلك وجب
عليه في الجناية الدية • ولو كان القتل من قبل الاجنبي لا يجب عليه الا قيمة واحدة قوله ولم يعلم بالجناية وانما قيد بعدم العلم لانه اذا علم
ثم اعتق كان مختارا للفداء فوجبت الدية ووجبت القيمة لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الارش لا القيمة • وقد مر ذلك
في هذا الباب قوله فانه يدفع الى اولياء الجناية ثم يباع للغرماء • وانما قدم ذلك لانه اتحيين • لانه اذا بدى بالدين ربما فيه فيتعذر
الدفع الى اولياء الجناية ثم يباع للغرماء لان الملك يجدد للمشتري ولم يوجد فيه من جناية وجنايات الاكثر من قيمته ولم يعلم بالجناية غرم لاصحاب
الدين قيمته فانه ما احتبسه ما صار لاجلهم ولاصحاب الجناية الاقل من قيمته ومن عشرة الاف درهم الا عشرة لانه قيمة الدم • يعني اذا
كان المقتول عبدا او وجب عليه قيمته • وان الف رقبة واحدة ولو كان المتلف اجنبيا كان عليه قيمة واحدة والقادر على المولى قال شيخ هو
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه لان الضمان علة باتلاف العبد وهو واحد والضمان على المولى ليس باتلاف العبد ولكن باتلاف الحق وقد
اختص لان هذه الرقبة تصلح وفا للحقين على الكمال قبل العتق • قال والحكم الشرعي عند اجتماع الدين والجناية ان يدفع ثم يباع وقد تعذر
كل ذلك في موضعين من غير حقين ولا خصومة بين الغرماء واصحاب الجنايات يريد به انه لا يشارك بعضهم بعضا فيما يستوفي لانهما حقان مختلفان
وجبا بسببين مختلفين وفي محلين مختلفين • واذا اعتقه وهو يعلم الجنايات صح الجنايات كلها لانه صار مختارا للفداء في حقهم كذا في شرح الكافي
قوله فيفيها اي يفي المولى بحقين الاعتاق لصاحب الدين وولي الجناية قوله فلا يظهر بما يقله الحق لانه دونه • اي
لان الحق دون الملك • يعني لا يغرم الاجنبي سوى قيمة العبد للمولى ولا يظهر لولي الجناية شيئا ثم يدفع المولى تلك القيمة الى ولي الجناية
واصحاب الدين قوله واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين • وان جنت جناية لم يدفع الولد
معها • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اذن لامته في التجارة فلحقها دين ثم ولدت قال
يباع ولدها معها في الدين • وان جنت جناية ثم ولدت دفعت الام ولم يدفع الولد الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • والفرق ان الدين
واجب في ذمتها متعلق برقبتها متعلق بجميع اجزائها • والولد من اجزائها ولهذا يباع الام ويباع الولد بمنزلة ولد المرهونة • اما موجب الجناية فالدفع
او الفداء وذلك على المولى فكانت رقبتها خالية عن الحق فلا يتعلق بالولد وانما تصير الجارية ملكا لاولياء الجناية بعد التسليم وبعد التسليم الولد
منفصل عنها • قال الفقيه ابو الليث وليس الجناية كالدين • لان موجب الجناية على المولى لا في رقبتها • واما الدين في رقبتها وليس على المولى الا
ترى ان المولى لو باع الامة وعليها دين فللغرماء ان يبطلوا البيع • ولو كانت عليها جناية فباعها المولى فليس لاصحاب الجناية ان يبطلوا البيع ولكنهم
على المولى • ولان تعلق الدين برقبة العبد المأذون امر حكمي • والاوصاف الحكمية تسري الى الولد كالكتابة والرهن • واما على الدفع ثم الجناية

والدفع وقع حين والأوصاف المبيعة لا تسري إلى الولد • وجملة القول فيه ما قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي • وإذا جنت الأمة جناية
ثم ولدت ولدًا أو اكتسبت كسبًا أو جني عليها فأخذ المولى أرشها فإنه يدفعها بالجناية وأرشها ولا يدفع ولدها وكسبها لأن حكم الجناية وجوب الدفع هو
في الجانية وولدها وكسبها لا يوصف بالجناية • ولم يرد هذا بخلاف حق وجب في رقبتها حيث يسري إلى ولدها بمنزلة الدين • لأن الواجب ثمة
الفعل على المولى ومن وجب عليه الفعل في محل لا يلزمه الفعل في محل آخر • ومتى لم يجب دفع ولدها لأن لا يجب دفع كسبها وهو البدل من الولد
أولى • ووجب دفع الأرش لأنه بدل الطرف فإنه قائم مقام الطرف فكان الطرف قائم ولو كان قائمًا حقيقة يلزمه دفعها لأنها واجبة الدفع بجميع
أجزائها فكذا إذا كان قائمًا حكمًا • وإن كان وجب لها الأرش قبل جنايتها لم يدفع الأرش معها • لأن حق ولي الجناية لم يكن متعلقًا بها حين
وجب فلا يتعلق بأرشها • فإن لم يعلم ذلك فالقول فيه قول المولى لأنه ينكر حق المولى ولا يثبت الاستحقاق عليه بالشك • وإن كان وجب
لها الأرش بعد جنايتها فاستهلك المولى الأرش أو وهبه للجاني عليها لم يكن مختارًا • وله أن يدفعها ويغرم مثل ما استهلك من أرشها • وإن
كان الجاني عليها عبدًا فدفع بالجناية وقبضه المولى دفعه معها بجنايتها لأن العبد قائم مقام طرفها • وقد ذكرنا أنها واجبة الدفع بجميع
أجزائها عند اختيار الدفع كما في الأرش • فإن أعتق العبد صار مختارًا للأمة وعليه الدية • لأن العبد قائم مقام طرفها حقيقة لم يجعل
مختارًا للفداء في كلها لأنه لا يتجزى فكذا إذا استهلك ما هو قائم مقام طرفها حكمًا • بخلاف ما إذا أتلف الأرش وهو دراهم أو دنانير حيث
لم يجعل مختارًا للفداء • وإن كان قائمًا مقام طرفها حكمًا • لأن الأرش غير متعين للدفع شرعًا • ألا ترى أنه لو أمسكها ودفع مثله لم
ذلك فلا يتحقق استهلاك ما لزمه دفعه حتى يصير مختارًا • بخلاف العبد فإنه متعين للدفع عند اختيار الدفع • ولو أعتق العبد وهو
لا يعلم بالجناية من الأمة دفع الأمة وقيمة العبد لأنه بمنزلة بعض العبد • والحكم في كل الجناية هكذا إذا امتنع دفعها وهو لا يعلم بجنايتها
فكذا في بعضها كذا في شرح الكافي قوله وإذا كان العبد لرجل زعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل العبد وليًّا لذلك الرجل خطأ فلا شيء
له • وهذه مسألة الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في عبد لرجل زعم رجل أن مولاه أعتقه ثم
إن العبد جنى على ولي هذا الذي زعم أنه أعتقه فقتله خطأ قال ليس لهذا الذي زعم أنه أعتقه قليل ولا كثير إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع
الصغير • وذلك لأن من زعم المقر بالعتق أن موجب جنايته على عاقلته فكان ذلك منه إبراء للمولى والعبد فلزمه ما أقر به من الإبراء لأن
الإنسان مؤاخذ بزعمه ولم يصح ما ادعاه من غير حجة فلم يكن له شيء أصلًا كذا قالوا في شروح الجامع الصغير قوله وإذا أعتق العبد فقال
لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد • وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد • أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن أبي حنيفة رضي الله عنه في عبد أعتق • ثم قال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد • وقال الرجل بل قتلته وأنت حر فالقول قول العبد
إذا علم أنه كان عبدًا فأعتق إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير • وذلك لأنهما اتفقا على براءة العبد لأنه إن كان قتله وهو عبد فالتزاد (?) على
مولاه أيهما الفداء أو الفداء • لأن المولى إذا أعتقه بعد العلم بالجناية فعليه الفداء • وإن كان أعتقه قبل العلم فعليه القيمة • وإن كان قتله
بعد الإعتاق فذلك على عاقلة مولاه • وإن كان حرًا فكذلك على عاقلته أيضًا وإن كان لا عاقلة له فحينئذ يلزم موجب جنايته عليه فادعى
العبد إنكار الضمان أصلًا لما أنه نسبه إلى حالة معهودة منافية لوجوب الضمان • لأنه لا يتصور وجوب الضمان في قتل الخطأ على العبد في حال
رقه أصلًا فلذا كان القول قول العبد في هذه المسألة بالإجماع • بخلاف المسألة التي تليها • إذا قال البالغ طلقت امرأتي وأنا صبي • أو
قال العاقل طلقت امرأتي وأنا مجنون وكان جنونه معروفًا يكون القول قوله لأنه أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية لصحة الإقرار
لأن الصبي والجنون ينافي ذلك • وكذلك إذا قال أكلت هذا المال للفلان وأنا صبي • وقال المقر له بل أكلت وأنت بالغ فالقول
قول المقر • لأن الصبي ينافي وجوب الإقرار • وكذلك إذا قال لعبد أعتقه قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق قوله لما ذكرنا أنه
أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان قوله قال ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت قطعتها وأنا
حرة فالقول قولها • وكذلك كل ما أخذه منها إلا الجماع والغلة استحسانًا • وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف • وقال محمد لا يضمن إلا شيئًا
بعينه يؤمر برده عليها • أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل أعتق جارية له ثم
قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت لا بل قطعتها وأنا حرة • قال القول قول الجارية • وكذا ما أخذ منها إلا الجماع والغلة وهذا قول
أبي حنيفة وأبي يوسف • وقال محمد لا يضمن شيئًا من ذلك والقول قول المولى إلا في شيء بعينه في يده يرده ولا يصدق عليه وإذا
قال جامعتك وأنت أمتي فقالت لا ولكن جامعتني وأنا حرة فالقول قول الرجل في قولهم جميعًا • إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير
وجه قول محمد أنه أضاف الفعل إلى حالة معهودة تنافي تلك الحالة وجوب الضمان فكان القول قوله كما في المسألة الأولى كما في الوطء والغلة
وذكر القدوري في التقريب قول زفر كقول محمد • ولهما أن المولى ما أضاف إقراره إلى حالة منافية للضمان • فإن قطع المولى يد أمته
يوجب الضمان إذا كانت مديونة • وكذلك إذا أتلف من كسب عبده المأذون المديون يضمن فلا يكون منكرًا للضمان بل يكون مدعيًا للبراءة
بخلاف الوطء فإنه حق الزمان لا يتعلق بمنافع بضعها • وإن كانت مديونة لأنها ليست بمال فلم يكن مقرًا بل كان منكرًا • وكذلك إذا أخذ الغلة
فإن المولى إذا أمر عبده على غلة وهو مديون يصح • ولو أخذ لا يكون مضمونًا على المولى فكان منكرًا كذا ذكر فخر الدين قاضي خان في شرح
الجامع الصغير • ولأن قطع المولى يد عبده جناية بدلالة أنه لا يباح ذلك • ومن اعترف بجناية ثم ادعى معنى يوجب سقوط الضمان
لم يصدق كدعوى البراءة • ولأن إقراره بالجناية ثم ادعى التاريخ وكل أمر حادث لا يعلم تاريخه يحكم بوقوعه في أقرب الأوقات
وأقرب الأوقات حال الخصومة فيتعلق به الضمان • قال القدوري في التقريب ولا يلزم على هذا إذا قال الحاكم بعد العزل قطعت يدك
في قضائي قصاصًا لأن فعل الحاكم لم يتعين بجناية ومتى لم يعترف بجناية فيقبل قوله في إضافته ذلك إلى حالة معلومة • وقال الفقيه
أبو الليث وهذه المسائل على ثلاثة أوجه في وجه يكون القول قول المولى • وفي وجه يكون القول قول الجارية • وفي وجه اختلفوا

فأما

فأما الوجه الذي يكون القول فيه قول الجارية إذا أقر المولى أنه أخذ منها مالًا والمال قائم في يد المولى وقت المنازعة فقال المولى أخذته منه
قبل العتق وقالت الجارية أخذته مني بعد العتق فالقول قولها • لأن الاختلاف وقع في تحويل المال فادعى المولى أن تحول إلى ملكه ثم
والجارية منكرة فالقول قولها لأن الاختلاف وقع في تحويل المال فادعى المولى أن تحول إلى ملكه والجارية منكرة فالقول قولها • وأما
الوجه الذي يكون القول فيه قول المولى إذا أخذ منها الغلة أو وطئها وقال إنما فعلت ذلك في حال الرق • وقالت الجارية بل فعلت في حال
الحرية فالقول قول المولى • لأن وطء الحرة مرة يوجب المال ومرة لا يوجب • لأنه لو كان وطئ الجارية لا يجب المهر وفي أخذ الغلة أيضًا
مرة يجب الضمان ومرة لا يجب لأنه لو غصب واستغل لا يجب الضمان • فلما كان في الحرة مرة يجب الضمان ومرة لا يجب ومرة لا يجب المهر للأمة اشتبه
الأمر فلا يجب بالشك • أما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو ما إذا استهلك مالها أو قطع يدها على الاختلاف الذي ذكرنا قوله كما
في المسألة الأولى إشارة إلى قوله وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد
قوله وإذا قال فقأت عين اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقودة فالقول قول
المقر له • وذلك لأن المقر أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه • بيان ذلك أن المماثلة فيما دون النفس معتبرة حتى لا يؤخذ اليمنى باليسرى
ولا اليسرى باليمنى ولا اليد الصحيحة بالشلاء فإذا كان كذلك تعين القصاص في اليمنى من عيني الجاني • فإذا فاتت قبل العدول من الموجب
الأصلي وهو القصاص إلى المال سقط حق المجني عليه أصلًا كما إذا قتل العبد الجاني أو مات • ومراد المقر من هذا الكلام براءة ذمته عن الضمان
أصلًا ومراد المقر له دعوى نصف الدية لأنه إذا فقئت عينه اليمنى وعين الجاني اليمنى مفقودة يجب عليه نصف الدية قوله وهذا لأنه
ما أسند إلى حالة منافية للضمان • أي لا محالة وأشار إلى قوله لأنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له قوله قال
وإذا أمر العبد المحجور عليه صبيًا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية وهذه المسألة بهذه الصورة ذكرت في بعض نسخ الجامع الصغير وهو
لم تذكر في البعض • ولهذا لم يذكرها الفقيه أبو الليث وفخر الإسلام وذكرها القاضي أبو طاهر الدباس وشمس الأئمة السرخسي والصدر الشهيد
وقاضي خان فقال القاضي عبد محجور عليه أمر صبيًا حرًا بقتل رجل فقتل فعلى عاقلة الصبي الدية ولا شيء على الآمر • وكذلك إذا كان الآمر صبيًا
وكذا لو كان المأمور عبدًا محجورًا عليه كانت الدية على مولى المأمور إذا اختار الفداء ولا يجب على الآمر لأن أمر الصبي والعبد غير معتبر كالإقرار
والكفالة إلا أن الآمر إذا كان صبيًا بطل أمره أصلًا لا يؤاخذ للحال ولا بعد البلوغ • وإن كان الآمر عبدًا لا يؤاخذ للحال ويؤاخذ بعد
العتق فيرجع مولى القاتل على الآمر بالأقل من الفداء أو قيمة القاتل لأن قول العبد معتبر في حقه إلا أنه لا يؤاخذ قبل العتق لحق المولى فإذا
أعتق زال حق المولى فيؤاخذ به كذا في شرح الجامع الصغير قوله وكذا إذا كان الآمر صبيًا قال محمد في أصل الجامع الصغير عن يعقوب
عن أبي حنيفة رضي الله عنه في الصبي الحر يأمر الصبي الحر بقتل رجل فقتله قال على عاقلة الصبي القاتل ديته وليس على الآمر ولا على عاقلته شيء إنما
أما الصبي القاتل فإن عمده خطأ فوجبت الدية على العاقلة وأمر الصبي باطل لأنه محجور • ألا يرى أن إقراره وكفالته باطلة أصلًا فلم يلزمه ولا على عاقلته
شيء قوله لأنهما لا يؤاخذان بأقوالهما • أي لأن العبد المحجور والصبي لا يؤاخذان بأقوالهما لأن اعتبار القول بالشرع ولم يعتبر الشرع قولهما
قوله ويرجعون على العبد الآمر بعد الإعتاق • أي يرجع عاقلة الصبي على العبد الآمر بعد الإعتاق هكذا ذكر الصدر الشهيد وفخر الدين
قاضي خان في شرحيهما وفيه نظر لأنه خلاف الرواية في الزيادات وسنذكر رواية الزيادات مع جميع فروعها إلا إذا أريد قول أبي يوسف
الذي رواه القدوري في التقريب • قال وروى الحسن عن زفر في عبد أمر صبيًا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية ثم ترجع عاقلة الصبي
على سيد العبد فيقال له ادفع العبد إلى العاقلة أو افده بالدية • وقال أبو يوسف على عاقلة الصبي على سيد العبد فيقال ادفع العبد إلى العاقلة
أو افده بالدية • وقال أبو يوسف على عاقلة الصبي الدية ثم يرجعون على العبد إذا أعتق بالأقل من الدية أو قيمة العبد • وجه قول زفر أنهم
يطالبون المولى في الحال لأنه لما حمل الصبي على القتل صار آلة له مثل أن يكره رجلًا على قتل آخر فيضمن العبد في الحال • ولو لم يؤاخذ بكلامه
فضربه • وإنما قال أبو يوسف بالرجوع على العبد إذا أعتق لأنه لا يصير غاصبًا بتفويت الضمان متعلقًا بقول العبد فيتأخر إلى حال الحرية
كالإقرار بالدين كذا في التقريب قوله لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان الأهلية • أي لأن عدم اعتبار قول
العبد المحجور لرعاية حق المولى لا لنقصان الأهلية في العبد وقد زال حق المولى بعد العتق فيؤاخذ لزوال المانع • وفي الصبي لم يعتبر
قوله لقصور أهليته قوله وكذلك إن أمر عبدًا • يعني إذا كان الآمر والمأمور عبدين محجورًا عليهما قال في أصل الجامع الصغير
عبد محجور أمر عبدًا محجورًا بقتل رجل فقتله قال على القاتل الدية وليس على الآمر ولا على عاقلته شيء • أراد بقوله على القاتل الدية إذا
اختار مولاه الفداء فيعبر عنه بالدية لأنه لا عاقلة للعبد فيقال لمولاه ادفعه أو افده كذا قال الفقيه أبو الليث • ثم قال في الوسيط
قوله وليس على الآمر شيء • يعني لا شيء عليه في الحال ولكن يجب عليه بعد العتق • قال وهكذا ذكر في الزيادات أن العبد إذا أمر عبدًا آخر
حتى قتل رجلًا فيقال لمولى القاتل ادفعه أو افده بالدية • ثم ينظر إلى الآمر إن كان مأذونًا يجب عليه قيمة المأمور • وإن كان محجورًا
يجب عليه بعد العتق • لأنه لما أمره بالقتل حتى قتله صار غاصبًا له والعبد المأذون يجب عليه ضمان الغصب في الحال • وأما المحجور
لا يجب عليه إلا بعد العتق لأن مرجع هذا الغصب يرجع إلى القول فصار كالإقرار منه بالغصب ثم الذي قال ههنا ليس على الآمر شيء أراد به
ليس عليه في الحال ولكن يجب عليه بعد العتق ولا يجب على العاقلة لأن العاقلة لا تتحمل عن العبد إلى هنا لفظ الفقيه في شرح الجامع الصغير • ثم
نبين ما وعدنا من رواية الزيادات فنقول الأصل ههنا أن العبد المحجور والصبي المحجور يؤاخذان بأفعالهما لا بأقوالهما وضمان فعل العبد
ضمان غصب لكونه محلًا له • وضمان فعل الصبي الحر ضمان جناية لا ضمان غصب لعدم كونه محلًا للغصب • قالوا في شرح الزيادات حر أمر صبيًا
حرًا أن يقتل رجلًا فقتله فديته على عاقلة الصبي • لأن الصبي مؤاخذ بأفعاله وأفعاله صحيحة لكن عمده وخطاه سواء وهو خطأ فوجب
الدية على عاقلته ثم ترجع عاقلة الصبي على عاقلة الآمر بما غرموا • لأن الصبي الحر يضمن بالتعدي بطريق الجناية • ألا يرى أن من غصب صبيًا

سببا لحمله على المال الذي هو مانعات بياعته اي بعد ما بيع وجبت ديته على عاقلة الغاصب بطريق الجناية كما لو قتله خطأ فكذلك ههنا يصير هذا جناية
على الصبي بطريق التسبب ◦ ولم اتصل بذلك علم لزمة الدية فكذلك اذا اتصل برضاء الدية ◦ ولو امر الرجل عبدا صغيرا او كبيرا ماذونا او محجورا بان
يقتل رجلا فقتله فعلى المولى ان يدفعه او يفديه ان كان خطأ من الكبير ◦ فاذا فعل ذلك رجع على الامر الاقل من قيمته ومن ارش الجناية ◦ اما وجوب
ضمان الجناية على المولى فلان الامر بالجناية لا ينقل فعل المامور الى الامر ◦ واما الرجوع فلوجود حكم الغصب لان العبد يصير مغصوبا بفعل
الامر بن كما اذا غصبه فجنى عنده ولذلك انه استعمله فصار غاصبا ◦ ولو كان هذا الحر مكاتبا بطل الامر ولم يلزم الامر شيء صغيرا كان المكاتب
او كبيرا لان الجناية انما تتحقق بواسطة الاستعمال واثبات اليد والمكاتب ليس بمحل له ◦ الا ترى ان غصبه لا يتحقق وحل حال المكاتب الصغير نزلت
الحر الصغير ◦ لان يد المكاتب ثابتة حكما لكتابته وكتابة الصغير مثل كتابة البالغ ◦ واما الحر الصغير فلا يد له على نفسه ◦ الا ترى ان من غصب
مكاتبا فنقله الى المهالك حتى عطب لم يضمن شيئا ◦ ولو غصب حرا صغيرا ضمن ديته وتحمل عاقلة الغاصب فكذلك هاهنا ◦ وهذا اذا كان الامر
حرا ◦ واما اذا كان الامر عبدا فان كان العبد كبيرا ماذونا او صغيرا ماذونا فان امر عبدا مثله صغيرا او كبيرا ماذونا او محجورا ام
بالقتل فقتل دفعه مولاه او فداه ثم يرجع بالاقل من ذلك في رقبة الامر لان هذا ضمان غصب وهو بمعنى التجارة لانه يملك المضمون باداء
الضمان ◦ والعبد الماذون اهل لان يواخذ بضمان التجارة كالاقرار بالغصب ◦ وان كان المامور صبيا حرا وجبت دية القتيل على عاقلته
ولا شيء على العبد لانه ليس من اهل ان يلحقه ضمان الجناية حالا ولا يلزم مولاه لانه محجور عن القول الذي يتعلق به ضمان ما ليس بتجارة كالكفالة
ولا يلحقه وان عتق لان موجب ذلك على مولاه لو صح فاذا بطل لم يلزم العبد شيء ابدا كما لو اقر بالجناية ◦ وفي الدراية علم انما ذكر صاحب
الهداية بقوله ويرجعون على العبد الامر بعد العتاق فيه نظر ◦ ولو كان الامر عبدا كبيرا محجورا عليه والعبد المامور مثله او صغيرا محجورا
او ماذونا فانه يدفع او يفدي ولا يرجع مولاه على الامر في الحال لان المحجور لا يواخذ بضمان قابل بعد العتاق كالاقرار بالدين والكفالة به ◦ واذا
عتق لحقه ذلك كما في الاقرار بالدين بخلاف الجناية ◦ ولو كان المامور صبيا حرا لم يجب على الامر شيء بحال ◦ ولو كان الامر صبيا حرا
ماذونا او عبدا صغيرا ماذونا فان كان المامور عبدا وجبت قيمته على الامر الا ان يكون الارش اقل لانه اهل لضمان التجارة بقوله
وان كان المامور صبيا حرا فلا شيء على الامر بحال لان امره في حكم الجناية لغو ◦ ولو كان الامر صبيا حرا محجورا ◦ او عبدا صغيرا محجورا فانه
لا يلحق الامر شيء من ضمان الغصب والجناية جميعا لما ذكرنا من قبل الاخر ◦ ولو كان المامور مكاتبا في جميع هذه المسائل لم يضمن الامر شيئا لما قلنا
ولو كان الامر مكاتبا صغيرا او كبيرا والمامور عبد محجور او ماذون صغيرا او كبيرا دفع مولى المامور ورجع على المكاتب بقيمته الا ان يكون الارش
اقل ◦ اعني قيمة المامور لان المكاتب اهل لضمان الغصب الا ان تكون قيمة المامور عشرة الاف او اكثر فيغرم المكاتب عشرة الاف الا عشرة وهذا
الجواب في ضمان غصب حتى وجبت قيمة المامور ولم تجب قيمة المكاتب ◦ ولو كان ذلك ضمان جناية لوجبت قيمة المكاتب وفيه اشكال وهو ان ضمان
الغصب عن عبد يجب تاما بالغا ما بلغ ◦ وضمان الجناية مقدر فكيف قدرها بعشرة الاف الا عشرة ◦ والجواب نعم هذا ضمان الغصب ولكنه
حصل بسبب الجناية فباعتبار الغصب وجبت قيمة المامور وباعتبار السبب وجب التقدير ◦ ولو كان المامور حرا صغيرا وجبت عاقلته
على المكاتب الاقل من قيمته ومن الدية ◦ لان حكم جناية المكاتب هذا لانه من اهل الالتزام ◦ وذلك لان المكاتب صار كالجاني على الحر
او كالمقر بالجناية وذلك صحيح يلزمه به قيمته فكذلك ههنا وتجب حالا لان القيمة خلف عن الرقبة ولا اجل في تسليم الرقبة فكذلك فيما خلفها فان
عجز المكاتب فان لم يقض عليه بارش الجناية بطل ذلك كما اذا اقر بالجناية ثم عجز لان جنايته انما تصير دينا عليه بالقضاء ولم يوجد ◦ فاما اذا عجز
بعد القضاء عليه فان ذلك لا يبطل عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يصير دينا عليه ◦ واصل المسئلة في الاقرار بالجناية كذا في الزيادات
وشروحها **قوله** ولا رجوع له على الاول لما بالقاتل في العبد الامر **قوله** فاذا قتل العبد رجلين عمدا لكل منهما وليان
فعفى احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الاخرين او يفديه بعشرة الاف درهم ◦ اي قال في الجامع الصغير وذلك لان الرقبة
بحكم القود صارت بين اولياء القتيلين لكل واحد منهم ربعه ◦ فاذا عفى اثنان بطل حقهما وبقي حق الاخرين في النصف فكذلك فيدفع اليهما
او يفدي نصفه واما الفداء فانما يكون دية للقتيلين ◦ والفداء عشرون الفا اذا سقط القصاص وقد سقط بالعفو وانقلب مالا فصار
كانه وجب المال من الابتداء وحصة كل واحد منهم في خمسة الاف فلما عفى اثنان منهم بطل حقهما وبقي حق كل واحد من الباقيين في خمسة الاف
فلذلك فداه بعشرة الاف ان شاء **قوله** فان كان قتل احدهما عمدا والاخر خطأ فعفى احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر
الف خمسة الاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة الاف لولي الخطأ ◦ وهذه من مسائل الجامع الصغير ◦ وذلك لان نصف الحق من حق
وليي العمد بطل بالعفو وبقي النصف وصار مالا ولم يبطل شيء من دية القتيل الاخر ولا مزاحمة في الفداء فلهذا فداه بخمسة عشر الف ان شاء
عشرة الاف لولي الخطأ وخمسة الاف لغير العافي من وليي العمد وهذا من قولهم جميعا ◦ فان دفعه دفعه اثلاثا الثلث للذي لم يعف
والثلثان لولي الخطأ ◦ وقال ابو يوسف ومحمد ارباعا الربع لولي العمد والثلاثة ارباعه لولي الخطأ ◦ قال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير ◦ وفي قول زفر لصاحب الخطأ النصف ولصاحب العمد الذي لم يعف الربع ويبقى الربع للمولى ◦ وجه قولهما ان حق وليي
العمد في جميع الرقبة ◦ فاذا عفى احدهما فقد ابطل حقه في النصف ففرغ عن هذا النصف وثبت به حق ولي الخطأ بلا منازعة وبقي النصف
الاخر واستوت فيه منازعة ولي الخطأ ومنازعة شريك العافي ولكل واحد منهما يدعيه فصار هذا النصف بينهما نصفان فلهذا كانت
القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا ◦ ولابي حنيفة ان حق ولي الخطأ في عشرة الاف وحق شريك العافي في خمسة الاف فيضرب كل واحد
منهما بحصته كما لو كانت التركة الفا ولرجلين على الميت لاحدهما الف وللاخر الفان ◦ فان التركة تقسم بينهما بطريق العول والمضاربة
اثلاثا ثلثا التركة لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف ◦ وكعبد قتل رجلا خطأ وفقأ عين اخر فان اختار المولى دفعه دفعه اثلاثا
فكذا هاهنا ◦ وجه قول زفر ان العبد اذا صار مالا صار بمعنى الخطأ ◦ ولو كان قتلهما جميعا خطأ فعفا احد وليي احدهما خاصة فيسلم ذلك الربع

للولي

للولي فكذلك ههنا ◦ وسمي المنازعة ان كل جزء فرغ من دعوى فريق سلم للاخر بلا منازعة ◦ ومعنى العول ان يضرب كل واحد منهم بجميع حقه فيجمع السهام كلها
ويقسم العين على مبلغ السهام ◦ واعلم ان هذه المسئلة على حد مسئلة كتاب الشهادات وهي ان رجلا اذا ادعى دارا وادعى اخر نصفها واقاما البينة فانه في
قول ابي حنيفة تقسم ارباعا وعلى قولهما اثلاثا ثم بان هذه المسئلة في كتاب الدعوى منقوش في فصل التنازع بالايدي فيستطرد من يعرف الاصول
التي بنى عليها الباب ◦ ومسئلة كتاب الماذون توافق هذه المسئلة المذكورة هنا وهي ان عبدا بين رجلين اذنا له فادانه احد المولين مائة درهم وادانه
اجنبي مائة درهم ثم بيع العبد بمائة درهم فان في قول ابي حنيفة يقسم الثمن اثلاثا وفي قولهما ارباعا ◦ ومسئلة كتاب الوصايا توافق كتاب الشهادات
وهي ان رجلا اوصى بعبده او بسيفه وبنصفه الاخر فقول ابي حنيفة يقسم ارباعا وفي قولهما اثلاثا ◦ قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا والاصل
عند ابي حنيفة ان الحقوق اذا كانت في عين بعينه تقسم على طريق المنازعة ◦ ولهذا قال في مسئلة كتاب الدعوى ان الدار تقسم على سبيل المنازعة وكذلك
اذا اوصى بالعبد او اوصى بالسيف فانه يقسم على طريق المنازعة ◦ واما اذا اجتمعت الوصايا في الثلث فسبيلها سبيل الحقوق وليس سبيلها سبيل
الاعيان ◦ ولهذا قال في مسئلة المدبر اذا قتل قتيلا عمدا فعفا احد وليه وقتل الاخر خطأ ان القيمة تقسم على طريق العول ◦ وكذلك قال في مسئلة ام
الولد والمدبر **قوله** قال واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما ◦ اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة ◦ وقالا يدفع الذي
عفا نصف نصيبه الى الاخر او يفديه بربع الدية ◦ اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد بين رجلين قتل مولى
لهما فعفى احدهما فانه بطل الدم كله ◦ وقال ابو يوسف ومحمد يقال للذي عفا ادفع نصف نصيبك الى الذي لم يعف او افده بربع الدية الى هنا
لفظ اصل الجامع الصغير ◦ وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير فيما ولي الرب والمولى اراد به القريب ايضا ◦ وقال الفقهاء وان اريد به المولى من
فان اعتقا او عتقه له بالولاء ◦ قال فخر الاسلام وقد ذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع قول ابي يوسف وهو الاظهر ◦ وذكر قوله في بعض
النسخ مثل قول ابي حنيفة ◦ وقال الصدر الشهيد في كتاب التهذيب والصحيح انه مع ابي حنيفة ◦ وقال فخر الاسلام ايضا وذكر في كتاب الديات اذا عبدا
قتل مولاه عمدا وله وليان فعفا احدهما ان الدم قد بطل كله في قول ابي حنيفة ومحمد ولم تختلف الروايات فيه ◦ وقال ابو يوسف في هذه المسئلة
مثل قوله في مسئلة هذا الكتاب ◦ ومسئلة هذا الكتاب من الخواص كذا قال فخر الاسلام ◦ والحاصل ان محمدا ذكر في الجامع الصغير ان ابا يوسف حكى
ابو يوسف في بعض مسائلها روايته عن ابي حنيفة ولم يذكر قوله في اول الجامع الصغير لفخر الاسلام فيما هذه المسئلة وقال انما روايته عن ابي حنيفة الخلاف
في هذه المسئلة من قوله فيما ذكرنا ◦ يقال له ادفع نصف نصيبك او افده بربع الدية ◦ واما الاختلاف الذي ذكرناه في عبد قتل مولاه عمدا وله
وليان فعفا احدهما الا ان محمدا لم يرجع عن روايته ◦ وذكر اختلاف ابي حنيفة في المسئلتين جميعا ◦ فوجه قول ابي يوسف في المسئلتين واحد
وهو ظاهر لان القود وجب للوليين في كل الدم على سبيل الشركة والشياع في النصيبين جميعا من قبل ان يمنع وجوب القود للمولى على عبده الذي هو
ملكه الخالص لان العبد في حق الدم كالحر لانه مبقى على اصل الحرية في حقه فصار لكل واحد منهم نصف القود على الشياع نصفه في ملكه ونصفه في ملك
صاحبه ◦ فاذا عفا احدهما بطل حقه في النصف الذي هو حق شريكه ◦ ولكن نصف هذا النصف متعلق بملك نفسه فاذا انقلب مالا لا يطالبه لانه لا
المولى لا يستوجب على عبده مالا وفي النصف الاخر مسلما بملك صاحبه فلم يبطل فلذلك بقي الربع ◦ ولابي حنيفة ان نصيب الثاني قد سقط ونصيب
الاخر وهو نصف القصاص يحتمل ان يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالا ويحتمل ان يكون في ملك نفسه فيبطل اصلا ◦ ويحتمل ان يكون نصفه في ملك
نفسه ونصفه في ملك الثاني فينقلب الذي وقع في ملك الثاني مالا وهو الربع فلما كان محتملا لم ينقلب مالا لان المال لا يجب بالشك والاحتمال
قال فخر الاسلام البزدوي ان كان قول محمد مع ابي حنيفة في مسئلة الكتاب فلا حاجة الى الفرق ◦ وان كان مع ابي يوسف احتاج محمد
بين مسئلتنا ومسئلة كتاب الديات والفرق ان ثمة القود وجب للقتيل وهو واحد لا الا فيه العبد لانه صار لما لا الاعلى مملوكه فلم يثبت الشياع والتنصيف
لان ملك الوارث هو ملك الميت فبطل ذلك كله كعبد قتل مولاه خطأ ◦ فاما ههنا فان القصاص لم يجب على المناصفة والشياع في حق المالك فانقلب
مالا لذلك ◦ وقال الصدر الشهيد في كتاب التهذيب ولا يلزم مثل هذا ابي على قول ابي حنيفة في مسئلة الجامع الصغير ان الدم يبطل كله اذا قتلت ام الولد
مولاها وله وليان فعفا احدهما ◦ لان ابن شجاع ذكر عن ابي حنيفة انها كالعبد ويسقط الجميع فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق ◦ والمشهور ان
ذلك لا يسقط ◦ والفرق بينهما ان ام الولد تعتق بموت المولى فيثبت الضمان بالعتق وهي حرة فيجوز ان يثبت للمولى عليها ضمان ◦ وقد ذكر ابن شجاع في
مسئلة ام الولد روايتين كذا في التهذيب **قوله** وذكر في بعض النسخ اي في بعض نسخ الجامع الصغير **قوله** وذكر في الديات عبد قتل مولاه وهو
وله ابنان فعفا احد الابنين بطل ذلك كله عند ابي حنيفة ومحمد ◦ وعند ابي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسئلة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية
لابي يوسف في المسئلتين ان حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع ◦ لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا احدهما انقلب نصيب
الاخر وهو النصف مالا غير انه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا
يستوجب على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك او افده بربع الدية ◦ ولهما ان ما
يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ◦ ولهذا يقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ◦ ثم الورثة يخلفونه فيه عند
الفراغ من حاجته ◦ والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا تخلفه الورثة فيه الى هنا لفظ صاحب الهداية فيما في بعض نسخها ولم تكتب هذه النسخة
في اكثر نسخها والحق ان تكتب لانها اذا لم تكتب تخلو مسئلة الجامع الصغير عن الدليل اصلا ◦ وقوله في الديات اي في كتاب الديات من المبسوط
وقوله ولم يذكر اختلاف الرواية اي في مسئلة كتاب الديات لم يذكر اختلاف الرواية في قول محمد بل ذكر قوله مع ابي حنيفة في جميع الروايات ثمه

فصل

لما فرغ من جناية العبد على غيره شرع في احكام الجناية عليه لان الفاعل مقدم على المفعول وجودا فوجب
ترتيبه كذلك للمناسبة **قوله** ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة الاف درهم ◦ فان كانت قيمته عشرة الاف درهم او اكثر قضي له بعشرة
الاف الا عشرة ◦ وفي الامة اذا ازدادت قيمتها على الدية خمسة الاف الا عشرة هذا لفظ القدوري في مختصره ◦ وهذا قول ابي حنيفة ومحمد
رضي الله عنهم وذلك على العاقلة في ثلاث سنين ◦ كذا ذكر الكرخي في مختصره ◦ وعند ابي يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت ولا تحملها

ولا تحملها العاقلة لانها من ضمان الاموال كذا ذكر علاء الدين العالم في طريقة الخلاف • وقال الطحاوي في مختصره وروى محمد عن ابي يوسف انه قال قيمته على ما قتله بالغا
ما بلغ • وروى اصحاب الاملاء عنه انه قال قيمته على الجاني في ماله بالغة ما بلغت ولا تحمل العاقلة منها شيئا الى هنا لفظ الطحاوي • واجمعوا في العبد المغصوب
اذا هلك عند الغاصب تجب قيمته بالغة ما بلغت • وقال الكرخي في مختصره وروي ان العبد لا يبلغ به دية الحر عن عبد الله بن مسعود وابراهيم والشعبي
وعطاء ورواه محمد عن سعيد بن المسيب • وروي عن علي وابن عمر وابن عباس فيه القيمة بالغة ما بلغ وعمر الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • والحاصل ان
العبد مضمون بالقتل بالاتفاق ولكنه مضمون عندنا من حيث انه آدمي • وعند ابي يوسف من حيث انه مال لان له حالة مضمونا من حيث انه مال اولى ان يكون
الواجب قيمته فتجب بالغة ما بلغت ولا تتحمله العاقلة لان ادميته ساقطة العبرة في مقابلة المالية • ولهذا ظهرت مالكية المولى عليه ولو ظهرت مالكيته في
مقابلة مالكية المولى حتى كان المولى احق بنفسه منه فكان تعيينه من الواجب الظاهر اولى • ولهذا كان الواجب القيمة في قتل الثنية دون الدية حتى لم تكن
مقدرة في نفسها • وكذلك الواجب في اطراف العبد القيمة بالاجماع فكذا في العبد المغصوب فكان معنى المالية ارجح من معنى الادمية • ولنا قوله تعالى
ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله • وجه الاستدلال انه تعالى سمى الواجب في قتل المؤمن خطأ دية • والعبد مؤمن
قتل خطأ فتجب فيه الدية • والدية اسم لما يجب بمقابلة الادمي لا بمقابلة المال • وما يجب بمقابلة المال يسمى قيمة وضمانا وهو الفرق ثبت بدلالة هذه
الاية ان العبد مضمون بمقابلة الادمية ولا يزاد على تقدير الشرع في الدية وينقص عنها باثر عبد الله بن مسعود ولنقصان الرق فيه لعدم لزوم التسوية بين
كامل الحال وناقص الحال • والدليل على ان معاني الادمية راجحة فيه ان اكثر تكاليف الشرع متوجهة عليه بالاجماع من حيث الادمية • وهذا ينبغي ان يكون
مضمونا من حيث انه آدمي ولهذا وجب القصاص بقتله ولانه لما استحق العصمة من حيث انه مال استحق من حيث انه ادمي خرابا للعصمة من حيث الادمية اولى
وانما من حيث المالية لان عصمته من حيث انه ادمي لذاته وعصمته من حيث انه مال للغير فكانت عصمته من حيث المالية كالتابع للعصمة من حيث الادمية
في حق استحقاق العصمة والحاق التابع بالاصل اولى من القلب • ولان المعاني التي تزيد بها قيمة العبد موجودة في الاحرار مع زيادة الحرية
فلم توجب اكثر من الدية فلان لا توجب في العبد مع نقصان الرق اولى • ولانه بدل ادمي وجب بالقتل فجاز ان يدخله التقدير كدية الحر • ولا
يلزم اذا غصب عبدا فتلف في يده لانا احترزنا بالقتل عن ذلك ولان الغصب يرد عليه باعتبار المالية فكان مضمونا بمقابلة المالية لا الادمية
وفي قليل القيمة لا نقول انه ضمان مال بل هو ضمان الادمي ايضا الا انه لما لم يرد الشرع فيه جعل القيمة والمالية معيارا لهذا البدل • ولان
ضمان النفس يكون رحمة بالمالية بالاجماع لانه لا يلزم التسوية بين كامل الحال وناقص الحال • وفي الاطراف ليس معنى الادمي باصل بل هو تابع لانه
ينتفع بها انتفاع الاموال فترجح معنى المالية • بخلاف النفس فانه قيل انه مملوك فاذا تلف وجب ان يلزم قيمته بالغا ما بلغ كسائر المملوكات قلنا
المعنى في الاصل انها تعرض ضمان الاموال • ولهذا لا يدخل فيه شيء من احكام الجنايات • بخلاف العبد فانه يعرض ضمان الجنايات بدليل ثبوت الكفارة
وتحمل العاقلة ووجوب القصاص وثبوت القسامة • فان قيل ما لا يتقدر بدله قليله لا يتقدر كثيره كالاموال قلنا يبطل بالعبد
الموضحة من الجنايات • ثم لما لم يرد الواجب في قتل العبد على دية الحر نقص منها اظهارا لنقصان الرق • وانما عينت العشرة باثر عبد الله بن مسعود
ولان العشرة ادنى ما له خطر في الشرع • ولهذا قدر به نصاب القطع في السرقة وغيرها • الا ترى ان الحرة لا تستباح الا بالنكاح الا بعشرة وتستباح وطء الامة
بالهبة بغير شيء ولذلك لا تقدر وانتقص الرق ههنا بعشرة • واما الامة فلا يزاد الواجب في قتلها على خمسة آلاف الا عشرة وهذا ظاهر الرواية لان هذا دية
الحر ينتقص منها عشرة كما ينتقص من دية الرجل • وليس كذلك اذا قطع يد العبد لا يتجاوز خمسة آلاف الا خمسة لان ما يجب في اليد جزء ما يجب في الجملة
فقدر بنصفها وما يجب في الانثى ليس بجزء من دية الذكر وانما هي دية في نفسها فلذلك قدر النقص فيها بعشرة • وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة في قتل
الامة خطأ اذا زادت قيمتها على دية الحرة خمسة آلاف الا خمسة • قال الفقيه ابو الليث السمرقندي في كتاب العيون رواية الحسن
وهو القياس **قوله** ولهذا يجب للمولى ابتداء لكون الضمان بدل المالية وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية • اي المولى لا يملك العبد من حيث الادمية
بل من حيث المالية • فلو كان الضمان بدل الدم لوجب الضمان للعبد لانه في حق الدم مبقي على اصل الحرية **قوله** ولو قتل العبد المبيع قبل القبض
في يد البائع ذكره ايضا على سبيل الايضاح عطفا على قوله يجب للمولى • يعني ان بدل العبد باعتبار المالية لا باعتبار الادمية ولان الضمان بدل
المالية وهذه المسئلة تحتاج الى البيان • قال القدوري في كتاب التقريب قال ابو يوسف اذا قتل المبيع في يد البائع فاختار المشتري اجازة البيع
كان له القصاص • وكذلك ان اختار فسخ البيع كان للبائع القصاص وهذا حكي عن ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ليس للبائع القصاص وروى
ابن رباح عنه لا قصاص للمشتري ايضا • لابي حنيفة ان العقد يعرض للفسخ ما لم يتصل به القبض • فاذا هلك انفسخ العقد فصار كأنه لم يكن فوجب
القصاص للبائع وليس كذلك المكاتب اذا مات عن وفاء ووارث غير المولى يثبت له الحق من غير ان يستند الى امر سابق فلذلك لم يكن له القصاص
وليس كذلك العبد اذا قتل في يد الغاصب فضمن المالك لانه لا يملك القصاص لانه ملكه مستندا لاختياره وهو سبب حادث بعد الجناية فلذلك لم يملك القصاص
وفي مسئلتنا يملكه البائع بحكم الملك الاول ولا يلزم على هذا اذا كان الخيار للبائع والعبد في يد المشتري فاختار نقضه انه لا قصاص للمشتري لانه يملكه
باختيار الفسخ وهو سبب حادث • ولابي يوسف ان البيع ينفسخ بالهلاك ويملكه البائع بذلك وهو سبب حادث فصار كتضمين الغاصب وتضمين المشتري
في البيع المشروط فيه الخيار وليس كذلك المشتري لان الملك له • وانما كانت اليد لغيره هذا لا يمنع وجوب القصاص • ووجه الرواية الاخرى ان
المبيع ما دام في يد البائع فله فيه حق الملك الا ان يعود اليه فقد وقعت الجراحة على وجه لا يثبت القصاص معه وهو ان يختار المشتري
الرد فصار كذلك شبهة وقد قال زفر في المبيع يقتل في يد البائع لا يجب القصاص فيهما • وكذلك الرهن لان للمرتهن حق الملك
القصاص فصار كذلك شبهة • وفرق ابو يوسف بين البيع والرهن في احدى الروايتين لان الملك في الرهن للراهن وانما للمرتهن حق القصاص
حق يستوفى عنه • فاذا رضي فقد اسقط حق نفسه فتولى الراهن • وفي البيع حق الملك ثابت للبائع فيمنع المستحق للقصاص فهو لا كذا في
التقريب **قوله** عند تعذر الجمع بينهما • اي بين معنى المالية ومعنى الادمية • لانهم اجمعوا على ان الضمان اما بدل المالية او بدل الادمية
قوله وتعيين العشرة باثر عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وهو ما روى القدوري في شرح مختصر الكرخي عن عبد الله بن مسعود انه قال

في قيمة العبد لا يزاد على عشرة آلاف الا عشرة وهذا امر لا يعلم الا من طريق التوقيف • وذلك في بعض نسخ الهداية ابن عباس مكان ابن مسعود وذلك
ليس بصحيح لان مذهب ابن عباس مثل قول ابي يوسف وقد رواه الكرخي كذلك من قبل **قوله** قال في يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف
الا خمسة دراهم • وذلك لان ما يجب في اليد من الحر مقدر بنصف ما يجب في الجملة فكذلك ما يجب في يد العبد مقدر بنصف ما يجب في جملته ولا
يشبه هذا ما يجب في نفس الامة انه ينتقص منه عشرة دراهم لانه ليس بجزء من دية الذكر وانما هي دية في نفسها • ولهذا قدر النقص فيه بعشرة وهذا الذي
ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف اولا • وقال محمد عليه النقصان وهو قول زفر وابي يوسف آخرا كذا في شرح ابي نصر • قال ابو الحسن الكرخي في مختصره
قال ابن سماعة وبشر عن ابي يوسف قال قال ابو حنيفة كل شيء فيه من الحر الدية ففيه من العبد القيمة • وكل شيء من الحر فيه نصف الدية ففيه من العبد
نصف قيمته • وكذلك الجراحات على هذا الحساب • قال ابو يوسف ثم ان ابا حنيفة رجع في حاجب العبد وفي اذنه وقال فيه حكومة عدل
وقال محمد في املائه قال ابو حنيفة اذا قطع الرجل يد العبد او فقأ عينه او قطع رجله او شجه موضحة او آمة او منقلة او نزع ثنيته او هشمه نظر الى
الذي صنع به كم ادخله من دية الحر فيغرم ذلك من قيمته • وكذلك بلغنا عن ابراهيم النخعي وسعيد بن المسيب قال محمد استقبح ابو حنيفة ان يضمن في
الاذن نصف القيمة • وقال الحسن عن ابي حنيفة وزفر ان حلق احد حاجبيه فلم ينبت او نتف اشفار عينيه الاسفل والاعلى فلم ينبت او قطع احدى شفتيه
العليا او السفلى ان عليه في كل واحد من ذلك نصف القيمة • وقال محمد على نفسه يغرم الجاني بجنايته ما نقص بجنايته من العبد من قيمته
جنايته به واغرم الجاني فضل ما بين القيمتين قال محمد وهو قول زفر وابي يوسف وقولنا • وقال محمد وجميع هذه الجنايات
في مال الجاني خطأ كانت او عمدا ما لم يبلغ النفس فاذا بلغت النفس وكانت الجناية خطأ كانت القيمة على العاقلة الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وجملة
هذا ما ذكره الشيخ ابو الحسن القدوري في شرحه ان الجنايات في العبد تتقدر فيما دون النفس عند ابي حنيفة وابي يوسف • وقال محمد لا تتقدر
وروي عن ابي يوسف مثله وهو قول مالك • وجه قول ابي حنيفة ان القيمة في العبد مثل الدية في الاحرار • فاذا كانت الجناية فيما دون
النفس تتقدر في دية الحر جاز ان تتقدر في قيمة العبد • ولان الجناية عليه في النفس يدخلها التقدير • الا ترى انها لا يبلغ بها
الدية فجاز ان يدخل ما دون النفس التقدير كالحر • وجه قول محمد ان ما دون النفس من العبد ضمان الاموال بدلالة انه لا يتعلق
به قود ولا كفارة ولا تحمله العاقلة وضمان الاموال يجب فيه النقصان • واذا ثبت هذا فروى الحسن عن ابي حنيفة ان الجناية على العبد
تتقدر فيما يقصد به المنفعة وما يقصد به الزينة مثل الحاجب والشعر كالاذن وذلك لان التقدير لما دخل في الجناية
استوى ما يقصد به المنفعة وما يقصد به الزينة كالحر • وقد روى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان ما يقصد به المنفعة يتقدر وما يقصد به الزينة
لا يتقدر وهو قوله الاخر • لان الزينة ليست بمعنى مقصود من العبد وهي مقصودة في الاحرار • فاما المنفعة فمقصودة منهما فلذلك
تقدرت لانه ما دون النفس من العبد اجري مجرى الاموال بدلالة انه لا يجب فيه قصاص ولا تحمله العاقلة وهي في نفسه جناية • ولو
تقدرت بكل حال لالحق بضمان الجنايات من كل وجه • ولو لم يتقدر لالحق بضمان الاموال من كل وجه فقدرنا منه ما يقصد منه المنفعة ولم يقدر
ما يقصد به الزينة ليعطي الشبهين من الجنين • فاما قوله ان الجناية على اليد فيما دون النفس لا تحملها العاقلة لانها اجري مجرى ضمان الاموال
بدلالة انه لا يلزم فيه قصاص بحال وضمان المال لا تحمله العاقلة • فاما اذا قتل العبد خطأ فقيمته على العاقلة عند ابي حنيفة ومحمد • وروي عن
ابي يوسف انه قال في مال القاتل • وروي ان مقدار الدية على العاقلة وما زاد على ذلك في مال القاتل • وجه قولهما ان ضمان النفس في العبد
ضمان جناية بدلالة وجوب القصاص فيها اذا كانت عمدا ووجوب الكفارة فيه فصار كالجناية على الحر • وجه قول ابي يوسف ما روي عن عمر
رضي الله عنه انه قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا • ولان العاقلة لا تتحمل ما دون النفس فيه فكذلك النفس كالبهائم وبخلاف
الاحرار والجواب اما الخبر فمعناه لا تتحمل العاقلة ما جناه العبد لان المولى اقرب اليه منهم • واما قياسه على ما دون النفس فليس بصحيح لانه لا
يتعلق به احكام الجنايات من القصاص والكفارة فلم يتعلق به حكم التحمل • ووجه الرواية الاخرى عن ابي يوسف ان مقدار الدية منه ضمان
الجناية فتتحملها العاقلة وما زاد على الدية فهو من جنس ضمان المال فلم تتحمله العاقلة • وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فرق بين ما يوجب الدية
وما يوجب اقل من الدية فيما يقصد به الزينة من العبد • وقال في احد حاجبيه نصف القيمة • وفي الانف ما نقص ولا يبلغ به دية حر • وذلك
لان الجناية على العبد جناية على مال فلا يجب جميع قيمته بنقصانه كما لا يجب في البهائم • وقد قال الحسن في رواية اذا قطع ذكره او انثييه او اصابع
يديه • او اصابع رجليه فعليه ما نقصه • وهذا ينبغي ان يكون ما يقصد به المنفعة وما يقصد به الزينة اذا بلغ جميع القيمة وجب فيه ما
نقص لانه مال فلا يجب بنقصانه جميع قيمته • والمشهور من الرواية في يد العبد وعينيه جميع قيمته ويخير المولى بين ان يمسكه من كل شيء او يسلمه
الى الجاني ويأخذ القيمة حتى لا يجتمع على ملكه البدل والمبدل وسيجيء بيانها في آخر هذا الفصل ان شاء الله كذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي
قوله بدل الدية على ما مر وهذه اشارة الى قوله لابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله مطلقا في اسم الواجب بمقابلة الادمية
الى آخر ما قال **قوله** وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده تجب قيمتها وهي من مسائل الجامع الصغير • وذلك لان الغصب
يرد عليه من حيث انه مال لا من حيث انه ادمي فتعتبر المالية بالغة قيمتها ما بلغت **قوله** ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان
كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف • وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش
اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل • اي قال في الجامع الصغير صورته محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل
له عبد فقطع رجل يد العبد عمدا ثم اعتقه مولاه فمات العبد منها قال ان كان للعبد ورثة فلا قصاص على القاطع وان كان لا وارث له غير المولى
فللمولى ان يقتل قاتله وهو قول ابي يوسف ايضا • وقال محمد لا ارى عليه قصاصا بكل حال وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه
ويبطل الفضل الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وذلك لانه اذا كان له وارث آخر لا يجب القصاص بالاتفاق ويجب على القاطع ارش اليد
وهو نصف القيمة دية اليد للمولى لاشتباه المستوفي • لانا اذا نظرنا الى حالة القطع فالولي هو المولى • لان الجناية حصلت على ملكه وان

نظرا الى حالة الموت فالولي هو الوارث الاخر لا المولى ومع جهالة المستوفي لا يمكن استيفا القصاص فيجب على القاطع ارش اليد للمولى • لان الجناية حصلت
في ملكه في اليد من الادمي صفة وتمم النقصان الذي حصل بعد القطع الى يوم العتق لانه نقصان حصل عن جناية معتوقة وسقط الفضل لان الاعتاق لا يزيلها
اعتقه بعدما اخرجه عن ملكه فيبطل حكم السراية كمن قطع يد عبد انسان ثم باعه المولى من انسان اخر ثم سرى الى النفس ثم مات فانه يجب على القاطع ارش
اليد وبطل السراية • وكذا هنا واورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير سوالا وجوابا فقال فان قيل اذا اجتمع المولى والوارث فلم لا يجب القصاص كما
يجب في العبد الموصي برقبته لرجل وبخدمته لاخر فقتله رجل فاجتمع صاحب الرقبة وصاحب الخدمة فانه يجب القصاص فيه فيل له هنا لا نشبه ذلك لان
في تلك المسئلة لصاحب الرقبة ملكا ولصاحب الخدمة حقا يشبه الملك فصار كعبد بين شريكين • واما ههنا وقت الجناية لم يكن للوارث
فيه حق ووقت الموت لم يكن للمولى فيه حق ثابت فاشتبه المستحق في ذلك فلا يقضي القاضي بالمجهول • فاما الكلام في الفصل الثاني وهو ما اذا لم
يكن للعبد وارث اخر سوى المولى فانه يقتص عندهما ولا يقتص عند محمد • والجواب فيه عند محمد كالجواب في مسئلة الاولى • وجه قوله ان السبب
مختلف لانا ان اعتبرنا حالة القطع فالسبب هو الملك اي لا قصاص • وان اعتبرنا حالة الموت فالسبب هو الولا واختلاف السبب بمنزلة اختلاف
المستحق • ولو اختلف المستحق لا يستوفي القصاص فكذا هنا • ولابي حنيفة وابي يوسف انا تيقنا بولاية الاستيفا للمولى لانا ان اعتبرنا حالة الجناية
فالولي هو المولى • وان اعتبرنا حالة الموت فالولي هو المولى ايضا بحكم الولاية فكان المستوفي معلوما • واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة
فلا يمنع الاستيفا • بخلاف جهالة الولاية المستوفي وهذا اذا كان القطع عمدا فان كان خطا فجوابهما كجواب محمد • لان الاعتاق يقطع حكم
السراية اذا كان القتل خطا لتبدل المستحق • لان عند وجود الجناية المستحق هو المولى وعند السراية المستحق هو العبد وبعد المستحق يقطع السراية
كالبايع • بخلاف ما اذا كان القتل عمدا لان ثمة المستحق في الحالين واحد وهو العبد لان القصاص انما يجب من حيث ان الادمي في السدير حر
لان الادمي مبقي في اصل الحرية • والمولى انما يستوفي بطريق الخلافة وعلى هذا مسئلة اخرى ذكرها في الجامع الصغير مكاتب قتل عمدا وترك
وفاء بدل الكتابة فاذا كان له ورثة اخرى سوى المولى لا قصاص في القاتل بالاجماع ويجب على القاتل قيمة المكاتب لجهالة المستوفي على ما ذكرنا
وان لم يكن له وارث سوى المولى وترك وفاء فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يستوفي القصاص لان المستوفي واحد وهو المولى • وعلى قول
محمد لا يستوفي القصاص لاختلاف السبب • وان قتل عاجزا يجب القصاص ويستوفيه المولى بالاجماع • وان كان له ورثة سوى المولى لانه لو
مات عاجزا صار قنا فكان ولاية الاستيفا للمولى في كل حال كذا ذكر فخر الاسلام قاضي خان وغيرهما • وقال الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي • هذا اذا اعتق العبد بعد القطع ولو لم يعتق ولكن دبره او كاتبه فاستولدها ثم تقطع السراية فيجب نصف القيمة ويجب تمام
نقص بعد الجناية قبل الموت هذا في الخطا • وان كان عمدا فللمولى ان يقتص بالاجماع **قوله** والا اقتص منه • اي ان لم يكن للعبد المعتق
ورثة غير المولى اقتص منه قاطع يده بعد موت العبد **قوله** في الوجه الاول • اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى **قوله** ومثل المسار
الحالة الثانية وهي حالة الموت **قوله** وفيه الكلام • اي بالاسباب بحقوق اشتباه من له حق القصاص • يعني ان تعدد استيفاء حق القصاص لتعين
اشتباه من له الاستيفاء فقد بحق الاشتباه بما عرفه فيتعذر الاستيفا **قوله** واجتماعهما لا يزيل الاشتباه • اي اجتماع المولى والورثة لا
يزيل ذلك الاشتباه لان ملك المولى في القصاص بالنظر الى حال الجرح وملك الورثة بالنظر الى حال الموت • وبعد الاجتماع لا يحصل لكل واحد منهما الملك
في الحالين فلا يفيد الاجتماع • وهذا معنى قوله لان الملكين في الحالين **قوله** في الخلافية اي في المسئلة المختلف فيها وهي ما اذا لم يكن للعبد
المعتق ورثة سوى المولى **قوله** لانه المالك • اي لان سبب الولاية الملك قوله احدى الحالتين ارادها حالة الجرح **قوله** على اعتبار الاخرى
اي الحالة الاخرى واراد بها حالة الموت **قوله** فيما يحتاط فيه اي في الامر الذي لا يثبت بالشبهات • يعني القصاص واحترز به عما قال الاخر
للاخر الذي مرض فيه المراد لان من ثمن جنح فانه يقضي بالمال • وان اختلف السبب لان المال يصح فيه البدل والاباحة فلا يبال باختلاف
السبب **قوله** لان المقضي له معلوم وهو المولى لانه لا وارث للعبد غيره **قوله** والحكم متحد وهو القصاص لانه يجب القهرة في الموت
باستيفا القصاص للمولى لعدم الاشتباه **قوله** بخلاف الفصل الاول • اي بخلاف ما اذا كان له ورثة غير المولى حيث لا يجب القصاص
لان المقضي له بالقصاص مجهول لانه المولى في حالة والورثة في حال كما مر بيانه **قوله** ولا يعتبر اختلاف السبب هنا • اي فيما اذا لم يكن له ورثة
غير المولى لا يعتبر • بخلاف سبب ولاية استيفا القصاص من الملك والولا • لان المقصود وهو حكم القصاص متحد غير مختلف **قوله** بخلاف
تلك المسئلة اراد بها المسئلة التي مر ذكرها محمد رحمه الله وهي ما اذا قال لاخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها
فاجاب وقال لا نسلم ان الفرع مثل الاصل لان في الاصل الحكم مختلف كالسبب • وفي الفرع الحكم متحد والسبب مختلف فلم يكونا نظيرين هذه
المسئلة • بيانه ان الحكم وهو حل الوطء ضروري لا مقصود ثبت تبعا لملك اليمين في صورة البيع وفي النكاح حكم الحل ثبت مقصودا
بالنكاح حتى لم يشرع النكاح في موضع لا يتصور الحل في ملك اليمين يشرع الحل الملك في موضع لا يتصور الحل كالمجوسية والبيد والبهائم • فلما
اختلف الحكم كما اختلف السبب لم يحل الوطء **قوله** والاعتاق لا يقطع السراية لانه جواب عن قول محمد ان الاعتاق قاطع للسراية • يعني
لما جعل الاعتاق قاطعا للسراية كان الاعتاق كالبرء يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا جرح فلا يجب القصاص في القاطع كما اذا كان القطع
خطا فاجاب عنه • وقال سلمنا ان الاعتاق قاطع للسراية لكن لا نسلم ان كونه قاطعا لها لذاته بل للاشتباه من له الحق كما في القطع خطا
لانه يشتبه من له الحق اذا مات العبد بعد الاعتاق • لان من له الحق هو المولى وقت الجرح والميت وقت الموت لحريته • ولهذا اشتد هو
وصاياه ويقضي من الدية ديونه لجعل الاعتاق قاطعا للسراية للاشتباه وفي العمد لم يتركنا لانه لا اشتباه ثمة لان موجبه القصاص هو
والعبد مبقي في اصل الحرية • ولهذا لم يكن لمولاه ان يستهلك دمه ولا حق في موجب القصاص للعبد او لا ينزع بولاه ولا خلافه عنه فادفع
الاشتباه فلم يكن الاعتاق قاطعا للسراية فاندفع قول محمد ان السراية بقيت بلا جرح **قوله** وان اشتغ القصاص عنده محمد في المسئلتين اي
بما اذا كان له ورثة غير المولى • ولهذا اذا امتنع القصاص عندهم جميعا فيما اذا كان له ورثة غير المولى وهو الفصل الاول يجب ارش اليد

وما نقص العبد الى وقت العتق وقد مر بيان ذلك • **قال** الكرخي في مختصره والمدبر والمدبرة وام الولد وابن
ام الولد بمنزلة العبيد في القصاص يحق للولي وللموالي ان كانوا جماعة لا يقدر على ملكه • الا ترى انه يرد اجرتهم
عن الملك وقتل المدبرة وام الولد يحق الملك فصاروا كالعبيد القن **قوله** قال ومن قال لعبديه احدكما
حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى • اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل قال لعبديه احدكما حر ثم شج رجل العبدين شجة شجة ثم بان من ذلك ثم قيل له اوقع العتق على احدهما فاوقعه
على احدهما قال ارش الشجتين للمولى الى هنا لفظ الجامع الصغير وذلك ان العتق المبهم ليس بنازل في المعين لانه اضيف الى
احد هما غير عين وحين وقعت الشجة بقيا مملوكين كما كانا فلهذا وجب ارشهما للمولى لا لورثتهما قالوا في شروح الجامع
الصغير وهذا بخلاف ما اذا قتلهما رجل واحد فانه لا يغرم قيمة عبد ودية حر يعني اذا قتلهما معا ولم يمل كذلك
في ضمان الشجتين والجاني واحد ايضا والفرق بين قتلهما وشجهما ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على
ما عرف في اصول الفقه وهو ان احدهما اذا مات تعين الباقي للعتق ولا يصح قوله اردت الميت بالعتق لان الانشاء
في الميت لا يصح ولو لم يمت العبد ان جبر المولى على البيان على معنى البيان اظهار وتعيين للواقع ولو كان انشاء من كل وجه
لم يجبر لانه لا جبر في الانشاء ثم نقول ان العبدين بعد الشجة يصلحان لانشاء العتق في حقهما فجعل البيان انشاء
اي ايقاعا للعتق ابتداء فكان العبدان مملوكين حين وقوع الشجة قبل ايقاع العتق فكان ارشهما للمولى وبعد قتلهما
او موتهما لم يبقيا محلا للانشاء فجعل البيان اظهارا وتعيينا للواقع وكان احدهما حرا بيقين وان كانت الحرية غير نازلة
في احدهما معينا فكان قاتلهما قاتلا لحر منهما فوجب عليه قيمة عبد ودية حر لان القتل تلاقي محل العتق فاما
الطرف فليس بمحل للعتق فانما يثبت حكم العتق في الطرف تبعا للعين فلا يثبت قبل ثبوته في العين من كل وجه
بخلاف ما اذا قتل كل واحد من العبدين رجل معا حيث تجب قيمة المملوكين لعدم التيقن بقتل الحر لانه ينكر كل
واحد منهما انه قتل الحر • **قال** ابو الحسن الكرخي في كتاب العتاق في مختصره • واذا قال الرجل لامتيه احداكما
حرة ولابنته واحدة بينهما فقتلهما رجل جميعا معا فعلى القاتل نصف قيمة كل واحدة منهما للمولى وعليه نصف دية
هذه ونصف دية هذه لورثتهما لانا نعلم انه قد قتل حرة وامة وعليه دية وقيمة ولو قتلهما رجلان جميعا معا
كان على كل واحد منهما قيمة الامة التي قتل فيكون نصف قيمتها للمولى وما بقي من كل واحدة منهما لورثتهما فان قتلهما
رجلان او رجل واحد احداهما قبل صاحبتها ففي الاولى القيمة للمولى وفي الثانية الدية للورثة وهذا كله قول
ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ورواية محمد في املائه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال الشيخ ابو الحسين
القدوري لا اصل في ذلك ان القاتل لا يخلو اما ان يكون واحدا او اثنين وكل واحد منهما على فصلين اما ان يكون
قتلهما معا او واحدا بعد الاخرى فان كان القاتل واحدا وقتلهما معا فقد علمنا انه قتل حرة وامة والواجب بقتل الحرة
الدية وقتل الامة القيمة فالقيمة للمولى والدية للورثة وكل واحد منهما يجب ديتها في حال فينقسم على اصلنا
باعتبار الاحوال وانما اذا قتل احداهما قبل صاحبتها فقد تعينت الحرية في الثانية بقتل الاولى فكانت على القاتل قيمة الاولى
للمولى ودية الثانية للورثة • واما اذا قتل كل واحد منهما رجل وكان القتل معا فعلى كل واحد من القاتلين القيمة
نصفها للورثة ونصفها للمولى لانا لا نعلم من تجب عليه الدية منهما فسقط الجائز لجهالة المستحق عليه فتبقى
القيمة المتيقنة وليس كذلك اذا كان القاتل واحدا لان المستحق عليه معلوم وانما جهل المستحق وفي مسئلتنا المستحق
عليه مجهول فلم يثبت عليه الاستحقاق بالشك وانما انقسمت القيمتان لان المولى مستحق لبدل الاخرى وكل واحدة منهما
مستحق في حال ولا يستحق في حال واما اذا كان القتل متفرقا يغرم القاتل الاول قيمة المقتول للمولى وقد تعينت الحرية
في الثانية فعلى قاتلها الدية لورثتها كذا ذكر القدوري في شرحه • وقال الحاكم الشهيد في الكافي وان لم
يجن عليهما ولكن المولى قبل الاختيار عتق نصف كل واحدة منهما وسعت في نصف قيمتها وذلك انه لما فات البيان بموت المولى
شاع العتق الواحد فيهما جميعا لانه ليس احدهما باولى من الاخر فلما عتق نصف كل واحدة منهما وجب اخراج النصف الباقي
الى الحرية بالسعاية فان اختار المولى ايقاعه عند الموت على احداهما عتقت يعني عتق كلها من جميع المال لان البيان مستحق
عليه فيصح من جميع المال **قوله** ولان القياس يابى ثبوت العتق في المجهول عطف على قوله ان البيان انشاء من وجه
يريد به الفرق ثانيا بين الشجة والقتل يعني ان القياس يابى وقوع العتق اصلا في المنكر لعدم فايدة العتق فيه وهي اهلية
الولاية من القضاء والشهادات ولكن صح العتق نازلا في احدهما غير عين ضرورة صحة تصرف المعتق لئلا يلغو كلامه الذي
به امتاز عن سائر الحيوانات واثبت له ولاية النقل من المجهول الا المعلوم بطريق البيان تعيينا للواقع بان يظهر
ذلك العتق المبهم في احدهما في واحد منهما بعينه فلما كان ثبوت العتق في المنكر ثابتا بالضرورة يتقدر الضرورة على ما هو
الاصل في الثابت بالضرورة ثم الضرورة تتحقق في حق النفس لا في حق الطرف لان محل العتق هو النفس لا الطرف
وانما يثبت العتق في الطرف تبعا للنفس لا مقصودا فبقي العبد مملوكا في حق الطرف الذي وقع عليه الشجة على اصل
القياس فكان ارشهما للمولى فافهم **قوله** قال ومن فقا عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء
امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ

قيمته • اي قال في الجامع الصغير • وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد لرجل فقأ رجل عينيه
فان شاء المولى اخذ من الفاقي قيمة العبد فان اعطاه العبد وان شاء امسكه ولا شي له • وقال ابو يوسف ومحمد ان
شاء اخذ قيمته واعطاه دفعه وان شاء امسكه وضمنه ما نقصه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير فقال فقأ عينيه اذا
شاء اخذ قيمته واعطاه ذميه وان شاء امسكه وضمنه ما نقصه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
قلعهما واستخرجهما • وقال في مختصر الاسرار اذا فقأ الغاصب عين العبد او رجليه او قلع عينيه فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه
جميع القيمة وسلم العبد اليه وان شاء امسك ولا شي له وقالا ان امسك العبد اخذ النقصان وقال المخالف
يعني الشافعي ياخذ العبد وقيمته • وهذه المسئلة تسمى مسئلة الجثة العمياء وجه قول الشافعي ان الضمان مقابل بالفائت
فيبقى الباقي على ملكه كما لو وردت الجناية على حر وكما لو وقع قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه حيث يضمن نصف القيمة و
ويبقى الباقي على ملكه وكما لو فقأ عيني مدبر فانه يضمن نقصان القيمة ويبقى المدبر على ملكه • ولنا ان الواجب
ضمان الجناية كما في النفس ولكن المولى يستحقه بسبب ملكه وماليته ثم ماليته كما تعتبر في حق الذات تعتبر في حق
الاطراف ايضا لسقوط اعتبار المالية في حق الذات قضاء عليه اعني انه لا يقال ان اعتبار المالية مقصور على الذات
بل المالية في الذات والاطراف جميعا فاذا كان استحقاق ضمان الجناية بالمالية وجب في تفويت اليدين والعينين
لتفويت جنس المنفعة تمام قيمة المالية فاذا اخذ المولى كان من شرط ذلك تسليم الجثة الى الجاني لئلا يؤدي الى اجتماع
البدل والمبدل في ملك رجل واحد لانه لا نظير له في الشرع بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ضمان الجناية وليس فيه
معنى المالية فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وبخلاف ما اذا قلع احدى عيني العبد او قطع احدى يديه
لان الفائت هو النصف ولم يوجد تفويت جنس المنفعة لان المدبر لا يقبل النقل من ملك الى ملك وقال
في مختصر الاسرار ولا يلزم ما اذا كان العبد مدبرا حيث يأخذ جميع قيمته مع بقائه على ملكه لان محمدا ذكر انه لا يجب هناك
قيمة اليدين وانما يأخذ ضمان النقصان واحتج ابو يوسف ومحمد بان العبد مال والمعتبر في صفة ضمانه معنى المالية
وصاحب المال في النقصان الفاحش بالخيار ان شاء سلم العين واخذ قيمته وان شاء امسكه وضمن النقصان
وهذا لان الضمان مقابل بالفائت لكن الرقبة بذلك صارت هالكة من وجه وهي قائمة من وجه فان مال الى الهلاك
ضمنه القيمة وسلم العين اليه لانه اخذ عوض الرقبة لما صار للرقبة حكم الهلاك وان شاء مال الى القيام فامسكه وضمنه
النقصان وهو بدل العين في المماليك ولهذا قال محمد رحمه الله ان الجثة العمياء تاخذ قسطا من الماخوذ بالعينين
يعني ان ارش العينين وهي القيمة الكاملة بدل عن العين والجثة جميعا حتى انه اذا استوفى كمال القيمة لم يسلم له الجثة
فلما كان بدلا عنهما جميعا كان بالخيار ان شاء اخذ الكل وازال الملك من الاصل وان شاء استبقى الملك في الاصل
وضمنه النقصان كما اذا احرق ثوب الغير حرقا فاحشا ولابي حنيفة ان الواجب ضمان المالية مع اعتبار معنى الادمية
لان العبد وان كان مالا ففيه معنى الادمية في ذاته وفي اطرافه ولهذا لو قطع عبد يد عبد آخر يؤمر مولى الجاني
بالدفع او الفداء والدفع من احكام الادمية ولو كان معنى الادمية في الطرف مهدرا لم يؤمر بالدفع بل وجب بيع رقبته
الجاني في الجناية لان موجب جناية العبد في المال ذلك فاذا كان في العبد معنى المولى ومعنى الادمية اعتبر المعنيان
جميعا فالضمان باعتبار معنى الادمية لا يتوزع على الفائت وعلى الباقي بل يكون مقابلا بالفائت لا غير كما في عيني الحر
ويقتضي ذلك امساك الجثة مع اخذ كمال القيمة كما قال الشافعي والضمان بمعنى المالية يتوزع على الفائت وعلى الباقي
ويقتضي ذلك امساك الجثة مع اخذ النقصان وهو الذي يجب بمقابلة فوت الاجزاء كما قالا فوفرنا على الشبهين من المالية
والادمية حظهما فقلنا اذا اخذ قيمة العينين دفع الجثة الى الجاني رعاية لمعنى المالية لئلا يجتمع البدل والمبدل
في ملك واحد لانه اخذ كمال القيمة وليس له اذا امسك الجثة ان ياخذ كمال القيمة لهذا المعنى وان ياخذ النقصان
ايضا وهو ما دون القيمة لان العينين ارشا مقدرا وهو كمال القيمة فامتنع الرجوع بالنقصان بخلاف الاموال فانه ليس لها
ارش مقدر فامكن الرجوع بالنقصان فالحاصل ان فيما قالا الغاء معنى الادمية واعتبار معنى المالية لان مالك المال
بالخيار ان شاء سلم العين واخذ كمال القيمة وان شاء امسكها ورجع بالنقصان كما في الحرق الفاحش وفيما قال الشافعي
اعتبار معنى الادمية والغاء معنى المالية لانه يقول باخذ كمال القيمة مع امساك الجثة اي يتملك الجاني جثة العبد
وفيما قال ابو حنيفة اعتبار المعنيين جميعا فكان ما قاله اولى قوله فيجب ان يتملك الجثة اي يتملك الجاني
جثة العبد المجني عليه قوله وفي الاطراف ايضا اي معنى الادمية ليس بمهدر في اطراف العبد كما انه ليس
بمهدر في ذات العبد قوله من احكام الاول اي من احكام الادمية ان لا ينقسم الضمان على الفائت
وعلى الباقي بل يكون بمقابلة الفائت ولا يتملك الجثة كما في عيني الحر قوله ومن احكام الثانية اي من احكام
المالية ان ينقسم الضمان على الفائت وعلى الباقي ويتملك الجثة فان قلت كيف اراد صاحب الهداية بالاول
الادمية والادمية مذكورة بعد المالية وكيف اراد بالثانية المالية والمالية مذكورة قبل الادمية قلت
انما فعل كذلك لانه ذكر دليل الشافعي اولا وهو اعتبر معنى الادمية ثم ذكر دليل ابي يوسف ومحمد وهما اعتبرا المالية
فكان الوضع الاول والثانية في موضعهما

فصل

في جناية المكاتب وام الولد لما ذكر جناية العبد

والجناية عليه وهو كامل في المملوكية ذكر بعده جناية من هو انقص في المملوكية وهو المدبر وام الولد قوله قال
واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها • اي قال القدوري في مختصره • قال الشيخ ابو الحسن
الكرخي في مختصره جناية المدبر على سيده في ماله دون عاقلته حاله فاذا قتل المدبر رجلا خطأ او جنى عليه دون
النفس فذلك كله على المولى في قيمة المدبر يكون عليه الاقل من قيمته ومن ارش جنايته لا يلزم المولى بجناية المدبر
اكثر من قيمة واحدة مرة واحدة وان كثرت الاروش وجاوزت الى مائة الف يشترك من جنى عليه المدبر اولا واخرا
تقارب ما بين الجنايات او تفاوت سوى كانت على المولى لم يقبض منه او كانت قبضت منه فيتضاربون في القيمة
بقدر ما لكل واحد منهم من ارش جنايته كما يثبت لك انهم يتضاربون في رقبة العبد الجاني اذا اختار المولى ما ذكره محمد
في الجنايات الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • والدليل على ان جناية المدبر على المولى ما ذكره محمد في الجنايات ان ابا عبيدة بن
الجراح قضى بجناية المدبر على مولاه وذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف وقد كان ابو عبيدة امير الشام وقضاياه تظهر
بين الصحابة وذكر عن عمر بن عبد العزيز وابراهيم مثل ذلك ولان المولى صار مانعا من تسليمه بالجناية بالتدبير من
غير اختيار فكانه دبره ولا هو لا يعلم بالجناية وانما لزمه الاقل من ذلك لان الارش ان كان اقل من قيمته فلا حق لولي الجناية
فيما زاد عليه وان كان اكثر من القيمة فلم يتلف المولى بالتدبير الا الرقبة فلزمه قيمته • كذا ذكر القدوري في
مختصره وكذلك الحكم في جناية ام الولد لهذا المعنى وانما لزمه في جميع الجنايات قيمة واحدة لان المنع منع واحد
والضمان يتعلق به فكان الجنايات اجتمعت ثم دبره وانما يتضاربون بالقيمة لان كل واحد منهم يستحق بقدر جنايته
فيضرب بذلك • وقال القدوري في كتاب التقريب • قال ابو يوسف يضمن المولى قيمة المدبر وام الولد
بالجناية مدبرا • وقال زفر يضمن قيمته عبدا • وروي بن ابي مالك عن ابي يوسف مثله لابي يوسف ان النقص
الحاصل بالتدبير تقدم بالجناية فلا يعتد به على المولى كما لو كان قطع يده ولزفر ان المولى بالتدبير مانع من تسليمه
فكانه حين يوم دبره قوله بخلاف القن يعني ان المولى يتخير في جناية العبد القن بين الدفع والفداء وان كان
الارش اكثر لعدم تعين اليسر في الاقل لاختلافهما وهنا لا يتخير المولى في جناية المدبر بين الاقل والاكثر من قيمته و
من الارش لانه لا فائدة للتخيير لان المدبر لما امتنع دفعه لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك تعين اليسر في الاقل لكون
القيمة والارش من حيث انهما بدل قوله ويعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت
يتحقق ذكره تفريعا على مسئلة المختصر • بيانه فيما قال الكرخي في مختصره فيعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم يوم جنى عليه
ولا تعتبر القيمة يوم التدبير فاذا قتل قتيلا خطأ وقيمته يوم قتله الف ثم زادت قيمته فصارت الفا وخمسمائة
ثم قتل آخر فان ولي الجناية الثانية ياخذ من المولى خمسمائة فضل القيمة فيحتسب ذلك عليه من ارش جنايته ثم يقسم
الباقي وهو الف على تسعة وثلاثين جزءا لان الثاني قبض خمسمائة فيحتسب عليه من الدية بقي له تسعة الاف وخمسمائة
فيضرب بما بقي له وللاول الدية كاملة فيكون تسعة الاف وخمسمائة بتسعة عشر جزءا كل خمسمائة جزء فيكون للاول عشرة الاف
وهي عشرون جزءا لان له الدية ولم يقبض منها شيئا فيكون الالف الباقي على تسعة وثلاثين جزءا لذلك لو كان المولى دفع
قيمة المدبر الى الاول خمسمائة ثم جنى على آخر وقيمته الف فان المولى يدفع خمسمائة فضل القيمة للثاني ثم يتبع الثاني الاول
فيما قبض فيكون بينهما على تسعة وثلاثين والقبض في هذا وغير القبض سواء الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قوله قال فان جنى جناية
اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الجناية الاولى بقضاء فلا شي عليه • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ويتبع
ولي الجناية الثانية ولي الجناية الاولى ويشاركه فيما اخذ وذلك لان الضمان لزم المولى لاجل المنع الذي
حصل منه في الرقبة وهو منع واحد فصار كان الجنايات كلها اجتمعت ثم دبره فلا يلزمه الا قيمة واحدة و
ويتعلق حق جماعتهم بها فاذا دفعها الى الاول بقضاء فقد زالت يده عنها بغير اختياره فلا يلزمه ضمانها وللثاني
ان يتبع الاول لانه قبض ما تعلق حقه به كالوارث اذا دفع التركة الى الغرماء ثم ظهر غريم آخر فانه يشاركهم فيما
قبضوا ولم يرجع على الوصي كذلك ههنا قوله قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء
اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية الاول • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان اتبع المولى فله ان يرجع على ولي
الجناية الاولى وذلك لان المولى سلم الى الاول ما تعلق حق الثاني به وكان الثاني بالخيار في تضمين ايهما شاء فان ضمن
المولى رجع على ولي الجناية الاولى لانا تبينا انه دفع اليه ما ليس بحق له وكان له الرجوع به وهذا كله قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد يتبع ولي الجناية الثانية الاول ولا سبيل له على المولى سوى بقضاء او بغير قضاء لان المولى
دفع الى الاول ولا حق للثاني فلم يكن متعديا في الدفع فلا يلزمه الضمان قوله وهذا اشارة الى كون المولى
جانيا بدفع قيمة المدبر الى الاول حيث دفع حق الثاني طوعا لان الجناية الثانية وان كانت متأخرة من الجناية الاولى
وقوعا مقارنة مع الجناية الاولى من حيث الحكم من وجه بدليل مشاركة ولي الجناية الثانية ولي الجناية الاولى ومن وجه
متأخر من الجناية الاولى من حيث الحكم ايضا كالمقارنة في حق اعتبار قيمته في حق الجناية الثانية حين وقوعها فلما كان كذلك
جعلت الثانية كالمقارنة اذا دفع بغير قضاء التضمين اذا دفع بغير قضاء لانه ابطل ما تعلق حق الثاني به ولم يجعل كالمقارنة اذا
دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتأخر قوله واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه

الا قيمة واحدة ذكره تفريعا على مسئلة المختصر • قال الكرخي في مختصره ولو اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه
لو قتل هذا الا قيمة واحدة وعتاقه وغير عتاقه سواء وهو ما تقدم لك لانه لا يتبين من الجنايات في رقبة المدبر
قوله وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا ذكره على سبيل التفريع • قال الكرخي في مختصره وجناية ام
الولد على المولى وهي في جميع ما ذكرت لك بمنزلة المدبر الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان حق الحرية تعلق برقبتها كالمدبر
ولان المولى منع من تسليمها بالاستيلاد السابق من غير اختيار قوله واذا اقر المدبر بجناية لم يجز
اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق ذكره على سبيل التفريع ايضا قال القدوري في شرح مختصر الكرخي انما يعني
به جناية الخطا لانها لا ارش له لمولاه فاقراره على المولى لا يتعلق به الحكم ولم يذكر القدوري جناية المكاتب وعن هذا ما
يتعلق بهذا الموضع • قال القدوري في مختصره وجناية المكاتب على نفسه دون سيده ودون العاقلة يحكم عليه
بالاقل من قيمته ومن ارش جنايته الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان اكساب المكاتب لنفسه فكانت جنايته عليه كالحر
ولانه هو المانع من تسليم رقبته في جنايته بقبوله الكتابة فصار كالمولى المانع لتسليم المدبر بالتدبير فاذا لزمت جناية
المدبر المولى لزمت جناية المكاتب ولا يقال ان المولى هو المانع بعقد الكتابة كما منع بالتدبير لان نفس العقد
لا يمنع الدفع وانما حصل العجز وانما يمنعه البقاء عليه وذلك لحق المكاتب وانما لزمه الاقل لان الارش اذا كان هو الاقل
فلا حق للولي في اكثر منه واذا كانت القيمة اقل لم يمنع المكاتب ما زاد عليها فلا يلزمه ما لم يمنع • قال الكرخي فاذا حكم
الحاكم عليه صارت دينا عليه وسقطت من رقبته وما لم يحكم الحاكم فهو في رقبته لو عجز بعد الحكم باعه الحاكم
في دينه وان عجز قبل الحكم قيل للولي ادفعه او افده بارش الجناية فاما اذا حكم فهي دين عليه يؤديه من كسبه ما دام
في الكتابة فان عجز بيع في ذلك الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه وهذا قول اصحابنا ان جناية
المكاتب تتعلق برقبته • وقال زفر تتعلق بذمته لنا ان رقبته يجوز تسليمها في الجناية لو عجز المكاتب
فتتعلق الجناية كرقبة العبد • وقول زفر ان رقبة المكاتب لا يصح فيه التمليك فصار كالحر والمدبر فلا تتعلق
الجناية برقبته وفائدة هذا الخلاف ان المكاتب اذا عجز قبل انتقال الجناية من رقبته قيل للولي ادفعه او افده
وقال زفر يباع في الارش فحل قولنا ان الجناية في الرقبة وقد امكن فيها الدفع فصارت كجناية العبد
وعلى قوله الجناية في الذمة فيباع فيها اذا عجز كما يباع في الديون ويظهر الخلاف ايضا في المكاتب اذا جنى
قبل القضاء عليه بالجناية قضي عليه بقيمة واحدة لان الجناية الاولى متعلقة برقبته وكذلك الثانية فيتضايق
الرقبة عنهما فيكون بينهما كجناية العبد • وعلى قول زفر يحكم في كل جناية بقيمته لانه تجب في الذمة والذمة
لا تتضايق واذا ثبت ان جناية المكاتب تتعلق برقبته لم ينتقل الى ذمته الا باحد معاني ثلاثة بان يحكم الحاكم
بارشها او بان يصطلحوا على الارش او يموت ويترك مالا او ولدا وذلك لانه قد كانت الجناية موقوفة الحكم لجواز
ان يعجز فيدفع او يعتق فيتعذر الدفع ويجب الارش فاذا قضى القاضي بالارش فقد حكم باحدى جهتي المراعاة
وابطل الجهة الاخرى وكذلك اذا اصطلحوا لان الصلح يوجب البدل في الذمة فينتقل الجناية عن الرقبة فاما اذا مات
وترك وفاء فقد حكمنا بعتقه في اخر جزء من اجزاء الحياة وذلك يمنع من دفع الرقبة فينتقل الحق الى الذمة وكذلك
اذا اعتق في حال الحياة لهذه العلة وكذلك اذا ترك ولدا لان الولد قائم مقامه وقد تعذر دفع الرقبة بالموت وقال
الكرخي ايضا واذا جنى المكاتب جنايات جناية بعد جناية قبل ان يحكم عليه بشيء ثم رفعوه الى الحاكم حكم عليه بالاقل
من قيمته ومن ارش الجنايات التي لزمته الى هنا لفظ الكرخي وهذا على ما قدمنا ان الجنايات تتعلق برقبته فتتضايق
عنه وقال الكرخي ايضا فان جنى جناية فحكم عليه بالاقل من قيمته ومن ارشها ثم جنى جناية اخرى فخوصم فيها
فان الحاكم يحكم عليه بالاقل ايضا من قيمته ومن ارش الجناية الى هنا لفظه رحمه الله وذلك لانه لما حكم بالاولى
نقلها من الرقبة يوم جنى في كل جناية يرجع اليه فيها ولا يعتبر زيادة القيمة بعد الجناية ولا نقصانها على ما شرحت
لك في المدبر وقال الكرخي ايضا واذا اقر المكاتب بجناية خطأ لزمته وحكم الحاكم بها عليه الى لفظه وذلك
مستقيم من شيخه وهو لاحق بالكتابة فنفذ اقراره كالحر وقال الكرخي وان لم يحكم حتى عجز بطلت وذلك لان الاقرار صار
لازما للمولى • الا ترى ان الجناية لو ثبتت لزم المولى الدفع او الفداء فلم يجز اقرار المكاتب في حق غيره وقال الكرخي
ايضا وان عجز بعد الحكم بطلت ايضا عند ابي حنيفة واما قول ابي يوسف ومحمد فلا يبطل وهو دين يباع فيه الى هنا لفظه
ابي حنيفة ان المكاتب فيما لم يقتض الكتابة الاذن فيه باق على حجره بدلالة القرض والكتابة لا تتضمن الاقرار بالجناية فكان
محجورا عليه في الاقرار وانما الزمناه ذلك لثبوت حقه في كتابته فاذا عجز زال المعنى فبطل ما تعلق باقراره وجه قولهما
ان الحاكم لما حكم عليه بها صارت الجناية دينا في ذمته فلا يبطل بعجزه كما لو اقر بدين ثم عجز وقال الكرخي
كان اقر بجناية فلم يحكم الحاكم بها حتى ادى فعتق صارت دينا عليه حين عتق الى هنا لفظه • وذلك لان
جنايته تلزمه في اكسابه ولا يلزم المولى فصار كمعتقه كالديون التي يقر بها وليس كذلك العبد
يقر بالجناية ثم يعتق لان جنايته على مولاه • ومن اقر بحق على عبده لم يلزمه في نفسه • كذا
ذكر القدوري في شرحه والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب بمنه وكرمه

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

اي في المدبر العبد المدبر لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الكتاب جنايتهما في غصبهما لان المفرد قبل المركب
ثم جر كلامه الى بيان حكم الصبي قوله قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل فمات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع
وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه • اي قال في الجامع الصغير وذلك
لان الغصب من اسباب الملك عندنا لان المضمونات تملك عند اداء الضمان مستندا الى اول الغصب • فلما كان سبب الملك
كان تخلل الغصب بين الجناية والسراية قاطعا للسراية كما لو تخلل البيع واذا ابطل حكم السراية صار كانه غصب عبدا اقطع
اليد ومات عنده واورد ابو الليث سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا مات من جراحة المولى فلم لا يجعل كان
المولى قتله فلا يجب عليه شيء قيل له الغصب صار فاصلا بين القطع والهلاك فلا يستند الهلاك الى القطع فصار في حكم
الغاصب كان العبد مات بافة سماوية • الا ترى ان رجلا لو قطع يد عبده ثم باعه فمات في يد المشتري مات من مال
المشتري لان القبض للمشتري صار فاصلا بين القطع والهلاك فكذلك هذا واما اذا قطع المولى يده في يد الغاصب فمات من
ذلك برئ الغاصب من الضمان لان المولى صار مستردا للعبد لاستيلائه عليه بالقطع ثم لو وجد ما يبطل قطع السراية عن
الجناية كالمشتري اذا قطع يد العبد قبل القبض يصير قابضا وفي الفصل الاول لم يصر مستردا لان القطع كان قبل الغصب
قوله كيف وانه استولى عليه اي كيف لا يكون المولى مستردا للعبد من الغاصب والحال انه استولى على العبد بالقطع
والاستيلاء استرداد قوله قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو
ضامن • اي قال في الجامع الصغير وهذا اذا كان الغصب ظاهرا فيضمن في الحال يباع فيه لان افعال العبد معتبرة
ولو كان الغصب ظهر باقراره لا يجب الا بالعتق كذا قال الفقيه ابو الليث وذلك ان الرق يوجب الحجر في الاقوال
دون الافعال وان اقر العبد المحجور بحد او قصاص لزمه في الحال لانه مبقى في ذلك على اصل الحرية وقد مر ذلك في كتاب
الحجر قوله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته
بينهما نصفان الى ان قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في مدبر لرجل غصبه رجل فجنى
عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى قال على المولى قيمته نصفان بين ولي الجنايتين ثم يرجع المولى بنصف
قيمته على الغاصب فيأخذه فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع به على الغاصب فيأخذه ايضا وقال محمد ايضا
يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة فيسلم له ولا يدفعه الى احد فان كان جنى عند المولى اولا ثم غصبه رجل فجنى عنده
جناية قال على المولى قيمته نصفين بين ولي الجنايتين ثم يرجع بنصف القيمة فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع
به في قولهم جميعا الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وينبغي ان تكون وجوب القيمة اقل من الارش لان حكم جناية المدبر
ان يلزم الاقل منهما على المولى فنقول بعد ذلك انما وجب على المولى قيمة المدبر بين ولي الجنايتين نصفين لانه بالتدبير السابق
صار مانعا الدفع المدبر لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك على وجه لم يصر مختارا للفداء لانعدام العلم بجناية توجد في المستقبل
حين دبره فيلزمه القيمة عليهما لان العبد لو كان محل الدفع ما كان يلزمه الا دفع واحد فعند تعذر الدفع لا يلزمه
الا قيمة واحدة فيعطي نصف القيمة لولي الجناية الاولى ونصفه لولي الجناية الثانية وقد بقي حق ولي الجناية الاولى
في نصف القيمة لان حقه كان في كل القيمة لانه حين جنى اولا كان فارغا عن الجناية الثانية فاستحق ولي الجناية الاولى
كل القيمة وقد وصل اليه النصف وبقي حقه في النصف الاخر وحق ولي الجناية الثانية في نصف القيمة لا غير لانه حين جنى
ثانيا كان مشغولا بالجناية الاولى فيرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة ويدفعه الى ولي الجناية الاولى كما لا يخفى
ثم يرجع المولى به على الغاصب لانه استحق عليه بسبب كان في ضمان الغاصب ولم يسلم له فصار كانه لم يأخذه من الغاصب واذا
رجع بالنصف على الغاصب ثانيا سلم للمولى وذلك لانه وصل الى اولياء الجناية تمام حقهم وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد اذا رجع المولى على الغاصب بنصف القيمة اول مرة سلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى لجناية كانت في ضمان الغاصب
فلو دفع اليه ما رجع به على الغاصب يجتمع العوض والمعوض في ملك ولي الجناية الاولى وهذا لا يجوز وجوابه ما قال فخر الدين
قاضي خان ان ما اخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع الى ولي الجناية الاولى من العبد فيما بين المولى والغاصب
فاما في حق ولي الجناية الاولى لا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلا عن عين في حق انسان
ويكون بدلا عن شيء اخر في حق غيره كالنصراني اذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز ويكون المأخوذ بدلا للخمر في حق النصراني
وفي حق المسلم بدلا دينه كذا هنا هذا اذا كانت الجناية الاولى عند الغاصب والجناية الثانية عند المولى فان كانت
الجناية الاولى عند المولى ثم غصبه غاصب فجنى عنده جناية اخرى فان المولى يدفع قيمته الى ولي الجنايتين نصفين ثم يرجع
على الغاصب بنصف القيمة ويدفع الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب مرة اخرى وهذا بالاجماع والفرق
لمحمد في انه يدفع ما رجع به على الغاصب الى ولي الجناية الاولى وفي المسئلة الاولى لا يدفعه اليه بل يسلم ذلك للمولى عنده
ان ما رجع به على الغاصب الى ولي الجناية الاولى هنا ليس عوض ما ضمن لولي الجناية الاولى فلو دفع الى ولي الجناية الاولى
لا يؤدي الى تكرار الاستحقاق بخلاف المسئلة الاولى فان ما رجع به على الغاصب عوض ما ضمن لولي الجناية الاولى فلو

دفعه الى ولي الجناية الاولى يؤدي الى تكرار الاستحقاق فيلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد ولا يجوز فلهذا اذا دفعه اي ولي الجناية الاولى يؤدي الى تكرار الاستحقاق فيلزم الجمع بين العوض والمعوض في ملك واحد ولا يجوز فلهذا ا د
ليسلم ما رجع به على الغاصب للمولى والفرق بينهما في عدم الرجوع على الغاصب ثانيا هنا وفي الرجوع ثانيا في المسئلة الاولى الجناية
الاولى استحق هذا النصف بسبب كان في ضمان المولى لا في ضمان الغاصب فلهذا لم يرجع عليه ثانيا وبيان فيما المدبر
مر في بيان البيع الفاسد **قوله** لما بينا في الفصل الاول اي فيما جنى المدبر في يد الغاصب ثم في يد المولى **قوله**
عنوان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية الى هو مضرب على الاستثناء ذكره في الحمد بين المسئلة الاولى والثانية
ان في الاولى كان يسلم النصف الذي رجع به على الغاصب للمولى عنده وفي الثانية لا يسلم له بل يدفعه الى ولي الجناية
الاولى والفرق ما قررناه انفا **قوله** ولا يرجع به على الغاصب اي لا يرجع المولى مرة اخرى ثانية بالنصف
الذي رجع به على الغاصب ودفعه الى ولي الجناية الاولى ● وهذا بالاجماع اي عدم رجوع المولى على الغاصب في المسئلة
الثانية بالاجماع بخلاف المسئلة الاولى فان ثمة كان يرجع المولى عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف مرة ثانية وهما يحتاجان
الى الفرق والفرق ما قررناه انفا ● ثم اعلم ان القدوري ذكر في كتاب التقريب قول ابي حنيفة وحده وذكر قول
زفر وابي يوسف فيه مع محمد **قوله** ثم وضع المسئلة في العبد اي وضع محمد في الجامع الصغير مسئلة العبد القن وهي ان رجلا
غصب عبدا فقتل العبد عنده قتيلا خطأ ثم رده الى مولاه فقتل عند المولى رجلا خطأ فدفعه مولاه الى ولي الجنايتين د
ثم يرجع على الغاصب بنصف قيمة العبد ويدفع ذلك الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع على الغاصب بنصف قيمة
اخرى ويسلم له هذا ا ~~ل~~ محمد وزفر ما اخذ المولى من الغاصب من نصف قيمة العبد بعد دفع العبد يسلم له
ولا يدفع الى ولي الجناية الاولى ولو غصب عبدا كان قتل عند مولاه رجلا خطأ ثم قتل عند الغاصب قتيلا خطأ
ثم رده على مولاه فان المولى يدفعه بالجنايتين ويرجع على الغاصب بنصف القيمة ويدفعه الى ولي الجناية الاولى
في قولهم جميعا ثم لا يرجع على الغاصب بشيء بعد ذلك والحاصل ان الجواب في العبد القن كالجواب في العبد المدبر
في الاتفاق والاختلاف سواء الا ان في المدبر يدفع القيمة لانه لا يحتمل النقل في ملك الى ملك وفي القن يدفع
بنفس العبد فافهم **قوله** قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده د
جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفين ● اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في مدبر غصبه رجل فجنى جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ايضا فجنى عنده قال يغرم مولى المدبر قيمته واحدة بين
ولي الجنايتين ثم يرجع بقيمته على الغاصب فيأخذها فيدفع نصفها الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بنصف القيمة
على الغاصب وانما غرم المولى قيمة واحدة لولي الجنايتين لان جنايات المدبر وان كثرت لا توجب الا قيمة واحدة
فيرجع بجميع ما ضمن على الغاصب لانه انما ضمن بسبب جناية كانت في ضمان الغاصب فاذا رجع بذلك دفع نصف
ذلك الى ولي الجناية الاولى لان حقه كان في جميع القيمة وانما وصل اليه النصف بمزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا
من قيمة المدبر فارغا عن المزاحمة اخذه ثم يرجع على الغاصب بهذا النصف ثانيا لانه استحق عليه بسبب كان في
ضمان الغاصب فيسلم للمولى هذا النصف لانه وصل الى ولي الجناية الاولى تمام حقه وهو كل القيمة وكذا وصل الى ولي
الجناية الثانية تمام حقه من قيمة المدبر لان حقه كان في النصف وقد وصل اليه النصف **قوله** وقد وصل
ذلك اليه اي وصل النصف الى ولي الجناية الثانية **قوله** ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى
يعني قال بعض المشايخ يتحقق في هذه المسئلة خلاف محمد ايضا كما في المسئلة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على
الغاصب ولا يأخذ ولي الجناية الاولى ما في حقه **قوله** وقيل على الاتفاق يعني الاختلاف لمحمد في هذه المسئلة د
بل يأخذ ولي الجناية الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى اذا رجع على الغاصب وهذا هو الصحيح لان محمدا ذكر
هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف وهكذا اورد هذه المسئلة بلا خلاف فخر الاسلام وغيره في شرح الجامع الصغير
فعلى هذا يحتاج محمد الى فرق بين المسئلتين والفرق ما ذكره في المتن وهو ان في المسئلة الاولى لو اخذ في ولي الجناية
الاولى يلزم تكرار الاستحقاق لانه ما رجع به المولى على الغاصب عوض ما اخذه ولي الجناية الاولى لان الجناية الثانية
كانت في يد المولى فلاجل هذا سلم ذلك للمولى عنده كيلا يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد ● وفي هذه د
المسئلة يمكن ان يجعل ذلك عوضا عن الجناية الثانية التي وقعت في يد الغاصب فلا يؤدي الى تكرار الاستحقاق
قوله لان الجناية كانت في يد المالك اي الجناية الثانية كانت في يد المولى **قوله** فلا يؤدي الى ما د
ذكرناه اي الى تكرار الاستحقاق **قوله** قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجاة او بحمى فليس عليه شيء د
وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية ● اي قال في الجامع الصغير واراد بغصب الصبي اخذه
بسبيل التعدي لان حقيقة الغصب وهو اخذ مال الغير بسبيل التعدي لا يكون الا في المال لا في غيره ● وقال زفر والشافعي
لا يجب شيء وهو القياس وهو وجه القياس انه لو وجب الضمان لوجب بالغصب ولا يتحقق الغصب في الحر فلا يضمن فيما شاء
على ما لو مات فجاة او مات بحمى ولهذا لا يجب الضمان اذا غصب مكاتبا صغيرا لكونه حرا يدا وان لم يكن رقبة فلان لا يجب د
الضمان في الصبي الحر اولى لانه حر رقبة ويدا وجه الاستحسان انه لا يجب عليه الضمان في الصبي الحر اولى لانه رقبة ويدا وجه د
الاستحسان انه لا يجب عليه الضمان من حيث انه غصب لا يتحقق في الحر وانما يضمن من حيث انه اتلاف لانه اتلف الصبي تسببا

والمسبب يضمن اذا كان متعديا وهو متعد لا شك فيه لانه اخذه بلا اذن الولي وتسبب في اتلافه بالنقل الى د
المسبعة ومكان الصواعق وهذا لان السبع والصاعقة لا يكونان في كل مكان فيكون ضامنا بخلاف ما اذا مات
فجاة او بحمى فان ذلك لا يختلف باختلاف المكان حتى لو نقله الى موضع وتبق وهو مخصوص بالحمى والامراض قالوا د
ينبغي ان يضمن والجواب عن مسئلة المكاتب الصغير ان المكاتب في يد نفسه صغيرا كان او كبيرا ولهذا لا يزوجه
احد فصار كالحر الكبير فلم يكن في يد الغاصب والصبي الحر ليس له يد ولهذا يزوجه وامه فكان في يد الغاصب د
نظير الفرق وانما وجبت الدية على العاقلة لكونه قتلا تسببا ولو قتل الصبي رجلا لم يكن على الذي اغتصبه شيء د
لانه مختار فيه والذي غصبه ليس بسبب في ذلك فلا يضمن شيئا واذا حمل الرجل الصبي الحر على دابة وقال
له امسكها وليس مثله يستمسك فسقط الصبي عن الدابة فمات فالرجل ضامن لديته على عاقلته سواء كان مثله يركب مثله د
او لا يركب فان الحامل سبب لقتله لانه لو لا حمله ما سقط وهو متعد في ذلك اذا لم يكن يستمسك منه سواء المسبب
كالمباشر في هذا الباب اذا كان متعديا اصله حافر البئر ولو سار الصبي فاوطأ انسانا فقتله وهو ليس على الدابة
يستمسك على الدابة فدية القتيل على عاقلته لانه احدث السير بغير امر الرجل يريد به انه اختاره في تسيير الدابة
وهذا اي حدث بسير الدابة فدم القتيل هدر لان سير الدابة لا يضاف اليه ولا الى الحامل فصار كقتيل د
الدابة ينهدر دمه ولو كان الصبي مستمسكا عليها او غير مستمسك فسار الدابة فوقع الصبي وهو يسير فمات فديته
على عاقلته الذي حمله على الدابة لان السقوط في مسببات الحمل سار في الدابة او لم تسر فنسب الى الحمل بشرط د
التعدي واذا حمل الرجل صبيا مع نفسه على دابة ومثله لا يصرف الدابة ولا يستمسك عليها فوطئت الدابة انسانا د
فقتلته فالدية على عاقلة الرجل لان سير الدابة يضاف الى الرجل والصبي بمنزلة حمل عليه ويجب عليه الكفارة
لانه بالسير يستعمل رجل الدابة في السير فصار رجل الدابة كرجله فكأنه وطئ برجل نفسه ولو كان كذلك يكون د
قاتلا بطريق المباشرة فتلزمه الكفارة كذا هذا وان كان الصبي ممن يصرف الدابة ويسير عليها ويستمسك فالدية
على عاقلتهما لانه حينئذ يكون سير الدابة مضافا اليهما فما حدث بسبب السير يكون عليهما ولا يرجع به على عاقلته
عاقلته الرجل لانه مختار في فعل التسيير ليس بمحمول من جهة الرجل كذا ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي د
في شرح الكافي في باب جناية الصبي قال نهشته الحية نهشا اذا عضته وهو بالشين المعجمة والمهملة جميعا د
قوله واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فأكله لم يضمن اي قال في الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اودع صبيا قد عقل طعاما فأكله قال لا ضمان عليه وان اودعه
غلاما فقتله قال هو ضامن لقيمته على العاقلة الى هنا لفظ الجامع الصغير وهو قول محمد وقال ابو يوسف الصبي ضامن
للطعام ايضا وقوله الشافعي كقول ابي يوسف ● قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ودلت المسئلة
على ان الاختلاف في الصبي الذي يعقل فاما الذي لا يعقل فيجب ان يضمن بالاجماع ولان تسليطه هدر وفعله معتبر والاختلاف
ثابت في العبد المحجور ايضا وهو ابن سبعين سنة مثلا والاختلاف في الايداع والاعارة والقرض والبيع وكل وجه من د
وجوه التسليم اليه واحد كذا قال فخر الاسلام ● وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي في كتاب الوديعة ومن اودع د
عند صبي مالا فهلكت عنده لا ضمان عليه بالاجماع ولو استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي مأذونا في التجارة ضمن د
عندهم جميعا وان كان محجورا عليه وكذا قبل الوديعة باذن وليه ضمن بالاجماع وان كان قبل بغير اذن وليه لا ضمان
عليه عند ابي حنيفة ومحمد لا للحال ولا بعد الادراك وعند ابي يوسف يضمن في الحال واجمعوا انه لو استهلك
مال الغير من غير ان يكون وديعة عنده ضمن للحال ولو كانت الوديعة عبدا فقتله الصبي كانت ديته على عاقلته
بالاجماع ولو جنى عليه فيما دون النفس كان ارشه في مال الصبي بالاجماع ولو اودع عند عبد وديعة فهلكت
عنده لا ضمان عليه بالاجماع ولو استهلكه ان كان مأذونا له في التجارة او محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة د
باذن مولاه ضمن بالاجماع ويكون دينا عليه وان كان العبد محجورا عليه وقبل الوديعة بغير اذن مولاه لا يضمن
في الحال ولكن يضمن بعد العتق ان كان بالغا عاقلا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يضمن في الحال واجمعوا
انه لو استهلك من غير ايداع ضمن واجمعوا انه كانت الوديعة عبدا فجنى عليه في النفس او فيما دون النفس يؤاخذ د
به ويخاطب مولاه بالدفع او الفداء كذا في شرح الطحاوي وجه قول ابي يوسف انه اتلف مالا معصوما حقا لمالكه
بغير اذنه فيضمن لان الصبي المحجور والعبد المحجور يؤاخذان بافعالهما وانه لو يؤاخذ بأقوالهما والاستهلاك فعل صحيح
الضمان وهذا لان الاستهلاك فعل حسي فوجب المؤاخذة لانه لا مرد للافعال الحسية وانما يكون ذلك بالتصرفات الشرعية
فكان المحجور وغير المحجور سواء وهذا اذا كانت الوديعة عبدا او امة فاتلفه يضمن بالاتفاق وكذلك يضمن اذا كان مأذونا
في التجارة ولابي حنيفة ومحمد ان المالك سلطه بالاتلاف والاستهلاك فاذا اتلفه كان متلفا له بتسليط المالك عليه د
فلا يجب الضمان لان التسليم اليه واثبات يده عليه تسليط على ما ينال بالايدي وليس التسليط الا اثبات اليد على ما ينال بالايدي د
فصار كانه اذن اباحه وشرط التقييد بالحفظ باطل لعدم ولاية المودع على المحجور فبقي التسليط مطلقا عن قيد الشرط فلا يجب
الضمان بخلاف المأذون له في التجارة فان الاذن في التجارة اذن بقبول الوديعة اذ لا بد للتجارة من قبول الوديعة فاذا صح قبول

الوديعة مع التزام الحفظ فيجب الضمان بترك الحفظ وليس كذلك مسئلة العبد والامة فان القتل لم يحصل بتسليط المالك لان
اثبات الايدي على دمه وجنايته باطل لان العبد مبقي على اصل الحرية في حق الدم ثم في قتل العبد يجب الدية على عاقلة
لان دماء العبيد تعقل عندنا وعمد الصبي وخطاؤه سواء **وتقول** ان من عادة الصبي اتلاف الاموال فاذا
مكنه من ماله مع علمه بعادته فقد رضي باتلافه كمن قدم شعيرا الى دابة ولا يشبه ما اذا كان ماذونا لان الولي انما
ياذن له في التجارة اذا علم منه الحفظ ولا يلزم اذا اودع صبيا عبدا فقتله لانه لم تجر عادة الصبيان بقتل
العبيد فلم يكن ايداعه عنده رضا بالقتل ولان الفرض اذن في الاستهلاك ومن اذن لصبي في استهلاك ماله
فعل فلا ضمان عليه كذلك اذا كان الاذن في مضمون كلامه فان **قيل** ايداعه عند الصبي ليس بالتزم للقاء ماله
في البرية ومن القى ماله في البرية فقد رضي باتلافه ومع هذا لو اتلفه متلف يضمنه فكذلك اذا اودع
صبيا قلنا القاء المال في البرية رضا منه باتلاف من ليس بمعين والاباحة بمن ليس بمعين لا يتعلق بها حكم بخلاف
الفرع كمن قال احب اتلاف مالي لواحد من الناس فان متلفه يضمن ولو قال لفلان فاتلفه لا يضمن كذا اي
مختصا لا سرارا ونقول ان المال كان معصوما حقا للمالك لانه كان مباحا مخلوقا لمنفعة الناس جميعا والعصمة
تثبت فيه للمالك بيده عليه فاذا زال يده عنه بايداعه عند من لا يصلح يده خلفا عنه ازال حفظه عنه
لان يد الصبي المحجور لا يصلح خلفا عنه لعدم الولاية عليه وفي الصبي يد مالكه ليدا لغير فبقي وليس يد الصبي يد المالك
عنه فنزول العصمة ايضا لزوال يد المالك ثم اذا اتلفه الصبي يكون متلفا مالا غير معصوم ومن اتلف
مالا غير معصوم لا يجب عليه الضمان كاتلاف مال الحربي وهذا بيان ما اقتضاه تقرير الهداية ولقائل
ان يقول لا نسلم انه ازال يده لا الى خلف بل الى خلف وهو يد المودع ولا نسلم ان يد الصبي لا يصلح خلفا عن يد
المالك غاية ما في الباب انه ليس من اهل وجوب الحفظ ولا نسلم انه من اهل وجود الحفظ لان الكلام في الصبي
البالغ والعاقل من حال الصبي العاقل هو الحفظ ولهذا الوديع الوصي اليه المال يجوز ولا يضمن الوصي لانه لم يترك
النظر ولئن سلمنا انه ازال اليد من غير خلف فنقول ثبوت اليد لثبوت العصمة يشترط ابتداء ثم ما بعد ثبوت العصمة
فلا نسلم ان دوام اليد شرط له دوام العصمة لان دوام الحكم يستغني عن دوام السبب فبقي المال معصوما متقوما
ينبغي ان يجب الضمان ولكن الجواب الصحيح ما قلنا ان التسليط يخرج الفعل من ان يكون سببا موجبا للضمان لانه
رضا باتلافه والباقي يعلم في شرح الطحاوي لخلاف لاصحابنا **قوله** وعلى هذا الخلاف الاقراض يعني اذا اقرض
الصبي شيئا وسلمه اليه او باع منه شيئا وسلمه اليه فاستهلكه لا يضمن في قول ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف
قوله وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق اي الذي ذكره في الجامع الصغير يدل على ان ذلك لانه
وضع المسئلة في صبي عاقل كما روينا وكذلك يدل على ما ذكره في الجامع الكبير ايضا لانه وضعها في صبي ابن اثني عشر سنة لان
الغالب من حال الصبي في هذا السن يكون عاقلا وهذا الذي قاله صاحب الهداية هو مذهب فخر الاسلام وقد مر بيانه
وقال بعض مشايخنا ان الصبي اذا لم يكن عاقلا لا يضمن في قولهم واليه ذهب قاضي خان في شرح الجامع الصغير
بخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره يعني ان المتلف للوديعة
اذا كان غير الصبي المودع يضمن لان عصمة الوديعة انما سقطت في حق الصبي المودع بحث ولم تسقط في حق غيره لان
العصمة سقطت بالتسليط ولم يوجد التسليط في حق غيره كمن وجب عليه القصاص تسقط عصمة دمه في حق من وجب له
القصاص حتى بقي معصوم الدم في حق غيره **قوله** قال وان استهلك مالا ضمنه اي قال محمد في الجامع الصغير
في الصبي يستهلك الاموال لرجل قال هو ضامن وهذا في غير الوديعة وفيه اتفاق وفي الوديعة اذا استهلكها خلاف
سبق نقله وانما ضمن لان الصغير يوجب الحجر في الاقوال دون الافعال فكان مؤاخذا بفعله اذا كان صالحا لحكمه لعموم قوله
تعالى ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما اخذت حتى
ترد لانه لا فصل في الاية والحديث بين الصبي وغيره لا يقال ان الصبي رفع عنه القلم بالحديث فكيف وجب عليه
الضمان لان رفع القلم يدل على رفع الاثم ولا يلزم من رفع الاثم نفي الضمان كما في النائم اذا انقلب على شيء فاتلفه

لما كان يؤول امر القتل الى القسامة اذا لم
يعرف قاتله شرع في بيانها لانه

كتاب القسامة

يحتاج اليها على ذلك التقدير ثم القسامة عبارة عن الايمان التي تعرض على خمسين رجلا من اهل المحلة او الدار اذا وجد فيها
قتيل لم يعرف قاتله فان لم يبلغ الرجال خمسين رجلا تكرر اليمين الى ان تتم خمسين يمينا وسببها وجود قتيل لا يدرى قاتله في محلة
او دار او في موضع يقرب من القرية بحيث يسمع الصوت منه وشرطها ان يكون الذي يقسم رجلا عاقلا بالغا حرا حتى لا يجب
القسامة على المراة والمجنون والصبي والعبد ومن شرطها ان يكون بالميت اثر القتل من الضرب والخنق والجراحة فاذا لم يكن
الاثر موجودا والموت لا يقبل فلا قسامة فيه ولا دية ومن شرطها ايضا تكميل خمسين يمينا كما بينا وركنها ان تقول من يتهم بالله
ما قتلته وما علمت له قاتلا لان ركن الاشياء ما تقدم به ذلك الشيء ولا قيام للقسامة الا بها وحكمها وجوب الدية على العاقلة
في ثلث سنين عندنا وعند الشافعي اذا حلفوا برئوا فاما اذا ابوا القسامة فيحبسون حتى يحلفوا او يقروا وشرعيتها ثبتت
بالاحاديث الصحيحة نذكرها بعد هذا ان شاء الله تعالى وبالاجماع ايضا **قوله** قال واذا وجد القتيل في محلة
لا يعلم من قتله استحلف خمسين رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا اي قال القدوري في مختصره وتمامه
فيه فاذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية **قال** ابو الحسن الكرخي قال ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي ابن الجعد
سمعنا ابا يوسف قال في القتيل يوجد في المحلة او في دار رجل في المصر فان ابا حنيفة قال في ذلك ان كانت به جراحة
او اثر ضرب او اثر خنق فان هذا قتيل وفيه القسامة على عاقلة رب الدار اذا وجد في الدار وعلى عاقلة المحلة اذا
وجد في المحلة يقسم كل رجل منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا ثم يغرمون الدية في ثلث سنين على اهل الديوان
في كل سنة الثلث والذين يحلفون خمسون رجلا يتخيرهم من العاقلة ولي الدم فاذا انتقصوا من الخمسين كررت عليهم
الايمان حتى تكمل خمسين يمينا ولا يحلف فيهم صبي لم يبلغ ولا امراة ولا عبد ويحلف ما سوى ذلك من القسامة
والتخيير في ذلك لولي الدم ثم قال الكرخي فيه وان كان ميتا ليس به اثر ولا جراح فليس في هذا قسامة ولا دية
هذا ميت فان كان اهل المحلة فيهم الفاسق والصالح فالخيار في استحلافهم الى لولي له يختارون اهل الصلاح او الحمقى
حتى يستحلفهم فان كان اهل الصلاح لا يتمون خمسين واراد ان يردوا عليهم الايمان فليس لهم ذلك ولهم ان
يتخيروا من الباقين تمام خمسين رجلا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **وقال** ابن الجلاب البصري المالكي في كتاب
التفريع اذا قتل رجل فادعى ولاته ان رجلا قتله عمدا او لم يثبت على قتله وجبت لهم القسامة واذا اقسموا قتلوا
به قاتله واللوث شيئان الشاهد العدل وقول المجروح دمي عند فلان وفي الثالث مذهبان يعني الذي يرى
مع سقفه وشهادة الواحد لوث يوجب القسامة وفي شهادة النساء روايتان احداهما انه لوث يوجب القسامة
والاخرى انها لا توجبها وكذلك شهادة الواحد والجماعة اذا لم يكونوا عدولا وفي شهادة العبد روايتان احداهما
انه لوث وقيل لا يكون لوثا واذا وجد رجل مقتول ووجد بقربه رجل معه سيف او في يده شيء من اله القتل وعليه اثار
القتل فذلك لوث توجب القسامة لولايه والايمان في القسامة مغلظة بخلافها في سائر الحقوق ويحلف الحالف
فيها في المسجد الاعظم بعد الصلاة عند اجتماع الناس فيه ويجلب الى مكة والمدينة وبيت المقدس من وجبت
عليه قسامة في اعمالها ولا يجلب الى غيرها الا من المكان القريب ويبدا في القسامة بالمدعين دون المدعى عليه
يحلفون خمسين يمينا ويستحقون القود بقسامتهم وهذا اذا كان عددهم ما بين خمسين رجلا الى رجلين ولا يقسم في العمد رجل
واحد ولا يقسم فيه امراة ولا جماعة النساء واذا كان ولاة الدم اكثر من خمسين رجلا ففيها روايتان احداهما انه يقسم
خمسين منهم يحلفون خمسين يمينا والاخرى انهم يحلفون كلهم وان زادت على الايمان على خمسين واذا نكل المدعون للدم عن القسامة
ردت الايمان على المدعى عليهم فان نكلوا حبسوا حتى يحلفوا فان طال حبسهم تركوا على كل واحد منهم جلد مائة وحبس سنة
ولا حق في الدم للبنات مع البنين ولا يقتل بالقسامة الا رجل واحد ويقتل بالاقرار والبينة الجماعة بالواحد واذا
اختلف ولاة الدم في الدعوى فقال بعضهم قتل عمدا وقال بعضهم قتل خطا اقسموا كلهم على قتله ووجب لهم ديته
وان قال بعضهم قتل عمدا وقال بعضهم لا علم لنا بقتله لم يقسم احد منهم وردت الايمان على المدعى عليهم وان قال بعضهم
قتل خطا وقال بعضهم لا علم لنا بقتله اقسم من ادعى قتله خمسين يمينا واستحقوا انصباءهم من الدية كذا في التفريع
وقال الغزالي في وجيزه مظنة القسامة قتل الحر في محل اللوث فلا قسامة في المال والاطراف وفي العبد قولان
واللوث قرينة حال تغلب الظن كقتيل في محلة بينهم عداوة او قتيل دخل عليهم ضيفا او قتيل تفرق عنه جماعة محصورون او قتيل
في صف الخصم المقاتل او قتيل في الصحراء وعلى راسه رجل معه سكين وقول الحي المجروح قتلني فلان ليس بلوث وقول واحد
من عدل شاهد لوث وقول جمع ممن تقبل روايتهم لوث والاشبه ان قول واحد منهم لوث واما عدد من الصبية والفسقة
منهم خلاف وكيفية القسامة ان يحلف المدعي اليمين خمسين يمينا متوالية في مجلس واحد بعد التحذير والتغليظ ولو كان
في مجلسين فوجهان ولا يناط بالقسامة القصاص في الجديد بل الدية للجاني اذ حلف على العمد ومن لطا قتله ان حلف
على الخطا فان نكل عن القسامة ونكل المدعى عليه عن اليمين ففي تمكينه من اليمين المردودة قولان وكذا اذا انكل عن اليمين
مع الشاهد وعاد الى اليمين المردودة في وجيزهم **وقال** الخرقي من اصحاب احمد ابن حنبل في مختصره واذا وجد قتيل فادعى
اولياؤه على قوم لا عداوة بينهم ولم يكن لهم بينة لم يحكم لهم بيمين ولا غيرها وان كان بينهم عداوة ولوث وادعى
اولياؤه على احد منهم وانكر المدعى عليه ولم يكن للاولياء بينة حلف الاولياء خمسين يمينا على قاتله واستحقوا ديته
ان كانت الدعوى عمدا فان لم يحلف الاولياء المدعى عليه خمسين يمينا وبرئ فان لم يحلف المدعون ولم يرضوا
بيمين المدعى عليه فداه الامام من بيت المال فان شهدت البينة العادلة ان المجروح قال دمي عند فلان
فليس بموجب للقسامة ما لم يكن لوث والنساء والصبيان لا يقسمون الى هنا لفظ الخرقي وجه قول الخصوم في البداية
بيمين الولي ما روى مالك في موطاه **قال** حدثنا ابو ليلى ابن عبد الله بن عبد الرحمن عن سهل ابن ابي حثمة انه اخبره
رجال من كبراء قومه ان عبد الله بن سهل ومحيصة خرجا الى خيبر من جهد اصابهما فاتي محيصة فاخبر ان عبد الله ابن سهل
قد قتل وطرح في فقير بئر او عين فاتي يهود فقال انتم والله قتلتموه قالوا والله ما قتلناه ثم اقبل حتى قدم على قومه
فذكر لهم ذلك ثم اقبل هو وحويصة وهو اخوه الاكبر منه وعبد الرحمن ابن سهل فذهب محيصة ليتكلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

كبر كبر يريد السن فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة فقال رسول الله اما ان يدوا صاحبكم واما ان يؤذنوا بحرب
فكتب اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك فكتبوا انا والله ما قتلناه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحويصة
ومحيصة وعبد الرحمن اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم قالوا لا قال فتحلف لكم يهود قالوا ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله
صلى الله عليه وسلم من عنده فبعث اليهم بمائة ناقة حتى ادخلت عليهم الدار قال سهل ابن ابي حثمة لقد ركضتني منها ناقة
حمراء وجه الاستدلال بالحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم بدأ بيمين الاولياء ولان اليمين يجب في حق من يشهد له
الظاهر بدليل المدعى عليه في سائر الحقوق وفي مسئلتنا الظاهر يشهد للمدعي لانه اذا كان هناك لوث يغلب على ظن الممتنع(?)
والرائي انه صادق في قوله فيجب ان تثبت اليمين في حقه ولكن محل الدلالة فيها بشبهة فلا يجب القصاص بالشبهة في الجديد ويجب
الدية ● ولنا ما روى الطحاوي في شرح الاثار باسناده ● وقال حدثنا يونس حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن بشير
ابن يسار عن سهل ابن ابي حثمة قال وجد عبد الله ابن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر فجاء اخوه عبد الرحمن ابن سهل وعماه حويصة
ومحيصة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انا وجدنا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر وذكر عداوة اليهود لهم قال
فتبريكم يهود بخمسين يمينا انهم لم يقتلوه قال قلت فكيف نرضى بايمانهم وهم مشركون قال فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه قالوا
كيف نقسم على ما لم نر فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وهذا النص في الهداية يمين المدعى عليهم وقال الكرخي
في مختصره حدثنا الهروي قال حدثنا محمد بن شجاع عن موسى بن داود عن محمد بن سليمان عن خصيف عن زياد بن ابي مريم قال
جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني وجدت اخي قتيلا في بني فلان قال اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا
قاتلا قال يا رسول الله ليس لي من اخي الا هذا قال بل مائة من الابل ومعنى حديث الخصم انه كان على سبيل الانكار عليهم كانه قال
اتدعون وتاخذون كقوله تعالى افحكم الجاهلية يبغون وذلك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهم فتبريكم يهود بخمسين
يمينا بالله ما قتلنا قالوا كيف نقبل ايمان قوم كفار فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم اتحلفون وتستحقون يعني ان اليهود ان
كانوا كفارا فليس عليكم فيما تدعون عليهم غير ايمانهم قال الطحاوي والدليل على صحة هذا التاويل ما قد حكم به عمر بن الخطاب بعد
رسول الله صلى الله عليه وسلم بحضرة الصحابة فلم ينكر عليه منكر فمحال ان يكون عند الانصار من ذلك علم ولا سيما سهل صحبه(?)
فانه قد كان حيا يومئذ وسهل الا يخبروه بما حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الطحاوي فمما روي عن عمر في ذلك
ما حدثنا ابن مرزوق قال حدثنا وهب قال حدثنا شعبة عن الحكم عن الحارث ابن الازمع انه قال لعمر اما تدفع
اموالنا عن ايماننا قال لا وعقله ● وقال الطحاوي ايضا وحدثنا فهد قال حدثنا ابو غسان قال حدثنا زهير ابن معاوية
قال حدثنا ابو اسحاق عن الحارث بن الازمع قال قتل قتيل بين وادعة وحي اخر والقتيل الى وادعة اقرب فقال عمر بن الخطاب
لوادعة ليحلف خمسون رجلا منكم بالله ما قتلناه ولا نعلم قاتلا ثم اغرموا فقال له الحارث نحلف وتغرمنا قال نعم وقال
الطحاوي ايضا حدثنا محمد بن خزيمة قال حدثنا يوسف ابن عدي قال حدثنا عثمان ابن مطر عن ابي حريز عن الشعبي عن
الحارث الوادعي قال اصابوا قتيلا بين قريتين فكتبوا في ذلك الى عمر بن الخطاب فكتب عمر قيسوا بين القريتين
فايهما كان اليه ادنى فخذوا خمسين قسامة فيحلفون بالله ثم غرمهم الدية قال الحارث فكتب فمن اقسم منا ثم غرمنا
الدية فهذه القسامة التي حكم بها اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد وافق ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء قوم واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه رواه ابن عباس فسوى رسول
الله صلى الله عليه وسلم بين الاموال والدماء وحكم فيه بحكم واحد فثبت بذلك حديث سهل هو على هذا المعنى وقال الطحاوي ايضا
حدثنا ابو بشر الرقي حدثنا ابو معاوية عن الصهيبي(?) عن ابن ابي ذئب عن الزهري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالقسامة على المدعى عليهم
فدل ذلك ان القسامة على المدعى عليهم لا على المدعين على ما قال الزهري كذا في شرح الاثار ولان يمين المدعي قوله فلا يستحق بها المال
كالدعوى ثم مالك تمسك فاحتج باستحقاق الاولياء بالقود بقسامتهم بقوله عليه السلام تحلفون وتستحقون دم صاحبكم يعني بالدم
ليس بالقود بدليل انه اراد الدية دون القود قوله في الحديث اما ان يدوا صاحبكم واما ان يؤذنوا بحرب وهذا لان الدم
قد يستحق بالدية كما يستحق بالقود ولو كان المراد القول لقال اتحلفون وتستحقون دم من ادعيتم فلما نكر فهذا على القود قوله
واللوث عندهما اي عند مالك والشافعي رحمهما الله وتفسير اللوث عندهما قد امضيناه يقال لهم لوث اي شر وطلب بحقد موجود
من قولهم لوث لما كدر ولوث شابه بالطين اي تلطخ فكلمة فتلوثت قوله فان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا
اي ان لم يوجد اللوث وهو دليل ظاهر على القتل فمذهب مالك مثل مذهبنا في ان القول قول المدعى عليه مع يمينه كما في ساير
الدعاوي وكذا قول الشافعي غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي يعني عندنا يكرر اليمين على المدعى عليه اذا لم يكمل عدد خمسين
وعند الخصم لا يكرر بل يرد على الولي وفيه نظر لان مذهب مالك والشافعي ليس كذلك لانهما يبدآن بيمين الولي اذا وجد
اللوث فاذا نكل الولي عن اليمين فحينئذ يرد على المدعى عليهم وقد مر بيانه عن كتبهم قوله والقصاص لا يجامعه اي لا
يثبت القصاص مع الشبهة قوله وروى ابن المسيب هو سعيد ابن المسيب وهو من اعلا طبقات التابعين ولا يجب(?) في
ذكره نظر لانه لم يذكر روايته في كتب الحديث في هذا الباب مثل الموطا والصحيح والسنن وشرح الاثار وغير ذلك
ثم قد روي عن الزهري ذلك في كتب الحديث في هذا الباب مثل الموطا وشرح الاثار وقد مر ذكره انفا قوله وقوله
يتخيرهم الولي اشارة الى اختيار العقلي(?) الحسي الى قول اي قول القدوري في مختصره يتخيرهم الولي اشارة الى الاختيار العقلي

الى ولي الدم

الى ولي الدم وانما كان الخيار اليهم لان الايمان حقه فكان الخيار اليه ولان في اختياره فائدة وهو انه يختار من يتهم بالقتل او يختار صالحي
القبيلة الذين لا يحلفون على الكذب ولهذا جعل الخيار اليه دون السلطان لان التحليف حق الاولياء لكونه زيادة المحق(?) وان
كان في اهل المحلة صالحون وطالحون يختار الاولياء الصالحين ان اختاروا ذلك وقد مر رواية الكرخي فيه وان كان فيه القتل في الطالحين
اكثر لان التحليف لا لفائدة النكول فكان تحليف الذي يتورع عادة عن الكذب اولى لحصول العلم بالقاتل عند نكوله ولكن اذا اختارهم
الولي يحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا ولا نقول بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا لجواز ان اسناد الفعل الى الجماعة
لانه يجوز ان يكون قاتلا وحده وبلفظ الجمع ينبغي ان يكون قاتلا مع الجماعة وكذلك في جانب العلم لا يجوز ان يكون هو عالما بالقتل وحده
وهو ينفي ان يكون غيره عالما معه قوله ولو اختاروا منهم اعمى او محدودا في قذف جاز وهذه من مسايل الاصل ذكرها
تفريعا على مسئلة المختصر في ذلك لانها يمين محضة ليست بشهادة ولهما اهلية اليمين فيصح فيحلفان لان اجتماع اليمين والعلم والقتل ثابت
في حقهما بخلاف اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما لان اللعان شهادة وليس لهما اهلية اداء الشهادة قوله قال
فاذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي اي قال القدوري في مختصره وقال الشافعي اذا حلف المدعى عليهم
بالقتل برئوا لان الحلف مبرئ فلا يجب معه شيء كما في ساير الدعاوي ● ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الدية والقسامة
في حديث سهل ابن ابي حثمة وحديث زياد بن ابي مريم وقضى عمر رضي الله عنه بالقسامة والدية ايضا بحضور الصحابة
رضي الله عنهم بالدية لا ايماننا تدفع عن اموالنا ولا اموالنا تدفع عن ايماننا فقال عمر انما ايمانكم لحقن دمائكم
واما اموالكم فلوجود القتيل بين اظهركم وقول الخصم الحلف مبرئ قلنا نحن نقول بموجبه ولكن مبرئ عما وجب لاجله الحلف
وهو القصاص لا عن غيره كما اذا كانت الدعوى على التي تحلف المدعى عليه على ذلك الشيء انقطعت الخصومة عنه وههنا فيما نحن
استحلف كل واحد منهما على القتل فباليمين انقطعت الخصومة عن دعوى القتل فلم يجب القصاص ولكن وجب عليه حق اخر
لانه قاتلا لتقصيرهم في صيانة المحلة عن فساد القتل لانه لو لا تقصيرهم لما وقع هذا الامر والتسبب في القتل بهذا
الطريق موجب للدية في الشرع ● الا ترى ان العاقلة يؤخذون بالدية وهم ما قتلوا ولكن تقصروا في صيانته ولهم
عن ذلك حتى وقع فيما وقع فالحق التسبب بالمباشرة في ايجاب الدية صيانة للدم عن الاهدار ● فان قلت اذا لم يكن اليمين
مبرئا عن الدية فما فائدة قوله عليه السلام فتبرئكم يهود بخمسين يمينا انهم لم يقتلوه ● قلت فائدته البراءة
عن القصاص الذي وجب اليمين لاجله البراءة عن الدية بدليل ما روينا لان النبي صلى الله عليه وسلم وعمر رضي الله عنه
جميعا للدية والقسامة قوله على وادعة وهي بطن من همدان كذا ذكر الكلبي في جمهرة النسب قوله ومن
ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف ذكره تفريعا على مختصر مسئلة المختصر ● قال الكرخي في مختصره ومن ابى منهم ان يحلف حبس حتى
يحلف او يقر وذلك لان اليمين واجب عليهم لمن نكل منع حقا واجبا عليه ومنع الحق ظلم وجزاء الظلم الحبس فاذا
حلف دفع القتل واذا اقر وجب موجب ما اقر به لان اقراره حجة عليه فان قلت كيف لا يحكم بمجرد النكول كما يحكم في
النكول عن دعوى المال قلت اليمين في باب القسامة مستحقة لذاتها اعني انها نفس الحق وليست ببدل عن الدية
تعظيما لامر الدم ولو كانت بدلا عنها لم يجمع بين اليمين والدية فدل انها مستحقة لذاتها بخلاف النكول عن اليمين في دعوى
المال حيث يجب المال لان اليمين ثمه بدل عن اصل حق المدعي وهو اصله اصل حقه في المال والدليل على كونها بدلا
لان المدعى عليه لو بذل المدعى لم تسقط اليمين ● وفي باب القسامة لا تسقط اليمين ببذل الدية بل تجب اليمين المكرر
هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد
او الخطاء اي وجوب القسامة والدية فيما اذا كانت دعوى القتل على اهل المحلة جميعا او على بعضهم لا باعيانهم سواء
كان الدعوى في العمد او الخطاء لان البعض اذا كان معينا لا يتميز عن البعض الاخر فصار كما ادعى على الجميع فاما اذا
ادعى على البعض بعينه انه قتل وليه عمدا او خطأ قال صاحب الهداية فكذلك الجواب يعني تجب القسامة
والدية فالدليل عليه اطلاق الجواب في الكتاب ● اي في كتاب القدوري اشار به الى ما ذكر بقوله واذا وجد القتيل
في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم الى اخره لانه اطلق وجوب القسامة والدية على اهل المحلة ولم يفصل
الدعوى بالوقوع على الجميع او على البعض لا باعيانهم او باعيانهم واجاب في المبسوط كذلك اعني انه اوجب القسامة والدية فيما
اذا كان الدعوى على البعض بعينه قال القدوري في كتاب التقريب قال في الاصل اذا ادعى الولي على واحد من اهل المحلة
بعينه فالقسامة والدية بحالها ● وقال ابو يوسف القياس ان تسقط القسامة لا اخاير(?) كذا في الاثر ● وحكى هشام عن محمد ان
القسامة تسقط وهو رواية ابن المبارك عن ابي حنيفة الى هنا لفظ التقريب وجه القياس ان دعواه عليهم واحدا منهم براءة لبقيتهم
فلم يجب الا ايجاب القسامة والدية من غير دعوى فيجب يمين واحدة ولان القياس يأبى وجوب القسامة على اهل
المحلة لاحتمال القتل من غيرهم وانما تثبت القسامة بالنص اذا كان الدعوى عليهم جميعا والمكان ينسب اليهم فبقي
الحكم في الباقي وهو اذا كان الدعوى على البعض بعينه على عدم فصل النص الوارد في باب القسامة ووجه الاستحسان
في وجوب القسامة والدية على اهل المحلة فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه عدم فصل النص الوارد في باب القسامة
بين دعوى ودعوى فترك القياس بالنص في وجوب القسامة والدية وهذا بخلاف ما اذا ادعى الولي القتل على واحد من غير اهل المحلة
لا تجب القسامة فيه لان النص لم يرد بايجابها والقياس يأباه فامتنع القسامة اصلا ثم الحكم فيه ان كان للولي بينة

حكم خطأ ولا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدا فان حلف برئ وان نكل ينظر فان كان الدعوى في المال يعني في القتل خطأ
او في القطع خطأ يثبت المال وان كانت في القصاص فهو على الخلاف مضى في باب اليمين في كتاب الدعوى بين ابي حنيفة و
صاحبيه • بيانه انه ادعى قصاصا على غيره مجحد استحلف لقوله عليه السلام واليمين على من انكر فان نكل عن اليمين
فيما دون النفس لزمه القصاص عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف ومحمد فعندهما يجب الارش بناء على خلافهم في
معنى النكول فعند ابي حنيفة انه في معنى البدل وبذل ما دون النفس صحيح من طريق الحكم • الا ترى انه من اذن لرجل في قطع
يده فقطع لم يلزمه القصاص ولا الضمان كما لو استوفاه بحق فاذا صح بذله جاز استيفاؤه بالنكول كالاموال وعلى قولهما النكول
قائم مقام الاقرار وليس بصريح فيه بدليل افتقاره الى حكم الحاكم والاقرار حكمه ثابت بنفسه والقصاص لا يثبت
بما قام مقام الغير وفيه شبهة فتعذر استيفاء القصاص ووجب المال لحدوث كدم العمد المشترك اذا عفا احد الشريكين وان نكل
في النفس حبس حتى يقر او يحلف او يموت جوعا عند ابي حنيفة وقالا لا يلزمه الارش كما في النكول في الطرف وقد كان
القياس عند ابي حنيفة ان يقتص منه لما مر فيما دون النفس وانما استحسن في اسقاط القصاص استعظاما لحرمة
النفس • الا ترى انه تعلق به ما لم يتعلق بغيرها من تكرار الايمان ووجوب الكفارة فلذلك افترقا وانما قال
يحبس لان اليمين قد يكون حق نفس الحق بدليل اجتماع الدية والقسامة في القتيل الذي يوجد في المحلة واذا جاز ان تكون
نفس الحق فمتى امتنع من ايفائها ولتعذر الحكم بموجب نكوله وجب ان يحبس وعلى قولهما لما تعذر استيفاء القصاص وجب
المال وما في التقرير مر في باب اليمين من كتاب الدعوى قوله سنذكره من بعد اي سنذكر حكم من
ادعى على واحد من غير اهل المحلة بعد ورقتين عند قوله وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم قوله
قال فان لم يكمل اهل المحلة كررت عليهم الايمان حتى تتم خمسين • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الخمسين
يمينا واجب بالسنة فيجب كمالها ما امكن • وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه لما قضى في القسامة فوافاه تسعة
واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت الخمسين ثم قضى بالدية رواه الكرخي في مختصره باسناده الى ابي الاعرج
قال حدثنا الحارث بن الازمع انه كان فيمن حلف فاقسموا بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا وكانوا تسعة واربعين
رجلا فاخذ عمر منهم رجلا حتى تم الخمسين ثم لو اسطي ابو النار ابا ثنا قال عمر نعم ثم سطل دم هذا فان قيل ان قائله
في تكرار اليمين ومن حلف مرة يحلف اخرى وهو الظاهر قلنا لا حاجة الى بيان القائل لان التكرار ثبت بالسنة او نقول
القائل استعظام امر الدم ويجوز اقلنا بتكرار اليمين في اللعان وذلك يمين عند الشافعي وعنده مشتمل على معنى اليمين والشهادة
ثم اذا كان العدد كاملا فليس للولي ان يكرر اليمين على بعضهم زيادة على خمسين يمينا لانه حصل اقامة السنة فلا صرف
الى الزيادة قوله واتي اليه هكذا ذكر صاحب الهداية واهل اللغة يقولون اتاه اي اتاه بدون الصلة قوله
قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا امرأة ولا عبد وذلك لان اليمين
قول القسامة ولا صحة لقول الصبي والمجنون واما المرأة والعبد فلانهما ليسا من اهل النصرة ووجوب القسامة على من
نصر البقعة ولان هؤلاء اتباع في المحلة وليسوا باصول • وان وجد قتيلا لا اثر به فلا قسامة ولا دية وهذا لفظ
القدوري في مختصره وتمامه فيه وكذلك اذا كان الدم يسيل من دبره او انفه او فمه وان كان يخرج من عينيه
او اذنه فهو قتيل الى هنا لفظ المختصر • وصاحب الهداية لم يذكر الانف والغالب انه سهو القلم لانه ذكره في
الهداية كما قرر القدوري في مختصره والاصل فيه ان القتيل اسم لميت مات بسبب باشره حي عادة فاذا وجد
في المحلة قتيلا عادة لوجد في الميت يستدل به على انه قتيل والا فلا وخروج الدم من موضع يخرج منه الدم
عادة من غير ضرب لا يكون اثر القتل كما اذا خرج من فمه وانفه لانه قد يكون ذلك من رعاف فلم يصلح دليلا على
وجود ضرب في الحال وكذلك ان خرج من دبره لا يكون دليلا على القتل فانه قد يكون لعلة في الباطن وقد يكون
لا كل شيء غير موافق وكذلك ان خرج من الاحليل لا يكون ذلك دليلا على القتل لانه قد يكون ذلك لعرق انفجر
في الباطن او نصف الكلى ونصف الكبد وقد يقع من شدة الخوف ايضا فاما اذا خرج الدم من اذنه او عينه كان ذلك
دلالة القتل ظاهرا لان الدم لا يخرج منهما عادة الا بضرب حادث • قال شيخ الاسلام في شرح الزيادات وذلالة
القتل جراحة توجد او دم يخرج من عينه او اذنه او يصعد من جوفه الى فيه فاما ما يخرج من انفه او دبره او ذكره
او ينزل من راسه الى فيه فليس يصلح دليلا على القتل الى هنا لفظه فعلى ما ذكره ينبغي ان يكون الجواب في الدم الخارج من
الفم على التفصيل قوله والغرامة اراد به الدية يعني ان غرامة الدية انما تلزم العهد اذا وجد فعل القتل
واذا لم يوجد فلا قوله والقسامة لاحتمال القتل يعني ان القسامة ايضا انما تجب على اهل المحلة
لاحتمال وقوع القتل منهم فيظهر ذلك بالقسامة فاذا لم يكن القتل محتملا لعدم اثره فلا تجب القسامة قوله
ثم يجب عليه القسامة اي يجب على العبد اليمين • وقد ذكرناه في التمهيد يعني في كتاب الصلاة الصلاة في باب الشهيد
قوله ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الراس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية
وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الراس او يده او رجله او راسه فلا شيء عليهم • وهذه من مسائل الاصل
ذكرها تفريعا على مسألة المختصر • وذلك لان وجوب القسامة على اهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص بخلاف

القياس والنص ورد في كل البدن واكثر البدن كل حكما وان لم يكن كلا حقيقة فالحق اكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة
والدية تعظيما لامر الدم وما سواه ليس بكل اصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على اصل القياس فلم يجب عليه القسامة والدية ولانه اذا وجد
الاقل وجرى فيه القسامة والدية في الاقل كان وجوبهما في الاكثر ولا يتكرر القسامة والدية والتكرير فيهما ليس بمشروع بخلاف
ما اذا اوجب القسامة والدية في الاكثر ولا يجب لزم القسامة والدية في الاقل اما اذا وجد في محلة اخرى يلزم منه القسامة
لانه لا يلزم من الوجوب في الاكثر الوجوب في الاقل لان في الاكثر انما وجب ذلك لانه في معنى الكل حكما ولم يوجد
هذا المعنى في الاقل قوله تكرر القسامتان والديتان وكان ينبغي ان لا يذكر بلفظ التثنية لانه حينئذ
يكون الكثير من القسامتين وليس كذلك ولكنه اراد بذلك ثبوت القسامة مكررا وثبوت الدية مكررا وكان من حق الكلام
ان يقال تكرر القسامة والدية قوله والاصل فيه اي الاصل في وجوب القسامة والدية وعدم وجوبهما
اذا وجد بعض القتيل ان البعض الذي وجد اذا كان بحال لو وجد باقي البدن يجري فيه القسامة والدية لا يجري في
الموجود او لا وان كان الموجود او لا بحال لو وجد الباقي لا يجريان في الموجود او لا والمعنى في وجوبهما تكرر القسامة
والدية وعدم تكررهما قوله وصلوة الجنازة في هذا اي في وجود بعض الميت تنسحب على هذا الاصل
يعني اذا وجد الاكثر يصلى عليه وان الاقل فلا وانما انسحب على الاصل المذكور لان صلاة الجنازة لا تتكرر كما ان القسامة لا
تتكرر قال في الفتاوى الصغرى اذا وجد في الميت اقل من النصف وليس فيه الراس لا يصلى عليه وهذا استادة الى انه
اذا كان معه راس يصلى عليه ولو وجد النصف مشقوقا نصفين مع كل نصف نصف من الراس لا يغسل ولا يصلى عليه ولو وجد
الراس وحده لا يصلى عليه ولو وجد الكل الا الراس يصلى عليه وكذا في القسامة اذا وجد الراس وحده في المحلة لا يجب
القسامة واذا وجد البدن كله الا الراس تجب الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى قوله ولو وجد فيهم جنين
او سقط ليس فيه اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة اي لو وجد في المحلة وكان القياس ان يقال فيه واغا ذكر بلفظ
العقلاء بتاويل ارادة القوم او الجماعة او اهل المحلة • وقد ذكر هذه المسألة تفريعا ايضا قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وان وجد فيها جنين او سقط فليس عليهم شيء اذا لم يكن بالاثر به اثر وان كان
تاما وبه اثر فهو قتيل مطلق ظاهرا فيجري فيه القسامة والدية والظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا فيكون قتيلا ظاهرا
لوجود دليل القتل وهو الاثر ولا يقال الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ولهذا لم يجب في عين الصبي ولسانه وذكره
اذا لم يعلم صحته سوى حكومة العدل ولم يجب ما وجب في السليم منها وان كان الظاهر سلامتها لانا نقول انما لم يجب في الاطراف
قبل ان تعلم الصحة ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة
من القصاص والدية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية
تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر الظاهر من حال تام الخلق ان ينفصل حيا ولهذا اذا انفصل ميتا
ولا اثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا هنا
قوله قال واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة • اي قال القدوري في
مختصره • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا وجد الرجل قتيلا على دابة يسوقها هذا الرجل
او يقودها او هو راكبها فهو على الدية معه الدية لانه اقرب الناس اليه فيكون اقدر على صيانته واوقف على حاله فان لم
يكن معها احد فعلى اهل المحلة الذين وجد فيهم على الدابة لا فرق بين ان يكون موضوعا على الدابة او مطروحا على الارض
وكذلك الرجل يحمل قتيلا فهو عليه الى هنا لفظه ولا يتفاوت بين ان يكون ملكا للسائق او القائد والراكب لان الرواية
مطلقة في الاصل والكافي للحاكم ومختصري الطحاوي والكرخي وغيرهما وذلك لان القتيل في يده فكان اخص به من اهل المحلة
او ورد ما هنا سوى سؤالا وجوابا فقالوا انما الفرق بين هذه المسألة على ما ذهب اليه ابي حنيفة ومحمد حيث اوجبوا
القسامة والدية على السائق او القائد مطلقا كان للدابة او لم يكن وفي القتيل اذا وجد في الدار لم يوجب القسامة والدية
على السكان بل على الملاك فاجابوا اولا بطريق المنع وثانيا بطريق التسليم اما الاول فقالوا لا نسلم ان القسامة والدية
لا يجب على مالك الدابة معروفا وانما وقع جواب صاحب الكتاب هكذا لانه اذا لم يكن المالك معروفا فالظاهر انه هو
المالك لان اليد دليل الملك ولا يسمع قوله في دعواه ان الملك لغيره كما في الدار ايضا اذا لم يكن مالكها معروفا لا يعرف
ذلك الا بقول ذي اليد لا يسمع ذلك منه بل يجب القسامة والدية على ذي اليد فلم يتساويا فرق بين الدابة والدار وهذا
قول بعض المشايخ واما الثاني فقالوا انما كان الجواب في الدابة مطلقا على السائق والقائد لان العبرة في هذا الباب
للتصرف والتدبير فان ذلك في الدابة لمن في يده الدابة فيكون القسامة والدية فان يد المالك تنقطع عن الدابة بالاجارة
والاستعلاف عن يده بخلاف الدار فان يد المالك وتدبيره فيها لا تزول بالاجارة ولهذا ابقى مؤنة الدار على مالكها كما
كانت فكانت القسامة والدية على الملاك فظهر الفرق قوله وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فعلى اقربهما
ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير واذا كان على الدابة قتيل وهو بين القريتين كان على اقربهما قال الحاكم الشهيد
في الكافي واذا وجد القتيل بين القريتين او سكتين فانه يقاس فايهما كان اقرب كان عليهم القسامة والدية والاصل في
ذلك ما روي عمر رضي الله عنه انه كتب اليه في قتيل وجد بين وادعة وارحب فكتب ان يقاس بين القريتين فوجد الى وادعة

اقرب فقضى عليهم بالقسامة والدية وقد مر حديث عمر في مسئلة اول الكتاب قالوا وهذا اذا كان بحال يسمع الصوت
منه لانه اذا قيل في موضع يسمعون صوته لو استغاث يلزمهم الغوث والنصرة فاذا تركوا النصرة مع امكان النصرة نسبوا الى
التقصير فصاروا كانهم قتلوه تقديرا فيلزمهم القسامة والدية بخلاف ما اذا لم يكن يسمع الصوت منه حيث لا يجب
عليهم النصرة لعدم القدرة على النصرة لان القدرة لا تحقق بلا علم فلا يجعلون قاتلين تقديرا لعدم نسبتهم الى التقصير
فلا يجب عليهم القسامة والدية **قوله** ولا يجب على احد من زاد عدوا رحب مما حيان من همدان منه قول الكميت
في الهاشميات في امر الخلافة يقولون لم يورث ولولا تراثه لقد شركت فيه بكيل وارحب وبكيل حي من همدان ايضا
يقول لولا ان الخلافة موروثة لا يشترك الناس كلهم فيها **قوله** قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة
عليه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه والدية على عاقلته وذلك لان صاحب الدار اخص بنصرة الدار من
اهل المحلة فصار مع اهل المحلة بمنزلة اهل المحلة مع اهل المصر كما لا يدخل اهل المصر مع اهل المحلة كذلك لا يدخل اهل المحلة
مع صاحب الدار في القسامة واما وجوب الدية على عاقلته فلان الدية تجب لاجل النصرة ونصرة صاحب الدار على عاقلته كذا
في شرح ابي نصر وقال القدوري في كتاب التقريب قال في الاصل اذا وجد القتيل في دار لرجل اشتراها فالقسامة تجب
عليه وعلى قومه الدية وفي اختلاف زفر ويعقوب ان القسامة تجب عليه وعلى عاقلته قال ابو يوسف ليس على
عاقلته قسامة قال وكان ابو الحسن يقول هذا على وجهين ان كانت عاقلته حاضرة دخلت في القسامة وان كانت
غايبة لم تدخل اما اذا كانت حاضرة فلان التهمة موجودة في حقهم فالقاتل يجوز ان يكون فيهم فصاروا كاهل المحلة
واما اذا كانت غايبة فلان التهمة تلحقهم فلم يجز دخولهم في القسامة وليس كذلك الدية لانها تجب للنصرة وذلك
موجود في الغيبة ووجه الرواية الاخرى انهم لما دخلوا في الدية مع الغيبة فكذلك في القسامة كالحاضرين كذا
في التقريب **قوله** قال ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه وان بقي واحد منهم فكذلك وقال القدوري في كتاب التقريب قال في الاصل ولو وجد القتيل في القبيلة
بالكوفة وفيها سكان واهل الخطة ومشترون فالدية على اهل الخطة في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليهم
جميعا وروى بشر ابن الوليد عن ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة الى هنا لفظ التقريب وقال الشيخ الى وهذا
قول محمد وقول ابي يوسف اولا وقال ابن ابي ليلى القسامة والدية عليهم جميعا وهو قول ابي يوسف اخرا اذ لم يبق
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وقول محمد فيما ذكره الثقات كالطحاوي وغيره مع ابي حنيفة
ولا ادري ان صاحب الناسخ كيف جعل قوله مع ابي يوسف قال الطحاوي في مختصره والقسامة على اهل الخطة
على السكان ولا على المشترين الا انه لا يبقى احد من اهل الخطة فتكون القسامة والدية على الذين تحول ملكها اليهم وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف ان القسامة والدية على السكان دون المالكين الى هنا لفظ
الطحاوي وقال القدوري في كتاب التقريب واما الملاك والسكان فقال ابو حنيفة ومحمد الدية على الملاك
وقال ابو يوسف عليهما لهما ان المالك اخص بالنصرة من السكان الا ترى ان الملاك تقصد صيانة محلته والسكان
يكون فيها في وقت ويستقل الى اخرى في وقت اخر فاذا لم يوجد في الساكن معنى النصرة لم يلزمه العقل فلا يلزم اذا وجد القتيل
في سفينة ان الدية على من فيها من مالك وراكب لان السفينة تنقل ويحول فكان الدية فيها بثبوت اليد لا بالنصرة
كالدابة اذا وجد عليها قتيل وهذا الزم المراد العقل وان لم يكن في السفينة كما لو سائق الدابة وقايدها ولابي يوسف
ان النبي صلى الله عليه وسلم الزم اهل خيبر دية عبد الله ابن سهل وقد كانوا سكانا بخيبر لان خيبر كانت للمسلمين لانهم
افتتحوها وكان اليهود عاملوها فلما وجد فيها القتيل جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم القسامة فيه على اليهود السكان
لا على المالكين والجواب عن ذلك ان الطحاوي روى باسناده الى سليمان ابن بلال عن يحيى ابن سعيد ان خيبر لم
يزل يومئذ كانت صلحا فاذا ثبت ذلك كانت خيبر ملكا لليهود فعلموا ان القتيل كان قبل الفتح وان سلمنا انه كان بعد
الفتح فنقول ان اليهود كانت لهم املاك ولهذا عوضهم عمر رضي الله عنه لما اجلاهم كذا قال القدوري في التقريب
بيانه انه عليه السلام اقرهم على املاكهم وكان يأخذ منهم على وجه الخراج **قوله** هو عليهم اي القسامة
على السكان والملاك جميعا وانما ذكر الضمير الراجع الى المؤنث على تاويل القسم او الحلف واراد بالسكان من يسكن الدار بالاجارة
او الاستعارة **قوله** لان ولاية التدبير كما تكون بالسكنى تكون بالملك وحق الكلام ان يقال لان ولاية التدبير
كما تكون بالملك تكون بالسكنى لان الملك الغا فينبغي ان يقاس السكنى عليه **قوله** قال وهي على اهل
الخطة دون المشترين اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان بقي واحد منهم فكذلك وقال القدوري في كتاب
التقريب قال في الاصل ولو وجد القتيل في القبيلة بالكوفة وفيها سكان واهل الخطة ومشترون فالدية على اهل الخطة في
قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليهم جميعا وروى بشر ابن الوليد عن ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة الى هنا لفظ التقريب
وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وقال ابن ابي ليلى الدية على السكان والمشترين واهل الخطة
سواء وهو قول ابي يوسف الاخر لهما ان اهل المحلة تلزمهم الدية لاجل النصرة ونصرة اهل الخطة من نصرة المشترين فاذا التقى بهم
من يدخل في العقل لم يضم اليهم نوع اخر كالابن لا يضم اهل الديوان الى القبيلة وعاقلة الاخ الى عاقلة الاب ولا يلزم اذا قل

عدد القبيلة انه يضم اليها اقرب القبائل لان ذلك من جنس واحد الا ترى ان جميعهم بنو اعمام ولان اهل
الخطة اخص بالنصرة من المشترين وما كان اخص فهو اولى والحاصل ان وجود القتيل في المحلة يوجب الدية على
اهل المحلة بعد القسامة على صالحي اهل المحلة وهذا حكم منقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه وعليه
اجماع الامة فان كان في المحلة اصحاب الخطة فذلك عليهم لان القتيل ينسب اليهم لتقصيرهم في الحفظ والحفظ
والراي والتدبير الى اهل الخطة فعليهم مؤنته فان باع اصحاب الخطة كلهم انتقل الراي والتدبير والحفظ الى المشترين
فنزلوا منزلتهم فان بقي من اهل الخطة واحد فذلك عليه خاصة لان الراي والتدبير والحفظ اليه في العادات ولانه هو
الاصل والمشتري بمنزلة الخلف عنه فلا يعتبر الخلف ما دام شيء من الاصل قايما ولابي يوسف انهم استووا في الملك
والتصرف فوجب ان يستووا في العقل وهذا ليس بصحيح لان الملك موجود للمراة والصبي والمجنون والتصرف موجود
للمكاتب فلا عقل عليهم فدل على ان المعتبر النصرة دون ما ذكره كذا في التقريب والخطة المكان المختط لبناء دار او غيرها
من العمارات والمراد من اهل الخطة اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا املكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين
الغانمين خط خطه لتمييز انصبائهم وفي بعض النسخ وهو على اهل الخطة شيا وقيل المذكور او وجوب القسامة والدية اي
القسامة واجبة عليهم والدية على عواقلهم **قوله** والولاية اي ولاية الخطة **قوله** وقد
استووا فيه اي استوى اهل الخطة والمشترون في الملك لانهم ما لكون جميعا ولهذا اذا تحول الملك من اهل الخطة
جميعا ولم يبق واحد منهم ما لكان القسامة على المشترين ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة والمتعارف
يعني ان وجوب القسامة والدية باعتبار انهم نسبوا الى التقصير بترك النصرة وترك النصرة انما يكون ممن اليه الصيانة
والصيانة في المحلة الى اصحاب الخطة وفي الدار الى الملاك لان اهل الخطة هم الرؤسا والاصول عادة في صيانة
المحلة دون الدخيل فكان الزام موجب التقصير عليهم اولى **قوله** وقيل ابو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد
بالكوفة اي شاهد من عادة اهل الكوفة في زمانه وهو ان اصحاب الخطة في كل محلة كانوا هم الذين يقومون بتدبير المحلة
وابو يوسف بنى على عادة زمانه ان التدبير الى الاشراف من اهل الخطة كانوا او لا كذا في التحفة **قوله** قال
وان بقي واحد منهم فكذلك يعني قال القدوري اي بقي واحد من اهل الخطة فكذلك الحكم تجب القسامة عليه
والدية على عاقلته **قوله** لما بينا اشارة الى قوله ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة اي قوله
ولانه اصيل والمشتري دخيل **قوله** لان الولاية انتقلت اليهم اي الى المشتري وهذا على قول ابي حنيفة
ومحمد لان المشترين لم يكن ولاية مع وجود واحد من اهل الخطة عندهما فاذا لم يبق احد منهم بان باع كلهم انتقلت
الولاية كانت لاهل الخطة والمشترين جميعا عنده فاذا لم يبق من اهل الخطة احد خلصت الولاية للمشترين
قوله لزوال من يتقدمهم يتعلق بقوله انتقلت اليهم وقوله وبزاحمهم يتعلق بقوله خلصت لهم لف ونشر قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي واذا باع اهل الخطة جميعا حتى لا يبقى منهم احد ثم وجد قتيل في سكة من سككهم
او في مسجد من مساجدهم فالقسامة والدية على المشترين لانهم نزلوا منزلة اصحاب الخطة عند عدمهم وان وجد في دار واحد
من المشترين فهو عليه وعلى عاقلته لما ذكرنا ان رب الدار نسب الى التقصير بترك النصرة واذا وجد قتيل في دار فالقسامة
على رب الدار وعلى قومه ويدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه
الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة وقد مر قبل هذا بيان ان القسامة على رب الدار
والدية على قومه اذا وجد القتيل في دار انسان وانما كرر المسئلة هنا لان كلامه وقع فيما اذا وجد القتيل في المحلة وفيها اهل الخطة
ومشترون فاوجب القسامة على اهل الخطة لا على المشترين عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فاذا لم يبق واحد منهم بحينئذ اوجب
ذلك على المشترين اذا وجد في المحلة ثم جر بيانه الى كلام كلامه الى بيان ان القتيل اذا وجد في دار واحد ولم يبق احد من اهل الخطة
فالحكم فيه ذلك بما ذكره وتمام البيان والمسئلة والتفصيل في المسئلة ما روينا عن التقريب قبل هذا عند قوله وان وجد
القتيل في دار انسان فالقسامة عليه **قوله** لان رب الدار اخص به من غيره وتذكير الضمير في به على تاويل الموضع
قوله الحضور اي القوم الحضور وهي جمع حاضر لان فاعلا اذا كان صفة يجوز جمعه على فعول كقعود في جمع قاعد
قوله قال وان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل وللاخر ما بقي فهو على رؤس الرجال اي
قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في دار تكون لثلاثة نفر لواحد نصفها ولواحد عشرها
وللاخر ما بقي منها وجد فيها قتيل قال العقل على رؤس الرجال الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وهي من الخواص
وذلك لان هذا الحكم مضاف الى ولاية الحفظ والتدبير وصاحب القليل وصاحب الكثير سواء في هذا المعنى
فكانوا سواء في النسبة الى التقصير فيكون الغرم وهو العقل على عدد الرؤس لا على عدد الانصباء كما يكون الغنم وهو
وجوب الشفعة على عدد الرؤس ولان القتيل اذا وجد في الدار جعل اصحاب الدار كانهم جنوا عليه والقتل يتقسم
على عدد الجناة ولا يعتبر مقدار الجنايات فيكون المعتبر عدد الرؤس **قوله** قال وان اشترى دارا فلم
يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البايع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده اي قال
في الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يشتري الدار فلا يقبضها حتى يوجد فيها

قتيل وليس في الشراء خيار فالدية على عاقلة البايع وكذلك ان كان في البيع خيار لاحدهما فالدية على عاقلة الذي الدار
في يده • وقال ابو يوسف ومحمد ان لم يكن في الشراء خيار فان الدية على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فان الدية على عاقلة
التي تصير الدار له الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير والحاصل ان المعتبر لوجوب الدية هو اليد عند ابي حنيفة وعندهما
المعتبر هو الملك فقال ابو حنيفة الدية على عاقلة الذي في يده الدار سواء كان في الدار الخيار او لم يكن وفي قول صاحبيه
ان كان الشراء باتا فالدية على عاقلة المشتري سواء كانت الدار في يده او في يد البايع وان كان في الشراء خيار فالدية على الذي
يكون الدار له وجه قولهما ان هذا حق يجب لاجل الدار فوجب ان يعتبر فيه مالك الدار فيكون على مالك الدار وعلى من يعترض
الملك له ولان التعاهد يجب على المشتري لان الغنم للمشتري وهو وجوب الشفعة فوجب ان يكون الغرم عليه وهو
العقل لان الخراج بالضمان وانما اذا كان في البيع خيار فوجوب الجناية موقوفة لان حصول الملك موقوف فوجب ان يتوقف
وجوب الجناية كما توقف الملك فيه ووجه قول ابي حنيفة ان القدرة على الحفظ حصل باليد لا بالملك الا ان الملك سبب اليد
فاذا وجد الملك لاحدهما واليد للآخر كان اعتبار اليد اولى ولان وجود القتيل يوجب الضمان فوجب ان يجب على من كانت
الدار في ضمانه لان الذي في ضمانه في حكم الجناية كالمالك • الا ترى ان عبدا لو كان في ضمان رجل وجنى جناية يكون
حاصل الضمان على الذي العبد في ضمانه فكذلك هذا وهذا على اصله مستقيم لان من اصله انه يجعل الذي في ضمانه في حكم
الجناية كالمالك من جميع الوجوه • الا ترى انه قال في رجل غصب عبدا يكون الغاصب في جنايته كالمالك حتى ان العبد لو
جنى في مال الغاصب يكون هدرا ولو جنى على مولاه يكون معتبرا فكذا هذا كذا قاله ابو الليث • وقال البزدوي
في هذه المسئلة في كتاب التقريب • وقال زفر الدية على المشتري بقبض الدار او اختار الفسخ وان كان الخيار للبايع
فالدية عليه اختار او فسخ لانه اعتبر من تملك الدار عند ظهور القتيل فان كان الخيار للبايع فالملك له وان كان للمشتري
فالملك له والفسخ بعد ذلك او الاجازة يتعلق به الملك فيصير كالبيع المستأنف والجواب عن قياسهما حيث لا يعقل
عليه لعدم الملك فكذا البايع لم يبق له ملك بعد البيع فنقول هذا الضمان ضمان ترك الحفظ والقدرة على الحفظ باليد فيكون
القادر على الحفظ من له دية اصالة ويد المودع يد نيابة فصار كيد الغاصب والمستعير والمستاجر ولا يقال ان نيابة ان
في الغصب قلنا كلامنا في الدار والغصب في العقار لا يتحقق على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فصار بيد امانة ولا
يقال يرد عليكم المرتهن حيث لا يجب عليه العقل وان كان له يد اذا وجد القتيل في الدار المرهونة بل يجب على المالك
لانا نقول يد المرتهن امانة وان كانت ما ليته مضمونة عليه فصار يد في الدار كيد المودع يد نيابة على انا نقول قالوا لا
رواية • قوله فهو في يد مضمون عليه اي المبيع وهو الدار في يد المشتري مضمون على المشتري بالقيمة كما في المغصوب فانه
مضمون بالقيمة فتعتبر يد المشتري فتكون الدية على عاقلة المشتري الذي في يده الدار لان القدرة على الحفظ باليد
قوله ادبه وفي بعض النسخ بها اي باليد وتذكير الضمير على تاويل العضو • قوله ومن كان في يده دار فوجد
فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود انها للذي في يده وصورتها في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة رضي الله عنه في الدار لرجل فوجد فيها قتيل قال لا تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود انها له • قال فخر الاسلام
البزدوي في شرحه يريد به اذا انكرت العاقلة ان تكون الدار له وقالوا هي وديعة في يدك فالقول قولهم الا
ان يقيم بينة على الملك لما عرف ان الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق وقد احتجنا الى الاستحقاق هاهنا فوجب اثبات
البينة كمن طلب شفعة بالجوار في دار بيعت فانكر المشتري الدار التي في يد المدعي ملكا له فانه لا يستحق الشفعة بيده
حتى يقيم البينة على الملك فكذلك هاهنا ولا يلزم ابا حنيفة انه يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المبيعة
في يد البايع يوجد فيها قتيل ان الدية تجب على عاقلة البايع لانه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد فلم يثبت هاهنا الملك الا
بالبينة وهذه المسئلة من خواص الجامع الصغير • قوله قال وان وجد القتيل في سفينة فالقسامة على من فيها
من الركاب والملاحين • اي قال القدوري في مختصره • وقال شيخ الاسلام علي بن محمد علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي ولو وجد القتيل في سفينة فالقسامة على الذين في السفينة من الركاب وغيرهم من الذين هم فيها والدية على عاقلتهم
ولا يجب على صاحب السفينة بخلاف ما اذا وجد القتيل في دار فيها سكان فانه تجب القسامة على صاحب الدار
والدية على عاقلته لان ثمة صاحب الدار قادر على صيانته لعدم من السفينة • الا ترى انه لا يدري اين هي وكيف
يقدر على صيانتها ما لا يقف عليه بخلاف الدار حتى لو كان صاحب السفينة معهم ينبغي ان تجب عليهم عليه كما في الدار
كذا في شرح الكافي • وقال صاحب الهداية وهذا على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله ظاهر اي وجوب القسامة
على من في السفينة من الركاب والملاحين على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله انه وجب القسامة على السكان والملاك
في قتيل وجد في الدار وعلى ما لم يوجبها على السكان وفي مسئلة السفينة اوجبها على من فيها سواء كان مالكا للسفينة
او راكبا فيها وذلك لان السفينة في ايديهم فكان من فيها اخص بها من غيرها فكان مما ينقل ويحول فاعتبر اليد دون
الملك فكان ضمان الدية فيها بثبوت اليد لا بالنصر كالدابة بخلاف الدار والمحلة لانها لا تنقل ولا تحول فاعتبر فيها
الملك لان مالك الدار احق بالنصرة من الساكن وقد مر الفرق من عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك • قوله
واللفظ يشمل اربابها اي لفظ القدوري وهو قوله على من فيها يشمل بعمومه ارباب السفينة اذا كانوا فيها وقال شيخ الاسلام

خواهرزاده قال بعض المشايخ انما يجب على الركاب اذا لم يكن للسفينة مالك معروف فاذا كان لها مالك معروف فان
القسامة تجب على مالك السفينة ومنهم من يقول في الحاملين عليها الذين كانت السفينة في ايديهم وقيل هذا التفصيل من في
الدابة • قوله المالك في ذلك وغير المالك سواء اي مالك السفينة في وجوب القسامة على من فيها وغيرها لانهما
سواء وكذلك الحكم في المحلة اذا وجد فيها قتيل يجب القسامة والدية على من فيها من مالك المحلة وغيرها • قوله قال
وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها اي قال القدوري في مختصره وذلك لانهم اخص بالتصرف فيه وبعضهم من غيرهم فكان وجود
القتيل فيهم كوجوده في محلتهم • قوله وان وجد في المسجد الجامع والشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت
المال هكذا لفظ القدوري ايضا وذلك لان هذه المواضع لا تختص بها طائفة من المسلمين من يتعلق بها حق جماعتهم فما وجب
لاجلها يكون في بيت المال وكذلك الحكم في مسجد جامع يكون لعامة المسلمين في السوق • الا ترى الى ما قال في
شرح الكافي ولو وجد في سوق المسلمين او في مسجد جماعتهم فهو على بيت المال لان هذا الموضع في الليالي عادة ولا
يكون في السوق احد في الليالي ولا في مسجد جماعتهم حتى يكون محفوظا بحفظهم وهذا الموضع من المصر والمصر محفوظ بحفظ
السلطان او عامة الناس فتكون الدية في مالهم وما لهم مال بيت المال ولا قسامة فيه لان القسامة انما تجري في
موضع يعرف قاتله او يتوهم وجود من يعرف قاتله وهذا لا يكون في سوق المسلمين واراد به سوقا نائيا عن المحال اما الاول
التي تكون في المحال محفوظة بحفظ اهل المحلة فتكون القسامة والدية عليهم وكذا اذا كان في السوق النائي عن المحال من يسكن
في المنازل او كان لاحد فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع وان كان في دار رجل
خاصة في السوق فعلى عاقلته الدية والقسامة عليه لانه داخل تحت صيانته فيكون الموصوف بالتقصير هو فيجب موجب
التقصير عليه كذا في شرح الكافي • وقال في شرح الطحاوي ولو وجد الرجل قتيلا في سوق المسلمين او في مسجد الجامع فالدية على بيت المال
وليس فيه قسامة هكذا ذكر محمد في الاصل وكذا الطحاوي رحمه الله ايضا وفسره الكرخي رحمه الله فقال انما تكون
الدية على بيت المال اذا وجد في السوق التي هي للامام او لجماعة المسلمين فاما اذا كان ملكا خاصا فيجب على اربابها القسامة
وعلى عاقلتهم الدية ولو وجد في دار الوقف او في الارض الموقوفة فكان القوم معلومين فالقسامة والدية على
الارباب ولو كان الوقف على المسجد فهو كما لو وجد في المسجد فيجب على اهل المحلة القسامة والدية الى هنا لفظ
شرح الطحاوي • قوله وكذلك الجسور العامة يعني اذا وجد القتيل فيها تكون الدية على بيت المال ولا قسامة
فيه كما اذا وجد في الشارع الاعظم • قوله كالشوارع العامة التي بنيت فيها اي بنيت السوق في الشوارع
العامة ومعنى قوله فعند ابي يوسف يجب على السكان اي يجب القسامة على من في السوق المملوكة سواء كان ملاكا
او غير ملاك على ما عرف في مذهبه والشارع هو الطريق الذي يشرع فيه الناس على الاسناد المجازي اي هو
من قولهم شرع الطريق اذا تبين كذا في المغرب • قوله ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول
ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن ذكره تفريعا في مختصره في مسئلة المختصر • قال الكرخي رحمه الله في مختصره
قال ابو حنيفة في القتيل يوجد في السجن لا يعرف من قتله الدية على بيت المال وقال ابو يوسف على اهل السجن القسامة
والدية الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله ثم ذكر الكرخي قول محمد مع ابي حنيفة وكذا القدوري ذكر قوله مع
ابي حنيفة في كتاب التقريب فقال قال ابو حنيفة ومحمد اذا وجد القتيل في السجن فالدية على بيت المال
وقال ابو يوسف على اهل السجن لهما ان يد الامام ثابتة على السجن فيلزمه نصرته ومن فيه لا نصرة له ولا تصرف
هم مقهورون فلا يتعلق به حكم وما يلزم الامام يكون في بيت المال ولان السجن في مصالح المسلمين كالجوامع فغنمه
لهم فكذا غرمه عليهم ولابي يوسف ان الظاهر ان القتيل حصل من اهل السجن فوجب ان يخص الضمان بهم • قال
القدوري وهذا على اصله في اعتبار الساكن دون المالك وهذا معنى قول صاحب الهداية فاذا وهذا فرعه
المالك والساكن • قوله بني اي السجن • قوله فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم اي اذا كان
غرم السجن وهو نفعه يعود الى المسلمين فغرم السجن يرجع الى المسلمين ايضا لان الغرم بالغنم • قوله قال
وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر اي قال القدوري في مختصره وذلك لان هذه البقعة ليس لاحد عليها يد ولا هو
احق بها فلم يتعلق به حكم فاما اذا كان بقربها عمارة مصر او قرية فعليهم القسامة والدية واعتبروا في القرب ان
تكون بحيث يسمع منه الصوت اذا اسمع منه فالغوث يلحق تلك البقعة من العمارة في الغالب فتعلق بها الحكم لانه ينسب حينئذ
اهل العمارة الى التقصير وان لم يبلغ الصوت لا يلحق الغوث فلا يجب شيء لعدم نسبة التقصير • قال الكرخي في مختصره
قال محمد واذا وجد القتيل في فلاة من الارض نظر في ذلك المكان فان كان ملكا لانسان فالقسامة على ذلك الرجل
الذي يملك ذلك الموضع وعلى قبيلته عليهم الدية وان كان ذلك الموضع لا مالك له وكان موضعا يسمع فيه الصوت
من مصر من الامصار فعلى اقرب القبائل الى ذلك الموضع من المصر القسامة والدية وان كان ذلك الموضع لا يسمع فيه
الصوت وليس يملك لاحد فان دمه هدر • قوله وان وجد بين قريتين كان على اقربهما هذا لفظ القدوري واشار
بقوله وقد بيناه الى ما ذكر عند قوله وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل ولكن هذا محمول على ما اذا كان يبلغ الصوت
اليه • قوله وان وجد في وسط الفرات يمر بالماء فهو هدر • وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال الكرخي في مختصره

وان وجد القتيل في نهر جار صغير مما يقضي فيه بالشفعة للشركاء فعلى عاقلة ارباب النهر ثم قال فيه بعد صفحة
وان وجد في مثل الفرات او دجلة يجري به المياه فلا قسامة فيه ولا دية على احد وان وجد محتبسا في موضع من دجلة او
الفرات فعلى اقرب القرى من ذلك الموضع من حيث يسمع الصوت القسامة والدية الى هنا لفظ الكرخي فعن هذا
عرفت ان قتيل الفرات في مختصر القدوري احتراز عن نهر صغير وكذا قيد الوسط احتراز عن ان يكون محتبسا في شط
الفرات ، وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في القتيل يمر في الفرات قال ليس على احد شيء
واذا كان على الدابة قتيل وهو يمر بين القريتين كان على اقربهما الى هنا لفظ محمد رحمه الله واصله ان القسامة
والدية انما شرعت على جماعة نسبوا الى التقصير فيما لزمهم من الحفظ وليس الفرات بداخل في ولاية احد ولا يلزم
حفظه احدا بل هو بمنزلة المفازة التي لا تدخل في ولاية احد فلم يستقم نسبته الى احد فوجب ان يكون هدرا فاما
الدابة فلا تنفك عن الولاية والحفظ وما بين القريتين منسوب الى احدهما لا محالة وعلى اهل القرية حفظه فاذا وجد
قتيل على الدابة في حدودهم نسب ذلك الى تقصيرهم فيما لزمهم وانما وجب ان يجعل الى اقربهما لما روي ان عمر رضي الله عنه حكم
كذلك في قتيل وجد بين وادعة وارحب فجعل ذلك على وادعة لقربهما وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في شرحه للاصل
هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الشرك لانه اذا كان كذلك صار القتيل هذا قتيل دار الشرك فاما اذا كان في موضع
انبعاث الماء في دار الاسلام يجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فصار كان قتيل مكان
الانبعاث او مكان اخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فيجب الدية في بيت المال فاقول هذا الذي ذكره خواهرزاده ليس
بشيء لانه خلاف ما نص عليه محمد في الاصل والجامع الصغير حيث اهدر الدية ولم يوجب شيئا في قتيل يمر به الفرات وكذلك
روى الطحاوي والكرخي في مختصريهما ولم يعتبرا موضع انبعاث الماء اصلا ولان القسامة والدية تجبان حيث تجبان
على الجماعة لنسبة التقصير اليهم فيما لزمهم من الحفظ وليس الفرات ودجلة في ولاية احد فلم يكن حفظه لازما
على احد فلم يستقم نسبة التقصير الى احد فصار كالمفازة البعيدة التي لا يسمع الصوت فيها فلا يلتفت الى موضع
انبعاث الماء ولو كان لكون موضع انبعاث الماء في دار الاسلام اثر في وجود الدية لانه قتيل المسلمين لوجب الدية
اذا وجد القتيل في دار الاسلام في المفازة البعيدة لانه قتيل المسلمين لا محالة فلما لم يجب الدية في المفازة لانعدام
الحفظ لانه ليس في ولاية احد فكذا لا يجب في الفرات لانه ليس في ولاية احد فافهم **قوله** وان كان محتبسا بالشاطئ
فهو على اقرب القرى من ذلك المكان ، وهذا لفظ القدوري في مختصره يريد به اذا كان يسمع الصوت من القرى
وهذا معنى قوله على التفسير الذي تقدم وذلك لان شط الفرات في يد من يقرب منه ، الا ترى انهم يستقون منه الماء
ويوردون بهائمهم فيه واذا كان في ايديهم كانوا احق به فلزمهم القسامة والدية **قوله** فهما بمنزلة فيها اي في الشط
واشتمل الضمير على تاويل الناحية **قوله** بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة متعلق بقوله فهو هدر يعني اذا وجد
القتيل في النهر الصغير يجب فيه القسامة والدية على عاقلة ارباب النهر لانه لا يكون هدرا لنسبة التقصير اليهم لانه
في ايديهم **قوله** قال وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم ، اي قال القدوري
في مختصره وسقوط القسامة هو القياس وهو رواية ابن المبارك عن ابي حنيفة ، وروي عن محمد مثله وفي الاستحسان لا يسقط
وهو رواية الاصل لانا قد علمنا ان القاتل احد اهل المحلة في الظاهر ولهذا اوجب عليهم الضمان فاذا ادعى الولي على واحد بعينه
فلم يزد على ما علمناه فلا يتغير حكم القسامة بذلك ووجه القياس ان دعواه على واحد ابراء للباقين فلم يجز استحلافهم مع
ابراء الولي لهم فلم يجب على واحد وقد تم تمام البيان عند قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل
المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم **قوله** وقد ذكرناه اشار به الى ما ذكره بقوله ولو ادعى على البعض
باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطا ، **قوله** قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم وذلك لان هذا
الحكم لا يلزم اهل المحلة بظهور القتيل الا بعد ان يدعي عليهم الولي فاذا ادعى على غيرهم فقد نفى دعواه القتل عن اهل
المحلة فيبطل عنهم لا محالة **قوله** واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة اي قال في الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في قوم التقوا بالسيوف فاجلوا عن قتيل قال هو على اهل المحلة
الا ان يدعي الاولياء على اولئك او يعرف رجل بعينه فلا يكون على اهل المحلة وعلى اولئك الا ان يقيموا البينة الى
هنا لفظ الجامع الصغير واصل ذلك ان القتيل اذا وجد في المحلة ولم يعرف قاتله تجب القسامة والدية على اهل
المحلة لحدوث خبر الا ان يدعي الاولياء على بعض الفريقين برئ اهل المحلة من ذلك لان دعواهم على غير اهل المحلة ابراء
لاهل المحلة فلا يثبت عليهم شيء ايضا بمجرد الدعوى بدون اقامة البينة لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين
على من انكر **قوله** او يعرف رجل بعينه قال فخر الاسلام البزدوي يعني به في الدعوى لانه ظهور القتل عليه واراد
به الدعوى على رجل بعينه من اولئك الذين اقتتلوا لا من اهل المحلة لانه لو كانت الدعوى على واحد من اهل المحلة لا يمنع ذلك
براءة اهل المحلة اذا لم يتم الحجة على الرجل الذي عينوه لان القسامة تدل على ان القاتل منهم بعينه منهم لا بانهما خلاف المعاين
من غيرهم لانه يناسبها وقد مر ذلك قبل هذا ولانا لا نعلم الظاهر ان اولئك القوم قتلوه لانا نقول الظاهر يصلح للدفع لا
للاستحقاق **قوله** فاجلوا عن قتيل اي انكشفوا وانفرجوا يعني ذهبوا وتركوا قتيلا بين اظهرهم الى بيتهم والظاهر منهم

كافي قوله

كما في قوله عليه السلام لا منه لمحل ظهر المعنى كالعالم بين ظهرانيهم وظهرانيهم اي قائم بينهم والاظهر وهو جمع ظهر على معنى
ان اقامته بينهم على سبيل الاستظهار بهم والاستناد اليهم واما ظهرانيهم فقد زيدت فيه الالف والنون على ظهر عند التثنية للتاكيد
وكان معنى التثنية ان ظهرا منه قدامه وظهرا وراءه فهو مكنوف من جانبيه هذا اصله ثم كثر حتى استعمل في الاقامة بين القوم مطلقا
وان لم يكن مكنوفا ذكره الاترازي **قوله** للحديث الذي رويناه اشارة الى ما ذكره في اوائل باب القسامة من
قوله البينة على المدعي واليمين على من انكر **قوله** ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها
فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية وهذه في
مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسألة المختصر يقال عسكر العسكر عسكرة اذا جمع العسكر كذا في ديوان الادب والعسكر هو الجيش
وكان من حق الكلام ان يقال في معسكر اقاموا بفلاة اي نزلوا وسكنوا بها لان المعسكر بفتح الكاف منزل العسكر الا ان يقال اراد به
العسكر المبنا ولفظ الكرخي وقال محمد في قتيل يوجد في العسكر في فلاة من الارض ليس في ملك احد انه ان وجد في خباء
او فسطاط فعلى من يسكن في ذلك الخباء والفسطاط القسامة والدية على عواقلهم وان وجد خارجا من الفسطاط والخباء
فعلى اقرب الاخبية منه القسامة والدية الى هنا لفظه في مختصره وحاصل الكلام فيه ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي فاذا وجد القتيل في المعسكر والعسكر في ارض فلاة فهو على القبيلة الذين وجد في رحالهم لانهم اذا نزلوا في
فلاة صار كل قبيلة كمحلة على حدة فيكون صيانة ذلك الموضع عليهم هذا اذا انزلوا قبيلة قبيلة اما اذا انزلوا مختلطين
يجب على اهل الاخبية التي هو من بين الخباءين جميعا لانه يصير كدور متفرقة ليس في موضع قوم مجتمعين وان كان العسكر
في ملك رجل فعلى عاقلة رب الارض القسامة والدية لان صاحب الملك اقدر على الصيانة بمنزلة دار مملوك لرجل وفيها
ساكن وان كان العسكر في فلاة من ارض فوجد قتيل في فسطاط رجل فعليه القسامة يكرر عليه الايمان وعلى عاقلته
الدية لانه بمنزلة دار وجد فيها قتيل في المحلة فان القسامة تجب على صاحب الدار والدية على
عاقلته لان امر الصيانة اليه فكذا ههنا قال ولو وجد القتيل بين القبيلتين من العسكر فعليهما جميعا القسامة والدية وان كان
القتيل اليهما سواء لانهما في قدرة الصيانة على السواء بمنزلة قتيل بين المحلتين فان كان اهل العسكر قد لقوا عدوهم
فلا قسامة في القتيل لان الظاهر ان هذا قتيل العدو وكذا في شرح الكافي والخباء الخيمة من الصوف والفسطاط
الخيمة العظيمة قال ابن جني في شرحه لديوان المتنبي في قافية النون اخبرني ابو بكر محمد بن الحسن عن ابي العباس احمد
ابن يحيى قال قال لي يعقوب قال ابن الكلبي بيوت العرب ستة قبة من ادم ومظلة من شعر وخباء من صوف وبجاد من
وبر وخيمة من شجر وقبة من حجر **قوله** وان كان القوم لقوا قتالا فقاتلوا فلا يوجد قتيل بين اظهرهم فلا
قسامة ولا دية وهذه المسألة ذكرت تفريعا على مسألة المختصر ايضا وهي من مسائل الاصل وقال الكرخي في مختصره وان
كان القوم قد لقوا عدوا فقاتلوا فلا قسامة ولا دية في قتيل وجد في اظهرهم وكذلك روى بشر عن ابي يوسف
قال قال ابو حنيفة اذا وجد القتيل في عسكر المسلمين بعدما لقوا عدوهم فكان بينهم قتال لا قسامة فيه ولا دية وكذلك
قال ابو يوسف وقال محمد ان لقي العدو واذا لم يكونوا لقوا العدو ولا قتال لان ابا حنيفة قال في ذلك هو على ارباب الارض
التي فيها العسكر فان لم يكن لها مالك فعلى عاقلة اقرب الاخبية والفساطيط اليه القسامة والدية الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
وقوله قتالا فيه وجوه يحتمل ان يكون مفعولا لاجله على ارادة معنى المصدر كقولهم لقي فلان في مجلس الامير الضرب او الاكرام اذا
حصل له ذلك اي حصل لهم القتال من العدو ويحتمل ان يكون حالا من ضمير الجمع على ارادة اسم الفاعل من المصدر اي مقاتلين يعني
العدو مقاتلين والمفعول به محذوف ويحتمل النصب قتالا لا بمعنى مقاتلين مفعول به ايضا بحذف مضاف اي لقوا اعداء اي
لقوا اعداء مقاتلين فقاتلوا اعداء مقاتلة ويجوز ان يكون تمييزا اي لقوا العدو من حيث المقاتلة لان في لقائهم ابهاما اذ يجوز ان يكون
ذلك بسبيل الصلح او بسبيل العداوة والمقاتلة ويجوز ان يكون مفعولا له اي لقوا العدو لاجل المقاتلة والحاصل ان القتال
اذا التقى بين عسكر المسلمين وبين العدو ثم وجد القتيل بين المسلمين فلا قسامة فيه ولا دية لان الظاهر انه من قتل العدو
قوله فعلى ما بيناه اشارة الى ان القتيل اذا وجد في العسكر بفلاة فان وجد في الخباء فهو على ساكنه وان وجد
خارج الخباء فعلى اقرب الاخبية **قوله** وقد ذكرناه اشار به الى ما ذكره عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك
في القسامة عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا **قوله** قال واذا قال المستحلف قتله فلان
استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان ، اي قال القدوري في مختصره يعني لا يسقط اليمين عنه بقوله قتله
فلان لان غاية ما في الباب ان فلانا صار مستثنى عن يمينه حيث قال قتله هو وهذا لا ينفي ان يكون المعين شريكا معه في القتل
وان يكون غيره شريكا معه فاذا كان كذلك يحلف على انه ما قتله ولا عرفت له قاتلا غير فلان **قوله** قال
واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما ، اي قال القدوري في مختصره وهذا الذي ذكره
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تقبل شهادتهما لان الولي لما ادعى على غيرهم فقد ابرأهم عن الدعوى فقد خرجوا عن
عرضية كونهم خصما فلم يكن في شهادتهم جر مغنم ولا دفع مغرم فانتفت التهمة اصلا فتقبل شهادتهم كسائر الاجانب
ولابي حنيفة انهم يعتبروا خصما لوجود القتيل بين اظهرهم لانهم جعلوا خصما تقديرا بجعلهم قاتلين تقديرا للتقصير ولهذا
لو ادعوا القتيل على غيرهم قبل شهادتهم على ذلك بدون الولي بحجة لانهم يحتاجون الى دفع تهمة القتل عن انفسهم والخصم في حادثة

لا يقبل شهادتهم فيها وان خرج من كونه خصما لان معنى التهمة قايم لانه يحتمل ان يدفعوا بهذه الشهادة المغرم عن انفسهم
اذ من الجايز ان يجي ولي اخر فيدعي عليهم فلو قبلت شهادتهم وقضى القاضي بذلك لم يكن لغيره انه يدعي عليهم شيا فثبت ان احتمال
المغرم ثابت وليس لهذا القيد تهمة ولكن لا شي عليهم من الدية لان الولي قد ابراهم **قوله** وعلى الاصلين هذين يتخرج كثير
من المسايل من هذه احد الاصلين ان من انتصب خصما في حادثة لا يقبل شهادته في تلك الحادثة ابدا بالاجماع والثاني ان من
له عرضية ان يصير خصما ثم بطلت العرضية فشهد يقبل بالاجماع ثم ابو حنيفة قال في هذه المسيلة الشهود خصوم فلا يقبل
شهادتهم وان خرجوا من الخصومة وهما قالا لا الخصم ليس بخصوم ولكن لهم عرضية ان يصيروا خصما فبطلت العرضية فيقبل شهادتهم
قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات في باب شهادة الوكيل بعد الخصومة وقبلها الاصل في الباب ان من صار
خصما في حق بطلت شهادته في ذلك اصلا لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا شهادة لخصم وبنى على ذلك مسايل منها
رجل اوصى الى رجل ثم مات فلم يخاصم الوصي الى القاضي حتى عزله القاضي وجعل للميت وصيا غيره ثم ان الوصي الاول شهد للميت
بشهادة من مال او غيره فان شهادته باطلة لانه لما مات الموصي وقد قبل الوصاية فقد صار خصما قايما مقامه على طريق الخلافة
والموصي لا شهادة له في حق نفسه فكذلك من يخلفه ، الا ترى ان الخصومة منافية للشهود والشهادة امانة والخصومة ضدها
فان كان الوصي لم يرد ولم يقبل حتى شهد سأله القاضي اتقبل الوصية ام لا فان قبلها ابطل شهادته وان ردها امضى شهادته
لان سبب الرد موقوف فتوقف امر الشهادة وذلك كالشفيعين اذا شهدا بالبيع فان طلبا الشفعة ردت شهادتهما وان ابطلاها
قبلت شهادتهما وان لم يخبرا بشي وقف حتى يظهر حاله ، ومنها رجل وكل رجلا بالخصومة في شي ثم اخرجه منها قبل ان
يخاصم فيها الى القاضي ثم شهد الوكيل بذلك جازت شهادته عند ابي حنيفة وبطلت عند ابي يوسف لان
الوكيل لم يوكل المخالف يخلف الموكل من قبل ان الموكل حي ولكنه امره بالفعل فاذا فعل ذلك قام مقامه والا فلا والدليل عليه انه
لو اقر في مجلس القاضي على موكله صح وفي غيره مجلسه لا يصح فثبت انه قبل ان يخاصم لا يصير خصما فلا تبطل شهادته وعند
ابي يوسف لما قبل الوكالة فقد قام مقامه وصار خصما ، الا ترى ان اقراره في غير مجلس القاضي جايز عنده على الموكل
فان خاصم فيها ثم خرج منها لم تقبل شهادته في ذلك ابدا هذا في الوكالة الخاصة ، ومنها رجل وكل رجلا بخصومة
فلان في كل حق له قبله بحضرة القاضي والقاضي يعرفهم جميعا فلم يخاصم الوكيل في شي من ذلك حتى عزله الموكل ثم
شهد الوكيل بشي من ذلك الذي وكله به قبلت شهادته عند ابي حنيفة ومحمد لان التوكيل عند القاضي يوجب العلم للقاضي
حتى اذا خاصم بعد ذلك لم يحتج الى اثبات الوكالة عند هذا القاضي فاما الخصومة فلم توجد فلا تبطل الشهادة فان لم
يعزله الموكل حتى خاصم رجلا بدين للموكل عليه وذلك الف درهم الى هذا القاضي فقضى بذلك او لم يقض حتى عزله الموكل
ثم شهد للموكل بهذه الالف لم تقبل وان شهد بمال اخر قبل هذا الرجل قبلت شهادته لان القاضي انما جعله خصما
في خصومة الالف التي خاصمه فيها فاما فيما عدا ذلك فلم يجعله خصما بل علمه وكيلا بذلك وبعلمه لا يصير خصما وانما
يصير خصما بفعل الخصومة وفعل الخصومة انما اختص في الف درهم وهذا اذا كانت الوكالة عامة في الموجود دون
الحادث وكانت موكدة بعلم القاضي فاما اذا كانت موكدة بحكم القاضي كما اذا كان الموكل وكله بغير محضر من القاضي
فاحضر الوكيل الى القاضي الرجل فادعى عليه الف درهم للموكل فانكر الرجل الوكالة فاقام الوكيل بينة على ذلك فقضى له القاضي
ثم عزله الموكل ثم شهد الوكيل بمال على الذي وكل بالخصومة معه لم تقبل شهادته على كل حال لان القاضي لما لم يعلم
بوكالته احتاج الوكيل الى اثباتها بالبينة معه لم تقبل شهادته ومن ضرورة اثباتها في هذا الحق ثبوتها في كل
الحقوق لان التوكيل حصل عاما فلا يثبت في شي حتى تثبت جملته كما اثبته الموكل واذا كان كذلك صار في الخصومة
الالف خصومة في ساير الحقوق لاثبات الوكالة فسقط شهادته في عامة الحقوق فيها الا ان يشهد بمال حادث بعد
تاريخ الوكالة لان التوكيل بالخصومة في كل حق له قبل فلان لا يتناول الحادث بعد التوكيل وانما يتناول الموجود فاذا لم
يصر خصما فيه لم تبطل فيه شهادته ، ومنها رجل ادعى عند القاضي ان فلانا وكله بالخصومة مع فلان وفلان
وفلان في كل حق قبلهم واحضر واحدا منهم واقام عليه البينة بالوكالة ثم اخرجه الموكل ثم شهد له الوكيل بحق على الذي
احضره او على الاخرين لم تقبل شهادته لان الخصومة مع الحاضر كانت خصومة مع الغايبين ايضا وصار هذا الواحد
خصما عنهم لانه لا يتوصل الى اثبات الوكالة بخصومة الحاضر الا باثباتها على الغايبين لانها وكالة واحدة واذا كان كذلك
بطلت الشهادة عليهم جميعا الا ان يكون حقا حادثا بعد الوكالة لما قلنا ان هذا التوكيل لا يتناول الحادث ، ومنها
رجل ادعى عند القاضي ان فلانا وكله بطلب كل حق له في مصر كذا والخصومة فيه واحضر خصما فاقام عليه بينة بذلك
ثم ان الموكل اخرجه من الوكالة ثم شهد الوكيل بحق له على رجل في ذلك المصر لم تقبل لانه لما خاصم واحدا منهم فقد خاصمهم لما قلنا
انها وكالة واحدة حتى انه لا يحتاج الى اقامة البينة بالوكالة على غيره فصار الواحد خصما عن الجماعة وكذلك لو شهد بحق
حادث بعد الوكالة لان هذا التوكيل يتناول القايم والحادث على ما عرف في كتاب الوكالة الا ان يعرف حق له حادث بعد العزل
فتقبل شهادته بذلك لانه لم يصر خصما فيه ، ومنها ان رجلا احضر الى القاضي وادعى ان فلانا وكل فلانا الغايب وهذا الحاضر بالخصومة
في كل حق له قبل الناس فان القاضي يقبل البينة ويجعل الحاضر والغايب جميعا وكيلا لان احد الوكيلين وان كان يتفرد بالخصومة فانه لا يتفرد
بالقبض فصارت لا يثبت حقه الا باثبات حق الغايب فصار خصما عنه حتى اذا احضر الغايب لم يكلف اعادة البينة على الوكالة فان عزلها
الموكل ثم شهد له بحق لم تقبل شهادتهما الا في حق حادث بعد العزل لما قلنا ان هذا توكيل عام في كل مصر فتناول الحادث
والموجود كالمقيد بمصر واحد وقوله وكلتك بكل حق له بمنزلة قوله وكلتك بطلبه والخصومة فيه لما عرف في كتاب
الوكالة وهذا استحسان كذا في شرح الزيادات والباقي يعلم بتمه **قوله** ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد
شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة ذكره تفريعا لمسيلة المختصر وذلك لان الخصومة ثابتة تقديرا مع اهل المحلة
جميعا كما قلنا في المسيلة الاولى والشاهدان يدفعان بهذه الشهادة الخصومة عن انفسهما فكانا متهمين وشهادة المتهم مردود
ولا يسقط القسامة عن اهل المحلة بهذه الدعوى وقد عرفت ذلك عند قوله وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه
لم تسقط القسامة عنهم ، وروي عن ابي يوسف يحلف الشهود بالله ما قتلنا ولا يزاد على ذلك لانهم اعترفوا انهم عرفوا
القاتل فلا وجه للاستحلاف وعن محمد يحلفون ولا علمنا له قاتلا غير الذي شهد عليه لان التخصيص لم يوجد الا في حق
المشهود عليه فبقي الباقي على ما كان كذا في كفاية البيهقي **قوله** ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة
فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة
وهذه المسايل المذكورة من هنا الى كتاب المعاقل ليست بمذكورة في البداية وانما ذكرت في الهداية تفريعا وتكثيرا للفوايد
وقال الكرخي في مختصره قال ابو يوسف في الاملاء قال ابو حنيفة في الرجل يجرح في القبيلة فيحمل الى اهله فيموت من تلك الجراحة
ان كان صاحب فراش حتى مات فعلى عاقلة القبيلة القسامة والدية وان لم يكن صاحب فراش فلا ضمان فيه ولا قسامة
قال ابن ابي ليلى لا ضمان فيه ولا قسامة وان كان صاحب فراش وهو قول ابي يوسف الى هنا لفظ الكرخي ، وقال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا اخرج الرجل في قبيلة او اصابه حجر لا يدري من رماه فلم يزل صاحب فراش حتى
مات فعلى اوليك القسامة والدية وان كان صحيحا يجي ويذهب فلا شي فيه ، وقال ابن ابي ليلى لا شي عليهم فيه وان لم يزل
مريضا بعد ما احتمل حتى مات هو يقول القسامة انما تجري فيمن وجد قتيلا وهذا وجد جريحا وهذه النكتة تشير الى انه
اذا ادرك حيا احتمل او لم يحتمل لا يجري فيه القسامة عنده ولان القسامة انما تجري في قتيل في هذا الموضع ومن نقل الى
موضع اخر فهذا قتيل من وجه في هذا الموضع ومن وجه في موضع اخر لان الاثر وجد في موضع اخر ونقول ان في القسامة لو
لم توجد الا ما دون النفس ، وذلك لا يلزم العاقلة كقطع العضو لكن نقول هذا قتيله فسله قتيل وجد في محلة لا يدرى
قاتله والحكم في مثل صفته هذا هذا قوله هذا جرح وليس بقتيل ليس كذلك لانه اذا مات عقيب هذا السبب الظاهر
اضيف اليه الموت وصار قتيلا ، الا ترى انه لو كان الرامي معلوما يترتب عليه احكام القتل لو عرف الجاني فكذا اذا لم يعلم
فتركه قتيلا في موضع اخر اذا مات في موضع اخر قلنا ليس كذلك لان فعل القتل وجد في هذا الموضع والاسم مضاف اليه فيسمى قتيلا
في هذا الموضع ضرورة ولهذا لو حلف لا يقتل فلانا في المسجد فجرحه في المسجد فمات في غير المسجد يحنث في يمينه فاما اذا كان صحيحا
يذهب ويجي ثم مات فلا شي فيه لانه لا يعلم انه مات بهذا السبب انما اذا عرف انه مات بسبب الرمي والجرح يجري فيه
القسامة الا ترى انا اعتبرناه مثلا في وجوب القصاص وفي قتل لا يجري في الوجهين لانه حكم ثبت بخلاف القياس فيما
اذا لم يتبين العمد انما اذا اعتمد فالظاهر انه يزول الاشتباه والشرع انما جاء به في موضع الاشتباه كذا ذكر في شرح الكافي
قوله ولو ان رجلا معه جرح به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول
ابي يوسف وفي قياس قول ابي حنيفة يضمن ، وقال الكرخي في مختصره لو ان رجلا معه جرح به رمق فحمله حتى اتى به اهله فمكث
يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف وقياس ابن ابي ليلى وفي قياس قول ابي حنيفة يكون ضامنا الى هنا
لفظ الكرخي رحمه الله والرمق بقية الروح وهذا بناء على ما تقدم في المسيلة الاولى لان وجود الجريح في يد كوجوده في المحلة لانه
يثبت يده عليه فاذا وجد جريحا في المحلة فتحامل الى اهله فمات يجب القسامة والدية على عاقلة اهل المحلة فكذا هنا
يجب القسامة على الحامل والدية على عاقلته فكانه حمله مقتولا وعند ابي يوسف لا شي عليه في الجرح في المحلة اذا انتقل الى اهله فمات
لان الموجود في المحلة جرح لا قتل والقسامة في القتيل لا في الجرح فكذا هنا الموجود في يد الحامل جرح لا قتيل فلا شي فيه عند ابي يوسف
لان ما وجد في يد حاميه فيما دون النفس وهذا يعني قوله وقد ذكرنا وجهي القولين اي قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف
قوله ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة ، وقال ابو يوسف ومحمد وزفر لا شي فيه
قال القدوري في كتاب المسمى بالتقريب ، قال ابو حنيفة اذا وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته وكان ابو بكر يقول
ان كان عاقلة المقتول عاقلة ورثته فالجواب على ما ذكر وان اختلف عواقلهم فعلى عاقلة ورثته ، وقال ابو يوسف ومحمد وزفر
لا شي فيه وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة نحوه الى هنا لفظ كتاب التقريب ، وجه قولهم ان رب الدار حكم القصر فيجعل
قاتلا لانه هو المخاطب بصيانة دار نفسه بحكم المالكية فلو وجد غيره قتيلا في داره يجعل قاتلا له تقديرا فيلزمه حكم
القتل واذا وجد نفسه قتيلا يجعل قاتلا نفسه تقديرا ولو قتل نفسه حقيقة يهدر دمه فكذا اذا صار قاتلا لنفسه
تقديرا ولابي حنيفة ان حكم الصيانة يلزمه وعشيرته ولهذا تجب الدية عليهم عند يختص بحكم القسامة لعلمه بحال
القتيل وليس عاقلته لجهلهم بحال القتيل فلا يلزمهم حكم القسامة ولكن تلزمهم الدية لانهم شركاؤه في تحمل الدية بترك الصيانة عليهم فلما وجد
قتيلا في دار نفسه ان تعذر ايجاب الدية عليه لم يتعذر على عاقلته ، الا ترى ان علة وجوب الدية وجود القتيل في الدار في حق هذا
وجوده قتيلا ووجود غيره قتيلا سواء وعند ذلك يوصف من لزمه صيانة الدار عن مثل هذا قاتلا تقديرا فلزمه حكمه كذا في شرح الكافي

ولم يذكر القسامة على العاقلة في الاصل ومختصر الكافي ومختصري الطحاوي والكرخي على قول ابي حنيفة بل ذكروا الدية على
العاقلة فحسب • ولذلك ذكر القدوري في التقريب وقد ذكر في المختلف والحصر اختلاف المشايخ في وجوب القسامة على قوله
فتجب على عاقلتهم اي تجب الدية على عاقلة المقتول للورثة فيتحمل
قوله قبل ذلك اي قبل ظهور القتل قوله • فان قلت كيف
ما ذكره اولا في المتن بقوله فديته على عاقلته لورثته على ما اذا اتحد العواقل والاتحاد هو الغالب
يستقيم ان تعقل عاقلة الورثة للورثة وليس معقول ان يعقلوا عن انفسهم لانفسهم قلت العاقلة اعم من ان تكون ورثته
او غير ورثته فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم • وهذا لان عاقلة الرجل اهل ديوانه عندنا وعند الشافعي
اقرباؤه • قوله بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه حيث لا تجب ديته على المكاتب اصلا بل يجعل هدرا لان حال ظهور قتله
كانت الدار على ملكه لان الكتابة لا تنفسخ اذا مات وله مال بل يقضي ما عليه منه فاذا كانت الدار له حين ظهور القتل جعل كانه
قتل نفسه تقديرا لزوال ملكه • وقال الكرخي في مختصره واذا وجد في دار المكاتب قتيل فهو عليه يسعى في الاقل من قيمته ومن
الدية وكذلك لو وجد مولاه في دار المكاتب قتيلا كان عليه الاقل من دينه والقيمة الى هنا لفظ الكرخي وذلك لانه
بمنزلة المباشر وتلزمه القيمة بالمنع من الدفع فتجب القيمة حالة كما اذا امتنع المولى من الدفع فتجب عليه حالة • وقال
الكرخي ايضا لو وجد المكاتب قتيلا في دار مولاه فعلى مولاه قيمته في ماله في ثلاث سنين ولا تحمله العاقلة الى هنا لفظ الكرخي
ايضا • وقال القدوري في كتاب التقريب • قال ابو يوسف اذا وجد المكاتب قتيلا في دار سيده فعلى السيد القيمة في ماله
وان لم يترك وفاء ولا دين عليه فهو هدر وان كان عليه دين ولم يدع وفاء فعلى السيد الاقل من القيمة ومن الدين لغرمائه
وقال [...] زفر ديته هدر ترك وفاء او لم يترك لابي يوسف ان وجود القتيل في الدار كمباشرة صاحب الدار القتل فكان المولى
قتله فيلزمه الضمان اذا كان له وفاء وان كان عليه دين ولم يترك وفاء ضمن الاقل للغرماء كما لو باشر قتله لزفر
ان المكاتب عبد قبل الاداء والعبد اذا وجد قتيلا في دار سيده فهو هدر • وقال الكرخي في مختصره واذا وجد في دار
عبد ماذون له في التجارة وعليه او لا دين عليه او غير ماذون له وجد في دار قتيل فعلى عاقلة مولاه القسامة والدية
ولو وجد الماذون له في دار مولاه قتيلا فان كان عليه دين فان على المولى قيمته لغرمائه في ماله حالا وهذا لانه
بمنزلة استهلاكه اياه بعتق ولا يكون القيمة عليه في ثلث سنين لانه استهلاكه وقد كان يباع في دينهم وكذلك لو
قتله عمدا فعليه قيمته حالا وكذلك لو كان العبد جنى جناية ثم وجد قتيلا في دار مولاه فعلى المولى قيمته حالا وكذلك
لو قتله خطاء المولى وهو لا يعلم بالجناية فاذا كان يعلم فعليه الدية • قال محمد اذا وجد ابو الرجل او اخوه قتيلا في داره
فان عاقلته تعقل دية ابيه ودية اخيه وان كان هو وارثه لان الدية لم تجب له وانما وجبت لغيره • وقال بشر عن
ابي يوسف في العبد الرهن وجد في دار الراهن او المرتهن قتيلا فالدية على رب الدار دون العاقلة الى هنا لفظ
الكرخي رحمه الله • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا وجد العبد او المكاتب او المدبر
او ام الولد قتيلا في محلة وجبت القسامة والقيمة في ثلث سنين لانه ادمي محترم فيجب القسامة فيه كما في
الاحرار • وقد قيل على هذا قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف مضمون من حيث انه مال فلا يستحق من العظم ما يستحقه
الاحرار بل يكون حكمه حكم البهايم والصحيح ان هذا قول الكل لانه لا شبهة في احترامه من حيث انه ادمي ولهذا اوجب
بقتله القصاص • واما الدواب والبهايم والعروض فلا قسامة فيها لان الاموال ليست بمثل النفوس في الحرمة وانما كتب
هذه المسايل تكثيرا للفوايد قوله ولانا رجلين كانا في بيت واحد وليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا فال
ابو يوسف يضمن الاخر الدية • وقال محمد لا يضمنه اي لا يضمن المذبوح لان القتل يحتمل وقوعه منه ومن صاحبه فلا يلزم الضمان
صاحبه بالشك • ولابي يوسف ان الانسان العاقل لا يقصد ارهاق روحه عادة ووقوع القتل من نفسه وهو
لا يلتفت اليه • الا ترى ان مثل هذا الوهم يكون في القتيل الموجود في المحلة ايضا ومع هذا لا يلتفت اليه
قوله ولو وجد قتيل في قرية لامراة فعند ابي حنيفة ومحمد عليها القسامة يكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها
اقرب القبايل اليها في النسب • وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا • وقال الكرخي في مختصره وقال عمرو سالت
محمدا عن القتيل يوجد في قرية امراة لا يكون فيها غيرها • قال قال ابو حنيفة تستحلف وترد عليها الايمان وعلى عاقلتها
الدية اقرب القبايل اليها وهو قول محمد وقال ابو يوسف ينظر الى اقرب القبايل الا يكون القسامة عليهم ولا قسامة
على المراة قلت لمحمد اقرب القبايل اليها وهو قول في النسب او الجوار قال في النسب الى لفظ الكرخي وجه قول ابي يوسف
ان القسامة انما تجب على من يخاطب بالصيانة عندنا بالنسبة الى التقصير والمراة ليست من اهل الصيانة فاشبهت
الصبي وانما قلنا انها ليست من اهلها ذلك لضعف بنيتها ولهذا لا يلزمها القسامة فيما يوجد في المحلة ولهما ان الاستحلاف
لتهمة القتل وهي متحققة في حق المراة لا في حق العاقلة لانهم لم يكونوا في القرية فيلزمها القسامة قال
مشايخنا المتاخرون ان المراة في هذه المسايل تشارك العاقلة في تحمل العقل لانها انزلت قاتلة تقديرا فلما دخلت
في القسامة دخلت في العقل ايضا بخلاف غيرها من الصور حيث لا تدخل هي في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل
في العقل ايضا وذكر الطحاوي قول ابي حنيفة اصلا ولم يذكر الخلاف في هذه المسئلة في مختصره • وكذلك ذكر الكرخي ايضا ولم
يذكر في الاصل قول ابي حنيفة اصلا بل ذكر الخلاف بين ابي يوسف ومحمد قوله ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية

ليس صاحب الارض من اهلها الى صاحب الارض لا الى اهل القرية فتجب عليه نصرة الارض عن وقوع فساد الارض
القتل فاذا وقع القتل بسبب ذلك الى تقصيره في الحفظ فيترك قاتلا تقديرا فتجب عليه القسامة والدية على عاقلته
وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي القرية اذا كانت لرجل من اهل الذمة فانه يكرر عليه
الايمان لانه من اهل القسامة والقرية في صيانته فيكون موجب التقصير عليه وعليه الدية لانه لا عاقلة له حتى لو
كان له عاقلة تجب عليهم ولو كان الذمي نازلا في قبيلة من القبايل فوجد فيها قتيل لم يدخل الذمي في القسامة
ولا في الغرم لانه تابع لاهل القرية وكذلك السكان والنوازل فيها من غيرهم لانهم اتباع • وقال شيخ الاسلام ايضا
ولو وجد قتيل في قرية اليتامى وهم صغار ليس في تلك البلدة من عشيرتهم احد فالقسامة والدية على عاقلة اليتامى
لانهم ليسوا من اهل الصيانة فيلزم ذلك عاقلتهم وعاقلتهم اقرب القبايل اذا لم يكن في ذلك البلد عشيرتهم وان
كان فيهم مدرك فعليه القسامة ويكرر عليه اليمين لانه من اهل ذلك وعلى اقرب القبايل منهم الدية في الوجهين اذا لم
يكن في تلك البلدة عشيرتهم كذا في شرح الطحاوي الكافي وكتبت هذه المسايل تكثيرا للفوايد والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل خطاء وما في معناه الدية على العاقلة شرع
في بيان ذلك والمعاقل جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف وهي العقل اي الدية وسميت الدية عقلا ومعقلة لان ابل الديات
كانت تعقل بفناء ولي المقتول ثم كثر هذا الاسم فسميت الدية معقلة وان كانت دراهم او دنانير وقيل انما سميت بالمعقلة
لانها تعقل الدماء عن ان تسفك ومنه قيل الجبال المواضع الممتنعة فيها والمعقل من الجبل حيث يمتنع فيه ونقال عقل الدواء
بطنه يعقله عقلا اذا امسكه عقل الوعل في الجبل اذا علا فيه وامتنع تعقل عقوقا ولا وسميت له الادراك عقلا لهذا
المعنى ايضا لانه يمنع من السفه والهوى والعاقلة الذين تقسم عليهم دية القتيل خطاء وهم اصحاب الديوان او العشيرة
فيه اختلاف المشايخ يجي بعد هذا ان شاء الله تعالى ثم الدية مشروعة بالكتاب نحو قوله تعالى فدية مسلمة الى اهله
وبالسنة نحو قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وباجماع الامة لانه انعقد اجماعهم على ذلك ولا يشق سكر [...]
عشيرته اصلا ووجوبها على العاقلة بحديث حمل ابن مالك وهو ما روي صاحب وغيره مسندا الى ابي هريرة قال اقتتلت امراتان
من هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
دية جنينها عبدا او وليدة وقضى بدية المراة على عاقلتها وورثتها ولدها ومن معهم فقال حمل ابن النابغة الهذلي يا رسول الله
كيف اغرم من لا اكل ولا شرب ولا نطق ولا استهل فمثل ذلك يطل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم • انما هذا من اخوان الكهان
من اجل سجعه الذي سجع قوله قال والدية في شبه العمد والخطاء وكل دية وجبت بنفس القتيل على العاقلة الى قال
القدوري في مختصره وقوله وكل دية وجبت مبتدا وان كان نكرة لانه تخصص بصفته وقوله على العاقلة خبره ومعنى قوله وجبت
بنفس القتل اي ابتداء وهو احتراز عما وجب الدية فيه باعتبار الحال لا ابتداء كما اذا قتل الاب ابنه حيث يكون موجب القتل القصاص
ابتداء ولكن يسقط ذلك الى الدية بشبهة الابوة فيجب الدية في مال الاب لا على العاقلة وكذا اذا وجبت الدية صلحا عن العمد
يجب ذلك في مال القاتل حالة الا اذا اشترط التاجيل بخلاف ما يجب على الاب فانه يجب في ثلث سنين وانما وجب على العاقلة
لحديث حمل بن مالك بن النابغة لان الخاطي معذور لانه لم يقصد القتل وكذا الذي باشر شبه العمد لان الالة ليست بموضوعة
للقتل فكان في معنى الخطاء فلما كان كذلك لم يكن الجاني اهلا للعقاص ولا يبطل الى اهدار الدم ايضا لانه ليس في الاسلام دم مهدر وفي وجوب
الدية وهي مال عظيم يحصل به الاجحاف اذا وجب على القاتل خاصة والخاطي يستحق التخفيف بعدم قصده في نفس الامر او نظرا
الى الالة كما في شبه العمد فضمنت العاقلة الى القاتل في اداء الدية تحقيقا للتخفيف وانما خصت العاقلة بالضم دون غيرهم لان الاصل
في العاقلة معنى التناصر وهم لما تركوا امرا فيه الواحد عليهم صاروا كانهم هم القاتلين تقديرا فوجبت عليهم الدية قوله
حمل بن مالك هو بالحاء المهملة والميم المفتوحتين حمل بن مالك بن النابغة الهذلي اسلم ثم رجع الى بلاده ثم تحول الى البصرة وابتنى بها
دارا في هذيل بحضارته دارة بعد احمد بن مهران الكاتب كذا في كتاب الطبقات الكبير قوله اجحاف واستيصال اي
اجحاف الخاطي فيه الاجحاف بالشي اذا ذهب به قوله لانه تضعفوه فيه وتلك بانصاره اي لان القاتل انما قصر لداله الرمي
في التقصير والتوقف بقوته وتلك القوة حاصلة له بانصاره قوله قال العاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان
يوخذ من اعطياتهم في ثلث سنين قال القدوري في مختصره قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وعاقلة الرجل اهل
نصرته وكان عاقلة الرجل في ابتداء الاسلام اهل عشيرته واهل نسبه فلما دون عمر الدواوين فرض ذلك على اهل الديوان وهم اهل
الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم وارزاقهم في الديوان ممن كان من اهل الديوان فعقله عليهم اذا جنى ومن لم يكن من اهل ذلك
ان كان من اهل البادية فعقله على اقرب القبايل اليه نسبا وان كان من اهل المصران كان له اقربا وعشيرة يقضي عليهم وان لم يكن
اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا يجب في ماله وبعضهم قالوا يجب على اهل حرفته وبعضهم قالوا على جيرانه وبعضهم قالوا يجب على اهل
الديوان لانه من ظهرانيهم وقال الحاكم الشهيد في الكافي بلغنا عن عمر بن الخطاب انه فرض المعاقل على اهل الديوان وذلك
لانه اول من فرض الديوان وجعل العقل فيه وكان العقل قبل ذلك على عشيرة الرجل في اموالهم ولم يكن ذلك منه تغييرا لحكم الشرع
للعقربا الدلانه عرف ان عشيرته كانوا يحملون بطريق النصرة فلما كان النصرة بالديوان جعل العقل عليهم وبهذا اوجب

على المقاتلة من اهل الديوان حتى لا يجب على النسوان والصبيان لانه لا يعقل لهم التناصر وعن المخزومين سويد قال
فرض عمر بن الخطاب الدية تؤخذ في ثلث سنين والنصف في سنتين وما دون الثلث في سنة وبه نقول وذلك لانه
جعل الدية في عطاياتهم الثلث وكان يخرج في كل سنة عطا واحد . وكذا في شرح الكافي . وقال محمد في كتاب
الاثار عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم وما كان من جراحات الخطا فعلى العاقلة على اهل الديوان بلغت الجراحة
ثلث الدية ففي عامين وان كان النصف ففي عامين وان كان الثلث ففي عام وذلك كله على اهل الديوان قال محمد وبه ناخذ وذلك
في اعطية المقاتلة دون اعطية الذرية والنسا وهو قول ابي حنيفة الى هنا لفظ كتاب الاثار وعند الشافعي الدية على العصبات
ولا يلزم اهل الديوان بل على من يكون من اهل النسب وقال مالك العاقلة هم العصبة قربوا او بعدوا وهو مذهب احمد
ايضا لانه ليس بين اهل الديوان والقاتل ولاد ولا تعصيب فصاروا كالاجانب ولنا ان عمر فرض الدية على اهل الديوان ولم
ينكر عليه احد من المهاجرين والانصار فحل محل الاجماع . فان قيل ان كانت الدية في زمن النبي صلى الله عليه وسلم
وزمن ابي بكر رضي الله عنه على القبيلة فكان ذلك من عمر تغييرا له فلا يجوز . قلنا لا نسلم انه تغيير بل هو تقرير
لانه يحمل الدية كانت بالتناصر بالقبيلة ولم يكن في ذلك الزمان ديوان فلما دون الدواوين صار التناصر
بالديوان وكانت الدية على اهل الديوان لمعنى التناصر وليس اهل الديوان كساير الاجانب لان ساير الاجانب
ليسوا اهل النصرة . وسال ابو بكر الرازي في هذا المقام سوالا ثم اجاب عنه في شرحه للطحاوي فقال
فان قال قائل المسلمون كلهم يد واحدة على من سواهم وعلى بعضهم نصرة بعض اذا احتاج اليه فما معنى قولكم ان العقل على التناصر
قيل له ان عمر رضي الله عنه لما دون الدواوين جعل كل اهل ديوان يدا واحدة في نصرة بعضهم لبعض في القتال والغنيمة
وحفظ الحريم وسد الثغر ونحو ذلك من الامور التي تدهمهم فيحتاجون فيها الى التناصر فكان الرجل من اهل
الديوان بنصر اهل ديوانه اخص مما لا ديوان له بعد قرابة كان او غير قرابة . الا ترى انهم يتميزون بالدواوين
فقيل تميم الكوفة وتميم البصرة وضبة الكوفة وضبة البصرة فكانت تميم قبيلة واحدة في الاصل ثم تميزوا
باختلاف دواوينهم واعطياتهم وكان اهل ديوان البصرة بعضهم اولى بنصرة بعض من غيرهم وكذلك اهل
ساير الدواوين . وقال في شرح الطحاوي ثم الدية في الخطا تتحملها العاقلة والعاقلة اهل الديوان
ان كان القاتل من اهل الديوان وتحمل في ثلث سنين لانه في كل سنة عطا فتؤخذ في ثلث عطايا وان تعجلت
العطايا الثلاث في سنة واحدة تؤخذ في سنة واحدة ايضا وان خرج العطا متاخرا ايضا وانما تؤخذ من الرجال
ولا تؤخذ من النسا ولا من العبيد والاما والصبيان ويؤخذ من كل رجل ثلثة دراهم او اربعة دراهم
ولا يؤخذ اكثر من ذلك ولكن يؤخذ في كل سنة درهم او درهمان او ثلثة هذا الخ اذا كان الرجل من اهل الديوان
واما اذا لم يكن من اهل الديوان فعاقلته انصاره فان كان نصرته بالمحال والدروب تحمل عليهم وان كان نصرته
بالحرف فعاقلته المحترفون الذين هم انصاره كالقصابين والصفارين [illegible] والاساكفة بالسراجين فان لم
يبلغ من الرجال ما يؤخذ منهم من كل واحد منهم اربعة دراهم ولكن يؤخذ اكثر من ذلك فانه لا يؤخذ ولكن يضم
اقرب القبايل اليهم حتى يكون على كل رجل منهم ثلثة دراهم او اربعة والقاتل يكون واحدا من العاقلة حتى يؤخذ منه
كما يؤخذ من العاقلة اذا كان من اهل العقل بان يكون بالغا عاقلا صحيح العقل هذا كله اذا كان للرجل عاقلة فاما
اذا لم يكن له عاقلة كاللقيط والحربي والذمي اذا اسلم فان عاقلته بيت المال . وروي عن محمد انه تجب في ماله
ولا تجب على بيت المال هذا اذا اسلم ولم يوال احدا فاما اذا عاقد احدا عقدا فان جنايته على المولى الذي
والاه فله ان يتحول بولايه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه فليس له ان يتحول وكذلك لو لم يوال
احدا حتى عقل عنه بيت المال فليس له ان يوالي احدا بعد ذلك الى هنا لفظ شرح الطحاوي والاعطيات جمع
اعطية جمع عطا لان جمع القلة يجوز جمعه والعطا اسم ما يعطى والمراد منه ما يفرض ويعطى للمقاتلة في كل
سنة قوله والحلف والولا والعد والحلف بكسر الحا وسكون اللام العهد والمراد به ولاء الموالاة
والمراد من قوله والولا ولاء العتاقة والمراد من العد ان يكون الرجل يعد من القوم وان لم يكن من
قبيلتهم يقال فلان عديد بني فلان قوله كما قال الشافعي قوله اولى منه اي من ايجاب الدية
يعني ان ايجاب الدية في العطا الذي هو صلة اولى من الايجاب في اصول اموالهم قوله والتقدير
بثلث سنين مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم اي تقدير الدية في الخطا بالتاجيل الى ثلث سنين قال
الحاكم وقد روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه جعل دية الخطا على العاقلة في ثلث سنين وقد ذكرنا
عن عمر قبل هذا انه فرض كذلك ولان الدية مال عظيم والخاطي معذور فيجب ان يلزم العاقلة اداه على وجه
لا حرج فيه ولهذا النوع عليهم على وجه يصيب كل رجل من الدية ثلثة دراهم او اربعة دراهم تحقيقا للتخفيف وعن
ابراهيم في دية الخطا وشبه العمد في النفس على العاقلة على اهل الديوان في ثلثة اعوام في كل سنة ثلث قوله
فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منهم ذكره القدوري هكذا في المختصر يعني ان
الدية تجب على العاقلة في ثلث سنين ولكن اذا خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين تؤخذ الدية منهم في اكثر من ثلث سنين

حتى اذا خرجت عطايا ثم الثلث في ست سنين تؤخذ الدية منهم في كل سنة السدس واذا خرجت عطايا ثم الثلث في
سنة واحدة تؤخذ جميع الدية في سنة واحدة لان وجوبها في العطايا وقد حصلت والمراد من العطايا في العطايا
المفروضة للسنين المستقبلة لا للسنين الماضية حتى لو كانت عطايا السنين الماضية اجتمعت قبل قضا القاضي
بالدية على العاقلة ثم قضى بالدية عليهم لا تؤخذ من العطايا الماضية بل تؤخذ من العطايا المستقبلة لان ابتداء وجوب
الدية على العاقلة من حين قضا القاضي لا من حين الموت خلافا للشافعي لان من عليه الدية قبل القضا غير معلوم لكونه
مجتهدا فيه لان في العاقلة كلاما بعضهم يقول اهل الديوان وبعضهم يقول العشيرة فلا تتعين الا بالقضا وكذا
الواجب في نفسه غير معلوم فان ولاية التعيين فيه الى القاضي ان شاء قضى بالابل وان شاء قضى بالدراهم او الدنانير
لان من الناس من قال الواجب الابل يجب . وقال قوم الابل والاثمان جميعا وزاد قوم على هذا البقر والغنم والحلل
فصار الواجب ستة اشيا وقال الاصم العاقلة لا يجب عليهم العقل لانه ولا تزر وازرة وزر اخرى ومنهم من لا يرى على العاقلة شيا
احتج الشافعي بان من لزمته الدية مؤجلة يكون ابتداها من حين الموت اصله اذا اقر بقتل الخطا وانكرت العاقلة
قلنا لا فرق بينهما فان في الاصل ابتداها من حين يلزمه الدية فكذلك في مسالتنا ابتدا التاجيل من حين تلزمه
الدية وهو عند حكم الحاكم لان الدية لم تكن واجبة على العاقلة وانما تجب عليهم بحكم الحاكم فثبت التاجيل من حين وجبت
الدية قوله على ما نبين اشارة الى ما ذكر بعد عشرة خطوط بقوله لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة
بالقضا قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضا قوله وما وجب على العاقلة
من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين . وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله فهو
حال ذكره على سبيل التفريع . قال الشيخ ابو الفضل الكرماني في اشارات الاسرار الاب اذا قتل ابنه عمدا وجبت الدية
مغلظة في ماله في ثلث سنين . وقال الشافعي يجب حالا لان الواجب بدل النفس فيجب ان يكون حالا كالقصاص وكما في عقد
الصلح وانما ورد الشرع بالتاجيل تخفيفا على الجاني في الخطا وفي حالة العمد لا يستحق التخفيف فلا يلحق به . الا ترى ان
في حالة الخطا تجب على العاقلة تخفيفا له ولا تجب دية مخففة بخلاف حالة العمد ولكن نقول القياس ان لا يجب المال لانعدام
المماثلة بين المال والتالف لان النفس محترمة لانواع الكرامات بخلاف المال وانما وجب المال بقتل النفس بالشرع صيانة
للدم عن الهدر وقد ورد الشرع بايجاب المال في الخطا وشبه العمد مؤجلا فكذا يجب ان يكون هنا مؤجلا لانه مال وجب بالقتل
ابتدا كالمقتص عليه بخلاف ما اذا وجب بالصلح لانه لم يكن الوجوب ثمة بالقتل ابتدا بل كان بالصلح ولانه قتل لا يتعلق به
القصاص حال فما يستحق به من المال يجب ان يكون مؤجلا كما في شبه العمد والخطا واورد هنا في مختصر الاسرار سوالا وجوابا فقال
فان قيل الدية في الاصل تجب على العاقلة ولذلك كانت مؤجلة مع ان الدية لا تجب على العاقلة ولا نسلم ان جناية الاب عمد من كل
وجه لانه عمد من وجه خطا من وجه الا ترى انها جعلت كالعمد في حق الغير حتى لم تجب الدية على العاقلة وجعلت كالخطا فيما
بينهما حتى لم يجب القصاص قوله ياباه اي يابى القياس ايجاب المال وبيانه ما قلنا انفا قوله وورد به مؤجلا اي
ورد الشرع بايجاب المال في الخطا مؤجلا قوله ولو قتل عشرة رجلا خطا فعلى عاقلة كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اي تجب الدية
اعشارا على عواقل العشرة فعلى عاقلة كل واحد من العشرة عشر الدية في ثلث سنين في كل سنة ثلث العشر لانه لو كان القاتل واحدا يلزم كل الدية
في ثلث سنين على العاقلة في كل سنة الثلث فاذا كانوا عشرة يجب على عواقلهم اعشارا في ثلث سنين على عاقلة كل واحد عشر الدية فيصيب
كل عاقلة عشر الدية وعشر الدية اذا ادي في ثلث سنين يكون حصة السنة من ذلك ثلث العشر هذا معنى قوله اعتبارا
للجزء بالكل اي بجزء الدية بكل الدية هذا اذا اختلفت عواقل العشرة فان اتحدت فالحكم فيه كما اذا كان القاتل واحدا
قوله وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضا بالدية وعند الشافعي يعتبر ابتدا المدة من حين الموت
وقد استوفينا البيان قبل هذا قوله لان الواجب الاصلي المثل اي الواجب الاصلي في الضمان هو المثل في
المتلف لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين الادمي الصالح للكرامات كالولايات والشهادات
وبين المال والتحول من المثل الذي هو الادمي الى قيمة الادمي الذي ثبت شرعا بخلاف القياس وانما تعينت القيمة بالقضا
فاعتبر ابتدا مدة وجوب القيمة من يوم القضا كما في ولد المغرور وهو الذي وطي امراة معتمدا على ملك يمين او نكاح فولدت
ولدا ثم استحقت حيث يكون ولده حرا بالقيمة يوم الخصومة وهو يوم القضا لان الواجب الاصلي وهو رد عين الولد قد تعذر لما لا
يلزم ارقاق الجزء وجب التحول الى القيمة فاعتبر القيمة يوم القضا لانها تعينت بالقضا فكذا هنا قوله ومن لم
يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وتقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد
على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها وانما كانت عاقلة من لم يكن من اهل الديوان قبيلته لما مر من قبل ان الدية على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم على القبيلة وانما نقلها عمر رضي الله عنه الى اهل الديوان لمعنى التناصر فلما لم يكن الجاني من اهل الديوان انتقل
الحكم على الاصل . وقال في شرح الكافي ومن كان من اهل البادية واهل اليمن الذين لا ديوان لهم فرضت الدية على عواقلهم في ثلث سنين
على الاقرب فالاقرب على الاخوة ثم بني الاخوة ثم الاعمام ثم بني الاعمام على ما عرف في ترتيب العصبات وهل يدخل البنون
والاباء فيه بعضهم قالوا يدخلون لانهم اقرب وبعضهم قالوا لا يدخلون لان الانتصار غير معتاد من الابناء والاباء ولان هذا انما
يقضى على من يكثر ولا يلحقهم الحكم في محله والاباء والابناء لا يوصفون بالكثرة . وينضم اليهم اقرب القبايل في النسب حتى يصيب

الرجل في السنين الثلث من الدية ثلثة دراهم او اربعة لا اكثر انما يتحملون عنه على وجه لا يلحقهم الحرج كذا في شرح الكافي وما ذكره القدوري في مختصره بقوله لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة اشارة الى انه يزاد على الاربعة في السنين الثلث لانه قيد نفي الزيادة بسنة واحدة وجوز الاربعة على الواحد من العاقلة في السنة الواحدة فاذا كان ما يصيب الواحد في السنة الواحدة اربعة دراهم كان ما يصيبه في السنين الثلث اثني عشر درهما الا انه قال ما يصيبه من جميع الدية زيادة على الاربعة ونص محمد في كتاب المعاقل على خلاف ذلك لانه قال ويقضى بالدية على القوم حتى يصيب الرجل في عطاياه من الدية كلها اربعة دراهم او ثلثة او اقل من ذلك قالوا ما ذكره محمد هو الصحيح وذلك لان هذا مال وجب عليهم تخفيفا على القاتل وانما يتحقق عليهم النظر على وجه لا يضرهم وذلك في توزيع الواجب عليهم على ما ذكرنا من رواية مختصر القدوري هو المشهور وقد اثبت في شرح الاقطع رواية لقوله لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة درهم وثلثان وينقص منها نقل ذلك لا فرق بين نص محمد وبين رواية القدوري ويدل على صحة رواية شرح الاقطع ما ذكره القدوري نفسه في شرح مختصر الكرخي في باب دية الجنايات على الرقيق قال ولا يجب اكثر من ذلك الى هنا لفظ القدوري ثم اكثر ما يوضع على كل واحد من العاقلة اربعة دراهم وانه لا ينقص وعند الشافعي على الغني نصف دينار وعلى المتوسط ربع دينار كذا في مختصر الاسرار لنا ان كل مقدار يوجد في الزكوة بنفسه لا يبلغ حد ما يوجد من احاد العاقلة كالبقرة والبعير ولهذا لم يزد على اربعة دراهم حتى لا يبلغ ما يوجد في الزكوة لانه في حكم الكثير ولا يفرق بين الغني والمتوسط في التحمل لانه مال وجب بالعقل فاستوى فيه الغني والمتوسط كالكفارة **قوله** قال وان لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل اي قال القدوري في مختصره معناه ان العاقلة اهل الديوان عندنا فان لم يكن القاتل من اهل الديوان فعاقلته قبيلته ثم القبيلة اذا وزع عليهم الدية في ثلث سنين على كل واحد منهم ثلثة دراهم او اربعة دراهم كما بينا ولم يحصل كل الدية بهم ضم اليهم اقرب القبائل نسبا على الترتيب المذكور في العصبات وهذا اذا كان لهم عاقلة فان لم يكن له عاقلة تجعل في بيت مال المسلمين وعن محمد انه في مال الجاني وقد مر بيانه من شرح الطحاوي قبل هذا **قوله** وعلى هذا حكم الرايات يعني اذا كان القاتل من اهل الديوان فعاقلته اهل الراية فان لم يتسع اهل الراية للعقل ضم اليهم اهل راية اخرى الاقرب فالاقرب في النصرة اعني اذا حزب اهل الراية الاولى امر فمن كان اقرب نصرة اليهم من اهل الرايات الاخر يضم اليهم في العقل لتيسير العقل الاقرب فالاقرب ولكن يفوض اعتبار الاقرب في النصرة الى الامام لانه هو العارف بذلك يقال حزبه امر اي اصابه **قوله** وقال الشافعي تجب على كل واحد نصف دينار قال في وجيزهم ولا يضرب على فقير وان كان معتملا ويضرب على الغني نصف دينار وهو الذي يملك عشرين دينارا بعد المسكن وما يحتاج اليه وعلى المتوسط الربع وهو الذي يملك اقل من ذلك ولكن ملك ما فضل عن حاجته وينظر الى اليسار في اخر السنة فلو طرأ اليسار بعده او بعد ما فلا التفات اليه الى هنا لفظ الوجيز وقد مر بيان المذهبين قبل هذا لانه **قوله** فيعتبر صلة اي لان العقل صلة لانه يجب على العاقلة بسبيل المواساة من غير ان يوجد منهم جناية فيعتبر بالزكوة اي يعتبر الشافعي العقل بالزكوة وادنى الزكوة من الورق خمسة دراهم وهي تساوي نصف دينار في الزمن الاول وهذا الذي قاله ليس له اثر لانه اوجب الربع على المتوسط على انا نقول لا نسلم ان قياس العقل على الزكوة صحيح لوجود الفارق لان القدر المعلوم هنا يجوز تنقيصه ولا يجوز النقصان في الزكوة وايضا الزكوة توخذ من اصل المال وهذا يوخذ من فضل المال من العطا عندنا فلم يكن تعليله حجة علينا **قوله** ولو كان عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث ذكره التفريع قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق ياخذونه كل شهر فقضى عليهم بالدية في ذلك الشهر بحصته وان كانوا ياخذون كل ستة اشهر ولم يكن لهم اعطية تخرج لهم رزق ستة اشهر بعد القضاء اخذ منهم سدس الدية لان ما لهم الذي يصرف اليهم هذا ولو كان لهم ارزاق في كل شهر واعطيات في كل سنة فرضت عليهم الدية في اعطياتهم دون ارزاقهم لان اداء النايبة من الاعطيات اسهل لان الارزاق تكون مستحقة بنوالهم الدارة ولان الاعطيات تكون اكثر فكان اخذ النايبة عنه ايسر والفرق بين الرزق والعطية ان الرزق ما يفرض للكفاية الوقت والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة وقال صاحب المغرب العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق واعطيات فرضت الدية في اعطياتهم دون ارزاقهم فعلم بذلك ان الرزق يفرض للمقاتلة ايضا **قوله** قال وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يودي كاحدهم اي قال القدوري في مختصره ومعنى كونه كاحد العاقلة انه يفرض عليه من الدية ثلاثة دراهم وقال الطحاوي يعقل الجاني مع عاقلته جناية نفسه اذا كان رجلا حرا صحيحا للعقل وهذا عندنا وعند الشافعي لا يلزم القاتل شيء كذا في الاشارات وغيره وهو مذهب احمد بن حنبل ايضا وذلك لان الحكم حول الى العاقلة فلا يبقى عليه ولهذا لا يجب الكل عليه فلا يجب الجزء ايضا اعتبارا للجزء بالكل ولنا ما روي ان سلمة بن نعيم قتل رجلا يوم اليمامة يظنه كافرا وكان مسلما فقال له عمر رضي الله عنه الدية عليك وعلى قومك كذا في شرح الطحاوي لابي بكر الرازي وشرح الاقطع ولانه لما وجب على العاقلة بجعلهم مباشرين حكما وان لم يوجد المباشرة منهم حقيقة فاولى ان يجب على القاتل لكونه مباشرا حقيقة ولا يلزم من نفي ايجاب الدية عن القاتل نفي ايجاب الجزء لان ايجاب الكل الاكثر على العاقلة تخفيف على القاتل لانه خاطئ فيجب عليه كما وجب على احدهم لان فيه تخفيفا لا الاسقاط عنه اصلا فلا معنى

لانه لما وجب على العاقلة مع انهم براء من الجناية لم يتلوثوا بالدم كان الوجوب على غير البريء اولى لانه تعالى قال ولا تزر وازرة وزر اخرى ولانها دية وجبت بالقتل فلا يخلو منها القاتل كما اذا لم تتسع العاقلة ولا مال في بيت المال فان قيل روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بدية المقتولة على عصبة القاتلة لا على القاتلة قلنا ذلك ليس بحجة علينا لان اصحابنا قالوا ان القاتل اذا لم يكن من اهل التحمل لا يدخل في العاقلة والمرأة ليست من اهل التحمل فان قيل ما وجب تحمله عن الغير يجب تحمله جميعه لا بعضه كالنفقة وصدقة الفطر فعلى هذا ينبغي ان تجب كل الدية على العاقلة من غير ايجاب الجزء على القاتل قلنا ليس طريق هذا طريق التحمل لان التحمل عن الغير عبارة عن ان يجب عليه ثم يودي عنه غيره وههنا يجب العقل على العاقلة ابتداء بجعلهم مباشرين تقديرا وكذلك نقول في النفقة والصدقة لان ذلك يجب على الاب والابن ابتداء ثم النفقة والصدقة حجة على الخصم لان وجوبهما يختلف بيسار الغير واعساره فانه اذا كان موسرا لا يتحمل عنه فعلى قياس هذا يجب ان يقولوا اذا كان القاتل موسرا لا يتحمل عنه **قوله** وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل قال الحاكم الشهيد وليس على النساء والذرية ممن كان له عطاء في الديوان عقل وذلك لان وجوب العقل على العاقلة باعتبار ترك المراقبة والنصرة وحفظهم والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء فليسوا من اهل النصرة فلا يعقل عليهم وقد روي عن عمر بن الخطاب انه قال لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة كذا في شرح الكافي والذرية في اللغة اولاد الاولاد والمراد هنا الصبيان وهي ماخوذة من الذر وهي بدل عن النصرة فان قلت قد مر قبل كتاب المعاقل ان القتيل اذا وجد في قرية امرأة تجب الدية على عاقلتها لا عليها عند ابي حنيفة ومحمد وذهب المشايخ المتاخرون الى انها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم هنا قلت ثمة ايضا لا تشاركهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد وانما استحسن المتاخرون في تلك المسئلة خاصة لانها لما دخلت في القسامة دخلت في الدية ايضا بخلاف غيرها من الصور حيث لا تدخل في القسامة فلا تدخل في الدية ايضا **قوله** والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة هذا جواب سؤال مقدر بان يقال لا نسلم ان الصبي والمرأة ليسا من اهل النصرة فلو لم يكونا من اهلها لما فرض لهما من العطاء فاجاب عن ذلك وقال الفرض للمعونة لا للنصرة بيانه ان نفعهما يصلح لمعونة الجند بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك ولا يصلح للنصرة لضعفهما فكان الفرض للمعونة لا للنصرة ويجوز ان يقال الفرض لهما من الامام على سبيل العون لهما كفرض ازواج النبي صلى الله عليه وسلم لا لوجود النصرة منهما فلم يدل فرض العطاء للنصرة **قوله** ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر اخر وهذه من مسائل الاصل ذكرها على سبيل التفريع وهذا اذا كان ديوان كل واحد من المصرين مختلفا لانه لا يوجد التناصر بينهما حينئذ فلا يعقل احدهما عن الاخر فاما اذا كان ديوانهما واحدا كما لو كان الجاني من اهل ديوان ذلك المصر الاخر يعقل عنه اهل ذلك المصر بدليل المسئلة التي تلي هذه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر اخر لانهم لا يتناصرون عادة ويعقل اهل كل مصر عن سوادهم وقراهم لانهم اتباع لهم **قوله** ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة ذكره ايضا على سبيل التفريع قال في شرح الكافي ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه في حق التناصر باهل الديوان لا باهل القرابة ولو ان قوما من اهل خراسان اهل ديوان واحد مختلفين في الشام منهم من له ولاء ومنهم من له القرب ومنهم من لا ولاء له جنى بعضهم جناية عقل عنه اهل رايته واهل قيادته وان كان غيرهم اقرب اليهم من النسب لان التناصر منهم بالرايات لا بالقرابة كذا في شرح الكافي **قوله** وقرب السكنى اي لا يبطل مع وجود الديوان حكم التناصر بقرب السكنى فالتناصر بالديوان **قوله** وغيره اشارة الى التناصر الحرف على ما بيناه اشارة الى قوله ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته وقد مر البيان مستوفى ثمة **قوله** ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ذكره ايضا على سبيل التفريع قال الحاكم الشهيد في الكافي ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه في المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر وان لم يكن له فيهم عطاء اعلم ان المشايخ اختلفوا في هذه المسئلة فبعضهم لم يشترطوا ان يكون الجاني قريبا لاهل الديوان بل قالوا عقلوا عنه سواء كان قريبا لهم او لم يكن لانه اذا كان بين ظهرانيهم صار كالعديد والحليف لهم وبعضهم اشترطوا ذلك فقالوا عقلوا عنه اذا كان قريبا لهم وهو الصحيح واليه اشار الحاكم في الكتاب حيث قال واهل البادية اقرب اليه اي اقرب اليه نسبا من اهل المصر لانه اذا كان هكذا استقام الوجوب على اهل الديوان باعتبار القرابة بالنسب وان لم يكن لهم عطاء منهم وذلك لانهم اقرب عطاء مكانا فكانوا اقدر على النصرة وان كان اهل البادية اقرب نسبا وهذا صار بمنزلة معتقة لها وليان احدهما اقرب وهو غائب غيبة منقطعة فان ولاية الانكاح الى الابعد الحاضر لانه اقدر على اقامة مصالحها فهذا نظير ذلك كذا في شرح الكافي **قوله** ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له لا يعقله اهل المصر هذه المسئلة وما بعدها الى قوله وعاقلة المعتق قبيلة مولاه من مسائل الاصل ذكرت على سبيل التفريع فكانه لم يذكر في البداية قال في شرح الكافي ولو كان البدوي نازلا في المصر ليس له مسكن في المصر لا يعقله اهل العطاء

قوله اذا كان فيهم فانه لا لانه لا ينتصر بهم اذ لم يكن مسكنه فيهم

كما ان صاحب العطاء لا يعقل عنه اهل البادية اذا كان فيهم فانا لا لانه لا ينتصر بهم قال في شرح الكافي وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم وان كان لاهل الذمة عاقلة معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا خطأ فديته على عاقلته بمنزلة المسلمين لانهم في استحقاق النصف في امور الدنيا بمنزلة المسلمين لما والتزموا في المعاني العاصمة عن الاضرار وان لم يكن لهم عاقلة ففي ماله في ثلث سنين من يوم يقضي به كما في المسلم هذا في حق الذمي اما المسلم اذا جنى ولم يكن له عاقلة فتعقله في بيت المال وهو الظاهر • وعن ابي حنيفة فانه يجب في مال الجاني وسيجي ذلك عند قوله قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال **قوله** في المعاني العاصمة عن الاضرار اراد بها احد السرقة والقذف والقصاص ووجوب الدية **قوله** بمنزلة تاجرين مسلمين قتل احدهما صاحبه يقضي بالدية عليه في ماله وانما اطلق القتل ليشمل العمد والخطأ لان الدية يجب في ماله سواء كان القتل عمدا او خطأ **قوله** وتمكنه في دار الحرب وبه صرح الكرخي في مختصره في كتاب السير لان العاقلة لا تعقل جناية وقعت في دار الحرب من قتل صاحبه لان نصر اهل الاسلام فلا يعقل عنه من القتل الذين نصرتهم اي تمكن احد التاجرين الداخلين دار الحرب من قتل صاحبه ليس نصر اهل الاسلام ولا تناصر وذلك لان اهل الاسلام بل يجب الدية في ماله **قوله** ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر وذلك لان بناء العقل على التناصر ولا تناصر مع اختلاف الدين • قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي ولا يعقل مسلم عن كافر ولا كافر عن مسلم لانه لا تناصر بينهم والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلف مللهم لان الكفر كله ملة واحدة هذا اذا لم يكن المعادات بينهم ظاهرة واما اذا كانت ظاهرة كاليهود مع النصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم على بعض وهكذا روي عن ابي يوسف كذا في شرح الكافي **قوله** ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه بالبصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف وذلك لان وجوب العقل على العاقلة بجنايته الجاني وهو القتل الصادر منه وحين وجدت الجناية منه كانت عاقلته من اهل الكوفة فلا يتحول العقل اليهم بعد ذلك كما لو حول بعد القضاء على ما مر بيانه والجامع بينهما هذا • ولنا ان الدية انما تجب على العاقلة بالقضاء لان الوجوب لا يتعين عليهم قبل القضاء على ما مر بيانه فلو قضى على عاقلته من اهل البصرة يجب العقل على عاقلته من اهل البصرة بخلاف ما اذا قضى بالدية على عاقلته من اهل الكوفة ثم حول عطاؤه الى ديوان البصرة كانت الدية على عاقلته من اهل الكوفة لا ينتقل عنهم لان الوجوب قد تقرر عليهم بالقضاء ولكن يؤخذ في حصة القاتل من عطايه بالبصرة لان الدية تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة ولو قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وقد اخذ البعض منهم ضم اليهم اقرب القبائل منهم في النسب ولا يشبه هذا تحويله الى بلد آخر حيث يجوز لحاق قوم بعد القضاء عليهم بعد القلة ولا يجوز النقل بعد القضاء من بلد الى بلد والفرق ظاهر لان في النقل ابطال الحكم الاول فلا يجوز بخلاف في الضم تكثير المتحملين لما قضى من الواجب عليهم فكان فيه تقوي الحكم الاول لا ابطاله كذا ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي **قوله** وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة اي على الحكم المذكور يعني لو قضي بالدية على اهل الكوفة لم يتحول بعد ذلك الى اهل البصرة وكذا البدوي اذا لحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضي بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لم يتحول عنهم الى اهل الديوان **قوله** وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في اعطياتهم وان كان قضى بها اول مرة في اموالهم اي هذا الذي قلنا من عدم انتقال العقل عن اهل الكوفة بعد القضاء عليهم الى اهل البصرة بخلاف ما اذا قضى على قوم من اهل البادية بالدية في اموالهم ثم صار لهم عطاء حيث ينتقل الدية الى عطاياهم • وبيانه فيما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو ان قوما من اهل البادية قضي عليهم بالدية في اموالهم ثلاث سنين فادوا الثلث والثلثين او لم يؤدوا شيئا حتى جعلهم الامام في العطاء صارت الدية عليهم في اعطياتهم وان كان قضى اول مرة في اموالهم لانه ليس في جعل الدية في اعطياتهم نقض القضاء الاول لانه قضى بالدية عليهم في اموالهم واعطياتهم من اموالهم غير ان الدية تؤدى من ايسر الاموال والاداء من العطاء في حال صاروا من اهل العطاء ايسر وهذا اذا كان مال العطاء من جنس ما قضى عليهم بان قضى الدراهم او الدنانير والعطاء دراهم اما اذا لم يكن من جنسه بان قضى بالابل والعطاء دراهم لم يتحول العقل الى دراهم ابدا لانه لو تحول الى الدراهم يؤدي الى ابطال القضاء الاول ولكن يؤدي الابل من مال العطاء بان يشتري الابل من مال العطاء لان الاداء منه ايسر كذا في شرح الكافي **قوله** قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه وذلك لان تحمل الدية بالنصرة وذلك يحصل للمعتق من جهة مولاه وقبيلة مولاه ويدل على ذلك ايضا قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم • قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا كانت المرأة حرة مولاة لبني تميم تحت عبد لرجل من همدان فولدت ولدا فجنى جناية فعاقلة الابن عاقلة امه من بني تميم لانه مولى لقوم امه فان لم يتصل القاضي بالجناية على عاقلة الام حتى عتق الاب فان القاضي يحول

ولاءه الى موالي ابيه على ما عرف في كتاب الولاء ولكن يقضي بالجناية التي قد جناها على عاقلة الام لا يحولها عنهم لانه يصير مولى لقوم ابيه عند عتق ابيه لانه انما صار الاب من اهل الولاء يومئذ والجناية قد تقدمت في الحالة فلا يستقيم الزامها على قوم الاب ولم يكن مولى لهم وقت الجناية بخلاف ما اذا قتل ابن الملاعنة رجلا خطأ فيعقل عنه عاقلة الام لان نسبه ثابت من الام فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب ولا يلتفت الى ما مضى من السنين بعد دعوة الاب وانما رجعوا عليهم لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لانه اذا اكذب الاب نفسه يظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب لان الدليل النسب في حق الاب كان قائما ولكن انقطع مع هذا بحكم اللعان فمتى بطل حكم اللعان من الاصل بالكذاب نفسه ظهر حكم النسب من الاصل ضرورة ومتى ظهر هكذا تبين ان قوم الاب عقلوا عن قوم الاب وهم مضطرون في ذلك بالزام القاضي وعن عليهم فان من ادى دين غيره وهو مضطر في ذلك يرجع عليه وبخلاف ما اذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه فيعقل عنه قوم امه ثم ادت الكتابة لانه عند الاداء يحكم بحرية الاب وانما يحكم بحريته في آخر حياته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وفرق بين هذه المسئلة وبينها اذا كان من اهل مصر فجنى ثم تحول الى مصر آخر ثم يقضي القاضي بالجناية فان القاضي يقضي بالجناية على القوم الذين تحول اليهم ولا ينظر الى وقت الجناية وفيما نحن فيه ينظر الى وقت الجناية والفرق ان ولاءه ثابت من قوم الاب دون قوم الام وانما يستقيم الترجيح لقوم الاب اذا امكن اثبات حكم الترجيح ولا يمكن هنا لعدم الولاء الاب اصلا عند الجناية مراعي وحالة الوجوب مراعي وعلى اعتبار الحالتين الوجوب على قوم الام اولى لانه مولى لهم من كل وجه عند الجناية ومن وجه عند القضاء وفي اهل المصرين كل واحد من الفريقين عاقلة في حال دون حال فصار اعتبار حالة الحكم اولى كذا في شرح الكافي **قوله** قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته • اي قال القدوري في مختصره وقال الشافعي لا يجب عليهم لنا انه ولاء يتناصر به فجاز ان يتحمل به الدية كولاء العتاقة وهذه المسئلة مبنية على ان عقد الموالاة صحيح عندنا ويرث كل واحد صاحبه وينصره خلافا للشافعي قالوا نوع عقد فلا يكون سببا لتحمل العقل كسائر العقود قلنا لا يمتنع ان يفارق هذا العقد سائر العقود في التحمل والارث كما ان النكاح فارق الاجارة وغيرها في الارث ثم سائر العقود لا ينعقد على النصرة والميراث ولا يتضمنه وهذا العقد يتضمن التوارث والتناصر فان قيل ليس بينهما قرابة فلا يتحمل احدهما عن صاحبه الدية كالاجنبي قيل له الاجنبي انما لا ينتصر القاتل به يتحمل عنه عندنا كاهل الديوان وان كان لا ينتصر به لا يتحمل عنه فالفرق بينهما وجود النصرة في احدهما دون الآخر • فقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي حربي اسلم ووالى مسلما في دار الاسلام ثم جنى جناية فعقل عنه عاقلة الذي والاه فان عقلوا عنه او لم يقض بها حتى اسر ابوه من دار الحرب فاشتراه رجل فاعتقه جر ولاء ابنه وصار من موالي ابيه ولا يرجع عاقلة الذي كان ولاءه على عاقلة موالي الاب لانه امر حادث وان لم يكن قضى بها عليهم فكذلك الجواب لانه يوم الجناية كان اولى مولى لهم وكذلك لو حفر بيرا قبل ان يوسر ابوه ثم وقع فيها انسان بعد عتقه فان ذلك على عاقلة الذي والاه دون عاقلة ابيه لان حالة الجناية في حالة الحفر وقد وجد يومئذ وهو مولى لهم • وقال ايضا ذمي اسلم ولم يوال احدا حتى قتل قتيلا خطأ فلم يقض به حتى والى رجلا من بني تميم ثم جنى جناية اخرى فانه يقضي بالجنايتين على بيت المال ويجعل ولاءه لجماعة المسلمين ويبطل ولاءه الذي والاه لانه لما جنى جناية لزم حكم ذلك جماعة المسلمين لانه مولى لعامة المسلمين وقد تاكد ذلك بلزوم حكم الجناية اياهم فلا يقدر ان يتحول بولايته الى غيرهم كما لو والى رجلا ثم جنى ثم والى آخر لا يصح ولاءه مع غيره • الا ترى ان القاضي يقضي بحكم الجناية على بيت المال لانه كان مولى لهم يومئذ فيستقر به حكم ولانه من المسلمين من يومئذ فتبين انه والى غيرهم وهو مولى لهم على اللزوم فكان باطلا **قوله** وتقدم في الولاء نصف العشر فصاعدا وهذا من مسائل القدوري وذلك لما قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال لا تعقل العاقلة في ادنى من الموضحة فما دون الموضحة نصف عشر بدل النفس • وذكر اصحابنا في كتبهم عن ابن عباس موقوفا ومرفوعا قال لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة ولكن ذكر ابو عبيد هذا الحديث باسناده الى الشعبي وجعله من كلامه ولم يذكر فيه قوله ولا ما دون ارش الموضحة قال حدثنا عبد الله بن ادريس عن مطرف عن الشعبي قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا **قوله** عمدا يعني ان كل جناية عمد ليس فيها قصاص فانها في مال الجاني خاصة وكذلك الصلح بما اصطلحوا عليه من الجنايات في الخطأ فهو ايضا في مال الجاني وكذلك الاعتراف اذا اعترف الرجل بالجناية من غير بينة تقوم عليه فانها في مال الجاني وكذلك الاعتراف واذا ادعى انه خطأ لانه لا يصدق الرجل على العاقلة انما قوله ولا عبدا • قال ابو عبيد فان الناس قد اختلفوا في تاويله فقال لي محمد بن الحسن انما معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده انما جنايته في رقبته ان يدفعه الى المجني عليه او يفديه واحتج محمد في ذلك بشيء رواه عن ابن عباس قال محمد حدثني عبد الرحمن ابن ابي الزناد عن ابيه

عن عبيد الله ابن عبد الله ابن عتبة بن مسعود عن ابن عباس قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا جنى المملوك
قال محمد فلا نرى انه قد جعل الجناية جناية المملوك وهذا قول ابي حنيفة • وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون
العبد يجني عليه يقتله حر او يجرحه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما عليه في ماله خاصة قال ابو عبيد فذاكرت
الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن ابي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول ابي حنيفة جائزا يذهب الى انه لو كان
المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولم تعقل عبدا الى هنا لفظ ابي عبيد يعني يقال
في كلام العرب عقلت القتيل اذا اعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها عنه قلت لغو تعال
ذلك كذلك ولكن يستعمل عقلته في معنى عقلت عنه ايضا لان سياق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عمدا وشيا قد وهو
قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدل على ذلك لانه في معنى عن عمد وعن صلح وعن اعتراف وحديث ابن عباس اقوى دليل
فيما ذهبنا اليه لانه جعل الجاني مملوكا فافهم قوله ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف فهذا دليل عقلي على ان العاقلة لا
تحمل ما دون الارش الموضحة يعني انما تحمل العاقلة الارش للتخفيف على القاتل لئلا يلزم الاجحاف به بايجاب المال
الكثير ولا يلزم الاجحاف في المال القليل فلا يتحمل ما دون ارش الموضحة وانما ثبت الفصل في ارش الموضحة وما دونه في
التحمل وعدمه بالسمع وهو ما ذكرنا من حديث ابراهيم وعلى هذا ايجاب الغرة على العاقلة في الجنين وهو نصف عشر الدية
ويدل عليه من جهة النظر ان ما دون الموضحة ليس له ارش مقدر في نفسه فاشبه ضمان الاموال لما لم يكن لها
تقدير في انفسها لزم في ماله دون عاقلته وما كان فيها ارش مقدر في نفسه فهو مشبه النفس لكونه مقدرا
في نفسه فكان على العاقلة فان قيل ارش الانملة مقدر وهو ثلث دية الاصبع فينبغي ان تحمله العاقلة قيل له
ليس ارشها مقدرا بنفسها بل هو مقدر بغيرها وهو الاصبع وعن انما شبهنا ما دون الموضحة بالاموال من حيث لم يكن
للارش مقدرا بنفسه يقال اجحف به اي اهلكه واستاصله قوله وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني
اي ما نقص من نصف عشر الدية يكون ذلك في مال الجاني لا تحمله العاقلة كذا ذكره القدوري في مختصره
وقال الكرخي في مختصره وما كان من الجناية على الرجل لا يبلغ نصف عشر ديته او جناية على المراة لا يبلغ
نصف عشر ديتها فهو حال في مال الجاني لا اجل له الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال في شرح الاقطع وقال
الشافعي في احد قوليه العاقلة لا تحمل ما دون ما دون النفس وفي قول اخر تتحمل القليل والكثير اما الدليل
انما الكثير على انها تتحمل ما دون النفس ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بغرة الجنين على العاقلة في حديث
حمل ابن مالك ولان القصاص يجب في عمده ويتقدر الدية في خطايه فاشبه النفس فتحمله العاقلة كالنفس
واما الدليل على انها لا تتحمل ما دون نصف العشر ان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر ارشه بنفسه
فصار كضمان الاموال فلا يتحمله العاقلة ولانه ليس بنفس ولا معا دل نفسا فلا تتحمل العاقلة اصله ما ذكرنا
ولا يلزم عليه ارش الموضحة لانه يعادل نفسا لانه يجب في الجنين مثل ارش الموضحة قال في مختصر الاسرار
ولا يلزم عليه اذا قتل عبدا بتمته اقل من ارش الموضحة انه يتحمله العاقلة لانه نفس فان قيل من حمل كثيره
الارش حمل قليله اصله الجاني قيل وجوب الضمان على الجاني مقتضى الاصول ووجوبه على غيره خارج عن
الاصول فلا يقال اذا طرد ما وضع عليه الاصول يجب ان يطرد ما خرج عن الاصول وانما ثبت اما
دون نصف العشر لا يتحمله العاقلة كان في مال الجاني لانه الاصل والوجوب عليه في جميع الاحوال الا ان
ثبت التخفيف بالتحمل عنه فما لا يتحمل يكون على الاصل قوله والقياس فيه اي في العقل يعني ان القياس
فيه شيان احدهما التسوية بين القليل والكثير في التحمل كما ذهب اليه الشافعي في احد قوليه لان من حمل الكثير حمل
القليل اصله الجاني والاخران لا يجب التحمل اصلا كما ذهب اليه بشر لانه لا تزر وازرة وزر اخرى وقد
ترك القياس بايجاب التحمل في الكثير دون القليل بالسمع الوارد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن اصحابه رضي
الله عنهم قوله فما دونه يسلك به مسلك الاموال ما دون نصف العشر الدية او ما دون ارش الجنين حكمه حكم المال
لا يتحمله العاقلة والدليل على ذلك انه ليس فيه ارش مقدر بل يجب الارش فيه بالتحكم فصار كضمان الاموال
ليس فيه شيء مقدر بل يتعين ذلك بالتقويم فلما كان كضمان الاموال كان في مال الجاني اخذا بالقياس لان الاصل
ان يجب ضمان الجناية على الجاني قوله ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني
وهذه من مسايل مختصر القدوري ولفظ المختصر ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا تعقل الجناية التي اعترف بها
الجاني الا ان تصدقه ولا تعقل ما لزم بالصلح وهذا الترتيب لفظه واراد بجناية العبد ان يكون العبد هو الجاني
ومولاه مخير فيها بين الدفع او الفداء وقد مر على عاقلته ذلك في الديات وهو من اضافة المصدر الى الفاعل فاما اذا
جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته وسيجي ذلك بعد هذا والاصل في ذلك كله ما حدث محمد في موطاه
عن ابن عباس وقال حدثني عبد الرحمن ابن ابي الزناد عن ابيه عن عبيد بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس قال لا تعقل العاقلة
عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك ولان الصلح والاقرار لا يلزمهما على العاقلة يعني للقصور ولاية المالك
والمقر عن العاقلة الا ان يصدق العاقلة المقر في اقراره بل يلزمهم تحمل العقل لان سقوط التحمل عنهم كان للتهم وقد زالت

ذلك بتصديقهم فلزمهم ولكن الواجب بالاقرار اذا لم يصدق العاقلة في مال الجاني في ثلاث سنين لانه واجب
بنفس القتل بخلاف ما لزم بالصلح فانه واجب في ماله حالا ولا اجل فيه لانه ليس بواجب بنفس القتل لانه اذا وقع
الصلح مؤجلا فيجب كذلك وقد مر ذلك قبيل فصل الجنين قوله ومن اقر بقتل خطأ ولم يرتفعوا الى القاضي
الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي • وهذه من مسايل الاصل ذكرت تفريعا
على مسايل المختصر وذلك لان العاقلة لما لم يتحمل ما وجب بالاقرار وجب في ماله لان الاصل في الايجاب
من الجاني ولكن يجب في ثلاث سنين لانه لما وجب التاجيل في حق العاقلة مع كثرتهم لتيسير الاداء فلان يجب
على القاتل هكذا اولى وانما اعتبر مدة السنين من يوم القضاء لان الوجوب يومئذ ولو اقيمت البينة عليه
حينئذ قضي على العاقلة لانه لا تهمة حينئذ قوله لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت
بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى يعني ان البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة فعلى هذا الكون البينة
اقوى من الاقرار ثم الدية في القتل الثابت بالبينة اذا كان خطأ تجب مؤجلة من وقت القضاء لا من وقت
الموت يعني للثابت بالاقرار يجب لذلك بالطريق الاولى لان الاقرار ادنى من البينة قوله
ولو تصادقا القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما
العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله اي لم يكن على القاتل شيء
بهذا التصادق وهذه من مسايل الاصل ذكرت على سبيل التفريع ايضا انما عدم الوجوب على العاقلة فلان
الولي لا يدعي الدية على القاتل لانه يقول ان القاضي قضى بها على العاقلة الا اذا كان للقاتل معهم عطاء فيكون
عليه حصته من ذلك لانهم تصادقا على الوجوب في هذا القدر على المقر قال في شروح الكافي وهذا اقتضى
من اصحابنا ان القاتل يدخل مع العاقلة في تحمل الدية قوله بخلاف الاول اراد به ما اذا اقر بقتل خطأ
حيث يقضى عليه بالدية في ماله لان اقراره حجة على نفسه ويدعي ولي القتيل اليه ايضا وهنا فيما نحن فيه
لا يدعي ولي القتل عليه لانه تصادق مع القاتل ان الدية على العاقلة وقد قضى بها القاضي عليهم فلا يكون على
القاتل شيء الا اذا كان له عطاء فيكون عليه حصة من ذلك كما قلنا قوله الا ان يكون له عطاء استثناء
من قوله ولم يكن عليه شيء قوله قال واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان عليه على عاقلته اي
قال القدوري في مختصره وقوله كان باسناد الفعل الى المذكور اي كان العقل وهو الدية وفي بعض النسخ كانت
اي كانت الدية في احدى قولي الشافعي لا تحمله العاقلة كذا في شرح الاقطع وهذا بناء على ان هذا الضمان بدل
النفس عندنا وعنده بدل المال ولهذا اعتبر عنده قيمة العبد بالغة ما بلغت • ولنا ان الواجب فيه الدية
لاطلاق قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله والدية واجبة بمقابلة الادمية فلما وجب باطلاق النص وجبت
على العاقلة كما اذا كان المقتول حرا او لا يجوز ان يتمسك بقول الشعبي لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا لان المراد به
ما جنى العبد بدليل ما روى ابن عباس ولا ما جنى المملوك وقد مر من قبل • فان قيل ما يضمن بالقيمة لا تتحمله
العاقلة كالاموال قال الاموال يستوي فيها العمد والخطأ وكذلك ليس كذلك العمد لانه اذا قتل عمدا يجب
فيه القصاص فيفسد القياس قوله وقد مر من قبل اي في اول فصل جناية المملوك قوله
وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة ذكره وما بعده الى اخر كتاب المعاقل على سبيل التفريع قال الشافعي في احد
قوليه تتحمل العاقلة • لنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا لا يجري القصاص في العبد بين طرفي
الحر والعبد فلا تتحمله العاقلة كطرف البهيمة وقد مر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس وهذا معنى قوله
على ما عرف قوله قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل
نصرته وهذا اذا كان القاتل مسلما فاذا كان ذميا ولا عاقلة له في الدية في ماله لان بيت مال المسلمين لا يعقل
الذمي وقد مر ذلك عند قوله وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على
عاقلته قوله وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب وهذه المسئلة من
مسايل الاصل وقد استوفينا بيانها وبيان المسئلة التي تليها اعني ما اذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر اي ولد
من الحرة عند قوله وعاقلة المعتق تقتله مولاه قوله وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي
الدية رجعت بها على عاقلة الامر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين من يوم
تقضي بها القاضي على الامر او على عاقلته وذلك لان الرجوع على العاقلة على الامر يتعين بالقضاء فتعتبر المدة من يوم القضاء
فيرجع عاقلة الصبي على الامر من يوم القضاء في ثلث سنين اذا كان الامر ثبت بالاقرار وعلى عاقلة الامر ان كان
ثبت بالبينة وانما كان الرجوع في ثلاث سنين اذا كان الامر ثبت بالاقرار وعلى عاقلة الامر ان كان الامر ثبت
بالبينة وانما كان الرجوع في ثلاث سنين لان الاصل في وجوب الديات هو الاجل للتيسير الا اذا ثبتت الدية
بالصلح فلذلك لا اجل فيه الا اذا اشترط قوله قال رضي الله عنه ههنا عدة مسايل ذكرها محمد متفرقة اي

اي في المعاقل مسايل ذكرها محمد في كتاب المعاقل من الاصل في مواضع متفرقة لا في موضع واحد وهي
مبنية على اصول قوله والاصل الذي يخرج عليه اي يخرج المسايل على ذلك الاصل ان تبدل حال العاقل
اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاولى قضي بها او لم يقض وان ظهرت حالة
خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القاضي بها او لم يقع ولم يختلف حال الجاني ولكن
العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم ينتقل الى الثانية وان لم يكن
قضى بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم
الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه وهذا يخرج على اصول الاول قوله حال العاقل اذا تبدل حكما فانتقل
ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاولى قضى بها او لم يقض ونظيره مولود بين حرة وعبد جنى ثم
اعتق ابوه لا يتحول الجناية على عاقلة الام وقد مر بيانه عند قوله وعاقلة المعتق قبيلة مولاه ومن نظيره ايضا
اذا اسلم حربي ووالى مسلما ثم جنى جناية عند قوله وعاقلة المعتق قبيلة مولاه عاقلت عنه عاقلة الذي والاه
فان عقلوا عنه ولم يقض حتى اسر ابوه من دار الحرب فاشتراه رجل فاعتقه جر ولاء ابنه وصار مولى لموالي ابيه
ولكن لا يرجع عاقلته الذي كان والاه على عاقلة موالي الاب لانه امر حادث ومن نظيره ايضا ما لو حفر الغلام
بيرا قبل ان يوسر ابوه ثم وقع فيها انسان بعد عتقه فان ذلك على العاقلة الذي والاه دون عاقلة ابيه وقد مر ذلك
عند قوله ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته والاصل الثاني قوله وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعن
حولت الجناية الى الاخرى اي الى العاقلة الاخرى كما اذا قتل ابن الملاعنة رجلا خطأ فعقل عنه عاقلة الام لان
نسبه ثابت من الام فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلاث سنين
من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب ومن نظيره ايضا ما اذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم
يؤد كتابته حتى جنى ابنه فعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بما ادوا على عاقلة الاب وقد مر ذلك
عند قوله وعاقلة المعتق قبيلة مولاه وكذلك اذا امر رجل صبيا ان يقتل رجلا فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية
رجعت عاقلته على عاقلة الامر ان كان الامر ثبت بالبينة وعلى الامر في ماله ان كان الامر ثبت باقراره
لان الامر مسبب متعد فانه استعمل الصبي في امر لحقه فيه تبعة فثبت لعاقلته حق الرجوع بما ادوا وقد مر هذا
قبل هذا عند قوله وكذلك رجلا امر صبيا بقتل رجل فقتله والاصل الثالث قوله ولو لم يختلف حال الجاني ولكن
العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء ونظيره ما اذا كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء
ولم يقض بالدية على عاقلته حتى حول ديوانه الى البصرة فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة ، وعلى قول
زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف وقد مر بيانه عند قوله ولو كان القاتل من اهل
الكوفة وله بها عطاء ، وكذلك لو كان رجل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة
وقضي بالدية على عاقلته بالبصرة ولو كان قضى بها على عاقلته بالكوفة لم ينتقل عنهم لان من لا عطاء له اذا اسكن
مصرا فعاقلته اهل ديوان ذلك المصر له عطاء وكذلك البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء
يقضى بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لم يتحول عنهم الى اهل الديوان وقد مر ذلك
عند قوله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء ، وهذا اذا ابدلت العاقلة فاما اذا العاقلة لم
يتبدل ولكن لحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده كما اذا قلت العاقلة بعد
القضاء عليهم وتداخل البعض منهم ضم اليهم اقرب القبايل بالنسب ولا يشبه قلتهم تحويله الى بلد آخر حيث يجوز
الحاق قوم بهم بعد القضاء عليهم بعلة القلة ولا يجوز بعد القضاء من بلد الى بلد والفرق ظاهر لان في النقل ابطال
الحكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي عليهم من الواجب فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله
وقد مر ذلك عند قوله ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فجعل ديوانه بالبصرة قوله فانتقل ولاؤه
الى ولاء تفسير قوله تبدل حكما قوله الا فيما سبق اداؤه اي لا اشتراك فيه بل يتم ذلك من الدية او لا ثم
ضم اقرب القبايل اليهم والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب الوصية

باب في صفة الوصية

ما يجوز من ذلك وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يكون رجوعا عنه وانما ذكرت كتاب الوصايا في آخر الكتاب
لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت والموت آخر احوال الآدمي فناسب ذكر هذا الكتاب في آخر الكتب
لان الوصية تعلقا بآخر احوال الانسان وللوصية زيادة مناسبة بكتاب الجنايات لان الجناية على النفس
يفضي الى الموت قيل الوصية ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون بها والوصايات بالخير مقدر
الوصي وقيل الوصية طلب شيء من غيره ليفعله على غيبته حال الحياة وبعد وفاته واما الوصية شرعا فتمليك مضاف
الى ما بعد الموت سواء كان ذلك في المنافع او في الاعيان لان التمليك انواع فلا بد من نوع من اسم خاص ليتميز عن صاحبه

فالبيع اسم لتمليك عين المال بعوض في حالة الحياة والهبة والصدقة في حالة الحياة بغير عوض بطريق التبرع
والعارية لتمليك المنفعة بطريق التبرع في حالة الحياة فكون الوصية اسما لتمليك المال بعد الموت بطريق
التبرع في العين والمنافع جميعا ثم الوصية مشروعة بالكتاب بقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين وبالاحاديث
الواردة في باب الوصية والاجماع انعقد على مشروعيتها ايضا وكذلك الايصاء ايضا مشروع وهو جعل
الرجل وصيا في تركته ليقوم بمصالح اولاده بالكتاب والسنة واما اجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى وان
تقوموا لليتامى بالقسط والقيم في امر اليتيم هو الوصي واما السنة فما روي في الاصل عن حمزة بن عبد المطلب
رضي الله عنه انه اوصى الى زيد بن حارثة حين استشهد يوم احد في تركته واجماع الامة على هذا من لدن رسول الله
صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا كلهم يختارون فيما في تركاتهم عند خوف ضياع اولادهم وتركاتهم والقياس
ان يكون كلاهما باطلا لان الاول تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته والثاني انابة غيره منابه مضافا الى حال
زوال ولايته وانما جوزناها بالكتاب والآثار ثم اختلفوا في صفة المشروعية . قال بعضهم انها مشروعة بصفة
الوجوب في حق الكل لما روى البخاري في الصحيح مسندا الى ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ
مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده واخرجه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي
وابن ماجه وقال بعضهم واجبة في حق الوالدين والاقربين بقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك
خيرا الوصية للوالدين والاقربين . والصحيح انها مشروعة بطريق الندب وعليه ظهور النفي لانه اثبات
حق في ماله بعقد فلم يكن واجبا كالهبة والعارية ولانه ما لا يلزمه حال حياته لا يلزمه بعد موته كالاجارة
والبيع وقوله تعالى الوصية للوالدين منسوخ بما روي في السنن مسندا الى ابي امامة رضي الله عنه قال سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث واخرجه الترمذي وابن
ماجه . وقال الترمذي حسن وهذا الحديث مشهور تلقته العلماء بالقبول ونسخ الكتاب بمثله جائز عندنا
وهو حجة على الشافعي حيث يعتقد جواز نسخ الكتاب بالسنة وقد انتسخ بها . وقال ابو بكر الرازي انتسخت هذه
الاية بقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين فانه نص على الميراث بعد وصية منكرة فلو كانت الوصية
للوالدين والاقربين ثابتة بعد نزول هذه الاية لذكرها معرفة لان ذلك وصية معلومة وانما حمل الرازي على هذا
لانه كان لا يجوز نسخ الكتاب الا بالخبر المتواتر . وقال في شرح التاويلات دعوى النسخ هذه الاية لا تصح لان في الاية
الاولى ان الله تعالى فرض على الموصي الوصية للوالدين والاقربين وفي الاية الثانية بين ان ما اوصى الله تعالى لهم من عنده ان
نفى الوصية من الموصي ولا تنافي بينهما فيجب ان يجمع بينهما بقدر الامكان حتى لا ينسخ الحكم الثابت بالكتاب من غير ضرورة
والوجه في الاية ان الوصية للوالدين والاقربين منسوخة بقوله عليه السلام فلا وصية لوارث وقال
في الصحيح البخاري مسندا الى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنه قال كان المال للولد وكانت الوصية للوالدين فنسخ الله
ذلك ما احب فجعل للذكر مثل حظ الانثيين وجعل للوالدين لكل واحد منهما السدس وجعل للمرأة الثمن والربع وللزوج
الشطر والربع . فان قيل هذا تخصيص وليس بنسخ لان قوله تعالى الوصية للوالدين انصرف الى الوالدين المملوكين
او الكافرين وكذلك الزوجة وقوله عليه السلام لا وصية لوارث انصرف الى الوالدين والزوجة اذا كانا وارثين
من الاية والخبر قلنا لا يجوز انصراف الاية الى الوالدين الكافرين لان كلام الحكيم ينصرف الى الامر الظاهر ولا
ينصرف الى الشاذ النادر ومتى ذكر الوالدان فانما يفهم الوالدان المعروفان وهما المسلمان ولا يفهم الوالدان الكافران
فثبت انه لا يجوز صرف الاية اليه والجواب عن الحديث الذي استدلوا به على الوجوب في حق الكل فنقول
لا نسلم انه يدل على الوجوب ثم لا يكون المراد الندب على انا نقول الحديث ورد شاذا فيما يعم به البلوى والوجوب
لا يثبت بمثله . واما شرايط صحة الوصية فمنها اهلية التبرع حتى لا تصح من الصبي والعبد والمكاتب في حق المولى
ومنها التقدير بثلث التركة حتى انها لا تصح بما زاد على الثلث الا ان يجيز الورثة واجازتهم وردهم يصح بعد الموت
ولا يصح قبل الموت لان الملك بالوصية يثبت بعد الموت . ومنها ان لا يكون الموصى له وارثا الا ان يجيز الورثة
فان اجاز بعض الورثة ينفذ بقدر حصته من الميراث لا غير . ومنها ان لا يكون قاتلا ولو اجازه الورثة يجوز
عند ابي حنيفة ومحمد لان المنع لحقهم كما في وصية الوارث وعند ابي يوسف لا يجوز لان المنع لحق الله فصار
كالميراث . ومنها ان يكون الموصى له موجودا حتى لو اوصى للجنين ان كان موجودا عند الايصاء يصح والا فلا
وانما يعرف ذلك بان ولد قبل ستة اشهر قوله قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة . اي قال القدوري
في مختصره وانما قال بالاستحباب بعد نفي الوجوب رد القول البعض انها واجبة لانه لا يلزم الاستحباب من نفي الوجوب
لجواز الاباحة وذلك لان الوصية مشروعة لنا لا علينا لما روى الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى ابي هريرة
رضي الله عنه قال قال رسول الله ان الله تعالى جعل لكم ثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة في اعمالكم وروى عن ابن ماجه
في سننه وقال حدثنا علي بن محمد قال حدثنا وكيع عن طلحة عن عمرو عن عطاء عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث اموالكم زيادة لكم في اعمالكم والمشروع لنا لا يكون فرضا ولا واجبا بل يكون

مندوبا ولان هذا نوع تبرع بعد الوفاة فيعتبر بالتبرع قبل الوفاة وذلك مندوب فكذا هذا والكلام من مستوى
قبل هذا • قال ابو الحسن الكرخي في مختصره الوصية محثوث عليها مرغب فيها غير مفروضة ولا موجبة وفي تلك
مال الموصي بعد الدين والمواريث بعد ثم لقول الله عز وجل بعد ذكر المواريث من بعد وصية يوصي بها او دين • او قال
الكرخي ايضا الوصية ما اوجبها الموصي في ماله متطوعا بها من غير ان يستحق ذلك عليه وسواء اوجبه بموته او في مرضه
الذي مات فيه مثل ان يقول اعطوا زيدا من مالي الف درهم او تصدقوا على بالف او حجوا عني او اعتقوا عني او يقول
فلان حر بعد موتي او ما شبه ذلك في حق من القرب بعد موته وكذلك ان فعل هو ذلك في مرضه الذي مات فيه
تصدق او اطعم او كسا او اعتق او وهب شيئا من ماله وكذلك ما اوجبه بموته فاما ما كان موجبا بموته فسواء اوجبه
يقول في صحته او مرضه فهو كله وصية فاما ما اوجبه بغير شرط الموت فما كان منه في صحته فليس ذلك بوصية
وهو جائز عليه في جميع المال وما كان في مرض برا منه فهو كذلك مثل وما كان في مرضه الذي مات فيه فان ذلك
من ثلثه لا يجاوز به الثلث الا ان يجيز ذلك الورثة وما اخبرتك انه وصية فان ذلك كله في الثلث وان كان ذلك
لوارث او يستحقه وارث فهو باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث واجمع على ذلك المسلمون
الا ان يجيز ذلك الورثة فيجوز عندنا الى هنا لفظ الكرخي قوله والقياس يأبى جوازها اي جواز الوصية
وجه القياس ما قال وقلنا قبل هذا ووجه الاستحسان الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين
والسنن الواردة في هذا الباب واجماع الامة ويدل عليه نوع من المعقول وهو ان الانسان المغرور اذا نظر في
احواله السابقة وتفكر في معاده يريد تدارك تقصيره بتحصيل الثواب بايثار ما له لآخرته لما فات فجوزت الوصية
تبقى الملك باعتبار مالكيته بعد الموت دفعا لحاجته كما تبقت مالكيته في قدر التجهيز والدين دفعا لحاجته ايضا
قوله وتجاف النبات اراد بالبيات الهلاك والموت والبيات اسم بمعنى التبييت وهو ان تأتي العدو ليلا ليلا
وهو ان تأتي العدو ليلا قوله الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط اي الى تدارك بعض ما سبق منه
من التقصير قوله ومثله في الاجارة بيناه يعني كما ان الوصية لا تجوز في القياس وتجوز في الاستحسان
فكذلك الاجارة لا تجوز في القياس لانها تمليك منفعة معدومة ولكنها جوزت استحسانا دفعا لحاجة الناس
قوله لما بينا اشارة الى وجه الاستحسان من المنقول والمعقول قوله ويستحب ان يوصي الانسان بدون
الثلث قوله منه اي فعل الوصية او قدر الوصية واشار بذلك الى ما قال بعد ورقة بقوله ويستحب ان يوصي الانسان بدون
قال فلا يجوز بما زاد على الثلث • اي قال القدوري في مختصره • والاصل في ذلك ما روى محمد
ابن الحسن في كتاب الآثار • وقال اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا عطا بن السائب عن ابيه عن سعيد بن ابي وقاص قال
قال دخل النبي صلى الله عليه وسلم يعودني فقال فقلت يا رسول الله اوصي بمالي كله قال لا قلت فبالنصف قال لا قلت
فبالثلث قال الثلث والثلث كثير لان تدع اهلك يتكففون الناس • وفي رواية الصحيح البخاري انك تدع
ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس ولان ما شرع لحاجة العبد سعى ما لكيته فيه بعد الموت
لان الموت لا ينافي الحاجة بل يحققها اذ الموت معنى ينافي الحياة وهو عجز كله والحاجة نقص يتحرى بالمطلوب
ولهذا اقدم تجهيزه ثم ديونه ثم وصاياه على الارث وبقيت مالكيته في الوصية ليتدارك بعض تقصيراته
السابقة لانه يحتاج الى التدارك مقدرا بالثلث بالحديث ولم تجز وصيته بالثلث ايضا في حق الورثة
بالحديث الآخر والمعنى فيه ان حال مرض الموت حال استغنائه عن المال فاذا كان كذلك كان اولى الناس بماله
اقرب الناس اليه من الورثة ولكن استغناءه عن المال في قدر الثلث لم تظهره الشرع في حق الاجنبي فبقيت حاجته
في ذلك القدر في حق الاجنبي فيصح ايصاؤه له به وقد اظهر استغناءه في حق الوارث فلم يصح ايصاؤه له اصلا
بقوله عليه السلام فلا وصية لوارث والمعنى في ذلك انه لو صح في حق الوارث يلزم قطيعة الرحم بايثار الموصي بعض
الورثة على البعض لانه يلزم من ذلك تأذي من لم يوص له قالوا في حديث سعد فوائد منها ان من حق المريض
الفادة • ومنها ان لا بأس للانسان ان يستغني من المغنى وان لم يأت بيت المغنى • ومنها ما زاد على الثلث لا يجوز
ومنها انه عدم الجواز لحق الورثة حيث اشار اليه بقوله لان تدع ورثتك اغنياء • ومنها ان المستحب في الوصية ان
يوصي بما دون الثلث لقوله عليه السلام الثلث والثلث كثير ومنها ان الغني الشاكر افضل من الفقير الصابر لقوله
عليه السلام لان تدع ورثتك اغنياء خير وفي ان الغني الشاكر افضل او الفقير الصابر كلام من المشايخ في كتاب الهبة
وفي عامة روايات الحديث المذكور روي الشطر مكان النصف وهو بمعنى النصف والعالة جمع عائل وهو الفقير
يتكفف السائل واستكف اذا بسط كفه بالسؤال او سأل الناس كفا من طعام او ما يكف الجوعة كذا في الفائق
في الشين مع الطاء قوله لم يظهره المعتبر البادري فيه وفي قوله واظهره الى الاستغناء قوله تحرزا عما
يتفق من ايثار الموصي لبعض الورثة على البعض في الوصية لانه حينئذ يتأذى البعض الآخر فيفضي ذلك الى قطع الرحم
وهو حرام بالنص قوله على ما نبينه اشارة الى قوله عند قوله ولا تجوز لوارثه ولانه يتأذى البعض بايثار البعض
قوله وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر اي ولنا في صحة هذا الحديث نظر ثم هذا

يروى الحيف بالحاء المهملة المفتوحة وبالياء الساكنة بمعنى الجور • ويروى بالجيم والنون المفتوحتين بمعنى الميل ومنه
قوله تعالى فمن خاف من موص جنفا او اثما فسروه بالاثم بالوصية بما زاد على الثلث وبالوصية للوارث ولكن قال
في المغرب في الحديث انما نرد من جنف المظالم ما نرد من جنف الموصي • وقال في الفائق لتجانف الميل والجنف
والاجناف كذلك وفيه حديث عروة يرد من صدقة الحائف في مرضه ما يرد من وصية الجانف عند موته الى هنا لفظ
الفائق قوله الا ان يجيزها الورثة وهذا لفظ القدوري وهو استثناء من قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث قال
الشيخ الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو اوصى باكثر من الثلث لم يجز الفضل على الثلث الا ان يجيز
الورثة بعد موته وهم كبار لان عدم الصحة لحقهم بمعنى زعموا التعلق حقهم بتعذر تبرعه ولو اجازوا بعد الموت ليس لهم
ان يرجعوا عن ذلك ولكن في حال الحيوة لهم ان يرجعوا بعد الموت وهذا عندنا • وقال ابن ابي ليلى ليس لهم
ان يرجعوا في الوجهين لان حقهم ثبت في مرض الموت فاذا مات تبين انه اسقطوا حقهم بعد ثبوته فصح • ولنا ان
حقهم يثبت عند الموت لانه انما يحكم بكون المرض مرض الموت عند الموت ولكن يستند الى اول المرض بعد ذلك
والاستناد لا يظهر الا في القائم وتصرفهم حين وقع اجازة وقع لغوا لان لهم مجرد حق حينئذ لا حقيقة الملك فلا يثبت
له حكم الاجازة وهو منتقض وان ظهر انه كان ثابتا لان ذلك الحق ينقلب حقيقة عند الموت ولو اعتبرنا اجازتهم
قبله لا بطلنا الحقيقة بعد الموت بذلك فلا يجوز لان الرضا يبطلان مجرد حق لا يدل على الرضى ببطلان حق الملك
وقال محمد في الكتاب بلغنا ذلك عن ابن مسعود يعني ان اجازة الورثة للوصية قبل الموت ليس بشيء قوله
فكان لهم ان يردوه اي المورثان يردوا ما اجازوا من الوصية الزائدة على الثلث بعد موت الموصي اذا كانت اجازتهم
في حياته بخلاف ما اذا كانت الاجازة بعد الموت حيث لا يكون لهم الرد بعد ذلك لانهم اسقطوا حقهم بعد
ثبوته قوله لان الساقط متلاش متعلق بقوله فكان لهم ان يردوه يعني انما كان للورثة رد ما اجازوه في
حال حياة الموصي لان اجازتهم كانت ساقطة حينئذ كان لهم ردها لانها لم تكن معتبرة ولا يقال اذا ثبت حقهم
عند الموت يستند ذلك الى اول المرض فبالموت يظهر ان حقهم كان ثابتا قبل الموت فيصح اجازتهم لانا نقول
الاجازة حين وقعت سقطت وتلاشت لعدم مصادفتها محلها واثر الاستناد انما يظهر في القائم لا في المتلاشي
كما في العقود الموقوفة تلحقها اذا لحقتها الاجازة فانما تصح اذا كان المعقود عليه قائما لا هالكا وكثبوت الملك في المغصوب
اذا ادى ضمانه قوله وكل ما جاز باجازة الورثة تملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل
الوارث • ذكره تفريعا قال في مختصر الاسرار اذا اوصى بجميع ماله فاجازت الورثة كان تمليكا من الميت ولهذا لك الوصية
للوارث خلافا لاحد قولي الشافعي يكون هبة من الورثة ان تنفيذ صحت والا بطلت • لنا قوله عليه السلام لا وصية
لوارث الا ان يجيزها الورثة فدل على ان المراد اجازوها كانت وصية لانه اثبت بالاستثناء ما نفاه ولانه عقد
على ملك نفسه مع تعلق حق الغير به فاذا اسقط الغير حقه نفذ العقد من جهته كما لو اوصى وعليه دين فابرأ الغريم
وكالراهن اذا باع الرهن فاجاز المرتهن ولان الهبة المبتدأة لا تجوز بلفظ الاجازة فلما اجازت الوصية بهذا اللفظ دل ان الاجازة
امضاء لعقد الموصي فلو املك للوارث ملكه من الموصي توجب ان يكون تمليكا منه كما لو وهب ملك نفسه قلنا ملك الوارث
عندنا ملك مراعى فاذا اجاز عند الموصي زوال الملك واسقط حقه عنه فتعقد فيه خلف الميت والمعنى في الهبة المبتدأة انها تفتقر
الى لفظ يصح ابتداء العقد به فلما لم يقتصرها الى لفظ يجوز ابتداء العقد به لم يكن تمليكا من الوارث وفائدة تملك المجاز له وهو
الموصى له من قبل الموصي صحة الاجازة في الشائع وكونه ملكا له قبل التسليم وكون الوارث مجبورا بالتسليم بعد الاجازة ولو كانت
هبة مبتدأة من الوارث انعكست الاحكام فعلى ما قال الشافعي لا يجبر على التسليم ولا يملك قبل التسليم قوله قال ولا
يجوز للقاتل اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا وانما قيد بالمباشرة لانه
اذا لم يكن مباشرا لا يتعلق به حرمان الميراث وبطلان الوصية ولا تجب الكفارة ايضا كما في حافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وعند
مالك تصح الوصية للقاتل وعن الشافعي ثلاثة اقوال في قول تصح وفي قول لا تصح وفي قول يفرق بين الوصية للخارج قبل الوصية وبين
الخارج بعد الوصية له فانه يستعجل الحتف كالارث كذا في وجيزهم احتج من جوز بانه اجنبي منه فصحت الوصية له كغير القاتل ولنا ما قال
محمد في الاصل حدثنا عن علي رضي الله عنه انه لم يجعل للقاتل ميراثا وعن عمر مثله وروي عن علي في الاسرار وغيره انه قال
لا وصية للقاتل ولا مخالف له فحل محل الاجماع • وروي عن عبيدة السلماني في كتب التفاسير انه قال لا يرث قاتل بعد صاحب
البقرة ولان القاتل استعجل ما اجله الله لان الموصى له يملك الوصية بعد موت الموصي فبالقتل استعجل ذلك فيرد عليه كما في الوارث
اذا قتل مورثه يحرم الميراث لانه استعجل ما اخره الله تعالى ولان الوصية تنقل الملك فيه بعد الموت فيمنع منه القتل كالارث ولان
الموصى له شريك الوارث يزيد حقه بزيادة المال وينقص بنقصان المال فاذا اسقط القتل احد الحقين اسقط الآخر يوضحه ان
الميراث يتعلق بسبب لا يلحقه الفسخ والوصية تتعلق بسبب يلحقه الفسخ فاذا منع القتل اقوى الحقين فلان يمنع اضعفهما اولى فلم لا يجوز ان يمنع
الارث ما لا يمنع الوصية كالكفر قلنا الكفر لما منع الارث منع الوصية لانها لا تجوز للحربي فكذا القتل يجب ان يؤثر في الوصية
ولان الموصى له بالجرح استعجل ما اخره الله تعالى عنه فيعتبر بخطر تصار المقتول كالحي في حقه فهو كالوارث اذا جرح المورث
ولا يلزم ام الولد اذا قتلت مولاها لان عتقها يجوز ان يتعلق بالموت ويجوز ان يتقدمه بان يعتقها فلم يستعجل ما حكم الله بتاخيره

والوصية لا تملك الا بالموت فان قيل الموصي بعد الجرح يقدر على الرجوع عن وصيته فاذا لم يفعل فقد رضي بها والمجروح لا يقدر على
اسقاط الارث فلذلك سقط الارث قلنا اذا اسقط بالقتل ما لا يصح الرجوع عنه فاولى ان يسقط ما يصح الرجوع عنه فان قيل اعتبار
الوصية بالميراث ليس بصحيح لان كل واحد يختلف لان يستحق الميراث القريب ويستحق الوصية البعيد قلنا افتراقهما من هذا الوجه
لا يمنع استواءهما في كل واحد منهما يحرم بسبب القتل • الا ترى ما يستحق بعقد النكاح غير ما يستحق بالقرابة فان
الام يستحق بالقرابة عن ابنها ولا يستحق بالنكاح وعليه الزوجة ثم افتراقهما من هذا الوجه لا يمنع استواءهما في الحرمان
بسبب القتل بالواو من صحت له الوصية اذا لم يكن قاتلا صحت اذا كان قاتلا كالصبي لا يتعلق بفعله القود ولم يتعلق به
حرمان الوصية والبالغ بخلافه قالوا انا لا يمنع الوصية في الصغير لا يمنعها الكبير امثله حفر البير • قلنا لا نسلم ان حفر
البير قتل والمبني في الحائط انه لم يوقع نقلا في الواقع وانما اتصل به فلم يمنع الوصية بفعله والمباشر اوقع القتل في المحل
فاثر ذلك في منع استحقاق ما يستحق بالموت كالميراث **قوله** يحرم الوصية على صيغة المبني للمفعول والوصية
منصوب لانه مفعول ثان بقي على حاله بعد ما اقيم الاول مقام الفاعل **قوله** ولو اجازتها الورثة
جاز عند ابي حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف لا يجوز ذكره على سبيل التفريع • قال القدوري في كتاب التقريب اي و
اوصى لقاتله واجازت الورثة لم يجز • وقال محمد يجوز لابي يوسف ان منع الوصية للقاتل لحق الله تعالى عقوبة على ما فعله
من القتل فصار كالحد لانه حرم الوصية لحق الوارث لان المال يكثر ببقي فتطلب فتوقفت على اجازتهم كالوصية بجميع
المال ولمحمد ان المنع والوصية للوارث • قال القدوري وقد روي عن ابي حنيفة مثل قول محمد • وقال في شرح
الطحاوي وفي كل موضع يحتاج الى الاجازة فانما يجوز اذا كان المجيز من اهل الاجازة نحو ما اذا اجاز وهو بالغ عاقل
صحيح ولو اجاز وهو مجنون او صغير لم يجز اجازته • ثم قال في شرح الطحاوي ولو اجاز بعض الورثة ولم يجز البعض
نفي حق الذي اجاز كان كلهم اجازوا في حق الذي لم يجز كان كلهم لم يجيزوا وبيان ذلك اذا مات الرجل وترك ابنين
واوصى لرجل بنصف ماله فان اجازت الورثة فالمال بينهم ارباعا للموصى له ربعان وهو النصف وربعان للابنين لكل
واحد منهما ربع المال ولم يجيزوا فللموصى له ثلث المال والثلثان للابنين لكل واحد منهما الثلث من المال ولو اجاز واحد
ولم يجز الاخر جاز في حق الذي اجاز كانهما اجازوا فيعطى له ربع المال في حق الذي لم يجز كانهما لم يجيزا فيعطى له ثلث المال
والباقي يكون للموصى له فتجعل المال على اثني عشر لحاجتنا الى الثلث والربع فالربع للذي اجاز وهو ثلاثة اسهم والثلث
للذي لم يجز وهو اربعة ويبقى خمسة فهي للموصى له **قوله** ولانهم لم يرضوا بها للقاتل كما لا يرضون بها لاحدهم و
اي لا يوصي للورثة الوصية للقاتل كما لا يرضون لاحد الورثة • بيانه ان المريض محجور عن التصرف في ماله لحق الورثة
الا فيما استثني الثلث في حق من لم يتاذ به الورثة الا في حق من يتاذون والورثة يتاذون بوضع المال عند القاتل
كما يتاذون بوضع المال عند الوارث فبقي الحجر لتعلق حق الورثة كما كانت **قوله** قال ولا يجوز لوارثه اي و
قال القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يجيزها الورثة وذلك لما روينا من حديث السنن مسندا الى ابي امامة عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ولان الوصية للوارث لو صحت يلزم
قطيعة الرحم بين الوصية الورثة لسبب ايثار البعض بالوصية حيث يتاذى البعض الذي حرم الوصية وقطع الرحم
حرام بالنص فكذا ما كان سببا لحصوله قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا وفائدة البطلان ان الوصية لو جازت
للوارث فربما يوصي الانسان لبعض ورثته من هو احب اليه فيقع بين ورثته العداوة والبغضاء فيؤدي ذلك
الى الفساد فهو فاسد وهذا كما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن تزوج المراة على عمتها وعلى خالتها
والمعنى في ذلك انه يؤدي الى ان تقع بينهما عداوة فيؤدي ذلك الى قطع الرحم وكما روي انه عليه السلام نهى رجلا
عن تخصيص بعض بنيه بعض وذلك في العطية لما يؤدي الى العداوة بين اولاده فكذلك هاهنا لما كان يؤدي الى
العداوة وقطع الرحم من الوصية للوارث الا ان يجيزها الورثة وقد ورد الحديث بلفظ الاستثناء ايضا في بعض الروايات
ولان المنع لحق الوارث الاخر فاذا اجاز جازت ثم يعتبر كونه وارثا عند الموت لا وقت الوصية لان الوصية
تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر زمان التمليك لا قبله ولهذا يعتبر في اجازة ما فوق الثلث في الوصية للاجنبي
ورده ما بعد الموت لا قبله وكذلك في قبول الايصاء • وفائدته تظهر فيما اذا اوصى لاخيه ولا ابن له ثم ولد له
ابن ثم مات الابن ثم مات الموصي بطلت الوصية **قوله** والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية
لانه وصية حكما حتى تنفذ من الثلث يعني كما في الوصية للوارث يعتبر كونه وارثا وقت الموت فكذلك
في هبة المريض مرض الموت لوارثه يعتبر لكونه وارثا وقت الموت لان هبته جعلت وصية من حيث الحكم بدليل
انها تنفذ من الثلث اذا كانت للاجنبي كالوصية للاجنبي تنفذ من الثلث فكانت الهبة تمليكا مضافا الى ما
بعد الموت **قوله** وبيان مرض الموت مر في باب طلاق المريض **قوله** واقرار المريض لوارثه
على عكسه اي على عكس الحكم في الهبة يعني اعتبر كونه وارثا عند الاقرار لا عند الموت لان الاقرار تمليك وتصرف
في الحال من غير نظر الى ما بعد الموت ولهذا لو اقر في مرض الموت لاجنبي بدين صح في جميع المال وفائدة هذا انه اذا لم
يكن وارثا عند الاقرار ثم صار وارثا ثم مات المقر لا يبطل اقراره ولكن هذا ايضا اذا صار وارثا بسبب حادث

حادث لان الاستحقاق مضاف الى السبب الحادث لا الى القرابة فاما اذا صار وارثا بسبب القرابة لكن اشتبه
عليها لمانع عمل السبب عمله من ذلك الوقت ولهذا لو اقر الاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان اقر لاجنبية
ثم تزوجها لم يبطل اقراره • وهي مسئلة القدوري • وقد مر في كتاب الاقرار وذكر في وصايا الجامع الصغير لو ان و
المريض لا اقر لابنه بدين وهو نصراني او عبد ثم اسلم الابن او اعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين اقر كان و
سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال وليس هذا كالذي اقر لامراة ثم تزوجها
لان سبب التهمة لم يكن قائما وقت الاقرار • وعند زفر الاقرار صحيح لان وقت الاقرار لم يكن وارثا • وقد مر و
في كتاب الاقرار بعين هذا عرفت ان ما ذكر بعضهم في شرحه مفهومه لا يمنع نقله وهو انه قال لو اقر لابنه بدين وابنه
عبد ثم اعتق ثم مات الابن وهو من ورثته فاقراره بالدين جائز لان كسب لمولاه فهذا الاقرار حصل من المريض في المعنى
للمولى والمولى اجنبي منه **قوله** الا ان يجيزها الورثة استثناء من قوله ولا يجوز لوارثه
هذا الاستثناء فيما روينا • اي يروى قوله الا ان يجيزها الورثة في الحديث الذي روينا في بعض الروايات **قوله** ويروى
يعني لا وصية لوارث الا ان يجيزها الورثة وفيه نظر **قوله** ولو اجاز بعض ورد بعض يجوز على المجيز بقدر
حصته ذكره على سبيل التفريع • قال الكرخي في مختصره فان اجاز بعض الورثة ما كان موقوفا على اجازتهم ورد و
بعضهم فان ذلك يجوز على المجيز منهم بقدر حصته مما اجازه في نصيبه خاصة ويبطل ما في انصباء الرادين الى هنا لفظه و
رحمه الله وذلك لان له ولاية على نفسه دون غيره **قوله** قال ويجوز ان يوصي الموصي المسلم للكافر و
والكافر للمسلم • قال القدوري في مختصره واراد بالكافر الذمي لان الحربي لا يجوز له الوصية على ما نبين وافترق الوصية
والارث حيث لا يجوز التوارث بين المسلم والذمي ويجري الوصية بينهما وذلك لان الارث ولاية بطريق
الخلافة لان ما كان للموروث كان للوارث ولا ولاية مع اختلاف الدين واما الوصية فتمليك مبتداء
ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصي بخلاف الموروث والاصل فيه قوله تعالى
لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب و
المقسطين وذلك انهم اذا لم يخرجوكم من دياركم ولم يؤذوكم فيعذر منهم فالعدل معهم ان تبروهم استرابيا فيما و
بحسن المعاشرة والصلة بالمال كذا في التيسير والوصية لهم بالمال من البر فكانت جائزة ولانه من اهل دار
الاسلام فجاز وصية المسلم له كالمسلم • قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا • وروي عن صفية بنت حيي
ابن اخطب زوجة رسول الله صلى الله عليه وسلم انها اوصت بثلث مالها لاخيها وهو يهودي وكان ذلك بمحضر الصحابة فلم و
ينكروا عليها واما جواز وصية الكافر للمسلم فلان من جاز وصية المسلم له جاز وصيته للمسلم كالمسلم **قوله** وفي الجامع
الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة والاصل فيه قوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين واخرجوكم و
من دياركم وظاهروا على اخراجكم ان تولوهم ومن يتولهم فاولئك هم الظالمون • قال الولوالجي في شرح الجامع الصغير وفي
السير الكبير ما يدل على الجواز فوجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل جاز لانه اهل التمليك وان الوصية
الحربي لمسلم او ذمي بماله كله فذلك جائز وسيجيء بيانه في باب وصية الذمي • وقال في مختصر الاسرار اذا اوصى المسلم
للحربي لم تصح الوصية مع اختلاف الدار خلافا للشافعي لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية ولان
في دفع الوصية اليهم تقوية لهم على حربنا وفي تكثيرها لهم اضرار بالمسلمين فصار كما لو اوصى بالسلاح او بالعبد المسلم و
لا يجوز له الوصية له بالمال كالوارث **قوله** قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في
حال الحيوة او ردها فذلك باطل • قال القدوري في مختصره • اعلم ان قبول الموصى له شرط لافادة الملك في الموصى
حتى لا يملك قبل القبول الا في مسئلة واحدة سيجيء بعد هذا بيانها • وعند زفر القبول ليس بشرط كالميراث وسيجيء و
البحث معه بعد هذا ثم القبول لما كان شرطا عندنا اعتبر ذلك بعد موت الموصي حتى اذا قبل الموصى له او رد
في حيوة الموصي فذلك باطل وذلك لان الوصية تمليك متعلق بالموت • الا ترى انه لو اوصى بثلث غنمه ولا غنم له و
ماله استحق الموصى له ثلث ما يوجد في ملك الموصي عند الموت ولا يعتبر ما كان في ملكه وقت الوصية واذا كان عقد
الوصية ينعقد عند الموت كان القبول بعد ذلك وما يوجد من القبول والرد قبل الموت لا يعتد به لانه قبل الايجاب
وقال الكرخي رحمه الله في مختصره • قبول الموصى له ورده انما يكون بعد موت الموصي ولا ينظر الى رده ولا الى اجازته
قبل الموت واذا قبل الموصى بعد موت الموصي ملك ما اوصى له به اذا كان قدر الثلث فان لم يقبل بعد الموت فالوصية موقوفة
موقوفة على قبوله لا يصير في ملكه حتى يقبل والوصية خارجة عن ملك الموصي بموته ليست في ملك الوارث ولا في ملك الموصى له و
حتى يقبل او يموت الموصى له فيكون ما اوصى به له لورثته من بعده وموته كقبوله عند اصحابنا ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد و
رحمهم الله وجعلوا ذلك بمنزلة البيع اذا كان الخيار فيه للمشتري دون البائع فمات المشتري في الثلث فان البيع تم ويكون
السلعة موروثة عن المشتري الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث • اي قال
القدوري في مختصره • قال صاحب الهداية سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز الوصية بالثلث
لقدم انه استكثره حيث قال الثلث والثلث كثير فعلم ان الاستحباب في الوصية بما دون الثلث وان كان الثلث جائزا اذا كان

للاجنبي والمعنى فيه انه اذا انقص عن الثلث في الوصية كان ما نقص صلة للقريب فاذا استكمل الثلث استوفى تمام الصلة ز
حقه فلا يحصل الصلة للقريب **قوله** ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا اذا كانت الورثة فقراء
لما تركه قليل فترك الوصية اولى لقوله عليه الصلاة والسلام لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس
ولان فيه صدقة على القريب وهو افضل لقوله عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح رواه ابو ايوب الانصاري
في مسند احمد والكاشح هو الذي يضمر العداوة في كشحه وهو الخاصرة ولان فيه غاية الحسن جميعا حق الفقر وحق القرابة ز
وذلك لان الوارث تغير ايضا فكان ترك الوصية عليهم انفع في حق الموصي لانه يحصل له الثواب ولا يتأدى الاجانب
بعدم الوصية لهم ولو اوصى يحصل له الثواب ولكن يتأذى به الاقارب ودفع الاذى عنهم واجب فاما اذا كانت الورثة اغنياء
او الترك كثيرا فان شاء اوصى وان شاء ترك لان كل واحد منهما خير من وجه احدهما صدقة والاخر صلة وبعضهم قالوا
الوصية افضل الى الثلث لانه يحصل به تدارك ما فرط في حياته والتدارك انما يقع بالصدقة ومعنى الصدقة بالوضع عند
الاجانب اكمل وقال في شرح الطحاوي الافضل لمن كان له مال قليل ان لا يوصي بشي اذا كانت له ورثة لان الوصية
صلة للاجانب ولو لم يوص فانه يكون صلة لاقاربه فهذا اولى والافضل لمن كان له مال كثير ان يجاوز الثلث فيما لا معصية
فيه وبنقل في خلاصة الفتاوي عن الامام الفضل اذا كانت الورثة صغارا فترك الوصية افضل قال هكذا روى عن
ابي يوسف وان كانوا بالغين اذا كانوا فقراء لا يستغنون بثلثي التركة فترك الوصية افضل وان كانوا اغنياء او يستغنون بالثلثين
فالوصية افضل وحد الاستغناء عن ابي حنيفة اذا ترك لكل واحد من الورثة اربعة الاف وفي الموضع الذي اراد ان يوصي **قوله**
ينبغي ان يبدأ بالقرابة فاذا كانوا اغنياء فبالجيران **قوله** والاولى اولى اي الصدقة على الاجنبي افضل
قال وفي الموصى به يملك بالقبول اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم
يموت الموصى له وهو الموصى له به في ملك ورثته الى هنا لفظ القدوري وعندنا لا يتوقف ملك الموصى به على قبول الموصى
له وهو احد قولي الشافعي لان الوصية اخت الميراث فانه يثبت للوارث فان كل واحد منهما يتعلق الملك فيه بالموت ثم لا
يتوقف ملك الميراث يكون بلا قبول للوارث فكذا الوصية بلا قبول الموصى له ولنا ان الوصية عقد يتضمن ايجاب ملك
على القبول كالبيع بخلاف الميراث فانه يثبت للوارث بلا خلافه بكونه قائما مقام المورث ولهذا يرد الوارث بالعيب
ما اشتراه المورث من غير رضاه بالعيب ويكون الوارث مغرورا فيما اشتراه المورث وليس كذلك الوصية ولان عقد تبرع ز
فلا بد من القبول كالهبة ولان احدا لا يملك ان يلزم غيره ملكا في شيء الا برضاه الا ترى انه لو اوصى بتراب في داره
فملكه الموصى له من غير رضاه لحقه ضرر بنقل الموصى لانه يلزمه نقله من بيته وهو لا يجوز ولئن ثبت الملك في الوصية ز
كثبوته في الميراث ولهذا ليس للوارث ان يمنع الوارث عن الارث الا اذا اسعه مما يشرعي عن الرق والقتل وللموصي ان يمنع الموصى له
عن الوصية لان رجوعه صحيح فلما كان كذلك لم يلزم من عدم اشتراط القبول في الميراث عدم اشتراطه في الوصية لان الميراث
يدخل في ملك الوارث بلا اختيار منه شاء او ابى وفي الوصية للموصى له الخيار ولهذا يرتد بالرد فلما ارتدت بالرد دلت على القبول
كما قال في شرح الطحاوي على ضربين قبول بالصريح وقبول بالدليل فالصريح ان يقول بعد موت الموصي قبلت والدليل ان يموت الموصى
له قبل القبول والرد بعد موت الموصي فيكون موته قبولا لوصيته ويكون ذلك ميراثا لورثته **قوله** قال الا في مسئلة
واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته اي قال القدوري في مختصره
وهذا استثناء من قوله وا الموصى له يملك بالقبول يعني في المسئلة المستثناة يملك بدون القبول قالوا وهذا استحسان
والقياس ان يبطل الوصية لان تمامها موقوف على القبول وقد فات القبول بالموت فبطلت الوصية كما يبطل ايجاب
البيع بموت المشتري قبل قبوله وجه الاستحسان ان الوصية تمت من جهة الموصي تماما لا يلحقه الفسخ ووقف على خيار الموصى له ان شاء
قبل وان شاء رد فصار كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري فمات المشتري في الثلث قبل الاجازة فان البيع يتم ويكون المبيع موروثا عن ز
المشتري فكذا هنا يكون الوصية موروثة عن الموصى له ويكون موروثه بلا رد كقبوله ذلالة **قوله** ومن اوصى وعليه دين
يحيط بماله لم تجز الوصية اي قال القدوري في مختصره وتمام لفظه فيه الا ان يبريه الغرماء من الدين وذلك لان الدين مقدم على
الوصية بالاجماع وان كانت الوصية مقدمة عليه في الذكر في قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين وانما قدم الدين عليها لانه
اهم لانه فرض والوصية تبرع والاهم يبدأ به وذكر في التفسير عن علي رضي الله عنه انه **قال** انكم تقرؤون كتاب الله تعالى
الوصية قبل الدين واني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الدين قبل الوصية ومعناه اي في الاية تقديما وتاخيرا
ثم هما جميعا مقدمان على الميراث لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين يعني ان الورثة لا يرثون الا بعدهما فلما كان
الدين مقدما على الوصية لم تجز الوصية قليلا كان او كثيرا مع احاطة الدين الا اذا ابرأ الغرماء الموصي من الدين حينئذ
تجوز وصيته في الثلث او في اكثر منه على تقدير اجازة الورثة او عدمهم لعدم المانع وهو الدين وهذا معنى قوله تعالى
على الحد المشروع واورد الزجاج في تفسيره في الاية المذكورة سؤالا وجوابا فقال قال قائل فلم قال او دين وهلا كان من بعد
وصية يوصي بها ودين فالجواب في هذا ان او يأتي للاباحة باحة تأتي لواحد واحد على الانفراد وتضم الجماعة تقول
جالس الحسن او الشعبي والمعنى جالس كل واحد من هؤلاء وهو اهل ان تجالس فان جالست الحسن فانت مصيب وان جالست الشعبي
فانت مصيب وان جمعتهما فانت مصيب ولو قلت جالس الرجلين فجالست واحدا منهم وتركت الاخر لنت غير متبع ما امرت به فلو كان

من بعد وصية يوصي بها ودين احتمل اللفظ ان يكون هذا اذا اجتمعت الوصية والدين فاذا انفرد كان حكم اخر فاذا
كانت او دلت على ان احدهما ان كان فالميراث بعده وكذلك ان كانا كلاهما هذا لفظه وقال في الكشاف فان قلت لم قدمت
الوصية على الدين والدين مقدم عليها في الشريعة **قلت** لما كانت الوصية مشبهة للميراث في انها ماخوذة من غير عوض كان
اخراجها مما يشق على الورثة ويتعاظمهم ولا تطيب انفسهم بها فكان اداؤها مظنة للتفريط بخلاف الدين فان نفوسهم مطمئنة الى ادائه
فلذلك قدمت على الدين بعثا على وجوبها والمسارعة الى اخراجها مع الدين ولذلك جيء بكلمة او للتسوية بينهما في الوجوب ز
قوله قال ولا تصح وصية الصبي اي قال القدوري في مختصره وقال ابن الجلاب البصري المالكي في كتاب التفريع ز
ووصية الصبي المميز جائزة وقال قول مالك ما حدثه في الموطا عن عبد الله بن ابي بكر عن ابيه عن عمرو بن سليم الزرقي ؟
اخبره انه سئل امر ابن الخطاب ان ها هنا غلاما يفاعا لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له هنا الا
ابنة عم له فقال عمر مره فليوص لها فاوصى لها بمال يقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلثين الفا وابنة
عمه التي اوصى لها هي ام عمرو بن سليم ولان هذا تصرف نافع لانه لو اوصى لم يزل ملكه ولا يثاب عليه في الاخرة
وهذا تصرف لا يحصل له من قبل غيره فوجب ان يعتبر اهليته القاصرة في تنفيذ مثله قياسا على صوم التطوع وصلاة التطوع ولا يلزم
الشافعي عدم اعتبار اسلامه وقبوله الهبة والصدقة عنده لانه نفع يمكن تحصيله من جهة غيره فلا حاجة الى اعتبار
الاهلية القاصرة في ذلك ولنا ان الوصية تبرع محض بالاجماع والصبي ليس من اهل التبرع ولهذا لا يملك التبرع بما في حال
الحياة بالاجماع بالهبة والصدقة فكذا لا يملكه بطريق الوصية ايضا قياسا على الاعتاق ولا نسلم في كونها تبرعا لان الوصية
ازالة الملك الى الغير بعد الموت بلا عوض نسلم له ظاهرا ولا نعني بالتبرع بالمال الا هذا والجواب عن قول الخصم انه لو لم يوص
يزول عنه المال ولا يثاب وبالوصية يثاب قلنا لا نسلم انه لا يحصل له الثواب لان ترك المال على الوارث سبب الثواب
وسبب الخير الا ترى الى قول النبي صلى الله عليه وسلم لان تدع ورثتك اغنياء خير لك من ان تدعهم عالة يتكففون
الناس والشرك على الوارث ازالة الى من اختاره الشرع فكان اولى من الازالة الى من اختاره بنفسه واختيار باهلية ز
قاصرة لا تعتبر في مقابلة اختيار الشرع وفي الجواب عن حديث عمر بحيط ... المشايخ قال بعضهم يحتمل انه انما اوصى في تجهيزه
نفسه واقامة مصالح نفسه ويشترط لك بعض من الصبي عندنا وقال بعضهم كان هو مدركا وانما سمي غلاما لمجاز القرب عهده
بالبلوغ لانه لم يمض عليه زمان كثير من وقت بلوغه وفيهما نظر عندي لانه صرح الراوي بانه اوصى لابنة عم له فكيف
يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يقال يحتمل انه كان ادرك لكن يسمى غلاما مجازا لانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم
يحتلم والجواب الصحيح ان نقول من ادرك عصر الصحابة من التابعين كسعيد ابن المسيب والحسن والشعبي والنخعي يعتد بخلافه
في اجماع الصحابة حتى لا يتم اجماعهم مع خلافه ولهذا قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يثبت اجماع الصحابة في الاسفار لان ابراهيم
النخعي كان يكرهه وهو ممن ادرك عصر الصحابة فلا يثبت اجماعهم بدون قولهم كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في اصوله في فصل خلاف
التابعي قبل باب القياس ثم روى اصحابنا في كتبهم عن الشعبي والنخعي والحسن انهم قالوا لا يجوز وصية المراهق فبطل الاحتجاج
بالاجماع لانه لا اجماع للصحابة مع خلافهم فبقي تقليد الصحابي وهو ليس بواجب عند الخصم فكيف يحتج به على غيره وعندنا لا يجوز
تقليده فيما يدرك بالقياس على ما ذهب اليه الشيخ ابو الحسن الكرخي وما نحن فيه مما يدرك بالقياس فلا يقلد والله وقال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وكذلك ان اوصى ثم ادرك ثم مات لم تعتبر وصيته وان صار اهلا ز
لانه وقع بقرينة باطلا لعدم الاهلية فلا يتوقف وكذلك المجنون وكذلك اذا قال الصبي اذا ادركت ثم مت فثلثي لفلان بخلاف
العبد اذا قال ان اعتقت ثم مت فثلثي لفلان لان العبد من اهل الوصية لكن منع لتعلق حق الغير بكسبه فاذا اضافه الى حالة
لاحق لاحد فيها في اصابه وامواله صح فاما الصبي فليس من اهل الوصية لخلل في شرائط الاهلية فلا يعتبر تصرفه مضافا ود
ومنجزا **قوله** اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم اي قاربه يقال غلام يفع ويافع ويفعة وقد
ايفع يوفع ايفاعا اذا تحرك وشب والجمع ايفاع واليفاع قطعة من الجبل والغلظ ترتفع عما حولها كذا في الجمهرة **قوله**
في سبيل القربى اي القربة وهو ما يتقرب به الى الله تعالى ولو لم ينفذ لم يبق على غيره اي لو لم تنفذ الوصية يبقى المال
على غير الصبي ولو نفذت يبقى المال على غير الصبي ولو نفذت يبقى المال ماله على نفسه حيث يكون له الثواب بالوصية بماله
فكانت الوصية اولى بتركها **قوله** ولنا انه تبرع ذكر الضمير الراجع الى الوصية على تاويل الايصاء **قوله** والاثر
محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وهذا جواب عما تمسك الخصم بحديث عمر ولكنه ليس بجواب
متين وقد مر بيانه انفا **قوله** والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال يعني
ان الوصية في وضعها فيها ضرر لزوال الملك عن الموصي وما كان في وضعه ضرر ليس بمشروع في حق الصبي الا ترى ان ز
الطلاق والعتاق لا يصحان من الصبي لانه ضرر لزوال الملك وان كان قد يقعان نفعا بحسب اتفاق الحال كما اذا كانت المراة ز
دميمة الوجه سيئة الخلق لا يملك طلاقها حتى يتزوج اختها المضادة لها في صفتها وان كان يحصل له نفع في اختها وكذا
لا يملك ان يعتق عبده وان كان يحصل له نفع من انقطاع مؤنة النفقة والكسوة وكذا الوصية لا تصح من الصبي لوجود الضرر في وضعها
وان كان يحصل منه الثواب باتفاق الحال **قوله** قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء اي قال القدوري
في مختصره وذلك لان مال المكاتب لا يحتمل التبرع ولهذا لا تصح عتقه وهبته فاذا لم يحتمل ماله التبرع لم يصح وصيته لانها تبرع

لزوال الملك بلا عوض **قوله** وقيل على قول ابي حنيفة لا يصح وعندهما يصح ردا الى المكاتب يقول كل مملوك املكه فيما
استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه يعني كما لا يصح المكاتب عندهما في تلك المسألة يصح وصية المكاتب
ايضا عندهما اذا ترك وفاء لانه يعتق في اخر جزء من اجزاء حياته وعند ابي حنيفة لا يصح ما قاله بعد العتق في تلك المسألة فكذلك
هنا لا تنفذ وصيته وان ترك وفاء وتلك المسألة مشهورة في المختلف وفي اصل العتاق وفي باب الحنث في ملك العبد والمكاتب
من ايمان الجامع ● قال محمد في الجامع ان العبد والمكاتب اذا قال كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر فعتق ثم ملك مملوكا لا يعتق عند
ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يعتق ● قال الشيخ ابو معين النسفي في شرح الجامع ههنا مسائل ثلث احدها قوله كل مملوك املكه وفرق
بين هذا وبين الصبي اذا قال كل عبد املكه بعد البلوغ فهو حر فبلغ عبدا فملك لا يعتق لان الصبي ليس من اهل التصرف فبلغوا تصرفه
تنجيزا او تعليقا لانعدام اهليته والعبد اهل للتصرف لكونه بالغا عاقلا الا ان تنجيز عتقه لم يصح لعدم شرطه وهو الملك فاذا
علق بملك يصلح شرطا له صح والثانية قوله كل عبد املكه فهو حر فيتناول ملك عبده الا يعتق لان هذا انصرف الى المملوك في الحال نوع
ملك وقوله املك نوع موضوع للحال بطريق الاصالة والثالثة قوله كل مملوك املكه فيما استقبله املكه فهو حر وهو على الخلاف الذي مر
وتعليقه لان ينصرف قوله املك فيما استقبل في كل ما يملكه الى اخر عمره كما في الحر عملا بالاطلاق وهو يقول للعبد والمكاتب نوع ملك فيتعلق
ما علقه بهذا الملك القائم للحال لعدم ما يوجب تغييره ولا يتعلق بما ليس بثابت الا بالنص في الاضافة اليه والنص ثابت في الاضافة الى
ان قوله املك بدون قوله فيما استقبل وفي المسألة الثانية به ولا يجعل قوله املك عبارة عن الاستقبال وان كان اللفظ موضوعا له
ايضا لانعدام دليل تغير الحالة وعدم الاضافة الى ما ليس بثابت ● وعلل القدوري في كتاب التقريب لابي حنيفة ان العبد له ملك يضاف
اليه حال الرق على وجه المجاز ● قال النبي صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبائع ويقال دابة العبد وثوبه وله ملك في
المستقبل يضاف اليه على الحقيقة وهو ما بعد الحرية ومن اصله ان اللفظ لا يحمل على الحقيقة والمجاز فوجب حمله على احدهما فاعتبار
الحال اولى لانه اعم ولانه يجوز ان يملك في المستقبل ويجوز ان لا يملك واذا حملت اليمين على حال الرق لم يعتق ما يملكه حال الحرية لما ان حمل
اللفظ على الحقيقة اولى من حمله على المجاز ولان اذا حملناه على ما بعد العتق صححنا اليمين واذا حملناه على الحال ابطلنا اليمين وحمل
كلامه على الصحة اولى كذا في عتاق التقريب **قوله** قال ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت
الوصية ● اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الوصية للحمل تصح لانه من اهل استحقاق الحقوق ولهذا يستحق الميراث فالوصية اخت
الميراث لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيستحقها ايضا ولكن بشرط ان يعلم وجوده وقت الوصية بان ولدت لاقل من ستة
اشهر من وقت موت الموصي على ما ذهب اليه الليث في كتاب نكت الوصايا والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي او من وقت الايصاء
على ما ذهب اليه ابو جعفر الطحاوي وصحح على ما ذهب اليه الطحاوي شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فاما اذا ولدت
لستة اشهر او لاكثر فلا وصية له لاحتمال الوجود والعدم وحينئذ فلا يجعل مستحقا بالشك وتقدير ابن الحصة للحمل حينئذ لا يجوز
وتبرر الوصية للحمل حيث يجوز لان الهبة تمليك محض ولا ولاية لاحد على الحمل في ان يملكه شيئا والوصية فيها معنى الاستخلاف
حيث جعله الموصي خليفة في بعض ماله وهو يصلح لذلك بدليل خلافته في الارث وكذا الوصية بالحمل ايضا جائزة لوجوده وقت
الوصية لان الكلام فيما اذا علم وجوده بولادته الى اقل من ستة اشهر وجملة الكلام فيه ما قال الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي اما الوصية بالحمل كما لو اوصى لرجل بما في بطن جاريته ولم يكن ذلك الولد من المولى او اوصى له بما في بطن دابته اذا علم انه ثابت
موجود في البطن وقت الوصية فان الوصية جائزة ومعرفة ذلك بان جاءت لاقل من ستة اشهر من وقت موت الموصي وذكر الطحاوي
انه تعتبر المدة من وقت الوصية ولو ولدت ولدا لستة اشهر بعد موت الموصي او لاكثر فان الوصية باطلة لجواز ان يكون الولد جاءت
بعد هذا الا اذا كانت الجارية في العدة فحينئذ لاجل ثبوت النسب يعتبر الى سنتين وكذلك في حق الوصية يعتبر الى سنتين وان لم يكن
في العدة فحينئذ يعتبر من ستة اشهر ففي الجارية والولد سواء ولو اوصى بالجارية لانسان وبما في بطنها للاخر فانه يجوز الا اذا ولدت
ولدا لاكثر من ستة اشهر بعد موت الموصي او لستة اشهر فحينئذ لا يجوز الوصية في الولد وكلاهما يكون للموصى له الجارية واما
الوصية للحمل فكما اذا اوصى بثلث ماله لما في البطن فلانة فانه يجوز اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت موت الموصي وذكر الطحاوي
انه يعتبر من وقت الوصية ● وكذا لو اوصى بثلث ماله لما في بطن دابة فلان لينفق عليها فانه يجوز الوصية اذا قبل ذلك صاحبها ويعتبر
فيه المدة على ما ذكرنا ولو اقر لما في بطن فلانة فذلك على ثلاثة اوجه في وجه يجوز بالاجماع وفي وجه لا يجوز بالاجماع وفي وجه اختلفوا
فيه فاما الوجه الذي يجوز بالاجماع فهو ما اذا اقر بمال وبين السبب كما اذا اقر لما في بطن فلانة على الف درهم لاني قد استهلكت ماله
او سرقت او غصبت فهذا كله سبب صحيح يجوز اقراره به فاما الوجه الذي لا يجوز بالاجماع فهو كما اذا قال لما في بطن فلانة على الف درهم
لاني قد استقرضت منه فهذا لا يجوز لانه احال في كلامه ● واما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو كما اذا قال لما في بطن فلانة
على الف درهم مطلقا فهذا الاقرار باطل لان الاقرار المطلق يحمل على المداينة وذلك محال من الولد الذي لم يولد بعد وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف وعند محمد هذا الاقرار صحيح كذا في شرح الطحاوي وقد مر الاقرار للحمل بوجوهه الثلاثة في كتاب الاقرار
قوله وبابها واسع اي باب الوصية والدليل على سعة بابها ان الوصية يصح في غير الموجود ● الا ترى الى ما قال الكرخي
في مختصره في رجل اوصى له بثمرة بستان وهو يخرج من ثلثه ثم مات فان ابا حنيفة قال في ذلك ان كان فيه ثمر فليس له الا
تلك الثمرة فان لم يكن فيه ثمره فله ثمرته ابدا من الثلث وان اوصى له بغلته فله غلته ابدا من الثلث لان الغلة على الابد والثمرة على
القائمة بعينها ليس له غيرها وان كان البستان ليس له مال غيره واوصى بغلته لرجل ابدا او بنيه غلة او ليس فيه ثمره فيه ثلث ماله

ثمر

ثلث الثمرة التي فيه وثلث ما يستقبل من ثمرته الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** قال ومن اوصى بجارية الا
حملها صحت الوصية والاستثناء ● اي قال القدوري في مختصره يعني يكون الجارية للموصى له بها ويكون الحمل للورثة وذلك لان لفظ
الجارية لا يتناول الحمل لغة لانه لا يفهم منها فاذا كان كذلك صح افراد الام بالايصاء باستثناء الحمل واستحقاق الموصى له الحمل
عند اطلاق الوصية بالجارية اعني عند عدم استثناء الحمل على طريق التبعية للام لا باعتبار ان الجارية تتناوله لغة ولان
ما صح افراده بالعقد صح استثناؤه وقد صح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه وما لا يصح افراده لا يصح استثناؤه كما في شراء جارية
الا حملها **قوله** وقد مر في البيوع اي في باب البيع الفاسد **قوله** قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية اي قال
القدوري في مختصره وذلك لان الوصية تبرع فيجوز الرجوع فيه كما في الهبة بل بالطريق الاولى لان الهبة تتم بالقبض والوصية
لا تتم الا بالقبول بعد موت الموصي فاذا جاز الرجوع في الهبة مع تمامها لكونها تبرعا فلان يجوز الرجوع في الوصية قبل التمام
بالطريق الاولى لانه لا الزام على المتبرع والى هذا اشار بقوله وقد حققناه في كتاب الهبة ولان الوصية لا تتم الا بقبول
الموصى له والقبول موقوف على موت الموصي فقبل موته يكون ايصاء الموصي مجرد ايجاب بلا قبول وابطال الايجاب بلا قبول
صحيح كما في البيع **قوله** قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا ● اي قال القدوري في مختصره
اما صريح الرجوع فكقوله رجعت عن الوصية فهو صحيح لما قلنا ان الوصية تبرع والقبول فيها موقوف على الموت وكذا دلالة الرجوع
لان الدلالة تعمل عمل الصريح ولهذا كان الثابت بالدلالة كالثابت صريحا فاذا فعل الموصي ما يدل على الابطال قام مقام قوله
ابطلت وصيتي كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا فعل المشتري ما يدل على ابطال خياره ● وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي
رحمه الله ● قال في الاصل اذا اوصى رجل لرجل بثوب ثم قطعه وخاطه قميصا او بقطن ثم غزله او بغزل ثم نسجه او بحديد ثم صنع
منها اناء او سيفا او بفضة تبر ثم صاغ منها خاتما او غير ذلك او بسويق ثم لته او بدار ثم بنى فيها فهذا كله رجوع ولو اوصى
بقطن ثم حشا به او ببطانة ثم بطن منها قباء او بظهارة ثم ظهر بها ثوبا او اوصى بثوب او بعبد ثم باعه ثم اشتراه ثم مات
وهو عنده فهذا رجوع وقد بطلت الوصية وكذلك لو اوصى بشاة ثم ذبحها او بقميص ثم نقضه فجعله قباء فهذا كله رجوع
في الوصية ولو اوصى بثوب ثم غسله او بدار ثم جصصها او هدمها فهذا ليس برجوع في الوصية من قبل انه لم يغير الدار عن
حالها الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله والاصل في ذلك لو فعله الغاصب في ملك الغير انقطع به حق المالك فاذا فعل الموصي مثل
ذلك الفعل بعد الوصية كان ذلك رجوعا منه كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه
سيفا او صفرا فعمله انية ينقطع حق المغصوب منه فاذا فعل الموصي ذلك بعد الوصية كان رجوعا والى هذا اشار بقوله وقد عددنا
هذه الافاعيل في كتاب الغصب لان تعلق حق المالك بملكه اقوى من تعلق حق الموصى له بالوصية فاذا كان هذا الفعل يسقط حق
المالك فلان يسقط الوصية اولى وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به بحيث لا يمكن تمييزها او لا يستحق عليه نقضها كان رجوعا لانه
لا يمكن تسليم العين الموصى بها الا بتسليم تلك الزيادة ولا يجب ذلك عليه فيدل على الرجوع كما اذا لت السويق الموصى به بالسمن
او بنى بناء في الدار الموصى بها وكذا اذا اوصى بقطن ثم حشا به او بثوب فجعله ظهارة او بطانة لانه لا يجب عليه نقض ذلك
لكونه تصرفا في ملكه وهذا بخلاف تجصيص الدار وهدم بنائها حيث لا يكون رجوعا لان البناء تبع والتجصيص زينة وكذا لو غسل
الثوب الموصى به لانه ازالة الوسخ وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع الموصى به ثم اشتراه لان البيع
اوجب زوال الملك فكان لا يبقى الوصية معها واذا ذبح الشاة الموصى بها كان مجرد الذبح رجوعا وكان ينبغي ان لا تبطل الوصية
لانه نقصان كما اذا قطع ثوبا ولم يخطه او هدم بناء دار لكن نقول تبطل الوصية لان الذبح دليل على استبقائه على ملكه فكان
دليل الرجوع لانه تصرف لا يبقيه عادة الى وقت الموت لان اللحم فيما يبقى عادة الى وقت الموت فصار من هذا الوجه دلالة
الرجوع ● قال في التحفة ولو اوصى بقميص ثم فتقه وجعله قباء يكون رجوعا ولو لم يخطه قباء ولكن بتفصيل القميص فيه اختلاف
المشايخ **قوله** فكان تقريرا اي كان غسل الثوب الموصى به تقريرا للوصية لانه يراد به ان يكون الموصى به على النظف
كالنظافة لا يراد به استبقاؤه على ملك نفسه ● الا ترى الى قوله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ● قال الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي الوصية على اربعة اوجه في وجه يحتمل الفسخ من جهة القول والفعل وفي وجه لا يحتمل من جهة القول اما التي يحتمل الفسخ
من جهة القول والفعل جميعا فهو الوصية بالعين لرجل وفسخها من جهة القول ان يقول فسخت الوصية ورجعت عن تلك الوصية
واما الفسخ من جهة الفعل فهو ان يبيعه او يعتقه او يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه ● واما الوجه الذي لا يحتمل الفسخ
من جهة الفعل والقول جميعا فهو التدبير ● واما الوجه الذي يجوز الرجوع عنه بالقول ولا يجوز بالفعل فهو الوصية
بربع ماله او بثلث ماله لو رجع عنه بالقول جاز ولو اخرجه عن ملكه بالبيع والهبة لم تبطل الوصية وتنفذ الوصية من ثلث
الباقي ● واما الوجه الذي يجوز الرجوع عنه من جهة الفعل ولا يجوز من جهة القول فهو التدبير المقيد وهو ان يقول
ان مت من مرضي هذا فانت حر بعد موتي لو رجع منه بالقول لم يصح ولو رجع بالفعل صح كما اذا باعه صار رجوعا يعني اذا باعه ثم
اشتراه لم يبق تدبيره فلو اشتراه عاد الى الحال الاول كذا ذكره الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا **قوله** قال ومن جحد
الوصية لم يكن رجوعا ● اي قال القدوري في مختصره ● واعلم ان القدوري لم يذكر الخلاف في هذه المسألة في المختصر ولم يذكر
الخلاف محمد ايضا في كتبه ولكن جعل الجحود رجوعا في كتاب الوصايا ولم يجعله رجوعا في الجامع الكبير فعن هذا اختلف المشايخ فيه فمنهم
من قال في المسألة روايتان ومنهم من قال ما ذكره في الجامع جواب القياس وما ذكره في كتاب الوصايا جواب الاستحسان كذا ذكره

والمبين النسفي في شرح الجامع الكبير • ومنهم من قال الفرق بينهما لوضع المسئلة لان في كتاب الوصايا جحد فصار رجوعا وفي مسئلة
الجامع لم يجحد ولكن امر انهتو دبان يكذبوا فاذا امره بالكذب لا يكون رجوعا • كذا ذكر الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا
قال الفقيه الصحيح ان يقال ان في المسئلة اختلافا لانه روى عن المعلى ابن منصور انه قال سالت ابا يوسف عن رجل اوصى لرجل
بوصية ثم جحد قال يكون رجوعا وسالت محمدا فقال لا يكون الجحود رجوعا فثبت ان الذي في الوصايا قول ابي يوسف والذي
في الجامع قول محمد الى هنا لفظ الفقيه وحكاية القول فيه ما قال الكرخي في مختصره • قال معلى عن ابي يوسف في نوادره قال
ابو يوسف في رجل اوصى بوصية ثم عرضت عليه من الغد فقال لا اعرف هذه الوصية ادما لم اوص بهذه الوصية قال هذا رجوع
منه في الوصية قال معلى وسالت محمدا عن ذلك فقال لا يكون الجحود رجوعا • وقال محمد في الاصل في رجل اوصى لرجل بعبد ثم اوصى
به لاخر في المسائل التي قدمنا ذكرها ولو لم يوص لاخر ولكن جحد الوصية للاول او قال لم اوص له به فهذا رجوع ولم يصف
محمد القول الى احد قال وكذلك لو قيل له اوصيت لفلان بعبدك فلان فقال لا فهذا رجوع • قال ولو قيل له اوصيت لفلان
بعبدك فلان فقال لا ولكن اوصيت له بفلان له كان رجوعا عن العبد ويوصي له بالامة • وقال في الجامع الكبير في رجل
اوصى لرجل بثلث ماله ثم قال بعد ذلك اشهدوا اني لم اوص لفلان بقليل ولا كثير لم يكن هذا منه رجوعا عن وصيته لفلان
الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله ووجه ما ذكر في الجامع وهو القياس ان قوله لم اوص به كذب محض لانه قد كان اوصى والكذب
ما يتعلق به حكم فيجعل وجوده وعدمه بمنزلة كمن قال لامراته لم اتزوجك ونوى الطلاق لا يقع لانه كذب محض فيجعل
وجوده وعدمه بمنزلة ولان الجحود في الوصية لا يستحق لان وجوبها بالموت ولم يجب في الحال بدليل ان الموصى له لو قبل
في الحيوة جاز رده بعد الوفاة ولو رده في الحيوة جاز قبوله بعد الوفاة فلما ثبت ان وجوبها بعد الموت ولم يجب في الحال
فالموصي صادق في مقالته انه لم يوص له يعني لم يجب له الوصية بعد ولان جحود الوصية نفي لها بما مضى على ان الوصية لم تكن
واقعة وانتفاء الوصية في الحال يلزم من ضرورة نفيها في الماضي منها وما ثبت في ضمن شيء انما يصح اذا ثبت المتضمن ولا يثبت
المتضمن لانه كذب فلا يثبت ما في ضمنه ايضا وهو الانتفاء في الحال لانه بناء على ذلك وكانت الوصية ثابتة في الحال
فلغا الجحود ولان الجحود ليس برجوع بدليل ان الرجوع عن الوصية عبارة عن اثباتها في الماضي وابطالها في الحال
والجحود عبارة عن نفيها اصلا في الماضي والحال جميعا فاذا كان الرجوع اثباتا في الماضي والجحود نفيا في الماضي
لا يكون الجحود رجوعا للمنافاة بين الاثبات والنفي ووجه ما ذكر في كتاب الوصايا وهو الاستحسان وهو ان الجحود
ان كان كذبا محضا الا انه صلح كناية عن الفسخ لان بين الجحود والفسخ موافقة في المعنى الخاص فان الجحود مما ينفي العقد في
الماضي والمستقبل والفسخ مما ينفي العقد في المستقبل فكان بينهما موافقة في المعنى الخاص فان الجحود مما ينفي العقد في الماضي
والمستقبل والفسخ مما ينفي العقد في المستقبل فكان بينهما موافقة في المعنى الخاص فان لعقد العمل عن حقيقته يجعل كناية عن الفسخ
فصار قوله لم اوص لها بمنزلة قوله فسخت وصيته فلان ولو نص على ذلك صح لان الموصي ملك الرجوع عن الوصية بخلاف ما لو قال
لامراته لم اتزوجك لانه لا يمكن ان يجعل كناية عن الفسخ لان النكاح لا يحتمل الفسخ • الا ترى انهما لو تفاسخا لا ينفسخ فتعذر ان يجعل
كناية عن الطلاق لانه ليس بينهما مشابهة لان الجحود ينفي العقد والطلاق مما لا ينفي النكاح وانما يقطع ملك النكاح لا النكاح
ولهذا لا يسقط شيء من المهر الصداق اذا كان بعد الدخول بخلاف ما لو قال لا نكاح بيني وبينك او لست لي بامراة لانه يحتمل الطلاق
بان يريد لست لي بامراة لاني طلقتك لانه لو صرح بذلك استقام فكذا اذا اضمر ولان جحود الوصية يحمل رجوعا عنها لان كل
منكر للشيء ليس براض بوجوده ورادله • الا ترى ان جحود الموكل الوكالة جحد على الوكيل وجحود المتبايعين البيع فسخ وامانة
وجحود المودع فسخ لعقد الوديعة فكذلك هاهنا ولان الرجوع لو لم يحمل على الرجوع كان كذبا وحمل امور المسلمين على الصحة اولى ولان
الجاحد نافي للوصية في الماضي والحال جميعا ونفي الوصية في الحال يصح ما دام الميت غير كان اولى وهذا معنى قوله في المتن لان
الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا **قوله** ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان
فهو حرام وربوا لا يكون رجوعا وهذه المسئلة مع ما بعدها الى الكتاب من مسائل الجامع الكبير الا مسئلة تاخير الوصية وكلها مذكورة
في مختصر الكرخي • وقد ذكرها صاحب الهداية بينها على سبيل التفريع ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهي باطلة يكون رجوعا
وفرق صاحب الهداية بين المسئلتين بان الوصف يستدعي بقاء الاصل يعني ان وصف الوصية بانها حرام او ربوا يقتضي كون اصل
الوصية باقيا لانها لا وجود للصفة بدون قيامها بالموصوف فلما اقتضى الوصف بقاء الاصل لم يكن الوصية بالحرمة او الربوا
دليل الرجوع بخلاف قوله فهو باطلة لان الباطل هو المضمحل المتلاشي فكان قوله فهي باطلة دليل الرجوع لان الوصية بعد
الرجوع وقد قال في شرح الحاكم الجامع الكبير بوجه اخر وهو ان قوله هي باطلة وصف للوصية بما يتصف به بعد الرجوع لان الوصية
بعد الرجوع والفسخ توصف بكونها باطلة • الا ترى ان الموصي يقول وصيته فلان باطلة لاني رجعت عنها فصح هذا الوصف
وانما يصح اذا ابطلت بالرجوع عنها اما قوله فهو حرام حرام عليه او هي ربوا اما بعد الرجوع فلان الوصية لا توصف بكونها حراما او ربوا
فلعن هذا افظاهرلها الميت بحرام ولا ربوا اما بعد الرجوع فلان الوصية لا توصف بكونها حراما او ربوا فلغا هذا الوصف فصار
عنزله ما لو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهي رح **قوله** ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط
قال الكرخي في مختصره • وقال ابن رستم عن محمد لو ان رجلا اوصى بوصايا الى رجل فقيل له انك مشتر فاخر الوصية فقال
قد اخرتها فليس هذا برجوع بوصية ولو قيل له اتركها فقال قد تركتها هذا رجوع عن الوصية • الا ترى انك لو قلت لرجل لك علينه

بن قد تركت بملك دين كان تركا ولو قلت قد اخرت عنك لم يكن تركا الى هنا لفظ الكرخي **قوله** ولو قال العبد
الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة خلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لاخر اي فانه يكون
العبد بينهما نصفين • قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا واذا اوصى لرجل بعبد ثم اوصى بذلك لانه مراد مني بذلك العبد
لاخر فهو بينهما نصفان لان المتنافي وجوزان يستحق شيئا حقان في المتنافي في شيء واحد • الا ترى ان الشفعة تجب
لاثنين ولا اكثر في دار واحدة ويجب القصاص في نفس واحدة لاثنين ويكون لكل واحد منهما الحق على الكمال فكذلك هاهنا
يجب لكل واحد منهما حق الوصية في جميع العبد لا انه لما تضايق حقهما جعل القاضي العبد بينهما نصفين قال الاصل في ذلك
هذه المسائل ان الموصي اذا اضاف الوصية الثانية الى الموصى به لا يكون رجوعا فيكون الوصية لهما جميعا ولو انه اضاف
الوصية الثانية الى الوصية الاولى يكون رجوعا وهو ان يقول العبد الذي اوصيت به لفلان
قد اوصيت به لفلان صار ذلك رجوعا لانه جعل الوصية الاولى للثاني فاذا جعل تلك الوصية للثاني كان رجوعا واما
اذا اضاف الوصية الثانية الى العبد لم يكن رجوعا لانه يجوز ان يجتمع حقان في عبد واحد ولو انه قال العبد الذي
اوصيت به لفلان وقد اوصيت له به لفلان لا يكون رجوعا لان الواو للعطف قد وصل الوصية الثانية بالوصية
الاولى وجعل تلك الوصية الثانية فيصير رجوعا كما قالوا في باب المضاربة اذا دفع الى رجل مالا مضاربة فقال
له خذ هذا المال مضاربة واعمل بالكوفة فليس له ان يعمل في غير الكوفة ولو قال خذ هذا المال فاعمل بالكوفة ليس له ان يعمل
في غيرها لان الفاء للوصل والواو للعطف فلذلك هاهنا **قوله** وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا
عن الاول قال في الجامع الكبير ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهي لفلان وارثي فهو رجوع وهي للوارث ان
اجازها الورثة وان لم يجيزوا فهي ميراث وذلك لانه لما قال لفلان وارثي نقل جميع ذلك الى وارثه وصح النقل لان الوصية
للوارث صحيحة الا انها تقف على اجازة الورثة فكانت الوصية للوارث بثلث ماله كالوصية للاجنبي بما زاد على الثلث فلما
صح النقل كان رجوعا في الوصية لفلان ووصية للوارث فاذا اجازت بقية الورثة جازت ولم تكن للورثة ولم يجيزوا
وابطلت وكان ميراثا للورثة وهذا معنى قوله وقد ذكرنا ما اي فلم الا ايضا للوارث يعني اجازوا الوصية جازت ولا
بطلت **قوله** ولو كان فلان الاخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها يعني لو قال كل وصية اوصيت بها
لفلان فهي لفلان الاخر حين اوصى له ميتا لم يصح الرجوع لانه لم يصح النقل عن الوصية الاولى لان الوصية للميت باطلة
وصار كانه لم يوص لاحد بعد الوصية الاولى • ولو كان فلان حيا ثم مات قبل موت الموصي فهو للورثة اي لورثة
الموصي يعني اذا كان فلان الاخر حيا حين اوصى له صح النقل عن الوصية الاولى ثم اذا مات الموصى له الثاني قبل موت الموصي
بطل الوصية الثانية ايضا بموته قبل الموصي فاذا بطلت الوصيتان جميعا الاولى برجوع الموصي عنها والثانية بموت الموصى له
الثاني قبل موت الموصي

باب الوصية

بثلث المال لما كان المعتبر
في الوصية هو ثلث المال عند عدم اجازة الورثة ترجم هذا الباب بباب الوصية بثلث المال لان فيه مسئلة الايصاء
لواحد بالثلث وللاخر بالثلث ايضا ومسئلة الايصاء لواحد بالثلث وللاخر بالسدس ومسئلة الايصاء لواحد بجميع المال وللاخر
بالثلث وما شابه ذلك فيكون الوصية زيادة على الثلث لا تجاوز **قوله** قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بثلث ماله
ولم يجز الورثة فالثلث بينهما اي قال القدوري في مختصره وانما قيد بقوله ولم يجز الورثة لانه اذا اجاز الورثة يضرب كل واحد
من الموصى لهما بوصيته فيكون لهما الثلثان والثلث للورثة فاذا انعدمت الاجازة كان الثلث بينهما نصفين والثلثان للورثة
لانهما تساويا في سبب الاستحقاق لانه ليس واحد منهما احق بثلث المال من الاخر وهو التساوي في سبب الاستحقاق يوجب
التساوي في نفس الاستحقاق لان ثبوت الحكم بقدر ثبوت العلة فيكون ثلث المال بينهما نصفين لانه هو محل الوصية وهو قابل
للشركة **قوله** وان اوصى لاحدهما بالثلث وللاخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا وهذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لان ثلث المال يضيق عن حق الموصى لهما لان حقهما يزيد على الثلث بسدس وكل واحد منهما يدلي بسبب صحيح فيقسمان على قدر
حقهما فيكون لصاحب السدس سهم ولصاحب الثلث سهمان والاصل عند ابي حنيفة ان من يدلي بسبب صحيح يضرب
بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث غرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه وكل من لا
يدلي بسبب صحيح فانه يضرب بقدر ما يصيبه حالة المزاحمة كما في مسئلة الدعوى اذا ادعى اثنان دارا في يد اخر احدهما جميعها
والاخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
الدار بينهم اثلاثا وكذلك في الموصى له باكثر من الثلث لا يضرب عند ابي حنيفة بجميع حقه • وقال ابو يوسف ومحمد يضرب
كل واحد منهم بجميع حقه كاصحاب العول والفرق بين السبب الصحيح وغير الصحيح على قول ابي حنيفة ان كل سبب يتعلق به الاستحقاق
من غير انضمام معنى اخر اليه فهو سبب صحيح وما لا يتعلق به الاستحقاق الا بمعنى ينضم اليه ليس بسبب صحيح • الا ترى ان الدعوى
لا يتعلق بها الاستحقاق الا بانضمام معنى اخر اليها اما اقرار او بينة او حكم حاكم فاذا كان كذلك انقسمت الدار عند المنازعة على الدعاوى
قال ابو حنيفة لا دعوى لمدعي النصف في النصف الاخر فسلم ذلك لمدعي الجميع وفي النصف الاخر استوى دعواهما فكان بينهما
فكان لمدعي الجميع ثلاثة ارباعه ولمدعي النصف الربع وعندهما يضرب كل واحد بجميع دعواه لان للاسباب كلها سواء فيأخذ مدعي

الجميع اثنين ومدعي النصف سهما فكان اثلاثا ٭ وجه قول ابي حنيفة ان السبب الذي لا يتعلق به الاستحقاق بنفسه اضعف من السبب الذي يتعلق به الاستحقاق بنفسه بدليل ان الهبة والوصية اللتين لا يتعلق الاستحقاق بعقد هما موقوف من البيع الذي يتعلق بنفسه الاستحقاق بعقد فلو سوينا بينهما في المضاربة لسوينا بين السبب الضعيف والقوي وهذا لا يصح ووجه قولهما ان كل واحد منهما لو انفرد استحق جميع ما يدعيه فاذا اجتمعا ضرب بما يدعيه كاصحاب العول وقد مر بيان هذا في كتاب الدعوى فيمن يقبل نصل التنازع بالايدي ٭ وان اوصى لاحدهما بجميع ماله وللاخر بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة عندهما ٭ وقال ابو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة وهذا لفظ القدوري في مختصره ٭ وانما قيد بعدم اجازة الورثة لانه اذا اجاز الورثة يكون لصاحب الجميع خمسة ولصاحب الثلث سهم واحد عند ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد لصاحب الجميع ثلاثة ارباعه ولصاحب الثلث ربعه والاصل في جنس هذه المسائل ان القسمة عند ابي حنيفة عند اجتماع الوصايا في العين بطريق المنازعة وعند ابي يوسف ومحمد بطريق العول والمضاربة واصل آخر ان الموصى له باكثر من الثلث لا يضرب في الثلث باكثر من الثلث عند عدم اجازة الورثة عند ابي حنيفة وقال لا يضرب وجه قولهما في الاصل الاول ان سهام الوصية تشبه سهام الورثة ثم القسمة بين الورثة عند التزاحم بطريق العول فكذا هاهنا ووجه قول ابي حنيفة ان حق احدهما في كل العين وحق الاخر في بعض العين وصاحب البعض لا يصلح مزاحما لصاحب الكل فيما وراء البعض لانه لا حق له فيه ولا يشبه هذا سهام الورثة لان حقهم في العين حق خلافة ثم يستحقون التركة بناء على حق الخلافة فلا يتحقق التعارض فيما هو انما هذا الحق فقد ثبت في العين ابتداء بايجاب الموصي فيقع التزاحم في المحل ابتداء فجاز ان يعتبر فيه حكم المسالمة والمنازعة ووجه قولهما في الاصل الثاني ان الوصية اخت الميراث والوارث يضرب بكل حقه في التركة هناك فكذا هذا ولابي حنيفة ان الموصى له يضرب بما يستحقه وهو لا يستحق ما وراء الثلث الا باجازة الورثة ولم يوجد الاجازة ثم نقول اجتمعت وصيتان في المال احدهما بالجميع والاخرى بالثلث ولا يدعي صاحب الثلث اكثر من الثلث فيسلم ما زاد عليه لصاحب الجميع واستوت منازعتهما في الثلث فيكون بينهما نصفين فيصير المال على ستة اسهم خمسة لصاحب الجميع من الثلث عنده الا في مواضع ثلاثة الوصية بالمحاباة والوصية بالعتق والالف المرسلة وسيجيء بيان الثلاثة بعد هذا فاما على قول ابي يوسف ومحمد فالقسمة بطريق العول والمضاربة يضرب صاحب الجميع بالجميع والاخر بالثلث فاجعل الثلث سهما والجميع ثلاثة فيقسم المال بينهما ارباعا عند الاجازة وعدمها جميعا لان المذهب عندهما ان الموصى له باكثر من الثلث يضرب به في الثلث وهذا الخلاف في حقوق اجتمعت في المال فوق الثلث اما اذا اجتمعت في الثلث فانه يقسم الثلث بينهم بطريق العول بالاجماع لتسهمه في حقوق الورثة لانه لا يقف على اجازة احد ٭ قال في المختلف قال الحسن بن زياد ما قاله ابو يوسف قبيح لانه يصيب الموصى له بالثلث عند الاجازة مثل ما يصيبه عند عدم الاجازة فانه يصيبه عند عدم الاجازة ربع الثلث والان كذلك بل يجب ان يقسم الثلث اولا وهو اربعة من اثني عشر سهما نصفان لان الاجازة في قدر الثلث ساقطة العبرة فبقي ثمانية اسهم وهو الثلثان فصاحب الجميع يدعي كله وصاحب الثلث لا يدعي من ذلك الا سهمين فانه يقول حقي في الثلث وذلك اربعة وقد وصل الي سهمان بقي حقي في سهمين فلا منازعة فيما وراء السهمين وذلك ستة فيعطي للموصى له بالجميع ستة اسهم بلا منازعة بقي سهمان فقد استوت منازعتهما فيهما فيقسمان فيصيب كل واحد منهما سهم فصار للموصى له بالثلث ثلاثة اسهم من اثني عشر سهما وذلك ربع الكل فافادة الاجازة في حق صاحب الثلث ٭ وقال في شرح الطحاوي والاصل عند ابي حنيفة ان الموصى له باكثر من الثلث لا يضرب باكثر من الثلث الا في ثلاث مواضع في الوصية بالعتق وفي المحاباة وفي الدراهم المرسلة واذا كانت الوصية اقل من الثلث او الربع او السدس ونحوه فانه يضرب بجميع وصيته عند ابي حنيفة وعندهما يضرب بجميع وصيته في المواضع كلها وتفسير الوصية بالعتق وهو انه اذا اوصى بعتق هذين العبدين وقيمة احدهما الف وقيمة الاخر الفان وليس له مال غير هذين العبدين فان اجازت الورثة فانهما يعتقان معا وان لم يجيزوا فانهما يعتقان من الثلث وثلث ماله الف فالثلث بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي وثلثه للذي قيمته الف ويسعى في الباقي وكذلك في المحاباة اذا كان له عبدان قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة فاوصى بان يباع احدهما من فلان بمائة والاخر بمائة من فلان الاخر فهنا حصلت المحاباة لاحدهما بالالف وللاخر بخمسمائة وذلك كله في حالة المرض فان خرج ذلك من الثلث جاز وان لم يخرج من الثلث ولا اجازت الورثة جازت محاباتهما بقدر الثلث وذلك الثلث بينهما على قدر وصيتهما يضرب احدهما فيه بالالف والاخر بخمسمائة وكذلك في الدراهم المرسلة كما اذا اوصى له بالف درهم وللاخر بالفين وثلث ماله الف درهم فان الثلث يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته وانما يضرب الموصى له في هذه المواضع الثلاث بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال اخر فيخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما اذا اوصى له بنصف ماله وللاخر بثلث ماله او بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه لم يصح لان ملكه وماله او كثر لو خرج له مال اخر يدخل فيه تلك الوصية فلا يخرج من الثلث ٭ وقال الفقيه في كتاب نكت الوصايا رجل اوصى لرجل بنصف ماله ولاخر بثلث ماله اما ان يجيز الورثة او لم يجيزوا فان اجازوا فلصاحب النصف نصف المال وللاخر الثلث ويبقى للورثة سدس المال وان اذا لم يجيزوا فان في قول ابي حنيفة رضي الله عنه الثلث بينهما نصفان

وفي قول ابي يوسف ومحمد صاحب النصف يضرب بالنصف وصاحب الثلث يضرب بالثلث فالنصف والثلث تخرج من ستة النصف ثلاثة والثلث سهمان فذلك خمسة اسهم فيقسم الثلث بينهما على خمسة اسهم وهو قول ابراهيم والشعبي ٭ واما مذهب ابي حنيفة ان الثلث بينهما نصفان لان وصيته لصاحب بما زاد على الثلث باطل لانه اوصى له بما يملك وبما لا يملك فوصيته بما لا يملك جائزة وبما لا يملك باطلة فصار كرجل اوصى لرجل بالف درهم وللاخر بالفي درهم الف من ماله والف من مال جاره وثلث ماله الف درهم جعل الالف سهمانا في قولهم جميعا لان وصيته بالالف من مال جاره باطلة فكذلك هاهنا وصيته باكثر من ثلث ماله باطلة فصار كانه اوصى لهذا بالثلث ولهذا بالثلث واما ابو يوسف ومحمد يقولان ان في زيادته معنيين معنى الاستحقاق على الورثة باكثر من الثلث ومعنى التفضيل لاحدهما على الاخر فبطل معنى الاستحقاق وبقي معنى التفصيل وتفضيل لمعنى لبعض اهل الوصايا على البعض لاحدهما على الاخر جائز ٭ الا ترى انه لو اوصى لاحدهما بالثلث والاخر بالربع فالثلث لا يتسع لهما جميعا فيضرب كل واحد منهما في الثلث بمقدار وصيته فكذلك هاهنا والجواب لابي حنيفة انه يجوز التفصيل اذا صح ذكر الزيادة فلما لم يصح ذكر الزيادة على الثلث لا يصح التفصيل فان قيل لو اوصى لرجل بالف درهم وللاخر بالفين وثلث ماله الف درهم قسم الالف بينهما اثلاثا في قولهم جميعا قيل له هذا لا يشبه ذكر الالف والالفين لان ذكر الالف والالفين لم يكن فاسدا لانه لا يجوز ان يكتسب المال قبل موته حتى يحصل لاحدهما الف وللاخر الفان فلما لم يكن مخرج الكلام فاسدا اقسم على مقدار وصيتهما واما هاهنا فتسميته ما زاد على الثلث باطلة لانه لا يملك اكثر من ثلث ماله واذا لم يجز الورثة فكانه لم يوص باكثر من الثلث فان قيل اذا اوصى بعبد قيمته اكثر من الثلث فلم لا يضرب بذلك كله ومخرج كلامه لم يكن فاسدا الا انه لما مات فقد استحق عليه الورثة فيما زاد على الثلث لان حقهم قد وجب في ذلك العين وفي ذكر الالف والالفين لم يوجد الاستحقاق وقال في نكت الوصايا ايضا رجل اوصى لرجل بنصف ماله وللاخر بربعه فهذا ايضا على وجهين اما ان يجيز الورثة ولم يجيزوا فان اجازت الورثة قسم المال بينهم فصاحب النصف يضرب بالنصف والاخر بالثلث والاخر بالربع فيحتاج الى حساب له نصف وثلث وربع وذلك يخرج من اثني عشر فصاحب النصف يضرب بالنصف والاخر بالثلث وذلك ستة وصاحب الثلث يضرب بالثلث وذلك اربعة وصاحب الربع يضرب بالربع وذلك ثلاثة عشر سهما فقسم المال بينهم على ثلاثة عشر سهما وان لم يجز الورثة قسم المال على ثلاثة عشر سهما وهذا قول ابي يوسف ومحمد وهو قول محمد وابراهيم النخعي واما قول ابي حنيفة فان لم يجز الورثة قسم الثلث بينهم فصاحب النصف يضرب بالثلث ولا يضرب باكثر من ذلك وصاحب الثلث يضرب بالثلث وصاحب الربع يضرب بالربع فقسم المال على احد عشر سهما وان اجازت الورثة لم يذكر جوابه في كتاب الوصايا ولكن ذكر في كتاب الحيل والعين والدين مسئلة تخرج هذه المسئلة على قياس تلك المسئلة على اختلاف الروايتين ٭ وروي عنه ابو يوسف بخلاف ما روى عنه محمد بن الحسن عنه واما الذي يروي عنه ابو يوسف ٭ قال صاحب النصف ياخذ السدس بلا منازعة والسدس بين صاحب النصف وصاحب الثلث نصفان فاجعل الحساب من اثني عشر فصاحب الثلث لا دعوى له لاكثر من اربعة اسهم وصاحب النصف يدعي النصف وذلك ستة فقد فضل على صاحب الثلث سهمان فادفع السهمين لصاحب النصف بلا منازعة فبقي هناك عشرة اسهم فصاحب الربع لا يدعي اكثر من ثلاثة وصاحب الثلث يدعي الثلث وهو اربعة وصاحب النصف ايضا يدعي بقي من دعواه الثلث وهو اربعة فقد فضل كل واحد منهما على صاحب الربع سهم فيعطي لكل واحد منهما سهم لان المال متى بقي هناك ثمانية اسهم بينهم اثلاثا لا يستقيم فاضرب ثلاثة في اثني عشر يصير ستة وثلاثين فالسدس لصاحب النصف قد كان فضل كل واحد منهما على صاحب الربع بينهم سهم وقد صار السهم مضروبا في ثلاثة لكل واحد منهما ثلاثة وقد بقي هناك ثمانية مضروب في ثلاثة فذلك اربعة وعشرون بينهم اثلاثا لكل واحد منهما ثمانية فحصل لصاحب النصف سبعة عشر ولصاحب الثلث احد عشر ولصاحب الثمانية واما في قول ابي حنيفة في تخريج محمد بن الحسن ان صاحب النصف ياخذ السدس بلا منازعة وهو سهمان من اثني عشر كما روى ابو يوسف فبقي من دعوى صاحب النصف الثلث ودعوى صاحب الثلث الثلث ودعوى صاحب الربع الربع فقد اجتمعت دعاويهم في الثلث والربع فصاحب الربع والنصف والربع فصاحب النصف يضرب بالثلث وذلك اربعة وصاحب الثلث باربعة وصاحب الربع بثلاثة فذلك احد عشر وقد بقي من المال عشرة وعشرة على احد عشر لا تستقيم فاضرب احد عشر في اثني عشر فصار مائة واثنين وثلاثين وقد كنا اعطينا صاحب النصف اثنين سهمين مضروب على احد عشر فذلك اثنان وعشرون وبقي هناك مائة وعشرة بينهم على احد عشر لصاحب النصف اربعون ولصاحب الثلث اربعون ولصاحب الربع ثلاثون ٭ وقال القدوري في كتاب نكت الوصايا ٭ وقال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة اذا اوصى لرجل بنصف ماله وللاخر بثلثه وللاخر بجميعه فاجازت الورثة فلصاحب الجميع خمسة وعشرون سهما من ستة وثلاثين سهما من جميع المال وذلك ثلثا المال وسدس سدسه ولصاحب النصف اربعة اسهم وذلك سدس المال وسدس سدسه ولصاحب الثلث ثلثا سدس المال وهو اربعة اسهم وذلك لانك تحتاج الى مال له سدس ولسدسه نصف وله ثلث ولسدسه ثلث فاضرب اثني عشر في ثلاثة يكون ستة وثلاثين فلصاحب الجميع نصف المال بلا منازعة وذلك ثمانية عشر سهما وبقي ثمانية عشر سهما وستة اسهم الا منازعة فيها لصاحب الثلث فيكون بين صاحب الجميع وصاحب النصف وبقي ثلث المال اثني عشر

بينهم اثلاثا لشاركهم فيها وانما قلنا فصاحب الجميع يضرب بجميع المال ستة وصاحب النصف بثلاثة وصاحب
الثلث بسهمين فلذلك احد عشر سهما • قال في شرح الطحاوي ومن اوصى لرجل بربع ماله ولآخر بنصف ماله فان
اجازت الورثة فنصف المال يكون للذي اوصى له بالنصف والربع للذي اوصى له بالربع ويبقى الربع بين الورثة
على فرائض الله تعالى وان لم تجز الورثة فانما تجوز الوصية من الثلث ويكون ثلث المال بينهما على سبعة اسهم اربعة اسهم
للموصى له بالنصف وثلاثة اسهم من ذلك للموصى له بالربع وهذا عند ابي حنيفة وعند صاحبيه يقسم بينهما على ثلاثة
اسهم سهمان للموصى له بالنصف وسهم للموصى له بالربع وانما يقسم على سبعة عنده لان من مذهبه ان الموصى له بالنصف
لا يضرب له الا بالثلث والموصى له بالربع يضرب له بالربع فاحتجنا الى حساب له ثلث وربع وذلك اثنى عشر الثلث
من ذلك اربعة والربع ثلاثة فيجعل فيما بينهما على سبعة فذلك ثلث المال فثلثا المال اربعة عشر وجميع المال احد
وعشرون فيجعل المال احدا وعشرين سهما من ذلك للموصى لهما فاربعة للموصى له بالنصف وثلاثة للموصى له بالربع
وعندهما يقسم المال على ثلاثة اسهم لان الموصى له بالنصف يضرب بجميع وصيته عندهما والموصى له بالربع يضرب بالربع
مثل نصف النصف فيجعل كل ربع سهما فالنصف يكون سهمين والربع سهما فيكون ثلاثة فيقسم بينهما على ثلاثة سهمان للموصى
له بالنصف وسهم للموصى له بالربع وهذه المسائل وان لم تذكر في الهداية ذكرناها هنا لتشحيذ الخواطر وتكثير الفوائد
قوله ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث يقال ضرب له في ماله سهما اي جعل فعلى هذا يكون معنى قوله
في المختصر على حذف المفعول اي لا يجعل له شيئا منه ولا يعطيه كذا في المغرب وذكر فيه ايضا ضرب في الجزور بسهم اذا اشترك فيها
واخذ منها نصيبا • وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث اي يأخذ منه شيئا بحكم ما له من الثلث قوله الا في
الخلافية اي في المسألة المختلف فيها وهي مسألة الايصاء لاحدهما بجميع ماله ولآخر بالثلث قوله ان الموصي قصد
الشيئين الاستحقاق والتفضيل • بيانه ان غرض الموصي من ايصائه بالجميع لواحد وبالآخر بالثلث شيئان احدهما الاستحقاق
على الورثة فيما زاد على الثلث والآخر تفضيل بعض اهل الوصايا على البعض فامتنع الاستحقاق لمانع وهو حق الورثة ولا مانع
من التفضيل فثبت التفضيل فيضرب صاحب الاكثر في الثلث بقدر نصيبه كما في الصور الثلث من المحاباة والسعاية
والدراهم المرسلة اي المطلقة لان الارسال والاطلاق واحد في اللغة وفسر الكرخي في مختصره ذلك بقوله والوصايا
المرسلة ما كان وصية بشيء بغير عينه ولا يكون منسوبا الى جزء من المال وهو ان يقول قد اوصيت لعمرو بالف درهم ولزيد بمائة
دينار وما كان في معنى هذا فان ابا حنيفة كان يضرب لاصحاب هذه الوصايا في الثلث بجميع ما سمي لكل واحد منهم وان جاوز
ذلك وصيته الثلث الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قوله وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة يعني
ان وصية الموصي بما زاد على الثلث وصية بغير المشروع لانه لا يملك ذلك اذا لم يجز الورثة فاذا لم يثبت الاستحقاق في الزيادة
على الثلث لا يثبت التفضيل ايضا لانه تبع على الاستحقاق ثابت في ضمنه فاذا انتفى المتضمن انتفى ما في ضمنه كالمحاباة الثابتة في
ضمن البيع اذا صح البيع صحت واذا ابطل بطلت ولذا كما ذكرنا قبل هذا ان ابا حنيفة قال كل من ادلى بسبب صحيح يضرب بجميع دعواه
ومن لم يدل بسبب صحيح لم يضرب بجميعها فصاحب الجميع لا يدلي بسبب صحيح • الا ترى انه لا يستحق وصيته ابدا الا باجازة
من جهة غير الموصي فصار كالوصية بثلث مال الغير وليس كذلك الموصى له بالثلث لان سببه على الانفراد يستحق به من غير اجازة
ولا حكم في جميع الاحوال فصار كاصحاب العول والديون بخلاف مواضع الاجماع من المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لان الوصية
ثمة صحيحة في مخرجها لانها مشتملة في الجملة من اجازة الورثة لانه يجوز ان يكتسب مالا قبل الموت فتخرج هذه الوصايا من الثلث فعلم
ان الوصية لم تقع في مخرجها ولا يقال يرد على ما قلتم في الوصية المرسلة الوصية بعين من التركة مثل عبد او فرس او ثوب مثلا قيمته
تزيد على الثلث حيث لا يضرب فيه الموصى له باكثر من الثلث وان كان يحتمل ان يخرج من الثلث ايضا بان يصيب مالا بالاكتساب لانه ثمة
حق الورثة تعلق بعين التركة لانه لما مات استحق عليه الورثة فيما زاد على الثلث من ذلك العين فكان الوصية متعلقة بعين ما تعلق
به حق الورثة ظاهرا قبل ان يظهر زيادة في المال فلم يصح ولهذا لم يضرب الا في الثلث • الا ترى ان ذلك العين اذا
هلكت بطلت الوصية وفي الدراهم المرسلة ونحوها لم تتلاق الوصية حق الورثة ظاهرا لانه وقع بمال مرسل لا بمحل بعينه ولهذا
اذا هلكت تنفذ الوصية فيما يستفاد بعد ذلك فلم تكن الوصية متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة فكان الوصية في مخرجها
صحيحة ولهذا ضرب الموصى بالثلث بما زاد على الثلث • وقال في التحفة واجمعوا في حق وصايا انه يضرب بما سمي له وان جاوز
عن الثلث في العتق الموقع في المرض وفي العتق المعلق بموت الموصي وهو التدبير وبالمحاباة في المرض وفي الوصية بالاعتاق
بعد الموت وبالوصية المرسلة وهو الوصية بشيء بغير عينه منسوبا الى جزء من المال نحو الوصية لفلان بالف درهم قوله
قال وان اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة وان اوصى بمثل نصيب ابنه جاز • اي قال القدوري في مختصره وروى الحسن بن زياد عن
زفر انه اذا اوصى بنصيب ابنه صح كذا في شرح الاقطع ولنا ان نصيب الابن هو ما يستحقه من الارث فكانه اوصى له بما يستحقه ابنه
بعد موته فلا يصح ولان الوصية تتعلق بملك الغير فلا تصح كما لو اوصى له بمال زيد وجه قول زفر انه اوصى بما يملكه في الحال وانما
يصير للابن في الثاني وذلك لا يمنع صحة الوصية اصله الوصية بثلث المال فاما اذا اوصى بمثل نصيب ابنه جاز ويكون ذلك وصية
بنصف المال اذا كان له ابن واحد فان اجازه جاز والا كان له الثلث وقال مالك يكون وصية بجميع المال كذا في شرح الاقطع وجه
قولهم انه اوصى بمثل نصيب ابنه ومثل الشيء غيره فهذا يقتضي اثبات النصيب واثبات مثله للوصايا له وجه قول

مالك ان الابن يستحق جميع المال ومثله هو الجميع فكانه اوصى له ابتداء بجميع ماله فيتوقف على اجازة الوارث وجملة القول
فيه ما قال الامام الاسبيجابي لا يخلو اما ان يوصي له بمثل نصيب ابنه او بنصيب ابنه كان له ابن او لم يكن او اوصى له بنصيب
ابن لو كان او بمثل نصيب ابنته لو كانت فلو اوصى له بنصيب ابنه او بنصيب ابنته وله ابن او ابنة فانه لا تصح الوصية
لان نصيب ابنه او نصيب ابنته ثبت بنص الكتاب فاذا اوصى له بنصيب ابنه لرجل بنصيب ابنه فقد اراد تغيير ما فرض الله تعالى
في كتابه فلا يصح ولو اوصى بنصيب ابنه او بنصيب ابنته وليس له ابن ولا ابنة فانه تجوز الوصية لان مثل الشيء غيره لا عينه فيقدر
نصيب الابن ثم يزاد عليه مثله ثم يعطى للموصى له وان كان اكثر من الثلث يحتاج الى اجازة الورثة وان كان ثلثا او اقل منه
فانه يجوز من غير اجازة عرفا اذا اوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد صار موصيا له بنصف جميع المال لان مثل الابن كالابن
ولو كان له ابنان كان المال بينهما نصفين لذلك هاهنا يكون المال بينهما نصفين نصف للابن ونصف للموصى له ان اجاز
الابن وان لم يجز الابن فللموصى له الثلث وان كان له ابنان فالمال يكون بينهم اثلاثا ولا يحتاج الى الاجازة ولو
اوصى بمثل نصيب ابنته وله ابنة واحدة يكون للموصى له نصف المال لان نصيب ابنته نصف المال فمثله يكون نصف
المال ايضا ان اجازت الابنة وان لم تجز فله الثلث ولو كانت له ابنتان فالمسألة بحالها كان للموصى له ثلث المال
لان للابنتين ثلثا المال لكل واحدة ثلث فمثل نصيب احديهما يكون ثلاثة ايضا فالثلث يكون للموصى له ولو اوصى بنصيب
ابن لو كان فالجواب فيه كالجواب فيما اذا اوصى بنصيب ابنه ليعطى له نصف المال ان اجازت الورثة ولو اوصى له
بمثل نصيب ابن متعدد فلا بد ان تقدر نصيب ذلك الابن حتى يكون له مثل ونصيب ذلك الابن سهم ومثله يكون
سهما ايضا فقد اوصى له بسهم من ماله اسهم في الحاصل كذا في شرح الطحاوي قوله فنظر الى الحال اي
نظر في الحال الوصية لا الى ما بعد الموت والمال في حال الوصية مال الموصي فلم يكن وصيته بمال الغير
قوله وجوابه ما قلنا اشار به الى قوله لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت بعد الموت فكان
وصيته بمال الغير قوله ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس
فيتم له السدس ولا يزاد عليه • اي قال القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره قول ابي
حنيفة وروي عن ابي حنيفة رواية اخرى ان له اخس سهام الورثة الا ان يكون اكثر من الثلث السدس فيكون له
السدس • وقال ابو يوسف ومحمد له اقل سهام الورثة الا ان يكون اكثر من الثلث فيكون له الثلث • وقال محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال اذا اوصى لرجل بسهم من ماله ثم يموت فله مثل نصيب احد الورثة الا ان يكون
ذلك اكثر من السدس فيكون له السدس • وقال ابو يوسف ومحمد له مثل نصيب احد الورثة الا ان يكون اكثر من الثلث
فلا يجوز له الا الثلث الا ان يسلم الورثة الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير • وقال القدوري في كتاب التقريب
قال ابو حنيفة اذا اوصى بسهم من ماله فانه لا يزاد على سهام الورثة اخس انصبائهم فيعطى الموصى له ما لم يجاوز
السدس فان جاوزه لم يزد عليه هذه رواية الاصل وفي الجامع الصغير ما لم ينقص من السدس الى هنا لفظ التقريب
وقال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره ومن اوصى لرجل بسهم من ماله فان ابا حنيفة كان يقول ان كانت الفريضة
اقل من ستة اسهم كان له السدس وان كانت الفريضة اكثر من ستة اسهم كان له اخس سهام الورثة • وقال ابو يوسف
ومحمد له مثل اخس سهام الورثة في هذه الوجوه كلها ما لم يجاوز ذلك الثلث فانه ان جاوز الثلث جاز له الثلث ولم
يجز له سواه قال ابو جعفر هو كما قال ابو يوسف ومحمد الى هنا لفظ الطحاوي رحمه الله • وقال الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي ولو اوصى بسهم من ماله فعند ابي حنيفة ينظر الى سدس جميع المال والى اخس سهام الورثة ايهما كان
اقل فله ذلك • وبيان هذا اذا كانت الفريضة من اربعة او ثلاثة فالسدس اقل من اخس سهام الورثة فيعطى اياه ولو كانت
الفريضة اكثر من ستة فلا يعطى له السدس وانما يعطى له اخس سهام الورثة وعند ابي يوسف ومحمد يعطى اخس سهام
الورثة في الاحوال كلها الا اذا جاوز اخس السهام الثلث فحينئذ يعطى له الثلث ولا يعطى الاخس لان الوصية لا تكون
اكثر من الثلث وكذلك هذا الاختلاف فيمن اقر بسهم من داره اختلافا عند ابي حنيفة يقع ذلك على سدس داره وعندهما
البيان الى المقر وكذلك لو اعطى لو اعتق سهما من عبد عند ابي حنيفة يعتق سدسه وعندهما يعتق كله لان العتق عندهما
لا يتجزى ذلك كذا في شرح الطحاوي • قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وحاصله ان السهم اسم
السدس عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما اسم للجزء من حصة الورثة من غير تقدير بالسدس فقد اجمعوا انه
من جملة ما عين للورثة لان السهم اسم لما عين للورثة بالاجماع ثم اختلفوا بعد ذلك بالتقدير • فقال ابو حنيفة
هو مقدر بالسدس وقالا ليس بمقدر فلما كان مقدرا به عند ابي حنيفة تناولت الوصية مثل حق احدهم لكنه
لا يزاد على السدس لانا قد علمنا انه لا يتناول الزيادة وقد يتناول الاقل الى هنا لفظ فخر الاسلام وجه قولهما ان
الوصية اخت الميراث ثم الميراث مخصوص بسهام المواريث فكذا الوصية ينصرف الى السهم المعروف في الميراث لكن
الاقل متيقن مراد لكونه يقينا الا ان يزيد اقل الانصباء على الثلث مثل رجل هلك وترك اختا وعما ومثل امرأة تركت زوجا
واختا واوصى احدهما لرجل بسهم من ماله فيكون موصيا بالنصف فلا يسلم الفضل على الثلث الا بالاجازة ولابي حنيفة
ما روى محمد في الاصل عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه سئل عن رجل اوصى بسهم من ماله فقال له السدس وقال

وقال الفقيه ابو الليث روي عن اياس ابن معاوية ابن قرة انه قال السهم في كلام العرب هو السدس ذكره في كتاب
نكت الوصايا ولان السهم لما رجع الى ما يستحقه اصحاب الفرايض وجب صرفه الى العدل الاعداد مخرجا وهو السته وهذا لان
الاعداد ثلاثة انواع زايد وناقص ومعتدل فالزايد الذي يزيد اجزاوه على جملته والناقص الذي ينتقص اجزاوه عن
جملته والمعتدل الذي لا تزيد اجزاوه ولا تنتقص عن جملته ونظير الاول الاثنا عشر والعشرون ونظير الثاني الثمانية
واجزاوها الثمن والنصف والربع والاثنا عشر كالف اصله ايضا لان نصفه وربعه وسدسه تنقص عن اصله ونصفه وربعه
وثلثه يزيد عليه واما السته فانما يخرج منها النصف والثلث والسدس وجملته مثل اصله لا تزيد ولا تنقص فلذلك
صار اعدل ووجب اقل اجزايها وهو الثلث واورد الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا سوالا وجوابا فقال فان قيل اذا
كان احد سهام المواريث اقل من السدس لم لا يعطى له السدس ايضا قيل له لانه احتمل ان الموصي اراد بالسهم احد سهام
الورثة واحتمل انه اراد به السهم الذي هو معروف عند اهل اللغة ثم الاقل احاطة وتيقن وفي الاكثر شك فيعطى
له الاقل ما يتبين الاكثر فان كان السدس هو الاقل صار كانه اوصى له بالسدس لان ذلك المقدار متيقن فيه
وان كان احد سهام الورثة اقل فبقي الاقل احاطة وتيقن وصار كانه اوصى له بذلك المقدار قالوا في شروح الجامع
الصغير وهذا في عرفهم اما في عرفنا فالسهم والجزء سوا لانه لا يراد به نصيب احد الورثة ولا السدس قوله فان
اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس هو اياس بن معاوية بن قرة وبه صرح الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا
والقدوري في التقريب وفخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وكان اياس بن معاوية بن قرة بن اياس ولاه عمر بن عبد
العزيز قضا البصرة ومات سنة اثنين وعشرين ومائة وكان لاياس جد اسمه صحبة كذا ذكره القتبي وهو من كبار التابعين
وهو المشهود بالذكاء في المثل السايرة فهو اذكى من اياس وذلك معروف في كتب الامثال كالمستقصي وغيره وقد
كتب المدايني على نوادره في كتاب سماه كتاب ذكاء اياس **قوله** قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه
ما شئتم اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الجزء اسم عام يقع على القليل والكثير وكان المراد فيه مجهولا ولكن
الجهالة في الوصية لا تمنع صحتها والورثة قايمون مقام الموصي فاقيم بيانهم مقام بيانه فكان لهم ان يعطوا ما شاوا وقال
الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا واذا اوصى بجزء من ماله او بطايفة من ماله او ببعض من ماله او بشقص
من ماله فللورثة ان يعطوا ما شاوا لان هذا اللفظ يصلح للقليل والكثير لانه يقال جزء من عشرة وجزء من مائة
وجزء من الف فاذا وقع على شي معلوم فالبيان الى الورثة وكذلك اذا اوصى بحظ من ماله وبه صرح الطحاوي في مختصره
وقال الفقيه ابو الليث واذا اوصى بسهم من ماله وله ابنتان وامراة وابوان فله ثلاثة اسهم من ثلاثين سهما لان
الميراث يصير على سبعة وعشرين سهما للبنتين الثلثان وللابوين السدسان ثمانية وللمراة الثمن ثلاثة فعالت بثلاثة اسهم
فيزاد على ذلك مثل اقل سهام الورثة واقل سهامهم سهم المراة فيزاد على سبعة وعشرين مثل سهمها ثلاثة فيصير للابن
وهذا قولهم جميعا وانما يظهر الاختلاف اذا زاد نصيب الموصى له على السدس كذا في كتاب نكت الوصايا وقال الفقيه ايضا
فلو كان له عشر بنين وعشر بنات فله سهم واحد من احد وثلاثين لان لكل ابن سهمين عشرون ولكل ابنة سهم عشرة فذلك
ثلثون ويزاد على ذلك مثل سهم احدى البنات فيصير احدا وثلثين قال ايضا ولو ماتت امراة وتركت ابنتان وابوان وزوج
واوصت بسهم من مالها فالميراث على خمسة عشر للبنتين ثمانية وللابوين اربعة وللزوج ثلاثة ثم يزاد عليه كذا اقل سهام
الورثة وهو سهم احد الابوين وهو سهمان فذلك سبعة عشر وفي الكتاب خرجه على النصف وهو ثمانية اسهم ونصف وقال
ايضا ولو تركت زوجا واختين فللزوج النصف وللاختين النصف فاجعل الميراث من اربعة للزوج النصف سهمان ولكل اخت
سهم ثم يزاد عليه مثل نصيب احد الاختين سهما واحدا فيصير للموصى له الخمس وهذا قول ابي يوسف ومحمد واما ابو حنيفة
فلا يزيده على السدس **قوله** ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس اخر له ثلث مالي واجازت
الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان
فله سدس واحد ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقول سدس مالي لفلان وصية
ثم قال في مجلسه سدس مالي لفلان قال ليس له الا سدس واحد وكذلك ان قال ذلك في مجلسين مختلفين فان قال
سدس مالي لفلان وصية ثم قال في ذلك المجلس ثلث مالي لفلان وصية فاجاز الورثة فله الثلث خاصة ليس له غيره
وكذلك ان قال هذا في مجلسين مختلفين الى هنا لفظ محمد رحمه الله وهذا على الخواص والمراد من فلان في الاية الثانية
هو فلان في الكرة الاولى والنكرة اذا اعيدت والاصل في ذلك المعرفة اذا اعيدت معرفة والنكرة اذا اعيدت معرفة
كان الثاني عين الاول والنكرة اذا اعيدت نكرة كانت الثانية غير الاولى وهو الاصل الا اذا دل الدليل على خلافه الا ترى
الى قوله تعالى كما ارسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول وقال تعالى لولا جاوا عليه باربعة شهداء فاذ لم ياتوا بالشهداء
وقد روي عن ابن عباس في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب عسر واحد يسرين ثم فيما نحن فيه لما عرف السدس
بالاضافة ثم اعاده بالاضافة ايضا كان الثاني عين الاول لانه اعيد معرفة وهذا لا يشكل اذا قال ذلك في مجلس واحد ان له
سدسا واحدا لان الكلام الثاني خرج مخرج التكرار الا ترى ان رجلا لو اقر لرجل بمائة درهم في مجلس واحد مرارا لا يجب
عليه الا مائة واحدة فكذلك ههنا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين رجل طلق امراته في مجلس واحد مرارا البتة عليها بكل قول

تطليقة

تطليقة قيل الفرق بينهما ان الطلاق ابتداء الايقاع والايقاع الثاني غير الاول واما الاقرار فهو خبر يحتمل انه اراد
به اقرارا اخر ويحتمل انه اراد الاقرار الاول والاقرار الاول له سبب تام فينصرف اليه بيانه فهذا ان المطلق لو اقر في مجلس
واحد مرارا انه طلق زوجته امس لا يكون الا تطليقة واحدة فكذلك حال الاقرار والوصية واما اذا اقر بالسدس في مجلسين مختلفين
لا يكون الا سدس واحد لان الوصية وجوبها بعد الموت الا ترى ان قبول الوصية وردها لا يعتبر حال حيوة الموصي وانما يعتبر
بعد موته فاذا ثبت ان وجوب الوصية بعد الموت يستوي فيه المجلس وغير المجلس واما اذا اوصى له بالسدس ثم الثلث يكون له
الثلث بحسبه لان الثلث متضمن للسدس فيحمل على انه زاد في وصيته على السدس فان قلت يرد على ما ذكرتم من الاصل في اعادة
الكلمة معرفة او نكرة **قوله** تعالى انا انزلنا عليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب الاول القران ومن
الثاني غير القران من التورية وغيرها فينتقض قولكم ان المعرفة اذا اعيدت معرفة كانت الثانية عين الاولى وكذلك
قوله تعالى في سورة الروم الله الذي خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد قوة ضعفا وشيبة لان المراد
من الضعف الثاني من القوة الاولى وهو قوة الشبيبة فتناقض قولكم ان النكرة اذا اعيدت ولكن الاصل قد يترك لكن
كانت الثانية غير الاولى قلت لا نسلم التناقض لان قلنا الاصل ما قلنا ونحن على ذلك لما بينا من الدليل ولكن
الاصل قد يترك اذا دل الدليل على خلافه الا ترى ان الحقيقة تترك وان كانت اصلا اذا دل دليل المجاز وفي
الايتين الواردتين قد دل الدليل على ترك ما قلنا من الاصل لانه لو كان المراد من الكتاب الثاني هو الاول لكان المصدق
والمصدق واحدا وذلك لا يجوز في الاية دليل على انهما غيران لانه قال مصدقا لما بين يديه من الكتاب فلو كان الكتاب
واحدا لقال مصدقا لنفسه ولذا في الاية الثانية دل دليل على ترك ذلك الاصل لانه لا شبهة على من له ادنى لسان ان الاية
نطقت بكمال قدرة الله تعالى على تحويله الانسان من حال الى حال من ضعف الى قوة ومن قوة الى ضعف والضعف الذي
هو ضعف الطفولية فكان المراد من الضعف الثاني هو المراد الاول والقوة التي قبل ضعف الشيخوخة والهرم هي قوة
الشباب فكان المراد من القوة الثانية هي الاولى وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا واذا قال
الرجل ثلث داري لفلان او سدس داري لفلان او ربع داري لفلان ثم مات كان ينبغي في القياس ان يكون هذا باطلا
وفي الاستحسان يجوز ويكون وصية يعني يكون وصية بلا ذكر الوصية اذا كان القول في المرض وجه القياس ان ظاهر
كلامه الهبة والهبة لا تتم الا بالقبض الا ترى ان قال عبدي هذا لفلان كان ذلك وصية ولا يجوز الا بالقبض
فكذلك ههنا ووجه الاستحسان ان ذكر الثلث والربع يجري في باب الوصية والحال حال الوصية اذا كان الرجل مريضا
واذا كان الحال حال الوصية صرف كلامه الى الوصية تحريا للصحة كلامه ولو قال عبدي هذا لفلان او داري هذه لفلان
فهذا منه ولا يحمل على الوصية الا ان يذكر الوصية ويوخذ فيه بالقياس لانه ليس في كلامه دليل الوصية وقال
الفقيه ايضا اذا قال لفلان سدس في داري او ربع في داري او بيت في داري او الف درهم في مالي فهذا اقرار لانه اقر
له بالشركة ولو قال الف درهم من مالي او بيت من داري يكون هبة لان من كلمة ابانة فاذا ابان وسلم اليه جاز وان لم يسلم
اليه لم يجز وان كان هذا القول على اثر الوصية يكون وصية في الاستحسان وليس كقوله في داري لانه اذا قال
من داري فقد اضاف جميع الدار الى نفسه فلا يصلح ان يكون اقرارا واذا قال بيت في داري فظاهر كلامه الشركة
فيصرف كلامه للشركة كذا في كتاب نكت الوصايا وانما كتبت هذه المسايل لكثرة الفوايد **قوله** قال ومن اوصى
بثلث دراهم او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي اي قال القدوري
في مختصره ومعنى قوله وهو يخرج من ثلث ماله اي الثلث الباقي بعد هلاك الثلثين يخرج من ثلث بقية مال الموصي وقال
محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يوصي للرجل بثلث ثلاثة دراهم فهلك درهمان من تلك الدراهم
ويبقى درهم وذلك الدرهم يخرج من الثلث قال يكون له الدرهم كله وكذلك اذا اوصى بثلث ثياب له من صنف واحد فهلك
ثلثاها وبقي الثلث فله الثلث الباقي كله وان اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فهلك اثنان وبقي واحد لم يكن له الا ثلثه وكذلك
الدور المختلفة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال للموصى له ثلث الدرهم الباقي لا غير وعلى هذا الاختلاف كل ما كان من
جنس واحد كما لو كان له ثلاثة اثواب من صنف واحد فاوصى لرجل بثلث هذه الاثواب الثلاثة او كان له ستا فاوصى بثلثها
لرجل فهلك اثنان وبقي واحد فعندنا للموصى له جميع الثوب الباقي وجميع الشاة الباقية وعند زفر له ثلث الثوب الباقي وثلث
الشاة الباقية وكذلك المكيل وكذلك الموزون ولو كانت التركة من اجناس مختلفة بان كان له ابل وبقر وغنم فاوصى بثلث هذه
الاصناف لرجل فهلك صنفان وبقي صنف واحد يعني بقي الابل او بقي البقر او بقي الغنم فللموصى له ثلث الباقي في قولهم جميعا وجه قول
زفر ان الموصي لما مات بقي المال مشتركا بين الورثة والموصى له والمال المشترك اذا هلك بعضه هلك على الشركة وما بقي يبقى على الشركة
فكذلك ههنا الذي هلك هلك اثلاثا والذي بقي بقي اثلاثا ونقول نحن نأخذ وهو القياس وجه قول ابي حنيفة وصاحبيه
ان التركة اذا كانت جنسا واحدا فحق الموصى له في الثلث لم يزل الا في الثلث الشايع لان ما يحتمل القسمة فتسمية الجزء من جملته
وتسميه العدد من ذلك سوا الا ترى ان العشر من عشرة اقفزة والقفيز سواء ولولا ذلك لم يكن للقاضي حق الاجبار
في القسمة بل القاضي ان يفرز نصيب الموصى له من هذه الدراهم الثلاثة من عينه الموصى له ولو امتنع احد الورثة يجبره القاضي على ذلك
ولو كان حق الموصى له في الثلث الشايع لم يكن للقاضي ولاية الجبر في القسمة وولاية الافراز اجتماع غيبة بعض الشركاء فكانت الوصية

ثلث ثلاثة دراهم كالوصية بالدرهم ولو كانت الوصية باسم الدرهم بقيت الوصية بكمالها اذا كان يخرج الدرهم من الثلث
فكذلك هاهنا مثاله من باع قفيزا من الحنطة فهلك جميع الحنطة الا قفيزا واحدا انصرف البيع الى القفيز الباقي حتى يؤمر البائع ب
بتسليمه الى المشتري فكذلك الوصية • قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وقد اتفقوا انه لو استحق الدرهمان وبقي
درهم فالدرهم الباقي للموصى له فكذلك اذا هلك الدرهمان وبقي الدرهم قال وكذلك الثياب من صنف واحد وان لم تكن
الثياب اشياء لا امثال لها ولهذا تضمن بالقيمة لا بالمثل ولو باع احد الاثواب الثلاثة لا يصح ولكنه الحق الاثواب ب
اذا كانت من جنس واحد في باب الوصية بالامثال المتساوية لان القسمة من باب القضاء والتفاوت بين الثياب في الجنس
الواحد قليل فكان للقاضي ان يلحقها بالامثال المتساوية بخلاف البيع لان البيع ليس من باب القضاء وبخلاف الاتلاف
لان ضمان العدوانات معتبر بالمثل والقضاء بالقيمة اقرب الى المماثلة من حيث المالية التقوم فتماثل القيمة المتلف
متعين على كل حال والثوب لا يماثل المتلف معنى على كل حال وقد يماثله في الصفة وقد لا يماثله في الصفة فكان المثل
ارجح وكان القضاء بالقيمة اولى فاما اذا كانت الوصية بثلث الاجناس المختلفة لحق الموصى له في المتاع دون المفرز حتى لو
لا يكون للقاضي ولاية الاقرار والجبر على القسمة فلا يكون القضاء بمثلها كالقضاء بواحدها فكانت وصيته بثلث كل واحد
منها والدور المختلفة كالاجناس المختلفة لكثرة التفاوت بين الدارين في المنفعة في الضيق والسعة وقرب الماء وبعده والامن
وحسن الجيران ونحو ذلك فكانت ملحقة بالاجناس المختلفة فكان للموصى له ثلث الباقي وكذلك الرقيق الثلاثة من جنس واحد
بمنزلة الاجناس المختلفة لكثرة التفاوت ولهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد بغير عينه اذا لم يبين النوع كما في الاجناس المختلفة
هكذا اجاب محمد في الجامع الصغير في الدور والرقيق بلا خلاف وقيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله فاما على قولهما فالدور
جنس واحد وكذلك الرقيق جنس واحد فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لان للقاضي ان يقسم قسمة واحدة فيجمع
نصيب كل واحد منهم في عين باعتبار القيمة لاتحاد الجنس الى هذا مال الفقيه ابو الليث وفخر الاسلام وقاضي خان وقيل ان
المذكور في الجامع الصغير قول ابي حنيفة لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له القسمة ويجوز له ان يميل الى مذهب ابي
حنيفة فقبل القسمة لم يكن الرقيق ملحقا بالامثال المتساوية فصار نظير الاجناس المختلفة اذا هلك اثنان منها كان للموصى له ثلث
الباقي بالاجماع فكذا هنا وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا الاصل في هذه المسائل اذا اوصى لرجل بثلث شيء فهلك
الثلثان او استحق الثلثان وبقي الثلث فان كان الشيء مما يحتمل القسمة انصرفت الوصية الى الباقي وان كان الشيء مما لا يحتمل القسمة ل
لم يكن للموصى له من الباقي الا ثلثه ومثال ذلك ما اذا اوصى بثلث الغنم او بثلث الثياب من جنس واحد والشيء من الحل او الورق فهلك الثلثان
فالباقي كله له لانه لو لم يهلك شيء فارتفعوا الى القاضي كان للقاضي ان يجعل هذا الباقي للموصى له فكذلك بعد هلاك الثلثين جاز
ان يجعل ذلك الثلث له واما اذا اوصى بثلث ثياب مختلفة او دواب مختلفة فهلك الثلثان وبقي الثلث فليس له من الباقي الا ثلثه
لانه لو لم يهلك شيء وارتفعوا الى القاضي لم يكن للقاضي ان يدفع هذا الباقي اليه فكذلك بعد هلاك الثلثين لم يجز له ان يدفع اليه
لانه لم يكن له من الوصية الا ثلثه ولو كان اوصى بثلث العبيد فهلك الثلثان وبقي الثلث في قول ابي حنيفة له ثلث الباقي وفي قول
ابي يوسف ومحمد الباقي كله له لان من اصل ابي حنيفة انه لا يرى قسمة الرقيق لانه عنده بمنزلة اجناس مختلفة وابو يوسف ومحمد
يريان ذلك كذلك اذا اوصى بثلث دور مختلفة فاستحقت الداران وبقيت دار واحدة فهو على هذا الاختلاف لان من اصل
ابي حنيفة انه لا يرى جمع الانصباء في دار واحدة وهما يريان ذلك ولو انه استحق الثلثان وبقي متاع او بقي الثلث فالباقي كله له في
قولهم جميعا كذا في كتاب نكت الوصايا • قوله • قال ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق
الا ثلث ما بقي من الثياب اي قال القدوري في مختصره وهذا الذي ذكره في الثياب المختلفة الاجناس فاذا كانت الثياب من جنس واحد
كان له جميع الثوب الباقي اذا كان يخرج من الثلث كالدرهم الباقي وقدرنا الثياب متفاوتة في قبل هذا • قوله • وكذا المكيل والموزون
بمنزلتها اي بمنزلة الدراهم فيكون له جميع الباقي • قوله • وقيل هذا قول ابي حنيفة وحده اي هذا الجواب في الرقيق والدور المختلفة
اذا بقي واحد وهو انه لا يكون له الا ثلث الباقي وهو قول ابي حنيفة خاصة وعندهما له جميع الباقي وقيل هو قولهم جميعا …
وقد بيناه قبل هذا • قوله • والاول اشبه للفقه المذكور اي الذي قيل ان ذلك الجواب قول ابي حنيفة وحده اشبه بمذهب ابي
حنيفة رضي الله عنه للفقه المذكور وهو انه لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه يجعلها اجناسا مختلفة فيكون عنده
للموصى له ثلث الباقي وعندهما له جميع الباقي لانهما يجعلان جنسا واحدا • قوله • وبعد ذلك يتعذر الجمع اي بدون الاجتهاد
ويتعذر جمع نصيبه … في العبد الواحد والدار الواحدة … هذا وهو ان قبل القسمة لا يلحق الرقيق حكما بالامثال المتساوية
عندهما ايضا يصير كالاجناس المختلفة فيكون للموصى له عندهما ثلث الباقي من الرقيق ولا خلاف اذا في الجواب بيانه ان القاضي يجوز
له ان يقسم الدور والعبيد قسمة واحدة اذا رأى القاضي المصلحة في ذلك بان رآهم متقاربين الا انه قبل ان يرى ذلك فلا يكون
فانها في نفسها متفاوتة غاية التفاوت فكان الاصل فيه ان لا يجمع حق احد الشركاء في عين منها وذهب شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في كتابه … الى ان هذا قول الكل في العبيد والدور جميعا • قوله • قال ومن اوصى لرجل بالف درهم و
وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان لم يخرج دفع اليه
ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف وذلك لان الموصى له شريك الورثة والاصل في الشركاء
ان يوفى حق كل واحد من غير ايقاع بخس في حق الاخر فاذا خرج الالف من ثلث العين دفع الالف من العين الى الموصى له لانه

لا يلزم

لا يلزم البخس في حق احد لانه يصل الثلثان من العين الى الورثة وان لم يخرج الالف الموصى به من ثلث العين لم يدفع
جميع الالف من العين الى الموصى له من العين لانه يلزم حينئذ البخس في حق الورثة بمزية النقد على الدين ولان الدين
ليس بمال منتفع وانما يصير مالا بواسطة الاستيفاء لان الدين وصف ثابت في الذمة فاذا كان كذلك كان الدين
في معنى التاوي ولهذا لو حلف ان لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث وكان القياس على هذا ان لا ياخذ الموصى له
ثلث الدين ولكنا نقول لما انقلب مالا عند الاستيفاء دخل تحت الوصية كالقصاص اذا انقلب مالا يتعلق به حق
الشركاء شارك الموصى له الورثة فيه وان لم يكن له حق في نفس القصاص • وقال الحاكم الشهيد في باب الوصية بالعين
والدين على الاجنبي من الكافي واذا كان للرجل مائة درهم عين ومائتا درهم على اجنبي دين فاوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث
العين اقتسما ثلث المائة العين نصفين لانهما في استحقاق ثلث المائة العين على السواء لتناول الوصيتين اياه على السواء ف
فان خرج من الدين خمسون درهما صارت الى العين وكان جميع ذلك بينهما على خمسة اسهم لصاحب ثلث العين سهمان من ذلك
في العين والباقي مقسوم بين صاحب ثلث المال والورثة على ثلاثة عشر سهما وذلك لان وصية احدهما متعلقة بالعين و
ووصية الاخر مرسلة فالذي وصيته متعلقة بالعين يكون حقه في ثلث العين وهو ثلاثة وثلاثون وثلث درهم
ووصية الاخر في ثلث المال المرسل وقد صار مال الميت مائة وخمسين عند خروج الخمسين من الدين فتبين ان حقه في
في ثلث هذه الجملة وهو خمسون فاجعل تفاوت ما بين الحقين بينهما وهو ستة عشر وثلثا درهم فصار ثلاثة وثلاثون
وثلث ذلك بينهما والخمسون ثلاثة اسهم لحق صاحب العين في ثلاثة وثلاثين وثلث وحق صاحب ثلث المال في جميع
الخمسين فاذا اقتسما الخمسين الذي هو الثلث بينهما احتجنا الى ان يكون للموصى له بثلث المائة العين وذلك عشرون درهما
كله في المائة العين لان وصيته متعلقة وما بقي وهو مائة وثلاثون تكون بين الورثة والموصى له بثلث المال على ثلاثة
عشر سهما لانه شريك الورثة فيقسم ذلك بينهم على قدر الحقوق حق الورثة في عشرة اسهم وحق الموصى له بثلث المال
في ثلاثة اسهم وهو ثلاثون والاصل فيه ان الوصية المرسلة تكون شائعة في كل المال لانه شريك الورثة وحق
الموصى له في الوصية المعينة تتعلق بعين مال الموصي وتقدم حقه على حق الورثة بشرط ان لا يزيد على الثلث
ويكون بمنزلة الغريم في حق التقدم كذا ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي الذي هو
مبسوطه • قوله • واما التعديل النظر فما قلنا اي النظر في حق الموصى له والورثة بايفاء كل ذي حق حقه من غير
بخس في حق الاخر وهو ان لا يختص الموصى له بالعين اذا لم يخرج الثلث من العين • قوله • قال ومن اوصى لزيد
وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد • اي قال القدوري في مختصره وقال الحاكم الشهيد في الكافي ولو
وصى بثلثه لفلان وفلان او بين فلان وفلان ثم مات الموصي ثم مات احدهما كان للباقي نصف الثلث ونصف الثلث
لورثته منهما • وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا على وجوه ثلثة اما ان كان فلان حيا يوم الوصية
ثم مات بعد موت الموصي او قبله او كان ميتا يوم الوصية فان كان حيا بعد موت الموصي فالجواب فيه ما ذكرناه لانه صح اضافة
الوصية اليهما من اهل الاستحقاق في حقهما بموت الموصي فصار نصف الميت وقد ملكه عند موت الموصي ميراثا عنه لورثته
وان مات قبل موت الموصي بطلت حصته وللاخر نصف الثلث لانه صح الاضافة اليهما لانهما من اهل الاستحقاق
للوصية يومئذ ثم بطل في حق من مات منهما قبل ان ينقلب حقيقة فبقي حصة الاخر وان كان فلان ميتا يوم
الوصية فان كان الموصي قال بين فلان وفلان فللحي نصف الوصية ولا شيء للميت لان بين كلمة تقتضي التنصيف فجعل لكل واحد
منهما نصف الوصية ولا شيء للميت فاذا بطل للميت لا يكون للحي الا النصف واما اذا قال لفلان وفلان واحدهما ميت
فالوصية كلها للحي لان الاضافة الى الميت منهما لغو فصار كما لو اوصى لزيد وجدار او حمار وقال الفقيه ابو الليث
في كتاب نكت الوصايا • وروي عن ابي يوسف انه قال ان كان الموصي علم بموت احدهما فالوصية كلها للحي وان
لم يعلم بموته فللحي نصف الوصية لان الموصي اذا لم يعلم فقد قصد لكل واحد منهما نصف الوصية فلا يثبت للحي الا نصف
الوصية • وقال في شرح الطحاوي ولو قال اوصيت بثلث مالي لعمرو ولزيد ان كان فقيرا ينظر ان كان زيد وقت الموت
فقيرا فالثلث بينهما وان لم يكن فقيرا او مات قبل ذلك بطلت حصته وانتقلت الى الورثة ولعمرو نصف الثلث وكذلك لو
قال اوصيت بثلث مالي لعمرو ولفلان وفلان ان كان في الدار ينظر ان كان في الدار فالثلث بينهما نصفين وان لم يكن
بطلت حصته وعادت الى ورثة الميت وبقي نصف الثلث للاخر ولو قال اوصيت بثلث مالي لفلان وللعقب فان الثلث
كله لفلان لان الاضافة الى العقب لا تصح لانهما لا يجتمعان معا ابدا لان العقب يكون بعد • قوله •
وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث وهذه من مسائل المختصر من بابها اتفاقا ل
قال في شرح الطحاوي لو اوصى بثلث ماله لفلان ولواحد من ورثته فان اجاز سائر الورثة فالثلث يكون بين فلان
والوارث نصفين وان لم يجز سائر الورثة بطلت الوصية في حق الوارث وبقي نصف الثلث للاجنبي ولا يكون جميع الثلث
للاجنبي لانه اضافه الى وارث صحيحة • الا ترى انه لو اجاز سائر الورثة جاز فقد اوصى لكل واحد منهما بنصف ا
فيكون له ذلك وقال فيه ايضا ولو ان المريض اقر بمال لواحد من ورثته وللاجنبي كما اذا اقر لهما بالف درهم وتصادقا
فيما بينهما بالشركة فان هذا الاقرار باطل في حقهما جميعا اما في حق الوارث فلا يشكل لان ذلك وصية ولا وصية لوارث

وكذلك في حق الاجنبي لان الاقرار واحد فلو قلنا يجوز في حق الاجنبي فللوارث ان يأخذ منه نصف ما اقر له ان
يرجع بذلك في التركة ثم للوارث ان يأخذ فيؤدي الى جواز الاقرار لهما جميعا لان الاقرار اقرار واحد فاذا بطل نصفه
بطل في كله واذا بطل الاقرار تقسم التركة بين الورثة فما اصاب هذا الوارث المقر ليس له من ذلك بشيء حتى يستوفي الاجنبي
الى تمام الاقرار وما زاد على ذلك يكون للوارث لانه من زعمهما ان هذا الاقرار دين على الميت والدين مقدم على الميراث
هذا اذا تصادقا ولو انكر الاجنبي الشركة مع الوارث وقال كان لي خمسمائة على المريض ولا ادري اكان للوارث ام لا
والوارث يصدقه او يكذبه فالاقرار باطل ايضا عند ابي حنيفة وابي يوسف لما ذكرنا ان الاقرار لما بطل في حق احدهما
بطل في حق الاخر لان الاقرار اقرار واحد وعند محمد لما انكر الاجنبي شركة الوارث لو دينه الميت فما اصاب الوارث
المقر له فانه ينظر ان كانا يتصادقان فقد ذكرنا جوابه وان كانا يتكاذبان فما اصاب الوارث فهو كله له ولا شركة
للاجنبي فيه لانه يكذبه في ذلك وان كان الاجنبي يكذبه وهو يصدقه فالخمسمائة فما اصابه للاجنبي لانه لما صدقه
الوارث فقد اقر انه كان له على الميت خمسمائة فانه مقدم على الميراث الا انه ادعى الثلث له فيه وهو يكذبه في الشركة
فالقول قول الاجنبي ويأخذ تلك الخمسمائة كلها كذا في شرح الطحاوي للامام الاسبيجابي قوله ومن اوصى
بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما ملكه عند الموت اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان الوصية عقد مضاف الى ما بعد الموت لانه تمليك بعد الموت ولهذا يعتبر القبول والرد بعد
الموت وكان وجود المال عند الموت شرطا لا قبله والمضاف الى الشرط كالموجب عند تصادر كانه قال
عند الموت ثلث مالي لفلان فيستحق ثلث ما يملكه في تلك الحال ولا يعتبر ما قبله قوله لما بينا
اشارة الى قوله لان الوصية عقد استخلاف يضاف الى ما بعد الموت قوله ولو اوصى له بثلث
غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة وهذه من مسائل الاصل ذكرها
تفريعا على مسألة المختصر وذلك لما ذكرنا ان الوصية ايجاب بعد الموت فيعتبر قيام ما اوصى به عند الموت
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولم يذكر في الكتاب انه يعتبر قيامه عند الموت
ووجوده قبل ذلك فصل الا ترى ان الحكم فيه هذا لو كان بلفظ المال فكذا باسم النوع لان الوصية بعض
لو اوصى الرجل بثلث ماله لرجل فهلك ذلك المال واكتسب مالا اخر كان ثلث ما اكتسبه للموصى له فالمال
اسم الجنس والغنم اسم النوع ففيما ذكر باسم الجنس يعتبر الموجود وقت الموت فكذا فيما ذكر باسم النوع لان الوصية
وجوبها وقت الموت وقال بعضهم اذا كان غنم فهلك فاستفاد غنما اخر بطلت وصيته لانه اضاف الى ما كان خاص
فصار بمنزلة التعيين قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف
الوصية الى غنم مرسلة بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال قوله ولو قال له شاة من مالي وليس له
غنم اعطي قيمة شاة ذكره تفريعا ايضا قال الحاكم في الكافي ولو قال له شاة من ماله وليس له غنم فذلك جائز
ويعطى له قيمة شاة وذلك لانه لما اضافه الى المال وعينه لا يوجد في المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة
لا بعينه وقدر ماليته موجود في مطلق المال قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي ولم يذكر في الكتاب
انه لو اوصى بشاة ولم يقل من ماله ما حكمه وقد اختلف فيه مشايخنا بعضهم قالوا لا يصح لان الشاة اسم للصورة
والمعنى وانما صرفنا الاسم الى المعنى بدلالة الاضافة الى مطلق المال ولم يوجد هنا التسمية وبعضهم قالوا يصح
لانه متى لم يكن موجودا يكون المراد مطلق المالية فيعطى له شاة او قيمة شاة فيصير كقوله شاة من مالي ولا يصير
كقوله شاة من غنمي او قفيز من حنطتي حيث لا يثبت له الوصية اذا لم يكن له غنم او حنطة لانه اضاف الوصية
الى غنمه او الى حنطته والى هذا القول ذهب الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا وقد ذكر في السير الكبير
مسئلة تؤيد هذا الوجه وهو ان الامام اذا نفل سرية فقال من قتل قتيلا فله جارية من السبي وفي السبي جواري يعطى
لمن قتل قتيلا جارية ولو كان قال فله جارية وليس في السبي جارية يعطى له قدر مالية جارية فدل انه ذكر الشاة
مطلقا ويعتد بالمال سواء اذا لم يكن له غنم في الحال وكذا قال قفيز حنطة من مالي او ثوب من مالي قوله
ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا قال الحاكم الشهيد في الكافي
ولو قال شاة من غنمي او قفيز من حنطتي ثم مات وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة قال في شرح الكافي
لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزءا من الغنم وانه يصلح جزءا للغنم بصورته ومعناه
فصارت الوصية بشيء مجهول معدوم ولا وجود له عند الموت ايضا فلا يصح بخلاف ما اذا اضاف الى مطلق المال
قوله وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادره اذا
اوصى الرجل فقال لزيد شاة من غنمي او قال له نخلة من نخلي او قال جارية من جواري ولم يقل في شيء من ذلك من غنمي هذه
ولا جواري هؤلاء ولا نخلي هذا فان الوصية في هذا انما يقع يوم يموت الموصي لانه يوم يقسم ولو ماتت غنمه
تلك او باعها فاشترى مكانها او ماتت جواريه فاشترى غيرهن او باع النخل فاشترى غيره فان للموصى له نخلة من نخل
يوم يموت لان الوصية وقعت يوم مات وليس للورثة ان يعطوه غير ذلك ولكن يعطونه من ذلك اي ذلك شاؤوا

فان ولدت الغنم قبل ان يموت الموصي او ولدت الجواري قبل موت الموصي فلحقت الاولاد الامهات ثم مات الموصي فان
للورثة ان يعطوه ان شاؤوا من الاولاد وان شاؤوا من الامهات من قبل ان الوصية انما وقعت يوم مات على شاة من غنمه وعلى
جارية من جواريه ولو قال الموصي هذه فيوصي بشيء بعينه فان اختار الورثة ان يعطوه شيئا من غنمه ولها ولد ولدته بعد موت
الموصي فان ولدها يتبعها وكذلك صوفها ولبنها اذا اختاروا ان يدفعوها اليه دفعوا معها الولد والصوف واللبن
لان الوصية وجبت له بها يوم مات الموصي فاما الولد الذي ولدته قبل موت الموصي والصوف واللبن قبله فهو لهم
فليس له من ذلك شيء قال ابو الحسن يعني اذا كان مجزوزا قبل الموت واللبن محلوبا قبل الموت ثم قال الكرخي رحمه الله
ولو قال قد اوصيت له بشاة من غنمي هذه او قال قد اوصيت له بجارية من جواري هؤلاء او قال قد اوصيت له بنخلة
من نخلي هذا او قال قد اوصى له باحدى جاريتي هاتين فهذا انما هو على هذه الغنم باعيانها وعلى النخل بعينه وعلى الجواري
باعيانهن لو ماتت الغنم او الجواري او باع النخل بطلت وصيته فان ولدت الغنم او ولدت الجواري في حيوة الموصي
ثم اراد الورثة بعد الموت ان يعطوه من الاولاد لم يكن لهم ذلك لان الوصية على الغنم باعيانها وعلى الجواري باعيانهن
وعلى النخل بعينه فان اعطوه شاة او جارية او نخلة اتبع الجارية ولدها والشاة ولدها والنخلة ثمرها ولا يتبعها ما كان
قبل موت الموصي من قبل انه انما وجب له ذلك بالموت على ذلك الشيء بعينه فان كان الورثة قد استهلكوا من الاولاد
والثمرة شيئا وكان ذلك بعد موت الموصي فانه يلزمهم ذلك يغرمون قيمته اذا اختاروا دفع شيء من ذلك وقد كان له
ولد بعد الموت او ثمرة وقد استهلكوها وغرموه فان قال قد اوصيت باحدى جواري هؤلاء او بشاة من غنمي هذه
فولدت الغنم والجواري بعد الموت فللورثة ان يعطوه اي الجواري شاؤوا واي الغنم شاؤوا واي ذلك يتبعه اعطوه
ولده فان ارادوا ان يعطوه من الاولاد دون الامهات لم يكن لهم ذلك وان ماتت الامهات كلها الا واحدة كان حقه
في هذه الواحدة خاصة عليهم ان يدفعوها فان كان لها ولد تبعها وكذلك ان كانت نخلة يتبعها ثمرها فان ماتت الامهات
كلها واحترق النخل كله وقد بقي له ثمرة فان على الورثة ان يدفعوا اليه اي ثمر النخل شاؤوا والذي اثمره النخل بعد موت ابيهم
واي الاولاد شاؤوا ولا تبطل وصيته الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله في مختصره قوله قال ومن اوصى بثلث ماله لـ
لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم اي قال محمد في الجامع الصغير
ولفظ محمد فيه عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين قال
يقسم الثلث على خمسة اسهم لامهات اولاده ثلاثة اسهم وللفقراء سهم وللمساكين سهم الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ولم
يذكر فيه الخلاف بين اصحابنا وقال الصدر الشهيد رحمه الله في شرح الجامع الصغير وروي عن محمد في غير
هذا الكتاب انه يقسم على سبعة اسهم سهمان للفقراء وسهمان للمساكين وثلاثة لهن وجه قول محمد ان الفقراء جمع وكذلك
المساكين واسم الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين فصاعدا الا ترى الى قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه
السدس ويحجب الاثنان منهم فصاعدا الام من الثلث الى السدس فعلم ان الاثنين لهما حكم الجمع فكما كان للاثنين حكم الجمع
في الميراث فكذلك حكم الجمع في الوصية ايضا لان الوصية اخت الميراث لان كل واحد منهما يحصل به الملك بعد الموت وبين
الفقير والمسكين مغايرة بدليل العطف في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين لان العطف يقتضي المغايرة
لان الشيء لا يعطف على نفسه فكان للفقراء سهمان وللمساكين سهمان وامهات الاولاد يعتبر فيهن عددهن وهن ثلاث
فيكون لهن ثلاثة اسهم وهذا لانه عدد محصور بخلاف الفقراء والمساكين فيكون للكل سبعة ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الفقراء
ذكرت بلام التعريف وكذلك المساكين ولام التعريف يراد بها الجنس اذا لم يكن ثمه معهود والجنس يتناول الادنى مع احتمال الكل الا
يرى الى قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد وكذلك من حلف لا يتزوج النساء حنث بنكاح امرأة واحدة وكذلك من حلف لا يكلم الناس
حنث بكلام واحد وكذلك من حلف لا يشتري الثياب يقع على الواحد فيعتبر من كل فريق من الفقراء والمساكين واحد وامهات الاولاد
ثلثة فيقسم الثلث على خمسة اسهم وعلى هذا لو اوصى بثلث ماله لفلان والمساكين يكون نصفه لفلان ونصفه للمساكين وعند محمد يقسم
الثلث اثلاثا ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين قوله وادناه في الميراث احترز به عن فصل الزكوة لانه اريد بالجمع الواحد
من اجماع من اصحابنا كما في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين وقد روي عن ابي يوسف انه جعل الفقير والمسكين واحدا
قال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة سمعت ابا يوسف في رجل اوصى بثلث ماله للبائسين والفقير والمسكين قال وهذا في قول ابي حنيفة
الثلث على ثلثة اجزاء للبائس وهو الضرير الذي به الزمانة اذا كان محتاجا والفقير وهو المحتاج الذي لا يطوف بالابواب
والمسكين وهو الذي يسأل ويطوف وقال ابو يوسف هو على جزئين الفقير والمسكين واحد والبائس واحد وقال يعلى في هذه المسئلة
عن ابي يوسف هو في قياس قول ابي حنيفة على ثلثة للبائس سهم وللفقير سهم وللمسكين سهم وفي قولي على اثنين للضرير صاحب الزمانة
سهم وللفقير والمسكين سهم الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قوله قال ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين
عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين اي قال محمد في الجامع الصغير وهذا بناء على ما قلنا في المسئلة المتقدمة وهو ان الجمع في باب
الميراث يتناول الاثنين فيكون للمساكين ثلثا الثلث عند محمد وثلث الثلث لفلان وعندهما اللام للجنس لتعذر العهد وادناه الواحد فيكون
النصف من الثلث للمساكين قال شمس الائمة السرخسي واصل هذا فيما اذا اوصى بثلثه للمساكين عند ابي حنيفة وابي يوسف للموصي ان يصرف الجميع
الى مسكين واحد وعند محمد ليس له ان يصرف الا الى مسكينين فصاعدا قوله قال ولو اوصى لرجل بمائة درهم ولاخر بمائة ثم قال لاخر

قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة ۝ اي قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يوصي للرجل
بمائة درهم ثم يوصي لاخر بمائة درهم وصيتين متفرقتين ويقول لاخر قد اشركتك فيما اوصيت لهما به قال له ثلث كل مائة منهما
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لان الشركة تقتضي المساواة لقوله تعالى وان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث
يستوي في الثلث الذكور والاناث جميعا فكذا هنا لما اضاف الشركة اليهما وجب ان يساوي كل واحد منهما وذلك
لا يكون الا بان يجعل له ثلث ما في يد كل واحد منهما ليصير له مثل ما بقي لكل واحد منهما ۝ وقال يعقوب ومحمد كان اوصى لرجل باربعمائة
ولاخر بمائتين ثم قال لاخر قد اشركتك فيما اوصيت لهما كان له نصف كل مال بخلاف المسألة الاولى ۝ قال فخر الاسلام
البزدوي في شرح الجامع الصغير هذا قولهم جميعا عرف قولهما لم يحفظ نصا عن ابي حنيفة وليس هذا كالاول لان في
الفصل الاول امكن التسوية من كل وجه بينهم جميعا وفي الفصل الثاني لا يمكن التسوية بينهم جميعا فانصرف الى التسوية
مع كل واحد منهما لانه لما اوصى لاحدهما بالمائتين وللاخر باربعمائة لم يجب المساواة بينهما فقال للثالث اشركتك
في وصيتهما علم انه اراد به المساواة مع كل واحد منهما فله ان يأخذ من كل واحد منهما نصفه وكذلك لو اوصى لاحدهما
بجارية وللاخر بجارية اخرى وقيمتهما سواء كان له نصف كل واحد منهما لان القول بالاستواء على الاجتماع غير ممكن
وقال الفقيه ابو الليث في قياس قول ابي يوسف ومحمد له الثلث من كل واحد منهما وفي قياس قول ابي حنيفة له
من كل واحدة منهما نصفها لانه لا يرى قسمة الرقيق فصار بمنزلة وصيتين مختلفتين وابو يوسف ومحمد يريان قسمة الرقيق
فصار كانه اوصى بالالف لهذا ثم اشرك ثالثا بينهما كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وهذه المسائل من الخواص
عملا باللفظ اي بقوله اشركتك **قوله** قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك
لورثته فانه يصدق الى الثلث ۝ قال في الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في الرجل يحضره الوفاة يقول لورثته ان لفلان علي دينا فصدقوه فيما قال ثم توفي قال يصدق فيما بينه وبين الثلث
قال صاحب الهداية هذا استحسان وفي القياس لا يصدق وجه القياس انه اقر بدين مجهول لا يعرف قدره
ولا يمكن الحكم به الا بالبيان وامره بالتصديق مخالف للشرع لانه امر بتصديق المدعي من غير حجة فلا يعتبر وجه
الاستحسان ان المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة وهو مالك لذلك في الثلث بطريق الوصية وهذا لانه قد
يعرف اصل الحق دون مقداره فيسعى في تخليص ذمته عنه فيجعل ذلك وصية يكون تقديرها الى الموصى له يقدرها بما
شاء فكانه قال اذا جاءكم فلان وادعى من مالي شيئا فاعطوه ما شاء ولو قال هكذا صح كلامه ويكون انفاذه من الثلث
لا غير فكذا هذا لانه وصية والوصية جوازها في الثلث قال في الجامع الصغير فان كان اوصى مع ذلك بوصايا
عزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة وقيل لاصحاب الثلث اقروا له بما شئتم وقيل للورثة اقروا له
بما شئتم هو حد اصحاب الوصايا معلوم وهو الثلث وحق الورثة ايضا معلوم وهو ثلثي ما اقروا وذلك لان حق
اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا والثلثان فاما حق هذا الرجل ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة لانه دين
في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا افرزنا الثلث والثلثين قلنا ان في التركة دينا شائعا في النصيبين
في نصيب الموصى له وفي نصيب الورثة فيؤمر كل فريق بالبيان ثم يؤخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا لانهما يأخذ
الرجل وصية في حقهم وما فضل من الثلث يكون لهم ويؤخذ الورثة بثلثي ما اقروا وما فضل من الثلثين يكون للورثة
لان الدين المقر به صار معتضا فلم يبق للمقر له بالدين حق في الوصية والميراث حتى اذا قال الموصى له ان الدين مائة
يعطى المقر له بدين مجهول ثلث المائة مما في يد الموصى له فان فضل شيء يكون له والا فلا وان قال الورثة الدين خمسمائة يعطى
المقر له بدين مجهول ثلثا ذلك وهو المائتان مما في ايدي الورثة فان فضل شيء يكون لهم والا فلا وفي الاقرار فائدة اخرى
وهي ان احد الفريقين قد يكون اعرف للحق وابصر لمواضع الدواخل ويجوز ان يحلفوا على الفضل ان ادعى الخصم ذلك وبعد
الاقرار يصح اقرار كل فريق فيما في يده بلا نزاع قالوا وعلى كل فريق من الموصى له والورثة اليمين على العلم ان ادعى المقر
بالدين زيادة على ذلك لانه اليمين على ما جرى بينه وبين غيره لا على فعل نفسه فلا يحلف على البتات **قوله** قال ومن اوصى
لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث ۝ اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال اذا اوصى لوارث ولاجنبي بوصية جازت وصية الاجنبي وبطلت وصية الوارث الى هنا
لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لان الايصاء انشاء تصرف وابتداء ايجاب فيصح في حق من يستحقه ولا يصح في حق من لا يستحقه
ولا يبطل حق احدهما ببطلان حق الاخر لان الشركة بينهما من حكم الايجاب وقد تعذر الايجاب في حق احدهما فلا يلزم من ذلك
ان يتعذر الايجاب في حق الاخر لانه ابتداء تصرف وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت حيث يكون
كل الوصية للحي لان الميت ليس باهل الوصية لانه لا يصلح مالكا وبخلاف ما اذا اقر المريض لوارثه وللاجنبي بعين او دين
فجحد الاجنبي مشاركة الوارث او رد الوارث الاقرار لم يصح نصيب الاجنبي عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد نصيب الاجنبي وان لم يجحد الشركة لم يصح في قولهم لان الاقرار ليس تمليك مبتدأ بل هو اخبار عن ماض فيستدعي
مخبرا به والمخبر به هو الدين المشترك ولا سبيل الى اثباته بالاشتراك لانه يصير الوارث فيه شريكا ولا سبيل الى اثباته بلا
اشتراك لانه خلاف ما اخبر به المقر فاذا لم يصح المخبر به وهو بمنزلة العلة لم يصح الخبر وهو بمنزلة الحكم لانه بناء على ذلك وجه

ول

قول محمد ان الاقرار للاجنبي بمنزلة العلة لم يصح الخبر وهو بمنزلة الحكم لانه بناء على ذلك وجه قول محمد ان الاقرار للاجنبي
صحيح وانما يبطل بشركة الوارث فاذا جحد شركة الوارث لم يحصل الشركة فصح الاقرار فيما اذا صدقه فقد اثبت الشركة كله
بفعله فيصير مسقطا حق نفسه ۝ قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا اوصى الرجل بعبد لبعض ورثته وللاجنبي جازت
حصة الاجنبي وبطل حصة الوارث وكذلك الوصية للقاتل وللاجنبي ۝ وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في
في شرح الكافي ومن الناس من قال تصرف الوصية كلها الى الاجنبي لان القاتل والوارث لا يصلح مستحقا فصار كما
لو اوصى لحي وميت قال فاذا اضاف اليهما انقسم عليهما ثم بطل بالرد في حق احدهما وبقي في حق الاخر حصته كما اذا
اوصى للاجنبيين بعبد ثم رد احدهما او مات لم يبطل حق الاخر كذا هذا وهذا بخلاف ما اذا اقر لوارث واجنبي حيث
انه لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الصحة في حق الاجنبي تؤدي الى الفساد في الثاني لانه الى ان يبطل كله وفي حق
الايصاء وهو الاثنا لا تأتي هذا لا يحصه احدهما ممتازة عن الاخر بقاء وبطلانا اعني بقي الوصية صحيحة في حق
حق الاجنبي وبطل في حق الوارث **قوله** قال ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل
بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ۝ اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اوصى لثلاثة نفر فقال لفلان هذا الثوب الجيد ولفلان
رجل اخر هذا الثوب الوسط ولفلان رجل اخر هذا الثوب الرديء ثم مات الموصي ثم هلك واحد من الثلاثة الاثواب
لا يدري ايها هلك والورثة تجحد فالوصية باطلة الا ان يقول الورثة قد سلمنا هذين الثوبين فيقسمونه على قدر ذلك
فان فعلوا ذلك فان لصاحب الجيد ثلثي هذا الجيد ولصاحب الاوكس ثلثي هذا الاوكس ولصاحب الاوسط ثلث هذا
الجيد بقي وثلث هذا الاوكس الى هنا لفظ اصل الجامع قالوا في شروح الجامع الصغير المراد بقوله ان الورثة يجحدون
بقاء حق كل واحد منهم بعينه ويقولون حق واحد منكم باطل ولا ندري من بطل حقه ومن حقه وانما بطلت الوصية
لان الموصى له صار مجهولا وجهالة الموصى له تمنع صحة الوصية كما لو اوصى لاحد هذين الرجلين فكذا فان قالت الورثة
سلمنا لكم هذين الثوبين فاقتسموهما بينكم صح لان الوصية كانت صحيحة وانما بطلت بجهالة طارئة توجب منازعة
وهي محل الزوال بالتسليم من الورثة فاذا سلموا صحت الوصايا وعادت الى الصحة فكان لصاحب الجيد ثلثا الجيد
الذي بقي ولصاحب الرديء ثلثا الرديء الذي بقي ولصاحب الوسط ثلث كل واحد من الثوبين الباقيين لان صاحب
الرديء لا حق له في الجيد بيقين لان الجيد الباقي اما وسط او جيد في الواقع ولا حق في صاحب الرديء فيهما وصاحب
الجيد لا حق له في الرديء بيقين لان الرديء الباقي اما وسط او رديء في الواقع ولا حق لصاحب الجيد فيهما واما
المشكل حق صاحب الوسط لان الثوب الهالك ان كان ارفع من هذين الباقيين كان حق صاحب الوسط في الجيد الباقي
وان كان اردى من الباقيين كان حقه في الرديء الباقي لانه وسط في الواقع فتردد حقه في الثوبين لتعلق بهذا مرة وبالاخر
مرة وحق صاحب الجيد وصاحب الرديء لا يتردد هكذا فلهذا اجعل لكل واحد منهما حق متعين في احد الثوبين وجعل لصاحب
الوسط ثلث كل واحد من الثوبين اذ كل واحد من الثوبين في حال بقاء حقه يحتمل ان يكون وسطا فلم يتعين حقه في احد الثوبين
بل يفرق حقه فيهما فاخذ ثلث كل واحد منهما **قوله** ويحصل المقصود اي جماله المستحق مع تحصيل مقصود الموصي
وهو اتمام غرضه **قوله** قال الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين ۝ اي قال في الجامع الصغير وهذا استثناء من قوله
فالوصية باطلة والبيان مر مستوفى **قوله** قال واذا كانت الدار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها
تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد نصفه للموصى له وان
وقع في نصيب الاخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ۝ وقال محمد مثل ذرع نصف
البيت ۝ اي قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في دار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل
بعينه ثم مات قال اذا اقتسمت الدار فان وقع البيت في نصيب الميت كان البيت لصاحب الوصية وان وقع في نصيب الاخر
كان لصاحب الوصية مثل ذرع البيت كله فيما اصاب الموصي الميت في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وقال محمد
له نصف البيت ان وقع في نصيب الذي اوصى به وان وقع في نصيب الاخر كان له مثل نصف ذرعه الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير ۝ وجه قول محمد انه اوصى بما يملكه وبما لا يملكه وهو نصيب صاحبه فاية ما في الباب انه يملك البيت
بعد القسمة اذا وقع البيت في نصيبه ولكن القسمة مبادلة لانه اخذ البيت بدلا عن نصيبه مما في يد صاحبه فلا تنفذ
الوصية السابقة بالملك الحادث بعد الوصية في الموصى له بملك الغير ثم ملكه بوجه من الوجوه حيث لا تنفذ الوصية
فكذلك هاهنا ثم اذا وقع البيت في نصيب الموصي يأخذ الموصى له نصف البيت لانه قدر ما يملك ايصاءه في عين البيت
وان وقع البيت في نصيب صاحبه يأخذ الموصى له في نصيب الموصي مقدار ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل
الموصى به عند تعذر الاصل كما اذا قتل العبد الموصى به خطأ ينفذ الوصية في بدله بخلاف ما اذا باع الموصي العبد حيث
لا تتعلق الوصية بثمنه لان البيع دليل الرجوع فتبطل الوصية اصلا ولا تبطل بالقسمة لانه ليس بدليل الرجوع ووجه قولهما
ان ايجاب الوصية في الثلث تناول ملك الموصي على الاحتمال لان الحال لم يتردد وقت الايصاء بين ان يقع هذا البيت
في نصيبه وبين ان يقع في نصيب شريكه فيتوقف حكم الوصية على القسمة فيكون ذلك وصية بما يستقر ملكه بالقسمة لانه ملك

الموصى على اعتبار القسمة هو الملك التام الكامل المنتفع به لان الانتفاع بالمتاع قاصر والظاهر ان الموصى قصد الايصاء
بالملك الكامل انتفاعه فصار كان الموصى قال هذا البيت لفلان ان وقع في قسمتي فان لم يقع في قسمتي فله مثل ذلك ولو انه اقر بذلك
فله مثل ذلك اذ المرتفع في قسمته فكذا هنا تحقيقه ان القسمة اقرار وتعين للملك ايضا وجدت الا ان معنى المبادلة في
الاشياء المتفاوتة غالب والاجزاء فيهما متفاوتة فاحتيج الى القضاء والرضا الملحق بها لا تتفاوت اجزاؤه ولما الحق بذلك
بالتراضي والقضاء الذي هو لضرورة تمليك المنفعة بقي في ذلك شبهة المبادلة فوجب العمل بالشبهة فيما يختص بالشبهة
لا غير وهو بيع المرابحة حتى لم يكن له ان يبيعه مرابحة ولما كان اصل القسمة اقرارا صار البيت عين نصيب حق الموصى له
اذا وقع في نصيب الموصي فيجب انفاذ الوصية في ذلك واذا لم يقع في نصيبه صار غير حقه فيجب له مثل ذرعان البيت حقا
له مما وقع في نصيب الموصي لان مثل ذرعان البيت حقا له مما وقع في نصيب الموصي لان مثل ذرعان البيت عوض البيت ولان
مراد الموصي من الوصية بالبيت المشترك بعينه ومن صاحبه التقدير بذرعانه على ان يكون للموصى له من ملكه ذلك القدر
تحصيلا لمقصوده وهو تنفيذ الوصية لان مقصوده لا يحصل اذا اريد به التمليك بعينه لانه ربما يقع بعد القسمة في نصيب
صاحبه ولكن اذا وقع البيت في نصيب الموصي يتعين البيت لتنفيذ الوصية لوجود معنى التقدير والتمليك بعينه جميعا واذا
وقع في نصيب صاحبه يجب مثل ذرعانه لامكان معنى التقدير وتعذر التمليك بعينه او لان الموصي اراد بذكر البيت التقدير
به على اعتبار احدى الجهتين وهي فيما اذا وقع البيت في نصيب شريكه والتمليك بعينه على اعتبار الجهة الاخرى وهي فيما
اذا وقع في نصيبه غير كما اذا علق عتاق الولد وطلاق المراة باول ولد تلده الامة فقال اذا ولدت امتي اول ولد فهو
حر وانت طالق يكون المراد جزاء الطلاق مطلق الولد حتى تطلق المراة بولادة الولد كيف كان حيا او ميتا لان مطلق الولد
يصلح جزاء للطلاق وفي جزاء العتق يكون المراد ولدا حيا لان الميت ليس بمحل للعتق حتى اذا ولدت ميتا ثم ولدت حيا
يعتق الحي عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد عرف في المختلف ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت
عشرة اذرع يقسم نصيب الموصي وهو خمسون ذراعا بين الموصى له والورثة على عشرة اسهم عند محمد لتسعة اسهم
منها للورثة وسهم للموصى له لانه يجعل كل خمسة اذرع سهما وخمسة اذرع نصف البيت وهو للموصى له والباقي نصف
الدار وهو خمسة واربعون ذراعا للورثة عندهما تقسم نصيب الموصي بين الموصى له وهو الموصى له والورثة على احد عشر
سهما فالموصى له يضرب بالعشرة والورثة بخمسة واربعين فيجعل كل خمسة سهما فيصير احد عشر سهما للموصى سهمان وللورثة تسعة
كذا قال فخر الاسلام البزدوي وغيره في شرح الجامع الصغير بيانه ان الايجاب لما صح وهو متناول للبيت
وعشرة اذرع من الدار فاذا ارتفعت الشركة من المائة بقي تسعون من الشريكين لكل واحد منهما خمسة واربعون لورثة الموصي
وعشرة للموصى له اذا اضيفت الى خمسة واربعين يصير خمسة وخمسين فيجعل كل خمسة سهما فيصير احد عشر سهما وهذا بيان
كلامهم ولنا فيه نظر لانه على هذا التقدير كان ينبغي ان يكون نصيب شريك الموصي خمسة واربعين ذراعا فينقص اذن
من نصيبه خمسة اذرع لان نصيبه من جميع الدار خمسون ذراعا كاملا وقد نقص الخمسة فلا يجوز لانه حينئذ يلزم تمليك
الموصي ملك شريكه فليس له ذلك وايضا اذا كان للموصى له سهمان من احد عشر نقص نصيبه لا محالة لان سهمين من احد
عشر اقل من سهم من خمسة وايضا يزداد حق الورثة ايضا بسهم لان لهم ما وراء قدر الدار المبنية من نصيب الموصي ونصيبه
خمسون ذراعا وقع للموصى له عشرة من نصيبه فبقي اربعون وتم اخذ خمسة اخرى . وقال بعض المشايخ تقسم
نصيب الموصي بين الموصى له والورثة على خمسة اسهم عندهما فالعشرة اذرع للموصى له والاربعون ذراعا للورثة فيجعل
كل عشرة سهما وهذه القسمة اصح عندي قوله لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه اشارة الى
ما ذكر قبل باب الوصية بثلث المال عند قوله واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع قوله
رجوعا لانه عوضه كما ذكرنا اشارة الى قوله تنفذ الوصية في بدله قوله وهذا يجري على القسمة فيه
ايضاح لقوله وانما المقصود الاقرار وذلك لان في الدار الواحدة المختلفة البيوت تقسم قسمة واحدة لان في تفرقته ضررا
بخلاف الدور حيث يقسم كل واحدة على حدة لانها داخلة عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد مر في القسمة قوله وهو كان
مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف يعني لو كان الدار بين شريكين فاقر احدهما ببيت بعينه لواحد فيقسم الدار فان
وقع البيت في نصيب المقر سلم الى المقر له وان وقع في نصيب الشريك يضرب المقر له فيما وقع في يد المقر بمثل ذرع
البيت وكذلك لو اقر بطريق او حائط معلوم كذا في الشامل وعند محمد يضرب المقر له بنصف ذرع البيت وقيل لا خلاف
في مسئلة الاقرار بل قول محمد فيه كقولهما بجعل فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير عدم الخلاف هو الاصح لان من اقر بما
لا يملكه ثم ملكه صح بخلاف الوصية لان من اوصى بما لا يملكه ثم ملكه بوجه من الوجوه لا تنفذ وصيته فيه قوله
قال ومن اوصى من مال رجل لاخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع اي قال
في الجامع الصغير وذلك لان العقد الموقوف اذا لحقته الاجازة صار منضافا الى المجيز فاذا اضيف اليه صار ذلك هبة منه
والهبة لا تتم الا بالتسليم فان منعه بعد الاجازة كان له ذلك لانه متبرع بخلاف من اوصى باكثر من الثلث فاجازت الورثة حيث
يجوز بغير تسليم لان الوصية في مخرجها صحيحة لانه تصرف في مال نفسه الا ان تعلق حق الورثة مانع له كان مانعا النفاذ في الزيادة
على الثلث فلما اجازوا واسقطوا حقهم نفذت وصيته في ماله كان لا وارث له اصلا وقد مر في اول كتاب الوصايا ان كلما جاز باجازة

الورثة تملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا خلافا للشافعي قوله قال واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل
ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده قال في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في الرجل يموت ويترك ابنين ويترك الفين وارثين ياخذ كل واحد من الوارثين الفا ثم غاب احدهما فاقر الحاضر لرجل ان الميت اوصى له بالثلث
قال ياخذ منه ثلث ما في يده قال وهذا استحسان وكان القياس وهو قول زفر ان ياخذ نصف ما في يده قال
في التقريب . وقال الطحاوي سمعت ابن ابي عمران يقول سمعت بن سماعة يروي عن ابي يوسف انه ياخذ من المقر نصف ما في
يده وكذلك روي الحسن عن زفر وهو القياس لان في زعم المقر ان المال بينهم اثلاثا وان نصيب الموصى له ونصيب كل واحد
من الاثنين سواء فلما انكر احدهما او غاب جعل كان نصيبه لم يكن فيقسم الباقي نصفين بينهما لان نصيبهما سواء . الا ترى
انه لو اقاما البينة والاخر غائب فانه ياخذ منه نصف ما في يده فكذا هذا . كذا قال الفقيه ابو الليث في شرحه وجه
الاستحسان ان الوصية نفاذها من الثلث ولو اخذ منه نصف ما في يديه وقد اقر الابن الاخر لرجل اخر بمثل ذلك فيأخذ نصف
ما بقي فتصير الوصية اكثر من الثلث واذا كان يودي الى هذا اوجب ان لا ياخذ الا ثلث ما في يديه وليس كالبينة لان
البينة تجوز عليهما جميعا ولا تودي الى الزيادة على الثلث ولان المقر اقر له بحق شائع في التركة نصفه فيما في يده ونصفه
فيما في يد الاخر فلا جرم ياخذ المقر له منه ثلث ما في يده ولا يلزمه اكثر من ذلك لان به الموصى له شريك الوارث لا يسلم
له شيء الا وان يسلم للوارث ضعفه وهذا بخلاف ما لو اقر احد الابنين بدين فانه تستوفي المقر له بكل الدين من نصيب المقر
لان الدين ليس بجزء شائع بل هو مقدم على الميراث . الا ترى ان نصيب الغائب جعل كالهالك ولو كان هالكا كان
حق الموصى له في ثلث الباقي وحق الغريم في كله فكذلك في مسئلتنا قوله قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت
بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له . اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان لم يخرجا
من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد . وقال ابو حنيفة ياخذ ذلك من الام
فان فضل شيء اخذه من الولد . وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل له ستمائة
درهم وله امة تساوي ثلاثمائة ولا مال له غير ذلك واوصى لرجل بجاريته ثم مات ثم ولدت الجارية ولدا يساوي ثلاثمائة
قبل القسمة فللموصى له الجارية وثلث ولدها وقال ابو يوسف ومحمد للموصى له ثلثا الجارية وثلثا ولدها وان كانوا اقتسموا
واخذ الورثة الستمائة والموصى له الجارية ثم ولدت فالولد للموصى له الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وانما كان الولد
والام جميعا للموصى له اذا خرجا من الثلث لان ما يحدث من النماء قبل القسمة يحدث على حكم ملك الميت بدليل انه يقضي
ديونه وتنفذ وصاياه فتنفذ الوصية بالثلث فيهما جميعا في الام اصالة وفي الولد تبعا لاتصاله بالام وان لم يخرجا
من الثلث ضرب الموصى له بالثلث فيهما فيقضي له الثلث منهما جميعا من كل واحد منهما نصف الثلث وهذا قولهما وعند
ابي حنيفة ياخذ الثلث من الام اولا فان فضل شيء من الثلث يوخذ من الولد وجه قولهما ان الوصية تسري الى الزوائد
الحادثة قبل القسمة بالاجماع لكون التركة باقية على حكم ملك الميت واذا ثبت السراية بالاتصال صار كان الوصية
وقعت بهما جميعا وقيمتهما مثل نصف المال وثلث المال مثل ثلثهما فلما دخل الولد في الوصية بالاتصال لا يخرج عنها
بالانفصال فوجب تنفيذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما على السواء بلا تقديم الام . الا ترى انه لو تزوج امراة على جارية
فولدت في يد الزوج صار كان العقد وقع عليهما جميعا والزيادة في المبيع قبل القبض لها حصة من الثمن وجه قول ابي حنيفة
ان الام هي الاصل في الوصية والولد تبع لان الموصي قصد بالوصية الام لا النماء فلا يجوز نقض الوصية في الاصل
بما هو تابع له وقد كانت الوصية بالام صحت حيث كانت مثل ثلث المال ثم لما اشتركا الولد معها في الوصية لا تنتقض
بعض الوصية في الام التي هي الاصل بما هو تابع له فلا يجوز ذلك فوجب تقدير الوصية في الام ثم تكمل الثلث من الولد
لانه نماء العين الموصى بها بلا نقض الوصية من الاصل وليس كذلك البيع لان القول بالشركة لا ينقض شيئا من الاصل
لان البيع نافذ في الام لما كان وانما انحط بعض عن الاصل والثمن في البيع تابع فصار عنه له حط بعض الثمن بخلاف الوصية
فانها عند مزاحمة الولد يخرج بعض الاصل عن الوصية فلا يبقى الوصية في الام كما كانت فلا يجوز ان يكون التبع
ناقضا للاصل فاما اذا اقتسموا ثم ولدت بعد القسمة يكون الولد للموصى له لانه حدث على خالص ملك الموصى له لاستقرار
ملكه في الجارية بعد القسمة قوله والولد تبع فيها اي في الوصية على تاويل الايصاء قوله
وذلك لا يجوز اي لا يجوز انتقاض الوصية في مزاحمة الاصل لمزاحمة التبع قوله الا انه لا يقابله بعض الثمن
اي لا يقابل الاصل بعض الثمن لاجل مزاحمة مقابلة ذلك البعض بالولد اذا اتصل بالولد القبض لان الولد اذا مات
قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل ياخذ الام بجميع الثمن والله سبحانه وتعالى اعلم

فصل في اعتبار حالة الوصية

لما ذكر حكم الوصية في انها تصح من ثلث المال لا غير عند عدم اجازة الورثة

ذكر في هذا الفصل ان الوصية متى تعتبر وصية حال ايجاب الوصية ام حال الموت فشرع في بيان ذلك واخر هذا
الفصل ذكرا لان حال الوصية وصفها والوصف يتبع الموصوف لا محالة قال واذا اقر المريض لامراة بدين او اوصى لها
بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة اي قال القدوري في الجامع الصغير وصورتها فيه

محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل مريض يقر لامراة بدين او يوصي لها بوصية او يهب لها هبة ثم تزوجها ثم يموت
منه ذلك قال الدين جايز والهبة والصدقة باطلة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وذلك لان الاقرار ملزم بنفسه
فلا يتوقف الى شرط زايد كتوقف الوصية الى الموت فيصح اقراره بالدين لان اقراره حصل لاجنبية ولم يبطل باعتراض
الزوجية بعد ذلك ولان وقوع الاقرار بالدين على سبيل التجارة دون سبيل الوصايا ولهذا يعتبر من جميع المال
ولا يبطل بالدين بخلاف الوصية لانها تمليك مضاف الى الموت والمراة عند الموت وارثة ولا وصية للوارث بالحديث
واما الهبة وان كان وقوعها للحال منجزا لا مضافا الى ما بعد الموت فهي في حكم الوصية حكما لانها تبرع • الا ترى
ان من وهب عبدا في مرض موته لاجنبي وهو جميع ماله وسلمه له صح ذلك وصار ملكا للموهوب له ثم اذا مات من
ذلك المرض وجب النقض في الثلثين حقا للورثة وفي الكل حقا للغرماء وصارت الهبة كالمتعلق بالموت فصار حكمها
حكم الوصية وعند ذلك بطل اقراره لها بالدين بحدوث الزوجية كالهبة والوصية وجوابه ان الاقرار يعتبر للحال
لما قلنا وعند وجود الاقرار هي اجنبية بخلاف الوصية فانها تعتبر للحال عند الموت والمراة حينئذ وارثة والهبة
كالوصية حكما لما بينا انفا وقد مر عوض هذا في كتاب الاقرار في باب اقرار المريض قوله ولا يبطل
بالدين اي لا يبطل الاقرار بسبب الدين يعني ان الدين لا يمنع صحة الاقرار سواء كان الاقرار في الصحة او في المرض الا
ان الثاني وهو الاقرار الواقع في المرض موخر عندنا عن الاقرار الواقع في الصحة حتى ان المال يصرف الى دين حالة الصحة
فان فضل منه شي يصرف الى ما اقر به حالة المرض والا فلا وعند ابن ابي ليلى الاقراران يستويان وهو مذهب الشافعي وقد
مر ذلك في باب اقرار المريض مستوفي قوله قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني ووهب له او اوصى له
فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله • اي قال في الجامع الصغير ولفظ اصل الجامع الصغير وقال في المريض اقر لابنه وهو
نصراني بدين او وهب له هبة فقبضها او اوصى له بوصية ثم اسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان
الابن عبدا فاعتق في هذا الى هنا لفظ الجامع الصغير اما بطلان الهبة والوصية • فلما قلنا في المسئلة الاولى واما
الاقرار فانما بطل لان الابن وان لم يكن مستحقا للميراث وقت وجود الاقرار لكفره او لرقه واستحقاق الارث مانع لصحة
الاقرار لكن لما كان سبب الارث وهو البنوة قايما وقت الاقرار بطل الاقرار وهذا لان الحال حال استحقاق الارث
حتى يعتبر اهلية الاستحقاق لارث التهمة بل اعتبر لارث التهمة سبب السبب وهو البنوة وهي قايمة وقت الاقرار
الا ترى ان الابن لو كان مسلما وقت الاقرار لم يصح الاقرار وان لم يكن استحقاق الارث ثابتا قبل الموت لجواز ان نفس
السبب هو المعتبر بخلاف ما قلنا في المسئلة الاولى اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها حيث لا يبطل الاقرار لان سبب الارث
وهو الزوجية لم يكن قايما وقت الاقرار فوزان مسئلتنا هذه من تلك المسئلة ان لو كانت له امراة نصرانية فاقر لها بدين
في مرضه ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار ونظير مسئلتنا هذه من اقر لاخيه وله ابن ثم هلك الابن ثم هلك المقر
والاخ المقر له وارثه بطل الاقرار للاخ لقيام سبب الارث وهو الاخوة وقت الاقرار ولنا اذا كان العبد الابن
عبدا او مكاتبا فاعتق بتوسط الاب فلا شك ان الوصية باطلة لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت والابن
حينئذ وارث ولا وصية للوارث • واما الهبة فقال فخر الاسلام قاضي خان في شرحه للجامع الصغير ذكر في
بعض الروايات انها تصح لانها تفيد الملك في الحال ووقت الهبة هو رقيق فكانت هبة للمولى فتصح ثم قال وفي عامة
الروايات الهبة بمنزلة الوصية فلا تصح واما الاقرار • فقد قال الصدر الشهيد عمر في شروح الجامع الصغير منقول
عن كتاب الاقرار ان كان على العبد دين لا يصح الاقرار لان الاقرار يكون للعبد وهو ابنه فلا يصح الاقرار لان المولى لا يملك ما في
يده وان لم يكن على العبد دين يصح الاقرار لان الاقرار يكون لمولاه ومولاه اجنبي فيصح الاقرار له وهذا لان المولى يملك ما في
يده به قوله قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من
جميع المال اي قال في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المفلوج و
المقعد والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك به فصار بحال لا يخاف منه الموت ان هبته صاحبه جايزة من راس
المال وان تغير ذلك اول ما اصاب فهو من الثلث الى هنا لفظ محمد فيه انما اذا تقادم ذلك خرج من حد المرضى وصار ذلك
طبعا من طباعه حيث لا يشتغل بالمداواة فكان حكمه حكم الاصحاء فيعتبر تصرفه من جميع المال ويصح اقراره للوارث فان صار
صاحب فراش بعد ذلك كان ذلك بمنزلة حدث المرض ولو صار صاحب فراش في اول ما حدثت تلك العلة ومات
في ايامه ذلك فحكمه حكم المريض يعتبر تصرفه في ثلث المال ولا يصح اقراره للوارث • الا ترى انه يشتغل بالمداواة
ويخاف منه الهلاك • ومسئلة المسلول من خواص الفالج ذهاب الحس والحركة من احد شقي البدن وسلامة الشق
الاخر والسل عبارة عن اجتماع المدة في الصدر ونفثها كذا ذكر في كتاب الطب • وقال في الصحاح السلال بالضم
السل يقال اسله الله فهو مسلول وهو من الشواذ • وقال الزمخشري في مقدمته سل فهو مسلول يعني هذا الا يكون
من الشواذ • وتفسير المطرزي ان المسلول الذي سل انثياه • اي نزعت خصيتاه بعد تطاول المرض لا يناسب
في هذا الموضع لان الكلام فيما اذا تطاول المرض ولم يخف منه الموت والذي نزعت خصيتاه بعد تطاول الزمان
لا يسمى مريضا اصلا • والشلل فساد اليد يقولون في الدعاء لا تشلل ولا تكلل يقال شلت يده تشل ورجل اشل

باب العتق

العتق في المرض

لما كان الاعتاق في المرض في معنى الوصية لوقوعه
تبرعا في زمان تعلق حق الورثة ذكره في كتاب الوصايا ولكن اخر ذكره عما هو صريح في الوصايا لكون الصريح هو الاصل في
الدلالة قوله قال ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك كله جايز وهو معتبر من الثلث ويضرب
به مع اصحاب الوصايا • اي قال القدوري في مختصره وفي بعض نسخ مختصر القدوري فهو وصية مكان قوله جايز ورايت
في نسخة ثقة مكتوبة في تاريخ سنة خمس وعشرين وخمسمائة فذلك كله وصية يعتبر من الثلث والمراد من قوله
وصية اعتبار العتق الواقع في المرض او بيع المحاباة الواقع فيه او الهبة الواقعة فيه من الثلث كاعتبار الوصية من
الثلث وليس مراده ان كل واحد من الاشياء المذكورة وقع وصية حقيقة لان حقيقة الوصية في اعتبار الثلث
سماه وصية وعلى هذا ما ابتداء المريض بجنايته على نفسه في ذمته فهو في حكم الوصية يعتبر من الثلث وهو كالضمان
والكفالة لما انه يتهم في ايجابه على نفسه في ذمته كما يتهم في الهبة ثم كلما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان كان الايجاب
واقعا في الصحة لانه علقه بحال تعلق حق الورثة فيه بالمال فكان المعتبر فيه حال الاضافة لا حال الايجاب وما نفذ من
التصرف ولم يضفه الى ما بعد الموت فالمعتبر فيه حال عقد التصرف ولكن ان كان صحيحا يعتبر من جميع المال وان كان مريضا
فمن الثلث وقالوا كل مريض صح منه وقد تصرف فيه كان تصرفه تصرف الاصحاء لانه لما برا من مرضه تبين ان مرضه لم يكن
سبب الحجر عن تصرفه حيث لم يكن حق احد متعلقا بماله قوله ويضرب به مع اصحاب الوصايا
اي يضرب بالثلث كل واحد من هولاء الثلاثة وهو العبد المعتق في مرض الموت والمشتري من المريض الذي باع
بالمحاباة والموهوب له مع ساير اصحاب الوصايا والمراد من ضربهم بالثلث مع اصحاب الوصايا استحقاقهم في الثلث
كما في ساير الوصايا فانهم يستحقون الثلث لا غير وليس المراد انهم يساوون اصحاب الوصايا في الثلث ويحاصونهم لان العتق
المنفذ في المرض مقدم على الوصية بالمال في الثلث • الا ترى الى ما ذكر الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره ومن اوصى
بوصايا في مرضه واعتق عبدا له بدي بالعتاق فاخرج من الثلث فان فضل شي كان لاهل الوصايا وان لم يفضل شي
فلا شي لهم الى هنا لفظه رحمه الله • وذلك لما حدث ابو بكر الرازي في شرحه للمختصر عن عبد الباقي بن قانع قال حدثنا
بشر بن موسى قال حدثنا ابو عبد الرحمن المقري عن حيوة قال حدثنا يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال مضت
السنة ان يبدا بالعتاق في الوصية وايضا لما كان العتق مما لا يلحقه الفسخ وساير الوصايا مما يلحقها الفسخ صار
العتق اكد منها ومتى اجتمع امران لا يمكن اجازتهما جميعا واحدهما يفسخ والاخر لا يفسخ فالذي لا ينفسخ اولى بالثبات
ومما ينفسخ اولى ببطلان • الا ترى ان رجلا لو اعتق عبد رجل بغير امره وباعه اخر فاجازهما الامر جاز
العتق وبطل البيع وكذلك لو وكل رجلا بعتق عبده والاخر ببيعه واوقعا الامرين جميعا جاز العتق وبطل البيع ثم العتق
انما يكون مقدما على ساير الوصايا اذا كان منفذا في المرض او معلقا بالموت مثل ان يقول ان حدث بي حدث من
هذا المرض فمات من ذلك المرض فهو حر فاما اذا اوصى بعتق عبده بعد موته بعتق لوقت فلا يبدا بالعتق بل
يكون هو وساير الوصايا سواء • الا ترى الى ما قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا واذا اوصى الرجل
بعتق عبده بعد موته واوصى لاخر بالالف فالثلث بينهما بالحصص ولا يبدا بالعتق لان الوصية تحتمل النقض والرد
فصار حكمه حكم ساير الوصايا وانما يكون العتق اولى من ساير الوصايا اذا كان العتق في المرض او اضافه الى الموت
يعتق بموته بغير اعتاق الورثة فذلك العتق لا يحتمل النقض والرد • فاما في الوصية فهي وساير الوصايا سواء
فلا يكون هي اولى بالبداءة من غيرها ولو قال هو حر بعد موتي بيوم او شهر فهي وساير الوصايا سواء لان العتق اذا تاخر
عن الموت لا يعتق الا باعتاق الورثة وقد جرت فيها سهام المواريث فصار حكمها حكم ساير الوصايا لانها تحتمل
النقض والرد وتحتاج الى انشاء الوصية الى هنا لفظ الفقيه ابو الليث في كتابه • كالضمان والكفالة لما كان الضمان
اعم من الكفالة لم تحصل المغايرة بينهما فعطف الكفالة عليه • الا ترى ان من قال لاخر خالع امراتك على الف هذا فخالعها
صح وكان الالف على الاجنبي • قال في خلاصة الفتاوى ولو ان رجلا قال للزوج اخلعها على عبدي هذا او الف هذه او
او داري هذه فخلعها على هذا فالخلع جايز ولا حاجة الى قبول المراة لان العاقد الاجنبي • ثم قال ولو قال لاجنبي للزوج
اخلعها على عبدي هذا فقال الزوج خلعت تم الخلع من غير ان يقول المخاطب قبلت واذا تم الخلع بقبول الاجنبي لزمه
عين البدل اذ كان مما يتعين قوله قال فان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي
حنيفة وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين • اي قال القدوري في مختصره وقال في المختلف
المريض اذا باع عبدا او اشترى بغبن فاحش او اعتق عبدا ان بدا بالمحاباة بداءة بها وسعى العبد في العتق ولو بدا
بالعتق ثم بالمحاباة تحاصا والمشتري بالخيار وقالا العتق اولى تقدم او تاخر وجملة الكلام هنا ما ذكر الكرخي في
مختصره قال وما ذكرت من هذه الوصايا فما كان منها لم يجاوز قدر الثلث فان كل واحد من اصحابها يضرب بقدر
نصيبه من الثلث فيكون الثلث بينهم على ذلك لا يبدا بعضهم على بعض الا ان يكون عتقا موقعا في المرض او موقعا بموت
الموصي او محاباة في بيع وقع في المرض فانه يبدا بذلك قبل كل وصية ثم يتضارب اهل الوصايا بعد ذلك فما بقي من الثلث

فيكون بينهم على قدر وصاياهم فان ضاق الثلث عن العتق والمحاباة فان ابا حنيفة قال ان كانت المحاباة قبل العتق
يبدى بالمحاباة قبل العتق وان كان العتق قبل المحاباة تحاصا جميعا صاحب المحاباة والعتق فان لم يبق شي بعد مما بطل ما بقي
من الوصايا وان بقي من الثلث شي تحاصوا فيه على قدر وصاياهم • وقال ابو حنيفة رحمه الله اذا اعتق وحابى يبدا
بالمحاباة الا ان يتقدم العتق رواه معلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد يبدا بالعتق قبل المحاباة تقدم
العتق او تأخر فان لم يبق شي من الثلث بطلت الوصايا الباقية وان بقي من الثلث شي تحاصوا اهل الوصايا الباقية فيه على قدر
وصاياهم وكان لكل واحد منهم قدر ما يخص وصيته من ذلك الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • وقال الفقيه ابو الليث
في مختلف الرواية وفي كتاب نكت الوصايا وذكر عن زفر انه قال ان بدا بالمحاباة فهي اولى وان بدا بالعتق فالعتق اولى
لان البداءة تدل على العناية فكان اولى مما اخره • وذكر القدوري في كتاب التقريب قول زفر مثل قول ابي حنيفة
ويجوز ان يكون عنه روايتان • وقال الفقيه ايضا في كتاب نكت الوصايا ذكر عن عثمان انه قال دخلت على بشر ابن غياث
المريسي فقلت لما قال ابو حنيفة ان المحاباة اولى لا ادري فقلت له اما له تحتها نكتة فقال لا فنكس بشر راسه ساعة ثم
فجاء بنكتة اعجبتني تلك النكتة فخرجت من عنده ودخلت على سفيان ابن سحبان واخبرته بالنكتة فتعجب من تلك النكتة واعجبني
فلما مضت على ذلك مدة نسيت النكتة فدخلت على سفيان ابن سحبان فقلت النكتة التي قالها بشر في وقت كذا قال نسيتها ثم دخلت
ايضا على بشر فقلت النكتة التي قلتها في وقت كذا فقال نسيتها فقد ذهبت النكتة وبقيت المسئلة بغير نكتة وقد ضل مفتاحها
الى هنا لفظ الفقيه في كتابه ووجه قولهما وهو قول الشافعي ايضا ما روينا في المسئلة المتقدمة من حديث سعيد بن المسيب
قال مضت السنة ان يبدا بالعتاق في الوصية ولان العتق لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ فكان ما لا يلحقه الفسخ
اولى بالتقديم لانه اقوى ووجه قول ابي حنيفة ان المحاباة اقوى فكان اولى بالتقديم وهذا لان المحاباة حصلت في البيع والبيع
عقد ضمان لان البيع مضمون عليه مطالب بتسليم المبيع فصارت المحاباة بمنزلة الدين لوجوب المطالبة به والعتق تبرع
والضمان والتبرع اذا اجتمعا كان الضمان اولى فاما اذا اعتق اولا ثم حابى فالعتق وقع في حال اليسار لانه لم يبق للورثة
حق مثل ما اوصى به فصار كمن اعتق وهو موسر واعتاق الموسر يتعلق به الضمان والمحاباة ايضا عقد ضمان فتساويا في
الضمان فلما استويا قسم الثلث بينهما نصفين ولان كل واحد من العتق والمحاباة يساوي الاخر في انه لا يلحقه الفسخ من
جهة الموصي وللمحاباة مزية اخرى ليست للعتق وهي انها يتعلق استحقاقها بعقد معاوضة ثم اذا تقدم العتق كانت له مزية
السبق لان الانسان يقدم عند موته ما هو الاهم فكان لكل واحد منهما مزيتان فتساويا فاذا تقدمت المحاباة حصل
لها مزية السبق ايضا مع المزيتين ولم يبق للعتق الا مزية واحدة وهي انه لا يلحقه الفسخ فكانت المحاباة اولى ولان
المحاباة حق الادمي ثبت بعوض فصارت مثل الدين يقر به المريض فيكون اولى من العتق اذا بدا بها اذا كان
مخرجه مخرج المعاوضة • الا ترى ان من اقر بدين كان مقدما على الورثة وجعل في الحكم كانه ملك بدله ولولا
ذلك لما جاز اقراره من الثلث كذلك المحاباة لما اشبهت الدين من هذا الوجه وجب ان يبدا بها على العتق اذا بدا بها
فان قيل فالجزء الذي فيه المحاباة ليس بازائه عوض قيل له هو قد جعل الثمن عوضا لجميع العبد واخرجه مخرج
المعاوضة وكذلك الدين المقر به يجوز ان لا يكون بدلا من شي الا انه لما اخرجه مخرج ما فيه عوض كان اولى فكذلك
المحاباة فان قيل العتق لا يلحقه الفسخ والبيع يلحقه الفسخ فكان العتق اولى بالتقديم قلنا لا اثر لعدم لحاق الفسخ في التقدم
لانه منقوض بالدين فانه يلحقه الفسخ ومع هذا يقدم على العتق الذي لا يلحقه الفسخ • فان قيل لو كانت المحاباة
بمنزلة الدين لجازت على الورثة ولم يكن من الثلث كما ان الدين ليس من الثلث • قلنا اشتراكهما من هذا الوجه لا يمنع الجمع
بينهما في وجوب البداءة بالمحاباة على العتق • الا ترى ان العتق في المرض يعتبر من الثلث ومع هذا يقدم لتاكده على الوصية
بالمال فكذلك المحاباة لما تاكدت بشبهها بالدين من الوجه الذي ذكرنا كان مقدما على العتق اذا بدا بها فان قيل العتق
في المرض لا رجوع فيها ومع هذا الميت في معنى العتق فينبغي ان تكون المحاباة كذلك • قلنا يصح الرجوع في المدبر بعد الموت
اذا لم يخرج من الثلث ولا يصح في المحاباة والعتق فان قيل العتق لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ فكان العتق اولى قيل له المحاباة
لا يلحقها فسخ من جهة الميت ومن جهة الورثة من قبل ان للمشتري ان يقول انا ازيد في الثمن الى تمام ثلثي القيمة فلا يكون لهم سبيل الى فسخها
وانما يصح فسخها من جهة المشتري فيستدل بانقطاع حقهم في الفسخ على تاكدها فاما وقوع الفسخ من جهة المشتري فلا اعتبار به لان المحاباة
ما وقعت من قبل المشتري وهو الموصى له بل من قبل الموصي وليس له الفسخ **قوله** اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث مثل ان يوصي
بالربع والسدس **قوله** والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح وانما قيد التدبير بالصحيح لانه اذا لم يكن صحيحا
كما اذا قال مثلا هو حر بعد موتي بيوم او بشهر لا يكون مقدما على سائر الوصايا بل هو وسائر الوصايا سواء وقد بيناه قبل هذا
والتدبير الصحيح مثل ان يقول الرجل لمملوكه انت حر بعد موتي او انت حر اذا مت او ان مت او ان حدث بي حدث فهذا كله واحد
وهو مدبر وكذلك لو قال انت حر يوم اموت فان نوى النهار دون الليل لم يكن مدبرا وكذلك لو قال ان حدث بي حدث
من مرضي هذا او في سفري هذا فانت حر لم يكن مدبرا وله ان يبيعه وان مات كما قال عتق وان برئ من مرضه او رجع من
سفره ثم مات لم يعتق كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي **قوله** والمحاباة في البيع بالرفع معطوف على قوله الا العتق
الموقع في المرض **قوله** وغيره يلحقه اي غير العتق الذي ذكرناه يلحقه الفسخ والذي ذكرناه هو العتق الموقع في المرض

والعتق

والعتق المعلق بموت الموصي وهو التدبير الصحيح واراد بغير ذلك سائر الوصايا بالمال **قوله** يستوي فيه من سواهما
اي يستوي فيما بقي من الثلثين سوى المعتق المذكور والذي حوبي له **قوله** لانه لا يوجب التقدم في الثبوت
اي لان التقدم في الذكر لا يوجب التقدم كما اذا اوصى لفلان ولفلان بالثلث لا يكون المبدو بالذكر مقدما على غيره
بل يكون الثلث بينهم اثلاثا فكذا ايضا فيما نحن فيه لا يكون المحاباة اولى بالتقديم في الذكر **قوله** فكان تبرعا
معناه لا بصيغته وتذكير الضمير راجع الى المحاباة على تاويل المذكور يعني ان صيغة عقد البيع بالمحاباة معاوضة لا تبرع
ولكن التبرع يحصل من حيث المعنى من حيث اثبات بعض المال حيث باع بالغبن الفاحش بخلاف الاعتاق فانه تبرع
صيغة ومعنى لانه اثبات محض ليس في مقابلته عوض المال فكانت المحاباة اقوى والدليل عليه ما ذكره شمس
الائمة السرخسي في شرح الكافي ان سبب المحاباة التجارة فان البيع بالمحاباة عقد تجارة حتى يجب للشفيع الشفعة في الكل
والشفعة تختص بالمعاوضات دون التبرعات ولهذا قلنا ان البيع بالمحاباة يصح من العبد الماذون والصبي الماذون وبالمرض لا يلحقه
الحجر عن التجارة فاما العتق فتبرع محض وبالمرض يصير محجورا عن التبرعات فمن هذا الوجه كانت المحاباة اقوى **قوله**
وعلى هذا قال ابو حنيفة اي على الاصل الذي ذكر من جهة ابي حنيفة • قال ابو حنيفة اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم
الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما في وقوعهما في ضمن عقد المعاوضة ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة من نصف الثلث قسم
بينها وبين العتق المتقدم عليها لانه حصل له الاستواء مع المحاباة في المزية بتقدمه عليها واذا اعتق اولا ثم حابى ثم
اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة نصفين لان العتق لما تقدم زاحمها ثم ما اصاب العتق الاول من نصف الثلث
كان ذلك بين العتقين لتجانسهما **قوله** قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم
يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة وان كانت بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها شي وبقي شي من الحجة يرد على
الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي • اي قال في الجامع الصغير وقال الفقيه ابو الليث في مختلف الرواية واذا اوصى الرجل ان يعتق
عنه نسمة بمائة درهم وثلث ماله اقل من مائة فانه لا يشترى وبطلت الوصية في قول ابي حنيفة وفي قولهما يشترى عبد
بثلث ماله ويعتق وقال الفقيه ايضا وكذلك الخلاف فيمن اوصى ان يعتق نسمة عنه من جميع ماله فالوصية في قول ابي حنيفة
باطلة وتجوز في قولهما ويعتق من ثلث ماله وان كانت بالحج يجوز الحج بثلث ماله بالاتفاق الى هنا لفظ الفقيه رحمه الله
والنسمة هي الرقبة التي تشترى للعتق كذا فسر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وجه قولهما انه نوع قربة قصد به
الموصي التقرب الى الله تعالى ولهذا صح الوصية في غير تعيين النسمة لتحقق مقصود الموصي فوجب تنفيذ الوصية ما امكن
كما اوصى بان يحج عنه بهذه المائة فهلك منها درهم يحج عنه بما بقي وكما لو اوصى لرجل بهذه المائة فهلك منها درهم يصرف
الباقي اليه فكذلك هاهنا ولا يقال الوصية اذا كانت لمستحق لا يجوز صرفها الى مستحق اخر لان المستحق لم يتبدل لان العتق
حق الله تعالى ولم يتبدل ولهذا جازت الشهادة على عتق العبد عندهما بلا دعوى كما في الامة لان العتق حق الله عندهما
فلم يكن العبد موصى له بل الموصى له صاحب الشرع ووجه قول ابي حنيفة ان هذه وصية لعبد يشترى بمائة لان الموصي
صرح بذلك فصار الموصى له عبدا قيمته مائة لا من قيمته اقل من ذلك فلو اشتري عبد قيمته اقل من المائة يلزم من ذلك
صرف وصية لمستحق الى غيره لان من قيمته دون المائة غير من قيمته المائة فكان ذلك تنفيذ الوصية لغير من
اوجبها الموصي بخلاف الوصية بالحج فانه حق الله تعالى وهو لم يتبدل وكذا في المسئلة التي قاسا عليها لان المستحق لم يتبدل
ثم في تقدير الثمن بالمائة للموصي غرض صحيح وهو التقرب باعتاق افضل الرقاب على ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه سئل اي الرقاب افضل فقال اغلاها ثمنا وانفسها عند اهلها • وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير
وهذا فرع لمسئلة العتق فان العتق عند ابي حنيفة حق المملوك فلذلك لم يقبل الشهادة عنده على عتق العبد من غير دعوى
قال صاحب الهداية وهذا اشبه اي كون هذا الخلاف في عتق النسمة بناء على ان العتق حق الله تعالى او حق المملوك
من الاشبه بالصواب • وذكر الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا الفرق لابي حنيفة بين الوصية بالرقبة والوصية
بالحج ان الوصية بالرقبة لا تشبه الحج لانه لا يمكنه ان يحج عنه بمائة درهم بغير زيادة ولا نقصان لانهم اذا استأجروا رجلا
فربما يزيد نفقته وربما تنقص فلما لم يمكن ان تقدر فلا يعتبر تقديره واما في الرقبة فيمكن ان يشتري رقبة
بمائة درهم بغير زيادة ولا نقصان فوجب ان يراعى شرطه • ثم قال الفقيه ابو الليث فيه وكان الفقيه الجليل
ابو جعفر يقول هذه المسئلة فرع من مسئلة كتاب القسمة فان من اصل ابي حنيفة انه لا يرى قسمة الرقيق ويجعله
بمنزلة اجناس مختلفة وعند ابي يوسف ومحمد بمنزلة جنس واحد فلما اوصى بان يعتق عنه عبد قيمته مائة درهم
فجاز صرف الوصية فلو اعتق عبد قيمته اقل من ذلك يكون ذلك العبد من غير جنس الذي به اوصى فلا يجوز ان يصرف
وصيته الى جنس اخر وعندهما لما كان العبيد كلها جنسا واحدا فالعبد الذي قيمته اقل من مائة درهم من جنس
العبد الذي قيمته مائة درهم فجاز صرف الوصية اليه كذا في كتاب نكت الوصايا فاما اذا لم يهلك من المائة شي
حج بها فان بقي منها شي رد على الورثة لانه مال خلا عن الوصية • قال فخر الاسلام فاذا فضل شي رد على الورثة الا
ان يكون الموصي جعل الفضل للذي يحج عنه فيكون له **قوله** قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته
مائة وكان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شي • اي قال في الجامع الصغير وذلك لان الاعتاق

في مرض الموت وان كان في حكم الوصية والوصية باكثر من الثلث لا تجوز حقا للورثة لكنهم لما اجازوا العتق سلم له
ما زاد على الثلث للعبد وهو السدس لان العبد نصف المال والزايد على الثلث من النصف هو السدس **قوله**
ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجني العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية • اي قال في الجامع الصغير • اعلم ان العبد
اذا جنى جناية خطأ فحكمه الدفع او الفداء ثم هذا العبد الموصى له بعتقه اذا جنى جناية بعد موت الموصى كان الورثة
بالخيار ان شاءوا دفعوه بالجناية وان شاءوا فدوه وان دفعوه بطلت الوصية لان الدفع يبطل حق المالك لو كان حيا
فكذلك يبطل حق من يتلقى الملك من جهته وهو الموصى له • الا ترى ان الموصي لو باعه او دبره بعد موته بسبب الدين ان د
الوصية تبطل فكذلك هنا لانه لا يملك الابطال لان حق اولياء الجناية مقدم على حق المالك فكذلك مقدم على من يتلقى الملك
من المالك وان اجازوا الفداء كانت الدية عليهم في مالهم لالتزامهم وجازت الوصية لطهارة العبد بالفداء عن الجناية
فصار كانه لم يجن **قوله** الا ان ملكه فيه باق فاستثنا من قوله لما ان حق ولي الجناية مقدم يعني ان ملك الموصي
في العبد باق مع ان حق الولي مقدم وانما يزول ملكه بالدفع فالم يدفع يبقى حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الوارث
لا يعتق عليه كما اذا كان العبد اخا لامرأة الموصي مثلا وانما يبقى ملكه فيه الى ان يستغني عن حاجته فيه لان
ملك الورثة بدليل الخلافة فالم يستغن الاصل عن حاجته فلا يثبت الخلافة **قوله** طهر عن الجناية هو بالطاء المهملة
من الطهارة **قوله** قال ومن اوصى بثلث ماله لاخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له
اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او يقوم له
البينة ان العتق في الصحة • اي قال في الجامع الصغير وذلك لان غرض الوارث من هذا الكلام ان لا شيء للموصى له الا ان
يفضل على قيمة العبد من الثلث شيء فيكون الفاضل للموصى له لان العتق في المرض مقدم على سائر الوصايا لقوته لانه لا يحتمل الرد
والنقض وغرض الموصى له ان العتق لم يكن وصية بل كان منفذا من جميع المال ولي ثلث ما سوى العبد من مال الميت والوارث
ينكر ذلك اي ينكر استحقاق الموصى له الثلث سوى العبد لانه يقول العتق كان في المرض وهو مقدم في الوصية فلما كان
الوارث منكرا كان القول قوله لان القول قول المنكر مع اليمين فاذا كان القول قول الوارث كان الثلث مستحقا بالثلث بالعتق
فان فضل شيء منه الى تمام الثلث فهو للموصى له وان لم يفضل فلا شيء للموصى له الا اذا قام البينة ان العتق كان في الصحة ولم
يكن وصية فحينئذ تكون ثلث المال للموصى له قالوا ويجب ان يستحلف الوارث اذ لم يقم بينة للموصى له بالثلث ولان
الحوادث تضاف الى اقرب الاوقات اذا جهل التاريخ واقرب الاوقات حال المرض فيضاف العتق الحادث اليه ليتعين
الاقرب ما لم يتبين انه من قبل **قوله** ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف
درهم فقال الابن صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق ولا يسعى في شيء • اي قال في الجامع الصغير وصورته
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل مات وترك ابنا وترك عبدا فقال العبد اعتقني ابوك في صحته
وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال الابن صدقتما فان العبد يسعى في قيمته • وقال ابو يوسف ومحمد العلام
حر ولا يسعى في قيمته ويجعل كانه حق كله لانه اقوى معنا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير لهما ان العتق في الصحة
والدين ظهرا معا بتصديق الابن فلما ظهرا معا استويا ولم يدفع احدهما الاخر فجعل كل واحد منهما حقا فثبت
العتق في الصحة والعتق اذا ثبت في الصحة لا يوجب السعاية وان كان المعتق مديونا ولكن لما لم يبق شيء اخر يقضى به
الدين بطل الدين وانما قلنا لم يدفع احدهما الاخر لان كل واحد منهما لو انفرد كان اولى من صاحبه كذا قال
الفقيه ابو اليسر ولابي حنيفة وجهان احدهما ان الدين اقوى من الاقرار بالعتق فيدفع الاقوى الاضعف والدليل
على ذلك ان الدين يصح من راس المال لا من الثلث فحسب وانه لا يعتبر وصية من المريض والاقرار بالعتق في المرض
يصح من الثلث لا غير واسناد الاقرار بالعتق الى الصحة انما يصح اذا لم يوجد المانع من الاسناد وقد وجد المانع
وهو ان شغل الدين تاريه منع الاسناد الى حالة الصحة فاقتصر الاعتق على حالة المرض فعلى هذا كان ينبغي ان د
يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ فينفسخ من حيث المعنى بايجاب السعاية على العبد وتقضى به
الدين ولا يفسخ من حيث الصورة ولان الدين اسبق لانه لا مانع من اسناد الدين الى حالة الصحة لان الاقرار ك
بالدين يصح من راس المال من الصحيح والمريض جميعا واسناد العتق الى حالة الصحة لا يمكن لان الدين يمنع الذي يعتق مجانا
فلا جرم وجب السعاية عليه واقرار الوارث بمنزلة اقرار المريض ولو ان المريض اقر في مرضه انه اعتق هذا العبد د
في صحته واقر بدين كان الدين اولى فكذا اذا اقر الوارث **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك
الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال اخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعند الوديعة اقوى د
وعندهما سواء • اعلم ان صاحب الهداية جعل الوديعة اقوى عند ابي حنيفة وجعل الدين والوديعة سواء عند
صاحبيه وفي ذكر الخلاف على هذا الوجه نظر عندي لان الكبار قبل صاحب الهداية ذكروا الخلاف على عكس هذا ا
الا ترى ان الحاكم الشهيد قال في مختصر الكافي ولو قال لرجل هذه الالف التي تركها ابوك وديعة لي وقال الاخر لي على
ابيك الف درهم دين فقال صدقتما فان ابا حنيفة قال الالف بينهما نصفان وقال ابو يوسف ومحمد صاحب الوديعة
اولى بها ذكره في باب اقرار الوارث بالدين والا ترى الفقيه ابو الليث السمرقندي ذكر في كتاب المختلف الرواية

في كتاب الاقرار فقال ولو قال لرجل هذا الالف الذي تركها ابوك وديعة لي وقال الاخر لي على ابيك الف درهم د
فقال الابن صدقتما فان في قول ابي حنيفة الالف بينهما نصفان وعند هما صاحب الوديعة اولى • قال القدوري
في كتاب التقريب • قال ابو حنيفة اذا مات الرجل وترك الفا فقال رجل لوارثه لي على الميت الف دين وقال الاخر هذه
الالف وديعة لي فقال الوارث صدقتما فالالف بينهما وقالا هو لصاحب الوديعة وذكر فخر الاسلام البزدوي والصدر
الشهيد في شرحيهما للجامع الصغير فقالا الوديعة اولى عندهما وعند ابي حنيفة هما سواء وكذلك الامام نجم الدين
ابو حفص عمر النسفي في كتاب الحصر وعلاء الدين العالم في المختلف فقالا لو قال لرجل هذه الالف التي تركها
ابوك وديعة لي وقال اخر لي على ابيك الف درهم دين فقال صدقتما فالالف بينهما نصفان وقالا صاحب الوديعة
احق بها وكذلك في المنظومة في كتاب الاقرار في باب ابي حنيفة خلافا لصاحبيه

• لو تركت الف وهذا يدعي • دينا وذاك هذا مودعي •
• والابن قد صدق هذين معا • استويا واعطيا من ودعا •

ومن الفقيه وجه الخلاف في مختلف الرواية فقال وجه قول ابي حنيفة ان صاحب الدين لما ادعى الدين فقد ادعى
حقا في الذمة منقولا الى العين فصار مدعيا وصاحب الوديعة يدعي العين ايضا فاذا كان كذلك فكل واحد منهما يدعي
العين وصدقهما الوارث فيه فصارا مستويين بالحق في ذلك العين فكان بينهما وجه قولهما ان صاحب الدين يدعي حقا
في الذمة انتقل الى العين وصاحب الوديعة يدعي فاذا قال صدقتما فقد سبق حق صاحب الوديعة الى العين د
قبل ثبوت حق صاحب الدين فيه فكان اولى به والله اعلم

فصل

ترجم في هذا الفصل في مختصر الكرخي بباب الوصايا
اذا ضاق عنها الثلث وقيل قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوته لان العتق لا يلحقه الفسخ د
قوله قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل
الحج والزكاة والكفارات • اي قال القدوري في مختصره وتمام متنه وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه ك
الموصي • قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال هشام عن محمد ايضا ان كل شيء كان جميعه لله في وجوه من الحج
والصدقة والعتق وغير ذلك فاوصى به رجل فكان الثلث لا يبلغ ذلك كله فان كان كله تطوعا بدئ بالاول
فالاول ما نطق به حتى يأتي على اخره او يستغرق الثلث فيبطل ما بقي وكذلك اذا كانت الوصايا كلها فريضة بدئ
بالاول فالاول حتى يكون النقصان على الاخر وان كان بعضه فريضة وبعضه تطوعا بدئ بالفريضة وان اخرها
وان كان بعضه تطوعا وبعضه من شيء اوجبه على نفسه بدئ بالذي اوجبه على نفسه وان كان قد اخره في منطقه
قال هشام رأي هنا ثم لم يجمعا في الثلث فاعطى كل انسان حقه على قدر ما اصابه وقال محمد نفسه وان كان
بعضه فريضة وبعضه شيئا اوجبه على نفسه وبعضه تطوعا بدئ بالفريضة وان كان اخرها في منطقه ثم بشيء بالذي
اوجبه على نفسه وان كان اخره في منطقه ويجعل التطوع اخر ذلك وان كان اوصى مع هذا بوصايا لانسان د
بعينه تحاصوا جميعا في الثلث فاعطى كل انسان حقه على قدر ما اصابه ثم جمع ما اصاب هذه الاشياء كلها يصنع
به كما وصفت لك فان كان فيه عتق بتات بدئ به قبل هذا وان كان قال اعتقوا نسمة عني ابدا فانه تحاصوا
قال ابو الحسن واذا الابتداء بالفرائض بدئ بالاول فالاول منه في اللفظ وكذلك اذا ابدأ بالواجب
بدئ بالاول منه باللفظ وكذلك التطوع اذا ضم اليه بدئ بالاول فالاول في لفظه الموصي • قال ابن
سماعة عن محمد في نوادره سمعت محمدا قال في رجل اوصى بكفارة قتل وكفارة ايمان وبصدقة فطر وبضحايا
تذبح عنه وبنذور قال ابدأ بكفارة القتل وكفارة اليمين ان بلغ الثلث ذلك وان لم يبلغ بدأت بما بدأ به
منهما وان بلغ الثلث وفضل عنهما جعلت صدقة والفطر بعدهما لانها احب عندي من الاضاحي لانه لم يختلف
احد في صدقة الفطر وقد اختلفوا في الاضاحي فراه بعضهم واجبا على الغني ولم يره بعضهم فان فضل الثلث
عن صدقة الفطر جعلت ما بقي في النذور الى هنا لفظ الشيخ ابي الحسن الكرخي في مختصره اعلم ان الشيخ ابا الحسن
الكرخي لم يقدم بعض الفرائض على البعض بل قال يبدأ بما بدأ به الموصي واجاز علمائنا رحمهم الله ولكن الشيخ
ابا جعفر الطحاوي قدم في مختصره الزكاة على الحج الفريضة قال في شرح الاقطع وهو احدى الروايتين عن ابي
يوسف وفي رواية اخرى يقدم الحج • وقال القدوري في كتاب التقريب وعن ابي يوسف في الاملاء ان د
الزكاة والحج يتحاصان • وقال ابن شجاع عن ابي يوسف ان الزكاة والحج سواء ثم رجع وقال الزكاة اوجب كذا ا
في التقريب ثم نرجع الى ما قال في المتن فنقول انما تقدم الفرائض وان اخرها الموصي في منطقه لان امور المسلمين
محمولة على الصحة ما امكن والحمل على الصحة في تقديم الفرائض لان الفريضة هي الاهم والاولى من النوافل ولا
يحمل على ان الموصي اشتغل بالنافلة وضيع الفريضة ولذلك قدمت الفرائض وهذا لان من شأن المؤمن ان يريد د
الفرض اهم عنده من النافلة وان تساوت الفرائض في القوة بدئ بما بدأ به الموصي لان الانسان انما يبتدئ بما هو
الاهم ثم تقديم الزكاة والحج على الكفارات لقوتهما حيث جاء فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارات كقوله تعالى والذين

يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم يوم يحمى عليها في نار جهنم فتكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم هذا ما كنزتم لانفسكم فذوقوا ما كنتم تكنزون • وروي البخاري باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اتاه الله مالا فلم يود زكاته مثل له ماله يوم القيمة شجاعا اقرع له زبيبتان يطوقه يوم القيمة ثم ياخذ بلهزمتيه يعني شدقيه ثم يقول انا مالك انا كنزك ثم تلا ولا يحسبن الذين يبخلون بما اتاهم الله الايه فالاقرع الذي لا شعر على راسه لكثرة سمه والزبيبتان زبدتان في شدقيه ويقال نقطتان سوداوان فوق عينيه وقال تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ومن كفر فان الله غني عن العالمين اي ومن لم يحج • وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من مات ولم يحج فليمت يهوديا او نصرانيا ثم كفارة القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لان كتاب الله تعالى دل على وجوب هذه الكفارات ولم يدل على وجوب صدقة الفطر ثم صدقة الفطر مقدمة لاتفاق الامة على وجوبها على الاضحية لاختلافهم في وجوبها وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات • قال في تحفة الفقها قالوا يقدم الحج والزكاة على الكفارات المذكورة في القران ثم هذه الكفارات مقدمة على صدقة الفطر والفطر مقدمة على كفارة الفطر لانها تثبت بخبر الواحد وهي مقدمة على المنذور وهو مقدم على الاضحية والواجبات كلها مقدمة على النوافل واما اذا كان مع الوصايا الثابتة لحق الله تعالى الوصية للادمي فان الموصى له يضرب مع الوصايا في القرب ويجعل كل جهة من جهات القرب منفردة بالضرب ولا يجعل كلها جهة واحدة فان قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزيد يقسم على اربعة اسهم لان كل جهة غير الاخرى ولا يقدم الفرض على حق الادمي لحاجة العبد اليه ثم انما يصرف الثلث الى الحج الفرض والزكاة والكفارات اذا اوصى بها فاما اذا لم يوص بها فلا يصرف الثلث اليها بل تسقط عندنا خلافا للشافعي على ما مر في الزكاة واذا اوصى ليتبرع بالثلث لتعلق حق الورثة بماله في مرض الموت ثم وجدت الرواية التي روت ان الزكاة مقدمة على الحج لان كل واحد منهما منصوص عليه في القران ولكن الزكاة يتعلق بها حق العبد فكانت اقوى ولان المستحق بالزكاة جزء من المال واداء الزكاة بالمال واداء الحج بالبدن فكانت الزكاة في تعلقها بالمال اقوى من الحج ولهذا تسقط الزكاة بهلاك المال ولان ابا بكر الصديق وساير الصحابة رضي الله عنهم قاتلوا اهل الردة على منع الزكاة فصار لها هذه المزية فكانت اولى بالتقديم من الحج لان الامام لا مدخل له في اجبار الناس على الحج • وجه الرواية الاخرى ان الحج فرض العمر وهو متعلق بالمال والبدن جميعا والزكاة بالمال وحده فكان الحج اقوى • وقال شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي فان قيل اذا كانت الوصية بحجة الاسلام فينبغي ان يقدم على الوصية للانسان لان ذلك ليس بعرض والحج فريضة قلنا هذا اذا تحقق المستحق واما عند اختلاف المستحق فلا يعتبر قوة الوصية • وقال الامام الامام الاسبيجابي في كتاب الزكاة في شرح الطحاوي ثم الوصايا لا تخلو اما ان تكون كلها لله تعالى او كلها للعباد وما كان لله تعالى فلا تخلو اما ان تكون فرايض كالزكاة والحج والصوم والصلاة وكلها واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر او كلها تطوعا كالوصية بحج التطوع او الصدقة على الفقرا او للمسجد وما اشبه ذلك او جمع هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله يحتمل جميع ذلك فان اجازت الورثة فكذلك وان لم يجز الورثة فانه ينظر ان كانت وصاياه كلها للعباد فانهم يتضادون بالثلث بينهم بالحصص فان كانت وصايا كلها لله تعالى فانه ينظر ان كانت كلها فرايض يبدا بما بدا به وان كانت كلها واجبات فانه يبدا بما بدا به ايضا وكذلك اذا كانت كلها تطوعا وان كان بعضها فرايض وبعضها واجبات وبعضها تطوع فانه يبدا بالفرايض اولا وان اخرها ثم بالواجبات ثم بالنوافل وان جمع هذه الوصايا كلها فاهل الوصايا يتضادون بالثلث بوصاياهم فما اصاب العباد فهو لهم ولا يقدم بعضهم على بعض وما كان لله يجمع ذلك كله فيبدا منها بالفرايض ثم بالواجبات ثم بالتطوع هذا اذا لم يكن في الوصية عتق منفذ ولا محاباة منجزة فان كان عتق منفذ او محاباة منجزة فان في قول ابي حنيفة ان كانت المحاباة متقدمة على العتق يصرف الثلث كله الى المحاباة ثم الى العتق ثم الى ساير الوصايا وان كان العتق متقدما يصرف الثلث اليهما جميعا فاذا فضل منه فحينئذ يصرف الفضل الى ساير الوصايا وعندهما المحاباة وساير الوصايا سواء انما يصرف الى العتق فان فضل منه يصرف الى ساير الوصايا والمحاباة كذا في شرح الطحاوي • وقال الامام الاسبيجابي ايضا في كتاب الوصايا من شرح الطحاوي واذا اوصى لرجل بوصايا فان جوزها من الثلث ان بلغ الثلث فهو جميعا فيه ولمن وان لم يبلغ كيف يقسم الثلث بينهم فالوجه في ذلك ان يجمع الوصايا كلها ثم ينظر اليها والى الثلث والى نقصانه من الوصايا فان كان النقصان مثل نصف الوصايا ينقص من كل وصية نصفها وان كان النقصان مثل ثلثها ينقص من كل وصية ثلثها نحو ما اذا بلغت الوصايا الف درهم لاحدهم مائة وللاخر مائتان وللاخر ثلاثمائة وللاخر اربعمائة وثلث ماله خمسمائة فالنقصان من خمسمائة الى مبلغ الوصايا مثل نصفها فينتقص من كل وصية نصفها لصاحب المائة خمسون ولصاحب المائتين مائة وعلى هذا القياس قوله وفي

روايه

رواية عنه اي عن ابي يوسف تقدم الحج وهو قول محمد جعل صاحب الهداية تقدم الحج على الزكاة قول محمد اما القدوري في شرح مختصر الكرخي • وشمس الايمة السرخسي في شرح الكافي وشمس الايمة البيهقي في الكفاية وصاحب التحفة والشيخ ابو نصر في شرح الاقطع جعلوا تقديم الزكاة على الحج قول محمد وقال بعضهم في شرحه ان كفارة القتل تقدم على كفارة اليمين والظهار ثم كفارة اليمين تقدم على كفارة الظهار وعللوا بان كفارة القتل اقوى لشرط الاسلام فيها وكفارة اليمين اقوى من كفارة الظهار لانها وجبت بهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار وجبت بايجاب حرمة على نفسه ولنا فيه نظر لانه خلاف المنصوص من الرواية لانه لا تقدم الفرايض بعضها على بعض وكذلك الواجبات لا تقدم بعضها على بعض وكذا التطوع بل يبدا بما بدا به الموصى وقد نص الكرخي على ذلك والمعنى في تقديم الزكاة والحج على الكفارات ذكرناه وهو الوعيد ومثل ذلك لم يوجد في شي من الكفارات قوله لما بينا اشارة الى قوله لان الظاهر انه يبتدي بالاهم قوله صرح بذلك اي بالتقديم وتصريحه بان يقول ابدوا بما بدات • قالوا اي فيما اذا كان مع الوصايا الثابتة لحق الله تعالى حق الادمي فالموصى له يضرب مع الوصايا في القرب وقد ذكرناه عن التحفة قبل هذا قوله قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا • اي قال القدوري في مختصره • وتمامه فيه فان لم يبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وذلك لان الواجب على الموصي ان يحج من بلده لانه يشترط من الزاد والراحلة ما يكفيه من بلده فينصرف الوصية الى ما اوجب الله عليه وقد اوجبه تعالى من بلده ولا جرم يحج عنه من بلده ايضا لان المقصود من تنفيذ الوصية بالحج اداء ما على الموصي وانما وجب عليه ان يحج راكبا لان الموصي لم يكن يجب عليه الحج اذا لم يقدر على الراحلة وانما يجب عليه اذا قدر على الراحلة فاذا وجب الحج على الموصي راكبا يلزم الاداء على الذي يحج عنه كذلك راكبا • قال الفقيه ابو الليث في كتاب الوصايا وذكر هشام عن محمد انه قال لو ان انسانا قال انا احج من منزله بهذا المال ماشيا لا يعطى له ذلك ويحج من حيث يبلغ راكبا لان الحج المعروف ان يكون راكبا فالوصية انصرفت الى الحج المعروف فاما اذا لم يبلغ النفقة ذلك فالوا القياس ان لا يحج عنه لان الموصي امر بالحج عنه بصفة لم توجد في الا انه جاز الحج عنه من حيث تبلغ النفقة لان الموصي قصد بهذا الوصية الثواب فيجب تنفيذ وصيته ما امكن ولا يمكن تنفيذ الوصية في مسالتنا الا من حيث تبلغ النفقة فكان تنفيذها بقدر الامكان اولى من ابطالها بالكلية وقد مر الفرق على قول ابي حنيفة في الفصل المتقدم من ما اذا اوصى بان يعتق عنه هذه المائة عبد فهلك منها درهم انه لا يعتق عنه بما بقي وبين الوصية بالحج بثلث ماله وثلث ماله لا يكفيه حيث يحج من حيث يكفي وهو ان المستحق تبدل في الاولى ومن يتبدل في الثانية قوله قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة اي قال القدوري في مختصره وهو قول زفر لقول ابي حنيفة ذكره القدوري في التقريب في كتاب الحج وقال ابو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث مات • وقال الفقيه ابو الليث السمرقندي في كتاب نكت الوصايا ولو انه خرج الى بلد هو اقرب الى مكة فمات واوصى بان يحج عنه فان كان خرج حاجا فانه يحج من حيث اوصى قال الفقيه ولم يذكر ههنا السرخسي ذلك يعني في كتاب الاصل ثم قال وذكر في كتاب الجامع الكبير ان القياس ان يحج من منزله وفي الاستحسان يحج من حيث مات وذكر في موضع اخر ان في قول ابي حنيفة يحج من منزله وفي قول صاحبيه من حيث مات فثبت ان الذي قال ههنا جواب استحسان وهو قول ابي يوسف ومحمد الى هنا لفظ الفقيه رحمه الله وقال القدوري في وصايا التقريب وكذلك الخلاف في الحاج عن الميت اذا مات في بعض الطريق وقال شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي وان خرج يريد الحج فمات في الطريق يحج عنه من حيث مات وفي الجامع الصغير قال عند ابي حنيفة يحج عنه من بلده وعندهما يحج عنه من حيث مات وفي الجامع الكبير ذكر في المسالة القياس والاستحسان في القياس يحج عنه من بلده وفي الاستحسان وهو قولهما يحج عنه من حيث مات الى هنا لفظ شمس الايمة رحمه الله ووجه الاستحسان ان الميت تقرب بذلك المقدار بالخروج الى الله تعالى وقد حصل له الثواب به قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع اجره على الله فلا يجوز ابطال ذلك المقدار من الخروج وقد كان وصل بالوصية اتمام ذلك الخروج فوجب اتمام ذلك بالاحجاج من ذلك الموضع وفي اعتبار هذا الطريق تحصيل مقصوده وفي الاخذ بالقياس تفويت مقصوده لان الذي يحج عنه من بلده ربما يموت في بعض الطريق ايضا فيحتاج الى ان يحج عنه اخر من بلده ايضا فيفني في ذلك ماله اصلا ولا يحصل المقصود وهذا بخلاف ما اذا خرج للتجارة فان سفره ذلك ليس لاداء الحج فوجب الاحجاج من منزله لان الوصية تنصرف الى الحج المعروف من منزله وهو القياس وهو قول ابي حنيفة وزفر انه لما مات قبل اتمام العمل صار خروجه لغير الحج ولو انه خرج لغير الحج كما اذا خرج تاجرا فمات في بعض الطريق يحج من منزله فكذلك ههنا وهذا لان الخروج بعد الموت قبل اداء الحج انقطع فانتفى قبل بدليل قوله عليه السلام اذا مات ابن ادم انقطع عمله الا من ثلاث علم ينتفع به بعد موته وولد صالح يدعو له وصدقة جارية بعد موته والخروج للحج ليس من الثلاث • الا يرى ان المصلي اذا مات قبل الفراغ من الصلاة انتقضت صلاته ولان المقصود بالخروج اقامة العبادة فلما لم يتم العبادة بذلك الخروج انتقض ذلك الخروج • الا ترى انه لو احرم بالحج ومات واوصى وجب استيناف الاحرام لانه لما مات قبل

انما منه استقص ذلك الاجرام فكذلك الخروج ولان الوصية تنصرف الى الجهة التي اوجبها الله تعالى وتلك الجهة هي التي وجبت من بلده فوجب ان يؤدي على الوجه الذي وجبت وقال في كتاب نكت الوصايا فان كان للرجل اوطان شتى فان كان مات في بعض الاوطان يحج من ذلك الوطن وان مات في السفر يحج من اقرب الاوطان الى مكة لان بذلك المقدار احاطة ويقينا والزيادة شك قوله على ما قررناه اشارة الى قوله لان الواجب لله الحج من بلده

باب الوصية للاقارب وغيرهم

لما كان هذا الباب مشتملا على الوصايا لقوم مخصوصين اخره ذكرا عن الابواب المتقدمة لقلة فايدته لان ما تقدم لا يختص قوما دون قوم فكان لعموم فايدته تقديمه ذكرا اولى ، قال ومن اوصى لجيرانه فهم المتلاصقون عند ابي حنيفة رضي الله عنه • اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر القدوري خلاف ابي يوسف ومحمد في الاملاء اذا اوصى لجيرانه فالوصية للملاصقين قربت الابواب او بعدت عند ابي حنيفة وقالا هم الذين يجمعهم مسجد في الجماعة والدعوة وذكر ابن شجاع عن ابي يوسف عنا راهل المحلة الذين يصلون في مسجد واحد قال وهذا قول ابي حنيفة وروى بشر عن ابي يوسف ان الجيران الذين يجمعهم محلة واحدة وان تفرقوا في مسجدين متقاربين فان تباعدا فكان واحدا عظيما جامعا فكل اهل مسجد جيران دون الاخرين فان كان في المصر قبايل فالجيران الافخاذ دون القبايل الى هنا لفظ التقريب • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال في الاملاء • قال ابو حنيفة اذا اوصى فقال ثلث مالي لجيراني فالوصية لجيرانه الملاصقين لداره فكل دار كانت تلزقه فالوصية تجمع من فيها من السكان وغيرهم عبيدا كانوا او احرارا نساء كانوا او رجالا بينهم بالسوية ذمة كانوا او مسلمين بالسوية قربت الابواب او بعدت اذا كانوا ملازقين الدار • وقال ابو يوسف ومحمد الثلث لهؤلاء الذين ذكر ابو حنيفة ولغيرهم من الجيران من اهل المحلة ممن يجمعهم مسجد واحد وجماعة واحدة ودعوة واحدة فهولاء جيرانه في كلام الناس فالثلث بينهم بالسوية الانثى والذكر سوى المسلم والكافر في ذلك كله سواء • وقال في الزيادات عن ابي حنيفة اذا اوصى الرجل بثلث ماله لجيرانه فالقياس في هذا ان لا يكون الثلث للسكان وغيرهم ممن يسكن تلك الدور التي تجب لاهلها الشفعة ومن كان منهم له دار من تلك الدور وليس ساكن فيها فليس من جيرانه • قال محمد واما انا فاني استحسن ان اجعل الوصية لجيرانه الملازقين من السكان ممن يملك الدور وغيرهم ممن لا يملكها وممن يجمعه مسجد تلك المحلة الذين فيهم الموصي من الملازقين وغيرهم والسكان ممن يملك في المحلة وغيرهم سواء في الوصية الاقربون والابعدون والكافرون والمسلم والصبي والمراة في ذلك سواء وليس للمماليك والمدبرين وامهات الاولاد في ذلك شيء فاما المكاتبون فهم في الوصية سواء اذا كانوا سكانا في المحلة ولم يذكر عن ابي حنيفة في ذلك شيئا الى هنا لفظه رحمه الله وقول زفر كقول ابي حنيفة ان الجار هو الملازق بداره سواء كان في الدار او مالكا ذكره الفقيه ابو الليث في مختلف الرواية وقال في وجيزه واذا اوصى لجيرانه اعطي اربعون دارا من اربعة جوانب اي من كل جانب اربعون وجه قول الشافعي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال حق الجوار اربعون دارا هكذا وهكذا وهكذا وهكذا قال العلماء انه خبر لا يعرف ودلوبه معطوف وجه قولهما وهو الاستحسان ان الموصي قصد بر من يخالطه ويقرب منه وفي هذا المعنى يستوي الملاصق وغيره لان كل واحد ممن جمعهم مسجد واحد يسمى صاحبه جارا عرفا فوجب حمل الاسم عليه يؤيده ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد لانه لم يرد به الملازق دون غيره نصا لان اهل المسجد كلهم جار له فلما دخلوا تحت اسم الجار استحق كلهم الوصية ووجه قول ابي حنيفة ان الجار هو الملازق عرفا ومن بعد لا يسمى جارا فالواجب حمل الاسم على حقيقته يؤيده قوله عليه السلام الجار احق بسقبه فالملازق هو الاحق بسقبه لا غيره وذلك ان الجار هو من يجاوره بسكناه فاستحق الوصية كل من كان من اهل الصفة • قال القدوري في كتاب التقريب وقد قال هلال الراي ان الجار من اسمعه المنادي لانه روي عن علي رضي الله عنه انه قال لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد فقيل له ومن جار المسجد قال من اسمعه المنادي قال وهذا ليس بشيء لانه لو جاز اعتبار الوصية بهذا الجوار لجاز في الشفعة قوله لاطلاقه اي لاطلاق اسم الجار على المملوك وغيره قوله قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امراته • اي قال القدوري في مختصره • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله وقال في الاملاء اذا قال اوصيت بثلث مالي لاصهاري فهو على كل ذي رحم محرم من زوجته ومن زوجة ابنه ومن زوجة ابيه وزوجة كل ذي رحم محرم منه هولاء جميعا اصهاره ولا يدخل في ذلك الزوجة نفسها امراته ولا امراة ابنه ولا امراة اخيه انما تكون الاصهار كل ذي رحم محرم من زوجة اخيه وابنه وابيه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله • قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح القدوري والاصل في ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اعتق صفية وتزوجها اعتق كل من ملك من ذي رحم

محرم

محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي صلى الله عليه وسلم • وقال في الصحاح الاصهار اهل بيت المراة وقال في مجمل اللغة • قال الخليل لا يقال لاهل بيت المراة الا الاصهار • وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات واما الصهر فقد ينطلق على الختن لكن الغالب ما ذكره محمد رحمه الله قال عاصم بن عدي ولو كنت صهرا لابن مروان قربت ركائبي الى المعروف والعطن الرحب • ولكنني صهر لال محمد وخال بني العباس والخال كالاب يسمى نفسه صهرا وكان اخا امراة العباس • ثم قال فخر الاسلام فيه ومن شرط ثبات هذا الاسم ان يموت الموصي وهي نساؤه او معتدته او طلاق رجعي فاما بعد البينونة فتنقطع المصاهرة وانما يعتبر يوم الموت يعني ان المراة اذا كانت زوجة الموصي يوم موت الموصي او كانت معتدة منه من طلاق رجعي يستحق اقرباء المراة الوصية باسم الصهر واذا كانت مبانة يوم موته لا يستحقونه لانقطاع المصاهرة بالابانة وعدم الانقطاع فيما لم تكن مبانة • وذكر الامام نجم الدين عمر النسفي في نظمه لكتاب الزيادات بيتين يشتملان على معنى الصهر والختن فقال • اصهار من يوصي اقارب عرسه • ويزول ذاك ببائن وحرام • اختانه ازواج كل محرم • ومحارم الازواج بالاحرام قوله وهذا التفسير اختيار محمد وانما قيد هذا التفسير لان الصهر يجيء في اللغة بمعنى الختن ايضا • وقول محمد حجة في اللغة استشهد بقوله ابو عبيد في غريب الحديث مع انه مؤيد بما روينا عن الخليل قال ولو اوصى لاختانه فالوصية لكل زوج ذات رحم محرم منه • اي قال القدوري في مختصره • قال صاحب الهداية وكذا محارم الازواج ثم قال هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا الازواج المحارم انما قال هذا في عرفهم بعد ان قال وكذا محارم الازواج لان ذلك رواية الازواج الزيادات اي المذكور ثمة في عرفهم لا على عرفنا لان ازواج المحارم لا يسمون اختانا وفي عرفهم يسمى الكل اختانا • قال ابن دريد في الجمهرة ختن الرجل المتزوج بابنته او باخته والجمع اختان والختونة المصدر • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي وقال في الزيادات اذا اوصى الرجل لاختانه بثلث ماله ثم مات فالاختان ازواج البنات والاخوات والعمات والخالات وكل امراة ذات رحم محرم للموصي فزوجها من اختانه وكل ذي رحم محرم من زوجها من ذكر او انثى فهم ايضا من اختانه ولا يكون الاختان الا ازواج ذات الرحم المحرم ومن كان من قبلهم من ذي الرحم المحرم ولا يكون الاختان ما كان من قبل نساء الموصي • وقال محمد في املايه اذا قال قد اوصيت لاختاني بثلث مالي فاختانه زوج كل ذي رحم محرم منه وكل ذي رحم محرم من الزوج فهو لاختانه فان كانت له اخت وبنت اخت وخالة ولكل واحدة منهن زوج ولزوج كل واحدة منهن ارحام فهؤلاء جميعا اختانه والثلث بينهم بالسوية الانثى والذكر فيه سواء الزوج وجدته وغير ذلك سواء الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قوله • قال ومن اوصى لاقاربه فهو للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا • اي قال القدوري في مختصره وتمامه لفظه فيه فاذا اوصى بذلك وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة وان كان له عم وخالان فللعم النصف وللخالين النصف • وقال ابو يوسف ومحمد الوصية لكل من ينسب الى الموصي الى اقصى اب له في الاسلام الى هنا لفظ القدوري في مختصره رحمه الله • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا اوصى الرجل فقال ثلث مالي لذوي قرابتي فان ابا حنيفة قال الوصية لقرابته من ذوي الرحم المحرم الاقرب فالاقرب منهم • وقال ابو يوسف ومحمد الوصية لجميع قرابته من قبل الرجال والنساء الى اقصى اب له في الاسلام من الطرفين جميعا يشتركون في الثلث الاقرب منهم والابعد والذكر والانثى في ذلك سواء وقالوا جميعا اذا قال لذي قرابتي فهو لاثنين منهم فصاعدا واذا قال لذي قرابتي فهو لواحد فصاعدا فان مات الموصي وله عمان وخالان فالثلث عند ابي حنيفة للعمين وفي قول ابي يوسف ومحمد هم سواء يشتركون فيه فيكون الثلث بينهم ارباعا لكل واحد منهم الربع • وقال ابو حنيفة ان كان له عم وخالان فللعم نصف الثلث والنصف للخالين وان كان له عم واحد ولم يكن له غيره من ذي الرحم المحرم فنصف الثلث لعمه ونصف الثلث رد على ورثة الموصي • وقال ابو يوسف ومحمد الثلث بين العم وبين من وجد من القرابة كان ذا رحم محرم او لم يكن يشتركون فيه فان لم يكن من قرابته من قبل الرجال والنساء الا عم واحد كان له نصف الثلث وبقية الثلث رد على ورثة الموصي فان كان الموصي اوصى لذي قرابته فهو عند ابي حنيفة لكل ذي رحم محرم ايضا الاقرب فالاقرب فان لم يكن له الا واحد كان له جميع الثلث وكذلك قال ابو يوسف انه اذا قال لذي قرابته فوجد من قرابته واحد له رحم قريبا كان او بعيدا الى اقصى اب له في الاسلام فهو لذلك الواحد لا يختلفون ان ذوي على الاثنين فصاعدا وهو على الواحد الا انهم يختلفون فيمن يستحق من القرابة على ما شرحت لك ولا يدخل في القرابة الوالد ولا الولد ذكرا ولا انثى وان كان ممن لا يرث • قال محمد لان الله تعالى الوصية قال الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين فاخرج الوالدين من القرابة وجعلهما اقرب من القرابة فكما يخرج الوالدان من قرابة الولد فكذلك يخرج الولد من قرابة الوالد فلا يسمى قريبا لانه اقرب الى الوالد من الولد اليه او هما سواء فاما ما علا ذلك من جد او جدة من قبل ام او اب او ولد ولد من ذكر او انثى ممن لا يرث فهو من القرابة الذين يقع لهم الوصية الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • وقال في المختلف قال ابو حنيفة اذا اوصى لاقاربه يشترط فيه خمس شرايط وهو كونه ذا رحم محرم والاثنين فصاعدا وذاك ما سوى الوالدين لا يرث الاقرب فالاقرب وقالا لكل من يجمعه واياه اقصى اب له في الاسلام دخل تحته المحرم وغير المحرم فيه سواء واتفقوا على اشتراط القرابة وان الاسم له وان لا يكون وارثا لقوله عليه السلام لا وصية لوارث وان يعتبر الاثنان فصاعدا لانه اسم جمع والمثنى كالجمع في باب الوصية لانها اخت الميراث وفي الميراث كذلك ولا يدخل الوالد والولد لانهما لا يسميان

قريبا عرفا واختلفوا في شرطين احدهما المحرمية بالرحم شرط عنده وعندهما الرحم يكفي والثاني انه يشترط الاقرب
فالاقرب وعندهما يستويان بين الاقرب والابعد الى هنا لفظ المختلف ● وقال الشافعي يصرف الى جميع اقربائه من قبل ابيه وامه
القريب منهم والبعيد سواء كذا في شرح الاقطع وهل يدخل فيها الجد وولد الولد قال في الزيادات انه يدخل لان الجد
بمنزلة الاب وولد الولد بمنزلة الولد كذا قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وانما اعتبر ابو حنيفة رضي الله عنه ذا
كل ذي رحم محرم لان الله تعالى امر بصلة الرحم ونهى عن قطيعة الرحم والحق الوعيد الشديد على من سعى في قطيعته
وهو قوله عز وجل ان تفسدوا في الارض وتقطعوا ارحامكم اولئك الذين لعنهم الله ● وقال تعالى ان الله يامر بالعدل
والاحسان وايتاء ذي القربى فاذا كان مامورا بصلة الرحم فالظاهر انه قصد بالوصية صلة الرحم فانصرفت
الوصية الى من وجب عليه صلتهم وانما تجب عليه صلة ذي رحم محرم ولا تجب عليه صلة غيرهم ● الا ترى انه لا تجب
عليه نفقتهم اذا كانوا معسرين وتجب عليه نفقة ذي رحم محرم فثبت ان الوصية انصرفت اليهم ولان بينهم وبين ذي
الرحم المحرم من الخصوصية ما ليس بينه وبين سائر القرابات وهو ان لا تجوز المناكحة بينهما ولو ملكه يعتق ولو وهب له هبة لا
رجوع ولو كان معسرا وجبت عليه نفقته فاذا كان بينهما من الخصوصية ما ليس بين سائر القرابات انصرفت الوصية اليه
دون غيره وانما اعتبر الاقرب فالاقرب لان كل من كان اقرب اليه كان اشبه بهذا اللفظ لان الله تعالى ندب الى وصية
الاقرب فقال الوصية للوالدين والاقربين فالظاهر انه قصد الاقرب حتى يكون اشبه بكتاب الله تعالى فكان الاقرب
اولى كما في العصبات وذوي الارحام في الميراث والاقرب في الشفعة ● وقال في كتاب نكت الوصايا روي عن ابي يوسف الاول
كل ذي رحم محرم فيه سواء وفي قوله الآخر وهو قول محمد ذو رحم محرم وغيره من القرابة سواء فكل من يجمعه واياه اقصى اب له
في الاسلام دخل في الوصية وفي قول يوسف ابن خالد السمتي كل من يجمعه واياه ابا في الاسلام دخل في الاسلام
في الوصية ● وقال بعضهم كل من يجمعه ادناه اربعة اباء ● وقال بعضهم كل من عرف في اقربائه دخل فيه ولا يوقف وتناوله
قول ابي يوسف الاول ان كل ذي رحم محرم في وجوب الصلة سواء وليس احدهم اولى من الآخر ● الا ترى انه لو
اوصى لاخوته وله اخوة بعضهم من الاب وبعضهم من الام وبعضهم من الاب والام دخلوا كلهم في الوصية ولا يعتبر
فيهم الاقرب فالاقرب فكذلك هاهنا ووجه قوله الآخر ان لفظ القرابة في الابعدين اكثر استعمالا منه في الاقربين
العرف ان الرجل اذا قال لاخيه هو قريبي فلما كان هذا اللفظ في الابعدين اكثر استعمالا دخلوا فيه ● الا ترى
الى قوله عز وجل وانذر عشيرتك الاقربين لما نزل جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ذا سبعين نفسا وقال لهم اني
نذير لكم بين يدي عذاب شديد وكان فيهم ذو رحم محرم وغيرهم فثبت انه يدخل في الوصية الجميع الا انه لا يمكن
ان يدخل فيه جميع اولاد ادم فيجعل الحد فيه من يجمعه واياه اقصى اب في الاسلام لانه لما ورد الاسلام صارت
المعرفة باهل الاسلام وكان قبل ذلك يعرف بقبائل الجاهلية ووجه قول السمتي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يحل
الصدقة له ولا لاحد من اقربائه وكانوا بنو هاشم لا يحل لهم اخذ الصدقة وهاشم كان الاب الثالث لرسول الله صلى الله
عليه وسلم وهو محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف ووجه من اعتبر الى اربعة اباء ان النبي صلى الله
عليه وسلم كان يعطي سهم ذوي القربى بني عبد مناف وعبد مناف كان الاب الرابع فاذا عرفت هذا فاذا كان للموصي
عمان وخالان والوارث غيرهم فالثلث للعمين دون الخالين في قول ابي حنيفة لانه يعتبر الاقرب فالاقرب والعمان
اقرب من الخالين لان قرابتهما من قبل الاب والانسان ينسب الى ابيه ● الا ترى ان الولاية للعم دون الخال في باب
النكاح فثبت انهما اقرب من طريق الحكم وان كان عما واحدا وخالين كان للعم النصف والنصف الباقي للخالين
لان العم الواحد لا يقع عليه اسم الجماعة فلا يجوز ان يستوجب جميع الوصية فاذا دفع اليه النصف وبقي النصف
صرف الى الخالين لانهما اقرب اليه بعد العم وهما يستحقان اسم القرابة فاذا اخذ العم النصف فاجعل النصف الباقي كانه
لم يترك الا الخالين وفي قول ابي يوسف ومحمد العمان والخالان سواء ● وقد قال ابو حنيفة اذا اوصى لذي قرابته وكان
له عم استحق جميع الثلث لان اللفظ تناول الواحد والخلاف فيما اذا اوصى لذوي قرابته او لاقاربه او لانسابه او
لارحامه او لذوي ارحامه سواء ذكره في الزيادات **قوله** على ما اختلف فيه المشايخ اي اختلف المشايخ
في اقصى اب في الاسلام من هو قال بعضهم هو اول اب اسلم وقال بعضهم لا يشترط الاسلام بل يشترط ان يدرك
الاسلام مثل رجل من العلوية اوصى لاقربائه فمن شرط الاسلام اعتبر الاتصال بعلي دون ابي طالب ومن لم يشترط
اشترك فيه على قوله اولاد ابي طالب وهذا اشبه ولا يدخل فيه اولاد عبد المطلب لانه لم يدرك الاسلام كذا قال
فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات **قوله** فيكون اسما لمن قامت به اي يكون القريب اسما لمن قامت
القرابة به **قوله** فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف اي يشمل اسم القريب بحقيقته مواضع الخلاف وهي ذو الرحم
غير المحرم والرحم الابعد **قوله** ولا يدخل فيه قرابة الولاد اي لا يدخل في الوصية على ذي قرابته الوالد
والولد لانه اقرب من القرابة ● الا ترى ان من سمى والده قريبا كان عاقا عرفا فلا يدخل عليه قوله تعالى الوصية للوالدين
والاقربين عطف الاقربين ايضا لانه يلزمكم من قرب احدهما الى الآخر قرب الآخر اليه والا لا يثبت القرب اصلا
قوله قال ومن اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة اي قال القدوري في مختصره

وقد

وقد بيناه وما بعده قبل هذا **قوله** ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث اي فيما اذا اوصى لاقاربه و
وكان له عم واحد ولم يكن هو وارثا كان له نصف الثلث والنصف الباقي يرد على الورثة لانه لا بد من اعتبار معنى
الجمع وهو الاثنان **قوله** او لانسابه جمع النسب كالانصباء في جمع النصيب **قوله** في جميع ما ذكرنا
يعني يشترط فيه خمس شرائط عند ابي حنيفة وقد مر ذلك وعندهما لا يشترط الرحم المحرم والاقرب فالاقرب
قوله قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة وقالا يتناول كل من يعولهم ويضمهم
نفقته وقوله قال لم يقع متناسبا لان عادة المصنف ان يذكر لفظ قال اذا كانت المسألة مسألة القدوري او الجامع
الصغير او كانت مذكورة في البداية وهذه مع ما بعدها الى قوله ومن اوصى لولد فلان ليست من ذلك الجملة وكل
هذه المسائل مذكورة في مختصر الكرخي ● قال الكرخي في مختصره قال محمد في املائه قال ابو حنيفة اذا اوصى فقال
ثلث مالي لاهل فلان فان هذا على زوجة فلان خاصة وقال ابو يوسف ومحمد هذا على جميع من يعوله فلان ممن
يضمه نفقته غريبا كان او غيره الزوجة واليتيم في حجره والولد اذا كان يعوله فان كان كبيرا قد اعتزل عنه او
كانت بنتا قد تزوجت فليس من اهله انما اهله من يضمهم نفقته وهي في عياله وقال في الزيادات اذا اوصى لاهل
فلان او لاهله فالقياس في هذا ان الوصية للزوجة دون من سواها ولكنا نستحسن فنجعل الوصية لجميع من يعول
ممن يجمعهم منزله وداره من الاحرار ولا يدخل في ذلك مماليك ولا وارث للموصي ولا يدخل فلان الموصى لاهله في
شيء من هذه الوصية لم يذكر قول ابي حنيفة في الزيادات الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله ووجه قولهما ان اسم الاهل
ينطلق على كل من يعوله ويضمه نفقته بدليل قوله تعالى في قصة يوسف واتوني باهلكم اجمعين وقوله تعالى
فنجيناه واهله الا امرأته وقوله تعالى ووهبنا له اهله ومثلهم معهم ولا يراد في هذه المواضع الزوجة خاصة فيحمل
على الكل الا ان المماليك لا يدخلون لانهم خدم الاهل تبع لهم ولا يقال للمماليك اهل المولى ايضا وان كان له اهل
ببلدين دخلوا جميعا ذكره فخر الاسلام في شرح الزيادات ● ووجه قول ابي حنيفة ان الاهل يراد به الزوجة
في العرف يقال فلان تاهل ببلد كذا اي تزوج ● وقول صاحب الهداية وغيره في الاحتجاج لابي حنيفة
بقوله وسار باهله فيه نظر لانه لم يرد في الاية الزوجة خاصة لانه تعالى قال فلما قضى موسى الاجل وسار
باهله آنس من جانب الطور نارا قال لاهله امكثوا الا ترى انه خاطبهم بخطاب الجمع والاية في سورة القصص
وكذلك الخطاب في سورة طه وقال وهل اتاك حديث موسى اذ رأى نارا فقال لاهله امكثوا **قوله** ولو
اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته ● قال الكرخي في مختصره ولو قال قد اوصيت بثلث مالي لآل فلان كان بمنزلة
قوله لاهل بيت فلان ولا يدخل احد من قرابة الام في شيء من هذه الوصية الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال
الكرخي ايضا ولو اوصى بثلث ماله لاهل بيته او لجنسه فهذا على بني الاب الذين ينسبون اليه الى اقصى اب في الاسلام
من ذوي الرحم المحرم وغيرهم ممن لا يرث على ما وصفت لك وان كان ابوه او ولده على غير دينه وهو ولده لصلبه
دخلوا في الوصية لانهم من اهل بيته الى هنا لفظ الكرخي ● وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي اذا اوصى
لاهل بيته فان كان الموصي من اولاد العباس فكل من كان ينسب الى العباس من قبل الاب دخل فيه سواء كان ذكرا
او انثى بعد ان يكونوا منسوبين اليه من قبل الآباء ومن كان ينسب اليه من قبل الام لا يدخل فيه لانه لا يسمى من اهل بيته
وانما يسمى من اهل بيت الآخرين وكذا الوصية لجنس فلان او لحمة جنسه لان الجنس واهل البيت سواء ● وقال
فخر الاسلام في شرح الزيادات وكذلك المرأة توصي لجنسها واهل بيتها لم يدخل فيه ولدها الا ان يكونوا من بني
اعمامها **قوله** لان الانسان يتجنس بابيه لان الجنس عبارة عن النسب والنسب الى الآباء ● الا ترى ان
ابراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم كان هاشميا وان كان ولده من مارية وكذلك الخلفاء ولدوا من الاماء جميعا الا ما
شذ وكانوا عباسيين صالحين للخلافة **قوله** ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم
ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم واليتيم اسم لمن كان دون البلوغ و
ولا اب له لقوله عليه السلام لا يتم بعد احتلام رواه علي في السنن في كتاب الوصايا ● قال في تحفة الفقهاء ولو
اوصى لايتام بني فلان فانه يقع على من لا اب له ولو اوصى لايامى بني فلان فالايم كل امرأة لا زوج لها بكرا كانت
او ثيبا وعند محمد يقع على الثيب لا غير والارملة كل امرأة محتاجة ارملت من زوجها ومالها ثم الوصايا نوعان
فالوصية لقوم يحصون يقع على عددهم على السواء ذكورهم واناثهم غنيهم وفقيرهم صغيرهم وكبيرهم فاما اذا كان
لا يحصى عددهم فهو على ثلاثة اوجه ان اوصى لاهل الحاجة نصا بان قال لفقراء بني تميم او لمساكينهم او لاراملهم و
فانه يصح لان الحق فيه لله تعالى والفقراء مصارف فصاحب الحق معلوم فيصح والثاني ان يذكر اسما لا يدل على الحاجة
لا عرفا ولا لغة كقوله اوصيت لبني فلان او لايامى بني فلان او لشبانهم او لكهولهم او لشيوخهم فانه لا يجوز لان الوصية
تقع لهم وهم مجهولون والثالث ان يكون الاسم قد يقع على الفقراء اما في عرف اللغة او في عرف الشرع كما اذا اوصى لايتام
بني فلان او لعميانهم او لزمناهم لقوله تعالى واليتامى والمساكين فمتى كانوا لا يحصون يستدل به انه اراد به الفقراء
منهم تصحيحا للوصية بخلاف ما اذا كانوا يحصون فانه يقع على الاغنياء والفقراء منهم لانه يمكن العمل بحقيقة الاسم لان الوصية

نفع لهم كذا في التحفة • وجملة الكلام فيه ما قال الكرخي في مختصره قال قال محمد في الاملاء وقال ابو يوسف ومحمد اذا اوصى بثلث ماله لايتام بني فلان فان كانوا يحصون دخل فيهم الفقير والغني فكان الثلث بينهم بالسوية الذكر والانثى فيه سواء وان كانوا لا يحصون فالثلث للفقراء منهم كانه اوصى للمساكين فيعطي الوصي من شاء منهم وكذلك لو قال قد اوصيت بثلث مالي لعميان بني فلان او لزمنى بني فلان فان كانوا يحصون فالثلث بينهم للغني والفقير كلهم بالسوية وان كانوا لا يحصون فالثلث للفقراء منهم على ما وصفت لك واذا اوصى لارامل بني فلان فالوصية بمنزلة لكل امراة محتاجة كان لها زوج فطلقها او مات عنها فهي الارملة قد ارملت من زوجها ومالها ولا يدخل في ذلك ذكر محتاج ولا غني ولا يدخل في ذلك امراة غنية فان كن يحصين قسم في ذلك بينهن بالسوية وان كن لا يحصين فهذا ما وصفت لك من امر المساكين واذا اوصى لايامى بني فلان والايم كل جارية قد بلغت وجومعت لا زوج لها فهذه الايم غنية كانت او فقيرة فان كن يحصين فالثلث بينهن بالسوية الغنيات والمحتاجات وان كن لا يحصين كان بمنزلة قوله لبني ادم ولبني تميم فالوصية باطلة وان كن يحصين فالوصية جائزة بينهن بالسوية الصغيرة والكبيرة في ذلك سواء والثيب كل امراة جومعت حلالا او حراما صغيرة كانت او كبيرة فقيرة او غنية ذات زوج كانت او غير ذات زوج • قال محمد وهذا قول ابي يوسف وقولنا قال فاما في قول ابي حنيفة فانه ينبغي ان يكون اذا جومعت بفجور ان لا يكون ثيبا واذا اوصى لكل بكر في بني فلان فان كن لا يحصين فالوصية باطلة فان كن يحصين فالوصية للاناث دون الذكور والبكر كل امراة صغيرة او كبيرة غنية او فقيرة او ذات زوج او غير ذات زوج ما لم يبتكرها رجل فاذا ذهبت العذرة من وثبة او من وضوء او من حيض او غير ذلك الا انه بغير جماع رجل فهي بكر على حالها وهي داخلة في الوصية فاذا ابتكرها رجل فجامعها بفجور او حلال او بشبهة فقد خرجت من ان تكون بكرا لا يعني لها وهي داخلة في الوصية الى هنا لفظ الكرخي في مختصره • وقال الكرخي ايضا فيه قال المعلى في نوادره عن ابي يوسف في رجل اوصى لقرابته فالقرابة من قبل الاب والام واما الجنس واللحمة فمن قبل الاب وقال ابو يوسف اذا اوصى رجل لاهل بيته دخل ابوه وجده فيهم اذا كان ممن لا يرث واذا اوصى لقرابته لم يدخل الاب والجد في ذلك الا ان يقول لقرابتي من الاقرب فالاقرب • وقال ابو يوسف في رجل اوصى بثلث ماله في الصلة وله اخوة واخوات وبنو اخ وبنو اخت قال يوضع الثلث في جميع قرابته من هولاء ومن ولد منهم لعد موته باقل من ستة اشهر ومن ولد بعد ذلك لم يدخل معهم • وقال الكرخي ايضا قال ابن سماعة قال ابو يوسف قال في رجل قال قد اوصيت بثلث مالي للشباب اهل بيتي او قال للكهول اهل بيتي او قال للشيخة اهل بيتي قال الشباب من خمسة عشر سنة الى خمسين الى ان يغلب عليه الشمط قبل ذلك والكهل من ثلاثين الى اخر عمره والشيخ ما زاد على الخمسين • قال ابن سماعة فكان ابو يوسف قال في هذا قبل هذا القول باشهر او سنة خلاف هذا او قال هذا القول بعد هذا ذلك • وقال ابن سماعة عن ابي يوسف سمعته يقول في رجل اوصى لكهول اهل بيته قال الكهل ابن ثلاثين سنة فما عدا ذلك قال غلمان اهل بيتي الى مائة او اكثر فان قال لشيخة اهل بيتي قال الشيخ ابن اربعين سنة فما عدا وان قال غلمان اهل بيتي فابن اقل من خمسة عشر سنة الا ان يكون منهم قد احتلم في اقل من ذلك • قال ابو الحسن اري هذا القول الذي ذكر ابن سماعة انه رجع عنه وروي عنه ابن سماعة قول اخر سمعت ابا يوسف قال في رجل اوصى بثلث ماله لكهول اهل بيته قال فهو لابناء الثلثين الى الاربعين • وقال الشيخ ما زاد على الخمسين وان لم يشب واذا زاد على الاربعين وكان يشبه الاكثر فهو شيخ وان كان السواد الا هو اكثر فليس بشيخ والشاب اذا احتلم فهو شاب • قال ابو عبد الله احب الى ثلاثين سنة وقال عمرو بن ابي عمرو عن محمد الغلمان ما كان ابن اقل من خمس عشر سنة والشاب والفتيان اذا بلغوا الخمس عشر سنة فوق ذلك والكهول اذا بلغوا الاربعين ما بين الخمسين الى الستين الا ان يكون كهلا حتى يبلغ الاربعين فكذلك لا يكون الشيب قد غلب عليه فيكون شيخا وان لم يبلغ الخمسين حتى يجاوزها الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قوله ان كانوا قوم يحصون قال الفقيه ابو الليث السمرقندي في كتاب نكت الوصايا اختلفوا في مقدار الاحصاء • روي عن ابي يوسف انه قال اذا ازادوا على المائة فانهم لا يحصون واحتج ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم سهام خيبر وجعل لكل مائة سهما فاذا اعطى لكل واحد مائة سهما كان ذلك قسمة صحيحة فقد وقع ذلك في ملك خاص وقال بعضهم اذا كانوا بحال لا يمكن ان تعدوا الا ان يموت منهم ميت او يولد منهم قوم لا يحصون وقال بعضهم اذا كانوا لا يحصون بحال لو نظر الناظر اليهم لا يعرف عددهم ويحتاج الى التكلف في حسابهم وقال بعضهم لا توقيت في ذلك وقتا والامر موكول الى اجتهاد الحاكم وقال من قدر في الاحصاء فهو احسن ورايت ان هذا قول محمد الى هنا لفظ الفقيه في كتابه قوله وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان اي اقل الجمع اثنان في الوصايا ولم يذكر صاحب الهداية فيه الخلاف فينبغي ان يكون هذا على قول محمد لان الفقيه ابا الليث ذكر في كتابه نكت الوصايا فيه الخلاف اذا قال لفقراء بني فلان فانه يجوز ذلك لانه قصد بالوصية التقرب الى الله تعالى فان كانوا يحصون يدفع الى جميع فقرائهم لانه يصير بمنزلة التسمية لهم وان كانوا لا يحصون جاز ان يدفع الى بعضهم دون بعض ثم في قول ابي حنيفة وابي يوسف جاز له ان يدفع كله الى فقير واحد وفي قول محمد لا يجوز الا ان يدفع الى اثنين فصاعدا فاما مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فهو ان الكلام انصرف الى الجنس والجنس يتناول الى الواحد والاكثر الا ترى قول الله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين فلو دفع الى مسكين واحد جاز ولو حلف رجل وقال عبده حر ان تزوج النساء فان تزوج امراة واحدة عتق العبد

فكذلك ها هنا انصرف الى الجنس والجنس يقع على الواحد والاكثر واما مذهب محمد فهو ان الوصية اخت الميراث واقل الجماعة في باب الميراث اثنان فصاعدا الا ترى الى قول الله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس فوقع ذلك الاسم على الاثنين فصاعدا فكذلك ها هنا وكذلك ذكر الخلاف في مختلف الرواية وشرح الكافي وغير ذلك قوله ولو اوصى لبني فلان يدخل فيهم الاناث في قول ابي حنيفة اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة • قال الكرخي في مختصره قال بشر عن ابي يوسف في رجل اوصى بثلثه لبني فلان رجل من الناس يعرف فان ابا حنيفة قال في ذلك هو لولده جميعا الذكر والانثى في ذلك سواء ثم رجع عن ذلك وقال هو للذكور دون الاناث قال الا ترى انك لا تقول للمراة هذه من بني فلان اذا كنت تنسبها الى ابيها فاما اذا نسبتها الى قبيلة فانك تقول هي من بني فلان وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي اذا اوصى بثلثه لبني فلان فهذا لا يخلو اما ان يكون الاب قبيلة من تميم وكلب او لا يكون قبيلة بل ابا خاصة فان كان قبيلة دخل فيه الذكور والاناث لان المراد النسبة والمراة تقول انا من بني فلان كما تقول الرجل لانه لا حقيقة لهذا النسبة وانما ينسب اليه مجازا فيتناول جنس من ينسب اليه حقيقة كان او مجازا الا ترى انه يدخل فيه الحليف والعديد وهذا اذا كانوا يحصون فالوصية بالثلث باطلة لان في القبيلة اغنياء وفقراء والوصية للاغنياء صلة والصلة للمجهول باطل وهذا ذكر الفقيه ابو الليث في مختلف الرواية قال اذا اوصى لبني فلان فان كان فلان اب القبيلة جازت الوصية ويدخل فيه البنون والبنات اذا كانوا يحصون لا هؤلاء اذا كانوا يحصون فهي وصية لمعلوم فصحت الوصية وان كانوا لا يحصون فهي وصية لمجهول فلم يجز الى هنا لفظ الفقيه وذكر في التحفة بخلاف هذا حيث صحح الوصية اذا كان لا يحصى عددهم ايضا قال ولو اوصى لبني فلان اذا كانوا لا يحصى عددهم لبني تميم وبني العباس فانه ينصرف الى جميع القبيلة ويدخل فيه الحليف والموالي بسبب الولاء والعتاقة لان هذا بمنزلة الصدقة وله ان يصرف الى واحد والاكثر عند ابي يوسف لانه اسم جنس وعند محمد يصرف الى الاثنين لان اسم الجنس في الوصية يقع على الاثنين والذكر والانثى في ذلك سواء لانه اسم القبيلة كذا في التحفة فاما اذا كان فلان اب صلب قال الفقيه في كتاب نكت الوصايا فان كانوا كلهم ذكورا دخلوا فيه وان كانوا كلهم اناثا لم يدخلوا فيه واذا كانوا ذكورا واناثا اختلفوا فيه في قول ابي حنيفة الذي روى عنه ابو يوسف وهو قول ابو يوسف تكون الوصية للذكور دون الاناث واما في قول محمد وهو قول ابي حنيفة الذي روى عنه يوسف بن خالد السمتي يدخل فيه الذكور والاناث جميعا فاما مذهب ابي حنيفة وابي يوسف ان البنين جماعة الابن فيقع هذا اللفظ على الذكور دون الاناث لانه يمكن ان يصرف الكلام الى الحقيقة فلا يستغني عن المجاز وهو حقيقة هذا اللفظ الذكور دون الاناث • الا ترى ان الاولاد لو كانوا كلهم اناثا لا يدخلن والمعنى في ذلك انه جعل الوصية للبنين لا للبنات فكذلك ها هنا وكذلك اذا كان فلان جدا لا يدخل فيه الا الذكور لان النسبة الى الجد بمنزلة الحقيقة لان كثيرا من الناس ينسب الى الجد الا ترى الى ابن ابي ليلى ينسب الى الجد وكذلك ابو نصر بن سلام وهو اسم جد فلما ثبت ان الانسان قد ينسب الى الجد صار حكم اب الصلب والجد سواء واما مذهب محمد ان البنات اذا اختلطن بالبنين غلب اسم الذكور على البنات الا ترى انه يقول ابوان وان كان احدهما اما فكذلك ها هنا يسمون بنين وان كان بعضهم اناثا الا ترى الى قوله تعالى فان كانوا اخوة رجالا ونساء فعبر على الاخوة والاخوات اسم الاخوة • وقال في التحفة واما اذا لم يكن لفلان ولد الصلب فان الوصية للذكور من اولاد البنين عند ابي حنيفة وعندهما يدخل الكل وهل يدخل بنو البنات عند ابي حنيفة روى الحسن انهم يدخلون • وذكر في السير الكبير انهم لا يدخلون ولو كان له ابن واحد وبنو ابن فللابن النصف والباقي للورثة دون بني البنين وعندهما للابن النصف والباقي لبني البنين واذا كان له ابنان وبنو ابن فالكل للبنين لان الاثنين في الوصية بمنزلة الجمع ولو كان ابن واحد وبنات فالنصف للابن والباقي للورثة عند ابي حنيفة وعندهما النصف للابن والباقي للبنات ولو كان له بنات وبنو ابن فلا شيء لهم بل للورثة عنده وعندهما الكل على السواء ولو اوصى لولد فلان فانه يدخل فيه الذكر والانثى على السواء ويدخل فيه الجنين الذي يولد لاقل من ستة اشهر ولا يدخل ولد الولد ما دام الصلبي حيا فان كان بنات وبنو الابن فهي للبنات لا غير ولو كان ولد واحد فالكل له لان اسم الولد يقع على الواحد كذا في التحفة قوله بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانها ليس يراد بها اعيانهم اذ المراد هو مجرد الانتساب كبني ادم • قال الكرخي في مختصره واذا قال لبني فلان وبنو فلان اولئك قبيلة لا تحصى دخل مواليهم في الوصية موالي الموالاة الذين اسلموا على ايديهم ووالوهم وموالي العتاقة وحلفاؤهم وعدادهم معهم وان كان اوصى لبني فلان وهم بنو اب وليسوا بقبيلة ولا فخذ كانت الوصية لبني فلان من الرجال خاصة دون الموالي ودون الحلفاء الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله والحليف اسم لمن ياتي قبيلة فيحلف لهم ويحلفون على التناصر ويقال فلان عديد بني فلان اي يعد منهم والفخذ من الشافي اقل من البطن وبيانه فيما قال صاحب الكشاف الشعب الطبقة الاولى من الطبقات الست التي عليها العرب وهي الشعب والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة فالشعب يجمع القبايل والقبيلة تجمع العمارة تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصايل خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسميت الشعوب لان القبايل تشعبت منها قوله قال واذا اوصى لولد فلان فالوصية بينهم الذكر والانثى فيه سواء • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان اسم الولد يتناول كل واحد من الذكر والانثى على الانفراد فيتناولهم على الاجتماع فلما تساوى الذكر والانثى في تناول الاسم تساويا في الاستحقاق لانه ليس في اللفظ ما يدل على التفضيل قال

قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا ولو اوصى لولد فلان وليس لفلان ولد صلب فالوصية لولد ولده ولان
ولد الولد يسمى ولدا على طريق المجاز فلو صرفت الوصية اليه صح كلام الموصي ولو لم يصرف اليه بطل كلام الموصي والعاقل
يقصد بكلامه ما يصح ولا يقصد بكلامه ما لا يصح كما اذا كان هكذا ادخل ولد الولد في الوصية اذا لم يكن له ولد الصلب
ولو كان له ولد واحد من ولد الصلب فالوصية كلها له لانه يستحق اسم الولد وليس لولد الولد شيء لانه اذا امكن صرف الكلام
الى الحقيقة لا يصرف الى المجاز ولا يكون لولد البنت شيء لان ولد البنت ليس من ولده لانه ينسب الى قوم ابيه والولد الى الاب ولا
ينسب الى قوم الام فاذا لم يكن من ولده لا يدخل فيه وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي حيث قال
ولو كان له ولد واحد ذكرا او انثى فجميع الوصية له لانه هو المستحق للاسم على الحقيقة فلا يصرف الى المجاز • وذكر الكرخي
في مختصره بخلاف ذلك حيث قال وانه قال قد اوصيت بثلث مالي لولد فلان وله ولد لصلبه ذكرا او اناث كان الثلث
لهم بعد ان يكونوا اثنين فصاعدا ولمن لم يكن لولد وله شيء وان كان لصلبه واحد وله ولد ولد كان للذي لصلبه
نصف الثلث ذكرا كان او انثى وكان ما بقي لولد ولده من سفل منهم ومن قرب بالسوية الذكر والانثى في ذلك سواء
وهذا كله على قياس قول ابي حنيفه وزفر وابي يوسف الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وقال القدوري في
كتاب التقريب روى الحسن عن ابي حنيفه رضي الله عنه فيمن اوصى لولد فلان انه يدخل في الوصية الولد وولد الولد
لان الاسم يتناولهم وقد فهم ذلك من ظاهر قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم ثم قال القدوري والصحيح انه لا يدخلوا
مع ولد الصلب لان الاسم حقيقة فيهم مجازا في ولد الولد ومن اصله ان الاسم لا يحمل على الحقيقة والمجاز ثم
قال وقد قال ابو حنيفه فيمن اوصى لولد فلان وله اولاد فلان وله اولاد بنات انهم لا يدخلون في الوصية
وروى الحسن عنه دخولهم في الوصية مثل اولاد البنين ثم قال وذكر الطحاوي عن الخصاف عن محمد ان بني البنات
يدخلون في الوقف الذي لبني فلان ثم قال وقد ذكر في السير الكبير ان بني البنات لا يدخلون في الامان اذا كان
للرجل ولد ثم قال وذكر الخصاف عن ابي حنيفة فيمن اوصى لولد فلان بثلث ماله ان الثلث للذكور دون الاناث
وروى بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفه مثل ذلك • وقال محمد يدخل اولاد البنات ثم قال القدوري وذكر الانصاري
عن ابي حنيفه وزفر ان ولد البنات يدخلون في الوقف للاولاد وجه الرواية الاولى ان ولد البنات لا ينسبون الى
الجد وانما ينسبون الى قبيلة ابيهم وقولهم ولد فلان بعيد من نسب اليه بالولادة وقد سئل الشعبي عن ذلك فاجاب
انه لولد البنين وانشد بنونا بنو ابنائنا وبناتنا بنوهن ابناء الرجال الاباعد • وجه رواية الحسن ان ولد البنات
ينسبون الى جدهم ولهذا يقال في الحسن والحسين انهما ابنا رسول الله صلى الله عليه وسلم واولاده وههنا حكاية يحيى
ابن يعمر ذكرها شمس الائمة السرخسي في شرح السير الكبير وهي ان الحجاج امر به ذات يوم فادخل عليه وهم بقتله فقال
له لتقران على انه من كتاب الله تعالى نصا على ان العلويه من ذريه رسول الله صلى الله عليه وسلم والا قتلتك فتلا عليه
قوله تعالى فقل تعالوا ندع ابناءنا وابناءكم وقوله تعالى ونوحا هدينا من قبل ومن ذريته داود وسليمان وايوب
ويوسف وموسى وهارون وكذلك نجزي المحسنين وزكريا ويحيى وعيسى والياس كل من الصالحين ثم قال فعيسى من ذرية
نوح قبل الاب او من قبل الام فبهت الحجاج ورده بجميل وقال كاني ما سمعت هذه الاية الان وذكر الواحدي في اسباب
نزول القران عن الشعبي قال ابناءنا الحسن والحسين ونساءنا فاطمة وانفسنا علي ابن ابي طالب جوابه ان ذلك نوع من المجاز
ولا مانع منه بدليل قوله تعالى ما كان محمد ابا احد من رجالكم وقد كان ولد لك حقيقة كنت ابا له حقيقة ومن اوصى لورثة
فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه لما وصفه لورثة فلان دل
ذلك على تفضيل البعض على بعض كما في الميراث فلما دل على التفضيل كما في الميراث كان للذكر مثل حظ الانثيين قوله
ومن اوصى لمواليه وله موالي اعتقهم وموالي اعتقوه فالوصية باطلة وهذه من مسائل الجامع الكبير الصغير ذكرها تفريعا على
مسئلة القدوري قال محمد في الجامع الكبير واذا اوصى الرجل بثلث ماله لمواليه وله موالي اعتقهم وموالي اعتقوه
فالوصية باطلة حتى يتبين اي الفريقين اوصى ولو مات قبل البيان لا تنفذ وصيته • وقال الشيخ ابو المعين وحكى
الشيخ الامام ابو نصر الصفار عن القاضي ابو الهيثم النيسابوري قال كان ابو سهل الزجاج يقول روى عن ابي حنيفة ان الوصية
جايزة وثلث ماله بين الفريقين الاعلا منهما والاسفل ثم قال ابو المعين وروى عن ابي يوسف في الامالي روايتان قال
في روايه ان الوصية جايزة للموالي الذين اعتقوه فيكون الثلث لهم وفي روايه قال تجوز للموالي الذين اعتقهم الموصي وروى
هشام عن محمد انه قال الوصية باطلة الا ان يصطلحا على ان الثلث بينهما فاذا اصطلحا على ذلك جازت الوصية وكان
الثلث بين الفريقين كذا ذكر الشيخ ابو المعين • وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا اوصى رجل لمواليه وله موالي
اعتقهم وموالي اعتقوه ولم يبين اي الفريقين اراد فالوصية باطلة عند ابي حنيفه وابي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى
وقال في المغرب ولذلك ذكره الانصاري عن ابي حنيفه وزفر رحمهما الله وقال في شرح الاقطع وقال الشافعي في بعض كتبه
الوصية لهم جميعا ولا يكون البعض اولى من البعض وذكر في موضع اخر انه يوقف على ان يصطلحوا وجه رواية ابي سهل ان الاسم يتناول
الفريقين جميعا الاعلا والاسفل ويجوز ان يكون من غرضه زيادة النعمة في حق المولى الاسفل وشكر النعمة في حق المولى الاعلا
ولا منافاة فيتناولهما كما اذا اوصى لاخوته وهم متفرقون لاب وام ولاب ولام فالوصية لهم جميعا ولا يكون البعض اولى من البعض

يتناول

يتناول الاسم اياهم على السواء فكذلك ههنا يتناول الاسم على السواء وجه ظاهر الرواية ان المولى يذكر ويراد به المنعم وهو الذي
اعتقه ويراد به المنعم عليه وهو المعتق واللفظ الواحد اذا تناول افراد المختلفة الحدود كان مشتركا كاسم القرء ولا
عموم للمشترك فيه في موضع الاثبات ولا ترجيح للبعض على البعض فبقي مجهول المراد لا يدري ان المراد ايهما وليس كذلك الاخوة
لان الاسم يتبع على معنى واحد وهو الانتساب الى احدى الابوين فامكن حمل اللفظ على الجمع وكذلك القرابة لانه اسم
للقرب كذلك يعم ولا يلزم على ما ذكرنا اذا كان له معتق وموالي موالاة لان اطلاق الاسم يختص بالعتاقة وموالي الموالاة
يتناوله الاسم بالتقييد فيقال مولى موالاة فوجب حمل اللفظ على اطلاقه ولا يقال ان اسم المولى يتناول المعتق والناصر
وابن العم ومع هذا لو اوصى لمواليه وله بنو اعم جازت الوصية للمعتق وذلك لان المولى اذا اضيف الى الانسان اقتضى الولاء
دون النصرة والعمومة ومن حكم اللفظ ان يحمل على اطلاقه ولا يلزم على هذا اذا حلف لا يكلم موالي فلان انه يحمل على الاعلا
والاسفل لانه نفي والمشترك عموم في موضع النفي وجه ما روي عن ابي يوسف ان الوصية جايزة والثلث للمولى الاعلا ان التعارض
قد تحقق وترجحت جنبة المعتق المنعم على المعتق المنعم عليه لان الوصية له شكرا للنعمة وهو واجب والوصية للمعتق المنعم عليه
زيادة انعام وتربية الصنيعة وهذا ليس بواجب بل هو من مكارم الاخلاق وهو مندوب اليه ولا خفاء في علو رتبة الواجب
على المندوب اليه وكذلك الظن بالعاقل الاشتغال بالمندوب اليه والاعراض عن الواجب لاستحقاقه الاثم والعين على ترك
الواجب دون ترك المندوب اليه فانصرف مطلق كلامه الى هذا وجه الرواية التي قال فيها ان الوصية تصح وتصرف الثلث الى الموالي
الاسفلين ان المتعارف بين الناس انهم يتمون لمعتقهم ويقومون بمصالحه ويسعون فيما فيه نظام اموره وصلاح اسباب
معيشته لا يوجد شيء من ذلك في حق من اعتقهم لكون المولى الاعلا موسرا وكون الاسفل فقيرا معسرا في الاعم الاغلب فينصرف
في مطلق الامر الى ما هو المتعارف اذ الظاهر هو خصوصا حالة الموت فان الناس يشتغلون في هذه الحالة بما
هو ذخيرة لهم في الاخرة ويتبادرون الى ما فيه فكاك رقبتهم وذلك في الاسداء الى الفقير الذي
خلص عن ذل العبودية ولا مال له يتعيش به فلا عدة الا الاصطناع بمكان من له من الاموال الفاضلة عن الحاجة
ما صرف الى اعتاق عبد فكان الراجح الظاهر هذا او العمل به واجب والمصير الى اثبات التعارض والغاء التصرف
مع امكان الترجيح ليس بسديد • جواب هذين الكلامين ان كل واحد من الامرين مقصود ولا وقوف لاحد
من العباد على ما في قلب غيره من المقصود والمراد فكان الاحتياط في التوقف عند التردد لا القطع على ما لا يتيقن
بتحققه والقول بحدوث الملك مع الشك والتردد في ثبوت السبب مخالف للاصول وجه رواية هشام ان بطلان
الوصية قبل الاصطلاح لمكان الجهالة اذ لا يدري من المستحق للثلث فقد زالت الجهالة بالاصطلاح لان بعضه
نقل الى المستحق وبعضه الى غير المستحق برضا المستحق فيه فصح الوصية كما لو اقر فقال لاحد هذين الرجلين على الف
درهم كان الاقرار فاسدا للجهالة فلو اصطلحا انقلب الاقرار جايزا لزوالها قلنا هذا جوابه ان الايصاء ابتداء
تمليك فلا يصح التمليك من المجهول بل يلغو فلا يصير تمليكا لاحد الفريقين فيبقى المال على ملك الموصي وانتقل بموته الى
ورثته فلا يكون للموالي عليه سبيل وان اصطلحوا بخلاف الاقرار فانه ليس بابتداء تمليك بل هو اخبار عن كونه ملكا
للمقر له فكان من زعم المقر انه ملك احدهما وليس يملك لي فاذا اصطلحا كان فيه وصول الحق الى المالك او الى غير المالك
باذنه فيؤمر بالتسليم اليهما قوله ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه
وامهات اولاده اي يدخل فيما اذا اوصى لمواليه المعتق في الصحة والمرض جميعا • قال في الجامع الكبير ولا يدخل
مدبروه وامهات اولاده لانهم مواليه بعد الموت لانهم يعتقون بعد الموت والوصية تناولت من كانت له مولى
عند موته ولا ولاء لهم في الحال ولا وقت الموت الذي هو اوان عمل الوصية وانما يثبت بعد الموت ثم العتق ثم
الولاء والوصية تناولت المولى وقت الموت • وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع وروي عن ابي يوسف انهم
يدخلون تحت الوصية لانهم من جملة مواليه حيث وجد سبب استحقاق الولاء على اللزوم وهو التدبير والاستيلاد
قوله ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر اي يدخل في الايصاء لمواليه قال
في الجامع الكبير ولو كان قال لعبد له ان لم اضربك فانت حر فمات قبل ان يضربه عتق قبل موته ودخل في الوصية
لانه من مواليه لانه يعتق في جزء من اجزاء الحياة لتحقق عدم الضرب منه في تلك الحالة ووقوع الياس
من ضربه له فيصير مولى له ثم تعقبه الموت ثم ينفذ الوصية فيكون مولى له وقت نفوذ الوصية وجوازها بها
قوله ولو كان له موالي واولاد موالي واولاد موالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي
الموالاة ومن مسائل الجامع ايضا • قال الكرخي في مختصره • قال ابو يوسف ولو كان الموصي من العرب وله موالي
عتاقة وموالي اسلموا على يديه ووالوه فهم في الوصية شركاء وذلك لتناول الاسم اياهم على السواء ثم انما جاز في
هذه الوصية لان الموصى له معلوم لان الموصي ليس له الا الموالي الاسفلون بخلاف المسئلة الاولى وانما دخلت
اولاد الموالي في الوصية لانهم مواليه ايضا بطريق الحقيقة لان ولاءهم ثبت باعتاق الموصي اباهم فكانوا مواليه
ايضا حقيقة ولهذا لا يجوز نفي ولاء اولاد الموالي عنه ولا يصح ان يقال ليس هؤلاء بموالي له كما لا يجوز ان ينفى
ولاء معتقه بخلاف ما اذا اوصى لبني فلان او لاولاده ولفلان بنون واولاد صلب تكون الوصية لهم دون

ار لادهم لانهم اولاده بطريق المجاز ولهذا انصح النفي بان يقال ليس مولاه ولد مولاه • وقال العتابي في شرح الجامع ولو
كان له موالي عتقهم وموالي الموالاة فالقياس هو الاستواء لانه باشر سبب ولاء الكل وفي الاستحسان موالي العتاقة
اولى لانه اقوى ثم قال وحكى عن ابي الحسن الكرخي ان الوصية باطلة لان الاسم تناولهما فلكل فريق بطريق الحقيقة لا
تلابيح لمكان الجهالة قوله والاعتاق لازم فكان الاسم له احق هذا جواب اشكال تقديره بان يقال لما كان
الجهة مختلفة في المعتقين وموالي الموالاة لانه في احدهما الانعام وفي الاخر عقد الالتزام كان ينبغي ان تبطل الوصية
فاجاب عنه بذلك يعني انما تبطل الوصية اذا لم يوجد الترجيح لاحدى الجهتين وقد وجد لان الاعتاق لازم
لا يحتمل الفسخ وولاء الموالاة يحتمل الفسخ فكان اسم المولى للمعتق احق من مولى الموالاة قوله ولا يدخل فيهم
موالي الموالي لانهم ليسوا بموالي الموصي حقيقة لان مولاه حقيقة هو الذي باشر اعتاقه وانما اضيفوا اليه بطريق التسبب
مجازا لانه باشر سبب ما هو سبب ولائهم وهو اعتاقه معتقه للموالي الاولين ولهذا يصح نفي الاسم عنهم بان يقال
مولاه ليسوا بمواليه وانما هم موالي مواليه واللفظ اذا عمل بحقيقته لا ينصرف الى المجاز قوله وبخلاف
ما اذا لم يكن له موالي ولا اولاد الموالي يعني اذا لم يكن للموصي موالي اعتقهم ولا اولادهم تكون الوصية لموالي الموالي وذلك
لانه لما تعذر العمل بحقيقة اللفظ عمل بمجازه صيانة عن الالغاء كما اذا اوصى لبني فلان لا ينصرف الى بني بنيه حال وجود
بنيه وينصرف اليهم حال عدمهم كذا هاهنا قوله ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف له
لمعتقه والباقي للورثة • قال العتابي في شرح الجامع فلو كان مولى له اومن اولادهم اثنان استحقا جميع الثلث
لان الاثنين جمع في باب الوصية كما في الميراث وان كان واحدا فله نصف الثلث لانه نصف ادنى الجمع ونصف الاخر يرد
الى ورثة الموصي لا الى موالي الموالي لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز فان لم يكن احد من الموالي ولا اولادهم يجب
الى موالي الموالي قوله ولا يدخل فيه موالي قد اعتقهم ابنه • قال في الجامع الكبير ولو ان رجلا اوصى بثلث
ماله لمواليه وليس له موالي اعتقهم ولا موالي لمواليه وانما له موالي ابيه او موالي ابنه لا يكون له من الوصية شيء ذلك لان
موالي الاب او الابن لا ينسبون اليه لا بطريق الحقيقة ولا بطريق المجاز لانه لم يباشر ولاءهم ولا سبب لذلك فانه لم
يعتق من اعتقهم فلم يكونوا موالي له لا حقيقة ولا مجازا فلم يدخلوا تحت اللفظ وانما قام الرجل مقام الاب او الابن في
ولايتهم بطريق التعصيب لا باعتبار انه اعتقهم • قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الا ان ينص على ذلك في
الوصية فتصح لانه لما نص عليه فقد سماه باسمه الخاص فتنصرف الوصية باسمه لا باسم المولى بخلاف معتق البعض من شرط
بقوله ولا يدخل فيه موالي قد اعتقهم ابنه يعني ان معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالي لانه مولاه حقيقة بخلاف
مولى الابن لانهم ليسوا مواليه اصلا ولكن ينبغي ان يكون هذا على مذهبهما لان معتق البعض عند ابي حنيفة كالمكاتب
والمكاتب لا يدخل تحت الوصية للموالي فكذا معتق البعض نص هذا عن بعضهم لفظ الكتاب وقال بخلاف معتق المعتق
يعني ان معتق المعتق يدخل تحت الوصية للموالي اذا لم يكن الموالي ولا اولادهم لانه ولا معتق المعتق ينسب الى الموصي مجازا
بخلاف معتق الابن فانه لا ينسب اليه لا حقيقة ولا مجازا والله سبحانه وتعالى اعلم بحقيقته وكرمه

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

لما فرغ عن بيان احكام الوصايا التي يتعلق بالاعيان شرع في بيان احكام الوصايا التي تتعلق بالمنافع وهي الاعراض
واخرها عن الاعيان لان الاعيان هي الاصل لكون العين قائمة بنفسها دون العرض قوله وتجوز الوصية
بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ويجوز بذلك ابدا • اي قال القدوري في مختصره وقال الحاكم الشهيد
في شرح الكافي والوصية بخدمة العبد او غلته او سكنى الدار وغلتها تجوز عندنا وعلى قول ابن ابي ليلى لا تجوز من ذلك
موقتا ولا غير موقت وجه قوله ان الموصى له يملك بالوصية بايجاب الموصي ولا ملك للموصي فيما يحدث بعد موته من
الخدمة والغلة فلا يصح وصيته • الا ترى انه لو اعار في حال الحيوة واجاره ثم مات قبل مضي المدة بطلت العارية
والاجارة فالذي لم يصح في حال الحيوة اولى ان لا يجوز بعد الموت • ولنا ان المنافع يصح تمليكها في حال الحيوة
ببدل وغير بدل دفعا للحاجة فكذا يصح تمليكها بعد الموت للحاجة لان الموت لا ينافي الحاجة بل يحققها فتكون العين
باقية على ملكه موقوفا على حاجته يستوفي بتصرفه في الملك فتحدث المنفعة اذن على ملكه لا على ملك الورثة فتجوز الوصية
بها لانه اوصى بما يملكه لا بما لا يملكه ولهذا كان له منع الرقبة عن الورثة اذا كان تخرج من الثلث فلذا له ان يمنع المنفعة عنهم
ايضا ولان هذه وصية لها نظير من العقود لانه لو اعاره او اجاره في حال الحيوة جاز بالاتفاق فكذلك اذا اوصى
بعد الوفاة لان العقود بعد الوفاة ايسر من العقد في حال الحيوة • الا ترى ان الوصية لا تبطلها الجهالة وتجوز
في حال لم يكتسب بعد فلان ثبت ان حال الوصية بعد الوفاة ايسر من حال الحيوة فلما جاز ان يجعل الخدمة لغيره
في حال الحيوة فبعد الوفاة اولى فاذا جازت الوصية بالمنافع جازت موقتة ومؤبدة كالعارية فانه تمليك المنفعة على
اصلنا خلافا للشافعي فانها عنده اباحة المنافع والوصية تخالف الميراث حيث لا يجري الميراث في المنفعة وفي
الخدمة دون الرقبة لان الوراثة خلافة وتفسيرها ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث وهذا لا يتصور

الا فيما يبقى وقتين والمنفعة عرض لا يبقى وقتين فاما الوصية فهي ايجاب ملك بالعقد بمنزلة الاجارة والاعارة ثم لما
جازت الوصية بالمنفعة جازت الوصية بالغلة ايضا لانها بدل المنفعة فاخذ البدل حكم المنفعة في الجواز لان المعنى وهو
الحاجة يشمل المنفعة والغلة جميعا والجواب عن قول ابن ابي ليلى فنقول لا نسلم انه لا ملك للموصي فيما يحدث بعد الموت
بل ملكه باق فيه بقدر ما يدفع حاجته ولا نسلم ان الورثة ملكوا العين مطلقا بل ملكوها مشغولة بالخدمة • الا ترى
انه لو جعل الرقبة للموصى له وهي تخرج من الثلث جاز ولم يرثوها فلذا اذا جعل المنفعة للموصى له جاز ولم يرثوها وانما ورثوا
عبدا مشغولا بالخدمة وليس الوصية كالاعارة والاجارة في حالة الحيوة حيث يبطلان بالموت الا ترى ان الوكيل يبطل وكالته بموت
الموكل ولو جعله وكيلا بعده فانه جازت وصيره وصيا قوله فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه
اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما وهذا اذا اوصى بخدمة
العبد مؤبدا فاما اذا اوصى بخدمته موقتا مثل ما اذا اوصى بخدمة عبده سنة مثلا يخدم الورثة يومين والموصى له يوما
الى ثلاث سنين لان العبد لما لم يخرج من الثلث حيث لم يملك مالا غيره لا يجوز ان ينفذ الوصية في جميع المال ولا سبيل
الى قسمة العبد ذاتا لان قسمة اجزاء لا تتاتى فلابد من المهاياة في الخدمة اي المناوبة فيها من حيث الزمان فيخدم
الورثة والموصى له اثلاثا لان الموصى له شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ويسلم للورثة مثلاه فيخدم كذلك الى ان
يمضي ثلاث سنين فاذا امضت ثلاث سنين فقد سلمت له خدمة سنة واحدة وهذا الخلاف ما اذا اوصى بسكنى داره
سنة فانه يسكن ثلثها سنة ويسكن الورثة الثلثين لان الدار يمكن قسمتها بالاجزاء وهذا النوع من القسمة اقرب
الى المعادلة لانه يحصل التسوية بين الورثة والموصى له زمانا وذاتا وفي المهاياة يلزم تقديم احدهما على الاخر زمانا
فلا يصار اليها الا عند تعذر القسمة بالاجزاء ولكن مع هذا لو اتفقوا على القسمة من حيث الزمان جاز ايضا لان المعادلة
في الزمان حقهم فاذا اسقطوها جاز بخلاف ما اذا اوصى بغلة عبده سنة وليس له مال غيره كان ثلث غلة تلك السنة لان
الغلة عين [illegible] تحتمل القسمة فانما تنفذ الوصية في مقدار الثلث من الغلة في سنة واحدة بخلاف الخدمة فانها لا تحتمل القسمة
بالاجزاء لانها تحدث وقتا بعد وقت ولا تجتمع في وقت واحد من الموصى له ان يستوفي الخدمة بطريق المهاياة الى ان
تكون قد استوفى خدمة سنة كاملة وكذلك ان اوصى له بغلة داره فهذا وغلة العبد سواء لان الغلة في موضعين جميعا تحتمل
القسمة ولا يسلم للموصى له الا ثلث الغلة في سنة واحدة واورد الفقيه ابو الليث السمرقندي في كتاب الوصايا سوالا وجوابا
فقال فان قيل اذا امضت سنة واحدة ثم لا يقال ان وصيته سلمت وانقضت لان الوصية في ثلث العبد جائزة
وفي الثلث لا يجوز فاذا خدم له العبد كله في ثلث السنة فقد سلم له خدمة ثلث العبد سنة واحدة كما انه اذا اوصى
له بغلة العبد لا يكون له الا غلة الثلث من السنة فاستغل العبد سنة فيكون ثلث ذلك للموصى له ولا يكون له غير
ذلك فلما لا يكون الخدمة هكذا فالجواب انه قيل انما نحتاج الى المهاياة في اليوم الذي يخدم الموصى له لكون ثلثا العبد
عنده على سبيل العارية لانه لو لم يجعل عارية لصار مستهما بالشعار لانه يستخدم الثلثين على ان يستخدم الورثة نصيبه
وهذا لا يجوز فاذا كان يؤدي الى هذا يكون ثلثا العبد في اليوم الذي يخدمه على وجه العارية والثلث عند الورثة في
اليومين عارية ايضا فاذا كان هكذا ففي ثلاث سنين لم يستخدم الا ثلث العبد فاذا استخدم تمام السنة فقد استخدم ثلث
العبد بالوصية والثلثين على وجه العارية • قال في شرح الطحاوي ولو ان رجلا اوصى بخدمة عبده لفلان سنة
فانه ينظر ان كان العبد يخرج من الثلث فانه يخدم الموصى له سنة كاملة وبعد ذلك يكون للورثة
وان كان العبد لا يخرج من الثلث يخدم له يوما والورثة يومين فليستوفي الموصى له خدمة السنة في ثلاث سنين
ولو اوصى بخدمة عبده سنة معينة او شهرا معينا شوال او ذي القعدة فان كان يخرج من الثلث خدمه ذلك الشهر
او تلك السنة وان كان لا يخرج من الثلث يخدم الورثة يومين وللموصى له يوما فاذا امضى هذا الشهر على هذا يحصل
له الخدمة ثلث الشهر او ثلث السنة وبطلت الوصية بعد ذلك لان وصيته في ذلك الشهر لا غير قوله
الا ان الاول وهو قسمة الدار بالاجزاء قوله وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار قال
شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي ليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار الا في رواية عن
ابي يوسف هو يقول ان ذلك حقهم على الخلوص فينفذ بيعهم فيه ولكنا نقول حق الموصى له بالسكنى ثابت في سكنى
جميعه بدليل انه لو ظهر للميت مال اخر يخرج الدار من ثلثه كان هو احق بسكنى جميعها ولو خرب ما في يده من الدار كان له
ان يزاحم الورثة فيما في ايديهم وفي البيع ابطال حقه فكانوا ممنوعين من ذلك قوله قال فان كان مات
الموصى له عاد الى الورثة اي قال القدوري في مختصره اي ان مات الموصى له بعد موت الموصي عاد الموصى به وهو خدمة
العبد وغلته وسكنى الدار وغلتها الى ورثة الموصي لا الى ورثة الموصى له لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي
المنافع من الخدمة والسكنى والغلة على حكم ملك الموصي فلو انتقلت الى ورثة الموصى له يستحقها الوارث ابتداء من ملك الموصي
بلا رضاه ولم يوص لوارث الموصى له بشيء من ذلك فلا يجوز قوله ولو مات الموصى له في حال حياة الموصي
بطلت الوصية وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان ايجاب الوصية يكون بعد الموت لانه متعلق بوجود
الموت فاما اذا مات الموصى له لم يصح الايجاب كما لا يصح ايجاب البائع الى المشتري بعد موته قوله على ما بيناه اشاره

الى ما ذكره في اوايل الكتاب فصل اعتبار حالة الوصية في فرق بين الاقرار من اجنبية ثم تزوجها ثم مات حيث جاز وبين الوصية والهبة لها فان ذلك باطل بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت ويجوز ان يكون اشارة الى ما ذكره في اوايل كتاب الوصايا بقوله لانه اوان ثبوت حكمه بعد الموت ويجوز ان لتعلقه به فلا يعتبر قبله **قوله** ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك وهذه المسئلة مع ما بعدها الى قوله قال ومن اوصى لاخر بثمرة بستانه ذكرت تفريعا على مسئلة المختصر • قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي رحمه الله واذا اوصى بغلة عبده لرجل فاراد الموصى له بالغلة ان يستخدمه بنفسه لم يذكرها في ظاهر الرواية واختلف المشايخ فيه وقال بعضهم ان يستخدمه لنفسه وقال بعضهم ليس ذلك لان الموصي اوصى له بالغلة لا بالخدمة • وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا فلو كان اوصى له بغلة الدار فاراد ان يسكن هو بنفسه فان هذا الفصل لم يذكر عن اصحابنا المتقدمين واختلف المتاخرون فيه ذكر عن ابي بكر الاسكاف انه قال له ذلك وكان ابو بكر بن سعيد يقول ليس له ذلك اما من قال له ذلك لان غيره لم يكن له ولاجله فاذا اسكنه بنفسه جاز ايضا واما من قال ليس له لان ليس له ذلك لان في ذلك ضرر عليه على الميت لانه لو اجاره ر واخذ الغلة فلو ظهر على الميت دين يقضي الدين من تلك الغلة ولو سكنه بنفسه لا يمكن ان يقضى من السكنى **قوله** وليس الموصى له بالخدمة والسكنى اي واجب العبد او الدار • قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وليس للموصى له بسكنى الدار وخدمة العبد ان يؤاجرهما عندنا وقال **الشافعي** له ذلك لان تملك المنفعة بعقد مضاف الى بعد الموت لتمليك المنفعة في حال الحياة ولو ملك المنفعة بالاستيجار في حالة الحيوة ملك الاجارة من غيره فكذلك اذا ملك المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا لان الوصية معتبرة بالعين وفي العين يصح الاعتياض عنه سواء ملك العين ببدل او بغير بدل فكذلك يصح الاعتياض عن المنفعة اذا ملكها بخلاف العارية حيث لا يملك المستعير العارية عنده لكون الاعارة في حكم الاباحة لا في حكم التمليك ولان الاعارة ليست بلازمة والوصية بالمنفعة لازمة كالوصية بالعين ولنا ان الموصى له تملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تمليكها من غيره تمليكها بغير عوض كالمستعير فانه لا يملك الاجارة لانها تمليك بعوض نكتة هذا والدليل من العارية تمليك بغير عوض لانها تنعقد بلفظ التمليك ولهذا لو قال ملكتك منفعة هذه الدار كانت عارية صحيحة حقيقة ان التمليك اذا وقع بعوض كان لازما حتى لا ينفسخ الا بعذر واذا وقع بغير عوض كان غير ذلك والتمليك بالوصية تمليك بغير عوض فكان غير لازم وكذلك العارية اي ايضا ليس بلازمة لكونها متعارية مع العوض فاذا كانت الوصية غير لازمة لا يصح اجارتها لان الاجارة لكونها لازمة اقوى من الوصية فلا يملك الاقوى بالاضعف لان الشيء لا يتضمن ما هو فوقه وانما لم يصح الرجوع بعد موت الموصي لانه لا يتصور رجوعه مع موته ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا ولهذا قلنا ان منافع المغصوب ليست بمضمونة لان المالية لا تسبق الوجود وبعد الوجود لا تسبق لا احراز في الصيد والمنافع تتلاشى كما وجدت فلا تثبت المالية في المنافع حقيقة وفي تمليكها بالمال يلزم احداث صفة المالية في المنافع لتحقيق المساواة في عقد المعاوضة فلا تثبت هذه المعاوضة الا لولاية تعني ولاية احداث صفة المالية في المنافع الا لمن يملك المنافع تبعا في ضمن ملك الرقبة او لمن تملك المنافع بعقد المعاوضة كالاجارة فانه يجوز للمستاجر ان يؤاجر العين ويملك منفعتها من غيره اذا كانت العين كما لا تختلف باختلاف المستعمل حيث يكون مملكا للمنفعة بالصفة التي ملكها فاما من تملك المنافع من غير عوض مقصودة اصلا لا في ضمن شيء اخر فلم يثبت فيها معنى المالية بسبيل التبعية كما في الوصية لا يجوز له ان يملكها بعوض بالاجارة لانه يكون مملكا اكثر مما تملكه معنا فافهم **قوله** وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرج اهله الى الخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث اوا اوصى رجل من اهل الكوفة بخدمة عبد لزيد مثلا فليس لزيد ان يخرج العبد من الكوفة الى موضع اخر ليستخدمه فيه الا ان يكون الموصى واهله في غير الكوفة فحينئذ يكون له ان يخرجه لان تنفيذ الوصية على حسب ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كان الموصى له واهله في مصر الموصي فمقصود الموصي ان يخدمه العبد في المصر بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غير مصر الموصي فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمه عندهم وهذا امر المعلوم بدلالة الحال فلو انه شرط ان يخدمه عند اهله بالافصاح كان للموصى له ان يخرجه الى هناك اذا علم عند اهله بالدلالة لان الثابت بالدلالة كالثابت صريحا **قوله** كانوا في مصر اي كان الموصى له واهله في مصر الموصي **قوله** في غير مصره الضمير راجع الى الموصي لديها ايضا **قوله** ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا اي كما تجوز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار يجوز الوصية بغلة العبد وغلة الدار وذلك لان الغلة بدل المنفعة فلما جاز الوصية بالمنفعة جاز الوصية ببدلها ايضا فاذا اوصى بغلة العبد سنة ولم يكن له مال غيره يستغل العبد سنة ثم يقسم اثلاثا لان الغلة تحتمل القسمة لانها عين اما دراهم او دنانير وليس كالخدمة لان الخدمة لا يمكن جمعها لانها تحدث وقتا بعد وقت ولا يجتمع في وقت فلما لم يمكن قسمتها بالاجزاء لم يكن بد من المهاياة فيخدم الورثة يومين والموصى له يوما فاما الغلة فيمكن جمعها وغلتها قسمتها بالاجزاء فكان للموصى له ثلث غلة تلك السنة **قوله** فكان بالجواب اولى اي كان الايصاء بالغلة اقرب الى الجواز من الايصاء بالخدمة لان الخدمة منفعة محضة ليست فيها شايبة العينية ولهذا لم يجز ذلك على قول ابن ابي ليلى فاذا جاز الايصاء بالخدمة جاز الايصاء بالغلة بالطريق الاولى لانها عبارة عن مال عيني وهي الدراهم او الدنانير **قوله**

فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو يستغل ثلثها لم يكن له ذلك يعني اذا اراد الموصى له بغلة الدار قسمة الدار حتى يستغل ثلث الدار بنفسه ليس له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وجه ذلك ان الموصى له بمنزلة الشريك فيما يجب تنفيذ الوصية فيه فكما ان للشريك ان يطالب صاحبه بالقسمة ليكون هو الذي يستغل بنفسه كان للموصى له ذلك ونحن نقول القسمة تبتنى على الحق الموصى له لانه ليس له ان يطالب بالقسمة فيما ليس له فيه حق ولا حق للموصى له في عين الدار وانما حقه في الغلة منها فكان حقه في قسمة الغلة لا في قسمة الدار فلان له لا حق له في عين الدار **قوله** ولو اوصى له بخدمته والاخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة ووقع في نسخة الهداية والخدمة عليها اي على رقبة العبد ووقع في نسخة شرح الكافي والخدمة كلها وذلك لان الموصي اوجب لكل واحد من الموصى لهما شيئا معلوما وحق كل واحد منهما يبني لاحدهما الخدمة وللاخر الرقبة فيكون لكل واحد منهما ما اوصى له لانه ميز وصيتهما فعطف احدى الوصيتين على الاخر بقوله اوصيت لهذا بخدمته ولهذا برقبته لا يتحقق المشاركة فتعتبر هذه الحالة اعني ما اذا اوصى بخدمته ورقبته في حالة الانفراد وهي ما اذا اوصى بخدمته دون رقبته بان اوصى بخدمة العبد لانسان ولم يوص برقبته تكون الخدمة للموصى له والرقبة للورثة فكذا لذا اوصى لو قبته لانسان اخر يكون الرقبة للموصى له خاصة لان الوصية اخت الميراث حيث ان في كل واحد منهما يثبت الملك بعد الموت **قوله** ولها نظاير اي ولهذه المسئلة نظاير وهو ما اذا اوصى بامته لرجل وما في بطنها لاخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولاخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كما اوصى سواء كان الكلام متصلا او مقطوعا عند ابي يوسف نفي قول محمد الجواب في خدمة العبد كذلك واما في الجارية والخاتم يكون الجارية والخاتم للذي اوصى والولد بين الموصى له بالجارية وبين الموصى له بالولد نصفين وكذلك الفص والقوصرة والاختلاف ذكره في اكثر شروح الزيادات ولم يذكره شمس الائمة في شرح زياداته ولا في اصوله لان ابا يوسف لم يثبت خلافه في ظاهر الرواية وانما خلافه من رواية الاملاء كذا ذكره الكرخي في مختصر الزيادات وجه قول ابي يوسف ان مراده بالايجاب الاول ايجاب الامة وحدها دون ولدها للموصى له بالامة بدليل الايجاب الثاني وان كان الكلام مفصولا لان الوصية لا توجب شيئا في حال حياة الموصي فكان الكلام المتصل والمفصول سواء في كونه بيانا كما في الوصية بالرقبة والخدمة ان ثمة المتصلة والمفصلة سواء وجه قول محمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص جميعا واسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام يوجب الحكم كالخاص فقد اجتمع اذن في الفص وصيتان فيكون بينهما ولا يكون ايجاب الوصية للثاني رجوعا عن الاول كما لو اوصى بالخاتم للثاني فيكون ذلك رجوعا عن الاول بل يكون الفص بينهما فكذا هذا بخلاف الخدمة مع الرقبة بان اوصى برقبته العبد لانسان وبخدمته لاخر يكون ذلك ما اوصى ولا يكون الخدمة مشتركة بينهما لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة ولكن انما يستخدمه الموصى له بالرقبة لان المنفعة تحدث على ملكه ولا حق للغير فيه فاذا اوصى بالخدمة لغيره لا يبقى للموصى له بالرقبة حق في الخدمة فكان الموصى له اخص بخدمته بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لانه بمنزلة دليل التخصيص والاستثناء وذلك بيان مغير فيصح بشرط الوصل فكان حلقة لصاحب الخاتم والفص لصاحبه واورد الفقيه ابو الليث سوالا وجوابا في كتاب نكت الوصايا فان قيل الذي اوصى له بالخاتم فقد اوصى له بالفص ايضا لان الفص من الخاتم فلم لا يكون الفص بينهما نصفين قيل له لان صاحب الفص وصيته بالفص مقصودا اليه ووصية الاخر على وجه التبع فصار وصية صاحب الفص اقوى لانه مقصود اليه فوجب ان يكون هو اولى لان في الوصايا يعتبر الاقوى فالاقوى ولهذا العتق الموقع في المرض اقوى من ساير الوصايا وقال ابو الليث في بيان قول محمد كل شيء لا يحتمل الاستثناء يكون التابع للذي اوصى وكل شيء يحتمل الاستثناء يكون التابع بينهما نصفين والخدمة لا يحتمل الاستثناء لانه لو قال اوصيت لهذا العبد لفلان الا خدمته كانت الوصية جائزة والاستثناء باطل وفي الخاتم والجارية جاز الاستثناء لانه لو قال اوصيت بهذه الجارية الا ما في بطنها او بهذا الخاتم الا فصه جاز الاستثناء فاذا كان اصل هذا فاذا اوصى بالعبد لرجل فلو اراد استثناء الخدمة لا يجوز وانما يملك الخدمة من يملك رقبته فلما اوصى بالخدمة لاخر لم يوجد في الخدمة الا وصية واحدة فوجب ان يكون الخدمة كلها لصاحب الخدمة واما الجارية لما اوصى بها لرجل فلو استثنى ما في بطنها جاز الاستثناء فلما لم يستثن صار كانه اوصى له بالجارية وما في بطنها فلما اوصى بما في بطنها للاخر فقد اجتمع فيما في البطن وصيتان فوجب ان يكون بينهما نصفين وكذلك الخاتم لو استثنى الفص كان جائزا فلما لم يستثن صار كانه اوصى له بالخاتم والفص فلما اوصى بالفص لاخر فقد اجتمع في الفص وصيتان فيصير الفص بينهما نصفين **قوله** اوصى بامته لرجل وما في بطنها لاخر قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي اوصى بالجارية لانسان وما بطنها لاخر فانه يجوز الا اذا ولدت لاكثر من ستة اشهر بعد موت الموصي ولستة اشهر فحينئذ لا تجوز الوصية في الولد وكلاهما يكون الموصى له بالجارية **قوله** اذا اتصل احد الايجابين عن الاخر والمراد من الفصل ان يكون الايجاب بانفصاحين وبه صرح الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا **قوله** وكذا الاخر بينهما اي اخوات مسئلة الوصية بالامة لرجل وما في بطنها للاخر واراد باخواتها مسئلة الخاتم مع الفص واسئلة القوصرة مع التمر ومسئلة الشاة مع الصوف ومسئلة الدار مع البناء ومسئلة السيف والحلية والبستان والتمر مثل ذلك والارض والنخل مثل ذلك وكل شيء

بيته هذا انما يكون الاسم في الوصية تاما فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء كما قال الكرخي في مختصره وليس بداخل الوصية
العين مع الحاجة الى الاجواد وفد مر بيان ذلك **قوله** قال ومن اوصى لاخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذا
الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله
الغلة القايمة وغلته فيما يستقبل اي قال في الجامع الصغير والفرق بين الغلة والثمرة في ان الغلة تتناول الموجود
والحادث جميعا سواء ذكر لفظ الابد او لم يذكر والثمرة تتناول الموجود لا الحادث الا اذا ذكر الابد فحينئذ تتناول الحادث
ايضا وان اسم الغلة حقيقة الموجود في والحادث جميعا لان الغلة اسم لما يرد وقتا بعد وقت يقال غلة الدار وغلة
الحانوت ويراد به ذلك فعند الاطلاق ينصرف للموجود والحادث القايم وقت الموت والثمرة عند الاطلاق تتناول
الموجود ولا تتناول غيره الا بدليل فاذا قال ابدا او ما عاش علمنا انه اراد به الموجود والحادث جميعا فينصرف اليهما وقال
الفقيه ابو الليث رحمه الله فاذا اوصى بثمرة بستانه في البستان ثمرة وقت الموت فان ما له الثمرة الموجودة خاصة
وليس هذا كالغلة اذا اوصى بغلة بستانه وفي البستان ثمرة فله الغلة الموجودة وما يحدث لان الغلة اسم عام
والثمرة اسم خاص لان اسم الغلة يقع على الثمرة وعلى غيرها فمتى اخرج الكلام مخرج العموم انصرفت الى الموجود وما يحدث
واما اذا سمى الثمرة فان الثمرة اسم خاص انصرفت الوصية الى الثمرة الخاص وهو الثمر الموجود فان لم يكن في البستان ثمرة
وقت الموت فان في القياس لا شي له وفي الاستحسان له ثمرة البستان في المستانف ابدا اما وجه القياس فان الثمر لما كان
اسم خاص لا يقع على المستانف الا انه لا شيء واما وجه الاستحسان لو لم يدخل فيه ثمرة البستان بطل كلام الموصي ولو دخل فيه صح
كلامه والكلام اذا احتمل الصحة والفساد حمل على الصحة كما قالوا فيمن اوصى لولد فلان جازت الوصية لولد ولده وكذلك وههنا
قوله قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او بالبانها او باولادها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها
من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سوا قال ابدا او لم يقل اي قال في الجامع الصغير الفرق بين هذه
المسئلة وبين حيث لا يتناول الحادث وان ذكر الابد وبين ما تقدم من الوصية بثمرة البستان اذا ذكر الابد يقع على
الحادث ايضا وكذا الوصية بالغلة يقع الحادث ايضا ذكر الابد او لم يذكر هو ان القياس يابى تمليك المعدوم من هذه
الاشيا لان المعدوم لا يقبل التمليك والحادث منها متولد من اصل مملوك للوارث فيكون له الا ان استحقاق الغلة
المعدومة والثمرة المعدومة جاز شرعا بعقد من العقود كالاجارة والمعاملة فجاز استحقاقهما بالوصية ايضا لان باب
الوصية اوسع من غيرها فاما الصوف المعدوم واللبن والولد المعدوم فلا يصح استحقاقهما اصلا بعقد ما فلم يستحق
بعقد الوصية ايضا فاما الموجود في هذه الاشيا يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع
مقصودا فجاز بعقد الايصا ايضا وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا ولو اوصى بصوف غنمه جازت
الوصية اذا كان على ظهورها صوف وقت موت الموصي فانه يجري فيه الميراث فلذلك يجوز فيه الوصية ولو اوصى بالصوف
الذي يحدث بعد موته فانه لا يجوز وليس الصوف واللبن بمنزلة الثمرة قال وهذا والغلة في القياس ولكن استحسن
وادع القياس فيه ولم ثم قال الفقيه ولم يبين جواب القياس كيف هو فاحتمل ان في القياس الغلة والصوف سواء
ان الوصية لا تجوز فيما يحدث بعد موته واحتمل ان في القياس يجوز الوصية بهما جميعا فاما وجه القياس ان الوصية
لا تجوز فيما حدث بعد الموت في هذه الاشياء كلها لانه لما مات صار ملكه لورثته فقد حدث الغلة والصوف
على ملك الورثة فصارت الوصية في ملك غيره والوصية في ملك غيره باطل واما القياس الذي تقول انه يجوز في ذلك كله
لان الورثة قد ملكوا ذلك المال مشغولا بحق الوصية فلو انه جعل رقبة البستان او رقبة الغنم للموصى له جاز ذلك
اذا خرج من الثلث كذلك اذا اوصى بما يتولد منه جاز ذلك واما في الاستحسان يقال اذا اوصى بالغلة او الثمرة جازت
الوصية فيما يحدث بعد موته ولا يجوز في الصوف واللبن والولد الا ان يكون موجودا وقت الموت لان الوصية بالثمرة
والغلة لها نظير بالعقود في الحياة • الا ترى ان المعاملة يجوز في الثمر الذي يحدث في المستانف ولا يجوز في
الصوف واللبن والولد فكذلك الوصية واكا صل هنا ما قاله الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فقال
اذا اوصى بغلة بستانه او بغلة عبده فهذا على ثلاثة اوجه في وجه الوصية تقع على الموجود ولا تقع على الحادث سوا
ذكر الموصي الابد او لم يذكر وفي وجه تقع على الموجود والحادث جميعا ذكر الابد او لم يذكر وفي وجه ان ذكر الابد يقع على الحادث
والموجود جميعا وان لم يذكر الابد ينظر ان كان الثمر موجودا اقتصر على ذلك الموجود وان لم يكن موجودا يقع على المستجد
ايضا وهذا كما لو ذكر الابد اما وجه الاول فهو ان يوصي له بما في بطن دابته او بما في بطن جاريته او بما في ضرع غنمه او بما
على ظهر غنمه من الصوف فهذا كله يقع على الموجود ان كان وقت الموت موجودا جازت الوصية وان كان وقت الموت معدوما
بطلت الوصية ولا يقع على الحادث واما الوجه الذي يقع على الحادث والموجود جميعا ذكر الابد او لم يذكر فهو كما اذا
اوصى بغلة بستانه او بغلة ارضه او بغلة اشجاره او بسكنى داره او بخدمة عبده فهذا كله يقع على الحادث والموجود جميعا
ويقع ذلك على الابد ويكون الغلة والخدمة والسكنى للموصى له ما دام حيا فان مات الموصى له لا يكون موروثا عنه
وتبطل وصيته ويعود ذلك الى ورثة الموصي ويعتبر ههنا خروج البستان وخروج الدار والعبد من الثلث فان
كان يخرج من الثلث كان له غلته وخدمته وسكناه وان كان لا يخرج فبقدر ما يخرج يكون له غلته وخدمته وانما

الوجه الثالث فهو ما اذا اوصى بثمرة بستانه او بثمرة ارضه ينظر ان ذكر لفظ الابد وقع على الحادث والموجود جميعا
وان لم يذكر الابد فان كان هناك ثمرة موجودة فانه يقتصر على تلك الثمرة الموجودة وان لم يكن هناك ثمرة موجودة
فالقياس ان تبطل كما ذكرنا في الصوف واللبن والولد وفي الاستحسان تقع على الحادث ويصير كانه ذكر الابد والموصى له ما دام
حيا فما يحدث من الثمار يكون له فاذا مات بطلت وصيته وعاد الى ورثة الميت والثمار القايمة تكون موروثة عنه كذا
في شرح الطحاوي **قوله** واخواته اي اخوات الولد المعدوم وهما الصوف المعدوم واللبن المعدوم والله تعالى اعلم

باب وصية الذمي

ذكر وصية الذمي بعد
وصية المسلم لان الكفار
ملحقون بالمسلمين في احكام المعاملات بطريق التبعية **قوله** قال واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة
في صحته ثم مات فهو ميراث • اي قال في الجامع الصغير وهذا قولهم جميعا على الاختلاف في المذهبين اما عند ابي
حنيفة فلان مثله لو وقف ارضا في حيوته ثم مات صار ميراثا فكذلك هذا كما اذا جعل داره مسجدا وسلمه الى المتولي
حيث لا يكون ميراثا لان المسجد قد خرج من منافع الادميين وصار محررا لله تعالى واما البيعة فلم تخرج من منافعهم
لانه يسكن فيها اساقفتهم ويدفن فيها موتاهم فصار ذلك كالوقف من المسلمين واما عندهما فانما يورث لا ان الايصا
بما لا يكون قربة من المسلمين لا يصح عندهما لانه معصية فهذا اولى **قوله** ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من
الثلث • اي قال في الجامع الصغير يعني اذا اوصى بان يبني داره بيعة او كنيسة فهو جايز من الثلث وذلك لان
الوصية لقوم باعيانهم تمليك والذمي يملك ذلك كما لو اوصى بغير البيعة او الكنيسة واذا صار ملكا لهم يصنعون به
ما شاؤا **قوله** على اعتبار المعنيين اي معنى الاستخلاف ومعنى التمليك **قوله** قال وان اوصى بداره
كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا الوصية باطلة • اعلم ان الذمي اذا اوصى ببنا
بيعة او كنيسة او بيت نار فان كانت لقوم باعيانهم صحت بالاتفاق وقد مر بيانه انفا وان كانت لقوم بغير
اعيانهم جازت عند ابي حنيفة خلافا لهما ان هذه وصية بالمعصية فلا يجوز تصحيحها لان في تصحيحها تقرير المعصية
وانه حرام ولابي حنيفة انا امرنا بتركهم وما يدينون كما في الخمر والخنزير حيث يجوز بيعهم فيما بينهم لانهم
يدينون جواز ذلك بناء على اعتقادهم اعتقادهم • الا ترى ان البيع الذي هو قربة عندهم ومعصية عندنا
ينبغي ان يجوز ايضا بناء على اعتقادهم كما في بيع الخمر والخنزير فيما بينهم لان ذلك جايز في احكامهم فكذلك
منهما ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة فان الذمي اذا بنى ذلك ثم مات يورث وبين الايصاء
ببناء ذلك فانه اذا مات لا يورث هو ان البناء ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول الملك بالبناء اذا كان محررا لله
تعالى كما في المسجد والكنيسة ليست بمحررة لله تعالى • الا ترى ان اساقفتهم ورهبانهم يسكنون فيها في الحجرات ويدفنون
فيها موتاهم والمسجد ايضا اذا لم يكن خالصا لله تعالى يورث كما اذا جعل داره مسجدا وتحته سرداب او فوقه
بيت وقد مر ذلك في كتاب الوقف والوصية سبب لزوال الملك لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت وانما امتنع
ثبوت مقتضى الوصية وهو زوال الملك فيما ليس بقربة عندهم بناء على اعتقادهم فبقيت الوصية فيما هو قربة عندهم
على مقتضاها فزال ملكه بالايصاء ببناء البيعة او الكنيسة فلم يكن ميراثا • قال في الزيادات البرهانية
قال مشايخنا هذا الجواب على قول ابي حنيفة اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة في القرى اما اذا اوصى به في
الامصار لا تنفذ وصيته لانهم يمنعون عن احداث الكنايس في الامصار **قوله** لانه وضع الى
اخره الضمير البارز في لانه والمستتر في وضع في الضمير البارز في مقتضاه في الموضعين والمستتر في قوله فبقي
كل ذلك راجع الى الوصية بتاويل الايصاء **قوله** ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام
قالوا في شرح الجامع الصغير وصايا الذمي على اربعة اقسام الاول ان يوصي بما هو معصية عندنا طاعة
في حقهم كالوصية ببناء البيعة والكنيسة او بيت نار وهي مسئلة الجامع الصغير فان كانت لقوم باعيانهم
صحت بالاجماع وان كانوا بغير اعيانهم فالمسئلة على الاختلاف الذي ذكرناه فتجوز الوصية عند ابي حنيفة
خلافا لهما وقد مر بيانه ذلك وجعل صاحب الهداية من هذا القسم ما اذا اوصى بان يذبح الخنازير ويطعم
المشركون والثاني ما اذا اوصى بما هو طاعة عندنا معصية عندهم كالوصية ببناء المسجد للمسلمين والاسراج
في المساجد والحج فان كانت لقوم باعيانهم صحت ويكون تمليكا منهم وذكر الجهة اي جهة الصرف مشورة اشار بها
اليهم فان شاؤا فعلوا وان شاؤا تركوا وان كانوا لا يحصون لا تصح الوصية لانه لا يمكن تصحيحها تمليكا فتبطل
لانها ليست بطاعة عندهم لانهم لا يتقربون بمثل هذا فيما بينهم بل يعدون ذلك فيما بينهم استهزاء فوقعت
وصيته اذن على سبيل الهزل والوصية تبطلها الهزل والثالث ما اذا اوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كالوصية
بالصدقات وعتق الرقاب وسراج بيت المقدس وان تغزى الترك او الديلم تصح هذه الوصية سوا كانت لقوم
باعيانهم او لقوم بغير اعيانهم لان الديانة متفقة من الكل على ذلك لان هذا امر يتقرب به المسلمون واهل
الذمة جميعا والرابع ما اذا اوصى بما هو معصية عندنا وعندهم كالوصية للمغنيات والنايحات والزانيات

فان اوصى لقوم باعيانهم صحت فتكون تمليكا منهم وان كانت لقوم لا يحصون بطلت لان التمليك من المجهول لا يصح ولا
يمكن تصحيحه قربة لانها معصية عند الكل **قوله** وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة
المسلم ذكره تفريعا على مسئلة الجامع الصغير وقال فخر الاسلام البزدوي في زياداته والذي يعتقد شيئا من الاهواء التي
لا يكفر اهلها اذا كان ينتحل الاسلام فانه مثل المسلم في الوصايا لظاهر الاسلام وهم كالمنافقين على عهد النبي صلى الله عليه وسلم
واما المرتد والمرتدة فانهما كاهل الذمة عند ابي يوسف ومحمد وعند ابي حنيفة المرتد اذا لم يسلم بطل وصاياه واما المرتدة
فكالذمية عنده الا ان محمدا لم يحفظ النص عنه في موضع الخلاف في هذا الفصل الى هنا لفظ فخر الاسلام • وقال
شمس الائمة السرخسي في زياداته واما المرتد اذا اوصى فما يجوز من المسلم يجوز منه عندهما وعند ابي حنيفة يتوقف اسلم
نفذ كما يتصرفاته وانما لا يجوز من المسلم ويجوز من الذمي فهو منه باطل اما عندهما فلا يجوز من الذمي لكونه
معصية فمنه اولى وعند ابي حنيفة لا فائدة في الوقف لانه ان اسلم بطل لكونه معصية وان قتل بطل واما المرتدة قال محمد وصيتها
جائزة الا فيما تتقرب به الى الله تعالى لقوم بغير اعيانهم فانا لا احفظ عنه شيئا يعني تقرب الى الله تعالى في الدين الذي انتقلت
اليه وقياس قوله ان تكون كالذمية يجوز منها ما يجوز من الذمية وعندهما الصحيح انها كالذمية ووصيتها في الخمر والخنزير
لا تعرف في قولهما الى هنا لفظ شمس الاسلام الاوزجندي وهو تلميذ شمس الائمة السرخسي **قوله** وفي المرتدة الاصح انه يصح
وصاياها لانها تبقى على الردة ولا تقتل بخلاف المرتد كالذمية في صحة الوصية وقال المرتدة لا تصح وصيتها بخلاف الذمية
لان الذمية تقر على اعتقادها والمرتدة لا تقر على اعتقادها لا تجبر على الاسلام بالحبس **قوله** قال واذا دخل الحربي
فامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز اي قال في الجامع الصغير ومعنى هذا ان امتناع نفوذ الوصية فيما زاد على الثلث لحق
الورثة ولهذا اذا اجازت الورثة ذلك جاز وليس لورثته الحربي في دار الحرب حق مرعي عندنا لانهم كالاموات في حقنا
ولان ثبوت الحرمة في مال الحربي بسبب الامان والامان وقع لحقه لا لحق ورثته ومن حقه تنفيذ وصيته لا ابطالها
هذا اذا لم يكن معه ورثته في دار الاسلام فان كان معه وارث لم تجز وصيته فيما زاد على الثلث الا باجازة الوارث
الا ترى الى ما ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح السير الكبير فان كان وارث المستأمن معه بامان فينا لم تجز وصيته فيما
زاد على الثلث الا باجازة الورثة لان حق وارثه هنا مرعي بسبب الامان لحقه قال فان كان له وارث اخر في دار
الحرب شارك الذي كان حاضرا في ميراثه ولم يكن للموصى له الا الثلث لان وصيته فيما زاد على الثلث تبطل لعدم
اجازة الورثة فبقي ذلك موروثا عنه بين جميع ورثته **قوله** ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية
ورد الباقي على ورثته وهذه المسئلة مع ما بعدها الى اخر الباب ذكرت على سبيل التفريع وانما هي من مسئلة الاصل قال في
شرح الكافي وكان ذلك مراعاة لحق المستأمن ايضا لا لحق ورثته من جهة تسليم ماله الى ورثته اذا فرغ عن حاجته
وتصرفه والزيادة على مقدار ما اوصى به فارغ عن ذلك **قوله** ولو اعتق عنده اي اعتق الحربي **قوله**
لما بينا اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الى اخره **قوله** ولو اوصى له مسلم او ذمي بوصية
جاز اي اوصى للحربي الذي دخل بامان • قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وذكر في الامالي ان على قول ابي حنيفة
وابي يوسف لا تصح الوصية من المسلم والذمي للمستأمن لانه وان كان في دارنا صورة فهو من اهل دار الحرب حكما حتى يتمكن من
الرجوع الى دار الحرب ولا يتمكن من اطالة المقام في دار الاسلام ووصية من هو من اهل دار الاسلام لمن هو من اهل دار الحرب
باطل لان تباين الدارين تاثيرا في قطع العصمة والموالاة ومحمد قال الوصية تبرع بالتمليك ابتداء بعد الموت فيعتبر بالتبرع
في حالة الحياة كالهبة والصدقة وذلك صحيح من المسلم للمستأمن فكذا هذا **قوله** ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث
او لبعض ورثته لا يجوز قال في شرح الكافي ولا يجوز وصية الذمي باكثر من الثلث لان اهل الذمة التزموا احكام الاسلام
فيما يرجع الى المعاملات فكان الوصية فيما زاد على الثلث بغير اهل ملته فهو جائز لانهم اهل ملة واحدة في حكم الارث فكذا
في حكم الوصية **قوله** ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز اي لو اوصى ذمي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب لا يجوز وقوله
في دار الاسلام ظرف لقوله اوصى لا لقوله لحربي لان الذمي تجوز وصيته لمستأمن في دار الاسلام وقد مر ذلك قبل هذا
قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وان اوصى اي الذمي لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين بينهما حقيقة وحكما
ولهذا لا يجري التوارث بينهما • وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا ولو اوصى لاهل الحرب وهو في دار الحرب
لا يجوز الوصية في قولهم جميعا الا ترى ان المسلم لو اوصى لحربي في دار الحرب فانه لا يجوز فكذلك الذمي لان الذمي من اهل
دارنا ولا يكون بينه وبين الحربي توارث فان كان من اهل ملته فكذلك الوصية • وقال في شرح السير الكبير وصية
المسلم او الذمي لحربي في دار الحرب لا تكون وصية وان اجاز الورثة الا ان يشاؤوا ان يهبوا له شيئا من ماله لا يجوز ذلك اذا
قبض لان من في دار الحرب لحق من هو في دار الاسلام كالميت والله اعلم

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان احكام الموصى له شرع
في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي
لان كتاب الوصايا يشملهما جميعا وقدم الموصى له لكون الحاجة اليه امس لكثرته ووقوعه **قوله** قال ومن اوصى الى رجل
فقبل الرجل في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد • اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان ردها في وجهه

فهو رد يقال اوصى الى رجل اي جعله وصيا وجملة الكلام فيه ان الوصي لا يلزمه الوصية الا بقبوله او ما يجري مجرى
قبوله لانه متبرع بالتصرف والتبرع لا يلزم الانسان الا برضاه وانما قلنا ان قبول الوصي يصح في حال حيوة الموصي لان
لان تصرف الوصي شرع لمنفعة الموصي فلو وقف القبول والرد على الموت لم يؤمن ان يموت الموصي ولم يسند وصيته الى احد
فيكون في ذلك اضرار به فكذلك جوزوا القبول في حال الحيوة ولا يشبه هذا قبول الموصى له لانه لا يجوز الا بعد الموت
لان الاستحقاق هناك انما هو لحق الموصى له فلم يفتقر الى تقديم القبول على الموت واذا ثبت هذا قلنا اذا امتنع في حال
الحيوة ثم رد بغير حضرته كان ذلك تغريرا بالموصي • الا انه يموت ولا وصية له ان يخرج نفسه من الوصية وهذا لا يجوز كما
لا يجوز للوكيل ان يعزل نفسه بغير حضرة الموكل واما اذا رد في وجهه بطلت الوصية لانه متبرع بقبولها والمتبرع ان شاء
قام على التبرع وان شاء رجع ولان الانسان قد يقبل الوصية ظنا منه انه يقدر ان يقوم بها ثم يعلم انه لا يتمكن من القيام
بها فلو لم يجز له الرجوع اضر ذلك بالوصي وبالورثة وهذا لا يجوز • وقولنا في اول الفصل ان الوصية لا تلزم الوصي الا
بالقبول او ما يجري مجرى القبول فهو كما اذا مات الموصي قبل قبول الوصي فتصرفه بمنزلة لانها تمت من جهة الموصي ووقف على
حق الوصي فيكون تصرفه كقبوله اصله البيع المشروط فيه الخيار **قوله** في وجه الموصي اي بعلمه وقوله في وجه غيره اي بغير
علم الموصي **قوله** مضى لسبيله اي مات **قوله** فيرد رده اي رد الوصي **قوله** بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه
احترازا عن الوكيل بشراء عبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه ثمة ايضا بغير علم الوكيل كما في الموصي لانه يؤدي الى تغرير الموكل بخلاف
ما اذا كان وكيلا بشراء عبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لانه لا يؤدي الى تغرير الامر فحينئذ ان يكون للموكل ومع هذا فيما اذا
وكله بشراء عبد له ان يعزل نفسه بغير محضر من الوكيل في قول بعض المشايخ واليه اشار صاحب الهداية مخالف لعامة روايات
الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشيء لان مراد ما ذكر في التتمة وغيرها من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة
بغير علم الموكل ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه لا بشراء شيء بغير عينه • ومراد صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلا بشراء
شيء بغير عينه فتوافقت الروايات جميعا ولم تختلف **قوله** قال فان ردها في وجهه فهو رد • اي قال القدوري في
مختصره وتقدم بيانه انفا **قوله** وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل • ذكره على سبيل
التفريع وذلك لانه متبرع على سبيل التصرف في حق الغير فلا يلزمه ذلك بدون قبوله كالوكالة وليس في رده اضرار
من جهته ولا ضرر وانما الموصي انما اغتر حين لم يتعرف عن حاله انه يقبل الوصية ام لا • وقال في شرح الكافي
فان رده في وجه الموصي فقال الموصي ما كان ظني بك هذا ممن تقبل وصيتي اذن فسكت حتى مات الموصي ثم قبل لم
تكن وصية لان برده في وجهه بطلت الوصاية فلا يمكن قبولها بعد ذلك ولو انه رد ها في غير وجه الموصي ثم
قبلها بعد ان سمع كلامه الناس في ذلك فانه لا يكون وصيا عندنا • وقال زفر يكون وصيا لان رده في غير وجه
الموصي لما يتم اذا ابلغ الموصي فاذا لم يبلغه حتى قبل صار كان الرد لم يوجد ولكنا نقول قبل القبول هو يتفرد بالرد في
وجه الموصي وفي حال غيبته فيبطل العقد برده ولا يعتبر القبول بعد ذلك **قوله** فلو انه باع شيئا من تركته
فقد لزمته والقياس ان لا يجوز بيعه ولا يكون وصيا وهو قول زفر كذا قال فخر الدين قاضي خان قال الفقيه ابو
الليث في كتاب نكت الوصايا ولو ان الموصي مات ولم يقبل الوصي حتى باع شيئا من تركته كان ذلك قبولا منه للوصاية
لان القبول مرة يكون بالدلالة ومرة يكون بالافصاح فهو كما باع شيئا من تركة الميت كان ذلك قبولا منه من طريق
الدلالة ثم ان كان الوصي يعلم بتفويض لا شك ان بيعه يكون قبولا فاما اذا لم يعلم يكون قبولا ايضا منه قال
وقد ذكر هذا في موضع اخر لان الوصي بمنزلة الوارث من وجه لانه يقوم مقام الميت عند خلافه ومن وجه بمنزلة
الوكيل لانه يصير بالتفويض فصار حاله بحالين فلو كان وارثا من جميع الوجوه لا يبطل بالرد ويثبت بغير قبول ولو كان
وكيلا من جميع الوجوه لا يثبت الا بالقبول فلما كان حاله بين حالين فنقول ان لم يرد اعتبارا بالوكالة وان لم يرد حتى
باع شيئا صار بمنزلة الوارث ويقوم مقامه **قوله** لان ذلك دلالة الالتزام اي بيع الوصي شيئا من التركة
دلالة الالتزام الوصية فكان بيعه قبولا للوصية دلالة فدليل القبول كصريحه حتى لو باع شيئا من تركة الميت او اشترى
للورثة بعض ما يحتاجون اليه او اقتضى مالا او اوفاه لزمته الوصية لوجود دليل القبول والرضا به كالمشروط له
الخيار اذا وجد منه ما يدل على الاجازة او الفسخ كان ذلك بمنزلة التصريح بذلك كذا قال شمس الائمة السرخسي في
شرح الكافي **قوله** بخلاف ما اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ يعني ان العلم شرط لصحة التوكيل حتى لو
باع الوكيل قبل العلم لا ينفذ والعلم بالوصاية ليس بشرط حتى لو باع الوصي قبل العلم بالوصاية يصح وهذه رواية
الزيادات وبعض روايات المأذون فعلى هذه الرواية يحتاج الى الفرق بين الوكالة والوصاية ووجهه ان الوصاية
خلافة كالارث فلا يتوقف على العلم كالارث يثبت بلا علم والوكالة انابة فيشترط العلم كما في اثبات الملك
بالبيع والشراء وعلى رواية كتاب الوكالة لا يشترط العلم للوكالة ايضا اعتبارا للوصاية لان كل واحد منهما اثبات
الولاية • الا ترى الى ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي اذا كان للرجل عبد في يد رجل فقال
الرجل انطلق واشتر عبدي من فلان لنفسك فذهب فاشتراه ولم يكن رب العبد وكل البائع بالبيع فان هذا البيع
يجوز ويكون امر المشتري بالشراء وكالة للبائع بالبيع قال هكذا ذكرها هنا ثم قال وذكر في الزيادات وبعض روايات

وبعض روايات المأذون انه لا يكون اذنا ما لم يعلمه الرسول بذلك كذا ذكر شيخ الاسلام المذكور في باب ما لا يجوز فيه
الوكالة من شرح الكافي وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع الوصي ايضا قبل العلم بالوصاية اعتبارا بالوكالة لان كل واحد منهما
نيابة لكن الوكالة قبل الموت وتلك بعد الموت وتمام البيان في كتاب ادب القاضي في فصل القضاء بالمواريث
قوله وقد بينا طريق العلم يعني في فصل القضاء بالمواريث يعني ان العلم بالوكالة يثبت بخبر الواحد حرا كان او عبدا
عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امراة صبيا كان او بالغا وكذلك العزل عندهما يثبت بخبر الواحد مطلقا وعند ابي
حنيفة يشترط العدد او العدالة حتى لا يثبت العزل عند الاخبار الواحد العدل وقد مر ذلك في فصل القضاء بالمواريث
قوله وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه
حين قال لا اقبل قال محمد في الاصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يوصي الى رجل فيقول بعد
موت الموصي لا اقبل ثم قبل قال هو جائز الا ان يخرجه القاضي عن الوصية بقوله لا اقبل الى هنا لفظ محمد وفي قول
زفر لا يجوز قبوله بعد ما رد لانه لما رد فقد بطل التفويض واذا بطل التفويض لا يجوز قبوله بعد ذلك الا ترى
انه لو كان حاضرا فرده في وجهه لا يجوز قبوله بعد ذلك فكذلك ها هنا ولنا ان الوصية لو بطلت بمجرد قول الوصي
لا اقبل يلزم الضرر بالموت لانه مات معتمدا عليه فلو اردت الوصية برد الوصي لضاعت التركة حيث لم ينصب
الميت سواه اعتمادا عليه والضرر مدفوع شرعا فلا يصح الرد واذا لم يصح الرد كان له ان يمضي الوصية الا اذا
اخرجه القاضي عن الوصاية حين قال لا اقبل فحينئذ لا يقبل لا يصح قبوله بعد ذلك لان قضاء الوصية فلا يصح
ولان العقد تم من جهة الموصي ووجب للاخر خيار في قبوله ورده والرد يقتضي مردودا عليه فاذا رده في
غيبته او بعد موته بعد رده وليس ثمة مردود عليه فلم يصح الرد كما لو اشترى شيئا على انه بالخيار ثم رده من
غير محضر من البائع فانه لا يجوز كذلك هذا فاما اذا اخرجه القاضي من الوصية فانه قد ابطل العقد باجتهاده
في موضع الاجتهاد فبطل العقد واذا ابطل العقد لم يجز قبوله بعد ذلك لانه قبل حين لم يكن عقد **قوله**
وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب هذا جواب سؤال مقدر بان يقال كما يلزم الضرر بالميت في ابطال الايصاء بقوله
لا اقبل يلزم الضرر ايضا بالوصي في بقاء الايصاء ولزومه لانه يعجز عن القيام بذلك فلم تحملتم ضرر الوصي دون ضرر
الميت حيث قلتم لا يبطل الايصاء بقوله لا اقبل فقال لما لم يمكن دفع الضررين جميعا لا بد ان يتحمل ادنى الضررين لدفع
الضرر الاعلى والاهتمام بالميت لان ضرره ليس بمجبور بشيء وضرر الوصي مجبور بالثواب فتحمل الادنى لدفع الاعلى وهو
المراد بقوله بدفع الاولى وهو الاعلى اولى اي دفع اولى الضررين وهو ضرر الميت **قوله** قال ومن اوصى الى عبد
او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم • اي قال القدوري في مختصره والمراد منه الوصية
الى عبد غيره لان الوصية الى عبد نفسه يجي بعد هذا ولفظ القدوري يشير الى ان الوصية الى هؤلاء لا تصح لان
الاخراج عن الوصية لا يكون الا بعد صحة الوصية لان الوصية اذا كانت باطلة اصلا فمن اين يتحقق اخراجهم
عن الوصية • وذكر محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في المسلم يوصي الى الذمي قال الوصية باطلة
وكذلك ان اوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير • وذكر محمد في الاصل واذا اوصى
الى عبد غيره فالوصية باطلة وان اجاز مولاه وقال في الاصل ايضا واذا اوصى المسلم الى ذمي او الى حربي مستأمن
او غير مستأمن فهو باطل • وقال في الاصل ايضا ولو اوصى الى فاسق متهم يخوف على ماله فالوصية اليه باطلة ثم
اختلف المشايخ في معنى البطلان انه باطل اصلا ام معناه سيبطل • قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا
وفي شرحه للجامع الصغير معناه سيبطل واليه ذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير
وعليه عامة المشايخ • وقال بعضهم انه باطل واليه ذهب شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الكافي وذلك لان
الوصية ولاية والرق مناف للولاية ولانه عاجز عن تحصيل مقصود الموصي لان منافعه لمولاه فالظاهر انه
يمنعه من التبرع به على غيره وكذلك بعد اجازته لان هذا بمنزلة الاعارة منه للعبد فلا يتعلق به
اللزوم فاذا رجع عنه كان عاجزا عن التصرف واما في الوصية الى الكافر فلان في الوصية اثبات الولاية للكافر
على سبيل الخلافة عنه ولا ولاية للذمي ولا للحربي على المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين
سبيلا واما في الفاسق فذهب شمس الائمة السرخسي ايضا ان الوصية اليه تجوز لكن يخرجه عن الوصاية لانه
لا نظر بالوصاية اليه لا يتم معنى النظر وهذا لان الفاسق من اهل الولاية ولهذا كان من اهل الارث فيكون اهلا
للوصية ايضا ووجه ما ذهب اليه الفقيه وغيره ان عبد الغير قادر على التصرف حقيقة لان تصرف العبد بالوصية
مثل تصرفه بالوكالة فاذا اجاز تصرفه في احدهما جاز في الاخر لان كل واحد منهما نيابة ولكن لما كانت منافعه مشغولة
بحق مولاه وربما يمنعه مولاه بعد ما اذن له في قبول الوصية كان عاجزا عن انفاذ الوصية فلا يؤمن عليه ان
يتصرف ولا ينظر في حقوق الميت وكان للقاضي ان يخرجه ويبدل به وصيا اخر واما في الايصاء الى الكافر فقد
ذكر محمد في كتاب القسمة انه لو قاسم شيئا قبل ان يخرجه القاضي جاز ذلك فثبت ان الايصاء اليه صحيح وذلك ان
الكافر يجوز ان يتصرف بالوكالة فجاز ان يتصرف بالوصاية ايضا اصله المسلم ولكن القاضي يبطل وصيته ويخرجه

عن الوصاية لانه لا يؤمن على المسلم لانه لا يميز بين الحلال والحرام فيخاف ان يكسب الحرام كان مسلما او وكل ذميا يكره له
ذلك والمعنى فيه انه يخاف ان يطعمه الربوا فكذلك ها هنا فان تصرف قبل ان يخرجه القاضي كان جائزا لانه تصرف من
طريق الامر واما الفاسق فيخرجه القاضي ليتم النظر على ما قلنا • وقال الشافعي لا يعتبر ان يكون عدلا عند الوصية والا
لم يصح الوصية اليه بدليل انه لا يجوز اقراره على الوصية فلا يصح الوصية اليه وهذا يبطل بما اذا اوصى الى ضعيف لا يقدر
على التصرف منفردا **قوله** وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره اي كون الفاسق بحيث يخاف عليه في المال
بخيانته يصلح عذرا في اخراج الفاسق عن الوصاية وجعل غيره وصيا مكانه لان الميت انما اوصى اليه لينظر في ماله
ولاولاده بعدله بالحفظ والصيانة وبالخيانة يرتفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية **قوله** قال ومن اوصى
الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم يصح الوصية • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الوارث الكبير يلي على
العبد بدليل انه يملك بيع نصيبه ويستحيل ان يثبت للعبد ولاية عليه بالوصية ويثبت للوارث الولاية على العبد
بالملك فلذلك لم يصح الوصية اليه واما اذا كان الورثة كلهم صغارا فالوصية اليه جايزة عند ابي حنيفة خلافا
لهما قال صاحب الهداية وقيل قول محمد مضطرب فيه يروى مرة مع ابي حنيفة ولنا في هذا القيل نظر لان الكبار
الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع ابي يوسف بالاضطراب كالطحاوي
في مختصره والكرخي في مختصره والحاكم الشهيد في مختصر الكافي وابي الليث في كتاب نكت الوصايا والقدوري في
التقريب ونقل شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من اصحابنا على ان محمدا
نص في الاصل على ذلك فقال واذا اوصى الى عبده فان الوصية اليه جايزة في قول ابي حنيفة وفيها قول اخر
قول ابي يوسف ومحمد انه لا يجوز الى عبده ارايت لو كبر الصغار اما كان لهم ان يبيعوه الى هنا لفظ الاصل • وقول
الشافعي كقولهما في شرح الاقطع • وقال شمس الائمة في شرح الكافي قول ابي حنيفة هو الاستحسان وقولهما هو القياس
وجه قولهما ان الرق الذي ينافي الولاية قائم في عبد نفسه كما في عبد غيره ولانه مملوك للورثة وتم الصغار
والمملوك لا يلي على مولاه ولان تصرف الوصي من طريق الولاية والعبد ليس من اهل الولايات • ووجه قول ابي حنيفة ان
الصغار من الورثة وان كانوا يملكون رقبة العبد فلا يكون التصرف فيه حيث لا يملكون بيعه فجاز اثبات الولاية
للعبد في حقوقهم بخلاف ما اذا كان فيهم كبير وبخلاف عبد الغير لان لمولاه ان يبيعه ويحجر عليه فصار مولاه
عليه فلم يجز له ان يتصرف في حق غيره • وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وانما استحسن ابو حنيفة هذا
لما راى فيه من توفير المنفعة على الميت على ورثته فان من ربى عبده واحسن اليه فالظاهر انه شفقته على الصغار
من اولاده بعد موته اكثر من شفقة الاجنبي ولهذا اختار للوصية واورد في شرح الاقطع سؤالا وجوابا فقال
فان قال قائل فاذا كانوا صغارا فالقاضي يلي في بيعه اذا راى ذلك قيل له ولاية القاضي على الوصي لا يمنع جواز
الوصية لانه يلي على الاحرار مع وجود الوصية اليهم **قوله** ولان الولاية الصادرة من الاب لا يتجزى
وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته معناه لان ولاية الوصي مثل ولاية الموصي لكون ولاية الوصي
مستفادة من جهة الموصي ثم ولاية الموصي وهو الاب لا تثبت متجزية حيث لا يقال ان ولايته في البعض دون البعض
وولاية العبد متجزية لانه يملك بيع التركات ولا يملك بيع نفسه وهذا نقض الموضوع فلا يجوز وهذا معنى قوله وفي
اعتبار هذه تجزيتها اي في اعتبار هذه الوصية وهي الوصية الى عبد نفسه والورثة صغار تجزية الولاية وفيها تجزية
الوصاية ايضا لان العبد لا يلي بيع نفسه ولا يكون وصيا في بيع نفسه **قوله** وله انه مخاطب مستبد بالتصرف
احترز بالمخاطب عن الصبي والمجنون فان الايصاء اليهما لا يجوز لعدم الخطاب واحترز بالمستبد عن الايصاء الى عبد
الغير لانه لا استبداد له في التصرف وعن عبد نفسه ايضا اذا كان في الورثة كبير لان الكبير ان يحجره ويبيع نصيبه
منه فلا يبقى الاستبداد **قوله** فصار كالمكاتب اي صار الايصاء الى العبد كالايصاء الى المكاتب فذلك
يجوز فكذا هذا **قوله** والوصاية قد يتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة هذا جواب
بسبيل المنع عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزيتها بان يقال لا نسلم ان الوصايا لا تتجزى ولهذا روى الحسن عن ابي حنيفة
فيما اذا اوصى الى رجلين الى احدهما في العين والى الاخر في تقاضي الدين يكون كل واحد منهما وصيا فيما اوصى اليه خاصة
ولئن سلمنا ان الوصاية لا يتجزى على ما هو الظاهر عن ابي حنيفة حيث يكون كل واحد منهما وصيا في العين والدين جميعا
فنقول انما صرنا الى تجزي الايصاء كيلا يبطل اصلا الايصاء لانا لو لم نجوز التجزي يبطل الايصاء اصلا ودفع العبث
ما امكن وتغيير وصف لانا لو لم نجوز التجزي للايصاء اولى من تغيير وصف الايصاء فكان تغيير الوصف احق
قوله قال ومن يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره • اي قال القدوري في مختصره وذلك لان
الورثة لا ينتفعون به واخراجه من الوصية لا يجوز لانه غير متهم اذا كان عدلا ثقة فلزم القاضي ان يقوي
تصرفه ويكمله ويضم اليه غيره واما اذا كان قادرا على التصرف وناهضا بالوصية وهو من اهل الولاية فليس للقاضي
الاعتراض عليه لانه اذا اقام غيره مقامه اقام من هو في مثل صفته فاذا لشاديا ممن رضيه الميت اولى **قوله** ولو شكى
اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة اي لو شكى القاضي الوصي عجزه لا يجيبه القاضي حتى يعرف العجز من الوصي

حقيقة ذكره تفريعا على مسئلة المختصر قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وان كان الوصي هو الذي يشكو الى
القاضي عجزه عن التصرف فعلى القاضي ان ينظر في ذلك فان علم عدالته وعجزه عن الاستبداد ضم اليه غيره لانه لو لم
يفعل ذلك فاما ان يتضرر الوصي بالعجز عن التصرف في حق نفسه او بترك التصرف في حوائج الموصي فيتمكن الخلل في د
مقصوده ويرتفع هذا الخلل بضم غيره اليه وان ظهر عنده عجزه عن القيام بالوصية استبدل به لانه مامور بالنظر
من الجانبين ولو ظهر عند الموصي في حيوته عجزه استبدل به فكذلك من قام مقامه في النظر وهو القاضي **قوله**
ولهذا قدم على اب الميت اي ولاجل ان وصي الميت مختار الميت قدم على اب الميت في التصرف فبالطريق الاولى ان يقدم
الوصي على وصي القاضي الذي هو غير الميت **قوله** وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه
لا ينبغي ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة وهذه ايضا ذكرت تفريعا وذلك لان الموصي اختاره ووصى به د
والشاكي قد يكون ظالما في شكواه فما لم يتبين خيانته لا يحتاج القاضي الى النيابة في النظر له والاستبدال به
فان علم منه خيانة عزله عن الوصية لان الموصي اعتمد امانته حيث اختاره فلو كان علم خيانته عزله ظاهرا
والقاضي قائم مقام الميت نظرا له فيعزله لظهور خيانته ، قال ابو جعفر الطحاوي في مختصره والاوصياء
الاحرار البالغون على ثلاثة مراتب فوصي مامون على ما اوصى به اليه مضطلع للقيام به فلا ينبغي للحاكم ان يعترض
عليه ووصي مامون غير مضطلع بالقيام به فيأمره الحاكم بغيره ووصي مخوف على ما اوصى به اليه فيخرجه الحاكم من
الوصية ويقيم بها من يؤمن بها ويضطلع بالقيام بها والاصل في ذلك ان الوصي منصوب لحفظ مال الميت د
والاحتياط للصغار ، قال تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ، وقال وان تقوموا لليتامى بالقسط
وقال ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير فاذا كان الوصي مضطلعا بها مامونا عليها لم يعترض له الحاكم
لان الميت قد اوصى اليه ورضيه للقيام بامره فلا يزال عنها الا بسبب يوجبه وان كان مامونا غير مضطلع للقيام د
الزمه الحاكم بغيره لئلا يتبع عليه عين فيما يتصرف فيه ولا يجري على يديه تضييع فيما يتصرف وان كان مخوفا [illegible] اخرجه
الحاكم واقام فيها من يؤمن عليه لان الحاكم منصوب لحفظ اموال الناس وحقوقهم لا سيما الاموات والصغار د
منهم فاذا خاف من الوصي الخيانة اخرجه من الوصية واسندها الى غيره **قوله** قال ومن اوصى الى اثنين لم يكن
لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد دون صاحبه ، اي قال القدوري في مختصره وترتيب لفظه ومن اوصى
الى اثنين لم يجز لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد دون صاحبه الا في شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام
الصغار وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة في حقوق
الميت الى هنا لفظ المختصر ، وعند ابي حنيفة لكل واحد منهما ان يتصرف بما له دون صاحبه ، وقال الكرخي في مختصره
وقال [illegible] بن رستم قال محمد قال ابو حنيفة ويجوز فعل احد الوصيين في خمسة اشياء الشراء للكسوة والطعام وتنفيذ
الوصية وشراء الكفن وتقاضي الدين ويكون خصما عن الميت فهذه الخمسة اشياء يجوز فعله فيها وحده وهو قول
محمد وقال ابو يوسف يجوز فعل احدهما في جميع الاشياء كلها الى هنا لفظ الكرخي ، وقال ابو جعفر الطحاوي في مختصره
وليس لاحد الوصيين ان يشتري للورثة اذا كانوا صغارا الا الكسوة والطعام وليس له ان يشتري خادما د
ان احتاجوا اليه الا بامر صاحبه في قول ابي [illegible] قال ابو جعفر ، وقال محمد بن الحسن في نوادره ليس لاحدهما ان يفعل شيئا
دون صاحبه الا في ستة اشياء فانها تجوز له دون امر صاحبه وهي شراء كفن الميت وقضاء ديونه وانفاذ وصيته
فيما اوصى به من صدقة او نحوها او شيء لرجل كان له بعينه في يد الميت يدفعه اليه وفي الخصومة فيما يدعى على الميت من
الحقوق قبل الناس واما غير ذلك من شراء او بيع فانه لا يجوز له دون صاحبه ، وقال ابو بكر الرازي في شرحه
لمختصر الطحاوي ولم يذكر شراء الكسوة والطعام في هذه الرواية مما لا يجوز لاحدهما ان يفعله في تركهم جميعا وليس
ما ذكره من النوادر مخالفا لما في الاصول وانما هو تفسير لما اجمل ذكره في الاصول ، وقال في المختلف اذا اوصى الى
رجلين ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في قول ابي يوسف وقالا لا ينفرد الا في سبعة اشياء شراء الكفن وقضاء
الدين بمثل العين وتنفيذ الوصية في عين ورد الوديعة وشراء الطعام والكسوة للصغير والخصومة وقبول الهدية
وحاصله ما قالوا في شروح الجامع الصغير ان احد الوصيين لا ينفرد بالتصرف فيما هو من باب الولاية عند ابي د
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ينفرد واجمعوا فيما ليس من باب الولاية انه ينفرد كل واحد منهما وذلك مثل شراء
ما لا بد للصغير منه كالطعام والكسوة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لانه من باب الضرورة ولهذا تملكه
الام ومثل شراء الكفن لانه ضروري لا يتبنى على الولاية ، الا ترى ان الام تملكه ولهذا لو مات رجل في
محلة قوم وليس معه مال فكفنوه ودفنوه من ماله جاز وان لم يكن لهم ولاية ولانه ربما يكون احد الوصيين غائبا فلو لم
يشتر احدهما دخل في ذلك ضرر وفساد وكذلك شراء الكسوة والطعام للصغار يجوز للبلوى كذا قال الفقيه ابو الليث
في مختلف الرواية وكتاب نكت الوصايا ومثل قضاء الدين لان من له الدين يملك اخذه فليس التسليم من الولاية في شيء وكذلك
تسليم الودايع وكذلك رد المغصوب لان من له الحق يملكه ايضا وجمع الاموال الضائعة المتفرقة ينفرد به احدهما لانه ليس
من باب الولاية الا ترى ان الجيران يفعلون ذلك وكذلك الخصومة ينفرد بها احدهما كاحد الوكيلين بالخصومة ينفرد بها احدهما

فاحد الوصيين اولى لان ولاية الوصي اعم ولهذا كان للوصي ان يوصي الى غيره بخلاف الوكيل ليس له ان
يوكل غيره وكذلك بيع ما يتسارع اليه الفساد لانه من باب الضرورة وكذلك رد البيع الفاسد على هذا ولذلك
ان يعينه على ذلك بالتسليم تنفيذ الوصية بشيء بعينه اذا كان يخرج من الثلث فللموصى له ان ياخذ فكذلك د
لاحدهما ان يعينه على ذلك بالتسليم ، قال في شرح الطحاوي وكذلك لاحدهما ان ينفذ الوصايا المعينة
وينفذ الوصية من جنس ذلك المال الذي اوصى به نحو ما اذا اوصى بدراهم لرجل فادى احدهما تلك الوصية
من الدراهم او كان ثيابا فادى من جنس تلك الثياب من حيث انه لا يحتاج الى التصرف فانه يجوز اداؤه فاما اذا د
احتاج الى البيع حتى يؤدي من ثمنه الوصية فان ذلك البيع لا يجوز الا باذن صاحبه ، كذا ذكره الامام الاسبيجابي
وكذلك اعتاق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والتدبير فاما ما سوى ذلك من البيع والرهن والاجارة
والكتابة وما اشبه ذلك فعلى الاختلاف وكذلك التقاضي وهو الاقتضاء والاقتضاء من باب الولاية فلا
يتفرد به احدهما ، وفسر الكرخي في مختصره التقاضي بالقبض احتج ابو يوسف بان الايصاء من باب الولاية
والولاية اذا ثبتت لاثنين شرعا ثبتت لكل واحد منهما على الانفراد كالاخوين في باب الانكاح فكذلك اذا
ثبتت شرطا الموصي وهذا لان الولاية لا تحتمل التجزي ويتكامل السبب في حق كل واحد منهما فيثبت الحكم لكل واحد
منهما بخلاف الوكيلين فان الوكالة انابة وانما جعلهما نائبين عنه بالتصرف فلا تثبت الولاية لكل واحد منهما
بانفراده وتبيان الوصف ان ثبوت حق التصرف للوصي لا يكون الا بعد زوال ولاية الموصي والانابة تستدعي
والانابة تستدعي قيام ولاية المنوب عنه وتبطل بسقوط ولايته كالوكالة واما الولاية بطريق الخلافة د
تستدعي سقوط ولاية من هو اصل ليصير الخلف قائما مقامه كالجد مع الاب واحتج ابو حنيفة ومحمد بان الموصي انما
اثبت الولاية لهما جملة فصادفت الولاية مقيدة بشرط اجتماع رايهما وذلك شرط معتبر ولم
يثبت بدون ذلك الشرط لان سبب هذه الولاية التفويض فلا بد من مراعاة صفة التفويض وانما وصل اليهما حق
فكل واحد منهما في هذا السبب بمنزلة شطر العلة وبشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم بخلاف الاخوين فان السبب د
هنالك الاخوة وهو متكامل في حق كل واحد منهما وتوضيحه ان ولاية التصرف للوصي بعد موت الموصي باعتبار اختيار
الموصي ورضاه به وهو انما رضي براي المثنى وراي الواحد لا يكون كراي المثنى ومقصوده توفير المنفعة عليه
وعلى ورثته وذلك عند اجتماع رايهما اظهر فاشبه من هذا الوجه الوكالة ، قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت
الوصايا وكان القياس ان لا يجوز تصرف احدهما دون الاخر في الاشياء المعدودة ايضا للمعنى الذي ذكرنا ه
الا انهما استحسنا في بعضها لاجل البلوى وفي بعضها لانه لا يحتاج الى التدبير ، وقال الفقيه ابو الليث د
في كتاب نكت الوصايا وذكر عن ابي القاسم الصفار وهو احمد بن حم انه كان يقول هذا الاختلاف في الذي اوصى
اليهما جميعا فاما اذا اوصى الى هذا على حدة والى هذا على حدة فلكل واحد منهما ان يتصرف وحده دون صاحبه في قولهم
جميعا ، وقال الفقيه وبهذا القول ناخذ ثم قال وذكر عن الشيخ ابي بكر الاسكاف انه كان يقول الاختلاف في
الفصلين واحد وكان ابو موسى الرازي يقول هكذا وكان يستدل بمسئلة في كتاب الزيادات ان جارية بين د
رجلين جاءت بولد فادعياه جميعا فهو ابنهما فان اوصى كل واحد من الابوين الى رجل ثم ماتا جميعا فليس لاحد
الوصيين ان يتصرف دون الاخر في قول ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف يجوز فقد ذكر
في تلك المسئلة الاختلاف وان كان اوصى كل واحد منهما الى رجل على حدة قال فكذلك في هذه المسئلة ، ثم
قال الفقيه ابو الليث وكان الفقيه الجليل ابو جعفر يقول يجوز ان يقال انه اذا اوصى اليهما جميعا لا يجوز لاحدهما
ان يتصرف دون الاخر في قولهم جميعا وانما الاختلاف في الذي اوصى الى كل واحد منهما على حدة ثم قال ابو الليث د
ولكن القول الذي قاله ابو القاسم الصفار اصح عندي وهو انه اذا اوصى الى كل واحد منهما على حدة جاز لكل واحد
منهما ان يتصرف في قولهم جميعا لان كل واحد منهما صار وصيا تاما لانه قد رضي براي كل واحد منهما ، الا ترى
انه لو وكل وكيلين كل واحد منهما على حدة بالبيع والشراء او بالنكاح جاز لكل واحد منهما ان يتصرف في قولهم د
جميعا فكذلك ههنا ، واما الذي قال ابو بكر الاسكاف فهو ان وصايتهما على حدة او جميعا معا سواء لانه تثبت
وصايتهما عند الموت لان الرجل ما لم يمت لا يصير واحد منهما وصيا فاذا ثبت فاذا ثبت انهما صارا وصيين في
حالة واحدة صارت الوصايا في حالة واحدة وفي حالتين سواء كذا في كتاب نكت الوصايا **قوله** اذ
هو شرط مفيد اي وصف الاجتماع بشرط مفيد **قوله** ففي الاول اوفى حقا على صاحبه اي في النكاح
او في احد الاخوين حقا واجبا على صاحبه وفي الثاني اي في الوصاية استوفى احد الوصيين حقا لصاحبه فصح
الاول دون الثاني اصله الدين اذا كان على رجلين فادى احدهما ما على الاخر صح واذا كان الدين لرجلين د
فاستوفى احدهما نصيب الاخر لا يصح **قوله** ولهذا يملكه الجيران اي ولاجل ان في تاخير شراء الكفن فساد
الميت يملك الجيران التكفين **قوله** وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطفا على قوله في شراء الكفن وكذلك قوله
ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون كل ذلك بالجر وكذلك د

قوله ورد الوديعة قوله وتنفيذ الوصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه
التوى وجمع الأموال الضايعة كل ذلك بالجر **قوله** والمراد بالقاضي لا امضا اي القبض **قوله** ولو
اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف وهو قول ابو القاسم الصفار واليه ذهب الفقيه ابو
الليث وقيل الخلاف في الفصلين واحد وهو قول ابي بكر الاسكاف وقد مر مثل هذا **قوله** فان مات احدهما جعل
القاضي مكانه وصيا اخر ذكره بسبيل التفريع على مسئلة المختصر اي ان مات احد الوصيين جعل القاضي مكانه وصيا
اخر اما عندهما فظاهر لان احد الوصيين لا ينفرد بالتصرف عندهما فيما سوى الاشياء المعدودة فكان احدهما
عاجزا عن التفرد بالتصرف والقاضي قايم مقام الميت في النظر لعجزه فيضم الى الحي وصيا اخر نظرا للميت واما عند
ابي يوسف وان كان احد الوصيين ينفرد بالتصرف في كل الاشياء فيضم القاضي الى الحي وصيا اخر لان مقصود الميت كان
خلفه اثنان في التصرف وتحقيق مقصوده بضم وصي اخر الى الباقي ممكن فيضمه القاضي اليه **قوله** ولو ان الميت
اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية ذكره بسبيل التفريع ايضا وذلك لان راي الميت باق هنا حكما
براي من يخلفه فصار كما لو اوصى لشخص اخر فلا يحتاج القاضي الى نصب وصي اخر وقال شمس الايمة السرخسي في
شرح الكافي وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الحي لا ينفرد بالتصرف هنا لان الموصي ما رضي برايه وحده ولا يكون للوصي
ان يرضى بما يعلم ان الموصي لم يرض به بخلاف ما اوصى لغيره وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله واذا كانا وصيين
فمات احدهما واوصى الى صاحبه فهو جايز ويجوز للباقي ان يتصرف في المال وروي عن ابي حنيفة انه قال لا يجوز
وينبغي للقاضي ان يجعل معه اخر وجه هذه الرواية ان الميت بما اوصى الى صاحبه فقد رضي بتصرفه فصار فعله كفعلهما
جميعا الا ترى انهما لو كانا حيين فاذن احدهما لصاحبه ان يبيع ويشتري ففعل جاز فعله في قولهم جميعا فكذلك ههنا
واما مذهب ابي حنيفة الذي روي عنه هنا في كتاب الوقف ان الميت رضي براي الاثنين ولم يرض براي احدهما
وفي اجتماع رايهما منفعة لان الميت قصد ان يكون ماله بتدبير اثنين لكي يكون كل واحد منهما رقيبا على [illegible] فاذا
مات احدهما فقد فات ذلك المعنى فلا يجوز ان يكون ماله بتدبير انسان واحد كذا في كتاب نكت الوصايا
قوله واذا مات الوصي واوصى الى اخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول وقال الشافعي [illegible] وصيا
في تركة الميت الاول ذكره بسبيل التفريع ايضا قال في وجيزهم اما الوصي فليس له الايصا الا اذا اذن له الوصي في
الايصا فله ذلك على اصح القولين الى هنا لفظ الوجيز وجه قوله ان الميت رضي براي الوصي لا براي غيره فصار كالوكيل
في حال الحيوة ثم الوكيل لا يجوز ان يوكل غيره فكذا الوصي لا يجوز له ان يوصي الى غيره ولنا ان الوصي انما يتصرف
بولاية منتقلة اليه من الميت بطريق الخلافة عنه كالجد الا ترى ان الولاية تنتقل منه الى الوصي في المال والجد
في النفس حتى كان له تزويج الصغار والصغاير واستيفا القصاص ثم الجد يقوم مقام الاب لانه خلف عنه فيوصي
الى غيره وكذا لو اوصى لانه خلف عن الميت ايضا فجاز ان يوصي الى غيره فيما له لانه عند موته وكان للوصي ولاية
عند موته في ماله وتركة الموصي جميعا فتصح وصايته فيهما جميعا فنزل الوصي الثاني منزلة الوصي الاول فيهما ولان
مقصود الموصي ان يتدارك براي الوصي ما فرط فيه بنفسه ولما استبان بموته ان المنية قد اخترمته قبل حصول
مقصود الموصي منه صار راضيا بايصايه الى غيره دلالة لتتميم مقصوده وليس الوصي كالوكيل لان الموكل حي قايم
يمكنه تحصيل مقصوده بنفسه فلم يرض بتوكيل وكيله غيره دلالة او ايصا وكيله الى غيره عند موته وقال
الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا اذا اوصى الى الثاني في تركته وتركة الاول فالثاني وصيهما جميعا ولما
اذا اوصى الى الثاني ولم يذكر تركة الاول في قول علماينا صار الثاني وصيهما ايضا وفي قول ابن ابي ليلى يكون للثاني
خاصة ولا يكون وصيا للاول فاما اذا اوصى اليه في تركته وتركة الاول جاز ذلك وهو طريق الاستحسان
وكان القياس ان لا يجوز لان الوصي بمنزلة الوكيل وليس للوكيل ان يوكل غيره ما لم يؤمر بذلك فكذلك ليس له ان يوصي
في ملك الاول اذا لم يؤمر وفي الاستحسان يجوز لان الاول لما اوصى اليه فقد علم ان الوصي لا يعيش ابدا ولم يحب
ان تكون اموره ضايعة فصار كانه اذن له بان يوصي الى غيره من طريق الدلالة وان لم ياذن له بالافصاح ولو كان اذن له
بالافصاح جاز له ان يوصي الى غيره فكذلك اذا اذن له بالدلالة بخلاف الوكالة لان الوكالة لا تصح بعد الموت واما اذا
اوصى الى الثاني ولم يذكر تركة الاول ففي قول ابن ابي ليلى يكون وصيا خاصة للاول لانه جعله وصي نفسه ولم يجعله وصي الاول
واما مذهب علماينا ان الوصي لما اوصى الى الثاني فقد فوض اليه امور نفسه وامور الاول من امور نفسه فصار كانه
اوصى اليه في تركة الاول ايضا من طريق الدلالة لانه من اموره وان لم يذكر بالافصاح فاذا كان هكذا صار الثاني وصيهما
جميعا وقال الفقيه ابو الليث في مختلف الرواية ولو ان هذا الوصي قال للثاني جعلتك وصيا في تركتي فقد روي
عن ابي حنيفة انه قال هو وصيه في المالين جميعا وروي عن ابي يوسف ومحمد انهما قالا هو وصي في تركة الثاني
خاصة وجه قولهما انه يتصرف فيهما جميعا لا يختص تصرفه بما خص بالامر كالوكيل ولابي حنيفة ان تركة موصيه تركته
ايضا فللوصي الثاني ان يتصرف فيهما جميعا ولا يختص تصرفه بنوع دون نوع كما انه لو اوصى اليه في العين كان وصيا
في العين والدين جميعا عند ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله** وعند الموت كانت له ولاية في التركتين

اي عند موت الموصي كانت له ولاية في مال نفسه الذي يتركه وفي مال موصيه فينزل الثاني منزلة الاول في المالين
جميعا فيصح تصرفه فيهما جميعا

فصل

في الشهادة وانما اخر ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة
فيها غير اصلية لان الاصل عدم العارض **قوله** واذا شهد الوصيان
ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة وقال محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الوصيين
يشهدان ان الميت اوصى الى هذا معهما قال ان ادعى ذلك فشهادتهما جايزة وان انكر ذلك فشهادتهما باطلة وكذلك الوارثان
بذلك قالوا في شروح الجامع الصغير وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل وان ادعى المشهود له ذلك وجه القياس ان هذه
الشهادة قامت للشاهد او لابنه فبطلت وجه الاستحسان ان القاضي يملك نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروفا
فلا يثبت للقاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما اسقطا عنه مؤنة التعيين ومثاله القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها
في تعيين الانصبا لدفع التهمة عن القاضي وصلحت دافعة لا موجبة فلذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين واذا
كان غير طالب والموت غير معروف لم يكن للقاضي ولاية نصب الوصي الا بهذه البينة فتصير موجبة فتبطل بمعنى التهمة
الا في غير من يليهما بخلاف مسئلة التوكيل اذا شهدا عن الغايب فاذا لم يكن ما لكا فلو ثبتت ثبتت بهذه الحجة وهذه حجة
فيها تهمة فبطلت وجملة الكلام فيه ما قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا بقوله واذا اوصى الرجل الى رجلين فشهد
الوصيان ان الميت قد اوصى الى فلان معهما فشهادتهما جايزة وهذا استحسان وكذلك اذا شهد الوارثان او الموصى لهما
او الغريمان اللذان لهما على الميت دين او الغريمان اللذان للميت عليهما دين فالجواب في هذه الفصول الخمسة واحد ان شهادتهما
لا تقبل في القياس وفي الاستحسان القياس فهو يقبل اذا كان الموت ظاهرا وان لم يكن الميت ظاهرا لا تقبل الا في الغريمين
اللذين عليهما دين اما وجه القياس فهو ان في شهادتهما جر منفعة لان الوصيين اذا كان معهما ثالث يكون لهما منفعة
وكذلك الوارثان والغريمان يكون لهما منفعة الا ترى انهما لو شهدا في حال حيوته بالوكالة لا تقبل شهادتهما فكذلك
ههنا الا ترى ان الغريمين لو قضيا الدين ثم شهدا لا تقبل شهادتهما فكذلك قبل القضاء لان في ذلك سبب براءتهما
اذا قضيا الدين واما وجه الاستحسان فهو ان القاضي لو ابطل شهادتهما يحتاج الى ان ينصب له وصيا لان القاضي
لا ينبغي له ان يعطل امور الميت وقد اقر الوصيان انه ليس لهما حق التصرف الا ان يكون معهما ثالث فاذا كان الامر هكذا
ينبغي ان يستحسن ويقبل شهادتهما يحتاج الى ان يضم اليهما ثالثا فلا فايدة في ابطال شهادتهما لانه لو لم يقبل هذا المعنى
لا يوجد فيه فيؤخذ بالقياس الا الغريمين الذين عليهما الا انهما يشهدان على انفسهما في الظاهر فلا تهمة في شهادتهما
قوله وهذا استحسان وهو في القياس كالاول اي قبول شهادة الوصيين لاجل ان وصي معهما اذا ادعى المشهود
له ذلك استحسان وفي القياس لا تقبل الشهادة كما لو انكر المشهود له ذلك وهذا معنى قوله الاول **قوله** ولو شهد الوصيان
الوصيين لوارث صغير بشي من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الوصيين يشهدان لوارث صغير بشي من مال الميت او بغير مال الميت ان ذلك باطل وان شهد الوارثان لكبير بشي من مال
الميت ايضا اما الشهادة للصغير فلانهما شهدا لانفسهما بحق التصرف وللوارث بالملك فبطلت الشهادة كلها كرجلين
يشهدان لنا ولهذا المدعي على هذا الف درهم فالشهادة كلها باطل لان شهادة المتهم لا تقبل فكذلك ههنا واما الشهادة
للكبير فوجه قولهما انهما اجنبيان عن المشهود له فوجب القبول كما في غير مال الميت وهذا لانهما ليسا بخصمين وليس لهما حق
التصرف في ذلك فتعرت الشهادة عن التهمة فقبلت ولابي حنيفة ان الوصيين متهمان في هذه الشهادة لانهما يوجبان
لانفسهما حق الحفظ لان حفظ مال الميت اليهما في حق الكبير اذا غاب فيتوهم عود الولاية عليه اذا ذاجر او عته فلا
تقبل شهادتهما كالمودع اذا شهد بملك الوديعة للمودع كذا قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله **قوله** يجوز
في الوجهين اي يجوز شهادة الوصيين لوارث كبير في مال الميت وفي غير مال الميت **قوله** واذا شهد الرجلان
لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الاخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما فان كانت شهادة كل فريق للاخر
بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تقبل في الدين ايضا وهكذا ذكر محمد الخلاف في الجامع
الصغير وذكر الخصاف في ادب القاضي ان على قول ابي يوسف لا تقبل الشهادة بالدين وقال محمد لا تقبل والذي ذكره الخصاف
مذكور في الامالي عن ابي حنيفة وابي يوسف ذكره في شرح الامالي فصار عن كل واحد منهما روايتان ولفظ الخصاف في
كتاب ادب القاضي لو ان رجلا مات بدين الف درهم وترك ورثة وترك ما لا فشهد رجلان لرجلين على الميت بدين الف
درهم وشهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين الف درهم فان ابا حنيفة وابن ابي ليلى وابا يوسف قالوا الشهادة باطلة
من قبل انهم يشتركون فيما قبض كل واحد منهم وروى محمد بن الحسن في الجامع الصغير عن ابي حنيفة ان الشهادة جايزة
وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انهم ان جاءوا جميعا فالشهادة باطلة الى هنا لفظ الخصاف وجه الرواية التي حكم
فيها بالرد ان الدين متعلق بالتركة على سبيل الشركة فصار بمنزلة الوصايا بالمشتركة ووجه الرواية الاخرى ان الدين
انما يحل الذمة ولا شركة في ذلك اصلا وانما الاستيفا من ثمراته فوقعت الشهادة لغير الشاهد فقبلت بخلاف الوصية
لان الحق بالوصية لا يثبت في الذمة وانما يثبت في العين فصار المال مشتركا بينهم كذا ذكر فخر الاسلام وغيره وههنا ثلاثة
فصول ذكر شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي في احدها لا تقبل الشهادة بالاتفاق وهو ان يشهد رجلان

رجلين بوصية الميت لهما بالثلث وليشهد المشهود لهما الشاهدين بالوصية بالثلث وهذا لان الثلث مشترك بين الموصى
لهم فشهادة كل فريق لاقت محلا مشتركا بين المشهود له والشاهد وفي الوجه الثاني الشهادة مقبولة بالاتفاق وهذا
وهو ان يشهد الرجلان ان الميت اوصى لهما بهذا العبد ويشهدا الاخران ان الميت اوصى للشاهدين بهذه الجارية فالشهادة
تقبل لان كل واحد من الفريقين يثبت الحق للمشهود لهما في محل لا شركة لهما في ذلك المحل والفصل الثالث على الخلاف وهو نقل الى
فابو يوسف يقول حق الغرما بعد الموت يتعلق بالتركة ولهذا لا يثبت الملك للوارث ولا ينفذ تصرفه فيه اذا كان الدين محيطا فشهادة
كل فريق تلاقي محلا هو نظير مسئلة الوصية بالثلث وهذا لان المقصود من اثبات الدين بعد الموت الاستيفاء من التركة وباعتبار
المقصود يتحقق الشركة بينهم فيه وابو حنيفة ومحمد قالا كل فريق انما يشهد للفريق الاخر بالدين في ذمة الميت ولو شهد
شهد بذلك في حيوته كانت الشهادة مقبولة فكذلك اذا شهد به بعد موته وهذا لان الدين بالموت لا يتحول من
الذمة الى التركة لو هلكت لا يثبت يسقط شيء من الدين وان للوارث ان يستخلص التركة لنفسه بقضاء الدين من محل
اخر فلا يتحقق الشركة بينهم هاهنا بخلاف الوصية بالثلث فان حق الموصى له يثبت في عين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك
التركة فلو اراد الوارث ان يستخلص التركة لنفسه ويقضي الموصى له حقه من محل اخر لم يكن له ذلك فكانت التركة ثابتة بينهم
في التركة باعتبار شهادتهما وتمام البيان فيه ما قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا واذا شهد رجلان لرجلين
شهد هذان لهذين وهذان لهذين على الميت بحق فان هذا على ثلاثة اوجه في وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق وفي وجه
لا تقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه بالاتفاق واما الذي لا تقبل شهادتهما بالاتفاق اذا شهد شاهدان ان الميت
اوصى لهذين بثلث المال وشهد شاهدان لهذين ان الميت اوصى له بثلث المال او بربع المال او بسدس المال فشهد كل فريق
بذلك لصاحبه لا تقبل شهادته لان كل فريق شهد على شيء له فيه حق الشركة لانه لو جازت شهادتهم صار الثلث بينهم بالشركة
فثبت ان كل فريق شهد على شيء له فيه شركة فصارا متهمين في شهادتهما واذا صارا متهمين لا تقبل شهادتهما واما الوجه الذي جازت فيه
شهادتهما بالاتفاق اذا شهد شاهدان لهذين بوصية عبد بعينه وشهد هذان لهذين بوصية ثوب او بدابة او غير
ذلك شيء بعينه جازت شهادتهم لان كل فريق شهد على شيء لا يثبت له فيه شركة فاذا لم يثبت له في شيء شركة فلا تهمة في
شهادتهما ● واما الوجه الذي اختلفوا فيه اذا شهد هذان لهذين على الميت بدين وشهد هذان لهذين على الميت بدين اخر
لا تقبل في قول ابي حنيفة ومحمد جازت شهادتهما وفي قول ابي يوسف لا تقبل اما مذهب ابي حنيفة ومحمد فهو ان كل واحد من
الفريقين يشهد للفريقين الاخرين لا شركة لهم فيه لان كل دين وجب على حدة ولم يكن في اصل الدين شركة ● الا ترى ان
احدهما لو شرع فتصرف في احد الفريقين ليس للفريق الاخر ان يشاركه فاذا كان الامر هكذا فلا تهمة في شهادتهما وصار
كما قلنا في الوصية بعينها ليس كالوصية بالثلث لان هناك شهدا على شيء هما فيه شريكان في الابتداء
لا شركة بينهما فيه ● واما ما ذهب ابي يوسف فهو انه تقع الشركة بينهما في المستوفى من ذلك الدين لان احد الفريقين ان استوفى
من مال الميت شيئا كان للفريق الاخر ان يشاركه واسباب الحجر اذا ظهرت في المستوفى شركا كانها كانت موجودة في الابتداء
فاذا كان الامر هكذا تمكنت التهمة في شهادتهما ● ولا الجواب لابي حنيفة ومحمد ان الشركة بينهما في الاقتضاء والاقتضاء
يتاخر عن الوجوب فحين يقضي القاضي لا شركة بينهما وانما اعتبار الشركة وقت القضاء ووقت القضاء لا شبهة
في شهادتهما وكذلك لو شهد اثنان لهذين واثنان لهذين بدين في هذه الوجوه التي ذكرنا **قوله** ● وابو حنيفة فيما
ذكر الخصاف مع ابي يوسف يعني لا تقبل الشهادة في الدين ايضا عند ابي يوسف **قوله** ● وعن ابي يوسف مثل قول
محمد يعني تقبل الشهادة في الدين ايضا عند ابي يوسف كما في الحجة ولا تقبل الشهادة في الوصية بالثلث بالاتفاق
والحاصل في قول كل واحد من ابي حنيفة وابي يوسف اضطراب فنقل عن كل روايتان وقول محمد مستقر لا اضطراب فيه
هذا ما قال في المتن وعن ابي يوسف مثل قول محمد ولم ينقل مثل قوله لاضطراب قول ابي حنيفة **قوله** ● لان الشهادة
في هذه الصورة مثبتة للشركة وذلك لاشتراكهم في ثلث العبد والله اعلم ● قال العبد الضعيف ابو حنيفة ابن
ابن امير عمر العبد المدعو [illegible] احمد الله تعالى حمدا كثيرا طيبا مباركا
بلغ على اخر كتاب الوصايا من الشرح المسمى بغاية البيان يوم الثلثا الثامن من ذي القعدة من سنة سبع واربعين وسبعمائة
وقد طالت المدة في الشرح بسبب العلائق والعوائق ونكبات الزمان وبقيت في عمل الشرح سنتا وعشرين سنة
وسبعة شهور [illegible] وكان افتتاح الشرح غرة شهر ربيع الاخر من سنة احدى وعشرين وسبعمائة بذلت الجهد
في بيان المنقول والمعقول وحل اللفظ والمعنى وغير ذلك فليس الخبر كالمعاينة وكل ذلك من فضل الله عز وجل ذلك فضل الله يؤتيه
من يشاء وهذا لا يخلو كتاب عن حاسد فان تجد عيبا فسد الخللا ● فجل من لا عيب
فيه وعلا ● وما كان غرضي من التطويل الا الغاية لطالبي التحقيق والحمد لله رب العالمين ● وصلاته على خير
البرية محمد واله اجمعين

كتاب الخنثى

احكام الخنثى ونوع الخنثى
نادرا لا يحتمل ان يكون لكل شخص فرجان واحدهما للرجل والاخر للانثى واجتماع الالتين في شخص واحد ولكن قد يقع ذلك
فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره واخره عن سائر الكتب لندرته وقلة الاحتياج الى بيانه

فصل

في بيانه اي بيان الخنثى **قوله** قال واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام
وان كان يبول من الفرج فهو انثى ● اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان كان يبول منهما والبول يسبق من احدهما
نسب الى الاسبق فان كانا في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة ● وقال ابو يوسف ومحمد ينسب الى اكثرهما بولا
الى هنا لفظ القدوري رحمه الله ● اعلم ان الله تعالى خلق بني ادم ذكورا واناثا كما قال الله تعالى خلقكم من نفس واحدة
وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء ● وقال تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وقد بين حكم الذكور
والاناث في كتابه ولم يبين حكم شخص له الة ذكر والة انثى فعلم ان الشخص انما يكون ذكرا او انثى ولا يكون الشخص
الواحد ذكرا وانثى جميعا وقد تقع الاشتباه في انه ذكر او انثى بمعارضة الالتين احداهما بالاخرى الى ان يترجح احدهما
بمرجح من خروج البول فان لم يترجح بقي مشكلا وقد تقع الاشتباه بعدم الة التمييز اصلا بان يولد ولد ليس له الة الذكر
ولا الة الانثى وهذا ابلغ وجه الاشتباه ولهذا ابتدا محمد كتابه به ● وروى عن الشعبي انه سئل عن مولود ولد ليس
بذكر ولا انثى وليس له ما للانثى وليس له ما للذكر يخرج من سرته كهيئة البول الغليظ فسئل عن ميراثه فقال له
نصف حظ الانثى ونصف حظ الذكر قال محمد وهذا عندنا فان الخنثى المشكل في امره سواء يتربص به اذا مات
قبل ان يدرك فيتبين حاله ببنات اللحية او بنبات الثديين والاصل في اعتبار المبال ما روى محمد في اول كتاب
الخنثى عن ابي يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سئل عن مولود ولد في قوم
له ما للمراة وما للرجل كيف يورث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حيث يبول وهكذا روي عن علي وجابر بن زيد
وعن قتادة وعن سعيد بن المسيب انه يورث من حيث يبول ولان ما يقع به الفصل بين الذكر والانثى عند الولادة
الالة في الادمي وفي ساير الحيوانات وعند انفصال الولد من الام منفعة تلك الالة خروج البول منها وما
سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعلم ان المنفعة الاصلية للالة مبال فمن ايهما بال يعتبر ذلك لانه المجرى
الاصلي دون غيره فاذا بال منهما يعتبر السبق لان السبق من اسباب الترجيح فالسبق على انه هو المجرى الاصلي وخروجه بعد
ذلك من موضع اخر انصراف عن المجرى لعلة او عارض فلا يلتفت اليه ولانه كما خرج من احدهما حكم باعتباره فبعد ذلك
لا يتغير ذلك الحكم لخروجه من الموضع الاخر لرجل اقام بينة على نكاح امراة وقضى له بها ثم اقام الاخر البينة لا يلتفت الى البينة
الثانية ولذلك لو ادعى نسب مولود واقام البينة وقضى له به ثم ادعاه اخر واقام البينة لا يلتفت الى ذلك
وان كان يبول منهما جميعا معا قال ابو حنيفة لا علم لي بذلك وقال ابو يوسف ومحمد يورث من اكثرهما بولا هكذا
ذكره الحاكم والقدوري ايضا ● وقال الطحاوي في مختصره ● وان بال منهما جميعا معا فان ابا يوسف قال لا علم لي به
وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ● وروي عن ابي يوسف انه من اكثرهما بولا يورث ثم قال فان بال
منهما جميعا معا لا يسبق واحد منهما صاحبه يقضى به الاكثر في قول ابي يوسف ومحمد وفي قول ابي حنيفة لا حكم للاكثر
نجعله مشكلا مع كثرة احد البولين الى هنا لفظ ابي بكر الرازي رحمه الله ووجه اعتبار الكثرة ان الكثرة دليل قوة
ذلك المجرى وكونه عضوا اصليا فالظاهر ان الذي يخرج منه البول اكثر هو المبال والحكم للمبال وابو حنيفة لم يعتبر
كثرة البول لانه قد يقل ويكثر لان ضيق المخرج وسعته لان مخرج بول النساء اوسع من مخرج بول الرجال فلا يقال
دلالة على حال الذكورة والانوثة وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ان ابا حنيفة استقبح الترجيح بالكثرة
على ما يحكى عنه ان ابا يوسف لما قال بين يديه يورث من اكثرهما بولا وقال يا ابا يوسف هل رايت قاضيا يكيل البول
بالاواقي فقد استبعد ذلك لما فيه من القبح وتوقف في الجواب لانه لا طريق للتمييز بالرجوع الى المعقول ولم يجد فيه
نصا فتوقف وقال لا ادري وهذا من علامات فقه الرجل وورعه ان لا يخبط في الجواب على ما حكي ان ابن عمر رضي
الله عنهما سئل عن مسئلة فقال لا ادري ثم قال بخ بخ لابن عمر سئل عما لا يدري فقال لا ادري وكذلك ابو يوسف ومحمد
قالا اذا استويا في المقدار لا علم لنا بذلك ولم ينقل عن احد بعدهم انه علم ذلك ووقف عليه على ذلك لا يكون قول ابي حنيفة واصحابه
لا علم لنا به موجبا نقصانا فيهم **قوله** قال واذا بلغ الانثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل ● اي قال القدوري
في مختصره يعني ان الاشكال انما يكون في حال صغر الانثى فاذا بلغ فلا بد من ان يظهر فيه احدى العلامتين غالبا اما علامة الرجال
واما علامة الانثى فاما ان جامع بذكره او خرجت له لحية او احتلم كما يحتلم الرجل فهو رجل وقوله في ذلك مقبول لانه امر في
باطنه لا يعلمه غيره وقول الانسان مقبول فيما يخبر عما في باطنه مما لا يعلمه غيره وان كان له ثديان مثل ثدي المراة او راى حيضا
كما ترى النساء او كان يجامع كما يجامع النساء وظهر به حبل او نزل له في ثديه لبن فهو امراة لان هذه علامات الفصل
للبلوغ وبه يختص احد الصنفين من الاخر وان لم يظهر بعد البلوغ شيء من هذه العلامات او تعارضت العلامات بان
يوجد فيه علامة الرجل وعلامة المراة جميعا فهو خنثى مشكل وحكمه بعد هذا الفصل لهذا الفصل

فصل

في احكامه اي احكام الخنثى المشكل وهو الذي لم يظهر فيه احد
علامات او تعارضت العلامات وتذكير الضمير الراجع الى الخنثى
الخنثى لتغليب الذكر على الانثى لان فيه جهة الذكورة وجهة الانوثة الا ترى انه لو لم يكن حاله كذلك لم يكن مشكلا
ولان التذكير هو على الاصل لان حوى خلقت من ضلع ادم كذا قال الله تعالى خلقكم من نفس واحدة ثم الاصل في حكم الخنثى

المشكل ان يوخذ فيه بالاحتياط كما في المسايل المذكورة بعدها قوله قال اذا وقف خلف الامام قام لدن
بين صف الرجال والنساء اي قال القدوري في مختصره قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ويكون في الجماعة
خلف صف الرجال امام صف النساء لان تمام الاحتياط فيه فانه ان يكون كان رجلا فوقوفه في صف النساء تفسد صلاته
وان كان امراة فوقوفها في صف الرجال يفسد صلوة من عن يمينها وعن يسارها ومن خلفها من الرجال بحذايها لان المراهقة
في هذا كالبالغة استحسانا فاذا وقفت خلف صف الرجال امام صف النساء تيقن بجواز صلاته وصلوة جميع القوم وان
وقف في صف النساء فاحب الي ان يعيد الصلوة كذا قال محمد في الاصل وذلك لان سبب وجوب الصلوة عليه معلوم
والسقوط بهذا الاداء مشتبه والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب الا انه لم يلزمه الاعادة قطعا لان المسقوط
وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذات المراة الرجل في صلوة مشتركة موهوم فللتوهم احب له ان يعيد الصلوة قال
وان قام في صف الرجال فصلوته تامة لانا تيقنا بجواز صلوته ذكرا كان او انثى ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي
خلفه بحذايه صلوتهم على طريق الاستحباب لان محاذات المراة الرجل في حقهم موهوم ومبنى العبادة على الاحتياط فيستحب
لهم ان يعيدوا الصلوة لهذا قوله قال واحب الينا ان يصلي بقناع ولفظ قال لم يقع موقعه لانه انما يقول بلفظ قال
اذا كانت المسئلة مذكورة في البداية مسندا للفعل اما الي محمد واما الي القدوري وهذه لم يذكر في البداية وانما هي من
مسايل الاصل وقال في الاصل وان تصلي بقناع احب الي وذلك لانه اقرب الي الستر ولانه ان كان رجلا فالتقنع لا يمنع جواز
صلوته وان كانت انثى فانها تومر بالتقنع في صلوتها كانت مراهقة فعند الاشتباه يترجح هذا الجانب كذا في شرح
الكافي قوله ويجلس في صلوته جلوس المراة وهذه من مسايل الاصل ذكرها على سبيل التفريع وفسر ذلك شمس الائمة
في شرح الكافي بقوله معناه اي يخرج رجليه من جانب ويفضي بأليتيه الي الارض لانه اقرب الي الستر ولان الرجل
لا باس بان يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من ابلغ الاعذار قوله وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد
لاحتمال انه امراة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه وذلك لان فساد الصلوة بلا قناع موهوم فللتوهم استحب له
ان يعيد الصلوة كما اذا وقف في صف النساء وان لم يعد اجزاه قال بعضهم في هذا المقام لا يتصور ان يكون مشكلا
بعد البلوغ قلت هذا الكلام لا يذكر لانه بعد البلوغ اذا لم يظهر احدى العلامات او تعارضت كان مشكلا وبه
صرح القدوري وصاحب الهداية قبيل هذا الفصل قوله ويبتاع امة تختنه ان كان له مال ختنته باعها يعني باعها
ورد ثمنها في بيت مال المسلمين وبه صرح الطحاوي في مختصره وعلل صاحب الهداية في وجه ابتياع الامة بقوله لانه يباح
لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امراة واعترض بعضهم في شرحه وقال يصح في حق الرجل لكن هو فاسد في حق المراة لانه لا
يباح لها النظر الي مواضع العورة من سيدتها يعني ان المراة لا يحل نظرها الي المراة الي ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل
ويمكنه تطولان ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر ولهذا اذا اصاب المراة قرح او جرح في موضع لا يحل للرجل النظر
اليه تداويه المراة وكذا نظر القابلة الي فرج المراة وقت الولادة يحل وكذا نظر المراة الي فرج المراة المعترض بكارتها
في امراة العنين يحل وكذا اذا اشترى امة على انها بكر فقبضها وقال وجدتها ثيبا ينظر اليها النساء ذكرها الكرخي
في مختصره في كتاب الحظر والاباحة فاذا جاز النظر بالعذر فاقامة السنة ايضا عذر وجاريته لها ان تنظر الي فرجها
وقال شمس الائمة في شرح الكافي ويكره ان يختنه رجل او امراة حتى يبلغ ويستبين امره لانه لان المراهق بمنزلة
البالغ في وجوب ستر عورته ونظر الجنس الي غير الجنس لا يباح في حالة الاختيار وسوا ختنه رجل او امراة فتوهم
نظر خلاف الجنس ولكن يشتري له جارية عالمة بذلك لتختنه لانه يملكها بالشرا حقيقة فان كان الخنثى امراة
فهذا نظر الجنس الي الجنس وان كان رجلا فهذا نظر المملوكة الي مالكها قال الحاكم الشهيد قال محمد وان كان
معسرا اشتري له الامام جارية بمال بيت المال فتختنه ثم باعها وجعل ثمنها في بيت المال قال شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي وابو حنيفة وابو يوسف لا يخالفان محمدا في هذا ولكنه حفظ قوله لانه لم يحفظ ثم مال بيت المال
يعد لمصالح المسلمين وفي ذلك مصلحة ولا ضرر على بيت المال فيه فكان للامام ان يحصل ذلك بمال بيت المال وقال ابو جعفر
الطحاوي في مختصره وسمعت ابن ابي عمران يقول القياس عندي في الخنثى اذا احتاج الي الختان ان يزوجه الامام امراة فان
كان ذكرا كانت زوجته وختنته وان كان انثى كان مباحا لها ذلك قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر
الطحاوي ما حكاه ابو جعفر عن اصحابنا هو اصح من ذلك اي اصح مما ذكره ابن ابي عمران فاللانا اذا زوجناه كان عقد النكاح
مشكوكا فيه فان صح صارت المراة معلقة لا يمكنها الخلاص منه ولا يتيقن ايضا وجوب المهر بالعقد ولا وجوب
الميراث ان مات وهو مشكل ولا يدري اهو ملك لزمته نفقته ام لا وان اشتري له جارية فاختتنه باعها وبقي ثمنها
في ملكه وان كانت اشتريت من بيت المال بيعها ايضا ورد ثمنها الي بيت المال فيكون قد تمناها بحسن سنة
الختان من غير اضرار باحد قوله ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير ذكره على سبيل التفريع وهي من مسايل الاصل
قال الحاكم في مختصر الكافي واكره له في حياته لبس الحلي والحرير وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ الذهب بيمينه
والحرير بشماله وقال هذان حرامان على ذكور امتي حل لاناثها فانما ابيح اللبس بشرط انوثة اللابس وهذا الشرط غير
معلوم في الخنثى ثم ما يتردد بين الحظر والاباحة يترجح معنى الحظر فيه لقوله عليه السلام الحلال بين والحرام بين وبينهما

امور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك وترك لبس الحرير ما لا يريبه ولبسه يريبه لاحتمال ان الاجتناب عن
الحرام فرض والاقدام على المباح ليس بفرض فكان الاحتياط في ترك لبس الحرير لئلا يكون مرتكبا للحرام ان كان رجلا
كذا في شرح الكافي قوله وان يكشف قدام الرجال وقدام النساء اذا كان قد راهق حتى يتبين امره وذلك
لتوهم ان يكون انثى والمراة عورة مستورة قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وهذه مسئلة تدل على ان نظر المراة
الى المراة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لجاز للخنثى التكشف من النساء
التكشف ابدا الا موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا ولكن المراد ان يكون في ازار واحد وفي هذا الفصل
والبيان مر بنا فيما في كتاب الكراهية قوله وان يخلو به غير محرم من رجل او امراة ذكرها على سبيل التفريع ايضا
قال الحاكم الشهيد في الكافي واكره ان يخلو به من ليس بمحرم له من رجل او امراة وذلك لقوله عليه السلام
لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان فاذا خلى الخنثى برجل فمن الجايز انه ذكر خلا باجنبية والمراهقة في
المنع من فعل الخلوة كالبالغة لان المنع لخوف الفتنة وكذلك يكره ان يسافر معه امراة محرما كانت او غير محرم لان من الجايز
ان الخنثى انثى فيكون هذا مسافرة امراتين بغير محرم لهما وذلك حرام ويكره ان يسافر الخنثى لا مع محرم من الرجال ثلاثة
ايام فصاعدا لان من الجايز انه انثى كذا في شرح الكافي قوله وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف
لا علم لي في لباسه وقد ذكرها على سبيل التفريع وهي من مسايل الاصل وعلل شمس الائمة في شرح الكافي فقال
لان الرجل في احرامه يحرم عليه لبس المخيط والمراة في احرامها يلزمها لبس المخيط ويحرم عليها الاكتفاء بلبس الازار
والرداء فلما استوى الجانبان لا يمكن ترجيح احدهما بغير حجة فتوقف فيه وقال لا علم لي بلباسه وقال
محمد يلبس لباس المراة لانه اقرب الى الستر ومبنى حاله على الستر كما في حالة الاحرام ولان لبس المخيط للرجل في احرامه
جايز عند العذر واشتباه امره من ابلغ الاعذار ولا شي عليه في ذلك لانه لم يبلغ وكفارات الاحرام بارتكاب
المحظور لا تجب على غير البالغ عندنا قلت ينبغي ان يجب عليه الدم اذا كان الاشكال باقيا بعد البلوغ على اشاره
التعليل كما اذا تعارضت العلامات ولم يظهر منها شيا اصلا قوله ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول
ولد تلدينه غلاما فولدت انثى خنثى لم يقع شي حتى يستبين امر الخنثى ذكرها على سبيل التفريع ايضا قال الحاكم
الشهيد في الكافي ولو قال ان كان اول ما تلد المراة او الامة هذا الخنثى المشكل لم يقع الطلاق ولا العتاق حتى يتبين
امره وذلك لان المعلق بالشرط لا ينزل ما لم يوجد الشرط حقيقة ومع الاشكال لا يتيقن بوجود الشرط فهذا
نظير ما لو قال ان لم ادخل دار فلان فعبدي حر ثم مات ولم يعلم ادخل او لم يدخل لا يحكم بوقوع العتق لهذا الخنثى فكذلك
هنا قوله ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا
اي ان الحنث لا يثبت بالشك قوله وان قال بالقولين جميعا عتق يعني اذا قال كل عبد لي حر وكل امة لي حرة
يعتق المملوك الخنثى لانه لا يخلو ان يكون ذكرا او انثى فايا ما كان يعتق باحد اليمينين وكذلك قال ان ملكت عبدا
فامراته طالق فاشتري بوجود الشرط قوله وان قال الخنثى انا رجل او انا امراة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا
ذكرها على سبيل التفريع ايضا قال الحاكم الشهيد في الكافي فان قال الخنثى انا رجل او قال انا امراة لم يقبل قوله اذا كان
قد علم انه مشكل وذلك لانه مجازف فيما يخبر به عن نفسه فانه لا يعلم من ذلك الا ما يعلم غيره كذا في شرح الكافي
قوله وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وفي هذا التعليل نظر لانه انما لا يكون مشكلا
اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر او انثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك قوله وان مات
قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امراة ذكرها على سبيل التفريع ايضا اي قول الخنثى قال الحاكم الشهيد في
الكافي وان مات قبل ان يستبين امره وقد راهق لم يغسله رجل ولا امراة ولكنه ييمم بالصعيد وذلك لان الاصل ان النظر
الى العورة حرام وبالموت لا ينكشف فلم الحرمة لان نظر الجنس الى الجنس اخف فلاجل الضرورة ابيح النظر للجنس عند الغسل
والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا لا يوجد له جنس ولا يعرف جنسه انه من جنس الرجال او من جنس
النساء فتعذر غسله لانعدام من يغسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لانعدام ما يغسل به فيتيمم بالصعيد وهو نظير امراة
تموت بين الرجال ليس معهم امراة فانها تيمم بالصعيد ثم اذا كان الميمم اجنبيا تيممه بخرقة وان كان ذا رحم محرم منها
تيممها بغير الخرقة وكذلك ان مات رجل بين نساء ليس معهن رجل فان النساء تيممه بالصعيد من غير خرقة ان كن ذات
رحم محرم منه وبخرقة ان كن اجانب منه فهذا مثله فان كان من تيممه من النساء تيممه بغير خرقة وكذلك ان كان رجلا
ذا رحم محرم منه وان كان اجنبيا يممه بخرقة ولا باس بان ينظر الى وجهه ويعرض وجهه لذراعيه لجواز ان يكون
امراة وفي هذا اخذ بالاحتياط فيما بني امره على الاحتياط وهو المس والنظر الى المراة كذا ذكر شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي ولا يقال كيف لا يشترى له جارية تغسله كما اشتري جارية تختنه لانا نقول لا فايدة في شرا الجارية
بعد الموت لانها لا تدخل في ملكه لان الموت ينافي المالكية فبقي الجارية المشتراة اجنبية عنه بخلاف المشتراه في حالة
الحياة لانها تدخل في ملكه فيحصل الفرق قوله وان سجي قبره فهو احب قال الحاكم الشهيد في الكافي وان
سجي قبره فهو احب الي وذلك لان فيه نوع احتياط لاحتمال انه امراة ومبنى حالها على الستر ولا باس ان يسجى قبر الرجل ايضا

عند العذر كالحر والبرد والمطر وأشباهه حاله في العذر أبلغ من ذلك كذا في شرح الكافي قوله وإذا مات فصلى
عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الإمام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى ذكرها تشريحا أيضا وإنما يفعل كذلك اعتبارا
بحالة الحياة لأنه يقوم في الصلوة بين صف الرجال والنساء فكذلك في الممات قوله ولو دفن مع رجل في قبر واحد
من عذر جعل الخنثى خلف الرجل ذكرها تشريحا أيضا قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي فإذا دفنا في قبر واحد
فلا بأس بذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر يوم أحد أن يدفن جماعة من الشهداء في قبر واحد وأن يجعل بين كل ميتين
حاجز من التراب فيفعل كذلك هنا ويوضع الرجل مما يلي القبلة ثم خلفه الخنثى ثم خلفه المرأة لأن جهة القبلة أشرف
فيكون الرجل بالتقريب منه أحق . الا ترى في حديث أحد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم أكثرهم أخذا للقرآن
إلى جانب القبلة ويجعل بين كل ميتين حاجز من الصعيد فيصير ذلك في حكم قبرين قال ابن عبد البر في كتاب الدرر
عبد الله بن جحش بن رباب الأسدي وسعد بن الربيع ابن عمرو بن أبي زهير دفنا في قبر واحد ودفن عبد الله بن عمرو بن حرام
عبد الله بن جحش بن رباب الأسدي ... ودفن النعمان بن مالك ابن ثعلبة والمجذر بن زياد البلوي و
وعمرو بن زياد البلوي وعبادة بن الحسحاس في قبر واحد ودفن النعمان بن مالك ابن ثعلبة والمجذر بن زياد البلوي
وعبادة بن الحسحاس في قبر واحد ودفن عبد الله بن عمرو بن حرام وعمرو بن الجموح ابن زيد بن حرام في قبر واحد وكانا
صهرين وصديقين متواخيين قوله وإن جعل على السرير نعش المرأة فهي أحب إلى ذكر من مسائل
الأصل ذكرها على سبيل التفريع قال في شرح الكافي وإن جعل على السرير نعش المرأة فهو جائز لأنه أقرب إلى الستر
والستر مندوب إليه عند الاحتياج لاشتباه الأمر والنعش شبه المحفة مشبك يطبق على المرأة إذا وضعت على
الجنازة وقد مر في باب الجنائز قوله ويكفن كما يكفن الجارية وهو أحب إلي وهذا ذكرت على سبيل التفريع
أيضا وذلك لأنه أقرب إلى الستر ولأن الزيادة في كفن الرجل عند الحاجة جائزة واشتباه أمره من أقوى
أسباب العذر فلهذا يكفن كما تكفن الجارية كذا ذكر في شرح الكافي ثم إنها مسائل ذكرت في شرح الكافي
لم يذكرها في هذا الموضع تكثيرا للفائدة وهي الخنثى إذا مات يدخل قبره ذو رحم محرم منه لاحتمال أنه أنثى
فلا يمسه غير المحرم وإن قبله رجل بشهوة لم يتزوج أمه حتى يستبين أمره لأنه إذا كان أنثى فتقبيل بعد
ما راهق تثبت حرمة المصاهرة فتكون أمه حرام عليه من هذا الوجه وترك نكاح امرأة تحل له أولى من نكاح امرأة
هي محرمة عليه قال وإن زوجه أبوه رجلا أو امرأة فلا علم لي بنكاحه وهو موقوف إلى أن يبلغ لأن الذكر يدخل
في النكاح دخول المالكين والأنثى تصير مملوكة فما لم يعلم أنه يصادف محله يكون موقوفا إلى أن يبلغ فإن ظهر
فيه علامة الرجال وقد زوجه أبوه امرأة حكم بصحة النكاح من حين عقد الأب لأنه تبين أن تصرفه صادف
محله وإن لم يصل إليها أجل كما أجل العنين وإن كان زوجه أبوه من رجل ثم ظهر به علامة الرجال فقد تبين أن
هذا التصرف لم يصادف محله وكان باطلا قال وإن قذف رجلا بعد ما بلغ قبل أن يستبين أمره أو سرق
أو سرق منه أقيم الحد لأنه صار بالبلوغ مخاطبا وحد القذف والسرقة لا يختلف بالذكورة والأنوثة واشتباه
حاله لا يمنع حقيقة قذفه موجبا للحد عليه وتحقيق حرزيته والسرقة منه موجبة للقطع قال وإن قذفه رجل فلا
على قاذفه بمنزلة المجبوب والرتقاء إذا قذفهما رجل وهذا لأن القاذف يستوجب الحد بنسبة الرجل إلى فعل يباشره
وتنسبه المرأة إلى التمكين من فعل يباشره غيرها ومع اشتباه أمره لا يتقرر النسب ولا يدري أن قاذفه إلى أي فعل
نسبه فإن كان نسبه إلى مباشرة الفعل وهي امرأة كان قد نسبه إلى فعل هو منزلة قاذف الرتقاء والمجبوب وإن كان
قد نسبه إلى التمكين وهو رجل فنسبه إلى ما هو قاصر في حقه غير موجب للحد عليه ومع اشتباه الأمر لا يمكن إقامة الحد
على القاذف قال وإن قطع رجل يد أو امرأة يد امرأة قبل أن يستبين أمره فلا قصاص على القاطع لأن حكم القصاص فيما
دون النفس يختلف بين الذكورة والأنوثة ولا يجري القصاص بين الرجال والنساء في الأطراف فإن كان القاطع
رجلا لم يجب القصاص إذا كان هو امرأة وإن كان القاطع امرأة لم يجب القصاص إذا كان هو رجلا فبعد الاشتباه
تمكن فيه الشبهة والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهة وبه فارق القصاص بالقتل في النفس فإنه لا يختلف بالذكورة
والأنوثة سواء فقتله رجل أو امرأة كان عليه القصاص لتيقننا بوجوبه وتقرر سببه ولو قطع هو الخنثى
يد رجل أو امرأة أو قتله لم يكن عليه قصاص والكل الدية في ماله لأنه صغير لم يبلغ فعمده وخطاؤه سواء
وإن أسر الخنثى أسير من الكفار أو ارتد عن الإسلام لم يقتل لأن القتل عقوبة تندرئ بالشبهات فإما أن يكون هذا
في حال الصغر والصغر لا يستوجب العقوبة أو بعد البلوغ فيتوهم كونه أنثى وإن كان الخنثى من أهل الذمة لا يوضع
عليه خراج رأسه لهذا المعنى وكذلك لا يدخل الخنثى في القسامة للصغر ولو هو لتوهم الأنوثة قال
وإن زوجه أبوه قبل أن يبلغ رجلا أو زوجه امرأة فإن ذلك موقوف لا يجيزه ولا يبطله ولا يتوارثان حتى
يستبين أمره وإنما لا يبطله لأن العاقد ولي ولا يجيزه لأنا لا نعلم مصادفة هذا العقد محله ولا يتوارثان لأن
التوارث من حكم انتهاء النكاح الصحيح بالموت وإن قتل خطأ قبل أن يستبين أمره فعلى قول الشعبي على
القاتل من المال نصف دية المرأة ونصف دية رجل باعتبار الأحوال وعندنا القول منه قول القاتل وعلى أولياء القتيل
البينة لأن القاتل منكر للزيادة فكان القول قوله مع يمينه وعلى المدعي الزيادة إثباتها بالبينة قال رجل مات

وترك ابنا وامرأة وولدا خنثى من هذه المرأة الخنثى بعد أبيه فادعت أمه أنه كان يبول من حيث يبول الغلام وادعى
الابن أنه كان يبول من حيث تبول الجارية فالقول قوله لا الأم لأنها تدعي الزيادة في ميراثها منه والابن منكر للزيادة
فالقول قوله مع يمينه على علمه لأنه يستحلف على فعل الغير والبينة بينة الأم سواء أقامت هي وحدها أو أقاما جميعا البينة
لأنها تثبت الزيادة في حقها والابن ينفي فتثبت تلك الزيادة ولو أقامت الأم بينة على ذلك وأقام رجل
البينة أن الميت زوجه على ألف درهم وأنها كانت تبول من حيث تبول النساء وطلب ميراثه منها فالبينة بينة
الزوج لأن في بينته زيادة إثبات فإنه يثبت صحة النكاح والميراث لنفسه وكانت بينته أولى بالقبول
ثم للأم نصيبها من الصداق وعند ذلك لا يقال هي تنكر وجوب الصداق فكيف تأخذ نصيبها منه لأنها صارت مكذبة
فيما زعمت في الحكم وزعم الراجع يسقط اعتباره إذا أجري الحكم بخلافه وكذلك إن أقام كل واحد منهما البينة أنه
كان يبول من مباله الذي ادعاه ولم يكن يبول من مبال الآخر لأن قوله ولم يكن يبول نفي والشهادة
بلفظ النفي لا تكون مقبولة لوجود هذه الزيادة لعدمها ولو أقامت المرأة البينة أن أباه زوجه إياها في حال
حياته وأمهرها عنه ألف درهم وأنه كان غلاما يبول من حيث يبول الغلام خاصة وأقامت الأم البينة أنه كان يبول
من حيث تبول الجارية فالبينة بينة المرأة لما فيها من إثبات الزيادة وهو إثبات النكاح والمهر والميراث ولو أقامت
المرأة البينة على ما وصفنا وأقام الزوج البينة على ما وصفنا في المسألة الأولى فالبينة بينة المرأة لأن البينتين
تعارضتا في إثبات النكاح والميراث وفي بينة المرأة زيادة وهو إثبات الصداق فترجح بذلك وإن وقتت البينتان
وقتين فالبينة لوقت الأول أولى لأن صاحب الوقت الأول يثبت عقده ونكاحه في الخنثى في وقت لا ينازعه غيره
فيه وبعد ما ثبت ذلك في الوقت الذي أسند إليه يصير البينة الثانية محالا وإن كان الخنثى حيا أبطل ذلك
كله ولم أقض بشيء منه لأن في حال حياته المقصود هو الحل وقد تعارضت البينتان فيه وانتفتا لاستحالة
كون الشخص الواحد زوجا وزوجة بخلاف ما بعد موته فالحل فات بالموت على أي وجه كان وإنما المقصود
هو الميراث فصرنا إلى الترجيح بإثبات الزيادة وهو نظير ما إذا ادعتا نكاح رجل بعد موته وأقامت كل
واحدة منهما البينة قضي لها بالميراث منه ولو كان الرجل حيا لكان يبطل البينتان إذا لم توقتا وكذلك لو
ادعى رجلان نكاح امرأة فهو على هذا في الفرق بينهما بعد الموت وقبله قال ولو أقام رجل البينة أن أباه
زوجه إياه بألف درهم برضاها وأنها ولدت منه هذا الولد وأقامت امرأة البينة أن أباها زوجها إياه برضاها
وأنه دخل بها وولدت هذا الغلام منه أبطلت ذلك كله ولو قامت إحدى البينتين وقضى القاضي بها ثم جاءت
الأخرى لم يلتفت إليها لأنا نتيقن بكذب إحدى الفريقين ومن ضرورة القضاء بصدق الفريق الأول الحكم بكذب
الفريق الثاني قلت وهذا الجواب إنما يكون في حال حياة الخنثى فأما بعد موته فقد بينا أن بينة المرأة أولى
لما في بينتها من إثبات الزيادة وهو المهر قوله ولو مات أبوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند أبي حنيفة
للابن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث إلا أن يتبين غير ذلك وقال للخنثى نصف ميراث ذكر
ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة
وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة وهذا كله لفظ القدوري
في مختصره وصاحب الهداية كأنه اختار قول محمد ولهذا أخر دليل محمد بعد دليل أبي يوسف . ثم اعلم أن القدوري
جعل قول محمد مع أبي يوسف حيث قال للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وكذلك أثبت صاحب المنظومة
فيها وكذلك ذكر الشيخ أبو نصر البغدادي في شرحه ويدل على أن قول محمد كقول أبي يوسف إلا أنهما اختلفا
في التخريج ما ذكره الطحاوي في مختصره فقال قال أبو حنيفة إذا هلك الرجل عن ولد خنثى وابن غير
خنثى أعطي الخنثى على أنه بنت حتى يعلم غير ذلك وقال أبو يوسف المال بينه وبين الابن المعروف على سبعة
للابن المعروف منه نصيب ابن كامل ويضرب للخنثى ثلاثة أرباع نصيب ابن كامل وقال محمد يقسم
الميراث بينهما على تنزيل الأحوال فيكون للخنثى منه خمسة من اثني عشر وللمتيقن سبعة من اثني عشر وبه نأخذ وهذا
أصح من قول أبي يوسف إلى هنا لفظ الطحاوي في مختصره وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي وجه قول
أبي حنيفة أن نصيب البنت متيقن للخنثى والزيادة عليه مشكوك فيها فلا يستحقه إلا بيقين لأنه لا يجوز توريثه بالشك
وأما أبو يوسف فإنه يضرب للابن نصيب ابن كامل وهو أربعة وللخنثى ثلاثة أرباع نصيب ابن وذلك لأنه ضرب
بنصف ميراث ابن سهمان من أربعة وبنصف ميراث ابنة سهم واحد فصار جميع ما يضرب له ثلاثة ويضرب للابن بأربعة
وأما محمد جعل الخنثى مستحقا لخمسة من اثني عشر لأنه إن كان ذكرا فله ستة ولأخيه ستة وإن كان أنثى فله أربعة
ولأخيه ثمانية فله في حال أربعة وفي حال ستة فذلك عشرة له في الحالين له نصف ذلك خمسة من اثني عشر والابن
يستحق في حال ثمانية وفي حال ستة فذلك أربعة عشر في حالين له نصفها سبعة . وقد ذكر عن أبي يوسف رجوعه إلى هذا القول
إلى هنا لفظ أبي بكر الرازي رحمه الله تعالى فهذا كله أن محمدا جعل إرث الخنثى نصف النصيبين كأبي يوسف ولكن ذكر الفقيه في كتاب مختلف
الروايات قول محمد كقول أبي حنيفة فقال ولو أن رجلا مات وترك ابنا وترك ابنا آخر خنثى فقد روي عن الشعبي أنه قال للخنثى نصف

ميراث الرجل ونصف ميراث المراة ● وذكر عن ابي يوسف انه فسر قول الشعبي بتفسيرين احدهما ان الخنثى من وجه كانه ابن
ومن وجه كانه ابنة تكون نصف الابن في الميراث فيجعل الخنثى كانه ثلاثة ارباع الابن فيجعل الميراث على سبعة اسهم
للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لانه لو كان ابنا فله النصف وان كان ابنة فله الثلث فيحتاج الى حساب له نصف وثلث واقله
ستة فيجعل اصل المسألة من ستة للابن الذي تيقنا انه ابن الثلثان وهو اربعة بقي ههنا سهمان فلا يخلوا اما ان
يكون الخنثى ابنا او ابنة فان كان ابنة فله هذان السهمان وان كان ابنا فله اربعة مثل ما اعطينا الابن الاخر فالسهمان
له واجب في الحالين جميعا والسهمان الزايدان يجبان في حال ولا يجبان في حال فينصف ذلك فيوجب له ثلاثة اسهم
وللابن اربعة فيقسم المال بينهما على سبعة اربعة للابن وثلاثة للخنثى ● وكان ابو يوسف يفسر هذا اولا فاخذ
به ثم فسره بتفسير اخر فاخذ به وهو ان الخنثى لو كان ابنا فله نصف الميراث ولو كان ابنة فله ثلث الميراث فيجعل المال
من اثني عشر للخنثى في حال البنت وهو اربعة وفي حال النصف وهو ستة فالاربعة واجبة بيقين والثاني في سهمين
فينتصف ذلك ويطرح نصفه للخنثى خمسة اسهم وللابن سبعة وهذا قول ابي يوسف الاخر في قوله الاول وهو قول
ابي حنيفة ومحمد للخنثى ثلث الميراث وللابن الثلثان ويجعل الخنثى انثى ما لم يتبين انه ابن ● الى هنا لفظ الفقيه ابي
الليث رحمه الله ● وكذلك ذكر الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وجعل المال بينهما اثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين
في قول ابي حنيفة ومحمد فقال هو قول ابي يوسف الاول وكذلك ذكر شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي الذي هو مبسوط
فقال اختلف العلماء في حكم الخنثى المشكل في الميراث فقال ابو حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول يجعل
هو في الميراث بمنزلة الانثى الا ان يكون اسوء حالة ان يكون ذكرا وفي الحاصل يكون له شر الحالين واقل النصيبين وفي
قول ابي يوسف الاخر له نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الانثى وهو قريب من قول الشعبي الى هنا لفظ السرخسي
وكذلك جعل في المحيط والذخيرة قول محمد مع ابي حنيفة ● حيث قال صاحب المحيط والذخيرة فيهما والحكم في توريث
الخنثى المشكل ان يعطى له ميراث النساء الا ان يكون اسوء حالة ان يكون ذكرا فيجعل ذكرا وهذا قول ابي حنيفة و…
وعليه الفتوى والى هنا لفظ الكتابين جميعا ولم يتغير عبارتهما وكذلك ذكر الامام سراج الدين في الفرايض السراجية
قول محمد مع ابي حنيفة حيث قال للخنثى المشكل اقل النصيبين اعني اسوء الحالين عند ابي حنيفة واصحابه وهو قول
عامة الصحابة وعليه الفتوى وقال في شرحه وقال الشعبي والاوزاعي والثوري وابن ابي ليلى ونعيم بن حماد
وعيسى بن ابان رحمهم الله يعطى الخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو مذهب اللؤلؤي ايضا وقال الشيخ
ابو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري وقال الشافعي اجعل للخنثى اضر الحالين واوقف الزيادة على نصيبه الى ان
يتبين امره او يصطلح هو والورثة فقال في هذه المسألة للخنثى الثلث وللابن النصف ويوقف السدس ● وجه قول
الشافعي انه يجوز ان يكون ذكرا ويجوز ان يكون انثى فلا يجوز ان يدفع الى شريكه بالشك قيل له فلذلك لا يجوز ان
ينقص نصيب شريكه بالشك ولانه هذا ابطل بمن مات وترك اخا فانه يدفع اليه الميراث بعد تلوم وان جاز ان يكون
هناك ابن يحجبه الا انه لا يحجبه بيقين ● ووجه قولهما ان الخنثى حالان ان كان ذكرا فله نصيب ابن كامل وان كان انثى
فله نصف نصيب ابن وهو لا يستحق الا في حالة من حالة وليس احدى الحالتين باولى من الاخرى فيجعل له نصف ما استحق
في الحالين وهو ثلاثة ارباع نصيب الابن فزاحم الابن بذلك ثم اختلف ابو يوسف ومحمد في قياس قولهما اي قول
الشعبي ● فقال ابو يوسف للخنثى ثلاثة من سبعة ● وقال محمد خمسة من اثني عشر ● وجه تخريج ابي يوسف ان الابن
يستحق كل المال عند الانفراد بان لم يكن معه احد والخنثى يستحق ثلاثة ارباع المال لان الخنثى في حال بن وفي
حال بنت وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون ثلاثة ارباع نصيب بن فنضرب مخرج
الربع وهو اربعة في سهم وثلاثة ارباع فيكون سبعة فللخنثى ثلاثة وللابن اربعة ● ووجه تخريج محمد ان الخنثى لو
كان ذكرا كان له نصف المال ولو كان انثى كان له ثلث المال فيكون له نصف النصف ونصف الثلث
فيحتاج الى حساب له نصف ولنصفه نصف وثلث ولثلثه نصف واقل ذلك اثنى عشر ونصف نصفه ثلاثة
ونصف ثلثه اثنان فيكون خمسة من اثني عشر والباقي وهو سبعة للابن ووجه قول ابي حنيفة ان استحقاق البنت
متيقن وما زاد على ذلك غير متيقن فلا يثبت بالشك ● قوله الا ان يتبين غير ذلك استثناء من قوله
وهو انثى عنده في الميراث يعني ان الخنثى يعتبر انثى في الميراث عند ابي حنيفة الا اذا تبين غير كونه انثى بان
يظهر فيه احدى علامات الذكورة بلا تعارض فحينئذ يعتبر ذكرا ● قوله الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه
ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن استثناء من قوله فاوجبنا المتيقن يعني اوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن وما جاوز
عنه باثبات الزيادة لان المال لا يجب بالشك الا اذا اصابه الاقل على تقدير الذكورة فحينئذ يعطى نصيب الذكر
لكونه اقل لليقين في صورته زوج وام واخت لاب وام وهي خنثى فللزوج النصف وللام الثلث فلو قدرنا الخنثى انثى
يكون لها النصف فتعول المسألة الى ثمانية ولو قدرناه ذكرا يكون له الباقي من الستة وهو السدس فيعطى السدس لانه
اقل من النصف ● وصورته اخرى امراة واخوان لام واخت لاب وام هي خنثى اصل المسألة من اثني عشر فللمراة الربع
وللاخوين لام الثلث فلو قدرنا الخنثى ذكرا يكون له الباقي وهو الخمسة ولو قدرناه انثى يكون لها النصف وهو ستة

فنعول المسألة الى ثلاثة عشر فيعطى الخمسة لانها اقل من الستة واذا كان يحرم الميراث على تقدير الذكورة لا يعطى
شيئا اصلا لانه اسوء حالة كما اذا تركت الامراة زوجا واختا لاب وام واختا لاب فللزوج النصف وللاخت
لاب وام النصف ● والمسألة من ستة فللاخت على تقدير الانوثة السدس تكملة للثلثين فتعول المسألة الى سبعة
وعلى تقدير الذكورة لا شيء له لانه ياخذ ما ياخذ حينئذ بالعصوبة ولم يبق له شيء فلا يعطى شيئا اصلا ثم ينبغي
لك ان تعرف ان الثلث من السبعة اكثر من الخمسة من الاثني عشر لان الثلاثة اذا زيد عليها نصف السبع تصير
نصف المال والخمسة لا تصير نصف المال الا بزيادة نصف السدس ونصف السدس اكثر من نصف السبع
فعلى ما قال ابو يوسف ينقص من نصيب الاخ فيكون نصيبه على قول ابي يوسف اكثر من نصيبه على قول محمد فانهم اذا ضرب احد
المخرجين في مخرج الجزو الاخر فتلقى الاقل من الاكثر فما بقي فنسبه الى مبلغ ضرب المخرجين احدهما في الاخر فما كان فهو التفاوت
بين الجزوين فنضرب الثلاثة في الاثني عشر يكون ستة وثلاثين ونضرب الخمسة في السبعة تكون خمسة وثلاثين
فتلقى الاقل وهو خمسة وثلاثون من ستة وثلاثين بقي واحد فننسبه الى مبلغ ضرب المخرجين وهو السبعة
في الاثني عشر يكون المبلغ اربعة وثمانين فيكون ذلك سهما من اربعة وثمانين سهما فهو التفاوت بين الجزوين فافهم

فصل

قد جرت عادة المصنفين ان يذكروا في اخر الكتاب ما شذ ذكره
عنهم في الابواب السالفة استدراكا للفايت ويترجمون تلك
المسائل بمسائل شتى او بمسائل متفرقة وعجز ذلك فعل المصنف هنا كذلك جرينا على عادتهم ● قوله قال
واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له انا نشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى براسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك
ما يعرف انه اقرار جاز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه
عن يعقوب عن ابي حنيفة في الاخرس يقرأ عليه كتاب وصيته فيقال انشهد عليك بما في هذه
الصحيفة فيقول براسه نعم قال فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار وكتب فهو جائز واذا اعتقل لسان الرجل فقرئ
عليه وصيته واشار براسه اي نعم او كتب فهو باطل لا يجوز الى هنا لفظ محمد رحمه الله وقال الشافعي يجوز في
الوجهين كذا ذكر فخر الاسلام وغيره له ان المجوز هو العجز وقد تحقق فيهما جميعا والفرق بين العجز الاصلي
والعارض لا ترى ان الاصل اذا كان ذكره تذكية الوحشي ضرورة لا ذكاة اختيارا فكذلك هاهنا
ولنا ان الاشارة انما اقيمت مقام النطق في حق الاخرس لحاجته الى اظهار ما في ضميره وعجزه عن النطق
عجزا لا يرجى زواله وكذا كتابته اقيمت مقام العبارة لهذا المعنى لان البيان بالكتاب بمنزلة البيان باللسان
اذا كان الكتاب مرسوما مستبينا وفي المريض الذي اعتقل لسانه لم يقع الياس عن عبارته لاحتمال ان يزول
ما به من المرض فينطلق لسانه فلم تقم اشارته او كتابته مقام العبارة لان عجزه عارض على شرف الزوال
الا ترى ان الايسة لما كان ياسها متحققا جاز لها ان تعتد بالشهور والذي ارتفع حيضها لا يجوز ان تعتد
بالشهور لانه يرجى منها الحيض والشيخ الفاني يفدي عن الصيام في الطعام والمريض الذي لا يقدر
على الصوم لا يجوز له ان يفدي بالطعام لانه يرجى منه قضاؤه والشيخ الفاني لا يرجى منه القضاء حتى
لو امتد الاعتقال الى وقت الموت كانت اشارته قايمة مقام العبارة وجاز الاشهاد عليه لانه عجز عن
النطق على وجه لم يكن رجاؤه فصار كالاخرس قال الحاكم ابو محمد الكفيني روى ذلك عن ابي حنيفة
قالوا وعليه الفتوى وفي الاصل عرف الحكم بخلاف القياس بالحديث وهو قوله عليه السلام ان لها اوابد
كاوابد الوحش فلا يقاس عليه غيره ● قوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز اي اذا ثبت
من ايماء الاخرس الذي تعرف عادته انه اقرار جاز وانما قيد بقوله ما يعرف انه اقرار لان الايماء
بالراس ربما يكون دلالة على الانكار كما اذا حرك راسه عرضا والذي يدل على الاقرار هو التحريك من فوق
الى تحت طولا وقوله يعتقل لسانه على صيغة المبني للمفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا حبس عن الكلام ولم
يقدر عليه ● قوله وقد شمل الفصلين اي شمل العجز فصل الاخرس والمريض الذي اعتقل لسانه
قوله ولان التفريط جاء من قبله اي التقصير جاء من قبل المعتقل لسانه لانه اخر الوصية الى وقت
اشراف الموت ولم يوص حين كان قادرا على النطق ● فلما كان التفريط من قبله لم يكن عجزه عن النطق وترك الوصية
عذرا ● قوله ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتشابهان يعني ان العجز عن النطق
في المعتقل لسانه عارض وفي الاخرس اصلي فلا يجوز قياس العارض على الاصلي لان شرط القياس المماثلة بين
المقيس والمقيس عليه ولم يوجد ● قوله واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء براسه يعرف به
فانه يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه وله ولا يحد ولا يحد له اي قال في الجامع الصغير
قوله لا يحد اي لا يحد الاخرس اذا كان قاذفا ومعنى قوله لا يحد له اي اذا كان الاخرس مقذوفا اما الكتابة فانما
جعلت مقام البيان في حق الغايب للعجز عن النطق باللسان والعجز في حق الاخرس ادوم لانه لا يرجى زواله فكانت
قايمة مقام العبارة بطريق الاولى لان الغايب يجوز ان يحضر فينطق بلسانه والاخرس لا يمكنه النطق ولا يرجى

بعد ذلك وفي الكتاب تفصيل بينه بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما الاشارة فجعلت حجة تامة مقام النطق في
حق الاخرس لتحقق الحاجة الى ذلك في حقوق العباد لان اقامة الاحكام على الاشارات امر لا بد منه وقد ذكر
في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغايب ليس بحجة في قصاص يجب عليه قالوا ويحتمل ان يكون ههنا كذلك حتى لا يكون
الكتاب حجة على الاخرس في قصاص يجب عليه فيكون في مسئلة الاخرس روايتان على رواية الجامع الصغير يجب
القصاص عليه بالكتابة وعلى رواية كتاب الاقرار لا يجب القصاص ويحتمل ان يكون الاخرس مفارقا للغايب بان
يجب القصاص على الاخرس بالكتاب ولا يجب على الغايب بالكتاب قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع
الصغير وهذا هو الشبهة في مسئلتنا والفرق بين الغايب والاخرس ان في الغايب يمكن الوصول الى نطقه فلم
يعتبر كتابه في القصاص ولا يمكن الوصول الى نطق الاخرس فوجب عليه القصاص بكتابه ولا حد الاخرس في حد القذف
ولا في غيره لان الحد لم يشرع الا بصريح القذف وفي غير الصريح شبهة والحدود تندرئ بالشبهات والاشارة
والكتابة من الاخرس بمنزلة ما ليس بصريح من الناطق فلا يثبت به الحد ولهذا لان اقامة اشارة الاخرس وكتابته
مقام النطق امر ضروري ثبت دفعا للحاجة ولا يقام الحد بالضرورات ولا يحد له لو قذفه غيره لاحتمال التصديق
منه لان الساكت منه قد يحتمل التصديق وانما يبطل التصديق باشارته وكتابته وكل منهما امر ضروري فيبقى شبهة
التصديق والفرق بين الحد والقصاص حيث لا يقام الحد باشارة الاخرس وكتابته ويقام القصاص ان الحد لا يقام
بالبيان لشبهة الا ترى ان الشهادة بالوطي الحرام والاقرار به لا يوجب الحد والقصاص يقام بالشهادة
اذا الاقرار بمطلق القتل وان لم يوجد التصريح بالعمد وحاصله ان القصاص فيه معنى العوض لشرعه جابرا
للغايب فثبت مع الشبهة كما في ساير المعاوضات بخلاف الحدود لانها شرعت زواجر حق الله تعالى معنى العوض
فلم تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة الى اثباتها لان الحدود يحتال في درئها لا في اثباتها قالوا ودلت المسئلة
على ان الاشارات معتبرة وان كان قادرا على الكتابة لان محمدا جمع بينهما فقال اذا كان الاخرس يكتب او يومي
بخلاف ما توهمه بعض مشايخنا ان الكتابة اذا امكنه لم يعتبر الاشارة قال لان الاشارة حجة ضرورية ولا
ضرورة مع القدرة على الكتابة فنقول كل منهما حجة ضرورية ثبتت حجيتها عند العجز عن البيان وهما مستويان لان
في الكتابة زيادة بيان لان البيان يحصل بها حيا وعيانا بخلاف الاشارة فان فيها احتمالا وفي الاشارة
امر لا يوجد ذلك في الكتابة لان الاشارة اقرب الى النطق من اثار الاقلام. بيانه ان العلم الحاصل بالكتابة
يحصل باثار الاقلام وهي منفصلة عن الكاتب والعلم الحاصل بالاشارة يحصل بما هو متصل به وهو راسه فكان
المتصل بالشخص اقرب اليه من المنفصل اما قوله لا يعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة ممنوع لان الاشارة تعتبر
مع القدرة على البيان من كل وجه وهو النطق ومع القدرة على الكتابة اولى الا ترى الى ما قال البخاري في الصحيح
في باب الاشارة في الطلاق والامور وقال ابن عمر قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يعذب بدمع العين ولكن يعذب
بهذا واشار الى لسانه وقال فيه ايضا. وقال ابن ابي اوفى النبي صلى الله عليه وسلم بيده الى ابي بكر ان يتقدم وقال
فيه ايضا. وقال ابو قتادة. قال النبي صلى الله عليه وسلم في الصيد للمحرم احد منكم امره ان يحمل عليه او اشار
اليه قالوا لا قال فكلوا وفيه ايضا باسناده الى عكرمة عن ابن عباس. قال طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم
على بعيره وكان كلما اتى على الركن اشار اليه وكبر وفيه ايضا باسناده الى عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال سمعت
النبي صلى الله عليه وسلم يقول الفتنة من ههنا واشار الى المشرق وفيه ايضا باسناده الى عبد الله بن ابي اوفى
قال كنا في سفر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما غربت الشمس قال لرجل انزل فاجدح قال يا رسول الله لو
امسيت ثم قال انزل فاجدح فقال يا رسول الله ان عليك نهارا ثم قال انزل فاجدح فنزل فجدح له الثالثة فشرب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اوما بيده الى المشرق فقال اذا رايتم الليل قد اقبل من ههنا فقد افطر الصايم وقال
البخاري ايضا في كتاب الصوم من الصحيح باسناده الى ابن عمر قال قال النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا
وخنس الابهام في الثالثة وقوله خنس اي قبض والخانس الانقباض ذكره الخطابي في شرحه وقال شمس الايمة
السرخسي في شرح الكافي واذا طلق الاخرس امراته في كتابه وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح في كتابه لان
الاخرس عاجز عن الكلام وهو قادر على الكتاب فهو والصحيح في الكتاب سواء والاصل ان البيان بالكتاب مثل البيان باللسان
لان المكتوب حروف منظومة تدل على معنى مفهوم كالكلام. الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان مامورا بتبليغ
الرسالة وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان ثم الكتاب على ثلاثة اوجه احدها ان يكتب طلاقا او عتاقا على ما لا
يستبين فيه الخط كالهواء والماء فلا يقع به شيء نوى او لم ينو لان مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حروف ولو وقع
الطلاق بمجرد نيته وذلك لا يجوز والثاني ان يكتب طلاق امراته على ما يستبين فيه الخط ولكن لا على رسم كتابة الرسالة
فهذا ينوي فيه لان مثل هذه الكتابة قد يكون للايقاع وقد يكون لتجربة الخط والقلم والبياض فينوي فيه كما في الالفاظ
التي تشبه الطلاق فان كان صحيحا يبين نيته بلسانه وان كان اخرس يبين نيته بكتابة والثالث ان يكتب على رسم كتابة
الرسالة طلاق امراته او عتاق عبده فيقع الطلاق والعتاق هذا في القضا وان قال عنيت به تجربة الخط لا يدين في القضا

لانه خلاف الظاهر وهو نظير ما لو قال في قوله انت طالق عنيت الطلاق من وثاق ثم ينظر الى المكتوب فان كان كتب
امراته طالق فهي طالق سواء ان بعث اليها الكتاب او لم يبعث وان كان المكتوب اذا وصل اليك كتابي فانت طالق فما لم
يصل اليها لا يقع الطلاق لانه علق بالشرط حالة الكتابة فيعتبر بما لو علق حالة العبارة وان ندم على ذلك فمحى ذكر الطلاق
من كتابه وترك ما سوى ذلك وبعث بالكتاب اليها فهي طالق اذا وصل اليها الكتاب لوجود الشرط ومحوه الطلاق
كرجوعه عن التعليق وان محى الخطوط كلها وبعث بالبياض اليها لم تطلق لان الشرط لم يوجد فان ما وصل اليها بكتاب
ولو جحد الزوج الكتاب واقامت عليه البينة انه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء لان الثابت بالبينة عليه
كالثابت بالاقرار وان كان الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرايه وبيعه
فهو جايز استحسانا وفي القياس لا يقع شيء من ذلك باشارته لانه لا يستبين من الاشارة حروف منظومة
فبقي مجرد قصد ان يقع وبهذا لا يقع. الا ترى ان الصحيح لو اشار لم يقع شيء من ذلك فاتى باشارته
ولكنه استحسن فقال الاشارة من الاخرس كالعبارة من الناطق. الا ترى ان في العبادات جعل تحريك
شفتيه بالتكبير والقراءة جعل ذلك بمنزلة القراءة من الناطق فكذا في المعاملات وهذا لاجل الضرورة لانه يحتاج
الى ما يحتاج اليه الناطق فلو لم تجعل اشارته كعبارة الناطق ادى الى ان يموت جوعا وهذه الضرورات لا تتحقق
في حق الناطق ولهذا قلنا المريض وان اعتقل لسانه لا ينفذ تصرفه من النطق باشارته لانه لم يقع الياس عن نطقه
واقامة الاشارة مقام العبارة عند وقوع الياس عن النطق للضرورة وان لم يكن له اشارة معروفة يعرف ذلك منه
او يشك فيه فهو باطل لانه لا يوقف على مراده بمثل هذه الاشارة فلا يجوز الحكم بها كذا ذكر شمس الايمة السرخسي في
طلاق الاخرس من شرح الكافي قوله مستبين مرسوم اراد بالمرسوم المعنون وهو المصدر بالعنوان
ان يكتب في صدر الكتاب من فلان بن فلان الى فلان بن فلان قوله يبنوي فيه
اي تطلب منه النية فيه قوله بمنزلة تصحيح الكتابة اي بمنزلة كانه قوله كقوله انت بائن قوله
ولا يختص بلفظ دون لفظ ويثبت بدون اللفظ يعني ان مثل التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء
لا يتعلق بلفظ خاص بل يثبت بالفاظ كثيرة ويثبت بفعل يدل على القول فكذا يجب ان يثبت بالاشارة لحاجة الاخرس
الى ذلك ولذا ظهور القتل لا يختص بلفظ خاص فيجب ان يثبت بالاشارة قوله فيكون فيه روايتان
اي في مسئلة الاخرس على اعتبار رواية كتاب الجامع الصغير يجب عليه القصاص بالكتابة وعلى اعتبار كتاب
الاقرار في الغايب لا يجب على الاخرس القصاص بالكتابة وقال بعضهم في شرحه فيما يضمر التثنية اي في
الاخرس والغايب غير الاخرس فلذلك ليس بشيء لانه لم يثبت الروايتان في الغايب بل فيه رواية كتاب الاقرار
فحسب ولا يجب عليه القصاص بالكتابة قوله لانه جمع هنا بينهما اي جمع في الجامع الصغير بين الاشارة
والكتابة وهذا دليل لقوله. ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة. ولنا في
دعوى الجمع بينهما نظر لانه قال في الجامع الصغير واذا كان الاخرس يكتب او يومي وكلمة او لاحد الشيئين لا للجمع
على انا نقول قال في الاصل وان كان الاخرس وكانت له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرايه وبيعه فهو
جايز فعلم من اشارة رواية الاصل ان الاشارة من الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لانه بين حكم اشارة
الاخرس بشرط ان لا يكتب فافهم قوله وكذلك الذي صمت يوما او يومين بعارض من العوارض فاشار
براسه او كتب لا يقوم ذلك مقام النطق كما في معتقل اللسان وهذا معنى قوله لما بينا في المعتقل لسانه وقيل هذا
تفسير لمعتقل اللسان كذلك قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير حيث قال فيه وهو تاويل ما
سبق ذكره في الذي اعتقل لسانه قوله قال واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر
تحرى فيها واكلها وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يوكل اي قال في الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع
الصغير هذا في حال الاختيار وهو انه يجد ذكية اخرى يعتقين فاما في حال الضرورة وهو انه لا يجد ذكية اخرى بيقين
فيتحرى بكل حال سواء ان كانت المذبوحة اكثر او كانت الميتة اكثر او كانا سواء لان الميتة تحل عند الضرورة فالمختلط
اولى ولكن لا ياكل من غير التحري لان التحري قد يصلح دليلا للوصول الى الحلال فلم يجز تركه بلا ضرورة واما في حالة
الاختيار فيجوز التحري عندنا في غلبة الحلال لا غير وقال الشافعي في حالة الاختيار لا يجوز الاكل لان التحري
دليل ضروري ولا ضرورة في حالة الاختيار ولهذا لا يتحرى بالاتفاق عند غلبة الحرام واستواء الحلال مع الحرام
ولنا ان غلبة الحلال تقوم مقام الضرورة في افادة الاباحة فكما ان في حالة الضرورة يباح الميتة فلذلك يباح
التناول عند غلبة الحلال على الحرام لان للغالب حكم الكل لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه وكل قليل لا يمكن
الاحتراز عنه فهو كما في النجاسة القليلة. الا ترى ان من اشترى لحما او خبزا من اسواق المسلمين يحل له التناول
من غير سوال اعتبارا للغلبة دفعا للحرج وان كان لا يخلو اسواق المسلمين عن حرام بان يكون ذلك مسروقا او مغصوبا وكذلك
من كانت له اخت رضاعية في مصر وهو لا يعرفها جاز ان يتزوج منا لعله ليست هي في ذلك المصر بغلبة الحلال او لعموم البلوى
فلذلك فيما نحن فيه الا انه لما علم بالحرام في الاغنام لا ياكل من غير التحري لان التحري يصلح دليلا لاصابة الحق بعند

العلم بالحرام لم يجز ترك التحري بخلاف ما اذا كانت الغلبة للحرام او كان سواء لانه لا ضرورة حينئذ لان الحال
حال الاختيار لانه يجد ذكية اخرى بيقين وقال الامام ظهير الدين اسحق الولوالجي في فتاواه اذا كان لرجل مسالخ
غنم فاختلط بها ذبيحة مجوسي وميتة لم يدر ايتهن هي ان كانت الغلبة للذكية او للميتة او استويا ان كانت في حالة
الاضطرار وهو ان لا يجد ذكية اخرى واضطر الى الاكل يجري للاكل في الوجوه الثلاثة لان اكل الميتة بيقين اذا كانت
الغلبة للذكية يتحرى فيلقي ما يظن انه حرام ويأكل البقية وان كان يجد الذكية اخرى بيقين لان اموال
الناس لا تخلو عن قليل حرام فلو لم يجز الانتفاع بالتحري لادى الى تعطيل امور الناس فيؤدي الى حرج عظيم وان كانت
الغلبة للميتة او استويا لم يتحر ولم ينتفع بشيء منها الا بعلامة تعرف بها الحلال لان الحرام مع الحلال اذا اجتمعا
ثلثه غلب الحرام الحلال الا انا تركنا القياس فيما اذا كانت الغلبة للحلال دفعا للحرج ولو اخذنا بالقياس
في هذين الوجهين لا يؤدي الى الحرج لان اموال الناس تخلو من ان تكون الاكثر حراما او النصف حراما ثم العلامة
التي تعرف بها الحلال قالوا ان العلامة ان الميتة اذا ابتلت في الماء تطفو فوق الماء لما بقي فيها من الدم والذكية
لا او الاصح ان علامة الذكوة ان تكون اوداجه خالية عن الدم وعلامة الميتة امتلاء اوداجه من الدم
وقد قالوا فيه اشيا فيه والاصح ما ذكرنا وكذا الزيت اذا اختلط مع ودك الميتة او شحم الخنزير بمثله او اكثر
منه لم ينبغ له ان ينتفع بشيء من ذلك ولا ايباع ولا يستصبح به ولا يدهن ولا يدبغ به جلد لانه كانه ودك الميتة
او شحم الخنزير فلا ينتفع به على حال وان كان الغلبة للزيت لا يحل الاكل ويحل ما عدا ذلك بان يستصبح به ويبيعه
لشرط ان يبين عيبه ويدبغ به الجلود ويغسلها لان المغلوب تبع للغالب ولا حكم للتبع وقال ايضا رجل في
سفر ومعه ثياب اذ كانت الغلبة للطاهر او للنجس او استويا ففي حالة الاضطرار بان لا يجد ثوبا طاهرا بيقين
واحتاج الى الصلوة وليس معه ما يغسله يتحرى في الوجوه الثلاثة لان الصلوة بثوب نجس بيقين جائز حالة
الاضطرار بالاجماع فلانه يجوز في ثوب شك في نجاسته وطهارته اولى وفي حالة الاختيار وهو ان يجد
ثوبا طاهرا بيقين ففي الوجه الاول يتحرى وفي الوجه الثاني والثالث يتحرى فكان الجواب فيه كالجواب
في المسالخ واذا وقع تحريه على ثوبين على ان احدهما هو الطاهر فصلى فيه الظهر ثم وقع البر رايه على الآخر انه هو الطاهر
فصلى فيه العصر لا يجزي العصر لانا متى حكمنا بطهارة الثوب الثاني بالراي الثاني اما ان يحكم بطهارته من الاصل
او بطهارته في المستقبل من وقت العصر او بنجاسته فيما مضى لا وجه الى الاول لانه يظهر ان الثوب الذي
ادى فيه الظهر نجس فينتقض ما ادى من الظهر فكان العمل بالراي الثاني نقضا لما امضاه الراي الاول
ولا وجه الى الثاني لان نجاسة الثاني امر حقيقي لا يحتمل التاقيت بخلاف القبلة لان حقيقته امر شرعي
قابل للتاقيت فامكننا توقيت حقيقة جهته فيما مضى بالراي الاول الى وقت الراي الثاني وكذلك على هذا الوصلي
الظهر بالاول والعصر بالثاني والمغرب بالاول والعشاء بالثاني فما صلى فيه في الثوب الاول
جائز وما صلى في الثوب الثاني لا يجوز فان استيقن ان الثوب الذي صلى فيه الثوب هو النجس اعاد صلوة الظهر
واجزاه العصر لانه تبين له الخطا بيقين فيما يمكن الوقوف عليه في الجملة هذا اذا تحرى فان لم يحضره التحري
ولكنه اخذ ثوبين فصلى في احدهما الظهر وفي الآخر العصر هذا والاول سواء لان فعل المسلم محمول على الصحة
ما لم يتبين الفساد فجعل كان الطاهر هو الثوب الاول هذا اذا اشتبه النجس من الطاهر اما اذا لم يشتبه وعنده
انهما طاهران فصلى وهو ساهي في احدهما الظهر وفي الآخر العصر وفي الاول المغرب وفي الثاني العشاء ثم نظر
فاذا احدهما قذر لا يدري ايهما هو الاجزاء الاول فصلوة الظهر والمغرب جايزة وصلوة العصر والعشاء فاسدة كما لو
اشتبهت عليه وتحرى وصلى ❊ واما الاواني فلو ان رجلا كان في سفره ومعه ثلاثة اوان في كل اناء ماء وكانت
الغلبة للطاهر او النجس او كانا سواء فان كانت الغلبة للطاهر يجوز التحري في حالة الاختيار والاضطرار في حق
الشرب والتوضي كما في المسالخ يجوز التحري في الحالين للاكل والبيع جميعا ❊ وفي الوجه الثاني والثالث لا يتحرى
في حالة الاختيار في الحكمين كما في المسالخ وفي حالة الاضطرار يتحرى للشرب بالاجماع لان شرب الماء النجس
في حالة الاضطرار جائز فشرب الماء المشكوك اولى كما في المسالخ ولا يتحرى للوضوء عندنا لان وقع الشك في
جواز الوضوء والتيمم فاستويا فنقول التيمم اولى لان التيمم اذا لم يفد له الطهارة بيقين لا يوجب نجاسة الاعضاء
بيقين والوضوء لا يفيد له الطهارة بيقين وعسى يوجب نجاسة الاعضاء فكان اعتبار التيمم اولى فيتيمم لكن ان
اراق الماء ثم تيمم كان اولى ليكون عادما للماء الطهور وان لم يرق اجزاه لانه عادم للماء الطهور حكما ❊ وحكي
عن الطحاوي انه كان يقول يخلط النجس بالطاهر حتى يكون عادما للماء الطهور بيقين ويبقى الماء له ان يشربه ان
احتاج الى شربه والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب ❊ وبعد حمد الله العزيز الموفق لعبده على بلوغ
امانه ❊ والصلوة على رسوله المصطفى واله ❊ وعلى ازواجه امهات المؤمنين وصحبه اجمعين ❊ يقول
العبد الفقير الضعيف ابو حنيفة قوام الدين امير كاتب بن امير عمر العميد الفارابي الاتقاني هذا اخر غاية
البيان ❊ نادرة الزمان ❊ في اخر الاوان في شرح كتاب الهداية للامام المحقق النحرير العلامة الكبير برهان الدين

علي ابن ابي بكر ابن عبد الجليل الرشداني المرغيناني تغمده الله تعالى بانواع رحمته وامطر مغفرته ويرحم الله تعالى من
قال امينا ❊ وجهدت فيه واجتهدت ولم آل في افادة ما استفدت وشرحت مشكلاته ❊ وحللت معضلاته وبينت
في كل باب ما يحتاج منه الى البيان ❊ فليس الخبر كالعيان ❊ بمنقول شاف ❊ ومعقول كاف ❊ مع اعتراضات بتحقيق
وايراد سؤاله واجوبته بتدقيق تاركا للتقليد امة فلا جرم ان الجاهل جانبا ولقاسه خائبا ❊ وهو كما قيل ان كان
للضلال ام فالتقليد امه فلا جرم ان الجاهل يومه وتعبت فيه مدة من سنين طورا بالشدة وطورا على اللين بعد
اللتيا والتي من عض كلاب ونهش حيات العصر فنفي الله تعالى عن وجه الارض في الطول والعرض كل خبيث مؤذي
ودمه باسم المؤذي ❊ والحمد لله تعالى على سلامة العاقبة ❊ ما طلعت النجوم الشارقة ❊ وقلت الغاربة حمدا
لله تعالى ثم حمدا ابدا وعودا ❊ قال الشيخ رحمه الله تعالى وكان افتتاح شرحنا بالقاهرة عن شهور سنع
الاخرة سنة احدى وعشرين وسبعمائة وبعضه عمل بالعراق وازال في زمن السلطان ❊
❊ السعيد ابي سعيد نور مرقده وبرد مضجعه واكثره عمل ببغداد ❊
❊ وكراسات معدودة من اخره بدمشق الى ان ختم فيه في التاسع عشر ❊
❊ من ذي القعدة يوم الخميس اول يوم من ادار من سنة سبع ❊
❊ واربعين وسبعمائة وكان جميع مدة الشرح ستا وعشرين ❊
❊ سنة وسبعة اشهر وسبعة عشر يوما والحمد لله رب ❊
❊ العالمين وصلى الله على محمد واله اجمعين ❊
❊ وقد كان الفراغ من كتابته بعون الملك ❊
❊ الوهاب الغفور التواب المرشد للذين ❊
❊ الصواب على يد العبد الضعيف ❊
❊ المذنب الراجي لطفه العميم ❊
❊ احمد بن علي السعودي ❊
❊ غفر الله له ولجميع المسلمين ❊
❊ اجمعين والحمد لله ❊
❊ وحده ❊